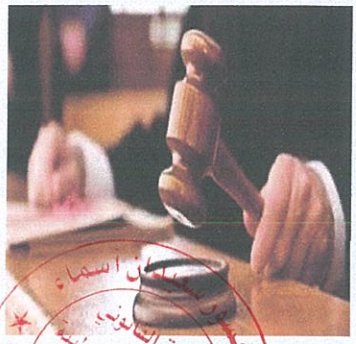






الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجزائر1، كلية الحقوق

تنظم تحت إشراف

مخبر حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني،كلية الحقوق، جامعة الجزائر1

وفرقة البحث PRFU الموسومة بـ: الأمن القانوني للأسرة. كلية الحقوق، جامعة الجزائر1

وتحت الرعاية المالية لمصرف السلام - الجزائر

البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

وبالشراكة مع

وزارة الصحة — وزارة العدل — وزارة الصناعة الصيدلانية — مجلس الدولة

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف

المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك ومحيطه — المكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية لإفريقيا

المجلس الإسلامي الأعلى — مخبر الدراسات القانونية التطبيقية. جامعة قسنطينة

ملتقى دولي حضوري. وافتراضي عبر برنامج Google meet للمشاركين من خارج الجزائر

النطاق القانوني للبيو- أخلاقيات الطبية في ضوء قانون الصحة الجزائري والمقارن

يومي: 12- 13 أكتوبر 2022

البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

رئيس جامعة الجزائر1 البروفيسور مختاري فارس	عميد كلية الحقوق. جامعة الجزائر1 البروفيسور لعلاوي عيسى
نائب العميد الدكتور بوسنة خير الدين	مديرة مخبر حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني البروفيسور بن علي جميلة مديرة فرقة بحث الأمن القانوني للأسرة البروفيسور بن قوية سامية

رئيسة الملتقى الدولي، ورئيسة اللجنة العلمية للملتقى : البروفيسور سعيدان أسماء

رئيس اللجنة التنظيمية للملتقى الدكتور بلقاسمي سليم	المشرفة العامة على التظاهرات العلمية بالكلية السيدة دلي مونة

الديباجة

لقد شهد القرن العشرين تقدما مذهلا في مهنة الطب، حيث تم اكتشاف أمراض جديدة، ووسائل علاج مستحدثة وعرفت النشاطات الطبية تطورا خصوصا في السنوات الأخيرة، نظرا لارتباطها بالتطورات التكنولوجية والدراسات الدقيقة، وظهرت أساليب طبية متطورة، " كعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية "، لعلاج الكثير من الأمراض المستعصية والتي تجرى لإنقاذ حياة المريض، والتي تتم عن طريق إجراء جراحة، يتم فيها نقل عضو أو نسيج أو خلايا بشرية،من جسم شخص آخر إلى جسم المريض، أو من جثة شخص حديث الوفاة، أي استبدال العضو المصاب بعضو آخر سليم.

وقد تستدعي الحالة الصحية للشخص نقل الدم له لإنقاذ حياته، عن طريق سحب كمية محددة ومدروسة من السائل الدموي، من وريد شخص آخر يكون سليما، وحقنه في وريد شخص آخر بحاجة إليه وهو المريض، بقصد تعويضه عن دم مفقود بسبب مرض أو بسبب حادث تعرّض له، وهذا عن طريق إجراء " عملية التبرع بالدم ".

وفتحت ثورة العلوم الطبية الباب أمام علاج العقم والذي يكون غالبا بسبب إصابة أحد الزوجين، أو كليهما، بمانع صحي يمنعهما من تحقيق رغبتهما المشروعة في الإنجاب. ولقد تمكن العلماء من التصدي لذلك، بأساليب التلقيح بالطرق الاصطناعية المختلفة، أي عن طريق إجراء " عملية التلقيح الاصطناعي"، وهو ما يصطلح على تسميته بـ: " المساعدة الطبية على الإنجاب "، والتي تعتبر وسيلة للتغلب على عجز أحد الزوجين أو كليهما، على إتمام عملية الإخصاب اللازمة لإنجاب الأطفال، حيث تحل الوسائل الطبية محل الخطوات الطبيعية للإنجاب. فهذه العملية تعتبر رمزا من رموز التقدم العلمي والطبي.

ولا يزال الطب يأتي كل يوم بالجديد في كافة تخصصاته في مجال الوقاية والعلاج من الأمراض، بفضل " البحث في مجال طب الأحياء "، أو ما يسمى أيضا بـ: " الدراسات العيادية "، أي " التجارب الطبية "، والتي تعدّ وسيلة فعالة لتطور العلم. والطب يتقدم كل يوم بفضل الأبحاث المستمرة التي يجريها علماؤه للوصول إلى علاج للأمراض المستعصية، إلا أن التجارب الطبية على الإنسان تعتبر سلاحا ذا حدين، فهي أخطر ما يتعرّض له الكائن البشري في نطاق التقدم العلمي والتكنولوجي، لكونها غير مضمونة النجاح، كما أنها قد تنطوي على مخاطر للخاضعين لها، لهذا ظهرت ضرورة الموازنة بين مبدأ حرمة الكيان الجسدي، وبين *الاستجابة لمقتضيات التطور العلمي في مجال التجارب الطبية.*

وكان لابد أن يساير مجال الأخلاقيات الطبية، الوتيرة التي تعرفها التطورات الطبية، وتوسّع هذا المجال وأصبح يشمل كل ما ينشط في مجال العلوم الأحيائية، أي مجال علوم الطب الحيوي والتكنولوجيا الحيوية، وهو ما أدى إلى تطوير هذه الأخلاقيات لتشمل ما يسمى بـ:" البيو- أخلاقيات الطبية "، والتي يقصد بها : " كل التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا، والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالهما، والمساعدة الطبية على الإنجاب، والبحث في مجال طب الأحياء. "

البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

ولقد نظم المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بالبيو- أخلاقيات الطبية، في القانون رقم: 18-11، المؤرخ في: 02 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، في المواد: 354 إلى 399، تضمّنت أحكاما جديدة تواكب المستجدات الطبية، وتراعي الجانب الأخلاقي للنشاط الطبي وخصوصية المجتمع الجزائري.

ولم يغفل المشرع الجزائري التطرق في هذا القانون، للأحكام الجزائية المترتبة على مخالفة الضوابط القانونية للبيو- أخلاقيات الطبية، حيث قرر في المواد: 430 إلى: 441 عقوبات جزائية على كل من يخالف هذه الضوابط.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم: 18-11، المتعلق بالصحة، قد ألغى القانون رقم: 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

ولقد تم تعديل القانون رقم: 18-11 المتعلق بالصحة، في بعض جوانبه، ومنها المتعلقة بالبيو- أخلاقيات الطبية، حيث عدلت الأحكام الخاصة بـ: " البحث في مجال طب الأحياء: الدراسات العيادية "، وهذا بموجب الأمر رقم: 20 - 02، المؤرخ في: 30 أوت 2020، المتعلق بالصحة.

هذا وقد تعرّضت التشريعات المقارنة، هي الأخرى بالتنظيم لهذا الموضوع، لكن بشكل مختلف عما هو عليه الأمر في القانون الجزائري.

وتتمثل أهمية موضوع هذا الملتقى، في ارتباطه بمهنة الطب، والتي يحتاج القائمون عليها إلى قدر كاف من الحرية والثقة بما تنتجه هذه المهنة من تصرف في جسم الإنسان، بشرط عدم المساس بحياة المريض وسلامته الجسدية، واللتان تعدّان من أثمن القيم التي تحرص القوانين على حمايتها. ولا يمكن تصور مهنة طبية أو جراحية دون تقييدها بمسؤولية يخشاها الطبيب المخطئ، فقد يرتكب أحد أعضاء الفريق الطبي، أخطاء قد تؤدي إلى إصابة المريض بعاهة مستديمة، أو تؤدي إلى وفاته، وهنا لا تترتب فقط المسؤولية المدنية بل أيضا الجزائية. فالأخطاء الطبية والجراحية أصبحت واقعا رهيبا، وأصبح المجال الطبي محفوفا بالمخاطر، وتصاعدت وتيرة الحوادث الطبية والجراحية، مخلّفة وراءها العديد من المرضى ضحايا الأخطاء الطبية.

وعليه فإن هذا الملتقى يهدف، إلى التعرف على الأحكام المتعلقة بالبيو- أخلاقيات الطبية، وإماطة اللثام عن *المشاكل التي تثيرها النشاطات الطبية المرتبطة بها*، وما يترتب عن ذلك من مساس بحرمة جسم الإنسان وكرامته، بغرض تحقيق التوازن بين مصلحة الإنسان في عدم المساس بسلامة جسده وعدم التصرف فيه، وبين ضرورة القيام بتلك النشاطات الطبية الحديثة التي تعود بالنفع على صحة الإنسان، وهو ما يقتضي معرفة مدى توافق، أو اختلاف تشريعات الصحة المقارنة، العربية منها والغربية، في تنظيمها لموضوع البيو - أخلاقيات الطبية، وتوضيح الضوابط الأخلاقية والقانونية لإجرائها على الجسم البشري.

لكن يلاحظ أن هذه النشاطات الطبية تطرح العديد من الإشكاليات، نظرا لخصوصيتها في مجال البحث العلمي وتطبيق التكنولوجيا في مجال علم الأحياء، باعتبار أن محلها هو الكائن البشري.

فتبرع الشخص بأحد أعضائه لا يرجع عليه بأية فائدة علاجية، لأنه ليس مريضا وليس بحاجة إلى تدخل جراحي، وقد يضعف ذلك من صحته ويهدد حياته،لأن العضو هو جزء من الجسم يؤدي وظيفة معينة خلق من أجلها، وبالتالي فاستئصال أي عضو سيحرم الجسم من هذه الوظيفة.

كما أثارت هذه العملية مسألة مدى سلطة الورثة أو الأقارب في التصرف في أعضاء جسد الميت بالتبرع بها لشخص آخر مريض بحاجة إليها.

ويعتبر الدم، سائل حيوي لا يمكن للإنسان أن يبقى على قيد الحياة بدونه، لذلك تم إجازة عملية التبرع بالدم من إنسان لآخر يكون في أشد الحاجة لهذه المادة الأساسية. إلا أن هذا لا ينفي إمكانية تعرض المتبرع بالدم لخطر، أثناء أو بعد أخذ الدم منه، إذا لم تراع الشروط والضمانات المتعلقة بهذه العملية، لهذا كان من الضروري إحاطة هذه العملية بمبادئ أخلاقية ونظام قانوني يكفل لها الشرعية اللازمة.

وبالنسبة للإنجاب الطبي المساعد، فقد أثار مشاكل قانونية وأخلاقية واجتماعية في بعض جوانبه، نظرا لحساسيته في مجتمعاتنا العربية والإسلامية، عكس ما هو عليه الحال في المجتمعات الغربية، باعتبار أن وفاة الزوج تنهي العلاقة الزوجية، ومع ذلك وجد من يجيز ذلك فقها وقانونا في بعض الدول. كما عرف الإنجاب الطبي المساعد بتدخل الغير، مشاكل شرعية وقانونية واجتماعية، إذا كان هذا الغير: رجلا يتبرع بنطفته، أو امرأة تتبرع ببويضتها، أو برحمها لحمل البويضة الملقحة للزوجين.

وبالنسبة للبحث في مجال طب الأحياء، أي: الدراسات العيادية (التجارب الطبية)، فبالرغم من أنها تساهم في تطوّر العلوم الطبية والجراحية، إلا أنها تنطوي على مخاطر على الأشخاص الخاضعين لها، لذلك تم وضع قيود على هذه التجارب، للمحافظة على حياة الشخص وصحته، لتكون مباحة ولا تخرج عن هدفها.

وهنا نتساءل إذا ما كان قانون الصحة الجزائري (القانون رقم: 18-11، والمعدل بموجب الأمر رقم: 20-02 المتعلق بالصحة)، وكذا قوانين الصحة المقارنة، قد وفقوا في تحقيق التوازن بين: الحق في حرمة وسلامة جسم الإنسان، الذي يعتبر من المبادئ القانونية والأساسية، وبين منح ضمانات فعالة للخاضعين لهذه التجارب التي تشكّل ضرورة للتقدم العلمي ولطرح العديد من الأدوية في الأسواق.

وعليه سيتم دراسة موضوع هذا الملتقى وفق ثلاث محاور هي:

المحور الأول
الأحكام المتعلقة بعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، والتبرع بالدم

أولا - الشروط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بين الأحياء

ثانيا- الشروط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى إلى الأحياء

ثالثا - الأحكام الجزائية المتعلقة بعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية

رابعا - الجوانب الأخلاقية والقانونية المتصلة بحقوق المتبرعين بالدم

خامسا- موقف القانون الدولي من نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية والتبرع بالدم

سادسا - موقف القضاء

سابعا- رأي الشريعة الإسلامية

ثامنا- واقع عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية والتبرع بالدم في المؤسسات الاستشفائية

1. في المؤسسات الاستشفائية الجزائرية
2. في المؤسسات الاستشفائية الأجنبية.

البروفيسور سعيدان أسماء
كلية الحقوق- جامعة الجزائر1

البروفيسور سعيدان أسماء
كلية الحقوق- جامعة الجزائر1

المحور الثاني
الأحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب (التلقيح الاصطناعي)

أولا - طلب إجراء المساعدة الطبية على الإنجاب: شرط الرضا
ثانيا- الغرض العلاجي في المساعدة الطبية على الإنجاب
ثالثا - مؤسسات الصحة القائمة على إجراء المساعدة الطبية على الإنجاب
رابعا - شروط حفظ وإتلاف الأمشاج
خامسا - المسؤولية الجزائية المترتبة على مخالفة ضوابط المساعدة الطبية على الإنجاب
سادسا- موقف الشريعة الإسلامية من المساعدة الطبية على الإنجاب.

البروفيسور سعيدان أسماء
كلية الحقوق- جامعة الجزائر1

المحور الثالث
الأحكام المتعلقة بالبحث في مجال طب الأحياء: الدراسات العيادية (التجارب الطبية)

أولا- الإطار المفاهيمي للدراسات العيادية:
1. الدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية
2. دراسة التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي
3. الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية
ثانيا- دور البنوك في تمويل قطاع الصناعة الصيدلانية
ثالثا- شروط إجراء الدراسات العيادية، والعقوبات المقررة على مخالفتها
رابعا- موقف القانون الدولي من التجارب الطبية على الإنسان
خامسا- حكم الشريعة الإسلامية منها.

اللجنة الشرفية للملتقى الدولي

حيدر ناصر المدير العام لمصرف السلام - الجزائر	أ . د. مروك نصر الدين مستشار وزير العدل	د. مشنان محند إيدير مستشار وزير الشؤون الدينية والأوقاف	أ. د. الحاج محمد مستشار وزير الصحة
حسان دواجي ياسين مستشار وزير الصناعة الصيدلانية	أ. د. شاوش حسين المدير العام للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء	أ. د. عرباوي ابتسام مختصة في أمراض الكلى والأمينة العامة للجمعية العلمية الوطنية لتصفية وزرع الكلى في الجزائر	د. سوالمية أمال أستاذة مساعدة في أمراض الكبد والجهاز الهضمي، في المستشفى العسكري الجامعي للبليدة، وخبيرة لدى الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، ومنسقة وطنية لنشاط زرع الكبد
د. عدة عبو ليلى نائب مدير ترقية الدراسات العيادية والبحث الصيدلاني	سلواني سليم رئيس خلية المسؤولية الاجتماعية لمصرف السلام - الجزائر	د. ملهاق محمد مختص في علم الفيروسات	د. بويزري سعيد عضو بالمجلس الإسلامي الأعلى
أ. د. غرناوط مرزاق عميد كلية الطب جامعة الجزائر1	أ. د. جيجيك رضا عميد كلية الصيدلة جامعة الجزائر1	أ. د. يعيش محمد عميد كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر1	د. بوعزيز أحمد عميد كلية العلوم جامعة الجزائر1

اللجنة العلمية للملتقى الدولي

رئيسة اللجنة العلمية	أ. د. سعيدان أسماء	جامعة الجزائر 1

أعضاء اللجنة العلمية

د. قسايسية عيسى جامعة الجزائر1	أ. د. بن علي جميلة جامعة الجزائر1	أ. د. خوري عمر جامعة الجزائر1	Pr Achmad Irwan Hamzani عميد كلية الحقوق جامعة إندونيسيا
أ. د. عميمر نعيمة جامعة الجزائر1	أ. د. طوالبي عصام جامعة الجزائر1	أ. د. لمطاعي نور الدين جامعة الجزائر1	أ. د. مخياط عائشة جامعة الجزائر1
أ. د. خالف عقيلة جامعة الجزائر1	أ. د. ديب جمال جامعة الجزائر1	أ. د. العشي نوارة جامعة الجزائر1	أ. د. بن قوية سامية جامعة الجزائر1
أ. د. ساسي سلمى جامعة الجزائر1	أ. د. نساخ فطيمة جامعة الجزائر1	أ. د. قمودي سهيلة جامعة الجزائر1	أ. د. كوركوسيوز رفيق جامعة تركيا
أ. د. بن سعدي وهيبة جامعة الجزائر1	أ. د. عاشور فطيمة جامعة تيبازة	أ. د. عياشي جمال جامعة الجزائر1	أ. د. بن حليلو فيصل جامعة الشارقة
أ. د. أكرور ميريام جامعة الجزائر1	أ. د. عبد الرحيم صباح جامعة ورقلة	أ. د. بوعمرة آسيا جامعة الجزائر1	د. لمطاعي صبيحة جامعة الجزائر1
د. بوسنة خير الدين جامعة الجزائر1	د. مالك نسيمة جامعة الجزائر1	د. مدافر فايزة جامعة الجزائر1	د. إدوارد ناشد نشأت عميد معهد العبور العالي جامعة مصر
د. بوجلطي عزالدين جامعة الجزائر1	د. عشوش كريم جامعة الجزائر1	د. موسى نسيمة جامعة الجزائر1	د. مكي أسماء جامعة الجزائر1
د. بدري جمال جامعة الجزائر1	د. سمري سامية جامعة الجزائر1	د. سلاوي يوسف جامعة الجزائر1	د. شلغوم رحيمة جامعة الجزائر1
د. أقشيش زهرة جامعة الجزائر1	د. نعيمي عبد المنعم جامعة الجزائر1	د. حواس فتحية جامعة الجزائر1	د. ساعد العقون جامعة الجلفة
د. مبروك حورية جامعة الجزائر1	د. كراش ليلى جامعة الجزائر1	د. قجالي مراد جامعة الجزائر1	د. بدري فيصل جامعة الجزائر1
د. بلقاسمي كهينة جامعة الجزائر1	د. جدايني زكية جامعة الجزائر1	د. جادي فايزة جامعة الجزائر1	Dr Nazli BinIsmail Dean of the Faculty of Law University of Malaysia
د. أمقران راضية جامعة الجزائر1	د. بلقاسمي سليم جامعة الجزائر1	د. كوري إسماعيل المركز الجامعي تيبازة	د. رواق فتيحة جامعة الجزائر1
د. الهواري نجوى جامعة الجزائر1	د. بوراس لطيفة جامعة الجزائر1	د. عزوزة يوسف جامعة الجزائر1	د. بن سولة ليليا سارة صيدلية بفرنسا
د. شامبي ليندة جامعة الجزائر1	د. مبعوج عزوزة شهرزاد جامعة الجزائر1	د. عكو فاطمة الزهرة جامعة سيدي بلعباس	د. فرحات حميد جامعة الجزائر1
د. مراد مليكة جامعة الجزائر1	د. جربوعة منيرة جامعة الجزائر1	د. حاج صدوق ليندة جامعة الجزائر1	Dr. Naser Abdel Raheem Al Ali Russian University of Transport
د. بن رجدال أمال جامعة الجزائر1	د. بوختالة سعاد جامعة الجزائر1	د. محمد يحياوي نبيل جامعة الجزائر1	د. مرازقة نبيلة جامعة الجزائر1
د. خوجة حسينة جامعة الجزائر1	د. دبش عبد النور جامعة الجزائر1	د.عبد الرزاق إسمهان جامعة الجزائر1	د. صحبي محمد أمين جامعة سيدي بلعباس
د. سعيدان أنس جامعة الجزائر1	د. ناصف سعاد جامعة الجزائر1	د. ولد طالب مليكة جامعة الجزائر1	د. رحماني ياسين جامعة الجزائر1
د. العامري خالد جامعة الجزائر1	د. مشتي أمال جامعة الجزائر1	د. بختي سهام جامعة الجزائر1	أ. مبرك عزالدين جامعة المدية

اللجنة التنظيمية والتقنية للملتقى

المشرفة العامة	دلمي مونة
رئيس اللجنة التنظيمية والتقنية	د . بلقاسمي سليم

أعضاء اللجنة التنظيمية والتقنية

النادي العلمي للحقوق	د. كوري إسماعيل (المركز الجامعي تيبازة)	د. مبعوج عزوزة شهرزاد	د. مغاري حياة
د. عزوزة يوسف	د. لشهب نادية	د. سعيدان أنس	د. بن لعلى عبد النور
ط. د. مبرك عز الدين	ط.د.أنجشايري ربيعة	ط. د. بوعزيز أمينة	ط. د. زيات نوال
ط. د. دعماش عزيزة	ط. د. قندوز رمزي	ط. د. قريع عادل	ط. م. تواتي حسان
ط .م. شنوف محمد	ط .م. بوكميش صبرينة	ط. ل. بلقاسم شهرزاد	ط. م. بولخيوط زكرياء

شروط ومواعيد المشاركة

- المشاركة متاحة للأساتذة الجامعيين، والاستشفائيين، والأطباء، والصيادلة، والقضاة، والمحامون، وطلبة الدكتوراه، والمهتمين في مختلف الهيئات والوزارات. وتقبل البحوث الفردية والثنائية فقط.
- يجب أن يكون البحث في أحد المحاور الأساسية للملتقى.
- تحديد محور البحث وعنوانه، مع التقيد بقواعد المنهجية العلمية عند تحرير البحث.
- أن يتميز البحث بالأصالة والجدية في الطرح والتحليل.
- عدد صفحات البحث كاملا بين: 20 و 35 صفحة، حجم: A4، ومسافة التباعد: 1.15 بين الأسطر.
- يحرر البحث وفق نظام word. بالعربية، بخط: Simplified Arabic، حجم: 16 للمتن، و: 12 للهامش. وبالفرنسية أو الإنجليزية، بخط: Times New Roman، حجم: 14 للمتن، و: 10 للهامش.
- التهميش يكون آليا، وبشكل كامل ودقيق، في أسفل كل صفحة. وتكون قائمة المصادر والمراجع في نهاية البحث.
- يرسل البحث، مرفقا باستمارة المشاركة، والتي تتضمن المعلومات الخاصة بالمشارك، وملخص بلغة البحث، على ألا يتجاوز عدد أسطر الملخص 08 أسطر. ويتبع الملخص بالكلمات المفتاحية، لا يتجاوز عددها: 08 كلمات.
- يتم إرسال الأوراق البحثية كاملة على البريد الإلكتروني لرئيسة الملتقى:

saidane.asma1234@gmail.com

- آخر أجل لإرسال الأوراق البحثية هو: **30 أوت 2022**
- الرد على أصحاب الأوراق البحثية المقبولة، وإرسال البرنامج العلمي للملتقى:

03 أكتوبر 2022

- تاريخ انعقاد الملتقى الدولي: **12 - 13 أكتوبر 2022**
- تنشر أفضل المداخلات المشارك بها في الملتقى، في كتاب جماعي ذو ترقيم دولي.

نموذج استمارة المشاركة

جامعة الجزائر 1
نائب العميد
مكلف بالدراسات لمابعد التدرج
كلية الحقوق

الاسم واللقب:..... الرتبة العلمية:.....

التخصص:..... الوظيفة:.....

المؤسسة المستخدمة:..... الدولة:.....

الجنسية:.....

البريد الإلكتروني:..... الهاتف:.....

محور الملتقى:..... عنوان المداخلة:.....

سيرة علمية مختصرة: (في حدود: 04 أسطر) .....

ملخص المداخلة: (08 أسطر) .....

الكلمات المفتاحية: (08 كلمات) .....

البروفيسور سعيدان أسماء
النظام القانوني للبيو-أخلاقيات الضبابية في ضوء قانون الصحة الجزائري والمقارن (ليست الملتقى الدولي)

البروفيسور سعيدان أسماء
كلية الحقوق - جامعة الجزائر1

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجزائر1. كلية الحقوق







البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

برنامج أشغال الملتقى الدولي

النطاق القانوني للبيو: أخلاقيات الطبية في ضوء قانون الصحة الجزائري والمقارن

يومي: 12-13 أكتوبر 2022

رئيسة الملتقى، ورئيسة اللجنة العلمية للملتقى

أ.د. سعيدان أسماء

البروفيسور سعيدان أسماء

رئيس اللجنة التنظيمية للملتقى

كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

د. بلقاسمي سليم

المشرفة العامة على التظاهرات العلمية بالكلية

السيدة دلمي مونة

فعاليات اليوم الأول: 12 أكتوبر 2022

الفترة الصباحية

البروفيسور سعيدان أسماء
كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

08:55-08:30 استقبال الضيوف والمشاركين (**بمدرج الملتقيات**)

الجلسة الافتتاحية

رئيس الجلسة الافتتاحية : الطالب ملهاق رابح

09:00-08:55 تلاوة آيات بيّنات من القرآن الكريم + النشيد الوطني

09:05-09:00 كلمة: أ. د. **مختاري فارس**، رئيس جامعة الجزائر1

09:10-09:05 كلمة: أ. د. **لعلاوي عيسى**، عميد الكلية

09:15-09:10 كلمة: أ. د. **بن علي جميلة**، مديرة مخبر حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني

09:25-9:15 كلمة: أ. د. **سعيدان أسماء** (رئيسة الملتقى الدولي، ورئيسة اللجنة العلمية للملتقى)

09:30-09:25 كلمة: د. **بلقاسمي سليم** (رئيس اللجنة التنظيمية للملتقى)

09:35-09:30 كلمة **السيد: حيدر ناصر**، المدير العام لمصرف السلام– الجزائر

09:40-09:35 كلمة: أ. د. **مروك نصر الدين** (قاضي، ومستشار وزير العدل)

09:45-09:40 كلمة: د. **مشنان محند إيدير**، مستشار وزير الشؤون الدينية

09:50-09:45 كلمة: أ. د. **الحاج محمد**، مستشار وزير الصحة

09:55-09:50 كلمة **السيد: دواجي ياسين**، مستشار وزير الصناعة الصيدلانية

الجلسة الصباحية

المحور الأول

الأحكام المتعلقة بعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، والتبرع بالدم

رئيس الجلسة الأولى : الدكتور بوجلطي عز الدين

10:10-10:00 الإطار المفاهيمي للبيو – أخلاقيات الطبية

د. مشتي أمال، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق - جامعة الجزائر1

10:20-10:10 المفهوم الدولي للأخلاقيات – البيو الطبية

د. تونسي محمد الصالح، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

10:30-10:20 Biomedical Ethics and Human Rights in The Context of International Law

Dr. Naser Abdel Raheem Al Ali, Lecturer professor in international law, at the Institute of Law, of the **Russian Transport University Moscow – Russia**

10:30-10:40 Communication des dernières recommandations médicales avec l'entreprise « Algerian Doctors FMC »

Khadri Mohamed Amine, Biologiste spécialisé en l'industrie pharmaceutique et représentant de la boîte de communication et formation médicale continue algérian doctors FMC

10:50-10:40 إخلال الطبيب بالالتزام بإعلام المريض: أيُ جزاءٍ ؟
قراءة في الاجتهاد القضائي الفرنسي في ضوء قواعد المسؤولية المدنية وخصوصيات المسؤولية الطبية

د. بنّاسي شوقي، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

11:00-10:50 الممارسة الطبية الماسة بجسم الإنسان في ضوء مقاصد الشريعة

د. بويزري سعيد، عضو بالمجلس الإسلامي الأعلى

11:10-11:00 حرمة جسم الإنسان في التشريع الإسلامي

أ. د. العشي نوارة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

رئيسة الجلسة الثانية : الدكتورة بوغرارة مليكة

11:10-11:20 Greffe rénale : Etat des lieux, aspects Techniques et perspectives

أ. د. شاوش حسين، المدير العام للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء في الجزائر

11:20-11:30 Greffe hépatique – Aspects Juridiques

د. سوالمية أمال، أستاذة مساعدة في أمراض الكبد والجهاز الهضمي، في المستشفى العسكري الجهوي الجامعي بالبليدة، وخبيرة لدى الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، ومنسقة وطنية لنشاط زرع الكبد

11:30-11:40 La greffe de rein d'un donneur en état de mort cérébrale : l'espoir perdu dans la société

أ. د. عرباوي ابتسام، طبيبة مختصة في أمراض الكلى، والأمينة العامة للجمعية العلمية الوطنية لتصفية وزرع الكلى في الجزائر

11:50-11:40 الضوابط القانونية لنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية

د. لمطاعي صبيحة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

12:00-11:50 الأحكام المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانونين المصري والجزائري – دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية –

د. محمد جبر السيد عبد الله جميل، كلية العلوم الإسلامية، جامعة مصر

12:10-12:00 La bioéthique médicale et la transplantation d'organes : étude comparée entre la législation algérienne et française.

د. عياطة نايلة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1.

رئيسة الجلسة الثالثة: الدكتورة حامي حياة

12:20-12:10 المبادئ البيو – أخلاقية الطبية في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

أ. د. كسال سامية، كلية الحقوق. جامعة تيزي وزو

12:30-12:20 قاعدة الرضا في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية دراسة في أحكام القانون المصري والفرنسي –

د.محمد طلعت يدك، كلية الحقوق، جامعة مصر

12:40-12:30 الضوابط القانونية لعملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى في ظل القانون 18-11 المتعلق بالصحة

د. عشوش كريم، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

12:50-12:40 نقل وغرس الأعضاء البشرية من منظور الشريعة الإسلامية

د. مبعوج عزوزة شهرزاد، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1 / ومعدّة ومقدمة برامج، في إذاعة وقناة القرآن الكريم

البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

13:00-12:50 نقل وزرع الأعضاء الآدمية في ضوء الفقه الإسلامي المعاصر – دراسة تأصيلية –

ط.د. بلهول عبد الوهاب، كلية الشريعة، جامعة الأغواط

13:10-13:00 الأساس القانوني لإباحة نقل وزراعة الكلى بين الأحياء

د. رواق فتيحة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

14:00-13:10 **مناقشة عامة**

14:30-14:00 **وجبة الغداء.**

الفترة المسائية

رئيسة الجلسة الأولى: الدكتورة فاضل خديجة

14:40-14:50 Le don d'organes : Rôle du réanimateur

د. قدوار دليلة / طبيبة وأستاذة مساعدة مختصة في التخدير والإنعاش، مستشفى شرشال

15:00-14:50 دور الأخصائي النفسي في إقناع الولي الشرعي بعملية التبرع بالأعضاء بعد الوفاة

د. مختاري سعيدة، كلية علم النفس، جامعة الجزائر 2 / **مختصة نفسية.**

15:10-15:00 الضوابط القانونية والشرعية للعلاج بالخلايا الجذعية الجنينية

د. أمقران راضية، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:20-15:10 حكم التبرع بأعضاء المولود اللا دماغي

د. مغاري حياة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:20-15:30 Les Cyborgs dans la vie humaine : Quand la science imite la nature

د. بوراس لطيفة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

رئيسة الجلسة الثانية : البروفيسور درياد مليكة



15:40-15:30 جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

د. **صحراوي فريد**، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1

ط. د. **عمور بشرى**، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1



15:50-15:40 السياسة الطبية لمنع بيع الأعضاء والاتجار بها في الأردن:

دراسة مقارنة بين الفقه والتشريعات الوضعية

د. **ياسر أحمد العجلوني**، كلية الحقوق، **جامعة الأردن**

16:00-15:50 المواجهة الدولية لظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية

د. **بوغرارة مليكة**، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

16:10-16:00 الحماية الجزائية للأعضاء البشرية في عمليات النقل والزرع

د. **بدايرية يحي**، كلية الحقوق. جامعة تبسة **البروفيسور سعيدان أسماء**

د. **بوقصة إيمان**، كلية الحقوق. جامعة تبسة **كلية الحقوق-جامعة الجزائر1**

16:20 – 16:10 عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية: بين مسؤولية الطبيب ومسؤولية المؤسسة الاستشفائية العمومية المستخدمة

د. **أوكال حسين**، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. **كروري خلود**، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

16:20-16:30 Problems of transplantation of human organs and tissues: international standards and local law

د. **بعجي عبد النور**، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

17:00-16:30 مناقشة عامة.

رئيس الجلسة الثالثة : الدكتور بنّاسي شوقي

17:10-17:00 النظام القانوني لعمليات التبرع بالدم

د. عرورة فتيحة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

17:30-17:20 الضوابط القانونية للتبرع بالدم في التشريع الجزائري

د. صحبي محمد أمين، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس

17:20-17:10 الحماية القانونية للمتبرع بالدم

د. فاضل خديجة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

17:40-17:30 الضوابط الشرعية والقانونية لعمليات نقل الدم

ط. د. منصوري تورية، كلية الحقوق. جامعة سيدي بلعباس

د. تيزي عبد القادر، كلية الحقوق. جامعة سيدي بلعباس

17:50-17:40 عمليات نقل الدم والمسؤولية المدنية الناجمة عنها

د. لمليكشي حياة، كلية الحقوق. جامعة تيزي وزو

18:00-17:50 تعويض ضحايا نقل الدم الملوث بفيروس نقص المناعة المكتسبة – دراسة مقارنة

ط. د. أوراغ رقية، المركز الجامعي تيبازة

د. زيدان عبد النور، المركز الجامعي تيبازة

18:30-18:00 مناقشة.

البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

فعاليات اليوم الثاني : 13 أكتوبر 2022

(بقاعة المحاضرات)

الفترة الصباحية

المحور الثاني

الأحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب (التلقيح الإصطناعي)

رئيس الجلسة الأولى : الدكتور عاشور موسى

09:10-09:00 المفهوم التشريعي للمساعدة الطبية على الإنجاب وأثره على تكييف الأعمال الطبية – دراسة في القانونين الجزائري والتونسي –

ط. د. صامت غزالي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان **البروفيسور سعيداني أسماء**

د. مصطفى مرين، كلية الحقوق، **جامعة تونس** **كلية الحقوق - جامعة الجزائر1**

09:20-09:10 شروط المساعدة الطبية على الإنجاب في التشريع الجزائري

د. مكي أسماء، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

09:30-09:20 عملية المساعدة الطبية على الإنجاب : بين التقييد والإباحة

د. جربوعة منيرة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

د. بن لعلى عبد النور، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

09:40-09:30 رضا الزوجين في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب

د. قجالي مراد، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

ط. د. خشعي مرجان، كلية الحقوق. جامعة وهران2

09:50-09:40 رضا المريض في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب – دراسة مقارنة بين التشريع المغربي والجزائري –

د. الحاجي يونس، كلية الحقوق. جامعة المغرب

10:00-09:50 المساعدة الطبية على الإنجاب ونظام التأمين : قراءة في قوانين بعض الدول.

ط. د. شامبي بغدادي، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

رئيس الجلسة الثانية : الدكتور مروك أحمد

10:15-10:05 المساعدة الطبية على الإنجاب باستعمال الأم البديلة

د. وارتي غنية، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

10:25-10:15 تأجير الأرحام بين الصيغة التجارية وإفساد معنى الأمومة

ط. د. بوعزيز أمينة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. قرميط صارة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

10:35-10:25 مسألة حفظ الأجنة المخصبة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب وإشكالاتها

د. راشدي حدهوم دليلة، كلية الحقوق. جامعة وهران2

10:45-10:35 مجال المساعدة الطبية على الإنجاب: الشروط والمسؤولية

د. بن ويراد أسماء، كلية الحقوق. جامعة الشلف

10:55-10:45 الحماية الجنائية للبويضات المخصبة اصطناعيا

د. مبروك حورية، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

11:05-10:55 التلقيح الصناعي بتهريب نطف أسرى السجون الإسرائيلية

أ. د. الكيلاني جمال زيد، عميد كلية الشريعة، جامعة نابلس، فلسطين

د. غناي زكية، كلية الحقوق. جامعة بومرداس

البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق-جامعة الجزائر 1

رئيسة الجلسة الثالثة : الدكتورة بوقرة أم الخير



11:20-11:10 المساعدة الطبية على الإنجاب : بين مبرراتها وشروطها

ط. د. مراد ريمة، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة الجزائر2

د. فوداد كريمة، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة سطيف2

11:30-11:20 الأحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري

البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

د. عاشور موسى، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

11:40-11:30 شرط الرضا في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

د. عبد الحق حنان، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

11:50-11:40 المساعدة الطبية على الإنجاب بين الأغراض العلاجية ومساعي انتقاء النسل المرغوب – دراسة قانونية مقارنة على ضوء قرارات المجامع الفقهية –

ط. د. سفسيفي محمد، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

د. لعقبي عيسى، المركز الجامعي، جامعة النعامة

12:00-11:50 التلقيح الاصطناعي من منظور الشريعة الإسلامية.

د. شريط نصيرة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

12:10-12:00 النظام القانوني للمساعدة الطبية على الإنجاب

د. بوسنة خير الدين، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1

13:00-12:10 **مناقشة عامة.**

13:30-13:00 **وجبة الغداء.**



البروفيسور سعيدان أسماء
النظام القانوني للبيو-اخلاقيات الطبية في ضوء قانون الصحة الجزائري و القانون المقارن
رئيسة الملتقى الدولي

جامعة الجزائر 1
نائب العميد مكلف بالدراسات، التأهيل والتنشيط
كلية الحقوق

الفترة المسائية

المحور الثالث

الأحكام المتعلقة بالبحث في مجال طب الأحياء

البروفيسور سعيدان أسماء
كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

الدراسات العيادية (التجارب الطبية)

البروفيسور سعيدان أسماء
كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

رئيسة الجلسة الأولى: الدكتورة بلطرش مياسة

13:40-13:50 Le Cadre conceptuel des études cliniques

د. عدة عبو ليلى، نائب مدير ترقية الدراسات العيادية والبحث الصيدلاني، في وزارة الصناعة الصيدلانية

14:00-13:50 ضبط نشاط الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري

د. بلقاسمي سليم، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

14:10-14:00 شروط إجراء الدراسات العيادية، وجزاء مخالفتها في قانون الصحة الجزائري

د. عكو فاطمة الزهرة، كلية الحقوق. جامعة سيدي بلعباس

14:10-14:20 Medical experiments on humans in the perspective of health law in **Indonesia**

Dr Hamidah Abdurrachman, Faculty Of Law Universitas Pancasakti Tegal, Center Of Java, **Indonesia**

Fajar Dian Aryani, MH, still studying doctoral program. Faculty Of Law Universitas Pancasakti Tegal, Center Of Java, **Indonesia**

14:20-14:30 Les Bonnes Pratiques de réalisation des études cliniques en France: aspects théoriques et réglementaires

Dr Bensoula Lilya Sarah, Pharmacienne en France

14:40-14:30 من الخطأ للمخاطر : ملامح التطور التشريعي الجزائري حول أساس المساءلة عن التداعيات الضارة المترتبة عن الدراسات العيادية

د. هواري سعاد، كلية الحقوق. جامعة سيدي بلعباس

14:40-14:50 Le Code De Nuremberg : L'émergence De L'éthique De L'expérimentation Sur L'homme.

د. بن عبيد بوشمال صندرة، كلية الحقوق. جامعة بجاية

رئيسة الجلسة الثانية : الدكتورة مسلم خديجة

15:00-14:50 التجارب الطبية على الإنسان في ضوء أحكام القانون الدولي الإنساني

د. يوسفي صفية، كلية الحقوق. جامعة بسكرة

15:10-15:00 جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية من منظور القانون الدولي

د. دعاس آسية / الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا

15:20-15:10 النطاق القانوني للحماية من التجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الدولي الإنساني

فرح فيصل الشحادات، نقابة المحامين الأردنيين

15:30-15:20 التجارب الطبية على الإنسان: بين القيود الفقهية والطموح العلمي

ط. د. بوفرورة سمير، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ط. د. سبع رضا، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:40-15:30 أخلاقيات إجراء التجارب العيادية وفق رؤية شرعية ومقاربة قانونية

د. نعيمي عبد المنعم، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:50-15:40 الضوابط الشرعية والقانونية للتجارب على جسم الطفل

البروفيسور سعيدان أسماء
النطاق القانوني لأخلاقيات الطب في الجزائر و المقارن
الملتقى الدولي
جامعة الجزائر 1
المجلس العلمي
البروفيسور سعيدان أسماء
كلية الحقوق-جامعة الجزائر1
جامعة الجزائر 1
نائب العميد
مكلف بالدراسات لمابعد التدرج



ط. د. بوحبيلة يعقوب، كلية الحقوق. جامعة جيجل

د. بوشكيوة عبد الحليم، كلية الحقوق. جامعة جيجل

16:00 -15:50 الأبحاث البيو – طبية بين الضرورة الحتمية وحرمة جسم الإنسان في قانون الصحة الجزائري



د. قسايسية عيسى، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

أ. د. سعيدان أسماء، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

رئيسة الجلسة الثالثة: الدكتورة بن زايد سليمة

16:10-16:00 حماية المستهلك من المنتوجات الصيدلانية على ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش

د. قزوت لامية، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. بختي سهام، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

16:20-16:10 دور جمعية حماية المستهلك في محاربة الأدوية المغشوشة والمقلدة وترقية أخلاقيات مهنة الطب

د عدان نبيلة، كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر / **وممثلة عن منظمة المكتب الوطني لحماية المستهلك**

16:30-16:20 التمويل المصرفي لقطاع الصناعة الصيدلانية

د. شامبي ليندة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. عيادي فريدة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

16:40-16:30 الصناعة الصيدلانية في إطار أنظمة الصيرفة الإسلامية في الجزائر

د. مروك أحمد، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

16:50-16:40 دور مصرف السلام الجزائر في تمويل قطاع الصناعة الصيدلانية

د. مرابطين سفيان، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

17:00-16:50 دور البنوك الإسلامية في تمويل الصناعة الصيدلانية – عقد الاستصناع نموذجا

د. كودري فاطمة الزهراء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1

د. مامي هاجر، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

17:10-17:00 التمويل الأخضر للصناعات الطبية في مصر

د. إدوارد ناشد نشأت، عميد معهد العبور العالي، **جامعة مصر**

18:00-17:10 **مناقشة عامة**

18:30-18:00 **قراءة التوصيات، واختتام فعاليات الملتقى الدولي.**

البروفيسور سعيدان أسماء
النطاق القانوني للبيو-أخلاقيات الطبية في ضوء قانون الصحة الجزائري و المقارن
رئيسة الملتقى الدولي

جامعة الجزائر 1
نائب العميد
مكلف بالدراسات لمابعد التدرج
كلية الحقوق

البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

الـورشـــات العلمية :

يوم 12 أكتوبر / الفترة المسائية

رئيسة الورشة الأولى : د. بن غانم فوزية

القاعة: A

14:50-14:40 من أنسنة إلى أخلقة العمل الطبي في القانون الدولي والإنساني الدولي

د. بوترعة سهيلة، كلية الحقوق، جامعة البويرة

15:00 -14:50 شروط عملية نزرع وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري

د. سمري سامية، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. بن سويح خديجة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:10-15:00 التنظيم القانوني لعملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى في الجزائر

ط. د. شعيب سكينة، كلية الحقوق. جامعة البليدة

15:20-15:10 واقع التبرع، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الرفض والقبول في المؤسسات الاستشفائية العمومية الجزائرية

د. جنحية موسى، كلية علم النفس، جامعة قسنطينة 2

15:30-15:20 الضوابط القانونية والطبية لعملية نقل الدم

د. خوجة حسينة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:40 -15:30 الإطار التشريعي للتلقيح الاصطناعي

أ. د. بوعمرة آسيا، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

البروفيسور سعيداني أسماء
كلية الحقوق - جامعة الجزائر1

15:50 -15:40 مبدأ الرضائية والقيود الواردة عليه في عقد الإنجاب بالمساعدة الطبية – دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية

د. غزالي نصيرة، كلية الحقوق، جامعة الأغواط

د. شوقي ننير، كلية الحقوق، جامعة غرداية

16:00-15:50 الدراسات العيادية في ضوء قانون الصحة الجزائري

ط. د. حويشي كريمة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

16:30-16:00 مناقشة.

رئيسة الورشة الثانية : د. خواص نصيرة

القاعة: B

14:50-14:40 البيو – أخلاقيات الطبية والقانون الدولي الإنساني

د. زايدي وردية، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

15:00-14:50 الجوانب الأخلاقية لعملية نزع وزرع الأعضاء في قانون الصحة

د. كوري إسماعيل، المعهد الجامعي تيبازة

15:10 -15:00 التلقيح الاصطناعي وإطاره التشريعي

د. زايدي حميد، نائب العميد، كلية الحقوق. جامعة تيزي وزو

15:20-15:10 شرط الرضا في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب

د. موسى نسيمة، كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

15:30-15:20 الأثر الجزائي المترتب على تخلف رضا المتبرع بالعضو البشري

د. غضبان نبيلة، كلية الحقوق. جامعة البويرة

15:40-15:30 عمليات التبرع بالدم: بين الحتمية العلاجية والضوابط القانونية

د. عميري فريدة، كلية الحقوق. جامعة تيزي وزو

15:50 -15:40 قواعد القانون الدولي المنظمة للتجارب الطبية على الإنسان

د. دبش عبد النور، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1

البروفيسور سعيدان أسماء
كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

16:30-15:50 مناقشة.

رئيسة الورشة الثالثة : د. دزيري ابتسام

القاعة: C

14:50-14:40 التزام الطبيب بتبصير المريض في مجال البيو- أخلاقيات الطبية

د. **فرحات حميد**، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:00 -14:50 ضوابط نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة الجزائري

د. **أوسعيد إيمان**، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ط . د. **عيشوش شهرزاد**، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:10 -15:00 نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الجزائري

د. **سعيدي صالح**، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:20-15:10 البيو-أخلاقيات الطبية في مجال نزع الأعضاء والأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع

د. **بورغدة نريمان مسعود**، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ط . د. **أنجشايري ربيعة**، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:30 -15:20 عملية التلقيح الاصطناعي وموقف التشريع الجزائري منها

د. **عزوز عبد الحميد**، كلية الحقوق، جامعة المدية

ط. د. **فرشيشي سعاد**، كلية الحقوق، جامعة تيارت

15:40-15:30 ثورة التجارب الطبية على الإنسان بين ضرورة البيو-تكنولوجيا والتجاوزات الأخلاقية

د. **الهواري نجوى**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1

15:50-15:40 الضوابط الشرعية والقانونية للتجارب الطبية على الجسم البشري

د. **رزال حكيمة**، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

16:30-15:50 مناقشة.

رئيسة الورشة الرابعة : د. عرورة فتيحة

القاعة: D

14:50-14:40 الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء على ضوء القانون رقم 18-11

د. **حدادة فيروز**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1

15:00 -14:50 عمليات نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء في القانون الجزائري – دراسة قانونية ورؤية لسد الثغرات التشريعية –

ط. د. **سعدلي ظريفة**، كلية الحقوق، جامعة بجاية

د. **بن ناصر نذير**، كلية الحقوق، جامعة بجاية

15:10-15:00 الضوابط القانونية المتعلقة بعملية المساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري

د. **هداية بوعزة**، كلية الحقوق، جامعة وهران2

د. **بومدين فاطيمة الزهرة**، كلية الحقوق، جامعة وهران2

15:20-15:10 التلقيح الاصطناعي والإشكالات المثارة بشأن الأجنة المجمدة

د. **لشهب أنيسة**، كلية الحقوق، جامعة البليدة2

15:30 -15:20 التجارب الطبية على جسم الإنسان: بين المفهوم والضوابط القانونية

ط. د. **نون علي**، كلية الحقوق. جامعة وهران2

ط. د. **بالبشير الطيب**، كلية الحقوق. جامعة وهران2

البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق-جامعة الجزائر 1

15:40-15:30 المسؤولية الجزائية المترتبة على مخالفة ضوابط المساعدة الطبية على الإنجاب

د. صامت آمنة، كلية الحقوق. جامعة الشلف

15:50-15:40 مناقشة

رئيسة الورشة الخامسة : د. قزوت لامية

القاعة: E

14:50-14:40 الجنين المشوه في عملية الإنجاب الطبي المساعد والإشكالية إجهاضه

د. سعيدان أنس، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:00-14:50 البيو- أخلاقيات الطبية في مجال نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وتنظيمها القانوني

ط. د. مروش خالد، كلية الحقوق. جامعة مستغانم

ط. د. بن ناصر عمر، كلية الحقوق. جامعة مستغانم

15:10-15:00 مشروعية التداوي من العقم عن طريق إجراء التلقيح الاصطناعي - دراسة مقارنة -

ط. د. عليش حنان، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. بوقرة أم الخير، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:20-15:10 محدّدات الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في إطار قانون الصحة رقم: 18-11

د. أيت ساحد كهينة، كلية الحقوق. جامعة تيزي وزو

15:30-15:20 المسؤولية الجزائية الناتجة عن عملية النقل والزرع غير المشروع للأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية

د. صافي نسرين، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:40-15:30 مسألة إثبات النسب في التلقيح الاصطناعي

د. بن زيادة أم السعد، كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

15:50-15:40 موقف القانون الدولي الإنساني من التجارب الطبية على الإنسان

د. فوضيل نورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1

16:30-15:50 مناقشة.

البروفيسور سعيدان أسماء

كلية الحقوق- جامعة الجزائر1

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

المسطرة الإجرائية للملتقى الدولي

النطاق القانوني للبيو– أخلاقيات الطبية في ضوء قانون الصحة الجزائري والمقارن

يومي: 12– 13 أكتوبر 2022

رئيسة الملتقى، ورئيسة اللجنة العلمية للملتقى

أ. د. سعيدان أسماء

رئيس اللجنة التنظيمية للملتقى

د. بلقاسمي سليم

مديرة مخبر حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني

أ. د. بن علي جميلة

المشرفة العامة على التظاهرات العلمية بالكلية

السيدة دلمي مونة

مداخلات جلسات اليوم الأول
12 أكتوبر 2022

المحور الأول

الأحكام المتعلقة بعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، والتبرع بالدم

الفترة الصباحية

الإطار المفاهيمي للبيو – أخلاقيات الطبية

د. مشتي أمال
كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

الملخص:

لقد أثارت البحوث والتجارب لا سيما في مجال تقنيات الهندسة الوراثية مخاوف بقدر ما جاءت به من حلول لمعضلات ومشاكل صحية وأمراض وراثية استعصى علاجها، فكان الحل الوحيد للتوفيق بين أهمية استمرار البحث العلمي في مقابل احترام قدسية الكائن البشري، وذلك بوضع هذه الأبحاث وحصرها ضمن اطر أخلاقية فظهر مفهوم جديد اطلق عليه اطلق عليه الأخلاق الحيوية أو البيو أخلاقيات التي كانت مهمتها وضع القواعد العامة للحفاظ على الإنسان ، ومواجهة المشكلات الناجمة عن التقدم العلمي السريع في مجال الطب والوارثة وعلم الأحياء، والمشرع الجزائري، ومواكبة للتطور العلمي وضبطه في هذا المجال وتماشيا مع المواثيق الدولية وتشريعات الدول تناول في قانون الصحة 18–11 في القسم الرابع من الباب الثالث منه ، قواعد البيو أخلاقيات الطبية.

Summary :

Research and Experiments, particularly in the field of genetic engineering techniques, have raised as many concerns as solutions to dilemmas, health problems and genetic diseases that are difficult to treat. the sanctity 'as the only way to reconcile the importance of pursuing scientific research in exchange for respect for the sacredness of the human being, by placing this research and confining it within ethical frameworks, a new concept has emerged, called bioethics or bioethics, whose task was to set the general rules for human preservation. and tackle the problems posed by rapid scientific advances in medicine, genetics and biology, The Algerian legislator, in accordance with scientific development and seizure in this field and in accordance with international instruments and state legislation, deals with Law 18-11 on health in Part IV of Title III, Rules of biomedical ethics.

مقدمة

إن التقدم العلمي والتكنولوجي قد أصبح أحد أهم العوامل في تطور المجتمع الإنساني، وعلى اعتبار أن التطورات العلمية والتكنولوجية . تتيح باستمرار فرصاً متزايدة لتحسين أحوال معيشة الشعوب والأمم . يمكن أن تولّد في عدد من الحالات مشاكل اجتماعية، وأن تهدد كذلك ما للفرد من حقوق وحرياتأساسية.

وقد أثارت البحوث العلمية والتجارب الطبية حول الإنسان جدلا بين متطلباته البيولوجية الحديثة في مجالات الطب والجراحة والأبحاث العلمية التجريبية، وبين حتمية توافر الحد الأدنى من الاحترام والقدسية للجسم البشري والحفاظ على الكرامة الإنسانية.

فكان لازما الفصل في الجدل القائم حول هل نمنع البحث العلمي في المجال الطبيمن الاستمرار في طريق تقدمه مع أن تقدمه قد يهدد قيما إنسانية لها قداستها،أم نتركه يواصل تقدمه من دون قيد أو شرط حتى لا نضحي

بحرية البحث العلمي، مع ما حققه من إيجابيات في المجال الطبي؟أم نضع بعض القيود الأخلاقية والدينية والفلسفية والتي ترجم في صورة اطرقانونية.

وتم ترجيح الأخيرة وتم اعتمادالبيوتيقاأوالبيو –أخلاقياتالطبيةكقيود وضابط أمام تطور العلوم.هذا المفهوم الذي ظهر أول مرة في بداية سبعينيات القرن الماضي والذي نتج عنه تحول كبير في مجال الطب،نتيجة ضوابط البيو أخلاقيات.

ومن هنا يطرح موضوع مداخلتي الإشكالية التالية، ما المقصود بالبيو –أخلاقيات الطبية، وكيف نشأهذا النظام؟وهل ساهم فيالتقليص من الأثار تقويضالعلم؟

للإجابة عن الإشكالية نعتمد المنهج الوصفي التحليلي ونتناول العناصر الآتية:

أولا: مفهوم البيو –أخلاقيات الطبية

تعرف البيو–أخلاقيات الطبية بأنها الدعوة إلى التحلي بالسلوك الإنساني في المسائل المتعلقة بحياة الإنسان.

أ. تعريف البيو –أخلاقيات الطبية

يعد مصطلح الأخلاقيات الحيوية ، الذي يقابله باللغة الأجنبية la bioétiqueمصطلحاً حديثاً، وقد استخدم أول مرةمن طرف الطبيب الأمريكي، Van Rensselaer Potter عام 1970 في مقال نشره في مجلة أمريكية،[1]البيوتيقا علم البقاء وكان بوتر يهدف من خلال هذا العلم إعادة النظر في العلوم خاصة في مجال الطب لهذا أراد تأسيس علم البقاء أو الاستمرار على قيد الحياه إذ حاول الربط من خلال مصطلح البيو – أخلاقيات أوbioétique بين كلمة bioأوbiologie وتعني علم الحياة وكلمة Ethique وتعني علم الأخلاق ومبادئ توجيه السلوك البشري.هذا ما ضمنه في كتابه "الأخلاقيات الحيوية، جسر نحو المستقبل[2][3]". وقد بادرت القواميس والموسوعات إلى اعتماده منذ سنة 1982.

والأخلاقيات الحيوية لها مفهومان، أحدهما واسع والآخر ضيق. وتهدف الأخلاقيات الحيوية في معناها الواسع إلى تقدير التبعات الأخلاقية والاجتماعية والإنسانية لاستثمار ملكيات الكائن الحي في جميع القطاعات المعنية، وبصورة خاصة قطاعات الصحة والتغذية والبيئة، وتهدف كذلك إلى تحديد القواعد اللازمة لتوجيه التقدم الحاصل فيها. وهذا المفهوم هو الذي أدى إلى إحداث المجموعة الأوربية لأخلاقيات العلوم والتقنيات الجديدة التابعة للمفوضية الأوربية[4].

---

[1] محتال أمنة، التأطير القانوني للعمل الطبي على الجينوم البشري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص جامعة تلمسان 2016/ 2017، الجزائر، ص 81.

عنوان المقال: Bioethics, the Science of Surviva

[2]Bioethics, Bridge to the Future,1971

[3]Henk A. M. J. tenHave,Potter's Notion of Bioethics,Kennedy Institute of Ethics Journal, Volume 22, Number 1, March 2012, pp. 59-82 (Article)

[4] فواز صالح ، مرجع سابق ، ص 127

أما الأخلاقيات الحيوية بمعناها الضيق فتتعلق فقط بالبحوث والتقنيات الطبية الحيوية. وتندرج الاتفاقية الأوربية المتعلقة بحقوق الإنسان والطب الحيوي لعام 1997، وكذلك معظم القوانين الوطنية المتعلقة بالأخلاقيات الحيوية ضمن هذا المفهوم.

أما المشرع الجزائري فقد عرف البيو –أخلاقياتضمن أحكام المادة 354 من قانون الصحة 18-11 [1]الواردة في الفصل الرابع المعنون البيو –أخلاقياتبنصه البيو –أخلاقياتهي كل التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها،والأنسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالها والمساعدة على الأنجاب،والبحث البيو طبي،" أيان المشرع الجزائري – وان كان ليس من وظيفة المشرع تقديم تعريف –قصر تعريفه على تعداد المجالات التي تعالجه البيو –أخلاقياتالطبية.

أ. أسباب ظهور البيو –أخلاقياتالطبية:

تكمن أسباب ظهور الأخلاقيات الحيوية في التقدم العلمي الناجم عن الثورة البيولوجية الجزيئية، وكذلك من أزمة في الأخلاق العالمية.

1. **الثورة البيولوجية الجزيئية:** منذ أن اكتشف Francis Crick وJames Watson بنية الحمض النووي منقوص الأوكسجين الدنا (DNA باللغة الإنكليزية وADN باللغة الفرنسية) والعالم يشهد ثورة بيولوجية جزيئية لا تهدأ، إذ تقود هذه الثورة العالم من اكتشاف علمي إلى آخر،

- وفي عام 1978 ولد أول طفل أنبوب في بريطانيا.
- وفي عام 1979 تم إحصاء أول تجربة للاستنساخ البشري قام بها باحث من جامعة كولومبيا في نيويورك،
- الهندسة الوراثية.

2. **أزمةالأخلاقالعالمية:**

أظهر التقدم العلمي الناجم عن الثورة البيولوجية تناقضاً بين نوعين من الأدبيات الأخلاقية والطبية، وهما الأدبيات الأخلاقية التقليدية للطبيب التي تهدف إلى إعطاء المريض العلاج المناسب في ضوء المكتسبات العلمية الحالية، والأدبيات الأخلاقية للباحث التي تهدف إلى وضع كل مصادر المنهج التجريبي للبحث في خدمة معرفة أكيدة لإثراء طريقة معينة من العلاج. ونجم عن هذا التناقض نوع من التعارض بين أخلاقيات الحكمة والحيطة وأخلاقيات المجازفة والمخاطرة، وهذا التعارض أدى إلى ظهور أزمة أخلاق عالمية.[2]

تسببت في ظهور علمالبيو–أخلاقياتهذا الأخير لم يظهر إلىالوجود إلا بعد مراحل تدرج فيها بين ظهور بعض المبادئ المتفرقة إلىأن تمت صياغة قواعده شكل نصوص قانونية ملزمة، أو إعلانات عالمية ملزمة.

1القانون 18-11 مؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة ، ج ر ج ع 46 الصادرة بتاريخ 29 يوليو2018 .

[2] فواز صالح، مرجع سابق، ص 125.

ويعد الحكم الصادر عن محكمة نورمبرغ Nuremberg بتاريخ 19 و1947/8/20 بمنزلة شهادة ميلاد حقيقية للأخلاقيات الحيوية. وتعرف المبادئ التي كرسها هذا الحكم اليوم باسم قانون أو ميثاق نوفمبر[1]، وتشهد على العلاقة الوثيقة بين الأخلاقيات الحيوية وحقوق الإنسان. وقد كرست المحكمة بعد أن أدانت الأطباء النازيين بسبب استخدامهم المعتقلين والمرضى المقيمين في المعتقلات في تجاربهم وبحوثهم للمرة الأولى رسمياً المبدأ الدولي المتعلق بتوافر رضا الشخص المعني المستنير والحر بالخضوع للتجربة.

كذلك يعد إعلان هلنسكي المعنون " المبادئ الأخلاقية للبحوث الطبية على البشر" المعد من الجمعية الطبية العالمية في العام 1964 أول وثيقة تدعو إلى إنشاء لجان مستقلة من أجل التأكد من صحة البحوث التي تتم على الإنسان من الناحيتين الأخلاقية والعلمية.

ولكن إذا كان لدينا شيء يجب تسليط الضوء عليه في تاريخ أخلاقيات علم الأحياء، فهو تقرير Belmont (1978)وُلد في أعقاب إنشاء اللجنة الوطنية لحماية الأشخاص المعرضين للبحث الطبي الحيوي والسلوكي في الولايات المتحدة، بتاريخ 1974/7/12، بعد ويلات تجربة توسكيجي المعروفة (حول مرض الزهري الذي لم يعالج في الأمريكيين من أصل أفريقي). وتضمن هذا التقرير ثلاث مبادئ أو المعايير لتوجيه التحقيق مع البشر في الطب الحيوي.[2] لا يزال تقرير بلمونت اليوم يعتبر نصًا مرجعيًا للباحثين في مجال البيواخلاقيات.

نصت اتفاقية اوفيدو 1997 OVIEDOفي 4/ 4 / 1997 على انه لا يمكن المساس بجسد الأنسانإلالضرورةعلاجية وهي من جهة حماية لحق إنساني أساسي الحق في العلاج ومن جهة أخرى توجب احترام حرمة الجسد فأباحت هذه الاتفاقية نقل الأنسجةوالأعضاء البشرية بين الأحياء، حيث لم تعد سلامة الجسد واكتماله عائقا، غير أن عملية النقل تقتضي إحاطتها بأقصى قدر من الضمانات.[3]

3. الشعور بالخوف والرعب من الثورة العلمية

الأخلاقيات الحيوية هي في رأي الفيلسوف الألماني Hans Jonas تعبير عن القلق الذي ينتاب الإنسان من النتائج التي يمكن أن تترتب على بعض الاكتشافات العلمية. وفي الحقيقة فإن هذا القلق لم يكن ينتاب الفلاسفة فقط، فقد امتدت أزمة الآداب المهنية التي مست الأوساط الطبية بعد الحرب العالمية الثانية إلى الأوساط العلمية أيضاً، وذلك من بداية السبعينيات من القرن العشرين.

والشعور بالقلق من منجزات التقدم العلمي في بعض المجالات هو الذي دفع منظمة اليونسكو إلى إصدار الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان في تشرين الأول/أكتوبر 2005.[4]

---

[1]كود نورمبرغ (بالإنجليزية)Nuremberg Code : هو أحد المبادئ الأساسية للأخلاق على الإنسان، تم وضعه خلال محاكمة أطباء النظام النازي في مدينة نورمبرغ الألمانية بعد هزيمة الألمان في الحرب العالمية الثانية، ويعتبر حتى اليوم، الأساس في مجال إعداد وتنفيذ التجارب الطبية والنفسية على البشر.

[2]احترام الإنسان، فعل الخير الإحسان، العدالة.

[3]بن ناصر عمر عيسانيرفيقة ، البيو – أخلاقيات الطبية في مجال نزع وزرع الأعضاء. والأنسجة والخلايا البشرية وتنظيمها القانوني في التشريع الجزائري، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 10 العدد 1(2022)، ص 224، 243 ، ص 229،230.

[4] منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا، تم اعتماده في الدورة الثالثة والثلاثون بالترحيب العام بتاريخ 19 أكتوبر 2005.

وحاولت الدول السير في هذا المجال بوضع التشريعات التي من شأنها أن تكفل استخدام المنجزات العلمية والتكنولوجية لتأمين الأعمال الأكمل لحقوق الإنسان والحريات الأساسية من دون أي تمييز بسبب العنصر أو الجنس أو اللغة أو المعتقدات الدينية.[1]

ثانيا:أحكامالبيو –أخلاقياتالطبية

العب القانون دورا هاما في تطوير الأخلاقيات إذ ساهم رجاله بفاعلية في وضع المبادئ القانونية والأخلاقية التي تحكم أخلاقيات الطب وعلم الأحياء، فالقانون الفرنسي ينص على عدد من المبادئ الأساسية التي يجب أن تخضع لها التطورات العلمية التي حققتها الثورة البيولوجية وإذاألقينا نظرة على مواده نجدها تكرس ثلاث أنواع من المبادئ الأساسية في هذا المجال النوع الأول يتعلق بالشخص ذاته، والنوع الثاني يتعلق بجسد الشخص وأخيرا يتناول النوع الثالث الجنس البشري.[2]

ويعد الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان اهم طار قانوني على المستوى الدولي ، و سنحاول التسليط على الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، لـ:

- لأنه يعد اهم نص يعالج القضايا الأخلاقية التي يطرحها الطب وعلوم الحياة والتكنولوجيا المرتبطة بها في تطبيقها على البشر مع مراعاة أبعادها الاجتماعية والقانونية، حسب ما جاء في المادة الأولى منه،
- لأنه كما ورد في مادته الثانية: أن هذا الإعلان يسعى إلى توفير إطار عالمي من المبادئ والإجراءات التي تسترشد بها الدول في صياغة تشريعاتها وسياستها أو أي صكوك أخرى في مجال أخلاقيات البيولوجيا.
- وقد نص في ديباجة هذا الإعلان انه اخذ بعين الاعتبار في صياغته، مختلف الصكوك الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948، والعهدين الدوليين للأمم المتحدة الخاصين بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وبالحقوق المدنية والسياسية الصادرين 1966والاعلان العالمي بشأن المجين وحقوق الإنسان الذي اعتمدته اليونسكو 1997، وغيرها.[3]
- كما قد اخذ في الاعتبار الصكوك الدولية والإقليمية المبرمة في مجال أخلاقيات البيولوجيا بما في ذلك اتفاقية حماية حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية فيما يخص تطبيقات البيولوجيا والطب واتفاقية مجلس أوروبا لحقوق الإنسان والطب البيولوجي 1997وغيرها من النصوص مثل إعلان هلنكسي الصادر عن الرابطة الطبية بشأن البحوث الطبية على البشر سنة 1964.

وفي الجزائر وفي مجال تأطير وتنظيم البيو أخلاقيات الطبية، سبق القول إلى أن المشرع نص على البيو أخلاقيات في قانون الصحة 18-11، وحصر مجالاتها، في نقل وزرع الأعضاء، والأنسجة البشرية والتبرع بالدم ومشتقاته واستعمالها والمساعدة الطبية على الإنجاب.

---

1 فواز صالح، مرجع سابق، الموقع السابق

2 أسماء قاسم محمد، مفهوم الأخلاق في مجال التقنيات الطبية المعاصرة، قسم الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة كربلاء، 118- 130، ص 124.

3منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا، تم اعتماده في الدورة الثالثة والثلاثون بالترحيب العام بتاريخ 19 أكتوبر 2005.

وكذلك أنشأ هيئة وكلفها بأداء الآراء والتوصيات في المسائل الأخلاقية والمسائل ذات الصلة بأخلاقيات علوم الصحة التي تطرحها التطورات العلمية والتكنولوجية في مجالات علم الأحياء والبيو أخلاقيات والطب البشري وعلوم الصحة.[1]

وتتمثل مهمتها خصوصا فيما يأتي:

- اقتراح التدابير التي تهدف إلى ضمان احترام قواعد الأخلاقيات الطبية.
- إبداء آراء وإصدار توصيات في الجوانب الأخلاقية المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها في الدراسات العيادية والمساعدة الطبية على الإنجاب والتجريب والمناهج العلاجية المطلوبة للتطوير التقني الطبي والبحث العلمي مع احترام حياة وكرامة الشخص وحماية سلامته الجسدية والنفسية...[2]

موضوعات مبادئ البيو–أخلاقياتالطبية

الموضوعات الأكثر شهرة في أخلاقيات البيولوجيا التطبيقية هي:

- الإجهاض وحالة الجنين
- قتل رحيم
- علم الوراثة والاستنساخ البشري
- البحوث والتجارب السريرية
- العلاقة بين الطبيب والمريض
- التبرع بالأعضاء

في تشرين الأول/أكتوبر 2005.اعتمد المؤتمر العام ليونسكو الإعلان العلمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان وللمرة الأولى في تاريخ أخلاقيات البيولوجيا تعهدت الدول الأعضاء والتزم المجتمع الدولي باحترام تطبيق المبادئ الأساسية لأخلاقيات البيولوجيا في نص واحد.

<u>مبادئ البيو أخلاقيات الطبية</u>

وقد تضمّن هذا الإعلان: مجموعة من المبادئ:

- احترام الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان،
- المنفعة والضرر
- الاستقلالية والمسؤولية الفردية
- القبول وحماية الأشخاص العاجزون عن إبداء القبول
- احترام الضعف البشري والسلامة الشخصية
- حرمة الحياة الخاصة للشخاص وسرية المعلومات الخاصة بهم

---

[1] المادة الثانية من المرسوم 22–312 المؤرخ في 12 سبتمبر 2022 يحدد تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمه وسيره ، ج ر ج ع 62 ، الصادرة بتاريخ 21 سبتمبر سنة 2022

[2] المادة الثالثة من المرسوم 22–312 المؤرخ في 12 سبتمبر 2022 يحدد تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمه وسيره ، ج ر ج ع 62 ، الصادرة بتاريخ 21 سبتمبر سنة 2022

- المساواة والعدالة والإنصاف
- عدم التمييز وعدم الوصم
- احترام التنوع الثقافي والتعددية
- التضامن والتعاون
- المسؤولية الاجتماعية والصحة
- تشاطر المنافع
- حماية الأجيال المقبلة.[1]

الخاتمة

إن مبادئ البيو أخلاقيات الطبية سايرت البحث العلمي في مجال علم الأحياء والطب كان لها الأثر الأكبر في سد الطريق أمام الممارسات اللاأخلاقية كما كان لها دور صمام الأمان لصون كرامة وحرمة جسم الإنسان.

كما سمحت البيو–أخلاقيات الطابية بخلق توازن بين حرمة جسم الإنسان وبعث آمال جيدة لشفائه في ظل تطور الأبحاث في ظل تطور الأبحاث في البيولوجيا الحيوية والطب، ومن جانبها مهدت الاجتهادات الفقهية الطريق أمام عدة عمليات (التبرع بالأعضاء خاصة) هذا ما دفع المشرع الجزائري إلى تكييف المنظومة القانونية في هذا المجال، وتبنى قانون الصحة نظام البيو أخلاقيات الطبية ضمن أحكام الباب السابع الذي تضمن في فصله الرابع: البيو–أخلاقيات. ولقد اجر المشرع الجزائري العيدي من العمليات المتعلقة التي تدخل في إطار البيو أخلاقيات والتي تحقق منفعةعلاجيةللمرضى.

التوصيات:

المشرع الجزائري في إطار قانون الصحة وباعتماده قواعد البيو–أخلاقيات، بما يتماشى مع طبيعةالمجتمع الجزائري الإسلامي، قد قطعا شوطا كبيرا في هذا المجال وتخفيف الأم وأوجاع الكثير من المرضى خاصة في مجال زراعة الأعضاء، وغيرها، غيرأن عليه استكمال النصوص التطبيقية لقانون الصحة 18–11 على غرار المرسوم الصادر منذ شهر جوان لسنة 2022 المحدد لتشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمه وسيره.

إذا كان المشرع الجزائري قد تبنى البيو أخلاقيات الطبية في مجالات معينة سبق ذكرها فلا بد من التشجيع، ونشر الوعي على أهمية التبرع بالأعضاء خاصة، على مستوى والمساجد وجمعيات المجتمع المدني. فلا بد من تفعيل النصوص القانونية.

على المستوى الدولي ضرورة التعاون الدولي في مجال أخلاقيات البيولوجيا، مع مراعاة الفجوة العلمية في العالم بمراعاة الدول النامية وحمايتها.

[1]منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا، تم اعتماده في الدورة الثالثة والثلاثون بالترحيب العام بتاريخ 19 أكتوبر 2005.

قائمة المصادر والمراجع

الإطار القانوني:

- منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا، تم اعتماده في الدورة الثالثة والثلاثون بالترحيب العام بتاريخ 19 أكتوبر 2005.
- القانون 18-11 مؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة ، ج ر ج ع 46 الصادرة بتاريخ 29 يوليو2018 .
- المرسوم 22-312 المؤرخ في 12 سبتمبر 2022 يحدد تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمه وسيره ، ج ر ج ع 62 ، الصادرة بتاريخ 21 سبتمبر سنة 2022

- **المؤلفات**

- أسماء قاسم محمد، مفهوم الأخلاق في مجال التقنيات الطبية المعاصرة، قسم الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة كربلاء، 118- 130.
- محتال آمنة ،التأطير القانوني للعمل الطبي على الجينوم البشري ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص جامعة تلمسان 2016/ 2017، الجزائر
- 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(2022)، ص 224، 243 ، ص 229،230.
- Bioethics, Bridge to the Future,1971 Henk A. M. J. ten Have, Potter's Notion of Bioethics, Kennedy Institute of Ethics Journal, Volume 22, Number 1, March 2012, pp. 59-82 (Article).

المفهوم الدولي للأخلاقيات – البيو الطبية

د. تونسي محمد الصالح
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:

الأبحاث الطبية والحيوية هي أساس تطور الطب واستمرار الاكتشافات العلاجية وتطوير الأدوية ومقاومة الأوبئة. وبالرغم من عدم وجود اتفاقيات دولية عالمية توضح مضمون الأخلاقيات الطبية والحيوية إلى أن مدونات السلوك والإعلانات التي اعتمدتها المنظمات الدولية في الموضوع من اتحادات ومنظمات مهنية ومتخصصة، ساهمت في وضع مجموعة من الضوابط والمبادئ والقواعد القانونية والأخلاقية التي بواسطتها اعتمدت الدول تشريعات إلزامية على الطاقم الصحي والطبي لأجل احترام الأخلاقيات الطبية وضمان احترام كرامة الإنسان وحياته..يتعلق موضوع المداخلة بالتعرض إلى كل ما هو خاص بالأخلاقيات الطبية والحيوية على المستوى الدولي، وما هي أهم المبادئ والقواعد المنظمة لكل النشاطات الطبية التي من شأنها أن تمس أو تهدد الكرامة الإنسانية، وحقوق الإنسان الشخصية وحرياته.لذلك يمكن طرح الإشكالية التالية ومحاولة الإجابة عليها:

كيف ساهم القانون الدولي في تكريس وتطوير أنظمة قانونية وشرعية تحفظ كرامة الإنسان أثناء إجرائه للعلاج أو التشخيص أو البحث الطبي ؟

وما هي أهم النصوص الصلبة واللينة التي نظمت مواضيع متعلقة بالأخلاقيات البيوطبية ؟

أو التعرض للموضوع يكون وفق مبحثين:

المبحث الأول: يتضمن موضوع: الإطار العام للبيو– أخلاقيات الطبية.

المبحث الثاني: يتضمن موضوع: التنظيم القانوني الدولي للأخلاقيات البيوطبية.

الكلمات المفتاحية:

الإعلانات الدولية، المنظمات المتخصصة والمهنية، البيوتيكا والأخلاقيات الحيوية، الأخلاقية الطبية، الجينيوم البشري.

مقدمة

لعب القانون الدولي دورا أساسيا في نشأة وتطوير النصوص المتعلقة بالأخلاقيات الحيوية والطبية، وقد يتعلق الأمر بحماية الشخص ذاته وحماية جسده وعقله وحماية الجنس البشري والإنسانية عموما.

غير انه يمكن القولأن النصوص الدولية التي نظّمت هذه الأخلاقيات في غالبيتها نصوصا لينة وأنه لحد الساعة لا يوجد برنامج دولي عالمي طبي شامل وإلزامي على الدول والأشخاص فيما يتعلق بتحويل الأخلاقيات الطبية والحيوية بالرغم من مرور أكثر من 1000 سنة على نشر أولى الأعمال حول الأخلاقيات الطبية ووجود قسم ابقراط منذ آلاف السنين.

يتعلق الأمر هنا بموضوع العلاج والعناية الطبية والبحث الطبي التي أصبحت هذه العلوم في الوقت الحاضر ومع التقدم العلمي والتقني اللا متناهي وغير المراقب تهدد الحياة البشرية والأخلاق الإنسانية والكرامة الإنسانية[1].

وبالمقابل فإن الأبحاث الطبية والحيوية هي أساس تطور الطب واستمرار الاكتشافات العلاجية وتطوير الأدوية واكتشاف الطرق الحديثة للتشخيص المبكر للأمراض المستعصية.

أمام مثل هذه التناقضات جاءت النصوص الدولية بمبادئ وضوابط وقواعد تتضمن أخلاقيات أوبيوثيكا لتفادي المساس بمشروعية البحث الطبي والحيوي ولحماية الإنسان والإنسانية من التجاوزات الطبية التي شهدها العالم على مر السنين.

يمكن طرح **الإشكالية** التالية :

كيف ساهم القانون الدولي في تكريس وتطوير أنظمة قانونية تحفظ كرامة الإنسان أثناء اجرائه أو التشخيص او البحث الطبي كيف ساهم القانون الدولي في تكريس وتطوير أنظمة قانونية تحفظ كرامة الإنسان أثناء إجرائه العلاج والتشخيص والبحث الطبي العلاج والتشخيص والبحث الطبي؟

وما هي أهم النصوص الصلبة واللينة التي نظمت مواضيع متعلقة بالأخلاقيات البيوطبية ؟

المبحث الأول: الإطار العام للبيو أخلاقيات الطبية

مع منتصف القرن العشرين بدأت العلوم الطبية والبيولوجية تتصدر البحوث العلمية ودخلت بشكل واسع مجالات البحث العلمي والتكنولوجي والحيوي وذلك لأهميتها القصوى في استمرار الحياة ورفاهية الإنسان والبشرية جمعاء مع أنها ارتبطت من جهة أخرى ارتباطا وثيقا بالإنسانية سواء من الناحية العلاجية أو الحياتية أو الأخلاقية، كما ارتبطت ارتباطا مصيريا بالإنسان سواء من الناحية الجسدية والجسمانية ومن الناحية العقلية والنفسية.

هذا كله وبالإضافة إلى مختلف هذه الاعتبارات فإن هذه العلوم أو البحوث أصبحت ذات علاقة أيضا بالجوانب التنظيمية والقانونية سواء على المستوى الدولي أو الوطني.

لذلك كان من الضروري التعرض في هذا المبحث إلى الإطار المفاهيمي للأخلاقيات البيو طبية في المطلب الأول ومضمون الأخلاقية البيو– طبية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الأخلاقيات البيوطبية: الإطار المفاهيمي

تتفرع الأخلاقية البيو طبية إلى نوعين الأولى خاصة بالأخلاقيات المتعلقة بالعلوم والبحوث الحيوية أو البيولوجيا، والثانية خاصة بالأخلاقيات المتعلقة بالعلوم والبحوث الطبية.

الفرع الأول: المقصود بالأخلاقيات البيوطبية

للتعرف على هذا المصطلح الحديث لنا أن نتعرض إلى تحديد المفهوم وظروف نشأته والخصوصيات التي تتميز بها الأخلاقيات البيوطبية.

---

[1]ترجمة محمد الصالح بن عمار: جمعية الطب العالمية –كتاب– John Williams الأخلاقيات الطبية، باريس 2005، ص6.

أولا: مفهوم الأخلاقيات البيوطبية

تمثل أخلاقيات البيوطبية والأخلاقية الحيوية أو البيوتيكا مجموعة من التخصصات التي تجمع رجال العلم والدين، والفلاسفة والأطباء وعلماء البيولوجيا والقانون والسياسة والاقتصاد وعلماء النفس والاجتماع للوصول إلى مجال علمي معرفي يتضمن مجموعة من الضوابط والمبادئ والقيم القانونية لتنظيم الممارسات البيوطبية.

1- تعريف مصطلح الأخلاقيات البيوطبية

سبقت الإشارة إلى أنها مجموعة المبادئ والقيم والضوابط لتنظيم الممارسات الطبية.

- الأخلاقية الحيوية:

يعبر عن المصطلح بأنه الأخلاقيات البيولوجيا أوالبيوتيك والذي يقصد به مجموعة القواعد التي يقوم المجتمع بوضعها لنفسه لمواجهة المشكلات الناجمة عن التقدم العلمي في مجالات الطب والوراثة وعلم الأحياء وذلك من أجل ضمان احترام كرامة الإنسان[1].

من هذا المنطلق يمكن القول أن الأخلاقيات الحيوية هي التي تكرس المبادئ التوجيهية سواء القانونية أو الأخلاقية لأجل ضمان الحق في احترام الكرامة الإنسانية، وبهدف تحديد القواعد اللازمة لتوجيه هذا التقدم العلمي.

وقد عرفت البيوتيكا من طرف العديد من الشراح مع أنها كلها اتجهت نحو المحور المتفق عليه وهو التطورات البيوطبية وعلاقتها بالحياة الإنسانية.

ومن هذه التعريفات نذكر: إنالبيوتيكا هي دراسة متعدد التخصصات لتسيير الحياة الإنسانية في ضوء التطورات المستمرة للتقنيات البيوطبية.

ومن الناحية الفلسفية فهي البحث عن الحلول للصراع القيمي في عالم التدخلات البيوطبية[2].

أما إذا حاولنا إيجاد العلاقة بين الأخلاقيات الطبية التي تعتبر وتصرفا أخلاقيا للطب لخدمة المريض فإن الأخلاقيات الحيوية هي وضع البحث المتعدد التخصصات لخدمة الحياة ومنه يلتقي المصطلحين في التطبيق عندما يتعلق الأمر بالطب الحيوي خاصة.

لذلك أصبح مصطلح الأخلاقيات يضم كل من الأخلاقيات الطبية والأخلاقيات الحيوية أوالبيوتيكا غير أن الأخلاقيات الحيوية لا تتعلق فقط بالأخلاقيات الطبية ذلك أن هذه الأخيرة تضم كل الميادين الطبية عكس الأولى[3].

2- الأخلاقيات البيو طبية في النصوص الدولية

نصت المادة الأولى من الإعلان العالمي للأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان الذي اعتمده المؤتمر العام لليونسكو في دورته 33 بتاريخ 19 أكتوبر 2005 على أن هذا الإعلان "يعالج القضايا الأخلاقية التي يطرحها الطب وعلوم الحياة والتكنولوجيات المرتبطة بهما في تطبيقاتها على البشر مع مراعاة أبعادها الاجتماعية والقانونية والبيئة".

---

[1] فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الاخلاقيات الحيوية – دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27 العدد الأول، دمشق ص247.

[2] انظر مختلف هذه التعريفات: إحسان علي عبد الأمير الحيدري، البيوتيكا بين الدين والفلسفة، مجلة الآداب، ملحق العدد 133، بغداد جوان 2020، ص474.

[3] للمزيد من التفاصيل:

Didier Sicard, L'éthique médicale et la biotique, collection que saisje PUF, Paris 2022 p 3 et suite.

وبالتالي فإن الأخلاقيات البيو طبية هي القيم الأخلاقية التي تطرح على الطب وعلوم الحياة.

كما عرفتها جمعية الطب العالمية بأن الأخلاقيات الطبية هي مقياس الأخلاق الطبية لما لها من علاقة بسلوك الطبيب وقراره فيما يتعلق بقضايا علمية وتقنية مثل معالجة المرض ولكن أكثر في علاقتها التي تضع الطبيب أمام مشكلة أخلاقية وتعتني بحقوق الإنسان في آن واحد[1].

يمكن القول أن الأخلاقيات الطبية ذات علاقة بالأخلاق لكنها ليست هي الأخلاق بل شبيهتها ذلك لأن الأخلاقيات الطبية البيولوجية تعني كل القضايا المتعلقة بالمواضيع الأخلاقية التي لها صلة بالعلوم البيولوجية.

والفرق بين البيوتيك أو الأخلاقيات البيولوجيا والأخلاقيات الطبية أن الأولى لا تتطلب الاعتراف ببعض القيم التقليدية التي لها بالأخلاق الطبية.

ثانيا: أهمية البحوث الطبية

تظهر الحاجة الماسة إلى البحوث الطبية لأسباب عدة وبالتالي وجوب تشجيع هذه البحوث مع ارتباطها بالأخلاقيات الطبية حتى لا تخرج عن الأهداف الإنسانية والأخلاقية وحتى الدينية.

وهكذا نجد أن الأخلاقيات الطبية تهدف إلى حماية المريض والطبيب في آن واحد سواء أثناء العلاج أو التجارب الطبية، كما تنظم هذه القواعد المواقف التي يوجد فيها المريض أو الطبيب في خطر او عرضة للخطر حيث تطبق هذه القواعد في مجال البحث الطبي وفي حالة الضرورة الموازنة بين مصلحة المريض والمصالح الجماعية للمجتمع وصالح الإنسانية.

وتظهر أهمية العلوم الطبية التجريبية كونها الأكثر تأثيرا على الإنسان في علاقتها بالبيولوجيا وعلم الحياة، فالأبحاث الطبية أساس تطور الطب واستمرار الاكتشافات العلاجية وتطوير الأدوية واكتشاف الطرق الحديثة للتشخيص المبكر للأمراض المستعصية.

الفرع الثاني: نشأة البيوتيكا والأخلاقيات البيوطبية

بدأت الفكرة في إطار مفهوم البيوتيكا أو الأخلاق الحيوية ومع التطور الحاصل في العديد من المجالات والأنشطة خارج الطبية برز المفهوم البديل عن الأخلاق وهو الأخلاقيات أي تحول من éthique الى moral.

أولا: ظهور الفكرة

وجد المفهوم الجديد في الأخلاقية التطبيقية في بعض العلوم التطبيقية وظهر أيضا مفهوم أو مصطلح البيوتيكا على العلوم التي تعنى بمعالجة المشكلات الأخلاقية والتي يثيرها ميدان الطب والبيولوجيا مما أصبحت تترجم إلى مصطلحات مقاربة مثل: أخلاقيات الطب والبيولوجيا، أو الأخلاقيات الطبية أو أخلاقيات علوم الحياة أو أخلاقيات علوم الصحة والحياة، او البيواخلاقيات.

توعد الجذورها إلى وقائع الحرب العالمية الثانية ومساهمة الأطباء في فضائع الحرب وكذا التجارب الأمريكية غير المشروعة[2].

---

[1] ترجمة محمد الصالح بن عمار، مرجع سابق ص 7.

[2] احسان علي عبد الأمير الحيدري، مرجع سابق ص476.

ثانيا: أسباب الظهور

ومن أهم الأسباب التي أدت إلى نشأة أخلاقيات الطب والبيولوجيا نذكر الثورة البيولوجية والتقدم في العلوم الطبية وكذا لأسباب قانونية منها عدم موافقة المرضى الخضوع للتجارب أو عدم علمهم بذلك، مما أدى إلى بروز الأخلاقيات الطبية المستوحاة مبادئها من الأديان السماوية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

وهي التي كانت الطريق نحو تأسيس ما يعرف بمراكز الاستفاء والبحوث الطبية ولجان الأخلاقيات الطبية.

وكان للإنسان دور بارز في تطور الأخلاقيات الطبية والعلوم الحيوية عموما، حيث أصبح الإنسان خاضعا للتجارب العلمية والبحوث الطبية مع وجود ضرورة التوازن بين الطب والجراحة والأبحاث العلمية التجريبية وبين توفير الحد الأدنى من الاحترام والقدسية للجسم البشري والحفاظ على الكرامة الإنسانية، مما استوجب تحديد الضوابط الشرعية والقانونية والأخلاقية والإنسانية لهذه البحوث والتجارب الطبية على الإنسان[1].

ظهر المفهوم بداية السبعينات في الثقافة الأمريكية في كتابات الفيلسوف والبيولوجي Van Ramsselaer عام 1971 رغم وجود تطبيقاتها منذ الحرب العالمية الثانية وعلاقة الموضوع بالأخلاق الطبية وليس بالأخلاقيات الطبية[2].

المطلب الثاني

الأخلاقيات البيوطبية: المضمون

نصت المادة 3 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان على أهم المبادئ ذات العلاقة بالأخلاقيات البيولوجية والطبية وعلى مبدأ الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان، والمادة 4 على مبدأ المنفعة والضر والمادة 5 على مبدأ الاستقلالية والمسؤولية الفردية و المادة 6 على القبول، وغيرها من المبادئ الواجب احترامها بمثابة أخلاقيات مهنة الطب والبيولوجيا.

الفرع الأول

مبادئ الأخلاقيات البيوطبية

لنا أن نتعرض لأهم هذه المبادئ:

أولا: مبدأ الكرامة الإنسانية

تعتبر الكرامة الإنسانية من أهم حقوق الإنسان الواجب ضمان احترامها

– مفهوم الكرامة الإنسانية:

---

[1] أسماء قاسم محمد، مفهوم الاخلاق الحيوية في مجال التقنيات الطبية المعاصرة، مجلة جامعة اهل البيت، العدد 15، مارس 2014، بغداد، ص122.

[2] التفاصيل حول الموضوع: Didier Sicard op.cit p10 et suite.

انظر أيضا في موضوع نشأة البيوتيكا وعلاقتها بالتجارب الطبية قبل سنة 1970 والتحديات الأخلاقية الطبية :

Jocelyne Saint Arnaut, Enjeux éthiques et technologies biomedicales, Presses universitaires de Montréal ; 1999 revues en Aout 2022, P23 et suite.

تعرف الكرامة الإنسانية على أنها قيمة داخلية تجعل الإنسان يشعر بالمساواة مع الآخرين وهي في تناقض مع مفاهيم أخرى مثل التعذيب والشتم والمعاملة المنحطة.

فهي تمثل قيمة الإنسان كإنسان بشري وليس لاعتبارات أخرى مثل المرض والضعف، كونها مبرر أخلاقي لكل الأحكام بما فيها ما يشرع للموت الرحيم باسم الرحمة وإنهاء الحياة بالمساعدة الطبية كون هذا الفعل يشكل انتقاصا من كرامة الضعفاء والمسنين والمرضى ومساسا بحقوق الإنسانية، بل الكرامة الإنسانية تستلزم مداواته والبحث عن العلاج الذي يخفف من آلامه[1].

ثانيا: الحق في الكرامة الإنسانية على الصعيد الدولي[2]

1- في النصوص الدولية العامة

يعتبر هذا الحق من الحقوق الأساسية التي نصت عليها العديد من المواثيق الدولية وفي أولها مقدمة ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945 وفي الصك التأسيسي لمنظمة اليونسكو لعام 1946 والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 والعهدين الدوليين للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 وكذا العديد من النصوص الدولية الأخرى.

2- الحق في الكرامة الإنسانية في النصوص الدولية الخاصة

هذه النصوص الخاصةتتعلق بشكلبتطبيقات الأخلاقيات الحيوية والتقدم العلمي والتقني في مجالات الطب والوراثة وعلم الأحياء والتي تنص على ضمان احترام الحق في الكرامة الإنسانية.

يمكن الإشارة إلى أهمها والتي لنا عودة في المحور الثاني للتعرف على بعضها ضمن الأحكام الدولية للأخلاقيات البيوطبية.

- نذكر الإعلان العالمي حول المجينأو الجينيوم البشري وحقوق الإنسان الذي اعتمده المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو في دورته 29 في باريس بتاريخ نوفمبر 1997 بالإجماع ودخل النفاذ في 1998، حيث كرس الإعلان مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في الديباجة بالنص على انه يجب أن تحترم البحوث في مجال المجين البشري والتطبيقات الناجمة عنه بشكل كامل كرامة الإنسان، واعتبر الإعلان أن الكرامة الإنسانية حق من حقوق الإنسان وسمو هذا الحق أثناء إجراء البحوث العلمية.
- الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية[3]: اعتمد هذا الإعلان في المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو في دورته 32 المنعقد في باريس في 16 أكتوبر 2003 وتضمن مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في ديباجته مع تأكيده على مبادئ إعلان المجين البشري السابق ذكره.

---

[1] غيات حسن الأحمر، الكرامة الإنسانية وتطبيقاتها في القضايا الطبية، مركز الملك عبد الله العالمي للأبحاث الطبية، الرياض 2016، ص3.

[2] يمكن الرجوع الى معلومات مفصلة حول الموضوع: فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية – دراسة قانونية مقارنة – مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، 2011 ص 263 وما يليها.

[3] التفاصيل: تونسي محمد الصالح المسؤولية الدولية للدولة عن الأضرار البيئية المحضة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1 كلية الحقوق، 2019، ص203 وما يليها.

- الإعلان العالمي للأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان السابق الإشارة إليه والذي تضمن النص على حق احترام الكرامة الإنسانية وكرس المبدأ في نصوصه وأكد على ضرورة احترام الكرامة الإنسانية احترما كاملا[1].
- الإعلان المتعلق باستنساخ الكائنات البشرية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ مارس 2005 بناءا على اقتراح اللجنة السادسة الذي يدعو الدول إلى اتخاذ جميع التدابير من أجل حماية الحياة البشرية وإلى حظر جميع أشكال الاستنساخ البشري ما دامت تتنافى مع كرامة الإنسانية.

3- الكرامة الإنسانية في النصوص الإقليمية:

نصت المواثيق الدولية الإقليمية هي الأخرى على مبدأ أو الحق في الكرامة الإنسانية ومن أهم هذه النصوص نذكر:

- الميثاق الأوروبي للحقوق الإنسانية الذي اعتمده الاتحاد الأوروبي في نيس بتاريخ 2000/12/07 والذي أعطى أهمية بالغة لمبدأ احترام الكرامة الإنسانية.
- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969.
- الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981 الذي ينص صراحة على ضمان مبدأ احترام الكرامة الإنسانية.
- الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي اعتمده في القمة العربية السادسة عشر لجامعة الدول العربية هو الآخر نص على مبدأ احترام الكرامة الإنسانية.

- النصوص الإقليمية الخاصة والكرامة الإنسانية.

ومن أهم هذه النصوص يمكن الإشارة إلى أهمها:

- الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالأخلاقيات الحيوية التي وقعت في مدينة اوفيدو بإسبانيا بتاريخ 1997/04/04 بالإضافة إلى ملحقاتها، والتي دخلت النفاذ في 1 ديسمبر 1999.

نصت الاتفاقية على مبدأ احترام الكرامة البشرية في عنوانها الذي جاء كالتالي: "اتفاقية حماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري بمواجهة تطبيقات علم الأحياء والطب، أو الاتفاقية المتعلقة بحقوق الإنسان والطب الحيوي".

حددت الاتفاقية في نصوصها الأعمال التي تشكل خطرا على الكرامة الإنسانية، بالاستخدام غير مناسب لعلم الحياة والطب.

وهناك البروتوكول الإضافي الذي تبناه مجلس الوزراء في المجموعة الأوروبية بباريس بتاريخ 1998/01/12 يهدف إلى منع الاستنساخ البشري الذي يمس بمبدأ الكرامة الإنسانية، والبروتوكول الإضافي الثاني في مدينة ستراسبورغ بتاريخ 2001/01/24 والذي يتعلق بزرع الأعضاء والأنسجة من أصل البشري مع ضرورة احترام الكرامة الإنسانية[2].

---

[1] التفاصيل: نفس المرجع، ص201.

[2] نشير الى ان الاتفاقية الأوروبية تهدف الى حماية الكائن البشري من طرف الدول في كرامته بينما البروتوكولات تهدف الى حماية الأشخاص من طرف الدول.

الفرع الثاني

خصوصيات الأخلاقيات الحيوية والطبية

وضعت العديد من الجهات الدولية مجموعة من القواعد الأخلاقية والقانونية المتعلقة بموضوع الأخلاقيات البيوطبية، والتي تتمحور حول آداب مهنة الطب والالتزامات الطبية وكذا الشروط الواجب توافرها عند مباشرة البحوث والتجارب الطبية على البشر.

أولا: الالتزامات ذات العلاقة بالأخلاقيات البيوطبية

من أهم القواعد ذات العلاقة بهذه الالتزامات نجد في العديد من النصوص القانونية الدولية والتي في معظمها ذات قيمة قانونية مرنة

1- المدونة الدولية لآداب مهنة الطب

أعدت الجمعية الطبية العالمية هذه المدونة عام 1983 وعدلت عام 2006 تمثل هذه المدونة الاتفاق العام حول المبادئ الأساسية في أمر أخلاقيات مهنة الطب.

نذكر أهم قواعدها والالتزامات الواردة بها

- الالتزام بالرعاية مع عدم الرفض والتمييز وتحقيق المساواة واعتبار الرعاية واجبا إنسانيا.
- واجب الحصول على موافقة المريض وإبلاغه بالمعلومة المرتبطة بالعلاج أو التجارب الطبية مع احترام كرامته وذلك تحت مسؤولية الطبيب عن الطبيعة الأخلاقية لتصرفه وقراره وعمله الطبي، ولا يجوز إجراء أي تدخل طبي وقائي أو علاجي أو تشخيصي إلا بعد إبداء الموافقة من الشخص المعني مسبقا وبشكل حر وواع وصريح، مع الإستناد إلى معلومات وافية.
- وفي نفس الاتجاه فإنه لا يجوز إجراء بحث علمي إلا بعد القبول من الشخص المعني، مع ضرورة حماية الأشخاص العاجزين عن إبداء الموافقة بضرورة الحصول على ترخيص خاص من الجهات المعنية.
- واجب السرية الطبية باعتباره واجب أخلاقي يتبع الطبيب حتى بعد وفاة المريض وهو مذكور أيضا في إعلان جنيف لعام 1948 الذي سيأتي التعرض إليه لاحقا، ويستثنى من ذلك حالة موافقة المريض نفسه أو بقصد حماية النظام العام والصحة العامة.
- واجب التصرف بما يخدم مصلحة المريض خاصة في حالات التجارب الطبية.

2- الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان السابق ذكره، فقد نص على مجموعة من الالتزامات الأخرى من ضرورة احترام استقلالية الأشخاص في اتخاذ القرارات مع تحملهم المسؤولية عن قراراتهم وضرورة احترام الضعف البشري والسلامة الشخصية عند تطوير المعارف العلمية والممارسات الطبية.

وكذا احترام حرمة الحياة الخاصة للأشخاص المعنية وسرية المعلومات الشخصية المتعلقة بهم.

ويجب احترام المساواة والعدالة والإنصاف بين جميع البشر في الكرامة والحقوق ومعاملتهم معاملة عادلة ومنصفة أثناء العلاج والتجارب الطبية.

ومن الواجبات أيضا نذكر واجب أو الالتزام بعدم التمييز وعدم الوصم إزاء الأفراد والجماعات لأي أسباب كانت كون هذا يشكل انتهاكا للكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان، هذا مع ضرورة احترام التنوع الثقافي والتعددية

بحيث وجب منح العناية الواجبة لهذا الشرط ولا يجوز الإستناد إلى هذه الاعتبارات كونها مساسا هي الأخرى بالكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان.

هذه بعض الالتزامات التي جاء النص عليها كما أشرنا في الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

3- القواعد المتعلقة بالأبحاث العلمية وحقوق الإنسان

الالتزامات الطبية تندرج أيضا ضمن حماية حقوق الإنسان وبالتالي في هذا الموضوع نشير إلى بعض الالتزامات المرتبطة بالبحوث العلمية الطبية والتجارب الطبية:

- ويجب عدم إساءة استعمال نتائج التقدم العلمي في الميادين الطبية والحيوية وبالتالي فإن الأخلاق الطبية هي التأطير الأخلاقي لعدد من الممارسات العلمية التي يسمح بها تطور العلوم الطبية من منظور مدى احترامها لحقوق الإنسان.
- ويجب عدم تهديد العلوم الطبية والتقدم العلمي في مجال تطبيقات الأخلاقيات الطبية والحيوية بالخطر لحقوق الإنسان وأولها هو الحق في الكرامة الإنسانية وفي احترامها والحق في الحياة، والحق في الحرية الفردية والحق في حماية الجنس البشري.
- إن مثل هذه الالتزامات تضمن احترام الإنسان سواء ما تعلق بالشخص ذاته أو بجسده او بالجنس البشري عموما[1].

ثانيا: قواعد مماثلة في إعلان هلنسكي

تضمن هذا الإعلان مجموعة من المبادئ الأخلاقية الخاصة بالتجارب على البشر يخضع لها المجتمع الطبي وذلك من طرف الجمعية الطبية العالمية أيضا.

وتعتبر الوثيقة الأساسية لأخلاقيات البحث البشري بالرغم من أنها ذات طبيعة لينة وليست صلبة من حيث قوتها الإلزامية.

1- المبادئ المنصوص عليها في الإعلان

جاء النص في الإعلان على العديد من المبادئ، تتفرع إلى مبادئ أساسية وأخرى عمليات.

- المبادئ الأساسية في الإعلان

المبدأ الأساسي الأول هو احترام الفرد المنصوص عليه في المادة 8 وحقه في تقرير المصير الحق في اتخاذ القرارات المستنيرة أثناء كل مراحل البحث الطبي أو التجريبي وهو ما نصت عليه المواد 20 و21 و22، كما يجب الأخذ في الاعتبار سلامة الخاضعين للبحث الطبي (المادة 6)، ووصف البحث وعرضه على لجنة أخلاقيات محايدة (م/14 وم/15)

- مبادئ العمليات في الإعلان

نصت المادة 11 على ضرورة المعرفة الدقيقة بالخلفية العلمية، وكذا ضرورة التقييم الدقيق للمخاطر والفوائد طبقا للمادتين 16 و17، ويخدم بشكل معقول فائدة السكان وطبقا للبروتوكولات الأخلاقية المعتمدة وتحت رقابة لجنة الأخلاقيات[1].

[1] أسماء قاسم محمد، مرجع سابق ص123.

2- قواعد خاصة بحالات النزاع المسلح

من أهم هذه القواعد نذكر الالتزامات المتعلقة بتوفير الرعاية والحماية للجرحى والمرضى والأسرى وكذا تحديد الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني مثل التعذيب والقتل.

كما تضمنت هذه القواعد المبادئ التقليدية المتعارف عليها من حماية استقلالية الطبيب وتعزيز السرية الطبية وهي المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف لعام 1949 والبروتوكول الإضافي الأول للاتفاقيات لعام 1977.

3- قواعد تطبيقية في حالات الاحتجاز[2]

قامت الأمم المتحدة عام 1982 بتقنين المبادئ الأساسية لأخلاقيات مهنة الطب التي تطبق في حالات الاحتجاز، وهي تكملة للقواعد الخاصة بالأسرى والمسجونين[3].

هذه القواعد موجهة للدول، بالإضافة إلى تبني الجمعية العامة للأمم المتحدة مبادئ أخلاقيات مهنة الطب المتعلقة بدور أفراد الخدمات الصحية على الخصوص الأطباء وواجبهم في حماية السجناء والمحتجزين[4].

تعتبر هذه المبادئ أكثر أهمية وصرامة من قواعد نورمبورع لعام 1947[5].

أن ما يلاحظ في هذا الموضوع وفيما يتعلق بالالتزامات والمبادئ والقواعد الأخلاقية بأنها أقل صرامة وإلزامية مقارنة بالقواعد الأخلاقية والقانونية للبلد الذي تجري فيه هذه البحوث والتجارب الطبية لذلك فإن معظم هذه النصوص تشترط ضرورة الالتزام بالقواعد الأخلاقية الوطنية خاصة بالنسبة للمنظمة التي تجري هذه البحوث.

المبحث الثاني

التنظيم القانوني الدولي للأخلاقيات البيوطبية

وضع القانون الدولي نصوصا خاصة بالأخلاقياتالبيوطبية سواء على المستوى العالمي أو الإقليمي وكذا ضمن مجالات جد متخصصة في الموضوع، لذلك يكون الموضوع متعلق بجانب أول حول أهم النصوص المرتبطة بموضوع الأخلاقيات البيوطبية(المطلب الأول)

ومن جانب آخر يكون الموضوع متعلقا بالمجالات والميادين الطبية والحيوية الأكثر اهتماما وتقنينا على الصعيد الدولي.

---

[1] انظر بعض هذه المعلومات: ضمن مواد الإعلان الذي تم اعتماده في سنة 1964 من طرف الجمعية الطبية العالمية، ويتضمن 35 مبدأ في صورة توجيهات والتزامات وخضع لتنقيحات آخرها في أكتوبر 2013 سيأتي التعرض لها لاحقا.

[2] التفاصيل: القاموس العلمي للقانون الإنساني، أخلاقيات مهنة الطب، أطباء بلا حدود في العالم، الرابط: ar.guide.humanitarian.low.org

[3] يتعلق بالقواعد الدنيا النموذجية لمعاملة السجناء، الصادرة عن الأمم المتحدة في قرار رقم 2076 (د 62 للجمعية العامة) بتاريخ 13 ماي 1977.

[4] اعتمدت هذه المبادئ بالإجماع بقرار الجمعية العامة رقم 194 (ذ.37) بتاريخ 18 ديسمبر 1982.

[5] سميت بدستور نورمبورع وقنن بستة مبادئ أهمها الموافقة، عدم التمييز والمساواة في المعاملة، عدم المشاركة في التعذيب، بالإضافة الى حالات النزاعات المسلحة وهي القواعد المتعلقة بالمبادئ الأساسية لأخلاقيات مهنة الطب.

المطلب الأول

النصوص الدولية المنظمة للأخلاقيات البيوطبية

يجب التذكير بأنه لا توجد اتفاقيات دولية توضح مضمون الأخلاقيات الحيوية والطبية. وفي المقابل هناك إعلانات ومدونات سلوك في الموضوع ذات طابع لين غير إلزامية تستعين بها الدول في إصدار تشريعاتها الوطنية في هذا الموضوع.

إن مثل هذه النصوص اللينة تصدر من جهات دولية مختلفة مثل الاتحادات والجمعيات الدولية الطبية والمهنية والصحية وكذا المنظمات الدولية العامة والمتخصصة.

ولنا أن نتعرض إلى مختلف هذه النصوص الدولية.

الفرع الأول

النصوص الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية

إن مثل هذه النصوص الصادرة عن منظمات دولية حكومية سواء كانت ذات الاختصاص العام والعالمي مثل منظمة الأمم المتحدة أو ذات الاختصاص الخاص والعالمي مثل منظمة اليونسكو التي تعتبر المنظمة الدولية الرائدة في هذا الموضوع، وكذا المنظمات الدولية الإقليمية على رأسها المنظمات الدولية الأوروبية.

أولا: مبادئ آداب مهنة الطب للجمعية العامة للأمم المتحدة

اعتمدت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة هذه المبادئ ضمن قرارها رقم 37/ 194 الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 1982.

هذه المبادئ المتعلقة بأداء مهنة الطبية موجهة لكل الموظفين الصحيين وعلى الخصوص إلى الأطباء، وهي خاصة بحماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة[1].

وقد جاء في هذا القرار مبادئ أهمها ما يعتبر بعض الأفعال التي يقوم بها الأطباء من قبيل جرائم التعذيب أو المعاملة القاسية التي تنص عليها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والقانون الدولي الجنائي.

كم عدد القرار مجموعة من الأحكام التي تكيف تصرف الأطباء تجاه المرضى المسجونين او المحتجزين من قبيل الانتهاكات لآداب مهنة الطب.

ثانيا: النصوص الصادرة عن المنظمات الدولية المتخصصة

تتصدر منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة "اليونسكو" قائمة المنظمات الدولية المتخصصة وذات الاختصاص العالمي والتي اعتمدت عددا معتبرا من الإعلانات حول الأخلاقيات الطبية والحيوية بما فيها ما تعلق بحقوق الإنسان ضمن هذا الموضوع:

ولنا أن نتعرض إلى هذه الإعلانات.

1- الإعلان العالمي بشأن المجين "الجينيوم البشري وحقوق الإنسان"

---

[1] بتضمن هذا القرار النص على ستة مبادئ يمكن الرجوع الى مضمونها الأصلي: مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة فيينا، نيويورك 2016، ص99 وما يليها.

يعد هذا الإعلان ضمن الوثائق الأولى التي اعتمدتها منظمة اليونسكو على المستوى العالمي في مجال البيولوجيا من أجل تحقيق التوازن بين ضمان احترام حقوق الإنسان وضرورات المحافظة على حرية البحث العلمي والطبي على البشر وذلك عن طريق صيانة الكرامة الإنسانية واحترام التنوع الجيني.

قامت اللجنة التابعة لمنظمة اليونسكو بصياغة مشروع الإعلان في 25 جويلية 1997 واعتمدته بتاريخ 11 نوفمبر 1997، ثم رفعه المؤتمر العام للمنظمة بعد اعتماده وصادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 53/152 الصادر في دورتها 53 بتاريخ 9 ديسمبر 1998[1].

وقد اشتهر الإعلان باعتراضه للاستنساخ البشري وإساءة استخدام الجينوم البشري ضد كرامة الإنسان، كما اعتبر المجين البشري تراث الإنسانية، كما جاء في الإعلان أنه كل بحث او تطبيق بشأن الجينيوم البشري في مجالات علم الأحياء وعلم الوراثة والطب يجب أن يسود فيه احترام حقوق الإنسان.

جاء في الإعلان بالنص على مجموعة من المبادئ أهمها:

مبدأ الكرامة الإنسانية التي تعد مبدأ أساسي بالنسبة لكل النصوص المتعلقة بالأخلاقيات الطبية.

مبدأ عدم استخدام المجين البشري في حالته الطبيعية لتحقيق مكاسب مالية.

مبدأ التقييم الصارم للأخطار والفوائد عند إجراء البحوث على المجين البشري.

مبدأ المحافظة على سرية البيانات الوراثية عند إجراء البحوث.

مبدأ عدم علو البحوث الحيوية والطبية على احترام حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية.

كما تعرض الإعلان إلى شروط ممارسة النشاط العلمي وإلى ضرورة التضامن والتعاون الدولي[2].

- وللتذكير فإن موضوع حماية الجينيوم البشري كان موضوع اهتمام سابق لهذا الإعلان وذلك من قبل مؤتمر اينوياما باليابان سنة 1990 الذي اعتمد أول وثيقة تتعلق بالموضوع حول ضوابط رسم خريطة للمجين البشري وتقصي الوراثة ومعالجة الجينات.

حيث جاءت الوثيقة في شكل إعلان صادر عن مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية في دورته 24 حول موضوع الوراثة والأخلاق والقيم الإنسانية وذلك تحت إشراف كل من منظمة الصحة العالمية ومنظمة اليونسكو[3].

2- الإعلان العالمي بشأن البيانات الوراثية البشرية

يعتبر هذا الإعلان تكملة لما جاء في الإعلان العالمي للجينيوم البشري اعتمده الإعلان بتاريخ 16 أكتوبر 2003[4].

---

[1] انظر ظروف اعتماد الإعلان: تونسي محمد الصالح، مرجع سابق ص 198 وما يليها.

[2] احتوى الإعلان على 25 مادة ويمكن الرجوع الى التفاصيل: سجلات المؤتمر العام، الدورة 29 باريس، 21 أكتوبر – 12 نوفمبر 1997 –المجلد الأول– منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، باريس 1998، الملحق 16، ص45 وما يليها.

وللمزيد من التفاصيل حول النشأة:

Genèse de la déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, division de l'éthique des sciences et des technologies de l'Unesco, France juillet 1999, 172 pages.

[3] عدنان عباس موسى النقيب، المسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي حول الاستنساخ، مجلة العلوم السياسية، العدد 43، جامعة بغداد، كلية العلوم السياسية 02/01/2011، ص90 وما يليها.

[4] وذلك بموجب قرار وتقرير من اللجنة الثالثة في الجلسة العامة العشرون – المرجع/ سجلات المؤتمر العام لمنظمة اليونيسكو، الدورة 32، بين 29 سبتمبر و17 أكتوبر 2003، المجلد الأول: القرارات، منظمة اليونيسكو الصادر عام 2004 ص45 وما يليها.

وضمن نفس الأهداف والمبادئ نجده يكفل ويضمن احترام الكرامة الإنسانية في عمليات جمع واستخدام وحفظ البيانات الوراثية البشرية.

كما يحدد الأغراض التي من أجلها يتم جمع البيانات الوراثية البشرية مع اتفاقها وأغراض الإعلان العالمي للجينيوم البشري.

3- الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان:

اعتمده المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو في شهر أكتوبر 2005 حيث تعهدت الدول الأعضاء والتزمت باحترام وتطبيق المبادئ الأساسية لأخلاقيات البيولوجيا ومعالجة القضايا الأخلاقية التي يطرحها تطبيق الطب وعلوم الحياة والتكنولوجيات ذات العلاقة بالبشر.

وقد استوحى الإعلان مبادئه من المواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي ذكرها في الديباجة ومن المبادئ الإنسانية على رأسها الكرامة الإنسانية.

تضمن الإعلان مجموعة من المبادئ[1]، نذكر أهم هذه المبادئ والأحكام من خلال التعرض لما هو منصوص عليه في الإعلان ومنها:

من حيث النطاق وهو موجه للدول ويعالج القضايا الأخلاقية التي يطرحها الطب وعلم الحياة.

من حيث الأهداف فهي عديدة أهمها توفير إطار عالمي للمبادئ الأخلاقية وتعزيز احترام الكرامة الإنسانية وصون مصالح الأجيال الحاضرة والمقبلة وتعزيزها.

من حيث المبادئ ذكر الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان، المنفعة والضرر، المسؤولية والاستقلالية الفردية، القبول، احترام الضعف البشري والسلامة الشخصية، حرية الحياة الخاصة والسرية، احترام التنوع الثقافي الخ ... كما جاء في الإعلان ما هو متعلق باللجان الأخلاقية[2].

ثالثا: النصوص الإقليمية الخاصة بالأخلاقيات البيوطبية

نذكر بإيجاز أهم هذه النصوص ذات الطابع الإقليمي ومن أهمها النصوص الأوروبية.

- الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالأخلاقيات الحيوية[3]: تم التوقيع على هذه الاتفاقية التي تعتبر الفريدة من نوعها من حيث قوتها وقيمتها الإلزامية بالنسبة للدول الأوروبية التي صادقت عليها.

أبرمت الاتفاقية بأسبانيا في مدينة اوفيدو بتاريخ 4 أبريل 1997 وتضمنت أيضا ملاحق إضافية، دخلت النفاذ في أول ديسمبر 1999.

وجاء موضوعها ضمن عنوانها وهي "الاتفاقية من أجل حماية حقوق الإنسان وكرامة الإنسان البشري في مواجهة التطبيقات البيولوجيا والطب"، أو الاتفاقية حول حقوق الإنسان والبيوطبية.

هي ذات علاقة بحماية حقوق الإنسان في المجال الطبي وهي ذات علاقة بنصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في مجال البيولوجيا والطب.

---

[1] انظر النص الكامل للإعلان: منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة: قسم أخلاقيات العلوم والتكنولوجيا بقطاع العلوم الاجتماعية والإنسانية، باريس 2006.

[2] يحتوي الإعلان على 28 مادة، ولنا عودة إلى موضوع اللجان الأخلاقية في المادة 19 من الإعلان.

[3] انظر بعض التفاصيل: فواز صالح، مرجع سابق ص270 وما يليها.

كما تعد بمثابة اتفاقية إطار تهدف إلى حماية الكرامة والهوية لكل كائن بشري، وإلى ضمان احترام وحدة الإنسان وحقوقه الأساسية دون تمييز في مواجهة تطبيقات البيولوجيا والطب، كما تعالج بصفة خاصة البحث في الطب الحيوي والبحوث الجينية وزرع الأعضاء والأنسجة.

كما تم توسيع وتطوير نصوص الاتفاقية ضمن البروتوكولات الإضافية المتعلقة بالميادين المتخصصة[1].

الفرع الثالث

النصوص الصادرة عن المنظمات الدولية الممثلة لممارسي

المهن الصحية " الهيئات المهنية الدولية "

اعتمدت هذه الجهات ذات الطابع الدولي والمهنة الطبية الدولية عددا من النصوص ذات العلاقة بالأدب أو الأخلاقيات الطبية ومن أهم هذه المنظمات الرابطة الطبية العالمية التي أصدرت جمعيتها الطبية العالمية عددا من النصوص ذات الطابع الأخلاقي بالإضافة إلى الجمعية العالمية للطب النفسي والمجلس الدولي لممارسي مهنة التمريض.

بالإضافة إلى الهيئات الإقليمية التي أصدرت أيضا إعلانات في نفس الموضوع من أهمها الجمعية الطبية للكومنولث والمؤتمر الدولي للجمعيات الطبية الإسلامية.

ويمكن أن نذكر البعض من النصوص التي اعتمدتها هذه الهيئات.

أولا: قانون نورمبرغ أو إعلان نورمبرغ

اعتمد بألمانيا ويمثل مجموعة من أخلاقيات البحوث ومبادئ خاصة بالتجارب على البشر نشأ نتيجة لما حصل بعد الحرب العالمية الثانية ومحاكماتنورمبرغ، وهذا بعد أن كانت بوادر التفكير حول هذه المبادئ وطنيا في ألمانيا أثناء الحرب ردا على الانتقادات الموجهة للتجارب البشرية.

تمت صياغة هذه المدونة في 9 أوت 1947 وتتعلق خاصة بضرورة الموافقة الطوعية والصريحة من المرضى لإجراء التجارب الطبية على البشر.

وبعد المراجعة تضمن قانون نورمبرغ 10 نقاط أساسية استنادا إلى موضوع عنوانه التجارب الطبية المسموح بها.

من أهم ما تضمنه هذا القانون الموافقة الطوعية، استناد التجربة إلى الصالح العام، اجتناب المعاناة للمريض أثناء التجربة، الابتعاد عن التجربة في حالة الشك في وفاة المريض أو العجز، تجرى التجارب من

---

[1] جاءت البروتوكولات في ما يلي: الأول بباريس 1998/1/12 ودخل النفاذ في 2001/3/1 يتعلق بالاستنساخ والذي يمنع استنساخ يتعلق بالبشر، الثاني يتعلق بزرع الأعضاء والانسجة ذات الأصل البشري اعتمد في ستراسبورغ في 2002/1/24 ودخل النفاذ في 2006/5/1 وكان هدفه حماية الكرامة والوحدة الإنسانية في مواجهة التقدم العلمي والطبي، الثالث يتعلق بالبحث البيوطبي اعتمد في ستراسبورغ بتاريخ 2005/1/25 ودخل النفاذ في 2009/9/1 هدفه حماية حقوق الإنسان في مجال البحث الحيوي والطبي، الرابع يتعلق بالتجارب السريرية والجنسية لأغراض طبية اعتمد باستراسبورغ بتاريخ 2008/11/27 ودخل النفاذ في: 2018/7/1 وهو يحدد المبادئ التي تتعلق بنوعية الخدمة الجينية والإعلام وموافقة المريض.

Portail conseil de l'Europe, France 2022

المختصين والأكثر تجربة ومهارة، حرية الإنسان في إنهاء التجربة وأن يكون الطبيب مستعدا لإنهاء التجربة في أي وقت.

ومع العلم أن الدول لم تهتم بهذه الوثيقة ولم تعتمدها لكنها تعد المدونة بمثابة أهم وثيقة وجب الإشارة إليها في مجال وتاريخ أخلاقيات البحث الحيوي والطبي، كما كانت بمثابة الأساس لاعتماد المبادئ التوجيهية الأخلاقية الدولية للبحوث الطبية الحيوية ذات العلاقة بالإنسان.

ثانيا: المدونات الدولية التي اعتمدت الجمعية الطبية العالمية[1]

نصت هذه المدونات وفق المراجعات المتعاقبة على واجبات أخلاقية ملزمة لجميع الأطباء[2].

وتعتبر مثل هذه المدونات ذات خلفية تاريخية بعيدة وذلك منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية: ويمكن أن نذكر بعضها وفقا للتسلسل التاريخي التي صدرت ضمنه.

1- إعلان جنيف الذي أصدرته الجمعية الطبية العالمية واعتمد عام 1948 وهو بمثابة تصريح صادر عن الجمعية العامة الثانية بسويسرا وتمت مراجعته من الجمعية الطبية العالمية[3].

ويعرف هذا الإعلان بأنه "قسم الأطباء" ويحقق بذلك الأهداف الإنسانية للأطباء[4].

2- المدونة الدولية لآداب مهنة الطب

هي بمثابة أول وثيقة ذات طبيعة عالمية صدرت عن الرابطة الطبية العالمية 1949 بواسطة جمعيتها الطبية العالمية.

نصت الوثيقة على مجموعة من الواجبات الملقاة على الأطباء أهمها العلاج والرعاية مع الرحمة واحترام كرامة الإنسان ومصلحة المريض مع الحذر في حالة إفشاء الاكتشافات الطبية أو الطرق الفنية الجديدة.

وتعد هذه المدونة هي المؤسسة للمبادئ والأخلاقيات الطبية التي سبقت الإشارة إليها[5].

3- إعلان طوكيو لعام 1975 المتعلق بالمبادئ التوجيهية للأطباء بشأن التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة والحاطة من الكرامة الإنسانية.

---

[1] تأسست الرابطة الطبية العالمية في 18 سبتمبر 1947 وهي اتحاد دولي يمثل الأطباء في جميع أنحاء العالم، كما نشأت من خلالها 115 جمعية طبية وطنية لغاية 2021، وذلك بفرنسا، ومقرها الحالي في مدينة جنيف وتمثل الرابطة الجمعية الطبية العالمية، ساهمت الجمعية في صياغة حديثة لي قسم أبقراط القديم بالإضافة إلى تقارير حول جرائم الحرب والطب ومدونة دولية لأخلاقيات مهنة الطب.

[2] انظر مضمون هذه المدونات والإعلانات: مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، بروتوكولاستنبول، دليل التقصي والتوثيق الفعالين للتعذيب وغيره منضروب المعاملة او العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، آداب الرعاية الصحية، الأمم المتحدة، نيويورك، جنيف 2004 ص 21 وما يليها.

[3] في دورتها 22 بسيدني بأستراليا في أوت 1968 وبعدها في الجمعية الطبية العالمية في دورتها 35 بإيطاليا في 1983 وفي السويد في سبتمبر 1994 وفي الدورة 170 للمجلس بفرنسا في ماي 2005 والدورة 173 بفرنسا في ماي 2006 وفي الجمعية العامة بشيكاغو في أكتوبر 2017، أخيرا في الجمعية العامة للجمعية الطبية العالمية بإسبانيا في أكتوبر 2020 –الرابطة الطبية العالمية– ماي 2022.

[4] انظر النشأة والتطور والتعديلات –ويست جي مير– قسم الأطباء عند التقاعد، جانفي 2001.

أيضا مضمون الإعلان: جون ويليامس، ترجمة محمد الصالح بن عمار – كتاب الأخلاقيات الطبية، جمعية الطب العالمية باريس 2005، ص11.

[5] أهمها الالتزام بالرعاية، واجب الحصول على موافقة المريض، السرية الطبية، مصلحة المريض.

وهو الإعلان الذي كمل بإعلان هاواي عام 1977 الصادر عن طريق الجمعية العالمية للطب النفسي.

يربط الإعلان ممارسة الطب بالخدمة الإنسانية واحترام الحياة البشرية وعدم استخدام أية معرفة طبية تتعارض مع قوانين الإنسانية.

يتكون الإعلان من ديباجة وسبعة مبادئ، ومعظمها تتعلق بالتعذيب والمعاملة القاسية وكيفية تصرف الطبيب في هذه الأحوال.

- أما إعلان هاواي للطب النفسي فقد حدد المبادئ الإرشادية الأخلاقية لممارسة الطب النفسي، وقد أعيد تحديث هذا الإعلان في فيينا عام 1983 ومراجعة المعايير الأخلاقية التي يجب اتباعها من قبل ممارسي مهنة الطب النفسي[1].

4- إعلان هلسنكي:

اعتمد الإعلان من طرف الجمعية الطبية العالمية في دورتها 18 بفنلندا في شهر جوان 1964.

خضع الإعلان لعدة تعديلات تمت في شهر أكتوبر 1975 باليابان في الدورة 29 للجمعية الطبية العالمية وتلتها عدة تعديلات أخرى آخرها في الدورة 64 في البرازيل في شهر أكتوبر 2013[2].

تضمن الإعلان النص على مبادئ أخلاقية أو أدبية تطبق في أثناء البحث الطبي الذي له علاقة بالبشر بما فيها البحوث البيولوجية البشرية.

يعد الإعلان مجموعة من المبادئ التي تكمل بعضها البعض وتطبق في آن واحد، وهي موجهة على الخصوص للأطباء والأشخاص ذوي العلاقة بالبحث الطبي.

كما أخذ الإعلان في الاعتبار إعلان جنيف السالف الذكر والقانون الدولي للأخلاقيات الطبية الذي يؤكد على التزام الطبيب لتحقيق مصلحة المريض أثناء العلاج.

وتضمن الإعلان ضمن مبادئه أحكاما أخرى مثل حماية صحة المريض وتشجيع التقدم الطبي عن طريق البحث وتحسين العلاج والوقاية واحترام الضوابط الأخلاقية في حالة البحث الطبي وحماية حياة وكرامة ووحدة وخصوصية الأشخاص المعنيين بالبحث الطبي، بالإضافة إلى العديد من الأحكام المتعلقة بالأخلاقيات الطبية والبحوث البيولوجية[3].

---

[1] للإشارة فان الجمعية العمومية المنبثقة عن الجمعية العالمية للطب النفسي قد اعتمدت إعلان مدريد في القيم الأخلاقية لممارسة المهنة، وذلك بتاريخ 25 أوت 1996 وعززتها الجمعيات العمومية الأخرى في هامبورغ بألمانيا في 8 أوت 1999 وبيوكوهاما باليابان في 26 أوت 2002، وفي القاهرة بمصر في 12 سبتمبر 2005، وفي بيونس إيرس بالأرجنتين في 21 سبتمبر 2011 ثم في مدريد 2014.

[2] في دورتها 35 بإيطاليا في شهر أكتوبر 1983

في الدورة 48 بجنوب إفريقيا في شهر أكتوبر 1996

ثم في الدورة 52 بايكوسيا في شهر أكتوبر 2000

الدورة 53 بواشنطن في شهر أكتوبر 2002

وفي الدورة 55 توكيو في شهر أكتوبر 2004

وفي الدورة 59 بسيول بكوريا في شهر أكتوبر 2008

[3] تضمن الإعلان 37 مبدأ التفاصيل:

5- إعلان لشبونة عن حقوق المرضى

اعتمدت الجمعية الطبية العالمية هذا الإعلان بلشبونة في شهر أكتوبر 1981 في دورتها 34، وعدلته في الدورة 47 بمدينة بالي باندونيسيا في شهر سبتمبر 1995.

كما تمت مراجعة الإعلان من مجلس الرابطة الطبية العالمية في دورته 171 بالشيلي في شهر أكتوبر 2005، وبعدها، بأوسلو بالنرويج في شهر أبريل 2015.

تضمن الإعلان ديباجة نصت على أهمية العلاقة بين المريض والطبيب والمجتمع مع ضرورة ممارسة الطبيب لمهنته في إطار احترام ضميره ومصلحة المريض واستقلاليته، وضمن أهم المبادئ المنصوص عليها جاء مضمونها كالتالي:

-حق كل شخص في الحصول على العلاج، وضمن مصلحته وطبقا للمبادئ الطبية المعتمدة.

-الحق في حرية المريض في اختياره سواء الطبيب أو العلاج.

-حق المريض في اتخاذ القرار الذي يراه مناسبا بعد تبليغ الطبيب لنتائج قراره وله أن يرفض المشاركة في البحوث الطبية.

بالإضافة إلى مجموعة من الأحكام التي تتعلق بالمريض غير الواعي، والمريض غير المؤهل، وحق المريض في الحصول على المعلومة، وعدم استعمال طرق ضد إرادة المريض، والحق في السر المهني والحق في الكرامة[1].

6- إعلان هامبورغ الخاص بدعم الأطباء الرافضين المشاركة أو التغاضي عن التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الحاطة من الكرامة.

اعتمدت الجمعية الطبية العالمية في دورتها 49 بهامبورغ في ألمانيا هذا الإعلان في شهر نوفمبر 1997 أعيد تأكيد من مجلس الرابطة في الدورة 176 في برلين في ألمانيا شهر ماي 2007 وبعدها مراجعته في الدورة 207 بشيكاغو في شهر أكتوبر 2017.

تضمّن الإعلان ديباجة نصت مواضيع خاصة بمنع ورفض التعذيب وما شابه من طرف الأطباء والمشاركين في اللجوء إليه.

كما جاء في الديباجة ذكر مختلف مصادر مدونات لأخلاقيات الطبية وتسجيلها وتذكيرها بأن هذه الأخيرة لم تتعرض إلى موضوع لجوء الأطباء إلى التعذيب وما شابه، كما أنها لم تشر إلى تأييدها للأطباء الرافضين لمثل هذه الممارسات على المرضى.

وضمن المبادئ المذكورة في الإعلان جاء ما يلي:

-النص على أهم الواجبات الملقاة على الأطباء خاصة احترام القسم وخدمة الإنسانية واحترام المبادئ الأخلاقية الطبية.

-كما سجل الإعلان لجوء بعض الدول إلى مثل هذه التصرفات المنافية للأخلاقيات الطبية وبالتالي الوقوف الدولي ضد هذه التصرفات وحماية وتأييد الأطباء الرافضين المساس بكرامة الإنسان مع نشر المعلومات حول الموضوع[1].

Déclaration d'Helsinki de l'AMM, Principes éthiques applicables a la recherche médicale impliquant des êtres humains pdf-it.Dev.acw.website.

[1] تضمن الإعلان 11 مبدأ متفرعا إلى عدة أحكام صادرة عن الجمعية الطبية العالمية، عن طريق الرابطة الطبية العالمية- فرنسا 2022.

المطلب الثاني

مجالات الأخلاقيات البيوطبية

تعرضت النصوص الدولية سواء الإعلانات أو الاتفاقية الأوروبية وبروتوكولاتها إلى عدة مجالات طبية تتطلب احترام الأخلاقيات الطبية في أثناء القيام بالعلاج أو العناية أوإثناء إجراء البحوث الطبية والحيوية التي هي ضرورية للتقدم الطب وتحسين العلاج ومقاومة الأمراض والأوبئةوالجنس البشري.

من اهم المواضيع التي لقيت الاهتمام الدولي نؤكد على موضوع المجين البشري أو الجينيوم البشري وموضوع الاستنساخ البشري.

غير أن النصوص الدولية كان لها أن تهتم بشكل لين بمجالات طبية أخرى مثله نقل الأعضاء وزرعتها، القتل الرحيم، التلقيح الصناعي، وموضوع الأنسجة الجينية المحفوظة، المساعدة الطبية على الإنجاب التصحيح الجيني أو الجنسي وغيرها من المواضيع الأخرى التي بدأ القانون الوطني يهتم بها أكثر مثل التشخيص الجيني أو الوراثي قبل الزواج، والتشخيص السابق للميلاد وللشلل وهي التي تتعلق كلها بالعلاج الجيني، وذات صلة وثيقة بالجينوم البشري.

الفرع الأول

التأطير الدولي للعمل الطبي في حالتي

الجينوم البشري والاستنساخ

تعد البحوث الطبية المتعلقة بالموضوعين ذات أهمية قانونية وأخلاقية قصوى نظرا لارتباط هذه البحوث بالإنسان والإنسانية ككل خاصة عندما يكون الأمر مرتبطا بالنظرة الدينية.

أولا: التأطير القانوني للعلاقة بين العمل الطبي والجنيوم البشري

يتمثل هذا التأطير في الحماية الخاصة بالجينيوم البشري وبمشروعية الممارسات البيوطبية عليه، وكذا بتعريفه وكيفية حمايته.

1- التعريف بالجينيوم البشري[2]

ليس هناك تعريف للجينيوم البشري إلا من خلال عناصره وما يشمله من الجينات أو الكيانات التي تعتبر مسؤولة عن شخصية يمكن التعرف عليها في كائن حي.

لذلك فهو مجموع الجينات والخصائص الجينية التي بواسطتها يمكن التمييز بين الأنواع البشرية عن الأنواع الحية الأخرى، وهو مجموع البيانات التي تم جمعها أثناء البحث في علم الوراثة البشرية[3].

2- المبادئ ذات العلاقة بالجينيوم البشري

---

[1] انظر نص الإعلان الصادر عن الرابطة الطبية العالمية، جويلية 2021.

[2] انظر مختلف التعاريف: بوغالم جمال، مشروع الجينيوم البشري بين التقدم العلمي والمأزق الأخلاقي، مجلة أبعاد، المجلد 7، العدد 2، 31 ديسمبر 2020، ص281 وما يليها.

[3] عرفه إعلان 1997 لمنظمة اليونسكو السالف الذكر على انه تراث مشترك للبشرية، كما وجب التمييز بين الجينيوم الفردي والمشترك أي الفرد له مواده الوراثية الخاصة به، ومفهوم مشترك أنه يشارك في الأجيال القادمة وهو الأكثر علاقة بالحقوق الجماعية والتراث المشترك للبشرية، انظر التفاصيل حول الموضوع: حسام عبد الأمير خلف الحسيناوي، الحماية الدولية للجينيوم البشري، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية المجلد 20 العدد 4 السنة 2021، ص1-21.

يمكن القول أنها نفس المبادئ ذات العلاقة بالأخلاقيات البيوطبية

وهي على سبيل الذكر دون تفصيل: مبدأ الكرامة الإنسانية الذي نصت عليه العديد من النصوص السالفة الذكر.

مبدأ التراث المشترك للإنسانية وهو المبدأ الذي يوجد العلاقة بين الجينيوم البشري المشترك في الماضي والحاضر والمستقبل.

مبدأ عدم براءات الاختراع للجينيوم: وهو مبدأ جدهام حتى لا يستغل الجينيوم البشري في العمل الاقتصادي والتجاري والربح، حيث يخضع للاكتشاف فقط والاستفادة من نتائج الأبحاث حوله مجانا وبالتالي فهي اكتشافات وليست اختراعات ما دام أنها موجودة منذ الأزل[1].

مبدأ حق كل فرد في احترام تراثه الجيني وعدم التمييز الجيني وهو الأمر الذي يشترط فيه الموافقة من المعنى وفقا للإعلان حول الجينيوم البشري لعام 1997.

مبدأ المسؤولية تجاه الأجيال القادمة وهو المبدأ ذا العلاقة بمبدأ التراث المشترك للإنسانية وكذا مبدأ حماية حقوق الإنسان ومبدأ الكرامة الإنسانية.

وفي هذا الإطار أيضا نذكر نبدأ التضامن بين الدول في مجال الاستفادة من فوائد البحث الجيني.

3- حماية للجينيوم البشري:

ترتبط هذه الحماية بحماية مستقبل الجنس البشري، وهي حماية أخلاقية قبل كل شيء وبيولوجية ولكنها أيضا قانونية من خلال النصوص الصادرة عن الجهات العلمية والطبية وعلى رأسها اللجان الأخلاقية الطبية الدولية والجمعية الطبية العالمية[2].

التي اعتمدت العديد من النصوص والمبادئ الأخلاقية، الهادفة إلى حماية الجينيوم البشري بشكل مباشر أو غير مباشر.

بالإضافةإلى المجلس الدولي لمنظمات العلوم الطبية، الذي يعمل تحت رعاية منظمة الصحة العالمية واليونسكو كونه منظمة دولية غير حكومية، مهمته التنسيق بين المؤتمرات الدولية الطبية، انشأ في المؤتمر المشترك ببروكسل عام 1949 ممول من المنظمتين الوصيتين وقد اعتمدت أنظمته عام 1950، يتكون نظامه من 28 مادة، مقره بجنيف، ومن مهامه وأهدافه تشجيع وتطوير النشاطات الدولية في مجال العلوم الطبية والأخلاقيات الطبية.

ثانيا: التأطير القانوني للعمل الطبي في مجال الاستنساخ

من أهم المسائل الشائكة والتي لاقت الاهتمام والمعارضة في آن واحد على المستوى الدولي هو موضوع الاستنساخ البشري.

ذلك كون الاستنساخ كان موضوعا لنقاشات واسعة، مع تدخل معتبر من طرف المنظمات الدولية والفصل في الموضوع على أساس أخلاقي وإنساني وقانوني.

---

[1] التفاصيل نفس المرجع، ص10.

[2] أهمها اللجنة الدولية لأخلاقيات علم الأحياء التي أنشأتها اليونسكو عام 1993 بالإضافةإلى العديد من اللجان الأخلاقية الدولية والوطنية والقارية: التفاصيل:

Caroline Chedeville, les normes internationales en matière de Bioéthique, certificat d'études internationales, université Panthéon Assas, Paris 2, 2016, P14 et suite.

1- التعريف والأنواع:

ما عدا الاستنساخ البشري الذي لقي معارضة قانونية وأخلاقية، يمارس طبيا أنواع أخرى من صور الاستنساخ منها الاستنساخ العلاجي الجيني الذي يعد عاملا لتطوير الأبحاث حول الجينيوم البشري[1].

وفي اللغة العربية لا يمكن تقديم تعريف متفق عليه ما عدا النسل أو التناسل الذي هو من خلق الله تعالى بينما الاستنساخ هو طريقة للتكاثر دون الطريق الطبيعي.

2- الجهود الدولية حول الاستنساخ البشري[2]

ينظر إلى التطور الحاصل حول موضوع الاستنساخ البشري من خلال الجهود التي بذلتها الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة التي بدأت في النظر في الموضوع منذ عام 1997، ومنذ البداية اعتبر هذا النوع من التناسل غير مقبول ويتناقض مع سلامة الإنسان البدنية والروحية والأخلاقية.

وفي السنة الموالية أكدت أيضا منظمة الصحة العالمية على هذا الرفض لأن الاستنساخ يتعارض مع كرامة الإنسان.

وفي سنوات الموالية عام 2001 وضعت منظمة الأمم المتحدة اتفاقية دولية لمنع الاستنساخ في جدول أعمالها 56، وتوالت النقاشات في الموضوع في اللجنة القانونية السادسة للجمعية العامة، ثم أمام لجنة مخصصة للموضوع في 2002.

ونظرا لعدم وجود اتفاق حول الموضوع اجل النقاش لحين انعقاد الدورة 60 وفي ذلك الحين تم اعتماد مشروع قرار بتوافق الآراء في 19 نوفمبر 2004 وبعدها اعتمدت الجمعية العامة ما يعرف بإعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر.

اما بالنسبة للمنظمات المتخصصة: فإننا نجد أنا منظمة الصحة العالمية أوصت بمجموعة من الإجراءات من بينها اعادة تأكيد الإجماع العلمي على حظر الاستنساخ البشري.

كما أوكلت منظمة اليونسكو المسألة إلى برنامج عمل اللجنة في الفترة ما بين 2008 و2009 والتي اجتمع الفريق العامل بها في باريس بين 30 جوان و2 جويلية 2008، والمشكلة من اللجنة الأخلاقية البيولوجيا بشأن استنساخ البشر والحكم الدولي وتمت مناقشة الموضوع مع اللجان الوطنية لأخلاقيات البيولوجا في أكتوبر 2008.

3- إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الإعلان بموجب قرارها رقم 59/280 المؤرخ في 8 مارس 2005.[3]

---

[1] للتعرف أكثر على الموضوع: هانري آتلان وآخرون، ترجمة مها قابيل، الاستنساخ البشري، المركز العربي للترجمة، جانفي 1970.

[2] التفاصيل حول التطور الدولي للمواقف حول الاستنساخ البشري: عدنان عباس موسي النقيب، مجلة العلوم السياسية، العدد 43، جامعة بغداد، كلية العلوم السياسية، جانفي 2011، ص75-104.

[3] وثيقة الأمم المتحدة A/Res/59/280

حيث كان هذا الإعلان وثيق الصلة بالإعلان العلمي بشأن المجين البشري (الجينيوم) لليونيسكو الذي اعتمد في 11 نوفمبر 1997 وعلى راسه المادة 11 التي تنص على عدم السماح بممارسات تتنافى والكرامة الإنسانية والذي يعتبر استنساخ الكائنات البشرية أحد صوره وذلك بهدف التكاثر.

كما أوجدت الصلة بين الاستنساخ البشري والشواغل الأخلاقية التي يثيرها.

وهكذا فإن الجمعية العامة تؤكد على حظر جميع أشكال استنساخ البشر، ودعوة الدول الأعضاء إلى اتخاذ التدابير اللازمة لذلك بما فيها اعتماد وتطبيق التشريعات الواجبة لذلك.

الفرع الثاني

التأطير القانوني للعمل الطبي في المجالات البيوطبية الأخرى

من المعروف أن البيوتيكا أو الأخلاقيات الحيوية هي البحث عن الحلول للعديد من المشاكل الأخلاقية أو الأخلاقيات الحيوية المطروحة نتيجة التقدم العلمي والبيولوجي في مجال الطب والحيوي.

ضمن هذه المسائل الصحية والعلاجية ذات العلاقة بالأخلاقيات الطبية والحيوية لنا أن نتعرض إلى أهمها:

أولا: البيوتيكا " الأخلاقيات الحيوية "

من أهم المواضيع ذات العلاقة بالأخلاقيات الحيوية نتعرض إلى:

البيوتيكا وحقوق الإنسان، التبرع بالأعضاء البشرية، نقلها وزرعها، المساعدة على الإنجاب، العلاج الجيني، التشخيص الجيني قبل الميلاد وقبل الزواج.

1- الأخلاقيات الحيوية وحقوق الإنسان.

من الثابت أن العلوم الحيوية تمس الإنسان البشري فيما يتعلق بحياته ووحدة جسده وصحته وسرية المعلومات المتعلقة بالمعطيات الخاصة به.

لذلك من الضروري تحديد العلاقة بين الأخلاقيات الحيوية وحقوق الإنسان سواء كان شخص مفرد أو في إطار الإنسانية جمعاء.

وهكذا ظهر ما يسمى "بالقانون الدولي الحيوي" كفرع جديد في القانون الدولي لحقوق الإنسان[1].

لذلك نجد أن غالبية الإعلانات حول الأخلاقيات الحيوية تتعرض إلى موضوع حقوق الإنسان كما سبقت الإشارة إليه[2].

2- التشخيص الجيني:

في نفس الإطار جاء البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأوروبية لعام 1997 ليحدد كيفيات ونوعية الخدمات الجينية، اعتمد البروتوكول بستراسبورغ بتاريخ 27 نوفمبر 2008 ودخل النفاذ بتاريخ واحد جويلية 2018.

يعتبر أول وثيقة دولية ملزمة تضع القواعد العامة لكيفيات إجراء التشخيص الجيني كما يحدد طرق إجرائها خاصة بالنسبة للأشخاص ناقصي الأهلية[1].

---

[1]: هنا نجد العلاقة واضحة بين حقوق الإنسان والقانون الدولي الحيوي خاصة عندما يتعلق الأمر بمبدأ الإنسانية، التفاصيل RoberoAndonrno, Droit de l'homme et bioéthique: une alliance naturelle. Annuaire international des droits de l'homme, vol8, 2014, Athènes 2016, p 55 et suites.

[2] نذكر على سبيل المثال الإعلان العالمي حول البيوتيكا وحقوق الإنسان لعام 2005، الصادر عن منظمة اليونسكو، والاتفاقية الى الأوروبية حول حقوق الانسان والأخلاقيات الطبية لعام 1997.

كما جاء الإعلان العالمي للجينيوم البشري الصادر عن منظمة اليونسكو بالتأكيد على الحماية والوقاية في إطار التشخيص الجيني الذي يمكن أن يؤدي إلى المساس بالوحدة الجسدية للأجيال القادمة.

وفي نفس الإطار توسع الإعلان العالمي حول المعطيات الجينية البشرية لمنظمة اليونيسكو لعام 2003.

3- موضوع الحماية بالنسبة للتشخيص الجيني وما يتعلق بالجمع والتعامل معه واستعماله وحفظه وفقا للمبادئ المتعلقة بالأخلاقيات الطبية.

وبالرغم من أن هذه الإعلانات لا تحمل القيمة الإلزامية للتنفيذ الا أنها أرست مبادئ في إطار الأخلاقيات الطبية[2].

ويمكن القول أن أهمية التشخيص الجيني تظهر في إطار الأمراض الوراثية وقد تكون ضرورية في بعض الحالات مثل التشخيص الوراثي قبل الزواج، و التشخيص السابق للولادة والتشخيص السابق للشلل[3].

4- التحول والتصحيح الجنسي:

وهو الأمر الذي يتأرجح بين العمل بالجانب الديني والجانب الأخلاقي بالإضافة إلى الاتجاه نحو معارضته للأخلاقيات الحيوية، خاصة أن الامر يمس ويتعدى على كرامة الإنسان ووحدة جسده، وهو عكس التصحيح الجنسي الذي لا يقوم على تصحيح الجنس من ذكر إلى أنثى أو العكس بل في هذه الحالة تصبح العملية عبارة عن إثبات هوية الشخص لوجود خلل أو مرض متعلق بجنسية[4].

ثانيا: الأخلاقيات الطبية

بالنسبة للأخلاقيات الطبية لنا أن نذكر البعض من المجالات العلاجية المتعلقة بها مثل: الموافقة أو الرضا، السر الطبي، الأشخاص الضعفاء والطب، القتل الرحيم وإنهاء الحياة.

ودون الخوض في المبادئ والأخلاقيات الطبية المتعلقة بالموافقة والسر الطبي، لنا أن نتعرض إلى بعض حالات الأخلاقيات الطبية.

1- التبرع بالأعضاء البشرية: نقلها زرعها

من أهم النصوص الدولية الملزمة التي تنظم المسائل المتعلقة بزرع الأعضاء والأنسجة ذات المصدر البشري نذكر البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأوروبية حول الطب الحيوي الموقع عليها في اوفيدو بتاريخ 4 أبريل 1997 والتي دخلت النفاذ في أول ديسمبر 1999 والتي هي نفسها وضعت مبادئ خاصة بالبحث الطبي والجيني، وهي الأخرى منعت نقل الأعضاء والأنسجة غير القابلة لـلتعويض بالنسبة للأشخاص التي ليست لها أهلية القبول.

تم التوقيع على البروتوكول باستراسبورغ بتاريخ 24 جانفي 2002 ودخل النفاذ في أول ماي 2006، وينص على مبادئ عامة وقواعد خاصة بنقل وزرع الأعضاء والأنسجة، من المبادئ مبدأ الإنصاف في الوصول إلى خدمة الزرع ومبدأ الشفافية.

كما ميز البروتوكول بين النقل من الأشخاص الأحياء او الأموات، وكيفية استعمال هذه الأعضاء ومنع الحصول على الأرباح من عمليات النقل وكذا مبدأ السرية.

---

[1] انظر مواد البروتوكول الصادر بتاريخ: 2008/11/27 والذي دخل النفاذ في اول جويلية 2018.

[2] التفاصيل:

Agence de la biomédecineencadrement international dans les différents domaines de la Bioéthique, 2014, p10.

[3] كل هذه التفاصيل: محتال آمنة، مرجع سابق ص131 وما يليها.

[4] التفاصيل: احسان على عبد الأمير الحيدري، مرجع سابق ص479 وما يليها.

اما على المستوى العالمي فإن الامر يتعلق بالمبادئ المسيرة لنقل وزرع الأعضاء التي اعتمدها منظمة الصحة العالمية منذ سنة 1991.

وفي سنة 2010 أعادت الجمعية العالمية للصحة 63 التأكيد على هذه المبادئ مع إدراج نصوص جديدة خاصة فيما يتعلق بالتبرع بالأعضاء والانسجة وخاصة فيما يتعلق بالأشخاص المتوفين وذلك بهدف عدم المساس بالوحدة الجسدية للمتبرع، أو في إطار علاقة القرابة بالنسبة المتبرعين الأحياء، مع التأكيد على الحيادية المالية للمتبرع.

ونعني بالأعضاء البشرية بأنها مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها لتؤدي وظيفة معينة مثل: المعدة، الكبد، الكلية، الدماغ، والأنسجة هي مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة[1].

وللتذكير فإن أهم الضوابط المعتمدة لإباحة نقل وزراعة الأعضاء البشرية هي: رضا المتبرع، الأهلية، توافر حالة الضرورة، عدم تعارض عمليات النقل والزرع مع النظام العام.

2- الإجهاض:

يعتبر الإجهاض من أهم مواضيع البحث في مجال البيوتيكا وهو يتم لأسباب عديدة يدخل ضمنها ما لا يمس بالأخلاقيات الحيوية مثل التشخيص السابق للميلاد أو التشخيص المبكر الذي يخضع له الجنين وهو في طور التكوين إلى إجراء اختبار وراثي للتأكد من خلوه من الأمراض الوراثية[2].

3- القتل الرحيم:

هوأيضا من أهم القضايا المتعلقة بالأخلاقيات الحيوية حيث يلجأ إلى وضع حد للحياة بسبب مرض عضال ميؤوس منه، حيث مثل هذا التصرف يتناقض مع مبادئ جديدة منها مبدأ الكرامة الإنسانية وتحريم القتل، والمبدأ الديني والأخلاقي في آن واحد.

4- التلقيح الصناعي:

وهو مجال آخر من المجالات البيوطبية، والأمر يتعلق بحفظ البويضات والمني وتخزينها في إطار بنوك لهذا الغرض، والأمر غير الأخلاقي هو تحويل هذه المكونات إلى سلعة والمتاجرة بها، وبالنسبة للأخلاقيات البيوطبية فإن الأمر لا يمسه بالأخلاق ولا بكونها من الإشكاليات الطبية ما دامت محصورة بين الزوجين[3].

من الملاحظ أن التعامل الدولي بمثل هذه المجالات كان لينا ومحدودة حيث غالب الإعلانات تركت للدول مهام إصدار تشريعات خاصة بهذه المواضيع مع احترامها الدائم للمبادئ المتعلقة بالأخلاقيات الطبية التي سبقت ونصت عليها معظم النصوص الدولية ذات العلاقة.

---

[1] التفاصيل حول موضوع الأعضاء البشرية وكيفية نقلها وزرعها: محمود ثابت محمود علي الشاذلي، الضوابط القانونية لعملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد 44، جامعه عين شمس، ص187 وما يليها.

[2] التفاصيل: احسان على عبد الأمير الحيدري، مرجع سابق ص 486 وما يليها.

[3] التفاصيل: احسان على عبد الأمير الحيدري، مرجع سابق ص 481 وما يليها.

الخاتمة

إذا كانت البحوث والتجارب الحيوية والطبية لصالح الإنسانية فإنها في ذات الوقت تفرز مشاكل أخلاقية مثل مسألة سرية المعلومات المتاحة أثناء الفحص كالبحث والتشخيص الطبي، وكذا التهديد باللامساواة بالنسبة للاستفادة من نتائج وإيجابيات هذه البحوث الطبية والحيوية وبالنسبة للتأمين على الصحة.

لذلك وجب احترام التبريرات الشرعية والأخلاقية وحتى الدينية في هذا المجال، كما يجب التأكيد على المبادئ الأساسية للأخلاقيات البيوطبية التي أصبحت إلزامية مع إدماجها في النصوص الوطنية وتعامل اللجان الطبية الوطنية وفقها.

هذا مع ضرورة الالتزام بما تفرضه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وحرياته وضمان احترام وحماية كرامته، وحياته ووحدة جسده، وكذا فيما يتعلق بحقه الشخصي بالنسبة للمعلومات المتحصل عليها أثناء العلاج أو التشخيص أو البحث الطبي.

وفي إطار عملية التعرف على المبادئ والتبريرات الأخلاقية فإنه من الضروري التشريع الدولي الإلزامي وفق اتفاقية دولية عالمية في مواد تتعلق بالضوابط القانونية والشرعية والأخلاقية والإنسانية في إطار البحوث والتجارب الطبية والحيوية على الإنسان وعلى الجنس البشري ككل.

إخلال الطبيب بالالتزام بإعلام المريض: أيُ جزاءٍ؟
قراءة في الاجتهاد القضائي الفرنسي في ضوء قواعد المسؤولية المدنية وخصوصيات المسؤولية الطبية

د. بنّاسي شوقي
كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

ملخص:

لا شك أن هناك أخطارا احتمالية تترتب على الأعمال الطبية، هذا ما جعل المشرع يفرض على الأطباء التزاما بإعلام المرضى، ولكن لم يحدّد جزاءً مدنيا على الإخلال بهذا الالتزام، وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي نجد تردّدا كبيرا في هذا الشأن، ويبدو أن الصواب هو ضرورة معالجة كل قضية على حدة، فقد يكون الجزاء، بحسب الأحوال، تعويضا كاملا أو تعويضا عن تفويت فرصة تجّنب الخطر أو تعويضا عن الضرر المعنوي الناتج عن عدم تحضير المريض نفسيا لمواجهة الأخطار التي تحققت فعلا.

كلمات مفتاحية: إعلام –ضرر – طبيب – مسؤولية – تعويض.

Abstract:

There is no doubt that there are potential dangers arising from medical work, which made the legislator impose an obligation on doctors to inform patients, but it did not specify a civil sanction for breaching this obligation, Referring to the French jurisprudence, we find great hesitation in this regard, and it seems that the right thing to do is to treat each case separately, as the saction may be, depending on the circumstances, can be fully compensated or compensated for avoiding the opportunity to avoid danger or compensation for moral damage resulting from the non-preparation of the patient psychologically to facethe dangers already achieved.

Key words : Inform - Dammage – Doctor – Liability – Compensation.

مقدمة

تعرف العلوم الطبيّة تقدّما ملحوظا في السنوات الأخيرة، وهذا بالنظر إلى ازدهار الاكتشافات العلمية التي يجريها الخبراء، وتطوّر الوسائل التكنولوجية التي يستعملها الطاقم الطبي، وتنوّع العمليات الطبيّة التي يباشرها الأطباء، الأمر الذي يستدعي بالضرورة تحيين المنظومة القانونية لمواجهة هذه الوتيرة السريعة في المجال الطبي، وهو ما دفع المشرع إلى المسارعة إلى إصدار قانون جديد ينظم مجال الصحة، وذلك ما تحقّق عن طريق القانون رقم 18–11 مؤرخ في 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، المعدل والمتمم[1].

ولا شك أن التوازن المعرفي بين الطبيب والمريض في ظل التطورات العلمية، يكاد يكون مفقودا، ومن أجل العمل على إقامة هذا التوازن بادرت التشريعات الحديثة إلى إلزام الطبيب بإعلام المريض، وهو ما نصت عليه المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب[2]، وحرص المشرع على التأكيد

[1] قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، ج ر 2018، ع. 46، مؤرخة في 29 يوليو 218.، المعدّل والمتمم.
[2] مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر 1992، ع 52، مؤرخة في 8 يوليو 1992. تنص المادة 43 على ما يلي: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

على ذلك من خلال المادتين 23 (الواردة في الفصل الثالث: حقوق المرضى وواجباتهم) و 343 من قانون الصحة المذكور أعلاه (الواردة في الفصل الأول: أحكام عامة، من الباب السابع: الأخلاقيات والأدبيات والبيو– أخلاقيات طبية)[1].

ومع ذلك يُلاحظ أن المشرع لم يُعطِ الموضوع حقه من التنظيم المحكم، إذ لم يُشر إطلاقا إلى الجزاء المدني الذي يترتب على الإخلال بهذا الالتزام المحوري في العلاقة بين الطبيب والمريض، مما يدفعنا إلى التساؤل عن نوعية هذا الجزاء ؟ هل يتوجب الرجوع إلى القواعد العامة المعروفة في القانون المدني أم أن ذلك لا يتناسب مع خصوصيات المسؤولية الطبية ؟ يبدو من خلال تجربة الاجتهاد القضائي الفرنسي أن هناك جزاءً كلاسيكيا **(I)**، وجزاءً حديثا **(II)**[2].

I. الجزاء الكلاسيكي لإخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام

يمكن التفكير منذ البداية في إقرار التعويض الكامل لمصلحة المريض **(1)**، ولكن يبدو أنه جزاء صارم لا يخدم مصلحة الطبيب، ومن ثم يمكن التفكير في جزاء آخر هو التعويض على أساس تفويت الفرصة **(2)**.

1- التعويض الكامل عن الضرر

يعتبر قرار (Teyssier) بتاريخ 28 يناير 1942 الصادر عن محكمة النقض الفرنسية (غرفة العرائض) أول قرار مرجعي يؤسّس للمسؤولية الطبيّة في إطار مخالفة الالتزام بالإعلام من طرف الطبيب، وقد أيّدت فيه محكمة النقض ما قضت به محكمة الاستئناف من أن "الفعل غير المشروع المرتكب من الجرّاح، الذي بدونه ما كان للضرر أن يتحقق، يعتبر السبب المولّد"[3]. وفي نفس الإطار يمكن الإشارة أيضا إلى قرار آخر مهم يسير في نفس الاتجاه، وهو قرار (Michel) بتاريخ 11 فبراير 1986، إذ نقضت فيه محكمة النقض (الغرفة الأولى) قرارا لمحكمة الاستئناف الذي قضى بتعويض مقداره 50% لصالح الطفلة المتضررة على أساس أو أولياء الطفلة قد ساهموا في تحقق الضرر، ولكن محكمة النقض أوضحت بأن قضاة الاستئناف قد أثبتوا بأن تخلف الإعلام لم يسمح لأولياء الطفلة بأخذ قرار مستنير، وتبرير رفض محتمل، ولم يكن هناك أي سبب أجنبي أسهم في تحقق الضرر، وبناء على ذلك ينتج عن هذه الإثباتات أن تخلف الإعلام كان هو السبب الوحيد للضرر، ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيبين اللذين قاما بالعملية عن كامل الضرر الذي أصاب الطفلة الضحية[4].

---

[1] تنص المادة 23 على ما يلي: "يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها...تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية من طرف الأولياء أو الممثل الشرعي". وتنص المادة 343 على ما يلي: "لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض...ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته...وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها، وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض...ويضمن تقديم المعلومة كل مهني الصحة، في إطار صلاحياته ضمن احترام القواعد الأدبية والمهنية المطبقة عليه...تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، حسب الحالات، من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي".

[2] يُلاحظ أن التزام الطبيب بإعلام المريض يطرح إشكالات قانونية أخرى، منها: 1- ما هي الطبيعة القانونية لهذا الالتزام، هل هو التزام ما قبل تعاقدي يترتب على الإخلال به المسؤولية غير التعاقدية (التقصيرية)، أم هو التزام تعاقدي يرتب على الإخلال به المسؤولية التعاقدية ؟ 2- إذا كان الإخلال بالالتزام بالإعلام يشكل خطأ، فهل يقع عبء الإثبات على المريض أم على المريض ؟

[3] « …le fait illicite commis par le chirurgien, sans lequel ce dommage ne se serait pas produit, en était la cause génératrice ». Req., 28 janv. 1942, Teyssier, D. 1942. 63.

[4] Cass. civ, 1re , 11 fév. 1986, JCP 1987. II. 20775, note A. Dorsner-Dolivet ; Gaz. Pal. 1986. 1. 397, note F. Chabas.

ويُلاحظ أن هناك فارقا مهما بين القرارين، فقد استند قرار (Teyssier) إلى المادة 1382 مدني فرنسي المتعلقة بالمسؤولية غير التعاقدية، في حين أن قرار (Michel) قد استند إلى المادة 1147 مدني فرنسي المتعلقة بالمسؤولية غير التعاقدية[1].

وفي اعتقادنا أنه من الصعب التسليم بالتعويض الكامل للضحية لعدة أسباب: من **ناحية أولى** هناك شك قوي في وجود علاقة السببية بين الإخلال بالالتزام بالإعلام والضرر الذي أصاب الضحية، فليس من الأكيد أنه لو تم إعلام الضحية لكانت قد اتخذت قرار رفض إجراء التدخل الطبي. ومن **ناحية ثانية** يظهر أن محكمة النقض قد اعتمدت نظرية تكافؤ الأسباب (أو الشروط) من أجل تبرير وجود علاقة سببية بين الإخلال بالالتزام بالإعلام والضرر، ومن المعلوم أن هذه النظرية منتقدة على أساس أنه ليس كل فعل يساهم في وقوع الضرر يؤخذ بعين الاعتبار، ذلك أن الأمر يتطلب التمييز بين الأفعال المنتجة والأفعال غير المنتجة، وهو تمييز يصعب التحقق منه من الناحية العملية.

2- التعويض على أساس تفويت الفرصة

لقد لجأت محكمة النقض الفرنسية (الغرفة المدنية الأولى) إلى التعويض على أساس تفويت الفرصة (Perte d'une chance) بموجب قرار شهير بتاريخ 7 فبراير 1990، وقد جاء فيه أن الطبيب الذي يخلّ بالتزامه بتنوير مريضه حول النتائج الاحتمالية لاختيار هذا الأخير قبول العملية التي اقترحها عليه، يحرم المريض فقط من فرصة تجنب الخطر الذي تحقق في نهاية المطاف، وأن تفويت الفرصة يشكل ضررا متميزا عن الأذى الجسماني الناتج عن العملية[2].

رأى بعض الفقه الفرنسي أن هذا الحل من الممكن تأييده لسببين: من **ناحية أولى** يظهر أن هناك علاقة سببية أكيدة بين الضرر الذي أصاب الضحية والخطأ المرتكب من طرف الطبيب والمتمثل في الإخلال بالالتزام بالإعلام، ذلك أن هذا الإخلال فوّت بصورة أكيدة على المريض فرصة رفض العملية المقترحة من الطبيب، ومن ثم تفادي وقوع الضرر. ومن **ناحية ثانية** إن اعتماد التعويض على أساس تفويت الفرصة يأتي لنجدة كل ضحايا الحوادث الطبية الذين لم يتمكنوا من إثبات خطأ تقني في جانب الطبيب طبقا لما يشترطه قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى[3].

وفي اعتقادنا أن الحل الذي اهتدى إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي يبقى محل نظر من ناحيتين: من **ناحية أولى** يبقى التعويض على أساس تفويت الفرصة مجرد تعويض محدود يقتصر على تعويض الضرر الذي كان باستطاعة المريض تجنّبه لو رفض إجراء العملية أو العناية المقدمة إليه بعد إعلامه إعلاما صحيحا ينير رضاءه. ومن **ناحية ثانية** يصعب تقدير التعويض على أساس تفويت الفرصة، فالقضاة لا يعتمدون إلا على مجرد تخمينات خيالية قوامها تقدير الفرص، فكلما كانت الفرص أكيدة كان التعويض كبيرا يقترب من مقدار تعويض الضرر

---

[1] Voir : L. Bernard de la Gatinais, *Obligation d'information du médecin : la clarification*, D. 2014, p. 584 et s.

[2] « *...qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération* ». Cass. civ, 1re, 7 fév. 1990, n° 88-14.797, D. 1991. 183, obs. J. Penneau ; RTD civ. 1992. 109, obs. P. Jourdain.

[3] M. Bacache, *Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance*, D. 2008, p. 1908 et s.

الجسماني، وفي المقابل كلما كانت الفرص بعيدة كان التعويض صغيرا يبتعد عن مقدار تعويض الضرر الجسماني[1].

والواقع أن أبرز ما يُعاب على فكرة التعويض على أساس تفويت الفرصة هو أن مسؤولية الطبيب يمكن استبعادها رغم ثبوت إخلاله بالالتزام بالإعلام، وهو ما جسّدته بعض قرارات محكمة النقض الفرنسية، ويمكن في هذا الإطار أن نشير إلى قرارين بارزين[2]:

في قرار بتاريخ 20 يونيو 2000 أيّدت محكمة النقض الفرنسية قرارا لمحكمة الاستئناف الذي قضى باستبعاد مسؤولية الطبيب، وقد تعلق الأمر بمريض لم يتم إعلامه من طرف الطبيب عن مخاطر حدوث ثقب في الأمعاء عند استئصال ورم (Risques de perforation de l'intestin lors de l'exérèse d'un polype)، إذ ثبت للقضاة أنه حتى في حالة إعلام المريض بالمخاطر الكاملة للعملية كان المريض سيوافق على إجراء العملية خوفا من تحول الورم إلى سرطان، ذلك أن والده توفي بسرطان الكولون (Cancer du côlon). ووفقا لمحكمة النقض الفرنسية يتعيّن على القضاة البحث عن الآثار التي يمكن أن تكون للإعلام على رضاء المريض مع الأخذ بعين الاعتبار "الحالة الصحية لهذا الأخير، وكذلك تطورها المتوقع، وشخصيته، والأسباب التي من أجلها تم اقتراح التحقيقات والرعاية ذات الخطورة، وكذلك خصائص هذه التحقيقات والرعاية والأخطار"[3].

وفي قرار بتاريخ 6 ديسمبر 2007 سارت محكمة النقض الفرنسية في نفس الاتجاه، وقد تعلق الأمر بامرأة حامل تقدّمت أمام عيادة بعد ساعة ونصف من بداية الانقباضات، ونتيجة تلقيها حقنة التخذير تعرّضت لأزمة تشنجية تسبّبت في ضائقة جنينية حادة (Crise convulsive entrainant une importante souffrance foetale)، ولم تستطع الاستفادة من عملية توليد قيصرية (Césarienne) بالنظر إلى غياب الطبيب في تلك اللحظة، وهو ما أدى إلى ميلاد طفل مصاب بتلف دماغي كبير (Importantes lésions cérébrales irréversibles) لا يمكن إصلاحه. لقد أيدت محكمة النقض قضاة الموضوع في استبعاد مسؤولية العيادة على أساس أن المريض تم إعلامه بغياب الطبيب بعين المكان، وأنه في جميع الأحوال حتى في وجود الإعلام بخصوص مخاطر عملية التوليد لم تكن المريضة لتجد مؤسسة تتولى توليدها بالنظر إلى حالتها عند القدوم إلى العيادة[4].

II. الجزاء الحديث لإخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام

بعد الانتقادات التي وجّهت إلى الجزاء الكلاسيكي المذكور أعلاه، اتّجه التفكير إلى التعويض على أساس الضرر المعنوي الملازم لحقوق الشخصية **(1)** أو على أساس التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن عدم تحضير المريض للأخطار التي يمكن وقوعها مستقبلا **(2)**.

---

[1] V. Mazeaud, *Le refoulement de la perte de chance en présence d'un manquement à une obligation d'information*, D. 2015, p. 2155.

[2] Voir aussi : Cass. civ, 1re, 7 oct. 1998, n° 97-10.267, Hédreul. D. 1999. 145, note S. Porchy, Ibid. 259, obs. D. Mazeaud ; RDSS 1999. 506 ; obs. L. Doubouis, RTD civ. 1999. 83, obs. J. Mestre ; Ibid. 111. Obs. P. Jourdain. Cass. civ, 1re, 13 nov. 2002. RTD civ. 2003. 98. Cass. civ. 31 mai. 2007. Gaz. Pal. 22-23 juin 2007, avis J.-D. Sarcellet.

[3] « *...l'état de santé de ce dernier, ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques* ». Cass. civ, 1re, 20 juin 2000, Bull. civ. I, n° 193 ; D. 2000. Somm. 471, obs. P. Jourdain ; Defrénois 2000. 1121, obs. D. Mazeaud ; RDSS 2000. 729, obs. L. Dubouis.

[4] Cass. civ, 1re, 6 déc. 2007, n° 06-13572.

1- التعويض على أساسالضرر المعنوي الملازم لحقوق الشخصية

نادى بعض الفقه، منذ أواخر التسعينات من القرن الماضي، بضرورة التعويض عن إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام على أساس أن الحق في الإعلام حق ذاتي (Droit subjectif) للمريض مقرّر بموجب القانون (قانون 4 مارس 2002)، فكل مريض يجب أن يتم إعلامه عن حالته الصحية، وعن العلاجات والرعايات الممكنة، وكذا عن الأخطار المرتبطة بها. وفي نظر هذا الفقه ينتمي الحق في الإعلام إلى طائفة حقوق الشخصية (Droit de la personnalité)، ويرتكز على أمرين: أولهما الحق في احترام السلامة الجسمانية (Le droit au respect de l'intégrité corporelle)، وثانيهما الحق في احترام حرمة الشخص (Le droit au respect de la dignité de la personne)، وهذا الحق الأخير محمي بموجب المادة 16 مدني فرنسي التي تمنع أي مساس بالشخص دون الحصول على رضائه الحرّ عن طريق إعلامه[1]، وهو ما جسّدته محكمة النقض الفرنسية (الغرفة المدنية الأولى) في قرار لها بتاريخ 9 أكتوبر 2001، إذ جاء فيه أن واجب الإعلام يجد أساسه في وجوب احترام المبدإ الدستوري الذي يقضي بوجوب المحافظة على حرمة الإنسان[2].

ويبدو أن أنصار هذا الاتجاه مختلفون في تحديد النتائج المترتبة على اعتبار الحق في الإعلام حقا من حقوق الشخصية، فقد رأى جانب من الفقه أن تكريس هذا الحق الجديد من حقوق الشخصية يؤدي إلى إقصاء المسؤولية، بمعنى أنه يؤدي إلى تفادي شروطها، فخرق هذا الحق يجب أن يكون محل جزاء دون الحاجة إلى ضرورة تحقق شروط المسؤولية المدنية من خطأ وضرر، فحماية حقوق الشخصية يجب أن تكون مستقلة عن قواعد المسؤولية المدنية، ومن ثم يتعيّن إقرار التعويض بمجرد المساس بهذا الحق بصورة مستقلة عن إثبات الخطأ والضرر[3]. في حين رأى جانب آخر من الفقه أن تكريس هذا الحق الجديد يؤدي إلى إضفاء المرونة على شروط المسؤولية من خلال إقامة قرينة على توافر هذه الشروط، فخرق الحق الذاتي يشكل في جميع الأحوال خطأ تقصيريا، كما أن صاحب الحق الذاتي يتعرّض دائما على الأقل لضرر معنوي نتيجة خرق هذا الحق[4].

لقد تبنّت محكمة النقض الفرنسية هذا التصوّر الجديد في قرار لها بتاريخ 3 يونيو 2010، وُصف بالقرار التاريخي[5]، وقد دارت وقائعه على النحو الآتي: كان أحد المرضى يعاني من أوجاع في المسالك البولية ازدادت مع مرور الوقت، وعلى إثر ذلك قام أحد الجرّاحين المختصين في المسالك البولية في 2001 بإخضاعه لعملية استئصال البروستاتا الغدية (Adénomectomie prostatique) دون إعلامه بخطر عدم القدرة الجنسية الملازم لهذه العملية، وهو ما دفع المريض إلى مقاضاة هذا الجرّاح، ولكن محكمة الاستئناف رفضت دعواه على أساس أنه لم يوجد أي تقصير من الجرّاح بعد إجراء العملية، فقد كانت متابعة حالة المريض مطابقة للمعطيات العلمية، كما أنه لم يكن متاحا أي بديل علاجي لعملية الاستئصال بالنظر إلى خطر الالتهاب الذي كان يتهدّد المتانة، والأكثر من ذلك أنه كان هناك احتمال ضعيف أن يرفض المريض إجراء العملية لو تم إعلامه مسبقا بالمخاطر المترتبة

[1] Voir : S. Porchy, *Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient*, D. 1998. Chron. 379. – S. Hocquet-Berg, *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale*, Gaz. Pal. 1998. 2. 1121. – I. Guignard, *Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical*, RRJ. 2000. 45 et s, spéc. p. 63.

[2] Cass. civ, 1re, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, Bull. civ. I, n° 249, D. 2001. 3470, et les obs, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin, RTD civ, 2002. 176, obs. R. Libchaber ; ibid, 507, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2001. II. 10045, note O. Cachard ; CCC 2001. Comm. 22, obs. L. Leveneur.

[3] G. Goubeaux, Les personnes, n° 275. – J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, Introduction, n° 189.

[4] G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2006, n° 257.

[5] P. Sargos, *Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information*, D. 2010, p. 1522.

عليها. لم تؤيّد محكمة النقض الفرنسية (الغرفة المدنية الأولى) قضاة الاستئناف على هذا التعليل، وقضت بمسؤولية الجرّاح، وعلّلت ذلك بأنه ينتج عن المادتين 16 و 16-3 مدني فرنسي أن كل شخص له الحق في الإعلام مسبقا حول العلاجات وطرق الوقاية المقترحة، والأخطار الملازمة لها، وأنه يجب الحصول على رضائه من طرف الطبيب إلا إذا كانت حالته تتطلب تدخلا علاجيا، وبناء على ذلك فإن الضرر الناتج عن عدم احترام واجب الإعلام المفروض قانونا لا يمكن أن يبقى دون تعويض[1].

لم يتردّد بعض الفقه في تأييد هذا القرار، واعتبره تقدّما ملحوظا على أساس أنه قد حقق تطوّرا مزدوجا، إذ أدخل تعديلا على مصادر الالتزام بالإعلام وجزاءاته، وكرّس مفهوما واسعا للضرر القابل للتعويض في حالة الإخلال بهذا الالتزام[2].

والواقع أن هذا التوجّه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية محل نظر: من **ناحية أولى** ليس من السهل قبول فكرة أن كل اعتداء على حق من حقوق الشخصية يشكل في حد ذاته ضررا يتوجب التعويض عليه، فمثل هذا التحليل يعتبر أمرا خطيرا بالنظر إلى التنامي المتزايد لمثل هذه الحقوق في المنظومة القانونية المعاصرة[3]. ومن **ناحية ثانية** يبدو أنه من الصعب تطبيق التصوّر المذكور أعلاه، إذ كيف يمكن للقضاة الحكم بالتعويض نتيجة الإخلال بالالتزام بالإعلام إذا لم يترتب على ذلك أي ضرر للمريض ؟ وهل يُعقل أن يتقدّم المرضى بعد نجاح العلاج أو العملية التي خضعوا لها إلى الطبيب لمطالبته بالتعويض عن عدم إعلامهم بمخاطر العلاج أو العملية؟[4]

2- التعويض على أساسالضرر المعنوي الناتج عن عدم تحضير المريض

منذ أواخر التسعينات من القرن الماضي رأى بعض الفقه الفرنسي المجتهد أنه في غياب التعويض عن تفويت الفرصة يمكن للمريض أن يطالب بالتعويض عن ضرر متميّز ناتج عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، ويتمثل هذا الضرر فيما يسمى بـ "ضرر عدم التحضير" (Préjudice d'impréparation)، أي الضرر الناتج عن عدم تحضير المريض نفسيا، فهو ضرر معنوي يتكوّن من مجموع الآلام التي يعاني منها المريض بعد تحقق الخطر، والتي ما كان لها أن توجد كليا أو جزئيا لو تم إعلام المريض بمخاطر العملية مسبقا[5].

لقد رفضت محكمة النقض الفرنسية التعويض عن هذا النوع من الضرر في قرار لها بتاريخ 6 ديسمبر 2007 في قضية جاءت وقائعها على النحو الآتي: أجرى أحد المرضى عملية جراحية على مستوى القلب من أجل معالجة الشرايين المتصلّبة (Opération cardiaque destinée à traiter une carotidie sévère)، وبعد العملية أصيب بشلل نصفي (Hémiplégie)، وتوفي بعد سنوات من هذه العملية. طالبت عائلته بالتعويض على

---

[1]« *Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation*». Cass. civ. 1re, 3 juin 2010, n° 09-13.591, AJDA 2010. 2169, note C. Lantero ; D. 2010. 1484, obs. I. Gallmeister, 1522, note P. Sargos, 1801, point de vue D. Bert, 2092, chron. C. Creton, 2011. 35, obs. O. Gout, et 2565, obs. A. Laude ; RDSS 2010. 898, note F. Arhab-Girardin ; RTD civ. 2010. 571, obs. P. Jourdain ; JCP 2010. 788, note S. Porchy-Simon ; RDC 2011. 335, note M. Bacache, 345, note F. Leduc, et 357, note P. Pierre ; RCA 2010. Comm. 22, obs. S. Hocquet-Berg.

[2]F. Arhab-Giradin, *La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale*, RDSS 2010, p. 898.

[3] J.-S. Borghetti, *Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable*, RDC, 2008, n° 3, p. 769.

[4] P. Jourdain*, Le manquement au devoir d'information médicale cause un préjudice qui doit être réparé (revirement de jurisprudence)*, RTD civ, 2010, p. 571.

[5] M. Penneau. D. 1999. 48, note ss Angers ; 11 sept. 1998.

أساس تفويت فرصة تجنّب الشلل النصفي لو تم إعلامه، ولكن محكمة الاستئناف، وبتأييد من محكمة النقض، رفضت طلب التعويض بحجة أن المريض، حتى ولو تم إعلامه، كان سيجري العملية بالنظر إلى خطورة المشكل القلبي، وتطوره السريع، خاصة وأنه بشهادة الخبراء من النادر أن يترتب ضرر عن مثل هذه العمليات. ومع ذلك لم تعارض محكمة الاستئناف تعويض الضرر المعنوي الناتج عن عدم إعلام الضحية بمخاطر العملية، إذ كان ذلك سيعمل على تحضيره نفسيا لمواجهة الحالة الدراماتيكية التي عاشها بعد العملية، ومن ثم حكمت بتعويض مقداره 3000 أورو، ولكن محكمة النقض لم تؤيّد ذلك، وقضت بأن "الضرر الوحيد القابل للتعويض عند عدم احترام الالتزام بالإعلام من طرف الطبيب، والذي يكون الغرض منه الحصول على رضاء مستنير للمريض، هو تفويت فرصة تجنّب الخطر الذي تحقق في نهاية المطاف"[1].

يبدو أن هذا الاجتهاد القضائي لم ينل رضاء الفقه، فقد تعرّض إلى النقد من عدة نواح: من **ناحية أولى** يتوافر ضرر "عدم التحضير" على جميع خصائص الضرر القابل للتعويض، فهو ضرر شخصي، ومباشر، وأكيد، ومشروع، فلماذا لا يتم التعويض عنه ؟ ومن **ناحية ثانية** لم تتردّد محكمة النقض في التعويض عن كثير من الأضرار المعنوية في المجال الطبي في السنوات الأخيرة، مثل التعويض عن ضرر القلق حول مصدر الآلام نتيجة عدم الإعلام، والتعويض عن ضرر الآلام التي عاشها أحد المرضى قبل وفاته بعد علمه بفوات فرصة الحياة نتيجة خطأ في التشخيص، فلماذا لا يتم التعويض عن ضرر عدم التحضير مع أنه ضرر معنوي ؟ ومن **ناحية ثالثة** يساهم هذا الاجتهاد القضائي في إضعاف الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية، ويقلّل من فرص التعويض عن الحوادث الطبية، مما يتنافى مع الوظيفية التعويضية للمسؤولية[2].

يبدو أن هذه الانتقادات الشديدة وجدت آذانا صاغية على مستوى الاجتهاد القضائي، إذ بادرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 23 يناير 2014 إلى قبول التعويض عن ضرر "عدم التحضير" في قضية جرت وقائعها على النحو الآتي: بناء على وصفات لطبيب عام تلقت إحدى المريضات في الفترة بين 1996 و 1999 عدة حقن لقاحية (Injections du vaccin) من نوع (GenHevac B) لمعالجة التهاب الكبد (L'hépatite B)، وعلى إثر ذلك شعرت بتعب دائم وعدم استقرار في الأطراف السفلى تسببت لها في السقوط عدة مرات، وقد أوضحت الاختبارات أنها تعاني من تشوهات عصبية (Anomalies neurologiques) ثم وجود تصلبات جانبية (Sclérose latérale amyotrophique)، لذلك قررت مقاضاة الشركة المنتجة للقاح، والطبيب المعالج، وعلى مستوى الاستئناف تنازلت عن متابعة الشركة، وتمسّكت بمقاضاة الطبيب المعالج على أساس عدم الإعلام استنادا إلى المواد 16 و 16-3 و1382 مدني فرنسي مثلما ورد في قرار 3 يونيو 2010، ولكن محكمة الاستئناف رفضت طلبها على أساس أن الخبراء وغالبية المختصين يستبعدون وجود علاقة سببية بين اللقاح ضد الالتهاب الكبدي وظهور التصلبات الجانبية، وهو ما أيّدته محكمة النقض، ولكنها في المقابل قضت بأنه بغض النظر عن حالات عدم الإعلام عن المخاطر الملازمة للتحقيق والعلاج والوقاية التي تؤدي إلى تفويت المريض لفرصة تجنّب الضرر الناتج عن تحقق أحد هذه المخاطر، فإن إخلال المحترف في الصحة بواجبه في الإعلام،

[1] Cass. civ, 1re, 6 déc. 2007, n° 06-19.301, D. 2008. 192, note P. Sargos ; D. 804. Chron. L. Neyret ; D. 2894, obs. Ph. Brun et P. Jourdain ; RTD civ. 2008. 272, obs. J. Hauser ; RTD civ. 2008, obs. P. Jourdain.

[2] M. Bacache, *Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance*, art. préc, n° 16 et s.

عندما يتحقق الخطر، يسبب ضررا ينتج عن عدم التحضير لنتائج مثل هذا الخطر، ومن ثم لا يمكن للقاضي أن يتركه دون تعويض[1].

وبهذا الاجتهاد القضائي تكون محكمة النقض الفرنسية قد وافقت الاجتهاد القضائي الإداري في التعويض عن ضرر "عدم التحضير"، إذ سبق لمجلس الدولة الفرنسي الاعتراف بالتعويض عن هذا الضرر في قرار له بتاريخ 10 أكتوبر 2012، وجاء في هذا القرار أن إخلال الأطباء بالتزاماتهم بإعلام المريض حول الأخطار المحتملة يفتح للمعني بالأمر، عندما تتحقق هذه الأخطار، المجال للحصول على تعويض عن الأضرار التي تصيبه نتيجة عدم تحضيره لهذا الاحتمال[2].

لقد لاحظ بعض الفقه أن التعويض عن "عدم التحضير"، حسب الاجتهاد المذكور أعلاه، مدنيا كان أم إداريا، مشروط بتحقق الضرر، وهو اتجاه قضائي صائب باعتباره الحلّ الوحيد القابل للتطبيق، إذ من غير المعقول معاقبة كل إخلال بالالتزام بالإعلام رغم نجاح العلاج أو العملية، كما أن هذا الحل يسمح للقاضي بقياس مقدار الضرر بالنظر إلى حجم وجسامة الإصابات الجسمانية التي تعرّض لها المريض[3].

بعد هذا القرار تساءل الفقه حول إمكانية الجمع بين التعويض عن ضرر "عدم التحضير" وتفويت الفرصة، وجاءت الإجابة عن طريق قرار حديث لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 يناير 2017، كانت وقائعه على النحو الآتي: بعد تشخيص وجود ضيق في الشريان السباتي الأيمن (Sténose carotidienne droite) تم قبول إحدى المريضات بعد استشارة جرّاح الأوعية الدموية (Chirurgien vasculaire)، وأجري لها تصوير الشرايين (Artériographie) من طرف أخصائي الأشعة (Radiologue)، وبعد ذلك أصيبت المريضة بشلل نصفي على مستوى الأطراف السفلية والعلوية من الجانب الأيسر (Hémiplégie des membres inférieur et supérieur gauches)، وعلى إثر ذلك طالبت بالتعويض من طرف الأطباء نتيجة عدم الإعلام، ومن صندوق التضامن الوطني نتيجة الحادث الطبي غير المؤسس على الخطأ، وقد قضت محكمة الاستئناف بتعويضها عن عدم الإعلام على أساس تفويت الفرصة وعلى أساس ضرر "عدم التحضير"، وألزمت الصندوق بتعويضها عن الضرر الجسماني، وقد أيدت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف في الجمع بين التعويض على أساس ضرر

[1] « …qu'indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation ». iv. 1re, 23 janv. 2014, n° 12-22.123, FP-P+B+R+I, D. 2014. 589 ; ibid. 584, avis Léonard Bernard de la Gatinais ; ibid. 590, note M. Bacache ; RDSS 2014. 295, note F. Arhab-Girardin ; JCP 2014, n° 446, note A. Bascoulergue ; ibid. n° 124, obs. C. Quezel-Ambrunaz ; RCA 2014. comm. 116, obs. S. Hocquet-Berg ; Gaz. Pal. 16-17 avr. 2014, obs. M. Mekki.

[2]« …le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient sur les risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles ». (CE 10 oct. 2012, n° 350426, Beaupère, Lemaitre (Mme), au Lebon ; AJDA 2012. 1927 ; ibid. 2231, note C. Lantero ; D. 2012. 2518, obs. D. Poupeau ; ibid. 2013. 40, obs. P. Brun et O. Gout ; ibid. 2658, obs. M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon ; RDSS 2013. 92, note D. Cristol.

[3]P. Jourdain, Préjudice réparable en cas de défaut d'information médicale : la Cour de cassation réoriente sa jurisprudence, RTD civ, 2014, p. 379. - M. Bacache, Réparation du défaut d'information médicale : revirement ou affinement de jurisprudence ? D. 2014, p. 590.

تفويت الفرصة والتعويض على أساس ضرر "عدم التحضير" انطلاقا من اعتبارهما ضررين متميزين يستوجبان تعويضين مختلفين[1].

يظهر من الناحية النظرية أن الحل المذكور أعلاه مقبول على أساس أن الأمر يتعلق بضررين متميّزين، ومن ثم لا يمكن لأحدهما أن يقصي الآخر، وبالتالي يكون الجمع بينهما أمرا ممكنا[2]، ولكن من الناحية العملية يظهر أن هذا التحليل محل نظر، ذلك أن التعويض عن تفويت الفرصة هو في حقيقة الأمر تعويض عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، فكيف يتم التعويض عن هذا الإخلال أيضا عن طريق تعويض ضرر "عدم التحضير" ؟[3] والأكثر من ذلك يظهر أن التعويضين لا يتلاءمان، فتعويض تفويت الفرصة يفترض أن المريض كان سيرفض العلاج لو تم إعلامه بمخاطر العملية، في حين أن التعويض عن ضرر "عدم التحضير" يفترض أن المريض كان سيقبل العلاج لو تم إعلامه وتحضيره نفسيا لمواجهة وقوع الأخطار[4].

وفي اعتقادنا أن الجمع بين التعويضين المذكورين أعلاه لا ينسجم مع فكرة إقامة توازن في العلاقات بين مصلحة المريض ومصلحة الطبيب، إذ هو ينحاز بشكل واضح إلى مصلحة المريض على حساب مصلحة الطبيب، من خلال إثقال هذا الأخير بتعويضين عن خطأ واحد، ومن الناحية الفنية إذا كان الإخلال بالالتزام بالإعلام يشكّل خطأ تقصيريا، فإن تعويض تفويت الفرصة يكفي لتغطية الضرر الذي أصاب المريض، ومن ثم لا يمكن إعمال التعويض عن ضرر "عدم التحضير" إلا إذا لم تتوافر شروط التعويض عن تفويت الفرصة.

وجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية لا تزال في قراراتها الحديثة تعتد بالتعويض عن ضرر "عدم التحضير"، والشيء الملفت للنظر أنها تشير إلى قانون الصحة العمومية أو قانون حقوق المرضى لا إلى قواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني، الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى القول أن مسؤولية الطبيب لم تعد مسؤولية تقصيرية أو تعاقدية، وإنما أصبحت مسؤولية نظامية (Responsabilité statutaire)[5].

خاتمة

يمكن القول في نهاية المطاف أن جزاء إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام صناعة قضائية لا تزال في طور التشييد، ولم تكشف عن جميع أسرارها، وهو ما يبرر التقلّبات التي يعرفها الاجتهاد القضائي الفرنسي، بدأت بالتعويض الكامل، ثم تراجعت إلى تفويت الفرصة، لتعرف بعد ذلك تطوّرات جديدة ارتبطت بفكرة التعويض عن الضرر المعنوي، من خلال اعتبار الالتزام بالإعلام حقا من حقوق الشخصية أو من خلال تكريس حق جديد هو الحق في التعويض عن ضرر "عدم التحضير".

وفي اعتقادنا أنه لا يمكن الوصول إلى جزاء موحّد بشأن الإخلال بالالتزام بالإعلام بالنظر إلى خصوصيات المسؤولية الطبية، وإنما يتعيّن معالجة كل قضية على حدة، وبناء على ذلك قد يكون الجزاء هو

---

[1] Cass. civ, 1re, 25 janv. 2017, n° 15-27.898. « Mais attendu qu'indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte individuel de prévention, de diagnostic ou de soins a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de *la* réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice moral résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, qui, dès lors qu'il est invoqué, doit être réparé… ces préjudices distincts étaient caractérisés et pouvaient être, l'un et l'autre , indemnisés».

[2] D. Cristol, Le préjudice né du défaut d'information médicale ; une consolidation de l'édifice jurisprudentiel, RDSS 2017, p. 716.

[3] P. Jourdain, Défaut d'information médicale : cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation, RTD civ, 2017, p. 403.

[4] S.-M. Ferrié, Quelle sanction pour violation du devoir d'information médicale ? D. 2017, p. 555.

[5] G. Trédez, Observations sous Cour de cassation (1re civ), 23 janvier 2019, n° 18-10.706.

التعويض الكامل إذا ثبت يقينا أن المريض كان سيرفض التدخل الطبي لو تم إعلامه إعلاما صحيحا بمخاطر هذا التدخل، وقد يقتصر الجزاء على تفويت الفرصة إذا لم يكن التدخل الطبي ضروريا لاسيما إذا كان من المتصوّر وجود بديل طبي أو ظهر أن المريض كان سيرفض التدخل الطبي لو تم إعلامه إعلاما صحيحا، وقد يكون الجزاء أخيرا محصورا في ضرر "عدم التحضير" إذا لم تتوافر الشروط الصارمة لإعمال تفويت الفرصة، على أن يكون ذلك مشروطا بتحقق الضرر الجسماني بصورة فعلية، وهو ما يسمح للقاضي بتقدير التعويض بناء على معطيات واقعية ملموسة.

لقد بات من الضروري الاعتراف، في المجال الطبي، بنظام التعويض القانوني باعتباره نظاما مستقلا عن المسؤولية المدنية، وقوامه التضامن الوطني، من أجل تغطية الأضرار الجسمانية التي تخلّفها الحوادث الطبية، عندما لا تستجيب قواعد المسؤولية المدنية لتغطية مثل هذه الأضرار، ويبقى الأمل قائما في ضرورة تفعيل المادة 140 مكرر1 مدني من خلال إعادة النظر في صياغتها جذريا، بل ويبقى الأمل قائما في إعداد قانون خاص بالحوادث الطبية يعمل على المزج بين قواعد المسؤولية المدنية ونظام التعويض القانوني، مع الاستفادة من التجربة الفرنسية في إنشاء ما يسمى الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية.

قائمة المراجع

1- F. Arhab-Giradin, La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale, RDSS 2010, p. 898.

M. Bacache, Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance, D. 2008, p. 1908.

M. Bacache, Réparation du défaut d'information médicale : revirement ou affinement de jurisprudence ? D. 2014, p. 590.

L. Bernard de la Gatinais, Obligation d'information du médecin : la clarification, D. 2014, p. 584.

J.-S. Borghetti, Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable, RDC, 2008, n° 3, p. 769.

D. Cristol, Le préjudice né du défaut d'information médicale ; une consolidation de l'édifice jurisprudentiel, RDSS 2017, p. 716.

S.-M. Ferrié, Quelle sanction pour violation du devoir d'information médicale ? D. 2017, p. 555.

I. Guignard, Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical, RRJ. 2000. 45.

S. Hocquet-Berg, Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz. Pal. 1998. 2. 1121.

P. Jourdain, Le manquement au devoir d'information médicale cause un préjudice qui doit être réparé (revirement de jurisprudence), RTD civ, 2010, p. 571.

P. Jourdain, Préjudice réparable en cas de défaut d'information médicale : la Cour de cassation réoriente sa jurisprudence, RTD civ, 2014, p. 379.

P. Jourdain, Défaut d'information médicale : cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation, RTD civ, 2017, p. 403.

V. Mazeaud, Le refoulement de la perte de chance en présence d'un manquement à une obligation d'information, D. 2015, p. 2155.

S. Porchy, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D. 1998. Chron. 379.

P. Sargos, Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information, D. 2010, p. 1522.

G. Trédez, Observations sous Cour de cassation (1re civ), 23 janvier 2019, n° 18-10.706.

حرمة جسم الإنسان في التشريع الإسلامي

أ. د. العشي نوارة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

مقدمة

حرمة جسم الإنسان من أهم الحقوق التي اتفقت عليها التشريعات وأحاطتها بضمانات الحماية من بداية الوجود البشري، فقد خلق الله آدم وشرفه بأحسن تقويم، ونفخ فيه من روحه، وكرمه بسجود الملائكة وتسخير الكون له.

وإذا كان جسم الإنسان موضع إيجاد رباني حكيم فهو بعد قيامه موضع حماية سنتها التشريعات السماوية منذ عهد آدم واهتمت بها التشريعات الوضعية، حيث سطر القانون الطبيعي حق الإنسان في المحافظة على جسده ودفع الضرر عنه، ثم توالت الشرائع والأنظمة في تأكيد حماية جسم الإنسان، لتتأكد أواصر هذه الحماية بمجيء الإسلام.

لقد اجتمعت نصوص الشريعة الإسلامية على تقرير حرمة وقداسة جسد الإنسان حيا وميتا، واعتبرت النفس البشرية من أهم الكليات التي يقوم عليها الوجود الإنساني، واهتمت بها من ناحية الإيجاد والحفظ، وأحاطتها بأحكام من ناحية عدم جواز الاعتداء على جسم الإنسان أو بعض أجزائه، ومن ناحية وجوب إنمائه حفظه من كل ما يضره وعدم تعريضه للخطر والأمراض.

تلك هي أهم الأفكار التي أريد تقديمها في هذا البحث ساعية للإجابة على الإشكالية الآتية: كيف كرست الشريعة الإسلامية حرمة جسم الإنسان؟

ويمكن تلخيص عناصر الموضوع في الآتي:

أولا: حرمة جسم الإنسان من ناحية تحريم قتله.

ثانيا: حرمة جسم الإنسان من ناحية تحريم الاعتداء على أجزائه.

ثالثا: حرمة جسم الانسان من ناحية إنمائه وحفظه.

أولا: حرمة جسم الإنسان من ناحية تحريم قتله

الإنسان يتكون من الكيان المادي والمعنوي، أما الكيان المادي فهو مجموعة العناصر الحية والمترابطة والمتناسقة، من خلايا وأنسجة وأعضاء وأجهزة أبدعها الخالق من طين ليخرجها في صورة تدل على عظيم قدرته، أما الجانب المعنوي فهو ما يحمله الإنسان من الأحاسيس والرغبات والأفكار التي بثها المبدع سبحانه في الذات البشرية التي نفخ فيها من روحه وتفرد بمعرفة ماهيتها، يظهر ذلك جليا في قوله سبحانه: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ ۖ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُم مِّنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾(سورة الإسراء، آية85) وقوله تعالى: ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ (سورة التين، آية4).

ونفخة الروح جعلت الإنسان يرتقي من مستوى الطين والتراب إلى مستوى الرفعة والعلو التي ارتضاها الخالق حتى أمر الملائكة بالسجود له، تجلى ذلك في قوله تعالى: (فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِن رُّوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ) (سورة الحجر، آية29)، وقوله: (ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِن رُّوحِهِ ۖ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ ۚ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ) (سورة السجدة، آية 9).

لقد كرم الله الإنسان بجسده المادي وروحه المعنوية، ويبرز هذا التكريم في عدة مظاهر منها: الخلق في أحسن صورة، نفخ الروح فيه، تفضيله بالعلم، جعله خليفة في الأرض، أمر الملائكة بالسجود له، قال تعالى: (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا) (سورة الإسراء،آية70). قال القرطبي: "وهذه الكرامة يدخل فيها خلقهم على هذه الهيئة في امتداد القامة وحسن الصورة وحملهم في البر والبحر مما لايصح لحيوان....." [1]

إن كلمة النفس التي تضافرت أدلة الشرع على تأكيد حرمتها ومعصوميتها تنصرف دلالتها إلى حرمة الكيان الإنساني، فلا يجوز جرح الإنسان في عضو من أعضائه كما لا يجوز إزهاق روحه، ولا يكون إزهاق الروح إلا بالاعتداء على الجسد، ونظرا لإفراد كل من العقل والعرض بكلية خاصة وهما يدلان على الأفكار والأحاسيس، فإن كلمة نفس تنصرف في غالب معانيها إلى مفهوم الجسد.

أ- تحريم اعتداء الإنسان على ذاته بقتل نفسه

تؤكد الشريعة الإسلامية على تحريم القتل وتعتبره من أعظم المفاسد وأكبر الكبائر والمنكرات بعد الكفر بالله تعالى. فلا يجوز أن يقتل الإنسان نفسه أو يقتل غيره؛ أما عن قتل الإنسان نفسه فقد حرمه تعالى حيث قال: (وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا) سورة النساء آية29، فلا يجوز اعتداء الشخص على ذاته بإزهاق روحه، ذلك أنه لا يملك نفسه ملكية مطلقة يفعل بها ما يشاء، وعقوبة الانتحار في الدنيا تسقط لتعذر إقامتها، أما في الآخرة فإن إثم قتل النفس يحمله المنتحر ليحاسب عليه بعد موته ما كان متعمدا وعاقلا، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:{من تردى من جبل فقتل نفسه فهو في نار جهنم يتردى فيه خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن تحسى سما فقتل نفسه فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يجأ بها في

(1) **القرطبي** محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق البردوني أحمد وأطفيش إبراهيم، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ/1964، 293/10.

بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا}[1] وهذه الأمثلة للذكر لا للحصر فالنهي عن قتل الإنسان نفسه عام يدخل فيه كل طرق قتل النفس مهما كانت أسبابها.

ب- تحريم اعتداء الإنسان على غيره بالقتل

وكما لا يجوز للإنسان أن يقتل نفسه يحرم عليه أيضا قتل غيره، ورد ذلك في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية.

في **القرآن الكريم** عدة آيات تحرم القتل؛ قال تعالى:(وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ) (سورة الإسراء، آية33)، وهذا التحريم متفق عليه. قال الشوكاني في معنى قوله تعالى (النفس التي حرم الله) هي : "التي جعلها معصومة بعصمة الدين أو عصمة العهد والمراد بالحق الذي استثناه هو ما يباح به قتل النفس المعصومة في الأصل"[2]، وأعطى أمثلة للحالات التي يباح فيها قتل الغير منها حالة القصاص في القتل العمد المتضمن في الآية السابقة الذكر في قوله تعالى :(وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ ۖ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا) سورة الإسراء آية: 33.

فمن قتل مؤمنا عدوانا بغير حق توعده الله بالعذاب يوم القيامة إذا لم يتب ولم يكفّر، قال تعالى:(وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا) سورة النساء آية93، وأوجب الله العقوبة في الدنيا بالقصاص[3]، فإذا تنازل ولي المقتول عنه وجبت الدية والكفارة، قال تعالى:(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ) سورة البقرة آية: 178.

كما يعاقب القاتل إذا كان وارثا بالحرمان في الميراث حتى لا يتجرأ بعض الناس على قتل مورثيهم للاستفادة من الميراث، فمن إستعجل الأمر قبل أوانه عوقب بحرمانه[4]، ونظرا لعصمة جسم الإنسان فإن من اعتدى على غيره بالقتل الخطأ يتوجب عليه كفارة العتق ودفع الدية إلى أهل القتيل، ومن لم يجد عليه كفارة الصيام، قال تعالى :(وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَّدَّقُوا ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ

---

(1) - **البخاري** محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح مع إرشاد الساري للقسطلاني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983م، كتاب الطب، باب شرب السم والدواء به وبما يخاف منه والخبيث، حديث رقم 5778، 8/414-415. **مسلم** بن الحجاج النيسابوري، الجامع الصحيح بشرح النووي على هامش إرشاد الساري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983م، كتاب الإيمان، باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه وأن من قتل نفسه بشيء عُذب به في النار... حديث رقم 109، 1/454-455.

(2) **الشوكاني** محمد بن علي ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1417هـ/1997م، 3\281

(3) القصاص شريعة الله من قبل أوجبه على بني إسرائيل قال تعالى: (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ) سورة المائدة آية45.

(4) انظر: **ابن رجب** زين الدين عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة بيروت، القاعدة الثانية بعد المائة، ص230. **السيوطي** جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر محمد، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1979م، ص152.

مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا) سورة النساء آية92. وأكد عز وجل في القرآن الكريم على تحريم قتل الإنسان لولده مهما كانت الأسباب، قال سبحانه: (وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ ۖ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ ۚ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا) سورة الإسراء 31 آية.

إن عصمة الإنسان وحرمة جسده بلغت درجة عليا في القرآن الكريم حيث ذكر الله عز وجل أن (مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا) سورة المائدة آية 32.

وفي **السنة النبوية** العديد من الآثار التي تقرر تحريم القتل، فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس يوم النحر فقال: {يا أيها الناس أي يوم هذا؟ قالوا: يوم حرام. فقال: فأي بلد هذا؟ قالوا: بلد حرام. قال: فأي شهر هذا؟ قالوا: شهر حرام. قال: فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا فأعادها مرارا ثم رفع رأسه إلى السماء فقال اللهم هل بلغت} (1)

وقال عليه السلام: {لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس والثيب الزاني والمارق من الدين التارك الجماعة} [2] وقال صلى الله عليه وسلم: {إن أول ما يقضى وفي رواية ما يحكم بين العباد في الدماء}[3] وعن عبد الله بن عمر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بالكعبة ويقول: {ما أطيبك وأطيب ريحك، وما أعظمك وأعظم حرمتك، والذي نفس محمد بيده لحرمة المؤمن أعظم عند الله حرمة منك ماله ودمه وأن تظن به إلا خيرا} [4]، وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: {لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا في دم مؤمن لأكبهم الله في النار} [5]

وفي أحاديث أخرى كثيرة حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل غير المسلمين من غير المقاتلين، فعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال {من قتل نفسا معاهدا لم يرح رائحة الجنة}[6]، وفي حالات الحرب حرم عليه السلام قتل النساء والشيوخ والأطفال[7].

---

(1) صحيح **البخاري**، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، حديث رقم 1662، 240/3.

(2) صحيح **البخاري** كتاب الديات باب قول الله تعالى﴿أن النفس بالنفس ....﴾ حديث رقم 6878، 48/10-49. صحيح **مسلم** كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ما يباح به دم المسلم، حديث رقم 1676، 181/7.

(3) صحيح **البخاري** كتاب الرقاق، باب القصاص يوم القيامة 311/9. صحيح **مسلم** كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب المجازاة بالدماء في الآخرة، 183/7.

(4) **ابن ماجه** أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية البابي الحلبي، 2009م، كتاب الفتن، باب حرمة دم المؤمن وماله حديث رقم 3930، صححه الألباني بعد دراسة مجموع طرقه وقال صحيح لغيره.

(5) **الترمذي** أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، تحقيق كما يوسف الحوت، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1408هـ/1987م، كتاب الديات، باب الحكم في الدماء، حديث رقم 1398، 11/4، صححه الألباني في صحيح سنن الترمذي.

(6) صحيح **البخاري**، كتاب الديات، باب إثم من قتل ذميا بغير جرم، حديث رقم 6516، 74/10.

(7)انظر: صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب (النهي عن) قتل الصبيان وباب (النهي عن) قتل النساء في الحرب، 147/5.

ج- تحريم قتل الانسان في المرحلة الجنينية

وعصمة الجسم البشري مؤكدة مهما كان دين الإنسان أو جنسه أو سنه أو درجته الاجتماعية، بل أن هذه العصمة محققة أيضا في المرحلة الجنينية بتحريم الاعتداء على الجنين لأنه في حكم الاعتداء على النفس البشرية، وتوجد عدة أحكام تؤكد حماية الجنين هي:

1- تحريم الإجهاض بغير حق ومن اعتدى على حامل فأسقطت جنينها لحقه العقاب الأخروي وألزم في الدنيا بدفع الغرة إن سقط الجنين ميتا، أما إن سقط حيا ثم مات بسبب الاعتداء كان عليه دفع الدية كاملة، وهذه العقوبات تسلط على كل من اعتدى على الجنين حتى وإن كانت الأم هي المتسببة في إسقاط جنينها، كما يعاقب كل من أعان على هذا الأمر[1].

2- حماية الجنين في حالة الحكم على المرأة الحامل بحد أو قصاص فإن هذا الحكم يؤخر تنفيذه حتى تضع المولود وترضعه[2]، لأن في القصاص موت للجنين مع موت أمه وحرمان للرضيع منها، وفي تطبيق الحد -ولو كان دون النفس- ألم يتعدى للجنين والرضيع.

3- في حالة موت الأم ومازال جنينها حيا وترجى حياته يجوز شق بطن الأم الميتة لاستخراج الجنين، **فالضرر الأشد يزال بالضرر الأخف**[3]، والضرر الأخف هو انتهاك حرمة جسد الميتة والضرر الأشد هو ترك الجنين يموت رغم وجود الوسيلة لإنقاذه[4].

ثانيا: حرمة جسم الإنسان من ناحية تحريم الاعتداء على أجزائه

حرمت الشريعة الإسلامية الاعتداء على بعض أجزاء جسم الإنسان من جلد أو عضو سواء كان هذا الاعتداء من الإنسان ذاته أو من طرف غيره.

أ- تحريم اعتداء الإنسان على أعضائه

فلا يجوز جرح الإنسان لنفسه أو الانتقاص من بعض أعضائه لأن هذا من باب تعذيب النفس المنهي عنه شرعا. فهذا الاعتداء يعتبر إلقاء بالنفس إلى التهلكة وقد يؤدي إلى إزهاق الروح المحرمة شرعا، قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ۛ وَأَحْسِنُوا ۛ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ سورة البقرة آية.

روى جابر رضي الله عنهما أنه قال: "لما هاجر النبي صلى الله عليه وسلم إلى المدينة هاجر إليه الطفيل بن عمرو وهاجر معه رجل من قومه فاجتووا المدينة، فمرض فجزع فأخذ مشاقص فقطع براجمه فتشخبت يداه حتى مات، فرآه الطفيل بن عمرو في منامه وهيئته حسنة، ورآه مغطيا يديه، فقال له : ما صنع بك ؟، قال : غفر لي

---

(1) حكم الرسول صلى الله عليه وسلم في دية الجنين بالغرة انظر صحيح البخاري، كتاب الديات، باب جنين المرأة، 10/69-70، و الغرة هي دية الجنين وهي ما يجب على الجاني دفعه للورثة في حال تسببه في إسقاط الجنين. وتقدر بقيمة عبد صغير أو أمة وفي حالة عدم وجودهما قيَّمها بعضهم بعشر دية الأم. انظر **القسطلاني** أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983م، 10/69.

(2) انظر حديث الغامدية التي أخر الرسول صلى الله عليه وسلم تطبيق الحد عليها حتى وضعت مولودها وأرضعته في صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنا، 7/226.

(3)انظر: **ابن نجيم** زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1413هـ/1993م، ص89.

(4) انظر *العز* بن عبد السلام أبو محمد عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تصحيح ومراجعة محمود بن التلاميد الشنقيطي، دار المعرفة، بيروت، 1/87.

بهجرتي إلى نبيه صلى الله عليه وسلم، فقال مالي أراك مغطيا يديك ؟ قال لي : لن تصلح منك ما أفسدت." فقصها الطفيل على رسول الله، فقال عليه السلام: {اللهم وليديه فاغفر}[1]

وعن جندب بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {كان فيمن كان قبلكم رجل به جرح فجزع، فأخذ سكينا فخز به يده، فما راق الدم حتى مات، قال تعالى :بادرني عبدي بنفسه فحرمت عليه الجنة}[2]

ب- تحريم اعتداء الإنسان على أعضاء غيره

إذا كانت الشريعة قد حرمت على الإنسان الاعتداء على أعضائه وهي جزء من ذاته فإن اعتداء الغير محرم من باب أولى، فلا يجوز جرح أي شخص أو إتلاف أي عضو من أعضائه حتى وإن لم يؤد ذلك الاعتداء إلى القتل، وقد رتب الشرع على هذه الجنايات في حالة التعمد عقوبات القصاص فكل اعتداء يقابل بمثله، وقد كتب الله هذا الحكم على بني إسرائيل في التوراة حيث قال عز وجل: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾ سورة المائدة آية45 [3]

وإذا تنازل المعتدى عليه عن القصاص حكم له بتعويض يسمى دية العضو وقد حددت الشريعة قيمة كل عضو وقيمة كل جرح حسب خطورته. والتعويض عن الاعتداء الذي لم يرد فيه نص شرعي يحكم فيه بتقدير من ذوي عدل من الخبراء. والحقيقة أن التقييم المالي للإنسان وأعضائه يعتبر استثناء من باب صيانة الدم من الهدر.

روي في الصحيحين عن أنس بن مالك أن الربيع بنت النضر عمته لطمت جارية فكسرت ثنيتها (سنها) فعرضوا عليهم الأرش[4] فأبوا، فطلبوا الأرش والعفو فأبوا فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهم بالقصاص، فجاء أخوها أنس بن النضر فقال: يا رسول الله أتكسر ثنية الربيع؟ والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها، فقال النبي عليه الصلاة والسلام "يا أنس كتاب الله القصاص" فعفا القوم فقال رسول الله: {إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره}[5].

---

(1) رواه **مسلم** في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن قاتل نفسه لا يكفر، حديث رقم 116، 468/1-469. وقد أورد النووي معاني الكلمات الغريبة الواردة في الحديث وهي: "اجتووا" بمعنى كرهوا المقام لضجر ونوع من السقم. "المشاقص" جمع مشقص وهو السهم. "البراجم" رؤوس السلاميات ومفاصل الأصابع. "تشخبت يداه" أي سال دمهما بقوة. انظر: **النووي** أبو زكرياء محي الدين يحي بن شرف، شرح صحيح مسلم، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 1403هـ/1983م، 469/1.

(2) صحيح **البخاري**، كتاب الأنبياء، باب ما ذكر عن بني إسرائيل، حديث رقم 3276، 424/5 . صحيح **مسلم**، كتاب الإيمان باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه، حديث رقم 113، 454/1-455.

(3) الآية في شرع من قبلنا وقد احتج به الفقهاء لعدم ورود نسخ، حيث ذهب الكثير من الأصوليين والفقهاء إلى أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا حكي مقررا ولم ينسخ، والحكم بهذه الآية في الجنايات عند الأئمة. انظر تفسير هذه الآية عند **القرطبي**، المرجع السابق 191/6-192.

(4) الأرش هو دية تدفع للمجني عليه أو وليه عوضا عن الاعتداء على ما دون النفس. انظر في أحكام الأرش رسالة **الأسطل** صفاء إسماعيل أحمد، أرش الجراحة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين،1435هـ/ 2013م.

(5) رواه **البخاري** في صحيحه، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ حديث رقم 4253، 21/7-22. وانظر صحيح **مسلم**، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب إثبات القصاص في الأسنان وما في معناها، حديث رقم 1675، 178/7-179.

ولحفظ الأنفس والأجسام رغبت الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم والسنة النبوية في التنازل إلى الديات والأروش دون القصاص، حماية للناس رغم ما اقترفوه من اعتداء، واعتُبر هذا التنازل صدقة تكفر الذنوب فمن غفر ذنب غيره غُفِر ذنبه، قال تعالى: ﴿ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾ سورة المائدة آية45، وقال عليه السلام: {من تصدق بدم فما دونه فهو كفارة له من يوم ولد إلى يوم تصدق} وفي رواية {ما من رجل يجرح في جسده جراحة فيتصدق بها إلا كفر الله تبارك وتعالى مثل ما تصدق به} [1]

ج-تحريم اعتداء الإنسان على أعضاء الجثث

إن حرمة الاعتداء على أعضاء الإنسان مؤكدة خلال حياته **وبعد مماته**، فلم تقتصر عناية الشريعة بجسم الإنسان حال الحياة بل امتدت إلى ما بعد الموت فجعلت حرمة الميت كحرمة الحي، قال صلى الله عليه وسلم: {كسر عظم الميت ككسره حيا}[2]، وقصة هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في جنازة وكان القبر لم يفرغ بعد والحفار يقوم بحفره، فأخرج عظما فذهب ليكسرها فقال له عليه الصلاة والسلام: "لا تكسرها فإن كسرك إياه ميتا ككسرك إياه حيا ولكن دسه في جانب القبر"[3].

إن حرمة جثة الميت كحرمة جسم الحي بل أن القبور اكتسبت حرمة خاصة لحرمة الأجساد التي تحتويها، فلا يجوز المشي فوق القبور أو نبشها[4] أو الجلوس عليها قال عليه السلام[5].

فحرمة جثة الإنسان محفوظة مصونة فلا يجوز التصرف فيها بشكل فيه أذى سواء كان ذلك بجرح أو تكسير أو تشريح أو غيره إلا بموجب شرعي[6]، كما لا يجوز التمثيل بالجثث ولو في حالة الحرب مع الكفار، والتمثيل بالقتلى هو تشويه الجثة بقطع أجزائها مثل الرأس أو الأطراف، أو جدع الأنف أو الأذن أو إخراج العين أو الكبد أو غيرها، والتمثيل بالعدو محرم سواء كان حيا أو ميتا، وحكى بعض أهل العلم

---

(1) الحديث رواه احمد في مسنده برجال الصحيح انظر: **السفاريني** الحنبلي محمد بن أحمد بن سالم، شرح ثلاثيات مسند أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 200/2. صححه الحاكم وروى **الترمذي** ما يماثله، كتاب الديات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم باب ما جاء في العفو حديث رقم 1393، 8/4-9.

(2) رواه **مالك** في الموطأ موقوفا على عائشة رضي الله عنها انظر: **مالك** بن أنس: الموطأ، رواية يحي بن يحي الليثي، إعداد أحمد راتب عرموش، دار النفائس، بيروت، الطبعة الخامسة، 1401هـ/1981م، كتاب الجنائز، باب ما جاء في الاختفاء (أي نبش القبور) ص158. وروي مرفوعا عند **ابن ماجة** في سننه كتاب الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت، حديث رقم 1685،1684، 49/2 صححه الألباني، و رواه **أبو داود** على شرط مسلم انظر: **أبو داود** سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الحديث، القاهرة، 1408هـ/1988، كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان، حديث رقم 3207، 209/3-210.

(3) انظر: **العظيم آبادي** أبو الطيب محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داوود، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت 116/5.

(4) انظر: موطأ **مالك**، كتاب الجنائز، باب ما جاء في الاختفاء (أي نبش القبور) ص158.

(5) انظر: صحيح مسلم ، كتاب الجنائز،303/4.

(6) انظر فتوى رقم 140779 هل يجوز للمسلم التبرع بجسده للبحث الطبي بعد وفاته موقع الإسلام سؤال وجواب إشراف محمد صالح المنجد https://islamqa.info/ar/140779 تاريخ الاطلاع على الموقع 2022/06/17 الساعة 16:50.

الإجماع على تحريمه، قال الصنعاني "...وتحريم الغدر وتحريم المثلة وتحريم قتل صبيان المشركين وهذه محرمات بالإجماع"[1]

ودليل التحريم ما رواه مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوصي قادة الجيش بتقوى الله ويقول لهم: "اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا"[2]، وروى البخاري عن عبد الله بن يزيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن النهبة والمثلة[3]

(1) **الصنعاني** الأمير اليمني محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، معه أحكام الألباني، الكتاب العالمي للنشر، بيروت لبنان، 62/4.

(2) صحيح **مسلم**، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بآداب الغزو وغيرها، رقم الحديث 1731، 297/7.

(3) صحيح **البخاري**، كتاب المظالم، باب النهبى بغير إذن صاحبه، رقم الحديث 2474، 276/4.

ثالثا: حرمة جسم الإنسان من ناحية إنمائه وحفظه

إن جسم الإنسان أمانة، وعلى صاحبه أو من يتولاه في حال كونه قاصرا أن يصونه وينميه بحسن ونظافة الطعام والهندام والاعتدال في بذل الجهد، إضافة إلى وجوب الدفاع عنه في حالة الاعتداء عليه، وتشريع الرخص في حال الاضطرار، مع وجوب ستره وعدم كشف عورته ووقايته من الأمراض.

أ- حماية جسم الانسان بتشريع الدفاع عنه

إذا تعرض الانسان لاعتداء على جسمه شرع له بذل الوسع لرد هذا الاعتداء بالوسائل المشروعة، قال تعالى (وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَٰئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ) سورة الشورى آية41. وقال أيضا (فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ) سورة البقرة آية194.

وجاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "من قتل دون ماله فهو شهيد **ومن قتل دون دمه فهو شهيد** ومن قتل دون دينه فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد."[1]

وثبت في الصحيحين أن رجلا قال: يا رسول الله الرجل يأتيني يريد مالي؟ قال: لا تعطيه مالك. قال: **أرأيت إن قاتلني؟** قال: قاتله. قال: فإن قتلني؟ قال: فأنت شهيد. قال: فإن قتلته؟ قال فهو في النار"[2]

ب- حماية الجسم من خلال الأخذ بالرخص

من صور حماية الجسم الأخذ بالرخص عند الحاجة الماسة والضرورة كالتيمم بدل الوضوء عند المرض أو الخوف على النفس من العدو[3]، ومن ذلك أيضا تحليل المحرمات عند الاضطرار كإباحة تناول الخمر أوالدم أولحم الخنزير أوالميتة عند شدة العطش أو الجوع، قال تعالى (إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ) سورة البقرة آية173. واستنتاجا من هذه الآية قال الامام القرطبي: "لا خلاف بين أهل العلم متأخريهم ومتقدميهم في وجوب رد مهجة المسلم عند خوف الذهاب أو التلف بالشيء اليسير (يقصد من الحرام) الذي لا مضرة فيه على صاحبه وفيه البلغة"[4].

ومن الأحكام كذلك إباحة الفطر في رمضان للمريض والمسافر وغيرهما وكل هذه الأحكام أدرجها العلماء ضمن قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"[5] و"الحاجة الماسة تنزل منزلة الضرورة في إباحة المحظور"[1]

---

(1) روى البخاري بداية الحديث في كتاب المظالم، باب من قاتل دون ماله، 279/4. ونص الحديث كاملا رواه الترمذي في سننه ، كتاب الديات، باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد، رقم الحديث 1421، 22/4.

(2) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه... 510/1-511.

(3) انظر سورة المائدة آية 06 وسورة النساء آية 43

(4) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن المرجع السابق، 226/2. في قوله البلغة بمعنى يؤدي إلى بلوغ المقصود من حفظ مهجة المسلم.

(5) انظر: **السبكي** تاج الدين عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ/1991م، 45/1.

ج- حماية جسم الإنسان من ناحية وجوب ستره

وهذه من الأحكام التحسينية والكمالية التي تضفي على جسم الإنسان حرمة تتوافق مع الفطرة السليمة والذوق السليم، فقد دعت الشريعة إلى ستر العورة واتخاذ اللباس الذي يعتبر نعمة من نعم الله في الدنيا والآخرة، فلا يجوز كشف جسم الإنسان والاطلاع على عورته إلا لضرورة التداوي أو التنظيف للعاجز أو تغسيل الميت، ولا يكون ذلك إلا بالقدر المطلوب و"ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"[2]

د- حماية جسم الإنسان من ناحية وقايته من الأمراض

أكددت الشريعة الإسلامية على وجوب حفظ جسم الإنسان ووقايته من كل ما يسبب له الضعف والمرض فوجهت الإنسان إلى الاعتدال في المأكل والمشرب والنوم وبذل الجهد، قال صلى الله عليه وسلم: "صم وأفطر وقم ونم فإن لجسدك عليك حقا وإن لعينك عليك حقا وإن لزوجك عليك حقا"[3]، وأوجب التشريع الإسلامي البعد عن التدخين وعن كل أنواع المسكرات.

وقد أرشد الرسول صلى الله عليه وسلم إلى ضرورة الأخذ بالأسباب والإجراءات الوقائية التي تحول دون الوقوع في براثن الأمراض فنهى عن ورود المريض على الصحيح حتى لا ينتقل المرض إلى السليم، قال صلى الله عليه وسلم: "لا يوردن ممرض على مصح"[4]، وأمر عليه السلام كذلك بابتعاد الأصحاء عن أصحاب الأمراض المعدية حيث قال: "فر من المجذوم كما تفر من الأسد"[5].

كما وضع الرسول صلى الله عليه وسلم كل السبل لمحاصرة الأمراض المعدية وعدم التسبب في نشرها من خلال عدم الدخول إلى الأرض التي أصيب أهلها بالطاعون وكذلك عدم جواز خروج أهلها منها، قال عليه السلام: "إذا سمعتم بالطاعون في أرض فلا تدخلوها وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منها"[6].

هـ- حماية جسم الإنسان بمداواته من الأمراض

وردت الكثير من النصوص التي تؤكد على التداوي، روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ما أنزل الله داءً إلا أنزل له شفاء"[7] والتأكيد على أن الله أنزل الداء وأنزل معه الدواء والشفاء فيه حث للإنسان على طلب هذا الدواء.

---

(1) انظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص91.

(2) انظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، 141/2. ابن نجيم، المرجع السابق، ص86.

(3) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لزوجك عليك حق، رقم الحديث 5199، 99/8. صحيح مسلم كتاب الصوم باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به... رقم الحديث 1159، 147/5-148.

(4) صحيح البخاري، كتاب الطب، باب لا هامة، 410/8-411. صحيح مسلم، كتاب الطب، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة... 59/9-60.

(5) انظر: صحيح البخاري، كتاب الطب، باب الجذام، 374/8.

(6) انظر: صحيح البخاري، كتاب الطب باب ما يذكر في الطاعون، 383/8-386. صحيح مسلم، كتاب الطب، باب الطاعون والطيرة والكهانة ونحوها، 9/ 48-50.

(7) صحيح البخاري، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، حديث رقم 5354، 360/8.

وقال صلى الله عليه وسلم: "لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل"[1]. قال النووي: "في هذا الحديث إشارة إلى استحباب الدواء وهو مذهب أصحابنا وجمهور السلف وعامة الخلف"[2]

وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتداوي، روى الترمذي أن الأعراب قالت: "يا رسول الله ألا نتداوى؟ قال: نعم عباد الله تداووا، فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء، أو قال دواء إلا داء واحدا. قالوا يا رسول الله: ما هو؟ قال: الهرم"[3]

نبه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى أن عافية الجسم تعتبر من أهم مقومات سعادة الإنسان قال عليه السلام: "من أصبح منكم آمنا في سربه معافى في جسده عنده قوت يومه فكأنما حيزت له الدنيا"[4]، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم يوجه إلى أن يسأل المسلم الله العافية، قال عليه السلام: " اسألوا الله العفو والعافية فإن أحدا لم يُعْطَ بعد اليقين خيرا من العافية"[5]. وروى العباس بن عبد المطلب فقال: "قلت: يا رسول الله علمني شيئا أسأله الله عز وجل. قال: سل الله العافية. فمكثت أياما ثم جئت فقلت: يا رسول الله علمني شيئا أسأله الله. فقال: يا عباس يا عم رسول الله سل الله العافية في الدنيا والآخرة"[6]. ومن مقتضيات الحرص على العافية السعي للتداوي عند المرض.

(1) صحيح مسلم، كتاب الطب والمرض والرقى، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي، حديث رقم 2204، 33/9.

(2) انظر: النووي، شرح صحيح مسلم، 33/9.

(3) الترمذي السنن كتاب الطب، باب ماجاء في الدواء والحث عليه، وقال حديث حسن صحيح، حديث رقم 2038، 335/4-336. والحديث رواه أصحاب السنن وصححه الألباني.

(4) سنن الترمذي، كتاب الزهد، باب التوكل على الله، رقم الحديث 2346 صحح الألباني معناه في بعض طرقه. 496/4.

(5) سنن الترمذي، أبواب الدعوات، باب في دعاء النبي صلى الله عليه وسلم، حديث رقم 3558، صححه الألباني، 521/5.

(6) سنن الترمذي كتاب الدعوات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب رقم 85 ما جاء في عقد التسبيح باليد، حديث رقم 3514، صححه الترمذي والألباني، 500/5.

خاتمة

في ختام هذه الدراسة يمكنني تأكيد النتائج الآتية:

1-حرمة الجسم البشري وكرامته من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الإنسان في الشريعة الإسلامية.

2-الجسم البشري يعتبر من أبرز مظاهر التكريم الرباني للإنسان وهو من أهم عناصر الحياة تقديسا، ولقد تضافرت الأدلة على حفظه واجتمعت النصوص الشرعية على تأكيد حرمته وتقرير العقوبات على كل من يعتدي عليه.

3-حرمة الجسد الآدمي مقررة للإنسان بغض النظر عن جنسه أو عرقه أو دينه.

4-لجسم الانسان حقوقا على صاحبه ابتداءً وعلى المجتمع كذلك، فيحرم الاعتداء عليه كله أو بعضه من طرف صاحبه أو غيره من المرحلة الجنينية إلى ما بعد الموت.

5- من أبرز صور حماية الإسلام للجسم الإنساني تشريع الدفاع عنه وإباحة الرخص في حال الضرورة أو الحاجة الماسة.

6- أودع الله الجسم البشري أمانة عند صاحبه ويجب عليه أو على وليه إن كان قاصرا حفظه بتوفير ما يقيمه من الطعام وما يستره من اللباس، وعدم تكليفه مالا يطيق وحمايته من الأذى ووقايته من الأضرار والأمراض.

7-التداوي مطلوب لحفظ الجسم الإنساني ويصبح في حالات واجبا إذا ترتب على تركه أذى كبير يضر بصحة المريض أو يهدد غيره كحالة الأمراض المعدية.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

1- ابن رجب زين الدين عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة بيروت

2- ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية البابي الحلبي، 2009م

3- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1413هـ/1993م

4- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الحديث، القاهرة، 1408هـ/1988

5- البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح مع إرشاد الساري للقسطلاني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983م

6- الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، تحقيق كما يوسف الحوت، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1408هـ/1987م

7- السبكي تاج الدين عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ/1991م

8- السفاريني الحنبلي محمد بن أحمد بن سالم، شرح ثلاثيات مسند أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان

9- السيوطي جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر محمد، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1979م

10- الشوكاني محمد بن علي، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1417هـ/1997م

11- الصنعاني الأمير اليمني محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، معه أحكام الألباني، الكتاب العالمي للنشر، بيروت لبنان

12- العز بن عبد السلام أبو محمد عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تصحيح ومراجعة محمود بن التلاميد الشنقيطي، دار المعرفة، بيروت

13- العظيم آبادي أبو الطيب محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داوود، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت

14- القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق البردوني أحمد وأطفيش إبراهيم، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ/1964

15- القسطلاني أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983م

16- مالك بن أنس: الموطأ، رواية يحي بن يحي الليثي، إعداد أحمد راتب عرموش، دار النفائس، بيروت، الطبعة الخامسة، 1401هـ/1981م

17- مسلم بن الحجاج النيسابوري، الجامع الصحيح بشرح النووي على هامش إرشاد الساري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983م

18- النووي أبو زكرياء محي الدين يحي بن شرف، شرح صحيح مسلم، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 1403هـ/1983م

ثانيا: الرسائل الجامعية

الأسطل صفاء إسماعيل أحمد، أرش الجراحة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين،1435هـ/ 2013م.

ثالثا: المواقع الإلكترونية

- موقع الإسلام سؤال وجواب إشراف محمد صالح المنجد https://islamqa.info/ar/140779

تاريخ الاطلاع على الموقع 2022/06/17 الساعة 16:50.

الأحكام المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانونين المصري والجزائري
دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

د. محمد جبر السيد عبد الله جميل
كلية العلوم الإسلامية، جامعة القاهرة

الملخص:

إستهدفت الدراسة الحالية مقارنة الأحكام المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية. واستندت الدراسة إلى المنهج الوصفي. واعتمدت في إطار ذلك على الأسلوب التقويمي. وتمثلت أداة الدراسة في مسح الأدبيات المتعلقة بموضوع الدراسة. وأسفرت الدراسة عن العديد من النتائج أبرزها الآتي: **أولا** -: حدد القانونان المصري والجزائري عددا من الضوابط والشروط لإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية تتضح على النحو الآتي: حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية، وللضرورة القصوى، وألا تشكل خطرا جسيما على حياة المتبرع أو صحته، وألا تكون على حساب البيع والشراء، وأن تكون صادرة عن إرادة حرة وواعية، وحظر إجراء عمليات زرع الأعضاء التناسلية التي يترتب عليها اختلاط الأنساب- حظر قبول التبرع في عمليات زراعة الأعضاء البشرية من الطفل، ومن عديم الأهلية أو ناقصها - جواز عدول المتبرع في عمليات زرع الأعضاء البشرية عن التبرع- حظر نقل الأعضاء البشرية من الموتى إلا إذا كانوا قد أوصوا بذلك.- حظر عمليات زرع الأعضاء البشرية إذا ثبت اتخاذها ذريعة لتضليل العدالة والتهرب من المساءلة القانونية. **ثانيا**-: ذهب القانون المصري إلى أن الجهات المسئولة عن مزاولة عمليات زرع الأعضاء البشرية هي الجهات المرخص لها من قِبل اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية سواء أكانت جهات حكومية أو غير حكومية. وذهب القانون الجزائري إلى حصر مهمة مزاولة عمليات زرع الأعضاء البشرية، وحفظها على القطاع الصحي الحكومي .**ثالثا**-: هناك إجراءات معينة حددها القانونان المصري والجزائري لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتمثل في الآتي: تشكيل لجنة ثلاثية في كل منشأة طبية من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية تختص دون غيرها بالموافقات على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية- التثبت عند نقل أي عضو من جسد ميت من موته على نحو يقيني- تشكيل فريق طبي مسئول عن الزرع في كل منشأة مرخص لها بزرع الأعضاء البشرية. وفي ضوء ما أسفرت عنه البحث من نتائج، توصي الدراسة المقننين المصري والجزائري بالالتفات إلى الآتي:بإعادة النظر في المواد (1)، (2)، (3)، (4)، (5)، (6)، (8)، من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والمواد (355)، (358)، (361)، (362)، (364) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018)، وذلك بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية..

الكلمات المفتاحية: زرع الأعضاء البشرية، القانونان المصري والجزائري، الشريعة الإسلامية.

Abstract :

The Egyptian and Algerian Legal Rulings of Human Organ Transplants in the Light of the Islamic Law;a descriptive evaluative Study

The study aimed at comparing the Egyptian and Algerian legal rulings of human organ transplants in the light of the Islamic Law. The study administered the descriptive evaluativeapproach. A review of literature was conducted. The study reached the following findings; first, in order to do human organ transplants, the Egyptian and Algerian laws stipulate they have to be for diagonal and remedial purposes, whenever necessary, based on free will, neither for commercial purposes nor being dangerous, not to be carried on children, feeble-minded nor imbecile. They also stipulate that dissuasion from doing transplants is acceptable and they have to be stopped if it is proven that they are used to elude legal responsibility, and it is prohibited to move organs from dead persons unless they have willed to; second, the Egyptian law makes a condition that only authorized medical establishments that are allowed to perform human organ transplants no matter they are governmental or not, but the Algerian law limits this activity to authorized governmental organizations only; third, both the Egyptian and the Algerian laws require certain procedures for human organ transplants. These are; forming a three-member committee in every authorized hospital to give consent to doing transplants, verifying the death of the donor and setting up experienced medical team to carry on organ transplants in every authorized hospital. The study recommends that articles (1), (2), (3), (4), (5), (6) and (8) of the Egyptian law no. (5) for the year 2010 and articles (355), (358), (361), (362) and (364) of the Algerian law no. (18 – 11) for the year 2018 have to be amended to go line in line with the teachings of Islam.
Key words : Human Organ Transplants, the Egyptian and Algerian Law, Islam Teachings.

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده، ورسوله.

(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون)[1].

(يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام، إنَّ الله كان عليكم رقيبا)[2].

(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا يصلح لكم أعمالَكم ويغفر لكم ذنوبَكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزا عظيما)[3].

أما بعد[4]:فمن الملاحظ أنه مع تنامي القطاع الطبي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية إلا أن ذلك قد رافقه تفشي سرقة الأعضاء البشرية والاتجار بها. ولم يقتصر هذا الأمر على بلد من البلاد دون غيره، وإنما اتسع نطاقه ليشمل العديد والعديد من بلدان العالم اليوم. وذلك على الرغم من تنطيم القوانين الدولية والوطنية لمسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وتجريم سرقتها، وتجريم الاتجار فيها، وعلى الرغم من إصدار المواثيق الخلقية في القطاع الطبي أو ما يعرف ب Bio-ethics لتعزيز الوازع الخلقي لدى العاملين بالهيئات الصحية.

والتشريعان المصري والجزائري ليسا بدعا من ذلك. فقد نظم المقنن المصري في القانون رقم (5) لسنة (2010)[5]، والمقنن الجزائري القانون رقم (18-11) لسنة (2018)[1]مسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وجَرَّما

([1]) سورة آل عمران، الآية: 102.

([2]) سورة النساء، الآية: 1.

([3]) سورة الأحزاب، الآية: 70.

([4]) الألباني، **صحيح الترغيب، والترهيب،خطبة الحاجة التي كان رسول الله صلي الله عليه وسلم يعلمها أصحابه**،ط1، ص3.

([5])**الجريدة الرسمية المصرية**، العدد (9) مكرر، في (6) مارس (2010).

التعامل في هذا الباب على سبيل البيع والشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته. ومع ذلك، تشير العديد من الإحصاءات، والتقارير الإخبارية إلى أن هناك تصاعدا في عمليات سرقة الأعضاء البشرية والاتجار بها بهذين البلدين.

ومما لا شك فيه أن هناك عوامل عديدة اجتماعية واقتصادية وسياسية وراء وارتفاع معدل جريمة سرقة الأعضاء البشرية، والاتجار في البلدين، إلا أنه من الصعب استبعاد العامل التشريعي كأحد العوامل التي تفاقم من حدة هذه الظاهرة. فهذا الارتفاع الملحوظ في معدل هذه الجريمة يشير إلى أن هناك قصورا من نوع ما في القوانين المنظمة لمسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية. لذا كان من الأهمية بمكان إلقاء الضوء على القوانين المنظمة لمسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية في هذين البلدين للتحقق من مدى جدواها في تحقيق الغاية المنشودة منها، ومدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام الشريعة الإسلامية. وهذا ما يجري التصدي له في السطور التالية.

مشكلة الدراسة

تتركز مشكلة الدراسة الحاليةعلى الأحكام المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) مقارنة بالشريعة الإسلامية.

وتتلخص مشكلة الدراسة في التساؤل الرئيسالآتي:**إلى أي مدى تتفق أو تختلف الأحكام المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) مع أحكام الشريعة الإسلامية؟**

ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيس التساؤلات الفرعية الآتية:

1- ما الضوابط المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018)، وما موقف الشريعة الإسلامية منها؟

2- ما الجهات المعنية بتنظيم وإجراء عملياتزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018)، وما موقف الشريعة الإسلامية منها؟

3- ما إجراءات زرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018)، وما موقف الشريعة الإسلامية منها؟

أهداف الدراسة

بناءً على التساؤلات السابقة يتحدد الهدف الرئيس للدراسة في **تحديدمدى اتفاق أو اختلاف الأحكام المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) مع أحكام الشريعة الإسلامية.** ويتفرع عن ذلك الأهداف الفرعية الآتية:

1- إبراز الضوابط المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018)، وبيان موقف الشريعة الإسلامية منها.

([1])**الجريدة الرسمية الجزائرية**، العدد (46) ، السنة الخامسة والخمسون، الأحد (16) ذو القعدة عام (1439هـ) الموافق (29) يوليو عام (2018).

2- تحديد الجهات المعنية بتنظيم وإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018)، وبيان موقف الشريعة الإسلامية منها.

3- استعراض إجراءات زرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018)، وتحديد موقف الشريعة الإسلامية منها.

أهمية الدراسة

تتمثل أهمية الدراسة في جانبين هما:

الجانب الأول: الأهمية النظرية: تتجلي الأهمية النظرية للدراسة في أنها تحاول استكمال الجهود العلمية التي انصبت على مجال الأخلاقيات الطبية وذلك في محاولة لإثراء ما كتب في هذا الخصوص.

الجانب الثاني: الأهمية التطبيقية: تتجلي الأهمية التطبيقية للدراسة في أنها تسهم في صياغة المواد القانونية المتعلقة بمسألة زرع الأعضاء البشرية وفقا لما توجبه أحكام الشريعة الإسلامية.

منهج الدراسة

تستند الدراسة إلي المنهج الوصفي. وتستند في إطار ذلك إلى الأسلوب المقارن. حبث يجري مقارنة الأحكام المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) في ضوءأحكام الشريعة الإسلامية.

مصطلح الدراسة

زرع الأعضاء البشرية

زَرْعُ الأعضاء البشرية مصطلح إضافي مركب من مفردات ثلاثة هي: مفردة "الزَّرْع"، ومفردة "الأعضاء"، ومفردة "البشرية". والزَّرْع لغة: ما أُستنبت بالبَّذْرُ. فهو مصدر من الفعل زَرَعَ بمعنى بَذَرَ. يُقال: زَرَعَ الحَبَّ يَزْرَعُ زَرْعًا؛ أي: بَذَرَ الحُبُوبَ في الأرض [1].والزَّرْعُ اصطلاحا: عبارة عن وَضْعُ البذور في الأرض، وتعهدها بالماء والغذاء حتى تنبُت، وتَنْضُج، وتُثْمر، ثم تُحصَد، وتؤتي غَلّتها.

والأعضاءُ لغة: جمع عُضْو، وهو الجُزْء من الجسد كاليد والرِّجْل [2]. والعضو اصطلاحا؛ الجُزْء من أجزاء الإنسان من أنسجة، وخلايا، ودماء، ونحوها، كقَرْنِية العين، سواء كان متصلا به، أم انفصل عنه بسبب الموت أو الإصابة أو نحو ذلك. فالعضو في الاصطلاح أعم منه في اللغة. فالعضو اصطلاحا لا يقتصر على الأعضاء المعروفة كالأيدي والأرجل، وغيرها، بل يشمل الأنسجة، والخلايا، والدماء.

والبَّشَرية لغة نسبة إلى البَّشَر في اللغة: الإنسان واحده وجمعه [3]. قال الله تعالى: (أنؤمنُ لبَشَرَيْنِ مِثْلَنَا) [4].

والمراد بزرع الأعضاء البشرية: وضع عضو طبيعي إنساني، أو صناعي في موضع مخصوص من جسد الإنسان حتى يتقبله الجسد، ويؤدي الوظيفة المنوطة به بالصورة المعهودة، يكون بديلا عن عضوه المبتور الذي

([1]) الفيومي، **المصباح المنير في فريب الشرح الكبير**، د. ط.، ج1، باب الزاي مع الراء وما يثلثهما، ص 252.

([2]) ابن منظور، **لسان العرب**، ط3، ج15، باب الواو، فصل العين المهملة، ص68.

([3]) الفيومي، **المصباح المنير في فريب الشرح الكبير**، د. ط.، ج1، باب الباء مع الشين، وما يثلثهما، ص 49.

([4]) سورة المؤمنون، جزء من الآية 47.

أُزيل لسبب ما، أو العضو المريض الذي اختلت وظيفته. وهذا الزرع يكون عن طريق النقل من إنسان حي في غنى عن هذا العضو، أو إنسان ميت كان قد أوصى بهذا العضو، أو تبرع به قبل موته.

وقوله: (البشرية) قيد يخرج به زرع الأعضاء الحيوانية؛ أي عمليات نقل الأعضاء الحيوانية، وزرعها في الإنسان الذي في حاجة إلى ذلك.

خطة الدراسة

تتألف الدراسة من مقدمة، وثلاثة مطالب، وخاتمة، وفهرس كالآتي:

المقدمة: تتناول مشكلة الدراسة، وأهداف الدراسة، وأهمية الدراسة، ومنهج الدراسة، وخطة الدراسة.

المطلب الأول: يتناول الضوابط المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018)، وموقف الشريعة الإسلامية منها.

المطلب الثاني: يتناول الجهات المنوط بها تنظيم وإجراء عملياتزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) وموقف الشريعة الإسلامية منها.

المطلب الثالث: يتناول إجراءات زرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018)، وموقف الشريعة الإسلامية منها.

الخاتمة: تتناول نتائج الدراسة، وتوصياتها.

الفهرس: يتضمن قائمة بالمراجع التي استندت إليها الدراسة.

ويجري تفصيل ذلك كالآتي:

المطلب الأول

الضوابط المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية في القانونين المصري والجزائري وموقف الشريعة الإسلامية منها

حدد القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)[1]، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018)[2]عددا من الضوابط والشروط لإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية تتضح على النحو الآتي:

أولا-: حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصيةوطبقا لأحكام القانون المنظم لذلك، واللائحة المنفذة له. فتنص المادة (1) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بنقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي أو من جسم إنسان ميت بقصد زرعه في جسد إنسان آخر إلا طبقا لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له". والملاحظ إغفال القانون المصري تحديد الغرض من عمليات زرع الأعضاء البشرية. وهو ما تداركه القانون الجزائري. فتنص المادة (355)من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط

([1]) **الجريدة الرسمية المصرية**، العدد (9) مكرر، في (6) مارس (2010).

([2]) **الجريدة الرسمية الجزائرية**، العدد (46) ، السنة الخامسة والخمسون، الأحد (16) ذو القعدة عام (1439هـ) الموافق (29) يوليو عام (2018).

المنصوص عليها في هذا القانون". فقد أحسن المقنن الجزائري صنعا ببيان الغرض من إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية وهو التشخيص والعلاج وليس لغرض آخر. وذلك لسد الباب أمام من يتخذ من ذلك حرفة للتكسب بصرف النظر عن مدى جدوى عملية الزرع للمريض.

ومع أهمية من ذهب إليه المقننين المصري والجزائري من حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية على خلاف أحكام القانون المنظم لها،ضمانا لحماية الحق في العلاج للمريض، والحق في الحياة الصحية للمتبرع إذا تمت العملية فيما بين الأحياء، إلا أن ذلك قد يكون مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية. فوفقا للشريعة الإسلامية، ليس كل مريض في حاجة إلى الزرع له الحق في ذلك. فمن له الحق في ذلك هو المريض الذي يتمتع بحياة محترمة شرعا. والحياة المحترمة شرعا هي حياة الشخص الذي ليس عليه قصاص ولا حَدَّ. فإذا كان المريض عليه قصاص، فإنه سيقتل لا محالة. وإذا كان عليه حد كما لو كان مُحصنا وارتكب جريمة الزنا، فإنه سيقتل حتما. ومن ثم فلا جدوى من عملية الزرع. وعلى ذلك يتوجب استبدال عبارة "طبقا لأحكام القانون" بعبارة "طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية". فتعاد صياغة المادة (1) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والمادة (355) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) ليكون نص المادة كالآتي: "لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بنقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي أو من جسم إنسان ميت بقصد زرعه في جسد إنسان آخر إلا لأغراض تشخيصية وعلاجية وطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية".

ثانيا- حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء إلا للضرورة القصوى: حيث تنص المادة (2) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة". فوفقا لنص هذه المادة، فإنه يحظر إجراء عمليات زرع الأعضاء إلا عند تواقر شرطان هما:

- **الشرط الأول-**: عند وجود ضرورة تقتضي الحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الصحية.
- **الشرط الثاني-**: أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة.

فالمقنن المصري أجاز عمليات زرع الأعضاء عند الضرورة القصوى فحسب، وحدد هذه الضرورة وهي أنها التي تقتضي إنقاذ المريض من موت محقق، أو علاجه من مرض جسيم. كما أنه لم يقتصر بالنص على اشتراط الضرورة فحسب، وإنما اشترط أيضا أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة. وذلك لأنه قد يتوفر عنصر الضرورة إلا أنه يمكن مواجهته بوسيلة أخرى غير النقل. ومع ذلك فإن قوله "أو علاجه من مرض جسيم" قول غير منضبط لأنه لم يحدد كنه هذا المرض الجسيم مما يفتح الباب أمام ضعيفي النفوس لإجراء عمليات الزرع تترسا بهذه العبارة استنادا إلى أنه جسيم من وجهة نظرهم، وهو ليس كذلك في حقيقة الأمر. ولذا كان الأحرى تقييد هذه العبارة على النحو الذي لا يترك هذه الثغرة. فيستحب إعادة صياغتها إلى: "أو علاجه من مرض جسيم قد يودي بحياته أو يخل بوظيفة أساسية من وظائف أعضائه". وهذا ما تداركه المقنن الجزائري في نص المادة (364) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) 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".

وما ذهب إليه المقننان المصري والجزائري من حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء إلا للضرورة القصوى يتفق ما تقره الشريعة الإسلامية من أنَّ الضرورات تبيح المحظورات، وأن الضرورة تقدر بقدرها، وأنَّ الضرر يزال. قال الله تعالى: (فمن اُضطُّرَّ غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثمَ عليه إنَّ الله غفورٌ رحيم) [1]. قال القرطبي – رحمه الله –: "الضرورة ترفعُ التحريمَ فيعود مُباحا" [2]. فالأصل في التبرع بأعضاء الجسد أنه محرَّم لما قد يترتب عليه من مفاسد، ولكنه أبيح عند الضرورة؛ أي: ضرورة استبقاء حياة إنسان آخر يوشك على الهلاك شريطة ألا يترتب على ذلك محذور على حياة المتبرع الحي أو سلامته الجسدية.

ثالثا– حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية إذا كان النقل يشكل خطرا جسيما على حياة المتبرع أو صحته.فتنص المادة (2) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: " لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر ... بشرط ... ألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته". ومع أهمية هذه المادة في حظر عمليات الزرع إذا كان من شأنها أن تعرض حياة المتبرع أو صحته للخطر، إلا أنه يؤخذ عليها قصر هذه الحماية على المتبرع دون المستفيد. فقد يكون هناك خطرا من عمليات الزرع على المتلقي أيضا إلا أن الخطر ليس من عملية الزرع أو مضاعفاتها، وإنما من الأمراض التي قد يعاني منها المتبرع. وهذا ما استدركه المقنن الجزائري في نص المادتين (360)، و(361) من القانون الجزائري رقم (18–11) لسنة (2018). فتنص المادة (360) على أنه: "لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع إذا عرّض حياة المتبرع للخطر".وتنص المادة (361) من ذات القانون على أنه: "يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي". ومراعاة حياة كل من المتبرع والمستفيد، ومراعاة صحتهما هو ما يتشوف إليه الإسلام. فلا يجوز الضرر بالمستفيد، ولا يجوز الإضرار بالمتبرع. فليست حياة الأول بأولى من حياة الأخير.

فإذا ما أخلّ المزاولون بهذا الشرط، وهو الحفاظ على سلامة كل من المتبرع والمتلقي، فإن ذلك قد يترتب عليه موتهما أو موت أحدهما من جراء ذلك. وفي هذا الحالة يعد ذلك قتلا بغير حق. وقد شددت الشريعة الإسلامية على حفظ النفس. فحرمت قتل النفس بغير حق [3]. قال الله تعالى واصفا عباد الرحمن: ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ﴾ [4]. قال القرطبي – رحمه الله: "دلت هذه الآية على أنه ليس بعد الكفر أعظم من قتل النفس بغير الحق" [5]. وقد خطب بذلك الرسول صلى الله عليه وسلم في آخر حياته، وفي موقف من أعظم المواقف. ومما قاله صلى الله عليه وسلم

([1]) سورة البقرة، جزء من الآية 173.

([2]) القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج2، ص227.

([3]) ابن حجر، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، ط1، ج22، ص36.

([4]) سورة الفرقان، الآية: 68.

([5]) القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، د. ط.، ج13، ص 76.

في خُطبَته تلك: " فإن اللهَ حرَّمَ عليكم دِمَاءَكُم وأَموَالَكُم وأَعرَاضَكُم: كَحُرْمَة يَومِكُم هذا في شَهْرِكُم هذا في بَلَدِكُم هذا "[1]. "كل هذا تأكيد لحُرمة الدماء ... كتأكيد حُرمة يوم النَّحْر من شهر الحج في حَرَم مكة" [2].

بل وعدّت الشريعة الغراء "القتل بغير حق أكبر الكبائر [3] بعد الكفر" [4]. فعن أنس بن مالك –رضي الله عنه – عن النبي – صلى الله عليه وسلم قال:"الإشراك بالله، وقتلُ النفس، وعقوق الوالدين، وقولُ الزُور أو قال وشهادةُ الزور" [5]. وأوجبت الشريعة القصاص على كل من يقدم على قتل النفس المعصوة بغير حق.. فأوجب الله تعالى "النفس بالنفس، فيُقتل القاتل عمدا عدوانا بالمقتول على الوجه الذي قتله ما لم يتضمن معصية" [6]. قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كُتبَ عليكم القِصاصُ في القَتلى﴾[7]. قال القرطبي "المراد بالقِصَاص في الآية قَتْلُ مَنْ قَتَل كائنا مَن كان" [8].

رابعا–: حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء التناسلية التي يترتب عليها اختلاط الأنساب. فتنص المادة (2) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: " يحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب". ويحمد للمقنن المصري الالتفات إلى هذه المسألة لضرورتها في حفظ الأنساب. ومع ذلك، فإن الملاحظ أن المقنن الجزائري قد غفل عن تدارك هذه الجزئية مع خطورتها.

وما ذهب إليه القانون من حظر زرع الأعضاء التناسلية التي يترتب عليها اختلاط في الأنساب يتفق مع ما تقره الشريعة الإسلامية من تحريم زرع الأعضاء التناسلية التي تنقل الصفات الوراثية لما يترتب عليه من مفسدة اختلاط الأنساب والإسلام يتشوف إلى حفظ الأنساب. فحفظ النسب من الضرورات الخمس التي أوجب الإسلام المحافظة عليها [9]. وإذا ما أجريت عمليات زرع الأعضاء التناسلية التي يترتب عليها اختلاط الأنساب، فإن نسل المستفيد سينسب إليه في ظاهر الأمر، وهو ليس كذلك في حقيقته لأنه ثمرة عضو المتبرع الذي تم نقله إليه. وفي ذلك ضياع للأنساب. هذا فضلا عن أن ذلك يعد صورة من صور الزنا، وذلك لأن السبب الذي توصل به إلى هذا

([1]) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث ابن عمر، رضي الله عنهما. يراجع: البخاري، **الجامع الصحيح للبخاري من رواية أبي ذر الهَرَوي**، ط1، كتاب الأدب، باب الحب في الله تعالى، حديث رقم (5825)، ص 429، وكتاب الحج، باب الخُطْبَة أيام مِنى، حديث رقم (1700)، و(1701)، و(1702)، و(1703)، ص 480–481.

([2]) القاضي عِياض، **إكمال المُعلّم بفوائد مسلم**، ط1، ج5، ص483.

([3]) الكبائر مفرد كَبِيرة، والكبيرة: هي كل معصية جاء فيها حَدٌّ في الدنيا كالقتل، والزنا، والسرقة، أو جاء فيها وعيد في الآخرة من عذاب، وغضب، وتهديد، أو لُعِن فاعله على لسان النبي صلى الله عليه وسلم. يراجع: الذهبي، **الكبائر**، ط2، ص1.

([4]) ابن قاضي شُهبة، **بداية المُحتاج في شرح المنهاج**، ط1، ج4، ص7.

([5]) البخاري، **صحيح البخاري**، ط1، كتاب: الديات، باب: قول الله تعالى: (ومَن أحياها ...)، الحديث رقم (6870)، ص1699.

([6])زرُّوق، **شرح العلامة أحمد بن محمد البرنسي الفاسي على متن الرسالة**، ط1، ص834.

([7])سورة البقرة، من الآية 179.

([8])القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج3، ص75.

([9])الضرورات الخمس في الإسلام هي: الدين، والنفس، والمال، والعقل، والنسل. قال الشاطبي – رحمه الله –: "فقد اتفقت الأمة – بل سائر الملل – على أن الشريعة وُضعت للمحافظة على الضروريات الخمس، وهي: الدين، والنفس، والمال، والعقل، والنسل، وعلمها عند الأمة ضروري". يراجع: الشاطبي، **الموافقات**، د. ط.، ج1، ص31.

النسل ليس سببا شرعيا. فالإسلام حدد سبيلين مشروعين لا ثالث لهما للتناسل وهو الزواج ومِلْك اليمين. "والسبب إذا لم يأذن فيه صاحب الشرع، يكون كالمعدوم شرعا، والمعدوم شرعا، كالمعدوم حِسًّا، فلا يترتب أثره عليه" [1].

ومع أهمية ما ذهب إليه القانون المصري من حظر زرع الأعضاء التناسلية التي يترتب عليها اختلاط الأنساب، إلا أنه قصر المنع على الأعضاء التناسلية التي يترتب عليها اختلاط الأنساب، وغفل عن حظر زرع العورات المُغَلّظة [2]. فيحرم في الإسلام أيضازرع العورات المغلظة لأنه من التغيير في خلق الله للتدليس على عباد الله تعالى، والتغيير في خلق الله للتدليس على العباد منهي عنه. قال تعالى حاكيا عن إبليس: (ولَآمُرَنَّهُم فلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ الله ومَن يَتَّخِذْ الشيطانَ وَلِيًّا من دون الله فقد خَسِرَ خُسْرانًا مُبينا) [3]. قال القرطبي – رحمه الله –: "الإشارة بالتغيير إلى الوَشْم وما جرى مجراه من التصنع للحُسْن ... وهذه الأمور قد شهدت الأحاديث بلَعْن فاعلها وأنها من الكبائر ... لأنها من باب التدليس، وقيل: من باب تغيير خلق
الله تعالى كما قال ابن مسعود وهو أصحُّ وهو يتضمن المعنى الأول " [4].

خامسا– حظر إجراء عمليات زرع الأعضاءالبشرية من المصريين إلى الأجانب باستثناء المصريين المتزوجين من أجانب وأبنائهم من هذه الزيجة. حيث تنص المادة (3) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "مع مراعاة حكم المادة السابقة يحظر الزرع من مصريين إلى أجانب عدا الزوجين إذا كان أحدهما مصريا والآخر أجنبيا، على أن يكون قد مضى على هذا الزواج ثلاث سنوات على الأقل، وبعقد موثق على النحو المقرر قانونا لتوثيق عقود الزواج. ويجوز الزرع بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبي فيما بينهم جميعا. كما يجوز الزرع فيما بين الأجانب من جنسية واحدة بناء على طلب الدولة التي ينتمي إليها المتبرع والمتلقي على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون". ووفقا لنص هذه المادة، فإنه يمنع قانونا إجراء عمليات زرع الأعضاء فيما بين المصريين وبين غيرهم من الجنسيات الأخرى حتى وإن كانوا مقيمين بمصر. ولعل ذلك يرجع إلى خشية المقنن المصري من أن تجويز عمليات الزرع فيما بين المصريين وغيرهم قد يعطي دفعة للعصابات الدولية المتخصصة في سرقة الأعضاء البشرية والاتجار بها للاستمرار في جرائمهم، واتخاذ مصر غرضا لهم.

إلا أنه مع أهمية ما ذهب إليه المقنن المصري في هذا الشأن، إلا أنه ليس في محله من وجوه ثلاثة هي:

الوجه الأول : أنَّ قصر عمليات زرع الأعضاء البشرية فيما بين المصريين لن يحول أو يقلل من نشاط العصابات المنظمة المتخصصة في سرقة الأعضاء البشرية والاتجار بها من اتخاذ مصر هدفا لها. فما يحول دون ذلك هو التوعية الجماهيرية بجانب الإجراءات الأمنية.

([1]) القرافي، **أنوار البروق في أنواء الفروق**، د. ط.، ج1، ص 205.

([2])العورة: "هي ما يجب سَتره وما يَحْرُم النظر إليه". والعورة نوعان: عورة مغلظة، وعورة مُخَففة. فالمغلظة من الرجل السوءتان وهما: الذَّكَرُ مع الأنثيين؛ أي: الخُصيتين، وفم الدُّبُر؛ أي: ما بين الآليتين. والمخففة له: ما زاد على السوأتين مما بين السُّرَّة والرُّكْبة. والمغلظة للأَمَة: الآليتان وما بينهما من فم الدُّبُر، والفَرْج وما والاه من العانة. والمخففة: الفَخْذ وما فوق العانة للسُّرَّة. والمغلظة للحرة: جميع بدنها ما عدا الأطراف، والصدر، وما حاذاه من الظَّهْر. والمخففة لها: هي جميع البدن ما عدا الوجه والكفين. يراجع: وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط4، ج1، ص738، ص747.

([3]) سورة النساء، جزء من الآية 119.

([4]) القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج5، ص 292– 293.

الوجه الثاني : أنّ حصر عمليات زرع الأعضاء البشرية فيما بين المصريين يعني أن الضابط في هذا الأمر هو ضابط الجنسية[1]. وهذا الضابط لا محل له في الشريعة الإسلامية، وهو مردود على أصحابه لأنه لا عصبية لغير الدين في الإسلام. فلا عصبية لعرق أو جنس أو قومية أو وطنية أو طائفة أو غير ذلك من نعرات الجاهلية الأولى والمعاصرة. فالضابط هو الدين وليس الجنسية أو غيرها من رايات الباطل. قال الله تعالى: (إنما المؤمنون إخوة) [2]. وقال تعالى: (إنَّ أكْرَمَكُم عند اللهِ أتقاكم) [3]. قال القرطبي – رحمه الله – في معرض تفسيره لهذه الآية: " فإنَّ المَدَار على التقوى ... إنما الفضل بالتقوى" [4]. ففي هاتين الآيتين دليل قاطع على أنه لا اعتبار إلا للإسلام، وما سواه تحت أقدامنا موضوع. وروى مسلم في صحيحه عن جابر بن عبد الله – رضي الله – عنهما، قال: اقتتلَ غُلاَمانِ غُلاَمٌ من المُهاجرين، وغُلامٌ من الأنصار، فنادى المُهاجرُ أو المُهاجرون، يا للمُهاجرين، ونادى الأنصاريُّ يا للأنصار، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: "ما هذا؟! دَعْوى أهلِ الجاهليةِ" [5]. قال النووي – رحمه الله – في ثنايا شرحه لهذا الحديث: "وأما تسميته صلى الله عليه وسلم ذلك (دعوى الجاهلية) فهو كراهة منه لذلك، فإنه مما كانت عليه الجاهلية من التعاضد بالقبائل في أمور الدنيا ومتعلقاتها، وكانت الجاهلية تأخذ حقوقها بالعصبات والقبائل فجاء الإسلام بإبطال ذلك، وفَصْل القضايا بالأحكام الشرعية" [6].

الوجه الثالث–: أن هذه المادة باعتبارها للجنسية في عمليات زرع الأعضاء البشرية تعد غير دستورية لأنها مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية. ونصت المادة الثانية من الدستور المصري لعام (1971) والدستور المصري لسنة (2012)، والدستور المصري لسنة (2014)، على أنَّ: " الإسلام دين الدولة ... ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع". فوفقا لهذه المادة، فإنَّ الدستور المصري – وما يتفرع عنه من قوانين ولوائح – يكون ملزّما بما جاءت به الشريعة الإسلامية في كل أحكامه بما فيها هذه المادة. ولذا فإن هذه المادة تعد مادة غير دستورية بالتبعية.

ولعل ذلك هو السبب الذي حدا بالمقنن الجزائري أن يسقط في مثل هذا المزلق القانوني. فالدستور الجزائري قرر أنَّ الإسلام هو دين الدولة وأنَّ الجزائر هي أرض الإسلام وأنه لا يجوز للمؤسسات إتيان ما يخالف هذا الدين. فتنص المادة (4) من الدستور الجزائري لسنة (1963)، والمادة (2) من الدستور الجزائري لسنة (1976)، والدستور الجزائري لسنة (1989)، والدستور الجزائري لسنة (1996) وتعديلاته لسنة (2016) على أنَّ: " الإسلام

([1]) الجنسية فى الاصطلاح القانوني تعرَّف بأنها: " تبعية قانونية، وسياسية تحددها الدولة، ويكتسب الفرد بموجبها الصفة الوطنية فى هذه الدولة ". فهي " علاقة قانونية بين الفرد، والدولة يصير الفرد بمقتضاها عضوا فى شعب الدولة"؛ أي: أنه يمكن القول بأن الجنسية عبارة عن:"رابطة اجتماعية، وسياسية ذات نتائج قانونية، وتفيد انتماء فرد لعنصر السكان فى دولة معينة. يراجع: شمس الدين الوكيل، **الموجز فى الجنسية ومركز الأجانب**، ، ط3، ص78، وفؤاد عبد المنعم رياض، **الوسيط فى الجنسية: دراسة مقارنة لأحكام القانون المصرى**، د. ط. ص12، وعصام الدين القصبى، **الوجيز فى القانون الدولى الخاص**، ، د. ط.، ص71.

([2]) سورة الحجرات، جزء من الآية 10.

([3]) سورة الحجرات، جزء من الآية 13.

([4]) القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج16، ص341.

([5]) مسلم، **صحيح مسلم**، د. ط.، ج4. كتاب البر والصلة والآداب، باب نَصْر الأخ ظالمًا أو مظلوما، الحديث رقم (2584)، ص1998.

([6]) النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، ط2، ج16، ص137.

دين الدولة". وجاء في ديباجة الدستور الجزائري لسنة (1989)، والدستور الجزائري لسنة (1996)، وتعديلاته لسنة (2016): أنَّ " الجزائر أرض الإسلام". وتنص المادة (10) من الدستور الجزائري لسنة (1996) وتعديلاته لسنة (2016) على أنه: " لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي: ... السلوك المخالف للخلق الإسلامي ... ". فكل هذه المواد تشير إلى وجوب الالتزام بأحكام الدين الإسلام في جميع المناحي بما فيها المواد المتعلقة بمسألة زراعة الأعضاء البشرية.

وعلى ذلك يتوجب إعادة النظر في المادة المذكورة بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية فتكون صياغتها كالآتي: مع مراعاة حكم المادة السابقة يحظر الزرع من مسلمين إلى غير مسلمين عدا الزوجين إذا كان الزوج مسلما والزوجة غير مسلمة، على أن يكون قد مضى على هذا الزواج ثلاث سنوات على الأقل، وبعقد موثق على النحو المقرر قانونا لتوثيق عقود الزواج. ويجوز الزرع بين الأبناء من أب مسلم وأم غير مسلمة فيما بينهم جميعا. كما يجوز الزرع فيما بين غير المسلمين بناء على طلب الدولة التي ينتمي إليها المتبرع والمتلقي على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون بما لا يخالف الشريعة الإسلامية".

سادسا- اشتراطأن يكون النقلفي عمليات زرع الأعضاء البشريةعلى سبيل التبرع، وأن يكون فيما بين الأقارب من المصريين أو غير الأقارب إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة لذلك. فتنص المادة (4) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "مع مراعاة أحكام المادتين (2، 3) من هذا القانون، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزراعة في جسم إنسان آخر إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المصريين. ويجوز التبرع لغير الأقارب إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع بشرط موافقة اللجنة الخاصة التي تشكل لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة وفقا للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون". وفقا لنص هذه المادة، فإنه يشترط لإجراء عمليات زرع الأعضاء الآتي:

1- أن يكون النقل على سبيل التبرع.

2- أن يكون النقل والزرع فيما بين الأقارب من المصريين أو لغير الأقارب من المصريين إذا كانت هناك حاجة ماسة وعاجلة.

3- أن يتم الحصول على الموافقة من اللجنة الخاصة المُشَكَّلَة لهذا الغرض.

واشتراط أن يكون النقل على سبيل التبرع لا بوساطة البيع؛ أي: بيع العضو. وهذا يتفق مع ما تذهب إليه الشريعة الإسلامية من تحريم عمليات زراعة الأعضاء البشرية إلا إذا كانت عن طريق التبرع؛ إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع، لأن جسم الإنسان ليس ملكا له، وإنما هو مِلْك لله تعالى، ولا يجوز للشخص بيع ما لا يملك.

إلا أن اشتراط أن يكون النقل والزرع فيما بين الأقارب من المصريين أو لغير الأقارب من المصريين يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية لأنه جعل الضابط في عمليات النقل هو الجنسية. ومن المقرر شرعا أنه لا محل للجنسية في الإسلام، فالمعتبر هو الدين وليس الجنسية أو غيرها من رايات الجاهلية. وعلى ذلك يتوجب إعادة النظر في هذه المادة بما يجعل الدين هو المعتبر لا غيره. فتعاد صياغة المادة المذكورة كالآتي: "مع مراعاة أحكام المادتين (2، 3) من هذا القانون، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزراعة في جسم إنسان آخر إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المسلمين ...". وهذا ما استدركه المقنن الجزائري؛ إذ اقتصر على اشتراط القرابة لإجراء عمليات الزرع واستثنى من ذلك الحالات الحرجة، وغض

الطرف عن اشتراط الجنسية. فتنص المادة (359) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه:"يمكن أن يتم نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي بالامتثال الصارم للقواعد الطبية ...". وتنص المادة (360) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: " يجب أن يكون المتبرع أب أو أم أو أخ أو أخت ... غير أنه في حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي اللذين لهما قرابة عائلية، يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء ... ويكون التبرع المتقاطع للأعضاء بدون كشف هوية المتبرع والمتلقي".

سابعا-اشتراط أن يكون التبرعفي عمليات زرع الأعضاءالبشريةصادرا عن إرادة حرة وثابتة بالكتابة.فتنص المادة (5) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتة بالكتابة، وذلك على النحو الذي تحددهاللائحة التنفيذية لهذا القانون".

فوفقا لهذه المادة، يشترط للتبرع بالعضو في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية شرطان هما:

1- أن يكون صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا[1].

2- أن يكون هذه الإرادة ثابتة بالكتابة.

واشتراط المقنن هذين الشرطين للتحقق من أن المتبرع قد أقبل على هذه المسألة عن وعي تام وإرادة كاملة، وأنه لا يقع ضحية للغلط، أو الإكراه، أو التغرير.

وحذا المقنن الجزائري حذو المقنن المصري في اشتراط أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة وواعية. إلا أنه خالفه بعدم اشتراط أن يكون هذا التبرع ثابتا بالكتابة، وإنما ذهب إلى أكثر من ذلك، وهو أن يبدي المتبرع موافقته على النقل أمام القضاء. فتنص المادة (360) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: " لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع. يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع عند الاقتضاء للتبرع المتقاطع أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا ". فوفقا لهذه المادة يشترط أن تكون موافقة المتبرع في مجلس القضاء ضمانا للتوثقة. وما ذهب إليه المقنن الجزائري من أن تكون الموافقة أمام القضاء هو الأحوط لزيادة التوثقة وللتحقق من استبعاد شبهات الغلط، والإكراه، والتغرير. وذلك مقارنة بالكتابة، والتي قد لا تفي بذلك. وهذا ما يتفق مع تعاليم الشريعة الإسلامية لأن فيه رعاية للمصلحة، والشريعة الإسلامية تتشوف لتجلب المصالح وتعظيمها، ودرء المفاسد وتقليلها.

([1]) عيوب الرضا هي كل عيب يطرأ على ذات المتعاقد ونفسه، ويجعل رضائه معيبا فيَصِم العقد القانوني أو يُبطله. وتتمثل هذه العيوب في الآتي:

أولا- الغلط: هو إدراك غير الصواب، فيتوهم على خلاف الحقيقة. وذلك كالغلط في ذات المعقود عليه كأن يعتقد المتعاقد أنه تبرع بالدم، وهو قد تبرع بكُلْيته في حقيقة الأمر.

ثانيا-: الإكراه: هو كل تهديد مادي أو معنوي يُفرَض على المتعاقد يجعله في حالة من الخوف على حياته أو حياة أحدا من ذويه يُفضي إلى إبرامه للعقد كأن يُهدَّد بقتل أحد أبنائه إن لم يتبرع بعضو من أعضائه.

ثالثا-: التعرير: هو الخداع بالقول أو بالفعل كي يتوهم على خلاف الحقيقة كأن يُوهِم الطبيب غير الأمين المتبرع بأن نقل العضو منه لن يعرض حياته للخطر، والحقيقة ليست كذلك. فيفضى إلى إبرامه العقد وهو مُغَرَّرٌ به.

ولم يكتف المقنن الجزائري بذلك، بل إنه خطا شوطا أوسع باشتراطه موافقة المستفيد على عملية الزرع، وأن تكون هذه الموافقة بحضور الطبيب مدير المنشأة الطبية التي ستتولى عملية الزرع وأمام شاهدين، وبعد أن يُعْلِمه الطبيب المعالج بالمخاطر التي يمكن أن تصاحب عملية الزرع، وتترتب عليها. فتنص المادة (364) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا ... بعد أن يكون هذا الأخير [أي: المتلقي] قد عبَّر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين. وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، فإنه يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة (362) ... لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يُعْلِم الطبيب المعالج المتلقي .. بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث ...". واشتراط موافقة المستفيد والإشهاد على[1] تلك الموافقة أمر يُحمد للمقنن الجزائري لأنه يتفق مع ما تقره الشريعة الإسلامية من اشتراط رضا العاقدين لإتمام العقد وكي تترتب عليه آثاره. والأحرى بالمقنن المصري الالتفات إليه لضمان التوثقة الكافية في هذه المسائل.

ثامنا- حظر قبول التبرع في عمليات زراعة الأعضاء البشرية من الطفل، ومن عديم الأهلية أو ناقصها حتى وإن وافق أولياؤهم ويستثنى من ذلك ما إذا كان التبرع إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة إذا لم يوجد متبرع آخر. فتنص المادة (5) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "لا يقبل التبرع من طفل ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو من يمثله قانونا. ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصايةعليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها".جاءت هذه المادة لتحدد موقف القانون من تبرع الطفل[2]، وعديم الأهلية[3]؛ أي: المجنون أو ناقصها؛ أي: المعتوه لعضو أو أكثر من أعضائه بقصد زرعها في جسم إنسان

([1]) علما بأن الإشهاد لا يتم على عواهنه، أي لا تُقبَل الشهادة من أي شخص، وإنما من الشخص الذي تتوافر فيه الشروط التي حددها القانون للشهادة. فلكى يكون الشخص أهلا لأداء الشهادة ينبغى أن تتوافر فيه ثلاثة أمور هى:

1- **التمييز**: فلا تقبل الشهادة إلا ممن توافر لديه التمييز وقت تحمل الشهادة، و وقت أدائها. فإذا تخلف التمييز فيأي من هذين الوقتين بأن كان الشخص صغيرا غير مميز أو مجنونا، أو سكرانا سكرا بينا فإنه يكون غير أهل للشهادة.

2- **حرية الاختيار**: يشترط لتحقيق الأهلية لأداء الشهادة أن يكون الشاهد حر الاختيار وقت أداء الشهادة. فإذا كان خاضعا لإكراه مادى أو معنوى، كانت شهادته باطلة.

3- **الصلاحية**: من الضرورى أن تتوافر لدى الشاهد الحيدة الكاملة، وألا يكون الشاهد ممن يحظر القانون عليهم أداء الشهادة كمن هو مَظِنّة التُّهْمة. يراجع: محمد الزحيلي، **وسائل الإثبات فى الشريعة الإسلامية فى المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، ط2، ج1، ص 232، ومحمد عيد الغريب، **شرح قانون الإجراءات الجنائية**، ط2، ج2، ص 1376-1377.

([2]) الطفل في القانون هو" كل من لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة". يراجع: فوزية عبد الستار، **المعاملة الجنائية للأطفال، دراسة مقارنة**، د. ط.، ص39.

([3]) الأهلية فى الاصطلاح القانوني هى: " صلاحية الشخص لأن تتعلق حقوق له أو عليه، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية، والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق ". والأهلية نوعان:

آخر. وقد منعت هذه المادة من قبول تبرع الطفل بعضو أو أكثر من أعضائه بقصد الزرع في إنسان آخر، كما منعت أيضا من تبرع عديم الأهلية أو نافصها في هذا الشأن. فهذه المادة لم تحظر تبرع الطفل وعديم الأهلية أو ناقصها فحسب، وإنما حظرت قبول هذا التبرع حتى وإن أعرب الطفل وعديم الأهلية أو ناقصها عن رضائهم بهذا الصنيع، بل إنها زادت من حيطتها في هذه المسألة بأن صرحت بعدم اعتدادها بموافقة أوليائهم. والعلة في ذلك هي أن الطفل حتى وإن كان مميزا، لا يدرك ما هو مقدم عليه حق الإدراك نظرا لعدم اكتمال قدراته الذهنية بعد.وعديم الأهلية أو ناقصها ليس لديه من القدرات العقلية التي تؤهله لاستيعاب ما يجري، ولا التفطن لمخاطر عملية النقل، ولا التبصر بعواقبها. ومع ذلك، فقد استثنت المادة المذكورة من ذلك ما إذا كان التبرع إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة وبشرطين هما:

- **الشرط الأول**–: إذا يوجد متبرع آخر من غير المذكورين.

- **النوع الأول**: أهلية الوجوب: وهى صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق، و تقرر عليه التزامات. وهذه الأهلية تثبت لكل إنسان بمجرد ولادته. فكل شخص تتوافر له أهلية الوجوب حتى قبل ولادته، فالحمل يصلح لأن تكون له حقوق، وعليه التزامات؛ إذ يرث، ويكون له حق فيما أوصى له به، أو ما وهب إليه، كل ذلك بشرط أن يولد حيا، فإن ولد ميتا، انعدمت شخصيته، وتبقى الأموال التى آلت إليه على ملك المتصرف أو ورثته.
- **النوع الثانى**: أهلية الأداء: وهى صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية. وهذه الأهلية لا تثبت لكل شخص بمجرد ولادته، وإنما تتأثر بسن الإنسان، ودرجة تمييزه. فمناط أهلية الأداء كمال التمييز.تتراوح أهلية الأداء عند الأشخاص بين الانعدام، والنقصان، والكمال تبعا لانعدام، أو نقص، أو اكتمال التمييز، والإرادة عند كل منهم. فلا تكون للفرد أهلية أداء كاملة إلا إذا كان كامل التمييز، والإرادة، أما إذا كان ناقص التمييز أو الإرادة أو عديمهما، فهو ناقص أهلية الأداء أو عديمها. فإذا كان مناط أهلية الأداء كمال الإرادة، والتمييز، فمقتضى ذلك تدرجها مع تدرج التمييز فى الإنسان تبعا للسن، و تأثرها – حتى بعد كمال التمييز والرشد – بما قد يعترض التمييز من عوارض تعدمه، أو تنقصه. وإذا اكتمل التمييز للإنسان دون عارض يعترضه، فتكون له أهلية أداء كاملة. فتنص المادة (44) مدنى على أن: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يُحْجَر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة "، تنص المادة (45) مدنى على أنه: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون. وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز ". وتنص المادة (46) مدنى على أن : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون ".

وفقدان العقل قد يكون فقدانا كاملا وهو ما يسمى بالجنون، أو ناقصا وهو ما يسمى بالعَتَه. والسَّفَه: هو إضاعة المال، وتبذيره على غير مقتضى العقل. والغَفْلة: هى عدم الاهتداء إلى التصرفات السليمة. فذو الغفلة يُغْبَن فى معاملاته لقلة خبرته، وسلامة نيته.

ويقصد بالأهلية عند الإطلاق أهلية الأداء؛ أى: صلاحية الشخص لمباشرة التصرف القانوني من عدمه. فكل شخص يعتبر أهلا لإجراء التصرفات القانونية ما لم يقض القانون بانعدامها أو نقصانها عنده.فالصبى غير المميز مثلا، وهو من لم يبلغ السابعة من العمر، ليس له أن يقوم بأى عمل أو تصرف قانونى كالبيع، والشراء. وإذا قام بأي عمل قانوني، كان تصرفه باطلا. وفى هذا تقضى المادة (110) مدنى بأنه: ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة ". يراجع: حسن كيرة،**المدخل إلى القانون**، ط5، ص 574 – 577، وعبد الودود يحيى، **المدخل لدراسة القانون**، د. ط.، ص 320 – 335، و عبد الفتاح عبد الباقى، **نظرية العقد، والإرادة المنفردة، دراسة معمقة، ومقارنة بالفقه الإسلامي**، د. ط.، ص 244 – 252، وأنور طلبة، **الوسيط فى القانون المدنى**، د. ط.، ج1، ص 187–189.

الشرط الثاني : صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصايةعليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها.

ولعل العلة من استثناء قبول تبرع الطفل عديم الأهلية أو ناقصها في هذه الحالة؛ أي: إذا كان النقل أو الزرع يتم فيما بين أفراد الأسرة الواحدة هو أنَّ أولياء الطفل وعديم الأهلية أو ناقصها سواء أكانوا هم الآباء أو غيرهم لن يتصرفوا – في الأغلب الأعم – إلا في صالح أبنائهم كما أنه ليس من المتصور أن يُضَحّوا بحياة أو صحة أحد أبنائهم لحساب الآخر. أضف إلى ذلك، أن الآباء عادة ما يولوا أبناءهم الصغار أو من كان عديم الأهلية أو ناقصها منهم بجرعات أكبر من العطف والحنان لضعفهم مقارنة بأبنائهم الآخرين. من ثم، كان من المستبعد أن يُبدوا موافقة على تبرع أحد أبنائهم سواء أكان طفلا أو عديم الأهلية أو ناقصها إلا إذا كان فيه مصلحة للأسرة ككل.

وما ذهب إليه القانون المصري من تجويز النقل والزرع فيما بين أفراد الأسرة إذا لم يوجد متبرع آخر هو من باب ارتكاب أخف الضررين. وهذا يتفق مع القاعدة الشرعية التي تقرر أنه إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما؛ أي: ارتكاب أدنى المفسدتين لدفع أعلاهما. فنقل العضو من أحد أبناء الأسرة إلى ابن آخر من أبنائها فيه مفسدة، إلا أن التغافل عن الابن الآخر الذي هو في حاجة إلى الزرع فيه مفسدة أكبر. من ثم فإن الواجب يقتضي إجراء عملية النقل وإن كان فيه بعض المفسدة للابن الأول، إلا إنه إجراء ضروري لدفع مفسدة أكبر، وهي هلاك الابن الآخر.

وقد حذا المقنن الجزائري حذو المقنن المصري في منع نقل الأعضاء من الأطفال أو عديمي الأهلية إلا إذا كان فيما بين أفراد الأسرة الواحدة. فتنص المادة (361) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قَصَّر أو عديمي الأهلية أحياء" و"يسمح بنزع الخلايا الجِذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت ...". والملاحظ أن المقنن الجزائري أغفل النص عن موقف القانون من ناقص الأهلية على خلاف ما فعله نظيره المصري. فسكوت المقنن الجزائري يفهم منه إباحة نقل الأعضاء من ناقص الأهلية استنادا إلى القاعدة التي تقرر أنه لا تجريم إلا بنص. وما دام لم يُنص على حظر نقل الأعضاء من ناقص الأهلية، فإن ذلك يدل على إباحة هذا النقل. إلا أن العلة من منع نقل الأعضاء من القاصر أو عديم الأهلية هي قصور إدراكهم عن استيعاب طبيعة هذا النقل ومخاطره. وهذه العلة تنطبق أيضا على ناقص الأهلية. لذا كان الأجدر بالمقنن الجزائري تدارك ذلك بالنص على حظر النقل من ناقص الأهلية أيضا اتساقا مع ذاته.

ومع وجاهة ما ذهب إليه القانون المصري من إجازة قبول نقل وزراعة الأعضاء فيما بين أفراد الأسرة الواحدة إذا لم يوجد متبرع آخر، واشتراط موافقة الأولياء، إلا أنَّ الأحوط أن تثبت هذه الموافقة في حضور لجنة طبية مشهود لها بالتدين، والكفاءة المهنية وأمام مجلس القضاء لزيادة التوثقة، وضمانا للحيدة والنزاهة. وهذا ما يتفق مع الشريعة الإسلامية؛ إذ أنها تتشوف إلى الاحتياط في توثيق الحقوق.

تاسعا-: جواز عدول المتبرع في عمليات زرع الأعضاء البشرية عن التبرع في أي مرحلة من مراحلها. فتنص المادة (5) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه:"يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل".فطبقا لهذه المادة، يحق للمتبرع بعضو أو أكثر

بقصد الزرع لإنسان آخر أو من استلزم القانون موافقته على التبرع الرجوع في تبرعه حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل. وأكد ذلك المقنن الجزائري في نص المادة (360) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) بقوله: "يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء". والملاحظ أن المقنن الجزائري لم يؤكد على جواز عدول المتبرع عن موافقته على التبرع في أي وقت فحسب كما ذهب المقنن المصري، وإنما أكد أيضا على جواز ذلك دون أي إجراء. وما ذهب إليه المقنن الجزائري هو الأولى لأن فيه تخفيفا ورفعا للمشقة عن المتبرع. فقد يستلزم العدول عن التبرع إجراءات معينة يتوجب عليه القيام بها لإتمام سحب الموافقة التي أدلى بها كما هو الحال في العديد من دول العالم الثالث التي تعج بالتعقيدات الإدارية. مما يسبب كثيرا من المشقة للمتبرع. ولعل هذا هو ما دعا المقنن الجزائري إلى التأكيد على عدم اشتراط أي إجراء لسحب الموافقة. وهذا يتفق مع تعاليم الشريعة الإسلامية التي تدعو إلى التيسير، ورفع المشقة والعنت عن الناس.

عاشرا- حظر التعامل في الأعضاء البشرية على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل:فتنص المادة (6) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته. كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين". والملاحظ أن هذه المادة لم تحظر التعامل في مجال نقل وزرع الأعضاء على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كان نوعه فحسب، وإنما حظرت أيضا على المتبرع أو أي من ورثته تلقي أي فائدة مادية أو أدبية من المستفيد أو ذويه بسبب النقل أو بمناسبته؛ بل إنها حظرت على الطبيب المعالج إجراء عملية الزرع بمجرد علمه بأن عملية النقل تمت بمقابل أو سيترتب عليه مقابل. وهذا هو الأحوط والأسلم كي لا تتحول عملية نقل وزرع الأعضاء إلى تجارة تزهق فيها الأرواح، وتستباح بسببها الأموال.ومع ذلك، كان الأحرى بالمقنن المصري أن يوجب على الطبيب المعالج الإبلاغ عن عمليات النقل التي تمت أو تتم في إطار مقابل لمزيد من الاحتياط، واستبعادا لشبهة الاتجار.

ولعل الخشية من تحول عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية إلى تجارة تستهدف التربح حتى لو كان على حساب إزهاق أرواح البشر لا الحفاظ على هذه الأرواح هو ما دعا المقنن الجزائري إلى حظر نقل وزرع الأعضاء البشرية إذا كان التعامل فيها بمقابل أي كانت طبيعته. تنص المادة (358) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018): على أنه: "لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية". والملاحظ أن القانون المصري كان أكثر حيطة في هذا الشأن مقارنة بالقانون الجزائري؛ إذ أنه حظر أيضا أن تتم عملية النقل والزرع بمقابل أيا كانت طبيعته؛ أي سواء أكان بمقابل مالي أو بمقابل عيني، في حين اقتصر الحظر في القانون الجزائري على المقابل المالي. كما أن القانون المصري حظرعلى الطبيب المعالج البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بأن النقل تم بمقابل، في حين غفل المقنن الجزائري عن ذلك. والأولى به أن يلتفت لذلك.

وما ذهب إليه المقننان المصري والجزائري من حظر التعامل في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية على سبيل البيع والشراء أو بمقابل أيا كان يتفق مع ما تقرره الشريعة الإسلامية من تحريم عمليات نقل وزاعة الأعضاء البشرية على سبيل البيع؛ إذ أن جسد الإنسان ليس للبيع. فالبيع إنما يكون فيما هو في نطاق ملكيته. والجسد ليس

ملكا للإنسان، وإنما هو ملك لخالقه وهو الله تعالى. ومن المقرر شرعا أنه لا يجوز للإنسان أن يبيع ما لا يملك. هذا فضلا عن أن التعامل في عمليات النقل والزرع على سبيل البيع يترتب عليه مفسدة راجحة وهي تحول هذه العمليات إلى تجارة تستباح فيها النفوس للتكسب من ورائها. ويدلل على ذلك استفحال ظاهرة سرقة الأعضاء البشرية، والقتل من أجل الحصول على هذه الأعضاء بقصد الاتجار فيها كما هو مشاهد في العديد من دول العالم اليوم. ومع أن الاتجار في الأعضاء البشرية فيه مصلحة للبعض إلا أن المفسدة المترتبة عليه تفوق هذه المصلحة. والمقرر شرعا أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح. ولا يتردد عاقل في التسليم بأن ما غلبت مفسدته على مصلحته، فإنه يتوجب حظره ومنعه.

حادي عشر- اشتراط إحاطة كل من المتبرع والمتلقي في عمليات زرع الأعضاء البشرية بطبيعة هذه العمليات ومخاطرها: فتنص المادة (7) منالقانون المصري رقم (5) لسنة (2010) 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 هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة على المدى القريب أو البعيد والحصول على موافقة المتبرع والمتلقي، أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها– بالنسبة للخلايا الأم – وفقا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (5)، وتحرر اللجنة محضرا بذلك يوقع عليه المتبرع، والمتلقي ما لم يكن غائبا عن الوعي أو الإدراك أو نائبه أو ممثله القانوني". ووفقا لنص هذه المادة، فإنه يشترط لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية استيفاء الشروط الآتية:

الشرط الأول : إحاطة كل من المتبرع والمتلقي – إذا كان مدركا – بواسطة اللجنة الطبية الثلاثية المختصة بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة على المدى القريب أو البعيد.

الشرط الثاني : الحصول على موافقة المتبرع والمتلقي، أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها.

الشرط الثالث-: تحرير اللجنة لمحضر يثبت فيه موافقة المتبرع، والمتلقي على عملية النقل والزرع، وأنه قد تم إحاطتهما بطبيعة عملية النقل والزرع ومخاطرها، وتوقيعهما على ذلك.

والعلة من هذه الشروط التحقق من أن المتبرع والمتلقي على وعي تام بطبيعة عملية النقل والزرع، والمخاطر المترتبة على ذلك، وأنهما لم يقدما على ذلك إلا وهما مقتنعان بهذا الإجراء، ومطمئنان إليه تمام الاطمئنان عن رضا وإرادة واعية. وهذا ما حدا بالمقنن الجزائري إلى توكيد هذه المسألة في نص المادتين (360)، و(364) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018). فتنص المادة (360) من هذا القانون على أن: " تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي. تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ... ".وتنص المادة (364) من ذات القانون على أنه: "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا ... بعد أن يُعْلِم الطبيب المعالج المتلقي .. بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث ...". والملاحظ أن المقنن الجزائري قد غض الطرف عن اشتراط الإفادة بما يثبت أنه قد تم تبصير المتبرع والمتلقي بطبيعة عمليتي النقل والزرع والمخاطر المترتبة عليهما، وموافقتهما على ذلك مثلما ذهب نظيره المصري. وكان الأجدر به أن يلتفت إلى ذلك للتحقق منه أنه قد تمت – حقا – إحاطة كل من المتبرع والمتلقي بهذه المسألة، وأن موافقتهما تمت بعد

الوقوف على ذلك والاطمئنان إليه. وهذا ما يتفق مع ما تقره الشريعة الإسلامية من اشتراط التراضي لصحة العقود، وترتب آثارها عليه. والتراضي – كي يكون صحيحا ومعتبرا – يتوجب أن يستوفي شرطين هما: الإرادة الحرة، والعلم بطبيعة المسألة المعقود عليها، وتبصر بما يترتب عليها من عواقب. فإذا اختل أحد الشرطين أو كلاهما، لم يصح التراضي، ويبطل بذلك العقد.

ثاني عشر : حظر نقل الأعضاء البشرية من الموتى إلا إذا كانوا قد أوصوا بذلك. فتنص المادة (8) منالقانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك فيما بين المصريين إذا كان قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".طبقا لهذه المادة،يجوز نقل الأعضاء البشرية من إنسان ميت عند توافر شروط عدة هي:

- **الشرط الأول**–: إذا وجدت ضرورة تقتضي المحافظة على حياة المستفيد أو علاجه من مرض خطير أو استكمال نقص حيوي في جسده.
- **الشرط الثاني**–: أن يتم ذلك فيما بين المصريين؛ أي: من يحملون الجنسية المصرية.
- **الشرط الثالث**–: إذا كان الميت قد أوصى أو أقر بذلك قبل وفاته.

واشتراط الضرورة التي تتمثل في الحفاظ على حياة المستفيد وسلامته الجسدية لإجراء عمليات الزرع يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ إذ أوجبت الشريعة حفظ النفس من الهلاك حتى وإن كان السبيل إلى ذلك الاضطرار إلى الوقوع في محذور من المحذورات الشرعية.فمع أن أكل الميتة مُحرَّم في الشريعة الإسلامية إلا أنه أجازته عند الضرورة؛ أي ضرورة الحفاظ على النفس من الهلاك. قال الله تعالى: (وقد فَصَّلَ لكم ما حُرِّمَ عليكم إلا ما اُضْطُرِرْتُم إليه)[1]. قال القرطبي – رحمه الله –: "يريدُ مِن جميع ما حَرَّمَ كالمَيْتة وغيرها" [2].

وما ذهب إليه المقنن المصري من اشتراط أن يتم ذلك فيما بين المصريين لا وجه له لأنه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية. فالمعتبر في الشريعة الإسلامية هو الدين لا الجنسية أو غيرها من العصبيات الجاهلية. ولذا يتوجب حذف عبارة (فيما بين المصريين) من نص هذه المادة واستبدالها بعبارة (فيما بين المسلمين).

واشتراط وصية الميت أو إقراره بالإذن بنقل عضو أو أكثر من أعضاء جسده بعد وفاته يتفق مع ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية من أن الأصل حُرمة جسد الميت المسلم، وأنه لا يجوز المساس بجسده إلا بإذن منه في حال حياته أو بوصية أو إقرار قبل وفاته ولضرورة تقتضي ذلك. ومع ذلك فالأحوط حذف عبارة (من جسد إنسان ميت) من المادة المذكورة واستبدالها بعبارة (من جسد إنسان ميت غير مسلم) لأنه لا حُرْمة لأجساد الموتى من غير المسلمين، وإنما الحُرْمة لأجساد موتى المسلمين؛ إذ يَحرم المساس بجسد الميت المسلم إلا للضرورة كالاضطرار إلى تشريح جسده لمعرفة سبب وفاته لشبهة جنائية. أما سوى ذلك، فلا يجوز. ويستدل على ذلك بحديث أم

([1]) سورة الأنعام، جزء من الآية 119.

([2]) القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج7، ص73.

المؤمنين عائشة رضي الله عنها أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كَسْرُ عَظْمِ المَيِّتِ ككَسْرِهِ حَيًّا" [1]. وقوله: "(ككَسْرِهِ حَيًّا)؛ يعني في الإثم ... قال الطيبي: إشارة إلى أنه لا يُهَانُ مَيِّتًا كما لا يُهَانُ حَيًّا" [2]. والمراد بالميت هنا الميت المسلم، فحُرمته ميتا، كحرمته حيا.

وفي حين اقتضى المقنن المصري وصية أو إقرار الميت قبل وفاته بالموافقة على نقل عضو أو أكثر من أعضاء بدنه بعد وفاته بقصد زرعه في بدن إنسان حي للحفاظ على حياته، اكتفى المقنن الجزائري باشتراط عدم تعبيره عن رفض هذا الإجراء قبل وفاته استنادا إلى أنَّ عدم التعبير عن الاعتراض على هذا الإجراء، وسكوته عليه دليل ضمني على الموافقة عليه. فتنص المادة (362) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع ... إذا لم يعبر الشخص المتوفي عن رفضه النزع خلال حياته ... يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفي. وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفي البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفي بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء ...". وما ذهب إليه المقنن الجزائري من الاكتفاء باشتراط عدم تعبير عن المتوفي – قبل موته – برفض إجراء النقل لتجويز عمليات النقل والزرع لا مُسَوّغ له من وجهين هما كالآتي:

الوجه الأول : أنَّ عدم تعبير الميت – قبل موته – عن رفض إجراء النقل، وسكوته عنه لا يدل بالضرورة على موافقته عليه وقبوله. فالسكوت عن ذلك، وعدم التعبير عن الرفض قد يرجع إلى جهله بمسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية أو قد يرجع إلى توقفه في هذه المسألة لعدم تبينه الصواب فيها إن افترضنا جدلا بأنه قد علم بها وسكت عنها. وإذا دخل الأمر في حيز الاحتمال، بطل به الاستدلال؛ أي: أنه من المحتمل أن يكون عدم التعبير عن الرفض دليل على الموافقة كما أنه من المحتمل أن يكون ذلك راجعا لجهله أو لتوقفه. وما دام الأمر يتردد بين هذه الاحتمالات، فلا يصح الاستدلال بالسكوت، وعدم التعبير عن الرفض لإجراء النقل على الموافقة عليه.

الوجه الثاني: أنه يشترط التعبير عن الرضا والقبول في عقود التبرعات؛ أي: العقود التي بلا مقابل مثلها في ذلك مثل عقود المعاوضات؛ أي التي بمقابل. فإذا عُدِم ركن الرضا، بطل العقد، وبطلان العقد يعني عدم ترتب آثاره عليه. والمتوفي هنا لم يعبر عن رضائه عن تبرعه بنقل عضو أكثر من أعضاء بدنه بقصد زرعه في جسم إنسان حي، ولذا يبطل إجراء النقل. وهذا ما تقرره الشريعة الإسلامية؛ إذ الأصل في العقود التراضي.

وعلى ذلك، فالأولى إعادة صياغة المادة المذكورة لتكون كالآتي: " "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع ... إذا لم يعبر الشخص المتوفي عن موافقته على النزع خلال حياته ... يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع هذه الموافقة قصد البحث عن موقف المتوفي".

ثالث عشر- حظر جمع الأعضاء البشرية من متبرعين أحياء لغرض الحفظ لحين الحاجة دون موافقة المتبرع أو بمن يمثله:فتنص المادة (357) منالقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: لا يجوز جمع

([1]) رواه أبو داود وصَحَّحه الألباني. يراجع: أبو داود، **سنن أبي داود**، د. ط.، ج3، كتاب الجنائز، باب في الحَفَّار يجد العَظْمَ، هل يتنكَّبُ هذا المكان، الحديث رقم (3207)، ص212.

([2]) الصديقي العظيم آبادي، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، ط2، ج9، ص18.

أعضاء جسم الإنسان من متبرع حي لأغراض الحفظ دون موافقة المتبرع أو ممثله الشرعي".تطرقت هذه المادة لمسألة جديدة وهي مسألة حفظ الأعضاء المنقولة لحين الحاجة. فاشترطت موافقة المتبرع أو ممثله الشرعي على ذلك. وهذه لفتة طيبة من المقنن الجزائري غفل عنها المقنن المصري. فقد يستدعي الأمر عمل بنوك للأعضاء البشرية وحفظها لحين الحاجة إليها رفعا لمشقة الانتظار من قبَل المستفيدين. فاشترط القانون موافقة المتبرع أو من يمثله قانونا على نقل عضو أو أكثر من بدنه، وحفظه لحين الحاجة إليه. وهذا لاستيفاء ركن الرضا من قِبل المتبرع كي يصح العقد وإلا بطل ولم تترتب عليه آثاره. فقد يوافق المتبرع على النقل والزرع، وقد لا يوافق على النقل والحفظ لحين الحاجة. وما ذهب القانون الجزائري من اشتراط موافقة المتبرع على نقل العضو المأخوذ منه، وحفظه هو ما تقرره الشريعة الإسلامية. فالشريعة الغراء تشترط توافر ركن الرضا في العقود كافة بما فيها عقود التبرعات كي تصح هذه العقود وتترتب عليها آثارها. ويتوجب على المقنن المصري أن يلتفت إلى هذه المسألة، ويأخذها في حسبانه.

رابع عشر : حظر عمليات زرع الأعضاء البشرية إذا ثبت اتخاذها ذريعة لتضليل العدالة والتهرب من المساءلة القانونية: فتنص المادة (363) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: " يمنع الشروع في نزع الأعضاء والأنسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي".فتشترط هذه المادة أيضا لإجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ألا تكون وسيلة للاحتيال على القانون، والتهرب من المساءلة الجنائية. فقد يوافق أقارب أحد المتوفين حديثا على نقل عضو أو أكثر من أعضاء بدنه لزرعها في إنسان حي بحاجة إليها بقصد تضليل المتخصصين في الطب الشرعي للنأي بهم عن الوصول إلى السبب الحقيقي وراء موته. وهذه أيضا لفتة كريمة من المقنن الجزائري غفل عنها المقنن المصري مع أهميتها؛ إذ قد يستخدم بعض ضعيفي الإيمان عمليات نقل وزرع الأعضاء كوسيلة لتضليل العدالة تفاديا للمساءلة القانونية. وما ذهب إليه المقنن الجزائري من حظر عمليات نقل الأعضاء إذا كان المقصود منها التهرب من المسئولية يتفق مع ما تقرره الشريعة الإسلامية من أن المباح إذا كان وسيلة إلى مُحَرَّم فهو مُحرَّم. فالوسائل لها أحكام المقاصد؛ أي: أنه إذا كان المقصد مُحَرَّما، فإن وسيلته تكون مُحَرَّمة أيضا. فإذا كان الأصل في نقل وزراعة الأعضاء الإباحة عند الضرورة، فإنها تكون مُحرَّمة إذا ثبت استعمالها بغرض التهرب من المساءلة والعقوبة. ونظرا لأهمية هذه المسألة، فإن الأحرى بالمقنن المصري أن يوليها الاهتمام المنشود.

المطلب الثاني

الجهات المكلفة بتنظيم وإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية في القانونين المصري والجزائري وموقف الشريعة الإسلامية منها

يتطرق المطلب الثانيلإبراز الجهات المسئولة عن تنظيم وإجراء زرع الأعضاء البشرية في القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية. ويجري تناول ذلك في فرعين كالآتي:

الفرع الأول

الجهات المكلفة بتنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية في القانونين المصري والجزائري وموقف الشريعة الإسلامية منها

حدد القانونان المصري والجزائري الجهات المسئولة عن تنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية. فذهب القانون المصري إلى تكليف مهمة تنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية إلى لجنة حكومية عليا برئاسة وزير الصحة وتكون تبعيتها لمجلس الوزراء المصري، وتكون مهمتها إدارة وتنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية، وتحديد المنشآت التي يرخص له بزرع الأعضاء، والإشراف والرقابة عليها. فتنص المادة (9) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "تنشأ لجنة عليا تسمى (اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية) تكون لها الشخصية الاعتبارية تتبع رئيس مجلس الوزراء، ويصدر بتشكيلها وتنظيم عملها وتحديد مكافآت أعضائها ومعاونيهم قرار منه بناء على عرض وزير الصحة. ويتولى وزير الصحة رئاسة اللجنة، ويعين أمانة فنية لها، وتتولى اللجنة إدارة وتنظيم عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة، وتحديد المنشآت التي يرخص لها بالزرع، وكذا الإشراف والرقابة عليها وفقا لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له ... ".

وحذا القانون الجزائري حذو القانون المصري في هذا الشأن. فأوكل مهمة تسيي عمليات زرع الأعضاء البشرية إلى وكالة وطنية لزرع الأعضاء مهمتها إدارة هذا النشاط والإشراف والرقابة عليه. فتنص المادة (356) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "تنشأ وكالة وطنية لزرع الأعضاء تُكلف بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها ...". والملاحظ أن القانون الجزائري لم يحدد الجهة التي تتبعها هذه الوكالة، فيفهم من ذلك أن هذه الوكالة لها صفة الاستقلالية. ومع أهمية عنصر الاستقلالية للتخلص من التعقيد الإداري الذي يشوب الكثير من الإدارات الحكومية، إلا أنه كان الأحرى بهذا القانون أن يحدد لنا الجهة المنوط بها الإشراف على هذه الوكالة، والمراقبة عليها لضمان حسن سيرها، وتحقيقها للأهداف المنشودة منها. لذا فإن ما ذهب إليه القانون المصري من إيكال تبعية اللجنة العليا لزراعة الأعضاء إلى مجلس الوزراء هو الأدعى للقبول وذلك لضمان الإشراف، والرقابة، والمحاسبة لهذه اللجنة من قبل المجلس بما يكفل التحقق من أداء هذه اللجنة، وتقييمها، والتطوير المستمر لها. وهذا ما تحث عليه تعاليم الشريعة الإسلامية. فالشريعة الغراء تؤكد على أهمية الإشراف، والرقابة والمحاسبة بما يسمح بتحقيق مبدأ الثواب والعقاب من جانب، وبما يسهم في تطوير عمل المؤسسة نحو الأفق المنشود. ويدلل على ذلك قوله تعالى: (وقِفُوهم إنهم مسئولون) [1]. فقوله تعالى (مسئولون) عام وغير مقيد بقيد. فدل ذلك على عموم المساءلة في كل أمور الدنيا والآخرة. وفي ذلك تقرير لمبدأ المساءلة والمحاسبة، وأنه يتوجب على المسلم تطبيقه في جوانب حياته كافة لتقييم الأداء وتجويده.كما يدلل على ذلك الحديث الذي رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم، قال: "كُلُّكُم راعٍ فمسئولٌ عن رَعِيَّتِهِ، فالأميرُ الذي على الناسِ راعٍ، وهو مسئولٌ عنهم، والرَّجُلُ راعٍ على أهلِ بَيْتِهِ، وهو مسئولٌ عنهم، والمرأةُ راعيةٌ على بَيْتِ بَعْلِها [2]، وولَدِهِ، وهي مسئولةٌ عنهم، والعَبْدُ راعٍ على مالِ سَيِّدِهِ

([1]) سورة الصافات، الآية 24.

([2])البَعْل: الزَّوْج، ويُجمع على بُعُولة. يراجع: ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، د. ط.، ج1، ص141.

وهو مسئولٌ عنه، ألاَ فكُلُّكُم راعٍ، وكُلُّكُم مسئولٌ عن رَعِيَّتِهِ" [1]. ففي الحديث أيضا تقرير لمبدأ المسئولية والمحاسبة. من ثم كان من الأهمية بمكان تبني هذا المبدأ – نظرا وعملا – لما له من أثر جليل على تحسين الأداء والارتقاء به نحو الأفق المنشود.

وأوكل القانون المصري إلى هذه اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية مهمة إعداد القوائم بأسماء المرضى ذوي الحاجة للزرع من أجساد الموتى، وأوجب عليها تقديم من له الأسبقية في القيد بسجلاتها المعدة لذلك إلا إذا كانت هناك حاجة ماسة وعاجلة لتقديم غيره.فتنص المادة (10) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "تعد اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية قوائم بأسماء المرضى ذوي الحاجة للزرع من جسد إنسان ميت بحسب أسبقية القيد في السجل المعد لذلك، ولا يجوز تعديل هذه الأسبقية إلا إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة لعمليات الزرع وفقا للقواعد الطبية والإجراءات التي تحددها اللجنة العليا". إلا أنه ذهب إلى عدم سريان هذه القوائم إذا كان الزرع فيما بين الأحياء. فتنص المادة (10) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: لا تسري هذه القوائم على الزرع فيما بين الأحياء". وذلك على أساس أن عملية الزرع حينما تتم بين الأحياء – كما جاء في المادة (4) من هذا القانون – فهي تتم فيما بين الأقارب في أغلبها والقريب أولى بقريبه كما جاء في قوله تعالى (وأولو الأرحامِ بعضُهم أَوْلى ببعضٍ في كِتابِ الله) [2]. وهي إن تمت فيما بين غير الأقارب فإنما تتم إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة لذلك كما ذهبت المادة (4) من ذات القانون. ولذا فمن المنطقي ألا تخضع عمليات الزرع فيما بين الأحياء لقوائم الانتظار.

وشدد القانون المصري على عدم جواز تخطي الترتيب الوارد بقوائم الانتظار المتعلقة بمرضى عمليات زرع الأعضاء بسبب عدم استطاعة المريض المادية على تغطية نفقات علية الزرع، بل وأوجب على الدولة التكفل بنفقات هذه العملية في هذه الحالة. فتنص المادة (10) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "لا يجوز بأي حال من الأحوال تخطي الترتيب الذي أوردته القوائم المذكورة بسبب عدم قدرة المريض على دفع نفقات عملية الزرع ...".وتنص المادة (11) من ذات القانون على أنه: "تتكفل الدولة بنفقات إجراء عمليات زرع الأعضاء في المنشآت الطبية المرخص لها، وذلك بالنسبة إلى كل من يعجز عن السداد ممن حَلَّ عليه الدور وفقا للضوابط التي يصدر بها قرار من وزير الصحة ... ".

والملاحظ إغفال القانون الجزائري التصريح بسؤوليةالدولة عن تحمل نفقات عمليات زرع الأعضاء لغير القادرين. هذا في الوقت الذي حظر فيه على المزاولين لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تقاضي أي أجر عن هذه العمليات. فتنص المادة (367) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعملية النزع والممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية أي أجر عن العمليات". فمع أن هذا النص يدل – بمنطوقه – على حظر تقاضي أي أجر عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية إلا أنه لا يعني بالضرورة مجانية هذه العمليات. فليس مستبعدا أن يفهم من النص السابق أن

([1]) متفق عليه. رواه البخاري ومسلم في صحيحهما، واللفظ للبخاري. يراجع: البخاري، **صحيح البخاري**، ط1، ج3، كتاب العِتْق، باب كراهية التطاول على الرقيق، وقوله عبدي أو أَمَتِي، الحديث رقم (2554)، ص150، ومسلم، **صحيح مسلم**، د. ط.، ج3، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر، والحث على الرفق بالرعية، الحديث رقم (1829)، ص1459.

([2]) سورة الأنفال، جزء من الآية 75.

الإدارة – وليس الممارسين – هي الجهة المكلفة بتحصيل نظير هذه العمليات من المرضى. من هنا كان الأحرى بالمقنن الجزائري التصريح بمجانية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية للمرضى غير القادرين أسوة بنظيره المصري. فالحق في العلاج يعد أحد الحقوق الأساسية للفرد الذي يتوجب أن تكفلها الدولة لمواطنيها. وهذا ما تقره الشريعة الإسلامية. ويدلل على ذلك الحديث الذي رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم، قال: "كُلُّكُم راعٍ فمسئولٌ عن رَعِيَّتِهِ، فالأميرُ الذي على الناسِ راعٍ، وهو مسئولٌ عنهم" [1]. يقول النووي – رحمه الله –" قوله صلى الله عليه وسلم: (كُلُّكُم راعٍ فمسئولٌ عن رَعِيَّتِهِ)، قال العلماء: الراعي هو الحافظ المؤتَمَن المُلْتزِم صلاحَ ما قام عليه، وما هو تحت نظره. ففيه أنَّ كلَّ من كان تحت نظره شيءُ فهو مطالبٌ بالعدل فيه، والقيام بمصالحه في دينه ودنياه ومتعلقاته" [2]؛ أي: أنَّ الدولة – وفقا للشريعة الإسلامية – مسئولة عن الوفاء بحقوق موطنيها، ومنها الحق في العلاج.

الفرع الثاني

الجهات المكلفة بإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية في القانونين المصري والجزائري وموقف الشريعة الإسلامية منها

حدد القانونان المصري والجزائري الجهات المسئولة عن إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية.فذهب القانون المصري إلى أن الجهات المسئولة عن مزاولة عمليات زرع الأعضاء البشرية هي الجهات المرخص لها من قِبل اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية. فتنص المادة (12) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "يصدر الترخيص للمنشأة بمزاولة عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين في شأن ما تم إجراؤه من عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن وما يجب أن يتسم به تنظيم عمليات التبرع والزرع من شفافية، فإذا ثبت توافر الالتزام بالاشتراطات والمعايير المشار إليها يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات ...". والملاحظ أن القانون المصري لم يصرح عما إذا كانت الجهات المرخص لها بزرع الأعضاء البشرية هي جهات حكومية؛ أي: تابعة للقطاع العام أم أنها جهات أهلية؛ أي: تابعة للقطاع الخاص. مما يشير إلى أن المعول هو مدى استيفاء الجهة للشروط التي يتطلبها الترحيص بصرف النظر عن كونها جهة حكومية أم جهة أهلية. ويؤكد ذلك رفع مدة التجديد للترخيص من سنة إلى ثلاث سنوات إذا ما ثبت الالتزام بالاشتراطات التي تتطلبها اللجنة العليا في المنشأة المكلفة بزرع الأعضاء البشرية.

وذهب القانون الجزائري مذهبا آخر في هذا الشأن. فهو لم يترك الباب مفتوحا أمام المنشآت الخاصة لدخول هذا المعترك مثلما فعل نظيره المصري، وإنما حصر مهمة مزاولة عمليات زرع الأعضاء البشرية، وحفظها على القطاع الصحي الحكومي، بل إنه لم يعط هذه الصلاحية لجميع مؤسسات هذا القطاع، وإنما منحها لمؤسسات معينة وهي تلك المؤسسات التي تستوفي الشروط التي تتطلبها للوكالة الوطنية المكلفة بتسيير زرع الأعضاء. فتنص المادة

([1]) متفق عليه. رواه البخاري ومسلم في صحيحهما، واللفظ للبخاري. يراجع: البخاري، **صحيح البخاري**، ط1، ج3، كتاب العِتْق، باب كراهية التطاول على الرقيق، وقوله عبدي أو أَمَتِي، الحديث رقم (2554)، ص150، ومسلم، **صحيح مسلم**، د. ط.، ج3، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر، والحث على الرفق بالرعية، الحديث رقم (1829)، ص1459.

([2]) النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، ط2، ج12، ص213.

(366) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المُرَخّص لها طرف الوزير المكلف بالصحة بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء ...". أضف إلى ذلك أنه قصر مهمة حفظ الأعضاء البشرية على القطاع الصحي الحكومي. فقد أسند مهمة حفظ الأعضاء البشرية إلى وحدة خاصة بالمستشفيات الحكومية المرخص لها بالزرع إذا اقتضت الضرورة ذلك. فتنص المادة (357) منالقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "ينشأ كلما اقتضت الضرورة إلى ذلك، في المؤسسات المرخص لها بنزع الأنسجة والخلايا بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، هيكل يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا". ولعل السبب وراء إسناد عمليات زرع الأعضاء البشرية إلى القطاع الصحي الحكومي دون سواه هو حرص المقنن الجزائري على وصول الحق إلى مستحقيه، وسد الباب أمام كل من يتاجر بمقدرات المرضى.

وزاد القانون الجزائري من اهتمامه بهذه المسألة بحظر كشف هوية المتبرع للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع وألا يكون الطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع من الفريق الذي يتولى زراعة الأعضاء البشرية درءا للتهمة، واستبعادا لأي تلاعب قد يمارسه ضعيفي النفوس في هذا الباب. فتنص المادة (363) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "يمنع كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع. يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع". وزاد المقنن الجزائري من حرصه واعتنائه بإيصال الحقوق إلى أصحابها بأن أوقف الأعضاء المتبرَّع بها على المرضى المسجلين بقائمة الانتظار الوطنية دون سواهم. فتنص المادة (365) منالقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "يجب أن تمنح الأعضاء والأنسجة التي تم نزعها فقط للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء ...".

وما ذهب إليه القانون الجزائري من حصر الترخيص بزرع الأعضاء البشرية في المستشفيات الحكومية هو الأقرب لتحقيق المصلحة العامة، وهو الأقرب لتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ النفس. وذلك لأن الغالب على المستشفيات الخاصة هو عامل الربح. ومن ثم فليس مستبعدا أن تتحول عمليات زرع الأعضاء البشرية إلى تجارة تحكمها عوامل الربح والخسارة وخاصة في بلدان العالم الثالث التي تموج بالفساد. ويدلل على ذلك ما شوهد مؤخرا من قيام العديد من المستشفيات الخاصة المرخص لها بزرع الأعضاء البشرية باتخاذ ذلك حرفة تتكسب من ورائها بصرف النظر عن مصلحة المتبرعين والمتلقين. بل وترتب على ذلك تعدد حوادث القتل من أجل الحصول على الأعضاء البشرية للاتجار بها. وبرزت على السطح نجارة الأعضاء البشرية، وسرقتها، وباتت هناك عصابات متخصصة لسرقة الأعضاء البشرية والاتجار بها.

المطلب الثالث

إجراءات زرع الأعضاء البشرية في القانونين المصري والجزائري وموقف الشريعة الإسلامية منها

هناك إجراءات معينة حددها القانونان المصري والجزائري لعمليات زرع الأعضاء البشرية تتمثل في الآتي:

أولا-: تشكيل لجنة ثلاثية في كل منشأة طبية من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية تختص دون غيرها بالموافقات على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية: فتنص المادة (13) من القانون المصري رقم (5) لسنة

(2010) على أنه: "تشكل من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية لجنة ثلاثية في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع، وذلك من بين الأطباء المتخصصين، من غير المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفية، تختص دون غيرها بالموافقات على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ... ولا يجوز لأعضاء اللجنة أن يشتركوا في إجراء عمليات الزرع أو تولي الرعاية اللاحقة لأي من المتلقين بالمنشأة". ووفقا لهذه المادة، فإنَّ اللجنة الثلاثية التي أوجب القانون تشكيلها في كل منشأة كي تختص بالموافقة على عمليات زرع الأعضاء البشرية يشترط فيها شروط ثلاثة هي:

1- أن يكون أعضاؤها من اللجنة العليا المكلفة بتنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية.

2- أن يكون أعضاؤها من غير المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفية.

3- ألا يشارك أعضاؤها في عمليات الزرع أو تولي الرعاية اللاحقة لأي من المتلقين بالمنشأة.

والغاية من اشتراط هذه الشروط هو النأي بهذه اللجنة عن أية شبهات، وسد الباب أمام من تسول لهم أنفسهم المساس بحقوق المرضى، والتربح من عمليات زرع الأعضاء البشرية، والانخراط في سرقة الأعضاء البشرية والاتجار بها لا سيما في العصر الحالي الذي شاع فيه الفساد وخربت فيه الذمم. ومع أهمية ذلك،إلا أنه ليس فيه ضمانة كافية لاستبعاد تهمة الفساد في ظل وجود المنشآت الصحية غير الحكومية التي لا تستهدف إلا الربح كلاعب رئيس في مجال زراعة الأعضاء البشرية.

ولعل هذا ما دعا المقنن الجزائري ينحو منحى مخالفا للذي اتجه إليه المقنن المصري. فذهب إلى استبعاد القطاع غير الحكومي من هذا المجال كلية؛ أي سواء بالتنظيم لعمليات الزرع أو الموافقة عليها أو مزاولتها. فذهب إلى أنَّ الوكالة الوطنية هي – دون غيرها – المنوط بها الموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية، وأنَّ على المستشفيات العامة المرخص لها بزراعة الأعضاء البشرية الرجوع إليها للحصول على هذه الموافقة. فتنص المادة (366) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المُرَخّص لها طرف الوزير المكلف بالصحة بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء ...". ومع أهمية ما ذهب إليه المقنن الجزائري في هذا الشأن، فإن التعقيدات الإدارية التي قد تقترن بإجراءات الموافقة على عمليات زرع الأعضاء، والمدة التي قد تستغرقها قد تزيد من معاناة المرضى وذويهم. ولذا فإنَّ الأصوب هو الإفادة مما ذهب إليه المقنن المصري من ضرورة تشكيل لجنة ثلاثية من اللجنة العليا بكل منشأة مرخص لها بالزرع بما يضمن تيسير الإجراءات الإدارية المتعلقة بالموافقة على عمليات الزرع، إلا أن محل عمل هذه اللجان هي المنشآت المرخص لها التابعة للقطاع الحكومي لا القطاع الخاص مثلما ذهب المقنن الجزائري سدا لذريعة الفساد. وهذا ما يتفق مع تعاليم الشريعة الإسلامية. إذ دعت الشريعة إلى التيسير على الناس ورفع المشقة والحرج عنهم. قال الله تعالى: (يريدُ اللهُ بكم اليُسْرَ ولا يريدُ بكم العُسْرَ) [1].وقال تعالى: (ما جَعَلَ عليكم في الدِّينِ مِن حَرَجٍ) [2]. كما أنها دعت إلى سد كل ذريعة إلى الفساد. قال الله

([1])سورة البقرة، جزء من الآية 185.

([2])سورة الحج، جزء من الآية (78).

تعالى ناهيا عن الفساد والإفساد: (ولا تَعْثَوْا في الأرضِ مُفْسدِين) [1]. وقال الله تعالى: (ولا تَبْغِ الفساد في الأرض إنَّ اللهَ لا يُحِبُّ المُفسدين) [2]. ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الإضرار بالناس، وإلحاق المشقة بهم. فعن أبي صِرْمة صاحب النبي صلى الله عليه وسلم، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "مَن ضارَّ أَضَرَّ اللهُ به، ومَن شاقَّ شاقَّ اللهُ عليه " [3]. فقوله صلى الله عليه وسلم: "(مَن ضارَّ)؛ ... أي: مَن أدخل على مسلم ... مَضَرَّة في ماله أو نفسه أو عِرْضِهِ بغير حق (أَضَرَّ الله به)؛ أي: جازاه من جِنس فِعْله، وأدخلَ عليه المَضَرَّة (ومن شاقَّ) ... أي: من نازع مسلما ظَلما وتعديا (شاقَّ اللهُ عليه)؛ أي: أنزل الله عليه المَشَقَّة جزاءً وِفَاقا. والحديث فيه دليلٌ على تحريم الضِّرَار على أي صفة كان" [4].

ثانيا-: التثبت عند نقل أي عضو من جسد ميت من موته على نحو يقيني. فتنص المادة (14) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتا يقينيا تستحيل بعده عودته للحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة تختارها اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية، وذلك بعد أن تجري اللجنة الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت، طبقا للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا، ويصدر بها قرار من وزير الصحة، وللجنة في سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المتخصصين على سبيل الاستشارة. ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة، أو بمسئولية رعاية أي من المتلقين المحتملين". والملاحظ أن المقنن المصري تشدد في إثبات وفاة المتبرع في عمليات زرع الأعضاء البشرية وذلك لأن حياة المتلقي ليست أولى من حياة المتبرع الذي يُظن موته. فاشترط لهذا الإثبات شروطا عدة تتحدد في الآتي:

1- أن يكون هذا الإثبات بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة تختارها اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية.
2- أن تجري اللجنة الثلاثية الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت، طبقا للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا، ويصدر بها قرار من وزير الصحة.
3- ألا يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة، أو بمسئولية رعاية أي من المتلقين المحتملين.

([1]) سورة البقرة، من الآية 60.

([2]) سورة القصص، جزء من الآية 77.

([3]) رواه أبو داود وحَسَّنَهُ الألباني. يراجع: أبو داود، **سنن أبي داود**، د. ط.، ج3، كتاب الأقضية، باب مِن القضاء، الحديث رقم (3635)، ص 315.

([4]) الصديقي العظيم آبادي، **عون المعبودشرح سنن أبي داود**، ط2، ج10، ص46.

والحكمة من هذه الشروط التحقق من ثبوت موت المتبرع كي لا تزهق روح إنسان بلا جريرة، وكي تنتهي شبهة التورط في قتل إنسان ظلما وعدوانا لحساب إنسان آخر.

ومع أن المقنن الجزائري أوجب أيضا التثبت من موت المتبرع، إلا أن ذلك لم يكن بنفس الدرجة، وبنفس التفصيل الذي ذهب إليه المقنن المصري. فتنص المادة (362) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) 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:.

وما اتخذه المقنن المصري من تدابير للتثبت من حقيقة موت المتبرع في عمليات زرع القبول هو الأحوط والأسلم. وهو ما يتفق مع ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية من ضرورة حفظ النفس. قال الله تعالى: (مِن أَجْلِ ذلك كَتبْنَا على بَني إسرائيلَ أنه مَن قَتَلَ نَفْسًا بغير نَفْسٍ أو فَسَادٍ في الأرض فكأنما قَتَلَ الناسَ جميعا ومَن أحياها فكأنما أحيا الناسَ جميعا" [1]. ومن المعلوم أنَّ التهاون في التحقق من موت المتبرع يعد قتلا نفسا لنفس معصومة، والتثبت في ذلك يعد إحياءً لها.

ثالثا : تشكيل فريق طبي مسئول عن الزرع في كل منشأة مرخص لها بزرع الأعضاء البشرية. فتنص المادة (15) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: " يشكل في كل منشأة من المنشآت المرخص لها بزرع الأعضاء البشرية فريق طبي مسئول عن الزرع يتولى رئاسته مدير لبرنامج زرع الأعضاء من الأطباء ذوي الخبرة الفنية والإدارية. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون قواعد تشكيل هذا الفريق والشروط الواجب توافرها في أعضائه، واختصاصاته. ويكون المدير مسئولا عن إدارة البرنامج، وتقييم أداء الفريق، وحسن أداء الخدمة الطبية، والاجتماعية للمرضى والمتبرعين، وتذليل العقبات أمام تنفيذ برنامج الزرع على الوجه الأفضل، وتمثيل البرنامج أمام اللجنة العليا، وسائر الجهات الطبية والإدارية ذات الصلة". فوفقا لهذه المادة لا يسند مزاولة عمليات زرع الأعضاء إلى آحاد الأطباء حتى وإن كان من المتخصصين ومن ذوي الخبرة الفنية والإدارية، وإنما يتوجب أن يقوم بالزرع فريق طبي متكامل من أهل الخبرة وتحت قيادة مدير برنامج الزرع بالمنشأة المرخص لها بالزرع ضمانا لسلامة المريض، وتفاديا لأية أخطاء طبية قد تعرض حيلته للخطر. ولم يكتف المقنن المصري بتكليف مدير برنامج الزرع بتولي قيادة الفريق الطبي المنوط بعمليات الزرع، وإنما أوجب عليه أيضا تقييم أداء الفريق، وتطوير أدائه، وإزالة المعوقات التي تحول دون تجويد الخدمة الطبية، والاجتماعية للمتلقين والمتبرعين وذويهم.

هذا ولم يصرح المقنن الجزائري بضرورة تشكيل فريق طبي مكلف بزرع الأعضاء البشرية مثلما ذهب نظيره المصري، وإنما اكتفى بتوجيه تكليف عام للمستشفيات الحكومية بتولي هذه المسئولية. فتنص المادة (366) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: "لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المُرَخّص لها طرف الوزير المكلف بالصحة بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء ...".

ومع أهمية ما ذهب إليه القانون الجزائري من تكليف المستشفيات العامة من مزاولة عمليات زرع الأعضاء ضمانا لسلامة المرضى، وتفاديا لشبهة التربح التي تلاحق المستشفيات الخاصة، إلا أن ما ذهب إليه القانون المصري من وجوب تشكيل فريق طبي متكامل لتولي مسئولية إجراء عمليات زرع الأعضاء لديه قدر كبير من

([1]) سورة المائدة، جزء من الآية 32.

الوجاهة. ففيه ضمانا أيضا لسلامة المريض. ومن ثم فالأحوط هو الأخذ بفكرة الفريق الطبي المتكامل لتولي عمليات زرع الأعضاء البشرية ولكن في نطاق المستشفيات الحكومية لا المستشفيات الخاصة. وذلك فيه قدر أكبر من الحفاظ على صحة كل من المتلقي والمتبرع، وأنفى لشبهة الاتجار بالأعضاء البشرية. وهذا ما يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية من الحفاظ على النفس. قال الله تعالى: (ولا تُلْقوا بأيدِيكُم إلى التَّهْلُكة) [1]. فالآية الكريمة توجب اتخاذ كل سبيل من شأنه الحفاظ على النفس، ورعايتها، وتجنيبها موارد الهلاك.

الخاتمة

استهدفت الدراسة الحالية تجلية معالم الرؤية المطروحة للتربية الرياضية الإسلامية كصيغة مقترحة لتفعيل النشاط الرياضي في الوسط المدرسي. وأسفرت الدراسة عن العديد من النتائج والتوصيات أبرزها الآتي:

النتائج:

أولا : حدد القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) والقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) عددا من الضوابط والشروط لإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية تتضح على النحو الآتي:

1- حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وطبقا لأحكام القانون المنظم لذلك، واللائحة المنفذة له. والملاحظ على هذا الضابط إغفال القانون المصري تحديد الغرض من عمليات زرع الأعضاء البشرية. وهو ما تداركه القانون الجزائري. كما يلاحظ على هذا الضابط أنه كفل حق النقل والزرع لكل مريض، وهذا يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية. فوفقا للشريعة الإسلامية، ليس كل مريض في حاجة إلى الزرع له الحق في ذلك. فمن له الحق في ذلك هو المريض الذي يتمتع بحياة محترمة شرعا. والحياة المحترمة شرعا هي حياة الشخص الذي ليس عليه قصاص ولا حَدَّ.

2- حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء إلا للضرورة القصوى. والملاحظ على هذا الضابط قول المقنن المصري في نص المادة (2) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010): "أو علاجه من مرض جسيم" فهو قول غير منضبط لأنه لم يحدد كنه هذا المرض الجسيم مما يفتح الباب أمام ضعيفي النفوس لإجراء عمليات الزرع تتزّسا بهذه العبارة استنادا إلى أنه جسيم من وجهة نظرهم، وهو ليس كذلك في حقيقة الأمر.

3- حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية إذا كان النقل يشكل خطرا جسيما على حياة المتبرع أو صحته. والملاحظ على هذا الضابط فصر المقنن المصري هذه الحماية على المتبرع دون المستفيد. فقد يكون هناك خطرا من عمليات الزرع على المتلقي أيضا إلا أن الخطر ليس من عملية الزرع أو مضاعفاتها، وإنما من الأمراض التي قد يعاني منها المتبرع.

4- حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء التناسلية التي يترتب عليها اختلاط الأنساب. والملاحظ على هذا الضابط إغفال المقنن الجزائري النص عليه مع ضرورته. كما يلاحظ على المقنن المصري إغفال النص على حظر زرع العورات المغلظة استنادا لتحريم زرعها في الشريعة الإسلامية لأنه من التغيير في خلق الله للتدليس على عباد الله تعالى.

([1]) سورة البقرة، جزء من الآية 195.

5- حظر إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية من المصريين إلى الأجانب باستثناء المصريين المتزوجين من أجانب وأبنائهم من هذه الزيجة. والملاحظ على هذه الضابط حصر المقنن المصري لعمليات زرع الأعضاء البشرية فيما بين من يحملون الجنسية المصرية علما بأن الجنسية لا محل لها في الشريعة الإسلامية لأنه لا عصبية لغير الدين في الإسلام.

6- اشتراط أن يكون النقل في عمليات زرع الأعضاء البشرية على سبيل التبرع، وأن يكون فيما بين الأقارب من المصريين أو غير الأقارب إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة لذلك. والملاحظ على هذا الضابط اشتراط المقنن المصري أن يكون النقل والزرع فيما بين الأقارب ممن يحملون الجنسية المصرية أو لغير الأقارب ممن يحملون ذات الجنسية. وهذا يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية لأنه جعل الضابط في عمليات النقل هو الجنسية. ومن المقرر شرعا أنه لا محل للجنسية في الإسلام، فالمعتبر هو الدين وليس الجنسية.

7- اشتراط أن يكون التبرع في عمليات زرع الأعضاء البشرية صادرا عن إرادة حرة وثابتة بالكتابة. والملاحظ على هذا الضابط ما ذهب إليه المقنن الجزائري من اشتراط أن تكون هذه الإرادة ثابتة بالشهود في مجلس القضاء لا بالكتابة فحسب كما ذهب المقنن المصري. وهذا هو الأحوط لزيادة التوثقة وللتحقق من استبعاد شبهات الغلط، والإكراه، والتغرير. كما يلاحظ اشتراط المقنن الجزائري موافقة المستفيد على الزرع، وأن توثق هذه الموافقة بالشهود، وبعد إطلاع كل من المتبرع والمتلقي على طبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرها.

8- حظر قبول التبرع في عمليات زراعة الأعضاء البشرية من الطفل، ومن عديم الأهلية أو ناقصها حتى وإن وافق أولياؤهم ويستثنى من ذلك ما إذا كان التبرع إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة إذا لم يوجد متبرع آخر. والملاحظ إغفال المقنن الجزائري النص على موقف القانون من ناقص الأهلية على خلاف ما فعله نظيره المصري. فسكوت المقنن الجزائري يفهم منه إباحة نقل الأعضاء من ناقص الأهلية، لذا كان الأجدر به تدارك ذلك بالنص على حظر النقل من ناقص الأهلية قياسا على الطفل.

9- جواز عدول المتبرع في عمليات زرع الأعضاء البشرية عن التبرع في أي مرحلة من مراحلها. والملاحظ أنَّ المقنن الجزائري لم يؤكد على جواز عدول المتبرع عن موافقته على التبرع في أي وقت فحسب كما ذهب المقنن المصري، وإنما أكد أيضا على جواز ذلك دون أي إجراء. وما ذهب إليه المقنن الجزائري هو الأولى لأن فيه تخفيفا ورفعا للمشقة عن المتبرع. وهذا يتفق مع تعاليم الشريعة الإسلامية التي تدعو إلى التيسير، ورفع المشقة والعنت عن الناس.

10- حظر التعامل في الأعضاء البشرية على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل. والملاحظ أن القانون الم المصري كان أكثر حيطة في هذا الشأن مقارنة بالقانون الجزائري؛ إذ أنه حظر أن تتم عملية النقل والزرع بمقابل أيا كانت طبيعته؛ أي سواء أكان بمقابل مالي أو بمقابل عيني، في حين لم يلتفت القانون الجزائري إلى تجريم عملية النقل أو الزرع إذا كانت بمقابل عيني. كما أن القانون المصري حظر على الطبيب المعالج البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بأن النقل تم بمقابل، في حين غفل المقنن الجزائري عن ذلك. والأولى به أن يلتفت لذلك. كما يلاحظ على المقنن المصري إغفاله النص على ضرورة إبلاغ الطبيب

المختص بعملية النقل والزرع الجهات الرقابية عند علمه بأن عملية النقل والزرع تتم على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كان نوعه لتضييق الخناق على عمليات سرقة الأعضاء البشرية والاتجار بها.

11- اشتراط إحاطة كل من المتبرع والمتلقي في عمليات زرع الأعضاء البشرية بطبيعة هذه العمليات ومخاطرها. والملاحظ أن المقنن الجزائري قد غض الطرف عن اشتراط الإفادة بما يثبت أنه قد تم تبصير المتبرع والمتلقي بطبيعة عمليتي النقل والزرع والمخاطر المترتبة عليهما، وموافقتهما على ذلك مثلما ذهب نظيره المصري. وكان الأجدر به أن يلتفت إلى ذلك للتحقق منه أنه قد تمت – حقا – إحاطة كل من المتبرع والمتلقي بهذه المسألة.

12- حظر نقل الأعضاء البشرية من الموتى إلا إذا كانوا قد أوصوا بذلك. والملاحظ أن ما ذهب إليه المقنن المصري من حظر نقل الأعضاء البشرية من الموتى إلا فيما بين الحاملين للجنسية المصرية لا وجه له لأنه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية. فالمعتبر في الشريعة الإسلامية هو الدين لا الجنسية. ولذا يتوجب على المقنن المصري تدارك ذلك. كما أن عليه أن ينص على حظر نقل الأعضاء البشرية من موتى المسلمين إلا عند تعذر نقلها عن موتى غير المسلمين؛ إذ أنه لا حُرْمة لأجساد الموتى من غير المسلمين، وإنما الحُرْمة لأجساد موتى المسلمين. كما يلاحظ على المقنن الجزائري عدم اشتراطه موافقة الميت على التبرع قبل وفاته، وإنما اشترط عدم رفضه لذلك. وهذا لا وجه له لأن السكوت وعدم التعبير عن الرفض لا يعني الموافقة بالضرورة. كما أن ذلك يعد مخالفا للشريعة الإسلامية؛ إذ أوجبت الشريعة التراضي الصريح لصحة العقود، وترتب آثارها عليه.

13- حظر جمع الأعضاء البشرية من متبرعين أحياء لغرض الحفظ لحين الحاجة دون موافقة المتبرع أو بمن يمثله. والملاحظ أن المقنن المصري قد غفل الإشارة إلى هذا الضابط؛ إذ قد يستدعي الأمر عمل بنوك للأعضاء البشرية وحفظها لحين الحاجة إليها رفعا لمشقة الانتظار من قبَل المستفيدين.

14- حظر عمليات زرع الأعضاء البشرية إذا ثبت اتخاذها ذريعة لتضليل العدالة والتهرب من المساءلة القانونية. والملاحظ أن المقنن المصري غفل عن تدارك هذا الشرط مع أهميته؛ إذ قد يستخدم بعض ضعيفي الإيمان عمليات نقل وزرع الأعضاء كوسيلة لتضليل العدالة تفاديا للمساءلة القانونية.

ثانيا- حدد القانونان المصري والجزائري الجهات المسئولة عن إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية. فذهب القانون المصري إلى أن الجهات المسئولة عن مزاولة عمليات زرع الأعضاء البشرية هي الجهات المرخص لها من قِبل اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية سواء أكانت جهات حكومية أو غير حكومية.وذهب القانون الجزائري إلى حصر مهمة مزاولة عمليات زرع الأعضاء البشرية، وحفظها على القطاع الصحي الحكومي مستبعدا القطاع الصحي الخاص. وما ذهب إليه القانون الجزائري من حصر الترخيص بزرع الأعضاء البشرية في المستشفيات الحكومية هو الأقرب لتحقيق المصلحة العامة، وهو الأقرب لتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ النفس. وذلك لأن الغالب على المستشفيات الخاصة هو عامل الربح. ومع ذلك يلاحظ أن القانون الجزائري أغفل التصريح بمسؤولية الدولة عن تحمل نفقات عمليات زرع الأعضاء لغير القادرين. من هنا كان الأحرى بالمقنن الجزائري التصريح بمجانية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية للمرضى غير القادرين أسوة بنظيره المصري. فالحق في العلاج يعد أحد الحقوق الأساسية للفرد الذي يتوجب أن تكفلها الدولة لمواطنيها. وهذا ما تقره الشريعة الإسلامية.

ثالثا– هناك إجراءات معينة حددها القانونان المصري والجزائري لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتمثل في:

1– تشكيل لجنة ثلاثية في كل منشأة طبية من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية تختص دون غيرها بالموافقات على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية. والملاحظ أن المقنن الجزائرياختصالوكالة الوطنية – دون غيرها – بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية مما قد يزيد من معاناة المرضى وذويهم نظرا لما قد يشوب إجراءات الموافقة من تعقيدات إدارية ناهيك عن إطالة أمد الانتظار. ولذا فإن الأصوب تشكيل لجنة ثلاثية من الوكالة الوطنية بكل منشأة مرخص لها بالزرع بما يضمن تيسير الإجراءات الإدارية المتعلقة بالموافقة على عمليات الزرع. وهذا ما يتفق مع تعاليم الشريعة الإسلامية. إذ دعت الشريعة إلى التيسير على الناس ورفع المشقة والحرج عنهم.

2– التثبت عند نقل أي عضو من جسد ميت من موته على نحو يقيني. والملاحظ أن المقنن المصري وضع اشتراطات صارمة للتثبت من موت المتبرع مقارنة بنظيره الجزائري. وهذا هو الأحوط والأسلم. وهو ما يتفق مع ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية من ضرورة حفظ النفس من الهلاك.

3– تشكيل فريق طبي مسئول عن الزرع في كل منشأة مرخص لها بزرع الأعضاء البشرية. والملاحظ أن المقنن الجزائري أغفل النص على وجوب تشكيل فريق طبي مكلف بزرع الأعضاء البشرية مثلما ذهب نظيره المصري، إلا أن ما ذهب إليه القانون المصري هو الأولى بالقبول لسلامة المريض.

التوصيات:

في ضوء ما أسفرت عنه البحث من نتائج، توصي الدراسة المقننين المصري والجزائري بالالتفات إلى الآتي:

1– إعادة صياغة المادة (1) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010)، والمادة (355) من القانون الجزائري رقم (18–11) لسنة (2018) ليكون نص المادة كالآتي: "لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بنقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي أو من جسم إنسان ميت بقصد زرعه في جسد إنسان آخر إلا لأغراض تشخيصية وعلاجية وطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية".

2– إعادة صياغة نص المادة (2) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) ليكون كالآتي: "لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم قد يودي بحياته أو يخل بوظيفة أساسية من وظائف أعضائه".

3– إضافة الفقرة التالية لنص المادة (2) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) على أنه: "ويجوز زرع أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج في جسم إنسان حي ... بشرط ... ألا يكون من شأن الزرع تعريض المتلقي لخطر جسيم على حياته أو صحته".

4– إعادة صياغة نص المادة (2) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) لتكون كالاتي: " يحظر نقل وزرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، كما يُحظر نقل وزرع العورات المُغَلّظة". وإدراج هذه المادة كمادة مستقلة في القانون الجزائري رقم (18–11) لسنة (2018).

5- إعادة صياغة نص المادة (3) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) ليكون كالآتي: مع مراعاة حكم المادة السابقة يحظر الزرع من مسلمين إلى غير مسلمين عدا الزوجين إذا كان الزوج مسلما والزوجة غير مسلمة، على أن يكون قد مضى على هذا الزواج ثلاث سنوات على الأقل، وبعقد موثق على النحو المقرر قانونا لتوثيق عقود الزواج. ويجوز الزرع بين الأبناء من أب مسلم وأم غير مسلمة فيما بينهم جميعا. كما يجوز الزرع فيما بين غير المسلمين بناء على طلب الدولة التي ينتمي إليها المتبرع والمتلقي على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون بما لا يخالف الشريعة الإسلامية".

6- إعادة النظر في نص المادة (4) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) ليكون كالآتي: " مع مراعاة أحكام المادتين (2، 3) من هذا القانون، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزراعة في جسم إنسان آخر إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المسلمين ... ". وهذا ما استدركه المقنن الجزائري؛ إذ اقتصر على اشتراط القرابة لإجراء عمليات الزرع واستثنى من ذلك الحالات الحرجة، وغض الطرف عن اشتراط الجنسية. فتنص المادة (359) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه:"يمكن أن يتم نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي بالامتثال الصارم للقواعد الطبية ...". وتنص المادة (360) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) على أنه: " يجب أن يكون المتبرع أب أو أم أو أخ أو أخت ... غير أنه في حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي اللذين لهما قرابة عائلية، يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء ... ويكون التبرع المتقاطع للأعضاء بدون كشف هوية المتبرع والمتلقي".

7- إعادة النظر في نص المادة (5) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) ليكون النص كالآتي: "في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع والتلقي صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتة بالكتابة، وبالشهود في مجلس القضاء، وبعد التثبت من وقوف كل من المتبرع والمستفيد على طبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

8- إعادة النظر في نص المادة (361) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) لتكون كالآتي: "يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قَصَّر أو عديمي الأهلية أو ناقصيها أحياء"...".

9- إعادة النظر في نص المادة (5) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) لتكون كالآتي:"يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل، ودون استلزام أي اشتراطات لهذا العدول".

10- إعادة النظر في تنص المادة (6) من القانون المصري رقم (5) لسنة (2010) لتكون كالآتي:

" يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته. كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين، كما يتوجب عليه الإبلاغ عن هذه المخالفة عند علمه بها ".

11- إعادة صياغة المادة (358) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) لتكون كالآتي: "يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته. كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين، كما يتوجب عليه الإبلاغ عن هذه المخالفة عند علمه بها".

12- إعادة صياغة المادة (364) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) لتكون كالآتي: "لا يمكن القيام بنقل وزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا ... بعد أن يُعْلِم الطبيب المعالج المتبرع والمتلقي .. بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث ... وأن يحرر الطبيب محضرا بذلك يوقع عليه المتبرع، والمتلقي ما لم يكونا غائبين عن الوعي أو الإدراك أو نائبهما أو ممثلهما القانوني".

13- إعادة صياغة المادة (8) منالقانون المصري رقم (5) لسنة (2010) لتكون كالآتي: "يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت غير مسلم، وذلك فيما بين المسلمين إذا كان قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

14- إعادة صياغة المادة (362) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) لتكون كالآتي: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع ... إذا لم يعبر الشخص المتوفي عن موافقته النزع خلال حياته ... يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفي".

15- إدراج المادة التالية إلىالقانون المصري رقم (5) لسنة (2010): " يحظر نقل أعضاء جسم الإنسان من متبرع حي لأغراض الحفظ دون موافقة المتبرع أو ممثله الشرعي".

16- إدراج المادة التالية إلىالقانون المصري رقم (5) لسنة (2010): " يحظر الشروع في نقل الأعضاء البشرية أو زرعها إذا كانت وسيلة للتهرب من المساءلة القانونية".

15- إدراج المادة التالية إلىالقانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018): "تتكفل الدولة بنفقات إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء في المنشآت الطبية المرخص لها، وذلك بالنسبة إلى كل من يعجز عن السداد ممن حَلَّ عليه الدور وفقا للضوابط التي يصدر بها قرار من وزير الصحة ...".

16- إعادة صياغة المادة (362) من القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018) لتكون كالآتي: "لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتا يقينيا تستحيل بعده عودته للحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة تختارها اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية، وذلك بعد أن تجري اللجنة الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت، طبقا للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا،

ويصدر بها قرار من وزير الصحة، وللجنة في سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المتخصصين على سبيل الاستشارة. ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة، أو بمسئولية رعاية أي من المتلقين المحتملين".

17- إدراج المادة التالية إلى القانون الجزائري رقم (18-11) لسنة (2018): "يشكل في كل منشأة من المنشآت المرخص لها بزرع الأعضاء البشرية فريق طبي مسئول عن الزرع يتولى رئاسته مدير لبرنامج زرع الأعضاء من الأطباء ذوي الخبرة الفنية والإدارية. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون قواعد تشكيل هذا الفريق والشروط الواجب توافرها في أعضائه، واختصاصاته. ويكون المدير مسئولا عن إدارة البرنامج، وتقييم أداء الفريق، وحسن أداء الخدمة الطبية، والاجتماعية للمرضى والمتبرعين، وتذليل العقبات أمام تنفيذ برنامج الزرع على الوجه الأفضل، وتمثيل البرنامج أمام اللجنة العليا، وسائر الجهات الطبية والإدارية ذات الصلة".

قائمة المصادر والمراجع

- ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجَزَري، المتوفي سنة (606هـ)، (1399هـ-1972م). **النهاية في غريب الحديث والأثر**، د. ط.، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، بيروت، المكتبة العلمية.
- الألباني، محمد ناصر الدين، المتوفي سنة (1420هـ). (1421هـ-2000م). **صحيح الترغيب والترهيب، خطبة الحاجة التي كان رسول الله صلي الله عليه وسلم يعلمها أصحابه**، ط1، الرياض، مكتبة المعارف.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، المتوفي سنة (256هـ)، (1422هـ). **صحيح البخاري**، ط1، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دمشق، دار طوق النجاة.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، المتوفي سنة (256هـ). (1429هـ - 2008م). **الجامع الصحيح للبخاري من رواية أبي ذر الهَرَوي**، تحقيق: عبد القادر شيبة الحمد، ط1، الرياض، د.ن.
- ابن حجر، أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني، المتوفي سنة (852هـ). (1432هـ- 2012م). **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، ط1، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، بيروت، مؤسسة الرسالة.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السَّجِستاني، المتوفي سنة (275هـ). (د. ت). **سُنَن أبى داود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، د. ط، بيروت – صيدا، المكتبة العصرية.
- الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايماز، المتوفي سنة (748هـ). (1424هـ - 2003م). **الكبائر**، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط2، د. م.، مكتبة الفرقان.
- رياض، فؤاد عبد المنعم، (1983).**الوسيطفى الجنسية: دراسة مقارنة لأحكام القانون المصرى** د. ط. ، القاهرة، دار النهضة العربية.
- الرحيلي، محمد، (1414هـ- 1994م). **وسائل الإثبات فى الشريعة الإسلامية فى المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، ط2، (دمشق – بيروت، دار البيان.
- الزحيلي، وهبة مصطفى، (د. ت.). **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط4، سوريا، دار الفكر.

- زرُّوق،أحمد بن محمد البرنسي الفاسي، المتوفي سنة (899هـ). (1427هـ – 2006م). **شرح العلامة أحمد بن محمد البرنسي الفاسي على متن الرسالة**، تحقيق: أحمد فريد المِزْيَدي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.
- عبد الباقي، عبد الفتاح، (1984). **نظرية العقد، والإرادة المنفردة، دراسة معمقة، ومقارنة بالفقه الإسلامي**، د. ط.،القاهرة، د. ن.
- عبد الستار، فوزية، (1997). **المعاملة الجنائية للأطفال، دراسة مقارنة**، د. ط.، القاهرة، دار النهضة العربية.
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، المتوفي سنة (790هـ). **الموافقات**، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، د. ط.، المملكة العربية السعودية، دار ابن عَفّان.
- ابن قاضي شُهبة، بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسَدي الشافعي، المتوفي سنة (874هـ). (1432هـ – 2011م).**بداية المُحتاج في شرح المنهاج**، تحقيق: أنور بن أبي بكر الشيخي الداغستاني، ط1، المملكة العربية السعودية، دار المنهاج.
- الصديقي العظيم آبادي، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر أبو عبد الرحمن شرف الحق، المتوفي سنة (1329هـ). (1415هـ).**عونالمعبودشرح سنن أبي داود**، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية.
- طلبة، أنور، (د. ت.).**الوسيطفى القانون المدني**، د. ط.، الإسكندرية، د. ن.
- القاضي عِياض، أبو الفضل بن موسى بن عِياض اليَحْصَبي، المتوفي سنة (544هـ). (1419هـ – 1989). **إكمال المُعلّم بفوائد مسلم**، تحقيق: يحيى إسماعيل، ط1، مصر – المنصورة، دار الوفاء.
- الغريب، محمد عيد، (1997). **شرح قانون الإجراءات الجنائية**، ط2، د. م.، د. ن.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الحَموي، المتوفي سنة (770هـ). (د, ت.). **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، د. ط.، بيروت، المكتبة العلمية.
- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكى، المتوفى سنة (684هـ)، **(د. ت). أنوار البروق في أنواء الفروق**، د. ط.، بيروت، عالم الكتب.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، المتوفي سنة (671هـ)، (1387هـ – 1967م). **الجامع لأحكام القرآن**، د. ط.، القاهرة، دار الكتاب العربي.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، المتوفي سنة (671هـ)، (1427هـ –2006م). **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي ومحمد رضوان عرقسوسي، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة.
- القصبي، عصام الدين، (1987– 1988). **الوجيز فى القانون الدولي الخاص**، د. ط.، د. م. ، د. ن.
- كيرة،حسن، (1974).**المدخلإلىالقانون**،ط 5، الإسكندرية، منشأةالمعارف.
- مسلم، أبو الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري، المتوفي سنة (261هـ)، (د. ت.). **صحيح مسلم**، د. ط.، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مُكَرِّم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حنيفة، المتوفي

سنة (711هـ)، (1994). **لسان العرب**، ط3، بيروت، دار صادر.

- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيي بن شرف، المتوفي سنة (676هـ). (1392هـ). **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، ط2، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- الوكيل، شمس الدين، (1968). **الموجز فى الجنسية ومركز الأجانب**، ط3، الإسكندرية، منشأة المعارف.
- يحيي، عبد الودود، (1975).**المدخل لدراسة القانون**، د. ط.، القاهرة، دار النهضة العربية.
- يحيي، عبد الودود، (1981 – 1982).**المدخل لدراسة القانون**، د. ط.، القاهرة، دار النهضة العربية.

La bioéthique médicale et la transplantation d'organes : Etude comparée entre la législation Algérienne et française

د. نايلة عياطة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

Résumé :
Le don et l'utilisation des produits du corps sont soumis à une morale médicale, une recherche constante d'un équilibre entre deux valeurs : disposer de moyens suffisants pour porter remède aux malades en détresse et ne pas réduire le corps des donneurs a des gisements de ressources biologiques. C'est pour ces raisons que s'est posée la réflexion sur les conditions et limites du prélèvement d'organes sur le vivant ainsi que sur la personne décédée.Les différentes législations encadrent rigoureusement mais différemment la transplantation d'organes qui redonne l'espoir aux malades. En Algérie La loi relative à la santé de2018 a réservé tout un chapitre à cette pratique qui existait déjà au sein de la loi de 1985.En France les textes remontent aux années 70, et cette pratique a fait l'objet de plusieurs modifications posant les principes et les procédures de ce geste thérapeutique qui sauve des vies.
Mots clés : Bioéthique ;transplantation d'organes ; greffe ; dons d'organes.

Introduction :

La Bioéthique se trouve à la croisée de chemins de plusieurs disciplines qui s'y intéressent, la science, le droit, la philosophie, la théologie, et l'intérêt de la bioéthique est d'atteindre une réflexion commune entre philosophes, juristes, scientifiques et personnes malades puisque tous sont des intervenants dans les divers domaines de la bioéthique.[1]

En effet les inquiétudes sont de part et d'autres, car les théologiens s'inquiètent de ces avancées scientifiques qui permettent et visent l'intervention sur le vivant et le mort ce qui perturbent la tradition et la religion.

Les scientifiques acceptent mal l'intervention de profanes dans leurs recherches qui n'ont d'objectifs que de sauver les vies humaines.

Les juristes de leurs coté comprennent mal l'irruption aussi accrue de la science dans le domaine du droit même si l'encadrement juridique est nécessaire pour faire barrière a toute atteinte a la dignité et au respect du corps humain.[2]

Le don et l'utilisation des produits du corps sont gouvernés par une recherche constante d'un équilibre entre deux valeurs : disposer de moyens suffisants pour porter remède aux malades en détresse et ne pas réduire le corps des donneurs a des gisements de ressources biologiques.[3]

[1] Didier Sicard , L'éthique médicale et la bioéthique, 6éme édition que sais –je ?, 2020 p13.
[2] Didier Sicard, L'Ethique médicale et la bioéthique médicale, édition que sais-je ?, 6éme édition 2020, p13.
[3] Jean René Binet, Droit de la bioéthique, 2dition LGDJ.Lextenso 2017, p211.

Mais nous ne pouvons pénétrer le monde de la bioéthique sans donner un bref historique de ce terme qui associe bios (la vie) et ethos (mœurs).

En effet, au début des années 1970 émerge soudain ce mot, dans l'univers culturel américain, sous la plume du biologiste « VanRensselaer Potter » , dans un livre de 1971 intitulé « Bioethics , Bridge to the Future ».

Ce concept a été mis en évidence et surgit après les jugements du tribunal de Nuremberg , à l'encontre des médecins nazis (20 et 21 aout 1947) , l'accusation la plus grave résidait dans le martyre de personnes détenues à l'encontre des médecins nazis des personnes détenues, destinées à servir de cobayes pour des expériences médicales insupportables et ce précédent leur mort.

C'est à ce moment la que s'est posée la réflexion sur les limites, les conditions d'expérimentations sur le vivant.

Le code de Nuremberg1947 apparait comme le premier texte à prétention universelle pouvant servir à guider la réflexion, il établit une listes de 10 critères contenus dans le jugement du procès des médecins de Nuremberg.ces critères précisent les conditions que doivent satisfaire les expérimentations pratiquées sur l'être humain pour être acceptables d'un point de vue moral ou éthique.

Il identifie le consentement éclairé comme préalable absolu à la conduite de toute recherche médicale.[1]

La transplantation étant au cœur du domaine de la bioéthique consiste en l'ablation de cellules de tissus, d'organes vivants et en état de fonctionnement puis en leur réinsertion dans le même organisme ou en leur transfert au sein d'un organisme différent.

En médecine une transplantation ou une greffe est une opération chirurgicale consistant à remplacer un organe malade par un organe sain appelé « greffon » ou « transplant » et provenant d'un donneur.

Les organes sont prélevés dans la majorité des cas sur des personnes en mort encéphalique mais aussi sur des personnes vivantes

Aujourd'hui la greffe constitue la dernière option thérapeutique efficace dans de nombreuses pathologies.

La greffe ou transplantation rénale est la plus couramment pratiquée, mais des greffes du foie, poumon , du pancréas et de l'intestin sont également pratiqués .

Les premières greffes réussies remontent aux années soixante, et cette thérapeutique s'est développé grâce à l'apparition des immunosuppresseurs.

L'organisation mondiale de la santé (OMS) estime que 91 pays ont la capacité technique d'effectuer des greffes de reins et selon la revue médicale « Thelancet » le tourisme de transplantation représente 10 pour cent des greffes effectués dans le monde.

En France plus de 6600 personnes vivent avec un organe greffé. En 2019 plus de 25000 malades étaient en attente d'une greffe d'organes, et plus de 6000 ont pu en bénéficier

[1] Didier Sicard , L'éthique médicale et la bioéthique, édition 2020,p15.

alors que 700 personnes en attentes étaient déjà décédés. Une greffe sur 10 provient de donneur vivant, les organes concernés sont le rein 62 pour cent et le foie 23 pour cent.[1]
L'agence de biomédecine a indiqué qu'en 2019, 5897 greffes ont été pratiquées en France dont 3641greffes de reins, 1355 greffes de du foie et 425 greffes du cœur.
La greffe ou la transplantation d'organes est réglementée rigoureusement dans la plupart des pays du monde mais cela n'empêche pas des réseaux de trafic international qui se développent de fait dans certains pays comme le pakistan , l'inde , Brésil, Moldavie.
Mais l'encadrement législatif actuel est il suffisamment efficace et sécurisé pour faire face aux nombre de demandes croissant de malades nécessitant une transplantation.
Nous aborderons dans cette intervention le cadre juridique de la transplantation d'organes dans l'ordre juridique Algérien puis français tout en relevant les similitudes et les différences.

Section 1 : La transplantation d'organes dans la législation Algérienne :

La législation algérienne s'est dotée récemment d'un cadre juridique sur la bioéthique médicale abordant tous ses aspects, mais il faut préciser que la loi de 1985 relative à la santé [2] prévoyait déjà des dispositions encadrant la pratique du prélèvement et transplantation d'organes humains (articles de 161 à 168).
En 2018 et par le biais de la nouvelle loi sur la santé, des dispositions spéciales ont été consacrées à la bioéthique médicale encadrant plusieurs domaines dont la pratique des prélèvements et transplantation d'organes.
En effet le chapitre4 de la loi sus citée aborde le domaine de la bioéthique dans le chapitre 4et la première section est constituée de 13 articles réservés aux dispositions relatives au prélèvement et transplantation d'organes, tissus et cellules.
Il s'agit en l'occurrence des articles 355 à 367 de la loi18-11 du 02/07/2018.
Cette loi relative à la santé définit en son article 354 la bioéthique comme l'ensemble des mesures liées aux activités relatives à la transplantation et à la greffe d'organes, de tissus 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.
La loi de 2018 prévoit que le prélèvement, la transplantation d'organes, de tissus et de cellules humaines, ne peuvent être effectués qu'à des fins thérapeutiques ou de diagnostics et dans les conditions prévus par la loi sus citée.

La transplantation d'organes de tissus et de cellules a été introduite dans notre ordre juridique et plus spécialement par le biais de plusieurs dispositions de la loi 18-11 du 02-07/2018 relative à la santé qui a été complétée et amendée en 2020 par le biais de l'ordonnance 20-02 du 30/08/2020.[3]

[1] Dr Valérie LAYET , La loi de bioéthique , les dons et transplantations d'organes , Le sthéto, 26/02/2021.
[2] Journal officiel du 17/02/1985, cette loi relative à la protection et à la promotion de la santé a été abrogée par la loi 18-11 du 02 juillet 2018 relative à la santé.
[3] Ordonnance 20-02 du 30/08/2020, publiée au journal officiel n°50 du 30/08/2020.

En effet c'est le chapitre 4 de la loi 18-11 qui contient toutes les dispositions régissant cette matière si importante dans le domaine de la bioéthique médicale.
La loi prévoit que le prélèvement et transplantation d'organes de tissus et de cellules humains s'effectue à partir de donneurs vivants ou décédés dans le strict respect des règles médicales.
Nous aborderons les règles relatives au prélèvement et à la transplantation d'organes sur des personnes vivantes (sous section 1) ainsi que le prélèvement sur des personnes décédées (sous section2).

Sous section 1 : Les règles qui encadrent le prélèvement et la transplantation d'organes sur des personnes vivantes :

Un certains nombres de règles encadrent cette opération et technique médicale qui vise à sauver les vies humaines.
Le prélèvement et la transplantation d'organes et cellules humains peuvent s'effectuer à partir de donneurs vivants apparentés compatibles avec le receveur dans le strict respect des règles médicales .
En effet la collecte d'organes du corps humain à partir de donneur vivant a des fins de conservation, ne peut être pratiquée sans le consentement du donneur ou celui de son représentant légal.
Le prélèvement et la transplantation d'organes de tissus et de cellules humains ne peuvent faire l'objet d'aucune transaction financière.
C'est L'article 359 alinéa 2 de la loi relative à la santé qui prévoit que les examens médicaux et la prise en charge du suivi médical sont assurés par la structure de santé dont relève le receveur.
Toutefois plusieurs conditions sont exigées par la loi
Plusieurs conditions et modalités encadrent le processus de prélèvement et transplantation d'organes avec une condition préalable que le prélèvement ne peut être pratiqué sur des personnes vivantes si ce prélèvement met en danger la vie du donneur.

1-La condition liée à la qualité des donneurs :

Le donneur doit avoir selon les dispositions de la loi avoir la qualité de père , de mère , de frère , de sœur , de fils , de fille , de grand mère , de grand-père, la tante la cousine ou le cousin germain , de nièce, de neveu ,de conjoint , de conjoint du père , conjoint de la mère du receveur .

2-La condition liée au consentement du donneur :

La loi prévoit que la transplantation d'organe ne peut se faire sans le consentement éclairé du donneur , ce dernier dit exprimer son consentement au don et au cas échéant devant le tribunal territorialement compétent , qui s'assure que le consentement est libre et éclairé du donneur et que le don est conforme aux conditions prévues par la loi.
La loi donne la possibilité au donneur de se rétracter en retirant son consentement sans aucune formalité.

Un comité d'experts informe le donneur des risques qu'il encourt, des conséquences possibles du prélèvement ainsi que des résultats attendus de la greffe pour le receveur.
A la suite de cette information préalable, et après s'être assuré du consentement libre et éclairé du donneur ainsi que de sa conformité aux conditions prévues par la loi relative à la santé, le comité d'experts délivre l'autorisation de prélèvement.

3-La condition liée à l'âge et à la capacité du donneur :
Le donneur conformément à la loi doit être majeur et non frappé d'incapacité. En effet la loi interdit de procéder au prélèvement d'organes ou de tissus sur des personnes ou incapables mineures ou sur des personnes vivantes atteintes de maladies de nature à affecter la santé du donneur ou du receveur.
A coté du prélèvement sur donneurs vivants, la loi prévoit ce type de prélèvement sur personnes décédées mais cette pratique est quasi rare en Algérie.
C'est ainsi que des journées de sensibilisation sont organisées pour mettre en avant et encourager ce type de prélèvement.

Sous section 2 : Les règles qui encadrent le prélèvement et la transplantation d'organes à partir de personnes décédés:
Selon l'article 362 de la loi 18-11 du 02/07/2018 relative à la santé, le prélèvement d'organes ou tissus humains à partir de personnes décédées aux fins de transplantation ne peut se faire qu'après constatation médicale et légale du décès selon des critères scientifiques définis par le ministère chargé de la santé.
Dans ce cas le prélèvement peut être effectué si la personne n'a pas fait connaitre de son vivant, son refus au prélèvement.

1- Condition de recherche de la position du défunt sur le don d'organe :
La loi algérienne prévoit que le refus peut être exprimé par tous moyens par l'inscription sur le registre des refus, tenu par l'agence nationale des greffes.
Les modalités d'inscription sur ce registre sont fixées par voie réglementaire.
On notera que le registre des refus de dons d'organes a été lancé suite l'annonce du ministre de la santé lors d'une conférence en 2021 liée a l'impact du covid19 sur l'activité de transplantation.
Il faut préciser qu'en l'absence de refus d'inscription sur le registre après des recherches faites par l'équipe médicale chargée du prélèvement , cette même équipe recherchera la position du défunt sur le don d'organes auprès des membres de la famille qui seront consultés dans un ordre de priorité comme suit : le père , la mère , conjoint , enfants , frères ou sœurs ou le représentant légal si le défunt est sans famille.

2- Conditions relatives à l'attribution des organes prélevés :

L'attribution des organes prélevés doivent être uniquement attribués aux patients inscrits sur la liste d'attente nationale, tenue par l'agence nationale des greffes(ANG).[1]
Il est précisé dans la loi Algérienne que le prélèvement ou la transplantation d'organes ne peut se faire que dans les établissements hospitaliers publics et autorisés par le ministre chargé de la santé après avis de l'agence nationales des greffes .Ces établissement doivent êtres a cet effet dotés être d'une organisation médico- technique et d'une coordination .
Les modalités d'octroi de l'autorisation sont définies par voies réglementaires.
La loi interdit la perception par les praticiens d'une quelconque rémunération à l'acte de prélèvement, la gratuité étant une condition obligatoire au prélèvement et don d'organes en Algérie ce qui constitue aussi un des principes encadrant le prélèvement et don d'organe en Droit français.
Enfin les membres adultes de la famille du donneur décédé sont informés des prélèvements effectués, et l'anonymat est exigé par la loi de telle sorte qu'i est interdit de révéler l'identité du donneur décédé au receveur et celle du receveur à la famille du donneur.
On notera que les conditions d'information des membres de la famille et de l'anonymat sont exigées dans la législation française avec quelques différences liées à la détermination du cercle familial.
Selon les statistiques de l'agence nationale des greffes en 2017 prés de 800 greffes d'organes, dont 251 transplantations ont été réalisées(à partir de donneurs vivants) , à travers différents établissements de santé spécialisés en Algérie dont 217 greffes de cornée 294 greffes de tissus et neuf greffes de foie.[2]
en 2021, 223 greffes rénales ont été réalisées mais par ailleurs aucune greffe hépatique ni greffe de cornée n'ont été réalisées. [3]
Et il est a noté qu'une annexe technique de l'agence nationale des greffe a été crée en 2019 à Blida, cette annexe est mitoyenne à l'établissement hospitalier spécialisé dans la transplantation d'organes et de tissus de Blida.
L'agence nationale des greffes œuvre en collaboration avec l'agence française de la biomédecine à « assurer les moyens techniques nécessaires et à choisir les messages a même de convaincre la société a accepter le prélèvement d'organes sur personnes décédés aux fins de lancer cette opération en 2018tout en développant les opérations de don qui sont généralement limités aux proches.
L'agence française de la biomédecine a indiqué par le biais de son responsable médical que cette dernière veille au renforcement du partenariat conclu avec l'agence

[1] Etablissement public à caractère administratif, situé à Alger cette agence a été crée par le décret exécutif n° 12-167 du 05 avril 2012 sous la tutelle du ministre chargé de la santé .Elle est chargée en matière de transplantation et de greffes d'organes, de tissus et de cellules du corps humain.
[2] Déclaration de Mr Khodja Amar, en marge d'une Journée de sensibilisation sur la greffe des organes organisée à l'intention des imams au niveau de l'établissement hospitalier de greffe d'organes du centre hospitalo- universitaire de Franz Fanon de Blida .
[3] Site officiel de l'agence nationale des greffes http//www.ang.dz, consulté le 10/10/2022 à 10h00.

algérienne à accompagner celle-ci pour développer le cadre juridique et assurer les conditions sociales pour la transplantation d'organes à partir de donneurs et faciliter leur prélèvement sur des personnes décédées.[1]

C'est dans cette optique de partenariat , d'échange, et de rapprochement que nous nous intéresserons en section 2 aux principes du prélèvement et don d'organes ainsi que les conditions relatives à cette opération médicale en abordant comment la législation française a rigoureusement encadré ce domaine sensible et nécessaire pour sauver les vies humaines.

Section2 : La transplantation d'organes dans la législation française :

Le cadre législatif national et européen est aujourd'hui protecteur tant pour les donneurs ou greffés et leur famille que pour les équipes de soignants.

Le prélèvement et la greffe d'organes sont en France des activités de santé publique qui constituent en vertu de l'artiche L.2131-1 de la santé publique,

« Une priorité nationale » , il s'agit d'un défi pour les établissements de santés autorisés a les pratiquer .

Il faut noter que la France est un des rares pays au monde à avoir introduit dans son ordre juridique la notion de non-patrimonialité et de non-disponibilité du corps.

Le corps du citoyen ne lui appartient donc pas en propre .il ne peut en faire commerce mais en faire don.[2]

En effet le droit français est basé sur le principe d'indisponibilité du corps humain, il n'autorise les actes de dispositions de produits et d'éléments du corps humain qu'a titre exceptionnel et avec le respect de plusieurs conditions.

Les éléments et produits du corps, séparés de ce derniers deviennent des choses, ils ne peuvent être cédés qu'a titre gratuit et anonyme,

Il est important de préciser que la publicité en faveur du don d'organes est interdite et des infractions pénales résultant du non respect des règles relatives à la transplantation d'organes sont prévues par la législation.[3]

L'étude du droit des prélèvements d'organes diffère appelle selon que le donneur soit vivant ou décédé.

En effet, selon les principes applicables en France, les pratiques de transplantations d'organes ont été initialement encadrées par la loi Caillavet du 22/12/1976 qui a fixé le régime juridique du prélèvement d'organes sur personnes vivantes ou décédées ainsi que les conditions dans lesquelles il peut être pratiqué.

Ces dispositions ont été intégrées dans le code de la santé du 29/07/1994, par la suite elles ont fait l'objet de plusieurs modifications. Cette évolution touche depuis la loi du 26/01/2016 et son décret d'application du 11/08/2016 les prélèvements post mortem.

---

[1]Businessfrance .fr , Algérie –lancement en 2018 de la greffe d'organes prélevés sur des personnes décédés, article consulté le 10/10/2022 à14h00

[2] Didier Sicard, L'éthique médicale et la bioéthique, sixième édition 2020 , Presse universitaire de France, Que sais – je ?202, p19.

[3] Jean –René Binet, Droit de la bioéthique, Lextenso éditions , LGDJ 2017 ,p 211.

Depuis la loi du 22 décembre 1976 citée ci dessus, chacun est présumé donneur, sauf en cas de refus exprimé de son vivant, c'est la loi Caillavet parue journal officiel du 23/12/1976.
Ce principe a été réaffirmé par la loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016(journal officiel n°22 du27/10/2016.)
Cette loi explique le rôle des proches et précise comment exprimer le refus de donner ses organes.

Elle prévoit notamment l'accès en ligne au registre national des refus géré par l'agence de la biomédecine.[1]
En effet la loi française a autorisé le don entre vivants mais en le limitant à la fratrie, elle a été élargie en 2004 à un deuxième cercle familial et en 2011 au delà du cercle familial, si les liens sont étroits et stables et en les soumettant au contrôle de l'agence de biomédecine.
Cette agence est venue remplacée l'établissement français des greffes et qui gère les listes d'attente.
En Algérie c'est l'agence nationale des greffes qui joue ce rôle de régulation et contrôle dans le domaine des dons et greffe d'organes.
En 2017 en France il a été enregistré 23208 personnes en attente d'un organe, En 2018, 5781 greffes ont étés réalisées dont 3548 greffes de reins, 1323 greffes de foie, 450 de cœur, 372 de poumons et 7 greffes seulement de pancréas.
Le constat d'une pénurie d'organe de donneurs vivants justifie le recours aux donneurs à cœur arrêté depuis 2004.
L'agence de biomédecine a autorisé en 2014 les prélèvements chez le sujet à cœur arrêté après la décision d'arrêt des soins (maastricht3)
En effet selon le plan ministériel pour le prélèvement et la greffe d'organes et de tissus 2022-2026, pour assurer la mobilisation efficace de tous les acteurs concernés, les pouvoirs publics sont intervenus dés le début des années 2000 pour définir des plans ministériels.
Le premier plan a couvert la période 2000-2003le deuxième plan la période 2012-2016 et le troisième la période 2017-2021, ce dernier plan ministériel a permis d'enregistrer des résultats positifs surtout dans le domaine de prélèvement sur donneurs décédés conformément au protocole de
« Maastricht 3 »[2], mais il faut noter que ceci n'a pas empêché une diminution du nombre de transplantations, en 2018 et en 2020 suite à la crise sanitaire de la covid19 provocant une diminution de 25 pour cent du nombre de transplantations.[3]

Sous section 1 : Dons d'organes du vivant du donneur :

Le prélèvement d'organes peut être pratiqué sur un donneur vivant, il est toutefois considéré par le législateur français comme un recours subsidiaire car il peut entrainer de lourdes conséquences d'ordre physiologique et psychologique pour le donneur

[1] L'agence de biomédecine est un établissement public à caractère administratif français qui intervient dans les domaines : du prélèvement et de la greffe d'organes et de tissus, du prélèvement et de la greffe de moelle osseuse, de la procréation médicale assistée
[2] Les donneurs définis dans la catégorie 3 de Maastricht sont les personnes pour lesquelles une décision de limitation et d'arrêt programmé des thérapeutiques est prise en raison du pronostic des pathologies ayant amené la prise en charge en réanimation.
[3] Plan ministériel pour le prélèvement et la greffe d'organes et de tissus 2022-2026 établit par le ministère des solidarités et de la santé, p2.

Des conditions générales sont exigées par la loi ainsi que des conditions particulières liées au lien entre le donneur et le receveur.

A- Les conditions générales :

Le prélèvement d'organes sur donneur vivant n'est possible que dans le respect de certaines conditions

En effet, le donneur doit jouir de la capacité juridique du terme, le prélèvement ne peut être fait que dans l'intérêt thérapeutique direct du receveur.

1- Capacité juridique du donneur :

Le prélèvement d'organe n'est possible que sur personne jouissant de sa pleine capacité juridique.

En effet l'article L.1231-2 du code de la santé publique dispose, dans son alinéa 1er qu'aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

La règle de la pleine capacité juridique est posée également par la convention d'Oviedo qui dispose en son article 20 , qu'aucun prélèvement d'organe ne peut être effectué sur une personne n'ayant pas la capacité de consentir .

2- Exigence d'un Intérêt thérapeutique direct du receveur :

La loi française prévoit que le prélèvement d'organes sur une personne vivante qui en fait le don ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct du receveur, par conséquent contrairement a ce qu'il existe pour le prélèvements sur donneur décédé , le donneur a la garantie que l'organe qui lui est prélevé ne peut être utilisé a des fins scientifiques.

Cette mesure est la consécration du principe de l'inviolabilité du corps humain en vertu duquel l'atteinte à l'intégrité corporelle n'est légitime que si elle poursuit un intérêt médical pour la personne qui en est l'objet ou un intérêt thérapeutique pour autrui. .

Cette finalité est également été posée par l'article 19 -1 de la convention d'Oviedo [1]et par l'article 9 de son protocole additionnel relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine.

Mais à coté de l'exigence de l'intérêt thérapeutique du prélèvement d'organe, la loi prévoit que le donneur doit remplir une autre condition médicale : il doit être compatible, cette compatibilité doit être certifié par le typage HLA(humain leucocyte antigène).

B -Les conditions liées au lien entre le donneur et le receveur :

[1]Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard de l'application de la biologie et de la médecine : convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, entrée en vigueur le 1er décembre 1999, elle a consacré un chapitre à la transplantation d'organes.

L'article 16-8 du code civil français prévoit qu'aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait un don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulgué.
Nonobstant l'importance de l'anonymat dans la procédure de don d'organes, cette règle trouve une exception en matière de don d'organe entre vivants car la loi exige que le donneur et le receveur soient directement unis par un lien, cependant la règle de l'anonymat redevient applicable lorsque la le lien n'est qu'indirect.

a- Le lien direct :

Afin de faire barrière au trafic d'organes et aux transactions douteuses en matière de dons d'organes, le code de la santé publique à travers l'article L123-1 exige un lien de parenté ou d'affection entre le donneur et le receveur ; lien de famille, parenté alliance.
La loi du 06/08/2004 a procédé a une importante extension du cercle des donneurs en y incluant les collatéraux simples (cousins germains, et cousines germaines oncles tantes) et les alliés (conjoint du père et de la mère) tout en maintenant le père la mère, cette loi a placé au même pied d'égalité tous les autres donneurs en supprimant la condition d'urgence jusqu'alors nécessaire pour autoriser le conjoint à donner un organe .
Les lois du 06/08/2004 et 07/07/2011ont successivement fait entrer dans le cercle des donneurs le concubin et les amis.
Ce type d'extension propre au droit français est exclu en Droit Algérien car Les dispositions de la loi algérienne sont bien sur soumises et conformes à la religion musulmane qui ne reconnait que l'union du mariage légitime.

b- Le lien indirect :

Le don croisé intervient entre deux couples donneur-receveur lorsque le don n'est pas possible au sein de chaque couple en raison d'une incompatibilité de groupes sanguins ou pour des raisons immunologiques
Ce don a été introduit par l'article 7 de la loi du 07 juillet 2011 relative à la bioéthique.
Il faut noter que l'anonymat entre donneur et receveur doit être respecté, et c'est l'agence de biomédecine qui gère cette procédure.

c- L'obligation d'information :

En France un le comité d'expert constitué de médecins et de personnes qualifiées dans le domaine de la greffe est tenu d'informer préalablement le donneur sur les risques qu'il encourt, ainsi que sur les conséquences médicales, sociales,financières prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement.
L'information doit porter sur les résultats de la greffe pour le receveur.
Le consentement du donneur est révocable à tout moment, il est formellement recueilli par le président du tribunal de grande instance ou un magistrat désigné par le président a cet effet.

Le suivi de l'état de santé du donneur est assuré en France comme c'est le cas en Droit Algérien.[1] Ce qui n'est pas le cas dans tous les pays puisque en Allemagne en Hongrie et au Portugal, ce suivi n'est pas prévu par les lois.

Sous section2 : Le prélèvement d'organes sur donneurs décédés :

Le taux de prélèvement d'organes sur personnes décédées par millions d'habitants accuse de fortes différences entre les pays, ainsi selon l'agence française de biomédecine il a été enregistré en 2009.[2]

-24.1 en France.
-34.4 en Espagne.
-21.3en Italie
-15.1 au royaume uni.
-14.9 en Allemagne.

En France le prélèvement en vue d'une greffe ne se pratiquait que sur des donneurs de catégorie 1, 2, ou 4 selon la classification internationale de Maastricht[3]

L'idée s'articule en Droit français entre le respect du mort et l'intérêt du vivant, les questions ici sont différentes de celles qui existent en matière de prélèvement sur donneur vivant.

Si la loi reconnait le respect du corps après la mort, elle tend à encourager les prélèvements sur donneur vivant, cette volonté se traduit d'abord par des modalités de constat du décès destinées à faciliter les opérations de prélèvement**.**

Lorsque le donneur est décédé les questions posées sont naturellement autres que celles qui existent en cas de donneur vivant, si la loi reconnait le droit au respect du corps après la mort, elle tend toutefois à faciliter les prélèvements.

Cette volonté du législateur se traduit par des modalités de constat du décès ainsi que par un mécanisme en vertu duquel le prélèvement est possible sauf opposition préalable du défunt. Enfin diverses obligations d'information sont imposées par la loi.

---

[1] L'article 359 alinéa2 de la loi 18-11 du 2/07/2018 relative à la santé Algérienne dispose « La prise en charge des examens médicaux ainsi que le suivi médical du donneur et du receveur doivent être assurés par la structure de santé dont relève le receveur.

[2] L'agence de la biomédecine, Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, Actualisation de 2010 du bilan publié en 2008 portant sur l'application de la loi de la bioéthique et étude comparative de l'encadrement juridique international »

[3]**La classification internationale de Maastricht :**

Catégorie1 : arrêt cardiaque survenant en dehors d'un milieu hospitalier (domicile, lieu de travail, voie publique) et en dehors de tout contexte e prise en charge médicalisée .Le prélèvement d'organe n'est envisagé que si la mise en œuvre de gestes de réanimation de qualité a été réalisé moins de 30mn après l'arrêt cardiaque.

Catégorie 2 : arrêt cardiaque en présence de recours qualifié, aptes à réaliser un massage cardiaque et une ventilation mécanique efficace, mais dont la réanimation ne permettra pas une récupération hémodynamique.

Catégorie 3 : arrêt cardiaque survenant chez une personne hospitalisée pour laquelle une décision d'un arrêt du traitement est prise en raison de leur pronostic.

Catégorie 4 : personne hospitalisée et décédée en état de mort encéphalique, qui fait un arrêt cardiaque irréversible au cours de la prise en charge en réanimation.

A- L'exigence d'un Constat de décès :

L'article L.1232-1 du code de la santé publique n'autorise le prélèvement d'organes que sur une personne dont la mort a été dument constatée.

Un nouveau critère a été introduit en droit français s'avérant plus efficace que le critère impraticable de la mort par arrêt cardiaque, il s'agit du critère de la mort cérébrale.

Le constat de décès est en effet fondé sur le critère de la mort cérébrale, la procédure de détermination de la mort est fixée par un décret du 02 décembre 1996.[1]

Selon le code de la santé publique, un constat de décès doit être établi selon des procédures bien précises.

En effet un procès –verbal du constat de la mort est établi sur un document dont le modèle est fixé par arrêté du ministre chargé de la santé, et les médecins qui établissent le constat de la mort ainsi que ceux chargés du prélèvement ou la greffe doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts.

Le procès verbal de constat de mort indique le résultat des constatations concordantes de deux médecins étrangers à l'unité chargée du prélèvement.

Le procès verbal doit comporter la signature des médecins qui conservent un exemplaire .un exemplaire est remis au directeur de l'établissement de santé et

B-Consentement présumé et expression de refus :

1-La présomption du consentement :

Contrairement a ce qu'il est prévu lorsque le donneur est vivant le prélèvement post mortem ne nécessite pas qu'il y ait préalablement et expressément consentie .en effet ce type de prélèvement peut être effectué sur le fondement d'une présomption de consentement pouvant être renversée par certaines modalité prévues par la loi.

En effet depuis la loi Caillavet, « des prélèvements peuvent être effectués sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaitre de son vivant son refus d'un tel prélèvement. »[2]

Il faut préciser que cette disposition ne vise que les personnes majeures capables car dans le cas d'un cadavre mineure, l'autorisation du représentant légal est exigé en cas de prélèvement a des fins thérapeutiques.

Le décret du 31 mars1978 précisait que la personne qui entendait s'opposer a un prélèvement sur son cadavre pouvait exprimer son refus par tout moyen.

Depuis la loi du 26janvier 2016 entrée en vigueur en 2017 la présomption du consentement n'est plus une présomption simple pouvant être reversée par tout moyen

[1] Le décret du 2 décembre 1996 a été publié au JO du 04 décembre 1996, il porte sur le constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules a des fins thérapeutiques ou scientifiques ,les dispositions du décret sont codifiées aux articles R.1232-1 à R.1232-4 du code de la santé publique, ces dernières dispositions ont été complétées par trois articles depuis la publication d'un décret 2005-949 du 02 aout 2005 publié au JO DU 06/08/2005.

[2]Loi 76-1182 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

mais une présomption mixte ne pouvant être renversée que selon les procédures édictées par la loi.[1]

On notera que la nationalité et la résidence du défunt importe puisque cette règle de présomption de consentement s'applique uniquement sur les personnes de nationalité française ou résident en France, pour les étrangers non résidents en France, la loi française prévoit que la recherche de l'opposition se fera selon les dispositions applicables dans le pays de résidence.

2-Modalité d'expression du refus :

Selon les textes en vigueur, il existe un mode principal et des modes subsidiaires**.**

a- Le mode principal :

Le mode principal d'expression du refus est l'inscription sur le registre national.

Depuis la loi du 26/01/2016, l'inscription du refus est envisagée comme le mode principal d'expression du refus aux prélèvements d'organe post mortem. L'article L.1232-1 alinéa du code français de la santé publique dispose en effet que le prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dés lors qu'elle n'a pas fait connaitre, de son vivant son refus d'un tel prélèvement principalement par inscription sur un registre national automatisé prévu a cet effet.

Il est à noté que l'article R.1232-4-4 introduit par le décret du 11 aout 2016 prévoit qu'une personne peut refuser qu'un prélèvement d'organes soit pratiqué sur elle après son décès, à titre principal en s'inscrivant sur le registre national automatisé des refus de prélèvement sur ce registre sont édictées par les articles R.1235-5 à R.1235-14.

En effet conformément à ces dispositions toute personne majeure ou mineure de plus de 13 ans au moins peut s'inscrire sur ce registre pour faire connaitre son refus.

On précisera que la présomption de consentement ne s'applique pas à personnes mineures et aux majeurs protégés .ici c'est le tuteur ou le titulaire de l'autorité parentale qui doit exprimer le consentement exprès.

Il est possible de revenir sur le refus de prélèvement des organes, le refus est donc révisable et révocable à tout moment, l'équipe de coordination hospitalière de prélèvements prend en compte l'expression de volonté la plus récente.[2]

b-Modes subsidiaires :

L'Expression du refus peut aussi être recherchée par l'équipe médicale chez les membres de la famille ou dans un écrit confié à un proche[3], ou par témoignage, ce qui démontre une similitude avec la loi Algérienne.

En effet un écrit confié à un proche peut constituer une expression du refus si ce document doit être signé, daté par son auteur dument identifié par l'indication de ses noms prénoms, date et lieu de naissance.

[1] Jean René Binet, Droit de la bioéthique, opcit p 228.

[2] Jean –René Binet , droit de la Bioéthique , opcit ,P 231.

Un témoignage peut constituer aussi une expression du refus, il s'agira ici d'un refus exprimé par le témoignage d'un proche de la personne décédée qui atteste que la personne décédée a manifesté de son vivant son refus de prélèvement d'organes.

c- L'obligation d'Informer :

Le législateur français a prévu depuis la loi du 06/08/2004 un ensemble d'obligations d'information au sujet des modalités du prélèvement d'organe.

L'information porte sur les modalités du prélèvement, de ses risques elle se fait par l'équipe médicale.

En France loi prévoit Multiples modalités d'information qui est destinée a la jeunesse qui doit être informée des modalités du consentement de dons d'organe et ce lors de l'accomplissement de la journée de citoyenneté.

Les médecins doivent s'assurer que leurs patients âgés de 16à 25 sont informés des modalités de don d'organes dans le cadre d'une greffe, et assurer l'information dans le cas contraire.

Il est souvent renvoyé au site de l'agence de la biomédecine.

Enfin, le code de l'éducation en France prévoit que dans les lycées et les établissements d'enseignement supérieur l'information sur le prélèvement et don d'organes doit être dispensé.

Il serait à cet effet intéressant d'introduire dans les dispositions de la législation algérienne, cette obligation d'informer sur la transplantation d'organes au niveau des établissements d'enseignement pour y introduire la culture de don d'organes et sensibiliser la jeunesse a cette pratique.

Conclusion :

Pour conclure nous ne pouvons que nous réjouir de la position et le courage du législateur algérien qui a encadré le domaine de la transplantation d'organes dans le cadre de la loi sur la bioéthique intégrée dans la loi relative à la santé de 2018 et ce malgré les réticences et les incompréhensions qui existent dans notre société qui ne s'est pas encore adapté a cette activité

Un retard a toutefois été accusé dans l'application des textes encadrant l'activité de la transplantation suite à la pandémie covid 19 puisque le lancement du registre d'inscription des refus tenue par l'agence nationale ne s'est fait qu'en 2021.

Notre législation est proche de la législation française en matière de textes sur la bioéthique et la transplantation d'organes avec quelques différences liées à la particularité de notre ordre juridique lié aux normes souvent religieuses surtout ce qui a trait aux relations familiales et à la détermination des personnes du cercle familial, notre code de la famille étant tiré de la religion musulmane.

Pour relancer cette activité de transplantation d'organes qui connait un ralentissement ces dernières années tous les secteurs doivent coordonner leurs efforts par une

sensibilisation efficace auprès des citoyens, des associations, des imams et oulemas, le secteur des médias doit jouer un rôle plus accru pour vulgariser cette activité.
Nous devons introduire au sein des facultés de Droit, de médecine et biologie des modules sur la bioéthique en insistant sur l'importance de la pratique de la transplantation d'organe sur donneurs vivants et décédés ainsi que son cadre juridique.
L'état doit réserver un budget financier supplémentaire spécial pour cette activité médicale afin d'éviter le cout des prises en charge à l'étranger.

Il faudra aussi organiser des colloques et journées d'études et de sensibilisation de manière régulière pour vulgariser cette pratique et lever toutes les appréhensions.
Enfin la transplantation d'organe nous concerne tous et nous devons tous contribuer à l'essor de cette activité qui sauve la vie humaine car les greffes apportent un la vie a des milliers de patients en état de défaillance totale.
L'OMS depuis 2005 célèbre la journée mondiale du don d'organes et de la greffe qui se tient chaque année le 17 octobre.

Sources et Bibliographie :

1/Textes juridiques :

Conventions internationales :

-Constitution de l'OMS adoptée par la conférence internationale de la santé du 19/07/ 1946.
-Convention pour la protection des droits de l'homme de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine
-Convention internationale du conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains du 09/07/2014.

Législations internes :

a/-Législation Algérienne :

-Loi 18-11 du 02juillet 2018 relative à la santé, journal officiel n°03 du 29/07/2018 modifiée par lal'ordonnance 20-02 du 30/08/2020.
-Loi 85-05 du 16/02/1985, modifiée et complétée, relative à la promotion de la santé.

b/Législation française :

-Loi 76-1182 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.
-Loi 2004-800 du 06/08/2004 relative à la bioéthique, publiée au JORF n °182 du 07/08/2004.

Références bibliographiques :

Ouvrage :

-Jean RenéBinet , Droit de la bioéthique , édition LGDJ , 2017.
-Catherine Labrusse – Riou, Ecrits de bioéthique, textes réunis et présentés par Muriel Fabre-Magnan, édition PUF édition 2007.
Jean –Cassier Billier , Introduction à l'éthique , édition « puf », édition 2010.

-Emmanuel Hirsch, Traité de bioéthique, fondement, principes, repères, édition érés 2010.
-Didier Sicard, L'éthique médicale et la bioéthique, édition Que sais-je, 6éme édition 2020 n°2422.

Thèses et mémoires :

-Hamrouni Salwa , thèse de doctorat en Droit , « Le droit international à l'épreuve de la bioéthique « juin 2008 », université Aix Marseille, faculté de Droit et de science politique.

Séminaires colloques :

-Duguet Anne Marie, séminaire d'actualité du droit médical, « Accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe »
-Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique. L'agence de la biomédecine, 2010.
-Plan ministériel pour le prélèvement et la greffe d'organes et de tissus 2022-2026.

Articles revues :

AbdelkriSouleiman , Lois de santé publique , en Algérie et en France , revue Santé publique 2004/04 vol.16.
- Marc Koehler, Cadre juridique des prélèvements d'organes en France, interbloc, Elsevier Masson , vol37-n°1, janvier 2018 .

Site internet :

- Dr Valérie LAYET, Le site internet indépendant du territoire de santé du Havre, lestetho.fr.

قاعدة الرضا في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية
– دراسة في أحكام القانون المصري والفرنسي –

د. محمد طلعت يدك

كلية الحقوق. جامعة مصر

الملخص:

لا يمكن إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها كـ (الكبد– الكلى– البنكرياس– الأمعاء الدقيقة– الرئة) والأنسجة (كالجلد– صمامات القلب– الأوعية الدموية والعظام– وأي عضو آخر أو جزء منهأو نسيج يمكن نقله مستقبلا وفقا للتقدم العلمي) من جسم إنسان حي أو من جسد إنسان ميت بقصد زرعته في جسم إنسان آخر، إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وأن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة، وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته.

ويجب أن يكون التبرع صادرًا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتًا بالكتابة. ولا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها، ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانونا. ويمكن نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها. كما يمكن العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل وتسجيله.

الكلمات المفتاحية: العضو البشري– الرضاء– زراعة العضو– نقل العضو– الأهلية– التسجيل.

Abstract:

Organ transplants or their parts cannot be performed. (liver-cranial-pancreatic-intestinal-thin-lung) and tissues such as skin-valves-cardiovascular-regimen and any other organ, part thereof or tissue that can be transported in the future according to scientific progress) From the body of a living human being or from the body of a dead human being with the intention of implanting it in the body of another human being, except that it is necessary to preserve the life of the recipient or treat him or her for a serious illness, that the transfer is the only means of coping with this necessity, and that the transfer does not seriously endanger the life or health of the donor.

The donation must be of free will, free from defects of satisfaction, and fixed in writing. A child's donation shall not be accepted, the consent of his or her parents or those with jurisdiction or guardianship shall not be taken into account, the voluntary contribution shall not be accepted by a person who is ineligible or under-qualified, or the consent of a person on behalf of him or her or his legal representative. The mother cells may be transferred and implanted from the child and from the incompetent or incompetent to the parents or children or between the brothers unless there is another other donor, and subject to the written consent of the parents of the child if both are alive or one of them is in the event of the death of the second, or who has jurisdiction or guardianship over the latter, and the deputy or legal representative of the incompetent. Voluntary contributions can also be refunded even before the transfer is initiated and registered.

Key words : Human organ, congestion, transplantation, organ transfer, family registration.

مقدمة

لا شك أن الحصول على الرضا أو الموافقة لدى كل من المتبرع والمتلقي في مجال العمليات زراعة ونقل الأعضاء البشرية هو الركيزة الأساسية التي تقوم عليها هذه الممارسات الطبية الحديثة، بحيث لا يتصور إجرائها بدون موافقة الشخص الخاضع لها.

فالرضا هو الضمانة الأساسية التي تعمل على تحقيق التوازن بين توفير القدر اللازم من الحماية القانونية للمتبرع وبين الاستفادة من مزايا الممارسات الطبية المستحدثة، بوصفها من الطرق العلاجية التي تفيد البشرية. لذلك وللتحقق من فعالية الدور الذي يلعبه الرضا أو الموافقة في تحقيق هذه الموازنة، يجب دراسة الضوابط والقيود التي كرستها القوانين لتأكيد صحة وجود الرضا وفعاليته، والتي تتمثل في ضرورة التبصير، والحصول على موافقة حرة، والعدول عنها، واشتراط الكتابة، مع الأثر المترتب على تخلف أحد هذه الشروط، فضلا عن المسؤولية المترتبة على تخلف الرضا بصفة عامة.

- **اهداف الدراسة**

1. تسليط الضوء على ماهية الرضا في عمليات زراعة الأعضاء البشرية.
2. الإشارة إلى سلامة الرضا واشتراط الكتابة في نقل وزراعة الأعضاء منجثة المتبرع.
3. إبراز الارادة كمبدأ أساسي للتعامل بالأعضاء البشرية.
4. الاشارة الى مبدأ المجانية أو عدم مالية جسم الإنسان في حماية الأشخاص الخاضعين للتعامل.
5. الاشارة الى مدى إمكانية الرجوع عن الموافقة في أي مرحلة وبدون أية مسؤولية.

- **مشكلة البحث:**

ومما سبق نطرح الإشكال الرئيسي الآتي: **ما هو الرضا في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية؟** وتتفرع منها التساؤلات التالية: ماذا يعني الرضا وما هي صوره شروط صحته؟ ولماذا يجب ثبوت رضاء المتبرع بالكتابة؟ وما مدى جواز نقل عضو من جسم الطفل أو جزء منه؟ وما هي المبادئ القانونية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية؟ وما هي ضوابط توثيق الموافقة بالتبرع بعضو بشري؟ ما هي ضوابط الموافقة بإجراء عملية نقل وزراعة العضو البشري؟ وأخيرا ما هي قيود نقل عضو أو جزء من جسم عديم الأهلية أو ناقصها؟

- **منهج وخطة الدراسة:**

للإجابة على كل هذه التساؤلات، لقد تم الاعتماد على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي بهدف استعراض النصوص القانونية ذات الصلة والمنظمة بحيث تم تناولها بقراءة وتحليل نصوصها وصولا إلى النتائج والتوصيات التي تسا همفي إثراء موضوع الدراسة، والتي سنبين من خلالها كيف عالج التشريع المصري والفرنسي هذه المسألة وكيف نظم أحكامها، وما هو الجديد الذي أضافوه من خلال قراءة وتحليل للقانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية المصري رقم 5 لسنة 2010 وقانون نقل الاعضاء البشرية الفرنسي رقم رقم 94-654 لسنة 1994؛ وذلك بتقسيم البحث إلى مبحثين رئيسيين نتطرق من خلالهما إلى **ماهية الرضاء في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية (** المبحث الأول)، ونتناول **ضوابط توثيق الموافقة بالتبرع بعضو بشري** (المبحث الثاني)؛ وذلك على النحو التالي:

المبحث الاول

ماهية الرضاء في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية

يعد الحصول على رضاء المتبرع شرط لا يمكن الاستغناء عنه في أي تعامل بالاعضاء، والرضاء المطلوب هنا ليس هو المتعامل به في إطار القواعد العامة، بل يخضع لاشتراطات خاصة، باعتبار الرابطة العقدية مستبعدة في إطار التعامل بالجسم، فالطبيب لا يتعامل مع الجسم وإنما يتعامل مع صاحبه المتبرع المتنازل عن أحد أعضاءه التي لها قدسية وحرمة لا يجوز المساس بها، ولو لعايةعلاجية[1]. لذلك سوف نعرض من خلال هذا المبحث ما هو المقصود بالتراضي في تصرفات الأعضاء البشرية(مطلب أول)، وهي المبادئ القانونية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية؛ وذلك على النحو الاتي:

المطلب الأول

المقصود بالرضاء في التصرفات في الأعضاء البشرية

لاشكأنالرضاء في عملياتنقلوزرعالأعضاءباعتبارهامنالممارساتالطبيةالحديثة،تتميزبذاتيةخاصةوهذالعدموجودهدفعلاجيمباشرللشخصالخاضعلها،مما ينعكسبلاشكعلىالالتزام بالحصول على موافقة المتبرع والمتلقيفيهذاالنوعمنالتدخلاتالطبية.

أولا– مفهوم الرضاء في عمليات زراعة الأعضاء البشرية:

الرضاء هو: التعبير عن الارادة الصادرة من شخص عاقل أو ممن يمثله قانونا، ويجب أن يكون صادرا عن حرية ويكون صحيحا ومحله مشروعا[2]. **أما التراضي:**فهو تطابق أو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين. **ويقصد بالارادة هنا:** الاتجاه إلى إحداث أثر قانوني معين، وهو إنشاء الالتزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهاؤه. والتراضي: هو الركن الأساسي في العقد؛ فإذا فقد، لم ينعقد العقد. وإذا لم يكن سليما؛ بأن يشوب رضاء أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإراداة كـ: الغلط، أو التدليس، أو الإكراه، أو الاستغلال، كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحته[3]. وهو ما نصت عليه المادة (89) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 [4] بأن: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معيّنة لانعقاد العقد".

ويجب تحديدأنالمصطلحالمستعملهو"الرضا"وليس "التراضي"؛فبالرغمأنهيوجدكلمنالمتبرعوالمستقبل،إلاأن إرادةالمتبرعوالمستقبلمنفصلتينعنبعضهما.فالرضاينصبعلىمسألةخاصةلكلواحدمنهما؛فالمتبرعيقتصر الأمرعلىموافقتهلنزعالعضومنأعضائه،فيحينيتعلقرضاالمستقبل،باستئصالالعضوالمريضوزرعآخر مكانه،ممايتبينأنالآمرلايتعلقبتبادلرضاالطرفينأيالتراضي، الذي يلزم وجود إرادتين أو أكثر، فلا يمكن أن ينعقد عقد دون وجود إرادتين أو أكثر[5].

---

[1] د. مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري–تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص182.

[2] انظر: زينةغانميونس، العبيدي،إرادة المريض في العقدالطبي،دراسةمقارنة،دارالنهضةالعربية،القاهرة، 2007، ص19.

[3] انظر: زينةغانم يونس، العبيدي،مرجع سابق، ص19.

[4] المنشور بالوقائع المصرية، العدد108 (مكرر) في 29يوليه سنة1948.

[5] د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص182.

والتعبير عن الإرادة؛ قد يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفًا. وقد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًّا في دلالته على حقيقة المقصود. كما يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا [1].كماينتج للتعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك[2].

والتعبير عن الإرادة إما صراحة أو ضمنا؛ فيكون التعريف الصريح بالإرادة بالكلام أو الإشارة أو الكتابة، ويستوي في التعبير أن يكون ضمنياً وهو يدل على المقصود من الإرادة بطريق غير مباشر، ولا يعتد بالإرادة الباطنة (الكامنة) في نفس صاحبها، وإنما يجب التعبير عنها وإخراجها للعالم الخارجي.

وإذاكانرضاالمريض،يعدالتزاماتفرضهاالقواعدالعامةفيالقانونالطبي،فإنالحصول علىهذاالرضا،يعدأمراضروريًالاغنىعنهفيمجالعملياتنقلوزرعالأعضاءالبشرية، وذلكلماتنطويعليهمنمخاطرقديتعرضلهاالمريضمستقبلا[3].

ثانيا– شروط صحة الرضاء:

يشترط في صحة الرضاء: أن يكون كل من المتبرع والمتلقي أهلاً لإبرام التصرف؛ أي أن يكونوا متمتعين بالأهلية الكاملة. كما يجبأن تكون إرادة كل من المتبرع والمتلقيحرة خالية من العيوب؛ أي أن لا تشوب إرادتهم أي عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه، فلو وجد أحد هذه العيوب أنعدم الرضا، وأصبح قابلًا للإبطال. **ويضيف الفقه شرطين آخرين إلى شروط صحة رضا المتبرع هما: تبصير المتبرعوالمتلقي، وأن يكون التنازل بدون مقابل:**

- **الالتزام بالتبصير:**

يعنيالتبصيرإعلامالمتبرعبأخطاروماذيرالعملية،وذلكعنطريقطبيب متخصص – غالبامايكونمشاركفيالفريقالطبيالذيسيجريالعملية، يبينلهحقائقالعمليةوانعكاساتهاعلىحياتهمستقبلا، ليتخذ القرار الحاسم لقبول أو رفض التنازل عن العضو بعد قناعة وإدراك.

فالرضا لا يكون صحيحا إلا إذا صدر عن نية واقتناع كامل، ويلتزم الطبيب بدوره أن يكون قد بصر وقدم المعلومات الكافية واللازمة للمتبرع[4]. وفي حالة عدم احترام الطبيب هذا الالتزام يعتبر بمثابة اعتداء على السلامة الجسدية[5]. فلا وجود للرضا بدون تبصير بينما يمكن أن يكون هناك تبصير بدون رضا[1].

---

[1] انظر: المادة (90) من القانون المدني المصري.

[2] انظر: المادة (91) من القانون المدني المصري؛ فإذا ما مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجّه إليه، هذا ما لم يتبيّن العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل. المادة (92) من القانون المدني المصري.

[3] د. أسامةعليعصمتالشناوي،الحمايةالجنائيةلحقالإنسانفيالتصرففيأعضائه،دار الجامعةالجديدة،الإسكندرية، 2014،ص 188؛ د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص189.

[4] د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص183؛ د. عيسجبروت، مراد طنجاوي، محدداتالرضافيمجالنقلوزرعالأعضاءالبشريةفيالتشريعالجزائري،ملتقوطنيحولنقلوزرعالأعضاء، البشريةبينالشريعةوالقانون،خميسمليانة، ابريل، الجزائر، 20019، ص12.

[5] MAGARS Marie France, SEGURCT Sylvie, "Le consentement éclairé en périnatalité et enpédiatrie, ères, la vie de l'enfant", Paris, 2004, p 57..

حيث تنص المادة (7) من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 على أنه: "لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي – إذا كان مدركاً – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (13) من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة على المدى القريب أو البعيد والحصول على موافقة المتبرع والمتلقي، أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها – بالنسبة للخلايا الأم – وفقاً لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (5 .(وتحرر اللجنة محضراً بذلك يوقع عليه المتبرع، والمتلقي ما لم يكن غائباً عن الوعي أو الإدراك أو نائبه أو ممثله القانوني".

وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة (671–3) من القانون الفرنسي رقم 94–654 الصادر في 15 يولية سنة 1994[2] بشأن نقل الأعضاء البشرية،على ضرورة إعلام المتبرع قبل موافقته على العملية[3]. فالمشرع الفرنسي علّق رضى المتبرع بوجوب تبصره[4]، تبصيرًا من شأنه إنارة إرادته للتوجه إلى هذا النوع من التنازل.

كما حرصت المادة (35) من تقنين أخلاقيات مهنة الطب رقم 95– 1000 لسنة 1995 [5] بالنص على هذا الالتزام[6]، وكذلك المادة (1111–2) من قانون الصحة العامة بأن: "لكل شخص الحق في أن يتم إعلامه بشأن حالته الصحية، وهذا الإعلام ينصب على الفحوصات المختلفة، والعلاجات أو الأعمال الوقائية المفترحة، والفائدة المرجوة منها، ومدى الاستعجال فيها، ونتائجها أو مخاطرها المتكررة الحدوث أو الجسيمة المتوقعة عادة، وكذلك الحلول الأخرى الممكنة والنتائج المتوقعة، وحين التحقق من مخاطر أخرى بعد إجراء الفحوصات، والعلاجات أو الأعمال الوقائية، ويجب إعلام الشخص المعني بها فيما عدا الحالة التي يستحيل فيها العثور عليه"[7].

ومن ثم؛ يجب أن تكون المعلومات المقدمة خلال المراحل المختلفة للعمل الطبي كاملة وواضحة ومفهومة وصادقة؛ فالمعلومات التي تقدم بطريقة فنية معقدة تتساوى مع عدم الاعلام، لذلك يلزم تقديمها وفق حوار شفهي

)1(VIALLA François, "Enjeux et logiques de l'information comme préalableau consentement", in association française de droit de la santé,(sous la direction), consentement et santé, éditions Dalloz,Paris, 2014, p 38.

)2(Loi n0: 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation deséléments et produits du corps humain à l'assistance médical , à la procreationet au diagnostic prénatal

)3(Le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des consequenceséventuelles du prélèvement... .

)4(A. CHADLY, Les prélèvements d'organes en vue de Greffe, Revue Maghreb médical,Volume 20, N0 : 345, Edition Maghreb médical, Tunis 2000, P 91.

)5(décret N° 95-1000 du 06/09/1995, portant le code de déontologie médicale, JORF, N° 209, du 08/09/1995, p 13305.

)6(**L'article 35 du Code de déontologie de la profession médicale stipule** :" Le médecin doit à la personne qu'il examine qu'il soigne ou qu'il conseille, une informationloyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose tout aulong de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille àleurcomprehension".

)7(**Article L1111-2 : du code de la santé publique dispose** :" Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prevention 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 …." .

وفردي بناء على مناقشة تكون بطرح أسئلة محدة والحصول على أجوبة[1]. فالنماذج التي تقدم الى المتبرع او المتلقي غير كافية لاثبات حصول الاعلام والحصول على الرضا أمام القاضي، باعتبارها نماذج عامة لا يتحقق معها الإعلام الكافي[2].

- **التنازل بدون مقابل:**

حيث يُحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته بمقابل أياً كانت طبيعته، كما لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته، وعلى الطبيب المختص عدم البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة ذلك[3].

ويعتبرمبدأعدممالية التعاملبالأعضاء البشرية؛الذييقصدبهإجازةالتعاملالتبرعيأو

المجانيوحظرالتعاملبمقابل،منالمبادئالعامةالتيتخضعلهاكلالتصرفاتالمتعلقة بالجسدالبشريمنأعضاءومنتجات [4]. فهو يمنعأيتصرفأوتعاملفيجسمالإنسانسواءكانبمقابلأوبغيرمقابل[5].

ولقدكرسالقانونالفرنسيمبدأالتبرعبالأعضاءوعدمالاتجاربها،وذلكمن

خلالتأكيدالقوانينالمتعلقةبزراعةالأعضاءكقانونكيافيوالقوانينالأخلاقيةللعلوم

الإحيائيةعلىعدمجوازالتنازلعنالأعضاءبالمقابلالنقديعلىأنتأخذبعينالاعتبار تكاليفونفقاتالعملية.

وقدحرص المشرع

الفرنسيعلىضرورةالتأكيدعلىمبدأمجانيةوالتعاملبالأعضاءالبشريةمهماكانتالتصرفاتالتييكونمحلهاالجسمالبشريبكلاجزائهومشتقاته؛ وهذاماتمتأكيدهفيالمادة16-6 من القانون المدني، تحت عنوان "احترام الجسم البشري"، حيث نص على أن : " لا يمكن منح أي تعويض للذي يقبل إجراء التجارب على جسمه أو يقبل اقتطاع أحد عناصر جسمه أو أحد منتجاته"[6].

وقد أكد على ذلك أيضا في المادة 665-13 من القانون رقم 94-654 لسنة 1994 بأن: منعالقانونالفرنسيللمقابلالماليفيمجالزراعةالأعضاءمردّهقداسةجسمالإنسانفيالفقهوالقانون،وكذااعتبارجسمالإنسانليسملكال

---

[1] Civ-1er – 16 Janvier 2013, N° 12 – 14 – 079 – jcp – 2013, N° 298, Cité par : VIALLA François,op.cit, p 42, Marge N° 46.

[2] Cité par : VIALLA François, op.cit, p 44, marge 54; LAUDE Anne, "L'information et santé, ledroit à l'information du malade", op.cit, p 48.

[3] انظر: المادة (6) من قانون زراعة الاعضاء البشرية.

[4] د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص263.

[5] VAUCHY HENNETTE Stéphane, Dispose de sois «Une analyse du discours juridique sur lesdroits de la personne sur son corps», éditions l'Harmattan, Paris, 2004, p 52.

[6] L'article 16-6 du Code civil prévoit que :"aucune rémunération ne peut être allouée àcelui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de soncorps ou à la collecte de produits de celui-ci".

صاحبهحتىيتصرففيه،كماأنحقوقهعليهليستمالية،ومنثممتكانالحالكذلكفإنهلايجوزللفردأنيتعاملفيأعضائهأوبالأحرىفيجسمهت عاملاًماليًاكالبيعوالإتجار[1].

كما أكد على ذلك نص المادة 1211-4 من قانون الصحة العامة الفرنسي وأوجب عدم إخضاع عمليةنقلوزرعالأعضاء لأيمقابلمالي[2].

ثانيًا- ضرورةثبوترضاءالمتبرع بالكتابة :

الأصل الرضاء إما أن يكون كتابيا، أو يكون شفهيا؛ ولكن في عمليات استئصال وزراعة الأعضاء البشرية دائما ما تقتضي الموافقة على شكلا معينا، غالباً ما يكون مكتوباً أو موثقاً.

حيث تنص المادة الخامسة من القانون رقم 5 لسنة 2010[3] بشأن تنظيم زراعة الأعضاء البشرية على أنه: "في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادرًا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتًا بالكتابة، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ولا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانوناً.

ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها.

وفي جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل. **وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون ضوابط التبرع وإجراءات تسجيله**".

وهو ما أكدته الفقرة الاولى من المادة رقم (5) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 93 لسنة 2011[4] باللائحة التنفيذية للقانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زراعة الأعضاء البشرية؛ أنه: "في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادرًا عن إرادة حرة لا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه، وثابتًا بموجب إقرار كتابي من المتبرع معدزا بشهادة اثنين من أقارب الدرجة الأولى، أو مُصدقًا عليه من الشهر العقاري...".

كذلك أشارت المادة (16-1) من القانون المدني الفرنسي[5] إلى أن: لكل فرد الحق في احترام جسده، وأن جسم الانسان مصون، ولا يمكن أن يكون جسم الانسان وعناصره ومنتجاته موضوع حق اقتصادي. كما أن احترام

---

[1] "Le corps humain est foncièrement extra patrimonial, il n'existe doncpas de droit de propriété sur le corps qui n'est, en principe, pas successibledeDispositionAinsi, le corps humain fait-il partie de ses chose hors du commerce, ilest donc incessible en saison de son caractère sacré".

[2] Article L1211-4 du code de la santé publique modifié par la loi n°2004-800 du 6 Août 2004relative à la bioéthique. Dispose que : « Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peutêtre alloué à celui qui se prête auprélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. Les frais afférents auprélèvement ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santéchargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte...".

[3] المنشور بالجريدة الرسمية، العدد9 (مكرر) في 6مارس سنة2010.

[4] المنشور بالجريدة الرسمية، العدد الأول مكرر(أ) في 12 نوفمبر سنة2011.

[5] Code civil, édition Dalloz, Paris, 2002.

جسم الانسان لا ينتهي بالموت، وبقايا المتوفي، بما في ذلك رماد من تم حرق جثثهم، ويجب التعامل معا بالاحترام والكرامة واللياقة[1].

ولا يجوز للقاضي الفرنسي أن يفرض أي إجراءات من شأنها منع أو وقف الاعتداء غير القانوني على جسم الإنسان، وكذلك الأفعال غير المشروعة المتعلقة بعناصر أو منتجات منها، بما في ذلك ما بعد الوفاة[2].

وفي حالة تضرر سلامة جسم الإنسان – فقط في حالة الضرورة الطبية– للشخص أو بشكل استثنائي في المصلحة العلاجية للآخرين. ويجب الحصول على موافقة الطرف المعني مسبقًا، إلا إذا اقتضت حالته ذلك التدخل العلاجي الذي لا يستطيع الموافقة عليه[3].

ويتضح مما سبق؛ أن المشرع الفرنسيوالمصري – نظرًا لخطورة التبرع بأحد أعضاء الحسم– قيدا التعبير عن الرضا والإرادة بالكتابة، كونه تصرفًا خطيرًا ينبغي التعامل معه بحذر عما هو عليه في التصرفات القانونية الأخرى، فلا يكون شفويًا أو ضمنيًا، ولا يكون بالسكوت عنه لا يعبر عن إرادة صاحبه الشخص المتبرع، بل باتباع شكلية معينة يتضمن فيه تجسيد رضا المتبرع الحر، وإلزام الطبيب بالتبصير وتحديد محل التبرع[4].

وضرورة أن يرد رضاء المتبرع مكتوبًا يحتوي على عبارات تدل وتجسد رضاءه وموقعًا يوفر له مزيدًا من الحماية، والسماح بالتفكير والإدراك لخطورة ذاك التصرف الذي سيقبل عليه من جهة، ومن جهة أخرى توفير قدرًا من الحماية ضد الضغط والأكراه الذي قد يجعل إرادته معيبة[5].

ونخلص مما سلف إلى أن: اشتراط الكتابة فيهحماية لطرفي عملية التبرع وكذلكللطبيبالجرّاحالممارسلهذهالعملي،ذلكانهلوافترضناأنّ
المتبرعادعبأنهتماستئصالالعضومنهبدونرضاهفيظلقانونيسمحبالتعبيرالشفهي
عنالرضى،لتمتهناكصعوباتتواجهالطبيبلإثباتعكسمايدعيهالمتبرعخاصةإذاكانلهذاالأخيرشهود.

وقد أحسن صنعا عندما لميكتفِ المشرع المصريباشتراطالكتابةلقبولالرضى،بلذهبإلىأكثرمنذلكليشترطحضورشاهديناثنين،ثمإيداعهذهالموافقةالمكتوبةلدىالسيدرئيساللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية.

ثالثا– مدى جواز نقل عضو من جسم الطفل أو جزء منه:

أشارت الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996[6] إلى أنه يقصد بالطفل فى مجال الرعاية المنصوص عليها فى هذا القانون "كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة". كما كفلت المادة (3) من ذات القانون

---

[1] انظر: المادة (16-1-1) من القانون المدني الفرنسي.

[2] انظر: المادة (16-2) من القانون المدني الفرنسي.

[3] انظر: المادة (16-3) من القانون المدني الفرنسي.

[4] د. فطة نبالي معاشو، إذن المتبرع بأحد أعضاءه في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، مج8، العدد1، 2013، ص 22.

[5] د. فطة نبالي معاشو، مرجع سابق، ص 22.

[6] المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 13 (تابع) في 28 مارس سنة1996.

علىوجهالخصوصحقالطفلفيالحياةوالبقاءوالنموفيكنفأسرةمتماسكةومتضامنةوفيالتمتعبمختلفالتدابيرالوقائية،وحمايتهمنكافةأشكالالعنف،أوالضرر،أوالإساءةالبدنية،أوالمعنوية،أوالجنسية،أوالإهمال،أوالتقصير،أوغيرذلكمنأشكالإساءةالمعاملةوالاستغلال.

كما منحت المادة السابعة من ذات القانون الطفل الحقفيالحصولعلىخدماتالرعايةالصحيةوالاجتماعيةوعلاجالأمراض.وللدولة أن تتخذ كافةالتدابيرالتيتضمنتمتعجميعالأطفالبأعلىمستوىممكنمنالصحة. كما تكفلتزويدالوالدينوالطفلوجميعقطاعاتالمجتمعبالمعلوماتالأساسيةالمتعلقةبصحة الطفلوتغذيتهومزاياالرضاعةالطبيعية،ومبادئحفظالصحةوسلامةالبيئة،والوقايةمنالحوادث والمساعدةفيالإفادةمنهذهالمعلومات[1].

وقد أفادت الفقرة الثانية والثالثة من المادة الخامسة من قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية بأنه: لا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه.

المطلب الثاني

المبادئ القانونية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية

لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بنقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي أو من جسد إنسان ميت بقصد زرعته في جسم إنسان آخر، إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وأن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة، وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته،ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب؛ ومن ثم يجب لمثل هذهالممارساتأن نعرض لثلاث مبادئ وهي:السببالمشروع،والمصلحةالاجتماعية، ومبدأالضرورة؛ **وذلك على النحو التالي:**

أولاً- مبدأ الضرورة المقترنة بالرضا:

مبدأ الضرورةمنتفرضالمساسبالكيانالجسديللفردحفاظاعلىصحتهوحياته،وذلكهوشأن عملياتنقلالأعضاءالبشريةكاستثناء عنالمبدأ،والتيتستمدمشروعيتهامنعدة مصادرأهمها: الشريعةالإسلامية والقانون.

فمن الآيات الكريمات والأحاديث الشريفة التي تدلل على أن للمضطر حكما يخالف غيره، وأنه يباح له ما لا يباح لغيره، ومن ذلك: قوله تعالى: قول الله تعالى: {فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ}[2]، وقوله تعالى:

---

[1] انظر: المادة (7) من قانون الطفل المصري.

[2] سورة البقرة الآية 173.

{فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}[1]، وقوله سبحانه: {وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ}[2]،وقوله عز وجل: {فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}[3].

ومن السنة ما رواه جابر بن سمرة رضي الله عنه أن رجلا نزل الحرة ومعه أهله وولده، فقال رجل: إن ناقة لي ضلت فإن وجدتَها فأمسكها فوجدها فلم يجد صاحبها، فمرضت، فقالت: امرأته انحرها. فأبى فَنَفقَت، فقالت: اسلخها حتى نقدّد شحمها ولحمها ونأكله. فقال: حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأتاه فسأله، فقال: هل عندك غنى يغنيك؟ قال: لا. قال" :فكلوها". قال: فجاء صاحبها فأخبره الخبر. فقال: هلا كنت نحرتها؟ قال : استحييت منك[4].

وفي الفقه الإسلامي خرج الفقهاء بالقاعدة الشهيرة "الضرورات تبيح المحظورات"؛ وهذه القاعدة هي إحدى القواعد الكلية الفرعية؛ التي أدرجها بعض العلماء تحت قاعدة "الضرر يزال"،وبعضهم تحت قاعدة "المشقة تجلب التيسير"، أو تحت قاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع"،وبمعناها قول ابن القيم، وابن سعدي: لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة[5].

وقد أوجبت المادة (16-3) من القانون الفرنسي أنه في حالة تضرر سلامة جسم الإنسان – فقط في حالة الضرورة الطبية– للشخص أو بشكل استثنائي في المصلحة العلاجية للآخرين. ويجب الحصول على موافقة الطرف المعني مسبقًا، إلا إذا اقتضت حالته ذلك التدخل العلاجي الذي لا يستطيع الموافقة عليه[6].

كما اشترط المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة (647-3) من قانون 94/ 654 لسنة 1994 بشأن موافقة المتبرع لانتزاع أحد أعضاء جسده أو جزء منه؛ ونص على ضرورةالحصولعلىموافقةالمتبرعلاستئصالالعضو،وتكونهذهالموافقةأمامرئيسالمحكمةالابتدائيةالتييقعفيدائرةاختصاصهامو طنالمتنازل،أوأمامقاضييعينهرئيسالمحكمة،ويثبتهذاالرضفيشكلكتابيموقععليهمنطرفالقاضيوالمتنازل،وتعطىصورةمنهللمست شفىالمشرفعلىهذهالعملية،

وفيحالةالاستعجاليحصلعلىرضاالمتنازلمنطرفوكيلالجمهوريةلنفسالمحكمةوذلكباستعمالكافةالوسائل.

ويكون

لرئيسالمحكمةالابتدائيةأوالقاضيالمعينمنطرفه،دورفيالإشهادعلىرضاالمتبرعبالعضو،وقدأحسنالمشرعالفرنسيصنعا؛عندما استبعدالطبيبرئيسالمصلحةومديرالمؤسسةالصحية،وذلكلاعتبارهخصمافيحالةقيام منازعةبشأنالرضى،وهيملاحظةتؤخذعلىالمشرعالجزائريعلىإلزاميتهللتعبيرعن رضى المتبرع أمامالطبيبأومديرالمؤسسةالصحيةلأنّذلكيجعلمنهذا

---

[1] سورة المائدة الآية 7.

[2] سورة الانعام الآية 119.

[3] سورة الانعام الآية 145.

[4] رواه أبو داود وحسنه الألباني.

[5] للمزيد راجع: د. عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، الجامعة الإسلامية - عمادة البحث العلمي، الطبعة الاولى، السعودية، 2003، ص287 وما بعدها.

[6] المادة (16-3) من القانون المدني الفرنسي.

الأخيرحكماوخصمافينفسالوقتفيحالةمنازعة،وبالتاليكونمنالأفضلاعتماد أسلوبالطرفالمحايدالذييعبّرعنالرضأمامهكالقضاء[1].

وفي القانون المصري؛ نصت المادة (2) من قانون تنظيم زراعة الاعضاء البشرية أنه: "لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعته في جسم إنسان آخر **إلا لضرورة** تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته...".

ويتضح من النصوص السابقة؛ أن المشرع الفرنسي والمصري قد حظرا على أي طبيب أن يقوم بنقل أي عضو أو جزء عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعته في جسم إنسان آخر **إلا لضرورة** تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وذلك لدفع خطر جسيم يهدد صحة أو حياة المريض المستقبل بإيقاع ضرر أقل جسامة على المتبرع، ولايكونهناكأيسببيلآخرلإنقاذحياتهأوسلامةجسمهسوبإجراء هذهالعملية[2].

كما نص ذاتالمشرع على أنه: يُحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أياً كانت طبيعته . فضلا حظر أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته. ويحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بذلك[3]. سواء علم بالمخالفة عن طريق اللجنة الثالثية التي يتعين عليها أن تتحقق من عدم المخالفة أو عن طريق أية وسيلة أخرى[4].

كما يمكن إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها كالكبد- الكلى- البنكرياس- الأمعاء الدقيقة- الرئة)، والأنسجة كالجلد- صمامات القلب- الأوعية الدموية والعظام- وأي عضو آخر أو جزء منه أو نسيج يمكن نقله مستقبلا وفقا للتقدم العلمي؛ وذلك بعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية[5].

ومنثم؛استوجبالحال ضرورة الصحولعلىرضاالمتبرعبشكل صريح وجلي، وحتىالمتلقيللقيامبها،لأنهلولاذلكلكانتممارسةهذهالعمليات بمجردتوافقأنسجةالمتلقيوالمتبرع،وبالتاليالتوسيعمنسلطةالطبيبلجسمالإنسان، وجعلأعضاءالجسدقطعغيارآدمية،وهومايتنافىمعأخلاقياتالممارسات الطبية[6].

ثانيا- مبدأ السبب المشروع:

---

[1] د. مروكنصرالدين،الحمايةالجنائيةللحقفيسلامةالجسم،الطبعةالأولى،الديوان الوطنيللأشغالالتربوية،الجزائر، 2003، ص334.

[2] د. عبد الجليل مختاري، المسئولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الاعضاء البشرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007، ص47.

[3] انظر: المادة (6) من تنظيم زراعة الاعضاء البشرية.

[4] انظر: المادة (6) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زراعة الاعضاء البشرية.

[5] انظر: المادة (1) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زراعة الاعضاء البشرية.

[6] د. عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص47.

قد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لان ذلك غير مشروع، وعدم مشروعية التعامل قد يرجع إما إلى نص في القانون، أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو الآداب[1].

والنظام العام والآداب هما: الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والإقتصادية والخلقية، فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والإقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة، وتتسع دائرة النظام العام أو تضيق وفقا لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما تواتروا عليه من آداب[2].

ومن ثم يعتبر مخالفا للنظام العام كل تصرف من شأنه المساس بسلامة الإنسان في جسده ونفسه، مالم يكن الغرض منه علاج المريض وإنقاذ حياته، كما هو الحال في عمليات استئصال وزراعة الأعضاء البشرية[3].

ويقتضيمبدأ السبب المشروع؛بأنّمشروعيةالتصرفاتالتيتردعلىجسدإنسانتتحددبالهدفالمرادبلوغهمنورائها، ولماكانتعملياتاستئصالوزرعالأعضاءتهدفإلى

حمايةصحةالمريضأوإنقاذحياتهمنالموت،بواسطةالمتبرعالذييساعدهفيذلك،فإنّ

الهدففيهايكوننبيلاجديرابأنيؤخذكسببيرميإلىمشروعيةهذهالعمليات،علىأنلاتكونأضرارهاتفوقهدفهاكموتالمتبرع،وأنتكونفيإطارأ خلاقيمحض[4].

ولاشكأنغيابالرضاكشرطضروريلإباحةالعملالطبيسواءفيمجالعملياتنقلوزرعالأعضاءالبشريةأوفيمجالالتجاربالطبية ،منشأنهأنيجعلالعملغيرمشروع، باعتبارهمنالشروطالأساسيةلمشروعيةهذاالنوعمنالتدخلاتالطبيةالحديثة.

لهذافإذاقامالطبيببنقلعضومنشخصدونموافقتهأوأجريتجربةطبيةدونالحصولعلىموافقةالشخصالخاضعلها،أواستخدم وسائلاحتياليةأوإكراهأوغش،أوأخلبالتزامهبالإعلام،أو

غيرذلكمنالأسبابالتيتحولدونالحصولعلىالإرادةالحقيقيةللشخصالخاضعللتعامل، فإن الطبيب يسأل مدنيا وجنائيا عن إخلاله بالتزامه تجاه المريض أو المتبرع.

فالحصول على الموافقة هو حق من الحقوق الأساسية المشروعة؛ وذلك للمحافظة على سلامة وصحة وجسد المتبرع والمتلقي معا ضد أي اعتداء يصدر عن الغير، باعتبار الجسد ليس من الاشياء ويخرج عن دائرة التعاملات المالية، وأن أي إتفاق يكون محله جسم الإنسان أو عضو من أعضاءه يعتبر باطلا، إلا إذا كان يستهدف معالجة المريض أو المحافظة على جسده[5].

وتطبيقا لذلك؛ نصت الفقرة الأخيرة من المادة (2) من قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية أنه يحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

---

(1) د. عبد الزراق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1938، ص142.

(2) د. عبد الزراق السنهوري، المرجع السابق، ص145 وما بعدها.

(3) د. عبد الزراق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1938، ص142.

(4)د.مايا عباس أسعد، التنظيم القانوني لعمليات نقل الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2015، ص 12.

(5) د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص 29.

كذلك نص المشرع ذاته في المادة (17) من قانون تنظيم زراعة الاعضاء البشرية رقم 5 لسنة 2010 على عقوبات في حالة الإخلال بالرضا المنصوص عليه في المادة الخامسة من ذات القانون بأن: "يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه كل من نقل عضواً بشرياً أو جزء منه بقصد الزرع بالمخالفة لأي من أحكام المواد 2، 3، 4، 5، 7 من هذا القانون، فإذا وقع هذا الفعل على نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على سبع سنوات. وإذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه".

كما نص في المادة (19) من ذات القانون على أنه: "يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه كل من نقل بقصد الزرع بطريق التحايل أو الإكراه أي عضو أو جزء من عضو إنسان حي، فإذا وقع الفعل على نسيج بشري تكون العقوبة السجن المشدد لمدة لا تزيد على سبع سنوات. ويعاقب بالعقوبة المقررة في الفقرة السابقة كل من زرع عضواً أو جزءاً منه أو نسيجاً تم نقله بطريق التحايل أو الإكراه مع علمه بذلك.وتكون العقوبة السجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه إذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرتين السابقتين وفاة المنقول منه".

وفي فرنسا؛ فرض المشرع عقوبة في المادة (511) مكرر3 [1]، لاستقطاع أي عضومنإنسانحياشدبدونالحصولعلىموافقتهضمنالشروطالمنصوصعليهافيالماة 1231-1 من قانون الصحة العامة، وذلك بالحبس لمدة 7 سنوات وغرامة قدرها 100.000 يورو، كماتوقعالعقوبةذاتهافيحالةالشروعفيارتكابها[2].

وبخصوصاقتطاعالأنسجةبدونموافقةصاحبهافتكونالعقوبةالحبسلمدة 5 سنوات وغرامة قدرها 75000يورو، وهيالعقوبةنفسهاالمقررةفيحالةاقتطاعاللقائحوالأنسجةبدونموافقةالشخص[3].

ثالثاً- مبدأ المصلحة الاجتماعية:

ليسهناكأدنىشكفي أن الحق في سلامة الجسد من أهم الحقوق العامة الأساسية اللصيقة بالإنسان؛ وينصرف الحق في سلامة الجسد إلى صون أعضاء الجسم كافة، بداية من جلد الإنسان، والأطراف، وأجهزته: "التنفسية،

---

[1] **Article 511-3 du code pénal français modifié par la loi N° 2011-812 du 7 Juillet 2011, dispose :** "Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité.Thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions.Prévues au quatrième alinéa de l'article L1231-1 du code de la santé publique ou sans quePrévues au quatrième alinéa de l'article L1231-1 du code de la santé publique ou sans quesept ans d'emprisonnement et de 100.000 euro. d'amande. Est puni des mêmes peines le fait deprélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur unepersonne vivante mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure deprotection légale hormis les cas prévus aux articles L1241-3 et L1241-4 du code de la santépublique".

[2] L'article 511-26 du Code pénal français dispose que :"La tentative des délits prévus par les articles 511-2 – 511-3 – 511-4 – 511-5-1 – 511-5-2 – 511-6 – 511-9 – 511-15 – 511-16 et 511-19 est punie des même peines".

[3] Voir article 511-6 du Code pénal.

والدورانية، والهضمية، والتناسلية، والعصبية"، وضمان حمايتها، وعدم إيذائها أو إيلامها أو تشويهها، أو قطعها، أو فصل عضو منها عن الجسم، أو إحداث ضرر بها بما يؤثر على القيام بوظائفها بالشكل السليم[1].

فلكل مواطن الحق فى الصحة، وفي الرعاية الصحية المتكاملة وفقاً لمعايير الجودة، وتتكفل الدولة الحفاظ على مرافق الخدمات الصحية العامة التى تقدم خدماتها للشعب ودعمها والعمل على رفع كفاءتها وانتشارها الجغرافى العادل.

وقد ضمن الدستور المصري لسنة 2014[2]، سلامة الجسد وأكد على صون حُرمته في المادة (60) منه، التي نصت على: "لجسد الإنسان حُرمة، والاعتداء عليه، أو تشويهه، أو التمثيل به، جريمة يُعاقب عليها القانون، ويحظر الاتجار بأعضائه، ولا يجوز إجراء أية تجربة طبية، أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق، ووفقًا للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية، على النحو الذي ينظمه القانون".

وبناء عليه؛ يُحظر علىكلشخصأنيتصرففيجسمه، باعتبار أن جسمالإنسانيخرجبحسبالأصلعندائرةالتعامل، فلايمكنأنيكونمحلاممكناومشروعاللحقوقوالمعاملات. لذا؛

أصبحهذاالحقيتمتعبهكلمنالفردوالمجتمععلىحدسواء،إذلايمكنللمجتمعأنيحتفظبوجودهكمجتمعلهمستواهالخاصمنالتقدموالازدهار،إلاإذاكانهذاالحقمحاطابحمايةخاصة[3].

كما أن الحق في سلامة الجسد يعتبرركيزةمنركائزالبقاءلدىالإنسان،فحياةهذاالأخيرهيأغلىمايملك،وسلامةجسدهقوامحياته،فالإنسانلايستطيعأنيؤديوظيفتهاتجاهنفسهواتجاهمجتمعهإلاإذاكانمتمتعابجسمقويوأعضاءسليمة،فلاقيمللجسمفيذاته،إلامنخلالقدرةأعضائهعلىأداءوظائفهاعامة[4].

إنّ تنازل الفرد عن عضو من أعضائه لفائدة شخص آخر يعاني من مرض يتطلب عمليةنقلعضولشفائه،هومنأسمىمظاهرالتكافلوالتضامنالاجتماعيوالقيمالإنسانيةالرفيعة [5]. فحرمة الجسم هي جوهر كرامته، وتعني عدم العبث بآدميته أو ابتذاله أو إهانته، بل يجب تكريمه واحترامه وتعظيمه وسموه دون النظر إلى نوعه أوجنسيته أو مركزه الإقتصادي أو الاجتماعي[6].

وتتطلبعملياتنقلوزرعالأعضاءالبشريةعنايةخاصةبالشخصالخاضعلها،وذلكمنخلالتنظيمهابشروطلايجبالخروجعنها،وهذالأنإجازةالتصرف بجسمالإنسانيعدخروجاعنالأصلالعام،منثميجبأنتهدفهذهالمقاماالأولإلىالحماية المتبرعوالمتلقيبضماناتكافيةتضمنلهالحقفيالسلامةالجسدية[7].

---

[1] انظر: موقع مصر360: https://masr.masr360.net/، أحمد خليفه، اعرف حقك سلامة الجسد، صانها الدستور وحظر القانون انتهاكه، مقالة منشورة بتاريخ 9سبتمبر، 2020، تاريخ الدخول 2022/3/27، الساعة11.45م.

[2] المنشور بالجريدة الرسمية، العدد3مكرر(أ)، في 18يناير سنة 2014.

[3] د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 5.

[4] د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 5.

[5] د. عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص48.

[6] د. طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001، ص88؛ د. مايا عباس أسعد، مرجع سابق، ص9.

[7] د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 237.

فعدم احترام إرادة الشخص الخاضع للتعامل من قبل الطبيب المشرف على عملية نقل وزرع الأعضاء، أو من قبل القائم أو المشرف على التجارب الطبية سواء كان تعالجية أو علمية، يعرضه للمساءلة القضائية، باعتبار أن شرط الرضا أو الموافقة المتبصرة يشكل حاجزًا منيعا لحماية حق الشخص في الذاتية وتقرير المصير، فهي ترتبط أساسًا باحترام إرادة الشخص وكرامته وكيانه الجسدي[1].

فالمصلحة الاجتماعية في هذا المجال تظهر في عدة أشكال، فتبرز في هذا التبرع بالعضو في حد ذاته، كما تبرز أيضا على مستوى الصحة العامة ذلك أن عمليات نقل وزراعة الأعضاء هي عمليات تبوء بها يتم تحقيق هدف من أهداف الصحة العامة يتمثل في: تقليص الأمراض، وتخفيض نسبة الوفيات، وعليه تعتبر عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية مشروعة طالما أنها منجهة تساهم في تحقيق التضامن والتكافل الاجتماعي، ومن جهة أخرى تكرس مبادئ الصحة العامة وهذا ما يجعلها من النظام العام[2].

ومن ثم؛ فإن الإخلال بالالتزام المتعلق بالحصول على الرضا حتى ولو لم يترتب عليها أي ضرر مادي، يعتبر خطأ بحد ذاته باعتباره التزاما قانونيًا يقع على عاتق الطبيب، وهذا ما نصت عليه جميع القوانين المنظمة سواء للتجارب الطبية أو عمليات نقل الأعضاء البشرية. لذلك؛ فهو يشكل خطأ موجبا للتعويض عن الضرر المعنوي المتمثل في عدم احترام ذاتية الشخص وحرية إرادته، وهذا الأنا الضرر يتمثل في الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسدية أو عاطفية أو مالية أو حرية أو شرعية أو غير ذلك[3].

المبحث الثاني

الضوابط القانونية للموافقة بنقل وزراعة الأعضاء البشرية

لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بنقل أي عضو، أو جزء من عضو، أو نسيج من جسم إنسان حي، أو من جسد إنسان ميت بقصد زرعه في جسم إنسان آخر، إلا أن يكون التبرع صادرًا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتًا بالكتابة. وألا يتم البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي بواسطة لجنة ثلاثية والحصول على موافقهما. **وهو ما سنتعرف عليه من خلال المطالب الآتية:**

المطلب الأول

ضوابط توثيق الموافقة بالتبرع بعضو بشري

أولاً- الإقرار بالتبرع بعضو بشري أو جزء منه إلى الغير:

تنص المادة (1/5، 2، 3) من قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية على أنه: في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادرًا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتًا بالكتابة، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

---

[1] د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص237.

[2] د. عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص48.

[3] د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص258.

ولا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانوناً.

ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها... .

وقد حددت المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية للقانون؛ أنه: في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادرًا عن **إرادة حرة** لا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه، وثابتًا بموجب إقرار كتابي من المتبرع معدزا بشهادة اثنين من أقارب الدرجة الأولى، أو مُصدقًا عليه من الشهر العقاري.

وإذا كان التبرع لغير الأقارب فيجب إثبات عدم صلاحية أي من الأقارب حتى الدرجة الثانية طبيا للتبرع، وذلك بناء على شهادة طبية صادرة من المنشأة التي ستجرى بها الجراحة، ومعتمدة من مدير البرنامج الخاص بالزرع بالمنشأة ومدير المستشفى، أو عدم رغبتهم في التبرع بناء على إقرار موقع منهم يحرر أمام اللجنة الثلاثية داخل المنشأة التي تجرى بها الجراحة ويعتمد من اللجنة. **ويُشترط لقبول التبرع بين الأقارب ما يأتي:**

1. ألا يزيد سن المتبرع على 50 عاما[1].
2. أن يكون المتبرع كامل الأهلية.
3. أن يكون هناك توافق في الانسجة وفصيلة الدم.
4. أن يتم إجراء كافة الفحوصات اللازمة لإثبات سلامة المتبرع وقدرته على التبرع وملائمة العضو المتبرع به للمنقول إليه.
5. أن تكون عملية الزرع ذات فُرص نجاح مقبولة طبقا للقواعد العلمية والطبية المتعارف عليها.
6. أن يتم الزرع في أحد المنشآت الطبية المرخص لها بذلك طبقا لأحكام القانون واللائحة.
7. أن يتم التأكد من عدم وجود مقابل مادي أو ضغط نفسي في جميع حالات التبرع.

ولا يُقبل التبرع بالأعضاء أو أجزائها من الأطفال أو عديمي الأهلية أو ناقصيها، كما لا يُعتد بموافقة من ينوب عنهم أو من يمثلهم قانونا، باستثناء الخلايا الأم التي تُنقل إلى الوالدين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة إذا لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، فيجوز التبرع بها بشرط أن تكون هناك **موافقة كتابية** من والدي الطفل أو أحدهما في حالة وفاة الثاني، أو الممثل القانوني لعديمي الأهلية أو ناقصيها.

وتنفيذا لذلك؛ صدر المنشور الفني لمصلحة الشهر العقاري رقم (2) لسنة 2011، بأن يستبدل بنص المادة (30) من تعليمات التوثيق طبعة 2001 ما يلي: لا يجوز للموثق أن يمتنع عن قبول التصديق على توقيعات ذوي

---

[1] أصدر مجلس الوزراء، القرار رقم 42 لسنة 2021 في اجتماعه يوم الأربعاء، الموافق2021/11/17 بتعديل بعض أحكام المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لقانون زراعة الأعضاء البشرية، والذي قرر في مادته الاولى النص التالي: يستبدل بنص المادة (5/الفقرة الرابعة/بند1) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 5 لسنة 2010بالنص الاتي:- المادة (5) الفقرة الرابعة بند 1: 1- ألا يزيد سن المتبرع عن 60 عامًا في عملية نقل وزرع الكلى، و50 عامًا في العمليات الأخرى... . انظر: الجريدة الرسمية، العدد47 مكرر(ب) في 29نوفمبر لسنة 2021.

الشأن في الإقرارات المتعلقة بالتبرع بنقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم المتبرع المنقول منه بقصد زراعته في جسم المتبرع إليه المنقول إليه؛ **وذلك متى توافرت الشروط الآتية:**

1. أن يتضمن على وجه التحديد الشيء المتبرع به من جسم المتبرع.
2. أن يتضمن الإقرار كافة البيانات الشخصية للمتبرع من واقع بطاقة الرقم القومي، وكذا اسم المتبرع إليه وجنسيته وصلته بالمتبرع أو درجة قرابته إليه.
3. أن يكون التبرع بدون مقابل مادي أو عيني أو مقابل منفعة مادية أو عينية ولا يكتسب المتبرع أو فروعه أو ذويه أو أي من ورثته من المنقول إليه أو من ذويه أية فائدة مادية أو عينية بسبب النقل أو بمناسبته.
4. أن يكون المتبرع كامل الأهلية ولا يزيد سنه عن ستين عاماً في عمليات نقل وزرع الكلى، وخمسين عاما في العمليات الأخرى[1]، **ويستثنى من ذلك:** نقل الخلايا الأم فقط (دون غيرها من أعضاء أو أجزاء الجسم) من الطفل أو عديم الأهلية أو ناقصها إلى المتبرع إليه (الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة)، وذلك بشرط موافقة أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو إحداهما في حالة وفاة الثاني أو ممن له الولاية أو الوصاية على الطفل، أو موافقة النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها الذي يوقع على المحرر ويصدق على توقيعه.
5. أن يكون التبرع إلى قريب من الدرجة الثانية، وإذا كان المتبرع إليه غير ذلك فيجب أن يتضمن المحرر إقرارًا من المتبرع بعدم صلاحية أحد أقرباء المتبرع إليه للتبرع إليه، أو عدم رغبتهم في التبرع إليه، وعلى أن يدون بالمحرر أن هذا الأقرار تم لتقديمه للجهة المختصة قانونًا بزرع الأعضاء التي لها الحق في قبوله أو رفضه.
6. أن يكون المتبرع والمتبرع إليه مصريين، **ويستثنى من ذلك:** (أ)- الزوجين إذا كان أحدهما مصريا والآخر أجنبيا على أن يكون قد مضى على الزواج ثلاث سنوات على الاقل، وذلك من واقع عقد الزواج الموثق طبقا للقانون. (ب)- التبرع بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبي أو العكس، وذلك فيما بينهم جميعا، وبشرط ألا يقل سن الأبن المنقول منه عن ثمانية عشر عامًا. وموافقة الأطراف الثلاثة والتصديق على توقيعاتهم في هذا المحرر. (ج)- التبرع بين الأجانب من جنسية واحدة بشرط تقديم موافقة كتابية على ذلك من سفارة الدولة التي ينتمي إليها كلاهما بجنسيته، واعتمادها من وزارة الخاجية المصرية.

ثانيًا- الوصية بالتبرع بعضو بشري أو جزء منه:

لقد ساد مبدأ عدم المساس بالجثة منذ القدم[2]؛ بيد أن جثة الأنسان الميت قد تكون هي المورد الوحيد لعمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية، خاصة الأعضاء التي لا يوجد لها مثيل كالقلب والكبد، وأيضا لقلة المتبرعين،باعتبار جثة المتوفي من وجهة نظر الطب الجراحي غنية بالأعضاء والأنسجة ذات الفائدة الكبيرة

وبسبب الطور الهائل للطب وعلوم الحياة وضع هذا المبدأ(عدم المساس بالجثة) موضع الشك؛ حيث اتجه الفقه القانوني الى الاعتراف بحقوق الانسان على حثته، وتحديد مصير جثته بكل حرية، وأن يتصرف في أحد

---

[1] وقد أكد ذلك المنشور الفني لمصلحة الشهر العقاري رقم (22) لسنة 2021، بشرط أن يكون بين الأقارب.

[2] cass.1ere Civ.,1er Juller2010,Juris. Data n°2010-010560.

أعضاءه أوجزء منها لمصلحة الغير، بشرط عدم مخالفة النظام والآداب العامة، واحترام الهدف المتوخى من التبرع[1].

فالإذن المسبق من المتبرع قبل وفاته بنقل عضو أو جزء من حسده بالوصية يجب أن يكون صادرا من شخص أهلا للتبرع، بالغا، عاقلا، يعطي رضاء جاد وكامل، فإن كان غير كامل الأهلية وجب في هذه الحالة رضاء الممثل القانوني له[2].

ولقد أخذ المشرع المصري بطريق الوصية كوسيلة للتصرف في جثة المتوفي بعد وفاته؛ حيث نصت المادة الخامسة من قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية رقم5 لسنة 2010 على أنه: "يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

كما حددت المادة رقم (8) من اللائحة التنفيذية للقانون؛ أنه: يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان أو عالجه من مرض خطير أو استكمال نقص حيوي في جسده، أو يُزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك بمراعاة ما يأتي:

1. أن يكون المنقول منه والمنقول إليه مصري الجنسية، ويُكتفى في إثبات هذه الجنسية ببطاقة الرقم القومي أو جواز السفر، وذلك إذا لم يوجد تنازع على الجنسية، فإذا ثار تنازع حول الجنسية فيجب إثباتها طبقا للقواعد المقررة في القانون لإثبات الجنسية المصرية.
2. أن يكون الميت قد أوصى بذلك قبل موته، على أن تكون الوصية ثابتة بموجب إقرار كتابي مُوثق بمصلحة الشهر العقاري والتوثيق حال حياة المنقول منه، أو واردة في ورقة رسمية تقطع بصدورها من الموصى، ويُقصد بتلك الورقة أي من المحررات الرسمية المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، على أن تُعتمد من اللجنة العُليا لزراعة الأعضاء البشرية، ويحصل بعدها الموصى على كارت توصية صادر من اللجنة. ويجوز أن تكون الوصية في شكل إقرار عُرفي صادر من الموصى قبل وفاته إذا شهد عليه اثنان على الأقل من الأقارب أمام اللجنة العليا، وكان ممهورًا بتوقيع الموصى أو بصمته.
3. أن تتضمن الوصية البيانات الكافية عن العضو أو النسيج الموصى به، وبيانات الموصى الشخصية، وتُسجل رسميا.

وتنفيذا لذلك؛ صدر المنشور الفني لمصلحة الشهر العقاري رقم (2) لسنة 2011، بأن يستبدل بنص المادة (30) من تعليمات التوثيق طبعة 2001 ما يلي:لا يجوز للموثق أن يمتنع عن توثيق المحررات المتضمنة وصية من المتبرع إلى غيره بعضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسمه بعد وفاته إلى أي إنسان حي، ولا يشترط تعيين هذا الشخص الموصى إليه؛ **متى توافرت الشروط الآتية:**

---

[1] د.رواب جمال، الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، بحث منشور بمجلة البحوث والدراسات القانونية والساسية، جامعة البليدة2، الجزائر، العدد 2، المجلد6، 2017، ص375.

[2] وقد أكد ذلك المنشور الفني لمصلحة الشهر العقاري رقم (22) لسنة 2021، بشرط أن يكون بين الأقارب.

1. أن يكون الموصي والموصى له مصريين الجنسية.
2. أن يتضمن المحرر بالوصية البيانات الكافية عن العضو أو النسيج الموصى به.
3. أن تتضمن الوصية بيانات الموصي الشخصية من واقع بطاقة الرقم القومي الخاصة به.
4. أن تكون الوصية بالتبرع دون مقابل مادي أو عيني أو مقابل منفعة مادية أو عينية سواء للموصي أو الموصى له أو ذويهما أو ورثتهما.

وفي فرنسا؛ لم يشترط المشرع لا يشترط شكلاً معيناً للتعبير عن إرادة المتوفى أثناء حياته، بل أكثر من ذلك؛ فهو أصلا لا يأخذ بالرضى الصريح، وإنما يبيح استئصال الأعضاء من الجثث مبدئيًا على أساس قرينة الرضى، أو ما يعرف بالرضا الضمني، فكل شخص لم يعبّر صراحة عن رفضه لاستئصال الأعضاء منه بعد موته، إلا ويعتبر موافقا ضمنيا على هذا الاقتطاع. وهو ما أكد عليه القرار الصادر من مجلس الولة الفرنسي في 18 مارس 1983 والقاضي بأنه: "يستبعد القانون قيام أحد أفراد العائلة بمعارضة الاقتطاع إذا لم يظهر المتوفى معارضته على ذلك خلال حياته"[1].

إلا أنّ المشرع الفرنسي قد أورد استثناء اتعنمبدأ الرضا الضمني أو قرينة الموافقة في حالة الميت القاصر أو عديم الأهلية، فالقانون الفرنسي هنا يفرض موافقة الأبوين معا المعبّر عنها كتابيا، وفي حالة غياب الوالدين تنتقل هذه الموافقة إلى الولي الشرعي، وإذا تعلق الأمر بالتشريح السريري المتعلق بمعرفة سبب الموت، فيعلم الأبوين فقط ولا يرجع منهما موافقتهما. وهو ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة (671-7) من القانون الفرنسي رقم 94-654 لسنة 1994 المتعلق بنقل الاعضاء البشرية[2].

وتدوّنا لإرادة السلبية فيما لا اقتطاع من الجثث عمليًا في السجل الوطني الإلكتروني، الذي تسجل فيه إرادة الأشخاص المتجهة إلى الرفض الاستئصال منجثثهم، مع إمكانية العدول عن هذه الإرادة في أي وقت قبل الوفاة[3].

وقد اعتمد تبعض التشريعات أشكالا أخرى للتعبير عن إرادة المتوفى في التصرف بجثته بعد وفاته وتتمثل في "بطاقات التبرع بالاعضاء" أو "التأشير على بطاقات الهوية"، بما يفيد موافقة حاملها على التبرع بأعضائها أو رفض هذلك، والسرعة وعدم البحث عن موقف الشخص من المساس بجثته، وحلا لمشاكل المتعلقة بإثبات الرضا في عمليات نقل الأعضاء من الجثث[4].

ثالثا- الإقرار بالعدول عن التبرع بعضو بشري أو جزء منه:

يعتبر الحق في الرجوع أو العدول عن الموافقة من الحقوق المتعلقة بالنظام العام [5]. لكن حق العدول عن الرضا بالتبرع بالأعضاء البشرية يختلف عن العدول في التبرعات المالية كالهبة والوصية.

---

[1] Conseil d'état; 18/03/1983, Cf. 20111, 1983.

[2] Art L-671-7 : Ce refus peut être exprimé par l'indication de sa volonté (La volonté du défunt) sur un registre national autorisé prévu a cet effet; Il est révocable a tout moment.

[3] انظر: د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص88.

[4] من التشريعات التي أخذت بفكرة التأشير على بطاقات الهوية التشريع الأمريكي والتشريع الألماني. للمزيد انظر:د. عبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص229؛ د. مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص619؛ د. ماروك نور الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم، الادارية، جامعة الجزائر، 1997، ص 417.

[5] د. أسامة عليعصمت الشناوي، مرجع سابق، مرجع سابق، ص239.

فالطبيعة الخاصة للتصرفات الواردة على جسم الإنسان تقتضي وضع نظام وقواعد خاصة تتلاءم مع طبيعتها ولو كانها كخروج عن القواعد العامة[1].

ويجد ذلك أساسه في مبدأ الكرامة الإنسانية الذي يقتضي عدم إجبار الشخص على اقتطاع جزء من جسمه دون رضاه وتجسيد الحق المتبرع في الموافقة الحرة والمتبصرة، التي تقتضي السماح للمتبرع الذي وافق على الاقتطاع أن يتراجع عن تلك الموافقة بدون تقديم الأسباب والمبررات وبدون أن تترتب عليها أية مسئولية[2].

وقد تم تجسيد هذا الحق في نص الفقرة الاخيرة المادة الخامسة من قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية على أنه: في جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل. **وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون ضوابط التبرع وإجراءات تسجيله.**

وقد حددت الفقرة الثالثة من المادة رقم (5) من اللائحة التنفيذية للقانون؛ أنه: يجوز للمتبرع العدول عن تبرعه إلى ما قبل البدء في عملية الاستئصال دون أدنى مسئولية عليه، على أن يُسجل ذلك في الدفتر المشار إليه، وإذا ثبت تكرار هذا العدول دون سبب جدي أو مبرر مقبول فإنه لا يُعتد بأي طلب يُقدم منه بعد ذلك للموافقة على التبرع، وتُخطر بذلك جميع المنشآت المصرح لها بالنقل.

وتنفيذا لذلك؛ صدر المنشور الفني لمصلحة الشهر العقاري رقم (2) لسنة 2011، بأن يستبدل بنص المادة (30) من تعليمات التوثيق طبعة 2001 ما يلي: لا يجوز للموثق أن يمتنع عن قبول توثيق أو التصديق على توقيعات أصحاب الشأن حسب الأحوال في المحررات التي تتضمن العدول عن التبرع السابق حصوله منه.

وقد أخذ القانون والقضاء الفرنسيين بإجماع حق العدول عن الموافقة على العمل الجراحي المتمثل في استئصال العضو من المتبرع، لا سيما إذا كانت العملية ستجرى لمصلحة الغير الأجنبي، وذلك على أساس افتراض حالة الموافقة التي تكون نتحت تأثير عوامل خارجية، أو بناء على معطيات معينة اتضح للمتبرع من خلالها أن موافقته لم تكن عقلانية، وفي كلا الأحوال لا يمكن مسائلة المتبرع عن سبب عدوله عن رضاه، ذلك لأن هذا الأخير أمر شخصي لا مجال للبحث عن أسبابه[3].

ولقد ورد في المادة (3/2) من المرسوم الفرنسي رقم 78-501 الصادر في 31 مارس 1978[4] بشأن تطبيق قانون كيافي بأنه: "وفي كل الحالات، يمكن الرجوع عن موافقة المتبرع في أي لحظة وبدون أي شكل". وفي قانون الصحة الفرنسي أنه لا يمكن استئصال الأعضاء من جسم الإنسان، ولا منتوجات هذا الأخير بدون رضا مسبق من المتبرع، الذي يمكنه العدول عنه في أي لحظة.

المطلب الثاني

ضوابط الموافقة بإجراء عملية نقل وزراعة العضو البشري

أولاً- العلم بموعد بدء عملية نقل وزرعة العضو البشري:

تنص المادة السابعة من القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زراعة الاعضاء البشرية على أنه: "لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي – إذا كان مدركاً – بواسطة اللجنة

---

(1) انظر: د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص238.

(2) انظر: د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص239.

(3) د. مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص592.

(4) Le décret n0. 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi 22décembre 1976 relatives aux prélèvements d'organes.

الثلاثية المنصوص عليها في المادة (13) من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة على المدى القريب أو البعيد والحصول على موافقة المتبرع والمتلقي، أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها – بالنسبة للخلايا الأم – وفقاً لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (5). وتحرر اللجنة محضراً بذلك يوقع عليه المتبرع، والمتلقي ما لم يكن غائباً عن الوعي أو الإدراك أو نائبه أو ممثله القانوني".

وقد أكد على ذلك نص المادة رقم (7) من اللائحة التنفيذية للقانون؛بأنه:يُحظر البدء في عملية النقل إلا بعد إحاطة كل من المنقول منه والمنقول إليه – إذا كان مدركا – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (13) من القانون[1] – في جلستين منفصلتين – بطبيعة عملية النقل ومخاطرها المحتملة – بما فيها الوفاة – على المدى القريب (أثناء تواجدهما بالمنشأة)، أو البعيد (العام الأول من تاريخ إجراء العملية).

وتتم الإحاطة بالمخاطر شفاهة وكتابة، وتضع اللجنة العُليا لزرع الأعضاء البشرية نموذجا موحدا للإقرار الكتابي للمنقول منه والمنقول إليه، متضمنا المخاطر المحتملة (القريبة والبعيدة) الخاصة بكل عملية نقل على حدة.

وفي حالة وفاة المتبرع إليه بعد استئصال العضو من المتبرع وقبل إجراء عملية النقل، يجوز نقل العضو إلى متلقٍ آخر، إذا **وافق** المتبرع على ذلك ضمن الإقرار المشار إليه، على أن تراعى المدة المسموح بها طبيا لبقاء العضو المستأصل خارج الجسم صالحا للنقل دون تلف، وإذا كان المنقول إليه من عديمي الأهلية أو ناقصيها، يتعين موافقة نائبه أو ممثله القانوني على إجراء النقل بالنسبة للاخلايا الأم.

وتُحرر اللجنة المشار إليها محضرا بما تم من إجراءات، توقع عليه اللجنة وكل من المنقول منه والمنقول إليه (ما لم يكن غائبا عن الوعي أو الإدراك) أو نائبه أو ممثله القانوني بحسب الأحوال، ويُحفظ المحضر بالمنشأة التي أجريت بها عملية النقل للرجوع إليه عند الاقتضاء".

ثانيًا– موافقة اللجنة العليا المختصة بالتبرع بعضو بشري أو جزء منه لغير الأقارب:

تنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية على أنه: " ... ويجوز التبرع لغير الأقارب إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع بشرط موافقة اللجنة الخاصة التي تشكل لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة، وفقاً للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ويتولى وزير الصحة – أو من يُنيبه عند الضرورة – رئاسة اللجنة، ويُعين أمانة فنية لها، كما تتولى اللجنة إدارة وتنظيم عمليات زرع الاعضاء وأجزائها وأنسجتها وفقا للقواعد والضوابط المنصوص عليها في القانون واللائحة، وما ترى اللجنة إضافته من ضوابط أخرى يصدر بها قرار من وزير الصحة[2].

وقد حددت الفقرة الثانية من المادة رقم (4) من اللائحة التنفيذية للقانون؛ أنه: يجوز التبرع لغير الاقارب في حالات الضرورة القصوى، وذلك بعد موافقة لجنة خاصة تُشكل لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة، وتضم ضمن تشكيلها أحد أعضاء الهيئات القضائية، ويكون للجنة مقرر مسئول عن إمساك دفتر مُرقم الصفحات

---

[1] **تنص المادة (13) من القانون على أن:** "تشكل بقرار من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية لجنة طبية ثلاثية في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع، وذلك من بين الأطباء المتخصصين، من غير المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفية، تختص دون غيرها بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له. ولا يجوز لأعضاء اللجنة أن يشتركوا في إجراء عمليات الزرع أو تولي الرعاية اللاحقة لأي من المتلقين بالمنشأة".

[2] انظر: المادة (3/9) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية.

يحمل علامة مائية، ويُختم بخاتم اللجنة أو سجلات إليكترونية، أو وثيقة إلكترونية موثقة، وتُقيد به جميع بيانات المتبرع والمتبرع إليه، والطلب المقدم إلى اللجنة في هذا الشأن وتاريخ تقديمه، على أن يتضمن الطلب تحديد العضو المتبرع به تحديدا قاطعا لا يشوبه لبس أو غموض.

ويُعرض الطلب المذكور على اللجنة للبت فيه خلال مدة أقصاها 48 ساعة من تاريخ تقديم الطلب، وتخطر اللجنة الطرفين بالنتيجة خلال ثالثة أيام على الأكثر بموجب خطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، ويحق لكل ذي شأن الطعن في قرار اللجنة أمام محكمة القضاء الإداري إن كان لذلك وجه خلال المواعيد المقررة للطعن في القرارات الإدارية.

وبناء عليه يجوز للطبيب المعالج أنيتجاوز رضاء المريض في حالة الضرورة؛ ففي الأحوال التي يكون فيها حالة المريض على درجة من الاستعجال أو الخطورة، يكون الاختيار فيها أمرين: إما العملية الجراحية أو الموت، أو على الأقل خطر جسيم يوشك أن يحل بالمصاب إذا لم يبادر بعلاجه؛ وذلك بعد التحقق الشروط الاتية[1]:

1. أن يكون العمل الطبي الذي أجراه الطبي دون الحصول على رضاء المريض ضرورة لا تحتمل التأخير.

2. أن يكون المريض المستفيد من إجراء العملية فاقد الوعي، أو غير قادر على التعبير عن إرادته.

3. أن يسعى الطبيب إلى الحصول على رضاء أقارب المريض متى كان في متناوله الحصول على موافقتهم.

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يمكن تجاوز رضاء المريض إذا كانت حياته في خطر، باعتبار أن قيمة الحياة أهم من قيمة أخذ رضاءه الواضح أو الصريح[2]. فالمريض الذي يتمتع بالاهلية القانونية، ولا يستطيع ممارستها بسبب فقده للوعي، ويستحيل معه الحصول على الرضاء، فإن ذلك يسمح للطبيب إجراء العملية بعد الحصول على موافقة اقارب المريض، أو بدون موافقتهم حالة تعذر الاتصال بهم في الوقت المناسب، وذلك لاعتباره ممثلا طبيعيا له،والتزامه نحو المريض في هذه الحالة مبني على مبدأ كرامة الانسان[3].

كما يجب أن تتم عمليات استئصال الأعضاء البشرية داخل المؤسسات الطبية المرخص لها بذلك؛ وهو ما أكده المشرع المصري في المادة (12) من قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية رقم 5 لسنة 2010 بأن يصدر الترخيص للمنشأة بمزاولة عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة، وذلك بناء على موافقة اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية، ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين في شأن ما تم إجراؤه من عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة، ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن، وما يجب أن يتسم به تنظيم عمليات التبرع والزرع من شفافية، فإذا ثبت توافر الالتزام بالاشتراطات والمعايير المشار إليها يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات.

---

[1] د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لاحكام المسئولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص 172 وما بعدها ؛د.مايا عباس أسعد، مرجع سابق، ص 35.

[2] cass.Civ.28Avril.1999.Pas.l.p.958.

[3] cass.Civ.1,3.06.2010n°9-13591.

كما حصر المشرع الفرنسي في القانون 94/ 654 لسنة 1994 بشأن استئصال الأعضاء البشرية هذه العمليات بشكل عام على المؤسسات الصحية المرخص لها ممارسة هذا النشاط، على أن يتم اختيار المؤسسات الصحة المعنية وفقا لمعايير صحية وتقنية ووطنية. ويكون الترخيص لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد.

ثالثًا- قيود نقل عضو أو جزء من جسم عديم الأهلية أو ناقصها:

تعرف المادة (44) من القانون المدني المصري الشخص كامل الأهلية بأنه: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يُحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.". وسن الرشد: هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

كما أن كل من بلغ سن التمييز - سبع سنوات- ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان **سفيهاً** أو **ذاغفلة**، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون[1]. ويخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون[2]. ولا يجوز لأحد أن يتنازل عن أهليته، ولا التعديل في أحكامها[3].

وقد أشارت المادة الخامسة من قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية إلى أنه: لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانوناً. ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية ممن له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها. ويجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل.

أما القانون الفرنسي فهو الآخر يمنع استئصال الأعضاء من القصّر والأشخاص المحميين قانونا لنقص أهليتهم أو انعدامها، وهو ما أكد عليه المادة المادة 671-4 من القانون رقم 94-654 لسنة 1994 بشأن زراعة الأعضاء بيد أنّ الاستثناء يرد على هذه القاعدة، وذلك في حالة الاقتطاع من النخاع العظمي من القاصر؛ **على أنيكونذلكوفقالشروطمعينةهي**[4]:

1. أنيكونتبرعهذاالقاصرلفائدةمستقبليكونبمثابةأخأوأختله.
2. أنيعبّروالداالقاصرأوأوليائه الشرعيين عنموافقتهمعلىهذاالتبرع.
3. أنترخصلجنةالخبراء هذاالاقتطاعبعدتأكدهامنعلمالقاصربهذهالعملية ورضاه؛ وتتكونهذهاللجنةمنثلاثأعضاءمعينينبموجبقرارمنوزيرالصحةلمدةثلاثسنواتقابلةللتجديد، عضوانمنهمطبيبانأحدهممختص فيطبالأطفال، أماالعضوالثالثفهومنغيرمهنةالطب، وقرارهذهاللجنةغيرقابلللطعن.
4. أنلايبديالقاصررفضهلهذهالعملية.

ومن ثم فإن الرضاء يفترض وجود الإرادة؛ فالشخص معدوم الإرادة لا يمكن أن يصدر منه رضاء، كالمجنون، والطفل غير المميز، وفاقد الوعي لسبب ما كالسكر أو المرض، ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء إذا صح ذلك علميًا، ونحو ذلك[1].

---

[1] انظر: المادة (46) من القانون المدني المصري.

[2] انظر: المادة (47) من القانون المدني المصري.

[3] انظر: المادة (48) من القانون المدني المصري.

[4] Voir les articles L671-4-5 et L671-6 de la même loi.

فيحل رضاء الولي الشرعي (الأب والأم معا) محل رضاء عديم الأهلية – كما هو الحال في كل العمليات الجراحية– إذا تعلق الأمر بقاصر غير مأذون له بإدارة أمواله[2]، أما إذا كان كلاهما متوفيين فيعود القرار حينئذ إلى الوصي مع رضاء مجلس العائلة[3].

ومن هنا، يظهر حرص كل من المشرعين الفرنسي والمصري على حماية عديمي الأهلية وناقصيها من هذه الممارسات نظرالخطورتها عليهم وعلى ذويهم، وحتى لا يتعرضوا تعريض لخطر جسيم يؤثر على حياتهم أو صحتهم.

- **منع الاقتطاع لأسباب قضائية:**

لا يجوز مباشرة الاستئصال من جثث ضحايا الجرائم أوالانتحار، وكذا ضحايا حوادث العمل، وذلك لاعتبارات خاصة بالنظام القضائي والاجتماعي، وذلك لاحتمال تدخل السلطة القضائية لغرض التحقيق الذي يتطلب تشريح تلك الجثث للتأكد من سبب الوفاة أو الانتحار. وهو ما يقتضي المحافظة على جثث تلك الضحايا وعدم اقتطاع أي جزء منها بدون موافقة النائب العام[4].

فالعلة من منع الاقتطاع من جثة المتوفي في جريمة هي المحافظة على الادلة التي تحتويها هذه الجثة. أما بشأن ضحايا حوادث العمل فيجوز اقتطاع تلك الاعضاء من تلك الجثث، ولكن شريطة اتخاذ الاحتياطات الخاصة للحفاظ على حقوق الورثة وهيئات التامين الاجتماعي، التي يجوز لها تقديم طلب إجراء تشريح طبي لجثة المتوفي الى رئيس المحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها[5].

- **الاستئصال القصري (بدون موافقة أحد):**

يتحققالاستئصالالقسري،إذاتعذرمعرفةهويةالمتوفىمتىكانالمتوفىمجهولالهويةأو لميعرفلهأهل،أوإذاتعذرالاتصالبأهلهفيالوقتالمناسب،فيرىأصحابهذاالاتجاهومن بينهمالفقيهجيوفاني " Giovanni" أنهمعنجاحعملياتنقلوزرعالأعضاءومعتطورتقنياته، فإنالتدخلالطبيفيهذاالمجاليحتاجإلىسرعةالقيامبعمليةزرع العضو بعدالوفاةمباشرة،وهومايوجبالاستغناء عنموافقةالأقارب،وذلكعلىأساسترجيحالمصلحةالإنسانيةالعامةوالمؤكدةعلىمصلحةالأسرة[6].

فالطبيبهنايتصرفباسمالمجتمعولمصلحةالجماعة،فحقوقالمجتمعيجبأنتكونلهاالأولويةعلىالحقوقالمعنويةللأسرة، باعتبار أنالجثةليستملكاللشخصأولأسرة،بلهيملكللدولةويمكنهاتبعالذلكأنتسمحبالمساسبهابمايحققالمصلحةالعامة[7].

---

[1] د. عبد الزراق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 45.

[2] Voir article (372) du Code civil.

[3] Voir article (3-464) du Code civil.

[4] د. عبد الكريم مأمون، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، مج3، ع2، 2008، ص 287.

[5] د. عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 287.

[6] د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص235 وما بعدها ؛ وللمزيد انظر: د. مأمونعبدالكريم، مرجع سابق، ص 659. – د. ماروك نور الدين، مرجع سابق، ص 438.

[7] د. مواسي العلجة، مرجع سابق، ص236؛ وللمزيد انظر: د. مأمونعبدالكريم، مرجع سابق، ص 659؛ د. ماروك نور الدين، مرجع سابق، ص 438 وما بعدها؛ د. حساماالدينكاملالأهواني، المشاكلالقانونيةالتيتثيرهاعملياتزرعالأعضاء، مجلة العلوم القانونية

الخاتمة

أولا- أهم النتائج:

1. الأصلفيزرعونقلالأعضاءالبشريةهورضاالمتبرعأوالمتوفى، ويجوزنقلالأعضاءمنالأمواتإلىالأحياءإذاكانتهناكوصيةأوأذنبذلكورثته، كما يجوز العدول عن كل ذلك.
2. الحقفيسلامةالجسمحقأساسيوجوهريلصيقبكلفرد،وهوحقمتكاملغيرقابلللتجزئة،أخذتبهجُلّالتشريعات،واعتبرته المبدأالقاضيبعدمجوازالمساسبجسمالإنسان.
3. مبدأ الضرورةمنتفرضالمساسبالكيانالجسديللفردحفاظاعلىصحتهوحياته،وذلكهوشأن عملياتنقلالأعضاءالبشريةكاستثناء عنالمبدأ،والتيتستمدمشروعيتهامنعدة مصادرأهمها: الشريعةالإسلامية والقانون.

ثانيا- أهم التوصيات:

1. اعتمادأسلوبنموذجيلوثيقةالرضىيبينفيهالعضوالمرادالتنازلعنهلزرعهبجسم المستقبلحتىلايكونللطبيبالخيرةفياستئصالالعضو.
2. تحفيزالمواطنينعلىالتبرعبالأعضاءبعدالوفاة،وذلكبتفعيلدورالإعلاموالتوعيةوالتبصيروالتحسيسبأهميةهذهالعمليات، واعتمادأسلوببطاقاتالتبرعبالأعضاءلحلالمشاكلالمتعلقةبإثباتالرضافيعملياتنقلالأعضاءمنالجثث.
3. إلغاءأسلوبموافقة المركزية من اللجنة العليا لزراعة الاعضاء البشرية، وجعلهإقليميًاأيبيدلجان إقليمية بمديريات الصحة بالمحافظات،حتىلاتعرقلمركزيةاتخاذالقراراتعملياتنقلالأعضاء، مع التوسعفيدائرةأماكنإجراء عملياتنقلوزرعالأعضاءالبشريةلتشملمستشفياتعامةأخرى.
4. ضرورة عقد المؤتمرات والندوات وإعداد الدراسات اللازمة للوصول إلى أحكام شاملة ودقيقة ومقنعة يعتمد عليها المشرع حال تعرضه للموضوع، حتىيواكبالتطورالعلميوالطبيفيمجالنقلوزرعالأعضاءالبشرية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- المراجع بالعربية:

- أسامةعليعصمتالشناوي،الحمايةالجنائيةلحقالإنسانفيالتصرففيأعضائه،دار الجامعةالجديدة،الإسكندرية، 2014.
- حساماالدينكاملالأهواني، المشاكلالقانونيةالتيتثيرهاعملياتزرعالأعضاء، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد1 (خاص)، مؤتمر الطب والقانون، نحو وضع نظام قانوني لجسم الابسان، جامعة الإمارات، المجلد17، العد1، ج1، 1998.
- رواب جمال، الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، بحث منشور بمجلة البحوث والدراسات القانونية والساسية، جامعة البليدة2، الجزائر، العدد 2، المجلد6، 2017.
- زينةغانميونس، العبيدي،إرادةالمريضفيالعقدالطبي،دراسةمقارنة،دارالنهضةالعربية،القاهرة، 2007.
- طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001.
- عبد الجليل مختاري، المسئولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007.

والاقتصادية، عدد1 (خاص)، مؤتمر الطب والقانون، نحو وضع نظام قانوني لجسم الابسان، جامعة الإمارات، المجلد17، العد1، ج1، 1998،ص 211.

- عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، الجامعة الإسلامية – عمادة البحث العلمي، الطبعة الاولى، السعودية، 2003.
- عبد الزراق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1938.
- عبد الكريم مأمون، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، مج3، ع2، 2008.
- عبدالكريممأمون،رضاالمريضعنالأعمالالطبيةوالجراحية،دارالمطبوعاتالجامعية،الطبعةالأولى،الإسكندرية، 2006.
- عيسجبروت، مراد طنجاوي، محدداتالرضافيمجالنقلوزرعالأعضاءالبشريةفيالتشريعالجزائري،ملتقىوطنيحولنقلوزرعالأعضاء، البشريةبينالشريعةوالقانون،خميسمليانة، ابريل، الجزائر، 20019.
- فطة نبالي معاشو، إذن المتبرع بأحد أعضاءه في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، مج8، العدد1، 2013.
- ماروك نور الدين، الحمايةالجنائيةللحقفيسلامةالجسمفيالقانونالجزائريوالمقارنوالشريعةالإسلامية،دراسةمقارنة،رسالةدكتوراه،معهدالحقوقو العلوم، الادارية، جامعة الجزائر، 1997.
- مايا عباس أسعد، التنظيم القانوني لعمليات نقل الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2015.
- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لاحكام المسئولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004.
- منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.
- مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016.

ثانياً- المراجع بالفرنسية

- A. CHADLY, Les prélèvements d'organes en vue de Greffe, Revue Maghreb médical,Volume 20, N0 : 345, Edition Maghreb médical, Tunis 2000.
- VAUCHY HENNETTE Stéphane, Dispose de sois «Une analyse du discours juridique sur lesdroits de la personne sur son corps», éditions l'Harmattan, Paris, 2004.
- VIALLA François, "Enjeux et logiques de l'information comme préalableau consentement", in association française de droit de la santé,(sous la direction), consentement et santé, éditions Dalloz,Paris, 2014.
  MAGARS Marie France, SEGURCT Sylvie, "Le consentement éclairé en périnatalité et enpédiatrie, ères, la vie de l'enfant", Paris, 2004.

الضوابط القانونية لعملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى في ظل القانون 18-11 المتعلق بالصحة

د. عشوش كريم
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:
قد ينفع الإنسان غيره قيد حياته بقدر ما ينفع حينما يموت ، إذ يمكن أن تنتزع منه أعضاؤه بعد إبداء موافقته قيد حياته ، بغية إنقاذ أشخاص آخرين ، إلا أنه لا بد أن يكون ذلك بضوابط قانونية حددها قانون 18-11 المتعلق بالصحة ، و ذلك من خلال وضع شروط محددة ، و أن الإخلال بهذه الشروط يقيم مسؤولية جزائية ، بغض النظر عن المسؤولية المدنية ,
الكلمات المفتاحية : نزع الأعضاء ، أنسجة بشرية ، ميت ، متلقي ، مسؤولية طبية .

مقدمة

لقد أصبح جسم الإنسان مصدرا هاما للأعضاء والأنسجة التي قد تزرع في أجسام مرضى آخرين بُغية علاجهم وإنقاذ حياتهم، لكن هذا يتصادم مع مبدأ حرمة المساس بجسم الإنسان.
فقد روي عن سيدتنا عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " كسرعظم الميت ككسره حيا".
إلا أنه ونتيجة للإكتشافاتالعلمية، ونظراً لأهمية عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية اتجه الفقه الإسلامي وكذاالقوانين الوضعية وحتى الأجنبيةإلى إباحة هذه الأعمال ، لكن بضوابط محددة و قد شددفيها المشرع بصفة كبيرة ، خاصة وأن الأمر يتعلق بجسم إنسان ميت.
إذن ماهي الضوابط القانونية لنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جسم إنسان ميت بغية زرعها في جسم إنسان حي ؟
إن الضوابط المفروضة إنما هي نتيجة ضرورة توفر شروط معينة لإباحة عملية النزع (المبحث الأول).
وأن عدم احترام ذلك سيؤدي حتما إلى قيام المسؤولية التي هي الأخرى من الضوابط المفروضة(المبحث الثاني).

المبحث الأول: شروط نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية من جثث الموتى

إن عملية نزع الأعضاء و الأنسجةوالخلاياالبشرية لا يمكن أن تتحقق إلا إذا توفرت هناك شروط معينة، لكن قبل التطرق لذلك لا بد من تعريف بعض المصطلحات الهامةالتي تخص الدراسة الحالية .
فعملية نزع الأعضاء هي عبارة عن " إزالة عضو من جسم إنسان حي أو ميت حسب مقتضى الحال و غرسها في جسم إنسان حي آخر"[1]
أماالعضو البشريهو" كل جزء من أجزاء الجنين أو جسم الإنسان أو جثته، يكون في الأصل غير سائل "

[1] – أسامة السيد عبد السميع: نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة – دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة للنشر – مصر 2006 – ص 09 .

أماالنسيج البشري هو" مجموعة متكاملة من خلايا مماثلة من نفس المنشأ والتي تحمل وظيفة محددة فالأعضاء تتكون من مجموعة وظيفية من الأنسجة".

الخليةالبشرية هي "أصغر وحدة في الكائن البشري، وتتكون من عدد كبير من الأجزاء الصغيرة ، ولكل منها وظيفته الخاصة به "[1] .

و كما سبق الإشارة إليه ، أن عملية الإستصال لا تتحقق إلا إذا توفرت شروط معينة ، فنجد منها ماهي عامة (المطلب الأول) ، وأخرى خاصة (المطلب الثاني)

المطلب الأول : الشروط العامة

تتمثل الشروط العامة في تكفل المؤسسات الاستشفائية بعملية النزع، عدم عرقلة التشريح الطبي الشرعي ، تحقيق الغرض العلاجي من عملية النزع .

1- تكفل المؤسسات الاستشفائية العمومية بعملية النزع :

أكدت المادة 366 من قانون الصحة على عدم إمكانية القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائيةالعمومية، المرخص لهامن طرف الوزير المكلف بالصحة ، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء [2] .

وتعتبر الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية والإستقلالالمالي ، وتوضع تحت وصاية وزير الصحة .

وقد صدر قرار وزاري بتاريخ 02 أكتوبر 2002 يتضمن الترخيص لبعض المستشفيات بإجراء عملية الاستئصال والزرع وهي :

***بالنسبة للقرنية :**

- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا(الجزائر العاصمة).
- المركزالإستشفائي الجامعي بني مسوس (الجزائرالعاصمة).
- المركزالإستشفائي الجامعي لمين دباغين (الجزائر العاصمة) .
- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة في طب العيون بوهران.
- المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة .

*** بالنسبة للكلى :**

- المركزالإستشفائي الجامعي مصطفى باشا(الجزائر العاصمة) .
- المؤسسة الإستشفائيةالمتخصصةعيادة دقسي (قسنطينة) .

*** بالنسبة للكبد:**

- مركز بيارماري كيري (الجزائر العاصمة) .

---

[1] – عادل الشهاوي ومحمد الشهاوي : شرح قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 05 لسنة 2010 – الطبعة الأولى– دار النهضة العربية – القاهرة – مصر – ص 13 .

[2] – راجع المادة 366 قانون رقم: 18-11 المتعلق بالصحة، المؤرخ في 29 يوليو 2018، ج. ر عدد 46 .

وقد إشترطت المادة السابق الإشارة إليها على ضرورة توفر هذه المؤسسات الإسشفائية على تنظيم طبي تقني وتنسيق إستشفائي كي تحصل على ترخيص للقيامبعمليات نزع الأعضاء والأنسجة.

وأن حرص المشرع على هذه الشروط إنما نظرا لأهمية هذه العملية وكذا خطورتها.

2-عدم عرقلة التشريح الطبي الشرعي :

إن التشريح الطبي الشرعي هو عبارة عن " شق لجسم الإنسان، ويتمثل ذلك في تشريح العنف والصدر وتشريح البطن والرأس، بغية معرفة سبب طريقة الموت وزمنه، هذا في حالة التحقيق الجنائي "[1] .

يتم تشريح جثة الميت في جرائم القتل إذا ما إشتبه في سبب وفاة الشخص ، كحالة القتل بالسم مثلا فيتعين في هذه الحالة تشريح الجثة لمعرفة نوع الطعام أو الشراب الذي تناولته الضحية قبل وفاتها[2].

وعملية نزع الأعضاء من الميت قد تعرقل في بعض الأحيان إجراءات التحقيق ، أو عملية التشريح الطبي لأن استئصال عضو من ميت بغية عملية الزرع، يحتمل أن يكون هذا العضو سبب لإظهار حقيقة الجريمة مثلا .

بمعنى أن غياب العضو بسبب استئصاله قد يُذهب ويضيع الكثير من المعلومات الضرورية المبينة لحقيقة وسبب الجريمة ،هذا ما جعل المشرع يمنع إجراء عملية نزع الأعضاء والأنسجة ، إذا كان ذلك يؤدي لعرقلة التشريح الطبي الشرعي [3] .

3- تحقيق الغرض العلاجي من عملية النزع :

إنه لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعهاإلا لأغراض علاجية [4].

بمعنى أنه لا يمكن أن تكون هذه العملية محل صفقة مالية [5] , لأن الغاية من عملية نزع الأعضاءأوالأنسجة إنما هو لعلاج المريض أو إنقاذ حياته ، فالغاية أسمى من أن تكون محل صفقة مالية.

كما أن أساس إعتماد فكرة إستئصال الأعضاء والأنسجة و الخلايا البشرية إنما كان ذلك من فكرة الإيثار والفائدة التي تعود للمريض المحتاج ، وهذا ماتوصل إليه مجتمع الفقه الإسلامي من خلال مؤتمره الرابع المنعقد بجدة (السعودية) في الفترة مابين 06 و 11 فبراير 1986 .

حتى أن المشرع من خلال نص المادة 96 من القانون المدني،اعتبر أن عدممشروعية المحل سبب لطلب بطلان العقد ، والمشروعية في هذه الحالة هو عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان [6] إلا بشروط ، وأن المقابل المالي في هذا النوع من العمليات يتنافى مع شروط محل العقد. وقد أكد هذا المفهوم من جهةأخرى ، قانون العقوبات من خلال المادة 303 مكرر 16 ، إذ اعتبرته فعلاً مجرما[7] .

---

[1] – زياد درويش : الطب الشرعي – المطبعة الجديدة – دمشق – سوريا 1980– ص 106 .

[2] – جيلالي بغدادي : التحقيق – الطبعة الأولى – الديوان الوطني للأشغال التربوية – الجزائر 1999 – ص 181 .

[3] – راجع الفقرة 03 المادة 363 قانون الصحة .

[4] – راجع المادة 355 قانون الصحة .

[5] – راجع المادة 358 قانون الصحة .

[6] – عشوش كريم : المسؤولية المدنية للطبيب – أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم – قانون خاص – جامعة باجي مختار عنابة – الجزائر 2016 – ص 63

[7] – راجع المادة 303 مكرر 16 من القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

إن منع المقابل المالي في عملية استئصال الأعضاء والأنسجة و الخلايا البشرية، إنما هو احترام للمبادئ القانونية والأخلاقية،التي من بينها مبدأ استقلالية الشخص والحفاظ على الكرامة الآدمية ومراعاة النظام العام والآداب العامة.[1]

المطلب الثاني : الشروط الخاصة

لم يكتف المشرع من وضع شروط عامة، بل ألزم أيضا ضرورة توفر شروط خاصة لصحة عملية نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية من جسم ميت ، وهي :

التحقق من الوفاة ،عدم رفض المتوفيحال حياته لعملية النزع ، الالتزام بالسرية .

1 –التحقق من الوفاة :

لا يمكن استئصال الأعضاء البشرية أو الأنسجة من الميت إلا إذا تم التحقق من وفاته ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 362 قانون الصحة ، على أنه "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ، إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية..." .

و تعرفالوفاة من الناحية الشرعية بأنها"مفارقة الروح للجسد"[2]

أما من الناحية القانونية فهي" اللحظة التي يتوقف فيها المرء عن الحياةأواللحظة التي يتحول فيها الجسم إلى جثة".

وتعرف أيضا بأنها" تلاشي الشخصية القانونية مما يترتب آثار قانونية مهمة تتمثل في تغيير الحالة المدنية للمتوفي وتوقفه عن كونه شخص في نظر القانون"[3].

أما من الناحية الطبية فقد أثار تحديد فترة الوفاة جدلا كبيراً ، لأنه إذا ما توقف قلب الإنسان عن النبض ، وبقيت خلاياالمخ حية ، وبغرض عدم موت المخ ، فإنه من الممكن إعادة القلب إلى عمله الطبيعي ،عن طريق إستخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي.أما إذا ماتت خلايا المخ وأستمرالقلب يعمل فإنه لا أمل في إعادة الحياة إلى المخ .

ولقد اتجه العالم بأجمعه تقريبا إلى اعتبارالشخص ميتا متى ماتت خلاياالمخ ، حتى ولولم تمت خلاياالقلب بعد [4] .

لهذا ، يفترض ترك تعريف الموت لرجال الطب لا لرجال القانون ، فذلك إختصاصهم .

أشار قانون الصحة في نص الفقرة الأولى المادة 362 على أن يكون تحقق الوفاة إلا بعد معاينة طبية شرعية وفقا لمعايير علمية يحددهاالوزير المكلف بالصحة،و الظاهرأن النص مبهمانوعا ما وغير واضح فالمشكلة لا تكمن في المعاينة، بل في الإشكالات التي يمكن أن تنجم فيما يتعلق بتحديد لحظة الوفاة .

وكما سبق الإشارة إليه، فإن الأطباء يعتبرون أن المخ هو الحد الفاصل بين الحياة والموت وتأكيدا لذلك يتم إستعمال جهاز الرسم الكهربائي قبل الإعلان عن الوفاة ، بعد ملاحظة مايلي :

– إنعدام الوعي التام ورد الفعل مما يدل على إنهيار الجهاز العصبي .

---

[1] – بن خليفة إلهام : جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري – مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة الوادي – الجزائر – العدد06 – جانفي 2013 – ص 69 .

[2] – حاشية الشيخ سليمان البجيرمي : تحفة الحبيب على شرح الخطيب – مكتبة مصطفى الحلبي وأولاده – مصر 1951 ص 235.

[3] – أحمد عبد الدايم : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني – د ،ط – منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان 1999 – ص 201 .

[4] – عشوش كريم – المرجع السابق –.ص 58 .

– إنعدام التوتر عند تمدد الحدقة .

– إنعدام الحركة العضلية اللاشعورية والمتعلقة بالتنفس إلا عنداستعمالالأجهزة .

– إنعدامأي أثر لنشاط المخ في جهاز رسم المخ الكهربائي [1].

على كل حال يعتبر الموت الدماغي هو الموت الحقيقي وبه يسمح للأطباء إستئصال ونزع الأعضاء والأنسجة بغية زرعها.

2– عدم رفض المتوفي حال حياته لعملية النزع :

لقدأشارت الفقرة الأولى من المادة 362 من قانون الصحة، **إلى ضرورة موافقة الشخص** المتوفي حال حياته وعدم إعتراضه على عملية النزع(الإستئصال) ويعتبر ذلك شرط أساسي لهذه العملية.

وقد أكد المشرع على فكرة عدم الرفض قيد الحياة والتي يقصد بها بمفهوم المخالفة الموافقةويكون التعبير عن الرفض بأي وسيلة كانت، فلم يتم تحديد شكليةمعينة بل ترك المجال

مفتوحا ، وذلك تسهيلا وتبسيطا للإجراءات .

وهو عكس ما أخذ المشرع الأردني و المغربي، و كذا التونسي [2].

والظاهر أن المشرع بعدما كان يتحدث عن الموافقة والرضا في قانون حماية الصحةوترقيتها الملغى رقم 85–05، أصبح يتحدث عن عدم الرفض ، وكأن الأصل هو قبول الشخص لعملية نزع الأعضاء والأنسجة مالم يرفض[3]، لأن الإجراءات الشكلية السابقة وضرورة الحصول على موافقة أفرادالعائلة من شأنه إعاقة سير هذه العملية،وأن الأمر يقتضي في هذه الحالة السرعة وعدم الإنتظار .

كما أن المشرع يرمي أيضا لتوسيع نطاق هذه الممارسات الطبية وعدم جعلها حبيسة الإجراءات الشكلية، نظرا لأهميتها .

والتعبير عن الرفض كما سبق الإشارة إليه يكون بأي وسيلة، لاسيما خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، هذا من جهة[4] .

من جهة أخرى ، يتعين على الفريق الطبي المكلف بالنزع أن يطلع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفي، و أنه في حالة غياب التسجيل تتم استشارة أفراد الأسرة البالغين حسب ترتيب الأولوية الأب أوالأم أوالزوج أو الأبناء أو الأخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفي دون أسرة [5].

---

[1] – أحمد شوقي عمر أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث – الطبعة الأولى – دار المطبوعات الجامعية – مصر 2006 – ص 523 .

[2]– بالنسبة للقانون الأردني المتعلق بنزع و نقل الأعضاء لسنة 1977 فقد إشترط في مادته الخامسة على ضرورة الوصية بالأعضاء قبل الوفاة بموجب إقرار خطي ثابت التوقيع و التاريخ ، وهو نفس ما أخذ به المشرع المغربي بموجب القانون المتعلق بنزع و نقل الأعضاء لسنة 1999 ، و كذا القانون التونسي لسنة 1991 .

[3] – لقد أخد المشرع الفرنسي بما يعرف بمبدأ قرينة الموافقة ، حسب ما أكده قانون 29 جويلية 1994 المتعلق بنقل الأعضاء البشرية، على إعتبار إمكانية إستئصال الأعضاء مالم يعترض المتبرع على ذلك أثناء حياته .

[4] – راجع الفقرة 02 المادة 362 قانون الصحة .

[5] – راجع الفقرة 03 المادة 362 قانون الصحة .

مرة أخرى تجدر الإشارة أن المشرع ربما حاول تسهيل إجراءات عملية الاستئصال من خلال بحثه على عدم رفض المتبرع بعدما كان يبحث عن الموافقة ، إلا أنه سقط من جهة أخرى في معضلة عرقلة الإجراءات من خلال محاولة أخذ رأي الأسرة عند عدم غياب التسجيل في السجل ، فهو رجوع للطريقة والإجراءات القديمة بطريقة غير مباشرة .
فعلى المشرع إما الإبقاء على الإجراءات القديمة أوالتفتح على فكرة تبسيط الإجراءات لتكون حافزاً كبيرا لتوسيع وتسهيل تطبيقالعملية ،لأنه في كل الأحوال عندغياب تسجيل رفض المتبرع يتم الرجوع إلى السجل ، بعدها لرأي الأسرة.
إختتم المشرع نص المادة 362 من قانون الصحة بضرورة إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفي البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها[1] ، لكن هذه الفقرة تشمل على تناقضات أيضا ما دام أنه في حالة عدم الإعتراض يتم الرجوع لسجل الرفض الذي يحيل لضرورة إستشارة أفراد العائلة ،فما فائدة إعلامهم بعدما تمت إستشارتهم في السابق .
لذا، يتعين مراجعة هذه المادة ، لتكون أكثر فعالية ونجاعة خاصة وأن الأمر يتعلق بإنقاذ حياة إنسان آخر .
فمن جهة المشرع يحاول تسهيل الإجراءات وتشجيع عملية الإستئصال،ومن جهة أخرى يحاول حماية المتبرع بوضع قيود أخرى ، وهذا مايخلق التناقض .

3 –الالتزام بالسرية :

منعت الفقرة الاولى من المادة 363 قانون الصحة عن كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي ، وهوية المتلقي لأسرة المتبرع وذلك حفاظا على سريةالعملية.
فالتبرع بالأعضاء سواء كان بين الأحياء أو من الموتى في حقيقة الأمر إنما هوعمل تطوعي محظ ويكون خالصا لوجه الله مصداقا لقوله تعالى "إنمانطعمكم لوجه الله لا نريد منكم جزاء ولا شكورا"[2].
فالمتبرع إنما يرجو من عمله أجر من الله لامن عائلة المتلقي ، هذا ماجعل المشرع يمنع كشف هوية المتلقي لأسرة المتبرع ، لأنه قد يكون ذلك سبيلاً للطمع وطلب مقابل من الفعل الخيري الذي قام به المتبرع ، ليعتقد المتلقي أن تلك الخدمة هي دينا تجاه عائلة المتبرع .
حتى أن هويةالمتبرع المتوفي تبقى مجهولة على المتلقي ، إنما ذلك لاعتبارات إنسانية بالدرجة الأولى ، فالسرية تجعل ضمير كل واحد مرتاح ، وتسهل من سير العملية بنجاح فالاعتبارالأول والأخير من هذه العملية هو محاولة إنقاذ وعلاج حياة شخص آخر ولا وجود لأي اعتبار آخر ، فلا داعي لكشف هوية كل طرف مادام أن القصد أسمى من كل غاية .
تأكيداً لنفس الفكرة ، وحفاظا على السرية التامة منع المشرع أيضاالطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من المشاركة في الفريق الذي يقوم بعمليةالزرع [3] ، وهذا ضمانا لعدم معرفة هوية الأطراف (المتلقي والمتبرع) وكذا قطع دابر كل محاولة وساطة أو محاباة أو كل محاولة التلاعب في العملية ، خاصة إذا علمنا أن الطبيب هو همزة وصل بين الطرفين .

---

[1] – راجع الفقرة 04 المادة 362 قانون الصحة .
[2] – سورة الإنسان ، الآية: 9
[3] – راجع الفقرة 02 المادة 363 قانون الصحة .

المبحث الثاني: المسؤولية الناجمة عن الإخلال بضوابط عملية النزع من جثث الموتى

إن إخلال الطبيب بالضوابط القانونية لعملية نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية يقيم على عاتقه مسؤولية جزائية (المطلب الأول) إلى جانب قيامالمسؤولية المدنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : المسؤولية الجزائية

يمكن القول أن المسؤولية الجزائية في هذه الحالة تكمن فيما يلي :

1- جريمة إنتزاع عضو أوأنسجةأو خلايا بشرية مقابل منفعة مالية :

نصت المادة 430 من قانون الصحة على معاقبة كل من يخالف الأحكام المتعلقة بنزع وزرع الأعضاءوالأنسجة والخلايا البشرية طبقا لأحكام المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات [1].

فقد أحالت هذه المادة إلى أحكام قانون العقوبات ، وبالرجوع لنص المادة 303 مكرر 16 أكدت على معاقبة كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أوأية منفعة أخرى بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات، وبغرامة مالية من 300.000 دج إلى 1000.000 دج [2] .

في حين أن المادة 303 مكرر 18 تضمنت عقوبة إنتزاع أنسجة أو خلايا من جسم مقابل مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى ،بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية 100.000 دج إلى 500.000 دج [3] .

فهذه المواد كلها تعتبر بمثابة الركن الشرعي لهذه الجريمة ، من الأساس الشرعي لإدانة المتهم .

وأن الركن المادي يكمن في فعل الانتزاعوذلك باستئصال العضو أو النسيج أو الخلاياالبشرية من جسم الإنسان .

والجدير بالذكر أن المادتين 303 مكرر 16 و303 مكرر 18 من قانون العقوبات لم تسلطا الضوء على الشخص صاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع والذي قام ببيع عضوه أو نسيجه البشري مقابل مبلغ مالي أو تحصل على منفعة أخرى، بل قصدت الشخص الذي يتحصل على العضو أو ينتزعه بمقابل ، وليس الشخص صاحب العضو الذي باعه وحبذا لو أن المشرع ركز أيضا على عقوبة هذا الأخير ، حتى يكون ذلك عائقاً وردعا لكل عملية اتجار بالأعضاء .

وبما أن هذه التهمة تخص بالدرجة الأولى الشخص المتحصل على العضو أو النسيجأو الخلايا ، فهي تهمة توجه للشخص المتحصل على الأعضاء من جسم شخص حي كان أو ميت .

أيضا ما يشكل الركن المادي للجريمة هو وجود مقابل مالي أو أي منفعة أخرى، فقد يكون المقابل المالي مالا منقولا أو عقارا أو أي منفعة مالية أخرى [4].

وقد تكون منفعة غير مالية كنشر إسم أو صاحب صورة العضو المنقول منه في وسائل الإعلام مثلا لينال الشهرة[5].

---

[1] – راجع المادة 430 قانون الصحة .

[2] – راجع المادة 303 مكرر 16 قانون العقوبات .

[3] – راجع المادة 303 مكرر 18 قانون العقوبات .

[4] – عابد الديات سميرة: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون – رسالة دكتوراه – دار الثقافةوالتوزيع عمان – الأردن – 1999 – ص 67 .

[5] – زهور أشواق : المسؤولية الجزائية للطبيب التاجمة عن نقل و زرع الأعضاء البشرية و الإتجار بها –مجلة دفاتر السياسة و القانون – العدد 14 – جانفي 2016 – ص 126 .

أما الركنالمعنوي ، فيتمثل في إنصراف إرادة الجاني إلى تحقيق الجريمة بجميع أركانها مع علمه بأن القانون ينهي عن ذلك ويعاقب عليه.

إنه باجتماع هذه الأركان الثلاث ، سيؤدي ذلك لقيام جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

2- جريمة الحصول على عضوأو أنسجة أو خلايابشرية دون موافقة:

إن المشرع نص على جريمة الحصول على عضو أوأنسجة أو خلايا بشرية دون موافقة صاحبه، وذلك من خلال المواد 303 مكرر 17،و 303 مكرر 19 من قانون العقوبات.

والملاحظ أن المشرع خص هاتين المادتين في فقرتيهما الأولى على أن يكون الانتزاع من جسم شخص حي.

أماالفقرة الثانية لكلا من المادتين 303 مكرر 17 و 303 مكرر 19 تضمنت العقوبة الناجمة عن الإنتزاع من جسم ميت ،لكن ليس فقط بسبب انعدام موافقة صاحب العضو بل بصفة عامةأي بسبب عدم إحترام التشريع الساري المفعول .

فكان على المشرع أن يكون دقيقا وواضحا ، ولا يدرج كل الأفعال بصفة عامة في نص واحدأو في فقرة واحدة ، لأن الأفعال المخالفة للتشريع في حالة النزع من شخص ميت قد يكون عدم الحصول على موافقة المتبرع قيد حياته ، أو الإنتزاع قبل التحقق من الوفاةأو الإنتزاع مقابل منفعة ...إلخ .

فمثلما وضّح المشرع هذه الأفعال في حالةالنزعمن شخص حي،كان عليه أن يكون كذلك في حالةالنزع من شخص ميت .

وشرط الحصول على الموافقة أو رضا المتبرع ، يعني موافقته قيد حياته ، فكما سبق الإشارة إليه أن عملية نزع الأعضاء أو الأنسجة تستلزم موافقة صاحبه قيد حياته [1].

إذن لا يمكن للطبيب أن يقبل على نزع أعضاء الشخص الميت دون أن يبدي المتبرع موافقته قيد حياته وهذا فعل مجرم.

فالركن الشرعي واضح من خلال المادتين 303 مكرر 17 و 303 مكرر 19 من قانون العقوبات، وكذا نص المادة 430 قانون الصحة.

بالنسبة للركن المادي، فيجب القول أن رضا المريض أو المتبرع في الأعمال الطبية ضروري في مجال نزع الأعضاء والأنسجة البشرية، خاصة ما نصت عليه المادة 362 قانون الصحة، فإن أقبل الطبيب على نزع أي عضو دون موافقة المتبرع قيد حياته ، أو إذا ما أبدى إعتراضه على ذلك في سجل الرفض وبالرغم من ذلك قام بالعملية ، فهذا يشكل الركن المادي للجريمة .

أما ما تعلق بالركن المعنوي فهي انصراف إرادة الجاني لاقتراف الفعل، ويتجلى ذلك في علمه وإدراكه بذلك.

فإذا ما اجتمعت هذه الأركان ، سيتشكل حتما جريمة إنتزاع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون موافقة صاحبها .

للإشارة فقط، أن المشرع شدد من العقوبة إذا ما تعلق الأمر بانتزاع عضو إذ جعل العقوبة من خمس سنوات إلى عشر سنوات حبس وبغرامة مالية من 500.000 دج إلى 1000.000 دج [2] .

---

[1] – راجع المادة 362 قانون الصحة .

[2] – راجع الفقرة 02 المادة 303 مكرر 17 قانون الصحة .

أما إذا ماتعلق الأمر بانتزاع نسيج أو خلايا بشرية فالعقوبة أخف عن سابقتها،إذ تتراوح مابين سنة إلى خمس سنوات حبس، وبغرامة مالية تتراوح من 100.000 دج إلى 500.000 دج.[1]

المطلب الثاني : المسؤولية المدنية

إن إخلال الطبيب بأي إلتزام من إلتزاماته فيما يخص نزع الأعضاء او الأنسجة أو الخلايا البشرية ،سيقيم ذلك حتما مسؤولية على عاتقه، يستوجب من خلالها التعويض ، وبالرغم من إختلاف البعض حول طبيعة المسؤولية إلا أن الجميع يتفق أن لقيامها يستوجب توفرركن الخطأ ، الضرر، وعلاقة السببية.

1- طبيعة مسؤولية الطبيب :

بالرجوع لأحكام المادة 366 من قانون الصحة ، فإنها تقتضي صراحة بعدم إمكانية نزع الأعضاء أو الأنسجة أوالخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها .

إذن الطبيب تربطه علاقة تبعية إدارية بالمستشفى وإن لم يتعامل مع المريض مباشرة ، بل أن المريض إتجه إلى المستشفى الذي يعمل فيه الجراح .

وبذلك فالمستشفى بحكم أنه مرفق عمومي ، فإن إخلال الطبيب بأي إلتزام ، سيقيم حتما مسؤوليةالمستشفى وكقاعدة عامة يمكن اللجوء إلى القضاء الإداري،أي المحكمة الإدارية المختصة إقليميا، تماشيا مع أحكام المادة800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

بما أن الطبيب موظف يعمل لحساب المستشفى فأكيد أن هذا الأخير سيتحمل مسؤولية الأفعال المرتكبة من قبل الطبيب ، على أساس مسؤولية تقصيرية، أي على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، عملاً بنص المادة 136 القانون المدني، المعدلة بالقانون 05-10 التي تشترط لقيام المسؤولية العمل لحساب شخص أخر.[3]

وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية في قرارها المبدئي الصادر بتاريخ 22 جوان 1936 الذي نص في إحدى حيثياته: "إن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي يعالج فيه المريض ، ولو كانت علاقة تبعية إدارية ، كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب ... ."[4] .

---

[1] – راجع الفقرة 02 المادة 303 مكرر 19 قانون الصحة .

[2] – راجع المادة 800 من قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 21 أفريل 2008 .

[3] – راجع المادة 136 أمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم المتضمن القانون المدني.

[4]– علّق الأستاذ سليمان مرقس حول القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية بـ 22 جوان 1936 في مقال نشره في مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية من الوجهة المصرية –السنة السابعة العدد الأول جانفي 1937 ص 175 و 176 "... أما وصف التبعية التي تترتب عليها المسؤولية بأنها أدبية فلا يمكن الأخذ به على إطلاقه ، لأن ذلك قد يؤدي الى توسيع دائرة التبعية وتراخيها إلى أقصى حدود التراخي وأن محكمة النقض لم تقصد هذه النتيجة، وأن ما تشير اليه محكمة النقض لم يثبت الا التبعية المادية بالنسبة فقط لتقصير الطبيب في واجباته التي تفرضها عليه وظيفته، ولم ينصرف قط إلى تبعية الطبيب بالنسبة لعمله الفني، ولا إلى تلك التبعية التي قالت عنها المحكمة أنها مجرد تبعية أدبية. "

وبذلك تقوم مسؤولية المستشفى عن أعمال تابعه (الطبيب) والتي لايمكن دفعها إلا بالسبب الأجنبي ، كما أن للمستشفى أن يرجع على الطبيب إذا كان الخطأ جسيما فقط ، حسب ما نصت عليه المادة 137 القانون المدني .

2- عناصر المسؤولية المدنية :

لقيام مسؤولية الطبيب الناشئة عن إخلاله بشروط عملية نزع الأعضاء أوالأنسجة أوالخلايا البشرية، لابد من توفر أركان معينة ، عملا بالأحكام العمة للمسؤولية من خلال نص المادة 124 القانون المدني ، وهي : الخطأ، الضرر وعلاقة السببية.

الخطأ:

الخطأ هو" كل تقصير في إلتزام قانوني سواء كان مصدره العقد أم القانون "[1] .

والخطأ الطبي هو " كل تقصير في مسلك الطبيب ، لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول"[2] .

فالأخطاء الطبية في حالة نزع لأعضاء ولأنسجةوالخلايا البشرية قد يكمن في عدم أخذ الطبيب بموافقة المتبرع قيد حياته.

كما قد يكون بإتلاف العضو المستأصل عند إجراء العملية الجراحية لنزعه، بحيث لا يعود هذاالعضو صالحا.

كما أن نزع الأعضاء أو الأنسجة من الميت لاستعمالها لغرض غير علاجي، يعد أيضا بمثابة خطأ طبي، لأنه يخالف أحكام المادة 355 من قانون الصحة.

فكل هذا التقصير المخالف للقواعد والضوابط المفروضة عند نزع الأعضاء والأنسجة يعد بمثابة خطأ في حق الطبيب.

الضرر:

يعرف الضرر بأنه: " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة، سواء كانت مادية أو معنوية. " [3]

والضرر الطبي هو " الأذى الذي يصيب المريض في جسمه أو ماله أوشرفه ،أوعواطفه وأحاسيسه من جراء فعل الطبيب." [4]

والظاهر أن الضرر في هذه الحالة لايصيب الشخص الميت الذي أنتزع منه العضوأوالأنسجة ، بل قد يصيب أهله وأسرته خاصة ماتعلق بالضرر المعنوي كانتزاع عضو دون موافقة المتبرع قيد حياته ،فبعلم أسرته بذلك سيؤدي حتما لإلحاق ضرر معنوي لهم لأنه تعدي على حرمة الميت .

---

[1] – محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان – دار النهضة العربية – القاهرة مصر 2004 – ص 145.

[2] – عبد الراضي محمد هاشم عبد الله : المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي – أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون – جامعة القاهرة – مصر 1994 –ص 81 .

[3] – العربي بلحاج : النظرية العامة – الإلتزام في القانون المدني الجزائري – الجزء الثاني – الواقعة القانونية – ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر 1997 –ص 143 .

[4] – عشوش كريم – المرجع السابق – ص 177.

كما قد يلحق الضرر للطرف الأخر الطرف المتلقي الذي كان ينتظر العضو ، وأن الطبيب نتيجة خطئه وإتلافه للعضو سيضيع على المريض المتلقي فرصة علاجه أو شفائه

ربما هذه أهم تطبيقات الضرر التي نجدها في حالة عملية نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية

إنه إذا ما تم إثبات الضرر، يمكن للمضرور أو ذوي الحقوق طلب التعويض جبرا لذلك،لكن إلا إذا توفر ركن أخر لجانب ركن الخطأ، ألا وهو علاقة السببية .

علاقة السببية :

تعرّف علاقة السببية "أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر"[1] .

وفي ميدان المسؤولية الطبية أن " يكون الضرر اللاحق بالمريض نتيجة لخطأ الطبيب ".

وليس بالضرورة أن يكون الضرر قد أصاب المريض مباشرة بل يمكن أن يصيب حتى ذوي حقوق أو أسرة المريض، خاصة وأننا بصدد التكلم عن نزع الأعضاء والأنسجة من جسم إنسان ميت.

فانتزاع عضو بشري من جسم إنسان ميت دون موافقته قيد حياته مثلا،يسبب ضرر معنوي لأسرة المتوفي، بسبب خطأ للطبيب الجراح ، وهذه هي علاقة السببية .

ولقد ثار جدل فقهي كبير حول نظرتي تعادل أو تكافؤ الأسباب وحول نظرية السبب المنتج إلا أن الفقه الحديث يرى أن كلا من النظريتين المذكورتين لها مزاياها وعيوبها، وأن المحاكم لا تعتنق أيا منها بصفة مبدئية ، بل تلجأ حسب الأحوال إلى أيهما توصل إلى الحل العادل في القضية المطروحة ، وللمحكمة أن تأخذ بما يتماشى مع القضية لإنصاف الأطراف المتنازعة .

إن القاعدة العامة تقتضي أن عبء إثبات علاقة السببية تقع على عاتق المدعي.[2]وبذلك ففي ميدان المسؤولية الطبية، فان إلقاء عبء الإثبات يقع على عاتق المريضفعليه إثبات أن خطأ الطبيب هو الذي تسبب في إحداث الضرر.

غير أن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها بصفة مطلقة في ميدان المسؤولية الطبية ، إذ أصبح القضاء يتساهل من جهة المريض نوعا ما ، ويُقيم قرينة لصالح هذا الأخير إذا كان من شأن الخطأ أن يُحدث عادة الضرر، وعلى الطبيب نفي هذه القرينة بالسبب الأجنبي وهو ما نادى به الأستاذ السنهوري[3].

ويتضح أيضا أن موقف القضاء فيما يخص إثبات علاقة السببية يسير نحو التشدد في أحكام المسؤولية الطبية من جهة الطبيب، فبعد أن كان القضاء يتطلب وفقا للقواعد العامة إثبات المريض توفر علاقة السببية بين الخطأ الطبي و الضرر، أصبح يقيم قرينة على توفر تلك القرينة لمصلحة المريض ،وعلى الطبيب إثبات توفر السبب الأجنبي لنفيها.

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – الجزء الأول – المجلد الأول – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – الطبعة الجديدة الثالثة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان 1998 – ص 774

[2] – محمد حسنين: الوجيز في شرح نظرية الالتزامو أحكامها في القانون المدني الجزائري – المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع – الجزائر 1983– ص 474.

[3] – محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – مصر 2001 – ص180.

كما أن القضاء إن كان يتردد في قبول علاقة السببية بين الخطأ والضرر عند وجود أدنى شك، إلا أنه يَفترض قيام علاقة السببية بين الخطأ الثابت وضياع فرصة المريض في الشفاء، أو الحياة ، أو التحسن ، أو تفادي أضرار مُعينة [1] .

للإشارة فقط إنه باجتماع الأركان الثلاث ألا وهي الخطأ الطبي، الضرر، العلاقة السببية سيؤدي ذلك حتما لقيام المسؤولية على عاتق الطبيب أو على المستشفى، وبذلك يحق للمضرور أن يطلب التعويض عملا بنص المادة 124 من القانون المدني [2]، ولا يكون ذلك إلا بعد رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة.

خاتمة

إن صدور قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة إنما جاء لسد الفراغ و النقص الذي كان يتضمنه القانون الملغى رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

و أنه في مجال نزع الأعضاء والأنسجة و الخلايا البشرية من جثث الموتى، فإن المشرع لم يحدد لها إلا ما هو في حدود ثلاث مواد فقط، لتنظيم مثل هذه العملية المهمة و المعقدة.

لقد حاول المشرع تدارك الأمر، غير أنه مازال بعيدا عن مايشهده الميدان الطبي من تطورات وتقدمات مذهلة.لهذا، تعيّن اقتراح التوصيات الآتية:

- تعديل قانون الصحة رقم 18-11 وذلك بإضافة مواد قانونية تبين وتوضح أكثر عملية نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية من جثث الموتى، ولا يجب أن يقتصر الأمر على ثلاث مواد فقط.
- جعل النصوص القانونية تتماشى مع التطور السريع لميدان الطب ، وعدم الإكتفاء بالطرق و المفاهيم التقليدية التي تعرفها عملية نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية .
- تسهيل عملية نزع الأعضاء من جثث الموتى من خلال رفع عدد المؤسسات الإستشفائية المرخص لها لإجراء هذه العملية عبر التراب الوطني ، مع تبسيط إجراءاتها .
- إعادة النظر فيأحكام الفقرة 4 المادة 362 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة و التي تتضمن إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفي بعمليات النزع ، مادام أنه يتم إستشارة أفراد العائلة في كل مرة عند غياب تسجيل موقف المتوفي قيد حياته فيالسجل ، فهذا يشكل تعطيل الإجراءات و تكرارها مرتين، فيتعين توضيح و تحديد حالات إعلام أفراد العائلة ، وأن لا يبقى النص عاما ، حتى لا يتكرر الإجراء .
- ضرورة تعديل أحكام الفقرة 2 للمادة 303 مكرر 17من قانون العقوبات ، والفقرة 2 للمادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات ، المتضمنة الأفعال المجرمة الناجمة عن عملية نزع الأعضاء من جثث الموتى ، و عدم الاكتفاء بعمومية النص ، بل بتجريم كل فعل على حدى ، مثل ماهو منصوص عليه في عملية النزع من إنسان حي .
- ضرورة إنشاء بنك خاص بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، لتمكين تخزينها وتسهيل عملية النزع والزرع.

[1] - Trib –civ – Montpellier – 21 Nov 1974 – G.P 1975 – I – note Doll.

[2] – راجع المادة 124 القانون المدني ، تقابلها المادة 1382 قانون مدني فرنسي .

قائمة المراجع

*** الكتب العامة :**

– العربي بلحاج : النظرية العامة – الإلتزام في القانون المدني الجزائري – الجزء الثاني الواقعة القانونية – ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر 1997 .

– جيلالي بغدادي : التحقيق – الطبعة الأولى – الديوان الوطني للأشغال التربوية – الجزائر 1999 .

– حاشية الشيخ سليمان البجيرمي : تحفة الحبيب على شرح الخطيب – مكتبة مصطفى الحلبي واولاده – مصر 1951 .

– عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – الجزء الأول – المجلد الأول – نظرية الإلتزام بوجه عام – مصادر الإلتزام – الطبعة الجديدة الثالثة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان 1998.

– محمد حسنين : الوجيز في شرح نظرية الإلتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري – المؤسسة الوطنية للنشرو التوزيع – الجزائر 1983

*** الكتب المتخصصة :**

– أحمد عبد الدايم : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني – د ط – منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان 1999 .

– أحمد شوقي عمرأبوخطوة : القانون الجنائي والطب الحديث – الطبعة الأولى – دار المطبوعات الجامعية – مصر 2006

– أسامة السيد عبد السميع : نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة – دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر – مصر 2006 .

–زياد درويش : الطب الشرعي – المطبعة الجديدة – دمشق – سوريا 1980

– عادل الشهاوي ومحمد الشهاوي : شرح قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 05 لسنة 2010 – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – القاهرة – مصر .

– محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية مصر 2001

– محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان – دار النهضة العربية – القاهرة مصر 2004

*** الرسائل :**

– عابد الديات سميرة: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون – رسالة دكتوراه – دار الثقافة والتوزيع – عمان – الأردن1999 .

– عبد الراضي محمد هاشم عبد الله : المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي – أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون – جامعة القاهرة – مصر 1994 .

– عشوش كريم : المسؤولية المدنية للطبيب – أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم – قانون خاص – جامعة باجي مختار – عنابة –الجزائر 2016 .

*** المجلات:**

– بن خليفة إلهام : جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري – مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة الوادي – الجزائر –العدد06 – جانفي 2013
زهور أشواق :المسؤولية الجزائية للطبيب التاجمة عن نقل و زرع الأعضاء البشرية و الإتجار بها –مجلة دفاتر السياسة و القانون – العدد 14 – جانفي 2016
– سليمان مرقس: تعليق على قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بـ 22 جوان 1936 – مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية من الوجهة المصرية –السنة السابعة – العدد الأول جانفي 1937 .

*** النصوص القانونية :**

–النصوص الوطنية :

– قانون 08–09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر رقم 21 مؤرخة في 23 أفريل2008 .
– قانون رقم 09–01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل للأمر رقم 66–156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.
– قانون رقم 18–11 المتعلق بالصحة ، المؤرخ في 29 يوليو 2018 ، ج ر عدد 46
– أمر 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم المتضمن القانون المدني
– قرار وزاري مؤرخ في 02 أكتوبر 2002 المتعلق بالترخيص لبعض المستشفيات بإجراء عملية الإستئصال .

–النصوص الأجنبية :

– قانون مدني مصري .
– قانون مدني فرنسي .
– القانون الأردني لعام 1977 المتعلق بنزع و نقل الأعضاء .
– القانون التونسي لعام 1991 المتعلق بنزع و نقل الأعضاء .
– القانون الفرنسي المؤرخ في 29 جويلية 1994 المتعلق بنقل الأعضاء البشرية
– القانون المغربي لعام 1999 المتعلق بنزع و نقل الأعضاء.

نقل وغرس الأعضاء البشرية من منظور الشريعة الإسلامية

د. عزوزة مبعوج شهرزاد

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:

إنّ عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية من النوازل الفقهية المعاصرة التي أحاطها الفقهاء والباحثون بعناية خاصة بعد أن شدّت انتباههم منذ سنوات؛ لأنّ موضوعها جسد الإنسان على كرامته، واستطاعوا بلورة النظر الفقهي فيها رغم تشعب أطرافها، وكثرة صورها وأشكالها، ورغم اتجاه المجامع الفقهية ومنذ سنوات إلى القول بجواز هذه العمليات بضوابطها الشرعية بناء على الدراسات والأبحاث العلمية التي وضعها أهل الصنعة والاختصاص من أطباء وباحثين، غير أنّ انتشار فتاوى عدم الجواز لبعض العلماء، ثم التسويق لها إعلاميا جعل النّاس يتهيبون من التبرع حال حياتهم أو بعد موتهم، خاصة وأنّ هذه الأعضاء صارت محل لتجارة رائجة في أسواق سوداء تسيطر عليها منظمات دولية موازية، ومافيا سرقة الأعضاء البشرية، الأمر الذي جعل إعادة إبراز هذا الموضوع على درجة من الأهمية، مع التركيز على الأدلة، وإظهار الضوابط الشرعية التي ضبط بها العلماء هذه العمليات للحيلولة دون اتخاذ أعضاء جسد الإنسان سلعة خاضعة للعرض والطلب.

الكلمات المفتاحية: الموازنة؛ طبيب؛ ثقة؛ الموت الدماغي؛ تحريم البيع؛ الغدد التناسلية.

Résumé :

Le transfert et l'implantation d'organes humains de calamités jurisprudentielles contemporaines dont les juristes et les chercheurs se sont occupés, surtout après avoir attiré leur attention il y a des années, parce que son sujet est le corps humain sur sa dignité, et ils ont pu cristalliser la considération jurisprudentielle d'eux malgré la bifurcation de leurs membres, et le grand nombre d'images et de formes, et malgré la tendance des académies jurisprudentielles il y a des années à dire que ces opérations sont admissibles avec leurs contrôles juridiques basés sur des études et des recherches scientifiques développées par les gens de l'industrie et la spécialisation des médecins et des chercheurs, mais la propagation de fatwas d'inadmissibilité pour certains savants, puis le marketing Ses médias ont fait craindre aux gens de donner en cas de vie ou après leur mort, d'autant plus que ces organes sont devenus l'objet d'un commerce populaire sur les marchés noirs contrôlés par des organisations internationales parallèles, et de la mafia du vol d'organes humains, ce qui a rendu ce sujet important de la mise en évidence, en mettant l'accent sur les preuves, et en montrant les contrôles légaux par lesquels les scientifiques contrôlaient ces opérations pour empêcher que les organes du corps humain ne soient pris comme une marchandise soumise à l'offre et à la demande.

Mots-clés: équilibre; médecin; confiance; mort cérébrale; interdiction de vente; gonades.

مقدمة:

تعتبر عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية من النوازل الفقهية المعاصرة، والتي أفرزها التطور الكبير في مجال العمليات الجراحية قصد الحفاظ على حياة الناس، أو التخفيف من آلامهم ومعاناتهم. فعمليات نقل وغرس الأعضاء يلجأ إليها الأطباء بعد تعذر الشفاء واستعصاء المرض، فهي بمثابة آخر الحلول ومحط آمال المرضى، ولما كانت الشريعة الإسلامية رحمة كلّها كان فيها من التيسير والتسهيل ورفع الحرج عن الناس ما يعزز هذه المسألة، خاصة وأنّ هذه المسألة متعلقة بحفظ النّفس الذي هو كلية من الكليات الخمس التي جاءت الشريعة الإسلامية لحفظها.

ورغم أنّ عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية من النوازل والقضايا الاجتهادية المعاصرة المتشعبة الأطراف، المتنوعة في صورها وأشكالها، استطاع الفقهاء والباحثون بلورة النظر الفقهي فيها، واحتوائها بكلّ جوانبها وتفصيلاتها، وذلك بناء على الأبحاث الطبية المختلفة، وآراء أهل التخصص وأصحاب الصنعة من أطباء وباحثين، وعن طريق الموازنة بين المصالح والمفاسد، والنظر في مآلات هذه العمليات.

تكمن أهمية موضوع نقل وغرس الأعضاء البشرية في الإشكالات التي تطرحها هذه العمليات الجراحية، والتي موضوعها أولا الإنسان الذي كرّمه الله تعالى، ثم جسده الذي يعتبر ملكية خاصة لله تعالى وفي آن واحد تحوّل طرق الانتفاع من هذه الأعضاء من الاحسان والإيثار والتبرع إلى تجارة دولية تُمارس في أسواق سوداء صار فيها بعض الأطباء إلى جزارين يتعاملون مع أعضاء جسد الإنسان على أنّها قطع غيار حسب الطلب، وأصبحت تلك الأسواق السوداء خاضعة لمنظمات دولية موازية، ومافيا "سرقة أعضاء الإنسان"، الأمر الذي استدعى وضع دراسات على المستوى الشرعي والقانوني خاصة؛ وذلك للتصدي لتلك الممارسات اللاإنسانية.

إنّ التبرع عموما من المعاملات التي رغّب فيها الشارع عز وجل، واعتبرتها الشريعة الإسلامية من القربات، غير أنّ كون المتبرّع به أعضاء جسد الإنسان كان للشريعة الإسلامية موقفا صارما تباينت فيه آراء العلماء بين موسعٍ ومضيّقٍ، من ذلك تبرز لنا الإشكالية التالية:

ما موقف علماء الشريعة الإسلامية من عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية؟ وما هي أدلتهم الشرعية على ذلك؟

وللإجابة على ما طرحته الإشكالية جاءت هذه الدراسة وفق الأهداف التالية:

1- ضبط مواقف العلماء من عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية.

2- الوقوف على الأدلة الشرعية التي اعتمدوا عليها في تأصيلهم الشرعي لهذه العمليات.

3- الوقوف على الضوابط الشرعية التي من شأنها الحفاظ على جسد الإنسان وكرامته، والحيلولة دون اتخاذ أعضائه سلعة تخضع للعرض والطلب.

4- محاولة الترجيح بين أقوال العلماء بناء على قوة الأدلة المعتمد عليها.

وللعمل على ذلك وضعتُ الخطة التالية:

المبحث الأول: ضبطتُ فيه المصطلحات والمفاهيم كمعنى الغرس والزرع والأعضاء البشرية، وأيضا حقيقة الموت والموت الدماغي، ووقفتُ على عناصر عملية نقل وغرس الأعضاء البشرية ومراحلها.

أمّا المبحث الثاني: فقد ضمّنته موقف علماء الشريعة من عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية وأدلتهم الشرعية، وحاولت الترجيح بين الآراء، ثم وقفت على الأعضاء المُسْتَثْناة من الجواز.

وختمت هذه الدراسة بعدد من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: ضبط المصطلحات والمفاهيم

المطلب الأول: مفهوم نقل وغرس أو زراعة الأعضاء البشرية

أولا: النقل والغرس أو الزراعة لغة

أ- **النقل:** جاء في معجم مقاييس اللغة: نقل، النون والقاف واللام أصل صحيح يدل على تحويل شيء من مكان إلى مكان آخر ثم يفرغ ذلك.[1]

ب- الزرع:جاء في لسان العرب: زرع الحب يزرعه زرعا وزراعة بذره، والاسم الزرع وقد غلب على البر والشعير، وجمعه زروع، وقيل الزرع نبات كل شيء يحدث، وقيل الزرع طرح البذر، والله يزرع الزرع ينميه حتى يبلغ غايته على المثل.

والزرع: الانبات،[2] وجاء في المصباح المنير: والزرع ما استُنبت بالبذر وتسمية بالمصدر ومنه يقال: حصدت الزرع أو النبات[3]

1- أبو الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م، ج5، ص 463.

2- محمد بن مكرم بن علي، ابن منظور(ت711هـ)، دار صادر-بيروت، ط3، 1414هـ، ج8، ص 141.

3- أحمد بن محمد الفيومي ثم الجمري (ت 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، (د ط، د ت)، ج1، ص252.

ج- الغرس: قال الزمخشري: غرس: تقول في حائطه غراس كثيرة، هي الغسلان جمع غرس، جمع غريسة وهي النخلة تغرس حديثا كالوليدة: للصبية الحديثة العهد بالولادة.[1]

هذا وقد شاع استعمال لفظ "الزرع" للدلالة على تقنيات التطعيم الطبية الحديثة، غير أن هناك من يرى أنّ الأنسب للدلالة على المقصود هو لفظ "الغرس"، ودليلهم في ذلك ما جاء في المعاجم اللغوية، وما دلّت عليه الاشتقاقات، كلفظ غريسة للدلالة على العضو المغروس وجمعها "غرائس" أي الأعضاء المغروسة فلفظ "غرس" يعني اثبات الشيء المغروس (الغريسة) في مكان الغرس، فيقال غرس الشجر أي اثباته في الأرض.

أمّا اشتقاقات لفظ "زرع" فهناك "الزراعة" وهو البذر المطروح في الأرض المزروعة، وهناك "زريعة" وهو ما بذر، وتطلق أيضا على الشيء المزروع مثل الأرض المزروعة، وأيضا لفظ "الزريع" وهو ما يُنبت في الأرض ممّا يسقط فيها من الحب أيام الحصاد، وكلّها غير مناسبة للدلالة على العضو المراد نقله بعكس كلمة "غريسة" والتي تعني الفسيلة ساعة وضع حتى تعلق.[2]

ولذلك قال ابن منظور في لفظ "زرع" غلب على البُر والشعير، وهذا رأي جدير بالاعتبار فلفظ غرس أنسب لغة من لفظ زرع، خاصة وأن الترجمة الأصلية للفظ Plantation هو الغرس، أمّا الزرع Griffe فيكون في حالة نقل مادة خلوية أو نسيجية حية.

ثانيا: الأعضاء البشرية:

جاء في القاموس المحيط: والعضو بالضم والكسر: كلّ لحم وافر بعظمه.[3]

هذا التعريف اللغوي للعضو الجامع بين اللحم والعظم كان سببا لجدل بين اتجاهين: أحدهما ضيّق واسعا حين تمسّك بالتعريف اللّغوي، فلم يعتبر مثلا الدم عضوا بشريا لعدم احتوائه على العظام، في حين وسّع الاتجاه الثاني في مفهوم الأعضاء، واعتبر العضو كل جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين، سواء كان متصلا به أو انفصل عنه.[4]

1- أبو القاسم محمود بن عمرو الزمخرشي (ت438هـ)، أساس البلاغة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1419هـ-1998م، ج1، ص699.

2- لسان العرب، المرجع السابق، ج6، ص 154، وينظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص 58.

3-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي(ت 817هـ)، تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط8، 1426هـ/2005م، ص 1312.

4- ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي التاسع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج4، ص 344.

وزاد في الموسوعة الفقهية الطبية استقلالية العضو بوظيفة، حيث جاء فيها: "إنّه كلّ جزء من جسم الإنسان يتميز عن غيره من الأجزاء، وتكون له وظيفة محددّة ومثاله القلب واللّسان والأنف والعين".[1]

ثالثا: عمليةنقل وغرس الأعضاء البشرية:

عرّفها الدكتور علي البار: "على أنّ المقصود بها نقل عضو سليم أو مجموعة الأنسجة من متبرع Donnerإلى مستقبل Recipient ليقوم مقام العضو التالف،[2] فهي إذا عملية تقوم على استئصال العضو السليم من المتبرع، والعضو التالف من المستقبل، ثم غرس العضو السليم مكان العضو التالف، وهي على هذا النحو ثلاث عمليات جراحية:

1- عملية فصل العضو السليم من المتبرع.

2- عملية فصل العضو التالف للمستقبل (المريض).

3- عملية غرس العضو السليم مكان العضو التالف."

ويظهر مما سبق أنّ عناصر عملية[3] نقل وغرس الأعضاء ثلاثة:

1- **المتبرع:** هو الشخص أو الحيوان الذي تؤخذ منه الأعضاء. ويمكن أن يكون المتبرع إنساناً وهو الغالب، أو حيواناً وهو أمر أصبح نادر الحدوث بسبب عمليات الرفض القديمة.

كذلك يمكن أن يكون المتبرع حياً، وذلك بالنسبة للأعضاء المزدوجة أو التي يمكن تعويضها مثل الدم ونخاع (نقي) العظام والجلد، أو ميتاً. وبما أن الأعضاء التي ستغرس ينبغي أن تكون في حالة جيدة وليست تالفة، لا بد أن تبقى هذه الأعضاء وهي تتلقى التروية الدموية عبر الدورة الدموية للشخص الذي مات.. أي لا بد أن يكون هذا الشخص قد مات نتيجة موت دماغه لا قلبه ... ويبقى القلب في هذه الحالات يضخ الدم بمساعدة الأجهزة والعقاقير.. ويشترط أن يبقى ضغط الدم في حدود 100 مم زئبق للضغط الانقباضي حتى تتم تروية الأعضاء تروية جيدة لحين عملية نقل هذا العضو أو الأعضاء المتبرع بها.

2- **المستقبل (المضيف)** (Recipient (Hot: هو الجسم الذي يتلقى الغريسة (العضو) ويمكن أن يكون إنساناً أو حيواناً.

1- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الفقهية الطبية، دار النفائس، بيروت، ط1، 1420هـ/2000م، ص711.

2- ينظر: محمد علي البار، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم انسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص 36.

3- ينظر: محمد علي البار، م.س، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص 36.

وبالنسبة للإنسان لا بد من توافر عدة شروط في المستقبل من ناحية السن ونوعية المرض ومدى استفحاله... إلخ.

3- **الغريسة (الرقعة)** (graft Transplant): ويقصد به العضو المغروس، وجمعها غرائس. والغريسة إما أن تكون عضواً كاملاً مثل الكلية والكبد والقلب.. إلخ، أو تكون جزءاً من عضو كالقرنية (وهي الجزء الشفاف الخارجي من العين) أو تكون نسيجاً أو خلايا كما هو الحال في نقل الدم ونقي العظام وغرس جزر لانجرهان من البنكرياس.

أصناف الغرائس:[1]

أ- **حسب طبيعة ترويتها الدموية:** فهناك غرائس ذات تروية دموية مباشرة مثل القلب والكبد والكلية. وهناك غرائس لا تحتاج إلى أوعية دموية ترتبط مباشرة، مثل غرس طبقة من الجلد، وهناك غرائس لا تحتج مطلقاً إلى أوعية دموية مثل القرنية التي تصاب بالتلف إذا تخللتها الأوعية الدموية.

ب- **حسب علاقتها بالجسم المستقبل:**

1) **غرائس ذاتية** Auto Graft: وفي هذه الحالة تؤخذ الغريسة (العضو) من منطقة إلى منطقة أخرى في نفس الجسم. ويحدث هذا كثيراً في نقل الجلد وخاصة في الحروق. حين يقوم الجراح بنقل جزء من جلد المصاب من الجهة السليمة ليغطي الجزء المحروق. كذلك قد يستخدم الجراح غضاريف من الأضلاع التي تستخدم لسد الفجوة في العظام نتيجة استئصال ورم أو كسر كبير متهشم.

2) **غرائس متماثلة** Isograft: ومثالها أن ينقل عضو من الأخ لأخيه التوأم المتماثل Identicaltwin والتوائم نوعان:

- **التوائم المتماثلة:** وهي التي نتجت عن بويضة واحدة مخصبة ثم انقسمت إلى خليتين مستقلتين وأنتجت كل واحدة منها جنيناً. وهذه التوائم متماثلة في جميع الخصائص الوراثية.

- **التوائم غير المتماثلة:** وهي التي نتجت عن تلقيح بويضتين أو أكثر في وقت واحد. وتم تلقيح كل بويضة بحيوان منوي. ولذا فهي مختلفة من الناحية الوراثية. ولا تتشابه إلا كما يتشابه الإخوة من أب وأم. وقد تكون إحداها ذكراً والآخر أنثى.

وتتميز الغرائس المتماثلة بأنها لا تحتاج إلى عقاقير خفض المناعة؛ لأن الجسم لا يرفضها بل يعتبرها جزءاً منه. وهي بطبيعة الحال أفضل أنواع الغرائس، وأطولها عمراً وأكثرها فائدة، وأقلها تعرضاً للتلف، ولا تحتاج إلى استخدام عقاقير خفض المناعة.

1- ينظر: محمد علي البار، م.س، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص 37 – 38.

3) **الغرائس المتباينة** Allugraft: وهي الغرائس التي تؤخذ من أشخاص مختلفين من جنس واحد ... أي من إنسان لإنسان أو من أرنب لأرنب.. وهكذا. ويدعى هذا النوع أحياناً الغريسة المتجانسة Homorgraft لحدوثة بين فصيلة متجانسة.

وهذا النوع من الزرع هو الأكثر انتشاراً وقد يكون المتبرع حياً Living Donner أو ميتاً Cadaver Donner. وكلاهما يسبب رفض الغريسة (العضو المزروع) بواسطة المستقبل Recipient، ولذا لا بد من إعطاء العقاقير الخافضة للمناعة Immu-nosuppressants مدى الحياة، وفي ذلك من الخطورة ما فيه.

4) **الغريسة الغريبة أو الدخيلة** Xenograft: وهي الغرائس المنقولة بين جنسين أو فصيلتين مختلفتين.. ومثالها غرس عضو من كلب لقط أو من قرد لإنسان ... وقد وقع هذا كثيراً ولا يزال في مجال الحيوانات على سبيل التجارب، واستخدمت عظام الحيوانات للإنسان، وقد ذكر الفقهاء منذ أزمنة قديمة استخدام عضو الحيوان لتوصيل العظام.

المطلب الثاني: مفهوم الموت والموت الدماغي

أولا: مفهوم الموت:

لم يذكر الفقهاء الأوائل تعريفا دقيقا للموت رغم ما يترتب على تحديد لحظة الوفاة من أحكام فقهية كتحديد عدة الزوجة بدايتها ونهايتها، وهذا الحكم يتوقف عليه جواز زواجها أو عدمه كما يتوقف على تحديد لحظة الوفاة التوارث والوصايا...، ومع هذا كان لبعض الفقهاء تعريفات متباينة منها:

- عرفه الإمام القرطبي في تفسيره: "الموت ضد الحياة"[1]، وكذلك جاء هذا المفهوم في حاشية الخرشي: "هو كيفية وجودية تضاد الحياة"[2]

- وعرفه حجة الإسلام أبو حامد الغزالي على انّه مفارقة الروح للجسد، حيث قال: "انقطاع تصرفها عنه بخروج الجسد عن طاعتها"[3]

- وعرّف بعض الفقهاء وعلماءالكلام[4] بأنّهصفة وجودية تضاد الحياة تزول بها قوة الإحساس والنماء والتعقل فلا يعرى الجسم الحيواني عنهما ولا يجتمعان فيه. والقول بأن الموت أمر وجودي يضاد الحياة.

1- أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ/1996م، بيروت، ج18، مج4، ص 202.

2- محمد بن عبد الله الخرشي، حاشية الخرشي، دار الفقه العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ/1997م، ج2، ص 317.

3- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار الكتاب العربي، كتاب الصلاة، باب صلاة الجنائز، مج6، ج16، ص 181.

4-عبد الله محمد عبد الله، نهاية الحياة الإنسانية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج3، ص 208.

هو مذهب أهل السنة وعند المعتزلة هو عدم الحياة عما من شأنه أن يكون حيًا؛ لأن الموت قطع مواد الحياة عن الحي واختاره كثير من المحققين.وقال المازري من المالكية الموت عرض من الأعراض يضاد الحياة. ويدور نقاش بين العلماء في الروح هل تموت مع البدن أم أن الموت للبدن وحده؟ وهو ليس محل للبحث في هذه الدراسة.

وأكد الشيخ البوطي أنّ ثمة حقيقة واحدة للموت في الاصطلاح الشرعي أو اللغوي أو الطبي وهي مفارقة الروح للبدن مفارقة تامة، أو هو لمن لا يفقهون الروح ولا يتعاملون مع هذه الكلمة: انقطاع الحياة عن البدن انقطاعا تاما.[1]

وانطلاقا من تعريف الإمام الغزالي فإنّ الروح ترحل عن جسد صاحبها في اللحظة التي يصبح فيها الجسد عاجزا عن الانفعال للروح بأي نوع من الإحساس أو الاختيار، ومعنى ذلك أن وجود حركة اضطرارية لا معنى له سوى وجود بقايا الحياة المجردة عن معية الروح.[2] **وهذا المعنى الذي ينطبق على مفهوم الموت الدماغي.**

جاء في كتب الفقه ذكر وتفصيل **للأمارات الدالة على الموت،** توصل إليها الفقهاء من خلال علمهم ومعرفتهم بمقتضى التجربة البشرية فذكروا: "استرخاء رجليه، وانفصال كفيه، وميل أنفه، وامتداد جلد وجهه، وانخساف صدغيه"،[3] ومعنى انخساف صدغيه ذهابه وغيبته، وزاد بعض العلماء: "انقطاع نفسه، وإحداد بصره، وانفراج شفتيه فلا ينطبقان، وسقوط قدميه فلا ينتصبان"[4]

وهكذا يلاحظ أنّ الفقهاء الأوائل لم يتعرضوا لحقيقة لحظة الوفاة، ولعلّ السبب في ذلك ما ذكره الدكتور قلعة جي حين قال: "نلاحظ أنّ توقف القلب وانعدام النبض في العروق لم يرد له أي ذكر في علامات الموت المتقدمة وسبب ذلك أنّ اكتشاف الدورة الدموية كان متأخرا، حيث اكتشفها ابن النفيس الذي توفي في القرن السابع هجري، وقد كان اكتمل بناء الفقه الإسلامي وأخذ من أتى بعد هذا العصر يكتفي بالنقل عن المتقدمين إلاّ ما نذر، ولمّا اكتشفت الدورة الدموية أحد الأطباء وتبعهم الفقهاء في ذلك يركزون على توقف القلب عن النبض، إضافة إلى العلامات التي سبق ذكرها كعلامة للموت[5] وهكذا تكاد تجتمع كلمة الفقهاء

1- ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م.س، ج4، ص 135.

2- ينظر: المرجع نفسه، ج3، ص 224، ومحمد نعيم ياسين، نهاية الحياة الإنسانية في ضوء اجتهادات العلماء المسلمين والمعطيات الطبية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج3، ص 214.

3- ابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني لابن قدامة، فصل خلع ثياب الميت، د.ط، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، ج2، ص337.

4- مختصر خليل، ج1، ص 33، روضة الطالبين، ص 98، ابن عابدين، ج1، ص 189.

5- محمد رواس قلعة جي، تحديد وقت الوفاة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد4، ط1995م، ص 108.

على أنّ حقيقة الموت مفارقة الروح عن البدن وذلك بخلوص الأعضاء كلها عن الروح بحيث لا يبقى من أجهزة البدن ما فيه صفة حياتية.[1]

والحقيقة أنّ الموت بهذا المفهوم أثار جدلا واسعا بين الأطباء والفقهاء في عصرنا هذا حول ما يعرف بالموت الدماغي أو موت جدع المخ.

ثانيا: موقف العلماء من الموت الدماغي:

أ- مفهوم الموت الدماغي: يمر موت الإنسان بمراحل تباينت آراء العلماء وفي جميع التخصصات في كل مرحلة من هذه المراحل وهي:

1- **الموت الظاهري:** ويطلق عليه الإكلينيكي، توقف القلب والرئتين عن عملهما وتستمر أقل من خمس دقائق، وهذا يؤدي بدوره إلى موت أعضاء وأنسجة الجسم تدريجيا، وهذه المرحلة متفق بين العلماء أنّه لا يزال حيا.

2- الموت الدماغي أو جدع المخ: وهو الذي يكون بموت خلايا المخ أو إصابتها بإصابات جسمية ويعتبر الغالبة من علماء الطب أن هذا الموت في الموت الحقيقي للإنسان، وهذا موضع خلاف بين الفقهاء.

3- الموت الجسدي: وفيه تتوقف الأجهزة الرئيسية الثلاث في جسم الإنسان عن العمل بصفة نهائية، بمعنى موت المخ وتوقف القلب والدورة الدموية وعمل الرئتين فهذا الموت يكاد يتفق علماء الشريعة قديما وأخذ به الأغلبية حديثا على أنّه موت حقيقي.

4- الموت الخلوي:ويكون بموت الخلايا وأنسجة أعضاء الجسم، وذلك بعد توقف أجهزة الجسم الحيوية توقفا كاملا وهذا لا خلاف أنّه موت حقيقي يقيني.

ب- موقف علماء الشريعة من الموت الدماغي ورفع أجهزة الإنعاش:في الوقت الذي يجزم فيه السواد الأعظم من الأطباء أن الإنسان إذا ماتت خلايا الدماغ كلها أو تلك المتحكمة في الوظائف الأساسية للحياة مثل التنفس والقلب والدورة الدموية فإنّ ذلك الشخص يكون قد مات حتى لو كان قلبه ينبض ورئتاه تتنفس بواسطة أجهزة الانعاش ولو تركت الأجهزة لتوقف القلب والتنفس فورا، اختلفت آراءالفقهاء في الحكم على الموت الدماغي إن كان موتا حقيقيا يستدعي رفع أجهزة الانعاش عنه، وتترتب على الميت دماغيا الأحكام الشرعية المتعلقة بالموت من ميراث وإنفاذ الوصية التي قد يكون من بينها التبرع بالأعضاء وغيرها من الأحكام.

1- ينظر: الجرجاني (ت816هـ)، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، ط1، 1403هـ/1983م، ص 304 – 305، والقونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تح: أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، ط1، 1406هـ/1986م، ص 123.

1- لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية:[1]لا يحكم بالموت إلا بانقضاء جميع علامات الحياة، حتى الحركة والتنفس والنبض، فلا يحكم بالموت بمجرد توقف التنفس أو النبض أو موت المخ، مع بقاء أي علامة من العلامات الظاهرة أو الباطنة التي يستدل بها على بقاء شيء من الحياة. وذلك لأن الأصل بقاء الحياة، فلا يعدل عن هذا الأصل بالشك، لأن اليقين لا يزول بالشك. هذا ما انتهت إليه اللجنة مبدئيًا وهي ترى أن الأمر يستحق مزيدًا من البحث المشترك بين الأطباء والفقهاء.[2]والظاهر أنّهم استدلوا بالقاعدة الشرعية أن اليقين لا يزول بالشك، وذلك لاحتمال رجوع الحياة للدماغ.

2- مجمع الفقه الإسلامي: قرر ما يلي:

- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تامًا وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلًا نهائيًا، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه. وأخذ دماغه في التحلل،وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلًا لا يزال يعمل آليًا بفعل الأجهزة المركبة.

3- مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي[3]، قرر بأن المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش يجوز رفعها إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا وقررت لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيون خبراء أن التعطل لا رجعة فيه، وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آليا بفعل الأجهزة المركبة، لكن لا يحكم بموته شرعا إلاّ إذا توقف القلب والتنفس تماما بعد رفع الأجهزة.

والظاهر من اشتراط لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين أنّه إجراء طبيعي تحرزا من جرأة الأطباء على سرعة رفع أجهزة الإنعاش.[4]

وقد وافق هذا القرار توصيات المؤتمر الطبي الذي عقدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية تحت عنوان: "الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي"[5]

1- المنعقدة: 1984/09/29م.

2- محمد نعيم ياسين، نهاية الحياة الإنسانية في ضوء اجتهاداتالعلماء المسلمين والمعطيات الطبية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج3، ص 237.

3- المنعقدة في دورة مؤتمر الثالث نعمان عاصمة المملكة الأردنية، من 8 إلى 13 صفر 1407هـ/11 إلى 16 أكتوبر 1986م.

4- في دورته العاشرة بمكة المكرمة عام 1987م.

5- مسفر بن علي محمد القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، م.س، ص 661، نقلا عن: علي السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الثقافة بقطر، ط1، 1416هـ، ج2، ص 839 – 842.

وقد حضر هذا المؤتمر نخبة من الفقهاء والأطباء ورجال القانون وكان في الفترة ما بين 24-1405/4/26هـ بدولة الكويت، وكذا وافق الدراسة التي أعدتها وزارة الصحة بالمملكة العربية السعودية.[1]

وبالمقابل اعتبر **مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر** في 1992/06/25م من يقوم بانتزاع الأعضاء من أي جسد لم يزل قلبه ينبض، ولم تزل فيه بقية للحياة قاتل نفسا حرم الله قتلها إلاّ بالحق، وتجب محاكمته جنائيا.

ويضيف **الدكتور مصطفى صبري أردوغدو**:[2]"أقول:إنّ الفقهاء قد تكلموا في نهاية الحياة في الإنسان وما يتبعها من أعمال خاصة بتجهيزه وتكفينه وصلاته وغير ذلك.

فقالوا: إذا تيقن الحاضرون من موت الإنسان، وعلامة ذلك انقطاع نفسه، وإحداد بصره، وانفراج شفتيه فلا ينطبقان، وسقوط قدميه فلا ينتصبان. والتأكد من الموت هو خمود الجسد وسكونه سكونًا أبديًا. وحكم الموت في الإنسان بدون تحقق وتأكد يكون حكمًا على المجازفة؛ إذا فكيف يتصرف الأطباء في جسم الإنسان وما زال مشكوكًا في حياته، والقاعدة هي: "ما ثبت باليقين لا يزول بالشك"، وكذلك "الأصل بقاء ما كان حتى يثبت ما يغيره". فكيف يدعي الطبيب اليقين، والجسد لا يزال ينبض، والذي ثبت اليوم قد ينقض غدًا"

ويرى **الشيخ سعيد رمضان البوطي:** إنّ الموت الدماغي موت حقيقي في نظر الأطباء غير أنّ الشريعة الإسلامية في أحكامها أقامت أحكامها على الموت الذي يراه النّاس جميعا موتا بمقاييس عامة، لا بمقاييس علمية عميقة النظر، ومرد ذلك إلى مبدأ أخلاقي وعلاقة اجتماعية. ثم بيّن أسباب عدم اعتبار الشريعة الإسلامية لهذا الدليل الطّبي –الموت الدماغي– فقال –رحمه الله–: " أولهما: أن أحكام الموت، أيا كانت، إنما تترتب على وقوعه الفعلي التام، لا على توقعاته مهما كانت يقينية جازمة.

ثانيهما: أن هذه الدلالات أو التوقعات، مهما استندت إلى اليقين العلمي، فإن انتعاش المريض وتوجهه مرة أخرى إلى الحياة ليس مستحيلاً عقلياً، ومن ثم فليس مستحيلاً شرعياً ... ذلك لأن الموت الحقيقي التام لم ينزل به بعد، ومقدمات الموت وأسبابه التي لم تشذ قط، ليست أسباباً موجبة بطبعها، وإنما بجعل الله إياها علامات على قربه. ولله أن يبطل دلالتها ويلغي سببيتها للموت عندما يشاء. ومن ثم فإن قرار الموت بناء على مجرد هذا الذي يسمونه الموت الدماغي لا يرقى إلى يقين علمي جازم بأن الروح قد فارقت أو ستفارق البدن، كما هو الشأن في الموت الحقيقي التام المصطلح عليه لغة وشرعاً، هذا بالإضافة إلى أنه مستند

1- مسفر بن علي محمد القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، م.س، ج2، ص 839 – 848.

2- مصطفى صبري أردوغدو، نهاية الحياة الإنسانية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م.س، ج3، ص 206.

قاعدة (استصحاب الأصل) في الحكم باستمرار الحياة، أقوى من مستند الدلالة الطبية على الموت أو قرب حلوله، في الحكم بطروء الموت".[1]

هذا وقد استدل من اعتبر الموت الدماغي موت حقيقي وفق الشروط السابقة –إضافة إلى ما سبق– بجملة من الأدلة منها:

أ– أن الأصل في الإنسان الحياة والاستصحاب من مصادر الشرع إذا جاءت بمراعاته ما لم يقل دليل قاطع على خلافه.[2]

التقعيد: الأصل بقاء ما كان على ما هو عليه حتى يجزم بزواله.[3]

ولهذه الاحتمالات لا نقطع بتحقق الموت وانسحاب أحكام الأموات عليه حتى يقطع الأطباء أن حياة المريض قد انتهت وبدأ دماغه بالتحلل وأصبح الشخص المريض ميؤوس منه، حينئذ جاز للطبيب رفع آلة الإنعاش للأسباب الآتية:

1– أنّ الطبيب في هذه الحالة لا يوقف علاجاً يرجى منه شفاءالمريض، وإنّما يوقف إجراء لا طائل من وراءه في شخص محتضر، بليتوجه أنّه لا ينبغي إبقاء آلة الطبيب والحالة هذه لأنّه يطيل عليه ما يؤلمهمن حالة النزع والاحتضار.[4]

2– أن الفقهاء السابقين ذكروا ما يشبه المتوفي دماغيا وهو الجريح الذي لم يبق منه إلاّ مثل حركة المذبوح فإنّ قلبه يعمل وأعضاءه تتحرك ومع ذلك فلا يعامل معاملة الحي ولا يحكم له بحكم الحي، وما ذلك إلاّ لليقين الحاصل بأنّه الموت سائر، وأنّه قد تجاوز نقطة اللاعودة ولم يبق من حياته ما يعتد به.[5]

يقول ابن عابدين –رحمه الله– عن حركة من في النزع: "ولا عبرة لانقباض وبسط اليد وقبضتها، لأنّ هذه الأشياء حركة المذبوح ولا عبرة بها، حتى لو ذُبح رجل فمات وهو يتحرك لم يرثه المذبوح، لأنّ له في هذه الحالة حكم الميت كما في الجوهرة"[6]

1– محمد سعيد رمضان البوطي، انتفاع الإنسان بأعضاءجسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م.س، ج4، ص 136.

2– مصفر بن علي القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، م.س، ص 662.

3– ينظر: فقه النوازل لبكر أبو زيد، ج1، ص 232.

4– ينظر: المرجع نفسه، ج1، ص 234.

5– ينظر: بحث الدكتور محمد الأشقر في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 3، ج2، ص 669–671.

6– محمد أمين، الشهير بابن عابدين (ت 1252هـ)، حاشية ابن عابدين، ط2، 1386هـ/1966م، دار الفكر، بيروت،ج2، ص227.

وقال الإمام النووي –رحمه الله–: "وإن أنهاه الرجل إلى حركة مذبوح: بأن لم يبق إبصار ونطق وحركة اختيار ثم جنى آخر فالأول قاتل ويعزّر الثاني"[1] يقول الشربيني –رحمه الله– في شرح ذلك: و(حركة اختيار) وهي التي يبقى معها الإدراك وهي المستقرة ويقطع بموته بعد يوم أو أيام... واحترز بالاختيار عما إذا قطع الإنسان نصفين وبقيت أحشاؤه في النصف الأعلى فإنّه ربما يتكلم بكلمات لا تنتظم وإن انتظمت فليست عن رؤية واختيار بل تجري مجرى الهذيان الذي لا يصدر عن عقل صحيح ولا قلب ثابت"[2] وذكر ابن قدامة – رحمه الله– كلاما قريبا منه.[3]

فهذه الحالات عند الفقهاء هي في حكم الميت وما يحدث منه من فعل أو تحرك لا عبرة به لأنّه إلى الموت سائر قطعًا.[4]

كما ينبغي ألا يحكم بالوفاة التي تترتب عليها الأحكام الشرعية كالتوارث وإنفاذ الوصايا ونحوها بمجرد رفع الآلة بل بيقين مفارقة الروح البدن عن جميع الأعضاء، والحكم في هذه الحالة من باب تبعّض الأحكام وله نظائره في الشرع كثيرة[5].

وزاد محمد المختار السلامي تبريرات وأسبابا لإيقاف أجهزة الإنعاش، حيث قال: "أولا: ليس من مصلحة أحد أن تستمر الأجهزة لشخص قد توفي، وهذا مرهق للأطباء وأهل المريض، فلابد أن نضع حدا لتعريف الموت فإذا وصلنا إلى هذا التعريف يمكن قفل الجهاز وتحويله إلى شخص أكثر حاجة من هذا الشخص الذي انتقل إلى العالم الآخر.[6]

ثانيا: وهو أن تكاليف وسائل الإنعاش باهظة جدا وصرف ملايين الدولارات لجعل جثة تتنفس أمر ليس له معنى.[7]

1- الخطيب الشربيني(ت 977هـ)، المنهاج مع شرحه مغني المحتاج، ط1، 1415هـ/1994م،ج 5، ص226.

2- مرجع نفسه.

3- ينظر: المغني، م.س، ج12، ص75، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة بالرياض، لصاحبَيها/ عبدالله ومحمد الصالح الراشد، د ط، 1388هـ/1968م، ج5، ص 516.

4- منهج استنباط أحكام النوازل، م.س، ص 663.

5- يقول ابن القيم رحمه الله: "والشريعة طافحة من تبعّض الأحكام وهو محض الفقه وقد جعل الله سبحانه البنت من الرضاعة بنتا في الحرمة والمحرمة وأجنبية في الميراث والإنفاق وكذلك بنت الزنا عند جمهور الأمة بنت في تحريم النكاح وليست بنتا في الميراث وكذلك جعل النبي صلى الله عليه وسلم ابن وليدة زمعة أخا لسودة بنت زمعة في الفراش.

6- محمد المختار السلامي، الإنعاش، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م.س، ج2، ص 343.

7- المرجع نفسه، ج2، ص 344.

ثالثا:مسألة متعلقة بالأعضاء المنقولة: أنّ هذه الأعضاء لا تموت بمجرد الموت، إذا مات الإنسان موتا كاملا ككل فإن هذه الأعضاء تبقى لدقائق حية وتختلف طبعا من عضو إلى آخر، العظم ممكن أن يبقى حوالي 24 ساعة بينما القلب ممكن أن يبقى دقائق، دقائق حيا في درجة حرارة عادية، لهذا بالذات في عمليات نقل القلب أو الكلى أو الأعضاء الحساسة، يفضل الأطباء أن تكون مستمرة بالتروية بالدم، مستمرة ترويتها بالدم حتى قبل أن تقفل وسائل الإنعاش، تؤخذ هذه الأعضاء وهي بحالة جيدة، لأنه لا معنى لأخذ قلب قد ابتدأ فيه الفساد وبدأ يموت ثم نأخذه وننقله إلى شخص آخر، هذه الحالة أنت تنقل قلبا لا يستطيع الصمود أبدا وتصبح العملية نوعا من العبث.[1]

المبحث الثاني: موقف العلماء من نقل وغرس الأعضاء البشرية وأدلتهم الشرعية

تجدر الإشارة هنا إلى أنّ الحالة التي نحن بصدد دراستها هي حالة هبة العضو أو التبرع به سواء كان من حي إلى حي أو من ميت إلى حي أمّا حالة بيع العضو فهو محرّم بإجماع العلماء، حيث اتفقت كلمتهم على بطلان بيع أي عضو من أعضاء الإنسان لعدم استفائه لشروط محل العقد، ولتعارضها مع كرامة الإنسان.[2]

أمّابدل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة أو تكريما، فمحل اجتهاد ونظر.[3]

غير أني أرى أنّ سد الذرائع في هذه المسائل مطلوب حتى لا يُترك الحصول على الأعضاء خاصة في حلة الاضطرار لمنافسة المريض الغني للمريض الفقير؛ لذلك أشارت "ندوة الرؤيا الإسلامية لبعض الممارسات الطبية" في الكويت المنعقدة –1987/04/18م– إلى ضرورة قيام الدولة على هذه العمليات بإنشاء هيئة تحكمه وتنفي محاذيره وتديره وفق قانون مفصّل يوضح ذلك.

وعن موقف العلماء من هذه المسألة فإنّنا نفّرق بين حالتين من خلال مطلبين:

1– محمد المختار السلامي، م.س، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م.س، ج2، ص 344.

2– ينظر: شوقي الساهي، الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة، مكتبة النهضة المصرية، ص 199 – 200.

3– حسن علي الشاذلي، حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي، دار التحرير للطبع والنشر، مصر، 1989م، نسخة PDF، ص 676.

المطلب الأول: موقف العلماء من نقل وغرس الأعضاء من الأحياء إلى الأحياء وأدلتهم الشرعية

لا شك أنّ عملية نقل وغرس الأعضاء عملية جراحية تكتنفها الكثير من الأخطار، حيث تتم من خلال ثلاث مراحل:

1- استئصال العضو الصحيح من المتبرع.

2- استئصال العضو المريض من المستقبل.

3- غرس العضو الصحيح مكان العضو المريض.

ولذلك لا بد أن تكون هناك أضرار لاحقة بالمتبرع والمستقبل على اختلاف درجة هذه الأضرار، وقد استطاع الدكتور أبو زيد بكر بن عبد الله تلخيص أهم الأحوال التي قد تؤول إليها حياة المتبرع وصحته إبان نقل الأعضاء:[1]النقل من حي إلى حي، لا يخلو من حيث التأثير على حياة المنقول منه وصحته من واحد من الأحوال الآتية:

1- لا تأثير له بأي ضرر مطلقاً كنقل قطعة من جلد ونحوه مما لا تتوقف حياته ولا صحته عليه. وهذا أمر افتراضي ولم نعلم في أبحاث الطب نقلاً من هذا النوع.

2- نقل يؤدي إلى ضرر جزئي محتمل لا خطر معه على صحته ولا حياته، مثل: نقل سن، أو نقل دم، فهذا افتراض لا نعلمه في أبحاث الطب سوى نقل الدم للتغذية به، وقد تقدم بيانه.

3- نقل يؤدي إلى ضرر بالغ بتفويت أصل الانتفاع أو جله كقطع كلية، أو يد، أو رجل...

4- نقل يؤدي إلى الخطر على الحياة أو الصحة، أو يؤدي إلى الموت، كنزع القلب والرئة... فهذا قتل للنفس، وانتحار بطيء والله تعالى يقول: چچ چ چ چ[النساء: 29] وهو من أشد المحرمات في الشرع والفطرة.

والظاهر ممّا سبق أن الاختلاف بين العلماء واقع في الحالة الثالثة؛ لأنّ الرابعة متفق على عدم جوازها،فهي من باب الالقاء بالنفس إلى التهلكة، قال الله تعالى: چچ چ چ چ[2]

وباعتبار أنّ هذه العمليات من النوازل الفقهية المتشعبة الأطراف، وكثيرة الصور والأشكال، اجتهد الفقهاء المعاصرون في إيجاد الأحكام الشرعية المناسبة لها، أمّا الفقهاء المتقدمون – رحمهم الله – فإنّ استقراء الباحثين لكتبهم وسبرهم لنوازل عصورهم، وجدوا أنّهم لم يتكلموا عن هذه المسألة نفسها، غير أنّهم

1- أبو زيد بكر بن عبد الله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التشريح الجثماني، ج4، ص 115.

2- سورة النساء: الآية 29.

وقفوا على مسائل قريبة وبصورة مجملة، يمكن تخريج هذه النازلة عليها[1] وتفصيل هذه المسألة يكون على النحو التالي:

أ- القائلون بعدم جواز نقل وغرس الأعضاء من حي إلى حي:

1- من المتقدمين من صرّح بعدم الجواز كالعلامة الرملي من الشافعية، حيث قال: "ويحرم قطعة البعض من نفسه لغيره ولو مضطر (مالم يكن ذلك الغير نبيا)... كما يحرم أن يقطع من غيره لنفسه من معصوم.[2]

ومنهم من قال بكراهة ذلك كالإمام الشيباني من الأحناف، حيث قال: "ولا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة أو بقرة أو بعير أو فرس أو غيره من الدواب: إلاّ عظم الخنزير أو الآدمي، فإنّه يكون التداوي بها"[3]

2- من العلماء المعاصرين من قال بعدم جوازه:

- **الشيخ متولي الشعراوي**، حيث جاء في فتواه –التي اشتُهرت بين الناس-:"إنّ الإسلام يمنع تنازل المسلم عن أي عضو من أعضائه بالبيع أو الهبة، لا حال حياته، ولا بعد مماته"[4]، وهكذا في التبرع في الأعضاء غير جائز سواء كان من حي أو من ميت. وعلّل الشيخ فتواه بقوله: "لأنّ هذه التصرفات من تصرفات الملكية التي لا يملكها الإنسان في جسمه لا كله ولا بعضه، لأنّ مالك الجسم كله هو المولى عز وجل"[5].

والظاهر أنّه اعتبر أنّ التبرع بالأعضاء اعتداء على ملكية الله تعالى.

- **فضيلة الشيخ محمد عبد الرحمن**، مفتي جمهورية القمر الاتحادية الإسلامية، حيث راى عدم جواز الانتفاع لأعضاء الحي، غير أنّه رأى جواز الانتفاع بأعضاء الميت.[6]

- علل **الدكتور ابو زيد بكر بن عبد الله** سبب عدم الجواز بقوله:[7] "والذي يظهر والله أعلم تحريمه وعدم جوازه، لأنه تهديد لحياة متيقنة بعملية ظنية موهومة من إمداد بمصلحة مفوتة لمثلها، بل أعظم منها.

1- ينظر: محمد المختار الشنقيطي، احكام الجراحة الطبية، ص 332 – 333.

2- الشربيني محمد ابن أحمد الخطيب، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1994م، ج2، ص586.

3- ابن نجم زين الدين بن ابراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م، ج8، ص233.

4- أحمد محمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، ط1422ه/2001م، ص147.

5- المرجع نفسه.

6- ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م.س، ج4، ص 289.

7- أبو زيد بكر بن عبد الله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التشريح الجثماني، ج4، ص 115.

ولأن حق الله تعالى متعلق ببدن الإنسان قال الله تعالى: ﭽ ﭾ ﭿ ﮀ ﮁ ﮂ ﮃ ﮄ ﭼ[الذاريات: 56] فمن يفتقد عضواً عاملاً في بدنه يرتفع عنه بمقدار عجزه من تكاليف الشريعة ﭽ ﮅ ﮆ ﮇ ﮈ ﮉ ﮊ ﮋ ﮌ ﮍ ﮎ ﮏ ﮐ ﮑ ﮒ ﭼ [النور: 61] .

فكيف يفعل الإنسان هذا بنفسه وإرادته ويفوت تكاليف مما خلق ليوفرها لغيره بسبيل مظنون، فالضرر لا يزال بمثله، فهذه المصلحة المظنونة بتفويت المتيقنة مما يشهد الشرع بإلغائها وعدم اعتبارها.

– عبر **الدكتور عبد السلام السكري** عن بعض أدلة المنع بقوله: "لقد حرّمت المذاهب الفقهية استخدام أعضاء الإنسان في العلاجات الطبية ومنهم من علل ذلك بالنجاسة بالموت، ومنهم من علله بالكرامة الآدمية؛ فكيف بعد هذا يسوغ لقائل مسلم بجواز استخدام الأعضاء الآدمية في العمليات الجراحية".[1]

3– ومن أقوى ما استدل به القائلون بجواز عمليات نقل وغرس عضو من حي إلى حي **الضرورة الصحية للإنسان المريض** الذي يحتاج إلى عضو سليم ليعيش صحيحا معافى، قال المانعون: **هي ضرورة للمريض لا للمتبرع**، ويتضح ذلك من خلال آراء المذاهب:[2]

أولا: الحنفية يرون أنه لا يصح انتفاع الإنسان المضطر بجزء إنسان آخر معصوم الدم. فجاء ابن نجيم في الأشباه والنظائر تحت قاعدة الضرر لا يزال بالضرر: ولا يأكل المضطر طعام مضطر آخر، ولا شيئا من بدنه. وفي الشرح الكبير للدسوقي المالكي: والمباح للضرورة غير آدمي وغير خمر من الأشربة، وأما الآدمي فلا يجوز تناوله، وكذا الخمر، إلا لغصة، فيجوز إزالتها به عند عدم ما يسيغها به من غيره. ثم يقول تعقيبا على قوله: وأما الآدمي فلا يجوز تناوله بقوله: أي سواء إن كان حيا أو ميتا، ولو مات المضطر. هذا هو المنصوص في المذهب، وسبق أن بينا أن ابن عبد السلام صحح القول بجواز أكله للمضطر إذا كان ميتا، أما الحي فلا باتفاق علماء المذهب.

الشافعية: ويحرم جزماً على شخص قطعه؛ أي: بعض نفسه لغيره من المضطرين؛ لأن قطعه لغيره ليس فيه قطع البعض لاستبقاء الكل. ونظرا لأن الأخ الأستاذ شرح هذا أو ذكره، فأكتفي أنه في النهاية يقول: والآدمي يحرم الانتفاع به وبسائر أجزائه لكرامته.

الحنابلة: جاء في المغني مع الشرح الكبير: وإن لم يجد المضطر إلا آدميا محقون الدم، لم يصح له قتله إجماعا، ولا إتلاف عضو منه، مسلما كان أو كافرا؛ لأنه مثلة، فلا يجوز أن يبقي نفسه بإتلافه، وهذا لا خلاف فيه.

1– أبو زيد بكر بن عبد الله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م.س، ج4، ص 148.

2– مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص338.

عارض بعض الفقهاء المعاصرون قضية الغرس بناء على أنّ مسالة نقل الأعضاء بالنسبة للأحياء تدخل فيما يسمى في اللغة الفقهية **بحمل النفس على الغرز**– وهو المجهول أو الخطر الذي لا يدري يكون أم لا – المؤدي إلى الهلاك والممنوع شرعا، والغرر في اصطلاح العلماء هو ما "بين السلامة والعطب".[1]

غير أنّ التقدم الواضح الذي أحرزته العلوم الطبية والجراحية في العصر الحديث مكّن الأخصائيين من السيطرة على مشكل رفض جسم الإنسان للأعضاء الأجنبية عنه، واستطاعوا كذلك ادخال الطمأنينة إلى قلوب المتبرعين، كما كان له الأثر الواضح على الكيفية التي تناول بها الفقهاء المعاصرون موضوع غرس الأعضاء البشرية، فبعدما كان اهتمامهم منصبا على تحديد الحكم الشرعي لوحظ أنّهم انصَرفوا إلى الموازنة بين المصالح والمفاسد المتوقعة أثناء نقل الأعضاء وغرسها في أجسام أجنبية.

وبهذا يكون أهم ما تقتضيه عملية غرس الأعضاء قبل اجرائها هو القيام بمقارنة دقيقة بين المزايا والمخاطر المتوقعة، وعدم الاقدام على استقطاع العضو إلاّ إذا كانت الأولى هي الراجحة وكلّ هذا يتطلب اعتبار المآلات قصد الوصول إلى نتيجة تكون هي المناط الحقيقي في الإقدام أو الاحجام؛ ذلك أنّه لا يمكن ههنا اعتبار مصلحة المريض المستقبل وحدها مبررا كافيا لاستقطاع العضو قصد غرسه، بل بد من مراعاة سلامة جسد المتبرع قبل التصرف فيه بحيث لا يلحقه أثناء الاستقطاع أيّ ضرر فاحش قد يعطل أو يؤثر على قدرته على القيام بالتكاليف الشرعية المفروضة عليه.[2]

وأرى في هذا الكلام ردٌ على الدكتور أبو زيد بكر بن عبد الله الذي رأى عدم جواز التبرع؛ لأنّه في نظره تهديد لحياة متبقية بعملية ظنية موهومة من امداد بمصلحة مفوتة لمثلها، بل أعظم منها.

– من أهم ما أورده المانعين لعمليات نقل وغرس الأعضاء، **النظر في المآل**، حيث من الممكن جدا أن يؤول السماح بمثل هذه العمليات إلى الكثير من المفاسد والأضرار البليغة.

كاحتمال **انتقال مرض السيدا أو "الإيدز"** وذلك من خلال:

1– غرس الأعضاء:وقد تأكد هذا عندما أعلن فريق طبي ألماني أن فيروس الإيدز ينتقل عن طريق غرس الكلى المأخوذة من متبرعين مصابين بالإيدز، ونفى هذا الفريق أن يكون سبب ظهور الإيدز في مرضاهم المستقبلين لغرائس الكلى ناتجاً عن نقل الدم الذي أجري لهؤلاء المرضى، فقد كانت كل وحدات الدم المنقولة سليمة وخالية من الفيروس، بينما كانت كل الكلى المنقولة لمرضاهم مأخوذة من متبرعين مصابين

1– ينظر: انتفاع الإنسان بأعضاء جسم انسان آخر حيا أو ميتّا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص232.

2– ينظر: عمر جدّية، أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط1، 1430هـ/2010م، ص 372 – 373.

بالإيدز، وقد ثبت بما لا يدع مجالا للشك أن سبب انتقال مرض الإيدز هو الكلى المغروسة، وثبت حديثاً أن مرض الإيدز ينتقل عن طريق غرس الجلد، وحتى عن طريق الجلد المحفوظ بواسطة التجميد.[1]

2- غرس أنسجة الأجنة: حيث أدى التطور التقني والعلمي في مجال غرس الأعضاء إلى غرس أنسجة الأجنة، وقد ثبت أنّ هذه الأعضاء الجنينية تؤدي الغرض المطلوب إضافة إلى أنّها أقل عرضه للرفض من قبل الجسم المستقبل.

ولهذا فإنّ المريضات قد يطلبن إجهاضهن أو يكرهن على الإجهاض من قبل أزواجهن واستخدام أعضاء وأنسجة الجنين في المداواة والأعظم من ذلك نشوء فكرة انتاج الأجنة عن طريق المومسات والعاهرات بنطاف اجنبية، ومن ثم إسقاط الجنين واستخدامه في غرس الأعضاء.[2]

وقد ثبت انتقال فيروس الايدز من الأم إلى الجنين، أضف إلى ذلك أنّ نسبة كبيرة من العاهرات والبغايا والمومسات يحملن فيروس الإيدز إلى جانب الشاذات جنسيا اللواتي يرغبن في الحمل ولكن ليس عن طريق الجماع، فيلجأن إلى تأجير أرحامهن من أجل إنتاج الأجنة، وهؤلاء الشاذات من اخطر مجموعات مرض الإيدز.[3]

3- نقل الدم: وهو الإجراء الذي يسبق عادة عمليات غرس الأعضاء، حيث أصبح مؤكد ومنذ عام 1973م أنّ نقل الدم للمريض الذي ستجرى له عملية غرس الأعضاء تعطي نتائج جيدة في رفع معدل الغريسة وفي تخفيض حدوث رفض الغريسة، وقد ثبت أنّ كميات قليلة من الدم الملونة بفيروس الإيدز كافية لنقل العدوى، فإذا كان المريض يتلقى غالبا عدة وحدات من الدم قد تصل إلى خمس وحدات قبل إجراء العملية فإنّ احتمال إصابته مرض الإيدز وارد جدا خاصة وإنّه مضطر للحصول على تلك الوحدات من عدة متبرعين.[4]

من الأدلة التي أوردها المانعون **سد الذرائع**، فقد تؤول عمليات نقل وغرس الأعضاء إلى تجارة رابحة عند من لا دين له ولا خلق، فيصبح جسد الإنسان أشبه بقطاع غيار يفكك، يقول الدكتور حسن علي الشاذلي: "إن القول بجواز نقل الأعضاء بين إنسان حي إلى إنسان آخر يؤدي إلى فتح باب شر عظيم، حيث يفتح باب التجارة في الأعضاء الآدمية، فمَن لديه المقدرة المادية اشترى ممن ليس لديهم هذه المقدرة،

1- أيمن الصافي، غرس الأعضاء في جسم الإنسان مشاكله الاجتماعية وقضاياه الفقهية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، م س، ص 74، نقلا عن جريدة المسلمون، العدد142، الجمعة 1 ربيع الأول 1408هـ.

2- أيمن الصافي، م س، ص75.

3- المرجع نفسه.

4- ينظر: المرجع نفسه، ص 73.

ويصبح الآدميُّ كُلًّا أو بعضاً سلعة من السلع تباع وتُشترى، تغلو وترخص في ميدان العرض والطلب، ويصبح للغني ما يريد، وللفقير الهلاك والضياع، وتتحول هذه المعاني التي ينثرونها ورود في ميدان نقل الأعضاء مضار جسيمة الآدمية جمعاء، ويتحول سوقها إلى سوق خزي وعار للإنسانية ..."[1]

ويؤيده الرأي الدكتور عبد الحميد سحبان، حيث قال: "إذا كان الإسلام قد جعل النّاس درجات چ تم چ[2]إلاّ أنّه كان ضد كل ما قد يصير فيه الإنسان مسخرا لأخيه الإنسان كما هو الأمر بالنسبة لمسألة الزرع والنقل، بحيث أنّ جسد الإنسان سيصبح من الممكن تفكيكه كقطاع غيار تُباع وتُشرى، وبالتالي سيصبح هذا الجسد محط الطامعين، فاستغلال الإنسان للإنسان أمر "حاربته وتحاربه الشريعة بشكل قاطع"[3]

ب- القائلون بجواز نقل وغرس الأعضاء من حي إلى حي:

1- أقوال العلماء وآرائهم:ذهب جمهرة من علماء الأمة المعاصرين والباحثين في هذا المجال إلى القول بجواز نقل وغرس الأعضاء من حي إلى حي، وعليه جواز التبرع بالأعضاء البشرية، حتى نقل إلينا الدكتور حسن علي الشاذلي اجماع الفقهاء الذين كتبوا في هذا الموضوع على جواز التبرع بالأعضاء بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى ضرر بالغ بالمتبرع، واعتبروا ذلك من الإيثار الذي حث عليه الإسلام.[4]

بل إنّ القول بجواز هذه العمليات صادر عن المجامع الفقهية، وفي إطار الاجتهادات الجماعية ممّا يجعل الفتوى بذلك عظيمة القدر والاعتبار، ومن ذلك:

- **المجلس الأعلى الإسلامي بالجزائر:** والذي كان سبّاقا في إصدار هذه الفتوى، حيث جاء في أحد نصوصه جواز ذلك مشيرا إلى أنّ الأعضاء الأساسية فردية كانت كالقلب أو زوجية كالقرنية لا بد أن تؤخذ من ميت إذ لا يجوز قتل إنسان للحفاظ على آخر.[5]

- **لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية:** حيث أصدرت فتوى بجواز نقل الأعضاء من المتبرع الحي بشرط أن لا يفضي العضو المنقول إلى موت المتبرع كالقلب والرئتين مثلا، أو فيه تعطل عن واجب كاليدين أو

1- حسن علي الشاذلي، مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص241.

2- سورةالأنعام: الآية 165.

3- عمر جدّية، أصل اعتبار المآل، م س، ص 375 – 376، نقلا عن زرع الأعضاء البشرية بين التطور الطبي والشريعة الإسلامية، ص 85.

4- انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، م.س، ص 4.

5- الفتوى الصادرة بتاريخ 1972/04/20م.

الرجلين معا، أمّا نقل إحدى الكليتين أو العينين أو إحدى الأسنان أو بعض الدم فهو جائز بشرط الحصول على إذن المنقول منه.[1]

– **مجلس المجمع الفقهي الإسلامي تابعلرابطة العالم الإسلامي**،اعتبر أنّ أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته ولاستعادة وظيفَة من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز وحميد، ولا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للإنسان المأخوذ منه، كما أنّ فيه مصلحة وإعانة خيّرة للمزروع، واشترطت شروطا.[2]

– **هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية:** حيث صدرت عنها فتوى بإباحة نقل الأعضاء من المتبرع الحي أو الميت دون أدنى تفرقة.[3]

– **قرارات مجمع الفقه الإسلامي:** والمنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الرابعة، وبعد اطلاعه على الكثير من الأبحاث الفقهية والطبية وبعد مناقشات جادة قرر ما يلي:[4]

أولاً: يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان 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 عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً.

ثانياً: يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً، كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

ثالثاً: تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية.

رابعاً: يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة، كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.

خامساً: يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته، وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرنية العينين كلتيهما، أما إن كان النقل يعطل جزءً من وظيفة أساسية فهو محل بحث.

1- الفتوى الصادرة بتاريخ 5 صفر 1400هـ/1979/12/24م.

2- قرار صدر في الدورة الثامنة والمنعقدة ما بين 19-28 جانفي 1985م بمكة المكرمة.

3- فتوى رقم 99، صادرة في 1982/11/06م.

4- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص 1668-1669.

– **ندوة الرؤيا الإسلامية لبعض الممارسات الطبية في الكويت:** والتي خلصت إلى أنّ نقل الاعضاء للمرضى في الظروف والشروط المقررة شرعا جائز، وذهب أغلب المشاركين في هذه الندوة إلى القول بإباحة الحصول على الأعضاء من الأحياء شريطة عدم الأضرار بالشخص المتبرع.[1]

2– من الفتاوى الفردية للعلماء والمفتين:

– **الدكتور سيد الطنطاوي**– مفتي مصر سابقا– ، حيث قال فضيلته: "...وأنا أميل إلى هذا الرأي الأخير القائل بجواز التبرع ما دامت هناك ضرورة ملحة تدعو إليه وما دام الطبيب يحكم بأنّ نقل هذا العضو من الإنسان إلى المريض لن يضر المنقول منه ضرراً بليغاً، ولكنه يفيد المنقول إليه افادة كبيرة"[2]

– **الشيخ جاد الحق علي جاد الحق** شيخ الأزهر ومفتي الديار المصرية سابقا، حيث أفتى بإباحة نقل الأعضاء وقيد تبرع الحي بأن لا يتبرع بعضو ينتج عنه هلاكه.[3]

3– الأدلة المعتمد عليها: تنوعت الأدلة التي ساقها أصحاب هذا الرأي بين أدلة من الكتاب والسنة، وقواعد الفقه، ومقاصد الشريعة والتخريج على أقوال بعض الأئمة، ولعلّ عموم الأدلة التي اعتمد عليها مجمع الفقه الإسلامي كافية للدلالة على الحكم ومنها:

أولا: ابتنى جواز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه على الضرورة أو الحاجة لحفظ بدن الإنسان من التلف أو المرض كما هو الحال في جراحات القلب والأوعية الدموية حيث يحتاج الطبيب إلى استخدام طعم وريدي أو شرياني لعلاج انسداد أو تمزيق في الشرايين أو الأوردة، وهذه الحالة أو غيرها أوجبت الترخيص للطبيب بالقيام بنقل العضو الصحيح مكان المريض بشرط تحقق النفع على وجه الغلبة وعدم وجود بديل يحقق الهدف المنشود من سلامة المريض مع التأكد من عدم ترتب ضرر أعظم على عملية النقل.

وهذا الحكم مبني على القياس: لأنّه إذا جاز قطع العضو وبتره لإنقاذ النفس ودفع الضرر عنها فلأن يجوز أخذ جزء منه ونقله لموضع آخر لإنقاذ النفس أو دفع الضرر فيها أولى وأحرى.[4]

ثانيا: حكم نقل عضو من إنسان حي إلى مثله ينقسم إلى قسمين:

1– انعقدت في 20–23 شعبان 1407هـ الموافق لـ18–21 أفريل 1987م.

2– مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص1553، نقلا عن جريدة عكاظ 3، 27 محرم 1408هـ.

3– فتوى رقم 1323، صادرة 15 محرم 1400هـ الموافق لـ5 ديسمبر 1979م.

4– ينظر: أحكام الجراحة الطبية لدكتور محمد المختار الشنقيطي، ص 335، بحث الدكتور بكر أبو زيد (التشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني) في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، ص 180 – 181.

أ- ما يؤدي نقل العضو إلى وفاة الشخص المنقولة منه كالأعضاء الفردية: القلب والكبد وغيرها وهذا يحرم لقوله تعالى: ﭽۀ ۀ ہ ہ ہ ﭼ[1]وقوله تعالى: ﭽﭼ ﭽ ﭾﭽ ﭿ ﭽ ﮀ ﭽ ﮁ ﭽ ﮂ ﭽ[2]وتبرع الإنسان بأعضائه إلى شخص آخر لا شك أنّه يفضي إلى قتل الإنسان لنفسه وهلاكها كما أنّه جلب مصلحة تفوت مثلها أو أعظم منها فلا يجوز التبرع حينئذ ولا يجوز للطبيب الجراح القيام بنقل هذه الأعضاء لأنّ في ذلك عدوان على الإنسان أو إعانة على الإثم.

ب- أما نقل الأعضاء التي لا يؤدي نقلها إلى وفاة الشخص المنقولة منه كنقل الكلية أو الجلد مكان الجلد المحروق فهذه المسألة حصل فيها خلاف كبير بين المعاصرين[3] اختار مجمع الفقه الإسلامي الجواز بناء على الأدلة التالية – وهي الأدلة التي استدلوا بها في جواز نقل الأعضاء من الموتى أيضا لتداخل الصورتين في الأحكام حيث رأى المجمع الجواز فيها أيضا:

1-استدلوا بعدد من الآيات منها:

- قوله تعالى: ﭽڑ ڑ ک ک ک ک ک گ گ گ گ گ ڱ ڱ ڱ ڱ ں ں ڻ ڻ ۀ ۀ ہ ہ ﭼ[4]

- وقوله تعالى: ﭽۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ۇٴ ۋ ۋ ۅ ۅ ۉ ۉ ...إلى قوله تعالى:ﭽڈ ڈ ژ ژ ڑ ڑ ک ک ک ک گ گ ﭼ[5]

- وقوله تعالى: ﭽئى ئى ئى ئى ۇٴ ۋ ۋ ۅ ۅ ۉ ۉ ې ې ې ې ى ى ئا ئا ﭼ[6]

1- سورة البقرة: الآية 195.

2- سورة النساء: الآية 29.

3- اختلف المعاصرون في هذه المسألة وفي ضمنها نقل الأعضاء من الموتى إلى قولين: مجيز ومانع، فمن المانعين: الشيخ الشعراوي والغماريوالسنبهلي وحسن الشاذلي وغيرهم، ومن المجيزين: العديد من الهيئات ولجان الفتوى كهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ولجنة الفتوى في الأردن والكويت ومصر والجزائر ومن العلماء طائفة منهم الشيخ السعدي وإبراهيم اليعقوبي وجاد الحق وعبد الجليل شلبي وغيرهم، ينظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 353 – 357، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد4، ص90 – 490، قضايا فقهية معاصرة للسبنهلي ص 67 دار القلم، ط1، 1408هـ، وشفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء لليعقوبي ص 101-108، توزيع مكتبة الغزالي، دمشق، ط1، 1408هـ.

4- سورة البقرة، الآية 173.

5- سورة المائدة، الآية 3.

6- سورة الأنعام، الآية 118 – 119.

فوجه الدلالة من هذه الآيات: أنّها اتفقت على استثناء حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه فيها والإنسان المريض إذا احتاج إلى نقل العضو فإنّه سيكون في حكم المضطر لأنّ حياته مهددة بالموت كما في حالة الفشل الكلوي، وتلف القلب ونحوهما.

2- ويستدل أيضا على الجواز بعموم قوله تعالى:چۇ ۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ۇٴ ۋ چ[1]، وقوله تعالى:چ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ ٹ چ[2]، وقوله تعالى: چ ڍ ڍ ڌ ڌ ڎ ڎ ڈ چ[3]وغيرها من الآيات التي تدل على أنّ مقصود الشرع التيسير على العباد لا التعسير عليهم، وفي إجازة نقل الأعضاء الآدمية تيسير على العباد ورحمة بالمصابين والمنكوبين وتخفيفا للألم وكل ذلك موافق لمقصود الشرع.

3- كما يقوم قول المجيزين على **أدلة من العقل** منها:

- أن جواز التداوي بنقل الأعضاء الآدمية كجواز التداوي بلبس الحرير لمن به حكة أو جواز استعمال الذهب لمن احتاج إليه بجامع وجود الحاجة الداعية إلى ذلك في كلا الأمرين.

4- كذلك ابتنى قرار المجمع على بعض **القواعد الفقهية** مثل: قاعدة: (الضرريزال)[4]، وقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)[5]، وقاعدة (إذا ضاق الأمر اتسع)[6]، فهذه القواعد وما في معناها دلت على الترخيص للمتضرر بإزالة ضرره ولو بالمحظور، والمريض المصاب بتلف عضو مقامه يعتبر مقام اضطرار وفيه ضيق ومشقة والشريعة قد رفعت الحرج عن العباد.

وقد يستدل بقاعدة (الأحكام تتغير بتغير الأزمان)[7] وذلك أن نقل الأعضاء قبل أن يترقى الطب يعتبر ضررا وخطرا فناسب حكمه التحريم أمّا وقد تقدم الطب وأصبحت عمليات نقل الأعضاء سهلة ميسورة وعلاجا نافعا فإنّ الحكم قد يتغير إلى الجواز.

5- **التخريج على أقوال بعض الأئمة** في تجويز نقل الأعضاء:

- من ذلك ما جاء عن **الإمام الكاساني**-رحمه الله-: "أنّ عصمة النفس لا تحتمل الإباحة بحال... بخلاف الأطراف لأنّ عصمة الطرف تحتمل الإباحة في الجملة فجاز أن يؤثر الأمر فيها... فلو قال له:

1- سورة البقرة، الآية 185.

2- سورة النساء، الآية 28.

3- سورة المائدة، الآية 6.

4- الأشباه والنظائر للسيوطي ص 173، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص94.

5- المرجع نفسه.

6- المرجع نفسه، ص 172، المرجع نفسه، ص93.

7- الشيخ أحمد الزرقا(ت 1357هـ/1938م)، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سوريا، ص 227.

اقطع يدي فقطع فلا شيء عليه – أي على القاطع – بالإجماع لأنّ الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وعصمة الأموال تثبت حقا له فكانت محتملة للسقوط بالإباحة والإذن كما لو قال له: اتلف مالي فأتلفه"[1]

– **استدلوا بالقياس على جواز التداوي بالحرام:** وقد رأى بعض الفقهاء قياس مسألة زرع الأعضاء على مسألة التداوي بالحرام عند الضرورة أخذاً في الاعتبار تصنيف العلامة الهموي لأعمال الإنسان في خمسة أصناف الفضول والزينة والمنفعة والحاجة والضرورة، والضرورة تبيح المحظورات، فيجوز زرع الأعضاء في حالة الضرورة كما يجوز التداوي بالحرام فيها.[2]

– **استدلوا بالقياس على جواز أخذ الدم من الحي:** يقول **الشيخ القرضاوي:** "وفي عصرنا راينا التبرع بالدم وهو جزء من جسم الإنسان يتم في بلاد المسلمين دون نكير من أحد من العلماء بل هم يقرون الحث عليه ويشاركون فيه، فدل هذا الإجماع السكوتي على جواز الفتاوى الصادرة في ذلك على أنّه مقبول شرعا"[3]

– **واستدلوا بالقياس على الصدقة:** فالإسلام لم يقصر الصدقة على المال بل جعل كل معروف صدقة، فيدخل فيه التبرع ببعض البدن لنفع الغير، بل هو لا ريب من اعلى الأنواع وافضلها؛ لأنّ البدن أفضل من المال والمرء يجود بماله كله لإنقاذ جزء من بدنه، فبذله لله تعالى من القربات وأعظم الصدقات.[4]

الترجيح:

فيالحقيقة يصعب الترجيح في هذه المسألة لأنّ الخلاف فيها معتبر، إذ لكل فريق أدلة معتبرة.

ورغم مناقشة القائلين بالمنع لأدلة القائلين بالجواز غير أنّ القائلين بالجواز حشدوا الكثير من الأدلة المتنوعة والقوية والمعتبرة في آن واحد، فضلا على ذلك فقد اتجه إلى هذا الرأي المجامع الفقهية التي تعتبر اجتهاد جماعي مبني على أبحاث علمية جادة.

أمّا ما ذهب إليه القائلون بالمنع من أنّ هذه المسألة فيها مساس بالكرامة الآدمية، فإنّ هذا المعنى يتوقف وجوده على القصد من الأفعال التي فعل بالآدمي؛ حتى إن الفعل الواحد قد يوصف بأنه مهين للإنسان ومسيء إلى كرامته، وقد لا يوصف بذلك، تبعاً لقصد فاعله وغايته من فعله، فإن كان قصده التمثيل

1– بدائع الصنائع، الكساني، ج8، ص 236، ينظر: منهج استنباط أحكام النوزال الفقهية المعاصرة، م.س، ص 685.

2– الشريف محمد عبد القادر، زراعة الأعضاء وحكمه في الشريعة الإسلامية، مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص 1314.

3– فاطمة مداني، نقل وزرع البشرية من الأموات إلى الأحياء، بحث مقدم لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في الشريعة والقانون، جامعة أدرار، السنة الجامعية 1433هـ–1434هـ/2012م–2013م، ص 53، نقلا عن: علي محمد علي أحمد، معيار تحقيق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د.ت، د.ط، ص 260 فما بعد.

4– المرجع نفسه.

والتشنيع والإهانة كان عملاً مسيئاً للكرامة الآدمية، وإن تجرد قصده عن ذلك، واتجه إلى تحقيق مصالح معتبرة لبني آدم لم يكن في ذلك اساءة للكرامة الإنسانية.

وأما مفسدة فتح الباب أمام الاستغلال وإساءة التصرف في أجزاء الأجنة، فهذا أمر لا ينشأ عن ذات التصرف محل البحث، وإنما عن الانحراف في ممارسته، وكل مباح يمكن أن يساء استعماله، فلا يكون ذلك سبباً في التحريم، وإنما يكون حافزاً على أخذ الاحتياطات العملية عند التنفيذ، فإن أحداً لا يستطيع أن يزعم بأن الأعمال الطبية، وهي أعمال موضوعها الجسد الإنساني، كلها محرمة، مع أنها في معظمها يمكن أن يساء استعمالها، فالمرأة تمرض وتحتاج إلى العلمية الجراحية، والاحتمال قائم في استغلالها وأخذ بيضاتها وهي تحت التخدير لا تدري شيئاً، والحيوانات المنوية تؤخذ من الرجال لإجراء الفحص عليها في كثير من الحالات المرضية مع قيام الاحتمال باستعمالها في أغراض محرمة، ولا يكاد عمل من أعمال الأطباء الذي يكون محله الآدمي إلا ويدخله احتمال الاستغلال وإساءة التصرف، ولا أحد يقول بتحريم العلاج وإجراء العمليات الجراحية ونحو ذلك. والمخرج في ذلك كله هو تقييد المباحات التي تحتمل الاستغلال، والاحتياط لها في الواقع بالقيود التنفيذية، والمراقبة الفعالة، ومنع التعارض في ممارستها بالتشريعات الدقيقة الجامعة المانعة، وإلا فإن هذا يدخل كل باب ويؤول إلى التضييق على العباد.[1]

ومع ذلك **فإنّ القائلين بالجواز لم يقولوا به مطلقا، بل قيدوه بشروط وضبطوه بضوابط**،أهمها:

1- تحقيق قيام الضرورة بطريقة اليقين، بأي دلالة يقوم بها اليقين كإخبار طبيب حاذق بضرورة عملية النقل وإلاّ هلك المريض.

2- تحقيق انحصار التداويبه، لعدم وجود بديل له يقوم مقامه، ويؤدي وظيفته بكفاءة.

3- أن تكون العملية بواسطة طبيب ماهر لا متعلم.

4- تحقق أمن الخطر على المنقول منه في حال النقل من حي.

5- غلبة الظن على نجاحها في المنقول إليه.

6- عدم تجاوز القدر المضطر إليه.

7- تحقق الموازنة بتقدير ظهور مصلحة المضطر المنقول إليه على المفسدة اللاحقة بالمنقول منه.

8- تحقق توفر شرط الرضا والطواعية الأهلية من المنقول منه.

9- توفر الشرط الثامن في المنقول إليه أو إذن وليه إن كان قاصر الأهلية.

10- توفر متطلبات العملية التي بلغها الطب، وإلا كان الطبيب مفرطاً يحمل تفريطه،[2] والله أعلم.

1- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص 1437.

2- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص 118.

ويضاف إلى ذلك من باب **الاحتياط:**[1]

– أن تجري الفحوص الطبية اللازمة قبل نقل الأعضاء وغرسها في جسم إنسان حي، وذلك بغية كشف فيروسات الإيدز وأضدادها على المتبرعين بالأعضاء المختلفة، وكذلك لتجنب الإصابة بالأمراض المعدية...

– أن لا يعلق المعطي رضاه بالاستقطاع من جسمه على مقابل مالي؛ لأنّ ذلك يتعارض مع الكرامة الإنسانية التي حض عليها الشارع سبحانه ولأن الأصل في مثل هذه الأعمال الضرورية المتعلقة بالأنفس قيامها على الغايات النبيلة البعيدة كل البعد عن مجال الربح، والمصالح الشخصية.

ملاحظة:تجدر الإشارة هنا إلى أنّ عدم التوسع في سوْقِ الأدلة من الكتاب والسنة سواء كانت أدلة المجيزين أو المانعين؛ لأنّ تلك الأدلة لا تدل دلالة صريحة على الجواز أو عدمه؛ وذلك لإمكانية تأويلها كما أنّ بعضها خارج محل النزاع.

المطلب الثاني: موقف العلماء من نقل وغرس الأعضاء من ميت إلى حي وأدلتهم الشرعية

لا شك أنّ العلماء والباحثين الذين قالوا بجواز التبرع بالأعضاء من حي إلى حي قالوا من باب أولى بجوازه من ميت إلى حي؛ لأنّ المخاطر والمفاسد التي كانت تكتنف عمليات التبرع من حي إلى حي تتلافى في التبرع من ميت إلى حي وتفصيل؛لذلك وجدنا بعض المفتين أجاز نقل من ميت إلى حي، ولم يجز النقل من حي إلى حي، وتفصيل هذه المسألة في العنصرين التاليين:

أ– أقوال العلماء وآرائهم:

– **المجامع الفقهية أو الاجتهادات الجماعية:** سواء كانت هيئة كبار العلماء بالرياض،[2] والمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة،[3] ومجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، حيث جاء فيه: "يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له".[4]

– ويجدر التذكير أنّ المجلس الأعلى الإسلامي بالجزائر كان سبّاقا إلى هذه الفتوى، وقد سبق الحديث عن هذا في المطلب الأول من هذا المبحث.

1– ينظر: عمر جدّية، اصل اعتبار المآل، م.س، ص 378.

2–قرار رقم 99، الصادر في 1402/11/06هـ.

3–في دورته الثامنة المنعقدة في 1405/04/28هـ و1405/05/07هـ.

4–في دورته الرابعة المنعقدة في جدة سنة 1408هـ، ص 57 – 60.

– كما أصدرت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت فتوى تُجيز فيها نقل الأعضاء سواء من ميت أو حي على أنّه إذا كان المنقول منه ميتا جاز النقل سواء أوصى أو لم يوصي، إذا أنّ الضرورة في انقاذ الحي تبيح المحظور، ويُقدم الموصي له في ذلك عن غيره.[1]

– لجنة الافتاء في المملكة الأردنية الهاشمية قد عالجت موضوع انتفاع انسان بأعضاء إنسان آخر حي أو ميت وأفتت بجواز ذلك.[2]

– **من الفتاوى الفردية:**

▪أفتى **الدكتور محمد سيد الطنطاوي** مفتي مصر سابقا بإباحة الاستفادة بجميع أعضاء جسد المتوفى في حادث أو بطريقة عادية إذا كانت هنا ضرورة ومنفعة للمريض المنقول إليه العضو شريطة أن يحكم بذلك طبيب ثقة متخصص، ودون الرجوع إلى الورثة أو النيابة العامة؛ لأنّ الضرورات تبيح المحظورات كما أجاز أحد أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام فور توقف حياتهم لإنقاذ حياة المريض وحتى دون اشتراط موافقة الشخص قبل وفاته وبموافقة أسرته بعد وفاته.[3]

▪ فتوى فضيلة **الشيخ محمد خاطر**، مفتي الديار المصرية سابقا، بإباحة سلخ جلد الميت لعلاج حروق الأحياء،واشترط في الإباحة الاقتصار على الموتى الذين لا أهل لهم، أو الموتى الذين أوصوا بذلك في حياتهم، أو الموتى الذين أذن أهلهم بذلك.[4]

▪ فتوى فضيلة **الشيخ حسن مأمون**، في إباحة نقل عيون الموتى إلى الأحياء، وأن ذلك جائز بإذن الموتى الذين لهم أهل أو الميت الذي أوصى بذلك، أو الميت الذي لا أهل له (بدون إذن).[5]

▪ فتوى **الشيخ أحمد هريدي**بجواز سلخ قرنية العين من ميت وتركيبها لحي، وذلك من الميت الذي لا أهل له، أو الميت الذي أذن أهله بذلك، أو الميت الذي أوصى بذلك قبل وفاته.[6]

▪فتوى**الشيخ جاد الحق علي جاد الحق**، مفتي الديار المصرية سابقا، بإباحة نقل الأعضاء من إنسان إلى آخر، وقد أباح نقل الأعضاء بشروط تشبه الشروط السابقة المذكورة أعلاه (الميت الذي لا أهل له. أو الذي أذن أهله بذلك).[7]

1–فتوى رقم 79/132، صادرة بتاريخ 5 صفر 1400هـ الموافق لـ1979/12/24م.

2– ينظر: الفتوى الصادرة 20 جمادى الأولى 1397هـ الموافق لـ1977/05/18م.

3– أحمد محمد طه، م.س، ص 142 – 144.

4–فتوى رقم 1069، 3 ذي الحجة 1392/ 3 فبراير 1973م.

5–فتوىرقم 1087، 6 شوال 1378 هـ/ 4 إبريل 1959م.

6–فتوىرقم 993، 23 أكتوبر 1966م.

7–فتوىرقم 1323، 15 محرم 1400هـ/ 5 ديسمبر 1979، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص 45 – 46.

▪**فضيلة الشيخ العلامة حسنين مخلوف:** مفتي الديار المصرية الأسبق، أفتى بجواز نقل عيون الموتى لمعالجة الأحياء.[1]

▪**فضيلة الشيخ محمد عبد الرحمن:**مفتي جمهورية القمر الاتحادية الإسلامية، رأى بجواز الانتفاع بأعضاء الميت رغم أنّه أفتى لعدم جواز الانتفاع بأعضاء الحي.[2]

▪فتوى **الشيخ العلامة يوسف القرضاوي** الذي أجاز أن يوصي المسلم بجزء من البدن بعد موته؛ لأنّ في ذلك منفعة خالصة للغير دون احتمال أي ضرر عليه، فإنّ هذه الأعضاء تتحلل بعد ايام ويأكلها التراب، فإذا أوصى ببذلها للغير قربة إلى الله تعالى فهو مثاب مأجور على نيته ولا دليل من الشرع على تحريم ذلك بشرط أن لا يكون التبرع بالجسم كله أو بجانب كبير منه.

وأباح للورثة التبرع بجزء من الميت خاصة إذا كانت أعضاؤه ذات وظائف أساسية كالقلب والكلية ونحوهما بنية الصدقة عليه التي يستمر ثوابها ما دام المريض المستفيد من العضو منتفعا بها، ومَنع ذلك في حالة ما أوصى الميت في حياته بعدم التبرع، إذ لا بد من إنفاذ وصيته فيما لا معصية فيه، وذلك حق له.

كما أجاز تدخل الدولة في حدود الضرورة لأخذ بعض أعضاء الموتى في الحوادث والذين لا تعرف هوايتهم، أو لا يعرف لهم ورثة لاستخدامها في انقاذ غيرهم من المرضى، واشترط أن يُسْتَوثق من عدم وجود أولياء للميت.[3]

والظاهر من أقوال هؤلاء العلماء أنّ هناك خلاف بينهم في مسألة الإذن، غير أن الضوابط والشروط السابقة في مسألة جواز التبرع من الحي هي نفسها شروط وضوابط تبرع الميت للحي، وكما يطلب إذن المتبرع حيا أيضا يشترط إذنه قبل وفاته،وإذن ورثته بعد وفاته، وتفصيل ذلك:

- لأنّ رعاية كرامته حق مقرر له في الشرع فلا ينتهك إلا بإذنه، فهو حق موروث.
- هذاالإذن هو إيثار منه أو من مالكه الوارث . لرعاية حرمة الحي على رعاية حرمته بعد موته في حدود ما أذن به. ولذا صح ولزم شرط الإذن منه قبل موته، أومن ورثته جميعهم.
- أما إن فات هذا الشرط ولم يتحقق بإذنه، أوإذن جميع ورثته بأن أذن بعض دون بعض فلا يجوز انتزاع عضو لأنّ ذلك هتك تعسفي للحق وحرمة الرعاية له.

1- ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م.س، ج4، ص 289.

2-المرجع نفسه.

3- ينظر: نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، م.س، ص 42.

– أما من لا وارث له إذا مات ببلد إسلام تحت ولاية سلطان مسلم بحكم الشرع ويقيم الحدود وينفذ أحكام الإسلام فالسلطان ولي من لا ولي له فهو يقوم مقام الوارث له.[1]

ولذلك قيّدت **لجنة الافتاء في المملكة الأردنية الهاشمية** جواز النقل بشروط حفظا لكرامة الميت ولئلا يُتخذ للعبث والإهانة، من هذه الشروط:

– أن يكون هناك موافقة خطية من المتبرع في حياته ثم موافقة أحد أبويه أو وليه بعد وفاته، أو موافقة ولي أمر المسلم إذا كان المتوفى مجهول الهوية.

– أن يكون المتبرع له محتاجا أو مضطرا إلى العضو المُتبرع به، وأ، تتوقف حياة المنقول له على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة أحد أجهزة الجسم عليه، وذلك بتقرير من لجنة طبية موثوقة في دينها وعلمها وخبرتها.

– أن لا يحدث النقل تشويها في جثة المتبرع.[2]

وهذا هو الرأي الذي ذهب إليه أكثر العلماء، أمّا ما ذهب بعضهم الآخر من أنّ الإذن معتبر في حالة الحي دون الميت من منطلق أنّ مصلحة الأحياء مقدمة على المحافظة على جثث الموتى، كما جاء ف فتوى الشيخ سيد الطنطاويبجواز الانتفاع بأعضاء المحكوم عليهم بالإعدام، ولو كان دون موافقتهم. وهذا رأي فيه نظر، ويناقش من زوايا عدة وكذلك قال.

ب– الأدلة المعتمد عليها: ساق القائلون بالجواز جملة من الأدلة من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية ومقاصد الشريعة والتخريج على أقوال العلماء، وهي التي تمَّ سردها في المطلب الأول من هذا المبحث و**أضيف من باب التوسع** ما يلي:

1– **الموازنة بين المصالح والمفاسد:** والمنافع والمضار، فإن مصلحة الحي برعاية إنقاذ حياته أعظم من مصلحة الميت بانتهاك حرمة بدنه وقد فارقته الروح، وأذن به، ولهذا نظائر في الفروع المتقدمة عند عدد من أهل العلم من التناول في حال الاضطرار من: لبن المرأة الميتة، ولحم الآدمي، وشق بطن المرأة الميتة

1– أبو زيد بكر بن عبد الله، التشريع الجثماني والنقل والتعويض الإنساني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م.س، ج4، ص 117.

2– عبد السلام داود العبادي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، م.س، ج4، ص 278.

الحامل إذا كان حملها يضطرب، ونبش القبر لمصلحة حي، وشق بطن ميت ابتلع مال حي وقد علمت ما فيه أيضاً...إلخ.[1]

إلى آخر ما تقدم من فروع على قواعد الضرر من أنه يزال، وإن الضرورات تبيح المحظورات. والله أعلم.

2- **التخريج على أقوال العلماء:**

▪حكم التناول من جثة الآدمي إذا لم يجد المضطر غيرها، فقد ذهب العديد من العلماء إلى جواز ذلك لسد الرمق، وعللوه بأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت.ومعلوم أنّ الشخص المريض قد بلغ حالة الاضطرار كما في مرض الفشل الكلوي، ومرض القلب الذي يهدد صاحبه بالموت، وقد نص هؤلاء الفقهاء على جواز أكل المضطر للحم الميت المعصوم وغير المعصوم مع أنّ الأكل يوجب استنفاذ الأعضاء، فلأنّ يجوز النقل والتبرع الموجب لبقائها ودوامها أولى وأخرى، وحرمة الحي أولى من حرمة الميت في الأصل.[2]

▪ونص بعض فقهاء الشافعية وغيرهم على جواز جبر العظم المنكسر بعظم الآدمي إذا لم يجد ما يصلح لذلك، ولو كان من حيوان نجس نجاسة مغلظة.

▪ومما يذكره بعض الباحثين في هذا المجال ما نقلته كتب السيرة من (أن قتادة بن النعمان رضي الله عنه أصيبت عينه يوم بدر، وفي رواية يوم أحد فندرت حدقته، فأخذها في راحته إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فأخذها النبي صلى الله عليه وسلم، وأعادها إلى موضعها فكانت أحسن عينيه وأحدّها بصراً)

▪فهم يذكرون أن هذا وإن كان من معجزاته عليه السلام إلا أن فيه زرعاً للعين أو إعادة زرع لها.[3]

▪إنّ الفقهاء رحمهم الله نصّوا على جواز شق بطن الميت لاستخراج جوهرة الغير إذا ابتلعها الميت،فلأنّ يجوز نقل أعضاء الميت أولى وأحرى لمكان إنقاذ النفس المحرمة التي هي أعظم حرمة من المال، وهذا ثابت في كتب المالكية والشافعية والحنابلة.[4]

3- جواز التشريح لوجود الحاجة، فإنه متى استدعى الحال لخفاء في الجريمة، وسبب الوفاة باعتداء، وهل هذه الآلة المعتدى به قاتلة منها، فمات بسببها أو لا؟ فإنه يتخرج القول بالجواز، صيانة للحكم عن الخطأ، وصيانة لحق الميت الآيل إلى وارثه، وصيانة لحق الجماعة من داء الاعتداء والاغتيال، وحقناً لدم

1-مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص 117.

2- للتوصل إلى الأدلة واوجه الاستنباط، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ابتداء من ص82 ومحمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، ص 337 – 403، فتاوى مصطفى الزرقا، ص 229 – 231.

3-مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص 275.

4- انظر: المحلى 395/3، حاشية الدسوقي 420/1، أحكام الجراحة الطبية للدكتور محمد الشنقيطي، ص 375.

المتهم من وجه، فتحقيق هذه المصالح غالبت ما يحيط بالتشريح من هتك لحرمة الميت، وقاعدة الشريعة ارتكاب أخف الضررين، والضرورات تبيح المحظورات، واشترط القائلون بالجواز شروطا لذلك.[1]

ج- نظرة على ردود العلماء:

ولمّا كان من أقوى ما استدل به القائلون بعدم جواز هذه العمليات: كرامة الإنسان وحديث النهي عن كسر عظم الميت، رد **الدكتور عبد السلام داود العبّادي** على من استدل بكرامة الإنسان ونهي النبي -صلى الله عليه وسلم-عن كسر عظم الميت بقوله: "**كسر عظم الميت ككسر عظم الحي**" ، يعني في الحرمة، وقوله أيضاً فيما أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن مسعود قال: "**أذى المؤمن في موته كأذاه في حياته**" ؛ إذ إن المقصود من الآية والحديثين هو تكريم الميت وعدم إهانته أو التمثيل به. كما يدل على ذلك سبب ورود حديث النهي عن كسر عظم الميت، فإن النبي صلى الله عليه وسلم رأى حفاراً يكسر عظماً لميت بلا سبب مشروع فقال له: "**كسر عظم الميت ككسر عظم الحي**". أما ما نحن بصدده فلا يقصد به الإهانة، وإنما يقصد به إنقاذ حياة إنسان أو سلامة عضوه، وهذا المقصود يحمل معنى تكريم الإنسان، لا إهانته، وبهذا الفهم الواعي أجاز العلماء السابقون تشريح جثة الميت لغرض مشروع؛ كإخراج مال ابتلعه الميت أو إخراج مولود حي من جوف امرأة ماتت.[2]

وقد رد أبو الخطاب من علماء الحنابلة على الحديث المتقدم (كسر عظم الميت...) بأن المراد بالحديث التشبيه في أصل الحرمة، لا في مقدارها، بدليل اختلافهما في الضمان، والقصاص، ووجوب صيانة الحي بما لا يجب به صيانة الميت).

وقد رد القائلون بالمنع على أدلة القائلين بالجواز بما يلي:[3]

1- القياس على جواز أكل ميتة الآدمي عند الاضطرار مردود كما جاء عن دكتور يوسف قاسم؛ لأنّ العلماء أجمعوا على أنّ نظرية الضرورة لا تُقبل في جرائم النفس أبدا؛ لأنّه لا يصلح أن يُنقد انسان على حساب انسان آخر، وهذه المسائل ليست محل خلاف بل محل إجماع فضلا على ذلك، فإنّ فقهاء المذاهب قد اختلفوا في جواز أكل ميتة الآدمي عند الاضطرار.

1-مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص 108.

2-مرجع نفسه، ج4، ص 278.

3- ينظر: فاطمة مداني، نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، م.س، نقلا عن علي محمد علي أحمد، ص 260 – 268.

2- أمّا القياس على جواز التبرع بالدم مردود أيضا؛ لأنّ السبب في منع غرس الأعضاء لا ينطبق على الدم، حيث يرى الدكتور صفوت حسن لطفي أنّ أساس التحريم في غرس الأعضاء البشرية يقوم على قطع عضو من أعضاء جسم الإنسان وبعدم تعويض الجسم إلى الجزء المقطوع منه، أمّا الدم فهو سائل متحدد يفرزه الجسم من جهاز إفرازات مكونات الدم المختلفة، بالإضافة إلى أنّه لا يقع أي ضرر فعلي على المتبرع أيا كان نوعه بل أنّ أخذ بعض الدماء يجعل أجهزة إفراز مكونات الدم وخلاياه تنشط في تعويض ما أُخذ، بل إنّ فصد الدم فيه من الفوائد الكثيرة لعلاج بعض الأمراض، ومنه جواز الحجامة. ورغم هذا هناك مخاطر تكتنف التبرع بالدم مثل: الحساسية، التسمم الدموي والنزيف وإخطار منع التجلط والفشل الكلوي إلى جانب أمراض خطيرة مثل الالتهاب الكبدي الوبائي، والملاريا والزهري والإيدز، الأمر الذي دفع الأطباء للبحث عن بديل فعلي للدم مثل مشتقات الخميرة التي لها قدرة على حمل الأكسجين بدلا عن خلايا الدم.

3- القياس على شق بطن الميتة لاستخراج الجنين مردود؛ لأنّ ليس فيه مساس بحرمة جسد الأم؛ ذلك أن إخراج الجنين مصلحة محضة معتبرة شرعا، وموافية لمقاصد الشريعة، ذلك أنّ حياة الجنين هي حياة منفصلة ومستقلة عن حياة الأم بخلاف الأعضاء، فالأم لها أن تنتفع بأعضائها في حياتها لأنّها تملكها بخلاف الجنين فإنّها لا تملكه.كما أنّ إخراجه وهي ميتة كإخراجه وهي حية عند الولادة القيصرية، والحاصل أن إخراجه فيه سلامة للأم والولد، بالمقابل فإنّ ترك الجنين إهدار لحياته التي أوجب الشرع المحافظة عليها، وقرر على من تعمّد اهدارها دية.

4- القياس على شق بطن الميت لاستخراج المال فإنّها مسألة خلافية بين الفقهاء وعلى القول بالجواز فإنّ هذا المال جزء منفصل عن الجسد، ولا يملكه بخلاف الأعضاء فإنّها متصلة ويملكها.

الترجيح:

لا بد من التفريق بين الانتفاع بأجزاء الآدمي الحي، وأجزاء الآدمي الميت؛ لأنّ المخاطر التي تهيّب منها العلماء في حالة النقل من الحي تتلافى في حالة النقل من الميت ولذلك ذهب الكثير إلى جواز هذه العمليات، وحتى جمهور الفقهاء (بعض الحنفية، وبعض المالكية، والشافعية والحنابلة والزيدية) رأى جواز الانتفاع بأجزاء ميتة الآدمي، وقد عللوا ذلك بأن حرمة الآدمي الحي أعظم من حرمة الميت.[1]

ويظهر ممّا سبق أنّ جواز الانتفاع بأجزاء الآدمي الميت عند الضرورة، سواء كان معصوماً أو غير معصوم، إحياء للنفس الآدمية ومداً لأسباب البقاء لها، وبخاصة أن النفس الميتة إن لم ينتفع بها تحللت

1-حسن علي الشاذلي، انتفاع الإنسان بأعضاءجسم إنسان آخر حياً أو ميتاًفي الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص 176.

وصارت تراباً، فإنقاذ نفس حية بشيء من نفس ميتة حفاظ على النفس، وإحياء لها، هو هدف مشروع ومصلحة مقررة شرعاً ومعتد بها، فضلاً عن أن رعاية مصلحة الحي في امتداد حياته، أولى من رعاية مصلحة الميت في عدم المساس بجسمه، إذ جسمه إلى تحلل وإلى فناء، كما أنّ القول بإباحة الانتفاع بالآدمي الميت عند الاضطرار ليس على الإطلاق، فقد وضعت شروطا لهذا الانتفاع وهي:

1- ألا توجد ميتة أخرى غير ميتة الآدمي، فإذا وجدت ميتة أخرى لا يحل الانتفاع بميتة الآدمي.

2- أن يكون المضطر معصوم الدم، وذلك لأنه لو كان مستحق القتل شرعاً، كان دمه غير معصوم، وحياته إلى زوال بتنفيذ حكم الشرع فيه، ومن ثم فلا يجوز شرعاً العمل على مد أسباب حياته في الوقت الذي فيه يرى الشرع إنهاء حياته حقاً لله تعالى فكان ذلك معارضة للشرع، ومضادة لأحكامه، وهو ما لا يجوز ولا يحل...

3- أنه يجب أن يكون المنتفع مضطراً إلى هذا الانتفاع.[1]مع اعتبار طبعا لمقصود الاضطرار.

د- المستثنيات:

استثنى العلماء والباحثون بعض أعضاء الجسم من جواز نقلها وغرسها؛ وذلك تبعا لما دلت عليه البحوث العلمية، وأكدته أقوال الأطباء من أنّ أعضاء الإنسان تختلف في وظائفها الفسيولوجية ممّا يقتضي وضع ضوابط شرعية لكل عضو على حِدة، ومنه تُناقش الأعضاء المختلفة على أنّها حالات فردية، مع الرجوع إلى الاخصائيين في كلّ عضو من الأعضاء لوضع دراسة تحيط بكل جوانب غرس العضو خاصة التي منها تهم الفقه، وتفصيل هذه المسألة على النحو التالي:

1- **غرس الغدد والأعضاء التناسلية:** سواء كان العضو من حي أو ميت؛ وذلك لاحتياط الشريعة الإسلامية في الفروج، فإذا كان (الأصل في الأشياء الإباحة)، فإنّه إذا تعلق الأمر بالفروج صارت القاعدة (الأصل في الأبضاع التحريم) أي الأصل في الفروج الحرمة، إلاّ ما دلّ الدليل على جوازه.

- **المقصود بالغدد التناسلية:**[2]

- المبيض:الذي يفرز لدى المرأة الهرمونات الأنثوية الضرورية، كما ينتج البويضات الناضجة.
- الخصية: تفرز لدى الرجل هرمونات الذكورة، كما تنتج الحيوان المنوي.

1-حسن علي الشاذلي، م.س، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، ص 177.

2-صديقة علي العوضي، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسليةللمرأة والرجل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص 1660.

ومن الحقائق الثابتة علميا أنّ تخليق الإنسان يبدأ بتلقيح بويضة بحيوان منوي، فإذا كان الحيوان المنوي يحمل الصبغ السيني فإن الجنين الناتج من هذا التلقيح يكون أنثى، أما إذا كان يحمل الصبغ الصادي فإن الجنين يكون ذكرا.

– من هذا يتضح أن تخليق الإنسان يبدأ بخلية واحدة وهي البويضة المخصبة والتي قد التحمت فيها نواة الحيوان المنوي مع نواة البويضة، ونتجت منها نواة تحمل الشفرة الإلهية التي قدرها الله سبحانه وتعالى لهذا الجنين، والتي تستمد صفاتها الوراثية من الأب عن طريق الحيوان المنوي ومن الأم عن طريق البويضة.

- **حكمنقل وغرس الغدد التناسلية (المبيض والخصية):**[1]ذهب أكثرية العلماء والباحثين إلى القول بالتحريم مطلقا؛ وذلك لأنّه يفضي إلى اختلاط الأنساب، حيث أكدت الأبحاث الطبية أنّ الغدد التناسلية لها وظيفتان:

– الأولى: هي إمداد الجسم بالهرمونات سواء كانت الذكرية أو الأنثوية، التي يتشكل بناء على هذه الهرمونات الشكل من الناحية الذكرية أو الناحية الأنثوية.

– الوظيفة الثانية: هي إفراز الحيوان المنوي، أي البويضة في حالة الأنثى أو الحيوان المنوي في الذكر. هذه الغدد التناسلية، والحيوان المنوي والبويضة يحمل كل منهما الشفرة الوراثية التي تمتد من جيل إلى آخر.

الأعضاء التناسليةهي الأعضاء الداخلية والأعضاء الخارجية، وليس لها علاقة عل الإطلاق بموضوع حمل الصفات الوراثية، وتعرضت الندوة إليها في الأحكام الخاصة بهذا الموضوع، لكن ما كان مهما في هذا الموضوع هو موضوع الغدد التناسلية؛ لأنّ الغدد التناسلية هي التي تحمل الصفات الوراثية. الهدف منعملية النقل والغرس هو التغلب على عملية العقم، والعقم عند الرجال أو العقم عند النساء.

بعض الأشخاص يولدون وليس عندهم مقدرة على إفراز الهرمون وهذا يعتبر مرض ثانوي ويمكن تفاديه بأخذ هرمونات خارجية. البعض الآخر لا تستطيع خلاياه منذ البداية نتيجة خلل موجود إفراز هذه الحيوانات المنوية أو أن هذه الحيوانات المنوية تكون ميتة، وبالتالي فيكون هذا عقم أولي أو رئيسي ولا يمكن التغلب عليه. إذن ليس أمامنا من إصلاح لهذا الموضوع إلا أن يتم نقل خصية للرجل أو نقل مبيض للأنثى. إذا نقل هذا من شخص إلى آخر، حتى من أقرب الأقربين إليه، فهذا يعني نقل كل الصفات الوراثية من هذا الشخص إلى الشخص المتلقي لهذا الموضوع، وبالتالي هنا يحدث خلط للأنساب والأرحام؛ لأن الصفات الوراثية الموجودة هي لا تخضع للمتلقي ولكن تستمر في إعطاء حيواناتها وشفراتها الوراثية للمتبرع.

1–مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص 1689–1690، وثائقالندوة الفقهية الطبية الخامسةالمنعقدة في الكويتفي 23 – 26 ربيع الأول 1410هالموافق 23 – 26 أكتوبر 1989م، البيان الختامي والتوصياتللندوة الفقهية الطبية الخامسةالمنعقدة بالتعاون بينمجمع الفقه الإسلاميوالمنظمةالإسلامية للعلوم الطبيةفي 23 – 26 أكتوبر 1989 م، بالكويت

واعتبر بعض العلماء أن قطع الغدد والأعضاء التناسلية **إخصاء** الذي جاء النهي عنه وأدخله بعض المفسرين والفقهاء في قوله تعالى: ﭽ ۇ ۇ ۆ ۆ ﭼ[1]فالتغيير الآية المتقدمة هو: الخصاء، وعزاه ابن العربي لابن عباس،[2]كما اعتبر البعض الآخر أن المتلقية لتلك الأعضاء **واصلة** وصلت جزء من جسمها بأجهزة غريبة عليها، وستظل مؤثراتها النفسية والصحية تصاحبها حتى الموت.[3]

▪**نقل وغرس الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية:**[4]رغم أنّ أكثرية العلماء ذهبوا إلى جواز ذلك استجابة لضرورة مشروعة، ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المنصوص عليها – سبق الحديث عنها، **غير أنّهم استثنوا العورات المغلظة،** فقالو بعدم جواز نقلها وغرسها، رغم أنّ الأطباء أمثال الدكتورة صديقة علي العوضي وكمال محمد نجيب أكدوا أنّ زراعة الأعضاء التناسلية، سواء كانت هذه الأعضاء ذكرية مثل القضيب أو أنثوية مثل الرحم والأنبوبة الناقلة للبويضات والمهبل، غير ناقلة للصفات الوراثية، إذ ينطبق عليها ما ينطبق على باقي أعضاء الجسم مثل القلب، والكلية، والكبد...إلخ، ويبقى موقف الشرع من ذلك.

ويرجع ذلك إلى أن هذه الأعضاء لن تشارك خلاياها في تخليق الجنين، بل هي بديل لعضو مريض أو تالف يساعد نقله أو استبداله بعضو سليم على قيام العضو المستبدل بوظائفه الطبيعية. أي أنه لن يشارك في نقل الصفات الوراثية، وبالتالي فإن خلط الأنساب في هذه الحالة لن يكون له وجود.

غير أنّ موقف الشرع من ذلك أنّ **المهبل والقضيب** حتى إن لم يكونا واسطة لنقل الصفات الوراثية فهما داخلان في المنع؛ لأنّ استمتاع زوج المنقول إليها هو في الحقيقة استمتاع بامرأة لا تحل له باللمس ولا بالنظر، والعكس صحيح.

وفي الوقت الذي ذهب بعض العلماء والباحثين إلى القول أنّ جميع الأعضاء التناسلية التي لها دخل في الإنجاب أو في الاستمتاع لا يجوز نقلها من رجل أو امرأة إلى رجل أو امرأة أخرى، ذهب الأكثرية إلى استثناء بعضها كقناة فالوب وعبر عن ذلك الدكتور محمد عبد اللطيف صالح فرفور بقوله: "كما يعلم زملائي علماء المجمع أن الأصل في الفروج الاحتياط والتحوط والتورع والمنع، ما لم يقم هناك دليل على خلاف ذلك، أو ضرورة ملحة جداً. فإذا أخذنا بالأساس، وهو المنع، وفتحنا من هذا الأساس استثناء من القاعدة

1–سورة النساء، الآية 119.

2– ينظر: حمداتي شبيهنا ماء العينين، زراعة الغدد التناسلية أو زراعةرحم امرأة في رحم امرأة أخرى، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص 1652.

3– ينظر: المرجع نفسه، ج6، ص 1654 – 1655.

4–صديقة علي العوضي، م.س، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص 1665.

بعض ما يكون من الأعضاء التناسلية الداخلية ملحقاً بالأحشاء، وليس بالعورات، فلا مانع من ذلك. شأن قناة فالوب شأنها شأن الكلية أو المثانة، أما ما عدا ذلك فالأصل فيه المنع والتحريم".[1]

- **نقل الرحم:**[2]قاس العلماء هذه المسألة على الرحم المستأجرة التي ذهب الكثير من العلماء إلى تحريمها وللأدلة نفسها:

- عدم وجود زوجية بين صاحب المني وصاحبة الرحم.
- عدم جواز وضع حيوان منوي من رجل في رحم امرأة لا تحل له.
- عدم قابلية الرحم للبدل والإباحة.

وقد يرى البعض أنّ هناك مصلحة محققة في نقل الرحم كما لو كان في حالة امرأة ذات رحم سليمة ومبيض تالف، وأخرى ذات رحم تالف ومبيض سليم، فالأولى يائسة من الحمل بسبب المبيض التالف، لكن الثانية لها أمل، لأنّ مبيضها سليم، فيكون زرع الرحم الصحيح مكان التالف زرع للأمل للمرأة الثانية وفرصة للإنجاب والتكاثر، وهذه مصلحة واهية بالنظر إلى المفاسد المترتبة على هذا النقل أو الغرس، ودرء المفاسد مقدم في ديننا على جلب المصالح وقد بين تلك المفاسد الدكتور حمداني.

كما اعتبر العلماء أنّ نقل الرحم اخصاء وتغيير لخلق الله في المرأة التي استؤصل رحمها، وتسببها في العقم بصفة عمدية، وجعل حد لإمكانية الإنجاب بصفة أبدية... وهذا حرام، وسبق للمجمع الفقهي أن أصدر قراراً يحرم التسبب في العقم الأبدي والذي ليس هو تنظيم النسل. فصاحبة الرحم الصالح للإنجابارتكبت محرمات، منها:[3]

1- تبديل خلقة جسمها نقصاً بنقل أحد الأجهزة المهمة منه.

1-مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص 1755، وثائقالندوة الفقهية الطبية الخامسةالمنعقدة في الكويتفي 23 - 26 ربيع الأول 1410هالموافق 23 - 26 أكتوبر1989م، البيان الختامي والتوصياتللندوة الفقهية الطبية الخامسةالمنعقدة بالتعاون بينمجمع الفقه الإسلاميوالمنظمةالإسلامية للعلوم الطبيةفي 23 - 26 أكتوبر 1989 م، بالكويت

2- للتفصيل في هذه المسألة ينظر: شهرزاد مبعوج عزوزة، فتاوى النوازل الأسرية ومدى اعتبارها لفقه الموازنات، أعمال الملتقى الدولي الثامن، فقه الموازنات في نوازل العصر بين معضلات الفهم ومزالق التنزيل، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة1، 15-16 نوفمبر 2017م، ص 1077 إلى 1101.

3-حمداتي شبيهنا ماء العينين، زراعة الغدد التناسلية أو زراعةرحم امرأة في رحم امرأة أخرى، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص 1648.

2- عرّضت نفسها للعقم الأبدي باختيار وعمد وتصميم فهي مغيرة لخلق الله، وتابعة للشيطان بحكم قول الله عز وجل: ﭽ ۇ ۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ﭼ[1]

وقد قال الإمام الطبري -كما مر- أنه يحرم تغيير الأجسام بأية طريقة وقع التغيير، ولأي سبب من غير الحدود.

3- تعريض نفسها للهلاك بصفة محتملة جداً، إذ الطب ما زال يحكم بصعوبة هذا النوع من العمليات، التي تعيش مراحلها الأولى، مما يصعب التحكم في نتائجها، على الباذلة، وعلى المتلقية.

4- وأقل درجات مضار هذه العمليات، أنّها تعد نوعاً من الإخصاء، وذلك أمر مجمع على تحريمه بالنسبة للإنسان، خصوصاً وأنّ جميع أصحاب التفاسير رجحوا بأن من بين تغيير خلق الله الخصاء، والحديث صريح في قوله المغيرات خلق الله، والتغيير يأتي من قبيل الزيادة والنقص على حد سواء.

واعتبر بعض العلماء أنّ هذا العمل محاولة استدراك الإنسان على فعل الله في عباده، وهو أمر مستحيل، إضافة إلى ما يمكن أن ينتج عن الاستئصال من واحدة والزرع في الأخرى من مشاكل اجتماعية كثيرة، ومن بينها اختلاط الأنساب في بعض الحالات، وما يصاحبه من الأزمات النفسية التي تصاحب صاحبة الرحم المزال هي وأهلها وزوجها، علما بأنّ المتلقية لن تكون أكثر ارتياحاً.

أ- **استخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء:** رأى أكثر العلماء والباحثون المجتمعون بندوة أنّه لا يجوز استخدام الأجنة مصدراً للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا بضوابط لا بد من توافرها حسب الحالات التالية:[2]

- لا يجوز إحداث اجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر على الإجهاض التلقائي أو الإجهاض للعذر الشرعي.
- إذا كان الجنين قابلاً لاستمرار الحياة فينبغي أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليها، لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء.
- لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.
- لا بد أن يسند الإشراف على هذه الأمور إلى هيئة معتبرة موثوقة.
- وفي كافة الأحوال يجب احترام جسم الإنسان وتكريمه.

1-سورة النساء، الآية 119.

2-مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج6، ص 1671، وثائقالندوة الفقهية الطبية الخامسةالمنعقدة في الكويتفي 23 - 26 ربيع الأول 1410هالموافق 23 - 26 أكتوبر1989م، البيان الختامي والتوصياتللندوة الفقهية الطبية الخامسةالمنعقدة بالتعاون بينمجمع الفقه الإسلاميوالمنظمةالإسلامية للعلوم الطبيةفي 23 - 26 أكتوبر 1989 م، بالكويت

النتائج:

أفرزت هذه الدراسة المتواضعة جملة من النتائج، من أهمها:

1- رغم أنّ عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية من النوازل الفقهية المعاصرة المتنوعة في صورها وأشكالها، إلاّ أنّ علماء الشريعة والباحثين استطاعوا بلورة النظر الفقهي فيها وإيجاد أحكام خاصة بكل صورة.

2- إنّ لفظ "الزرع" الذي انتشر في الأوساط العلمية والقانونية لا يتناسب لغة ومفهوم زرع الأعضاء البشرية؛ لذلك رأيتُ الأنسب لغة هو لفظ "الغرس" غرس الأعضاء البشرية.

3- إنّ عملية نقل وغرس الأعضاء البشرية في حقيقتها مجموع ثلاث عمليات جراحية، تتفاوت فيها نسبة المخاطر على المتبرعين من عملية إلى أخرى، هذا ما جعل بعض العلماء يتهيبون من القول بجوازها.

4- إنّ عدم وقوف الفقهاء المتقدمون على مفهوم دقيق للحظة الوفاة أفرز خلافا بين الفقهاء والباحثين حول الموت الدماغي وحكم رفع أجهزة الانعاش، غير أنّ معظم العلماء والباحثين قالوا بالجواز بضوابط شرعية.

5- تكلم الفقهاء المتقدمون على ما يشبه عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية كأكل ميتة الآدمي وشق بطن الميت لاستخراج جوهرة الغير إذا ابتلعها الميت، غير أنّهم اختلفوا في جواز ذلك.

6- اتجهت المجامع الفقهية، وكثير من الفتاوى الفردية إلى القول بجواز التبرع بالأعضاء البشرية بضوابط شرعية سواء كان من حي أو ميت، واعتبروا ذلك من الإحسان والإيثار والصدقات الجارية، كما اتفقت كلمتهم على عدم جواز بيع الأعضاء البشرية.

7- تنوعت أدلة القائلين بجواز عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية بين أدلة من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية ومقاصد الشريعة، والتخريج على أقوال بعض العلماء، غير أن أقوى أدلتهم كانت القواعد الفقهية الخاصة بالضرورات، والموازنة بين المصالح والمفاسد والنظر في المآلات.

8- احتدم الخلاف بين علماء الشريعة في حالة النقل من حي إلى حي وذلك للمخاطر المحققة، خاصة في جانب المتبرع، وأيضا لمآلات عمليات نقل وغرس، وما قد تفتحه من طرق للإفساد والاعتداء على جسد الآدمي، غير أنّ من أجاز هذه العمليات لم يقل بالجواز مطلقا، بل ضبطه بضوابط شرعية من شأنها المحافظة على المتبرع والمستقبل.

9- إنّ الخلاف القائم بين القائلين بجواز عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية وبين القائلين بعدم الجواز في حالة النقل من حي إلى حي خلاف معتبر، إذ لكل فريق أدلته القوية، ممّا يصعب الترجيح بين

الرأيين، غير أنّ اتجاه المجامع الفقهية وفتاوى فردية كثيرة إلى القول بالجواز يزرع الطمأنينة في النفس لمثل هذه العمليات.

10- استثنى علماء الشريعة بعض الأعضاء البشرية من جواز التبرع بها، وهي الغدد التناسلية (المبيض والخصية)؛ لأنّها واسطة لنقل الصفات الوراثية، ومنه اختلاط الأنساب، كما استثنوا من الأعضاء التناسلية العورات المغلظة (المهبل والقضيب)؛ لأنّهما أعضاء استمتاع، أضف إلى ذلك أنّ لمس هذه الأعضاء والنظر محرّم شرعا سواء كانت أعضاء لحي أو لميت.

التوصيات:

وبناء على ما سبق نوصي بما يلي:

1- وضع هيئة تنفيذية تحكم عمليات التبرع تحت اشراف مؤسسات الدولة، ووفق قانون مفصّل مع رقمنة كل مراحل هذه العمليات؛ لإضفاء الشفافية والوضوح والوقوف على البيانات الصحيحة، وهذا في حد ذاته باعث للطمأنينة في نفوس المتبرعين أو ورثتهم.

2- وضع هيئة استشارية مكونة من أهل الاختصاص: الشرعي (الفقهي)، القانوني، والطبي لمواكبة كلّ القضايا المستجدة والمتعلقة بعمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية.

3- ضرورة الاستعانة بأهل التخصص لضبط المصطلحات والمفاهيم، والتأكد من النقل والترجمة الدقيقة للمصطلحات، خاصة وأنّ اللغة العربية غنية تستوعب جميع اللّغات الأخرى.

4- التنسيق مع وسائل الإعلام السمعية والبصرية والمقروء –وحتى وسائط التواصل الاجتماعي- والتنبيه إلى ضرورة توعية النّاس إلى بأهمية التبرع خاصة بأعضاء الموتى، وتحسيسهم بقدر معاناة المحرومين من تلك الأعضاء.

المراجع:

- القرآن الكريم.
- ابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني لابن قدامة، فصل خلع ثياب الميت، د.ط، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م.
- ابن نجم زين الدين بن ابراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م.
- أبو الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م.
- أبو القاسم محمود بن عمرو الزمخرشي (ت438هـ)، أساس البلاغة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1419هـ-1998م.
- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار الكتاب العربي، كتاب الصلاة، باب صلاة الجنائز، مج6.
- أبو زيد بكر بن عبد الله، التشريع الجثماني والنقل والتعويض الإنساني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ/1996م، بيروت.
- أحمد بن محمد الفيومي ثم الجمري (ت 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، (د ط، د ت).
- أحمد محمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، ط1422هـ/2001م.
- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الفقهية الطبية، دار النفائس، بيروت، ط1، 1420هـ/2000م.
- أيمن الصافي، غرس الأعضاء في جسم الإنسان مشاكله الاجتماعية وقضاياه الفقهية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي.
- الجرجاني (ت816هـ)، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان، ط1، 1403هـ/1983م.
- حسن علي الشاذلي، انتفاع الإنسان بأعضاءجسم إنسان آخر حياً أو ميتاًفي الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- حسن علي الشاذلي، حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي، دار التحرير للطبع والنشر، مصر، 1989م، نسخة PDF.
- حمداتي شبيهنا ماء العينين، زراعة الغدد التناسلية أو زراعةرحم امرأة في رحم امرأة أخرى،مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

▪الخطيب الشربيني(ت 977هـ)، المنهاج مع شرحه مغني المحتاج، ط1، 1415هـ/1994م.

▪الشربيني محمد ابن أحمد الخطيب، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1994م.

▪الشريف محمد عبد القادر، زراعة الأعضاء وحكمه في الشريعة الإسلامية، مجمع الفقه الإسلامي.

▪شهرزاد مبعوج عزوزة، فتاوى النوازل الأسرية ومدى اعتبارها لفقه الموازنات، أعمال الملتقى الدولي الثامن، فقه الموازنات في نوازل العصر بين معضلات الفهم ومزالق التنزيل، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة1، 15-16 نوفمبر 2017م.

▪شوقي الساهي، الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة.

▪الشيخ أحمد الزرقا(ت 1357هـ/1938م)، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سوريا.

▪صديقة علي العوضي، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسليةللمرأة والرجل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

▪عبد السلام داود العبادي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

▪عبد الله محمد عبد الله، نهاية الحياة الإنسانية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج3، ص 208.

▪عمر جدّية، أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط1، 1430هـ/2010م.

▪فاطمة مداني، نقل وزرع البشرية من الأموات إلى الأحياء، بحث مقدم لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في الشريعة والقانون، جامعة أدرار، السنة الجامعية 1433هـ-1434هـ/2012م-2013م.

▪القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تح: أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، ط1، 1406هـ/1986م.

▪مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي(ت 817هـ)، تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط8، 1426هـ/2005م.

▪محمد المختار السلامي، الإنعاش، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

▪محمد أمين، الشهير بابن عابدين(ت 1252هـ)، حاشية ابن عابدين، ط2، 1386هـ/1966م، دار الفكر، بيروت.

▪محمد بن عبد الله الخرشي، حاشية الخرشي، دار الفقه العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ/1997م.

▪محمد بن مكرم بن علي، ابن منظور(ت711هـ)، دار صادر-بيروت، ط3، 1414هـ.

▪محمد رواس قلعة جي، تحديد وقت الوفاة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد4، ط1995م.

▪محمد سعيد رمضان البوطي، انتفاع الإنسان بأعضاءجسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

▪محمد علي البار، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم انسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

▪محمد نعيم ياسين، نهاية الحياة الإنسانية في ضوء اجتهاداتالعلماء المسلمين والمعطيات الطبية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

▪مسفر بن علي محمد القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، نقلا عن: علي السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الثقافة بقطر، ط1، 1416هـ.

▪مصطفى صبري أردوغدو، نهاية الحياة الإنسانية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

▪منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة بالرياض، لصاحبَيها: عبدالله ومحمد الصالح الراشد، د ط، 1388هـ/1968م

نقل وزرع الأعضاء الآدمية في ضوء الفقه الإسلامي المعاصر
– دراسة تأصيلية –

ط. د. بلهول عبد الوهاب
كلية العلوم الإسلامية. جامعة الأغواط

الملخص:
شهد عالمنا المعاصر تطورا علميا هائلا، وكان لعالم الطب منه النصيب الأوفر، فغدت العمليات الكبرى صغرى، حتى رأينا أعضاء تنقل من أشخاص إلى آخرين، فهذا ينقل قلبا، وذاك ينقل كُلية، وأخر ينقل كبدا، من أجل الحفاظ على صحة الإنسان، لأن غاية الطب حفظ الصحة الموجودة، أو استعادة العافية المفقودة، أو إزالة العلة وتقليلها قدر الإمكان، ومن أهم التطورات التي شهدها العالم اليوم هي المستجدات الطبية المتمثلة في نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، س، فثارت العديد من التساؤلات ذات الأبعاد الدينية والقانونية والأخلاقية على حد سواء، وسنحاول في هذه المداخلة بيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة وأدلتهم ومناقشتها للوصول إلى الرأي الراجح الذي يتماشى وروح الشريعة.

الكلمات المفتاحية: المستجدات الطبية – نقل وزرع الأعضاء – الحكم الشرعي.

مقدمة

دفع التقدم والتطور السريع الذي يشهده العالم اليوم إلى مستجدات جديدة في مختلف المجالات، فرضت على المسلم التعامل معها، ومن أهم هذه الوقائع عملية زراعة ونقل الأعضاء والأنسجة سواء من الإنسان إلى الإنسان أو من الحيوان إلى الإنسان، بهدف التداوي ودفع المرض أو التقليل منه، كما لا يخف على كل متخصص في علوم الشريعة أن النصوص الشرعية متناهية والحوادث متجددة، مما ألقى مسؤولية كبيرة على علماء الفقه بأن يتصدروا لهذه المستجدات فيبيّنوا للناس حكم الشرع فيها، ويثبتوا صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، وفق رؤية مقاصدية تراعي أحوال الناس ولا تتعارض مع النصوص القطعية، اعتمادا على شروحات وتوضيحات الأطباء لعمليات زرع ونقل الأعضاء، جامعين بين أهل الطب وأهل الفقه للوصول إلى الرأي الصواب في مثل هكذا مستجدات.

1–إشكالية الدراسة: أثار قطع العضو من الإنسان وإعادة زرعه في إنسان آخر عدة تساؤلات من أهمها:

- ما مدى مشروعية قطع الأعضاء البشرية؟
- ما هو موقف الفقه الإسلامي من نقل وزرع الأعضاء البشرية؟
- ما هي الشروط والضوابط التي يجب مراعاتها في زرع ونقل الأعضاء؟

2–أهم أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة التأصيلية إلى:

- من أهم مقاصد الشريعة الحفاظ على النفس ولا يتأتى ذلك إلا بالمحافظة الصحة بشقيها النفسي والعضوي وما راعته الشريعة في كل أحوالها جلبا للمصالح ودرءًا للمفاسد
- إبراز مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بصحة الإنسان.

- بيان صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، ومواكبتها لكل المستجدات.
- إماطة اللثام عن الحكم الشرعي المتعلق بالمستجدات العلمية لزراعة الأعضاء البشرية.

3-منهج الدراسة: تبحث هذه الوقة البحثية مسائل شرعية وقانونية مستحدثة، فكان منهج الدراسة متنوعا لما تقتضيه طبيعة هذه المواضيع:

أ- المنهج الاستقرائي: يعتمد على استقراء النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء المعاصرين في هذه المسائلالمستجدة.

ب-المنهج التحليلي: يعتمد على تحليل النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء.

4-خطة الدراسة: قسمت خطة هذا البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: عناية الشريعة الإسلامية بالإنسان.

المبحث الثاني: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: عناية الشريعة الإسلامية بصحة الإنسان

وضع الإسلام منهجاً متكاملاً يضمن الحفاظ على الصحة العامة لأفراد المجتمع، حيث اعتبر الحفاظ على الصحة من الضروريات الخمس، فلم يترك كبيرة ولا صغيرة تتعلق بالإنسان في دنياه أو آخرتهإلا ووضع لها ضوابط وحدوداً تضمن مسارها الصحيح، ومن هذا المنطلق أولى الإسلام صحة الإنسان عناية فائقة وجعلها من أولويات.

المطلب الأول : منهج الإسلام في تحقيق الصحة

وقد سبق الإسلام الطب الحديث، منذ ما يزيد على أربعة عشر قرنا من الزمان حينأرسى قواعد الوقاية والحماية من الأمراض، وقد جاءت تلك القواعد والأسس على شكل تعاليم عامة تتضمن أوامر ونواهي، يمارسها المسلم تعَبُدًا لله تعالى، وهو ما سنبحث فيه في الفروع التالية:

الفرع الأول: طرق حفظ الصحة

أولا: الوقاية: وذلك بأخذ الاحتياطات اللازمة قبل وقوع المرض واتخاذ الأسباب الواقية منه، قال تعالىچۀ ۀ ہ ہ ھ ھ ے ے چ[البقرة: 195]ولم يكتفِ الإسلام بالدعوة إلى الاهتمام بالصحّة واعتبارها من أولوياته، بل سنّ تشريعاته وتوجيهاته لبلوغها، وهو استخدم في ذلك أسلوب الوقاية متمثلا في الطرق التالية:

1-الطهارة: وتشمل ثلاثة جوانب هي طهارة البدن والثوب والمكان:

أ-طهارة البدن:منحرص اهتمام الإسلام بصحة الإنسان أنه فرض عليه الوضوء في الصلاة، وجعل الوضوء شرطاً لصحة الصلاة، ورغب في غسل الجمعة قال تعالى:چٱ ٻ ٻ ٻ پ پ پ پ ڀ ڀ ڀ ڀ ٺ ٺ ٺ ٿ ٿ ٿ ٿ ٹ ٹ چ[المائدة: 06] ومن مظاهر اهتمام الإسلام بصحة الإنسان أنه حرم عليه وطء الحائض في حيضها، والنفاس في نفاسها، لما في ذلك من الأضرار الصحية المعروفة، قال تعالىچٹ ٹ ٹ ٹ ڤ ڤ ڤ ڤ ڦ ڦ ڦ ڦ ڄ ڄ ڄ ڄ ڃ ڃ ڃ ڃ چ چ چ چ ڇ ڇ ڇ ڇ ڍ ڍ ڍ ڍ ڌ ڌ ڌ ڌ ڎ ڎ ڎ ڎ ڈ ڈ ڈ ڈ ژ ژ ژ ژ ڑ ڑ ڑ ڑ ک ک ک ک گ گ گ گ ڳ ڳ ڳ ڳ ڱ ڱ ڱ ڱ ں ں ں ں ڻ ڻ ڻ ڻ ۀ ۀ ہ ہ ھ ھ ھ ھ ے ے ے ے ۓ ۓ ۓ ۓ ڭ ڭ ڭ ڭ ۇ ۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ۇٴ ۋ ۋ ۅ ۅ ۉ ۉ ې ې ى ى ئا ئا ئە ئە ئو ئو ئۇ ئۇ ئۆ ئۆ ئۈ ئۈ ئې ئې ئى ئى ی ی ئج ئح ئم ئى ئي بج بح بخ بم بى بي تج تح تخ تم تى تي ثج ثم ثى ثي جح جم حج حم خج خم سج سح سخ سم صح صم ضج ضح ضخ ضم طح طم ظم عج عم غج غم فج فح فخ فم قح قم كج كح كخ كل كم كى كي لج لح لخ لم لى لي مج مح مخ مم نج نح نخ نم نى ني هج هم هى هي يج يح يخ يم يى يي ذٰ رٰ ىٰ ئر ئز ئم ئن ئى ئي بر بز بم بن بى بي تر تز تم تن تى تي ثر ثز ثم ثن ثى ثي فى في قى قي كا كل كم كى كي لا لم لى لي ما مم نر نز نم نن نى ني ير يز يم ين يى يي ئج ئح ئخ ئم ئه بج بح بخ بم به تج تح تخ تم ته ثم جح جم حج حم خج خح خم سج سح سخ سم صح صخ صم ضج ضح ضخ ضم طح ظم عج عم غج غم فج فح فخ فم قح قم كج كح كخ كل كم له مج مح مخ مم نج نح نخ نم نه هج هم هٰ يج يح يخ يم يه ئم ئه بم به تم ته ثم جح جم حج حم خج خم سح سم صح صم ضج ضح ضخ ضم طح ظم عج عم غج غم فج فح فخ فم قح قم كج كح كخ كل كم لج لح لخ لم له مج مح مخ مم نج نح نخ نم نه هج هم هٰ يج يح يخ يم يه ئج ئح ئخ ئم ئه بج بح بخ بم به تج تح تخ تم ته ثم جح جم حج حم خج خم سح سم صح صم ضج ضح ضخ ضم طح ظم عج عم غج غم فج فح فخ فم قح قم كج كح كخ كل كم له مج مح مخ مم نج نح نخ نم نه هج هم هٰ يج يح يخ يم يه ئم ئه بم به تم ته ثم جح جم حج حم خج خم سح سم صح صم ضج ضح ضخ ضم طح ظم عج عم غج غم فج فح فخ فم قح قم كج كح كخ كل ك

ج- طهارة المكان: من مظاهر اهتمام الإسلام بصحة الإنسان حثه على تنظيف الأماكن، التي منها أفنية البيوت وتطهيرها، حيث قالﷺ :" طَهِّرُوا أَفْنِيَتَكُمْ، فَإِنَّ الْيَهُودَ لَا تُطَهِّرُ أَفْنِيَتَهَا"[1]. ولم يقف الأمر بالنظافة على مجرد النظافة الشخصية، ونظافة المساجد والبيوت، بل وصل الأمر إلى تنظيف الطرق، حتى أصبح ذلك عادة مطردة تعلمها الصحابة رضوان الله عليهم ونقلوها، حتى إن محمد بن سيرين يقول: لَمَّا قَدِمَ أبو موسى الْأَشْعَرِيُّ الْبَصْرَةَ، قَالَ لَهُمْ:" إِنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ بَعَثَنِي إِلَيْكُمْ لِأُعَلِّمَكُمْ سُنَّتَكُمْ،وَإِنْظَافَكُمْ طُرُقَكُمْ ".[2]

2- الاعتدال في التغذية: سبقالإسلام بقرون تعاليم الطب الوقائي في جميع فروعه ومنها علم التغذيةحرم على الإنسان الإسراف في المأكول والمشروب لما في السرف من تهديد للصحة، وإضرار بالإنسان في المستقبل، وكم لقمة منعت لقمات؟ فقالتعالىﭽ ﭑ ﭒ ﭓ ﭔ ﭕ ﭖ ﭗ ﭘ ﭙ ﭚ ﭛ ﭜ ﭝ ﭞ ﭟ ﭠ ﭡ ﭢ ﭣ ﭤ ﭥ ﭦ ﭧ ﭨ ﭩ ﭪ ﭫ ﭬ ﭭ ﭮ ﭯ ﭰ ﭱ ﭲ ﭳ ﭼ[الأعراف:31]، في الآية دعوة للإنسان إلى الطعام والشراب ثم يأتي مباشرة التحذير من الإفراط في ذلك.

3- تحريم الخبائث: في هذا المجال نجد القرآن الكريم والسنة النبوية قد زخرت بالآيات التي من خلالها رسمت لنا الطريق السليمة الصحية في كيفية المحافظة على الجسم ومن ذلك: حرم القرآن الكريم الميتة والدم ولحم الخنزير وغيرهاﭽ ﭑ ﭒ ﭓ ﭔ ﭕ ﭖ ﭗ ﭘ ﭙ ﭚ ﭛ ﭜ ﭝ ﭞ ﭟ ﭠ ﭡ ﭢ ﭣ ﭤ ﭥ ﭦ ﭧ ﭨ ﭩ ﭪ ﭫ ﭬ ﭭ ﭼ[المائدة: 3]لقد جاء الإسلام مطهرا لنفوس البشر يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث، فحرم الخمر وما يتبعها من مخدرات، وحرم الزنا والاقتراب من الفواحش قال تعالى: ﭽ ﭗ ﭘ ﭙ ﭚ ﭛ ﭜ ﭝ ﭼ[الأعراف:157]

والعالم الآن تحت وطأة الأمراض المنتقلة عبر الجنس، حيث أصبحت متصدرة الأمراض المعدية، فحكمة الله تعالى بالغة في تحريم هذه الأشياء بل حرم حتى الاقتراب منها قال تعالىﭽ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ ﯪ ﯫ ﯬ ﯭ ﯮ ﯯ ﯰ ﯱ ﯲ ﯳ ﯴ ﯵ ﯶ ﯷ ﯸ ﯹ ﯺ ﯻ ﯼ ﯽ ﯾ ﯿ ﰀ ﰁ ﰂ ﰃ ﰄ ﰅ ﰆ ﰇ ﰈ ﰉ ﰊ ﰋ ﰌ ﰍ ﰎ ﰏ ﰐ ﰑ ﰒ ﰓ ﰔ ﰕ ﰖ ﰗ ﰘ ﰙ ﰚ ﰛ ﰜ ﰝ ﰞ ﰟ ﰠ ﰡ ﰢ ﰣ ﰤ ﰥ ﰦ ﰧ ﰨ ﰩ ﰪ ﰫ ﰬ ﰭ ﰮ ﰯ ﰰ ﰱ ﰲ ﰳ ﰴ ﰵ ﰶ ﰷ ﰸ ﰹ ﰺ ﰻ ﰼ ﰽ ﰾ ﰿ ﱀ ﱁ ﱂ ﱃ ﱄ ﱅ ﱆ ﱇ ﱈ ﱉ ﱊ ﱋ ﱌ ﱍ ﱎ ﱏ ﱐ ﱑ ﱒ ﱓ ﱔ ﱕ ﱖ ﱗ ﱘ ﱙ ﱚ ﱛ ﱜ ﱝ ﱞ ﱟ ﱠ ﱡ ﱢ ﱣ ﱤ ﱥ ﱦ ﱧ ﱨ ﱩ ﱪ ﱫ ﱬ ﱭ ﱮ ﱯ ﱰ ﱱ ﱲ ﱳ ﱴ ﱵ ﱶ ﱷ ﱸ ﱹ ﱺ ﱻ ﱼ ﱽ ﱾ ﱿ ﲀ ﲁ ﲂ ﲃ ﲄ ﲅ ﲆ ﲇ ﲈ ﲉ ﲊ ﲋ ﲌ ﲍ ﲎ ﲏ ﲐ ﲑ ﲒ ﲓ ﲔ ﲕ ﲖ ﲗ ﲘ ﲙ ﲚ ﲛ ﲜ ﲝ ﲞ ﲟ ﲠ ﲡ ﲢ ﲣ ﲤ ﲥ ﲦ ﲧ ﲨ ﲩ ﲪ ﲫ ﲬ ﲭ ﲮ ﲯ ﲰ ﲱ ﲲ ﲳ ﲴ ﲵ ﲶ ﲷ ﲸ ﲹ ﲺ ﲻ ﲼ ﲽ ﲾ ﲿ ﳀ ﳁ ﳂ ﳃ ﳄ ﳅ ﳆ ﳇ ﳈ ﳉ ﳊ ﳋ ﳌ ﳍ ﳎ ﳏ ﳐ ﳑ ﳒ ﳓ ﳔ ﳕ ﳖ ﳗ ﳘ ﳙ ﳚ ﳛ ﳜ ﳝ ﳞ ﳟ ﳠ ﳡ ﳢ ﳣ ﳤ ﳥ ﳦ ﳧ ﳨ ﳩ ﳪ ﳫ ﳬ ﳭ ﳮ ﳯ ﳰ ﳱ ﳲ ﳳ ﳴ ﳵ ﳶ ﳷ ﳸ ﳹ ﳺ ﳻ ﳼ ﳽ ﳾ ﳿ ﴀ ﴁ ﴂ ﴃ ﴄ ﴅ ﴆ ﴇ ﴈ ﴉ ﴊ ﴋ ﴌ ﴍ ﴎ ﴏ ﴐ ﴑ ﴒ ﴓ ﴔ ﴕ ﴖ ﴗ ﴘ ﴙ ﴚ ﴛ ﴜ ﴝ ﴞ ﴟ ﴠ ﴡ ﴢ ﴣ ﴤ ﴥ ﴦ ﴧ ﴨ ﴩ ﴪ ﴫ ﴬ ﴭ ﴮ ﴯ ﴰ ﴱ ﴲ ﴳ ﴴ ﴵ ﴶ ﴷ ﴸ ﴹ ﴺ ﴻ ﴼ ﴽ ﴾ ﴿ ﵀ ﵁ ﵂ ﵃ ﵄ ﵅ ﵆ ﵇ ﵈ ﵉ ﵊ ﵋ ﵌ ﵍ ﵎ ﵏ ﵐ ﵑ ﵒ ﵓ ﵔ ﵕ ﵖ ﵗ ﵘ ﵙ ﵚ ﵛ ﵜ ﵝ ﵞ ﵟ ﵠ ﵡ ﵢ ﵣ ﵤ ﵥ ﵦ ﵧ ﵨ ﵩ ﵪ ﵫ ﵬ ﵭ ﵮ ﵯ ﵰ ﵱ ﵲ ﵳ ﵴ ﵵ ﵶ ﵷ ﵸ ﵹ ﵺ ﵻ ﵼ ﵽ ﵾ ﵿ ﶀ ﶁ ﶂ ﶃ ﶄ ﶅ ﶆ ﶇ ﶈ ﶉ ﶊ ﶋ ﶌ ﶍ ﶎ ﶏ ﶐ ﶑ ﶒ ﶓ ﶔ ﶕ ﶖ ﶗ ﶘ ﶙ ﶚ ﶛ ﶜ ﶝ ﶞ ﶟ ﶠ ﶡ ﶢ ﶣ ﶤ ﶥ ﶦ ﶧ ﶨ ﶩ ﶪ ﶫ ﶬ ﶭ ﶮ ﶯ ﶰ ﶱ ﶲ ﶳ ﶴ ﶵ ﶶ ﶷ ﶸ ﶹ ﶺ ﶻ ﶼ ﶽ ﶾ ﶿ ﷀ ﷁ ﷂ ﷃ ﷄ ﷅ ﷆ ﷇ ﷈ ﷉ ﷊ ﷋ ﷌ ﷍ ﷎ ﷏ ﷐ ﷑ ﷒ ﷓ ﷔ ﷕ ﷖ ﷗ ﷘ ﷙ ﷚ ﷛ ﷜ ﷝ ﷞ ﷟ ﷠ ﷡ ﷢ ﷣ ﷤ ﷥ ﷦ ﷧ ﷨ ﷩ ﷪ ﷫ ﷬ ﷭ ﷮ ﷯ ﷰ ﷱ ﷲ ﷳ ﷴ ﷵ ﷶ ﷷ ﷸ ﷹ ﷺ ﷻ ﷼ ﷽ ﷾ ﷿ ﷼ ﷽ ﷾ ﷿ ﷼ ﷽ ﷾ ﷿

قوله تعالى: چ ھ ھ ھ ھ ے ۓ ۓ چ[الأعراف: 157]

وقوله تعالى: چ ۇ ۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ۇٴ ۋ چ[البقرة: 185]

وقوله تعالى: چ ٺ ٺ ٺ ٿ ٿ ٿ ٿ ٹ ٹ چ[النساء: 28]

وجه الدلالة: هذه الآيات منطوقها واضح صريح في رفع الحرج عن المكلفين والتيسير عليهم.

2- من السنة النبوية:

أ-قوله صلى الله عليه وسلم لأبي موسى ومعاذ بن جبل لما بعثهما إلى اليمن، " يسرا ولا تعسرا، وبشرا ولا تنفرا." [1]

ب-روى أبو داود وغيره عن جابر رضي الله عنه قال: خَرَجْنا في سَفَرٍ، فأصابَ رَجُلًا مِنَّا حَجَرٌ فشَجَّه في رَأْسِه، ثم احتَلَمَ، فسألَ أصحابَه، فقال: هل تَجِدونَ لي رُخصةً في التَّيمُّمِ؟ فقالوا: ما نَجِدُ لكَ رُخصةً وأنتَ تَقدِرُ على الماءِ. فاغتَسَلَ، فماتَ، فلَمَّا قَدِمْنا على النَّبيِّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ أُخبِرَ بذلك، فقال: قَتَلوه قَتَلَهمُ اللهُ، ألَا سألوا إذْ لم يَعلَموا؛ فإنَّما شِفاءُ العِيِّ السُّؤالُ، إنَّما كان يَكفيه أنْ يَتيَمَّمَ ويَعصِرَ أو يَعصِبَ -شَكَّ موسى- على جُرحِه خِرقةً، ثم يَمسَحَ عليها ويَغسِلَ سائِرَ جَسَدِه[2].

وجه الدلالة: دلت الأحاديث على مشروعية اليسر في الشريعة الإسلامية وأنه أهم خصائصها.

3- من الإجماع:

انعقد الإجماع على عدم وقوع المشقة غير المألوفة في التكاليف الشرعية، مما يدل على عدم قصد الشارع إعنات المكلفين أو تكليفهم ما لا تطيقه وما لا تتحمله نفوسهم.[3]

ثانيا: رفع الحرج وسيلة لتحقيق الصحة: اعتمادا على الطرق التالية:

1-الإعفاء أو التخفيف من بعض الفرائض:

كإسقاط الصوم عن المسافر والمريض، والصلاة قاعدا للعاجز عن القيام، وذلك رعاية لحال المكلف وتخفيفا عليه وتجنبا لإرهاق صحته، قال تعالى":فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ چۀ ہ ہ ہ ھ ھ ھ ھ ے ۓ ۓ ڭ ڭ ۇ ۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ۇٴ ۋ چ[البقرة: 185]

2-الترخيص بتناول بعض المحرمات لمن خشي الهلاك

كشرب الخمر أو أكل الميتة ولحم الخنزير عند الاضطرار لقوله تعالىچڑ ڑ ک ک ک ک گ گ گ گ ڳ ڳ ڳ ڳ ڱ ڱ ڱ ڱ ں ں ڻ ڻ ڻ ڻ ۀ ہ ہ چ[البقرة: 173]

عند تعارض مفسدتين: أعظمهما هي هلاك الإنسان وأخفهما هي الضرر اللاحق بالجسم جراء تناولها، وفي هذه الحالة: تُدرأ أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما.

المطلب الثاني: التداوي في الإسلام

---

[1] محمد بن إسماعيل البخاري، الصحيح الجامع، ط1، دار ابن كثير، بيروت، 2002، كتاب المغازي، باب بعث أبي موسى ومعاذ إلى اليمن، رقم الحديث: [4341]، ص1062.

[2] أبو داودسليمان بن الأشعث، السنن، ت شعيب الأرناؤوط، ط1، دار الرسالة العالمية، بيروت، 2009، حديث رقم: [336]، ص50.

[3] إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، ت مشهور بن حسن، ط1، دار ابن عفان، 1997، ج2، ص122.

تُعد مسألة التداوي من المسائل القديمة الحديثة، ففي زماننا هذا رغم اختلاف الوسائل وتطورها عما كانت عليه من قبل إلا أنه لابد من الرجوع إلى الأحكام الفقهية التي سطرها أهل الفقه قديما لقضية التداوي حتى تكون مرجعا لأي نازلة كيفما كانت، وحديثي هنا عن أحكام التداوي في الفقه الإسلامي هو مرتبط أشد الارتباط بموضوع الدراسة لأنه جزء منه وينبني عليه، إذ لابد من معرفة حكم التداوي أولا قبل الدخول في الجزئيات والفروع الطبية المتعلقة بالنقل والزرع.

الفرع الأول: تعريف المرض

1-تعريف المرض : المرض في اللغة: المرض: السقم: نقيض الصحة، يكون للإنسان والبعير. ومرض الرجل إذا وقع في ماله العاهة، والتمارض: أن يرى من نفسه المرض وليس به.وتمريض الأمور: تَوهينها وألا تُحكمها. وريح مريضة: ضعيفة الهبوب. ويقال الشمس إذا لم تكن جلية، صافية حسنة: فهي مريضة.[1]

2-المرض في الاصطلاح: هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص.[2]

وعرف أيضا: بأنه عرض يطرأ على الإنسان فيؤثر على طبيعته النفسية والخلقيةويؤدي إلى إضعاف البدن عن القيام بالمطلوب منه على الوجه المعتاد.[3]

والإسلام قد راعى هذه الحالة الطارئة فجعل لها أحكاما مخففة غير التي تطلب من المكلف في حال الصحة.

الفرع الثاني : حكم التداوي

لقد تباينت آراء الفقهاء في حكم التداوي، واعترت المسألة الأحكام الخمسة بتفاوت بين المؤيدين لكل حكم، ولهذا سنذكر أهم الآراء الواردة في الموضوع:

القول الأول: التداوي مباح، وهو مذهَبُ الجُمهورِ : الحَنفيَّة والمالِكيَّة، والحَنابِلَة، **واستدلوا بـ:**

1-عن أبي هريرةَ رَضِيَ الله عنه، عن النبيِّ صلَّى الله عليه وسلَّم، قال :"ما أنزلَ اللهُ داءً إلَّا أنزلَ له شِفاءً".[4]

2- عن جابرٍ رَضِيَ اللَّهُ عنه عن النبيِّ صلَّى الله عليه وسلَّم، أنَّه قال: لكُلِّ داءٍ دواءٌ، فإذا أصيبَ دواءُ الدَّاءِ، بَرِئَ بإذنِ اللهِ عزَّ وجلَّ".[5]

3-عن ابنِ بُحَينةَ رَضِيَ اللَّهُ عنه، قال: "احتجَمَ النبيُّ صلَّى الله عليه وسلَّم، وهو مُحْرِمٌ بِلَحْيِ جَمَلٍ في وَسَطِ رَأْسِه".[6]

يتبين من هذه الأحاديث التي ذكرنا إثباتَ الطِّبِّ والعلاجِ، وإباحةَ التَّداويولا يصل إلى درجة الوجوب، وبناء عليه يجوز للمكلف التداوي.

القول الثاني : التداوي مستحب، وهو مذهَبُ الشَّافعيَّة **واستدلوا بـ:**

---

[1]ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، مادة: مرض، ص4180- 4181.

[2] علي بن محمدالجرجاني، معجم التعريفات، ت محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، مصر، ص176.

[3]صالح بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية. جامعة أم القرى، السعودية، 1403هـ، ص193.

[4]محمد بن إسماعيل البخاري، الصحيح الجامع، ط1، دار ابن كثير، بيروت، 2002، كتاب الطب، باب ما انزل الله داء إلا أنزل له شفاء، رقم الحديث: [5678]، ص1441.

[5]مسلم بن الحجاج،الصحيح الجامع، ت رائد بن صبري،كتاب السلام، باب: لكل داء دواء واستحباب التداوي،ط2، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، رقم الحديث: [2204]، ص721.

[6] البخاري، الصحيح الجامع، مصدر سابق، باب الحجامة للمحرم، حديث رقم: [1836]، ص443.

1-عن أُسامةَ بنِ شَريكٍ رَضِيَ اللَّهُ عنه، قال :"قالَتِ الأعرابُ: يا رسولَ الله، ألَا نتداوَى؟ قال: نَعمْ، يا عبادَ اللهِ تداوَوْا؛ فإنَّ اللهَ لم يَضَعْ داءً إلَّا وضَعَ له شفاءً، أو قال: دواءً إلَّا داءً واحدًا، قالوا: يا رسول اللهِ، وما هو؟ قال: الهَرَمُ"[1]

2-عَنْ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عنه، قال:"كانَ لي خالٌ يَرْقِي من العَقْربِ، فنهى رسولُ الله صلَّى الله عليه وسلَّم عن الرُّقَى، قال: فأتاه، فقال: يا رسولَ الله، إنَّكَ نهيْتَ عن الرُّقى، وأنا أَرْقي مِنَ العَقربِ، فقال: مَنِ استطاعَ منكم أن ينفَعَ أخاه فلْيَفْعلْ".[2]

3- عن ابنِ عبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عنهما، يقول: احتجمَ النبيُّ صلَّى الله عليه وسلَّم وهو مُحْرِمٌ".[3]

وَجهُ الدَّلالةِ من هذه الأحاديث:

أنَّ النبيَّ ﷺأمَرَ بذلك وأرَشَدَ إليه وفَعَلَه، كما في النُّصوصِ السابِقَة؛ مِمَّا دلَّ على استحبابِه.

القول الثالث: التداوي واجب،فالعلاج واجب إذا ترتب على عدم العلاج هلاك النفس بشهادة الأطباء العدول، لأن الحفاظ على النفس من الضروريات الخمس التي يجب الحفاظ عليها، وكذلك يجب العلاج في حالة كون المرض معديًا، مثل: مرض السل، والدفتريا، والتيفويد، والكوليرا، وغيرها من الأوبئة، واستدلوا بالأحاديث الآمرة بالتداوي، مثل حديث أسامة بن شريك قال: "أتيت النبي ﷺوأصحابه كأنما على رؤوسهم الطير، فسلَّمت، ثم قعدت، فجاء الأعراب من ههنا وههنا، فقالوا: يا رسول الله أنتداوى؟ فقال: تداووا فإن الله تعالى لم يضع داءً إلا وضع له دواء غير داء واحد الهرم".[4]

وخلاصة أحكام التداوي تختلف باختلاف الأحوال والأشخاص:

1- يكون واجباً على الشخص إذا كان تركه يفضي إلى تلف نفسه أو أحد أعضائه أو عجزه، أو كان المرض ينتقل ضرره إلى غيره، كالأمراض المعدية.

2- يكون مندوباً إذا أدى تركه إلى ضعف البدن ولا يترتب عليه ما سبق في الحالة الأولى.

3- ويكون مباحاً إذا لم يندرج في الحالتين السابقتين.

4- ويكون مكروهاً إذا كان بفعل يخاف منه حدوث مضاعفات أشد من العلة المراد إزالتها.

وختاما فالتداوي سبيل لتحقيق الأمن الصحي، لما فيه من دفع للمضار وجلب للمنافع، وتخفيف للآلام وعلاج للأسقام، والمرضى يتشبثون بكل شيء قد يُعيد العافية والسلامة لأبدانهم. ومن بين أنواع التداوي التي اكتشفها الطب المعاصر زرع الأعضاء والاستفادة منها في علاج الكثير من الأمراض، وهذا ما سنعرف ماهيته وحكمه فيما سيأتي بحول الله تعالى.

المبحث الثاني: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية في الشريعة الإسلامية وشروطها

في هذا المبحث سأبيّن تعريف زرع الأعضاء وما يتعلق بها من مصطلحات، وفي المطلب الثاني سأعرض أقوال الفقهاء في المسألة وأهم الشروط التي اشترطوها.

---

[1]أبو داود، السنن، مصدر سابق، كتاب، الطب، باب الرجل يتداوى، رقم الحديث: [8355]، ص483.

[2]مسلم بن الحجاج، الصحيح الجامع، المصدر السابق، كتاب السلام، باب استحباب الرقية، رقم الحديث:[2199]، ص720.

[3]البخاري، الصحيح الجامع، مصدر سابق، كتاب الصيد، باب الحجامة للمحرم، رقم الحديث: [1835]، ص443.

[4] أبو داود، السنن، مصدر سابق، كتاب الطب، باب الرجل يتداوى، رقم الحديث: [3855]، ص483.

المطلب الأول: مفهوم زرع ونقل الأعضاء

في هذا المطلب سأتطرق إلى تعريف العضو، وتعريف عملية نقل وزرع الأعضاء وأنواع عمليات الزرع والنقل.

الفرع الأول: تعريف زرع الأعضاء

أولا: لغة: يقال زرع الحب يزرعه زرعا وزراعة أي بذره،وجمعه زروع .وقيل الزرع: نبات كل شيء يحرثُ، وقيل هو طرح البذر.[1]

ثانيا: اصطلاحا: الزرع هو نقل مادة خلوية أو نسيجية حية سواء من جزء لآخر يتبعان نفس الكائن الحي أو من فرد لآخر سواء كان من نفس النوع أو لم يكن.[2]

الفرع الثاني: تعريف النقل

أولا: لغة: نَقَلَ يدل على تحويل شيء من مكان إلى مكان آخر ثم يفرغ ذلك.[3]

ثانيا: اصطلاحا:يشير بشكل خاص لزرع عضو حيوي يستلزم إعادةفورية لنشاط أوردته وشريانه كزراعة الكبد والقلب والكلية.[4]

الفرع الثالث: تعريف العضو

عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه: " أي جزء من الإنسان من الأنسجة وخلايا الدماء ونحوهاكقرنية العين سواء أكان متصلاً به أم انفصل عنه".[5]

وهذا المفهوم قد أعطى للعضو معنى اصطلاحي على أساسه يتم اعتبار أي عملية يتم فيها نقل نسيج أو عدد من الخلايا تشكل عملية من عمليات نقل وزراعة الأعضاء كعمليات نقل بعض الخلايامن الكبد أو البنكرياس أو الجلد وغيرها.

الفرع الرابع: تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وأنواعها

أولا – تعريفها:

عرّفها محمد علي البار: عملية زرع العضو البشري هي نقلعضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف.[6]

أو هي نقل عضو كامل أو جزء من عضو من شخص إلى آخر يعاني من تلف هذا العضو أو فشله، ويدخل فيه نقل جزء من عضو من مكان معيّن في الجسم إلى مكان آخر في الجسم ذاته، وعملية الزرع تقتضي وجود المتبرع، والمستقبل وتفصيل معنييهما كما يلي:

المتبرع: هو الشخص أو الحيوان الذي تؤخذ منه الأعضاء ويمكن أن يكون المتبرع إنساناً وهو الغالب أو حيواناً وهو أمر أصبح نادر الحدوث بسبب عمليات الرفض القديمة؛ كذلك يمكن أن يكون المتبرع حياً وذلك بالنسبة

---

[1]ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج8، ص167.

[2]أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص95.

[3]ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ط1، دار الجيل، بيروت، 1991، ج5، ص463.

[4]أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، مرجع سابق، ص95.

[5]قرار 01 من قرارات الدورة الرابعة مع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة من 06 إلى 11 فيفري 1998م.

[6]محمدعلي الباز، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، ط1، دار القلم، دمشق، 1994، ص89.

للأعضاء المزدوجة أو التي يمكن تعويضها مثل الدم ونخاع العظام والجلد أو ميتاً، أو يكون المتبرع ميتا بالنسبة للأعضاء المزدوجة أو الفردية.

المُستقْبِل (المضيف): هو الجسم الذي يتلقى الغريسة (العضو) ويمكن أن يكون إنساناً أو حيواناً وبالنسبة للإنسان لابد من توافر عدة شروط في المستقبل من ناحية السن ونوعية المرض ومدى توافق الأنسجة لعدم الوقوع في مشكلة لفظ العضو من طرف الجسم.

ثانيا: أنواع زراعة الأعضاء

1-الغرس الذاتي: نقل عضو أو نسيج من شخص لذاته، في نفس الموضع أو لمكان آخر في الجسم.

2-الزراعة المتباينة ويقصد بها: نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من المتبرع إلى الشخص المريض، ويكون الجزء المزروععضو كاملاً، أو جزءا من عضو، أو نسيج، سواء من الأحياء إلى الأحياء أو من الأموات إلى الأحياء.

المطلب الثاني: حكم نقل وزرع الأعضاء

سأتطرق في هذا المطلب إلى تكييف النازلة وتحرير محل النزاع فيها بين الفقهاء لتقريب وجهات النظر، وبعدها عرض الأقوال الفقهية في نازلة نقل وزراعة الأعضاء استظهار أدلة كل فريق، وبعدها بيان القول الراجح في المسألة.

الفرع الأول: تكييف النازلة وتحرير محل النزاع فيها

أولا: تكييف النازلة

إن أي باحث في المصنفات القديمة، لن يجد نصوصا تناولت هذه المسألة بشكل مباشر إنما

توجد بعض النصوص في أحكام صور التصرف في جسد الإنسان، وكانت عامة النصوص في عدم إباحة التصرف بجسد الإنسان في حال حياته أو بعد وفاته.

وبالتالي فمسألة التصرف بالأعضاء لا يمكن إخضاعها لأقوال علماء القدامى وإنما تحتاج إلى تخريج جديد على حسب مقاصد الشريعة، ومع ضرورة الموازنة بين المصالح والمفاسد التي تتضمنها المسألة.

ثانيا: تحرير محل النزاع:

قبل عرض مذاهب العلماء وآرائهم وحججهم يتعين تحرير محل النزاع في المسألة:

-اتفق الفقهاء على جواز نقل الدم والنسيج الجلدي حتى قيل بأنه إجماع سكوتي فيالموضوع لأن كلا من الدم والجلد مما يتجدد تلقائيا.

-اتفقوا على حرمة نقل المبيض أو الخصية بحكم أنهما يتمران بحمل الشيفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد الزرع في المتلقي الجديد مما يفضي إلى اختلاط الأنساب وتكون ثمرة الإنجاب غير وليدة الزوجين المرتبطين بعقد الزواج.

- يلحق بالأعضاء التناسلية في الحكم الأعضاء الشفعية الظاهرة كالأذنين والعينين والشفتين والرجلين لانعدام الضرورة التي هي أساس إباحة العملية إذ لا تتوقف عليها الحياة، ولأن الشخص المتبرع يكون معيب الخلقة ومشوه الصورة وقبل ذلك هو بنفسه محتاج إلى العضوين.[1]

[1] على القرة داغي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2005، ص492.

ومحل النزاع الواقع بين الفقهاء في حكم زرع الأعضاء كان تبعا لاختلاف العضو المتبرع به، فإن كان العضو المراد التبرع به تتوقف عليه الحياة مثل الكبد والقلب، فلا يجوز التبرع به لأن ذلك يؤدي إلى قتل النفس البشرية.
أما إن كان العضو المتبرع به لا تتوقف عليه الحياة مثل الشرايين أو الكلية فهنا اختلف الفقهاء في جواز التبرع به إلى قولين. وهو ما سنبحثه في الفرع الموالي.
ولخصها الخولي بقوله:وتنوع المصادر التي يمكن الحصول على العضو منها لزراعته لدى الشخص المريض لإنقاذ حياته، فقد يتم الحصول عليها من المريض نفسه، كأن يستقطع أحد أوردة ساقه، لمعالجة انسداد شرايين بقلبه، وهدا النوع لا يثير أي مشاكل.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء وأدلتهم

أولا: القائلون بالمنع: هم أبو الأعلى المودودي، محمود عبد الدايم، محمد متولي الشعراوي، صديق الغماري، عبد الرحمن العدوي، عبد السلام السكري، حسن علي الشاذلي، السقاف، محمد برهان الدين السنبهلي، **واستدلوا بـ:**

-القرآن الكريم:

1-قوله تعالىﭽ ﭑ ﭒ ﭓ ﭔ ﭕ ﭖ ﭗ ﭘ ﭙ ﭚ ﭛ ﭜ ﭝ ﭞ ﭟ ﭠ ﭡ ﭢ ﭣ ﭤ ﭥ ﭦ ﭧ ﭨ ﭩ ﭪ ﭫ ﭬ ﭭ ﭮ ﭯ ﭰ ﭱ ﭲ ﭳ ﭼ[البقرة: 195]

نهانا الله سبحانه وتعالى أن نلقي بأنفسنا في مواطن التهلكة، ولا شك أن التبرع بجزء من جسم الإنسان إنما هو رمي بنفس الإنسان إلى التهلكة ليحي غيره، وهذا غير مطلوب، والنص إن كان ورد في الفقه فهو عام والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.[1]

2-قوله تعالى ﭽ ﮎ ﮏ ﮐ ﮑ ﮒ ﮓ ﮔ ﮕ ﮖ ﮗ ﮘ ﮙ ﮚ ﮛ ﮜ ﮝ ﮞ ﮟ ﮠ ﮡ ﮢ ﮣ ﮤ ﮥ ﮦ ﮧ ﮨ ﮩ ﮪ ﮫ ﮬ ﮭ ﮮ ﮯ ﮰ ﮱ ﯓ ﯔ ﯕ ﯖ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ ﯪ ﯫ ﯬ ﯭ ﯮ ﯯ ﯰ ﯱ ﯲ ﯳ ﯴ ﯵ ﯶ ﯷ ﯸ ﯹ ﯺ ﯻ ﯼ ﯽ ﯾ ﯿ ﰀ ﰁ ﰂ ﰃ ﰄ ﰅ ﰆ ﰇ ﰈ ﰉ ﰊ ﰋ ﰌ ﰍ ﰎ ﰏ ﰐ ﰑ ﰒ ﰓ ﰔ ﰕ ﰖ ﰗ ﰘ ﰙ ﰚ ﰛ ﰜ ﰝ ﰞ ﰟ ﰠ ﰡ ﰢ ﰣ ﰤ ﰥ ﰦ ﰧ ﰨ ﰩ ﰪ ﰫ ﰬ ﰭ ﰮ ﰯ ﰰ ﰱ ﰲ ﰳ ﰴ ﰵ ﰶ ﰷ ﰸ ﰹ ﰺ ﰻ ﰼ ﰽ ﰾ ﰿ ﱀ ﱁ ﱂ ﱃ ﱄ ﱅ ﱆ ﱇ ﱈ ﱉ ﱊ ﱋ ﱌ ﱍ ﱎ ﱏ ﱐ ﱑ ﱒ ﱓ ﱔ ﱕ ﱖ ﱗ ﱘ ﱙ ﱚ ﱛ ﱜ ﱝ ﱞ ﱟ ﱠ ﱡ ﱢ ﱣ ﱤ ﱥ ﱦ ﱧ ﱨ ﱩ ﱪ ﱫ ﱬ ﱭ ﱮ ﱯ ﱰ ﱱ ﱲ ﱳ ﱴ ﱵ ﱶ ﱷ ﱸ ﱹ ﱺ ﱻ ﱼ ﱽ ﱾ ﱿ ﲀ ﲁ ﲂ ﲃ ﲄ ﲅ ﲆ ﲇ ﲈ ﲉ ﲊ ﲋ ﲌ ﲍ ﲎ ﲏ ﲐ ﲑ ﲒ ﲓ ﲔ ﲕ ﲖ ﲗ ﲘ ﲙ ﲚ ﲛ ﲜ ﲝ ﲞ ﲟ ﲠ ﲡ ﲢ ﲣ ﲤ ﲥ ﲦ ﲧ ﲨ ﲩ ﲪ ﲫ ﲬ ﲭ ﲮ ﲯ ﲰ ﲱ ﲲ ﲳ ﲴ ﲵ ﲶ ﲷ ﲸ ﲹ ﲺ ﲻ ﲼ ﲽ ﲾ ﲿ ﳀ ﳁ ﳂ ﳃ ﳄ ﳅ ﳆ ﳇ ﳈ ﳉ ﳊ ﳋ ﳌ ﳍ ﳎ ﳏ ﳐ ﳑ ﳒ ﳓ ﳔ ﳕ ﳖ ﳗ ﳘ ﳙ ﳚ ﳛ ﳜ ﳝ ﳞ ﳟ ﳠ ﳡ ﳢ ﳣ ﳤ ﳥ ﳦ ﳧ ﳨ ﳩ ﳪ ﳫ ﳬ ﳭ ﳮ ﳯ ﳰ ﳱ ﳲ ﳳ ﳴ ﳵ ﳶ ﳷ ﳸ ﳹ ﳺ ﳻ ﳼ ﳽ ﳾ ﳿ ﴀ ﴁ ﴂ ﴃ ﴄ ﴅ ﴆ ﴇ ﴈ ﴉ ﴊ ﴋ ﴌ ﴍ ﴎ ﴏ ﴐ ﴑ ﴒ ﴓ ﴔ ﴕ ﴖ ﴗ ﴘ ﴙ ﴚ ﴛ ﴜ ﴝ ﴞ ﴟ ﴠ ﴡ ﴢ ﴣ ﴤ ﴥ ﴦ ﴧ ﴨ ﴩ ﴪ ﴫ ﴬ ﴭ ﴮ ﴯ ﴰ ﴱ ﴲ ﴳ ﴴ ﴵ ﴶ ﴷ ﴸ ﴹ ﴺ ﴻ ﴼ ﴽ ﴾ ﴿ ﵀ ﵁ ﵂ ﵃ ﵄ ﵅ ﵆ ﵇ ﵈ ﵉ ﵊ ﵋ ﵌ ﵍ ﵎ ﵏ ﵐ ﵑ ﵒ ﵓ ﵔ ﵕ ﵖ ﵗ ﵘ ﵙ ﵚ ﵛ ﵜ ﵝ ﵞ ﵟ ﵠ ﵡ ﵢ ﵣ ﵤ ﵥ ﵦ ﵧ ﵨ ﵩ ﵪ ﵫ ﵬ ﵭ ﵮ ﵯ ﵰ ﵱ ﵲ ﵳ ﵴ ﵵ ﵶ ﵷ ﵸ ﵹ ﵺ ﵻ ﵼ ﵽ ﵾ ﵿ ﶀ ﶁ ﶂ ﶃ ﶄ ﶅ ﶆ ﶇ ﶈ ﶉ ﶊ ﶋ ﶌ ﶍ ﶎ ﶏ ﶐ ﶑ ﶒ ﶓ ﶔ ﶕ ﶖ ﶗ ﶘ ﶙ ﶚ ﶛ ﶜ ﶝ ﶞ ﶟ ﶠ ﶡ ﶢ ﶣ ﶤ ﶥ ﶦ ﶧ ﶨ ﶩ ﶪ ﶫ ﶬ ﶭ ﶮ ﶯ ﶰ ﶱ ﶲ ﶳ ﶴ ﶵ ﶶ ﶷ ﶸ ﶹ ﶺ ﶻ ﶼ ﶽ ﶾ ﶿ ﷀ ﷁ ﷂ ﷃ ﷄ ﷅ ﷆ ﷇ ﷈ ﷉ ﷊ ﷋ ﷌ ﷍ ﷎ ﷏ ﷐ ﷑ ﷒ ﷓ ﷔ ﷕ ﷖ ﷗ ﷘ ﷙ ﷚ ﷛ ﷜ ﷝ ﷞ ﷟ ﷠ ﷡ ﷢ ﷣ ﷤ ﷥ ﷦ ﷧ ﷨ ﷩ ﷪ ﷫ ﷬ ﷭ ﷮ ﷯ ﷰ ﷱ ﷲ ﷳ ﷴ ﷵ ﷶ ﷷ ﷸ ﷹ ﷺ ﷻ ﷼ ﷽ ﷾ ﷿ ﷽ ﷾ ﷿ ﷽ ﷾ ﷿

2-عن عائشة رضي الله عنها قالت: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" كسر عظم الميت ككسره حيا".[1]ووجه الدلالة من الحديث أن الحي يحرم كسر عظمه أو قطع جزء منه فكذلك الميت يأخذ نفس حكم الحي.

3-أَنَّ الطُّفَيْلَ بنَ عَمْرٍو الدَّوْسِيَّ أَتَى النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ، فقالَ: يا رَسولَ اللهِ، هلْ لكَ في حِصْنٍ حَصِينٍ ومَنْعَةٍ؟ قالَ: حِصْنٌ كانَ لِدَوْسٍ في الجاهِلِيَّةِ، فأبَى ذلكَ النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ لِلَّذِي ذَخَرَ اللَّهُ لِلأَنْصارِ، فَلَمَّا هاجَرَ النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ إلى المَدِينَةِ، هاجَرَ إلَيْهِ الطُّفَيْلُ بنُ عَمْرٍو وهاجَرَ معهُ رَجُلٌ مِن قَوْمِهِ، فاجْتَوَوُا المَدِينَةَ، فَمَرِضَ، فَجَزِعَ، فأخَذَ مَشاقِصَ له، فَقَطَعَ بها بَراجِمَهُ، فَشَخَبَتْ يَداهُ حتَّى ماتَ، فَرَآهُ الطُّفَيْلُ بنُ عَمْرٍو في مَنامِهِ، فَرَآهُ وهَيْئَتُهُ حَسَنَةٌ، ورَآهُ مُغَطِّيًا يَدَيْهِ، فقالَ له: ما صَنَعَ بكَ رَبُّكَ؟ فقالَ: غَفَرَ لي بهِجْرَتي إلى نَبِيِّهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ، فقالَ: ما لي أراكَ مُغَطِّيًا يَدَيْكَ؟ قالَ: قيلَ لِي: لَنْ نُصْلِحَ مِنْكَ ما أفْسَدْتَ، فَقَصَّها الطُّفَيْلُ علَى رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ، فقالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ: اللَّهُمَّ ولِيَدَيْهِ فاغْفِرْ[2].أفاد الحديث أن من تصرف بعضو منه بتبرع أو غيره، فإنه يبعث يوم القيامة ناقصا منه ذلك العضو عقوبة له.

4-حديث ابن عباس رضي الله عنهما أنَّ رسولَ اللَّهِ صلَّى اللَّهُ عليهِ وسلَّمَ قالَ: لا ضَررَ ولا ضِرارَ".[3]وجه الدلالة أن قطع العضو مكن الشخص للتبرع فيه إضرار محقق بالمتبرع فيكون داخلا في عموم النهي.

من المعقول:

1-أن الإنسان لا يملك أعضاء نفسه فهي ملك الله تعالى وهو منتفعبهافقط، وما دام غير مالكلها فليس له أن يتبرع بشيء منها أو يوصيبها بعد موته.[4]

نوقش: بأنه كلام غير محرر، وليس عليه دليل مُسلم، فإن الذي لا يملكه الإنسان هو حياته وروحه، أما الجسد فله الحرية في التصرف فيه بما لا يضره في حياته مثله مثل الأرض التي هي ملك لله تعالى، والله عز وجل أذن للإنسان في التصرف فيها.

2-أن المريض يصبح مجبراً على تناوله أدوية تقليل المناعة طبيعياً بعد قيامه بعملية الزرع ومنها (سكلوسيورين،الأميوران،الكورتيزون) ولا يمكنه الاستغناء عنها طيلة حياته لمقاومة طرد الجسم للعضو الغريب المزروع فيه ما يؤدي به إلى خفض مناعته وزوال قدرته على مقاومة الأمراض المختلفة فتظل حياته معرضة للخطر عند إصابته بأية أمراض بما في ذلك الأنفلونزا أو الالتهابات البسيطة للجهاز التنفسي، فالشريعة الإسلامية كرمت جسد الإنسان حياً أو ميتاً

ونهت عن ابتذاله وتشويهه أو الاعتداء عليه بأي شكل.[5]

---

[1] أبو داود، السنن، مصدر سابق، كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان، حديث رقم: [3207]، ص409.

[2] صحيح مسلم، مصدر سابق، كتاب الإيمان، باب المسلم لا يكفر بقتل نفسه، حديث رقم: [184]، ص63.

[3] محمد ابن ماجة، السنن، ت فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم: [2340]، ص784.

[4] محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة،دار الفكر الجامعية،الإسكندرية،2007، ص275.

[5] أسامة السيد، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2006، ص92.

ثانيا- القائلون بجواز نقل وزرع الأعضاء

الشيخ أحمد حماني، محمد خاطر، حسن مأمون، يوسف القرضاوي، جاد الحق علي جاد، المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، هيئة كبار العلماء بالمملكة السعودية، مجمع الفقه الإسلامي، وغيرهم.[1]**واستدلوا بـ:**

من القرآن الكريم:

1-الآيات التي تفيد بأن الضرورات تبيح المحظورات:

قوله تعالى ﭽ ﮒ ﮓ ﮔ ﮕ ﮖ ﮗ ﮘ ﮙ ﮚ ﮛ ﮜ ﮝ ﮞ ﮟ ﮠ ﮡ ﮢ ﮣ ﮤ ﮥ ﮦ ﮧ ﮨ ﮩ ﮪ ﮫ ﮬ ﮭ ﮮ ﮯ ﮰ ﮱ ﯓ ﯔ ﯕ ﯖ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ ﯪ ﯫ ﯬ ﯭ ﯮ ﯯ ﯰ ﯱ ﯲ ﯳ ﯴ ﯵ ﯶ ﯷ ﯸ ﯹ ﯺ ﯻ ﯼ ﯽ ﯾ ﯿ ﰀ ﰁ ﰂ ﰃ ﰄ ﰅ ﰆ ﰇ ﰈ ﰉ ﰊ ﰋ ﰌ ﰍ ﰎ ﰏ ﰐ ﰑ ﰒ ﰓ ﰔ ﰕ ﰖ ﰗ ﰘ ﰙ ﰚ ﰛ ﰜ ﰝ ﰞ ﰟ ﰠ ﰡ ﰢ ﰣ ﰤ ﰥ ﰦ ﰧ ﰨ ﰩ ﰪ ﰫ ﰬ ﰭ ﰮ ﰯ ﰰ ﰱ ﰲ ﰳ ﰴ ﰵ ﰶ ﰷ ﰸ ﰹ ﰺ ﰻ ﰼ ﰽ ﰾ ﰿ ﱀ ﱁ ﱂ ﱃ ﱄ ﱅ ﱆ ﱇ ﱈ ﱉ ﱊ ﱋ ﱌ ﱍ ﱎ ﱏ ﱐ ﱑ ﱒ ﱓ ﱔ ﱕ ﱖ ﱗ ﱘ ﱙ ﱚ ﱛ ﱜ ﱝ ﱞ ﱟ ﱠ ﱡ ﱢ ﱣ ﱤ ﱥ ﱦ ﱧ ﱨ ﱩ ﱪ ﱫ ﱬ ﱭ ﱮ ﱯ ﱰ ﱱ ﱲ ﱳ ﱴ ﱵ ﱶ ﱷ ﱸ ﱹ ﱺ ﱻ ﱼ ﱽ ﱾ ﱿ ﲀ ﲁ ﲂ ﲃ ﲄ ﲅ ﲆ ﲇ ﲈ ﲉ ﲊ ﲋ ﲌ ﲍ ﲎ ﲏ ﲐ ﲑ ﲒ ﲓ ﲔ ﲕ ﲖ ﲗ ﲘ ﲙ ﲚ ﲛ ﲜ ﲝ ﲞ ﲟ ﲠ ﲡ ﲢ ﲣ ﲤ ﲥ ﲦ ﲧ ﲨ ﲩ ﲪ ﲫ ﲬ ﲭ ﲮ ﲯ ﲰ ﲱ ﲲ ﲳ ﲴ ﲵ ﲶ ﲷ ﲸ ﲹ ﲺ ﲻ ﲼ ﲽ ﲾ ﲿ ﳀ ﳁ ﳂ ﳃ ﳄ ﳅ ﳆ ﳇ ﳈ ﳉ ﳊ ﳋ ﳌ ﳍ ﳎ ﳏ ﳐ ﳑ ﳒ ﳓ ﳔ ﳕ ﳖ ﳗ ﳘ ﳙ ﳚ ﳛ ﳜ ﳝ ﳞ ﳟ ﳠ ﳡ ﳢ ﳣ ﳤ ﳥ ﳦ ﳧ ﳨ ﳩ ﳪ ﳫ ﳬ ﳭ ﳮ ﳯ ﳰ ﳱ ﳲ ﳳ ﳴ ﳵ ﳶ ﳷ ﳸ ﳹ ﳺ ﳻ ﳼ ﳽ ﳾ ﳿ ﴀ ﴁ ﴂ ﴃ ﴄ ﴅ ﴆ ﴇ ﴈ ﴉ ﴊ ﴋ ﴌ ﴍ ﴎ ﴏ ﴐ ﴑ ﴒ ﴓ ﴔ ﴕ ﴖ ﴗ ﴘ ﴙ ﴚ ﴛ ﴜ ﴝ ﴞ ﴟ ﴠ ﴡ ﴢ ﴣ ﴤ ﴥ ﴦ ﴧ ﴨ ﴩ ﴪ ﴫ ﴬ ﴭ ﴮ ﴯ ﴰ ﴱ ﴲ ﴳ ﴴ ﴵ ﴶ ﴷ ﴸ ﴹ ﴺ ﴻ ﴼ ﴽ ﴾ ﴿ ﵀ ﵁ ﵂ ﵃ ﵄ ﵅ ﵆ ﵇ ﵈ ﵉ ﵊ ﵋ ﵌ ﵍ ﵎ ﵏ ﵐ ﵑ ﵒ ﵓ ﵔ ﵕ ﵖ ﵗ ﵘ ﵙ ﵚ ﵛ ﵜ ﵝ ﵞ ﵟ ﵠ ﵡ ﵢ ﵣ ﵤ ﵥ ﵦ ﵧ ﵨ ﵩ ﵪ ﵫ ﵬ ﵭ ﵮ ﵯ ﵰ ﵱ ﵲ ﵳ ﵴ ﵵ ﵶ ﵷ ﵸ ﵹ ﵺ ﵻ ﵼ ﵽ ﵾ ﵿ ﶀ ﶁ ﶂ ﶃ ﶄ ﶅ ﶆ ﶇ ﶈ ﶉ ﶊ ﶋ ﶌ ﶍ ﶎ ﶏ ﶐ ﶑ ﶒ ﶓ ﶔ ﶕ ﶖ ﶗ ﶘ ﶙ ﶚ ﶛ ﶜ ﶝ ﶞ ﶟ ﶠ ﶡ ﶢ ﶣ ﶤ ﶥ ﶦ ﶧ ﶨ ﶩ ﶪ ﶫ ﶬ ﶭ ﶮ ﶯ ﶰ ﶱ ﶲ ﶳ ﶴ ﶵ ﶶ ﶷ ﶸ ﶹ ﶺ ﶻ ﶼ ﶽ ﶾ ﶿ ﷀ ﷁ ﷂ ﷃ ﷄ ﷅ ﷆ ﷇ ﷈ ﷉ ﷊ ﷋ ﷌ ﷍ ﷎ ﷏ ﷐ ﷑ ﷒ ﷓ ﷔ ﷕ ﷖ ﷗ ﷘ ﷙ ﷚ ﷛ ﷜ ﷝ ﷞ ﷟ ﷠ ﷡ ﷢ ﷣ ﷤ ﷥ ﷦ ﷧ ﷨ ﷩ ﷪ ﷫ ﷬ ﷭ ﷮ ﷯ ﷰ ﷱ ﷲ ﷳ ﷴ ﷵ ﷶ ﷷ ﷸ ﷹ ﷺ ﷻ ﷼ ﷽ ﷾ ﷿ ﭼ[البقرة: 173]

قوله تعالى ﭽ ﯓ ﯔ ﯕ ﯖ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ ﯪ ﯫ ﯬ ﯭ ﯮ ﯯ ﯰ ﯱ ﯲ ﯳ ﯴ ﯵ ﯶ ﯷ ﯸ ﯹ ﯺ ﯻ ﯼ ﯽ ﯾ ﯿ ﰀ ﰁ ﰂ ﰃ ﰄ ﰅ ﰆ ﰇ ﰈ ﰉ ﰊ ﰋ ﰌ ﰍ ﰎ ﰏ ﰐ ﰑ ﰒ ﰓ ﰔ ﰕ ﰖ ﰗ ﰘ ﰙ ﰚ ﰛ ﰜ ﰝ ﰞ ﰟ ﰠ ﰡ ﰢ ﰣ ﰤ ﰥ ﰦ ﰧ ﰨ ﰩ ﰪ ﰫ ﰬ ﰭ ﰮ ﰯ ﰰ ﰱ ﰲ ﰳ ﰴ ﰵ ﰶ ﰷ ﰸ ﰹ ﰺ ﰻ ﰼ ﰽ ﰾ ﰿ ﱀ ﱁ ﱂ ﱃ ﱄ ﱅ ﱆ ﱇ ﱈ ﱉ ﱊ ﱋ ﱌ ﱍ ﱎ ﱏ ﱐ ﱑ ﱒ ﱓ ﱔ ﱕ ﱖ ﱗ ﱘ ﱙ ﱚ ﱛ ﱜ ﱝ ﱞ ﱟ ﱠ ﱡ ﱢ ﱣ ﱤ ﱥ ﱦ ﱧ ﱨ ﱩ ﱪ ﱫ ﱬ ﱭ ﱮ ﱯ ﱰ ﱱ ﱲ ﱳ ﱴ ﱵ ﱶ ﱷ ﱸ ﱹ ﱺ ﱻ ﱼ ﱽ ﱾ ﱿ ﲀ ﲁ ﲂ ﲃ ﲄ ﲅ ﲆ ﲇ ﲈ ﲉ ﲊ ﲋ ﲌ ﲍ ﲎ ﲏ ﲐ ﲑ ﲒ ﲓ ﲔ ﲕ ﲖ ﲗ ﲘ ﲙ ﲚ ﲛ ﲜ ﲝ ﲞ ﲟ ﲠ ﲡ ﲢ ﲣ ﲤ ﲥ ﲦ ﲧ ﲨ ﲩ ﲪ ﲫ ﲬ ﲭ ﲮ ﲯ ﲰ ﲱ ﲲ ﲳ ﲴ ﲵ ﲶ ﲷ ﲸ ﲹ ﲺ ﲻ ﲼ ﲽ ﲾ ﲿ ﳀ ﳁ ﳂ ﳃ ﳄ ﳅ ﳆ ﳇ ﳈ ﳉ ﳊ ﳋ ﳌ ﳍ ﳎ ﳏ ﳐ ﳑ ﳒ ﳓ ﳔ ﳕ ﳖ ﳗ ﳘ ﳙ ﳚ ﳛ ﳜ ﳝ ﳞ ﳟ ﳠ ﳡ ﳢ ﳣ ﳤ ﳥ ﳦ ﳧ ﳨ ﳩ ﳪ ﳫ ﳬ ﳭ ﳮ ﳯ ﳰ ﳱ ﳲ ﳳ ﳴ ﳵ ﳶ ﳷ ﳸ ﳹ ﳺ ﳻ ﳼ ﳽ ﳾ ﳿ ﴀ ﴁ ﴂ ﴃ ﴄ ﴅ ﴆ ﴇ ﴈ ﴉ ﴊ ﴋ ﴌ ﴍ ﴎ ﴏ ﴐ ﴑ ﴒ ﴓ ﴔ ﴕ ﴖ ﴗ ﴘ ﴙ ﴚ ﴛ ﴜ ﴝ ﴞ ﴟ ﴠ ﴡ ﴢ ﴣ ﴤ ﴥ ﴦ ﴧ ﴨ ﴩ ﴪ ﴫ ﴬ ﴭ ﴮ ﴯ ﴰ ﴱ ﴲ ﴳ ﴴ ﴵ ﴶ ﴷ ﴸ ﴹ ﴺ ﴻ ﴼ ﴽ ﴾ ﴿ ﵀ ﵁ ﵂ ﵃ ﵄ ﵅ ﵆ ﵇ ﵈ ﵉ ﵊ ﵋ ﵌ ﵍ ﵎ ﵏ ﵐ ﵑ ﵒ ﵓ ﵔ ﵕ ﵖ ﵗ ﵘ ﵙ ﵚ ﵛ ﵜ ﵝ ﵞ ﵟ ﵠ ﵡ ﵢ ﵣ ﵤ ﵥ ﵦ ﵧ ﵨ ﵩ ﵪ ﵫ ﵬ ﵭ ﵮ ﵯ ﵰ ﵱ ﵲ ﵳ ﵴ ﵵ ﵶ ﵷ ﵸ ﵹ ﵺ ﵻ ﵼ ﵽ ﵾ ﵿ ﶀ ﶁ ﶂ ﶃ ﶄ ﶅ ﶆ ﶇ ﶈ ﶉ ﶊ ﶋ ﶌ ﶍ ﶎ ﶏ ﶐ ﶑ ﶒ ﶓ ﶔ ﶕ ﶖ ﶗ ﶘ ﶙ ﶚ ﶛ ﶜ ﶝ ﶞ ﶟ ﶠ ﶡ ﶢ ﶣ ﶤ ﶥ ﶦ ﶧ ﶨ ﶩ ﶪ ﶫ ﶬ ﶭ ﶮ ﶯ ﶰ ﶱ ﶲ ﶳ ﶴ ﶵ ﶶ ﶷ ﶸ ﶹ ﶺ ﶻ ﶼ ﶽ ﶾ ﶿ ﷀ ﷁ ﷂ ﷃ ﷄ ﷅ ﷆ ﷇ ﷈ ﷉ ﷊ ﷋ ﷌ ﷍ ﷎ ﷏ ﷐ ﷑ ﷒ ﷓ ﷔ ﷕ ﷖ ﷗ ﷘ ﷙ ﷚ ﷛ ﷜ ﷝ ﷞ ﷟ ﷠ ﷡ ﷢ ﷣ ﷤ ﷥ ﷦ ﷧ ﷨ ﷩ ﷪ ﷫ ﷬ ﷭ ﷮ ﷯ ﷰ ﷱ ﷲ ﷳ ﷴ ﷵ ﷶ ﷷ ﷸ ﷹ ﷺ ﷻ ﷼ ﷽ ﷾ ﷿ ﭼ[الأنعام: 145]

قوله تعالى ﭽ ﯓ ﯔ ﯕ ﯖ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ ﯪ ﯫ ﯬ ﯭ ﯮ ﯯ ﯰ ﯱ ﯲ ﯳ ﯴ ﯵ ﯶ ﯷ ﯸ ﯹ ﯺ ﯻ ﯼ ﯽ ﯾ ﯿ ﰀ ﰁ ﰂ ﰃ ﰄ ﰅ ﰆ ﰇ ﰈ ﰉ ﰊ ﰋ ﰌ ﰍ ﰎ ﰏ ﰐ ﰑ ﰒ ﰓ ﰔ ﰕ ﰖ ﰗ ﰘ ﰙ ﰚ ﰛ ﰜ ﰝ ﰞ ﰟ ﰠ ﰡ ﰢ ﰣ ﰤ ﰥ ﰦ ﰧ ﰨ ﰩ ﰪ ﰫ ﰬ ﰭ ﰮ ﰯ ﰰ ﰱ ﰲ ﰳ ﰴ ﰵ ﰶ ﰷ ﰸ ﰹ ﰺ ﰻ ﰼ ﰽ ﰾ ﰿ ﱀ ﱁ ﱂ ﱃ ﱄ ﱅ ﱆ ﱇ ﱈ ﱉ ﱊ ﱋ ﱌ ﱍ ﱎ ﱏ ﱐ ﱑ ﱒ ﱓ ﱔ ﱕ ﱖ ﱗ ﱘ ﱙ ﱚ ﱛ ﱜ ﱝ ﱞ ﱟ ﱠ ﱡ ﱢ ﱣ ﱤ ﱥ ﱦ ﱧ ﱨ ﱩ ﱪ ﱫ ﱬ ﱭ ﱮ ﱯ ﱰ ﱱ ﱲ ﱳ ﱴ ﱵ ﱶ ﱷ ﱸ ﱹ ﱺ ﱻ ﱼ ﱽ ﱾ ﱿ ﲀ ﲁ ﲂ ﲃ ﲄ ﲅ ﲆ ﲇ ﲈ ﲉ ﲊ ﲋ ﲌ ﲍ ﲎ ﲏ ﲐ ﲑ ﲒ ﲓ ﲔ ﲕ ﲖ ﲗ ﲘ ﲙ ﲚ ﲛ ﲜ ﲝ ﲞ ﲟ ﲠ ﲡ ﲢ ﲣ ﲤ ﲥ ﲦ ﲧ ﲨ ﲩ ﲪ ﲫ ﲬ ﲭ ﲮ ﲯ ﲰ ﲱ ﲲ ﲳ ﲴ ﲵ ﲶ ﲷ ﲸ ﲹ ﲺ ﲻ ﲼ ﲽ ﲾ ﲿ ﳀ ﳁ ﳂ ﳃ ﳄ ﳅ ﳆ ﳇ ﳈ ﳉ ﳊ ﳋ ﳌ ﳍ ﳎ ﳏ ﳐ ﳑ ﳒ ﳓ ﳔ ﳕ ﳖ ﳗ ﳘ ﳙ ﳚ ﳛ ﳜ ﳝ ﳞ ﳟ ﳠ ﳡ ﳢ ﳣ ﳤ ﳥ ﳦ ﳧ ﳨ ﳩ ﳪ ﳫ ﳬ ﳭ ﳮ ﳯ ﳰ ﳱ ﳲ ﳳ ﳴ ﳵ ﳶ ﳷ ﳸ ﳹ ﳺ ﳻ ﳼ ﳽ ﳾ ﳿ ﴀ ﴁ ﴂ ﴃ ﴄ ﴅ ﴆ ﴇ ﴈ ﴉ ﴊ ﴋ ﴌ ﴍ ﴎ ﴏ ﴐ ﴑ ﴒ ﴓ ﴔ ﴕ ﴖ ﴗ ﴘ ﴙ ﴚ ﴛ ﴜ ﴝ ﴞ ﴟ ﴠ ﴡ ﴢ ﴣ ﴤ ﴥ ﴦ ﴧ ﴨ ﴩ ﴪ ﴫ ﴬ ﴭ ﴮ ﴯ ﴰ ﴱ ﴲ ﴳ ﴴ ﴵ ﴶ ﴷ ﴸ ﴹ ﴺ ﴻ ﴼ ﴽ ﴾ ﴿ ﵀ ﵁ ﵂ ﵃ ﵄ ﵅ ﵆ ﵇ ﵈ ﵉ ﵊ ﵋ ﵌ ﵍ ﵎ ﵏ ﵐ ﵑ ﵒ ﵓ ﵔ ﵕ ﵖ ﵗ ﵘ ﵙ ﵚ ﵛ ﵜ ﵝ ﵞ ﵟ ﵠ ﵡ ﵢ ﵣ ﵤ ﵥ ﵦ ﵧ ﵨ ﵩ ﵪ ﵫ ﵬ ﵭ ﵮ ﵯ ﵰ ﵱ ﵲ ﵳ ﵴ ﵵ ﵶ ﵷ ﵸ ﵹ ﵺ ﵻ ﵼ ﵽ ﵾ ﵿ ﶀ ﶁ ﶂ ﶃ ﶄ ﶅ ﶆ ﶇ ﶈ ﶉ ﶊ ﶋ ﶌ ﶍ ﶎ ﶏ ﶐ ﶑ ﶒ ﶓ ﶔ ﶕ ﶖ ﶗ ﶘ ﶙ ﶚ ﶛ ﶜ ﶝ ﶞ ﶟ ﶠ ﶡ ﶢ ﶣ ﶤ ﶥ ﶦ ﶧ ﶨ ﶩ ﶪ ﶫ ﶬ ﶭ ﶮ ﶯ ﶰ ﶱ ﶲ ﶳ ﶴ ﶵ ﶶ ﶷ ﶸ ﶹ ﶺ ﶻ ﶼ ﶽ ﶾ ﶿ ﷀ ﷁ ﷂ ﷃ ﷄ ﷅ ﷆ ﷇ ﷈ ﷉ ﷊ ﷋ ﷌ ﷍ ﷎ ﷏ ﷐ ﷑ ﷒ ﷓ ﷔ ﷕ ﷖ ﷗ ﷘ ﷙ ﷚ ﷛ ﷜ ﷝ ﷞ ﷟ ﷠ ﷡ ﷢ ﷣ ﷤ ﷥ ﷦ ﷧ ﷨ ﷩ ﷪ ﷫ ﷬ ﷭ ﷮ ﷯ ﷰ ﷱ ﷲ ﷳ ﷴ ﷵ ﷶ ﷷ ﷸ ﷹ ﷺ ﷻ ﷼ ﷽ ﷾ ﷿ ﭼ[الأنعام: 119]

وجه الدلالة:تفيد هذه الآيات استثناء حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه، فإذا ثبت أن رعاية مصلحة المريض في سلامة نفسه وجسده، يقتضي زرع عضو في جسمه ولا يوجد دواء يقوم مقامه، فإن هذا يجوز شرعاً ومتى وجدت حالة الضرورة وجب إعمال أحد مقوماتها المتمثل في تحصيل أعلى المصلحتين أو دفع أعظم المفسدتين، فإذا توقف علاج المريض على زرع عضو في جسمه فلا شك أن مصلحة العافية تعلو مصلحة اجتناب المحرمات.[2]

2-الآيات التي تفيد بأن المشقة تجلب التيسير:

قوله تعالىﭽ ﯓ ﯔ ﯕ ﯖ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ ﯪ ﯫ ﯬ ﯭ ﯮ ﯯ ﯰ ﯱ ﯲ ﯳ ﯴ ﯵ ﯶ ﯷ ﯸ ﯹ ﯺ ﯻ ﯼ ﯽ ﯾ ﯿ ﰀ ﰁ ﰂ ﰃ ﰄ ﰅ ﰆ ﰇ ﰈ ﰉ ﰊ ﰋ ﰌ ﰍ ﰎ ﰏ ﰐ ﰑ ﰒ ﰓ ﰔ ﰕ ﰖ ﰗ ﰘ ﰙ ﰚ ﰛ ﰜ ﰝ ﰞ ﰟ ﰠ ﰡ ﰢ ﰣ ﰤ ﰥ ﰦ ﰧ ﰨ ﰩ ﰪ ﰫ ﰬ ﰭ ﰮ ﰯ ﰰ ﰱ ﰲ ﰳ ﰴ ﰵ ﰶ ﰷ ﰸ ﰹ ﰺ ﰻ ﰼ ﰽ ﰾ ﰿ ﱀ ﱁ ﱂ ﱃ ﱄ ﱅ ﱆ ﱇ ﱈ ﱉ ﱊ ﱋ ﱌ ﱍ ﱎ ﱏ ﱐ ﱑ ﱒ ﱓ ﱔ ﱕ ﱖ ﱗ ﱘ ﱙ ﱚ ﱛ ﱜ ﱝ ﱞ ﱟ ﱠ ﱡ ﱢ ﱣ ﱤ ﱥ ﱦ ﱧ ﱨ ﱩ ﱪ ﱫ ﱬ ﱭ ﱮ ﱯ ﱰ ﱱ ﱲ ﱳ ﱴ ﱵ ﱶ ﱷ ﱸ ﱹ ﱺ ﱻ ﱼ ﱽ ﱾ ﱿ ﲀ ﲁ ﲂ ﲃ ﲄ ﲅ ﲆ ﲇ ﲈ ﲉ ﲊ ﲋ ﲌ ﲍ ﲎ ﲏ ﲐ ﲑ ﲒ ﲓ ﲔ ﲕ ﲖ ﲗ ﲘ ﲙ ﲚ ﲛ ﲜ ﲝ ﲞ ﲟ ﲠ ﲡ ﲢ ﲣ ﲤ ﲥ ﲦ ﲧ ﲨ ﲩ ﲪ ﲫ ﲬ ﲭ ﲮ ﲯ ﲰ ﲱ ﲲ ﲳ ﲴ ﲵ ﲶ ﲷ ﲸ ﲹ ﲺ ﲻ ﲼ ﲽ ﲾ ﲿ ﳀ ﳁ ﳂ ﳃ ﳄ ﳅ ﳆ ﳇ ﳈ ﳉ ﳊ ﳋ ﳌ ﳍ ﳎ ﳏ ﳐ ﳑ ﳒ ﳓ ﳔ ﳕ ﳖ ﳗ ﳘ ﳙ ﳚ ﳛ ﳜ ﳝ ﳞ ﳟ ﳠ ﳡ ﳢ ﳣ ﳤ ﳥ ﳦ ﳧ ﳨ ﳩ ﳪ ﳫ ﳬ ﳭ ﳮ ﳯ ﳰ ﳱ ﳲ ﳳ ﳴ ﳵ ﳶ ﳷ ﳸ ﳹ ﳺ ﳻ ﳼ ﳽ ﳾ ﳿ ﴀ ﴁ ﴂ ﴃ ﴄ ﴅ ﴆ ﴇ ﴈ ﴉ ﴊ ﴋ ﴌ ﴍ ﴎ ﴏ ﴐ ﴑ ﴒ ﴓ ﴔ ﴕ ﴖ ﴗ ﴘ ﴙ ﴚ ﴛ ﴜ ﴝ ﴞ ﴟ ﴠ ﴡ ﴢ ﴣ ﴤ ﴥ ﴦ ﴧ ﴨ ﴩ ﴪ ﴫ ﴬ ﴭ ﴮ ﴯ ﴰ ﴱ ﴲ ﴳ ﴴ ﴵ ﴶ ﴷ ﴸ ﴹ ﴺ ﴻ ﴼ ﴽ ﴾ ﴿ ﵀ ﵁ ﵂ ﵃ ﵄ ﵅ ﵆ ﵇ ﵈ ﵉ ﵊ ﵋ ﵌ ﵍ ﵎ ﵏ ﵐ ﵑ ﵒ ﵓ ﵔ ﵕ ﵖ ﵗ ﵘ ﵙ ﵚ ﵛ ﵜ ﵝ ﵞ ﵟ ﵠ ﵡ ﵢ ﵣ ﵤ ﵥ ﵦ ﵧ ﵨ ﵩ ﵪ ﵫ ﵬ ﵭ ﵮ ﵯ ﵰ ﵱ ﵲ ﵳ ﵴ ﵵ ﵶ ﵷ ﵸ ﵹ ﵺ ﵻ ﵼ ﵽ ﵾ ﵿ ﶀ ﶁ ﶂ ﶃ ﶄ ﶅ ﶆ ﶇ ﶈ ﶉ ﶊ ﶋ ﶌ ﶍ ﶎ ﶏ ﶐ ﶑ ﶒ ﶓ ﶔ ﶕ ﶖ ﶗ ﶘ ﶙ ﶚ ﶛ ﶜ ﶝ ﶞ ﶟ ﶠ ﶡ ﶢ ﶣ ﶤ ﶥ ﶦ ﶧ ﶨ ﶩ ﶪ ﶫ ﶬ ﶭ ﶮ ﶯ ﶰ ﶱ ﶲ ﶳ ﶴ ﶵ ﶶ ﶷ ﶸ ﶹ ﶺ ﶻ ﶼ ﶽ ﶾ ﶿ ﷀ ﷁ ﷂ ﷃ ﷄ ﷅ ﷆ ﷇ ﷈ ﷉ ﷊ ﷋ ﷌ ﷍ ﷎ ﷏ ﷐ ﷑ ﷒ ﷓ ﷔ ﷕ ﷖ ﷗ ﷘ ﷙ ﷚ ﷛ ﷜ ﷝ ﷞ ﷟ ﷠ ﷡ ﷢ ﷣ ﷤ ﷥ ﷦ ﷧ ﷨ ﷩ ﷪ ﷫ ﷬ ﷭ ﷮ ﷯ ﷰ ﷱ ﷲ ﷳ ﷴ ﷵ ﷶ ﷷ ﷸ ﷹ ﷺ ﷻ ﷼ ﷽ ﷾ ﷿ ﭼ[البقرة: 185]

قوله تعالىﭽ ﯓ ﯔ ﯕ ﯖ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ ﯪ ﯫ ﯬ ﯭ ﯮ ﯯ ﯰ ﯱ ﯲ ﯳ ﯴ ﯵ ﯶ ﯷ ﯸ ﯹ ﯺ ﯻ ﯼ ﯽ ﯾ ﯿ ﰀ ﰁ ﰂ ﰃ ﰄ ﰅ ﰆ ﰇ ﰈ ﰉ ﰊ ﰋ ﰌ ﰍ ﰎ ﰏ ﰐ ﰑ ﰒ ﰓ ﰔ ﰕ ﰖ ﰗ ﰘ ﰙ ﰚ ﰛ ﰜ ﰝ ﰞ ﰟ ﰠ ﰡ ﰢ ﰣ ﰤ ﰥ ﰦ ﰧ ﰨ ﰩ ﰪ ﰫ ﰬ ﰭ ﰮ ﰯ ﰰ ﰱ ﰲ ﰳ ﰴ ﰵ ﰶ ﰷ ﰸ ﰹ ﰺ ﰻ ﰼ ﰽ ﰾ ﰿ ﱀ ﱁ ﱂ ﱃ ﱄ ﱅ ﱆ ﱇ ﱈ ﱉ ﱊ ﱋ ﱌ ﱍ ﱎ ﱏ ﱐ ﱑ ﱒ ﱓ ﱔ ﱕ ﱖ ﱗ ﱘ ﱙ ﱚ ﱛ ﱜ ﱝ ﱞ ﱟ ﱠ ﱡ ﱢ ﱣ ﱤ ﱥ ﱦ ﱧ ﱨ ﱩ ﱪ ﱫ ﱬ ﱭ ﱮ ﱯ ﱰ ﱱ ﱲ ﱳ ﱴ ﱵ ﱶ ﱷ ﱸ ﱹ ﱺ ﱻ ﱼ ﱽ ﱾ ﱿ ﲀ ﲁ ﲂ ﲃ ﲄ ﲅ ﲆ ﲇ ﲈ ﲉ ﲊ ﲋ ﲌ ﲍ ﲎ ﲏ ﲐ ﲑ ﲒ ﲓ ﲔ ﲕ ﲖ ﲗ ﲘ ﲙ ﲚ ﲛ ﲜ ﲝ ﲞ ﲟ ﲠ ﲡ ﲢ ﲣ ﲤ ﲥ ﲦ ﲧ ﲨ ﲩ ﲪ ﲫ ﲬ ﲭ ﲮ ﲯ ﲰ ﲱ ﲲ ﲳ ﲴ ﲵ ﲶ ﲷ ﲸ ﲹ ﲺ ﲻ ﲼ ﲽ ﲾ ﲿ ﳀ ﳁ ﳂ ﳃ ﳄ ﳅ ﳆ ﳇ ﳈ ﳉ ﳊ ﳋ ﳌ ﳍ ﳎ ﳏ ﳐ ﳑ ﳒ ﳓ ﳔ ﳕ ﳖ ﳗ ﳘ ﳙ ﳚ ﳛ ﳜ ﳝ ﳞ ﳟ ﳠ ﳡ ﳢ ﳣ ﳤ ﳥ ﳦ ﳧ ﳨ ﳩ ﳪ ﳫ ﳬ ﳭ ﳮ ﳯ ﳰ ﳱ ﳲ ﳳ ﳴ ﳵ ﳶ ﳷ ﳸ ﳹ ﳺ ﳻ ﳼ ﳽ ﳾ ﳿ ﴀ ﴁ ﴂ ﴃ ﴄ ﴅ ﴆ ﴇ ﴈ ﴉ ﴊ ﴋ ﴌ ﴍ ﴎ ﴏ ﴐ ﴑ ﴒ ﴓ ﴔ ﴕ ﴖ ﴗ ﴘ ﴙ ﴚ ﴛ ﴜ ﴝ ﴞ ﴟ ﴠ ﴡ ﴢ ﴣ ﴤ ﴥ ﴦ ﴧ ﴨ ﴩ ﴪ ﴫ ﴬ ﴭ ﴮ ﴯ ﴰ ﴱ ﴲ ﴳ ﴴ ﴵ ﴶ ﴷ ﴸ ﴹ ﴺ ﴻ ﴼ ﴽ ﴾ ﴿ ﵀ ﵁ ﵂ ﵃ ﵄ ﵅ ﵆ ﵇ ﵈ ﵉ ﵊ ﵋ ﵌ ﵍ ﵎ ﵏ ﵐ ﵑ ﵒ ﵓ ﵔ ﵕ ﵖ ﵗ ﵘ ﵙ ﵚ ﵛ ﵜ ﵝ ﵞ ﵟ ﵠ ﵡ ﵢ ﵣ ﵤ ﵥ ﵦ ﵧ ﵨ ﵩ ﵪ ﵫ ﵬ ﵭ ﵮ ﵯ ﵰ ﵱ ﵲ ﵳ ﵴ ﵵ ﵶ ﵷ ﵸ ﵹ ﵺ ﵻ ﵼ ﵽ ﵾ ﵿ ﶀ ﶁ ﶂ ﶃ ﶄ ﶅ ﶆ ﶇ ﶈ ﶉ ﶊ ﶋ ﶌ ﶍ ﶎ ﶏ ﶐ ﶑ ﶒ ﶓ ﶔ ﶕ ﶖ ﶗ ﶘ ﶙ ﶚ ﶛ ﶜ ﶝ ﶞ ﶟ ﶠ ﶡ ﶢ ﶣ ﶤ ﶥ ﶦ ﶧ ﶨ ﶩ ﶪ ﶫ ﶬ ﶭ ﶮ ﶯ ﶰ ﶱ ﶲ ﶳ ﶴ ﶵ ﶶ ﶷ ﶸ ﶹ ﶺ ﶻ ﶼ ﶽ ﶾ ﶿ ﷀ ﷁ ﷂ ﷃ ﷄ ﷅ ﷆ ﷇ ﷈ ﷉ ﷊ ﷋ ﷌ ﷍ ﷎ ﷏ ﷐ ﷑ ﷒ ﷓ ﷔ ﷕ ﷖ ﷗ ﷘ ﷙ ﷚ ﷛ ﷜ ﷝ ﷞ ﷟ ﷠ ﷡ ﷢ ﷣ ﷤ ﷥ ﷦ ﷧ ﷨ ﷩ ﷪ ﷫ ﷬ ﷭ ﷮ ﷯ ﷰ ﷱ ﷲ ﷳ ﷴ ﷵ ﷶ ﷷ ﷸ ﷹ ﷺ ﷻ ﷼ ﷽ ﷾ ﷿ ﭼ[النساء: 28]

قوله تعالى ﭽ ﯓ ﯔ ﯕ ﯖ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ ﯪ ﯫ ﯬ ﯭ ﯮ ﯯ ﯰ ﯱ ﯲ ﯳ ﯴ ﯵ ﯶ ﯷ ﯸ ﯹ ﯺ ﯻ ﯼ ﯽ ﯾ ﯿ ﰀ ﰁ ﰂ ﰃ ﰄ ﰅ ﰆ ﰇ ﰈ ﰉ ﰊ ﰋ ﰌ ﰍ ﰎ ﰏ ﰐ ﰑ ﰒ ﰓ ﰔ ﰕ ﰖ ﰗ ﰘ ﰙ ﰚ ﰛ ﰜ ﰝ ﰞ ﰟ ﰠ ﰡ ﰢ ﰣ ﰤ ﰥ ﰦ ﰧ ﰨ ﰩ ﰪ ﰫ ﰬ ﰭ ﰮ ﰯ ﰰ ﰱ ﰲ ﰳ ﰴ ﰵ ﰶ ﰷ ﰸ ﰹ ﰺ ﰻ ﰼ ﰽ ﰾ ﰿ ﱀ ﱁ ﱂ ﱃ ﱄ ﱅ ﱆ ﱇ ﱈ ﱉ ﱊ ﱋ ﱌ ﱍ ﱎ ﱏ ﱐ ﱑ ﱒ ﱓ ﱔ ﱕ ﱖ ﱗ ﱘ ﱙ ﱚ ﱛ ﱜ ﱝ ﱞ ﱟ ﱠ ﱡ ﱢ ﱣ ﱤ ﱥ ﱦ ﱧ ﱨ ﱩ ﱪ ﱫ ﱬ ﱭ ﱮ ﱯ ﱰ ﱱ ﱲ ﱳ ﱴ ﱵ ﱶ ﱷ ﱸ ﱹ ﱺ ﱻ ﱼ ﱽ ﱾ ﱿ ﲀ ﲁ ﲂ ﲃ ﲄ ﲅ ﲆ ﲇ ﲈ ﲉ ﲊ ﲋ ﲌ ﲍ ﲎ ﲏ ﲐ ﲑ ﲒ ﲓ ﲔ ﲕ ﲖ ﲗ ﲘ ﲙ ﲚ ﲛ ﲜ ﲝ ﲞ ﲟ ﲠ ﲡ ﲢ ﲣ ﲤ ﲥ ﲦ ﲧ ﲨ ﲩ ﲪ ﲫ ﲬ ﲭ ﲮ ﲯ ﲰ ﲱ ﲲ ﲳ ﲴ ﲵ ﲶ ﲷ ﲸ ﲹ ﲺ ﲻ ﲼ ﲽ ﲾ ﲿ ﳀ ﳁ ﳂ ﳃ ﳄ ﳅ ﳆ

2-عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال>>: إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة: إلّا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالحيدعو له.[1]

ووجه الاستدلال: هو أنّ بقاء أعضاء الميت لشخص حي ينتفع بها تعتبر من باب الصدقة الجارية، وهذا الأمر مندوب إليه خاصة إذا أوصى صاحبها بذلك محتسبا الأجر عند الله عز وجل.[2]

من القواعد الفقهية: وقد عزز أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بمجموعة من القواعد الفقهية:

1-الضرورات تبيح المحظورات،2-الضرر يزال، 3-إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما ضررا.

وجه الدلالة: أن حاجة الأحياء إلى العلاج ودفع ضرر الأمراض وخطرها بمنزلة الضرورة التي يباح من أجلها ما هو محظور شرعا،وبناءً عليه إذا دعت الضرورة في إنقاذ المرضى أو دعت الحاجة في إصلاح أبدانهم إلى نقل جزء من الميت إليهم جاز ذلك، وفي إباحة هذا النقل أكبر نفع وأعظم فائدة.

من القياس:

واستدلوا بالقياس على جواز أخذ الدم من الحي، حيث قال القرضاوي: وفي عصرنا رأينا التبرع بالدم وهو جزء من جسم الإنسان يتم في بلاد المسلمين دون نكير من أحد من العلماء بل هم يقرون الحث عليه ويشاركون فيه، فدل هذا الإجماع السكوتي إلى جواز الفتاوى الصادرة في ذلك على انه مقبول شرعاً .وبالقياس على الصدقة فالإسلام لم يقصر الصدقة على المال بل جعل كل معروف صدقة، فيدخل فيه التبرع ببعض البدن لنفع الغير، بل هو لا ريب من أعلى الأنواع وأفضلها، لأن البدن أفضل من المال والمرء يجود بماله كله لإنقاذ جزء من بدنه، فبذله الله تعالى من أفضل القربات وأعظم الصدقات[3].

ثالثا: الترجيح

بعد طرح الأقوال وأدلتها وما ورد عليها من مناقشات يظهر رجحان القول القائل بجواز نقل الأعضاء وفق ضوابط وشروط سنذكرها في المطلب الثالث، وللأسباب التالية:

1- أن حفظ النفوس من أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية إذ تأتي في المرتبة الثانية بعد حفظ الدين، وهي من الكليات الخمس، والشرع يتطلع إلى إحياء النفوس إنقاذها، ولا شك أن نقل وزراعة الأعضاء البشرية هو من صميم إحياء النفوس.

2- إن الأدلة التي قدمها أصحاب القول القائل بمنع نقل وزراعة الأعضاء لا تخلو من المناقشة والرد عليها في الجملة.

المطلب الثالث: شروط نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفرع الأول: شروط متعلقة بالمتبرع

1-أن يكون المتبرع كامل الأهلية عاقلا بالغا غير مكره، وهو ما نصت عليه فتوى مجمع الفقه الإسلامي.[4]

---

[1] مسلم بن الحجاج، الصحيح الجامع، مصدر سابق، كتاب الوصية،باب ما يلحق الإنسان بعد وفاته، حديث رقم: [1631]،ص1255.

[2] سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار الهدى، الجزائر، دت، ص38-39.

[3] علي محمد علي أحمد،معيار تحقق الوفاة، مرجع سابق، ص260.

[4] الفتوى رقم 1، د 88/08/4، بتاريخ 1408/05/23هـ.

2–موافقة المنقول منه على نزع عضو من جسده لزرعه في المريض، برضاه، لأنه صاحب الحق بعد الله تعالى في جسده، فيشترط اجتماع إذنه ورضاه مع إذن الشارع الذي توفر عند الضرورة.

3–ألا يؤدي التبرع أو النقل إلى تعطيل المنقول منه عن القيام بإحدى التكاليف الشرعية مثل حرمانه من أداء العبادات على أكمل وجه.

4– ألا يترتب على النقل ضررا فاحشا للمنقول منه، وذلك بان يقرر الأطباء والجراحون أن عملية النقل التي يقومون بها لا تؤدي إلى هلاكه أو تفويت مصلحة لعضو من أعضائه.[1]

الفرع الثاني: شروط متعلقة بالمتبرع له

لابد أن تخضع عمليات التبرع إلى شروط وضوابط شرعية إنسانية وطبية، مما يحقق المصلحة والفائدة للطرفين:

1–وجود حالة الضرورة القصوى للنقل، بحيث تكون حالة المنقول إليه المرضية في تدهور صحي مستمر ولا ينقذه من هلاك محقق إلا نقل عضو سليم إليه من إنسان أخر.[2]

2–توافق أنسجة المتبرع له مع أنسجة المتبرع، وهذا تفاديا لرفض الجسم لها، لأنه لا يصح اقتطاع عضو من إنسان حي إذا كانت نسبة العملية ضئيلة بسبب لفظ العضو من جسم المتبرع له.

3–يشترط إلى جانب إذن المتنازل، إذن المتلقي أيضا، وذلك لإباحة أعمال الجراحة المتمثلة في زرع عضو له، والتي يباشرها الطبيب الجراح على جسمه بإذن الشرع، وتطلب إذن المتلقي لمباشرة زرع عضو غريب في جسمه.

الفرع الثالث: شروط متعلقة بالعملية

1–ألا تكون عمليات النقل والاستزراع وسيلة للتجارة والربح.

2– ألا يوجد بديل لهذه العمليات للنقل والاستزراع، بحيث يكون إجراؤها ضروريا، وتنعدم الطرق الأخرى مثل الأعضاء الاصطناعية.

3– الظن الغالب بالنفع المتوقع من عمليات النقل والزرع، سواء للمتبرع أو للمتبرع له.

4–صدور إقرار كتابي من اللجنة الطبية المتخصصة قبل النقل بالعلم بهذه الضوابط وإعطاؤه لذوي الشأن من الطرفين المنقول منه والمنقول إليه قبل إجراء العملية الطبية.[3]

5–أن يكون تنفيذ عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية تحت إشراف مؤسسات رسمية مؤهلة علميا وشرعيا وخلقيا وقانونيا للتحقق من الشروط والمسوغات.

خاتمة

وفي الأخير بعد توفيق من الله عزوجل وبذل الجهد في إخراج هذا البحث سأورد أهم النتائج:

1–تأكد لنا أن الشريعة الإسلامية لها فضل السبق للفصل في المسائل المستجدة فهي تواكب التطورات وتستوعب الجديد والحديث من النوازل ولا تتعارض مع العلم البتة.

---

[1] عصمت الله عناية الله، الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة ام القرى، السعودية، 1408هـ، ص121.

[2] زهير أحمد السباعي وعلي البار، الطبيب أدبه وفقهه، ط1، دار القلم، دمشق، 1997، ص220– 222.

[3] عصمت الله عناية الله، الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص134.

2-اختلاف العلماء في نازلة زرع ونقل الأعضاء البشرية هو اختلاف صوري ذلك أن كل من الفريقين لم يكن حكمه مطلقا فمن أجاز قيد ذلك بضوابط، ومن منع خص ذلك بحالات محددة.

3-حصول الأجر المترتب على التبرع بالأعضاء لما فيه من تحقق النفع للمريض، هو صدقة جارية للمتبرع.

التوصيات:

- ضرورة عقد المزيد من الملتقيات لبحث القضايا المستجدة والمتجددة في مسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية لأن العلم تطور تطورا رهيبا خاصة في مجال الطب.
- الدعوة إلى تأصيل التعامل مع المستجدات والنوازل، واستغلال الوسائل الإعلامية.
- تخصيص دورات تدريبية للأطباء أو ندوات لتوعيتهم وتعريفهم بالأحكام الفقهية التي تخص مجالهم.

المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

ثانيا: الكتب:

1. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مصر، 10.2004.

صالح بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية. جامعة أم القرى، السعودية، 1403هـ.

2. الطبيب أدبه وفقهه، 216-208

3. عبد الحميد دباب وآخرون، مع الطب في القرآن الكريم، ط2، مؤسسة علوم القرآن، دمشق، 1982.

4. عبد السلام السكري، نقل وزرع الأعضاء من منظور إسلامي، الدار المصرية للنشر والتوزيع، 1989.

5. عبد الله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبة، مصنف، ت مختار أحمد الندوي، دط، دت، الهند.

6. عصمت الله عناية الله، الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير،

7. على القرة داغي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2005.

8. فالح بن محمد الصغير، اليسر والسماحة في الإسلام، ط1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2004.

الفتوى رقم 1، د 88/08/4، بتاريخ 1408/05/23هـ.

9. إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، ت مشهور بن حسن، ط1، دار ابن عفان، 1997.

10. محمد ابن ماجة، السنن، ت فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

11. محمد بن إسماعيل البخاري، الصحيح الجامع، ط1، دار ابن كثير، بيروت، 2002.

12. محمد رشيد قباني، نقل الأعضاء وزراعتها، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، 13 ربيع الأول 1430 الموافق لـ 10مارس 2009.

13. محمدعلي الباز، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، ط1، دار القلم، دمشق، 1994.

14. محمد ناصر الدين الألباني، الصحيح الجامع، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1988.

15. محمد نجيب المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، دت.

16. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2003.

17. مسلم بن الحجاج،الصحيح الجامع، ت رائد بن صبري، كتاب السلام، ط2، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض.
18. هيثم حامد المصاروة التنظيم، القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، دار المناهج، عمان، دت.
19.علي بن محمد الجرجاني، معجم التعريفات، ت محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، مصر
20. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ط1، دار الجيل، بيروت، 1991.
21. زهير أحمد السباعي وعلي البار، الطبيب أدبه وفقهه، ط1، دار القلم، دمشق، 1997.
22. أبو داودسليمان بن الأشعث، السنن، ت شعيب الأرناؤوط، ط1، دار الرسالة العالمية، بيروت، 2009.
23. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، د د ن، 1987.
24. أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.
25. أسامة السيد، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2006.
26. سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار الهدى، الجزائر، دت.
27. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة، عمان، 1999.

الأساس القانوني لإباحة نقل وزراعة الكلى بين الأحياء

د. رواق فتيحة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

مقدمة:

يعتبر موضوع زراعة الكلى أحد مواضيع زراعة الأعضاء البشرية وبالرغم من أهمية هذا الموضوع وكل ما يقدمه هذا الإنجاز العلمي من حلول طبية تساهم في إنقاذ العديد من المرضى، وبالتالي إنقاذ العديد من الأشخاص من الهلاك مما يعود بالفائدة على الفرد والمجتمع.

وقد قام جدل فقهي وقانوني حول مدى شرعية وقانونية زرع الأعضاء البشرية بصفة عامة وزرع الكلى بصفة خاصة، وقد أدرج المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر عملية التبرع بالأعضاء ضمن مرتبة التعاون والإيثار وبذل الجهد لإنقاذ الأنفس وإحيائها، وقد أجاز المشرع الجزائري التبرع وزراعة الكلى من خلال قانون الصحة لسنة2018[1].

وقد تطرق الفقهاء للأساس القانوني الذي يستند عليه لصحة نقل وزراعة الأعضاء البشرية بصفة عامة ونقل وزراعة الكلى بصفة خاصة وهو موضوع بحثنا: الذي سنتناوله في محورين

المحور الأول: نظرية الضرورة المقترنة بالرضا ونظرية إذن القانون المستند إلى الرضا.

المحور الثاني: نظرية السبب والمصلحة الاجتماعية.

المحور الأول: نظرية الضرورة المقترنة بالرضا ونظرية إذن القانون المستند إلى الرضا

أولا: نظرية الضرورة المقترنة برضا المتبرع

اعتمد الفقهاء على نظرية الضرورة كأساس قانوني لزراعة الأعضاء البشرية بصفة عامة وزراعة الكلى بصفة خاصة.

الضروريات هي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية، بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا، وضاع النعيم، وحل العقاب في الآخرة، روعيت هذه الضروريات في الإسلام من ناحيتي تحقيقها وإيجادها.

ويتمثل تحقيق الدين في الإتيان بالأركان الخمسة وتتمثل المحافظة عليه بفرض العقوبة على مخالفه ومخالفة أحكامه.

قال جرجاني في تعريفاته: «الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل بما لا مدفعله».

وعرفت بتعاريف كثيرة منها:

هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل[2].

وهي بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك، أو قارب، كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعاً أو عرياناً لمات أو تلف منه عضو[1].

---

[1] قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة.

[2] الجصاص، أحكام القرآن،، بيروت لبنان، دار احياء التراث العربي، 1992، ج1، ص150.

«ضرورة هي الخشية على الحياة إن لم يتناول المحظور، أو يخشى ضياع ماله كله، أو أن يكون الشخص في حال تهدد مصلحته الضرورية ولا تدفع إلا بتناول محظور لا يمس حق غيره»[2].

والضرورة هي خوفالضرروالهلاك على النفسأو بعض الأعضاء، وكون الشخص في حالة تهدد مصلحته الضرورية ولا تدفع إلابأمر محظور ولا يمس حقغيره.

سنتناول الضرورة من خلال ضوابطها (1) ثم شروطها (2)

1- ضوابط الضرورة:

تتمثل ضوابط الضرورة فيما يلي:

- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، كأن تكون كلية المريض متوقفة عن وظائفها الحيوية، فهنا تكون الضرورة قائمة، أما إذا كانت الكلية غير متوقفة تماما عن وظائفها الحيوية فلا تكون الضرورة قائمة.
- أن تكون في حالة وجود المحظور مع غيره من المباحات أي في الحالات المعتادة عذر يبيح الإقدام على الممنوع بمعنى أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يُخشى تلف النفس أو الأعضاء كأن تكون نفس المريض معرضة للهلاك إن لم يتم زرع كلية مكان الكلية التي لم تعد تؤدي دورها في الجسم.
- الاضطرارلمخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية بأن لا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة، فإن مبدأ عدم المساس بالجسم تتم مخالفته وبالتالي استئصال الكلية لأنه لا يوجد حل آخر للحفاظ على حياة المريض.
- ألا يخالف المضطرة قواعد الشريعة الإسلامية أو القوانين الوضعية لبلده لأن مخالفة شرع لا أثر له عند الضرورة.

2- شروط الضرورة:

يشترط لتطبيق مبدأ الضرورة ما يلي:

- وجود خطر محدق بالمريض: يشترط وجود خطر يهدد المريض بحيث يؤدي عدم إجراء عملية نقل الكلى إلى وفاته.
- كون الخطر المراد تفاديه أكثر من الضرر الذي وقع، بأن يكون الخطر المترتب على استئصال الكلية وزرعها مثلا حسب تقدير الطبيب قياسا بالضرر الذي يتعرض له المريض.
- كون عملية نقل الكلى وزراعتها الطريق الوحيد للإنقاذ من الموت ويكون هذا عند عدم وجود وسيلة أخرى لإنقاذ مريض كالأدوية التي أو غيرها من العلاجات.

إنّ اشتراط عرض المتبرع يعتبر شرطا خارجا عن نظرية الضرورة.

يعتبر الرضا الركن الأساسي في أي عقد من العقود ويشترط لصحة التبرع رضا المتبرع وبما أنّ الرضا أمر باطن فيجب أن يظهر للعلن ظهورا يبين أنه صادر عن إرادة حرة وأن يكون الرضا حرًا مستنيرا أو صريحا وصادرة قبل إجراء العملية.

---

[1] قواعد الزركشي، المنثور في ترتيب القواعد الفقهية، بالمكتبة الظاهرية، بدمشق.

[2] أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ص43.

تنص المادة 364 من قانون الصحة الجزائري على ما يلي لسنة 2018: «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 إثنين (2)».

ولكي يصح رضا المتبرع يجب أن تتوفى الشروط التالية:

- التعبير عن الإرادة كتابة:من أجل حماية المتبرع من أي تحريف قد يقع على مضمون أي نص يوقع عليه، يجب أن يتوفر شرط الشكلية المطلوبة في رضائه، حيث يتعين في عملية نقل الكلى أن يكون رضا المتبرع كتابة وموقع عليه وبحضور شهود يشهدون على التعبير عن إرادة المتبرع.

فهذه الشكلية الواجب توافرها تكون حماية للمتبرع من جهة وحماية للأطباء المكلفين باستئصال الكلى عند ظهور أي نزاع حول مضمون النص الذي يتضمن رضا المتبرع من جهة أخرى.

تنص المادة 3/364 ومن قانون الصحة الجزائري على ما يلي: «وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، فإنه يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليها في المادة 362 أعلاه»

- التعبير عن الرضا كتابة، حضور شاهدين إثنين من أقاربه من ادرجة الأولى، فجاء في المادة 1/364 ما يلي «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 إثنين (2)».
- التصديق على هذا الإقرار أمام جهة رسمية، من المفروض أن يتم التصديق على الإقرار وتوثيقه في الشهر العقاري.
- صدور الرضا عن إرادة حرّة.

يجب أن يصدر الرضا عن إرادة حرة وبالتالي الخلو من عيوب الإرادة بالتدليس أو الغلط أو الإكراه وبالتالي عيب قد يشوب الإرادة.

لا يتم التعبير عن الإرادة تحت تأثير مخدر أو ضغط نفسي كإيهام المتبرع بأن حياة المريض متوقفة على تبرعه بكليته وتحسيسه بالذنب.

المادة 5/360: «يجب أن يعبر المتبرع عن موافقته للتبرع وعند الاقتضاء للتبرع المتقاطع أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستمرة وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون»

وبما أنّ الكلية ستستأصل من المتبرع فلا يجوز إغراءه بوظيفة أو منصب من المعني.

- كون الرضا متبصرا: إنّ من شروط صحة عملية التبرع بالكلى أن يكون الرضا متبصرا وبالتالي على الفريق الطبي المكلف بإجراء عملية الاستئصال اِطْلاع المتبرع بطبيعة العملية وبكل الأضرار والمخاطر الصحية المترتبة على هذه العملية سواء كان احتمال وقوعها حاضرا أو مستقبلا، أكيدا أو محتملا.

المادة 7/360: «تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي»

- عدم عدول المتبرع عن رضائه: حق للمتبرع بالكلى قبل إجراء العملية العدول عن موافقة على التبرع بإحدى كليتيه، مهما كانت الأسباب التي دفعته لذلك سواء كانت أسباب موضوعية تعلق بمخاطر قد تهدد صحته أو أسباب نفسية دفعته للعدول عن قراره، ولا يجوز إكراهه على الاستمرار في التبرع وتعريض حياته للخطر، إلا أنّه لا يجوز للمتبرع أن يطالب باسترداد كليته بعد إجراء العملية.

وإن هذا العدول عن تبرعه حتى قبل لحظة تخديره "المادة 05 الفقرة الأخيرة من القانون المصري": «وفى جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل».

تنص المادة: 6/360 من قانون الصحة جزائري على ما يلي: «يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء»

وتنص المادة الخامسة من القانون الاماراتي على ما يلي: «يجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط، ولا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد أن تبرع به وفقاً للقانون».

ثانيا: إذنالقانون المستند إلى رضا المتبرع:

ويتمثل إذن القانون المستند إلى رضا المتبرع في وجود تشريع يصدر من السلطات المختصة بالتشريع ينظم عملية نقلي الكلى من متبرع حي في حدود الضرورة، وبهدف تحقيق منفعة اجتماعية تعود على المريض بشرط عدم المساس بسلامة صحة المتبرع والتأثير على قيامه بدوره ووظيفته الاجتماعية.

يشترط لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية إذن القانون المستند إلى رضا المتبرع ويجب أن يتجسد هذا في تشريع يصدر من السلطات المختصة بالتشريع يتضمن الضوابط القانونية الواجب الالتزام بها في هذه العملية لضمان عدم مخالفتها للنظام العام والآداب، وتحديد الجهة المخولة بمنح الترخيص لذلك.

لقد شددت الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء خلال الثلاثي الأول من سنة 2022 على ما يلي: «الوكالة الوطنية هي المخول الوحيد يمنحه ترخيص المستشفيات لإجراء هذا النوع من العمليات الجراحية» وقد تناول قانون الصحة الجزائري موضوع نقل وزراعة الأعضاء واشترط رضا المتبرع وهو الأساس الذي أخذ به الفقهاء لصحة نقل وزراعة الأعضاء بصفة عامة ونقل وزراعة الكلى بصفة خاصة.

وعليه فإن الاقتران بين هذين العنصرين هو السبيل الوحيد لإباحة هذه العملية.

1- إذن القانون

لقد أجاز المشرع الجزائري نقل وزراعة الأعضاء ونظم أحكامه هذا وقد حدد الغرض من نزع وزرع الأعضاء في المادة 355 من قانون الصحة التي تنص على ما يلي: «لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون».

تكلفوا الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء البشرية فقد جاء في المادة 356 من قانون الصحة لسنة 2018 ما يلي: «تنشئ وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها»

لا بد من توفر شرط الأهلية لصحة عملية التبرع بالكلى فقد نصت المادة 361 من قانون الصحة الصادر فيه 29يوليو 2018على ما يلي: «يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي.

يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت.

وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن أن يتم هذا النزع بشكل استثنائي لصالح ابنةعمه، 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».

أما إذا كان المتبرع قاصرا يشترط الأب أو الأم أو الممثل الشرعي.

المادة 4/364: «وفي حالة الأشخاص القصر، يعطى الموافقة الأب أو الأم أو، عند غيابهما، الممثل الشرعي».

2- شرط موافقة المتبرع

حماية لإرادة المتبرع لا بد من موافقته وهذا ما نصت عليه المادة2/357 من قانون الصحة على ما يلي: «لا يجوز جمع أعضاء جسم الإنسان من متبرع حي لأغراض الحفظ، دون موافقة المتبرع أو ممثلها الشرعي»

إنّ عملية زرع الكلى شرعت لأغراض علاجية وإنسانية فلا يجوز استغلالها في صفقات مالية وهذا ما نصت عليه المادة 358 من قانون الصحة الجزائري الذي جاء فيها ما يلي: «لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقات مالية»

ويتمثل إذن القانون المستند إلى رضا المتبرع أيضا في وجود تشريع يصدر من السلطات المختصة بالتشريع ينظم عملية نقل الكلى من متبرع حي في حدود الضرورة بهدف تحقيق منفعة اجتماعية تعود على المريض اشترط عدم المساس بسلامة صحة المتبرع والتأثير على قيامه بدوره ووظيفته الاجتماعية

ويشترط لصحة إجراء هذه العملية عدم مخالفتها للنظام العام والآداب.

في المادة الأولى من القانون رقم 05 سنة 2010 المصري التي تنظم زرع الأعضاء البشرية تنصّ على ما يلي: «لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بنقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي أو من جسد إنسان ميت بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا طبقاً لأحكامهذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له.

المحور الثاني: نظرية السبب ونظرية المصلحة الاجتماعية

سنتناول في هذا المحور نظرية السبب (أولا) ثم نتطرق للمصلحة الاجتماعية

أولا: نظرية السبب:

إنّ السبب أمر داخلي في العقد يستخلص من نوع العقد وحتى طبيعة الالتزام ذاته، والسبب قد يستمر إلى حين تنفيذ العقد وبالتالي إلى حين إجراء العملية.

ويشترط في السبب ما يلي:

1- وجود السبب

إنّ كل التزام له سبب وعليه فإنّ كل التزام ليس له سبب يكون التزاما غير قائم كأن يكون السبب هو ما وقع غلط في وجوده.

فقد يُكره المتبرع على الإمضاء على التبرع فبالإضافة إلى الإكراه الذي يجعل العقد باطلا فإنّ السبب في العقد غير موجود.

كما أنّ استغلال العاطفة كإيهام المتبرع بأنّ قريبه سيموت إذا لم يتم تبرعه له وتحميله الذنب يدخل تحت طائلة انعدام السبب.

2- صحة السبب

يشترط لصحة عملية نقل الكلى صحة السبب لأنّ السبب غير الصحيح لا يقوم عليه الالتزام، كأن يكون السبب صوري كأن يكون استئصال الكلى لبيعها وهو السبب الحقيقي، أمّا السبب وصوري هو التبرع بهدف إنقاذ حياة شخص تقوم حياته على زرع كلية المتبرع، وبالتالي تحقيق المنفعة الاجتماعية فالسبب الحقيقي هو سبب غير مشروع أخفي تحت سبب مشروع وهو نية التبرع بكلية الإنقاذ فرد من المجتمع كما تم ذكره، وهنا يسقط الالتزام لعدم مشروعية السبب الحقيقي.

3- مشروعية السبب

السبب والمشروع هو الذي لا يجرمه القانون ولا يكون مخالفا للنظام العام والآداب، إي إنّ استئصال كلية بهدف الاتجار بالأعضاء يعتبر سببا غير مشروع يجرمه القانون.

أمّا إذا كان السبب إنقاذ مريضوتحقيق الصالح العام فالسبب يكون مشروعاً لأنّ القانون لا يجرمه، بل وينظمه قانونيا[1].

إنّ إباحة نقل الكلى مشكل خاصة، وإباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية يستند إلى نظرية السبب المشروع وبالتالي الباعث الدافع من المساس بالجسم فإذا كان الهدف من المساس بالجسم هو تحقيق مصلحة علاجية للشخص من جهة، وبالتالي تحقيق مصلحة واجبة الاحترام للغير.

وبما أنّ السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد، والباعث هو معيار ذاتي وخارج عن العقد[2].

فيشترط القانون أن يكون الباعث مشروعا، وأن يكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى تحقيقه غرضا لا يجرمه القانون ولا يتنافى مع العادات.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوجيزة في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص483.

[2] نفس المرجع.

وبما أنّ عملية استئصال الكلية وزرعها تعتمد على التبرع يجب أن يكون الباعث الذي دفع إلى التبرع مشروعا ويهدف إلى مصلحة مشروعة.

ثانيا: نظرية المصلحة الاجتماعية:

للحق في سلامة الجسم جانبين:

1- حق الفرد في سلامة جسمه

إن الجانب الأول متعلق بالفرد ويتمثل في حق الفرد في المحافظة على سلامة جسمه.

وعليه فإن استئصال الكلية من المتبرع لمصلحة مريض بحاجة ماسة إليها أمر مشروع بشرط ألا يؤدي هذا التصرف إلى تهديد للوظيفة الاجتماعية لهذا المتبرع، فيشترط عدم المساس بصحة المتبرع وبالتالي المساس بالوظيفة الاجتماعية لجسده ويحقق هذا الشرط الحفاظ على الوظيفة الاجتماعية لجسد المتبرع من جهة وإنقاذ مريض كان سيفقده المجتمع مما تؤدي إلى زيادة النفع الاجتماعي من جهة أخرى، وأن هذه العملية يجب أن تعود بالمنفعة على المجتمع.

المنفعة التي تعود على الفرد:

أ- سلامة جسم الفرد:

- تسمح عملية نقل الكلى لإنسان ما كان المجتمع سيفقده.
- المنفعة التي تعود على المجتمع، قيام المتبرع بجميع وظائفه الاجتماعية.

ب- سلامة جسم المتبرع: يجب أن لا تمس عملية التبرع بالكلى بسلامة جسم المتبرع، فإذا كانت سلامة جسمه مضمونة بجعله يقوم بوظيفته الاجتماعية المتمثلة في القيام بجميع واجباته الاجتماعية.

2- حق المجتمع في سلامة الفرد:

- زيادة النفع الاجتماعي: إنّ نقل الكلى إلى مريض كان سيفقده المجتمع سيساهم في زيادة النفع الاجتماعي لأنّ سلامة صحته تجعلهنافعًا، بعدما كان يعاني من عضو حيوي مصاب في جسمه.

وبما أنّ الاتجاه يرتكز على الوظيفة الاجتماعية، فما هي الحدود والمعايير التي تفصل بين حق الفرد وبين حق المجتمع؟

ويوجه انتقاد إلى هذه النظرية التي تعتمد على التضامن الاجتماعي أنها قد تؤدي إلى إهمال إرادة الشخص وبالتالي إلى إجبار الناس على التنازل على أعضائهم تحقيقا إلى منفعة المجتمع.

خاتمة:

بعد تناول الأساس القانوني لعمليات زرع الكلى يمكن استنتاج ما يلي:

- إن عمليات نقل الكلى ضرورة لحياة الفرد ومنفعة المجتمع وهي جائزة شرعا وقانونا.
- إن الرضائية في هذه العملية تحتل حيّزا مهمّا ضمن الأساس القانوني لعمليات زرع الكلى حيث:
  - تقترن الرضائية بنظرية الضرورة وهي نظرية شرعية أخذت بها القوانين الوضعية.
  - تقترن الرضائية بنظرية إذن القانون، حيث بالإضافة إلى اشتراط الرضا بكل عناصره حماية للمتبرع، يشترط إذن القانون، الأمر الذي نظّمه القانون الجزائري حماية للفرد والمجتمع وتحقيقا لحماية الصحة وترقيتها.
- تعتبر نظرية السبب أساس قانون لعمليات زراعة الكلى وبالتالي الدافع للتبرع بالكلى، الدافع الشرعي ونية التبرع تضيفان الصيغة الأخلاقية على العملية، ونية الحفاظ على سلامة الجسم جسم المتبرع نفسه ودافع تقديم عمل إنساني لحماية المريض ومحاولة إنقاذه من الهلاك. – إنّ نظرية المصلحة الاجتماعية تعتبر أساس لصحة عمليات زرع الكلى لما تتميز به من تحقيق مصلحة فردية يجب مراعاتها وحمايتها سواء بالنسبة للمتبرع أو المتلقي، وتحقيق مصلحة المجتمع المتمثلة في إنقاذ مريض وتمكينه من تحقيق المنفعة الاجتماعية.

التوصيات:

- الحرص على حماية الرضائية والمشروعية في عملية زرع الكلى.
- الحرص على عنصر التبرع في العملية، والتصدي لعملية الاتجاربالأعضاء البشرية باستغلال العمليات الإنسانية المتمثلة في زرع الكلى.
- إنشاء آليات للتبرع بالكلى لتشجيع هذه العملية الضرورية لسلامة الصحة.
- إنشاء آليات لزرع الكلى في الجزائر خاصة مع ازدياد حالات الفشل الكلوي وارتفاع الإنفاق على علاج الفشل الكلوي وكل ما يترتب عنه.

مداخلات الفترة المسائية

LE DON D'ORGANES : ROLE DU REANIMATEUR

د. قدوار دليلة

طبيبة وأستاذة مساعدة مختصة في

التخدير والإنعاش. مستشفى شرشال

I- INTRODUCTION :

La greffe d'organe solide offre le potentiel de survie sans maladie pour des centaines de milliers de patients dans le monde. Non seulement la transplantation augmente l'espérance de vie et améliore la qualité de vie, mais elle offre des économies financières à long terme aux systèmes de soins de santé. La gestion protocolaire et ciblée des donneurs avec une implication précoce de l'équipe multidisciplinaire de transplantation augmente à la fois la qualité et la quantité de greffons donnés avec succès. L'arrêt cardiaque est un motif relativement courant d'admission dans les unités de soins intensifs qui peut entraîner des lésions cérébrales irrécupérables pouvant aller jusqu'à la mort du tronc cérébral. Le réanimateur est le premier acteur participant aux processus du don d'organe. L'optimisation du donneur par le réanimateur influence directement le nombre d'organes prélevés.
La théorie du comportement planifié (TPB) développées par Fishbein [20] et Ajzen [21]prendre en compte l'attitude et les normes sociales de l'individu ainsi que le contrôle perçu de l'individu comme prédicateurs précis des intentions comportementales. Le TRA est plus efficace lorsqu'il est appliqué à des comportements qui sont sous le contrôle volontaire d'un individu.
Un programme d'éducation basé sur la théorie du comportement planifié (TPB) a été instauré sur les attitudes et les intentions comportementales des infirmières des soins intensifs pour préconiser le don d'organes décédés.

II- HISTORIQUE

- **1954** : 1ere greffe (rénale) réussie.
- En Algérie, les premières greffes rénales (juin 1986) ont été réalisées avec des reins de donneurs vivants apparentés.
- La première greffe hépatique a eu lieu le 5 février **2003**.
- description de « coma dépassé » Mollaret P. Gaulon M en 1959
- 1959-1968 : critères d'Harvard. Définit la mort cérébrale par l'abolition des réflexes du TC et comme phénomène irréversible de « coma dépassé »
- En France : Lois de bioéthique 1994
- Décret du Conseil d'État 02 décembre 1996
- Révision des lois bioéthique 2004
- Décret 2 août 2005 (prélèvement d'organe à cœur arrêté)

III-QUATRES MODALITES DE PRELEVEMENT D'ORGANES

- A partir d'un donneur décédé de mort encéphalique (DDME), dit à cœur battant : 180 établissements hospitaliers autorisés, 2941 ME désignés et 1355 donneurs prélevés en France en 2020.
- A partir d'un donneur décédé d'arrêt circulatoire (DDAC), dit à cœur arrêté, inopinés (Maastricht I & II) : 14 établissements hospitaliers autorisés mais 3 actifs et 6 donneurs prélevés en France en 2020.
- A partir d'un DDAC, dit à cœur arrêté, programmes (Maastricht III) : 42 établissements hospitaliers autorisés et 151 donneurs prélevés en France en 2016.
- A partir d'un donneur vivant : 406 donneurs prélevés en France en 2020.

IV-CLASSIFICATION DE MAASTRICHT

~ Arrêt cardiaque survenu en l'absence des secours et de durée estimée de moins de 30 minutes (stade I).
~ Arrêt cardiaque survenu en présence des secours avec initiation immédiate d'un massage cardiaque et d'une ventilation assistée (stade II).
~ Arrêt de soins (stade III).
~ Personnes décédées en mort encéphalique qui font un arrêt cardiaque irréversible au cours de la prise en charge en réanimation (stade IV).

V-LES PRINCIPAUX ORGANES :

~ Le rein le foie le cœur dans une moindre mesure sont aussi prélevés : le poumon, le pancréas, les cornées, des parties de l'intestin
~ Des tissus comme : des os,des artères,des tendons.

VI-ACTEURS ET COLLABORATEURS

Le prélèvement d'organe nécessite la collaboration de différentes équipes.

~ Médical
~ Paramédical
~ Chirurgien
~ Administration

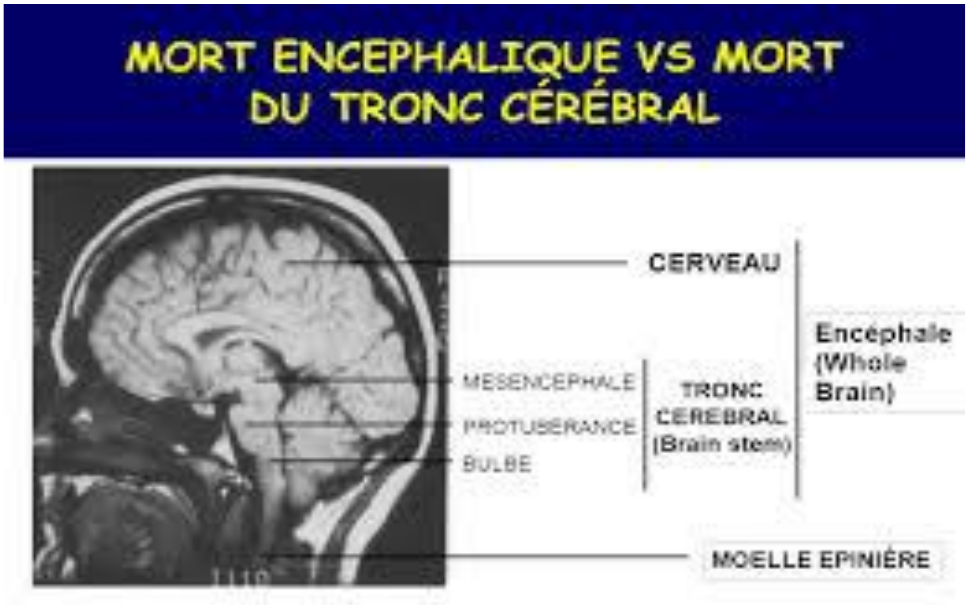
VII-DEFINITION DE L'ETAT DE MORT ENCEPHALIQUE

La mort encéphalique se définit comme la perte irréversible des fonctions encéphaliques, en particulier celles du tronc cérébral. La destruction encéphalique supprime la commande centrale de la respiration, ainsi que la régulation de l'homéostasie circulatoire, thermique et endocrinienne. Le décret du 2 décembre 1996 ne stipule que le diagnostic d'EME associé :

~ Une absence totale de conscience et d'activité motrice.
~ L'absence de ventilation spontanée et après épreuve d'hypercapnie
~ L'abolition des réflexes du tronc cérébral

VIII-REFLEXES DU TRONC

~ Réflexe photomoteur (la mydriase est fréquente, mais inconstante).
~ Réflexe cornéen (testé avec une goutte de sérum physiologique).
~ Reflexe oculovestibulaire
~ Réflexe oculocardiaque.
~ Reflexe oculogyre



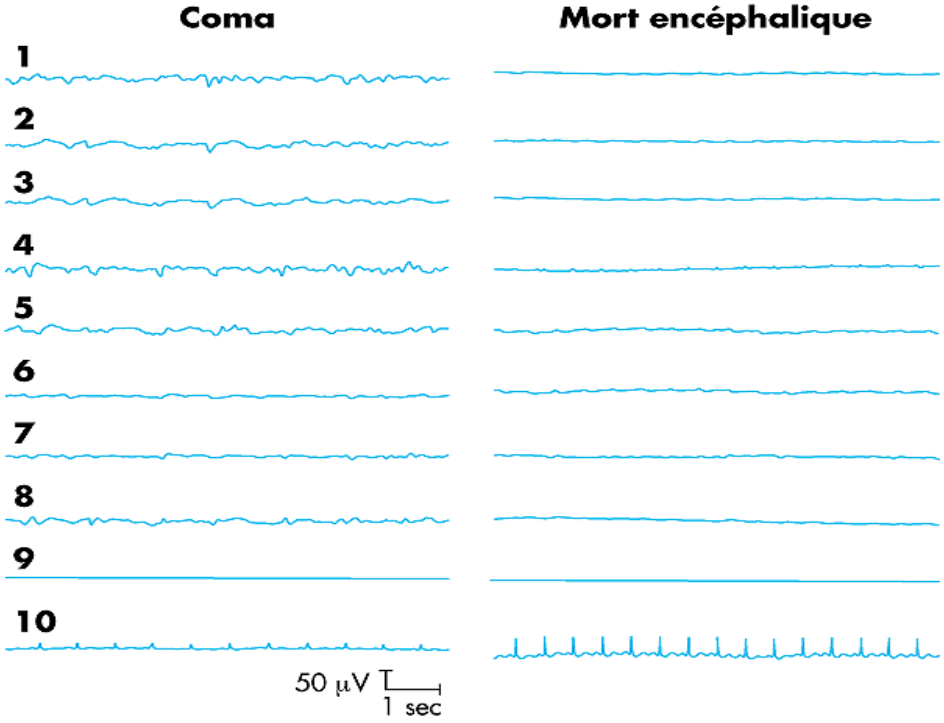
~ Réflexe de toux.

IX-DIAGNOSTIC CLINIQUE DE MORT ENCEPHALIQUE

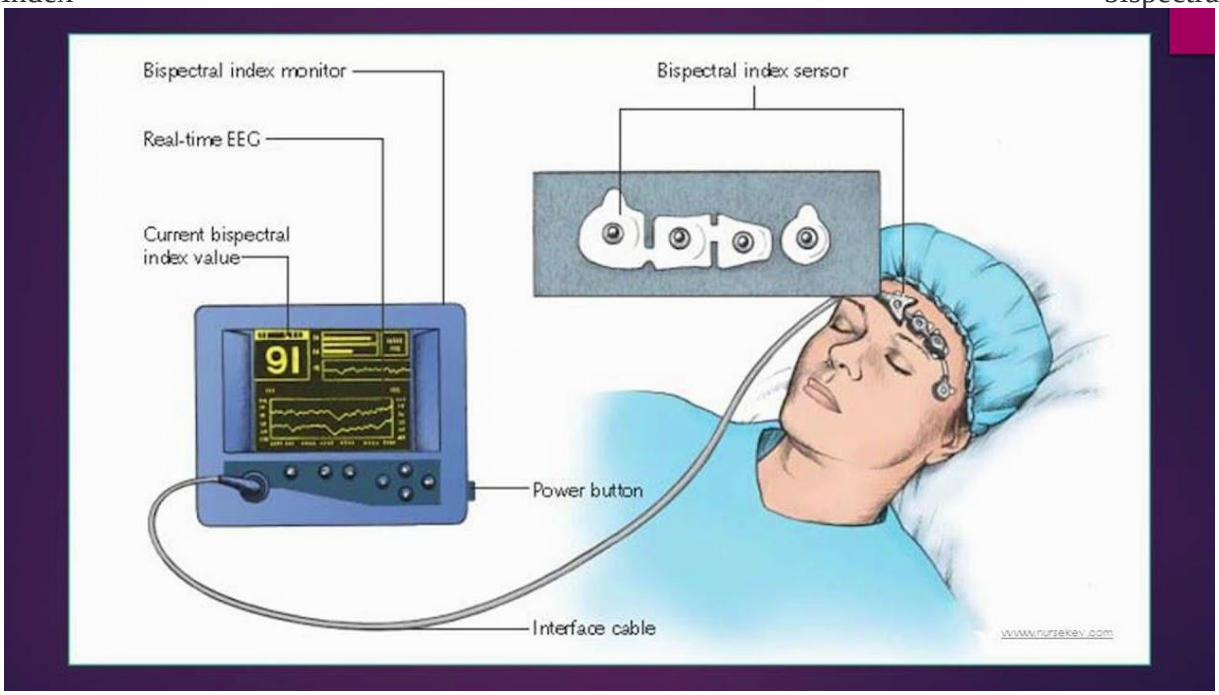
~ Le diagnostic ne peut être évoqué qu'en l'absence d'hypothermie (< 35 °C).
~ Absence d'intoxication médicamenteuse.
~ Absence de sédation, de curares (barbiturique et benzodiazépine)
~ Absence d'hypotension artérielle (PAS < 90 mmHg).
~ Absence de troubles métaboliques profonds (hypocalcémie, hyponatrémie < 130 mmol/L)

X-PARACLINIQUE ELECTROENCÉPHALOGRAMME (EEG)

~ Mort encéphalique si absence de signal est supérieur 5µV pendant 30 mn répété à 4h d'intervalle
~ Ininterprétable si présence d'agents d'anesthésie dans le sang.
~ Hypothermie
~ Deux médecins différents
~ Deux **EEG** (électroencéphalogrammes) à 4 heures d'intervalle au minimum



~ Index bispectral



~ Doppler Transcrânien



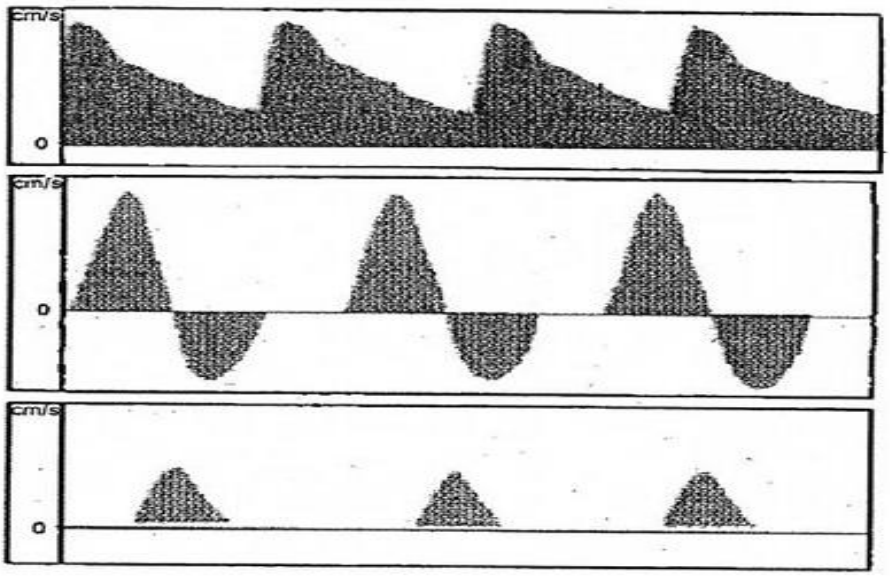
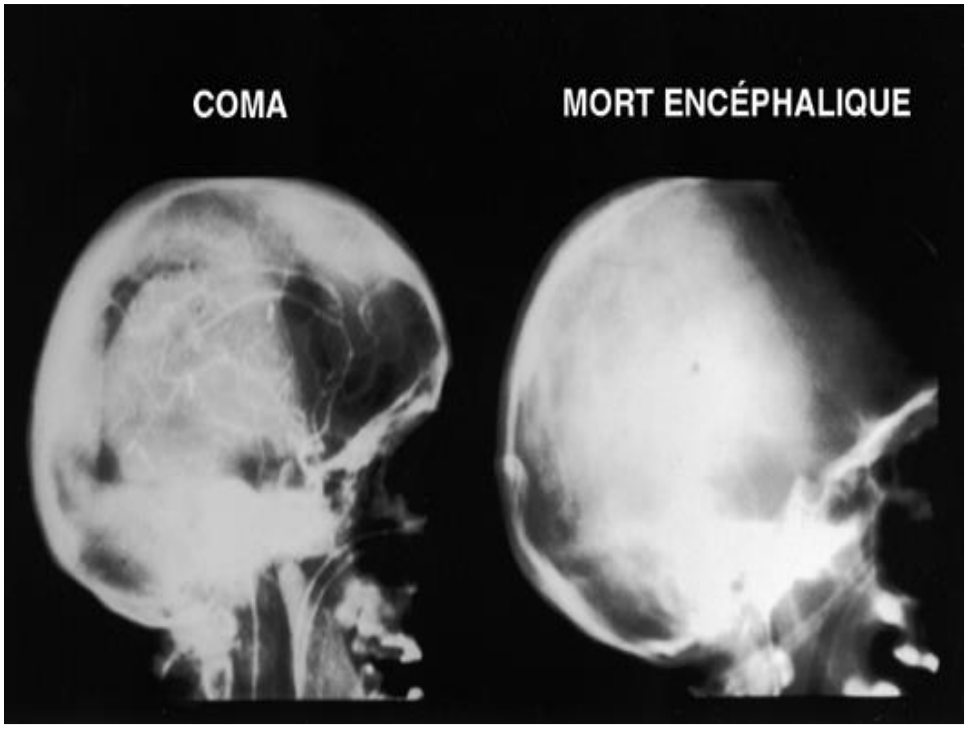
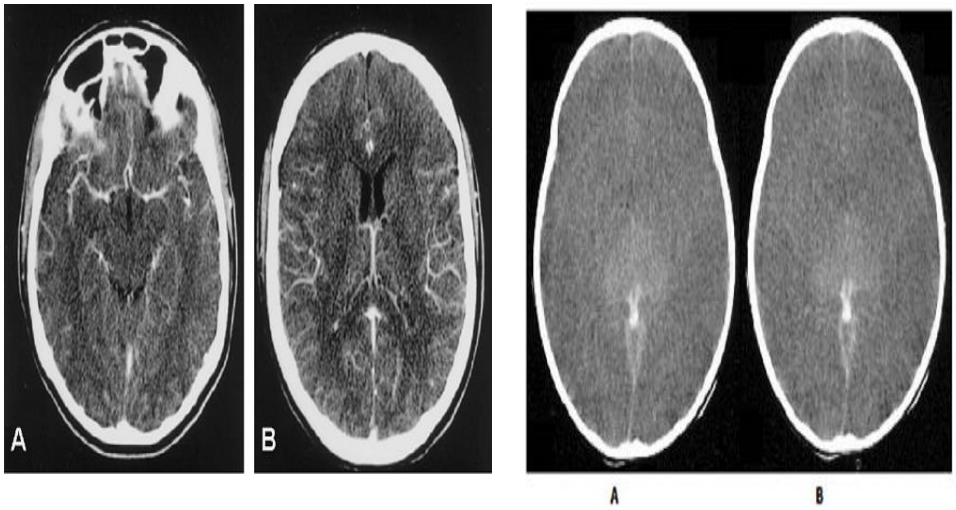


Fig. 2 Différents aspects du signal doppler transcrânien. En haut : normal avec courbe systolodiastolique, au milieu : *back-flow* avec pics systoliques et flux diastolique inversé, en bas : pics protosystoliques isolés. D'après Monteiro et al. [22]

~ Angiographie





opacification des artères cérébrales et des branches de a carotide externe

opacification des artères corticales et des veines cérébrales

Fig. 5 Coupes d'angioscanner avant (a) et 60 secondes après (b) injection intraveineuse du produit de contraste chez un jeune enfant (un an) en mort encéphalique

~ Angioscanner

XI-CONSEQUENCES HEMODYNAMIQUE APRES LA MORT CEREBRALE

Lorsque la pression intracrânienne (PIC) augmente, la pression de perfusion cérébrale est compromise. Face à cette ischémie apparaît une hypertension artérielle compensatrice associée à une bradycardie, décrite en 1901 par le neurochirurgien Harvey Cushing.

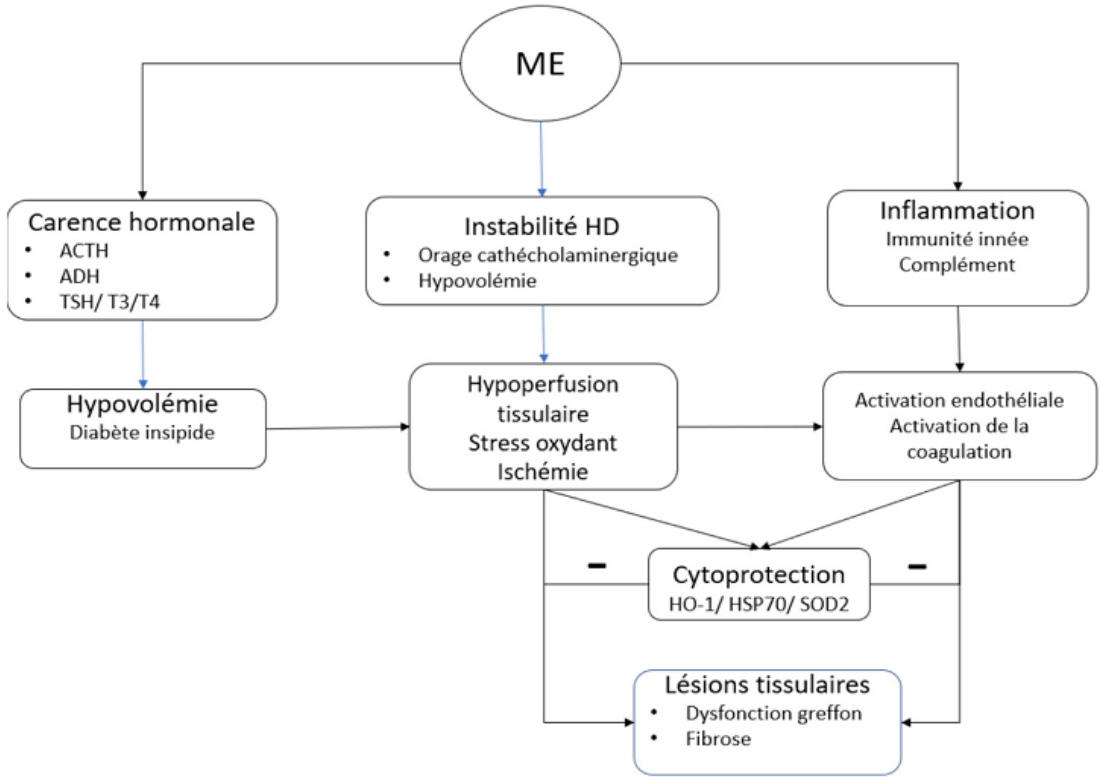
1-Première phase

Ischémie (destruction du noyau du vague) entraine une stimulation sympathique = élévation des catécholamines plasmatique =tachycardie, vasoconstriction et hypertension, cardiopathie adrénergique.C'est un vrai orage adrénergique

2-Deuxième phase

~ Perte du tonus sympathique = vasodilatation généralisée, hypotension profonde susceptible de compromettre tout les greffons
~ Œdème neurogénique : poumon altéré
~ Réaction inflammatoire généralisée susceptible d'altérer tout les organes
~ Diabète insipide par nécrose de la posthypophyse
~ L'hyperglycémie
~ Destruction hypothalamique (hypothermie)

XII-REANIMATION DU SUJET EN MORT ENCEPHALIQUE



tome 6 > n°6 > décembre 2020

SFAR Société Française d'Anesthésie et de Réanimation

~ Maintien d'une PAM > 65 mmHg.
~ Normothermie: T°>35°C.
~ Ventilation mécanique.
~ Maintien d'une PaO2>100 mmHg.
~ Diurèse <100mL/h : Diurétiques
~ Diurèse >200mL/h: Analogues de l'ADH: Minirin®
~ Maintien 100ml/h < diurèse < 200ml/h.
~ Correction des désordres hydroélectrolytiques.
~ Hématocrite >25%(hémoglobine 7-9 g/dl)
~ Hémodynamique: remplissage.
~ vasoconstricteurs (adrénaline, Nord+++).
~ Correction Hyperglycémie, Hypoglycémie.
~ Réchauffement (35.5-38).
~ Les équipes anglo-saxonnes proposent depuis plusieurs décennies l'utilisation d'un cocktail hormonal associant vasopressine, hormones thyroïdiennes et méthylprédnisolone.
~ Fibrinogène > 1 g/L, TP supérieur a 50%
~ Un traitement par hémisuccinate d'hydrocortisone à la dose de 210mg/24h permettait une réduction moyenne de 20% des doses de noradrénaline
~ insulinothérapie

XIII-MONITORAGE

~ Electrocardioscope
~ Oxymétrie de pouls
~ PA sanglante
~ Voie veineuse profonde
~ Surveillance thermique
~ Sonde vésicale
~ Echocardiographies

~ Cathétérisme droit
~ Doppler œsophagien
~ Exploration hémodynamique

XIV-CONTRE INDICATION DU GREFFE D'ORGANE

~ Pathologie infectieuses : maladie aux prions suspecté ou avérée, HIV, hépatite virale, méningo-encéphalite à herpes simplex, rabique ou autres causes
~ HTLV1, lymphoprolifération maligne de cellules T, la leucémie-lymphome T de l'adulte, d'autre part une neuromyélopathie chronique, invalidante, la paraplégie spastique tropicale (TSP) ou myélopathie associée à HTLV-1.
~ Cancers : mélanome malin, certaines tumeurs cérébrales
~ Les intoxications au CO (taux de Co supérieur a 20%)
~ Les arythmies ventriculaires graves
~ L'hypoxie sévère (So2 inferieur a 80%)
~ Un infarctus de myocarde documenté quelque soit l'ancienneté
~ Une malformation cardiaque non corrigée
~ Une tumeur cardiaque
~ Une hypokinésie globale (FE inferieur a 0.3)
~ Des lésions sévères sur la coronarographie
~

XV-RECOMMANDATIONS LEGISTATIVES

~ Un programme de soins intensifs pour faciliter le don d'organes (ICOD) représente l'un des moyens d'augmenter le taux de don après la mort cérébrale (BD).
~ Les soins intensifs pour faciliter le don d'organes (ICOD) sont définis comme l'initiation ou la poursuite de mesures de maintien de la vie, telles que la ventilation mécanique, chez des patients présentant une lésion cérébrale dévastatrice avec une forte probabilité d'évolution vers la mort cérébrale et chez qui le traitement curatif a été complètement rejeté et considéré comme inutile.
~ L'ICOD est une pratique légitime, dans le cadre des réglementations éthiques et légales qui contribue à accroître l'accessibilité des patients à la transplantation, à promouvoir la santé en augmentant le don de personnes décédées, et à collaborer avec la durabilité de la santé - système de soins.
~ Les soins intensifs pour faciliter le don d'organes ne sont envisagés que lorsque tout traitement par l'équipe en charge de la prise en charge du patient est jugé vain, et nécessite une évaluation préalable de la probabilité d'évolution vers la MB
~ Les soins intensifs pour faciliter le don d'organes se réfèrent non seulement au début des mesures de soutien pour faciliter le don d'organes, mais aussi à la prolongation de ces mesures chez les patients admis à l'unité de soins intensifs (USI) avec une intention curative, et chez lesquels une mauvaise évolution clinique ultérieure confirme l'inutilité du maintien de telles mesures.

XVI-ROLE DU MEDECIN REANIMATEUR DANS LE PROCESSUS DU DON D'ORGANE

~ Diagnostic de mort encéphalique clinique et para clinique
~ Identification et annonce d'un donneur

Tableau 1 Répartition des services d'identification des donneurs potentiels en France en janvier 2017 (n=158)

Service d'identification	%
Réanimations	63,3
SAU	15,8
Neurovasculaire	12,7
Neurochirurgie	6,3
Médecine ou autre	1,9

~ Rencontre des proches et annonce du décès (accueil des familles)

~ Organisation d'analyse et test du donneur

L'analyse évaluant chaque organe est faite par des examens biologiques, fonctionnels et morphologiques (imagerie, biopsie, aspect macroscopique au moment du prélèvement).

Rein : Créatinémie, urée, sédiment urinaire, clairance de la créatinine, protéinurie. Échographie, scanner. Évaluation macroscopique (traumatisme, kyste, état vasculaire…).

Foie : Gamma-GT, ASAT, ALAT, bilirubine totale, bilirubine conjuguée, phosphatase alcaline, TP. Échographie (% de stéatose), scanner. Évaluation macroscopique. Biopsie si besoin.

Pancréas : glycémie, amylasémie, lipasémie. Échographie, scanner. Évaluation macroscopique. Traumatisme, hypotension sévère ou épisode de collapsus, dose de catécholamines utilisée, utilisation de desmopressine (Minirin®).

Cœur : Troponinémie (Ic). ECG. Radio thoracique, échocardiographie transthoracique, transœsophagienne parfois coronarographie. Évaluation macroscopique au moment du prélèvement.

Poumon : Gazométrie artérielle rapport PaO2/FiO2. Durée de la ventilation… Radio pulmonaire, scanner, fibroscopie. Évaluation macroscopique.

~ prise en charge du donneur comme si il est vivant pour pouvoir préserver les organes (Prise en charge des troubles ventilatoire, des troubles de la coagulation, des troubles du rythme, des troubles hydroélectrolytiques)

~ L'analyse du dossier permet de rechercher les contre indications au don et de recueillir l'ensemble des éléments qui permettront de s'assurer que le patient concerné puisse être considéré comme un potentiel donneur en cas d'évolution vers la mort encéphalique

XVII-CONCLUSION

Le mort encéphalique est considéré comme un malade dont on droit lui régler tous ses anomalies lorsqu'on envisage un prélèvement d'organe

Le prélèvement et le don d'organe nécessite un plateau technique adéquat à savoir une équipe compétente, moyens matériels, et une bonne organisation

La compétence des équipes nécessite la formation continue dans ce domaine

BIBLIOGRAPHIE

1. Mollaret P, Goulon M. Le coma dépassé. RevNeurol 1959 ; 101 : 3-15.

2. Agence de la biomédecine : Rapport d'activité de prélèvement et de greffe 2007.

3. Circulaire DGS n° 96-733 du 4 décembre 1996.

4. Leclerc X Diagnostic par angioscanner de la mort encéphalique : recommandation de la Société française de neuroradiologie. Journal of Neuroradiology 2007 ; 34 (4) : 217-9.

5. The journal of heart and lung transplantation (septembre 2004), Volume 23, Issue 9, supplement, pages S217-S222.

6. Nygaard CE, Townsend RN, Diamond DL. Organ donor management and organ outcome : a 6-year review from a level I trauma center. J trauma 1990 ; 30 : 728-32.

7. Conférence d'experts SFAR/SRLF/Agence de la biomédecine : Prise en charge des sujets en état de mort encéphalique dans l'optique du prélèvement d'organes et de tissus. Coordonné par Boulard G, Guiot P, Pottecher T, Tenaillon A. Elsevier 2005.
8. Sarmento A, Freitas F, Tavares AP, Machado D. Organ viral donor screening and its implications in transplanttation : an overwiew. Transplant Proc 2000 ; 32 : 2571-6.
9. Pessione F, Cohen S, Durand D et al. Multivariate analysis of donor risk for graft survival in kidney transplantation. Transplantation 2003 ; 75 : 361-7.
10. Hetzel GR, Klein B, Brause M et al. Risk factors for delayed graft function after renal transplantation and their significance for long-term clinical outcome. Transplant Int 2002 ; 15 : 10-6.
11. Di Paolo S, Stallone G, Schena A et al. Hypertension is an independent predictor of delayed graft function and worse renal function Orly in kidneys with chronic patological lesions. Transplantation 2002 ; 73 : 623-7
12. ABM. Rapport médicale et scientifique de l'agence de la biomédecine 2018; 2018.
13. Miñambres E, Suberviola B, Dominguez-Gil B, Rodrigo E, Ruiz-San Millan JC, Rodríguez-San Juan JC, et al. Improving the outcomes oforgans obtained from controlled donation after circulatory death donors using abdominal normothermic regional perfusion. Am J Transplant 2017;17(8):2165–72.
14. Cypel M, Levvey B, Van Raemdonck D, Erasmus M, Dark J, Mason D, et al. Lung transplantation using controlled donation after circulatory death donors: trials and tribulations. J Heart Lung Transplant 2016;35(1):146–7.
15.Delpech PO, Danion J, Oriot D, Richer JP, Breque C, Faure JP. SimLife a new model of simulation using a pulsated revascularized and reventilated cadaver for surgical education. J ViscSurg 2017;154(1):15–20.
16. Danion J, Breque C, Oriot D, Faure JP, Richer JP. SimLife® technology in surgical training A dynamic simulation model. J ViscSurg 2020.
17. Protocole de Prélèvement d'organes Maastricht III–DGMS-DPGOT–Version no 7; 2019.
18. Martinez MS, Santiago AI, Rosales RL, Garcia EPF, Villares JMP. Interhospital transfers of a mobile extracorporeal membrane oxygenation team for Maastricht III donations. TransplantProc 2019;51(9):3042–3.
19. Matesanz R, Domínguez-Gil B, Coll E, de la Rosa G, Marazuela R. Spanish experience as a leading country: what kind of measures were taken? TransplInt 2011;24(4):333–43.
20. Matesanz R, Domínguez-Gil B, Coll E, Mahíllo B, Marazuela R. How spain reached 40 deceased organ donors per million population. Am J Transplant 2017;17(6):1447–54.
21. JORF. Décret no 2016-1118 du 11 août 2016 relatif aux modalités d'expression du refus de prélèvement d'organes après le décès; 2016
22. Franklin GA, Smith JW, Daugherty W, Threkeld T, Garrison RN. Incremental increases in organ retrieval after protocol driven change in an organ procurement organization: a 15-year assessment. Am Surg 2009;75(7):537–43 [discussion 543–4].
23. Le Dinh H, Monard J, Delbouille M-H, Hans M-F, Weekers L, Bonvoisin C, et al. A more than 20 % increase in deceased-donor organprocurement and transplantation activity after the use of donation after circulatory death. Transplant Proc 2014;46(1):9–13.
24. Siminoff LA, Arnold RM, Caplan AL. Health care professional attitudes toward donation: effect on practice and procurement. J Trauma 1995;39(3):553–9.
25. Williams MA, Lipsett PA, Rushton CH, Gro-chowski EC, Berkowitz ID, Mann SL, et al. The physician's role in discussing organ donation with families. Crit Care Med 2003;31(5):156873.
26. Hénon F, Le Nobin J, Ouzzane A, Villers A, Strecker G, Bouyé S. [Factors influencing the choice of nondonor families in a French organ-harvesting center]. ProgresUrol J 2016;26(11–12):656–61.
27. Simpkin AL, Robertson LC, Barber VS, Young JD. Modifiable factors influencing relatives' decision to offer organ donation: systematic review. BMJ 2009;338:b991.
28. Gupta N, Garonzik-Wang JM, Passarella RJ, Salter ML, Kucirka LM, Orandi BJ, et al. Assessment of resident and fellow knowledge of the organ donor referral process. Clin Transplant 2014;28(4):443–9.

29. Organ Tissue Authority. Professional education package; 2015 [Accessed 21 Aug 2015].
30. Rodrigue JR, Cornell DL, Howard RJ. The instability of organ donation decisions by next-of-kin and factors that predict it. Am JTransplant 2008;8(12):2661–7.
31. Arrêté du 16 août 2016 portant homologation des règles de bonnes pratiques relatives à l'entretien avec les proches en matière de prélèvement d'organes et de tissus. JORF 2016.
32. Mollaret P, Goulon M. [The depassed coma (preliminary memoir)]. Rev Neurol (Paris) 1959;101:3–15 [Accessed: Feb. 16, 2022. Online. Available: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14423403/].
33. Kentish-Barnes N, et al. Clinicians' perception and experience of organ donation from braindead patients. Crit Care Med 2017;45(9):1489–99. doi: 10.1097/CCM.0000000000002581.
34. Bastien. Recommandations pour la pratique professionnelle. Prise en charge des patients en vue d'un prélèvement d'organes (donneurs en état de mort encéphalique et à cœur arrêté) Auteurs - Relecteurs - Experts thématiques et Membres du groupe. https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/prise_en charge_des_patients_en_vue_d_un_prelevement_d_organes_-_2019_-_version_
courte.pdf.
35. Décret no 96-1041 du 2 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à desfins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique
(deuxième partie: Décrets en Conseil d'État). JORF, p.http://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT00000019681
36. Loi no 76-1181 du 22 décembre 1976 dite Caillavet relative aux prélèvements d'organes(prélèvements sur personnes vivantes et sur des cadavres à des fins thérapeutiques ou scientifiques). JORF 1976.
37. Art. R. 1232-4-3. Décret no 2016-1118 du 11 août 2016 relatif aux modalités d'expression du refus de prélèvement d'organes après le décès. JORF 2016;0189.
38. Code de la Santé Publique. Articles 1232-1 à 4. JORF.
39. Kentish-Barnes N, et al. Being convinced and taking responsibility: a qualitative study of family members' experience of organ donation decision and bereavement after brain deat. Crit Care Med 2019;47(4):526–34. doi:10.1097/CCM.0000000000003616.
40. Azoulay E, et al. Half the families of intensive care unit patients experience inadequate communication with physicians. Crit CareMed 2000;28(8):3044–9. doi: 10.1097/ 00003246-200008000-00061.

دور الأخصائي النفساني في إقناع الولي الشرعي
بعملية التبرع بالأعضاء بعد الوفاة

د. مختاري سعيدة
كلية علم النفس. جامعة الجزائر2

الملخص:

تهدف الدراسة الحالية متزامنة مع التزايد المستمر للمعاناة اليومية للمرضى المصابين بقصور الأعضاء الوظيفية إلى الحاجة الملحة للتوعية والتوضيح لكل من الأفراد المعافين وأهالي المتوفين بضرورة التعاون مع هذه الفئة من الناس(المرضى) بتبرعهم بأعضائهم أو أعضاء موتاهم، بل وبات لزاما التقرب منهم و إقناعهم بالأهمية الكبيرة لهذه الخطوة ألا وهي التقدم للمستشفيات للتبرع بعضوي حي أو الموافقة والترخيص بالاستفادة من أعضاء أحد الأقرباء المتوفين، لهذا جاءت فكرة الدراسة الحالية لرسم خطة توضيحية لكل من المختص النفسي أو الطبيب المكلف بإقناع الولي الشرعي للفقيد بالتبرع بأعضائه وهذا بوضع بعض الأفكار والاستراتيجيات المساعدة في عملية الإقناع والتي من شأنها أن تذر بالخير الكثير على المرضى المنتظرين لعمليات الزرع.

الكلمات المفتاحية: التبرع بالأعضاء، الإقناع، المختص النفسي.

مقدمة:

لقد أسهم التطور الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء في إعادة الأمل لنفر من المرضى الذين استيأسوا من عافية أبدانهم، وعانوا الأمرين جراء قصور أعضائهم وفشلها إلا أن الفجوة الفاصلة بينهم وبين وصولهم إلى هذه الأعضاء لتزال بعيدة المنال بل وضربا من المستحيل.

رسالة الأخصائي النفساني في الوقت الراهن لا تقتصر على التشخيص والعلاج والاستشارة بل بات لزاما سعيه اليوم نحو إنقاذ أرواح عديدة تصارع الموت في صمت...المختص النفساني اليوم هو في مواجهة مع الولي لإقناعه بالتبرع بأعضاء فقيده.

تعتبر فكرة الخوض في مفهوم الموت وعلاماته و طرق إيصال ونقل الخبر إلى عائلة الفقيد في حد ذاتها من أكبر الصعوبات المهنية وأثقلها كونها تعلن إنهاء الحياة الإنسانية والخوض في حياة جديدة دون هذا الشخص المفقود. بالتالي يترتب على المُعلن لهكذا خبر

امتصاص ما يترتب بعد الإعلان من كم المشاعر الثقيلة المنتظرة من غضب وحزن وسخط وألم.....لاسيما وضع عائلة الفقيد أمام امتحان التعاون والإيثار والتجرد من مشاعر الحزن والأسى التي تعتريهم ، هنا سيواجه المختص النفساني الخلفيةالشرعية الخاطئة لحكم التبرع و يواجه كل معتقداتهم ومخاوفهم ويحاول تطويع رأيهم دون تضخيم للحقائق أو تزييف لها محاولا إغراءهم (الأجر و الثواب) والسيطرة على ردود أفعالهم وتوضيح اللبس عن الحقائق وعرضها بشكل سلسل ومبين وهذا ما يعرف بالعلاج السلوكي المعرفي.CBT) ليصل بهم في نهاية المطاف إلى التفاوض والتنازل، وكل هذا في وقت وجيز يتسابق فيه هذه المرة مع موت العضو الحي.

من هنا جاءت فكرة الدراسة متزامنة مع حاجة الطب والمرضى و الموقف الحساس ككل لعونه في عملية إقناع الولي الشرعي بعملية الترع بأعضاء الفقيد نطرح التساؤلالتالي :ماهو دور المختص النفساني في عملية التبرع بالأعضاء؟

وبناءا على ماسبق فإن مشكلة الدراسة الحالية تتحدد في التساؤلات العلمية التالية:

-ماهي أدوار الأخصائي النفسي في المستشفيات و في عملية التبرع بالأعضاء تحديدا؟

-ماهي الصفات والقدرات التي على الأخصائي النفسي التمتع بها لإقناع الولي الشرعي للفقيد بعملية التبرع؟

-ماهي أنواع الشخصية التي يقابلها المختص أثناء الخوض في عملية الإقناع ؟

-ماهي طرق الإقناع وتوقيته ؟

-ماهي قوانين الإقناع ومبدؤه في علم النفس ؟

ماهي المخاوف الشائعة عند المتبرعين بالأعضاء وأهاليهم ؟

2-أهداف المداخلة:

يتوقع مع نهاية هذه الدراسة الوصول إلى النقاط التالية:

-الكشف عن خطوات ومراحل الإقناع .

-أنواع أولياء الأمور و شخصياتهم.

-الإلمام بصفات المقنع أو المختص النفسي.

-التعرف على بعض آليات و طرق الإقناع .

تسليط الضوء على الأهمية البالغة للأخصائي النفسي في عملية تأثير وإقناع الولي الشرعي بالتبرع بأعضاء الفقيد.

3-نبذة تاريخية عن التبرع بالأعضاء على المستويين العالمي والوطني:

3-1- على المستوى العالَمي:

لم تزل محاولات زرع الأعضاء في جسم الإنسان تبوء بالفشل منذ ظهَر في تاريخ الطب هذا المفهوم وطبق على الإنسان في القرنينالسابقين، إذا استثنيناترقيع الجلد. وذلك بسبب رفض جسم المريض للعضو الجديد المزروع فيه. حتى ظهر بفضل الله تعالى عقار (سيكلوسبورين)عام 1968م فحقّق نجاحاً باهرا في عمليات الزرع. وفُتِحت مراكز متعددة لزراعة الكلى في مختلف الأقطار.

كما أن ظهور مفهوم (الموت الدماغي) في الدوائر الطبية واعتراف الدوائر القانونية به في سبعينيات القرن الماضي قدم لواقع زرع الأعضاء رافدا كبيرا، فازدهر الزرع وتوسع في البلاد التي أخذت بهذا المفهوم، لتيسر الاستفادة من أعضاء المتوفيندماغيا، وهي لا تزال في حالة جيدة، بسبب التروية الدموية المستمرة حتى لحظة النزع.

وقد صدر عن مجمع الفقه الإسلامي القرار رقم): (5د 3/ 07/ 86) بشأن "أجهزة الإنعاشوالقاضي باعتبار الموت الدماغي موتا شرعي بشروط شديدة، بعضها طبي وأخرى إجرائي، لتفادي كل أنواع الاعتداء على الجسد البشري والمتاجرة بأعضاء الموتى، مما سهل الاستفادة من أعضاء كثيرة، ونشط موضوع نقل الأعضاء في البلاد الإسلامية .

3-2-على المستوى الوطني:

عرفت الجزائر أوَل عملية زرع كلية من متبرع حيٍ إلى مريض عام 1986م، و لم تزدهر هذه الطريقةالعلاجية، حيث لم يتجاوز عدد عمليات الزرع في البلاد كلها إلى سنة 2015م 1200عملية"زراعة كلية"، بل تكشف الإحصائياتالمحلية عن تراجع في عمليات الزرع، حيث تم إحصاء 150حالة زرع عام 2013م، وأقل من 100 حالة زرع عام 2014م18 .وهو تراجع محبط.

حوليات جامعة الجزائر 1المجلد35/ :العدد2-2021ص: 583-605

ويعود هذا التأخر في نظر الأطباء إلى القيودالقانونيةالمنصوصعليهافي قانون الصحة الخاص بعمليات زرع الأعضاء، والذي يحصر عملية التبرع في الأقارب، وتشدده في حالات الاستفادة

من الموتى دماغيا. ولا شك أن قصد المقنن بهذه القيود إرادته الحيلولة دون العبث والمتاجرة بالأعضاء البشرية، لكنّها أيضا قيود تقضي على فرص الأمل عند كثير من المرضى، وجمدت عمل الأطباء، الذين يلُومون عليه عدم مواكبته التطور في مجال زراعة الأعضاء حول العالم من جهة وتزايد أعداد المصابين بالفشل الكلوي المنتظرين في طوابير(الديلز dialyse) من جهة أخرى.

لكن الإشكال قبل ذلك وبعده يبقى واضحا عند المتبرع والمرتبط بقناعات المجتمع الدينية

والثقافية، وتمسكه بمغالطات ومخاوف واهية نتيجة جهله وعدم وعيه حيث لا يزال الهاجس الشرعي وغيابالتحسيس الصحي بأهمية هذا الإحسان سببا بارزا في تعثّر هذا المسلك العلاجي، مع تفاقم معاناة المرضى المحتاجين لهذا الزرع، حيث إن الجانب الطبي والتقني قد تقدم كثيرا، وحقق نجاحات باهرة في هذا المجال، في مختلف بلدان العالم، إذا استثنيا المخاوف من سوء إدارة هذه العمليةوتحريفطريقها إلى متاجرات تجعل المتبرع مترددا أو ممتنعا تماما عن المخاطرة بعضوه في جو مشبوه.

وهذا الإشكال لا يدفعه سوى الحل الشرعي، بشقيه العلمي والتوعوي، بمراجعة الحكم الشرعي في هذا التبرع وشروطه، وإقناع الجمهور بهذا الرأي وتحسيسهم بضرورته، في شتى قنوات الخطاب الديني و النفسي، ودفعهم إلى الإحسان والتعاون في رحابه.

4- مهام المختص النفسي:

تتعدد مهام الأخصائي النفسي بتعدد احتياجات المجتمع له ونلخص أدواره ومهامه في النقاط التالية:

1- تشخيص اضطرابات الأفراد العقلية والانفعالية في العيادات والسجون والمؤسسات الأخرى .

2- تنفيذ برامج العلاج.

3- مقابلات المرضى ودراسة تاريخهم الطبي والاجتماعي.

4- ملاحظة المرضى أثناء اللعب والمواقف الأخرى.

5- انتقاء الاختبارات الإسقاطية والنفسية الأخرى وتطبيقها وتفسيرها لتشخيص الاضطرابات.

6- وضع خطة العلاج ومعالجة الاضطرابات النفسية لأحداثِ التوافق باستخدام أفضل أنواع العلاج المختلفة مثل علاج البيئة، والعلاج باللعب، والعلاج الجماعي وغيرها.

7- اختيار الأسلوب الذي يستخدم في العلاج الفردي مثل العلاج الموجه والعلاج غير الموجه والعلاج المساند، ويخطط عدد مرات العلاج أسبوعيا وعمقه ومدته.

8- يتعاون مع التخصصات المهنية الأخرى كالأطباء ومنهم النفسانيين، والأخصائيين الاجتماعيين والمساعدين لتطوير برامج علاج المرضى التي تعتمد على تحليل البيانات الإكلينيكية.

9- تدريب الطلبة الإكلينيكيين الذين يؤدون فترات الامتياز في المستشفيات والعيادات وتطوير التصميمات التجريبية والبحوث في ميدان تطور الشخصية ونموها والتوافق.

10- تشخيص وعلاج الأمراض العقلية والاشتراك في الوقاية منها.

11- الاستشارات في المؤسسات الاجتماعية والتربوية والترفيهية والمؤسسات الأخرى

12- تقويم وتطوير برامج الصحة النفسية والتخطيط لها.

مهام المختص النفسي،حمدي عبد الله عبد العظيم(2013)،ط1،مكتبة أولاد الشيخ للثرات، القاهرة .

5- أنواع الأولياء المتبرعين بأعضاء فقيدهم:

على غرار الاختلافات التربوية ، المذهبية، الثقافية والعلمية، والعمرية وكذا المستوى المادي والاجتماعي وتوازن الشخصية ونمطها وخاصة مكانة الشخص في عائلته وقوة تأثيره فيهم إلا أنه عموما ينقسم المتبرعين في هذا الموقف إلى نمطين:

5-1-النمط الأول:

-يبدؤون في طرح الأسئلة .

-وتحليل الإجابة.

-ومقارنتها.

-لتحديد القرار المناسب.

5-2-النمط الثاني:

-طرح الأسئلة والبحث عن أسئلة تعجيزية لإثبات والتمسك برأيهم .

- في النهاية يثبتون على قرارهم ويتمسكون به عادة.

فيما رجحت دراسات أخرى لاستخدام نموذج معادلة بنيوية لدراسة العلاقة بين الشخصية والدافع للتبرع بالجسد،وقد أظهرت النتائج أن المتبرعين بالأعضاء لديهم مجموعة مماثلة من الخصائص الشخصية وقد وجد علاقة بين دوافع المتبرعين و سمات الشخصية وهي النقطة التي يجب الارتكاز عليها للإنطلاق في البحوث المكثفة بغية الإقناع.

-personaliyy and motivation for cenredydonation(2011) center for thanatology,faculty of religiouse studies,radboud university, nijmegen,the Netherlands.

-posthumous organ donation attitudes intentions to donate,and organ donor status; Examining the role of the big five personality dimensions and altruism.(2015)

Department of psychology, west chester university,west chester,pennsylvania19383,united states.

6- صفات المقنع(المختص النفسي):

-القدرة على التواصل وامتلاك مهارات الحوار الجيد.

-امتلاك كل المعلومات الكافية عن القضية لكي يتمكن من الإجابة على الأسئلة غير متوقعة.

-التعامل باحترام ولباقة لكسب اهتمام الآخرين.

-التمتع بالأخلاق الحسنة، الصدق والأمانة في التعامل.

-الإقناع بالفكرة قبل عرضها أو الإقناع بها.

7- مبادئ الإقناع:

-معرفة اهتمامات و رغبات الأشخاص الذين تريد أقناعهم وماهي الأشياء التي يبحثون عنها.

-تقديم الفكرة في البداية بشكل مختصر وجذاب ومشوق مفاده نبل الفكرة وأجرها الكبير وأثرها النافع.

-استغلال لحظة اتساع بؤرة العين حين اندهاش الولى لأنها اللحظة التي يكون فيها الشخص تحت تأثير الاندهاش ويسهل التأثير عليه أو مايسمى بأسلوب الصدمة بعرض غير منطقي ثم تليه فكرة منطقية .

-تدعيم الفكرة بالواقع (المعاناة) والحقائق والبراهين (إحصائيات)لإثبات الفكرة.

-حاجة الأفراد إلى الإنتماء إلى فكرة شرعية قانونية إنسانية وعدم الخروج على لمألوف .

-التركيز على الجانب العاطفي للتأثير وعلى الجانب الشرعي خاصةً .

8- عناصر عملية الإقناع:

تتكون عملية الإقناع من أربعة مكونات رئيسة هى:

المصدر: هو الطرف المرسل الذي يقوم بعملية الإقناع، ويجب أن تتوافر فيه العديد من المواصفات والمقومات التي تؤهله لإقناع الآخرين.

الرسالة: هي مجموعة الأفكار المرتبة والمتناسقة، والتي من خللها تتم صياغة الرأي الأفضل بطريقة تتناسب مع نمط المستقبل لتسهيل اقتناعه، وينبغي أن تتصف الرسالة بالعديد من الصفات.

المستقبل: هو الطرف المراد العمل على إقناعه، وينبغي مراعاة العديد من النقاط التي تساعد في تأهيل المستقبل للاقتناع.

قناة التواصل: هي الطريقة التي من خللها يقوم المرسل بإرسال الرسالة إلى المستقبل، والتنوع في طرق التواصل يسهل الاقتناع على المستقبل.

8-1-المصدر (المرسل)The Sender:

وهو الطرف المرسل الذي يقوم بعملية الإقناع، ويجب أن تتوافر فيه العديد من المواصفات والمقومات التي تؤهله لإقناع الآخرين، كي يكون المصدر مقنعا، لابد من توافر بعض الصفات المهمة فيه، ومن أهمها ما يلي:

1-الثقة بالنفس: هي من أهم المهارات اللازمة للقدرة على إقناع الآخرين، حيث إن الشخصية المهزوزة والأيدي المرتعشة لاتقنع أبدا.يجب أن تظهر ثقتك بنفسك للآخرين، وكذلك ثقتك فيما تنقله لهم من معلومات، فإذا ظهر منك التردد أو ضعف الثقة فيما تُقدم،فلن يقتنع بك أحد. الثقة بالنفس معدية، بمعنى أنك إذا أظهرت ثقتك بنفسك، فإن ذلك سوف ينتقل إلى الآخرين، فيثقون بك ويثقون بما تنقل إليهم من معلومات.
كن واثقا من أفكارك، كن واثقا في سلوكياتك، استخدم لغةاستراتيجيات إقناع الآخرين جسد يدل على الثقة، كن مبادرا ولا تكن مترددا.

2-ثقة الآخرين في المصدر: هي قيمة كبيرة، يحصل عليها المصدر من خلل تاريخه بين المحيطين به، ومعايشته لهم، أو مايسمعونه عنه وما يرونه منه. إضافة إلى مدى اهتمامه بهم، والقيام على مصالحهم، وتفقد أحوالهم، والعمل على دعمهم، عند

النجاح وعند الإخفاق.

3-علو المستوى العلمي والتنوع الثقافي: حيث يميل المستقبل إلى الاقتناع بمن يثق في مستواه العلمي، وكذلك بمن يرى أن لديه تنوعا ثقافيًا.

كأن تأخذ فتوى دينية عن عالم ذي علم غزير، وكذلك يستطيع تفهم اختلف الثقافات والأحوال، فالتنوع الثقافي يجعل منك موسوعة متنقلة قادرة على الإقناع كما قال الإمام الشافعي، رحمه الله:

علمي معي حيثما يممت ينفعني قلبي وعاء له، لا بطن صندوق

إن كنت في البيت كان العلم فيه معي أو كنت في السوق، كان العلم في السوق

4-العدل: حيث يجب أن يتحلى المصدر بالعدل والحياد، في تقييم الإبداع .في مهارات الإقناع المواقف والأشخاص، وأن يكون موضوعيًا في حكمه على الأمور. وأن يتفهم وجهات نظر الآخرين، وأن يكون هدفه الوصول إلى الصواب، وليس فرض رأيه على المستقبل، وأن ينتصف للآخرين

ولو من نفسه.

5-القدرة على إدارة الحوار بطريقة فعالة: حيث يجب أن يكون المصدر قادرا على إدارة الحوار، وأن يحسن التقديم والتأخير، والتنقل بين أفكار الرسالة بطريقة سلسة منطقية، وأن يطرق الحديد وهو ساخن.

وأن يحسن المواءمة بين الألفاظ ولغة الجسد، وأن يستخدم الكلمات القوية والجمل الرنانة، مع بعض الأقوال المأثورة وأبيات الشعر التي تخترق الأذهان وتعمل فيها كمفعول السحر.

6-الالتزام**Commitment**:ويقصد به هنا، القدرة على الالتزام بالمبادئ والقناعات التي يريد أن يقنع بها الآخرين، حيث إن فاقد الشيء لا يعطيه.وهنا يجب أن ألفت انتباه القراء إلى نقطة مهمة، حيث إن كل بني آدم خطاء، فل يجب أن تتبع عثرات الناس، ثم تقول لن أقتنع بكلم فلن لأنه أخطأ في كذا وكذا، فمن منا لا يُخطئ؟؟!!

ولذلك يجب أن نعذر الناس في أخطائهم المقبولة من أمثالهم، خاصة إذا كانت لديهم من الدوافع والمبررات، ما ينفي عنهم تهمة القصد والعمد والإصرار والترصد.

7-المرونة: حيث يجب أن يتحلى المصدر بدرجة كبيرة من المرونة، تسمح له بتفهم وجهات نظرالآخرين، ووضع نفسه مكانهم، كما يجب أن يُظهر أنه لا يفرض رأيه على المستقبل، حيث

إن فرض الرأي يثير الرفض الداخلي، ويهدم عملية الإقناع، ويبني العناد المتبادل، وتكون المرونة في الأمور التي تقبل القسمة على اثنين، أي الصواب النسبي، حيث أكون أنا على صواب، وأنت أيضا على صواب.

8-التمسك وعدم التردد: بعض المواقف تتطلب من المصدر أن يكون متمسكا برأيه، غير متردد أبدا، حيث إن التردد في تلك المواقف يهدم قدرته على الإقناع وذلك لا يتنافى مع المرونة، حيث يكون ذلك في المواقف التي لاتقبل القسمة على اثنين، مثل العقائد، والقيم والأخلاق.

فليس من المرونة أن تتخلى عن عقائدك كي ترضي الطرف الآخر، وليس من المرونة أن تتخلى عن أخلاقك كي ترضي الطرف الآخر.

بل إن الميل إلى التخلي عن هذه الأمور، يظهر عدم التمسك بها، مما يهدم القدرة على إقناع الغير إلى هذه العقائد أو تلك القيم والأخلاق.

9-القدرة على تأهيل المستقبل للاقتناع: حيث يجب أن يعمل المصدر على تأهيل المستقبل للاقتناع، حسب فهمه لنمطه الشخصي، وحسب الظروف المحيطة بعملية الإقناع. إذا أحسن المصدر تأهيل المستقبل، فقد قطع نصف الطريق نحو إقناعه، وسوف أشرح آليات تأهيل المستقبل عند حديثي عن استراتيجيات الإقناع، مثل كلمات المدح، استخدام لقب معين للمستقبل، كلمات تأليف القلوب.

10-التنوع في استخدام استراتيجيات الإقناع: لابد للمصدر أن يكون فنانًا في قدرته على التنوع والتنقل المرن بين استراتيجيات الإقناع، حسب أنماط المستقبلين، وكذلك حسب ما يستجد من مواقف أو آراء أثناء عملية الإقناع. عملية الإقناع تحتاج إلى مكر وكيد ودهاء واستخدام الحيل والأساليب، وللأسف، فإن بعض الناس لديهم انطباعات سيئة عن هذه الكلمات، والأصل أن هذه الكلمات تدل على مفاهيم مرنة، إن استخدمت في الخير كانت خيرا، وإن استخدمت في الشر كانت شرا.

8-2- الرسالة (The Message):

هي مجموعة الأفكار المرتبة والمتناسقة، والتي من خللها تتم صياغة الرأي الأفضل بطريقة تتناسب مع نمط المستقبل لتسهيل اقتناعه، وينبغي أن تتصف الرسالة بالعديد من

الصفات.

كي تكون الرسالة مقنعة، لابد من توافر بعض الصفات المهمة فيها ومن أهمها ما يلي:

1-وضوح الهدف: لابد أن يكون الهدف من عملية الإقناع واضحا، لا يتطلب عناء البحث عنه من المستقبل، غير متداخل ولا متشابك مع أهداف أخرى.

2-وضوح الألفاظ: لابد أن تحتوي الرسالة على ألفاظ واضحة وتراكيب لغوية سهلة مفهومة، لا لبس فيها ولا غموض، ولا تثير الحيرة والارتباك، حتى يسهل على المستقبل فهمها استراتيجيات إقناع الآخرين

فهما تاما، كما يجب أن تتناسب الألفاظ والجمل والعبارات مع طبيعة ثقافة المستقبل، وكذلك مع مستواه العلمي، حتى لا يحدث إشكال أو حرج، ولكل مقام مقال.

3-التركيز على المضمون: يجب أن تكون الرسالة بعيدة عن الجدال الذي يبعدنا عن مضمون عملية الإقناع، بل يجب التركيز حول النقطة محل الإقناع.

4-البعد عن الاستعداء: يجب أن تكون الرسالة بعيدة عن استعداء المرسل، وعدم وضعه في محل العدو المحاصر، لأن المستقبل في هذه الحالة سوف يقاوم من أجل المقاومة، ولن يقتنع حتى لا يشعر بضيق الحصار.

5-الترتيب المنطقي: يجب أن تكون أفكار الرسالة مرتبة ترتيبًا منطقيًا، يربط الأفكار بعضها ببعض، فل يشعر المستقبل أنك تنتقل به بين أفكار غير مترابطة ربيع حسين(2017)، ص58.

6-التوازن: يجب أن تتوازن الرسالة، ولا تقوم على الرفض الكلي لرأي الطرف الآخر، بل يجب إظهار التوافق على الأفكار المشتركة، لأن الرفض الكلي يثير الرفض الداخلي عن المستقبل، مما يعوق الاقتناع.

7-الإرباك: في بعض الأحيان، قد نحتاج إلى استخدام رسالة الإبداع ..في مهارات الإقناعغير واضحة، هدفها هو إرباك المستقبل، وذلك عند الفشل في إقناعه، فنعمل على ترك الباب مفتوحا لمرحلة قادمة من الإقناع، وهناك مقولة مهمة تقول، إذا لم تستطع أن تقنعه، فأربكه وأبرز مثال على ذلك، قصة الأصمعي مع الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور، حيث نظم الأصمعي قصيدة أربكت الخليفة، وهي القصيدة الشهيرة بعنوان (صوت صفير البلبل،)

8-3-المستقبل The Receiver:

وهو الطرف المراد العمل على إقناعه، وينبغي مراعاة العديد من النقاط التي يجب مراعاتها عند العمل على إقناع المستقبل، منها ما يلي:

1-الفروق العمرية: لابد من مراعاة الفروق العمرية عند العمل على إقناع المستقبل، فمن يكبرني في العمر يحتاج أسلوبًا في الحوار يختلف عما يحتاجه من يصغرني في العمر.

2-الفروق التربوية: العوامل التربوية والبيئية، لها أثر كبير جدا على القناعات وطريقة التفكير، والعمل على تطويع هذه القناعات يجب أن يكون تدريجيًا، حيث إن التغيير الفوري يؤدي إلى الرفض والعناد.

3-الاختلافات المذهبية: هي من أشد مثيرات الرفض وعدم الاقتناع، لذلك يجب التركيز على القيم الكلية المشتركة، والبعد عن الخلافات الفرعية.

4-الاختلافات الثقافية: حيث نجد اختلافات بين أنماط وسلوكيات الأشخاص الذين ينتمون لنفس البيئة التربوية، ليس كل من ينتمي لبيئتك يحمل نفس أفكارك، ولذلك لابد من مراعاة هذه الاختلافات وعدم تحويلها إلى خلافات.

5-الفروق العلمية: حيث يجب مراعاة الفروق العلمية بين المصدر والمستقبل، فمن يقل عنك علميا يحتاج إلى تبسيط المعلومة وشرحها في صورة يقبلها عقله.

ومن يفوقك علميًا، فل تحدثه عن أمر بديهي بالنسبة له وكأنك قد اخترعت العجلة، فما وصلت إليه الآن، قد يكون هو قد علمه من سنوات، ولذلك يجب أن تجعل رسالتك في صورة استفهام واسترشاد، وليس توجيها أو إرشادا.

ربيع حسين(2017)، ص58.

6-المكانة المالية: يجب احترام المكانة المالية للمستقبل، وتقدير جميع مقوماته، كأن يكون المستقبل مثل هو صاحب الشركة التي تعمل فيها، أيا كان عمره وأيا كان مستوى تعليمه، لابد أن تحترم

مكانته المالية، واختيار الألفاظ المناسبة تقديرا لمكانته، وذلك من أهم مسوغات اقتناعه بالرسالة.

7-المكانة الاجتماعية: يجب احترام المكانة الاجتماعية للمستقبل، أيا كان عمره وأيا كان مستوى تعليمه، حيث يظل الأمير أميرا أيا كان عمره، ويظل الوزير وزيرا أيا كان عمره، وهكذا

حتى في المستويات الأقل، مثل عمدة القرية أو شيخ الحارة أو غير ذلك. وكان النبي صلى الله عليه وسلم، وهو صاحب الخلق العظيم، كان يحترم المكانة الاجتماعية حتى للذين يخالفونه في العقيدة، فكانت رسائله إلى الأمصار تبدأ كما يلي:

- بسم الله الرحمن الرحيم، من محمد رسول الله، إلى هرقل عظيم الروم....،
- بسم الله الرحمن الرحيم، من محمد رسول الله، إلى كسرى عظيم فارس....،
- بسم الله الرحمن الرحيم، من محمد رسول الله، إلى المقوقس عظيم القبط....،

8-الثقة بالنفس: حيث يجب مراعاة مستوى الثقة بالنفس لدى المستقبل، الواثق من نفسه بدرجة كبيرة سوف يسارع في الاقتناع واتخاذ القرار، والعكس صحيح، فالشخص ضعيف الثقة بالنفس، سوف يكون مترددا مرتعشاً

9-توازن الشخصية: يجب فهم مدى توازن أو تطرف المستقبل في نمطه الشخصي، وكذلك في آرائه وميوله، هذا الفهم يؤدي إلى استخدام الأساليب المناسبة لتأهيل المستقبل للإقتناع.

10-النمط الشخصي: يجب العمل على فهم النمط الشخصي للمستقبل، حيث إن اختلف الأنماط يستوجب اختلف وسائل وأساليب واستراتيجيات الإقناع.

وهكذا، فإن مراعاة جميع النقاط السابقة، من أهم مسوغات تأهيل المستقبل للإقتناع، وخلق جو من التوافق المشترك الذي يؤدي إلى تطويع رأي المستقبل نحو الرأي الأفضل.

ربيع حسين(2017)، ص61.

9- قوانين الإقناع:

تجري عملية الإقناع على ثلاث مراحل مهمة مخطط لها جيدا.

9-1- ماقبل عملية الإقناع:

-الاستعداد بشكل كامل عن طريق رسم خطة يجب السير عليها خلال عملية الإقناع مع توقع العديد من ردود الفعل الهستيرية والمعارضة....والأسئلة.

-ترتيب الأولويات وكيفية تسلسل الأفكار تفاديا لنسيان أي نقطة أو معطيات تفيد عملية الإقناع.

-اختيار الوقت المناسب لعرض الفكرة.

9-2- أثناء عملية الإقناع:

-عرض الفكرة بشكل مبسط بعيدا عن التعقيد.

-تقيم الفكرة بشكل متدرج ومنطقي بعيد عن العشوائية.
-التركيز على الجانب العاطفي وربط الفكرة بالمشاعر والأحاسيس.
-تقديم الفكرة في إطار احتياجات واهتمامات الشخص نفسه وفقيده(الأجر العظيم والصدقة الجارية) ثم الانتقال إلى معاناة المرضى.

9-3-بعد عملية الإقناع:

-الرد على كافة الأسئلة والاستفسارات.
-جعل الولي هو من يرد على المعارضات والتداخلات.
-القيام بالتفاعل السلوكي المباشر مع ولي الفقيد بمعنى الابتعادعن المراسلات والاستبيانات
د.روبرت شيلديني Evereyarabstudent.com

10-طرق الإقناع:

تبدأ الانطلاقة في رأي الباحثة من مسلّمة كون هذه الشريعةالحكيمةربانية صالحة لكل زمان ومكان ومصلحة لشؤونالعباد في عاجلهم وآجلهم. وكون أحكامها معلقة برعاية مصالح الناس على اختلاف مراتبها وأنها لمتكن يوما عدوة العلم ومخرجاته، ولا عائقاً في طريقالخير والصلاح للعالَم، وعملاً بالواجب في النوازلمن الاجتهاد عادة الاجتهاد في تقديم الرأي الرصين، نظر أهل الفقه بعمق في أَطراف موضوع التبرعبالأعضاء، وتبصروا بما اتفق عليه الأطباء ذوو الاختصاص في شأن الزرع، ولأن الأصل في المداواةمجاراة الأطباء إذا اتفقوا على أمر علاجي ظهر نفعه حتى تتحقّق مخالفته للشريعة، فقد رجّح أكثرفقهاء العصر مشروعية هذا النقل للأعضاء.

أولا العموم: التحدث على الغالبية العظمى من المحيطين به ولديهم نفس القرار لجلب الاهتمام.

ثانيا الرقي: الاهتمام بالجانب الجمالي للموقف ورقيهِ.... مساعدة المرضى وتخليصهم من المعاناة ووهب حياة جديدة و انعكاساته على الميت وعلى المستفيدين معا.

ثالثا الندرة: سلامة الأعضاء أو نبل الموقف أمرين نادرين لايتوافران إلا مرة واحدة في العمر.

رابعا الفرصة: في مساعدة ومد العون والندم إن تم تضييع مثل هذه الفرصة.

خامسا- الاختلاف: مقارنة قرارك بما صنعه من اختلاف وماقد يخلقه من إقتداء الآخرين ومن تم الحكم على الفكرة.

سادسا الخسارة: وهنا يتم الإشارة إلى الخسارة التي قد يقع فيها كل الأطراف إن لم يقبل العرض.

سابعا – الإرباك: تجديد انتباه الولي بشيء أكبر وبقصص واقعية مؤثرة.

11-المخاوف الشائعة عند المتبرعين وأهاليهم:

*عدم رعاية المريض بجد وعدم التركيز على حالته كمريض له أولوية تسبق أي حالة وهذا مع معالج ومختص.

*هل الميت يكون قد توفي فعلا قبل إصدار الخبر؟

*هل هو أمر شرعي؟ وهنا نقترح على الولي مراجعة رجل دين خاص يعرفه .

*هل يكون النعش مفتوح ومتاح للأشخاص المتبرعين بأعضائهم؟

*هل يشوهُ جسد المتبرع؟

*هل يمكن أن أتعرف على المستوى المعيشي للمريض المستفيدأو أتبرع بها لذوي القرابة؟.

* هل يسحقق ذلك مكسب مادي لفرد معين أو ستوهب لشخص غني؟

، التبرع بالأعضاء: لاتدع هذه الخرافات تحيرك.Mayoclinic

مراحل عملية الإقناع:12-

المرحلة الأولى : وصول المريض إلى المستشفى إثر حادث أو قصد التداوي (في حالة وعي).

المرحلة الثانية: الوقوف بجانب المريض وعائلته بتشجيعهم على الصمود والوثوق بالطبيب المعالج .(وهذا قبل الوفاة)

المرحلة الثالثة :التأكيد على حصول أذية دماغية ووجود سبب راسخ لحالة السبات وهو المسؤول عن فقدان وظيفة الدماغ مع استبعاد حالة الشفاء واستعادة الوظيفة الدماغية، كذا استمرار توقف جميع وظائف الدماغ خلال فترة المراقبة الطبية المناسبة سواء بالتخطيط الدماغي أو تصوير الشرايين الدماغية الأربعة ، وبعد فحصين سريرين للمريض يفصل بينهما مدة مراقبة لا تقل عن 6ساعات إلى 12ساعة من قبل طبيبين استشاريين ذوي خبرة في هذا المجال.

المرحلة الرابعة: التواصل مع أهل الفقيدمن جديد لمواساتهم ومساعدتهم على تخطي الموقف ومن ثمَ الانتقال لِطرح الفكرة (فكرة التبرع)على أهله وهذا في وقت قصير تفاديا لتلف الأعضاء.

المجلة السعودية لأمراض وزرع الكلى (تطور مفهوم إعلان الوفاة نظرة الطب والسند القرآني. د بشير أديب العطار المركز السعودي لزراعة الأعضاء)org.sa.

13-تأثير الدعم النفسي في عملية التبرع بالأعضاء:

أشارت الدراسات السريرية إلى أن الدعم النفسي لأقارب المتبرع المحتمل موته بالدماغ يسهل التعامل مع المشكلات النفسية التي ستواجهها إلى تحسين معدل التبرع بالأعضاء وهذا من خلال الاحتكاك المباشر للمختص النفسي بعائلات المريض وتقديم دعمه ومساندته لهم وطمأنتهم على مريضهم ، هذه الخطوة هي نفسها تسمح له ببناء جسور التواصل معهم والثقة التي تخوله مناقشتهم في نقطة التبرع بالأعضاء بعد موت فقيد العائلة. ناهيك عن العلاقة بين المريض والمعالج كذلك العلاقة بين خدمات مؤسسات الرعاية الصحية و الموظفين كلها مؤثرات من شأنها التأثير في قرار عائلة الفقيد.

The effect of psychological support for the relatives of intensive Care unit patients on cadaveric organ donation rate,erdogan G,hevren ,Izmir univercity medical faculty,intencivecare unit ,izmir,turkey,9/12/2014 ,p3249-3252

Communication with family after loss,in the context of trannnnsplantology.transplantation proceedings,v46,issue6(2014)p2036-2039.

14-اقتراحات الدراسة:

ككل بحث علمي تجريبي تمر على الباحث أحداث ومواقف يتوصل من خلالها إلى استنتاجات وأحكام عديدة إما يتدارك بها دراسته الامبيريقية، أو يوصي بها باحثين آخرين:

- التوكل على الله حق توكله قبل الشروع في هذه العملية والانطلاق من تشريع الخالق وفكرة قوله تعالى بعد بسم الله الرحمان الرحيم(...مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ..)المائدة 32

- تبيان حرمة جسد الإنسان لكل الأطراف المتدخلة في عملية التبرع .

-العمل في فريق متكون من أطباء ومختصين نفسانيين وأطباء الإنعاش لرسم خطط مناسبة وآنية لإقناع الأولياء الشرعيين للتبرع بالأعضاء بعد ايداع الخبر للولي بوفاة الفقيد https://doi.org/10.1016/j.inan.

– المبادرة كفكرة مبدئية تكون أولا من القطاع الصحي في عملية التبرع من أطباء ومختصين نفسانيين و مشرعين رجال دين وقانون بغية تشجيع المتبرع بالفكرة وإقناعه بها، ولإعطاء صبغة مصداقية للفكرة.

– الحرص على موافقة الشريعةالإسلامية بمتابعة قرارات مجامعها الفقهية في شتى جوانب هذا الموضوع الحساس، واحترام الجوانب الشرعية المحرمة في موضوع نقل الأعضاء عموما، كبيعالأعضاء،ونقل ما تعلق منها باختلاط الأنساب،وما اتصل بالأجنة. مهما كان حالها ومبرراته.

– ضمان الجهة الوصية لسلامة الإجراءات المنظِّمة لهذه العملية والخطوات التي تمر بها،والعدل في توفير العلاج بالزرع. والحرص على رصد الأنشطة والمـــمارسات المتعلقة بجوانبالموضوع كافّة.

– تسهيل إجراءات التبرع بالأعضاء وتكوين لجان لتتقدم للمواطنين وتتقرب منهم لعرض الفكرة ولتسهيل الإجراءات .

–بناء علاقة بين الولي والمختص وتشجيع أهل المريض على الصبر والتحلي بالقوة والأمل قبل وفاة الفقيد من شأنه أن يسهل عملية إقناع التبرع بالأعضاء لاحقا.

– بعث حملة توعوية تتبناها وزارة الشؤون الدينيةبتكليف الخطباء والمرشدينبتوعيةالمواطنينبأهمية التبرع بالأعضاء ومشروعيته.

–دعوة وتشجيعالجمعياتالأهلية ذات الطابع الاجتماعي والخيري والثقافي إلى المشاركة فيهذه الحملة، تتبناها وترعاها وزارة الصحة.

–تجنيد كافة وسائل الإعلام المسموعة والمقروءة والمرئية، واستغلال شبكات التواصل الاجتماعي للتوعية بموضوع زرع الأعضاء وتثقيف المجتمع بقضاياهاالشرعيةوالأخلاقيةوالقانونية، معتقريب معاناة المرضى إلى سائر المواطنين.

– ينبغي على الحكومة العمل على طمأنة المجتمع بسلامة عمليات التبرع برمتها، من أول النزع إلى آخر الزرع، مع ضمان تطبيقالتشريعات، والصرامة في معاقبة المخالفين أو المتعاونين

في قضية المتاجرة بأعضاء البشر، والتشهير بهم بغرض الردع.

–التعليم المدرسي هو أساس المواقف الايجابية تجاه التبرع بأعضاء الميت حيث أن تهيئة أذهان الطلاب يعد عامل فعال في نشر فكرة التبرع والإيثار في الوسط الإجتماعي.

المراجع:

–استراتيجيات إقناع الآخرين(2017)، ربيع حسين، الحلم للنشر و التوزيع، مصر.

– مجلة المجمع (6/1600) أبحاث مجمع الفقه الإسلامي (نقل الأعضاء التناسلية)،العدد (6)تذليل العقبات الشرعية لإنعاش اً لتبرع بالأعضاء في الجزائر مع تعليق على قانون الصحة الجديد.

–حوليات جامعة الجزائر 1المجلد 35/ :العدد 2–2021 :ص: 605.

– مهام المختص النفسي،حمدي عبد الله عبد العظيم(2013)،ط1،مكتبة أولاد الشيخ للثرات، القاهرة .

–المجلة السعودية لأمراض وزرع الكلى (تطور مفهوم إعلان الوفاة نظرة الطب والسند القرآني د بشير أديب العطار المركز السعودي لزراعة الأعضاء) org.sa.

–استراتيجيات إقناع الآخرين(2017)، ربيع حسين، الحلم للنشر والتوزيع، مصر. التبرع بالأعضاء: لاتدع هذه الخرافات تحيرك.Mayo clinic

-Evereyarabstudent.com د.روبرتشيلديني
-https ://doi.org/10.1016/j.inan
-The effect of psychological support for the relatives of intensive Care unit patients on cadaveric organ donation rate,erdogan G,hevren ,Izmir univercity medical faculty,intencivecare unit ,izmir,turkey,9/12/2014 ,p3249-3252
-Schooleducation,a baise for positive attitudes towardorgan donation,(2000),institutonacionalunicocoordinadorablacon e implante (HNCUCUAI),Buenos aires,Argentina.
-personaliyy and motivation for cenredydonation(2011) center for thanatology,faculty of religiousestudies,radboud university, nijmegen,the Netherlands.
-posthumous organ donation attitudes intentions to donate,and organ donor status ;Examining the role of the big five personality dimensions and altruism.(2015)

Department of psychology, west chesteruniversity,west chester,pennsylvania19383,united states.
www almaal.org› methods-o://https
-Communication with family after loss,in the context of trannnnsplantology.transplantation proceedings,v46,issue6(2014)p2036-2039.

الضوابط القانونية والشرعية للعلاج بالخلايا الجذعية الجنينية

Legal and Legal Controls for Embryonic Stem Cell Therapy

د.أمقران راضية

كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

الملخص:

يعد اكتشاف الخلايا الجذعية الجنينية واستخدامها لعلاج الأمراض المستعصية من القضايا التي أثارت و لا زالت تثير جدلا علميا و أخلاقيا و دينيا كبيرا ،و قد زاد من شدة هذا الجدل الفراغ التشريعي في هذا المجال، و ذلك بسبب مصدر الحصول عليها و هو الأجنة البشرية،

و أمام هذا التعارض بين فعالية هذه الخلايا في العلاج لما لها من خصائص كقدرتها على الانقسام المستمر و التحول إلى جميع أنواع الخلايا الموجودة في جسم الإنسان ،و بين ما في ذلك من امتهان لكرامة الإنسان و انتهاك لحقوق الجنين ، أصبح من الضروري توفير الإطار القانوني و الشرعي بتحديد مجموعة من الضوابط لاستخدام هذه الخلايا في العلاج.

Abstract:

The discovery of embryonic stem cells and their use to treat intractable diseases are issues that have raised and continue to raise significant scientific, moral and religious debate, and this controversy has exacerbated the legislative vacuum in this area, due to the source of their acquisition and human embryos.

In the face of this conflict between the effectiveness of these cells in treatment because of their characteristics such as their ability to continuously divide and shift to all types of cells in the human body infringement of human dignity and violation of the rights of the foetus, It has become necessary to provide a legal and ligimate framework by defining a set of controls for the use of these cells in treatment.

مقدمة:

الخلايا الجذعية من الاكتشاف العلمية الطبية الحديثة،حيثيتكون جسم الإنسان من العديد من الخلايا و الأجهزة الحيوية التي تختص كل منها بوظائف حيوية تتفرد بها عن غيرها، و تحطم أنسجة الجسم و تعطل الوظائف الخلوية من أهم الأسباب التي ينتج عنها العديد من الأمراض، باستخدام الخلايا الجذعية التي تتميز بأنها قادرة على التخصص والتمايز لتعطي مختلف الخلايا و الأنسجة ، يمكن أن تحل محل الخلايا التي تعطلت وظائفها من خلال الاستزراع الموضعي أو عن طريق الحقن الوريدي [1]، حيث ظهر في الآونة الأخيرة إنتشارا واسعا لمراكز

[1]- صالح بن عبد العزيز الكريم ، الخلايا الجذعية ، نظرة علمية ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة : الدورة 17، المجلد 03، ديسمبر2003، ص115.

العلاج بالخلايا الجذعية في العديد من الدول الأوروبية والعربية ، وقد حققت نجاحا باهرا في علاج الكثير من الأمراض المستعصية كأمراض الجهاز العصبي و أمراض القلب و السرطان و بناء نخاع العظم...و غيرها ، كما استعملت كبديل لنقل الأعضاء و زراعتها، ولا زالت الأبحاث متواصلة و بنتائج متفاوتة و تخفي الكثير من الأمل لعلاج ما عجز الأطباء عن علاجه.

يعد موضوع الخلايا الجذعية الجنينية من أهم المواضيع و أكثرها إثارة للجدل من الناحية الأخلاقيةو الدينية و القانونية بسبب المصدر الذي تؤخذ منه هذه الخلايا،و هو الأجنة البشرية باعتبارها أفضل أنواع الخلايا الجذعية لقدرتها على الانقسام و التحول إلى جميع أنواع الأنسجة الموجودة في جسم الإنسان، فلا بد من الموازنة بين متطلبات البيو تكنولوجياالحديثة و ضرورة توفير الحد الأدنى من الاحترام الواجب للجسم البشري و لا يتحقق ذلك في الدول الإسلامية إلا بصياغة تشريعات بيوأخلاقية جديدة[1]لتحديد الضوابط القانونية و الشرعية، وهو ما يستدعى البحث عن هذه الضوابط اللازمة لاستخدام هذه الخلايا في العلاج من الأمراض على النحو الذي يوفر الاحترام الواجب للجسم البشري و كرامة الإنسان وحقه في الحياة .

فما هي الخلايا الجذعية الجنينية؟ ومن أين يمكن الحصول عليها؟ و ماهي أهم الضوابط القانونية و الشرعية التي يجب احترامها عند استخدام هذه الخلايا في العلاج ؟

وفقا لهذه **الإشكالية**، سنقوم بدراسة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم الخلايا الجذعيةو في المبحث الثاني نتعرض إلى الضوابط القانونية و الشرعية لاستخدام هذه الخلايا في العلاج.

و قد تم الاستعانة بالمنهج الوصفي لوصف هذه الخلايا و أنواعها و كذا المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية و الآراء الفقهية المتعلقة باستخدام الخلايا الجذعية.

المبحث الأول: مفهوم الخلايا الجذعية

قبل البحث عن الضوابط القانونية و الشرعية للعلاج بالخلايا الجذعية الجنينية لا بد من التعرض لمفهوم الخلايا الجذعية من خلال تعريفها (المطلب الأول) و بيان أنواعها من حيث المصدر الذي تؤخذ منه (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: تعريف الخلايا الجذعية

لقد تم تعريف الخلايا الجذعية بأنها " خلايا موجودة في الجنين الباكر، ثم يقل عددها بعد ذلك ، لكنها تستمر إلى الإنسان البالغ في مواضع معينة، و هذه الخلايا لها القدرة بإذن الله تعالى لتشكل مختلف أنواع خلايا الجسم، و التي تقدر بأكثر من 220 نوعا من الخلايا المختلفة الأشكال و الأحجام و الوظائف " [2].

---

[1] العربي احمد بلحاج ، مشروعية استخدام الخلايا الجذعية من الوجهة الشرعية و الأخلاقية، بحوث مجمع الفقه الإسلامي،، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة المنعقدة في الفترة ما بين 19 – 24 شوال 1424هـ الموافق ل 13 – 18 ديسمبر 2003 م ،المجلد الثالث ، ص 119.

[2] - محمد علي البار، الخلايا الجذعية و القضايا الأخلاقية والفقهية ، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة المنعقدة في الفترة ما بين 19 – 24 شوال 1424هـ الموافق ل 13 –18 ديسمبر 2003 م ،المجلد الثالث ، ص 23 .

كما تعرف الخلية الجذعية " بأنها وحدة مجهرية و هي الخلية الأساسية لكل عضو و نسيج في الجسم ، باعتبارها غير متمايزة و لا متخصصة ولكن لها القدرة على التمايز و التخصص لإنشاءالخلايا و الأنسجة التي تؤدي إلى تكوين إنسان" .[1]

وقد ظهرت الخلايا الجذعية أو السلالية عندما قام الدكتور " جيمس توموسون James thomson " من جامعة ماديسون و يسكونسين الأمريكية سنة 1998 بعزل الخلايا الجذعية الجنينية من كتلة الخلايا الداخلية للأجنة البشرية في مرحلة البلاستوسايت و تنميتها في مزارع خلوية منتجا خطوطا خلوية تحولت إلى أنواع من الأنسجة المختلفة الموجودة في جسم الإنسان[2].

المطلب الثاني: أنواع الخلايا الجذعية

تنقسم الخلايا الجذعية إلى نوعين من الخلايا، خلايا جذعية بالغة(الفرع الأول) و خلايا جذعية جنينية(الفرع الثاني) ، و بين النوعين اختلافات جوهرية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الخلايا الجذعية البالغة

وهي خلايا غير متمايزة [3] موجودة في أنسجة متمايزة ، و توجد في كل أنسجة الكائن الحي سواء كان طفلا أو بالغا، و هي لا تتمايز إلا إلى أنواع خلايا النسيج الذي خرجت منه أي أنها أكثر تخصصا ، و من أهم مميزاتها أن لديها برنامج وراثي يعطيها القدرة على تجديد نفسها بنفسها في أي وقت و في أي مكان في الجسد لفترات طويلة من عمر الإنسان ، ويمكن الحصول عليها من عدة مصادر أهمها:

أولا :الخلايا الجذعية الدموية التي توجد في النخاع العظميللأطفال والبالغين.وكذلك من الجلد و الجهاز الهضمي والكبد، و من الدهون الموجودة في الجسم وتكثر هذه الخلايا عند الأطفال و تقل بتقدم عمر الإنسان.

ثانيا : كما يمكن الحصول على هذه الخلايا من الأجنة المسقطة حيث توجد ضمن العديد من أنسجة الجنين كالنخاع العظمي والكبد ، والجلد و غيرها من الأنسجة و الأعضاء ، رغم أنها ليست بنفس مستوى قوى وفعالية الخلايا الجذعية المأخوذة من البلاستولا أي الجنين الباكر[4] .

و الأجنة المسقطة إما أن تحدث تلقائيا أو تكون ناتجة عن عدة أسباب كوجود خلل في البويضة الملقحة، أو وجود عيوب خلقية في الرحم أو نقص هرمون البروجستيرون لدى المرأة.

وقد يكون الإسقاط بسبب علاجي إذا كان يشكل ضرورة طبية، كما يمكن أن يكون عمدا دون وجود سبب طبي.

ثالثا :وأخيرا يمكن الحصول على الخلايا الجذعية البالغة من المشيمة والحبل السري، حيث أن المشيمة و الحبل السري يحتويان على عدة خلايا جذعية متعددة القوى و الفعالية و يمكن الحصول عليها بسهولة ، لأنه عادة ما يتم التخلص منهما بعد الولادة.

---

[1]- هناء عبد الحفيظ جمعة- حنان عبد المولى عبد الله، الخلايا الجذعية و استخداماتها في التطبيقات العلاجية – مجلة كلية التربية- جامعة سرت- المجلد1، العدد13، يناير 2022 ، ص 184-185.

[2]العربي احمد بلحاج ،المرجع السابق، ص 123ا

[3]محمد علي البار، المرجع السابق، 102

[4]صالح بن عبد العزيز الكريم، المرجع السابق، ص 103

الفرع الثاني : الخلايا الجذعية الجنينية

تعرف الخلايا الجذعية الجنينية بأنها خلية الكتلة الداخلية للحويصلة الجذعية ، و تتميز بخاصية التجديد الذاتي و القدرة على التمايز إلى كل أنواع الخلايا الجذعية الجسمية ، ومن أهم مصادر الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية:

أولا : الجنين الباكر: (الكرة الجرثومية أو البلاستولا**)**

و هي من أفضل أنواع الخلايا الجذعية ، فبعد تكوين البويضة الملقحة تتشكل خلية كاملة الفعالية والقدرة على تشكيل جنين كامل ، وبعد الانقسامات المتتالية تتحول إلى كتل من الخلايا المتماثلة والتي يزداد عددها و يطلق عليها اسم: " البلاستولا"، حيث يبلغ عمرها من ثلاث إلى أربعة أيام منذ التلقيح و تستمر إلى اليوم السادس أو السابع، و تتكون البلاستولا من نوعين من الخلايا:

أ- خلايا خارجية ، وهي خلايا تلتصق بالرحم و تتعلق به و تكون بعد ذلك المشيمة و الخلايا الداعمة التي يتغذى منها الجنين أثناء تكونه كالحبل السري.

ب- خلايا داخلية ، وهي الخلايا التي تتحول إلى خلايا جنينية مختلفة تشكل مختلف أنواع خلايا الجسم و تقدر بأكثر من 220 نوع متنوعة الأشكال والأحجام و الوظائف ولهذا سميت بالخلايا الجذعية المتعددة النوعية و الفعالية فيمكنها أن تتحول إلى أي نوع من الخلايا المطلوبة كالقلب، الكلى ، الجهاز التنفسي...و غيرها . [1]

و يمكن التوصل إلى هذه الخلايا عن طريق الأجنة الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب في مختلف أنحاء العالم.

حيث يتم تنشيط مبيض المرأة التي لها مشاكل تتعلقبعدم الخصوبة لدى مراكز معالجة العقم فيقوم الطبيب المختص بأخذ عينة من هذه البويضات ثم تلقيحها بالحيوانات المنوية للزوج، وباعتبار أن إعادة عدد كبير من هذه اللقائحإلى رحم المرأة يتسبب في مخاطر الحمل المتعدد فإن هذه المراكز العالمية توصلت إلى الاتفاق على منع إعادة أكثر من لقيحتينإلى رحم المرأة .[2]

غير أن بعض المراكز سمحت بثلاث لقائح[3]، وتحتفظ باللقائح الأخرى في ثلاجات خاصة،

ويتم أخذ هذه اللقائح المجمدة و إخراجها و تنميتهاإلى اليوم الخامس أو السادس ثم يتم قتلهالاستخراج الخلايا الجذعية التي تحتويها.

ثانيا : التلقيح المتعمد لبيضة من متبرعة و حيوان منوي من متبرع آخر

حيث يقوم الأطباء بأخذ بيضة من متبرعة وتلقيحها بحيوان منوي من متبرع آخر و تنميتها إلى مرحلة البلاستولا ، و بوصولها إلى اليوم الخامس أو السادس يتم قتلهاو الحصول على الخلايا الجذعية الموجودة بها و يتم ذلك عادة في الدول الغربية .

---

[1]- محمد علي البار، حسان شمسي باشا، عدنان أحمد البار، موسوعة أخلاقيات مهنة الطب (القضايا الأخلاقية والفقهية في المهن الصحية) الجزء الثالث، مكتبة كنوز المعرفة ، جدة ، الطبعة الأولى ، سنة 1433هـ-2012م، ص 65.

[2]- علي البار، مجلةمجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص32.

[3]- كلما زاد عدد اللقائح زادت نسبة حدوث الحمل ، و إذا تم نجاح حمل التوائم المتعددة زادت المخاطر على الأجنة بإسقاطها مما أدى إلى قتل الأجنة الفائضة.

ثالثا : الخلايا الجذعية الجنينية من الاستنساخ العلاجي

عملية الاستنساخ العلاجي تقنية ينقل فيها نواة خلية جسدية إلى بيضة مفرغة من نواتها بحيث تتم إزالة نواة بويضة و تستبدل بنواة خلية جسدية من إنسان بالغ مما يؤدي إلى اندماج نواة الخلية مع البويضة المفرغة و تتوالى انقساماتها حتى تصل إلى مرحلة البلاستولاأين يستخرج منها الخلايا الجذعية التي يتم زرعها و استنباتهافي مزارع خاصة للحصول على النسيج المطلوب ، كخلايا الجهاز العصبي أو البنكرياس أو الكلية وغيرها.

ومن أهم ما يميز هذه التقنية أنها تخلو من مشكلة رفض الجسم للخلية عند زرعها باعتبار أن النواة مأخوذة من إحدى خلايا المريض نفسه، بشرط أن لا يعانيالمريض المراد علاجه من مرض وراثي لأن خلايا المريض ستكون جميعها مصابة وحاملة للمرض.

و رغم أنه يوجد فرق بين الاستنساخ البشري الذي يقصد منه انتاجإنسان كامل ، وبين الاستنساخ العلاجي الذي نحن بصدد الكلام عنه، و الذي يهدف إلى الحصول على جنين باكر في مرحلة البلاستولا، لا يتجاوز عمره خمسة أو ستة أيام، إلا أن هذه الطريقة تبقى مرفوضة شرعا .

الفرع الثالث: الفرق بين الخلايا الجذعية البالغة و الخلايا الجذعية الجنينية

– أهم ما يميز الخلايا الجنينية عن الخلايا الجذعية البالغة العناصر الآتية :

أولا:يمكن عزل الخلايا الجذعية الجنينية و تنميتها في المختبرات للحصول على كميات كبيرة خاصة إذا تم توفير الوسط الملائم لها.

أما الخلايا الجذعية البالغة، فلا يمكن عزلها من جميع أنسجة الجسم ، كما أنها تتواجد بنسب ضئيلة و بالتالي يصعب عزلها وتنميتها، حيث أنها تتناقص بتقدم عمر الإنسان وحتى إذا تم عزلها من أجل تنميتها والحصول على نسبة تكفي للعلاج فإنها تحتاج إلى مدة قد تطول مما قد لا يسمح به استعجال المرضى المصابين بأمراض خطيرة.[1]

ثانيا: الخلايا الجذعية المأخوذة من المريض (البالغة) تكون حاملة للعيوب الوراثية التي تتسبب في بعض الأمراض مما يجعل منها غير صالحة للعلاج على عكس الخلايا الجذعية الجنينية.

ثالثا :الخلايا الجذعية البالغة ليس لديها القدرة على الانقسام المستمر مثل الخلايا الجذعية الجنينية.

و كما سبق و أن رأينا فإن الخلية الجذعية الجنينية تتميز بأنها وافرة القدرة و متعددة الفعالية باعتبارها قادرة على إنتاج أي نوع من الخلايا المتخصصة و بكميات وفيرة مقارنة بالخلايا البالغة ، التي لا تكون قادرة إلا على إنتاج عدد محدود من الخلايا المتخصصة.

رابعا : الخلايا الجذعية البالغة إذا تم حقنها في جسم المريض لا يمكن أن يرفضها الجسم لأنها مأخوذة من نفس المريض ، أما الخلايا الجنينية فإنها تشكل عائقا كبيرا للمريض بسبب رفض جسمه لها ، مما يستلزم أخذ مضادات الرفض.

[1]- أحمد داود رقية ، أخلاقيات أبحاث الخلايا الجذعية الجنينية ، دراسة مقارنة ، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية ، العدد 15 ، جانفي 2016، ص 115-116.

المبحث الثاني : الضوابط القانونية و الشرعية للاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج

أثارت مسألة استخدام الخلايا الجذعية الكثير من الجدل سواء من الناحية القانونية أو الشرعية لذلك لا بد من التعرض إلى أهم الضوابط القانونية (المطلب الأول) و الشرعية
(المطلب الثاني) لاستخدام و الاستفادة من هذه الخلايا في العلاج.

المطلب الأول: الضوابط القانونية للاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج

نظرا لتزايد استخدام الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج و الأبحاث الطبية في العالم، فلا بد من التنظيم القانوني لهذه التقنية وكيفية استغلالها من الناحية القانونية.

المشرع الجزائري وفي إطار قانون حماية الصحة و ترقيتها لسنة 1985 ،لميضع نصا صريحا بشأن موضوع الخلايا الجذعية ، و ذلك يرجع إلى اعتبار أن هذه التقنية حديثة مقارنة مع صدور قانون الصحة .[1]

غير أن القانون الجديد رقم 18-11 المتعلق بالصحة تناول البيو-أخلاقيات الطبية التي تتمثل في التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها و الأنسجة و الخلايا و التبرع بالدم البشري و مشتقاتهو المساعدة الطبية على الإنجاب و البحث البيو-طبي.[2]

رغم أن المشرع الجزائري ضمن هذا القانون لم يتعرض لموضوع استخدام الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج بنصوص صريحة، إلا أنه يمكن أن إدراجها تحت مصطلح الأنسجة و الخلايا البشرية ، والتي نظم المشرع أحكامها في القسم الأول من الفصل الرابع المعنون بالبيو- أخلاقيات ، و قد أحاطها بمجموعة من الضوابط القانونية و سنقوم بالتعرض إلى أهم الضوابط القانونية المتعلقة بالاستفادة من هذه الخلايا بصفة عامة (الفرع الأول)، ثم نشير إلى الضوابط القانونية المتعلقة باستخدام الأجنة الفائضة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: الضوابط القانونية المتعلقة بالاستفادة من الخلايا الجذعية:

بدراسة و تحليل النصوص القانونية التي تتعلق بموضوع الخلايا الجذعية رغم أنه كما سبق ذكره عدم تعرض المشرع إلى مصطلح الخلايا الجذعية الجنينية إلا أنه يمكن استنتاج مجموعة من الضوابط يمكن تطبيقها على الخلايا الجذعية بصفة عامة أهمها:

أولا: عدم جواز انتزاع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا و زرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.[3]

ولهذا الغرض أنشأت وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بتنسيق و تطوير نشاطات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية وضمان قانونيتها و أمنها.[4]

---

[1]- يخلف عبد القادر ، خضراوي الهادي، مدى مشروعية الاستفادة من الخلايا الجذعية من منظور الفقه الإسلامي و القانون الطبي ، بحوث، العدد 11، الجزء الثالث ، سنة....، ص 54.

[2]- المادة 354، من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يونيو 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، عدد46.

[3]- المادة 356 من نفس القانون.

[4]- المادة 357 من نفس القانون.

ثانيا: لا يمكن القيام بنزع و زرع الأعضاء و الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء. [1]

و لحصول هذه المؤسسات على ترخيص لا بد من أن تتوفر على تنظيم طبي – تقني و تنسيق استشفائي، و ذلك حسب نص المادة 366/ 2 .

ينشأ لدى المؤسسات الحاصلة على ترخيص بنزع الأنسجة و الخلايا ، هيكل يكلف بالحفاظ على هذه الأنسجة و الخلايا البشرية و ذلك إذا اقتضت الضرورة ذلك وبعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

ثالثا: لا يجوز أن يتقاضى الممارسين الذين يقومون بعمليات النزع و الممارسون الذين يقومون بعمليات الزرع للأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية، أي أجر على العمليات.

و قد أشار المشرع ضمن هذا القانون إلى جواز نزع الخلايا الجذعية البالغة و ذلك بشروط تضمنتها المادة 361/ 2 و 3 من قانون الصحة ، حيث سمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت ، و في حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن استثناءا أن يتم النزع لصالح أبناء و بنات كل من العم و العمة ، الخال و الخالة ، و ذلك بعد الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي.

الفرع الثاني: الضوابط القانونية المتعلقة باستخدام الأجنة الفائضة

أما بشأن الخلايا الجذعية الجنينية التي يكون مصدرها في الغالب الأجنة الفائضة من عمليات التلقيح الصناعي، و الاستنساخ العلاجي، فإن المشرع الجزائري رغم سماحه بنزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا و زرعها لأغراض علاجية إلا أنه منع من جهة أخرى التداول لغاية البحث العلمي ، التبرع و البيع و كل شكل آخر من المعاملة المتعلقة بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو البويضات وفقا لنص المادة 374.

كما منع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري و ذلك حسب المادة 375 من قانون الصحة.

وقد قرر عقوبات ضمن المادة 435 و 436 من نفس القانون لكل من يخالف هذا المنع تقدر بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة و غرامة تقدر ب 1.000.000 إلى 2.000.000 دج

المطلب الثاني : الضوابط الشرعية لاستخدام الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج

نظرا لاعتبار موضوع الخلايا الجذعية من النوازل الفقهية المعاصرة باعتباره من المستجدات الطبية الحديثة التي لم يتم تناولها من طرف الفقهاء القدامى و لا يوجد ما يمكن القياس عليه للتوصل إلى الحكم الشرعي.

و لبيان حكم استخدام الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج لابد من الرجوع إلى مصادر الحصول على هذه الخلايا، و ذلك بالتطرق إلى حكم استخدام الخلايا الجذعية المستمدة من الأجنة الفائضة (الفرع الأول) ، ثم حكم استخدام الخلايا الجذعية المستمدة من الاستنساخ العلاجي (الفرع الثاني)، أما فيما يتعلق بالتلقيح المتعمد لبويضة من متبرعة و حيوان منوي من متبرع آخر لإيجاد لقائح فإنه محرم شرعا[2]، فلا مجال لدراسته.

---

[1]- المادة 358 من نفسالقانون .

[2] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدورة السابعة)

الفرع الأول : بالنسبة للأجنة الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب

تناولت المجامع الفقهية هذه المسألة و توصلت إلى اعتبار أن التلقيح الاصطناعي الخارجي من وسائل علاج عدم الإخصاب و قيدته بشرط أن يكون بين الزوجين و حال قيام الزّوجية ، و أن لا يتم إلا تلقيح عدد محدود من البويضات و يتم الاقتصار على إعادة لقيحتين أو ثلاث إلى الرحم ، لتجنب مخاطر الحمل المتعدد و ما ينتج عنه من قتل متعمد للأجنة.

و قد اتفق الفقهاء على أن الشريعة الإسلامية كفلت الحماية للجنين و رتبت له حقوقا ثابتة،

كما اتفقوا على أن الجنين يمر بمراحل مختلفة للنمو و التخلق و فقا لما هو ثابت بالنصوص الشرعية.

غير أن الاختلاف بينهم كان بشأن الوقت الذي يعتبر فيه الحمل جنينا و بالتالي يحرم الاعتداء عليه.[1]

و بذلك فقد اختلف الفقهاء في حكم الاستفادة من الأجنة الفائضة للحصول على الخلايا الجذعية إلى قولين، قول يرى بجواز استخدام الأجنةالفائضةللحصولعلىالخلاياالجذعية(أولا) و آخر يرى بعدم جواز ذلك (ثانيا)، و سنتعرض لكلا القولين بإيجاز :

أولا : القول الأول يرى بجواز استخدام هذه الأجنة لاستخراج الخلايا الجذعية، حيث يقول: د. عبد الله حسين باسلامة " و في رأيي أن الاستفادة من تلك الأجنة الفائضة في مثل هذه الأمور(نقل بعض الخلايا و زراعتها في إنسانأخر) أفضل بكثير من إتلاف تلك الأجنة ففي إتلافها أو قتلها نوع من الوأد لها " [2].

و قد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى جواز تنميتها ثم استخراج الخلايا الجذعية منها بهدف العلاج أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة اذا كان مصدرها مباح[3]، و ذكر كمثال على ذلك الجنين المسقط تلقائيا أو لسبب علاجي يجيزه الشرع و بإذن الوالدين ، إضافة إلى اللقائحالفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب اذا تبرع بها الوالدانمع التأكيد على عدم جواز استخدامها في حمل غير مشروع ،فلا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية إذا كان مصدرها محرما كإسقاط الجنين عمدا دون سبب طبي أو أن يكون تلقيح بين بيضة من متبرعة و حيوان منوي من متبرع و كذا الاستنساخ العلاجي[4].

وحسب هذا القول فإن ذلك لا يعتبر اعتداء على الحياة الإنسانية لأن الحرمة تثبت للنطفة التي تعلق بالرحم ، أما الخلايا فلا تعد كذلك.

ثانيا : القول الثاني يقول بعدم جواز استخدام هذه الأجنة لاستخراج الخلايا الجذعية باعتبار أن اللقائح المجمدة كائن إنساني في أول مراحل حياته له كرامة و لا يجوز العبث بها ، و استخراج الخلايا الجذعية منها يعد اعتداء

---

[1]- فاطمة الزهراء كرطي ، العلاج باستخدام الخلايا الجذعية – دراسة فقهية مقارنة، سامي للنشر الوادي، الجزائر، الطبعة الأولى 2019 ، 76

[2] عبد الله حسن باسلامة، الاستفادة من الأجنة المجهضة و الفائضة في زراعة الأعضاء و إجراء التجارب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس، الجزء الثالث، ص 1845 .

[3] ما ورد بشأن الحالات التي يجوز فيها إسقاط الحمل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي

[4] قرار مجمع الفقه الإسلامي برابط العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة المنعقد بمكة المكرمة في الفترة ما بين 19 – 23 / 10 / 1424 هـ الموافق ل 13 – 17 / 12 / 2003) .

عليها لأن ذلك يستلزم قتلها و الفقهاء القدامى لم يتعرضوا إلى حكم الاعتداء على هذه اللقائح و اتلافها باعتبارها من النوازل و لكنهم تعرضوا إلى حكم الاعتداء على الأجنة التي تكون في مراحلها الأولى.

و قد اعتبرت جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية أن اللقيحة هي بداية الحياة الإنسانية، و الإنسان مكرم في جميع أطواره، وهذا ما يستلزم احترام هذه البذرة بمنع أخذ الخلايا الجذعية منها و إتلافها، و في ذلك يقول د. عبد السلام داود العبادي : أنه لا يجوز قتلها ولا الاستفادة منها مادامت أنها ستكون إنسانا كاملا و لو احتمالا ، فهذه الأجنة مستقبلة للحياة. "[1]

الفرع الثاني: حكم الحصول على الخلايا الجذعية عن طريق الاستنساخ العلاجي

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية عن طريق الاستنساخ العلاجي و انقسموا في ذلك إلى قولين :قول يذهب إلى منع الاستنساخ و تحريمه (أولا) و قول آخر يجيز الاستنساخ العلاجي دون البشري (ثانيا) ، و سنعرض بإيجاز لكل من القولين.

أولا :القول الأول يذهب إلى تحريم الاستنساخ بجميع صوره و منها الاستنساخ العلاجي لما فيه من امتهان لكرامة الإنسان، كما أنه لا يجوز التسبب في إيجاد حياة ثم إعدامها ، و فتح هذا الباب يؤدي إلى مفاسد باتخاذها وسيلة إلى الاستنساخ التكاثري مما يوجب القول بالمنع لسد الذرائع، و هذا ما توصل اليه المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة[2].

ثانيا :القول الثاني يرى جواز الاستنساخ العلاجي باعتباره لا ينطوي على المفاسد التي تتحقق في الاستنساخ البشري الذي يسلم بتحريمه ، لأن هذه الخلايا لا حرمة فيها لأنها تؤخذ من الخلية الجسدية كما أن فيه مصالح كبيرة للمرضى و ذلك لتفادي الانتظار الطويل للحصول على متبرع ، بالإضافة إلى إيجاد حل لمشكلة الرفض المناعيالتي تكون السبب في أغلب عمليات الزرع و ذلك بأخذ خلية العضو التالف من جسد المريض [3].

الخاتمة

ووفقا لما تقدم فإن استخدام الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج لايزال قيد الدراسة والتجربة، رغم أن له العديد من النتائج الإيجابية [4]، إلا أن الأضرار و العواقب لم تتضح بصورة جلية، كما أن الأجنة من أهم المصادر للحصول على هذه الخلايا الجذعية الجنينية، التي تتلف عادة لاستخراج هذه الخلايا ، مما يحول دون مواصلة نموها لتصبح إنسانا كاملا.

كماأن الفقهاء متفقون على جواز استخدام الخلايا الجذعية بقصد العلاج غير أنهمعارضوا الحصول عليها بالوسائل المحرمة كإفساد الأجنة و قتلها لما ينطوي عليه ذلك من اعتداء على حرمة الإنسان و كرامته.

البحوث الطبية مستمرة للسعي نحو إيجادو تطوير بدائل أخرى لاستخدام الخلايا الجذعية

---

[1] عبد السلامداودالعبادي،حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس، الجزء الثالث، ص 1835 ، 1836 .

[2] قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الخلايا الجذعية، الدورة السابعة عشرة، 2003 .

[3] ايمان خميس سالم اليحيائي، العلاج بالخلايا الجذعية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الشريعة و القانون، العدد 84 ، أكتوبر ، 2020 ، ص 384 .

[4] - باعتباره سبيلا واعدا في علاج الأمراض المستعصية أو الوقاية منها و في ذلك دفع للضرر و المشقة الناتجة عن معاناة المرضى.

فلابد من مواكبة التطورات الحاصلة في مجال الطب و البيولوجيا على مستوى العالم و معالجة كل ما يثيره من إشكالات من الناحية القانونية و الشرعية.

و أخيرا فإنه يجب العمل على توفير الإطار القانوني و الأخلاقي الصارم لضبط استخدام الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج لحماية الجنين وعدم انتهاك حرمتهومنع المساس بكرامته.

قائمة المصادر والمراجع :

النصوص القانونية:

– القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يونيو 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، عدد46.

الكتب :

– محمد علي البار، حسان شمسي باشا، عدنان أحمد البار، موسوعة أخلاقيات مهنة الطب (القضايا الأخلاقية والفقهية في المهن الصحية) الجزء الثالث، مكتبة كنوز المعرفة ، جدة، الطبعة الأولى ، سنة 1433هـ–2012م.

– عبد السلامداودالعبادي،حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس، الجزء الثالث.

المقالات

-هناء عبد الحفيظ جمعة– حنان عبد المولى عبد الله، الخلايا الجذعية و استخداماتها في التطبيقات العلاجية – مجلة كلية التربية– جامعة سرت– المجلد1، العدد:13، يناير 2022.

– أحمد داود رقية ، أخلاقيات أبحاث الخلايا الجذعية الجنينية ، دراسة مقارنة ، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية ، العدد 15 ، جانفي 2016،

-ايمان خميس سالم اليحيائي، العلاج بالخلايا الجذعية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 84، أكتوبر، 2020.

– صالح بن عبد العزيز الكريم ، الخلايا الجذعية ، نظرة علمية ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة : الدورة 17، المجلد 03، ديسمبر2003 .

– العربي احمد بلحاج ، مشروعية استخدام الخلايا الجذعية من الوجهة الشرعية و الأخلاقية، بحوث مجمع الفقه الإسلامي، ، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة المنعقدة في الفترة ما بين 19 – 24 شوال 1424هـ الموافق ل 13 – 18 ديسمبر 2003 م ،المجلد الثالث .

– محمد علي البار، الخلايا الجذعية و القضايا الأخلاقية والفقهية ، بحث مقدم للدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة المنعقدة في الفترة ما بين 19 – 24 شوال 1424هـ الموافق ل 13 – 18 ديسمبر 2003 م ،المجلد الثالث .

قرارات مجمع الفقه الإسلامي

– قرار مجمع الفقه الإسلامي برابط العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة المنعقد بمكة المكرمة في الفترة ما بين: 19 – 23 / 10 / 1424 هـ الموافق لـ:
(13– 17 / 12 / 2003).

حكم التبرع بأعضاء المولود اللادماغي

د. مغاري حياة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

مقدمة

تعد مسألة التبرع بالأعضاء البشرية من بين أهم المسائل التي شغلت العديد من المجامع الفقهية ورجال الطب والقانون، حيث كان الأمر محدود في إطار الاستفادة من بعض الأعضاء، سواء قبل وفاة الإنسان كالاستفادة من الدم والجلد والكلى أو بعد وفاته كالاستفادة من قرنيات العيون، وأصبح هذا الموضوع أمرا مسلما به، بدليل أن جميع التشريعات قامت بوضع قوانين خاصة تنظم مجال التبرع بالأعضاء البشرية، لكن دخلت على هذا الموضوع اعتبارات أخرى كقضية انتزاع الأعضاء من المولود عديم الدماغ باعتباره شخصا ميؤوس من حياته، وحتى يكون العضو قابلا للزراعة لا بد من نزعه من الجسم أثناء دوران الدم في الجسم أو بعد وفاة المتبرع بفترة قصيرة جدا.

ونظرا لارتباط هذا الموضوع بمسألة ذات أبعاد أخلاقية من جهة وقانونية من جهة أخرى، فإنه يستوجب بيان موقف الشرع والقانون من ذلك.

وعليه نطرح التساؤلات التالية:هل يجوز الاستفادة من أعضاء وأنسجة المولود اللادماغي لإنقاذ مريض آخر؟ ما هو الحكم الشرعي من ذلك؟ وما هو موقف التشريعات الوضعية من الاستفادة من أعضاء المولود اللادماغي؟

المبحث الأول: ماهية المولود اللادماغي

يعتبر انعدام الدماغ مرض لا شفاء منه، حيث نجد أن معظم المصابين بهذه الحالة لا يعيشون حتى الولادة وإن ولدوا فإنهم يموتون بعد ساعات أو أيام كحد أقصى بسبب توقف القلب والتنفس، إلا أن هناك بعض الأطفال المصابين النادرين الذين ولدوا بهذا العيب وبقوا على قيد الحياة مدة طويلة كالطفلة الأمريكية ستيفاني كيني ولدت في فرجينيا وعاشت مدة سنتين و174 يوما،وفيتوريا دي كريستو ولدت عام2010م وماتت عام 2012م، ونيكولاس كوكي الذي ولد في كولارادوبأميركا وعاش 3 سنوات و11 شهرا ومات في 2012م.

وفي الغالب، تكون احتمالية وعي المولود شبه معدومة وربما حتى استمرار حياته تكون مستحيلة، حيث يقوم الأطباء بإنعاش المواليد المصابين واعطائهم مواد مغذية وماء ثم يتركون الطبيعة تأخذ مجراها.

وعليه، ارتأينا في البداية ضرورة تحديد مفهوم المولود اللادماغي (المطلب الأول)، ثم بيان مركزه القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم المولود اللادماغي

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف المولود اللادماغي (الفرع الأول)، وأنواعه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف المولود اللادماغي

المولوداللادماغي هو المولودالذي يولد وليس له قبو رأس، وليس له فصان مخيان، وإنما له جذع مخ يقوم على الوظائف الحيوية الأساسية من دورة دموية وتنفس بعد الانفصال حياً بالميلاد، فلا يوجد المناطق المخية العليا لديه، ولذا فليست لديه القدرة على الإدراك والتمييز، وتكون حياة هذا المولود محدودة موقوتة ثم يموت بعد ساعات أو أيام أوأسابيع.[1]

أو هو المولود الذي يولد بدون دماغ أو جمجمة أو فروة الرأس التي تتكون أثناء التطور الجنيني، فانعدام الدماغ هو مرض رأسي ناتج عن عيب في تكوين الأنبوب العصبي المتمثل في عدم إغلاق النهاية الرأسية للأنبوب العصبي. وعادة يكون انغلاق المسام الرأسي للأنبوب العصبي في فترة ما بين 23–26 من الحمل تقريبا

إلا أن الأجنة المصابين بهذا العيب يفتقدون فقط الدماغ الإنتهائيالجزء الأكبر من الدماغ والذي يتكوّن عموماً من نصفي الكرة المخية بما في ذلك القشرة المخية الحديثةالمسؤولة عن الإدراك. أما الجزء الباقي فيكون مغطى بغشاء رقيق، وبالنسبة للجلد والعظم والسحايا فتكون كلها مفقودة، وهذاما يؤدي إلى وفاتهم بعد ساعات أو أيام قليلة بعد الولادة.[2]

عادة الطفل المصاب بانعدام الدماغ يكون أعمى وأصم وغير واع لما يدور حوله، وغير قادر على الشعور بالألم. رغم أن هناك بعض المصابين يولدون مع جذع الدماغ الرئيسي، إلا أن افتقادالمخ القادر على القيام بوظائفه يجعل إمكانية الوعي صعبة جدا، كما قد تكون الأفعال المنعكسة ربما موجودة كالتنفس، أو الاستجابة للأصوات واللمس.

ومن بين الأسباب التي ترفع من نسبة الإصابات بعيوب الأنبوب العصبي هي تناول النساء الأدوية لعلاج الصرع، أو المصابات بداء السكري المعتمد على الأنسولين، كما يعود سبب حدوث انعدام الدماغ بالإضافة إلى التشوهات الجسدية والعقلية الأخرى التعرض للمواد السامة كالزئبق والرصاص والكروم وغيرها.

---

[1]– د بكر بن عبد الله أبو زيد، حكم الانتزاع لعضو من مولود حي عديم الدمغ، المكتبة الشاملة الحديثة، ج 90، ص 260.

[2]– أنظر: الموسوعة الحرة، ويكيبديا، يوم 2022/08/15، الساعة 22:15، https://ar.wikipedia.org/wiki/

الفرع الثاني: أنواع انعدام الدماغ[1]

أولا: انعدام المخ الجزئي

انعدام المخ الجزئي هو شكل نادر من أشكال انعدام الدماغ والذي يتميز بتشوه عظام الجمجمة، ووجود خلل في الجمجمة الوسيطة، ونتوء في الجمجمة يسمى بمنطقة تشوه الأنسجة الوعائية الدماغية الأولية أو الجينية. هو جزء من الأنسجة الإضافية الشاذة الاسفنجية للأوعية الدموية مع أنسجة دبقية تتراوح بين كونها مجرد غشاء إلى كتلة كبيرة من النسيج الضام، وقنوات وعائية نزفية، والعقيدات الدبقية، والضفائر المشيمية غير المنظمة.

ثانيا: اندماج مقدمة الدماغ

هذا النوع هو الأكثر شيوعاً من بين أنواع انعدام الدماغ، وهي الحالة التي يكون فيها الدماغ غير موجود بأكمله.

ثالثا: انشقاق القحف والسيساء

وهو من أشد أنواع انعدام الدماغ حيث أن منطقة تشوه الأنسجة الوعائية الدماغية الأولية أو الجينية والمنطقة النخاعية الوعائية تملآن كل من عيوب الجمجمة والعمود الفقري. يتميز انشقاق القحف والسيساء لانعدام الدماغ بالعيوب العظمية في العمود الفقري، وتعرض الأنسجة العصبية كما في قبو الجمجمة يفشل في تشكيل. انشقاق القحف والسيساء يحدث في حوالي 1 من كل 1000 ولادة حية، ولكن يمكن للاختبارات الفيزيائية والكيميائية المختلفة بأن تكشف عن إغلاق الأنبوب العصبي أثناء الحمل المبكر.

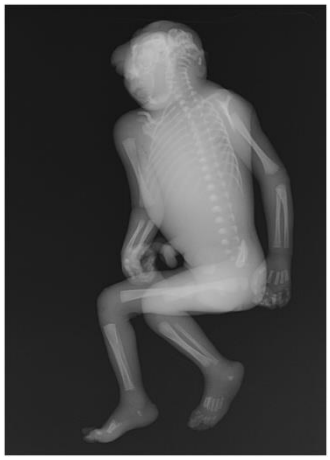
[11] – نفس المرجع.



صورة جانبية لجنين عديم الدماغ



منظر أمامي لجنين عديم الدماغ



الأشعة السينية لجنين عديم الدماغ



صورة لمولود عديم الدماغ

المطلب الثاني:المركز القانوني للمولود اللادماغي

يمر الإنسان بمراحل في حياته، تبدأ من نشأته داخل الرحم أي في فترة الحمل قبل الولادة ويعتبر جنينا إلى فترة ما بعد الولادة، إذ ينتقل من كونه جنينا إلى مولودا،ويتم تحديد المركز القانوني للمولود باكتسابه الشخصية القانونية التي تثبت له جميع الحقوق والحماية القانونية المقررة للإنسان الكامل.

ومنه نطرح بعضالتساؤلات: هل يتمتع المولود بالشخصية القانونية؟ وهل للمولود اللادماغي شخصية قانونية؟

للإجابة على هذه التساؤلات يجدر بنا أولا التفريق بين الجنين والمولود، وذلك من خلال تحديد المركز القانوني لكل منهما، ثم بيان المركز القانوني للمولود عديم الدماغ.

نصت المادة **25** من **القانون المدني الجزائري** على أنه:" **تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.**

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا."[1]

يتضح لنا من خلال النص، أن المشرع الجزائري حدد بداية الشخصية القانونية بتمام ولادة المولود حيا ولو للحظات فقط، كما ميز بين مرحلتين هامتين من حياة الإنسان هما:

– مرحلة الحمل ما قبل الولادة ويعتبر جنينا، حيث استثنى المشرع مركز الجنين ولم يعترف له بالشخصية القانونية بل منحهأهلية الوجوب الناقصة، قاصرة على الصلاحية لاكتساب الحقوق النافعة نفعا محضا فقط، تتمثل في الحقوق المدنية والمعنوية كإلحاق نسبه بأبيه وأخرى مادية كثبوت ملكية وذمة مالية خاصة للجنين توجب الإنفاق عليه وحجز نصيبه من الميراث وصحة الوصية له والوقف عليه وجواز الهبة له.

– ومرحلة ما بعد الولادة وهنا يعتبر مولودا، حيث اشترط المشرع تمام ولادتهحيا لاكتساب الشخصية القانونية.إذن العبرة ليست بالجنين في حد ذاته، فهو بهذه الصفة لا يمكن أن يكون صاحب حق، إلا باكتسابه الشخصية القانونية بعد ولادته حيا.

وفي حالة إن ولد ميتا فإنه لا يثبت له أي حق،وتزول الحقوق التي تقررت له بأثر رجعي[2]، حيث جاء في هذا الصدد قرار المحكمة العليا المتضمن مايلي: "من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا، وعلى هذا الأساس كان تمتع الجنين بحقوقه المدنية، واكتسابه بذلك العنوان أهلية الوجوب خاضعا هو الآخر لشرط الولادة حيا.

---

[1]– عدلت بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005/الجريدة الرسمية عدد 44 ص 20، حررت في ظل الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.

[2]– إبراهيم أبو النجا: وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 04، ص961.

ومتى تحقق ذلك الشرط وثبت في الدعوى دون أن يحظى من طرف القضاء بالاعتراف في استحقاق التعويض عن الحادث الذي أودى بحياة الوالد، فإن المجلس القضائي حين رفضه الطلب قضائه بصرف الأم لما تراه مناسبا يكون أنكر حقا مكتسبا أقره القانون ومن ثمة أخطأ في التطبيق مما يستوجب النقض."[1]

أما فيما يخص المولود اللادماغي فإنه يأخذ نفس المركز القانوني للمولود الكامل، حيث تثبت له الشخصية القانونية بمجرد ولادته حيا حسب ما هو مقرر في المادة 25 من القانون المدني المذكورة أعلاه.

المبحث الثاني: مدى الاستفادة من أعضاءالمولود اللادماغي

سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى تحديد موقف الفقه الإسلامي من التبرع بأعضاء المولود عديم الدماغ (المطلب الأول)، ثم إلى موقف بعض التشريعات الوضعية من ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف الفقه من التبرع بأعضاء المولود اللادماغي

لقد أحاطت الشريعة الإسلامية الإنسان بجملة من الأحكام حفاظا على شرفه وكرامته وحفظ نفسهفي جميع أطوار تخلقه، فبمجرد ولادة المولود حيا يصبح آدميا محكوما باستقرار حياته، فله ما للآدميين من حرمة وعصمة وغيرها من الحقوق، بصرف النظر إن كان مولودا كاملا ولد بأحسن تقويم أو ناقص الخلقة بأمر ظاهر كمخرج الأطراف أو باطن كعديم الدماغ أو ولد أعمى أو أصم أو أبكم.

وعليه، فإنه تثبت للمولود اللادماغي الذي انفصل على بطن أمه حيا،نفس الأحكام المقررة للمواليد الأسوياء في الخلقة، عملا بقاعدة التعايش وضروريات الحياة وحفظ النفس وتحريم الاعتداء عليه، لقوله 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 جَمِيعًاوَلَقَدْجَاءَتْهُمْرُسُلُنَابِالْبَيِّنَاتِثُمَّإِنَّكَثِيرًامِّنْهُممبَعْدَذَٰلِكَفِيالْأَرْضِلَمُسْرِفُونَ**﴾"[2]

فلا يجوز لأحد الاعتداء على المولود اللادماغي، كما لا يجوز لوالديه إعطاء الإذن للأطباء لانتزاع عضو من أعضائه لفائدة مولود أخر أو إجراء له عملية تشريحبغرض تعلم الطب أو اكتشاف نوع المرض أو لتجارب طبية او غيرها من التجاوزات اللاأخلاقية التي تستوجب العقوبة المقدرة شرعا، وتستوجب الإثم للاعتداء على بغير حق[3].

---

[1]– المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ملف رقم 35511 قرار بتاريخ 10 أكتوبر 1984.

[2]– الآية 32 من سورة المائدة.

[3]– د. بكر بن عبد الله أبو زيد، حكم الانتزاع لعضو من مولود حي عديم الدمغ، المكتبة الشاملة الحديثة، ج 90، ص 260.

وقد توصل مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة السعودية من 27 شعبان 1410هـ الموافق 14- 20 مارس 1990م، وبعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بالموضوع **زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي**، الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23- 27 ربيع الأول 1410 الموافق 23- 27 أكتوبر 1990م بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الإسلامية، إلى القرار التالي:

بالنسبة لانتزاع أعضاء المولود اللادماغي:" طالما ولد حيا، لا يجوز التعرض له بأخذ شيء من أعضائه إلى أن يتحقق موته بموت جذع دماغه، ولا فرق بينه وبين غيره من الأسوياء في هذا الموضوع، فإذا مات فإن الأخذ من أعضائه تراعى فيه الأحكام والشروط المعتبرة في نقل أعضاء الموتى من الإذن المعتبر، وعدم وجود بديل وتحقق الضرورة وغيرها، مما تضمنه القرار رقم 26"1 / 4" من قرارات الدورة الرابعة لهذا المجمع، ولا مانع شرعا من إبقاء هذا المولود اللادماغي على أجهزة الإنعاش إلى ما بعد موت جذع المخ والذي يمكن تشخيصه للمحافظة على حيوية الأعضاء الصالحة للنقل، توطئة للاستفادة منها بنقلها إلى غيره بالشروط المشار إليها." [1]

إذن فالمولود اللادماغي على الرغم من عدم وجود دماغ عنده، فلا يعتبر إنسانا ميتا، بل يكون لديه منطقة الجذع الدماغ حية، ويكون قلبه ينبض، وأيضا يتنفس، وحتى دورته الدموية يتدفق فيها الدم بشكل عادي وطبيعي، فمادام يتمتع بمواصفات الإنسان الحي، وإن كان ناقص الخلقة فلا يجوز الاعتداء على حرمة جسده، أو تعجيل موته بدافع الانتفاع منه أو بدافع الشفقة والرحمة، فلا تستبقى نفس بقتل أخرى بلا ذنب.[2]

وفي الأخير نقول أن الشريعة الإسلامية رفضت كل اعتداء يقع في حق الجنين أو المولود وإن كان ناقص الخلقة عملا بمبدأ حرمة الإنسان وكرامته، وصيانة لآدميته.

المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات من التبرع بأعضاء المولود اللادماغي

اختلفت القوانين الوضعية في تنظيمها لعمليات الزرع والتبرع بالأعضاء البشرية بين الأحياء، وتعتبر الولايات المتحدة من أكبر الدول نجاحا في هذا المجال من خلال ممارساتها وتطويرها، وقد منع

---

[1]- أ.د عبد السلام العبادى، الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، زراعة الأعضاء في جسم الإنسان، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر 13 ربيع الأول 1430هـ- 10 مارس 2009م، الأزهر الشريف، زراعة ونقل الأعضاء، المذاهب الإسلامية ووحدة الأمة، ص 16.

[2]- عارف علي عارف القره داغي، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (4)، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، مدى شرعية التبرع بالأعضاء البشرية، iium press، ط 01، 2011، ص33،34.

القانون الأمريكي نزع أي عضو من جسم شخص حي إلا بعد وفاته ما عدا حالات التبرع بالكلى أو بأجزاء من الكبد.

فقد برزت قضية الطفلة تيريزا كقضية جدل في كون نزع أعضاء الطفل المصاب بانعدام الدماغ أمرا جائز أم لا؟ حيث ولدت تريزا عام 1992م بفلوريدا وكان أبواها يعلمان أن لا مناص من موتها، فاقترحوا على الطبيب أن تنزع أعضاؤها وأن يتم التبرع بها لمن هم في حاجة ماسة لها، ورغم موافقة الطبيب إلا أن القانون الأمريكي منع نزع أعضائها وهي حية، فعاشت تسعة أيام، ثم ماتت ولم تعد أعضائه صالحة للتبرع[1]، ومنه نستنتج أن القانون الأمريكي قد منع المساس بحرمة جسد المولود اللادماغي مادام حيا.

أما القانون الفرنسي فقد صدر قانون شامل حول موضوع زراعة الأعضاء في سنة 1976 تحت اسم caillavet الصادر بتاريخ 1976/12/22، وفي 1994 صدرت ثلاث قوانين أساسية هامة تسمى بقوانين البيو– أخلاقية المعدلة في سنة 2004 و2011، ومن بينها قانون احترام جسم الإنسان رقم 94/ 653، الذي حاول من خلاله التشريع الفرنسي أن يوفق بين الطب والأخلاق والدستور وقانون المدني من خلال التأكد على عدة مبادئ أهمها: مبدأ عدم المساس بالكيان المادي للجسم إلا بناء على رضا الشخص الحر والمتبصر وتحقيقا لمصلحة واضحة مع عدم جواز اعتبار جسم الإنسان محلا للحقوق المالية. كما صدر قانون ينظم تبرع واستعمال منتوجات جسم الإنسان رقم 94/ 654.[2]

أما القانون البرازيلي فقد أعطى للمرأة الحامل بطفل مصاب بانعدام الدماغ الحق في الإجهاض بما أنه يمكنها تشخيص هذا العيب بدقة قبل الولادة أي في فترة الحمل.

أما في بريطانيا فقد وقعت حادثة وهي قصة تيديهولستون الذي شخصت إصابته بانعدام الدماغ وهو لا يزال في بطن أمه في الأسبوع الثاني عشر من الحمل، فرفض والديه إجراء الإجهاض، وقرروا انتظار ولادته والتبرع بأعضائه للمساهمة في إنقاذ حياة مرضى آخرين، وعند ولادته بتاريخ 2014/4/22م في ويلز كارديف عاش لمدة سعة واحدة وأربعين دقيقة، ثم تم نزع قلبه وكليتاه للتبرع بهما.[3]

أما بالنسبة للدول العربية نجد القانون المصري، حيث أكد في نص المادة 61 من الدستور على أن:" التبرع بالأنسجة والأعضاء هبة للحياة، ولكل إنسان الحق في التبرع بأعضاء جسده، أثناء حياته أو

---

[1]– أنظر: الموسوعة الحرة، ويكيبديا، يوم 2022/08/15، الساعة 22:15، https://ar.wikipedia.org/wiki/

[2]– مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزيوزو، 2016، ص 70، 71.

[3]– أنظر: الموسوعة الحرة، ويكيبديا، يوم 2022/08/15، الساعة 22:15، https://ar.wikipedia.org/wiki/

بعد مماته بموجب موافقة أو وصية موثقة، وتلتزم الدولة بإنشاء آلية لتنظيم قواعد التبرع بالأعضاء وزراعتها وفقا للقانون"[1].

كما نصت المادة 5 من قانون تنظيم زرع الأعضاء على ما يلي:" ... ولا يقبل التبرع من طفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانونا.."[2]

لم ينص المشرع المصري صراحة على المولود اللادماغي وحكم التبرع بأعضائه لكن يمكننا استخلاصها من خلال المادة 5 المذكورة أعلاه، حيث منع التبرع بأعضاء الأطفال حتى ولو كان ذلك بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها وبالرجوع إلى المادة 45 من القانون المدني[3]، نلاحظ أن المشرع المصري جعل التمييز مناط أهلية الأداء ويتأثر ذلك بعاملين هما: الأول هو عامل السن والثاني العاهة التي تصيب الشخص فتؤثر على تمييزه، حيث تدرج الأهلية بحسب السن من خلال تقسيم حياة الإنسان فيما يتعلق بالأهلية الأداء إلى ثلاث مراحل: الأولى مرحلة الصبي غير المميز وهي تبدأ من الميلاد حتى سن التمييز الذي حدده المشرع المصري بسبع سنوات، وفي هذه المرحلة يكون فاقد التمييز وبالتالي فاقد الأهلية و يسمى بعديم الأهلية حيث تكون جميع تصرفاته باطلة. وبما ان المولود عديم الدماغ يكون عديم الأهلية فتقع عليه نفس الأحكام المقررة للصبي غير المميز.

أما القانون اللبناني فلم يتناول حكم التبرع بأعضاء المولود عديم الدماغ ضمن، ولم تتضمن أحكامه نصا حول رضا القاصر في مجال التبرع بالأعضاء، وبالتالي يكون قد استبعد كل عملية نقل عضو أو التبرع به من شخص حي لا يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة، حتى لو وافق الولي أو الوصي بذلك.

أما القانون الإماراتي فلم يتناول هذا الموضوع ضمن نص صريح، في حين أكد من خلال الفقرة الأولى من المادة 12 من قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية أنه:

" يحظر نقل الأعضاء أو جزء منها أو الأنسجة بين الأحياء إلا على سبيل التبرع ومن شخص كامل الأهلية."[4]

---

[1]– الدستور المصري لسنة 2019.

[2]– القانون رقم: 5 لسنة 2010، بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، ص 3.

[3]– القانون المدني المصري لسنة 2021.

[4]– مرسوم بقانون اتحادي 05 لسنة 2016 بشأن نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، ج ر ع 601، السنة السادسة والأربعون بتاريخ 2016/8/15.

كذلك بالنسبة للقانون الجزائري فلم يتضمن أحكام المولود اللادماغي في حين أكد من خلال الفقرة الأولى من المادة 361 من قانون الصحة وترقيتها على أنه:" يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء ..."[1]

وعليه يتضح أن جل التشريعات بما فيها الجزائر كرست مبدأ حظر انتزاع أو التبرع بأعضاء القصر سواء كانوا ناقصي الأهلية أو عديمي الأهلية، وبالتالي لا يجوز التبرع بأعضاء المولود اللادماغي إلا بعد التأكد من موت جذع مخه، وفقا لما اتفق عليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

خاتمة

لقد توصلنا من خلالدراستنا لموضوع حكم التبرع بأعضاء المولود اللادماغي إلىمدى حرص الشرع والقانون الوضعي على إعمال قواعد تنظم هذه الممارسات وفق مبادئ قانونية إنسانية وأخلاقية، أساسها حق الإنسان في الحياة وحقه في سلامة جسده، والتي تتجسد من خلال حظر كل الاعتداء على هذا المولود، كما لا يجوز لوالديه إعطاء الإذن للأطباء لانتزاع عضو من أعضائه لفائدة مولود أخر أو إجراء له عملية تشريح بغرض تعلم الطب أو اكتشاف نوع المرض أو لتجارب طبية او غيرها من التجاوزات اللاأخلاقية التي تستوجب العقوبة المقدرة شرعا.

فبالرغم من عدم وجود دماغ عنده، فلا يعتبر إنسانا ميتا، مادام يتمتع بمواصفات الإنسان الحي، وإن كان ناقص الخلقة فلا يجوز الاعتداء على حرمة جسده، أو تعجيل موته بدافع الانتفاع منه أو بدافع الشفقة والرحمة، فلا تستبقى نفس بقتل أخرى بلا ذنب.

كما نلاحظ أن معظم التشريعات بما فيها الجزائر لم تتناول هذا الموضوع بنص صريح وإنما يفهم ضمنيا من خلال النصوص التي تمنع التبرع بأعضاء الأطفال والراشدين ناقصي وعديمي الأهلية، في حين نجد أن فقهاء شريعة قد فصلوا في هذا الموضوع وأكد على عدم جواز التعرض له بأخذ عضو من أعضائه طالما ولدا حيا، وأن لا فرق بينه وبين غيره من الأسوياء في الخلقة، وفي حالة التحقق من موته بموت جذع دماغه تراعى الأحكام والشروط المعتبرة في نقل أعضاء الموتى، وذلك لسد الردع وغلق الباب لكل من يحاول التلاعب وتجاوز الشروط القانونية والمبادئ الأخلاقية التي تنظّم مجال التبرع بالأعضاء البشرية.

قائمة المراجع

1- مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

2- د بكر بن عبد الله أبو زيد، حكم الانتزاع لعضو من مولود حي عديم الدمغ، المكتبة الشاملة الحديثة، ج 90.

[1]- قانون الصحة وترقيتها، ج ر ع 46، السنة 55، الموافق ل 29 يوليو 2018، ص 35.

3- إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 04.
4- أ. د عبد السلام العبادى، الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، زراعة الأعضاء في جسم الإنسان، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر 13 ربيع الأول 1430هـ- 10 مارس 2009م، الأزهر الشريف، زراعة ونقل الأعضاء، المذاهب الإسلامية ووحدة الأمة.
5-عارف علي عارف القره داغي، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (4)، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، مدى شرعية التبرع بالأعضاء البشرية، iium press، ط 01، 2011.
6- د. بكر بن عبد الله أبو زيد، حكم الانتزاع لعضو من مولود حي عديم الدمغ، المكتبة الشاملة الحديثة، ج 90.
7-أنظر: الموسوعة الحرة، ويكيبديا، يوم 2022/08/15، الساعة 22:15، https://ar.wikipedia.org/wiki/
8- قانون الصحة وترقيتها، ج ر ع 46، السنة 55، الموافق لـ 29 يوليو 2018.
9- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005/الجريدة الرسمية عدد 44 ص 20، حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.
10- الدستور المصري لسنة 2019.
11- لقانون رقم: 5 لسنة 2010، بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية.
12- القانون المدني المصري لسنة 2021.
13- مرسوم بقانون اتحادي 05 لسنة 2016 بشأن نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، ج ر ع 601، السنة السادسة والأربعون بتاريخ 2016/8/15.
14- المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ملف رقم 35511 قرار بتاريخ 10 أكتوبر 1984.

Les Cyborgs dans la vie humaine : Quand la science imite la nature

د. بوراس لطيفة

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

Introduction

La transplantation d'organes constitue une solution médicale sans égal à un problème majeur de santé publique, elle représente au fil du temps une réalité, qui permet à de nombreux patients de retrouver une qualité de vie normale.

La législation s'est penchée sur cette technique pour l'encadrer. Sur le plan éthique et déontologique la population adhère parfaitement au don d'organes humains, le traitement est une question de choix. Sur le plan religieux, il y a la fatwa du haut conseil islamique algérien autorisant le don d'organes, en date du 14 février 1985. Mais elle le considère comme un acte de charité « une aumône continue » .

La législation algérienne au fil des années et à travers de nombreuses lois et décrets tente de cerner et règlementer le don et la transplantation d'organes et de tissus humains à partir de donneurs vivants ou décédés ce qui reflète une volonté politique pour développer ces activités qui sont devenus une nécessité pour le pays.

L'article 354 de la Loi 11-18[1] , défini la bioéthique comme l'ensemble des mesures liées aux activités 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 législateur conditionne la transplantation d'organes, le prélèvement, de tissus et de cellules humains, qu'à des fins thérapeutiques (art 355 de la loi 11-18). La collecte d'organes du corps humains à la lumière de (art 357/2 de la même loi), se fait à partir de donneur vivant, avec la condition qu'ils soient apparentés, compatibles avec le receveur (art 359 de la même loi) et que cela ne mette pas en danger la vie du donneur. Dans le cas d'incompatibilité immunologique entre le donneur et le receveur apparentés, le législateur prévoit le recours au don croisé d'organes qui est anonyme Suivant l'art 360/3 de la loi précitée.

L'article 362 de la loi 11-18 prévoie que le prélèvement d'organes ou de tissus humains peut aussi se faire à partir de personnes décédées bien sûr avec la condition que la personne n'ait pas fait connaitre, de son vivant, son refus au prélèvement et de l'anonymat de l'identité du donneur décédé est impératif suivant l'art 363de la loi précitée.

Du point de vue éthique, la transplantation d'organes, de tissus ou de cellules humaines n'est pratiquée, que si elle représente le seul moyen de préserver la vie ou l'intégrité physique du

[1] Loi n°18-11 du 18 chaoual 1439 correspondant au 2 juillet 2018 relative à la santé, J.O.R. A, N°46 , 16 Dhou El Kaada, 1439, du 29 juillet 2918

receveur après que ce dernier ait exprimé son consentement, en présence du médecin chef du service dans lequel il a été admis, et de deux témoins (art 364, loi 11-18). Dans le cas où le receveur n'est pas en état d'exprimer son consentement l'un des membres de sa famille peut l'exprimer dans l'ordre de priorité indiqué dans l'article 362. Le législateur prévoit dans l'article 364/6 Loi 11-18 de transvaser ceconsentement en raison de circonstances exceptionnelles.

En Algérie, l'activité de transplantation d'organes se trouve en crise par manque de donneurs et de multiplicité de receveurs et le problème s'est accentué du fait de la pandémie coronavirus covid-19 comme partout dans le monde. La technologie innovante a prouvé ses prouesses dans le domaine de la bioéthique etcomment intégrer des éléments mécaniques dans le corps humain.

Depuis longtemps, la recherche vise à suppléer les défaillances viscérales et la pénurie de dons par des organes artificiels. La quête d'organes artificiels ne datent pas d'hier, elle a commencé à la fin du XIXe siècle, avec la mise au point de machines à respirer pour remplacer des poumons défaillants. Grace aux nouvelles technologies, à l'ingénierie tissulaire et la médecine régénérative, de nombreux organes peuvent bénéficier d'un équivalent artificiel[1]. Il est possible de « réparer » le corps humain grâce à des implants, des greffes et des prothèses, organes artificiels. Greffé, appareillé, implanté, transfusé : un nouvel homme est né. De la vie fœtale jusqu'au dernier jour, il est aujourd'hui possible d'intervenir pour réparer le corps. De la molécule à l'organe, voire à un système complet, la médecine de substitution ne semble plus avoir de limites[2].

Les médecins travaillent sur la mise au point d'organes artificielles et autonomes, mêlant biologie et ingénierie dans le but de limiter le rejet biomatériaux compatible aux corps humains. Pancréas bio-artificiel capable de produire de l'insuline pour les malades du diabète type 1, cœur artificiel…etc. L'œil bionique a permis de redonner une vision même partielle à des aveugles ou à des personnes souffrantes de maladies dégénératives. Des tests sur des rétines artificielles sont en cours.

Grace au progrès de la robotique et de la bio-ingénierie, l'homme bionique est déjà une réalité. Le problème de manque de greffes, d'incompatibilité, de trafic d'organes, situations de pandémie sera d'une certaine manière prise en main. L'homme est au milieu des améliorations technologiques et biologiques, ce qui nous mène au concept « transhumanisme ». Cette perspective évoque une hybridation homme/machine. La transplantation et les greffes humaines ont dépassé la relation d'humain à humain qui à soulever des problématiques très forte du point de vue conceptuel, spirituel et pratique.

[1]Certaines personnes aveugles visualisant des stimulus grâce à des implants rétiniens, l'insuffisant cardiaque peut attendre une greffe grâce à un cœur artificiel, les patients laryngectomisés ont une vie presque normale grâce à un larynx artificiel, et le diabétique, grâce à une pompe sous-cutanée, peut avoir une autorégulation glycémique contrôlée par appareil mobile (smartphone). Les dispositifs de dialyse et d'oxygénation pour les insuffisances respiratoires terminales deviennent portables.

[2]www.essentiel-santé-magasine, publié le 01/02/2017

Face à la spirale de mondialisation technologique, l'Algérie n'est pas en marge de cette évolution puisqu'elle se penche véritablement aux innovations médicales que technologiques, elle sera face à cette nouvelle conception de bioéthique. Nous faisons face à la pénurie de dons d'organes ce qui impérativement nous mènera aux organes artificiels, et impliquera inéluctablement un encadrement et une réflexion anticipée sur ce phénomène.

La science de remplacer un organe du corps humain inopérant s'appelle la bio mécatronique. La greffe peut-être mécanique (jambes, bras, hanche) ou cardiologique (aorte artificielle et autre vaisseaux sanguins), soit électromécanique et actives (les reins artificiels, cœurs artificiels. C'est la science des « cyborgs » dans la vie humaine.

La problématique qui fait front aux perspectives transhumanistes se présente comme telle : L'homme ressemblerait-il à un « cyborg », et quelles seront les limites des « réparations » artificielles de l'humain ? Quelle est la place de l'homme dans ce monde où la nature devient une marque déposée ? Il s'agit aussi d'une question globale qui touche à l'éthique et qui se pose de façon radicale, pas seulement à hauteur des effets des techniques, mais à la racine même, là où la science se fait. L'analyse se fera à travers deux axes, elle étudiera en premier lieu les robots de substitution (I) et en deuxième lieu la dimension éthique et son impact sur la science des « cyborgs » pour cerner la vision futuriste de ce phénomène(II).

I- Robots de substitution et organes artificiels : Substituer ou compléter la nature ?

Grace à la technologie bionique, le corps humain tend à devenir artificiel, fait de prothèses « intelligentes » (pouvant être contrôlée par la pensée, organes imprimés en 3D). La nouvelle ère par la médecine prédictive s'annonce faite de greffes d'organes artificiels (reins, cœur, bras ionique, prothèse interne, comme la prothèse des hanches, les yeux bioniques... etc. ; où les technologies s'intègreront davantage au corps humains (puces). Les exosquelettes robotiques sont mis au point afin de faire marcher les tétraplégiques une neuroprothèse et l'IA pour améliorer la mobilité. Les robots de substitution remplacent un élément du corps humain. Aujourd'hui certains systèmes robotisés permettent de palier les faiblesses humaines, de telle sorte que le robot peut se substituer totalement ou partiellement à un organe ou un membre déficient[1].

Lorsqu'un robot prend la place d'un organe déficient, comme un stimulateur cardiaque, bien souvent il permet de sauver la vie du patient. Seulement, lorsque le robot remplace un membre, c'est une prothèse interne ou externe offrant à la personne la possibilité de recouvrer son autonomie. Sa vie n'est pas en jeu mais son confort de vie. Nous devons souligner que remplacer un membre du corps humain peut être vital, donc pour sauver sa vie (A) ou pour améliorer son confort de vie et retrouver son indépendance (B) dans les deux cas les organes artificiels sont omniprésents.

[1] Ben Ouezdou (Fethi), Robotique humanoïde et santé EncyclopoediaUniversalis (en ligne, http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/robotique-humanoide-et-santé/

A- Transplantation vitale : Bio mécatronique

Le domaine médical a été profondément transformé par l'apparition des prothèses issues du croisement. Un « cyborg » est un être humain ayant reçu des greffes d'éléments mécaniques ou électroniques[1].

Les technologies cyborgs sont aujourd'hui utilisées par la médecine, la recherche militaire, le sport et l'art, à des fins réparatrices pour restaurer des fonctions perdues, remplacer des organes et des membres manquants et aussià des fins normalisantes pour ramener certaines personnes à une normalité indiscernableetà des fins ambiguës et reconfigurantes en créant des êtres port-humains et à des fins d'amélioration(a). La transplantation d'organes artificiels résorbe les greffes en attente (b).

a- L'être humain augmenté mécaniquement

Un cyborg est essentiellement un système homme-machine dans lequel, soit l'homme contrôle volontairement les éléments cybernétiques (une main robotique, un exosquelette[2]), soit ces éléments fonctionnent de manière indépendante (pacemaker). Ils fonctionnent de manière mécanique ou électronique. L'intégration d'éléments cybernétiques se fait généralement lors d'une opération chirurgicale.

La médecine de l'avenir pourrait bien passer par les nanotechnologies[3]. Grâce à elles, il deviendrait possible d'accéder directement aux régions malades et de les traiter spécifiquement, voire d'anticiper certaines pathologies qui ne sont pas encore détectées. Il faut passer avant cela par la miniaturisation des objets, un nouveau pas vient d'être franchi[4]. La médecine fait partie des perspectives attachées à cette découverte : en effet, il a été possible de créer un nanomoteur qui mime la contraction de certains composants des fibres musculaires. Ces nanomoteurs pourraient aussi véhiculer des médicaments à travers le corps.

---

[1] https://www.futura-sciences.com/tech/definitions/robotique-cyborg-8458/

[2] De nombreux exosquelettes robotiques ont été développés pour assister les personnes paralysées à remarcher, aidé à soulever des charges lourdes ou encore soulager le poids des équipements chez les soldats. Ils utilisent des actionneurs et de l'énergie externe (moteurs et batteries) afin d'augmenter la puissance humaine. Cette technique de propulsion plus légère pourrait repousser les limites de la performance humaine et de la loi du sport. En 2012, le coureur handicapé sud-africain Pistorius (Oscar) avait suscité le débat avec ses prothèses en forme de spatule s'affichant aux côtés des athlètes valides.

[3] Emmanuel (Garcion), NanotechnologiesUn nouveau pan de la médecine, « Les nanotechnologies et les nano-objets regroupent les techniques et les outils du monde de l'infiniment petit : le millionième de millimètre. Travailler à une telle échelle offre des perspectives immenses dans de nombreux domaines : informatique, cosmétique, énergie, santé… L'intérêt et la pertinence de l'utilisation des « nanos » en santé ont récemment été renforcés avec la mise au point des vaccins à ARN messager contre la Covid-19. Au-delà de cette application, le potentiel des nanotechnologies dans le domaine biomédical est très large, mais il n'est pas dénué de risques ». https://www.inserm.fr/dossier/nanotechnologies/, publié le 30/08/2022

[4]Suarez (Carlos), StrongBox3d https://www.futura-sciences.com/sante/actualites/medecine-micropuce-medicale-autonome-energie-concue-presque-hasard-37063/. La santé et la médecine n'échappent pas à cette dynamique : régie par des phénomènes moléculaires, la biologie humaine forme en effet un domaine d'application idéale pour les nanotechnologies. Ces dernières permettent de structurer des assemblages moléculaires destinés à interagir, traiter ou reconstituer un tissu ou un organe particulier dans le corps humain. Grâce aux nanotechnologies, il est aussi possible de miniaturiser des dispositifs pour développer une nouvelle génération d'outils de diagnostic *in* ou *ex vivo.*

De tout temps, l'intelligence humaine a exploité l'intelligence de la nature pour perfectionner ses inventions. De tout temps également, l'homme s'est équipé de structures artificielles pour augmenter ses capacités ou compenser ses handicaps...[1].

Le cyborg n'est pas un androïde, ni un humanoïde, il est un humain augmenté mécaniquement. Il existe réellement et fera bientôt partie de notre quotidien. La cyberlogie est déjà enseignée dans certaines universités[2]. Comme la néphrectomie[3] sur donneur vivant est la procédure chirurgicale de base du champ de la transplantation d'organes, il n'est pas surprenant que ce soit cette procédure qui ait été décrite en premier en relation avec la transplantation robotique d'organes[4]. En 2014, des chirurgiens néerlandais ont de leur côté utilisé une imprimante 3D pour implanter un crane artificiel[5]. Des chercheurs de l'Université de Sydney, de Harvard, de Stanford ont mis au point un « réseau vasculaire artificiel ». Il imite le système de circulation du sang dans le corps humain, et permet d'alimenter des cellules humaines en nutriments essentiels, ainsi qu'en sang. Une grande avancée technologique pour les organes artificiels[6]. De l'homme réparé à l'homme augmenté, il n'y a qu'un pas.

Il parait certain que la réduction de la douleur postopératoire, la diminution du séjour hospitalier, l'accélération du rétablissement et l'amélioration du résultat cosmétique expliquent l'augmentation des procédures laparoscopiques au détriment de l'approche chirurgicale ouverte. Il a été démontré que ces bénéfices encouragent la décision de faire un don et que les donneurs préfèrent une approche minimalement invasive, augmentant leur nombre au point qu'il dépasse maintenant celui des donneurs cadavériques. Ceci, à son tour, a amélioré les résultats des receveurs, car l'utilisation du rein d'un donneur vivant conduit à un greffon de qualité supérieure et à une meilleure survie des patients lorsqu'on la compare à l'usage d'un greffon provenant d'un cadavre. Mais encore faudrait-il que l'on assume la disponibilité du donneur vivant et la compatibilité de l'organe avec le corps du receveur ! Par contre l'organe artificiel, lui, est présent à la demande.

Pour l'instant, le robot n'est qu'un simple outil bien utile. Le secteur logistique commence à faire appel à des robots autonomes, et la question se pose quant à la place

[1] Agnès Guillot, Jean-Arcady Meyer, Date de publication originale : 2008

[2] Patricia Gautrin, De quoi un cyborg peut-il être responsable ?,https://www.csience.ca, 30 janvier 2021

[3] La néphrectomie (partielle ou totale) est l'ablation du rein, l'opération chirurgicale de l'ablation totale ou partielle d'un des reins. La binéphrectomie est l'ablation des deux reins, dans les cas les plus sévères, le patient est tenu hospitalisé à l'aide de reins artificiel. https://www.passeport santé.net

[4] https://www.revmed.ch/revue-medicale-suisse/2014/revue-medicale-suisse-435/transplantation-d-organes-avec-assistance-robotique. La première procédure laparoscopique de néphrectomie sur donneur vivant est rapportée par Ratner et coll., en 1995.22 Depuis lors, l'approche laparoscopique pour la néphrectomie est devenue la procédure de choix à tel point qu'aux Etats-Unis, plus de 85% des centres à haut volume en offrent la possibilité dans le cadre du don

[5] Pour fabriquer l'implant, il fallaitd'abord créer un model en 3D du crane de la patiente. Après l'impression d'une copie tridimensionnelle à partir du fichier numérique, l'opération a ensuite consisté à enlever le crane malade et à le remplacer par l'artificiel.

[6] Soyez (Fabien), implants, prothèses, organes artificiels…jusqu'où réparer le corps ? https://www.techniques-ingenieur.fr/actua, posté le 31 mars 2016

qu'ils prendront et les fonctions qu'ils occuperont dans les années à venir. Un problème couplé qui en plus est à celui de l'automatisation, capable elle-aussi de supplanter l'homme[1].

En 1952 à l'hôpital Necker, le Professeur Hamburger réalisa la première greffe de rein à partir d'un donneur vivant. Il est l'un des nombreux pionniers français de la greffe, dont l'histoire remonte au début du XXe siècle, lorsque furent menées les toutes premières expérimentations. L'état de mort cérébrale – l'un des critères requis pour le prélèvement d'organes – décrit dès 1959 par des neurologues français, ouvrit la voie à la diversification des greffes (foie, poumons, pancréas…)

Et c'est le Pr Cabrol, qui effectua en 1968 la première transplantation cardiaque en Europe, un an seulement après la tentative du Pr Barnard en Afrique du Sud. Les premiers transplantés ne survécurent malheureusement pas très longtemps, en raison du rejet des greffons par leur système immunitaire. La découverte des traitements anti-rejet, au début des années 1980, marqua un véritable tournant[2].

Depuis, le nombre de greffes a régulièrement augmenté, la survie des patients s'est considérablement améliorée et les premières mondiales se sont multipliées : allogreffe d'une main en 1998 à Lyon par le Pr Dubernard, greffe partielle du visage à Amiens par le Pr Devauchelle… Alors que les techniques chirurgicales se perfectionnent grâce à l'assistance de robots, des projets innovants émergent pour lutter contre le rejet et la pénurie d'organes[3].

La thérapie cellulaire, qui consiste à réparer des organes grâce à des cellules souches, fait également l'objet de recherches, tout comme la bio-impression de tissus humains. Des techniques prometteuses, qui ne sont toutefois pas en mesure d'estomper la pénurie d'organes transplantables à court terme. Sans parler des enjeux éthiques : si les organes artificiels venaient à se démocratiser, faudrait-il remplacer seulement les organes malades, ou également ceux qui sont « simplement » fatigués, pour augmenter l'espérance de vie, ou augmenter les capacités du corps humain, comme le souhaitent les transhumanistes ?[4]

---

[1]https // :www.voxlog.fr/dossier/23_1/entrepots-logistiques-vers-une-substitution-de-loperateur-par-les-robots

[2]https://www.revmed.ch/revue-medicale-suisse/2014/revue-medicale-suisse-435/transplantation-d-organes-avec-assistance-robotique, Op.Cit

[3] https://www.sanofi.fr/fr/Actualites/nos-actualites/greffes-d-organes-comment-un-algorithme-peut-il-ameliorer-la-survie-des-patients-transplantes

[4] Greffe : la greffe est le remplacement d'un tissu défaillant par un tissu fonctionnel (comme la peau, la cornée, cartilage, os, etc.) principalement avasculaire, c'est-à-dire que l'organe est prélevé sans les vaisseaux sanguins. Le greffon est le terme général qui désigne l'élément du corps humain qui doit être greffé. Cela peut être un organe, un tissu ou encore des cellules.

Transplantation : la transplantation est le remplacement d'un organe défaillant ayant une fonction vitale (comme le cœur, le rein, …) par un organe fonctionnel (greffon ou transplant). Elle est réalisée en reliant chirurgicalement des vaisseaux sanguins des deux conduits (donneur et receveur) apportant les vaisseaux nourriciers, et rétablit ainsi la communication naturelle de ces vaisseaux.

Rejet : « Après une greffe, le système immunitaire du receveur tend inévitablement à détruire le greffon, élément étranger à l'organisme. Et ce, avec d'autant plus de force que les groupes tissulaires du donneur et du receveur sont éloignés. Le rejet

b-Transplantation d'organes artificiels :Résorber le manque de greffes ?

La quête d'organes artificiels a commencé à la fin du XIXe siècle, avec la mise au point de machines à respirer pour remplacer des poumons défaillants. La science-fiction des années 1940 imaginait un monde où tous les organes pourraient être régénérés dans des machines[1].

Si les poumons (ou à plus forte raison le cerveau) restent trop complexes pour pouvoir espérer un remplaçant artificiel à court terme, il y a de belles réussites dans d'autres domaines, telle la vision. Un «œil bionique» existe même et a permis de redonner une vision même partielle à des aveugles ou à des personnes souffrant de maladies dégénératives. Des tests sur des rétines artificielles sont en cours.



Figue 1

Un pancréas artificiel doit permettre de reproduire l'automatisme de la production d'insuline en fonction de la mesure de la glycémie. Mettre au point un système utilisant des cellules pancréatiques non humaines, implantées dans une poche en matériaux biocompatibles[2]. «La membrane utilisée doit pouvoir retenir les cellules implantées, leur permettre de survivre dans un milieu peu riche en oxygène et être perméable à certaines molécules uniquement. Le rein bio-artificiel, dont les essais cliniques ont commencé en 2017, pourrait rendre leur autonomie aux patients dialysés qui ne peuvent jamais s'éloigner de leur hôpital. Les chirurgiens sont aussi à la recherche d'un cœur artificiel total et entièrement implantable qui permettrait de remplacer la greffe de cœur. Ce cœur artificiel est approuvé aujourd'hui pour les patients en attente d'une greffe mais ce cœur artificiel semble durable: un patient italien a déjà pu vivre avec ce système pendant plus de quatre ans avant de recevoir une greffe. La marche suivante : un implant mieux accepté qu'une greffe.

"hyper aigu", qui survient dans les minutes suivant la greffe, est aujourd'hui évité par l'examen préalable de la compatibilité tissulaire du donneur et du receveur. Il n'en va pas de même pour le rejet chronique, devant lequel les médecins restent désarmés. Sur une durée de plusieurs années, les greffons subissent des lésions et perdent progressivement leur fonctionnalité. » Source : https://www.inserm.fr/information-en-sante/dossiers-information/transplantation-organes-greffe

[1] https://sante.lefigaro.fr/actualite/2015/10/01/24179-bientot-organes-artificiels-pour-tout-corps-humain

[2]Matériaubiocompatible: matériau non vivant utilisé dans un dispositif médical, à des fins thérapeutiques ou non, et appelé à interagir avec les systèmes biologiques. La biocompatibilité est la capacité d'un matériau à remplir une fonction spécifique avec une réponse appropriée de l'hôte. Camps (J),Notions de biocompatibilité campus.cerimes.fr, université numérique des sciences Odontologiques Francophones (UNSOF), tices@univ-nantes.fr, 2010-2011

Face à la défaillance d'un organe qui met en péril la vie du malade, la greffe s'impose souvent. Le recours aux organes artificiels ou bioartificiels apparaît toutefois comme une alternative pour pallier la pénurie chronique de greffons, lorsqu'un cancer interdit le traitement immunosuppresseur nécessaire après une greffe ou quand celle-ci n'est pas faisable [1]

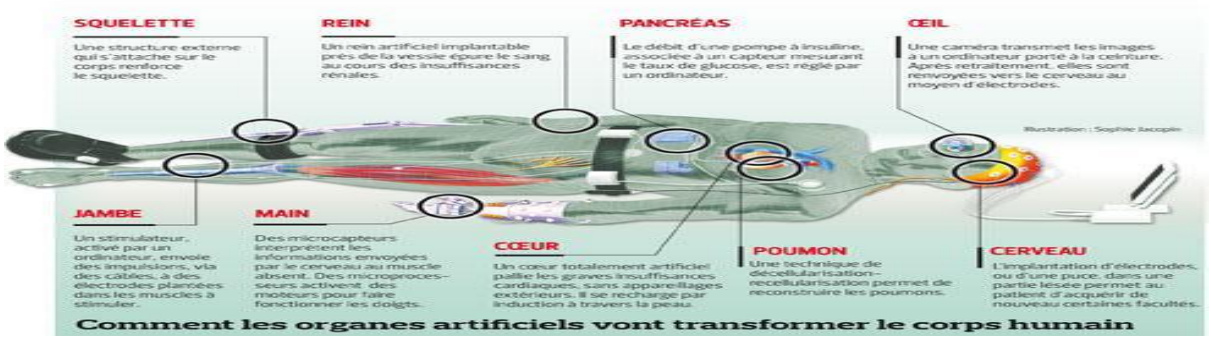


Figure 2

Le cœur artificiel suscite depuis longtemps l'intérêt car la transplantation, seul traitement curatif de l'insuffisance cardiaque avancée, se heurte à un manque criant de greffons.

B-Organes réparateurs artificiels : Retrouver l'autonomie

La technologie peut être axée sur la préservation de l'humain et son bien-être plutôt que sur la recherche de performance. Optimiser sa quête de bien-être plutôt qu'une course à la performance. Lorsque le robot remplace un membre, nous aurons donc une prothèse interne ou externe offrant à la personne la possibilité de recouvrer son autonomie, dans ce cas-là, ce n'est pas sa vie qui est en danger mais son confort de vie, on en revient aux prothèses robotiséeset aux exosquelettes (a) allons-nous vers une médecine cognitive ?(b)

a-prothèses robotisées/exosquelettes

Le développement de la robotique et des nouvelles technologies ont donné naissanceaux prothèses robotisées afin de redynamiser le touché et l'indépendance corporel(1).A côté des prothèses robotisées se sont développé des exosquelettes permettant de surpasser les déficiences physiques de la personne (2).

1-Prothèses robotisées : Optimiser la quête du bien-être ?

La prothèse de bras robotisée influence du développement de la robotique et des nouvelles technologies, est contrôlée par la pensée qui est complètement intégrée grâce à un implant en titane greffé sur l'os puisqu'elle est reliée par les électrodes aux os, nerfs et muscles du corps relié à l'implant pour permettre à la personne de contrôler les

[1] Lochouarn(Martine), Le bond en avant des organes artificiels. Publié le 22/05/2011 à 14:06 https://sante.lefigaro.fr/actualite/2011/05/22/10882-bond-avant-organes-artificiels

mouvements de la pensée[1].Cette technologie pourra aider les personnes amputées à contrôler un membre artificiel presque de la même manière qu'un bras ou une main biologique via les nerfs et les muscles restants. Il faudra souligner sur le passage que les prothèses contrôlées par des pulsions électriques existent depuis les années 1960.

Grace à cette prouesse technologique, les personnes amputées peuvent contrôler leurs membres bioniques juste en pensant à l'action qu'ils veulent réaliser et retrouver par là des gestes simples du quotidien.Parl'entremisedel'algorithme, l'utilisateur est libre de faire toutes sortes de gestes, mais ceux-ci doivent d'abord être appris par l'algorithme au moins une fois. Une interface neuronale intégrée dans la prothèsese charge de décoder les signaux électriques émis par les nerfs et les muscles lorsque la personne veut bouger et transmet les informations à la prothèse robotisée. Il y a un implant d'une prothèse avec son interface de contrôle neuronale.

La main artificielle intelligente Smarthand, permet non seulement une saisie fine des objets, mais également de restaurer le sens du toucher grâce à la rétroaction sensorielle.

2-Exosquelettes : surpasser les défiances physiques !

Il est apparu que les membres bioniques ne peuvent pas à eux seuls de refaire marcher un tétraplégique. Les exosquelettes peuvent être considérés comme des robots humanoïdes il peut avoir une grande utilité pour le paraplégique car celui-ci lui permet de remarcher à nouveau. Les exosquelettes sont aujourd'hui le centre d'intérêt du secteur de la santé.

Les modèles d'exosquelettes qui ont été produit en 2011 par la société Eksobionics étaient destinés aux personnes souffrant de lésions de la moelle épinière et fonctionnent grâce à des détecteurs, mais exigeaient non seulement l'emploi de la béquille mais aussi l'assistance d'une tierce personne pour manipuler les moteurs électriques[2] . C'est en 2014 qu'une femme tétraplégique a pu marcher grâce à un exosquelette fabriqué par cette société. L'épreuve n'est pas à son dernier stade puisqu'elle n'a pu marcher que 336 pas au terme d'un effort intense seulement elle permet à un tétraplégique de mouvoir bras et jambes par la pensée.

La neuroprothèse consiste à placer deux implants cérébraux placés sous la boite crânienne. Cette prothèse est capable de capter et transmettre en temps réel les signaux électriques du cortex correspondantaux ordres de mouvement avec des performances spectaculaires[3]. Mais la question qui se pose à ce niveau-là est : En étant « connecté »

[1] Les chercheurs de la ChalmersUniversity of Technology en Suède à l'hôpital universitaire Sahlgrenska ont développé la première prothèse robotisée, Zaffagni(Marc), fura tech, 14/12/2012 modifié le 31/05/2017

[2] Ekso Bionics, http://www.rb3d.com/fr

[3]Https://www.industrie-techno.com, comment l'implant cérébral de Clinatec permet de commander un exosquelette par la pensée, publié le 18/10/2019.

Concrètement l'implant est constitué de 64 électrodes ainsi que d'antennes en platine, avec un boitier réalisé en titane et fermé de manière hermétique, afin de garantir l'absence d'humidité.

au cerveau, comment peut-on être sûr que la neuroprothèse ne va affecter d'autres aptitudes motrices ou cognitives du patient ?

Pour répondre à cette question, les essais cliniques en cours ont affirmé aucune perte de faculté motrice ou cognitive après l'implantation n'a été détecté, par contre le connecteur transcutané peut engendrer un risque d'infection lors d'une utilisation sur du long terme. En plus, les cellules du cerveau vont venir encapsuler naturellement les électrodes qui, au bout d'un moment, vontêtre éloignés ce qui entrainera une dégradation de la qualité de mesure. Ceci met pied à cheval les chercheurs pur améliorer cette technologie qui le moins qu'on puisse dire offre de grands espoirs aux malades. D'ailleurs la clinique Clinatec à travailler pour éviter ces désagréments propose des choix intermédiaires en présentant un dispositif entièrement implanté, ce qui limite considérablement le risque d'infection[1].

Aujourd'hui, grâce à la technologie bionique, le corps humain tend à devenir artificiel, fait de prothèses « intelligentes » (pouvant être contrôlées par la pensée) d'implants et d'organes 3D. La question se reposera inlassablement : Implants, prothèses, organes artificiels…. Jusqu'où réparer le corps ?

b- Médecine cognitive !

Aujourd'hui, un organe malade ou un membre amputé peuvent être remplacés.Depuis 50 ans, la recherche sur les organes artificiels n'a cessé de progresser, offrant une alternative réelle à la transplantation et une meilleure qualité de vie aux patients[2].

Historiquement, cette recherche a débuté par la 'supplémentation » de défaillance de certains organes par un dispositif pouvant remplacer partiellement leur fonction. La première dialyse rénale date de 1945, la pose du premier implant cochléaire (destiné aux déficients auditifs) des années 1960, et le premier pacemaker a été implanté au milieu des années 1970. Le remplacement d'un organe biologique dans son intégralité par une pièce artificielle est plus récent.

Les progrès réalisés en médecine et en bio-ingénierie depuis la fin du XXe siècle ont permis progressivement le passage de la fiction à la réalité. Même si la solution optimale demeure encore la transplantation d'organes de donneurs apparentés, en cas de pénurie de dons, les organes artificiels représentent un atout pour de nombreux patients[3]. L'intérêt croissant de cette nouvelle technologie est lié à une meilleure biocompatibilité des matériaux ainsi qu'une miniaturisation accrue des appareils. La technologie est au service du corps par les organes artificiels.

[1] L'exemple le plus emblématique est celui de Jesse Sullivan. En 2005, cet Américain a perdu ses deux bras à la suite d'une électrocution. Aujourd'hui, il porte des prothèses de bras bioniques. Grace à elles, il peut accomplir de nombreux gestes de la vie quotidienne

[2] Raguin (Thibault), Dupret-Bories(Agnès), Debry(Christian), Les organes artificiels, Volume 33/N°N1, janvier 2017, www.medecinesciences.org

[3] Op.Cit 2017

Parmi les organes qui peuvent être remplacés, la recherche progresse notamment sur le développement d'un cœur ou d'un larynx artificiels, d'un œil bionique, sur le remplacement de reins par des machines « portables », et sur le développement de dispositifs assurant la fonction endocrine du pancréas ou la supplémentation des défaillances respiratoires. L'émergence des imprimantes 3D (3 dimensions) pour remplacer les os ou les vaisseaux est également en plein essor.

Les malades souffrant de problèmes cardiaques très sévères devraient pouvoir se faire implanter un cœur totalement artificiel. En France, la société Carmatsa a conçu le premier cœur artificiel bioprothétique. Cet organe « complet » est composé, comme un cœur naturel, de 4 valves, de 2 ventricules et d'un système de régulation. Techniquement le cœur est au point. Le dernier mot restera à la phase des tests.

D'autres organes sont susceptibles d'être remplacés par une version artificielle, comme le pancréas bio-artificiel qui assurerait la sécrétion d'insuline[1]. Nous nous pencherons sur quelques exemples :

-L'œil bionique : D'après un rapport de l'organisation mondiale de la santé, il y aurait 314 millions de personnes malvoyantes dans le monde[2] , la plus grande partie de ces personnes vit dans les pays en développement. La restauration d'une vision fonctionnelle grâce à une prothèse visuelle ne ciblera qu'une partie restreinte de la population aveugle. Les prothèses visuelles en cours de conception visent des personnes ayant une perte de la vision profonde mais ayant eu un développement visuel normal (par opposition aux personnes atteintes de cécité congénitale)[3].

D'une manière générale, le principe de fonctionnement d'une neuroprothèse visuelle consiste à remplacer artificiellement la fonction des neurones endommagés. La prothèse visuelle se fonde sur les mêmes principes fondamentaux que l'implant cochléaire. Les neuroprothèses ciblent et contrôlent la simulation électrique des nerfs afin de restaurer la fonction perdue. Mais il faudra souligner sur le passage que cette technologie aussi sophistiquée soit elle ne traite pas encore les éléments plus complexe tels que les couleurs, les mouvemente ou les formes, elle permet seulement une représentation visuelle spatiale. Le défi principal se situe dans la stimulation la plus précise de chaque élément sensoriel, afin d'améliorer la sensibilité globale de ces implants.

L'œil bionique ne permet pas de rétablir une vision normale mais construit une image artificielle à partir de laquelle les patients peuvent extraire de l'information visuelle en se fondant sur leur perception des contrastes. Le champ visuel est cependant réduit, et le

[1] Une équipe de scientifiques planche sur un système utilisant des cellules pancréatiques non humaines, implantées dans une poche en matériaux biocompatibles, et permettant de concevoir un pancréas bio-artificiel un grand espoir pour les diabétiques à travers le monde. www.techniques-ingénieur.fr, 31/03/2016

[2] http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs282/en/ [GoogleScholar]

[3] Les prothèses oculaires, de par leurs conceptions, sont adaptées à des pathologies dans lesquelles la capture de l'information lumineuse est atteinte mais non la conduction de l'information visuelle et/ou le traitement cortical.

mouvement oculaire insuffisant pour bénéficier d'un champ visuel correct ; les patients doivent donc bouger la tête pour récupérer l'information visuelle dans leur environnement[1]. Mais l'œil bionique est là, il offre un espoir aux malvoyants et pas des moindres.

-Cœur artificiel : Les recherches portant sur le développement d'un cœur artificiel ont été initié dans les années 1950. Ces études ont été menées pour faire face à la pénurie de dons d'organes et l'augmentation des pathologies liées notamment au vieillissement de la population comme l'insuffisance cardiaque[2]. La conception d'un cœur artificiel représente un défi technologique de taille. Ces dispositifs artificiels permettent d'assurer une transition jusqu'à la transplantation et de renforcer les fonctions cardiaques pendant de nombreux mois.

La conception de nouveaux cœurs artificiels présente plusieurs objectifs parmi ceux-ci : réduire les risques d'accidents vasculaires cérébraux hémorragiques et bien d'autres liés à la technologie scientifique.

-Pancréas bionique (artificiel) : Les progrès de la recherche sur les pancréas artificiels depuis le début du siècle ont été possibles grâce à la révolution qu'ont apporté l'ordinateur et la miniaturisation de la technologie électronique. L'avènement des smartphones modernes (ou ordiphones) a rendu possible l'utilisation de cette technologie comme pièce maitresse de l'ingénierie d'un pancréas artificiel « pancréas endoctrine artificiel implantable » et qui peut devenir disponible pour traiter le diabète. Grace à ces avancées, un pancréas artificiel ou bionique semble être envisageable à court terme.

-Reins artificiel : La dialyse est la forme la plus largement utilisée de remplacement de la fonction d'un organe interne par un dispositif artificiel, seulement elle a un impact considérable sur la qualité de vie des personnes atteintes d'insuffisance rénale. Les chercheurs travaillent depuis longtemps sur le développement des reins artificiels implantables. La technique est à un stade expérimental sur les animaux puisqu'en 2010 des chercheurs Américains ont réussi à implanter un rein artificiel chez l'animal : il est constitué d'un système de filtration et d'un bioréacteur conçu avec un tissu rénal biologique, il ne nécessite aucune source d'énergie externe[3]

La médecine et l'ingénierie avancent de manière conjointe dans le développement d'organes artificiels. Les exemples avancés dans cette communication montrent que nous aurons bientôt de nouvelles alternatives thérapeutiques disponibles et donne de

[1]Lorach (H), la nouvelle, revue médicale m/s n°10, octobre 2015, page 830.
[2] Deux médecins américains, William Kolff et Michael De Bakey sont les pionniers du développement du cœur artificiel dans les années 1960.
[3]Kooman (JP), Joles (J A) Gerritsen (KGF), "Creating a wearable artificial kidney: where are we now?"Expert Rev Med Devices 2015 ; 12 : 373-376

l'espoir aux nombreux malades en attente de greffes ou d'implants. L'homme, le cyborg imitation de la nature, où se situe la limite ?

II-La dimension éthique dans la science des « cyborgs »

Réflexion éthique dans la biomédecine s'impose car aujourd'hui, grâce à la technologie bionique, le corps humain tend à devenir artificiel, fait de prothèses "intelligentes" (pouvant être contrôlées par la pensée), d'implants et d'organes imprimés 3D. Ce n'est pas de la science-fiction, et ce n'est pas non plus le simple fantasme des adeptes du courant transhumanistes – ces scientifiques et penseurs qui prédisent un futur où l'être humain pourra améliorer ses performances. Les exemples ne manquent pas (comme il a été démontré plus haut), qui laissent entrevoir un avenir où (presque) tout pourra être réparé ou surpassé.

Les médecins travaillent aujourd'hui plus que n'importe quel temps sur la technique qui vise à remplacer les organes défaillants sans attendre un greffon compatible, mais ils travaillent d'abord sur la mise au point d'organes artificiels et autonomes, mêlant biologie et ingénierie. La biotechnologie présente des aspects positifs et d'autres jugés plus controversés.La chose à craindre dans ce phénomène de cyborg est de connaitre la limite de l'innovation dans le corps humain auront-nous un genre plus favorisé que d'autres ? Ne revenons-nous pas à l'idée de race plus performante que d'autres ? Comment rendre cette innovation à la portée de chaque malade souffrant de déficience tant corporelle que d'un mal être de vivre face aux normes sociales de bonne santé imposées ?

Tout un questionnement éthique s'est développé (A) ce qui impactera sur la science des « cyborgs »afin de trouver des normes éthiques pour une autorégulation,et anticiper l'avenir en élaborant préventivement une conduite à tenir et une loi(B)

A-Biomédecine, bio mécatronique et l'éthique : Quel rapport ?

La science a transformé la médecine et a permis une meilleure prise en charge des maladies et un allongement de la durée de la vie. Faut-il pour autant considérer toute innovation scientifique comme bonne pour l'homme ? La réflexion éthique qui suit plaide pour combiner vigilance et volonté de ne pas être un obstacle aux progrès scientifiques, afin que ceux-ci ne soient pas mis en œuvre dans n'importe quel prix, qu'ils puissent profiter au plus grand nombre, dans un respect des valeurs[1].

Sommes-nous en train de nous adapter trop rapidement aux nouvelles inventions ? Devrons-nous posons la question à la base sur les retombées éthiques avant d'accepter les technologies émergentes ? Pourquoi et comment encadrer le développement de la biomédecine (a) ? Le développement des organes artificiels et l'apparition du cyborg et

[1]Gaudrey(Patrick), L'innovation en santé, de l'ambiguïté des progrès en médecine, Article dans Actualité et dossier en santé publique n°100, septembre 2017, pp24-25

le transhumanisme ont bouleversé le domaine médical ce qui nous met face à de nouvelles donnes à l'éthique et au droit (b)

a-Encadrer la biomédecine, la bio mécatronique : Une nécessité

La technique ingénierie s'est saisie de l'éthique en robotique. A quel aspect de la robotique intervient l'éthique ? Quel sera l'impact de l'éthique sur l'innovation médicale ? Comment concilier progrès scientifique et éthique ?

Les problèmes bioéthiques[1] ont été constants depuis le début de la médecine, c'est-à-dire depuis des millénaires. Une certaine actualité centrée sur la biomédecine lie, ce qui est plus original, la morale et les progrès de la médecine avec le contexte socioculturel historique et religieux de la société dans laquelle ces problèmes se posent. Ainsi posée, l'éthique apparaît comme une constante par son évolution et non pas comme une révolution.

Si les organes artificielles venaient à se démocratiser, faudrait-il remplacer seulement les organes malades, ou également ceux qui sont « simplement » fatigués, pour augmenter les capacités du corps humain, comme le souhaitent les transhumanistes ? Le cyborg ne s'agit pas seulement d'exosquelettes que l'on enfilerait pour améliorer notre force, notre endurance et notre agilité, mais bien d'une transformation radicale de la notion de corps humain. Car peu à peu nous sommes en train d'inventer, et même de construire, tous les éléments nécessaires à la fabrication d'un être mi- humainmi-machine et le cyborg imaginaire est en train de prendre corps, morceau après morceau d'où l'impérativité d'encadrement.

Les développements dans les domaines de la biologie et de la médecine mettent en jeu des principes éthiques fondamentaux : dignité de l'être humain, préservation de l'autonomie, respect de l'intégrité du corps humain, principe d'équité. La nécessité de protection de ces principes est aujourd'hui reconnue à travers le monde entier et des législations se structurent pour répondre au besoin d'encadrement des thématiques, toujours plus nombreuses, liées à la bioéthique

Comme l'avantage est actuellement aux organes artificiels,il peut perdurer ou se renforcer dans la mesure où jouent en sa faveur des aspects sociaux, culturels et éthiques. Cette prédiction du triomphe de la technologie ne rejoint pas l'estimation qui ferait du siècle à venir celui de la biologie[2]

[1] La bioéthique est une réflexion pluridisciplinaire : « La bioéthique est une recherche réflexive permanente sur notre vision de l'humain et sur les conséquences des nouvelles technologies appliquées à l'Homme. » « Evaluation critique des effets dans le présent et le futur des progrès scientifiques sur le vivant (humain et non humain) » Dr Deffa(0), fondement philosophique de la bioéthique, http://snv.univbatna2.dz/sites/default/files/snv/files/bioethique.pdf

[2]Soulillou(Jean Paul),Petzold(Thomas), xénogreffes/ organes artificiels : quelles alternatives ?https://www.ipubli.insem.fr, médecine science, m/s 2000

On constate une demande accrue de tissus et d'organes humains pour remplacer les organes endommagés par certaines maladies aiguës et chroniques. Cette demande ne peut pas être satisfaite par le "pool" de donneurs actuellement disponible. Les efforts pour fournir une source alternative ont conduit au développement de l'ingénierie d'organes, une discipline qui combine la création de tissus ou la décellularisation progressive d'organes ou de tissus suivie de la perfusion cellulaire pour obtenir une recellularisation. Ces *"bioscaffolds"*,[1] échafaudages biomimétiques ou naturels, peuvent ensuite être utilisés pour créer des organes bio-artificiels. Les développements technologiques et l'ingénierie des matériaux ont permis de proposer de nouvelles générations de matériaux très bien maîtrisés.

Grâce aux progrès de la robotique, de la bio-ingénierie et de la médecine, l'homme bionique est déjà une réalité. Il est possible de "réparer" le corps grâce à des implants, des prothèses, ou encore des organes artificiels.

b-« Cyborgs » : Nouvelle donne pour la réflexion éthique et le droit

L'initiative d'une démarche éthique a pour origine essentielle les acteurs de cette innovation. La distinction entre morale et l'éthique ne se présente pas en terme étymologique[2]. Paul Ricœur trouve que les origines étymologiques des termes « morale » et « éthique » renvoient à la même idée de mœurs. L'éthique née de la réflexion et du dialogue. Jean Carbonnier marque le retour à la moralité, camouflée sous le terme éthique pour éviter le soupçon du moralisme[3].

Les désaccords sur les définitions montrent bien l'artificialité de la construction entre la morale et l'éthique soulignée par Jean Carbonnier. Jacques Ellul constate l'apparition d'une éthique technicienne. Il témoigne de l'existence d'une pénétration de l'éthique dans la technique, sans pour autant contredire son affirmation relative à l'absence de morale de la technique. Du fait que la technique est indépendante des valeurs morales, il en déduit que la « technique devient la force créatrice de nouvelles valeurs, d'une nouvelle éthique »[4]

L'éthique nait de la morale dont elle va ensuite interpréter et adapter la règle morale. C'est en cela que l'éthique devient une science morale. Elle s'inscrit dans une réflexion basée sur la critique des valeurs morales et l'adaptation de telles valeurs aux aspirations et aux besoins du groupe. La médecine n'est pas seulement une science mais aussi un art.

[1] Bio Scaffolds, explore une série de conceptions tectoniques qui émergent d'une co-création entre l'homme, la machine et les intelligences naturelles. Cette recherche établit un lien intégral entre la forme et la matérialité en permettant aux matériaux biologiques de devenir co-créateurs dans le processus de conception et de fabrication. Nathalie (Alima), Snooks (Roland), Echafaudages bio, Actes des Digital FUTURES, université Monash Melbourne, 3000, Australie, 2021 (pp316-329) https://www.researchgate.net/publication/354763327_Bio_Scaffolds

[2] Ricœur (P) , « Ethique et morale », éd. Le seuil, 1991, p 256

[3] Carbonnier (J), Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDG, 9e édition, 1998, p93.

[4] Ellul (J), Le système technicien, éd. Cherche midi, coll. « Documents » , 2012, p156.

La science traite le malade sans aborder le malade en tant que tel, dans sa dimension personnelle. La fusion « science-maladie » et « éthique-malade » définit la relation des soins. Il ne peut y avoir traitement de la maladie sans se préoccuper en même temps du malade dans sa dignité d'être humain, « terrain » sur lequel se placent aujourd'hui régulièrement les juridictions suprêmes, Cour de cassation et Conseil d'Etat. Les rapports avec un corps en souffrance, toutes prérogatives réservées au soignant impliquent une responsabilité juridique parfaitement sériée. Elles impliquent aussi une responsabilité morale. Le soignant ne peut être laissé seul face à une telle responsabilité. Il a besoin de repères. De tels repères-éthiques- relèvent de valeurs intangibles, immuable dont l'humanisme est le socle mais aussi de règles négociées[1].

Les valeurs immuables de l'éthique : La confidentialité et l'information du patient domaine qui ne relève plus désormais du droit strict mais embrasse celui de l'éthique.

L'éthique ne se réduit pas à un ensemble de valeurs humaines. Il s'agit d'une réflexion argumentée qui interroge nos actions et leur finalité. L'objectif est de redonner du sens et d'agir conformément à nos principes éthiques, tant au niveau individuel que collectif, en créant du consensus. C'est une démarche qui mêle les disciplines dites « dures ». L'éthique est surtout une réflexion en mouvement : elle évolue dans le temps, bousculée par l'irruption d'innovations techniques, à l'instar des technologies numériques, et nous guide pour savoir ce qu'il est acceptable, souhaitable d'en faire[2].

Aujourd'hui, on parle du droit de la bioéthique. Or, ce dernier n'existe pas. Le droit ne définit pas l'éthique, il définit le droit. Le développement des techniques biomédicales est au fondement des nombreux bouleversements qu'a connu le domaine de santé. Les rapports entre le droit et la bioéthique sont comparables à ceux que le droit entretient avec la morale, à savoir que la règle de droit peut trouver sa source dans la morale, mais une fois établie en tant que règle, elle s'en sépare pour intégrer le domaine du droit. Le droit s'inspire de la bioéthique[3] pour encadrer la biomédecine et cette démarche atteste de la volonté du législateur d'établir en la matière une loi complète, dotée de la force obligatoire des normes législatives, humanisée par son apport avec la bioéthique[4].

L'ignorance des effets des actions de l'homme doit-elle le pousser à interdire toute recherche scientifique ou tout développement technologique sous l'empire de la peur ? Le principe de la responsabilité est au cœur de l'éthique[5]. L'éthique de la responsabilité est non seulement une éthique dans l'action mais aussi une éthique d'anticipation c'est-à-dire qui se tourne vers le futur.

---

[1]Villanova(Jean), Morale, éthique et droit : une nécessaire distinction Ethique médicale, https://www.srh-info.org, SRH info/ 2013-3° Trimestre.

[2]www.Sanofi.fr, Quelle éthique pour l'IA en santé ? e-santé, Avril 2019,

[3] Le terme « bioéthique » ou éthique de la vie est porteur de nombreux sens. Le mot bioéthique est constitué de deux racines : « bio » signifiant « vivant » et « éthique », « ce qui est bon pour l'homme »

[4]Depadt (Valérie), Le droit ne définit pas l'éthique, il définit la loi, https://www.espace-ethique.org, publié11/02/2014.

[5] Hans (Jonas), Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique, éd. Du Cerf, 3e éd., coll. 1995, p14.

B-Impact de la réflexion éthique sur la science des « cyborgs »

Le monde de la technique et de la technologie n'est pas étranger à l'éthique[1]. De nombreux secteurs d'activité ont développé une véritable éthique professionnelle.

Établirun cadre de régulation est nécessaire, mais difficile. L'innovation technologique dans le domaine de la santé est mondiale, avec le risque que des approches américaines ou asiatiques supplantent demain notre conception de la médecine. Aux Etats unis, il y a une médecine à plusieurs vitesses, selon que l'on soit riche ou pauvre. L'éthique permet de bâtir une régulation positive ou une soft régulation. D'où l'impérativité de se pencher sur le contenu de la bioéthique (a) et la nécessité de l'autorégulation en établissant des normes (b) car l'espoir des organes artificiels ne serait-il pas nous rendre bientôt tous bioniques ?

a-Contenu de la bioéthique : Encadrer la science des « cyborgs »

La bioéthique étudie les questions et les problèmes de mœurs qui peuvent apparaître à l'occasion de pratiques médicales nouvelles impliquant la manipulation d'êtres vivants ou de recherches en biologie[2]. La réflexion bioéthique fait intervenir des compétences : médicales et scientifiques, sociales et philosophiques, idéologiques et religieuses très diverses.

L'UNESCO (Organisation des Nations Unis pour l'Education de la Science et de la Culture) a reçu la mission de promouvoir, diffuser et énoncer les principes de bioéthique. Le Comité International de Bioéthique (CIB) de l'UNESCO a proposé la définition suivante de la bioéthique : « un champ d'étude systématique, pluraliste et interdisciplinaire qui aborde les questions morales, théoriques et pratiques que pose la médecine et les sciences de la vie appliquée aux êtres humains et au rapport de l'humanité à la biosphère. » (15 déc. 2004). La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droitsde l'homme de l'UNESCO énonce 15 principes de bioéthique : Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme 19 octobre 2005

-Dignité humaine et droits de l'homme - Effets bénéfiques et effets nocifs - Autonomie et responsabilité individuelle- Consentement - Personnes incapables d'exprimer leur consentement - Respect de la vulnérabilité humaine et de l'intégrité personnelle - Égalité, justice et équité - Non-discrimination et non-stigmatisation - Vie privée et confidentialité - Respect de la diversité culturelle et du pluralisme - Solidarité et coopération - Responsabilité sociale et santé - Partage des bienfaits - Protection des générations futures - Protection de l'environnement, de la biosphère et la biodiversité.

[1] L'éthique est une discipline à la fois théorique et pratique. Le langage de l'éthique renvoie à des droits, des devoirs et des valeurs. Un des buts de l'éthique est de déterminer la bonne décision et, pour ce faire, il faut procéder étape par étape et analyser d'abord les faits, puis les valeurs en jeu et enfin les devoirs.

[2] GUERFI (Dr), La déontologie médicale, le droit médical, l'éthique et la bioéthique, http://medecine.univ-batna2.dz/sites/default/files/medecine/files/ethique_ssh_1.pdf

La nouvelle loi sanitaire en Algérie a apporté beaucoup de nouveautés. Elle a d'abord défini la bioéthique qui « est l'ensemble des mesures liées aux activités 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»[1]suivant l'article 354, le chapitre 4 du titre 7 qui est consacré à la bioéthique.

En Algérie le Conseil national de l'éthique et des sciences de la sante - La loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et la promotion de la santé modifiée et complétée par la loi n° 90-17 du 31 juillet 1990 notamment son article 168/1 fixe le code de l'éthique médicale au chapitre 3 du titre IV et crée le conseil National de l'Ethique des Sciences de la Santé qui marque la naissance de l'Ethique Médicale en Algérie[2] . Ce Conseil a pour mission l'élaboration de textes relatifs aux domaines de: la greffe et de la transplantation d'organes, les essais cliniques, la procréation médicalement assistée (PMA), la recherche scientifique parmi ses domaines d'intérêts, les domaines de la greffe et de la transplantation des organes en Algérie. Aujourd'hui elle se trouve face au phénomène d'organe artificiel qu'il faudra encadrer pour ne pas être prise de court.

La réflexion éthique est de plus en plus impérative dans le domaine de la bionique car les avantages de cette ingénierie technologie n'est pas invisible, bien au contraire mais ses limites laissent place à la réflexion carderrière le terme de la biomécha tronique, se cache tout ce qui peut aider à remplacer des parties défaillantes du corps humain et à les intégrer à notre biologie.

La définition de la santé faite par l'Organisation mondiale de la santé en 1946 témoigne d'ailleurs de cette évolution : la santé y est en effet définie comme « un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »[3]Cette introduction de la notion de bien-être étend ainsi celle de santé au-delà de la médecine thérapeutique (réparation et soin), vers une médecine de confort, voire d'amélioration. De ces exploits scientifiques qui nous permettraient de dépasser notre condition biologique.

Depuis 50 ans la recherche sur les organes artificiels ne cesse de progresser offrant une alternative à la transplantation et offrant une meilleure qualité de vie aux patients[4]. Une

[1]Loi n°18-11 du 18 relative à la santé, Op.Cit

[2] Le décret exécutif n° 96-122 du 06 avril 1996 fixe la composition, l'organisation et le fonctionnement du conseil national de l'Ethique des sciences de la santé, qui n'a été installé qu'en 1996. Créé en 1990 suite à l'amendement de la loi 85-05 du 16 février 1985, a été gelé en 2010 puis relancé en janvier 2015. Constitué d'une trentaine de membres (dont des praticiens hospitalo-universitaires, des généralistes de santé publique et autres représentants des ministères de la Défense, des Affaires religieuses et de la Justice)

[3] Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la santé, New York, 19 juin-22 juillet 1946 ; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 États, *Actes officiels de l'Organisation mondiale de la santé*, n° 2, p. 100

[4] Les enjeux des organes artificiels, Publié le 05 juin 2013 | dans Actus santé

personne sur cinq de plus de 65 ans bénéficie déjà d'un remplacement d'organe (prothèse, implant dentaire, valve, etc…). Certains organes artificiels permettent de sauver une vie, d'autres de la prolonger ou encore d'en améliorer la qualité. Les progrès de la science liés à la médecine font des Méga-bonds. Dans le monde entier, des chercheurs tentent de "réparer" ceux qui en ont besoin, parfois en les transformant en véritables cyborgs.

Les avantages de ces organes du futur est leur atout principal est de limiter les rejets, car ils sont composés de biomatériaux compatibles avec le corps humain est aussi leur taille de plus en plus petite qui facilite la vie des patients. Le recours aux principes de la bioéthique est une solution polyvalente afin de réfléchir aux normes de régulation. Réflexion de taille et très complexe.

b-Normes éthiques et autorégulation : Comment ?

Les controverses que présentent cette innovation qui touche l'être humain dans sa vie biologique sont avant tout financières et temporels car la mise au point d'un rein, d'un foie ou encore de poumons artificiels nécessite de l'investissement et du temps.

Seulement il faudrait marquer que l'ingénierie tissulaire in vivo, qui consiste à pousser l'organisme lui-même à reconstituer l'organe défaillant, apportera sans doute une réponse satisfaisante, mais malgré les avancées technologiques importantes, de remarquables verrous scientifiques subsistent. À cela s'ajoute le fait que la complexification des systèmes est telle, que derrière les prouesses de laboratoire régulièrement médiatisées, les temps d'apprentissage et d'entraînement pour les patients deviennent de plus en plus longs (parfois plusieurs années de pratique avant de pouvoir contrôler quelques mouvements).

Rapporté au gain proposé en termes d'expérience sensorimotrice qui demeure encore très réduit et à l'importante charge cognitive demandée, ces technologies apparaissent finalement encore peu avancées : elles n'offrent pas de réelles capacités surhumaines, mais par contre elles en nécessitent pour arriver à fonctionner. En effet, un patient amputé qui arrive à donner l'illusion fonctionnelle qu'il est bien réparé ou presque « augmenté » avec – par exemple – une main robotique polydigitale, n'est autre, en réalité, qu'un athlète, un expert, qui, grâce à ses capacités de concentration, et les mois ou années d'entraînement qu'il a dû suivre, arrive à donner l'illusion d'une bonne réparation et de cette hybridation dont on rêve.

Bien que les implants cochléaires soient maintenant des dispositifs fonctionnels et relativement courants, les rétines artificielles, elles, ne fournissent – à l'heure actuelle –

https://www.fhpmco.fr/2013/06/05/les-enjeux-des-organes-artificiels/#:~:text=Un%20espoir%20th%C3%A9rapeutique,d'en%20am%C3%A9liorer%20l

qu'un ersatz de perception visuelle avec un nombre très réduit de pixels,et demandent des efforts importants de la part des patients pour réapprendre à percevoir[1]

Tout ce panel laisse à méditer sur les normes et l'autorégulation où légiférer devient un besoin. Seulement légiférer prend du temps, ne serait-ce qu'à cause du processus d'élaboration et d'adoption des lois. Par nature, le juridique accuse toujours un certain retard sur l'innovation. L'éthique est plus rapide, plus flexible : elle permet d'anticiper les dérives, sans entraver le progrès, grâce à la recherche du meilleur compromis possible.

L'autorégulation est ainsi la norme actuelle. L'autorégulation se manifeste lors de l'établissement , notamment d'un code de conduite, d'un code de bonne pratique, d'une charte d'éthique, d'un avis, d'une déclaration, ou d'une recommandation, et qu'il ne faut pas confondre avec une norme technique. Les instruments d'autorégulation peuvent contenir des droits et des devoirs, des principes, des valeurs ou des comportements que les acteurs s'engagent à volontairement respecter. Lorsque les codes et chartes éthiques ont une nature contractuelle, ils sont censés en suivre le régime juridique, notamment l'effet relatif du contrat comme le décrit l'art109 c.civil[2].

Les acteurs d'un système ayant réfléchi sur l'aspect éthique de leurs pratiques professionnelles, faisant alors apparaitre une autorégulation, cette démarche dans le domaine de la médecine et de la biologie existe depuis longtemps[3].

L'association médicale mondiale, organisation non gouvernementale sanitaire est fondée en 1947. Malgré sa dénomination communément admise, il ne s'agit pas d'un code juridique, mais bien d'un code éthique, exprimant en dix points une série de règles de conduite pour les médecins. Cette association cherche encore aujourd'hui à développer les plus hautes normes éthiques et formule des recommandations éthiques sous la forme de déclarations de principes[4]. L'association médicale mondiale joue un rôle important de développement de l'autorégulation des médecins, comme en témoigne la Déclaration de Madrid, portant sur l'autonomie et l'autorégulation professionnelle[5].

---

[1] Nathanaël (Jarrassé),Membres et organes artificiels : le mythe et la fabrique des surhommesdans Archives de philosophie du droit 2017/1 (Tome 59), pages 89 à 97

[2] L'effet relatif des contrats est un principe en droit des obligations selon lequel seules les parties à un contrat sont tenues par celui-ci. Autrement dit, un contrat ne produit pas d'obligations envers un tiers.

[3] Thouvenin (Dominique), « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques », RTD civ 1994, p 717 et s. Cette association est l'Association médicale du monde, organisation non gouvernementale sanitaire regroupant des médecins du monde entier, et fondée en 1947. Dès cette date, elle rédige le « code de Nuremberg », relatif à l'expérimentation médicale sur l'homme. Malgré sa dénomination communément admise, il ne s'agit pas d'un code juridique, mais bien d'un code éthique, exprimant en dix points une série de règles de conduite pour les médecins.

[4] Par exemple, la Déclaration d'Helsinki de 1964 constitue une déclaration de principes éthiques ayant pour objet de formuler des recommandations pour les médecins et aux participants aux recherches médicales.

[5] Déclaration de Madrid, portant sur l'autonomie et l'auto régulation professionnelles, adoptée par la 39e Assemblée Médicale Mondiale , Madrid, Espagne, Octobre 1987 et révisée par la 170ème Session du Conseil, Divonne-les-Bains, mai 2005, dont l'article 3, prévoit que » en corrélation avec le droit à l'autonomie professionnelle, la profession médicale a une responsabilité permanente d'autorégulation. En sus de tout autre type de régulation qui puisse être appliquée aux médecins,

Il faudrait souligner que l'évolution des sciences, de la technologie, et la vision futuriste des organes artificiels vitaux ou de commodité implique inéluctablement l'adaptation de la loi aux faits nouveauxface aux nouvelles donnes. Le droit adaptable peut devenir un instrument de légitimation, seulement la technique législative ne peut suffire à elle seule à légitimer l'action du législateur, il devra rechercher dans des valeurs extérieurs au droit. La reconquête de la légitimité du droit peut alors se réaliser par la consécration de normes éthiques de la bioéthique. Seulement, la transposition de la méthode d'élaboration des règles éthiques aux règles juridiques présente le risque que le droit soit perverti par le caractère ponctuel et temporaire de l'éthique[1]. Par conséquent, le caractère provisoire de la loi est aujourd'hui devenu le garant de sa légitimité dans le domaine de la technologie émergente.

Conclusion

Depuis longtemps, la recherche vise à suppléer les défaillances viscérales et la pénurie de dons par des organes artificiels. Grâce aux nouvelles technologies, à la technologie bionique, à l'ingénierie tissulaire et à la médecine régénérative, de nombreux organes peuvent bénéficier d'un équivalent artificiel.

La médecine et l'ingénierie avancent de manière conjointe dans le développement d'organes artificiels.Des études récentes, comme celles décrites dans cette communication, montrent que nous aurons bientôt de nouvelles alternatives thérapeutiques disponibles. Cependant, l'impact réel de ces dispositifs en matière de longévité et de retentissement sur la qualité de vie au sein de la population reste inconnu. Le coût, encore estimatif mais déjà élevé, de ces produits et de leur utilisation est aussi à prendre en compte dans le contexte d'une médecine moderne déjà très coûteuse. Des approches très intéressantes sont en cours d'étude qui pourraient voir le jour dans un avenir proche. Cependant, leurs possibles effets secondaires ne sont pas encore évalués, ce qui ne permet donc pas encore de généraliser l'utilisation de ces organes artificiels mais en controverse ne nie pas leurs impacts sur nos vies et leurs utilités vitales, réconfortantes ou améliorantes dans le corps humains. Les cyborgs sont là, en imitant la nature ils se développent afin d'améliorer les capacités humaines ou rétablir ce qui a été détruit pour surpasser nos handicapes tant corporels que moraux ? Serons- nous devant l'humain et l'humain amélioré ? Réflexions à suivre !

Recommandations :

-Penser aujourd'hui à l'impact futur du développement des organes artificiels.

---

la profession médicale elle-même doit être responsable de la régulation de la conduite et des activités professionnelles des médecins ».

[1] Monnier (Sophie), Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique, éd. L'harmattan, coll. « Logique juridique », 2006, pp423-424, n°726

-Réfléchir aux nouvelles donnes juridiques qui s'imposeront inéluctablement pour établir de nouvelles règles de déontologie celles-ci s'étant révélées incapables d'appréhender ce nouveau phénomène.

-Trouver un équilibre entre ce qui est possible et ce qui est souhaitable, un équilibre entre la liberté individuelle, la dignité des personnes, les espoirs de la recherche médicale mais aussi les dangers d'une science qui pourrait heurter la conscience nationale.

-La question épineuse qui se pose en biotechnologie est la disponibilité du corps humain -c'est-à-dire de savoir si l'on peut tout faire avec son corps ou au contraire savoir si on peut priver la personne de le faire- et l'égalité sociale qui est de savoir qui pourra y avoir recours

-Donner une approche globale cohérente et approfondie de la bioéthique en rassemblant trois champs de spécialisations : l'éthique clinique, l'éthique de la recherche, l'éthique des politiques publiques de santé.

-Préparer le juriste à un travail d'équipe en atelier avec les praticiens et les innovateurs en biomédecine pour mieux encadrer juridiquement cette nouveauté qui pour le moins que l'on puisse dire touche l'humanité dans sa globalité et l'égalité sociale.

جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

د. صحراوي فريد كلية العلوم الإسلامية. جامعة الجزائر 1

ط. د. عمور بشرى كلية العلوم الإسلامية. جامعة الجزائر 1

الملخص:

تصنّف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من بين أخطر الجرائم في العالم، وهي ضمن المراتب الأولى بعد تجارة المخدرات وتجارة السلاح، ولكون هذه الجريمة تمس وتهدر كرامة الإنسان سنت جميع دول العالم قوانين مكافحتها باستثناء إيران التي تسمح بالمتاجرة بالأعضاء البشرية بين مواطنيها فقط، وجاءت هذه الدراسة للتعرف على هذه الجريمة من خلال البحث في مفهومها وخصائصها وصورها وأسباب انتشارها، ثم التعرف على أركانها والجزاءات المقررة لها وفقا للقانون الجزائري.

مقدمة

تعدّ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إحدى أهم إفرازات التطور العلمي، يستخدمها الأطباء لعلاج بعض الأمراض التي فشلت الوسائل التقليدية من الأدوية والجراحات لعلاجها، الأمر الذي أدى إلى زيادة الطلب على عمليات الاتجار بالأعضاء البشرية، والذي تحصلت منها العمليات الإجرامية على مبالغ مالية طائلة، مما أدى إلى تشكيل عصابات داخل وخارج الوطن تمارس هذا الفعل الإجرامي، والذي صنف إلى جانب جريمة الاتجار بالأسلحة والمخدرات، ونظرا لخطورة هذه الجريمة التي تهدر كرامة الإنسان وتدخله دائرة التعامل المادي، صدرت العديد من الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية لتجريمها ومكافحتها. ونظرا للحاجة الماسة لعمليات الزرع، صدرت أيضا قوانين تنظم هذه العمليات، والتي تختلف عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في العديد من الجوانب وإن كانت تتفق معها في التعامل على الجسم البشري، فما مفهوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية؟ وكيف يمكن التمييز بينها وبين عمليات النقل والزرع المسموح بها قانونا؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم هذه الدراسة إلى محورين، تناول **(المحور الأول)** مفهوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، أما **(المحور الثاني)** فتناول أركان جريمة الأعضاء البشرية والجزاء المقرر لها، وفي الأخير خاتمة تضمنت جملة من النتائج والتوصيات.

المحور الأول: مفهوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

وفقا للعديد من الإحصائيات، يوجد طلب متزايد من أجل الحصول على أعضاء بشرية سليمة لزراعتها، وتلك الطلبات تتجاوز بالكثير الأعضاء المتاحة، مما يستدعي على المريض الانتظار لسنوات إلى حين توفر العضو، ونتيجة لنقص الأعضاء المتاحة للزراعة تسبب ذلك في رواج السوق السوداء لتجارة الأعضاء بشكل غير قانوني واعتبارها جريمة يعاقب عليها القانون، وسنتعرض في هذا المحور إلى تعريف هذه الجريمة (أولا) ثم التعرف على خصائصها (ثانيا) وعلى أسباب انتشارها (ثالثا)، وصورها (رابعا).

أولا: تعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

يأخذ مفهوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ثلاثة أشكال، الشكل الأول، باعتباره صورة من صور الاتجار بالبشر وفقا لبروتوكول باليرمو بإيطاليا لسنة 2000م باعتباره من أوجه الاستغلال اللاحقة بالبشر، الشكل الثاني، يعرف بسياحة زرع الأعضاء البشرية والذي يقصد به سفر الشخص المستفيد غالبا وليس حصرا من إحدى الدول المتقدمة إلى إحدى الدول النامية، حيث يتم بها عملية زرع الأعضاء التي تم شراؤها من المانحين المحليين، أما الشكل الثالث يقصد به الانتقال غير مشروع للأعضاء البشرية بين الدول العابرة للحدود، أي الاتجار بالأعضاء البشرية من خلال التجارة بالبيع والشراء في محل غير مشروع، المتمثل في عدم جواز نقل عضو بشري مقابل ثمن للاتجار به[1].

ولتعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية لابد من الوقوف على مفهوم بعض المصطلحات على النحو التالي:

- **تعريف الأعضاء البشرية لغة:** الأصل اللغوي لكلمة العضو تدل على الجزء من الشيء، والتجزئة وعلى القطع وعلى التفريق، فإذا قيل عضو أدمي، فمعنى ذلك جزء من جسد شخص ما كعينه وقلبه وكليته، كما تطلق كلمة العضو على المشارك في جمعية أو ناد أو حزب ما بمعنى العضوية أي صفة العضو في جماعة[2].

---

[1] يوسف بن عبد الله الأحمد، أحكام نقل أعضاء الإنسان، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ص109.

[2] معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج2، ص907.

- **تعريف الأعضاء البشرية في الاصطلاح القانوني:** عرفت بعض القوانين الوطنية من بينها المشرع المغربي، الذي عرفها بأنها: "كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلا للخلفة أم لا، والأنسجة باستثناء تلك المتصلة بالتوالد"[1]، أما المشرع القطري فلقد عرفها بأنها " أي عضو أو جزء منه يكون حيويا وهاما لإنقاذ المريض"، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه لم يعط تعريفا محددا للأعضاء البشرية[2].

عرفت محكمة النقض المصريةالعضو البشري بما يلي: " لما كان من البين من محاضر جلسات المحاكمة أن المدافع عن الطاعن الأول أشار إلى أن الدماء لا تعد من الأنسجة وكان الحكم المطعون فيه قد نقل عن تقرير لجنة وزارة الصحة عدم إتباع الإجراءات القانونية والأعراف الطبية السليمة بشأن تنظيم عمليات جمع وتخزين الدم ومركباته وذلك ببنك الدم المركزي بجمعية الهلال الأحمر وبنك دم مستشفى الرحمة وكان الدفاع الذي أبداه الطاعن الأول في الدعوى المطروحة يتضمن المنازعة الجادة فيما إذا كان الدماء من الأعضاء والأنسجة البشرية التي جرم الاتجار فيها بالمادة الثانية من القانون رقم 64 لسنة 2010، وقد رد الحكم على هذا الدفاع بقوله: (وحيث إنه عما أثاره الدفاع من قالة أن الدم سائل ولا يقطع من الجسم ومن ثم عدم انطباق أحكام القانون رقم 64 لسنة 2010 بشأن مكافحة الاتجار بالبشر فإنه بادئ ذي بدء- أن مثار التساؤل هنا هو مدى انطباق عبارة الأنسجة البشرية الواردة في نهاية المادة 2 من القانون المذكور آنفا ومدى اعتبا مدلولها ينطبق على سجلات سحب الدم من الجسم والتعامل فيه بأي صورة من صور التعامل المحظور الواردة بصدر هذه المادة لجريمة الاتجار بالبشر، فلقد استقر أهل العلم على اعتبار التعامل في الدم كالأنسجة المتجددة بالجسم مثل الجلد وبالتالي فإن دماء الإنسان كلما نقصت أو أخذ منها تجددت تلقائيا وبأصول طبيعية وحسنا فعل المشرع المصري بتجريم الاتجار بالبشر وتجريم التعامل بأي صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو الشراء أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال وبالطرق المنصوص عليها فيه، ومنها استغلال حالة الضعف أو الحاجة وكل ما أوردته المادة 2 من ذات القانون سواء أكان الرضا صادرا من المجني عليه البالغ أو الطفل أو عديمي الأهلية أو رضا المسئول عنه أو متولي تربيته[3].

---

[1] القانون المغربي رقم 96/16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها المتمم بمقتضى القانون رقم 05/26.

[2] فاتح قيش، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الحقيقة، ع29، ص189.

[3] نقلا عن سارة هلال الساعدي، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018م، ص17.

ما تقدم كان تقديم للتعريفات المقدمة حول العضو البشري، أما الاتجار بالأعضاء البشرية فمن بين التعريفات الفقهية ما يلي: " أي فعل يقع على أي عضو من أعضاء الإنسان البشرية دون رضاه من خلال أي وسيلة قصرية بهدف استغلاله ماديا وتحقيق الربح منه".

وبالنسبة لتعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، نجد أن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا لها، واكتفى بمعاقبة الشخص الذي يتحصل ويحوز على هذه الأعضاء مقابل مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وكذا معاقبته إذا تم هذا الانتزاع بدون موافقة سواء تعلق الأمر بالأحياء أو الأموات، إلا أنه بالرجوع إلى المواد 303 مكرر 16، 303 مكرر 17، 303 مكرر 18، 303مكرر 19 يمكن تعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية بأنها " كل انتزاع أو الحصول على أي عضو من شخص حي أو ميت مقابل منفعة مادية أو غيرها مهما كانت طبيعتها، ويشمل الاتجار بالأعضاء البشرية كل تشجيع أو تسهيل لانتزاعها أو انتزاعها بشكل يخالف القوانين المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية[1].

ثانيا: خصائص جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

تتميز جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية بعدة خصائص منها:

- جريمة منظمة، إذ أنها لا ترتكب من طرف شخص واحد بل يرتكبها تنظيم مشكل من عدة أشخاص توزع بينهم مهام تنفيذ الجريمة، وموزعون في أكثر من إقليم دولة واحدة.
- جريمة مستحدثة، ظهرت معالمها مع التطور السريع للتكنولوجيا في مجال زرع الأعضاء.
- جريمة تتم في سرية تامة حيث يصعب كشفها وتحديد أساليب تنفيذها.
- جريمة تعمل على إفساد القيم الاجتماعية، والتي من شأنها خلق العديد من التوترات[2].
- جريمة ذات طابع دولي، إذ أنها لا تقتصر على دولة معينة وتمتد لتشمل العديد من الدول والتي تختلف صورها وأنماطها من دولة إلى أخرى طبقا لنظرية الدولة لمفهوم الاتجار بالبشر ومدى احترامها لحقوق الإنسان، ووفقا لعاداتها وتقاليدها وثقافتها والتشريعات الجنائية النافذة فيها والنظام السياسي المتبع فيها، فمنها على سبيل المثال الاتجار بالنساء والأطفال لأغراض الدعارة والاستغلال الجنسي، استغلال

---

[1] مبروك فاطيمة ومحمد ذيب، المواجهة التشريعية الدولية لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مج 15،ع1، 2020م، ص948.

[2] إلهام بن خليفة، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع6، 2013م، ص88.

خدم المنازل، بيع الأطفال لغرض التبني، الزواج القسري، السياحة الجنسية، استغلال المهاجرين غير الشرعيين، استغلال أطفال الشوارع[1] .

ثالثا: أسباب انتشار الاتجار بالأعضاء البشرية

توجد العديد من الأسباب التي أدت إلى انتشار ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، والتي من بينهما ما يلي:

- تعدد الأمراض وانتشارها، مع زيادة عدد المحتاجين للأعضاء في مختلف دول العالم، عدم وجود علاج لبعض الأعضاء البشرية، مما يستدعي لإنقاذ حياة المريض زراعة عضو من شخص آخر.
- التقدم العلمي والطبي وما حققه من إنجازات علمية في زراعة ونقل الأعضاء البشرية.
- الفراغ التشريعي المنظم لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في بعض الدول، مع عدم تجريمها في بعض البلدان الأخرى.
- غياب الرقابة على العاملين بهيئات الطب، تجعل منهم يقوم بالتلاعب بهذه الأعضاء سواء بنقلها لشخص آخر أو الاتجار بها.
- الفقر وسوء الأوضاع الاقتصادية، دفع بالبعض لبيع أعضاءهم للحاجة الماسة للمال وتحسين أوضاعهم، وهو ما جعلهم فريسة سهلة للتجار الذين يغرونهم بمبالغ مالية.
- الانتشار الواسع لمنظمات الاتجار بالأعضاء البشرية، جعل منها جريمة عابرة للحدود، بحيث يتم سرقة أعضاء من بلد ما وبيعها في بلد آخر، وزرعها لشخص في بلد آخر.
- كثرة الأطفال غير الشرعيين مما جعلهم عرضة لسرقة أعضائهم والمتاجرة بها، إضافة إلى انتشار ظاهرة الاختطاف[2].

رابعا: صور الاتجار بالأعضاء البشرية

تتعدد صور الاتجار بالأعضاء البشرية، والتي من بينها:

1. الاستقطاب، ويقصد به تطويع الأشخاص واستخدامهم كسلعة قابلة للتداول تمهيدا للانتفاع بأعضائهم البشرية لغايات البيع وجني الأرباح، سواء تم البيع داخل الحدود الإقليمية أو خارجها، ونتيجة لهذا الاستقطاب توجد سيطرة وخضوع من الشخص الذي تم استقطابه، وهو ما يعطي مؤشرا على إمكانية تنفيذ رغبات الشخص المستقطب مقابل مبلغ مالي زهيد، ولا

---

[1] سارة هلال المساعدي، مرجع سابق، ص18.

[2] أسامة غربي، الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة كلية جامعة يحي فارس، ص185.

يعتد بموافقة الضحية ذلك أن دور الإرادة لا يقف عند تحريك السلوك الإجرامي بل يتجه نحو تحقيق النتيجة، وهي بيع العضو البشري.

2. نقل الأشخاص: ويقصد به تحريك الأشخاص من مكان لآخر سواء داخل حدود البلد الواحد أو خارجه، ويتم النقل عادة بالوسائل العادية مثل الطائرات والمركبات.
3. الإيواء، ويقصد به توفير المكان لسكن ضحايا الاتجار بالأعضاء البشرية من قبل السماسرة والوسطاء وذلك تمهيدا لإجراء العمليات الجراحية لهم.
4. الاستقبال، ويقصد به استقبال الضحايا والتعرف عليهم وتذليل العقبات أمامهم وإظهار الوجه الحسن تمهيدا لتنفيذ غاياتهم الإجرامية[1].

المحور الثاني: أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية والجزاء المقرر لها وفقا للقانون الجزائري

بعد التعرض في المحور السابق لمفهوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية والتي ظهرت خطورتها على الفرد والمجتمع كافة، جاء هذا المحور ليتناول أركان هذه الجريمة **(أولا)**، ونظرا لجسامة هذه الخطورة كان لابد من تقرير عقوبة لها**(ثانيا)**.

أولا: أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

تتكون كل جريمة من أركان ثلاثة، ولكل جريمة ما يميزها، وسنتطرق لأركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية على النحو التالي:

أ/ الركن القانوني (الشرعي): يكتسي الركن القانوني لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية صبغة استثنائية مقارنة مع باقي الأفعال الإجرامية، بالنظر إلى مجموعة من الاعتبارات التي تبررها خصوصية هذا النوع من الجرائم، والذي يتمحور في عنصرين أساسيين، أولهما إلزامية تجريم هذا الفعل بمقتضى نص إجرامي خاص، والثاني عدم إمكانية تصور خضوع الجرم لأسباب الإباحة والتبرير.

وتطبيقا لمبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وبالرجوع إلى أساس هذه الجريمة في القانون الجزائري، نجد أن المشرع قد تطرق إليها في المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 من قانون العقوبات المعدل والمتمم بموجب الأمر 01/09 وذلك من خلال 14 مادة.

ب/ الركن المادي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية:

[1] فاطمة صالح الشمالي، المسؤولية الجزائية عن الاتجار بالأعضاء البشرية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2013د ص37، ص38.

أورد المشرع الجزائري في قانون العقوبات صور الاتجار بالأعضاء البشرية في المواد من 303 مكرر16 إلى 303 مكرر 19، وتظهر هذه النصوص شكلية هذه الجريمة، والتي يقوم فيها الركن المادي بمجرد قيام الجاني بالسلوك المادي دون النظر إلى النتيجة، أو حتى بالنظر إلى العلاقة السببية بين السلوك والنتيجة، وهذه المواد جاءت تكملة لما ورد في القانون 18/ 11 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والذي أخضعها لمجموعة من الشروط إذا اختلت نجد نصوص 09-01 الذي ناقش أركانها وعقوبتها، ويقوم الركن المادي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية على محل معين وهو المجني عليه، كما يشترط في السلوك الإجرامي أن يأخذ عدة صور.

- محل الجريمة: (المجني عليه) ينصرف مفهوم المجني عليه إلى كل من يحمل صفة إنسان[1].
- السلوك الإجرامي: ويتمثل في قيام الجاني باستغلال حاجة المرضى إلى استبدال أعضائهم التالفة، وتقوم هذه العصابات بهذا الفعل بالتعاون مع أشخاص عاملين في المجال الطبي من جراحين وعيادات متخصصة وممرضين، من أجل بيع هذه الأعضاء بطريقة غير مشروعة وبذلك تتحقق النتيجة الإجرامية[2]، ويأخذ السلوك الإجرامي عدة صور، وهي كالتالي:

- الحصول على الأعضاء البشرية بمقابل أو منفعة: نص المشرع الجزائري على الحصول على أعضاء مقابل منفعة في المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات والتي جاء فيها: " ...كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مادية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها"[3].
- انتزاع أعضاء الأحياء أو الأموات دون مراعاة الشروط القانونية: نصت المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات على أنه: "... كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول..إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".
- انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم بمقابل: وهذا ما أشار إليه المشرع في المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات والتي جاء فيها: "... كل من قام بانتزاع

---

(1) امحمدي بوزينة آمنة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون رقم 09l01، ع 15، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، 2016م، ص437.

(2) طالب خيرة، جريمة الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018م، ص 351.

(3) الأمر66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1996 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها".

- انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من الأحياء أو الأموات دون مراعاة الشروط القانونية: وهو ما ورد في نص المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات والتي جاء فيها: " ... كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ... إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".
- عدم التبليغ عن الاتجار بالأعضاء البشرية: يكون الشخص مسؤولا جزائيا ولو كان ملزما بالسر المهني ما دام المشرع الجزائري قد ألزمه بالتبليغ كالأطباء والصيادلة ...[1].

- **الركن المعنوي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية:**

تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم العمدية، وبالتالي يفترض توافر القصد الجنائي، والذي يكون من خلال الاستيلاء على أعضاء جسد شخص ما وبيعها بمقابل، ويقوم القصد الجنائي على عنصرين هما العلم والإرادة، فالعلم يقتضي وجوب الإحاطة بكافة أركان الجريمة، فالجاني يجب أن يكون على علم بأن فعل الحصول أو الانتزاع أو التوسط فيما يخص الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا هو سلوك مجرم قانونا، أما الإرادة فهي جوهر القصد الجنائي ويقصد به القوة النفسية التي تتحكم في السلوك الإنساني فإذا ما توجهت الإرادة المدركة والمميزة عن علم لتحقيق الواقعة الإجرامية بسيطرتها على المسلك المادي للجريمة وتوجيهها نحو تحقيق النتيجة قام القصد الجنائي[2].

ثانيا: الجزاء المقرر لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وفقا للقانون الجزائري

وضع المشرع الجزائري عقوبات واضحة لمرتكبي جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، سواء كان الجاني شخصا معنويا أو شخصا طبيعيا، وسنتعرض للعقوبات المقررة لكل منهما على النحو التالي:

أ/ العقوبات المقررة للشخص الطبيعي: تناولت المواد من 303 مكرر 16 إلى المادة 303 مكرر 19 العقوبات الأصلية لمرتكبي جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، والتي حددت من

---

(1) أمحمدي بوزينة آمنة، مرجع سابق، ص442.

(2) فرقان معمر، جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل قانون العقوبات الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع10، جوان 2013م، ص131.

1 سنة إلى 10 سنوات ، بحيث يعاقب كل من حصل على عضو بمقابل سواء كان فاعل أصلي أو وسيط بالحبس من 3 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 300000 دج إلى 1.000.000 دج ، ويعاقب بالحبس من 5 إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من نزع عضو من شخص حي أو ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول، أما كل من قام باستئصال أنسجة أو خلايا أو قام بجمع مواد من جسم شخص بمقابل فإنه يعاقب بالحبس من 1 سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000دج.

إلى جانب هذه العقوبات الأصلية تم فرض عقوبات تكميلية، والتي فرق بينها المشرع الجزائري بين الشخص الوطني والأجنبي، فحسب المادة 303 مكرر 22 يطبق على مرتكب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في إحدى صورها المادة 9 من قانون العقوبات مثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية..، أما الأجنبي فهو يخضع لأحكام المادة 303 مكرر 23 والتي تقضي بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب إحدى جرائم الاتجار بالبشر من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة 10 سنوات.

ب/ العقوبات المقررة للشخص المعنوي

نصت المادة 303 مكرر 26 على ما يلي: " يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون.

ويطبق على الشخص المعنوي المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون"، ولقد وضحت المادة 18 مكرر من قانون العقوبات العقوبات الأصلية والتكميلية المقررة للشخص المعنوي، فالعقوبات الأصلية تتمثل في نفس العقوبات المقررة للشخص الطبيعي التي قد تساويها وتصل إلى خمس مرات كحد أقصى، أما العقوبات التكميلية فإنه تطبق عليه واحدة أو أكثر من العقوبات المقررة مثل غلق المؤسسة أو الإقصاء من الصفقات...[1].

خاتمة

في نهاية الدراسة تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها في النقاط التالية:

أولا: النتائج

[1]- بن خليفة إلهام، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع6، يناير 2013م.

- تعد جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من أخطر الجرائم لكونها تهدر كرامة الإنسان.
- تتمثل خطورة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في تعديها للحدود الإقليمية.
- إن تعدد صور ارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية يكشف عن صعوبة إثباتها.

ثانيا: التوصيات

ـ لابد من تحالف الدول ووضع خطط أمنية صارمة للتصدي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

- الاهتمام بالطبقات الفقيرة ومنحهم المساعدات المالية حتى لا يكونو عرضة لاستغلال عصابات الاتجار بالأعضاء البشرية.
- نشر الثقافة والتوعية للتبليغ عن مثل هذه الجرائم واستخدام التكنولوجيا الحديثة في القبض على العصابات، خاصة مع وجود مواقع تروج لهذه التجارة.

- **قائمة المراجع:**

المقالات العلمية:

1. بن خليفة إلهام، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع6، يناير 2013م.
2. فرقان معمر، جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل قانون العقوبات الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع10، جوان 2013م.
3. امحمدي بوزينة آمنة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون رقم 09l01، ع 15، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، 2016م.
4. أسامة غربي، الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة كلية جامعة يحي فارس.
5. إلهام بن خليفة، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع6، 2013م.
6. مبروك فاطيمة ومحمد ذيب، المواجهة التشريعية الدولية لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج 15،ع1، 2020م.
7. فاتح قيش، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الحقيقة، ع 29.

الرسائل العلمية:

1. يوسف بن عبد الله الأحمد، أحكام نقل أعضاء الإنسان، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

2. طالب خيرة، جريمة الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018م.
3. فاطمة صالح الشمالي، المسؤولية الجزائية عن الاتجار بالأعضاء البشرية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2013نم.
4. سارة هلال الساعدي، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018م.

القوانين:

- الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1996 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- القانون المغربي رقم 96/16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها المتمم بمقتضى القانون رقم 05/26.

عملية نزع وزرع ونقل الأعضاء البشرية بين مسؤولية الطبيب ومسؤولية المؤسسة الاستشفائية العمومية المستخدمة

د. أوكال حسين
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. كروري خلود
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

مقدمة

مبدئيا يسوغ المساس بمبدأ حرمة الجسد البشري عندما يتعلق الأمر بأعمال طبية هادفة لإنقاذ حياة الشخص المعني أو غيره،مما يجعل هذا المبدأ يتسم بالمرونة لمجابهة مختلف الأمراض التي تصيب الإنسان، ونتيجة لمفرزات الثورة الطبية بات المستحيل ممكناً، إذ ظهرت أعمال طبية حديثة مثل عمليات نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية .

وقد تيقن المشرع الجزائري بحساسية هذه العمليات من النواحي الطبية و الأخلاقية، مما دفعه إلى تخصيص قسم كامل من النصوص القانونية في القانون رقم 18 - 11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة[1]، يتضمن أحكام

[1] – الجريدة الرسمية لسنة 2018، عدد 46 ، ص 03 .

تتعلق بعمليات نزع وزرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية[1]، وأقر بأن هذه العمليات لا يجب أن تتم إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية[2] المُرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة .

ونظرا لما تكتسيه عمليات نزع وزرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية من دقة وخطورة، فقد ينجم عنها أضرار للمتبرع و / أو للمستقبل، وهنا تُثار مسألة طبيعة المسؤولية القائمة في هذه الحالة ومن يتحملها الطبيب القائم بالعملية أم المؤسسة الإستشفائية العمومية المستخدمة لهذا الطبيب، أي بالأحرى ماطبيعة المسؤولية الناتجة عن عملية زرع ونزع و نقل الأعضاء البشرية ؟ هل هي مسؤولية مدنية أو جزائية أو تأديبية أو إدارية أم تشمل جميع هذه المسؤوليات؟ وإلى أي مدى يمكن تقرير مسؤولية الطبيب و / أو المؤسسة الإستشفائية العمومية عن أخطائهم في عمليات نزع و زرع و نقل الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية ؟ .

وللإجابة على هذه الإشكالية نقسم دراستنا إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول مسؤولية الطبيب عن عمليات نزع وزرع و نقل الأعضاء البشرية، أما المبحث الثاني فنخصصه لدراسة مسؤولية المؤسسة الإستشفائية العمومية المستخدمة للطبيب عن عمليات نزع وزرع ونقل الأعضاء البشرية.

المبحث الأول :مسؤولية الطبيب عن عمليات نزع و زرع الأعضاء البشرية

المسؤولية الناجمة عن الخطأ الطبي ذات طبيعة متنوعة ، فالطبيب المخطئ يمكن أن يجد نفسه أمام عدة مسؤوليات مختلفة قد تكونمسؤولية مدنية (المطلب الأول)، أو مسؤولية جزائية (المطلب الثاني)، أو مسؤولية تأديبية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول: المسؤولية المدنية

سنتناول من خلال هذا المطلب الخطأ كأساس المسؤولية المدنية للطبيب عن عملية نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية (الفرع الأول)، و كيفية إثبات الخطأ الطبي في هذه العملية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الخطأ كأساس المسؤولية المدنية للطبيب

---

[1] – و بالضبط من المادة 355 إلى المادة 367 .

[2] – تجدر الإشارة إلى ان هذا الصنف من المؤسسات الصحية لم يرد ضمن قائمة المؤسسات العمومية للصحة التي جاءت بها المادة 298 من القانون رقم 18 – 11 المتعلق بالصحة (المذكور أعلاه)، و بالتالي فهي ليست مؤسسة عمومية ذات تسيير خاص بمفهوم المادة 297 من نفس القانون و كذلك القانون رقم 88 – 01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 م المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية(الجريدة الرسمية لسنة 1988 م، عدد 02 ، ص 30)، و إنما هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري خاضعة لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 07 – 140 المؤرخ في 19 ماي 2007 المتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الإستشفائية و المؤسسات العمومية للصحة الجوارية و تنظيمها وسيرها (الجريدة الرسمية لسنة 2007، عدد 33، ص 10) .

للخطأ الطبي عدة أنواع منها الخطأ العادي ، و الخطأ الفني ، الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير ، الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي.

فالمقصود بالخطأ العادي في المجال الطبي هو الخطأ الذي يرتكبه الطبيب ولا يتصل بالأصول العلمية والفنية لمهنة الطب، أما الخطأ الفني فيقصد به الخروج عن القواعد العلمية التي تحكم مهنة الطب، ونظرا لتعذر التمييز بين أخطاء الأطباء العادية و الفنية في الكثير من الحالات ، أصبح من العسير وصف الخطأ بالعادي أو الفني، حيث بات يفرق بين أخطاء الأطباء الجسيمة و اليسيرة ، فالخطأ الجسيم هو الذي يبلغ حدا من الجسامة أو الإهمال أو عدم التبصر الذي يجعل له أهمية خاصة، أما الخطأ البسيط فـــهو الخطأ قــليل

الأهمية نظرا لعدم أهمية الضرر الذي وقع بسببه لكونه بسيط و غير مؤثر في صحة المريض[1].

أما بخصوص التفرقة بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي، ففي غالب الأحيان يرتبط الخطأ الشخصي بالخطأ المرفقي إرتباط وثيق[2]، فيصعب تحقيق المسؤولية الشخصية للطبيب نتيجة لخطئه الشخصي و يرجع ذلك إلى السياسة القضائية حول اعتبار خطأ الموظف خطأ شخصيا أم مرفقيا[3].

وقد أخذ المشرع الجزائري بمعيار التفرقة بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي[4]واعتبر الخطأ شخصيا إذا أمكن فصله عن الوظيفة سواء كان هذا الفصل ماديأو معنويا[5]، حيث نصت المادة 31 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة رقم 03/06 على أنه : " إذا تعرض الموظف لمتابعة قضائية من الغير بسبب خطأ في الخدمة، يجب على المؤسسة أو الإدارة العمومية التي ينتمي إليها أن تحميه من العقوبات المدنية التي تسلط عليه ما لم ينسب إلى هذا الموظف خطأ شخصي يعتبر منفصلا عن المهام الموكلة له "، فالطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الشخصي، و الخطأ يعتبر

---

[1] شعلال نبيل، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العمومية ، مجلة القانون و المجتمع ، جامعة أحمد دراية أدرار، ، العدد 02 ،المجلد 09، 2021،ص.ص339، 340

[2]Manuel Gros، droit administartif ،05ème édition،L'harmattan ، Paris ، 2014 ، P. 273

[3] فيصل شطناوي ،فيصل شطناوي، "الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضد الإدارة و إشكاليات التنفيذ" ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية ، بدون عدد ، المجلد 43، ملحق01 ، 2016، ص. 516

[4] ذهب القضاء الإداري الفرنسي في أول الأمر إلى الفصل بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي، و بين مسؤولية الموظف عن خطئه الشخصي ومسؤولية الإدارة عن خطأها المرفقي ومطالبتهما معا أو على إنفراد بالتعويض عن الأضرار التي أصابت الغير ، فيكون الضرر مصدره إما خطأ شخصي يسأل عنه الموظف أو خطأ مرفقي تسأل عنه الإدارة، غير أن هذا الفصل لم يخدم مصلحة المحكوم له ، فإذا أصابه خطأ شخصي غالبا ما يواجه عقبة إعسار الموظف وهو مايحرمه من الحصول على التعويض ، ومن هنا كان السعي بقبول مسؤولية الإدارة عن الأخطاء الشخصية في أحول معينة، مشار إليه لدى هنية أحميد ، "المسؤولية المدنية للإدارة العامة عن أعمالها المادية" ، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، العدد 03، مارس 2006، ص.ص. 109، 110

[5] حمدون ذوادية، تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في القانون الجزائري ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2015 ، ص. 399

شخصيا إذا كان العمل الصادر متميزا بطابع شخصي، أما إذا كان العمل الصادر غير متميز بطابع شخصي و ينم عن موظف عرضة للخطأ و الصواب فإن الخطأ في هذه الحالة يكون مصلحيا، فالعبرة بالقصد الذي ينطوي عليه الطبيب وهو يؤدي واجبات وظيفته، فكلما قصد الإضرار كان خطؤه شخصيا يتحمل هو تبعته، وكذلك كلما كان الخطأ جسيما[1]، و في كل الأحوال يلعب القاضي دورا هاما في تحديد نوع الخطأ شخصيا كان أو مرفقيا و كذا تحديد درجته جسيم أو بسيط[2].

وغالبا ما يتم تعريف المسؤولية المدنية على أنها الالتزام بإصلاح الضرر الذي لحق بالغير[3]، و بهذا يعد الضرر أحد شروط قيام المسؤولية المدنية ووجوده يكون سابق قبل نشأة الحق في الإصلاح[4]، وهو ما جاء به المشرع في نص المادة 124 من القانون المدني التي تنص على أن : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، وقد ضمن المشرع الجزائري هذه المادة في القسم الأول المعنون بـ : " المسؤولية عن الأفعال الشخصية "، والمندرج ضمن الفصل الثالث المعنون بـ : " العمل المستحق للتعويض ".

حيث عرف الخطأ الطبي بأنه : "ما ينجم عن عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته ، والذي يحتوي في طياته طبيعة تلك الالتزامات للطبيب ، والتي منشؤها ذلك الواجب القانوني بعدم الإضرار بالغير، بل المرجع فيها إلى القواعد المهنية التي تحددها وتبين مداها."[5]

وعليه يشمل الخطأ الطبي على عنصرين أساسيين، الأول مخالفة القواعد و الأصول العلمية الطبية التي تفرضها عليه مهنته وقت تنفيذ العمل الطبي ، و المقصود بالأصول الطبية في علم الطب، هي تلك الأصول والقواعد المتعارف عليها بين أسرة الأطباء نظريا و علميا ، والتي يجب على كل طبيب أن يلم بها وقت قيامه بالتدخل الطبي، أما الثاني، فهو الإخلال بوجبات الحيطة و الحذر ، و المقصود بها خروجالطبيب عن القواعد العامة للحيطة وحسن التقدير التي تسري على كل مهنة.[6]

وإسقاطا على موضوع بحثنا فالمسؤولية المدنية للطبيب المكلف بعملية زرع و نـقل الأعضاء البشرية هي

---

[1] سليمان محمد الطماوي القضاء الإداري، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث ، دون طبعة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1995، ص 29 .

[2] Manuel Gros، op cit، P.P. 315 ،316

[3] Gaelle Rabut-Bonaldi،Le préjudice en droit pénal ، thèse de doctorat ، Université de Bordeaux ، 17 0ctobre 2014 ، P. 347

[4] Eve Matringe، la réforme de la responsabilité civile en droit suisse، modèle pour le droit français ،thèse doctorat، Université de Strasbourg، 2010، P.324

[5] كريم عشوش ، العقد الطبي ، دار هومة ، الجزائر، 2011 ، ص.172

[6] هدى حاوش ، أساس المسؤولية الطبية القائمة عن عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية،جامعة البليدة 02 ،العدد 11، جانفي 2017 ، ص.ص 140، 141.

تعويض المريض لما حل به من أضرار مادية أو معنوية أو أدبية بسبب خطئه الطبي والدعوى المدنية التي يرفعها المريض المتضرر أو ذويه هي وسيلة للحصول على التعويض.

وقد اختلف الفقه والقضاء حول تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية :

فبالنسبة للمسؤولية العقدية للطبيب، تنشأ عند إخلال الطبيب المكلف بعملية زرع الأعضاء البشرية للعقد المبرم مع المتبرع أو المستقبل للعضو، وبالتالي تحمله المسؤولية المدنية، فبالرجوع إلى نص المادة 106 من القانون المدني، نجدها تنص على أن: العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ويجب تنفيذه وبحسن نية.

ومن الصعب تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي، طالما أن القانون المدني لم يتضمن أحكاما خاصة به، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، من غير الممكن مماثلته بالعقود المعروفة، ومن ثم فالعقد الطبي هو عقد غير مسمى، تنصرف خصائصه إلى معرفة التزام الطبيب في مواجهة المريض، وتتجلى طبيعته في أنه عقد شخصي و مستمر و عقد ملزم للجانبين، وعقد مدني قابل للإبطال [1].

أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، فهي تعتمد على فكرة الخروج عن المعايير العامة المقررة للسلوك الإنساني، ويشترط فيها توافر ركن الخطأ الثابت والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ و الضرر، بحيث يتعين على المضرور سواء كان متبرع أو مستقبل أو ذوي الحقوق(الدائن) أن يثبت أن مرتكب الفعل الضار (المدين) قد أخل بالتزام قانوني، بأنه انحرف عن السلوك المعتاد المألوف للشخص العادي فألحق به ضررا سواء كان المدين شخصا طبيعيا أو معنويا.

حيث نجد أن المسؤولية التقصيرية للطبيب قد قضت بها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 03 جويلية 1969 بأنه لا يمكن مساءلة الطبيب في المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، فالواقع أن المريض الذي قدم للعلاج بالمستشفى و تطلب وضعه الصحي زرع عضو بشري له ، ليس هو من اختار الطبيب المكلف بذلك ، حتى يمكننا القول بوجود عقد بينهما، و نفس الشيء بالنسبة للشخص المتبرع بالعضو محل الانتزاع والزرع، كما لا يمكننا القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى المختصة بالعملية وبين أطبائها، لأن ما يربط الطبيب المعالج والمكلف بعملية انتزاع العضو البشري وزرعه هي علاقة تنظيمية باعتباره موظفا و ليس تعاقدية[2].

---

[1] نذير عميرش ، المسؤولية الناتجة عن عملية زراعة الأعضاء البشرية ، مجلة الشريعة و الاقتصاد ، الجامعة العلوم الإسلامية ، الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد 02 ، المجلد 01، ديسمبر 2012، ص.455

[2] نذير عميرش، المرجع السابق ، ص . 457

وفي هذا الشأن وضع المشرع الجزائري ضوابط معينة يتقيد بها الأطباء لزاما قبل الشروع في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، و كل خروج عن هذه القيود يعتبر خطأ يقيم مسؤولية الطبيب المدنية[1]:

-**عدم الالتزام بالتبصير:** و تعني ضرورة إحاطة المريض والمتبرع علما بكافة المعلومات الأساسية المتصلة بنوعية التدخل الطبي وطبيعة العلاج المراد إخضاعه له، و المخاطر المحتملة وإلا أعتبر مخطئا[2]، و هو ما نصت عليه الفقرة 07 من المادة 360 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة(المذكور أعلاه)، وكذا الفقرة 04 من المادة 364 من نفس القانون.

وعليه فمتى انفرد الطبيب الجراح بالعلاج والجراحة على جسم المستقبل أو المتبرع دون التبصير اللازم عرض نفسه للمسائلة المدنية.

-**عدم الحصول على رضا المريض:** تقام مسؤولية الطبيب على أساس خطئه المتمثل في إخلاله في الحصول على رضا الأطراف و ذلك في حالة استئصال عضو من جسم المتبرع الحي دون أن يبدي هذا الأخير موافقته الصريحة و الكتابية على ذلك أو عند القيام بعملية الزرع دون الأخذ برضا المستقبل[3] ، وفقا لنص المادة 360 (فقرة 04)، والمادة 364 من القانون رقم 18-11 (المذكور أعلاه)، إلا في حالة الاستعجال والتي يستحيل فيها التعبير عن الإرادة، إذ يجوز للطبيب التدخل بالعمل الجراحي لزرع العضو من دون موافقة، ذلك أن كل تأخير أو تأجيل قد يؤدي إلى فقدان حياة.

-**عدم مشروعية الغرض من الاستئصال:** لا يمكن القيام بعملية انتزاع الأعضاء من أشخاص أحـــياء إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية [4]، وبالتالي يعتبر خطأ كل استئصال لأعضاء رغم كونها سليمة لا تحتاج إلى هذا النوع من العمليات ، وهو ذات الشأن بالنسبة لعملية الزرع إذ بالرجوع إلى نص المادة 355 من القانون رقم 18-11 نجد أن المشرع قد أقر على أنه لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة و الخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

---

[1] هدى حاوش ، المرجع السابق ، ص . 143 و مابعدها

[2] أشواق زهدور ، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الإتجار بها ، مجلة دفاتر السياسية و القانون ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد الرابع عشر، جانفي 2016، ص.109

[3] إيمان أوسعيدان ، أحكام نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية في قانون الصحة الجديد ، مجلة القانون الدولي و التنمية ، جامعة بشار ، العدد 02، المجلد 07 ، سنة 2019 ، ص . 36

[4] لينة بوزيتونة ، الضوابط القانونية لعملية نزع و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء دراسة تحليلية على ضوء القانون 18-11 ، مجلة المستقبل للدراسات السياسية و القانونية ، معهد الحقوق و العلوم السياسية ، المركز الجامعي أفلو ، العدد 01، المجلد 04 ، جوان 2020 ، ص. 47

-**عدم إجراء عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية في الأماكن المرخص لها:** لا يجوز إجراء عمليات استئصال الأنسجة و الأعضاء و لا زرعها إلا في المستشفيات التي يحددها وزير الصحة ، فبحكم خطورة هذه الممارسات كان من الضروري إحاطة هذه العمليات بضمانات تكفل إحترام القيم الإنسانية تحسبا لأيانحرافات طبية تتعارض و الصبغة الأخلاقية ، و كل خروج عن هذا الإطار بإجرائها في عيادات خاصة يعد خطأ تقام عليه المسؤولية.

فلقد نصت جل التشريعات على ضرورة أن يتم إجراء عملية النقل و الزرع في أماكن مخصصة و منها القانون رقم 18-11 المذكور أعلاه حيث نصت المادة 336 منه على ؛ " لايمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة ، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء "[1] .

-**إشتراط مبالغ مالية أو منفعة مقابل عضو:** يعتبر خطأ كل فعل يؤدي للحصول على عضو أو نسيج أو خلية مقابل مبلغ مالي أو أي منفعة مهما كانت طبيعتها ، و جاء تأكيد هذا المبدأ في القرار الوزاري رقم 387 المؤرخ في 31 جولية 2006 المتعلق بالتجاري الطبية على الإنسان ، وذلك في المادة 16 منه بقولها لا يمنح أي مقابل مالي بشكل مباشر أو غير مباشر لكل من قبل بالخضوع للتجارب إلا فيما يخص المصاريف التي تحملها الخاضع لهذه التجارب[2].

كما أكده المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 358 من القانون رقم:18-11(المذكور أعلاه)، وأضافت المادة 367 منه أيضا أنه لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزع و الممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية أي أجر عن العمليات.

الفرع الثاني : إثبات الخطأ الطبي

أيا كانت طبيعة المسؤولية الطبية ، فإن ذلك لا يؤثر في تحديد المكلف بعبء إثبات الخطأ الذي أدى إلى قيامها، ولكن إثبات الخطأ بوجه عام يتوقف على طبيعة الالتزام، أهو التزام ببذل عناية لازمة أو التزام بتحقيق نتيجة محددة.

في حالة إهمال المدين (الطبيب) في بذل العناية اللازمة يصبح لزاما على الدائن (المريض) إثبات خطأ المدين، وهو الأمر الذي يرتب على عاتق المريض الذي يدعي حصول الضرر أن يثبته بانحراف الطبيب في سلوكه عن سلوك طبيب وسط من نفس مستواه المهني، حيث يجب على المريض أن يثبت من جانب الطبيب إهمالا معينا، فإذا أثبت

---

[1] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 29 يوليو 2018 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية عدد 46

[2] أحمد عمراني ، المسؤولية الطبية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء بين حرمة جسم الإنسان ومقتضيات العلاج، حوليات كلية الحقوق، جامعة محمد بن أحمد وهران ، العدد 02 ، ديسمبر 2017، ص.47

ذلك كان إثباتا لخطأ، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذ التزامه وتقاعسه في بذل العناية يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فتنقطع العلاقة السببية و تنتفي معه المسؤولية[1] .

أما بالنسبة لمسؤولية الطبيب في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة قائمة على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، ذلك أن الطبيب حتى يفلت من المسؤولية لا يمكن إثبات أنه لم يرتكب خطأ، فمجرد عدم تحقق النتيجة يعتبر خطأ، ولا يكون أمامه سوى نفي مسؤوليته عن طريق نفي العلاقة السببية بين فعله والضرر الذي لحق المريض، وذلك بإثبات السبب الأجنبي، وتتوفر لدى القاضي في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة قرينة بسيطة غير قابلة لإثبات العكس، وهي أن الطبيب قد أرتكب خطأ يستلزم قيام مسؤوليته، فعند تحقق النتيجة اللازمة يجعل من المفترض وجود خطأ في جانب الطبيب، وأن عليه إن شاء الإفلات من المسؤولية أن ينفي تسببه في هذا الخطأ [2].

حيث تظهر أهمية التوسع في الالتزامات الطبية بتحقيق نتيجة في مجال إثبات الخطأ الطبي المدعى به، من حيث المضمون، وكذا من حيث عبء الإثبات ، فمن حيث المضمون فإن المسؤولية المدنية للطبيب قوامها الخطأ، ولكن هذا الخطأ يتجسد ويفترض إذا لم تتحقق النتيجة المتفق عليها، وعلى هذا فإن المريض المضرور غير مطالب بإثبات وجود الخطأ و لكنه مطالب بإثبات وجود إلتزام، وعدم تحقق نتيجة، ومن هنا يتضح جليا أن هذه المهمة أسهل من إثبات الخطأ في جانب الطبيب من المريض، وهكذا يمكن القول أن التزام الطبيب بتحقيق نتيجة يؤدي إلى تخفيف عبء إثبات الخطأ على المريض المضرور.[3]

وبالرجوع إلى المادة 323 من القانون المدني، فإن على الدائن (المريض) إثبات الإلتزام و على المدين (الطبيب) التخلص منه، ذلك أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي شيئا خلافا للحالة الطبيعية والعادية للأشياء، ولما كان الوضع العادي هو عدم المساس بجسم الإنسان، فإن الطبيب و هو يخالف هذا الوضع أن يثبت ما يبرر تدخله من توفر الرضا و الإعلام بالمخاطر .

و يمكن إعتبار المادة السابقة سند لجعل المريض يتحمل إثبات الخطأ الطبي عامة ، والإخلال بالالتزام بالإعلام خاصة، على أساس أن المريض هو الدائن بالإلتزام، غير أنه ووفقا لهذه المادة لا يقع على عاتق الدائن سوى إثبات وجود إلتزام ، و إن كانت المادة لم تشر المقصود من الإلتزام، هل هو إلتزام قانوني أو إتفاقي ، فربما ذلك راجع على

---

[1] سايكيوزنة ، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة تيزي وزو ، 2011 ، ص. 58

[2] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ،الخطا المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية (دراسة قانونية مقارنة)، منشورات الحلبي القانونية، لبنان ، 2007، ص. 2014

[3] هدى حاوش، المرجع السابق، ص.ص149، 150

أن الإلتزام الذي يحتاج إلى إثبات هو الإتفاقي، أما القانوني فهو في غنى عن إثبات وجوده، مادام القانون هو الذي أوجده، وبإعتبار أن الإلتزام الواقع على عاتق الطبيب بإعلام مريضه هو إلتزام قانوني فإن الدائن المريض لايقع عليه عبء إثبات وجود الإلتزام ، إنما يقع على الطبيب المدين إثبات التخلص منه.[1]

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية

تقوم المسؤولية الجزائية بصفة عامة عند قيام شخص بفعل يجرمه القانون أو يمتنع عن فعل يوجب القانون القيام به، فتقوم المسؤولية الجزائية للطبيب عند إخلاله بالتزام أو واجب تفرضه عليه الأنظمة المتعلقة بمهنة الطب والتي من ضمن أهدافها حماية مصلحة الطبيب من جهة ومصلحة المريض من جهة أخرى، وفيما يلي سنتناول أركان المسؤولية الجزائية للطبيب (الفرع الأول)، والعقوبات المقررة في حالة قيام هذه المسؤولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أركان المسؤولية الجزائية للطبيب

شهدت قواعد المسؤولية الطبية تطورا ملحوظا، فبعد أن كانت مسؤولية الطبيب تقوم على الأخطاء العمدية أصبحت تقوم كذلك في حالة الإهمال والخطأ الجسيم، وأصبح التزام الطبيب التزاما ببدل عناية لا بتحقيق نتيجة باستثناء بعض الحالات، ولتحقق المسؤولية الجزائية للطبيب عن خطأه الطبي لابد من توافر ثلاث أركان ضرورية هي : الخطأ الطبي، النتيجة، العلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة.

أولا – الخطأ الطبي المُرتب للمسؤولية الجزائية

كما سبق بيانه عند التطرق لتعريف الخطأ الطبي المرتب للمسؤولية المدنية، فإن الخطأ الطبي التي تقوم على أساسه المسؤولية الجزائية للطبيب هو ذلك الفعل الذي يرتكبه الطبيب و يكون مجرم بنص القانون.

فالخطأ الطبي في مجال المسؤولية الجزائية يقوم على معيارين، معيار الخطأ العادي، ومعيار الخطأ المهني، فالأول هو ما يرتكبه الطبيب عند مزاولته لمهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لمهنة الطب، أما الثاني فهو الذي يرتبط بالقواعد الطبية والأصول المهنية التي تحكم مهنة الطب، غير أن الرأي الراجح يذهب إلى القول بأن المعيار المختلط هو المعيار الأنسب الذي يقاس به سلوك الطبيب المخطئ، مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به ، فإذا أنحرف عن سلوك الطبيب العادي عد مخطئا .

ثانيا–الضرر والعلاقة السببية في مجال المسؤولية الجزائية للطبيب

[1] سايكي وزنة، المرجع السابق، ص. 72

- **الضرر** : يعرّف الضرر في مجال المسؤولية الجزائية للطبيب بأنه : " حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض وقد يستتبع ذلك نقص في حالة المريض أو معنوياته أو عواطفه "[1]، فمفهوم الضرر باعتباره عنصر من عناصر قيام المسؤولية الجزائية يختلف في مضمونه عن الضرر في بقية الالتزامات بتحقيق نتيجة، ذلك أن المبدأ في إلتزام الطبيب هو التزام ببذل عناية الطبيب العادي في نفس الظروف والأحوال.

ب- **العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر**:العلاقة السببية في الأعمال الطبية شديدة التعقيد من حيث وجودها و قيامها نظرا لما يتميز به الجسم الإنساني من النواحي الفيزيولوجية والتشريحية الوظيفية وتغير حالاته المرضية، حيث تتعدد أسباب حدوث الضرر أحيانا عند المريض، و تتداخل تلك الأسباب أحيانا أخرى، أو قد يكون مصدر ذلك الضرر أشخاصا آخرين أو متعددين كما قد يكون سببه المريض ذاته ، غير أن الفقه والقضاء استقرا في مسألة تعدد الأسباب على نظرية السبب المنتج أو الفعال، ومفادها أنه إذا تعددت الأسباب المؤدية للضرر و تداخلت فإنه يجب إجراء عملية فرز الأسباب والتفرقة بين الأسباب الفرضية والأسباب المنتجة، حيث تعتبر هذه الأخيرة وحدها سبب الضرر، ويكون السبب منتجا إذا كان يؤدي عادة بحسب المجرى العادي للأمور إلى وقوع مثل الضرر الذي وقع [2].

الفرع الثاني : العقوبات المقررة في حال قيام المسؤولية الجزائية للطبيب

لما كانت القاعدة العامة تنص على أنه لا يجوز مساءلة أي شخص جزائيا عن عمل قام به مالم يكن هذا العمل مجرم بنص القانون[3]، فإنه لا يجوز مساءلة أي شخص عن عمل قام به إلا إذا كان فعله هذا معاقب عليه قانونا، وهو الأمر الذي جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 239 من القانون رقم 85 – 05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها بقوله: " يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه ، خلال مهامه أو بمناسبة القيام بها، و يلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته "[4].

---

[1] منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2004 ، ص. 55

[2] أشواق زهدور ، المرجع السابق، ص . 119

[3] تنص المادة 01 من قانون العقوبات على أنه: " لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون " .

[4] تنص المادة 288 من القانون رقم 06-23 على أنه : كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم إحتياطه أو عدم إنتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار جزائري".

وتنص المادة 299 من نفس القانون على أنه : إذا نتج عن الرعونة عدم الإحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة ثلاث اشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة مالية من 000. 20 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

حيث تجدر الإشارة أنه قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009 لم تكن توجد نصوص جزائية خاصة تجرّم الحصول على الأعضاء البشرية و الأنسجة و الخلايا البشرية بطرق غير مشروعة، و إنما كانت هناك فقط نصوص جزائية منصوص عليها في قانون حماية الصحة و ترقيتها، وهي نصوص خاصة بسلك الأطباء فقط تجرم انتزاع الأعضاء البشرية دون احترام الضوابط الخاصة بذلك، حيث تحيل هذه النصوص الجزائية تطبيق مواد قانون العقوبات المتعلقة بحماية حياة الأفراد، وذلك طبقا للمادتين 288 و 289 من قانون العقوبات وذلك كالأتي:

أ- **الأفعال التي تحمل وصفا جنحيا** : وهي جنحة الضرب أو الجرح التي نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 264 من قانون العقوبات، جنحة إعطاء مواد ضارة (المادة 275 من نفس القانون) وكذا جنحة القتل الخطأ (المادتين 39 و 288 من نفس القانون) .

ب- الأفعال التي تحمل وصفا جنائيا : توجد صور عديدة في قانون العقوبات تحمل وصفا جنائيا و منها، الضرب والجرح المؤدي إلى عاهة مستديمة الفعل المنصوص و المعاقب عليه في نص المادة 264 من قانون العقوبات ، جناية القتل العمد المنصوص عليها في المادة 254 من نفس القانون، جناية القتل دون قصد إحداثها و المنصوص عليها في نص المادة 264 من قانون العقوبات .

غير أنه و بعد تعديل قانون العقوبات سنة 2009 فرّق المشرع الجزائري حين استحداثه**لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية** بين المسؤولية الجزائية المترتبة عن انتزاع الأعضاء البشرية، وبين تلك المترتبة عن انتزاع الخلايا والأنسجة البشرية [1].

حيث استحدث جنحة الحصول من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وجنحة التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم الإنسان وقد حددت العقوبة بالحبس من ثلاث سنوات (03) إلى عشر سنوات (10) وبغرامة مالية من 300.000 دج إلى 1 .000.000، وكذا جنحة إنتزاع عضو من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ، و جنحة إنتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول و حدد عقوبة هاتين

[1]وفي هذا الشأن أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 2004 القرار رقم 156/59 و الذي تناول الإتجار بالأعضاء البشرية في سياق الجريمة المنظمة عبر الوطنية ، و في هذا الإطار حثت الجمعية العامة الدول الأعضاء في إتخاذ التدابير اللازمة لمنع و مكافحة و معاقبة إستئصال الأعضاء البشرية و الإتجار بها على نحو غير مشروع .(أنظرأسامة غربي ، الاتجار بالأعضاء البشرية ، مجلة دراسات و أبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة ، العدد 05 ، ديسمبر 2011، ص. 188

الجريمتين بالحبس من خمس سنوات (05) إلى عشر سنوات (10) و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج[1].

كما أضاف المشرع جنحة إنتزاع أنسجة و خلايا أو جمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وجنحة التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص، وحددت عقوبتها من سنة (01) إلى خمس سنوات (05) و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج [2].

وفي نفس السياق كيف المشرع الجزائري فعل إنتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ، و فعل إنتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول ، على أنهما يشكلان جنحة وحدد عقوبتهما بالحبس من سنة (01) إلى خمس سنوات (05)، و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج[3] .

هذا وقد نصت المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات رقم 09-01 على أنه يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 بالحبس من خمس سنوات (05) إلى خمسة عشر سنة (15) وبغرامة مالية من 500.000 إلى 1.500.000 دج ، إذا أرتكبت الجريمة مع توافر أحد الحالات الآتية، إذا كانت الضحية قاصر أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية، إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته إرتكاب الجريمة، إذا أرتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد بإستعماله، إذا أرتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

ويعاقب بالسجن من عشر سنوات (10) إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج على إرتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 17 ،

إذا أرتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المنصوص عليها في الفقرة أعلاه من هذه المادة .

و إرتباطا بما سبق ، فإن المشرع حرم الأشخاص المدانين لإرتكابهم الأفعال المجرمة ذات صلة بالإتجار بالأعضاء من الإستفادة من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات [4]، وتطبق عقوبة أو أكثر من

---

[1]أنظرالمادة 303 مكرر 17 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم) .

[2]أنظرالمادة 303 مكرر 18 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[3]أنظرالمادة 303 مكرر 19 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[4]أنظرالمادة 303 مكرر 21 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من القانون رقم 06-23 على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لإرتكابه جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء[1] ، و كذلك القضاء بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب إرتكابه إحدى جرائم الإتجار بالأعضاء من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة عشر سنوات (10) على الأكثر[2] .

وقد أعفى المشرع الجزائري من العقوبة المقررة لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عنها ، إذا كان التبليغ قد حصل قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها[3]، أما إذا تم الإبلاغ بعد تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية، أو إذا مكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة ، فإن العقوبة تخفض إلى النصف[4] .

أما من علم بإرتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك فعقوبته الحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات و بغرامة مالية من 000. 100 دج إلى 500.000 دج، وفيما عدى الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة، فإنه لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب و حواشي و أصاهر الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة[5].

المطلب الثالث: المسؤولية التأديبية

بعدما تم تسليط الضوء على المسؤوليتين المدنية والجزائية الناتجتين عن عمليات زراعة الأعضاء البشرية نتناول في هذا المطلب المسؤولية التأديبية التي يتحملها الطبيب لدى قيامه بعمليات نزع وزرع ونقل الأعضاء البشرية،حيث نقسمه إلى فرعين، وذلك بإعطاء تعريف للمسؤولية التأديبية للطبيب (الفرع الأول)، ثم بيان السلطة المكلفة بالتأديب (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف المسؤولية التأديبية للطبيب

[1]أنظرالمادة 303 مكرر 22 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[2]أنظرالمادة 303 مكرر 23 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[3]أنظرالمادة 303 مكرر 24فقرة1من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[4]أنظرالمادة 303 مكرر 24فقرة2 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[5]أنظرالمادة 303 مكرر 25 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

تعرّف المسؤولية التأديبية للطبيب على أنها:" المسؤولية التي تهدف إلى كفالة حسن سير العمل العلاجي في المستشفيات، وسيلتها في ذلك عقاب الطبيب الذي يخل بشرف المهنة وبواجبات مهنته وبالمبادئ والقيم المعنوية التي يفرضها العمل الطبي وأخلاقيات مهنة الطب"[1].

و يتمثل أساس هذه المسؤولية في الخطأ الذي يرتكبه الطبيب داخل المؤسسة الإستشفائية العامل بها مثله مثل الجريمة التي تعتبر أساس المسؤولية الجزائية، و كذا الخطأ التقصيري الذي يعد كأساس المسؤولية المدنية[2]، فالطبيب لا يسأل تأديبيا إلا إذا ارتكب جريمة تأديبية، فتقوم هذه الأخيرة، وبالتالي المسؤولية التأديبية للطبيب بتوافر ركنيين أساسيين، الركن المادي والمتمثل في الفعل الذي يرتكبه و الذي يخالف به واجباته[3]، أي إخلال الموظف بما يقره القانون [4]، والركن المعنوي والمتمثل في أن يصدر الفعل الخاطئ عن إرادة آثمة وهي وحدها التي تجعل الطبيب مذنبا يستحق المساءلة[5].

وفي هذا الشأن نصت الفقرة الثانية من المادة 347 من القانون رقم 18-11(المذكور أعلاه) على أنه:" دون الإخلال بالمتابعات المدنية والجزائية، تعرض المخالفات للواجبات المحددة في هذا القانون و كذا قواعد الأدبيات الطبية ، أصحابها لعقوبات تأديبية ".

الفرع الثاني : السلطة المكلفة بالتأديب

[1]كريم عشوش ، المسؤولية التأديبية للطبيب العامل بالقطاع الخاص ، مجلة معارف ، جامعة البويرة ، العدد 21 ، ديسمبر 2016 ، ص. 110

[2]سعيد طربيت ، السلطة التأديبية للمستخدم في ظل قانون علاقات العمل ، دون طبعة ، دار الهومة ، الجزائر ، 2013، ص. 15

[3]كمال رحماوي، تأديب الموظف العام في القانون الجزائري، دون طبعة، دار هومة ، الجزائر، 2004 ، ص. 28

[4]صلاح علي علي حسن، ضمانات السلطة التأديبية لصاحب العمل، دراسة مقارنة، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2012 ، ص. 32

[5]سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث ، دون طبعة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1995 ، ص. 74

يضطلع المجلس الـــوطني للآداب الطبية والمجالس الجهوية للآداب الطبية بالسلطة التأديبية والعقابية وثبت في المخالفات المتعلقة بقواعد الآداب الطبية وأحكام القانون [1]، و في هذا السياق أحال القانون رقم 18-11 مسألة العقوبات التأديبية المترتبة عن المخالفات ذات الصلة بقواعد الآداب الطبية على المرسوم المتضمن قانون الآداب الطبية .

و بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، نجد أنه قد بين في بابه الأول قواعد أخلاقيات الطب والتي تعني مجموع المبادئ والقواعد و الأعراف، التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها، وأن يستلهمها في ممارسة مهنته[2]، حيث يدخل الفصل في المخالفات المرتكبة من قبل هؤلاء الأشخاص ضمن اختصاص الجهات التأديبية التابعة لمجالس أخلاقيات الطب.

كما حدد المرسوم التنفيذي 92-276 العقوبات التأديبية التي بإمكان المجلس الجهوي اتخاذها وهي الإنذار والتوبيخ واقتراح المنع من ممارسة المهنة و/ أو غلق المؤسسة على السلطات الإدارية المختصة، ولكل عقوبة أثرها على حق الانتخاب المكفول لكل طبيب في الفروع النظامية و لمجالس أخلاقيات الطب، كما أن إجراءات التأديب، والطعن في العقوبات التأديبية فصلها ذات المرسوم في أحكامه[3] .

المبحث الثاني : مسؤولية المؤسسة الاستشفائية العمومية عن عملية نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية

بعدما خلصنا إلى بيان مسؤولية الطبيب عن عمليات نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة المسؤولية الإدارية للمؤسسة الإستشفائية العمومية عن عملية نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية (المطلب الأول) ، ثم بيان المسؤولية الجزائية للمؤسسة الإستشفائية العمومية عن عملية نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية(المطلب الثاني).

---

[1]حول إنشاء و تشكيل صلاحيات المجلس الوطني للآداب الطبية و المجالس الجهوية للآدابالطبية ، أنظرالفقرة 02 من المادة 267 من القانون رقم 90-17 المعدل و المتمم للقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

أنظر الفقرة الأولى من المادة 347 من القانون رقم 18-11

[2]المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق ل 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52 ، الموافق ل 08 يوليو 1992.

[3]أنظر المود210 إلى 216 ، و كذا المادتين 219 و 220 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276

المطلب الأول : المسؤولية الإدارية

سنتناول في هذا المطلب أساس المسؤولية الإدارية للمؤسسة الإستشفائية العمومية (الفرع الأول) ، ثم آثار قيام المسؤولية الإدارية لهذه المؤسسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس المسؤولية الإدارية للمؤسسة الإستشفائية العمومية

منح المشرع لكل من تضرر من خطأ طبي الحق في رفع دعوى التعويض على أساس المسؤولية الإدارية، إذا لحقه ضرر[1]، وقد نشأت المسؤولية الإدارية بمناسبة قرار "بلانكو" الشهير، حيث أصبحت المسؤولية التي تتحملها الدولة نتيجة الأضرار التي يلحقها أعوان المرفق العام بالأفراد غير خاضعة لمبادىء القانون المدني، و هي ليست عامة أو مطلقة و إنما لها قواعدها التي تتغير حسب مقتضيات المرفق العام[2]، و عرفت بأنها الإلتزام الذي يقع نهائيا على عاتق شخص عام بتعويض ضرر أصاب شخصا أخر نتيجة لأعماله أو بسببها[3]،و يقصد بأساس المسؤولية السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر على عاتق شخص معين، أي أنها الأسباب التي تجعل التشريعات تقيم الإلتزام بتعويض الضرر الذي يصيب الغير[4]، فتكون الإدارة مسؤولة عن أعمالها المادية و القانونية و ما ترتبه هذه الأعمال من أضرار تجاه الغير، فيحق لأي شخص مطالبة الإدارة بالتعويض عما أصابه من ضرر، و يتأسس هذا التعويض في الأصل على فكرة الخطأ الإداري، وإلى جانب هذا الأساس الأصلي يوجد أساس تكميلي لمسؤولية الإدارة و الذي يتمثل في أن مسؤولية الإدارة بالتعويض من الممكن أن تتحقق حتى دون انضواء العمل الإداري على معنى الخطأ، بل لحالات وشروط محددة، وتقوم المسؤولية في هذه الحالة على أساس فكرة العدالة، فمن العدالة أن يعوض المضرور رغم نشاط الإدارة المشروع ، وتسمى هذه الحالة بالمسؤولية الإدارية دون خطأ [5].

أ-المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ

يعد الخطأ في ترتيب المســـــؤولية بصفة عامة هو القاعدة في ترتيب المسؤولية الإدارية، وعليه فإن قـيام

---

[1]Mohamadi Hamidou، l'obligation d'agir des personnes publiques ، thèse de doctoratUniversité de Toulouse، 08Avril 2005 ، P.447

[2]DidemSevgili،La responsabilité de l'état et des collectivités territoriales- les problèmes d'imputabilité et de répartition ، thèse de doctorat ، Université Jean Moulin Lyon 03 ، 2011P.10 ، et voir : Gustave Peiser، droit administratif général ، 26èmeédition، Dalloz، Paris 2014 ، P. 210.

[3]عيسى لعلاوي ، محاضرات في مادة المنازعات الإدارية، ألقيت على طلبة الدفعة 21، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01،2018/2017، ص. 87

[4]عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، دراسة تحليلية نقدية ومقارنة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014،ص. 334

[5]حسينة شرون ،إمتناع الإدارة عن تنفيد الأحكام القضائية الصادرة ضدها ، دراسة في القانونين الإداري و الجنائي الجزائري، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2010 ، ص. 175

مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ هو ما يفرض عليها دفع التعويض نتيجة تسببها في ضرر للغير[1]، و فيما يلي سنتناول عناصر المسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ :

1-عناصر المسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ

لقيام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ يجب أن تتوفر جميع عناصرها و المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية[2]، و هو ما سوف نتناوله وفقا لما يلي:

1-1 الخطأ

قوام الخطأ هو الإخلال بإلتزام قانوني سابق و هو عدم الإضرار بالغير[3]،حيث تجدر الإشارة أن الخطأ في نطاق المسؤولية الإدارية يختلف عن الخطأ في مجال المسؤولية المدنية ، فالخطأ الذي يؤدي إلى مسؤولية الإدارة هو الخطأ المرفقي، ومن هنا فقد دأب القضاء الإداري على التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي[4]،حيث يعرف الخطأ المرفقي على أنه ذلك الخطأ الذي ننسبه إلى المرفق وإن قام به ماديا أحد الموظفين، وتنتفي معه المسؤولية الشخصية للموظف و يجعل الإدارة مسؤولة عن الأضرار التي انجرت عن النشاط الإداري، و يتمثل هذا الخطأ إما في عمل مادي أو عمل قانوني للإدارة [5].

1-2 الضرر

الضرر هو العنصر الثاني و الأساسي من عناصر المسؤولية، وإن كان بالإمكان تصور الحكم بالتعويض بغير خطأ في بعض الحالات فإنه لا يتصور أن يحكم بتعويض عن فعل لا يرتب ضررا ولو كان الفعل خاطئا [6]، و يعرف بأنه الفعل المخالف للقانون و الضار بمصلحة شخص ما [7]، و القاعدة العامة تنص على أنه حيث لا ضرر فلا مسؤولية، و حتى يستحق هذا الضرر التعويض يشترط أن يكون كقاعدة عامة محققا و ثابت على وجه اليقين، إذ لا يعتد

---

[1]دلال خير الدين، فارس بن الصادق، وسائل تنفيذ القرار القضائي الإداري في الجزائر، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019، ص. 164

[2]Bernard Hugo Pouillaude ،le lien de causalité dans le droit de la résponsabilité administrative،thèse de doctorat ، Université Panthéon –Assas ،Décembre 2011 ، P.11

[3] محمد مصطفى السيد عبد العليم، مشكلة تنفيذ أحكام القضاء الإداري والتنظيم الفرنسي الحديث لمواجهتها، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص. 151

[4]عبد الرؤوف هاشم بسيوني ، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية ، دراسة مقارنة ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2008، ص. 113

[5]عادل بوعمران ، دروس في المنازعات الإدارية، دراسة تحليلية نقدية ومقارنة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص.ص. 334، 335

[6]عبد العزيز السيد الجوهري، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، دراسة مقارنة، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص. 63

[7]Gaelle Rabut-Bonaldi، Le préjudice en droit pénal ، thèse de doctorat ، Université de Bordeaux ، 17 0ctobre 2014 ، P.12

بالضرر المحتمل، و أن يكون مباشر أي وجود صلة بين نشاط الإدارة و الضرر الحاصل، فإذا لم يكن الضرر ناتجا مباشرة عن عمل الإدارة لا تقوم مسؤوليتها[1]، بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون قد أخل بمركز قانوني يحميه القانون، كما يستوي في صدد التعويض أن يكون الضرر ماديا قد مس حقا أو مصلحة مالية لطالب التعويض، أو يكون معنويا يصيب هذا الأخير في شرفه أو عرضه أو كرامته[2] .

و إذا كان الضرر القابل للتعويض ناتج عن سبب خارجي عن إرادة الإدارة كالقوة القاهرة أو وجود ظرف طارئ أو خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير، تعفى الإدارة من المسؤولية[3]، غير أن وجود هذه الأسباب لا يعفي الإدارة كليا من المسؤولية إذا كانت الإدارة قد ساهمت بخطئها في إحداث الضرر، و في هذه الحالة–أي الخطأ المشترك– تلتزم الإدارة بجانب من التعويض يتناسب مع دورها في إحداث الضرر، أما إذا كانت الأسباب السابقة هي وحدها المتسببة في وقوع الضرر، فحينئذ تعفى الإدارة من المسؤولية[4].

1–3 العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

تعد العلاقة السببية العنصر الثالث من عناصر المسؤولية، فيجب أن توجد رابطة سببية بين خطأ الإدارة والضرر الذي أصاب المحكوم له، و بعبارة أخرى يجب أن يكون الضرر مترتبا على الخطأ، و أن يكون هذا الأخير هو المصدر المباشر للضرر، وتنتفي مسؤولية الإدارة إذا إنعدمت رابطة السببية بين خطأ الإدارة و الضرر[5].

ب–المسؤولية الإدارية بدون خطأ

بالإضافة إلى قيام مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ تقوم مسؤوليتها أيضا بغير خطأ أي على أساس المخاطر و على أساس المساواة أمام الأعباء العامة [6]، و هي تتكون من ركنين فقط هما الضرر و العلاقة السببية بين هذا الضرر و تصرف الإدارة المشروع الذي لا ينضوي على أي خطأ[7]، فعلى عكس المسؤولية الإدارية القائمة على أساس

---

[1]Charles Debbasch ، droit administratif ،6 ème édition، Economica، Paris ، 2002، P. 590

[2]الشريف بحماوي،" إصلاح الضرر في المسؤولية الإدارية ، دراسة مقارنة "، مجلة الحقيقة، كلية العلوم الإجتماعية و الإنسانية ، جامعة أحمد دراية ، أدرار، العدد 21، جوان 2012، ص. 195 و مابعدها.

[3]للتفصيل أكثر عن أسباب إعفاء الإدارة من المسؤولية أنظر: لحسين بن شيخ أث ملويا ، مسؤولية السلطة العامة، (المسؤولية على أساس الخطأ، المسؤولية بدون خطأ ، نظام التعويض)، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر 2013، ص.ص. 389، 395 ، و أنظر :

Gustave Peiser، droit administratif général ، op–cit ، P.211

[4]ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دراسة مقارنة (فرنسا، مصر، لبنان)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1988، ص. 381

[5]ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.ص. 380 ،381

[6]Nicolas Fortat، autorité et responsabilité administrative، thèse de doctorat، Université François– Rabelais de Tours ، Mars 2011 ، P. 278

[7]ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 382

الخطأ يكفي لحصول صاحب المصلحة على التعويض إثبات وجود علاقة سببية بين الضرر الحاصلو نشاط الإدارة .[1]

فلا تُسأل الإدارة على أساس المخاطر إلا إذا كان ثمة نشاط من جانبها، و نظرا لما قد يصيب المرضى من أضرار وراء ممارسة أحد الأنشطة الإدارية دون أن يتم تعويضهم لعدم وجود خطأ واضح و محدد، فإن مجلس الدولة الفرنسي طبق فكرة المسؤولية عن الأشياء التي لا تستند على خطأ، وإنما على تحمل المخاطر[2].

الفرع الثاني : التعويض كأثر لقيام المسؤولية الإدارية للمؤسسة الإستشفائية العمومية

في حال توفرت أركان المسؤولية الإدارية للمؤسسة الإستشفائية العمومية، سواء كانت قائمة على أساس الخطأ أو بدون خطأ، فإن ذلك يُرتب قيام المؤسسة بالتعويض عن الضرر اللاحق .

أولا: مسار طلب التعويض

تعد الدعوى الوسيلة القانونية اللازمة لإقتضاء الحق و جبر الضرر اللاحق بالمريض المضرور أو ذويه من جراء خطأ طبي ، حيث يتم رفع دعوى التعويض حسب الفقرة 07 من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان وقوع الفعل الضار و ذلك كالأتي:

" خلاف لأحكام المادة 803أعلاه ، ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه....07 – في مادة تعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو فعل تقصيري ، أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان وقوع الفعل الضار"، و ما يلاحظ على هذه المادة إمكانية رفع المحكوم لصالحه دعوى المسؤولية أمام المحكمة الإدارية للحصول على تعويض عن الضرر، والذي يكون قد نشأ عن جريمة أو فعل تقصيري مرتكب من قبل الطبيب.

ويعد أطراف دعوى المسؤولية الطبية كأصل عام كل من المريض المدعي، والطبيب المدعى عليه، إلا أنه فيما يخص الخطأ الصادر من مستشفى عمومي (المؤسسة الإستشفائية العمومية) يعتبر المريض المضرور مدعيا، والمستشفى العمومي بإعتباره متبوع ومسؤول عن الخطأ الصادر من الطبيب مدعا عليه، فمسؤولية المستشفى العمومي هي التي تثار في هذا الصدد بإعتباره متبوعا، لأن نشاط الطبيب في المستشفى العام يعتبر نشاط للدولة ، لتختفي شخصية

[1]Yves Gaudemet ، traité de droit administratif ، « l'administration ، la juridiction adminisatrtive ، les actes administratifs ،les régimes administratifs» ،tome1 ، 16ème édition، Delta ،Paris ، 2002 ،P.805

[2]عادل بوعمران ، المرجع السابق ، ص. 336

الطبيب و تبرز شخصية الدولة، و بذلك تكون الدولة وحدها هي المسؤولة عن أخطاء موظفيها من أطباء، فبالرغم من إعتبار علاقة الطبيب بالمستشفى العام علاقة تبعية إدارية فإنها كافية لتحمُل المستشفى العام نتائج الخطأ الطبي، والهدف من ذلك تحميل إدارة المستشفى مسؤولية تغطية نتائج الأخطاء الصادرة من تابعيه أثناء قيامهم بأعمال المرفق، وكذلك للتيسير على المضرور بضمان حصوله على حقه في التعويض[1] .

فكما سبق بيانه أنه طبقاً لنص المادة 336 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة (المذكور أعلاه) فإن عملية زرع و نقل الأعضاء البشرية لا يمكن أن تتم إلا في المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من قبل الوزير المكلف بالصحة، وإن المقصود بهذه الأخيرة المؤسسات الصحية التابعة للقطاع العام، فمن دون شك أن المسؤولية المترتبة عن أعمالها الضارة تخضع لأحكام القانون الإداري، وتختص بالنظر فيها جهات القضاء الإداري عن طريق رفع دعوى القضاء الكامل أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة إختصاصها مكان وقوع الفعل الضار و تصدر أحكام تكون قابلة للإستئناف أمام المحكمة الإدارية للإستئناف

حسب تعديل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[2]

الفرع الثاني : كيفية تقدير التعويض

المقصود بالتعويض هو إعادة التوازن الذي إختل بسبب الضرر وإعادة الشخص إلى الحالة التي قد يكون عليها لو لم يتحقق هذا الضرر، على أن يكون هذا على حساب المتسبب في الضرر، و لا يعد الضرر ركن من أركان المسؤولية فحسب، بل هو في نفس الوقت مقياس و مقدار التعويض المستحق من قبل الضحية[3].

فإذا ما ثبت مسؤولية المدعي عليه (المستشفى العام) عما لحق المدعي من ضرر، فإنه يتعين على القاضي إلزام المسؤول بما يعوض المضرور، و يجبر الضرر الذي لحق به، ويضمن التعويض ما لحق المريض من خسارة ومافاته من كسب، وكذلك الأضرار الأدبية التي لحقت به ، إلا أن الضرر الذي يُأخذ في الحسبان هو الضرر المباشر، كما يراعي في تقدير التعويض الظروف الملابسة للمضرور، كحالته الجسمانية والصحية وظروفه، غير أن هناك صعوبة

---

[1] نبيل أيتشعلال ، المرجع السابق ، ص.ص347، 348

[2] قانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق ل 12 يوليو 2022 يعدل و يتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 17 يوليو 2022

[3] علي فلالي، تطور الحق في التعويض بتطور الضرر و تنوعه، حوليات جامعة الجزائر 01 ، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر ، العدد 31، جوان 2017، ص. 11

كبيرة في تقدير الأضرار المعنوية نظرا لعدم إستنادها إلى قيم ثابتة ومتعارف عليها ، فهي مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى [1].

و يقتضي مبدأ تطابق التعويض مع الضرر بكامله أن يكون حجم التعويض معادلا تماما لحجم الضرر، و بمقتضاه يجب على المستشفى العام أن يدفع للمتضرر ما يوازي ما أفقده، و لكن لا يمكن النظر إلى هذا المبدأ على أنه سهل التطبيق ، فحسب الأحكام و القرارات الصادرة عن القضاء الجزائري فإن مبالغ التعويض المحكوم بها تعتبر ضئيلة و بعيدة كل البعد عن تغطية الأضرار بكاملها [2].

وعليه فجزاء المسؤولية في القانون الإداري غالبا هو التعويض النقدي بحيث يستبعد التعويض العيني[3]

غير أن البعض يرى ترك هذه المسألة للقاضي الذي يقدر كل حالة بظروفها حرصا على إستمرار سير المرافق العامة سيرا منتظما مضطردا، بحيث إذا كان من شأن الحكم بالتعويض العيني المساس بسير المرافق العامة فإنه يتعين على القاضي أن يحجم عنه فالمسألة تترك للقاضي طبقا للملابسات الصحيحة و التي يقدرها بقدرها [4].

كما قد يخير القاضي الإدارة بين أداء تعويض نقدي مقدر بشيء من السخاء أو تعويض المضرور تعويضا عينيا بإعادة الحال إلى ما كان عليه فتختار الإدارة التعويض العيني[5]، و في مجال المسؤولية المستشفى عن عمليات زرع و نقل الأعضاء البشرية فلا مجال للتعويض العيني و قد إستقر قضاء مجلس الدولة الجزائري على أنه لا يجوز الجمع بين التعويض العيني و التعويض النقدي[6] .

وما يلاحظ في عملية تقدير التعويض أن القضاء الإداري أخذ في الغالب بالحلول التي يستعملها أيضا القضاء المدني، وقد يلجأ مباشرة إلى تطبيق قواعد القانون المدني و هذا شيء طبيعي بحكم أن تطبيق قواعد التعويض في المسؤوليتين المدنية والإدارية يؤدي إلى نفس النتيجة وهي حصول الضحية على تعويض الضرر اللاحق بها، و بالرغم من ذلك نجد أن القضاء الإداري قد إستقل في بعض المسائل بإجتهاده الخاص[7].

---

[1] نبيل أيتشعلال ، المرجع السابق ، ص 349

[2] نبيل أيتشعلال ، المرجع نفسه ، ص.ص349، 350

[3] سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص.ص.412، 413

[4] خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 531

[5] محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص. 219

[6] قرار مجلس الدولة رقم 111726 ، المؤرخ في 26 أكتوبر 2017، الصادر عن الغرفة الرابعة، غير منشور.

[7] الحسن كفيف، النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2014 ،ص. 234

حيث تقضي القواعد العامة بأن يقدر التعويض بقدر الضرر الذي يلحق بالمضرور فالغرض الأساسي من التعويض هو جبر الضرر، لذا فإن تقدير قيمة الضرر هي الفيصل في تحديد مبلغ التعويض، فهناك تلازم بين حجم الضرر و قيمة التعويض لأن ذلك التعويض يلتزم به المسؤول لجبر الضرر الذي تسبب فيه للمضرور، ومُؤدى ذلك أن دور التعويض يقتصر على إزالة كل ما وقع من ضرر بغض النظر عن جسامة الخطأ الذي تسبب فيه،ومن ثم فإن التعويض يشمل كافة الأضرار ولو كان الخطأ يسيرا ولا يتجاوز التعويض مقدار الضرر مهما كان الخطأ جسيما[1].

إذ يترتب على مبدأ التعويض الكامل للضرر عدة نتائج فإلى جانب تعويض الضرر الرئيسي المادي أو المعنوي، يجب أيضا تعويض الأضرار الجانبية كإعادة النفقات الناتجة عن دفع مصاريف التعويض والدعوى التي رفعها الضحية، فهذا المبدأ لا يخول للضحية الحصول على أكثر من تعويض على حساب الذمة المالية للإدارة، فعلى القاضي إحتساب الواردة على مبلغ التعويض حسب نسبة التعويضات التي تم دفعها للضحية، كالتعويضات التي سبق للإدارة المسؤولة دفعها بعد تقدم المريض أمامها بشكوى أو حتى التعويضات أو الأداءات الممنوحة من طرف صناديق الضمان الاجتماعي[2]، ويغطي التعويض ما لحق المضرور من خسارة و ما فاته من كسب و ذلك حسب مقتضى المادة 182 من القانون المدني الجزائري[3] بقولها: " ...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب "، وهو المبدأ الذي أكده مجلس الدولة في العديد من قراراته، فقضى في قراره رقم 112967 الصادر بتاريخ 28 ديسمبر 2017 أنه : " ... بالرجوع إلى هذه المعطيات والعمل القضائي في مثل هذه القضايا فإن مجلس الدولة يقدّر مبلغ التعويض الإجمالي عما لحق المعني من أضرار وما فاته من كسب ..."[4].

ولا يجوز للقاضي الإداري أن يمنح تعويضا يفوق المبلغ المطلوب به من طرف الضحية طبقا للقاعدة العامة التي تمنع القاضي أن يفصل بأكثر مما طلب منه، كما يوجد ضمن قانون المسؤولية الإدارية مبدأ يشير إلى أنه لا يحكم على الإدارة بتعويض ضرر لم تكن مسؤولة في حدوثه، ويعتبر القاضي الإداري الفرنسي أن هذه القاعدة من النظام العام، حيث أن الضرر القابل للتعويض هو في جميع الحالات الضرر الذي ينسب إلى الإدارة[5].

---

[1]محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006 ص. 62

[2]الحسن كفيف، المرجع السابق، ص.ص. 237، 238

[3]قانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 20 جوان 2005 ، معدل و متمم للأمر رقم 58/75 ، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية عدد 44، لسنة 2005، المعدل و المتمم.

[4]قرار مجلس الدولة، رقم 112967، المؤرخ في 28 ديسمبر 2017، الصادر عن الغرفة الرابعة، غير منشور.

[5]رشيد خلوفي ، قانون المسؤولية الإدارية ، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1994، ص. 138

ويثار التساؤل حول تحديد اليوم الذي يتم فيه تقدير قيمة التعويض هل هو اليوم الذي وقع فيه الضرر أم اليوم الذي يصدر فيه الحكم بالتعويض؟ .

ترجع أهمية تحديد التاريخ الذي يقيم فيه الضرر إلى تدارك الإختلال الذي يسببه الإرتفاع المفاجئ للأسعار أثناء فترة ما بين وقوع الضرر و النطق بالحكم، و خلافا للقضاء و القانون المدنيين حيث يقيمان الضرر حسب يوم النطق بالحكم سواء كان يمس الأموال أو الأشخاص[1]، فإن القضاء الإداري الفرنسي كان يعتمد في السابق على تاريخ حدوث الضرر في تقدير قيمة التعويض، و قد تراجع مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه هذا بمناسبة قرارات ؛ أوبري (AUBRY)، باسكل (PASCAL)، لوفافر(LEUFEVRE) معتمدا مبدأ التفرقة بين الأضرار التي تصيب الأشخاص و الأضرار التي تصيب الأموال [2].

فبالنسبة للتعويض عن الأضرار التي تصيب الأشخاص فإن المبدأ هو أن يحسب التعويض من يوم الحكم و ليس بالرجوع إلى يوم حصول الضرر، و تسمح هذه الإمكانية فعلا بتجاوز تقلبات العملة الوطنية بالنظر إلى أنه غالبا ما يفصل بين يوم الحكم و يوم حصول الضرر مدة طويلة تقدر بسنوات ، غير أن حتمية تعويض الضرر في يوم الحكم مستبعدة في حالة ما إذا كانت الضحية قد تأخرت بدون عذر مقبول في رفع دعواها أمام القضاء إذ يقوم الضرر في هذه الحالة بالرجوع إلى يوم حصول الضرر[3]، أما بالنسبة للتعويض الذي يصيب الأموال المنقولة أو غيرها فتم الأخذ بتاريخ حصول الضرر أو بتاريخ زوال الضرر و إنتهائه، و في جميع الحالات لا يمكن أن يتعدى مبلغ التعويض أقصى مبلغ يصله بيع المال في تاريخ حدوث الضرر[4].

و عن موقف القضاء الجزائري، فكان يميل أحيانا إلى تطبيق معيار موحد بالنسبة للأضرار اللاحقة بالأشخاص أو الأموال أخذًا في الإعتبار يوم النطق بالحكم، و هو ما يتفق و مقتضيات المادة 131 من القانون المدني الجزائري، كما ساير في أحيان أخرى إتجاه القضاء الفرنسي بخصوص الضرر اللاحق بالأموال حيث ألزم المسؤول فقط بالقيمة النقدية للملك أو المال وقت وقوع الضرر، إلا أنه سجل تراجعا ملحوظا حين إعتبر أن حساب التعويض يتم حسب مبدأ معمول به وفقا للأسعار المطبقة يوم رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة[5].

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية

---

[1] الحسن كفيف، المرجع السابق، ص. 243

[2] عيسى لعلاوي، المرجع السابق ، ص 120.

[3] عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية ، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، 2012، ص.ص. 399، 400

[4] عيسى لعلاوي ، المرجع السابق ، ص. 120

[5] الحسن كفيف، المرجع السابق ، ص. 244

المبدأ العام أن المسؤولية شخصية، و بالتالي لا يكون محلا للعقاب إلا من تقررت مسؤوليته جزائيا عن فعل جرمه القانون، أو بالأحرى أن الشخص لا يُسأل عن جريمة إرتكبها غيره، فمحل المسؤولية الجزائية هو الإنسان أي الشخص الطبيعي، غير أن التطور القانوني إنتهى إلى الإعتراف بالشخصية القانونية ليس للإنسان كشخص طبيعي فقط، بل أيضا لما إصطلح على تسمية الشخص المعنوي[1].

و تم الإعتراف بالمسؤولية المدنية للأشخاص المعنوية، غير أن الإعتراف بمسؤوليتها الجزائية كانت محل جدل فقهي[2]، حيث إتجه فريق إلى إنكار إقامة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ، و إتجه أخر إلى تأييد قيامها (الفرع الأول)، و إنتهى هذا الجدل بإعتراف المشرع الجزائري بها مؤخرا في قانون العقوبات (الفرع الثاني) و هو ما سوف نتناوله كالأتي:

أولا: الجدل الفقهي حول المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

إن مبدأ مسؤولية الشخص المعنوي مدنيا و إداريا أصبح من المسلمات لا إختلاف فيه، إلا أن مسؤولية هذا الشخص جزائيا ما زالت محل إختلاف لدى القضاء و الفقه و الذي إنقسم إلى قسمين، البعض يؤيد مُساءلة الشخص المعنوي جزائياً، و البعض الأخر ينكر إقامة مسؤوليته[3].

فقد أعتبر أصحاب الإتجاه المعارض أن المسؤولية الجزائية تبنى على الإرادة و الإدراك و منه يستحيل إسناد خطأ إلى شخص معنوي ليس له كيان حقيقي و لا إرادة خاصة به،في حين أن المسؤولية الجزائية تقتضي شرطا أساسياً يتمثل في إمكانية إسناد الخطأ إلى مرتكبه[4].

و على مستوى العقوبة فلا يمكن أن يطبق على الشخص المعنوي أهم العقوبات المقررة للجرائم، و إن أمكن تطبيق بعض العقوبات كالغرامة و المصادرة فإن توقيعها يؤدي إلى الإخلال بمبدأ شخصية العقوبة، إذ أن هذه العقوبة ستصيب الأشخاص الحقيقيين من مساهمين أو أعضاء و قد يكون منهم من لم يشترك في الفعل المعاقب عليه ، كما قد يجهله[5]، و بالتالي لايمكنبأيحالمنالأحوالتوقيعهاعلىالأشخاص المعنوية بحيثلا يمكنالحكمعلىالشخصالمعنويبالإعدامو

---

[1]حسينة شرون، إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها ، المرجع السابق، ص. 208

[2]Tracy Joseph Reinaldet Dos Santos ، La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales-études comparée franco-brésilienne ،thèse de doctorat ، Université de Toulouse28Septembre 2017،P.434

[3]سليم صمودي، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر، 2006، ص. 07

[4]أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، الطبعة الخامسة عشر ، دار هومة ، الجزائر ، 2016، ص. 267

[5]أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص. 267

لابالسجنأوالحبس،إذليسلهرأسيشنق أوجسديسجن،و بالتالي فطبيعةهذهالعقوباتتتعارضأساسامعطبيعةالشخص المعنويممايتعذر معهتطبيقهاعليه[1].

في حين إتجه أصحاب الإتجاه المؤيد لإقامة مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا إلى القول أن هذا الأخير يسأل جزائيا بإرتكابه أفعال غير قانونية مثل الشخص الطبيعي، فهو حقيقة قانونية و إرادته يحدد القانون مجالها و أسلوب ممارستها بما يتفق مع طبيعة نشاطه و أهدافه، و يُضاف إلى ذلك أن إنكار هذه الإرادة يترتب عليه إنكار المسؤولية المدنية للشخص المعنوي، و مادام من غير المقبول إنكار هذه المسؤولية لما يترتب عن ذلك من إهدار لمصالح الأفراد، فإنه من غير المقبول إنكار قدرة الشخص المعنوي على تحمل تبعة الجرائم التي ترتكب بإسمه و لحسابه[2].

ومن جهة أخرى فإن مسؤولية الشخص المعنوي لا تتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة فما يذهب إليه أصحاب الإتجاه المنكر لهذه المسؤولية من مساس العقوبة بأشخاص أخرين لا يعد أثراً ناجما عن العقوبة ذاتها ، و إنما يُعد أثرا طبيعيا ناشئاً عن طبيعة العلاقة القائمة بين الشخص المعنوي ذاته و غيره من العاملين والمسيرين[3]، كما أن القول بإستحالة تطبيق العقوبات على الشخص المعنوي كالإعدام و العقوبات السالبة للحرية قول يسهل الرد عليه، حيث أنه يوجد فرق بين إرتكاب الجريمة و المعاقبة عليها، و مجال البحث هنا هو صلاحية الشخص المعنوي لإرتكاب الجريمة دون البحث عما إذا كان من الممكن معاقبته أو لا ، و أن أشد العقوبات البدنية قسوة و هي الإعدام يمكن توقيعها على الشخص المعنوي بما يتلائم و طبيعته ، فضلا عن وجود الكثير من العقوبات التي يمكن توقيعها على الشخص المعنوي مع إستبدال العقوبات المقيدة أو السالبة للحرية بعقوبات مالية[4] .

ثانيا: مبدأ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري

عرفت المسؤولية الجزائية بأنها تحمل تبعة الجريمة، والإلتزام بالخضوع للجزاء الجنائي المقرر لها قانونا، وهي تقتضي وقوع أمر أو فعل يحاسب عنه الشخص و يتحمل تبعته ، فهي أمر لاحق لوقوع الجريمة ونتيجة حتمية مترتبة عنها[5] .

---

[1]أحمد الشافعي ، الإعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01 ، 2012/2011 ، ص. 126

[2]عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري ، نظرية الجريمة ، نظرية الجزاء الجنائي ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2013، ص.ص 282 ، 283.

[3]عبد القادر عدو، المرجع نفسه، ص.ص. 283، 284

[4]حسينة شرون ،إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها ، المرجع السابق، ص. 210

[5]دلال خير الدين، فارس بن الصادق، المرجع السابق، ص. 174

ولم يكن قانون العقوبات الجزائري يقر بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، غير أنه لم يستبعدها صراحة[1]، لكن الإشكال الذي يثور في هذا الإطار هو هل من المعقول تسليط عقوبات على المؤسسات الإستشفائيةالعمومية باعتبارها إحدى المرافق العامة للدولة تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، يحكمها مبدأ عام وهو عدم جواز الحجز على الأموال العامة لأن أموالها مخصصة للمنفعة العامة و لخدمة مرفق عام؟ .

يمكن القول في هذا الشأن أن قانون العقوبات الجزائري الصادر في 1966 لم يضع قاعدة عامة تقضي بمسؤولية الشخص المعنوي جزائيا، و ساير في ذلك إتجاه المشرع الفرنسي قبل تعديل 1992 لقانون العقوبات الفرنسي[2]، الذي كان لا يقر بهذه المسؤولية في قانون العقوبات لسنة 1810، و عليه فقد إستقر الوضع على أنه في غير الأحوال الإستثنائية المنصوص عليها قانونا، لا يجوز مساءلة الأشخاص المعنوية جزائيا عن الجرائم التي ترتكب بإسمها أو لمصلحتها، و إنما يسأل عنها الأعضاء المكونين لها[3]، غير أنه و بصدور قانون العقوبات رقم 15/04[4] أقر المشرع الجزائري صراحة مبدأ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي و كرسها في نص المادة 51 مكرر منه[5]، ووضع إستثناءً لذلك، إذ لا تُسأل جزائيا الدولة و الجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام .

و في هذا الصدد و في إطار البحث عن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية فإنه حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من قانون العقوبات لا تخضع المؤسسات العمومية

---

[1]أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص. 269

[2]تبنىالمشرّعالفرنسيصراحة مبدأالإعترافبالمسؤوليةالجزائيةللأشخاصالمعنويةفيالمادة 121 مكرر 02 من قانون العقوبات لسنة 1992 ، و إقرارالمشرّعلهذه المسؤوليةلميأتمنفراغبلهو نتيجةحتميةلمختلفالقوانينالجزائيةالخاصةالتيإعترفتبهذهالمسؤوليةفيميادينمحددة،ولموقفالفقهاء ورجالالقانونالذينداقعواكلهممنأجلالإعترافبالمسؤوليةالجزائيةللأشخاصالمعنوية، كماأنأحكام القضاءلمتكنغائبةولابعيدةعنقرارالمشرّعالفرنسيبالإعترافصراحةبالمسؤوليةالجزائيةللأشخاص المعنوية ، مشار إليه لدى أحمد الشافعي ، المرجع السابق ، ص. 120

[3]مبروك بوخزنة، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010، ص. 141

[4]قانون رقم 15/04 المؤرخ في27 رمضان 1425 الموافق ل 10 نوفمبر 2004، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 71، لسنة 2004، المعدل و المتمم.

[5]تنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات على أنه:" بإستثناء الدولة و الجمعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثله الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك" ، كما أضاف أن قيام هذه المسؤولية لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال، و هذا ما أقرته أيضا المادة 121 مكرر 02 فقرة 04 من قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1992 التي نصت على أنه: " المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية لا يترتب عليها إستبعاد المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعية " مشار إليه لدى سليم صمودي، المرجع السابق، ص. 47

الإستئفائية للمساءلة الجزائية[1] ولا تطبق عليها العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات بإعتبارها مرافق عامة و هي تعتبر شخص من الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام تسعى لتحقيق مصلحة عامة.

خاتمة

نخلص مما سبق أن الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن عملية زرع و نزع و نقل الأعضاء البشرية متنوعةو متعددة ، فقد تكون مدنية يتحملها الطبيب القائم بالعملية ، وقد تكون جزائية يتحملها الطبيب و/ أو المستشفى المكلفين بإجراء العملية ، وقد تكون تأديبية، كما قد تكون مدنية و جزائية و تأديبية في نفس الوقت ، وقد تقام المسؤولية الإدارية على المرفق العام .

و يعد الطبيب تابعا للمستشفى الذي يعمل فيه، و إن كنت علاقة الطبيب بالمستشفى هي علاقة تابع بمتبوع يكون فيها للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع عن طريق أداء عمله و الرقابة عليه و مساءلته ، فعند وقوع خطأ طبي يكون للمريض المضرور الرجوع على المستشفى بإعتباره مسؤول عن موظفيه الأطباء ، و يتطلب لتوفر علاقة التبعية في المجال الطبي توفر عنصر الإشراف والرقابة على التابع و يكون للمتبوع هذه السلطة بناء على إتفاق أو قانون .

فالمتضرر له أن يختار بين مقاضاة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أمام القضاء الإداري، وبين مقاضاة الموظف أمام القضاء العادي، وفي كلتا الحالتين له أن يطالب المدعى عليهم بكامل التعويض، غير أنه في كل الأحوال و إن كان مبدأ الجمع بين المسؤوليتين يرمي إلى إعطاء المتضرر حق إختيار المسؤول الأكثر ملائمة ، فإنه يختار بطبيعة الحال الإدارة بإعتبارها ميسورة الحال .

ويبقى للمستشفى حق الرجوع على الطبيب المخطىء، إذ من المتعارف عليه أن للمتبوع الذي قام بتعويض الضرر حق الرجوع على تابعه، الأمر الذي يسمح له بإستعادة كامل ما دفعه، إن لم يكن له أي مساهمة منه في إرتكاب الفعل غير المشروع .

حيث تعد المؤسسات الإستشفائية العمومية مرافق عامة و التي يسند لها وحدها صلاحية القيام بعمليات نزع وزرع و نقل الأعضاء البشرية، نظرا لخصوصية هذه العمليات ، و دقتها المتناهية، و ما يزيد من أهمية هذا النوع من

[1] والجزاءات المقررة للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص أوردها المشرع في نص المواد 18 مكرر، 18 مكرر 1 و 18 مكرر 2من قانون العقوبات الجزائري.

التدخلات هو الرجوع على المستشفيات بإعتبارها المتبوع المسؤول، وأن مسؤولية المتبوع المفترضة هي مسؤولية تبعية ، مستندة إلى مسؤولية أصلية هي مسؤولية التابع، ومن ثم فهي تدور معها وجودا و عدما ، فمتى ثبت خطأ التابع قامت مسؤولية المتبوع ، إلا إذا أثبت أن الفعل الضار قد نشأ عن سبب أجنبي لا شأن للتابع فيه .

و يمكن إجمال النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الورقة البحثية فيما يلي من نقاط :

– تتميز المسؤولية المدنية عن عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بنوع من الخصوصية فيما يتعلق بأساس إلتزام الطبيب و طبيعة مسؤولية الطبيب مقارنة مع الأعمال الطبية بصفة عامة، ومرد هذه الخصوصية هو خطورة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية .

– تطورت قواعد المسؤولية الطبية ، فلم يكن من المتصور في البداية مساءلة الأطباء عن أخطائهم لكن مع إستقرار مبادئ المسؤولية المدنية أصبح من الممكن مساءلة الأطباء عن الأخطاء العمدية ثم تطورت المسؤولية فأصبح الأطباء في المستشفيات العمومية مسؤولين عن مجرد الإهمال و الخطأ الجسيم.

– إغفال المشرع الجزائري تحديد العقوبات في حالة مخالفة بعض شروط نقل الأعضاء البشرية و ترك الأمر للقوانين العامة مما يستوجب عليه تدارك الأمر و تخصيص مخالفة هذه الشروط بعقوبات جزائية نظرا لحساسية هذا النوع من العمليات الجراحية خاصة بالنسبة للمتبرع الذي لا مصلحة علاجية له من ورائها.

– مسؤولية المستشفى عن عملية نزع و زرع ونقل الأعضاء البشرية هي مسؤولية إدارية تستوجب لقيامها توفر ركن الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ الصادر من الطبيب و الضرر الحاصل للمريض.

– المستشفى بإعتباره مسؤول لا يستطيع نفي مسؤوليته عما لحق المريض من ضرر إلا بإثبات السبب الأجنبي ، كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ، و خطأ المريض المضرور ، و خطأ صادر من الغير.

و عليه – و كتوصيات – يتعين :

– وضع نظام تعويض خاص عن المسؤولية المدنية لعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية

– وضع إجراءات تقاضي خاصة أمام المحاكم للمتضرر من عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية

– خلق هيئات خاصة بمراقبة مدى إحترام الشروط و الضوابط المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

– تشديد العقوبات الجزائية ضد المتعاملين بالأعضاء البشرية على خلاف ما تقضي به الأحكام و الضوابط القانونية و الطبية في ذلك.

– إصدار قانون مستقل بنقل وزرع الأعضاء البشرية، تدرج فيه كل الضوابط المتعلقة بذلك، نظرا لوجود تناثر في أحكام عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين قانون الصحة و قانون العقوبات.

– تنظيم ملتقيات وطنية و دولية بهدف بحث كافة الإشكالات التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، و إيجاد حلول لها.

– إنشاء سجل طبي لكل طبيب في نقابة الأطباء لتدوين الأخطاء المرتكبة من قبلهم لتجنب الوقوع فيها مجددا ،و ليكون السجل حافزا للأطباء لمزيد من اليقضة و الإنتباه عند مباشرتهم لعملهم الطبي.

– إنشاء هيئة مهمتها مراقبة عمل الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء و التأكدمن نوعية الخدمات الطبية المقدمة.

– إعداد إعلانات في المؤسسات الصحية لتعريف المرضى بحقوقهم و إلتزاماتهم تجاه الأطباء ، فغالبية المرضى لا يعرفون الحقوق التي كفلها لهم القانون في مواجهة الأطباء.

قائمة المصادر و المراجع :

أولا – النصوص التشريعية و التنظيمية

1) قانون رقم 18–11 المؤرخ في 29 يوليو 2018 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية لسنة 2018 عدد 46 .
2) قانون رقم 22–13 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق ل 12 يوليو 2022 يعدل و يتمم القانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 17 يوليو 2022
3) قانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 20 جوان 2005 ، معدل و متمم للأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية عدد 44، لسنة 2005، المعدل و المتمم.
4) قانون رقم 15/04 المؤرخ في27 رمضان 1425 الموافق ل 10 نوفمبر 2004، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 71، لسنة 2004، المعدل و المتمم.
5) قانون رقم 90–17 المعدل و المتمم للقانون 85–05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .
6) المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق ل 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52 ، الموافق ل 08 يوليو 1992.

ثانيا– قائمة المراجع باللغة العربية

أ/الكتب :

1) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ،الخطا المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية (دراسة قانونية مقارنة) منشورات الحلبي القانونية ، لبنان ، .2007
2) حسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، الطبعة الخامسة عشر ، دار هومة ، الجزائر ، 2016
3) الحسن كفيف، النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2014
4) حسينة شرون ،إمتناع الإدارة عن تنفيد الأحكام القضائية الصادرة ضدها ، دراسة في القانونين الإداري و الجنائي الجزائري، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، .2010
5) حمدون ذوادية، تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في القانون الجزائري ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2015.
6) دلال خير الدين، فارس بن الصادق، وسائل تنفيذ القرار القضائي الإداري في الجزائر، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019
7) رشيد خلوفي ، قانون المسؤولية الإدارية ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1994
8) سعيد طربيت ، السلطة التأديبية للمستخدم في ظل قانون علاقات العمل ، دون طبعة ، دار الهومة ، الجزائر ، 2013
9) سليم صمودي، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر، 2006
10) سليمان محمد الطماوي القضاء الإداري، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث ، دون طبعة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1995،
11) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دون طبعة ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996،
12) صلاح علي علي حسن، ضمانات السلطة التأديبية لصاحب العمل، دراسة مقارنة، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2012
13) عادل بوعمران ، دروس في المنازعات الإدارية، دراسة تحليلية نقدية ومقارنة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014
14) عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، دراسة تحليلية نقدية ومقارنة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014
15) عبد الرؤوف هاشم بسيوني ، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية ، دراسة مقارنة ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2008
16) عبد العزيز السيد الجوهري، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، دراسة مقارنة، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983

17) عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية ، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، 2012
18) عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري ، نظرية الجريمة ، نظرية الجزاء الجنائي ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2013،
19) كريم عشوش ، العقد الطبي ، دار هومة ، الجزائر، 2011
20) كمال رحماوي، تأديب الموظف العام في القانون الجزائري، دون طبعة، دار هومة ، الجزائر، 2004
21) لحسين بن شيخ أث ملويا ، مسؤولية السلطة العامة، (المسؤولية على أساس الخطأ ، المسؤولية بدون خطأ ، نظام التعويض) ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر،2013
22) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دراسة مقارنة (فرنسا، مصر، لبنان)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1988
23) مبروك بوخزنة، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010
24) محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006
25) محمد مصطفى السيد عبد العليم، مشكلة تنفيذ أحكام القضاء الإداري والتنظيم الفرنسي الحديث لمواجهتها، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
26) منصور عمر المعايطة ، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2004

ب/الرسائل و المذكرات الجامعية :

1) أحمد الشافعي ، الإعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01 ، 2012/2011 .
2) سايكيوزنة ، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة تيزي وزو ، 2012/2011

ج/المقالات :

1) أحمد عمراني ، المسؤولية الطبية في عمليات نقل و زراعة الأعضاء بين حرمة جسم الإنسان و مقتضيات العلاج ، حوليات كلية الحقوق ، جامعة محمد بن أحمد وهران ، العدد 02 ، ديسمبر 2017،
2) أسامة غربي ، الإتجار بالأعضاء البشرية ، مجلة دراسات و أبحاث ، جامعة زيان عشور الجلفة ، العدد 05 ، ديسمبر 2011

3) أشواق زهدور ، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الإتجار بها ، مجلة دفاتر السياسية و القانون ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد 14، جانفي 2016،
4) إيمان أوسعيدان ، أحكام نزع و زرع الأعضاء و الأسنجة و الخلايا البشرية في قانون الصحة الجديد ، مجلة القانون الدولي و التنمية ، جامعة بشار ، العدد 02 ، المجلد 07 ، سنة 2019 ،
5) الشريف بحماوي ،" إصلاح الضرر في المسؤولية الإدارية ، دراسة مقارنة "، مجلة الحقيقة، كلية العلوم الإجتماعية و الإنسانية ، جامعة أحمد دراية ، أدرار ، العدد 21 ، جوان 2012
6) شعلالنبيل ، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العمومية ، مجلة القانون و المجتمع ، جامعة أحمد دراية أدرار، العدد 02 ، المجلد 09 ،2021
7) علي فلالي، تطور الحق في التعويض بتطور الضرر و تنوعه، حوليات جامعة الجزائر 01 ، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر ، العدد 31، جوان 2017
8) فيصل شطناوي ،فيصل شطناوي، "الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضد الإدارة و إشكاليات التنفيذ" ، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية ، بدون عدد ، المجلد 43، ملحق01 ، 2016
9) كريم عشوش ، المسؤولية التاديبية للطبيب العامل بالقطاع الخاص ، مجلة معارف ، جامعة البويرة ، العدد 21 ، ديسمبر 2016
10) لينة بوزيتونة ، الضوابط القانونية لعملية نزع و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء دراسة تحليلية على ضوء القانون 18-11 ، مجلة المستقبل للدراسات السياسية و القانونية ، معهد الحقوق و العلوم السياسية ، المركز الجامعي أفلو، العدد 01، المجلد 04 ، جوان 2020 ،
11) نذير عميرش ، المسؤولية الناتجة عن عملية زراعة الأعضاء البشرية ، مجلة الشريعة و الاقتصاد ، الجامعة العلوم الإسلامية ، الأمير عبد القادر قسنطينة، العدد 02 ، المجلد 01 ، ديسمبر 2012،
12) هدى حاوش ، أساس المسؤولية الطبية القائمة عن عمليات زرع الأعضاء البشرية ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ،جامعة البليدة 02 ،العدد 11 ، جانفي 2017
13) هنية أحميد ، "المسؤولية المدنية للإدارة العامة عن أعمالها المادية" ، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، العدد 03، مارس 2006

د/المحاضرات :

1) عيسى لعلاوي ، محاضرات في مادة المنازعات الإدارية، ألقيت على طلبة الدفعة 21، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018/2017،

ثالثا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

A/Les livres :

Charles Debbasch ‹ droit administratif ‹6 ème édition‹ Economica‹ Paris ‹ 2002
Gustave Peiser‹ droit administratif général ‹26èmeédition‹ Dalloz‹ Paris‹ 2014
Manuel Gros‹ droit administartif ‹05ème édition‹L'harmattan ‹ Paris ‹ 2014
Yves Gaudemet ‹ traité de droit administratif ‹ « l'administration ‹ la juridiction adminisatrtive ‹ les actes administratifs ‹les régimes administratifs» ‹tome1 ‹ 16ème édition‹ Delta ‹Paris.

B/les thèses universitaire :

Bernard Hugo Pouillaude ‹le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative‹thèse de doctorat ‹ Université Panthéon –Assas ‹Décembre 2011 .
DidemSevgili‹La responsabilité de l'état et des collectivités territoriales- les problèmes d'imputabilité et de répartition ‹ thèse de doctorat ‹ Université Jean Moulin Lyon 03 ‹ 2011.
Eve Matringe‹ la réforme de la responsabilité civile en droit suisse‹ modèle pour le droit français ‹thèse doctorat‹ Université de Strasbourg‹ 2010.
Gaelle Rabut-Bonaldi‹ Le préjudice en droit pénal ‹ thèse de doctorat ‹ Université de Bordeaux ‹ 17 0ctobre 2014.
Gaelle Rabut-Bonaldi‹Le préjudice en droit pénal ‹ thèse de doctorat ‹ Université de Bordeaux ‹ 17 0ctobre 2014 .
Mohamadi Hamidou‹ l'obligation d'agir des personnes publiques ‹ thèse de doctoratUniversité de Toulouse‹ 08Avril 2005.
Nicolas Fortat‹ autorité et responsabilité administrative‹ thèse de doctorat‹ Université François– Rabelais de Tours ‹ Mars 2011.
Tracy Joseph Reinaldet Dos Santos ‹ La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales-études comparée franco-brésilienne ‹thèse de doctorat ‹ Université de Toulouse28Septembre 2017.

المواجهة الدولية لظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية
International confrontation of the phenomenon of trafficking in human organs

د. بوغرارة مليكة

كلية الحقوق. جامة الجزائر1

الملخص:

تعد جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية ظاهرة عالمية، يستعصي على المشرع الوطني الإحاطة بها بمفرده ، بالنظر إلى صورتها عبر الوطنية مما حدا بالدول إلى تكثيف الجهود للتصدي لها ووضع حد لتداعياتها وهو ما يتجلى من خلال تعاونها على المستوى الدولي، والإقليمي وكذا على مستوى تشريعاتها الوطنية ، لذا فقد أولى المشرع الدولي اهتماما كبيرا بهذه المسألة سواء من حيث إبرام الإتفاقيات الدولية أو من حيث جهود المنظمات الدولية.

الكلمات المفتاحية : تجارة الأعضاء، التبرع بالأعضاء، الحماية الدولية للأعضاء البشرية.

Abstract:

The crime of trafficking in human organs is a global phenomenon, and it is difficult for the national legislator to be aware of it alone, given its transnational image, which has prompted countries to intensify efforts to confront it and put an end to its repercussions, which is evident through their

cooperation at the international and regional levels, as well as at the level of their national legislation. Therefore, the international legislator paid great attention to this issue, both in terms of concluding international agreements or in terms of the efforts of international organizations.
Keywords: organ trade, organ donation, international protection of human organs.

مقدمة :

تعد تجارة الأعضاء البشرية من أشنع الجرائم التي عرفتها الإنسانية، أين تحولت أعضاء الإنسان التي حمتها كل الصكوك و الوثائق الدولية و أضفت عليها قدسية وحرمة عظيمة إلى قطع غيار تتقاذفها أيدي الإجرام في مختلف أصقاع العالم.

و الذي يزيد من وحشية الفعل هو أن من يتعرض لانتزاع أعضائه سواء عن طريق الغصب أو بقبوله ببيعها طواعية ، يعيش على الأغلب حالة اجتماعية و اقتصادية جد مزرية.

كما تعد جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية مظهرا لتجارة البشر المجرمة دوليا، والتي ما فتئت تتفاقم و تستشري في بؤر الفقر و الحروب في العالم.

و قد أضحت هذه الجريمة التي تتزعمها عصابات دولية منظمة ومحترفة، من أكثر الجرائم التي تستثير ضمير المجتمع الدولي ، لما تنطوي عليه من انتهاك سافر لحقوق الإنسان.

و قد وقف المشرع الدولي متصديا لهذه الجريمة التي تناولتها التشريعات الوطنية بالمتابعة والعقاب، و كان لزاما عليه أن يعالج هذه الظاهرة على المستوى الدولي باعتبارها ليست جريمة داخلية ضمن الحدود الإقليمية لدولة ما و إنما هي جريمة منظمة تمتد من دولة لأخرى باعتبارها مرتبطة بجريمة الإتجار بالبشر لأغراض متعددة و من بينها الإتجار بالأعضاء. و لعل التطور الذي واكب العلوم الطبية لعب دورا كبير في ظهور هذا النوع من التجارة حيث أوجد لها عدة ممارسات غير قانونية في مجملها، تجعلها من الخطورة بمكان، مما يستدعي مقاومتها ومواجهتها على كافة المستويات والأصعدة سواء الوطنية أو الإقليمية والدولية.

و تبرز أهمية هذه الدراسة في التعريف بالحماية الدولية التي كرسها المشرع الدولي لأعضاء الإنسان من هذه الجريمة، و كذا تبيان مدى نجاحه في مكافحة هذه الظاهرة.

يطرح هذا الموضوع الإشكالية التالية:

كيف واجه المشرع الدولي ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية ؟ و هل نجح في وضع حد لها؟

و سأجيب على هذه الإشكالية من خلال المحورين التاليين

المحور الأول : يتضمن مفهوم الظاهرة من خلال في القانون الدول

المحور الثاني : الإطار القانوني الدولي لمواجهة جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية.

المحور الأول

مفهوم ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية في القانون الدولي.

الأصل في القانون الدولي هو احترام السلامة الجسدية للإنسان طبقا لما تناولته العديد من الاتفاقيات والإعلانات الدولية بعض جوانب الاتجار، التي تضمنت حرمة و سلامة جسم الإنسان من شتى أشكال التنكيل التعذيب أو القسوة أو التمييز، ولا يزال العديد من تلك الاتفاقيات والإعلانات متعلقًا بالإتجار حتى يومنا هذا. [1]

ويتجّلى حق الإنسان في سلامة جسمه في عدة عناصر تتمثل في اللحق في أن تظل أعضاء الجسم وأجهزته تؤدي وظائفها على نحو عادي و طبيعي، وكل إخلال بالسير الطبيعي لها يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم، و الحق في الإحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة غير منقوصة ، والحق في التحرر من الآلام البدنية.[2]

يتناول المحور الأول تعريف الإتجار بالأعضاء (أولا) و أسباب انتشار ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية (ثانيا)

أولا: تعريف الإتجار بالأعضاء البشرية في القانون الدولي.

في الواقع أنه لحد الساعة لا توجد اتفاقية دولية خاصة بالإتجار بالأعضاء البشرية و إنما تم تناول هذه المسألة من طرف المشرع الدولي في إطار البروتوكول الملحق باتفاقية الأمم المتحدة لمنع الجريمة المنظمة [1]

1- قبل اعتماد بروتوكول مكافحة الاتجار بالأشخاص في عام 2000، تناولت اتفاقيات وإعلانات دولية أخرى بعض جوانب الاتجار راجع

-المادة 4 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.

-المادة 8 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

-المادة 2 الاتفاقية الخاصة بالرّق لعام 1926.

-المادة 3 /1 الاتفاقية التكميلية لإبطال الرّق وتجارة الرّقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرّق لعام 1956

-الديباجة و المادة 17 من اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير لعام 1949.

-المادة 6 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979.

-إعلان القضاء على العنف ضد المرأة لعام 1993.

-اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

-البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية لعام 2000

-البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة لعام 2000.

-المادة 32 اتفاقية لاهاي بشأن حماية الأطفال والتعاون في مجال التبني على الصعيد الدولي لعام 1993.

-المادة 3 .اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182 بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال لعام 1999.

-المادة 11 من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 1990.

-نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

2- جادي فايزة، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الجنائي و التطورات العلمية الراهنة ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق 2016/2015 جامعة الجزائر ص 1.

1- تعريف الإتجار بالأعضاء البشرية في بروتوكول منع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص2000.

طالما أن جريمة الإتجار بالأعضاء مرتبطة ارتباطا وثيقا بجريمة الإتجار بالبشر فقد تم تعريفها ضمن بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص لعام 2000[2]، حيث أشارت المادة 03/أ منه " أن المقصود بالاتجار هو تجنيد أشخاص أو نقلهم أو ترحيلهم أو إيواءهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد أدنى استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسرا أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء."[3]

يتضح مما سبق أن بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص لم يفرد تعريفا مستقلا للاتجار بالأعضاء البشرية، وإنما تناول الاتجار بالبشر لغرض نزع أعضائهم، فجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية ينطبق عليها الوصف القانوني الخاص بجرائم الإتجار بالبشر [4] ، إلا أن محل الجريمة يتمثل في أعضاء جسم الإنسان.

وانطلاقا من مفهوم الاتجار بالبشر الوارد في هذا البروتوكول، ذهب البعض تعريف جريمة الاتجار في الأعضاء البشرية بأنها "نقل أو انتقال أو تسليم شخص تحت التهديد أو القوة أو الإجبار أو المكر أو بإساءة استعمال السلطة أو باستخدام مواقع الضعف أو

---

1 – اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، التي اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/55 المؤرخ في 15نوفمبر 2000، الصك الدولي الرئيسي في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية. وقد تم فتح باب التوقيع على الاتفاقية من قبل الدول الأعضاء في مؤتمر سياسي رفيع المستوى والذي انعقد لهذا الغرض في باليرمو، إيطاليا، في الفترة من 12-15 ديسمبر 2000 ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ في 29 سبتمبر 2003. وأُلحق بالاتفاقية ثلاث بروتوكولات تستهدف مجالات ومظاهر محددة للجريمة المنظمة حيث تضمنت مايلي: بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وخاصة النساء والأطفال؛ بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو. وبروتوكول مكافحة صنع الأسلحة النارية وأجزائها ومكوناتها والذخيرة والاتجار بها بصورة غير مشروعة. ولابد أن تكون البلدان أطرافا في الاتفاقية نفسها قبل أن تصبح أطرافا في أي من البروتوكولات الثلاثة. مشار إليه في :

Michel DEBACQ, LES VINGT ANS DE LA CONVENTION DE PALERME;IRIS ,institute des relations internationales et stratégiques ,2020,p2.

2 –تم اعتماده من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 25/55 المؤرخ في 15 نوفمبر 2000 ، و دخل حيز النفاذ في 25 ديسمبر 2003 ، على الموقع https://www.unodc.org/e4j/ar

3 – يعد أول صك عالمي ملزم قانونًا يتضمن تعريفًا متفقًا عليه للاتجار بالبشر، والذي يشمل ، من بين أمور أخرى ، الاتجار بالبشر بغرض نزع الأعضاء.

4 – طالب خيرة ، جرائم الإتجار بالأشخاص و الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري و الإتفاقيات الدولية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بوبكر بلقايد ، 2017-2018 ص، 33

الاختطاف بغرض إزالة الأعضاء، وذلك عن طريق شخص ثالث"، ويعتبر وجود طرف ثالث أمر ضروري في جرائم الاتجار بالبشر بصفة عامة.

وقد طالبت الاتفاقية المذكورة وبروتوكولها الإضافي الدول الأعضاء بالتصديق عليها، وتعديل قوانينها العقابية، لتجريم والعقاب على الاتجار الذي يتم بغرض إزالة الأعضاء، كما أوجبت على الدول الأعضاء أن تحسن من إجراءاتها المتبعة تجاه الضحايا من النواحي النفسية والاجتماعية، وتعريفهم بحقوقهم القانونية، ومساعدتهم نفسيا وطبيا، وتعويضهم عما أصابهم من أضرار، وأن تتعاون في هذا الشأن مع المنظمات غير الحكومية.

.

2-جريمة الإتجار بالبشر في الوثائق الإقليمية.

أخذت الاتفاقية الأوروبية للعمل ضد الاتجار بالبشر لعام 2005 في مادتها الرابعة بذات نهج بروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع الاتجار بالأشخاص في عداد الاتجار بالأعضاء البشرية كأحد صور الاتجار بالبشر، وهو ما يتضح من تقارب التعريفين وتماثلهما في صياغة تعريف الاتجار.[1]

و تبنى تعريف الاتجار بالبشر لغرض نزع أعضائهم في القانون العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر الصادر بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 920 في دورته الثامنة والعشرين المؤرخ في 2012/11/26 بذات النهج التشريعي الذي أخذ به البروتوكول الأممي وغالبية التشريعات العربية، إذ عرف الاتجار بالأعضاء البشرية كأحد صور الاتجار بالبشر.[2]

انطلاقا من هذا المفهوم فإنّه يمكن القول بأن المواقف الدولية اتفقت على تجريم الاتجار بالأشخاص و بما في ذلك ظاهرة استئصال الأعضاء للإتجار بها، والتي أصبحت بمثابة هاجس يؤرق ضمير المجتمع الدولي.

تتميز جريمة الإتجار بالبشر بعدة خصائص لعل أهمها أنها أحد أشكال الجريمة المنظمة من حيث الطابع التنظيمي و العنصر الدولي وهو ما جعل منها جريمة دولية وعالمية و أنها جريمة ذات طابع خفي و جريمة ذات طابع دولي و هي جريمة مستحدثة تحديدا[3]. و حري بالإشارة إلى أن هذه الظاهرة تنتشر في وقت السلم كما تنتشر في وقت النزاع المسلحة بنوعيها الدولية و غير الدولية.[4]

ثانيا : أسباب انتشار ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية

يحتاج جسم الإنسان عند تلف أحد أعضائه إلى عضو سليم يحصل عليه بطريق مشروع و إنساني عن طريق التبرع ، إلا أن هذا الأمر لا يكون متاحا جميع الأحوال بحيث يضطر الشخص إلى شراء هذا العضو بمقابل أمام ندرة المتبرعين، مما يجعله يبحث عن شخص حي في ظروف مزرية ليبتاعه منه.

و تتنوع أسباب و عوامل انتشار ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية مابين إقتصادية إجتماعية و سياسية أمنية يمكن تفصيلها فيما يلي:

1-الأسباب الإقتصادية و الإجتماعية.

---

[1]. – راجع المادة 1/4 من الاتفاقية الأوروبية لمكافحة الاتجار بالبشر لعام 2005.

[2] – القانون العربي الاسترشادي بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، جامعة الدول العربية، الأمانة العامة، إدارة الشؤون القانونية، الأمانة الفقهية لمجلس وزراء العدل العرب. – 2 أنظر المادة 02 من القانون رقم 64 لسنة 2010 الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر.

[3] – عبد الحافظ عبد الهادي عبد الحميد، الإتجار بالبشر و سبل مكافحته، قراءة في الإتفاقيات و الإستراتيجيات على الموقع https://kitabat.com/cultural / 2022/11/07 ، 16سا 42 د

[4] – في 2015 أقدم تنظيم داعش بإصدار فتوى نشرته صحيفة "الشرق الأوسط" في ديسمبر2015م، نقلًا عن وكالة "رويترز" في تقرير لها، أنَّها حصلت على وثيقة تتضمن فتوى لتنظيم داعش الإرهابي وتحمل تاريخ 31 يناير2015م، وتجيز الحصول على أعضاء الأسير حيًّا لإنقاذ حياة للإستزادة ، الإطلاع على الموقع،.مسلم، حتى إذا أدى ذلك لموت الأسير https://www.youm7.com.20د / 2022/11/05 ، 11 سا

يعد سوء الأوضاع الاقتصادية العامل الأكبر في تفشي جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية يتصدرها الفقر المستشري في عدة مناطق من العالم و يمكن إجمال هذه العوامل فيما يلي:

– الفقر و تدهور الأوضاع الإجتماعية سببا رئيسا لظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية.

–زيادة عدد الأطفال المولودين خارج إطار الزواج مما يجعلهم فريسة سهلة للإختطاف و لسرقة أعضائهم.[1]

–تعدد الأمراض و تنوعها و انتشارها.[2]

–العنف ضد المرأة و التفكك الأسري.

–التقدم العلمي و الطبي في مجال زراعة الأعضاء و نقلها.

–زيادة أعداد المحتاجين للأعضاء من لمرضى في أنحاء العالم.

2–الأسباب السياسية و الأمنية.

إن الإضطرابات و التوترات الداخلية والحروب والكوارث الطبيعية والعادات والتقاليد البيئية السيئة عاملا مهما في إنعاش هذه التجارة غير المشروع ، و يمكن أن تتبلور هذه ألسباب عموما فيما يلي:

–الإنفلات الأمني وغياب تنفيذ القانون، و انعدام المستوى المعيشي الجيد للمواطنين دفع بالمواطنين لبيع أعضائهم و أعضاء أطفالهم.[3]

–غياب رقابة صارمة على العاملين في بالمؤسسات الصحية تجعلهم يتلاعبون بالأعضاء البشرية بالنزع أو بالنقل من شخص لآخر أو حتى بالإتجار دون مراعاة لأدنى الأخلاقيات الطبية.

–تفشي المنظمات الإجرامية العالمية التي تمارس الإتجار بالأعضاء البشرية على نطاق دولي و تدر عليها أرباحا طائلة.

–عدم التحكم في الهجرة غير الشرعية .

– التعتيم القانوني وغياب الأمن القانوني و تعريف واضح لتجارة الأعضاء في الكثير من الدول، لأنّها مشكلة حديثة، كما أنّ المجتمع الدولي بدأ يُدرك نطاقها حديثًا.[4]

–عدم توفّر معلومات كافيّة فيما يخص قضيّة الإتجار بالأعضاء.[5]

–انتشار ما يُعرف باسم سياحة زرع وبيع الأعضاء القائمة على السفر من بلد لآخر لغاية بيع وشراء الأعضاء.[6]

–عدم إتاحة البديل الإصطناعي للجميع لندرتة و غلاء تكلفته للعامة.

و لعل ندرة الأعضاء البشرية هي العامل المستتر الذي يسوق المرضى حتما إلى البحث عنها و محاولة الحصول عليها بمقابل مالي.

---

[1] – غربي أسامة، الإتجار بالأعضاء البشرية ، مجلة دراسات وأبحاث ، ج 3، ع 5 ، 2011، ص185 بتصرف.

2 –نفس المرجع.

[3] –أسباب تجارة الأعضاء البشرية في العراق، على الموقع، https://sputnikarabic.ae.2022 /

4 –دعاء أبو ضميدة، مظاهر و أسباب بيع و زرع الأعضاء البشرية، على الموقع https://hyatoky.com/ 2021

5 –نفس المرجع.

6 –نفس المرجع.

كما تعد العلاقة بين جريمة الإتجار بالأعضاء والظروف الاجتماعية مثل البطالة وقلة التعليم، وكذلك الظروف الاقتصادية جد وطيدة. و يعد الفقر المدقع و حاجة الأفراد الملحة للمال في ظل الظروف الإجتماعية و الإقتصادية السيئة التي يعاني منها الكثير و بالإضافة إلى وجود توافد كبير للأفارقة من المهمشين و الهاربين من الفقر في بلادهم . يجعلهم فريسة سهلة لهذه التجارة المحرمة.[1]

المحور الثاني

الإطار القانوني الدولي لمواجهة جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية.

تبنى المشرع الدولي بموجب الإتفاقيات و المواثيق الدولية و بفضل جهود المنظمات الدولية قضية حرمة الجسد و شدد على عدم المتاجرة به بأي شكل من الأشكال، لما يمثله من خطورة كبيرة على صحة و سلامة جسد الإنسان، و من بين تلك الإتفاقيات اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000 و البروتوكول الملحق الخاص بالإتجار بالبشر و كذلك البروتوكول الإختياري لحقوق الطفل بشأن بيع الأطفال و استغلالهم في البغاء و في المواد الإباحية لسنة2000 . ففي عام 1985 تبنت الجمعية الطبية العالمية للصحة تصريحا حول الإتجار بالأعضاء، أدانت بموجبه شراء و بيع الأعضاء القابلة للزرع، ثم تبنت هذه الجمعية تصريحا جديدا حول نقل الأعضاء في مدريد خلال شهر تشرين الأول 1988 منعت أيضا فيه شراء و بيع الأعضاء البشرية من أجل الزرع.

و يتطرق هذا المحور لجهود المنظمات الدولية (أولا) و الجهود الإقليمية (ثانيا) في التصدي للظاهرة.

أولا: جهود المنظمات الدولية للتصدي لظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية.

1-جهود منظمة الأمم المتحدة.

لعبت الأمم المتحدة دورا فعالا في مكافحة الجريمة المنظمة، فقد وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدةٌ في قرارها رقم 5/415 الصادر عام 1950، على توحيد جهود الأمم المتحدة المختلفة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، وإنشاء اللجنة الإستشارية للخبراء لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين. وبعدها تم إنشاء لجنة منع الجريمة ومكافحتها في عام 1971، وفي سنة 1991 تم وضع برنامج الأمم المتحدة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية، الذي يتضمن إنشاء لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية، باعتبارها لجنة، من لجان المجلس الإقتصادي والإجتماعي، وبدأت اللجنة اجتماعاتها سنة 1992، إضافة إلى مؤتمرات الأمم المتحدة التي تعقد كل خمس سنوات بخصوص الجريمة عموما إلي جانب شبكة عالمية للمعلومات عن الجريمة، بالإضافة إلى معاهد متعددة و مراكز دولية متخصصة.

و يعتبر منتدى الأقصر الذي عقد في مصر عام 2010 و الذي يتناول موضوع الإتجار بالبشر و بالأعضاء البشرية آخر الجهود الدولية ، وكان قبله المؤتمر الدولي الذي انعقد في فيينا عام 2008 لمكافحة الإتجار بالبشر و الأعضاء البشرية.[2]

وقد عقدت الأمم المتحدة العديد من المؤتمرات والمنتديات والندوات العلمية، و كذا أبرمت العديد من الإتفاقيات يتم التطرق لها كما يلي :

أ-المؤتمرات.

* مؤتمر بيروجيا لعام 1969 : حيث جاء في توصياته أن هبة الأعضاء يجب أن تكون بدافع إنساني وبصورة مجانية

* مؤتمر فيينا الدولي الرابع عشر لعام 1989 : جاء في توصياته ضرورة العمل ضد الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية.

---

1 – وحدة تحليل السياسة العامة و حقوق الإنسان ، على الموقع https://www.maatpeace.org.

2 –رامي متولي القاضي ، مكافحة الإتجار بالأعضاء البشرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2013 ص 3.

* المنتدى الدولي لأخلاق الزرع المنعقد سنة 1998 : خلص هذا المؤتمر إلى أن الاتجار بالأعضاء البشرية يجب تنظيمه وليس منعه.

* مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية : أين حثت الدول الأعضاء على اتخاذ التدابير اللازمة لمنع ومكافحة ومعاقبة استئصال الأعضاء البشرية والاتجار بها على نحو غير مشروع، كما شجعت الدول الأعضاء على تبادل الخبرات والمعلومات في مجال منع ومكافحة ومعاقبة استئصال الأعضاء البشرية والاتجار بها على نحو غير مشروع.[1]

ب–الإتفاقيات.

–البروتوكول الإضافي المتعلق بقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وخاصة النساء والأطفال لعام 2000.

–البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء حيث أوجب على الدول الأعضاء إضفاء الصفة التجريمية على هذا الفعل في قوانينها العقابية الوطنية .

– قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 156/59 المؤرخ في 2004/12/20 المتعلق بمنع ومكافحة الاتجار في الأعضاء البشرية : طلبت الجمعية العامة للأمم المتحدة من الأمين العام إعداد تقرير حول ظاهرة تهريب الأعضاء البشرية لتقديمه للمؤتمر الخاص بالجريمة والعدالة الجنائية في جلسته الخامسة عشر وجاءت نتائج هذا التقرير لتؤكد أن هناك علاقة وثيقة بين تهريب البشر والاتجار في الأعضاء البشرية باعتبارهما من صور الجريمة المنظمة.

– قرار الجمعية العامة322/71 المؤرخ في 8 سبتمبر 2017 ، بعنوان اعتماد تدابير فعالة وتعزيز التعاون الدولي فيما يتعلق بالتبرع بالأعضاء وزرعها لمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص بغرض نزع الأعضاء والاتجار بهم.

وقد دعا هذا القرار الدول الأعضاء ، إلى "منع ومكافحة الاتجار بالأشخاص لغرض نزع الأعضاء والاتجار بالأعضاء البشرية ، وفقا لالتزاماتها بموجب القانون الدولي والوطني" ، ولا سيما من خلال محاكمة ومعاقبة مرتكبي الجرائم المتعلقة بالاتجار بالأعضاء، وتضمين تشريعاتها الوطنية وسائل حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص بغرض نزع أعضائهم ، وعند الاقتضاء ، وسائل لجعل من يبيعون أعضاءهم أقل عرضة للخطر.[2]

ج–دور لجنة منع الجريمة و العدالة الجنائية .

عملت منظمة منع الجريمة ومعاملة المجرمين على إدراج جريمة الإتجار بالأعضاء في جدول أعمالها الذي انعقد في ميلانو بتاريخ 26 أوت إلى 9 سبتمبر1985 ، كما دعا المجلس الإقتصادي و الإجتماعي في قراره 1994/19 في المؤتمر التاسع لمنع الجريمة و معاملة المجرمين إلى تحديد الأشكال الجديدة للجريمة المنظمة و مكافحتها و من بينها الإتجار بالأعضاء.[3]

استجابت المنظمة لقرار المجلس الإقتصادي و الإجتماعي ،حيث قدمت تقريرا حول أشكال الجريمة المنظمة و خصصت الفقرات 52 و 53 و54 لمسألة الإتجار بالأعضاء البشرية.

---

1 – طالب خيرة ، نفس المرجع ، ص 390.

2– Assemblée générale des Nations Unies, *Résolution 71/322 : Adoption de mesures efficaces et renforcement et promotion de la coopération internationale concernant le don et la transplantation d'organes pour prévenir et combattre la traite des personnes à des fins de prélèvement d'organes et de trafic d'organes humains*, 71e session, point 106 de l'ordre du jour, A/RES/71/322, adoptée le 8 septembre 2017, 25 septembre 2017.

3 –الأمم المتحدة ، لجنة منع الجريمة و العدالة الجنائية ، المجلس الإقتصادي و الإجتماعي، المؤتمر التاسع لمنع الجريمة و معاملة المجرمين ، نيويورك 1994،ص 11 على الموقع

2- جهود منظمة الصحة العالمية OMS .

أكدت منظمة الصحة العالمية في كل مناسبة أن الاتجار بالأعضاء البشرية يمثل انتهاكا لحقوق الإنسانة كرامته الإنسانية ، وحاولت هذه المنظمة أن ترصد عمليات الاتجار في الأعضاء البشرية من جهة، وأن تؤكد على ضرورة التعاون في مجال نقل وزراعة الأعضاء في ظل الإطار الشرعي للتبرع من جهة أخرى. في هذا السياق أعلنت لجنة تعليمات جمعية نقل الأعضاء في منظمة الصحة العالمية، سنة 1970 بأن بيع أعضاء المتبرع الحي أو الميت غير مقبولة مهما كانت الظروف.[1]

- راجع في ذلك: منتدى فيينا لمحاربة الاتجار بالبشر المنعقد في الفترة من 13-15 فبراير سنة 2008

و يمكن تفصيل جهود منظمة الصحة العالمية في المبادىء التوجيهية التي أصدرتها علاوة على دور المؤسسات الصحية العالمية .

أ-المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية.

في عام 1991 أصدرت منظمة الصحة العالمية مبادئ وتوجيهات حول زراعة الأعضاء البشرية، كانت حصيلة إجراءات بدأتها عام 1987 تتعلق بزرع الخلايا و الأنسجة و الأعضاء البشرية لتنظم عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية وكان لها التأثير الواضح على المنظومات التشريعية و الممارسات المهنية في جميع دول العالم ، حيث كانت هذه المبادئ التوجيهية محل تحديث و تنقيح عدة مرات في السنوات (1991-204-2008)[2]، وضعت هذه المبادئ أسسا لهذه العملية التي يقوم بها الطبيب، و لا يجوز نزع و نقل الأعضاء البشرية إلا وفق المبادئ التوجيهية التي وضعتها.

و قد عبرت منظمة الصحة العالمية عن انشغالها بمسألة الإتجار بالأعضاء البشرية و سارعت إلى وضع معايير عالمية لزرع الأعضاء تمثلت في المبادئ التوجيهية لمنظمة الصحة العالمية و عددها إحدى عشر مبدءا تضمن أن الدول ستضطلع بإرساء إطار عقلاني و أخلاقي و مقبول لإجراء زرع الأعضاء خصوصا:

-أن يكون التبرع بالخلايا و الأنسجة و الأعضاء مجانيا و دون مقابل مالي.

-السماح بالتبرع بالأعضاء البشرية و الأنسجة شرط أن يكون ذلك وفق التشريعات الوطنية.

-التأكد من أن التبرع بالأعضاء جاء وفق المعايير الطبية و الأخلاقية .

-منع شركات التأمين عن المشاركة في أي مرحلة من مراحل زرع الأعضاء أو الأنسجة إذا ثبت أنها تمت بناء على استغلال أو إكراه أو مقابل مالي لمتبرع حي أو قريبه المتوفي .

-يؤكد على أن تتم عملية نقل و زرع الأعضاء في أحسن الظروف الطبية الممكنة.

-يوصى بأن يكون التبرع بالأعضاء من الأحياء منظم بموجب تشريعات وطنية مع وجود رابط قانوني أو معنوي بين المتبرع و المتلقي.[3]

وفي سنة 2004 أوصى المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية، بواجب لفت الانتباه بصورة خاصة حيال أخطار الاتجار في الأشخاص الذي يتم بغرض إزالة واستئصال الأعضاء.

ب-جهود المؤسسات الصحية العالمية.

---

[1] (www.un.dz). - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 156/59 الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 2004 متاح على الموقع الرسمي للأمم المتحدة

[2] - سعيد الدراجي،الإتجار بالأعضاء البشرية، قراءة في المبادئ التوجيهية للمنظمة العالمية للصحة، مجلة الشريعة و الإقتصاد ، ج1، ع 2 ، 289-300، 2012 ص295.

[3] -Jean-Philippe Duguay,Brian Hermon, Alexandra Smith, Trafic d'organes humains : un survol,publication de recherché,bibliotheque du parlement. https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA.

المقصود بالمؤسسات الطبية العالمية في مكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية كل من السلطة الطبية العالمية، و جمعية الصحة العالمية.

-السلطة الطبية العالمية.WHA

في عام 1985 تبنت الجمعية الطبية العالمية للصحة بياناً حول الاتجار بالأعضاء، أدانت بموجبه شراء وبيع الأعضاء القابلة للزرع، حيث ساد انتقال الكلى من الدول النامية الفقيرة لبيعها في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، وفي سنة 1988 أصدرت بيانا جديدا حول نقل الأعضاء في مدريد والذي تأكد فيه اتجاه الجمعية الطبية العالمية نحو منع شراء وبيع الأعضاء البشرية من أجل الزرع .وفي عام 1989 أصدرت قرارا آخر منعت بموجبه استغلال البؤس والشقاء الإنساني، خصوصا لدى الأطفال والأقليات الضعيفة الأخرى، وشجع ذلك على تطبيق المبادئ الأخلاقية التي تستنكر بيع الأعضاء البشرية من أجل الزرع .وفي اجتماع لها سنة 1991 شددت الجمعية على مبدأ المجانية في التبرع بالأعضاء البشرية، كما صرحت أن هذا المبدأ لا يمنع أبدا حصول المتبرع على النفقات التي يتكبدها بسبب اقتطاع أحد أعضاء جسمه .وفي سنة 2000 صدر بيان آخر عنها بخصوص الاتجار في الأعضاء والأنسجة البشرية والتبرع وزراعة الأعضاء والأنسجة، وأدانت فيه أيضا ممارسات الاتجار، وحثت الدول على اتخاذ الإجراءات الكفيلة لمنعها، وفي حالة التبرع بالأعضاء يجب أن تكون إرادة المتبرعين حرة ومدركة للتبرع ومخاطره.[1]

- جمعية الصحة العالمية. AMM

في عام 1985 تبنت الجمعية الطبية العالمية للصحة بياناً حول الاتجار بالأعضاء، أدانت بموجبه شراء وبيع الأعضاء القابلة للزرع، حيث ساد انتقال الكلى من الدول النامية الفقيرة لبيعها في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، وفي سنة 1988 أصدرت بيانا جديدا حول نقل الأعضاء في مدريد والذي تأكد فيه اتجاه الجمعية الطبية العالمية نحو منع شراء وبيع الأعضاء البشرية من أجل الزرع.
وفي عام 1989 أصدرت قرارا آخر منعت بموجبه استغلال البؤس والشقاء الإنساني، خصوصا لدى الأطفال والأقليات الضعيفة الأخرى.[2]

في عام 1991 أيدت جمعية الصحة العالمية الرابعة والأربعون، في قرارها ج ص ع 44-25 الدلائل الإرشادية الصادرة عن منظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء البشرية.[3]

وفي عام 2004 وبعد إدخال تحسينات على طب وعلم زرع الأعضاء وبعد أن تطورت الممارسات والمدارك فيما يتعلق بزرع الأعضاء والنُسج، طلبت جمعية الصحة العالمية السابعة والخمسون، في قرارها ج ص ع 57-18 ،إلى المدير العام أن يضطلع بتنفيذ عدة أنشطة تشاورية وعلمية وتقييسية ويقدم تقريراً عنها إلى الجمعية. واستجابة للطلب أجرت الأمانة مشاورات، وأنشأت قاعدة معارف عالمية عن عمليات الزرع، ونُشر على الإنترنت في عام 2006 ليصبح وسيلة لرصد أنشطة وممارسات زرع الأعضاء على الصعيد العالمي ووسيلة كذلك لتعزيز الشفافية في هذا المجال، وأصبحت عمليات زرع الكلى تجرى الآن في 91 دولة عضواً تنتمي إلى جميع أقاليم المنظمة.[4]

ثانيا : الجهود الإقليمية للتصدي لظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية.

[1] -طالب خيرة ، نفس المرجع ،ص 396

[2] -نفس المرجع، ص397

[3] -منظمة الصحة العالمية ، المجلس التنفيذي، تقرير زرع الأعضاء و النسج البشرية ، الدور 124 نوفمبر 2008 .ص 1

[4] -نفس المرجع السابق .

لم يغفل المشرع الدولي عن مواجهة ظاهرة الإتجار بالأعضاء على المستوى الإقليمي إلى جانب ما بذلته الدول على المستوى العالمي للحد من ظاهرة الاتجار بالبشر باختلاف أنماطها وأشكالها، حيث سعت الدول جاهدة من خلال تكتلاتها الإقليمية إلى تكثيف جهودها والعمل على وضع حد لهذه الجريمة من خلال عدة منظمات على مختلف المستويات: العربي، الإفريقي، الأوروبي، وكذا الأمريكي حيث لعبت المنظمات الإقليمية دورا فعالا في مجال مكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية.

وسوف يقتصر هذا المحور على جهود الاتحاد الأوروبي، والذي يمثل النموذج الأمثل للتعاون الإقليمي في هذا المجال، و كذا التطرق للجهود العربية المبذولة للتصدي للظاهرة.

1-الجهود الأوروبية.

تبرز الجهود الأوروبية لمكافحة الإتجار بالأعضاء البشرية في دور مجلس أوروبا و الإتحاد الأوروبي و هو ما سيتم تفصيله كما يلي:

أ-مجلس أوروبا.

يعد مجلس أوروبا من أهم الأجهزة الفاعلة في مجال حماية حقوق الانسان على المستوى الأوروبي، الذي يضم في عضويته حوالي ست وأربعين دولة من ضمنها جميع دول الاتحاد الأوروبي.[1]

لعب مجلس أوروبا دورا فعالا في مكافحة الجريمة المنظمة عموما و جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية خصوصا، و قد عرف التعاون الأوروبي في هذا المجال عدة محطات على الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي في مجال مكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء، وكذا بروتوكولها الإضافي، مبادرة اليونان لعام 2003 وكذا إعلان براغ 2004.

- الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي Biomedicine[2] حيث جاء في الفصل السابع من الاتفاقية تحت عنوان:"منع الربح واستخدام جزء من جسم الإنسان، حيث تنص المادة الحادية والعشرون منها على أن جسم الإنسان وأجزائه يجب ألا تكون مصدرا للربح"، كما أوجبت على الدول الأعضاء رصد عقوبات ملائمة في تشريعاتها العقابية في حالة مخالفة هذا النص.

- البروتوكول الإضافي الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والطب الحيوي لعام 2002 ومما ما جاء فيه هو أن تتم عمليات زراعة الأعضاء البشرية في ضوء احترام حقوق وحريات المتبرعين والمرضى.[3]

- مبادرة اليونان لعام التي اقترحت تبني قرار لمنع تهريب الأعضاء والأنسجة البشرية ، ويتلخص مضمون هذا القرار في كون تهريب الأعضاء والأنسجة البشرية صورة من صور الاتجار بالبشر، وتنطوي هذه الصورة على انتهاك جسيم لحقوق الإنسان الأساسية وكرامته الإنسانية وقد صادق البرلمان الأوروبي على المبادرة اليونانية بإحداث بعض التعديلات البسيطة وذلك بموجب القرار التشريعي الصادر عن البرلمان الأوروبي في 23 أكتوبر 2003 في مدينة ستراسبورغ .[4]

- إعلان براغ لسنة 2004 ، حيث أوصى المؤتمر بضرورة التعاون بين الدول الأوروبية في مجال زراعة الأعضاء لمواجهة مشكلة نقص الأعضاء البشرية في إطار ضمان كرامة الإنسان.[5]

- اتفاقية مجلس أوروبا للعمل على مكافحة الاتجار بالبشر لعام 2005، والتي تميزت بفعاليتها في التطبيق وهذا مستوحى من الاسم، حيث استخدمت مصطلح" Action" أي العمل.[1]

---

[1] -هو منظمة دولية تأسس المجلس في عام 1949 ويضم 47 دولة أوروبا في وسيادة القانون والديمقراطية حقوق الإنسان يتجسد هدفها المعلن في دعم.

[2] - تم إعداد هذه الإتفاقية من طرف مجلس أوروبا واللجنة الأوروبية في 04 أفريل 1997 والتي تعرف باتفاقية أوفيدو (Oviedo).

[3] - طالب خيرة ، مرجع سابق ، ص 401

[4] -نفس المرجع ، ص 402.

[5] - نفس المرجع ، ص 403

– إعلان اسطنبول حول تجارة الأعضاء وسياحة زراعة الأعضاء لعام، 2008 الذي أكد على ضرورة أن يكون لدى جميع الدول إطار قانوني ومهني لتنظيم عملية التبرع بالأعضاء وزراعتها.[2]

– اتفاق كومنولث الدول المستقلة المتعلق بالتعاون على مكافحة الاتجار بالبشر والأعضاء والأنسجة البشرية للفترة 2011–2013 ،كما يطلب إلى الدول الأعضاء أن تُنفّذ، خلال هذه الفترة، تدابير منسقة لاستبانة حالات الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية من أجل زرعها وقع عليه رؤساء النيابات العامة لكومنولث الدول المستقلة عام 2009.[3]

و قد توجت جهود المجلس الأوروبي أول اتفاقية دولية ملزمة لمكافحة الإتجار بالأعضاء البشرية في العام 2015 و تضمنت عدة مسائل ذات الصلة منها إلزام الدول بوضع سياسات جنائية و تطبيق عقوبات على مرتكبي الإتجار بالأعضاء البشرية بيعا أو شراء أو نقل أو زرع أو لإستئصال من الأحياء إلى الأموات.[4]

ب–الإتحاد الأوروبي.

لم يفت الإتحاد الأوروبي[5] الإهتمام بالجريمة المنظمة الذي كان موضوعا رئيسيا في الإجتماع الخاص لمجلس أوروبا بامستردام عام1999 لخلق منطقة حرة و آمنة و عادلة، وبعد توقيع معاهدة الوحدة الأوروبية ماستريخت 1992 بدأ ظهور التعاون الأمني و مكافحة الجريمة المنظمة بما فيها الإتجار بالبشر .[6]

و قد بدأ التعاون الأمني بعد توقيع معاهدة الوحدة الأوروبية التي كفلت سهولة التعامل بين الدول حيث تم إنشاء عدة أجهزة داخل الإتحاد الأوروبي منها الشرطة الجنائية الأوروبية.

2–الجهود العربية .

إن تفاقم ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية على المستوى العربي، دفع بالدول العربية إلى تكثيف جهودها، من خلال عدة أجهزة و لعل أهمها تلك التابعة لمجلس وزراء العدل و الداخلية، و خاصة المركز العربي للبحوث القانونية و القضائية و جامعة نايف العربية للعلوم

---

[1] –محمد جميل النسور ، علا غازي عباسي، الاتجار بالبشر كجريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية"وسبل مكافحتها دراسة تحليلية في ضوء التشريعات الدولية والوطنية، دراسات علوم الشريعة والقانون، ج 41 ملحق 2 ، 2014.ص 1096.

[2] – نفس المرجع السابق ص 404

[3] –المرجع نفسه ص 404

[4] –اعتمدت اتفاقية مجلس أوروبا لمكافحة الإتجار بالأعضاء البشرية في 2014/09/07، تضمنت الاتفاقية 33 مادة مقسمة لخمسة فصول تضمن الفصل الأول الغرض من الإتفاقية ، أما الفصل الثاني تضمن كل الإفعال التي تعتبر تعديا عمديا على الجسم البشري ، و جاء الفصل الثالث القواعد الإجرائية للإتفاقية أما الفصل الرابع فجاء متضمنا تدابير حماية الشهود و الضحايا، و جاء الفصل الخامس متضمنا التدابير الوقائية على الصعيدين الوطني و الدولي و التعاون للتصدي للظاهرة.

5 – الاتحاد الأوروبي هو جمعية دولية للدول الأوروبية يضم 27 دولة ، تأسس بناء على اتفاقية معروفة باسم معاهدة ماستريخت الموقعة عام1991 ، و يمكن اعتبار هذا الاتحاد على أنه اتحاد فدرالي حيث أنه يتفرد بنظام سياسي فريد من نوعه في العالم.

[6] –البداينة ذياب موسى ، مواجهة الجريمة المنظمة العابرة للحدود ، من المحلية إلى الكونية ، ج12 ، 4، 2004 جامعة مؤتة ، الأردن ، ص 16 بتصرف على الموقع https://www.academia.edu/37548487/organized_crime_shaqah.pdf 2022/11/04 22سا 41 د

الأمنية[1] ، و كذا المكتب العربي للشرطة الجنائية[2]، و أيضا المكتب العربي لمكافحة الجريمة في جمع المعلومات و إعداد الدراسات اللازمة عن الأنظمة القانونية العربية و التعاون الأمني و القضائي بين الدول العربية.[3]

و قد اعتمد على المستوى العربي من القانون العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر والاستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر في عام 2012.[4]

و يمكن تفصيل الجهود العربية في مكافحة الإتجار بالأعضاء من خلال دور جامعة الدول العربية، و الإتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة.

أ-دور جامعة الدول العربية.

توصلت الجامعة العربية إلى مشروع القانون العربي الإسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء و منع و مكافحة الإتجار فيها[5]، و جزاءات الإخلال بها، حيث اعتبرت استئصال الأعضاء البشرية و زرعها في جسد آخر أو الحصول على مقابل مالي صورة من صور الإتجار غير المشروع للأعضاء البشرية.

و قد استهدف هذا القانون تنظيم عملية زرع الأعضاء و مكافحة الإتجار فيها ، بحيث تم من خلاله تقديم تعريف للمصطلحات المتداولة في موضوع جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية مثل العضو البشري، النسيج الموت، المتبرع، الطبيب.[6]

و من خلال منتدى الدوحة التأسيسي لمكافحة الإتجار بالبشر[7] تم التركيز على ضرورة بناء القدرات الوطنية لمكافحة الإتجار بالبشر، كما أطلقت في سبيل ذلك العديد من المخططات و المبادرات.[8]

1-هي منظمة عربية ذات شخصية اعتبارية تتمتع بصفة دبلوماسية.، و هي الجهاز العلمي لمجلس وزراء الداخلية العرب، تعنى بالتعليم العالي والبحث العلمي والتدريب في المجالات الأمنية والميادين ذات العلاقة ومقرها مدينة الرياض عاصمة المملكة العربية السعودية.

2 – أسس فى العام 1965 عندما أكتملت تصديقات الدول الأعضاء فى جامعة الدول العربية على الإتفاقية الخاصة بإنشاء المنظمة العربية للدفاع الإجتماعى ضد الجريمة.

وبعد إنشاء مجلس وزراء الداخلية العرب فى العام 1982، أصبح المكتب العربي للشرطة الجنائية بدمشق تابعا للأمانة العامة للمجلس المذكور.

3 -عادل إبراهيم ماجد ، مكافحة الإتجار بالبشر على المستوى العربي، ندوة علمية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية المنعقدة 2010/05/19 ، جامعة الدول العربية ، القاهرة ص 45.

4 -مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات و الجريمة، الإطار القانوني الدولي: بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال على الموقع https://www.unodc.org/e4j/ar

5 – تم اعتماده من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة و العشرين بالقرار رقم 721، د25 جامعة الدول العربية في 19 نوفمبر 2009.

6 – راجع المادة 1 و 2 من القانون الإسترشادي.

7 – تم انعقاده بالدوحة خلال يومي 22 و23 مارس 2010 ،في إطار سعي الدول العربية لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

8 – مثل مشروع تعزيز الإطار الإقليمي العربي لمكافحة الاتجار بالبشر ، و مبادرة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية لصياغة الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر

كما أرسيت الإستراتيجية الشاملة لمكافحة الإتجار بالبشر حيث تعد هذه الإستراتيجية من أهم الجهود العربية في مكافحة جرائم الاتجار بالبشر وانصبت أساسا على صياغة أسس السياسة العامة والشاملة في هذا المجال، على أن تقوم كل دولة عربية بتنفيذ تلك السياسة وفقا لخصوصياتها وما يتفق ومتطلبات سياستها الوطنية.[1]

ب- مشروع الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار بالبشر.

عقدت اللجنة المشتركة من خبراء مجلس وزراء العدل والداخلية العرب اجتماعا بتاريخ22 سبتمبر 2014 لمراجعة مشروع اتفاقية عربية لمكافحة الاتجار بالبشر في ضوء الملاحظات الواردة من الجهات المعنية في الدول العربية، وعرض نتائج أعمالها على المكتب التنفيذي في اجتماعه بشهر أكتوبر بالمملكة العربية السعودية و من بين ما تضمنه هذا المشروع تعاون الدول العربية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر فضلا عن حماية الضحايا.

الخاتمة.

توصلت هذه الدراسة التي تناولت موضوع مواجهة المشرع الدولي للإتجار بالأعضاء البشرية ، إلى كون الإتجار بالأعضاء البشرية هو انتهاك لحق من حقوق الإنسان و أن حق الإنسان في السلامة الجسدية يعد من أهم الحقوق العامة التي تكفلها الدولة للفرد فيها بغض النظر عن اللون أو الجنس أو الدين.

كما بينت أن تجارة الأعضاء البشرية تقهقرا حقيقيا للقيم والأخلاق والمبادئ، وكونها تمثل كذلك انتهاكا واضحا وصريحا لحقوق الإنسان، وتمثل خطرا داهما على المجتمع الدولي بأسره، مما حدا بالمشرع الدولي إلى التدخل للحد من هذه الظاهرة و مكافحتها.

وقد تمكنت هذه الدراسة من الوصول إلى بعض النتائج منها :

- إن ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية ظاهرة عالمية ولا يمكن في جميع الأحوال مكافحتها بفعالية على المستوى الوطني فقط، من دون التعاون بين كافة الدول، الأمر الذي يقتضى وضع استراتيجية للتعاون بين الدول، نظرا لتطور و تنوع العلاقات الدولية، في كافة المجالات.

-المجتمع الدولي ينتهج أسلوب حظر تجارة نقل و زرع الأعضاء البشرية، ويشجع التبرع الطوعي بالأعضاء حيث يصبح زرع الأعضاء البشرية مبنيا على اعتبارات أخلاقية وأدبية.

- ارتباط ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية بالظروف الاقتصادية والاجتماعية, فضلا عن أن غياب النصوص القانونية التي تنظم هذه العمليات يعطي المجال لانتشار مثل هذه التجارة.

---

[1] . 2012/02/15 – صدرت بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 879 في دورته السابعة والعشرون بتاريخ

تضمنت هذه الإستراتيجية ثمانية محاور، و اعتمدت على مجموعة من الوثائق الإقليمية والدولية. مشار إليه في مصطفى العدوي، الإتجار بالبشر ماهيته و آليات التعاون الدولي لمكافحته، كلية الشرطة ، ص 160.

*على غرار التشريعات الدولية تدخل جريمة الإتجار بالأعضاء في إطار جريمة الإتجار بالبشر.

– أن تفشي الحروب والأزمات الإقتصادية وعدم الإستقرار السياسي و الأمني يعتبر سببا مباشرا لتفشي هذه الظاهرة.

–رغم المحاولات الدولية لمكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ورغم محاولتها حماية الإنسان من كافة الإنتهاكات إلا أنها تبقى غير كافية بالنظر إلى أنها لا تلزم إلا أطرافها طبقا لنسبية المعاهدات.

أما التوصيات التي توصلت إليها الدراسة فتتمثل في ما يلي:

– ضرورة تكاثف الجهود في التوعية في الميادين الثقافية و التعليمية و الدينية لتحسيس المجتمع بأهمية التبرع بالأعضاء بعد الوفاة لمجابهة الندرة التي تؤدي إلى حتمية المتاجرة بالأعضاء و اقتنائها بمقابل مالي.

–إفراد اتفاقية دولية في إطار الأمم المتحدة لمنع و قمع الإتجار بالأعضاء البشرية، نظرا لخطورتها و جعل أحكامها ملزمة مع ضرورة إدراجها ضمن التشريعات الوطنية للدول ومتابعة مدى تنفيذها ضمن آلية الإستعراض الدوري الشامل بصرامة خاصة. لأن معالجتها في إطار اتفاقيات تتناول جرائم أخرى لن يوفيها حقها.

–مراقبة الحدود و الهجرة غير الشرعية و الإهتمام بشؤون اللاجئين الذين يعتبرون فريسة سهلة لعناصر الجريمة المنظمة.

–تشديد العقوبة على من يرتكب مثل هذه الجريمة في القوانين الداخلية ، وتعزيز التعاون الأمني و الشرطي بين الدول باتفاقيات دولية.

–ضرورة الاهتمام بالجانب الإعلامي و التحسيسي في توعية المواطنين بخطورة التجارة غير المشروعة بالأعضاء البشرية ، و تشجيع سياسة التبرع بالأعضاء و الحث عليها تشريعيا وتعليميا و دينيا و أخلاقيا.

–إحداث وحدات أمنية متخصصة وخاصة بمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية مع الرقابة الصارمة على المراكز الطبية والمستشفيات المرخص لها القيام بعمليات نقل وزراعة الأعضاء.

– مراقبة شبكة المعلومات العالمية "الانترنت"، والمواقع التي تدعو لبيع الأعضاء بمقابل مالي خاصة فيما يتعلق ببيع الأعضاء لمواجهة الفقر، أو السفر للخارج استنادا لعقود غير حقيقية.

–العمل على تحسين الأوضاع الإجتماعية و الإقتصادية لكل مجتمع لدرء التفكير في بيع الأعضاء، و الحد من ظاهرة سياحة الأعضاء و نبذها.

– اعتبار قضية مكافحة تجارة الأعضاء البشرية والتصدي لها هدفا عالميا تسهم فيه جميع المؤسسات و المنظمات الدولية.

– استبعاد الإعفاء من المسؤولية الدولية أو الفردية بالنسبة للمخالفين لأحكام الاتفاقيات، والقوانين المجرمة لتجارة الأعضاء البشرية.

المراجع.

الاتفاقيات :

–اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، التي اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/55 المؤرخ في 15نوفمبر 2000.

– الاتفاقية الخاصة بالرّق لعام 1926.

– الاتفاقية التكميلية لإبطال الرّق وتجارة الرّقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرّق لعام 1956

– اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير لعام 1949.

– اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979.

–اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

– الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 1990.

– اتفاقية لاهاي بشأن حماية الأطفال والتعاون في مجال التبني على الصعيد الدولي لعام 1993

-اتفاقية لاهاي بشأن حماية الأطفال والتعاون في مجال التبني على الصعيد الدولي لعام 1993.
-اتفاقية أوفيدو لعلم الأحياء و الطب البشري. لعام 1997
- اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182 بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال لعام 1999..
- اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182 بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال لعام 1999.
- الاتفاقية الأوروبية لمكافحة الاتجار بالبشر لعام 2005.
- اتفاقية مجلس أوروبا لمكافحة الإتجار بالأعضاء البشرية، لعام2014.
- بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال لعام2000.
-البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية لعام 2000.
-البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة لعام 2000.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.
--إعلان القضاء على العنف ضد المرأة لعام 1993.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 156/59 الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 2004 .
-نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

الكتب.

- رامي متولي القاضي ، مكافحة الإتجار بالأعضاء البشرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2013.
- عادل إبراهيم ماجد ، مكافحة الإتجار بالبشر على المستوى العربي، ندوة علمية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية المنعقدة 2010/05/19 ، جامعة الدول العربية.
-مصطفى العدوي، الإتجار بالبشر، ماهيته و آليات التعاون الدولي لمكافحته، أكاديمية الشرطة ،كلية الشرطة ، 2014.

- الأطاريح:

- جادي فايزة، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الجنائي و التطورات العلمية الراهنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016/2015.
- طالب خيرة ، جرائم الإتجار بالأشخاص و الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري و الإتفاقيات الدولية ، أطروحة دكتوراه، جامعة بوبكر بلقايد ، 2017-2018 .

المقالات:

- غربي أسامة، الإتجار بالأعضاء البشرية ، مجلة دراسات وأبحاث ، ج 3، ع 5 ، 2011.
- سعيد الدراجي،الإتجار بالأعضاء البشرية، قراءة في المبادئ التوجيهية للمنظمة العالمية للصحة، مجلة الشريعة و الإقتصاد ، ج1، ع 2.
- محمد جميل النسور ، علا غازي عباسي، الاتجار بالبشر كجريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية"وسبل مكافحتها دراسة تحليلية في ضوء التشريعات الدولية والوطنية، دراسات علوم الشريعة والقانون، ج 41 ملحق 2 ، 2014 .

وثائق دولية:

–الأمم المتحدة ، لجنة منع الجريمة و العدالة الجنائية ، المجلس الإقتصادي و الإجتماعي، المؤتمر التاسع لمنع الجريمة و معاملة المجرمين ، نيويورك 1994.

– منظمة الصحة العالمية، المجلس التنفيذي، تقرير زرع الأعضاء و النسج البشرية، الدور 124 نوفمبر 2008.

– إدارة الشؤون القانونية، الأمانة الفقهية لمجلس وزراء العدل العرب، القانون العربي الاسترشادي بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، جامعة الدول العربية، الأمانة العامة.

مواقع إلكترونية:

– عبد الحافظ عبد الهادي عبد الحميد، الإتجار بالبشر و سبل مكافحته، قراءة في الإتفاقيات و الإستراتيجيات على الموقع https://kitabat.com/cultural/ 2022/11/07 ، 16سا 42 د

– الموقع، https://www.youm7.com / 2022/11/05 ، 11 سا 20د.

–أسباب تجارة الأعضاء البشرية في العراق، على الموقع، https://sputnikarabic.ae / 2022/11/2022.01. 12سا

–دعاء أبو ضميدة، مظاهر و أسباب بيع و زرع الأعضاء البشرية، على الموقع https://hyatoky.com/ 2021

– وحدة تحليل السياسة العامة و حقوق الإنسان ، على الموقع https://www.maatpeace.org. 30/10/23،2022 سا.

–البداينة ذياب موسى ، مواجهة الجريمة المنظمة العابرة للحدود ، من المحلية إلى الكونية ، ج12 ، 4، 2004 جامعة مؤتة، الأردن، ص 16 بتصرف على الموقع: https://www.academia.edu/37548487/organized_crime_shaqah.pdf 2022/11/04 22سا 41 د

1 – مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات و الجريمة، الإطار القانوني الدولي: بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال على الموقع https://www.unodc.org/e4j/ar 2022/11/04 ، 15سا ة 40 د .

المراجع الأجنبية:

-Michel DEBACQ, LES VINGT ANS DE LA CONVENTION DE PALERME,IRIS ,institute des relations internationales et stratégiques ,2020.

- Assemblée générale des Nations Unies, *Résolution 71/322 : Adoption de mesures efficaces et renforcement et promotion de la coopération internationale concernant le don et la transplantation d'organes pour prévenir et combattre la traite des personnes à des fins de prélèvement d'organes et de trafic d'organes humains*, 71e session, point 106 de l'ordre du jour, A/RES/71/322, adoptée le 8 septembre 2017, 25 septembre 2017.

-Jean-Philippe Duguay,Brian Hermon, Alexandra Smith, Trafic d'organes humains : un urvol,publication de recherché,bibliotheque du parlement.

الحماية الجزائية للأعضاء البشرية في عمليات النقل والزرع
Penal protection of human organs in transfers and transplants

د. بدايرية يحي
كلية الحقوق. جامعة تبسة

د. بوقصة إيمان
كلية الحقوق. جامعة تبسة

الملخص:

تعتبر ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية ظاهرة قديمة سعت التشريعات إلى مكافحتها، إلا أن التطور العلمي والتكنولوجي الذي شهده العصر الحالي في كافة المجالات بما في ذلك المجال الطبي، ساهم بشكل كبير في نمو وأتساع مجال عمليات الاتجار: بالجلد، العظام، الدم، الأعضاء، الأنسجة، حيث أضحت مختلف الأعضاء البشرية بمثابة سلعة، بهدفه، جراحة تجميلية أو لغرض علاج حالات مرضية تتطلب نزع وزرع الأعضاء، ونظرا لأهمية جسم الإنسان فقد نصت جل التشريعات الوضعية

ومنها التشريع الجزائري على حمايته من مختلف الاعتداءات التي قد تقع عليه، من خلال تجريم صور السلوك التي تهدد سلامته، وتوفير حماية فعالة لهذه الأعضاء.

الكلمات المفتاحية: جسم الإنسان، نقل الأعضاء، جريمة الاتجار بالأعضاء، زرعالأعضاء، الحماية الجنائية، المتبرع، المتلقي.

Abstract:
The phenomenon of human organ trafficking is an old phenomenon that legislation sought to combat. However, the scientific and technological development witnessed by the current era in all fields, including the medical field, has greatly contributed to the growth and expansion of the field of trafficking operations: skin, bones, blood, organs, tissues, Where the various human organs have become a commodity, with the aim of cosmetic surgery or for the purpose of treating pathological conditions that require the removal and transplantation of organs, and given the importance of the human body, most of the positive legislation, including the Algerian legislation, stipulated its protection from various attacks that may occur on it, by criminalizing the images of behavior that threaten its integrity, and provide effective protection to these organs.
Key words:the human body, organ transplantation, the crime of organ trafficking, organ transplantation, criminal protection, the donor, the recipient..

مقدمة:

تقع على الأعضاء البشرية جملة من السلوكات المجرمة، من بينها الاتجار بها حيث تتميز جريمة الاتجار

بالأعضاء البشرية بطبيعتها الخاصة التي تنصب أساسا على الأشخاص الذين يعانون من الفقر والبطالة، ويفتقدون الحد الأدنى من الأمان الاجتماعي، وقد أشارت الإحصائيات العالمية إلى أن أكثر فئات المجتمع تعرضا لهذا النوع من الجرائم هم النساء والأطفال.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في خطورة وانتشار هذه الظاهرة، فالاتجار بالأعضاء مشكلة عالمية تؤثر على معظم البلدان في العالم، فهي جريمة تحدث داخل وعبر الحدود ولم تعد محددة في النظام الوطني أو الداخلي فقط، كما تعد هذه الجريمة الأكثر بشاعة والأكثر ربحا، لأن عصاباتها لا إجرام المنظم تنزل البدر كممارسة الاتجار بأعضاء الإنسان شأنها شأن الاتجار بالأشياء المادية،

وبالتالي فقد تم التركيز على دراسة جريمة الاتجار بالأعضاء من الناحية القانونية، كما أن زراعة ونقل الأعضاء البشرية ليست مجرد اهتمام طبي ورغبة في الإبداع الجراحي، بل موضوع له علاقة بإنقاذ حياة إنسان وإتاحة له الفرصة في الحياة بدلا من الاعتماد على الأجهزة الطبية وانتظار الموت، غير أن ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية أضحت تمثل ثالث أكبر نشاط إجرامي عالمي.

إن دراسة هذه الظاهرة تدفعنا إلى التساؤل عن كيفية معالجتها ودراستها من طرف التشريعات الوطنية، من خلال سن القوانين لذلك، ونظرا لحرمة جسم الإنسان وضرورة الحفاظ على سلامته، عملت جل التشريعات جاهدة

لحمايته من مختلف الاعتداءات التي قد تقع عليه، وفي نفس الوقت مواكبة التطور العلمي والتكنولوجي خاصة في المجال الطبي، وبالتالي نجد إباحة سلوكات تفرضها الضرورة وبالمقابل تكريس كل الوسائل لإضفاء حماية كافية لجسم الإنسان، أهمها الحماية الجزائية، ومن هنا نجد أنفسنا أمام الإشكال التالي: **ما مدى فعالية الحماية الجزائية للأعضاء من عمليات النزع والزرع؟ وفيما تتمثل الضوابط المتعلقة بتنظيم عمليات نزع وزرع الأعضاء في التشريع الجزائري؟.**

سوف نحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال هذه الدراسة مستخدين المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية ذات الصلة، وفقا لقانون الصحة وقانون العقوبات الجزائري وفقا للخطة التالية:

أولا: الأساس القانوني للحماية الجنائية للأعضاء البشرية

ثانيا: تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية

أولا:أساس الحماية الجنائية للأعضاء البشرية:

يعرف الإتجار بالأعضاء البشرية على أنه، عملية تتم بغرض بيع أو شراء أنسجة أو أعضاء من جسم إنسان كالكلى وأجزاء من الكبد وغيرها[1]، وهي جعل أعضاء الإنسان محلا للتداول وإخضاعها لمنطق البيع والشراء، والتصرف فيها بالبيع بعد فصلها عن صاحبها بغض النظر عن كون الفعل بالرضا أو بالإكراه، ونقل ملكيتها لشخص آخر.

وحتى يتم القول بوجوب الحماية الجنائية لجسم الإنسان، لا بد من توفر جملة من الضمانات تكفل سلامته[2]، وحتى يتمتع بهذه الحماية هناك شروط تتمثل فيمايلي[3]:

_ أن يكون الإعتداء واقع على إنسان بوصفه إنسان، وبالتالي يخرج من دائرة الحماية الحيوان والجماد، وبشرط أن ينصب الإعتداء على جسم إنسان حي، لأن الجثة وحرمة جسم الإنسان حتى بعد الوفاة تحميها نصوص خاصة أخرى.

_ كما يشترط أن تكون الجرائم الماسة بسلامة الجسم قد وقعت على شخص تجاوز المرحلة التي يوصف خلالها بأنه جنين، لأنه متى أعتبر إجهاض تحكمه نصوص وأحكام خاصة.

_ ويشترط أيضا ألا يمثل فعل الإعتداء استعمالا لحق رد الإعتداء والأفعال المباحة كدفاع الشرعي، لأنه سبب من أسباب الإباحة وإنعدام المسؤولية[4].

---

[1] – رامي محمد شاعر، الإتجار بالبشر، طبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص25.

[2] _ أنظر_ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1988، ص 149.

[3] _ أنظر_ فوزية هامل، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون رقم 01/09، المتعلق بالإتجار بالأعصاء البشرية، مذكرة ماجستير، جامعة الحج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2012، ص 30.

[4] _ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص116.

_ ويشترط إضافة إلى ما سبق ألا يكون الإعتداء استعمالا لواجب قانوني أو قضائي، كتنفيذ حكم الإعدام، وألا يكون المساس بالجسم استعمالا لحق ممارسة العمل الطبي، لكون القانون يبيح فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة بممارسة هذه المهنة طبقا لتنظيمات والقوانين ذات الصلة[1].

_ موقف المشرع الجزائري من التصرف في الأعضاء البشرية: نص المشرع الجزائريعلى مسألة التصرفات في الأعضاء البشرية ضمن القانون رقم 11/18 المتضمن قانون الصحة[2]، حيث نص ضمن المادة 355 منه على حظر مطلق لجعل الأعضاء البشرية موضوع معاملة مالية[3]، وبالمقابل جواز التبرع بها[4]:

_ عدم جواز جعل الأعضاء البشرية محلا لأي معاملة مالية: نصت المادة 358 على أنه:" لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية"[5]، ومن خلال هذه المادة يتجلى لنا أن المشرع الجزائري يحضر أي تعامل مالي على الأعضاء البشرية، وبإستقرائنا للمبادئ العامة نجد أن المشرع يقصد التصرف القانوني والذي يعني إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ويشترط لقيامه مجموعة من الأركان ومن خلال المادة 54 من ق المدني القائلة بأن:" العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، ومنه الأركان تتمثل في:

1_ التراضي: ويقصد به التعبير عن إرادة الطرفين بالإيجاب أو القبول، وبالتالي فإذا ما تصورنا أن الأعضاء البشرية عقد ناتج عن إتفاق فإنه يتطابق مع القواعد العامة في ق المدني، غير أن الأمر ليس بهذه البساطة كونه يجد صعوبة في تطبيق باقي أحكام التراضي، فالتعبير عن الإرادة كما هو منصوص عليه في المادة 60 يأخذ صورتين صريح وضمني، وهنا بناء على حساسية محل التعاقد الذي هو العضو البشري نفرض أن يكون التعبير صريحا، وأن تكون الإرادة سليمة خالية من العيوب الواردة في المواد 90، 88، 86، 81، والمتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

---

[1] _أنظر_ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة لنشر، الإسكندرية، 1999، ص 149.

[2] _ القانون رقم 11/18 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد46.

[3] _ المادة 355: لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

[4] _ المادة 356: تنشأ وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها.

تحدد مهام هذه الوكالة وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم.

[5] _ المادة 358: لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والخلايا والأنسجة البشرية وزرعها محل صفقة مالية.

2_ المحل: لم يكرس المشرع الجزائري مفهوم المحل في القانون المدني، وعرفه من حيث شروط محل الإلتزام وشروط صفة المحل، فوجب أن يكون هذا المحل شيء، ولكن الأعضاء البشرية ليست شيئا بالمعنى العام لمصطلح شيء، وليست كيان مادي مستقل عن الجسم بل مستقل به.

3_ السبب: المشرع الجزائري لم يعرف السبب أيضا مكتفيا بتعداد شروط صحته، ولهذا نرجع إلى الفقه الذي عرفه على أنه الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء تحمله الإلتزام[1]، حيث اشترط المشرع لصحة السبب حسب المادة 97 ق مدني، أن يكون موجودا وصحيحا، ومشروعا وغير مخالف لنظام العام، ومن هنا نجد أنه حتى في نقل الأعضاء يمكن تصور قيام السبب إذا كان الهدف إنساني يتمثل في شفاء المرضى، إلا أن المسألة ليست على إطلاقها، فقد يكون العقد المبرم بغرض جعل الأعضاء البشرية محلا لتجارة والربح وهو الأمر الغير جائز، وبالنتيجة غير مشروع وبالتالي العقد باطل.

_ جواز جعل الأعضاء البشرية موضوع تبرع: بالرجوع إلى نص المادة 357 من ق الصحة نجد أن المشرع أجاز التعامل في الأعضاء البشرية عن طريق ما أسماه بالتبرع[2]، ولكنه لم يعطي أي وصف لهذا التبرع إن كان هبة أو وصية.

1_ طبيعة التبرع: ما ورد في قانون الصحة ضمن المواد 355_367 ضمنالقسم الأول: أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، وهو نظام خاص يتمثل في منح أعضاء بشرية إلى شخص في حاجة إليها دون عوض بهدف إنساني بحت.

2_ أحكام التبرع: لا بد من التطرق إلى أركان التبرع، والمتمثلة في:

_ التراضي: ويختلف الأمر بين ما إذا كان يتعلق الأمر بتبرع إنسان حي أو بتبرع إنسان قبل وفاته[3].

_ تبرع إنسان حي: يشترط المشرع في هذا النوع من التبرع الموافقة الصريحة للشخص الواهب، أو المتبرع وهذا ما نستشفه من نص المادة 360 فقرة05[4]، كما يشرط الموافقة الصريحة للمتبرع أو من حددهم القانون للموافقة في حالة تعذر ذلك على المتبرع[1].

---

[1]_ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، التصرف القانوني، الجزء الأول، طبعة 01، دار الهدى لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 222.

[2]_ المادة 357: ينشأ كلما إقتضت الضرورة إلى ذلك، في المؤسات المرخص لها بنزع الأنسجة والخلايا، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، هيكل يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا، تحدد كيفيات إنشائه وسيره عن طريق التنظيم.

لا يجوز جمع أعضاء جسم الإنسان من متبرع حي لأغراض الحفظ، دون موافقة المتبرع أو ممثله الشرعي.

[3]_ عبد نسيبة، داود رشيد، حرية التصرف في جسم الإنسان، مذكرة تخرج للمدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 15، 2004_2007، ص 33،34.

[4]_ المادة 360 فقرة 05: يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا، الذي يتأكد، مسبقا، من أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأّ ن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

_ تبرع الإنسان الميت أثناء حياته: وهذا يختلف عن السابق وذلك بأنه يأخذ ثلاثة حالات:

الحالة الأولى: وتكون إذا أبدى المتبرع موافقته أثناء حياته على قبوله فهنا يجوز نزع أعضائه بعد وفاته طبقا لنص المادة 362، وهو أشبه إلى الوصية.

الحالة الثانية: حالة ما إذا توفي الشخص دون أن يبدي موافقته، في هذه الحالة الأصل أنه لا يجوز انتزاع أعضائه، لكن يجوز استثناءا إذا تمت موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الأولوية التالية: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي، وإذا لم تكن للمتوفي أسرة، كما تنص نفس المادة في فقرتها الثالثة، على أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية دون موافقة المتبرع قبل وفاته، إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين، أو أي تأخير قد يؤدي إلى عدم صلاحية العضو[2].

الحالة الثانية: حالة ما إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته عن إنتزاع أعضائه، في هذه الحالبة فإن المادة 362 تمنع القيام بإنتزاع أعضائه منعا باتا[3].

---

[1]_ المادة 364: 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 (2).

وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، فإنه يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة ٣62 أعلاه.

وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية، يمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي، حسب الحالة.

وفي حالة الأشخاص القصر، يعطي الموافقة الأب أو الأم أو عند غيابهما، الممثل الشرعي.

لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المتلّقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرتين ٣ و٤ أعلاه، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث.

يمكن أن يمارس زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة، الواردة في الفقرتين الأولى و2 أعلاه، عندما ولظروف استثنائية، لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثّلين الشرعيين للمتلقي الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته.

ويثبت هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة وشاهدان (2) اثنان.

[2]_ المادة 361: يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبّرع أو المتلقي.

يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت.

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.

[3]_ المادة 362: 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.

المحل: حسب قانون الصحة فإن محل هذا التبرع لا ينحصر في الأعضاء البشرية وإنما ذكر مصطلح الأنسجة ولكن يبقى أي تصرف من هذا القبيل هو تصرف وارد على الجسم ولا يختلف الأمر بين العضو والنسيج، فكلها تعتبر مكونات لجسم الإنسان، وهذا المحل يتسم بحساسية خاصة.

السبب: وهو الدافع في التعاقد والذي يتجسد بنية التبرع لهدف إنساني، ويكون القصد من ورائه مساعدة شخص وإنقاض حياته وهو في الحقيقة سبب مشروع سيما وأن هذا التصرف يقوم على أساس إنتفاء العوض أو المقابل المالي.

3_ آثار التبرع: تترتب عن موافقة المتبرع إلتزام تجاه المستقبل بتسليمه العضو، غير أنها ليست لها قوة ملزمة، إذ يجوز رجوع المتبرع عن موافقته في أي وقت شاء، طبقا لنص المادة 360 فقرة 06[1].

وبالتالي نجد أن المشرع الجزائري أخرج أعضاء جسم الإنسان من مجال التعامل في التصرفات المالية[2]، ووضع نظام خاص بالتعامل في الأعضاء البشرية يتماشى والطبيعة الخاصة لهذا الأخير[3].

ثانيا: تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية:

أجمع جل فقهاء القانون والطب أيضا، على ضرورة إدانة الإتجار بالأعضاء البشرية والنص على تجريم هذا السلوك المنافي للقيم والأخلاق من خلال نصوص تعاقب على إتيان هذا السلوك المجرم شرعا وقانونا، ومن بينها نجد المشرع الجزائري الذي جرم هذا الفعل من خلال قانون العقوبات

يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة، لا سيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء. وتحدد كيفيات التسجيل في سجل الرفض، عن طريق التنظيم.

يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى. وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء.

ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفى البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها.

[1]_ المادة 360 فقرة 06:يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء.

تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك التي قد يتعرض بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي.

تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

[2]_ المادة 367: لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزع والممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، أي أجر عن العمليات.

[3]_ عبد الله نسيبة، داودي رشيد، مرجع سابق، ص 34،37.

رقم 09/ 01 المؤرخ في 08 مارس 2009 المعدل لقانون العقوبات، وقد أكد ذلك المشرع من خلال قانون الصحة بإحالة على قانون العقوبات[1].

01_ أركان جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية: تقوم جريمة الإتجار البشرية بقيام الركنين المادي والمعنوي، حتى تسند المسؤولية لشخص الجاني الذي إتجهت إرادته لإتيان كل سلوك أو فعل يدخل في تشكيل السلوك الإجرامي لهذه الجريمة، وأيضا لا بد من وجود نص قانوني يجرم الفعل، تحقيقا لمبدأ الشرعية، وأيضا لا بد من سند يمكن من خلاله معرفة السلوك ومدى إنطباقه على الوقائع موضوع الجريمة.

1_ الركن المادي: الأصل أن الركن المادي يقوم على ثلاثة عناصر، سلوك إجرامي، ونتيجة وعلاقة سببية تربط بينهما، وهنا نجد أن أي فعل يقصد به إنتهاك سلامة جسم الإنسان أو الإعتداء على الأعضاء البشرية[2].

يتضح من خلال إستقراء نص المادة 303 مكرر [3]16 والمادة 303مكرر [4]17 من ق العقوبات الجزائري، أن هذين النصين قد جاءا شاملين لكل صور الركن المادي في جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، حيث يتخذ الركن المادي فيها صورتين هما:

_ الحصول على العضو البشري مقابل دفع مبلغ مالي أو منفعة أخرى: فقد أوجبت القوانين التي نظمت نقل الأعضاء أن يكون التنازل عن العضو دون مقابل ذلك أن حق الإنسان على جسده حق غير مالي، فهو خارج دائرة التعامل، لذا يشترط أن يعطي الواهب العضو دون مقابل.

كما أنه من خلال إستقراء المادة 303 مكرر 18 فقرة01 من ق العقوبات[5]، نجد أن المشرع جرم أيضا عملية الحصول على أنسجة أو خلايا أو مواد من جسم الإنسان بمقابل، حيث منح المشرع

---

[1]_ المادة 431: يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 361 من هذا القانون، المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر16 إلى 303مكرر20 من قانون العقوبات.

[2]_ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، طبعة 04، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 85.

[3]_ المادة 303 مكرر 16: يعاقب بالحبس من 03 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1000.000 دج، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد التشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص.

[4]_ المادة 303 مكرر 17: يعاقب بالحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات، وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج، كل من ينتزع عضو من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم إنتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول.

[5]_ المادة 303 مكرر 18: يعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من قام بإنتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على من يتوسط قصد التشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص.

لهذه المشتقات المتجددة في جسم الإنسان نفس الحماية التي وضعها للأعضاء، حيث رصد المشرع عقوبات لشخص الذي يحصل على أنسجة أو خلايا أو مواد من جسم الإنسان مقابل دفع مبلغ مالي أو لقاء أي منفعة أخرى.

كما أقر المشرع مبدأ التبرع ونزع الأعضاء دون مقابل في المادة 432 من ق الصحة[1]، حيث عاقب على الإشهار، وبهذا يكون المشرع استبعد من المعاملات التجارية كل ما يتصل بجسم الإنسان سواء كان عضوا أو نسيجا أو جزء من الدم.

كما قد يكون الجاني وسيطا يقوم بالوساطة لأطراف العملية قصد التشجيع لها، ولا يهم في قيام مسؤولية الوسيط الجزائية، أن يقوم بهذه الوساطة مجانا أو بمقابل، بقتناع منه أو بدافع نبيل فالمجرم في فعله هو الوساطة التي منعها المشرع الجزائري في الفقرة 02 للمادتين 303 مكرر 16 و 18 ق ع، والوسيط في هذه الجريمة ليس شريكا في الجريمة حتى تسري عليه أحكام الشريك في العقاب بل هو فاعل أصلي، يعامل معاملة من يحصل على عضو من جسم الإنسان بمقابل[2].

_ انتزاع عضو من شخص دون موافقته: وهنا الموافقة سواء كانت من الشخص الحي أو الميت حيث نجد أن المشرع شدد العقوبة في حالة تخلف عنصر الموافقة وأطلق عليها وصف جناية وهذا كله لتوطيد الحماية الجنائية المقررة للجسم البشري، في ضوء هذه الممارسات الطبية الحديثة التي أسفرت عليها العلوم الطبية.

كما يتضح من نص المادة 303 مكرر 19 ق ع[3]، أن المشرع رتب قيام المسؤولية الجزائية الذي ينتزع من جسم شخص آخر أنسجة أو خلايا أو يجمع مادة مهما كان نوعها التي يفرزها وينتجها جسم الإنسان أو أي من مشتقاتها واعتبرها هي كذالك جريمة، انتزاع أنسجة أو خلايا أو مواد دون موافقة صاحبها، هذا بالإضافة إلى الأعضاء البشرية المتجددة.

2_ الركن المعنوي: يجب أن توجد إضافة إلى توفر الركن المادي، رابطة نفسية بين النشاط الإجرامي ونتائجه، بين الجاني الذي صدر عنه هذا النشاط وبين السلوك الإجرامي[4].

---

[1] _ المادة 432: يعاقب كل من يقوم بالإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنة (1) وبغرامة من 200.000 دج إلى 400.000دج.

[2] _ ماروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الجزء الأول، الكتاب 03، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 224، 225.

[3] _ المادة 303 مكرر 19: يعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصووص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم إنتزاع نسيج أو خلايا او جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع ساري المفعول.

[4] _ عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1997، ص 357.

يشترط في جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية أن يكون هذا الفعل المقصود قد صدر عن علم وإرادة من الجاني، أي أن يقع فعل الإعتداء بنية الإجرام وذلك بتوافر القصد، وهذا القصد هو قصد عام أي إتجاه إرادة الجاني نحو إتيان الفعل مع نية تحقيق النتيجة مع قيام عنصر العلم الذي يحيط بأركان الجريمة ولا يهم إن كانت نية الفاعل محددة بشخص معين ولا يؤثر الغلط في الضحية على قيام المسؤولية الجزائية للجاني، وأيضا لا يعتد بالباعث لإتيان الجريمة[1].

كما اشترط المشرع أن تتوفر لدى الجاني نية الإضرار بالمجني عليه، فمن يدفع مبلغ من المال لقاء الحصول على أحد الأعضاء البشرية بقصد نقل أو زرع لشخص مريض يسأل عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية وهذا ما نصت عليه المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل دفع مبلغ من المال أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص".

أما بالنسبة للقصد الخاص لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية فيتمثل في إتجاه إرادة الجاني في الحصول على العضو البشري بنية الإتجار به، مقابل حصوله على مبالغ مالية أو أية منفعة أخرى[2].

كما أنه لا عبرة برضا المجني عليه في قيام المسؤولية الجنائية ولا يضفي سببا من أسباب الإباحة، وإن كان يعتبر أحد الشروط التي يلزم توافرها لتبرير بعض الأفعال في ظروف معينة، كما هو الحال بشأن الأعمال الطبية.

_ العقوبات التكميلية: إضافة إلى العقوبات السابقة تطبق على جرائم الإتجار بالأعضاء عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية في المادة 09 من ق ع، وهذا ما أكدته المادة 303 مكرر 22 ق ع والمادة 440 ق الصحة[3].

_ مسؤولية الشخص المعنوي: لا يكفي قيام مسؤولية الشخص الطبيعي، إنما يتابع الشخص المعنوي ايضا متى ثبت تورطه بهذه الجرائم، وقد نص المشرع في المادة 303 مكرر26 ق ع، بقولها يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن جرائم الإتجار بالأعضاء، وتطبق عليه العقوبات

أنظر_ أيضا _ سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة لنشر، الإسكندرية، 2000، ص 513و516.

[1] _ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 53، 54.

أنظر أيضا_ محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، دار الثقافة لنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص 121.

[2] _ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، مرجع سابق، ص 54.

[3] _ المادة 440: 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.

المقررة في المادة 18 مكرر ق ع، وهو ما اكدته المادة 441 من ق الصحة، حيث نصت على أنه يعاقب الشخص المعنوي الي يرتكب إحدى المخالفات المنصوص عليها في الباب الثامن أعلاه، بما يأتي:

1_ غرامة لا يمكن أن قل عن خمسة (5) أضعاف الغرامة القصوى المنصوص عليها للشخص الطبيعي.

2_ عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

_ حجز الوسائل والعتاد المستعمل في إرتكاب المخالفة.

_ المنع من ممارسة نشاط الصحة لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.

_ حل الشخص المعنوي.

خاتمة:

من خلال ما سبق عرضه في هذه الدراسة، يمكن القول أن المشرع الجزائري أضفى حماية جزائية على أعضاء الإنسان بالمفهوم الواسع، كما أكد على هذه الحماية من خلال تجريم نقل وزرع الأعضاء بمقابل، أي جرم التعامل التجاري في مكونات وأعضاء جسم الإنسان، ورغم تستر مرتكبيها وحرصهم على القيام بها في منظمات إجرامية إلا أنه يمكن كشفهم متى تدخلت السلطات المعنية في وقت مبكر.

وقد أحاط المشرع عمليات نزع وزرع الأعضاء والتبرع بها بجملة من الضوابط والشروط تهدف إلى حماية حرية الشخص في التبرع بأعضائه من جهة، وحماية تلك الأعضاء في ذاتها من جهة أخرى.

كما أن إشتراط الموافقة الصريحة مرهون بتدقيق الجهات المختصة حول سلامة وصحة التسجيل من أجل التبرع وعدم وجود رفض من المتبرع.

وبالتالي نوصي المشرع بالتوصيات التالية:

_ لا بد على الجهات المعنية الحرص أكثر على عملية التوعية بشأن هذه الجريمة من جهة، وتشديد العقوبات المطبقة على مرتكبيها من جهة أخرى بهدف تحقيق الردع العام وبالتالي، الحد منها.

_ يجب على المشرع إعادة النظر في العقوبات المقررة لهذه الجرائم خاصة مع إنتشارها في الأونة الأخيرة أين إقترنت بجريمة الخطف.

_ ضرورة تشديد العقوبات المقررة للشخص المعنوي، كونه في أغلب الأحيان مقر إرتكاب الجريمة ويتعلق الأمر بالمؤسسات الإستشفائية المرخصة لنقل ونزع وزرع الأعضاء.

_ لا بد من تجريم المحاولة والشروع والإشتراك في هذه الجرائم بغض النظر عن القصد بل وبمجرد البدء في تنفيذ أي فعل من سلوكات الركن المادي إعتبار الجريمة قائمة، وهذا لتحقيق الردع.

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

_ القانون رقم 11/18 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد46.

_ قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

_ القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

الكتب:

_ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، طبعة 04، دار هومة، الجزائر، 2007.

_ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2003.

_ سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة لنشر، الإسكندرية، 2000.

_ ماروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الجزء الأول، الكتاب 03، دار هومه، الجزائر، 2003.

_ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، التصرف القانوني، الجزء الأول، طبعة 01، دار الهدى لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

_ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1988.

_ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة لنشر، الإسكندرية، 1999.

_ محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، دار الثقافة لنشر والتوزيع، مصر، 2005.

_ رامي محمد شاعر، الإتجار بالبشر، طبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.

_ عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1997.

مذكرات الماجستير:

_ فوزية هامل، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون رقم 01/09، المتعلق بالإتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، جامعة الحج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2012.

المقالات:

_ عبد نسيبة، داود رشيد، حرية التصرف في جسم الإنسان، مذكرة تخرج للمدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 15، 2004_2007.

عملية نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية بين مسؤولية الطبيب ومسؤولية المؤسسة الاستشفائية العمومية المستخدمة

د. أوكال حسين **د. كروري خلود**

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

مقدمة :

مبدئيا يسوغ المساس بمبدأ حرمة الجسد البشري عندما يتعلق الأمر بأعمال طبية هادفة لإنقاذ حياة الشخص المعني أو غيره،مما يجعل هذا المبدأ يتسم بالمرونة لمجابهة مختلف الأمراض التي تصيب الإنسان، ونتيجة لمفرزات الثورة الطبية بات المستحيل ممكناً، إذ ظهرت أعمال طبية حديثة مثل عمليات نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية .

و قد تيقن المشرع الجزائري بحساسية هذه العمليات من النواحي الطبية و الأخلاقية، مما دفعه إلى تخصيص قسم كامل من النصوص القانونية في القانون رقم 18 – 11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة[1]، يتضمن

[1] – الجريدة الرسمية لسنة 2018، عدد 46 ، ص 03 .

أحكام تتعلق بعمليات نزع وزرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية[1]، و أقر بأن هذه العمليات لا يجب أن تتم إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية[2] المُرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة .

و نظراً لما تكتسيه عمليات نزع وزرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية من دقة و خطورة، فقد ينجم عنها أضرار للمتبرع و / أو للمستقبل، و هنا تُثار مسألة طبيعة المسؤولية القائمة في هذه الحالة و من يتحملها الطبيب القائم بالعملية أم المؤسسة الإستشفائية العمومية المستخدمة لهذا الطبيب، أي بالأحرى ماطبيعة المسؤولية الناتجة عن عملية زرع و نزع و نقل الأعضاء البشرية ؟ هل هي مسؤولية مدنية أو جزائية أو تأديبية أو إدارية أم تشمل جميع هذه المسؤوليات؟، و إلى أي مدى يمكن تقرير مسؤولية الطبيب و / أو المؤسسة الإستشفائية العمومية عن أخطائهم في عمليات نزع و زرع و نقل الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية ؟ .

و للإجابة على هذه الإشكالية نقسم دراستنا إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول مسؤولية الطبيب عن عمليات نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية ، أما المبحث الثاني فنخصصه لدراسة مسؤولية المؤسسة الإستشفائية العمومية المستخدمة للطبيب عن عمليات نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية.

المبحث الأول : مسؤولية الطبيب عن عمليات نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية

المسؤولية الناجمة عن الخطأ الطبي ذات طبيعة متنوعة ، فالطبيب المخطئ يمكن أن يجد نفسه أمام عدة مسؤوليات مختلفة قد تكونمسؤولية مدنية (المطلب الأول)، أو مسؤولية جزائية (المطلب الثاني)، أو مسؤولية تأديبية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول: المسؤولية المدنية .

سنتناول من خلال هذا المطلب الخطأ كأساس المسؤولية المدنية للطبيب عن عملية نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية (الفرع الأول)، و كيفية إثبات الخطأ الطبي في هذه العملية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الخطأ كأساس المسؤولية المدنية للطبيب .

للخطأ الطبي عدة أنواع منها الخطأ العادي ، و الخطأ الفني ، الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير ، الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي .

---

[1] – و بالضبط من المادة 355 إلى المادة 367 .

[2] – تجدر الإشارة إلى ان هذا الصنف من المؤسسات الصحية لم يرد ضمن قائمة المؤسسات العمومية للصحة التي جاءت بها المادة 298 من القانون رقم 18 – 11 المتعلق بالصحة (المذكور أعلاه)، و بالتالي فهي ليست مؤسسة عمومية ذات تسيير خاص بمفهوم المادة 297 من نفس القانون و كذلك القانون رقم 88 – 01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 م المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية(الجريدة الرسمية لسنة 1988 م، عدد 02 ، ص 30)، و إنما هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري خاضعة لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 07 – 140 المؤرخ في 19 ماي 2007 المتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الإستشفائية و المؤسسات العمومية للصحة الجوارية و تنظيمها و سيرها (الجريدة الرسمية لسنة 2007، عدد 33 ، ص 10) .

فالمقصود بالخطأ العادي في المجال الطبي هو الخطأ الذي يرتكبه الطبيب و لا يتصل بالأصول العلمية و الفنية لمهنة الطب، أما الخطأ الفني فيقصد به الخروج عن القواعد العلمية التي تحكم مهنة الطب ، و نظرا لتعذر التمييز بين أخطاء الأطباء العادية و الفنية في الكثير من الحالات ، أصبح من العسير وصف الخطأ بالعادي أو الفني، حيث بات يفرق بين أخطاء الأطباء الجسيمة و اليسيرة ، فالخطأ الجسيم هو الذي يبلغ حدا من الجسامة أو الإهمال أو عدم التبصر الذي يجعل له أهمية خاصة، أما الخطأ البسيط فـــهو الخطأ قــليل

الأهمية نظرا لعدم أهمية الضرر الذي وقع بسببه لكونه بسيط و غير مؤثر في صحة المريض[1].

أما بخصوص التفرقة بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي، ففي غالب الأحيان يرتبط الخطأ الشخصي بالخطأ المرفقي إرتباط وثيق[2]، فيصعب تحقيق المسؤولية الشخصية للطبيب نتيجة لخطئه الشخصي و يرجع ذلك إلى السياسة القضائية حول إعتبار خطأ الموظف خطأ شخصيا أم مرفقيا[3].

وقد أخذ المشرع الجزائري بمعيار التفرقة بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي[4]وإعتبر الخطأ شخصيا إذا أمكن فصله عن الوظيفة سواء كان هذا الفصل ماديأو معنويا[5]، حيث نصت المادة 31 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة رقم 03/06 على أنه : " إذا تعرض الموظف لمتابعة قضائية من الغير بسبب خطأ في الخدمة، يجب على المؤسسة أو الإدارة العمومية التي ينتمي إليها أن تحميه من العقوبات المدنية التي تسلط عليه ما لم ينسب إلى هذا الموظف خطأ شخصي يعتبر منفصلا عن المهام الموكلة له "، فالطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الشخصي، و الخطأ يعتبر شخصيا إذا كان العمل الصادر متميزا بطابع شخصي، أما إذا كان العمل الصادر غير متميز بطابع شخصي و ينم عن موظف عرضة للخطأ و الصواب فإن الخطأ في هذه الحالة يكون مصلحيا، فالعبرة بالقصد الذي ينطوي عليه الطبيب وهو يؤدي واجبات وظيفته، فكلما قصد الإضرار كان خطؤه شخصيا يتحمل هو تبعته، وكذلك كلما كان الخطأ

---

[1]شعلالنبيل ، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العمومية ، مجلة القانون و المجتمع ، جامعة أحمد دراية أدرار، ، العدد 02 ،المجلد 09،2021 ،ص.ص339، 340

[2] Manuel Gros، droit administartif ،05ème édition،L'harmattan ، Paris ، 2014 ، P. 273

[3]فيصل شطناوي ،فيصل شطناوي، "الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضد الإدارة و إشكاليات التنفيذ" ، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية ، بدون عدد ، المجلد 43، ملحق01 ، 2016، ص. 516

[4]ذهب القضاء الإداري الفرنسي في أول الأمر إلى الفصل بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي، و بين مسؤولية الموظف عن خطئه الشخصي ومسؤولية الإدارة عن خطأها المرفقي ومطالبتهما معا أو على إنفراد بالتعويض عن الأضرار التي أصابت الغير ، فيكون الضرر مصدره إما خطأ شخصي يسأل عنه الموظف أو خطأ مرفقي تسأل عنه الإدارة، غير أن هذا الفصل لم يخدم مصلحة المحكوم له ، فإذا أصابه خطأ شخصي غالبا ما يواجه عقبة إعسار الموظف وهو مايحرمه من الحصول على التعويض ، ومن هنا كان السعي بقبول مسؤولية الإدارة عن الأخطاء الشخصية في أحول معينة، مشار إليه لدى هنية أحميد ، "المسؤولية المدنية للإدارة العامة عن أعمالها المادية" ، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، العدد 03، مارس 2006، ص.ص. 109، 110

[5]حمدون ذوادية، تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في القانون الجزائري ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2015 ، ص. 399

جسيما[1]، و في كل الأحوال يلعب القاضي دورا هاما في تحديد نوع الخطأ شخصيا كان أو مرفقيا و كذا تحديد درجته جسيم أو بسيط[2].

وغالبا ما يتم تعريف المسؤولية المدنية على أنها الإلتزام بإصلاح الضرر الذي لحق بالغير[3]، و بهذا يعد الضرر أحد شروط قيام المسؤولية المدنية ووجوده يكون سابق قبل نشأة الحق في الإصلاح[4]، وهو ما جاء به المشرع في نص المادة 124 من القانون المدني التي تنص على أن : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، و قد ضمن المشرع الجزائري هذه المادة في القسم الأول المعنون بـ : " المسؤولية عن الأفعال الشخصية " ، و المندرج ضمن الفصل الثالث المعنون بـ : " العمل المستحق للتعويض ".

حيث عرف الخطأ الطبي بأنه : "ما ينجم عن عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته ، و الذي يحتوي في طياته طبيعة تلك الالتزامات للطبيب ، و التي منشؤها ذلك الواجب القانوني بعدم الإضرار بالغير ، بل المرجع فيها إلى القواعد المهنية التي تحددها و تبين مداها"[5] .

و عليه يشمل الخطأ الطبي على عنصرين أساسيين ، الأول مخالفة القواعد و الأصول العلمية الطبية التي تفرضها عليه مهنته وقت تنفيذ العمل الطبي ، و المقصود بالأصول الطبية في علم الطب ، هي تلك الأصول و القواعد المتعارف عليها بين أسرة الأطباء نظريا و علميا ، و التي يجب على كل طبيب أن يلم بها وقت قيامه بالتدخل الطبي ، أما الثاني ، فهو الإخلال بوجبات الحيطة و الحذر ، و المقصود بها خروج

الطبيب عن القواعد العامة للحيطة و حسن التقدير التي تسري على كل مهنة[6] .

و إسقاطا على موضوع بحثنا فالمسؤولية المدنية للطبيب المكلف بعملية زرع و نـــقل الأعضاء البشرية هي تعويض المريض لما حل به من أضرار مادية أو معنوية أو أدبية بسبب خطاءه الطبي و الدعوى المدنية التي يرفعها المريض المتضرر أو ذويه هي وسيلة للحصول على التعويض.

و قد إختلف الفقه و القضاء حول تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين مسؤولية عقدية و مسؤولية تقصيرية :

فبالنسبة للمسؤولية العقدية للطبيب، تنشأ عند إخلال الطبيب المكلف بعملية زرع الأعضاء البشرية للعقد المبرم مع المتبرع أو المستقبل للعضو و بالتالي تحمله المسؤولية المدنية، فبالرجوع إلى نص المادة 106 من القانون المدني

---

[1] سليمان محمد الطماوي القضاء الإداري، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث ، دون طبعة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1995، ص 29 .

[2] Manuel Gros، op cit، P.P. 315 ،316

[3] Gaelle Rabut-Bonaldi،Le préjudice en droit pénal ، thèse de doctorat ، Université de Bordeaux ، 17 0ctobre 2014 ، P. 347

[4] Eve Matringe، la réforme de la responsabilité civile en droit suisse، modèle pour le droit français ،thèse doctorat، Université de Strasbourg، 2010، P.324

[5] كريم عشوش ، العقد الطبي ، دار هومة ، الجزائر، 2011 ، ص.172

[6] هدى حاوش ، أساس المسؤولية الطبية القائمة عن عمليات زرع الأعضاء البشرية ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ،جامعة البليدة 02 ،العدد 11، جانفي 2017 ، ص.ص. 140 ، 141

نجدها تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا بإتفاقالطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون و يجب تنفيذه و بحسن نية .

و من الصعب تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي، طالما أن القانون المدني لم يتضمن أحكاما خاصة به ، هذا من جهة ، و من جهة ثانية ، من غير الممكن مماثلته بالعقود المعروفة ، و من ثم ، فالعقد الطبي هو عقد غير مسمى ، تنصرف خصائصه إلى معرفة إلتزام الطبيب في مواجهة المريض ، و تتجلى طبيعته في أنه عقد شخصي و مستمر و عقد ملزم للجانبين ، و عقد مدني قابل للإبطال [1].

أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية ، فهي تعتمد على فكرة الخروج عن المعايير العامة المقررة للسلوك الإنساني ، و يشترط فيها توافر ركن الخطأ الثابت و الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، بحيث يتعين على المضرور سواء كان متبرع أو مستقبل أو ذوي الحقوق(الدائن) أن يثبت أن مرتكب الفعل الضار (المدين) قد أخل بإلتزام قانوني ، بأنه إنحرف عن السلوك المعتاد المألوف للشخص العادي فألحق به ضررا سواء كان المدين شخصا طبيعيا أو معنويا .

حيث نجد أن المسؤولية التقصيرية للطبيب قد قضت بها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 03 جويلية1969 بأنه لا يمكن مساءلة الطبيب في المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، فالواقع أن المريض الذي قدم للعلاج بالمستشفى و تطلب وضعه الصحي زرع عضو بشري له ، ليس هو من اختار الطبيب المكلف بذلك ، حتى يمكننا القول بوجود عقد بينهما ، و نفس الشيء بالنسبة للشخص المتبرع بالعضو محل الانتزاع و الزرع ، كما لا يمكننا القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى المختصة بالعملية و بين أطبائها ، لأن ما يربط الطبيب المعالج و المكلف بعملية انتزاع العضو البشري و زرعه هي علاقة تنظيمية باعتباره موظفا و ليس تعاقدية[2].

و في هذا الشأن وضع المشرع الجزائري ضوابط معينة يتقيد بها الأطباء لزاما قبل الشروع في عمليات انتزاع و زرع الأعضاء البشرية ، و كل خروج عن هذه القيود يعتبر خطأ يقيم مسؤولية الطبيب المدنية[3]:

-**عدم الالتزامبالتبصير** : و تعني ضرورة إحاطة المريض و المتبرع علما بكافة المعلومات الأساسية المتصلة بنوعية التدخل الطبي و طبيعة العلاج المراد إخضاعه له ، و المخاطر المحتملة و إلا أعتبر مخطئا[4]، و هو ما نصت عليه الفقرة 07 من المادة 360 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة (المذكور أعلاه) و كذا الفقرة 04 من المادة 364 من نفس القانون .

---

[1]نذير عميرش ، المسؤولية الناتجة عن عملية زراعة الأعضاء البشرية ، مجلة الشريعة و الاقتصاد ، الجامعة العلوم الإسلامية ، الأمير عبد القادر قسنطينة، العدد 02 ، المجلد 01، ديسمبر 2012، ص.455

[2]نذير عميرش، المرجع السابق ، ص . 457

[3]هدى حاوش ، المرجع السابق ، ص . 143 و مابعدها

[4]أشواق زهدور ، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الإتجار بها ، مجلة دفاتر السياسية و القانون ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد الرابع عشر، جانفي 2016، ص.109

و عليه فمتى انفرد الطبيب الجراح بالعلاج و الجراحة على جسم المستقبل أو المتبرع دون التبصير اللازم عرض نفسه للمسائلة المدنية.

-**عدم الحصول على رضا المريض:** تقام مسؤولية الطبيب على أساس خطئه المتمثل في إخلاله في الحصول على رضا الأطراف و ذلك في حالة استئصال عضو من جسم المتبرع الحي دون أن يبدي هذا الأخير موافقته الصريحة و الكتابية على ذلك أو عند القيام بعملية الزرع دون الأخذ برضا المستقبل[1] ، وفقا لنص المادة 360 (فقرة 04) و المادة 364 من القانون رقم 18-11 (المذكور أعلاه)، إلا في حالة الاستعجال والتي يستحيل فيها التعبير عن الإرادة، إذ يجوز للطبيب التدخل بالعمل الجراحي لزرع العضو من دون موافقة، ذلك أن كل تأخير أو تأجيل قد يؤدي إلى فقدان حياة .

-**عدم مشروعية الغرض من الاستئصال** : لا يمكن القيام بعملية إنتزاع الأعضاء من أشخاص أحـــياء إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية [2]، و بالتالي يعتبر خطأ كل إستئصال لأعضاء رغم كونها سليمة لا تحتاج إلى هذا النوع من العمليات ، و هو ذات الشأن بالنسبة لعملية الزرع إذ بالرجوع إلى نص المادة 355 من القانون رقم 18-11 نجد أن المشرع قد أقر على أنه لا يجوز نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية و ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

-**عدم إجراء عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية في الأماكن المرخص لها** : لا يجوز إجراء عمليات استئصال الأنسجة و الأعضاء و لا زرعها إلا في المستشفيات التي يحددها وزير الصحة ، فبحكم خطورة هذه الممارسات كان من الضروري إحاطة هذه العمليات بضمانات تكفل احترام القيم الإنسانية تحسبا لأيانحرافات طبية تتعارض و الصبغة الأخلاقية ، و كل خروج عن هذا الإطار بإجرائها في عيادات خاصة يعد خطأ تقام عليه المسؤولية.

فلقد نصت جل التشريعات على ضرورة أن يتم إجراء عملية النقل و الزرع في أماكن مخصصة و منها القانون رقم 18-11 المذكور أعلاه حيث نصت المادة 336 منه على ؛ " لايمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة ، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء "[3] .

-**اشتراط مبالغ مالية أو منفعة مقابل عضو** : يعتبر خطأ كل فعل يؤدي للحصول على عضو أو نسيج أو خلية مقابل مبلغ مالي أو أي منفعة مهما كانت طبيعتها ، و جاء تأكيد هذا المبدأ في القرار الوزاري رقم 387 المؤرخ في 31 جويلية 2006 المتعلق بالتجاري الطبية على الإنسان ، و ذلك في المادة 16 منه بقولها لا يمنح أي مقابل مالي

---

[1] إيمان أوسعيدان ، أحكام نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية في قانون الصحة الجديد ، مجلة القانون الدولي و التنمية ، جامعة بشار ، العدد 02، المجلد 07 ، سنة 2019 ، ص . 36

[2] لينة بوزيتونة ، الضوابط القانونية لعملية نزع و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء دراسة تحليلية على ضوء القانون 18-11 ، مجلة المستقبل للدراسات السياسية و القانونية ، معهد الحقوق و العلوم السياسية ، المركز الجامعي أفلو ، العدد 01، المجلد 04 ، جوان 2020 ، ص. 47

[3] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 29 يوليو 2018 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية عدد 46

بشكل مباشر أو غير مباشر لكل من قبل بالخضوع للتجارب إلا فيما يخص المصاريف التي تحملها الخاضع لهذه التجارب[1].

كما أكده المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 358 من القانون رقم 18-11 (المذكور أعلاه)، و أضافت المادة 367 منه أيضا أنه لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزع و الممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية أي أجر عن العمليات .

الفرع الثاني : إثبات الخطأ الطبي

أيا كانت طبيعة المسؤولية الطبية ، فإن ذلك لا يؤثر في تحديد المكلف بعبء إثبات الخطأ الذي أدى إلى قيامها ، و لكن إثبات الخطأ بوجه عام يتوقف على طبيعة الإلتزام ، أهو إلتزام ببذل عناية لازمة أو إلتزام بتحقيق نتيجة محددة.

في حالة إهمال المدين (الطبيب) في بذل العناية اللازمة يصبح لزاما على الدائن (المريض) إثبات خطأ المدين ، و هو الأمر الذي يرتب على عاتق المريض الذي يدعي حصول الضرر أن يثبته بإنحراف الطبيب في سلوكه عن سلوك طبيب وسط من نفس مستواه المهني ، حيث يجب على المريض أن يثبت من جانب الطبيب إهمالا معينا ، فإذا أثبت ذلك كان إثباتا لخطأ، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذ إلتزامه و تقاعسه في بذل العناية يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ، فتنقطع العلاقة السببية و تنتفي معه المسؤولية[2] .

أما بالنسبة لمسؤولية الطبيب في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة قائمة على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس ، ذلك أن الطبيب حتى يفلت من المسؤولية لا يمكن إثبات أنه لم يرتكب خطأ ، فمجرد عدم تحقق النتيجة يعتبر خطأ ، و لا يكون أمامه سوى نفي مسؤوليته عن طريق نفي العلاقة السببية بين فعله و الضرر الذي لحق المريض ، و ذلك بإثبات السبب الأجنبي ، و تتوفر لدى القاضي في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة قرينة بسيطة غير قابلة لإثبات العكس، و هي أن الطبيب قد أرتكب خطأ يستلزم قيام مسؤوليته ، فعند تحقق النتيجة اللازمة يجعل من المفترض وجود خطأ في جانب الطبيب ، و أن عليه إن شاء الإفلات من المسؤولية أن ينفي تسببه في هذا الخطأ [3].

حيث تظهر أهمية التوسع في الالتزامات الطبية بتحقيق نتيجة في مجال إثبات الخطأ الطبي المدعى به، من حيث المضمون ، و كذا من حيث عبء الإثبات ، فمن حيث المضمون فإن المسؤولية المدنية للطبيب قوامها الخطأ ، و لكن هذا الخطأ يتجسد و يفترض إذا لم تتحقق النتيجة المتفق عليها ، و على هذا فإن المريض المضرور غير مطالب بإثبات وجود الخطأ و لكنه مطالب بإثبات وجود إلتزام ، و عدم تحقق نتيجة ، و من هنا يتضح جليا أن هذه

---

[1]أحمد عمراني ، المسؤولية الطبية في عمليات نقل و زراعة الأعضاء بين حرمة جسم الإنسان و مقتضيات العلاج ، حوليات كلية الحقوق ، جامعة محمد بن أحمد وهران ، العدد 02 ، ديسمبر 2017، ص.47

[2]سايكيوزنة ، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة تيزي وزو ، 2011 ، ص. 58

[3]إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ،الخطا المهني و الخطأ العادي ي إطار المسؤولية الطبية (دراسة قانونية مقارنة) منشورات الحلبي القانونية ، لبنان ، 2007 ، ص . 2014

المهمة أسهل من إثبات الخطأ في جانب الطبيب من المريض ، و هكذا يمكن القول أن التزام الطبيب بتحقيق نتيجة يؤدي إلى تخفيف عبء إثبات الخطأ على المريض المضرور [1].

و بالرجوع إلى المادة 323 من القانون المدني، فإن على الدائن (المريض) إثبات الإلتزام و على المدين (الطبيب) التخلص منه ، ذلك أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي شيئا خلافا للحالة الطبيعية و العادية للأشياء ، و لما كان الوضع العادي هو عدم المساس بجسم الإنسان ، فإن الطبيب و هو يخالف هذا الوضع أن يثبت ما يبرر تدخله من توفر الرضا و الإعلام بالمخاطر .

و يمكن إعتبار المادة السابقة سند لجعل المريض يتحمل إثبات الخطأ الطبي عامة ، و الإخلال بالإلتزام بالإعلام خاصة ، على أساس أن المريض هو الدائن بالإلتزام ، غير أنه ووفقا لهذه المادة لا يقع على عاتق الدائن سوى إثبات وجود إلتزام ، و إن كانت المادة لم تشر المقصود من الإلتزام ، هل هو إلتزام قانوني أو إتفاقي ، فربما ذلك راجع على أن الإلتزام الذي يحتاج إلى إثبات هو الإتفاقي ، أما القانوني فهو في غنى عن إثبات وجوده ، مادام القانون هو الذي أوجده، و بإعتبار أن الإلتزام الواقع على عاتق الطبيب بإعلام مريضه هو إلتزام قانوني فإن الدائن المريض لايقع عليه عبء إثبات وجود الإلتزام ، إنما يقع على الطبيب المدين إثبات التخلص منه [2].

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية

تقوم المسؤولية الجزائية بصفة عامة عند قيام شخص بفعل يجرمه القانون أو يمتنع عن فعل يوجب القانون القيام به فتقوم المسؤولية الجزائية للطبيب عند إخلاله بإلتزام أو واجب تفرضه عليه الأنظمة المتعلقة بمهنة الطب و التي من ضمن أهدافها حماية مصلحة الطبيب من جهة و مصلحة المريض من جهة أخرى، و فيما يلي سنتناول أركان المسؤولية الجزائية للطبيب (الفرع الأول) ، و العقوبات المقررة في حالة قيام هذه المسؤولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أركان المسؤولية الجزائية للطبيب

شهدت قواعد المسؤولية الطبية تطورا ملحوظا، فبعد أن كانت مسؤولية الطبيب تقوم على الأخطاء العمدية أصبحت تقوم كذلك في حالة الإهمال و الخطأ الجسيم ، وأصبح إلتزام الطبيب إلتزاما ببدل عناية لا بتحقيق نتيجة بإستثناء بعض الحالات، و لتحقق المسؤولية الجزائية للطبيب عن خطأه الطبي لابد من توافر ثلاث أركان ضرورية هي : الخطأ الطبي ، النتيجة ، العلاقة السببية بين الخطأ و النتيجة .

أولا : الخطأ الطبي المُرتب للمسؤولية الجزائية

كما سبق بيانه عند التطرق لتعريف الخطأ الطبي المرتب للمسؤولية المدنية، فإن الخطأ الطبي التي تقوم على أساسه المسؤولية الجزائية للطبيب هو ذلك الفعل الذي يرتكبه الطبيب و يكون مجرم بنص القانون.

---

[1] هدى حاوش ، المرجع السابق ، ص.ص149، 150

[2] سايكي وزنة، المرجع السابق ، ص. 72

فالخطأ الطبي في مجال المسؤولية الجزائية يقوم على معيارين ، معيار الخطا العادي ، و معيار الخطأ المهني ، فالأول هو ما يركتبه الطبيب عند مزاولته لمهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لمهنة الطب، أما الثاني فهو الذي يرتبط بالقواعد الطبية و الأصول المهنية التي تحكم مهنة الطب ، غير أن الرأي الراجح يذهب إلى القول بأن المعيار المختلط هو المعيار الأنسب الذي يقاس به سلوك الطبيب المخطىء ، مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به ، فإذا أنحرف عن سلوك الطبيب العادي عد مخطئاً .

ثانيا : الضرر و العلاقة السببية في مجال المسؤولية الجزائية للطبيب

ت- الضرر : يعرف الضرر في مجال المسؤولية الجزائية للطبيب بأنه : " حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض و قد يستتبع ذلك نقص في حالة المريض أو معنوياته أو عواطفه " [1]، فمفهوم الضرر بإعتباره عنصر من عناصر قيام المسؤولية الجزائية يختلف في مضمونه عن الضرر في بقية الإلتزامات بتحقيق نتيجة، ذلك أن المبدأ في إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية الطبيب العادي في نفس الظـــــروف و الأحوال .

ث- العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر:العلاقة السببية في الأعمال الطبية شديدة التعقيد من حيث وجودها و قيامها نظرا لما يتميز به الجسم الإنساني من النواحي الفيزيولوجية و التشريحية الوظيفية و تغير حالاته المرضية ، حيث تتعدد أسباب حدوث الضرر أحيانا عند المريض، و تتداخل تلك الأسباب أحيانا أخرى ، أو قد يكون مصدر ذلك الضرر أشخاصا أخرين أو متعددين كما قد يكون سببه المريض ذاته ، غير أن الفقه و القضاء إستقرا في مسألة تعدد الأسباب على نظرية السبب المنتج أو الفعال، و مفادها أنه إذا تعددت الأسباب المؤدية للضرر و تداخلت فإنه يجب إجراء عملية فرز الأسباب و التفرقة بين الأسباب الفرضية و الأسباب المنتجة، حيث تعتبر هذه الأخيرة وحدها سبب الضرر ، و يكون السبب منتجا إذا كان يؤدي عادة بحسب المجرى العادي للأمور إلى وقوع مثل الضرر الذي وقع [2].

الفرع الثاني : العقوبات المقررة في حال قيام المسؤولية الجزائية للطبيب

لما كانت القاعدة العامة تنص على أنه لا يجوز مساءلة أي شخص جزائيا عن عمل قام به مالم يكن هذا العمل مجرم بنص القانون[3]، فإنه لا يجوز مساءلة أي شخص عن عمل قام به إلا إذا كان فعله هذا معاقب عليه قانونا، وهو الأمر الذي جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 239 من القانون رقم 85 – 05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها بقوله : " يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو

---

[1] منصور عمر المعايطة ، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2004 ، ص. 55

[2] أشواق زهدور ، المرجع السابق، ص . 119

[3] تنص المادة 01 من قانون العقوبات على أنه: " لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون " .

مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه ، خلال مهامه أو بمناسبة القيام بها ، و يلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته ، أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر ، أو يتسبب في وفاته "[1].

حيث تجدر الإشارة أنه قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009 لم تكن توجد نصوص جزائية خاصة تجرم الحصول على الأعضاء البشرية و الأنسجة و الخلايا البشرية بطرق غير مشروعة، و إنما كانت هناك فقط نصوص جزائية منصوص عليها في قانون حماية الصحة و ترقيتها، و هي نصوص خاصة بسلك الأطباء فقط تجرم إنتزاع الأعضاء البشرية دون إحترام الضوابط الخاصة بذلك، حيث تحيل هذه النصوص الجزائية تطبيق مواد قانون العقوبات المتعلقة بحماية حياة الأفراد و ذلك طبقا للمادتين 288 و 289 من قانون العقوبات و ذلك كالأتي:

أ-الأفعال التي تحمل وصفا جنحيا : وهي جنحة الضرب أو الجرح التي نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 264 من قانون العقوبات، جنحة إعطاء مواد ضارة (المادة 275 من نفس القانون) وكذا جنحة القتل الخطأ (المادتين 39 و 288 من نفس القانون) .

ب-الأفعال التي تحمل وصفا جنائيا : توجد صور عديدة في قانون العقوبات تحمل وصفا جنائيا و منها، الضرب و الجرح المؤدي إلى عاهة مستديمة الفعل المنصوص و المعاقب عليه في نص المادة 264 من قانون العقوبات ، جناية القتل العمد المنصوص عليها في المادة 254 من نفس القانون ، جناية القتل دون قصد إحداثها و المنصوص عليها في نص المادة 264 من قانون العقوبات .

غير أنه و بعد تعديل قانون العقوبات سنة 2009 فرق المشرع الجزائري حين إستحداثه**لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية** بين المسؤولية الجزائية المترتبة عن إنتزاع الأعضاء البشرية ، و بين تلك المترتبة عن إنتزاع الخلايا والأنسجة البشرية [2].

حيث إستحدث جنحة الحصول من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها ، و جنحة التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم الإنسان و قد حددت العقوبة بالحبس من ثلاث سنوات (03) إلى عشر سنوات (10) و بغرامة مالية من 300.000 دج إلى 000.000. 1، و كذا جنحة إنتزاع عضو من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ، و جنحة إنتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول و حدد عقوبة

---

[1]تنص المادة 288 من القانون رقم 06-23 على أنه : كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم إحتياطه أو عدم إنتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار جزائري".

و تنص المادة 299 من نفس القانون على أنه : إذا نتج عن الرعونة عدم الإحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة ثلاث اشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة مالية من 000. 20 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

[2]و في هذا الشأن أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 2004 القرار رقم 156/59 و الذي تناول الإتجار بالأعضاء البشرية في سياق الجريمة المنظمة عبر الوطنية ، و في هذا الإطار حثت الجمعية العامة الدول الأعضاء في إتخاذ التدابير اللازمة لمنع و مكافحة و معاقبة إستئصال الأعضاء البشرية و الإتجار بها على نحو غير مشروع .(أنظرأسامة غربي ، الإتجار بالأعضاء البشرية ، مجلة دراسات و أبحاث، جامعة زيان عشور الجلفة ، العدد 05 ، ديسمبر 2011، ص. 188

هاتين الجريمتين بالحبس من خمس سنوات (05) إلى عشر سنوات (10) و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج[1].

كما أضاف المشرع جنحة إنتزاع أنسجة و خلايا أو جمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها ، و جنحة التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص ، و حددت عقوبتها من سنة (01) إلى خمس سنوات (05) و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج [2].

وفي نفس السياق كيف المشرع الجزائري فعل إنتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ، و فعل إنتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول ، على أنهما يشكلان جنحة و حدد عقوبتهما بالحبس من سنة (01) إلى خمس سنوات (05)، و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج[3] .

هذا و قد نصت المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات رقم 09-01 على أنه يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 بالحبس من خمس سنوات (05) إلى خمسة عشر سنة (15) و بغرامة مالية من 500.000 إلى 1.500.000 دج ، إذا أرتكبت الجريمة مع توافر أحد الحالات الأتية ، إذا كانت الضحية قاصر أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية ، إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته إرتكاب الجريمة ، إذا أرتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد بإستعماله، إذا أرتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

و يعاقب بالسجن من عشر سنوات (10) إلى عشرين (20) سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج على إرتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 17 ،

إذا أرتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المنصوص عليها في الفقرة أعلاه من هذه المادة .

و إرتباطا بما سبق ، فإن المشرع حرم الأشخاص المدانين لإرتكابهم الأفعال المجرمة ذات صلة بالإتجار بالأعضاء من الإستفادة من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات [4]، و تطبق عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من القانون رقم 06-23 على الشخص الطبيعي المحكوم عليه

[1]أنظرالمادة 303 مكرر 17 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم) .

[2]أنظرالمادة 303 مكرر 18 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[3]أنظرالمادة 303 مكرر 19 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[4]أنظرالمادة 303 مكرر 21 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

لإرتكابه جريمة من جرائم الإتجار بالأعضاء[1] ، و كذلك القضاء بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب إرتكابه إحدى جرائم الإتجار بالأعضاء من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة عشر سنوات (10) على الأكثر[2] .

وقد أعفى المشرع الجزائري من العقوبة المقررة لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عنها ، إذا كان التبليغ قد حصل قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها[3]، أما إذا تم الإبلاغ بعد تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية، أو إذا مكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة ، فإن العقوبة تخفض إلى النصف[4] .

أما من علم بإرتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك فعقوبته الحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات و بغرامة مالية من 000. 100 دج إلى 500.000 دج، و فيما عدى الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة ، فإنه لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب و حواشي و أصاهر الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة [5].

المطلب الثالث: المسؤولية التأديبية

بعدما تم تسليط الضوء على المسؤوليتين المدنية و الجزائية الناتجتين عن عمليات زراعة الأعضاء البشرية نتناول في هذا المطلب المسؤولية التأديبية التي يتحملها الطبيب لدى قيامه بعمليات نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية حيث نقسمه إلى فرعين و ذلك بإعطاء تعريف للمسؤولية التأديبية للطبيب (الفرع الأول)، ثم بيان السلطة المكلفة بالتأديب (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف المسؤولية التأديبية للطبيب

تعرف المسؤولية التأديبية للطبيب على أنها:" المسؤولية التي تهدف إلى كفالة حسن سير العمل العلاجي في المستشفيات ، وسيلتها في ذلك عقاب الطبيب الذي يخل بشرف المهنة و بواجبات مهنته و بالمبادىء و القيم المعنوية التي يفرضها العمل الطبي و أخلاقيات مهنة الطب"[6].

و يتمثل أساس هذه المسؤولية في الخطأ الذي يرتكبه الطبيب داخل المؤسسة الإستشفائية العامل بها مثله مثل الجريمة التي تعتبر أساس المسؤولية الجزائية، و كذا الخطأ التقصيري الذي يعد كأساس المسؤولية المدنية[7]، فالطبيب لا يسأل تأديبيا إلا إذا إرتكب جريمة تأديبية، فتقوم هذه الأخيرة و بالتالي المسؤولية التأديبية للطبيب بتوافر ركنيين أساسيين،

---

[1]أنظرالمادة 303 مكرر 22 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[2]أنظرالمادة 303 مكرر 23 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[3]أنظرالمادة 303 مكرر 24فقرة1من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[4]أنظرالمادة 303 مكرر 24فقرة2 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[5]أنظرالمادة 303 مكرر 25 من القانون رقم 09-01 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[6]كريم عشوش ، المسؤولية التاديبية للطبيب العامل بالقطاع الخاص ، مجلة معارف ، جامعة البويرة ، العدد 21 ، ديسمبر 2016 ، ص. 110

[7]سعيد طربيت ، السلطة التأديبية للمستخدم في ظل قانون علاقات العمل ، دون طبعة ، دار الهومة ، الجزائر ، 2013، ص. 15

الركن المادي و المتمثل في الفعل الذي يرتكبه و الذي يخالف به واجباته[1]، أي إخلال الموظف بما يقره القانون [2]، و الركن المعنوي و المتمثل في أن يصدر الفعل الخاطئ عن إرادة آثمة و هي وحدها التي تجعل الطبيب مذنبا يستحق المساءلة[3].

و في هذا الشأن نصت الفقرة الثانية من المادة 347 من القانون رقم 18-11(المذكور أعلاه) على أنه :" دون الإخلال بالمتابعات المدنية و الجزائية ، تعرض المخالفات للواجبات المحددة في هذا القانون و كذا قواعد الأدبيات الطبية ، أصحابها لعقوبات تأديبية ".

الفرع الثاني : السلطة المكلفة بالتأديب

يضطلع المجلس الـــوطني للأداب الطبية و المجالس الجهوية للأداب الطبية بالسلطة التأديبية و العقابية و تبت في المخالفات المتعلقة بقواعد الأداب الطبية و أحكام القانون [4]، و في هذا السياق أحال القانون رقم 18-11 مسألة العقوبات التأديبية المترتبة عن المخالفات ذات الصلة بقواعد الأداب الطبية على المرسوم المتضمن قانون الأدابالطبية .

و بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، نجد أنه قد بين في بابه الأول قواعد أخلاقيات الطب و التي تعني مجموع المبادئ و القواعد و الأعراف ، التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها ، و أن يستلهمها في ممارسة مهنته[5]، حيث يدخل الفصل في المخالفات المرتكبة من قبل هؤلاء الأشخاص ضمن إختصاص الجهات التأديبية التابعة لمجالس أخلاقيات الطب.

كما حدد المرسوم التنفيذي 92-276 العقوبات التأديبية التي بإمكان المجلس الجهوي إتخاذها و هي الإنذار و التوبيخ و إقتراح المنع من ممارسة المهنة و/ أو غلق المؤسسة على السلطات الإدارية المختصة، و لكل عقوبة أثرها على حق الإنتخاب المكفول لكل طبيب في الفروع النظامية و لمجالس أخلاقيات الطب، كما أن إجراءات التأديب و الطعن في العقوبات التأديبية فصلها ذات المرسوم في أحكامه[6] .

---

[1]كمال رحماوي، تأديب الموظف العام في القانون الجزائري، دون طبعة، دار هومة ، الجزائر، 2004 ، ص. 28

[2]صلاح علي علي حسن، ضمانات السلطة التأديبية لصاحب العمل، دراسة مقارنة، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2012 ، ص. 32

[3]سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث ، دون طبعة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1995 ، ص. 74

[4]حول إنشاء و تشكيل صلاحيات المجلس الوطني للأداب الطبية و المجالس الجهوية للأدابالطبية ، أنظرالفقرة 02 من المادة 267 من القانون رقم 90-17 المعدل و المتمم للقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .

أنظر الفقرة الأولى من المادة 347 من القانون رقم 18-11

[5]المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق ل 06 يوليو 1992 ، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52 ، الموافق ل 08 يوليو 1992.

[6]أنظر المود210 إلى 216 ، و كذا المادتين 219 و 220 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276

المبحث الثاني : مسؤولية المؤسسة الإستشفائية العمومية عن عملية نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية

بعدما خلصنا إلى بيان مسؤولية الطبيب عن عمليات نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة المسؤولية الإدارية للمؤسسة الإستشفائية العمومية عن عملية نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية (المطلب الأول) ، ثم بيان المسؤولية الجزائية للمؤسسة الإستشفائية العمومية عن عملية نزع و زرع و نقل الأعضاء البشرية(المطلب الثاني).

المطلب الأول : المسؤولية الإدارية

سنتناول في هذا المطلب أساس المسؤولية الإدارية للمؤسسة الإستشفائية العمومية (الفرع الأول) ، ثم أثار قيام المسؤولية الإدارية لهذه المؤسسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس المسؤولية الإدارية للمؤسسة الإستشفائية العمومية

منح المشرع لكل من تضرر من خطأ طبي الحق في رفع دعوى التعويض على أساس المسؤولية الإدارية، إذا لحقه ضرر[1]، و قد نشأت المسؤولية الإدارية بمناسبة قرار "بلانكو" الشهير، حيث أصبحت المسؤولية التي تتحملها الدولة نتيجة الأضرار التي يلحقها أعوان المرفق العام بالأفراد غير خاضعة لمبادىء القانون المدني، و هي ليست عامة أو مطلقة و إنما لها قواعدها التي تتغير حسب مقتضيات المرفق العام[2]، و عرفت بأنها الإلتزام الذي يقع نهائيا على عاتق شخص عام بتعويض ضرر أصاب شخصا أخر نتيجة لأعماله أو بسببها[3]،و يقصد بأساس المسؤولية السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر على عاتق شخص معين، أي أنها الأسباب التي تجعل التشريعات تقيم الإلتزام بتعويض الضرر الذي يصيب الغير[4]، فتكون الإدارة مسؤولة عن أعمالها المادية و القانونية و ما ترتبه هذه الأعمال من أضرار تجاه الغير، فيحق لأي شخص مطالبة الإدارة بالتعويض عما أصابه من ضرر، و يتأسس هذا التعويض في الأصل على فكرة الخطأ الإداري، و إلى جانب هذا الأساس الأصلي يوجد أساس تكميلي لمسؤولية الإدارة و الذي يتمثل في أن مسؤولية الإدارة بالتعويض من الممكن أن تتحقق حتى دون انضواء العمل الإداري على معنى الخطأ، بل لحالات و شروط محددة، و تقوم المسؤولية في هذه الحالة على أساس فكرة العدالة، فمن العدالة أن يعوض المضرور رغم نشاط الإدارة المشروع ، و تسمى هذه الحالة بالمسؤولية الإدارية دون خطأ [5].

---

[1]Mohamadi Hamidou، l'obligation d'agir des personnes publiques ، thèse de doctoratUniversité de Toulouse، 08Avril 2005 ، P.447

[2]DidemSevgili،La responsabilité de l'état et des collectivités territoriales- les problèmes d'imputabilité et de répartition ، thèse de doctorat ، Université Jean Moulin Lyon 03 ، 2011P.10 ، et voir : Gustave Peiser، droit administratif général ، 26èmeédition، Dalloz، Paris 2014 ، P. 210

[3]عيسى لعلاوي ، محاضرات في مادة المنازعات الإدارية، ألقيت على طلبة الدفعة 21، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01،2018/2017، ص. 87

[4]عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، دراسة تحليلية نقدية ومقارنة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014،ص. 334

[5]حسينة شرون ،إمتناع الإدارة عن تنفيد الأحكام القضائية الصادرة ضدها ، دراسة في القانونين الإداري و الجنائي الجزائري، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2010 ، ص. 175

أ-المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ

يعد الخطأ في ترتيب المســـــؤولية بصفة عامة هو القاعدة في ترتيب المسؤولية الإدارية، و عليه فإن قـيام مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ هو ما يفرض عليها دفع التعويض نتيجة تسببها في ضرر للغير[1]، و فيما يلي سنتناول عناصر المسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ :

1-عناصر المسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ

لقيام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ يجب أن تتوفر جميع عناصرها و المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية[2]، و هو ما سوف نتناوله وفقا لما يلي :

1-1 الخطأ

قوام الخطأ هو الإخلال بإلتزام قانوني سابق و هو عدم الإضرار بالغير[3]،حيث تجدر الإشارة أن الخطأ في نطاق المسؤولية الإدارية يختلف عن الخطأ في مجال المسؤولية المدنية ، فالخطأ الذي يؤدي إلى مسؤولية الإدارة هو الخطأ المرفقي، ومن هنا فقد دأب القضاء الإداري على التمييز بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي[4]،حيث يعرف الخطأ المرفقي على أنه ذلك الخطأ الذي ننسبه إلى المرفق و إن قام به ماديا أحد الموظفين، و تنتفي معه المسؤولية الشخصية للموظف و يجعل الإدارة مسؤولة عن الأضرار التي انجرت عن النشاط الإداري، و يتمثل هذا الخطأ إما في عمل مادي أو عمل قانوني للإدارة [5].

1-2 الضرر

الضرر هو العنصر الثاني و الأساسي من عناصر المسؤولية، و إن كان بالإمكان تصور الحكم بالتعويض بغير خطأ في بعض الحالات فإنه لا يتصور أن يحكم بتعويض عن فعل لا يرتب ضررا ولو كان الفعل خاطئا [6]، و يعرف بأنه الفعل المخالف للقانون و الضار بمصلحة شخص ما [7]، و القاعدة العامة تنص على أنه حيث لا ضرر فلا مسؤولية، و حتى يستحق هذا الضرر التعويض يشترط أن يكون كقاعدة عامة محققا و ثابت على وجه اليقين، إذ لا يعتد

---

[1]دلال خير الدين، فارس بن الصادق، وسائل تنفيذ القرار القضائي الإداري في الجزائر، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019، ص. 164

[2]Bernard Hugo Pouillaude ،le lien de causalité dans le droit de la résponsabilité administrative،thèse de doctorat ، Université Panthéon –Assas ،Décembre 2011 ، P.11

[3]محمد مصطفى السيد عبد العليم، مشكلة تنفيذ أحكام القضاء الإداري والتنظيم الفرنسي الحديث لمواجهتها، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص. 151

[4]عبد الرؤوف هاشم بسيوني ، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية ، دراسة مقارنة ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2008، ص. 113

[5]عادل بوعمران ، دروس في المنازعات الإدارية، دراسة تحليلية نقدية ومقارنة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص.ص. 334، 335

[6]عبد العزيز السيد الجوهري، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، دراسة مقارنة، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص. 63

[7] Gaelle Rabut-Bonaldi، Le préjudice en droit pénal ، thèse de doctorat ، Université de Bordeaux ، 17 0ctobre 2014 ، P.12

بالضرر المحتمل، و أن يكون مباشر أي وجود صلة بين نشاط الإدارة و الضرر الحاصل، فإذا لم يكن الضرر ناتجا مباشرة عن عمل الإدارة لا تقوم مسؤوليتها[1]، بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون قد أخل بمركز قانوني يحميه القانون، كما يستوي في صدد التعويض أن يكون الضرر ماديا قد مس حقا أو مصلحة مالية لطالب التعويض، أو يكون معنويا يصيب هذا الأخير في شرفه أو عرضه أو كرامته[2] .

و إذا كان الضرر القابل للتعويض ناتج عن سبب خارجي عن إرادة الإدارة كالقوة القاهرة أو وجود ظرف طارئ أو خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير، تعفى الإدارة من المسؤولية[3]، غير أن وجود هذه الأسباب لا يعفي الإدارة كليا من المسؤولية إذا كانت الإدارة قد ساهمت بخطئها في إحداث الضرر، و في هذه الحالة–أي الخطأ المشترك– تلتزم الإدارة بجانب من التعويض يتناسب مع دورها في إحداث الضرر، أما إذا كانت الأسباب السابقة هي وحدها المتسببة في وقوع الضرر، فحينئذ تعفى الإدارة من المسؤولية[4].

1–3 العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

تعد العلاقة السببية العنصر الثالث من عناصر المسؤولية، فيجب أن توجد رابطة سببية بين خطأ الإدارة و الضرر الذي أصاب المحكوم له، و بعبارة أخرى يجب أن يكون الضرر مترتبا على الخطأ، و أن يكون هذا الأخير هو المصدر المباشر للضرر، و تنتفي مسؤولية الإدارة إذا إنعدمت رابطة السببية بين خطأ الإدارة و الضرر[5].

ب–المسؤولية الإدارية بدون خطأ

بالإضافة إلى قيام مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ تقوم مسؤوليتها أيضا بغير خطأ أي على أساس المخاطر و على أساس المساواة أمام الأعباء العامة [6]، و هي تتكون من ركنين فقط هما الضرر و العلاقة السببية بين هذا الضرر و تصرف الإدارة المشروع الذي لا ينضوي على أي خطأ[7]، فعلى عكس المسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ يكفي لحصول صاحب المصلحة على التعويض إثبات وجود علاقة سببية بين الضرر الحاصلو نشاط الإدارة [8].

---

[1] Charles Debbasch ، droit administratif ،6 ème édition، Economica، Paris ، 2002، P. 590

[2]الشريف بحماوي ،" إصلاح الضرر في المسؤولية الإدارية ، دراسة مقارنة "، مجلة الحقيقة، كلية العلوم الإجتماعية و الإنسانية ، جامعة أحمد دراية ، أدرار ، العدد 21 ، جوان 2012 ، ص. 195 و مابعدها

[3]للتفصيل أكثر عن أسباب إعفاء الإدارة من المسؤولية أنظر: لحسين بن شيخ أث ملويا ، مسؤولية السلطة العامة، (المسؤولية على أساس الخطأ ، المسؤولية بدون خطأ ، نظام التعويض) ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر 2013 ، ص.ص. 389، 395 ، و أنظر :

Gustave Peiser، droit administratif général ، op–cit ، P.211

[4]ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دراسة مقارنة (فرنسا، مصر، لبنان)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1988، ص. 381

[5]ماجد راغب الحلو، المرجع السابق ،ص.ص. 380 ، 381

[6] Nicolas Fortat، autorité et responsabilité administrative، thèse de doctorat، Université François– Rabelais de Tours ، Mars 2011 ، P. 278

[7]ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 382

[8]Yves Gaudemet ، traité de droit administratif ، « l'administration ، la juridiction adminisatrtive ، les actes administratifs ،les régimes administratifs» ،tome1 ، 16ème édition، Delta ،Paris ، 2002 ،P.805

فلا تُسأل الإدارة على أساس المخاطر إلا إذا كان ثمة نشاط من جانبها، و نظرا لما قد يصيب المرضى من أضرار وراء ممارسة أحد الأنشطة الإدارية دون أن يتم تعويضهم لعدم وجود خطأ واضح و محدد، فإن مجلس الدولة الفرنسي طبق فكرة المسؤولية عن الأشياء التي لا تستند على خطأ، و إنما على تحمل المخاطر[1].

الفرع الثاني : التعويض كأثر لقيام المسؤولية الإدارية للمؤسسة الإستشفائية العمومية

في حال توفرت أركان المسؤولية الإدارية للمؤسسة الإستشفائية العمومية، سواء كانت قائمة على أساس الخطأ أو بدون خطأ، فإن ذلك يُرتب قيام المؤسسة بالتعويض عن الضرر اللاحق .

أولا: مسار طلب التعويض

تعد الدعوى الوسيلة القانونية اللازمة لإقتضاء الحق و جبر الضرر اللاحق بالمريض المضرور أو ذويه من جراء خطأ طبي ، حيث يتم رفع دعوى التعويض حسب الفقرة 07 من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان وقوع الفعل الضار و ذلك كالأتي: " خلاف لأحكام المادة 803 أعلاه ، ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه....07 – في مادة تعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو فعل تقصيري ، أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان وقوع الفعل الضار"، و ما يلاحظ على هذه المادة إمكانية رفع المحكوم لصالحه دعوى المسؤولية أمام المحكمة الإدارية للحصول على تعويض عن الضرر و الذي يكون قد نشأ عن جريمة أو فعل تقصيري مرتكب من قبل الطبيب.

و يعد أطراف دعوى المسؤولية الطبية كأصل عام كل من المريض المدعي ، و الطبيب المدعى عليه ، إلا أنه فيما يخص الخطأ الصادر من مستشفى عمومي (المؤسسة الإستشفائية العمومية) يعتبر المريض المضرور مدعيا ، و المستشفى العمومي بإعتباره متبوع و مسؤول عن الخطأ الصادر من الطبيب مدعا عليه ، فمسؤولية المستشفى العمومي هي التي تثار في هذا الصدد بإعتباره متبوعا ، لأن نشاط الطبيب في المستشفى العام يعتبر نشاط للدولة ، لتختفي شخصية الطبيب و تبرز شخصية الدولة ، و بذلك تكون الدولة وحدها هي المسؤولة عن أخطاء موظفيها من أطباء ، فبالرغم من إعتبار علاقة الطبيب بالمستشفى العام علاقة تبعية إدارية فإنها كافية لتحمُل المستشفى العام نتائج الخطأ الطبي ، و الهدف من ذلك تحميل إدارة المستشفى مسؤولية تغطية نتائج الأخطاء الصادرة من تابعيه أثناء قيامهم بأعمال المرفق، و كذلك للتيسير على المضرور بضمان حصوله على حقه في التعويض[2] .

فكما سبق بيانه أنه طبقاً لنص المادة 336 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة (المذكور أعلاه) فإن عملية زرع و نقل الأعضاء البشرية لا يمكن أن تتم إلا في المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من قبل الوزير المكلف بالصحة، و إن المقصود بهذه الأخيرة المؤسسات الصحية التابعة للقطاع العام، فمن دون شك أن المسؤولية

---

[1] عادل بوعمران ، المرجع السابق ، ص. 336

[2] نبيل أيتشعلال ، المرجع السابق ، ص.ص 347، 348

المترتبة عن أعمالها الضارة تخضع لأحكام القانون الإداري ، و تختص بالنظر فيها جهات القضاء الإداري عن طريق رفع دعوى القضاء الكامل أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة إختصاصها مكان وقوع الفعل الضار و تصدر أحكام تكون قابلة للإستئناف أمام المحكمة الإدارية للإستئناف

حسب تعديل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1] .

الفرع الثاني : كيفية تقدير التعويض

المقصود بالتعويض هو إعادة التوازن الذي إختل بسبب الضرر و إعادة الشخص إلى الحالة التي قد يكون عليها لو لم يتحقق هذا الضرر، على أن يكون هذا على حساب المتسبب في الضرر، و لا يعد الضرر ركن من أركان المسؤولية فحسب، بل هو في نفس الوقت مقياس و مقدار التعويض المستحق من قبل الضحية[2].

فإذا ما ثبت مسؤولية المدعي عليه (المستشفى العام) عما لحق المدعي من ضرر ، فإنه يتعين على القاضي إلزام المسؤول بما يعوض المضرور ، و يجبر الضرر الذي لحق به ، و يضمن التعويض ما لحق المريض من خسارة و مافاته من كسب ، و كذلك الأضرار الأدبية التي لحقت به ، إلا أن الضرر الذي يُأخذ في الحسبان هو الضرر المباشر ، كما يراعي في تقدير التعويض الظروف الملابسة للمضرور، كحالته الجسمانية و الصحية و ظروفه ، غير أن هناك صعوبة كبيرة في تقدير الأضرار المعنوية نظرا لعدم إستنادها إلى قيم ثابتة و متعارف عليها ، فهي مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى [3].

و يقتضي مبدأ تطابق التعويض مع الضرر بكامله أن يكون حجم التعويض معادلا تماما لحجم الضرر، و بمقتضاه يجب على المستشفى العام أن يدفع للمتضرر ما يوازي ما أفقده ، و لكن لا يمكن النظر إلى هذا المبدأ على أنه سهل التطبيق ، فحسب الأحكام و القرارات الصادرة عن القضاء الجزائري فإن مبالغ التعويض المحكوم بها تعتبر ضئيلة و بعيدة كل البعد عن تغطية الأضرار بكاملها [4].

و عليه فجزاء المسؤولية في القانون الإداري غالبا هو التعويض النقدي بحيث يستبعد التعويض العيني[5]

غير أن البعض يرى ترك هذه المسألة للقاضي الذي يقدر كل حالة بظروفها حرصا على إستمرار سير المرافق العامة سيرا منتظما مضطردا، بحيث إذا كان من شأن الحكم بالتعويض العيني المساس بسير المرافق العامة فإنه يتعين على القاضي أن يحجم عنه فالمسألة تترك للقاضي طبقا للملابسات الصحيحة و التي يقدرها بقدرها [1].

---

[1]قانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق ل 12 يوليو 2022 يعدل و يتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 17 يوليو 2022

[2]علي فلالي، تطور الحق في التعويض بتطور الضرر و تنوعه، حوليات جامعة الجزائر 01 ، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر ، العدد 31، جوان 2017، ص. 11

[3]نبيل أيتشعلال ، المرجع السابق ، ص 349

[4]نبيل أيتشعلال ، المرجع نفسه ، ص.ص349، 350

[5]سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دون طبعة ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص.ص. 412، 413

كما قد يخير القاضي الإدارة بين أداء تعويض نقدي مقدر بشيء من السخاء أو تعويض المضرور تعويضا عينيا بإعادة الحال إلى ما كان عليه فتختار الإدارة التعويض العيني[2]، و في مجال المسؤولية المستشفى عن عمليات زرع و نقل الأعضاء البشرية فلا مجال للتعويض العيني و قد إستقر قضاء مجلس الدولة الجزائري على أنه لا يجوز الجمع بين التعويض العيني و التعويض النقدي[3] .

و ما يلاحظ في عملية تقدير التعويض أن القضاء الإداري أخذ في الغالب بالحلول التي يستعملها أيضا القضاء المدني، و قد يلجأ مباشرة إلى تطبيق قواعد القانون المدني و هذا شيء طبيعي بحكم أن تطبيق قواعد التعويض في المسؤوليتين المدنية و الإدارية يؤدي إلى نفس النتيجة و هي حصول الضحية على تعويض الضرر اللاحق بها، و بالرغم من ذلك نجد أن القضاء الإداري قد إستقل في بعض المسائل بإجتهاده الخاص[4].

حيث تقضي القواعد العامة بأن يقدر التعويض بقدر الضرر الذي يلحق بالمضرور فالغرض الأساسي من التعويض هو جبر الضرر، لذا فإن تقدير قيمة الضرر هي الفيصل في تحديد مبلغ التعويض، فهناك تلازم بين حجم الضرر و قيمة التعويض لأن ذلك التعويض يلتزم به المسؤول لجبر الضرر الذي تسبب فيه للمضرور، و مُؤدى ذلك أن دور التعويض يقتصر على إزالة كل ما وقع من ضرر بغض النظر عن جسامة الخطأ الذي تسبب فيهو من ثم فإن التعويض يشمل كافة الأضرار و لو كان الخطأ يسيرا و لا يتجاوز التعويض مقدار الضرر مهما كان الخطأ جسيما[5].

إذ يترتب على مبدأ التعويض الكامل للضرر عدة نتائج فإلى جانب تعويض الضرر الرئيسي المادي أو المعنوي، يجب أيضا تعويض الأضرار الجانبية كإعادة النفقات الناتجة عن دفع مصاريف التعويض و الدعوى التي رفعها الضحية، فهذا المبدأ لا يخول للضحية الحصول على أكثر من تعويض على حساب الذمة المالية للإدارة، فعلى القاضي إحتساب الواردة على مبلغ التعويض حسب نسبة التعويضات التي تم دفعها للضحية، كالتعويضات التي سبق للإدارة المسؤولة دفعها بعد تقدم المريض أمامها بشكوى أو حتى التعويضات أو الأداءات الممنوحة من طرف صناديق الضمان الاجتماعي[6]، و يغطي التعويض ما لحق المضرور من خسارة و ما فاته من كسب و ذلك حسب مقتضى المادة 182 من القانون المدني الجزائري[7] بقولها: " ...و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب "، وهو المبدأ الذي أكده مجلس الدولة في العديد من قراراته ، فقضى في قراره رقم 112967 الصادر بتاريخ

---

[1]خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 531

[2]محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص. 219

[3]قرار مجلس الدولة رقم 111726 ، المؤرخ في 26 أكتوبر 2017، الصادر عن الغرفة الرابعة، غير منشور.

[4]الحسن كفيف، النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2014 ،ص. 234

[5]محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006 ص. 62

[6]الحسن كفيف، المرجع السابق، ص.ص. 237، 238

[7]قانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 20 جوان 2005 ، معدل و متمم للأمر رقم 58/75 ، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية عدد 44، لسنة 2005، المعدل و المتمم.

28 ديسمبر 2017 أنه : " ... بالرجوع إلى هذه المعطيات و العمل القضائي في مثل هذه القضايا فإن مجلس الدولة يقدر مبلغ التعويض الإجمالي عما لحق المعني من أضرار و ما فاته من كسب ..."[1].

و لا يجوز للقاضي الإداري أن يمنح تعويضا يفوق المبلغ المطلوب به من طرف الضحية طبقا للقاعدة العامة التي تمنع القاضي أن يفصل بأكثر مما طلب منه ، كما يوجد ضمن قانون المسؤولية الإدارية مبدأ يشير إلى أنه لا يحكم على الإدارة بتعويض ضرر لم تكن مسؤولة في حدوثه، و يعتبر القاضي الإداري الفرنسي أن هذه القاعدة من النظام العام حيث أن الضرر القابل للتعويض هو في جميع الحالات الضرر الذي ينسب إلى الإدارة[2].

و يثار التساؤل حول تحديد اليوم الذي يتم فيه تقدير قيمة التعويض هل هو اليوم الذي وقع فيه الضرر أم اليوم الذي يصدر فيه الحكم بالتعويض؟ .

ترجع أهمية تحديد التاريخ الذي يقيم فيه الضرر إلى تدارك الإختلال الذي يسببه الإرتفاع المفاجئ للأسعار أثناء فترة ما بين وقوع الضرر و النطق بالحكم، و خلافا للقضاء و القانون المدنيين حيث يقيمان الضرر حسب يوم النطق بالحكم سواء كان يمس الأموال أو الأشخاص[3]، فإن القضاء الإداري الفرنسي كان يعتمد في السابق على تاريخ حدوث الضرر في تقدير قيمة التعويض، و قد تراجع مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه هذا بمناسبة قرارات ؛ أوبري (AUBRY)، باسكل(PASCAL) ، لوفافر(LEUFEVRE) معتمدا مبدأ التفرقة بين الأضرار التي تصيب الأشخاص و الأضرار التي تصيب الأموال [4].

فبالنسبة للتعويض عن الأضرار التي تصيب الأشخاص فإن المبدأ هو أن يحسب التعويض من يوم الحكم و ليس بالرجوع إلى يوم حصول الضرر، و تسمح هذه الإمكانية فعلا بتجاوز تقلبات العملة الوطنية بالنظر إلى أنه غالبا ما يفصل بين يوم الحكم و يوم حصول الضرر مدة طويلة تقدر بسنوات ، غير أن حتمية تعويض الضرر في يوم الحكم مستبعدة في حالة ما إذا كانت الضحية قد تأخرت بدون عذر مقبول في رفع دعواها أمام القضاء إذ يقوم الضرر في هذه الحالة بالرجوع إلى يوم حصول الضرر[5]، أما بالنسبة للتعويض الذي يصيب الأموال المنقولة أو غيرها فتم الأخذ بتاريخ حصول الضرر أو بتاريخ زوال الضرر و إنتهائه، و في جميع الحالات لا يمكن أن يتعدى مبلغ التعويض أقصى مبلغ يصله بيع المال في تاريخ حدوث الضرر[6].

و عن موقف القضاء الجزائري، فكان يميل أحيانا إلى تطبيق معيار موحد بالنسبة للأضرار اللاحقة بالأشخاص أو الأموال أخذًا في الإعتبار يوم النطق بالحكم، و هو ما يتفق و مقتضيات المادة 131 من القانون المدني الجزائري،

---

[1]قرار مجلس الدولة، رقم 112967، المؤرخ في 28 ديسمبر 2017، الصادر عن الغرفة الرابعة، غير منشور.

[2]رشيد خلوفي ، قانون المسؤولية الإدارية ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1994 ، ص. 138

[3]الحسن كفيف، المرجع السابق، ص. 243

[4]عيسى لعلاوي، المرجع السابق ، ص. 120

[5]عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية ، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، 2012، ص.ص. 399، 400

[6]عيسى لعلاوي ، المرجع السابق ، ص. 120

كما ساير في أحيان أخرى إتجاه القضاء الفرنسي بخصوص الضرر اللاحق بالأموال حيث ألزم المسؤول فقط بالقيمة النقدية للملك أو المال وقت وقوع الضرر، إلا أنه سجل تراجعا ملحوظا حين إعتبر أن حساب التعويض يتم حسب مبدأ معمول به وفقا للأسعار المطبقة يوم رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة[1].

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية

المبدأ العام أن المسؤولية شخصية، و بالتالي لا يكون محلا للعقاب إلا من تقررت مسؤوليته جزائيا عن فعل جرمه القانون، أو بالأحرى أن الشخص لا يُسأل عن جريمة إرتكبها غيره، فمحل المسؤولية الجزائية هو الإنسان أي الشخص الطبيعي، غير أن التطور القانوني إنتهى إلى الإعتراف بالشخصية القانونية ليس للإنسان كشخص طبيعي فقط، بل أيضا لما إصطلح على تسمية الشخص المعنوي[2].

و تم الإعتراف بالمسؤولية المدنية للأشخاص المعنوية، غير أن الإعتراف بمسؤوليتها الجزائية كانت محل جدل فقهي[3]، حيث إتجه فريق إلى إنكار إقامة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ، و إتجه أخر إلى تأييد قيامها (الفرع الأول)، و إنتهى هذا الجدل بإعتراف المشرع الجزائري بها مؤخرا في قانون العقوبات (الفرع الثاني) و هو ما سوف نتناوله كالأتي:

أولا: الجدل الفقهي حول المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

إن مبدأ مسؤولية الشخص المعنوي مدنيا و إداريا أصبح من المسلمات لا إختلاف فيه، إلا أن مسؤولية هذا الشخص جزائيا ما زالت محل إختلاف لدى القضاء و الفقه و الذي إنقسم إلى قسمين، البعض يؤيد مُساءلة الشخص المعنوي جزائياً، و البعض الأخر ينكر إقامة مسؤوليته[4].

فقد أعتبر أصحاب الإتجاه المعارض أن المسؤولية الجزائية تبنى على الإرادة و الإدراك و منه يستحيل إسناد خطأ إلى شخص معنوي ليس له كيان حقيقي و لا إرادة خاصة به،في حين أن المسؤولية الجزائية تقتضي شرطا أساسياً يتمثل في إمكانية إسناد الخطأ إلى مرتكبه[5].

و على مستوى العقوبة فلا يمكن أن يطبق على الشخص المعنوي أهم العقوبات المقررة للجرائم، و إن أمكن تطبيق بعض العقوبات كالغرامة و المصادرة فإن توقيعها يؤدي إلى الإخلال بمبدأ شخصية العقوبة، إذ أن هذه العقوبة ستصيب الأشخاص الحقيقيين من مساهمين أو أعضاء و قد يكون منهم من لم يشترك في الفعل المعاقب عليه ، كما

---

[1] الحسن كفيف، المرجع السابق ، ص. 244

[2] حسينة شرون، إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها ، المرجع السابق، ص. 208

[3] Tracy Joseph Reinaldet Dos Santos ، La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales-études comparée franco-brésilienne ،thèse de doctorat ، Université de Toulouse28Septembre 2017، P.434

[4] سليم صمودي، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر، 2006 ، ص. 07

[5] أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، الطبعة الخامسة عشر ، دار هومة ، الجزائر ، 2016 ، ص. 267

قد يجهله[1]، و بالتالي لايمكنبأيحالمنالأحوالتوقيعهاعلىالأشخاص المعنوية بحيثلا يمكنالحكمعلىالشخصالمعنويبالإعدامو لابالسجنأوالحبس،إذليسلهرأسيشنق أوجسديسجن،و بالتالي فطبيعةهذهالعقوباتتتعارضأساسامعطبيعةالشخص المعنويممايتعذر معهتطبيقهاعليه[2].

في حين إتجه أصحاب الإتجاه المؤيد لإقامة مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا إلى القول أن هذا الأخير يسأل جزائيا بإرتكابه أفعال غير قانونية مثل الشخص الطبيعي، فهو حقيقة قانونية و إرادته يحدد القانون مجالها و أسلوب ممارستها بما يتفق مع طبيعة نشاطه و أهدافه، و يُضاف إلى ذلك أن إنكار هذه الإرادة يترتب عليه إنكار المسؤولية المدنية للشخص المعنوي، و مادام من غير المقبول إنكار هذه المسؤولية لما يترتب عن ذلك من إهدار لمصالح الأفراد، فإنه من غير المقبول إنكار قدرة الشخص المعنوي على تحمل تبعة الجرائم التي ترتكب بإسمه و لحسابه[3].

و من جهة أخرى فإن مسؤولية الشخص المعنوي لا تتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة فما يذهب إليه أصحاب الإتجاه المنكر لهذه المسؤولية من مساس العقوبة بأشخاص أخرين لا يعد أثراً ناجما عن العقوبة ذاتها ، و إنما يُعد أثراً طبيعيا ناشئاً عن طبيعة العلاقة القائمة بين الشخص المعنوي ذاته و غيره من العاملين و المسيرين[4]، كما أن القول بإستحالة تطبيق العقوبات على الشخص المعنوي كالإعدام و العقوبات السالبة للحرية قول يسهل الرد عليه، حيث أنه يوجد فرق بين إرتكاب الجريمة و المعاقبة عليها، و مجال البحث هنا هو صلاحية الشخص المعنوي لإرتكاب الجريمة دون البحث عما إذا كان من الممكن معاقبته أو لا ، و أن أشد العقوبات البدنية قسوة و هي الإعدام يمكن توقيعها على الشخص المعنوي بما يتلائم و طبيعته ، فضلا عن وجود الكثير من العقوبات التي يمكن توقيعها على الشخص المعنوي مع إستبدال العقوبات المقيدة أو السالبة للحرية بعقوبات مالية[5] .

ثانيا: مبدأ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري

عرفت المسؤولية الجزائية بأنها تحمل تبعة الجريمة، و الإلتزام بالخضوع للجزاء الجنائي المقرر لها قانونا، و هي تقتضي وقوع أمر أو فعل يحاسب عنه الشخص و يتحمل تبعته ، فهي أمر لاحق لوقوع الجريمة و نتيجة حتمية مترتبة عنها[6] .

ولم يكن قانون العقوبات الجزائري يقر بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، غير أنه لم يستبعدها صراحة[1]، لكن الإشكال الذي يثور في هذا الإطار هو هل من المعقول تسليط عقوبات على المؤسسات الإستشفائيةالعمومية

---

[1]أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص. 267

[2]أحمد الشافعي ، الإعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01 ، 2012/2011 ، ص. 126

[3]عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري ، نظرية الجريمة ، نظرية الجزاء الجنائي ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2013، ص.ص. 282 ، 283 .

[4]عبد القادر عدو ،المرجع نفسه ، ص.ص. 283، 284

[5]حسينة شرون ،إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها ، المرجع السابق، ص. 210

[6]دلال خير الدين، فارس بن الصادق، المرجع السابق، ص. 174

باعتبارها إحدى المرافق العامة للدولة تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ، يحكمها مبدأ عام وهو عدم جواز الحجز على الأموال العامة لأن أموالها مخصصة للمنفعة العامة و لخدمة مرفق عام؟ .

يمكن القول في هذا الشأن أن قانون العقوبات الجزائري الصادر في 1966 لم يضع قاعدة عامة تقضي بمسؤولية الشخص المعنوي جزائيا، و ساير في ذلك إتجاه المشرع الفرنسي قبل تعديل 1992 لقانون العقوبات الفرنسي[2]، الذي كان لا يقر بهذه المسؤولية في قانون العقوبات لسنة 1810، و عليه فقد إستقر الوضع على أنه في غير الأحوال الإستثنائية المنصوص عليها قانونا، لا يجوز مساءلة الأشخاص المعنوية جزائيا عن الجرائم التي ترتكب بإسمها أو لمصلحتها، و إنما يسأل عنها الأعضاء المكونين لها[3]، غير أنه و بصدور قانون العقوبات رقم 15/04[4] أقر المشرع الجزائري صراحة مبدأ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي و كرسها في نص المادة 51 مكرر منه[5]، ووضع إستثناءً لذلك، إذ لا تُسأل جزائيا الدولة و الجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام .

و في هذا الصدد و في إطار البحث عن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية فإنه حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من قانون العقوبات لا تخضع المؤسسات العمومية الإستئفائية للمساءلة الجزائية[6] و لا تطبق عليها العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات بإعتبارها مرافق عامة و هي تعتبر شخص من الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام تسعى لتحقيق مصلحة عامة.

خاتمة :

---

[1]أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص. 269

[2]تبنىالمشرّعالفرنسيصراحة مبدأالإعترافبالمسؤوليةالجزائيةللأشخاصالمعنويةفيالمادة 121 مكرر 02 من قانون العقوبات لسنة 1992 ، و إقرارالمشرّعلهذه المسؤوليةلميأتمنفراغبلهو نتيجةحتميةلمختلفالقوانينالجزائيةالخاصةالتيإعترفتبهذهالمسؤوليةفيميادينمحددة،ولموقفالفقهاء ورجالالقانونالذينداقعواكلهممنأجلالإعترافبالمسؤوليةالجزائيةللأشخاصالمعنوية، كماأنأحكام القضاءلمتكنغائبةولابعيدةعنقرارالمشرّعالفرنسيبالإعترافصراحةبالمسؤوليةالجزائيةللأشخاص المعنوية ، مشار إليه لدى أحمد الشافعي ، المرجع السابق ، ص. 120

[3]مبروك بوخزنة، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010، ص. 141

[4]قانون رقم 15/04 المؤرخ في27 رمضان 1425 الموافق ل 10 نوفمبر 2004، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 71، لسنة 2004، المعدل و المتمم.

[5]تنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات على أنه:" بإستثناء الدولة و الجمعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثله الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك" ، كما أضاف أن قيام هذه المسؤولية لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال، و هذا ما أقرته أيضا المادة 121 مكرر 02 فقرة 04 من قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1992 التي نصت على أنه: " المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية لا يترتب عليها إستبعاد المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعية " مشار إليه لدى سليم صمودي، المرجع السابق، ص. 47

[6]و الجزاءات المقررة للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص أوردها المشرع في نص المواد 18 مكرر، 18 مكرر 1 و 18 مكرر 2من قانون العقوبات الجزائري .

نخلص مما سبق أن الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن عملية زرع و نزع و نقل الأعضاء البشرية متنوعةو متعددة ، فقد تكون مدنية يتحملها الطبيب القائم بالعملية ، و قد تكون جزائية يتحملها الطبيب و/ أو المستشفى المكلفين بإجراء العملية ، و قد تكون تأديبية ، كما قد تكون مدنية و جزائية و تأديبية في نفس الوقت ، و قد تقام المسؤولية الإدارية على المرفق العام .

و يعد الطبيب تابعا للمستشفى الذي يعمل فيه ، و إن كنت علاقة الطبيب بالمستشفى هي علاقة تابع بمتبوع يكون فيها للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع عن طريق أداء عمله و الرقابة عليه و مساءلته ، فعند وقوع خطأ طبي يكون للمريض المضرور الرجوع على المستشفى بإعتباره مسؤول عن موظفيه الأطباء ، و يتطلب لتوفر علاقة التبعية في المجال الطبي توفر عنصر الإشراف و الرقابة على التابع و يكون للمتبوع هذه السلطة بناء على إتفاق أو قانون .

فالمتضرر له أن يختار بين مقاضاة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أمام القضاء الإداري ، و بين مقاضاة الموظف أمام القضاء العادي ، و في كلتا الحالتين له أن يطالب المدعى عليهم بكامل التعويض، غير أنه في كل الأحوال و إن كان مبدأ الجمع بين المسؤوليتين يرمي إلى إعطاء المتضرر حق إختيار المسؤول الأكثر ملائمة ، فإنه يختار بطبيعة الحال الإدارة بإعتبارها ميسورة الحال .

و يبقى للمستشفى حق الرجوع على الطبيب المخطىء، إذ من المتعارف عليه أن للمتبوع الذي قام بتعويض الضرر حق الرجوع على تابعه ، الأمر الذي يسمح له بإستعادة كامل ما دفعه، إن لم يكن له أي مساهمة منه في إرتكاب الفعل غير المشروع .

حيث تعد المؤسسات الإستشفائية العمومية مرافق عامة و التي يسند لها وحدها صلاحية القيام بعمليات نزع وزرع و نقل الأعضاء البشرية ، نظرا لخصوصية هذه العمليات ، و دقتها المتناهية، و ما يزيد من أهمية هذا النوع من التدخلات هو الرجوع على المستشفيات بإعتبارها المتبوع المسؤول، و أن مسؤولية المتبوع المفترضة هي مسؤولية تبعية ، مستندة إلى مسؤولية أصلية هي مسؤولية التابع ، و من ثم فهي تدور معها وجودا و عدما ، فمتى ثبت خطأ التابع قامت مسؤولية المتبوع ، إلا إذا أثبت أن الفعل الضار قد نشأ عن سبب أجنبي لا شأن للتابع فيه .

و يمكن إجمال النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الورقة البحثية فيما يلي من نقاط ؛

– تتميز المسؤولية المدنية عن عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بنوع من الخصوصية فيما يتعلق بأساس إلتزام الطبيب و طبيعة مسؤولية الطبيب مقارنة مع الأعمال الطبية بصفة عامة ، و مرد هذه الخصوصية هو خطورة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية .

– تطورت قواعد المسؤولية الطبية ، فلم يكن من المتصور في البداية مساءلة الأطباء عن أخطائهم لكن مع إستقرار مبادئ المسؤولية المدنية أصبح من الممكن مساءلة الأطباء عن الأخطاء العمدية ثم تطورت المسؤولية فأصبح الأطباء في المستشفيات العمومية مسؤولين عن مجرد الإهمال و الخطأ الجسيم.

– إغفال المشرع الجزائري تحديد العقوبات في حالة مخالفة بعض شروط نقل الأعضاء البشرية و ترك الأمر للقوانين العامة مما يستوجب عليه تدارك الأمر و تخصيص مخالفة هذه الشروط بعقوبات جزائية نظرا لحساسية هذا النوع من العمليات الجراحية خاصة بالنسبة للمتبرع الذي لا مصلحة علاجية له من ورائها.

– مسؤولية المستشفى عن عملية نزع و زرع ونقل الأعضاء البشرية هي مسؤولية إدارية تستوجب لقيامها توفر ركن الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ الصادر من الطبيب و الضرر الحاصل للمريض.

– المستشفى بإعتباره مسؤول لا يستطيع نفي مسؤوليته عما لحق المريض من ضرر إلا بإثبات السبب الأجنبي ، كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ، و خطأ المريض المضرور ، و خطأ صادر من الغير.

و عليه – و كتوصيات – يتعين ؛

– وضع نظام تعويض خاص عن المسؤولية المدنية لعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية

– وضع إجراءات تقاضي خاصة أمام المحاكم للمتضرر من عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية

– خلق هيئات خاصة بمراقبة مدى إحترام الشروط و الضوابط المتعلقة بعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية .

– تشديد العقوبات الجزائية ضد المتعاملين بالأعضاء البشرية على خلاف ما تقضي به الأحكام و الضوابط القانونية و الطبية في ذلك.

– إصدار قانون مستقل بنقل وزرع الأعضاء البشرية ، تدرج فيه كل الضوابط المتعلقة بذلك، نظرا لوجود تناثر في أحكام عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين قانون الصحة و قانون العقوبات .

– تنظيم ملتقيات وطنية و دولية بهدف بحث كافة الإشكالات التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، و إيجاد حلول لها.

– إنشاء سجل طبي لكل طبيب في نقابة الأطباء لتدوين الأخطاء المرتكبة من قبلهم لتجنب الوقوع فيها مجددا ،و ليكون السجل حافزا للأطباء لمزيد من اليقضة و الإنتباه عند مباشرتهم لعملهم الطبي.

– إنشاء هيئة مهمتها مراقبة عمل الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء و التأكد من نوعية الخدمات الطبية المقدمة .

– إعداد إعلانات في المؤسسات الصحية لتعريف المرضى بحقوقهم و إلتزاماتهم تجاه الأطباء ، فغالبية المرضى لا يعرفون الحقوق التي كفلها لهم القانون في مواجهة الأطباء.

قائمة المصادر و المراجع :

أولا : النصوص التشريعية و التنظيمية :

7) قانون رقم 18–11 المؤرخ في 29 يوليو 2018 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية لسنة 2018 عدد 46 .

8) قانون رقم 22–13 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1443 الموافق ل 12 يوليو 2022 يعدل و يتمم القانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 17 يوليو 2022

9) قانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 20 جوان 2005 ، معدل و متمم للأمر رقم 58/75 ، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية عدد 44، لسنة 2005، المعدل و المتمم.

10)قانون رقم 15/04 المؤرخ في27 رمضان 1425 الموافق ل 10 نوفمبر 2004، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 71، لسنة 2004، المعدل و المتمم.
11)قانون رقم 90-17 المعدل و المتمم للقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .
12)المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق ل 06 يوليو 1992 ، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52 ، الموافق ل 08 يوليو 1992.

ثانيا : قائمة المراجع باللغة العربية

أ/الكتب :

27)إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ،الخطا المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية (دراسة قانونية مقارنة) منشورات الحلبي القانونية ، لبنان ، 2007.
28)حسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، الطبعة الخامسة عشر ، دار هومة ، الجزائر ، 2016
29)الحسن كفيف، النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2014
30)حسينة شرون ،إمتناع الإدارة عن تنفيد الأحكام القضائية الصادرة ضدها ، دراسة في القانونين الإداري و الجنائي الجزائري، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2010.
31)حمدون ذوادية، تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في القانون الجزائري ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2015.
32)دلال خير الدين، فارس بن الصادق، وسائل تنفيذ القرار القضائي الإداري في الجزائر، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019
33)رشيد خلوفي ، قانون المسؤولية الإدارية ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1994
34)سعيد طربيت ، السلطة التأديبية للمستخدم في ظل قانون علاقات العمل ، دون طبعة ، دار الهومة ، الجزائر ، 2013
35)سليم صمودي، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر، 2006
36)سليمان محمد الطماوي القضاء الإداري، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث ، دون طبعة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1995،
37)سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دون طبعة ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996،
38)صلاح علي علي حسن، ضمانات السلطة التأديبية لصاحب العمل، دراسة مقارنة، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2012
39)عادل بوعمران ، دروس في المنازعات الإدارية، دراسة تحليلية نقدية ومقارنة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014
40)عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، دراسة تحليلية نقدية ومقارنة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014
41)عبد الرؤوف هاشم بسيوني ، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية ، دراسة مقارنة ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2008
42)عبد العزيز السيد الجوهري، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، دراسة مقارنة، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983
43)عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية ، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، 2012
44)عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري ، نظرية الجريمة ، نظرية الجزاء الجنائي ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2013،
45)كريم عشوش ، العقد الطبي ، دار هومة ، الجزائر، 2011
46)كمال رحماوي، تأديب الموظف العام في القانون الجزائري، دون طبعة، دار هومة ، الجزائر، 2004
47)لحسين بن شيخ أث ملويا ، مسؤولية السلطة العامة، (المسؤولية على أساس الخطأ ، المسؤولية بدون خطأ ، نظام التعويض) ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر،2013
48)ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دراسة مقارنة (فرنسا، مصر، لبنان)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1988
49)مبروك بوخزنة، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010
50)محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006
51)محمد مصطفى السيد عبد العليم، مشكلة تنفيذ أحكام القضاء الإداري والتنظيم الفرنسي الحديث لمواجهتها، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.

52)منصور عمر المعايطة ، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2004

ب/الرسائل و المذكرات الجامعية :

3) أحمد الشافعي ، الإعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01 ، 2012/2011 .

4) سايكيوزنة ، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة تيزي وزو ، 2012/2011

ج/المقالات :

14)أحمد عمراني ، المسؤولية الطبية في عمليات نقل و زراعة الأعضاء بين حرمة جسم الإنسان و مقتضيات العلاج ، حوليات كلية الحقوق ، جامعة محمد بن أحمد وهران ، العدد 02 ، ديسمبر 2017،

15)أسامة غربي ، الإتجار بالأعضاء البشرية ، مجلة دراسات و أبحاث ، جامعة زيان عشور الجلفة ، العدد 05 ، ديسمبر 2011

16)أشواق زهدور ، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الإتجار بها ، مجلة دفاتر السياسية و القانون ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد 14، جانفي 2016،

17)إيمان أوسعيدان ، أحكام نزع و زرع الأعضاء و الأسنجة و الخلايا البشرية في قانون الصحة الجديد ، مجلة القانون الدولي و التنمية ، جامعة بشار ، العدد 02 ، المجلد 07 ، سنة 2019 ،

18)الشريف بحماوي ،" إصلاح الضرر في المسؤولية الإدارية ، دراسة مقارنة "، مجلة الحقيقة، كلية العلوم الإجتماعية و الإنسانية ، جامعة أحمد دراية ، أدرار ، العدد 21 ، جوان 2012

19)شعلالنبيل ، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العمومية ، مجلة القانون و المجتمع ، جامعة أحمد دراية أدرار، العدد 02 ، المجلد 09 ،2021

20)علي فلالي، تطور الحق في التعويض بتطور الضرر و تنوعه، حوليات جامعة الجزائر 01 ، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر ، العدد 31، جوان 2017

21)فيصل شطناوي ،فيصل شطناوي، "الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضد الإدارة و إشكاليات التنفيذ" ، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية ، بدون عدد ، المجلد 43، ملحق01 ، 2016

22)كريم عشوش ، المسؤولية التاديبية للطبيب العامل بالقطاع الخاص ، مجلة معارف ، جامعة البويرة ، العدد 21 ، ديسمبر 2016

23)لينة بوزيتونة ، الضوابط القانونية لعملية نزع و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء دراسة تحليلية على ضوء القانون 18-11 ، مجلة المستقبل للدراسات السياسية و القانونية ، معهد الحقوق و العلوم السياسية ، المركز الجامعي أفلو، العدد 01، المجلد 04 ، جوان 2020 ،

24)نذير عميرش ، المسؤولية الناتجة عن عملية زراعة الأعضاء البشرية ، مجلة الشريعة و الاقتصاد ، الجامعة العلوم الإسلامية ، الأمير عبد القادر قسنطينة، العدد 02 ، المجلد 01 ، ديسمبر 2012،

25)هدى حاوش ، أساس المسؤولية الطبية القائمة عن عمليات زرع الأعضاء البشرية ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ،جامعة البليدة 02 ،العدد 11 ، جانفي 2017

26)هنية أحميد ، "المسؤولية المدنية للإدارة العامة عن أعمالها المادية" ، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، العدد 03، مارس 2006.

د/المحاضرات :

2) عيسى لعلاوي ، محاضرات في مادة المنازعات الإدارية، ألقيت على طلبة الدفعة 21، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018/2017،

ثالثا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

A/Les livres :

Charles Debbasch ، droit administratif ،6 ème édition، Economica، Paris ، 2002

Gustave Peiser، droit administratif général ،26èmeédition، Dalloz، Paris، 2014

Manuel Gros، droit administartif ،05ème édition،L'harmattan ، Paris ، 2014

Yves Gaudemet ، traité de droit administratif ، « l'administration ، la juridiction adminisatrtive ، les actes administratifs ، les régimes administratifs» ،tome1 ، 16ème édition، Delta ،Paris.

B/les thèses universitaires :

Bernard Hugo Pouillaude ،le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative،thèse de doctorat ، Université Panthéon –Assas ،Décembre 2011 .

DidemSevgili،La responsabilité de l'état et des collectivités territoriales- les problèmes d'imputabilité et de répartition ، thèse de doctorat ، Université Jean Moulin Lyon 03 ، 2011.

Eve Matringe، la réforme de la responsabilité civile en droit suisse، modèle pour le droit français ،thèse doctorat، Université de Strasbourg، 2010.

Gaelle Rabut-Bonaldi، Le préjudice en droit pénal ، thèse de doctorat ، Université de Bordeaux ، 17 0ctobre 2014.

Gaelle Rabut-Bonaldi،Le préjudice en droit pénal ، thèse de doctorat ، Université de Bordeaux ، 17 0ctobre 2014 .

Mohamadi Hamidou، l'obligation d'agir des personnes publiques ، thèse de doctoratUniversité de Toulouse، 08Avril 2005.

Nicolas Fortat، autorité et responsabilité administrative، thèse de doctorat، Université François- Rabelais de Tours ، Mars 2011.

Tracy Joseph Reinaldet Dos Santos ، La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales-études comparée franco-brésilienne ،thèse de doctorat ، Université de Toulouse28Septembre 2017.

النظام القانوني لعمليات التبرعالدم

د. عرورة فتيحة

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ملخص

إن الجسم البشري هو أساس حياةالإنسانوركيزة وجوده على هذه البسيطة، لذلك أولت كل من القوانينالوضعية والشرائع السماوية، أهمية كبيرةله انطلاقا من ضرورة تحقيقحماية قصوى له ولمكوناته الأساسية. وفيمقدمتها الدم ذلك العضو السائل المتجدد، الذي يعتبر التبرع به من أنبل الأعمال الإنسانية لما له من فضل كبير في إنقاذ الحياة البشرية، كما أصبحت عمليات نقل الدم من أهم الركائز الطبية المعاصرة، خاصة بعد النجاح الباهر الذي حققته تلك العمليات في علاج العديد من الأمراض، لذلك كان لابد من إخضاعها لنظام قانوني يكفل لها الشرعية اللازمة لإنتاج آثارها، وتوفير الحماية القانونية لأطراف هذه العمليات.خاصة الأشخاص المتبرعين بالدم، والمرضى المتلقين له.

الكلمات المفتاحية: الدم،عمليات نقل الدم، المتبرع بالدم، متلقي الدم، مجانية التبرع بالدم، مراكز نقل الدم، الطبيب، الدم الملوث.

Abstract

The human body is the basis of human life and of its existence. For this reason, the laws created by man and the celestial laws have given it great importance, based on the need to give maximum protection to it and its main components, the first of which is blood, that regenerating liquid organ. The donation of blood is one of the most noble humanitarian works due to its great merit in saving human lives, and blood transfusions have become one of the most important contemporary medical pillars, especially after the resounding success of these operations in the treatment of many diseases. It was therefore necessary to subject them to a legal regime that would guarantee the legitimacy necessary to produce their effects, and to ensure the legal protection of the parties to these operations, especially the donors and recipients of blood.

Keywords: blood, blood transfusions, blood donor, blood recipient, free blood donation, blood transfusion centers, doctor, contaminated blood**.**

مقدمة

الدم هو منتج طبي ذو منشأ بشري وتوفيره يعتمد على مساهمة المتبرع الذي يعطي الدم لصالح الآخرين دون منفعة جسمانية له. ومن ثم، فمن المهم احترام مساهمة المتبرعين وتبرعهم واتخاذ كافة الخطوات الممكنة لحماية صحتهم وسلامتهم ووجود الضمانات للتأكد من استخدامالمنتجات المشتقة من التبرع بالشكل الملائم وبالتساوي دون تفرقة بين المرضى .

عمليات نقل الدم إحدى صور التقدم العلمي في مجال الطب، إذ يلجأ الأطباء في أغلب الأحيان للقيام بعمليات نقل الدم في حالة علاج المرضى جراحيا، وفي علاجهم من الإصابات الناتجة عن الحوادث وغيرها من الحالات، التي يكون فيها لنقل الدم فضلا في المساعدة على شفاءالمريض مما يعاني منه. وبذلك تعتبر عمليات نقل الدم إحدى العمليات التي اعتبرها التاريخ حدثا طبيا واجتماعيا جعل للدم البشري السيادة المطلقة في إنقاذ الحياة البشرية، حيث أن كل شخص منا مهدد بأن تصبح حياته بين لحظة وأخرى رهينة التوفر العاجل لوحدة أو لوحدات من الدم.

لقد تطورت الأعمال الطبية وتجاوزت حدود الأعمال التقليدية وأصبحت فعاليتها أكبر من خلال هذا التطور، حيث تم في الكثير من الحالات إنقاذ البشر من الموت المحقق من

خلال معالجة الأمراض المزمنة والخطيرة، كما أمكن إيجاد حلول ناجحة للعديد من أمراض العصرالحالي، لهذا فإن نقل الدم يعد وسيلة علاجية فعّالة لإنقاذ حياة المرضى والمصابين.

ونظرا لكون الدم من أهم العلاجات التي تنقذ حياةالملايين من المرضى والمصابين من خلال حقنهم بدماء بشرية مماثلة من المتبرعين، نظرا لاستحالة الحصول على دم صناعي مماثل للدم الطبيعي، وضعت قوانين تبيح اقتطاع الدم من الأشخاص المتبرعين بالدم لأغراض علاجية بشرط عدم المساس بصحة المتبرع.

غير أن هذا الحدث الطبي المهم سرعان ما تحول إلى مأساة حقيقية اتخذت أحيانا أشكالا كارثية جراء الأخطاء والأخطار التي تصاحب عمليات نقل الدم سواء بنقل دم غير مطابقبالمفهوم الطبي أو بنقل دم ملوث بالأمراض الخطيرة كالإيدز والتهاب الكبد الوبائي، بحيث إذا لم يخضع الدم لإجراءات وفحوصات طبية دقيقة للتأكد من خلوه من الأمراض المعدية يصبح وسيلة لنقل الفيروسات بالرغم من الجهود التي تبذلها الجهات المسؤولة في الدولة لضمان وسلامةعمليات نقل الدم، والتأكد من سلامته وخلوه من الفيروسات.

بناء على ذلك، كان لابد من إخضاع عمليات نقل الدم لنظام قانوني يكفل لها الشرعية اللازمة لإنتاج آثارها، وتوفير الحماية القانونية لأطراف هذه العمليات. لذلك ارتأيت من خلال هذه المداخلة العمل على ضبط الإطار القانوني الذي يحكم عمليات نقل الدم، وفقا لقانون الصحة الجديد. وذلك بالإجابة على الإشكالية التالية: **ما هوالنظام القانوني الذي تخضع له عمليات نقل الدم بشكل يمنح الحماية القانونية اللازمة لأطراف هذه العمليات حتى تنتج آثارها؟.**

إجابة على هذه الإشكالية قسّمت المداخلة إلى مبحثين، تعرضت في المبحث الأول إلىتحديد ماهية عمليات نقل الدم، أما المبحث الثاني فقد خصصته لدراسةأهم الضوابط القانونية التي تحكم هذه العمليات.

المبحث الأول: ماهية عمليات نقل الدم

أجازت القوانين الوضعية بشكل عام نقل الدم من الإنسان السليم المعافى إلى المريض الذي هو بحاجة إلى هذا الدم لإنقاذ حياته من الهلاك، كما هو الحال في الحوادث والجروح والعمليات الجراحية، والتي لابد من نقل الدم فيها لوجود الضرورة الملحة.

وتتمثل عملية نقل الدم في سحب كمية محدودة ومدروسة من السائل الدموي من وريد شخص سليم، وحقنه في وريد شخص آخر مريض بحاجة إليه، بقصد تعويض دم مفقود بمقدار يهدد الحياة[1]. وهي صورة نقل الدم كاملا للمريض، وقد يقتصر النقل فقط على إحدى مكونات الدم فقط كالبلازما أو كريات الدم الحمراء أو البيضاء أو حتى الصفائح الدموية، وهو ما يندرج تحت مصطلح نقل مشتقات الدم[2].

من هذا المنطلق أصبحت عمليات نقل الدم من أهم الركائزالطبية المعاصرة، خاصة بعد النجاح الباهر الذي حققته تلكالعمليات في علاج العديد من الأمراض، لذلك بات من الواجب إخضاعها لنظام قانوني محكم، يكفل لها الشرعية اللازمة لإنتاج آثارها.

وحتى تتوضح ماهية عمليات نقل الدم كان لابد في البداية من تحديد الأطراف المتدخلة في هذه العمليات (المطلب الأول)، ثم الأساس القانوني الذي تقوم عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أطراف عمليات نقل الدم

عملية نقل الدم تتكون من شقين اثنين، الأول: هو الحصول على المادة الأولية والتي يلعب فيها المتبرع الدور الرئيسي، وكذلك مركز نقل الدم، أما الشق الثاني وهو إدخال هذه المادة إلى جسم المريض والتي نجد فيها الطبيب يلعب دورا جوهريا، فضلا عن **المؤسسات العلاجية** المستقبلة، التي تتم فيها هذه العمليات.

وعليه تتشابك العلاقات بين أطراف عمليات نقل الدم، حيثتتدخلفيها عدّة أطراف من المريض والمتبرع ومراكز نقل الدم والمؤسسة العلاجيةوالطبيب القائم على هذه العملية باعتباره شخصا مهنيا، لذلكسنتطرق لكل منها ضمن مجموعتين أساسيتين: الأولى هي الأطراف المعنيون بنقل الدم **(الفرع الأول)**، أما الثانية فتضم الأطراف القائمين بإتمام عملية نقل الدم **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الأطراف المعنيون بنقل الدم

[1] – زهدور كوثر: **المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا**، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، ككلية الحقوق، 2012–2013، ص 190.

[2] – برابح يمينة: **نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية (دراسة تأصيلية في القانون المدني)**، مقال منشور في مجلة الأكاديمية للدراساتالإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإقتصادية و القانونية. العدد 15 –جانفي 2016، ص 147.

يقصد بالأطراف المعنيون بنقل الدم: قطبي عملية نقل الدم وهما المتبرع المحرك الرئيسيلهذه العملية ومراكز نقل الدم التي تعمل على ضمان سلامة وأمن كل من المتبرع بالدم أو المتلقي له:

أولا- المتبرع بالدم

هو شخص مناسب من الناحية الصحية للتبرع، والذي قبل التنازل عن جزء من دمه لمساعدة غيره، يتطلب شرطين هامين: هما سلامة المتبرع وسلامة الدم المنقول للمريض، وللطبيب دور في تحقيق هذين الشرطين من خلال المهام المنوطة به في إخضاع جميع المتبرعين للفحص الطبي المشتمل على جملة من الإجراءات الوقائية كمراقبة الحرارة وفحص الدم والضغط والنبض والسيرة المرضية للمتبرع، وغيرها من الفحوصات الضرورية لضمان سلامة المتبرع بالدم.

ثانيا-مراكز نقل الدم

هي المؤسسات التي تضطلع بمهمة سحب الدم البشري وتصنيفه وفصل مشتقاته الأساسية، بعد إجراء الفحوصات اللازمة المنصوص عليها في القانون، وتخزين الدم ومشتقاته حسب المواصفات العلمية المعتمدة، لتقدم بعد ذلك للمريض بناء على طلب الطبيب المعالج[1]. تزود هذه المراكز بكل الوسائل البشرية، المالية والمادية الضرورية لإنجاز النشاطات المرتبطة بحقن الدم وكل المهام المنوطة بها[2].

وعليه فهي هيئات نص عليها القانون وأوكل إليها مهمة جمع وحفظ الدم في سبيل حصول المريض منها على دم سليم خال من العيوب والأمراض، ونظرا لاستحالة تصنيع الدم البشري فإن المصدر الوحيد للدم الذي تستقبله مراكز نقل الدم هو الإنسان المتبرع، لذلك تقوم مراكز نقل الدم وبنوك الدم باستقبال المتبرعين وسحب الدم منهم، هذا بالإضافة إلى تحضير منتجات ومشتقات الدم التي يحتاجها المرضى.

الفرع الثاني: الأطراف القائمين على إتمام عملية نقل الدم

---

[1]- برابح يمينة: **المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم- دراسة مقارنة-** ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص 17.

[2]- المادة 30و33 من المرسوم التنفيذي 09-258 المؤرخ في 11أوت 2009 يتعلق **بالوكالة الوطنية للدم**، جريدة رسمية عدد 47، الصادرة في 16أوت 2009.

إنّ عملية نقل الدم تكون من الشخص المتبرع بالدم إلى الشخص المريض المتلقي له عن طريق وسيط متخصص وهو الطبيب، في مكان خاص يتوفر على الشروط الملائمة هو المؤسسات العلاجية على إختلاف أنواعها:

أولا- المريض

كل شخص مصاب بمرض يهدد حياته أو ينبئبتدهور حالته الصحية، وهو في هذا المقام في حاجة ملحة للدمنتيجة الإصابة أو المرض.

ثانيا- المؤسسة العلاجية

هي أشخاص معنوية تتمتع بالشخصية القانونية، وهي تمثل كل مكان أعد للعلاج أو التمريض أوالكشف على المرضى أو إيوائهم، تهدف إلى توفير الرعاية الصحية اللازمة للمرضى وتخليصهم من الآلام التي يعانون منها أو التخفيف منها[1]، ويندرج تحت مفهوم المؤسسةالعلاجية المستشفى العام و المستشفى الخاص على حد سواء.

والحقيقة أنّ مفهوم المؤسسة العلاجية العمومية (المستشفى العام)، يندرج في إطارها مجموعة من الهياكل الصحيةّ فهي تتسع لتشمل مجموعة هياكل الوقاية، التشخيص والعلاج والاستشفاء وإعادة التأهيل الصحي، وهي بهذا المعنى تضم المستشفيات، العيادات المتعددة الخدمات، المراكز الصحية، قاعات الفحص والعلاج، مراكز الأمومة، مراكز المراقبة، وكل منشئة صحية عمومية تحت وصاية وزارةالصحة.

أمّا بالنسبة للمستشفى الخاص فلا تختلف الأحكام القانونية المطبقة – لاسيما أحكام المسؤولية عن نقل الدم –عن الأحكام المتعلقة بالمستشفى العام، إلاّ فيما يتعلق بالقانون الواجب

التطبيق، باعتبار المستشفى الخاص شخص معنوي خاص، فلا يخضع للقانون الإداري ولا للقضاء الإداري كالمستشفى العام، وإنما يخضع للقانون الخاص وللقضاء العادي في منازعاته.

ثالثا- الطبيب

هو شخص مهني محترف تُوكل له مهمة تشخيص المرض ووصف العلاج وفقا للمعطيات العلمية والأصول المستقرة في مهنة الطب، وأن يضع في خدمة مريضه الوسائل

---

[1]- بحدادة نجاة: **تحديات الامداد في المؤسسة الصحية**، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية العلوم الاقتصادية، علوم التسيير والعلوم التجارية ، 2011-2012 ، ص 29 و30.

التي يملكها ويقدم له أفضل ما لديه في سبيل توفير الشفاء للمريض[1]، حيث يمثل أساس التزامه بذل العناية اللازمة لشفاء المريض أوعلى الأقل التخفيف من ألمه كقاعدة عامة.

إلاّ أن خصوصية عملية نقل الدم تجعل من التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة لا التزاما ببذل عناية، ذلك أنّ التزام الطبيب بنقل دم سليم، خال من أي فيروسات أو أمراض، مناسب ومتفق مع فصيلة دم المريض[2]. هو التزام بتحقيق النتيجة التي يطلبها المريض وسلامته من كل خطر ممكن الحدوث، بغض النظر عن تحقيق الشفاء من عدمه. لذلك من الطبيعي أن تسبق عمليات نقل الدم تحاليل وفحوص معينة، للتأكد من سلامة المتبرع من جهة، ومعرفة مدى توافق فصيلة دم كل من هذا الأخير والمريض المتبرع له من جهة أخرى.

وعليه تنعقد مسؤولية الطبيبإذا أصيب المريض بأيضرر نتيجة نقل هذا الدم، كما إذا لم يقم بإرسال عينة من الدم المراد نقله للتحليلوالفحص، للتأكد من مطابقة دم المتبرع مع فصيلة دم المريض، أو إذا نقل للمريض كميةمن الدم تزيد على الكمية التي يحتاجه، كما تقوم مسؤوليته القانونية إذا تسبب سواء بعمد أو إهمال في إصابة دم إنسان آخر بفيروس معد[3].

المطلب الثاني : الأساس القانوني لعمليات نقل الدم

طبقا للقاعدة العامة فإن التصرف في أي عضو من أعضاء الإنسان سواء كان ذلك العضو جامدا أو سائلا متجددا مثل الدم البشري، يعد إعتداء على تكامل الجسد البشري، وهو محرم شرعا وقانونا. وباعتبار أن الدم عنصراً من العناصر المهمة التي تتجدد تلقائيا في جسم الإنسان، و نظرا لأهميته، فقد تنازع موضوع إباحة التعامل فيه جدلاً بين الفقهاء ورجال القانون، واختلفت الآراء حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه العمليات، وانقسموا تعبا لذلك إلى اتجاهين أساسيين:فريق يؤسسها إلى **حالة الضرورة** باعتبارها الأساس القانوني التقليدي لإباحة ممارسة الأنشطة الطبية من جراحة وعلاج ووقاية، وفريق آخر يؤسسها إلى **المصلحة الاجتماعية**باعتباربا السند القانوني لعملية نقل الدمبالنسبة إلى المتبرع.

---

[1]– جميل صالح: **طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي**، مقال منشور في موسوعة الفكر القانوني ، تصدر عن دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ص 77.

[2]– بن صغير مراد: **المسؤولية المدنية للأطباء عن أخطائهم المهنية – دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي والمصري والفقه الإسلامي**–،دار الثقافة، عمان – الأردن، الطبعة الأولى، 2020 ص 197.

[3]– زكية مصباح المعلول: **المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات نقل الدم الملوّث**، مقال منشور في مجلة العلوم القانونيةوالشرعية، العدد 07، ديسمبر 2015،ص 92.

الفرع الأول: حالة الضرورة

عرّف الفقه هذه الحالةأنّها ظروفا تهدد شخصا أو تهدد غيره بخطر جسيم محدق يقع على
النفس أو على المال ولا يمكن تفادي ذلك إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة التي من شأنها دفع الخطر الحـال[1].وعليه فحالة الضرورة في المجال الطبي هي الحالة التي تكون حياة المريض بعدها مستحيلة إلا بالقيام بما من شأنه إنقاذ حياة المريض، لكن ذلك لا يتم إلا بتقديم ضمانات لعدم انتهاك التكامل الذي أودعه الله في جسم الإنسان[2].

لكن مايعاب على هذا السند أن عمليات نقل الدم في حالة الضرورة لا تكون كثيرة، لأن جمع الدميتم من المتبرعين الذين يُقبلون طواعية للتبرع وإجراء فحوصات مخبرية على الدمالمنزوع، ثم حفظ الدم واستعماله عند الحاجة لذلك يذهب الفقه إلى أساس آخر هو المصلحة الاجتماعية.

الفرع الثاني: المصلحة الاجتماعية

تقوم المصلحة الاجتماعية في تأسيس إباحة عملية نقل الدم على أنّ للحق في سلامة الجسد جانبين، أولهما يخص الفرد الذي تكون من مصلحته أن لا تتعطل وظائف الحياة في جسده، كما أن مصلحته المحافظة على سلامة هذا الجسد أيضا، في حين أن الجانب الثاني لهذا الحق هو جانب اجتماعي، ذلك أنكل فرد مطالب بالقيام بوظيفته، ليس فحسب اتجاه نفسه بل واتجاه مجتمعه أيضا، والإنسان لا يستطيع أن يوفي واجبهاتجاه مجتمعه إلاّ إذا كان سليما.

ومن ثم فإن أي مساس بسلامة الجسم يقلل في ذات الوقت منمقدرة صاحبه على القيام بوظيفته الاجتماعية من جهة، ومنجهة أخرى فإن أي مساس بالجسم بطريقة محدودة لا تؤثر
في الوظيفة الاجتماعية للجسم البشري يترتب عليها زيادةالنفع الاجتماعي، وذلك بإنقاذ حياة شخص كان سيفقده المجتمع .

---

[1]– راجع مختلف التعاريف لحالة الضرورة المرجع : حباس عبد القادر: **حالة الضرورة وأثرها على المسؤولية الجنائية في جريمة النقل – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**–، مقال منشور في مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 20، السنة 2014، ص 308.

[2]– عبد المجيد خطوي :**عمليات نقل الدم بين الأحكام الشرعية والأنظمة الوضعية في الجزائر** ، مقال منشور في مجلة ا لدراسات القانونية و السياسية العدد 01 ، ص 213.

وعليه فإن علّة الإباحة كأساس قانوني لنقل الدم تكمن فيالفائدة الاجتماعية التي يعود بها هذا العمل الطبي في زيادة النفع الاجتماعي، ذلك أن المتبرع بكمية من دمه لا تتأثرصلاحيته في أداء وظائفه ذات القيمة الاجتماعية، بل على العكس من ذلك فإنه يزيد منصلاحية الإنسان المتبرع له في أداء ذات الوظيفة الاجتماعية.

المبحث الثاني: الضوابط القانونية لعمليات نقل الدم

إن نقل الدم من إنسان إلى آخر لا يمكن أن يتم إلاّ باتخاذ إجراءات محددة، من خلالالمختصين دون غيرهم، ورغم الخطورة التي قد تنجم عن هذه الأعمال فإنه في حقيقته يعدّ عملاً إنسانياً نبيلاً، لأنه يساهم في إنقاذ حياة الآلاف من المرضى، ورغم هذه الاعتباراتوالمفاهيم فإنهلابد من وضع الشروط والضوابط القانونية لإسباغ المشروعية على مثل هذه الممارسات التي رغم إباحتها فإنّه لا يجوز التوسع فيها إلاّ في نطاق محدد ليكون الأصل،وفي جميع الأحوال توفير الحماية الكاملة لجسم الإنسان، حيث تشكل هذه الضوابط والقيود ضمانةمن شأنها توفير الحد الأدنى من الحماية للمتبرع بالدم والمريض المتلقي له **(المطلب الأول)**.

بالإضافة إلى ضرورة توافر مجموعة من المبادئ القانونية التي كرستها أغلب التشريعات المقارنة، والمتمثلة خاصة في السريةوالمجانية. تهدف هذه المبادئ إلى ضمان عدم استغلال الدم لأغراض غير إنسانية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: شروط التبرع بالدم

إن عملية نقل الدم من شخص سليم إلى شخص مريض تتطلب توافر شروط في الشخص المتبرعبالدم وكذلك في الشخص المريض المتلقي للدم، حتى تكون عملية نقل الدم ناجحة وآمنة، من هذه الشروط هناك شروط طبية و أخرى قانونية يجب توافرها لإباحة عملية نقل الدم.

الفرع الأول : الشروط الخاصة بالمتبرع بالدم

قصد ضمان عدم إلحاق ضرر بجسم المتبرعين بالدم واستغلال الدم لأغراض علاجية في إطارها الإنساني، يتم إخضاع المتبرعين لفحص طبي دقيق من طرف طبيب مختص للتأكد من توافر الشروط الطبية المتعلقة بالتبرع بالدم وخلوه من الأمراض المعدية.

في هذا الاطار يعتبر المتبرع بالدم من أهم الأطراف في عملية نقل الدم، والتي لا يمكن أن تكتمل إلا بدونه، وهو إنسان حر، له حق دستوري مكفول لصيق بشخصيته هو الحق في سلامة جسده[1]، الذيتعتبر حمايته أمرا تقتضيه مصلحة المجتمع لأنّها من النظام العام ومن ثم فلا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي للمعطي بغير رضاه.

غير أن هذا الرضا ليس مطلقا إذا كان العضوالمنقول من الأعضاء التي تتوقف عليها الحياة كالقلب مثلا، لذلك يسأل الطبيب في هذه الحالة حتى ولو تم الاستئصال برضا المريض مسؤولية مدنية وجنائية، لأن حق الإنسان في التصرف في جسمه ليس مطلقا، فهو لا يستطيع التنازل عن حياته ولا حتى تعريضها للخطر أو الانتقاص من قدرتها الوظيفية.

يشترط أن بكون المتبرع راضيا مختارا لهذا التصرف[2] ، فلا بد أن يتوافر في المتبرع شرط الرضا على نقل هذا الجزء منه، على أن يتم هذا الرضا بمحض اختياره، وأن يكون هذا الأخير صحيحا منبعث من رغبة في نفسه.

يمثل رضا المتبرع في عملية نقل الدم شرطا ضروريا لتمام هذه العملية إذ يعتبرالمتبرعهو الشخصيةالجوهرية في نقل الدم، ولا يجوز لأي أحد أخذ الدم منه أو نقله لشخص أخر دون رضاه، فالفعل الذي يهدر الحق في سلامة الجسم في أحد جوانبه يعد اعتداء عليه ولو كان في الوقت نفسه يصون ويدعم جانب آخر، فمجرد وخزة إبرة هو مساس بهذا الحق ولو كان الغرض منها إنقاذ حياةمريض،ولكييكون رضا المتبرع صحيحا يجب أن يكون صادرا عن ذي أهلية كاملة (أولا)، وأن يكون رضاه حرا(ثانيا)، كما ينبغي إعلامه بالهدف من عملية نقل الدم وتبصيره بالمخاطر الناجمة عنها **(ثالثا)**.

أولا: أهلية المتبرع بالدم

عملية التبرع بالدم لها خصوصية متميزة، لأنها تتعلق بسلامة الجسم، الأمر الذي يتطلب فيها جانب كبير من الحيطة والحذر، لذلك يجب أن يكون المانح بالغاً عاقلاً مدركاً

---

[1]– طبقا للمادة 39 من التعديل الدستوري الجديد لسنة 2020، التي تنص على أنه :"**تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة. يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، واللاإنسانية أو المهينة، والاتجار بالبشر**". الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020، العدد 82.

[2]منصر نصر الدين وبومدين محمد: **الضمانات القانونية لحماية المتبرع بالدم في التشريع الجزائري دراسة مقارنة**–، مقال منشور في مجلة الحقيقة، العدد 41، ص266.

لحقيقة ما سيقدم عليه، لذلك يشترط لصحة رضا المتبرع الأهلية الكاملة، لكونه مقدم على عقد تبرعوبالتالي يجب أن يكون بالغ سن الرشد القانوني، عاقلا غير محجور عليهومدركا لما يفعل، ومنع تبرع ضعيف الإدراك كأصل عام يقررحماية له سواءفي ماله أو في دمه لأنه محدود الإرادة لا يفقهحقيقة ما يُقدم عليه وما سيترتبمن نتائج خطيرة ناجمة عن المساس بالجسد[1] .

ولقد اتفقت جل التشريعات على أنه يشترط لصحة رضا المتبرع أن يكون بالغا راشدا، حيث حدد المشرع الجزائري في المادة 369 القانون 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة[2] المعدل والمتمم[3]، السن المتعلق بالتبرع بـ 18سنة كاملة إلى غاية65 سنة، التي تنص على مايلي: " **يجب أن لا يقل سن المتبرع بالدم عن ثماني عشرة (18) سنة وألاّ يتعدى خمسا وستين (65) سنة. غير أنه، يجوز نزع الدم في كل الأعمار لأسباب علاجية أو تشخيصية**"[4].

كما تطرح كذلك في هذا الصدد فكرة المتبرع القاصر ما إذا كان يجوز الاعتداد برضائه لسحب كمية من دمه، وإذا لم يكن كذلك، هل يقبل رضاء وليه أو ممثله القانوني؟.

ذهب جانب من الفقه إلى أنّه لا يمكن الاعتداد بالرضاء الصادر من القاصر لنقل كمية من دمه، لأن هذا النقل لا ينطوي على أيّة منفعة علاجية له، ولأن النيابة القانونية ينحصرمجالها في الحقوق المالية فقط في حين أن التبرع هو مساس بحق الشخص في سلامة جسمه، وهو ما يخرج عن نطاق الحقوق المالية، وبالتالي قد ترتب عملية النقل بالنسبة للقاصر آثار سلبية مستقبلية تؤثر في صحته وتشكل خطرا على حياته[5].لكن وفي جميع الأحوال يمكن نزع الدم من القاصر الأقل من 18 سنة لأسباب علاجية أو تشخيصية، طبقا للمادة 369 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

---

[1]- تطبيقا لما ورد في المادة 42 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في:20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[2]- الجريدة الرسمية عدد 46 المؤرخة في 29/ 2018/07.

[3]- بموجب القانون 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020، الجريدة الرسمية عدد 50، المؤرخة في 30 أوت 2020.

[4]- بذلك يكون المشرع الجزائري قد أقر بالحكم الوارد في القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998المحدد للقواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته، الذي حدد في مادته الثالثة السن المتعلق بالتبرع بـ 18سنة كاملة إلى غاية65سنة.

[5]- رباحي أحمد: حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية – دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الاسلامي-، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد الخامس، ديسمبر 2015، ص 27.

ثانيا: الرضا الحر للمتبرع بالدم

إن المقصود بالرضاء هو أن تتجه إرادة المتبرع إلى القيام بهذا التصرف، عن طريق الموافقة الحرة الصادرة عنه دون أي ضغط خارجي مادي أو معنوي.وبالتالي يعتبر رضا المتبرع حرا متى صدر منه بعيدا عن أي إكراه أو ضغط أو استغلال يعيب إرادته، أي تكون إرادته سليمةخالية من أي عيب من عيوب الإرادة[1]، وأن يعبر عن إرادته بكل حرية ووعي.

بناء على ذلك لا يجوز للطبيب سحب الدم من جسم المتبرع من دون رضاه، حيثاشترطتمعظم التشريعات الخاصة بعمليات نقل الدم الحصول على رضا المتبرع، فلا يجوزللطبيب في نطاق عملية نقل الدم ممارسة الإكراه على الشخص للتبرع بدمه، بل يجب عليه أن يتأكد من أن عملية التبرع تمت برضا المتبرع، لأن الطبيب عليه احترام الطبيعةالتطوعية عند إجراء نقل الدم.

ثالثا- إعلام المتبرع

لكي يكون الرضا حراً يجب أن يكون قد بني على إدراك كامل بحقيقة التبرع بالدم وبالهدف من هذه العملية وتبصيره بالمخاطر الناجمة عنها، ولهذا فإنّه يقع على الطبيب المختص التزام جوهري بتبصير المانح بمعلومات أساسية منها:

- أنّ نقل الدم يؤدي إلى إنقاص إمكانياته، ولكن في حدود ضئيلة لا تستمر إلا فترةبسيطة، لأن الدم من المشتقات المتجددة في جسم الإنسان.
- لا توجد أي مخاطر ناتجة عن التبرع بالدم، فكمية الدم التي ستسحب منه لا تزيد عن 450 مليلتر، أيأقل من 10% من دم الشخص المتبرع[2] .
- أن هذه العملية لا تتم إلاّ بعد فحص الدم فحصاً دقيقاً، وأن يتم تقدير نسبة الهيموجلوبينقبل السماح له بالتبرع.
- أن سحب الدم لا يتم إلا بعد التأكد من لياقته وقدرته على التبرع.

---

[1] انظر أحكام عيوب الرضا في المواد التالية من القانون المدني: الغلط المواد من 81 إلى 85، التدليس المادتان 86و 87، الإكراه المادتان 88 و89 الاستغلال المادتان 90 و91 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م يتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

[2]- اليوم العالمي للمتبرعين بالدم«الاحتفال بالتبرع بالدم »١٤حزيران/ يونيو ٢٠٠٦، أسئلة وأجوبة حول التبرع بالدم، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.google.com/search?sxsrf=ALiCzsYOu-H5X23krwpyMr7yCQADVCBVRw:1661857658106&source=univ&tbm=isch&q. ، تاريخ الاطلاع 11 جوان 2022 على الساعة الثامنة مساءا.

وعليه، لا يكفي أن يكون رضا المتبرع حرا وواعيا دون ضغط أو إكراه بل يجب أن يكون على دراية بوضعه الصحي و بالأخطار الناجمة عن عملية التبرع، أي أن يكون المتبرع متبصرا، ويقصدبالتبصير ضرورة إحاطة المتبرع بحقيقة التبرع والنتائج الماديةوالنفسية والمخاطر الحاليةوالمستقبلية، التي قد تشكل تأثيرا في حياتهالشخصية أو العائلية أو المهنية، كما يجب أن يعلم المتبرع بالإجراءات التي سوف يواجهها والآلام التي سوف يشعر بها، وإلا فرضاه سيكونمعيبا

يتضح من هذا الالتزام أن تبصير المانح لا يقتصر فقط على إحاطته علماً بالمخاطر، لأن الاكتفاء بهذا الالتزام قد يؤدي إلى الخوف والرعب في نفس المانح مما يؤدي به إلى العزوف عن التبرع بالدم، إنما قد تشمل كافة الجوانب التي تؤدي إلى تبصيره بالنتائج المترتبة على إقدامه بالتبرع بدمه، ولعل التعويض الدوري للدم المتبرع به خلال مدّة محددة عن طريق زيادة نشاط نخاع العظام في إنتاج كميات جديدة من الدم، والفوائد الصحية الناتجة عن زيادة نشاط الدورة الدموية والتقليل من نسبة الحديد في الدم، هذا كله كاف لتبصير المتبرع بأنّ القرار الذي سيتخذه صدر عن إرادة حرة دون ضغط أو إكراه[1].

كما يجدربالطبيب أن يطلع المتبرع على الحقيقة الكاملة بكل صدق وأمانة،على خلاف المريض الذي يمكنللطبيب أن يخفي عليه بعض المخاطر التي يتعرض إليها إذا رأى أن حالته النفسية لا تسمح بذلك، ولكي يتحقق التزام تبصيرالمتبرع يجب على الطبيب استخدام لغة واضحة من قبل الشخص العامي والابتعاد عن المصطلحات التقنية لمهنة الطب و يجب أم يكون شرحها بسيطا، حقيقيا واضح، لأن استعمال المصطلحات الطبية في تبصير المتبرع يكونأكثر ضررا من نفعه، لأنه بإمكانه أن يبعث القلق والرهبة في نفسية المتبرع وبالتالي يمتنع عن التبرع، فيجب على الطبيب أن يكيف لغته بما يتناسب معمستوى فهم المتبرع لكي لا يخل بقدرة استيعاب هذا الأخير.

ولتبصير المتبرع من قبل الطبيب أهمية كبيرة جدا، لأن المتبرع قد يكون يعاني من أمراض خطيرة تجعله غير قادر على التبرع بالدم منها إصابتهبمرض القلب أوالسل أوأمراض الرئة، أو أن يكون مصابا بارتفاع ضغط الدمإذ لا يسمح له نهائيا التبرع بالدم لاحتمال تعرضه

[1] وليد شهران: الحماية القانونية لجسم الإنسان من مخاطر العدوى عند نقل الدم، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون – جامعة الزاوية، ليبيا، العدد السادس، يونيو 2015، ص 147.

لمضاعفات تعقب عملية نقل الدم، ولتفادي وقوع مثل تلك المضاعفات يجب على الطبيب إجراء فحصضغط الدم قبل إجراء عملية التبرع واعلام المتبرع بالمخاطر الناجمة عن هذهالعملية.

ولقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة إعلام المتبرع بالدم قبل عملية التبرع، بموجب نص المادة 368 من القانون 18- 11 المتعلق بالصحة التي جاء فيها:

" يجب أن تكون عملية التبرع بالدم مسبوقة بمقابلة طبية مع المتبرع تراعى خلالها القواعد الطبية. يجب إعلام المتبرع في مجال التبرع بالدم ".

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بمتلقي الدم

مستقبل الدم هو الشخص المريض الذي قرر الأطباء احتياجه لنقل الدم إليه من إنسان لآخر، بذلك يكون هو الطرف الآخير في عملية نقل الدم، ويمكن تعريفه بأنه: « هو المريض الذي يحتاج للدم أو منتجات الدم سواء بصورة عاجلة أم بصورة دائمة"[1].

يعد نقل الدم إلى المريض من العمليات الطبية المهمة للحفاظ على حياته عندما يحتاج إلى الدم وتعويض النقص الحاصل فيه، غير أن هذا السائل الحيوي المهم اذا لم يخضع لإجراءات وفحوصات طبية دقيقة للتأكد من خلوه من الأمراض المعدية يصبح وسيلة خطيرة لنقل الفيروسات، بالرغم من الجهود التي تبذلها الجهات المسؤولة في الدولة لضمان وسلامة عمليات نقل الدم، والتأكد من سلامته وخلوه من الفيروسات، لذا فإن هذه العملية تحتاج إلى شروط لابد من إحترامها لضمان سلامة المرضى المتلقين لهذا السائل الحيوي، نذكر أهمها فيمايلي:

أولا: رضا المتلقي للدم

المريض المتلقي للدم هو الأخر يجب الحصول على رضاه، والحصول على موافقتة باعتبار أنّ الالتزام بإبلاغ المريض والحصول على موافقته واحترامها قبل أي عمل من أعمال الرعاية، هو أمر أساسي من أجل حماية التوازن في العلاقة بين الطبيب والمريض وضمان احترام كرامة المريض[2].

---

[1]- وافي خديجة: **المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم – دراسة مقارنة-**، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص 49.

[2]- وذلك طبقا للقاموس العملي للقانون الإنساني-أخلاقيّات مهنة الطبّ -، المنشور على الموقع الالكتروني:

https://ar.guide-humanitarian-law.org/content/article/5/khlqywt-mhn-ltbw/

تاريخ الاطلاع: 26 أوت 2022 على الساعة الثالثة مساءا.

كذلك لحماية وضمان سلامة جسمه، واحتراما لحريته الشخصية، قد يكون رضاه صريحا أو ضمنيا يستفاد من تلك الظروف والملابسات المحيطة به، التي تفيدأنه لوكان قادرا عن الإعلان عن إرادته لأعلن عن رضائه، و لا يشترط في رضا المتلقي أن يكون في شكل خاص.

يعتبر الحصول على رضا المريض من المبادئ الأخلاقية التي يجب التقيد بها طبقا لأخلاقيات مهنة الطب. حيث ينبغي الإبلاغ بالموافقة من أجل تنفيذ نقل الدم ويجب توفير المعلومات بشأن المخاطر والمنافع المعروفة لنقل الدم وأيّة علاجات بديلة ممكنة من أجل تمكين اتخاذ القرار سواء بقبول أو رفض الإجراء. كما يجب تقديم المعلومات بطريقة مفهومة للمتلقي المحتمل.

ثانيا: إعلام المتلقي للدم

بالنسبة لمتلقي الدم فيجب على الطبيب إعلامه وتبصرته من أجل أن يحاط علما بطبيعة العلاج المقدم والأخطار المحتملة لكي يوافق أو يرفض ذلك. في هذا الاطار يجب على الطبيب إعلام المريض بكل المخاطر المتوقعة من هذه العملية، بأسلوب مناسب بحيث لا يدخل الخوف في نفس المريض عند تبصيره بالمخاطر. والإخلال بالإلتزام بالإعلام يعني الانحراف عن مقتضى ما يتطلبه القانون أو العقد من ضرورة حرص الطبيب على إيصال المعلومات الكافية والتي تُسعفه في الخروج بقرار حاسم من شأنه أن يحسن حالته الصحية[1].

الجدير بالذكر بخصوص هذا الالـتـزام المفـروض على الطبيـب في المـجـال الطـبي والجـراحي هو إلتزام بتحقيق نتيجة، وهي سلامة المريض وعدم نقل دم ملوث له وإعطائه دما مطابقاً لفصيلته، كما أنه إلتزام يقتضي التوفيق بين احترام إرادةالمريض، وبين المحافظة على صحته. وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على هذا الالتزام في قانون الصحة رقم 18- 11، ولا في التعديل الجديد لسنة 2020 بموجب الأمر رقم 20-02. إلاّ أنه يبقى من الالتزامات الأساسية التي تقتضيها مهنة الطب بصفة عامة اتجاه المرضى.

ثالثا: من حيث السلامة والتطابق

[1]- شهيدة قادة: **إلتزام الطبيب بإعلام المريض المضمون والحدود وجزاء الإخلال**، مقال منشور في موسوعة الفكر القانوني ، تصدر عن دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ص 88.

تعتبر عملية نقل الدم وسيلة علاجية لإنقاذ حياة المرضى والمصابين في الحوادث المختلفة، لذلك فإنه إذا لم تخضع هذه العملية لإجراءات وفحوصات طبية دقيقة للتأكد من خلوه من الفيروسات، تصبح وسيلة لنقل الأمراض الخطيرة[1].

حيث يعد نقل الدم أحد أهم طرق اتصال دم إنسان بدم إنسان آخر، لذلك فهو وسيلة خطيرةلنقل الفيروسات الضارة إلى دم إنسان سليم، فيجب أن يكون ملائماً وصالحاً لنقله إلىالمريض، ويستلزم ذلك تحديد كمية الدم اللازمة له بحيث لا تقل أو تزيد عن احتياجهالفعلي، كما يجب تحديد النوعية المطلوبة من الدم، من حيث العنصر المطلوب فيه (البلازما، الصفائح الدموية، الكريات الحمراء أو البيضاء أو من حيث الفصيلة اللازمة)[2].

المطلب الثاني: مبادئ التبرع بالدم

إنّ جسم الإنسان ومشتقاته كالدم لا يمكن أن تكون محل تعاملات تجارية بأي حال من الأحوال لاعتبارها من النظام العام، لذا لم تكتف التشريعات المقارنة بمبدأ التطوع وحده لإباحة عملية التبرع بالدم بل عمدت إلى وضع مبدأين آخرين قصد منع أي اتجار بدماء المتبرع ، يتمثل أحدهما في السرية **(فرع أول)**، أما الثاني فيتمثل في المجانية(**فرع ثان)**.

الفرع الأول: مبدأ السرية في عملية التبرع بالدم

من بين المبادئ الأساسية التي تقوم عليهاعملية التبرع بالدم، الالتزام بالسرية المطلقة من قبل الأطباء عند إجراء عملية نقل الدم، ويتمحور نطاق السرية في العمل الطبي بصفة عامة كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة به، سواء حصلعليها بنفسه أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسته لمهنته، أمّا نطاق السرية كأحد المبادئ المتعلقة بالتبرع بالدم فتتعلق بجانبين مهمين نصت عليهما العديد من التشريعات وهما:

- عدم كشف الهوية فيما بين المتبرع والمتلقي للدم:

---

[1]- طفياني مختارية: **مسؤولية مراكز نقل الدم**، مقال منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد06، سنة 2017، ص 27.

[2]- وليد شهران : مرجع سابق، ص 145. كذلك راجع الدليل العام عن نقل الدم – معلومات للمرضى وعائلاتهم –، المنشور على الموقع الالكتروني التالي:
https://cec.health.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0003/258024/arabic-cec-blood-watch-patient-a4-flyer.pdf.

تاريخ الاطلاع عليه: 27 أوت 2022 على الساعة الرابعة مساءا.

وهذا ماحرصت عليه التشريعات المختلفة المتعلقة بتنظيم عملية التبرع بالدم، منها المشرع المغربيبموجب المادة 03 من ظهيرشريف[1] التي تنص على انه" **يجب ألاتكشف الهوية فيما بين المتبرع والمتلقي ما عدا لضرورات علاجية.**"أما المشرع الجزائري فلم ينص على ذلك صراحة.

- عدم إفشاء نتائج التحاليل البيولوجية لغير المتبرع بالدم :

بعد إجراء عملية التبرع بالدم، يخضع دم المتبرع لمجموعة من التحاليل البيولوجية التي تكشف عن سلامة الدم من عدمه، ويمكن أن تكشف هذهالتحاليل عن وجود أمراض متعلقة بالمتبرع، مما يستوجب إعلام المتبرع دونسواه بذلك، قصد القيامبالاحتياطات اللازمة للعلاج.

في هذا الاطار يجب على الأطباءالالتزام بالسر المهني وعدم البوح بأي معلومات تتعلق بالمتبرع ومرضه لأيطرف أخر، لأن ذلك يتعلق بخصوصية المتبرع، حيث نص المشرع الجزائري بموجب المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 92 – 276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب[2]، على أنّه: "**يلزم كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك**".[3]

كما قد يكون الإفضاء بالسر الطبي للمتبرع مسألة لازمة وضروريةتحقق مصلحة عليا تصون المجتمع وتحفظ تماسكه فيقرر المشرع وجوبالإفضاء بالسر الطبي بمقتضى نص قانوني،مثلا في حالة اكتشاف مرضمعدي لدى المتبرع من خلال فحوصات للدم المتبرع به، فعلى الطبيب الذي يتبين له أن رب الأسرة مصاب بمرض معدي يمكن أن ينتقل إلى زوجته أو إلىسائر أفراد أسرته أن يفشيبسره،لأن الضرر المتوقع بإصابته أفراد الأسرة أعظممن الضرر الذي ينالالمريضببيان حاله، وكذلك المصلحة العامة تقضي بأنيتحمل الأب ضرر الإفشاء الخاص لدرء الضرر العام.

في هذا الصدد نصت المادة 39من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، على إلزامية تصريحكل ممارس طبي فورا المصالح والسلطات الصحية المعنية بكل مرض معدي، وبكل حالة

---

[1]- ظهير شريف رقم.1.95. 133 صادر في 18 يوليو 1995 رقم 133-95-1 المتعلق بتنفيذ القانون رقم 94-03 المتعلق بالتبرع بالدم البشري وأخذه واستخدامه، الجريدة الرسمية عدد 4321، الصادرة بتارخ 23 أوت 1995، ص 2322.

[2]- مرسوم تنفيذي رقم:92 -276 مؤرخ في 06 جويلية 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52 ، الصادرة بتاريخ 8 يوليو 1992.

[3]- لقد نُظم **السر الطبي** من خلال ست مواد في مدونة أخلاقيات الطب، ابتداء من المادة 36 إلى غاية المادة 41 ،حيث تقرر هذه القواعد تباعا، بأن كل طبيب ملزم بالحفاظ على السر الطبي، ما لم يقرر القانون خلاف ذلك، ثم تبين مضمون السر الطبي، الذي يشمل كل ما يراه الطبيب ويسمعه ويفهمه، أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهامه. راجع أكثر تفصيل في ذلك: سليمان حاج عزام :**دور مبادئ أخلاقيات الطب في حماية حقوق المريض في القانون الجزائري - دراسة تحليلية ومقارنة**-، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، أفريل 2019، ص 940.

مشكوك فيها أو مؤكدة من الأمراض الواردة في قائمة الأمراض ذات التصريح الإجباري، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في القانون، عند عدم الامتثال لهذا الواجب القانوني.

الفرع الثاني: مبدأ المجانية في عملية التبرع بالدم

إن أعضاء الجسم لا تقوم بالمال وأي تنازل عنها يجب أن يكون من دونمقابل لأن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات المالية، فالقيم الإنسانية تسمو على المال فلا يحق للشخص الكسب من المتاجرة بدمه والتصرف في جسمه، لأن فكرة المقابل المالي النقدي في التصرف بالدم أومكوناته أو مشتقاته تعتبر أمرا مستهجنا لا يتفق والكرامة الإنسانية، ولحماية هذه الكرامة والحفاظ عليها يقتضي أن يكون التصرف في كل ما يتصل بجسمالإنسان تبرعيا، كما أن المتبرع بالدم مجانيا، يتجسدفيه الشعور بالواجب وأن عمله يعدتضحية تجعله يشعر في نفسه بأنّه الأفضل من الذين ظلوا غير مبالين لآلام الآخرين واحتياجهم للدم، ويبدو له التبرع الذي يدر عليه مقابل مقلل من قيمة العمل الذي قام به ويجعل منه عملا تجاريابعيدا عن القيم الإنسانية.

وهذا ما ذهبت إليه أغلب التشريعات المقارنة، على غرار المشرع الجزائري الذي نص على هذا المبدأ بطريقة غير مباشرة، وذلك في المادة 358 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، على أنّه " **لا يمكن أن يكون نزعالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية**"، كما منع الممارسون لهذه العمليات من أن يتقاضوا أي أجر مقابلها، وذلك حتى لا تصبح محل متاجرة[1] .

لكن هذا لا يمنعإمكانية حصول المتبرع على مكافأة أو مقابل ماديغطيالمصاريف والضعف الذي يمكن أن ينتابه بعد التبرع بالدم، مثل أكلة خفيفة كتعويض احترازي عن أثار التبرع بالدم أو مصاريف التنقل أو الحصولعلى هدايا وشهادات كتقدير وشكر له، و لا يمكن بأي حال اعتباره هذاالتعويض كمقابل أو ثمن للدم، فتقديم وجبة للمتبرع بعد عملية التبرع يعتبر من بين الالتزامات الواقعة على مراكز نقل الدم في إطار ضمان سلامة المتبرع،كذلك الأمر بالنسبة لمصاريف النقل فهو تعويض مالي عن نفقات التنقلوليس كمقابل للدم المتبرع به، وقد يُمنح المتبرع هدايا وجوائز وشهادات كتحفيز معنوي له وتقديرا لجهوده في التبرع[2]. ولتشجيع ودفع الأشخاص الآخرين القادرين على التبرع بدمائهم، من أجل الإقدام على هذا التصرف الإنساني النبيل.

خاتمة

في ختام هذه الورقة البحثية، نخلص إلى أن عملية نقل الدم من الأصحاء إلى المرضى التي حظيتباهتمام كبير من طرف رجال الطب، الدين، الاجتماع والقانون، تخضع إلى قواعد أخلاقية،

---

[1]- طبقا للمادة 367 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، مرجع سابق.

[2] - منصر نصر الدين : مرجع سلبق، ص 283.

وقواعد وضوابط قانونية من شأنها تنظيم و إحكام الرقابة عليها، كما أنّها تبقى من أهم الموضوعات التي لها أهمية بالغة، بالنظر إلى تلك الحساسية التي يتميز بها الجسم البشري، في مواجهة مختلف الأمراض القاتلة، أين لا يمكن الاستغناء عن هذه العمليات، رغم المحاولات العديدة لإيجاد بدائل اصطناعية لدم الإنسان. إلاّ أن الدم الطبيعي يبقى دائما الأنسب لإنقاذ حياة مريض أو إغاثة جريح، وما خلفته بعض تلك العمليات من كوارث وخيمة مثلما حصل في فرنسا في نهاية القرن الماضي[1]. دفع معظم دول العالم بما فيها الجزائر إلى ضرورة إصدار التشريعات التي تتعرض لتنظيم عمليات نقل الدم ووضع إطار قانوني محكم، من أجل تنظيم عمليات نقل الدم، بوصفها أهم طرق تلويث الدم عن طريق انتقال العدوى إليه، بشكل يوفر الحماية القانونية اللازمة لجميع الأطراف المتدخلة في هذه العمليات، خاصة المتبرعين بالدم والمتلقين له.

لكن مايعاب على المشرع الجزائري في هذ المجال، هو قلّة النصوص القانونية المنظمة لهذه العمليات، خاصة فيما يتعلق بشروط وإجراءات التبرع بالدم، وعدم النص صراحة على المبادئ القانونية للتبرع والمتمثلة خاصة في السريةوالمجانية.

هذه المبادئ التي تهدف إلى التوفيق بين حماية جسم الإنسان المتبرع، من جانب ومن جانب آخر ضمان استخدام الدم المتبرع به لصالح المرضى والمصابين في إطاره الإنساني بعيدا عن أي أغراض ربحية.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر

النصوص القانونية

- التعديل الدستوري الجديد لسنة 2020، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020، العدد 82.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[1]- عبد المجيد خطوي: مرجع سابق، ص 205.

- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 46 المؤرخة في 29/ 2018/07.
- القانون 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020، الجريدة الرسمية عدد 50، المؤرخة في 30 أوت 2020.
- مرسوم تنفيذي رقم 92 -276 مؤرخ في 06 جويلية 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52 ، الصادرة بتاريخ 8 يوليو 1992.
- المرسوم التنفيدي 09-258 المؤرخ في 11أوت 2009 يتعلق **بالوكالة الوطنية للدم**، جريدة رسمية عدد 47، الصادرة في 16أوت 2009.
- القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد للقواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته.
- ظهير شريف رقم.1.95 133 صادر في 18 يوليو 1995 رقم 133-95-1 المتعلق بتنفيذ القانون رقم 94-03 المتعلق بالتبرع بالدم البشري وأخذه واستخدامه، الجريدة الرسمية عدد 4321، الصادرة بتارخ 23 أوت 1995، ص 2322.

ثانيا/ قائمة المراجع

أ – الكتب

- بن صغير مراد: **المسؤولية المدنية للأطباء عن أخطائهم المهنية – دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي والمصري والفقه الإسلامي**- دار الثقافة، عمان – الأردن، الطبعة الأولى، 2020.

ب- الرسائل الجامعية

- بحدادة نجاة: **تحديات الامداد في المؤسسة الصحية**، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية العلوم الاقتصادية، علوم التسيير والعلوم التجارية ، 2011-2012.
- برابح يمينة :**المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم** – دراسة مقارنة- ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
- زهدور كوثر: المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، ككلية الحقوق، 2012-2013، ص 190.
- وافي خديجة: **المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم – دراسة مقارنة-**، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.

د-المقالات العلمية

- برابح يمينة: **نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية (دراسة تأصيلية في القانون المدني)**، مقال منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإقتصادية و القانونية. العدد 15 –جانفي2016 .
- جميل صالح: طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، مقال منشور في موسوعة الفكر القانوني ، تصدر عن دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر.
- حباس عبد القادر: **حالة الضرورة وأثرها على المسؤولية الجنائية في جريمة النقل – دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي**–، مقال منشور في مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 20، السنة 2014.
- رباحي أحمد: **حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية – دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الاسلامي**–، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد الخامس، ديسمبر 2015.
- زكية مصباح المعلول: **المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات نقل الدم الملوّث**، مقال منشور في مجلة العلوم القانونيةوالشرعية، العدد 07، ديسمبر 2015.
- سليمان حاج عزام :**دور مبادئ أخلاقيات الطب في حماية حقوق المريض في القانون الجزائري – دراسة تحليلية ومقارنة**–، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، أفريل 2019.
- شهيدة قادة: **إلتزام الطبيب بإعلام المريض المضمون والحدود وجزاء الإخلال**، مقال منشور في موسوعة الفكر القانوني ، تصدر عن دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر.
- طفياني مختارية: **مسؤولية مراكز نقل الدم**، مقال منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد06، سنة 2017.
- عبد المجيد خطوي : **عمليات نقل الدم بين الأحكام الشرعية والأنظمة الوضعية في الجزائر**، مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية والسياسية العدد 01، بدون ذكر السنة.
- منصر نصر الدين وبومدين محمد: **الضمانات القانونية لحماية المتبرع بالدم في التشريع الجزائري دراسة مقارنة**–، مقال منشور في مجلة الحقيقة، العدد 41.
- وليد شهران: **الحماية القانونية لجسم الإنسان من مخاطر العدوى عند نقل الدم**، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون – جامعة الزاوية، ليبيا، العدد السادس، يونيو 2015.

هـ– المواقع الالكترونية:

- اليوم العالمي للمتبرعين بالدم «الاحتفال بالتبرع بالدم »١٤حزيران/ يونيو ٢٠٠٦، أسئلة وأجوبة حول التبرع بالدم، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.google.com/search?sxsrf=ALiCzsYOu-H5X23krwpyMr7yCQADVCBVRw:1661857658106&source=univ&tbm=isch&q=. ، تاريخ الاطلاع 11 جوان 2022 على الساعة الثامنة مساءا.
- الدليل العام عن نقل الدم – معلومات للمرضى وعائلاتهم –، المنشور على الموقع الالكتروني التالي: https://cec.health.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0003/258024/arabic-cec-blood-watch-patient-a4-flyer.pdf. تاريخ الاطلاع عليه: 27 أوت 2022 على الساعة الرابعة مساءا.
- القاموس العملي للقانون الإنساني-أخلاقيّات مهنة الطبّ –، المنشور على الموقع الالكتروني : https://ar.guide-humanitarian-law.org/content/article/5/khlqywt-mhn-ltbw/، تاريخ الاطلاع: 26 أوت 2022 على الساعة الثالثة مساءا.

الضوابط القانونية للتبرع بالدم في التشريع الجزائري

د. صحبي محمد أمين

كلية الحقوق. جامعة سيدي بلعباس

ملخص:

إن جسم الإنسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية ويحصن بحماية قانونية لكون سلامة الجسم من الحقوق الشخصية، والتي في مقدمتها الدم ومكوناته لأن الحماية المقصودة هي حماية تكامل الجسد، ونظرا لكون الدم من أهم العلاجات التي تنقذ حياة الأشخاص من المرضى المصابين من خلال حقنهم بدماء بشرية مماثلة من المتبرعين، وذلك لاستحالة الحصول على دم صناعي مماثل للدم الطبيعي، لذا أباح المشرع الجزائري إقتطاع الدم من المتبرعين بالدم لأغراض علاجية بشرط عدم المساس بصحة المتبرع.

الكلمات المفتاحية :

مراكز نقل الدم، عملية التبرع بالدم، جسم الإنسان، أخلاقيات ومبادئ التبرع بالدم، ضمانات التبرع بالدم.

Abstract:

The human body is the entity that performs vital functions and is immunized with legal protection because the safety of the body is one of the personal rights, foremost of which is the blood and its components, because the intended protection is to protect the integrity of the body, and given that blood is one of the most important treatments that save the lives of infected patients by injecting them with human blood. Similar to donors, due to the impossibility of obtaining artificial blood similar to natural blood, so the Algerian legislator permitted the deduction of blood from blood donors for therapeutic purposes, provided that the health of the donor is not affected.

Keywords : Blood transfusion centers, blood donation process, human body, ethics and principles of blood donation, blood donation guarantees.

مقدمة

شهد مجال العلوم الطبية وطرائق العلاج خطوات واسعة التطور، ومن الوسائل العلاجية التي توصل لها الطب الحديث ولها صلة مباشرة بحياة الإنسان وأثارت إهتماما واسعا في مختلف الأوساط الطبية والدينية والإجتماعية والقانونية عملية نقل الدم إلى المريض لما لها من دور هام في إنقاذ حياته، وقد إعتبر الإنسان الدم رمزا للحياة وأعطاه وصفا على أنه نهر الحياة،

وتعتبر عمليات نقل الدم من الإنسان السليم إلى المريض الذي هو بحاجة إلى هذا الدم لإنقاذ حياته من الموت وما يترتب عليها من الإحتياط بالقيام بهذا العمل الطبي ومن مسؤوليات ومخاطر.

وقد أقر المشرع الجزائري مجموعة من القواعد التشريعية والتنظيمية كأساس لعمليات نقل الدم، فقد تنوعت هذه القواعد التشريعية التي أعطاها المشرع الجزائري تنظيما خاص في تنظيم مراكز نقل الدم بالجزائر مع إعتبار الدولة مسؤولة عن الصحة العمومية تنفيذا للدور الرقابي والوقائي، من هنا نطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى إستطاع المشرع الجزائري في وضع قواعد تشريعية وتنظيمية تنظم مراكز وهياكل عمليات نقل الدم وتحمي حقوق المتبرعين بالدم؟

المبحث الأول: مفهوم الدم وطبيعته

للوقوف على التنظيم القانوني للدم فيجب التعرف على جوهر هذه العملية الا وهو الدم الذي لولا لما كانت لهذه العملية دورا في حياة الإنسان وأيضا موضوع بحث من طرف الفقهاء والباحثين سوى تعلق الأمر بالأطباء او برجال القانون .

المطلب الأول: تعريف الدم وخصائصه

للوقوف على التعريف يقتضي علينا تعريف الدم لغة واصطلاحا ومكوناته ثم نتطرق الى خصائصه.

الفرع الأول : تعريف الدم لغة واصطلاحا وفقها

أولا–التعريف لغة:هو سائل احمر يسري في الجهاز الدوري للإنسان والحيوان، والجمع دماء [1]،وقد اختلف اهل اللغة فمن "دمى"بالتحريك فقد حذفت اللام وبقيت م الإعراب، ومن يقول"دمو".

ثانيا– التعريف اصطلاحي: يعرّف الدم انه السائل الحيوي الذي يسري في عروق الانسان والحيوان.

ثالثا– التعريف الفقهي: الدم هو عبارة عن سائل لزج احمر اللون يجري في الاوعية الدموية يحمل الغذاء والأكسجين،وعوامل مقاومية للإمراض الى جميع اجزاء الجسم وكذلك ينقل ثاني أكسيد الكلربون من جميع اجزاء الجسم الى الرئتين لتخلص منه[1]

---

[1] **عادل عبد الحميد الفجال**، احكام التصرف في الدم البشري واثاره في القانون المدني والفقه الاسلامي،دراسة مقارنة الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 85

الفرع الثاني: التعريف الطبي والقانوني

أولا- التعريف الطبي:

يعرف الاصطلاح الطبي بانه نسيج ضام سائل لزج سميك وكثيف اكثر من الماء ويتكون من جزئين :

-نسبة الدم الكلي والعناصر الرمزية،الكريات البيضاء،الكريات الحمراء ومنالبلازما بنسبة 55%

- ودرجة حرارة تتعدى حرارة الجسم اد تصل الى 38 درجة وتتمتا الصفائح الدموية بنسبة 45%[1]

من وزن الجسم [3]% ويمثل الدم PH-7.458و PH-7.35 بتعادل نسبة الحموضة وهي تتراوح من فيتكون الدم من سائل يدعى البلازما ومن خلايا مختلفة تصاعد الجسم للتصدي لعوامل تأثر بجسم الكائن % البشري كالفيروسات والجراثيم ويبلغ حجم الدم 5 لترات في الإنسان البالغ منها كما ذكرنا سابقا 55خلايا وتشمل هذه المكونات

ثانيا- البلازما

هيعبارة عن سائل مائل الى الصفرى يتكون من الماء % بلازما 45 والهواء دائبة كل الغداء والأجسام المضادة والهرمونات

ثالثا-الخلايا الحمراء

هي خلايا على شكل اقراص مضغوطة من الجانبين وتفقد نواتها بعد تكوينها وتحتوي على مادة الهيموغلوبين ومن مميزات هدا المركب انه سهل الاتحاد بالأكسجين[2]،الكريات الدموية البيضاء هي عديمة اللون ذات شكل غير ثابت لها نوات حيث يزداد عدد هده الكريات عند الاصابة ببعض الجراثيم والامراض.

-الصفائح الدموية هي اجسام قرصية أو بيضوية الشكل،عديمة النواة وضيفتها المساهمة في عملية تختر الدم في حالة النزيف.[3]

رابعا- التعريف القانوني للدم

---

[1]- **أحمد سليمان الزيود**،المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث،دار النهضة العربية،القاهرة، مصر، 1991 ص18 .

[2] **بسام محمد القواسمي**، أثار الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس، عمان، الأردن، 2010، ص48.

[3] **محمد جلال حسن الأتروشي** ، المسؤولية المدنية الناجمة عن عملية نقل الدم،دراسة مقارنة،دار الحامد،الأردن،2008، ص210.

ان قوانين الصحة المتعاقبة في الجزائر لم تعطي تعريف للدم بل اكتفت على ذكر بعض مكوناته وعناصره وهدا في سياق نصها على الهياكل الخاصة بحقن الدم.

الأمر 68-133 المتعلق بالتنظيم العام ومؤسساته[3]، حيث نصت في المادة 01 منه على:"يحضر الدم الإنساني ومصله الجبري البلازما،ومشتقاتهما في المصالح والمراكز المختصة في نقل الدم وفي المادة 03 فقرة 08 من هاد الأمر أشار إلى الغرض الذي ينشا من اجله المركز الوطني لنقل الدم فمن بين مهامه القيم بتحضير الدم المخفوض،بالسائل الدموي والكريات الحمراء.

المطلب الثاني: طبيعة الدم

الدم مكون اساسي في جسد الانسان فيمتاز بخصائص علاجية قادرة على انقاد حياة الأشخاص من الموت .

الفرع الأول: الطبيعة العضوية و الدوائية للدم

الطبيعة العضوية:

يعتبر الدم عضو بشري جزا من الانسان من انسجة وخلايا ويتميز بخاصية ذاتية ويتصف بها اي عضو من اعضاء الجسم وتتمثل هاده الخاصية بالتجديد في حالة نقصه لأي سبب مفاجأ او مرض.[4]

الطبيعة الدوائية:

يمثل الدم ومشتقاته دواء الا انه دواء لا يخضع الى النظام القانوني للدواء لان الدم منتج ادمي فله حرمة يستمدها من حرمة الجسد،والدم يدخل ضمن الاطار الدوائي بالمعنى الواسع،لذلك تما اخضاعه لقواعد خاصة تنضم عملية التداوي ولا يتم نقل الدم الى اغراض علاجية فهو علاجية للكثير من الامراض حيث ان الدم يحدث تغيرات فيزيولوجية تأثر بدورها على وضائف الاعضاء وهناك نوعان من مشتقات الدم مشتقات قابلة للتغيير كالكريات الحمراء والبيضاء والصفائح الدموية ويتم حفضها لمدة قصيرة وفي درجة معينة اما المشتقات الثابثة مصنفة في معامل خاصة وتعالج معالجات كميائية.

الفرع الثاني: تعريف عملية نقل الدم

---

[3] **الأمر 68 -133** الصادر بتاريخ 1968/05/13 المتعلق بالتنظيم العام بالنقل الدم وبمؤسساته الجريدة الرسمية عدد 51 والملغى بالمرسوم 95/ 108 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها المؤرخ في 1995/04/09 الجريدة الرسمية عدد 21

[4] **محمد جلال حسن الأتروشي** ،نفس مرجع، ص 26.

هي عملية سحب كمية من الدم عن طريق الوريد من جسم المعطي،ثم اعطائها للمريض ايضا عبر الوريد يتم حقنه بهاد الدم الدي هو بحاجة اليه بطريقة مدروسة وبكمية مناسبة التي يحتاجها الشخص المريض ويجب التأكد من سلامة هاد الدم قبل نقله للمريض اي يجب ان يكون دم خالي من اي مرض او فيروس[1].

المبحثالثاني : تنظيم عملية نقل الدم قبل صدور قانون الصحة رقم 18-11

إن القوانين المقارنة في معظمها اتفقت على مشروعية التداوى بنقل الدم،منها القانون الجزائري الذي جاء تنظيمه لهذه المسألة متأخر بـ 6 سنوات كاملة بعد الإستقلال.

قبل هذه الفترة كان تنظيم عمليات نقل الدم وحفظه خاضعا لتشريع الفرنسي وبالخصوص قانون21 جوان 1952م المندرج ضمن قانون الصحة الفرنسية [2]،لأن الجزائر كانت مستعمرة فرنسيا تخضع لقوانين الفرنسية، وبعد الاستقلال ظل هذا القانون ساري المفعول مادام أنه لا يتعارض مع السيادة الوطنية، وبعد فترة ظهرت عدة تشريعات سندرجها في مرحلتين:

المطلب الأول: المرحلة الأولى قبل إنشاء الوكالة الوطنية للدم

-قبل إنشاء الوكالة الوطنية للدم: في هذه المرحلة صدرت مجموعة من القوانين تتمثل في قانون 133/68 وقانون الصحة رقم 79/76 و قانون رقم 05/85.

الفرع الأول: التنظيم نقل الدم في قانون 133/68

كان الأمر 133/68[3] أول تشريع جزائري المتعلق بالتنظيم العام لنقل الدم و بمؤسساته.

فموجب هذا القانون نظم هياكل حقن الدم عبر تراب الوطني،فنص في الفقرة الثانية من المادة الأولى على أنه :"يحضر الدم الإنساني ومصله الجبري البلازما ومشتقاتهما في المصالح والمراكز المختصة في نقل الدم "،أما في المادة الثانية منه أطلق عليها اسم المراكز الوطنية لنقل الدم وتشفيف وتجزئة البلازمة،بعدما كان سابقا المركز الجزائر لنقل الدم .

أما المادة السادسة، فقسّمت هياكل حقن الدم إلى ثلاثة أنواع:

---

[1] **محمد جلال حسن الأتروشي** ،مرجع سابق، ص26.

[2] **محمد عبد الظاهر حسين**، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص39.

[3] **الأمر رقم 133/68** الصادر بتاريخ 13 ماي 1968 المتعلق بالتنظيم العام لنقل الدم وبالمؤسساته، الجريدة الرسمية، العدد 51 والملغى بالمرسوم 108/95 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم و تنظيمها وعملها،المؤرخ في 09 أفريل 1995، الجريدة الرسمية، العدد 21

-**مراكز حقن الدم:** وتتشكل هذه من مراكز حقن الدم ويقصر اختصاصه على جمع الدم، حفظه وتوزيعه وتحديد المجموعات الدموية وكذلك تنظيم مستويات البلازم ومشتقات الدم،أما المراكز الوطنية لنقل الدم يتولى تنظيم العام لنقل الدم في تراب الوطني.

-**المصالح العمالية:** تختص بتنظيم بتبرع بالدم وتحضير الدم المحفوظ والسائل الدموي المجمدوالكريات المتعلقة في السوائل واعتناء بالمستودع البلازم المجفف ومشتقاته، وكذلك تنظيم مصالح الاستعجال لنقل الدم وتسهيل المنتجات الدموية للمنتفعين العمومين و الخواص .

-**المصالح الجهوية:** تختص بكل اختصاصات المخصص للمصالح العمالية،وبإضافة إلى إعداد أدوات نقل الدم و صناعة الأمصال،وفي المادة التاسعة من نفس الأمر على إنشاء أو إلغاء في مجال نقل الدم، لا يكون إلا بموجب قرار من وزير الصحة العمومية وبإقتراح من المركز الوطني لنقل الدم وذلك بعد أخدٍ أي اللجنة الاستشارية الوطنية.

الفرع الثاني: تنظيم نقل الدم في قانون الصحة رقم 79/76 وقانون حماية الصحة وترقيتها رقم 05/85

-**تنظيم نقل الدم في قانون الصحة رقم 79/76:** صدر هذا القانون المتضمن قانون الصحة العمومية فنص في المادة 354 على أن استعمال الدم البشري يكون للأغراض العلاجية و في المادة 355 على مجانية التبرع بالدم ونقله.

أما المادة 356 فتناولت شروط وحفظ منتجات الدم البشري، وكل ما يتعلق بهذه المنتجات يحدد بقرار من وزير الصحة.

-**تنظيم نقل دم في قانون حماية الصحة وترقيتها:**جاء قانون رقم 05/85 [1]، في فصله الثاني تحت عنوان العلاج بالدم والبلازم ومشتقاته فأشار إلى عملية نقل الدم في المواد 158 إلى 160 من هذا القانون، فنص في المادة 185 على أن تتم عملية نقل الدم في الوحدات الصحية المتخصصة للأغراض علاجية تحت مسؤولية الأطباء والمتخصيين في جمع الدم وتخصيص المتبرعين، كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على منع من جمع الدم من القصر وعديمي التمييز أواستغلالهم،وفي المادة 159 أكد على ضرورة تسجيل فصيلة الدم على بطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة،وأخير في المادة 160 حدد كيفية تحديد فصيلة الدم وتسجيلها التي تكون عن طريق التنظيم.

[1] **قانون 05/85** المؤرخ في 16 فيفري 1985، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 08 (ملغى)

المطلب الثاني: الوكالة الوطنية للدم

بعد إنشاء الوكالة الوطنية للدم تم تنظيم نقل الدم في المرسوم التنفيذي رقم 108/95 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم و تنظيمها وعملها[1].

في المادة الثانية عرّف الوكالة على أنها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنويةواستقلال المالي، في المادة الثالثة وضع الوكالة تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة ،وحدد مقر الوكالة في الجزائر العاصمة في المادة الرابعة، بينما تناولت المادة الخامسة المهام التي تقوم بها الوكالة وأهم الأهداف التي تسعى إليها .

ثم جملة من القرارات الوزارية المؤرخة في 24 ماي 1998 وهي قرارات موقعت من وزير الصحة.

القرار الوزاري التي يتضمن الكشف الإجباري عن مرض الأيدزوإلتهاب الكبد والسفليس أثناء الدم تبرع بالدم أو الأعضاء.

القرار الخاص بمراقبة مشتقات الدم ثابتة،جاء قرار 09 نوفمبر 1998 المتعلق بتسوية هياكل حقن الدم[2]،فأنشأت مراكز ووحدات و بنوك دم جديدة ومتطورة تابعة للقطاع العمومي أو المؤسسات الاستشفائية الجامعية أو المؤسسات الاستشفائية المتخصصة.

المرسوم التنفيذي رقم 95 /108 المؤرخ في 09 أفريل 1995 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها و عملها.

- قرار الوزاري مؤرخ في 09 نوفمبر 1998 يتعلق بتسوية هياكل حقن الدم،إنشائها وصلاحيتها.[3]
- قرار وزاري مؤرخ في 24 مايو 1998 يحدد قائمة التجهيزات والمستهلكات اللازمة لعمل الهياكل المكلفة بحقن الدم
- قرار وزاري مؤرخ في 24 ماي 1998 يتضمن الكشف الإجباري عن مرض السيدا،التهاب الكبد ب وسوالسفليس في تبرع بالدم و الأعضاء

---

[1] **المرسوم التنفيذي رقم 108/95** الصادر بتاريخ 09 أفريل 1995، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد 21

[2] **القرار الوزاري** المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بتسوية هياكل حقن الدم.

[3] **القرار الوزاري** المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بتسوية هياكل حقن الدم، إنشاءها وصلاحيتها والملغى بالقرار الوزاري رقم 198 الصادر بتارخ 15 فيفري 2006 والمتضمن إنشاء وتنظيم وتحديد صلاحيات هياكل نقل الدم.

- قرار وزاري مؤرخ في 24 مايو 1998 يحدد شروط توزيع الدم ومشتقاته الغير ثابتة
- مقرر رقم 97 المؤرخ في 18 أكتوبر 1998 يتضمن الاتفاقية النموذجية المتعلقة بشروط وكيفيات تمويل وتسعيرة مواد الدم الغير ثابتة
- قرار وزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 يحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته
- قرار وزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 يحدد قواعد انتزاع الدم في حقن الذاتي المبرمج
- قرار وزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 يحدد قواعد تطبيق الجيد للتحليل البيولوجية للدم المتبرع
- قرار وزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 يحدد قواعد تطبيق الجيد مواد الدم الغير ثابتةوالمستعملة للعلاج
- قرار وزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 يحدد خصائص مواد الدم الغير ثابتة للمستعملة للعلاج
- قرار وزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 يتعلق بالوقاية والإجراءات المتخذة في حالة حادث حقني منعي أو جرثومي
- قرار وزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 يحدد القواعد و الإجراءات المتعلقة بمراقبة مشتقات الدم الثابتة

كما تلحق مراكز نقل الدم في الجزائر بالقطاع الصحي بما فيها المؤسسات الإستشفائية العامة والخاصة وهي تكون تحت وصاية الوكالة الوطنية للدم، إضافة أنها تقوم بتجنيد المتبرعين بالدم وتوعيتهم وتأهيلهم، وهي كذلك تضطلع بمهام تجميع الدم وحفظه وتوزيعه، وتحضير منتجات الدم ومعالجتها.

الفرع الأول: وحدات حقن الدم

تنظيم برامج لجمع التبرعات بالدم و المشاركة في النشاطات التي تهدف إلى ترقية التبرع بالدم و ضمان المراقبة الطبية للمتبرعين بالدم ،إنشاء مستودعات و مخازن للدم البشري و مشتقاته و ضمان حفظه في ظروف حسنة و مراقبة الأمصال و فصائل الدم وتوزيع مشتقات الدم الثابتة وغير ثابتة.

–**مركز حق الدم** : نص على مهام هذه المراكز في المادة الخامسة من قرار 09 نوفمبر 1998 فهي تحضر الأمصال والكواشف المحددة لفصيلة الدم وتحضير مشتقاته وتوزيعها

والمساهمة في ترقية التبرع بالدم ووضع بطاقة خاصة بالمتبرعين، وضمان التكوين في مجال حقن الدم تحضير البلازما لعملية التجزئة .

-**بنوك الدم:** يقتصر دور هذه البنوك في توزيع الدم و مشتقاته غير الثابتة، التي تقوم بالحصول عليها من مراكز ووحدات حقن الدم حسب المادة الثامنة من قرار وزير الصحة السابق الذكر ولا يسمح لها ذات القانون بالقيام بعملية جمع الدم ولا بد أن نشير أن الأمر رقم 07/95 نص في المادة 169 على ضرورة ألزام المؤسسات العاملة في مجال الدم بالقيام بتأمين نشاطاتها من الأضرار التي تسببها عمليات نقل الدم للمتبرعين أو المرضى المنقول لهم الدم.

الفرع الثاني: تنظيم نقل الدم في قانون 258/09

صدر المرسوم التنفيذي رقم 258/09 المؤرخ في 2009 المتعلق بالوكالة الوطنية للدم[1]، ونص في المادة 42 منه على تحويل كل المهام والنشاطات المتعلقة بحقن الدم التي تمارسها كل من مراكز الولائية لحقن الدم و بنوك الدم التابعة للمؤسسات العمومية للصحة.

-**الوكالة الوطنية للدم** : فالمهام المسندة للوكالة نصت عليها المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 258/09 فهي تقريبا نفس المهام التي تناولها في المادة الرابعة من المرسوم رقم 108/95، بإضافة إلى المهام أخرى فأصبحت الوكالة ملزمة بالقيام بها كتكوين وتسيراستراتيجي من الدم وكذلك ترقيتها لنشاطات التجزئة والتكنولوجية الحية في مجال الدموتجديد الرقابة على المنتوجات الدموية بوضع نظام خاص بالجودة .

والتنسيق بين النشاطات هذه الوكالة وبين الوكالة الجهوية وضرورة مسك بطاقة وطنية وجهوية خاصة للمتبرعين بالدم و أخرى خاصة بالمتبرعين بالنخاع العظمي ، وكذلك ألزمها هذا القانون مع هياكل حق الدم التبرع للجيش وأن يمتد الاختصاص لكامل التراب الوطني و يمنع بذلك على كل مؤسسات والهياكل والجمعيات ممارسة أي نشاط يتعلق بتحضير أو جمع أو توزيع المتجات الدموية مهما كان نوعها.

-**الوكالة الجهوية للدم** : تناولتها المواد 32 إلى 34 من المرسوم التنفيذي 258/09 التي نصت على الوكلات الجهوية للدم حيث نصت في المادة 30و32 على أن الوكالات تقوم بضمان نشاطات حقن الدم على مستوي المحلي، وتنسيق نشاطات مراكز الدم الولائية وبنوك

[1] **المرسوم التنفيذي رقم 258/09** المؤرخ في 11 أوت 2009 المتضمن إنشاء وكالة الوطنية للدم، الجريدة الرسمية العدد 47.

الدم، و في المادة 34 نصت على تزويد الوكلات الجهوية للدم بكافة الوسائل البشرية و المادية لإنجاز المهام الموكلة إليها ، أما في المادة 31 نصت على تعين مدري الوكالات الجهوية فيتم بقرار من وزير الصحة و بإقتراح للمدير الوكالة وأخيرا المادة33 نصت على تعين رؤساء مراكز الدم الولائية وبنوك الدم بقرار من المدير العام للوكالة الوطنية للدم.

-**مراكز الدم الولائية** :تحدد مهام مراكز الدم الولائية من وزير الصحة والذي لم يصدر لحد الآن إلا، مهامها لا تخرج عن تلك المهام المسندة للمراكز ووحدات حقن الدم التي نص عليها القرار السابق بتاريخ 09 نوفمبر 1998، ذلك من أجل إكمال مهمة ترقية التبرع الدم و توزيعه في ظروف حسن.

-**بنوك الدم** : لم يصدر بشأنها هي أخرى القرار الوزاري الذي يحدد مهامها إلا أن مهمتها الأساسية تتمثل في توزيع الدم الذي تحصل عليه من مراكز حقن الدم الولائية.

-**مخبر الدم** :نصت عليه المادة 08 من المرسوم السابق يقوم بمراقبة العينات التي تصل من مراكز حقن الدم،وبالتالي فهما يساهمان في تغطية احتياجات مؤسسات الصحة المتعلقة بالدم.

لقد تطرقنا إلى أهم هياكل نقل الدم في الجزائر وأبرزناها تدريجيا حسب صدورها والتعديلات التي تعرضت إليها وأن المشرع الجزائري أبدى اهتمامه لهذا المجال و حاول جاهد تحسين مستوى إجراء عملية نقل الدم بل بإصلاحات الهيكلية للهيئات واستحداثه للوكالات الجهوية للدم، وغير ذلك من الأعمال حتى يسد كل الثغرات والنقائص الممكنة.

المبحث الثالث: تنظيم عملية نقل الدم بعد صدور قانون الصحة رقم 18-11

نظم المشرع الجزائري هياكل الدم في الفصل الثاني عشر من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة[1]، وكذلك تضمن الباب السابع الخاص بالأخلاقيات والأدبيات والبيو –أخلاقيات الطبية في القسم الثاني الخاص بالجوانب الأخلاقية المتصلة بحقوق المتبرعين بالدم.

الفرع الأول: هياكل الدم

تتولى هياكل صحية عمومية جمع الدم،طبقا للمعايير المطلوبة في مجال نشاط نقل الدم، وتكلف الهياكل المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه، بجمع و تقسيم ومراقبة وحفظ وتوزيع الدم و مواد الدم الغير ثابتة[2].

كما أن نشاط نقل الدم هو نشاط طبي يتمثل[3]:

– في تحضير مواد الدم

–تحليل الدم المتبرع به وتصنيفه

–حفظ و توزيع الدم ومشتقاته

ويجب أن يتم نشاط نقل الدم طبقا للممارسات الحسنة في مجال الجمع و التحضير والتصنيف والتخزين والتوزيع قصد تسليم المواد تستجيب لمقاييس الجودة المطلوبة،كما هيا محددة في التنظيم المعمول به[4].

ويجب مراقبة الدم الذي يتم نزعه قصد البحث عن عدم وجود عوامل مسببة للأمراض أو العدوى [5]، ويخضع وجوبا للإختبارات بغرض ضمان المطابقة في مجال نقل الدم.

وكذلك تتولى الدولة ترقية إنتاج مشتقات الدم ودعمهتوضح كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم[6].

ويمنع كل نشاط مربح يتعلق بالدم البشري أو البلازما أو مشتقاتهما [7].

---

[1] **قانون رقم 18-11** مؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية 46، مؤرخة في 29 جويلية 2018، المعدل والمتمم.

[2]**نص المادة 258** من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11، السالف الذكر.

[3]**نص المادة 259**، من قانون الصحة رقم 18-11، نفس القانون

[4]**نص المادة 260**، من قانون الصحة رقم 18-11، نفس القانون

[5]**نص المادة 261**، من قانون الصحة رقم 18-11، نفس القانون

[6]**نص المادة 262**، من قانون الصحة رقم 18-11، نفس القانون

[7] **نص المادة 263**، من قانون الصحة رقم 18-11، نفس القانون

وتنشأ وكالة وطنية للدم تكلف بضمان خدمة عمومية في مجال متابعة وتنفيذ السياسة الوطنية للدم، ومراقبة وترقية التبرع بالدم، واحترام الممارسات المتعلقة باستعمال الدم، تحدد هذه الوكالة وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم [1].

الفرع الثاني: الجوانب الأخلاقية المتصلة بحقوق المتبرعين بالدم

نص المشرع الجزائري على أنه يجب أن تكون عملية التبرع بالدم مسبوقة بمقابلة طبية مع المتبرع تراع خلالها القواعد الطبية، يجب إعلام المتبرع في مجال التبرع بالدم قبل وأثناء عملية نزع الدم[2].

أولا- مبدأ التطوع في التبرع بالدم

يمثل رضى المتبرع في عملية نقل الدم شرطا ضروريا لتمام هذه العملية إذ يعتبر المتبرع الشخصية الجوهرية في نقل الدم ولا يجوز لأي أحد أخذ الدم منه أو نقله لشخص آخر دون رضاه، فالفعل الذي يهدر الحق في سلامة الجسم في أحد جوانبه يعد إعتداء عليه ولو كان في الوقت نفسه يصون جانبا آخر ويدعمه، فمجرد وخزة إبرة هو مساس بهذا الحق ولو كان الغرض منها إنقاذ حياة مريض[3]، ونصت المادة 368 من قانون الصحة الجزائري المعدل والمتمم على أنه" يجب أن تكون عملية التبرع بالدم مسبوقة بمقابلة طبية مع المتبرع تراعي خلالها القواعد الطبية، ويجب إعلام المتبرع في مجال التبرع بالدم قبل وأثناء عملية نزع الدم".

1) أهلية المتبرع بالدم:

يشترط لصحة المتبرع الأهلية الكاملة، لكونه مقدم على عقد التبرع وبالتالي يجب أن يكون بالغ سن الرشد القانوني، عاقلا غير محجور عليه ومدركا لما يفعل ومنع تبرع ضعيف الإدراك كأصل عام يقرر حماية له سواء في ماله أو في دمه لأن محدود الإرادة لا يفقه حقيقة ما يقدم عليه وما سيترتب من نتائج خطيرة ناجمة عن المساس بالجسد[4]، وهذا مانص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 369 من قانون الصحة الجزائري المعدل والمتمم على أنه " يجب أن لايقل سن المتبرع بالدم عن 18 سنة وأن لايتعدى 65 سنة غير أنه يجوز نزع الدم في كل الأعمار لأسباب علاجية أو تشخيصية".

---

[1] **نص المادة 264**، من قانون الصحة رقم 18-11، نفس القانون.

[2] **نص المادة 368** من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11، السالف الذكر.

[3] **محمد جلال حسن الأتروشي** ،مرجع سابق، ص54.

[4] **منذر الفضل**، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، العراق، 1990، ص101.

2) الرضا الحر للمتبرع بالدم

يجب أن يكون رضا المتبرع بالدم حرا وبعيدا عن كل تأثير أو ضغط مهما كان نوعه ويستمر هذا الرضا إلى غاية إتمام عملية التبرع وله أن يرجع عن الرضا في أي وقت شاء دون أن يتحمل أي مسؤولية من جانبه ويقصد بالرضا الحر للمتبرع حريته في قبوله إنتزاع الدم منه أو رفضه وهذا المبدأ عام إحتراما لحقوق الشخص على جسمه[1]، وبالتالي يعتبر رضا المتبرع حرا متى صدر منه بعيدا عن أي إكراه أو ضغط أو إستغلال يعيب إرادته، أي تكون إرادته سليمة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة[2]، بعيدا عن كل إكراه إجتماعي أو إقتصادي، فلا يجوز للطبيب في نطاق عمليات نقل الدم إكراه أي شخص على التنازل عن دمه مهما كانت الظروف والدوافع بل يجب على الطبيب المختص أن يتأكد من أن المتبرع خال من أي ضغط وأنه يتم بدوافع إنسانية[3].

ثانيا- مبدأ سرية التبرع بالدم ومبدأ مجانيته

إن جسم الإنسان ومشتقاته كالدم لا يمكن أن تكون محل تعاملات تجارية بأي حال من الأحوال لإعتبارها من النظام العام، لذا لم يكتف المشرع الجزائري بمبدأ التطوع وحده لإباحة عملية التبرع بالدم بل عمد إلى وضع مبدأين آخرين قصد منع أي إتجار بدماء المتبرع ويتمثل أحدهما في السرية أما الثاني يمثل في المجانية.

1) - مبدأ السرية

من بين المبادئ الأساسية التي تقوم عليها عملية التبرع بالدم الإلتزام بالسرية المطلقة من قبل الأطباء عند إجراء عملية نقل الدم، ويتمحور نطاق السرية في العمل الطبي بصفة عامة كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة به سواء حصل عليها بنفسه أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسته لمهنته وهي كالتالي:

أ- عدم معرفة المتبرع بدمه الشخص المتلقي بالدم أو العكس

---

[1] **بومدين سامية**، الجراحة التجميلية والمسؤولية عنها، مذكرة ماجستير، فرع قانون المسؤولية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص120.

[2] عالج المشرع الجزائري عيوب الإرادة في مواد القانون المدني الجزائري (81إلى 91).

[3] **ممدوح خليل البحر**، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل الدم (دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة الحقوق والبحوث القانونية والإقتصادية، العدد الأول، مصر، 2001، ص 218.

المشرع الجزائري قام بتنظيم عملية التبرع بالدم بإلزامية الفحص الطبي الذي يخضع له المتبرع في سرية ملائمة للثقة وإحترام السر المهني، وهذا يقضي بالضرورة عدم الكشف هوية المتبرع بالدم بأي حال من الأحوال سواء المتلقي للدم أو غيره لكونه يعتبر من قبيل الأسرار المهنية التي يجب كتمانها من طرف الطبيب المشرف على عملية التبرع حيث نصت المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري بنصها" يشمل السر المهني كل مايراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل مايؤمن عليه خلال أدائه لمهنته".

والهدف من عدم معرفة المتبرع للمستقبل لدمه أو العكس لكي لا يقوم علاقات نزاعية، وكذلك حتى لا تنشأ علاقات نفعية والتي يحصل فيها المتبرع على مقابل مادي من المريض[1]، وبالتالي تخرج عملية التبرع عن أهدافها الإنسانية السامية، ويصبح الدم سلعة يتم المتاجرة بها.

ب- عدم إفشاء نتائج التحليل البيولوجية لغير المتبرع بالدم

بعد إجراء عملية التبرع بالدم يخضع دم المتبرع لمجموعة من التحاليل البيولوجية التي تكشف عن سلامة الدم من عدمه ويمكن أن تكشف هذه التحاليل عن وجود أمراض متعلقة بالمتبرع مما يستوجب إعلام المتبرع دون سواه بذلك قصد القيام بالإحتياطات اللازمة للعلاج ويجب على الأطباء الإلتزام بالسر المهني وعدم البوح بأي معلومات تتعلق بالمتبرع ومرضه لأي طرف آخر لأن ذلك يتعلق بخصوصية المتبرع حيث نص المشرع الجزائري بموجب المادة 36 من المرسوم التنفيذي التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري بنصها " يلزم كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك".

2) مبدأ المجانية

إن أعضاء الجسم لا تقوم بالمال و أي تنازل عنها يجب أن يكون من دون مقابل لأن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات المالية فالقيم الإنسانية تسمو على المال فلا يحق للشخص الكسب من المتاجرة بدمه والتصرف في جسمه لأن فكرة المقابل المالي النقدي في التصرف بالدم أو مكوناته أو مشتقاته تعتبر أمرا مستهجنا لا يتفق والكرامة الإنسانية ولحماية

[1] **وائل محمود أبو الفتوح**، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2009، ص302.

هذه الكرامة والحفاظ عليها يقتضي أن يكون التصرف في كل ما يتصل بجسم الإنسان تبرعيا[1]، كما أن المتبرع المجاني بالدم يتجسد فيه شعور بالواجب وأن عمله يعد تضحية تجعله يشعر في نفسه بأنه الأفضل من الذين ضلوا غير مبالين بآلام الآخرين وإحياجهم للدم ويبدو له التبرع الذي يجني عليه مقابل مقلل من قيمة العمل الذي قام به ويجعل منه عملا تجاريا بعيدا عن القيم الإنسانية.

المطلب الثاني: إلتزام مراكز نقل الدم بضمان السلامة

تقوم العلاقة بين مركز نقل الدم والمريض على أساس الإشتراط لمصلحة الغير، فيعتبر مركز نقل الدم ملزما بضمان السلامة، وتقديم دم سليم خالي من الفيروس وهو إلتزام بتحقيق ويعد المركز مخطأ إذا تخلفت نتيجة الإلتزام من تم فإن الخطأ الذي يرتكبه مركز نقل الدم يكون في صورة نقل دم ملوث بفيروسات وجراثيم تنتقل إلى المريض المنقول إليه عن طريق عملية النقل، الأمر الذي يثير مسؤولية مركز نقل دم عن الخطأ حيث يسأل عن التقصير في عمله بسبب مخالفة القاعدة المتفق عليها في الإطار الطبي لعمليات نقل الدم ومشتقاته واستخدام الوسائل المتعارف عليها لإجراء عملية النقل وأيضا إتباع الطرق العلمية المعتاد عليها بتطبيق أساليب العلاج بحذر وعناية وجودة[2].

الفرع الأول: مضمون إلتزام مراكز نقل الدم بالإلتزام بضمان السلامة

إستقر القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على أن مركز نقل الدم يكون ملتزما بضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض، ويعتبر مسؤولا عن الأضرار التي تصيب هذا الأخير الناشئة من نقل دم ملوث إليه بفيروس مرض الإيدز أو بأي فيروس آخر، فقررت محكمة تولوز وجود إلتزام بضمان السلامة على عاتق مركز نقل الدم بسبب إحترام تكامل جسم الإنسان.

كما قضت محكمة باريس بأن مركز نقل الدم بصفته مهنيا يلتزم بتسليم دم خال من العيوب، ولا يستطيع مركز نقل الدم أن يتخلص من مسؤوليته عن عدم تنفيذ إلتزامه بالسلامة بتسليم دم معيب–إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.

---

[1] **محمد جلال حسن الأتروشي**، مرجع سابق، ص76.

[2] **وائل محمود أبو الفتوح**، مرجع سابق، ص107.

كما قضت كذلك محكمة مونبوليي بأن الإلتزام الملقى على عاتق مركز نقل الدم لتوريد الدم هو إلتزام بتحقيق نتيجة بمقتضاه يلتزم هذا المركز بأن يسلم المرضى سواء بطريق غير مباشر –بواسطة المؤسسات العلاجية–دم غير معيب.

وتطبيقا لما إستقر عليه أحكام القضاء الفرنسي ، فإن مركز نقل الدم ملتزم بتوريد دم نقي ونظيف وخال من الفيروسات بالمعدية ويفي بالغرض المنشود من العلاج، فإذا قدم مركز نقل الدم، سواء إلى المريض مباشرة أو عن طريق إحدى المؤسسات العلاجية دما غير نظيف أدى إلى إصابة المريض بفيروس مرض الإيدز أو بأي فيروس آخر، فإنه يكون مسؤولا عن إخلاله بإلتزام بتحقيق نتيجة محله ضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض[1].

الفرع الثاني: صور خطأ هياكل نقل الدم لدم ملوث

يتمثل هياكل نقل الدم في مجال نقل دم ملوث في المرافق الطبية سواء كان مركز نقل دم أو مؤسسة إستشفائية عامة أو خاصة، فهذه الأشخاص تتسبب في بعض الحالات بأخطاء أثناء تنفيذ إلتزاماتها، فتحدد الأخطاء التي تصدر من مركز نقل الدم لم يتبين أخطاء المؤسسات العلاجية.

– خطأ مركز نقل الدم في نقل العدوى والجراثيم والفيروسات

يدخل في صورة الخطأ أن لا يقوم مراكز نقل الدم بالحرص التام على عدم تلوث الدم أثناء الحفظ بأي من عوامل العدوى الجراثيم والفيروسات كما يعتبر من قبيل الخطأ في مجال عملية نقل الدم إستعمال الأجهزة والأدوات والوسائل الطبية بصورة تسبب الضرر لمريض المنقول له الدم كأن تكون الحقنة المستعملة في سحب الدم ملوثة بفيروس السيدا في حين أن الأصول العلمية الطبية تعتمد على إستعمال الحقنة لمرة واحدة فقط[2].

---

[1] **عاطف عبد الحميد حسن**، المسؤولية وفيروس مرض الإيدز المسؤولية المدنية الناشئة عن عملية نقل دم ملوث بفيروس مرض الإيدز، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص146حتى ص150.

[2] **برابح يمينة**، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية (دراسة تأصيلية في القانون المدني)، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، الشلف، الجزائر، العدد 15، جانفي 2016، ص151

– خطأ المؤسسة الإستشفائية العمومية والخاصة

إن المشرع ألزم جميع أجهزة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات والسكان بإتخاذ تدابير النقاوة، والنظافة ومحاربة الأمراض الوبائية ومكافحة تلوث المحيط وتطهير ظروف العمل والوقاية العامة، فهذا النص ورد على صيغة العموم يشمل عدوى المستشفيات ومكافحة تلوث المحيط داخل محيط العمل وقد أحال المشرع الجزائري إلى التنظيم من خلال تحديد القواعد والمعايير المتعلقة بالنظافة والوقاية[1].

✓ **خطأ المؤسسة الإستشفائية العمومية**

يعرف قطاع الصحة العام، بأنه مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية، والإستقلال المالي وتوضع تحت وصاية الوالي.

فالشخص الذي يتعامل مع المستشفى العام فإنه يتعامل مع الشخص المعنوي فتنتج رابطة بين المتعامل والمستشفى العام على أساس العقد المبرم بينهما، فالعلاقة التي ذكرت بين المريض وطبيعة في المستشفى العام علاقة غير مباشرة، لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام[2].

فبمجرد إثبات عملية نقل لدم على المريض في المستشفى العام وإثبات الإصابة بفيروس بسبب تلوث الدم وفرض وجود عقد يرتبط بين المريض والمستشفى وتثبت علاقة السببية بين الفعل والضرر[3].

تقوم مسؤولية المستشفى على أساس نظرية المخاطر ويقصد بها بالمسؤولية بدون خطأ، وهي تنعقد لمجرد توافر ركنين أساسيين هما الضرر والعلاقة السببية[4].

✓ **خطأ المؤسسات الإستشفائية الخاصة**

---

[1] **التعليمة الوزارية رقم 573 الصادرة في 13 ديسمبر 2000** المتعلقة ببروتوكول النظافة الإستشفائية للوقاية من الأمراض الفيروسية في مراكز تصفية الدم (HCV,HIV) والتعليمة الوزارية الصادرة 19 نوفمبر 2002 المتعلقة بالوقاية وحوادث التعرض للدم في ممارسات طب الأسنان، والتعليمة الوزارية رقم 02 الصادرة 2013/12/0، المتعلقة بتعزيز الإجراءات ضد العدوى المرتبطة بالرعاية الصحية وتحسين إدارة البيئة المستشفى.

[2] **محمد عبد الظاهر حسن**، مرجع سابق، ص36

[3] **محمد عبد الظاهر حسين**، نفس مرجع، ص111.

[4] **حسين طاهري**، الخطأ الطبي والولائي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة (الجزائر–فرنسا)، الطبعة الثامنة، دارهومة، الجزائر، 2008، ص45.

عرف المشرع الجزائري المستشفى الخاص من خلال المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المتعلق بتنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة[1]، وعرفها وفق المادة الثانية منه على أنها " مؤسسة علاج وإستشفاء تمارس فيها أنشطة الطب والجراحة والتوليد أو أنشطة الإستكشاف ..." كما أسند لها نفس المرسوم طبقا للمادة الثالثة منه الشخصية المعنوية.

يلتزم المؤسسات الإستشفائية الخاصة بتقديم دم للمريض وهو إلتزام بتحقيق نتيجة.

الخاتمة

نستخلص من تقصي وتتبع موضوع عمليات نقل الدم على المرضى أنه يرتكز على دعم أسس قانونية بشكل خاص وأيضا يرتكز على المشاركة الدينية داخل المساجد في خدمات الرعاية الصحية للتبرع بالدم للأشخاص المرضى بهدف الرقي بمجتمع صحي وآمن.

إن غرض عملية نقل الدم إنساني بالمقام الأول إلا أنه تنعكس عنه أضرار وخيمة وتؤثر على سلامة الإنسان وقد تؤدي إلى وفاته، كما أن الفائدة من عمليات نقل الدم بين مختلف الفصائل مهما كان نوعها تحتم على إحترام القواعد والموانع فيما يخص تطابق فصيلين كل من المتبرع والمتلقي حتى لا يحدث تفاعل بين الأجسام المضادة من جهة والأجسام المستضدة من جهة أخرى.

كما تتمحور عملية نقل الدم بين ثلاث أطراف وهم كلا من المتبرع والمريض وهياكل نقل الدم، حيث تهد لهياكل الدم على مراقبة وسلامة الدم المنقول، وقد وضع المشرع الجزائري في عملية نقل الدم إطار تشريعي من خلال إنشاء منظومة دم على رأسها الوكالة الوطنية للدم وتضم معها وتحت أشرافها مراكز وبنوك الدم التي تعمل على ترقية وتحسين عملية نقل الدم.

خلاصة القول، تم التوصل إلى سلسلة من النتائج والاقتراحات والتي يمكن حصرها في:

النتائج:

- جهود مبذولة لوضع قواعد قانونية وتنظيمية للمشرع الجزائري تتعلق بتسيير فعال لعمليات نقل الدم.

[1] **المرسوم التنفيذي 07-321**، المؤرخ في 22 أكتوبر 2007، المتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 67، الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 2007.

- بالرغم من الغطاء القانوني سواء تعلق الأمر بالصعيد الدولي المتمثلة بالإتفاقيات الدوليةأو النصوص القانونية والتنظيمية الوطنية فإن مخاطر الإصابة بالأمراض الناجمة جراء التبرع بالدم تبقى قائمة ومستمرة نظرا لهشاشة الرقابة.
- عدم وجود نصوص قانونية وتنظيمية واضحة متعلقة بالتسيير الفعال والآمن لعمليات نقل الدم.
- الحرص على إشراك الوازع الديني بالأخص المساجد للتبرع بالدم لصالح المرضى.
- معرفة متلقي الدم للمتبرع للضرورات العلاجية مثل فصائل الدم النادرة غير المتوفرة لدى مراكز الدم.

الإقتراحات:

- ضرورة إنشاء صندوق للتعويض عن الأضرار الناجمة عن عملية نقل الدم.
- إنشاء بطاقة وطنية إلكترونية لتصنيف الدم والأصناف الناذرة فيه.
- إنشاء هيئة وطنية خاصة برقابة تسيير عملية نقل الدم داخل المؤسسات الصحية.
- ضرورة التعامل مع النفايات الطبية ذات المنشأ البشري كالدم معاملة خاصة تختلف عن باقي النفايات الناتجة عن النشاط الطبي والإستشفائي.
- ضرورة تكوين العمال أو الموظفين المشرفين على عمليات نقل الدم تكوينا خاصا.
- إستيراد التكنولوجيات الحديثة في مجال عمليات نقل الدم.
- ضرورة مراجعة المشرع الجزائري للعقوبات الجزائية عند مخالفة أحكام تسيير عمليات نقل الدم وذلك لعدم تناسب المخالفات المرتكبة التي تؤدي إلى الإضرار بصحة الإنسان.
- جواز التبرع بالدم من قاصر بموافقته وليه للضروريات العلاجية الطارئة.
- ضرورة منح المتبرع هدايا وجوائز وشهادات تحفيزية معنوي له للإستمرار في التبرع وتقديرا لجهوده.

قائمة المصادر المراجع

أولا: المراجع العامة

- **عادل عبد الحميد الفجال**، احكام التصرف في الدم البشري واثاره في القانون المدني والفقه الاسلامي،دراسة مقارنة الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2009.
-**منذر الفضل**، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، العراق، 1990.
-**عاطف عبد الحميد حسن**، المسؤولية وفيروس مرض الإيدز المسؤولية المدنية الناشئة عن عملية نقل دم ملوث بفيروس مرض الإيدز، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
حسين طاهري، الخطأ الطبي والولائي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة (الجزائر-فرنسا)، الطبعة الثامنة، دارهومة، الجزائر، 2008.

ثانيا: المراجع الخاصة

-**احمد سليمان الزيود**،المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث،دار النهضة العربية،القاهرة، مصر، 1991.
-**محمد جلال حسن الأتروشي** ، المسؤولية المدنية الناجمة عن عملية نقل الدم،دراسة مقارنة،دار الحامد،الأردن،2008.
-**محمد جلال حسن الأتروشي** ، المسؤولية المدنية الناجمة عن عملية نقل الدم،دراسة مقارنة،دار الحامد،الأردن،2008.
-**محمد عبد الظاهر حسين**، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
- **وائل محمود أبو الفتوح**، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2009.

ثالثا: الرسائل الجامعية والمذكرات

مذكرات الماجستير

- **بومدين سامية**، الجراحة التجميلية والمسؤولية عنها، مذكرة ماجستير، فرع قانون المسؤولية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.

رابعا: المجلات والمقالات العلمية

- **ممدوح خليل البحر**، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل الدم (دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة الحقوق والبحوث القانونية والإقتصادية، العدد الأول، مصر، 2001.
-**برابح يمينة**، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية (دراسة تأصيلية في القانون المدني)، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، الشلف، الجزائر، العدد 15، جانفي 2016.

خامسا: النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية

-**الأمر 68 -133** الصادر بتاريخ 1968/05/13 المتعلق بالتنظيم العام بالنقل الدم وبمؤسساته الجريدة الرسمية عدد 51 والملغى بالمرسوم 95/ 108 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها المؤرخ في 1995/04/09 الجريدة الرسمية عدد 21
- **الأمر رقم 133/68** الصادر بتاريخ 13 ماي 1968 المتعلق بالتنظيم العام لنقل الدم وبالمؤسساته، الجريدة الرسمية،العدد 51والملغى بالمرسوم 108/95 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم و تنظيمها وعملها،المؤرخ في 09 أفريل 1995، الجريدة الرسمية، العدد 21
-**قانون 05/85** المؤرخ في 16 فيفري 1985، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ،الجريدة الرسمية العدد 08(ملغى)
- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة الجريدة الرسمية العدد 46 مؤرخة في 2018/07/29، المعدل والمتمم.

ب- نصوص التنظيمية

-**المرسوم التنفيذي رقم 108/95** الصادر بتاريخ 09 أفريل 1995، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد 21
-**القرار الوزاري** المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بتسوية هياكل حقن الدم.
-**القرار الوزاري** المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بتسوية هياكل حقن الدم، إنشاءها وصلاحيتها والملغى بالقرار الوزاري رقم 198 الصادر بتارخ 15 فيفري 2006 والمتضمن إنشاء وتنظيم وتحديد صلاحيات هياكل نقل الدم.
-**المرسوم التنفيذي رقم 258/09** المؤرخ في 11 أوت 2009 المتضمن إنشاء وكالة الوطنية للدم، الجريدة الرسمية العدد47

القانون المدني الجزائري (81إلى 91).
-**التعليمة الوزارية رقم 573 الصادرة في 13 ديسمبر 2000** المتعلقة ببروتوكول النظافة الإستشفائية للوقاية من الأمراض الفيروسية في مراكز تصفية الدم (HCV,HIV) والتعليمة الوزارية الصادرة 19 نوفمبر 2002 المتعلقة بالوقاية وحوادث التعرض للدم في ممارسات طب الأسنان، والتعليمة الوزارية رقم 02 الصادرة 2013/12/0، المتعلقة بتعزيز الإجراءات ضد العدوى المرتبطة بالرعاية الصحية وتحسين إدارة البيئة المستشفى.
-**المرسوم التنفيذي 07-321**، المؤرخ في 22 أكتوبر 2007، المتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 67، الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 2007.

الحماية القانونية للمتبرع بالدم

د. فاضل خديجة

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:

يعتبر جسم الإنسان مقدسا لا يجوز التعامل فيه وذلك احتراما للحق في سلامة جسمه، إلا أنه مع التطور العلمي والتقدم الطبي ظهرت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية اقتضتها اعتبارات إنسانية. وتشكّل عملية نقل الدم أحد الركائز الطبية لإنقاذ حياة المرضى بسبب فقدان الدم أو لأسباب علاجية، ويبقى المصدر الوحيد للدم هو المتبرع. واشترط المشرع في المتبرع لنزع الدم أن يكون رضاه حرا ومتبصرا، بالإضافة إلى ذلك وجب أن يتمتع المتبرع بأهلية كاملة حدد المشرع فيها سن التبرع بـ: .18سنة كحد أدنى و65 سنة كحد أقصى، كما لا يجوز الإضرار بالمتبرع في عملية نزع الدم.

ترتكز عملية التبرع بالدم على مجموعة من المبادئ الأخلاقية التي تكرس حماية حقوق المتبرع والمتمثلة في التطوع والسرية والمجانية، إلا أنه يعاب على هذه المبادئ أنه وردت عامة غير محددة مما يصعب حماية المتبرعين.

الكلمات المفتاحية: المتبرع بالدم، المجانية، السرية، التطوع، الرضا، جسم الإنسان، الكرامة الإنسانية، الفحص الطبي.

مقدمة

يعتبر جسم الإنسان موضوع الاحترام المقدس لكونه وسيلة لنقل القيم الاجتماعية التي يرتبط بها. "والاهتمام الحديث من جانب القانون ليس سوى ترجمة حقيقية لمبدأ

" معصومية الجسد"، إلا أن التطور العلمي الحديث سواء في المجال التطور الطبي والاجتماعي أدى إلى جواز المساس بهذا الجسد"[1]، أي لم يعد مبدأ قداسة جسم الإنسان مبدأ مطلق، وإنما أصبحت ترد عليه استثناءات تقتضيها المصلحة العامة أومصلحة الشخص.

[1]أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 114.

وجسم الإنسان في مجمله يعتبر كمبدأ خارج المعاملات القانونية التجارية[1]، "الجسم هو الكيان الذي يباشر وظائف الحياة،وهو محل الحق في سلامة الجسم والموضوع الذي تنصب عليه أفعال الاعتداء على هذا الحق"[2]،"وتسهر البيو أخلاقيات الطبية على احترام الإنسان. اهتمت القوانين الداخلية بحماية جسم الإنسان ، حيث نصت المادة 39 من الدستور على عدم انتهاك حرمة الإنسان ، أو المساس بكرامته.

من بين الوسائل العلاجية التي تم التوصل إليها هي عملية نقل الدم التي تعد سببا من أسباب الحياة، أي أصبح شفاء المريض وإنقاذ حياته من الموت يتوقف على نقل الدم."نظرا لاستحالة تصنيع الدم البشري، فإن المصدر الوحيد للدم هو المتبرع أو المتطوع، والتبرع بالدم عمل إنساني نبيل، لأنه يساهم في إنقاذ حياة آلاف المرضى"[3]. ويلعب الدم دورا مهم في جسم الإنسان لاسيما في العمليات الجراحية، ولهذا وجب أن تراعي عمليات نقل الدم الأصول العلمية حتى لا يتعرض المريض إلى أمراض معدية.

يلاحظ غياب نصوص دستورية صريحة متعلقة بنشاط نقل الدم ، إلا أن المشرع نظم نشاط نقل الدم و الهياكل المكلفة بجمعه وتقسيمه ومراقبته وحفظه وتوزيعه طبقا للمواد 258 إلى 264 من قانون رقم 18-11[4] يتعلق بالصحة. يعتبر التبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالها من البيو أخلاقيات التي نصت عليها المادة 354 من قانون رقم 18- 11.

نظم المشرع الجوانب الأخلاقية المتصلة بحقوق المتبرعين بالدم في المادتين 368 و 369 من قانون رقم 18-11. ويعرف المتبرع بأنه الشخص الذي يقدم دمه أو خلاياه أو بلازماه بكامل حريته ولا ينتظر مقابل من وراء ذلك سواء ماديا أو تحت أي مسمى آخر"[5].

---

[1]Mustapha Mekki, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit prive, Editions LGDJ,Paris,2004,p.294.

[2] محمود نجيب حسني،شرح قانون العقوبات – القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، 1988، بند 588، ص 427. عن نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية –دراسة مقارنة–، سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث ، الجزء الأول، دار هومة ، الجزائر، 2003، ص 41.

[3] وافي خديجة، المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم–دراسة مقارنة– ،أطروحة دكتوراه، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2015–2016،ص 43.

[4]مؤرخ في 02 يوليو 2018، ج ر العدد 46، المؤرخ في 29 يوليو 2018.

[5]Marie-Angèle Hermitte, Le sang et le droit-essai sur la transfusion sanguine, édition du seuil-mars-1996,pp.70-71 عن وافي خديجة، مرجع سابق، ص43.

تظهر أهمية التبرع بالدم في كونه السبيل الوحيد لإنقاذ حياة المرضى من الموت، كما تهدف القواعد المنظمة لعملية التبرع بالدم إلى ضمان حماية الكرامة الإنسانية والشخصية والصحة للمتبرع.

حماية للمتبرع أحاط المشرع عملية التبرع بالدم بمجموعة من الشروط المتعلقة بالمتبرع ،بالإضافة إلى المبادئ الأخلاقية والمتمثلة في التطوع والسرية والمجانية التي نصت عليها المادة 02 من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته، وتهدف هذه المبادئ إلى احترام إرادة المتبرع واستغلال الدم لأغراض إنسانية. مما يؤدي إلى طرح التساؤل التالي: هل الشروط القانونية المتعلقة بالتكفل بالمتبرع قبل وأثناء عملية التبرع في ظل احترام المبادئ الأخلاقية من تطوع وسرية ومجانية تشكل حماية لحقوق المتبرع بالدم؟ وللإجابة على هذا التساؤل تم اتباع المنهج التحليلي الوصفي.

تم تقسيم الدراسة إلى الشروط القانونية الواجب توفرها للتكفل بالمتبرع بالدم (المبحث الأول)، وتتم عملية التبرع بالدم في إطار احترام المبادئ الأخلاقية في التبرع بالدم التي تشكل ضمانة لحقوق المتبرع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الشروط القانونية الواجب توفرها للتكفل بالمتبرع بالدم

"إن حق الإنسان في سلامة جسده هو من أهم الحقوق المرتبطة بشخصه، حيث يثبت له بمجرد ولادته، ويعتبر الحد الأدنى الواجب كفالته له، ويترتب على إهداره التضحية بآدمية الإنسان"[1]، ويجوز المساس بحق الإنسان في سلامة جسمه إذا اقتضته اعتبارات إنسانية، فتعدعملية نقل الدم أحد الركائز الطبية في علاج الأمراض، وإنقاذ حياة الأشخاص منالموت."لا يجوز للطبيب أخذ الدم من المتبرع دون رضائه ذلك أن للإنسان حقوقا مقدسة على جسمه مكفولة دستوريا لا يجوز المساس بها بغير رضائه"[2]،فيشترط لقيامسحب الدم من جسم المتبرع عدة شروط منهارضا المتبرع بالدم (المطلب الأول)،وأهلية المتبرع وعدم الإضرار به (المطلب الثاني).

الفرع الأول: رضا المتبرع بالدم

[1]أسماء سعيدان، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر،2012-2013، ص 11.

[2]زهدور كوثر، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة دكتوراه،جامعة وهران،2012-2013، ص209.

" أهمية الرضاء لا تقتصر على الناحية القانونية فقط، بل تتعداه أيضا إلى الناحية الأخلاقية، لأن سلامة جسم الإنسان هي من الحقوق المقدسة، فلا يجوز المساس به إلا برضائه..."[1]، نزع جزء من جسم الإنسان لشخص حي هي مسألة حساسة " الحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية والمتعلقة بالنظام العام وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع ، لذلك فالمريض ليس أداة يستعملها الطبيب كما يشاء،فلا يجوز له المساس بالتكامل الجسدي إلا بعد الحصول على رضا حر متبصر وهي من القواعد المستقرة في التشريعات"[2]، فيعتبر الرضا شرط ضروري للمتبرع بالدم لإباحة نزع دمه. بالرجوع إلى أحكام قانون رقم 18-11 يتعلقبالصحة، والقرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته، يمكن إبراز صحة رضا المتبرع بالدم، وذلك باشتراط أن يكون رضاه صادر عن إرادة حرة (الفرع الأول)، كما يجب إعلامه وتبصيره بالمخاطر الناجمة عن عملية نقل الدم (الفرع الثاني).

الفرع الأول:الرضا الحر للمتبرع بالدم

" الرضاء الحر بمعنى أن تكون إرادة المتنازل خالية مما يعيبها لكي يعتد بالرضاء الصادر عنها، فلا يكون لرضاء الشخص أية قيمة قانونية إذا كان ضحية غلط،أو تدليس أو خداع أو وقع تحت تأثير الخوف أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب أو يعدم الاختيار لديه"[3]،أي لكل متبرع الحرية في منح أو عدم منح دمه."الرضاء الحر هو الصادر عن شخص رشيد عاقل سليم من عيوب الإرادة سواء أكانت غلطا أم خداعا أم إكراها"[4]، أي تتجه إرادته بكل حرية إلى عملية التبرع.

" والرضا الحر هو الذي يكون عن طريق الموافقة الحرة المعطاة من قبل المتبرع دون أي ضغط خارجي مادي أو معنوي"[5]،أي الرضا الحر هو الخالي من كل الإكراهات والضغوطات

---

[1] أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 13.

[2] خديجة وافي، مرجع سابق، ص53.

[3]محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات –القسم العام –، مرجع سابق، بند 260، ص 263. عن نصر الدين مروك، مرجع سابق ،ص219.

[4]سميره عايد الديات،عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 1999، ص 143.

[5]خديجة وافي، مرجع سابق، ص 51.

وأن يكون له القدرة على الاختيار.ويراد بالحرية هي غياب الضغوطات[1]."اشترط أن يكون رضاء المتنازل حرا،أي صادرا عن متنازل يتمتع بكامل قواه العقلية،وقادرا على تكوين رأي صحيح حول موضوع الرضاء،وأن لا يتعرض لأي ضغط أو إكراه، فكل إكراه أو ضغط نفسي يخضع له المتنازل من شأنه أن يعيب رضاؤه"[2].

لميعالج المشرعالرضا الحر للمتبرع بالدم صراحة، ولكن يمكن استخلاص ذلك من خلال الشروط والإجراءات المصاحبة لعملية التبرع بالدم، حيث يخضع المتبرع بالدم بصفة إلزامية إلى فحص طبي شامل "بدني ونفسي وعقلي قبل إجراء عملية التبرع بالدم من قبل طبيب مشرف طبقا للمادة07 و08 [3] من القرار الوزاري المؤرخ في: 24 ماي 1998. "فكل إكراه أو ضغط نفسي يخضع له المعطى من شأنه أن يعيب رضائه،....."[4]، كما يجوز لهذا المعطى أن يرجع عن رضائه في أي وقت دون أن يتحمل أية مسؤولية من جانبه ، إذ أنها اتفاقات غير لازمة"[5]، أي يمكن رجوع المتبرع عن رضائه دون أن يتحمل مسؤولية، لكن يلاحظ أن المشرع لم ينص المشرع صراحة على رجوع المتبرع بالدم.

الفرع الثاني: أن يكون الرضاء متبصرا

لا يجوز للطبيب سحب الدم من جسم المتبرع من دون رضاه، حيث يشترط الحصول على رضا المتبرع وهذا بعد تنويره من قبل الطبيب بكل المخاطر والنتائج المترتبة عن عملية نقل الدم. وتظهر أهمية التبرع من خلال منح جزء من جسم الإنسان لهذا وجب إعلام المتبرع بالآثار المترتبة عن عملية التبرع،و إمكانية الاستفادة من التكفل النفسي. "يعرف المتبرع على أنه الشخص السليم الذي يتبرع بكمية من دمه لحقنه في جسم مريض آخر قد يسبب له مساسا بسلامة جسده وتكامله البشري"[6]، وتقوم عملية التبرع على رضا المتبرع وإرادته، وأن

---

[1]Dominique Manai, Promouvoir le don d'organes : l'efficacité à tout prix ? le point de vue juridique, in Emouvoir et persuader pour promouvoir le don d'organes ?l'efficacité entre éthique et droit ,édité par Alexandre Fluckiger, Faculté de droit de Genève, Schulthess Editions Romandes, collection Genevoise, Genève ,2010,p.217.

[2]نصر الدين مروك، مرجع سابق،ص 220.

[3]Article 7 :« La prise en charge des donneurs est sous la responsabilité d'un médecin, qu'est tenu de :c- faire l'entretien médicale et l'examen clinique ».article 08 : « Chaque prélèvement est obligatoirement précédé d'un examen médical du donneur comportant un entretien et un examen clinique sommaire :appréciation de l'état général, mesure de la tension artérielle et de la masse corporelle du donneur ».

[4]أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص130.

[5]أحمد شوقي أبوخطوة، القانون الجنائي والطب الحديث-دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية دار النهضة العربية، القاهرة ، ص 69، 72، 75 عن أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص130.

[6]سجى رائد سعيد عبد الله،عمليات نقل الدم والمسؤولية المدنية الناجمة عنها(دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس فلسطين، 2021 ،ص 68.

تكون الإرادة حرة مستنيرة بالتبرع وأن يتم ذلك بمحض اختياره فلا يجبر على ذلك إذ أن حق الإنسان على جسده حق مقدس لا يجوز المساس به، فلا بد أن تكون الموافقة قائمة على الرضا الحر والإرادة الواعية المتبصرة، ولا يمكن أن تكون موافقة الشخص كذلك إلا إذا توافرت الشروط التي يفرضها القانون[1].

يجب على الطبيب المشرف على نزع الدمأن يقوم بفحص المتبرع، والتأكد من حالته الصحية دون أن يلحق نزع الدم من المتبرع ضررا وذلك بتقديم معلومات حول عملية التبرع. إذا كان الطبيب ملزم بإعلام المريض، وإبعاد الأشخاص المعرضين للخطر،وكذلك الأشخاص المصابين بأمراض لا تتناسب مع التبرع بالدم[2]، فيلزم الطبيب بتبصير المتبرع بالدمقبل عملية التبرعحيث يقوم بإجراء مقابلة طبية مراعيا القواعد الطبية طبقا لأحكام المادة 1/368 من قانون رقم 18-11،والمادة 07 من القرار الوزاري المؤرخ في: 24 ماي 1998 المحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته، أي يجب معاينة المتبرع من قبل الطبيب قبل عملية التبرع بالدم للوقوف على حالته الصحية، وذلك بالقيام بفحص طبي أولي للمتبرع قبل التبرع خاص بحالته الصحية العامة، وقياس وزنه، وقياس ضغط دمه طبقا للمادة 08 من القرار المذكور أعلاه. يقوم الطبيب المشرف على التبرع بالدم أثناء المحادثة بتقديم نفسه إلى المتبرع بالدم،وإخباره بأن هناك طرف ثالث يستفيد من الدم المتبرع به وهو المتلقي، والتحدث معا حول الشروط التي تسمح بنقل الدم الذي يحتاجه المتلقي.

" وتبصير المانح لا يقتصر فقط على إحاطته علما بالمخاطر،لأن الاكتفاء بهذا الالتزام قد يؤدي إلى الخوف والرعب في نفس المانح مما يؤدي به إلى العزوف عن التبرع بالدم، وإنما قد تشمل كافة الجوانب التي تؤدي إلى تبصيره بالنتائج المترتبة على إقدامه بالتبرع بدمه، ولعل التعويض الدوري للدم المتبرع به خلال مدة محددة عن طريق زيادة نشاط نخاع العظام في إنتاج كميات جديدة من الدم ، والفوائد الصحية الناتجة عن زيادة نشاط الدورة الدموية

[1] المرجع نفسه، ص 68.

[2] « L'entretien médical doit permettre d'écarter du don les personnes à risques,ainsi que les personnes ayant des pathologies-contre- indiquant le don du sang ».

والتقليل من نسبة الحديد في الدم،هذا كله كاف لتبصير المانح بأن القرار الذي سيتخذه صدر عن إرادة حرة دون ضغط أو إكراه."[1]

يتم تبصير رضا المتبرع بإعلامه قبل وأثناء عملية نزع الدم بالمعلومات اللازمة عن عملية التبرع وكذا النتائج المحتملة عن العملية طبقا للمادة 2/368 من قانون رقم 18-11، والمادة 07 من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998المحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته.

لم يحدد المشرع شكل معين للتبرع بالدم وفي هذه الحالة يمكن الرجوع إلى قواعد العامة والمتمثلة في التعبير الصريح أوالضمني طبقا للمادة 60 مدني جزائري، فيمكن للمتبرع بالدم أن يعبر صراحة عن إرادته في التبرع سواء بالكلام أو الكتابة ، أو ضمنا كذهاب المتبرع بالدم إلى مراكز نقل الدم .

المطلب الثاني: أهلية المتبرع بالدم وعدم الإضرار به

يجب أن يتمتع المتبرع بالدم بأهلية كاملة للتبرع(الفرع الأول)، وأن لا يلحق نزع الدم من جسم المتبرع ضررا به (الفرع الثاني).

الفرع الأول:أهلية المتبرع بالدم

لكي يكون رضا المتبرع بالدم صحيحا وجب أن تكون أهليته خالية من العيوب،فمبدئيا يجب أن يصدر الرضا من شخصا بالغا ومتمتعا بكامل قواه العقلية،حيث بالرجوع إلى القواعد العامةيجب أن يكون المتبرع بالدم كامل الأهلية،أي يتمتع بقواه العقلية، وأن لا يحجر عليه، وسن الرشد 19سنة طبقا لأحكام المادة 40 مدني جزائري، ولكن خروجا عن هذه القاعدة حددت المادة 369[2] من قانون الصحة سن الرشدللتبرع بالدم بـ 18 سنة وأن لا يتعدى 65 سنة، وكذا المادة 03[3] من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته، ويستخلص من هنا أن المشرع لم يحدد أهلية التبرع بالدم بسن الرشد

---

[1]وليد شرهان، الحماية القانونية لجسم الإنسان من مخاطر العدوى عند نقل الدم، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 6، ليبيا، 2015، ص 147. عنمنصر نصر الدين، بومدين محمد،الضمانات القانونية لحماية المتبرع بالدم في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، مجلة الحقيقة، الجزء16 ، العدد 3، جامعة أحمد دراية أدرار، 2017، ص 274.

[2]" يجب أن لا يقل سن المتبرع بالدم عن ثماني عشرة (18) سنة وألا يتعدى خمسا وستين (65) سنة..... ".

[3]« Les prélèvements de sang total sont effectués chez les sujets âgés de dix huit à soixante cinq ans jusqu'au jour de leur soixante sixième anniversaire exclu…….. ».

المحدد بـ19 سنة طبقا لأحكام المادة 2/40 مدني جزائري، وإنما اكتفى بـ 18سنة كأهلية للتبرع بالدم ، كما لا يجوز للقاصر أقل من 18 سنة أن يتبرع بالدم . بالإضافة إلى ذلك لا يجوز سحب الدم من الأشخاص البالغين 60 سنة والذين لم يتبرعوا بدمائهم سابقا طبقا للمادة 03[1] من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998. ويكون غير مؤهلين للتبرع بالدم كل من عديمي الأهلية، والقصر أقل من 18سنة والراشدين الذين بلغوا 66 سنة أو60 سنه دون تبرع سابق، غير أنه يرد على هذه القاعدة استثناء نصت عليه المادة 369 من القانون رقم 18-11"..... غير أنه يجوز نزع الدم في كل الأعمار لأسباب علاجية أو تشخيصية" ، ويستخلص من هذه الفقرة إمكانية نزع الدم لكل الأعمار إذا اقتضت المصلحة العلاجية أو التشخيصية.

الفرع الثاني: عدم الإضرار بالمتبرع

"إن المتبرع هو شخص سليم ومعافى بدنيا،لكنه رغم ذلك يعتبر طرفا مهما في علاقة طبية لا تعود عليه بأي منفعة"[2]، أي إذا كان نزع الدم من قبل المتبرع لا يحقق له منفعة مادية، فإنه يجب عدم الإضرار به،" بمعنى أن لا يلحق هذا التصرف بالمتبرع ضررا يخل بحياته"[3]، ويراد بهذا الشرطأن لا يلحق التبرع بالدم ضررا بالمتبرع والذي قد يمس بسلامة جسمه، وهذا ما نصت عليه المادة 02[4] من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته. وهذا تطبيقا للقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار"، وهنا يجب القيام بالموزانة من قبل الطبيب بين الطرفين في عملية التبرع، فلا يجب أن تتجاوز مصلحة المتلقى الضرر الذي يلحق المتبرع، حيث لا يجب أن تكون المخاطر التي يتعرض لها المتبرع كبيرة بالنظر للمصلحة التي يحققها المتلقي. أي وجب على الطبيب إجراء مقارنة بين مصلحة المريض والمتمثلة في الشفاء والضرر الذي يتعرض له المتبرع،وهنا نكون أمام حالتين.

الحالة الأولى: إذا تبين أن نزع الدم من جسم المتبرع يشكل خطر على حياته، فهنا تقتضي حمايته الامتناع عن نزع الدم.

---

[1]« …… Il ne peut être prélevé de sang chez des personnes ayant atteint soixante ans et n'ayant jamais donné de sang auparavant ».

[2]أسماء سعيدان، مرجع سابق،ص 16.

[3]وافي خديجة، مرجع سابق، ص 52.

[4]«Le don du sang s'effectue dans l'intérêt du receveur sans léser le donneur ……. ».

أما الحالة الثانية: وهي أن تكون حياة المريض في خطر والسبيل الوحيد لإنقاذها هو نقل الدم دون أن يشكل نزع الدم من المتبرع أي خطر على حياته، ودون إلحاق أي ضرر،ففي هذه الحالة إنقاذ المريض من الموت تقتضيه اعتبارات إنسانية.

من أجل عدم إلحاق ضرر بجسم المتبرع بالدم يجب أن تحترم كل الشروط الطبية والقانونية كالفحص الطبي الدقيق، وإعلام الطبيب للمتبرع عن الأخطار والنتائج المحتملة من نزع الدم على سلامة جسمه.

المبحث الثاني: المبادئ الأخلاقية في التبرع بالدم ضمانة للمتبرع

يقوم التبرع بالدم على مبادئ أخلاقية، حيث يستجيب التبرع لمبادئ السرية والتطوع والمجانية وهذا طبقا لأخلاقيات التبرع والتشريعات. تشكل المبادئ الأساسية في عملية التبرع مكانة معتبرة، نصت عليهم المادة 02[1] من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته. ومن أجل حماية حقوق المتبرع أوجدت هذه المبادئ الأخلاقية والتي تعد بمثابة ضمانة وأهمها التطوع والسرية (المطلب الأول)، والمجانية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأي السرية والتطوع

تشكل السرية والتطوع ركيزتين لاحترام حقوق المتبرع وضمانة لاحترام كرامته الإنسانية، حيث تنصب السرية على عدم معرفة المتبرع والمتلقي كل منهما الآخر
(الفرع الأول)، كما لا تجبر الدولة الأفراد على التبرع بدمهم وإنما يكون تطوعي ناجم عن خيار شخصي مرتبط بالتضامن (الفرع الثاني).

الفرع الأول:مبدأ السرية

يعتبر مبدأ السرية أحد الركائز الأخلاقية لنقل الدم، حيث ينصب على كتمان الطبيب المكلف بعملية التبرع المعلومات الشخصية للمتبرع والمتلقي للدم عن بعضهما البعض،أي إخفاء هوية المتبرع والمتلقى عن بعضهما.

وتجد السرية مصدرها في مبدأ التبرع، ويقع على عاتق الأطباء الالتزام بالسرية وهذا ما نصت عليه المادة 24من قانون رقم 18-11، فيحظر على الطبيب إفشاء كل المعلومات التي علمها أثناء أو بسبب أو بمناسبة ممارسته لنشاطه المهني. كما نصت المادة 37 من المرسوم

[1]« …..relève des principes éthiques du bénévolat de l'anonymat du don et de l'absence de profit ».

التنفيذي رقم 92-276[1]يتضمن مدونة أخلاقيات الطب"يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته" ونصت المادة 08[2] من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 على إلزامية أن يتم الفحص الطبي الذي يخضع له المتبرع في سرية ملائمة للثقة واحترام السر المهني، أي يقتضي أن يتم الفحص الطبي في حدود الالتزام بالسرية المهنية الذي يقع على عاتق الطبيب المشرف على عملية التبرع بالدم دون إفشاء السر المهني،

"يجب على الأطباء الالتزام بالسر المهني وعدم البوح بأي معلومات تتعلق بالمتبرع ومرضه لأي طرف أخر،لأن ذلك يتعلق بخصوصية المتبرع" [3] وهذا ما كرسته المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 "يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك". يرد على الالتزام بالسرية استثناءات والتي بمقتضاها يلتزم الطبيب بالإفضاء بالسر الطبي كاكتشاف مرض معدي لدى المتبرع من خلال فحوصات للدم المتبرع به. يجبر كل ممارس طبي التصريح للمصالح الصحية المعنية بالأمراض المتنقلة والتي تشكّل مصدر للعدوى، وهذا تحت طائلة العقوبات طبقا للمادة 39[4] من القانون رقم 18-11.

الفرع الثاني: مبدأ التطوع بالتبرع

يتم سحب الدم من المتبرعين بمحض إراداتهم، وهذا ما يعرف بالتطوع،ويعتبر هذا الأخير أحد القواعد الأساسية التي يرتكز عليها التبرع بالدم في الجزائر. ونصت على مبدأ التطوع المادة 02 من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد للقواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته.

اختار المشرع حماية المتبرع وحريته الشخصية، حيث يستند التبرع بالأعضاء على قناعات شخصية، وسبب التبرع هو نية وإرادة التبرع. ويسعى مبدأ التطوع على المستوى

---

[1]مؤرخ في 06 يوليو 1992، ج ر العدد 52، مؤرخ في 08 يوليو 1992.

[2]« Chaque prélèvement est obligatoirement précédé d'un examen médical du donneur comportant un entretien et un examen clinique sommaire : appréciation de l'état général, mesure de la tension artérielle et de la masse corporelle du donneur .Cet examen médical doit se dérouler dans la confidentialité propice à la confiance et au respect du secret médical. L'entretien médical doit permettre d'écarter du don les personnes à risques, ainsi que les personnes ayant des pathologies-contre- indiquant le don du sang ».

[3]منصر نصر الدين، بومدين محمد، مرجع سابق، ص 279.

[4]" يجب على كل ممارس طبي التصريح فورا للمصالح الصحية المعنية بكل حالة مشكوك فيها أو مؤكدة من الأمراض الواردة في قائمة الأمراض ذات التصريح الإجباري المذكورة في المادة 38 أعلاه ، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في القانون".

الأخلاقي إلى حماية المتبرع من كل استغلال لجسمه من نفسه أو الغير.و" يجب أن يكون الدافع إلى التنازل هو الحب، والتضامن الإنساني والتراحم والتضحية والإيثار"[1]، أي يكون التبرع لاعتبارات إنسانية تقوم على فكرة التضامن.

المطلب الثاني: مبدأ مجانية التبرع

"استبعد القانون الجزائري المقابل المالي بخصوص عمليات نقل وزرع الأعضاء، واعتبر جسم الإنسان أغلى من أن يقوم بالمال، وبذلك ترك القيم الإنسانية تسموا على المال ، ولما كان الحب هو أسمى هذه القيم فإن الإنسان يستطيع بدافع الحب أن يتنازل عن عضو من أعضاء جسمه لشخص آخر"[2]، يحظر في إطار مجانية التبرع المتاجرة بأعضاء جسم الإنسان، ولمعرفة مبدأ مجانية التبرع وجب معرفة مضمونه

(الفرع الأول)،والاستثناء الوارد على مبدأ مجانية التبرع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون مبدأ المجانية

"إن أعضاء الجسم لا تقوم بالمال وأي تنازل عنها يجب أن يكون من دون مقابل لأن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات المالية فالقيم الإنسانية تسمو على المال فلا يحق للشخص الكسب من المتاجرة بدمه والتصرف في جسمه، لأن فكرة المقابل المالي النقدي في التصرف بالدم أو مكوناته أو مشتقاته تعتبر أمرا مستهجنا لا يتفق والكرامة الإنسانية، ولحماية هذه الكرامة والحفاظ عليها يقتضي أن يكون التصرف في كل ما يتصل بجسم الإنسان تبرعيا"[3]،وتعد مجانية التبرع كأحد الوسائل لتفادي الضغوطات المالية ولضمان حرية المتبرع.

وينتج مبدأ المجانية عن احترام الكرامة الإنسانية الذي بمقتضاه يعارض شخص شئ ليس له ثمن،فالأجزاء ومنتوجات جسم الإنسان لا يمكن حصرها في أشياء بسيطة قابلة للاستعمال من قبل الغير، ولا يمكن أن تكون مصدر للربح[4]. وأجزاء جسم الإنسان هي حقوق غير مالية ، والفكرة الأساسية هي أن لا يكون الانجذاب المالي هو الذي يوجه المتبرع،

---

[1] محمد السرطاوي ، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، دراسات الشريعة والقانون،عمان المجلد 11.تشرين أول سنة 1948، عدد3،ص 141.عن نصر الدين ماروك، مرجع سابق، ص225.

[2]Renier Savatier, Les problèmes juridiques, J.C.P,1969, 2247,n°4.

عن نصر الدين مروك ، مرجع سابق، ص 224،225

[3] محمد جلال حسن الأثروشي، مرجع سابق ، ص 76. عن منصر نصر الدين، بومدين محمد، مرجع سابق، ص 281.

[4]Dominique Manai,op.cit., p.217.

والتبرع هو تصرف تضامني وطوعي وإنساني[1]. يحظر مبدأ المجانية كل مقابل مالي مباشر أو غير مباشر للتبرع بالأعضاء البشرية، كما تحظر المبادلات التجارية في تبادل الأعضاء البشرية مقابل الحصول على مزايا، ويبقى التبرع بالدم مجاني، ولا يمكن أن يكون محل معاملات تجارية.

"لا تجيز أن تكون العمليات سببا للتكسب والمتاجرة فيجب ألا يكون المتبرع محترفا في التبرع بقصد تحصيل الكسب المادي من تجارة الدم وأن تتخذ مراكز نقل الدم موقفا بعدم قبول الدم من هؤلاء عند ترددهم"[2]،فيكون نقل الدم من جسم المتبرع دون مقابل أو عوض مادي ودون تحقيق أي كسب أو ربح. يحظر على كل متبرع بالدم أن يمنح أو يتلقى مزايا مالية، أومزايا أخرى مقابل التبرع بالأعضاء البشرية ، وخاصة الدم ومشتقاته، وهذا بهدف حماية المانحين الأحياء، وحتى لا يعرض المانح صحته بغية الحصول على مزايا مالية.

مبدأ المجانية وحظر المعاملات التجارية قواعد تحمي المصالح القانونية ذات قيمة أساسية بمعنى الكرامة الإنسانية،الحياة والسلامة الجسدية." استبعد المشرع من المعاملات المالية كل ما يتصل بجسم الإنسان سواء أكان عضوا أو نسيجا أو جزءا من الدم[3]، فيحظر المتاجرة في الدم البشري ومشتقاته، لأن نزع الدم يكون لأسباب علاجية أو تشخيصية دون المقابل المالي.

"يرى الأستاذ سافتيي أن التبرع بالدم يجب أن يكون بلا مقابل لأن جسد الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة ، ويجب أن لا يكون المتنازل عن دمه شخصا محترفا في مجال التبرع بالدم، فيبغي من ذلك الكسب المادي والحصول على قوته من تجارة الدم ، وعدم قبول الدم من هؤلاء المحترفين من قبل مراكز نقل الدم عند توجههم إليها بصفة دورية لتقديم كمية من الدم نظير الحصول على المقابل"[4]، والهدف من حظر المتاجرة في الأعضاء البشرية هو تفادي التبرع بمقابل مالي،وأيضا الوقاية من الاستغلال الإجرامي للوضعيات التي تكون في حالة عسر.

نصت المادة 263[5] من قانون رقم 18-11على منع كل نشاط مربح يتعلق بالدم البشري أو البلازما أو مشتقاتهما، فهنا لا يجوز أن يكون الدم البشري موضوع للنشاط التجاري مما

---

[1]Ibid, p.217.

[2]سجى رائد سعيد عبد الله ، مرجع سابق ، ص75.

[3]نصر الدين ماروك، مرجع سابق، ص225.

[4] محمد جلال حسنالأتروشي ، مرجع سابق ، ص77. عن منصر نصر الدين، بومدين محمد،مرجع سابق، ص 282.

[5]"يمنع كل نشاط مربح يتعلق بالدم البشري أو البلازما أو مشتقاتهما"

يترتب عنه إنشاء مبدأ مجانية التبرع وحظره من المبادلات التجارية ، وهذا لما يشكل مساس بكرامة الإنسان، واحترام التضامن الإنساني الذي يشكل ركيزة المصلحة العامة. كما تم تجسيد مبدأ أخلاقي انعدام الربح " المجانية" في عملية التبرع بالدم طبقا للمادة 02[1] من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد للقواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته.

"ومتى استهدف المتنازل الحصول على ميزة مالية، فإنه يجرد عمله من كل قيمة معنوية، تلك القيمة المعنوية هي التي تبرر الخروج عن مبدأ هام،وهو حرمة الكيان الجسدي للإنسان، فقيام المتنازل ببيع كليته،أو نسيج من جسمه ينطوي عليه إنكار وإهدار الكرامة الإنسانية من أجل حفنة من المال،تلك الكرامة التي يجب أن يحافظ عليها ولا يقبل أن يضحي بسلامة جسمه أو حياته، من أجل مصلحة مالية"[2]،فمبدأ مجانية التبرع موجه لحماية المانحون من أنفسهم،لأن المقابل المالي يتعارض مع القيم الإنسانية التي تبيح المساس بالسلامة الجسدية.

"والتنازل بدون مقابل لا يعني أن المتلقي هو الذي سيستفيد من ذلك، وإنما ترجع أيضا الفائدة على المتنازل لأنه سوف يحقق ميزة وإن لم تكن جسمانية،وإنما هي ذات طابع معنوي وخلقي،فهو يشعر بسعادة وارتياح لأنه استطاع أن ينقذ الغير من الموت المحقق، وكل من مصلحة الغير والفائدة الخلقية والنفسية للمتنازل، تعتبران من الشروط الأساسية التي لا يجب الفصل بينهما لصحة التنازل عن أعضاء الجسم"[3]، فتكون الغاية الخلقية للمتبرع شرط جوهري لصحة التبرع ، حيث لا يمكن تقدير الغاية التي تسعى إلى إنقاذ حياة المرضى بثمن. "أن يكون التنازل عن العضو دون مقابل،ذلك أن حق الإنسان على جسده حق غير مالي ، فهو يخرج عن دائرة التعامل، ولا يكون محلا للمتاجرة كون القيم الإنسانية والمبادئ الأخلاقية لا تقدر بمال، وهي تحض على عمل الخير ومساعدة الآخرين، لذا يشترط أن يعطى الواهب العضو بدون مقابل"[4]،أي يجب أن يكون الدافع للتبرع هو التضامن الإنساني الذي يشكل أساس المصلحة العامة.

---

[1]« le don du sang s'effectue dans l'intérêt du receveur sans léser le donneur et relève des principes éthiques du bénévolat de l'anonymat du don et de l'absence de profit ».

[2]نصر الدين ماروك، مرجع سابق، ص226.

[3] حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، مطبعة جامعة عين الشمس ، القاهرة، 1965 ، ص 130. عن نصر الدين ماروك، مرجع سابق، ص226.

[4] سميره عايد الديات،مرجع سابق ، ص 143.

يقتصر دور الدولة في وضع قواعد قانونية تضمن احترام مجانية التبرع، لكن كل محاولة لمخالفة هذه القواعد تعرض صاحبهاإلى متابعات وجزاءات. وإذا اقترن التبرع بالدم بمبلغ مالي، فهذا يعد عمل غير مشروع مخالف للنظام العام والآداب العامة طبقا للماد 97 من القانون المدني.

يقترن احترام مبدأ مجانية التبرع وحظر المعاملة التجارية بعقوبات جزائية

" الحبس، والغرامة"، لأن عدم احترام مجانية التبرع يشكل خطر على صحة المتبرع،حيث رتب المشرع على مخالفة الحظر المرتبط بالنشاطات المربحة بالدم البشري والبلازما ومشتقاتهما عقوبة الحبس من سنتين إلى ثلاث سنوات، وغرامة تقدر بـ 500.000 دج إلى 1.000.000 د ج طبقا للمادة 429 من قانون رقم 18-11.

الفرع الثاني:الاستثناء الوارد على مبدأ مجانية التبرع

لم ينص المشرع صراحة على التعويض المالي الناجم عن مصاريف التنقل، واكتفى فقط على تقديم وجبة خفيفة للمتبرع بعد عملية التبرع طبقا للمادة 20[1] من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد للقواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته، ويستخلص من هذه المادة أن تقديم الوجبة الخفيفة يكون في إطار رقابة المتبرع وهذا من أجل ضمان سلامته وصحته، ولكن إذا تعرض المتبرع إلى وعكة صحية بعد عملية التبرع فيتم التكفل به بسرعة من قبل الطبيب .

يجب منح الوجبة الخفيفة للمتبرع بعد انتزاع الدم لأنه ضروري لاستعادة حجم الدم، كما تشكل الوجبة الخفيفة وسيلة لتحسيس السكان بأهمية التبرع بالدم بصفة تطوعية[2]،لأن الوجبة الخفيفة تسمح للمتبرع بأن يتغذى ويشرب السوائل من أجل أن يعوض الدم الذي فقده وتمنح له الطاقة من أجل ضمان يومه في أحسن الظروف، حيث تضع المؤسسات الصحية أمام المتبرعين أغذية ومشروبات. ويجب أن تشمل الوجبة الخفيفة على قهوة وحليب وخبز وبسكويت

[1] « Après le prélèvement, le donneur doit rester sous surveillance pendant dix minutes minimum en cas don de sang total ou de trente minutes minimum en cas de don en aphérèse, au cours duquel un collation lui est offerte….. »

[2] « …la nécessité d'installer confortablement les donneurs de sang pour la collecte de sang, ces derniers doivent recevoir après les prélèvement, une collation nécessaire pour le rétablissement de la volémie sanguine. La collation est aussi un moyen de sensibiliser la population à l'importance du don de sang bénévole ».Circulaire N° 007 /MSPRH/MIN du 12 juin 2006 portant sur la collation pour donneurs de sang.

وعصير الفواكه كحد أدنى[1]. وتتحمل المؤسسات الصحية المصاريف المتعلقة بالوجبة الخفيفة. كما أن الاستقبال الحسن للمتبرعين وخلق جو مريح لهم من قبل المؤسسات الصحية يدخل في إطار تحسين صورة التبرع بالدم ، وأن هذا الأخير يبقى مبادرة إنسانية لضمان حاجات المرضى.

" لا يمنع إمكانية حصول المتبرع على مكافأة أو مقابل مادي يغطي المصاريف والضعف الذي يمكن أن ينتابه بعد التبرع بالدم ، مثل أكلة خفيفة كتعويض احترازي عن آثار التبرع بالدم أو مصاريف التنقل أو الحصول على هدايا وشهادات كتقدير وشكر له، ولا يمكن بأي حال اعتباره هذا التعويض كمقابل أو ثمن للدم، فتقديم وجبة للمتبرع بعد عملية التبرع يعتبر من بين الالتزامات الواقعة على مراكز نقل الدم في إطار ضمانة سلامة المتبرع ،أما ما تعلق بتعويض مصاريف النقل فهو تعويض مالي عن نفقات التنقل وليس كمقابل للدم المتبرع به،أما ما تعلق بمنح المتبرع هدايا وجوائز وشهادات فهذا كتحفيز معنوي له وتقديرا لجهوده في التبرع"[2]،وهنا وجب التأكيد على أن المشرع لم ينص على التعويض المالي الذي يشمل مصاريف التنقل أو الغياب عن العمل من أجل عملية التبرع بالدم كاستثناءات على مبدأ الحظر بالمتاجرة بالدم .

الخاتمة

إن مخالفة الالتزام المفروض على احترام الإنسان يشكل مساس بحقوق المتبرع، حيث أن الحماية والمصلحة المقررة لرضا المتبرع هي في الحقيقة دفاع عن كرامته، والاهتمام بالحصول على رضا المتبرع واحترامه يشكل شرط لقيام عملية التبرع.

مبدئيا يشكل نزع الأعضاء مساس بالسلامة الجسدية، وحتى يكون مشروعا وجب أن يكون رضا المتبرع حرا ومتبصرا بين الأحياء، وأقر المشرع حماية المتبرع بالدم وحريته الشخصية قبل وأثناء سيرورة عملية التبرع بالدم.

يدخل التبرع بالدم في إطار السياسة العامة التي تنتهجها الدولة، والتي تسعى إلى احترام الكرامة الإنسانية للمتبرع بالدم ، وحمايته من كل استغلال أو مضاربة على حرمة جسده وسلامته وصحته وحياته،وذلك بجعل التبرع بالدم دون ربح من خلال حظر المعاملات المالية

[1] « La collation doit comprendre au minimum un café au lait, du pain, des biscuits et un jus de fruits ». Circulaire N° 007 /MSPRH/MIN du 12 juin 2006 portant sur la collation pour donneurs de sang.

[2] منصر نصر الدين، بومدين محمد، مرجع سابق، ص 283.

المتعلقة بالدم ومشتقاته، حتى لا يتم استغلال الوضعية الاجتماعية والاقتصادية الصعبة للمتبرعين.

كما أن احترام الاستقلالية الفردية للمتبرعين تقتضي احترام حريتهم الشخصية في التبرع من عدمه،أي يتمتع المتبرع بإرادة حرة خالية من كل عيوب الرضا، دون ضغوطات خارجية أو نفسية.

لا تجبر الدولة قانونيا الأفراد على التبرع بالدم سواء مابين الأحياء أو الموتى من خلال فرض عقوبات جزائية عليهم، وإنما يبقى تصرف إنساني لضمان حاجات المرضى من الدم في ظل احترام مبادئ أخلاقية " المجانية والتطوع والسرية".

النتائج المتوصل إليها:

- نص المشرع في المادة 2/368 من قانون رقم 18-11 على وجوب إعلام المتبرع بالدم قبل وأثناء عملية نزع الدم إلا أنه لم يحدد نوع المعلومات التي يجب على الطبيب إخباره بها.
- تبقى المبادئ الأخلاقية التي ترتكز عليها عملية التبرع بالدم المجانية والسرية والتطوع، كمفاهيم عامة غير محددة.

ومن أجل تسهيل عملية التبرع بالدم وضمان حقوق المتبرع في هذه العملية **يقترح مايلي:**

- ضرورة النص على عملية التبرع بالدم بصفة مفصلة في التشريع و هذا تحقيقا للانسجام والابتعاد عن الغموض والفراغ القانوني.
- إبراز المراكز القانونية للمتبرع بالدم و المتلقي قبل وأثناء عملية التبرع، وذلك بوضع الحقوق والواجبات لكلا الطرفين.
- اظهار بصفة تفصيلية كل المعلومات التي يلزم الطبيب بتبصير المتبرع بالدم بها.
- وجوب التعريف بالمبادئ الأخلاقية لعملية التبرع بالدم في التشريع وتحديد طبيعتها ونطاقها .
- ضرورة النص على الاستثناءات الواردة على مبدأ المجانية كالتعويض عن مصاريف التنقل للمتبرع، وعن غيابه عن نشاطه المهني ، وتكون هذه المزايا من باب التشجيع والتقدير للمتبرعين دون معاوضة.

- يقتضي احترام المبادئ الأخلاقية المجانية والتطوع والسرية في عملية التبرع بالدم أن تكون مقترنة بجزاءات جنائية في حالة مخالفة القواعد القانونية المنظمة لهذه المبادئ.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1-قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، ج ر العدد 46، مؤرخ في 29 يوليو 2018.

2- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر العدد52 ،مؤرخ في 08 يوليو 1992.

3-القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته.

ثانيا- المراجع

أ- الكتب

1- أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2006.

2- سميرة عايد الديات،عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 1999.

3- نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية –دراسة مقارنة–، سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث، الجزء الأول، دار هومة ، الجزائر، 2003.

4-Dominique Manai, Promouvoir le don d'organes : l'efficacité à tout prix ? le point de vue juridique, in Emouvoir et persuader pour promouvoir le don d'organes ?l'efficacité entre éthique et droit, édité par Alexandre Fluckiger, Faculté de droit de Genève, Schulthess Editions Romandes, collection Genevoise, Genève ,2010.

5- Mustapha Mekki, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit prive, Editions LGDJ,Paris,2004.

ب- الرسائل العلمية

1-زهدور كوثر، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، 2012-2013.
2-أسماء سعيدان، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2012-2013.
3- وافي خديجة، المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم-دراسة مقارنة- ، أطروحة دكتوراه، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2015-2016.

ج- المقالات

1- منصر نصر الدين، بومدين محمد، الضمانات القانونية لحماية المتبرع بالدم في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، مجلة الحقيقة، الجزء16، العدد 3، جامعة أحمد دراية أدرار، 2017، ص263-289.

ط. د. منصوري تورية
كلية الحقوق. جامعة سيدي بلعباس

د. تيزي عبد القادر
كلية الحقوق. جامعة سيدي بلعباس

الملخص:

يعتبر الدم من المصادر الهامة للشفاء والقوة، وأن نقله إلى هؤلاء المرضى يعتبر الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياتهم، ولاسيما أن الدم البشري لا يمكن صناعته ولا زراعته لحد الساعة، وأن المصدر الوحيد له هو الإنسان.

وما دام الأمر بهذه الأهمية، فإننا لا نستطيع أن نبين الحكم الشرعي والقانوني لعمليات نقل الدم إلا بعد أن نتعرف على حقيقة هذا الدم البشري ومكوناته ووظائفه الحيوية والشروط اللازمة لقيام عمليات نقل الدم.

الكلمات الافتتاحية : الدم–عمليات نقل الدم–الفقه والقانون–الضوابط القانونية–المتبرع–المتلقي.

Abstract:

Blood is an important source of healing and strength, and that its transmission to these patients is the only way to save their lives, especially since human blood cannot be made or grown to the point of the hour, and its only source is human.

As long as this is important, it is only after we have learned the truth about this human blood, its components, its vital functions and the conditions for blood transfusions that we can demonstrate the legal provision for blood transfusions.

Key words: Blood -Transfers of blood- jurisprudence- legal controls - donor-recipient.

مقدمة:

يعتبر النظام القانوني نظاما فعالا، متى عمل على تحقيق التوافق بين المعطيات الجديدة في مختلف الميادين الاقتصادية والاجتماعية والعملية، فلا يجوز للقانون أن يشكل حجر عثرة أمام التقدم العلمي والتكنولوجي، بل يجب أن يسايره فيصنع الحلول القانونية لكل ما يجد من مسائل ويرسم لها الإطار القانوني الذي يكفل لها الشرعية وحدود الممارسة القانونية دون أية أضرار.

وتعتبر عمليات نقل الدم، إحدى العمليات التي اعتبرها التاريخ حدثا طبيا واجتماعيا جعل للدم البشري السيادة المطلقة في إنقاذ الحياة البشرية، وينبغي الإشارة أن اليوم العالمي للتبرع بالدم يصادف 14 جوان من كل سنة، واليوم العالمي للسيدا يصادف السابع (07) ديسمبر من كل سنة .وبعد حادثة الفتاة السعودية رزان التي ابتليت بمرض الايدز عن طريق عملية نقل الدم الملوث بالخطأ، وحادثة الأطفال الليبيين ببنغازي سنة 1998، التي حقن فيها أزيد من 400 طفل بالدم الملوث وعرفت القضية بقضية الممرضات البلغاريات، وقضية الدم الملوث بفيروس الايدز التي جرت وقائعها في فرنسا، هذا ما جعل الفقه والقضاء يسلط الضوء على البعد الشرعي والقانوني لمسألة عملية نقل الدم، وتعد هذه القضية قضية حساسة وخطرة ومهمة في إنقاذ المرضى من الأزمات التي تصيبهم.

وبالرغم من التطورات التي وصلت إليها عملية نقل الدم والرامية إلى حماية أطرافها إلا انه قد تنشأ عنها أضرار تلحق بالمتبرع أو بمتلقي الدم على حد سواء، كمن ينقل له دم ملوث، فيصاب بمرض آخر هو بغنى عنه. لذا نجد أن المشرعين العرب أو الغربيين حاولوا إيجاد إطار قانوني لعملية نقل الدم، وتحديد المسؤول عما ينجم عنها من ضرر للغير. وأصبحت بذلك عمليات نقل الدم، معضلة قانونية وقضية دولة بأكملها، وينبغي الإشارة إلى نقطة مهمة في مجال المسؤولية الناجمة عن عمليات نقل الدم عموما ومسؤولية المراكز القائمة على هذا النشاط بصفة خاصة، فعند التطرق لهذه المسألة نجد أنفسنا أمام سكوت المشرع عند الإشارة إلى هذه المسؤولية، لا في قانون الصحة الجديد، ولا في القوانين المنظمة لعمليات نقل الدم، حيث لم يتعرض المشرع الجزائري حتى لمسؤولية هذه المراكز تجاه المتبرعين بالدم، وهي المسؤولية التي جعلتها التشريعات القانونية الأخرى مسؤولية موضوعية بسبب الطابع التطوعي للتبرع بالدم.

حاولنا من خلال هذه الدراسة المتواضعة البحث في الأطر الجديدة التي يمكنها تنظيم الآثار الناجمة عن عمليات نقل الدم وما أفرزته من مشاكل جديدة على الوسط الطبي والقانوني.

فماهي الأطر الشرعية والقانونية التي يمكن من خلالها تنظيم الآثار الناجمة عن عمليات نقل الدم؟

- **المبحث الأول:** تحدثنا فيه عن كل المفاهيم المتعلقة بالدم البشري.
- **المبحث الثاني:** تحدثنا فيه عن الضوابط الأساسية لعمليات نقل الدم.

المبحث الأول: التأصيل المفاهيمي للدم البشري وعمليات نقله.

مما لا شك فيه أن الدم البشري هام وحيوي في حياة الإنسان وهو مصدر الحياة وشريانها المتدفق الذي بدونه تتوقف الحياة، ولقد تقدمت العلوم الحديثة وكشفت ما كان مجهولا في الإنسان فقال تعالى: ﴿سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ﴾[1]. فاتصال الدم بالحياة حقيقة علمية وواقعية لا يختلف عليها اثنان، كما أن استعماله للتداوي أصبح شائعا في حالات كثيرة[2].

المطلب الأول: ماهية الدم.

---

[1]– الآية 53 من سورة فصلت.

[2]– وافي خديجة، المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم،دراسة مقارنة، أطروحة الدكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015–2016، ص14.

ارتبط الدم في الأذهان منذ بدء الإنسان بالحياة، فالدم هو إكسير الحياة، فهذا الدم الأحمر وما أوتي من صفات ومميزات حباه الله بها جعلت الإنسان يسعى لاستخدامه كعامل من عوامل إنقاذ البشرية.

الفرع الأول: تعريف الدم ومكوناته.

أولا: تعريف الدم.

هو السائل الأحمر الذي يسري في الجهاز الدوري للإنسان والحيوان. وقد اختلف أهل اللغة في أصله على قولين: فمنهم من قال بأن أصله (دمي) بالتحريك، فقد حذفت اللام وبقيت الميم حرف إعراب[1]، ومنهم من قال بأن أصله (دمو) بالتحريك –أيضا– ولهذا يقال في التثنية (دموان) ويقال دمي الشيء يدمي – دمى ودميا فهو دم[2].

يعرف الدم في الاصطلاح الطبي بأنه نسيج ضام سائل خاص، يوجد بالجهاز الدوري بالجسم[3]، لونه أحمر. وكذلك هو ذلك السائل العجيب الذي يدور من خلال القلب والشرايين والشعيرات الدموية إلى جميع أجزاء الجسد، حاملا الأكسجين من الرئتين إلى جميع خلايا الجسم، ويدفع ثاني أكسيد الكربون من خلايا الجسم إلى الرئتين.[4]

التعريف القانوني للدم:

لم نعثر على تعريف قانوني للدم في القانون الجزائري على غرار نظيره الفرنسي والمصري، واقتصر على إصدار قانون 178 لسنة 1960 الذي ينظم عمليات نقل الدم

وينظم بنوك الدم ولكنه لم يعتمد على تعريف محدد للدم.

ثانيا: مكونات الدم.

أما من الناحية التركيبية للدم البشري، فهو يتكون من جزأين وكل جزء يشارك مشاركة مباشرة في وظائف الدم.

الفرع الثاني: خصائص ووظائف الدم.

---

[1]– وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيزي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم – دراسة مقارنة – رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2005، ص 3.

[2]– محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم – دراسة مقارنة –دار الحامد للنشر والتوزيع،الأردن، 2008 م، ص 19.

[3]– محمد جلال حسن الأتروشي.المرجعالسابق، ص 20.

[4]– أحمد محمد لطفي أحمد،الأيدز وآثاره الشرعية والقانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،سنة2011، ص 67.

للدم البشري خصائص ووظائف تميزه عن باقي السوائل والأعضاء المتواجدة بالجسم، كما له وظائف يقوم بها[1].

أولا: خصائص الدم.

يتميز الدم البشري بمجموعة من الخصائص الفيزيائية التي انفرد بها دون باقي أجزاء الجسم[2]ومنها:

- **اللون:** يتميز الدم باللون الأحمر لوجود مادة الخضاب، حيث يكون لونه في الشرايين أحمرا فاقعا نظرا لوجود الأكسجين، أما في الأوردة فيكون غامقا لوجود أكسيد الكربون[3].
- **الكثافة:** تختلف كثافة الدم من الرجل إلى المرأة. وهي تعتمد على وجود المواد المنحلة بالبلازما مثل كريات الدم الحمراء والبروتينات.
- **اللزوجة:** وهي ترجع إلى إحتكاك الدم بجدران الأوعية الدموية، وتبدو أهمية اللزوجة في المحافظة على ضغط الدم.
- **الضغط الملوحي الأسموزي:** وهو ناتج عن وجود بلورات الأملاح في البلازما بالإضافة إلى البروتينات، وترجع أهميتها في المحافظة على الأملاح والماء داخل الكلى وخارجها.
- **حرارة الدم:** الحرارة تكون ثابتة في الجسم مع إمكانية وجود اختلاف بين عنصر وآخر حسب حاجته للقيام بوظائف الرئيسية[2]. -كثافة تركيز الهدروجين في الدم (PH الدم).

ثانيا: وظائف الدم.

يقوم الدم بمهام كثيرة أثناء مروره ودورانه في جسم الإنسان، كما أنه يؤدي عدة وظائف حيوية، تجعل أنسجة الجسم وخلاياه في حالة صالحة لاستمرارها وممارستها لنشاطاتها الحيوية، ومن أهم هده الوظائف ما يلي[4]:

- نقل الأكسجين من الجهاز التنفسي إلى جميع خلايا نقل الغداء بعد هضمه إلى جميع أنحاء الجسم.
- نقل الغداء بعد هضمه إلى جميع أنحاء الجسم.
- الوظيفة الطاقوية: توفير الطاقة اللازمة لجميع خلايا الجسم.

---

[1]– طالبي فتيح. المسؤولية المدنية والجزائية عن نقل الدم،أطروحة الدكتوراه،جامعة سيدي بلعباس،كلية الحقوق والعلوم السياسية،السنة الجامعية 2013–2014، ص16.

[2]– طالبي فتيحة، المرجع السابق، ص13.

[3]– وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيزي، المرجع السابق، ص9.

[4]– محمد عبد المقصود حسن داوود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه في الفقه والقانون المدني، مدرسة الفقه المقارن، دمنهور، بدون طبعة، ص 39.

- نقل وتوزيع الهرمونات إلى جميع خلايا الجسم[1].
- نقل وتنظيم حرارة الجسم
- ووظيفة التخثر.

هذه هي الوظائف الأساسية لهذا السائل العجيب الذي يدور حول الجسم في كل لحظة، والتي نستنتج منها استحالة الحياة بدونه، وخير دليل على دلك عند فقدان الإنسان لكمية من الدم من الجسم لسبب مرض أو حادث سيارة مثلا، فلا يمكن تعويض هذه الخسارة إلا بنقل الدم الذي يحل في الجسم محل الدماء المفقودة، فيساعد على سرعة التماثل للشفاء.

الفرع الثالث: تحديد طبيعة الدم البشري.

رغم امتياز الدم بخصائص ومميزات رئيسية وأساسية تجعله عنصرا هاما في جسم الإنسان، إلا أنه هناك اختلاف حول طبيعته فيما إذا اعتبر الدم عضوا من الأعضاء أم لا؟[2]

وتتجسد أهمية تحديد طبيعة الدم ومشتقاته في تفادي الاصطدام ببعض المبادئ القانونية، ومن أهمها مبدأ معصومية الجسد إضافة إلى المبادئ المستقر عليها الفقه الإسلامي، لذلك سوف نتطرق لدراسة الطبيعة البيولوجية العضوية للدم والطبيعة الدوائية.

الطبيعة البيولوجية (العضوية) للدم:

يعتبر الدم المحرك الرئيسي لجميع العناصر الأخرى في جسم الإنسان، إلا أن السؤال المتردد الآن: هل يمكن اعتبار الدم عضوا أو مجرد جزئية من جزئيات الجسد الآدمي؟[3]

ويقصد بالعضو بضم العين كل عظم وافر بلحمه، وهو كذلك جزء من جسم الإنسان كاليد والرجل والأنف وقد يطلق على الأطراف[4].

أما الجزئية فتعتبر مثل الجزئيات السائلة (العرق، الدمع، اللعاب...)، ففي هذه الحالات لا يتمتع بالحماية القانونية، وبالعكس إذا اكتسى العضوية هنا يتمتع بالحماية القانونية الكاملة والمكفولة بموجب القانون والفقه الإسلامي، خاصة فيما يتعلق بالدية ومقدارها في حالة الاعتداء على الدم[5]، ولكي نصنف الدم ينبغي أن نبحث عن تعريف العضو في الطب والشريعة والقانون وأيضا من الناحية البيولوجية.

---

[1]– أمير فرج يوسف، الموت الإكلينيكي لا زرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجذعية، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 92.

[2]– وافي خديجة، المرجع السابق، ص 22.

[3]– وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيزي، المرجع السابق، ص 35.

[4]– وافي خديجة، المرجع السابق، ص 23.

[5]– وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيزي، المرجع السابق، ص 35.

أما من الناحية الطبية فهو عبارة عن مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة.

في حين عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية في قرار رقم 1988 مجمع الفقه الإسلامي بشأن الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان آخر حيا أو ميتا، بأنه أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، وعرفه كذلك بأنه أي جزء من الإنسان سواء أكان مستقلا كاليد والعين ونحو ذلك أو جزءا من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا وسواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر وما لا يستخلف وسواء منها الجامد كما ذكر والسائل كالدم واللين وسواء كان ذلك متصلا به أم منفصل[1].

أما تعريفه من الناحية القانونية، اختلفت التعريفات : فالمشرع المصري لم يتعرض إلى تعريف العضو في القانون رقم 05 لسنة 2010 والذي يحتوي على 28 مادة بشأن تنظيم وزرع الأعضاء البشرية، أما المشرع الأردني فقد عرف العضو في نص المادة 2 من القانون رقم 23 من سنة 1988 : أنه كل عضو من أعضاء الجسم أو جزء منه. إلا أن هذه المادة لم تعرف العضو تعريفا دقيقا، واعتبره كذلك جزء من أجزاء الجسم بالإضافة إلى أنها لم تتطرق إلى الدم[2]، أما المشرع الفرنسي فقد أصدر عدة قوانين منها قانون رقم 1181 لسنة 1986 والذي نظم عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الحياء ومن جسد الأموات إلى الأحياء، وأيضا القانون الصادر في 08 يوليو سنة 1949 المتعلق بزرع القرنية[3].

أما المشرع الجزائري فقد حذا حذو كل من المشرع الفرنسي والمصري، حيث أنه لم يقم بتعريف العضو وإنما منع انتزاع أعضاء الإنسان وزرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو شخصية[4].

نتيجة لهذا الفراغ الكبير لتحديد تعريف دقيق للعضو البشري، عرف الفقه الوضعي العضو على أنه جزء حي من المكونات الطبيعية للجسم لا يتوقف على نقله تعرض حياة الإنسان للخطر[5].

والمقصود بكلمة (حي) أن يكون محتفظا بقيمته البيولوجية وقت النقل ومن ثم يجب استبعاد نقل أي عضو مريض أو تالف من باب أولى وذلك لانتفاء الحكمة من النقل وهي انعدام فائدته

---

[1]– وافيخديجة، المرجع السابق، ص 23.

[2]– حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص 36.

[3]– حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع نفسه، ص 37 – 38.

[4]– المادة 354 من القانون11/18 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة ، ج ر عدد 46 المؤرخة في2022/07/29.

[5]– وافي خديجة، المرجع السابق، ص 24.

بالنسبة للمريض، أما المقصود من كلمة (طبيعية) استبعاد الأعضاء الصناعية فهي مجرد شيء مادي منفصل عن الجسم[1].

أما من الناحية البيولوجية فقد اعتبر العضو مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة والمتشابكة والقادرة على أداء وظيفة محددة[2].

« Un ensemble d'éléments cellulaires différenciés et combinés capables de remplir une fonction déterminée ».

فقد أصدرت محكمة استئناف باريس في 1991/11/28 حكما تطرقت من خلاله إلى تحديد الصيغة البيولوجية للدم قائلة "الدم نسيج آدمي ولا يمكن أن يكون شبيها بالسلع...".

المطلب الثاني: مفهوم عمليات نقل الدم.

يقصد بعملية نقل الدم سحب كمية محدودة ومدروسة من السائل الدموي من وريد شخص سليم وحقنه في وريد شخص آخر بحاجة إليه، بقصد تعويض دم مفقود يهدد الحياة[3]. هناك نوعان من هذه العملية من حيث الوسيلة المستخدمة وهي:

عملية نقل الدم كاملا بجميع مكوناته أو نقل أحد المكونات فقط من كريات حمراء أو بيضاء أو صفائح دموية وذلك حسب الحالة المرضية[4].

الفرع الأول: لمحة تاريخية عن عمليات نقل الدم.

لقد اعتبر الدم من قديم الأزل أساس الحياة، والقوة الدافعة للجسم نحو بناء أنسجة وخلايا، وقد اعتقد الأطباء منذ قرون خلت أنه لو أمكن نقل الدم إلى شخص مريض لشفي هذا المريض، وعادت إليه صحته وعافيته[5].

ومن هذه المقدمة البسيطة نستطيع القول بأن التداوي بالدم ليس وليد اليوم بل هو ثمرة محاولات عديدة استغرقت قرونا عديدة. وإذا أردنا أن نحدد المسؤولية المدنية لتلك الظاهرة فكان لزاما علينا أن نمر على كل المراحل التي مرت بها ومدى تفاعل القوانين معها[6].

ففي عام 1492 م كانت أول محاولة من نوعها لنقل الدم إلى البابا (Innocent) (أنوسنت الثامن) عن طريق الفم ولكنها باءت بالفشل.

---

[1]– وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيزي، المرجع السابق، ص 38.

[2]– وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيزي، المرجع نفسة، ص 36.

[3]– زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 190.

[4]– محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص 26.

[5]– محمد عبد المقصود حسن داوود، المرجع السابق، ص 43.

[6]– طالبي فتيحة، المرجع السابق، ص 19.

وفي عام 1612م اكتشف العالم الإنجليزي (وليم هارفي) الدورة الدموية، وذلك بعد أن اكتشفها العالم العربي ابن النفيس في القرن الثالث عشر ميلادي[1].

في عام 1667م قام الدكتور (دينس) الطبيب الخاص للملك لويس الرابع عشر ملك فرنسا بعملية نقل دم من حيوان (حمل) لصبي صغير يشكو من حمى مستعصية، فأحس الصبي بحرارة شديدة في ذراعه بعد العملية، الأمر الذي أدى إلى الوفاة. وإثر هذه الخيبة المؤلمة أصدرت فرنسا في عام 1668م قانونا يحرم إجراء عمليات نقل الدم إلى الإنسان، حتى عام 1818م، حيث نجح أحد الأطباء الفرنسيين لأول مرة في نقل دم إلى إنسان، فعاد القانون وأباح ذلك[2]. من هنا يتضح لنا جليا مدى توافق القانون مع الأبحاث والتطورات الطبية من أجل حياة الإنسان وسلامته، وذلك راجع لأن القانون هو المكلف بحماية الإنسان.

في عام 1818م نجح لأول مرة، أحد الأطباء الفرنسيين في نقل الدم البشري لمريض في فرنسا دون إجراء نوعية الفصيلة الدموية وذلك أنها لم تكن معروفة آن ذاك إلا في القرن العشرين.

الفرع الثاني: الأساس الفقهي والقانوني لمشروعية عمليات نقل الدم.

بعدما أصبحت عمليات نقل الدم أحد أهم الركائز الطبية المعاصرة خاصة بعد النجاح الباهر الذي حققته تلك العمليات في علاج العديد من الأمراض، كان لا بد وأن تتوج هذه العمليات بالشرعية اللازمة لإنتاج آثارها وهو ما يدعونا إلى البحث عما يمكن أن تستند إليه هذه العمليات في مشروعيتها خاصة وأن التقدم الطبي في مجال نقل الدم لم يعد يقتصر على نطاق النقل بين الأحياء، بل امتد، بفضل التقدم العلمي، إلى النقل من الأموات إلى الأحياء[3].

البند الأول: مشروعية نقل الدم بين الأحياء.

نظرا لتقدم الطب جدت مسائل كثيرة لم يتعرض لها الفقهاء المسلمون الأوائل لبيان حكمها، ولما كان الشريعة الإسلامية تنظم تصرفات العباد وجب بيان حكمها في المسائل الطبية المستجدة، مثل زرع الأعضاء البشرية، وأطفال الأنابيب، والاستنساخ البشري، ونقل الدم وغيرها. وقد اجتهد عدد من العلماء المسلمين لبيان الحكم الشرعي في هذه المسائل مستهدين بمبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة التي توجب حفظ النفس وترفع عنها ما يلحق بها من ضرر أو حرج أو مشقة ويحقق لها الأمن والطمأنينة[4].

---

[1]– محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص 33.

[2]– وائل محمود أبو الفتوح العزيزي، المرجع السابق، ص 32.

[3]– وائل محمود أبو الفتوح العزيزي، المرجع السابق، ص 32.

[4]– برابح يمينة، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية (دراسة تأصيلية في القانون المدني)، مجلةالأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية،العدد 15، المؤرخة في 15جانفي 2016، ص 147.

أولا: الأساس القانوني لعمليات نقل الدم بين الأحياء.

لم يتفق الفقه القانوني على أساس المشروعية لعمليات نقل الدم، حيث انقسم القانونيون إلى ثلاثة اتجاهات متباينة : البعض منهم ذهب إلى أم أساس المشروعية يكمن في السبب المشروع، والبعض الآخر ذهب إلى أنه يكمن في نظرية المصلحة الاجتماعية، بينما الاتجاه الثالث يرى أن أساسه يكمن في نظرية الضرورة أو حالة الضرورة.

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من مشروعية نقل الدم بين الأحياء.

إن الدين الإسلامي دين شامل يلبي جميع حاجات البشر، ونتيجة للتطور الكبير الذي حققه الطب في الوقت الحالي، ما أدى إلى ظهور مسائل علمية لم يتعرض لها الفقهاء الأوائل، وأصبحت تحتاج إلى بيان الشرع فيها، ومنها عمليات نقل الدم البشري. لقد تبين أن للفقهاء في حكم نقل الدم قولان، قول يجيزه وآخر يمنعه، ولقد استدلوا في كلتا الحالين بأدلة.

أ- عدم جواز التداوي بالدم:

في هذا الباب استدلوا من القرآن بقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾[1]، وقوله تعالى أيضا: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾[2].

ومن السنة استدلوا بحديث رسول الله (صلى الله عليه وسلم) إذ عن عمار بن ياسر قال: أي علي رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وأنا على البئر أدلو في ركوة فقال: "يا عمار ما تصنع؟ قلت يا رسول الله بابي أنت وأمي أغسل ثوبي من نخامة أصابتهن قال : "يا عمار إنما يغسل الثوب من خمس: الغائط، والبول، والدم، والمني، يا عمار فما نخامتك ودموع عينيك والماء الذي ركوته إلا سواء" هذا دليل على أن الدم نجاسة.

ب- جواز التداوي بالدم:

اتجه أصحاب هذا الرأي إلى جواز نقل الدم من إنسان لآخر، ويرجع استنادهم في ذلك إلى حالة الضرورة واستدلوا في ذلك بأن من رحمة الله بعباده، وسعة فضله وكرمه بعباده، أنه حتى بالنسبة لهذه الأمور المحرمة، فإنه أباح تناولها لمن يضطر إليها وذلك وقاية لنفسه وحفظا لصحته من الهلاك[3].

البند الثاني: مشروعية التداوي بالدم من الأموات إلى الأحياء.

---

[1]- سورة الأعراف، الآية 157.

[2]- سورة المائدة، الآية 3.

[3]- عادل عبد الحميد الفجال، أحكام التصرفات في الدم البشري وأثاره في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشئة المعارف الإسكندرية، مصر، ص 238.

وللتطرق لمشروعية نقل الدم من الأموات إلى الأحياء أو ما يعرف باستنزاف دم الجثة فإن موقف الفقه الإسلامي لا يختلف عن ما سبق عرضه فيما يخص التداوي بالدم بين الأحياء بالرغم ما يسود الفقه الإسلامي من مبادئ تحرم المساس بالجثة ، لذلك يرى أن استنزاف الدم من الجثة لهو بالأمر المشروع إذا قلنا بجواز أخذ الدم من الإنسان الحي، فأخذه من الميت أولى، كون هذا الأخير لا يلحقه أي ألم.

الفرع الثالث: النظام القانوني في مجال عمليات نقل الدم.

وأول تشريع جزائري في هذا المجال هو الأمر رقم 68-133 المؤرخ في 13 ماي 1968 الخاص بتنظيم نقل الدم و الهيئات المختصة بذلك[1]، وعلى إثر ذلك تم إنشاء الوكالة الوطنية لنقل الدم Agence Nationale du Sangبموجب المرسوم 95-108 المؤرخ في 09 أفريل 1995.

ولم تخضع عمليات نقل الدم إلى أي تنظيم جديد بعد صدور الأمر رقم 133/68 إلى غاية صدور قانون الصحة العمومية في 23 أكتوبر 1976[1]، والذي نص في المواد 354 إلى 356 على قصر استعمال الدم البشري للأغراض العلاجية المحضة ولأول مرة نص على مجانية التبرع بالدم ونقله.

وبعد ذلك أصدر المرسوم التنفيذي رقم 09-258 المؤرخ في 11 أوت 2009 والمتعلق بالوكالة الوطنية للدم، والذي ألغى الأحكام المخالفة له لاسيما أحكام المرسوم التنفيذي رقم 95-108، فقد جعل من هذه الوكالة الوطنية صاحبة المبادرة في مجال تطوير صناعة الدم في الجزائر، كما أنشئت 12 وكالة جهوية للدم، وهي تنشط على المستوى المحلي[2].

أنشأت بعد ذلك وبمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في 09 نوفمبر 1998:

أولا: مراكز حقن الدم Les centres de transfusion sanguine

والمتعلقة بتسوية هياكل حقن الدم وهي مراكز تابعة للقطاع الصحي، أو المراكز الاستشفائية الجامعية أو المراكز الاستشفائية المتخصصة[3].

ثانيا: وحدات حقن الدم Les postes de transfusion sanguine.

ثالثا: بنوك الدم.

---

[1]- مادة 1/354 من الأمر رقم 79/76 المؤرخ في، 29 شوال عام 1396 الموافق لـ 23 أكتوبر 1976، ج ر عدد 101، لسنة 1976.

[2]- المواد 30 ومايليها والمادة 46 من المرسوم التنفيذي رقم 09-258 المؤرخ في،11 أوت 2009، المتعلق بالوكالة الوطنية لنقل الدم،ج ر عدد 47 المؤرخة في 16-08-2009.

[3]- أنظر المادة 20 من القرار الوزاري المؤرخ في، 9 نوفمبر 1998، الصادر عن وزير الصحة والسكان والمتعلق بتسوية هياكل حقن الدم.

ومؤخرا تم إلغاء قانون رقم 85/05 الذي يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، واستحدث بموجب قانون رقم قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439هـ الموافق لـ 2 يوليو2018المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، العدد 46، الذي قسمت أحكامه إلى تسعة أبواب.

ولقد أجاز المشرع الجزائري عملية التداوي بالدم البشري في الفصل الثاني عشر من الباب الخامس من قانون الصحة 11/18 والمتعلق بالعلاج بالدم ومصله (البلازما) ومشتقاته إذ يقضي نص المادة 258 فقرة أولى: "تتولى هياكل صحية عمومية جمع الدم،طبقا للمعايير المطلوبة في مجال نشاط نقل الدم"[1]،وأما الجهة المختصة بجمع وتقسيم ومراقبة وحفظ وتوزيع الدم فكلفت بها نفس الهياكل الصحية وكان ذلك في الفقرة الثانية من نفس القانون.

كما اعتبرت نشاط نقل الدم نشاط طبي يتمثل في :تحضير مواد الدم أيضا تحليل الدم المتبرع به وتصنيفه،وحفظ وتوزيع الدم ومشتقاته.[2]

المبحث الثاني: الضوابط الأساسية لعمليات نقل الدم البشري.

عملية نقل الدم تتميز بمرحلتين وهما مرحلة التبرع بالدم ومرحلة نقله للمريض.ولكل مرحلة شروطها.[3]

المطلب الأول: الشروط اللازمة للقيام بعمليات نقل الدم.

قال جون سنيطس في كتابه "الدم والسيدا" بأن عملية نقل الدم عبارة عن عملية يؤخذ فيها الدم من المتبرع ليحقن في وريد المستقبل أو المريض.

« La transfusion sanguine est une intervention consistant à faire passer le sang d'un donneur dans les veines d'un receveur »[4].

ومن هذا التعريف لعملية نقل الدم نستشف بأنها تتكون من شقين أو مرحلتين، الأولى وهي التي يتم الحصول فيها على الدم وهنا المتبرع يلعب دور رئيسي مع مركز حقن الدم لأنه لا يمكن أن نتصور أن يقوم كلا من المتبرع والمستقبل بهذه العملية في الشارع لأن هذه العملية لها ضوابط قانونية كما قلنا سابقا. أما المرحلة الثانية فتتمثل في نقل الدم إلى جسم المريض وهنا الطبيب له دور رئيسي وجوهري حيث يراقب كل من المستقبل والمتبرع للتدخل ليواجه أي خطر.

الفرع الأول: الشروط الطبية التي تحكم عملية التبرع بالدم ونقله.

---

[1]- انظر المادة 258من قانون الصحة الجزائري 11/18.

[2]- انظر المادة 259من قانون الصحة الجزائري 11/18.

[3]- محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص 52.

[4]- JaunSanitas, le sang et le sida, préface : DR Michel Limousin, collection « Médecin et santé en question » ; Les éditions du pavillon, l'harmattan 1994, P 24.

يشترط للقيام بعملية نقل الدم من جسم المتبرع أن يكون المتبرع بحالة صحية جيدة، وأن يكون سليما من الأمراض السارية والمعدية. وبمعنى آخر أن يكون لائقا صحيا للتبرع بدمه، لذا ينبغي أن يخضع المتبرع بالدم لفحص طبي سريري من قبل الطبيب[1].ونستشف ذلك من خلال استقرائنا لنص المادة من 368 قانون الصحة[2] 11/18.

الفرع الثاني: الشروط القانونية الواجب توافرها في المتبرع والمستقبل.

إن مشروعية التعامل والتداوي بالدم ليست مطلقة وإنما قيدت بشروط أو ضوابط قانونية التي حددها أهل العلم ومنها :

- قيام حالة الضرورة وتحققها بصورة قاطعة لا لبس فيها.
- عدم وجود بديل للدم البشري.[3]
- ضرورة التحقق من عدم وجود خطر حال أو مستقبل على صحة المأخوذ منه.
- أن يتحقق رضا المأخوذ منه وطواعيته بلا ترغيب مادي على إعطاء دمه.
- أن تتم عملية نقل الدم من المتبرع إلى المتلقي على يد طبيب مختص[4].

الشرط الأول: أهلية المتبرع.

وفيها ينبغي الحصول على رضا المتبرع بالدم أي أن يكون كامل الأهلية وينبغي أن يتمتع بكامل قواه العقلية، أي أن يكون بالغ وراشد.وهذا ما نصت عليه المادة 369من قانون 11/18.[5]

الشرط الثاني: الرضا والتبصر.

أهم الضوابط لمشروعية التعامل على الجسم الآدمي هو رضاء صاحب الجسم الآدمي، والرضا ينبغي أن يكون حرا ومتبصرا سواء من المريض أو المتبرع، ومن القواعد المستقرة في آداب مهنة الطب،سواء في فرنسا أو الجزائر ومصر فإنه لا يجوز للطبيب أن يمس سلامة المريض إلا برضائه[6]. ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى ذلك من خلال نص المادة 343 من قانون الصحة الجزائري 11/18.

---

[1]– محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص 52.

[2]– يجب أن تكون عملية التبرع بالدم مسبوقة بمقابلة طبية مع المتبرع تراعي خلالها القواعد الطبية".

[3]– فادي رضوان، نقل الدمBlood Transfusion، 04 أفريل2022، www.3rbdr.net

[4]– نقل الدم من آخر، ولم يوجد من المباح ما يقوم مقامه، جاز نقل الدم إليه من غير شبهة ولو من غير مسلم: الإمام الشيخ عبد المجيد سليم، رئيس الفتوى بالأزهر في مجلة الأزهر المجلد رقم 20 العدد الثامن، سنة 1268 هـ، ص 742.

[5]– "يجب أن لا يقل سن المتبرعبالدم عن 18وألا يتعدى خمسا وستين سنة،يجوز نزع الدم في كل الأعمارلأسباب علاجية أو تشخيصية".

[6]– المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المؤرخ في، 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، الجريدة الرسمية رقم 52.

نفس الشيء بالنسبة للمتبرع الذي يكون الرضا في التبرع حرا عن طريق الموافقة الحرة دون أي ضغط خارجي أو مادي أو معنوي .

الشرط الثالث:أن يكون التبرع بدون مقابل. .وهذا ما نستشفه من نص المادة263 ،

وعليه يمنع على المتبرع بالدم الحصول على أي تعويض سواء كان مباشرا أو غير مباشر.

الشرط الرابع: بقاء هوية المتبرع مجهولة.

لا يمكن للمستقبل أو المتلقي أن يعرف هوية الشخص المتبرع والشخص المتبرع بالدم أن يعرف هوية المريض، إلا في حالة ما إذا كان المتبرع قد قام بهذه العملية لأحد من أفراد عائلته أو أصدقائه من أجل العلاج.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعلاقات القائمة في مجال عمليات نقل الدم.

نظرا لتعدد أطراف عملية نقل الدم، والتداخل في أعمال المكلفين بها أو بمعنى أدق التكامل في أعمالهم، فقد أدى هذا إلى ظهور روابط قانونية بين هذه الأطراف.[1]

الفرع الأول: العلاقة القانونية بين المتبرع بالدم والمتلقي (المريض).

عملية نقل الدم لم تكن تحظى منذ فترة كبيرة باهتمام القضاء فيما يتعلق بالعلاقات القانونية التي تقيمها تلك العملية ، إلا أنه مما لا شك فيه أن النظام القضائي له الفضل في تحديد عناصر العقود التي تنجم عن عملية نقل الدم ونتائجها[2]، وعليه فإن العلاقة بين المتبرع والمتلقي تختلف باختلاف نوعية المتبرع بالدم

أولا: العلاقة القانونية بين المتبرع المجاني والمنقول إليه.

هذه العلاقة تدخل ضمن صور الاتفاقيات المجانية كالوصية والهبة وهي تصرفات قانونية تبرم من غير الحصول على عوض، فالمتبرع يتنازل عن جزء من دمه للمريض دون أن يحصل على أي عوض أو فائدة بمعنى أنها يمكن أن تشبه العقود التبرعية. إلا أن هذه العقود ترد على ذمة مالية، في حين أن عمليات نقل الدم ترد على جسم الإنسان، لذا يرى البعض أن أصدق وصف لهذه العلاقة هو أنها اتفاقيات الكرم (Convention degénérosité)[3] والتي تدخل في نطاق العقود التبرعية، فهذا الوصف هو المناسب لوصف العلاقة بين المتبرع المجاني والمريض والتي تكون معنوية أو أخلاقية أكثر منها قانونية[4].

ثانيا: العلاقة القانونية بين المتبرع العرضي والمنقول إليه الدم.

---

[1]– محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص 339.

[2]–محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع نفسه، ص 341.

[3]– وائل أبو الفتوح أحمد العزيزي، المرجع السابق، ص 342.

[4]– وافي خديجة، المرجع السابق. ص 73.

هناك جانب من الفقه المدني يرى أنه يوجد عقد مدني بين الطرفين يمكن أن يطلق عليه بعقد نقل الدم، وإذا أردنا قياس ما قيل على القانون المدني فالمادة54 منه تنص

على أن: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص آخر بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". بمعنى توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنقاصه.

ثالثا: العلاقة القانونية بين المتبرع المحترف والمستقبل.

هذه العلاقة تعتبر أكثر وضوحا وذلك راجع إلى أن المتبرع المحترف يتخذ من التبرع مهنة، فهو يعرف حدود مقاومته ويتمتع بمميزات طبية خاصة، فهو شخص في عمر متوسط وصحته جيدة، وبالإضافة إلى ذلك فهذا الأخير يقدم ضمانات للمرضى المتمثلة في توصيات الطبيب التي تعتبر حجة على مهاراته الأخلاقية والجسدية[1].

وهكذا نجد أن عقد نقل الدم في هذه الحالة أكثر وضوحا، ففي الواقع أن الدم محل العقد هو مادة قابلة للتنازل عنها من قبل المتبرع بدون ضرر، لذا وجب أن يكون المتبرع كفؤا لهذه المهنة وعلى استعداد سريع للتبرع كونه يتلقى تدريب خاص في كيفية بناء جسمه وتجديد دمه[2]. فالاستحالة التي تنتج عن أخذ الدم من المتبرع المحترف في فترة قصيرة بين التبرع الأول والتبرع الثاني المراد تنفيذه تعتبر بمثابة سببا أجنبيا ولو لم يصل إلى حد الاستحالة المطلقة لأن التبرع هنا يضر بالمتبرع ولا يفيد المريض لفقر الدم (نقص كرات الدم الحمراء)[3].

أما إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى رفض المتبرع المحرف دون وجود عائق، فالفقهاء وكونهم كيفوا عملية نقل الدم بين المتبرع المحترف والمريض هي عقد غير مسمى، فهنا يعتبر خطأ صادر من المتبرع المحترف الذي لا يفي بوعوده وذلك من خلال اللجوء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق[4].

الفرع الثاني: العلاقة القانونية بين مراكز نقل الدم والمريض.

إن المتلقي أو المستقبل أو المريض رغم أنه المستفيد الأول من عقد توريد الدم غير أنه لا تربطه أي علاقة أو رابطة قانونية مباشرة مع مركز نقل الدم[5]. وعندما يقرر الأطباء المعالجون أن هذا المريض بحاجة إلى عملية نقل الدم فإنهم يتوجهون إلى مركز نقل الدم لتزويدهم بالدم المطلوب

---

[1]– وائل أبو الفتوح أحمد العزيزي، المرجع السابق، ص 360.

[2], O. P. Cit, P 75.-- Marie-Angèle Hermite

[3]– وائل أبو الفتوح أحمد العزيزي، المرجع السبق، ص 364.

[4]– التعسف في استعمال الحق يقوم عند الإساءة في استعمال الحق أو التعسف في استعماله بمعنى إذا كان صاحب الحق مع التزامه بحدود وشروط حقه قد أضر بالغير سواء من قصد أو غير قصد. راجع إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق في القوانين الجزائرية، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2008، ص 272.

[5]– محمد عبد الظاهر حسن، المرجع السابق، ص 67.

حسب فصيلته والكمية المطلوبة، وحسب هذا يكون المريض أجنبيا عن العلاقة بين مركز نقل الدم والمؤسسات العلاجية التي تطلب الدم لنقله إلى المريض[1].

إلا أنه لا يمكن للمريض الرجوع على مراكز نقل الدم إلا على أساس المسؤولية التقصيرية مما يستتبع على المريض فضلا على الضرر وعلاقة السببية إثبات الخطأ.

الفرع الثالث: العلاقة القانونية بين مراكز نقل الدم والهياكل الصحية.

نظرا لاحتكار مراكز نقل الدم لمنتجات الدم بنوعيها الثابتة والمتغيرة، فقد أصبحت هي المصدر الوحيد لهذه المنتجات، وهو ما يستلزم لجوء المؤسسات العلاجية العامة منها والخاصة إلى هذه المراكز للحصول على هذه المنتجات الخاصة، وهو ما يستتبع القول بوجود علاقة قانونية تنشأ بين هذه المؤسسات ومراكز نقل الدم[2]، وقد كيف القضاء الفرنسي كيف هذه العلاقة على أنها عقد توريد وأغلب الفقهاء سايروا هذا التكييف، وبالنسبة لموضوع بحثنا فالمركز يقوم بتوريد الدم للمستشفيات العامة والخاصة وعلى ذلك يكون عقد توريد الدم عقدا إداريا إذا أبرم بين المستشفى العام ومراكز نقل الدم على توريد كميات من الدم أو مشتقاته، كما قد يكون عقد توريد الدم عقدا مدنيا طرفاه المركز والمستشفى أو العيادة التابعة للقطاع الخاص.

وعن طبيعة الالتزام المتولد عن عقد توريد الدم إن كان التزام بنتيجة أو بوسيلة، ففي الحقيقةأن الالتزام الذي يولده عقد توريد الدم ومنتجاته على عاتق المورد (مركز نقل الدم) هو التزام بتحقيق نتيجةوهذا العقد هو ملزم لجانبين، إذ يلقي على عاتق طرفيه التزامات متبادلة، كما يحصل كل طرف على مقابل لما يؤديه من التزامات. فالمؤسسات العلاجية تحصل على الدم لإسعاف مرضاها وهذا المركز يحصل على مقابل مادي لما يقدمه من دم ومركباته ويعد هذا المبلغ نظير للتكاليف الخاصة بالإنتاج الذي يقوم بها المركز حتى لا يصبح عمله عملا تجاريا[3].

ولقد اتجهت غالبية أحكام القضاء إلى إقرار الالتزام بنتيجة، وهذا ما سوف نراه في قضية تعرف باسم (MARTIAL)، والتي قام فيها مركز نقل الدم بتوريد دم بمناسبة عملية كلى حيث احتاجت إلى نقل دم كامل واتضح فيما بعد أن الدم معيب بفيروس الإيدز وقد توفي المريض على إثر إصابته بمرض الإيدز بعد عدة سنوات، وذهبت المحكمة العليا إلى أن مركز نقل الدم ملزم

---

[1]– حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص 162.

[2]– وائل محمود أبو الفتوح العزيزي، المرجع السابق، ص 369.

[3]– حمد سلمان سليمان الزيود، المرجع السابق، ص 157.

بتزويد المستقبلين بمنتجات خالية من العيوب، ولا يمكن أن يعفى من هذا التزام إلا بإثبات السبب الأجنبي[1].

إلاأنه وبالرجوع إلى قانون الصحة الجديد في الفصل الثاني عشر خص هياكل الصحة بمجموعة من المواد من 258– 264 إلا أنها مازالت حبرا على ورق، وينبغي الإشارة إلى أنه حدد مهام هذه الوكالة وتنظيمها وسيرهاعن طريق التنظيم الذي لم يصدر بعد.[2]

قائمة المراجع والمصادر:

القرآن الكريم

أولا: الكتب(المؤلّفات) باللغة العربية.

أ- كتب في الفقه الإسلامي:

1. أحمد محمد لطفي أحمد،الأيدز وآثاره الشرعية والقانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،سنة2011.
2. الإمام الشيخ عبد المجيد سليم، رئيس الفتوى بالأزهر في مجلة الأزهر المجلد رقم 20 العدد الثامن، سنة 1268 هـ.
3. عادل عبد الحميد الفجال، أحكام التصرفات في الدم البشري وأثاره في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشئة المعارف الإسكندرية.
4. محمد عبد المقصود حسن داوود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه في الفقه والقانون المدني، مدرسة الفقه المقارن، دمنهور، بدون طبعة.

ب- كتب متخصّصة:

1. أمير فرج يوسف، الموت الإكلينيكي لا زرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجذعية، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
2. محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم – دراسة مقارنة – ط، دار الحامد للنشر والتوزيع،2008 م، الأردن.

ج- كتب عامة:

- راجع الدكتور إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق في القوانين الجزائرية، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر.

[1]–Cass. Civ. 12 Avril 1995, J.C.P. 1995, N° 29 j 11, 22467, note. Patrice Jourdain. (Attend qu'en statuant ainsi, alors que les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vicies==et qu'ils ne peuvent s'exonérer de cette obligation de sécurité que par preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée).

[2]– انظر نص المواد من 258–264 قانون 11/18الخاص بالصحة.

ثانيا: رسائل الدكتوراه.

1. وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيزي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم – دراسة مقارنة – رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2005.
2. طالبي فتيح، المسؤولية المدنية والجزائية عن نقل الدم،أطروحة الدكتوراه،جامعة سيدي بلعباس،كلية الحقوق والعلوم السياسية،السنة الجامعية 2013-2014.
3. وافي خديجة، المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم،دراسة مقارنة، أطروحة الدكتوراه، جامعة سيدي بلعباس،كلية الحقوق والعلوم السياسية،السنة الجامعية 2015-2016.
4. برابح يمينة، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية "(دراسة تأصيلية في القانون المدني)، مجلةالاكادمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية،العدد15، المؤرخة في 15جانفي 2016.

ثالثا: النصوص القانونية.

القوانين والمراسيم والقرارات:

- الأمر رقم 79/76 المؤرخ في، 29 شوال عام 1396 الموافق ل 23 أكتوبر 1976، ج ر عدد 101، لسنة 1976.
- القانون رقم 18-11، المؤرخ في 18 شوال عام 1439هـ، الموافق ل2 يوليو، المتعلّق بالصحة، الجريدة الرسمية، العدد 46، 2018م.
- القرار الوزاري المؤرخ في، 9 نوفمبر 1998، الصادر عن وزير الصحة والسكان والمتعلق بتسوية هياكل حقن الدم.
- المرسوم التنفيذي رقم 09-258 المؤرخ في،11 أوت 2009، المتعلق بالوكالة الوطنية لنقل الدم،ج ر عدد 47 المؤرخة في 16-08-2009.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في، 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، الجريدة الرسمية رقم 52.

- Cass. Civ. 12 Avril 1995, J.C.P. 1995, N° 29 j 11, 22467, note.

رابعا:باللغة الفرنسية.

- JaunSanitas, le sang et le sida, préface : DR Michel Limousin, collection « Médecin et santé en question » ; Les éditions du pavillon, l'harmattan 1994,

خامسا: الانترنت.

فادي رضوان، نقل الدمBlood Transfusion،204/27/22/، www.3rbdr.net

عمليات نقل الدم والمسؤولية المدنية الناجمة عنها

د. لمليكشي حياة
كلية الحقوق. جامعة تيزي وزو

الملخص: تمثل عمليات نقل الدم إحدى صور التقدم العلمي في مجال الطب، أثارت هذه العمليات في الفترة الأخيرة الكثير من النقاش والخلاف بين رجال الطب والقانون لكونها أحد المواضيع الحديثة من جهة ولعدم وجود بديل للدم من جهة أخرى، وكثرت التساؤلات حول بيان أهمية الدم وطبيعته القانونية وشروط التبرع به، وكذا الأساس القانوني لعمليات نقل الدم، كما أن الخوض في هذا الموضوع يطرح مشكلة تحديد المسؤول عن تعويض الأضرار الناجمة عن نقل الدم نظرا لتدخل أكثر من شخص في ذلك، ومدى كفاية أركان المسؤولية المدنية التقليدية لقيام المسؤولية المدنية في مجال نقل الدم، بالإضافة لمدى جبر التعويض للضر اللاحق بالمضرور.

الكلمات المفتاحية: الدم البشري، نقل الدم، المتبرع بالدم، متلقي الدم، الدم الملوث، المسؤولية المدنية، نظم التعويض.

مقدمة:

الدمهوتلكالمادةالسائلةالتييحتاجهاجسم الإنسان ويحتاجهاليبقىعلىقيدالحياة، يتشكل من الكريات الحمراء والبيضاء، والصفائح الدموية والبلازما، ويوجد في الجهاز الدموي للجسم، لونه أحمر لوجود الخضاب فيه، ويكون أحمر فاتح في الشرايين لوجود الأكسجين، وأحمر داكن في الأوردة لوجود أكسيد الكربو ن[1] ، ولماكانالدمينبوعالحياةجعلهاللهتعالىعنصرامتجددافيالجسم، غير أنه قد تكون أجسامبعضالأشخاصغيرقادرةعلىتعويضكميةالدمالتيتفقدهأولاتنتجالكمية الطبيعية،أوكانعنصرالزمنلايسمحبذلك،فكانتالحاجةدائمالتزويدجسم المريضبكميةمن الدممنأجلعلاجهأوإنقاذحياتهفيالوقتالمناسب.

تعتبرعملياتنقلالدمأحدصورالتطورالعلميفيمجال الطب، ورغم المحاولات العديدة لإيجاد بدائل اصطناعية لدم الإنسان، إلا أن هذا الأخير بقي الأنسب لإنقاذ حياة مريض أو إغاثة جريح[2]، من أجل ذلك ظهرت الحاجة لنقل الدم من الإنسان السليم إلى آخر مريض لإنقاذ حياة هذا الأخير، وقد بذل العلماء جهدا كبيرا لنجاح عمليات نقل الدم لتصل إلى ما هي عليه اليوم، وذلك لضمان سلامةالمتبرع بالدموالمتبرعإليه معا.

إنإنقاذحياةإنسانعملينبععنحبالخيرللغيرووهبهمالحياة، وهوعمليكشفعن أرقى صورالإنسانية،إذلايتصورإجبارشخصعلىإعطاءكميةمندمهأوأخذها منهبمقابل،منهنااكتسبتعمليةنقلالدمالطابعالتبرعي، إلاأنهذه العمليةوإنكانتتتممنأجلإنقاذحياةالغيرفإنهاقدتكونسببافيإصابةالشخص المتبرع أو المتبرع له بأضرار،كمن ينقل

[1] علال قاشي، تجريم عملية نقل الدم الملوث –دراسة مقارنة-، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 1، 2020، ص.287.
[2] عبد المجيد خطوي، عمليات نقل الدم بين الأحكام الشرعية والأنظمة الوضعية في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد1، ص.205.

له دم ملوث فيصاب بمرض آخر هو في غنى عنه، لذا نجد أن المشرعين حاولوا إيجاد إطار قانوني لعملية نقل الدم، وتحديد المسؤول عمّا ينجم عنها من ضرر للغير.

نظرا لأهمية موضوع عمليات نقل الدم علميا وعمليا وما قد ينعكس به من آثار على المرء، وأمام حداثة هذا الموضوع وغياب تنظيم تشريعي من قبل المشرع الجزائري خاص بعمليات نقل الدم وما يتولد عنها من آثار اجتماعية وقانونية خطيرة، قمنا بالبحث فيه وتتمثل الاشكالية التي لخصت الغاية من بحثنا في **مدى كفاية أركان المسؤولية المدنية طبقا للنظرية العامة في قيام المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم؟** وإجابة على هذه الاشكالية قسمنا الموضوع إلى مبحثين، تناولنا في الأول الإطار القانوني لعمليات نقل الدم، وخصصنا للثاني أحكام المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم.

المبحث الأول: الإطار القانوني لعمليات نقل الدم

أجريتعملياتنقلالدممنذالقديموكانت هناكعدةمحاولاتلنقلهإلىالإنسانمنأجل علاجهإلىأنناالتهذهالمحاولات النجاح، وقبل الخوض في موضع المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم لابد أولا من أن نبين مفهومعمليات نقلالدم التيلهادورملحوظفيمجالالطب وإطارها القانوني ليتسنى لنا بعد ذلك تحديد موقع هذه العمليات من نظام المسؤولية المدنية التقليدية.

المطلب الأول: مفهوم عمليات نقل الدم

يعدالدمالقوةالدافعةفيالجسمويمثلالجزءالسائلمنه،وهومن الأعضاءالمتجددةلهذالايتأثرالجسمفيحالةالقيامبعمليةنقلالدملأنهسيتجددبعدفترة وجيزةطبيعيا،وتعدهذهالعمليةمن المصادرالهامةللعلاج، ومن خلال هذا المطلب سنبين المقصود من الدم (الفرع الأول) لنحدد بعد ذلك المقصود من عمليات نقل الدم والشروط الواجب توفرها لصحة هذه العمليات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الدم البشري

يعرّف الدم لغة بأنه سائل أحمر يسري في عروق الإنسان والحيوان، أما اصطلاحا فيعرفه علماء الطب بأنه "نسيج متكون من خلايا وبلازما"، وعرفه البعض الآخر بأنه "عضو ولكن بدون حدوث ثابتة"[1]، أما فقهاء القانون فهنالك من عرّفه على أنه"ذلك السائلالعجيبالذييدورخلالالقلبوالشرايينوالشعيراتالدموية إلىجميعأجزاءالجسد، حاملاالأكسجينمنالرئتينإلىجميعخلاياالجسم،ويدفعثانيأكسيدالكربونمنخلايا الجسمإلىالرئتين"[2]، وهنالك من عرفه على أنه "السائل الحيوي الذي يسري في عروق الإنسان والحيوان"[3].

وعليه فالدممنمكوناتالجسمسواءكانإنساناأوغيرإنسان،يتميزبخاصية التجديدالتيقدلاتتوفرفيباقيالأعضاء،فهويتجددمنتلقاءنفسهويعوضالجزءالمفقود، واقتضتطبيعتهأنيكونفيحركةدائمةحتيقوم بدورمحوريفيالجسم،فيجريداخلأوردةالجسموشعيراتهويقومبمهامكثيرة،منها تنظيم حرارةالجسموالمحافظةعلىمحتوياتهمنالماءوتنظيم

---

[1] زهدور كوثر، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012-2013، ص.154.

[2] وافي خديجة، المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم –دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي لياس، سيدي بلعباس، 2016/2015، ص.10.

[3] أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية لمراكز وبنوك الدم، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار شتات، مصر، 2014، ص.24.

التمثيلالغذائي،وتنظيمتفاعلاتالدموالأنسجةوجعلهاثابتة،كمايقومبالمحافظةعلىالضغطالأزموزي لخلاياوأنسجةالجسمويقومأيضابالمحافظةعلىضغطالدمومنعفقدهعنطريقعمليةالتجلط،ويقوم بنقلالغذاءوالأكسجينلأنسجةالجسمالمختلفة،كمايقومبنقلالفضلاتإلىأعضاءالإخراجالتيتقوم بتخلصمنها،كمايقومبمهامالدفاععنالجسم[1].

الفرع الثاني: تعريف عمليات نقل الدم وشروطها

كان الدم ولا زال سببا من أسباب الحياة فمن فقد دمه فقد حياته، لهذا تعتبر عمليات نقل الدم وسيلة نجاة وإنقاذ حياة من فقد كمية من دمه، ومن خلال هذا الفرع سنبين المقصود من عمليات نقل الدم والشروط الواجب توفرها لنجاح مثل هذه العمليات.

أولا- تعريف عمليات نقل الدم:

تعرفعمليةنقلالدمبأنها"عمليةسحبكميةمنالدممنجسمالمعطي،ثمإعطاءهذهالكميةللمريض"[2]، كما تعرف على أنها "عمليةسحبكميةمحدودةومدروسةمنالسائلالدموي،منوريدشخصسليموحقنهفي وريدشخصآخرمريضبحاجةإليه،وذلكبعدالتأكدمنوحدةالفصيلةالدمويةلكلمنهماومن أنهخالمنأيمرضأوفيروس،وتتمهذهالعمليةعنطريقوسيطمتخصصيتخذشكل مؤسسةعلاجيةأومركزلنقلالدمومشتقاتهومنتجاته،سواءكانذلكعلىسبيلالتبرع،أم بمقابلماديمعقولفيحالةالاضطرار"[3].

أصبحتعمليات نقلمنأهمالركائزالطبية المعاصرةوذلكمنخلالعلاجالعديدمنالأمراضوإنقاذحياةالكثيرمنالأشخاص،إلاأنهالا تخلومنالمخاطرالتيتنتجعنها،فعدم مراعاةالقواعدالعلمية التي تفرضهاعمليةنقلالدم يتسبب بنقل ميكروباتإلى كلمنالأشخاصالمتبرعة أوالمنقولإليهمالدم تؤديبهمإلىالوفاة،وتتمثلهذهالمخاطرفيأنيكونالدممولوثبأحدالفيروسات،وأنيكون الدمغيرموافقلفصيلةدمالمتلقي، لذا كان لابد من توفر جملة من الشروط لضمان صحة هذه العمليات.

ثانيا- شروط عمليات نقل الدم:

تتطلب عملية نقل الدم من شخص سليم إلى شخص مريض توافر شروط في الشخص المتبرع بالدم وكذا في الشخص المريض المتلقي للدم، حتى تكون عملية نقل الدم ناجحة، إذ ينبغي حماية المتبرعين وحماية المرضى على حد سواء من آثار عملية التبرع بالدم ونقله، وسنبين هذه الشروط فيما يلي:

1- شروط التبرع بالدم:

المتبرع هو الشخص السليم الذي يتبرع بكمية من دمه لحقنه في جسم شخص آخر مريض[4]، واختياره يعتبر أمر هام وأساسي لسلامة عملية نقل الدم، فهو من أهم أطراف هذه العملية والتي لا يمكن أن تكتمل بدونه، وأهم شرط يجب توفره في المتبرع هو رضاؤه، إذ أن نقل الدم فيه مساسا بالجسم البشري، ومن غير المعقول أن يحصل

---

[1] محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص.5.

[2] فراس شكري بني عيسى، المسؤولية الجزائية للفاعل عن عملية نقل الدم الملوث، دراسة تحليلية قانونية، دار وائل، الأردن، 2014، ص.25.

[3] خالد موسى توني، الحماية الجنائية للحق في الحياة وسلامة الجسد في ضوء الممارسات الطبية المستحدثة وتطبيقاتها في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة، الاسكندرية، 2007، ص.38.

[4] محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص.53.

مساس دون موافقة المتبرع بالدم، ذلك أن للإنسان حقوقا مقدسة على جسمه مكفولة دستوريا لا يجوز المساس بها بغير رضائه، وعليه فإن حصول الرضاء من المتبرع شرط ضروري لما يمكن أن ينتج عن عملية نقل الدم من مخاطر تلحق بالمتبرع، وقد يصدر من المتبرع شخصيا في صورة صريحة أو ضمنية، وقد يكون قولا أو يكون مكتوبا[1].

كما يشترط ألا يكون المتبرعون بالدم صغارا في أعمارهم أو حتى كبارا إلا إذا استدعى الأمر ذلك وهذا حفاظا على صحتهم، لذا أكد المشرع الجزائري بأن لا يقل سن المتبرع عن 18 سنة ولا يتعدى 65 سنة حسب المادة 369 من القانون المتعلق بالصحة[2] والتي تنص على أنه: "**يجب أن لا يقل سن المتبرع بالدم عن ثماني عشر (18) سنة وألا يتعدى خمسا وستين (65) سنة. غير أنه، يجوز نزع الدم في كل الأعمار لأسباب علاجية أو تشخيصية**"، ويشترط أيضا أن يكون التبرع بدون مقابل، حيث أن القيم الإنسانية تسمو على المال، لذلك يجب أن لا يكون التبرع بدافع الربح أو المقابل المادي من أجل عدم فسح المجال لمتاجرة الإنسان بدمه[3]، لأن الجسد ليس محلا للمعاملات التجارية والمالية، بل إن التبرع بالدم يكون من أجل التضحية والتضامن بين الناس[4].

نص المشرع الجزائري كذلك على أن عملية التبرع بالدم تكون مسبوقة بمقابلة طبية مع المتبرع، حيث يجب إعلام المتبرع بالدم في مجال التبرع بالدم قبل وأثناء عملية نزع الدم[5]. هذه هي الشروط الواجب توفرها قبل القيام بأي عملية سحب دم من المتبرع، أما عن الإجراءات الواجب اتباعها بعد القيام بعملية التبرع فتتمثل في إبقاء المتبرع بعد عملية التبرع تحت المراقبة على الأقل مدة 10 دقائق في حالة التبرع بالدم كاملا و 30 دقيقة على الأقل في حالة التبرع عن طريق الترخيم الاستهلالي مع منح المتبرع طعام خفيف ومراقبة ضغطه الدموي قبل مغادرته[6].

2- شروط نقل الدم إلى المريض:

يعد نقل الدم إلى المريض من العمليات الطبية المهمة للحفاظ على حياته عندما يحتاج إلى الدم وتعويض النقص الحاصل فيه، وخوفا من إصابته بالأمراض الخطيرة نتيجة نقل دم الملوث إليه، فقد أحاط المشرع هذه العملية بشروط تتمثل في رضى المريض بعملية نقل الدم وعلمه بأخطارها كأصل عام وهذا ما أشارت إليه المادة 43 من مدونة أخلاقيات[7] الطب بنصها: "**يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي**"، ويجب أن يكون رضى المريض بعملية نقل الدم صريحا وحرا، أي يكون قد اختار التدخل الطبي بمحض إرادته السليمة من كل العيوب، ويشترط في الرضا كذلك أن يكون متبصرا[8]، والتبصير هو التعريف والإيضاح بعملية التبرع بالدم وبتلقي الدم، ويقع التبصير على عاتق الطبيب، حيث يطلع

---

[1] علال قاشي، مرجع سابق، ص.290.

[2] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46 الصادرة في 29 يوليو 2018، معدل ومتمم بالأمر رقم 20-02 مؤرخ 30 غشت 2020، ج.رعدد 50 صادرة في 30 غشت 2020.

[3] محمد جلال حسن الأتروشي، مرجع سابق، ص.70.

[4] علالقاشي، مرجع سابق، ص.292.

[5] المادة 368 من القانون رقم 18-11المتعلق بالصحة، مرجع سابق.

[6] زهدور كوثر، مرجع سابق، ص.211.

[7] مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر عدد 52، الصادرة في 8 يوليو 1992.

[8] زهدور كوثر، مرجع سابق، ص.117.

المتبرع بالدم والمريض على هذه العملية وكل المخاطر المحتملة التي تصيبه، من أجل أن يعقد مقارنة بين هذه المخاطر والفائدة من عملية التبرع بالدم أو نقله[1].

تجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط الرضا في حالات استثنائية إما راجعة إلى حالة الاستعجال أو لتنفيذ أمر قانوني، فأما في الحالة الأولى فيجوز فيها مباشرة الأعمال الطبية دون رضاء المريض بقصد إنقاذ حياته المهددة بالخطر مع عدم قدرته على إبداء رأيه وتعذر على الطبيب الاتصال بأهله أو ممثله الشرعي حسب الفقرة الثانية من المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب، أما في الحالة الثانية فقد تصدر في بعض الحالات أوامر وقرارات تلزم الأطباء القيام بالأعمال الطبية دون الحصول على إذن وموافقة المريض مثلا حالة انتشار الأوبئة والأمراض المعدية.

هذا عن رضا المريض عن الأعمال العلاجية عامة، أما فيما يتعلق برضائه عن عملية نقل الدم إليه، فلا يوجد نص خاص في قانون الصحة يتعلق بالمسألة، لذا نطبق القاعدة العامة وهي وجوب رضائه عن نقل الدم إليه ووجوب تبصيره عن مخاطر النقل ونتائجه المحتملة.

المطلب الثاني: مشروعية عمليات نقل الدم في القانون الوضعي

أمام النجاح الباهرالذيحققتهعمليات نقل الدم فيعلاجالعديدمنالأمراضكانلابدأنتتسمهذهالعملياتبالشرعية اللازمة لإنتاجآثارها،وخصوصاأنالتقدمالطبيفيمجالنقلالدملميعديقتصرعلىنطاق النقلبينالأحياءبلامتدإلىالنقلمنالأمواتللأحياءوهومايستوجبمعرفة موقف القانونمنه.

رغم الجدل الفقهي والقانوني الكبير الذي عرفته مسألة مشروعية عمليات نقل الدم، لكن هذه الآراء والقوانين تتفق في أغلبها على إجازة مثل هذه العمليات، إلا أنها تختلف في طبيعة الأساس القانوني الذي استند إليه كل فريق[2]، ففريق يؤسسها إلى حالة الضرورة بإعتبارها الأساس القانوني التقليدي لإباحة ممارسة الأنشطة الطبية من جراحة وعلاج ووقاية، وفريق آخر يؤسسها إلى المصلحة الاجتماعية باعتبارها السند القانوني لعملية نقل الدم بالنسبة إلى المتبرع[3].

الفرع الأول: مشروعية نقل الدم بين الأحياء

إذاكانمنالمستقر عليهأنالكيانالجسديللإنسانمعصوموتشملهالحمايةالقانونيةسواء كانتمدنيةأوجنائية،إلاأنالطفرةالتيشهدتهاالعلومالطبيةعقبانتهاءالحربالعالميةالثانية، وماواكبذلكمناكتشافاتبيولوجيةومستحدثاتعلاجية،كانلهأثرواضحفيتغيرالعديد منالمفاهيموالقواعدالأصوليةالمستقرعليهافيالطبوالقانون، فكانهناكاصطدامبيناستحداثوسائلعلاججديدةتعتمدعلىنقلأعضاءجسم الإنسانلإنسانآخرعلىسبيلالتداويومبدأحرمةالكيانالجسديللإنسانفيصورته التقليديةالتيتجرمأياعتداءعليه،ماأدىإلىوجودمشكلةوهيمشروعيةنقلالأعضاء الآدميةومنهاالدمالبشري[4].

---

[1] علال قاشي، مرجع سابق، ص.291.
[2] عبد المجيد خطوي، مرجع سابق، ص.211.
[3] محمد جلال حسن الأتروشي، مرجع سابق، ص.39
[4] وافي خديجة، مرجع سابق، ص.30.

إنكانمزال هناكخلاففيالفقهوالقضاءوكذاالتشريعحولنقلوزراعةالأعضاء البشرية،فإننقل الدملميعدداخلحيزهذاالخلاف،فمشروعيةعملياتنقلالدملمتعدمحلخلافي القانونالوضعي،خاصةبعدأنتثبتخاصيتهالعلاجية إذأجازتالقوانينالوضعيةبشكلعامنقلالدممنالإنسانالسليمالصحيحالمعافإلى المريضالذيهوبحاجةللدممنأجلالشفاءفأصبحأمرامستقراعليه قانونا، الأمر الذي سار عليه المشرع الجزائري حيث اعترف هو الآخر بمشروعية نقل الدم.

الفرع الثاني: مشروعية نقل الدم من الأموات إلى الأحياء

عرفت مسألة نقل الدم بين الأحياء جدلا كبيرا، إلا أنه لم يكن بنفس الحدة التي عرفتها مسألة نقل الدم من شخص ميت إلى آخر حي[1] ، فكماسبقتالإشارةإليهآنفا ذهب أغلبيةالفقهاءإلىجوازالتداويبالدمبينالأحياءباعتبارهعنصرهاماللحياة البشرية،لكنالإشكاليطرحفيالحالاتالتييؤخذفيهاالدممنالجثةلاستخدامهفيعمليات نقلالدملأحياء، فاستنزافالدممنالجثةلاستخدامهفيعملياتنقلالدملأغراضعلاجية تكتنفهصعوباتوالتيمنأهمهاتحديدلحظةالموتأوالوفاةالتيتنقلوصفالجسمإلىالجثةوما مدىمشروعيةسحبالدممنالجثة.

أولا- تحديد مفهوم الموت:

يربعضالفقهأنهامسألةطبيةبحتةكونالموتواقعةبيولوجيةالمفروضأنيترك تقديرهالأهلالاختصاصوهمالأطباء، لذلكامتنعتالتشريعاتالوضعيةعنوضعتعريفمحددللموت،إذلوفعلتذلك سوفيعتبرمنالمسائلالخطيرة،لأنالعلميتقدمبالنظرياتالعلميةويتغير ،فقدكانمعيارالموت هوتوقفالقلب،والآناتجهالعلمإلىالأخذبمعيارآخريعتمدعلىموتخلايا المخ،وربمايتغير الحالفيالمستقبل[2].

ثانيا- مشروعية التداوي بدم الجثة:

منالمستقرعليهفيالطبالشرعيأندمالإنسانيظلصالحابعدوفاتهلفترةزمنيةلا تتعدى 9 ساعات مايجعلهصالحالنقله، وقد أجازالمشرع الجزائرينزعالأنسجةوالأعضاءمن الأشخاصالمتوفين،لأغراضعلاجيةوذلكوفقشروطمعينة، حيث أن مشروعية استنزافدمالجثةيخضعلضوابطعامةالتيتقتضيهاحالةالضرورة،وهيأنهذهالعملية الغاية منهاالعلاجفقطوعدمتعارضهامعالنظامالعام،كماأنهاتكونبدونمقابل،بالإضافةإلى ضوابطخاصةالتيوضعتهاقوانينكلدولةعلىحدى.

وعليهفأساسهذهالعملية هوحالةالضرورة،إلاأنهذهالإباحةليستبصفة مطلقةوإنماتكونوفقضوابطقانونية،منهاضوابط عامة حيث يشترط في عملية نقل الدم أن تكون بغرض علاج المريض، وأن تكون بلا مقابل مالي وألا يتعارض النقل مع النظام العام، وهي نفس الشروط الواجب توافرها في نقل الدم بين الأحياء، وضوابطخاصةوهيالتأكدمن وفاة المعطي، لأن الموت عملية في اتجاه واحد لا شفاء لها، ووجوب توفر شرط رضا المريض قبل وفاته، أو رضا أقاربه إذا لم يصرح هو نفسه بهذا التصرف قبل وفاته، وفي أشكال التصرف في الجثة تشترط بعض التشريعات أن يكون عن طريق الوصية أو عن طريق بطاقات التبرع، فيما ترفض تشريعات أخرى كل شكل من أشكال التعبير[3].

---

[1] عبد المجيد خطوي، مرجع سابق، ص.209.
[2] وافي خديجة، نفس المرجع، ص.35.
[3] عبد المجيد خطوي، مرجع سابق، ص.ص.209-210.

المبحث الثاني: أحكام المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم

سعى الإنسان منذ القديملاستخدام الدم كعاملمنعواملإنقاذالبشرية، غيرأنهذاالعاملللإنقاذالبشريةأصبحخطرايهددالحياةالبشريةفي الوقت نفسه، حيث صارفيالوقتالراهنعاملللنقلوانتشارواسعلأمراضخطيرةبينالآدميين، وأصبح الحديث عن المسؤولية الجنائية لعمليات نقل الدم وكذا المدنية، هذه الأخيرة التي سنتناولها بالدراسة من خلال هذا المبحث، حيث نبين أولا طبيعة هذه المسؤولية وأركان قيامها (المطلب الأول)، وبما أن الغرض من قيام المسؤولية المدنية عموما هو جبر الضرر، فيستحق المضرور من عملية نقل الدم تعويضا جبرا له عن الضرر الذي لحق به (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أركان المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم

تنشأ المسؤولية عند الإخلال بالتزام سابق، فهي تجمع على الإخلال بالالتزام والضرر والعلاقة السببية بين الإخلال والضرر، وقد يختلف نوعها باختلاف مصدر الالتزام، فقد تكون عقدية عند الإخلال بالتزام تعاقدي وقد تكون تقصيرية عند الإخلال بالتزام قانوني. وبما أن عمليات نقل الدم تدخل ضمن النشاط الطبي فإذا ما لحق بالمريض أو المتبرع ضرر من جراء هذه العمليات تقوم المسؤولية ويحق للمتضرر طلب التعويض، تكيّف هذه المسؤولية على أنها مسؤولية طبية نظرا لتعلق الدم والعمليات الواردة عليه بالممارسة الطبية.

تعرض المشرع الجزائري لموضوع نقل الدم إلا أنه لم يبين طبيعة المسؤولية الطبية الناجمة عن عمليات نقله فيما إذا كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية بشكل صريح، فظهر اتجاهين الأول يرى بأن المسؤولية الطبية هي مسؤولية تقصيرية وآخر يكيّفها على أنها مسؤولية عقدية ولكل منهما أسانيده وحججه، وسواء كانتمسؤوليةعقديةأو تقصيريةفإنها تقوم علىأركانثلاثةهيالخطأوالضرروعلاقةالسببية، وسنتطرقمن خلالهذاالمطلب إلىأركانمسؤوليةعملياتنقلالدم.

الفرع الأول: الخطأ في مجال عمليات نقل الدم

ليزال الخطأ بشكل عام هو محور قيام المسؤولية المدنية وعليه يتوقف وجودها، حيث أنه لا وجود لأي مسؤولية في حال انتفاء هذا الركن ونفس الشيء في المجال الطبي، وقد اعتمد في تعريف الخطأ الطبي بالنظر إلى التزام الطبيب، وهو التزام بوسيلة أي بذل العناية الصادقة من أجل شفاء المريض، فإن هو قصر فهو تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كونه يقع عليه بشكل خاص واجب احترام الأصول الفنية عند العلاج، كما يعد كل إخلال بوجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على سلوكه نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر، حتى لا يضر بالمريض[1].

أمافيمجالالعملياتنقلالدمفإنالأمريختلف،كونأنالطبيبفيمجالالنقلالدم ملزمبسلامة المتبرع والمتلقي الذي يعتبر التزام بتحقيق نتيجة، وعليه متى لم تتحقق النتيجة وهي سلامة المريض من جراء عملية نقل الدم وليس شفاؤه قامت مسؤولية الطبيب، وهذاالالتزاميعداستثناءًمنالقاعدةالعامةفيمسؤوليةالأطبا ء[2] ،كون أنقواعدنقلالدمإذالم

---

[1] عبد الوهاب عرفه، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص. 22.

[2] االقاعدة العامة في مسؤولية الأطاء هي أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية كأصل عام وبتحقيق نتيجة في حالات استثنائية فقط، وهذا ما أكده القضاء، راجع في هذا الصدد، قرار مؤرخ في 2008/01/23، ملف رقم 399828، مجلة المحكمة العليا، عدد2، 2008، ص.175.

تتموفقاالأصولالمهنية،فإنذلكلايؤديإلىتحقيقالنتيجةالمرجوة، ألاوهينقلالدممنغيرعدوىأوأخطار، وبذلك فالتزام الطبيب بتحقيق نتيجة يتجلى من ناحية سلامة العملية، أما فيما يخص شفاء المريض بالدم فليس من التزاماته بل يبقى ملزما ببذل عناية[1].

فإذاقدّمالطبيبللمريضدماغيرمناسبلفصيلته أودماملوثا يكونبذلكقدخالف التزامهبتحقيقنتيجة،ويترتبعلىذلكمسؤوليةعقديةعنالضررالذيأصابالمريض،فتقوم مسؤوليةالطبيببمجردأنيثبتالمريضعدمتحققالنتيجةالمرجوةمننقلالدم،ولايستطيع الطبيبأنيدفعالمسؤوليةعنجانبيهإلاإذاأثبتوجودالسببالأجنبي[2].

للخطأ أيضا وضعخاصفيمجالالمسئوليةالناشئةعنعملياتنقلالدموذلكبسببباشتراك أكثرمنشخصفيوقوعالفعلالضاروتزاحمالأسبابالمؤديةإلىالمسؤولية،ففيمجالالعملياتنقلالدمقد تثارمسئوليةالشخصالذيتسببفينقلالدمالملوثإلىالمريضكسائقالسيارةالذيارتكبحادثةدخل علىإثرهاالمصابالمستشفىوتقررنقلدمإليهتبينانهفاسدأوملوث،كمايمكنأنتثارمسئوليةمركزالدم عنالتلوثأوالأمراضالتيكانتبالدم،وتثورأيضامسئوليةالطبيبالذييتولىإجراء عمليةجراحيةأو علاجالمريضالمنقولإليهالدمكماأنمسئوليةالمستشفىلايخلوالوضعمناثارتهاوأخيرافانمدىمسئولية الدولةتجاهالمريض "المصاب" كانتموضعاللتساؤل[3].

الفرع الثاني: الضرر في مجال عمليات نقل الدم

الضرر في المسؤولية المدنية هو ذلك الأذى الذي يلحق الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك[4]، ويعد الضرر روح المسؤولية المدنية، عقدية كانت أم تقصيرية، وعلتها التي تدور معها وجودا وعدما، إذ لا تقوم المسؤولية المدنية دون ضرر مهما بلغت درجة جسامة الخطأ[5].

أما الضرر الطبي فهو حالة ناتجة عن فعل طبي، مس الأذى جسم الشخص وقد يستتبع ذلك نقص في حالة الشخص أو في عواطفه ومعنوياته[6]، أو بتعبير آخر هو ذلك الأذى الذي يصيب المريض في نفسه أو ماله أو شعوره نتيجة عمل الطبيب غير المعتاد، ويعد الضرر الطبي ركن لا غنى عنه لقيام مسؤولية الطبيب، وإمكانية مطالبة هذا الأخير بالتعويض، وهذا يعني أن فعل أو خطأ الطبيب هو السبب المقرر لقيام المسؤولية المدنية، والضرر هو بمثابة العلة المؤثرة في إيجابية المسؤولية المدنية، فمتى انتفى الضرر انتفى معه الحكم بمسؤولية الطبيب.

باعتبار عمليات نقل الدم من الأعمال الطبية، فالمسؤولية المتولدة عنها تعبر مسؤولية طبية، لذا تشترط في الضرر الحاصل من جراء عملية نقل الدم نفس الشروط المتطلبة فيه لاعتباره ضررا موجبا للتعويض، غير

---

[1] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص59.
[2] وافي خديجة، مرجع سابق، ص.ص.97-98.
[3] محمد عبد الظاهر حسن، مرجع سابق، ص.70.
[4] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني،ديوان المطبوعات الجزائري، الجزائر، 1999، ص.143.
[5] دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص.297.
[6] وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب –دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2008، ص.93.

أنهمايميزالأضرارالناجمةعنعمليةنقلالدمهيتلكالأمراضالخطيرةوالتي لميعرفهاالإنسانمنقبلكمرض نقص المناعة المكتسب (السيدا)،والذيثبتعمليأنتداعياتأضرارهلدىالمصابأوالمضرورتكون

علىكلالأصعدةالجسمانية،الماديةوالمعنويةبلوحتىعلىحياةالمضرورذاتهاوهيأغلىشيءلديه، ولسوف نرى عند التعرض للتعويضعن الأضرارالناجمةعن عمليات نقلالدمأنهاتخرجعنالإطارالمألوفوالمعروففي المسؤوليةالمدنيةنظرالخصوصيةهذهالأضرار،وكمايرى بعض الفقه فإن "خصوصياتالضررفيمجال نقلالدمقدتصلإلىحدالخروجعنالقواعدالعامةالواردةبشأنالضرر"[1]، فالتعويض عن الضرر فيها يشمل ثلاثة أنواع من هذا الأخير، الضرر المادي الضرر المعنوي وضرر آخر من نوع خاص تتميز به المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم وهو ضرر نوعي يتمثل في "التقليل من الأمل في الحياة وفقدانه"[2].

الفرع الثالث: العلاقة السببية في مجال عمليات نقل الدم

لايكفيمجردوقوعالضررللمضرورلإثبوتخطأفيجانبالممارس الصحيلقيامممسؤوليةهذاالأخيربل يتعينعلىالمضرورطبقاللقواعدالعامةأنيثبتوجودعلاقةمباشرةبينالخطأوالضررالذيأصابهوهذاما

يعرفبركنالسببية،وهوالركنالثالثمنأركانالمسؤوليةالمدنية، ويقصد بالعلاقة السببية في المجال الطبي العلة التي تربط الضرر الحاصل للمريض وخطأ الطبيب[3]، وتحديد العلاقة السببية في المجال الطبي ليس بالأمر السهل، لما يحمله جسم الإنسان من خبايا وتغيرات وعدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة[4]، فقد يختلط حساب الخبراء ويصعب عليهم تحديد سبب الضرر لنسبته للخطأ المرتكب من عدمه.

يقععلىعاتقمنيدعيأن ضررالحقهمنجراءالدمالذينقلإليهأنيثبتقيامعلاقةالسببيةبينالضررالذيمسهوالفعلالمنشئ للضرروهوهنا عمليةنقلالدم،ويعدتحديدرابطةالسببيةفيمجالنقلالدمخاصةالملوثمنالأمور

العسيرةوالشاقةوذلكلعدةاعتبارات،فمنجهةاتساعالفاصلالزمنيبينواقعةنقلالدموظهورالضررويطرحذلكبشكلخاصبالنسبةللعدوى الفيروسيةالتييكونمصدرهاالدمالتيتتراوحبين 42 سنة بالنسبةلداء نقص المناعة المكتسب وتصلإلى 15 سنةلالتهابالكبد،ومنجهةأخريطرحتعددالأطرافالفاعلةفي مجالنقلالدمابتداءمنمركزنقلالدمفالطبيبفيالمستشفىأوالعيادة، ومن جهة أخيرةتعددمصادرالعدوى فمنالثابتأنالعدوىقدتتمعنطريقنقلالدمكمايمكنأنيتمبأيطريقةأخربغيرالدم،فكلمن هذهالعواملتجعلمهمةالقاضيفياستخلاصتوافرعلاقةالسببيةبينعمليةنقلالدموالضررالذي

أصابالمدعيصعبةللغايةوغيردقيقةفيأغلبالأحيان.

تحديد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في مجال عمليات نقل الدم، ينظر إليه من وجهتين طبية وقانونية، فأما علاقة السببية من وجهة نظر الطب فهي تتمثل في البحث عن السبب المؤدي للإصابة أو بعابرة أخرى إسناد الإصابة بالمرض إلى عملية نقل الدم عن طريق خبرة يقوم بها أهل الطب تتمحور حول إثبات أن الدم الذي تم نقله كان دما ملوثا[5]، الأمر الذي يصعب في بعض الحالات خاصة في حالة المرض بداء فقدان المناعة المكتسبة حيث أن هذا الأخير يستغرق وقتا للظهور، أما العلاقة السببية من وجهة نظر القانون فتكمن في اسناد الإصابة بالمرض إلى الدم المنقول الملوث، ولا شك أن اثبات العلاقة السببية من منظور طبي أسهل على إثباتها

---

[1] محمد عبد الظاهر حسن، مررجع سابق، ص.117.
[2] محمد جلال حسن الأتروشي، مرجع سابق، ص. 157.
[3] زهدور كوثر، مرجع سابق، ص.286.
[4] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص.169.
[5] محمد جلال حسن الاتروشي، مرجع سابق، ص.165

من منظور قانوني، إلا أن القضاة غالبا ما يأخذون بقرينة قضائية لمصلحة المضرور مفادها أنه متى تمت عملية نقل الدم إلى المريض، وأصيب هذا الأخير بعدوى فيروسية فهذا دليل وقرينة على أن الضرر هو ناجم عن عملية نقل الدم، ولا يتحمل المضرور عبء إثبات العلاقة السببية بل يكتفي إجراء عملية نقل الدم وحدوث الإصابة دون أن يثبت العلاقة السببية بينهما فينقلب عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب إذ على هذا الأخير إثبات العلاقة السببية بين العملية والإصابة أي نفي القرينة[1].

قدلايقعالضررالذييصيبالمريضنتيجةخطأالطبيب، وإنماقدتساهمفيهعواملأخربوهوما قديترتبعليهانتفاءمسؤوليةالطبيب،بمعنىحدوثالضرربفعل السببالأجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه، ففيما يتعلق بتطبيق القوة القاهرة في المسؤولية المتولدة عن نقل الدم، –والتي تقطع علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي يحصل للمريض– فقلما يؤخذ بها[2]، أما عن خطأ الغير فصورته مثلا في المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم أن يقوم طبيب بنقل الدم إلى المريض في مستشفى معين، وعند خروجه من المستشفى وصف له الطبيب مضادات حيوية عن طريق الحقن، فالتجأ المريض إلى مساعد طبي يعمل بالقطاع الخاص ليحقنه، إلا أن هذا المساعد استعمل إبرة غير معقمة حاملة للفيروس، فأصيب المريض بداء فقدان المناعة، فهنا لا تثار مسؤولية الطبيب الذي أشرف على عملية نقل الدم، لأن العدوى لم تنتج عن عملية نقل الدم وبالتالي خطأ الطبيب لا يثار وإنما نتجت عن خطأ المساعد الطبي، الأمر الذي من شأنه أن يقطع العلاقة السببية بين نقل الدم خطأ الطبيب والضرر الحاصل للمريض وبالتالي لا مسؤولية على الطبيب[3].

وأخيراقديتسببالمريض بخطئهفيإحداثالتلوث،وبذلكيكونفعله سببافيالإعفاءمنالمسؤوليةفيمواجهةالمسؤولينكأنيكونمثلامنفئةالشواذحيثيمكن بسهولةانتقالفيروس نقص المناعة المكتسبةأوالكبدالوبائيإليهعنطريقالجنس،أوأنيكونمنالذين يتعاطونالمخدراتعنطريقالحقنالملوثةبالفيروس،وكذلكمنصورخطأالمريضأنيترددعلى الأماكنالتيهيمناطقوبائيةحيثأنفرص الاحتكاكبسكانالمنطقةيزيدمنفرصةبالإصابةبالمرض، كمايعدمنقبيلالخطأالمريضالذي يرفعمنمسؤوليةالمسؤولينأنتكونالإصابةعنعمليةنقلالدمناجمةعنكذبالمريضعلى الطبيبكأنيذكرلهفصيلةدمغيرفصيلةدمهالحقيقية[4].

المطلب الثاني: آثار المسؤولية المدنية الناتجة عن عمليات نقل الدم

متى نجم عن عملية نقل الدم ضرر بالمريض قامت مسؤولية كل من الطبيب المشرف على عملية نقل الدم لكون العملية تتم تحت مسؤوليته المباشرة، والمستشفى العام بالتبعية، وأخيرا مسؤولية مركز الدم بناء على قواعد اشتراط مصلحة الغير، والتعويضهوالأثرالبارزالذييترتبعلىقيامموتحققعناصرالمسؤولية المدنية،إذلاجدوىمنالقول بوجودفعلضارنتجضررايرتبطمعهبرابطةسببيةدونتقريرالحقللمضرورفيالحصولعلىالتعويضمن المسؤول، فالتعويضهووسيلة لمحوالضررالواقعأوتخفيفوطأتهوالقاضيفيتقديرهللتعويض يستعينبالظروفالمحيطةبالواقعة،كمايتأثرأيضابدرجةالخطأولكنه يتأثرأكثربحجمالضررالناتج.

---

[1] زهدور كوثر، مرجع سابق، ص.290.
[2] محمد جلال حسن الأتروشي، المرجع السابق، ص.174.
[3] زهدور كوثر، مرجع سابق، ص.296.
[4] وافي خديجة، مجع سابق، ص.130.

الفرع الأول: المستحقون للتعويض في مجال عمليات نقل الدم

غالبا ما يتمثل المتضرر من عملية نقل الدم في المريض المنقول إليه الدم سواء تضرر هو شخصيا من العملية أو تضرر ذوي حقوقه بسبب ما أصاب مريضهم، وهو ما سنبينه من خلال هذا الفرع، كما قد يصاب كذلك المتبرع بالدم من جراء سحب الدم منه، وقد يصاب الطبيب المشرف على عملية نقل الدم، فإذا كان المتضرر من عملية نقل الدم الشخص المتبرع، فله أن يرجع على مراكز الدم بدعوى المسؤولية العقدية دون أن يثبت الخطأ لأن التزام مراكز الدم هو التزام بتحقيق نتيجة، فيكفيه إثبات عملية سحب الدم منه، والإصابة فقط دون إثباته العلاقة السببية بينهما فهي مفترضة في هذه الحالة، أما إذا أصيب الطبيب المشرف على عملية نقل الدم أو أحد المساعدين الطبيين فلا يحق له المطالبة بالتعويض تطبيقا لقواعد المسؤولية المتولدة عن عملية نقل الدم وإنما يعد الضرر الذي أصيب به من قبيل الحوادث المهنية التي يتعرض لها أثناء ممارسته الوظيفة[1].

أولا- المضرور شخصيا:

لاشكفيأنالمستحقالأوللتعويضهوالمضرورالمباشرةمننقلالدمالملوث،فالشخصالذيأصيب بالفيروسالموجودبالدمالمنقولإليهيصبحلهالحقفيالحصولعلىالتعويض،وهذاالشخصقديكونضحية حادثسيارةأوجبتنقلالدم إليه،وقديكونمريضاعادياقررالأطباءحاجتهإلىالدملإجراءعمليةجراحية معينة،فبعدالإصابة يصيرتعويضذلكالشخصواجباعلىالمتسببفيها.

يقدرالتعويضعنكلخسارة لحقتبهوكلمكسبضاععليه،ويشملالتعويضكلأنواعالضرر، فيعوضالمصابعنالأضرارالماديةالمختلفةعنالإصابةسواءتمثلتفيالعجزالجسمانيأوالعاهةالمتولدة عنالإصاباتأمظهرتفيالفقدالكليأوالجزئيللنشاطأوالعملالذيكانيمارسه،أييجبتعويضه عنالخسارةمصدرالكسبالذيفقدهبسببالإصابة[2]، كمايشملالتعويضالأضرارالمعنويةالناتجةعنإعلانالإصابةبأيمرضمعدفتأثرعلىحياة الشخصالعائليةوالأسريةوالاجتماعيةفقديتعرضالمصابلعزلاجتماعيوهجرأسريبسببالإصابة ويستحقالتعويضعنكلذلكشخصيا.

ثانيا- المضرورون غير المباشرون:

ليسالمضرورالمباشرةمنالإصابةهوالمستحقوحدهللتعويض،فهناكمضرورونبشكلغيرمباشر يثبتلهمالحقفيالحصولعلىتعويضعنالأضرارالمباشرةالتيلحقتبهم،وهذاالحقأصيللهموليس موروثاعنالمصاب، فالزوجةأوالزوجالتيأصيبزوجهاأوالذيأصيبتزوجتهبمرضنقص المناعة المكتسبيصابابضررمباشرةبسبب ذلك،يتمثلفيعدممارسةالحياةالأسريةبشكلمعتاد،وخاصةالمعاشرةالجنسيةخوفامنانتقالالعدوى إليه،أيضاالأولادالذينولدوالأممصابةبالفيروسفإنهميصيرونحاملينلهذاالفيروس،ويلحقهم نتيجةذلكضررمباشرلإصابةالأمبالفيروس.

كلهؤلاءأصيبوابصفةشخصيةبأضرارغيرمباشرةللإصابة ويستحقونعنهاتعويضابشكلأصيل،ومعنىذلكأنلهمالحقفيرفعدعوىمباشرةعلىالمتسببفي

---

[1] زهدور كوثر، مرجع سابق، ص.ص.301-302.

[2] محمد عبد الظاهر، مرجع سابق،ص.150.

الضرر يطالبون بالتعويض ولا يرتبطون بدعوى المضرور المباشر ،كما أن القاضي عند تقدير التعويض ينظر إلى هذه الأضرار فقط ولا يضع في اعتبارها الأضرار المباشرة التي أصابت المضرور المباشر ،وبجانب ذلك يثبت لأقارب المصاب الحق في التعويض عن الأضرار الأدبية والآلام النفسية التي لحقتهم من جراء إعلان إصابة قريبهم ويسمى الضرر المباشر الذي يلحق بأقارب المضرور المباشر بالضرر المرتد وهو الضرر الذي يرتد على الأشخاص آخرين نتيجة ما أصاب المضرور من ضرر ، والتعويض عن الضرر المرتد لا يختلط بالحق في التعويض الذي ينتقل إلى الورثة نتيجة وفاة مورثهم بسبب الإصابة ،فهذا التعويض الغرض فيه عدم إصابة أحد من الورثة بضرر مباشر وإنما ما لحقهم جميعا من أضرار جاء نتيجة وفاة المضرور المباشر على إثر الإصابة بالفيروس من الدم المنقول إليه، فانتقال الحق في المطالبة بالتعويض إلى الورثة تحكمها القواعد العامة، إذ يجوز للورثة المطالبة بتعويض عن الضرر المادي الذي أصابهم بفقد عائلهم الوحيد المتوفى نتيجة الإصابة ،ويلاحظ أن الحق في التعويض عن الضرر المادي ينتقل إلى الورثة كل بقدر نصيبه في الميراث.

الفرع الثاني: تقدير التعويض عن الضرر الذي يلحق المصاب

التعويض عن الضرر الذي يلحق المضرور يهدف إلى جبر هذا الضرر ،هذا الهدف هو نفسه في مجال التعويض عن الضرر الذي يصيب المضرور نتيجة عمليات نقل الدم ،إلا أن الإصابة التي تلحق بالمصاب عادة ما تكون خطيرة وغالبا ما تكون نقاتلة، إذ أنها في بعض الحالات قد تؤدي إلى وفاة المصاب وخاصة في حالة تمرض نقص المناعة المكتسب ومرض التهاب الكبد الوبائي، لذا يقوم القاضي المعروض عليه النزاع بتقدير التعويض مستعينا في ذلك على خبرة طبية من ذوي الاختصاص لما تشكله مسألة تقدير التعويض من مشاكل من حيث الدقة لأن مثل هذه الأمراض لا تظهر أعراضها ولا يقدر العجز فيها نهائيا إلا بعد مرور وقت من الزمن، كما للقاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في تقدير التعويض وهو ما يعرف بالتعويض عن الضرر المتفاقم، يراعى في ذلك تطور مراحل الضرر والتغيرات الاقتصادية كزيادة تكلفة العلاج مثلا، والقضاء يعوض على تفاقم الضرر بشرط أن تكون هناك خبرة طبية ثبت التفاقم[1]، حيث يقاس التعويض في حالات الإصابة بهذه الأمراض الخطيرة بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور، فيقاس على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي[2].

نص المشرع الجزائري في نص المادة 131 من القانون المدني الجزائري[3] على أنه: **«يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي يلحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 482 و 482 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة ،فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية ،فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير»**،

وهناك ثلاث أنواع لتقدير التعويض فنجد التقدير القانوني والتقدير الاتفاقي والتقدير القضائي، وفيما يخص التقدير في مجال العملية نقل الدم الذي تطرق إليها القانون المدني فإنه يجب أن يتساوى التعويض مع

---

[1] راجع في هذا الصدد القرار المؤرخ في 2007/10/17، ملف رقم 374825، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2007، ص.197.

[2] وافي خديجة، مرجع سابق، ص.141.

[3] الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 6 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، معدّل بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر عدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005، وبالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر عدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007.

الضرر الناتج، ويتمتع قضاة الموضوع بحرية واسعة في تحديد مبلغ هذا القدر الذي يجعله مناسبا مع الضرر الواقع، وحتى يتمكن القاضي من تقدير حقيقي وسليم لتعويض الأضرار الناتجة عن عملية نقل الدم عليها أن يلم ببعض الأفكار الطبية والعملية التي تسهل له مهمته حتى لو استعان بخبير في عدة مسائل، فإنما يقرره الخبراء يخضع لتقدير هذا الأخير شأنه مقدار التعويض فالخبير ليس هو الذي يحدد مبلغ التعويض بصفة نهائية، إذ المحاكم لا تأخذ بالتقدير الصادر عنه على أنه أمر مسلم به لا تجوز مناقشته، بل تتمتع بقدر كبير من الحرية يتيح لها أن تغير فيما قدر الخبير كتعويض بالزيادة أو النقصان إلى الحد الذي تراه عادلا للطرفين، لذا فإن ما يحدث في الغالب ألا يحدد الخبير مبلغ التعويض وإنما يوضح رأيه في المسائل الفنية فقط.

يتعرض القضاة عند تقدير التعويض للازم جبرا الأضرار الناتجة عن الإصابة بسبب نقل الدم الملوث عدة صعوبات، مرجعها أنا أصلا لمرض أو الإصابة قد يبدأ ثم يستغرق اكتمالها أو ظهور أعراضه زمنا، ما يضع القاضي في حيرة من أمره، هل يقدر التعويض بشكل كامل وجزافي عن الأضرار التي ظهرت أو ستظهر مستقبلا، أم يقدر تعويضا جزئيا ويحتفظ المضرور بحقه في الحصول على التعويض الكامل بعد تمام المرض وأعراض الإصابة، وتصدر المحكمة حكمها بالتعويض بطريقة تفصيلية تحدد فيه مطالب المضرور التي تم الاستجابة لها وتلك التي تم استبعادها، وتعد هذه الطريقة أكثر اتفاقا مع العدالة إذ يكون التعويض متساويا مع الضرر بشكل دقيق لأن المحكمة تبتعد عن التقدير الجزافي الذي يترك المضرور فيه جاهلا من أمره، وهذه الطريقة تعتبر هي الأفضل في مجال العمليات نقل الدم إذ من خلالها يعرف ما إذا كانت المحكمة قد عوضته عن جميع الأضرار التي أصابته، وغالبا ما تحكم بتعويض جزئي عند اكتشاف الإصابة بالمرض إعلانا لكثم تحتفظ للمضرور بالحق في الحصول على التعويض الكامل عند وصول المرض إلى مرحلته النهائية.

الخاتمة:

في نهاية هذه المداخلة توصلنا إلى أن عمليات نقل الدم ولو أن غرضها إنساني إلا أنها قد تنجر عنها أضرار وخيمة تؤثر على سلامة الإنسان وقد تودي بحياته، وقد أثارت هذه العمليات اهتمام كل من الفقه والقضاء، فأما عن هذا الأخير فما لحظناه من خلال دراستنا هو انعدام الأحكام القضائية الجزائرية في مجال المسؤولية المترتبة عن عمليات نقل الدم من الناحية المدنية، وهذا لا يعني انعدام هذا النوع من القضايا في مجتمعنا وإنما يرجع الأمر إلى غياب الوعي الصحي والقانوني للضحايا، حيث يلزمون الصمت ولا يلجئون إلى القضاء خاصة إذا ما أدت عمليات نقل الدم إلى الإصابة ببعض الأمراض التي ينظر لها بنظرة سلبية في المجتمع الجزائري، مثل فيروس نقص المناعة المكتسب.

أما الفقه بشقيه الشرعي والقانوني فلقد أولى الدم والعمليات الواردة عليه حيزا كبيرا من اهتمامه وحاول إضفاء الشريعية على العمليات الواردة عليه، خاصة بعدما أصبح من المتفق عليه أن الدم البشري يعتبر ضرورة ملحة لحياة البشر ولابد من التداوي به أمام عدم توفر بديل طبيعي أو اصطناعي حتى الآن يمكنه أن يحل محله، كما حاولت التشريعات وضع قواعد علمية دقيقة لضبط عملية نقل الدم، ومثلها فعل المشرع الجزائري حاول أن يضع لعملية نقل الدم إطار قانوني يضمن من خلاله سلامة الدم من حيث تحضيره وخزنه وتموينه وفي الأخير نقله للمريض الذي هو بحاجة إليه مراعيا بذلك المهنة النبيلة التي يرجى تحقيقها من هذه العملية.

وباعتبار عملية نقل الدم من بين الأعمال الطبية فالمسؤولية المتولدة عنها تعتبر مسؤولية طبية، إلا أنها تختلف عنها من حيث التزام الطبيب، فالتزام الطبيب اتجاه المريض في عمليات نقل الدم هو التزام بتحقيق نتيجة المتمثلة في سلامة المريض فإذا ما أخل بالتزامه تقوم مسؤوليته، كما أن ما يميز المسؤولية المتولدة عن مثل هذه العمليات هو علاقة السببية التي تكون مفترضة يكفي للمريض أن يثبت عملية نقل الدم والضرر الحاصل له فقط دون أن يثبت العلاقة السببية بينهما.

وفيما يخص التوصيات التي توصلنا إليها، وبعد القصور الذي لحظناه من خلال هذه الدراسة فإننا نقترح ما يلي:

- تنظيم المشرع الجزائري لتشريع خاص للمسؤولية عن عمليات نقل الدم نظرا للأخطار التي تنجم عن مثل هذه العمليات والخصائص التي تتميز بها.
- حبذى لو يتضمن هذا التشريع المتعلق بعمليات نقل الدم إيجاد هيئة متنقلة تتبع للدولة تشرف عن عمليات الدم من جمعه وتخزينه وتوزيعه وتعويض المضرورين عن الأضرار التي تصيبهم.
- انشاء صناديق خاصة لتعويض المضرورين من جراء عمليات نقل الدم، وخاصة مرضى نقص المناعة المكتسب والإلتهاب الكبدي الوبائي.
- جعل الحكم القاضي بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن عمليات نقل الدم حكما مشمولا بالتنفيذ المعجل لكي ينفذ الحكم بدون صيرورته نهائيا وبدون منح المسؤول مهلة للدفع والوفاء.

قائمة المراجع

الكتب:

1- أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية لمراكز وبنوك الدم، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار شتات، مصر، 2014.

2- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني،ديوان المطبوعات الجزائري، الجزائر، 1999.

3- خالد موسى توني، الحماية الجنائية للحق في الحياة وسلامة الجسد في ضوء الممارسات الطبية المستحدثة وتطبيقاتها في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة، الاسكندرية، 2007.

4- دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

5- عبد الوهاب عرفه، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

6- فراس شكري بني عيسى، المسؤولية الجزائية للفاعل عن عملية نقل الدم الملوث، دراسة تحليلية قانونية، دار وائل، الأردن، 2014.

7- محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

8- محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

الرسائل والمذكرات الجامعية:

1- زهدور كوثر، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012-2013.

2- وافي خديجة، المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم –دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قاننية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي لياس، سيدي بلعباس، 2015.

3- وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب –دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2008.

المقالات:

1- عبد المجيد خطوي، عمليات نقل الدم بين الأحكام الشرعية والأنظمة الوضعية في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد1، ص.ص.204-223.

2- علال قاشي، تجريم عملية نقل الدم الملوث –دراسة مقارنة-، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 1، 2020، ص.ص.283-305.

النصوص القانونية:

1- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 6 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، معدّل بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر عدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005، وبالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر عدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007.

2-القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46 الصادرة في 29 يوليو 2018، معدل ومتمم بالأمر رقم 20-02 مؤرخ 30 غشت 2020، ج.رعدد 50 صادرة في 30 غشت 2020.

النصوص التنظيمية:

- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر عدد 52، الصادرة في 8 يوليو 1992.

الاجتهادات القضائية:

1- القرار المؤرخ في 2007/10/17، ملف رقم 374825، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2007، ص.197.

2- القرار المؤرخ في 2008/01/23، ملف رقم 399828، مجلة المحكمة العليا، عدد2، 2008، ص.175.

تعويض ضحايا نقل الدم الملوث بفيروس نقص المناعة المكتسبة – دراسة مقارنة

ط.د. أوراغ رقية
المركز الجامعي تيبازة

د. زيدان نور الدين
المركز الجامعي تيبازة

الملخص:

شهد العالم في نهايات القرن العشرين ظهور أمراض فتاكة، من الممكن أن تنتقل عن طريق الدم أبرزها مرض الايدز، والذي صنفته منظمة الصحة العالمية من القتلة العشرة الكبار، باعتبار فيروس نقص المناعة المكتسبة من اخطر الفيروسات التي تدمر الجهاز المناعي للإنسان وتجعله عرضة لمجموعة من الأمراض تفضي بوفاته في الأخير. فهو من النوازل المستجدة التي أثارت العديد من الإشكالات القانونية الدقيقة، خصوصا في إطار تعويض المتضررين من عمليات نقل الدم الملوث وفقا للقواعد المدنية التقليدية التي باتت غير كافية لحمايتهم؛ في ظل ما أفرزته عمليات نقل الدم من أضرار نوعية، مما أدى للتوجه نحو آليات جديدة للتعويض كنظم تكميلية وهذا ما حرصت عليه جل التشريعات المقارنة.

الكلمات المفتاحية: فيروس نقص المناعة المكتسبة، عملية نقل الدم، التعويض، المسؤولية المدنية، التأمين، أنظمة التعويض التكميلية، صناديق الضمان، الإيدز.

مقدمة:

لقد شهد العصر الحديث تطورا هائلا وثورة علمية كبيرة في شتى مناحي الحياة من العلوم والمعارف، ومن بين المجالات التي ظهر فيها هذا التطور واضحا جليا العلوم الطبية على اختلاف أهدافها وتخصصاتها، حيث ساهمت بشكل أو بأخر في إنقاذ حياة البشر من الموت؛ وذلك من خلال توصلها لممارسات طبية لها صلة مباشرة بحياته ومعالجة ما كان صعبا في السابق إن لم نقل مستحيلا، ومن بين هذه الممارسات الطبية عملية نقل الدم التي تعتبر إحدى صور التقدم العلمي في مجال الطب، هذه الأخيرة التي مرت بمراحل عديدة أرقت أذهان فقهاء القانون والباحثين؛ وذلك باعتبار الدم عصب الحياة وشريانها المتجدد وطوق النجاة إذا ما تم نقله لشخص في حاجة ماسة له، ومع مرور الأيام أثبتت التقنية العلاجية إيجابيها في إنقاذ الحياة البشرية لدرجة انه لا يمكن الاستغناء عنها، إلا أنه لا يمكن أن نخفي حجم المخاطر التي قد تنجر على هذه العملية، وتحوله من منفعة

للجسم الإنسان إلتهديد عام للصحة والحياة، وبالتالي فانه يصبح حجم الضرر الذي يسببه نقل الدم الملوث أكثر فتكا من المرض الذي كان يعاني منه أصلا جراء نقل فيروس نقص المناعة المكتسبة لجسمه.

وعلى إثر ذلك اكتسب هذا الموضوع اهتمام بالغامن طرف المتضررين من جهة وفقهاء القانون والباحثين من جهة ثانية، باعتبار نقل الدم إحدى طرق عدوى مرض الايدز انتشارا، بالإضافة إلى الجانب المتعلق بالطابع المعقد للتنظيم القانوني لعملية نقل الدم الذي أسفرعن العديد من العلاقات القانونية بين أطرافه، مما يصعب تحديد المسؤول عن الخطأ المتسبب في نقل العدوى فيروس نقص المناعة المكتسبة، وبتالي تصبح مسألة التعويض أمرا يصعب حسمه كون أن هذا المرض تختلف أضراره من مرحلة إلى أخرى فلا يستطيع القاضي تحديد التعويض بصفةنهائية الأمر الذي دفع المحاكم عند تقديرها للتعويض عن الأضرار الناتجة عن الإصابة بهذا الفيروس إلى الاستعانة بخبير مختص.

أما عن الهدف المتوخى من هذه الدراسة، فهو معرفة الإشكاليات القانونية المتعلقة بالمسؤولية المدنية وأوجه قصورها، والحلول التي ابتدعها المشرع الفرنسي من اجل حماية المضروروضمان حصوله على تعويض كامل وسريع بعيدا عن قواعد المسؤولية المدنية باعتبار هذا الأخير من التشريعات السباقة في هذا المجال، مثيرين تساؤلات عن مدى قيام المسؤولية عن تعويض هؤلاء الضحايا عما أصابهم من أضرار، وكيف يكون التعويض، وعلى أي أساس يعقد، ومن خلال ما تقدم ذكر، تبادر لنا طرح الإشكالية التالية: ما مدى فعالية قواعد المسؤولية المدنية في ضمان حصول المصاب بفيروس نقصان المناعة المكتسبة الناجم عن عملية نقل الدم عن تعويض يكفل جبر أضراره؟هي أسئلة أثارت اهتمام المشرع والقضاء الفرنسي، حاولنا تبيان ما توصل إليه بشأنها، أملين أن يولي المشرع الجزائري جانبا من الاهتمام لها، خاصة وأنه موضوع قانوني له بالغ الأهمية يتعلق بصحة الإنسان وحياته.

لذا ارتأينا عرض هذه الدراسة في إطار خطة ثنائية، تناولنا في المبحث الأول نظم التعويض وفقا للقواعد العامة التقليدية التي يمكن تطبيقها على ضحايا مرض الإيدز، والمتمثلة في كل من القواعد العامة للمسؤولية المدنية ونظام التأمين عنها، وهذا من أجل الفصل في مسألة النظام القانوني الأصلح للتعويض في هذه الحالة، ثم تطرقنا إلى الآليات التي يمكن اعتبارها مكملة للتعويض عن تلك الأضرار، كالتعويض الذي يكون بواسطة صناديق الضمان المستحدثة في كثير من دول العالم أبرزها الدولة الفرنسية التي كانت رائدة في هذا المجال.

المبحث الأول: التعويض وفقا للقواعد العامة التقليدية

إن القاضي في دعاوى التعويض عموما يتيسر له وبسهولة إمكانية تقديره، إلا أن الأمر يختلف في تعويض ضحايا مرض الإيدزتماما لاختلاف أضراره من مرحلة إلى أخرى وبالتالي لا يستطيع القاضي تعيين مقدار التعويض بصفة نهائية، بالإضافة إلى أن القواعد العامة التقليدية لتعويض المضرورين من جراء فيروس الإيدز الناجم عن عملية نقل الدم تنطوي على القواعد العامة للتعويض وفقا لإحكام المسؤولية المدنية، بالإضافة إلى نظام التعويض الجماعي المتمثل في التأمين، وقصد دراسة مدى قدرة هذه الآليات على جبر الضرر الكامل للمضرور يقتضي الأمر دراسة النظم العامة للتعويض (المطلب الأول) ثم دراسة التعويض وفقا لنظام التأمين من المسؤولية المدنية(المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظم العامة للتعويض

يحكم القاضي بالتعويض متى تبين له قيام شروط المسؤولية المدنية عن عملية نقل دم ملوث بفيروس نقص المناعة المكتسبةواتضح له المسؤول عن العدوى، ويكون هذا التعويض وفقا لسلطته التقديرية التي تخضع لضوابط ومعايير محددة، وقصد دراسة هذه الأخيرة في مجال التعويض عن أضرار المصابين بمرض الايدز، سيتم التطرق في البداية إلى تعريف التعويض وطرقه التي تتوافق وجبر مثل هذا النوع من الأضرار (الفرع الأول) ثم إلى قواعد تقديره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التعويض وطرقه

التعويض لغة هو العوض بمعنى التبدل والخلف، وجاء في لسان العرب البدل والجمع أعراض، عاوضه به ومنه، والعوض مصدر قولك عاضه، وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه:" فلما أحل ذلك على المسلمين يعني الجزية عرفوا أنه عاضهم أفضل مما خافوا"[1].

أما تعريف التعويض اصطلاحا نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون مصطلح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر وإنما يستعلمون مصلح الضمان أو التضمين ولقد عرفه الإمام الغزالي أن الضمان هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة[2].

ويعرف التعويض في ميدان المسؤولية الطبية بأنه البدل النقدي الذي يدفعه الطبيب لمريضه تعويضا له عن الضرر الذي لحق به، وبالرجوع إلىأحكام التشريعات المقارنة نجدها أنهاأشارتإلى مصطلح التعويض لكنها لم تتطرق إلى تحديد معناه نتيجة وضوح فكرته، وإنما تعرضوا مباشرة لتقديره وبيان طريقته عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية، وقد تطرق إليه المشرع الأردني في نص

---

[1] محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، 2002، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص25.

[2] محمد فتح النشار، المرجع السابق، ص27.

المادة 256 من القانون المدني والتي تطابقها حرفيا نص المادة 282 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والتي نصتا على انه " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بضمان الضرر"، وكذلك المشرع المغربي في نص المادة 77 من قانون الالتزامات والعقود التي نصت على انه" كل فعل ارتكبه إنسان عن بينة واختيار ومن غير يسمح له به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا، يلزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر"،ونص عليها المشرع الفرنسي في المادة 1240 من القانون المدني الفرنسيالتي تقابلها حرفيا نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري[1] والتي نصت على أن كل من تسبب بخطئه في أحداث ضرر للغير يلزم بتعويضه. فالتعويضهو الحكم الذي يترتب على قيام المسؤولية وهو جزاؤها[2]، والأصل في التعويض أن يكون على قدر الضرر الحاصل بقصد تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه بإعادة المضرور على حساب المسؤول إلى الحالة التي كان مفروضا أو متوقعا أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار[3].

والتعويض نوعان عيني وبمقابل؛ حسب ماجاء في الفقرة الثانية من المادة 132 من القانون المدني الجزائري[4]، فبالنسبةإلى التعويض العيني هو أفضل طرق التعويض إذ يودي إلى إصلاح الضرر إصلاحاتاما بإرجاع المضرور إلى ماكنت عليه وهذا حسب نص المادة 164 من القانون المدني الجزائري الذي تقابلها المادة 203 من القانون المدني المصري.

غير أن التعويض العيني في مجال المسؤولية الطبية عموما نادر، والغالب ما يكون التعويض بمقابل عند استحالة التعويض العيني، والصورة الغالبة في تعويض بمقابل هي أن يكون نقدا خصوصا في دعاوى المسؤولية التقصيرية[5]، أما بالنسبة للتعويض العيني عن أضرار فيروس الايدز عن عملية نقل الدم فهي مستحيلة، لكونه الإصابة بفيروس فقدان المناعة المكتسبة لا يمكن الشفاء منها ولا يمكن إصلاحها بأي حال من الأحوال[6].

---

[1] نصر الدين منصر، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم الملوث بفيروس الايدز–دراسة مقارنة–، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية أدرار، 2019/2018، ص264–265.

[2] محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات،مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى، الجزائر،2011، ص125.

[3] عز الدينحروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص209.

[4]الأمر75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 78 لسنة 1975.

[5] فاتن سميشي، المسؤولية المدنية عن نقل الدم في التشريع الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2017/2016، ص 246.

[6] نصر الدين منصر، المرجع السابق، ص426–268.

الفرع الثاني: قواعد تقدير التعويض

تقتضي القاعدة العامة في تقدير التعويض، أن يكون هذا الأخير بقدر كاف يستطاع معه جبر الضرر الحاصل، ويتمتع قضاة الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مبلغه بالقدر الذي يجعله متناسبا مع الضرر الواقع، وحتى يتمكن القاضي من تقديرحقيقيوسليملتعويض الضرر الناجم عن عمليات نقل الدم، يستعينبالخبرة الطبية منذوي الاختصاص لإبداء أراءهم في المسائل الفنية نظرا لما تشكله مسألة تقدير التعويض من إشكالات قانونية معقدة.فالخبيرليس هو الذي يحدد مبلغ التعويض بصفة نهائية، إذ المحاكم لا تأخذ بالتقدير الصادر منه على أنه أمر مسلم به لا تجوز مناقشته، بل تتمتع بقدر كبير من الحريةيتيح لها أن تغيرفيما قدره الخبير،كتعويضبالزيادة أو الإنقاص إلى الحد الذي تراه عادلا للطرفين أي أنها تأخذ برأيه على سبيل الاستئناس[1]، لكن غالبا ما يحدث أن الطبيب الخبير لا يقدر مبلغ التعويض وإنما يقتصر دوره على إبداءالرأي في المسائل الفنية والعلمية التي يصعب على القاضي استقصاءها بنفسه، ويتولى القضاء بعد ذلك التعويض طبقا للمعايير القانونية[2].

غير أن القاضي عند تقديرهللتعويض اللازم لجبر الأضرار الناتجة عن الإصابة بسبب نقل الدم الملوث بفيروس نقص المناعة المكتسبة تعترضه عدة إشكالات قانونية، مردها أن أصل المرض قد يبدأ ثم يستغرقظهور أعراضه مدة زمنية طويلة، مما يضع القاضي في حيرة من أمره، هليقدرالتعويض بشكل كامل وجزافي عن كل الأضرار التي ظهرت أو التي ستظهر مستقبلا، أم يقدرتعويضاجزئياويحتفظ المضرور بحقه في الحصول على التعويض الكامل بعد تمام ظهور المرض وأعراض الإصابة؟[3]، إلا انه عموما يلاحظ أن القاضي وهوفي سبيله إلى تقديرالتعويض قد يلجأ إلى إحدى الطرق التالية:

أولا:تقديرالمحكمة للتعويض بطريقة شاملة جزافية:

يتم تعوض كل الأضرار والإمكانيات التي فقدها المضرور، بحيث لا يوجد فرق بين الضرر المادي والضررالأدبي، فمبلغ التعويض الذي تحكم به المحكمة يكون بصورة عامة وشاملة، دون إعطاء تفاصيل لنواحي الضرر الواجب التعويض، ودون إيضاحلأي من ادعاءات المضرور التي قد تم تعويضها وأيها قد تم إبعادها، وذلك من أجل تجنيب القضاة للنقد وتذليل كل صعوبة في التقدير،

---

[1] فتيحة طالبي، المسؤولية المدنية والجزائية عن نقل الدم، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي يابس سيدي بلعباس، 2014/2013، ص159.

[2] كوثر زهدور،المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران،2013/2012،ص303-304.

[3] فتيحة طالبي،المرجع السابق، ص159-160.

في حين أن هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقضاة لا تخضع ونطاق التعويض لرقابة المحكمة العليا، فهي تترك لقضاة الموضوع سلطة واسعة من أجل تقديرحقيقة ونطاق التعويض[1].

ثانيا: تقدير المحكمة التعويض بطريقة تفصيلية:

وذلك بأن تصدر المحكمة حكم بالتعويض بطريقة تفصيلية محددة فيه مطالب المضرور التي تمت الاستجابة لها وتلك التي تم استبعادها، وتعد هذه الطريقة أكثر اتفاقا مع العدالة إذ يكون فيها التعويضمساويا للضرر بشكل دقيق، لأن المحكمة تبتعد عن التقدير الجزافي الذي يترك المضرور في جهالة من أمره.

وهذه الطريقة تعتبر هي الأفضل للمضرور في مجال عمليات نقل الدم،إذ من خلالها يعرف ما إذا كانت المحكمة قد عوضته عن جميع الأضرار التي أصابته أم أنها احتفظت بحقه في التعويض عن الأضرار المادية دون المعنوية، أم تجاهلت هذين النوعين وقبلت تعويض الضرر النوعي أو الخاص، وبذلك يكون المضرور على بينة من الأمر ويمكنه رفض الحكم في جزئية من الجزئيات على النحو التفصيلي الذي ورد به. وسواء قبلت المحكمة تعويض المضرور عن كافة الأضرار أم عن جزء منها، فإن المحاكم غالبا ما تحكم بتعويض جزئي عند اكتشاف الإصابة بالمرض وإعلان ذلك، ثم تحتفظ للمضرور بالحق في الحصول على التعويض الكامل عند وصول المرض إلى مرحلته النهائية[2].

المطلب الثاني: التعويض وفقا لنظام التأمين من المسؤولية

إن النظام الذي شيده القضاء لتعويض ضحايا نقل الدم الملوث في ظل القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية نظام لا يكفل الحماية اللازمة للضحايا ويتأكد ذلك خاصة مع تطور طبيعة الأضرار والتي يمكن القول أنها تشكل أضرارا جماعية، ما دفع للبحث عن أنظمة تعويضية مغايرة تساهم في سد نقائص التعويض طبقا لقواعد المسؤولية المدنية دون أن تشكل بديلا عنها كنظام التأمين من المسؤولية[3]، فما هي أحكام هذا النوع من التأمين وهل قواعده تطبق على المسؤولية الطبية'؟ وهل هو اختياري أمإجباري؟ وهل يجوز التأمين على المسؤولية عن عملية نقل الدم؟ وللإجابة على هذه التساؤلات[4]، وقصد الوقوف على نظام التأمين من المسؤولية الناجمة عن عملية نقل دم ملوث بفيروس فقدان المناعة المكتسبة وفاعليته في ضمان تعويض المتضررين، تطرقنا في

---

[1] فتيحة طالبي، المرجع السابق، ص160.

[2] فتيحة طالبي، المرجع نفسه، ص160-161.

[3] فاتن سميشي،المرجع السابق،ص253.

[4]كوثر زهدور، المرجع السابق، ص309.

البداية إلى مفهوم التأمين عن المسؤولية المدنية في المجال الطبي بصفة عامة(الفرع الأول)، ثم إلى التأمين عن عمليات نقل الدم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم نظام التأمين من المسؤولية في المجال الطبي

لقد توالت محاولات فقهية عديدة ترجع إلى سنة 1930 لأجل وضع نظام تأمين على الأطباء من المسؤولية المدنية عن أخطائهمالطبية، كمحاولات الأستاذ كروزون والأستاذ هنري ديزوال[1]إضافة إلى الفقيه(TUNC) الذي اقترح نظاما عاما إجباريا للتأمين في مجال المهن الطبية سماه التأمين من كل المخاطر الطبية، حيث تبناه الطب والقانون خصوصا في مجال نقل الدم[2].

ويعرف عقد التأمين من المسؤولية المدنية بأنه عقد بين شخص يسمى المؤمن وشخص يسمى المؤمن له، بمقتضاه يتحمل المؤمن العبء المالي المترتب على الخطر الضار غير المقصود والمحدد في العقد، بسبب رجوع الغير إلى المؤمن له بالمسؤولية المدنية لقاء ما يدفعه هذا الأخير من أقساط[3]، وعلى إثر ذلك يندرج التأمين من المسؤولية تحت التأمين من الأضرار، فهو يقتضي وجود ثلاثة أشخاص المؤمن(شركة التأمين) والمؤمن له (المسؤول مسؤولية مدنية) والمستفيد (المتضرر من خطأ المؤمن له)،

كما عرف المشرع الجزائري عقد التأمين في المادة 619 من القانون المدني التي نصت على انه" عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي أخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك بمقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"، وأعطى نفس التعريف تقريبا في المادة 02 من الأمر95-07 المتعلق بالتأمينات[4] التي نصت على انه " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بان يؤدي إلى المؤمن له والى الغير المستفيد الذي اشترط التامين لصالحه مبلغ من المال أوإيرادأو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المعين في العقد وذلك مقابل أقساطأوأي دفعة مالية أخرى"، وتقابلها المادة 747 من القانون المدني المصري، ونفس التعريف تقريبا نص عليه المشرع الأردني بالمادة 290 من القانون المدني التي نصت على أن"التأمين عقد يلتزم المؤمن أن

---

[1] سعد سالم العسيلي، التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، دار النهضة للطباعة، القاهرة، 2000، ص 36.

[2] امال فكيري، تعويض ضحايا نقل الدم الملوث بالإيدز على ضوء التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، العدد1، المجلد51، مارس 2014، ص160-161.

[3] سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، دار كليك للنشر، الجزائر، 2008، ص 47.

[4] الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415، الموافق ل 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، ج ر عدد 13 لسنة 1995.

يؤدي إلى المؤمن له والى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو أي إيرادا مرتبا أوأي عوض مالي أخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد"، وهو نفس ما نص عليه المشرع الإماراتي في المادة 1026 من قانون المعاملات المدنية، والمشرع اللبناني في نص المادة 950 من قانون الموجبات والعقود[1].

ويتخذ عقد التأمين إحدى الصورالثلاث، إما يكون في صورة وثيقة تأمين police) (d'assuranceوهي الأصل، وإماأن تكون ملحق تأمين (avenant a la police d'assurance) وهواتفاق إضافي يضاف إلى وثيقة التأمين يعدل مضمونها بالزيادة أوبالنقصان،أو يكون عبارة عن مذكرة التغطية المؤقتة (notede couvertureprovisoire)وهي وثيقة تأمين مؤقتة تتضمن اتفاق التأمين إلى وقت إبرام وتحرير وثيقة التأمين في شكلها النهائي[2].

غير أنه في الوقت الحاضر تزداد خطورة الدور الذي تلعبه مهنة الطب في المجتمع باعتبارها من أهم المهن التي تتسم بالخطورة، مما يتطلب تأمين وحماية المريض من أخطاء الأطباء، إذ يعتبر الطبيب الطرف الأقوى في العالقة لأنه يملك استعدادات وإمكانيات علمية كما يوجد نوع من عدم التعادل بين طرفي العالقة التي تتسع مع مرور الزمن بسبب ازدياد معرفة الطبيب بالعلوم الطبية وذلك في مقابل عجز المريض وجهله بهذه الأخيرة[3].

ويعتبر التأمين عن المسؤولية الطبية تأمين عن خطر معين ونظرا للأضرار التي تطال جسد المريض نتيجة خطأ الطبيب وقيام المسؤولية المدينة الطبية التي يترتب عليها الحكم بالتعويض عن الطبيب والذي يعجز في الغالب عن دفع التعويض فيقوم بالبحث عن شخص مليء الذمة المالية يحل محله في دفع هذا التعويض، بمعنى قيام الطبيب بالتأمين عن مسؤوليته المدينة ويتم ذلك بإبرام عقد التأمين[4].

أما ما تعلق بإلزامية التأمين في المجال الطبي فقد أخذت به كل التشريعات المقارنة، حيث ألزمت كل المؤسسات الصحية وأعضاء السلك الطبي والشبه الطبي على ضرورة اكتتاب تأمين عن المسؤولية المدنية من مخاطر الأخطاء الطبية، مثل المشرع الإماراتي الذي اعتبر التأمين شرط من

---

[1] نصر الدين منصر، المرجع السابق، ص282-283.

[2] كوثر زهدور، المرجع السابق، ص308.

[3] وافي خديجة، عكاشة بوكعبان، مدى كفاية القواعد العامة في التعويض عن المسؤولية المدنية لضحايا عمليات نقل الدم، ورقة بحثية مقدمة ضمن الملتقى الوطني الخامس حول حماية المستهلك " مشكلات المسؤولية المدنية"، بتاريخ 09-10 ديسمبر 2015، أدرار، الجزائر، ص 3-4.

[4] وافي خديجة، المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم-دراسة مقارنة-، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق والعلو السياسية، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2016/2015، ص 137.

شروط ممارسة مهنة الطب وفقا لنص المادة 25 من مرسوم بقانون اتحادي رقم 04 لسنة 2016 المتعلق بالمسؤولية الطبية التي نصت على انه" يحظر مزاولة المهنة بالدولة دون التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية لدى إحدى شركات التأمين المرخص لها في الدولة"، كما نص المشرع الأردني على إلزامية التأمين عن المخاطر الطبية لدى صندوق تأمين خاص بالمسؤولية الطبية حيث نص في المادة 17 من قانون المسؤولية الطبية والصحية رقم 25 لسنة 2018 على انه "ينشا في المجلس الصحي العالي صندوق يسمى صندوق التأمين ضد أخطاء المسؤولية الطبية والصحية.يلتزم مكان تقديم الخدمة بالتأمين على مقدمي الخدمة العاملين لديه في هذا الصندوق"،والأمر نفسه بالنسبة للمشرع الجزائري الذي نص في المادة 296 من قانون الصحة 18-11 على انه" يتعين على الهياكل والمؤسسات العمومية والخاصة للصحة وكذا كل مهنيي الصحة الذين يمارسون بصفة حرة، اكتتاب تأمين يغطي مسؤوليتهم المدنية والمهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير"، أما المشرع الفرنسي فقد ألزم في المادة L 2411-2 المضافة بالمادة 98 من القانون 02-303 المؤرخ في04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى، كل الأطباء والمؤسسات الصحية والمصالح والهيئات الطبية بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية[1].

بالإضافة إلى إلزامية التأمين في المجال الطبي فقد تم تدعيمه بعقوبات تطال المخالف لهذه الأحكام، حيث نص المشرع الفرنسي على عقوبة ضد كل مخالف غير ممتثل لإلزامية التأمين تصل إلى 45000 يورو؛ بالإضافة إلى منع من ممارسة مهنة الطب، أما المشرع الجزائري فقد نص من خلال نص المادة 184 من قانون التأمين أنهفي حالة ما إذا تخلف الأطباء الممارسين لحسابهم الخاص أو العيادات الخاصة أو مراكز الدم عن اكتتاب تأمين عن مسؤوليتهم المدنية في مواجهة الغير المتضرر، ولم يمتثلوا لمثل هذا الالتزام توقع عليهم عقوبات جزائية تتمثل فيغرامة مالية تتراوح قيمتها ما بين 5000 و100000 دينار جزائري، إلا أن هذه الأخيرة تعتبر عقوبة رمزية، تستوجب على المشرع الجزائري تعديلها ليأخذ طابع جزائي حقيقي.

ونشير في الأخير إلى قيام الطبيب أو المؤسسة الصحية بالتأمين على المسؤولية المدنية لا يعني إعفاؤها من المسؤولية، لأن ذلك يعني سقوط حق المتضرر في المطالبة بالتعويض، فغاية التأمين هي أن التعويض يدخل في ذمة شركة التأمين التي تقف خلف الطبيب أو المؤسسة الصحية، وبهذا الشكل يكون الأمر في صالح المضرور لكي يحصل على التعويض بأريحية عند ثبوت المسؤولية، وهنا تكمن أهمية التأمين الإلزامي في المجال الطبي في حماية المضرور من إمكانيةإعسار المسؤول وعدم قدرته على دفع التعويض، وأيضا حماية الذمة المالية للطبيب أو

[1] نصر الدين منصر، المرجع السابق، ص287.

المؤسسة الصحية وتوفير ضمانات مناسبة للطبيب للعلاج المرضى دون مخاوف آو تردد، لأن شركات التأمين ستغطي كل المخاطر الناتجة عن أضراره بالمريض في حالة ارتكابه خطأ[1].

الفرع الثاني: تأمين المسؤولية عن عمليات نقل الدم

بموجب لائحة 28 ماي 1956؛ فرض في فرنسا التأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم؛ بحيث يقوم كل مركز نقل الدم بإبرام عقد تأمين يغطي به الأضرار التي تصيب المتبرعين أو المتلقين للدم[2] ليصدر بعدها القانون 61-846 المؤرخ في 02 أوت 1961 المتعلق بالاستعمال العلاجي للدم البشري ومنتجاته والذي جاء معدلا ومتمما للمادتين L667 و 1-L675 من قانون الصحة، والتي أكدت على إلزام مراكز نقل الدم بإبرام عقد تأمين يغطي مسؤوليتها اتجاه المتبرعين، فيكون مركز نقل الدم مسؤول عن أي أضرار مادية أو جسدية تصيب المتبرع ،أو الأضرار التي تحدث أثناء نقل الدم أو الحقن الذي يتم بمعرفة المركز، كما يسأل عن الحوادث التي تقع أثناء حفظ الدم أو في عملية توزيعه فتحل شركة التأمين محمل هذه المراكز في دفع التعويض للمضرور كونا أن الأضرار السالف ذكرها تدخل ضمن المخاطر التي يغطيها التأمين[3].

ولقد سار المشرع الجزائري على نفس النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي حيث أوجب التأمين على عمليات نقل الدم، حيث نجد المادة 169 من قانون التأمين المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/ 04 بقولها :"يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري من أجل الاستعمال الطبي أن تكتتب تأمينا من العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم والمتلقون له"، لكنهذه المادة لم تشر بصريح العبارة إلى عملية نقل الدم إلا انه يفهم من استعمالها لمصطلح الأضراراللاحقة بالمتلقين أنها تشمل عملية نقل الدم فلا يمكن الحديث عن متلق للدم إلاإذا نقل الدم إليه، وبالتالي جعلت هذه المادة من تأمين المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم تأمينإلزاميا يتعهد فيه المؤمن بدفع التعويض عن الأضرارالماديةوالجسمانية المتولدة التي لحقت بالمتضرر سواء كان المتبرع أو المتلقي.

كما تجدر الإشارةإلىأن العديد من الإشكالات القانونية قد أثيرتبخصوص تاريخ الحصول على التعويض وقيمة التعويض، لذا سيتم دراسة نطاق الضمان من حيث الزمان(أولا) ومن حيث القيمة(ثانيا).

أولا: نطاق الضمان من حيث الزمان

---

[1] نصر الدين منصر، المرجع السابق، ص288.

[2]IllesResponsabilité civile, Responsabilité Dun centre de transfusion sanguine, Obligation de sécurité, Revue judicaire de l'ouest, Vol01, n 2, 1977, p81.

[3]نصر الدين منصر، المرجع السابق، ص289.

يعتبر عقد التأمين من العقود الزمنية التي يتحمل فيها المؤمن تبعة الخطر المؤمن منه ابتدءا من تاريخ معين إلى غاية نهاية تاريخ محدد في العقد، والعبرة بوقوع الضرر أثناء سريان عقد التأمين حتى ولو تتم مطالبة المؤمن له إلا بعد انقضاء فترة سريان عقد التأمين، وهوما نصت علية المادة 4 من ملحق القرار المؤرخ في 27 جوان 1980[1]، إلاأن أعراض مرض الايدز لاتظهر لدى المصاب في بداية الإصابة بالعدوى حيث يمر بالمرحلة الصامتة التي قد لا يكتشف فيها إصابته، إلا بعد مضي فترات طويلة قد تصل إلى 12 سنة، وهو ما يعني أن المضرور لا يستطيع المطالبة بالتعويض إلا بعد انتهاء مدة العقد، لذلك فان اشتراط مطالبة المتضرر بالتعويض أثناء مدة العقد يعد ثغرة كبيرة في مجال التأمين من المسؤولية الطبية قد يؤدي به إلى سقوط حقه في مبلغ التأمين[2].

وتجنبا لهذا الأمر حاول القضاء إبطال مثل هذا الشرط من خلالقرار محكمة النقض الفرنسية الصادرفي 19 ديسمبر 1990 الذي قرر بطلان شرط قصر ضمان المؤمن على المطالبات التي تتم خلال فترة العقد واستبعاد ما دونها بعد انتهاء هذه المدة، وقد ساعد موقف القضاء هذا على إيجاد ما يعرف بشرط الضمان اللاحق حيث يلزم المؤمن وفقا له بمنح الضمان للمؤمن له عن الأضرار التي تقع أثناء سريان العقد، ويطالب المتضرر بالتعويض عنها بعد انقضاء العقد[3]، إلا انه ثار إشكال من حيث تطبيق مبدأ الضمان اللاحق من حيث كونه ضمانا محددا بمدة معينة من انقضاء العقد أم انه ضمان غير محدد؟[4]، فكان موقف القضاء الفرنسي في صالح المضرورين، حيث اقرالأخذ بالضمان اللاحق غير المحدود وذلك في خلال قرار محكمة النقض بتاريخ 19 ديسمبر 1990، ثم يعدها في قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 29 ديسمبر 2000 والذي عرف بقرارBeule، إذ يعتبر سابقة قضائية في الاجتهاد القضائي في مجال نقل الدم، والذي قرر بأن القرار المؤرخ في 27 جوان 1980 وملحقه غير قانوني،هذا فيما يخص المادة 4 من الملحق المتعلقة بتحديد مدة 5 سنوات كفترة ضمان بعد انقضاء عقد التأمين في ما يخص المسؤولية عن توريد الدم[5].

وقد نهج المشرع الجزائري نفس نهج المشرع الفرنسي في فرض إلزامية على المؤسسات العاملة في مجال حقن الدم وذلك بموجب المادة 169 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات الواردة في القسم الأول من الفصل الأول للكتاب الثاني المعنون بتأميناتالإلزامية، حيث ألزمها المشرع بالتأمين من المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي قد يتعرض لها المتبرعون والمتلقون للدم بقوله "يجب على

---

[1] نصر الدين منصر، المرجع نفسه، ص291.

[2] فاتن سميشي، المرجع السابق، ص258.

[3] وائل محمود أبو الفتوح، المرجع السابق، ص747-748.

[4] فاتن سميشي، المرجع السابق، ص258.

[5] نصر الدين منصر، المرجع السابق، ص292-293.

المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري من اجل الاستعمال الطبي أن تكتب تأمينا ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم و المتلقون له"[1].

كما أشارت المادة 173 من الأمر 07/95 أنه فيما يخص تأمين المسؤولية المدنية المشار إليه في المادة 169 يجب أن يكون الضمان المكتتب كافيا سواء بالنسبة للأضرار الجسمانية أو بالنسبة للأضرار المادية التي قد تلحق المتلقي والمتبرعين بالدم[2].

ثانيا: نطاق الضمان من حيث القيمة.

نصت المادة 05 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 27 جوان 1980 على تحديد الضمان الإلزامي المكتتب من طرف مراكز نقل الدم من حيث قيمته، وميزت بين نوعين من الضمان وهما:

1- الضمان المتعلق بأخذ الدم والحوادث التي تقع من تابعي مركز نقل الدم: وهو ضمان غير محدود من حيث القيمة عن الأضرار الجسدية، أما الأضرار المادية وغير المادية التي تنجر عن هذه الحالة فقد قررت له ضمان محدود وفقا لما يتفق عليه في عقد التأمين أيا كان عدد المضرورين ، وفي هذا النوع لا يثور أي إشكال قانوني[3].

2-الضمان المتعلق بالمسؤولية المدنية عن توزيع الدم أو احد مشتقاته: وهو الضمان المتعلق بالإضرار الجسدية والمادية وغير المادية الناتجة عن تحقق مسؤولية المركز في هذه الحالة،وتكون قيمته بإجمالي المبلغ المحدد في الشروط المحددة بحسب الكارثة وسنة التأمين[4]، وحسب جدول الضمانات التنظيمية الملحقة بالقرار فإن المبلغ الأدنى للضمان كان محددا ب 2.5 مليون فرنك، وهنا يثور إشكال حول مفهوم الكارثة، هل يقصد بها أن كل واقعة دم ملوث تمثل كارثة لوحدها، وبالتالي تعد الكوارث بحسب تعدد وقائع الدم الملوث التي تحدث خلال سنة التأمين، ويستحق المضرور وحده قيمة الضمان المحددة في عقد التأمين كاملة؟أو يقصد بالكارثة جميع حوادث نقل الدم الملوث خلال سنة التأمين وبالتالي يتقاسم المضرورين قيمة الضمان، حيث يمكن أنيحصل البعض على تعويضات كاملة، والبعض الأخر على تعويض جزئي فقطوالبعض لا يأخذ تعويض على الإطلاق، بحسب الترتب الزمني للمطالبة بالتعويض[5].

---

[1] فاتن سميشي، المرجع السابق، ص260.

[2] فاتن سميشي، المرجع نفسه، ص260.

[3] نصر الدين منصر، المرجع السابق، ص294.

[4] فاتن شميسي، المرجع السابق، ص257

[5]وائلمحمود أبو الفتوحالعزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم-دراسة مقارنة-، دار المغربي للطباعة، مصر،2006، ص744-745.

وعليه فقد تباينت اتجاهات القضاء بخصوص تحديد المقصود بالكارثة وبالتالي الاختلاف في تقدير قيمة الضمان بالنسبة للمضرور، فقد أخذت محكمة الاستئناف Aix-en provence في حكم لها صادر في 12 جويلية بمفهوم الكارثة الذي يعتبر كل وقائع التلوث خلال مدة معقد التأمين تمثل كارثة واحدة قيمة الضمان ب205 مليون آيا كان عدد المتضررين، كما ذهبت محكمة استئناف Bordeaux في نفس الاتجاه من خلال الحكم الصادر في 09 جوان 1994 والحكم الصادر في 1995، وكلها قضت بأن الضمان تقل تباعا بمقدار ما يقضي به لكل مضرور وهو ما يعني عدم الأخذبمبدأ الضمان الكامل[1].

غير أن محكمة الاستئنافMonpellier تبنت في حكم صادر لها في 27 جويلية 1994 مفهوم الكارثة على أنه كل واقعة تعتبر واقعة ضارة وقائمة بذاتها، وهو ما يعني استفادة المضرور من الضمان المحدد بكامله وبالتالي تطبيق مبدأ الضمان الكامل[2].

ونشير في الأخير إلى أن نظام التأمين عن المسؤولية المدنية يعتبر من بين الآلياتالجيدة لضمان المضرورين لتمكينهم من الحصول على تعويضالأضرار الناجمة عن الأخطاء الطبية بصفة عامة، إلا أنه في مجال المسؤولية المدنية عن نقل دم ملوث بفيروس الايدز فلأمر يختلف، وهذا راجع بالأساس إلى ضخامة التعويضات عن الأضرار المادية والمعنوية مما جعل العديد من شركات التأمين في فرنسا سنوات الثمانينات تطالب بتعديل مبلغ الضمان والزيادة في الأقساط أو إلغاء عقد التأمين بسبب تزايد التعويضات التي من شانها أن تؤدي إلى إفلاسها مثل ما قام به مجمع AZUR للتأمينات الذي رفع دعوى قضائية من اجل إلغاء عقود تأمين المسؤولية عن عمليات نقل الدم بحجة سوء النية في الإعلان عن المخاطر من طرف مركز نقل الدم، لكن قوبلت بالرفض من طرف المحكمة[3]، وهذا الوضع أدى بشركات التأمين إلى رفض تغطية المخاطر الناجمة عن نقل الدم ابتداء من تاريخ 01 جانفي 1996 الأمر الذي أدى إلى نقل عبء تحمل التعويضات إلى مراكز نقل الدم، ما جعل هذه الأخيرة في مأزق خطير بسبب ضخامة التعويضات الأمر الذي دفع إلى البحث عن آليات أخرى للتعويض وتغطية هذه المخاطر[4].

المبحث الثاني: أنظمة التعويض التكميلية

---

[1] فاتن سميشي، المرجع السابق، ص257-258.

[2] محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام الشرعية والقانونية للتصرفات الواردة على الدم البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002-2003، ص119.

[3] نصر الدين منصر، المرجع السابق، ص296.

[4] خديجة وافي، مدى كفاية القواعد العامة في التعويض عن المسؤولية المدنية لضحايا عمليات نقل الدم،ص6-7.

وفقا لما تم التطرق إليه سابقا،فآليات التعويض عن أضرار فيروس فقدان المناعة المكتسبة الناجم عن عملية نقل الدم طبقا لقواعد المسؤولية المدنية التقليدية لم تعد قادرة على استيعاب صور الضرر الجديدة التي افرزها التطور العلمي في المجال الطبي، الأمر الذي أدى إلى البحثعن آليات جديدة لسد الثغرات التي اعترت نظام التامين كآلية أساسية للتعويضوذلك باقتراح أنظمة تعويض مكملة لنظام التأمين الإجباري في مجال نقل الدم[1]، ويعتبر المشرع الفرنسي على رأس من تبنى هذه النظم وذلك من خلال اعتماده صناديق التعويض الخاصة بضحايا الإصابة بفيروس نقصان المناعة المكتسبة التي مرت بمرحلتين، الأولى منها تتمثل في تأسيس صندوق خاص بتعويض ضحايا عدوى فيروس نقص المناعة المكتسبة الناجم عن عملية نقل الدم سنة 1991(المطلب الأول)، أما المرحلة الثانية كانت بتحويل دور هذا الصندوق إلى الصندوق الوطني لتعويض الحوادث الطبية ابتداء من سنة 2006 تطبيقا للإصلاحات التي حملها قانون حقوق المرضى وجودة النظام لسنة 2002(المطلب الثاني)

المطلبالأول:صندوق تعويض ضحايا نقل الدم ومرضى الهيموفيليا(FITH)

يعد المشرع الفرنسي رائدا في هذا المجال إذ أنشأ ما يعرفبصندوق تعويض ضحايا عدوى فيروس نقص المناعة المكتسبة الناجم عن عملية نقل الدم بموجب المادة 47 من القانون رقم 91-1406 المؤرخ في 31 ديسمبر 1991[2]، تحت تسمية صندوق تعويض ضحايا نقل الدم ومرضى الهيموفيليا(FITH) للتعبير عن روح التضامن مع ضحايا فيروس نقص المناعة المكتسبة وكذلك من أجل ضمان حصولهم على تعويض كامل في وقت قصير بعيدا عن الإجراءات القضائية. وقصد الوقوف على القواعد القانونية التي تحكم هذا الصندوق سيتم عرض تنظيم صندوق ضحايا الايدزونطاق التعويض والمستفيدين منه، ومقدار التعويض وأدائه، وإجراءات طلب التعويض من الصندوق[3].

الفرع الأول: تنظيم صندوق تعويض ضحايا نقل الدم ومرضى الهيموفيليا(FITH)

يعتبر صندوق تعويض ضحايا فيروس نقص المناعة المكتسبة الناجم عن عملية نقل الدم هيئة اعتبارية؛ويتمتعبشخصية مستقلة وان كان الجدل مازال يثور بصدد ما إذا كان الصندوق شخصا من

[1]محمد كادي، شريف بحماوي،التأمين على عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة أحمد دراية أدرار ، العدد 01، المجلد21، مارس 2022، ص90-91.

[2] La loi no 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, JORF n°3 du 4 janvier 1992, page 178.

[3]خديجة وافي، المسؤولية المدنية عن نقل الدم في التشريع الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص262.

أشخاص القانون العام أو القانون الخاص[1]، إذ نص على تنظيم هذا الأخير المرسوم 92-183 المؤرخ في 26 فيفري 1992[2].

أما فيما يخص تمويل الصندوق فيكون بمساهمة من ميزانية الدولة ومن استقطاعات مفروضة على شركات التأمين من التعويضات التي يتم الحصول عليها من المسؤولين عن الإصابةأو الضرر، وذلك بملغ قدرة مليار ومئتي فرنك سنويا وهذا حسب المادة 16 من المرسوم 92-183 المؤرخ في 26 فيفري 1992[3].

يرأس هذا الصندوق رئيس الدائرة أو مستشار في محكمة النقض سواء كان يزاول المهنة أو أحيل على المعاش ويتكون الصندوق من لجنة للتعويضات مسؤولة عن إعلان طلبات التعويض التي تحصل عليها إضافة إلى إدارة الصندوق، وهذه اللجنة تتكون من عضو من مجلس الدولة ومفتش عام للصندوق بقرار من الوزراء المعنيين، ويعين أعضاء اللجنة لمدة ثالث سنوات قابلة للتجديد وتؤخذ اللجنة قراراتها بأغلبية الأصوات وتكون قراراتها مطلقة بالنسبة لطلبات التعويض[4]

ويخضع الصندوق لرقابة الدولة عن طريق شخص يعين بقرار من الوزراء المعنيين، ويشارك المراقب في اجتماعات لجنة التعويضات وله صوت معدود عند التصويت[5].

الفرع الثاني: شروط التزام صندوق(FITH)بالتعويض

من استقراء نصوص قانون 31 ديسمبر 1991 يتضحجليا أن المبدأ المقرر الذي يحكم مسألة التعويض أنه لا يشمل إلا ضحايا العدوى بفيروسنقص المناعة المكتسبة بسبب أو بمناسبة نقل الدم أو أحد مشتقات الدم الملوث، فلا يدفع التعويض للمصابين بالإيدز بسبب طرق العدوى الأخرى كالجنس أو عن طريق حقن المخدرات وهذا المبدأ تحكمه مجموعة من الضوابط هي:

1) أن يكون نقل الدم أو احد مشتقاته قد تم في فرنسا بصرف النظر عن جنسية المصاب إذ هي ليست محل اعتبار، أيأنه إذا تم نقل الدم الملوث بالفيروس للضحية على الإقليم الفرنسي أصبح من حقه الحصول على التعويض من الصندوق حتى لو كان أجنبيا، إما إذا تمت واقعة نقل الدم خارج

---

[1] فاتنسميشي، المرجع السابق، ص167.

[2] 1 Décret n° 92-183 du 26 février 1992 relatif au fonds d'indemnisation institué par l'article 47 de la loi n° 91- 1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, JORF n°49 du 27 février 1992

[3] فتيحة طالبي، المرجع السابق، ص 167.

[4] خديجة وافي، مدى كفاية القواعد العامة في التعويض عن المسؤولية المدنية لضحايا عمليات نقل الدم، المرجع السابق، ص08.

[5] احمد عبد اللطيف الفقي، الدولة وحقوق ضحايا الجريمة، تطبيق على ضحايا جرائم الإرهاب وجرائم الايدز بسبب نقل الدم الملوث، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر،2003، ص109.

الإقليم الفرنسي فان المضرور لا يستطيع الحصول على تعويض من الصندوق حتى لو كان فرنسيا[1].

2) أن تكون الإصابة التي لحقت بالمريض من جراء عملية نقل الدم متمثلة في نقل فيروس نقص المناعة المكتسبة فقط، وبالتالي فالصندوق لا ينظر في طلبات التعويض عن الإصابات الأخرى كفيروس الالتهاب الكبدي الوبائي وغيره من الفيروسات حتى ولن حدثت بسبب نقل دم ملوث[2].

3) أن تكون الإصابة بفيروس الايدز ناجمة عن عملية نقل الدم أواحد مشتقاته وإثبات العلاقة السببية بين واقعة نقل الدم والإصابة بالفيروس تقع على عاتق المصاب من خلال تقديم المستندات الوثائق المثبتة لذلك، وهذه القرينة ليست قطعية بل بسيطة تقبل إثبات العكس، حيث تخضع للسلطة التقديرية للجنة التعويض التي تحقق من الإصابة وتاريخ عملية نقل الدم وتجري كافة الفحوصات والتحريات حول الظروف الملابسة للعدوى قبل صرف التعويض[3].

4) الحق في المطالبة بالتعويض الضرر المادي والمعنوي لصالح المضرور شخصيا الذي نقل إليه دم ملوث بالفيروس، بالإضافة إلى المصابين بالفيروس بطريقة غير مباشرة[4]، مثل الزوجة التي انتقل إليها الفيروس من زوجها المضرور المصاب بالفيروس من جراء عملية نقل الدم، أو الأطفال المولودون مصابين بالفيروس نتيجة إصابة الأم، ويكون لهؤلاء المضرورين نفس الحق في التعويض مثلهم مثل المضرور المباشر، ويشترط أن يثبتوا أن الفيروس انتقل إليهم من المضرور المباشر، ويحق أيضا لغير المصابين بالفيروس بطريقة مباشرة أو غير مباشرة مثل أقارب المضرورين في التعويض عن الأضرار المالية والمعنوية الناجمة عن إصابة قريبهم أو وفاته[5].

الفرع الثالث: مقدار التعويض وأدائه

المبدأ المطروح من خلال قانون 1991/12/31 هو مبدأ التعويض الكامل والذي يحدد التعويض وفقا للأضرار التي يتم التعرض لها دون تحقيق إثراء، على أن يدور مبلغ التعويض مع عمر الضحية زيادة ونقصانا في تناسب عكسي، بمعنى انه كلما كان سن الضحية أقل كان مبلغ

---

[1] محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص124.

[2] احمد السعيد الزرقد، تعويض ضحايا مرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل دم ملوث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2007، ص110.

[3] فاتن سميشي، المرجع السابق، ص264.

[4] احمد السعيد الزرقد، المرجع السابق، ص 112

[5] محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص126.

التعويضكبيرا، والعكس بالعكس، والحكمة في ذلك أن مرض الايدز سوف يحرمالضحية من سنوات كثيرة كلما كان سن الضحيةصغيرا[1].

وتجدر الإشارةإلىأن الصندوق لا يقوم بدفع مبلغ التعويض بأكمله مرة واحدة، بل يقوم بدفع ثلاثة أرباع بمجرد الإعلان عن الإصابة وانتقال العدوى بالإيدز،إذأن الضحية في هذه المرحلة لا يسمى مريضا بل حاملا للفيروس أو مصابا، أما الربع الأخير فيدفع عند وصول المريض إلى حالته النهائية والجدير بالذكر أن التقدم العلمي في مجال مكافحة الفيروس قد أدىإلىتأخير ظهور أعراض الايدز ومن ثم إطالة فترة حمل الفيروس، ويترتب على ذلك تأخير دفع الصندوق للربع الأخير من مبلغ التعويض فيبقى في ذمة الصندوق فترة زمنية طويلة ريثما يعبر الضحية مرحلة المرض الفعلي[2].

وفي حالة ما إذا رفع الضحية دعوى أمام الجهاتالقضائية للمطالبة بالتعويضفيجب أن يبلغ الصندوق بذلك تفادياللحصول على تعويضات متعددة، فالإصابة بفيروس نقص المناعة المكتسبة لا يمكن أن يكون مصدرا للثراء، وبهذا الخصوص تتم عملية لتبادل المعلومات بين الصندوق والقضاء العادي، والإداري عن الدعاوي التي يحكم فيهابتعويضالضحايا عن الدم الملوث[3].

الفرع الرابع: إجراءات الحصول على التعويض

من خلال استقراء نصوص قانون 1991/12/31 يتبين لنا أن إجراءات المطالبة بالتعويض تتميز بالبساطة، فالضحية ما عليها إلا أن يرسل سوى خطابا مسجلا بعلم الوصول إلى الصندوق الذي يطلب منه تعويضه عن إصابته بمرض الإيدز بسبب نقل الدم الملوث إليه، وعلى الصندوق أن يبث في هذا الطلب خلال ثلاثة أشهر من وصول الطلب إليه، وتمتد إلى أربعة أشهر بالنسبة للطلبات المقدمة قبل أول سبتمبر 1992 ،وعلى الضحية أن يؤشر على نفس الخطاب المرسل إليه بقبول عرض التعويضأو رفضه، وفي حالة قبول الضحية للعرض فانهيتوجب على الصندوق أن يدفعه إليه خلال شهر من تاريخ قبول الضحيةللتعويض[4]. وما يلاحظ على هذا النظام أنهيوفر على الضحية مشقة اللجوء إلى المحكمة وما يترتب عن ذلك من بذل جهد ووقت ونفقات[5]. وهناك نوعان من الدعوى التي يمكن رفعها وهما:

1- الدعوى التي يرفعها الضحية على صندوق التعويض:

---

[1] احمد عبد اللطيف الفقي، المرجع السابق، ص142.

[2] خديجة وافي، المسؤولية المدنية عن نقل الدم في التشريع الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص169.

[3] فتيحة طالبي، المرجع السابق، ص167.

[4] فتيحة طالبي، المرجع السابق، ص167.

[5] فاتنسميشي، المرجع السابق،ص267.

طبقا للمادة الثامنة من قانون 31 ديسمبر 1991 فإنهللضحية أن يرفع دعوى ضد الصندوق وذلك في ثلاث حالات: إذا رفض الصندوق طلب التعويض المقدم له من طرف الضحية، أو إذا لم يقم الصندوق بالرد قبولا أو رفضا على طلب التعويض خلال المدة المحددة، أو في حالة عدم رضا الضحية بالعرض الذي قدمه الصندوق[1].

وتختص محكمة باريس بالنظر في هذه الدعاوي بغض النظر عن محل إقامة الضحية، وتجدر الإشارة أن نظر محكمة باريس لا تعد جهة استئناف ذلك أن الصندوق لا يعد بمثابة جهة تقاضي درجة أولى[2]، أما مدة رفع الدعوى فهيشهران من تاريخ إخطار الصندوق برفض التعويضللضحية أو خلال أجل شهرين من تاريخ انتهاء أجلثلاثة أشهر التي حددها المشرع في حالة عدم رد الصندوق على طلب الضحيةبالإيجاب أو السلب[3].

2-دعوى رجوع الصندوق على المسؤول(دعوى الحلول):

وهي الدعوى التي يرفعها صندوق التعويض على الشخص المسؤول عن الضرر، حيث قضت المادة 09 من قانون 1991/12/31 بحق الصندوق في الحلول محل الضحية ضد الأشخاص المسؤولين عن الضرر أو مؤمنيهم، ولكن يشترط لقبول هذه الدعوى أن يكون هناك خطأ ثابت في جانب المسؤول[4].

وهذه الدعوى هي دعوى عادية يرفعها الصندوق أمام جهة القضاء المختصة حيث ترفع أمام المحاكم درجة أولى، ويخضع الحكم الصادر فيها للقواعد الإجرائيةالعادية ولطرق الطعن المعروفة[5].

ومن خلال ما سلف ذكره نجد أن نظام التعويض عن طريق صندوق الضمان قد ذلل العقبات بالنسبة للضحايا أو المضرورين وخفف عليهم إجراءات الحصول على التعويض الكامل والشامل، بالإضافة إلى عدة مزايا أخرى. وبالرغم من هذه المزايا فلا يوجد في القانون الجزائري حتى الآن نظام أو قانون يقرر تعويضات خاصة بمرض الايدز أو الأمراض الأخرى التي تنتقل عن طريق عن الدم ومازال لحد الآن تعويض الضحايا في هذا النطاق يتم وفقا للقواعد العامة في القانون المدني أو في

---

[1] احمد عبد اللطيف الفقي، المرجع السابق، ص134.

[2] محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص134.

[3] احمد عبد اللطيف الفقي، المرجع السابق، ص144.

[4] وائلمحمود أبو الفتوحالعزيري، المرجع السابق، ص788.

[5] احمد عبد اللطيف الفقي، المرجع السابق، ص145.

إطار التأمين الطبي[1]، إذ كان ينبغي على المشرع الجزائري أن يحذو حذو المشروع الفرنسي حرصا على إرساء وتدعيم قواعد والرحمة والتآلف وتدعيم قواعد التكافل الاجتماعي[2].

المطلب الثاني: الصندوق الوطني لتعويض الحوادث الطبية(ONIAM)

حاول البرلمان الفرنسي أن يوفق بين حقوق أصحاب المهن الصحية وحقوق المرضى فأقام نظاما لتعويض ضحايا الحوادث الطبية الناجمة عن الخطأ باسم التضامن الوطنيONIAM حيث أقر البرلمان الفرنسي القانون رقم 2002-303المؤرخ في 04 مارس 2002المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحي[3]، ثم عدل ذلك القانون بالقانون رقم 2002/1577 الصادر في 30 ديسمبر 2002 الذي فعل الالتزام الملقى على عاتق الطبيب بإبرام عقد المسؤولية المدنية، وقصد الوقوف على القواعد القانونية التي تحكم هذا الصندوق في مجال تعويض ضحايا فيروس نقص المناعة المكتسبة، سيتم في البداية التطرق إلى تنظيم الهيئة المكلفة بالتعويض(الفرع الأول)،ثم الشروط الواجب توافرها لكي يتم التعويض من طرف هذا الصندوق (الفرع الثاني)، لنستعرض كيفية تقديره للتعويض(الفرع الثالث)، وفي الأخيرنبين إجراءات الحصول على التعويض(الفرع الرابع)[4].

الفرع الأول: تنظيم صندوق (ONIAM)

يعتبر الصندوق الوطني لتعويض الحوادث الطبية(ONIAM) مؤسسة عمومية ذات طابع إداري؛ موضوعة تحت وصاية وزير الصحة،أنشئت بموجب المرسوم رقم 2002-638[5] المدرج ضمن قانون الصحة العمومية الصادر بتاريخ 29 أفريل 2002 تطبيقا للمادة L.1142-22 من قانون الصحة العامة المدرجة بموجب قانون 04 مارس 2002، وحل محل صندوق التعويض FITH من حيث الحقوق والالتزامات بداية من تاريخ 01 جانفي 2006 بموجب المرسوم 2005-1768 المؤرخ في 30 ديسمبر 2005[6]. حيث أصبح التعويض الشامل من طرف الديوان بشرط واحد وهو إثباتأن التلوث كان بسبب عملية نقل الدم طبقا للمادةL2213-2[7].

---

[1] كريمة نزار، مدى التزام الدولة بتعويض ضحايا مرض السيدا، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، عدد03، 2005، ص220.

[2] خديجة وافي،مدى كفاية القواعد العامة في التعويض عن المسؤولية المدنية لضحايا عمليات نقل الدم، المرجع السابق، ص09.

[3] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002

[4] نصر الدين منصر، المرجع السابق، ص310.

[5] Décret n°2002-638 du 29 avril 2002 relatif à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, institué par l'article L. 1142-22 du code de la santé publique, JORF n°101 du 30 Avril 2002

[6] Décret n°2005-1768 du 30 décembre 2005 relatif aux nouvelles missions confiées à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique et modifiant le code de la santé publique, JORF n°304 du 31 décembre 2005

[7] Bernard Dapogny, le droit des victimes de la médecine, Edition du puits fleuri, 77850 Hércy- France., P 341

أمافيما تعلق بتمويل الصندوق فقد نصت المادة L1142-23 من قانون الصحة العامة على تمويل عن طريق المبالغ التي يقدمها من طرف شركات التأمين، التي تحدد كل سنة طبقا لقانون تمويل الضمان الاجتماعي، بالإضافةإلىإعانات الدولة، ومصاريف المتأتية عن رد مقابل الخبرة الطبية، بالإضافةإلى تعويضات التي يتحصل عليها الصندوق من خلال دعوى الحلول عن الضرر في حدود المبلغ المقدم للمضرور، وذلك في حالة مكان الضرر راجع لخطأ فقط[1]. ويتشكل الديوان من لجنة مكلفة بالتعويض يرئسها مجلس التعويضات للديوان، ومن مجلس خصوصا من ممثلي الجمعيات المعنية[2].

الفرع الثاني: شروط التزام صندوق (ONIAM) بالتعويض

أما شروط التعويض فهي نفس شروط تعويض ضحايا فيروس نقص المناعة المكتسبة الناجم عن نقل الدم التي نصت عليها المادة 47 من القانون 91-1406.

الفرع الثالث: معايير تقدير التعويض المعتمدة من طرف صندوق (ONIAM)

وضع مجلس الإدارة معايير دقيقة غير تلك التي كانت يعتمدها صندوق التعويض FITH في تقدير التعويض المستحق عن أضرارالإصابة بفيروس الايدز الناجم عن عملية نقل الدم، وترتكز هذه المعايير على تحديد حجم التعويض الإجمالي بناءا على تحديد كل نوع من أنواع الضرر، مستوحاة من اجتهادات فقهية وقضائية من اجل ضمان أكثر شفافية ومساواة بين المتضررين[3]، وهذه المعايير تم تحديثها العديد من المرات وكان أخرهاسنة 2018[4].

وتشمل هذه المعايير تعويض المضرورين شخصيا والمضرورين بالارتداد، وفيما يخص المتضررين شخصيا من الإصابة بفيروس الايدز الناجم عن عملية نقل للدم نص البرنامج المرجعي للتعويض المعد من طرف مجلس إدارة لسنة 2018 على تعويض الأضرار المالية المتمثلة في النفقات الطبية وشبه الطبية والنفقات التي تثبت ذلك، بالإضافة إلى تعويض خسائرالأرباح المهنية في المستقبل، وفقدان التقاعد وفرصة الحصول على وظيفة، والتعويض عن زيادة مشقة التوظيف عن الدراسة بالنسبة للطلبة والتلاميذ، ويحتسب تعويض هذه الأضرار على أساس شخصي وفقا للوثائق

---

[1] نصر الدينمنصر، المرجع السابق، ص 312.

[2] فتيحة طالبي،المرجع السابق، ص171.

[3] أنظر موقع الصندوق الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية على الرابط-http://www.oniam.fr/procedure-indemnisation/bareme-indemnisation تم الاطلاع عليه يوم 2022/08/25، على الساعة 18:19

[4] L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM,2018, disponible en ligne à l'adresse : http://www.oniam.fr/medias/uploads/Documents%20utiles/referentiel_indemnisation_2018.pdf

التي تثبت هذه الخسائر وبالإضافةإلىالأضرار المالية يحتسب الصندوق التعويض عن الأضرار المعنوية مثل التعويض عن الآم الجسدية والنفسية، والتي يتم تقييمها على أساس درجتها[1].

رابعا: إجراءات الحصول على التعويض من طرف صندوق (ONIAM)

تتميز إجراءات الحصول على التعويض عن أضرارفيروس نقص المناعة المكتسبة الناجم عن عملية نقل الدم من طرف صندوقONIAM بالبساطة والسرعة والمجانيةطبقا للمادة 3 3122L–من قانون الصحة العامة الفرنسي، وما يميزها أيضا أنها أصبحت إلزامية عكس ما كان معمول به سابقا أين كان اللجوء إلى صندوق FITH اختياريا[2].

يقومالديوان باستقبال طلبات التعويض بموجب رسالة موصى عليها بإشعار الوصول،ويجب أن يكون هذا الطلب مصحوبا بالوثائق المذكورة في نموذج الطب المعد من قبل الصندوق، والمتمثلة في الوثائق التي تؤكد أنالإصابة راجعة لعملية نقل الدم، بالإضافةإلى الوثائق التي تبرر حجم الأضرار المستحقة للتعويض، ويجب على الصندوق إبلاغ مقدم الطلب من خلال رسالة مسجلة مع إقرار بالاستلام باكتمال طلبه فيما يتعلق بالوثائق المدعمة له[3]، وخلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ استلام الطلب أن تفحص ما إذا كانت شروط التعويض متوفرة، كما تبحث عن ظروف التلوث وتقوم بإجراء كل تحقيق تراه مناسبا إلا ما كان منها متعارضا مع السر المهني، كما يمكن أن تطلب إجراء فحص طبي على المتضرر[4].

ويقومالديوانبتعويض المتضرر خلال مدة شهر من تاريخ قبول طلب التعويض، ويتمالتعويض على دفعة أو على دفعات، وفي كل الأحوال يقومالديوانبتقديم عرض بالتعويض في أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ استقبالهالتبرير كامل عن الضرر،وفي حالة رفض التعويض أو عدم الرد خلال الآجال القانونية أو رفض الضحية للعرض المقدم من طرف الديوان، فانه يحق للضحية رفع دعوى قضائية لمواجهة الصندوق وتختص استئناف محكمة استئناف باريس بالنظر في هذه الدعوة، وقد حددت المادة 3122–11 R من قانون الصحة العامة مدة شهرين من اجل رفع هذه الدعوة[5].

أما طبيعة الأضرار التي يتمالتعويض عنهافهي تشمل كافة الأضرار الماديةوالمعنوية التي سبق تحديدها في قانون 31 ديسمبر 1991،إلا أن سقف التعويض فقد حدد بمبلغ ثلاثون ألف أورو.

خاتمة:

---

[1] نصر الدين منصر، المرجع السابق، ص313.

[2] نصر الدين منصر، المرج نفسه، ص318.

[3] Art R. 3122-1 du C.S.P.F.

[4] فتيحة طالبي، المرجع السابق، ص171.

[5] نصر الدين منصر، المرجع السابق، ص319–320.

حاولنا قدر الإمكان من خلال هذا البحث أن نتعرض بالمناقشة لأهم الإشكاليات القانونية المتعلقة بالتعويض عن عملية نقل الدم خاصة الملوث بفيروس نقص المناعة المكتسبة، إذ اتضح لنا أن النظام التقليدي أصبح يضيق ذرعا بما تفرزه عمليات نقل الدم البشري، بعد أن أصبحت المسؤولية التقليدية غير قادرة من الناحية الفنية على استيعاب صور الضرر الجديدة من حيث النوع، وهو ما اقتضى طرح النظم الجديدة بين المسؤولية الموضوعية وأنظمة التعويض الجماعية بما تتضمنه الأخيرة بين نظام التأمين وأنظمة الضمان الاجتماعي سواء عن طريق الدولة أو عن طريق صناديق الضمان. لتوفيرحماية للمضرورين من عمليات نقل فيروس فقدان المناعةالمكتسبة اتجاهالمتسبب عن هذه الأضرار،مما دفعنا للبحث عن طرق المعالجة القانونية والقضائية في كل من القانون والقضاء الفرنسيين باعتباره أكثر استجابة وتعاونا في سبيل وضع الحلول القانونية لواقعة نقل فيروس المناعة المكتسبة.

وأمام القصور الذي توصلنا إليه من خلال هذه الدراسة، بات من الضروري تقديم بعض التوصيات والمقترحات الخاصة للعمل على سد هذه النقائص، والتي يمكن حصرها فيما يلي:

– يجب على المشرع الجزائري وضع تشريع خاص بالمسؤولية الطبية بصفة عامة والمسؤولية عن عمليات نقل الدم بصفة خاصة والتأمين من هذه المسؤولية خاصة في مجال عمليات نقل الدم الملوث بفيروس نقص المناعة المكتسبة، وذلك من خلال إنشاء صندوق وطني خاص بتعويض ضحايا فيروس فقدان المناعة المكتسبة وذلك اقتداء بما وصل إليه المشرع الفرنسي، مع إعطاء الصندوق صلاحية تحديد كافة الشروط الواجبة لاستحقاق التعويض.

–الحرص على تنظيم الملتقيات العلمية، يكون المحور الرئيسي فيها هو البحث في المسؤولية المدنية والجزائية عن عمليات نقل الدم الملوث، لأن ما يلاحظ هو تركيز المؤتمرات الطبية والقانونية على عمليات زرع الأعضاء دون نقل الدم.

–اقتراح تشكيل هيئة مستقلة للرقابة على هيئات نقل الدم، يتكون أعضاءها من إطارات طبية وقانونية، مع تمتعها بالصلاحيات الرقابية المناسبة.

–إنشاء لجان طبية متخصصة في الأخطاء الطبية عموما، وفي أخطاء الأعضاء والدم بالخصوص تتكون هي الأخرى من قضاة وأساتذة جامعيين وأطباء، ذلك كله لتبادل الخبرات مع تكثيف الدورات التكوينية المشتركة بين هؤلاء.

–وضع قانون خاص بالوقاية من فيروس نقص المناعة المكتسبة وحقوق المصابين وواجباتهم أسوة بالتشريعات العربية الأخرى كالمشرع الكويتي والإماراتي.

-إن عمليات التبرع بالدم تشهد إقبالا واسع من طرف أفراد المجتمع نتيجة للحملات التوعية التي تقودها بعض الجمعيات وهو شيء نثمنه لكن بالمقابل وجب على المشرع أن يتدخل بنصوص خاصة للتنظيم تلك الحملات لما نشهده في السنوات من مخاطر قد تلحق بالمتبرع والمتلقي على حد سواء.

قائمة المراجع:

أولا-المراجع باللغة العربية:

1-الكتب:

- احمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل دم ملوث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2007

- احمد عبد اللطيف الفقي، الدولة وحقوق ضحايا الجريمة، تطبيق على ضحايا جرائم الإرهاب وجرائم الايدز بسبب نقل الدم الملوث، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر،2003.

- سعد سالم العسيلي، التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، دار النهضة للطباعة، القاهرة، 2000.

- سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، دار كليك للنشر، الجزائر، 2008.

- عز الدينحروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، دار هومة، الجزائر، 2009.

- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات،مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى، الجزائر،2011.

- محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام الشرعية والقانونية للتصرفات الواردة على الدم البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002-2003.

- محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام الشرعية والقانونية للتصرفات الواردة على الدم البشري، دار النهضة العربية، القاهرة،2002-2003.

- محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، 2002، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.

- وائلمحمود أبو الفتوحالعزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم-دراسة مقارنة-، دار المغربي للطباعة، مصر،2006.

2-الاطروحات والمذكرات:

أ-الأطروحات:

– فتيحة طالبي، المسؤولية المدنية والجزائية عن نقل الدم، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2014/2013.

–كوثر زهدور،المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة وهران،2013/2012.

–نصر الدين منصر، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم الملوث بفيروس الايدز–دراسة مقارنة– ،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية أدرار، 2019/2018.

– خديجة وافي، المسؤولية المدنية والجنائية عن عمليات نقل الدم–دراسة مقارنة–، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق والعلو السياسية، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2016/2015.

ب– المذكرات:

–فاتن سميشي، المسؤولية المدنية عن نقل الدم في التشريع الجزائري والمقارن،مذكرة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية المدنية،كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة،2017/2016.

3–المقالات:

–أمال فكيري، تعويض ضحايا نقل الدم الملوث بالإيدز على ضوء التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، العدد1، المجلد51، مارس 2014.ص ص 139–182.

– كريمة نزار، مدى التزام الدولة بتعويض ضحايا مرض السيدا، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، عدد03، 2005.

– محمد كادي، شريف بحماوي،التأمين على عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة أحمد دراية أدرار ، العدد 01، المجلد21، مارس 2022.ص ص 86–95.

4–النصوص القانونية:

–الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 78 لسنة 1975.

- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415، الموافق ل 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، ج ر عدد 13 لسنة 1995.
– القانون رقم 06-04 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20فيفري 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق 25 جانفي 1995 والمتعلق بالتأمينات، ج ر العدد 15، لسنة 2006.

ثانيا: المراجع بالغة الأجنبية

1- Ouvrages :
- Bernard Dapogny, le droit des victimes de la médecine, Edition du puits fleuri, 77850 Hércy- France., P 341
1- Articles:
-IllesResponsabilité civile, Responsabilité Dun centre de transfusion sanguine, Obligation de sécurité, Revue judicaire de l'ouest, Vol01, n 2, 1977, pp
3- les lois:
- La loi no 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, JORF n°3 du 4 janvier 1992, page 178
- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002.
4- Décrets:
- Décret n° 92-183 du 26 février 1992 relatif au fonds d'indemnisation institué par **-** l'article 47 de la loi n° 91- 1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions .d'ordre social, JORF n°49 du 27 février 1992
- Décret n°2002-638 du 29 avril 2002 relatif à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, institué par l'article L. 1142-22 du code de la santé publique, JORF n°101 du 30 Avril 2002.
- Décret n°2005-1768 du 30 décembre 2005 relatif aux nouvelles missions confiées à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique et modifiant le code de la santé publique, JORF n°304 du 31 décembre 2005.

مداخلات جلسات اليوم الثاني
13 أكتوبر 2022

المحور الثاني

الأحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب (التلقيح الإصطناعي)

الفترة الصباحية

المفهوم التشريعي للمساعدة الطبية على الإنجاب
وأثره على تكييف الأعمال الطبية – دراسة في القانونين الجزائري والتونسي–

د. صامت غزالي
كلية الحقوق. جامعة تلمسان

ط. د. مرين مصطفى
كلية الحقوق. جامعة تونس

الملخص:

يعد الإنجاب غريزة إنسانية تتحقق بالاتصال الجنسي بين الزوجين، لكن قد يظهر مانع، يستدعي الاستعانة بما وصل إليه التقدم الطبي، أطلق عليه، المساعدة الطبية على الإنجاب، وهو ما أقره المشرعين الجزائري والتونسي، من خلال تحديد مفهموها تشريعيا، وشروط الاستفادة منها، وترتيب المسؤولية حالة الإخلال بها. بذلك يكون قد تم تسطير مجالا يمكن الناظر من تكييف الأعمال الطبية الداخلة والمستبعدة ضمنه، سواء ذات الطبيعة التقليدية بإسقاط المفهوم التجريدي، أو تلك المستجدة التي تحاكي المفهوم التشريعي، وعليه فدراستنا تدور حول تبيان ذلك الأثر القانوني.

الكلمات المفتاحية: المساعدة الطبية–إنجاب–زواج–مسؤولية طبية–انتقاء الجنس–استنساخ.

Abstract:

Procreation is a human instinct that is achieved through sexual intercourse between spouses, but an obstacle may appear, which calls for the use of what has been achieved by medical progress, he called it, medical assistance in procreation, which was approved by the Algerian legislator, by defining its legislative concept, the conditions for benefiting from it, and the order of responsibility in the case breach it. Thus, a field has been outlined that enables the beholder to adapt the medical works included and excluded within it, whether of a traditional nature by dropping the abstract concept, or the novelty that simulates the legislative concept, and accordingly our study revolves around clarifying that legal effect.

key words : The scope of medical assistance–childbearing–marriage-medical liability-sex selection-cloning.

مقدمة

إن أهمية دراستنا هذه تكمن في تبيان نهج كل من المشرع الجزائري والتونسي، بعد تبنيهما للمساعدة الطبية على الإنجاب، كمصطلح تشريعي، ومدى صلاحيته وحصره ضمن نطاق الإنجاب بالطرق الطبية المستحدثة، بعيدا عن تلك الأعمال الطبية المألوفة الأخرى. وحتى بالنسبة لتلك التدخلات الطبية المستجدة التي يتجاوز هدفها حدود معالجة موانع الإنجاب، إلى محاولة إيجاد صفات معينة في المولود، إذ الظاهر أن مثل هذه الأعمال تلامس الطب الإنجابي المساعد، لكن بإسقاط شروطه القانونية، ينتج عنه تغيير في طبيعتها، ما يجعلها أعمالا طبية مستبعدة من مجاله.

بالرجوع إلى قانون الصحة الجزائري[1]، وما لحقته من تعديلات، نجد أن المشرع لم يتعرض لعملية الإنجاب بالطرق الطبية المستجدة،وعلى النقيض من ذلك، فقد كانت الأسبقية للمشرع التونسي في تنظيمها بشكل مفصل وصريح بمقتضى القانون عدد 93 لسنة 2001[2]. غير أن القانون الجزائري تضمن بعض النصوص حول بعض الأعمال الطبية التي لها علاقة بالإنجاب، كانتزاع أعضاء الإنسان وزرعها، ضمن المادة 161 من نفس القانون. والوضع ذاته في ظل نصوص قانون الأسرة رقم 84-11[3]، إلى غاية تعديله بمقتضى الأمر رقم 05-02[4]، أين كان التدخل المحتشم للمشرع، بتخصيصه مادة واحدة فقط، وهي المادة 45 مكرر[5]، مقارنة مع الحجم الكبير لهذا النوع من الأعمال الطبية، وما ينجم عنها من إشكالات. لكن بالرغم من النقص القانوني، إلا أنه لا يمكن القول بعدم مشروعية هذه العلمية بصفة مطلقة، مادامت أنها جائزة لدى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية والمجامع الفقهية، وبوجود نص المادة 222 من ق.أ، التي تحيل إلى إعمال أحكام الشريعة الإسلامية.

بعد صدور القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة[6]، أزاح المشرع الجزائري اللبس الذي كان مسجلا في هذا المجال إلى حد ما، بإعطائه اهتماما خاصا لمجال البيو-أخلاقيات[7] في الفصل الرابع من نفس القانون، فقد عنون القسم الثالث منه بأحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، حيث كرس

1-أمر رقم 76-79 مؤرخ في 29 شوال ه1936 الموافق 1976/10/23 المتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر، ع101، المؤرخة في 1976/12/19، ص.01؛ الملغى بالقانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405ه الموافق 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ،ج.ر،ع08، المؤرخة في 1985/02/17، ص.01.

2-قانون عدد 93 لسنة 2001، المؤرخ في 07 أوت 2007، يتعلق بالطب الإنجابي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع63، 2001/08/07، ص.2573.

3-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404ه الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع24، المؤرخة في 1984/06/12، ص.01.

4-أمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426ه يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404ه الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع15، المؤرخة في 2005/02/27، ص.18. أنظر؛ المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02، المرجع نفسه.

5-أنظر؛ المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02، المرجع نفسه.

6- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439ه الموافق 02 يوليو 2018، ج.ر.ع46، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018، ص.03، المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 11 محرم 1442ه الموافق 2020/08/30، ج.ر، ع50 المؤرخة في 2020/05/02 ص.04. المتعلق بالصحة.

7- تعرف البيو-أخلاقيات بأنها: مجموعة المعارف البيولوجية التي تثير تطبيقاتها قضايا أخلاقية؛ وبذلك فإن مفهوم البيو-أخلاقيات يقتصر على القضايا الأخلاقية المثارة في مجال العلوم البيولوجية والطبية, مثل الاستنساخ وأطفال الأنابيب وغيرها , بينما يتضمن مفهوم قضايا أخلاقيات العلم القضايا الأخلاقية المثارة في فروع العلم المختلفة دون الاقتصار على مجال معين.مروة محمد الباز، القضايا الأخلاقية في العلم والمفاهيم المرتبطة بها، موقع الإنترنت: https://portal.arid.my، تاريخ الإطلاع: 2022/02/23.

لها تعريفا خاصا، وحصر مفهومها في مجموعة من الأنشطة والممارسات العيادية والبيولوجية المساعدة على الإنجاب خارج المسار الطبيعي. وهو بذلك يكون قد ساير نوعا ما المشرع التونسي في تحديد طبيعة الأعمال الداخلة ضمن مجال هذه العملية، لكن التميز بقي مسجلا في جانب هذا الأخير، الذي حدد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته بالأمر عدد 2227 لسنة 2010[1]، يترتب على ذلك رسم نطاقها لتفادي وقوع إشكالات قانونية وقضائية، من خلال حصر الأشخاص الذين بإمكانهم الاستفادة من هذه المساعدة، وما يشترط فيهم، إلى جانب النص على الجزاءات الواجب إيقاعها عند مخالفة ما أورداه من قيود قانونية.

كنتيجة لذلك، يثور لدينا الإشكال التالي: **ما هو المفهوم التشريعي للمساعدة الطبية على الإنجاب وأثره على تكييف الأعمال الطبية في القانونين الجزائري والتونسي؟**

والإجابة عليه، ستكون بإتباع الأسلوب التحليلي، ووفقا للخطة المكونة من ثلاثة محاورأساسية، على النحو الآتي:

1-الإطار المفاهيمي للمساعدة الطبية على الإنجاب.

2-الأعمال الطبية المستبعدة من مجال المساعدة الطبية على الإنجاب.

3-المسؤولية المترتبة على أنشطة المساعدة الطبية على الإنجاب.

1-الإطار المفاهيمي للمساعدة الطبية على الإنجاب

مهما يكن الأمر، فلابد من توضيح الإطار المفاهيمي للمساعدة الطبية على الإنجاب كمصطلح لغوي، اصطلاحي وتشريعي، لأن تحديد معنى المصطلح يمكننا من تحديد مجاله، لاسيما عند تداخل المفاهيم، فالمساعدة هنا لها مفهوم تجريدي وخاص.

1.1-في اللغة: إن الطبيعة المركبة لمصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب، تحتم شرح كل كلمة على حدة، على النحو الآتي:-**المساعدة:** المعاونة. وساعده مساعدة وسعادا وأسعده: أعانه[2]. وقد تعني الإسعاف والمساعفة والمواتاة والقرب في حسن مصافاة ومعاونة[3].-**الطبية:**طب: مثلثة الطاء، علاج الجسم والنفس، وبالفتح الماهر الحاذق بعمله، كالطبيب. وهو يستطب لوجعه: يستوصف[4].

---

[1]-أمر عدد 2227 لسنة 2010، المؤرخ في 14 سبتمبر 2010، يتعلق بإتمام الأمر عدد 2710 لسنة 2003، المؤرخ في 28 أفريل 2003، المتعلق بتحديد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع75، 2010/09/17، ص.2638.

[2]-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج03، دون طبعة، دار صادر، بيروت، ص.214؛ جماعة من المختصين، معجم النفائس الكبير، مج01، ط01، إش.أحمدأبوحاقة، 2007، ص.855.

[3]- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المرجع نفسه، ج09، ص.152.

[4]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تح.محمد نعيم العرقسوسي،ط8،مؤسسة الرسالة،بيروت،2005، ص.108.

وتدل على علم بالشيء ومهارة فيه[1].-**الإنجاب:** كلمة الإنجاب من الفعل أنجب، ينجب، إنجابا، فهو منجب والمفعول مُنْجَبْ (للمتعدي)، أنجبت المرأة: وضعت حملها. إنجابية (مفرد): اسم مؤنث منسوب إلى إنجاب " حرصت الدولة على توعية المرأة بمسؤولياتها الإنجابية "[2].يقال: " رجل منجب وامرأة منجبة "جمع مناجب[3].

ويعد الإنجاب من المفاهيم التي تدور حول معنى النسل وأنه من المفاهيم القرآنية التي ترغب على إنجاب الذرية، كونها تساعد الإنسان على أمور دنياه وتخلفه بعد مماته[4].

وهو ما دلت عليه آيات قرآنية كثيرة[5]،والذرية هي نسل الرجل وما توالد منه ومن أبنائه وبناته[6].

1-2-في الاصطلاح: تبعا للمعنى اللغوي، فالمساعدة الطبية على الإنجاب، هي كل عمل طبي يقصد به إعانة الشخص وتمكينه من تحقيق الولد والتمتع بمشاعر الأبوة والأمومة. وهذا التدخل يتضمنه مفهوم العمل الطبي، مادام أن الإنجاب هو من المصالح الاجتماعية التي يسعى الطبيب إلى تحقيقها[7]. وعليه نستنتج أن المساعدة الطبية على الإنجاب بمفهومها العام ليست محصورة في عمل طبي بحد ذاته، بل هي كل وسيلة يشير بها أو يستعملها الطبيب لتمكين الشخص من تحقيق الإنجاب، بمعنى أدق أن المفهوم التجريدي للمساعدة الطبية على الإنجاب يقتضي احتواء كل عمل طبي يرجى من ورائه تمكين الشخص العقيم من الإنجاب.

1-3-في التشريع: عرفت المادة 370 من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11، المساعدة الطبية على الإنجاب بأنها:" المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار

---

[1]- أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، ج03، تح. عبد السلام محمد هارون،دار الفكر،القاهرة، 1979، ص.407.

[2]- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مج03، ط01، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص.2168.

[3]-جماعة من المختصين، معجم النفائس الكبير، مج02، المرجع نفسه، ص.1952.

[4]-فريدة بنت صادق زوزو، النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات الواقع المعاصر، ط01، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2006، ص.25.

-جاء في الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم:« إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»؛ أبي الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم،ط01، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006، ح.ر.1631، كتاب الوصية، ص.770.

[5]-كقوله الله

تعالى:

»﴿ۖ ﴾ ﴿ ﴾ ﴿ ﴾ ﴿

الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا. وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي". أما المشرع التونسي فعرف الطب الإنجابي في الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون عدد 93 لسنة 2001 بنصها:"...ويقصد بالطب الإنجابي على معنى هذا القانون كل الأعمال الطبية الداخلة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب والرامية إلى معالجة عدم الخصوبة". وهذا التعريف يتوافق والتعريف الاصطلاحي للمساعدة الطبية على الإنجاب، بحيث يشمل كل الأعمال الطبية من غير تخصيص ما دامت تهدف إلى علاج عدم الخصوبة.

غير أنه في الفصل الثاني من نفس القانون، قيد وحصر الأعمال الطبية التي تندرج ضمن الطب الإنجابي بنصه:"يشمل الطب الإنجابي كل الأعمال السريرية والبيولوجية داخل الأنبوب أو أية تقنية أو عمل آخر له أثر معادل ويؤدي إلى الإنجاب البشري خارج المسار الطبيعي لذلك".

هذين التعريفين التشريعيين يدفعنا إلى محاولة شرح أهم المصطلحات التي تضمناها، للتمكن من تحديد الإطار المفاهيمي للمساعدة الطبية على الإنجاب، وتمييزها عن باقي التدخلات الطبية الممارسة من طرف الأطباء، حسب الآتي:

-**نشاط طبي:** فالعمل الطبي وفق النصوص القانونية، يتطلب توافر أربعة شروط ضرورية[1]، شكلية متمثلة في ترخيص القانون، وموضوعية تتمثل في إتباع الأصول العلمية، وعرفية تتمثل في رضا المريض، وشخصية تتمثل في قصد الشفاء، وهي شروط نص عليها قانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب، فهو رسالة الطبيب المنصوص عليها في المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها على أنه:" تتمثل رسالة الطبيب...في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية"، وكذا المادة الأولى من قانون الصحة رقم 18-11 التي تنص على أنه:"...ويرمي إلى ضمان الوقاية وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها واستعادتها وترقيتها ضمن احترام الكرامة والحرية والسلامة والحياة الخاصة". يقابلها الفصل الثاني من الأمر عدد 1155 لسنة 1993[2] التونسي الذي ينص:"يتمثل الواجب الأساسي للطبيب في جميع الظروف في إحترام الحياة الخاصة وإحترام النفس البشرية".

---

[1]-مروك نصر الدين، استنساخ الإنسان بين الحظر والإباحة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، مج35، ع04، 1998/12/15، ص.62.

[2]-أمر عدد 1155 لسنة 1993، المؤرخ في 17 ماي 1993، يتعلق بمجلة واجبات الطبيب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع40، 28 ماي وأول جوان 1993، ص.764.

-**يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي:** بمعنى: « إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبييضة المرأة عن غير الطريق المعهود » [1]. وهو التعريف المؤيد من بعض رجال القانون، لكونه يقتصر على إدخال المني داخل الرحم بطريق العمل الطبي دون الإدخال اليدوي الذي تقوم به المرأة لنفسها، إذ لا يعتبر هذا الأخير تلقيحا اصطناعيا، كما يشمل كذلك صورة التلقيح الخارجي لذكره عبارة " عن غير الطريق المعهود "[2].

أ-ممارسات عيادية:فالممارسة العيادية هي أسلوب مميز في التعامل مع المرضى، تدفع بالحكم على الطبيب على أنه في وضعية معينة وفي أول لقاء، وفي أغلب الحالات من خلال متابعة طويلة مع المريض، تجعل منه قادرا على اتخاذ قرارات العلاج الأكثر مناسبة[3].

ب-بيولوجية: البيولوجيا هي علوم الحياة، ويتفرع عنها علم البيولوجي الجزيئي الذي يهتم بدراسة ظواهر الحياة على المستوى الجزيئي، وكيف تؤدي الجزيئات وظائفها، وكيف يتكامل عملها مع بعض؛ ويتم التركيز على الأحماض النووية والبروتينات[4].

ت-وعلاجية:يعرّف العلاج بأنه الوسيلة التي يختارها الطبيب، والمؤدية للشفاء من المرض أو الحد من أخطاره أو التخفيف من آلامه الناتجة عنه، سواء بتسكينها أو القضاء عليها[5].

ث-تنشيط عملية الإباضة: هي تحريض خارجي بإعطاء الزوجة عقاقير، عن طريق الحقن أو الفم، تدفع المبيض لإنتاج البويضة في الوقت المناسب[6].

ج-التلقيح بواسطة الأنابيب: يتم أخذ مني الزوج وبويضة الزوجة في أنابيب خاصة خارج الرحم لتحضر وتحقن في جسم الزوجة[7].

ح-التخصيب الاصطناعي: التقاء الحيوان المنوي بالبويضة من غير اتصال طبيعي خارج رحم المرأة في وعاء زجاجي يعرف بطبق بيتري. ويعرف أيضا بالتخصيب المخبري، أي في صحون زجاجية[8].

---

[1]-زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، تق.عبد العزيز الخياط، ط01، الدار العربية للعلوم، الأردن، 1996، ص.53.

[2]-محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص.89 .

[3]-بن أحمد قويدر، الممارسة العيادية بين التكوين والتطبيق في الجزائر، كراريس LAPSI، مج08، ع01، جامعة قسنطينة، ص.04.

[4]- نشأت غالب مصطفى، البيولوجي الجزيئي، طبعة01، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة-الجمهورية اللبنانية، 2018، ص.24.

[5]- فهد دخين العدواني، المرجع السابق، ص.546.

[6]-زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.61.

[7]-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.380.

[8]-لبنى محمد جبر شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007، ص.03.

خ-نقل الأجنة: يكون حالة الانتهاء من سحب المني والبويضة وتخصيبها خارجيا، في فترة ما بين 48 ساعة إلى 07 أيام وبعد اختيار أجود الأجنة، عن طريق قسطرة مخصصة لهذا الغرض، يتم تمريرها إلى تجويف الرحم وحقن الأجنة[1].

واستنتاجا لما فصلناه، فالمساعدة الطبية على الإنجاب بمفهومها التشريعي تقتضي توافر الشروط القانونية المطلوبة في الأعمال الطبية، وأن يكون الهدف منها هو علاج المريض، وتحقيق الإنجاب بالإخصاب الاصطناعي ومختلف النشاطات البيولوجية، بخلاف تلك الأعمال الطبية التي يقصد من ورائها مجرد البحث العلمي، أو تحقيق الإنجاب بأوصاف معينة، وعموما، فالمساعدة الطبية على الإنجاب حسب نص المادة 370 من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11، والفصل الثاني من القانون عدد 93 لسنة 2001، يجعل من طبيعتها مختلفة عن المفهوم التجريدي العام الذي يقتضي تحقق المساعدة بأي تدخل طبي مهما كانت طبيعته، ولو كان تقليديا ممارسا من طرف أي طبيب، وهو المفهوم المشار إليه في الفصل الأول من نفس القانون.

لكن التساؤل الذي يطرح نفسه، لماذا استعمل المشرع الجزائري مصطلحي التلقيح والتخصيب معا؟، فهل قصد بالتلقيح بواسطة الأنابيب صورة التلقيح الداخلي وبالتخصيب الاصطناعي صورة التلقيح الخارجي؟ وإن كانت كلمة الأنابيب قد تؤدي إلى التداخل بين الصورتين، لأن التلقيح بالأنابيب ما هو إلا من صور التلقيح الخارجي، أو ما يسمى بطفل الأنابيب عند البعض[2]. أم أن المشرع قصد من ذلك نطاق حدوث عملية التلقيح؟ فالتلقيح بواسطة الأنابيب، قد يكون بسحب مني الزوج وبويضة الزوجة وتحضيرهما وحقنهما داخل القناة الرحمية(قناة فالوب،الأنبوب)، ليتم التلقيح مثلما هو معهود في الحمل الطبيعي، أو ما يسمى بطريقة جفت[3]. كما قد يتم بإحداثه صناعيا خارج الرحم. إذ يقع الإخصاب خارجيا بين النطفة والبويضة، ليتم غرس البويضة الملقحة مباشرة في الرحم. إذن فالفرق بين الأسلوبين هو نطاق وكيفية حدوث التخصيب، فالأولى يحدث التخصيب داخل القناة المتصلة برحم المرأة وبصفة طبيعية، في حين أن الثانية يكون التخصيب صناعيا وخارج الرحم، ليتم غرس البويضة الملقحة داخل الرحم.

كذلك بخصوص عملية تنشيط الإباضة، فقد يتداخل هذا العمل مع المساعدة الطبية بالأدوية المتاحة لأي طبيب اختصاصي في طب التوليد، والمصنفة ضمن الأعمال التقليدية، إلا إذا كانت تلك العملية تتطلب دقة عالية، يقتضيها نشاط الإنجاب بالطرق المستحدثة. من جانب آخر يرى

---

[1]- لبنى محمد جبر شعبان الصفدي، المرجع السابق، ص.05.

[2]-محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، الطبيب أدبه وفقهه، ط01، دار القلم، دمشق، 1993، ص.341.

[3]-محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع نفسه، ص.345.

البعض[1]، أن هناك فرقا لغويا بين مصطلحي التلقيح والإخصاب من حيث الفعل والنتيجة، وأن الإخصاب قاصر على البشر فقط. في حين أن ما يظهر لنا خلاف ذلك، بحجة أن كلا المصطلحين يدل على النتيجة، فالملاقيح هي الأمهات وما في بطونها من الأجنة أو ما في ظهور الجمال الفحول، وألقحت الرياح الشجر فهو لواقح وملاقح[2]. كما أن الإخصاب ليس قاصرا على البشر، بل يقال خصبت الأرض، فهي خصبة[3].

على أساس ذلك، نجد غاية المشرع الجزائري من استعمال هذين المصطلحين، في إقراره لصور التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي معا من جهة، ومن جهة أخرى توسيع النطاق إلى ما توصل إليه الطب من طرق جديدة لإحداث التخصيب الاصطناعي. وهذا يعد تداركا لما جاء في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، أين كان قد اكتفى بمصطلح التلقيح الاصطناعي. ما يفهم كذلك هو محاولة المشرع توجيه هذه العمليات للمساعدة على الإنجاب لا غير، أي بعيدا عن عمليات أخرى،كالاحتفاظ بالبويضات أو المتاجرة في الأجنة.

ولقد تجاوز المشرع التونسي كل تلك التساؤلات، بإصداره أمر عدد 2227 لسنة 2010، المؤرخ في 14 سبتمبر 2010المتعلق بتحديد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته، حيث عدد في البند الأول من الفصل الأول الأنشطة السريرية التي تتضمنها عملية المساعدة الطبية على الإنجاب[4]، باستثناء ما يمكن فهمه من الفصل الأول من القانون عدد 93 لسنة 2001، أين شمل كل الأعمال الطبية الداخلة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب والرامية إلى معالجة عدم الخصوبة.

ويزداد مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب أكثر وضوحا، بالتطرق للشروط القانونية التي أوجبها المشرع الجزائري، منها ما كان قائما بنص المادة 45 مكرر ق.أ المتعلقة بالتلقيح

---

[1]–سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الاصطناعي–دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، 2019–2020، ص.21.

[2]–مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص.239–240

[3]– أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج01، ص.355.

[4]– ينص الفصل الأول من أمر عدد 2227 لسنة 2010، المؤرخ في 14 سبتمبر 2010 المتعلق بتحديد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته : " تشمل أنشطة المساعدة الطبية على الإنجاب ما يلي:

1– الأنشطة السريرية التالية:

أ– الإخصاب الاصطناعي داخل الرحم.

ب–سحب البويضات بالبزل.

ت–سحب الحيوانات المنوية بالبزل أو بالخزعة الخصوبية.

ث–نقل الأجنة قصد زرعها ".

الاصطناعي، ومنها ما استحدثه من شروط بالمواد 370 إلى 376 من قانون الصحة الجديد، حيث سنحاول إبراز مدى فاعلية تلك الشروط وأثرها القانوني، بالمقارنة مع ما هو منصوص عليه في قانون الطب الإنجابي التونسي، سواء ما تعلق بالشروط الذاتية الخاصة بالعلاقة الزوجية أو تلك المتعلقة الموضوعية المرتبطة بالجانب الإجرائي، الشيء الذي يمكننا من القول بوجود خصوصية للحماية القانونية المكرسة في هذا الشأن.

1-4-الشروط القانونيةالخاصة بطالبي المساعدة الطبية على الإنجاب

حصر المشرع الجزائري هذا النمط من المساعدة على المتزوجين فقط باستعماله مصطلح-حصريا-، ولم يكتف عند ذلك الحد، بل أصبح لا يعترف إلا بالزوجين المرتبطين قانونا، ما جعله يحدد طبيعة عقد الزواج للراغبين في الإنجاب، وأن يتمتعا بحالة مدنية خاصة، كشرط الحياة، وسن الإنجاب والمعاناة من العقم المؤكد طبيا، شأنه في ذلك شأن ما أقره المشرع التونسي، مع وجود بعض الفوارق المسجلة بين القانونين.

1-4-1-وجود علاقة زوجية قانونية

فكلا المشرعين استوجبا طبيعة خاصة في عقد الزواج للاستفادة من هذه التقنية، تتمثل في وجود علاقة زوجية بين رجل وامرأة مفرغة في شكل رسمي، متبوعة بالموافقة على النقل أو التخصيب الاصطناعي.

والمعلوم أن الأسرة في نظر القانون والقضاء الجزائريينتتجسد بوجود علاقة زوجية بين رجل وامرأة[1]، فلا عبرة بالزواج المثلي[2]، وهذا مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، إذ لا يمكن لغير الأزواج تقديم طلب المساعدة الطبية على الإنجاب، حسب نص المادة 371 من قانون الصحة، والفصل3 و4 من القانون التونسي عدد 93 لسنة 2001 على عكس ما هو عليه الأمر في المجتمعات الغربية، التي تسمح بالزواج الحر[3]. ولاسيما في ظل فرضية المطالبة بهذا النوع من

[1]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم 249128، المجلة القضائية، ع02، 2003،ص.269.

[2]-مجيد الصائغ، الزواج المثلي مفسدة إنسانية وأخلاقية-دراسة موضوعية لآثار وسلبيات الزواج المثلي-، طبعة01، مؤسسة البلاغ، بيروت، 2010، ص.12-13.

[3]-الصالح بوغرارة، أثر الاكتشافات الطبية على أحكام الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2013-2014، ص.276.

الإنجاب لدى النساء اللاتي تعانين من مرض السحاق، أو المتغيرين جنسيا، أو النساء غير المتزوجات، بحجة الحق في الإنجاب دون زواج شرعي[1].

والعلاقة الزوجيةحسب القانونين لا تكون إلا بوجود العقد الرسمي أو ما يسمى بالعقد المدني، أي لابد من استيفائه لكل الشروط القانونية والأركان المقررة شرعا، للحيلولة دون الحكم ببطلانه[2]، يترتب عن ذلك بالضرورة استبعاد الأزواج المرتبطين بعقد عرفي من طرف المراكز المؤهلة لهذا الغرض، لانعدام وثيقة عقد الزواج، مما يجعلهما ملزمين بتثبيت زواجهما أمام القضاء تطبيقا للفقرة الأولى من نص المادة 22 من ق.أ.ج التي تنص على أنه:" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"[3]. غير أن هذا يمكن عده إجبارا للزوجين على تحرير عقدهما، وبالتالي التدخل في سلطان إرادتهما، وهذا مخالف للمبدأ الذي قضت به المحكمة العليا الجزائرية في أحد قراراتها[4]. من جهة أخرى، كيف يمكن للزواج العرفي أن يحدث آثاره، بالنسبة لإثبات جريمة الزنا، حسب ما قضى به الاجتهاد القضائي الجزائري[5]، في حين أنه لا يمكن الاعتداد به عند تقديم طلب المساعدة الطبية على الإنجاب؟.

بالتنسيق بين نصي المادة 45 مكرر من قانون الأسرة والمادة 371 من قانون الصحة، يكون المشرع أوجد الصورة الكاملة في عقد الزواج من الناحية الشرعية والقانونية، لكونه ضمانة قوية لتمكين الطفل من العيش في حياة مليئة بالتوجيه والرعاية[6].

ووجود عقد الزواج ولو في صورته الشكلية، لا يكون له الأثر في قبول طلب المساعدة الطبية على الإنجاب، ما لم يدعّم بموافقة الزوجين على عملية المساعدة الطبية على الإنجاب، لما ينطوي ذلك عن المساس بجسد الزوج طالب المساعدة أو الزوج الآخر، ويستهدف مصلحتهما. فبنص المادة 371 من قانون الصحة الجزائري يكون المشرع أتم ما نصت عليه المادة 45 مكرر من قانون

---

[1]–عبد الكريم مأمون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04، ص.84.

[2]–المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/10/08، ملف رقم 34137، المجلة القضائية، ع04، 1989،ص.79.

[3]–تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2006، ع04، ص.91.

[4]–المحكمة العليا،الغرفة العقارية، قرار بتاريخ 2012/10/11، ملف رقم 806309، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2014،ص.297.

[5]–المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، قرار بتاريخ 2005/06/01، ملف رقم 297745، مجلة المحكمة العليا، ع01، 2006،ص.577.–المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، قرار بتاريخ 2011/07/28، ملف رقم 538865، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2012،ص.325.

[6]–محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية–دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1992–1993، ص.38.

الأسرة، إذ الثابت في مباشرة الطبيب لأي عمل طبي على جسم المريض أن يتم بإذنه، فيستلزم القول بوجوب توافر موافقة الزوجين معا، وتحقق صحتها، بتمتع الزوجين بقواهما العقلية، وانتفاء عوارض الأهلية المشار إليها في المادتين 42 و43 من القانون المدني الجزائري. غير أن المشرع التونسي ذهب إلى أبعد من ذلك، فاشترط في الفصل5 من قانون الطب الإنجاب وجوب الحضور الشخصي للزوجين المعنيين، حتى يتم قبول الموافقة الكتابية، ما يفهم معه عدم قبل طلب المساعدة حالة الغياب المبررة بالغيبوبة أو السجن للزوج مثلا[1].

والتنويه ضروري على أن الموافقة في بعض الحالات تكون باطلة بقوة القانون، والمنصوص عليها في المادة 374 من قانون الصحة الجزائري والفصل4 و14 من قانون الطب الإنجابي التونسي، بمنعالتصرفات الواقعة على الخلايا التناسليةولو للأقربين، وفي هذا تأكيد لشرط أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، المشار إليه في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والفصل04 من قانون الطب الإنجابي.

1-4-2- الحالة التي يكون عليها الزوجان

حيث قصر المشرعين الجزائري والتونسي أحقية طلب المساعدة الطبية على الإنجاب على فئة المتزوجينالأحياء، وفي سن تسمح لهما بالإنجاب، ويعاني أحدهما أو كلاهما من عقم مؤكد طبيا، فشرط الحياة يجد أساسه في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بصفة صريحة بعبارة -أثناء حياتهما-، وتم التأكيد عليه بعبارة -على قيد الحياة- ضمن نص المادة 371 من قانون الصحة الجزائري، وكذا الفصل4 من قانون الطب الإنجابي التونسي، مما يفهم أن المشرعين يعتدان بالرابطة الزوجية القائمة فعلا وحقيقة وليس حكما، وأن زمن إجراء العملية من القيود الأساسية لمشروعيتها بين الزوجين[2]، وحتى فترة العدة بعد الوفاة لا تعتبر امتدادا للعلاقة الزوجية، وأن ذلك يتناسب وأحكام النسب التي نظمتها المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري، وحماية للتركة وفق نص المادة 128 من نفس القانون، والهدف من ذلك كله هو توفير الاستقرار للأسر وتجنب حدوث مشاكل

[1]-أحمد داود رقية، ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، ع10، مج01، جوان 2018، ص.212-213.

[2]-إقروفة زبيدة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.116.

اجتماعية بين الورثة وغيرهم[1]، وهو قول أغلب آراء الفقه الإسلامي المعاصرين[2]، على خلاف القائلين بجوازها مع عدم استحسانها[3].

وما يحسب إيجابا للمشرع التونسي، يتمثل في التطرق لحالة تفكك العلاقة الزوجية، بعد مباشرة أعمال الطب الإنجابي، إذ مكن الفصل11 في الفقرة 6 و7 من القانون عدد 93 لسنة 2001، أحد الزوجين أو كلاهما طلب إنهاء تجميد الأجنة من المحكمة التي تنظر في قضية الطلاق بعد الحكم بفك الزوجية، أو بموجب إذن على عريضة بعد الفرقة ولو لم تنتهي المدة القانونية لإتلاف الأمشاج المقدرة بخمس سنوات حسب الفقرة03 من نفس الفصل.

واستثناء لشرط وجود العلاقة الزوجية، فإن المشرع التونسي أجاز في الفصل06 من قانون الطب الإنجابي، للشخص غير المتزوج اللجوء إلى تجميد أمشاجه قصد استعمالها مستقبلا في إطار رابطة زوجية، شريطة تبريره لذلك بخضوعه لعلاج من شأنه أن يؤثر على قدرته الإنجابية. غير أن هذا الإجراء في نظرنا، فيه نوع من المجازفة، لاسيما وأن عبارة–للشخص– جاءت عامة تشمل الرجل والمرأة، خاصة عند وفاة الشخص المعني، أو عدم تمكنه من الزواج، أو أن هذا الإجراء قد يتحايل به كثير من الأشخاص بالتواطؤ مع الطبيب المختص في تقرير تأثير العلاج على قدرة الإنجاب.

وفي سن تسمح للزوجين بالإنجاب، لكن هذا الشرط غير سديد في نظرنا، بهذا يكون شأنه شأن المشرع التونسي والفقه الذي تناول تعريف العقم باعتماده على هذا المعيار[4]، فعبارة –في سن الإنجاب–، وإن كانت تنطبق على الزوجة تبعا لما هو معهود، فإنها لا تستقيم في جانب الزوج، ما دام أن هذا الأخير معافى في جسده ليس به علة، لأن المتفق عليه أن الرجل يستطيع الإخصاب مهما طال عمره. هذا وإن بعض آراء الفقه الإسلامي لا تجزم بالعقم الدائم المطلق[5]. بل تميل إلى ما يعرف بتأخر الإنجاب، فهو لا يتعجل في فسخ النكاح إلا بعد إمهال الزوج العقيم والتأكد من أمره، وأن الإنجاب قد يتأخر فلا يولد لأحد وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ، فالعقم عنده حالة مرضية قابلة

---

[1]–تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.92؛ زلافي عبد الحميد، حماية الجنين في ظل السياسة الجنائية وفلسفة التشريع الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2011،ع08، ص.63.

[2]–زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.81.

[3]–زياد أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص.82.

[4]–محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ط2، دار النفائس،الأردن، 1999، ص.70.

[5]–هناك نوعين من العقم مطلق ونسبي: فالأول غير قابل للعلاج، أما الثاني فيمكن علاجه؛ رسيمة عبد الفتاح الدوس، الفسخ لعدم الإنجاب دراسة فقهية مقارنة بالقانون، طبعة01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص.68، زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.31.

للشفاء بإذن الله تعالى[1]، وبالنسبةلطلب المساعدة في حالة الإذن القضائي بالزواج، هي السن الدنيا لإمكانية إبرام عقد الزواج قانونا[2].

ودون إهمال لما أثبته الطب، أن لتأخير سن الزواج الأثر البين في الخصوبة، خاصة بالنسبة للمرأة[3]، فتقل نسبة حدوث الحمل لديها بتقدمها في السن، حيث تكون بنسبة 11% في سن الثلاثين وبنسبة 03% عند سن الأربعين[4] والغالب إذا تأخر الزواج بعد الخامسة والعشرين تقل الخصوبة لكونه السن الأمثل لذلك[5] . وإن كان الثابت شرعا بخلاف ذلك، بدليل قول الله تعالى « ﴿ﮋ ﮊ ﮋ ﮊ ﮋ ﮊ

تعالج[1]، وإن كان بعض الشراح يرى بعدم إمكانية تصنيف الحالات التي تسببت في حدوث عدم الإخصاب، أنها حالات عقم ممكنة العلاج[2].

وإثبات العقم يستلزم تقديم تقرير طبي، يثبت عدم القدرة على الإنجاب بالطريق الطبيعي، وبعد مدة معتبرة أو بعد تجريب الوسائل الطبية التقليدية الأخرى[3]. وإن كان المشرع الجزائري ونظيره التونسي، لم يحددا من له صلاحية إثبات عقم الزوجين، هل طبيب أخصائي في التوليد، أم المركز المشرف على عملية المساعدة الطبية؟، وهو الشرط الذي أكده فقهاء الشريعة الإسلامية المجيزين لعملية التلقيح الاصطناعي، لما فيه من كشف للعورات، وعلى أساس أن الضرورات تقدر بقدرها. كما يسد الباب أمام بعض الأطباء إلى السعي في المتاجرة والربح[4].

وما يؤخذ على المشرعين الجزائري والتونسي، عدم إيرادهما تعريفا محددا للعقم وعدم الخصوبة[5]، فينجر عن ذلك توسيع السلطة التقديرية للأطباء في توجيه الأزواج من عدمه إلى المساعدة الطبية على الإنجاب، ما يجعلنا نحكم عليه إيجابا، بالنظر إلى تشعب مسببات العقم، أو سلبا بفتح المجال أمام الأطباء لتوسيع دائرة التعامل بمثل هذه التقنية بالتواطؤ مع الجهات المشرفة عليها، بتشخيص كل حالة على حدة والحكم عليها بأنها تشكل عقما أو عدم خصوبة.

1-5-الشروط الإجرائيةلطلب المساعدة الطبية على الإنجاب

بالموازاة مع توافر ما ذكرناه من شروط ذاتية تتعلق بالزوجين، توجد هنالك إجراءات قانونية للاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب، تتمثل في الطلب الواجب تقديمه، وكذا الهيئة المؤهلة لإجراء تلك المساعدة.

تدارك المشرع الجزائري ما كان حاصلا بالمادة 45 مكرر من قانون الأسرة، التي لم تشترط شكلا معينا للتعبير عن الرضا، فقد أخرج عقد المساعدة الطبية على الإنجاب من نطاق قاعدة الرضائية في العقد الطبي، بحيث أوجب على طالبيها إفراغ موافقتهما في قالب مكتوب، بمقتضى

---

[1]- تعرف عدم الخصوبة على أنها:"عدم الإنجاب لمدة سنة كاملة رغم وجود علاقة زوجية سليمة وبدون استخدام أي مانع من موانع منع الحمل"؛ محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع السابق، ص.330-331.

2-سارة عيادي، أساس مشروعية المساعدة على الإنجاب، مجلة النبراس للدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة تبسة، المجلد الرابع، العدد01، مارس 2019، ص.76.

[3]-إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.122.

[4]- العرابي خيرة، التلقيح الاصطناعي وأثره في إثبات النسب، دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، 2011، ع02، ص.10-11.

[5]- يعرف العقم على أنه: « عدم القدرة على الإنجاب، ويكون في الرجال وفي النساء»؛ أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.733.

الفقرة الثانية من المادة 371 من قانون الصحة، وهو ما تفطن إليه المشرع التونسي في الفصل3 و5 و12 من قانون الطب الإنجابي.

وحدد المشرع الجزائري مدة قانونية تقدر بثلاثين يوما لتأكيد الطلب الأول، يتم حسابها من تاريخ استلامه من طرف الهيكل أو المؤسسة المعنية، وهو إجراء طالب به الفقه القانوني قبل صدور قانون الصحة الجديد[1]. دون الإشارة إلىتجديد الطلب عند كل محاولة للتيقن من أن الزوجين لا يزالان متمسكين بإجراء عملية المساعدة دون خيبة أمل بعد عدة محاولات سابقة[2].وهذا الإجراء في حد ذاته لم ينص عليه المشرع التونسي، إلا أنه أكد على إجراء يفوقه أهمية من الناحية القانونية، والمتمثل في تبصير المقبلين على عملية الطب الإنجابي، فاشترط في الفصل23 من القانون عدد 93 لسنة 2001 أن يقوم الطبيب المختص قبل المباشرة الفعلية لأنشطة الطب الإنجابي بمقابلات خاصة للزوجين المقبلين على العملية للوقوف على العلاج الذي خضع له أحدهما أو كلاهما، مع تبصيرهما وإطلاعهما على العملية من جميع جوانبها العلاجية والقانونية، كالإنجازات العلمية المحققة، والمخاطر المحتملة على صحة الزوجة والمولود، لاسيما حالة إعادة محاولة زرع الأجنة، وأن يتم تأكيد تلقي الزوجين لهذه المعلومات كتابيا من طرف الزوجين المعنيين[3]. وعموما تبقى للكتابة الأهمية البالغة في تكريس الحماية لكل الأطراف، لما تنطوي عليه هذه العملية من مخاطر ومشاكل، ولعل ذلك الذي دفع بالمشرع التونسي إلى اشتراطها في أغلب مراحل عملية الطب الإنجابي، سواء عند أول طلب، أو التلقيح، أو لإجراء أعمال علاجية على الجنين[4]، أو إتلاف الأمشاج[5]، أو الحصول على أجنة زائدة وحفظها قصد إجراء محاولة زرع جديدة[6]. كما أنه يسهل من عمل الهياكل المعنية بالمساعدة في جرد إحصائيتها السنوية، حسب المادة 373 من نفس القانونوالفصل 19 من القانون التونسي عدد 93 لسنة 2001.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري، عدم تحديده لشكل الطلب المقدم، هل يكون خطيا؟ أم بموجب نموذج خاص على مستوى الجهة القائمة بالمساعدة؟ وهل يشترط المصادقة عليه من طرف ضابط

---

[1]–قاسم العيد عبد القادر،التلقيحالاصطناعي،تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس،كلية الحقوق،2005،عدد03، ص.211؛ أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري–دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014–2015، ص.157.

[2]–خدام هجيرة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2006–2007، ص.24.

[3]–أنظر؛ الفصل23 من القانون التونسي عدد 93 لسنة 2001.

[4]–أنظر؛ الفصل10 من نفس القانون.

[5]–أنظر؛ الفصل11 من نفس القانون.

[6]–أنظر؛ الفصل12 من نفس القانون.

عمومي أم لا؟ وهل يمكن الأخذ بالطلب الإلكتروني والطلب عن طريق إشعار بالبريد؟ أم أن ذلك يحدد عن طريق التنظيم؟، وهذا النقص التشريعي تجاوزه المشرع التونسي بتحديد أنموذج مطلب الزوجين للإستفادة من خدمات الطب الإنجابي بالقرار الوزاري المؤرخ في 2003/03/27[1].

ولقد حددت المادة 372 من قانون الصحة أيضا، على خلاف المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، النطاق المكاني لإجراء المساعدة الطبية على الإنجاب، المتمثل في المؤسسات أو المراكز أو المخابر المرخص لها قانونا، يقابلها الفصول من 17 إلى 20 من قانون الطب الإنجابي التونسي المتعلقة بالتراخيص الممنوحة لمراكز المساعدة الطبية على الإنجاب وطرق الممارسة، بحيث تمارس الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية من طرف ممارسين معتمدين. غير أن هذا المصطلح – ممارسين–في نظرنا لا يتناسب وأهمية الإنجاب بهذه التقنية، فكان من الأسلم استعمال مصطلح أطباء، مع شرط الاتصاف بالكفاءة العلمية والمستوى الأخلاقي والديني، لضمان التلاعب والعبث بالأنساب أو التفكير في المتاجرة بالخلايا الجنسية. وهذا بخلاف المشرع التونسي الذي استعمل مصطلح –الطبيب– في مواضع عديدة، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، فاشترط في الفصل03 من الأمر عدد 1027 لسنة 2003[2]، أن تجرى الأنشطة البيولوجية للمساعدة الطبية على الإنجاب تحت مسؤولية طبيب مختص في علمي الأنسجة والأجنة أو في البيولوجيا الطبية أو صيدلاني بيولوجي، يضاف إلى المستوى العلمي ضرورة تلقي تكوينا في بيولجيا الإنجاب. ولقد أكد ذلك بعد إتمامه هذا القانون، بصدور الأمر عدد 2227 لسنة 2010، أين ضبط في الفصل الأول منه، مقاييس الأعوان العاملين بوحدة الطب الإنجابي[3].

وبمعرفة المفهوم التشريعي للمساعدة الطبية على الإنجاب، يكون من السهل تكييف الأعمال الطبية غير الداخلة ضمن مجاله، هو ما نسقف عليه في المحور الموالي.

2–الأعمال الطبية المستبعدة من مجال المساعدة الطبية على الإنجاب

بما وقفنا عليه من مفهوم للمساعدة الطبية على الإنجاب في ثوبه التشريعي، وإسقاطا لما تضمنه على الأعمال الطبية، فإن الأثر القانوني المترتب هو إمكانية إخراج بعض الأعمال الطبية من نطاق تلك المساعدة، سواء بحكم الطبيعة التقليدية التي تتسم بها، وعدم اشتمالها على مميزات المساعدة التي خصها التشريع، كصفة البيولوجية، وغيرها، أو بحكم الهدف المتوخى من إجراء

---

[1]–قرار من وزير الصحة العمومية، المؤرخ 27 مارس 2003، يتعلق بضبط أنموذج مطلب الزوجين للإستفادة من خدمات الطب الإنجابي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع27، 04 أفريل 2003، ص.937.

[2]–أمر عدد 1027 لسنة 2003، المؤرخ في 28 أفريل 2003، المتعلق بتحديد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع37، 2003/05/09، ص.1753.

[3]–أنظر؛ الفصل الأول من الأمر عدد 2227 لسنة 2010.

بعضها الآخر، ولو كانت ذات طبيعة بيولوجية مستحدثة مشابهة لما قصده التشريع، كتقنيتي انتقاء جنس الجنين، والاستنساخ البشري، هو ما سنفصله في البندين المواليين.

2-1-الأعمال الطبية التقليدية المساعدة على الإنجاب

يمكن أن تتجسد المساعدة على الإنجاب بالعمل الطبي التقليدي من خلال ثلاثة طرق[1]، تتمثل في المساعدة بالنصح والتوجيه، والعلاج بتقديم الأدوية المحفزة، وكذا المساعدة بالتدخل الطبي الجراحي، فقدتكون العوامل النفسية في الغالب سببا للعقم، فهي تؤثر على عمل بعض أعضاء الجسم، إذ نجد أن الاتصال الجنسي تتحكم فيه العوامل السيكولوجية والعاطفية وأي اضطراب لنفسية الزوج ينعكس سلبا على اتصاله الجنسي، فالرجل يفقد الرغبة الجنسية، أما المرأة فإن الغدد لديها لا تفرز سوائلها في المهبل[2]. لذلك أضحت الأمراض النفسية العضوية محل بحث الأطباء[3].

وما ثبت علميا أن حدوث الإنجاب قد يقع بنسبة جد مرتفعة، بناءا على توجيهات الأطباء الذين أدخلوا تغييرات على نمط حياة بعض الأزواج المصابين بالعقم، خلال فترة سميت بالرعاية الصحية ما قبل الإخصاب، تشمل النظام الغذائي بالدرجة الأولى[4]. ويمكن إدراج هذا النوع من المساعدة ضمن قاعدة تسلسل العلاج والاستشارة والتوجيه المنصوص عليها في المادة 22 من القانون الجزائري رقم 18-11 المتعلق بالصحة، وما يقابلها في الفصل32 من الأمر عدد 1155 لسنة 1993 المتعلق بمجلة واجبات الطبيب.

وقد يقوم الطبيب بإجراء بعض الفحوصات الخاصة، كتلك المتعلقة بعدد الحيوانات المنوية لدى الرجل أو تلك المرتبطة بانتظام الهرمونات الأنثوية، فإذا ما تبين له وجود مانع أو خلل، يقوم بوصف الأدوية المناسبة لكل حالة، مثل دواء الكلوميد الذي يساعد على الإباضة[5].

كما قد يلجأ في مرحلة ثالثة إلى المساعدة بالتدخل الجراحي، عندما يكون سبب العقم راجع إلى عدم أهلية بعض الأعضاء التناسلية أو عدم صلاحيتها مطلقا، فيكون إما تدخلا تأهيليا أو تدخلا تعويضيا، ومثال التدخل بالجراحة التأهيلية، كحالةوجود دوالي الخصية، وهي عبارة عن وريد متورم[6]، يجعله يؤثر على عدد الحيوانات المنوية وسرعتها وحيويتها. فإذا تبين عدم جاهزية الحيوانات المنوية

---

[1]- محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ط01، د.د.ن، 2002، ص.469.

[2]-اليوت فيليب، العقم أسبابه وطرق علاجه، ترجمة الفاضل العبيد عمر، ط02، 1986، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ص.159.

[3]- محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، المرجع السابق، ص.76.

[4]- خالد جبر، العقم وتأخر الإنجاب المشكلة والحل، 2014، بيت الضياء للنشر والتوزيع، الجزائر، ص.78-79.

[5]-سلام عمر، ما هو علاج ضعف المبايض، موقع الإنترنت، www.webteb.com، تاريخ الإطلاع: 2022/03/06.

[6]- بودحوش نصر الدين، أثر برنامج علاجي في التخفيف من حدة الأمراض الإكتئابية لدى المصابين بالعقم، دراسة عيادية لعشرة حالات، رسالة ماجستير، جامعة وهران، قسم علم النفس وعلوم التربية والأرطفونيا، 2015-2016، ص32.

من ناحية العدد والشكل والسرعة والنشاط فيتقرر إجراء العملية وإزالة الدوالي، كونها هي السبب في إعاقة تخصيب البويضة[1]. وعند المرأة، كالرحم المضاعف، والرحم الثنائي القرن والوحيد القرن وثنائي الحجرة والرحم المسطح، كلها أشكال لا يقوم معها الحمل[2].

وأما التدخل بالجراحة التعويضية، كتلك التيتهدف إلى زرع الأعضاء والغدد التناسلية في حالة فقدها أو عدم صلاحيتها مطلقا، كزرع الخصيتين عند الرجل أو المبيضين عند المرأة. إلا أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي فرق بين زرع الغدد التناسلية، فحرمها لسد باب انتقال الصفات الوراثية، وبين زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي غير الناقلة للصفات الوراثية وما عدا العورات المغلظة، فأجازها بشرط توافر الضرورة المشروعة[3].

وإن كان يصعب تطبيق أحكام الضرورة في هذه الحالة[4]، لكن المشرع الجزائري، لم يتعرض لهذه المسألة بصفة صريحة في قانون الصحة الجديد رقم 18-11. غير أنه يمكن إعمال المادة 274 من قانون العقوبات التي تنص على جريمة الخصاء بقطع الخصيتين أو المبيضين، لأنه يؤدي إلى قطع النسل وهو الحق المحمي من تجريم الفعل[5].

وبالرجوع إلى ما أثرناه من لبس حول ما أشار إليه المشرع التونسي في الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون عدد 93 لسنة 2001 عند تعريفه للطب الإنجابي، نجد أن مدلول المساعدة الطبية على الإنجاب، قد يشمل كل الأعمال الطبية من غير تخصيص ما دامت تهدف إلى علاج عدم الخصوبة، بما فيها ما ذكرناه من أعمال طبية تقليدية.

2-2- الأعمال الطبية المستحدثة غير العلاجية

بالعودة إلى أحكام المادة 45 مكرر من ق.أ، كونها المادة الوحيدة التي اعتمدها المشرع الجزائري لتنظيم عملية الإنجاب الاصطناعي، وما شابها من قصور بسبب عدم احتوائها لنطاق ذلك التدخل الطبي، وما ترتب عليه من تقنيات مستجدة اتسعت رقعتها باتساع الرغبة البشرية، بما فيها انتقاء جنس الجنين، والاستنساخ البشري، بخلاف المشرع التونسي الذي نص على عدم مشروعيتهما منذ الوهلة الأولى لتنظيم الطب الإنجابي سنة 2003. فبحسب مفهومهما، فهما تقنيتان لا تهدفان

---

[1]-خالد جبر، المرجع نفسه، ص.47.

[2]-خالد جبر، المرجع نفسه، ص.38.

[3]-القرار رقم 57 الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية، من 17 إلى 20 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، ص.180-181.

[4]-محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص.472.

[5]-مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الطبي، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2004-2005، ص.308.

إلى علاج الشخص غير القادر على الإنجاب، بقدر ما تهدفان إلى إيجاد نسل بأوصاف محددة، أي أنهما تتجاوزان حد تحصيل شيء مفقود إلى إيجاد أمر مرغوب.

2-2-1- العمل الطبي بهدف انتقاء جنس الجنين.

عرف انتقاء جنس الجنين بأنه:"تدخل الإنسان باصطفاء أحد الجنسين على الآخر بطرق معينة قبل الحمل"[1]، وقد ركب المشرع الجزائري هو الآخر قطار الحظر القانوني لهذه التقنية، شأنه شأن غالبية التشريعات الوضعية، بما فيها التونسي في الفصل07 من القانون عدد 93 سنة 2001 بنصه على أنه:"يمنع تكوين الجنين البشري أو استعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد انتقاء النسل". غير أن الملاحظ على هذا النص وجود لبس حول نية المشرع التونسي، فمصطلح انتقاء النسل أعم من مصطلح انتقاء جنس الجنين، فالأول يتحقق بتعديل الخصائص الوراثية في جميع الجوانب بما فيها انتقاء الجنس، فقد يقصد منه تفادي وقوع أمراض وراثية وإيجاد نسل سليم، أو تحقيق صفات مرغوبة غير الجنس، بخلاف الثاني، فيرمي إلى ولادة مولود ذكر أو أنثى.فكلمة "نسل"، هي الخلق والتنسل والولد والذرية، وأنسل وتناسلوا، وأنسل بعضهم بعضا، وتناسل بنو فلان، إذا كثر أولادهم[2]، وهذا يدور حول معنى الإنجاب. وعليه فتحسين النسل لغويا يعنى به إيجاد ذرية سوية من غير قبح، لا في الفعل، ولا في الشكل، أو الخلق.

وموقف المشرع الجزائري تأرجح بين الإحالة والتصريح، ما جعل منعه لهذه التقنية منعا ضمنيا قبل صدور قانون الصحة رقم 18-11. فهذه التقنية بالرغم من عدم التنصيص عليها صراحة لا بالمنع ولا بالإباحة، إلا أنه لا يمكن الجزم بمشروعيتها في نظر القانون الجزائري في ظل وجود المادة 222 ق.م، التي تحيل إلى إعمال أحكام الشريعة الإسلامية، بحيث أن المجامع الفقهية أقرت بحرمتها[3]، لكونها وسيلة لا تكتنفها الضرورة للإقرار بإباحته[4].

لكن ما يمكن تسجيله إيجابا في ذمة المشرعين الجزائري والتونسي حول منعه لانتقاء جنس الجنين، يمكن تبريره من ناحيتين، **أما الأولى**، فمقتضاها أن عملية انتقاء جنس الجنين من التدخلات

---

[1]-زياد بن عبد المحسن بن محمد العجيان، حكم اختيار جنس الجنين قبل الحمل في الفقه الإسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.1794.

2-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور،ج14، ط.خ، لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، ص.245.

[3]-قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، في دورته التاسعة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 22-27 شوال 1428هـ الموافق 03-08 نوفمبر 2007، الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، الفقه الطبي، الإصدار01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1431هـ-2010م، ص.137.

[4]-بلعباس أمال، انتقاء جنس الجنين من منظور شرعي وقانوني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، مج06، ع01، 2020، ص.36.

الطبية التي تكتسي طبيعة التجارب العلمية المنصبة على الخلايا التناسلية، قد يقوم بها المختصين إما بدافع رغبة الأزواج أو بدافع شخصي علمي محض لترجيح نسبة نجاح عملية الإنجاب، فلو فرضنا أن انتقاء جنس الجنين كان بناء على رغبة الزوجين، فإن هذه الواقعة يمكن أن توصف بكونها عقدا، ما دام قد تم حسب القواعد العامة، بقيام الطبيب بعملية الانتقاء[1]، وبعد طلب من الزوجين وموافقتهما بذلك[2]، ورغبتهما في الحصول على جنس محدد ذكرا أو أنثى.

ومن حيث السبب الدافع لهذه التقنية، فقد يختلف من حالة لأخرى، تبعا لتعدد الرغبات، فقد تكون الرغبة في الحصول على جنس معين ذكرا أو أنثى، ما يجعل هذا السبب غير مشروع لفقدانه صفة الضرورة العلاجية، إذ الأصل في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، هو إنهاء حالة العقم لا تحقيق الإنجاب بأوصاف معينة.

وقد يكون سبب انتقاء جنس الجنين بدافع منع انتقال مرض وراثي يصيب جنسا معينا دون الآخر، كمرض عمى الألوان الذي يصيب الذكور أكثر من الإناث[3]، أو مرض العامل الرايزيسي الذي يصيب جنس الإناث دون الذكور[4]، فمثل هذا الدافع قد يمكن إضفاء عليه صفة المشروعية، إذ قد يجد ضالته فيما أقره المشرع من حماية النسل البشري، بنص المادة 76 ق.ص، والمادة 07 مكرر المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج، يقابلها الفصل01 من القانون التونسي عدد 47 لسنة 1964[5].

إن هذه التفرقة بين السبب الدافع وراء انتقاء جنس الجنين لم يعرها المشرع أي اهتمام، ما يجعل الإشارة إليها أمرا غير مجدي، لوجود المنع المطلق للعملية من أساسها، فهو بذلك يعيق إعمال تلك النصوص التي أشرنا إليها الرامية إلى تجنيب النسل من الأمراض الوراثية التي قد تلحق بأحد الجنسين في نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب، ويبقى إعمالها فقط في ظل الإنجاب بالطريق الطبيعي، ولو تم ذلك بناء على استشارات طبية.

---

[1]–أنظر؛ المادة 54 ق.م.ج.

[2]–أنظر؛ المادة 59 ق.م.ج.

[3]–مازن اسماعيل هنية، منال محمد رمضان العشي، اختيار جنس الجنين بسبب المرض الوراثي، مجلة الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، مج17، ع01، يناير 2009، ص.35.

[4]–محمد بن يحي بن حسن النجيمي، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم في الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10–1327/03/14هـ الموافق 08–2006/04/12، ص.16.

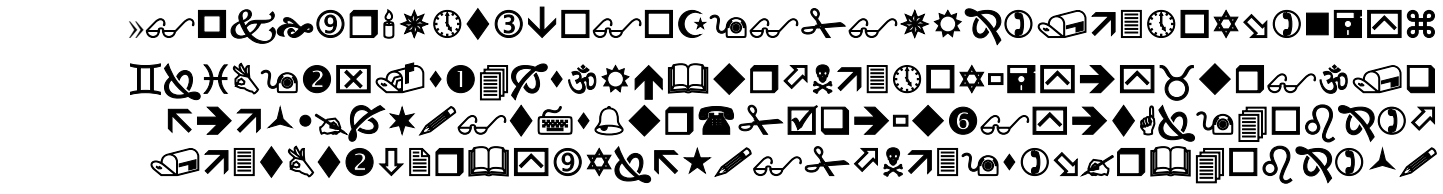
[5]–أمر عدد 46 لسنة 1964، المؤرخ في 03 نوفمبر 1964، المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع53، 1964/11/03، ص.1483.

أما من حيث محل هذا العقد، فالظاهر أنه يتمثل في دفع أتعاب التدخل الطبي الملقاة على عاتق الزوجين من جهة، وفي التدخل الطبي لتحقيق الإنجاب، فبداهة تظهر مشروعية محل هذا العقد، وذلك بسبب إمكانية التستر على عملية انتقاء الجنس من طرف الطبيب المختص، لأن مثل هذا العمل يمكن تبريره على أنه داخل في تلك الأعمال البيولوجية التي يجريها الطبيب لأجل تكثير فرص الإخصاب، ما يدفعنا إلى القول بصعوبة إثبات اتجاه نية القائم بالعملية إلى اختيار جنس الجنين عمدا، أم أن الأمر يتطلب إجراء مراقبة مسايرة أو بعدية تسند لجهة مستقلة تقوم بفرز البويضات المتلفة الزائدة عن عمليات التلقيح والتحقق من جنسها مقارنة مع جنس الحمل؟ وحتى لو سلمنا بذلك، فإنه لا يمكن النفي مطلقا بإمكانية وقوع تواطؤ بين الطبيب والهيئة المراقبة، ما دام أن الأمر مبني على المعاملات المالية التي يتحملها طالب المساعدة. إلا أن مشروعية المحل تفقد حالة التصريح بها في الاتفاق، لمخالفته لأحكام المساعدة الطبية على الإنجاب، وبالجملة فإن هذا العقد وفقا للقواعد العامة يعد عقدا باطلا بطلانا مطلقا.

وعملا بقاعدة أن التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصودا، فالتابع هنا هو انتقاء جنس الجنين والمتبوع هو عملية التلقيح الاصطناعي، إذ يقول الشاطبي:" أن يكون أحد الجانبين هو المقصود عرفا، والجانب الآخر تابع غير مقصود بالعادة، إلا أن يقصد على الخصوص وعلى خلاف العادة، فلا إشكال في أن الحكم لما هو مقصود بالأصالة والعرف، والآخر لا حكم له"[1].

وأما الثانية، فمقتضاها ما يترتب على الكيان الأسري،فلأن انتقاء جنس الجنين بالطرق المخبرية قد تجاوز عتبة الظن إلى حد ما، بخلاف ما يعتمد عليه من طرق طبيعية التي لا تزال تراوح مجال الشك، فإنه يمكن تبرير منع هذا النوع من التجارب العملية بالنظر إلى المآل، من حيث تأثيره على الكيان الأسري خاصة والمجتمع عامة.

فقد اقتضت العناية الربانية أن يكون هناك توازن بين الجنسين دون تدخل من أحد غيره، لقوله تعالى"



[1]–أبي إسحاق بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، مج03، تصنيف، بكر بن عبد الله أبو زيد، ضبط وتخريج، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط01، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997، ص.457.

»⌘🖂🖮❷❸🡼🡽🡾♦🖬🡼🡽⊛🡾🡿✂🖍[1]، وعليه فإن فتح المجال لاستعمال تقنية انتقاء جنس الجنين بالطرق المخبرية يكون سببا لاختلال التوازن الذي قدره الله عز وجل بين الجنسين[2].

وقد ثبت أن إمكانية تحديد جنس الجنين طبيا من العوامل المؤثرة بصفة مباشرة في إحداث اختلال في التركيبة السكانية للمجتمعات، بسبب تفضيل جنس على آخر، وغالبا ما يرجح في جانب الذكور[3]، ما يخلق صعوبة في الزواج لقلة عدد الإناث في مقابل ارتفاع عدد الذكور، إذ بوجود الذكر وحده لا يمكن أن يأتي بذرية تحفظ نوعه وجنسه[4].

كما يعد الميراث من الثوابت الشرعية المعمول بها قانونا بأحكام مفصلة، يتحدد بمقتضاها نصيب كل وارث، مع الأخذ بمبدأ الاحتياط في ميراث الحمل، وعليه فمن الواضح أن يكون لانتقاء جنس الجنين الأثر الجلي في تغيير خريطة تقسيم التركة، يختلف باختلاف الذكورة والأنوثة والعدد، ما يعود بالنقص على أنصبة الورثة الآخرين أمثلة لهذه الصورة وفقا لما أورده بعض الباحثين[5].

والتحكم في جنس الجنين ينتج عنه تقليص وتحجيم عدد أفراد الأسرة بصفة غير مباشرة، فإنجاب مولود واحد أو اثنين من الذكور يدفع بالزوجين إلى التوقف عن الإنجاب، إذ المعلوم أن جلهم يفضلون الجنس الذكري على الأنثوي، فإذا تحقق لهما ذلك امتنعوا عن الإنجاب، وهذا أمر ينطوي على مفسدة وتعارض مع النصوص النبوية التي تحث على إكثار النسل[6].

---

[1]–سورة الحجرات، الآية 13.

[2]–عبد الناصر بن موسى أبو البصل، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج02، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001، ص.724؛ أيمن فوزي محمد المستكاوي، الاستصفاء الجنسي دوافعه حكمه وضوابطه دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات، دمنهور، القاهرة، مج04، ع01، 2016، ص.422.

[3]– صحيفة العرب،الإنحياز إلى الذكور يشوه التركيبة السكانية، ، ع11765، بتاريخ 2020/07/18، موقع الإنترنت:https://alarab.co.uk ، تاريخ الإطلاع 2022/01/25.

[4]–محمد بن يحي بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص.19.

[5]–أنظر؛ فارس علي مهني، محمد رشيد بوغزالة، اختيار جنس الجنين وأثره على الأسرة والمجتمع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، مج12، ع01، أفريل 2021، ص.1100؛ وارتي غنية، تحديد جنس الجنين وأثره على الميراث دراسة فقهية قانونية، المؤتمر الدولي التاسع لكلية الشريعة بعنوان قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي، بتاريخ 2019/04/16، جامعة النجاح الوطنية، كلية الشريعة، نابلس، فلسطين، ص.23.

[6]–محمد بن يحي بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص.19–20؛ عباس أحمد محمد الباز، اختيار جنس المولود وتحديده قبل تخلقه وولادته بين الطب والفقه، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج02، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001، ص.873.

2-2-2-العمل الطبي بهدف الاستنساخ البشري.

يعرف الاستنساخ على أنه:"توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بييضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بييضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء"[1]. ومن هذا التعريف نجد أن هناك نوعين للاستنساخ البشري، أحدهما يعتمد على الخلايا التناسلية ويسمى بالاستنساخ الجنسي، والآخر يعتمد على الخلايا الجسدية، ويسمى بالاستنساخ الجسدي، لكن يوجد فرق بين النوعين وقف عليه بعض الفقه القانوني[2]، لا يسعنا المقام للتفصيل فيها. وبما أن هذه التقنية من الأعمال الطبية التي تتسم بنوع من الدقة، ما يخرجها عن نطاق التدخلات الطبية العادية، التي تتطلب نصوصا قانونية تضمن تجنب ما قد ينجم عنها من آثار وخيمة، قد تلحق بالكائن البشري والمجتمع، لذلك سنحاول الوقوف على ما وفره المشرع من قواعد، في ظل النصوص المكرسة والمستجدة.

بداية يمكن أن نلمس وجود حماية دستورية لخصوصية الإنسان من خلال ما أورده المشرع من نصوص، بإمكانها استيعاب ما تفضي إليه عمليات الاستنساخ، من مخاطر تمس الإنسان من حيث الحرمة والكرامة والخصوصية، وكل المسائل الأسرية، كالزواج وما يتولد عنه من إنجاب وتكوين الأسر، فالمادة 47 من دستور سنة 2020 تنص على أنه:" لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون"[3]، ويمكن تدعيم ذلك بما جاء في المادة 39 من دستور سنة 2020 التي تنص على أنه:" تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة"[4]. يقابلها الفصل الخامس والعشرون من دستور الجمهورية التونسية[5]، الذي ينص على أنه:" تحمي الدول كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم"، وهو المنصوص عليه في الفقرة01 من الفصل الأول من القانون التونسي عدد 93 لسنة 2001، بنصه على، أنه:"يخضع الطب الإنجابي لأحكام هذا القانون ويمارس في كنف ضمان كرامة الإنسان وصون حرمته الجسدية". والاستنساخ عمل طبي يهدم ذلك المبدأ، ما جعل من المشرعين يمنعان اللجوء إليه، بالمادة 375 من قانون الصحة الجزائري رقم

---

[1]-القرار رقم 94(10/02) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره العاشر بجدة، من 23 صفر 1418هـ الموافق 28 يوليو 1997، بشأن الاستنساخ البشري، الإصدار الرابع، 1442هـ-2020م، القرارات من 01 إلى 238، المرجع السابق، ص.298.

[2]-سعيدان أسماء، عملية استنساخ البشري في ضوء الفقه والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، مج50، ع04، 2013، ص.608-609.

[3]-تقابلها المادة 39 من دستور سنة 1996.

[4]-تقابلها المادة 34 من دستور سنة 1996.

[5]-دستور الجمهورية التونسية 25 جويلية 2022، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد خاص، مؤرخ في 18 أوت 2022.

18-11، والفصل 08 من القانون التونسي عدد 93 لسنة 2001 الذي ينص على أنه:"يمنع منعا باتا في إطار الطب الإنجابي اللجوء إلى تقنيات الاستنساخ البشري".

بهذا يكون المشرعين قد كرسا أهم حق من حقوق الإنسان، ألا وهو الحق في التحفظ على داخليته، فلا تقبل إذن هذه التدخلات الطبية بحجة الحفاظ على مصلحة الدولة الرامية إلى زيادة الإنجاب، أو لإشباع الغريزة الفردية للأزواج غير القادرين على تحقيقه، إذ الحاصل أن الأسرة التي تنجب طفلا بأسلوب الاستنساخ لا محالة ستكون حديث العام والخاص منقطع النظير، وبهذا يتجسد انتهاك حق التحفظ على الخبايا الداخلية للفرد[1].وعليه يمكن الجزم بأن الاستنساخ لا يعد عملا طبيا بالمعنى الدقيق[2]، إذ قطعية نتائج الاستنساخ لا تزال تراوح مكانها بين الفرضية والحقيقة، فقد وصفها بعض الكتاب على أنها ضرب من الخيال المستقبلي، كادعاء بعضهم بإمكانية تصنيع قائد ضخم من خلال شخصية تاريخية[3].

ومن ناحية مدى اعتبار الاستنساخ من أعمال البحث العلمي، فلإضفاء الصفة الشرعية على التجارب الطبية والعلمية، وفق نصوص قانون الصحة الجزائري، فإنه يلزم توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية، يمكن استخلاصها من خلال ما جاء في القسم الرابع من قانون الصحة رقم 18-11، بعنوان-أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء- في المواد من 377 إلى 399 منه.

وقد يحاكي الاستنساخ عملية البحث العلمي والتجربة في نوعه المسمى عند البعض بالاستنساخ المجرد[4]، إذ يهدف هذا النوع إلى إنتاج أطفال بناء على طلب الباحث أو المخترع، فيقوم بتحضير الخلايا من الأشخاص الذين يرد استنساخهم، بعد الحصول على بويضة المرأة بعد تبرعها أو دون علمها، ليقوم بتحضير الجنين في أنبوب الاختبار، ليتم الزرع في رحم تلك المرأة أو رحم امرأة أخرى متبرعة.

ومن زاوية أخرى، فقد تكون التجارب فرعا تابعا لعقد آخر ذو محل وسبب مشروعين، فحينئذ لا يمكن أن نلمس أي مساس بالنظام العام، ودون أن يتحقق معه عدم إهدار مبدأ عدم قابلية الجسم الإنساني للتصرف[5]، من هذا المنطلق، فهل يعد الاستنساخ تابعا لعقد الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي؟ ما يضفي عليه صفة المشروعية؟ والحقيقة أنه إذا كانت مشكلة انعقاد عقد التجارب تكمن في توافر

---

[1]-مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.58-59.

[2]-مروك نصر الدين، المرجع نفسه، ص.63.

[3]-عارف علي عارف، قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج02، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001، ص.753.

[4]-محمد واصل، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، مج18، ع02، 2002، ص.39.

[5]-محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص.139.

الموافقة المستنيرة ورضاء الخاضع للتجربة، فإن الاستنساخ بما ينطوي عليه من تعدد أطرافه، وامتداد نتائجه إلى الجنين المستنسخ، وما يتطلبه من ضمانات لحفظ حقوقه، بل يستزاد على ذلك تعارض عملية الاستنساخ وحقوق احترام الكائن الإنساني وحماية سلامته البدنية وداخليته، كل ذلك يحتم القول بعدم إمكانية إدراجه ضمن خانة الأعمال الطبية الهادفة إلى تحقيق معرفة علمية أو تلك المباحة منها المتضمنة المساعدة على الإنجاب.

وعليه فإسقاط كل الشروط القانونية الخاصة بالتجارب العلمية على عملية الاستنساخ، يعمق من الحكم عليه بمغايرته التامة لأعراف مهنة الطب، وبالتالي القول بعدم جوازه قانونا. وعملا بقاعدة الموازنة بين الإيجابيات والسلبيات عموما في مجال التقدم العلمي حسب كل حالة، والأمر ذاته بصفة خاصة في مجال وسائل الإنجاب الاصطناعي، يجعل من المحتم أن يظل الدافع هو الوقاية والعلاج، فالوسائل محل البحث رغم أهميتها، إلا أن لها محاذيرها، فقد تؤدي إلى مشاكل أسرية، كالنسب وعلاقة الطفل المستنسخ ووالديه، وإساءة الاستخدام والإنجاز غير المشروعين[1].

وفي ظل أحكام قانون الأسرةالجزائري والتونسي، فبمجمل أحكامهما نجدهما يتعارضان وفكرة الاستنساخ، إلى جانب وجود نص المادة 45 مكرر، التي تضمنت شروط التلقيح الاصطناعي، والفصل04 من القانون عدد 93 لسنة 2001، إلا أنهما يحملان في طياتهما تلميحا لعدم جواز أحد أنواع الاستنساخ، فقد اشترطت لإجراء التلقيح الاصطناعي، أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة، ما يفهم معه أن إجراء أي تلقيح بغير ماء الزوجين يكون غير مشروع، مثلما هو واقع في الاستنساخ الجسدي الذي يستعان فيه بالخلايا الجسدية. من جهة أخرى، فيمكن إعمال باقي الأحكام والنصوص التي تهدف إلى حماية الأسرة ونظام البنوة والأبوة، والتي تحكمها جملة من المبادئ، إذ لو سمح لإجراء الاستنساخ لانهارت، ولوقع الاضطراب داخل الأسرة والمجتمع منها:

-خرق مبدأ الزوجية، الذي تتجلى قيمته في أنه وسيلة الإنجاب وتكثير النسل، واستمرار الحياة، وسكن نفسي لكلا الجنسين، فحظر الاستنساخ لابد أن يحظى بنوع من الاحترام، إذ مصلحة الأسرة والمجتمع تكمن في عدم تمكين الطبيب البيولوجي من حق البحث عن نتائج علمية سلبية من حيث الآثار التي ترتبها، فمثل هذا العلم يضر بالباحث ذاته، ويضر به غيره[2]، وهذا المبدأ تطرقت إليه المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري التي جعلت من الزواج أساسا للإنجاب، وتكوين أسرة، يتم بين رجل وامرأة، وكل ما سواه يعد خرقا لأحكامها.

---

[1]-مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.64.

[2]-تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والإستنساخالبشري،مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة الجزائر،كلية الحقوق، 1998،ع36، ص.42.

–خرق نظام الأبوة والبنوة المكرس، إذ بوجوده يحدث اختلاط الأنساب الذي تحكمه المادة 40، وطبيعة العلاقة بين الطفل المستنسخ ومن أخذت منه الخلايا البشرية، وعدم تحديد المركز القانوني للطفل، وهدم القواعد الشرعية المحدد للمحرمات من النساء، وجميع الحقوق المترتبة على العلاقة الزوجية المعلومة بالشرع في حق الزوجين وذريتهما[1].

3–المسؤولية المترتبة على أنشطة المساعدة الطبية على الإنجاب.

تتضمن المساعدة الطبية على الإنجاباحتمال عدم الوفاء بالالتزامات، وغالبا ما يرجح عدم الوفاء في الهيئة الطبية القائمة بها، باعتبارها الطرف القوي في هذه العلاقة التعاقدية، مع التمتع بنوع من الاحترافية، لذلك ينبغي معرفة حدود المسؤولية في الشقين المدني والجزائي.

3–1–في الشق المدني:

بالرغم من إعطاء خصوصية للمساعدة الطبية على الإنجاب، إلا أن المشرعين أبقياها ضمن نطاق الطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي[2]، بحيث يكون الزوجان مقدمين على إبرام عقد لا يعلمان مدى تحقيقه لرغبتهما في الإنجاب. وأساس ذلك يرجع إلى طبيعة التزام الطبيب في هذا المجال، المتمثل في التزامه ببذل عناية، من خلال العمل بكل ما في استطاعته لولادة طفل دون النظر إلى حالته الصحية[3].وعليه، فالقائم بهذه المساعدة الطبية، يكون قد وفى بالتزامه من أجل تحقيق الولد أو ولادته سليما، متى بذل العناية اللازمة في تنفيذه. غير أنه ونظرا لأهمية الأعمال المباشرة هنا، يقتضي الأمر قياس سلوكه على الشخص المحترف الممارس مثله[4]، لإعطاء حماية واسعة النطاق، وخلق روح التفاني وأخذ الحيطة والحذر، فإذا بذل ما أمكنه انتفت عنه المسؤولية بسبب الخطأ في صورة الفشل الطبي، ما لم يثبت أن ذلك راجع لتقصير ارتكبه[5].

وهو المبدأ المعتمد قضاء، حيث ورد في الرد على ما أثير من أوجه في قرار المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 2008/01/23، ما نصه:"من المقرر فقها وقضاء أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام، هو بذل عناية، مثل قضية الحال، ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب بتحقيق نتيجة.

---

[1]–تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.43.

[2]–أحمد هواجي، الاحتمال في العقد الطبي –دراسة مقارنة–، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006–2007، ص.14.

[3]–خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.140.

[4]–رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص.408.

[5]–سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، حول المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2011، ص.25.

حيث يعني الالتزام ببذل عناية الواقع على الطبيب، بذل الجهود الصادقة المتفقة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب"[1]. والأمر ذاته ما ورد في قرار تعقيبي مدني عدد 22273 بتاريخ 18 جانفي 2003 منشور بمجلة القضاء والتشريع التونسية، حيث نص على أنه"...مما يثبت أن هذا الأخير قد ارتكب خطأ ناتجا عن إخلاله بتنفيذ التزامه التعاقدي يستوجب مساءلته مدنيا وذلك أن سوء التنفيذ من جراء تقصيره وإخلاله ببذل العناية اللازمة يوجب التعويض عن الأضرار الحاصلة للمتضررة وإن هذه المسألة تسري على المسؤولية التعاقدية والتقصيرية على حد سواء"[2]

كما أن مسؤولية القائم بالتلقيح الاصطناعي قد تتأسس على صور عدة للخطأ الطبي[3]، ترتكب قبل بدء العملية أو أثناءها أو بعدها[4]، فقد يتسرع الطبيب في إخضاع الزوجين لإجراءات التلقيح قبل تشخيص حالتهما كما ينبغي، فالتشخيص السطحي لا يعفيه من المسؤولية المترتبة على ما يحدث من أضرار وخيمة، إلا كان ذلك مرده لأعراض متداخلة ومعقدة، لا يستطيع تشخيصها طبيب في نفس مستواه[5].

ومن زاوية أخرى، نص المشرع على الالتزام بالسلامة عند تنفيذ نشاط المساعدة الطبية على الإنجاب في الفقرة الأولى من المادة 373 من قانون الصحة الجزائري بقولها:" يجب أن يتم تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب مع مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال المحددة عن طريق التنظيم". والفقرة02 من الفصل 23 من القانون عدد 93 لسنة 2001 التي تنص على أنه:"ويخضع القيام بأعمال الطب الإنجابي إلى احترام قواعد السلامة الصحية التي تضبط بأمر"، وأكد على ذلك بالأمر عدد 1027 لسنة 2003 المحدد لأنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته، أين أكد على وجوب تدوين نتائج الاختبارات المتعلقة بالسلامة الصحية للمتزوجين وغير المتزوجين في الفصلين 07 و06.

---

[1]–المحكمة العليا،الغرفة المدنية ، قرار بتاريخ 2008/01/23، ملف رقم 399828، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2008، ص.177.

[2]–هناء المشرقي؛ كمال بن فرج، الخطأ الطبي، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، 2021/2020، ص.04.

[3]–ميادة الحسن، الخطأ الطبي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج05، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.4439.

[4]–بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الزوجية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، مج09، ع02، 2010، ص.26 وما بعدها.

[5]–سيدهم مختار، المرجع السابق، ص.23.

فقد يسأل الطبيب أيضا عن الخطأ في الأصول العلمية، نتج عنه توسع في مفهوم التزام الطبيب ببذل العناية اليقظة التي تقتضيها تلك الأصول العلمية على ضوء التطور العلمي، فتقوم مسؤوليته عند مخالفته لهذا الالتزام ولو عن غير قصد[1]، وسواء كانت أعمالا مادية لا تمت بصلة لمهنة الطب، أو أعمالا فنية مهنية[2]، كتجريب أعمال طبية لم يتيقن من نتائجها، أو الوقوع في خلط الأنابيب، أو إلى تعريض الزوجين إلى ما يعرف بالخطر الطبي. وفي كل الأحوال تتحقق المسؤوليةالعقدية أو التقصيرية، إذا توافرت شروط كل منها، حسب القواعد العامة.

3-2-في الشق الجزائي:

تضمن قانون الصحة الجزائري في الباب الثامن أحكاما جزائية تتقرر عند مخالفة ضوابط إجراء المساعدة الطبية على الإنجاب، بحيث جرمت المادة 433 منه فعل ممارسة نشاطات هذه المساعدة أو القيام بانتزاع وزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها[3]. وهو ما قضت به سابقا المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات الجزائري.

وكذا ما تضمنته المادة 434 من قانون الصحة الجزائري، بمعاقبة كل من يخالف أحكام المادة 371 من نفس القانون، المتعلقة بالقيود الواجب توافرها والتي تطرقنا إليها سابقا، كتلك المتعلقة بطبيعة العلاقة الزوجية وحالتهما وشكلية الموافقة. بل جاءت العقوبة بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500.000دج إلى 1.000.000دج. كما أن المادة 435 تجرم المعاملات الواقعة على الخلايا التناسلية الواقعة تحت طائلة المنع بموجب المادة 374 من القانون ذاته. بهذا يكون المشرع قد أقر حماية جزائية تبدو كافية، خاصة عند مقارنتها مع ما أورده المشرع التونسي من جزاءات في الفقرة الأولى من الفصل31 من القانون عدد 93 لسنة 2001 المتعلق بالطب الإنجابي، أين أقر المشرع عقوبة تقدر بستة أشهر سجنا وبخطية قدرها خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وهذا حالة مخالفة أحكام الفصل 22 المتعلق بالشروط القانونية المتعلقة بالزوجين وتلك الشكلية، وقد ترتفع العقوبة إلى خمس سنوات سجنا وبخطية قدرها عشرة آلاف أو بإحدى هاتين العقوبتين حسب الفقرة الثانية من نفس الفصل. وما يشد الإنتباه هو إقرار المشرع التونسي في نفس الفقرة جزاءات عند الإخلال بواجب تبصير الزوجين حول الجوانب العلاجية والقانونية للطب الإنجابي

---

[1]-هناء المشرقي؛ كمال بن فرج، المرجع السابق، ص.06.

[2]-هاني بن عبد الله الجبير، الخطأ الطبي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج05، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.4373.

[3]-الأشهب العندليب فؤاد، الحماية الجنائية لحرمة جسم الإنسان عن الأعمال الطبية الحديثة-نقل وزرع الأعضاء والتلقيح الإصطناعي، مذكرة ماجستير، جامعة ورقلة، كلية الحقوق، 2010-2011، ص.74.

المنصوص عليه في الفصل 23 من نفس القانون أو ذلك المنصوص عليه في الفصل10 المتمثل في تبصير الزوجين حالة صرف أعمال علاجية على الجنين لتفادي مرض خطير قد يلحق به.

وعموما نجد أن المشرع التونسي في الفصل31 حاول إقراره عقوبات جزائية عند خرق غالبية الأحكام المنظمة لعملية الطب الإنجابي، سواء ما تعلق بالشروط المتعلقة بالزوجين، أو المتعلقة بأنشطة وأساليب ممارسة الطب الإنجابي، كمنع التبرع بالأمشاج والأجنة، أو أعمال الدراسة والبحث والتجربة عليها، أو تجميدها، أو استعمال الرحم الأجنبي، أو حتى تلك المتعلقة بالتراخيص الخاصة بالمؤسسات الصحية المختصة، وما يقع عليها من إلتزامات أثناء ممارسة نشاطها، كمسك السجل المخصص لتسجيل الطلبات، ونقله عند وقوع عارض يؤدي إلى توقفها عن النشاط، وما يتبعه من نقل للأمشاج والأجنة المجمدة[1].

والجدير بالملاحظة أن النقص التشريعي من الناحية الجزائية في القانونين، لا يزال قائما بخصوص ضبط حدود المسؤولية الجزائية،فبالنسبة لتكييف واقعة اختلاط النطف، فمن الناحية الشرعية نجد أن تلقيح بويضة المرأة بمني رجل أجنبي، هو فعل شبيه بالزنا[2]، لانعدام ركن الوطء المحرم، تستوجب عقوبة تعزيرية كافية للزجر، فهي ليست زنا حقيقيا[3]، إذ أن من القواعد الأصولية، أن ما أدى إلى الحرام فهو حرام، فإن فعل الفاعل ما لا حد فيه فعقوبته التعزير[4]، فإذا تم ذلك بموافقة الزوج، فيكون مساويا لنكاح الاستبضاع[5]. أما قانونا، فمثل هذا التلقيح لا يعد زنا من الناحية الجنائية حيث ينقصه الاتصال الجنسي، وهو ركن أساسي في جريمة الزنا وإن جاز اعتباره هتك عرض[6]، والمعاقب عليها بالمادتين 336 و337 من قانون العقوبات الجزائري.لكن في نظر المشرع فركن الوطء مشروط لتحقق جريمة الزنا، إلا أنه مقيد بوجود علاقة زوجية لأحد طرفي الفعل، لكي تتم

---

[1]– أنظر؛ الفصل31 من القانون عدد 93 لسنة 2001.

[2]–بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل؛ قضايا فقهية معاصرة، مج01، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص.269؛ محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.86.

[3]– مصطفى أحمد الزرقا، طفل الأنبوب والميراث–تعقيب على جواب فضيلة مفتي مصر، مجلة الأمة، إدارة الشؤون الإسلامية، قطر، ربيع الآخر 1403هـ، ع28، ص.62.

[4]–عبد القادر عوده، التشريع الإسلامي الجنائي، ج02، مجلة المسلمون، ط02، صاحب الإمتياز سعيد رمضان، القاهرة، ع02، 1952، ص.51.

[5]–محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط04، الدار السعودية، 1983، ص.517.

[6]–عبد الله البسام، أطفال الأنابيب، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع02، ص.157.

المتابعة على أساس المادة 339 ق.ع.ج، لاسيما في ظل تناقضات قرارات القضاء الجزائري، بشأن توافر وثيقة العقد الرسمي من عدمها[1].

وأما بالنسبة لسلطة القاضي، فبغياب النص القانوني لتجريم مثل هذه الأفعال، يجعله في تبعية دائمة للمشرع للبحث عن إرادته وقصده من النصوص دون توسع، اعتمادا على ضابط التفسير القضائي، ما يؤدي ذلك إلى المساس بالأنساب، دون ترتيب المسؤولية، لانعدام أساسها المتمثل في مبدأ المشروعية[2].

أما الإفلات من المسؤولية في جانب بعض الأطراف، فيكون نتاج تكييف الوقائع من طرف القاضي، ما يترتب عليه تحميل المسؤولية إما للزوجة المتلقية للخلايا التناسلية أو الطبيب كونه هو المتدخل في الفعل، في حين قد يفر الشخص المانح لتلك الخلايا من المساءلة، ما يؤدي ذلك إلى المساس بمبدأ المساواة في المساءلة الجنائية، فجريمة الزنا بأركانها وشروطها القانونية، لا تستوعب مسألة اختلاط الخلايا التناسلية، فلا يمكن مساءلة أي طرف ووصفه بأنه زان أو زانية [3]. وحتى جريمة هتك العرض في صورتيها القهرية والبسيطة، لا توفي بالغرض، لانعدام القوة والتهديد، وندرة نقل الخلايا التناسلية من القاصر أو إليه[4].

وبالنسبة لعملية انتقاء جنس الجنين، فقد أقر المشرع الجزائري بنص المادة 436 من قانون الصحة عقوبة يوقعها القاضي الجزائي في حالة اللجوء إلى انتقاء جنس، بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000دج إلى 2.000.000دج. بهذا يكون المشرع قد كيف التدخل الطبي لانتقاء جنس الجنين جناية تستوجب العقاب، بخلاف المشرع التونسي الذي كيفه أنه جنحة وأقر له عقوبة خمس سنوات سجنا وبخطية قدرها عشرة آلاف أو بإحدى هاتين العقوبتين حسب الفقرة الثانية من الفصل31 من قانون الطب الإنجابي، لكن الملاحظ على أن المنع المكرس لهذه العملية في القانون الجزائري يشوبه بعض القصور المتمثل فيما يلي:

-إمكانية لجوء الزوجين إلى انتقاء جنس الجنين باستعمال الوسائل الطبيعية، ولو تم ذلك بناء على استشارة طبية، ما دام أن مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب يتسع لمثل هذه الأعمال، وبالتالي

---

[1]-عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، مج06، ع10، نوفمبر 2006، ص.191.

[2]-بوزيان عبد الباقي؛ تشوار حميدو زكية، حدود المسؤولية الجزائية بالنسبة لعملية التلقيح الاصطناعي وأثرها على الرابطة الأسرية، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، مج07، ع21، 2015/12/15، ص.358.

[3]-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص277.

[4]-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع نفسه، ص.279.

فالمنع هو ما يكون بواسطة التلقيح الاصطناعي. غير أن هذا القصور يمكن تفاديه بوجود المفهوم الذي أورده المشرع التونسي للطب الإنجابي في الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون عدد 93 لسنة 2001.

-إهمال المشرع لعملية التشخيص المبكر للأمراض الوراثية، التي قد يحتاج إليها أثناء عمليات التلقيح الاصطناعي، وقصره على الجنين المتواجد في الرحم أو المضغة، المنصوص عليه في المادة 76 من نفس القانون[1]، ما يفهم من ذلك إهمال البويضة الملقحة داخل أنبوب الاختبار عند اكتشاف الطبيب لاعتلالها بمرض خطير أو وراثي يشمل جنسا محددا. وهو بذلك خالف المشرع التونسي الذي نص عليه في الفصل10 من نفس القانون المتمثل في تبصير الزوجين حالة صرف أعمال علاجية على الجنين لتفادي مرض خطير قد يلحق به.

كما تخطى المشرع ما أغفله قبل سنة 2018، حول موضوع الاستنساخ، إلا أنه بصدور قانون الصحة رقم 18-11 صرح بحظر الاستنساخ بموجب المادة 375 بنصها على أنه:"يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس"، فبهذا النص أغلق المشرع باب التساؤلات حول مدى مشروعية الاستنساخ التي طرحت على الساحة القانونية. يقابلها الفصل10 من قانون الطب الإنجابي التونسي.

هذا وإن صيغة المنع في القانونين جاءت بصفة العموم، شاملة لكل الأجسام الحية، سواء كانت خلايا جسدية أو تناسلية، فيكون الاستنساخ الواقع على الكائن البشري ممنوعا قانونا بكل أنواعه التي وقف عليها التقدم العلمي الطبي. ولم يكتف بذلك بل رتب جزاءات على مخالفة أحكام تلك بموجب المادة 436 من نفس القانون، وكيف فعل الطبيب الهادف إلى استنساخ الكائن البشري على أنه جناية تقدر عقوبتها بالحبس من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة، وبغرامة من 1.000.000.00دج إلى 2.000.000.00دج، بخلاف المشرع التونسي الذي كيفه أنه جنحة وأقر له عقوبة خمس سنوات سجنا وبخطية قدرها عشرة آلاف أو بإحدى هاتين العقوبتين حسب الفقرة الثانية من الفصل31 من قانون الطب الإنجابي. وعليه فإن الاستنساخ في نظر المشرعين عمل يخرج عن نطاق الأعمال الطبية المساعدة على الإنجاب، ولا أعمال البحث العلمي، بل هو اعتداء على الإنسان من أول بدايته.

[1]-تنص المادة 76 على أنه"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 أو معتمدة لهذا الغرض، تحدد شروط اعتماد هذه الهياكل عن طريق التنظيم".

وما يلاحظ على المادة 375 والفصل10، هو عدم تعريفهما لعملية الاستنساخ، ومشتملاته البيولوجية، فكان من الأجدر تحديد كل التدخلات الطبية التي تهدف إلى إعادة إنتاج غير قائمة على فكرة الاندماج بين نطفة الزوج وبويضة زوجته، أو تناولت الخلايا الصبغية المحتوية على مجموعة متكاملة من الكروموسومات، قد تم تحصيلها أو نقلها من جسم إنسان حي أو ميت، وبغض النظر عن مرحلة النمو التي كان عليها الكيان المادي المستأصل منه الخلية[1].

أما من حيث صور السلوك التي تتطلبها عمليات الاستنساخ، فنرى أن ما تضمنهالقانونين كان قاصرا، من زاوية عدم التطرف لكافة الأعمال التي قد تتسع لهذه العملية، سواء تم إجراؤها أو تمت محاولة إجرائها، و الأعمال التحضيرية أو الفنية، وذلك لإضفاء الحماية اللازمة لمواجهة أخطر الممارسات الطبية، التي يصعب فيها إثبات نوايا القائمين عليها، لاسيما أنها تتداخل وعمليات التلقيح الاصطناعي المساعد على الإنجاب، والمسموح به قانونا.

غير أن الأمر قد يحسب للمشرعين بإقرارهما منع الاستنساخ على سبيل العموم، ليفسر بالحظر الكلي لكافة ما يتعلق بهذه التقنية، من حيث الإجراء الفعلي أو المحاولة أو الاشتراك في ذلك من طرف الأطباء، وسواء كان القائم شخصا طبيعيا أو معنويا.

خاتمة:

بهذه الدراسة، وقفنا على أن المساعدة الطبية على الإنجاب بمفهومها التجريدي تتسع لكل تدخل طبي ممارس من طرف أي طبيب، إلا أن نطاقها يضيق بإعمال المفهوم التشريعي، المنصوص عليه ضمن نص المادة 370 من قانون الصحة الجزائري والفقرة الثانية من الفصل الأول من قانون الطب الإنجابي التونسي عدد 93 لسنة. وتبعا لذلك فسنورد أهم التوصيات التي توصلنا إليها تتمثل فيما يلي:

-على المشرع الجزائري مثلما فعل المشرع التونسي التنصيص على المساعدة الطبية على الإنجاب في قانون مستقل، وعدم جعله في تبعية دائمة لبعض القوانين، كقانون الأسرة أو قانون الصحة.

-إضفاء حماية قانونية مناسبة، باستحداث شروط جديدة إلى جانب التأكيد على شروط كانت مقررة في قانون الأسرة، بالأخص الجهة المشرفة على هذا النوع من المساعدة الطبية، وشكلية الطلب، لكن دون تحديد عدد مرات اللجوء إليها، فهل يمكن الاكتفاء بطفل واحد؟، أم أنه يمكن اللجوء إليها ما دامت الشروط الواجب توافرها في الزوجين قائمة؟

[1]-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.370.

-من الأجدر على المشرع الجزائري مثلما فعل المشرع التونسي التنصيص على التزام تبصير الزوجين المقبلين على المساعدة الطبية على الإنجاب، من جوانبها، العلمية والقانونية، لضمان تحقق الموافقة والرضا بصفة تامة.

-عدم توفيق المشرع الجزائري في استعمال مصطلح -ممارسين معتمدين- ضمن نص المادة 372 من قانون الصحة، يترتب عليه ضرورة استبداله بمصطلح -أطباء مختصين-، مثلما فعلا المشرع التونسي، لإعطاء مصداقية وثقة أكبر وإبراز المكانة الحقيقية لهذه الممارسات الطبية.-لم يوفق كلا المشرعين الجزائري والتونسي بإقرارهما سن الإنجاب، كشرط للحصول على هذا النوع من المساعدة الطبية، ما دام أنه يشمل الزوج، لذلك ينبغي تخصيص هذا الشرط للزوجة فقط، وإن كان من الناحية الشرعية هو من المسائل الغيبية، ترجع إلى قضاء الله وقدره. -عدم إعطاء تعريف محدد للعقم، ومن له صلاحية إثبات عقم الزوجين، هل طبيب أخصائي في التوليد، أم المركز المشرف على عملية المساعدة الطبية؟، يترتب عن ذلك توسيع السلطة التقديرية للأطباء في توجيه الأزواج من عدمه إلى المساعدة الطبية على الإنجاب. وإن كان ما نراه أن المشرع الجزائري قد وفق في مصطلح العقم بخلاف المشرع التونسي الذي حصره في عدم الخصوبة.

-عدم إعطاء تعريف محدد لعمليتيانتقاء جنس الجنين والاستنساخ، ومشتملاتهما البيولوجية، سواء في القانون الجزائري أو التونسي، فكان من الأجدر تحديد كل التدخلات الطبية التي تهدف إلى إعادة إنتاج غير قائمة على فكرة الاندماج بين نطفة الزوج وبويضة زوجته، مثلما هو الواقع في الاستنساخ الجسدي.

-إبقاء المساعدة الطبية على الإنجاب بالطرق التقليدية في القانون الجزائري ضمن نطاق القواعد العامة المطبقة على الأعمال الطبية، من حيث الممارسة والمسؤولية، وحتى بالنسبة للمسؤولية المترتبة عن أعمال المساعدة الطبية على الإنجاب بمفهومها التشريعي في شقها المدني.

-قيام النقص التشريعي من الناحية الجزائية، بالنسبة لتكييف واقعة اختلاط النطف، من طرف القاضي المختص، يترتب عليه الإفلات من المسؤولية في جانب بعض الأطراف، ما يؤدي ذلك إلى المساس بالأنساب، دون ترتيب المسؤولية، لانعدام أساسها المتمثل في مبدأ المشروعية، لذلك ندعو المشرع إلى سد هذا الفراغ القانوني.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- قائمة المصادر:

أ- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

ب- القوانين:

1-أمر عدد 46 لسنة 1964، المؤرخ في 03 نوفمبر 1964، المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع53، 1964/11/03، ص.1483.

2-أمر رقم 76-79 مؤرخ في 29 شوال هـ1936 الموافق 1976/10/23 المتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر، ع101، المؤرخة في 1976/12/19.

3-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ،ج.ر، ع24، المؤرخة في 1984/06/12، ص.02.

4-القانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405هـ الموافق 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ،ج.ر،ع08، المؤرخة في 1985/02/17، 02.

5-أمر عدد 1155 لسنة 1993، المؤرخ في 17 ماي 1993، يتعلق بمجلة واجبات الطبيب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع40، 28 ماي وأول جوان 1993، ص.764.

6-القانون عدد 93 لسنة 2001، المؤرخ في 07 أوت 2007، يتعلق بالطب الإنجابي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع63، 2001/08/07، ص.2573.

7-أمر عدد 1027 لسنة 2003، المؤرخ في 28 أفريل 2003، المتعلق بتحديد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع37، 2003/05/09، ص.1753.

8-أمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع15، المؤرخة في 2005/02/27، ص.18.

9-أمر عدد 2227 لسنة 2010، المؤرخ في 14 سبتمبر 2010، يتعلق بإتمام الأمر عدد 2710 لسنة 2003، المؤرخ في 28 أفريل 2003، المتعلق بتحديد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع75، 2010/09/17، ص.2638.

10-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، ج.ر، ع50 المؤرخة في 2020/05/02 ص.04. المتعلق بالصحة.

11- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442هـ الموافق 2020/12/30 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج.ر، المؤرخة في 2020/12/30، ع82، ص.03.

12- دستور الجمهورية التونسية 25 جويلية 2022، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد خاص، مؤرخ في 18 أوت 2022.

13- قرار من وزير الصحة العمومية، المؤرخ 27 مارس 2003، يتعلق بضبط أنموذج مطلب الزوجين للإستفادة من خدمات الطب الإنجابي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع27، 04 أفريل 2003، ص.937.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

-الكتب العامة:

1-أبي إسحاق بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، مج03، تصنيف، بكر بن عبد الله أبو زيد، ضبط وتخريج، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط01، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997.

2-أبي الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم،طبعة01، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006.

3-لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، جزء10، دار عالم الكتب، الرياض، دون سنة نشر.

4-محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، جزء01، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984.

- الكتب المتخصصة:

1-إقروفة زبيدة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر،2010.

2-بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل؛ قضايا فقهية معاصرة، مج01، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996

3-خالد جبر، العقم وتأخر الإنجاب المشكلة والحل، بيت الضياء للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

4-رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.

5-رسيمة عبد الفتاح الدوس، الفسخ لعدم الإنجاب دراسة فقهية مفارنة بالقانون، طبعة01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2016.

6-زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، تق.عبد العزيز الخياط، طبعة01، الدار العربية للعلوم، الأردن، 1996. 7-فريدة بنت

صادق زوزو، النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات الواقع المعاصر، طبعة01، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2006.

8-مجيد الصائغ، الزواج المثلي مفسدة إنسانية وأخلاقية-دراسة موضوعية لآثار وسلبيات الزواج المثلي-، طبعة01، مؤسسة البلاغ، بيروت، 2010.

9-محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية-دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1992-1993.

10-محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، طبعة02، دار النفائس،الأردن، 1999.

11-محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط04، الدار السعودية، 1983.

12-محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، الطبيب أدبه وفقهه، طبعة01، دار القلم، دمشق، 1993.

13-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، طبعة01، دون دار نشر، 2002.

14-محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

15-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
16-نشأت غالب مصطفى، البيولوجي الجزيئي، طبعة01، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة-الجمهورية اللبنانية، 2018.
17-اليوت فيليب، العقم أسبابه وطرق علاجه، ترجمة الفاضل العبيد عمر، طبعة02، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1986.

المعاجم والقواميس والموسوعات:

1-أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، طبعة01، عالم الكتب، القاهرة، 2008.
2-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دون طبعة، دار صادر، بيروت، د.س.ن.
3- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق،ج14، ط.خ، لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية،دار النوادر، الكويت،1431هـ-2010.
4-أحمد بن فارس بن زكريا ، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون ،دار الفكر،القاهرة، 1979.
5-أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، تقديم محمد هيثم الخياط، طبعة01، دار النفائس، بيروت، 2000.
6-جماعة من المختصين، معجم النفائس الكبير، إشراف،أحمدأبوحاقة، طبعة01، دار النفائس، الأردن ، 2007.
7-الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، الفقه الطبي، الإصدار01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1431هـ-2010
8-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي،طبعة 08،مؤسسة الرسالة،بيروت،2005.

ب- الرسائل الجامعية:

-أطروحات الدكتوراه:

1-أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014-2015.
2-سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الإصطناعي-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، 2019-2020.
3-الصالح بوغرارة، أثر الإكتشافات الطبية على أحكام الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2013-2014.
4-مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الطبي، جامعة تلمسان، كلية الحقوق ،2004-2005.

- مذكرات الماجستير:

1-أحمد هواجي، الاحتمال في العقد الطبي -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006-2007.

2-الأشهب العندليب فؤاد، الحماية الجنائية لحرمة جسم الإنسان عن الأعمال الطبية الحديثة-نقل وزرع الأعضاء والتلقيح الإصطناعي، مذكرة ماجستير، جامعة ورقلة، كلية الحقوق، 2010-2011.
3-بودحوش نصر الدين، أثر برنامج علاجي في التخفيف من حدة الأمراض الإكتئابية لدى المصابين بالعقم، دراسة عيادية لعشر حالات، رسالة ماجستير، جامعة وهران، قسم علم النفس وعلوم التربية والأرطفونيا، 2015-2016.
4-خدام هجيرة، التلقيح الإصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق،2006-2007.
5-لبنى محمد جبر شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007.

ج- المقالات في المجلات:

1- أحمد داود رقية، ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، ع10، مج01، جوان 2018، ص.ص.206-217.
2-أيمن فوزي محمد المستكاوي، الاستصفاء الجنسي دوافعه حكمه وضوابطه دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات، دمنهور، القاهرة، مج04، ع01، 2016، ص.ص.373-444.
3-بلعباس أمال، انتقاء جنس الجنين من منظور شرعي وقانوني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، مج06، ع01، 2020، ص.ص.31-38.
4-بن أحمد قويدر، الممارسة العيادية بين التكوين والتطبيق في الجزائر، كراريس LAPSI، مج08، ع01، جامعة قسنطينة، ص.03-30.
5-بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الزوجية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، مج09، ع02، 2010، ص.ص.01-40.
6-بوزيان عبد الباقي؛ تشوار حميدو زكية، حدود المسؤولية الجزائية بالنسبة لعملية التلقيح الاصطناعي وأثرها على الرابطة الأسرية، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، مج07، ع21، 2015/12/15، ص.ص.354-365.
7-تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة الجزائر،كلية الحقوق، 1998،ع36، ص.ص.27-48.
8-تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، عدد04، 2006، ص.ص.56-70.
9-تشوار حميدو زكية،شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري،مجلة العلوم القانونية والإدارية،كلية الحقوق جامعة تلمسان،الجزائر عدد2006،04،ص.ص89-97.
10-زلافي عبد الحميد، حماية الجنين في ظل السياسة الجنائية وفلسفة التشريع الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس،الجزائر،عدد08، 2011، ص.ص55-67.

11-زياد بن عبد المحسن بن محمد العجيان، حكم اختيار جنس الجنين قبل الحمل في الفقه الإسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، مج02، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.ص.1789-1828.
12-سعيدان أسماء، عملية الاستنساخ البشري في ضوء الفقه والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، مج50، ع04، 2013، ص.ص.595-659.
13-سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، حول المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي،قسم الوثائق، 2011، ص.ص.17-43.
14-عارف علي عارف، قضايا فقهية في الجينات البشرية من منظور إسلامي، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج02، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001، ص.ص.735-803.
15-عباس أحمد محمد الباز، اختيار جنس المولود وتحديده قبل تخلقه وولادته بين الطب والفقه، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج02، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001، ص.ص.847-884.
16-عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، مج06، ع10، نوفمبر 2006،ص.ص.181-204.
17-عبد القادر عوده، التشريع الإسلامي الجنائي، ج02، مجلة المسلمون، ط02، صاحب الامتياز سعيد رمضان، القاهرة، ع02، 1952، ص.ص.49-54.
18-عبد الكريم مأمون، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،الجزائر،عدد04، 2006، ص.ص71-88.
19-عبد الله البسام، أطفال الأنابيب، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع02.
20-عبد الناصر بن موسى أبو البصل، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مج02، ط01، دار النفائس، الأردن، 2001، ص.ص.687-731.
21-العرابي خيرة، التلقيح الاصطناعي وأثره في إثبات النسب، دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، 2011، ع02، ص.ص.05-15.
22- فارس علي مهني، محمد رشيد بوغزالة، اختيار جنس الجنين وأثره على الأسرة والمجتمع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، مج12، ع01، أفريل 2021، ص.ص.1090-1105.
23-فهد دخين العدواني، العمل الطبي في القانون المقارن والأحكام القضائية، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، مصر،مجلد32، عدد02. 2017، ص.ص.520-561.
24-قاسم العيد عبد القادر،التلقيحالاصطناعي،تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية ،كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس ،الجزائر،عدد03، 2005، ص.ص.205-212.
25-مازن اسماعيل هنية، منال محمد رمضان العشي، اختيار جنس الجنين بسبب المرض الوراثي، مجلة الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، مج17، ع01، يناير 2009، ص.ص.27-48.

26-محمد بن يحي بن حسن النجيمي، تحديد جنس الجنين، بحث مقدم في الدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-1327/03/14هـ الموافق 08-2006/04/12، ص.ص.02-30.

27-محمد واصل، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، مج18، ع02، 2002، ص.ص.31-43.

28-مروك نصر الدين، استنساخ الإنسان بين الحظر والإباحة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، مج35، ع04، 1998/12/15، ص.ص.49-68.

29-مصطفى أحمد الزرقا، طفل الأنبوب والميراث-تعقيب على جواب فضيلة مفتي مصر، مجلة الأمة، إدارة الشؤون الإسلامية، قطر، ع28، ربيع الآخر 1403هـ، ص.ص.61-63.

30-ميادة الحسن، الخطأ الطبي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة، مج05، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية،1431هـ، ص.ص.4415-4473. 30-هاني بن عبد الله الجبير،الخطأ الطبي،السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة،مج05،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1431هـ، ص.ص.4365-4413.

31-هناء المشرقي؛ كمال بن فرج، الخطأ الطبي، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، 2021/2020.

32-وارتي غنية، تحديد جنس الجنين وأثره على الميراث دراسة فقهية قانونية، المؤتمر الدولي التاسع لكلية الشريعة بعنوان قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي، بتاريخ 2019/04/16، جامعة النجاح الوطنية، كلية الشريعة، نابلس، فلسطين، ص.ص.01-30.

د- المقالات على مواقع الانترنت:

1-مروة محمد الباز، القضايا الأخلاقية في العلم والمفاهيم المرتبطة بها، موقع الإنترنت: https://portal.arid.my، تاريخ الإطلاع: 2022.2/02/23

2- صحيفة العرب، الإنحياز إلى الذكور يشوه التركيبة السكانية، ع11765، بتاريخ 2020/07/18، موقع الإنترنت:

https://alarab.co.uk، تاريخ الإطلاع 2022/01/25.

3-سلام عمر، ما هو علاج ضعف المبايض، موقع الإنترنت، www.webteb.com، تاريخ الإطلاع: 2022/03/06.

شروط المساعدة الطبية على الانجاب في التشريع الجزائري

د. مكي أسماء

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:

الزواج هو العلاقة الشرعية الوحيدة لبناء الأسرة، غير أن عدم القدرة على الانجاب بسبب العقم قد ينغص استمراريتها، ولمعالجة هذه الحالة توصل الطب إلى مساعدة الزوجين على الانجاب التي تقوم بعملية التلقيح سواء كان داخلي أو خارجي. وحفاظا على الانساب تدخل المشرع الجزائري ونظم أحكامها وشروطها في كل من قانون الأسرة وقانون الصحة، ألزم كل من الطبيب والزوجين التقيد بها قبل القيام بعملية التلقيح.

الكلمات المفتاحية: المساعدة الطبية على الانجاب- التلقيح الاصطناعي- زواج- العقم- شروط- النسب.

مقدمة

المساعدة الطبيب على الانجاب هي احدى التدابير البيو- أخلاقيات نص عليها المشرع الجزائري في المادة 354 من قانون الصحة 11/18[1] وتناولت أحكامها 07 المواد من المادة 370 إلى المادة 376.تضمنت هذه المواد تعريف المساعدة الطبية على الانجاب وشروطها وتركت شروط حفظ واتلاف الأمشاج إلى قوانين خاصة تنظمها طبقا للمادة 376 من قانون الصحة 11/18. وقبل قانون الصحة أجاز المشرع في قانون الأسرة بعد تعديله بموجب أمر05-02[2] للزوجين اللجوء للتلقيح الاصطناعي ووضع شروطا له في المادة45 مكرر.

فماهي الشروط التي وضعها المشرع الجزائري للجوء إلى المساعدة الطبية على الانجاب؟

قبل الإجابة على هذه الإشكالية لابد من معرفة المقصود بالتلقيح الاصطناعي (المساعدة الطبية على الانجاب) لنتمكن من معرفة كيف حدد المشرع الجزائري الشروط التي تمكن كل من الرجل والمرأة من المساعدة الطبية على الانجاب .

---

[1] قانون18-11 المؤرخ في18 شوال عام 1439 الموافق2يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، جريدة رسمية العدد 46 الصادرة في 29يوليو 2018 ص3

[2] أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم القانون 84-11 المؤرخ 9 رمضان عام 10404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية العدد15 الصادرة في 27 فبراير 2005،ص18.

أولا: المقصود بالمساعدة الطبية على الإنجاب (التلقيح الاصطناعي)

قبل التعرض لمقصود التلقيح الاصطناعي نعرّج لمعرفة تاريخ وصول الطب إلى هذه التقنية.

1-تاريخ التلقيح الاصطناعي

يرى البعض أن تقنية التلقيح الاصطناعي ترجع إلى العرب الذين طبقوها على الخيل منذ القرن الرابع عشر ميلادي بهدف اصطفاء السلالة الجيدة يتفاخرون ويتسابقون بها[1].ثم انتقلت إلى أوربا في القرن الثامن عشرميلادي، فقام الكاهنالإيطالي**لازاردسبالانزا** أخصائي بعلم الغرائز (الفيزيولوجيا) سنة 1780 بتطبيقها على أنثالكلب[2].وقيل أيضا أن أولى المحاولات للتلقيح على الحيوانات كانت عام 1781 من طرف البيولوجي الإيطالي سبالونزوني[3].

أما التلقيحالاصطناعي على الانسان فلم يتوصل إليه العلماء إلا حديثا بعد نجاحهم في مجال الوراثة وحصولهم على أنواع حسنة من الثمار والحيوانات مما دفعهم إلى اجراء التلقيح على الآدميين[4]، وقد كان ذلك في انجلترا من قبل الدكتور**هونتر**انجليزي الأصل عام 1791[5]، الذي قام بتلقيح زوجة أحد التجارالذي كان يعاني من عاهة وراثية فاستعمل نطفته عن طريق الحقن المباشر[6].

أما في فرنسا فكان أول تلقيح اصطناعي بين الأزواج عام 1804، ولم يكتب في هذا الموضوع حتى عام 1869 من قبل الدكتور **جوليس كوتير** حين ظهر كتابه بعنوان الإخصاب الاصطناعي(التلقيح الداخلي) واستعماله ضد العقم، ولم يمض عامين حتى ذاع أمر التلقيح وانتشر انتشارا واسعا محققا نتائج جيدة وبدون مخاطر[7].

وفي عام 1966 حقق العالم الإيطالي **دانييل بتروشي**إنجازا علميا عن طريق طفل الأنابيب وذلك عن طريق تلقيح البويضة بالسائل المنوي في وعاء خاص يعد بمثابة رحم صناعي لفترة قصيرة من الزمن، وفي عام 1971 تمكن العالمان البريطانيان**ستبتووإدواردز**من إبقاء اللقاح حيا لثلاثة أو

---

[1] أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،مصر 2006، ص 52و53.

[2] أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة(في القانون الوضعي والشريعة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران،سبتمبر 2010، ص 25. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، الجنين وحرمة الجسد الإنساني، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر. دار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر ،2007،ص112.

[3] أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص53.

[4]أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص53

[5] حددت السنة في مرجع حسين هيكل 1870 بدلا من 1791 كما ذكره أحمد محمد لطفي أحمد في مرجعه.

[6]أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص53و54.

[7] أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع نفسه،ص54.

أربعة أيام، هذه المدة كافية لبداية تكوين الجنين ومن ثم اعادته إلى الرحم، على الرغم من هذا بقيت عقبة تحضير الرحم لاستقبال اللقاح(الجنين) قائمة، فصرفا جهود سبعة أعوام إلى أن جاءت الطفلة **لويزا براون** كأول طفل ولدت عن طريق الأنابيب في العالم، وتم ذلك بمدينة أولدهام في إنجلترا في: 24جويلية 1978[1] وأصبحت هذه التقنية تعرف "بطفل الأنابيب".

وبعد تمكن الطب في معالجة بعض حالات العقم عند الزوجين، وعسرها في حالات أخرى تمادى الفكر الطبي في حالات العلاج المرضية العسيرة بالاستجابة لرغبات معينة مثل ايجار الرحم وغيرها، مما ألزم تدخل المشرعالجزائري لرسم حدود الدائرة التي لا يجوز للطبيب والمريض تجاوزها، لأنه ليس كل ما هو ممكن طبيا جائز شرعا وقانونا.

ومن أجل الحفاظ على الأنساب تدخل المشرع الجزائري ووضع قيودا لكل من المريض والطبيب عند اللجوء إلى هذه التقنية. فحدّد ضوابطه الأساسية في قانون الأسرة المعدل بموجب أمر 05-02 وبين أحكامه في قانون الصحة المعدل بموجب قانون رقم 18-11تحت عنوان أحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

2-تعريف التلقيح الاصطناعي (المساعدة الطبية على الانجاب)

يعتبر الزواج العلاقة الشرعية الوحيدة لبناء أسرة سوية تعتمد في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة ويفترض لها النجاح والاستمرار غيرأن عدم القدرة على الانجاب بسبب العقمقد ينغص استمراريتها فيؤدي في كثير من الأحيان إلى كثرة الخلافات بين الزوجين التي قد تصل إلى الطلاق، ولمعالجة هذه الحالة ومن أجل إشباع الغريزة الإنسانية، فالأسرة التي لم تحض بالإنجاب الطبيعي مكنها الطب ونظم قواعدها المشرع من سعى إلى إنجاب طفل بطريقة غير طبيعية مستعينة بطبيب يساعدها على علاج العقم. وهو ما يعرف بالمساعدة الطبيب على الإنجاب أوبالتلقيح الاصطناعي.

أ-التعريف الطبي للتلقيح الاصطناعي(المساعدة الطبية على الانجاب)

ذهب أهل الطب إلى تعريف المساعدة الطبية على الانجاب من الزاوية العلمية

فعرفه بعضهم بأنه "ادخال مني سليم في عضو تناسلي للمرأة بغير الطريق الطبيعي"[2].

وعرفها البعض الآخر بأنها "عملية يتم بموجبها تلقيح البويضة بحيوان منوي ، وذلك بإيصال النطفة إلى البويضة بغير طريق الايصال الجنسي الطبيعي" الجماع" لغرض الحمل"[3].

---

[1] حسيني هيكل، المرجع السابق،ص112، 113.

[2] طه محمود أحمد الإنجاب بين التجريم والمشروعية، الإسكندرية، منشأة المعارف، ،2008 ص88

[3] هناء موزان ظاهر، التكييف الشرعي والقانوني لعملية التلقيح الصناعي، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 2، العدد 35 لسنة 2016 ص 529.

وعرّفها البعض الآخر بأنها"عبارة عن عملية أو وسيلة تساعد الزوجين على تحقيق رغباتهما في الإنجاب، ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوان المنوي من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة وذلك بغير الاتصال الجنسي المعروف، وهو ما يميزه عن الاتصال الجنسي الطبيعي والمألوف عند البشرية منذ النشأة الأولى"[1]. يلاحظ في التعريف الأخير أنه لم يقصر تقنية الانجاب بالمساعدة الطبية على الزوجين فحسب وإنما مده إلى استعمال مني الغير لمساعدة الزوجين وذلك حين اعتبر وسيلة المساعدة تكون من خلال ادخال مني الزوج أوغيره إلى العضو التناسلي للزوجة. كما قصرتهذه التعاريف من خلال تعريفها على تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي دون الخارجي.

فجاء التعريف أشمل عرفه البعض الآخر بأنه "عملية أخذ حيامن الرجل (مني)، لتلقيح بيضة امرأة وإخصابها داخل الرحم أو خارجه بطريقة صناعة من أجل حدوث حمل ثم الانجاب" نلاحظ في هذا التعريف الأخير أنه شمل التلقيح الداخلي والخارجي غير أن كلمة الرجل والمرأة جاءت عامة، وبالتالي يمكن القيام بالتلقيح حسب هذا التعريف على الأزواج وغيرهم.

ب التعريف القانوني للتلقيح الاصطناعي(المساعدة الطبية على الانجاب)

التلقيح الاصطناعي هو: " عملية التي بإجرائها يتم تخصيب بويضة الزوجة عن طريق التقائها مع الحيوان المنوي لزوجها– سواء كان هذا الالتقاء قد حدث داخل الرحم أو تم في أنبوب أولا، ثم تنقل بعد ذلك البويضة المخصبة إلى رحم الزوجة دونما تدخل من الغيرمطلقا، وذلك في حياة الزوج وفي قيام علاقة زوجية بين الزوجين[2].

وأضاف كما يمكن تعريفه 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 البويضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها–بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابه بالطريق الطبيعي."[3]

وكما عرّفه أيضا بأنه "عبارة عن إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبويضة المرأة عن غير الطريق المعهود، وهي إما أن تكون عملية تلقيح داخلية إذ يتم في حالة إدخال مني الزوج إلى داخل رحم الزوجة بوسائل طبية معينة؛ أو عملية تلقيح صناعي خارجي، إذ يتم جمع الحيوان المنوي مع البييضة خارج الرحم في أواني مخبرية"[4].

---

[1]الزرقاء مصطفى، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي، مطبعة دمشق، د.ط، ص18

[2]يقصد بالغير حسب ما اوضحه حسيني هيكل في هامش كتابه ص 119،أي طرف ثالث غير الزوجة وزوجها والطبيب المعالج والطبيب المسؤول عن التحاليل في المركز ستجرى فيه العملية، فقد يكون هذا الغير رجلا متبرعا بالحيوان المنوي أو سيدة متبرعة بالبويضة الأنثوية

[3]حسيني هيكل، المرجع السابق، ص 118و119.

[4]زيادة أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والدين، الطبعة الأولى، دار البيان،عمان، 1996، ص 53

وعرّف أيضا بأنه "كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة. "[1]

وعليه يمكن تعريف التلقيح الاصطناعي بأنه عملية تخصيب بويضة الزوجة عن طريق التقائها مع الحيوان المنوي لزوجهابهدف الانجاب، ولا يتم ذلك بطريق الممارسة الجنسية الطبيعية المباشرة بينهما وانما بمساعدة طبية بسبب العقم، عن طريق حقن السائل المنوي للزوج بويضة الزوجة دون سواها داخل رحمها، أوخارجه في أنبوب اختبار ثم نقل البويضة المخصبة إلى رحم الزوجة وذلك حال قيام الرابطة الزوجية.

لم يعرف المشرع الجزائريالتلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الصادر في فبراير2005 واكتفى نصه بإجازة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وبيان شروطه[2]. غير أنه بعد صدورقانون الصحة الجديد في 2018 والذي ألغي أحكام القانون القديم 85-05 تم تعريفه في المادة 370 كما يلي: "**المساعدة الطبية على الانجاب 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".

ثانيا- القيود التي أوردها المشرع الجزائري على التلقيح الاصطناعي

قيد المشرع الجزائري اللجوء إلى المساعدة الطبية على الانجاب وحصرها على فئة معينة والتي عليها اتباع إجراءات خاصة نصت عليها المادة 371 من قانون الصحة كما يلي:

" **تخصص المساعدة الطبية على الانجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الانجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من العقم مؤكد طبيا ويوافقان على نقل أو التخصيب الاصطناعي، ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة،دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر.**

---

[1]أحمد عمراني، المرجع السابق، ص23.

[2] المادة 45 مكرر: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:-أن يكون الزواج شرعيا،-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،

-أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة."

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

وضع المشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة شروطا موضوعية وأخرى إجرائية لابد من اتباعها للقيام بالمساعدة الطبية على الانجاب.

أ-الشروط الموضوعية الواجب توافرها لإجراء المساعدة الطبية على الانجاب

لتمكين الزوجين من اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي وضع المشرع قيودا وشروطا لابد من مراعاتها وذلك حفاظا على الأنساب. تتمثل هذه القيودوالتي نصت عليها لمادة 1/371 من قانون الصحة، وكذا المادة 45 مكرر من قانون الأسرة في:

- رضا الزوجان لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي
- طلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الانجاب
- أن يكون التلقيح بين الزوجين
- أن يتم التلقيح حال قيام الرابطة الزوجية
- أن يعاني الزوجان من عقم مؤكد طبيا
- أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهمامع استبعاد كل شخص آخر.

1-رضا الزوجان لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي:تماشيا مع مقتضيات عقد الزواج باعتباره الأصل، الذي يشترط رضا الطرفين طبقا لما جاء في المادة 9 المعدلة والمتممة لقانون الأسرة" **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**"فمادام الأصل قد تم برضا الطرفين فمن باب أولى أن يتم ما هو متفرع عن الأصل كالتلقيح الاصطناعي برضا الزوجين[1] وقد أكدت المادة 45 مكرر من نفس القانون في البند الثاني هذا كما يلي"**أن يكون التلقيح برضا الزوجين** وأثناء حياتهما" وعليه فإن المادة 371 من قانون الصحة ألزمت الزوجان على تقديم طلب للتعبير عن رغبتهمالإجراء عملية التلقيح الاصطناعي كما يلي:" **تخصص المساعدة الطبية على الانجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة... ويوافقان على نقل أو التخصيب الاصطناعي** "

وعليه يلتزم الطبيب قبل البدء في عملية التلقيح الاصطناعي أن يتحصل على رضا كل من الزوج والزوجة وذلك عن طريق طلب صريح يعبر فيه كليهما عن رغبته في المساعدة الطبية على الانجاب

[1] بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مقال، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد9، رقم2، الصادرة بتاريخ 2010/06/30، ص 21.

بالنقل أو بالتخصيب الاصطناعي، ففي حالة ما إذا رفض أحدهما هذه المساعدة يمتنع الطبيب من إجراء العملية. ذلك لأن الانسان حر له حقوق على جسمه لا يجوز المساس بها دون رضاه، وعلى ذلك فإن اشتراط حصول رضا الزوجان هو صيانة لحقهما في سلامة جسديهما واحترام لحريتهما الشخصية[1].وذلك طبقا للقاعدة الفقهية

" الشخص حر في ماله وبدنه في إطار ضوابط الشريعة."[2]

ويثار التساؤل حول حكم العدول أحد الزوجين عن الرضا؟

لا يثير العدول إشكالا في التلقيح الداخلي لأن يتم وقف العملية قبل تلقيح البويضة، وإنما يثور في التلقيح الخارجي؛وهنا ميز الفقه بين مرحلتين: مرحلة العدول قبل تلقيح البويضة في أنبوب الاختبار ومرحلة العدول بعد تلقيح البويضة في أنبوب الاختبار.

فيرى غالبية الفقه أنه إذا كان العدول قبل الشروع في مرحلة التقاط البويضة من مبيض الزوجة واستخلاص المني من الزوج، أو بعد إجرائها ولكن قبل تلقيح البويضة، ففي هذه المرحلة لا يمكن إجبار أحد الزوجين من إتمام العملية ذلك حماية لحقوق الانسان في سلامة جسده واحتراما لحريته الشخصية.

أما إذا تم العدول بعد تلقيح البويضة في أنبوب الاختبار وقبل وضعها في الرحم، فإن عملية التلقيح تتم حتى ولو حدث وفاة الزوج أو طلاق، ذلك لأن الحمل يبدأ من وقت تلقيح البويضة، ومن حق الحمل أن يوضع في الرحم.[3]

2-طلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الانجاب:لم يحدد المشرع الجزائري الس الذي يمكن للزوجين طلب المساعدة الطبية على الانجاب لأنهأصبح بمقدور الأزواج بفضل التقنيات الحديثة في مجال المساعدة الطبية على الانجاب، الحمل والانجاب في مراحل عمرية أكثر تقدما مقارنة بأسلافهم.

ويشير الدكتور داغان ويلز أستاذ الطب الإنجابي بجامعة أوكسفورد، إلى التدهور التدريجي في خصوبة المرأة يبدأ من سن 35 عاما أما عند الرجال يحدث ببطء أكثر من النساء،فيقدر معدل انخفاض الخصوبة عند الرجال من سن 40 إلى 45 عاما.[4] ففي هذا السن قد يعاني الرجل من

---

[1] لعباني نهال، شريف هنية، آثار الأعمال الطبية على عملية التلقيح الاصطناعي بين الفقه الإسلامي والتشريع،مقال، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، المجلد 35، العدد 02، تاريخ النشر 2021/10/21، ص328.

[2] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 21.

[3] فاطمة عيساوى، الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري، مقال، مجلة معارف، المجلد4، رقم 6، تاريخ النشر 2009/06/01، ص229 وما يليها.

[4] عربي BBC NEWS، الحمل: هل يمكن الحفاظ على خصوبة المرأة رغم تقدمها في السن؟ مقال منشور بتاريخ: 6سبتمبر 2022 موقع https://www.bbc.com/arabic/vert-fut-54019593 على الساعة GMT02:22:33

تغييرات في الحيوانات المنوية يمكن أن تسبب مشاكل في الخصوبة، ومشاكل في الكروموزومات والنمو. على الرغم من أن الرجال يمكن أن يبقوا قادرين على الانجاب لفترة أطول من النساء حتى سن الخمسين وما بعدها، لكن مع تقدم في السن تقل قدرة جسم على انتاج الحيوانات المنوية وكذا جودتها، وهي أكثر أسباب عقم عند الرجال شيوعا.

كما أوضحت الدراسات أن الأزواج الذين يلجؤون إلى التلقيح الاصطناعي إذا كان الشريك الذكر فوق سن 45 فإن لديهم فرصة 5 مرات أقل للحمل حتى وأن كان عمر زوجته أقل من 25 عاما[1].

وأمام غياب نص يحدد سن الإنجاب وأمام اختلافه من زوج إلى آخر لارتباطه بمدى إمكانية اللجوء إلى المساعدة الطبية فإن تقدير السن الأقصى يخضع إلى سلطة الطبيب الذي يرى مدى إمكانية نجاح التلقيح الاصطناعي. أما بالنسبة للسن الأدنى يمكن تحديده باكتمال أهلية الرجل والمرأة للزواج وهو 19 سنة مع إمكانية أن يرخص لهما القاضي بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد من قدرة الطرفين على الزواج طبقا للمادة 07 من قانون الأسرة.[2]

3-أن يكون التلقيح بين الزوجين: يقصد بهذا القيد أو الضابط لكي يكون التلقيح الاصطناعي جائزا شرعا أن يتم بين رجل وامرأة مرتبطان قانونا أي تجمعهما الرابطة الزوجية المشروعة كما نصت عليه المادة 4 من قانون الأسرة" **الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...**" والمادة 7 من قانون الأسرة" **تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متي تأكد قدرة الطرفين على الزواج**"، فالزواج الصحيح والقانوني هو من اكتملت اركانه وشروطه. ذلك لأن الزواج هو الأسلوب والشريعة التيأمرتنا بها في شريعتنا الإسلامية من أجل إبقاء النسل والحفاظ على الأنساب. فلا يمكن أن يكون التلقيح الاصطناعي مباحا إذا كان الزواج غير صحيح أو كان عرفيا رغم صحته شرعا ذلك لأن العبارة التي أتت بها المادة 1/371من قانونالصحة"**تخصص المساعدة الطبية على الانجاب حصريا....يشكلان زوجا مرتبطا قانونا** .."وكذا المادة45 مكرر من قانون الأسرة التي تنص " **يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية: - أن يكون الزواج شرعيا...**"فالعبارتان تفيدان أنه لا يمكن اللجوء إلى المساعدة الطبية على الانجاب لرجل وامرأةإلا إذا كانا متزوجان وقد اكتفى قانون الأسرة بأن يكون للجوء إلى التلقيح الاصطناعي أن يكون الزواج شرعيا ثم جاء قانون الصحة وضيق من هذا الشرط واشترط أن يكونارتباطهما قانونيا. لذلك فإنه لا يكف أن يكون الارتباط بطريقة عرفية

---

[1] العربية،للرجال...هذا هو العمر المناسب للإنجاب مقال منشور 6 سبتمبر 2022 الساعة 06:04:40 GMT.https://www.alarabiya.net

[2] المادة 7 من قانون الأسرة" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج."

رغمجوازهشرعالاكتمال اركانه في شريعتنا الإسلامية لكن شرط توثيق الزواج ألزمه المشرع الجزائري باعتباره الوسيلة الوحيدة القانونية لإثباته. هذا ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة "**يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة**" معني هذا أنه يمكن للزوجين اللذين لم يسجلا عقد زواجهما في سجل الحالة المدنية وكان زواجهما عرفيا رغم شرعيته، عليهما قبل اللجوء إلى المساعدة الطبية على الانجاب الاصطناعي أن يرفعا دعوى قضائية لإثبات زواجهما بحكم قضائي ليتم تسجيلهفي سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة. لأن الهدف من توثيق الزواج هو زيادة في الحرص للحفاظ على الأنساب وحقوق الطرفين والجنين.

4-**أن يتم التلقيح حال قيام الرابطة الزوجية:** يقصد بهذا القيد أنه لكي يكون التلقيح الاصطناعي جائزا. يجب أن تكون الرابطة الزوجية قائمة حقيقة وليس حكما، وذلك بأن يكون كلا الزوج والزوجة على قيد الحياة ولم تنفصل الرابطة الزوجية بالطلاق، فلا يمكن القيام بالتلقيح الاصطناعي خلال فترة عدة المرأة سواء أكانت في عدة الوفاة أو الطلاق، لأن بالوفاة والطلاق تنتهي الرابطة الزوجية، وبالتالي لا يجوز التناسل بينهما. فإذا تم تلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته أو طلاقها فإن الطفل لا ينسب لأبيه لعدم جوازه شرعا. هذا ما أوضحته المادة 45 مكرر البند2" **أن يكون التلقيح** برضا الزوجين **وأثناء حياتهما**" وكذا المادة من قانون الصحة 371" **تخصص المساعدة الطبية على الانجاب حصريا**، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، **على قيد الحياة...**".فاشتراط أن يعبر على طلب المساعدة الطبية على الانجاب كلا من الزوج والزوجةيقدم إلى الطبيب المختص مسبقا، هو بيان رضاهما وتوافق ارادتهما باللجوء إلى هذه التقنية باعتبار أن الانجاب من الحقوق المشتركة بينهما، وأن التلقيح الاصطناعي لا يختلف عن التلقيح الطبيعي إلا من ناحية وسيلة التلقيح.

على الرغم من وجود هذا الشرط يبقي الحمل عن طريق التلقيح الاصطناعي يثير بعض الصعوبات لإثبات النسببسبب تقنية التلقيح خاصة الخارجي التي تستغرق بعض الوقت، فقد يحدث خلال هذه الفترة طلاق أو وفاة الزوج قبل تلقيح البويضة، ولم تصرح المرأة بالطلاق أوالوفاة بعد تقديم الطلب.

5-**أن يعاني الزوجان من عقم مؤكدطبيا:** جاء هذا القيد في المادة 371 من قانون الصحة. ويقصد به أنه لا يجوز لجوء الزوجان إلى التلقيح الاصطناعي طالما وجدت وسائل علاجية أخرى كوصف بعض الأدوية المعالجة لضعف الخصوبة. كما لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لتحديد

جنس الجنين، لأن القانون منح حق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي سواء داخل الجسم أو خارجه فقط للزوج والزوجة اللذان يعانيان من عقم مؤكد طبيا، ويكون على سبيل المثالفي الحالات التالية:

-إذا كان الزوج عاجزا أو طاعنا في السن ويرغب في الذرية.

- عندما يكون الزوج سريع الانزال لا يستطيع إيصال سائله المنوي إلى أغوار مهبل زوجته.

- عندما تكون المرأة حساسة للغاية وخائفة مما يؤدى إلى تضييق المسالك التناسلية للمرأة.

- عندما تكون مواصفات السائل المنوي عند الزوج من النوع الرديء الذي يكون فيه عدد قليل من الحيوانات المنوية التي لا تستطيع بحركتها عبور المسالك التناسلية عند المرأة

- أن تكون الزوجة مصابة بمناعة ذاتية ضد مني زوجها وحساسية شديدة بين السائل المنوي ومادة لرحمها الزلالية، بحيث يتعذر على مني الزوج عبور المسالك التناسلية بطريقة طبيعية، وفي الوقت المحدد للإباضة، مما يستدعى نقل الحيوانات المنوية للزوج وغسلها في المخبر ثم نقلها ووضعها مباشرة في جوف الرحم بواسطة حقنة خاصة[1].

6- أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما مع استبعاد كل شخص آخر:

تصدى المشرع الجزائري حفاظا على الانساب وذلك من أجل أن يولد الطفل شرعيا، ويكون الزوج أبا له والزوجة أما له لتوافر رابطة الدم.فالمشرع لا يعول على الاتصال الجنسي في حد ذاته وإنما على نتيجة هذا الاتصال وهو الحمل وإنجاب مولود ينسب لوالديه. لذلك منع المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بواسطة التبرع أو البيع لأحد الزوجين أو لكليهما، وذلك بالتبرع أو البيع البويضات الغير مخصبة يقابل التبرع أو البيع السائل المنوي، فهي عملية استبدال بذور الانجاب الأنثوية القادرة تعطى غير القادر باسم مساعدة الآخرين والتضامن الاجتماعي[2].كما منع اللجوء إلى استعمال الأم البديلة لحمل نطفة الأمشاج ونص على هذا المنع صراحة في قانون الأسرة وقانون الصحةفجاء في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة: " ...**أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.**(الفقرة3) **لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.**"وتقابلها المادة 371من قانون الصحة،" ...**ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر**" كما جرم المشرع هذا السلوك في المادة374 من قانون الصحة" **يمنع التداول...،التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة:**

---

[1] منذر طيب البرزنجيو شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان،2001، ص 45 وما بعدها.

[2] شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعى بين الشريعة الإسلامية والقوانينالوضعية،"دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية،2001، ص76.

-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،- بالسيتوبلازم".

وعلى هذا لكي يكون التلقيح الاصطناعي شرعيا وقانونيا حفاظا على الانساب. يجب أن يكون بين الزوجين دون غيرهما ويمنع كل طريق يتم فيه التلقيح الاصطناعي بوجود طرف أجنبي عن الزوجين سواء كان رجلا يتبرع أو يبيع نطفته أو كانت امرأة تتبرع أو تبيع بويضاتها أو تتبرع أو تؤجر رحمها لحمل الأمشاج حتى لو كانت لهذه المرأة لها صلة قرابة بالزوجة كالأم أو الأخت أو البنت.

ب- الشروط الإجرائية الواجب توافرها لإجراء المساعدة الطبية على الانجاب

وضع المشرع الجزائري في قانون الصحة عدة شروط إجرائية لتمكين الزوجان من الطلب المساعدة الطبية على الانجاب يمكن تقسيمها إلى شروط متعلقة بالزوجين وشروط إجرائية متعلقة بالجهة التي تقوم بعملية التلقيح.

أ- **الشروط الإجرائية المتعلقة بالزوجان:**

نصت المادة 2/371 من قانون الصحة: " **يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الانجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر(1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة**".

اشترط المشرع من خلال هذه الفقرة لكل من الزوج والزوجة اللذان يعانيان من عقم مؤكد طبيا أن يقدماطلبا كتابيا يوضحان فيه رغبتهما في المساعدة الطبية على الانجاب.

ولم يكتف المشرع بتقديم الطلب الكتابي من الزوجين بل منح لهما فرصة شهر كامل للتفكير إما بتأكيد الطلب أو العزوف عنه، حين ألزم الزوج والزوجة بتأكيد طلبهما بعد شهر واحد من تقديمه واستلامه من الجهة المختصة. والهدف من هذا هو الحصول على رضا كل منهما بكل قناعة صيانة لحقهما في سلامة جسمكل منهما واحتراما لحريتهما الشخصية.

ولم يكتف المشرع بالطلب الكتابي بل اشترط وأكدأن يكون الزوجان عند تقديم الطلب وتأكيده بعد شهر،أن يكونا على قيد الحياة.وعلى الرغم من ذكر عبارة على قيد الحياة في الفقرة الأولى من نفس المادة أعادة ذكرها في الفقرة الثانية لتأكيد بأن المساعدة الطبية على الانجاب لا تكون إلا بين زوج والزوجة دون غيرهما وهما على قيد الحياة وقت إجراء العملية.

ب- **شروط إجرائية خاصة بمراكز المساعدة الطبية على الانجاب**

فرض المشرع الجزائري على المراكز الخاصة بالمساعدة الطبية على الانجابشروطا الإجرائية والطبية تضاف إلى الشروط الخاصة والاجرائية للمستفيدين من هذه العملية وتتمثل في:

- **أن تتم الأعمالالعيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الانجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض:**إن عملية المساعدة الطبية على الانجاب تحتاج إلى مهارة عالية بسبب الدقة التي تتصف بها في تلقيح وشفط وزرع للبويضة داخل الرحم...مما ألزم المشرع لإباحة هذا العمل الطبي أن يكون القائم به مرخصا قانونا، حيث يصدر هذا الترخيص مطابقا للقوانين المنظمة لمزاولة مهنة الطب، الذي قد يكون شاملا كل أعمال الطبية، أو مقتصرا على بعضها. ويبنى على هذا القول أن القيام بهذه العملية يخص فئة معينة من الطاقم الطبي الذي يحوز على اعتماد لممارسة هذا العمل فهو أساس عدم مساءلته عند ممارسته لعمله.فالترخيص المقدم له بمقتضى القانون يميزه عن غيره، باعتبار أن الانسان يسأل عما يحدثه للغير من الجروح إن كان متعمدا أو غير متعمد.
- **أن تتم الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الانجاب في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك:**

عرّف البعض الترخيص الإداري بأنه: " الإذن الصادر من جهة الإدارة المختصة بممارسة عمل معين أو نشاط لا يجوز ممارسته بغير إذن.

وعرفه البعض الآخر بأنه إذن بالتصريح بمنح حق ممارسة النشاط المرخص به، وهو قرار يصدر من السلطة المختصة معينة يحمل في طياته ضمانا للمرخص له وللغير بقانونية العمل المرخص به."[1]

ومن هنا فان الترخيص القانوني لا يمكن منحه إلا من طرف السلطات المختصة وقد خول القانون الحق منح هذا ترخيص للوزير المكلف بالصحةالذي يمنحه للمؤسسات أو المراكز أو المخابر متى توافرت فيهم الشروط، نظرا لأهمية حرمة جسم الانسان وأهمية الحفاظ على الأنساب. وتتمثل هذه الشروط في:

- توافر الإمكانيات العلمية والمالية مع توفير جهاز طبي مختص، بالإضافة إلى التجهيز بأحسن الوسائل التقنية من أجل الوصول إلى أعلى نسبة نجاح ممكنة.
- خضوع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الانجاب لمراقبة دورية من المصالح الصحية المختصة.

[1] مجاهد زين العابدين، الترخيص الإداري كآلية قانونية احتياطية في مجال الرقابة الإدارية على نشاط المنشآت المصنفة، مقال، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد07، العدد2021/1، تاريخ النشر 2021/06/28، ص 2417.

- يتعين على هذه المؤسسات إرسال تقرير سنوي عن نشاطها إلى السلطة الصحية المعنية
- أن يقوم بعملية التلقيح الاصطناعي طاقم طبي معتمد لهذا الغرض (هذا ما أوضحته المواد 372 و373 من قانون الصحة).

خاتمة

وفي الختام يمكن القول أن المساعدة الطبية على الانجاب هي وسيلة لحل مشاكل عدم الانجاب التي يعاني منها الأزواج وأن عمل الأطباء يقتصر على معالجة الحالات مرضية التي تحول دون حدوث الحمل بالطريق الاتصال الجنسي الطبيعي المباشر ولا يمكن معالجتها بغير هذا الطريق.

كما أن المشرع حفاظا على الانساب منع إجراء التلقيح الاصطناعي من دون توافر شروطه الأساسية أهمها أن يتم في إطار العلاقة الزوجية القائمة أثناء حياة الزوجين المرتبطان بعقد قانوني،وتتم العملية بنطفة الزوج وبويضة ورحم الزوجة وبرضاهما، وبهذا استبعد كل أشكال التلقيح التي تتطلب عنصر أجنبي غير الزوجين كنطفة رجل غير الزوج أو أم بديلة أو غيرها. وهو بذلك يكون قد خالف بعض التشريعات التي توسعت في إجراء هذه التقنية إلى غير الزوجين وهدف المشرع من هذا هو تطبيق أحكام الشريعة التي تهدف إلى الحفاظ على الانساب.

قائمة المصادر والمراجع

1- نصوص قانونية

- قانون18-11 المؤرخ في18 شوال عام 1439 الموافق2يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، جريدة رسمية العدد 46 الصادرة في 29يوليو 2018 ص3
- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم القانون 84-11 المؤرخ 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية العدد15 الصادرة في 27 فبراير 2005،ص18.

2-كتب

- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،مصر 2006.
- الزرقاء مصطفى، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي، مطبعة دمشق، د.ط.
- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، الجنين وحرمة الجسد الإنساني، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر. دار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، 2007.
- زيادة أحمد سلامة،أطفال الأنابيب بين العلم والدين، الطبعة الأولى، دار البيان،عمان، 1996

-شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية،2001.

- منذر طيب البرزنجيو شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان،2001، ص 45 وما بعدها.

3-أطروحات

- أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة(في القانون الوضعي والشريعة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة وهران، سبتمبر 2010.

4-مقالات علمية

- بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مقال، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد9، رقم2، الصادرة بتاريخ 2010/06/30، ص 21

- فاطمة عيساوى، الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري، مقال، مجلة معارف، المجلد4، رقم 6، تاريخ النشر 2009/06/01، ص229 وما يليها.

- لعباني نهال، شريف هنية، آثار الأعمال الطبية على عملية التلقيح الاصطناعي بين الفقه الإسلامي والتشريع،مقال، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، المجلد 35، العدد 02، تاريخ النشر 2021/10/21، ص328

-مجاهد زين العابدين، الترخيص الإداري كآلية قانونية احتياطية في مجال الرقابة الإدارية على نشاط المنشآت المصنفة، مقال، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد07، العدد2021/1، تاريخ النشر 2021/06/28، ص 2417

- هناء موزان ظاهر، التكييف الشرعي والقانوني لعملية التلقيح الصناعي، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 2، العدد 35 لسنة 2016 ص 529.

5-مواقع إلكترونية

- عربي BBC NEWS، الحمل: هل يمكن الحفاظ على خصوبة المرأة رغم تقدمها في السن؟ مقال منشور بتاريخ 6سبتمبر 2022 على الساعة GMT02:22:33 موقع https://www.bbc.com/arabic/vert-fut-54019593

- العربية،للرجال...هذا هو العمر المناسب للإنجاب مقال منشور 6 سبتمبر 2022 الساعة 06:04:40 GMThttps://www.alarabiya.net

عملية المساعدة على الإنجاب: بين التقييد والإباحة

د. جربوعة منيرةد.بن لعلى عبدالنور
كلية الحقوق.جامعة الجزائر 1كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:
تعتبر المساعدة على الإنجاب من أهم العلاجات الطبية المرتبطة بالبيو أخلاقيات الطبية، وذلك لأنه نشاط يضمن المحافظة على السلالة البشرية عموما والمحافظة على نسل الشخص خصوصا،وبإعتبار أن المساعدة على الإنجاب يمس بالنسل الإنساني فقد عمد المشرع الجزائري إلى

تقييده في قانون الصحة، فعملية الإعانة الطبية على الإنجاب تعتبر حالة إستثنائية تخرج عن نطاق الطبيعي للإنجاب، والذي يكون بصفة طبيعية و لذلك قام المشرع بضبطها وفقا للمنظور الشرع و الأخلاق لضبط السلوكيات الطبية في التعامل مع الجانب الحيوي و الخلقي للنسل البشري.
الكلماتالمفتاحية:الأخلاقيات الطبية،المساعدة على الإنجاب،المنع،الإباحة،قانون الصحة،محاربة العقم.

Astract:
Assisted reproduction is considered one of the most important medical treatments related to biomedical ethics, because it is an activity that guarantees the preservation of the human race ingeneral and the preservation of the offspring of the person in particular, and considering that assisted reproduction affects the human offspring, the Algerian legislator deliberately restricted it in the health law, so the aid process Medical procreation is considered an exceptional case outside the normal range of procreation, which is naturally, and therefore the legislator has set it according to the Sharia and moral perspective to control medical behavior in dealing with the vital and moral aspect of human offspring.
Keywords: medical ethics, assisted reproduction, prevention, legalization, health law, infertility fight

مقدمة

على الرغم من النتائج الخلاّقة والإيجابية التي أنتجها التطور العلمي و التكنولوجي في كافة الميادين إلى أنه أيضا أنتج العديد من النتائج السلبية و العويصة التي أثرت على صحة الإنسان، و لعل أهمها التشوهات الجينية و الخلقية في جسد الإنسان مما خلق ظاهرة العقم و عدم الخصوبة عند الجنسين مما أصبح يهدد بشكل مباشر النسل البشري و بقاء السلالة البشرية .

و بهدف محاربة هذه الظاهرة و القضاء عليها ظهرت البيو أخلاقيات الطبية التي تعمل على إيجاد حل لهذه الظاهرة، و يعود تاريخ ظهور هذا النوع من النشاط إلى سنة 1960، أما المشرع الجزائري فقد نص على البيو أخلاقيات الطبية في المساعدة على الإنجاب في ظل قانون الصحة الحديث 18-11 المؤرخ بتاريخ 02 يوليو 2018[1]، ولقد قام بتحديد كافة النشاطات المتصلة بالبيو أخلاقيات الطبية على سبيل الحصر، و قام بحصرها في أربعة نشاطات طبية والمتمثلة في:نزع وزرع الأعضاء

[1]القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتضمن قانون الصحة،الجريدة الرسمية،العدد46 المؤرخة في 29 يوليو 2018،ص3.

و الأنسجة البشرية،التبرع بالدم والصفائح الدموية ،البحث البيوطبي و كافة مجالاته،المساعدة الطبية على الإنجاب.

و لعل الهدف من حصر المشرع لكافة هذه النشاطات وتقييدها بإعتبارها نشاطات تمس بطريقة مباشرة بالكائن البشري و بهدف المحافظة عليه و تحريم المساس بالعنصر البشري وقد حاول من خلال سنه للقوانين المتعلقة بها وضع أحكام تقوم بضبطها بحيث يزيل اللبس والإبهام الذي يؤثر بشأنها من جهة، ويشجع على مراعاة الجانب الأخلاقي للنشاط الطبي من جهة أخرى.

فيعتبر موضوع المساعدة على الإنجاب بكافة الطرق الطبية المتاحة موضوع يكتسي أهمية بالغة بحيث يعمد لإيجاد علاج لأشد الإمراض خطورة التي تؤثر على صحة الشخص و قد تؤدي إلى تفكيك الأسرة و العزوف الكلي عن الإقتران و الزواج ، كما أن المساعدة على الإنجاب يعمل إلى إيجاد الحل الفعلي لمشكلة العقم و ضعف الخصوبة .

فالمساعدة الطبية على الإنجاب هي عبارة عن نشاط طبي مرخص يسمح بمساعدة الأشخاص على إنجاب الأطفال و حدوث الحمل خارج المسار الطبيعي و عن طريق أليات مختلفة عن الأليات العادية للحدوث الحمل، و لا يكون تفعيل هذه الأليات إلاّ في حالة وجود حالة العقم المؤكد عند الذكر أو الأنثى أو كلاهما، و في حالة إشارة التحاليل الطبية و بشكل قاطع عن إستحالة حدوث الحمل بطرق طبيعية دون التدخل الطبي للمساعدة على الإنجاب.

و بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد حصر المساعدة الطبية على الإنجاب في عمليات العيادية و أخرى البيولوجية العلاجية و المتمثلة في: تنشيط عملية الإباضة و التي تهدف إلى تحفيز المبيض لدى الأنثى إلى إنتاج البويضات الناضجة لحدوث التعشيش و الحمل، و ذلك بطرق طبيعية أو عن طريق التلقيح الصناعي و المجهري أو عن طريق زرع البويضة بالجدار الرحمي و غيرها من الأساليب العلاجية لحدوث الحمل و الإنجاب[1].

و نظرا لأهمية المساعدة على الإنجاب فقد خصص المشرع الجزائري له المواد من 370 إلى 376 من قانون الصحة، و حاول بشتى الوسائل ضبطها لتفادي كل الإنتهاكات التي قد تؤثر على حياة الاشخاص أو التلاعب بالجينات البشرية من طرف الممارسين، و حتى تكون المساعدة في الإنجاب في إطار أخلاقي و شرعي و قانوني.

[1] جيلالي بغدالي،الوسائل العلمية الحديثة للمساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري،دراسة مقارنة،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق،بن عكنون،جامعة الجزائر ،2014،ص52.

و في هذا السياق نطرح **الإشكالية التالية:** ماهي القيود التي أقرها المشرع الجزائري لتقييد عملية المساعدة على الإنجاب؟و هل وفق المشرع في تكريس هذه الضوابط وفقا للمبادئ الأخلاقية الطبية و قواعد الشرع و القانون؟

وللإجابة عن الإشكالية نقسم المداخلة إلى محورين:

المحور الأول: القيود التشريعية الواردة على عملية المساعدة على الإنجاب

المحور الثاني: المساعدة على الإنجاب:تضارب بين المنع و الإباحة

المحور الأول: القيود التشريعية الواردة على عملية المساعدة على الإنجاب

تتعدد صور المساعدة الطبية على الإنجاب و تختلف بإختلاف الوسائل و الأليات المخولة لذلك بحيث يمكن أن ترد المساعدة الطبية على الإنجاب في شكل تحفيز للعملية الإباضة و حث المبيض لدى الأنثى في إنتاج البويضات الناضجة للحدوث العمل عن الطريقة الأدوية المحفزة للهرمونات أو عن طريق التلقيح الإصطناعي أو المجهري للبويضة أو أيضا عن طريق التلقيح الطبيعي للبويضة بحقن مني الزوج في بويضة الزوجة،كما يمكن أن تتم أنشطة المساعدة على الإنجاب بإعطاء الرجل أدوية هرمونية تعمل على خلق الحيوانات المنوية الحية و الناضجة[1] .

و تنقسم المساعدة الطبية على الإنجاب إلى صنفين صنف داخلي يحدث داخل جسد الزوجة و ما يسمى بالمصلح العلمي بالإستخدال إذ يتم بموجبه نقل حيوانات منوية مباشرة من الزوج و يتم أفراغها في رحم الزوجة لتتصل بالبويضة مباشرة و دون عراقيل و تتم بعدها النمو بشكل طبيعي إلى غاية وضع الحمل،أما الصنف الثاني فيتم خارج الجسد و هو ما يسمى بأطفال الأنابيب بحيث يتم وضع بويضة الزوجة في أنبوب و يضاف لها مني الرجل و تلقح و بعد التلقيح تعاد لرحم الزوجة لتتم منوها الطبيعي.

و لقد وضع المشرع الجزائري بنودا تعمل على تقييد المساعدة الطبية للإنجاب كمرآة للإرادة التشريعية في ضبط هذه المراحل و الإشراف عليها ووضعها تحت تقييد القانون بإعتبار أن هذه المراحل كلها إستثناء على حالة الإنجاب الطبيعية و ذلك بهدف تحقيق الحماية للأشخاص و تجسيد إعتبارات العدالة و الأخلاق الإجتماعية[2].و لذلك وضع المشرع بنود للأشخاص المستفيدين من عملية المساعدةعلى الإنجاب (أولا) وللأشخاص الممارسين لها (ثانيا)

---

[1] نذير برني،حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،2017،ص19.

[2] المرجع السابق،ص66.

أولا: القيود الواردة على الأشخاص الخاضعين لعملية المساعدة على الإنجاب:

لقد قام المشرع الجزائري بضبط النشاط على المساعدة الطبية على الإنجاب بحيث وضع عدة شروط يجب توفرها في الأشخاص الذين يقدمون على هذا النوع من النشاط، و الملاحظ في كافة الشروط التي وضعها المشرع أنها توافق بشكل كلي الجانب الأخلاقي و الديني السائد في المجتمع الجزائري و يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ.الزواج الشرعي: أساس الإستفادة من العملية

لقد فرض المشرع الجزائري على الأشخاص الخاضعين لعملية المساعدة على الإنجاب عن طريق التلقيح الإصطناعي أو غيرها من الطرق أن يكون الأشخاص الخاضعين لهذا النوع من المساعدة أن يكونا زوجين، أي أن تربط بينهما رابطة زوجية قانونية و صحيحة و شرعية [1]، أي أن يكون عقد زواج شرعي و رسمي و بذلك فإن كافة عقود الزواج العرفية و الشفهية و الزواج بالفاتحة(العقد الديني) لا يؤخذ بعين الإعتبار في الإستفادة من عملية المساعدة على الإنجاب.

بل إن بعض العيادات الطبية و مراكز المساعدة على الإنجاب و الأطباء قد وضعوا ضمن النظام الداخلي للعيادات ضرورة وضع نسخة على الدفتر العائلي أو نسخة من عقد أو قسيمة الزواج عند التقدم للعيادة بإضافة إلى بطاقة الهوية[2] و لعل الهدف من ذلك المحافظة على قيم المجتمع و عدم إختلاط النسب بحيث يكون النسب شرعيا و ناتج عن علاقة شرعية تربط بين الرجل و المرأة[3] و لما في ذلك من أثر بالغ على الأنساب و للمحافظة على صحة الأنساب و عدم إختلاطها و من تم مشروعية الميراث و المحافظة على مكانة الأسرة في المجتمع نفس موقف الشريعة الإسلامية، بحيث أقر مجمع الفقه الإسلامي فيدورته السابعة حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيببأنه من الجائز إجراء هذه التقنية حتى ولو مل يكن بينهما علاقة جنسية وهذا متحملتالمرأة من من زوجها بغض النظر عن الأداة المستخدمة في ذلك.

على غرار المشرع الفرنسي الذي أباح هذه التقنيات حتى للأشخاص الغير متزوجين خصوصا، القانون المدني الفرنسي لا يمنع المعاشرة الغير الشرعية بإعتبارها حرية شخصية للأشخاص وغير

---

[1] محمد الطيب سكريفة،التلقيحالإصطناعي بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي،مذكرةماجستير،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2017،ص56.

[2]ليلى بلحسل منزلة،قادية عبدالله،البيو أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب الشروط و الموانع،مجلة القانون الدولي و التنمية، المجلد9، العدد1 ،2021، ص262.

[3]المرجع السابق،ص263.

مخالفة للنظام العام و الآداب العامة في المجتمع الفرنسي، و يسمح من هذا المنطلق للجوء إلى عملية المساعدة على الإنجاب الغير الطبيعية لكل رجل أو إمرأة عاشا معا لمدة سنتين[1].

و لكن الإباحة التي خلقها المشرع خلقت العديد من المشاكل العويصة كإختلاط الانساب و إثارة المشاكل حول الميراث بإضافة إلى ظهور الشذوذ و العلاقات المتطرفة، و لعل هذا ما يظهر أن المشرع الجزائري قد وفق في تقييدهذه النشاطات و ربطها بالزواج الشرعي و الرسمي.

ب. العقم ضرورة ملحة للتدخل الطبي

من خلال الإطلاع على أحكام المادة 371 من قانون الصحة [2]، يتبين أن المشرع الجزائري لم يجعل من العلاقة الزوجية الشرعية الشرط الوحيد للقيام بعمليات المساعدة على الإنجاب و إنما إشترط شرط أخر يتمثل ضرورة وجود العقم المؤكد ، بحيث أن هذا الشرط يقوم بإستثناء كافة الأشخاص الذين لا يعانون من العقم و الذين لديهم السلامة الصحية من هذا الداء من إجراء هذه العمليات مهما كانت الأسباب المقدمة كالخوف على الجسد من الترهلات التي تعقب فترة الحمل و هو الامر الذي شائع في الدول الغربية لدى الممثلات و عارضات الأزياء و لاعبين كرة القدم[3].

أما المشرع الجزائري بموجب نص المادة 371 فقد قيد هذا الجانب و جعل من الأشخاص الذين يستفيدون من عملية المساعدة على الإنجاب الأشخاص الذين يعانون من العقم ،أو الأشخاص المصابون بمشاكل في الإنجاب ، و هذا الأمر الذي يفتح المجال أماالنساء الذين يعانون من تشوهات خلقية في الرحم كمرض الرحم الطفولي[4] التي تعاني منه الكثير من النساء و لا يمكنهم الحمل أو الإنجاب ،أو الأشخاص الذين يعانون من مرض ضعف الخصوبة.

و لعل هذا الأمر الذي أقره الفقه الإسلامي و الذي يشترط صراحة بأنه لا يجوز القيام بعملية المساعدة على الإنجاب إلاّ في حالة وجود ضعف في الخصوبة لذا الزوجين أو في حالة الضرورة القصوى و التي يتعذر فيها على الزوجين الإنجاب بطرق طبيعية، و ذلك بإعتبار أن العقم يعد مرض من الأمراضالتييجوز فيها التداوي مصداقا لقول الرسول صلى الله عليه و سلم "تداووا فإن الله عز وجل لميخلق داء إلا وأنزل له دواء".

و بالإطلاع على أحكام المادة 371 من قانون الصحة يتبين أن المشرع قد إستعمل عبارة "عقم مؤكد" التي يستشف منها أن يكون العقم مؤكد و حقيقي وغير مشكوك فيه و أن يكون مبررا بكافة

---

[1] المرجع السابق، ص264.

[2] المادة 371 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتضمن قانون الصحة، الجريدة الرسمية،العدد 46 المؤرخة في 29 يوليو 2018

[3] يوسف مسعودي، التلقيح الإصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، العدد1،2016، ص 250.

[4] عبدالرزاق أل منشاوي،الأمراض المانعة من الإنجاب عند المرأة،مجلة العلوم و الطب،العدد3،2017،ص411.

الوسائل المستعملة لاكتشافه كالتحاليل الطبية والأشعة، و ما يمكن ملاحظته أن المشرع لم يأخذ بالعقم المؤقت أو بالشكوك بوجود العقم[1].

ج.مبدأ الرضائية بين الزوجين أساس الاستفادة من العملية

يعتبر الجسم الإنساني كيان مقدس لا يجوز التلاعب به أو إستخدامه دون رضا صاحبه ، و لذلك فقد إشترط المشرع الجزائري في عملية المساعدة على الإنجاب أن يكون برضى كلا الزوجين و ليس أحدهما دون الأخر كما إشترط المشرع أن يكون الجسد الذي يأخذ منه المني أو البويضة جسدا للشخص حي و أن لا يكون ميتا و ذلك لحرمة الجسد البشري سواءا كان حيا أو ميتا[2].

فلكي تتم عملية المساعدة على الإنجاب بطريقة صحيحة وسليمة ووفقا للمتطلبات القانونية ولإضفاء نوع من الحماية وإعطاء العمل الطبي صبغة قانونية قبل البدء فيه، أوجب المشرع على الطبيب قبل الشروع في عملية المساعدة على الإنجابالحصول على رضا وموافقة الزوجين معا في صيغة عقد مكتوب و ممضي من الطرفين و يحمل كافة البيانات الأساسية التي تثبت الهوية.

كما أضاف المشرع العديد من الآليات التي تضمن سلامة و صحة رضا الطرفين كإلتزام الطبيب بإعلام الزوجين بكافة التفاصيل حول العملية و إحاطتهما بكل المعطيات المتعلقة بالعملية لتكون لديهما القناعة التامة ومن خلالها يتم تقرير القبول أو الرفض بالعملية المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي[3].

كما تجدر الإشارة إلى أنه يستلزم أن يكون الرضا متبادل بين الزوجين مع وجوب حضور الزوجين معا أما الطبيب المعالج ، بحيث لا يجوز حضور أحد الزوجين دون الأخر، فعلى الطبيب المختص أو المركز التأكد من رض الزوجين لتفادي المشكلات أو المساءلة القانونية .

كما أن المشرع الجزائري قد إشترط أن تتم عملية المساعدة على الإنجاب في فترة حياة الزوجين و لا يجوز عملها بعد وفاة أحد الزوجين ، و هو الأمر الذي يخالف الكثير من التشريعات في الدول الغربية و التي تبيح ذلك عن طريق إستخدام مني الرجل المتوفي أو بويضة المرأة المتوفية[4] ، و ذلك لحرمة المساس بجسد الشخص دون أخذ موافقته و رضاه سواءا كان حيا أو كان

---

[1] جيلالي بغدالي،المرجع السابق،ص70.

[2] جيلالي تشوار،الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2001،ص45.

[3] زكية حميدو تشوار ،شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة،مجلة العلوم القانونية و الإدارية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،2006،ص211.

[4] المرجع السابق،ص212.

ميتا فحرمة جسده سواء كما لا يجوز القيام بالعملية بعد الطلاق أو الخلع بحيث يجب أن تكون في فترة الحياة الزوجية و لعل هذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي أيضا[1] .

و لكن بالرجوع إلى أحكام قانون الصحة نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل مسألة السن و لم يشر إليها بحيث أنه لم يشر لسن المحدد للزوجين للقيام بعملية المساعدة على الإنجاب على خلافالمشرع الفرنسي الذي نص على ذلك صراحة[2]، و لعل السبب الذي جعل من المشرع الجزائري يغفل هذا الأمر بحيث أن هذا النوع من العمليات لا يحدث في المجتمع الجزائري إلاّ في لإطار الزواج الشرعي الصحيح و الذي لا يكون الأشخاص فيه قصرا بحيث يتطلب سنا محددا لإتمام إجراءات الزواج، على عكس فرنسا التي تشيع فيها العلاقات الجسدية بين القصر في أغلب الأحيان.

د. أن يتم مبين الزوج وبويضة رحم الزوجة: تكريس لشرعية الجنين

يشترط في عملية المساعدة على الإنجاب أن يتم تلقيح المرأةمن مني زوجها دون غيره ، وفقا للقاعدة الشرعية "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، لهذا فمن الضروري جدا الحرص على عدم الوقوع في أدنى شك بخصوصاختلاط مني الرجل أو استبداله مع منيغيره، والتأكد من توافر ضمانات قوية على التزام الهيئة الطبية بذلك وإهدار ما تبقى منه، لأنهفيحالة عدم الامتثال لذلك فإن الطفل الناجم عن تلقيح المرأةمن مني الشخص الغريبيعتبر ابن غيرشرعي[3].

لذلك أقر مجلسالمجمعالإسلاميبأن عملية التلقيح الداخلي هي عملية جائزة شرعا وهذا بعد ثبوت حاجة المرأة لهذه العملية من أجل حدوث الحمل أما فيما يخص التلقيح الخارجي فهو مقبول مبدئيا لكنه غير سليم من الشك إلا إذا روعيت الضمانات الدقيقة الكافية لمنع اختلاط الأنساب.

ثانيا: القيود الواردة على الكادر الطبي في عملية المساعدة على الإنجاب

لم يقر المشرع الجزائري بنود خاصة بالمستفيدين من عملية المساعدة على الإنجاب فقط بل وضع شروط أيضا للأشخاص المهنيين الذين يقومون بهذه العملية و ذلك لتحقيق الهدف من العملية بشكل إيجابي بالإضافة إلى السهر على سير العملية في ظروف حسنة و لتتم عملية المساعدة الطبية بعيدة عن الآثار السلبية أو الجانبية التي يمكن أن تخلق مشاكل جمة للزوجين في المستقبل و لتفادي كافة أشكال الخطأ أو الخلط بين البويضات أو المني للمحافظة على سلامة الأنساب و عدم تمازجها و لذلك قد قام المشرع بفرض نوع من التقييد و المتمثلة في:

---

[1] ليلى بلحسل منزلة،قادية عبدالله،المرجع السابق،ص263

[2] زكية حميدو تشوار،المرجع السابق،ص212.

[3] قرار صادر عن المجلس الإسلامي بمكة المكرمة حول التلقيح الإصطناعي و أطفال الانابيب، القرار الخامس،الصادر في الدورة السابعة،المنعقدة من 10إلى 20 يناير1974.

أ:الترخيص الإداري لممارسة نشاط المساعدة الطبية على الإنجاب:

بإعتبار أن عملية المساعدة على الإنجاب عملية تتعلق بكيان البشري و ترتبط بشكل مباشر بجسم الإنسان فإن المشرع الجزائري و حفاظا على جسد الإنسان قام بتقييد هذه العملية بشروط و لم يتركها عملية مطلقة.

و لذلك إشترط المشرع الجزائري قبل القيام بعملية المساعدة على الإنجاب و قبل المساس بجسد الزوج أو الزوجة ، أن يتم توقيع ترخيص إداري من الجهة المختصة بالعملية و قبل الولوج للعملية ، بحيث يكون هذا الترخيص قانوني للقيام بالعملية ، و تمنح بعد ذلك السلطات المعنية التصريح بذلك بعد الإطلاع على الملف الإداريالمطلوب و وبعداستيفائه لكافة الشروط المتطلبة من توافر الإمكانيات اللازمة للقيام بالعلمية و القدرة المالية للعمل بكفاءة واقتدار، وتوفري جهاز طبي وبيولوجي متخصص وتجهيزات تكنولوجية حديثة من أجل تحقيق أعلى نسب جناح ممكنة من جهة و لضمان المحافظة على سلامة المرضى من جهة أخرى.

و الجدير بالتنويه أن هذه المراكز يقع على عاتقها وبصفة سنوية إرسالتقارير سنوية تفصل فيها كافة نشاطاتها للسلطة الصحية المعنية، وهي تخضع لرقابة المصالح المختصة[1]، مع الإشارة إلى أن المشرعلم يبين صراحة من هي هذه الجهة، إلا أنه من خلال استقراء أحكام قانون الصحة فإنه يظهر بأنه تعهد مهمة مراقبةعمليات المساعدة على الإنجاب للنفس الهيئات التي تصهر على مراقبة مهن الصحةوفقا لأحكام القانونية و التنظيمية المعمول بها في مجال الصحة.

كما أن هذه الهيئات تعمل أيضا على مراقبة شروط الصحة والأمن الصحي في الهياكل و المؤسسات التي تقوم بهذا النوع من العمليات بإعتبارها عمليات خطيرة تمس بمناطق حساسة في جسد الإنسان، والسهر على تطابق ممارسة مهن الصحة مع الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول[2].

ب. ضرورة إشراف لجنة طبية على العملية: دفع للخطر

لقد وضع المشرع الجزائري شرط أساسي للقيام بعملية المساعدة على الإنجاب و هو ضرورة إشراف لجنة طبية مختصة على العملية الطبية للمساعدة على الإنجاب و يعد هذا الشرط أساسيا لممارسة نشاط المساعدة على الإنجاب[3] فلا يمكن القيام بعملية المساعدة على الإنجاب من طرف طبيب عام أو طبيب غير مختص بحيث يجب أن تخضع العملية لإشراف لجنة طبية داخل المركز

---

[1] سارة عيادي،أساس مشروعية المساعدة الطبية على الإنجاب،مجلة النبراس للدراسات القانونية،المجلد04،العدد01،مارس2019،ص69.

[2] محمد بن يحي بن حسن النجيمي،الإنجاب الصناعي بين التحليل و التجريم،العبيكان للنشر،الطبعة الأولى،الرياض،2011،ص18

[3] سارة عيادي،المرجع السابق،ص72.

الصحي و يكون لهذه اللجنة الحرية في إتخاذ القرار بالموافقة أو الرفض في إجراء العملية ، و يتم تقرير القرار النهائي للجنة بعد دراستها لكل الملف و التحاليل للشخص طالب المساعدة الطبية.

و بالإطلاع على أحكام المادة 2/371 من قانون الصحة يتبين بأن اللجنة الطبية أو اللجنة الصحية المكلفة بالمساعدة على الإنجاب في المراكز الصحية لا يمكنها الإقبال على القيام بإجراء عملية المساعدة الطبية على الإنجاب للأشخاص إلاّ بعد حصولها على طلبي كتابي من الزوجين اللذان يرغبان في إستعمال تقنية التلقيح الإصطناعي، و يجب على كلا الزوجين بعد التبليغ

بطلب الموافقة من اللجنة المختصة على الطلب أن يؤكدان قبولهما و إلتزامهما بالعملية في غضون شهر واحد من تاريخ إستلامه من المؤسسة المعنية، و بإستقراء نص المادة 2/371 يتبين أنه للقيام بعملية المساعدة على الإنجاب عن طريق التلقيح الإصطناعي لابد من توفر الشروط التالية:

–ضرورة تقدم طلب كتابي من طرف الزوجين للجنة الطبية المتخصصة، التي تقوم بإجراء مقابلة مع الزوجين بغية التأكد من الدوافع الحقيقية للعملية وذلك بعد عرض الزوجين للجان طبية من عدة تخصصات لدراسة الحالة.

–وضع ملف يشتمل على كل البياناتالخاصةبالزوجين، يتضمن مضمون المقابلة وقرار اللجنة النهائي. وعند قبول إجراء العملية فلا يتم ذلك إلا بعد مرور شهر واحد كامل حيثيتسنللزوجين إعادة التفكيروتأكيد طلبهما بعدها[1].

ج .ضرورة مراعاة قواعد الممارسة الحسنة و الأمن الصحي:

بإعتبار أن عمليات المساعدة على الإنجاب تتصف بأنها عمليات ذو طابعإستثنائي و تعد كإستثناء على وسائل الإنجاب العادية بإعتبارها تقوم على أساس عملية التلقيح الاصطناعي ، فإنه لابدأن يتم إجرائها وفق ضوابط محددة وهذا لتفادي التلاعببالبويضاتوالحيواناتالمنويةوالأجنة، بإضافة إلى مراعاة قواعد الممارسةالحسنةوالأمن الصحي في هذا المجال والمحددة عن طريق التنظيم.

فيجب على المختصين في عملية الإنجاب معاملة الأشخاص المطالبين بإجراء عمليات المساعدة على الإنجاب معاملة حسنة و لعل الهدف في ذلك المحافظة على نفسية الأشخاص المرضى بحيث أن عمليات المساعدة على الإنجاب تتطلب من الأشخاص الخاضعين لها الراحة النفسية و عدم الإرهاق و عدم الإنفعال حتى تحقق العملية نتائج إيجابية و يحدث الحمل في بيئة طبيعية و سليمة.

[1] زياد أحمد سلامة،أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة،الدار العربية للعلوم،الطبعة الثانية،بيروت،1998،ص13.

كما يستوجب في هذه العمليات البيئة النظيفة و أن تتم في مكان نظيف و معقم و خالي من الجراثيم نظرا لأنها عمليات حساسة يمكن في أدنى خطأ أو تلوث يحدث أن تكون العملية فاشلة و لا يحدث الإنجاب[1].

كما يستوجب أن تكون عملية المساعدة على الإنجاب عملية منظمة و دقيقة و ذلك لكي لا يحدث إختلاط في العينات التي تحمل السائل المنوي و البويضة بحيث يتم وضع السائل المنوي للزوج على بويضة الزوجة و لا يحدث أي خطأ أو خلل للمحافظة على الأنساب.

المحور الثاني: المساعدة على الإنجاب:تضارب بين المنع الإباحة

لقد قام المشرع الجزائري بتقييد عملية المساعدة على الإنجاب و تقييدها وفق موانع و ضوابط بإعتبارها عمليات خطيرة أي خطأ فيها أو إنحراف يؤدي إلى نتائج وخيمة على صحة الشخص و النسل البشري ، و بهدف مراقبة هذه الأنشطة و حسن سيرها أردف المشرع العديد من الموانع علىالمعاملاتالمتعلقة بعملية المساعدة على الإنجاب كبيع الحيوانات المنوية أو البويضة أو إجراء التجارية العلمية على الأجنة و كل التجارب أو التصرفات المنافية للأخلاق و أخلاقيات مهنة الطب ،بل إن المشرع قد شدد على هذه التصرفات و إعتبر الشخص الذي يخالف هذه البرتوكولات مسؤول أمام القانون و شدد عليه في العقاب، و سنتطرق إلى الموانع التي أقرها المشرع (أولا) الآثار المترتبة على مخالفة القواعد التي أقرها المشرع (ثاني)

أولا: الموانع المتعلقة بعملية المساعدة على الإنجاب:ضوابط بقوة القانون

لقد أقر المشرع الجزائري العديد من الموانع و المحضورات و التي لا يجوز للطبيب المختص أو أعوان الصحة القيام بها و ذلك لحرمة الجسد الإنساني و لحرمة التعامل به دون رضاه بحيث لا يجوز التصرف في المني أو البويضة أو بيعها أو إجراء إختبارات وبحوث عليها دون رضا من صاحبها و أردف المشرع العديد من المحضورات في قانون الصحة يجري ذكرها كالتالي:

أ. الموانع المتعلقة بالفائض من العملية:محافظة على البقايا الآدمية

من خلال إستقراء نص المادة 374 من قانون الصحة يتضح جليا بأن المشرع الجزائري قد عمد إلى منع كافة التعاملات الواردة على الفائض من عملية التلقيح الإصطناعي سواءا كان على الحيوانات المنوية أو البويضات أو الأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو السيتوبلازم، ومهما كان الشخص الذي سوف يستفيد من هذا التعامل سواء كان من أفراد العائلة للشخص كزوجات، ضرات أو امرأة أخرى سواء كانت أختا أو أما أو بنتا أو كان شخص أجنبيي عن الشخص الخاضع للعملية، ولعل السبب

[1]جمعية الطب العالمية، كتاب أخلاقيات الطبية،تحرير جون ويليامز مدير قسم الأخلاقيات بالجمعية، و ترجمة محمد الصالح بن عمار،كلية الطب تونس، 2014، ص70.

في إقرار هذا الحظر هو التخوف من مسألة اختلاطالأنساب من جهة و من جهة أخرى لحفظ البقايا المتعلقة بجسد الإنسان و المحافظة عليها و عدم إستخدامها دون علمه أو رضاه[1].

كما أن المشرع قد فرض هذا المنع لتفاديتلقيح بويضة امرأة من مني رجل ليس زوجها فالطفل الناشئ عن هذا التلقيح ليس ولد الرجل الذي ترتبط به هذه المرأة، ونفس الشيء يقال بالنسبة للحالة التي يتم فيها التلقيح ببويضة إمرأة أخرى[2]. وعليه فإذا كانت الحيواناتالمنوية والبويضات واللقاحالمستعملةفي عملية المساعدة على الإنجاب من غيرالزوجين أو من غيرأحدهما، فإن ذلك ينتج عنه مولودغير شرعي. لذلك أكد المشرعفي نص المادة 371 من قانون الصحة على ضرورة أن يكون التلقيح الاصطناعي بني بويضة الزوجة وماء زوجها دون الاستعانةبأي طرف آخر للمحافظة على نقاء الأنساب و لضمان عدم اختلاطها و لتفادي كافة الأمراض الجينية أو الوراثية التي تصاحب هذا الخلط كزواج الإخوة في المستقبل أو سفاح الأقارب دون علم.

كما أنه منع اللجوء إلىالأم البديلة أو الحاضنة للجنين خوفا من الوقوع فيالمخاطر والشكوك التي تشوب نسب الولد من حيث أمه.مع الملاحظة إلى أن المشرع قد منع على وجه الخصوص و كإستثناء على قاعدة التبرع بالأعضاء البشرية،فقد منع التبرع باليويضات حتى لو كان هذا التبرع بني الزوجات الضرات أي عندما تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية للزوج نفسه، علما أنه قد عرضت هذه المسألة على المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة الذي أجاز في بداية الأمر أن تتبرع الزوجة بمحضإرادتها عن اللقيحة لضرتها، إلا أنه سرعان ما تراجع عن هذه الفتوى في الدورة اللاحقة وحرم عملية نقل اللقيحة إلى رحم الزوجة الثانية لكون هذه الأخيرة أجنبية بالنسبة للزوجة الأولى [3]

و من خلال إستقراء نص المادة يتبين أن المشرع لم يقتصر على تبيان هذه الأنواع من الموانعالمتصلة بعملية المساعدة على الإنجاب، بل وقع على كل من تسول له نفسه التعامل بهاعقوبات جزائية صارمة تمثلتفي السجن من عشرة سنوات إلى عشرون سنة، وغرامة من 1000000 دج إلى20000000 دج.

---

[1]سحارة السعيد،إشكالية الإخصاب خارج الجسم بين الشريعة و القانون،رسالة ماجستير،جامعة الشهيد حمه لخضر،الوادي،الجزائر،2015،ص39.

[2]يعقوب بلبسير،نسب الطفل الناتج عن التلقيح الإصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات العلمية، عددخاص، صادر بتاريخ 1998/04/20، ص 78.

[3]قرار صادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي،القرار رقم 16،الصادر في الدورة المنعقدة بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية،من 8 إلى 13 أكتوبر 1986.

ب. منع عملية الإستنساخ البشري: حفاظ على الصورة الأدمية

لم يعرف المشرعالجزائريالمقصود بعملية الاستنساخ البشري الإنجابيلافي التعليمة رقم 300 -2001 الصادرة عن وزارة الصحة والسكان بتاريخ 12 مايو2001 والمتعلقة بالممارسة الإكلينيكية والبيولوجية الحسنة للمساعدة الطبية على الإنجاب، و كذلك الأمر في قانون الصحة الجديد، وإنما اكتفى بمنع عملية استنساخ الأجسامالحيةالمماثلة جينيا.

ويعرّف الاستنساخ البشري على أنه صنع نسخة مطابقة وراثيا للإنسان ويستخدم هذا المصطلح عادةً للإشارة إلى الاستنساخ البشري الاصطناعي وهو استنساخ خلايا وأنسجة بشرية، فهو لا يشير إلى التوائم المتطابقة والتي تعتبر وسيلة شائعة لإنتاج نسخ بشرية وتُعد أخلاقيات الاستنساخ مسألة مثيرة للجدل.

ويُعدُّ الاستنساخ العلاجي والاستنساخ التكاثري من أكثر أنواع الاستنساخ البشري مناقشة، والاستنساخ العلاجي هو استنساخ خلايا من شخص بالغ وإستخدامها كعلاج وطعم و من الطرق الشائعة للاستنساخ العلاجي: النقل النووي للخلايا الجسدية ومؤخرا تخليق خلايا جذعية محفزة والاستنساخ التكاثري هو صنع جسد مستنسخ كاملاً بدلاً من استنساخ خلايا أو أنسجة محددة فقط[1].

و بالرجوع إلى نص المادة 375 من قانون الصحة يتبين أن المشرع قد منع الإستنساخ فيما يخص الكائن البشري دون التطرق لأنواعه و لا لتعريفه و هو ما يسين أن المشرع الجزائري قد تطرق لسلطة المنع المطلقة دون تحديد على العموم.

غير أن الفقه فقد تطرق إلى موضوع الإستنساخ بإسهاب لاسيما و أن المشرع ترك المجال مفتوحا في هذا الصددفقد عرف الفقهاء عرف الاستنساخ البشري هو عملية يتم فيها إنتاج نسخة مطابقة جينياً من خلية أو نسيج أو كائن حي لغرض التناسل وميز بين نوعين من الاستنساخ، يتمثل الأولفيالاستنساخالجسدي الذي لا يعتمد فيه على الخلاياالجنسية وإنما هو عبارة عن "أخذ نواة خلية جسدية من مخلوق حي تحتوي على جميع المورثات وزرعها في بويضة مفرغة من مورثاتها ليتولد الجنين مطابق لمافي صفاته مع صاحب الخلية". أما الثانيفيراد به التحكم في عدد وشكل الأجنة وذلك بخلط ماء الرجل بماءالمرأة وهو ما يسمى بعملية شق الأجنة أو توأمتها، وفيه يكون الجنينحاملا لصفات كل من الأبوالأم.وتعد كل من الحالتينمحرمتين شرعا وقانونا نظرا لما تنطوي عليه من مساس بالمبادئ الشرعية والقانونية المستقرةلحماية جسم الإنسان وحرمته.

[1] أشرف محمد الحسنين،مدى مشروعية الإستنساخ و أثره على التنوع البيولوجي،مجلة العلوم و الثقافة، جامعة حلوان، العدد3 ، 2006، ص47.

فالاستنساخ البشري له تأثيرأخلاقي غير مرغوب به بإضافة إلى أنه يخلق العديد من النتائج السلبية، لعل أهمها تقسيم المجتمعإلىالجنس البشري الطبيعي والجنس البشري المستنسخ، كما أنه يعمد إلى خلق العديد من المشاكل الإجتماعية فهو يفتح الباب إلى الإنجاب بدون زواج مما قد يؤدي إلى إلغاء الروابط الزوجية، كما أنه قد يؤدي إلى ظهورالأمراض المستحدثة و الغريبة و الغير معروفة، و لعل أخطر نتيجة يحققها و هي قد إختلاط الأنساب وإنتشار الشواذ، علاوة لكونه يترتب عنه فقد التنوع البيولوجي، و صحي حدوث العديد من التشوهات الخلقيةفيالأجنة بسبب الأخطاءالتي من الممكن وقوعها أثناء القيام بعملية الاستنساخ،بإضافة إلى أنه ينتج عنه كائنات مماثلة أو متشابهة بسبب وحدة العناصر الوراثية مما قد يثير العديد من المشاكل فيما يخص مسألة تحديد الهويةبذلك يصعب تجسيد مسؤولية الأشخاص سواء المدنية أو الجزائية و بالتالي لا يمكن إيقاع الجزاء.

لهذا، فقد اعتبرت معظم المنظماتوالهيئاتالعالمية أن عملية الاستنساخ عملية مستبالمبادئ والقيم والمثلفي المجتمع و بالتالي تمس بالنظام العام و الأداب العامة، إذ وقع البرلمانالأوروبيخلالمؤتمر حقوق الإنسان والطب الحيوي المنعقد بإسبانيا في17 سبتمبر2000 اتفاقا اعتبربمثابة أول معاهدة دولية للسيطرة والتحكم في البحوث المتعلقةبالهندسة الوراثية والاستنساخ[1]، وخلال جلسة حضرها كامل أعضاء البرلمانالأوروبيفيستراسبورغ صوت هذا الأخير على القرار الذي يعتبرالاستنساخالعلاجيالهادفلاستنساخ أجنة بشرية لأهدافالأبحاث العلمية عمل لا أخالقي ومناقض تمامالحدودومعايير البحث العلمي ويطرح معضلة خطيرة، وأعرب البرلمان عن أمله في أن " يصدر حظر عالمي محدد على مستوى الأمم المتحدة للاستنساخ البشري في كل مراجعه وأنواعه".

أما الجمعية العامة لأمم المتحدة فقد اعتمدت في مارس2005 بشأن الاستنساخ البشري بيان يدعو الدول الأعضاءإلى "منع كافة أشكال استنساخ البشر بقدر ما تتنافى الكرامة البشرية وحمايةالحياة البشرية" [2]

وأصدرت المنظمةالعالمية للصحة بدورها توصيات أثناء انعقادها فيدورتهاالحادية والخمسين ف يسبتمبر2004 تتعلق بتأكيد الإجماعالعالمي على منع الاستنساخ البشري ومراقبة أي استعمال لهذه التقنية[3].

---

[1]قرار البرلماني الأوروبي، ضد الإستنساخ البشري لغايات علاجية،صادر عن الرلمان الأوروبي المنعقد بإسبانيا بتاريخ 17 سبتمبر 2000

[2]بيان صادر على الجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة بتاريخ 17 مارس 2005 بشأن منع الإسنتساخ البشري و حماية السلالة الأدمية.

[3]بيان صادر عن المنظمة العالمية للصحة بتاريخ 2004 ،في الدورة المنعقدة بتاريخ 22 سبتمبر2004،في دورتها 51،المتعلقة بمنع الإستنساخ البشري.

وأعدت منظمة اليونيسكو، إعلان عالمي حول الجنين البشري وحقوق الإنسان الذي اعتمده المؤتمر العام الإجماع سنة1997 وصادقت عليه الجمعية العامة للأممالمتحدة عام1998 الذي يعد بمثابة وثيقة أساسية احتلت مكانة فيالجدلالمتصاعد بشأن الاستنساخ وأكدت فيها أنّ "الاستنساخ البشري يتنافى مع كرامة الإنسان"[1]

نتيجة لذلك، قام المشرع الجزائري على تشديد العقوبة المقررةلهذاالمنع و الذي قرر فيه عقوبة الحبس من 10 سنوات إلى20 سنة والغرامة من1000000 دج إلى2000.0000 دج بناء على نص المادة 436 من قانون الصحة.

ج. منع عملية إنتقاء الجنس: درء لتلاعب بالجنس المختار

لقد أدى التطور العلمي و التكنولوجي يفي المجال الطبي بشكل رهيب بحيث أصبح يمكن للطبيب معرفة جنس الجنين إن كان ذكرا أو أنثى في مرحلة مبكرة،بلإن الأمر قد تجاوز ذلك بكثير بحيث أصبح في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب يمكنتحديد جنس الجنين في عمليات التلقيح الاصطناعي،والذي يتم إما بطريقة الاختبارات الوراثية قبل زرع الأجنة الملقحة في الرحم إذ باستطاعة الطبيب أن يتعرف على الأجنة الذكورية من الأجنة الأنثوية بواسطة إجراء بعض الاختبارات على هذه الأجنة[2]، وعليه يمكن زرع الأجنة الذكرية أو الأنثوية وفقا لرغبة الأبوين. أو بطريقة فصل الحيواناتالمنويالمؤنث x عن المذكرy، فيتم اختيار الحيوانات المنوية التي تحمل الكروموزومات المرادتخصيبهابالبويضة. أو بطريقة تغير الحالةالكيميائية للمهبل وهذا بزيادة أو تقليل درجة الحموضةفي الرحم بحيث تتكيف مع حياة أحد النوعين وفي نفس الوقت تحد أو توقف من نشاط الآخر، ونتيجة لذلك فإذا كان الوسط المفضلفي قناة المرأة التناسلية حامضي فإنه يشجع على إنجابالإناث وإذا كان قاعدي فهو يشجع على إنجاب الذكور.

و بالرجوع إلى أحكام قانون الصحة الجزائري فإنه مهما كانت الطريقة المستعملةالتي يتم بها اختيار الجنس فإنه يمنع إجراؤها وفقا للتشريع الجزائري بناء على أحكام المادة 375 من قانون الصحة، ولعل السبب في ذلك راجع إلى رغبة المشرع في حماية الجنين البشري من التمييز بين الجنسين مما قد يخلق عدم التوازن في معادلة السلالة البشرية و إختلال بين أعداد الجنسين في

---

[1] الإعلان العالمي الصادر عن منظمة اليونيسكو في 1997،المتعلق بالجنين البشري، والذي صادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1998.

[2] سميحة صالحي،حكم إختيار جنس الجنين في عمليات التلقيح الإصطناعي،دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي و القانون الجزائري،مجلة دفاتر السياسة و القانون،العدد15،جوان2016،ص453.

المجتمع. فاختيار الطبيب للأجنة قبل الزرع والقضاء على تلك التي هي من الجنسالغير مرغوب فيه هو أمر يتناقض مع الأخلاقيات المهنية و المتطلبات الأخلاقية.[1]

غير أنه بالرجوعإلى الفقه الإسلامي فإنه ميز بني حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان تحديدالجنس لتفادي الحالاتالمرضيةفي بعض الأمراض الوراثية كما هو الشأن في حالة ما إذا حملت المرأة بأنثى أو بذكر ونتج عنه وفاة الجنين أو إصابته بمرض وراثي، حيث أنّ هناك بعض الأمراض تنتقل بواسطة الصبغيات الجنسية X والتيتحدث عند الإناث دون الذكور، فإنه يجوز انتقاء الجنسباعتباره يدخل في الضروريات. أما إذا لم تكن هناك أسباب طبية تستدعي ذلك فإن هذا التحديد الجنسي غير جائز[2].

الحالة الثانية: و هي تحديد الجنس بسبب رغبة الزوج أو رغبة الزوجة فإن هذه الحالة غير جائزة و مرفوضة لأنها تدخل معلن و صريح في القضاء و القدر.

أما المشرع الجزائري فقد عمل على تشديد العقوبة المقررة في إختيار الجنس والتي جعل العقوبة المقررة فيها الحبس من10 سنوات إلى20 سنة والغرامة من1000.000 دج إلى 2000.000 دج بناء على أحكام نص المادة436 من قانون الصحة.

ثانيا: الآليات المباحة لتحقيق المساعدة على الإنجاب:

توجد العديد من الآليات المباحة لتحقيق المساعدة على الإنجاب و لتحقيق الغرض من العملية و المتمثل في حدوث الحمل و الإنجاب و تتجسد هذه الآليات في:

أ. التلقيحُ داخل الرحم Intrauterineinsemination

تقنية أو طريقة التلقيح داخل الرحم هي طريقة التي يتم فيها إختيار الحيوانات المنوية الأكثر نشاطًا فقط، حيث تُوضَع بعدَ ذلك في الرحم مباشرة ويجري اختيار أكثر الحيوانات المنوية نشاطًا عن طريق غسل عينة من السائل المنوي.يحاول الأطباءُ وضعَ الحيوانات المنوية المغسولة في وقت الإباضة نفسه[3].

وفي هذا الإجراء، يحدث الحمل عادة في المحاولة السادسة إذا كان ذلك سيحدث فعلا. يكون التلقيحُ داخل الرحم أقل فعالية بكثير من الإخصاب في المختبر، ولكنه أقل بضعًا بكثير وأقل تكلفة.

---

[1] المرجع السابق،ص454.

[2] قرار صادر عن مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة،حول اختيار جنس الجنين،الدورة التاسعة عشر،المنعقدة من 3إلى 7 فبراير2008،ص503.

[3] محمود أحمد طه محمود،الإنجاب بين التجريم و المشروعية،منشأة المعارف،الإسكندرية،مصر،2003،ص88.

ب.التَّخصِيبُ في المختبر In vitro (test tube) fertilization

يمكن أن يُستخدَم الإخصابُ في المختبر لعلاج العُقم، بغضِّ النظر عن السبب يشتمل التَّخصِيبُ في المختبر (التلقيح الاصطناعي) عادةً على ما يلي:

- **تنبيه المَبيضين:** يَجرِي تحفيز المبيض لدى المرأة بموجِّهات الغُدَد التناسليَّة البشريَّة عادة، مع أو من دون كلومي فين.وغالبًا ما يَجرِي إعطاءُ ناهض أو مضادَّ للهُرمون المُطلِق لموجِّهة الغدد التناسلية GnRHلمنع حدوث الإباضة حتى تنضج عدَّة بيوض.ونتيجةً لذلك، يصبح عددٌ من البيوض ناضجًا عادة؛ثمتُعطَى موجَّهة الغُدَد التناسلية المشيمائية البشريَّة لتنبيه الإباضَة.يجري استخدام منبِّه أو ناهض GnRH لتحفيز الإباضة عند النساء اللواتي لديهنَّ خطر مرتفع للإصابة بمُتلازمة فرط التنبيه المبيضي[1].
- **اقتناص البيوض المُطلَقة** :بتوجيه من الموجات فوق الصوتية، حيث يدخل الطبيبُ إبرة من خلال مهبل المرأة نحوَ المبيض، ويأخذ البيوضَ التي نمت وتخلَّقت (بعد حوالى 34 ساعة).وفي بعض الأحيان، يَجرِي أخذُ البيوض من خلال أنبوب صغير (منظار بطن) يُدخَل من خلال شقٍّ صغير تحت السرة[2].
- **تخصيب البيوض**:يَجرِي وضعُ البيُوض في طبَق الزَّرع، وتخصيبها بالحيوانات المنوية التي يجري اختيار أكثرها نشاطًا.وعند هذه النقطة، يمكن حقن نطفة واحدة في كلّ خلية بيضية (يسمّى حقن النطفة داخل الهيولى)، وخاصةً إذا كان إنتاج الحيوانات المنوية غير طبيعي في شريك المرأة.
- نمو الأجنة الناتجة في المختبر :بعدَ إضافة الحيوانات المنوية، يسمح للبيوض أن تنمو لمدة 2 إلى 5 أيَّام.
- زرع الأجنة في رحم المرأة :يَجرِي نقلُ واحد أو عدد قليل من الأجنة الناتجة من طبَق الزَّرع إلى رحم المرأة من خلال المَهبل.يتم تحديدُ عدد الأجنة المزروعة حسب عُمر المرأة واحتمال الاستجابة للعلاج.

وشيئًا أكثر فأكثر، في كثير من الأحيان، يَجرِي تجميدُ أجنَّة إضافية في النتروجين السَّائِل، لاستخدامها في وقتٍ لاحق إذا لم يحدث الحمل.كما أنّ الممارسين يقومون على نحوٍ متزايد أيضًا بالتلقيح الاصطناعي باستخدام بيضة واحدة فقط تتطور بشكلٍ طبيعي خلال دورة الطمث (دون استخدام أدوية الخُصُوبَة)

---

[1] شفيقة الشهاوي رضوان،تجميد البويضات بين الطب و الشرع،الطبعة الأولى،دار الفكر العربي،مصر،2014،ص22.

[2] مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة و أثارها الفقهية،البحوث العلمية و أوراق العمل،المجلد الأول، مجلة أعلام،صادرة عن جامعة الملك عبد العزيز،السعودية2014،1435،ص200.

- تعتمد احتمالاتُ حمل طفل في الإخصاب في المختبر على عواملَ كثيرة، ولكنَّ عمرَ المرأة قد يكون أكثرَ أهمية وأكبر خطر للإخصاب في المختبر هووجود أكثر من جنين واحد(الحمل المتعدِّد)

يمكن أن يسبِّب الحملُ المتعدِّد مُضَاعَفاتٍ خطيرةً لدى الأم والمواليد الجُدُد.وقد تكون المُضَاعَفاتُ مرتبطة بالحمل؛فعلى سَبيل المثال، قد يحدث لدى الأم ارتفاعٌ في ضغط الدم أو داء السكَّري أو نزف مفرط.وقد تموت الأجنَّة، أو قد يكون الأطفال منخفضي وزن الولادة.وبسبب هذه المُضَاعَفات، ينقل الأطباء الآن أعدادًا أقلّ من الأجنة إلى الرحم في وقتٍ واحد.

والعيوبُ الخلقية هي أكثر شُيُوعًا بين الأطفال الناجمين عن التلقيح الاصطناعي.ولكنَّ الخبراءَ لا يعلمون بشكل واضح ما إذا كان السببُ يتعلق بالتقنية أو بمشاكل الخُصُوبَة التي جعلت التخصيب الاصطناعي ضروريًا.لقد جَرَى تخصيبُ أكثر من 6 ملايين طفل من خلال التلقيح الاصطناعي، ولم يكن لدى الغالبية العظمى من هؤلاء الأطفال أيّ عيوب خلقية[1].

في الولايات المتَّحدة، تُقدَّر فرص إنجاب طفلٍ حيٍّ لكل بيضة جرى اقتناصها بحوالى 50٪ للنساء دون سن 35 عامًا وحوالى 11٪ للنساء اللواتي تتراوح أعمارهنّ بين 41 و 42 عامًا.

حقنُ الحيوانات المنوية داخل الهيولىIntracytoplasmicsperm injection

يمكن اللجوءُ إلى حقن الحيوانات المنوية داخل الهيولى عندما

- يكون من المرجَّح أن تكونَ التقنيات الأخرى غيرَ ناجحة.
- هناك مشكلة شديدة في الحيوانات المنوية.

يشبه الإخصاب في المختبر، إلا أنه يَجرِي حقنُ واحد من الحيوانات المنوية فقط في كلّ بيضة.

في عام 2014، أكثر من ثلثي الإجراءات الإنجابية المساعدة في الولايات المتحدة كانت تنطوي على حقن الحيوانات المنوية داخل الهيولى.

وقد تكون العيوبُ الخلقية أكثرَ احتمالاً بعد هذا الإجراء، ربما بسبِّب ما يلي:

- هذا الإجراء يمكن أن يضرّ بالبيوض، أو الحيوانات المنوية، أو الجنين.
- إذا جَرَى استخدامُ الحيوانات المنوية من الرجال الذين لديهم صبغي Y غير طبيعي (أحد الصبغيين الجنسيين) في هذا الإجراء، فقد يتأثر نمو الأعضاء التناسلية عند الجنين الذكر.وتنطوي معظمُ العيوب الخلقية لدى الأطفال المخصَّبين بحقن الحيوانات المنوية داخل الهيولى على الأعضاء التناسلية[2].

[1] المرجع السابق،ص201.

[2] زياد أحمد سلامة،أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة،الدار العربية للعلوم،الطبعة الثانية،بيروت،1998،ص13.

ج. التخصيب داخل الأنبوب باستخدام حقن النطاف داخل الهيولى

نقلُ المَشيج داخل أنبوب فالوب Gameteintrafallopian tube transfer (GIFT)

يمكن استخدامُ نقلُ المَشيج داخل أنبوب فالوب Gameteintrafallopian tube transfer (GIFT) إذا كانت قناتا فالوب تعملان بشكلٍ طبيعي.يَجرِي الحُصُولُ على البيُوض والحيوانات المنوية المختارة كما في الإخصاب في المختبر، ولكنَّ البيُوضَ لا تُخصَّب بالحيوانات المنوية في المختبر.وبدلاً من ذلك، يَجرِي نقلُ البيُوض والحيوانات المنوية إلى الطرف البعيد من قناة فالوب للمرأة، من خلال شق صغير في البطن (باستخدام منظار البطن) أو من خلال المهبل (بتوجيه من الموجات فوق الصوتية)، بحيث يمكن أن تُخصَّب البيُوض في أنبوب فالوب (البوق الرَّحمي).وهكذا، فإنّ هذه التقنية هي أكثر غزوا أو جرحًا من الإخصاب في المختبر[1].ولكن نادرا ما تُستخدَم هذه الطريقةُ، لأن الإخصابَ في المختبر ناجح جدًّا.تقنيَّاتٌ أو طرائق أخربتشتمل هذه التقنيات على ما يلي:

- مشاركة بين الإخصاب في المختبر ونقل المَشيج داخل أنبوب فالوب
- نقل البويضة المخصَّبة (الزيجوت) إلى قناة فالوب

تثير هذه التقنياتُ قضايا أخلاقية وأدبيَّة، بما في ذلك أسئلةٌ حولَ ما يلي:

- التخلّص من الأجنة المخزّنة (وخاصَّة في حالات الوفاة أو الطلاق)
- استخدام التَّخصِيب في المختبر في النساء بعدَ انقطاع الطمث
- التخفيض الانتقائي لعدد الأجنة المزروعة (بشكل مماثل للإجهاض) عندما يتخلَّق أكثر من ثلاثة منها.[2]

الخاتمة

لقد أتبث الدراسة المتقدمة الأهمية البالغة التي يكتسيها موضوع الأخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب لما يثير العديد من الحلول للإشكالاتفي الحياة العملية ويعمل على المحافظة على النسل البشري و محاربة ظاهرة العقم، فلقد حاول المشرع الجزائري في ظل قانون الصحة الجديد التقييد من عملية المساعدة على الإنجاب و جعلها تتناسب تماما مع الاخلاقيات الطبية بحيث فرض مجموعة من الشروط والموانع ، كما أنه نص على العمليات التي يجوز القيام بها لمساعدة الأزواج على الإنجاب وهذا بهدف التقييد من هذه العمليات لأهميتها من جهة، والتشجيع إعمالا للجانب الأخلاقي في مثل هذه العمليات من جهة أخرى.

---

[1] المرجع السابق،ص20.

[2] مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة و أثارها الفقهية،المرجع السابق،ص351.

وفي خلاصة دراستنا توصلنا إلى النتائج والتوصيات التالية:

*لقد فرضت الإرادة التشريعية مجموعة من القيود على عمليات المساعدة على الإنجاب والهدف منها تقييد هذه العمليات و جعلها تتماشى وفقا لقواعد الأخلاقيات الطبية و كذا القيم الإجتماعية و النظام العام و الأداب العامة.

*لقد أشار المشرع الجزائري في قانون الصحة إلى العديد من الموانع التي قد ترافق عملية المساعد على الإنجاب و التي من شأنها إنتهاك الأخلاقيات الطبية كالتلاعب بالفائض من العملية أو التصرف في الأجنة، كما حضر بشكل صريح عملية الإستنساخ البشري و إختيار الجنس لما ينجم عليه من تأثيرات أخلاقية ودينية وخيمة.

*لقد شدد المشرع في الجزاء المترتب عن إنتهاك الاخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب و جعل عقوبات صارمة قد تصل إلى السجن من عشر (10) إلى عشرون (20) سنة، وغرامة مالية قد تصل إلى 2000.0000 دج.

التوصيات:

*على المشرع تدارك الأمر الذي أغفله في قانون الصحة والمتمثل في السن القانوني المحدد للقيام بعملية المساعدة على الإنجاب و تحديده بشكل صريح

*على المشرع الجزائري وضع قائمة تضم العمليات المسموح بها للمساعدة على الإنجاب على سبيل الحصر كما فعل المشرع الإسباني و الإنجليزي في قانون الصحة

قائمة المصادر والمراجع

1.القوانين:

-القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتضمن قانون الصحة، الجريدة الرسمية، العدد46 المؤرخة في 29 يوليو 2018.

-قرار البرلماني الأوروبي، ضد الإستنساخ البشري لغايات علاجية،صادر عن الرلمان الأوروبي المنعقد بإسبانيا بتاريخ 17 سبتمبر 2000

-الإعلان العالمي الصادر عن منظمة اليونيسكو في 1997، المتعلق بالجنين البشري، والذي صادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1998.

-بيان صادر على الجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة بتاريخ 17 مارس 2005 بشأن منع الإسنتساخ البشري و حماية السلالة الأدمية.

-بيان صادر عن المنظمة العالمية للصحة بتاريخ 2004، في الدورة المنعقدة بتاريخ 22 سبتمبر2004،في دورتها 51، المتعلقة بمنع الإستنساخ البشري.

-قرار صادر عن المجلس الإسلامي بمكة المكرمة حول التلقيح الإصطناعي و أطفال الانابيب، القرار الخامس،الصادر في الدورة السابعة،المنعقدة من 10إلى 20 يناير 1974.
-قرار صادر عن مجمع الفقه لإسلامي الدولي،القرار رقم 16 ،الصادر في الدورة المنعقدة بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية،من 8 إلى 13 أكتوبر 1986.
-قرار صادر عن مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة،حول اختيار جنس الجنين،الدورة التاسعة عشر ،المنعقدة من 3إلى 7 فبراير 2008.

الكتب:

-جمعية الطب العالمية،كتاب أخلاقيات الطبية،تحرير جون ويليامز مدير قسم الأخلاقيات بالجمعية، وترجمة محمد الصالح بن عمار ،كلية الطب تونس،2014.
-جيلالي تشوار،الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001.
-زياد أحمد سلامة،أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الدار العربية للعلوم،الطبعة الثانية،بيروت،1998.
-محمد بن يحي بن حسن النجيمي،الإنجاب الصناعي بين التحليل و التجريم،العبيكان للنشر ،الطبعة الأولى،الرياض،2011.

رسائل ومذكرات:

-نذير برني،حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة،أطروحةدكتوراه،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،2017.
-جيلالي بغدالي،الوسائل العلمية الحديثة للمساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري،دراسةمقارنة،مذكرةماجستير ،كليةالحقوق،بنعكنون،جامعة الجزائر ،2014.
-زكية حميدو تشوار ،شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة،مجلة العلوم القانونية و الإدارية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،2006.
-سحارة السعيد،إشكالية الإخصاب خارج الجسم بين الشريعة و القانون،رسالةماجستير ،جامعةالشهيدحمه لخضر ،الوادي،الجزائر ،2015.
-محمد الطيب سكريفة،التلقيح الإصطناعي بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي،مذكرةماجستير ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،2017.

مقالات

-أشرف محمد الحسنين،مدى مشروعية الإستنساخ و أثره على التنوع البيولوجي،مجلة العلوم والثقافة،جامعة حلوان،العدد2006،3.
-سارة عيادي،أساس مشروعية المساعدة الطبية على الإنجاب،مجلة النبراس للدراسات القانونية،المجلد04،العدد01،مارس2019.
-سميحة صالحي،حكم إختيار جنس الجنين في عمليات التلقيح الإصطناعي،دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي و القانون الجزائري،مجلة دفاتر السياسة و القانون،العدد15،جوان2016.
-عبدالرزاق أل منشاوي،الأمراض المانعة من الإنجاب عند المرأة،مجلة العلوم والطب،العدد2017،3.
-ليلى بلحسل منزلة،قادية عبدالله،البيو أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب الشروط و الموانع،مجلة القانون الدولي و التنمية،المجلد9،العدد2021،1.
-يعقوب بلبسير،نسب الطفل الناتج عن التلقيح الإصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية،دراسة مقارنة،مجلة الدراسات العلمية،عدد خاص،صادر بتاريخ: 1998/04/20.
-يوسف مسعودي،التلقيح الإصطناعي في قانون الأسرة الجزائري،مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد1، 2016.

رضا الزوجين في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب

د. قجالي مراد كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

ط. د. خشعي مرجان كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة وهران2

الملخص:

يعد العقد من أهم التصرفات القانونية التي نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني. إنطلاقا من نص المادة 54 إلى غاية المادة 123.ويعد الرضاء أهم أركان العقد المدني وذلك تكريسا لمبدأ الرضائية في العقود المنصوص عليه في المادة 59 من القانون المدني. ولا يختلف الأمر كثيرا بالنسبة للعقد الطبي الذي يتم بين المريض والطبيب. حيث يكون رضا المريض بالعمل الطبي أو العلاجي شرطا جوهريا لإبرام العقد وتنفيذه وخاصة في إطار الاعمال الطبية للمساعدة على الإنجاب، والرضافي مجال الانجاب الاصطناعي له طرفان الزوج والزوجة، والطبيب المختص ملزم بالحصول على موافقة كليهما. لحمايته من كل متابعة قضائية مستقبلية ذلك أن تدخلهيقتضي الشرعية القانونية.

الكلمات المفتاحية: الرضاء ، العقد الطبي ، المساعدة الطبية، الانجاب الاصطناعي ، قانون الصحة ، الالتزام بالتبصير.

Résumé :

Le contrat est l'un des actes juridiques les plus importants, qu'a régis le législateur algérien à travers le code civil (art 54 à 123). L'on considère le consentement comme l'un des principaux piliers du contrat civil et ceux en consécration du principe du consensualisme dans les contrats énoncé par l'art 59 du code civil, Le contrat médical entre le médecin et le patient n'y déroge pas, étant donné que le consentement du patient aux actes médicaux et thérapeutiques est une condition sine qua non pour la formation et la conclusion de ce dernier, notamment dans le cadre des activités relatives à l'assistance médicale à la procréation qui requièrent le consentement de l'époux et de l'épouse.

Dans ce sillage, le médecin traitant se voit dans l'obligation d'avoir le consentement des deux parties, pour se prémunir de toutes éventuelles poursuites judiciaires, car son intervention exige la légitimité juridique.

Mots-clés :

Le consentement - le contrat médical - l'assistance médicale - procréation artificielle - loi relative à la santé - L'obligation d'information.

مقدمة:

لقد شرع الله سبحانه وتعالى للإنسان الزواج وجعل من أهدافه تكوين أسرة تعتمد في حياتها على المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب،ويعتبر الإنجاب من مقاصد الشريعة الإسلامية ومن أهداف الزواج في قانون الأسرة الجزائري وهذا ما ورد في نص المادة 4 من قانون الأسرة بقولها[1] : «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة عل الوجه الشرعي. من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب».

غير أنه في كثير من الأحيان يعترض الهدف الأساسي من الزواج عدة معوقات تتعلق بأحد الزوجين تؤدي إلى عدم القدرة على الإنجاب الطبيعي للأولاد بسبب العديد من الأمراض المختلفة كالعقم[2] مثلا وما

---

[1] القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، مؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

[2] يقول الله عز وجل في القرآن الكريم: ((49) لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاء يَهَبُ لِمَنْ يَشَاء إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاء الذُّكُور (50)

تثيره هذه الظاهرة من مشاكل أسرية بالدرجة الأولى. مما يدفع الزوجين إلى التفكير في اللجوء إلى وسيلة حديثة للإنجاب تسمى بالمساعدة الطبية على الإنجاب وتعد حلا في كثير من الأحيان من أجل إستمرار العلاقة الزوجية.

وتعرف الجزائر تطورا كبيرا وإنتشارا متزايدا لعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، والتي أصبحت تشهد إقبالا واسعا من قبل الأزواج اللذين حرموا من نعمة الإنجاب الطبيعي. هذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى التدخل لتنظيمها في كل من قانون الأسرة المادة 45 مكرر، وكذلك قانون الصحة رقم 18-11 [1] وخاصة في المواد 370 إلى 376، ومن خلال هذه النصوص القانونية أجاز المشرع عملية الإنجاب بالتلقيح الصناعي بين الزوجين فقط. ووفق شروط قانونية معينة وبذلك إكتسبت هذه العمليات الطبية الحديثة مشروعيتها.

نعالج من خلال هذه المداخلة رضا الزوجين كشرط جوهري لصحة ومشروعية عملية الإنجاب الإصطناعي. ثم نشير إلى الخصائص الواجب توافرها في هذا الرضاء حتى يعتد به من الناحية القانونية (المبحث الأول). وفيما بعد نتناول دراسة الشروط القانونية التي وضعها المشرع لإجراء عملية المساعدة الطبية على الإنجاب من خلال التطرق إلى الشروط الموضوعية والشروط الشكلية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: رضا الزوجين شرط جوهري.

لقد إهتم الاعلان العالمي لحقوق الانسان بحق الفرد في السلامة الجسدية، حيث نصت المادة 3 منه: «لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه». ويعتبر الحق في السلامة الجسدية من أهم الحقوق اللصيقة بالشخصية التي يتمتع بها الفرد في مواجهة الغير. ولقد منح المشرع الجزائري الحماية القانونية لهذا الحق في العديد من النصوص. وبالرجوع الى دستور [2] الجزائر لسنة 2020 تنص المادة 28 على ما يلي :«الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات». ولدينا كذلك المادة 39 والتي جاء فيها: «تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الانسان. يحضر أي عنف بدني أو معنوي. أو أي مساس بالكرامة». ويمنع قانون الصحة الجديد رقم 18-11 وخاصة المادة 334 منه إخضاع المريض للعلاج دون موافقته. وبناءا على ذلك يجب الحصول على رضا المريض في كل التدخلات الطبية سواء تعلق الأمر بالتشخيص أو العلاج، أو الوقاية بحسب الأحوال، أو نقل وزرع الاعضاء البشرية، أو حتى التلقيح الإصطناعي.

أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاء عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ). الآيتان 49 و 50 من سورة الشورى.

[1] القانون رقم 18-11، المؤرخ في 2 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد 46 مؤرخة في 29 يوليو 2018.

[2] مرسوم رئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 82 مؤرخة في 20 ديسمبر 2020.

وسنقوم بدراسة رضا الزوجين في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب نموذجا. حيث نتطرق الى مضمون الرضا (المطلب الأول)، وبيان خصائصه (المطلب ثاني).

المطلب الأول: مضمون الرضا

الرضا والتراضي شيئان مختلفان. والمشرع الجزائري أخطأ حينما استعمل في القانون المدني مصطلح الرضاء للتعبير عن الركن الأول للعقد وهو التراضي. لأن التراضي هو توافق أو تطابق الإرادتين أي تراضي المتعاقدين. كما يتجلى ذلك من مضمون المادة 59 من القانون المدني [1]: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين. دون الإخلال بالنصوص القانونية». أما لفظ الرضاء فإنه يعني رضا شخص واحد دون الثاني[2]. وعليه نقوم في هذه الدراسة بالتركيز على رضا الزوجين كشرط أساسي قبل الإقدام على عملية المساعدة الطبية على الإنجاب غير الطبيعي.

وفي هذا السياق تناول المشرع الجوانب الأخلاقية المتصلة بالرضا في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 حيث تنص المادة 343 على أنه: «لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض. ويجب على الطبيب إحترام إرادة المريض، بعد اعلامه بالنتائج التي تنجر عن خيارته» وهذا ما يجعلنا نتساءل عن ما هو مضمون رضا الزوجين؟

يتمتع الفرد في المجتمع بمجموعة من الحقوق التي يكفلها الدستور، ومن أهم هذه الحقوق الحق في الحياة وسلامة الإنسان الجسدية كما ورد في نص المادة 38 و39 من دستور 2020، ولكل شخص كذلك الحق في العناية الصحية أو الطبية نص المادة 63 الفقرة 3: «الرعاية الصحية لاسيما للأشخاص المعوزين والوقاية من الأمراض المعدية والوبائية ومكافحتها» ويترتب عن هذه الحقوق والحريات الأساسية التي تضمنها الدولة [3] نتيجتين: النتيجة الأولى تتمثل في حرية الفرد في التصرف في جسمه فبإمكانه أن يتبرع بأحد أعضائه البشرية، أو بكمية من الدم شريطة أن يكون هذا التبرع مجانا بدون مقابل، كذلك الحق في القيام بمختلف الأعمال الطبية للحفاظ على صحة جسمه. وأيضا القيام بجراحة التجميل...إلخ.

والنتيجة الثانية تمنع الغير بما فيهم الطبيب من القيام بأي عمل طبي أو علاجي على جسم الانسان دون موافقة المريض. فالحصول على رضاء المريض يعتبر مظهرا من مظاهر إحترام إرادته في تقرير مصيره بشأن ما يجب أن يفعل بجسمه.

وعليه كقاعدة عامة لا يجوز إرغام المريض على علاج معين أيا كانت نتيجة أو درجة خطورته على صحته. بإستثناء الحالات المرضية الخاصة عندما تشكل حالة المريض خطورة على الصحة العامة

---

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

[2] أنظر في نفس المعنى، علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2010، ص81.

[3] تنص المادة 35 من دستور الجزائر لسنة 2020 على ما يلي: «تضمن الدولة الحقوق الأساسيات والحريات».

كالأمراض الخطيرة أو المعدية، حيث يرغم المريض على العلاج. أو في حالة التدخل الطبي الإستعجالي[1].

والأمر نفسه بالنسبة للعمليات الطبية التي يقوم بها الطبيب المختص لمساعدة الزوجين على الإنجاب. فرضا الزوجين شرط ضروري وأساسي لصحة ومشروعية هذه العملية بإعتبار الإنجاب من الحقوق المشتركة بينهما. والرضا في مجال الإنجاب الصناعي له طرفان: الزوج والزوجة، فالطبيب ملزم بالحصول على موافقة الزوجين لإجراء هذه العملية وفق الصيغة القانونية التي تعتمدها المراكز المعنية بزرع الأجنة [2]. وهذا ما نصت عليه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة: «يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي. يخضع التلقيح الإصطناعي للشروط الآتية: ...-ان يكون التلقيح برضا الزوجين واثناء حياتهما...» و لدينا كذلك المادة 343 من قانون الصحة الجديد: «لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض». بالإضافة الى المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 [3] المتضمن مدونة أخلاقيات الطب والتي جاء فيها: «يخضع كل عمل طبي. يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون...»

حتى يكون رضا الزوجين صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية. وعملا بالقواعد العامة المتعلقة بالأهلية القانونية [4] يكون المريض أهلا لإعطاء موافقته على العمل الطبي إذا كانت له الأهلية المدنية الكاملة. بمعنى أن يكون راشدا ومتمتعا بكامل قواه العقلية ويكون التمييز هو مناط الأهلية [5]. أما إذا كان المريض قاصرا أو غير مميز فلا يعتد برضاه بل لا بد من موافقة من يمثله. وهذا ما يشير إليه صراحة نص المادة 343 الفقرة 5 من قانون الصحة رقم 18-11: «تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، حسب الحالات. من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي». ويتضح من النصوص القانونية السالفة الذكر والمتعلقة بقانون الصحة وقانون أخلاقيات الطب أن المشرع يشترط في رضا الزوجين لإجراء عملية التلقيح الصناعي خاصيتين أساسيتين: وهما أن تكون موافقه الزوجين حرة ومتبصرة.

---

[1] سعدان أسماء، الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الإصطناعي. أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013/2012. ص13.

[2] عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الإصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دارالثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2001، ص93 وما يليها.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 06 يوليو 1992، متضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو 1992.

[4] تنص المادة 40 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم:«كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية».

[5] علي فيلالي، رضاء لمريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 35، العدد 3، 1998، ص 53.

المطلب الثاني:خصائص الرضا.

تنص المادة 343 الفقرة 1 و2 من قانون الصحة الجديد بأنه: «لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض. ويجب على الطبيب إحترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خيارته». ونستنتج من هذا النص القانوني خصائص الرضا الواجب على الطبيب الحصول عليه في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب وهما: أن يكون الرضا حرا، وأن يكون متبصرا.

أولا:رضا حر. لا يكفي أن يكون المريض على دراية بوضعه الصحي وكل ما يترتب على ذلك وقت إعطاء موافقته على العمل الطبي. وإنما يشترط كذلك أن يكون هذا الرضا حرا وبعيدا عن كل تأثير أو ضغط أيا كان نوعه. ويجب أن يكون العلاج قصد الشفاء، وهو الاعتبار الرئيسي الوحيد الذي يحمل المريض على قبول أو رفض العلاج [1]. وبالرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لشروط صحة الرضا. فلا بد أن يصدر رضا الزوجين بناءا على إرادة حرة خالية من أي عيب من عيوب الرضا التي نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني والمتمثلة في: الغلط، التدليس، الاكراه، وحتى الاستغلال وإلا كان العقد غير صحيح وقابل للإبطال (البطلان النسبي). فإذا كان المريض يعتقد أن الغرض من العلاج المقترح هو إزالة الداء في حين أنه في الحقيقة يخفف من الألم والمعاناة فقط يكون قد وقع في غلط يفسد رضاه، وفي ذلك تنص المادة 81 من القانون المدني: «يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد. أن يطلب إبطاله».وإذا قام الطبيب بكتم وإخفاء بعض الأخطار الهامة المتعلقة بالعمل الطبي بقصد الحصول على رضا المريض. فإنه يعتبر تدليسا يفسد رضا المريض. وعليه تنص المادة 86 من القانون المدني: «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد». وقد يلجأ الطبيب كذلك إلى تحريف نتائج التحاليل الطبية حتى يعتقد المريض بأنه مصاب بمرض خطير يولد الرهبة البينة في نفسية المريض مما يدفعه إلى الموافقة على عمل طبي ما كالتلقيح الإصطناعي مثلا. ففي هذه الحالة تنص المادة 88 من القانون المدني: «يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق». وفي حالات أخرى قد يستغل الطبيب طيشا بينا أو هوى جامحا في أحد الزوجين أو كلاهما للحصول على الموافقة لإجراء العملية الطبية. يمكن للمريض المتضرر في هذه الحالة أن يطلب إبطال العقد الطبي بسبب عيب الإستغلال وهذا ما جاء في نص المادة 90 من القانون المدني.

أما إذا كان المريض الذي يريد القيام بعملية المساعدة الطبية على الإنجاب قاصرا او عديم الأهلية. فهنا لابد من الحصول على الموافقة الصريحة من قبل الولي أو الممثل الشرعي. وهذا ما نصت عليه المادة 343 الفقرة 5 من قانون الصحة الجديد بقولها: «تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي

---

[1] علي فيلالي، رضاء المريض بالعمل الطبي، المرجع السابق. ص47.

الأهلية. حسب الحالات من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي». وكذلك نص المادة 44 من قانون أخلاقيات الطب: «... لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون...»

وما تجدر الإشارة اليه أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة وقانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب لم يشترط سنا معينا في المريض للقيام بعملية الإنجاب الصناعي، بإستثناء المادة 371 من قانون الصحة رقم 18-11 حيث أشارت إلى سن الإنجاب: «تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، للإستجابة لطلب يعبر عنه رجل وإمرأة في سن الإنجاب على قيد الحياة...» ولكنه لم يحدد لنا ما هو سن الانجاب ؟ [1]

ثانيا:رضا متبصر. يتم العقد الطبي بمجرد تلاقي إرادتين هما إرادة الطبيب وإرادة المريض. إلا أن له خصوصية من حيث كونه يقوم على مبدأ الثقة المتبادلة بين طرفيه. فلولا ثقة المريض بطبيبه وبتعلمه وحتى خبرته. وثقة الطبيب بالمريض وإخلاصه لنصائحه الطبية وتعليماته العلاجية ما إنعقد العقد الطبي [2]. كما يمتاز العقد الطبي بعدم المساواة في المراكز العقدية بين طرفيه، حيث يكون الطبيب هو الطرف الأقوى في العلاقة العقدية نظرا للمؤهلات والمعرفة العلمية التي يتمتع بها، علاوة على إمتلاكه للأجهزة والتكنولوجيا الحديثة في ممارسة مهنة الطب بينما المتعاقد الآخر وهو المريض يعد الطرف الضعيف في العقد الطبي نظرا لحاجته الماسة لهذا العلاج الطبي من أجل استرجاعه لعافيته وصحته. وفي نفس الوقت فإن المريض يجهل تماما العلوم الطبية. وبسبب التفاوت العلمي والنفسي بين المريض والطبيب ومن أجل حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي تربطهما. وحتى يكون رضاء المريض وليد إرادة حرة ومستنيرة ومتبصرة أنشأ المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأجنبية إلتزاما بالتبصير [3] على عاتق الطبيب أو المراكز الطبية نحو المريض بموجب العقد الطبي.

ولم يعرف المشرع الإلتزام بالتبصير لكنه إكتفى بالتأكيد على وجوب صدور رضا المريض المستنير والمتبصر مثل ما جاء في نص المادة 343 الفقرة 1 من قانون الصحة الجديد: «لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض». ووضع على عاتق الطبيب إلتزاما بإعلام المريض وتبصيره لتمكينه من التعبير عن رضاه وهذا ما نصت عليه المادة 43 من المرسوم التنفيذي 276-92 والمتضمن مدونه اخلاقيات الطب على أنه: «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقه بشأن أسباب كل عمل طبي». كما نصت المادة 44 من نفس المرسوم على :«يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض

---

[1] سوف نتعرض لهذا الموضوع في المطلب الثاني من المبحث الثاني.

[2] محمد بن عمارة، محمد جيلالي، الإلتزام بتبصير المريض كمرحلة سابقة في العقد الطبي، مجلة صوت القانون المجلد 6، العدد 2، نوفمبر 2019، ص 1172.

[3] لقد إختلفت وتعددت التسميات الفقهية لهذا الإلتزام ما بين الإلتزام بالإفضاء، والإلتزام بالتبعية، والإلتزام بالإعلام.

موافقة حرة ومتبصرة...» ويبدو واضحا من خلال هذه النصوص القانونية أن رضا المريض المتبصر لا يتحقق إلا بمساعدة الطبيب التي يلتزم بإعلام المريض بخصوص المرض الذي يعاني منه والعلاج الذي يتطلبه حتى يكون المريض على بينة من أمره لكي يتخذ القرار المناسب حفاظا على صحته. أما فيما يخص عملية الإنجاب غير الطبيعي فإن الطبيب يلعب دورا هام في تنوير إرادة الزوجين، إذ يلتزم في هذا الصدد بتبصير الزوجين بحقيقة الموقف بصدق وأمانة، وبطريقة سهلة ومفهومة بكافة المعلومات الضرورية الخاصة بعملية التلقيح الإصطناعي من كل النواحي، وعلى وجه الخصوص كيفية تنفيذ هذه العملية، والطرق الممكنة لإجراءها، ومدى إمكانية نجاح هذه العملية والمخاطر التي قد تحيط بها وكذا تكاليف العملية ونسب النجاح المتوقعة وصحة الطفل. وغير ذلك من المعلومات المتعلقة بهذه العملية [1].
وهناك جانب من الفقه [2] يعرف الإلتزام بالتبصير بأنه: «إلتزام سابق على التعاقد يتعلق بإلتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا كامل سليم ومتنور بكافة تفصيلات هذا العقد».ونشير في الأخير إلى أن المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب تعفي الطبيب من الإلتزام بإخطار المريض بالنسبة للأمراض الخطيرة. أو حالة الإستعجال نص المادة 52 الفقرة 2 من نفس القانون.

المبحث الثاني:الشروط القانونية لإجراء عملية المساعدة الطبية على الإنجاب.

تعتبر عملية المساعدة الطبية على الإنجاب من خلال التلقيح الإصطناعي قفزة نوعية في المجال الطبي والبحث العلمي، حيث مكنت من التغلب على مشكلة العقم الذي حرمت العديد من الأزواج من نعمة الأولاد. ومجاراتا لهذا التطور إضطر المشرع الجزائري إلى تنظيمها وتقنينها، حيث أجاز هذا الأخير اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بموجب نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة: «يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي». ووضع شروط لصحتها «يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية...» [3]، حيث تخلف هذه الشروط يؤدي إلى إنعدام مشروعيتها وبالتالي عدم جوازها. وفي هذا الصدد سوف نتعرض إلى الشروط الشكلية لصحة عملية المساعدة الطبية على الإنجاب في (المطلب الأول)، ثم إلى الشروط الموضوعية لصحة عملية التلقيح الإصطناعي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول:الشروط الشكلية للمساعدة الطبية على الإنجاب.

---

[1] سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص83.

[2] أنس محمد عبد الغفار، الإلتزام بالتبصير في العقد الطبي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي. دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2013. ص13.

[3] المادة 45 مكرر القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

يعرف المشرع المساعدة الطبية على الإنجاب على أنها 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 الإصطناعي" [1]. ويتضح من خلال هذا التعريف أن المشرع أدرج تحت مسمى المساعدة الطبية على الإنجاب، كل التقنيات ذات العلاقة بالطب الإنجابي، سواء تعلق الأمر بالتلقيح الإصطناعي الداخلي أو تقنية أطفال الأنابيب أو غيرهما من التقنيات[2].

و في هذا الإطار وضع المشرع مجموعة من الشروط الشكلية لصحة هذه العملية وهي: الطلب الكتابي، وأن تمارس عملية المساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض،[3]

أولا:الطلب الكتابي.تنص المادة 371 الفقرة 2 من قانون الصحة: «يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ إستلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية». مما سبق يمكن القول أن المشرع إشترط لصحة العملية شكلية معينة، إذ يكون طلب اللجوء إلى العملية كتابيا وأن يكون صادرا عن كلا الزوجين تحت طائلة عدم مشروعية العملية وعدم جوازها، كما وضع المشرع لصحة الطلب للجوء إلى العملية آجال معينة يتوجب على الزوجان إحترامها حيث منحهما مهلة شهر لتأكيد طلبهما من تاريخ إستلامه من الهيئة الممارسة للمساعدة الطبية على الإنجاب.

ثانيا:أن تمارس عملية المساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض.أكد المشرع الجزائري على كون عملية المساعدة الطبية على الإنجاب عمل طبي، حاصرا ممارستها على أشخاص مؤهلين علميا ومهنيا، مستثنيا كل من قد يرى فيها صفقة مالية مربحة أو مدخل رزق سهل المنال ونظرا لتعقدها وعلاقتها بإشباع رغبة الأبوة والأمومة التي حرم منها بعض الأزواج وكونهم فريسة سهلة لأي شخص قد يدعي أنه بإمكانه مساعدتهم وحل مشكلتهم، وأمام ما تقتضيه هذه العملية من خبرة وكفاءة علمية ومهنية وحيطة وحذر، جعل منها المشرع نشاطا مقننا تقيد ممارسته بالحصول على ترخيص من الوزير المكلف بالصحة، حيث تنص المادة 372 من قانون الصحة: «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». وحرص المشرع على التحديد الدقيق للأعمال الطبية التي تدخل في نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب تفاديا لكل لبس

---

[1] المادة 370 من القانون 18-11، المتضمن قانون الصحة.

[2] زناقي محمد رضا، دلال يزيد، الإطار القانوني لعمليات التلقيح الإصطناعي على ضوء قانون الصحة الجديد 18-11، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 02، 2020، ص 104.

[3] إقرأ المادة 45 مكرر من القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، والمواد من 370 إلى 375 من القانون 18-11، المتضمن قانون الصحة.

وتؤويل في هذا الشأن، حيث أحال هذه المسألة إلى التنظيم وقد تناول هذا الموضوع في الفقرة الثانية من المادة 372 من قانون الصحة: «تحدد الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب وكذا كيفيات الترخيصات لهذه المؤسسات والمراكز والمخابر، عن طريق التنظيم».

ولم يكتفي المشرع بإشتراطالإعتماد للممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب، بل أكد على ضرورة تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب مع مراعاة قواعد الممارسة الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال [1]، وأخضع هذا النشاط إلى رقابة صارمة من قبل الهيئات المختصة والوصية على قطاع الصحة، حيث تنص المادة 373 في فقرتها الثانية من قانون الصحة: «تخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة، ويتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية».

المطلب الثاني:الشروط الموضوعية للمساعدة الطبية على الإنجاب.

إضافة إلى شرط الرضا[2] والذي يعتبر ركنا جوهريا في العقد الطبي الذي ينصب على عملية المساعدة الطبية على الإنجاب، هنالك مجموعة من الشروط الموضوعية والتي سوف نتعرض لها فيما يلي:

أولا:أن يكون العقم مؤكدا طبيا.إشترط المشرع أن يكون العقم مؤكدا طبيا [3]بناءا على فحوصات وتحاليل لا ريب في مدلولها، لما في عملية التلقيح الاصطناعي من تعقد وصعوبة ولما تستوجبه من تكاليف مادية و بسيكولوجيةلمن يلجأ إليها ولما تستلزمه من متابعة حريصة، ناهيك عن كونها مسلك غير طبيعي للإنجاب وما يمثله من ذلك إنتهاك لحرمة جسم الإنسان، جاعلا منها آخر سبيل لمن يعاني من مرض العقم.

ثانيا:أن يكون الزواج شرعي.إشترط المشرع لمن يتقدم بطلب للمساعدة على الإنجاب أن يكون زواجهما شرعي وهذا إستنادا إلى نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة ونص المادة 371 من قانون الصحة الجديد.و الزواج الشرعي هو الزواج القانوني الصحيح المسجل في سجلات الحالة المدنية المنعقد بتبادل رضا الزوجين [4] المستوفي لكل أركانه وهي :

- أهلية الزواج،
- الصداق،
- الولي،
- شاهدان،

---

[1]أنظر الفقرة الأولى من المادة 373 من القانون 18-11، المتضمن قانون الصحة.

[2]أنظر المبحث الأول من المداخلة، ثم التعرض لهذا الموضوع بالتفصيل.

[3]تنص المادة 371 من القانون 18-11، المتضمن قانون الصحة: «تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، لطلب يعبر عنه رجل وإمرأة،...يعانيان من عقم مؤكد طبيا...»

[4]انظر المادة 9 من قانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

- إنعدام الموانع الشرعية للزواج [1].

يلاحظ أن هذا الشرط يمنع المرأة الغير المتزوجة من اللجوء إلى هذه التقنية، كما يمنع إستعمالها بين الشواذ، وبذلك يسد المنافذ على العلاقات المنحرفة حتى لا تجد طريقا إلى الثبات والشرعية والقبول [2]. بمعنى أن العلاقة الزوجية لا بد من وجودها و التأكد منها من طرف الطبيب من أجل إجراء العملية، و إذا لم يتأكد الطبيب من زواج الشخصين وجب عليه عدم القيام بالعملية[3].

ثالثا:أن يكون الزوجان على قيد الحياة.تم النص على هذا القيد بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بصفة صريحة بعبارة –أثناء– حياتهما، ليردفها بعبارة على –قيد الحياة– ضمن نص المادة 371 من قانون الصحة، مما يفهم أن المشرع يعتد بالرابطة الزوجية القائمة فعلا وحقيقة، وليس حكما، وأن زمن إجراء العملية من القيود الأساسية لمشروعيتها بين الزوجين [4]، ذلك أن قانون الأسرة الجزائري مؤسس على مبادئ الشريعة الإسلامية، لذا حدى المشرع حذو الفقه الإسلامي، فعدم حضر ممارسة هذه العملية بعد وفاة الزوج قد يؤدي إلى مشاكل كبيرة في المجتمع، إذ ستظهر في المقام الأول مشكلة نسب الطفل المولود جراء هذه العملية، ناهيك عن ميلاد طفل يتيم وما قد ينجر عنه من عقبات لهذا الأخير، ضف إلى ذلك ضرب إستقرار الأسرة، و ظهور إشكالات في ما يتعلق بتركة الزوج المتوفي حيث أنه سوف يضاف إلى ورثة الهالك وارث جديد.

رابعا:أن يكون أصحاب الطلب في سن الإنجاب. نص المشرع على شرط سن الإنجاب بموجب المادة 371 من قانون الصحة «تخصص المساعدة...يعبر عنه رجل وإمرأة في سن الإنجاب...» ، غير أنه لم يحدد سن الإنجاب، وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن أهلية الزواج تكتمل عند الرجل والمرأة بتمام 19 سنة، غير أنه يمكن للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت القدرة عن الزواج[5]، مما سبق يمكن أن نعتبر أن السن الأدنى للإنجاب هو 19 سنة وهو الموافق للسن الأدنى للزواج، غير أنه بنص المشرع على إمكانية ترخيص القاضي لزواج الأشخاص دون ذلك السن، يطرح التساؤل عن جواز لجوء الأزواج الغير بالغين سن 19 سنة للمساعدة الطبية على الإنجاب، وإن نصت المادة 7 مكرر من قانون الأسرة في الفقرة الثانية على أنه «يكتسب الزوج القاصر أهلية

---

[1]انظر المادة 9 مكرر من قانون 84–11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[2]عيساوي فاطمة، المسؤولية الجنائية عن عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، 2022، ص 244

[3]زناقي محمد رضا، دلال يزيد، المرجع السابق، ص 123.

[4]صامت غزالي، نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري بين المفهوم والخصوصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، مخبر أثر الإجتهاد القضائي على حركة التشريع مجلةالإجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 2، 2021،ص 86.

[5]أنظر المادة 7 من قانون 84–11 المعدل والمتمم، المتضمن قانون الأسرة.

التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات»، غير أنه حصوله على هذه الأهلية غير كاف لإبداء موافقته على التلقيح الإصطناعي، لأن المشرع حددها فقط بالنسبة للدعاوى القضائية دون التصرفات القانونية الأخرى [1].

و كذلك فيما يخص الزوج القاصر أو عديم الأهلية نذكر أن المادة 343 الفقرة 5 من قانون الصحة تنص: «تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية. حسب الحالات من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي»، الأمر الذي يثير التساؤل عن إمكانية تدخل وليه أو ممثله الشرعي والسماح له باللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب.

أما فيما يخص السن الأقصى للعملية فلم يحدده المشرع الجزائري، غير أنه يمكن ربطه بفترة نهاية الخصوبة للمرأة، حيث لا يمكن القيام بالعملية عند النساء اللواتي تجوازن هذه الفترة، وفيما يخص الزوج وكما هو متعارف عليه فلا يوجد سن أقصى للرجل للإنجاب، أي أنه يمكنه اللجوء للمساعدة الطبية على الإنجاب ما دام حيا.

جدير بالذكر أن بعض القوانين الأجنبية قيدت راغبي اللجوء لوسيلة التلقيح الاصطناعي بتوفر سن معين لدى الزوجين. وذلك خشية الإنحراف بوسائل التلقيح الصناعي. ونذكر على سبيل المثال القانون الإسباني الذي وضع حدا أدنى لذلك قدره بـ 18 سنة، ولكنه لم يضع حدا أقصى لذلك، أما المشرع الدنماركي فقد إهتم بوضع الحد الأقصى لسن المرأة التي ترغب في التلقيح دون الاهتمام بالحد الأدنى، فقد برر ذلك أن لا يزيد عمرها عن 45 سنة [2].

خامسا:أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.إشترط المشرع أن يقتصر اللجوء إلى المساعدة الطبية على الحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع إستبعاد كل شخص آخر [3] وفي هذا الشأن ساير المشرع الفقه الإسلامي الذي أجمع على حرمة التلقيح خارج الرابطة الزوجية بقرار صدر عن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان بين 11 و 16 أكتوبر 1986 والذي جاء ضمنه: «...أن تلقيح بويضة إمرأة أخرى بمني رجل ليس زوجها، وإستبدال أو خلط مني الإنسان بغيره وكذا إنشاء مستودع تستحلب فيه نطف رجال لهم

---

[1] حراش شمس الدين، عيسي زهية، الضوابط القانونية المستحدثة لتقنيات المساعدة الكبية على الإنجاب في التشريعين الجزائري والمغربي، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، عدد خاص، 2022، ص 174.

[2]تفاصيل أكثر أنظر النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2011/2010 ص 96 و97، كذلك سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص94.

[3]أنظر الفقرة 1 من المادة 371 من القانون 18-11، المتضمن قانون الصحة.

صفات معينة لتلقيح نساء لهن صفات معينة، كلها محرمة وممنوعة على الإطلاقلما يترتب عليه من اختلاط الأنساب وضياع الأسر[1]»،

تتعلق هذه المسألة مباشرة بنسب الطفل المولود، لهذا فمن الضروري جدا الحرص على عدم الوقوع في أدنى شك بخصوص إختلاط مني الرجل أو إستبداله بمني غيره، والتأكد من توافر ضمانات قوية على إلتزام الهيئة الطبية بذلك وإهدار ما تبقى منه، لأنه في حالة عدم الامتثال لذلك فإن الطفل الناجم عن تلقيح المرأة بماء الغير يعتبر إبن غير شرعي.[2]

سادسا:ألا تتعلق المساعدة الطبية على الإنجاب بممارسات محظورة.حرص المشرع على تنظيم مسألة المساعدة الطبية على الإنجاب وفي هذا الشأن منع اللجوء إلى بعض الممارسات:

أ- **منع اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بالأم البديلة:** تعتبر الأم البديلة أسلوب من أساليب التلقيح الإصطناعي والذي يأخذ صورتين إما أن تتبرع الأم البديلة ببوضيتها ليتم تلقيحها إصطناعيا بمني زوج المرأة العقيمة، بعدها تزرع اللقيحة المخصبة داخل رحمها، لينمو الجنين فيه بشكل طبيعي [3]، وهنا تكون للأم البديلة علاقة وراثية بالجنين وتعتبر أمه البيولوجية. وإما أن يحل رحمها محل رحم الأم البيولوجية في حمل الجنين المخلق من بويضة هذه الأخيرة المخصبة بمني زوجها لتتم الأطوار الجينية داخل رحمها [4]، وهنا لا تكون لها علاقة وراثية بالطفل. وفي نهاية المطاف تقوم الأم البديلة بعد الوضع بتسليم الولد لمن تم الحمل لمصلحته بناء على عقد محدد -غالبا- بين الطرفين [5].

ولقد تصدى المشرع لهذه الممارسة بشتى أشكالها بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة حيث نصت صراحة على أنه «لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعيبإستعمال الأم البديلة»، وتناول ذات الموضوع في قانون الصحة حيث تنص المادة 372: «تخصص المساعدة الطبية... ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع إستبعاد كل شخص آخر».

فلقد منع المشرع اللجوء للأم

---

[1]خالد شبوعات، تحليل المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالتلقيح الإصطناعي، على ضوء التطورات الطبية الحديثة وقانون الصحة الجديد 18-11، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 13، العدد 02، 2021، ص 56.

[2]ليلى بلحسل منزلة، قادية عبد الله، البيو-أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب الشروط والموانع، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 9، العدد 01، 2021، الجزائر، ص 264.

[3]علال أمال، وسط إنشاء الأجنة وأثرها على نسب المولود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، مجلد 2، العدد 14، ص 25.

[4]نصر الدين مروك، -الأم البديلة- بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة- ، المجلة الجزائية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 36، العدد 4، 1999، ص16.

[5]بلباهي سعيدة، الإستعانة بالأم البديلة في التلقيح الإصطناعي في القانون الجزائري، الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 2، العدد 1، 2016، ص 62.

البديلة مسايرا لأحكام الشريعة الإسلامية، حتى لوكانت هذه الأخيرة زوجة أخرى لصاحب المني، وذلك لمايطرحه من مشاكل حول نسب المولود من ناحية الأم، فضلا عنبطلان العقد من الناحية القانونية [1].

ب-<u>حظر الإستنساخ وتداول الأمشاج والخلايا التناسلية:</u> تسلزم عملية التلقيح الإصطناعي حصول مراكز المساعدة الطبية على الإنجاب على الخلايا التناسلية للزوجين، حيث يستحيل القيام بهذه العملية دونها وفي هذا الشأن تدخل المشرع لمنع كل عمليات التداول التي قد تتعلق بهذه الخلايا الجنسية وذلك بموجب المادة 374 من قانون الصحة التي تنص:«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،
- بالسيتوبلازم.»

ويجد حظر المشرع لهذه الممارسات سببه في تخوفه من إختلاط الأنساب وما يترتب عنه من إختلالات في العائلات والمجتمع، إذ أنه إذا كانت البويضات أو الحيوانات المنوية المستعملة في عملية التلقيح الإصطناعي لغير الزوجين فإن المواليد الناتجين عن العملية يعتبرون غير شرعيين.

منع المشرع أيضا الإستنساخ البشري وإنتقاء الجنس حيث تنص المادة 375 من قانون الصحة على أنه «يمنع كل إستنساخ للأجسام الحية المماثلة جينيا، فيما يخص الكائن البشري وكل إنتقاء للجنس». ويعرف المجمع الفقهي الإسلامي الإستنساخ البشري بأنه «توليد كائن حي، أو -أكثر- إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بويضة مخصبة في مرحلة تمايز الأنسجة والأعضاء»وقرر تحريمه بالطريقتين المذكورتين أو بأي طريقة أخرى [2].

حذا المشرع حذو الموقف الدولي الذي حضر الإستنساخ[3]، لما له من تأثير على الإنسانية وعلى الجنس البشري، فهذه العملية من شأنها المساس بالمثل العليا وقيم الإنسانية، حيث إعتبرتإنتهاكا لكرامة البشرية ناهيك عن التشوهات والأمراض التي قد تظهر جراء القيام بعملية الاستنساخ.

---

[1] عيساوي فاطمة، المسؤولية الجنائية عن عمليات المساعدة الطبية عن الإنجاب، ص253.

[2] عيساوي فاطمة، المسؤولية الجنائية عن عمليات المساعدة الطبية عن الإنجاب، ص 253 و254.

[3] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة للدورة 59 بتاريخ 8 مارس 2005، أين اعتمدت الإعلان 280/59 بخصوص إستنساخ البشر الذي يدعوا الدول الأعضاء إلى حظر جميع أشكال استنساخ البشر بقدر ما يتنافى مع الكرامة البشرية وحماية الحياة الإنسانية و كذلك إلى أن تتخذ التدابير اللازمة لحظر تطبيق تقنيات الهندسة الوراثية التي قد تتنافى مع الكرامة البشرية.

الخاتمة:

مكنت المساعدة الطبية على الإنجاب من فك كربة عدة أزواج صادفتهم صعوبة في الإنجاب من جهة، ومن جهة أخرى لوحظ أنها تثير جدلا كبيرا بسبب الإشكالات القانونية، الأخلاقية والإجتماعية، كما أن بعض أساليبها غير موافقة للمبادئ الشريعة الإسلامية. الأمر الذي دفع المشرع الجزائري إلى سن أحكام تضبطها.

حيث ألزم الطبيب قبل الخوض في أي عمل علاجي أو طبي يتعلق بالعملية، أن يعلم طالبي اللجوء للعملية بكل ما يتعلق بهذه الأخيرة إذ يقع على عاتقه إلتزامُ بتبصير الزوجين للحصول على موافقتهما الحرة والمستنيرة. وبما أن المساعدة الطبية على الإنجاب تخص كلا الزوجين فإن الطبيب ملزم بالحصول على موافقة كليهما، فموافقة أحدهما دون الآخر يمنع اللجوء إلى العملية. وفي هذا الصدد إشترط المشرع لصحتها أن يعبر الزوجان عن رغبتهما إلى اللجوء إليها بطلب كتابي وإشترط كذلك أن تمارس العملية من قبل هيئات طبية معتمدة لهذا الغرض مخضعا إياها إلى رقابة صارمة من قبل وزارة الصحة. كما أكد المشرع على أن يكون اللجوء إلى العملية نتيجة عقم مؤكدا جاعلا منها آخر سبيل للإنجاب، وإشترط كذلك في الراغبين في اللجوء إلى العملية أن يكون زواجهما شرعيا مانع إيَّاها على أصحاب العلاقات المحرفة، وأن يكون الزوجين في سن الإنجاب، وأن يكون كليهما على قيد الحياة حفاظا على إستقرار الأسر. وحرصا على حفظ الأنساب إشترط المشرع أن يكون التلقيح الإصطناعي بالحيوانات المنوية للزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

كما حظر المشرع بعض الممارسات التي تتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، كمنعه اللجوء إلى الأم البديلة نسبة للبس الذي تثيره هذه المسألة حول نسب المولود من ناحية الأم. و منع المشرع كذلك تداول الخلايا الجنسية، البويضات والحيوانات المنوية والإستنساخ البشري وإنتقاء جنس المولود لتنافي ذلك مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

ختاما لدراستنا، نقول أن المشرع الجزائري وفق في تأطيره وضبطه للمساعدة الطبية على الإنجاب، غير أنه لا زال هنالك لبس وجدل كبير بشأن هذه العملية خاصة فيما يتعلق بموضوع سن الإنجاب الذي إشترطه ولم يحدده.

قائمة المراجع

أولا: النصوص القانونية والتنظيمية:

1- دستور الجزائر ،مرسوم رئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 82 مؤرخة في 20 ديسمبر 2020.

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
3- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، مؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.
4- القانون رقم 18-11، المؤرخ في 2 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد 46 مؤرخة في 29 يوليو 2018.
5- مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 06 يوليو 1992، متضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو 1992.

ثانيا: الكتب:

1- أنس محمد عبد الغفار، الإلتزام بالتبصير في العقد الطبي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي. دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2013.
2- عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الإصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى.
3- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2010.

ثالثا: رسائل الدكتوراه:

1- سعدان أسماء، الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الإصطناعي. أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013/2012.
2- النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2011/2010.

رابعا: مقالات:

1- بلباهي سعيدة، الإستعانة بالأم البديلة في التلقيح الإصطناعي في القانون الجزائري، الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 2، العدد 1، 2016.
2- حراش شمس الدين، عيسي زهية، الضوابط القانونية المستحدثة لتقنيات المساعدة الكبية على الإنجاب في التشريعين الجزائري والمغربي، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، عدد خاص، 2022.
3- خالد شبوعات، تحليل المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالتلقيح الإصطناعي، على ضوء التطورات الطبية الحديثة وقانون الصحة الجديد 18-11، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 13، العدد 02، 2021.

4- زناقي محمد رضا، دلال يزيد، الإطار القانوني لعمليات التلقيح الإصطناعي على ضوء قانون الصحة الجديد 18-11، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 02، 2020.
5- صامت غزالي، نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري بين المفهوم والخصوصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، مخبر أثر الإجتهاد القضائي على حركة التشريع مجلةالإجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 2، 2021.
6- علال أمال، وسط إنشاء الأجنة وأثرها على نسب المولود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، مجلد 2، العدد 14.
7- علي فيلالي، رضاء لمريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 35، العدد 3، 1998.
8- عيساوي فاطمة، المسؤولية الجنائية عن عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، 2022.
9- ليلى بلحسل منزلة، قادية عبد الله، البيو-أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب الشروط والموانع، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 9، العدد 01، 2021.
10- محمد بن عمارة، محمد جيلالي، الإلتزام بتبصير المريض كمرحلة سابقة في العقد الطبي، مجلة صوت القانون المجلد 6، العدد 2، نوفمبر 2019.
11- نصر الدين مروك، -الأم البديلة- بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة- ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 36، العدد 4، 1999.

رضا المريض في عملية المساعدة الطبية على الانجاب
– دراسة مقارنة بين التشريع المغربي والجزائري –

د. الحاجي يونس
كلية الحقوق. جامعة المغرب

الملخص:

تتلخص مضامين موضوع مداخلتي ضمن أشغال الملتقى الدولي، حول عنصر الرضا في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، باعتباره أحد أبرز الشروط الواجب توفرها قبل مباشرة هذا العمل الطبي، على أساس التزام قانوني ملقى على عاتق الطبيب، غايته تنوير إرادة الزوجين وإحاطتهما علما بكافة تفاصيل هذا الفرع الطبي لتوجيه إرادتهما للخضوع لهذه التقنيات من عدمها.

وهكذا فإذا كانت غالبية التشريعات ومن بينهما التشريعين المغربي والجزائري، قد عملت على تنظيم مجمل جوانب حقل المساعدة الطبية على الإنجاب، بما في ذلك القواعد الخاصة برضا الزوجين في هذه التقنيات، إلا أن هذا الشق لا زال يعتريهقصور تشريعي اعتبارا لخصوصية الرضا فيه، وهو منطلق البحث في هذا المقام، حيث تعرضنا من خلاله لحدود التنظيم التشريعي لعنصر الرضا في الأعمال الطبية مع إبراز الخصوصية في هذا الحقل، كما عمدنا في ذات السياق لدراسة الجوانب الزجرية المرتبطة بتخلف عنصر الرضا في العمليات الطبية المساعدة على الانجاب على ضوء التشريعين المغربي والجزائري.

الكلمات المفتاحية: المساعدة الطبية على الانجاب – رضا الزوجين –التشريع المغربي والجزائري– المسؤولية الجنائية والمدنية.

مقدمة

يعد الحق في السلامة الجسدية للأفراد من أبرز الحقوق الكونية المتعارف عليها في المواثيق الدولية[1] والدساتير والقوانين الوطنية[2]، بحيث يقتضي هذا الحق عدم جواز انتهاك سلامةالأفراد البدنية بأي حال من الأحوال وفي حدود ما يسمح بهالقانون.

وتأسيسا على هذا المعطى، فإن الاعمال الطبية التي تستهدف جسم المريض بالأساس، تستثنى من هذه المعصومية، إلا أنها تخضع لضابط الرضا الصادر عن المريض لما لهذا الأخير سلطة على هذا الكيان، تخوله بمقتضاها قبول أو رفض العلاج؛ وبالتالي الاعتداد برضاه في الاعمال الطبيةكعنصر من عناصر العقد الطبي[3] باعتباره، شرطا أساسيا وقبليا يضفي المشروعية على التصرفات الطبية، كما أنه يشرك المريض في اتخاذ القرار المرتبط بحالته الصحية ومآلها[4].

وهكذا انصب اهتمام مختلف التشريعات على الرضا الصادر عن المريض، في مواجهة الاعمال الطبية، وذلك في إطار تكريس حريته في العلاج من عدمه، وكذا اعتبارا لحريته بالتصرف في جسده،من خلال سن مقتضيات ملزمة بضرورة احترام هذه الارادة في العقد الطبي، وبالتالي فإنه لا يستساغ القيامبأي تدخل ذو طبيعة طبية على جسم المريض

---

[1] يعتبر إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، الصادر 9 ديسمبر 1975، إلى جانب اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، 10 ديسمبر 1984، والبروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، 18 ديسمبر 2002، أبرز المواثيق ذات الطابع الدولي التي تؤسس لحق الانسان في السلامة الجسدية،

[2] ومن ذلك الدستور المغربي الذي يكرس من خلال الفصل 22 للسلامة الجسدية والنفسية للافراد، حيث نص من خلاله على أنه لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص في أي ظرف ومن قبل أي جهة خاصة أو عامة، كما أنه لا يجوز أن يعامل أي شخص تحت أي ذريعة معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة وحاطة بالكرامة، كما لا يجوز ممارسة التعذيب بكافة أنواعه، إلى جانب الدستور الجزائري الذي جرم انتهاك السلامة الجسدية للافراد من خلال المادة 35، حيث نصت على انه يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الانسان البدنية والمعنوية .

[3] لم يتناول المشرع المغربي على غرار أغلب التشريعات العقد الطبي بالتعريف، تاركا الامر للفقه، الذي اختلف في تكييف العقد الطبي هل هو عقد إجارة خدمة أو عقد مقاولة في إطار العقود المسماة، الا أن أغلب هذه النظريات تم دحضها اعتبارا للخصوصية التي يحظى بها محل هذا العقد، غير أنه يمكن بناء على استجماع عناصر العقد الطبي تعريفه بكونه " كل نشاط يرد على جسم الانسان أو نفسه ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا في علم الطب ويقوم به طبيب مصرح قانونا بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلآم المرض والحد منها" يراجع في هذا الصدد كل من زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 35، ومصطفى الغشام الشعيبي، التكييف القانوني للعقد الطبي، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، منشور على موقع المجلة https://revuealmanara.com/، تاريخ الاطلاع 05.08.2022

4 مخلوف هشام، "موافقة المريض على الأعمال الطبية بين التقييد والإطلاق"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 6، 2018، ص 395.

ما لم تصدر منه أو ممن يعتد بموافقته في هذا الإطار، رضا صريح يجيز مباشرة هذه الأعمال على جسم المريض، وإلا اعتبر عمل الطبيب غير مشروع يسأل عنه مسؤولية عمدية حتى وإن لم يقع منه أي خطأ في العلاج[1].

وتعد تقنيات المساعدة الطبية على الانجاب من أحدث الأعمال الطبية التي تمس الكيان الجسدي للإنسان، وبالتالي فإنها تستلزم توافر شرط رضا المستفيد منها، أو من يعتد بموافقته لإجرائها، وما دام الزوجين هما موضوع هذه العمليات، فإن المبدأ يقتضي صدور الموافقة منهما معا لصحة اعتبار عنصر الرضا في هذا المجال.

ويكتسي الحديث عن هذا النوع من الرضا أهمية بالغة مزدوجة، يبرز شقها الأول في الجانب النظري، اعتبارا لما للموضوع من جدة على مستوى الساحة القانونية، إذ الملاحظ أن أغلب التشريعات (خاصة منها التشريع المغربي والجزائري) حديثة العهد بإفراد نصوص قانونية خاصة،تنظم الممارسات الطبية في هذا الحقل.

أما فيما يخص الجانب التطبيقي للموضوع، فتبرز أهميته في مختلف المنازعات الناتجة عن تطبيق أحكام القواعد المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، وما يستتبعه الأمر من إمكانية مساءلة الأطباء عن الإخلال بضابط احترام رضا المريض في هذا النوع من العمليات، كما ينتج عنه أيضا إمكانية مطالبة المريض بالتعويض المدني عن الضرر الذي لحق به جراء هذا الفعل.

ومن المسلم به في هذا الإطار أن نتساءل عن حدود تنظيم كل من التشريعين المغربي والجزائري لأحكام رضا المريض في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، كإشكالية محورية. كما يجدر بنا أن نطرح في سياق هذه الإشكالية مجموعة من الفرضيات كمداخل للبحث في هذا الموضوع يمكن صياغتها على النحو التالي:

- تأسيس كافة الاعمال الطبية على عنصر الرضا كشرط أساسي وحديث لمباشرة العمل الطبي؛
- افراد خصوصية تشريعية في كل من القانونين المغربي والجزائري للرضا الصادر عن المريض في عمليات المساعدة الطبية على الانجاب؛

[1] زعيط يزوبيدة، رضا المريض في عقد العلاج الطبي، مجلة حقوق الانسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، العدد الخامس يناير 2018، ص 204.

- إقرار الجانب الزجري في حالة تخلف شرط الرضا في عمليات المساعدة الطبية على الانجاب في التشريعين المغربي والجزائري؛
- حفظ الحق المدني للمتضرر من الاخلال بعنصر الرضا في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب في إطار دعوى التعويض.

وللإلمام بهذا الموضوع من كل جوانبه في إطار معالجة الإشكالية الرئيسية، وتمحيص الفرضيات المطروحة، سوف نعتمد في تحليل هذا الموضوع على توظيف منهجين أساسين من مناهج البحث القانوني:

- المنهج التحليلي: وذلك من خلال استقراء مجموعة من النصوص القانونية وتحليلها من منظور البحث عن مدى نجاعة التشريع في مقاربة موضوععنصر الرضا في الاعمال الطبية؛
- المنهج المقارن: وذلك بإعمال المقارنة بين مقتضيات القانونين المغربي والجزائري، بهدف إبراز خصوصية كل منهما في هذا الصدد.

كما أن خطة البحث في معالجة هذا الموضوع تقتضي منا أن تقسيمه إلى محورين أساسيين:

المحور الأول: الاحكام العامة لرضا المريض في عمليات المساعدة الطبية على الانجاب

المحور الثاني: آثار تخلف رضا المريض في عمليات المساعدة الطبية على الانجاب.

المحور الأول: الأحكام العامة لرضا المريض في عمليات المساعدة الطبية على الانجاب

إن الحديث عن الاحكام العامة لرضا المريض في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، تستدعي أن نتعرض للأساس القانوني للرضا الصادر عن المريض في الأعمال الطبية بوجه عام، قبل أن نخوض في الخصوصية القانونية والاجرائية لهذا الرضا في عمليات المساعدة الطبية على الانجاب.

أولا: التأصيل الفقهي والقانوني لرضا المريض في الأعمال الطبية

أ- التأصيل الفقهي:

يستمد تدخل الطبيبفي جسم المريض مشروعيته من الأساس القانوني الذي أقرتهمجموعة من التشريعات للعمل الطبي[1]، ومن بينها التشريع المغربي والجزائري[2]. فإذا كان جسم الإنسان محل معصومية مطلقة في مواجهة الانتهاكات التي يمكن أن تطاله، فإن العمل الطبي مرخص له قانونا بهذا الانتهاك، وذلك شريطة قبول المريض بهذا التدخل،وفي حدود ما تقتضيه الحاجة.

وينصرف الحديث عن رضا المريض في الأعمال الطبية من الجانب الاصطلاحي إلى تلك الإرادة التي يفرغ بموجبها المريض رضاه بمباشرة العمل الطبي على صحته، حيث تناول بعض الفقه تعريف عنصر الرضا في الأعمال الطبية واعتبره بمثابة "ذلك الإذن الصادر عن شخص من أشخاص القانون الخاص بإرادته الفاعلة ورضاه المستنير واختياره الحر... شريطة أن يصدر هذا الإذن منه هو ذاته أو من أحد الأشخاص الذين يكون لهم الحق في ذلك مسبقا، إما لرابطة القوامة أو الوصاية أو الولاية أو الاشرافأو القرابة، وأن يكون محددا في مقصده وموجها بغية ممارسة عمل من الأعمال الطبية على جسمه"[3].

---

[1] يتجسد هذا الأساس من فكرة إسقاط الجرم على تدخل الشخص الحامل لصفة الطبيب في جسم المريض،حيث أن تدخله هذا يبقى مشروعا في حدود القانون، وهو ما أقره التشريع الفرنسي من خلال المادة 1-4161l من قانون الصحة العمومية، وكذا القرار الوزاري 6 يناير 1962 المحدد لقائمة الأعمال ذات الطابع الطبي.

[2] وهو ما سنعرض له بتفصيل فيالشق الثاني من هذا المحور ص: 09 من هذا البحث.

[3] مخلوف هشام، موافقة المريض على الاعمال الطبية بين التقييد والاطلاق،مجلةالاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7 العدد 6، موسم 2018، ص 398.

وواضح مما تقدم، أن رضا المريض بمباشرة الأعمال الطبية في مجملها، يخضع للشروط العامة للرضا، بحيث يقتضي المبدأ صدوره ممن هو أهل له بالأصالة أو النيابة، فلا يقبل بذلك الرضا من الصغير أو المجنون المصاب بأحد الأمراض التي يمكن أن تمس بأهلية المريض، كما لا يمكن الاعتداد بالرضا المشوب بأحد العيوب المنصوص عليها في القانون[1]، كما يلزم أن يكون التصريح بقبول مباشرة الأعمال الطبية بصفة صريحة أو ضمنية، وموجها إلى مقصد الإذن بالعمل الطبي بصفة دقيقة.

ولا يتأتى الإذن الصادر عن المريض إلا بناء على إجراء قبلي يباشره الطبيب، يرمي من خلاله إلى تبصير المريض أو من يقوم مقامه بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بمرضه، والتي يمكن على ضوئها اتخاذ قرار قبول العمل الطبي من عدمه، حيث يمكن تعريف التبصير من زاوية عامة، بكونه " تلكالحالة التي يفرضفيها القانون على المهني أن يشعر المتعاقد الآخر بجوهر محل العقد ومكوناته، ويجدهذا الالتزام أساسه في عدم التوازن في المعرفة بينالمتعاقدين، سواء بسبب انعدام المساواة في الاختصاص العلمي أو الكفاءة العلمية، وهو ما يمكن اسقاطه على العلاقة التعاقديةالتي تجمع بينالطبيبوالمريض، حيث أن التطور في علم الطب قد خول للطبيب حنكة وتجربة لم يتسنللمريضإدراكهاوبلوغها"[2].

وعليه، فإن الطبيب قبل مباشرة عمله على جسم المريض، ملزم بإشعاره وبتبصيره وإحاطته بكل ما يتعلق بمرضه، وبالتدخل العلاجي المقدم عليه، بحيث تبنى موافقة المريض على تلك الإحاطة الشاملة بحالته الصحية، والتي تلقاها من الطبيب، وبذلك يكون قراره بالخضوع للعمل الطبي أو الإحجام عنه مؤسسا على رضا حر ومستنير.

ويقتضي المبدأ أن يصدر الرضا الموجه لمباشرة العمل الطبي عن شخص المريض بالأصالة، حيث يمكنه التعبير عنه باللفظوهو الأصل في صيغ التعبير، يعبر من خلاله المريض عن قبوله للعمل الطبي الذي سيجرى عليه، كما يمكن أن يفرغ التعبير في شاكلة الإشارة، شريطة أن تكون هذه الأخيرة مفهمة[3].

---

[1] نظم المشرع المغربي عيوب الرضا في الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود، فنص بموجبه على أنه يكون قابلا للإبطال الرضى الصادر عن غلط، او الناتج عن تدليس أو المنتزع بإكراه، في حين خص المشرع الجزائري لعيوب الرضا الفصول 91 ال 90 من القانون المدني الجزائري

[2] عز الدينقمراوي، بعض التخمينات حول مسألة رضا المريض، مجلة جامعة وهران2، العدد 2018/02، كلية الحقوق والعلوم السياسيةوهران 2، سنة 2018ص10.

[3] فهد بن عبد الله الرشودي، الإذن الطبي، مجلة القضاء، سلسلة الأبحاث القضائية المحكمة، العدد 23، ص583.

وفي هذا الإطار، فإنه ترد بعض الاستثناءات على التصريح الشخصي بالإذن لمباشرة العمل الطبي، ومن ذلك ما يتعلق بالنيابة في التصريح بهذا الإذن، حيث تقتضي الضرورة في بعض الأحيان اعتماد الإذن بمباشرة الأعمال الطبية على الغير من أشخاص محددين على سبيل الحصر، ومن ذلك ما يتعلق بالولاية على القاصر، فيقتضي والحالة هاته استصدار الإذن من نائبه الشرعي، اعتبارا لانعدام أهلية الأداء لذى القاصر، ما لا يمكن معه تحصيل المعلومات الواجب معرفتها عن الحالة الصحية الأولية للقاصر، إلا من قبل نائبه الشرعي، كما أن بعض التشريعات جعلته بأن يكون من قبل وليه، والذي حددته في شخص الاب ثم الأم[1].

كما يدخل في خانة الأشخاص الذين لا يعتد برضاهم لمباشرة العمل الطبي، حالة المريض المجنون أو المصاب بإعاقة دهنية أو المعتوه، بحيث لا يمكن تصور صدور الرضا الحر المستنير منه، وهو ذات الشأن بالنسبة للمريض المصاب باضطراب نفسي لا يستطيع معه التمييز، أو في حالة دخول المريض في غيبوبة مستمرة، لا يمكن معها التعبير عن رضاه لمباشرة الأعمال الطبية اللازمة لشفائه، فيلجأ الطبيب في هذه الحالة الى إذن نائبه الشرعي[2].

وهذا التوجه هو نفس ما سار عليه مجمع الفقه الإسلامي[3]، حيث اشترط لصحة الإذن الطبي تمام أهلية المريض، وعند فقدانها أو نقصانها يستلزم صدور هذا الإذن من وليه، حسب ترتيب الولاية الشرعية ووفقا لأحكامها التي تحصر تصرف الولي فيما فيه منفعة المولى عليه ومصلحته ورفع الأذى عنه، على أنه لا يعتبر بتصرف الولي في عدم الإذن إذا كان واضح الضرر بالمولى عليه، وينتقل الحق إلى غيره من الأولياء ثم إلى ولي الأمر[4].

إلى جانب هذا، فقد تحتم الضرورة في بعض الأحيان على الطبيب مباشرة العمل الطبي على جسم المريض دون الاستناد إلى رضاه الصريح أو موافقة الأشخاص الذين يعتد برضاهم في هذا المجال، وهي تلك الحالة التي تنتشر فيها الأوبئةالمعدية، فلا مجال هنا

---

[1] علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية، العدد 35، 1998، ص 54

[2] المرجع نفسه، ص 55

[3] قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم 10/19/184، المنعقد في دورته التاسعة عشر بإمارة الشارقة بدولة الامارات العربية المتحدة من 1 إلى 5 جمادى الأولى الموافق ل 26 الى 30 ابريل 2009، بشأن الإذن في العمليات الطبية المستعجلة، منشور بالموقع الالكتروني للمجمع، الرابط: https://iifa-aifi.org/ar/2314.html، تاريخ الإطلاع 10.08.2022 على الساعة 16:00د.

[4] فهد بن عبد الله الرشودي، م س، ص 616

لاستشارة المريض في قبوله الخضوع للعلاج من عدمه، وذلك لعلة الضرورة الاجتماعية التي يتم تغليبها على النزوات الشخصية للأفراد، وكذلك الشأن من تجاوز تصريح المريض بقبوله العمل الطبي في الحالة التي تكون فيها صحة المريض في خطر محدق، بحيث لا يمكنه التصريح بالموافقة، في ضل غياب وليه أو أحد أقربائه ممن اعتد القانون بموافقتهم[1].

ب-الإطار القانوني.

يجد رضا المريض السابق للعمل الطبي أساسه في كل من التشريعين المغربي والجزائري،في أحكام القوانين الصحية، بحيث نظمه المشرع المغربي في معرض تنظيم علاقة الطبيب بالمريض فيالبابالثانيمن القسم الثاني من مدونة الأخلاقيات الطبية[2]، فألزم في هذا السياق الطبيب من خلال أحكام المادة 40 بضرورة إخبار المريض باللغة التي يفهمها وبالصيغة الواضحة المتسمة بالصدق، والهادفة إلى فهم المريض واستيعابه، بكل خطوات ومراحل العمل الطبي المقدم عليه، وكذا بخطة العلاجات وتكلفتها التقديرية وبالآثار المحتملة من جرائها، كما يلزم الطبيب بإخطار المريض ببدائل العلاج الموصوف ومدى نجاعته بالمقارنة معها[3].

وعلى إثر هذا التبصير، يقوم المريض بإبداء موافقته للطبيب بمباشرة العمل الطبي أو رفضه له، غير أنه في حالة عدم قدرة المريض على التعبير عن رغبته إزاء العمل الطبي، أو عدم قدرته على استيعاب المعلومات المقدمة له من قبل الطبيب لأي سبب من الأسباب، فإنه يتعين إخبار أقاربه بذلك، مالم يبلغ إلى علم الطبيب إبداء المريض لرفضه العلاج في مرحلة سابقة[4].

وقد خول ذات القانون للمريض الحق في رفض العلاج أو رفض الاطلاع على نتائج التشخيص، شريطة إفراغ هذا الرفض في قالب كتابي يتم التوقيع عليه من قبل المريض بخط يده،ويحتفظ به في ملفه الطبي الممسوك من قبل المؤسسة الصحةالتي يعالج بها،

---

[1] كابوية رشيدة، اباحة العمل الطبي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الحقيقة العدد 35 لسنة 2015، ص 211

[2] مدونة اخلاقيات مهنة الطب، مرسوم رقم 225.21.2 صادر في 6 ذي القعدة 1442(17 يونيو2021)، منشور بالجريدة الرسمية تحت عدد 7002، بتاريخ 27 ذو القعدة 1442، الموافق ل 8 يوليوز 2021

[3] المادة 40 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب المغربية.

[4] الفقرة الأخيرة من المادة 40 من نفس القانون.

وذلك ما لم يتعلق الأمر بالامراض المعدية والخطيرة أو القاتلة، بحيث يتقيد فيها الطبيب بقواعد الحيطة والحذر، كما للمريض حق الرجوع عن هذا الرفض وسحبه في أي حين[1].

واعتبارا لأهمية الرضا الصادر عن المريض في العمل الطبي، فقد نبه المشرع المغربي إلى الحالات التي يستحيل فيها صدور هذا الإذن من المريض تعبيرا عن إرادته بالقبول، فيتعين على الطبيب في هذه الحالة العمل على الوصول الى أقارب المريض وإخبارهم بذلك، وهو نفس الإجراء كلما تعلق الأمر بقاصر أو عديم الأهلية أو محجور عليه – مع اعتبار درجة التمييز–، حيث تلزم موافقة الأبوين أو النائب الشرعي، غير أنه في حالة الاستعجال القصوى، فإن للطبيب أن يقوم بالإجراءات ذات الطبيعة الطبية وتقديم العلاجات الضرورية، مع مراعاة قواعد مهنة الطب[2].

وعلى غرار التشريع المغربي، فقد اشترط المشرع الجزائري ضرورة توافر رضا المريض في كل تدخل طبي كيفما كان نوعه، فلا يصوغ بذلك للطبيبإرغام المريض على علاج لا يقبله، بل يعمل الطبيب على إنارته وتبصيره بكافة المعطيات المتعلقة بمرضه والعلاج المرصد لها، إذ على ضوئها يمكنهالسلطة في اتخاذ قرار الخضوع للعلاج من عدمه، وبالتالي يكون رضاه مرتكزا على إرادة حرة ومتبصرة[3].

وقد أسس المشرع الجزائري لشرط رضا المريض قبل مباشرة العمل في قانون الصحة رقم 05 85، المعدل والمتمم بموجب القانون 13 08[4]، وذلك في المواد 154و 162 و168، هذا بالإضافة الى تضمين مقتضى الرضا بموجب المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب، حيث نص بموجبها على أنه يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقته الحرة والمتبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون.

ونفس ما ذهب إليه المشرع المغربي فيما يخص ضرورة تفريغ رفض المريض الخضوع للعلاج بموجب تصريح كتابي يتم الاحتفاظ به في الملف الطبي للمريض هو ما

---

[1] نص المشرع في المادة 41 من مدونة الاخلاقيات الطبية على أنه عندما يبدي المريض رغبته في عدم معرفة نتائج التشخيص، وجب احترام رغبته، شريطة ألا يلحق ذلك ضررا بالمريض نفسه أو بالأغيارولاسيما في حالاتالأمراضالمعدية. يجب أن يتم تحرير كل رفض الإخبار كتابة ويوقع عليه المريض ويدون في ملفه الطبي .ويمكن للمريض سحب هذا الرفض في كل حين.

[2] المادة 43 من مدونة الأخلاقيات الطبية

[3] زعيطي زبيدة، م س، ص.211

[4] قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتهاالمعدلوالمتمم بقانون 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 4 الجريدة الرسمية العدد 44.

اعتمده المشرع الجزائري[1]، كما يتعين على الطبيب في هذا السياق إحاطة المريض بما يمكن أن ينتج من عواقب جراء رفضه العلاج[2].

وعموما، فإن جميع الأعمال ذات الطابع الطبي التي تمس جسم المريض، تخضع للتصريح القبلي بالرضا، حيث أن هذا الأخير يكفي فيه اللفظ الشفوي المفهم، الا في الحالات الاستثنائية التي أوجب فيها القانون شكلية معينة لهذا القبول سواء في التشريع المغربي أو الجزائري.

ثانيا: خصوصية الرضا في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب

اعتبارا لخصوصية النظام الطبي لعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، فقد عمل كل من المشرعين المغربي والجزائري على إفراد أحكام خاصة بالرضا المنصب على إجراء إحدىهذه التقنيات المساعدة على الإنجاب.

وبناء عليه،فعلاوة على اشتراط صدور الرضا عن المريض[3]، فإن المشرع اشترط من خلال أحكام المادة 12 من القانون47.14[4]تقديم طلب كتابي وفق نموذج محدد بنص تنظيمي لهذه الغاية، مذيلا بتوقيع الزوجين بصفة قانونية، ومرفقا بنسخة مصادق عليها من عقد الزواج.

وبناء عليه، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال ممارسة أية تقنية من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب إلا بناء على موافقة الزوجين،وهو الالتزام الذي ألقاه المشرع المغربي على عاتق الممارس في هذا الحقل، بحيث يجب عليه عقد لقاء مع الزوجين بهدف الاطلاع على العلاجات التي سبق لهما الخضوع لها وإن اقتضى الحال إجراء فحوصات طبية لتقييم الحالة الصحية لهما[5]، كما يعمل على مد الزوجين –باللغة التي يتكلمانها–بفكرة عن الإطار القانوني المنظم لعمليات المساعدة الطبية على الانجاب، بالإضافة إلى إخبارهمبكافة المعلومات المتعلقة بالعمل الطبي الذي سيقدمون عليه، وكذا احاطتهم بكافة

---

[1] المادة 49 من مدونة الأخلاقيات الطبية

[2] الفقرة الثالثة من المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[3]وهو ما ينطبق على المستفيد من عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، بحيث اعتبر المشرع المغربي من خلال أحكام المادة الأولى من قانون 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، أن "حالات الضعف أو العجز في الخصوبة، هي حالات مرضية يتم تشخيصها طبيا"، وهو ما يستتبع القول باعتبار الزوجين المستفيدين من هذه التقنيات، أشخاص مرضى يسري عليهم ما يسري على باقي الأمراض الأخرى في الجانب المتعلق بالرضا

[4] ظهير شريفرقم 50.19.1 صادر 4 رجب 1440 موافق 11 مارس 2019، بتنفيذ القانون رقم 47 14، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6766، المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

[5] الفقرة الخامسة من المادة 16 من قانون 47 14

المخاطر المتعلقة به، والمحتملة على صحة الأم وصحة المولود القادم، بالإضافة إلى احتمالية نجاح العملية في الحالات المماثلة وتقدير تكلفتها[1].

وفي إطار استكمال الإجراءات الإدارية السابقة لمباشرة هذا العمل الطبي، فقد ألزم المشرع المغربي الممارس لخدمة المساعدة الطبية على الإنجاب بالعمل على الحصول على الطلب والموافقة المنصوص عليهما قانونا، كما يتعين عليه في ذات الآنالتحقق من هوية الزوجين المقدمين على العملية ومطابقتها للواقع [2].

وفي مقابل هذه الالتزاماتالملقاة على عاتق الممارس في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، وضمانا لتنفيذها، فإن المشرع المغربي أوجب على الزوجين الإشهاد كتابة بكون الممارس قد أحاطهما بجميع المعلومات المتعلقة بالعمل الطبي المقدم عليه، كما ألزمهما بالتعهد خطيا بالإبلاغ عن كل تغيير في أي مركز من المراكز القانونية لهما، من قبيل وفاة أحدهما أو تغيير في هويته، أو أي طارئ في علاقتهما الزوجية، أو مكان إقامتهما، مع تعزيز هذا التغيير بالوثائق المثبتة له[3].

وفي الشق المتعلق بالخصوصية التشريعية لرضا المريض في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب، على ضوء أحكام التشريع الجزائري، فهو الآخر استلزم تقدم الزوجين[4] ، بطلب إلى الهيكل أو المؤسسة المختصة بإجراء هذه العملية، وذلك بعد التشخيص للعقم بطريقة طبية،وهو ما يجسد اعتبار المشرع الجزائري هو الآخر لحالات العقم وعدم الإخصاب، حالات مرضية تستوجب التدخل العلاجي[5].

وفي سبيل ضمان صدور الرضا الحر المستنير من الزوجين، فقد اشترط المشرع الجزائري تأكيد طلب الاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب، وذلك بعد شهر من تاريخ

---

[1] عبد الكافي ورياشي، المسؤولية القانونية للأطباء بين الفقه والقانون والقضاء، مكتبة الرشاد، الطبعة الأولى 2019 ص63

[2] المادة 16 من قانون 11 18 المتعلق بالمساعدة الطبية على الانجاب الجزائري

[3] الفقرة الأخيرة من المادة 16 من قانون المساعدة الطبية على الإنجاب

[4] اللذين مازالا على قيد الحياة، والمفترض تمام أهليتهما المدنية، وعدم وصف إرادتهما بأي عيب من عيوب الرضا، والتي يمكن أن تفقد اجراء المساعدة الطبية على الإنجاب أحد أبرز شروطه الموضوعية، يراجع في هذا الصدد:زناقي محمد رضا، دلال يزيد، التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال المجلد 06، العدد 04، سنة 2021 ص 105

[5] المادة 371 من قانون الصحة الجزائري.

تقديمه[1]؛ما ينم عن توجه المشرع الجزائري لتكريس شرط الشكلية في الرضا المنصب على هذا النوع من الأعمال الطبية وذلك اعتبارا لخصوصيته[2].

ويستفاد من هذا الطرح، أنه ما دام هذا التدخل يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، فان طرف هذا العقد هو الزوجين معا، وبالتالي فإن الرضا المعتبر في هذه الحالة ينبغي أن يكون ثنائيا صادرا عن الزوجين معا، فلا يصوغ بذلك مباشرة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بالموافقة الصريحة لأحدهما دون الآخر، ناهيك عن أن الأبوة والأمومةمسألة اختيارية، فلا يصوغ لأحد حملها بالرغم عنه، لما لذلك من نتائج سلبية على الزوجين وعلى الطفل الذي سيولد على إثرها، حيث يأتي هذا الولد غيرالمرغوبفيه من قبل الزوج الذي لم يوافق علىذلكالتلقيح. كما قد يلجأ الزوج إلى إنكار نسب هذا الطفل المولود رغما عن إرادته، الامر الذي يخلف آثارا نفسية واجتماعية سيئة على الزوج أو الإبن أو هما معا[3].

وعلى غرار كل من التشريعين المغربي والجزائري، واعتبارا لما لعنصر الرضا في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب من أهمية بالغة في هذا الحقل، فإن شكلية افراغ موافقة الزوجين في قالب كتابي، هو دأب أغلب التشريعات المقارنة الأخرى، فنجد على سبيل المثال المشرع التونسي قد استلزم نفس الشرط من خلال أحكام الفصل5 من القانون رقم 93 لسنة 2001، المتعلق بالطب الإنجابي[4]، ونفس التوجه بالنسبة للمشرع الفرنسي من خلال القانون رقم 800 لسنة 2004 المتعلق بالأخلاقيات الحيوية، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 814-2011[5].

---

[1] الفقرة الأخيرة من المادة 371 من نفس القانون.

[2] زناقي محمد رضا، دلال يزيد، م س ص 107

[3] حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعيوالشريعةالإسلامية، الطبعة الأولى دار الكتب القانوني 2006، مصر ص 188.

[4] نص المشرع التونسي في الفصل 05 من قانون طب الإنجاب على أنه «لايمكن تلقيح الأمشاج ولا زرع الأجنة في إطار الطب الإنجابي، إلا بالحضور الشخصيللزوجينالمعنييينوبعدالحصولعلىموافقتهما الكتابية"

[5] احمد داود رقية، ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر من قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية العدد العاشر المجلد الأول، يونيو 2018،ص 210

المحو الثاني: آثار تخلف عنصر الرضا في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب

اعتبرت غالبية التشريعات[1] عنصر الرضا في عمليات المساعدة الطبية على الانجاب من القواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي فإنه لا يصوغ الاكتفاء برضا أحد الزوجين دون الآخر، أو القيام بهذه العمليات الطبية في غياب عنصر الرضا لدى الزوجين معا.

ولذات الغاية، ولحماية عنصر الرضا في هذا النوع من التدخلات الطبية، فقدأصبغت التشريعات عنصر التجريم على الحالة التي يتم فيها الإقدام على هذه العمليات دون الموافقة الشكلية والموضوعية لأحد الزوجينطرفا هذا العقد الطبي، كما خصت جزاءات زجرية حال قيام هذه الجريمة من خلال تفريد العقاب لكل صورة بالنظر إلى درجة خطورتها.

أولا: صور تخلف عنصرالرضا في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب

من صور تخلف الرضا في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب تلك الحالة التي يتم فيها إجراء التلقيح الذي يقع على خلايا الزوجين التناسلية دون توافر علم وإرادة الزوج، ويتصور ذلك عمليا في حالات اتفاق الزوجة مع المختص على احتجاز بعض خلايا زوجها التناسلية دون علم هذا الأخير وإرادته، حتى تستغلها لاحقا لتلقيحها عن طريق اجراء تلقيح داخلي أو خارجي، بحيث اعتبر أحد الباحثين[2] هذا الإجراء غير مشروع، لما ينطوي عليه من غش وخداع، ولذلك يحق للزوج نتيجة الأضرار الأدبية والمالية التي قد تصيبه مواجهة الطبيب بذلك.

وقد اختلف التفسير الفقهي في تكييف هاته الأفعال، حيث اعتبرها البعض جريمة سرقة[3]، إذ هناك من شيّء الخلايا التناسلية للزوج أو الزوجة، وذلك بمجرد انفصالها عن ذاته، وبذلك تصير قابلة للتملك والتصرف فيها، وهو ما يرتب صلاحيتها بأن تكون محلا لجريمة السرقة وغيرها من جرائم المال، فيما رفض اتجاه آخر[4]، هذا الطرح فأكد على أنها لا

---

[1]ومن ذلك التشريع المغربي والجزائري موضوع الدراسة بالإضافة إلى التشريع التونسي والفرنسي اللذين تم الاستئناس بهما على سبيل المثال لا الحصر في بعض محاور هذا البحث.

[2] سميرة أقرورو، المسؤولية الجنائية للأطباء في ضل التطور العلمي الحديث دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، ص 307.

[3] وهذا الطرح بناه أنصاره حول فكرة جواز تملك الأعضاء البشرية وبالتالي تشيئيها وإمكانية تعرضها للسرقة كباقي الأشياء، وهو قول الدكتور محمد نعيم ياسين والباحثة ليلى أبو العلا، راجع في هذا الصدد بحث محمد نعيم ياسين،بيع الأعضاء الآدمية للدكتور، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مارس 1978، ص 263.

[4]هذا الطرح ذهبت إليه جميع الفتاوى الصادرة عن هيئات الإفتاء والمجامع الفقهية، وهو قول الشيخ بكر أبي زيد، ومحمود السرطاوي ومحمد سيد الطنطاوي وغيره من الفقهاء، راجع في هذا الصددمحمد سيري إبراهيم، سرقة الأعضاء

يمكن أن تكون محلا للمعاملات التجارية وغيرها من أوجه التعامل بوجه عام، نظرا لطبيعتها العضوية، وهو الرأي الذي أيدته محكمة Créteilالفرنسية عام 1984[1]، وهو ما تنبه له كلا من المشرع المغربي والجزائري، حيث حسما الخلاف في هذا الشأن من خلال منع استغلال الوظائف التناسلية البشرية لحساب شخص آخر أو لأغراض تجارية[2].

كما يمكن تصور غياب الرضا الصريح للزوج في الحالة التي يتم في التلقيح باستخدام خلاياه التناسلية وذلك بعد وفاته، من خلال اعتماد تقنية التجميد في بنوك المني التي أصبح بموجبها الاحتفاظ بالنطف المنوية لكل من الرجل والمرأة في ظروف تضمن صلاحية استخدامها لاحقا لتلقيح الزوجات[3]، وقد أثارت هذه العملية سجالا واسعا في الوسط الفقهي، بين رافض ومؤيد، حيث اعتبر الاتجاه المؤيد لاعتماد هذه التقنيات، اعتبار الطفل المولود بعد انتهاء العلاقة الزوجية طفلا غير شرعيا، وبالتالي يجب تجريم الحمل بعد وفاة الزوج لأنه ليس من مصلحة الطفل.وإلى جانب ذلك هناك اتجاه أباح اللجوء إلى هذه التقنية وتعليقها على شرط موافقة الزوج قبل وفاته باستخدام خلاياه التناسلية؛ حيث لا يوجد مانع من الوصية بالنطف الذكرية طالما أن محل الوصية وسببها مشروع وأخلاقي، وذلك مع مراعاة شروطها الشكلية والموضوعية[4].

وقد حسم كلا من التشريعين المغربي والجزائري في هذه المسألة، من خلال اعتبار استمرار حياة الزوجين، واستمرار العلاقة الزوجية، طيلة مدة عملية المساعدة الطبية على الإنجاب، شرطا أساسيا[5]، وبالتالي فإنه لا يمكن تصور استخدام الخلايا التناسلية سواء للرجل أو المرأة في ظل انتهاء رابطة الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ[6].

بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المترتبة عليها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة دار طيبة الخضراء، مكة المكرمة، الطبعة الأولى 2005، ص 309.

[1] المرجع نفسه، ص 308.

[2] المادة 05 من قانون 47-14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الأنجاب المغربي، كما يقابله مقتضى المادة 373 من قانون الصحة الجزائري.

[3] إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر، الطبعة الأولى 1429هـ، ص 364

[4] سميرة أقرورو، م س، ص 308

[5] عيساوي فاطمة، المسؤولية الجنائية عن عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب،المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، العدد 13،ص 244

[6] نص المشرع المغربي من خلال المادة 12 على أنه لا يجوز القيام بالمساعدة الطبية الا لفائدة امرأة ورجل متزوجين وعلى قيد الحياة وبأمشاج متأتية منهما وحدهما دون غيرهما"، ويقابها في قانون الصحة الجزائري الفقرة الأولى من المادة 371، حيث نص على انه تختص المساعدة الطبية على الانجاب حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الانجاب، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا.... يقدم الزوجان وهما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

ومن جهة أخرى، يتجسد غياب رضا المريض في عميات المساعدة الطبية على الإنجاب، من خلال عند تخلف رضا الزوجة، حيث يمكن تصورها عمليا في حالة اتفاق الزوج مع الطبيب بإجراء عملية التلقيح للزوجة دون علمها وموافقتها، وهو الطرح الذي عملت بعض التشريعات على إفراده بعقوبة خاصة، ومن ذلك التشريع الليبي في المادة 304 من قانون العقوبات، إلى جانب المشرع البرتغالي في المادة 214 من قانون العقوبات الذي جرم التلقيح الاصطناعي الذي يتم دون موافقة الزوجة أيا كانت وسيلته[1].

والملاحظ أن صورة هذه الجريمة غير واردة في ثنايا التشريعين المغربي والجزائري، باستثناء التنصيص من قبل التشريع المغربي على العقوبة المتعلقة بالقيام بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب دون الحصول على الطلب أو تلقي موافقة الزوجين وفقا لأحكام المادة 12 من قانون 47.14[2]، وهو نفس الغياب الظاهر من عموم لفظ المادة 430 من قانون الصحة الجزائري.

وهكذا فقد عمل الفقه على محاولة لسد هذا الفراغ التشريعي، من خلال سن فروض لجريمة تلقيح الزوجة دون رضاها، وتجسد الفرض الأول في اعتبار هذه الجريمة من جرائم الاعتداء على العرض، من خلال تكييفه اغتصابا[3]، والواقع أنه لا يمكن القول بقيام جريمة الاغتصاب بالنظر إلى تعريف الفقهاء لها، بكونها اتصال رجل وامرأة اتصالا جنسيا كاملا دون رضا صحيح منها، فجريمة الاغتصاب تقتضي توافر ركن المواقعة، وهو ما لا يتحقق والحالة هذه في التلقيح الصناعي المبني على حقن أو إدخال السائل المنوي في رحم الأنثى[4]؛ في حين ذهب بعض الفقه إلى اعتماد الفرض الثاني واعتبار جريمة التلقيح الاصطناعي دون رضا الزوجة، جريمة هتك العرض بالقوة، حيث يكفي لتحقق هذه الجريمة ملامسة عورة الشخص أو الكشف عنها، والطبيب في هذه الحالة بإجرائه العملية دون موافقة الزوجة، يكون قد مس مساسا جسيما بحياء المرأة من خلال الاطلاع على عورتها وبحصانة

---

[1] سميرة اقرورو، م س، ص 327.

[2] المادة 41 من ق 47-14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب المغربي

[3] عرف المشرع المعربي الاغتصاب من خلال أحكام المادة 486 على أنه مواقعة رجل لامرأة بدون رضاها ويعاقب عليه بالسجن من خمس الى عشر سنوات.

[4] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث- دراسة تحليلية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1976، ص 142

جسمها، وفي هذه الحالة يكون الزوج شريكا له متى اقتصر دوره على مجرد الاتفاق مع الطبيب على القيام بهذا الفعل[1].

وفي الفرض الثالث، ذهب البعض إلى إمكانية إسقاط جريمة الإيذاء العمدي على عملية تلقيح الزوجة دون رضاها،وتتحقق هذه الجريمةعندما يوجه الجاني إرادته نحو المساس بالسلامة الجسدية أو الصحية للمجنى عليه بصرف النظر عن نوع الإيذاء ومدى جسامته[2]، وهو ما يمكن اسقاطه حسب هذا الاتجاه على تلقيح الزوجة بدون رضاها، حيث يستهدف هذا المساس السلامة الجسدية للمرأة دون رضاها، إذا علمنا أن الإيذاء لا ينحصر فعله المادي في الضرب فقط، وانما يمكن أن يحوي أيضا إعطاء المجني عليه مواد ضارة عن طريف الفم أو الأنف أو الحقن،مما يسبب له خللا في السير الطبيعي لأجهزته الداخلية[3].

وإذا كانت غالبية التشريعات السالفة الذكر، قد نظمت الإطار القانوني المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب؛ سواء في الجانب المتعلق بالتنظيم أو الجزاء، فالملاحظ أنها لم تتناول الإشكال المتعلق بالجوانب الزجرية لرضا الزوجين في هذه العملية، وإن كان الفقه قد خطى في محاولة لتدارك هذا النقص، إلا أن هذا الاجتهاد لم يستوعب الإشكال المذكور، وذلك لعلة عدم تطابق العناصر المادية والمعنوية والقانونية للجرائم المفترضة مع جريمة التلقيح في غياب رضا الزوجين، ما يجعل الضرورة ملحة للتدخل التشريعي لسن مقتضى زجري خاص، يؤطرهذا النوع من الأفعال.

ثانيا: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بضابط الرضا في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب

لقد سنا كلا التشريعين المغربي والجزائري مقتضيات تنظم الجانب الزجري في حقل المساعدة الطبية على الإنجاب، وذلك من خلال رسم حدود الاباحة والتجريم في ممارسة هذه الأعمال الطبية ذات الخصوصية الفنية.

---

[1] وإلى ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية من اعتبار هتك العرض هو كل فعل يخل بالحياء يستطيل إلى جسم المجني عليه وعورته ويخدش عاطفة الحياء عنده من هذه الناحية، ولا يشترط لتوافره قانونا أن يترك الفعل أثرا بالمجني عليه، راجع بهذا الخصوص حكم النقض المصري في 16 مارس 1970، أوردته سميرة أقرور، م س، ص 329.

[2] نظم المشرع أحكام جرائم الإيذاء بموجب الفصول 401 إلى 411 من المجموعة الجنائية.

[3] سيف إبراهيم المصاروة، التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، مجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 2، لسنة 2015، ص 511

وتعتبر ممارسة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب دون توافر رضا أحد الزوجين، من بين الجرائم المنظمة والمنصوص عليها في القانونين المغربي والجزائري، لما لعنصر الرضا من أهمية بالغة في توجيه إرادة الزوجين للخضوع لهذا العمل الطبي من عدمه، وذلك من خلال سن الجريمة المترتبة عن هذا تخلف هذا الأمروتخصيصها بعقوبة زجرية خاصة، تحقيقا للردع العام والخاص، ناهيك عن إمكانية مطالبة المتضرر بالتعويض المدني عن الضرر الذي لحقه من جراء خطأ الطبيب في هذه التقنية.

أ- **الطابعالزجري في جريمة غياب رضا المريض**

بالرجوع إلى التشريع المغربي، نجد قانون 47.14 قد ألزم الممارس في حقل المساعدة الطبية على الإنجاب بالحصول على رضا الزوجين، وأن يكون هذا الرضا حرا ومبني على تبصير يلتزم الطبيب القيام به وفق ما هو مستقر عليه في القانون، وذلك وفق شكلية معينة، وهو الامر الذي يرتب المسؤولية الجنائية حال مخالفته.

وبالرجوع إلى المادة 41 من القانون 47.14، نجد المشرع المغربي قد أقر عقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات، زيادة على غرامة 50.000 إلى 100.000 درهم، عن فعل ممارسة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب خرقا للشروط المنصوص عليها في المادة 12 من نفس القانون، والتي نجد من ضمنها الحصول على طلب الزوجين للاستفادة من هذه الأعمال الطبية، وكذا موافقتهما الكتابية في هذا الشأن[1].

والملاحظ أن المشرع قد أضفى وصف الجنحة على خرق القواعد الموضوعية المتعلقة برضا الزوجين في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، حيث عاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية وغرامة مالية، كما أنه واعتبارا لأهمية الإجراءات الإدارية والشكلية التي ألزم بها الممارس في الحقل، وفي سبيل ضبطها، فقد أقر التشريع المغربي بدوره عقوبة زجرية في حالةإخلال الممارس بالتزام تلقي طلب الزوجين والتحقق من هويتهما ومن توفرهما على الشروط المتطلبة قانونا، وإحاطتهما علما بجميع الظروف والمعلومات الطبية والعلمية المحيطة بالتقنية المقدم عليها، وتلقي مواقتهما بذلك، والحصول على الإشهاد الكتابي الذي يشهدان فيه انهما أخدا علما بكافة هذه المعلومات والظروف، والتعهد بالتبليغ عن كافة

[1] الفقرة الأولى والثانية من المادة 41 من قانون 47-14

التغييرات التي يمكن أن تطال مركزيهما القانوني أو علاقتهما الزوجية[1]؛ حيث رتب على الإخلال بهذه الالتزامات عقوبة الحبسمن ثلاث أشهر إلى سنة، وغرامة 10.000 إلى 30.000 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين[2]، وذلك دون الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في التشريع الجنائي[3]

أما بخصوص التشريع الجزائري، فهو الآخر قد عمل على تجريم القيام بعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب في ظل غياب الشروط الشكلية والموضوعية المقررة لها، وذلك في إطار الباب الثامن من قانون الصحة الجزائري، والذي خصه المشرع للأحكام الجزائية في هذا الحقل، حيث عاقب بموجب المادة434 الطبيب الذي يجري إحدى تقنيات المساعدة الطبية على الانجاب أيا كان الغرض من ورائها، وذلك بالحبس من خمس إلى عشر سنوات، وغرامة 5000000 إلى 1000000 دينار جزائري[4]، وهي العقوبة العامة التي أقرتهما نفس المادة أعلاه في حال مخالفة الشروط المنصوص عليها في المادة 371من قانون الصحة الجزائري.

ومن زاوية نظر أخرى، يمكن استصدار الرضا من الزوجين من قبل الطبيب، وذلك وفق الشاكلة المتطلبة قانونا، غير أن هذا الأخير لم يعمل بصفة قبلية على تبصير الزوجين وإحاطتهما بكافة المعلومات المتعلقة بالتقنية التي سيقدمان عليها، وقد يكون هذا الإضمار بصفة متعمدة من قبل الطبيب، إما لغايات معينة، وإما من أجل ضمان الموافقة ليحقق بذلك مكاسب مالية أو مهنية أو غير ذلك، بحيث يكون الرضا في هذه الحالة معدوم الأثر من الوجهة القانونية، وتسري عليه القواعد الخاصة بمسؤولية الطبيب في حالة تخلف شرط الرضا، كما يمكن أن يكون عدم تبصير الزوجين من قبل الطبيب راجع إلى إهماله أو عدم اكتراثه أو احتياطه، فتقوم بذلك مسؤوليته عن الخطأ غير العمدي[5]، ما يستتبع متابعة الطبيب من أجل ذلك.

---

[1] عبد الكافي ورياشي، م س، 70.

[2] المادة 43 من قانون 47-14

[3] تنص المادة 39 من نفس القانون على أنه: " لا تحول العقوبات المنصوص عليها في هذا الفرع دون تطبيق العقوبات الأشد المنصوص عليها في القانون الجنائي".

[4] عيساوي فاطمة، م س، ص 247.

[5] سميرة أقرورو، م س، ص 337.

وعلى غرار هذا التوجه، سارت معظم التشريعات المقارنة الأخرى، من خلال تجريم القيام بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب دون تحصيل موافقة أحد الزوجين وإفرادها بعقوبات خاصة، فعلى سبيل المثال عاقب المشرع الفرنسي بموجب المادة 511/6، من قانون العقوبات كل من يقوم بجمع أمشاج الغير أو أخدها دون موافقة مكتوبة من ذلك الذي تجمع أو تؤخذ أمشاجه بعقوبة الحبس لخمس سنوات وغرامة 75000 يورو، هذا إلى جانب تجريم الحصول على الأجنة دون التقيد بالشروط الخاصة بتلقي ومنح الأجنة، والتي تعتبر موافقة الزوجين في قالب مكتوب أهم شروطها، بعقوبة بالسجن مدة سبع سنوات وغرامة 10000 يورو[1].

ب- الجانب المدني في دعوى ممارسة تقنية المساعدة الطبية على الانجاب.

إلى جانب المسؤولية الزجرية التي يمكن أن تثار في مواجهة الممارس في حقل المساعدة الطبية على الإنجاب، والتي لها ارتباط وثيق بالنظام العام، فلا يجوز تبعا لذلك الاتفاق على مخالفته، فإن جل التشريعات قد خولت للمريض إمكانية مساءلة الطبيب مدنيا عن الأضرار التي يتسبب فيها بفعل خطئه المرتبط بمجال عمله، والتي يمكن أن تمس الجوانب المادية أو المعنوية للمريض.

ويقتضي المقام – قبل الحديث عن تعويض المريض عن الخطأ الذي لحقه من فعل الطبيبفي إطار المسؤولية المدنية-، الخوض أولا في طبيعة مسؤولية طبيب المساعدة الطبية على الإنجاب،وهو ما يستدعي أن نتساءل عن أساس المسؤولية المدنية سواء تعلق الأمر بالتقصير الصادر عن الطبيب والمسبب للضرر، أم الناتجة عن الاخلالبالعقد الطبي المفترض بين الطبيب من جهة والزوجين الراغبين في الاستفادة من هذه التقنيات في الجهة الثانية؟

من المعلومأن قيام مسؤولية الطبيب في القواعد العامة ترتكز قانونا إما على أساس التقصير والإهمال في الالتزامات والواجبات التي فرضها عليه القانون من زاوية أولى، حيث حددها الفقه القانوني فيقيام الطبيب بمناسبة مهامه بمخالفة اللوائح والأنظمة الواجب مراعاتها، أو في حالة مخالفتهللأصول العلمية الطبية والأخلاقية المتعارف عليها في مجال عمله، ونتج عن هذ الإهمال ضرر بالمريض دون أن يجمع بينه وبين المريض أي عقد

---

[1] سيف إبراهيم المصاورة، م س، ص 512

خاص محله العمل الطبي[1]؛وإما من زاوية ثانية على أساس العقد الذي يمكن أن تفرغ بموجبه حقوق والتزامات طرفا هذا الأخير، والذي يتجسد والحال هذه في عقد الإخصاب الطبي، حيث يعتبر الزوجان طرفا فيه من جهة، إلى جانب الطبيب أو مركز الإخصاب من جهة ثانية[2].

واعتبارا لخصوصية العمل الطبي في هذا الحقل، وبتمعين النظر في مقتضيات قانوني المساعدة الطبية على الإنجاب، سواء المغربي أو الجزائري، نجد كلا التشريعين، قد أطر علاقة الطبيب بمريضه في إطار خدمات الانجاب المساعد بموجب التزامات وتعهدات كتابية، يتم من خلالهاالتعبير عن إرادتي الطرفين في العقد الطبي[3]، حيث يتم رسم حدود هذه العلاقة بموجب هذا الصك الكتابي، والذي يعد بمثابة عقد طبي يجمع بين الطبيب والزوجين، كما يحدد حقوق والتزامات كل منهما قبل وأثناء وبعد مباشرة العمل الطبي المساعد على الانجاب، وعلى ضوئه يتم إقرار المسؤولية المدنية حال الإخلال بأحد مقتضياته من قبل أطرافه وترتب على ذلك ضررا للطرف الآخر.

وارتباطا بالموضوع، فإن ممارسة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب في ظل غياب رضا أحد الزوجين، باعتباره شرطا أساسيا لمباشرة هذا العمل الطبي، يشكل من زاوية عمل الطبيب خطأ مهنيايستوجب المساءلة، كما يمكن في ذات الإطار أن يلحق هذا الخطأ ذو الطبيعة الطبية في إطار علاقة سببية، ضررا بالطرف الآخر للعقد الطبي، ما يبرر المطالبة بالتعويض عن هذا الأخير.

وكما يمكن أن يكون الضرر الذي لحق المريض من خطأ الطبيب ضررا ماديا، يسبب له خسارة مادية تؤدي إلى نقص في دمته المالية، كالمساس بحقوقه المالية، أو قد يمس جسمه وسلامته الصحية، فإنه يمكن أن يكون ضررا معنويا أو أدبيا يصيب المضرور

---

[1] فاطمة خلف كاظم، الحماية المدنية لاستخدام تقنيات التناسل المساعد، دراسة مقارنة، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى 2020، ص369.

[2] أحمد مانع سالمين العوشاني، عقد الاخصاب الطبي، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى 2017، ص 63.

[3] يمكن تعريف العقد الطبي بأنه اتفاق بين الطبيب من جهة، وبين المريض أو من ينوب عنه من جهة أخرى، يلتزم بموجبه الطبيب بواجب النصح والعلاج وفقا للمعطيات المستقر عليها علميا مقابل أجر محدد، كما عرفه الدكتور أحمد دريوش بأنه اتفاق بين الطبيب وزبونه يلتزم بموجبه الأول بأن يقدم للثاني خدماته الفنية مقابل أجرة يدفعها هذا الأخير،== وتتمثل الخدمات الفنية التي يلتزم الطبيب بتقديمها للزبون في الاعتناء بصحته من خلال الوقاية من الأمراض أو تشخيصها أو علاجها أو القيام بغيرها من الأعمال الطبية المشروعة، وذلك وفق الضوابط المستقر عليها في غلم الطب والقانون، راجع أحمد أدريوش، العقد الطبي، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى 2009، ص 9

في شعوره أو عاطفته أو عرضه أو مركزه الاجتماعي، أو غيرها من الأمور ذات الأهمية المعنوية أو الأدبية[1].

وفي مجال المساعدة الطبية على الإنجاب وارتباطا بجزئية الموضوع، فإن ما يمكن تصوره على ضوء قواعد المسؤولية المدنية، هو ضرر الزوجين من الخطأ المباشر الذي يمكن أن يقدم عليه الطبيب بمناسبة إقدامه على إجراء هذه العمليات في غياب الرضا الحر والمستنير للزوجين معا، إذ أن هذا الخطأ لا بد وأن يكون قد تسبب في ضرر قد مس مصلحة مالية للزوجين، من خلال تكبدهما لنفقات إجراء العلاجات[2]، كما يمكن أن يتصور الضرر في التشوهات التي تحدث للطفل المولود الناتج عن طريق تقنية أطفال الأنابيب، وهي الحالة التي يقصر الطبيب في تبصير الزوجين بمخاطر التلقيح الخارجي، وبنسب نجاح وفشل هذا النوع من العمليات في الظروف التي يوجد فيها الزوجين.

ويترتب عن ثبوت الخطأ المهني من جهة الطبيب، وحصول الضرر للزوجين في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، بالإضافة إلى تقرر العلاقة السببية بين هذين العنصرين، مع اعتبار قواعد الإثبات المقررةقانونا،انعقاد مسؤولية الطبيب المدنية والتي تستوجب التعويض في مواجهة الزوجين، وذلك لجبر الضرر اللاحق بهما من إخلال الطبيب بالتزامه القانوني[3].

والأصل في تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة أنه يكون عينيا في الحالات التي تستوعب هذا النوع، وإلا كان نقديا يغطي الخسارة التي لحقت المتضرر من فعل المقدم على ارتكاب الخطأ، والحال هذه الممارس في حقل المساعدة الطبية على الإنجاب[4]، حيث لا يمكن إلى حد كبير تصور التعويض العيني في هذا الحقل، إذ يتم اعتماد التعويض النقدي من خلال تعويض الزوجين ماليا من قبل الطبيب جبرا للضرر المادي أو المعنويالذي لحقهما من جراء إخلاله بالتزاماته المهنية، وهو ما يعتبر بمثابة تعويض عن الخسارة

---

[1] فاطمة خلف كاظم، م س، ص393-394

[2] شمس الدين محمود زكي، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية المدنية والجزائية، مطبعة خالد بن الوليد دمشق، طبعة 1999، ص 231.

[3] سعيد سعد عبد السلام، فكرة العقود المدنية الناشئة عن الانجاب الصناعي، منشورات جامعة المنوفية مصر، دون ذكر سنة النشر، ص 140

[4] بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، موسم 2011،ص 69

اللاحقة، كما يمكن أن يكون تعويضا عن تفويت فرصة الشفاء، وهو ما اصطلح عليه الفقه بالتعويض عن الكسب الفائت[1].

وهكذا، فالتعويض عن الخطأ الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب،يمكن أن يرتكز على حكم قضائي يستصدره المتضرر (الزوجين) من المحكمة في مواجهة الممارس في هذا الحقل أو مركز المساعدة الطبية على الإنجاب، –وهو أصل التعويض–، بحيث يأتي دور القاضي في تقدير جسامة الضرر الذي لحق المريض، ومن ثم تقدير التعويض عنه؛ ويشمل هذا الأخير جميع المصاريف التي أنفقها المريض من جراء ذلك الضرر، حيث أن للقاضي في سبيل استجلاء الحقيقة وجعل التعويض المحكوم به يوازي حجم الضرر، أن يستعين برأي الخبراء والاخصائيين من خلال انتدابهم لهذه الغاية، ولا يكون القاضي ملزما برأي الخبير في الحكم الذي سيصدره[2].

ومن جهة أخرى، يمكن أن يكون التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجين من جراء خطأ الطبيب في تقنيات المساعدة الطبية على الانجاب، والتي تم القيام بها في ظل غياب رضا المريض تعويضا اتفاقيا، حيث يتم الاتفاق بصفة قبلية بين الطبيب والزوجين على تعويض معين، في حالة إخلال أحدهما بالتزاماته القانونية، وهو ما اصطلحت عليه التشريعات بالشرط الجزائي[3].

---

[1] غير أن بعض التشريعات أقرت استثناء على هذا المقتضى، من كون التعويض في إطار المسؤولية العقدية لا يشمل التعويض عن الكسب الفائت، وإنما يغطي فقط تعويض الخسارة اللاحقة، ومن ذلك التشريع الأردني، حيث نص في المادة 363 على أنه:" إذا لم يكن الضمان مقدرا في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه".

[2] بدر محمد الزغيب، م س، ص 71

[3] عرف الأستاذ أنور سلطان الشرط الجزائي بأنه اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه، راجع أنور سلطان، النظرية العامة للالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1997، ص 172.

خاتمة

يعد رضا المريض شرطا أساسيا في سائر الأعمال ذات الطابع الطبي، والتي من شأنها المساس بسلامته الجسدية والنفسية، بحيث لا يستسيغ مباشرة أي عمل من هذه الأعمال قبل الحصول على موافقته وتعبيره عن رضاه إزاءها.

ويعتبر حقل المساعدة الطبية على الإنجاب من بين الحقول الطبية التي تخضع بشكل الزامي لضابط الرضا القبلي لمباشرة تقنياته، فلا يمكن تبعا لذلك ومن زاوية نظر التشريع، إجراء أية عملية طبية هادفة إلى تحقيق غاية الإنجاب في ظل غياب رضا الزوجين باعتبارهما المريض المستهدف طبيا للخضوع لعمليات المساعدة على الإنجاب.

ومن خلال البحث في هذا الموضوع، فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتي كان منطلقها من مجموع فرضيات علمية تمت صياغتها كمداخل في إطار المقدمة، تم الخروج أيضا بمجموعة من المقترحات:

1-النتائج المتوصل لها من خلال الدراسة:

- أنه باستقراء أحكام القوانين المنظمة للعمل الطبي، سواء القوانين الموضوعية أو قوانين الأخلاقيات الطبية بكل من المغرب والجزائر، نجدها تؤسس الأعمال الطبية على عنصر الرضا الواجب صدوره من المريض أو ممن يقوم مقامه، واعتباره شرطا أساسيا ولازما قبل مباشرة الأعمال الطبية.
- بالرجوع إلى النصوص القانونية المؤطرة لعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب في كل من التشريعين المغربي والجزائري، نجدهما يفردان شكلية خاصة للرضا الصادر عن الزوجين في هذه العمليات، وذلك من خلال اشتراط افراغه في قالب كتابي تحت طائلة العقوبات الزجرية، وهو ما يكرس خصوصية الشكلية المتعلقة برضا المريض في هذا العمل الطبي.
- تنظيم الجوانب الزجرية المرتبطة بالمخالفات في مجال المستعدة الطبية على الإنجاب، ومن بينها حالة تخلف رضا أحد الزوجين والذي أضفى عليه التشريعين وصف الجنحة، وخصها بعقوبة بدنية ومالية.
- حفظ الحق المدني للمتضرر من عملية المساعدة الطبية على الإنجاب في ظل غياب رضا أحد الزوجين، وإخضاعه للقواعد العامة للدعاوي المدنية الرامية إلى التعويض.

2- المقترحات:

تقودنا دراسة موضوع رضا المريض في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب على ضوء التشريعين المغربي والجزائري إلى الوقوف على مجموعة من الملاحظات التي تعتري التشريعين، الأمر الذي يستدعي تقديم مجموعةمن المقترحات لتجاوزها:

- ✓ تخصيص حيز تشريعي لرضاالزوجين في قانوني المساعدة الطبية على الإنجاب المغربي والجزائري، باعتباره الشرط الأساسي الذي يضفي المشروعية على هذا التدخل الطبي، من خلال تعريفه لتلافي التباسه بغيره من المفاهيم المشابهة، وحصر الأشخاص الذين يعتد بتصريحهم في الحالات التي تغيب فيها إمكانية تلقيه من الزوجين.
- ✓ تنظيم الأحكام الخاصة بحالات الرضا الصادر عن الزوج القاصر المأذون له بالزواج في إطارالإذن القضائي الاستثنائي المنصوص عليه في مدونة الأسرة سواء في التشريعين المغربي أو الجزائري.
- ✓ تنظيم المشرعلحالات عدول أحد الزوجين عن موافقته عن إجراء تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بعد الإعراب عنها وقبل الشروع في العمليات من قبل الطبيب، وترتيب الآثار القانونية عن ذلك.

قائمة المراجع

1.مخلوف هشام، موافقة المريض على الأعمال الطبية بين التقييد والإطلاق، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 6، 2018.

2.زعيطيزوبيدة، رضا المريض في عقد العلاج الطبي، مجلة حقوق الانسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، العدد الخامس يناير 2018.

3.محمد نعيم ياسين، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مارس 1978.

4.محمد سيري إبراهيم، سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المترتبة عليها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة دار طيبة الخضراء، مكة المكرمة، الطبعة الأولى 2005.

5.عز الدينقمراوي، بعض التخمينات حول مسألة رضا المريض، مجلة جامعة وهران2، العدد 2018/02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، وهران2، سنة 2018.

6. فهد بن عبد الله الرشودي، الإذن الطبي، مجلة القضاء، سلسلة الأبحاث القضائية المحكمة، العدد 23.

7.على فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية، العدد 35، 1998.

8.كابوية رشيدة، اباحة العمل الطبي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الحقيقة العدد 35 لسنة 2015.

9. عبد الكافي ورياشي، المسؤولية القانونية للأطباء بين الفقه والقانون والقضاء، مكتبة الرشاد، الطبعة الأولى 2019.

10.زناقي محمد رضا، دلال يزيد، التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال المجلد 06، العدد 04، سنة 2021.

11.حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى دار الكتب القانوني مصر طبعة 2006.

12. احمد داود رقية، ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر من قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية العدد العاشر المجلد الأول، يونيو 2018.

13.سميرةأقرورو، المسؤولية الجنائية للأطباء في ضل التطور العلمي الحديث دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2015، مطبعة النجاح الجديدة.

14. إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر، الطبعة الأولى 1429هـ.

15. عيساوي فاطمة، المسؤولية الجنائية عن عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13 العدد الأول، 2022.

16. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث- دراسة تحليلية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1976.

17. سيف إبراهيم المصاروة، التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، مجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 2، لسنة 2015.

18. أحمد مانع سالمين العوشاني، عقد الاخصاب الطبي، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى 2017.

19. شمس الدين محمود زكي، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية المدنية والجزائية، مطبعة خالد بن الوليد دمشق، الطبعة الاولى 1999.

20. سعيد سعد عبد السلام، فكرة العقود المدنية الناشئة عن الانجاب الصناعي، منشورات جامعة المنوفية مصر، دون ذكر سنة النشر.

21. بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، موسم 2011.

22. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1997.

القوانين:

- ظهير شريف رقم 50.19.1، صادر في 4 رجب 1440، 11 مارس 2019، بتنفيذ القانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد15 لسنة 2005.

المساعدة الطبية على الإنجاب ونظام التأمين: قراءة في قوانين بعض الدول

ط. د. شامبي بغدادي
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:

أردنا تقييم القواعد القانونية للقانون 18-11 التي تبين أحكام المساعدة الطبية على الإنجاب ومقارنتها بقوانين الدول العربية الإسلامية ورؤية ما الذي يجب تجنبه وأخذه لأنا المجال جديد ويمكن تعديل هاته القواعد القانونية في المستقبل ويجب ألا تتعارض قبل قانون الأسرة مع الشريعة الإسلامية، لأن مسألة الأنساب موضوع حساس في شريعتنا. ومن النتائج المتوصل إليها هو أن القانون الجزائري لخص القواعد في 9 مواد لأنها أدرج القواعد ضمن قانون الصحة كالمشرع الفرنسي، وهناك مسائل عدة لم ينظمها المشرع الجزائري عكس القانون التونسي بالمستقل المنظم جيدا مثلا والسباق 2001.

لكن علينا العموم قواعد القوانين العربية لم تتعارض مع الشريعة الإسلامية. عكس التشريعات الغربية (القانون الفرنسي) الذي خرج عن الغرض الأساسي العلاجي لولوج إلى العملية وفتح العملية للجميع وهذا شيء رهيب ومحرم عندنا.

في المحور الثاني تكلمنا عن العائق الذي يترك هاته العملية غير معممة، الكثير منا لأزواج لا تستطيع الولوج للعملية بسبب غلائها وغلاء أدويتها غير المدرجة في سجل الأدوية للضمان الإجتماعي وإقترحنا منتوج التأمين التكميلي لتعويض هاته العملية.

الكلمات المفتاحية: تعويض المساعدة الطبية على الإنجاب، التأمين التكميلي، الضمان الإجتماعي، المساعدة الطبية على الإنجاب في التشريع الجزائري، التشريع الفرنسي، التشريع التونسي، التشريع الإماراتي، التشريع السعودي، التشريع المغربي.

قال تعالى : قَالَ رَبِّ إِنِّي وَهَنَ الْعَظْمُ مِنِّي وَاشْتَعَلَ الرَّأْسُ شَيْبًا وَلَمْ أَكُن بِدُعَائِكَ رَبِّ شَقِيًّا (4) وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِن وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا (5) يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ ۖ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا (6) يَا زَكَرِيَّا إِنَّا نُبَشِّرُكَ بِغُلَامٍ اسْمُهُ يَحْيَىٰ لَمْ نَجْعَل لَّهُ مِن قَبْلُ سَمِيًّا (7) قَالَ رَبِّ أَنَّىٰ يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا وَقَدْ بَلَغْتُ مِنَ الْكِبَرِ عِتِيًّا (8) قَالَ كَذَٰلِكَ قَالَ رَبُّكَ هُوَ عَلَيَّ هَيِّنٌ وَقَدْ خَلَقْتُكَ مِن قَبْلُ وَلَمْ تَكُ شَيْئًا (9).
سورة مريم الآية4، 9.

وقالأيضا: وَزَكَرِيّا إِذْ نَادَىَ رَبّهُ رَبِّ لاَ تَذَرْنِي فَرْداً وَأَنتَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ ۝ فَاسْتَجَبْنَا لَهُ وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىَ وَأَصْلَحْنَا لَهُ زَوْجَهُ إِنّهُمْ كَانُواْ يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَيَدْعُونَنَا رَغَباً وَرَهَباً وَكَانُواْ لَنَا خاشِعِينَ [سورة الأنبياء:89، 90].

العقر عند النساء، العقم كمفرد للدلالة على عدم استطاعة الولادة عند الرجال أو النساء[1] ليست ظاهرة وليدة اليوم بل منذ خلق البشرية، وأسبابه مختلفة، ويتبين من الآيتين الكريمتين أن حتى النبي زكريا كانت إمرأتهعاقر،فاستجاب الله له بمعجزة إصلاح زوجته لكي تلد،وولدت له يحيى وكاننبيمن الصالحين.

لكن كما نعلم أن المعجزات تتنزل فقط على الرسل والأنبياء، وزمن الأنبياء قد مر مع خاتم الأنبياء محمد عليه الصلاة والسلام.ولهذا نتبع اليوم حديث أبي الدرداء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام " رواه أبو داود.

فالعقم ظاهرة تصيب الرجل والمرأةوله أسباب عدة، وهو عدم القدرة على الإنجاب الطبيعي للأولاد. سواء كانت المرأة عاقر لا تلد، أو عقم عند الرجل.

واليوم، ومع تطور الطب خاصة مع التكنولوجيا الرهيبة، ظهرت تقنيات جديدة كحل لمشكلة العقم في العالم، ومن بينها تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب والتي ليست وليدة 2022، بل تتطور يوما بعد يوموهي موضوع بحثنا، فهي دواء لداء العقم،وأصبحت هذه التقنيات مصدر إقبال كبير للمتزوجين العاجزين عن الإنجاب والتي أخذ بها العالم الإسلامي حتى في فتاواه لكن لغرض العلاج،وقنتها الدول العربية في قوانينها واستلهمت من قوانين الدول الغربية بما أن التقنية غربية الأصل.

الإخصاب الصناعي، التلقيح الاصطناعي، المساعدة الطبية على الإنجاب،الطب الإنجابي، كلها مرادفات لمعنى واحد،وهو الإنجاب خارج المسار الطبيعي وفق تقنيات طبية وبيولوجية في مراكز علاج العقم.

أعلن وزير الصحة والسكان الجزائري، مختار حزبلاوي، أن "10 بالمئة من الجزائريين مصابون بالعقم وصعوبة الإنجاب"، أي ما يعادل 4 ملايين شخص.

---

[1] https://islamqa.info/ar/answers/290488/الفرق-بين-العقيم-والعاقر-في-القران

وأوضح الوزير أن الجزائر تتوفر على "16 مركزا خاصا للمساعدة على الإنجاب، ومصلحتين تابعتين لمستشفى نفيسة حمود، بارنى سابقا، بالإضافة إلى مصلحة بالمستشفى الجامعي بوهران." كما أشار المكلف بالاتصال في الوزارة، إلى إضافة 8 مراكز خاصة جديدة، حسب ما تناقلته وسائل الإعلام المحلية، ولقي الإعلان تفاعلا واسعا بين نشطاء مواقع التواصل الاجتماعي الذين تساءلوا عن العلاج.[1]

نظم المشرع الجزائري في قانون 18-11 المتعلق بالصحة[2]، المساعدة الطبية على الإنجاب في القسم الثالث تحت عنوان أحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب،وذلك من الفصل الرابع البيو أخلاقيات التابع للباب السابع، الأخلاقيات والأدبياتوالبيو أخلاقيات الطبية. وفصل الأحكام من المواد 370 إلى 376، وعرف التقنية في المادة 370 على أن المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا.ويضيف في الفقرة 02:وتتمثل في ممارسات عياديةوبيولوجيةوعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيبالاصطناعي.

كما نظم المشرع التونسي تقنية المساعدة على الإنجاب وسماها الطب الإنجابي، بالقانون عدد 93 لسنة 2001 مؤرخ في 7 أوت 2001 يتعلق بالطب الإنجابي 33 مادة، كما نظم التقنية بقوانين تنظيمية [3]

المشرع المغربي القانون 47-14، المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، حيث تضمنت المادة الأولى تعريف الكثير من المصطلحات، يحتوي القانون 7 أبواب، 48 مادة. القانون رقم 26 سنة 2017 لمملكة البحرين، المتعلق بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب وتضمن 20 مادة .الإمارات، قانون اتحادي رقم 7 في شأن المساعدة الطبية على الإنجاب صادر بتاريخ 2019/12/19م، 36

---

[1] http://maghrebvoices.com/2017/11/17/4-ملايين-جزائري-مصابون-بالعقم-قال-جزائريون؟

[2] قانون رقم 18-11 ممضي في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة،الجريدة الرسمية عدد 46 مؤرخة في 29 يوليو 2018.

[3] أمر عدد 1027 لسنة 2003 مؤرّخ في 28 أفريل 2003 يتعلّق بتحديد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته كما تم إتمامه بالأمر عدد 2227 لسنة 2010 المؤرخ في 14 سبتمبر 2010.

قرار من وزير الصحّة العمومية مؤرّخ في 27 مارس 2003 يتعلّق بضبط أنموذج مطلب الزوجين للاستفادة من خدمات الطب الإنجابي.

قرار من وزير الصحة العمومية مؤرّخ في 16 جويلية 2003 يتعلّق بسجلّ أعمال الطب الإنجابي.

مادة.القانونالسعودي،مرسوم ملكي رقم م/76 بتاريخ 21 / 11 / 1424، نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم وتضمن القانون 41 مادة.

بما أن المشرع الجزائري يقتبس في الكثير من المرات قوانينه من التشريع الفرنسي إلا ما يتعارض مع سيادته ومبادئهوفي بعض المرات قد يخطأ إن لم ينتبه لبعض الأحكام التي لا تنطبق على المجتمع الجزائري المحافظ. مثلا ظاهرة الخلع في قانون الأسرةالتي هي دخيلة على المجتمع الجزائري.خاصةوأن ميدان بيو الأخلاقيات ميدان جديد وربما يحتاج إلى بعض التعديلاتفيالمستقبل.

أين وصلت التشريعات الغربية بخصوص أخلاقيات تقنية المساعدة على الإنجاب وهل يمكن الاقتداء بالأحكام التي توصلت إليها هاته التشريعات أو عدم الأخذ بها لأنها تخالف مبادئ المجتمع والشريعةالإسلامية؟

نعلم أن الضمان الإجتماعي يقدم أداء ات عينية ونقدية على الأمومة (الولادة الطبيعية) فهلتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب تعوض من طرف الضمان الإجتماعي في الجزائر (الولادة الإصطناعية)؟ كيفما تعمل الدول الأخرى في تأمين المساعدة الطبية على الإنجاب وما هي الحلول المقترحة بما أن العملية مكلفة جدا؟

الغرض من هذه الدراسة، هو مقارنة أحكام التلقيح الاصطناعي أو المساعدة الطبية على الإنجاب بين الدول الغربية والعربية، بما أن هذه التقنية الطبية ظهرت في الدول المتطورة الغربية، نريد معرفة إن كان هناك أحكام أو أفكار يمكن الاقتداء بها بخصوص هذه التقنية أم هناك أمور يجب النهي عليها لأنها تخالف مبادئ المجتمع الجزائري والشريعة الإسلامية ويجب عدم الاقتداء بها في تعديلات التشريع الجزائري.

هذا في مبحث أول، أما المبحث الثاني فخصصناه لمجال تخصصنا ألا وهو التأمين، والتأمين أيضا فكرة إيجابية في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب في القوانين الغربية خاصة يمكن الاقتداءبها.

المشرع الجزائري أخذ بالمساعدة الطبية للإنجاب لغاية علاج العقم عند الزوجين وذلك في 6 مواد، 370 إلى 376، من قانون الصحة[1] 18-11، في القسم الثالث المعنون أحكام

[1] قانون رقم 18-11 ممضي في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد 46 مؤرخة في 29 يوليو 2018.

خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من الفصل الرابع البيو أخلاقيات من الباب السابع الأخلاقيات والأدبياتوالبيو أخلاقيات الطبية. و03 مواد جزائية كعقوبة لمخالفة قوعد المساعدة الطبية. فعلا في 9 مواد استطاع المشرع الجزائري تلخيص أهم الأحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب،وترك باقي الأحكام التفصيلية للتنظيم، لكن بعد البحث لم نجد النصوص التطبيقية لهاته المواد، ربما لم تصدر في 2022 لحد الساعة. مقارنة بالمشرع التونسي والمغربي اللذان فصلا كثيرا في الموضوع في قوانينهم.

صعب جدا مراقبة نشاط هاته المؤسسات الخاصة أو العامة (العيادات والمراكز أو مخابر)، حتى بفرض إرسال تقرير سنوي في المادة 373 على نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية.إذ يستطيع زوج استعمال أمشاج زوج آخر لإنجاب طفل، فمن الصعب التحقق من هذا مثلا.

تعريف المساعدة الطبية على الإنجاب في التشريعات العربية:

القانون الجزائري:

عرف المشرع الجزائري المساعدة الطبية في المادة 370، من القانون 18-11، المتعلق بالصحة:**المادّة 370:« المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاططبي يسمع بالإنجاب خارج المسار الطبيعي؛ في حالةالعقم المؤكد طبيا.**

وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجيةتسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيبونقل الأجنّة والتخصيب الاصطناعي» .

تعرف المادة 370 المساعدة الطبية على الإنجاب على أنها نشاط طبي خارج المسار الطبيعي في الفقرة الأولى،ويضيف المشرع شرط من شروط الاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب في الفقرة الأولى، ألا وهو العقم المؤكد طبيا. فلا يستفيد من المساعدة الطبية على الإنجاب من لم يؤكد عقمه طبيا وهنا لم يحدد المشرع في المادة كيف يؤكد العقم، أو ما هي الإجراءات الواجب إتباعها لتأكيد العقمولم يحدد المشرع من هم الأطباء المختصين ولم يتكلم عن الشهادة التي تتبثالعقم،وترك ذلك للتنظيم.

فالغرض هو علاجي فقط ولا يمكن الولوج إلى التقنية إلا لتداوي العقم عند الزوجين.لم يذكر المشرع الجزائري على غرار الكثير من الدول العربية، الغرض الوقائي من الأمراض التي

يمكن نقلها للجنين وذلك بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، خاصة بتحليل السائل المنوي إن كان يحتوي بكتيريا أو فيروسات يمكن التخلص منها،وليسانتقاء الجنس بالطبع.

التشريع التونسي:

عرف المشرع التونسي المساعدة الطبية بموجب القانون 2001-93، في المادة 1

المادة 1 (الفصل 1):« **يخضع الطب الإنجابي لأحكام هذا القانون ويمارسفي كنف ضمان كرامة الإنسان وصون حرمته الجسدية.**

ويقصد بالطب الإنجابي على معنى هذا القانون كل الأعمال الطبيةالداخلة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب والرامية إلى معالجةعدمالخصوبة ».

عرف المساعدة الطبية بمفرد الطب الإنجابي وهو نفس المعنى للمساعدة الطبية على الإنجاب، حيث في الفقرة الثانية من المادة 1 يعرف:« **ويقصد بالطب الإنجابي على معنى هذا القانون كل الأعمال الطبيةالداخلة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب والرامية إلى معالجة عدم الخصوبة. »**

إذن نفس الشيء كالمشرع الجزائري أخد بغاية واحدة وهي معالجة "عدم الخصوبة" (العقم).

كما تضيف المادة 2 من القانون التونسي، تعريف مدقق لعملية المساعدة على الإنجاب وهي تقابل الفقرة الثانية من المادة 370 القانون الجزائري.

المادة 2:« يشمل الطب الإنجابي كل الأعمال السريرية والبيولوجيةداخل الأنبوب أو أي تقنية أو عمل آخر له أثر معادل ويؤدي إلىالإنجاب البشري خارج المسار الطبيعي لذلك. وتحدد أنشطة الطب الإنجابي بأمر ».

تعريف المشرع المغربي لتقنية المساعدة الطبية على الإنجاب:

-المساعدة الطبية على الإنجاب : كل تقنية سريرية وبيولوجيةتمكن من الإخصاب الأنبوبي أوحفظ الأمشاج واللواقح والأنسجة التناسلية أو التلقيح المنوي أو نقل اللواقح وكذا كل تقنية أخرى تمكن من الإنجاب خارج السياق الطبيعي.

كما تلي الفقرة، مصطلحات أخرى تتعلق بالتعريف أو بالتقنية، عرفها وشرحها المشرع المغربي. كل تقنية سريرية وبيولوجية، فالتقنية وصفها المشرع المغربي بالسريرية والبيولوجية. ولم يعرف المصطلحين.

سريرية: "سريري" هو مصطلح طبي مشتق من السرير في المستشفى، ويستخدم في الإشارة إلى: فحص سريري

علامة سريرية

دراسة سريرية

طبيب سريري

وبشكل عام فإن الفحص السريري والعلامات السريرية تشير إلى ما يمكن للطبيب أن يلاحظه على المريض أو أن يفحصه في غرفة الفحص بدون استخدام آلات تشخيصية أو معدات طبية أو مخبرية، ولكن عن طريق النظر إلى المريض وفحصه في السرير.

من ناحية أخرى فإن المصطلح سريري يستخدم عند بعض الأوساط الطبية للتفريق ما بين الاستخدام النظري المدرّس في الكتب والاستخدام العملي "عند سرير" المرضى أي الجانب العملي[1].

فمنه نفهم أن التقنية السريرية هي الجانب العملي الذي يجريه الطبيب على الزوجين،وخاصة الزوجة لأن التلقيح يتم في رحمها.

أما التقنية البيولوجية:التقانة الحيوية هي ترجمة مصطلح أي استخدام تطبيقات التقنية الحديثة في معالجة الكائنات الحية. وتعريفها في المجمل هو: التعامل مع الكائنات الحية على المستوى الخلوي وتحت الخلوي من أجل تحقيق أقصى استفادة منها صناعيًا وزراعيًا وبالتالي اقتصاديًا وذلك عن طريق تحسين خواصها وصفاتها الوراثية.

الفرع يركز على دراسة الجانب الجيني للكائن وعلى طرق وتقنيات نقل الجينات من كائن إلى آخر لتعديل صفة ما أو تحسين عيب.[2]

إذن هي العلاج العملي والعلمي الذي يمكن من الإخصاب الأنبوبي أوحفظ الأمشاج واللواقح والأنسجة التناسلية أو التلقيح المنوي أونقل اللواقح. وكل هاته المصطلحات تم تعريفها في المادة 2 من التقنين المغربي.

هذا في الجزء الأول من التعريف أما الجزء الثاني كل تقنية أخرى تمكن من الإنجاب خارج السياق الطبيعي، وهذا هو التعريف الأساسي، الإنجاب خارج السياق الطبيعي هو ذاته المساعدة الطبية على الإنجاب، نفس تعريف التشريع الجزائري.

---

[1] https://ar.wikipedia.org/wiki/سريري_(طب)

[2] https://ar.wikipedia.org/wiki/تقانة_حيوية

تعريف القانون السعودي للمساعدة على الإنجاب:

يتضمن القانون السعودي 6 أبواب في قانونه مرسوم ملكي رقم م/76 بتاريخ 21 / 11 / 1424، المسمى نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم. ولم يسمي القانون العملية التي يعالج بها العقم " المساعدة الطبية على الإنجاب" بل سماها: **التدخل الطبي لعلاج العقم وذلك في المادة الثانية عندما عرّفها:**

يجوز التدخل الطبي لعلاج العقم الناتج عن ضعف الخصوبة أو عن وجود مشكلة مرضية قابلة للعلاج بناء على تقرير طبي، ولا يجوز إطلاقًا إجراء عمليات الإخصاب لعلاج العقم الذي يثبت عدم قدرة المصاب به على الإنجاب.

في المادة الثانية، نفهم من خلال المادة أن القانون السعودي، منح حق اللجوء إلى المساعدة الطبية في حالتين فقط:

- 1- ضعف الخصوبة
- 2- لتفادي مرض ينقل إلى المولود

أما الحالة التي تم منعها وحظرها، هو اللجوء إلى التقنية عندما يكون أحد الزوجين غير قادر إطلاقا عن الإنجاب وليس ضعف الخصوبة.وهذا عكس المشرع الجزائري، التونسي، المغربي، الذي ترك الباب مفتوح إلى كل من هو مصاب بعقم وليس ضعف الخصوبة. وهنا السؤال المطروح، لماذا المشرع السعودي، حظر حالة العقم عندما لا يمكن المصاب به على الإنجاب؟

ربما هنا تفسير عقلاني، أصلا الذي لا يستطيع الإنجاب إطلاقا خاصة عند الزوج، ليس لديه أمشاج أصلا، فمضطر لكي يتبرع له أحد الأشخاص بأمشاجه وهذا محظور شرعا وقانونا.

مجال تطبيق المساعدة الطبية على الإنجاب:

المادّة 371:« **تخصّص المساعدة الطبية على الإنجاب،حصريا، للاستجابة لطلب يعبّر عنه رجل وامرأة في سنالإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونايعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي. ولايمكناللجوءفيهاإلاللحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة؛ دون سواهمامع استبعاد كل شخص آخر.**

يقدم الزوج والزوجة كتابيا وهما على قيد الحياةطلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب؛ ويجبعليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسّسة المعنية ».

جاءت المادة 371 لتبين مجال التطبيق الشخصي والموضوعي لعملية المساعدة الطبية على الإنجاب،ولكي تبين الشروط التي يجب تحققها للاستفادة من عملية الإنجاب الاصطناعي.

فمن حيث الأشخاص: يستفيد فقط الزوجين المتزوجين بطبيعة الحال إمرأة ورجل على سنة الله ورسوله وطبقا للقانون الجزائري. ومن بين الشروط التي يجب أن يحققها الزوجين:

1- أن يكونا في سن الإنجاب، فنحن نعلم علميا أن الرجل يستطيع الإنجاب حتى في سن متأخر من الحياة، عكس المرأة فترة انقطاعالحيض، فهل يفهم من هذا أن المشرع يخص المرأة بهذا الشرط دون الرجل، فعلميا يمكن الإجابة بنعم.

2-يشكلان زوجا مرتطبا قانونا (عقد الزواج القانوني) وهل يفهم منه أن المشرع استثنى الزواج العرفي من المساعدة الطبية على الإنجاب؟ عقد الزواج غير الموثقٍ بوثائق رسميّةٍ. فهذا ما ينص عليه القانون، أما الواقع، هل يجب من المراكز التحقق من شرط عقد الزواج القانوني، من الممكن جدا أنها تطبق المادة حرفيا ولاتأخذ بالزواج العرفي.

3-يعانيان من عقم مؤكد: وهذا هو المجال الموضوعي للمساعدة الطبية على الإنجاب وكما قلنا في المادة السابقة العقم المؤكد، يجب أن يبين المشرع الإجراء ات المتبعة لتأكيد العقم.

4- الموافقة على النقل أو التخصيب الاصطناعي، و هنا يجب أن تكون إرادة الزوجين في اللجوء إلى المساعدة الطبية متطابقتين، فهذا هو شرط الرضا، يجب أن يكونا راضيين بالمساعدة الطبية وعدم موافقة الزوج أو الزوجة تسقط أو يسقط المساعدة الطبية على الإنجاب، كما أن المشرع في الفقرة 02 من هذه المادة 371 نص على شرط الرضا الصريح و ليس الضمني، وإشتراط الكتابة، كتابة الموافقة و إرسالها إلى المؤسسة المعنية بعملية المساعدة الطبية، وبعد استلامه، من طرف المؤسسة، للزوجين أجل شهر لتأكيد الطلب

مجددا .وهناك تشريعات دول، من نصت على نموذج يجب إتباعه من طرف الزوجين، عند تحرير القبول بالعملية.[1]

تقابل المادة 371 قانون الصحة الجزائري، المواد 3،4، 5 من القانون التونسي.

تقريبا نفس الشيء مجال التطبيق، من حيث الأشخاص: شخصين متزوجين رجل وإمرأة، على قيد الحياة، في سن الإنجاب (خاصة بالنسبة للزوجة)،بأمشاجهم فقط وقبولهم.

وفي المادة 5 من القانون التونسي، نصت على الرضا الصريح المفرغ في نموذج محدد من قبل المشرع، القبول يكون كتابي صريح. كما نظم المشرع التونسي القبول بنموذج أو قالب يوقع عليه الزوجين، وهذا شيء جيد[2]. كما نصت على حضور الزوج، حضور الزوج أثناء العملية؟لكي يكون شاهدا أن العملية تمت بدون خروقات، بأمشاجه، وفي أحسن الظروف، ربما هذا ما نفهمه من هذه المادة.

أيضا بين المشرع المغربي في الفرع الثاني شروط ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب من الباب الثالث ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب، في المواد 12 الفقرة 02 والمادة13، شرط رضا الزوجين الصريح والذي يجب أن يفرغ في نموذج يحدده التنظيم. كما تقابل المواد 371 من التقنين الجزائري والمواد: 3،4، 5 من التقنين التونسي، المادة 1 من

التقنين المغربي:

تهدف المساعدة الطبية على الإنجاب إلى تدارك العجز أو الضعف في الخصوبة ذي الطبيعة المرضية التي تم تشخيصها طبيا. ويمكن أن تهدف أيضا إلى تجنب انتقال مرض خطير إلى الطفل الذي سيولد أو إلى أحد الزوجين يؤثر على إنجابهما.

لا يمكن ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب إلا طبقا لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.

تبين المادة 1 من التقنين المغربي، أهداف أو مجال التطبيق الموضوعي والشخصي للمساعدة الطبية على الإنجاب.

---

[1] تونس:قرار من وزير الصحّة العمومية مؤرّخ في 27 مارس 2003 يتعلّق بضبط أنموذج مطلب الزوجين للاستفادة من خدمات الطب الإنجابي.

[2] قرار من وزير الصحّة العمومية مؤرّخ في 27 مارس 2003 يتعلّق بضبط أنموذج مطلب الزوجين للاستفادة من خدمات الطب الإنجابي.

وهو تدارك العجز، أو الضعف في الخصوبة ذي الطبيعة المرضية التي تم تشخيصها طبيا أولا،وثانيا يمكن أن تهدف أيضا إلى تجنب انتقال مرض خطير للمولود أو إلى أحد الزوجين يؤثر على إنجابهما.

والمادة 1 من التقنين المغربي ليست تعريف للمساعدة الطبية على الإنجاب، وخصص المشرع المغربي المادة لتعريفها، وتعريف الكثير من المصطلحات في هذا المجال.

كما حددت المادة 23 الفقرة الأولى على ضرورة إجراء مقابلات طبية مع الزوجين وبعداطلاعهم على كل المعلومات يمكن للزوجين إمضاء طلب العملية. فالمقابلات ضرورية قبل القبول التام للعملية.

كما ذكرت الكثير من التشريعات المشرع التونسي (المادة 10)، غاية أخرى يمكن الولوج من خلالها إلى عملية المساعدة الطبية لتفادي مرض خطير وذلك بإجراء عمليات علاجية على الأمشاج التي قد تحتوي جينات مرض أو بكتيريا، فيروسات إلخ..

المادة10: « يمكن بصورة استثنائية للزوجين المعنيين. بشرط التعبير عن رضائهما بكل تبصر وعن طريق الكتابة. السماح بأن تجرى على جنينهما لغاية طبية صرفه أعمال علاجية ليس فيها تغيير للخلقة وتفاديا لمرض خطير قد يتعرض له الطفل.»

نفس الشيء المشرع السعودي: القبول يجب أن يقترن بإجراء مقابلات وتزويد الزوجين بكل المعلومات، ثم يكون القبول كتابيا.

المادة السادسة «: يجب الحصول على موافقة كتابية صريحة من الزوجين على طريقة العلاج، بعد تعريفهما بجميع إجرأات العلاج ومخاطره واحتمالات نتائجه.»

الموانع والسلوكيات المحظورات في عملية المساعدة على الإنجاب:

المادّة 374:« 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 أو لا ، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أمًا أو بنتا

-بالسيتوبلازم.

أحسن المشرع الجزائري والكثير من التشريعات العربية،وذلك بمنع التبرع بالأمشاج والخلاياوالسيتوبلازم بين المواطنين،وذلك لمسألة اختلاطالأنساب، التي هي محظورة في ديننا وقانونالأسرة. »

الماذة 375:« **يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس. »**

معظم التشريعات منعت الاستنساخ.

المادّة 376:« **تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج عن طريق التنظيم .»**

لم ينظم التشريع الجزائري إلى حد الآن كيفية حفظ الأمشاج، بنص تنظيمي،وما هي الشروط لحفظها وتدميرها عكس الكثير من التشريعات، نتمنى تدارك هذا.

يضيف المشرع السعودي نفس الموانع:

المادة الخامسة :

«لا يجوز زرع بييضة مخصبة من زوجين في رحم زوجة أخرى أو امرأة أخرى، ولا يجوز التلقيح بنطفة من غير الزوج ولا تخصيب بييضة لغير الزوجة. »

الموانع في القانون المغربي، هي كذلك في المواد 4،5 ، 6 ، 7 .

المادة 4 :« يجب ألا تمس المساعدة الطبية على الإنجاب سلامة الجنسالبشري. ولهذه الغاية يمنع الاستنساخ التناسلي وانتقاء النسل».

منع كذلك المشرع المغربي الاستنساخ.وقد تم تعريفه في المادة 02. **الاستنساخ التناسلي:** كل ممارسة تهدف إلى استيلاد طفل مطابقجينيا لشخص آخر حيا كان أوميتا.وهذا ما نصت عليه جل القوانين العربية.

وكذلك منع انتقاء النسل وعرفه في المادة 02، **انتقاء النسل: مجموع الأساليب والممارسات التي تهدف إلى التدخل في الرصيد الجيني للجنس البشري قصد تغييره أوالعمل على انتقاء الأشخاص.**

وهذا محرم شرعا وقانونيا عند الدول العربية. مثلا محاولة إنجاب طفل بالميزات الجسدية التي يرغبها الزوجين في طفلهم المستقبلي (عينين زرقاء، شعر أصفر.. إلخ) رغم أن الزوجين مثلا ذو بشرة سوداء.

عكس المشرع الجزائري، المشرع التونسي فصل في مسألة حفظ الأمشاج. فالمشرع الجزائري ترك شروط حفظ وإتلاف الأمشاج للتنظيم، لكن ليس هناك إلى حد الساعة قرار يبين هاته الشروط.

المشرع التونسي ذكر في المادة 6 شرط من شروط الولوج إلى حفظ الأمشاج وهو خاصة عندما يكون الزوج أو الزوجة مقبل على عمل طبي (عملية جراحية خطيرة مثلا) كورم البروستات،والتي قد تؤثر على قدرته على الإنجاب وهنا يقصد عملية قد تؤثر على أمشاجه (نقص الحيوانات المنوية أو انعدامها) عند الزوج مثلا.

سواء، أدت العملية أو لم تؤدي إلى نقص قدرة الإنجاب، يستطيع الزوج والزوجةاستعمال الأمشاج المجمدة لاحقا لعملية المساعدة الطبية.

المادة6 :«يمكن للشخص غير المتزوج والذي يخضع لعلاج أو الذي يستعد للخضوع إلى عمل طبّي من شأنه أن يؤثر علىقدرته على الإنجاب اللجوء إلى تجميد أمشاجه قصد استعمالها لاحقافي إطار رابطة زواج شرعي وفي نطاق الطب الإنجابي وطبقا للقواعد والشروط الواردة بهذا القانون ».

والمادة 7 من الأمر عدد 1027 لسنة 2003، تطبيقا للمادة 6 من قانون الإنجاب الطبي، تبين الملف الطبي للشخص غير المتزوج (الذي يمكن له الولوج إلى حفظ الأمشاج لاستعمالها لاحقا عند الزواج) إن يخشى القيام بعملية تؤثر على أمشاجه لاحقا.

أما المادة 11 فصلت في شروط حفظ الأمشاج،

الشرط الأول: لا يمكن الولوج إلى حفظ الأمشاج إلا لغايات علاجية قصد مساعدة الزوجين على الإنجاب: فلا يمكن مثلا الولوج إلى حفظ الأمشاج من أجل الحفظ وفقط، بدون سبب علاجي.

الشرط الثاني: الرضا، والرضا يكون صريح، عبر طلب كتابي يمضيه الزوجين لحفظ الأمشاج أو حفظ أمشاج أحد الزوجين، يجب التوقيع من طرفه، أما الأجنة التوقيع يكون من طرف الزوجين.

الشرط الثالث: احترام المواد 3،4، 5 من القانون والمتعلق بمجال تطبيق المساعدة على الإنجاب وهذاواضح، الولوج إلى التقنية لغاية الإنجاب في حالة إعدام الإنجاب، بحضور الزوج وبقبولهما.

الشرط الرابع: مدة حفظ الأمشاج 5 سنوات:

تحفظ الأمشاج لمدة 5 سنوات قابلة للتجديد وذلك كتابة من طرف أحد الزوجين بالنسبة لأمشاجه، أما الأجنة التوقيع يكون من طرف الزوجين.

إنقضاء المدة: سواء بالفسخ، وذلك بطلب ممضي من الزوج بالنسبة لأمشاجه، والزوجين معا بالنسبة للأجنة. الفقرة 4 المادة 11.

أو إنقضاء المدة قانونيا سواء:

1- بموت أحد الزوجين (الفقرة 3 المادة 11)،

2- الطلاق (إنحلال الرابطة العقدية): ويمكن للزوجين أو لأحدهما أن يطلب من المحكمة المتعهدة بقضية الطلاق القضاء بإنهاء تجميد الأجنة المتأتية منهما وذلك بعد الحكم بالطلاق.

كما يحق لأحد المفارقين قبل انقضاء المدة المشار إليها بالفقرة الثالثة من هذا المادة المطالبة بإنهاء تجميد تلك الأجنة بمقتضى إذن على عريضة.

(الفقرات 6 و 7 من المادة 11)

المشرع التونسي أحسن كثيرا بتنظيم عملية المساعدة الطبية على الإنجاب، في ظل العلاقة الزوجية وفي حالة انحلال الرابطة الزوجية.هذا بالنسبة لحفظ الأمشاج والقبول يكون بالنسبة للزوج الذي يريد حفظ أمشاجه، أما الأجنة فتتم بموافقة الزوجين،وهنا مسألة حكم تجميد الأجنة في الإسلام لأغراض علاجية. بعد البحث وجدنا إجابة أحد الأعضاء لسائلة تسأل عن تجميد أجنتهافي موقع إسلام ويب:فلا حرج في تجميد الأجنة إن توفرت الضوابط، وتيسرت سبل التخلص من المحاذير الشرعية المانعة منها، والتي من جملتها بقاء الأجنة، وتعرضها للاختلاط، أو انتفاع الغير بها؛ ولذلك أوصى قرار مجمع الفقه الإسلامي، بأنه إذا حصل فائض من البويضات الملقحة . بأي وجه من الوجوه . تترك دون عناية طبية، إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي، وراجعي في ذلك الفتاوى التالية أرقامها: 5995، 128515، 168673.[1]

وتبين المادة 12 حق الزوجين بإتفاق مكتوب في الحصول على تجميد أجنة زائدة وتكون ذلك للإستعمال الطبي فقط (المادة 13).

[1] https://islamweb.net/ar/fatwa/300964/لا-حرج-في-تجميد-الأجنة-بهذه-الضوابط

المادة 12: « **يمكن بموافقة الزوجين الكتابية. الحصول على أجنة زائدة وحفظها قصد إجراء محاولة جديدة لإعادة عملية الزرع وذلكبناء على رأي الطبيب المباشر.»**

المادة 13:« **لا يمكن الحصول على جنين بشري بواسطة الأنبوب أو بتقنيات أخرى إلا في إطار الطب الإنجابي ووفقا لغاياته كما يضبطهاهذا القانون. »**

كذلك تنظم المواد **25 ،26 ،27**أمورا أخرى تتعلق بحفظ الأمشاج، كحالة إيقاف النشاط أو غلق المؤسسة، وذلك بإبرام إتفاقية مع مؤسسة أخرى وذلك تحسبا لكل نقل محتمل للأمشاج والأجنة. (المادة 25 الفقرة 01)؛ وإعلام الشخص بنقل أمشاجه (المادة 26)، ونقل السجلات (المادة 27).

تقابل المواد، 374، 375، 376 من القانون الجزائري، المواد 7، 8 ،9 ،14، 15 من القانون التونسي، وهي تنص على الموانع.

الجمعية الجزائرية لطب الإنجاب[1]SAMERE

الموقع الرسمي للجمعية الجزائرية لطب الإنجاب، ليس هناك تعريفات في التشريع، لهذه الجمعية، لكن وجدنا تعريفات في الموقع الرسمي للجمعية وحتى مواقع أخرى لتطبيق الجمعية، فمن بين التعريفات: الجمعية الجزائرية لطب الإنجاب هي مؤسسة ذات طابع علمي، نشأت في 2013 جانفي، هدفها ترقية المساعدة الطبية على الإنجاب، تطوير علاجات العقم عند الزوجين في بلدنا الجزائر،وذلك بنقل المعارف الطبية وترقية وتطوير البحث العلمي.[2] قامت الجمعية بندوات وطنية حول المساعدة الطبية على الإنجاب[3] ولها صفحة في فايسبوك[4] وموقع رسمي[5] .

من بين أهداف الجمعية :

- العمل على ترقية المساعدة الطبية على الإنجاب في الجزائر لغرض المتزوجين الذين يعانين من العقم، ومساعدتهم على تلقي رعاية صحية أفضل.
- المشاركة في التكوين المستمر للمختصين في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب.
- ترقية البحث العلمي .

---

[1] https://samere-dz.com/ الموقع الرسمي للجمعية الجزائرية لطب الإنجاب

[2] https://play.google.com/store/apps/details?id=com.mgevents.SAMERE

[3] https://samere-dz.com/elearning.php

[4] https://www.facebook.com/SAMERE.ALGERIE/

[5] https://samere-dz.com/

- نقل المعرفة حول تقنيات العملية وذلك عبر ملتقيات وطنية ودولية .
- نشر المعلومات، أفكار جديدة، الإشكاليات المتعلقة بالعملية PMA.

لكن لم نجد القانون الذي ينظم هاته الجمعية، عكس المشرع التونسي الذي أعطى طابع رسمي للجنة أو الجمعية المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب،ومنح إياها صلاحيات، فهي التي تبثت في قبول طلبات الزوجين قبل وزارة الصحة.

المادة 16: «تحدث لجنة وطنية للطب الإنجابي مكلفة بإبداء رأيها في المسائل المنصوص عليها بهذا القانون.

وتضبط تركيبة هذه اللجنة وطرق سيرها بأمر.»

تقريبا نفس الشيء كالجمعية الوطنية للمساعدة الطبية في الجزائرSAMERE، إلا أن القانون التونسي نص عليها صراحة وأعطاها طابع رسمي، نتمنى تدارك ذلك من المشرع الجزائري.

أعطى المشرع السعودي، للجنة طابع رسمي عكس المشرع الجزائري وأولاها صلاحيات، منها: **لجنة الإشراف في القانون السعودي:**

المادة الثامنة عشرة : تختص لجنة الإشراف بما يأتي:

1. التوصية بمنح الترخيص لوحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم، وتحديد مستوى نشاطها، وذلك بعد التأكد من استيفاء شروط الترخيص.
2. دراسة طرق ووسائل الإخصاب والأجنة وعلاج العقم، وتحديد شروطها، وإقرارها.
3. النظر في طلبات إجراء أبحاث أو تجارب طبية في مجال الإخصاب والأجنة وعلاج العقم.
4. تشكيل لجان فنية للتأكد من استيفاء شروط الترخيص، ودراسة التقارير والشكاوى، والقيام بأعمال الرقابة على هذه الوحدات، وأي موضوع تراه لجنة الإشراف، وتحدد مكافأة هذه اللجان من قبل مجلس الوزراء.
5. أي مهمة أخرى تسند إليها بموجب هذا النظام أو لائحته التنفيذية.
6. وللجنة الاستعانة بخبراء أو جمعيات أو مراكز علمية أو هيئات متخصصة على سبيل المشورة. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا النظام إجراأت وقواعد عمل هذه اللجنة.

المادّة 372:« تتم الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض. في مؤسّسات أو مراكز أومخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك.

تحدّد الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلةبالمساعدة الطبية على الإنجاب وكذا كيفيات الترخيص لهذه المؤسّسات والمراكز والمخابر، عن طريق التنظيم.»

يفهم من المادة ليست كل المؤسسات والمراكز الخاصة والعمومية، المخابر في البلد مرخصة مسبقا للقيام بالعملية، وللقيام بالعملية يجب أن تتحصل هاته الأخيرة على ترخيص،ولم يبين القانون ما هي الشروط التي يجب أن تتحقق في هاته المراكز و المؤسسات و المخابر لتقلي التصريح، طبعا من بين الشروط يمكن إستنتاج أنه يجب أن يكون هناك العنصر البشري و المادي محقق في هاته المراكز، من طاقم مؤهل للقيام بالعملية، و كل التجهيزات و الماديات التي تدخل في القيام بالعملية و يتم مراقبة هذا من طرف وزارة الصحة.والفقرة الثانية من المادة تنص على أن النصوص التنظيمية، هي من تنظم هذه المسألة.

المؤسسات القائمة بعملية المساعدة الطبية:

المادّة 373:«يجب أن يتمّ تنفيذ المساعدة الطبية علىالإنجاب مع مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمنالصحي في هذا المجال، المحددة عن طريق التنظيم.

تخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية علىالإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة. ويتعيّن عليهاإرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحيةالمعنية».

جاءت المادة بمصطلحين،قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال،ولمتعرفهما،ويمكن تعريفهم على أنهم:

في عالم الأعمال مثلا، يتم تداول المصطلح "أفضل الممارسات" وأحيانا "الممارسات الجيدة أو الحسنة"، وعلى الرغم من إساءة استخدامه كثيرا إلا أنه يظل أحد أهم المفاهيم المرتبطة بتحسين الأداء. يقصد بالممارسات الحسنة الأفعال أو الإجراءات التي تعرف على نطاق واسع بأنها سليمة وفعالة،[1] أو ببساطة، "أكثر"، الممارسات الأكثر فاعلية، سواء على مستوى العالم أو مستوى الصناعة أو المجال الذي تتم به الممارسة (المجال الصحيفي موضوعنا). وللدور المحوري لهذه الممارسات، إذ تصنع الفارق بين النتيجة وعدم وجود نتيجة، أو بين

[1]طلال الجديبي ، هيئة الممارسات الحسنة، مقال جريدة العرب الإقتصادية الدولية ، الجمعة 29 مارس 2019.
https://www.aleqt.com/2019/03/29/article_1569976.html

الأداء الجيد والأداء السيئ، لا بد من وجود آلية لتحديدها ونشرها وتيسير استخدامها، قد تكون هذه الآلية برنامجا وطنيا، أو قنوات تواصل متخصصة، أو تفاعلات معينة، المطلب أن تتركز الجهود لتحقيق هذا الأمر. وإذا أسقطنا هذا التعريف على المجال الصحي، فالممارسات الجيدة في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب هي الأفعال الحسنة والإجراءات الحسنة التي تحسن الأداء للوصول إلى نتيجة ألا وهي الإنجاب بدون أية خطورة خاصة على حياة المرأة الحاملوهذا هو تعريفنا.

وردَّد التقرير اللاحق للجنة الأمن الإنساني8– 27: UNDP, 1994 « الأمن الصحِّي هو جوهر الأمن الإنساني، والمرض والعجز والوفاة التي يمكن تجنبها هي تهديدات منتشرة بشكل خطير على الأمن الإنساني. »

تعريف آخر للأمن الصحي: الأمن الصحِّي هو السعي إلى تحرير الإنسان من كل التهديدات التي يمكن أن تؤثِّر سلبًا في سلامته الجسدية والعقلية والاجتماعية، وليس مجرد تقديم الرعاية الصحية التي تحميه من المرض والعجز فحسب. وبكلمات أخرى: يشير الأمن الصحِّي إلى جميع الإجراءات التي تتخذها الدولة بهدف اكتمال السلامة الجسدية والعقلية والاجتماعية لجميع مواطنيها دون تمييز.1

خصص المشرع التونسي في قانون طب الإنجاب، 3 أبواب، الباب الأول: أحكام عامة (المواد 1 إلى 16)، الباب الثاني: في التراخيص وطرق الممارسة (المواد 17 إلى 27)، الباب الثالث: في طرق المراقبة ومعاينات المخالفات والعقوبات.

فقام بتبيان ما هي الشروط التي يجب أن تتحصل عليها المراكز،المخابر، المؤسسات خاصة أو عامة كانت على تراخيص القيام بالعملية في الباب الثاني، وما هي الالتزامات التي تقع على طبيب مسؤول الوحدة التي تقوم بالعملية (يكون طبيب نساء)، والطبيب الممارس.

المادة 18: «يمنح الترخيص المنصوص عليه بالمادة السابق بعد تقديم الطالب لملف فني وإداري وبعد قيام المصالحالمختصةبوزارةالصحة العمومية بإجراء تفقد على عين المكان يثبت احترام المؤسسة للأحكام التشريعية والترتيبية الجاري بها العمل في هذا المجال» .

[1]Aboudouh, Khaled. (2021). الأمن الصحِّي. Security Policy Paper. 2. 1-4. 10.26735/CACG7069.

المادة 18 بينت ما الذي يجب أن تقدمه هاته المؤسسات للحصول على الترخيص، ملف فني وإداري لوزارة الصحة العمومية وذلك بعد إجراء تفقد ورقابة من قبل مصالح الوزارة لهاته المؤسسات. فيجب تحقق الشرط الرقابة، لكي يمكن إرسال الملف لدراسته وقبوله.

كما أن قلنا سابقا، أن الترخيص يحتوي ملف تقني وإداريولهذا بينت المادة 2 من الأمر عدد 1027 لسنة 2003 مؤرّخ في 28 أفريل 2003 يتعلّق بتحديد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته. القاعات السريرية والبيولوجية التي يجب أن تحتويها كل وحدة تقوم بالطب الإنجابي، والمادة 4 بينت ما هي المعدات التي يجب أن تحتويها كل وحدة مثل النابذ، آلات التبريد للأمشاج، أنواع كثير من المجاهر (جمع مجهر). وكل المعدات مذكورة في المادة.

تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب في المراكز المرخص لها في وحدة مستقلة، مستقلة عن الوحدات الأخرى (مصلحة العظام، الأسنان، الأمراض الأخرى ...)

والمسؤول الأول الإداري والرئيسي للوحدة ويجب أن يكون طبيب نساء (الفقرة 1 و2 من المادة 19) أما الترخيص قبل أن تمنحه وزارة الصحة بعد أن تبت فيه اللجنة المختصة بالمساعدة الطبية.(الفقرة 03)

المادة 19:« يجب يمارس الطب الإنجابي في المؤسساتالمرخص لها في إطار وحدة منفردة ومستقلة وظيفيا.

وتكون هذه الوحدة تحت المسؤولية الإدارية لطبيب نساء مختصفي التوليد مرخص له شخصيا في ذلك ويتولى بصفته تلك دور المنسقللوحدة المذكورة.

يمنح هذا الترخيص بمقتضى قرار من الوزير المكلف بالصحةالعمومية بعد أخذ رأي اللجنة المنصوص عليها بالمادة 16 من هذاالقانون.

ويجب على منسق الوحدة المذكورة توجيه تقرير سنوي حولنشاطها إلى وزارة الصحة العمومية طبقا لنموذج معد لهذا الغرض منقبل الوزارة المذكورة وذلك في غضون الثلاثة أشهر الموالية للسنة التييتعلق بها التقرير. ويعرض هذا التقرير على اللجنة المذكورة أعلاه لإبداء الرأي بشأنه مع المحافظة على سريّة البيانات المضمنة بالملف» .

وتم ذلك بأمر عدد 1027 لسنة 2003 مؤرّخ في 28 أفريل 2003 يتعلّق بتحديد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته.

المادة 20:« **يجب على المؤسسات التي ترغب في ممارسة الطب الإنجابي أن تستجيب لشروط خاصة تضبط بأمر ».**

أما مراكز المساعدة على الإنجاب سماها المشرع السعودي وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم وفي **المادة الثالثة:« تلتزم وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم في ممارسة نشاطها بالفتاوى الشرعية التي تصدرها هيئة كبار العلماء في المملكة ».**

ألزمها في تأدية نشاطها بالاقتداء بالفتاوى الشرعية التي تصدرها هيئة كبار العلماء في المملكة. وفي المادة التاسعة عشرة «لا **يجوز تأسيس وحدة للإخصاب والأجنة وعلاج العقم ولا تشغيلها، إلا بعد الحصول على ترخيص الوزارة، بناء على توصية من لجنة الإشراف.** » من الباب الثالث : شروط الترخيص لوحدات الإخصاب والأجنحة وعلاج العقم.

ذكر المشرع السعودي أن مراكز العلاج لا يمكنها بدأ نشاطها، إلا بناء على ترخيص يمنح من الوزارة، لكن يسبق هذا الترخيص، نوعا ما ترخيص آخر وهو عبارة عن توصية أو تزكية من قبل لجنة الإشراف للوزارة بخصوص المركز الذي يطلب الترخيص. نفس الشيء بالنسبة للتشريع المغربي فيما يخص الترخيص بعد إستيفاءالشروط المادية من عتاد والشروط البشرية (الأطباء المؤهلين للعملية)، يتم منح الترخيص من قبل الوزارة وقبل ذلك بناء على توصية اللجنة الاستشارية.

المادة 8من التقنين المغربي للمساعدة على الإنجاب:« **لا يجوز القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب إلافي المراكز الخاصةللمساعدة الطبية على الإنجاب أو في المؤسسات الصحية العمومية أو الخاصة. المعتمدة بصفة قانونية لهذا الغرض من قبل الإدارة المختصة بعد استطلاع رأي اللجنة الاستشارية للمساعدة الطبية علىالإنجاب المنصوص عليها في المادة 31 بعده والمشار إلها في هذا القانونباللجنة الاستشارية.**

لا يمكن منح الاعتماد إلا للمؤسسات الصحية التي تتوفر على وحدة مستقلة مخصصة حصريا لممارسة تقنيات المساعدة الطبيةعلى الإنجاب أو للمراكز الخاصة للمساعدة الطبية على الإنجاب.

والتي تستجيب للمعايير التقنية للإنشاء والتجهيز المطلوب توفرها فيهذه الوحدة أو هذا المركز وكذا للمعايير من حيث عدد المستخدمين والمؤهلات المطلوب توفرها فهم؛ والتي تحدد بنص تنظيمي بعد استطلاع رأي اللجنة الاستشارية.

يجب أن يوضع المركز الخاص للمساعدة الطبية على الإنجابووحدة المساعدة الطبية على الإنجاب المشار إليهما في الفقرة السابقة . تحت مسؤولية ممارس معتمد وفقا للمادة 9 بعده » .

إلتزامات الطبيب الممارس:

تنص المادة22:« يجب على الطبيب الممارس المعني قبل الشروع في المباشرة الفعلية للطب الإنجابي:

- **أن يتثبت من احترام الشروط المنصوص عليها بالمواد 3 و4 و5من هذا القانون.**
- **أن يسلّم إلى منسق وحدة الطب الإنجابي مطلب الزوجين ممضعليه كما يجب من قبلهما وذلك لغاية حفظه.**
- **ويجب أن يصاغ مطلب الزوجين طبقالنموذجيضبط بمقتضى قرارمن الوزير المكلف بالصحة العمومية.»**

تبين المادة 22 التزامات الطبيب الممارس،

الالتزام الأول: التحقق من تحقق شروط المواد 3،4، 5 في الزوجين:

قبل الشروع في العملية، التحقق من تحقق الشروط في الزوجين، (المواد 3،4،5) : الزوجين على قيد الحياة ، زواج قانوني (عقد الزواج) ، الزواج ساري المفعول و ليس هناك طلاق ، الطلب مكتوب و ممضي . ويكون مفرغ في قالب (نموذج طبقا لقرار).

الالتزام الثاني:تسليم المطلب الممضي والمفرغ في النموذج إلى مسؤول الوحدة.

وبينت المادة 4 من القانون السعودي هذا الالتزام أيضا على الطبيب الممارس:

المادة الرابعة :«يجب التأكد من وجود علاقة زواج قائمة قبل البدء في العلاج، ويحظر تخصيب أي بيضة للزوجة بنطفة الزوج بعد الطلاق أو الوفاة، ويجب على الطبيب عند حدوث ذلك أن يوقف عمليات الإخصاب والتلقيح. »

من بين التزامات الطبيب الممارس التحقق قبل بدأ العملية من قيام عقد الزواج، وليس هناك وفاة لأحد الزوجين. عكس ذلك يجب إيقاف الشروع في العملية .

كما بينت المادة 16 من التقنين المغربي التزامات الطبيب الممارس، تقريبا نفس الشيء:

يجب على الممارس المعتمد قبل القيام بأية تقنية من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب. العمل خصوصا على ما يلي:

- الحصول على الطلب المنصوص عليه في المادة 12 أعلاه
- التحقق من هوية الزوجين
- التأكد من أن اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب مبرر بالنظر إلى هدفه كما هو محدد في المادة الأولى أعلاه. ومن استيفاء الزوجين للشروط المنصوص عليها في المادة 12 من هذا القانون.
- عقد لقاء مع الزوجين قصد الاطلاع على العلاجات التي سبق أن خضعا لها ومدهما بجميع المعلومات الطبية والعلمية المتعلقة بالتقنية المقترحة، ولا سيما تلك المنصوص عليها في المادة 13 منهذا القانون.
- الحصول على موافقة الزوجين طبقا للمادة 13 من هذا القانون.

- وصف الفحوصات الطبية اللازمة لتقييم الحالة الصحية للزوجين وللقيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

يجب على الزوجين أن يشهدا كتابة بأن الممارس قد مدهما بجميع المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة، وأن يقدما تعهدا خطيا لإبلاغ المسؤول عن الوحدة أو المركز عن وفاة أي واحد منهما أوعن أي تغيير قانوني في هويتهما أو في علاقهما الزوجية أو في مكان إقامتهما مع الإدلاء بنسخ من الوثائق المثبتة لذلك.

مسألة حماية المعلومات ذات الطابع الشخصي:

الكثير من الأزواج تخاف الإقبال على العملية وهذا راجع تارة إلى الخوف بالتلاعب بالأمشاج من طرف بعض النفوس ذات النوايا السيئة و من تم أيضا التلاعب بالمعلومات الشخصية، بيعها أو حتى إعطاء هاته المعلومات لأغراض لا نعلمها، قد تكون كثيرة كما قلنا سابقا التلاعب بالأمشاج و معرفة أين هي محفوظة و لمن هي تابعة لكي يستعملها شخص آخر و هذا ما يتخوف منه الزوجين.

هناك الكثير من المواد في قوانين المساعدة الطبية على الإنجاب تكلمت عن الموضوع ومنها المشرع التونسي:

مسألة حساسية وشخصية المعلومات وحمايتها، يتعلق هذا الموضوع أيضا بسرية المعلومات ذات الطابع الصحي والشخصي للأشخاص المقبلين على العملية وكل ما يتعلق بمعلومات حفظ الأمشاج،

المادة24: « يجب المحافظة على المعلومات المتعلقة بأنشطة الطبالإنجابي في ظروف تضمن احترام صبغتها السرية ».

و أيضا المادة 9 من الأمر عدد 1027 لسنة 2003 مؤرّخ في 28 أفريل 2003 ، تنص في فقرتها الثانية : يجب ان لا تكون الحواسيب المخصصة للعملية مرتبطة بنظام خارجي عن الوحدة و ان يكون الإطلاع على المعلومات الاسمية تحت مسؤولية الطبيب المنسق و مخصصا للأشخاص المرخص لهم و ذلك بواسطة رموز عبور سرية (Password) و الفقرة الثالثة منها تظيف على أن اساليب تدوين المعلومات الشخصية و الإطلاع عليها و تغييرها في وثيقة توضع على ذمة متفقدي وزارة الصحة العمومية كما يجب الاحتفاظ بنسختين من المعطيات الإعلامية .

كما تضيف المادة 21 الفقرة 01، يجب على كل طبيب تدوين كل المعلومات المتعلقة بأعماله في سجل فردي مؤشر من قبل القاضي المختص محليا.و ذلك بدون انقطاع، كما تضيف الفقرات 02 و 03، الفقرة 02 مكان حفظ السجلات، هو محلات وحدة المساعدة الطبية دون سواها، الفقرة 03 طبيعة البيانات و المعلومات المدونة يبنها قرار صادر من وزارة الصحية العمومية :قرار من وزير الصحة العمومية مؤرّخ في 16 جويلية 2003 يتعلّق بسجلّ أعمال الطب الإنجابي .

والكثير من المواد في مختلف التشريعات العربية والغربية تتكلم عن حساسية معلومات المرضى،**المشرع السعودي مثلا: المادةالثانية عشرة :**

« يجب أن تراعي وحدة الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السرية المطلقة بالنسبة إلى المعلومات الخاصة بالمرضى، ويجب ألا تسمح لأحد بالاطلاع عليها إلا في الحالات التي تقتضيها الضرورة، بناء على موافقة لجنة الإشراف أو الجهات القضائية » .

مادة أخرى تتكلم عن الطابع السري للمعلومات الصحية التي يجب على وحدة الإخصاب تشفيرها وحفظها وعدم نشرها تحت طائلة العقوبات، كقاعدة عامة. إلا في الحالات التي تقتضيها الضرورة و لم يذكر المشرع السعودي بعض الحالات التي تفتضيهاالضرورة، و تكون الموافقة على الإطلاع عليها استثناءا بناء على موافقة لجنة الإشراف على العملية أو الجهات القضائية. وتضيف المادة السابعة والعشرون من القانون السعودي:

على وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم توثيق جميع المعلومات والبيانات والإجراأت التي تقوم بها، وتسجيل دورات العلاج ونوعيتها ونتائجها بدقة ووضوح وأمانة، وحفظها لمدة عشر سنوات على الأقل، وتقديمها للجهات المختصة عند طلب مراجعتها.

وتضيف المادة 3 من التقنين المغربي: لا يمكن ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب إلا في إطار احترام كرامة الإنسان والمحافظة على حياته وسلامته الجسدية والنفسية وعلى خصوصيته. **وكذا في احترام سرية المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به. طبقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل. كما نصت المادة 17 من التقنين المغربي على الإلتزام بسرية المعلومات.** وتضيف المادة 18 على وجوبية حفظ الأعمال المدونة في سجل مؤشر عليه من طرف رئيس المحكمة الابتدائية المختصة.ويجب مسكه

من طرف مسؤول الوحدة و تركه داخل المحلات كقاعدة عامة،إستثناء ا إلا في الحالات المنصوص عليها قانونيا. وتضيف **المادة 34 من التقنين المغربي:**

« يجب على أعضاء اللجنة الاستشارية. تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في الفصل 446 من مجموعة القانون الجنائي. حفظسرية المعلومات التي قد تصل إلى علمهم بمناسبة قيامهم بمهامهم ».

فعلا المشرع التونسي، كان سباقا في كل الدول العربية، ففي 2001، قنن قانون عصري، بقوانين تنظيمية كي لا يترك أي فراغ ومنه تحقيق الأمن القانوني في هذا المجال، فكل طرف يعرف ما عليه من التزامات وحقوق.

القانون 47-14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب المغربي 2019، لا يختلف كثيرا عن القانون التونسي 2001، فهناك بعض الاختلافات التي ليست جوهرية في الحقيقة، فالقانون المغربي مقسم إلى 7 أبواب لا تختلف بدورها عن 3 أبواب القانون التونسي.

نرى في الباب الرابع، الفرع الأول: التشخيص قبل الزرع، إعطاء المشرع المغربي أهمية كبيرة في المادة 19 إلى تشخيص الأمراض عند الزوجين،وذلك لتفادي نقل اللواقح المصابة إلى الجنين،ونقل له سوى اللواقح السليمة.

التشخيص قبل الزرع في القانون السعودي:

المادة الثامنة: «لا يجوز التدخل في الخلايا الجنسية أو الجينات الوراثية، إلا لمعالجة أمراض وراثية أو جينية يمكن أن تصيب الجنين ويمكن تعديلها بعلاج الجينات الوراثية، على أن تجيزها لجنة الإشراف قبل ذلك. »

المسؤولية التقصيرية للطبيب:

المادة العاشرة:« يكون الطبيب مسؤولًا مسؤولية كاملة عن جميع الأضرار التي يسببها خطؤه في العلاج ».

المشرع السعودي أضاف هاته المادة التي تتكلم عن المسؤولية التقصيرية للطبيب،و لهذا يجب تأمين الطبيب من المسؤولية التقصيرية، تأمين محترفي الصحة.

المادة الحادية عشرة: «يكون كل من الطبيب والمساعد والفني مسؤولًا عما يرتكبه من إهمال أو تقصير أو خطأ يؤدي إلى اختلاط أو استبدال النطف أو البييضات أو اللقائح أو الأجنة. »

و تضيف المادة 11 مسؤولية تقصيرية بالنسبة للأمشاج، عدم حفظها جيدا،إهمال، تقصير، خطأ في اختلاط و استبدالالأمشاج ، و لهذا يجب على المحترفين التدقيق و مراعاة الأرقام التسلسلية و هوية أصحاب الأمشاج .

المسؤولية الإدارية لمسؤول الوحدة:

المادة السادسة والعشرون«: **المشرف الطبي المسؤول عن وحدة الإخصاب والأجنة وعلاج العقم مسؤول مسؤولية كاملة عن عمل هذه الوحدة، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا النظام مهمات هذا المشرف في كل مستوى، كما تحدد مهمات الأطباء المساعدين والتقنيين والفنيين. »**

العقوبات المطبقة على الإخلال بأخلاقيات المساعدة الطبية على الإنجاب:

خصص المشرع الجزائري 03 مواد جزائية تتعلق بالعقوبات الجزائية بخصوص المساعدة الطبية على الإنجاب: المواد: 434 ،435 ،436.

المادّة 434:« يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371من هذا القانون. المتعلّقة بالمساعدة الطبية على الإنجابالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنواتوبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج » .

يذكر أن المادة 371، كما قلنا تتكلم عن شروط الولوج إلى عملية المساعدة الطبية على الإنجاب، في الفقرة 01، تنص على شرط الولوج إلى التقنية، الزواج القائم، الزوجين على قيد الحياة، وتتكلم على رضا الزوجين المكتوب في الفقرة 02.

إذن كل من خالف هاته الشروط سواء من أشخاص غير متزوجين يريدون الولوج إلى التقنية، أو زوج فقد زوجته أو العكس، أو انحلال الرابطة الزوجية و محاولة الولوج إلى التقنية، أو مخالفة شرط الرضا المكتوب، أو كل طبيب ممارس لا يتحقق من هاته الشروط كإلتزامات تقع عليه، تطبق عليه المادة 434.

المادّة 435: «يعاقب كل من يخالف المنع المنصوصعليه في أحكام المادة 374 من هذا القانون المتعلقة بالتبرعوالبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسمالبشري. بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج » .

كما تنص المادة 374 على منع التداول للبحث العلمي،البيع، التبرع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة:بالأمشاج، الأجنة والسيتوبلازم.

إذن كل طبيب ممارس لا يلتزم بهاتهالمادة، أو مسؤول وحدة، أو أي مواطن يقوم بالتبرع،البيع، تداول الأمشاج،الأجنة، السيتوبلازم يعاقب بالمادة 435.

المادّة 436:« يعاقب كل من يخالف المنع المنصوصعليه في أحكام المادة 375 من هذا القانون. المتعلقة باستنساخأجسام حيّة مماثلة وراثيا وانتقاء الجنس. بالحبس منعشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج » .

لم يعرف المشرع الجزائري الاستنساخ،وإنتقاء النسل عكس تشريعات أخرى، مثلا التشريع المغربي:منع كذلك المشرع المغربي الاستنساخ.وقد تم تعريفه في المادة 02من التقنين المغربي.**الاستنساخ التناسلي:** كل ممارسة تهدف إلى استيلاد طفل مطابقجينيا لشخص آخر حيا كان أوميتا.وهذا ما نصت عليه جل القوانين العربية.

وكذلك منع انتقاء النسل وعرفه في المادة 02،**انتقاء النسل: مجموع الأساليب والممارسات التي تهدف إلى التدخل في الرصيد الجيني للجنس البشري قصد تغييره أوالعمل على انتقاء الأشخاص.** وهذا محرم شرعا وقانونيا عند الدول العربية. مثلا محاولة إنجاب طفل بالميزات الجسدية التي يرغبها الزوجين في طفلهم المستقبلي (عينين زرقاء، شعر أصفر.. إلخ) رغم أن الزوجين مثلا ذو بشرة سوداء.

فكل طبيب، أو شخص يستعمل هاتين التقنيتين، يعاقب بالمادة 436 التي هي واضحة.

و لم يذكر المشرع الجزائري، عكس الكثير من التشريعات العربية، العقوبات الإدارية، مثلا المشرع التونسي قبل العقوبات الجزائية، ذكر العقوبات الإدارية:

المادة29 : تتعرض المؤسسات التي لا تمتثل لأحكام هذا القانونولنصوصه التطبيقية إلى إحدى العقوبات التالية:

- **الإنذار**
- **التوبيخ**
- **السحب المؤقت للترخيص في ممارسة أنشطة الطب الإنجابي**
- **السحب النهائي للترخيص في ممارسة أنشطة الطب الإنجابي**

وتتخذ هذه العقوبات بمقتضى قرار من الوزير المكلف بالصحةالعمومية على أساس محضر محرر من قبل تابعينلمصالح التفقد وبعد سماع ممثل المؤسسة المخالفة وبعد أخذ رأياللجنة المنصوص عليها بالمادة 16 من هذا القانون.

ويتخذ قرار السحب المؤقت لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر.

فهناك أربع درجات، الدرجة الأولى: الإنذار،

الدرجة الثانية: التوبيخ،

الدرجة الثالثة: سحب الترخيص المؤقت الذي لا يزيد عن 3 أشهر في ممارسة أنشطة الطب الإنجابي

الدرجة الرابعة: السحب النهائي للترخيصفي ممارسة أنشطة الطب الإنجابي.

وتكون العقوبة بقرار من وزير الصحة العمومية، بناء على محضر مصالحه المراقبة لهاته المؤسسات، وبناء على محضر سماع ممثل المؤسسة المخالفة، و بعد أخذ رأي اللجنة الإستشارية (المادة 16 من التقنين التونسي).

المواد 40 الى المواد 46 من التقنين المغربي، كلها تنص على العقوبات الجزائية التي تطبق في حالة مخالفة مواد التقنين المغربي المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، إضافة إلى قانون العقوبات.

ولم يتكلم عن العقوبات الإدارية عكس المشرع التونسي، إلا سحبالاعتماد كإجراء تحفظي (المادة36 الفقرة 02).

لكن ما أثار انتباهنا في التقنين المغربي هو التفصيل في مهام المفتشين، وإعطاء لهم صلاحيات مثل صلاحية إصدار محاضر لها نفس قوة إثبات محاضر الشرطة القضائية (المادة 36 الفقرة 01).

كما أعطى للمفتشين في المادة 37 صلاحية المراقبة التقنية للوحدات القائمة بالمساعدة الطبية على الإنجاب مرة في السنة، كما يستطيعوا مراقبة الملفات الطبية والسجلات بحضور مسؤول الوحدة.

وفي المادة 38 صلاحية حجز المعدات، بعد الجرد امام مسؤول الوحدة،وتسليم نسخة محضر الجرد الى مسؤول الوحدة،وتسليم المحضر في ظرف 5 ايام الى وكيل الملك (وكيل الجمهورية عندنا)، الذي يستطيع رفع الحجز بأمر من المحكمة.

القانون التونسي أيضا وفق في تنظيم العقوبات (عقوبات إدارية، وعقوبات جزائية)

القانون الإماراتي أيضا قسم العقوبات إلى تأديبية و جزائية:

المادة 24: الجزاءات التأديبية

مع عدم الإخلال بالعقوبات الجزائية المقررة بهذا القانون أو بأية قوانين أخرى، يجوز للجهة الصحية كل حسب اختصاصها، توقيع الجزاءات التأديبية الآتية:

1- بالنسبة للمخالفات التي ترتكبها المراكز وذلك بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات الصادرة تنفيذاً له:

أ- التنبيه الخطي.

ب- الإنذار الخطي.

ج- الغرامة التي لا تقل عن (1000) ألف درهم ولا تزيد على (1.000.000) مليون درهم.

د- وقف الترخيص مؤقتاً لمدة لا تزيد على ستة أشهر.

هـ- إلغاء الترخيص.

2-بالنسبة للمخالفات التي يرتكبها العاملون الصحيون المرخص لهم بالعمل في المراكز وذلك بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات الصادرة تنفيذاً له:

أ- التنبيه الخطي.

ب- الإنذار الخطي.

ج- الغرامة التي لا تقل عن (1000) ألف درهم ولا تزيد على (500.000) ألف درهم.

د- وقف ترخيص مزاولة المهنة مؤقتاً لمدة لا تزيد على سنة.

هـ- إلغاء الترخيص.

المساعدة الطبية في التشريع الفرنسي:

بعد 30 سنة من إدراج البيو أخلاقيات في التشريع الفرنسي، الذي أدخل تعديلات هامة على القانون المدني الفرنسي،وقانون الصحة العمومية الفرنسي، قام المشرع الفرنسي في 2021، بتعديل ثالث لمجال البيو أخلاقيات،وهذا بعد أخذ البرلمان الفرنسي لمختلف آراء المجتمع المدني،والهيئات الوطنية في مجال البيوأخلاقيات (المجلس الوطني الإستشاري للبيو أخلاقيات CCNE) حتى صيف 2019، بعد جمع كل المعلومات والنقاشات والنتائج

المتحصل عليها، قامت الحكومة الفرنسية بوضع المشروع القانوني المتعلق بتعديل البيو أخلاقيات، في البرلمان الفرنسي لدراسته والمصادقةعليه.[1]

و البرلمان بدوره أخذ وقت كبير لدراسة هذا المشروع، كما أن هذا الوقت اتسع مع جائحة الكوفيد19. فبعد 2 سنوات من وضع المشروع.تم المصادقة عليه في 29 جوان 2021، ونشره 2 اوت 2021، دخوله حيز التنفيذ الكامل في 4 اوت.يضم هذا القانون المواضيع التالية: المساعدة على الإنجاب، البحث في مجال الرحم،الجينات، التبرع بالأعضاء، إستعمال الرقمنة في مجال الصحة.

سوف نتكلم على الأحكام التي جاء بها القانون 2 اوت 2021، المتعلق بالبيو أخلاقيات، القانون 1017 -2021في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب.

المساعدة الطبية على الإنجاب: هي مجمل التقنيات المتاحة من طرف القانون لغاية الولادة الخارجة عن المسار الطبيعي.

و مع تطور العلوم، لا زالت الكثير من الأسئلة الأخلاقية في البيو مطروحة في فرنسا، و منها: إشكالية (زرع الأرحام، تدمير الأجنة، البحث و إنتقاءالأجنة) و ربما كل هاته الإشكاليات هي محظورة عندنا لتعارضها مع مبادئ الشريعة.

وفيما يخص التعديل الأخير في القانون الفرنسي، أتى بمسألة توسيع دائرة المستفيدين من عملية الإنجاب الإصطناعي.وفي رأينا هذا هو أكبر خطر يجب التحذير منهوعدم الأخذ به في التعديلات المقبلة، إذ تعدى المشرع الفرنسي الحدود من وضع بيوأخلاقيات لغرض العلاج إلى بيو أخلاقيات من أجل العمل على تشتيت الأسر،الانفتاح غير المسبوق، الدعاء إلى الشذوذ والمثلية.

تحت ما يسمى إعطاء الحرية للمرأة ومساواتها مع الرجل، إذ سمح المشرع الفرنسي للنساء غير المتزوجات (العانسات) والنساء في علاقة مثلية، بالوصول السهل إلى عملية الإنجاب الإصطناعي،وهذا يتعارض مع الديانات السماوية وحتى مع قوانين الطبيعة.

ولحسن الحظ حرص المشرع الجزائري على أن تكون العلاقة سوى بين الرجل والمرأةالمتزوجان، دون سواهما ولغرض علاجي فقط في المادة 371 من القانون 18-11.

---

[1]Camille bourdaine Mignot, Tatiana Grundler, AMP, Cellules, Souches, Génétique … Ce que change la loi de bioéthique de 2021, 8 Fiches pour présenter les apports majeurs de la loi du 2 Aout 2021, relative à la bioéthique, Droit en poche, Gualino, 2021, p5.

أراد المشرع الفرنسي في التعديل الأخير جعل المساعدة الطبية على الإنجاب قرار فردي حر وكأنها طريقة جديدة يمكن إستعمالها للإنجاب وتبسيط الأمور وهذا جد جد خطير على المجتمعات العربية الإسلامية التي يجب ألا تقتدي بمثل هاته الأمور المحظورة في ديننا. فالمساعدة الطبية على الإنجاب غرضها العلاج ولا يمكن الوصول إليها إلا بالعقم المؤكد أو ربما الخصوبة الناقصة. وليس إفعل ما شئت أنت حر.

تميز تعديل هذا القانون الجديد الفرنسي بمخالفة قواعد البيو أخلاقيات ذات الغرض العلاجي،ومن الأحكام الجديدة التي جاء بها القانون:

- إلغاء شرط العقم للولوج إلى عملية المساعدة الطبية على الإنجاب
- إمكانية المرأة غير المتزوجة والمرأة المثلية الولوج إلى تقنية المساعدة على الإنجاب
- إمكانية التبرع بالأمشاج إلى زوج آخر
- إمكانية رفع هوية المتبرع بأمشاجه من طرف الطفل المولود عن طريق المساعدة على الإنجاب
- إمكانية حفظ الأمشاج بدون أن يكون هناك عقم أو غرض علاجي
- إلغاء الرضا في التبرع بالأمشاج من طرف الزوجين لزوج آخر. أي يستطيع زوج إعطاء ماءه إلى زوج آخر بدون رضا زوجته.

السؤال الذي يطرح، هل مراكز العلاج في البلدان العربية والجزائر، لا تنحرف على القانون 18-11 فيما يخص المساعدة الطبية على الإنجاب؟ أو تستعمل بعض أحكام وأفكار القوانين الغربية لمصلحة زبائن ما؟ هل يمكن مراقبة هذا؟ كيف ذلك؟

يعود أول ظهور لتقنية المساعدة على الإنجاب في الجزائر إلى 1990، مستشفى "بارني"، ووزارة الصحة هي من صادقت عليها، ثم قامت الدولة بإيقافها في العشرية السوداء خاصة مع تصاعد التطرف الإسلامي في 1995.

كان يجب الإنتظار حتى 2013، لإعادة فتح الخلية التابعة للمؤسسة العمومية "بارني" ، و مع هذا فلا يمكن لها إستقبال الكم الهائل من الطلبات عبر كل التراب الوطني.[1]بنسبة نجاح 20% لكل العمليات ، بعد إقتناء العتاد المتطور في 2016 ، نسبة مشرفة مقارنة بالمستوى الدولي .يقول البروفيسور مجطوح.

[1]https://www.elwatan.com/pages-hebdo/magazine/qui-va-redonner-de-lespoir-aux-couples-en-detresse-15-02-2018

لأن كما نعرف قوانين الأخلاقيات وضعت للحد من بعض السلوكيات السلبية وغير المرغوب فيها، مثلا في مجال التبرع بالأعضاء قرئنا قصص في الجرائد وتقارير حول بعض العيادات والأطبة التي قامت بأعمال شنيعة في هذا المجال،وذلك بتلقي أعضاء أطفال قصر تم إختطافهم وتشريح جتثهم و بيع هذه الأعضاء إلى بعض الأطباء و المراكز و ذلك لغرض زراعتها لطفل آخر أو شخص ما من عائلة جد ثرية (تجارة الأعضاء البشرية).[1]

المبحث الثاني: التأمين وتقنية المساعدة على الإنجاب

التغطية التأمينية بخصوص تقنية المساعدة على الإنجاب يجب أن تغطي الأداءات العينية والأداء ات النقدية. لأن الضرر الذي يتكبده المؤمن له هو فقد الثروة الناتج عن:

المصاريف العلاجية (أدوية، فحوصات.. إلخ)، عملية المساعدة على الإنجاب التي هي باهضةالثمن.وكذلك أداء ات نقدية أو تعويضات يومية للأم التي توقفت عن العمل لغرض وضع الحمل.ولهذا في هذا المبحث إقترحنا حلين للتغطية التأمينية ألا وهما: الضمان الإجتماعي كمطلب أول، التأمين التكميلي كمطلب ثاني.

المطلب أول: الضمان الإجتماعي لتعويض المساعدة على الإنجاب

الضمان الإجتماعي في بلدنا، قوانينه تمتمد إلى ما قبل 40 سنة من الآن،1983.وآنذاك تقنية المساعدة الطبية لم تكن معروفة في العالم بأسره،ورغم كل التعديلات التي وقعت على هاته القوانين إلى يومنا هذا، لم يدرج المشرع الجزائري المساعدة الطبية في ترسنة قوانين الضمان الإجتماعي. فالكثير من الأدوية التي تحمل أتاوة حمراء لا تعوض،والبيضاءأيضا،وحتى الخضراء ببعض الشروط لكي تعوض. ناهيك عن الأدوية المرتفعة الثمن في تقنية المساعدة على الإنجاب. كما نعلم ان الضمان الإجتماعي في بلدنا يتخبط، لنقص موارد تمويل هذا الأخير فالكثير من أدوية الأمراض المزمنة حتى لا تعوض، فما بالك بتقنية لا يستعملها عامة المجتمع .

ليس هناك الكثير من الكتب، حتى الأجنبية، التي تكلمت في موضوع تعويض المساعدة الطبية على الإنجاب، رغم أن تعويض هذه الأخيرة يشكل موضوع هام بالنسبة للمقبلين على

---

[1] http://echoroukonline.com/عصاباتٌ-دولية-تتاجر-بالأعضاء-البشرية/

أنظر أيضا المقال : حليمة عبيد ، صالح حمليل ، جريمة اختطاف الأطفال وعلاقتها بجريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية في ظل التشريع الجزائري ، مجلة القانون والمجتمع.

هذه العملية، نعتمد علىالمقالات الصادرة في الصحف،والمواقعالرسمية،وحتى القوانين التي تتعلق بتعويض هاته العملية.

إذ يقول أحد الدكاترة "دكتور نذير" صاحب إحدى العيادات، أن العقم ليس كما هو متداول، إذ 60 % يصيب الرجال، 50 % النساء. الدكتور ندير تكلم على تعويض الضمان الإجتماعي للتقنية، إذ وصفة العلاج واحدة تساوي 8 ملايين، 10 ملايين.

كان من المحبد في نظره إدراج تقنية FIV، في وقتها قال الدكتور، أن الضمان الإجتماعي في فرنسا يعوض 4 محاولات لل FIV ، 6 محاولات للتلقيح.

ICSI أيضا يتم تعويضها[1].

على الأقل، كان على وزارة الضمان الإجتماعي، إدراج بعض الأدوية المتعلقة بالإنجاب الإصطناعي في سجل الأدوية المعوضة كالمغرب مثلا في 2019 استجابت لهذا المطلب. وتشمل الأدوية المدرجة في إطار التغطية الصحية، أدوية الجهاز البولي والتناسلي والهرمونات الجنسية، وضمنها منشطات التبويض، التي تدخل في علاجات المساعدة الطبية على الإنجاب.[2]

القانون 83-11، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، بخصوص تعويض عطلة الأمومة، لم يدرج شرط الإنجاب الطبيعي أو الإصطناعي (المساعدة الطبية على الإنجاب) لكي يتم التعويض النقذي للأم المنجبة العاملة. ومنه نفهم أن حتى المرأة التي تنجب عن طريق المساعدة الطبية لها حق في الإستفادة من تعويضات يومية (المرأة العاملة) ، و حتى التعويضات العينية، لكن فقط الأدوية المسجلة في السجل الوطني للتعويض ، و هي أغلبيتها أدوية ليست باهضة الثمن ، بأتاوات خضراء ، هذا ما يفهم قانونا . أما التعويضات العينية المتعلقة بالأدوية المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، فهي أدوية ليست مدرجة في السجل الوطني للأدوية المعوضةوهي أدوية باهضةالثمن،بأتاوات حمراء غالبا،و لهذا نادى الأطباء بضرورة إدراجها في السجل الوطني للتعويض. أما العملية في حذ ذاتها، فهي لا تعوض.

---

[1]http://www.santemaghreb.com/actus.asp?id=225 : Assistance médicale à la procréation - Des résultats satisfaisants en attendant la Sécurité sociale .
Voir aussi l'article : https://www.elwatan.com/archives/actualites/procreation-medicalement-assistee-05-12-2007

[2]https://skynewsarabia.com/varieties/1406356-المغرب-الحكومة-تستجيب-لمطلب-قديم-بشأن-مشاكل-الخصوبة

حيث خصص المشرع الجزائري، الفصل الثاني للتأمين على الولادة، القانون 83-11 من المادة 23 إلى المادة 30. و في المادة 23، حدد أداء ات التأمين على الولادة و قسمها الى أداءات عينية و أداءات نقدية.

ومانلاحظه، لم يحدد المشرع الجزائري الاستفادة من الأداءات إن كانت الولادة طبيعية أم عن طريق المساعدة الطبية.و منه يفهم أن حتى الأم العاملة التي تلجأ إلى المساعدة الطبية على الإنجاب، تتحصل على التعويضات اليومية عن الإنقطاع من العمل. أما غير العاملة تستفيد من تعويضات 80% الأدوية التي تدخل في سجل الضمان الإجتماعي. أما عملية المساعدة الطبية في حد ذاتها على الإنجاب فهي غير معوضةوكذلك الأدوية التي تتعلق بالعملية الخارجة عن سجل الأدوية المعوضة لا تعوض للأسف.

مطلب ثاني: التأمين التكميلي لتعويض المساعدة على الإنجاب

التأمين التكميلي الذي هو موضوع أطروحتنا، يمكن تعريفه على أنه مجموع الأداء ات التكميلية للضمان الإجتماعي.

التأمين التكميلي هو تعويض يأخذ شكل أداء ات (مبلغ مالي) يدفع تكملة لتعويض الضمان الإجتماعي وهذا في كل الأخطار الإجتماعية التي يغطيها الضمان الإجتماعي (التأمين الأساسي). سواء في المرض، أو الأمومة، العجز، الموت، العجز عند الشيخوخة وحتى التقاعد.

إذ من بين عقود التأمين التكميلي، التأمين التكميلي الصحي، الذي جاء كحل لتخفيف عجز صناديق الضمان الإجتماعي،وذلك بتعويض الكثير من الأدوية، حتى الحمراء التي لا يعوضها الضمان الإجتماعي. الكثير من الفحوصات والعلاجات، بما في ذلك مصاريف الأطباء الخواص، وتعويض علاج الأسنان بكل أنواع علاجاتها والتي تعتبر من الكماليات، التي لا يأخدها الضمان الإجتماعي أو التأمين الأساسي على عاتقه

فلما لا يتم تعويض تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب وحتى عملية زرع الأعضاء البشرية عن طريق التأمين التكميلي؟[1] نحن نقترح إدخال الكثير من هاته العميات التي لا يأخدها الضمان الإجتماعي على عاتقه، من طرف التعاضديات أو مؤسسات تأمين الأشخاص. فيستطيع الذي به عقم أونسبة خصوبة منخفضة دفع أقساط لشركات التأمين،ومن تم يتم

[1]Voir le produit désir d'enfant assurance complémentaire : https://www.sanitas.com/fr/clients-prives/assurances/assurances-complementaires/desir-d-enfant.html

تعويضه في المستقبل إن قام بالعملية. فشركات التأمين تستطيع إعادة استثمار هاته الأقساط ومن تم تشكيل رصيد حسابي ويتم تعويض المؤمن له في المستقبل، طبعا بإتباع دراسة إكتواريةوإحصائية بخصوص هذا الخطر لكي لا تتكبد شركة التأمين خسائر، و يتم وضع بعض الشروط لكي يقبل التأمين على هاته العملية.

قصة مليكة تزوجت في سن مبكر 20 سنة، عندما كان عمرها 33 سنة في 2008 أرادت أن تنجب، لكن زوجها كان لديه أجر عمل بسيط قاعدي، فقالت إنها تنتظر أن تكون هاته التقنية في القطاع العام ويشملها تعويض الضمان الإجتماعي، لأنها لا تستطيع الإقبال عليها.[1]

في الجزائر أرى شخصيا، أن الضمان الإجتماعي لا يعوض الكثير من أدوية العلاجات حتى بعض أدوية الأمراض المزمنة، فما بالك بتعويض أدوية تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب أو العملية نفسها، التي تشكل شريحة من المجتمع. فيمكن إقتراح منتوج التأمين التكميلي وإشراك شركات التأمين للتكفل بهذه العملية.

خاتمة

مما لا شك فيه، الموضوع علمي،تقني،طبي، بيولوجي أكثر منه قانوني، لكن القانون جد مهم في تحديد الإطار والمسار الذي يجب أن تسير عليه هذه العملية، عملية التلقيح الاصطناعيوذلك بتحديد الأخلاقيات التي لا تتعارض مع دين الدولة الجزائرية وهو الإسلام حتى لا نقع في المحظور ألا وهو مشكلة إختلاطالنسب. فالغرض من هاته العملية هو الغرض العلاجي للعقم أو نقص الخصوبة وفقط.تقريبا كل الدول العربية الإسلامية إلتزمت بتقنية الإنجاب الإصطناعي إلا لغاية واحدة وهي علاج العقم.وذلك برضا الزوجين الكتابي (الشكلي)، خلال عقد الزواج وليس بعد انقضائه، وبدون تدخل نطفة زوج آخر أو بويضة زوجة أخرى.

أما قوانين الدول الغربية التي حقيقة كانت السباقة في عملية المساعدة على الإنجاب، خالفت قواعد البيو أخلاقيات وقواعد الطبيعة حتى والدياناتالسماوية،إنفتاحرهيب، فالقانون الفرنسي مثلا في نسخته الأخيرة 2021 قام بتعديلات لا يتصورها العقل، مثل فتح التقنية للنساء غير المتزوجات، إلغاء رضا الزوجين، التبرع بالأمشاج لأزواج آخرين و الكشف عن هوية المتبرع

[1]https://www.elwatan.com/archives/actualites/la-procreation-medicalement-assistee-reste-lapanage-du-prive-19-12-2011

إن أراد المولود ذلك، و لهذا نحذر الدول العربية من هذا الإنحراف الخطير و عدم إقتباس هاته الأحكام التي تخالف شريعتنا الإسلامية.

أما الجزء الثاني من الموضوع، رأينا أن التقنية التي هي حل لمشكلة العقم، ليست بالمجانية، العملية في حذ ذاتها،والمصاريف العلاجية (الأدوية والفحوصات) المنبثقة عنها ليست بالمجانية أيضا وهي جد مكلفة للمتزوجين. ولهذا يجب أخد الإيجابي من الدول المتطورة وترك السلبيات التي رأيناها في قوانينهم. فمن بين الإيجابيات في هذا المجال أن الدول الغربية خاصة، أدرجت المساعدة الطبية على الإنجاب في الضمان الإجتماعي، حيث يقوم هذا الأخير بتعويض العملية (القانون الفرنسي مثلا،و ذلك بحد أقصى للمحاولات)، أما المشرع الجزائري لم يدرج العملية في قوانين الضمان الإجتماعي، فهي لا تعوض و قد تكلف الكثير خاصة للمتزوجين ذوي الدخل الضعيف الذين لا يستطيعوا الولوج إلى هاته العملية و بالتالي فهي ليست للجميع متاحة، فهي لمن إستطاع إليها سبيلا. نحن نعلم أن هناك الكثير من الأدوية الأساسية التي لا يأخدها نظام الضمان الإجتماعي الجزائري على عاتقه و هي تحمل أتاوة حمراء ، أو بيضاء ، و الكثير من العلاجات لا يعوضها ، كطب الأسنان بكل عملياته ، فما بالك تقنية المساعدة على الإنجاب التي تخص شريحة من المجتمع و ليس عامة المجتمع ، و لهذا كحل لتعويض العملية التي قد تكلف صناديق الضمان الإجتماعي التي هي في عجز حقيقي في بلدنا ، إقترحنا منتوج التأمين التكميلي لكي يأخد على عاتقه هاته التقنية و ذلك بدفع أقساط لشركات التأمين ، أو اشتراكات في التعاضديات ، لكي تأخد على عاتها العملية و لو بنسبة يتحملها المؤمن له .

في الأخير، نقول حبذا لو يكون هناك روبورتاجاتوشهادات للأطفال الذين زادوا بهذه التقنية، هل هم في حالة صحية جيدة عقليا وجسدياإلخ..الحقيقة أن 9 مواد غير كافية لتنظيم هذا المجال، فالمشرع التونسي مثلا كان سباقا في القانون المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب في 2001 وفصلكثيرا، نتمنى تدارك هذا في التعديلات المقبلة ولما لا الخروج بقانون مفصل للمساعدة الطبية على الإنجاب بدون الخروج عن مبادئ الشريعة الإسلامية.المشرع الجزائري، كان عليه وضع قانون خاص بالمساعدة الطبية على الإنجاب على غرار كل التشريعات العربية، التقنين السعودي،التونسي،المغربي،الإماراتي.. إلخ وليس فقط إدماج 09 مواد في قانون الصحة العمومية، فهو سلك طريق المشرع الفرنسي بإدماج

القانون، في قانون الصحة العمومية.وأحسن قانون في رأينا هو القانون التونسي، لأنه كان سباقا،وحتى أنه أتبعه بنصوص تنظيمية، فالمجال تم تنظيمه جيدا وليس هناك ثغرات، القانون الجزائري ب 09 مواد ترك العديد من الثغرات في هذا المجال، وحتى مجالات البيو أخلاقيات الأخرى.وهذا ليس تقليلا من التشريع الوطني، بل تحليل موضوعي ويمكنكم الرجوع للتحقق من هذا.

قائمة المصادر والمراجع

النصوص القانونية:

مرسوم ملكي رقم م/76 بتاريخ 21 / 11 / 1424، نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم.

ظهير شريفرقم 1.19.50 صادر في 4 رجب 1440، (11 مارس 2019) بتنفيذ القانون رقم 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

قانون عدد 93 لسنة 2001، مؤرخ في 7 أوت 2001، يتعلق بالطب الإنجابي.

قانون رقم 18-11 ممضي في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة،الجريدة الرسمية عدد 46 مؤرخة في 29 يوليو 2018.

قانون اتحادي رقم 7، في شأن المساعدة الطبية على الإنجاب، صادر بتاريخ 2019/12/19م الموافق فيه 22 ربيع الآخر 1441هـ.

Décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation

Ouvrages :

Camille bourdaine Mignot, Tatiana Grundler, AMP, Cellules, Souches, Génétique … Ce que change la loi de bioéthique de 2021, 8 Fiches pour présenter les apports majeurs de la loi du 2 Aout 2021, relative à la bioéthique, Droit en poche, Gualino, 2021.

أطروحاتورسائل :

بغداليالجيلالي،الوسائلالعلميةالحديثةالمساعدةعلىالإنجابفيقانونالأسرةالجزائري (دراسةمقارنة) ،مذكرةمقدمةلنيلشهادةالماجستيرفيالقانونالخاصفرعقانونالأسرة،جامعةالجزائر 1 ، 2013.

تكفيكلثوم،المساعدةالطبيةللإنجابدراسةميدانيةلعينةمنالأزواجالذينقاموابعمليةالتلقيحالاصطناعيم نأجلالإنجابفيالجزائر ، أطروحةلنيلشهادةدكتوراهدولةفيالديموغرافية، كليةالعلومالإنسانيةوالاجتماعيةقسمعلمالاجتماعوالديموغرافيا،جامعةالجزائر 2 ،2012.

شايفةبديعة،الجوانبالقانونيةللإنجابالمساعدةالطبية،أطروحةمقدمةلنيلشهادةدكتوراهل.م.دفيالحقو ق،تخصصقانونخاص،جامعةعمارثليجيبالأغواط، 2018.

مقالاتعلمية:

حليمة عبيد، صالح حمليل ، جريمة اختطاف الأطفال وعلاقتها بجريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية في ظل التشريع الجزائري ، مجلة القانون والمجتمع.

عياديسارة. "أساسمشروعيةالمساعدةالطبيةعلىالإنجاب". مجلةالنبراسللدراساتالقانونية،العدد4 ،المجلد 1 ،ص 67-81 ، 2019.

غزاليصامت. "نطاقالمساعدةالطبيةعلىالإنجابفيالقانونالجزائريبينالمفهوموالخصوصية". مجلةالاجتهادالقضائي،العدد13،مجلد3،ص14، 2021

حراش,شمسالدين, andزهيةعيسى.

"الضوابطالقانونيةالمستحدثةلتقنياتالمساعدةالطبيةعلىالإنجابفيالتشريعينالجزائريوالمغربي The LegalControlsIntroduced For MedicalAssisted Reproductive Technologies In The Algerian And MoroccanLegislation". مجلةصوتالقانون،العدد8،مجلد2 ،ص 166-185 ، 2022

Gherram, Rahma. "المساعدةالطبيةعلىالإنجابوآثارهاعلىالطفل". Les Cahiers Du LADREN, vol 8, العدد 1 ، 2017 ،ص 200- 228.

عيساويفاطمة. "المسؤوليةالجنائيةعنعملياتالمساعدةالطبيةعلىالإنجاب". Revue Académique De La Recherche Juridique العدد 13 ،المجلد 1 ، 2022 ،ص 239 256.

مقالاتمواقعأنترنيت:

https://islamqa.info/ar/answers/290488/الفرق-بين-العقيم-والعاقر-في-القران

http://maghrebvoices.com/2017/11/17/4-ملايين-جزائري-مصابون-بالعقم-قال-جزائريون؟

https://islamweb.net/ar/fatwa/300964/لا-حرج-في-تجميد-الأجنة-بهذه-الضوابط

طلال الجديبي ، هيئة الممارسات الحسنة، مقال جريدة العرب الإقتصادية الدولية ، الجمعة 29 مارس 2019.

https://www.aleqt.com/2019/03/29/article_1569976.html
https://www.elwatan.com/pages-hebdo/magazine/qui-va-redonner-de-lespoir-aux-couples-en-detresse-15-02-2018
https://www.elwatan.com/archives/actualites/procreation-medicalement-assistee-05-12-2007
https://www.sanitas.com/fr/clients-prives/assurances/assurances-complementaires/desir-d-enfant.html
https://www.elwatan.com/archives/actualites/la-procreation-medicalement-assistee-reste-lapanage-du-prive-19-12-2011.

حكم إتلاف العدد الزّائد من البويضات الملقحة اصطناعيا خارج الرحم

ط. د. وارتي غنية

كلية الحقوق جامعة الجزائر 1

الملخّص:

يُحيط موضوع هذه الدّراسة ببيان حكم إتلاف البويضات الملقحة اصطناعيا خارج الرّحم، بحيث تنطلق من ماهية البويضات الملقحة وتكييفها الشرعي، مرورا ببيان الحكم الشرعي من إيجاد عدد فائض من البويضات الملقحة، وإتلافها في هذه الحالة، وصولا إلى الكشف عن الموقف القانوني من المسألة المتدارسة بإبرام مقارنة بين كل من القانون الجزائري وبعض القوانين المقارنة.

الكلمات المفتاحية: – إتلاف– بويضات ملقحة– اصطناعيا– خارج الرحم– حكم شرعي– موقف قانوني.

Abstract:

The subject of this study deals with the statement of the rule of artificial fertilization of artificially fertilized oocytes, which starts from the fertilization of the fertilized eggs and their legal adaptation, through the statement of the legal ruling on finding the surplus number of fertilized ova and destroying it in this case, to uncover the legal position on the question Between Algerian law and some comparative laws.

Key words: - Extermination - artificially fertilized eggs - ectopic - legal rule - legal position.

مقدمة

لقد حث الإسلام على التّداوي من جميع الأمراض، وعدم الإنجاب يعد مرضا من الأمراض التي يندب لها التداوي، وبفعل تطور الأجهزة الطِّبية أصبح بإمكان الزوجان اللّذان يعانيان من العقم الحصول على الولد، بسلوك طريق عمليات التلقيح الاصطناعي وفق ضوابط شرعية مدونة قانونا.

ولما كانت المشاكل الصحية للأزواج تتفاوت من شخص إلى آخر، أوجد الطّب الحديث تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي، الذي مكن الأزواج من تلقيح عدة بويضات في آن واحد والاحتفاظ بها في بنوك

خاصة لذلك، حتى إذا فشلت عملية زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة، تمكن الأطِّباء بطلب من الزوجان من إعادة زرع بويضة ملقحة أخرى للحصول على الولد.

ومع وجود عوامل طِّبية كثيرة تؤدي إلى استخدام التلقيح الاصطناعي كوسيلة لتجاوز مشاكل طِّبية ترتبط بالإنجاب، نشأ عن هذه التقنية وجود فائض من البويضات الملقحة التي تفرضها ضرورة المعالجة، على الرغم من وجود العديد من الشبهات لهذه العمليات لارتباطها بعدد من القضايا الطِّبية التي لا يمكن استنتاج الحكم الشرعي والقانوني إلا بعد النظر فيها، نظرا لأهميته في حياة المسلم.

من هنا تتجلى أهمية هذا الموضوع، وترشحه للعناية والبحث لكونه نازلة ترتبط بالجوانب الطِّبية، وتتجدد بحسب التطور السريع في هذا المجال، الذي أصبح فرعا مستقلا من فروع الطِّب يسمى علم الأجنة.

من هذا المنطلق، يطرح الموضوع الإشكالية الآتية: ما هو الحكم الشرعي والقانوني لإتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا؟

للإجابة على إشكالية البحث اعتمدت الدِّراسة على المنهج الوصفي في تصوير القضية، القائم على الاستقراء لجزئيات البحث، والتحليل، والمقارنة وِفق خطة تُراعي أصول البحث العلمي الأكاديمي، من خلال معالجة مضمون الورقة البحثية وتقسيمه إلى مبحثين:

حيث انصب المبحث الأول على التعرف على ماهية البويضات الملقحة اصطناعيا، وتكييفها الشرعي.

أما المبحث الثاني فقد ارتكز على بيان موقف الشرع والقانون من إتلاف البويضات الملقحة اصطناعيا.

المبحث الأول: ماهية البويضات الملقحة اصطناعيا وتكييفها الشرعي

إن مسألة إيجاد بويضات ملقحة خارج رحم المرأة هي من النوازل التي استجدت بفعل تطور الطِّب الإنجابي، الذي مكن الأزواج من الاحتفاظ بها في بنوك خاصة لذلك، حتى يتمكنا من زرعها بعد ذلك، والحصول على الولد، مما أثار جدلا واسعا في الأوساط الفقهية والقانونية حول تكييف هذه البويضات، إن كانت تأخذ حكم الأجنة، أو لا.

المطلب الأول: ماهية البويضات الملقحة اصطناعيا:

إن البويضات الملقحة اصطناعيا في حقيقة تكوينها تعود إلى عملية التحام نواة بويضة الأنثى بنواة الحيوان المنوي للذّكر، وفي حالة اتحادهما وإتمام عملية التلقيح بين النواتين لتشكل النطفة الأمشاج وهي الطور الأول للجنين وتكوين الإنسان لقوله تعالى: ﴿ ٱضم طح ظم عج عم غج غم فج فح فخفمّ[1]، أو كما اصطلح على تسميتها بالزيجوت بعدها تبدأ البويضة في انقساماتها المتتالية لتشكل خليتين، فأربعة خلايا، فثمانية، بعدها تدخل فيما يعرف بمرحلة التوتة في اليوم الرابع من التلقيح، ثم تتحول إلى ما يعرف باسم الكرة الجرثومية في الرحم[2].

والزيجوت تعتبر البداية الأولى للجنين ولتكوين الإنسان، وتختلف البويضة المخصبة من الناحية الخلوية عن الجنين المنغم في جدار الرحم؛ إذ اللّقيحة تتكاثر في جزء منها فقط، بحيث يظهر النتوء البدائي الذي

يتكون منه الجنين بعد الاندغام في جدار الرحم، وقد لا يظهر هذا النتوء بالمرة ويكون الناتج بويضة فاشلة، أو تتحول إلى حمل عنقودي، أو سرطان داخل الرحم[3].

لذلك، وجب بيان معنى الجنين الذي نشأ عن الزيجوت، من الجانب اللغوي، والاصطلاحي.

أولا: تعريف الجنين لغة: الجنين في أصل اللغة المستور عنك، من أجن الشيء عنه، استتر، وأجنت المرأة جنينا: حملته[4]، وكل ما ستر عنك فقد جن عليك، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه[5].

وهو: الولد مادام في بطن أمه لاستتاره فيه، وجمعه: أجنة وأجنن، وقد جن الجنين في الرحم يجن جنا، وأجنته الحامل: سترته[6].

وبذلك، يتضح من المعنى اللغوي أن أصل الكلمة لا يخص الجنين بسّن معيّنة أو فترة محددة، فيشمل المادة التي تتكون من نطفتي الرجل والمرأة منذ تكونها، بل حتى إنّ الرحم يُطلق عليها اسم الجنين لأنّها مستترة[7]، وذلك لأنّ أصل المادة يعود إلى الاستتار وهو متحقق في حمل المرأة منذ أول العلوق[8].

ثانيا: الجنين اصطلاحا: لا يختلف استعمال مصطلح الجنين عند الفقهاء، عما هو في الاستعمال اللغوي. فالجنين عند الحنفية[9] هو: "الحمل ما دام مضغة أو علقة".

وعرفه المالكية[10] بأنّه: "كل ما تحمله المرأة في رحمها، ومما يعرف أنه ولد وإن لم يكن مخلقا" أو هو: "كل ما طرحت المرأة مما يعلم أنه ولد، سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو علقة، أو دما".

أمّا الشافعية[11] فقد عرفوه بأنّه: "أقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة والعلقة حتى يتبين منه خلق آدمي إصبع أو ظفر أو عين أو ما أشبه ذلك". في حين يرى البعض[12] منهم أن الجنين يطلق على: "النطفة منذ لحظة التلقيح الأولى، لأنّ أول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة".

بينما يرى الحنابلة[13] بأنّ: "الجنين ما فيه صورة خلق آدمي، أو لم تكن فيه صورة خلق آدمي إلا أنّه شهد ثقات بأنّ فيه صورة خفية لآدمي وأنه لو بقي يتصور". في حين يرى البعض[14] منهم بأنّ: "بداية الجنين وتصوره منذ كونه علقة، أمّا النطفة فإنها لم تنعقد بعد، وقد لا تنعقد". بينما يرى أهل الظاهر[15] بأنّ الجنين: " ما استكن في رحم الأم منذ بدء تخلقه وهي مرحلة العلقة سواء قبل تمام الأربعة أشهر من الحمل أو كان بعد تمامها".

وقد ذكر البعض أنّ اسم الجنين يلحقه بعد أن تُنفخ فيه الروح، وقالوا: "إن الإنسان منذ أن تحمل به أمه نطفة إلى أن يهرم ويموت يشتمل على سبعة وثلاثين اسما: بداية بنطفة، ثم علقة، ثم مضغة، ثم عظاما، ثم خلقا آخر، ثم جنينا، ثم وليدا، ثم رضيعا..."[16].

وبذلك، يمكن القول بأنّ هذه الأسماء أُطلقت وأُريدَ بها لتمييز المراحل التي يمر بها الإنسان، كما أن إطلاق كلمة الجنين على ما في بطن المرأة قبل نفخ الروح فيه هو تعبير مجازي؛ لأنّه مقدمة لتكوين الجنين الحقيقي، فإذا جاوز مرحلة المضغة نفخت فيه الروح؛ إذ للجنين أطوارا يمر بها في بطن أمه لقول

الله تعالى:ٌ ّفى في قى قي كا كل كم كى كي لم لى لي ما مم نر نز نم نن نى ني ىٰ ير يز يم ين يىيي ئج ئح ئخ ئم ئه بج بح بخ بم به تجكجَّ[17].

وقد جاء في تفسير هذه الآية أنّ المراد بالنطفة: هو المني، وسُمي نطفة لقتله، وهو القليل من الماء وقع هذا الاسم على الكثير منه، والعلقة، هو الدم الجامد، والعلق الدم الطري وقيل: هو الشديد الحمرة، والمُضغة: هي لحمة قليلة قدر ما يمضغ، وهذه الأطوار تكتمل في أربعة أشهر، لكل طور أربعين يوما[18] لما روي عن رسول الله B أنّه قَالَ: ((إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا، ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَبْعَثُ اللَّهُ مَلَكًا فَيُؤْمَرُ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ، وَيُقَالُ لَهُ: اكْتُبْ عَمَلَهُ، وَرِزْقَهُ، وَأَجَلَهُ، وَشَقِيٌّ أَوْ سَعِيدٌ، ثُمَّ يُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ...))[19].

والمخلقة وغير المخلقة: فالأولى هي التي بدأ خلقها بأن خلق الله تعالى أو صوّر فيها الرأس واليدين والرجلين، وغير المخلقة هي التي لم تصور بعد، ولم يخلف فيها شيء[20].

وعليه، يتبين أنّ العلماء اختلفوا في الطور الذي يَصح أن يُطلق على ما في بطن المرأة جنيناً، تبعا لاختلاف الأطوار التي يمر بها الجنين في بطن أمه، وتُطبق عليه بذلك أحكام الجنين، غير أنّهم اتفقوا على أن النُطفة والعلقة لا تُسمى إحداهما جنينا، ولا تأخذ حكمه من جهة وجوب الدّية (الغُرّة) في إسقاطهما، أمّا المُضغة، فإن كانت فيها صورة آدمي أو ظهور بعض أعضائه، فتأخذ حُكم الجنين، وكذلك إذا كانت المضغة فيها صورة خفية تعرفها القوابل ويشهدون بوجودها، فقد تُسمى جنينا بهذا الاعتبار، وهذا ما دل عليه قول الشافعية والحنابلة، غير أن المالكية يتجاوزون هذا ويعتبرون العلقة في حُكم الجنين إذا ثبت أنّها علقة مُهيأة للانتقال إلى طور المُضغة، والدليل على ذلك إذا صب عليها الماء الحار لا تذوب، فإن كانت مُجرد دم مُتجمع يذوب إذا صب عليه الماء الحار، وهذا لا يثبت فيه شيء أصلا، ولا يُعطى حكم الجنين. كما أن الحنفية لا يأخذون بالمضغة ما لم يتبيّن شيء من خلقه، حتّى لو شهدت ثقات من القوابل أنه مبدأ خلق آدمي ولو بقي لتصور فلا غُرّة فيه، ومعنى ذلك أنّهم لا يعطونه حُكم الجنين، وقالوا إن فيه حكومة[21].

وبذلك، فالأحكام المتعلقة بالجنين عامة إنّما تجب فيما جاوز النُطفة، أمّا هذه الأخيرة فليست بشيء يقيناً، ما دامت لم تجتمع في الرحم، وبهذا الاعتبار لا يتعلق بها حُكم إذا أتلفت سواء بصفة طبيعية، أو نتيجة اعتداء؛ أي أنّها تأخذ حُكم النطفة التي في صُلب الرجل؛ لأنّه لم يثبت أنّه ولد، لا بالمشاهدة ولا بالبيّنة، أمّا إذا تكونت النُطفة وأصبحت علقة، وأتلفت فالبويضة الملقحة اصطناعيا تأخذ حكم استقرار النطفة في الرحم. والله أعلم.

والجنين عند الأطِبّاء يطلق على ثمرة الحمل في الرحم حتى نهاية الأسبوع الثامن، وبعده ويُدعى بالحمل أو الحميل، وبعض الأطِبّاء يطلق لفظ الجنين على الولد في بطن أمه إذا أتم أربعة أشهر، وهي المدة التي أخبر النبي σ أنه تنفخ الروح في الجنين بعد إتمامها، وهناك من قال بأنّ لفظ الجنين لا يطلق على ما في بطن المرأة إلا بعد تجاوز الأسبوع الثامن، وقبل ذلك يُسمى مضغة، وهناك من اقتصر استعمال

لفظ الجنين على الولد في بطن أمه إذا اكتملت بنيته، وكان بإمكانه العيش إذا نزل حيا من بطنها، ويكون هذا في الفترة ما بين بداية الشهر السابع إلى وقت الولادة[22].

كما يطلق بعض الأطِّباء لفظ الجنين على الولد في بطن أمه عندما يظهر عليه الطابع الإنساني، ويكون ذلك في المرحلة الرابعة من التخلق، وهي الفترة الواقعة بين الشهر الثالث والشهر التاسع[23]، ويرى البعض أن الجنين يُسمى كذلك حين يكون في الفترة الواقعة بين انغراز البويضة الملقحة في جدار الرحم، ونهاية الأسبوع الثامن، ثم يطلقون عليه بعد ذلك اسم (حميل) إلى أن يولد[24].

وبهذا يتبين أنّ الأطِّباء اختلفوا في مفهوم الجنين اختلافا متباينا، لكن هذا الاختلاف لا أثر له في الأحكام الشرعية المتعلقة بالجنين عامة.

ولقد عُرف الجنين من طرف فقهاء القانون الوضعي بأنّه: "البويضة الملقحة"[25]، أو هو: "الكائن المستكن في رحم أمه"[26]. كما عُرف بأنّه: "كائن بشري ناتج من إخصاب البويضة بالحويمن وبداية الانقسام الخلوي لها سواء كان داخل الجسم أو خارجه"[27].

على وفق هذه الرؤية، يمكن القول بأنّ إطلاق اسم الجنين حقيقة يكون في النُطفة وما جاوزها، وظهر فيه شيء من خِلقة الآدمي؛ لأنّ الاستتار الذي اشتق منه الاسم لا يتحقق إلا بوجود شيء يصدق عليه أنّه مستتر، وأنّ إطلاق الاسم على ما قبل ذلك يكون من باب العُرف اللغوي، وبذلك يُطلق مصطلح الجنين على الولد ما دام في بطن أمه، ويشمل مراحل تخلق الجنين، منذ لحظة التلقيح إلى قُبَيل لحظة الولادة.

وعليه، يمكن القول بأنّ التعريف المناسب للجنين هو: "الولد ما دام في البطن"؛ لأنّ كل ما استتر سواء كان نُطفة أو مُضغة أو علقة أو تاما من حيث الخِلقة يصلح لأن يسمى جنينا ما دام عالقا في بطن أمه، وبذلك تخرج اللّقائح المجمدة من هذا التعريف ولا تعتبر جنينا بهذا المعنى. والله أعلم وأحكم.

المطلب الثاني: تكييف البويضات الملقحة اصطناعيا وحكم إيجاد عددا زائدا منها

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين في تكييف البويضات الملقحة خارج الرحم، فمنهم من أسبغ عليها صفة الإنسانية ومنهم من نزعها عنها، كما اختلفوا في حكم إيجاد عددا فائضا عن العدد اللازم للزرع داخل رحم الزوجة.

أولا: تكييف البويضات الملقحة اصطناعيا خارج الرحم: اختلف العلماء في تكييف البويضات الملقحة اصطناعيا خارج الرحم، هل هي بجنين ومن ثم تجري عليها أحكام الجنين، أم ليست كذلك على قولين:

1- **القول الأول:** يرى أنّ البويضة الملقحة قبل زرعها في الرحم تعتبر جنينا، على اعتبار أنّها بداية للحياة الإنسانية[28]، آخذين بالرأي الفقهي القائل بوجوب الغرة بالحمل مطلقا، وإن كان دما مجتمعا.

ودليلهم في ذلك [29] :

– أنّ البويضة الملقحة إذا كانت في بطن الأم لها حرمتها واحترامها، فيقاس عليه البويضة الملقحة خارج الرحم، وعلى ذلك يستوي أن تكون النطفة الأمشاج (الملقحة) داخل الرحم أو خارجه.

2- القول الثاني: يرى أغلب الفقهاء المعاصرين أن البويضة الملقحة في أنبوب الاختبار لا تأخذ حكم الجنين في بطن أمه، ولا تعتبر جنينا بالمعنى الشرعي إلا من تاريخ إعادة زرعها في رحم الزوجة التي ترغب في الإنجاب؛ لأنّ الجنين هو ما كان في رحم أمه[30]. **ودليلهم في ذلك [31] :**

- أن الجنين هو المادة التي تتكون في الرحم من عنصري الحيوان المنوي والبويضة، وهذا ما يؤيده معنى كلمة (جنين)، فإنّها راجعة إلى الاستتار المتحقق بهذا المعنى، فالجنين في أصل اللغة هو المستكن في رحم أمه بين ظلمات ثلاث، لقوله تعالى: ﴿آني هج هم هى هي يج يح يخ يم يى يي ذٰ ئّ[32].

- إنّ البويضة الملقحة مجرد مادة بيولوجية تتكون من مكونات وراثية ضرورية لبناء الجسد الإنساني، وبالتالي لا يمكن تطبيق مبدأ احترام الجسم البشري على البويضات الملقحة؛ لأنّ التعامل معها لا يكون كالتعامل مع الإنسان؛ إذ يمكن تدميرها أو التبرع بها [33].

- أن البويضة الملقحة مجرد شيء وليس جسدا إنسانيا، بدليل أنه يمكن إنتاج بويضات كثيرة وتجميدها واستعمالها في التجارب العلمية، فهي لا تمتلك القدرة على الإدراك والتفكير، التي تعتبر من أهم مميزات الشخصية الإنسانية، وبالتالي هي من الأشياء بدليل إمكانية التصرف فيها من قبل الزوجين سواء التخلص منها أو تجميدها من أجل استعمالها في حمل مستقبلي، فلا يمكن اعتبارها جنينا لا من الناحية اللغوية ولا العلمية ولا المنطقية ولا القانونية، وقد ساند القضاء الفرنسي هذا الاتجاه في حكم أكد فيه أن البويضات الملقحة ليست أجنة.

الترجيح: من خلال تتبع آراء العلماء يترجح القول الذي يرى بأنّ حرمة البويضة الملقحة مرتبط بمكان وجودها فقيمتها وحرمتها إنّما ترتبط بوجودها في الرحم، لذلك سمي جنينا، أمّا البويضة الملقحة خارج الرحم فلا تعتبر بهذا المعنى جنينا، فالجنين لا يكون إلا في بطن أمه -والله أعلم-.

ثانيا: حكم إيجاد عددا زائدا من الأجنة الملقحة اصطناعيا خارج الرحم: ذكر أحد الأطّباء أنّه يجري في مراكز التلقيح الاصطناعي الخارجي، من تحريض للمبيض على إفراز أكبر عدد ممكن من البويضات باستعمال عقاقير طِبية معينة، يؤدي بالمبيض إلى إنتاج عدد كبير من البويضات، ويقوم الأطِّباء بتلقيح جميعها بمني الزوج، وتجري عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي بغرس بعض هذه البويضات الملقحة في رحم الزوجة، والاحتفاظ ببقية البويضات الملقحة في بنوك خاصة بالأجنة المجمدة، حتّى يسهل إعادة الكرة مرة ثانية في حالة ما إذا فشلت المحاولة الأولى، ولقد تمكن الأطِّباء من استخراج خمسين بويضة من امرأة واحدة، وأن أحد مراكز أطفال الأنابيب كان لديه 1208 جنين فائض، أودعت الثلاجة، وجمدت من 432 امرأة أجريت لهن عملية طفل الأنبوب[34].

وعادة يقوم الأطِّباء بإعادة اثنين أو ثلاثة من البويضات الملقحة إلى الرحم؛ لأنّ التجربة أثبتت بأنّ زيادة عددها يؤدي إلى زيادة النسبة في نجاح الحمل، حيث ترتفع النسبة من 10 بالمائة في حالة وضع بويضة ملقحة واحدة إلى 30 بالمائة في حالة وضع بويضتين أو ثلاثة، كما أنّ إعادة عدد كبير من البويضات إلى الرحم يؤدي إلى زيادة في نسبة وفضها من الرحم، وعدم تقبلها، وبالتالي تنخفض نسبة النجاح، وتزداد

الخطورة على الحامل، وعلى الأجنة على السواء قبل الولادة، لذلك تشهد مراكز التلقيح فائضا في عدد البويضات الملقحة النامية[35].

وعليه، ففي حالة ما إذا أريد إجراء عملية التلقيح، وتوفر عدد كبير من النطف قبل إجراء هذه العملية لا يحتاج إلا لجزء منها، فما مصير العدد الزائد الذي لم يجر عليه العمل الطِّبي؟

إنّ الحكم الشرعي فيها ألا يكون هناك فائض منها بأن لا يقوم الأطِّباء بتلقيح جميعها، وأن يلقحون العدد الذي سوف يعاد إلى الرحم، وإذا حصل فائض منها، فإنّها تترك لشأنها للموت الطبيعي.

وهذا جاء في توصيات ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطِّبية[36].

كما أصدر مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره السادس قرارا رقم 6/6/57 بشأن البيوض الملقحة الزائدة عن الحاجة جاء فيه[37]:

"1- في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البويضات غير ملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفاديا لوجود فائض من البويضات الملقحة.

2- إذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طِّبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

ولقد وافقت دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي هذا القرار حيث جاء في فتاويها[37]: "الأجنة المجمدة بعد أخذ عينة منها، وزرعها في رحم الزوجة بعد رحلة الإخصاب، لا يجوز الاحتفاظ بما تبقي منها، لما في ذلك من المحاذير الشرعية، بل تترك حتى تموت بنفسها كما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في قراره 55".

المبحث الثاني: الموقف الشرعي والقانوني من إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بعدهم فقهاء القانون في حكم إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا خارج الرحم، نظرا لاختلافهم في الوقت الذي يمكن القول بأنّ الحياة الإنسانية قد دبت في الجنين.

لذا كان لزاما بيان موقف الفقه الإسلامي من المسألة المتدارسة، بعدها موقف الفقه القانوني وبعض القوانين الوضعية من ذلك.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا

إن مسألة إتلاف البويضات الملقحة اصطناعيا من المسائل الحادثة التي لا يوجد حكم للعلماء المتقدمين فيها، غير أنّه يمكن أن تلحق بمسائل الإجهاض وتقاس عليها.

ونظرا للخلاف حول بداية الحياة الإنسانية، اختلفوا في حكم إتلاف البويضات الملقحة اصطناعيا قبل زراعتها في الرحم، وحتّى ينجلي حكم إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا، كان لازما بيان آراء العلماء المعاصرين في الوقت الذي تبدأ فيه الحياة الإنسانية.

أولا: بداية الحياة الإنسانية وفق العلماء المعاصرين: اختلف العلماء في تحديد بداية الحياة الإنسانية لأقوال منها:

1- القول الأول: أن بداية الحياة الإنسانية تكون من بداية تلقيح الحيوان المنوي للبويضة، وهو قول بعض المعاصرين من فقهاء وأطباء[38].

2- القول الثاني: تتحقق بداية الحياة الإنسانية بنفخ الروح، وهو قول جمهور الفقهاء المعاصرين، مع الخلاف بينهم في الوقت الذي تنفخ فيه الروح، فمن الفقهاء من يرى بأنّ نفخ الروح يكون بعد أربعين يوما، ويرى الجمهور بأنّه يكون بعد مائة وعشرين يوما، ومنهم من لم يحدد متى يكون نفخ الروح[39].

3- القول الثالث: تبدأ الحياة الإنسانية من وقت علوق البويضة الملقحة في الرحم، وهو قول لبعض الأطباء وبعض الفقهاء منهم: محمد عثمان شبير، محمد نعيم ياسين، محمد الأشقر، عمر الأشقر، صالح موسى شرف، توفيق الواعي، وغيرهم[40].

4- القول الرابع: حاول بعض الفقهاء المعاصرين الجمع بين القول الذي يرى بأنّ الحياة الإنسانية تبدأ بوقت نفخ الروح، والقول الذي يرى بأنّها تبدأ من وقت علوق البويضة الملقحة في الرحم، بأن يكون وقت العلوق، هو وقت نفخ الروح[41].

5- الرأي الخامس: أنّ بداية الحياة الإنسانية تكون عند اكتمال تكوين المخ، وابتدائه في تأدية وظائفه المعروفة، وذلك في الأسبوع الثاني عشر من وقت تخصيب البويضة، أو ثلاثة شهور تقريبا[42].

الترجيح: من خلال ما سبق يمكن ترجيح القول الذي يرى بأنّ الحياة الإنسانية للجنين تبدأ من وقت نفخ الروح فيه. والله أعلم.

ثانيا: الحكم الشرعي من إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا: اختلف الفقهاء المعاصرين في حكم إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا، لاختلافهم في الوقت الذي تبدأ فيه الحياة الإنسانية، ومن ثم جاء هذا الاختلاف على قولين:

1- القول الأول: أنّ هذه البويضات لا حرمة لها، ومن ثم يجوز إتلافها وإهدارها، وبهذا يقول أكثر المعاصرين[43].

وجاء في توصية ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطِّبية، ونصها ما يلي:

" أمّا إذا حصل فائض–أي من البييضات الملقحة– فترى الأكثرية أن البويضات الملقحة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع، ولا احترام قبل أن تنغرس في جدار الرحم، وأنّه لذلك لا يمتنع إعدامها بأي وسيلة، ويرى البعض أنّ هذه البويضة الملقحة هي أول أطوار الإنسان الذي كرمه الله تعالى"[44].

ودليلهم في ذلك[45]:

- أن المبالغة في إعطاء الحرمة لهذه البويضات الملقحة يفتح بابا من الإرهاق والمشقة على الناس.

- أن النصوص الشرعية لم تعط الحرمة لهذه البويضات الملقحة، فقال تعالى: ٱٱلخ لم لى لي مجمحَّ[46] .

- أنّ البويضة الملقحة لا تزيد على أن تكون سببا ضعيفا جدا لكي يترتب عليها شيء من الأحكام؛ لأن البويضة تنتظر مراحل أخرى قد لا تتم فتموت.

- قياس جواز إعدام البويضات الملقحة في أنابيب الاختبار، على جواز الإجهاض عند الضّرورة.

- يجوز إعدام البويضات الملقحة قياسا على جواز إسقاط الجنين المشوه، فإذا كنا أبعدنا الحرمة عن إسقاط الجنين المشوه، فأولى أن يجوز إعدام البويضات الملقحة التي لم تظهر فيها حياة إنسانية بعد.

- لو احترمت هذه البويضات الملقحة، فإن ذلك سيؤدي إلى مشاكل عديد، فلو احتفظ بها لمدة طويلة، ومات الزوج، ثم وضعت في رحم المرأة بعد وفاة الزوج، سيترتب على ذلك إشكاليات كثيرة.

- من المصلحة أن يتم التخلص منها، حتى نحتفظ للإنسان الطبيعي إنسانيته.

2- القول الثاني: أن هذه البويضات لها حرمتها كالتي داخل البطن، وهو قول بعض المعاصرين[47].

ودليلهم في ذلك[48]:

- أن الحياة في هذه البويضات هي حياة بشرية في أول مراحلها.

- قياس البويضة الملقحة خارج الرحم على البويضة الملقحة داخل الرحم في نفس الحرمة، والمكان لا تأثير له.

- إنّ البويضات الملقحة باعتبارها أول تكوين الجنين تعد مستقبلة للحياة، فلا يجوز إعدامها، ما دامت أنها ستكون إنسانا، ولو احتمالا، ولا يجوز إلا أن يكون طريقها هو ما خلقت له، وهو العلوق في رحم أمها.

الترجيح: من خلال قراءة آراء العلماء وأدلتهم يمكن ترجيح القول الأول الذي يقضي بعدم حرمة إتلاف البويضات الملقحة اصطناعيا خارج الرحم في حالة وجود فائض منها، لعدم تعلقها بالرحم.

المطلب الثاني: الموقف القانوني من إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا خارج الرحم

اختلفت كلمة فقهاء القانون حول شرعية إيجاد عددا زائدا من البويضات الملقحة اصطناعيا، كما اختلفت كلمتهم حول مدى جواز إتلاف هذه البويضات لسبب أو لآخر، كما اختلفت القوانين حول المسألة المتدارسة تبعا للرأي الفقهي الذي اتبعه كل قانون.

أولا: موقف الفقه القانوني من إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا: لم يجد فقهاء القانون حاجة للتمييز بين مصطلح أجنة، لقائح أمشاج، طالما أن النماذج القانونية التقليدية المستقر عليها قانونا كانت وإلى وقت قريب كافية لاستيعاب كافة أفعال الاعتداء على الأجنة البشرية، والتي كان يُقصد بها "الحمل" أي الأجنة الملقحة داخل الرحم، إلا أن ضرورة التمييز بدأت تفرض نفسها على الدارسين

والباحثين بسبب ما أصبح يثيره الأمر من إشكالات قانونية، خصوصا بشأن أفعال وقف التجميد والاعتداء على حقها في الحياة في إطار ما تخضع له من ممارسات طبية وعليمة لأهداف عديدة وغايات متعددة، علما أن الأمر يتعلق بالبحث في إعطاءها الوصف المناسب هل هي أجنة تسري بشأن إتلافها جريمة الإجهاض أم لا؟

وعليه فإنّ الفيصل في تحديد نطاق الحماية الجنائية لأطفال الأنابيب إنّما يتوقف على نظرة كل جانب من الفقه إلى وضع البويضات الملقحة، وما إذا كانت تعد من قبيل الأجنة البشرية المشمولة بحماية قانون العقوبات في نصوصه المتعلقة بجرائم الإجهاض وإسقاط الحوامل أم لا. وبذلك، تباينت مواقف الفقهاء والتشريعات بشأن الإجابة عن هذا الإشكال، على رأيين:

1- الاتجاه الأول: يرى بعدم مشروعية إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة المجمدة، لكون الأمر يتعلق بأجنة بشرية، حيث متى بدأت حياة الجنين بات كل اعتداء عليه عملا مؤثما وخاضعا للنصوص التي تجرم ارتكاب الإجهاض وإسقاط الحوامل، وحياة الجنين وفق هذا التوجه إنما تبدأ بمجرد حدوث التلقيح ولو تم خارج الرحم، لتتوسع بذلك نطاق الحماية الجنائية ليشمل هذه الأجنة ولو كانت خارج الرحم الذي يحكم جرائم الإجهاض في قانون العقوبات؛ لأنه وإن كانت جريمة الإجهاض تفترض بداهة وجود حما مستقر ومستكن، إلا أن علة التجريم في جوهرها قد تشفع وتبدو مبررة للقول بإمكانية مساءلة الجاني عن الإتلاف ولو كانت خارج الرحم، ذلك أن الهدف الأساسي من تجريم الإجهاض إنّما يتمثل في حماية الجنين البشري منذ اللحظات الأولى لوجوده وبدايات تكوينه، فكان واجبا إضفاء الحماية التامة عليه ومساءلة كل من يمس حقه في الحياة عن جريمة الإجهاض لتحقق ذات العلة في هذا الصدد، وإن كان الجنين المعتدى عليه قابعا داخل أنبوب مخبري غير محتضن في رحم أمه[49]. خاصة وأن إخصابه خارج الرحم أمر دعت إليه الضرورة الطِّبية العلاجية، منعت من إمكانية التلقيح داخل الرحم، وإن كان التلقيح من دواع الضرورة، فليس من دواعيها التفريق في الأحكام بينها وبين من تم تلقيحهم داخل الرحم[50].

2- الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي جواز إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا والمجمدة لكون الأمر لا يتعلق بأجنة بشرية، بل بمجرد لقائح وأمشاج بشرية ملقحة، ومن ثم نفي وصف الجنين عنها، حيث لا يمكن حسبهم التسليم باكتساب اللقيحة الآدمية وصف الجنين، وبالتالي دخولها في نطاق الحماية الجنائية للأجنة البشرية بمجرد التقاء الحيوان المنوي بالبويضة الأنثوية وحدوث عملية الإخصاب، علما بأن مصطلح الجنين لا ينصرف إلا لما هو مستقر ومستكن داخل الرحم، كما لابد من مرور فترة زمنية معينة يطرأ خلالها على اللقيحة أطوارا خلقية معينة لكي تكتسب وصف الجنين بمعناه القانوني الدقيق[51].

وبذلك، متى كانت اللقيحة خارج الرحم، ولا زالت في بدايات تكوينها فإنه يجوز إتلافها، ولا مسؤولية على من يقوم بذلك[52]، حيث أن النصوص القانونية القائمة المتعلقة بالإجهاض لا تبدو وافية في إضفاء

الحماية الجنائية على الأمشاج الملقحة، لما تفترضه جريمة الإجهاض من وجود امرأة حامل تمارس ضدها أفعال الإسقاط حتى يمكن مساءلة مرتكبها جنائيا، والتي تشترط أن تكون المرأة حامل أو على الأقل مفترض حملها حتى تتحقق جريمة الإجهاض، وهو ما أخذ بت القانون المصري في نص المادة 260 من قانون العقوبات؛ إذ القول بخلاف ذلك يتعارض وطبيعة الجريمة وأركانها.

ويترتب على ذلك أن الحماية الجنائية لا تسري على البويضات الملقحة خارج الرحم–أطفال الأنابيب– إلا من اللحظة التي تزرع في رحم الأم، أما قبل ذلك فلا يمكن تطبيق نصوص قانون العقوبات عليها، ومن ثم إتلافها لا يعد إجهاضا. والله أعلم وأحكم.

ثانيا: موقف القوانين من إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا: اختلفت مواقف القوانين الوضعية من مسألة إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة، لذا وجب بيان موقف المشرع الجزائري، ثم بيان موقف بعض التشريعات المقارنة.

1- موقف المشرع الجزائري: لقد جرّم المقنن الجزائري فعل الإسقاط –الإجهاض– بدون مسوغ طِبّي ضروري، إذا توافرت أركان الجريمة وشروطها سواء كان الفاعل شخصا أجنبيا عن المرأة الحامل، أو كانت هي المُتسببة في إسقاط جنينها، غير أنّه لم يحدد صراحة وقت بداية الحياة الإنسانية للجنين؛ إذ لم يُفرق بين الجنين الذي نُفخ فيه الروح، والذي مازال في بدايات تكوينه، والعقوبة مقررة من بداية الحمل إلى حين الولادة، تماشيا مع رأي المالكية الذي يعتبر أن في الجنين المسقط بالجناية غُرّة بصرف النظر عن المرحلة التي أُسقط فيها، وسَوَّى بين الفاعل الأصلي، والشريك في الاعتداء كمن أرشد الحامل على الوسائل التي تُؤدي إلى إسقاط الحمل، ويستوي في ذلك إن كانت المرأة حاملا فعلا، أو المفترض حملها (الجريمة المستحيلة).

كما يعاقب على الشروع في جريمة الإجهاض، وتصنف جريمة الإجهاض في الجنح وعقوبتها الحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية تقدر بـ: من 500 إلى 10.000 دينار، وتشدد العقوبة إذا أفضت أفعال الجاني إلى موت الحامل؛ إذ تُقدر العقوبة في هذه الحالة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة[53].

والجدير بالذكر أنّ المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح الأجنة في معرض حديثه عن تكنولوجيا الإنجاب بالمساعدة الطِّبية، أين منع تداول هذه الأجنة، ولو لغرض البحث العلمي، أو التبرع أو البيع أو بكل شكل آخر من المعاملة، سواء كان ذلك لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا. حيث جاء في المادة 374 من قانون الصحة المعدل[54]: " 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 أما أو بنتا،

بالسيتوبلازم".

غير أنّه لم يبين شروط حفظ وإتلاف الأمشاج بموجب قانون الصحة، وتركها للقانون الذي ينظم هذه العملية. بموجب المادة 376 من قانون الصحة: " تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج عن طريق التنظيم".

وبالنظر إلى موقف القانون الجزائري من إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة خارج الرحم، نجده قد أكد على ضرورة القيام بإتلاف الأجنة البشرية المحفوظة فور ثبوت وفاة أحد الزوجين وأن يحرر محضر بذلك بموجب التعليمة الوزارية رقم 300 لسنة2000م المتعلقة بأفضل الممارسات العيادية والسريرية للمساعدة الطِّبية على الإنجاب.

2- موقف القوانين المقارنة: تتحقق حالة الإتلاف في العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا خارج الرحم وفق القوانين المقارنة في حالات عدة أهمها[55]:

أ- حالة العدول الإرادي الصريح من الزوجين: يمكن للزوجين أن يطلبا صراحة بإتلاف البويضات المخصبة بماءيهما وتركها دون عناية طِّبية، كما أن هناك حالة أخرى يتم فيها إتلاف البويضات الملقحة اصطناعيا، ودون الاكتراث برأي ذويها أو بإرادتهم، طالما تم التخلي عنها من قبلهم، هذا ما ذهب إليه المشرع الإيطالي بموجب القانون رقم 40 لسنة 2004 والمتعلق بالتلقيح الاصطناعي، بحيث منع اللجوء إلى تجميد الأجنة البشرية، ومنع كذلك تلقيح فائض منها حسب نص المادة 14 منه، فإنّه في حالة عدول الأزواج إراديا عن مشروعهم الإنجابي، فلا مجال للاستعانة بالتجميد طالما أنّه محظور أصلا، ويتعين حينئذ على مركز الإخصاب القيام بإتلاف هذه الأجنة وذلك بتركها دون عناية طبية للوفاة الطبيعية، تحت طائلة تعرض المخالفة لعقوبة السجن لمدة ثلاث سنوات أو بغرامة تتراوح ما بين خمسين ألف ومائة وخمسين ألف أورو حسب ذات القانون.

كما أن المشرع الإماراتي قد أقر بمنع تلقيح فائض من الأجنة البشرية، والاكتفاء بالعدد اللازم للزرع الفوري لا غير تفاديا لحدوث فائض وفقا للمادة 1/11 من القانون المتعلق بشأن أنشطة مراكز الإخصاب البشري رقم 11 لسنة 2008م، خاصة وأنّه لا يجوز حسب نص المادة 20 من ذات القانون اللجوء إلى التجميد أو إنشاء بنوك ووحدات لحفظ الأجنة البشرية[56].

وأنّه في حالة حصول فائض من الأجنة البشرية بأي وجه من الوجوه رغم المنع أو في حالة العدول عن إتمام الزرع كما في حالتي الطلاق أو الوفاة، وفقا للمادة 4/13 فتترك هذه الأجنة دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياتها على الوجه الطبيعي حسب ما جاء في نص المادة 2/11 من القانون نفسه[57].

أمّا القانون السعودي لم يشر إلى مصير الأجنة البشرية الزائدة عن الحاجة، وأحال بموجب المادة 03 من القانون المتعلق بوحدات إخصاب الأجنة وعلاج العقم لسنة 2004م، إلى الفتاوى الشرعية الصادرة عن هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، ويلزم وحدات الإخصاب بالتقيد والعمل بما جاء في هذه الفتاوى وذلك في إطار نشاطها الطّبي على أهم ما صدر من فتاوى شرعية بهذا الخصوص ما انتهى إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة سنة 1990م بشأن مصير البويضات الملقحة الزائدة عن

الحاجة، والذي اتفق المشاركون فيها من خلال قراره رقم 6/6/57 أفضلية تلقيح العدد المطلوب للزرع فقط والاقتصار على ذلك، أمّا إذا حصل فائض في الأجنة بأي وجه من الوجوه، فإنّها تترك دون عناية طِّبية، إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي، ومن ثم تترك لشأنها، ويعتبر هذا الإتلاف مآلا مثاليا لهذه الأجنة، خاصة وأنه يعتبر ارتكاب لأخف الأضرار، طالما أن مسألة تركها لتموت لا تنطوي على عدوان إيجابي على حياتها[58].

وهذا ما أوصى به المشاركون في الندوة الطِّبية الفقهية الخامسة المنعقدة بالكويت في الفترة ما بين 24 إلى 27 أكتوبر 1989م[59].

ب- حالة إتلاف البويضات الملقحة اصطناعيا في حالة العدول القهري (حالة وفاة أحد الزوجين أو الطلاق): وفي هذا نجد أن القانون التونسي أوجب إتلاف الأجنة البشرية بمجرد ثبوت وفاة أحد الزوجين بموجب الفصل 11 من القانون رقم 93 لسنة 2001م، وهو ما جاء في نص المادتين 12 و23 من القانون المتعلق بمراكز ووحدات الإخصاب المساعد رقم 48 لسنة 2011م، واللتان تلزمان الطبيب المشرف على وحدة الإخصاب الطِّبي القيام بإتلاف الأجنة فورا في حالة وفاة أحد الزوجين؛ لأنّ الوفاة تعتبر مانعا من القيام بالزرع وفق نص الفقرة 03 من المادة 2/2141 من القانون الفرنسي رقم 800-2004م.

وتجمع تشريعات الطِّب الإنجابي على عدم أحقية استرداد الأجنة البشرية من قبل أحد الزوجين دون الآخر، حيث يعتبر الانفصال بينهما وهما على قيد الحياة مانعا من إتمام عملية الزرع، خاصة وأنه لا عبرة بإنهاء تجميد الأجنة المحفوظة المتأنية منهما بدل تقديم الطلب إلى وحدة الإخصاب الطِّبي، ويتعين على هذه المحكمة الحكم بوقف التجميد إما قبل الحكم بالطلاق، بمقتضى إذن على عريضة بطلب من المطلقين، أو بعد الحكم بالطلاق حسب الفقرتين 05 و06 من الفصل 11 من قانون الإنجاب التونسي.

كما يمنع القانون الفرنسي رقم 2004-800 مسألة الزرع بعد الانفصال بين الزوجين أو الشريكين، سواء تم ذلك بالانفصال الجسماني، التوقف عن الحياة المشتركة أو البدء في إجراءات الطلاق وفق نص المادة 2/2141 الفقرة 3، وهي حالات يستحيل بشأنها إتمام المشروع الإنجابي، مما يحمل معه أن يقرر الزوجين أو الشريكين وقف تجميد أجنتها المحفوظة فور انفصالهما بدل الاستمرار في تجميدها طالما ما من احتمال لزرعها في إطار نفس المشروع الأسري، مما يستبعد فرضية اختيارهما لمصير آخر غير الإتلاف كالتبرع بها على سبيل المثال، ليتحدد بذلك وصراحة موقف القانون الفرنسي من مسألة الإتلاف الفوري للأجنة البشرية المحفوظة وذلك في حالة الانفصال بين الزوجين.

وعلى هذا النحو سار القانون السوري الذي ألزم الطبيب المشرف على وحدة الإنجاب الطِّبي القيام بإتلاف الأجنة البشرية المحفوظة بوقف تجميدها فور الانفصال بين الزوجين بالطلاق بموجب المادتين 12 و23 من القانون رقم 48 لسنة 2011م.

ج- حالة إتلاف البويضات الملقحة اصطناعيا بعد انتهاء المدة القانونية للحفظ: إنّ تشريع الطِّب الإنجابي يتدخل بعد انتهاء المدة القانونية المسموح بها، وفي هذا تنص المادة 4/2141 الفقرة 03 من القانون الفرنسي رقم 2004-800، بأن تتم مراسلة الأزواج كل سنة طيلة مدة الحفظ، 05 سنوات وفي حالة انقضاء هذه المدة دون حصول مركز الحفظ على الرد على مراسلاته من قبل المعنيين، فإنّه أوجب مراسلتهم مجددا مرتين على الأقل حسب المرسوم الصادر في 22-12-2006 والمتعلق بالمساعدة الطِّبية على الإنجاب، خلال الستة أشهر الموالية لنشر هذا المرسوم، وفي حالة عدم الرد يعتبر ذلك بمثابة تخلي ضمني من قبلهم.

ويؤكد القانون الفرنسي على أن تكون المراسلات برسائل مسجلة مع وصل الاستلام، مع ضرورة التأكد من العنوان المدون في الملف لدى مركز الإخصاب والحفظ، ويفترض حينئذ أمر من اثنين:

1- فإمّا رجوع المراسلة إلى المرسل، المركز في حالة تغيير العنوان.

2- عدم رجوع المراسلة، ومن ثم استلامها وعدم الاكتراث لأمرها وكمصير الأجنة تبعا لذلك.

ليتدخل القانون بذلك مقررا إتلاف البويضات الملقحة المحتفظ بها، رغبة المشرع في الحد من تزايد عدد الأجنة المحفوظة، ولإيجاد حل لتفاقمها سنة بعد سنة، خاصة بعد تخلي ذويها عنها وعدولهم ضمنيا عن رغبتهم في الاحتفاظ بها.

كما أن القانون التونسي رقم 93 لسنة 2001م نص بموجب الفصل 11 منه على إتلاف البويضات الملقحة في حالة عدم تجديد طلب التجميد، وبعد انتهاء المدة القانونية والتي لا تتجاوز الخمس سنوات القابلة للتجديد من قبل الزوجين؛ لأنّ عدم طلب التجديد يعتبر من قبيل التخلي عنها والرغبة في إتلافها بإنهاء حفظها.

الخاتمة

من خلال دراسة حيثيات هذا الموضوع، يتضح جلياً أنّ مسألة إتلاف العدد الزائد من البويضات الملقحة اصطناعيا تطرح عدة إشكالات عملية، وهذا ناتج عن اختلاف الرؤى في حكم إتلافها، وإمكانية اعتبارها جنينا، ومن ثم يترتب عليه كافة الأحكام الشرعية والقانونية للإجهاض، أو عدم اعتباره كذلك، وهذا ما يؤثر أيما تأثير على أحكام البويضات الملقحة باعتبارها النواة الأولى لتكوين الإنسان بحسب مآلها.

وبهذا فقد احتوى ختام البحث على مجموعة من النتائج والتوصيات نبينها فيما يأتي:

النتائج

- لا يصدق وصف الجنين على البويضة الملقحة خارج الرحم؛ لأنّ المدلول اللغوي لا يتحقق فيه.
- أن حكم الإسقاط والإجهاض لا يصدق على البويضات الملقحة ما لم تزرع في الرحم.
- أن البويضات الملقحة تأخذ حكم الجنين وتخضع لأحكامه متى زرعت في الرحم.

– إنّ إثارة موضوع حكم إتلاف البويضات الملقحة اصطناعيا يعد من النوازل الطبية والفقهية المعاصرة، ومدى إمكانية اعتباره جنينا، وماذا يترتب على ذلك من أحكام.

– إنّ مسألة إيجاد عددا زائدا من البويضات الملقحة، أثارت جدلا واسعا بين أوساط الفقهاء والأطباء والقانونيين، والذي استقر رأي الأغلبية هو عدم جواز إيجاد عددا زائدا من البويضات الملقحة اصطناعيا إلا لضرورة طّبية ملحة، وعدم اعتبار البويضات الملقحة اصطناعيا قبل زرعها في الرحم جنينا، ومن ثم لا يترتب على تركها للإتلاف بصفة طبيعية حكم الإجهاض.

التوصيات

– تشجيع البحوث والدراسات الأكاديمية حول نازلة البويضات الملقحة اصطناعيا خارج الرحم من جوانبها الطبية والفقهية والقانونية.

– ضرورة الوقوف على الأحكام الشرعية، والضوابط التي أرستها الشريعة الإسلامية لممارسة الأعمال الطِّبية المستجدة، حتّى تُضبط تلك الأعمال بضابط الشرع.

– دعوة الباحثين في هذا المقام من طلاب العلم الشرعي، وبالخصوص طلبة قانون الأسرة بضرورة الولوج إلى مثل هذه المواضيع، والعناية بهذه المستجدات بشتى تقنياتها، وتخصيصها بالبحوث والدراسات الجدية التي تجمع بين التأصيل والتطبيق، لتحقيق الفوائد المتوخاة من طَرْق باب هذه الموضوعات.

– ضرورة العناية بالجوانب الطِّبية المتعلقة بتقنيات الإنجاب الحديثة.

– العمل على نشر الوعي حول خطورة زيادة عدد الأجنة الملقحة اصطناعيا خارج الرحم.

في آخر البحث، نقول أخيرا وليس آخرا نسأل الله أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم، وأن يرزقنا التوفيق والسداد إنه ولي ذلك والقادر عليه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

الهوامش:

(1) سورة الإنسان الآية 2.

(2) بكر، أبو زيد بن عبد الله، "طرق الإنجاب في الطّب الحديث وحكمها الشرعي"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، دورة3، عدد3، 1987م، ج1، ص12.

(3) مأمون، الحاج علي إبراهيم، البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة ماذا نفعل فيها؟ بحوث ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 20 شعبان 1407هـ– الموافق 18 أفريل 1987، ص455. نقلا عن أسماء، فتحي عبد العزيز شحاته، "الحكم الشرعي في إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا"، قضايا طبية معاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، مج3، ص2119.

(4) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004م، مادة "جن"، ج1، ص141.

[5] ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، (د ط)، دار صادر، بيروت، 1414هـ، مادة "جنن"، ج13، ص92، 93.

[6]الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة 2005م، ج4، ص212.

[7] ابن منظور، مرجع سابق، ج13، ص93.

[8] مدكور، محمد سلام، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، ط1، دار الاتحاد العربي، القاهرة، 1389هـ، ص31.

[9] ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003م، ج6، ص587.

[10] الباجي، أبي الوليد سليمان، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ، ج7، ص80، 81.

[11] الماوردي، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، النكت والعيون تفسير الماوردي، (د ط)، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ت ن)، ج12، ص385.

[12] الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2005م، ج2، ص51.

[13] ابن قدامة، موفق الدين المقدسي، المغني، ط4، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 1999م، ج9، ص532.

[14] ابن رجب، عبد الرحمن بن شهاب الدين، جامع العلوم والحكم، ط7، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001م، ج1، ص157.

[15] ابن حزم، علي بن سعيد الأندلسي، المحلى بالآثار، (د ط)، دار الفكر، بيروت، (د ت ن)، ج11، ص236.

[16] النويري، شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب القرشي البكري، نهاية الأرب في فنون الأدب، ط1، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، 1423هـ، ج2، ص11.

[17] سورة الحج، من الآية: 05.

[18] القرطبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ط5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996م، ج12، ص6-9.

[19] البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، (د ط)، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1998م، (حديث رقم: 3208)، ص617.

[20] القرطبي، مرجع سابق، ج12، ص6-9.

[21] الحكومة لغة من الحكم، وهو القضاء، ابن منظور، مرجع سابق، ج12، ص414. واصطلاحا هي: المال الواجب في جناية على ما دون النفس لم يرد الشرع له مقدارا معلوما، وترك أمر تقديره للقاضي. الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، سوريا، (د ت ن)، ج7، ص664. عدنان، أحمد درويش ظاهر، تقدير دية الأعضاء في الشريعة والقانون–دراسة مقارنة–، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014م، ص92.

[22] البار، محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط6، الدار السعودية، جدة، 1986م، ص376.

[23] اللوزي، منى فايز، الإجهاض طبيا، قانونيا، فقهيا، ط1، (د د ن)، عمان، 1996م، ص426.

[24] البار، محمد علي، خلق الإنسان...، مرجع سابق، ص373.

[25] عبد الستار، فوزية، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص499. رؤوف، عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، (د ط)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985م، ص288.

[26] محمود، نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، (د ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م، ص301.

[27] الفتلاوي، سالم، بدر، حسين، "أثر التطور العلمي على توسع المفهوم القانوني للجنين(دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع2، السنة التاسعة، بغداد، 2017م، ص219.

[28]العبادي، عبد السلام، حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة، بحوث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية، ص379. السنباطي، عطا عبد العاطي، بنوك النطف والأجنة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص127.

[29] العبادي، عبد السلام، مرجع سابق، ص380. السنباطي، عطا عبد العاطي، مرجع سابق، ص128.

[30] الأشقر، سليمان عمر، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العملية وزراعة الأعضاء، بحوث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية، ص396.

[31] المرجع السابق، ص396، 397. راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014م/2015م، ص44، 45.

[32] سورة الزمر من الآية 06.

[33]راحلي، سعاد، مرجع سابق، ص44، 45.

[34] البار، محمد علي، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، ط1، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، 1994م، ص237.

[35] البار، محمد علي، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي (نظرة إلى الجذور)، ط1، الدار السعودية، الرياض، 1987م، ص100، 101.

[36] أعمال ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطِّبية، ص757.

[37] مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، جدة، الدورة2، العدد2، ج1، ص656، 657.

[38] قسم الإفتاء، فتاوي شرعية، إدارة الإفتاء والبحوث بدائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، الكتاب15، دبي، ص174.

[39] الأستاذ عبد القادر العماري، عبد السلام العبادي، علي أحمد السالوس، حسن الشاذلي، حسان حتحوت، أحمد الغندور وغيرهم، إسماعيل، مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1429هـ، ص518.

[40] اسماعيل، مرحبا، مرجع سابق، ص519.

[41] المرجع السابق، ص519. ينظر، كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط1، دار النفائس، الأردن، 2001م، مجلد1، ص89، 305. وما يليها.

[42] طلعت القصبي، اسماعيل، مرحبا، مرجع سابق، ص520.

[43] حسان حتحوت، الدكتور مختار المهدي. ينظر: إسماعيل، مرحبا، ص521، 522.

[44] منهم: عز الدين الخطيب، عبد الستار أبو غدة، بدر المتولي، توفيق الواعي، يوسف القرضاوي، عمر الأشقر. ينظر: إسماعيل، مرحبا، مرجع سابق، ص550.

[45] اسماعيل، مرحبا، مرجع سابق، ص551.

[46] المرجع السابق، ص551، 552.

[47] سورة المرسلات، الآية 20.

[48] حسن الشاذلي، محمد مختار السلامي، عبد السلام العبادي، حسان حتحوت، عبد الله باسلامة. ينظر: اسماعيل، مرحبا، مرجع سابق، ص551.

[49] إسماعيل، محمد عبد الشافي، الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون، ط1، دار المنار، مصر، 1992م، ص48. الخولي، محمد عبد الوهاب، المسؤولية الجنائية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1997م، ص126.

[50] عمراني، أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة–دراسة مقارنة–، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، سبتمبر 2010م، ص115.

[51] محمد، نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط1، دار النفائس، الأردن، 1996م، ص251.

[52] محمد، نعيم، ياسين، مرجع سابق، ص118.

[53] العبادي، عبد السلام، حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، عد6، ج6، ص1836. اسماعيل، مرحبا، مرجع سابق، ص553.

[54] ينظر: المواد 23، 304، 305، 306، 309، 310، 311 من أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1966، متضمن قانون العقوبات، ج ر، ع40، مؤرخة في 1966/06/11م، معدل ومتمم.

[55]قانون الصحة: الصادر بالأمر رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، ج رع8، الصادرة بتاريخ 1985/02/17، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق لـ 29 يوليو 2018م المتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46، ص35.

[56] ينظر في هذه الحالات: أحمد، داود رقية، "وقف تجميد الأجنة البشرية الفائضة من منظور شرعي وتشريعي"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، عدد2، مجلد2، ص70 وما يليها.

[57] المرجع السابق، ص73.

[58] المرجع السابق، ص72، 73.

[59] أرفيس، باحمد، مراحل الحمل والتصرفات الطبية على الجنين بين الشرعية الإسلامية والطب والمعاصر، ط2، AD، الجزائر، 2005م، ص54.

[60] البار، محمد علي، مشروعية أبحاث الخلايا الجذعية، الدار السعودية، جدة، 2002م، ص 1803.

قائمة المصادر والمراجع

1- ابن حزم، علي أبو محمد بن أحمد بن سعيد الأندلسي، المحلى بالآثار، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ نشر، ج11.

2- ابن رجب، عبد الرحمن بن شهاب الدين الحنبلي، جامع العلوم والحكم، ط7، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001م، ج1.

3- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003م، ج6.

4- ابن قدامة، المقدسي موفق الدين أبي محمد الصالحي الحنبلي، المغني، ط4، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 1999م، ج9.

5- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دون طبعة، دار صادر، بيروت، 1414هـ، مادة "جنن"، ج13.

6- أحمد، داود رقية، "وقف تجميد الأجنة البشرية الفائضة من منظور شرعي وتشريعي"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، عدد2، مجلد2، ص70 وما يليها.

7- أرفيس، باحمد، مراحل الحمل والتصرفات الطبية على الجنين بين الشرعية الإسلامية والطب والمعاصر، ط2، AD، الجزائر، 2005م.

8- أسماء، فتحي عبد العزيز شحاته، "الحكم الشرعي في إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا"، قضايا طبية معاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، المملكة العربية السعودية، 1431هـ، مج3.

9- إسماعيل، محمد عبد الشافي، الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون، ط1، دار المنار، مصر، 1992م.

10- إسماعيل، مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1429هـ.

11- الباجي، أبي الوليد سليمان، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ، ج7.

12- البار، محمد علي:

*أخلاقيات التلقيح الاصطناعي (نظرة إلى الجذور)، ط1، الدار السعودية، الرياض، 1987م.

* الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، ط1، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، 1994م.

*خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط6، الدار السعودية، جدة، 1986م.

*مشروعية أبحاث الخلايا الجذعية، الدار السعودية، جدة، 2002م.

13- البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، بدون طبعة، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1998م.

14- بكر، أبو زيد بن عبد الله، "طرق الإنجاب في الطّب الحديث وحكمها الشرعي"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، دورة3، عدد3، 1987م، جزء1.

15- الخولي، محمد عبد الوهاب، المسؤولية الجنائية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1997م.

16- راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014م/2015م.

17- رؤوف، عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985م.

18- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، سوريا، بدون تاريخ نشر، ج7.

19- السنباطي، عطا عبد العاطي، بنوك النطف والأجنة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.

20- العبادي، عبد السلام، حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة، بحوث ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية.

21- عبد الستار، فوزية، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.

22- عدنان، أحمد درويش ظاهر، تقدير دية الأعضاء في الشريعة والقانون-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014م.

23- عمراني، أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، سبتمبر 2010م.

24- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2005م، ج2.

25- الفتلاوي، سالم، بدر، حسين، "أثر التطور العلمي على توسع المفهوم القانوني للجنين(دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع2، السنة التاسعة، بغداد، 2017م.

26- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة 2005م، ج4.

27- القرطبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ط5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996م، ج12.

28- قسم الإفتاء، فتاوي شرعية، إدارة الإفتاء والبحوث بدائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، الكتاب15، دبي.

29- كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط1، دار النفائس، الأردن، 2001م، مجلد1.

30- اللوزي، منى فايز، الإجهاض طبيا، قانونيا، فقهيا، ط1، بدون دار نشر، عمان، 1996م.

31- مأمون، الحاج علي إبراهيم، البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة ماذا نفعل فيها؟ بحوث ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 20 شعبان 1407هـ- الموافق 18 أفريل 1987م.

32- الماوردي، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، النكت والعيون تفسير الماوردي، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ نشر، ج12.

33- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، جدة، الدورة2، العدد2، ج1.

34- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط1، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004م، مادة "جن"، ج1.

35- محمد، نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط1، دار النفائس، الأردن، 1996م.

36- محمود، نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م.

37- مدكور، محمد سلام، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، ط1، دار الاتحاد العربي، القاهرة، 1389هـ.

38- النويري، شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب القرشي البكري، نهاية الأرب في فنون الأدب، ط1، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، 1423هـ، ج2.

39- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1966، متضمن قانون العقوبات، ج ر، ع40، مؤرخة في 1966/06/11م، معدل ومتمم.

40- قانون الصحة: الصادر بالأمر رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، ج رع8، الصادرة بتاريخ 1985/02/17، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق لـ 29 يوليو 2018م المتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46.

تأجير الأرحام بين الصيغة التجارية وإفساد معنى الأمومة

ط.د. بوعزيز أمينة/ كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. قرميط صارة/ كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:

أبرزت التطورات الطبية الحديثة العديد من الوسائل التي تساهم وبشكل كبير في علاج بعض الأمراض المستعصية كالعقم، ومن بين هذه الوسائل هناك عملية تأجير الأرحام، التي يتم فيها تلقح بويضة الزوجة بماء زوجها، ثم تزرع في رحم امرأة متبرعة، مقابل أجر أو بدونه. وبظهور هذه التقنية ظهرت معها تحديات لفقهاء الشريعة ولفقهاء القانون. وكغيرها من الوسائل، تمتلك تقنية تأجير الأرحام مجموعة من الآثار الوخيمة التي ترد سلبا على المجتمع، خاصة الأسرة. سواء في محو المعنى الحقيقي للأمومة، أو بالمساهمة في اختلاط الأنساب، أو بكونها أصبحت عبارة عن معاملات تجارية يرجو من خلالها الربح المادي فقط.

الكلمات المفتاحية: تأجير الأرحام، الأم البديلة، عقد، تقنية، الأمومة.

Abstract :

Modern medical developments have highlighted many methods that contribute significantly to the treatment of some incurable diseases such as infertility, and among these methods there is the process of surrogacy, in which the wife's egg is fertilized with her husband's water, and then implanted in the womb of a donating woman, for or without payment. With the emergence of this technology, challenges emerged for the jurists of Sharia and legal scholars. Like other methods, the surrogacy technique has a number of dire effects that negatively affect society, especially the family. Whether in erasing the true meaning of motherhood, or by contributing to the mixing of lineages, or by the fact that they have become commercial transactions through which financial profit is only hoped for.

Keywords: surrogacy, surrogacy, contract, technology, motherhood.

المقدمة:

اختص الله تعالى المرأة بصفة جميلة وغرزها في نفسها حتى ترعرعت مع سنين عمرها، ألا وهي غريزة الأمومة، إلا أن بعضهن، بإرادة الله تعالى، حرمن من هذه النعمة، سواء لعلة ما بهن أو بأزواجهن (العقم)، وبسبب تفاقم هذه المشكلة ظهر على الساحة مصطلح تأجير الأرحام.

إن عملية تأجير الأرحام صورة عصرية ظهرت في السنوات الأخيرة، كاكتشاف علمي يحقق حلولا ناجعة لكثير من حالات العقم المستعصية، ويرسم آمالا للعديد من العائلات التي حرمت من نعمة الإنجاب، إذ تلقح بويضة الزوجة بماء زوجها، ثم تزرع في رحم امرأة متبرعة، مقابل أجر أو بدونه.

لقدأثارت مسألة الأم البديلة أو الرحم البديل خلافا فقهيا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، لأن هذه الأخيرة تسعى لحماية الإنسان، والمحافظة على نسبه باعتباره من مقاصدها، والمعطيات الجديدة الواقعة في العصر الحالي. وهذا ما وضع الفقهاء أمام تحديات وجب الإجابة الفقهية الأصولية عليها، واستجابة لتأثير هذه التحديات كثر الحديث والجدل حول إجارة الأرحام كونها من القضايا الجدلية التي تجمع في طياتها المتناقضات، وهذا ما نتج عنه فتاوى متعددة ومختلفة.

وقد أدت هذه المسألة لاختلاف بين المختصين في مجال الطب الحديث، حيث قام الأطباء في ظل تطور وسائل الإنجاب بمعالجة الحلات المستعصية عن طريق الرحم البديل أو المستأجر، وقد يبدو أن الغرض منه علاجي، إلا أنه في الواقع العلمي يساء استخدامه كونه يقود إلى عدة مشاكل تثار حاليا، توشك أن تكون ظاهرة اجتماعية تمس مستقبل الأجيال إن لم توضع لها ضوابط وقيود تتحكم فيها وتسيطر عليها.

ومن الناحية القانونية، فإن تأجير الرحم يعد كنوع من العقود الجيدة، حيث نشأت في العالم الغربي وبدأت الانتشار في العالم العربي، ويتم اللجوء إلى هذا النوع من العقود بسبب عدم صلاحية الزوجة للحمل لعلة ما، ورغبة من الزوجان في الحصول على الأولاد. وفي الدول الغربية تشرف على هذا التعاقد بين الأمهات البديلات والأزواج شركات خاصة مقابل ربح مادي، وينتج عن هذا العقد العديد من المشاكل الشرعية والقانونية والأخلاقية.

يعتبر موضوع إجارة الأرحام من المواضيع ذات الأهمية البالغة لكونه يهدد المجتمع خاصة الأسرة، فهو وسيلة لتحقيق غاية الأمومة، دون مراعاة للجوانب الدينية والأخلاقية والقانونية، وفي نفس الوقت سبب لضياع معناها، وكان تكييف هذه العملية أكبر مشاغل الفقه المعاصر.

نظرا لكون تأجير الأرحام من المسائل المستجدة، فقد ظهرت لها آثار وخيمة ترد على كيان المجتمع المتمثل في الأسرة، وعليه، ماهو الحكم الشرعي في تأجير الأرحام من ناحية الحل والحرمة، وما هي أهم الآثار المترتبة عليها؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، نستهل دراستنا في هذه الورقة البحثية بإبراز مشروعية تأجير الأرحام (المبحث الأول)، ثم التعرض للآثار الناتجة عنها (المبحث الثاني).

وسنعتمد في هذه الدراسة على المنهجين التحليلي والوصفي.

المبحث الأول: مشروعية عملية تأجير الأرحام

قبلالخوضفيمشروعيةتأجيرالأرحامكانمنالضروريأننحاولإيجادتعريفللمسألةأولا.

وخاصةفيظلاختلافالمصطلحاتفهناكمنيسميهاالحمللحسابالغير،أوالرحمالظئر،أوالأمالبديلةأوالحاملة،وغيرهامنا لأسماءالتيتؤديإلىنفسالمعنى(المطلب الأول).[1]

ونظرا لحداثة مفهوم الرحم المستأجر فقد أثيرت حوله جملة من المشاكل التي تقودنا لضرورة تبيان الحكم الشرعي للمسألة، والتطرق إلى موقف المشرع الجزائري منها. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم إجارة الرحم

---

[1] النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، 2010-2011، ص 160

حاول الكثير من الفقهاء إيجاد تعريفات دقيقة لمسألة تأجير الأرحام[1]، من بينها أنه: "موافقة امرأة على حمل بويضة ملقحة ليست لها أصلا وذلك لحساب امرأة أخرى وتسليم المولود لها بعد ولادته".[2]وتعرف إجارة الرحم أيضا بأنها:"استخدام رحم امرأة أخرى تحمل لقيحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة وغالبا ما يكونان زوجين تحمل الجنين وبعد وضعها تسلمه للهما لتولي رعايته ويكون له ولد قانوني لهما".[3]

لقد عرفه الدكتور 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".[4]

إن مسألة تأجير الأرحام في عمومها تدور حول قيام امرأة بالحلول محل امرأة أخرى في حمل الجنين وولادته. في هذا الخصوص يقول الدكتور عارف علي عارف بأن: " التعرف المرجو لابد أن لا يخرج عن إطار الأسس التالية:

1- أن يكون نسب البويضة الملقحة لرجل وامرأة تربطهما علاقة زوجية قائمة حقيقة أو حكما؛

2- أن يقتصر دور المرأة المتطوعة على حمل البويضة الملقحة ورد الطفل بعد الولادة إلى الزوجين صاحبا هذه البويضة؛

---

[1] إجارة الرحم هو مصطلح مركب من كلمتين: الإجارة والرحم، فالإجارة لغة: اسم للأجرة، والجمع أجر، وربما جمعوها أجرات، بفتح الجيم وضمها، وهو ما يعطى الأجير في مقابلة العمل، وهناك معنى آخر للأجر وهو الجبر، بمعنى جبر العظم الكسير، والجامع بين المعنيين أن أجرة العامل كأنها شيء يجبر به حاله جراء ما لحقه من كد العمل. ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى، لسان العرب، دار صادر، بيروت–لبنان، ج4، ط3، د س ن، ص 10. أما الرحم لغة فهو موضع تكوين الولد، ويخفف بسكون الحاء مع فتح الراء ومع كسرها أيضا، وقال أبو عباد: "وهو بيت منبت الولد ووعاؤه في البطن". محمّد مرتضى الحسيني الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ج32، 1965–2001، ص 230. ومن الناحية الاصطلاحية، تعرف الإجارة على أنها: "عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض"، أما الرحم: " فهو عبارة عن حويصلة صغيرة الحجم في أسفل التجويف البطني للمرأة يتسع ويكبر تبعا لنمو الجنين بداخله إلى أن يصل إلى قمة تمدده في نهاية فترة الحمل، ثم يعود إلى حالته الأولى تدريجيا بعد خروج الجنين". ساجدة طه محمود، تأجير الأرحام وأثره في نظر الشريعة والطب والقانون، مقال منشور على الموقع: https://www.iasj.net/iasj. شوهد يوم: 2022/08/28، الساعة: 21:33.

[2] عارف علي عارف، الأم البديلة أو الرحم المستأجر–رؤية إسلامية، مجلة إسلامية المعرفة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، العدد 19، إيران 1999، ص 86.

[3] سعيدي فطيمة الزهرة، حميدة نادية، موقف المشرع الجزائري من إجارة الأرحام، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد 03، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2021/05/28، ص 17.

[4] محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 02، 1986، ص 282.

3- أن يتم تلقيح البويضة المؤنثة في أنبوب بالسائل المنوي للزوج ثم بعد ذلك توضع هذه البويضة داخل رحم المرأة المتطوعة بالحمل لحساب الغير، وذلك اجتنابا للوقوع في شبهة الزنا المحرم شرعا والمجرم قانونا".[1]

تقنية تأجير الأرحام عبارة عن صورة من صور التلقيح الصناع، تتلخص فكرته في أن تتقدم امرأة تستطيع الحمل والولادة من أسرة لم تتمكن الزوجة فيها من الإنجاب، وذلك لأسباب مختلفة، فتتقدم المرأة المستعدة للحمل وتتطوع للقيان بتلك العملية بأجر أو تبرعا.[2]

أما من الناحية القانونية، فقد وردت عدة تعريفات لإجارة الرحم، بعضها اقتصر على كونها عملية حضن بيضة مخصبة لزوجين في رحم امرأة أخرى، حيث جاء تعريفه على أنه: عرف عقد تأجير الأرحام بأنه:"عقد تتعهد بمقتضاه امرأة بشغل رحمها بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة"[3]. وعرف أيضا بأنه: "استدخال بيضة الزوجة المخصبة من زوجها في رحم امرأة أخرى تقوم بالحمل نيابة عنها، وتسمى الأم الحاملة، أو الأم المستعارة".[4]

بينما بعض التعريفات جاءت شاملة مبينة مقتضى العقد بصورة واضحة، من بينها أنه: "عقد تتعهد بمقتضاه امرأة رحمها بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الانجاب نظرا لفساد رحم الزوجة، فتقوم بالحمل نيابة عنها وتسمى الأم الحاملة أو الأم المستعارة".[5]

كما عرف عقد إجارة الأرحام بأنه: "اتفاق بين طرفين تلتزم بمقتضاه امرأة تسمح بزرع بيضة مخصبة تعود لرجل وامرأة، لعيب في رحم الأخيرة أو لأي سبب آخر، وحمل الجنين والعناية به وتسليم

---

[1] عارف علي عارف، المرجع نفسه، ص 86.

[2] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة الطبية على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013-2014، ص 53-54.

[3] حسني ممدوح عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006، ص 56. – أسامة رمضان الغمدي، لوائح وقوانين وممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء، دار الكتب القانونية ودار شتات، مصر – الإمارات، 2009، ص 116.

[4] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية الجنائية للجنين بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة- ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية-مصر، 2014، ص 101.

[5] السعيد سحارة، حاحة عبد العالي، الأحكام المرتبطة بعقود تأجير الأرحام، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري والمقارن، مجلة الفكر، العدد 18، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر،04-02-2019، ص 221.

المولود إلى الطرف بتنفيذ متطلبات تخصيب البويضة ودفع الأجرة، إن كان العقد بأجر، وتحمل مصاريف الأخرى بالإضافة إلى تسلم المولود عند الوضع".[1]

وعليه، فإن عقد إجارة الأرحام هو عقد على منفعة رحم بشغله بلقيحة أجنبية عنه بعوض أو بدونه، أو يمكن القول بأنه عقد تتعهد بمضمونه امرأة بشغل رحمها بأجر أو بدونه بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة اصطناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لعدة أسباب.[2]

هناك أسبابا عدة تدفع بالزوجين للجوء إلى استئجار رحم امرأة أخرى تحتضن البويضة الملقحة لهذين الزوجين، وهذه الأسباب قد تكون طبية أو غير طبية، فالأسباب الطبية لإجارة الحرم تتمثل في أن يكون رحم المرأة معيبا أو ضعيفا بحيث لا يستقر فيه الحمل ومبيضها سليما، أو استئصال رحم المرأة بسبب مرض ما ومبيضها منتج، أو وفاة الجنين المتكررة أو الإجهاض المتكرر ومبيضها سليم. أما الأسباب غير الطبية فتكون عادة في رغبة المرأة صاحبة البويضة بالحفاظ على رشاقتها وجمال جسدها الذي يضر به الحمل، أو خوفها من فقدان وظيفتها في حالة الحمل، أو الخشية من مخاطر الحمل المتأخر خاصة والحيلولة دون انتقال بعض الأمراض إلى الجنين باعتباره أنه يتغذى عن طريق دم الأم.[3]

تأخذ عملية إجارة الأرحام صورة عديدة، تم نقلها عن الفقهاء المعاصرين، وقد استعملوا هذه الحالات من أجل التسهيل في بيان حكمها، فالحالة الأولى تتلخص في أخذ اللقيحة من بويضة الزوجة ونطفة الزوج (زوجين) ويتم التلقيح في وعاء اختبار خارج الرحم ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى أجنبية عنها (ليست زوجته ولا صاحبة البويضة)، والحالة الثانية فتكون فيها اللقيحة من زوجين ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجة أخرى (هي الضرة)، أي الزوجة الثانية للرجل صاحب النطفة. ومعنى هذا أن أحداهن صاحبة البويضة والضرة تبرعت بالرحم.[4]

أما عن الحالة الثالثة، فتأخذ فيها بويضة الزوجة وتلقح بماء رجل أجنبي عنها ثم توضع اللقيحة في رحم امرأة أجنبية، وبعد الولادة يسلم الجنين للزوجة صاحبة البويضة وزوجها، وهذه الحالة يطلق عليها بصورة الرجل العقيم. والحالة الرابعة يتم فيها تلقيح ماء الزوج بماء امرأة أجنبية عنه ثم تحمل المرأة نفسها اللقيحة في رحمها، وعند الولادة يسلم الطفل إلى هذا الرجل وزوجته، وهي صورة المرأة العاقر.

---

[1] عقيل فضيل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مجلةكليةالحقوق، جامعةالنهرين، المجلد 13، العدد 2، العراق، 2013، ص 06.

[2] معمري إيمان، ميدون مفيدة، أحكام إجارة الأرحام في الاجتهاد الفقهي المعاصر والقوانين الوضعية، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، المجلد 03، العدد 02، أدرار – الجزائر، 30-12-2019.

[3] سعيدي فطيمة الزهرة، حميدة نادية، المرجع السابق، ص 1236.

[4] خاطر خيرة، استئجار الأرحام بين القانون والشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة طاهر مولاي، المجلد 03، العدد 02، سعيدة-الجزائر، 21-12-2016، ص 180.

وأخيرا الحالة الخامسة التي تكون فيها اللقيحة من امرأة تتبرع بالبويضة ورجل يتبرع بالنطفة ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى، وهي صورة المرأة العاقر والرجل العقيم.[1]

المطلب الثاني: مشروعية إجارة الرحم

أجمع أهل الفقه المعاصر في الشريعة الإسلامية على تحريم ثلاث صور من حالات تأجير الأرحام، تحريما مطلقا، والمتمثلة في تلقيح بويضة الزوجة بنطفة أجنبي وإعادة زرعها في رحم امرأة أجنبية، وتلقيح بويضة أجنبية بنطفة الزوج وزرعها في رحم امرأة أجنبية، وأخيرا تلقيح بويضة أجنبية بنطفة أجنبي وزرعها في رحم امرأة أجنبة. وذلك لما تسببه هذه الحالات من اختلاط الأنساب وضياع معاني الأمومة، والأبوة. كما اعتبر الفقهاء أن استعمال مني، أو بويضة أجانب زنا تحت مسميات جديدة.[2]

أما عن الحالتين المتبقيتين، أين يتم تلقيح بويضة الزوجة ونطفة البويضة، وإعادة زرعها إما في رحم امرأة أجنبية، أو في رحم الزوجة الثانية، فقد ثار نقاشا بين الفقهاء واختلاف في الحكم بين مؤيد ومعارض.

فقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي في المملكة العربية السعودية الحالة الثانية وحرم العقد إن كانت مؤجرة الرحم أجنبية، وذلك في دورته السابعة، لسنة 1980، وقد ربطوا شرعية هذه الحالة بتوافر شرط الحاجة القصوى، وذلك بالعجز الكلي للزوجة عن حمل جنينها بنفسها، مع اعتزال الزوج زوجته، التي ستحمل الطفل، خلال الفترة الأولى من حملها، لتفادي اختلاط الأنساب من جهة الأم، وأهم شرط في الموضوع هو رضا الأم البديلة على حمل لقيحة ضرتها رضا تام وليس فيه إكراه. إذ جاء في نص الفتوى: "إن الأسلوب السابع الذي يؤخذ فيه النطفة، والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء اختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض اختياراتها بهذا العمل عن ضرتها المنزوعة الرحم، يظهر المجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة".[3]

وقد ارتكز فقهاء المجمع الفقهي على مجموعة من المعطيات الشرعية، والتي ساعدت على تكوين وجهة نظر واضحة لديهم للقول بإيجاز هذه الحالة، فقد قاسموا استئجار الأرحام بالرضاعة، فكون الأم البديلة لا تورث الجنين الذي تحمله شيء من جينيتها، ولا حتى طبائعها أو أهوائها –وهذا ما أثبته العلم

---

[1] القاضي عباس زياد كامل السعدي، مدى مشروعية عقد استئجار الرحم وآثاره، مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد 22، العراق–بغداد،2001، ص 158.

[2] خاطر خيرة، المرجع السابق، ص 180.

[3] قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، في دورته السابعة، القرار الخامس حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، المنعقد بمقر رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، في الفترة من 11 إلى 16 ربيع الثاني، 1404 هـ، ص 152.

الحديث– فإنها لا تقاسمه شيء سوى الطعام الذي يتغذى عليه داخل رحمها، أو الرحم ذاته الذي لا يعتبر إلا جوفا يحميه، ويوفر له الظروف الطبيعية للنمو.[1]

كما اعتمدوا أيضا بأن في الأصل الإباحة حتى يرد دليل على التحريم، فلا تحريم إلا بنص، ولا دليل على تحريم استئجار الأرحام، كما أنه في الفقه قاعدة جوهرية أخرى وهي : "الحاجة تنزل منزلة الضرورة"، و"الضرورات تبيح المحظورات".[2]

سحب المجلس الفقهي حالة الجواز المذكورة أعلاه، وعدل عن رأيه لعلة اختلاط الأنساب، وعلى فرض موت الجنين أو سقوط الحمل، ثم حمل مؤجرة الرحم من مقاربة زوجها لها فيظن بأن المولد هو من بيضة الأولى والحقيقة خلاف ذلك، وتمسكوا بفرض آخر وهو أن تحمل مؤجرة الرحم بحمل آخر بعد زرع البويضة المخصبة، نتيجة مقاربة زوجها لها، ومن ثم لا يعرف عند ولادة التوأم من أمهما[3]، كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس، والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج لحاملة اللقيحة واختلاط الأنساب.[4]

---

[1]خاطر خيرة، المرجع السابق، ص 183. –جعل الفقهاء في هذه الحالة الأم البديلة مثلها في هذا مثل الأم المرضعة، حيث أن الرضاعة بالمقابل، أو أجر جائزة في الإسلام فالأمران سيان. إلا أن هذه النقطة اختلف فيها العلماء، فهناك من يقول بأن الأم البديلة تؤثر في تكوين الجنين، وتورثه بعض من خصائصها الجينية، وذلك عن طريق المشيمة، فهي عضو يتكون داخل رحم المرأة، مهمتها أن تستخلص العناصر الغذائية من الدم وتنقلها إلى الجنين. حيث أن الجنين ينشأ من التحام الحيوان المنوي والبويضة. هذه الأخيرة تحمل حمضا نوويا ينقل الصفات الوراثية للجنين، والملاحظ أن هذا الحمض لا يتمركز في نواة البويضة فقط، بل يوجد في سيتوبلازما الخلية وهذا الجزء يتأثر بالبيئة المحيطة به أثناء نمو الجنين في الرحم. – زياد أحمد يلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط1، الدار العربية للعلوم 1996، ص 103.

[2]خاطر خيرة، المرجع السابق، ص 184.

[3] معمري إيمان، ميدون مفيدة، المرجع السابق، ص 147. – جاء في نص الفتوى: " إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة من زرع اللقيحة ثم تلد توأمين ولا ولد اللقيحة من 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 معاشرة الزوج ويوجب ذلك من خلال اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية، لكل من الحملين والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، وإن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة، وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء فيه قرر المجمع سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأول المشار إليه في قرارات المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام 1404 هـ". – قرارات المجلس الفقهي الإسلامي، في دورته الثامنة، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، المنعقد بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، في الفترة من 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى الأولى، سنة 1405، الموافق له: 19–28 يناير، سنة: 1985، ص 161

[4] جاء في نص الفتوى: " إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة من زرع اللقيحة ثم تلد توأمين ولا ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما قد تموت علقة، أو مضغة أحد الحملين، ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو

ومن ثم عاد المجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة سنة 1989 إلى تحريم جميع صور استئجار الأرحام لما في الأمر من ملابسات، ومخالفة اختلاط النطف في المختبرات، وهو نفس القرار الذي اتخذه في دورة مؤتمره الثالث بعمان سنة 1986، بأنها محرمة شرعا وممنوعة منعا باتا لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية.[1]

وقد ذهب إلى حرمة هذه الصور طائفة من العلماء والباحثين المعاصرين، ومنهم: جادالحقعليجادالحقمفتيالأزهرسابقا،عليجمعةمفتيمصر ،محمدسيدالطنطاويشيخالأزهر ،يوسفالقرضاوي،مصطفد الزرقاعضومجمعالفقهالإسلامي،وغيرهم.[2]

وفي هذا الخصوص، قال الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: " لما كان التلقيح قد تم بين بيضة الزوجة ومني زوجها خارج رحمها، ثم جمع بينهما في رحم أنثى أخرى ليست صاحبة البيضية بل رحم الزوجة الثانية لذات الزوج،... أرى أن هذا الأسلوب من التلقيح الصناعي غير جائز في حكم الإسلام". ويقول الدكتور يوسف القرضاوي في ذلك: " إذا كنا نبحث أولا عن مشروعية هذا الأمر من الوجهة الدينية، قبل أن نبحث عن أحكامه إذا حدث بالفعل، فالذي أراه- بعد طول تأمل ونظر- أن الفقه الإسلامي لا يرحب بهذا الأمر المبتدع، ولا يطمئن إليه، ولا يرضى عن نتائجه وآثاره".[3]

لقد ذهب الفقهاء إلى أبعد من ذلك، فقد قاسموا عملية استئجار الأرحام على زواج التبعيض، لما فيه من وطئ، وطلب للولد بغير زواج شرعي، وقد حرمه عليه الصلاة والسلام، وهناكمن قال بأن استئجار الأرحام حكمها من حكم الزنا، وذلك لكون ماء الرجل يدخل رحم امرأة أجنبية عنه، وعليه فإن ماءه استقر فيما حرمه الله، حتى ولو كان جنينا مخلقا، فالأصل كان ماء.[4]

ولد اللقيحة، أم حمل معاشرة الزوج ويوجب ذلك من خلال اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية، لكل من الحملين والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، وإن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة، وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء فيه قرر المجمع سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأول المشار إليه في قرارات المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام 1404 هـ". – قرارات المجلس الفقهي الإسلامي، في دورته الثامنة، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، المنعقد بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، في الفترة من 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى الأولى، سنة 1405، الموافق له: 19-28 يناير، سنة: 1985، ص 161

[1] هيام اسماعيل السمحاوي، إيجار الأرحام دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر-الإسكندرية، 2013، ص 729-731

[2] محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط2، 1999، ص 102-103.

[3] معمري إيمان، ميدون مفيدة، المرجع السابق، ص 149.

[4] خاطر خيرة، المرجع السابق، ص 186.

بعد عرض آراء الفقهاء فإنه يمكن القول أن تأجير الأرحام لا يجوز شرعا، وهو عمل مرفوض، وذلك لأن هذه الوسيلة فضلا عن كونها ذريعة إلى اختلاط الأنساب، فإنها وسيلة إلى الشر والفساد.[1]

من الناحية القانونية، أثارت مسألة تأجير الأرحام مشاكل متعددة ومتنوعة، فبعض التشريعات الغربية، والتشريعات العربية لا تعترف بهذه المسألة ولا تأخذ بها ضمن قوانينها، بينما اختارت تشريعات غربية أخرى بالإقرار بتأجير الأرحام وتنظيمها.[2]

وبخصوص المشرع الجزائري، فقد تطرق لمسألة تأجير الرحم أو الأم البديلة في قانون الأسرة، وقانون الصحة.

لقد ساير المشرع أحكام الشريعة الإسلامية ونص في قانون الأسرة الجزائري الجديد في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، في فقرتها الأخيرة، صراحة على أنه: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"[3]، وذلك لأن هذه الوسيلة ذريعة إلى اختلاط الأنساب، فلا يجوز للزوجين استعارة أو تأجير رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائها، حتى لو كانت المرأة صاحبة الرحم زوجة ثانية للرجل صاحب الحيوان المنوي، لما في ذلك من إشاعة للفاحشة والمفسدة وإثارة للمشكلات الاجتماعية.[4]

ما يعاب على المشرع الجزائري هو اكتفاؤه بالنص على منع عملية إيجار الأرحام دون ترتيب جزاء على مخالفي هذه القاعدة القانونية، فكان من المفروض أن يقرر عقوبات جزائية وخاصة بالعمل الطبي، والزوجين، وكل امرأة تقوم بتأجير رحمها.[5]

كما أكد المشرع أيضا على حرمة استخدام الأم البديلة في قانون الصحة الجديد لسنة 2018، حيث نصت 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 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..". كما نصت المادة 374 منه أيضا على أنه: "يمنع التداول لغاية البحث العلمي التبرع والبيع وكل شيء آخر من أشكال المعاملة

---

[1] أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية–مصر، 2006، ص 257.

[2] النحوي سليمان، المرجع السابق، ص 165 وما يليها.

[3] الأمر رقم: 05–02 المؤرخ في: 18 محرم عام 1426، الموافق: 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84–11 المؤرخ في: 9 رمضان عام 1404 الموافق: 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج ر، العدد 15، الصادر بتاريخ: 27–02–2005.

[4] لعربي أحمد بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، المجلة القضائية، العدد 06، جمادى الأولى، 1434 هـ، ص 297.

[5] معمري إيمان، ميدون مفيدة، المرجع السابق، ص 1554.

المتعلقة: –بالحيوانات المنوية، – بالبيضيات حتى بين الزوجات الضرات. – بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو امرأة أخرى سواء كانت أختا أو أما أو بنتا".[1]

إضافة إلى ما جاء في قانون الأسرة الجزائري وقانون الصحة، فإن القواعد العامة في القانون المدني، المتعلقة بتنظيم العقود، تأكد هي الأخرى على بطلان عقد تأجير الرحم.

حيث أنهلكي يصح الشيء محلا للعقد اشترط المقنن الجزائري مجموعة من الشروط أبرزها ألا يكون محل العقد من الأشياء التي لا تستأثر من أي شخص، بحيث تكون مكفولة للجميع في استخدامها، أو الأشياء التي تكون ممنوعة بحكم القانون وهي بالتالي تخالف النظام العام والآداب العامة في حال أصبحت محلا للتعاقد والتصرفات القانونية. وفي عقد استئجار الأرحام، يكون محل العقد منصرفا إلى رحم المرأة، فعلى الرغم من كون المحل في العقد موجودا أثناء التعاقد إلا أن فيه مخالفة واضحة لنص المادة 93 من القانون المدني[2]

أما بالنسبة لسبب العقد، فقدجاء في نص المادة 97 من القانون المدني: إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا". وعلى ذلك يعتبر عقد تأجير الرحم باطلا لأن السبب فيه يخالف النظام العام والآداب العامة.[3]

وعليه فإن المرأة الحامل بالإنابة لقاء مقابل أو بدونه، يقع عقدها باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية محله وسببه، ولا يترتب أية آثار قانونية، لأنه يتعلق بالنسب الشرعي وهو من النظام العام.[4]

أثار عقد تأجير الأرحام، عند القوانين التي تعتمده، جدلا فقهيا حول طبيعة هذا العقد، حيث يذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى أن عملية الإخصاب خارج الجسم باستعمال الأم البديلة هي عبارة عن عدة علاقات تعاقدية، فهي عقد بين الزوجين والأم البديلة، وعقد بين الزوجين والمستشفى، وعقد بين الأم البديلة والمستشفى، وكل عقد من تلك العقود يضع على عاتق كل طرف التزامات قبل الطرف الآخر، وله أيضا حقوق على الطرف الآخر.[5]

يعلل أنصار هذا النهج، بأن تأجير الأرحام عقد، بما اتجهت إليه بعض التشريعات الغربية، وما نادى به دعاة الحرية الذين أجازوا إبرام اتفاقات الحمل لحساب الغير كسبيل لتحقيق حلم الزوجين في الحصول على الولد وإعطاء أمل للأم العقيمة لإشباع فطرتها.

---

[1]قانون رقم 18–11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439، الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، ج ر، عدد 46 مؤرخة في 29 يوليو 2018.

[2]الأمر رقم 75–85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005، ج ر، العدد 44، بتاريخ: 26 يونيو 2005.

[3] السعيد سحارة، حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها.

[4]لعربي أحمد بلحاج، المرجع السابق، ص 297.

[5]خالد مصطفى فهمي، المرجعالسابق، ص 101.

وأهم ما يبرر صفة ذلك العقد هو إمكانية إسقاط أحكام بعض العقود على هذه العملية، إذ يمثل كل من الزوجين صاحبي اللقيحة والمرأة المستقبلة للبويضة الملقحة في رحمها أطرافا لهذا العقد، وتنجم عنه مجموعة من الالتزامات المتبادلة.[1] كما ذهب أنصار شرعية عقد تأجير الرحم إلى حاجة الزوجين إلى الولد وإنزالهما منزلة الضرورة.[2]

بينما هناك رأي آخر يرفض مبدأ العلاقة التعاقدية في حالة تأجير الأرحام، ولا يعتبره عقدا، ونظرا لعدم وجود عقد، من البداية، بين الطرفي، وإنما مجرد تفاهم على وضع معين، فإن هذا الوضع لا يرتب أي التزامات على عاتق الطرفين. فالأمر لا يعدو –في نظرهم– مجرد تفاهم أو تنظيم غير ملزم لعملية الحمل ومصير المولود بعد ولادته. فهم يهدفون إلى إعطاء الحرية للمرأة "البديلة أو الحاملة" للاحتفاظ بالمولود لنفسها إن شاءت، دون أن تخشى الحكم عليها إما برد الولد، وإما بدفع تعويض مالي للمرأة الأخرى. فالغاية عندهم تبرر الوسيلة: فإعطاء الحرية للمرأة الحاملة للاحتفاظ بالمولود يقتضي القول بعدم ارتباطها بأي عقد، من البداية، مع المرأة الأخرى.[3]

لقد استند معارضو إسقاط العقد على تأجير الرحم عدة حجج كلها تقرر بطلان الاتفاقات أو العقود التي تهدف إلى الإنجاب عن طريق الرحم المؤجر، من بينها أن رحم المرأة غير قابل للبذل والإباحة، فلا يجوز هبته ولا تأجيره، وبذلك لا يصلح أن يكون محلا لأي عقد. ولا يجوز للمرأة أن تجعل جسدها محلا للتعامل فيه، وإن الزام الأم بالتنازل عن وليدها قبل ولادته هو أمر يتنافى مع النظام العام وفطرة الأمومة. واستندوا أيضا على أن عدم عقدية تأجير الرحم راجع إلى كونه اتفاق غير قانوني، يجعل من الجسد الآدمي محلا للتصرف بالرغم من أنه يخرج من دائرة الأشياء القابلة للتعامل فيها.[4]

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن تأجير الأرحام

عملية استئجار الرحم عبارة عن: "استخدام رحم امرأة أخرى تحمل لقيحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة وغالبا ما يكونان زوجين وتحمل الجنين وتضعه ، وبعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود

---

[1] يرتب عقد تأجير التزامات على طرفيه، فيحدد بدقة حقوق وواجبات كل طرف، ومنتلك الحقوق المبلغ المالي المتفق عليها إذا كان إيجارا أو تطوعا أو تبرعا أو إذا كان بدون مقابل، وكذلك التزام الأم البديلة بتسليم الطفل عقب الولادة والمحافظة عليه أثناء فترات الحمل، وعدم حدوث أي علاقة جنسية، سواء شرعية أو غير شرعية، وذلك خلال مدة الحمل، ويستمر الكشف والإشراف الطبي الدوري على الأم البديلة طوال فترة الحمل. – سحارة السعيد، حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 224.

[2] بلعباس أمال، بن عزيزة حنان، التكييف القانوني لعملية تأجير الأرحام، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 04، جامعة مسيلة، الجزائر، 01-03-2017. ص 195.

[3] محمد المرسي زهرة، الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدده الشرعية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، 1993، ص 175.

[4] بلعباس أمال، بن عزيزة حنان، المرجع السابق، ص 194.

و يكون ولدا قانونيا لهما".[1]وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العلم الإسلامي بتحريم هذا الأسلوب من أساليب التلقيح.وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة وقانون الصحة الجديد، وهذا موقف صائب يساير أحكام الشريعة الإسلامية لأن هذه الوسيلة فضلا عن كونها ذريعة إلى اختلاط الأنساب، فهي وسيلة أيضا إلى الشر والفساد والشبهات التي لا حصر لها.[2]

كما أن الفقه الإسلامي لا يرحب بهذا الأمر المبتدع، ولا يطمئن إليه، ولا يرضى عن نتائجه وآثاره، بل يعمل على منعه. فهو يساهم في إفساد المعنى العميق الذي تحمله الأمومة (المطلب الأول)، وذلك بتحول رحمها أو بويضتها لتجارة تقوم ببيعها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إفساد معنى الأمومة

من بين الآثار الوخيمة لعملية تأجير الأرحام هو إفساد معنى الأمومة كما فطرها الله تعالى، وكما عرفها الناس. هذا المعنى الذي ليس في الحياة أجمل ولا أنبل منه. فالأم الحقيقية، هي صاحبة البويضة الملقحة، التي منها يتكون الجنين، هي التي ينسب إليها الطفل، وهي الأحق بحضانته، وهي التي تناط بها جميع أحكام الأمومة وحقوقها من الحرمة والبر والنفقة والميراث وغيرها.

وكل دور هذه الأم في صلتها بالطفل أنها أنتجت يوما ما بويضة أفرزتها بغير اختيارها، وبغير مكابدة ولا مشقة عانتها في إفرازها. أما المرأة التي حملت الجنين في أحشائها وغذته من دم قلبها أشهرا طوالا، حتى غدا بضعة منها، وجزء من كيانها، واحتملت في ذلك مشقات الحمل، وأوجاع الوحم، وآلام الوضع، ومتاعب النفاس، فهذه مجرد "مضيفة" أو "حاضنة" تحمل وتتألم وتلد، فتأتي صاحبة البويضة، فتنتزع مولودها من بين يديها، دون مراعاة لما عانته من آلام، وما تكون لديها من مشاعر، كأنها مجرد " أنبوب" من الأنابيب، التي تحدثوا عنها برهة من الزمان، لا إنسان ذو عواطف وأحاسيس.[3]

وجاءفيدارالإفتاءالمصريةأن:"تأجيرالأرحام

"حرامشرعا"،لأنهإفسادلمعانيالأمومةويتسببفياختلاطالأنساب.. وبعضالنساءيلجأنإليهخوفاعلىمظهرهن".

---

[1]عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الاسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2008، ص 141.

[2] العربي بلحاج العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 695. للمزيد أنظر: كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، الموصل، مجلة الأبحاث كلية التربية الأساسية، العدد3، 2010، ص 239-266.

[3]مقال منشور على الموقع:

https://www.paldf.net/forum/showthread.php?t

تاريخ الاطلاع 2022/08/28، على الساعة: 22:42.

كما قالتأيضافي فتوى أخرى أن:"تأجيرالأرحاممنأجلالولادةحرامشرعالمافيهمنمفاسدتتلخصفيإفسادمعنىالأمومةكمافطرهااللهوعرفهاالناس،و صبغهابالصبغةالتجارية،ممايناقضمعنىالأمومةالتيعظمتهاالشرائعوناطتبهاأحكاموحقوقعديدة.

وهذاالمعنىوذلكالتعظيملايكونمنمجردبويضةأفرزهامبيضامرأةولَّقَحَهاحيوانمنويمنرجل،إنماتتكونمنشيءآخربعدذلك كمثلالوحموالغثيانوالوهنفيمدةالحمل،والتوترالقلقوالطلقعندالولادة،والضعفوالهبوطوالتعببعدالولادة.

فهذهالصحبةالطويلةهيالتيتُوَلِّدالأمومة،كماأنتغطيةالأمومةبهذاالحاجزيؤدىإلى تُوَلِّدالأمومة،ويؤدىإلىتنازعالولاءعندالطفلبعدالإنجاب: هلسيكونولاؤهلصاحبةالبويضة،أو التيحملتهوأرضعتهمنثدييها؟ممايعرضهلهزةنفسيةعنيفة؛إذإنهلنيعرفإلىمنينتميبالضبط: إلىأمهالأولىأمأمهالثانية؟ودرءالمفاسدأولىمنجلبالمصالح".[1]

أكد المفتي علي جمعة محمد بأن تأجير الأرحام محرم شرعا لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب والتنازع في نسبة الولد، حيث قال: "ماستئجارالأرحامفإنهمحرموممنوعشرعا،وقدصدرقرارمجمعالبحوثالإسلاميةرقم (1) بجلستهبتاريخ 29/ 3/ 2001مبتحريمتأجيرالأرحام،وكذلكأجمعالفقهاءالمعاصرونعلىحرمةذلك؛حيثلايمكنالجزممعوجودالطرفالثالثبتحديد الأمالحقيقيةلهذاالطفل،هلالأحقبهصاحبةالبويضةالتيتخلَّقمنهاالطفلوحملكلخصائصهاالوراثية،أوالأحقبهالأمالحاضنةصاحبةالرَّحمالذيتمفيهنموُّهوتطوُّرهوتبدلهحتىصارجنينامكتملا؟ولمايترتبعلىذلكمنخللٍوتنازع كبيرينوهوخلافمرادالشارعمنانضباطالأمورواستقرارالأحوالورفعالتنازعأوحصرهقدرالإمكان".[2]

كماحذرتالفتوىمنأنهذاالنوعمنالتلقيحيقودإلىشبهةاختلاطالأنساب؛لاحتمالأنتفشلعمليةالتلقيحبعدوضعاللقيحةفيالرحمالمؤجر،ويحدثالحملعنطريقمباشرةالزوجلزوجته،فيُظَنُّأنالحملوالوليدللمستأجر،معأنهفيالواقعليسله،وأضافتالفتوىأنهذهالشبهةتردفيحالةاستمرارالزوجفيمباشرةزوجتهوهيحاملةللبويضةالملقحة؛لأنالجنينيتغذىبماءالزوج ،كمايتغذىمنالأمالحامل،وقدوردالنهىالصريحعنوطءالحاملالتيهيمنهذاالقبيل،فعنرُوَيفِعبنثابتالأنصاري رضىاللهعنهأنرسولاللهصلىاللهعليهوسلمقال: ((لايَحِلُّلامرئيُؤمِنُباللهواليومِالآخِرِأنيَسقِيماءَ هزَرعَغيرِه))،يعنى: إتيانالحُبالى. وفىرواية: "فلايَسقِماءَ هوَلَدَ غيرِه".[3]

وعلى العموم، حرمت عملية تأجير الأرحام في المجتمعات الإسلامية بسبب إفسادها لمعنى الأمومة، كما تساهم أيضا في اختلاط الأنساب. فهذه العملية تعتبر كالزنا تماما، خاصة إذا كانت الأم البديلة لا تقرب صاحب النطفة.

---

[1] علي جمعة محمد، تأجير الأرحام، منشور على الموقع: https://www.dar-alifta.org، شوهد يوم: 2022/08/29، الساعة 23:06.

[2] علي جمعة محمد، الإخصاب الصناعي وأطفال الأنابيب وتأجير الأرحام، منشور على الموقع: https://www.dar-alifta.org ، شوهد يوم: 2022/08/20، الساعة: 20:02.

[3] سنن أبي داوود، كتاب: النكاح، باب: في وطء السبايا، الحديث رقم: 2158، 2159، ج2، ص 425.

المطلب الثاني : تأجير الأرحام صيغة تجارية محرمة

من المخاوف التي تنتج عن عملية تأجير الأرحام هو فتح الباب على النساء الفقيرات في العالم على أداء عمل كهذا تحت وطأة الحاجة الاقتصادية، فيصبح الطفل سلعة تباع وتشترى باسم الإنسانية، تحت شعار" أمنية الأسر المحرومة"، فالأسرة الثرية التي لا تريد لابنتها أن تتحمل متاعب الحمل والآم الولادة، وتريد أولادا، ما عليها إلا أن تقدم البويضة فقط وعلى المرأة المستأجرة أن تقوم بالحمل والولادة. امرأة تبيضوأخرياتيحملن ويتألمن ويعانين الآم الحمل والمخاض.

ومن ناحية أخرى، بهذا الأسلوب تستطيع الأسر الثرية أن تملك عددا كبيرا من الأطفال في مدة قصيرة إن أرادت ذلك عن طريق سحب بويضاتها وتلقحها بماء الرجل ثم زرعها في عشرات البطون المستأجرة بعد دفع أثمانها فتحصل على عشرات الأطفال في عام واحد. وهي لم تحمل، ولم تضع، ولم ترضع.[1]

وعليه، إن هذه الوسيلة فضلا عن كونها ذريعة إلى اختلاط الأنساب نتيجة الازدواج في التكوين والنشأة والخلقة فإنها وسيلة أيضا إلى الشر والفساد، وكل ما يؤدي إلى الضرر أو الحرام فهو حرام، فعادة الشارع ألا يترك المفسدة حتى تقع ثم يعالجها بل يحتاط في سد المنافذ إليها. ولا يقال عن ذلك من باب الضرورات التي تبيح المحظورات، لأن من ضابط الضرورة خوف الهلاك أو الضرر الشديد على إحدى الضروريات للنفس أو للغير يقينا أو ظنا إن لم يوجد ما يدفع به الهلاك أو الضرر الشديد، ومن ضوابطها أن تكون متفقة مع مقاصد الشارع، وأن تكون مستندة إلى قواعد شرعية، وألا يترتب على إزالتها إلحاق مثلها بالغير الضرر لا يزال بالضرر وأن تقدر بقدرها، والأهم ألا يخالف المضطر مبادئ الإسلام في تحريمه للزنى وحرصه على ثبوت النسب وعدم اختلاط الأنساب والأصل في الإسلام: دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح[2].

كما أن هناك بعد تجاري حيث تسعى بعض المؤسسات المتخصصة والشركات الطبية في استغلال عملية تأجير الأرحام من أجل الحصول على أرباحها، حيث تقوم هذه الأخيرة بالتنسيق بين والراغبات في إجراء هذه العملية ووفرت لهم أرحام النساء.[3]

وتسعىتلكالشركاتالتيتعلنعننفسهابأنهاوكيللمنشآتطبيةخارجالدولة،جاهدةللوصولإلىالفئاتالمجتمعيةممنحرم واالإنجاب،معلنةعنتسهيلجميعالإجراءاتاللازمةكالاستشاراتالقانونيةوتوفيرالأمالبديلةوالفحوصاتالطبيةكافةلإجرا ءهذهالعملياتبعدةدولأوروبيةبأسعارتنافسية.

---

[1] كريمة عبود جبر، المرجع السابق، ص 259-260.

[2] تأجير الأرحام عبث يرفضه الإسلام، مقال منشور على الموقع: https://www.alkhaleej.ae، شوهد يوم: 2022/08/28، على الساعة: 23:00.

[3] مقال منشور على الموقع: https://www.masrawy.com، شوهد يوم: 2022/08/30، الساعة 20:44.

كماتعهدتالشركاتذاتهابتوفيرأماكنلإقامةالزوجينوالأمالبديلةفيمرحلةالاتفاقلحينإجراءالعملية،فضلاًعنتحريرا لوثائقالخاصةبالطفلداخلمكاتبتسجيلالأحوالالمدنيةبالدولةالتيتجريفيهاالعملية.[1]

يشهد سوق تأجير الأرحام في الدول التي تسمح به انتعاشا كبيرا بسبب ارتفاع الطلب عليه من الخارج، فقد أصبحت تكلفة الطفل الواحد تصل إلى 120 ألف دولار، وتوجد وكالات متخصصة للسمسرة بين الأمهات المستأجرات وبين الزبائن من ذوي الحاجة. تتقاضى مبالغ مالية تتراوح بين 80 ألف دولار و120 ألف دولار.

ويقول الوسطاء العاملون في هذا السوق، إن الجاذبية التي يتمتع بها نظام تأجير الأرحام هو أنه يوفر الحماية القانونية لهذه العمليات في الوقت الذي تشهد فيه الدول التي لا تجيز هذه العملية رقابة مشددة وصارمة من أجل تطبيق الحظر على هذا الأمر.[2]

وعلى العموم، عقد تأجير الرحم يؤدي إلى الفساد من عدة وجوه، منها[3]:

1- جعل المرأة ممتهنة ومبتذلة بعرضها رحمها للبيع أو الهبة.

2- الاعتداء على أمومتها وأحقيتها في ضم الوليد بعد أن تغذى منها وحملته وهناً على وهن.

3- حينما تكون المستأجرة متزوجة وعندما يجامعها زوجها فيختلط ماؤه مع ماء غيره وذلك محرم قطعا، لقوله صلى الله عليه وسلم: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه ولد غيره"[4].

4- قد تكون المستأجرة بل يجب أن تكون في حالة تبويض كما جزم الأطباء بذلك، فماذا لو لم يتم تلقيح بويضتها مع نطفة زوجها أثناء حملها بالبويضة المخصبة؟ وهل تمنع من معاشرة زوجها الأصلي حتى تضع حملها المستأجر؟!

5- هل الطفل بعد ولادته سيكتب باسم أمه صاحبة البويضة الملقحة أم باسم صاحبة الرحم التي حملته حتى ولادته؟

6- ماذا لو كانت الأم البديلة أماً أو أختاً لصاحبة البويضة الملقحة؟

7- ماذا لو تمسكت صاحبة الرحم بالرضيع باعتباره ابنها أو لو رفضت صاحبة البويضة استلامه، إذ هو ولد مشوه؟

8- ماذا لو قامت صاحبة الرحم بتأجير رحمها لأكثر من أسرة ثم حدث مستقبلا تزاوج بين أبناء هذه الأسر؟

---

[1] محمود رضا الزاملى، أرحام للإيجار على الإنترنت.. انتشار الظاهرة على "السوشيال" باللغة العربية، مقال منشور على الموقع: https://www.youm7.com، شوهد يوم: 2022/08/30، الساعة 20:50.

[2] محمد عايش، سوق لتأجير الأرحام بأميركا.. والطفل بـ120 ألف دولار، مقال منشور على الموقع: https://www.alarabiya.net، شوهد يوم: 2022/08/30، الساعة 21:06.

[3] مقال منشور على الموقع: https://www.alkhaleej.ae تاريخ الاطلاع 2022/08/28،على الساعة: 23:00.

[4] حديث سبق تخريجه.

وأخيرا ماذا لو كانت الأم البديلة غير متزوجة ثم ظهر عليها الحمل أليس في ذلك تعريض لها للقذف وإشاعة الفاحشة في المجتمع؟

وكل هذه التساؤلات تؤدي إلى حرمة تأجير الأرحام أو الحمل لحساب الغير.

الخاتمة:

من خلال ما سبق دراسته، يمكن القول بأن إجارة الأرحام من أهم المسائل التي تثير الجدل شرعا وقانونا، نظرا لما يمثله هذا التصرف من مساس غير مبرر بجسم الإنسان. فهو عبارة عن اتفاق بين طرفين تلتزم بمقتضاه امرأة بالحمل لحساب الغير، سواء تشارك في عملية الحمل ببويضة منها أو برحمها أو بهما معا، مع تسليم الطفل بعد وضعه إلى الطرف الثاني الذي التزم بتحمل مصاريف العلاج والولادة ودفع مقابل للمرأة الحاملة كأجرة لها.

وقد وقع فقهاء الشريعة الإسلامية في نقاش وحوار عبر المجامع الفقهية والندوات ليصلوا بالنتيجة إلى أن مسألة تأجير الأرحام محرمة تحريما قطعيا، ذلك أنها تمتلك أبعاد خطيرة، وتهدد المجتمع، فهو أسلوب غير طبيعي يتم من خلاله المتاجرة بجسم الإنسان، وهذه التجارة أدت لتخريب معنى الأمومة.

وفي الأخير توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولا: النتائج:

- عدم جواز إجارة الأرحام سواء تم ذلك بمقابل أو هبة، لما ينتج عنه من اختلاط في الأنساب، كما أنه يثير مشكلة الأم الحقيقية، لما فيها من تعدد الأمومة، فهناك أم بالرحم وأخرى بالنطفة، وأم بالرضاعة.
- الإنجاب عن طريق إجارة الأرحام يؤدي لاعتبار المرأة الحامل مجرد أداة أو جهاز مهمته الحمل والوضع لا أكثر، حيث تتحول العملية إلى ما يشبه عارية الاستعمال إذ يتم في هذه الحالة استعارة جسم أنثى من أجل إشباع رغبات أشخاص آخرين، وقد يتحول الأمر إلى استثمار جسم المرأة تجاريا.
- اتفق المشرع الجزائري مع الرأي القائل بحرمة ومنع تأجير الأرحام، سواء كانت الأم البديلة زوجة ثانية لذات الرجل أو أجنبية عنه، لما تشمل عليه من مفاسد عظيمة، وهم ما أقره صراحة ضمن قانون الأسرة الجزائري وأكد عليه في قانون الصحة الجديد.

ثانيا: الاقتراحات

- تنظيمندواتونشاطاتعلميةتساهمفي التوعية حول مسألة تأجير الأرحام وخطورتها؛
- الحث على القضاء على هذا النوع من العمليات؛
- فرض رقابة مستمرة على المراكز التي تشرف على عملية التلقيح الصناعي، للتأكد من عدم حدوث أي مخالفة في هذا المجال، وذلك بتشكيل لجان رقابة متخصصة.

قائمة المصادر والمراجع

I. النصوص التشريعية

1- الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 18 محرم عام 1426، الموافق: 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84- 11 المؤرخ في: 9 رمضان عام 1404 الموافق: 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج ر، العدد 15، الصادر بتاريخ: 27-02-2005.

2- الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005، ج ر، العدد 44، بتاريخ: 26 يونيو 2005.

3- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439، الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، ج ر، عدد 46 مؤرخة في 29 يوليو 2018.

II. القواميس

1- ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعىالإفريقى، لسان العرب، دار صادر، بيروت-لبنان، ج4، ط3، د س ن.

2- محمّد مرتضى الحسيني الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ج32، 1965-2001.

III. الكتب

1- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية-مصر، 2006.

2- أسامة رمضان الغمدي، لوائح وقوانين وممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء، دار الكتب القانونية ودار شتات، مصر- الإمارات، 2009.

3- حسني ممدوح عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006.

4- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية الجنائية للجنين بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة- ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية-مصر، 2014.

5- زياد أحمد يلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط1، الدار العربية للعلوم 1996.

6- عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الاسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2008.

7- العربي بلحاج العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.

8- محمد المرسي زهرة، الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدده الشرعية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، 1993.

9- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط2، 1999.

10- هيام اسماعيل السمحاوي، إيجار الأرحام دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر-الإسكندرية، 2013.

IV. المذكرات الجامعية

1- بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة الطبية على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013-2014.

2- عقيل فضيل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مجلةكليةالحقوق، جامعةالنهرين، المجلد 13، العدد 2، العراق، 2013.

3- النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، 2010-2011.

V. الدوريات

1- بلعباس أمال، بن عزيزة حنان، التكييف القانوني لعملية تأجير الأرحام، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 04، جامعة مسيلة، الجزائر، 01-03-2017.

2- خاطر خيرة، استئجار الأرحام بين القانون والشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة طاهر مولاي، المجلد 03، العدد 02، سعيدة-الجزائر، 21-12-2016

3- السعيد سحارة، حاحة عبد العالي، الأحكام المرتبطة بعقود تأجير الأرحام، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري والمقارن، مجلة الفكر، العدد 18، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر،04-02-2019.

4- سعيدي فطيمة الزهرة، حميدة نادية، موقف المشرع الجزائري من إجارة الأرحام، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد 03، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2021/05/28.

5- عارف علي عارف، الأم البديلة أو الرحم المستأجر-رؤية إسلامية، مجلة إسلامية المعرفة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، العدد 19، إيران 1999.

6- القاضي عباس زياد كامل السعدي، مدى مشروعية عقد استئجار الرحم وآثاره، مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد 22، العراق-بغداد،2001.

7- كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، الموصل، مجلة الأبحاث كلية التربية الأساسية، العدد3، 2010.

8- لعربي أحمد بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، المجلة القضائية، العدد 06، جمادى الأولى، 1434 هـ.

9- محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 02، 1986.

10- معمري إيمان، ميدون مفيدة، أحكام إجارة الأرحام في الاجتهاد الفقهي المعاصر والقوانين الوضعية، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، المجلد 03، العدد 02، أدرار – الجزائر، 30-12-2019.

VI. مؤتمرات

1- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، في دورته السابعة، القرار الخامس حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، المنعقد بمقر رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، في الفترة من 11 إلى 16 ربيع الثاني، 1404 هـ.

2- قرارات المجلس الفقهي الإسلامي، في دورته الثامنة، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، المنعقد بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، في الفترة من 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى الأولى، سنة 1405، الموافق له: 19-28 يناير، سنة: 1985.

3- قرارات المجلس الفقهي الإسلامي، في دورته الثامنة، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، المنعقد بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، في الفترة من 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى الأولى، سنة 1405، الموافق له: 19-28 يناير، سنة: 1985.

VII. المواقع الإلكترونية

1- ساجدة طه محمود، تأجير الأرحام وأثره في نظر الشريعة والطب والقانون، مقال منشور على الموقع: https://www.iasj.net/iasj. شوهد يوم: 2022/08/28، الساعة: 21:33.

2- مقال منشور على الموقع: https://www.paldf.net/forum/showthread.php?t تاريخ الاطلاع 2022/08/28، على الساعة: 22:42.

3- علي جمعة محمد، تأجير الأرحام، منشور على الموقع: https://www.dar-alifta.org، شوهد يوم: 2022/08/29، الساعة 23:06.

4- علي جمعة محمد، الإخصاب الصناعي وأطفال الأنابيب وتأجير الأرحام، منشور على الموقع: https://www.dar-alifta.org ، شوهد يوم: 2022/08/20، الساعة: 20:02.

5- تأجير الأرحام عبث يرفضه الإسلام، مقال منشور على الموقع: https://www.alkhaleej.ae، شوهد يوم: 2022/08/28، على الساعة: 23:00.

6- مقال منشور على الموقع: https://www.masrawy.com، شوهد يوم: 2022/08/30، الساعة 20:44.
7- محمود رضا الزاملى، أرحام للإيجار على الإنترنت.. انتشار الظاهرة على "السوشيال" باللغة العربية، مقال منشور على الموقع: https://www.youm7.com، شوهد يوم: 2022/08/30، الساعة 20:50.
8- محمد عايش، سوق لتأجير الأرحام بأميركا.. والطفل بـ120 ألف دولار، مقال منشور على الموقع: https://www.alarabiya.net، شوهد يوم: 2022/08/30، الساعة 21:06.
9- مقال منشور على الموقع: https://www.alkhaleej.ae تاريخ الاطلاع 2022/08/28، على الساعة: 23:00.

مسألة حفظ الأجنة المخصّبة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب وإشكالاتها

د. راشدي حدهوم دليلة
كلية الحقوق. جامعة وهران2

مقدمة

اتجهت التشريعات الطبية الحديثة إلى إقرار مشروعية استخدام التقنيات والأساليب الاصطناعية لتلبية الرغبة في الإنجاب، في إطار يضيق ويتّسع، وتكثر أو تقلّ فيه القيود والموانع على هذه الممارسات، بحسب المبادئ الدولية والاتجاهات القانونية والمرجعيات الدينية المعتمدة لهذه الدول أو تلك، حيث أثبت الواقع انطواء هذه الممارسات على مخاطر قد تمس بصحة الأم والطفل، وتمتدّ إلى تهديد حرمة الكائن البشري والقيم الأخلاقية والدينية للمجتمعات.

ولا شك أن المحاذير الأخلاقية والشرعية والقانونية المحيطة بعمليات التلقيح الاصطناعي، تجد مبرّراتها في دفع تلك المفاسد والأضرار التي قد تنجم عنها في حالة إطلاقها دون قيد أو شرط أو رقابة، لا سيما مع الاتجاه المتزايد والحاجة الملحة للجوء لهذه العمليات و ظهور بنوك المني والأجنة المجمّدة، [1]لذلك عمد المشرّعين إلى إدراج نشاط المساعدة الطبية على الإنجاب ضمن البيوأخلاقيات، فأصبح الإنجاب بالطرق الاصطناعية حقا ورغبة معترف بها قانونا.

ويقصد بالمساعدة الطبية على الإنجاب اصطلاحا، عمل طبي أو تدخل طبي يهدف إلى إعانة الشخص وتمكينه من تحقيق الولد والتمتع بمشاعر الأبوة والأمومة، وفي القانون هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا عن طريق استخدام تقنيات اصطناعية، وقد عرفتها المادة 372 من قانون الصحة الجزائري 11/18 بأنها ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي، والمستفاد من هذا التعريف أن الإنجاب خارج الإطار الطبيعي يتم عن طريق تدخلات طبية باستخدام تقنيات وفي إطار مراحل تتمثل في تنشيط عملية الإباضة ، التلقيح بواسطة الأنابيب ،التخصيب الاصطناعي ونقل الأجنة.

لتثار إشكالية الموضوع كما يلي: ما هي الحدود القانونية والأخلاقية لمسألة حفظ الأجنة المخصّبة والإشكاليات المترتبة عليها؟ وما موقف المشرع الجزائري؟

سنحاول من خلال هذه المداخلة إلقاء الضوء على الإطار القانوني الدولي والوطني المنظم للمسألة، مستندين إلى المنهج الوصفي التحليلي، وبعض وسائل المنهج المقارن، من خلال قسمين، نتناول في

---

[1] ظهرت في فرنسا بموجب قانون رقم 654/94، المؤرخ في 1994/07/29 لتنظيم بنوك الأجنة..

الأول، مسألة حفظ الأجنة المجمّدة بين الحظر والإباحة، وفي الثاني مآلات الأجنة المجمّدة المحفوظة وإشكالياتها.

القسم الأول: حفظ الأجنة المجمدة بين الحظر والإباحة

أولا: مشروعية اللجوء الإستثنائي إلى تقنيات التلقيح الاصطناعي لأجل الإنجاب في إطار الضرورة:

أثارت مسألة اللجوء إلى أساليب التلقيح الاصطناعي جدلا فقهيا وأخلاقيا، لذلك أحاطته التشريعات بضوابط وشروط بقصد الحفاظ على دلالته ومقصوده والنأي عن كل التصرفات التي من شأنها المساس بالنظام العام المتمثل بالنسب وحرمة جسم الإنسان، خصوصا في التشريعات ذات المرجعية الدينية، كالتشريع الصحية الجزائري حيث أتى ذلك موافقا لما توصل إليه الفقه الإسلامي بخصوص إباحة استخدام تقنيات التلقيح الاصطناعي.

حيث ذهب مجلس المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية سنة 1986، وخلص الفقه الإسلامي إلى القول بأنه لا مانع شرعا من إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي إذا استدعته ضرورة معتبرة شرعا واستحالة التلقيح عبر المسار الطبيعي المعروف أي الاتصال الجنسي الطبيعي.[1]

وفي حين اتجهت التشريعات الغربية إلى التوسع غالبا في إباحة اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب، وحرصت بعضها على التضييق من نطاقها بفرض ضوابط تتفق وقيمها،[2] أجمعت التشريعات العربية على العموم لإباحة اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب في نطاق ضيّق مستندة في ذلك إلى ما توصّل إلية جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.

تعرف المساعدة الطبية على الإنجاب اصطلاحا بأنها كل تدخل طبي يهدف إلى مساعدة الأشخاص على إنجاب الأولاد وتمكينهم من التمتع بمشاعر الأبوة والأمومة، في إطار العمل الطبي، والمساعدة الطبية على الإنجاب هي كل وسيلة يستخدمها الطبيب بهدف تمكين الشخص من تحقيق الإنجاب.

ولقد عرّفت المادة 370 من قانون الصحة 11/18 المساعدة الطبية على الإنجاب بأنها 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."

---

[1] زناقي محمد رضا، ص.121.

[2] يعتبر التشريع الإيطالي من أكثر التشريعات تحفظا في هذا الإطار مقارنة بالتشريع الفرنسي حيث كان يحظر هذه التقنيات إلى غاية صدور قانون 2004، الذي منع بدوره استئجار الأرحام والاستنساخ البشري، يرجع إلى مقال لغرّام رحمة، آثار المساعدة الطبية على الإنجاب على الطفل، ص. 207، 208.

وأدرج المشرع وفقا لما ورد في قانون الصحة 11/18 تحت مسمّى المساعدة الطبية على الإنجاب المرحلة الأولية وهي المرحلة التحضيرية لاستخدام أحد تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب وتتمثل في تنشيط عملية الإباضة: وهي تحريض وتحفيز خارجي لرحم المرأة عن طريق إعطائها أدوية وعقاقير عن طريق الحقن أو الفم تدفع بالمبايض لإنتاج البويضة في الوقت المناسب، وتحسين نوعية البويضات.

والمرحلة العلاجية التي تتمثل في إجراء عملية المساعدة الطبية الملائمة لحالة الزوجين وتتمثل في عملية التلقيح بواسطة الأنابيب، الإخصاب الاصطناعي ثم نقل الأجنة، وما سيستتبعها من تدابير لحفظ الأجنة والمني والبويضات. فالمشرع حددها في الممارسات غير المعتادة التي يشرف عليها ممارسين معتمدين لهذا الغرض في مراكز مختصة لها مسبقا تدعو إليها علة العقم.

ونستعرض فيما يلي الشروط التي أقرّها المشرع الجزائري للجوء إلى تقنيات التلقيح الاصطناعي والتي تتضح من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، والتي تمّ إثراؤها من خلال قانون الصحة 11/18 و تتمثل في ما يلي:

الشرط الأول: حالة الضرورة القصوى المتمثلة في استحالة أو تعذّر الحمل الطبيعي: ومفاده أن يتم إثبات الحالة الصحية للزوجين المتمثلة في العقم أو ضعف الخصوبة لكليهما أو أحدهما،[1] والتي يتعذر معها للزوجين الإنجاب بالاتصال الجنسي العادي، وهي حالة الضرورة القصوى أو الحاجة الملحّة للعلاج طبقا لاجتهاد الفقهاء لأنه في هذه الحال تكون من قبيل المصالح التي لا تنكرها الشريعة الإسلامية،[2] فإذا انعدمت الحاجة أو الضرورة بأن كانت الزوجة قادرة على الحمل طبيعيا، عدّ ذلك اعتداء على الحدود الشرعية، لما يتضمنه من مخالفة للفطرة الإنسانية وما يصاحبه من كشف للعورة، ومسايرة لذلك اشترطت المادة 371 من القانون 11/18 قانون الصحة أن يكون العقم مؤكد طبيا، أي كحالة مرضية تم تشخيصها طبيا، وكذا ما ورد في المادة 45 مكرر، ويترتب عليه أنه لا يجوز للأزواج القادرين على الإنجاب الطبيعي الاستعانة بتقنيات التلقيح الاصطناعي.

وقد اتجه التشريع الفرنسي إلى اشتراط وجود حالة العقم المستعصية كمبرّر للجوء إلى المساعدة على الإنجاب، أو وجود مرض تناسلي لدى أحد الزوجين أو كلاهما بسبب ضرر للأم أو جنينها في حالة الحمل التلقيح والحمل الطبيعي، وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي والتعليمة رقم 300 في إطار تعريف المساعدة الطبية على الإنجاب.[3]

---

[1] حيث تذهب بعض التشريعات كالتشريع المغربي إلى تفادي مصطلح العقم كشرط للخضوع لتقنيات المساعدة على الإنجاب، وبدلا عنه شرط عجز أو الضعف في الخصوبة كحالة مرضية، ذلك أن مفهوم العقم قد لا يستقيم مع حالات ضعف الخصوبة...

[2] بلحاج العربي ، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، ص. 62.

[3] « L assistance Médicale à la Procréation est destinée répondre à la demande parentale d'un couple marié afin de remédier à l'infertilité quand celle-ci est reconnue médicalement comme présentant un caractère pathologique . Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité , reconnue incurable au moment du diagnostic »

إن حالة العقم والذي يتخذ أشكالا مختلفة تكون مبرّرا حسب فقهاء الشريعة الإسلامية للخضوع إلى العلاج في الأطر المشروعة باستخدام أساليب التلقيح الاصطناعي، باعتبار أن العقم هو حالة غير طبيعية وتمثل مرضا باتفاق الفقهاء في حالة وجود سبب من الأسباب التي تعيق الإخصاب بالطريقة الطبيعية، قد تعود إلى المرأة أو الرجل، ومن أهم هذه الأسباب قلة الحيوانات المنوية، بصورة غير اعتيادية، أو عدم وصولها إلى الرحم بسبب إفرازات عنق الرحم، أو إصابة الزوج بأمراض كالعنّة، وتشير بعض الدراسات إلى وجود ثلاثين حالة تعدّ من أسباب عدم إلتقاء الحيمن الذكري بالبويضة الأنثوية في قناة فالوب أي تعدّ من أسباب العقم.

الشرط الثاني: الإطار الزوجي المشروع للجوء إلى المساعدة على الإنجاب

يجب أن تتم هذه التقنيات في إطار علاقة زوجية، بموجب عقد شرعي وخلال حياة الزوجين مادامت الرابطة الزوجية قائمة، ويتم التعبير عن ذلك باللجوء إلى هذه العمليات بالرضى الصريح للزوجين، حيث يتطلب طلب كتابي لدى إحدى المؤسسات أو المراكز المرخص لها قانونا، ويعتبر العلاقة الزوجية شرط حتى في تشريعات بعض الدول الغربية كما يجوز الإكتفاء بإثبات العيش المشترك لمدة تتجاوز السنتين، مثل ما هو الحال في التشريع الفرنسي، الذي رخّص حتى للأم العازبة اللجوء إلى المساعدة على الإنجاب بشرط ضمان حق الطفل في التعرّف على المانح عند بلوغه سن الرشد القانوني إلا في حالة ما إذا هدّد ذلك استقراره النفسي والصحي.

وعلى هذا الأساس يحظر وتعتبر العمليات غير مشروعة في حالة:

– تلقيح بويضة الزوجة بغير مني زوجها، لأنه يعتبر في حكم الزنا.

– غرس البويضة المخصّبة في رحم الزوجة بعد الوفاة حتى في فترة العدّة، لانقطاع العلاقة الزوجية، ويعتبر الفقهاء أن التلقيح حال عدّة الوفاة أشبه بالعدّة من طلاق بائن لا يمكن للزوج مراجعة زوجته فيه.

– الاستعانة برحم لغير الزوجة أي مستأجر وهو ما اصطلح عليه بالأم البديلة.

وفي هذا الصدد تحظر حتّى بعض التشريعات الأوروبية كالتشريع الفرنسي والسويسري استئجار الأرحام،[1] على عكس التشريع البريطاني الذي يجيزه دون مقابل.

الشرط الثالث: الجهة القائمة بالعمليات مختصة ومرخص لها وموثوق بها: اهتمت التشريعات بالحرص على وضع ضوابط لتنظيم مؤسسات المساعدة على الإنجاب، حيث أن موضوع نشاطها يتمثل في الأجنة الآدمية والأعضاء التناسلية، ويجب أن يحاط بتنظيم قانوني دقيق ومفصّل، من الناحية الأخلاقية والطبية والإنسانية، ضمانا لحرمة الأجنة ومعصوميتها وكرامة الكائن البشري، و تلافيا لأي تلاعب أو غش أو متاجرة، إضافة إلى الالتزامات ذات الطابع الفني والإنساني و قواعد الممارسة الحسنة كالمحافظة على السر الطبي، والرقابة القبلية والبعدية التي يجب أن تخضع لها.

---

[1] القانون رقم 653/94 المؤرخ في 29 جويلية 1994، المتعلق باحترام الجينوم البشري والمادة 16 الفقرة 07 من القانون المدني الفرنسي.

ونظرا لأهمية وجوهرية الآثار الناجمة عن هذه العمليات وهي الأجنة وميلاد أطفال شرعيين، وإلحاق النسب الذي يعد من الكليات الخمس في الشريعة الإسلامية الغرّاء ومقصد من مقاصدها، فقد حرص المشرع الجزائري على ضرورة أن تكون الجهة القائمة بهذا النشاط مختصة علميا وفنيا، وتراعي قواعد الممارسة الحسنة والأمن الصحي في إطار البيوأخلاقيات الطبية، للحفاظ على عدم اختلاط النطاف والأجنة.

يتبيّن من خلال المادة 372 من القانون 11/18 ضرورة توفّر المراكز والمخابر الممارسة لهذه العمليات على ترخيص إداري من الوزير المكلف بالصحة، ويسري على كيفياته القواعد المتضمّنة في المرسوم التنفيذي 07 /321 المتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة الذي أحالت إليه التعليمة 300 المذكورة، كما يتطلب الأمر التخصص من جانب الممارسين، ويشترط لهذا الغرض حصول الممارس المسئول على اعتماد بهدف منع المحتالين والمدّعين من الولوج إلى هذه النشاطات، ويصدر الاعتماد لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد من وزارة الصحة، لحث هذه المؤسسات والمراكز على مسايرة تطور التقنيات والأساليب ر المستخدمة في هذا المجال.

ويرى البعض ضرورة قصر عمليات التخصيب الخارجي على المراكز الحكومية نظرا لآثارها، إلا أن التشريعات بما فيه التشريع الجزائري يتيح هذه النشاطات للقطاع الخاص، نظرا لما تتطلبه هذه العمليات من إمكانيات ووسائل مادية وبشرية، **ونلاحظ تصاعد استثمار الخواص في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب بعد إضفاء صفة الربح على النشاط الطبي،** حيث منح الأمر 07/06 الصادر في 2006/07/15 الحق في استغلال المؤسسات الاستشفائية الخاصة في إطار يهدف إلى الربح ويطبق عليها القانون التجاري، ويتم تسييرها من طرف شركات تجارية أي المؤسسات ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة، أو شركات المساهمة، بالإضافة إلى الشركات المدنية أو التعاضديات والجمعيات.

وينص القانون 11/18 في المادة 308 على أنه يتم ضمان نشاطات الصحة التي يمارسها بصفة خاصة مهنيو الصحة لا سيما المؤسسات الاستشفائية الخاصة، المؤسسات الخاصة للعلاج أو/و التشخيص...، ويخضع تنظيمها القانوني للمرسوم التنفيذي 321/07 المؤرخ في 22 أكتوبر 2007 المتضمن تنظيم المؤسسة الاستشفائية الخاصة وسيرها.

وفي هذا الصّدد تشير الإحصائيات إلى أن 8% من الأزواج في الجزائر يعانون من العقم أو تأخر الإنجاب، وفي ظل انخفاض عدد المصالح العمومية المتكفلة بنشاط المساعدة على الإنجاب التي تقدر بثلاث مصالح فقط تم إنشاؤها بداية من سنة 2008، في الجزائر العاصمة مستشفى بارني وقد كان يمارس النشاط في التسعينات وتم إغلاقه في 1998، في وهران وفي قسنطينة، يبقى القطاع الخاص الملاذ الوحيد للمتشوقين للإنجاب القادرين على دفع التكاليف.

ثانيا: مشروعية حفظ الأجنة

إن التطور الطبي الحاصل في العلوم الطبية وعلم الأحياء في مجال المساعدة على الإنجاب، تزايد بشكل ملحوظ باكتشاف التقنيات الطبية التلقيح والتخصيب بالطرق الاصطناعية، وتتعدد أساليب التلقيح والتخصيب الاصطناعي وتنقسم إلى نوعين أساسيين، **التخصيب داخل الرحم....ولا يثير إشكالية ما دام أن تكوّن الجنين سيتم داخل الرحم عبر تقنية الحقن المجهري، وهناك تقنية أخرى هي التخصيب خارج الرحم، وسنتطرق فيما يلي إلى مفهوم كلا من الأسلوبين خصوصا الأسلوب الثاني.**

1/ موقف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من عملية حفظ الأجنة:

في هذا الصدد، يرى الجانب الغالب في الفقه الإسلامي بخصوص الأجنة الزائدة أو الفائضة عن العدد اللازم للتخصيب، أنه تجنبا لوجود فائض من البويضات الملقحة، فإنه يستوجب الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، بمعنى عدم إنتاج البويضات الملقحة الزائدة أصلا، وبهذا لن تكون هناك حاجة لحفظها، فإذا حصل فائض من البويضات الملقحة فإنه يجب تركها دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة هذه البويضات في الإطار الطبيعي،[1] وهو ما كرّسته بعض التشريعات الطبية العربية كما هو الحال بالنسبة للتشريع الإماراتي، والهدف تجنّب تعرضها للتلاعب، والمتاجرة، فكما هو معلوم في الدول الغربية التي تبيح كل الممارسات على هذه الأجنة خصوصا استئجار الأرحام، فقد كشفت دراسة متعلقة ببنوك المني والأجنة المجمّدة عن وجود أكثر من ربع مليون طفل أمريكي لا يعرف لهم أب ولا أم من ناحية النسب، وإنما تم حمله من بنوك المني برحم مستأجر مقابل المال ولو بعد وفاة الأبوين.[2]

بينما أجاز جانب آخر من الفقه الإسلامي إتلاف البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، في حين يرى فريق ثالث بعدم جواز إتلاف أو قتل البويضات الملقحة التي لم يتم زرعها، بالاستناد إلى أدلة فقهية تتمثل في عدم جواز قتل الجنين كونه يمثل مبدأ نشوء الإنسان كما أن الشريعة تفرض الدية على إسقاط النطفة \أي البويضة المخصّبة، وأخيرا استنادا إلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار، وهناك فريق وسط يميّز بين إسقاط البويضة المخصّبة الذي يتم في الرحم وهي مناط التحريم، وإتلافها الذي يكون خارج الرّحم والأصل في إتلافها الإباحة وعدم التحريم.[3]

ولقد أغفلت عموم التشريعات العربية الطبية ومنها التشريع الطبي الجزائري تنظيم عمليات حفظ الأجنة (اللقائح أوالأمشاج)، خصوصا وأن عمليات التلقيح الاصطناعي عرفت تزايدا مستمرا في مراكز المساعدة الطبية على الإنجاب، وظهر ما يسمى بنوك الأجنة وهي المراكز التي يتم فيها حفظ الأجنة

---

[1] قرارات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في دورته الثالثة المنعقدة بعمان الأردن في شهر أكتوبر 1986، والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت في دورتها المنعقدة في شهر ماي 1982.

[2] بلحاج العربي ص. 89.

[3] علي هادي عطية الهلالي،المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب ، دراسة في القانون العام، معززة ب....

الآدمية لأغراض إعادة زرعها أو أغراض أخرى أباحتها القوانين الطبية خصوصا الغربية منها ، وتطرّق المشرع الجزائري باقتضاب في قانون الصحة 11/18 إلى مشروعية حفظ الأجنة وأحال إلى التنظيم لتحديد شروط وكيفيات ذلك– الذي لم يصدر إلى حدّ الآن، كما حظر التعامل والتصرف في هذه الأجنة عن طريق البيع أو الهبة أو التجارب الطبية لغرض البحث العلمي.

نصت المادة 376 من قانون 11/18 بأن تحديد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج يتم عن طريق التنظيم، أي أنها أجازت عملية حفظ الأجنة لغاية محدّدة وهي إعادة زرعها أو غرسها أي الإنجاب، مع الملاحظة أن المادة ذكرت الأمشاج التي يقصد بها الحيوان المنوي لدى الرجل، أو البويضة لدى المرأة ولم تتحدث عن الأجنة الملقحة أي بعد تلقيح البويضة بالحيوان المنوي، وهو ما نراه إغفال من طرف المشرع، حيث باستقراء نص التعليمة 300 المؤرخة في أول ماي 2001 والمتضمنة أحسن الممارسات العيادية والبيولوجية في المساعدة الطبية على الإنجاب، يتبين أن عملية حفظ الأجنة مباحة قانونا وبشروط، فقد بيّنت الشروط والظروف الفنية والبيولوجية لعملية الحفظ، وحدّدت الوثائق و السجلات الطبية الواجب مسكها من طرف مراكز ومؤسسات المساعدة على الإنجاب، أهمها السجلات المتعلقة بحفظ الأجنة وتلك المتعلقة بحفظ الأمشاج، التي يجب أن تتضمن بيانات تتمثل في هوية الشخص المعني بنزع الأمشاج، وهوية الزوجين في حالة الأجنة، ومصير الأجنة أو الأمشاج، ومدة حفظها، وتاريخ نهاية الحفظ أو التجميد، وأن كيفية الحفظ وهي التجميد أو التخزين المجمّد، حيث يتم الاحتفاظ بالأجنة وخزنها في برّادات مخصصة إلى حين تقرير مصيرها النهائي.

كما بينت أن عملية تجميد الأجنة المخصّبة الزائدة يتمّ بناء على اتفاق بين المراكز والزوجين، ويقتصر ذلك على الأجنة ذات الجودة العالية، أما ذات الصنف المتوسط والسّيئ فيتم إتلافها.

إن الأمر يستدعي تدخلا عاجلا وبإلحاح من طرف المشرع لتنظيم مسألة حفظ الأجنة أو بنوك الأجنة من سائر النواحي، حيث يتعلق الأمر بحرمة الجنين وكرامته ومعصوميته، ولعل إباحتها يستدعي تضييق شديد، وقيود كثيرة تلافيا لكل تلاعب أو غش أو متاجرة، لذلك حظر المشرع التعامل والتصرف في هذه الأجنة عن طريق البيع أو الهبة أو إجراء التجارب الطبية.

2/ المقصود بحفظ الأجنة، شروطه وكيفياته

التخصيب خارج الرحم هو أسلوب ناجم عن تطور تقنيات التلقيح بظهور تقنيات جديدة تتيح التخصيب خارج الرحم أو التخصيب الخارجي، حيث يجري تخصيب البويضات بالنطاف خارج الرحم ليتم بعد ذلك عملية الزرع، ويندرج ضمن هذا الأسلوب تقنيات متعددة أهمها: تقنية أطفال الأنابيب، وتقنية الحقن المجهري، وتقنية أكثر تطوّرا هي تقنية الرقائق الإلكترونية.

ولقد استلزمت التقنيات المستخدمة في التخصيب الاصطناعي، بأنواعه تطور تقنيات مكمّلة أو ملحقة بها وهي تقنيات حفظ الأجنة الفائضة أو الزائدة عن الحاجة، في إطار ما يسمّى ببنوك الأجنة، ويقصد بها علميا أماكن حفظ البويضات المخصّبة، ويستخدم غالبا طرقة التجميد أو التخزين المجمّد في

محيط طبي يحافظ على بقاءها لمدة معينة، باستخدام برادات أو ثلاجات أو غرف كيميائية صغيرة، ويستخدم لغرض التبريد النيتروجين السائل، ويقصد بالبويضات المخصّبة الفائضة أو الأجنّة الفائضة البيضة الإنسانية المخصّبة بالحيمن الإنساني، الناتج عن استخدام التقنيات المساعدة في التخصيب في حالة زيادتها عن العدد المطلوب للغرس أو الزرع، الذي تحدده القوانين والتنظيمات. وقد يتم حفظ الأمشاج الذكرية أو الأنثوية قبل عملية التخصيب(البويضات والحيامن أو المني)، كما يتم حفظ الأجنة إلى حين إجراء زرعها أو غرسها في رحم المرأة، وتقدّر مدة الحفظ قانونا كحد أقصى، أو بالاتفاق بين مراكز الحفظ والأشخاص المعنيين، وتحدّد التشريعات المدة اللازمة للحفظ، وتقدر في التشريع الجزائري ب3 سنوات وفي التشريع المغربي ب5 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

وتشترط التشريعات أن تكون عملية حفظ الأجنة بناء على طلب مكتوب من الزوجين بغرض التمكن من الإنجاب لاحقا.

وبشأن مسألة المحافظة على الأجنة المجمّدة، فلا شك أن حفظ الأجنة هو عملية بيولوجية ودقيقة تتطلب الكثير من الحرص على عدم تعرّضها للهلاك أو التشويه من جراء أخطاء طبية أو عوامل تقنية، ويرى بعض الباحثين أن تجميد الأجنة لفترة طويلة قد يؤدي إلى تحلّلها، بل وإلى انتقال الأمراض والعيوب الخلقية التشوّهات إلى المرأة والجنين،[1] وتلعب أساليب التجميد دورا أساسيا في ضمان سلامتها خصوصا درجة البرودة المتطلبة، كما قد ينقص التجميد من نسبة نجاح عمليات التخصيب،[2] لذلك تتفاوت التشريعات المقارنة في المدة القصوى للتخزين، فمنهم من حدد أقصر مدة وهي سنة واحدة ثم بين عدم جواز استخدامها وضرورة إتلافها كالمشرع النمساوي، ومنهم من ذهب إلى أطول مدة للتخزين كالمشرع الفنلندي والمقدرة ب15 سنة، أما المشرع الفرنسي فاشترط ألا تتعدّى مدة التخزين 5 سنوات ويجب أن تؤول بعدها إلى الإتلاف، والمشرع المغربي إلى مدّة 5 سنوات قابلة للتجديد مرّة واحدة، وبالنسبة للجزائر نجد التعليمة رقم 300 المذكورة تنص على أن المدة القصوى للتجميد هي 3 سنوات، وبعدها يتعيّن إتلاف الأجنة، ويتم إثبات الإتلاف بناء على محضر تحت مسؤولية المركز الممارس. ويتم حفظ هذه الأجنة بناء على طلب مكتوب من الزوجين بغرض التمكن من الإنجاب لاحقا .

كما نصّت التعليمة 300 المذكورة على أنه في حالة إنهاء خدمة هذه المراكز أو المؤسسات، فلن يؤثر ذلك بتاتا على مآل الأمشاج والأجنة التي تم حفظها، حيث لن تتعرض لإنهاء الحفظ، وعلى هذا الأساس ألزمت التعليمة هذه المؤسسات على إمضاء إتفاق مع مؤسسة مختصة أخرى في هذا المجال، والتي يسمح لها بهذه الممارسة ليتم استقبال هذه الأمشاج والأجنة لديها، ويجب أن يتم إبلاغ وزارة الصحة بهذا الاتفاق، كما يتم نقل الوثائق والسجلات المتعلقة بهذه الأجنة إلى المؤسسة المستقبلة.

---

[1] حيث يؤكد أحد الأطباء في معهد الجينيك والتخصيب الأنبوبي، بإمكانية حدوث تشوّهات خلقية من جراء استخدام تقنية تجميد البيوض إلى حيت تخصيبها، علي هادي عطية....المرجع السابق، ص.260.

[2] تتراوح نسبة نجاح البويضات المحمّدة من 1 إلى 20 بالمئة في حين نسبة نجاح البويضات الطازجة من 30 إلى 50 بالمئة.

إن تقنيات التخصيب الاصطناعي تعتمد على تخصيب أكثر عدد من البويضات من بيضة واحدة إلى ستة بويضات، حيث قد لا تنجح بعض الأجنة المخصّبة في اجتياز المراحل الأولية وتكون غير صالحة للزرع، وعند الزرع أو الغرس يجب التقيد بعدد محدد ثلاثة منها على الأقل، وذلك بغرض مضاعفة حظوظ الزوجين لنجاح العملية لجنين واحد على الأقل في مرحلة الانغراس داخل الرحم، فإذا تكلّل الزرع الأول بالنجاح يؤدي إلى بقاء أجنة فائضة أي زائدة عن الحاجة لم يتم غرسها، لحين زرعها في رحم صاحبة البويضات مرة أخرى، بناء على اتفاق المركز الطبي مع الزوجين، أو زرعها في رحم امرأة أخرى في الدول التي تجيز التبرّع بها أو بيعها، ما يستدعي نقلها إلى أماكن الحفظ أو التخزين المجمّد. و حتى يتم المحافظة على هذه الأجنة الفائضة لأطول فترة أوجب تخصيص أماكن ملائمة لإيقاف عملية انشطار الخلايا في إطار عملية التجميد وهنا تتركز مسؤولية هذه المراكز، لتبقى تنتظر في المستقبل مصيرها بالغرس مرة أخرى أو مآل آخر سنتعرض إليه في القسم الثاني من البحث.

3/ مبرّرات عملية حفظ الأجنة والأمشاج

أ* المركز القانوني للجنين: إن عملية حفظ الأجنة قد ينجم عنها المساس بأصل الكائن البشري وهو الجنين، وقد اتجه القانون الدولي إلى بسط الحماية القانونية من خلال التأكيد على ضرورة احترام كرامة الجينوم البشري ومنع الاتجار به في إطار الإعلان العالمي حول الجينوم البشري وحقوق الإنسان، سنة 1997، إلا أن الفقه القانوني قد شكّك في اعتبار الأجنة الناجمة عن استخدام تقنيات التخصيب الاصطناعي تتمتع بحماية متساوية مع تلك الأجنة المتولّدة في الرحم، وقد ذهب جانب منه إلى أن الأجنة الفائضة في مركز وسط بين الشخص والشيء، وأنها لا تكتسب الشخصية القانونية ولا تتمتع بأية حماية قانونية، وتبعا لذلك يجوز إهدار أو إتلاف الأجنة الفائضة عن الحاجة مباشرة، وقد اعتمدت أغلب التشريعات المقارنة هذا الاتجاه وسمحت بإتلافها.

وفي هذا السياق اعتمدت بعض الاتفاقيات موقفا تمييزيا بين الأجنة داخل وخارج الرحم، وأهمها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ضمن النطاق الصحي والبيولوجي، حيث شملت بالحماية الأجنة داخل الرحم مع حجبها عن الأجنة خارج الرحم، وذلك من خلال إخراج هذه الأخيرة من نطاق تطبيق بروتوكول البحث الطبي والبيولوجي.

وبالمقابل يذهب رأي آخر إلى تساوي الأجنة الفائضة مع الأجنة المغروسة داخل الرحم، على أساس أن بداية إنسانيتها يكون منذ التخصيب، حيث أن حماية الأجنة الإنسانية يجب أن يستند إلى القيمة الذاتية للجنين، بقطع النظر عن مكان وجوده سواء أكان خارج الجسم أو داخله،[1] إلا أن حمايتها تقتضي نص خاص، حيث لا تنطبق عليها أحكام تجريم الإجهاض، وعلى ذلك يجب الحفاظ على استمراريتها وعدم إهدارها.

---

[1] علي هادي عطية الهلالي، مرجع سابق ص. 250.

إن ضرورة إيجاد تنظيم قانوني يجب أن يتمحور في نظرنا حول ضرورة العناية والمحافظة على هذه الأجنة وحقها في الكرامة الإنسانية ومعصوميتها، بضمان عدم التدخل والتأثير فيها بغية المحافظة عليها، ما دام أن العلّة الأساسية من وراء إنتاجها هي زرعه في الرحم، ليكون كائنا بشريا في المستقبل، فيجب أن يحظى بالمحافظة على تكامله البدني والنفسي ويتم ذلك عن طريق الحفظ ، دون التمتع بالحق في النمو كون بناءه الخلوي سيتوقف أصلا عن طريق طرق الحفظ.

ب* مضاعفة حظوظ الحمل بإجراء عملية جديدة: تعنى بنوك الأجنة بعدة وظائف أهمها: حفظ النطف بوسائل متعددة، علاج الأمراض، وإجراء التجارب الطبية والأبحاث العلمية بترخيص قانوني رسمي، وتبدو عملية حفظ الأجنة المخصبة أو اللّواقح أمرا تستدعيه طبيعة عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب لعدة أسباب أهمها الضرورة الطبية، حيث يمكن للزوجين اتخاذ قرار بالاتفاق مع الممارسين الطبيين، لحفظ اللواقح وعددها وذلك بهدف مضاعفة حظوظ الحمل، وتجنب إعادة عملية التلقيح الاصطناعي من بدايتها والتي قد لا تكلّل بالنجاح، لتصل إلى مرحلة الإخصاب، كما أن ذلك سيوفر على الزوجين المال الذي يصرفانه في عملية جديدة.

ج* الضرورة الطبية: هناك سبب آخر لوجود هذه البنوك يتعلق بحفظ البويضات والحيامن أي المني من غير تخصيب، بناء على رغبة الأفراد في حفظ أعضائهم التناسلية، بسبب عوامل الخشية من عدم الإنجاب في المستقبل، لتقدّم العمر أو التعرض لحادث أو الإصابة بمرض أو عملية جراحية، أو الخشية من وفاة أحد الزوجين ورغبة أحدهما في إجراء التخصيب بعد الوفاة في التشريعات التي تجيز ذلك.

ونشير إلى أن بعض التشريعات العربية تسمح لبعض الفئات التي تعاني من أمراض، وتخضع لعلاج قد يمس قدرتها على الإنجاب ومن شأن العلاج أن يؤثر على الخصوبة باللجوء إلى حفظ الأمشاج، أو حتى الأنسجة التناسلية قصد استعمالها لاحقا في إطار تقنيات المساعدة على الإنجاب بناء على طلب من المعني، وإثبات الجهة الطبية المعالجة بعد التأكد بالإثباتات العلمية بأن العلاج الخاضع له المريض يؤثر فعلا على القدرة الإنجابية، ونلاحظ أن هذا الحكم جوهري في حفظ حق الشخص المريض في الإنجاب كما هو الشأن بالنسبة لمرضى السرطان الذين يخضعون لعلاجات قد تؤثر على قدرتهم الإنجابية وقد تفقدهم هذا الحق.[1]

القسم الثاني: مآل البويضات في وضعية الحفظ أو الأجنة الفائضة المحفوظة والإشكاليات المتعلقة بها

يجمع الباحثين على ضرورة وجود تنظيم قانوني دقيق للنواحي الأخلاقية والفنية لعمل المراكز المختصة في المساعدة الطبية على الإنجاب، وأهمها التنظيم الدقيق لمسألة مصير الأجنة التي تمّ حفظها، والتي تكون مناط علاقة بين الزوجين وهذه البنوك أو المؤسسات.

---

[1] يرجع إلى المواد 22 و23 من القانون رقم 47/14 يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، قانون مغربي.

أولا: الطبيعة القانونية التي تربط مراكز التلقيح الاصطناعي والزوجين فيما يتعلق بمصير الأجنة المحفوظة.

إن اللجوء إلى تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب يتم بناء على طلب الزوجين ويتخذ الشكل الكتابي، حيث نصّ كل من القانون الفرنسي والمغربي والجزائري على أن موافقة الزوجين على الخضوع لإحدى التقنيات يجب أن تتم كتابا وفقا لنموذج معين، المادة 371 فقرة 2 من قانون 11/18 قانون الصحة الجزائري و المادة 12 من القانون 47/14 المغربي، ويجب أن تكون الموافقة حرة ومستنيرة بالاتفاق مع المركز المختص، وتعتبر مسألة حفظ الأجنة بغرض غرسها لاحقا، بند من البنود التي يجب إبداء الموافقة الكتابية حوله،

إن عملية حفظ الجنين في إطار تقنيات المساعدة على الإنجاب يتعدد مصيرها في المستقبل بطلب الزوجين زرعها في الرحم بعد فترة من نجاح أو فشل العملية الأولى، أو زرعها في رحم مستأجر وقد تخضع للمتاجرة أو الاستيراد أو التصدير أو استبدال مكان حفظها لسبب أو لآخر في الدول التي تجيز ذلك.

وباعتبار أن حرمة وكرامة الجنين الآدمي تتعلق بالنظام العام نتساءل عن مدى كفاية إرادتي طرفي العقد الطبي في تنظيم هذه المسألة، أي هل تخضع للقانون الخاص أم القانون العام، و هل يجب أن يتدخل المشرع بفرض تنظيم إجباري للآثار المترتبة عن عملية الحفظ والإشكاليات المثارة؟

إن أطراف العقد الطبي في ما يتعلّق بحفظ الأجنّة، هم غالبا أشخاص طبيعية ومعنوية خاصة أي الزوجين ، و مراكز المساعدة الطبية على الإنجاب التي تكون تابعة غالبا للقطاع الخاص، ولكن موضوع هذه العلاقات يتعلق بالتعامل بالأمشاج والأجنة الآدمية وما يتمخّض عنها من الكرامة الإنسانية والتي تعتبر من خصائص النظام العام في المجتمعات، تستوجب جانبا جوهريا من التظيم الدقيق والمحكم لحيثياتها وخصوصا الجانب الرّدعي، ويتمثل سلطان الإرادة فقط في التراضي بالدخول إلى نظام قانوني تكفّل المشرع بقواعده الملزمة.

ذلك أن السؤال المثار أساسا في حالة ما إذا تركنا الأمر دون تنظيم هو الطبيعة القانونية للعقد المبرم بين الزوجين والبنك أو المركز، فيما يخصّ حفظ الأجنة هل هو عقد وديعة أو إيجار؟

إن واجب الحفظ في هذا العقد هو جوهريا وهو يرجّح اعتباره وديعة، إلاّ أن اعتماد المركز من نشاط حفظ الأجنة معتادا، أي مهنة فإن عقد حفظ الأجنة المخصّبة يصبح ذو طبيعة خاصة، يستدعي عدم تركه لإرادة الطرفين في تنظيمه، ولا يجب أن تكون مرهونة بحرية الطرفين في التصرف في هذه الأجنة، أو حريّة أحدهما في ذلك، كأن يلجأ المركز إلى إتلاف الأجنة قبل المدّة القانونية المحدّدة بموافقة الزوجين أو دون رضاهما، أو إلى إجراء التجارب الطبية أو بالبيع أو الهبة...وفي هذا السياق في قضية وقعت ادّعى زوجان بأن عيادة التخصيب قامت بقتل أجنتهما المخصّبة، وتسبّبت في خسارة ملكية ل لا

تعوّض، ولكن محكمة نقض أريزونا أيّدت فعل عيادة التخصيب، الذي تسبّب بقتل عدد من الأجنّة المجمّدة باعتبار بأنها ما زالت في طور التجميد وهي أجنة مستقبلية.

ثانيا) مآل الأجنة المخصّبة المحفوظة وإشكالياتها

1/ المآل الأساسي :غرس الأجنة أو زرعها في الرّحم، وإتلافها في حالة عدم الغرس

إن عملية الحفظ أبيحت أساسا وحصرا لإجراء عملية الزرع ثانية لزيادة فرص الأزواج في نجاح عمليات التخصيب، خاصة في حالة فشل العملية الأولى، أو نجاحها بعد مرور فترة قد تطول أو تقصر من التجميد أو التخزين فيقرّر الزوجان عملية زرعها في رحم الزوجة أي صاحبة البويضة التي جرى تخصيبها، (أو قد يكون رحم إمرأة أخرى في إطار استئجار الأرحام أو الأم البديلة وهي العملية التي تجيزها بعض التشريعات الغربية)،

وتثار إشكالية هامة تتمثل في وهل تكفي إرادة أحد الزوجين فقط أم يتطلب إرادة كليهما؟ لا شك أن إرادة أحد الزوجين كافية لغرس الجنين في حالة بقاء العلاقة الزوجية قائمة، ما دام أنهما قد صادقا على هذه الموافقة من قبل، إلا أن الإشكال يطرح حول مصير الأجنة المخصبة التي تمّ حفظها في حالة انقطاع العلاقة الزوجية في حالة وقوع الطلاق بين الزوجين أوفي حالة وفاة أحدها أو كلاهما فهل يجوز الاحتفاظ بها؟

ونرى أنه ما دام أن شرط الزوجية في تشريعاتنا العربية هو جوهري في اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب واستخدام تقنياتها، فمن المنطقي أن انتهاء العلاقة الزوجية لأي سبب من الأسباب بالوفاة أو الطلاق يؤدي إلى انتفاء شرط من شروطها ويترتب عنها إلزامية إتلافها، وهو ما بيّنته بوضوح القوانين ذات التوجه الديني خاصة الفقه الإسلامي، وفي هذا الصّدد تنص التعليمة 300 المذكورة على أن هذه الأجنة يتم إتلافها إلزاميا في حالة مضي 3 سنوات دون استخدامها بعد إعلام الزوجين أو في حالة الطلاق أو وفاة أحدهماّ.

وإن كان البعض يرى أن إنهاء حياة الجنين بسبب انقطاع العلاقة الزوجية رغم أنه يتطابق مع التوجه الديني، إلا أنه يتعارض مع حق الأجنة المجمّدة في الاستمرار في النمو، والتطوّر الجيني.[1]

وبالنسب لموقف الاتجاه القضائي الغربي بخصوص مسألة إتلاف الأجنة المجمّدة في حالة الانفصال بين الزوجين، فإنه أيّد ذلك في عدّة قضايا ولكن استنادا لأسس أخرى ليست دينية، حيث استندت في ذلك لأهمية الاتفاق بين الزوجين في تحديد مصير الأجنة بتاريخ 10/10/ 2008 في **مدينة بورتلاند، واستجابت طبقا له لصالح الزوجة التي طالبت بإتلاف ستة أجنة بعد طلاقها من زوجها، الذي تمسّك بدوره بالإبقاء عليهم وأن إتلافهم يلحق أضرار معنوية به لا يطيقها.**

---

[1] علي هادي عطية الهلالي، المرجع السابق ص. 273، 274.

ويطرح تساؤلا آخر يتمثل في ما أهمية تدخل الزوجين لطلب غرس الأجنة المجمّدة، وما الحل في حالة انتهاء المدة المحدّدة قانونا أو اتفاقا دون طلب أي التباطؤ في إبدائه؟ هل طلب الزرع هو حق للزوجين ، أم مجرّد ترخيص للمركز أو البنك؟

يرى البعض أن طلب الزرع أو الغرس مجرّد ترخيص، وليس حقّ للزوجين يجب أن يتم تنظيمه قانونا، وتحديد المصير في حالة عدم إقدام الزوجان على طلب زرع الأجنّة المجمّدة في المدة المحددة قانونا، بإتلافها، كما بينتها التعليمة رقم 300 المذكورة، وأخيرا أثار الفقه أحقية الزوجين في إطالة مدّة الحفظ وإرجاء الغرس لمدة طويلة نسبيا في رحم الزوجة التي تكون في سن ينبأ بخطورة على الحمل، مما قد يهدّد حق الجنين في توفير ضمانات نموه واستمراره، لهذا نرى ضرورة أن تكون مدّة الحفظ قصيرة إلى متوسطة نسبيا، وأن تحديد مدة قصوى للحفظ بنص قانوني هو الحل الأمثل لحفظ الجنين من التشوهات الخلقية في هذه الحالة.

ونظرا لخطورة وأهمية عملية إتلاف الأجنة والأمشاج فقد أحاطتها بعض التشريعات بإجراءات وعناية خاصة حيث لا يمكن مباشرتها إلا بناء على محضركما هو موضّح في التشريع الجزائري، و بحضور ممثل للنيابة العامة، وممثل الإدارة المختصة و بناء على محضر يوقعه الأطراف المعنية في التشريع المغربي، وحسنا فعل هذا الأخير.

ونشير أخير إلى أن بعض الفقه اعتبر أن إتلاف البويضة المخصّبة في الأنبوب يشكل جريمة إجهاض التي جرمتها معظم التشريعات العقابية، ورأى أن أي تعدّي بأية وسيلة على البويضة المخصّبة في الأنبوب يشكل الركن المادي في جريمة الإجهاض في حالة توافر الأركان القانونية الأخرى.[1]

إلاّ أن أغلب هذه التشريعات كما هو عليه الحال في التشريع الجزائري والمصري لا تجعل محلا للجريمة سوى الحمل المستكن في رحم الأم الحامل، وفي هذا الصدد ينادي بعض الفقهاء بضرورة تدخل المشرع بالنص صراحة على تجريم أي تعدّي على البويضة المخصبة يترتب عليه تشويه الجنين أو يحول دون اكتمال نموه الطبيعي وذلك محافظة على الجنين.

2/ المآلات الأخرى وموقف المشرع الجزائري

ذهبت أغلب التشريعات إلى وضع الضوابط القانونية فتباينت في حظر أو إباحة بتقييد أو إطلاق استخدام الأجنة المخصّبة في عمليات بقصد المتاجرة بالبيع أو التصدير أو بقصد التبرّع، أو استغلالها في إطار التجارب الطبية العلاجية أوغير العلاجية، باعتبار المحافظة على الكائن البشري وآدميته وكرامته الإنسانية.

---

[1] أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، 2007 ص. 319 ومات يليها...

أ* **<u>التجارب الطبية:</u>** يعتبر المحافظة على الأجنة المخصّبة من أهم الالتزامات الواقعة على عاتق مراكز المساعدة الطبية على الإنجاب، فقد نصّت المادة 376 على ضرورة تقيد الطبيب بشروط حفظ وإتلاف الأمشاج.

وقد ذهب الفقه عموما إلى عدم جواز إجراء التجارب العلمية الطبية أو البيولوجية على الأجنة الآدمية المخصّبة اصطناعيا في الأصل، و نتساءل في هذا السياق عن إمكانية استخدام الأجنة الزائدة التي تم حفظها دون استخدامها من الزوجين في الغرس، بدل إتلافها وإهدارها دون فائدة ترجى؟

في هذا الصدد حيث ذهبت التشريعات الحديثة إلى إباحة إجراء البحوث والتجارب الطبية بوضع ضوابط قانونية وأخلاقية، وشروط مثلما هو الشأن في القانون الخاص بالإخصاب وعلم الأجنة البشرية البريطاني الصادر سنة 1990، وقانون أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسي لسنة 1994، للمساس باللقائح والأمشاج البشرية، وأهم هذه الشروط :

1- الحصول على رخصة مزاولة النشاطات التي تمس الأمشاج الآدمية.

2- احترام ضمانات حفظ واستخدام هذه الأمشاج سواء للأغراض العلاجية أو بهدف البحث والتجريب.[1]

3- يمنع منعا باتا استخدامها في الاستنساخ البشري تحت طائلة المتابعات المدنية والجزائية.

كما منع تعديل قانون الإخصاب البريطاني المشار إليه استخدام اللقائح البشرية في أي أغراض الإنجاب الصناعي، أو إجراء أبحاث علمية في إطار ممارسة الاستنساخ.

وبالنسبة للفقه الإسلامي المعاصر، فقد ذهب إلى جواز إجراء التجارب الطبية العلاجية التي تهدف إلى إيجاد أدوية للأمراض على الأجنة المخصبة الزائدة شريطة أن يكون الهدف منها هو العلاج كعلاج الأمراض الوراثية والجينية، أو علاج العقم، وانعدام الخطر في إجرائها وتوافر حظ النجاح، وعدم مخالفتها للنظام العام أو الإضرار بالمجتمع.

إن إباحة التجارب الطبية على الأجنة المخصّبة على إطلاقها قد يؤدي إلى زيادة الشغف والشهوة العلمية بأن يصبح الجنين الآدمي قطع غيار، بالعبث والتلاعب في أنسجته وأعضائه، وإجراء الأبحاث المتعلقة بالاستنساخ وتغيير الجنس البشري عن طريق التحكم في الكروموسومات، والتحسين الجيني، واختيار جنس المولود، ومحاولة الإخصاب بين الجنس البشري والحيوان...وهو ما يتعارض مع الحدود الشرعية والقانونية والأخلاقية، وكذا المواثيق الدولية، والتي تتفق في أن الهدف من التجارب هو العلاج والحفاظ على كرامة الجنين.[2]

والملاحظ أن قانون الصحة الجزائري قد حظر صراحة التداول لغرض البحث العلمي الأجنة المخصّبة الزائدة عن العدد المقرّر، أو البويضات أو الحيوانات المنوية من خلال المادة 374 من قانون

---

[1] بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان، في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.78 وما يليها.

[2] نفس المرجع ص. 81، 82.

11/18، تحت طائلة العقوبات الردعية المتضمّنة في المادة 435، كما منع انتقاء الجنس، والاستنساخ في المادة 376، وبذلك يكون قد قطع الطريق على استغلال الأجنّة الزائدة في غير غرض الإنجاب وهو الغرض الجوهري من وجودها، إلا أنه في نظرنا لا يساير المستجدات فيما يخص التطورات العلمية خصوصا في إطار التجارب الطبية العلاجية، حيث لم يتطرق إلى إجراء البحث العلمي في مجال طب الأحياء على الأجنة في إطار ما يسمى بالدراسات العيادية التي نظمها بموجب القانون 11/18 في المواد 377 وما يليها، وحصره في الكائن البشري.

وبالنسبة للتجارب العلاجية على الجنين التي تهدف إلى سلامة صحّته وحياته. فقد أجازت التشريعات تشخيص الأمراض قبل الزرع لأسباب وقائية، أو علاجية، بهدف انتقاء الأجنة السليمة لزرعها في رحم المرأة، هو أمر يدخل في المراحل الحاسمة لتقنيات التلقيح الاصطناعي، حيث يتم البحث عن الأمراض الخطيرة، بقصد وقاية الطفل الذي سيولد في المستقبل، ويتم اختيار أحسن الأجنة من حيث الجودة لزرعها، كما أجازت بعض التشريعات كالتشريع التونسي والمغربي، إمكانية التدخل لعلاج الأجنة في حالة احتمال إصابة الطفل بأمراض جينية نظرا للسوابق الإنجابية للزوجين، أو احتمال وفاته، شرط احترام سلامة الجنين، وأن يكون بإذن من السلطات الصحية،[1] وهو ما يتوافق مع ما ورد في التعليمة 300 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.

و رغم المنع المطلق على إجراء التجارب والبحث العلمي على الأجنة المخصّبة في إطار التخصيب الاصطناعي الوارد في المادة 374 من القانون 11/18،إلا أن التعليمة 300 المذكورة قد وضعت استثناء على ذلك وهي إجراء التجارب الطبية العلاجية على الجنين، بناء على الموافقة الكتابية للزوجين، شرط احترام سلامة الجنين، واستصدار رخصة من الوزارة المكلّفة بالصحة.

إن التطور العلمي الحاصل في مجال علم الأحياء والبيولوجيا، قد بيّن أن الأجنة الآدمية هي شيء ثمين يمكن استخدامه في العلاج الطبي للعديد من الأمراض، خصوصا في علاجات الخلية وهو ما يسمى باالعلاج بالخلايا الجذعية (خلايا متعددة القدرات يتم الحصول عليها من أجنة آدمية لا يزيد عمرها عن 15 يوم من الإخصاب)، التي يتم الحصول عن طريق عزل الخلايا الجذعية من كتلة الخلايا الداخلية للأجنة البشرية في مرحلة البلاستوسايت، وتنميتها في مزارع خلوية مخبرية، أو عزل هذه الخلايا من الأجنة البشرية المجهضة ، أو عبر الاستنساخ أو من المشيمة أو الحبل السري بعد الولادة.[2] بهدف علاج بعض الأمراض المزمنة والخطيرة والمستعصية.

وأكّدت الدراسات بأن اللّقائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب هي مصدر رئيسي للحصول على الخلايا الجذعية سواء الأجنة المخصّبة الزائدة عن الحاجة، أو التي يتم التبرع بها خصيصا لهذا

---

[1] القانون المغربي رقم 47/14 المذكور المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، المادتين 19 و20.

[2] بلحاج العربي المرجع السابق، ص. 92.

الغرض، أو بعد انتهاء مدة الحفظ دون استخدامها في الزرع، و قد حرص الفقه الإسلامي في هذا الصدد على ضرورة احترام الضوابط الشرعية لاستخدام اللقائح الفائضة للحصول على الخلايا الجذعية الجينية لأسباب علاجية،شرط رضى الزوجين وموافقتهما موافقة حرة صريحة ومكتوبة في التبرع بها للعلاج، وشرط ألا تكون إجراء التجارب العلاجية هو السبب الأساسي لتخصيبها الاصطناعي وحفظها، بألا يكون التلقيح متعمدا بين بويضة وحيوان منوي من متبرّعين في إطار غير مشروع، حيث أكدت هذه الفتوى على أي أن يكون مصدرها مباحا.[1]

ب* **التصرف والتداول والمتاجرة:**

لقد عرفت تقنيات التخصيب الاصطناعي رواجا كبيرا في المجتمعات الغربية، وإقبالا عاليا من الفئات المحرومة من الإنجاب، وبالنظر إلى الطابع العلماني لهذه المجتمعات، فقد انحرفت هذه الممارسات عن مبتغاها الأساسي وأضحت مناطا للمتاجرة والتبرع بالأجنة والنطف والبويضات، وأقروا استئجار الأرحام، وانتشرت بنوك النطف والبويضات التي تمنحها دون الكشف عن هوية المانح، ما قد يؤدي إلى التلقيح بين المحارم، وهذا كله يشكل مساس و انتهاك لحرمة وقدسية الأسرة ولروابط الأمومة والأبوة.

وبغض النظر عن الجدل الواقع حول شمولية مفهوم الجنين للأجنة المخصبة خارج الرحم، نجد أن المشرع الجزائري قد خصّص حماية قانونية للأمشاج فمنع في المادة 374 من قانون الصحة التداول لغرض التبرع أو البيع وكل شكل من أشكال المعاملة المتعلقة بالحيوانات المنوية والبويضات حتى لو كان بين الزوجات الضرات، وكذا حماية قانونية للأجنة الزائدة أو الفائضة عن العدد المقرر لأم بديلة أو إمرأة أخرى أما كانت أو أختا أو بنتا، فإذن لا يجوز التصرف بالتبرع أو بيع هذا الجنين بأي شكل من الأشكال.

وتحقيقا للردع جرم المشرع هذه الممارسات وخصص لها عقوبات زجرية معتبرة من خلال المادة 435 من قانون الصحة المذكور، والمتعلقة بمعاملات التبرع والبيع وكل أشكال التصرف بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000 دج. إلى 2.000.000 دج.

ج* **تأجير الأرحام أو الأم البديلة**

في هذا السياق، ذهب الفقه القانوني في اتجاهين، اتجاه يحرص على عدم تدخل طرف أجنبي في عملية التلقيح الاصطناعي، وهو لا يبتغي في ذلك الحظر والتجريم وإنما بهدف تجنّب الفوضى، والتنازع أمام العدالة حول البنوة والأمومة، واتجاه آخر يرى جواز التلقيح بتعدد الأطراف لاعتبارات إنسانية وهو تحقيق حلم الإنجاب للمحرومين منه.[2]

---

[1] قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشر بمكة المكرّمة عام 2003، والمتعلق بالخلايا الجذعية.

[2] إقورفة زوبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، ص. 186.

ويرى الفقه الإسلامي عدم مشروعية فكرة الأم البديلة لا تتضمنه من انتهاك لحرمة العلاقة الزوجية وخلط الأنساب، فل يأمر الله تعالى ببث النطاف في أرحام غير الزوجات، وهو ما خلص إليه مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرّمة سنة 1984، فقد حرم ذلك في حالة كون الأم البديلة أجنبية على أصحاب البويضة ، فإذا كانت الأم البديلة زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة والبويضة من زوجة ثانية لذات الرجل فهو جائز وينسب المولود لأبيه، وينسب إلى أمه البيولوجية أي صاحبة البويضة ، أما الأم صاحبة الرحم فتكون في حكم الأم من الرضاع بالنسبة للمولود، وقد أثارت هذه المسألة جدلا كذلك بالقول أنه لا يمكن الجزم إطلاقا من الناحية الشرعية بنسب الطفل المولود لأمه البيولوجية أو لأمه التي حملته.

ودرءا للمفسدة وسدّا للذريعة عاد المجمع الإسلامي في دورة أخرى ليقول بتحريم هذه الوسيلة تحريما مطلقا.[1]

وقد اشترط المشرع الجزائري أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة، ولم يخرج عن إطار ما قرره الفقه الإسلامي وهو واضح في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، والمادة 371 من قانون الصحة 11/18، مع استبعاد أي شخص آخر ومنع كل استعانة بمفرزات جسم طرف أجنبي عن الزوجين، سواء تم شراءها من البنك أو تم التبرع بها حتى لو فرضنا أن هذا الغير ضرّة أي زوجة للزوج صاحب النطفة، أو قريبة للزوجة....وكل هذه الاحتمالات على فرض وقوعها باطل لا يقره القانون.[2]

وبذلك يكون التشريع الجزائري قد منع الرحم البديل وهو ما أشارت إليه كذلك المادة 374 فقرة 4 صراحة، وخصص له عقوبة جزائية من خلال المادة 435 من قانون الصحة 11/18.

خاتمة

حاولنا من خلال هذه المداخلة إثراء النقاش حول مسألة حيوية تتعلق بحفظ الأجنة المجمّدة والإشكاليات التي تثيرها في ظل الخصوصية الشديدة التي تكتنف الموضوع، لتعلقه بحرمة الكائن والجسم البشري، وقد ألقينا الضوء على موقف التشريعات المقارنة والفقه الإسلامي حول المسألة، مبرزين تجلّيات الموضوع في قانون الصحة 11/18 حيث تطرق المشرع الجزائري في مادة وحيدة لحفظ الأجنة ، ولم يصدر التنظيم المتعلق بها لحد الآن، مع أن التعليمة رقم 300 المشار إليها قد عالجت نسبيا بعض الجوانب وهي بحاجة إلى إثراء.

ونقدم في ما يلي التوصيات التالية:

*ضرورة التنظيم الدقيق والمحكم للكل جوانب المساعدة الطبية على الإنجاب من خلال الإسراع في إصدار النصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيق القسم الثالث من الفصل الرابع المتعلق بالبيوأخلاقيات، من

---

[1] التوصية رقم 6 ص. 95 من توصيات المؤتمر الدولي الأول حول الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري الذي عقد في بجامعة الأزهر سنة 1991.

[2] نفس المرجع، ص.215، 216.

قانون الصحة 11/18 بعنوان المساعدة الطبية على الإنجاب وتنقيحه دحضا لأي تأويل أو انحراف أو توسيع وأن تكون الضرورة القصوى هي السبب في اللجوء إلى هذه الطرق.

* إنشاء هيئة أو لجنة استشارية تفصل في الإشكاليات المترتبة على هذه الممارسات على أن تضم مختصين في الطب والبيولوجيا و في الفتوى في الشريعة الإسلامية، وتصدر آراءها حول أي تقنية مستجدة في مجال المساعدة على الإنجاب، بما فيها تقنيات حفظ الأجنة وأساليبها ومآلتها.

* ضرورة التنظيم القانوني الدقيق للمسار الزمني لحفظ الأجنة من تاريخ تخصيبها إلى تحديد مصيرها النهائي بالغرس أو الإتلاف، وكذا الأمر بالنسبة للأمشاج في حالة انتهاء فترة الحفظ مع الحرص أن يكون بإشراف مفتشي الصحة أو طبيب محلف، أو ممثل عن النيابة العامة، تعزيز عملية الرقابة الإدارية أو الجزائية.

* تحقيق الانسجام بتعديل بعض القوانين بما يتجاوب مع مقتضيات المساعدة على الإنجاب، والأمر يتعلق بقانون الأسرة، حيث أن المادة 45 مكرر غير كافية لضبط بعض المسائل، كما في حالة طلاق الزوجين أو وفاة أحدهما وأثره على مصير الأجنة الفائضة المجمّدة ومسألة االنسب...وكذا قانون العقوبات فيما يخص تجريم التعدي على الأجنة وإتلافها في غير الأحوال التي يجيزها القانون.

*حظر التجارب الطبية، مع منح مؤسسات المساعدة على الإنجاب رخص في حدود ضيقة بإمكانية تشخيص الأمراض قبل الزرع لأسباب وقائية، أو لأجل علاج هذه الأجنة في حالات خاصة كاحتمال إصابة الطفل من بأمراض خطيرة غير قابلة للشفاء باستصدار رخصة من الوزارة (كالمشرع التونسي والمغربي).

* يجب تدارك النقص التشريعي من الجانب الجزائي، بضبط المسؤولية الجزائية عن كل الأفعال المتصور ارتكابها بموجب هذه التقنيات التي تمس بالنسب وصحة الجنين، كحالة اختلاط المادة الجينية أو نقل الأمشاج من الغير باتفاق الأطراف وإجراء التجارب الطبية وتحديد المسؤولية على كل طرف.

وفي هذا الصّدد نضم رأينا للرأي القائل بضرورة إصدار قانون يسمى ب" الحماية الجنائية للجنين البشري حتى لا يكون الجنين موضوع عبث أو تجارب تؤثر على اختلاط الأنساب.

مجال المساعدة الطبية على الانجاب : الشروط والمسؤولية

د. بن ويراد أسماء
كلية الحقوق. جامعة الشلف

الملخص :
تعتبر المساعدة الطبية على الإنجاب من أهم نتائج الثورة العلمية في مجال الطب،حيث تغيرت المعايير والأسس المتعارف عليها لحدوث عملية الانجاب،فلم يعد الاتصال الجنسي هو السبيل الوحيد لحدوث الحمل، بل أصبح بالامكان التدخل لإحداثه عن طريق ما يعرف بالوسائل الطبية المساعدة على الانجاب.
نظرا لأهمية هذه العملية و تأثيرها على المجتمع كان لزاما على المشرع القيام بوضع شروط للقيام بها و تحديد المسؤولية المترتبة على مخالفتها.
الكلمات المفتاحية: العقم، التلقيح الاصطناعي،الانجاب خارج المسار الطبيعي،الشروط، المسؤولية.

Summary:
Medical assistance in procreation is considered one of the most important results of the scientific revolution in the field of medicine, as the standards and recognized bases for the occurrence of the procreation process have changed. Sexual intercourse is no longer the only way for pregnancy to occur. Rather, it has become possible to intervene to bring about it through what is known as assisted reproductive medical methods.
Given the importance of this process and its impact on society, it was necessary for the legislator to set conditions for its implementation and to determine the responsibility for violating it.
key words:
Infertility, artificial insemination, reproduction outside the natural course, conditions, responsibility.

مقدمة:

تعتبر مشكلة العقم من أكبر المشاكل التي تهدد استقرار وسعادة كل زوجين ، فالبنون زينة الحياة الدنيا لقوله تعالى :(الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصالِحَاتُ خَيْرٌ عِندَ رَبِكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلاً) . وقد كان العقم باعتباره مرضا محل اهتمام كبير من طرف العلماء لمعرفة أسبابه و التوصل علاج له،الى ان احتلت البحوث حوله اهم اكتشافات العصر الحديث فبعد أن كان يعالج بالعقاقير و الأدوية مرورا بالتدخل الطبي عن طريق العمليات الجراحية في الحالات الممكنة لذلك توصل العلماء الى اكتشاف تقنية التلقيح الاصطناعي في حالات العقم غير القابلة للعلاج بالتدخل الطبي العادي للقضاء عليه و على أسبابه، حيث أتاح فرصا للإنجاب، مما يمكن المحرومين من الذرية من تذوق مشاعر الأمومة و الأبوة و بالتالي القضاء على العديد من المشاكل الأسرية والاجتماعية التي تنجم عن العجز عن الإنجاب.

لقد ظهرت و انتشرت هذه التقنيات الجديدة للإخصاب في الدول المتقدمة خاصة بعد ولادة الطفلة الأولى عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي في سنة 1978 في انجلترا، ثم انتشرت في مختلف دول العالم بحيث أصبحت تمارس في الدول الإسلامية كالجزائر و ذلك سنة 1999.

تعتبر المساعدة الطبية على الإنجاب نشاطا طبيا يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي،في حالة العقم المؤكد طبيا[1]، وقد لخصها المشرع[2] في العمليات العيادية والبيولوجية والعلاجية، المتمثلة في: تنشيط عملية الإباضة التي تهدف إلى حث المبيض على إنتاج البويضات الناضجة للسعي لحدوث حمل إما بطريقة طبيعية أو بالتلقيح الاصطناعي أوالمجهري بواسطة التحكم بمستويات الهرمونات المسؤولة عن الاباضة في جسم الأنثى، وهذا باستخدام هرمونات صناعية كالحقن أو الحبوب أو أية أشكال دوائية أخرى جديدة. وعملية التلقيح الاصطناعي التي هي عبارة عن" عملية تساعد على الإنجاب دون حدوث أي تلاقي أو حصول أي اتصال جنسي بين الزوجين، حيث يتم نقل الحيوانات المنوية من الزوج إلى رحم الزوجة أو عن طريق زرع بويضة ملقحة في رحمها "[3] .فالتلقيح الاصطناعي يكون إما بالتخصيب الاصطناعي أو بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة، فالأول يكون داخل الجسم وهو ما يسمى" بالاستدخال "إذ يتم بموجبه نقل الحيوانات المنوية مباشرة من الزوج ووضعها في رحم الزوجة لتتصل بالبويضة وبعدها تواصل رحلتها عبر مختلف مراحل النمو التي تمر بها كما هو الشأن في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي .أما الثاني فيتم خارج الجسم ويدعى ب"أطفال الأنابيب "وفي هذه الفرضية يتم وضع بويضة الزوجة في أنبوب يضاف إليها مني الرجل وبعد أن تلقح وتتابع انقساماتها المتتالية يتم إعادتها إلى الرحم لتستكمل نموها الطبيعي[4].

وما يمكن ملاحظته مما سبق أن المشرع الجزائري قد استعمل مفهوما أوسع من التلقيح الاصطناعي وهوالمساعدة الطبية على الإنجاب والذي يشمل أي ممارسة تسمح إما بتنشيط عملية الإباضة أوالتلقيح بواسطة الأنابيب أو ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي الخارجي ،أو تعلق بنقل الأجنة أوبالتخصيب الاصطناعي.

ونظرا لأهمية الموضوع وتعلقه بحياة الإنسان ووجوده، خصص المشرع لهذا النشاط المواد من 370إلى 376 من قانون الصحة الجديد، وحاول ضبطها لتفادي خروج الممارسين لها عن الإطار المهني و الاخلاقي و الشرعي.

---

[1] المادة 370 من القانون رقم11/18 – المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل2 يوليو سنة 2018 متعلق بالصحة الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، العدد 46 الصادر في 29 يوليو2018

[2] المادة 371 ق.ص.ج.

[3] يوسف مسعودي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية،العدد1، 2016 ، ص. 109 .

[4] ليلى بلحسل منزلة وقادية عبد الله، البيو–أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب–الشروط والموانع، مجلة القانون الدولي والتنمية،المجلد / 9 العدد 01 /2021،ص.261.

فما هي الضوابط القانونية التي تحكم نشاط المساعدة الطبية على الإنجاب؟ و ماهي المسؤولية القانونية المترتبة عن مخالفة هذه الضوابط ؟ للإجابة على هذه الإشكالية لابد من تقسيم البحث إلى محورين أولهما شروط القيام بعملية المساعدة على الإنجاب، ثانيهما المسؤولية المترتبة عن مخالفة هذه الشروط .

أولا :شروط القيام بعملية المساعدة على الإنجاب

لقد اعترف المشرع الجزائري بتقنيات المساعدة على الإنجاب لما لها من تأثير إيجابي على أسرة و المجتمع غير أنه وضع مجموعة من الضوابط و الشروط الواجب توافرها لتكون هذه العملية في إطار قانوني،وهذا ما سيتم عرضه في ما يلي:

1- شروط المساعدة الطبية على الإنجاب بالنسبة للمستفيدين من العملية

أ. أن يكون الزواج شرعيا

نرى أن قانون الأسرة الجزائري مأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية في معظم أحكامه إن لم يكن في كلها و بالرجوع إلى هذا القانون يشترط للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي وجود علاقة شرعية بين الرجل و المرأة بمعنى ثبوت الزواج الصحيح فيما بين الزوجين بعقد شرعي يستوفى للأركان الشرعية في أي زواج ، ومسجل لدى مصلحة الحالة المدنية[1].

لهذا لابد على العيادات الطبية والمراكز المساعدة على الإنجاب والأطباء طلب وثيقة تثبت هذه العلاقة كعقد الزواج أو الدفتر العائلي زيادة على بطاقة الهوية، وذلك حفاظا على تماسك الأسرة والمجتمع[2]، وحتى يكون النسب شرعيا ناتجا عن علاقة شرعية تربط الرجل بالمرأة لما في ذلك من أثر بالغ الأهمية للمحافظة على الأنساب ومن تم مشروعية الميراث،

لذا فإن الزوجين المرتبطين بعقد عرفي لا يمكنهما الاستفادة من التلقيح الاصطناعي إلا بعد تثبيت زواجهما قضائيا وذلك من أجل إثبات حالتهما أمام المركز أو المؤسسة المتخصصة[3].

وبالتالي فإن كل وسيلة تستخدم للإنجاب خارج إطار العلاقة الشرعية يترتب على كل أثارها البطلان.

ب. ضرورة وجود عقم مؤكد

---

[1] باديس ذيابي ،حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قان ون الأسرة الجزائري (قرار ،بينة ،تلقيح اصطناعي ،البصمة الو راثية،نظام تحليل الدم)،دار الهدى ،الجزائر، 2010 ، ص .26.

[2] جيلالي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري- د ا رسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1 ، السنة الجامعية - 2013 2014، ص. 7 .

[3] بغدادي ليندة، الوضع القانوني للممارسات الطبية الحديثة ،أطروحة دكتوا ره ، تخصص قانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ، 2018 ، ص 208 – 207.

اشترط المشرع للقيام بعمليات المساعدة على الإنجاب وجود ضعف في الخصوبة لدا الزوجين .حيث من استقراء أحكام المادة 371 من قانون الصحة السالف الذكر نجده قد استعمل عبارة" عقم مؤكد" أي أن يكون العقم غير مشكوك فيه ومبرر بكافة الوسائل المستعملة لاكتشافه كالتحاليل الطبية والأشعة.

ج. أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما

يتضمن هذا الشرط جزئيين أساسيين وهما:

- **أن يكون التلقيح برضا الزوجين:**

يعد شرط رضا الزوجين بإجراء التلقيح الاصطناعي من الشروط الأساسية التي يجب توافرها لأن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي يحظى بحماية قانونية تامة[1] ، فالبنوة مسالة اختيارية وليست إجبارية ،إذ لا بد أن يعبر الراغبان في التلقيح الاصطناعي عن رضاهما قبل إجراء العملية وأن يتمسكا به إلى حين اجراءها.

يشترط في رضا الزوجين أن يكون بالغان 19 سنة كاملة وفقا لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، و أن يكون الرضا كتابيا و صريحا و مستنيرا بعواقب التجربة فبالتالي إعطاء موافقتهما يؤدي إلى تحقق الشروط وفقا لنص المادة 45 مكرر ق.أ.ج[2].

- **أن يتم التلقيح حال حياتهما:**

لا يكفي أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي بين رجل و امرأة تربطهما علاقة زواج شرعية بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي بالفعل و العلاقة الزوجية ما زالت قائمة، يظهر أن قصد المشرع الجزائري من وضع هذا القيد منع الزوجة من تلقيح نفسها
بمني زوجها المتوفي، بحجة حفظ ذكرى الزوج أو بحجة رضا الزوج قبل وفاته ولتفادي الوقوع في عدة تعقيدات في هذا المجال.

فلا يجوز من الناحية الشرعية و لا القانونية أن يتم التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج أو انفصال الرابطة الزوجية بينهما بالفسخ أو الطلاق أو الموت فبانتهاء الرابطة الزوجية بينهما فإن التناسل بين الزوجين يعتبر لاغيا وباطلا.

د. أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرها.

يشترط في عملية المساعدة على الإنجاب أن يتم تلقيح المرأة بمني زوجها وفقا للقاعدة الشرعية" الولد للفراش وللعاهر الحجر"، لهذا فمن الضروري جدا الحرص على عدم الوقوع في أدنى شك بخصوص اختلاط مني الرجل أو استبداله بمني غيره، والتأكد من توافر ضمانات قوية على التزام الهيئة الطبية بذلك

---

[1] خالد مصطفى فهمي ،النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين ،ط1 – ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2014 ، ص3

[2] الأمر رقم 02 – 05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11 – 84 المؤرخ في 9يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية،العدد 15 ، المؤرخة في 27 فبراير 2005 ، ص18 .

وإهدار ما تبقى منه، لأنه في حالة عدم الامتثال لذلك فإن الطفل الناجم عن تلقيح المرأة بماء الغير يعتبر ابن غير شرعي[1].

وهذه هي الصورة الشرعية و القانونية التي أقرها المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة في 28 يناير 1985بمكة المكرمة بالسعودية، من أن التلقيح الاصطناعي هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بماء زوجها في أنبوبة ثم توضع في رحم الزوجة لوجوب عيب بها فهذا حلال للضرورة الشرعية و من باب التداوي المشروع و ينسب المولود للأب و للأم[2].

من خلال هذا الحكم يجب استبعاد حالات الزوجة التي لقحت بماء رجل غير زوجها وكذا بويضة من زوجة أخرى كما لا يجوز شرعا وقانونا للمتزوجين استئجار أو استعارة رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما.[3]

وتتمثل في ممارسات عادية و بيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي"،كما أن العمل الطبي المتوفر على شروط قانونية يشمله سبب الإباحة وهو ما ذهب إليه المشروع الجزائري[4]وهذا باعتبار العقم مرض يستوجب العلاج استنادا إلى حالة الضرورة إذا ما كان الباعث الذي يدفعه بطلب نقل اللقائح يعد مقبولا من الناحية القانونية والأخلاقية منطويا دائما على مصلحة علاجية في ظل رضا الأطراف فلا يمكن تصور اجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون موافقة الأطراف عليهم وتسجيل رضاهم التام دون تحت أي تأثير خارجي مهما كان.

وعليه يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أستعمل مفهوما أوسع من التلقيح الاصطناعي وهو المساعدة الطبية على الإنجاب والذي يشمل أي ممارسة تسمح إما بتنشيط عملية الإباضة أو التلقيح بواسطة الأنابيب أو ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي الخارجي ،أو تعلق بنقل الأجنة أو بالتخصيب الاصطناعي.

2- الشروط المتعلقة بالهيئة المشرفة على إعداد العملية:

اشترط المشرع الجرائري في الفريق الطبي القائم بالعملية ما يلي:

أ- أن تتم الأعمال العيادية و البيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض في مؤسسات أو مراكز أو مخابر مرخص لها بذلك من طرف السلطات المعنية بعد تقديم الملف الإداري المطلوب واستيفائه لكافة الشروط المتطلبة من توافر

---

[1] محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007 ، ص.40.

[2] محمد علي البار ،أخلاقيات التلقيح الاصطناعي ،دار السعودية ،جدة ، 1987 ، ص.5

[3] بلحاج العربي،أحكام الزوجية واثارها في قانون الاسرة الج ا زئري، ط2 ، دارهومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2015 ،ص685 .

[4] جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 ، ،ص.104.

الإمكانيات العلمية والمالية للعمل بكفاءة. وتوفير جهاز طبي وبيولوجي متخصص وتجهيزات تكنولوجية حديثة من أجل تحقيق أعلى نسب نجاح ممكنة وهذا ما نصت عليه المادة **372** من قانون11/18. [1]

ب-وجوب مراعاة قواعد الممارسات الحسنة و الأمن الصحي.

لتفادي التلاعب بالبويضات والحيوانات المنوية والأجنة فإنه لابد من إجراء هذه العملية وفقا لضوابط محددة ، إضافة إلى مراعاة قواعد الممارسة الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال والمحددة عن طريق التنظيم.[2]

ج-وجوب خضوع المؤسسات المشرفة على المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية الخاصة و يتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية[3].

د- وجوب تشكيل لجنة لدراسة طلب الزوجين و الاشراف على العملية.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري أشترط لإجراء عملية المساعدة على الإنجاب لاسيما التلقيح الاصطناعي لابد من توافرما يلي:

- ضرورة تقديم طلب كتابي من طرف الزوجين للجنة الطبية المتخصصة، التي تقوم بإجراء مقابلة مع الزوجين بغية التأكد من الدوافع الحقيقية للعملية وذلك بعد عرض الزوجين على لجان طبية من عدة تخصصات لدراسة الحالة.
- وضع ملف يشتمل على كل البيانات الخاصة بالزوجين، يتضمن مضمون المقابلة وقرار اللجنة النهائي.

وعند قبول إجراء العملية فلا يتم ذلك إلا بعد مرور شهر واحد كامل حتى يتسنى للزوجين إعادة التفكير وتأكيد طلبهما بعدها.[4]

ثانيا: قيام المسؤولية الجنائية المترتبة عن مخالفة شروط و ضوابط المساعدة الطبية على الإنجاب وفقا لقانون11/18 المتعلق بالصحة

1-إفشاء السر المهني:

وهو عبارة عن التزام الطبيب بالسر المهني يشمل كل من علم به أثناء ممارسته لنشاطه الطبي أو بمناسبته وأن يكون للوقائع التي علم بها علاقة مباشرة بهذه المهنة أو النشاط وعرفه المشرع الجزائري في

---

[1] تنص المادة : 372 – تتم الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهاذ الغرض ،في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك."

[2] المادة 373 ق.ص.ج .

[3] المادة 373 ق.ص.ج.

[4] المادة 371 ق.ص.ج.

المادة 10 من مدونة أخلاقيات الطب بأنه كل ما يراهه الطبيب أو جراح الأسنان أو يسمعه أو يفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته.

وقد جرم هذا الفعل بموجب المادة 417 من القانون11/18 المتعلق بالصحة والتي تنص على أن" :عدم التقيد بالالتزام بالسر الطبي و المهني يعرض صاحبه للعقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات "وحدد الأشخاص الذين تقع عليهم مسؤولية هذا الفعل وهم الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين على السر بحكم المهنة وأفشوه الذين يقومون بإفشاء سر مهنته في غير الأحوال المصرح بها قانونا.

من خلال الفقرة أعلاه يتضح أن المشرع اعتبر إفشاء السر المهني جنحة ،إلا أنه لم ينص على العقوبة في حالة إفشاء الطبيب السر المتعلق بإجراء عمليات المساعدة الطبية على الانجاب بنطفة الزوج .لهذا لابد من تطبيق المواد المذكورة أعلاه ، ذلك لأنه حق وان تعلق الأمر بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب فإن العلاقة تنشأ بين الطبيب والمستفيدين وهي علاقة علاج طبي وهذا يجعل الطبيب أو البيولوجي ملتزما بكتمان السر المهني.

2- الأخطاء الطبية :

لم يورد المشرع الجزائري سواء في القانون المدني أو الجنائي تعريفا للخطأ ،على أساس أن تحديد التعريفات هو من اختصاص الفقه ،كما أن النصوص الخاصة في قانون الصحة11/18 والمرسوم التنفيذي 276 – 92 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب ،ولا حتى قانون الأسرة رقم84/11المعدل والمتمم ،لم تعط تحديدا لطبيعة الخطأ في مجال التلقيح الاصطناعي الموجب لمسؤولية الطبيب.

إلا أنه من خلال التعريفات الكثيرة للخطأ بصفة عامة والتعريفات التي أعطيت للخطأ الطبي بصفة خاصة ،فانه يمكننا تحديد مفهوم الخطأ الطبي في ايطار التلقيح الاصطناعي[1]إذ يتمثل في خروج الطبيب المختص بإجراء التلقيح الاصطناعي في سلوكه عن القواعد والأصول الطبية التي تفرضها طبيعة مهنته.[2] أو هو الخطأ التي يركبه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته إخلالا بالتزام بذل العناية، ويتجلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعمله بانتباه وحذر ،ولا ي ا رعي فيها الأصول العلمية المستقرة ،مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف الاستثنائية في الزمان والمكان ،وعدم الأخذ بالضرورة

بنتيجة عمله دائما والتي قد تقترن أحيانا بالفشل نتيجة المخاطر المحتملة التي تكتنف معظم الأعمال الطبية بالنتيجة كل خطا يرتكبه الطبيب أثناء مزاولتهلفنه إذ كان السبب في الأضرار بمريضه[3]، نستنتج

---

[1] صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي و أثره على الرابطة الزوجية ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ، 2011 ، ص24

[2] عامر احمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي ، دار الثقافة ، الأردن، 2001 ،ص.72

[3] عبد اللطيف الحسيني ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية ، ط 1 ، الشركة العالمية للكتاب ، بيروت ، 1987 ،ص119.

من خلال تعريف الخطأ الطبي انه يقوم على عنصران هما :خروج الطبيب القائم بالتقنية عن القواعد والأصول الطبية التي تفرضها عليه مهنته وقت تنفيذ العمل الطبيب ، الإضافة إلى إخلاله بواجبات الحيطة والحذر المطلوبة منه. لا شك إن المقصود بالأصول الطبية في مجال الطب هي تلك الأصول العلمية الثابتة والقواعد المستقرة المتعارف عليها بين الأطباء نظريا وعلميا والتي يجب أن يلم بها والطبيب وقت تنفيذه للعمل الطبي أما ما يتعلق بمعنى واجبات الحيطة والحذر واليقظة ،فان المتفق عليه بين الفقهاء أن التشريع أو العرف أو الخبرة الإنسانية تكون مصدر لواجبات الحيطة واليقظة[1] ولا أن الواجب القانوني يشمل كل ما يقرره القانون بمختلف فروعه مدنيا أو جنائيا أم إداريا أم طبيا ،وكذلك ما تفرضه الأنظمة والتعليمات المنظمة للعمل الطبي من واجبات. ولأن القانون مصدر هذه الواجبات إلا أن مصدرها العام هو الخبرة الإنسانية،أي ما درج عليه الكافة أو أهل الخبرة الخاصة بمعنى ما درجت عليه مجموعة من أهل الخبرة أو المهنة كأعضاء الأسرة الطبية.

ويقصد بالإخلال بواجبات الحيطة والحذر في المجال الطبي عموما وفي تقنيات المساعدة على الإنجاب خصوصا خروج الطبيب كلية عما هو مفروض عليه من واجبات الحذر والحيطة عند قيامه بعمليات المساعدة على الإنجاب.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأن كل إهمال وعدم انتباه أو مراعاة للأنظمة يفضي إلى الفشل يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية ومتى ثبت إن خطا الطبيب أدى إلى وفاة الضحية ، وتوفرت العلاقات السببية بينهما استنادا لتقرير الخبرة ،حيث أمر الطبيب بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض دون انتباه ،أدى ذلك إلى ثبوت مسؤوليته[2].

إن تحديد مفهوم الخطأ الطبي في مجال المساعدة على الإنجاب وبيان مضمونه من خلال الخروج عن القواعد العلمية والأصول الطبية من ناحية ،والإخلال بواجبات الحيطة والحذر من جهة آخر، يجل مفهوم و صور الخطأ الطبي وكيفية حدوثه في مجال المساعدة على الإنجاب غير واضحة ، الأمر الذي يدفعنا لبيان بعض صور الخطأ الطبي في هذا المجال في مختلف مراحل عملية التلقيح وذلك باعتباره عملية دقيقة تنطوي على كثير من المخاطر، تستوجب تدخلا طبيا ملائما ، الأمر الذي لا يتيح للطبيب المعالج أي مجال للإهمال أو عدم الانتباه فضلا عن الخطأ الواضح البين،والخطأ الطبي في هذا الخصوص يكون إما قبل إجراء النشاطات المتعلقة بالإنجاب ،أو أثناء وبعد النشاط.

أ. الخطأ الطبي قبل إجراء العملية المساعدة على الانجاب :

قد يقع الطبيب المعالج في هذه الأخطاء و لاسيما منها:

---

[1] محمود نجيب حسيني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1982، ص.667

[2] قرار رقم 118720 – : المؤرخ في 1995/05/30 المجلة القانونية ، العدد 021996 ، ص. 179

- **الخطأ في التشخيص:**

تزداد أهمية التشخيص و دوره في الكشف عن العلاج أو العمل الجراحي الملائم ،ذلك إن الطبيب الذي تعرض عليه حالة العقم يلزمه القيام بتشخيص الأسباب التي أدت إلى العقم ومن ثم تحديد طبيعة العلاج الملائم وطريقته.وما من شك إن الوصول إلى تشخيص سليم يكون أقرب إلى الحقيقة يتوقف على عدة عوامل أهمها استخدام الوسائل العلمية الحديثة كالتحاليل والتصوير بالأشعة وغيرها.

- **عدم الحصول على رضا الزوجين.**

يعتبر موضوع الحصول على رضا المريض و موافقته من المواضع الحساسة والمهمة في مجال المسؤولية الطبية ،ذلك أن التصرفات القانونية لا يعتدي بها إلا إذا كانت صادرة عن ذي أهلية متبصر بما يقبله عليه فكيف ونحن في حالة المرض التي يعاني منها المريض بالدرجة الأولى.

استقر الفقه على ضرورة رضا المريض الحر أثناء العلاج في غير حالة الضرورة العاجلة في كل عمل طبي أوجراحيعلى درجة معينة من الخطورة ،تترتب عنه المسؤولية لمجرد القيام بالعمل الطبي دون الحصول على الرضا اللازم[1] ،إذ عدم استحصال هذا الرضا يقيم مسؤولية الطبيب الجزائية.

والجدير بالذكر أن الرضا المطلوب في عمليات المساعدة على الإنجاب هو رضا خاص إذ أن المقصود به هو موافقة الزوجين على إجراء العملية وفق الصيغة القانونية التي تعتمدها المراكز المعنية بزرع الأجنة، ومن هنا يتميز هذا الرضا العام في موافقة الزوجين أو احدهما على مباشرة الطبيب لعمله الجراحي في الكشف عن حالة العقم و أسبابها ،ولكن هذا التدخل قد لا يسفر عن إجراء عملية تلقيح صناعي للزوجين ،إذ يقتصر على بعض المستحضرات الطبية أو تقديم النصح حول طرق الجماع الجنسي بين الزوجين ،وينتهي الأمر عند هذا الحد ، أما إذا اقتضى الأمر تلقيحا اصطناعيا فانه يستوجب رضا خاصا به من قبل كلا الزوجين ،وهذا ما أكده المشرع في تعديله الأخير لقانون الأسرة[2].

وعليه فإننا نقول أن الحصول على رضا الزوجين أمر مطلوب طلبا إجباريا لا مفر منه للقيام بأي إجراء و أن إغفاله من قبل الطبيب المعالج أو عدم مراعاة موافقة ورضا أحد الزوجين يعتبر خطأ طبيا ثابتا في حقه موجبا لمسؤوليته الجزائية طبقا لنص المادة434 بنصها" يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من هذا القانون المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب،بالحبس من عشر10 سنوات إلى عشرين 20 سنة وبغرامةمالية من 1000000 دج الى 2000000 دج"، ذلك أن حرية المريض واحترام إرادته تعتبر مبدأ أساسيا في علاقة الطبيب بالمريض لا يمكن تجاهلها إلا في حالات استثنائية محصورة.

- **إجراء عمليات المساعدة في مؤسسة غير مرخص لها**

---

[1] منصور مصطفى منصور ، حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق و الشريعة ، العدد 02 – ، 1981 ، الكويت ص19.

[2] المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

نتيجة للخطورة التي من الممكن أن تترتب عن إجراء عمليات المساعدة على الإنجاب فرض المشرع أن تجرى هذه التقنيات في مؤسسات مرخص لها تتوفر على وسائل وتقنيات متطورة لضمان نجاحها واقر عقوبات على مخالفة إجراءها في غير تلك المؤسسات بنص المادة" **433** يعاقب كل من.....
يمارس نشاطات المساعدة الطبية على الانجاب في مؤسسة غير مرخص لها بالحبس من سنتين 2الى عشر 10 سنوات وبغرامة من 500000دج الى 1000000 دج."

ب. الخطأ الطبي أثناء إجراء تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب و بعده:

مما لا شك فيه أن المرحلة التي تعاصر وتتبع إجراء التلقيح هي مرحلة معقدة و متداخلة، لا يمكن تناولها بالبحث كلها ،لذلك سنقتصر على بحث نوعين من الخطأ حيث نرى أنهما الأكثر صلة والأعمق أهمية في هذه المرحلة.

- **خلط الأنابيب ببعضها البعض**

قد يصدر من الطبيب المشرف على عملية التلقيح أو مساعديه خطأ طبيا بليغا كأن يخلط الأنابيب ببغضها البعض ،ومثال ذلك أن يقوم الطبيب بخلط أنبوب يحتوي على حيوانات منوية لرجل ما مع أنبوب أخر يحتوي على بويضات أنثوية تعود لامراةأخرى ليست زوجته له أو بالعكس من ذلك وهذا عند مباشرته إجراء مثل هذه العمليات وعند هذا يوجب مسؤوليته كاملة متى كان ثابتا و اوضحا ومهما كان الخطأ حتى وان كان بسيطا وهذا لكونه يتصل اتصالا وثيقا بالأنساب ويحقق ضررا مؤكدا أكثر من نفعه[1].

- **الخطأ في الرقابة**

يلتزم الطبيب المختص الذي أجرى تلقيح بإحدى التقنيات بمتابعة حالتها من أجل التأكد من سلامتها ومدى نجاح ما قام به ،واتخاذ ما يراه مناسبا لمواجهة ما يستجد في حالة المرأة الصحية ،ولا يقتصر جهد عند هذا الحد بل عليه المتابعة ووصف الدواء والنصائح والتعليمات المفيدة و المناسبة للمريض لتفادي النتائج السيئة المتمثلة في حصول تشوهات جنسية للجنين أو حدوث إجهاض للزوجة أو غير ذلك.

إضافة إلى أن الطبيب ونظرا لدقة العملية وتعقيدها هو ملزم بوصف الدواء المناسب في الوقت المناسب و بالمقدار المناسب وأن أي خطأ تجاوز ذلك قد يعرض حياة الجنين للهلاك عن طريق الإجهاض أو تشوه يلزمه أن ولد حيا إلى غاية وفاته. ولا شك إن أي تقصير من الطبيب المعالج في بذل النصائح والتعليمات المناسبة للزوجة و أي إهمال منه في متابعة حالة المريض ووصف الأدوية المناسبة يشكل خطأ طبيا يوجب مسؤوليته. ذلك كون موضوع المسؤولية الطبية عن المساعدة على الإنجاب في غاية الأهمية، نظرا لطبيعته المعقدة والمتداخلة ودقة وتداخل تقنياتهما يفرض على الطبيب المعالج بذل مزيد من اليقظة والتبصر والاطلاع الواسع على ما استجد من علم في مثل هذه العملية ،ومتابعة

---

[1] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص29.

الأصول الطبية العلمية المستقرة وأن أي إهمال أو إغفال منه قد يشكل خطأ طبيا جسيما يوجب مسؤوليته متى كان ثابتا وواضحا وقطعيا[1].

- **تجريم عملية الاستنساخ البشري الإنجابي**

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود بعملية الاستنساخ البشري الإنجابي لا في التعليمة رقم 2001 /300الصادرة عن وزارة الصحة والسكان بتاريخ 12 مايو 2001 والمتعلقة بالممارسة الاكلينيكية والبيولوجية الحسنة للمساعدة الطبية على الإنجاب[2] ، ولا في قانون الصحة الجديد، وإنما اكتفى بمنع عملية استنساخ الأجسام الحية المماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري دون توضيحها بموجب المادة 375منه .غير أنه بالرجوع إلى الفقه يلاحظ بأنه عرف الاستنساخ البشري لغرض التناسل وميز بين نوعين من الاستنساخ، يتمثل الأول في الاستنساخ الجسدي الذي لا يعتمد فيه على الخلايا الجنسية وإنما هو عبارة عن" أخذ نواة خلية جسدية من مخلوق حي تحتوي على جميع المورثات وزرعها في بويضة مفرغة من مورثاتها ليتولد الجنين مطابق لما في صفاته مع صاحب الخلية[3] " أما الثاني فيراد به التحكم في عدد وشكل الأجنة وذلك بخلط ماء الرجل بماء المرأة وهو ما يسمى بعملية شق الأجنة أو توأمتها، وفيه يكون الجنين حاملا لصفات كل من الأب والأم[4].وتعد كل من الحالتين محرمتين شرعا وقانونا نظرا لما تنطوي عليه من مساس بالمبادئ الشرعية والقانونية المستقرة لحماية جسم الإنسان وحرمته.

فقد اعتبرت معظم المنظمات والهيئات العالمية أن عملية الاستنساخ عملية تمس بالمبادئ والقيم والمثل العليا في المجتمع، إذ وقع البرلمان الأوروبي خلال مؤتمر حقوق الإنسان والطب الحيوي المنعقد بإسبانيا في 17 سبتمبر 2000 اتفاقا اعتبر بمثابة أول معاهدة دولية للسيطرة والتحكم في البحوث المتعلقة بالهندسة الوراثية والاستنساخ، وخلال جلسة حضرها كامل أعضاء البرلمان الأوروبي في ستراسبورغ صوت هذا الأخير على القرار الذي يعتبر الاستنساخ العلاجي الهادف لاستنساخ أجنة بشرية لأهداف الأبحاث العلمية عمل لا أخلاقي ومناقض تماما لحدود ومعايير البحث العلمي ويطرح معضلة خطيرة، وأعرب البرلمان عن أمله في أن" يصدر حضر عالمي محدد على مستوى الأمم المتحدة للاستنساخ البشري في كل مراجعه وأنواعه .

أما الجمعية العامة للأمم المتحدة فقد اعتمدت في مارس 2005 بشأن الاستنساخ البشري بيان يدعو الدول الأعضاء إلى" منع كافة أشكال استنساخ البشر بقدر ما تتنافى الكرامة البشرية وحماية الحياة

---

[1] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص3 .

[2]Ministère de la santé et de la population, instruction n° 300 du 12 mai 2001, *fixant les bonnes pratiques cliniques et biologique en assistance médical à la procréation*

[3] ليلى بلحسل منزلة وقادية عبد الله،المرجع السابق، ص.267.

[4] أسماء سعيدان، عملية الاستنساخ البشري على ضوء الفقه والقانون، الجزء الأول، مجلة حوليات جامعة الجزائر1 ، العدد 25 ، يوليو 2014 ، ص.ص.14-15.

البشرية ("قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 7 مارس2005)[1].وأعدت منظمة اليونسكو، إعلان عالمي حول المجين البشري وحقوق الانسان الذي اعتمده المؤتمر العام بالاجماع سنة 1997 وصادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1998 الذي يعد بمثابة وثيقة أساسية احتلت مكانة في الجدل المتصاعد بشأن الاستنساخ وأكدت فيها أنّ" الاستنساخ البشري يتنافى مع كرامة الانسان(الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان)[2]. نتيجة لذلك، تشدد المشرع الجزائري في العقوبة المقررة لهذا المنع التي تمثلت في الحبس من10 سنوات إلى 20 سنة والغرامة من 1000000 دج إلى 2000.0000دج بناء على المادة 436 من قانون الصحة .

- **تجريم عملية انتقاء الجنس**

يتم عملية تحديد جنس الجنين في عمليات التلقيح الاصطناعي إما بطريقة الاختبارات الوراثية قبل زرع الأجنة الملقحة في الرحم ليتم زرع الأجنة الذكرية أو الأنثوية وفقا لرغبة الأبوين .أو بطريقة فصل الحيوان المنوي المؤنث عن المذكر، فيتم اختيار الحيوانات المنوية التي تحمل الكوموزومات المراد تخصيبها بالبويضة .أو بطريقة تغيير الحالة الكميائية للمهبل وهذا بزيادة أو تقليل درجة الحموضة في الرحم بحيث تتكيف مع حياة أحد النوعين وفي نفس الوقت تحد أو توقف من نشاط الآخر، ونتيجة لذلك فإذا كان الوسط المفضل في قناة المرأة التناسلية حامضي فإنه يشجع على إنجاب الإناث وإذا كان قاعدي فهو يشجع على إنجاب الذكو ر[3].

ومهما كانت الطريقة المستعملة التي يتم بها اختيار الجنس فإنه يمنع إجراؤها وفقا للتشريع الجزائري بناء على أحكام المادة 375 من قانون الصحة، ولعل السبب في ذلك راجع إلى رغبته في حماية الجنين البشري من التمييز بين الجنسين .فاختيار الطبيب للأجنة قبل الزرع والقضاء على تلك التي هي من الجنس غير مرغوب فيه هو أمر يتناقض مع الأخلاق المهنية والمتطلبات الأخلاقية.و قد تشدد المشرع الجزائري في العقوبة المقررة لاختيار الجنس والتي تمثلت في الحبس من 10 سنوات إلى20 سنة والغرامة من 1000.000 دج إلى2000.000 دج بناء على المادة 436 من قانون الصحة.

- **تجريم التداول والتبرع أو البيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب:**

وضع المشرع الجزائري من خلال قانون الصحة الجديد**11/18** قيودا على ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب ،و هذه القيود جاءت لإعتبارات اجتماعية وشرعية أهمها حماية اللقائح البشرية من أن لا

---

[1] نذير برني، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق،تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعي 2017 – 2016، ص.17.

[2] ليلى بلحسل منزلة وقادية عبد الله، المرجع السابق، ص 270.

[3] نفس المرجع، ص 270.

تكون محل أي تعامل مالي بها و للحفاظ على النسب من الاختلاط من جهة أخرى و ذلك بالنظر إلى ما يترتب عنها من محاذير قانونية وشرعية وهذا ما أكدته المادة 374 ما يلي : يمنع التداول لغاية البحث العلمي التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة بالحيوانات المنوية أو البويضات حتى بين الزوجات الضرات.

– الأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لأم بديلة أو امراة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا .

–السيتوبلازم[1].

وحدد لها نفس العقوبة المقررة للإستنساخ وذلك وفق نص المادة 435 من القانون المتعلق بالصحة ألا وهي عقوبة الحبس من 10 سنوات إلى20 سنة والغرامة من 1000.000 دج إلى2000.000 دج .

خاتمة

يتضح جليا مما سبق التطرق له في هذا البحث الاهتمام الكبير للمشرع الجزائري بالتجارب الطبية والمساعدة على الإنجاب من خلال سعيه إلى وضع قواعد قانونية وأخلاقية تضمن ممارستها في إطار مشروع يناسب القيم الدينية والأخلاقية للمجتمع الجزائري.

فقد وضع المشرع الجزائري من خلال قانون الصحة الجديد 11/18 قيودا على ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب ، ولعل هذه القيود جاءت لعدة اعتبارات اجتماعية وشرعية أهمها حماية اللقائح البشرية من أن تكون محل أي تعامل ما لي ، تجسيدا لمبدأ معصومية الجسم البشري هذا من جهة والحفاظ على النسب من الاختلاط من جهة أخرى و ذلك بالنظر إلى ما يترتب عنها من محاذير قانونية وشرعية حيث يتم اللجوء في حالة المساعدة الطبية على الإنجاب على الحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة دون سواهم ،واستبعاد كل شخص اخر ،كما يمنع القانون الجديد التبرع أو الإعارة أو البيع وكل شيء أخر من المعاملة الخاصة بالحيوانات المنوية وبالبويضات حتى بين الضرات وبالأجنة الزائدة لأم بديلة أو امرأة أخرى ،أما كانت أو أختا أو بنتا .

و لعل أهم التوصيات التي يمكن طرحها هي أن المشرع الجزائري وعلى الرغم من أنه أشار في أحكام المادة 189 من قانون الصحة الجديد إلى المفتشون المكلفون بمهمة مراقبة تطابق ممارسة عملية المساعدة على الانجاب مع الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها، إلا أن النص لم يكن واضحا حيث لم يبن من هم هؤلاء المفتشون .لهذا يستدعي الأمر تدخل المشرع لتبيان ذلك بشكل واضح مع تحديد مهامهم وسلطاتهم.

–و نجد أن المشرع لم يشر أيضا للسن المتطلب للقيام بعملية المساعدة على الانجاب وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي أشار إلى ذلك صراحة .لذا يستحسن به الإشارة إليه كما فعل بالنسبة لسن الزواج والذي حدده بسن19 سنة، وذلك بالنص صراحة على ذلك في قانون الصحة.

---

[1] المادة 374 ق.ص.ج.

كما يستحسن عليه الإسراع في إصدار المراسيم والتنظيمات التي أحال المشرع إليها في تنظيم عمل لجنة أخلاقيات الطب وكذا حفظ الأمشاج.

وفي الاخير يجب على المشرع الجزائري النظر في التشريعات الخاصة بالبيو أخلاقيات الطبية خاصة باستمرار، كون البحث العلمي الطبي في تطور وتغير دائم ومستمر لذلك لابد من المشرع مواكبة التطور العلمي.

قائمة المصادر و المراجع:

1. النصوص القانونية:

- الأمر رقم 02 – 05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11 – 84 المؤرخ في 9يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية،العدد 15 ، المؤرخة في 27 فبراير 2005 ، ص18 .
- القانون رقم11/18 – المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل2 يوليو سنة 2018 متعلق بالصحة الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، العدد 46 الصادر في 29 يوليو 2018.

الكتب:

- باديس ذيابي ، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قان ون الأسرة الجزائري(قرار ،بينة ،تلقيح اصطناعي ،البصمة الو راثية،نظام تحليل الدم)،دار الهدى ،الجزائر، 2010، ص .26.
- بلحاج العربي، أحكام الزوجية واثارها في قانون الاسرة الجزائري، ط2 ، دارهومة للطباعة والنشر ،الجزائر، 2015
- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 .
- خالد مصطفى فهمي ،النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين ،ط1 – ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2014 .
- محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية،ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007 .
- محمد علي البار ،أخلاقيات التلقيح الاصطناعي ،دار السعودية ،جدة ، 1987 .
- محمود نجيب حسيني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1982.
- عبد اللطيف الحسيني ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية ، ط 1 ، الشركة العالمية للكتاب ، بيروت ، 1987 .

- عامر احمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي ، دار الثقافة ، الأردن، 2001 .

المجلات و الدوريات:

- أسماء سعيدان، عملية الاستنساخ البشري على ضوء الفقه والقانون، الجزء الأول، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1 ، العدد 25 ، يوليو 2014 .
- صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي و أثره على الرابطة الزوجية ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ،2011
- منصور مصطفى منصور ، حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق و الشريعة ، العدد – 02، الكويت، 1981 .
- ليلى بلحسل منزلة وقادية عبد الله، البيو–أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب– الشروط والموانع، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد / 9 العدد 01 /2021.
- يوسف مسعودي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد1، 2016 .

الرسائل و الأطروحات:

- بغدادي ليندة،الوضع القانوني للممارسات الطبية الحديثة ،أطروحة دكتوا ره ،تخصص قانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية– جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،2018 .
- جيلالي بغدالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري– د ا رسة مقارنة–، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية2016/2015.
- نذير برني، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعي 2017/2016

القرارات القضائية:

- قرار رقم 118720 : المؤرخ في 1995/05/30 المجلة القانونية ، العدد 021996 ، ص 179 .

الحماية الجنائية للبويضات المخصبة اصطناعيا

د. مبروك حورية
كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

مقدمة :

عرفت البشرية تطورا كبيرا في كل المجالات، وعلى رأسها مجالات التكنولوجيا، هذه الأخيرة التي أصبح لا غنى عنها في كافة مناحي الحياة، ومن أهم المجالات التي دخلت فيها التكنولوجيا من أبوابها الواسعة مجال الطب، ففي الوقت الذي كنا نعرف الطب بغاياته الأساسية المتعلقة بالعلاج وتسكين الآلام، توسعت مجالاته ليطال كل ما يتعلق بجسم الإنسان، مؤسسا بذلك لتصرفات مستحدثة في مجال العلاج، تمثلت في إمكانية الانتفاع بجسد الآدمي وأجزائه سواء أكان حيا أو ميتا، كنقل الأعضاء الآدمية والتلقيح الصناعي حيث استطاع الأطباء علاج حالات العقم الميؤوس منها في السابق عن طريق عمليات الحقن المجهري، وتزامن هذا التطور مع عمليات مشبوهة، شكلت في بعض تفاصيلها وأنواعها وطرائق القيام بها، شكلا من أشكال الجريمة، أهمها ممارسات أدت إلى زعزعة مبدأ حرمة وكرامة الجسد الآدمي، ولعل هذا من أخطر المستجدات التي عرفها الشرع والقانون، في ما تعلق بحق الإنسان في سلامة جسده وتكامله، لأن هذه الممارسات تمثل خروجا عن القواعد العامة المستقرة في التداوي. بدءًا من مخالفة قواعد أخلاقيات الطب والممارسات الطبية غير القانونية، إلى أشكال جديدة من الجريمة طالت جسم الإنسان وأعضائه. وانعكاسا أيضا لهذه العمليات المستحدثة وما تمثله من خطورة، فقد أفرزت عددا من المشاكل القانونية والاجتماعية والأخلاقية التي لا حصر لها بسبب الفراغ التشريعي في هذا المجال في العديد من الدول.

وإذا كانت تقنية التلقيح قد ساهمت في التغلب على مشاكل عدم الإنجاب التي يعاني منها الكثير من الأزواج، فإن هناك من يعتبرها انقلابا وثورة علمية غيرت مفاهيم كثيرة كان لها أثرها البالغ بحكم العادات الأخلاق[1] والتقاليد والدين، وهذا راجع إلى تدخل الطبيب في عملية الإنجاب بعد أن كانت هذه العملية تتم في إطار العلاقة الخاصة بين الزوجين فقط، ولقد تعرضت هذه الطريقة للنقد والجدل الكبير بين فقهاء الشريعة والقانون حول شرعيتها.

1()- Jacques Testart, Procréation et manipulation du vivant (Questions de société), France Loisirs, 01 janvier 2000.

ولا شك أن من أهم الإشكالات التي تستحق الدراسة والبحث والعناية وإيجاد الحلول العاجلة، هي تلك التي تتعلق بجسم الإنسان وحياته وأهمها مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية عامة، والأمشاج واللقائح خاصة، فلقد ثار جدل حولها وتساؤلات بين أهل العلم في جميع المجالات والتخصصات، وأهم التساؤلات ما تعلق منها بمدى سلطة الإنسان على أعضائه، وما مدى الحماية المقررة لهذه الأعضاء في القانون ؟ لا شك أن الحديث عن حماية اللقائح أو الأمشاج البشرية قد استحوذ على اهتمام كثير من الباحثين والدارسين، ومدى اعتبارها من الأعضاء البشرية وارتباطها بمقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية وهو حرمة الحياة الآدمية وحفظ الأنساب.

وإذ نتناول في بحثنا هذا المعنون بالحماية الجنائية للبويضات الملقحة تلقيحا اصطناعيا، فإننا بذلك نلقي الضوء على رأي الطب والقانون في عمليات التلقيح الاصطناعي، (الحقن المجهري) وما يتولد عنها من أجنة، هذه الأخيرة التي قد تطالها يد الإجرام قبل تحقيق غرضها النبيل وهو الإنجاب الذي يسعى إلى تحقيقه كل زوج عقيم.

من خلال ما سبق يمكننا أن نقول أن إشكالية موضوعنا هذا، تتعلق بالتساؤل عن البويضات الملقحة اصطناعيا وعمليات التلقيح الاصطناعي وحكم هذه البويضات هل هي أجنة ؟ وبالتالي تأخذ أحكام الجنين في الحماية القانونية بصفة عامة والحماية الجنائية بصفة خاصة، أم أنها لا يسري عليها حكم الجنين وبالتالي لا حماية لها ويمكن التصرف فيها بأي طريقة، ونتساءل في كل هذا عن رأي الفقه والقانون في هذا الأمر، والتساؤل أيضا عن مصير الأجنة الفائضة عن عمليات التلقيح. وهذا ما يجعلنا نقسم دراستنا هذه للإجابة على التساؤلات السابقة إلى النقاط الموالية :

المبحث الأول / ماهية التلقيح الاصطناعي

يعتبر الإنجاب أحد المقاصد الشرعية من الزواج لحفظ النسل، ولطالما رغب الأزواج في تحقيق هذا الغرض النبيل والشرعي من الزواج، إلا أنه أحيانا يستعصى على الزوجين حصول الإنجاب طبيعيا بل لابد من التدخل الطبي أو المساعدة الطبية على الإنجاب من أجل ذلك لعلاج سبب التأخر عن الإنجاب أو حتى العقم[1] متى كان المانع طبيا وقابل للعلاج.

المطلب الأول/ تعريف التلقيح الاصطناعي وأساسه القانوني

من أهم علاجات التخصيب التي بلغت مبلغا كبيرا من التطور، التلقيح الاصطناعي في الوقت الذي يكون فيه التخصيب غير ممكن طبيعيا، يلجأ الأطباء إلى هذا النوع من التخصيب بناءً لتحقيق رغبة الإنجاب لدى بعض الأزواج.

---

(1)– لقد عرف الفقهاء المعاصرون العقم، بأنه "العجز عن الإخصاب الذي يتوقف على قدرة كل من الذكر والأنثى على إنتاج خلايا تناسلية، ثم قدرة هذه الخلايا على الاتحاد حتى يحصل الحمل". وعرفه آخرون بأنه "العجز عن الإنجاب لوجود علة أو عيب بالزوجين أو بأحدهما وهما في سن يمكن فيه الإنجاب عادة".

الفرع الأول / تعريف التلقيح الاصطناعي يعرف التلقيح الاصطناعي بأنه عملية طبية في غاية التعقيد يتم خلالها تلقيح بويضة الزوجة بماء الزوج في ظل علاقة زوجية قائمة، سواء تم الالتقاء داخل الرحم أو تم خارجه ثم تعاد البويضة إلى الرحم بعد تلقيحها، فالتلقيح الاصطناعي هو أيضا عملية دمج وجمع لخلية جنسية ذكرية مع خلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي (التزاوج) برعاية طبية من طبيب مختص وفي عيادة مخصصة لذلك.

الفرع الثاني / الأساس القانوني للتلقيح الاصطناعي

يجد التلقيح الاصطناعي أساسه القانوني في كل من القانون رقم 84-11[1] المتضمن قانون الأسرة، الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة وأيضا في القانون رقم 85-05 الملغى المتضمن قانون الصحة والقانون 18-11 المتضمن قانون الصحة الساري المفعول.

أولا / في القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة

بحسب نص المادة 40 منه يعتبر الزواج هو الوسيلة الطبيعية والوحيدة للإنجاب، ونصت المادتين 40 و41 على مسألة ثبوت النسب بناءً على وجود تلك الرابطة الزوجية فكان نص المادة 40 فقرة أولى على أنه : "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و 34 من هذا القانون"، في حين تنص المادة 41 من ذات القانون على أنه : "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وعليه يبقى الزواج الوسيلة الوحيدة للإنجاب والنسب حسب قانون الأسرة.

ثانيا / في الأمر 05-02 المتضمن تعديل القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة

بالرجوع إلى نصوص الأمر 05-02، نلاحظ أن المشرع لم يحدد طريقا واحدا للإنجاب، وباستقرائنا للمادة 41 التي وردت فيها عبارة "أمكن الاتصال" نستنتج أن المشرع لم يشترط الاتصال الجنسي المباشر بين الزوجين، حيث حسم المشرع الجزائري المسألة في تعديله لقانون الأسرة بالأمر 05-02 من خلال نص المادة 1/45 مكرر بنصه صراحة على أنه : " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ...: وهذا دليل على مشروعية التلقيح الاصطناعي قانونا، رغم ما يكتنف هذه المادة من غموض بشأن ضوابط التلقيح الاصطناعي وشروطه المذكورة في المادة 45 مكرر .

ثالثا / موقف المشرع من خلال القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة[2] تناول المشرع هذه المسألة في المواد 370-376، ولم يطلق عليها تسمية التلقيح الاصطناعي كما نص عليها المشرع في قانون

---

(1)- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتعلق بقانون الأسرة .

(2)- المعدل والمتمم للقانون 85 – 05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والقانون رقم 08-13 مؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق لـ 20 يونيو 2008 يعدل ويتمم القانون 85-05.

الأسرة وإنما أسماها المساعدة الطبية على الإنجاب[1]، حيث تنص المادة 370 منه على أنه : " المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا"، لتضيف المادة 371 شروط المساعدة الطبية على الإنجاب بنصها : "تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه الرجل والمرأة 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". وعرفها نظيره المغربي في القانون التنظيمي الذي يحدد كيفية تطبيق القانون المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب في المادة 1/2 : "المساعدة الطبية على الإنجاب هي كل تقنية سريرية وبيولوجية تمكن من الإخصاب الأنبوبي أو حفظ الأمشاج و اللواقح و الأنسجة التناسلية أو التلقيح المنوي أو نقل اللواقح وكذا كل تقنية أخرى تمكن من الإنجاب خارج السياق الطبيعي ..."[2] .

إن استعمال المشرع لمصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب على غرار التشريعات الغربية والعربية يفتح المجال واسعا أمام هذه التقنية لتستعمل خارج الإطار المقرر لها شرعا وقانونا، إذ الدول التي تعتمد هذا المصطلح تدخل ضمنه العديد من الممارسات المنافية للشرع، كالاستنساخ، والأم البديلة، وغيرها من الممارسات وان كان المشرع استثنى في نصوصه هذه الممارسات.

المطلب الثاني / شروط التلقيح الاصطناعي وأسبابه

يستمد التلقيح الاصطناعي شرعيته القانونية من نصوص القانون، خاصة تلك التي أوردها المشرع في القانون رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، والقانون رقم 18-11 المعدل والمتمم للقانون 84-05 المتضمن قانون الصحة وفيما يلي نستعرض بإيجاز شروط وأسباب التلقيح الاصطناعي كما وردت في بعض نصوص القانونين.

الفرع الأول / شروط التلقيح الاصطناعي

يمكن أن نستنتج هذه الشروط من نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة رقم 05-02 وكذا نصوص قانون الصحة رقم 18-11

---

(1)- إن المساعدة الطبية على الإنجاب معناه أشمل فهي لا تكتفي بالتلقيح الاصطناعي كوسيلة بديلة عن الإنجاب الطبيعي، بل طورت تقنيات أخرى لتحقيق ذلك، كالاستنساخ البشري، وتأجير الأرحام الذي يستعمل لمواجهة تعقيدات الرحم لدى المرأة والتي تُصعّب عملية الحمل لديها. إلا أن طبيعة هذه التقنيات ومساسها بحرمة الجسد البشري بل ومساسها أيضا باستمرار البشرية على غرار الاستنساخ، دفع فقهاء الشريعة الإسلامية للتدخل من أجل وضع حد لذلك وتنظيم الوضع وفق مقتضيات الشريعة الإسلامية وتقديرها له، ليكتفي بإجازة التلقيح الاصطناعي كوسيلة وحيدة للإنجاب خارج المسار الطبيعي.

(2)- ظهير شريف رقم 50.19.1 صادر في 4 رجب 1440 (11 مارس 2019) بتنفيذ القانون رقم14.47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

1- أن يكون الزواج شرعيا،
2- أن يكون برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
3- أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما،
4- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة،
5- يقدم الزوج والزوجة في سن الزواج طلبا كتابيا ويجب تأكيده بعد شهر من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة،
6- يجب أن تكون العمليات الطبية المتصلة بالمساعدة على الإنجاب من قبل ممارسين مرخص لهم بذلك،
7- مراعاة قواعد الأمن الصحي أثناء تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب،
8- تلزم المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية بإرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها للسلطة المعنية.

الفرع الثاني / أسباب التلقيح الاصطناعي

يعد التلقيح الاصطناعي ضرورة في بعض حالات العقم المستعصية يلجأ إليها الأطباء لحل مشاكل العقم لدى الرجال والنساء المتعدد الأسباب والتي نحاول أن نلخصها فيما يلي :

1- قلة الحيوانات المنوية لدى الرجل أو ضعفها أو انعدام حركتها وعدم قدرتها على الإخصاب
2- الضعف الجنسي لدى الرجال
3- انسداد قناة فالوب لدى المرأة وفشل عمليات فتحها
4- مشاكل عنق الرحم والإفرازات التي تسبب في قتل الحيوانات المنوية. أو تعيق دخول الحيوانات المنوية
5- امتناع تلاقي الحيوانات المنوية للرجل مع بويضة المرأة معا بالطريق الطبيعي على الرغم من توافر كل الشروط الطبيعية للإنجاب.

المطلب الثالث / أنواع التلقيح الاصطناعي

نتناول أنواع التلقيح الاصطناعي في مطلبين الأول التلقيح الاصطناعي الداخلي والتلقيح الاصطناعي الخارجي.

الفرع الأول / التلقيح الاصطناعي الداخلي **(داخل الرحم)**

التلقيح داخل الرحم أو ما يعرف بالفرنسية بـ insémination artificielle هو أحد التقنيّات المساعدة على الإنجاب بحيث يتم من خلاله حقن الحيوانات المنوية داخل رحم الزوجة. تهدف هذه التقنية إلى زيادة عدد الحيوانات المنوية التي تصل إلى قنوات فالوب من خلال اختصار المسافة التي تتطلبها للوصول إلى

البويضة، وبالتالي ترتفع فرص الحمل،اعتمد الأطباء في البداية على طريقة الإخصاب الذي يتم داخل رحم الزوجة، وهذا ما يعرف بتقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي،وبالرغم من الفوائد العديدة لتقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي الذي يتم داخل رحم الزوجة عن طريق التلقيح بنطفة الزوج، إلا أن هذه الوسيلة لا تجدي نفعاً عندما تكون الزوجة عقيماً، بسبب انسداد القناة التي تصل بين المبيض والرحم وتسمى قناة فالوب، حيث يستحيل في هذا الفرض إجراء عملية التلقيح داخل رحم المرأة بالطريقة السابقة، لهذا توصل الأطباء إلى اكتشاف تقنية أخرى يتم بواسطتها التغلب على هذه المشكلة، وذلك باللجوء إلى الإخصاب خارج رحم الزوجة داخل أنابيب، وهذا ما يسمى بتقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي. وبالرغم من التأكيد على نجاعة هذه الطريقة إلى أنها خلقت مشاكل عديدة.

الفرع الثاني / التلقيح خارج الرحم (التلقيح الاصطناعي الخارجي) Fécondation in vitro (FIV)

إن البويضة الأنثوية عادة ما يتم تلقيحها بالطرق الطبيعية داخل الرحم (الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة) ولكن أحيانا قد يلجأ الزوجان إلى طرق أُخرى للتلقيح، ومن هذه الطرق التلقيح الاصطناعي خارج الرحم الذي بات ممكناً في المختبر، فا**لتلقيح الاصطناعي الخارجي** هو التقاء الحيوان المنوي للرجل ببويضة المرأة خارج الرحم، حيث تمكن الأطباء من تطوير أبحاثهم العلمية في مجال الطب وتوصلوا إلى إتمام عملية تلقيح البويضة داخل أنبوب مخصص لهذا الغرض لزوجين في نطاق العلاقة الزوجية بينهما، ثم إعادة زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة ليكتمل نموها كأي جنين عادي.

المبحث الثاني / الطبيعة القانونية للبويضات الملقحة خارج الرحم وحمايتها جنائيا

يتعلق الأمر بتلك البويضات التي تلقح خارج الرحم، أو ما يطلق عليها بأجنة الأنابيب، حيث يتطلب في بعض الأحيان، استخراج العديد من البويضات من المرأة، قد تصل في بعض الحالات إلى أكثر من 50 بويضة، وهذا راجع للهرمونات التحفيزية للمبايض، أين تقضي البويضة الملقحة فترة من الزمن خارج الرحم قد تطول أو تقصر، والسؤال الذي يطرح هنا ما هي الحماية الجنائية المقررة لهذه البويضة المخصبة في هذه المرحلة الأولى وقبل حقنها في رحم المرأة ؟ فالتساؤل يدور حول إمكانية تجريم الأفعال التي من شأنها إعدام البويضات الملقحة طيلة فترة تواجدها خارج الرحم، والسؤال الذي يُطرح هنا ماهي الحماية الجنائية المقررة لهذه البويضة المخصبة، في هذه المرحلة الأولى وقبل حقنها في رحم المرأة ؟ قبل الإجابة على التساؤل يجدر بنا التعريف بالبويضة المخصبة اصطناعيا.

المطلب الأول / مفهوم البويضات الملقحة اصطناعيا خارج الرحم ومراحل تكوينها

وفي هذا المجال سوف نركز بحثنا على تبيان مفهوم البويضات الملقحة خارج الرحم ومراحل تكوينها وما يطرأ عليها من تصرفات لما لذلك من أهمية في معرفة محل الجريمة وهو الأمشاج وما يطرأ عليها من تصرفات غير قانونية.

نعلم جيدا أن الطب قد توصل إلى إمكانية تلقيح البويضة الأنثوية بالسائل المنوي للرجل خارج الرحم أو داخل أنبوب، طبعا بعد استخراجها بطرق خاصة ودقيقة وبأيدي مختصين، ثم إعادة زرعها داخل الرحم،

إلا أنه يظل هناك فائض من البويضات الملقحة الفائضة عن الاستعمال قد تتلف أو تجمد لمحاولة استعمالها مرة أخرى، وتوصل العلم إلى إمكانية تجميد هذه البويضات لعدة سنوات بعد تلقيحها، إلا أن هذه الطريقة الصناعية في الإخصاب ممكن أن تنشأ معها أفعالا تستحق التجريم نحاول معرفة هذه الأفعال ورأي الفقه والقانون فيها.

الفرع الأول / تعريف البويضات الملقحة اصطناعيا أو (الأمشاج الملقحة)

الأمشاج: مفردها المشج والمشيج، ويقصد بها الخلايا الجنسية التناسلية الذكرية والأنثوية (الحيوان المنوي لدى الرجل، والبويضة لدى المرأة)، لقد ورد لفظ أمشاج في الآية الثانية من سورة الإنسان: "إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا"، وجاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية أن الأمشاج تعني أخلاط، والمشج والمشيج : الشيء الخَليط أما اللقائح أو اللقيحات فمفردها اللقيحة وهو ما ينتج من اتحاد نطف الرجل ببويضة المرأة، وتدعى أيضا البويضة الملقحة قبل أن تصبح جنين[1] .

تعد الأمشاج واللقائح من أهم الأعضاء البشرية والأكثر خطورة وحساسية إذا ما أصبحت محلا للتداول والممارسات الطبية والتجارب العلمية المستحدثة، حيث أنها من أكثر المسائل إثارة للجدل على الساحة القانونية والأخلاقية والطبية، ويرجع ذلك لكونها، ذات حرمة وحساسية لدى الفرد والمجتمع على حد سواء لارتباطها بالأعراض والأنساب.

الفرع الثاني / مراحل تكوّن البويضات الملقحة خارج الرحم

يقوم الطبيب في البداية بمتابعة طبية للمرأة التي ترغب في الحصول على طفل بهذه الطريقة، وهذا من أجل تحديد وقت التبويض ومراقبة مستوى هرموناتها بواسطة جهاز الموجات فوق الصوتية لمعرفة نضوج حويصلة المبيض، ثم يقوم بسحب البويضة بطرق طبية منها استخدام منظار البطن بواسطة إبرة خاصة عن طريق المهبل، بعد سحب البويضة يحتفظ بها في أنبوب به محلول مغذي ونطاف الزوج، قد يقتصر دور الطبيب في مراقبة اتحاد البويضة مع نطاف الرجل بواسطة الميكروسكوب، أو يحقن نطاف الزوج في البويضة مباشرة[2] وهذا في حالات معينة تتعلق بحركة النطاف، ويراقب العملية مدة تتراوح بين 3 إلى 5 أيام حتى تنقسم البويضة إلى ثمانية أقسام حيث يقوم بعد ذلك الطبيب بحقن البويضة المخصبة داخل الرحم أين تلتصق بغشاء الرحم ليبدأ الحمل.

الفرع الثالث / الطبيعة القانونية للبويضة المجمدة أو الفائضة

---

(1)- ظهير شريف رقم 50.19.1 صادر في 4 رجب 1440 (11 مارس 2019) بتنفيذ القانون رقم 14.47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب المادة 2 فقرة 5.

(2)- لا يختلف الحقن المجهري عن التلقيح والمعروف بـ "طفل الأنابيب" إلا في إخصاب البويضة : ففي "طفل الأنابيب" نعتمد على التلقيح الطبيعي للبويضة وإن كان هذا يتم بالمخبر خارج الجسم، ولكن في الحقن المجهري يتم تلقيح البويضة بحقن الحيوان المنوي داخل البويضة تحت ميكروسكوب خاص وبمساعدة أدوات غاية في الدقة وبواسطة أطباء وعلماء متخصصون في هذا المجال.

الواضح إن عملية التلقيح قد تكون لأكثر من بويضة واحدة تحسباً لحدوث ضرر للبويضة عند التلقيح، فيكون من الممكن استبدالها بأُخرى، وبالنتيجة تبقى البويضات الأخرى خارج الاستعمال أين يعمد الأطباء المختصين إلى إتلافها لزيادتها عن الحاجة، أو تجميدها للحفاظ عليها واستعمالها مرة أخرى.

أولا / الغاية من التجميد، تعد الأجنة المجمدة بويضات ملقحة في مراحلها المبكرة، يلجأ المختصون لحفظها لتبقى حية بدون نمو في درجة حرارة تقدر بحوالي 296 درجة مئوية تحت الصفر. ومن الأسباب الداعية إلى التجميد وفرة البويضات التي يستخرجها الأطباء، وإمكانية معاودة عملية نقلها إلى الرحم بشكل أسهل إذا لم تنجح المحاولة الأولى، أيضا من شأنها خفض تكاليف عمليات التلقيح الصناعي الخارجي، وتجنيب المرأة مخاطر سحب البويضات في كل مرة. ويساعد التجميد في معرفة الكثير من الأمراض الوراثية، وقد يلجأ الأطباء إلى هذه الطريقة في حالات العقم اللاحق بسبب مرض معين تسبب في استئصال المبيض فيتم نزع البويضات منه وتجميدها، أيضا في حالة إصابة الزوج بسرطان البروستاتا والتي تستتبع عمليات معالجته عقم الرجل، حيث تؤخذ الحيامن منه في الوقت المناسب وتجمد للاستفادة منها مستقبلا[1] .

ثانيا / موقف المشرع الجزائري بشأن تجميد اللقائح على الرغم من أن المشرع الجزائري في المادة 376 من القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة، ذكر مسألة حفظ وإتلاف الأمشاج ولكن بدون تفصيل تاركا ذلك للتنظيم، إلا أننا وبعد مرور أثر من أربع سوات على صدور القانون لم يصدر أي نص ولا تعليمة تحكم وتوضح هذه المسألة ذات الجدل الواسع، لكن بالرجوع للمادة 449 من القانون 18-11، نجدها تنص على سريان النصوص التنظيمية لقانون الصحة القديم، إلى غاية صدور أخرى جديدة[2] ومنها التعليمة رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 الصادرة عن وزارة الصحة في ظل قانون الصحة القديم، والمتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والبيولوجية في المساعدة الطبية على الإنجاب، أين تكلمت عن تجميد الحيوانات المنوية والبويضات والأجنة، وبينت طريقة وشروط التجميد والأشخاص

---

(1)- من الجدير بالملاحظة إن تجميد الأجنة من شأنه أن يجزئ مدة الحمل، مدة حياة الجنين أو البويضة الملقحة، المدة الأولى سابقة على التجميد والأخرى لاحقة له، وتتمثل بزرع البويضة المجمدة في رحم المرأة، أي أن البويضة الملقحة سوف تمر بفترة سابقة على التجميد تلي مرحلة التلقيح، وفترة التجميد وهاتين المرحلتين تمر بهما البويضة الملقحة قبل أن تزرع مباشرة في الرحم، علماً أن فترة التجميد قد تطول، إذ ذهب بعض العلماء إلى أن هذه الفترة هي ثمان سنوات والبعض الآخر قال بإمكانية تجميد البويضة مدة 20 سنة، وفريق آخر يقول بأن الفترة ممكن أن تمتد إلى أكثر، بينما يذهب جمهور كبير من العلماء والباحثين، أن المدة يجب أن لا تتجاوز السنتين أو الخمس سنوات كحد أقصى.

(2) – المادة 449 من القانون 11/18 المتعلق بالصحة ونصها : "تلغى أحكام القانون 05/85 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هجري الموافق 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، غير أن النصوص المتخذة لتطبيقه تبقى سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التطبيقية المنصوص عليها في هذا القانون".

المستفيدون منه، وهم الأزواج الذين يعانون من أمراض تؤثر على حيامن الزوج أو بويضات الزوجة كالخاضعين للعلاج الكيميائي أو الإشعاعي بسبب السرطان مثلا وغيرها من الأمراض وحددت مدة التجميد بسنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة بناء على طلب كتابي لتجديدها أو إتلافها في سجل طبي موقع من المريض والطبيب[1] .

المطلب الثاني / حماية البويضة المخصبة خارج الرحم جنائيا

لقد عرفنا فيما سبق أن البويضة المخصبة تمر بمراحل زمنية سابقة على زرعها واستقرارها في رحم المرأة، تمثلت هذه المراحل بالمرحلة التالية للتلقيح بالنسبة للبويضة المخصبة ومرحلة التجميد فيما يتعلق بالبويضة المجمدة. وقد اختلف الفقه في مدى اعتبار هذه البويضة جنيناً من عدمه.

تعد الحماية الجنائية من أهم أنواع الحماية القانونية ولا تفوقها إلا الحماية الدستورية، وهي نوعان : حماية جزائية موضوعية وحماية إجرائية، أما الموضوعية فهي كل ما يتعلق بالتجريم والعقاب، والحماية الموضوعية تتعلق بأساليب عديدة منها حماية المصلحة أو الحق المحمي قانونا عن طريق إصباغ صفة الجريمة على كل أفعال الاعتداء عليه. وتشمل الحماية الجنائية التي نبحث فيها من خلال هذه المداخلة الحماية المقررة للبويضات الملقحة تلقيحا اصطناعيا سواء كانت فائضة عن الحاجة أو مجمدة. ومدى ارتباطها بحرمة كيان الإنسان وحرمة جسده ومعصوميته، ولعل حماية حرمة الكيان الإنساني تقتضي بالضرورة حماية نواته الأولى، التي يحددها المختصون بلحظة تكون اللقيحة وبداية الانقسام وهناك من يعبر عنه بالجنين في هذه اللحظة، وكما سبق فإذا كان التلقيح الاصطناعي الداخلي، من خصائصه أن اللحظات الأولى لتكون الجنين تبدأ داخل الرحم، فإن اللحظات الأولى لتكوّن الجنين في التلقيح الاصطناعي الخارجي، تبدأ في أنبوب اختبار خارج الرحم.

لقد ثار جدل فقهي كبير بشأن المساواة في الحماية بين البويضة الملقحة المستقرة في الرحم، وتلك الموجودة في أنبوب فائضة كانت أو مجمدة، فهناك من الفقهاء من سوى بينها في الحماية واعتبر كل إتلاف لها أو تعدي عليها جريمة، ورأي آخر لا يضفي على الأمشاج الملقحة صفة الجنين، بل يعتبر البويضات الملقحة من منتجات الجسم البشري وبالتالي يجوز تجميدها والانتفاع بها وفقا لضوابط شرعية وقانونية، ورأي أخر يدعو إلى تركها حتى تموت طبيعيا، أو إتلافها دفعا لكل تلاعب بها قد يؤدي إلى اختلاط في الأنساب، وفيما يلي نتعرض لرأي الفقه والقانون في هذه المسألة.

---

(1) – قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الاصطناعي تعريفه موقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة الجيلالي ليابس، 2007 العدد 3، ص210.

الفرع الأول / مجال الحماية الجنائية للجنين مكانيا

يعرف الجنين اصطلاحاً بأنه المادة التي تتكون من التقاء الحيوان المنوي للرجل بالبويضة داخل رحم المرأة، كما عرفه فقهاء القانون بأنه البويضة الملقحة التي تأتي بمجرد اندماج خليتين (الخلية المذكرة والمؤنثة) والسؤال الذي يثار هنا يكمن في الوقت الذي تبدأ به حياة الجنين وبالتالي إضفاء الحماية الجنائية عليه ؟ لم تحدد التشريعات الوقت الذي تبدأ فيه حياة الجنين وبالتالي منحه الحماية الجنائية، واختلفت الآراء بهذا الخصوص، وبشأن مجال الحماية الجنائية للجنين مكانيا واعتبروا أن المجال المكاني للحماية الجنائية للجنين مرتبط ارتباطا وثيقا بمكان تواجد اللقيحة وهو رحم المرأة، فلقد أجمع العلماء على أن للرحم مدلولين أحدهما ضيق والآخر واسع.

أولا / المدلول الضيق للرحم، يرى أن أنصار هذا المدلول في تعريفهم للجنين بأنه الحمل المستكن أو الجنين المستكن في رحم أمه، ويتجه هذا الفقه إلى نفي صفة الجنين عن الأمشاج الملقحة خارج الرحم، فلا ينبغي أن تسري عليها أحكامه، فالجنين برأيهم هو البويضة المستكنة داخل الرحم دون سواها، ومن ثم لا تعد البويضة الملقحة في المختبر جنينا، وليست لها في هذه المرحلة صفة الجنين، إلا إذا أعيد زرعها في رحم الأم، فحرمة البويضة برأيهم مرتبطة بمكان وجودها داخل الرحم، ومتى كانت خارجه فهي عبارة عن مادة بيولوجية لا تحظى بأية حماية قانونية في حد ذاتها.

ثانيا / المدلول الواسع للرحم يرى أنصار هذا الاتجاه أن المعنى الواسع للجنين يمتد ليشمل كل كائن حي يبدأ تكوينه كنطفة ملقحة، سواءً جرى تخصيبها داخل الرحم طبيعيا أو خارجه، عن طريق التخصيب الاصطناعي بتدخل طبيب مختص. ولاشك أن الأبحاث الطبية الحديثة في علم الأجنة البشرية، وظهور طرق اصطناعية للتخصيب، كانت دافعا للفقه الجنائي الحديث لتوسيع معنى مدلول الجنين ومدلول الرحم، ليشمل بالإضافة إلى رحم الأم باعتباره المكان الطبيعي لتشكيل الجنين، أيضا الأنابيب المخبرية الطبية، التي يلقح فيها الأطباء البويضة قبل نقلها وزارعاتها في رحم الأم، وبالتالي يتحقق الاعتداء على الجنين حتى ولو كان في هذه الأنابيب الطبية، فأساس الحماية الجنائية برأيهم ليست في المكان الذي يكون فيه، بل يتعلق الأمر بذات الجنين وبالتالي يحظى بالحماية أينما كان ولو خارج رحم الأم.

المطلب الثالث / رأي الفقه والقانون في مدى اعتبار البويضة الملقحة خارج الرحم جنينا

أتاح الطب الحديث كما سبق البيان فرصا كثيرة للإنجاب عن طريق المساعدة الطبية للإنجاب أو ما يطلق التلقيح الاصطناعي، والذي قد يكون داخليا أي داخل رحم المرأة أو خارجيا حيث يتم في أنابيب مخبرية مخصصة لهذا الغرض وقد أجاز المشرع الجزائري للزوجين اللجوء على هذا الأسلوب من الإنجاب. وتعتبر البويضة الملقحة سواء داخل الرحم أو خارجه من أهم مراحل تطور الجنين فإن كانت موجودة داخل الرحم في مكانها الطبيعي لا تثير أدنى إشكال، أما إذا كانت البويضات الملقحة خارج الرحم والتي تكون فائضة عن عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي فإنها تثير إشكالا وجدلا بشأن الطبيعة القانونية لها وتساءلوا عن مدى إضفاء الصفة البشرية عليها وبالتالي تحظى بالحماية القانونية وتتم

معاملتها معاملة تلك المتواجدة داخل رحم الأم أم لا ؟ وللإجابة على ذلك اختلف الفقهاء على عدة أراء، فمنهم من يعتبر البويضة كائنا بشريا منذ التلقيح، ومنهم من يعتبرها من الأشياء، ومنهم من يعتبر البويضة الملقحة شخصا محتملا، وسنعرض هذه الآراء على النحو التالي :

الفرع الأول / الرأي الفقهي الأول : البويضة الملقحة خارج الرحم تعد جنينا له شخصية الجنين

تعتبر البويضة الملقحة حسب أنصار هذا الرأي جنينا وكائنا يستحق الحماية منذ اللحظات الأولى للإخصاب، لأنها المرحلة الأولى للجنين. فالجنين برأيهم تبدأ مرحلته الأولى بمجرد تلقيح بويضة المرأة بماء الرجل، وما تلا ذلك هو مجرد تطورا لهذه البويضة، على اعتبار أن جل التشريعات تعاقب على الإجهاض في أي مرحلة من مراحل تكوين الجنين. فالبويضة المخصبة داخل الرحم تعد جنيناً منذ بدء التلقيح برأيهم، والحمل هو البويضة الملقحة أياً كان عمره، وحياة الجنين تبدأ منذ لحظة التلقيح إلى غاية لحظة الولادة، وبالنتيجة فإنه يستحق الحماية الجنائية بدءًا من الساعات الأولى، وقد أيد هذا الرأي بعض العلماء[1] وبعض فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اعتبروا أن حياة الجنين تبدأ من لحظة التلقيح في بطن الأم ما يجعل اللقيحة سواءً داخل الرحم أو خارجه ككائنا بشريا يستحق الحماية. وقد استند هذا الاتجاه بعض الأدلة العلمية التي تعتبر البويضة الملقحة حية من الناحية البيولوجية، فهي عبارة عن خلايا حية تحمل كل المواصفات الجينية صالحة لتصبح كائنا آدميا كاملا متى تركت لتنمو، ويطلق الأطباء عبارة الجنين على انقسامات البويضة الملقحة خلال الإجراء الأولي للتلقيح، ويطلق عليها الفقهاء مرحلة إنسان بحسب المآل، مآلها في النهاية كائن بشري. لقد توسعت الحماية الجنائية هنا، رغبة من التشريعات في إضفاء حماية حق الجنين في الحياة بصفة أساسية، وحقه في النمو الطبيعي، فجريمة

---

(1)- يقول ديفيد ماجنوس، المدير المساعد لمركز ستانفورد لأخلاقيات الطب الحيوي بولاية كاليفورنيا : إن لحظة بدء تكوين الحياة أو الإنسان لم يستطع العلم الاتفاق حوله، ويوجه الباحثون الأنظار إلى وجود أدلة تثبت أن برمجة الإنسان التامة من أجل النمو والتطور خلال حياته كاملة تبدأ من مرحلة الخلية الواحدةhttps://www.alqabas.com/article .

الإجهاض ممكن أن تحدث في أي وقت لا فرق أن ترتكب في بداية لحظة التلقيح أو في المراحل اللاحقة[1].

الفرع الثاني / الرأي الفقهي الثاني : البويضة الملقحة خارج الرحم ليست جنينا

فحسب هذا الرأي البويضة الملقحة خارج الرحم هي من الأشياء أو تأخذ طبيعة الشخص المحتمل.

أولا / البويضة الملقحة خارج الرحم هي من الأشياء

برغم ثبوت الرأي المتقدم عند غالبية الفقه، هناك رأي آخر يقول بعدم إضفاء صفة الجنين على البويضة الملقحة إلا بعد التصاقها بجدار الرحم، وهي لا تلتصق به إلا بعد اثنا عشر يوماً أو ثلاثة عشر يوماً من موعد التلقيح، وبالتالي فالحمل يبدأ بتمام زراعة البويضة في جدار الرحم، أما المدة السابقة على ذلك واللاحقة للتلقيح فلا يمكن تسمية البويضة المخصبة خلالها جنينا.

اعتمد أنصار هذا الرأي في تحديد بداية الحماية الجنائية للجنين على نظرية العلوق، فالبويضة الملقحة ليست جنينا قبل التصاقها بجدار الرحم، ، ويستندون في ذلك إلى اعتبار الجنين قبل نفخ الروح ليس آدميا ولا جزءاً من آدمي، بل هو مجرد مخلوق في طور الاستعداد لاستقبال الروح التي تضفي له صفة الآدمي. بالتالي لا يمكن اعتبار البويضات الملقحة خارج الرحم في هذه المرحلة كائن حي لأن الكائن الحي يتكون من جسد وروح، والبويضات الملقحة جسد بلا روح فلا تتوافر فيه صفة الإنسانية. وحسب رأيهم البويضة الملقحة في عداد الأشياء فهي مجرد مادة بيولوجية تتكون من مكونات وراثية ضرورية لبناء الجسد الإنساني لكن لا تتمتع بمبدأ معصومية الجسد الإنساني، مما يتيح ويبيح مسألة التصرف فيها كالأشياء سواء إتلافا أو تغييرا وتبرعا وحتى بيعا. ولاشك أن عدم الاعتراف أنصار هذا الاتجاه بالحماية القانونية للبويضات الملقحة واعتبارها من الأشياء، قد فتح الباب واسعا أمام التلاعب باللقائح وإتاحة الفرصة أمام إجراء التجارب الطبية المختلفة عليها الذي حسب رأينا قد تؤدي على نتائج لا يحمد عقباها على الجنس البشري ككل.

ثانيا / البويضة الملقحة خارج الرحم شخص محتمل

يرى أصحاب هذا الرأي أن البويضة الملقحة عبارة عن شخص محتمل أو كامن، قد يوجد وقد لا يوجد، ولا يمكن إضفاء صفة الإنسان الكامل عليها، لأنها في وضع لم تتطور فيه بعد، ولكنها في نفس الوقت لا يمكن معاملتها كالأشياء لأنها تحمل معالم الحياة الآدمية، فإذا اكتملت وتمت ولادة الجنين حيا فهناك احتمال أن تصبح البويضة إنسانا كاملا.

---

(1)- وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية التي قالت بأن فعل الإجهاض يكون مجرماً وإن كان الجنين في مراحله الأولى أي قبل أن تنفخ فيه الروح، وبذلك فإن المرأة تعد حاملًا بمجرد تلقيح البويضة بالحيوان المنوي ومن ثم فالحمل هو البويضة الملقحة والمستقرة داخل الرحم والتي تصلح محالاً لجريمة الإجهاض.

ويرى أنصار هذا الاتجاه ضرورة الحفاظ على البويضات الملقحة وعدم إتلافها وإهدارها دون أسباب جدية ومقبولة، فمتى حدث ذلك عُد من الجرائم، ويستوي أن يكون هذا الإتلاف من قبل الطبيب أو من قبل الوالدين اللذين يقرران الاستغناء عن البويضة بعد تخصيبه.

ثالثا / حماية المشرع الجزائري للبويضة الملقحة خارج الرحم

كما سبق البيان فقها أن الأخذ بالمدلول الضيق للرحم يفترض وقوع الاعتداءات على الجنين وهو موجود في بطن أمه، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في جريمة الإجهاض، فالنصوص التشريعية الموجودة في قانون العقوبات الجزائري، التي عالجت مسألة الإجهاض تُعتبر النموذج الوحيد الذي تُكرسُ فيه الحماية الجنائية للجنين، فقد جاء في نص المادة 304 من قانون العقوبات أن جريمة الإجهاض تتعلق بالمرأة الحامل أو المفترض حملها...حيث أولى المشرع الجنين الحماية الجنائية متى كان في رحم الأم، ولم يعط الأجنة المخصبة خارج الرحم ما يعرف حاليا بمصطلح أطفال الأنابيب، اهتماما أو حماية واضحة، بخصوص ما يقع عليها من اعتداءات صارخة بسبب التطورات العلمية والطبية الحديثة.

وباستقرائنا للنصوص القانونية الأخرى التي أباح من خلالها المشرع التلقيح الاصطناعي كالمادة 45 مكرر من قانون الأسرة السابقة الذكر، والمادة 370 من القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة المتعلقة بإباحة المساعدة الطبية على الإنجاب، وكذا المادة 374 من نفس القانون أين أضفى المشرع حماية قانونية للبويضات الملقحة خارج الرحم من الاعتداءات التي قد تقع عليها، وعلى ضوء ذلك يتضح لنا من خلال النصوص، أن الاعتداء على الأجنة المخصبة خارج الرحم بإعدامها قبل نقلها إلى رحم الأم، لا يشكل جريمة الإجهاض المنصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري، فلقد اكتفى المشرع بمنع بعض التصرفات التي تطال الأجنة خارج الرحم فنص في المادة 374 السابقة على ما يلي : "يمنع التداول، لغاية البحث العلمي التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة : – بالحيوانات المنوية،– البويضات، حتى بين الزوجات الضرات، – بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أولا لأم بديلة، أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا،– بالستوبلازم". رغم نص المادة 374 السابقة الذي ذكر فيه مصطلح الأجنة الزائدة إلا أنه يفهم من ذلك أنه لا يعتبرها أجنة بالمعنى الحقيقي للجنين وتستحق الحماية القانونية، بخلاف ما لو تم زرعها في الرحم إذ أن أطفال الأنابيب لهم أحكام خاصة بهم لا يمكن أن تنطبق أحكام الاعتداء عليه مع الإجهاض الذي يشترط فيه المشرع لقيام الجريمة تواجد الجنين في رحم الأم.

نلاحظ أن القانون قد أبرز مبدأ الحماية القانونية للمشتقات والمنتجات الآدمية ومن ضمنها الأمشاج، وعدم قابلية الجسم البشري بكافة عناصره ومشتقاته بصفة عامة لأن يكون محلا لحق مالي، المادة 358 من قانون الصحة بنصها : "لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية". من جهة أخرى في المادة 376 من القانون 18-11 يتبن أن المشرع الجزائري لم يضفي نفس الحماية الجنائية بالنسبة للبويضات أو الأجنة المستقرة في الرحم وتلك الموجودة خارجه، إذ سمح بحفظ هذه الأخيرة وأيضا بإتلافها أو إعدامها متى كانت فائضة عن الحاجة، وأن تتم هذه العملية عن

طريق التنظيم كما سبق البيان، وفي نفس الوقت عاقب كل من يتداول لغاية البحث العلمي أو يبيع أو يتبرع أو أي شكل آخر من إشكال المعاملات التي تقع على الأجنة الزائدة بعقوبة الحبس 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة قدرها 1 مليون دج إلى 2 مليون دج، وفقا لنص المادة 435 القانون 18-11 المتعلق بالصحة، وعاقب كل من يخالف أحكام المادة 434 التي تنص 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 500000 دج إلى 1000000 دج".

ونصت المادة 435 على أن : "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".

ونصت المادة : "يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 375 من هذا القانون، المتعلقة باستنساخ أجسام حية مماثلة وراثيا وانتقاء الجنس، بالحبس من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1000000 دج إلى 2000000 دج".

ولعل السبب في فرض هذه القيود المشددة في القانون يرجع كما يرى بعض فقهاء القانون إلى عدم قناعة المشرع بهذه الممارسة، التي تعتبر عملا شاذا خارجا عن نطاق المألوف والمستساغ موافقا بذلك رأي الفقه[1].وبالتالي يتوجب على المشرع التدخل لتنظيمها بأحكام خاصة تفرض لها الحماية ومعاملتها معاملة

---

(1)- بالنسبة لموقف الفقه القانوني العربي، فقد ذهب إلى عدم مشروعية التصرف بالسائل المنوي والبويضة الأنثوية بغرض التلقيح الصناعي بواسطة الغير، واعتبر العقد المبرم على بيع الأمشاج الآدمية بغرض المساعدة على الإنجاب يعتبر باطلا بطلان مطلقا وقد استدل بعض أهل القانون على ذلك بما يلي :

- عدم مشروعية المحل الذي يقع عليه التصرف كون أن الأمشاج واللقائح هي أحد منتجات الجسم البشري فلا يمكن أن تكون محلا للتعامل لما في ذلك من امتهان لكرامة الإنسان ومخالفة للآداب العامة.

- عدم مشروعية السبب لمخالفته مقتضيات النظام العام والآداب العامة حتى ولو كان الباعث على التصرف بالسائل المنوي و/ أو البويضة الأنثوية مشروعا في بعض المجتمعات كمساعدة زوجين عقيمين على التغلب على مشكلة العقم، لأنه يؤدي إلى الفوضى الجنسية على أساس أن قيام شخص آخر غير الزوج لأداء وظيفة من أهم وظائف الزواج، وهي الإنجاب. وهذا يعتبر عملا غير أخلاقي يتعارض مع الركائز الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الإسلامي، وكذلك القيام بنزع بويضة امرأة وإعطائها لأخرى فهو يتعارض مع نظام الأسرة والبنوة، لأن التلقيح الصناعي بواسطة الغير يثير مشكلات عدة تتعلق بنسب المولود حيث ينسب طفل لغير أبيه وأمه بهذه الطريقة وهذا يتعارض مع أحكام النسب التي تعتبر قانونا من النظام العام.

- عدم قيام حالة الضرورة العلاجية فيما يخص العقم، حيث أنه لا يعد في حد ذاته مرضا يهدد استمرار الحياة أو السلامة الجسدية وتكاملها، بل إن الأضرار المترتبة على التصرف بالأمشاج الآدمية خارج طرفا العلاقة الزوجية أكثر خطورة من العقم ذاته.

خاصة ترقى إلى تلك المقررة للجنين المستكن في رحم الأم، إلى جانب وضع نصوص صريحة وواضحة تجرم كل فعل يشكل اعتداء عليها من خلال قانون خاص يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب. كان على المشرع هنا أن يستثني صراحة من خلال نصوص التبرع بالأعضاء البشرية، عملية التبرع بالأعضاء والأنسجة المتصلة بالتوالد من الخضوع لأحكام نقل الأعضاء، ووجوب النص على منع نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية، وأن نقل عضو من أعضاء جسم إنسان له دخل في نقل الخصائص الوراثية للإنسان يعد جريمة، لأن ذلك يعد تعارض مع كرامة الإنسان ومخالفته للنظام العام وما يترتب عليه من اختلاط الأنساب.

خاتمة

من خلال ما سبق عرضه اتضح لنا أنه لا خلاف بين الفقهاء والقانونيين على جواز التداوي من مرض مشكل العقم باعتباره كسائر الأمراض، والانتفاع بالتقدم العلمي، بما يسر الله عز وجل من وسائل وإمكانات، لتحقيق رغبة الإنجاب لمن حرموا منها، شريطة المحافظة على أن يكون هذا الإنجاب في إطار الحياة الزوجية.

ولاحظنا أنه يجب أن لا تمس المساعدة الطبية على الإنجاب سلامة الجنس البشري ولهذه الغاية يمنع الاستنساخ التناسلي وانتقاء النسل وهذا ما نص عليه المشرع في القانون 18-11.

– لا يمكن استغلال الوظائف التناسلية البشرية لحساب شخص آخر أو لأغراض تجارية ولهذه الغاية يمنع التبرع بالأمشاج واللواقح والأنسجة التناسلية أو بيعها وكذا الحمل من أجل الغير وهذا أيضا نص عليه المشرع الجزائري.

يمنع استحداث لقيحة بشرية أو استعمالها لأغراض تجارية أو صناعية أو لأغراض البحث أو لإجراء تجارب عليها أو لأغراض أخرى غير تلك التي تدخل في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب وفق هذا القانون. ويجب أن لا تمس المساعدة الطبية على الإنجاب سلامة الجنس البشري ولهذه الغاية يمنع الاستنساخ التناسلي وانتقاء النسل.

لاشك أن المساعدة الطبية على الإنجاب قد أوجدت حلولا طبية لعلاج هذا المشكل، لكن أثبت الواقع العملي على انطواء هذه العملية على مخاطر متعددة تمس بمجالات حساسة، على غرار صحة الأم والطفل وهويته ونسبه، خاصة في ظل تعدد تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، وطبيعة العمليات المتمخضة عنها والتي قد ينتج عنها اختلاط المادة المتعامل معها، بالإضافة إلى طرحها للعديد من التساؤلات الأخلاقية في مجال الطب. لذلك أن التشريعات مهما كانت توجهاتها ومعتقداتها لا تقف عائقا أمام تطور البحوث العلمية بل تشجعها بشرط أن تتم ضمن ضوابط شرعية قانونية، ضمانا لسلامة الفرد وسلامة حقوقه، ويعتبر النسب من الحقوق الأساسية أيضا من خلال بحثي في هذا الموضوع لاحظت بأن مجال المساعدة على الإنجاب أو التخصيب الصناعي يفتقر إلى القوانين والتشريعات التي تنتصف

للضحايا وتحميهم من الاستغلال، فهناك فراغا قانونيا كبيرا، فيما يخص الممارسات الطبية المستحدثة، وبالخصوص ما تعلق بالأمشاج واللقائح البشرية فلم تحظ المشتقات والمنتجات الآدمية وفي مقدمتها الأمشاج واللقائح البشرية بذات الاهتمام الذي حظيت به الأعضاء الآدمية، وذلك من حيث الجوانب القانونية المتعلقة بنقلها وزرعها أو المساس بها على أي نحو كان، فالقليل من التشريعات التي تعرضت لموضوع تنظيم التصرفات التي يكون محلها السائل المنوي والبويضات سواء كانت ملقحة (اللقائح) أو غير ملقحة. حيث أصبح مجال التخصيب والتجميد مجالا مربحا، تتنافس عليه العيادات الطبية، التي تعمل في غالب الأحيان في غياب الشفافية والمراقبة، مما يؤدي إلى المساس بالحقوق. وبرغم مخاطر المساعدة الطبية على الإنجاب إلا أن أكثرية التشريعات العربية أقرتها مراعاة لرغبة الإنسان في الإنجاب، باعتباره قريبة على الرغبة في حفظ الحياة وهي من الضرورات الخمس[1] ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى خوفاً من إجراء هذه العمليات خارج البلدان الإسلامية، حيث لا تراعى الاعتبارات الشرعية، لكن شرط المجيزبن لهذه العملية اتخاذ الاحتياطات الصارمة لمنع اختلاط الأنساب، وأن يكون تجنب المحاذير الأخرى حسب الإمكان لأن الضرورات تقدر بقدرها.

الاقتراحات :

– وضع قانون خاص يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب سدًّا لكل الثغرات القانونية التي تعتري النصوص الحالية، خصوصا ما تعلق منها بتجميد الأجنة، والتصرف في الأجنة الفائضة حتى تضبط هذه الممارسة في جانبها الطبي وكل ما يتعلق بالممارسين في هذا المجال بتشديد شروط منح الاعتماد وتشديد العقاب على المخالفين.

– يجب ممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب في إطار احترام كرامة الإنسان والمحافظة على حياته الجسدية والنفسية وعلى خصوصيته، وكذا احترام سرية المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به، طبقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

الخشية من اختلاط الأنساب خلال عملية التلقيح فالخطأ وارد، والقصد وارد أيضاً بسبب فساد الذمم فقد تتم عملية التلقيح بين مني أو بويضات غير الزوجين بناء على رغبتها أو رغبة الطبيب في الشهرة والمال في إظهار براعته في نجاح العملية. ومع ذلك أقرت الأكثرية من فقهاء الشريعة والقانون عملية أطفال الأنابيب مراعاة لرغبة الإنسان في الإنجاب، والتي تعد قريبة من رغبته في الحياة، وحفظ الحياة إحدى

---

(1)– يرى جمهور الفقهاء أن الشريعة الإسلامية تدور أحكامها حول حماية خمسة أمور هي أمهات لكل الأحكام الفرعية، وهي الضرورات أو الكليات، أو المقاصد الخمس، وهي حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسب ، فهي أساس الدين والدنيا.

الضرورات الخمس، هذا من جهة، ومن جهة أخرى خوفاً من إجرائها خارج البلدان الإسلامية، حيث لا تراعى الاعتبارات الشرعية، لكن شرط المجيزين لهذه العملية اتخاذ الاحتياطات الصارمة لمنع اختلاط الأنساب، وأن يكون تجنب المحاذير الأخرى حسب الإمكان لأن الضرورات تقدر بقدرها.

التلقيح الصناعي بتهريب نطف أسرى السجون الإسرائيلية

أ.د. جمال زيد الكيلاني — عميد كلية الشريعة، جامعة نابلس، فلسطين

د. غناي زكية — كلية الحقوق، جامعة بومرداس

ملخص:

من المقرر شرعا أن من أهداف الزواج الإنجاب، ومن المقرر شرعا وعلميا أن طريق الإنجاب هو التلقيح الطبيعي الذي يتم بالجماع، بيد أن من الأزواج من يتعذر عنده بسبب صورة من صور العقم التي تمنع وصول النطفة إلى البويضة، ومن أجل مساعدتهم على الإنجاب، يتم التلقيح صناعيا، إما داخليا بالاستدخال، وإما خارجيا عن طريق الأنابيب.

غير أن التقدم العلمي ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث صار التلقيح الصناعي يتم بتدخل طرف ثالث من غير الزوجين؛ كما أن الغرض من التلقيح الذي كان علاجيا، تطور ليمتد إلى غيره، حيث صار ممارسا من أسرى السجون الإسرائيلية بتهريب نطفهم إلى زوجاتهم لتلقيحها صناعيا بسبب حرمانهم من الخلوة الشرعية والإنجاب، من أجل هذا وجب بيان موقف الشريعة الإسلامية من هذه القضية.

الكلمات المفتاحية: تلقيح صناعي، مساعدة على الإنجاب، استدخال، تهريب النطف، السجون الإسرائيلية.

مقدمة:

من المقرر شرعا أن طلب الولد يكون بالزواج الصحيح وما يتبعه من دخول الزوج بالزوجة، حيث يحصل تلاقيهما الجنسي، فيلقي الزوج ماءه في رحم الزوجة، فتتحد النطفة بالبويضة فتلقحها، فيحصل الحمل إن أذن الله.

لكن قد تحدث معوقات الحمل كأن يكون أحد الزوجين أو كلاهما مريضا مرضا حائلا للإنجاب إما لضعف نطاف الرجل وعدم قدرتها على الوصول للرحم؛ وإما لاحتواء عنق رحم الزوجة لحموضة قاتلة للنطاف قبل وصولها للرحم، مما يستحيل معه التلقيح الطبيعي للبويضة، فيفكر الزوجان في بديل للإنجاب عن طريق إخصاب بويضة الزوجة بنطفة زوجها صناعيا، فتحمل بإذن الله.

وإذا سلمنا بمعقولية اللجوء للتلقيح الصناعي لاستحالة التلقيح الطبيعي بسبب مرض العقم، واعتبرنا هذا البديل بمثابة علاج ودواء، فهل نسلم بإمكانية اللجوء إليه عند عدم توفر سبب مرض العقم، بل سبب آخر غير المرض يحول دون الإخصاب الطبيعي، أو بعبارة أخرى يحول أصلا دون التلاقي الجنسي بين الزوجين كأسر الزوج؟ وأي أسر؟ أسر في سجون عدو حريص على إبادته بكل الطرق، مفتعلا عقوبة

السجن طويل المدة كعائق حائل بين تلاقي الزوج بزوجته وبالتالي حائل في اعتقادهم من تكاثر النسل لدى الشعب المحتل؟

يكمن سبب اختيارنا لهذا الموضوع في انتشار ظاهرة النطف المهربة في فلسطين، وما أصبح يسمى بسفراء الحرية الذي أطلق على الأطفال المولودين بواسطة التلقيح الصناعي بعد تهريب نطف آبائهم القابعين في السجون الإسرائيلية، إذ منذ سنة 2012 إلى يومنا، ولد 99 طفلا بهذه الطريقة، ويعتبر نجاح العملية إنجازا كبيرا للشعب الفلسطيني المحتل وتحديا كبيرا للكيان الصهيوني الغاصب من وجهة نظر المقاومة.

لكن هدفنا من الدراسة هو البحث عن وجهة نظر الشرع من هذه المسألة، خصوصا أن التلقيح الصناعي من النوازل التي لا نجد لها نصا شرعيا يحكمها، ومن أجل هذا نطرح **الإشكالية** التالية: ما هو موقف الشرع من التلقيح الصناعي كعلاج لأمراض العقم بصفة عامة، وكثورة جديدة في مواجهة العدو بتهريب النطف من السجون الإسرائيلية بصفة خاصة؟

إن الخوض في هذه المسألة يتطلب بعد بيان مدى شرعية التلقيح الصناعي كعلاج بصفة عامة، البحث في مسألة شرعية التلقيح الصناعي بالنطف المهربة من السجون الإسرائيلية بصفة خاصة.

المبحث الأول: أحكام التلقيح الصناعي كعلاج لأمراض العقم بصفة عامة

إذا امتنع إخصاب بويضة الزوجة بنطفة الزوج طبيعيا، أمكن إخصابها صناعيا من أجل المساعدة على الإنجاب، وقبل النظر في حكم الشرع في هذه التقنية العلمية، وجب الإحاطة بمفهومها، حتى إذا اتضحت الفكرة للقارئ عرجنا إلى البحث عن حكمها باعتبارها من النوازل الحادثة في عصرنا الحالي، مما يجب الوقوف عند حكمها الصحيح وبيان المشروع منها والمحرّم.

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الصناعي

التلقيح الصناعي تقنية بديلة عن التلقيح الطبيعي، وكلاهما يعني إخصاب بويضة أنثى بنطفة ذكر، كل الفرق بينهما أن الثاني يقع طبيعيا بالاتصال الجنسي بين الزوجين حيث يقذف الزوج نطافه في مهبل الزوجة لتصل إلى الرحم الذي يكون في حالة خصوبة فتنزل البويضة وتتحد مع النطفة فيحدث التلقيح لوحده دون تدخل؛ أما الأول فيقع صناعيا بمساعدة مختص يأخذ نطفة الزوج وبويضة الزوجة ويشرف هو على عملية اتحادهما ليحدث التلقيح، ولهذا يعد التلقيح الصناعي مساعدة على الإنجاب لزوجين تعذر التلقيح الطبيعي لديهما. وللإحاطة أكثر بالتلقيح الصناعي نبين تعريفه وأنواعه.

الفرع الأول: تعريف التلقيح الصناعي

يتحدد التعريف الدقيق للتلقيح الصناعي إذا وقفنا على تعريفه اللغوي، وتعريفه الاصطلاحي.

أولا: التعريف اللغوي للتلقيح الصناعي

جاء في القاموس المحيط: "اللَّقَحُ محرّكة الحَبَلُ، واسم ما أُخذ من الفحل ليدسّ في الآخر"،[1] مما يفهم منه دسّ نطفة الذكر في رحم الأنثى.

وجاء في لسان العرب: "اللقاح اسم ماء الفحل من الإبل والخيل"،[2] ويفهم من هذا أن ماء الذكر هو بمثابة لقاح إذا أدخل في رحم الأنثى وأصاب البويضة حدث التلقيح.

وجاء في معجم اللغة العربية المعاصرة: "لقحت المرأة حملت، وتلقيح: مصدر لقح: اتحاد الأمشاج (الخلايا التناسلية) الذكرية والأنثوية، واللاقحة مفرد لاقحات ولقح ولواقح أي البويضة الملقحة".[3]

ويقصد بكلمة "صناعي" كل ما كان مصنوعا غير طبيعي."[4]

والتلقيح الصناعي هو "عملية نقل السائل المنوي إلى البويضة لغرض التلقيح عن طريق الاتصال اللاجنسي حيث ينتقل السائل المنوي من الزوج إلى الرحم ويتم الإخصاب والحمل."[5]

ومن هذه التعاريف اللغوية نستنتج أن التلقيح الصناعي لا يعدو أن يكون عملية إيصال نطفة الزوج يدويا إلى بويضة الزوجة من أجل تلقيحها دون اتصال جنسي.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للتلقيح الصناعي

نعرّف التلقيح الصناعي في الاصطلاح الطبي، ثم في الاصطلاح القانوني، وأخيرا نرى كيف كان معروفا في الاصطلاح الفقهي عند قدماء الفقه الإسلامي.

1-تعريف التلقيح الصناعي في الاصطلاح الطبي

يقول بعض أساتذة الطب: "يتمثل التلقيح الصناعي في عملية إيداع نطف جيدة بكمية كافية في رحم امرأة تكون في فترة خصوبة، ويمكن أن تكون هذه التقنية أحيانا مصحوبة بتحفيز هرموني."[6]

ويعرّف التلقيح الصناعي بأنه "عملية استخدام وسيلة أخرى غير لقاء الأعضاء التناسلية لجلب الحيوانات المنوية إلى المهبل ومن ثم إلى البويضة."[7]

ويستعمل الطب مصطلحا آخر مرادفا للتلقيح الصناعي وهو "المساعدة الطبية على الإنجاب"، وتعني "معالجة الخلايا التناسلية الذكرية والأنثوية في المخبر بإخصاب أو بدونه بهدف تمكين الزوجة من الحمل من زوجها حيث لم يكن بمقدورهما الإنجاب بدون هذه المساعدة."[8]

---

1. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، ط 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005، ص 1481.
2. جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، مج 5، دار المعارف، القاهرة، 1981، ص 4057.
3. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط 1، مج 1، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص 2026.
4. أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص 1323.
5. أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص 2026.
6. Louis DALLAIRE, Les nouvelles techniques de reproduction humaine, polycopié, Centre hospitalier Sainte-Justine, 1989, p 17.
7. Guy DURAND, Insemination artificielle, revue Laval, vol 33, n 2, 151-163, p 151.
8. Support de cours, Assistance medicale à la procreation, université médicale virtuelle francophone, 2010-2011, pp 1-38, p 4.

ويعرّف الإنجاب بالمساعدة الطبية بأنها "تقنية تتطلب معالجة أحد الأمشاج: إما مني الزوج فنلجأ للتلقيح الصناعي؛ وإما مني الزوج وبويضة الزوجة فنلجأ هنا للإخصاب في المخبر."[1]

وبهذا يتبين أن التلقيح الصناعي في اصطلاح الطب هو عملية مساعدة النطفة على إخصاب البويضة خارج العلاقة الجنسية.

2- تعريف التلقيح الصناعي في الاصطلاح القانوني

عرفت القوانين الوضعية التلقيح الصناعي منهم المقنن الجزائري الذي نظمه بموجب قانون 18-11 المتعلق بالصحة[2] باسم "المساعدة الطبية على الإنجاب"، حيث عرفته المادة 370 منه كما يلي: "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."

ومن منطلق النصوص القانونية عمد الفقه القانوني إلى محاولة تعريف التلقيح الصناعي، فعرفه الدكتور جمعة محمد بشير بأنه "عبارة عن عملية يتم بموجبها تلقيح بويضة أنثى بحيوان منوي ذكر، وسمي بالتلقيح الصناعي لأنه لا يتم بالأساليب الطبيعية المعروفة بل يتم باستعمال تقنيات آلية ومخبرية من صنع الإنسان."[3]

ويعرفه الباحث خوصة العربي بأنه عملية "وضع الحيوانات المنوية في الجهاز التناسلي للمرأة"،[4] لكن يؤخذ على هذا التعريف أنه يشمل التلقيح الطبيعي لأن هذا الأخير هو الآخر يتم بعملية وضع الحيوانات المنوية في جهاز المرأة التناسلي عن طريق الاتصال الجنسي.

وتعرفه الدكتورة فريدة زوزو بأنه "كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح والانجاب بغير الاتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة، أي بغير عملية الجماع."[5]

وعند الدكتورة عفاف ربايعة التلقيح الصناعي هو عملية "تخصيب بويضة أنثى بحيوان منوي لذكر دون اتصال جنسي طبيعي."[1]

---

1. Dominique ROYERE, L'assistancemédicale à la procréation, revue adsp n 75, Juin 2011, P 10.

2. قانون رقم 18-11، مؤرخ في 2 يونيو 2018، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، عدد 46، المؤرخة في 29 يوليو 2018، ص 3.

3. جمعة محمد بشير، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، المجلة الجامعة، عدد 7، 2005، ص 179 و180.

4. خوصة العربي، التلقيح الاصطناعي في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، الجزائر، 2019، ص 13.

5. فريدة زوزو، نحو توجيه البحث العلمي بالنظر المقاصدي –التلقيح الاصطناعي نموذجا–، مجلة الإحياء، مج 8، عدد 1، 2006، ص 159.

من هذه التعاريف يمكن استخلاص أن التلقيح الصناعي هو عملية إخصاب بويضة بمني يدويا دون اتصال جنسي بين المرأة والرجل.ولكن هل التلقيح الصناعي نازلة حديثة؟ ألم يعرف الفقه الإسلامي التخصيب دون اتصال جنسي؟ هذا ما نراه فيما يلي.

3- تعريف التلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي

أسفرت البحوث أن الفقه الإسلامي القديم قد عرف منذ قرون فكرة التلقيح الصناعي كعملية لتخصيب بويضة الزوجة بمني زوجها من غير جماع، وسميت عندهم بالاستدخال كما يتبين من أقوال الفقهاء التالية:

يقول صاحب فقه النوازل: "الاستدخال مصطلح فقهي قديم يعني حقن ماء الرجل في قُبُل المرأة."[2] يفهم من هذا الكلام أن عملية حقن نطفة الزوج في مهبل الزوجة تتم يدويا لا جنسيا، كأن تقوم بها الزوجة نفسها، وهذا ليس بالأمر الغريب، إذ يضع الرجل ماءه في قطنة أو قطعة قماش لتضعها الزوجة في مهبلها ومن ثم تمر النطفة إلى داخل رحمها، ومنه جاء مصطلح استدخال.

ويرى الشافعية أنه: "يقوم مقام الوطء إدخال مني الزوج في فرجها بأنبوبة ونحوها.."،[3]وكلمة أنبوبة في هذا التعريف دليل قاطع على أن الاستدخال يتم صناعيا لا طبيعيا.

وجاء في الفقه الميسر ما يلي: "يرى الشافعية وجوب العدة أيضا باستدخال الزوجة مني الزوج ولو لم يحصل الوطء، لأنه أقرب إلى العلوق بالرحم من مجرد الإيلاج"،[4] ويستنتج من هذا الكلام أنه في ذلك الزمن جاءت عملية الاستدخال بديلة عن الإيلاج في الحالات التي يتعذر فيها الحمل بسبب عدم علوق ماء الزوج برحم الزوجة بالإيلاج، فاستعين عليه بالاستدخال.

وتقول الدكتورة شيخة التفاق: "تحدث الفقهاء القدامى عن استدخال المني، فهو يقوم مقام الوطء، وهو مشابه لصورة التلقيح الداخلي بين الزوجين، فقد رتب الفقهاء القدامى على الاستدخال آثاره من نسب وعدة وغيرها"،[5] فالفقهاء القدامى أوجبوا العدة واستبراء الرحم على من أدخلت مني زوجها في فرجها بغير

1.عفاف فوزي محمد علي ربايعة، إنجاب زوجات الأسرى في السجون الإسرائيلية عن طريق التلقيح الصناعي وموقف الشرع منه، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2017، ص 9.

2. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، ط 1، مج 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص 254.

3. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط 5، ج 4، قسم الأحوال الشخصية، دار الإرشاد، مصر، (د.س.ن)، ص 465.

4. عبد الله بن محمد المطلق، الفقه الميسر، ط 2، ج 5، قسم فقه الأسرة، دار الوطن، الرياض، 2012، ص 163.

5. شيخة أحمد التفاق، الإذن الطبي بين المنظور الشرعي والقانون الإماراتي –التلقيح الصناعي نموذجا–، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مج 16، عدد 1، 2019، ص 17.

وطء كاستعمال أنبوبة، وما هذا إلا تعبير مرادف للحقن مما يدل على أن التلقيح بدون وطء كان معروفا في الفقه الإسلامي القديم وإن لم يكن يطلق عليه اسم تلقيح صناعي أو مساعدة طبية على الإنجاب.

يستنتج من خلاصة التعاريف أن التلقيح الصناعي عرف في القديم باسم الاستدخال، وهو عملية إدخال مني الزوج في فرج الزوجة بحقنه يدويا دون وطء، والهدف منه المساعدة على علوق المني بالرحم وبالتالي المساعدة على الحمل والإنجاب، مما يفهم منه أن الاستدخال عُرف عندهم كبديل للإيلاج، والغرض منه علاج العقم. وللمزيد من التعرف على التلقيح الصناعي ومعرفة طرقه وأساليب تطبيقه، نقف على أنواعه.

الفرع الثاني: أنواع التلقيح الصناعي

عندما يتم الجماع بين الزوجين، يدخل مني الزوج طبيعيا في رحم الزوجة ليصل إلى البويضة فيتحد معها فيحدث التلقيح بطريقة طبيعية. أما للتوصل إلى تلقيح البويضة بالمني صناعيا فيوجد أسلوبان: تلقيح صناعي داخلي وتلقيح صناعي خارجي.

أولا: التلقيح الصناعي الداخلي

التلقيح الصناعي الداخلي هو "عملية إدخال الحيوانات المنوية المأخوذة من الرجل بعد معالجتها مخبريا إلى داخل الجهاز التناسلي للمرأة بغير جماع."[1]

1- طريقة التلقيح الصناعي الداخلي

يتم التلقيح الصناعي الداخلي باستئصال مني الزوج ووضعه في مختبر يسمح باختيار النطف النشيطة منه، يضاف لها مغذيات للزيادة في نشاطها، ثم يعاد حقنها داخل رحم الزوجة المهيأ مسبقا لاستقبالها بعد حقنه هو الآخر بأدوية هرمونية محفزة،[2] وبتواجد النطفة داخل الرحم تلتقي بالبويضة فتتحد معها فيحدث التلقيح، وتتواصل عملية الحمل كما لو كان تم طبيعيا، كل ما في الأمر أن دخول النطفة للرحم تم صناعيا بدل الاتصال الجنسي.[3]

2- أسباب التلقيح الصناعي الداخلي

---

1. معيزة عيسى، الحمل، إرثه، أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة الجزائر، 2006، ص 110.

2. إن وصول الحيوانات المنوية للرحم لا يرجع فقط لحركتهم بل وأيضا لحركة الرحم التي تلعب دورا مهما في ذلك، فالنطاف تكتسب خلال مرورها إلى الرحم قدرتها على الإخصاب بفضل ظاهرة اكتسابها للقوة والطاقة عند اختلاطها بماء الرحم والأغشية المخاطية التناسلية للمرأة، ومنها يحدث اتحاد البويضة بالنطفة فيحدث التلقيح. أنظر:
Bandiougou DOUCOURE,L'intérêt de l'insémination intra utérine dans la prise en charge de l'infertilité à trompe saine, thèse doctorat en pharmacie, faculté de médecine et de pharmacie, université de Mali, 2010, p 37.

3. ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي، مطبوعة في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الدقهلية، مصر، (د.س.ن)، ص 377.

يلجأ للتلقيح الصناعي الداخلي عند استعصاء التلقيح الطبيعي للأسباب التالية:[1]

- إصابة الزوجة بالرتق المانع من الجماع.
- تسبب حموضة مهبل الزوجة في قتل نطاف الزوج.
- استحالة وصول ماء الزوج إلى بويضة الزوجة بسبب إفرازات الرحم.
- ضعف نشاط نطاف الزوج وعدم قدرتها على التلقيح.
- فقر ماء الزوج من النطاف مما يستوجب معه القيام بجمع حصيلة عدة دفعات لإدخالها في رحم الزوجة.
- حصول تضاد مناعي بين الخلايا التناسلية للزوجين.

ثانيا: التلقيح الصناعي الخارجي

بما أن التلقيح الصناعي الداخلي يتم بحقن نطاف الزوج داخل رحم الزوجة، مما يتطلب كون الرحم سليما، قادرا على استقبالها، ومهيأ لاستكمال عملية التلقيح داخله طبيعيا؛ أما إذا لم يكن كذلك، بأن كان مريضا غير قادر على استكمال الإخصاب طبيعيا، فلن تنجح عملية التلقيح الصناعي الداخلي مما يضطر إلى اللجوء إلى عملية إخصاب خارجه، وهذا هو التلقيح الصناعي الخارجي.

وقد تبادرت إلى أذهان الباحثين في الطب هذه الطريقة بعد أن فشلت العديد من عمليات التلقيح الصناعي الداخلي، كما رغب العديد من الأزواج في الإنجاب بهذه الطريقة خوفا من نقل أمراضهم إلى الجنين.

1-طريقة التلقيح الصناعي الخارجي

تتم عملية التلقيح الصناعي الخارجي بأخذ نطفة الزوج وبويضة الزوجة وإجراء اتحاد بينهما داخل أنبوب طبي، وفيه يتم تلقيح البويضة بدل تمامه داخل الرحم، وبعد أن تلقح البويضة بالنطفة يعاد زرعها وهي ملقحة داخل رحم الزوجة لاستكمال مراحل الحمل.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن عملية أخذ بويضة أو أكثر من رحم الزوجة تتطلب تدخل جراحي بعد إثارتها بهرمونات منشطة، كما أن الأنبوب الذي توضع فيه البويضات يجب أن يهيأ من الداخل بحيث يكون مشابها للرحم من حيث الظروف ودرجة الحرارة، حتى إذا جمع فيه بين البويضات والنطاف تم التلقيح صناعيا خارج الرحم بطريقة ناجحة.

وبعد نجاح التلقيح الصناعي داخل الأنبوب، تتطلب عملية زرع البويضة الملقحة داخل رحم الزوجة إجراء معالجة هرمونية للرحم، ثم تزرع فيه البويضة الملقحة استعدادا للحمل الذي يفترض أن تكون الزوجة قادرة عليه.[2]

---

1. ياسر عبد الحميد جاد الله، المرجع السابق، ص 377 و378.
2. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، جامعة الكويت، الكويت، 1993، ص 75 وما يليها.

2- أسباب التلقيح الصناعي الخارجي

نشأت عملية التلقيح الصناعي الخارجي كحل لمواجهة عقم الزوجة الناجم أصلا عن انسداد عنق الرحم الذي يمنع أصلا من إدخال النطاف إليه ولو صناعيا، لكن فيما بعد تعددت أسباب العقم الدافعة للجوء إلى التلقيح خارج الرحم، يتمثل أهمها فيما يلي:[1]

-مرض بطانة الرحم المانع من الإخصاب الداخلي.

- العقم الإزدواجي.
- عدوى مخاط عنق الرحم.
- العقم المناعي.
- ضعف النطاف وعدم قدرتها على الإخصاب طبيعيا داخل الرحم.

بعد أن اتضح مفهوم التلقيح الصناعي، حري أن يتبادر إلى ذهن كل واحد، مهما كانت ديانته السماوية، التساؤل حول مدى شرعيته ومدى تعارضه مع مشيئة الخالق، مما يدفعنا إلى البحث عن حكم التلقيح الصناعي بنوعيه وبكل أساليبه لمعرفة موقف الشرع من ممارسته.

المطلب الثاني: حُكم التلقيح الصناعي

يقول أحد الباحثين في الطب أنه "للتعامل مع هذا الموضوع بأدنى حد من الموضوعية، يجب على المرء تجنب التعصب ورفض الخوض في إشكالية حديثة من جهة؛ ومن جهة أخرى عدم التسرع والارتجال في الترحيب بكل ما هو جديد باسم التقدم العلمي والتكنولوجي"،[2] وحسب هذا الباحث، فإن الطبيعة عند رجال الدين هي من خلق الله وحده، ولا يصح التدخل الإنساني في خلق الله، مما يفهم منه أن التلقيح غير الطبيعي محرّم مبدئيا.

والحقيقة أن هذا الموضوع أسال الكثير من الحبر حول شرعيته، نظرا لخطورته وخطورة تحريف مسار نتائجه للوصول بها إلى ما لا يحمد عقباه من المحرمات باسم التقدم العلمي.

ونظرا لتشعب الموضوع، فقد حاولنا جمع ما توصلنا إليه من حكم، مختصرين إياه في نقطتين رئيسيتين، نبينهما في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: حكم التلقيح الصناعي داخل نطاق الزوجية

---

1. La procréation medicalement assistée: Acquisitions récentes, Rapport d'un Groupe scientifique de l'OMS, Organisation Mondiale de la Santé, Genève, 1992, p 8.
2. F.J.LEENHARDT, Reflexion sur l'insémination artificielle, voir: https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/22/leenhardt.pdf , p 74.

المقصود بالتلقيح الصناعي داخل نطاق الزوجية هو الذي يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما؛ ويتم خلال قيام الرابطة الزوجية وخلال حياتهما لا بعد انتهاء الزوجية بطلاق بائن أو وفاة. وهذا النوع من التلقيح اختلف فيه على ثلاثة أقوال: قول يقول بجوازه بشروط، وقول ثان يقول بتحريمه المطلق، وقول ثالث أجاز التلقيح الداخلي وحرّم التلقيح الخارجي.

أولا: القول بجواز التلقيح الصناعي داخل نطاق الزوجية بشروط

يذهب أصحاب القول الأول بجواز التلقيح الصناعي إذا تم بمني الزوج وبويضة الزوجة وفي حياتهما، ومن هؤلاء الفقيه وهبة الزحيلي حيث قال: "التلقيح الصناعي هو استدخال المني لرحم الزوجة بدون جماع. فإن كان بماء الرجل لزوجته، جاز شرعا، إذ لا محذور فيه، بل قد يندب إذا كان هناك مانع شرعي من الاتصال الجنسي."[1]

ويقول محمد شلتوت: "..نستطيع أن نقرر –بالنسبة لحكم الشريعة في التلقيح الصناعي الإنساني– أنه إذا كان بماء الرجل لزوجه كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية الفاضلة، وكان عملا مشروعا لا إثم فيه ولا حرج، وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سبيلا للحصول على ولد شرعي.."[2]

وقال جاد الحق: "لما كان الهدف الأسمى من العلاقة الزوجية هو التوالد حفظا للنوع الإنساني، وكانت الصلة العضوية بين الزوجين ذات دوافع غريزية في جسد كل منهما، أضحى هذا التواصل والاختلاط هو الوسيلة الأساسية والوحيدة لإفضاء كل منهما بما استكن في جسده واعتمل في نفسه حتى تستقر النطفة في مكمن نشوئها كما أراد الله، وبالوسيلة التي خلقها في كل منهما، لا يعدل عنها إلا إذا دعت داعية، كأن يكون بواحد منهما ما يمنع حدوث الحمل بهذا الطريق الجسدي المعتاد مرضا أو فطرة وخلقا من الخالق سبحانه. فإن كان شيئا من ذلك، وكان تلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره من إنسان أو مطلق حيوان جاز شرعا إجراء هذا التلقيح."[3]

نستخلص من أقوال الفقهاء أن التلقيح الصناعي جائز عندهم بالشروط التالية:

– التحقق قطعا من تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها دون غيره ودون اختلاطه بمني رجل آخر أو حيوان.

– شرط وجود داعٍ وضرورة، كأن يكون بأحد الزوجين مانع يعوق الحمل عند اختلاطهما عضويا.

ثانيا: القول بتحريم التلقيح الصناعي ولو في نطاق الزوجية

---

1. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 3: دار الفكر، دمشق، 1989، ص 559.
2. محمود شلتوت، الفتاوى، دار الشروق، القاهرة، ط 18، ج 2، 2001، ص 327 و328.
3. جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية، ط 1، ج 2، دار الفاروق، القاهرة، 2005، ص 143.

ذهب أصحاب القول الثاني إلى تحريم التلقيح الصناعي ولو في نطاق الزوجية، فقال أحمد الحجي: "إن من القواعد الفقهية الكلية قولهم: الأصل في الأشياء الإباحة، والأصل في الفروج التحريم. هذه القاعدة الفقهية الثمينة تعني أن كل الأشياء تعتبر مباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها، إلا مسائل الفروج فإنها على عكس ذلك تعتبر محرمة حتى يقوم الدليل على إباحتها، والمراد بمسائل الفروج أحكام الزواج والطلاق وما يتبعها من الأبواب والفصول الفقهية. وبما أن التلقيح الصناعي للإنسان من هذه الأبواب فما علينا إلا أن نطبق هذه القاعدة عليه فنعتبر أن الأصل فيه التحريم حتى يقوم دليل الحل، ثم نبحث عن هذا الدليل."[1]

واستدل أحمد الحجي على نظريته في تحريم التلقيح الصناعي مطلقا على الأدلة التالية:[2]

–قول الله تعالى: "فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله"، فمكان البذر هو القبل وغيره محرّم.

– قول الله تعالى: "ليسكن إليها"، فالله شرع التزاوج لإيجاد السكن النفسي بين الزوجين، والتلقيح دون اتصال جسدي لا يحقق هذا السكن.

وقال صاحب فقه النوازل بأن هناك مخاطر ومحاذير واردة على التلقيح الصناعي منها ما يلي:

– احتمال حدوث خطأ أو استبدال المني أو البويضة فتضيع الأنساب التي يعد حفظها من ضروريات الشرع.

– أثبت الواقع ظهور بنوك المني وهي سوق جديدة للمتاجرة بالنطف والتلاعب العضوي بالخلايا الإنسانية.

– ظهور طموحات أخرى ذهبت إلى بحث التحكم في جنس الجنين ذكر أو أنثى.

– مزاولة عملية التلقيح الصناعي تُبقي لدى الطبيب مجموعة من البويضات الملقحة الإضافية التي يبقى مصيرها مجهولا.

– الإنجاب بالتلقيح الصناعي فيه أبشع صورة للتعري وفحص السوأتين، مع أن الإنجاب ليس بضرورة يباح في سبيلها هذا التبذل والهبوط.[3]

ثالثا: القول بتحريم التلقيح الصناعي الخارجي فقط

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى تحريم التلقيح الصناعي الذي يتم فيه الإخصاب خارج الرحم أي في أنبوب أو طبق، فيقول أحمد الحجي: "إن القول بحرمة التلقيح بهذه الصورة فيه غنى عن البيان لما في ذلك من امتهان للكرامة الإنسانية التي حرص الإسلام عليها ولم يبح الاتصال الجنسي إلا في كنفها وبعد

---

1. أحمد الحجي، حكم الإسلام في التلقيح الصناعي، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف، الكويت، السنة 7، عدد 83، ديسمبر 1971، ص 72.
2. أحمد الحجي، المرجع السابق، ص 73.
3. بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص 270 إلى 275.

توفرها."[1] ويستدل أحمد الحجي على تحريم التلقيح الصناعي الخارجي بقول الله تعالى: "ولقد كرمنا بني آدم"، والطفل المكرّم هو الذي يخلق طبيعيا، وبالتالي فأي كرامة للطفل الذي يخلق في أنبوبة اختبار وينمو فيها مثل ما تنمو فراخ الدجاج."[2]

ويقول عبد الحليم محمود: "تلقيح الأطفال في الأنابيب لا يجوز ولا تدعو إليه مصلحة ولا ضرورة، وهو اتجاه فاسد، لأنه بهذا الاتجاه تنقطع الروابط الإنسانية التي يقول الله فيها: "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا.." وهذا الذي يُربى في أنبوبة يخرج إلى الحياة –إذا خرج– وهو لا يرتبط بالإنسانية بأب ولا بأم، ولم يعرف حنان الأب أو الأم ولا عطفهما فيكون مجردا عن كل ما تتحلى به الإنسانية في تعاطفها وفي توادها وتراحمها، فيكون ضرره على المجتمع كثيرا." وأضاف قائلا: "لا يوجد ما يدعو لإباحة تلقيح الأطفال في الأنابيب والإنسانية الآن تشكو كثرة النسل وهي بصدد تحديده فلا حاجة مطلقا لزيادته عن طريق فاسد يضر بالإنسانية أكثر مما ينفعها."[3]

ويقول محمد إبراهيم شقرة: "قضت إرادة الله سبحانه أن يكون تزاوج بين الرجال وبين النساء، وأن يكون منهم الولود ومنهم العقيم، قال تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ ۚ يَخْلُقُ مَا يَشَآءُ ۚ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ٤٩ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَٰثًا ۖ وَيَجْعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًا ۚ إِنَّهُۥ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ٥٠﴾[4] ولا بد للإنسان الذي يُبتلى بالعقم أن يصبر عليه، وأن يعلم علم اليقين أن لله سبحانه حكمة في ذلك وحكمة الله وإرادته لا يضادان."[5] وقال أيضا أن الحالة التي يمتنع فيها الحمل إلا بالأنبوب ليست مرضية وبالتالي لا يصدق عليها ما يصدق على ما يطلب للمرضى من علاج ودواء فلا يباح للطبيب علاجها."[6]

الفرع الثاني: التلقيح الصناعي خارج العلاقة الزوجية

ظهرت صور للتلقيح الصناعي تجرى خارج إطار العلاقة الزوجية، ولهذا فمن البديهي أن تكون كلها محرّمة لأنها إما تدخل في مفهوم التبني، وإما تدخل في مفهوم الزنا، وإما ترتب مفسدة لتمامها بعد وفاة أحد الزوجين أو كلاهما.

أولا: التلقيح الصناعي الشبيه بالتبني

ظهرت للتلقيح الصناعي اليوم صورة مشبوهة، وهي أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بمني رجل أجنبي ثم تزرع اللقيحة الناتجة في رحم زوجته، هذا وإن كان ينسب الولد إلى زوجها لقاعدة "الولد للفراش"، إلا

---

1. أحمد الحجي، المرجع السابق، ص 75.
2. أحمد الحجي، المرجع السابق، ص 73.
3. عبد الحليم محمود، فتاوى، ط 5، ج 2، دار المعارف، القاهرة، 2002، ص 245.
4. سورة الشورى، الآيتان 49 و50.
5. محمد إبراهيم شقرة، طفل الأنبوب، مجلة البعث الإسلامي، جامعة عليكراه الإسلامية، الهند، عدد 59، نوفمبر 1984، ص 92.
6. محمد إبراهيم شقرة، المرجع السابق، ص 93 و94.

أن هذا لا يستلزم صحة التلقيح الذي تم بهذه الطريقة، فيبقى محرّما[1] لأنه كما قال محمد شلتوت أنه أفظع جرما من التبني، لأن هذا الأخير يعني أن ينسب رجل ولدا إلى نفسه وهو يعلم أنه ليس ولده، أما التلقيح بهذه الطريقة يجمع بين التبني والزنا،[2] أو نكاح الاستبضاع كما كان يعرف في الجاهلية حيث "كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها: أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح يسمى نكاح الاستبضاع" وهو من نكاح الجاهلية الذي هدمه الإسلام.[3]

ثانيا: التلقيح الصناعي الشبيه بالزنا

صورة أخرى مشبوهة للتلقيح الصناعي وهي أن يتم التلقيح بمني الزوج لا لبويضة زوجته بل بويضة امرأة أخرى أجنبية، ثم بعد التلقيح تزرع البويضة الملقحة في رحم زوجته، فيكون الزوج بذلك قد أنجب من غير زوجته، وهذا هو عين الزنا الذي حرّمه الله، وبهذا فالتلقيح الصناعي بهذه الصورة محرّم بلا شك، وقد قال محمد شلتوت عن هذا التلقيح بأنه "جريمة منكرة وإثم عظيم يلتقي مع الزنا في إطار واحد: جوهرهما واحد، ونتيجتهما واحدة، وهي وضع ماء رجل أجنبي قصدا وفي حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية، يظلها القانون الطبيعي والشريعة السماوية."[4]

ثالثا: التلقيح الصناعي بعد وفاة أحد الزوجين

وهذه الصورة من التلقيح تفترض أن يكون أحد الزوجين أو كلاهما قد حفظ ماءه مجمدا، إما نطفة الزوج مجمدة، أو بويضة الزوجة مجمدة، أو كلاهما، فإذا توفي أحدهما أو كلاهما، تم تلقيح البويضة المحفوظة بالمني المحفوظ، ثم بعد تمام عملية التلقيح، يتم زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى على قيد الحياة أجنبية عن الزوجين.

وقال صاحب النوازل في حكم هذه المسألة بالتحريم لعدم قيام الزوجية،[5] كما قال مصطفى الزرقاء بعدم جواز هذه الصورة من التلقيح الصناعي لأن الزوجية تنتهي بالوفاة، عندئذ يكون التلقيح قد تم بنطفة رجل صار أجنبي عن صاحبة البويضة، فهي إذن نطفة محرّمة.[1]

---

1. يقول وهبة الزحيلي: "وأما إن كان بماء رجل أجنبي عن المرأة، لا زواج بينهما، فهو حرام، لأنه بمعنى الزنا الذي هو إلقاء ماء رجل في رحم امرأة ليس بينهما رابطة زوجية." راجع: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 559.
2. محمود شلتوت، المرجع السابق، ص 329.
3. محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 2011، ص 275.
4. محمد شلتوت، المرجع السابق، ص 328.
5. بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص269.

وبهذا يتبين أن التلقيح الصناعي الذي يتم خارج العلاقة الزوجية هو محرّم بجميع صوره مهما كانت ظاهرة أم لم تظهر بعد، لأن مدار الحل إنما يكون في إطار قيام الزوجية، لا قبلها ولا بعد انتهائها سواء بموت أو بطلاق بائن.

وبعد هذه الدراسة المتواضعة لحكم التلقيح الصناعي، تبين خلاف الفقهاء في مسألة جوازه وتحريمه، ونميل إلى جواز التلقيح الصناعي الداخلي في إطار العلاقة الزوجية وفي حياة الزوجين لكونه عُرف عند الفقهاء القدامى بالاستدخال؛ لكننا نبقى ورعين بخصوص التلقيح الصناعي الخارجي فنميل إلى تحريمه خشية وقوع الأخطاء المضيعة للنسب، والله تعالى أعلم.

تبقى مسألة التلقيح بمني أسرى السجون الإسرائيلية كمسألة خاصة نبين خصوصيتها، ثم نبين حكمها لصدور فتاوى خاصة بها.

المبحث الثاني: أحكام التلقيح الصناعي بنطف أسرى السجون الإسرائيلية بصفة خاصة

تبين فيما سبق أن مسألة التلقيح الصناعي مختلف فيها بين التحريم والجواز، والذين أجازوها لم يجيزوا إلا ما كان بنطفة الزوج وبويضة الزوجة دون تدخل ثالث، وخلال الحياة الزوجية لا بعد انحلالها بطلاق بائن أو فسخ أو وفاة، كل هذا وفق ضوابط شروط ومحاذير دقيقة.

وإن كان هذا الحكم ينطبق على التلقيح الصناعي الهادف لعلاج العقم بصفة عامة، فهل ينطبق على أسير السجون الإسرائيلية بصفة خاصة حيث لا عقم بل منع من الإنجاب بأحكام مؤبدة أو عالية، هذا في الوقت الذي يسعى فيه العدو الصهيوني إلى قطع نسل الشعب الفلسطيني المحتل، وبهذا نتساءل هل تعد حاجة الأسير للإنجاب حاجة شرعية تجعل من لجوئه إلى التلقيح الصناعي بتهريب نطفته إلى زوجته من الضرورات المبيحة للمحظورات؟

إجابة على هذا التساؤل، نبحث في مدى حق الأسير في الإنجاب، ثم نبين حكم التلقيح الصناعي لزوجة الأسير.

المطلب الأول: مدى حق أسير السجون الإسرائيلية في الإنجاب

بادئ ذي بدء، يجب تمييز أسير السجون الإسرائيلية عن السجين العادي، إذ الثاني مسجون في جرائم معاقب عليها، في حين الأول مجاهد وقع أسيرا لدى العدو المحتل، له حق الحرية وحق الإنجاب

---

1. مصطفى أحمد الزرقاء، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب ورأي الشرع فيهما، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الثالثة المنعقدة في ربيع الآخر 1980 م، (مطبوع)، نقلا عن محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط 2، 1999، ص 110.

وسائر حقوق الإنسان، ومع ذلك طالب أسرى الاحتلال السماح لهم بالخلوة الشرعية مع زوجاتهم إلا أنه رفض، فلجأ الأسرى إلى حيلة للإنجاب بتهريب نطفهم إلى زوجاتهم من أجل تلقيحها صناعيا.[1]

الفرع الأول: الخلوة الشرعية للأسير بزوجته

اختلف الفقهاء في مسألة حق الأسير في الخلوة الشرعية بزوجته على قولين: قول بتحريمها وقول بإجازتها، ومع ذلك تحفّظ الأسرى الفلسطينيون عنها لأسباب نوردها بعد أن نبين حكم هذه الخلوة.

أولا: حكم الخلوة الشرعية للأسير بزوجته

يرى المالكية أن الحبس في السجن عقوبة وإصلاح للجاني، يجب أن يلعب دورا في التضييق عليه ومنعه من جميع اللذات إلى أن تنتهي عقوبته، فإن يسمح له بالخلوة بزوجته لا تصبح لحبسه جدوى.[2] ويبدو لنا الرأي معقولا خصوصا وأن خلوة الزوج بزوجته لا يمكن تصور وقوعها خارج بيت الزوجية، ولعل تصورنا هذا ينطبق مع حديث عائشة رضي الله عنها المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال: "أيما امرأة وضعت ثيابها في غير بيت زوجها فقد هتكت ستر ما بينها وبين الله"،[3] كما أنه من المقرر شرعا أن للزوجة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها بسبب حبسه،[4] حتى لا تسري عليها آثار عقوبة زوجها، وليذوق وحده وبال جريمته، فلا داعي إذن للخلوة في السجن.

ويرى الشافعية والحنابلة أن السجن لا يمنع نزيله من الخلوة بزوجته إذا أراد ذلك، لأن السجين كما له شهوة الأكل والشرب والنوم، له أيضا شهوة الجماع، فكما يجب على من حبسه إطعامه يجب أيضا السماح له بالخلوة مع زوجته، غير أن هذه الخلوة لا تتم إلا وفق ضوابط تتمثل فيما يلي:[5]

-أن يكون السجين محكوما عليه بالمؤبد أو بحكم عالي طويل المدة، فالأسر لمدة قصيرة يحرر بعدها السجين لا حاجة معه إلى طلب الخلوة.

---

1. عفاف فوزي محمد علي الربايعة، إنجاب زوجات الأسرى في السجون الإسرائيلية عن طريق التلقيح الصناعي وموقف الشرع منه، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2017، ص 27.

2. عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة، حق السجين في الخلوة الشرعية -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني- مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، غزة، مج 20، عدد 1، 2012، ص 91.

3. صححه الألباني في آداب الزفاف.

4. محمود عباس صالح أبو عيسى، التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2005، ص 40.

5. عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة، المرجع السابق، ص 101.

– وجوب توفر مكان مناسب يختلي فيه الأسير بزوجته، ويقع هذا الواجب على إدارة السجون التي يجب عليها تأمينه، وهذه النقطة بالذات لا يمكن تصور قيام الكيان اليهودي الغاصب بها، وإن قام بها فلا أعتقد أن يؤمن عليها بوائقه.

– وجوب توثيق زيارات الزوجات لأزواجهن في سجل رسمي خاص من أجل حفظ حقوقهن وإثبات النسب في حالة إنجابهن خلال فترة سجن بعولتهن.

– وجوب إنشاء مراكز طبية تابعة للسجون، تُعنى بفحص الأسير وزوجته، للتأكد من خلوهما من الأمراض.

– وجوب تنظيم الخلوة الشرعية بتحديد فتراتها ومدتها وعدد الزيارات بموجب قانون، وعدم ترك السلطة التقديرية فيها للسجان لتفادي الظلم أو التمييز في تطبيقها.

– وجوب الإشهاد على وقوع الخلوة بين الأسير وزوجته لتجنب اتهام الزوجة بالزنا.

– وجوب تكوين السجانين في مجال معاملة السجين وعدم المساس بحقوقه كإنسان، ووجوب إخضاع وظيفتهم للرقابة من أجل ضمان حقوق المساجين الإنسانية.

ثانيا: تحفظ أسرى السجون الإسرائيلية على الخلوة الشرعية

حتى وإن أجازها بعض الفقه، غير أن أسرى السجون الإسرائيلية أبدوا تحفظهم على الخلوة الشرعية لدواعي أمنية أهمها ما يلي:[1]

–إجراء الخلوة الشرعية يتم داخل غرفة خاصة يشرف عليها الاحتلال اليهودي، واليهود لا أمانة لهم، وبإمكانهم لدهائهم ومكرهم التقاط الخلوة بالصوت والصورة.

– تخوف الأسرى وأزواجهم من استغلال العدو لحاجتهم إلى الخلوة، وابتزازهم من خلالها، والضغط عليهم واستخدام صورهم لتحطيم أخلاقهم.

– استحالة المماثلة بين أسرى سجون الدول الذين تسعى إدارات سجونهم إلى إصلاحهم، وبين أسرى السجون الإسرائيلية الذين يسعى العدو إلى تحطيمهم وقطع نسلهم وإبادتهم، حيث يستحيل أن يسعى اليهودي الغاصب إلى تحقيق مآرب الشعب المحتل.

– شدة الحذر الملازمة للأسرى الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية من كيد الكيان الغاصب من أن يمس أسرهم بسوء.

– رفض أغلب زوجات الأسرى الخضوع لمثل هذه الفكرة، وممارستها في سجون عدو لا حرمة له ولا أمانة.

---

[1]. رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية الأسيرة في الفترة ما بين 1985 إلى 2015، ط 1، إصدارات وزارة الإعلام، فلسطين، 2018، ص 203.

لهذه الأسباب، عدل الأسرى الفلسطينيون عن فكرة الخلوة الشرعية بزوجاتهم في سجون العدو كطريق للإنجاب، وفكروا في حيلة أخرى بديلة عنها تمثلت في تهريب نطفهم خارج السجون، وإلحاقها بزوجاتهم لإجراء التلقيح الصناعي، ومن ثم الإنجاب وتحقيق حلمهم في الأبوة.

الفرع الثاني: تهريب نطف الأسرى من السجون الإسرائيلية

نعرّف أولا بظاهرة تهريب نطف أسرى السجون الإسرائيلية ونبين كيف نشأت، ثم نبين حكمها.

أولا: التعريف بظاهرة تهريب نطف الأسرى من السجون الإسرائيلية

طالب الأسرى بحقهم في الإنجاب من داخل السجون عن طريق الخلوة الشرعية بزوجاتهم، وفقا للقوانين الدولية السارية في أغلب سجون المجتمع الدولي بما فيهم سجون الكيان اليهودي، حيث تعرف عندهم الغرفة الخاصة بالخلوة بغرفة الحب. لكن الاحتلال اليهودي رفض، ومن طبعه أن يرفض لمعارضته الشديدة بكل الوسائل فكرة الإنجاب لدى الأسرى الفلسطينيين إذا لم نقل لدى الشعب الفلسطيني ككل، وعمل على محاربتها بكل الطرق، واتضح هذا الرفض في أعقاب عقد قران عميد الأسرى العرب سمير القنطار على فتاة فلسطينية من مدينة حيفا المحتلة خلال اعتقاله سنة 1993، والذي أثار ضجة كبيرة في وسط العدو، الأمر الذي دفع رئيس الكيان المحتل السابق شمعون بيراس بالتصريح إعلاميا وبكل غيظ بأن "ذرية سمير القنطار لن ترى النور ما دمت على قيد الحياة"، حدث هذا في الوقت الذي تم السماح للسجين اليهودي ييجال عامير قاتل رئيس وزراء الكيان اليهودي الأسبق إسحاق رابين، مما يدل على عنصرية إدارة السجون الإسرائيلية تجاه الأسير الفلسطيني.[1]

وبسبب هذا المنع والتضييق على الأسرى الفلسطينيين، ومنعهم من الإنجاب بالطرق الرسمية، اضطروا إلى اللجوء إلى طرق بديلة إبداعية لتحقيق حلم الإنجاب كحق إنساني، فبرزت فكرة الإنجاب من داخل السجون عن طريق تهريب النطف، وأول محاولة تهريب كانت عام 2002، حيث نجح التهريب ولكن لم تنجح عملية التلقيح الصناعي بسبب موت الحيوانات المنوية قبل وصولها للزوجة، لعدم توفر المناخ المناسب لها.

وبقيت المحاولات تتكرر إلى أن سجلت الحركة الوطنية الفلسطينية أول انتصار في الإنجاب عن طريق النطف المهربة، وكان ذلك في 13 أوت 2012، حيث ولد الطفل مهند عمار الزبن، إبن الأسير عمار الزبن المحكوم عليه بالسجن المؤبد، ثم تكررت الظاهرة وتوسعت إلى أن وصل عدد أطفال النطف المهربة عام 2021 إلى 99 طفلا أطلق عليهم فيما بعد اسم "سفراء الحرية"، و"أطفال النطف المهربة".[2]

ثانيا: إجراءات تهريب نطف الأسرى من السجون الإسرائيلية

---

[1]. رأفت خليل حمدونة، المرجع السابق، 2018، ص 204.

[2]. عبد الناصر فروانة، النطف المحررة كفعل مقاوم، 2021/10/11، اطلع على الموقع بتاريخ 2022/08/24، 14:00 https://www.palestine-studies.org/ar/node/1651712

نظرا لصغر حجم النطف، يخفيها الأسرى داخل غطاء قلم حبر، أو كبسولة دواء، أو في مكان نواة تمرة، أو في هدية صغيرة مصنوعة داخل السجن، أو في أي شيء يمكن تسليمه خفية لأهلهم عند الزيارة، وبهذا يتم تهريبها خارج السجون.

تتصل الزوجة أو أسرتها وأسرة الأسير بمركز طبي لعلاج العقم من أجل القيام بعملية التلقيح الصناعي، وبخصوص تكاليف العملية، كشف وزير الأسرى الفلسطيني عيسى قراقع بأن السلطة الفلسطينية قد قررت إجراء عمليات التلقيح الصناعي الخارجي بالمجان لجميع الأسرى الراغبين، وتجدر الإشارة ههنا إلى أن مركز رزان التخصصي لعلاج العقم والذي يديره الدكتور سالم أبو خيزران في نابلس قد ساهم في هذه المبادرة بقيامه بهذه العمليات مجانا.

بعد وصول النطف إلى المركز الطبي، يتسلم المخبر عينة النطاف بحضور شاهدين من أهل الأسير وشاهدين من أهل الزوجة، كما يتسلم نسخة من عقد الزواج لإثبات قيام الزوجية، ثم توضع العينة في عبوة المختبر لفحصها وتخزينها، وتوثق عليها جميع المعلومات الخاصة بها تجنبا لحصول أخطاء، فيدون اسم الأسير وتاريخ تسلم عينة نطافه، واسم الزوجة، والبلد، وطبيعة العينة، ورقمها، وتسلم نسخة من رقم العينة للمعنية للاحتفاظ بها تجميدها، كما تسجل في دفتر المركز.

وبعد أن تجرى للزوجة عملية أخذ بويضة صالحة من رحمها، يتم التلقيح الصناعي خارجيا عن طريق الأنابيب كما سبقت الإشارة إليه، وبعد نجاح عملية الإخصاب، تؤخذ اللقيحة وتزرع في رحم الزوجة لاستكمال مراحل الحمل طبيعيا.

ويطلب المركز من الزوجة الإشهاد بقيامها بعملية التلقيح الصناعي، مع التشهير بها حتى لا تتهم بالزنا من طرف المجتمع، وبهذا، عند اكتمال الحمل طبيعيا، يولد الطفل إن أذن الله له بذلك، ويصبح الأسير أبا بهذه الطريقة التي أطلق عليها فيما بعد اسم "الإنجاب من داخل السجون"، وهي تمثل انتصارا للأسرى، وتحديا للاحتلال، وغيظا يغيظ اليهود.[1]

المطلب الثاني: حكم التلقيح الصناعي لزوجة أسير السجون الإسرائيلية

اختلفت الفتاوى بخصوص مسألة تهريب نطف أسير السجون الإسرائيلية بين محرم لها على أساس أن الإنجاب بتلك الطريقة يستحيل علمياولا يعد ضرورة، وبين مجيز لها على أساس حق أسير الحرية في الإنجاب، وعلى أساس التمرد على العدو.

الفرع الأول: القول بتحريم التلقيح الصناعي لزوجة أسير السجون الإسرائيلية

كما سبقت الإشارة إليه، فإن القائلون بتحريم التلقيح الصناعي عن طريق تهريب نطف الأسير، أسسوا فتواهم على الاستحالة العلمية للعملية من جهة، وعلى انعدام الحاجة والضرورة للإنجاب من داخل السجون.

---

[1]. عفاف فوزي محمد علي الربايعة، المرجع السابق، ص 40 إلى 44.

أولا: الاستحالة العلمية لعملية التلقيح الصناعي لزوجة الأسير

في بيان حكم ما يمارسه أسرى فلسطين في سجون اليهود من تهريب نطفهم إلى زوجاتهم لتلقيحها صناعيا، قال الدكتور سمير مراد ما يلي:

"لأجل أن تكون فتياي صحيحة، تعرفت على بعض القضايا العلمية التي هي مدار الفتوى، حول النطف كيف تخرج، وكيف تحفظ، وما مدة بقاء النطف، وما هي طرق تخزينها وحفظها، فوجدت التالي:

. أن النطفة إذا أدخلت إلى الرحم، فيمكن أن تعيش كأقصى حد 48 ساعة فقط، ومن المعلوم أن الرحم هو البيئة الصحيحة لذلك.

. إذا تعرضت النطف للهواء تموت خلال دقائق، ما لم تنقل إلى بيئة تشابه بيئة مهبل المرأة.

. إذا جف السائل المنوي، فإن النطف تموت لأنه غذاءها.

. ومن خلال قول د. حامد عبد الله –أستاذ الأمراض التناسلية وأمراض العقم– أن النطف في المعامل الطبية لا تعيش أكثر من ساعتين.

. حفظ الحيوان المنوي مكلف وله طرق طبية حديثة خاصة.

. اختلاف درجة الحرارة عن حرارة الخصيتين والمهبل يؤدي إلى موت الحيوان المنوي.

. طرق حفظ النطف العلمية هي التبريد، والتجميد.

. هذا والنطف المهربة تظل مدة 12 ساعة حتى يصلوا بها إلى المختبرات، ولا نعرف شيئا عن الأدوات المستعملة لحفظ هذه النطف، وما مدى صلاحيتها لذلك.

. وذكر أن النطف توضع في مملحة تلف بخرق.

قلت: وبناء على هذه المعطيات العلمي، ووسائل الحفظ المجهولة، وطبيعة النطف وأنها لا تقدر على البقاء أكثر من ساعتين كحد أعلى على قيد الحياة وهي في المعامل الطبية، ما لم تكن في الرحم أو في بيئة مماثلة له، فإن ما تطمئن إليه نفسي: أن هذا الفعل غير صحيح وغير جائز بل حرام شرعا للمحاذير التالية:

1. لا توجد وسيلة صحيحة لحفظ النطف المهربة.
2. ولو وجدت، فإن أطول المدة الزمنية التي يتم بها إيصال النطف لا يمكن للنطف البقاء معها حية.
3. تعريض نساء المسلمين لزراعة نطفة مشكوك فيها، ما يجب أن تنزه عنه نساء المسلمين.
4. تنبيه المركز المشرف على التلقيح، وكيف يؤمن الدعم المالي لذلك، مع أنها مكلفة جدا.
5. عدم وجود حاجة حقيقية لذلك.

قلت: وهذه الفتوى عامة وإن كان سببها خاصا."[1]

ثانيا: عدم وجود حاجة أو ضرورة للتلقيح الصناعي لزوجة الأسير

وفي جوابه على سؤال حول تهريب نطفة أسير فلسطيني لإجراء زراعة جنين خشية التقدم في السن وأثره على الإنجاب، قال مركز الفتوى:[2] "هذه الصورة من صور التلقيح الصناعي إنما تجوز لضرورة أو حاجة تنزل منزلتها، وذلك نظرا لما تستلزمه من كشف العورات وغير ذلك، وما ذكر في السؤال ليس بضرورة إجراء العملية المذكورة، حيث لا توجد ضرورة قائمة، وغاية ما هنالك هو مجرد الخوف من عدم الإنجاب مستقبلا، وإنما تتحقق الضرورة أو الحاجة عند تحقق عدم القدرة على الإنجاب، ومن ثم فلا يجوز إجراء تلك العملية والحال ما ذكر."[3]

لكننا تعقيبا على قول المفتي "إنما تتحقق الضرورة أو الحاجة عند تحقق عدم القدرة على الإنجاب"، نتساءل بحيرة بخصوص الأسير المحكوم عليه بالمؤبد، ألم تتحقق بشأنه عدم القدرة على الإنجاب تبعا لعدم القدرة على تلاقيه مع زوجته ؟؟؟

الفرع الثاني: القول بجواز التلقيح الصناعي لزوجة أسير السجون الإسرائيلية

كما سبقت الإشارة إليه، فإن القائلون بجواز التلقيح الصناعي عن طريق تهريب نطف الأسير، أسسوا فتواهم على حق أسير الحرية في الإنجاب، وعلى أساس التمرد على العدو وإثارة غيظه، لكنهم وضعوا ضوابط مشددة على العملية حفظا للأنساب.

وقد رجحت دار الإفتاء الفلسطينية الرأي القائل بجواز التلقيح الصناعي لزوجة الأسير، وذلك على أساس قاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"، حيث رجحت باجتهادها كفة المصالح على المفاسد كما سيتبين أدناه.

أولا: جواز التلقيح الصناعي لزوجة الأسير

قال الشيخ عبد الباري محمد خلة: "إذا كان المكلف يستطيع الإنجاب بالطريقة العادية التقليدية وهو اللقاء الجنسي بين الزوجين، فلا يجوز التلقيح الصناعي وغيره من الطرق المعاصرة. أما إن كان هناك ضرورة كالمشاكل التي تواجه أحد الزوجين، ويكون العلاج لها الزراعة، فلا بأس من ذلك بشروط

---

[1]. سمير بن عبد الرزاق مراد، حكم التلقيح بالنطف المهربة للفلسطينيين من سجون اليهود، فتوى صادرة بتاريخ 2015/03/10، الموقع الرسمي لفضيلة الشيخ الدكتور سمير بن عبد الرزاق مراد، https://sameershaf3y.com، اطلع على الموقع بتاريخ 2022/08/24، 14:30.

[2]. (إسلام ويب) موقع إسلامي دعوي، ينتهج منهج أهل السنة والجماعة في المعتقد والعمل، ويقوم عليه نخبة من حملة الشهادات الشرعية واللغوية والفنية، كما يكتب فيه عدد من الأسماء البارزة.

[3]. فتوى رقم 320377، صادرة بتاريخ 2016/01/17، اطلع على الموقع بتاريخ 2022/08/24، 15:00. https://www.islamweb.net/ar/fatwa/320377/

وضوابط خاصة. ومن حق الأسير الحرية وطلب الولد، فإذا حرم الحرية فلا بأس من التلقيح الصناعي الحاصل بين الأسير وزوجته عن طريق تهريب النطفة، ولكن بشروط دقيقة منها:

1. الدقة في نقل النطفة وعدم نقل أكثر من نطفة للشخص الناقل تجنبا لشبهة التبديل.
2. التأكد من نقل العينة من الأسير وحقنها في زوجته فقط.
3. إشهاد الأسير على النطفة التي أخرجها منه.
4. أن يكون الناقل ثقة.
5. إعلام أهل الزوج وأهل الزوجة بذلك.
6. إعلام الجهات الشرعية والقضائية والرسمية والقانونية بتلك العملية.

بهذه الضوابط يجوز التلقيح ولا حرج به وهو نوع من الثورة والتمرد على المحتل وتحد له".[1]

إذن نرى أن الشيخ يعتبر تهريب نطف أسرى السجون الإسرائيلية من أجل القيام بالتلقيح الصناعي والإنجاب خارج السجون هي من عوامل الثورة على العدو وهي جائزة بضوابط.

ثانيا: المصالح والمفاسد المترتبة على عملية التلقيح الصناعي

في جوابها على السؤال المتعلق بالتلقيح الصناعي لزوجة الأسير، ردت دار الإفتاء الفلسطينية على السؤال ببيان الخلاف الفقهي حول المسألة، ولحسم الأمر، رجحت حكم الجواز بضوابط، وذلك بعد أن بينت رجحان المصالح على المفاسد.

أما المفاسد، فعددتها فيما يلي:

. الخوف من اختلاط الأنساب، إما بالخطأ، أو تعمد ذلك من بعض الأطباء، طمعا في الشهرة والمال من وراء إنجاح العملية لعدم توافر الأمانة والعدالة الكافية عند بعضهم.

. الخوف من التشهير والسمعة، ومس العرض والشرف، بسبب ضعف الوعي في ثقافة الإنجاب الصناعي عند بعض الناس.

. انكشاف العورة على الأجنبي.

وأما المصالح، فعددتها فيما يلي:

. إشباع رغبة الإنسان الفطرية في الإنجاب، وعدم الخشية من فوات نسله.

. انشغال زوجة الأسير بتربية الأولاد يعينها على الصبر وتحمل ألم الفراق.

. رفع معنويات الأسير باستبقاء نسله.

---

[1]. عبد الباري محمد خلة، حكم تهريب النطف من السجون وتلقيحها للزوجات، اطلع على الموقع بتاريخ 2022/08/24، 15:30. https://ar-ar.facebook.com/abedelbarykhleh/posts/941634669223233/

. نكاية العدو لمحاولته منع ذلك بالوسائل كلها.

بعد تعداد مفاسد ومصالح التلقيح الصناعي لزوجة الأسير، أدلت دار الإفتاء الفلسطينية برأيها الراجح كما يلي: "عند التعارض بين المصالح والمفاسد، تُقدم المفاسد، للقاعدة الشرعية: **درء المفاسد أولى من جلب المصالح**؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناءه بالمأمورات، وإذا كانت المصلحة أعظم وأظهر من المفسدة فهي معتبرة عندئذ.

ونرى أن ميزان المصالح يترجح على ميزان المفاسد في هذه المسألة، لإمكانية تلافيها بالتمسك بوسائل الحيطة كلها، والحذر لمنع وقوع الأخطاء عند التلقيح، واعتماد الأطباء الثقات العدول المؤتمنين لإجراء العمليات، ويمكن زيادة الوعي الثقافي لدى الناس وتوعيتهم لهذا النوع من الإنجاب.

كما أن المقاصد الحسنة معتبرة ما لم يخالفها مانع شرعي، (والمانع في هذه المسألة هو كشف عورة المرأة أمام أجنبي) الذي قد يُتجاوز للمصلحة والضرورة، فالحاجة تنزل منزلة الضرورة كما هو مقرر عند الفقهاء.

لذلك يمكن القول بجواز الإنجاب عن طريق الأنبوب باستجلاب مني الأسير، وذلك بالشروط الآتية:

1.أن يكون الماء من كلا الزوجين، وأن تكون الزوجية ما زالت قائمة بينهما، فيحرم القيام بهذه العملية بعد الموت، أو الفسخ، أو الطلاق.

2. موافقة الزوجين ورضاهما (ويفضل عدم ممانعة الأهل أيضا).

3. حضور الزوج عملية التلقيح، وفي حال الأسير، شهود مجموعة من أهل الزوجين، ومن قرابة الدرجة الأولى.

4. إشهار عملية الإنجاب بهذه الطريقة بين أبناء البلد.

5. عدم وجود وسيلة أخرى للعلاج.

6. ألا يُصار إلى طبيب معالج، إلا عند تعذر وجود طبيبة متخصصة.

7. أن تكون الزوجة مدخولا بها، بخلاف غير المدخول بها (لأنها عندئذ تكون مخطوبة في عرف الناس وليست زوجة، إذ أن حمل غير المدخول بها بهذه الطريقة فيه محاذير كثيرة، يرى المجلس من الأوجه سد هذا الباب).

8. أن لا تكون العملية بواسطة أطباء غير ثقات.

9. أن لا يسمح للأسير الخلوة بزوجته، ويتعذر اجتماعه بها.

10. أن تكون المحكومية عالية، أو نسبة مدة المحكومية إلى عمر أحد الزوجين، يخشى معها على أحدهما فوات القدرة على الإنجاب.

11. أن يكون المركز الطبي مرخصا قانونيا.

12. إتلاف الحيوانات المنوية المتبقية بعد نجاح عملية التلقيح، وحصول الإنجاب، ويمنع الاحتفاظ بمني الزوج بعد ذلك منعا باتا."[1]

خاتمة

نخلص إلى القول بأن التلقيح الصناعي هو عملية مساعدة على الإنجاب لمن يعاني من العقم المانع من الإخصاب بصفة عامة، أو لمن منع منه بسبب أسره في سجون العدو بصفة خاصة، ويتم إما داخليا باستدخال مني الزوج في مكان حرث الزوجة، وهذا كان معروفا لدى الفقهاء القدامى؛ وإما خارجيا عن طريق استجلاب كل منطقة الزوج وبويضة الزوجة، وإجراء تلقيحهما داخل أنبوب، ثم زرع اللقيحة في رحم الزوجة، لاستكمال مراحل الحمل.

وقد خلصنا من هذه الدراسة إلى **النتائج** التالية:

– التلقيح الصناعي الداخلي كان معروفا في الفقه القديم باسم "الاستدخال"، وليس بتقنية حديثة.

– التلقيح الصناعي الخارجي هو الذي يعتبر من النوازل الحديثة التي لم يشرع بشأنها نص يبين حكمه.

– اختلف الفقه الإسلامي المعاصر في حكم التلقيح الصناعي باختلاف نظرتهم إلى العقم ومدى اعتباره ضررا: فمن اعتبره ضررا أجازه على أساس العلاج؛ ومن لم يعتبره ضررا حرّمه على أساس انتفاء الحاجة الشرعية والضرورة الشديدة إلى اللجوء إليه.[2]

– الفقه الذي أجاز التلقيح الصناعي، اشترط أن يكون بنطفة الزوج دون غيره، وببويضة الزوجة دون غيرها، وأن تزرع اللقيحة في رحم الزوجة دون غيرها، كل ذلك أثناء قيام الزوجية لا بعد فسخ ولا طلاق ولا وفاة؛ أما باقي صور التلقيح الصناعي فكلها محرّمة لدخولها في مفهوم الزنا والتبني.

– التلقيح الصناعي لزوجة أسير السجون الإسرائيلية هو الآخر اختلف في حكمه على أساس انتفاء سببه وهو العقم، غير أن منع الأسير من الخلوة الشرعية بزوجته اعتبر كمنعه من الإنجاب، كما أن تهريب نطف الأسير من أجل التلقيح والإنجاب خارج سجون العدو اعتبر صورة من صور الثورة على الكيان الغاصب، مما جعل بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول بجوازه، كما أصدرت دار الإفتاء الفلسطينية فتوى حاسمة بجواز تهريب نطف أسرى السجون الإسرائيلية من أجل القيام بالتلقيح الصناعي للمساعدة على الإنجاب خارج السجون.

وسمحت لنا هذه النتائج إلى اقتراح **التوصيات** التالية:

---

[1]. دولة فلسطين، دار الإفتاء الفلسطينية، حكم التلقيح الصناعي لزوجة الأسير، فتوى صادرة بتاريخ 2013/03/28، الرقم: 4/2013/219، قرار 103/2، https://www.darifta.ps/majles2014/showfile/show.php?id=239 اطلع على الموقع بتاريخ 2022/08/24، 16:00.

[2]. يمكن للفائدة الاطلاع على الفتوى رقم 136 لفضيلة الشيخ أبي عبد المعز محمد علي فركوس، على موقعه الرسمي على الرابط: https://ferkous.com/home/?q=fatwa-136

– موضوع التلقيح الصناعي يلتصق التصاقا شديدا بموضوع النسب الذي يعد حفظه من المقاصد الشرعية الكبرى، مما يستوجب إحاطته بعناية فائقة من حيث تنظيمه وبيان محاذيره.

– وجوب وضع قوانين طبية دقيقة تنظم عملية التلقيح الصناعي، وتبين الصورة الجائزة منه وضوابطها، وتنص على تحريم باقي صوره الموقعة في الزنا والتبني.

– وجوب النص على إجراء إتلاف باقي الحيوانات المنوية بعد نجاح عملية التلقيح، ومنع الاحتفاظ بها منعا باتا تحت طائلة القانون.

– وجوب تكوين الأطباء في المجال الشرعي الخاص بالتلقيح الصناعي، وزرع مدى أهمية الحفاظ على النسب في نفوسهم لتقوية ملكة توقي الوقوع في الخطأ والحذر من تضييع الأنساب، وهذا قبل منحهم الاعتماد لممارسته.

– وجوب التشديد في منح الاعتماد للمراكز الصحية القائمة بهذه العمليات، واعتماد معيار الأطباء الثقات في تعيينهم.

– وجوب تقنين الضوابط الشرعية للجوء إلى التلقيح الصناعي، حتى لا يفتح ممارسته لمن لا تتوفر فيه الحاجة والضرورة الشرعية.

– وجوب توحيد الفتاوى المختلفة الصادرة من دور الإفتاء الإسلامية بخصوص صور التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي بصفة عامة؛ وبخصوص تهريب نطف أسرى السجون الإسرائيلية بصفة خاصة.

قائمة المراجع:

أولا: المراجع العربية

1.الكتب

1. محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 2011.
2. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، ط 1، مج 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.
3. جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية، ط 1، ج 2، دار الفاروق، القاهرة، 2005.
4. جمعة محمد بشير، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، المجلة الجامعة، عدد 7، 2005.
5. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط 5، ج 4: قسم الأحوال الشخصية، دار الإرشاد، مصر، (د.س.ن).
6. رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية الأسيرة في الفترة ما بين 1985 إلى 2015، ط 1، إصدارات وزارة الإعلام، فلسطين، 2018.
7. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 3: الحظر والإباحة، دار الفكر، دمشق، 1989.
8. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، جامعة الكويت، الكويت، 1993.

9. محمود شلتوت، الفتاوى، ط 18، ج 2، دار الشروق، القاهرة، 2001.
10. عبد الحليم محمود، فتاوى، ط 5، ج 2، دار المعارف، القاهرة، 2002.
11. عبد الله بن محمد المطلق، الفقه الميسر، ط 2، ج 5، قسم فقه الأسرة، دار الوطن، الرياض، 2012.
12. محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ط 2، دار النفائس، الأردن، 1999.
13. ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي، مطبوعة في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الدقهلية، مصر، (د.س.ن).

2. الرسائل

1. خوصة العربي، التلقيح الاصطناعي في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، الجزائر، 2019.
2.عفاف فوزي محمد علي ربايعة، إنجاب زوجات الأسرى في السجون الإسرائيلية عن طريق التلقيح الصناعي وموقف الشرع منه، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2017.
3. معيزة عيسى، الحمل، إرثه، أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة الجزائر، 2006.
4. محمود عباس صالح أبو عيسى، التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2005.

3. المقالات

1. شيخة أحمد التفاق، الإذن الطبي بين المنظور الشرعي والقانون الإماراتي –التلقيح الصناعي نموذجا– مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مج 16، عدد 1، 2019.
2. أحمد الحجي، حكم الإسلام في التلقيح الصناعي، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف، الكويت، السنة 7، عدد 83، 1971.
3. فريدة زوزو، نحو توجيه البحث العلمي بالنظر المقاصدي –التلقيح الاصطناعي نموذجا– مجلة الإحياء، مج 8، عدد 1، 2006.
4. محمد إبراهيم شقرة، طفل الأنبوب، مجلة البعث الإسلامي، جامعة عليكراه الإسلامية، الهند، عدد 59، نوفمبر 1984.
5. عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة، حق السجين في الخلوة الشرعية –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني– مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، غزة، مج 20، عدد 1، 2012.

4. القوانين

1. قانون رقم 18-11، مؤرخ في 2 يونيو 2018، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، عدد 46، المؤرخة في 29 يوليو 2018.

5. القواميس

1. جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، مج 5، دار المعارف، القاهرة، 1981.

2. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط 1، مج 1، عالم الكتب، القاهرة، 2008.

3. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، ط 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005.

6. مصادر الانترنت

1. عبد الناصر فروانة، النطف المحررة كفعل مقاوم، 2021/10/11،
https://www.palestine-studies.org/ar/node/1651712

2. سمير بن عبد الرزاق مراد، حكم التلقيح بالنطف المهربة للفلسطينيين من سجون اليهود، فتوى صادرة بتاريخ 2015/03/10، الموقع الرسمي لفضيلة الشيخ الدكتور سمير بن عبد الرزاق مراد، https://sameershaf3y.com

3. حكم التلقيح الصناعي لزوجة الأسير خوف عدم الإنجاب، فتوى رقم 320377، صادرة بتاريخ 2016/01/17، https://www.islamweb.net/ar/fatwa/320377/

4. عبد الباري محمد خلة، حكم تهريب النطف من السجون وتلقيحها للزوجات،
https://ar-ar.facebook.com/abedelbarykhleh/posts/941634669223233

5. دولة فلسطين، دار الإفتاء الفلسطينية، حكم التلقيح الصناعي لزوجة الأسير، فتوى صادرة بتاريخ 2013/03/28، الرقم: 4/2013/219، قرار 103/2،
https://www.darifta.ps/majles2014/showfile/show.php?id=239

6. الفتوى رقم 136 لفضيلة الشيخ أبي عبد المعز محمد علي فركوس، في موقعه الرسمي على الرابط:
https://ferkous.com/home/?q=fatwa-136

ثانيا: المراجع الأجنبية

1. Louis DALLAIRE, Les nouvelles techniques de reproduction humaine, polycopié, Centre hospitalier Sainte-Justine, 1989.

2 .Guy DURAND, Insemination artificielle, revue Laval, vol 33, n 2, 151-163.

3.Support de cours, Assistancemedicale à la procreation, universitémédicalevirtuelle francophone, 2010-2011, pp 1-38.

4. Dominique ROYERE, L'assistancemédicale à la procréation, revue adsp n 75, Juin 2011.

5.Bandiougou DOUCOURE,L'intérêt de l'insémination intra utérine dans la prise en charge de l'infertilité à trompe saine, thèsedoctorat en pharmacie, faculté de médecine et de pharmacie,université de Mali, 2010.

6. La procréationmedicalementassistée: Acquisitions récentes, Rapport d'un Groupescientifique de l'OMS, Organisation Mondiale de la Santé, Genève, 1992.

7. F.J.LEENHARDT, Reflexion surl'inséminationartificielle, voir: https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/22/leenhardt.pdf

التلقيح الاصطناعي بين مبرراته وشروطه في المشرع الجزائري

ط.د. مراد ريمة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
جامعة الجزائر02

د. فوداد كريمة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
جامعة سطيف02

ملخص:

قد استطاع الطب الحديث أن يبتكر طرقا فعالة للقضاء على العقم وأسبابه، حيث أتاح للإنجاب عن طريق التلقيح بالمساعدة الطبية سواء كان تلقيحا داخليا أو خارجيا، مما يمكن المحرومين من الذرية من تذوق مشاعر الأبوة والأمومة وبالتالي القضاء على العديد من المشاكل الأسرية والاجتماعية التي تنجم عن العجز عن الإنجاب.

وتهدف دراستنا إلى تحديد مبررات التلقيح الاصطناعي وكذا شروطه وفق المشرع الجزائري، متبعين في ذلك المنهج التحليلي الوصفي، وصولا إلى أن التلقيح الاصطناعي يتم وفق دواعي قد تكون خاصة بالرجل أو المرأة، ووفقا لشروط متمثلة في الرابطة الزوجية بالإضافة إلى توفر رضا الزوجين وتلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها.

الكلمات المفتاحية: تلقيح اصطناعي، إنجاب، أطفال أنابيب، حمل، بنك أجنة، أم بديلة، نسل، إخصاب اصطناعي.

Abstract:

Modern medicine has been able to devise effective ways to eliminate infertility and its causes, allowing giving birth by inoculation with medical assistance, whether internal or external, which can be Atomic deprived of a taste of parenting feelings and thus eliminate many family and social problems resulting from infirmity.

Our study aims to determine the justification and conditions of IVF, according to Algerian legislation, following that descriptive, analytical curriculum, in order to ensure that IVF is carried out on grounds that may be specific to men or women, under conditions of marital association, in addition to the availability of spousal consent and the insemination of the wife's egg with her husband's intent

Keywords: artificial insemination, reproductive, Kids Tubes, pregnancy, Agna Bank, surrogate mother, artificial fertilization.

مقدمة:

. . . تعد علاقة الزواج أمثل وأقدس علاقة مجدها الإسلام، وأعطاها العناية الكبيرة والرعاية الحصينة، كونها السبيل الشرعي الوحيد والفريد لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والمحافظة على الانساب عن طريق الانجاب وفي ذلك يقول عز وجل" المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا "ومن خلاله تكتمل متعة الحياة الاسرية التي تتوج بالإنجاب الذرية.

ومما لا شك فيه ليس لكل الأزواج القدرة على الانجاب فتنتج لديهم مشكلة العقم إما عند الزوج أو الزوجة، فالعقم مرض فهو محل بحوث متواصلة لمعرفة أسبابه وإمكانية علاجه، وفي هذا العصر الحديث وبعد أن كان يعالج بالعقاقير والأدوية مرورا بالتدخل الطبي عن طريق العمليات الجراحية، إلى أن توصل العلماء اليوم اكتشاف تقنية التلقيح الاصطناعي.

فقد أفرز القرن الواحد والعشرين معطيات علمية غاية في الابداع من خلال التقنيات الحديثة المستعملة في مجال العلوم الطبية والعلوم الخاصة بعلم الأحياء، ألا وهي تقنية التلقيح الاصطناعي التي تفجأ العالم بها، ذلك العالم الذي كان من منذ وقت قريب يعاني من العقبات والمشاكل الاجتماعية التي تكدر صفو الحياة الاجتماعية ككل وخاصة ظاهرة العقم وما رتبته من مآسي لدى الأسر بالدرجة الأولى وما تخلفه على المستوى الاجتماعي والاقتصادي للدول أيضا، ولذلك فقد اعتبر التلقيح الاصطناعي بمثابة الأمل الذي كان يراود كل هؤلاء الذين يعانون من تلك المشاكل.

ومن جهة أخرى إن العلاجات المتطورة في مجال الإنجاب قد انتشرت في جل بقاع العالم، وهذا بشكل متدرج ككل الإنجازات الطبية المتطورة، إذ تعد تجربة الجزائر في هذا المجال جد متواضعة مقارنة بالدول المتطور، وأول تجربة ناجحة لها في التلقيح الاصطناعي في مستشفى بارني بالعاصمة وكان ذلك سنة 1988 حيث تمت ولادة أول طفل عن طريق التلقيح الاصطناعي، وتواصلت بعدها الأبحاث في هذا المجل لكن دون نتيجة وتوقفت سنة 1991، وبعد أن حددت وزارة الصحة جملة من القوانين والمواد القانونية في التعليمة رقم 300 ل12 ماي 2001 التي تضبط وتنظم المساعدة الطبية والبيولوجية للإنجاب بطريقة جيدة تتماشى والشريعة الإسلامية والقيم التي تميز مجتمعنا، ومن ثم بدأ انتشار استعمال هذه التقنيات العلاجية في المصحات الخاص، حيث أن أول تجربة ناجحة عن طريق التلقيح المجهري في 2002 بمركز فريال بباب الزوار بالجزائر العاصمة.1

وهنا تبرز أهمية الموضوع إذ يعتبر طريقا بديلا للإنجاب في حال تعذر الإنجاب بالطريق الطبيعي، أي أنه يضمن تحقيق مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية وهو المحافظة على النسل في حدود الشرع والقانون لأن وسائل الإنجاب الصناعي وإن كانت تهدف إلى تحقيق سعادة الفرد وتتضمن استمرارية

---

[1] سعاد بخوش، **فعالية برنامج علاجي تدريبي تحصيني لخفض الضغط النفسي لدى العقيمات الخاضعات للتلقيح الاصطناعي**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص علم النفس المرضي، قسم العلوم الاجتماعية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017، ص 56.

وجوده إلا أن بعضها يثير الكثير من المشاكل الأخلاقية والقانونية والدينة، لذا وجب من جهة أن ألا تتم هذه التقنية إلا وجود دواعي ومبررات تقتضي إجرائها، ومن جهة وضع المشرع الجزائري مجموعة من الضوابط والشروط فيما يخص التلقيح الاصطناعي، لذا فإن الهدف وراء هذه الدراسة هو عرض المبررات والدواعي التي تدفع بالزوجين اللجوء إلى الإنجاب عن الطريق الصناعي، وكذا عرض أهم الشروط الذي وضعها المشرع الجزائري فيما يخص التلقيح الصناعي وعليه فالإشكالية المنبثقة عن هذه الورقة البحثية تكمن في:

ما هي مبررات التلقيح الصناعي والشروط التي وضعها له المشرع الجزائري؟

وللإجابة عن هذه الدراسة سنتبع المنهج الوصفي التحليلي وذلك لما تمليه أهداف الدراسة، حيث قسمنا ورقتنا البحثية إلى المحاور التالية:

1- مفهوم التلقيح الصناعي وتطوره التاريخي:

1-1- تعريف التلقيح الاصطناعي:

أولا: تعريفه في اللغة:

هذا المصطلح يتكون من كلمتين هما، التلقيح والاصطناعي، سنشرح كل منهما على حدا:

التلقيح: لقَحَتْ، لقَحًا، ولقَحًا، واللقَاحُ اسم ماء الفحل من الإبل والخيل، ويقال ألقح الفحل الناقة إلقَاحًا ولقَاحًا، فالإلقاح مصدر حقيقي، واللقاح :اسم لما يقوم مقام المصدر، كقول أعط عطاء واعطاء، وأصلح صلاحا واصلاحا، وأنبت نباتا وانباتا، وقال أصلح اللقاح للإبل ثم أستعير للنساء، فيقال لقحت إذ حملت1.

الاصطناعي: صَنَعَهُ، يَصْنَعَهُ، مَصْنوع وصُنعَ :عمله، والاصطناع :افتعال من الصنيعة وهي العطية والك ارمة والإحسان، ويقال :اصطنع فلان خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما.2

ثانيا: تعريفه في الاصطلاح:

التلقيح الاصطناعي هو تلك التقنية أو العملية التي يلجأ إليها الزوجان كآخر حل من أجل تحقيق رغبتهما في الإنجاب، وذلك بعد تأكدهما من عدم القدرة على الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي، ونشير إلى أن عمليات التلقيح الاصطناعي عرفت نجاحا ورواجا كبيرين وإقبالا شديدا من قبل غير القادرين على الإنجاب، كما أنها ساعدت على القضاء على بعض حالات العقم3.

---

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، المجلد الخامس، الجزء السادس والأربعون، ص 4057.

[2] ابن منظور، نفس المرجع، المجلد الرابع، الجزء السادس والثلاثون، ص2508.

[3] جيلالي تشوار، **الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم البيولوجية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص98

1-2- التطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي:

عرف التلقيح بغير طرق الجماع منذ القديم، والبعض يرد التاريخ إلى أكثر من 500 سنة، غير أنه أجري بداية على الحيوانات عند العرب، إذ يذكر كل من (ألون جونز وولتر بومر) في كتابهما "مستقبلنا الوراثي هل هو صدفة أم تخطيط" أن عملية الإخصاب الاصطناعي في الحيوانات قد عرفها العرب في القرن الرابع عشر ميلادي، بهدف اصطفاء سلالات جيدة من الخيول، إذ كانت بعض القبائل العربية يلقح خيولها من نطف جنسية تحصل عليها من حصان أصيل له الصفات الممتازة غير المتوفرة في الذكور الأخرى.

كما أن فقهاء الشافعية قديما قد تعرضوا للتلقيح الاصطناعي في كتبهم رغم عدم وجوده في الواقع، إلا أنهم تخيلوه، قد سماه الشافعية في كتبهم "الاستدخال" فقد أوردوا له صورا بعض جائز مشروع، وبعضها ممنوع غير مشروع.

ومن هنا نرى أن الفقهاء وعلماء الشريعة كانوا السباقين بالتنبؤ بوسائل الانجاب الصناعي، فقد تحدثوا قديما عن التلقيح الاصطناعي ولكن بمسمى مختلف، فقد ذكروه بلفظ الاستدخال وهو إذا استدخلت المرأة المني لرحمها بغير طريق الجماع، وهو إن لم يكن بصورة التلقيح الاصطناعي الحالية إلا أن تعاريف التلقيح الاصطناعي يمكن أن تنطبق عليه وقد جعلوه في معنى الجماع يقول صاحب مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج "وفي معنى الوطء، استدخال المني".[1]

ظهر التلقيح بصورته المعروفة في نهايات القرن التاسع عشر ميلادي وبدايات القرن العشرين، وكان البياطرة السباقين إلى إجراء التجارب المتعلقة بالإنجاب الصناعي، حيث أن أول تلقيح صناعي أجري كان افي سنة 1779م قام به الكاهن الإيطالي (لازار سبالانزاني) الأخصائي بعلم الغرائز، إذ أجرى التجربة على أنثى كلب، وقد استفاد من التجربة ونتائجها

الجراح (جون هنتر) فأعاد التجربة في سنة 1781م على أول امرأة، وتعلق الأمر حينها بزوجين لوجود عاهة وراثية بالزوج، وقد تمت بمني هذا الأخير، وتكللت التجربة بالنجاح وكانت تجربته فاتحة عهد جديد في الطب، وفي معالجة العقم المستعصي.

أما أول تلقيح بواسطة الغير فكان أول مرة سنة 1884م من مانح آخر غير الزوج في فيلادلفيا بالولايات المتحدة، وفي عام 1953 تم استخدام حيوانات منوية مجمدة لأول مرة لتلقيح آدمي اصطناعيا، ومن أجل ذلك فكر العلماء جديا في إنشاء بنوك لحفظ النطف والبويضات والأجنة.

وفي عام 1969 تمكن بريطانيان وهما البيولوجي (روبرت إدواردز) وطبيب النساء (باتريك ستبتو) من تلقيح بويضة في أنبوب اختبار، لكن البويضة المخصبة لم تعش حتى الانقسام الأول للخلية، وفي سنة

---

[1] حسن إبراهيم أحمد، **النظام القانوني للإنجاب بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية**، رسالة دكتوراه، قسم القانون المدني، جامعة عين الشمس، القاهرة ص 112.

1971م نشر الطبيبان دراسة عن أول كيسة أريمية مرحلة قبل المضغة (بويضة ملقحة) تمت رؤيتها بعد الاخصاب وذلك في طبق زجاج، حيث اكتشف ر. إدواردز اللحظة الحاسمة التي من الممكن للبويضة خلالها أن تقبل اللقاح كما استطاع العالمان تخطي عقبة مهمة تتمثل في إبقاء اللقاح حيا لثلاثة أو أربعة أيام، ذلك أن هذه المدة تعد كافية بذاتها لبداية تكون الجنين ومن ثم إعادته إلى الرحم ثانية، ولكن ضلت عقبة تحضير الرحم لاستقبال اللقاح (الجنين)، إذ أنه خلال عملهما في جامع كمبردج، أجروا تجارب وضع أجنة في أرحام نساء يعانين من العقم، لكن حدثت عمليات إجهاض لعدد من حالات الحمل واكتشف العالمان فيما بعد أن ذلك يرجع إلى علاجات هرمونية خاطئة، فصرف جهود سبعة أعوام لهذه العقبة.1

وفي عام 1977 جربا أسلوبا جديدا لا يشمل علاجا هرمونيا واعتمدا بدلا من ذلك على التحديد الدقيق لوقت الحمل.

وبعد سبع سنوات والمرة الأولى في التاريخ نجح إدواردز وستبتو في إكمال ولادة أول طفلة أنابيب في العالم (لويزة براون) وذلك في مدينة أولدهام بإنجلترا في 25-07-1978م.

فسريعا ما ولد آلاف من أطفال الأنابيب في بريطانيا والولايات المتحدة ودول أخرى، ليظهر إلى وجود تقنية تسمى استئجار الأرحام، حيث كانت السيدة (كيم كوتون) أول بديلة في إنجلترا، بل وانتشرت وكالات لتأجير الأرحام وشركات خاصة بهذا الغرض مهمتها البحث عن النساء الراغبات في الحمل للغير وكانت أول شركة في العالم تخصصت في هذا الشأن في مدينة فرانكفورت بألمانيا.

وفي عام 1983 تمت عملية ولادة طفل لأم جنين نشأ من الحيوان المنوي لزوجها ومن بويضة تبرعت بها امرأة أخرى ليظهر مفهوم الأم المتبرعة، وفي عام 1984 وبعد أن كان العلماء قد أجروا عملية التلقيح تمت أول عملية ولادة للطفلة الأسترالية "روز" من جنين مجمد لتكشف لنا التصرفات الطبية المستخدمة عن مولود علمي جديد اسمه الاستنساخ.

ومنذ ذلك الوقت ولد حوالي 4 ملايين طفل بتقنية التلقيح الاصطناعي خارج الجسد وحدها فقط، حسب بيان الأكاديمية السويدية، بل لجنة نوبل في الطب، بمناسبة فوز مبتكر تقنية التلقيح الاصطناعي "أطفال الأنابيب" (د. روبرت إدواردز)، بجائزة نوبل في الطب سنة 2010، قالت لجنة نوبل في مؤسسة كارولينسكا (أكاديمية العلوم) السويدية التي تمنح الجائزة إن " مساهماته تكشف اختراقا في تطوير الطب الحديث وأعادت الجدل العلمي والديني حول قضية أطفال الأنابيب للسطح.2

2- أنواع التلقيح الاصطناعي وأساليبه:

2-1- التلقيح الاصطناعي الداخلي:

---

[1] عامر قاسم أحمد قسي، **المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي**، ط2، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن 2001، ص14.

[2] الموسوعة العربية العالمية، ص 272

التلقيح الاصطناعي داخل الرحم هو عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها وعرف أيضا على انه" :عملية الإدخال الطبي لنطفة الرجل في الموضع الطبيعي المعد له للمرأة بهدف علاجي، وعليه فالتلقيح الاصطناعي الداخلي، هو تقنية طبية مساعدة في الإنجاب من خلال حقن الحيوانات المنوية داخل الرحم مباشرة أو تحديدا ما بعد عنق الرحم في الجانب الأعلى منه أي أن عملية التلقيح الداخلي هي تلك التي تتم وتجري داخل جسم المرأة، أو بمعنى أصح داخل رحم الأم ويتخذ هذا النوع ثلاث صور:

الصورة الأولى :وهي الطريقة أو الصورة التي يتم فيها أخذ الحيوانات المنوية للزوج وحقنها في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها حيث تلتقي بعدها النطاف التقاءا طبيعيا بالبويضة التي تفرزها إحدى مبايض الزوجة، ويتم التلقيح بينهما كما في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي وتتم هذه الصورة في حالة ما إذا كان الزوج غير قادر على إيصال مائه أثناء المواقعة أو الجماع إلى الموضع المناسب في رحم الزوجة أو إذا كانت الحيوانات المنوية للزوج قليلة، أو غير نشيطة نشاطا فعالا فلا تقدر على الإخصاب.

الصورة الثانية :وهي تلك الصورة التي تتم فيها عملية التلقيح بعد انتهاء العلاقة الزوجية إما بوفاة الزوج أو بفك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق أو الخلع أو التطليق، حيث تتم العملية في هذه الحالة عن طريق أخذ الحيوانات المنوية من الزوج أثناء قيام الحياة الزوجية، ويحتفظ بها في مصرف المني أو ما يعرف ببنوك المني وبعد انتهاء الحياة الزوجية تقوم المرأة باسترجاع المني وإجراء عملية التلقيح ليتم لها الحمل والإنجاب.

الصورة الثالثة :وتتحقق هذه الصورة في حالة ادخال ماء رجل أجنبي عن المرأة بمعنى أخذ نطفة رجل آخر غير الزوج، وتحقن في رحم المرأة لتحصل عملية التلقيح داخليا وبشكل طبيعي كما هو الحال في الصورة الأولى، حيث يلجأ الطبيب إلى هذه الطريقة في التلقيح في حالة عقم الزوج بصفة قطعية أي أن هناك بعض الحالات المرضية يصل فيها العقم إلى مرحلة لا تفلح فيها وسائل التلقيح الاصطناعي، وهي ما تسمى بحالات العقم الكلي والدائم مما دفع الفئات الطبية إلى اقتراح حلول أخرى تتمثل في متبرع أجنبي بخلاياه التناسلية تحت شعار مكافحة العقم واسعاد الزوجين بإنجاب الأطفال.[1]

2-2- التلقيح الاصطناعي الخارجي:

نعني به كل عملية تلقيح تتم خارج الجسم، أي أنه تلك العملية التي يتم فيها تلقيح بويضة المرأة خارج جهازها التناسلي فإذا ما تم التلقيح أعيدت البويضات الملقحة إلى رحم المرأة أو

---

[1] عطية علي هادي الهلالي، **المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الانجاب**، منشورات حلبي الحقوقية، المجلد 01، لبنان، 2012، ص244.

رحم امرأة أخرى، ويلجا إلى هذه العملية عندما تكون الزوجة عقيمة، بسبب انسداد القناة التي تصل ما بين المبيض والرحم والتي تسمى بقناة فالوب، حيث يستحيل إجراء هذه العملية داخل الرحم فيتم الإخصاب خارج الرحم في الأنابيب، ثم تعاد البويضة الملقحة إلى داخل الرحم لتلتقي الحيوان المنوي، ويأخذ هذا النوع من التلقيح عدة طرق يمكن توضيحها من خلال خمسة صور أساسية وهي كالتالي:

الصورة الأولى: وهو أن تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج، والبويضة من مبيض زوجته، ويتم التلقيح في طبق الاختبار، وفي الوقت المناسب تنقل البويضة الملقحة من الطبق وتعاد إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة، فتعلق في جداره ليبدأ الحمل ويستمر إلى حين الولادة.[1]

الصورة الثانية: تتم عن طريق تلقيح بويضة من امرأة متبرعة بنطف الزوج في أنبوب اختبار ثم تزرع البويضة الخصبة في رحم الزوجة، ليتم الحمل داخله ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة أو الصورة في حالة ما إذا كان الزوج سليما، وكان هناك قصور أو خلل في عمل مبيض الزوجة وفقدانه القدرة على إنتاج بويضة سليمة، بمعنى آخر تتم هذه الصورة عندما يكون مبيض الزوجة متعطلا أو مستأصلا بينما رحمها سليم وزوجها أيضا سليم.

الصورة الثالثة :يتم في هذه الحالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة رجل أجنبي متبرع في أنبوب اختبار ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة، ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة في حالة العقم التام للزوج سواء بسبب قلة الحيوانات المنوية أو وجود تشوهات أو خلل فيها أو عدم وجودها أصلا.

الصورة الرابعة: وهو أن تتم عملية ال تلقيح بويضة امرأة متبرعة ونطفة رجل آخر متبرع في أنبوب الاختبار ثم تزرع البويضة الخصبة والملقحة في رحم امرأة متزوجة، ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة في حالة تأكد عقم كل من الزوج والزوجة ولكن يكون رحم الزوجة سليم.

الصورة الخامسة: تتحقق هذه الصورة في حالة إجراء تلقيح خارجي في طبق الاختبار بين ماء الزوج وبويضة زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة أو مستأجرة ونكون بصدد هذا الأسلوب لما يكون رحم الزوجة غير صالح للحمل أو ترفض الحمل حفاظا على رشاقة جسمها، وبالمقابل تكون الأم البديلة ترغب في الكسب أي تقوم بحمل اللقيحة في مقابل مادي يتفق عليه.[2]

3- دواعي ومبررات التلقيح الاصطناعي:

3-1- دواعي التلقيح الصناعي:

التلقيح الاصطناعي تدخل طبي علاجي لمن يعاني من مشاكل (مرض) العقم وعدم القدرة

---

[1] زياد أحمد سلامة، **أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة**، ط1، الدار العربية للعلوم، عمان، الأردن 1994، ص 80

[2] حسونة الدمشقي بن سليم العشا عرفان، **التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب وغرس الأعضاء البشرية بين الطب والدين**، ط01، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت،2006 ، ص ص 13 -14.

على الإنجاب، لأسباب ودواعٍ عند الزوجين أو أحدهما:

عند الرجل:

- دواعي اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي عند الرجال عديدة منها:
- الحيوانات المنوية لدى الزوج قليلة غير كافية للتلقيح طبيعيا، أو غير نشيطة نشاطا فعالا.
- الحيوانات المنوية عند الزوج أكثر من الحد الطبيعي.
- انسداد الأنابيب المنوية الذكرية، أو قلة تركيز النطف، أو ضعف نشاطها.
- الإصابة بالأمراض الجنسية؛ بسبب الإباحية، والممارسات الجنسية الشاذة.
- التشوهات الخلقية في شكل العضو الذكري للرجل، وفي حالة الضعف الجنسي، أو القذف المبكر بحيث لا يمكن وصول الحيوانات المنوية إلى داخل المهبل1.

عند المرأة:

تلجأ النساء إلى عمليات التلقيح الاصطناعي بسبب:

- صعوبة انتقال الحيوانات المنوية داخل الجهاز التناسلي للمرأة، بسبب الأمراض الخاصة بالقنوات التي توصل البيضة إلى المبيض؛ بحيث تكون قناة فالوب مقفلة، أو مسدودة، أو مزالة، أو مصابة بتشوهات.
- الإفرازات المهبلية شديدة الحموضة عند المرأة فالأصل أن يكون العصير المهبلي في حالته الطبيعية حامضا، ليحمي المهبل من الجراثيم الفتاكة، ويساعد المني على الانزلاق في مجرى عنق الرحم، ولكن إذا ما ازدادت الحموضة عن الدرجة الطبيعية، شلت حركة الحيوانات المنوية، وبالتالي قلت فرص حدوث الحمل.
- انسداد قناتي فالوب اللتين تصلان ما بين المبيض والرحم مما يَعله عائقا أمام الإيلاج الكافي لإيصال الحيوانات المنوية إلى المكان المناسب، وتكون أسباب ضيق المهبل إما خلقية، وإما عصبية نفسية، وإما بسبب حدوث خطأ في التربية، أو لوج ود تقرحات في غشاء البكارة.
- أمراض عنق الرحم من أهم أسباب العقم وأكثرها قابلية للعلاج، إضافة إلى أمراض أخرى قد تسبب عقم لا يعالج كالتهابات حادة تصيب الغشاء المبطن للرحم، أو انحراف في موضع الرحم إلى الأمام أو الخلف، فهذه الأسباب وغيرها يَري علاجها عن طريق الإخصاب الصناعي2.

3-2- المبررات الاجتماعية للتلقيح الاصطناعي:

العقم على المستوى الاجتماعي له أبعاد كثيرة، فعلى المستوى الدولي نجد بأن مشكلة العقم أصبحت مشكلة عالمية وليست مجرد مشكلة داخلية فإذا كانت دول إفريقيا تعاني من حظ الأسد منها فإن الدول

---

[1] زوبيدة اقروفة، **التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي**، د.ط، دار الهدى عين مليلة، 2010، ص 41

[2] عبد الله البسام، **اطفال الانابيب**، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، العدد الثاني، ص154.

الغربية أيضا تعاني من تلك المشكلة ولكن بنسب أقل، وغني عن البيان أن اهتمام الدول بتلك الآفة نابع من الهواجس التي تنتابها وخاصة لما يتعلق الأمر بالاقتصاد والأمن القومي، ومن ذلك ما فرضه الواقع على بعض المجتمعات التي أصيبت بالهرم والشيخوخة.

أما على مستوى الأسرة فإن الواقع أثبت أن الحياة الأسرية بدون أطفال تكون مهددة لأتفه الأسباب بالانتهاء والزوال، وبيان ذلك أن عدم القدرة على الانجاب أو العقم في بعض المجتمعات وخاصة النامية منها يشكل عائقا أمام الناس في تناسقهم الاجتماعي ويولد لديهم الإحساس بالنقص، خاصة في ظل افتخار وتباهي الكثير بزيادة عدد ما نتيجة العائلة والقبيلة والعشيرة من أبناء يقوي شعورها بذاتها، ونتيجة لذلك فإن الحياة الزوجية نتيجة العقم تكون مهددة في كل حين بالطلاق من الزوج أو بطلب التطليق من المرأة أو بظاهرة تعدد الزوجات، بالإضافة إلى أن عمليات التلقيح تعتبر ضرورة اجتماعية ملحة في بعض الظروف الخاصة والاستثنائية التي تتعرض إليها البلاد كالأمراض والأوبئة والغزو الأجنبي والاحتلال والمجتمعات المصابة بالشيخوخة كما قد يستخدم لأغراض تحسن النسل لعلاج بعض الأمراض.[1]

4- شروط التلقيح الاصطناعي في المشرع الجزائري:

يعتبر التلقيح الاصطناعي وسيلة بديلة للإنجاب في حالة تعذر الإنجاب الطبيعي فيمكن من خلاله معالجة العقم عند الزوجين أو عند كليهما، إلا أنه ونظرا لخطورة إجراء هذه العملية فقد أقر القانون والفقه جملة من الشروط القانونية والضوابط الشرعية منها ما يتعلق بطالبي التلقيح أي المستفيدين من عملية التلقيح الاصطناعي، ومنها ما يتعلق بالعمل الطبي.

4-1- شروط التلقيح الاصطناعي الخاصة بالمستفيدين:

من أجل القيام بعملية التلقيح الاصطناعي يجب توافر جملة من الشروط أقرها قانون الأسرة الجزائري، وهو ما سنتناوله في هذا الفرع:

أولا: وجود عقد زواج شرعي

انطلاقا من نص المادة 38 مكرر قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية التي تنص:

...(يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية : أن يكون الزواج شرعيا.)...

ما يفهم من نص هذه المادة المذكورة أعلاه أن أهم شرط لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، هو وجود عقد زواج شرعي بين الزوجين، والذي مفاده أن تكون علاقة الزوج

---

[1] محمد سالم أبو سنة الشاهين، **شروط التلقيح الصناعي في التشريع الأردني**، المجلة القانونية، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، ص 536.

والزوجة مبنية على أساس نص المادة 9 و9 مكرر من نفس القانون، وتنص المادة 9 مكرر من ذات الأمر على: (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين وانعدام الموانع الشرعية.)

وضرورة كون الزواج شرعي يعتبر أساس النظام الأسري، إذ أن قانون الأسرة الجزائري يعتبر الزواج عقد رضائي، يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

ولهذا يشترط في التلقيح الاصطناعي وجود رابطة زوجية صحيحة، وذلك قياسا على التلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين.

ويشترط أن تكون الزوجية قائمة حقيقة لا حكما عند إجراء عملية التلقيح الاصطناعي إذ يجب على المراكز والأطباء التأكد من ذلك قبل إجرائها بطلب الوثيقة التي تثبت ذلك، مثل عقد الزواج أو الدفتر العائلي، يكمن الهدف من ذلك هو غلق الطريق أمام الأشخاص الذين يقدمون عليها دون أن تربطهم علاقة زواج كالعلاقات الحرة أو العزاب، وذلك من أجل المحافظة على تماسك الأسرة والمجتمع وردعا لانتشار الرذيلة1.

ثانيا: أن يتم برضا الزوجين وأثناء حياتهما

وقد أقر هذا الشرط قانون الأسرة الجزائري وفقهاء الشريعة الإسلامية، ويتضمن هذا الشرط في حد ذاته شرطين وهما ضرورة رضا الزوجين، وأن يتم التلقيح الاصطناعي أتناء حياتهما.

ضرورة رضا الزوجين:

إن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي يستلزم بالضرورة توافر رضا الزوجين، والرضا في هذه الحالة له طرفان الزوجة والزوج، ويجب أن يكون الرضا الصادر عن الزوجين سليما خاليا من عيوب الإرادة، أي دون غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، وهي عيوب الإرادة التي نص عليها القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 81 منه : (يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله.)

كما تنص المادة 86 من نفس القانون على (:يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عليه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد) .

كما تنص المادة 88 من نفس القانون على (:يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص

---

[1] شامي أحمد، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات**، دراسة نقدية، وفقهية مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، 58.

تحت سلطان رهبة بينة بعتها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق1.)

فمن النصوص السابقة يتضح لنا أنه يشترط خلو الإرادة من الغلط والتدليس والإكراه حتى ينتج الرضا أثره.

وبالتالي فلابد لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي أن تتم هذه العملية برضا الزوجين وأثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة، أي أنه لابد أن يكون الرضا متبادل بين الزوجين بحضورهما شخصيا، ولا يكفي رضا الطرف دون آخر.

ونستطيع القول إن شرط الرضا، شرط بديهي على اعتبار أن التلقيح الاصطناعي كعمل طبي، وهذا الأخير يشترط فيه موافقة المريض، وإذا كان رضا الزوجين يعتبر شرطا جوهريا فإن رفض أحد الزوجين أو كلاهما لعملية التلقيح الاصطناعي يؤدي إلى استحالتها.

ففي حالة رفض الزوج وقامت الزوجة بتلقيح نفسها بالتواطؤ مع الطبيب، وذلك في حالة ما إذا كان للزوج مني في أحد البنوك، أو في حالة أخذ عينة من منيه لإجراء التحاليل عليها، والأصل أنه لا يجوز للزوجة ذلك، على اعتبار أن اللجوء إلى الإنجاب بهذه الطريقة هو قرار مشترك بين الزوجين، وبالتالي فيحق للزوج الرجوع على الطبيب بطلب التعويض كما يحق له طلاق زوجته دون أن يكون متعسفا في ذلك لأنها لم تحترم رغبته في عدم الإنجاب.2

أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي حال حياة الزوجين:

إذ أن عملية التلقيح الاصطناعي حسب قانون الأسرة الجزائري، يشترط أن تكون بناءا على رغبة الزوجين وأثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة، فلا يجوز من الناحية الشرعية والقانونية أن يتم التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، أو انفصام عقد الزوجية بالطلاق لما

يترتب عن ذلك العديد من المشاكل الاجتماعية والأخلاقية والقانونية، وهذه المسألة مرفوضة في الشريعة الإسلامية لأن الإنجاب الشرعي لا يتم إلا في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة وأثناء قيامها.

فالإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي لا يختلف عن الإنجاب الطبيعي إلا في الوسيلة المستعملة، فكما يستحيل الإنجاب بالطريق الطبيعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو الوفاة، يستحيل معه التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية.

هذا ورغم اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين وفقهاء القانون في هذا الشرط،

---

[1] الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج، ع 78 الصادر في 1975/09/30، معدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13

[2] بلحاج العربي، **المبادئ القانونية التي تحكم عمليات التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري**، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، والدراسات القانونية، العدد الأول،2014، ص286.

فهناك من يؤيد تلقيح المرأة بمني زوجها بعد انفصال العلاقة الزوجية بالوفاة وهناك من يعارض ذلك1.

4-2- شروط التلقيح الاصطناعي المتعلقة بالعمل الطبي:

إن التلقيح الاصطناعي هو عملية يقوم بها الأطباء ذوي خبرة والاختصاص في مراكز مخصصة لمثل هذه العمليات، وعلى الطبيب الذي يقوم بهذه العمليات أن يتأكد من توفر الشروط الواجبة تطلبها في المستفيدين من التلقيح الاصطناعي، وأن تتوفر فيه-الطبيب والمركز الطبي- مجموعة من الشروط، والتي سنتناولها من خلال ما يلي:

- ضرورة وجود ترخيص إداري:

ويعتبر الترخيص الإداري شرط ضروري يستوجبه العمل الطبي في حد ذاته، على اعتبار أن أي مساس بجسم الإنسان يحتم بالضرورة، وجود ترخيص لدى المركز المعالج والترخيص القانوني لا يمكن منحه إلا من طرف السلطات المختصة والتي تمنحه للأطباء وجميع المراكز التي تتوفر فيها الشروط القانونية المنصوص عليها، ويقدم الترخيص بعد تقديم الملف الإداري المطلوب من تلك الجهات، حيث يتطلب إمكانيات مادية ضخمة لتوفير الوسائل والتجهيزات من أجل إجراء العمليات بكفاءة.

ويجب علينا أن نفرق بين التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي من حيث الم ا ركز التي تقوم بهذه العملية.

فالتلقيح الداخلي يمكن للمراكز الخاصة القيام به، أما التلقيح الخارجي فيجب أن يقتصر إجراءه على المراكز الاستشفائية الحكومية، نظرا للخطورة الكبيرة التي ينطوي عليها خاصة ما تعلق بطرق التحكم في جنس الجنين وتحسين نسله.

وقد قيدت الكثير من التشريعات في العالم عمليات التلقيح الاصطناعي بضرورة توافر الترخيص الإداري المسبق، وذلك من أجل التأكد من توافر الشروط المطلوبة، بل أن هناك بعض التشريعات لم تسمح بإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي والخا رجي إلا للمؤسسات الصحية العامة.

في حين لم ينص المشرع الجزائري صراحة على هذا الشرط في قانون الأسرة، إلا أنه لا يمكن تصور أن يترك الأمر دون تنظيم.2

وبالرجوع إلى نص المادة 2/597 من قانون حماية الصحة وترقيتها نجدها تنص على :

---

[1] قاسم العيد عبد القادر، **التلقيح الاصطناعي تعريفه نشأته وموقف المشرع الجزائري منه**، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية، ع4 ،2007، ص 212.

[2] هيكل حسيني، **النظام القانوني للإنجاب بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية**، د ط، دار الكتب القانونية ودار الشتات للنشر والبرمجيات، مصر ،2007، ص145.

"تتوقف ممارسة مهنة الطب على الشروط التالية:

-ألا يكون مصابا بعاهة وعلة مرضية منافية لممارسة المهنة.

-ألا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.

-أن يكون جزائري الجنسية.1

كما تنص المادة الثانية من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على:

"تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب وجراحة الأسنان، وفي الصيدلة مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول به.

ويتضح لنا من خلال هذين النصين أن المشرع الجزائري يستند في إباحة الأعمال الطبية وخاصة منها الماسة بجسم الإنسان وسلامته إلى ترخيص القانون الذي يصدره وزير الصحة2.

أن يتم التلقيح الاصطناعي تحت إشراف لجنة طبية:

ومفاد هذا الشرط أن يكون الفريق الطبي من أطباء وممرضين والأعوان التقنيين في المستشفيات والذين يساهمون جميعا في إتمام هذه العملية، فلا يمكن القيام بمثل هذه العمليات إلا إذا كانت تحت إشراف لجنة طبية، وبالتالي لا يمكن لأي مؤسسة صحية إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، إلا بعد إقرار لجنة طبية بذلك.

ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى مثل هذا الشرط، والذي يعتبر ضمن أخلاقيات التلقيح الاصطناعي، وضمن القيود الشرعية التي أجمع جمهور الفقهاء عليها في هذا الخصوص وهي: التأكد من خلال أطباء ثقاة على نجاح العملية، وحصول غلبة الظن على نجاحها، الحرص على ألا تكشف عورة المرأة إلا كطبيبة مسلمة أو رجل عند عدمها والضرورة قائمة.

الاكتفاء بالحد الأدنى للبويضات المطلوبة طبيا:

أجاز المشرع الجزائري التجميد بموجب التعليمة الوزارية رقم 300 لسنة 2000 بعد إتمام الزرع في الرحم وهذا لمدة لا تتجاوز 03 سنوات ولم يحدد عدد البويضات التي يقتصر عليها التلقيح إلا أنه اشترط لهذه التقنية جملة من الضوابط نجملها في نقطتين:

-ضرورة الموافقة الكتابية من كلا الزوجين للجوء للتجميد.

-أن يكون الغرض من التجميد الإنجاب لا غير.

---

[1] قانون 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج، ر، ع8، صادر في 17 فيفري 1980 المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في جويلية 2008.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج، ع، ر، ع53، الصادر في 08 جويلية 1992

وتجدر الإشارة أن الطبيب ملزم بمراقبة والتأكد من شروط التلقيح الاصطناعي، وأنه قد تمت العملية بمني الزوج وبويضة الزوجة، وان كان عمله في صورة غير مشروعة كان آثما وكسبه حرام ودخل تحت طائلة المسؤولية الطبية، المدنية والجنائية والتأديبية.

وبالتالي إذ تخلف شرط الرضا مثلا في إجراء عملية التلقيح الاصطناعي فيسأل الطبيب لتخلف الغرض العلاجي من التلقيح، وعلى اعتبار أن رضا المريض شرط أساسي لإضفاء المشروعية على أعمال التلقيح التي يقوم بها الأطباء، وعليه فالطبيب ملزم باحترام ضوابط التلقيح الاصطناعي كما عليه احترام ومراعاة متطلبات وأصول مهنته، وعليه فمثلا لو قام الطبيب بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون رضا الزوجة[1].

خاتمة:

وفي الختام يعتبر التلقيح الاصطناعي، دون أدنى قدر من المبالغة ثورة علمية بكل ما تحمله الكلمة من معنى، أو هو بمعنى آخر انقلاب على كثير من العادات والتقاليد التي استّقرت داخل المجتمعات بحكم الدين والأخلاق من ناحية، وقواعد القانون من ناحية أخرى، وتكمن النتائج المستوحاة من هذه الورقة البحثية في:

- التلقيح الاصطناعي هو كل طريقة يتم بموجبها التلقيح بين الحيوان المنوي للرجل وبيضة المرأة من غير الطريق المعهود
- لا تجوز عملية التلقيح بنوعيها حتى يتوافر فيها مجموعة من الضوابط الشرعية التي تضمن سلامة الإجراء، والحفاظ على الأعراض.
- يعتبر التلقيح الاصطناعي بمثابة الطريق الاستثنائي لحدوث الحمل والإنجاب، حيث يتم تلقيح بويضة المرأة بمني الرجل وفقا لشروط متمثلة في الرابطة الزوجية بالإضافة إلى توفر رضا الزوجين وتلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها وإعادة غرسها في رحم الزوجة.

انطلاقا من النتائج المتوصل إليها فانه يمكن طرح مجموعة من التوصيات والاقتراحات:

- لا بد من إنشاء مركز وطني خاص بالموافقة على التلقيح الاصطناعي متكون من أطباء اختصاصين في مجال البحوث العلمية الحديثة والتجارب والتحاليل الطبية.

---

[1] العربي بلحاج، **المبادئ القانونية التي تحكم التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق ص116

- سن جزاءات جنائية صريحة تنطبق على كل شخص سولت له نفسه خرق شروط التلقيح الاصطناعي، وقام بتجميد البويضات الفائضة، أو عمل على زرع اللقيحة في غير رحم الزوجة.
- ضرورة أن تقوم الحكومة بجها تها المختصة بتمويل الأبحاث العلمية الخاصة التلقيح الاصطناعي بإنشاء صندوق وطني تحت إشراف وزارة الصحة والتعليم العالي.

قائمة المراجع والمصادر:

1- ابن منظور، **لسان العرب**، المجلد الخامس، الجزء السادس والأربعون.

2- الموسوعة العربية العالمية.

3- بلحاج العربي، **المبادئ القانونية التي تحكم عمليات التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري**، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، والدراسات القانونية، العدد الأول،2014.

4- جيلالي تشوار، **الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم البيولوجية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

5- حسن إبراهيم أحمد، **النظام القانوني للإنجاب بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية**، رسالة دكتوراه، قسم القانون المدني، جامعة عين الشمس، القاهرة.

6- حسونة الدمشقي بن سليم العشا عرفان، **التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب وغرس الأعضاء البشرية بين الطب والدين**.

7- زوبيدة اقروفة، **التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي**، د.ط، دار الهدى عين مليلة.

8- زياد أحمد سلامة، **أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة**، ط1، الدار العربية للعلوم، عمان، الأردن 1994.

9- سعاد بخوش، **فعالية برنامج علاجي تدريبي تحصيني لخفض الضغط النفسي لدى العقيمات الخاضعات للتلقيح الاصطناعي**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص علم النفس المرضي، قسم العلوم الاجتماعية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017.

10- شامي أحمد، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات**، دراسة نقدية، وفقهية مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.

11- عامر قاسم أحمد قسي، **المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي**، ط2، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن 2001.

12- عبد الله البسام، **اطفال الانابيب**، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، العدد الثاني.

13- عطية علي هادي الهلالي، **المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الانجاب**، منشورات حلبي الحقوقية، المجلد 01، لبنان، 2012.

14- قاسم العيد عبد القادر، **التلقيح الاصطناعي تعريفه نشأته وموقف المشرع الجزائري منه**، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية، ع4 ،2007.

15- محمد سالم أبو سنة الشاهين، **شروط التلقيح الصناعي في التشريع الأردني**، المجلة القانونية، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية.

16- هيكل حسيني، **النظام القانوني للإنجاب بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية**، د ط، دار الكتب القانونية ودار الشتات للنشر والبرمجيات، مصر.

القوانين والمراسيم:

17- قانون 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج، ر، ع8، صادر في 17 فيفري 1980 المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في جويلية 2008.

18- المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج، ع، ر، ع53، الصادر في 08 جويلية 1992

19- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج، ع 78 الصادر في 1975/09/30، معدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13.

الأحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري

د. عاشور موسى
كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

الملخص:
تطرقنا في بحثنا الذي هو بعنوان المساعدة الطبية على الانجاب ضوابطها الى عدة محاور اهمها مفهوم المساعدة الطبية على الانجاب وذلك بالتطرق الى تعريفها وموقف الشريعة الاسلامية منها ،ثم عالجنا شروط اجراءها ،وفي محور اخر تناولنا موضوع نطاق المساعدة القانونية على الانجاب في القانون الجزائري وذلك على ضوء القانون 11/18 المتعلق بالصحة حيث ناقشنا الاطار القانوني لها وذلك بدراسة احكام العقد الطبي الذي تقوم على اساسه وكذلك النظام القانوني الذي يحكم المؤسسات القائمة على اجراءها وفي الاخير عرضنا مسالة المسؤولية الجزائية المترتبة على مخالفة ضوابط المساعدة الطبية على الانجاب والعقوبات المقررة لذلك سواء في قانون العقوبات او في قانون الصحة 11/18.

الكلمات المفتاحية:
المساعدة الطبية على الانجاب،التلقيح الاصطناعي،الإطار القانوني، مؤسسات الصحة،العقد الطبي، قانون الصحة، حفظ واتلاف الامشاج، ضوابط المساعدة الطبية على الانجاب.

مقدمة:
يشكل العقم كغيره من الأمراض محل بحوث متواصلة لمعرفة أسبابه وكذا علاجاته التي أصبحت من اكتشافات العصر الحديث فبعد أن كان يعالج بالعقاقير والأدوية مرورا بالتدخل الطبي عن طريق العمليات الجراحية في الحالات الممكنة لذلك، توصل العلماء إلى اكتشاف تقنية المساعدة الطبية على الانجاب وهو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي وذلك في حالات العقم غير القابلة للعلاج بالتدخل الطبي العادي للقضاء عليه وعلى أسبابه، حيث أتاح فرصا للإنجاب مما يمكن المحرومين من الذرية من تذوق مشاعر الأمومة والأبوة وبالتالي القضاء على العديد من المشاكل الأسرية والاجتماعية التي تنجم عن العجزعن الإنجاب.1

1- سورة الكهف، الآية 246،سورة الشورى، الآيتان 49 -50

لقد ظهرت وانتشرت هذه التقنيات الجديدة للإخصاب في الدول المتقدمة خاصة بعد ولادة الطفلة الأولى عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي في سنة 1978 في إنجلترا1، ثم انتشرت في مختلف دول العالم بحيث أصبحت تمارس في الدول الإسلامية كالجزائر، وذلك منذ سنة 1999،لكن يبقى التلقيح الاصطناعي كغيره من سائر الاكتشافات العلمية الأخرى التي يمكن أن تتضمن مالا يتماشى والنظام القانوني وحتى الديني للدولة، بالرغم من أنه أحد أهم مواضيع الساعة المطروحة على بساط البحث وخاصة في ظل تحديد ما يترتب عليه من إشكالات عديدة اهمها:

ماهي الاحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الانجاب في الجزائر؟

المبحث الاول: مفهوم المساعدة الطبية على الانجاب وضوابطها

اختلفت مفاهيم المساعدة الطبية على الانجاب من تشريع لأخر ومن مذهب لآخرباختلاف العقائد والانتماءات لذلك سوف نتطرق في هذا المبحث الى شرح معنى المساعدة الطبية على الانجاب وذلك عن طريق تعريفها وعرض موقف الشريعة الاسلامية منها،وكذلك الى شروط اجراءها.

المطلب الأول: تعريف المساعدة الطبية على الانجاب وموقف الشريعة الاسلامية منها

اختلفت تعاريف المساعدة الطبية على الانجاب بين جهة واخرى كما تباينت مواقف العلماء المسلمين منها وذلك كمايلي.

الفرع الأول: تعريف المساعدة الطبية على الانجاب

اولا:لغة واصطلاحا

المساعدة الطبية على الانجاب او التلقيح الاصطناعي او التناسل الاصطناعي كلها مصطلحات تعبر عن نفس المعنى فلغة اللقح واللقاح محركة الحبل،واسم مأخوذ من الفحل والملاقيح الأمهات وما في بطونها من الأجنة يقال لقحت إذا حملت أو لقح الفحل الناقة إلقاحا أحبلها فلقحت بالولد، ولقحت النخل إلقاحا بمعنى أبرت،2يصنعه صنعا فهو مصنوع وصنيع عمله، والصناعي ما ليس بطبيعي.

اما اصطلاحا فقد اطلقت عدة تعاريف على التلقيح الاصطناعي نذكر منها3"هو نقل المواد المنوية صناعيا من الذكر إلى مهبل الأنثى"،كما يقصد به الإنجاب بغير تلاقي بين الزوجين اذ هو عبارة

---

[1]- حيدر حسين كاظم الشمري، إشكالية الرحم البديل وإثبات النسب وصور الإخصاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، المصدر القومي، الإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2016.

[2]-زوبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008، ص282 .

[3]- عامر قاسم احمد قيسي، المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، طبعة 2، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 212.

عن عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب دون حصول أي اتصال جنسي بينهما.

التعريف المقترح لعملية التلقيح الاصطناعي انها عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بيضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة، سواء تم هذا الإلتقاء داخل رحم الزوجة أو تم خارجها ثم أعيدت البيضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسرلهما إنجابه بالطريق الطبيعي1.

ثانيا: لدى المشرع الجزائري

عرف المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي في المادة 370 من قانون الصحة الجديد رقم 18-11 بقوله "المساعدة الطبية على الانجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا"2، وأضاف المشرع في الفقرة الثانية لنفس المادة "وتتمثل في ممارسات عياديه وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الاباضة والتلقيح بواسطة الانابيب ونقل الاجنة والتخصيب الصناعي"، ويتضح من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري أدرج تحت مسمى المساعدة الطبية على الانجاب، كل التقنيات ذات العلاقة بالطب الخاص بالأجنة، سواء تعلق الامر بالتلقيح الاصطناعي الداخلي أو تقنية أطفال الانابيب أو غيرها من التقنيات3.

الفرع الثاني: موقف الشريعة الاسلامية من المساعدة الطبية على الانجاب

اولا: حكم التلقيح عند العلماء

إن الحمل بواسطة التلقيح الصناعي أو ما يسمى بطفل الأنبوب له صور متعددة، منها الجائز ومنها المحرم، ومن ذلك، 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، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة، لتعلق في جداره، وتنمو لتصبح جنين. فهذه الصورة أجازها كثير من أهل العلم وفق بعض الضوابط الشرعية، وصدر بذلك قرار من مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته السابعةعام 1404هـ، ومما جاء فيه4: (إن

---

[1] –حسيني إبراهيم أ حمد، النظام القانوني للإنجاب بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، قسم القانون المدني، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2006، ص119.

[2] –تنص المادة 370 من القانون 11/18 الخاص بالصحة، " المساعدة الطبية على الإنجاب هي 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 الإصطناعي".

[3]-https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/610/6/4/171362

[4]– انظر الفتوى رقم 5995 المنشورة في السبت 20 جمادى الآخر 1422 هـ – 8-9-2001 م على الموقع التالي: https://binbaz.org.sa/fatwas/7059/

الأسلوب الثالث، الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحها خارجياً في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة، هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته بالنظر الشرعي، لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه، ويحيط به من ملابسات، فينبغي ألا يلجأ إليه إلا في حالاتالضرورة القصوى، وبعد أن تتوفر الشرائط العامة الآنفة الذكر).

وهذه الشرائط هي ما جاء في نص القرار:

1-إن انكشاف المرأة المسلمة على غير من يحل شرعاً بينها وبينه الاتصال الجنسي لا يجوز بحال من الأحوال، إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحاً لهذا الانكشاف.

2-إن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها أو من حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها انزعاجاً، يعتبر ذلك غرضا مشروعاً يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج وعندئذ يتقيد ذلك الانكشاف بقدر الضرورة.

3- كلما كان انكشاف المرأة على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي مباحاً لغرض مشروع، يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم، بهذا الترتيب.

ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها، أو امرأة أخرى.

وقرر المجمع أيضا أن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل، وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الصناعي.

كما صدر قرار لمجمع الفقه بمنظمة المؤتمر الإسلامي سنة 1407هـ يتضمن جواز هذا الأسلوب من أساليب التلقيح الصناعي[1].

اما في الجزائر وبالنسبة لحكم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي فلقد ورد بشأن هذه المسألة وفي قانون الاسرة وفي المادة 45 مكرر الفقرة الأولى العبارة التالية: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي"، وما يمكن فهمه منها هو أن التلقيح الاصطناعي معترف به في قانون الأسرة الجزائري، المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهو مباح.

ثانيا:حكم الاحتفاظ بالبويضات والحيوانات المنوية

هناك من أجاز التلقيح بعد وفاة الزوج وقبل انتهاء العدة، ومنهم من منع الاحتفاظ بالحيوانات المنوية مطلقاً، ورأى التخلص من الفائض بعد التلقيح.

---

[1] -هناك ايضا المانعون والرافضون لإجراء مثل هاته العملية وقد أنبني موقفهم على امرين:

الاول: الخوف من إنجاب أطفال مشوهين، أو أن يكون للعملية آثار على المولود والحمل والأم.

الثاني: هو إمكانية الشك الكبيرة في نسبة الولد، والتي سيجعل أمرها تابعاً لقول الطبيب الذي سيقرر أنه أجرى التلقيح بين بذرتي الزوجين، وهذا يفسح مجالاً للشك بأن الطبيب قد غلط بين وعاء وآخر.

هذا الخلاف جار أيضا في الاحتفاظ ببويضات الزوجة قبل تلقيحها وبعده، ووجه المنع هو عدم الاطمئنان لبقاء الحيوان المنوي أو البويضة الملقحة في بنوك الأجنة، فثمة احتمالات قوية لاختلاطها، أو العبث بها، أو الأخذ منها لينتفع بها الغير، مما يوقع الإنسان في الإثم أو يعرض نسبه للإختلاط.

قد صدر من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قرار بهذا الخصوص عام 1410هـ الموافق لعام 1990م وهذا نص القرار 1:

1-في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البويضات غير ملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفادياً لوجود فائض من البويضات الملقحة.

2-إذا حصل فائض من البويضات الملقحة – بأي وجه من الوجوه – تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

3-يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع.

4-ولا حرج في طلب الزوج أو الزوجة أن يوضع في رحمها أكثر من بيضة ملقحة، رغبة في الحمل بأكثر من ولد،كما أنه لا حرج في تحديد جنس المولود إن أمكن ذلك.

المطلب الثاني: شروط اجراء المساعدة الطبية على الانجاب

نظرا للأهمية البالغة التي يكتسبها التلقيح الاصطناعي في حياة الزوجين الراغبين في الإنجاب، وجب وضع شروط لهذه العملية حيث تبنى قانون الأسرة الجزائري للتلقيح الاصطناعي من خلال نص المادة 45 مكرر منه2، حيث نجد انه ذكر شروطه ونظرا لتعددها يتعين تقسيمها إلى شروط عامة وشروط خاصة كالتالي.

الفرع الأول: الشروط العامة للتلقيح الاصطناعي

هي شروط متعلقة بالعمل الطبي وهي كآلاتي:

اولا-شرط الترخيص الرسمي

---

[1] – وللفائدة يمكن الاطلاع على الفتويين التاليتين 227431 – 5995 وكذلك الفتوى رقم 373351المنشورة يوم الإثنين 10 رجب 1439 هـ – 26-3-2018 على الموقع:

https://www.islamweb.net/ar/fatwa/373351/
https://www.islamweb.net/ar/fatwa/5995/

[2]- انظر نص المادة 45 مكرر من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27فبراير 2005.

أن يكون المركز المشرف على إجراء عملية التخصيب بين الزوجين قد حصل على ترخيص رسمي من الجهات المعنية يخول له إجراء مثل هذه العمليات1.

ثانيا- شرط الامانة العلمية

أن يكون الفريق الطبي من أطباء وممرضين والأعوان التقنيين في المختبرات الذين يساهمون جميعا في عملية التلقيح ثقاة ومن أهل الأمانة العلمية والإنضباط والضمير المهني2واذا وقع التزوير فتفرض حتى لا يجد الاحتيال والاستبدال والتهاون منفذا، مما قد ينجر عنه متابعات جزائية صارمة ضد فاعليها قد تصل الى حد الحرمان والإقصاء من ممارسة المهنة الطبية نهائياكما سياتي بيانه لاحقا.

ثالثا- شرط مراعاة العورة

يقصد بها مراعاة أحكام الفحص الطبي المتعلقة بكشف العورة، بحيث يقتصر على ما تقتضيه الضرورة وان يكون المعالج للزوج طبيب مسلم فإن لم يتيسر فطبيب غير مسلم فبالنسبة للمرأة فتعالجها طبيبة مسلمة ما أمكن، والا فطبيب مسلم ثقة والا فامرأة غير مسلمة، والا فطبيب غير مسلم وفي الحالتين الأخيرتين لا تجوز الخلوة بين الطبيب المعالج والمرأة التي تخضع للعلاج إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى3.

رابعا-شرط صحة الزوجة

ان لا تؤدي عملية الإخصاب إلى نتائج سلبية على صحة الزوجة خاصة الترتيبات التي تسبق عملية الزرع، كإعطاء بعض الأدوية لتنبيه المبيض والتي لها بعض الآثار الجانبية كانتفاخ البطن والانتشاح وغيرها.

خامسا-شرط الاكتفاء بالحد الادنى من البويضات

ان يكتفي بالحد الأدنى من البويضات المطلوبة طبيا لإتمام عملية الزرع وإذا اقتضى الحال بقاء فائض لنجاح الإخصاب يجمد حتى لا يتلاعب به.

سادسا-شرط العجز عن الحمل الطبيعي

ان يثبت العجز عن الحمل الطبيعي بناءا على تقرير طبي صادر من مختص معتمد بعد فحوصات متكررة أو بناء على اجتماع رأي خبيرين في الموضوع يؤكدان استنفاذ كل السبل

---

[1]-زوبيدةإقرفوفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين الميلة، الطبعة 1 الجزائر،2010

[2]-لامية العوفي،التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008 ص 8.

[3]-كما سبق ذكره في الفتوى الاخيرة في الهوامش السابقة.

العلاجية المتاحة والمقدور عليها من أجل القضاء على العقم سواء بمتابعة دوائية أو بعملية جراحية، مع ضرورة الأخذ في الاعتبار ثبوت رجحان نجاح العملية على الفشل1.

سابعا-شرط السجلات الخاصة

ذلك بان توضع سجلات خاصة معدة لهذا الغرض تدون فيها بيانات الأطراف المشتركة ابتداء من الزوجين، الطبيب والمساعدين حيث تسجل فيها كل المعلومات الشخصية والعلاجية والتكاليف المالية وتثبت أيضا موافقتهما، ثم تحفظ في الأرشيف الى أجل معين من أجل2مراجعتها عند التنازع والاختلاف، والعملية كلها في غاية اليسر خاصة مع تكنولوجيا الاعلام الالي حيث التخزين والاسترجاع يتم في بضع دقائق وفي النهاية تسلم نسخة للطرفين من عقدالاتفاق بعد تبصيرهما بالمخاطر والاحتمالات التي تطرأ من العملية 3.

الفرع الثاني: شروط خاصة بالتلقيح الاصطناعي (أو بالمستفيدين)

نص المشرع الجزائري على هاته الشروط من خلال نص المادة 45 مكرر من قانون الاسرة الجزائري4 والتي يمكن ادراجها كما يلي:

اولا- شرعية الزواج

ذلك بان يكون كل من الرجل والمرأة محل التلقيح مرتبطين بعقد زواج شرعي يعطي للعملية أساسها القانون،الا ان المشرع الجزائري هنا لم يحدد مقصوده بأن يكون الزواج شرعيا هل هو أن يكون الزواج صحيحا، رسميا أو حتى عرفيا، وباستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 22 منه نجد أن الزواج الشرعي هو الزواج المسجل بالحالة المدنية ويثبت بمستخرج منها، ومن جانبه يعترف بالزواج العرفي عندما يكون مكتمل الأركان والشروط والذي لا يمكن إثباته بحكم قضائي صادر عن قسم شؤون الأسرة بالمحكمة5.

---

[1]- حسيني إبراهيم أ حمد، المرجع السابق، ص182

[2]-محمود مهدان،الأحكام الشرعية والقانونية للشغل في عوامل الوراثة،بدون دار النشر، الطبعة 1، الأردن، ص513

[3]-محمود أحمد طه،الإنجاب بين التحريم والمشروعية،منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص106

[4]-حيث جاء فيها: "يجوز للزوجين اللجوء إلى 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 ان يكون التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

انظرقانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005

[5]-انظر نص المادة 22 من قانون الاسرة الجزائري.

ثانيا–شرط رضا الزوجين وان يكون التلقيح اثناء حياتهما[1]

الا ان هذا الشرط يظهر مبهما ويبقى الهدف وراءه غامضا بوجود الشرط الثالث الذي سنتطرق له لاحقا[2]:

1– شرط الرضا: فالمنطق يفرض اتفاق ورضى الزوجين على إجرائه لكن ماذا لو حصلت حالة شاذة بحيث تم تلقيح الزوجة رغماعنها، وهنا نفرق بين حالتين في حالة لو تم تلقيح الزوجة بماء زوجها دون رضاها والحالة التي تلقح فيها بماء رجل أجنبي عنها، ففي كلا الحالتين المشرع لم يرتب صراحة الأثر على ذلك.

كما أنه قد نكون أمام حالة تلقيح المرأة دون علم أو دون رضا زوجها وهنا يفترض أن يكون الماء من شخص أجنبي عنها لكن طالما أنه كما قلنا المشرع اشترط أن يكون التلقيح ببويضة الزوجة ومني الزوج دون غيرهما فماذا يقصد هنا بشرط رضا الزوجين .

أحيانا رغم توفر رضا الزوجين بل اصرارهما على ذلك فقد لا يسمح لهما بإجرائه وهو الأمر الذي ناقشه رجال القانون وهي الحالة التي تتعلق بإمكانية إجراء تلقيح في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية لمدة طويلة[3]، مدى الحياة أو ان يكون محكوم عليه بالإعدام ففي حين لا يمانع بعضهم من إجرائه في هذه الحالة على أساس أن الأصل في العقوبة أنها لا تمتد إلى الحقوق الأخرى الخاصة بالمحكوم عليه ومنها حقه في الإنجاب والا فان العقوبة تصبح تنطوي على سلب جديد للحرية والحقوق الفردية وهو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لاسيما انها فعلا إذا طالت مدة العقوبة يحتمل معه فقدان المحكوم عليه هو أو زوجته القدرة الطبيعية على الإنجاب الذي هو من الحقوق الشخصية التي نصت عليه المواثيق الدولية بعدالدساتير والقوانين[4]،أما فئة أخرى من الفقهاء فيرون الحكم الجنائي الصادر في حق الزوج أو الزوجة يكون دليلا على فقد الأهلية لأداء دور الأب أو الأم حيث يعين قيما عليه لاسيما أن التلقيح الاصطناعي استثناء فلا يجوز التوسع فيه إلا بقدر ما ظهر مانع طبي.

---

[1]-حيث نصت المادة 371 من قانون الصحة على انه" : 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 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) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية."

[2]– المقصود هنا شرط ان يكون التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة

[3]–انظر الفتوى رقم 320377 المنشورة يومالأحد 7 ربيع الآخر 1437هـ – 17–1–2016م على الموقع: https://www.islamweb.net/ar/fatwa/373351/

[4]–خيرة العرابي، التلقيح الاصطناعي وأثره في إثبات النسب، مجلة مخبر حقوق الطفل جامعة وهران "الحماية القانونية والاجتماعية للطفل في القانون الجزائري والقانون المقارن"، العدد الثاني لسنة 2011

هذا كماوجدت فئة أخرى تستند إلى امكانية إجراء التلقيح الاصطناعي في حالة وجود الزوج او الزوجة في السجن طالما أن هناك قوانين تسمح للسجين الاختلاء بزوجته1، فمن باب أولى السماح بإجراء التلقيح الاصطناعي خاصة لما تنفذ العقوبات في مؤسسات مغلقة يصعب على الزوجين المقابلة2.

2-ان يتم التلقيح اثناء حياة الزوجين:نرى هذا الشرط جاء سابقا لأوانه في الجزائر وان كنا لا ننكر على المشرع حيطته وحذره لأن خلفية هذا الشرط هو وجود ما يعرف ببنوك المني وهي موجودة على مستوى الدول المتقدمة ولاسيما الولايات المتحدة الأمريكية والتي تسمح بتلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته وهذا أمر يثير إشكالات في النسب والميراث عندنا لأنه يشترط تحقق حياة الوارث وقت وفاة الموروث.

بما أن المشرع الجزائري اشترط قيام الزوجية اثناء التلقيح من جهة، ونص على الوفاة كطريقة من طرق انحلال الرابطة الزوجية من جهة أخرى فلا داعي لإعادة النص واشتراط ان يكون التلقيح أثناء حياتهما3.

وفرضا أنه قلنا بهذا الشرط فإننا لا نفهم ايضا لماذا لم يشرح المشرع الشرط بان يقول أنه لا يتم التلقيح بعد فك الرابطة الزوجية سواء بالوفاة اوبالطلاق.

ثالثا: شرط ان يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما

أجاز المشرع التلقيح الاصطناعي بالوسائل العلمية الحديثة باستعمال ماء الزوجين فقط حفاظا على حرمة النسب وشرعيته والذي كان قد أفتى بجوازه الشيخ أحمد حماني عليه رحمة الله منذ 1973، ولم يكن منفردا برأيه ولا بفتواه إذ اعتمدت توصيات اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة على مبادئ الاجتهاد الجماعي سيما اجتهاد مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان الاردن أيام 11أكتوبر 1986 بموجب قرار رقم 03/04 الذي قرر جواز التلقيح الاصطناعي وحرمت ما عداه بعد الاستماع لشرح الخبراء والأطباء،الطريقتين اللتين لا حرج من اللجوء إليهما وفقا لمنطوق قرار مجمع الفقه الإسلامي4.

رابعا: شرط عدم استخدام الام البديلة

---

[1]-كما هو الحال في الارجنتين والسعودية

[2]-مقال بعنوان حكم استجلاب ماء الاسير للقيام بالتلقيح الاصطناعي منشور على الموقع :https://fatwa.najah.edu/ar/question/ref-833850/

[3]- محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية،دراسة مقارنة،بط، الكويت،1993، ص257

[4]-وهما:الاولى أخذ بويضة الزوجة وتلقيحها بمني زوجها في أنبوب اختبار واعادة اللقيحة بعدها إلى رحمالزوجة صاحبة البويضة وتسمى بالتلقيح الخارجي والثانيةأخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من رحم الزوجة وتسمى تلقيح داخلي.

رأى المشرع منع استعمال الأم البديلة، حتى لا تتحول الأمومة إلى سلعة تؤجر وتستأجر فالأمومة ليست فقط بيولوجية، بل معنى الأمومة يكمن في الحمل فالتي تحمل هي الأم وليست من تمنح البيضة لغيرها لقاء أجر معين1، فتعين من باب سد الذرائع ودرء المفسدة منع الأم البديلة مهما كان فتمنع من مصلحة آتية لأن المفسدة فيها أكبر2.

المبحث الثاني: نطاق المساعدة الطبية على الانجاب في القانون الجزائري

لم ينظم القانون الجزائري موضوع المساعدة الطبية على الإنجاب، إلى غاية تعديل قانون الأسرة سنة 2005 عندما تكلم ولأول مرة عن التلقيح الاصطناعي كوسيلة بديلة عن الإنجاب الطبيعي، بغرض حماية النسب.

حيث اعترف به كتقنية طبية مساعدة على الإنجاب في ظل صدور الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة3 إلا أن مادة واحدة لم تكن كافية،مما استوجب اصدار قانون ينظم تلك العملية وهو ما جاء به القانون 11/18 المتعلق بالصحة والذي شكل الاطار القانوني لها وبالتالي مسؤولية جزائية في حال مخالفة احكامه.

المطلب الأول: الاطار القانوني لعمليات المساعدة الطبية على الانجاب في القانون الجزائري (على ضوء القانون 11/18 المتعلق بالصحة4).

مما لا شك فيه أن صدور قانون الصحة الجديد رقم 18-11 أدى إلى إعادة بعث النقاش حول النطاق القانوني لعمليات التلقيح الإصطناعي وهو ما شكل لنا فعلا نظاما قانونيا لعمليات التلقيح الاصطناعي وقيدها بجملة من الضوابط والشروط خصوصا المواد من 370 إلى 5376.

الفرع الأول: العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الانجاب

للعقد الطبي طبيعة خاصة ومفهوم خاص يتجلى من خلال تعريفه وتحديد اركانه.

اولا – تعريف العقد الطبي

هو بالأصل عبارة عن عقد طبي موضوعه المساعدة الطبية على الانجاب، وبذلك يمكن تعريفه بأنه ذلك العقد الذي يربط بين الزوجين والطبيب على إجراء تدخل طبي بغرض المساعدة الطبية

---

[1]–انظرسورة لقمان، الآية 314وسورة الأحقاف، الآية 415 .

[2]–نجمة زودة،الأم البديلة واستئجار الأرحام، رسالة ماجستير، معهد الحقوق بن عكنون الجزائر، 2008، ص80

[3]–القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج.ر العدد 15 ص 21،المعدل والمتمم لقانون 84 –11 المؤرخ في 09 يونيو 1984

[4]–قانون رقم 11 لسنة 2018 — بتاريخ 29 / 7 / 2018

[5]–ارفيسباحمد، البُعد الاجتماعي لعمليات الاستيلاد الاصطناعي مقال منشور على الموقع التالي:

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/115638

على الانجاب وفق الشروط التي حددها القانون، وتتم المساعدة الطبية عن طريق تلقيح المرأة بطريقة اصطناعية وهو ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي والذي يجب ان لا يخرج عن الضوابط الشرعية والقانونية1.

انطلاقا من هذا التعريف تتضح لنا بعض معالم خصوصية تقنية المساعدة الطبية على الانجاب من الناحية القانونية وتميزها عن باقي الاعمال الطبية من خلال أطراف العقد الطبي المنصب على عمليات المساعدة الطبية على الانجاب2، فالمتعارف عليه غالبا أن أطراف العقد الطبي هما المريض والطبيب، أما بخصوص عقدنا، فإن أطراف العقد هم الزوج والزوجة والطبيب أمافي بعض الدول التي تنتهج نظاما قانونيا تحرريا وتجيز تقنية الام البديلة فأطراف العقد هم الزوجين والطبيب والطرف الاجنبي المتدخل في عملية التلقيح3.

ما يميز المساعدة الطبية على الانجاب، عن غيرها من العمليات الطبية في انها ليست عمليات جراحية أو إسعافيه تستدعي العجلة في التنفيذ، حيث أن الارادة متوفرة لكل من الطبيب والزوجين لمناقشة بنود العقد والإتفاق على الامور المحيطة بإجراء العملية وهذا دون الخروج عن الضوابط القانونية المحددة للقيام بعمليات المساعدة الطبية على الانجاب.

ثانيا: اركان العقد الطبي

العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الانجاب هو عقد يخضع في أحكامه للقواعد العامة المنظمة للعقد فلا ينشأ صحيحا إلا بتوفر أركانه وهي الرضا، المحل والسبب.

1-الرضا: هو ركن أساسي لأي عقد ونعني به تطابق الارادتان وهوما نصت عليه المادة 50 من القانون المدني الجزائري4، والرضا في العقد الطبي هو الايجاب والقبول الصادر من الزوجين والطبيب والذي يجب أن يكون صحيحا خاليا من أي عيب من عيوب الارادة المتعارف عليها وهي الغلط، التدليس، الغبن، الاستغلال، والاكراه، والغالب في العقود الطبية وجوب موافقة المريض، هذا الاخير في مجال المساعدة الطبية على الانجاب قد يكون إما الزوج أو الزوجة فقط.

---

[1]-العربي بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 15،جامعة أبو بكربلقايد، تلمسان، 2013

[2] - https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/610/6/4/171362

[3]-زناقي محمد رضا، دلال يزيد، التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على للإنجاب، العدد 60، المجلد 105، سنة 2021.

[4]-حيث تنص المادة 50 من القانون المدني الجزائري على أنه "يتم العقدبمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"

لذلك وجب موافقة الطرف المريض على إجراء العملية وكذلك موافقة الطرف الثاني الغير مريضحيث لا يمكن تصور إبرام العقد بين الزوجة والطبيب فقط دون علم الزوج وموافقته، فالموافقة تكون من الزوجين وهذا ما نصت عليه المادة 50 من قانون الاسرة الجزائري، وأكدت عليه 371 منقانون الصحة رقم 18-11، وفيما يخص أهلية التعاقد فإننا ومن خلال استقراء المواد القانونية السابقة الذكر إضافة الى المادة 55 من القانون المدني الجزائري فإنه يشترط لرضا الزوجين بلوغهما سن 15 سنة كاملة، أما بخصوص الطبيب فيفترض فيه الاهلية باعتبار أنه الشخص العارف بأصول الطب ومبادئ مهنته، الا إذا ثبت تأثر أهليته بمانع أو عارض من عوارض الاهلية1.

2-المحل: هو الركن الثاني للعقد، حيث لابد من التفرقة بين محل العقد ومحل الالتزام، فمحل الالتزام هو " الشيء الذي يلتزم به المدين، فيلتزم هذا الاخير إما بنقل حق عيني، أو بعمل أوبالامتناع عن عمل "وقد يتمثل إما في تحقيق نتيجة أو بذل عناية2،لذلك يشترط في المحل أن يكون موجودا أو قابل للوجود،وأن يكون معينا او قابل للتعيين، وأن يكون مشروعا، وبناءا على هذا فإن محل الالتزام في المجال الطبي، هو ذلك الالتزام الذي يقوم به الطبيب تجاه المريض، والذي قد يكون إما بتقديم العلاج، أو الحد من الالم وتخليصه منه أو يكون هذا الالتزام ببذل العناية اللازمة من أجل الوصول الى النتيجة المرجوة فنقصد به موضوع العقد الذي أراد تحقيقه كل من الطبيب والمريض3.

فقد يكون العلاج وقد يكون استشارة طبية وقد يكون إجراء جراحة وقد يكون مساعدة طبية على الانجاب4، ونجد أنه قد تباينت الآراء حول تحديد محل العقدفي مجال المساعدة الطبية على الانجاب، واختلاف أساسه لتعدد صور وأساليب هاته المساعدة، فذهب البعض إلى القول بأن المحل هنا هو الجسم، وذهب البعض الى القول بأن حمل العقد هو خدمة المساعدة الطبية على

---

[1]-كما يجب أن يتمتع الطبيب بصحة عقلية جيدة وهذا وفق ما أقره المشرع الجزائري من خلال المادة 111 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة السابق الذكر.

[2]- ونص المشرع الجزائري في المادة 52 من القانون المدني على أنه" يجوز أن يكون حمل الالتزام شيئا مستقبلا او محققا ... " كما نصت المادة 50 من نفس القانون على أنه" إذا كان حمل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا،"

[3]-عشوش كرمي، العقد الطيب، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 250

[4]-العلواين عديلة، أمناط التعاقدفي الانظمة الصحية،الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2515

الانجاب التي يقدمها الطبيب للزوجين، وذهب رأي آخر الى القول بأن محل العقد هو المواد الجينية أي الحيوانات المنوية والبويضات.1

هذا كله ويمكن القول بأن محل عقد المساعدة الطبية على الانجاب هو خدمة طبية تتمثل في إجراء عملية تقنية من خلال تلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج لغرض الحمل والانجاب باستخدام وسائل طبية حديثة2.

3-السبب: سبب العقد هو الدافع أو الباعث الى التعاقد، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري استنادا الى النظرية الحديثة التي تأخذ بسبب العقد في حد ذاته وليس بسبب الالتزام، وهذا ما ينطبق تماما على العقد المبرم في إطار تقنية المساعدة الطبية على الانجاب والذي يخرج في الاساس عن المفهوم التقليدي للعلاج الذي غرضه الشفاء من مرض ما، وانما يمتد الى تحقيق الرغبة في إشباع غريزة الامومة والابوة لدى الزوجين، والسبب ركن مهم في تكوين وإبرام العقد، ويشترط فيه أن يكون مشروعا وإلا أصبح العقد باطلا بطلانا مطلقا، كما تظهر عدم التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على مشروعية السبب إذا كان مخالف للنظام العام والآداب العامة، ونظم المشرع الجزائري أحكام السبب في المواد 50 و51 من القانون المدني الجزائري3.

لذلك يجب أن يكون السبب في عقد التلقيح الاصطناعي مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون وفق الضوابط التي حددها الشرع والقانون، وبالنتيجة يمنع كل ما تعلق بالتلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية عن طريق متبرع أو مانح، وكذلك الحمل لمصلحة الغير عن طريق الام البديلة أو استئجار الارحام،4 وهذا لما فيه من تجاوزات شرعية وقانونية فيما يتعلق بأحكام النسب باعتبارها من النظام العام، ويكون السبب هنا غير مشروع، مما يرتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا.

الفرع الثاني: مؤسسات الصحة القائمة على اجراء المساعدة الطبية على الانجاب

جاءت الاشارة الى المؤسسات المكلفة بالقيام بأمور المساعدة الطبية على الانجاب في العديد من المواثيق الدولية، كما اشار اليها ايضا المشرع الجزائري في القوانين الداخلية.

اولا- مكتب العمل الدولي ومؤسسات الخدمات الصحية

---

[1]-أحمد عمراين، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في ظل القانون الوضعي والشريعةالاسلامية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران 2015

[2]-عامر نجيم، العقد الطبيفي القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2010.

[3]-حيث نصت المادة50من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا "

[4]-انظر احكام اتفاقية سيداو الخاصة بحماية المرأة من كل أشكال التمييز والعنف المؤرخة بـ18 ديسمبر 1979 التي انظمتاليها الجزائر سنة 1996

جاء في مقدمة مكتب العمل الدولي إن العمال هم في صميم الخدمات الصحية، ويسهمون في رفاه المجتمعات، أما أماكن العمل في قطاع الخدمات الصحية فهي بيئات معقدة يمكن أن تكون خطرة في بعض الاحيان، ويمكن أن تؤدي ظروف العمل غير الامنة إلى تناقص القوى العاملة في قطاع الخدمات الصحية لذلك يجب على ظروف العمل اللائق في هذاً القطاع أن تأخذ بالحسبان صحة العاملين ورفاههم لان جودة الرعاية التي يقدمها العاملون الصحيون تعتمد جزئيا على جودة بيئة عملهم[1]،وذلك من أجل تحسين العمل في قطاع الخدمات الصحيةوالتي يدخل في اطارها المؤسسات الصحية القائمة على اجراء المساعدة الطبية، او مراكز التلقيح الاصطناعي.

ثانيا- مؤسسات الصحة القائمة على اجراء المساعدة الطبية على الانجاب

تطرق المشرع وبالتفصيل الى تقنيات المساعدة الطبية على الانجاب وحدد ضوابط وشروط ممارستها، وأكد من خلال المادة 2372 على أن كل الاعمال المتعلقة بنظام المساعدة الطبية على الانجاب يجب أن تتم من قبل ممارسين معتمدين في مؤسسات، أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة الاعمال الخاصة بالتخصيب الاصطناعي[3]،حيث يمكن ان تكون هذه المؤسسات عبارة عن عيادات طبية خاصة[4]، او مستشفيات حكومية تابعة للدولة[1]،بحيث تقوم بعملية التلقيح الاصطناعي مجانا باعتباره تابعا لحق المواطن في الصحة الذي نصت عليه المادة 213 من قانون الصحة 11/18.

---

[1]-هناك كتاب بعنوان تحسين العمل في المنشآت الصغير in ImprovementWork (WISE - Enterprises Small) عبارة عن نتاج مشترك لمنظمة العمل الدولية ILO ومنظمة الصحة العالمية WHOبغية تحسين جودة المرافق الصحية استنادا إلى مبادئ برنامج منظمة العمل الدولية.من

الموقع:https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_dialoguesector/documents/instructionalmaterial/wcms61

[2]-المادة (372) 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. تحدد الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب وكذا كيفيات الترخيص لهذه المؤسسات والمراكز والمخابر، عن طريق التنظيم.

[3]-حيث تنص المادة414 من قانون الصحة على " يعاقب كل من ينشئ أو ينجز أو يفتح أو يستغل مؤسسة صحية دون الترخيص المنصوص عليه في المادتين 273 و307 من هذا القانون، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج"

[4]- وكمثال عنها نجد عيادة مايو كلينيك بالعاصمة و التي لها كتاب تشرح فيه شروط و طريقة القيام بعملية المساعدة الطبية على الانجاب تحت اسمBook: Mayo Clinic Family Health Book, 5th Edition وللاطلاع عليه يمكن زيارة الموقع التالي:

https://www.mayoclinic.org/ar/tests-procedures/in-vitro-fertilization/about/pac-20384716

هذا ونجد المادة 3373 من قانون 11/18 تنص على انه يتم تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب مع مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في المجال، المحددة عن طريق التنظيم، كما اخضعت المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة، ويتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية المترتبة على مخالفة ضوابط المساعدة الطبية على الانجاب

يطرح إشكال حقيقي في القانون الجزائري يتمثل في عدم التناسق بين نصوص قانون الأسرة، فمن جهة نص على شروط التلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة دون أن ينص على الأثر المترتب عن مخالفتها كلها أو بعضها، ومن جهة أخرى نجد المادة 40 من نفس القانون تشترط لإثبات النسب من جهة الأبوة وجود زواج شرعي –وهو في نفس الوقت شرط نصت عليه المادة 45 مكرر– ، ومن جهة ثالثة نجد المادة 22 من قانون الأسرة التي تحيل لأحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص أو حكم له في نص القانون4.

لكن المشرع الجزائري احسن بتركيزه على ضوابط عملية التلقيح الاصطناعي وشروطها القانونية5، ووفقا لما جاء به قانون الصحة 11/18 الذي نص على مجموعة من الشروط المتعلقة بحفظ واتلاف الامشاج ورتب عقوبات وجزاءات في حالة الاخلال بضوابط عملية المساعدة الطبية على الانجاب.

الفرع الأول: شروط حفظ واتلاف الامشاج

بالاطلاع على احكام قانون الصحة يمكن استخلاص مايلي:

---

[1]–منها مستشفى بارني حاليا بالعاصمة.

[2]–المادة 13 تضمن الدولة مجانية العلاج، وتضمن الحصول عليه لكل المواطنين عبر كامل التراب الوطني. وتنفيذ كل وسائل التشخيص والمعالجة واستشفاء المرضى في كل الهياكل العمومية للصحة، وكذا كل الأعمال الموجهة لحماية صحتهم وترقيتها.

[3]–المادة 373 "يجب أن يتم تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب مع مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في المجال، المحددة عن طريق التنظيم، تخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة، ويتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية".

[4]–زوبيدةإقرفوفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب "دراسة قانونية"، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزيوزو، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012، مرجع سابق

[5]–انظرنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المستحدثة بموجب الأمر 05/02 المؤرخ في2005/02/27.

اولا: استبعاد امكانية الحفظ

نظرا لما نراه في وقتنا الحاضر من بنوك للحيوانات المنويةوالنطف والتخصيب الاصطناعي، ومختبرات الأبحاث والتجارب العلمية والطبية حول الأجنة الآدمية فقد تدارك المشرع الجزائري الفراغ المتعلق بتنظيم موضوع المساعدة الطبية على الإنجاب، بتخصيص قسم خاص لتنظيم هذا الموضوع في إطار قانون الصحة 11/18 تحت عنوان أحكام خاصة بالمساعدة الطبية علىالانجاب وعرفها1 على انها ممارسات عياديه وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الاباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي.

وقد حدد الحالة الموجبة للجوء لمثل هاته العملية وهي أن يكون الزوجين على قيد الحياة وعليه فان تحقيق هذه العملية لا يمكن أن يتم بعد وفاة أحد الزوجين مما يستبعد إمكانية تجميد النطف والبويضات على النحو المتبع من طرف بعض الدول الغربية2.

ثانيا:منع البيع او التداول او التبرع

كما سبق الاشارة له فقد حدد المشرع الجزائري الإطار المؤسساتي المعني بإجراء مثل هذه العمليات، حيث اشترط حصوله على ترخيص من طرف الوزير كما أثار موضوع قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي الواجب اتخاذه لحفظ واتلاف الامشاج الناتجة عن العملية3،وقد ترك المشرع شروط حفظ واتلاف الامشاج للتنظيم وفق ما نصت عليه المادة 4376.

وبالتالي فإنه وبما يتعلق بحماية المادة الجينية، أي الحيوانات المنوية والبويضات، والأجنة الزائدة عن العدد المقرر، لا يجوز أن تكون محلا للبيع أو التبرع أو التداول، حتى وإن كان لغرض البحث العلمي، كما منع المشرع في هذا المشروع الاستنساخ البشري وهذا ما ورد في الفصل الخاص بالمساعدة الطبية على الإنجاب الذي أدرجه المشرع في قانون الصحة لا سيما المادتين 393 و394 منه5.

---

[1]–حيث تنص المادةالمادة 370 منه على ان: " المساعدة الطبية على الإنجاب هي اجراء 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]– قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 15،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2013.

[3]–https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/173/8/1/97770

[4]–المادة (376) "تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج عن طريق التنظيم".

[5]–مقال للكاتب غزالي صامت بعنوان "نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري بين المفهوم والخصوصية" منشور على الموقع: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/167749

هذا كما منعت المادة 374 تداول او بيع او التبرع بالحيوانات المنوية والبويضات لغاية البحث العلمي في حالة وجود فائض او زيادة عن العدد المقرر لاجراء العملية1.

الفرع الثاني:العقوبات في حالة الاخلال بضوابط المساعدة الطبية على الانجاب

قرر المشرع عقوبات وجزاءات في حالة الاخلال بالضوابط المنصوص عليها في القانون والتي تخص عملية المساعدة الطبية على الانجاب بعضها يمكن استخلاصها من قانون العقوبات واخرى مقررة في قانون الصحة 11/18.

اولا: في قانون العقوبات

كل تقصير او خطا مهني يتم اثباته في عملية المساعدة الطبية على الانجاب والذي يصدر عن كل من يمتهن الصحة والذي يرتكبه خلال ممارسته مهامه او بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لاحد الاشخاص او بصحته او يحدث له عجزا مستديما او يعرض حياته للخطر او يتسبب في وفاته،وهي كلها احتمالات واردة اثناء القيام بعملية التلقيح الاصطناعي،فإن ذلك ووفقا لأحكام المادة 413 من قانون الصحة من شانه ان يعرض صاحبه للعقوبات المقررة في المواد 288 ،289 و 442 (فقرة2) من قانون العقوبات2، ماعدا في حالة الضرورة الطبية المبررة.

كما ان كل مخالف لأحكام المادة 168 من قانون الصحة والتي تتعلق بممارسة مهنة الطب تحت هوية قانونية فانه يخضع للأحكام الواردة في المادة 247 من قانون العقوبات3.

كما ان المادة 416 من قانون الصحة نصت على ان كل شخص مارس مهنة الصحة بصفة غير شرعية يعاقب طبقا لأحكام المادة 243 من قانون العقوبات4.

اما بالنسبة لمخالفة الشروط الواردة في المادة 45 مكرر من قانون الاسرة و التي تخص شرعية الزواج كشرط لصحة عملية المساعدة الطبية على الانجاب فان المشرع قد تدخل وفصل فيها صراحة إما بنصوص قانونية أو تنظيمية أو بتدخل المحكمة العليا بقراراتها واجتهاداتها في تطبيق وتفسير المادة 45 مكرر،فمثلا وفيما يخص احكام الزنا بالنسبة للتلقيح الاصطناعي فان الفقهاء

---

[1]–المادة (374) يمنع التداول، لغاية البحث العلمي، التبرع والبيع وكل آخر من المعاملة المتعلقة: – بالحيوانات المنوية – بالبويضات، حتى بين الزوجات الضرات – بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتان – بالسيتوبلازم.

[2]–انظر احكام المواد 288 ،289 و442 (فقرة2) من قانون العقوبات

[3]–تنص المادة 247 على انه "كل من انتحل لنفسه في محرر عمومي او رسمي او في وثيقة ادارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية اسم عائلة خلاف اسمه وذلك بغير حق يعاقب بغرامة من 500 الى 5000 دينار."

[4]– تنص المادة 243 على انه "كل من استعمل لقبا متصلا بمهنة منظمة قانونا او شهادة رسمية او صفة حددت السلطة العمومية شروطها منحها او ادعى لنفسه شيئا من ذلك بغير ان يستوفي الشروط المفروضة لحملها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر الى سنتين وبغرامة من 500 الى 5000 دينار او بإحدى هاتين العقوبتين."

يرون أن التلقيح من غير ماء الزوج بكافة صوره يأخذ حكم جريمة الزنا مستندين إلى التقاء الزنا والتلقيح بغير ماء الزوج في نتيجة واحدة و هي اختلاط الأنساب وبالتالي يأخذ نفس احكام جريمة الزنا المنصوص عليها في قانون العقوبات1.

أن التلقيح الاصطناعي من غير الزوج بكافة صوره يطلق عليها حالات الزنا البيولوجي يؤدي إلى نسب غير مشروع وهذه الافعال جميعها فيها اعتداء فاضح على مبادئ الدين والأخلاق التي يستند عليها المشرع الجزائري لتحريم وتجريم هذه الحالات.

امابالنسبة لإجهاض الحمل الناتج عن التلقيح الاصطناعي فيرى المشرع الجزائري ان النصوص التشريعية في جرائم الإجهاض يقصد بها حماية الجنين في بطن أمه بأن ينمو النمو الطبيعي حتى ولادته2، إذ الحماية الجنائية هنا متجهة إلى الجنين وكون هذا الحمل أتى بطريق طبيعي أو اصطناعي أصبح له الحق في الحماية3 ولا يحق لأحد أن يعتدي عليه بأي صورة كانت وبذلك يعد متهما كل من تعدى على امرأة حامل بطريق التلقيح الاصطناعي وكذلك المرأة إذا رضيت بذلك والشريك معها بحسب صفته، وذلك طبعا باستثناء حالات الإجهاض المباحة وبالتالي يخضع لأحكام المواد 304 إلى 309 من قانون العقوبات4.

هذا بالإضافة الى اعتبار ان عدم التقيد والالتزام السر الطبي والمهني، يعرض صاحبه للعقوبات المنصوص عليها في أحكام المادة 301 من قانون العقوبات،وذلك طبقا لأحكام المادة 417 من قانون الصحة5.

ثانيا: في قانون الصحة 11/18

قد اضفى المشرع الجزائري خصوصية وحماية قانونية للمساعدة الطبية على الانجاب،من خلال تحديده للنطاق الزمني والمكاني لإجرائها،وكذا الاجراءات المتبعة والمسؤولية المترتبة عند الاخلال بما اوجبه من ضوابط6.

---

[1]–محمود نجيب حسني: "شرح قانو ن العقوبات، القسم الخاص،" دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 35

[2]–الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الطفل المؤرخة بـ 20 نوفمبر 1989 التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92–461

[3]–أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007،ص 146

[4]–انظر احكام المواد من 304 الى 309 من قانون العقوبات الجزائري

[5]–المادة 417 عدم التقيد بالتزام السر الطبي والمهني، يعرض صاحبه للعقوبات المنصوص عليها في أحكام المادة 301 من قانون العقوبات.

[6]–المادة 353 يؤدي كل خطأ أو غلط طبي مثبت بعد خبرة، من شأنه يقحم مسؤولية المؤسسة و/أو الممارس الطبي أو مهني الصحة، يرتكب خلال ممارسة مهامهم أو بمناسبتها والذي يمس السلامة الجسدية أو الصحية للمريض، ويسبب

فنجد المادة 432 تعاقب كل من يقوم بالإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنة (1) وبغرامة 200.00 دج
إلى 400.000 دج وينطبق ذلك على الحيوانات المنوية والبويضات والامشاج في حالة التلقيح الاصطناعي.

اما المادة 433 فإنها تعاقب كل من يقوم بنزع نشاطات المساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسة غير مرخص لها بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج،لان ذلك مخالف لشرط الترخيص للمؤسسة الطبية.

اما فيما يخص مخالفة احكام المادة 371 المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب فانه يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج وذلك وفق ما نصت عليه المادة 434 من نفس القانون.

كما ان كل تبرع او بيع او غيره من المعاملات التي تخص مواد الجسم البشري كالحيوانات المنوية والبويضات والامشاج والذي يعتبر مخالفا لأحكام المادة 374 من قانون الصحة فانه يعرض صاحبه لعقوبات بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، وذلك طبقا لأحكام المادة 435 من نفس القانون1.

هذا بالنسبة للمخالفات التي يمكن ان تصدر عن الافراد اما عن المخالفات التي تصدر عن الاشخاص المعنوية كالمؤسسات الطبية القائمة بعملية التلقيح الاصطناعي فان المشرع قد اورد لها عقوبات في نص المادة 441 من قانون الصحة2 تتمثل في غرامة مالية لا يمكن أن تقل عن خمسة أضعاف الغرامة القصوى المنصوص عليها للشخص الطبيعي وعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المتمثلة في حجز الوسائل والعتاد المستعمل في ارتكاب المخالفة، المنع من ممارسة نشاط لمدة لا تتجاوز خمس سنوات،غلق المؤسسة أو إحدى ملحقاتها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات،او حل الشخص المعنوي نهائيا.

عجزا دائما ويعرض الحياة للخطر أو يتسبب في وفاة شخص، إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

[1]–المادة 435 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"

[2]– المادة 441 يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى المخالفات المنصوص عليها في الباب الثامن أعلاه، بما يأتي: غرامة لا يمكن أن تقل عن خمسة (5) أضعاف الغرامة القصوى المنصوص عليها للشخص الطبيعي، عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:حجز الوسائل والعتاد المستعمل في ارتكاب المخالفة، المنع من ممارسة نشاط لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، غلق المؤسسة أو إحدى ملحقاتها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، حل الشخص المعنوي.

الخاتمة

إن اللجوء إلى تقنية المساعدة الطبية على الانجاب أصبح اليوم يشكل أكثر من ضرورة لابد منها خاصة على المستوى الاجتماعي والاقتصادي فلا أحد ينكر مدى اعتبار التلقيح الاصطناعي كعلاج لحالات العقم بكل صوره وكذا الحل النفسي لكثير من العائلات والأسر.

كما لا يمكن لأحد أن ينكر مدى مساهمة هاته التقنية أيضا في إيجاد الحلول للكثير من المعضلات، وكما تحمل ايجابيات فهي تحمل كذلك سلبيات، خاصة عندما يغيب الإطار القانوني والتشريعي الذي ينظم عمل المؤسسات المختصة بتقنية التلقيح الاصطناعي، كما ان اليأس احيانا قد يقود المريض إلى درجة عدم احترام الشروط المتفق عليها شرعا وقانونا بالتنسيق مع الطبيب ورغم زيادة عدد اللاجئين إلى هذه التقنية فان المشرع لم يدعمها بأية نصوص قانونية واضحة وكافية لذلك توصلت الى مجموعة من الاقتراحات ومنها:

– ضرورة إضافة مواد قانونية ضمن قانون الأسرة توضح الأساليب المباحة المشروعة قانونيا وكذا الجزاءات المترتبة عن تخلف إحدى الشروط التي نصت عليها المادة 45 مكرر من نفس القانون.

– ضرورة وضع مواد قانونية تتحدث عن إجراءات اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كما هو الحال في القانون الفرنسي كضرورة إثبات صفة العقم لدى أحد الزوجين، وأن يكون التلقيح الاصطناعي الوسيلة الاخيرة لحمل الزوجة مع وجوب عرض طلب إجرائه على لجنة طبية مختصة في أمور الحمل والولادة، يكون بيدها هي الموافقة والسماح للزوجين بالخضوع لهذه العملية دون أن ننسى حماية حقوق الزوجين بإلزام اللجنة بتسبيب قرارها في حالة الرفض كما هو معمول به في النظام الفرنسي.

– وضع نصوص تنظيمية محكمة تنظم قانون الصحة بهذه التقنية من كل الجوانب البشرية المادية والمالية واخيرا وهو الاهم ضرورة تشريع جزاءات ردعية عند مخالفة الشروط والمتطلبات العلمية لعمليات التلقيح الصناعيوكذا الشروطوالضوابط المنصوص عليها في القانون.

قائمة المصادر والمراجع:

اولا: قائمة المصادر

1: الدستور

الدستور الجزائري المعدل لعام 2016 والذي ينص على الحق في الصحة لكل مواطن.

2: النصوص القانونية

–القانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05– 02، المؤرخ في 27 فبراير 2005

– القانون رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج.ر العدد 15،المعدل والمتمم لقانون84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

– القانون رقم 11 لعام 2018 الصادر بتاريخ 2 جويلية 2018 الخاص بالصحة.
– قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم الصادر بالأمر رقم 66–156 المؤرخ في 1966/11/18.
– الامر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

3: الإتفاقيات الدولية

– اتفاقية سيداو الخاصة بحماية المرأة من كل أشكال التمييز والعنف المؤرخة بـ 18 ديسمبر 1979 التي انظمتاليها الجزائر سنة 1996.
– الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الطفل المؤرخة بـ 20 نوفمبر1989 التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92–461.

ثانيا: قائمة المراجع

1– الكتب

–أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، ط ب، منشأة المعارف الإسكندرية، 2007.
– د.العلواين عديلة، أنماط التعاقد في الانظمة الصحية،الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
–حيدر حسين كاظم الشمري، إشكالية الرحم البديل وإثبات النسب وصور الإخصاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، المصدر القومي، الإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2016
– د. عشوش كرمي، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر
– د. عامر قاسم احمد قيسي، المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، ط2، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2001
– د. محمود مهدان، الأحكام الشرعية والقانونية للشغل في عوامل الوراثة، ط1،بدون دار النشر الأردن.
–د. محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003
– د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993
– زوبيدة إقرفوفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين الميلة، الجزائر، الطبعة 1، سنة 2010.

2: الرسائل الجامعية

– أحمد عمراين، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في ظل القانون الوضعي والشريعةالاسلامية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2015

– نجمة زودة، الأم البديلة واستئجار الأرحام، رسالة ماجستير، معهد الحقوق بن عكنون الجزائر، 2008

–عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2010

– لامية العوفي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008

– زوبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2008

3: المقالات في المجلات

–قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 15 جامعة تلمسان، 2013

– زناقي محمد رضا،التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب،مجلةالعلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 60،المجلد 105،لسنة 2021.

– خيرة العرابي، التلقيح الاصطناعي وأثره في إثبات النسب، مجلة مخبر حقوق الطفل جامعة وهران، الحماية القانونية والاجتماعية للطفل في القانون الجزائري والقانون المقارن، العدد الثاني، لسنة 2011.

– العربي بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 15،جامعة أبو بكربلقايد، تلمسان، 2013

4: المقالات على مواقع التواصل الاجتماعي

– الفتوى رقم 320377 المنشورة يوم الأحد 7 ربيع الآخر 1437 هـ – 2016/1/17 م على الموقع: https://www.islamweb.net/ar/fatwa/373351/

– الفتوى رقم 5995 المنشورة في السبت 20 جمادى الآخر 1422 هـ،2001/9/8 م على الموقع التالي:https://binbaz.org.sa/fatwas/7059/

– الفتويين رقم.227431 – 5995 وكذلك الفتوى رقم 373351المنشورة يوم الإثنين 10 رجب 1439 هـ، 2018/3/26 على الموقع:
https://www.islamweb.net/ar/fatwa/373351/

– مقال،تحت عنوان احكام التلقيح الاصطناعي منشور على الموقع التالي:

https://www.islamweb.net/ar/fatwa/5995/

– مقال للكاتب غزالي صامت بعنوان:نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري بين المفهوم والخصوصية منشور على الموقع:

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/167749

–كتاب بعنوان تحسين العمل في المنشآت الصغيرة، (WISE – Enterprises Small)in ImprovementWork عبارة عن نتاج مشترك لمنظمة العمل الدولية ILO ومنظمة الصحة العالمية WHOبغية تحسين جودة المرافق الصحية استنادا إلى مبادئ برنامج منظمة العمل الدولية.من الموقع:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_dialoguesector/documents/instructionalmaterial

– ارفيس باحمد، البُعد الاجتماعي لعمليات الاستيلاد الاصطناعي،مقال منشور على الموقع التالي:

https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/610/6/4/171362

– مقال بعنوان حكم استجلاب ماء الاسير للقيام بالتلقيح الاصطناعي منشور على الموقع:

https://fatwa.najah.edu/ar/question/ref-833850/

5: مواقع إلكترونية

https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/173/8/1/97770

https://www.mayoclinic.org/ar/tests-procedures/in-vitro-fertilization/about/pac-20384716

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/115638

11-https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/610/6/4/171362

طلب إجراء المساعدة الطبية على الإنجاب: شرط الرضا

د.عبد الحق حنان
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ملخص :

إن المشرع الجزائري من خلال القانون 18-11 المتعلق بالصحة استعمل مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب حيث أدرج تحت هذاالمفهوم كل التقنيات المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، وتكون موضوع عقد طبي يربط بين الزوجين والطبيب، من أهم شروطه
الرضا المتبصر والمستنيرللزوجين بعملية التلقيح الاصطناعي وهو ما استقر عليه الفقه القانوني وأقرته الكثير من التشريعات. إلى جانب الشكلية التي استحدثها المشرع بموجب نص المادة 371 من القانون سالف الذكر. وتظهر أهمية الكتابة هنا، لما تنطوي عليه هذه العملية من مخاطر ومشاكل قانونية من جهة الزوجين، ومن جهة الطبيب القائم بالعملية. بالإضافة إلى أنه لا يمكن اعتبار الرضا كأساس لإباحة التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية بما أن هذه الصور محرمة شرعا وقانونا.
الكلمات المفتاحية: المساعدة الطبية على الإنجاب-العقد الطبي-الرضا المتبصر والمستنير-الشكلية.

المقدمة:

لقد شرع الله النكاح وجعله الوسيلة الوحيدة للتناسل والتكاثر لما له من أهداف عظيمة، فقد حث عليه ورغب فيه وجعله من أولويات الأمة وأحاطه بالعناية الشاملة، ذلك أن الزواج إذا تم وفق الوجه الشرعي وكان هدفه تحقيق المقاصد المرجوة منه، فإنه سيكون المنبع الصحيح للأسرة والمجتمع الصالح.
فكما جعل الله النسل غريزة بشرية وجعل الأولاد زينة الحياة الدنيا، فقد جعل كذلك العقم وعدم الإخصاب من الأمراض التي يشرع التداوي منها بالطرق المشروعة لمعرفة المشاكل التي تحول دون تحقق الحمل وتأخر الإنجاب ومعرفة العلاج المناسب لها. والتلقيح الاصطناعي كوجه من أوجه التقدم العلمي تمثل تقنية طبية حديثة ساهمت بشكل كبير في علاج مشكلات ضعف الخصوبة والإنجاب لدى المرأة والرجل على حد سواء.
فالتلقيح الاصطناعي أو الصناعي الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، قد سمي بالتلقيح الصناعي لأنه لا يتم بالطرق الطبيعية بل عن طريق استعمال طرق تقنية ومخبرية.
كما حدد المشرع في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 المساعدة الطبية على الإنجاب ضمن النشاطات الطبية المتصلة بالبيو أخلاقيات الطب وضبط أحكامها ليزيل بذلك كل لبس وإبهام لتفادي خروج الممارسين لها عن الإطار الأخلاقي والشرعي والديني.

والمساعدة الطبية على الإنجاب تكون موضوع عقد طبي يربط بين الزوجين والطبيب، وركنه الأساسي هو الرضا المستنير للزوجين، حيث أن الإرادة متوفرة لكل من الطبيب والزوجين لمناقشة بنود العقد والاتفاق على الأمور المحيطة بإجراء العملية عن إرادة متبصرة وحرة ومستنيرة، وهذا دون الخروج عن الضوابط القانونية المحددة للقيام بعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب. فالرضا هو ركن أساسي لأي عقد وشرط من الشروط الأساسية في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب، فما مفهوم طلب المساعدة الطبية على الإنجاب وما هي شروطها وخصائص شرط الرضا اللازم فيها؟ هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا البحث والإجابة على هذا التساؤل في محورين: الأول نعالج من خلاله شرط الرضا اللازم في عقد المساعدة الطبية على الإنجاب. والثانيخصائص الرضا كأساس لمشروعية القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

المبحث الأول: شرط الرضا اللازم في عقد المساعدة الطبية على الإنجاب

المشرع الجزائري من خلال القانون 18-11 المتعلق بالصحة استعمل مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب بدل مصطلح التلقيح الاصطناعي ليكون التعريف أشمل، وعليه من أجل القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب تطلب المشرع استيفاء عدة شروط للمستفيدين من العملية راعت معظمها الجانب الأخلاقي والديني.وما عملية التلقيح الصناعي إلا من العمليات المستحدثة في الطب التي يشترط لإجرائها الشكلية في رضا الزوجين باعتبارهما طرفي هذه العملية، وهو ما استحدثه المشرع الجزائري في المادة 371 من قانون الصحة الجديد. وعليه نتطرق إلى مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب في المطلب الأول، ثم إلى شرط الرضا كأساس طلب المساعدة الطبية على الإنجابفي المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب وشروطها

حدد المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب بعد تصنيفها ضمن النشاطات الطبية المتصلة بالبيو-أخلاقيات الطب، وعليه نتطرق إلى مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب في الفرع الأول ثم شروط المساعدة الطبية على الإنجاب في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف المساعدة الطبية على الإنجاب

أولا- التعريف الاصطلاحي والقانوني للمساعدة الطبية على الإنجاب: المساعدة الطبية على الإنجاب اصطلاحاهي كل تدخل طبي يهدف إلى إعانة الشخص وتمكينه من تحقيق الولد والتمتع بمشاعر الأبوة والأمومة، وهذا التدخل يتضمنه مفهوم العمل الطبي، ما دام أن الإنجاب هو من المصالح الاجتماعية التي يسعى الطبيب إلى تحقيقها. وبناء على ذلك، فالمساعدة الطبية على الإنجاب ليست محصورة في

عمل طبي بحد ذاته، بل هي كل وسيلة يشير بها او يستعملها الطبيب لتمكين الشخص من تحقيق الإنجاب1.

أما بالنسبة للتعريف القانوني للمساعدة الطبية على الإنجاب أو التلقيح الاصطناعي، يمكن القول أن هناك من التشريعات من أعطت تعريفا قانونيا لهذه العمليات ومنها من بين شروط التلقيح الاصطناعي دون تعريفه، وهذا ما سار عليه بداية المشرع الجزائري من خلال تطرقه إلى شروط التلقيح الاصطناعي مباشرة دون تعريفه. وهذا من خلال نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالتعديلات الواردة بموجب الأمر 05-02. إلا أنه تدارك الأمر وجاء بنصوص أكثر تنظيما في المواد من 370 إلى 376 من قانون الصحة الجديد.

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري من خلال القانون 18-11 المتعلق بالصحة استعمل مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب بدل مصطلح التلقيح الاصطناعي ليكون التعريف أشمل، حيث أدرج تحت مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب كل التقنيات المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي وكذلك جميع الممارسات سواء كانت عيادية أو بيولوجية أو حتى علاجية فقط.

فالمادة 370 من قانون الصحة رقم 18-11، عرفت المساعدة الطبية على الإنجاب بأنها: "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.

بهذا التعريف يكون المشرع قد حدد مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب بحصرها في جملة من الممارسات غير المعتادة عند باقي الأطباء، والمتمثلة حسب نص المادة 372 من قانون الصحة في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تحدد عن طريق التنظيم، يشرف عليها ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مراكز مرخص لها مسبقا3.

ثانيا: العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب:

يعرف العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب بأنه بالأساس عقد طبي موضوعه المساعدة الطبية على الإنجاب، وبذلك يمكن تعريفه بأنه ذلك العقد الذي يربط بين الزوجين والطبيب على إجراء تدخل طبي بغرض المساعدة على الإنجاب وفق الشروط التي حددها القانون، وتتم المساعدة الطبية على

1-صامت غزالي، نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري بين المفهوم والخصوصية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02 (العدد التسلسلي 27) أكتوبر 2021، ص1457-

-المادة 370 من القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة الجديد2

3-يُرجع إلى المادة 372 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

الإنجاب عن طريق تلقيح المرأة بطريقة اصطناعية وهو ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي والذي يجب ألا يخرج عن الضوابط الشرعية والقانونية.

انطلاقا من هذا التعريف اتضح لنا بعض معالم خصوصية تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب من الناحية القانونية من خلال أطراف العقد الطبي المنصب على عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب. فالمتعارف عليه غالبا أن أطراف العقد الطبي هما المريض والطبيب، أما بخصوص موضوع بحثنا، فإن أطراف العقد هم الزوج والزوجة والطبيب على خلاف الدول التي تنتهج نظاما قانونيا تحرريا والتي تجيز تقنية الأم البديلة أو التلقيح عن طريق رجل متبرع، فأطراف العقد هم الزوجين والطبيب والطرف الأجنبي المتدخل في عملية التلقيح1.

يفهم من التعاريف السابقة أن التلقيح الصناعي يطلق على تلقيح البويضة بنطفة بشرية من غير اتصال مباشر.

الفرع الثاني: شروط المساعدة الطبية على الإنجاب

إن عملية التلقيح الاصطناعي التي هي عبارة عن "عملية تساعد على الإنجاب دون حدوث أي تلاقي أو حصول أي اتصال جنسي بين الزوجين، حيث يتم نقل الحيوانات المنوية من الزوج إلى رحم الزوجة أي أنه يكون داخل الجسم وهو ما يسمى "بالاستدخال" إذ يتم بموجبه نقل الحيوانات المنوية مباشرة من الزوج ووضعها في رحم الزوجة لتتصل بالبويضة وبعدها تواصل رحلتها عبر مختلف مراحل النمو التي تمر بها كما هو الشأن في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي. أما العملية الثانية فتتم بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة وتتم خارج الجسم وتسمى ب "أطفال الأنابيب" وفي هذه الفرضية يتم وضع بويضة الزوجة في أنبوب يضاف إليها مني الرجل وبعد أن تلقح وتتابع انقساماتها المتتالية يتم إعادتها إلى الرحم لتستكمل نموها الطبيعي2.

-أما فيما يتعلق بمسألة الأم البديلة، فإن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة وكذلك المادة 371 من القانون 18-11 السالف الذكر جاء صريحا وواضحا، حيث لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة. فلا يجوز الاستعانة في إجراء التلقيح الاصطناعي بين الزوجين بماء لغير الزوجين أو برحم لغير الزوجة صاحبة البويضة، كما أنه لا يجوز شرعا وقانونا للزوجين استئجار أو استعارة رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما. وعدم الجواز يشمل كذلك الحالة التي

4-زهرة محمد مرسي، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الكويت، 1993، ص23.

5-أنظر: ليلى بلحسل منزلة، قادية عبد الله، البيو أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب-الشروط والموانع- مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 9، العدد01، سنة 2021، ص 261.

تكون فيها المرأة صاحبة الرحم زوجة ثانية للرجل صاحب الحيوان المنوي لما في ذلك من إشاعة للفاحشة وإثارة للمشكلات الاجتماعية1،

كما أن المادة 374 من القانون 18-11 نصت 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 أو لا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا

-بالسيتوبلازم".

وعليه من أجل القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب تطلب المشرع استيفاء عدة شروط للمستفيدين من العمليه راعت معظمها الجانب الأخلاقي والديني نوجزها في النقاط التالية:

أولا: وجود علاقة زوجية شرعية إذ لا يمكن اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي إلا إذا كانت تجمع الزوجين رابطة زوجية صحيحة أي عقد زواج شرعي مستوفي لكافة شروطه وأركانه2وهذا حتى يكون النسب شرعيا ناتجا عن علاقة شرعية تربط الرجل بالمرأة، على خلاف المشرع الفرنسي الذي سمح باللجوء إلى عملية المساعدة الطبية على الإنجاب لكل رجل وامرأة عاشا معا لمدة سنتين.

ثانيا: ضرورة وجود عقم مؤكد وهو ما ذهبت إليه المادة 371 من قانون الصحة سالفة الذكر التي اشترطت للقيام بعملية المساعدة الطبية على الإنجاب وجود ضعف في الخصوبةلدى الزوجين.

ثالثا: أن يكون برضا الزوجين وحال حياتهما، فشرط الرضا موضوع دراستنا نتطرق إليه في المطلب الثاني أما شرط الحياة، فيقصد به أثناء حياة الزوجين لاحتمال قيام الأرملة باسترجاع مني زوجها المتوفي الذي احتفظ به قبل ذلك في بنك المني، لتلقح به نفسها قصد الحمل والإنجاب حفاظا على ثروته من الضياع. فالإنجاب بعد الوفاة أصبح حقيقة علمية نتج عنها ولادة الكثير من الأطفال بعد وفاة أبائهم بمدة طويلة3.

فبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على منع الأرملة من تلقيح نفسها بماء زوجها المتوفى، إلا أن هذا الأمر يستخلص بمفهوم المخالفة من نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الذي اشترط فيه المشرع أن يتم التلقيح الاصطناعي بين الزوجين وأثناء حياتهما، مما يعني أنه لا يجوز اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة أو الطلاق سواء تمت العملية أثناء العدة أو بعدها. كما أن المشرع

6-أنظر: زناقي محمد رضا، دلال يزيد، الإطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد02، 2020، ص 124.

7-المادتان 45 مكرر من قانون الأسرة والمادة 371 من قانون الصحة الجديد.

8-أنظر: بغدالي الجلالي، الوسائل العلمية الحديثة للمساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013-2014، ص30.

الجزائري يعتبر الوفاة والطلاق من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، حيث نصت المادة 47 من قانون الأسرة على ما يأتي:" تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة" وحسنا فعل المشرع بمنعه التلقيح بعد الوفاة مهما كانت أسبابه ومبرراته لما قد ينجر عنه من مشاكل تضر بحقوق الورثة. ومثال ذلك حالات التلقيح بماء الزوج الذي مات منذ فترة: وقد حصلت هذه القضية في الولايات المتحدة وخاصة أثناء حرب فيتنام كما حصلت عام 1984 في فرنسا في قضية السيدة الأرمل كورين باربالیکس التي رفعت أمرها إلى القضاء ليحكم لها بحقها في أن تُلقح بماء زوجها الذي توفي منذ أمد1.

وقياسا على ذلك حالاتاستنبات الأجنة المجمدة: ففي استراليا وافقت المحكمة العليا في نوفمبر 1984 على استنبات الجنينين المجمدين اللذين خلفهما زوجان ثريان من كاليفورنيا في الولايات المتحدة ماتا في حادثة طائرة... وكان الزوجان قد حاولا عملية طفل الأنبوب وفشلت العملية...واحتفظ بجنينين مبكرين (لقيحتين... واللقيحة مكونة من بويضة المرأة ملقحة بنطفة الرجل) في الثلاجة لحين عودتهما مرة أخرى إلى أستراليا. ولكن القدر عاجلهما...فبقيت اللقيحتان مجمدتين تنتظران الإذن باستنباتهما، وقد صدر بعد ذلك أمر المحكمة بالموافقة على استنباتهما وزرعهما في رحم متبرعة.

رابعا: أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما: يشترط في عملية المساعدة على الإنجاب أن يتم تلقيح المرأة بمني زوجها، فمن الضروري جدا الحرص على عدم الوقوع في أدنى شك بخصوص اختلاط مني الرجل واستبداله بمني غيره، والتأكد من توافر ضمانات قوية على التزام الهيئة الطبية بذلك وإهدار ما تبقى منه، لأنه في حالة عدم الامتثال لذلك فإن الطفل الناجم عن تلقيح المرأة بماء الغير يعتبر ابنا غير شرعي2.وقد حرص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 374 على منع كل تعامل مهما كان شكله بالحيوانات المنوية أو البويضات أو الأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو السيتوبلازم، ومهما كان الشخص الذي سوف يستفيد من هذا التعامل سواء زوجات، ضرات أو امرأة أخرى. ولعل السبب في إقرار هذا الحظر هو التخوف من اختلاط الأنساب.

ما يمكن ملاحظته بشأن هذه الشروط هو أن الشروط التي أوردها المشرع في قانون الصحة الجديد لا تختلف كثيرا عن الشروط التي جاء بها قانون الأسرة بنص المادة 45 مكرر، فقد أصبح واضحا بأن استعمال هذه التقنية لا يتم إلا بين الزوجين، وبالتالي يشترط في هذا الزواج أن يكون مستوفيا لجميع أركانه وشروطه. ويستلزم ذلك أيضا أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما، وعلى هذا الأساس رفض المشرع الجزائري رفضا قاطعا الاستعانة بماء رجل آخر أو بويضة امرأة أخرى أو حتى استئجار رحم امرأة أخرى.

9-أنظر: ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، كلية الشريعة والقانون، الدقهلية، مصر، د س ط، ص382.

10-أنظر: ليلى بلحسل منزلة، فادية عبد الله، مرجع سابق، ص 264.

المطلب الثاني: شرط الرضا كأساس طلب المساعدة الطبية على الإنجاب

تدخل عملية التلقيح الصناعي في زمرة الأعمال الطبية التي تستوجب توافر رضا كل من الزوجين، فالرضا هو شرط أساسي لصحة ومشروعية هذه العملية. وعليه سنتطرق في الفرع الأول إلى الرضا المشترك للزوجين ثم الشكلية في ركن الرضا في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شرط الرضا المشترك للزوجينإجراء التلقيح الصناعي

من المبادئ المستقرة في القانون الطبي، ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض قبل مباشرة العلاج على أساس أنه إنسان حر له حقوق مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها دون رضاه، بل أن الطبيب لا يستطيع أن ينتقل من مرحلة علاجية إلى مرحلة أخرى من مراحل العمل الطبي إلا برضا المريض1.

وعليه نجد أن المشرع الجزائري ألزم الطبيب بالحصول على رضا المريض في كل الأعمال الطبية وذلك في المادة 154 فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها2التي تنص على أنه: "يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك".

وكذلك المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب3 والتي تنص على أنه: يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون..."

وما عملية التلقيح الصناعي إلا من العمليات المستحدثة في الطب التي يشترط لإجرائها رضا الزوجين باعتبارهما طرفي هذه العملية. فالرضا المتبادل للزوجين شرط أساسي في جميع صور التلقيح الصناعي الداخلي والخارجي، إذ لا يكفي رضا أحدهما دون الآخر، ومن ناحية أخرى فإن مصلحة الولد الذي هو نتاج هذه العملية تقتضي توافر هذا الشرط، فإذا ما تم التلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين يأتي الولد غير مرغوب فيه، بل قد يلجأ الزوج إلى إنكار نسب الطفل مما يترتب على ذلك آثارا نفسية واجتماعية خطيرة4.

إن رضا الزوجين بعملية التلقيح الصناعي يعد من أهم الشروط لإجرائها وهو ما استقر عليه الفقه القانوني وأقرته الكثير من التشريعات وطبقته المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا. فالرضا في مجال الإنجاب الصناعي له طرفان: الزوج، والزوجة أما الطبيب فهو ملزم بالحصول على موافقة الزوجين على

11-سيف إبراهيم المصاروة، التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 2، 2015، ص 506.

12-قانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 08 س22، مؤرخة في 17 فبراير 1985.

13-مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 58 س 29 المؤرخة في 08 يوليو 1992.

14-سيف إبراهيم المصاروة، مرجع سابق، ص 506.

إجراء عملية التلقيح الاصطناعي وفق الصيغة القانونية التي تعتمدها المراكز المعنية بزرع الأجنة.ويبدو رضا الزوج ضروري لأن الولد سينسب له، أما من جهة الزوجة فتبدو أهمية رضاها في كونها محلا لإجراء العملية1.

لذا كان لزاما أن 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 إرادتيهما كما احتاج العقد إليهما2.

وباستقراء نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة نجدهاتنص على أن التلقيح الاصطناعي يخضع لشرط رضا الزوجين وأثناء حياتهما، إلا أن نص المادة 19 من نفس القانون تمنح للزوجين حق اشتراط كل الشروط التي يريانها ضرورية في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ما لم تتنافى هاته الشروط مع أحكام القانون.

ويستشف من هذا النص أنه إذا كان التلقيح الاصطناعي أحد هذه الشروط في العقد، فإن رفض الزوجين له يخول للآخر حل الرابطة الزوجية على أساس خرق أحد بنود العقد. إلا أنه وبالرغم من ذلك فعدم اشتراط ذلك يسمح أيضا لأي من الزوجين رفض هذه العملية، وهو ما قد يكون سببا من أسباب فك الرابطة الزوجية.

فالزوج بصفته صاحب العصمة له أن يستند إلى نص المادة 48 من قانون الأسرة لأنه يستعمل حقه متى شاء، أما الزوجة فتستند في طلب تطليقها إلى نص المادة 2/23 و10 من قانون الأسرة والتي تنص على: "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و الفقرة 10-كل ضرر معتبر شرعا".

الفرع الثاني: الشكلية في شرط الرضا في طلب المساعدة الطبية على الإنجاب

إن الرضا في مفهومه العام هو إسقاط المريض لصفة الاعتداء على حرمة جسمه وتكامله الجسدي، وقد يكون هذا الرضا صريحا أو ضمنيا يفهم من خلال ظروف الحال، إلا أن الفقهاء يرون بأنه لا بد أن يكون رضا المريض مكتوبا، ذلك أن شرط الرضا ضمانة للحقوق الشخصية للمريض وهذا ما أخذت به الكثير من الدول في العالم3.

واللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب يكون في صورة عقد بين الزوجين الراغبين في الإنجاب، فينعقد العقد بارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين وقبول الآخر وفقا للشكل المقرر قانونا، وهذا

15-سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص 70-71.

16-زبيدة إقروفة، جامعة بجاية، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، د س ط، ص 109-110.

17-أوهايبية عبد الله، رضا المجني عليه وأثره في المسؤولية الجنائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 1979، ص 83.

هو العقد الأصلي لأن هناك عقدا تابعا له وهو المبرم مع مراكز حفظ البويضات والأجنة والسائل المنوي1.

لم يشترط المشرع الجزائري شكلية لإبرام عقد المساعدة الطبية على الإنجاب قبل صدور قانون الصحة مكتفيا برضا الزوجين فقط حسب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، فبالرغم من خطورة هذه العملية وإجراءاتها الطبية المعقدة وصورها المختلفة والتي يمكن أن تطول لمدة طويلة، الأمر الذي يتطلب العلم والإحاطة بها، وهذا ما يستوجب أن يكون هناك شكلا معينا يفرغ فيه الطرفان إرادتهما المعبرة عن اللجوء إلى طلب المساعدة الطبية على الإنجاب. وهو ما استحدثه المشرع الجزائري في المادة 371 من قانون الصحة الجديد، على أن يقدم الزوج والزوجة كتابيا وهما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر 01 واحد من تاريخ استلامه من الهيكل والمؤسسة المعنية2.

وتظهر أهمية الكتابة هنا، لما تنطوي عليه هذه العملية من مخاطر ومشاكل قانونية من جهة الزوجين، ومن جهة الطبيب القائم بالعملية، إذ أن إفراغ موافقة الزوجين في شكل مكتوب من شأنه التأكيد على وعيهما التام حول ما يقدمان عليه، كذلك فيه حماية لهما وللطبيب. كما أنه يسهل من عمل الهياكل المعنية بالمساعدة في جرد إحصائياتها السنوية3.

وكذلك أقر المشرع ازدواجية تقديم الطلب، بحيث حدد مدة قانونية تقدر بثلاثين يوما لتأكيد الطلب الأول يتم حسابها من تاريخ استلامه من طرف الهيكل أو المؤسسة المعنية، وهو إجراء طالب به الفقه القانوني قبل صدور قانون الصحة الجديد.كما أنه لابد من وجود تقرير طبي مفصل يؤكد حالة العقم والسماح للزوجين باللجوء إلى تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب يتم تحريره من قبل طبيب مختص. كما أكدت المادة 372 من نفس القانون على أن كل الأعمال المتعلقة بنظام المساعدة الطبية على الإنجاب يجب أن تتم من قبل ممارسين معتمدين في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة.

أما المشرع الفرنسي، فبعد أن يتأكد الطبيب من أن الزوجين أو الرفيقين مصرين على الخضوع للعملية، يقوم بتذكيرهما بإمكانية اللجوء إلى نظام التبني وإعلامهما بأن العملية قد تكلل بالنجاح كما قد تبوء بالفشل، ثم يمهلهما مدة شهر للتفكير، وبانتهاء هذه المدة وبقائهما متمسكين برغبتهما في الإنجاب

18-أنظر: حراش شمس الدين، عيسى زهية، الضوابط القانونية المستحدثة لتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب في التشريعين الجزائري والمغربي، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد الخاص، سنة 2022، ص 175-176.

19- راجع المادة 371 من قانون الصحة الجزائري الجديد رقم 18-11.

20-صامت غزالي، نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري بين المفهوم والخصوصية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، (العدد التسلسلي 27)، أكتوبر 2021. ص 1470.

الاصطناعي يحرر طلبهما كتابيا، كما يجدد هذا الطلب كلما استدعى الأمر ذلك حتى يتأكد من عدم عدولهما عن قرارهما بالإنجاب الصناعي1.

أما نص المادة L290 من قانون الصحة العامة الفرنسي فهي تشترط أن يكون الرضا في شكل تصريح كتابي، هذا بالنسبة للأبحاث القائمة على الشخص في ميدان الطب الإحيائي، وكذلك الفحوصات الجارية في علم الوراثيات والخصوبة فيما يتعلق بالبحوث المتعلقة بالهندسة الوراثية وهذا ما نصت عليه المادة L15/145 من قانون الصحة العامة الفرنسي2 التي يعادلها نص المادة (L1131-1) من قانون الصحة العامة الجديد.

المبحث الثاني: خصائص الرضا كأساس لمشروعية القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب

من خلال استقراء النصوص القانونية للرضا كشرط أساسي في عمليات التلقيح الاصطناعي، تبين أن هذا الشرط تكاد كل التشريعات تجمع عليه نظرا لأهميته العلمية، بحيث يتوجب على الطبيب تبصير طرفي العملية بموجبات التقنية وأيضا المخاطر المحتملة وكيفية تفاديها. فالرضا المتبصر كخاصية من خصائص الرضا تؤدي إلى توافق إرادتي الزوجين في إبداء رغبتهما الحرة والمستنيرة في عملية التلقيح الاصطناعي والقبول بنتائجها.

وعليه يمكن التطرق في المطلب الأول إلى: التزام الطبيب بتبصير المريض والحصول على رضاه المستنير، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى موقف القانون المقارن من الرضا كأساس لإباحة التلقيح الصناعي خارج إطار العلاقة الزوجية.

المطلب الأول: التزام الطبيب بتبصير المريض والحصول على رضاه المستنير

يشترط لإمكانية اللجوء إلى الإنجاب الصناعي أن يوافق الزوجان على ذلك موافقة صريحة، حرة ومستنيرة. ولا ريب في أن الطبيب يلعب دورا هاما في تنوير إرادة الزوجين الراغبين في الإنجاب الصناعي. إذ يلتزم الطبيب بالإدلاء بكافة المعلومات الضرورية للزوجين من كافة النواحي. سواء من حيث المخاطر التي تحيط بالعملية، وإمكانيات نجاحها، وآثارها الصحية والنفسية بالنسبة لهما، أو بالنسبة للمولود. وعليه نتطرق إلى التزام الطبيب بتبصير المريض في (الفرع الأول)، ثم حصول الطبيب على الرضا المستنير أو المتبصر للمريض في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزام الطبيب بتبصير المريض

إن العقد الطبي الذي يجمع بين الطبيب والمريض يقوم على أساس اعتبارات الثقة الكاملة التي يضعها المريض في طبيبه. ونتيجة لهذه الثقة التي يجب أن تسود علاقة الطبيب بمرضاه، فقد انعقد إجماع الفقه

21-سكيريفة محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016-2017، ص21.[1]

[2]-Frédérique Dreifuss-Netter ; *code de la santé publique, éd J.C , Paris ,2005 ,p 1142.

والقضاء على أن الطبيب يلتزم قِبل مريضه، عند إبرام العقد بالإفضاء له بكافة المعلومات اللازمة لتنويره وتبصيره. وهو التزام يختلف تماما عن التزام الطبيب ببذل العناية الواجبة أثناء قيامه بعلاج المريض. فالالتزام ببذل العناية اللازمة هو التزام عقدي مصدره عقد العلاج ذاته، أما الالتزام بالإفضاء فهو التزام "سابق" على التعاقد، يتوقف عليه قبول المريض العلاج، ومن ثم إبرام العقد أم لا1.

لذلك يلتزم الطبيب – في نطاق الإنجاب الصناعي–بتنوير وتبصير المريض بحقيقة الموقف بصدق وأمانة، وبطريقة سهلة مفهومة. وعلى وجه الخصوص مدى إمكانية نجاح العملية، والطرق الممكنة لعملها، ونتائج وآثار كل منها حتى يستطيع الزوجان اختيار إحدى هذه الطرق وهما على بصيرة بظروفها وآثارها النفسية والاجتماعية والأخلاقية2.

فإذا افترضنا وجود عدة خيارات مطروحة أمام الطبيب لعلاج حالة عقم معينة، إما عن طريق العلاج بالأدوية أو التدخل الجراحي تمهيدا لعملية التلقيح الاصطناعي، ففي مثل هذه الحالات يقع على الطبيب التزام تبصير الزوجين بجميع البدائل المتاحة وبما لكل بديل من مزايا ومخاطر وتكاليف. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 343 من قانون الصحة الجزائري التي تنص على: "...ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته وتخص هذه المعلومات مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها، والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها، وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض..."3

ومن جانب آخر، قد يبذل الطبيب عناية كافية أثناء فترة العلاج لكن هناك احتمال ولو كان ضئيلا بعدم تحقق نتيجة جيدة لسبب قد يكون مستقلا عن التدخل الطبي ومرتبط بعوامل أخرى خارجية، ففي هذه الحالة يكون على الطبيب أن يبصر المريض بهذا الخطر مهما بلغت ضآلته، حتى يتخذ من الاحتياطات ما يمنع من تحققه، والحكم الذي أصدرته الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 09 مايو 1983 كفيل بتوضيح هذه القاعدة.

وتتعلق القضية بسيدة تبلغ من العمر 28 سنة، ورغم حداثة سنها إلا أنها حملت خمس مرات، ونظرا لضعف صحتها وعدم تحملها الوسائل التقليدية لمنع الحمل، فقد لجأت إلى جراح لإجراء عملية ربط للمبايض، ورغم نجاح العملية إلا أن السيدة حملت مرة أخرى بعد شهر واحد من إجرائها للعملية، مما دفعها إلى رفع دعوى تعويض على الجراح، قبلتها محكمة الاستئناف وقد رفضت محكمة النقض الطعن الذي قدمه الجراح ضد هذا الحكم، استنادا إلى أنه: كان يجب على الجراح أن يبصر المريضة بوجود

23-محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص242.

24-محمدالمرسي زهرة، مرجع سابق، ص243.

25-المادة 343 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

شك يتعلق بالنتيجة المرجوة، ويجب على الطبيب أن يبصر المريضة وزوجها بهذا الخطر، مهما قلت درجة احتمال تحققه، لأنهما لو علما بوجوده لاتخذا من الاحتياطات ما يمنع من تحققه1.

الفرع الثاني: حصول الطبيب على الرضا المستنير أو المتبصر للمريض

ظهرت فكرة الموافقة المستنيرة أو الموافقة المتبصرة كما نعرفها في وقتنا الحاضر أول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1947 نتيجة لمحاكمة تمت في كاليفورنيا، ومنه صدر أول تقنين لأخلاقيات الطب بنفس السنة، ليتطلب الأمر 30 سنة بعد ذلك حتى يعترف الأطباء بضرورة توافر الموافقة الشخصية للمريض وإلزامية إعلامه مسبقا كشرط أساسي في التدخل الطبي على جسم المريض2.

وقد قنن مبدأ الموافقة المستنيرة أول مرة في القانون المدني الفرنسي3 لسنة 1994

وفي قانون أخلاقيات الطب الفرنسي4 لسنة 1995.وهو ما تم تأكيده من خلال المادة 1111-4 من قانون الصحة العامة الفرنسي5 لسنة 2002 حيث توجب هذه المادة إلزامية توفر الموافقة المسبقة للمريض قبل أي عمل طبي.

أما في التشريع الجزائري فيعود ذلك إلى سنة 1985 من خلال صدور القانون رقم 05/85 المؤرخ في 1986/02/16 المتمم والمكمل بالقانون 17/90 المؤرخ في 1990/07/31 والقانون رقم 11/18 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتضمن قانون الصحة6 من خلال المواد 343 وما بعدها، إلا أن الأمر الملاحظ هو عدم إفراد المشرع لنصوص قانونية ولا لتقنين خاص يوضح ويحدد النظام القانوني لمضمون الموافقة المستنيرة وكيفيتها وجزاء الإخلال بها.

يقصد بالرضا في هذا المقام رضا المريض الحر أثناء العلاج قبل البدء بهذا العمل الطبي. والرضا في التلقيح الصناعي له معنى خاص ودور متميز، فالمقصود به هو موافقة الزوجين على إجراء عملية تلقيح صناعي وفق الصيغة القانونية التي تعتمدها المراكز المعنية بزرع الأجنة، وهو رضا خاص يختلف عن الرضا العام المنحصر بموافقة الزوجين أو أحدهما على كشف الطبيب عن العقم وأسبابه، بل هو الرضا الخاص بإجراء تلقيح صناعي.

26-بن النوي خالد–بوحالة الطيب، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي بين القانون الجزائري والقضاء الفرنسي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، العدد 02، 2020، ص 792.

27- مخلوف هشام، قراءة في القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة بين المستجدات والنقائص، مقال منشور في حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35/العدد: 01، 2021، ص 75.

28-Code Civil Français de 1994, loi du 19 Juillet 1994 relative au respect du corps humain et modifié par l'article 70 de la loi 99-641 du 27 Juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle-

29- Code de déontologie médicale Français décret n 195-1000 du 06 septembre 1995 (J.D du 08 sept 95

30- Code de la santé publique, (modifié par les lois bioéthique de 1994 et la loi 2003-203 relative aux droit des malades).

31- أنظر المادة 343 من قانون الصحة التي توجب موافقة المريض على أي عمل أو علاج طبي.

ويشترط في رضا الزوجين أن يكون صادرا عن إرادة حرة، حيث تكون إرادة كل منهما سليمة من كل عيوب الإرادة كالإكراه سواء كان ماديا أو معنويا، والغش والخداع والمباغتة، لأنه من شأن توافر أحد هذه العيوب أن يجعل رضا الزوجين أو أحدهما معيبا، وبالتالي يفقد التلقيح الصناعي أحد أهم شروطه وهو الرضا الحر، كأن تخشى الزوجة على نفسها من مضاعفات عملية التلقيح الصناعي إلا أنها تبدي موافقتها مكرهة خوفا من طلاقها من زوجها، وهذا يعني أن العقد غير صحيح وقابل للإبطال.

-كما أن الرضا يكون من ناحية أخرى قابلا للرجوع فيه على عكس القاعدة العامة بالنسبة للتراضي في العقود بوجه عام، إذ يكفي أن يصدر رضاء صحيح وحقيقي وقت إبرام العقد، أما بالنسبة للتصرفات التي ترد على جسم الانسان عموما، فيجب أن يستمر الرضا حتى لحظة تنفيذ التصرف. ويترتب على ذلك أن المتصرف يستطيع -دون أدنى مسؤولية عليه -أن يرجع في رضائه حتى بعد إبرام التصرف، ويرجع ذلك إلى ما لهذه التصرفات التي ترد على جسم الإنسان من طبيعة خاصة تبتعد بها عن غيرها من التصرفات1.

المطلب الثاني: موقف القانون المقارن من الرضا كأساس لإباحة التلقيح الصناعي خارج إطار العلاقة الزوجية

بالنسبة لموقف القضاء الجزائري من اعتبار الرضا كأساس لإباحة التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية، فلا توجد قضية عرضت عليه في هذا الشأن بما أن هذه الصور محرمة شرعا وقانونا. فلو فرضنا مثلا أنه عرض على القضاء الجزائري مثل هذه المسائل، فيجب عليه الرجوع فيها إلى النصوص القانونية التي ترتب جزاء على المخالفة في عمليات الإخصاب الاصطناعي بموجب نصوص المواد من 434 إلى 436 من قانون الصحة الجزائري الجديد. أما موقف التشريعات المقارنة في هذا الخصوص فإننا نجد بأن هناك إجماعا على أهمية توافر رضا المريض واعتباره أساسا لإباحة عمليات التلقيح الصناعي. وعليه يمكن تقسيم هذا المطلب إلى: موقف التشريعات العربية في فرع أول، ثم موقف التشريعات الغربية في فرع ثان.

الفرع الأول: موقف التشريعات العربية

موقف المشرع المصري

الفقه المصري لا يعتبر الرضا سببا من أسباب الإباحة بل عنصرا يقوم عليه السبب لإباحته وبذلك تكون له أهمية قانونية باعتباره يساهم في تبيان الإباحة، فالأعمال الطبية لا يتيحها رضاء المريض، ولكن الرضا شرط إلى جانب الشروط الأخرى لا غنى عنه لقيام هذه الإباحة2.

32-محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 269

33-أنظر: النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2010-2011، 367.

أما القانون المصري فقد فرق بين صور التلقيح، فإذا ما تمت العملية في أنبوب لمعالجة حالة العقم لدى الزوجة دون تدخل طرف آخر، فهنا تعتبر مشروعة بشرط الحصول على الرضا الذي يعتبر شرطا لمشروعية التلقيح، إذا حصل أي إهمال من الطبيب أو خطأ فتخضع المسؤولية للقواعد العامة الخاصة بالخطأ غير العمدي. أما بالنسبة للاستعانة بطرف غريب عن العلاقة الزوجية لإتمام عملية التلقيح كالأم البديلة مثلا ففي هاته الحالة يعتبر عمل الطبيب في مساسه بجسم الأم المستعارة جريمة وهي جريمة عمدية، ويتحمل مسؤوليته كاملة ذلك أن المشرع المصري يجرم الاستعانة بالأم المستعارة، حتى لو توفر شرط الرضاء لوجود شبهة الزنا، وكذلك الأمر بالاستعانة ببنوك حفظ المني للحصول على مني رجل آخر غير الزوج، فهذه الأفعال مجرمة في التشريع المصري وعليه تترتب مسؤولية الطبيب مباشرة عند قيامه بهاته الأعمال1.

الفرع الثاني: موقف التشريعات الغربية

بالنسبة للرضا كأساس لإباحة عمليات التلقيح في القانون الإيطالي، فقد اقتضى الأمر الرجوع إلى بعض القضايا التي عرضت على المحاكم الإيطالية، ومن ذلك قضية عرضت على محكمة نابولي الجزائية والتي أصدرت حكما برأت من خلاله ساحة طبيب قام باستخلاص بعض الغدد الجنسية من أحد الطلبة وقام بزرعها لرجل برازيلي ثري يدعى " لا بونيا " وأسست حكمها على أساس أن رضا الطالب بالعمل الطبي بكل تبصر واختيار وعدم تسبب العملية في أي ضرر له، يضفي على العمل الطبي صفة المشروعية. وتم تأييد هذاالحكم في مجلس قضاء نابولي2اعتمادا على أنه ثبت علميا وطبيا بأن انتزاع خصية أحد الأشخاص وزرعها لشخص آخر لا تضعف التناسل، كما وأن المحكمة طبقت القانون بصفة سليمة وأن حكمها جاء مطابقا لنص المادة 50 من قانون العقوبات الإيطالي التي تنص: "لا عقاب على من يعتدي على حق الغير أو يجعله في خطر إذا حصل ذلك برضاء صاحب الحق وكان من الجائز التصرف في الحق. والغريب أن هذا ما أيدته محكمة النقض، هذا بالإضافة إلى أن القول بعدم التسبب للمانح بالضرر أمر نسبي لأنه قد يصاب في خصيته المتبقية، كما أنه قد يصاب بضرر آخر لاحقا ناتج عن فعل التبرع إذا كان تبرعا لأن المانح في الغالب يطالب بمقابل مالي ضخم، وهذا ما يتعارض مع حرمة الجسم ويعتبر مخالفا للنظام العام والآداب3.

–أما القضاء الإنجليزي فقد حكم بشأن الإخصاب الصناعي الخارجي خارج إطار العلاقة الزوجية بأنه غير مشروع، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن السيدة "كوتين" وافقت على عرض قدمته هيئة أمريكية متخصصة في تنفيذ عملية الإخصاب الاصطناعي الخارجي، وشمل العرض دفع مبلغ من المال مقابل آداء المهمة المطلوبة: إنجاب طفل وتسليمه للزوجين بالولايات المتحدة الأمريكية، وكانت الحيامن

34-النحوي سليمان، مرجع سابق، ص 367.

35-Cour de Naples,30 avril 1932,dans la guistizia pénale -1932-2-1679 et s-note piacentini.

36-أنظر: النحوي سليمان، مرجع سابق، ص375.

من الزوج، ونفذ الاتفاق وتم دفع الأتعاب المستحقة. وبعد ميلاد الطفل وافقت المحكمة المختصة على تسليمه إلى الزوجين بمكان إقامتهما في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث رأت المحكمة أن مصلحة الطفل في تسليمه إلى الزوجين. ومن الواضح على الحكم السابق أنه إذا كانت المحكمة قد قضت لصالح الزوجين أصحاب البويضة المخصبة بطلباتهما، فليس معنى ذلك أن المحكمة تعترف بالعقد المبرم بين الطرفين، ولكنها رأت أن مصلحة الطفل في تسليمه إلى الزوجين، والدليل على ذلك تأكيد العديد من المحاكم في المملكة المتحدة "إنجلترا" لمخالفة محل العقد المبرم في الصور التي يتم فيها الإخصاب الاصطناعي الخارجي خارج إطار العلاقة الزوجية، واعتباره عقد مخالف للنظام العام والآداب العامة، في حين قال البعض الآخر أنه عقد مخالف لحكم الطبيعة ويعتبر صفقة متدنية1.

وعلى نفس النهج سار القضاء الأمريكي، فقرر أن الإخصاب الاصطناعي الخارجي خارج إطار العلاقة الزوجية يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، إلا أنه اشترط مراعاة مصلحة الطفل، وفي قضية تتلخص وقائعها في أن اتفاقا أبرم بين الأم البديلة والزوجين مفاده قيام الأولى بحمل البويضة الملقحة للزوجين بعد الإخصاب في بيئة مصطنعة مقابل مبلغ من المال، وتم التوقيع على هذا الاتفاق بينهما، وبعد عملية الوضع رفضت الأم البديلة تسليم الطفل لهما في الوقت الذي تمكن فيه الزوج من الحصول على أمر من المحكمة المختصة بتنفيذ الاتفاق المبرم بينهما والموقع منهما، ففرت الأم البديلة إلى ولاية "فلوريدا"، إلا أنه تم القبض عليها وأجبرت على تسليم الطفل للزوجين، وعندما وصلت الدعوى إلى المحكمة العليا في ولاية "نيوجيرسي" أكدت المحكمة أن العقد يتعارض مع القوانين التي تمنع التعامل مع الأطفال بمقابل بما يفيد بيع الأطفال، وفي ذات الوقت قررت أن العبرة بمصلحة الطفل2.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث نخلص إلى أن المساعدة الطبية على الإنجاب هو نتاج التطورات الطبية الحديثة في مجال البيو أخلاقيات الطبية وأن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أصبحت ثمرة من ثمرات هذا التطور. ومن جملة النتائج والتوصيات التي توصل إليها هذا البحث:

-طلب المساعدة الطبية على الإنجاب هو من العقود الخاصة التي وضع لها المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 18-11 ضوابط وقيود تنظم عمليات التلقيح الاصطناعي من جميع النواحي الأخلاقية والطبية والقانونية.

-نأمل من المشرع الجزائري أن يتطرق إلى مسألة تحديد السن المسموح به قانونا لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي خاصة بالنسبة للمرأة على غرار باقي التشريعات.

37-أنظر: سحارة السعيد، مرجع سابق، ص 153.

38-أنظر: سحارة السعيد، مرجع سابق، ص 153-154.

-نأمل من المشرع الجزائري التفصيل أكثر في شرط الشكلية في طلب المساعدة الطبية على الإنجاب والتي توثق الإرادة الحرة المتبصرة والمشتركة للزوجين، وكذلك مآل العقد في حالة تخلف الشكلية.

-تمتاز تقنية حفظ النطف والأجنة الفائضة بأهمية كبيرة لإمكانية الاحتفاظ بها واستعمالها وقت الحاجة، الأمر الذي يتطلب وضع إطار قانوني يحمي المشرع الجزائري بموجبه البويضات الملقحة الزائدة عن عملية التلقيح الاصطناعي.

-منع عملية استيراد وتصدير النطف والبويضات واللواقح بنصوص قانونية خاصة مع ظهور تجارة الأجنة واستغلالها في الأبحاث والتجارب الطبية، في ظل المنع الذي تشهده بعض الدول الأوروبية بالقيام بهذه التجارب، الأمر الذي يتطلب البحث عن مصدر لهذه الأجنة وهو دول العالم الثالث.

- التفصيل أكثر في الجانب الإجرائي لتقنية المساعدة الطبية على الإنجاب بموجب قوانين تنظيمية.

قائمة المراجع بالعربية

الكتب

1-محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الكويت، سنة 1993.

2-زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د س ط.

3-سيف إبراهيم المصاروة، التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 2، 2015.

4-ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، كلية الشريعة والقانون، الدقهلية، مصر، د س ط.

الأطروحات والمذكرات:

5-سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.

6-النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2010-2011

7-سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الاصطناعي -دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020.

8-بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

9-أوهايبية عبد الله، رضا المجني عليه وأثره في المسؤولية الجنائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 1979.

10–بغدالي الجلالي، الوسائل العلمية الحديثة للمساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري–دراسة مقارنة–مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013–2014.

المقالات:

11–زناقي محمد رضا، دلال يزيد، الإطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18–11، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد02، 2020

12–صامت غزالي، نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري بين المفهوم والخصوصية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02 (العدد التسلسلي 27) أكتوبر 2021.

13–حراش شمس الدين، عيسى زهية، الضوابط القانونية المستحدثة لتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب في التشريعين الجزائري والمغربي، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد الخاص، سنة 2022.

14–مخلوف هشام، قراءة في القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة بين المستجدات والنقائص، مقال منشور في حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35/العدد: 01، 2021.

15–ليلى بلحسل منزلة، قادية عبد الله، البيو أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب–الشروط والموانع–مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 9، العدد01، سنة 2021.

16–بن النوي خالد–بوحالة الطيب، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي بين القانون الجزائري والقضاء الفرنسي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، العدد 02، 2020

القوانين:

17–قانون الأسرة رقم 84–11 المؤرخ في 90 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05–02 المؤرخ في 27 فيفيري 2005، ج ر العدد 15، 2005.

18–قانون رقم 85–05 المؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج رعدد 08 س22 المؤرخة في 17 فبراير 1985.

19–مرسوم تنفيذي رقم 92–276 المؤرخ في 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 58 س 29 المؤرخة في 08 يوليو 1992.

20–قانون رقم 18–11 مؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، ج ر عدد 46، رقم 3 بتاريخ 29 يوليو سنة 2018.

قائمة المراجع بالفرنسية

– Frédérique Dreifuss-Netter ; *code de la santé publique, éd J.C , Paris ,2005 ,p 1142.

-Code Civil Français de 1994, loi du 19 Juillet 1994 relative au respect du corps humain et modifié par l'article 70 de la loi 99-641 du 27 Juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle-

- Code de déontologie médicale Français décret n 195-1000 du 06 septembre 1995 (J.D du 08 sept 95

- Code de la santé publique, (modifié par les lois bioéthique de 1994 et la loi 2003-203 relative aux droit des malades)
-Cour de Naples,30 avril 1932,dans la guistizia pénale -1932-2-1679 et s-note piacentini

التلقيح الصناعي بين الأغراض العلاجية ومساعي انتقاء النسل المرغوب
– دراسة قانونية مقارنة على ضوء قرارات المجامع الفقهية

سفسيفي محمد **د. لعقبي عيسى**

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1 المركز الجامعي. جامعة النعامة

مقدمة :

من المعلوم أن الإنسان بفضل الله جل في علاه، استطاع أن يُحَوِّر ويعدل تعديلا كبيرا في أنواع عديدة من الكائنات الحية كالنباتات والحيوانات التي استأنسها، كما استطاع أن يغير معالم أجزاء كبيرة من سطح هذه الأرض، لقد برهن الإنسان بذلك أنه بنفسه عامل فعال من الناحية البيولوجية[1].

الآن توصل العلماء إلى ما يسمى بتعديل الجينوم البشري، وانتقاء النسل؛وهذا الأمر خلق سجالا عميقا بينخبراء الأخلاق الطبية وحقوق الإنسانحول ما إذا كان سيتم استخدام هذه الاكتشافات العلمية المتطورة لصالح البشرية، أم أنه ستطالها إساءة الاستغلال[2]، إذ تعد المواد التناسلية – الذكرية والأنثوية– من أهم المنتجات البشرية وأكثرها خطورة وحساسية لأنها تتعلق بمبدأ الحياة الإنسانية، ومنذ ظهر التلقيح الصناعي ازداد استعمال النطف والبويضات البشرية من قبل الأطباء في إحداث الحمل، وهو ما يطرح عديد المشكلات[3].

يقول أغلب الباحثين أن الدافع الأهم وراء أبحاثهم حول الجينات البشرية هو العثور على علاجات لأمراض وراثية انتشرت في عالمنا كالسرطانات وأمراض القلب التي تحرض الجينات على ظهورها أو تسهله، فخريطة الجينات تتضمن رسائل سرية تطلعنا على خبايا من الماضي القريب والبعيد، وهي من تجعلنا ندرك أن ما يعرفه الإنسان عن نفسه ضئيل جدا، وإيجاد العلاج يعتمد على مدى تمكننا في علم الوراثة عموما، وقدرتنا على إدراك الدور الذي تلعبه الجينات في هذا الشأن4.

وقد تمكنالعلماءفي عديد المراتمنتصحيحجيناتتحملأمراضاأو اعتلالاتبفضلهذه التقنياتالمتطورة، ولئنشكلهذاتقدماعلمياملحوظايفتحآفاقارحبةللطبفهويطرحفينفسالوقتإشكالياتأخلاقيةشائكة،إذيمكناستخدامهذهالإ

---

[1] دوبزهانسكي، الوراثةوالعرقوالمجتمع، ترجمة عز الدين فراج، وكالة الصحافة العربية، 2021، ص 102.

[2] موقع TRT عربي، علماءيحذرون: تعديلاتجينوماليسجاهزابعدلتجربتهبأمانعلىالبشر!، تاريخ النشر 2020/09/05، تاريخ الاطلاع 2022/08/26، على الرابط https://arabic.rt.com/technology/1150899

[3] محمدمحييالدينأحمد،الأخلاقالتطبيقيةبينالفلسفةوالدين،داريسطرون،مصر، 2017،ص59.

[4] ماتريدلي، الجينوم: قصةحياةالجنسالبشريفيثلاثةوعشرينفصلًا، ترجمة محمد فتحي خضر، مؤسسة هنداوي، مصر، 2012، ص 12.

مكانياتفيتكوينأطفالمعدلينجينيابغيةاختيارلونشعرهمأوزيادةقوتهمالبدنية، ويوما بعد يوم تتزايد الرغبة فيأطفالمندونأيةأمراضوراثية،أو ما يسمى بالأطفال وفقرغبةالوالدين1.

يهدف هذا التدخل سواء كان في البويضة المخصبة أو الجنين في أوائل حياته إما إلى حذف صفة غير مرغوب فيها أو صفة مرضيةموجودة بخلايا أحد والديه، أو إلى إضافة صفة مطلوبة غير موجودة بخلايا أي منهما، وتهدف تقنية التدخل إلى إيجاد الصفة المرغوبة بالجنين المستهدف، فالتدخل هنا إذاً يؤدي إلى إبقاء التحسين مستمراً في النسل2.

وعند الحديث عن أطفال وفق رغبة الوالدين تثور أيضا مسألة تحديد الجنس فلطالما كانأمرالاطلاع مُبَكِّرًا علىجنسالجنينالمنتظرهوالشغلالشاغللكثير منالأزواج، واليوم أضحى من الممكن طبياختيارجنسالمولود،كل هذا يحدث لاعتباراتخاصةبعضهاتحكمهاالطبيعةوالفطرةالبشريةوالاعتقاداتالمتوارثةالمرتكزةعلىالاحتياجاتالإنسانية،وبعضها تحكمهالاحتياجاتالطبيةالتيتفرضهاكثيرمنالأمراضالمرتبطةبالجينات الذكرية أو الأنثوية3، لكن كل تلك الرغبات قد تتعارض في حالات كثيرات مع الأخلاق الطبية التي تقتضي الاهتمامفيالمرتبةالأولىبالعملعلىتخليدالنوعالإنسانيمنخلالالحوارالذييينبغيأنيجريهالأطباءمعالأخلاق،فهيإذنتواصل بينالطبوالأخلاق4.

من خلال ما سبق تتعاظم أهمية مداخلتا التي نهدف من خلالها إلى تحديد مفهوم عمليات انتقاء النسل عند التلقيح الصـــــــناعي، ثم نحاول تجلي مختلف الآراء الفقهية؛والمواقف التشريعية حولها في البلدان العربية ومقارنتها مع موقف المشـــــــرع الجزائري، وعرض كل ذلك على شريعتنا الإسلامية وبيان المذهب الأقرب إليها، لنخلص في الأخير إلى تحديد مدى موافقة عمليات انتقاء صفات الجنين وجنسهللأخلاقيات البيو- طبية،ومن ثمة نتبين مدى الحاجةلتكييف التشريع الصحي والأسري مع التطورات العلمية المتسارعة، أو ضرورة الإبقاء على النصوص السارية المفعول، أو على أمل أن تجيب هذه الورقة على عدة إشكالات وعلى رأسها: ما مدى موافقة عمليات انتقاء جنس الجنين وصفاته أثناء عملية التلقيحالصناعي للأخلاق الطبية؟.

---

[1] موقع فرانس 24، اكتشافاتجديدةفيتعديلالجيناتتعطيآمالاوتطرحتساؤلات، منشور في 2017/08/03، الاطلاع في 2022/08/21، على الرابطhttps://www.france24.com/ar/20170803

[2] تمامحمداللودعمي، الجيناتالبشريةوتطبيقاتها: دراسةفقهيةمقارنة، الطبعة الأولى، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، 2011، ص 65.

[3] مركز رويال للخصوبة، تحديدنوعالجنينقبلالحمل – اختيارجنسالمولود، تاريخ الاطلاع 2022/08/21، رابط الموقع https://royal-fc.com

[4] شريف الدين بن دوبه، الإسلاموالأخلاقياتالطبية (البيوتيقا)، مجلة الكلمة، المجلدالثالث والعشرون،العددالثالث والتسعون،منتدىالكلمةللدراساتوالأبحاث، قبرص، 2016،ص156.

وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة أسئلة نحاول الإجابة عنهاوأهمها: ما هو مفهوم انتقاء النسل، وماهي الأغراض التي تُحَتِّمُ اللجوء إليه، وهل يساهم في اتخاذ حلول وقائية من أمراض مستقبلية؟ وهل يوافق التدخل الطبي بهذه الطرق والأغراض البيو–أخلاقيات الطبية سواء تلك المُقَنَّنَة والمتعارف عليها عالميا، أو تلك الأخلاق التي تضمنتها أحكام الشريعة الإسلامية؟ وأي مواقف تبنتها التشريعات العربية بهذا الشأن؟.

وباعتبار موضوع المداخلة يجمع بين العلوم الطبية ومصطلحاتها من جهة؛ وبين الآليات القانونيةالمنظمة لمسائل التلقيح الصناعي والمساعدة على الإنجاب، يجدر بنا الاعتماد على المنهجين الوصفي التحليلي مع بعض المقارنة من خلال دراسة كل عنصر على حدة مع التقويم والنقد لتركيب النتائج ثم حل الإشكالية.

أولا: مفهوم انتقاء النسل وتاريخه

يقصد بمصطلح "**انتقاء النسل** "(eugenics) أو انتخاب النسل في مجال الوراثة بأنه نظام لعزل أنماط وراثية معينة، أو التعرف عليها في مجتمعات مختلطة، ومثيل ذلك الانتقاء الصناعي الذي يعني الاختيار والتكاثر المتعمد للأفراد الذين لديهم صفات مرغوبة1.

هناك أيضا من العلماء من يسميه " **تحسين النسل**"بمعنىتطبيقأساليبومفاهيمالانتقاءعلىالإنسان،ووسائلتحسينخصائصهالوراثية،ومن ثمة تدارك النقائص في الجينات البشرية2.

تاريخيا تعود نزعة انتقاء النسل إلى عهود سابقة خاصة أواخر القرن التاسع عشر بتضافر عدة عوامل منها تدهور الحالة الصحية والاجتماعية لكثير من المدن الأوربية الصناعية، إضافة إلى تبلور النزعة العنصرية وعلم الوراثة، كما وارتبط بإجراءات وخطط عنصرية تشرف عليها أنظمة شمولية بمبررات التطهير العرقي أو أنظمة ديمقراطية بمبررات تحقيق الرفاهية، وقد انبعثت هذه النزعة من جديد في غمار ثورة الطب والبيولوجيا متمثلة بالخصوص في تقنيات الهندسة الوراثية، ورفعت شعار التطهير الوراثي بدل التطهير العرقي، وأصبحت حسب متخصصين تؤدي مهمتها بصمت وتحت شعارات يقبلها الجميع اهمها السعي للقضاء على الأمراض الوراثية وتحقق صحة جيدة للأفراد وتقدم وازدها المجتمعات3.

أما موضوعاختيارجنسالمولودفمنذ الثمانينيات والأبحاثجاريةللتمكن منه، اعتمادا على القاعدةالعلميةالرئيسيةالمتعارفعليهابأنتحديدجنسالمولوديحددبنوعالكروموسومالذييحملهاالحيوانالمنويإماأنثويا(X –chromosome)أوذكريا(Y– chromosome)فيحينأنبويضةالأنثىلاتحملإلا(X– chromosome)أيالكروموسومالأنثوي،فإذاكانالالتقاءبينحيوانمنوييحملالكروموسومالأنثويمعالبويضة(X– chromosome)

---

[1] منظمة الأغذية والزراعة للأمم المتحدة، معجممصطلحاتالتقانةالحيويةفيالغذاءوالزراعة، مصر، 2021، ص 299.

[2] روبيرتشيلدريك، اطلاقسراحالعلم، ترجمة ناديا عطار و أحمد يوسف، دار دَوّنْ للنشر والتوزيع، مصر، 2020،ص 217.

[3] محمدمحييالدينأحمد،مرجع سابق، ص56.

X)كانتنتيجةالتلقيحأنثى،أما إذاكانالالتقاءبينحيوانمنويحملالكروموسومالذكري(X-Y)، معالبويضةكانالناتجذكرا،فكانأمرعزلالأجنةالذكورعنالإناثحاجةملحةعلىالصعيدالطبيوهو الأمرالذيتكاثفتلهجهودعلماءالأجنة1.

قبل ذلك اعتمدالإغريقوالفراعنةهذهالقاعدةأيضادونعلملهمبالأساسالعلمي،فمنتاريخالشعوبنجد أنهمسعوالتحديدجنسالمولوداعتماداعلىقناعتهمبأنالأجنةالذكورمُخْتَزَنَةٌبالجهةاليمنىللرجل،فيحينتحتلالأجنةالإناثالـ جهةاليسرى،وبناءعلىهذاالاعتقادالسائدكانالرجلالإغريقييربطعلىخصيتهاليسرىلمنعتكونالإناثخلالالجماع،أماالرجـ لالهنديفقدكانيحكمقبضتهعلىالخصيةاليسرأثناءالجماعلنفسالسبب،فيحيناستأصلالفرنسيالخصيةاليسرىلمنعتكونا لإناثعلىوجهالإطلاق،

وكثيرةهيالمحاولاتالتيسعىلهاالعرقالبشريمنأجلتحديدجنسالمولوداعتمدتكلهاعلىافتراضاتالنجاحأوالفشل، حتىتدخلالعلموأصبحلاختيارجنسالمولودوسائلمختلفةتتفاوتفيدرجاتتعقيدهاوفرصنجاحها،

بدأتبفرضياتتناقلتمعالأجيالووجدتلهامدخلاعلميالتنتهيبوسائلمعقدةيديرهاعلماءالأجنةفيمختبراتمعقدةالتجهيز2.

ثانيا: أغراض عمليات انتقاء النسل

حسب خبراء أضحى اللجوءإلىتقنيةالتلقيحالصناعيإمابقصدالتداويوذلكمنأجل المساعدةعلىالإنجابوإماالأغراضأخربكانتقاءنوع الجنسأوصفات النسل3،وهي الأغراض التي نبينها باختصار في ما يلي:

أ- تجنب الأمراض الوراثية والتشوهات الخِلْقِيَّة

لعل أهم هدف لجميع البحوث الطبية هو تخليص البشرية من الأمراض ووقايتها من التشوهات باعتبار الصحة الجيدة سبيل الراحة والرفاه المنشود، ولئن كان هذا الهدف هو المتوخى من عمليات انتقاء النسل فإنه يبدوا غرضا مشروعا تتطلع إليه آمال الكثير من الناس الذين يعانون الأسقام والمشاكل الصحية.

ويعد الإخصاب فيالمختبر الخيارالأمثللحدمنانتقالالأمراضالوراثيةإليالأطفال،والذييتضمنإجراءاختبارجينيقبلعمليةالزرع،وهذا ما يمكن الاطباء من التقييم الشامل لنوعية الجنين وجودته، وبالتالي اختيار أفضل الأجنة لزرعها داخل رحم الزوجة4.

---

[1] منال الزايد، تحديدجنسالجنينقبلالحمل، موقع جريدة الرياض، تاريخ النشر 2013/03/13، تاريخ الاطلاع 2022/08/28، على الرابط https://www.alriyadh.com/816975

[2] مركز رويال للخصوبة، تحديدنوعالجنينقبلالحمل – اختيارجنسالمولود، تاريخ الاطلاع 2022/08/21، رابط الموقع https://royal-fc.com

[3] باسممحمدالشرجي، الإجهاضبينالتجريموالإباحة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر، مصر، 2018، ص 118.

[4] سارة سعد البوسلطان، استعمال ومشروعية الأجنة الفائضة من عمليات الحقن المجهري بوصفها خزينا للخلايا الجذعية، دار أمجد للنشر والتوزيع، الأردن، 2017 ، ص 32.

ويمكن من خلال هذا التدخل الطبي الوقاية من عدة أمراض وراثية وتجنبها مثل "متلازمةتيرنر syndrome "Turner

وهيمنا لأمراضالوراثيةالتيتصيـــبا لإناثفقط،بحيثيتمتوريثالفتاةكروموسومجنسيواحدوهو(X) بدلاًمن(XX)، وكذلكماتسمى"الهيموفيليا Haemophilia"أو"نزيفالدمالوراثي"وهومنا لأمراضالتييحدثبها خللفيعواملالتخثرممايؤد يإلىالنزيف،ويحدثفيهذا المرضطفرةفيالكروموسوم(X)،ممّايعنيأنَّالمرضينتقلمنا لأمإلىأبنائها الذكورأما الإناثفهنَّحاملاتلا هـ 1.

ب- انتقاءصفات الجنين

لقد أضحى ممكنا طبياتحسينالنسلعنطريقمنعتناسلبعض الأفراد الذين لا يحملون صفات وراثية معينة، أو المشتبه في كونهم متخلفين أو معاقين ذهنيا، أو الحاملين لأمراض وراثية، وهو يمثل الجانب الايجابي لتحسين السلالة البشرية، أما الجانب السلبي فيرمي إلى تحسين الرصيد الوراثي للجنس البشري وبالتالي الإنقاص من الأمراض والعاهات في الأجيال المقبلة، وانتقاء صفاتمرغوبفيها عنطريقانتقاء الخلايا التناسلية فيتقنية الاخصابالصناعي، إلا أن هذه الأعمال بقصد تحسينالسلالةالبشريةتطرحالمشاكلالمركزيةللفكرالأخلاقيالجديد2.

ت- انتقاء جنس الجنين

توصل الأطباء إلى طرق مرتبطة بالتلقيح الصناعي يتم من خلالهاتحديدنوعالجنين أهمها طريقتين3:

1- التشخيص الجيني قبل الغرس-PGD-Preimplantation genetic diagnosis

يعدالتشخيصالجينيقبلالغرسهيالطريقةالعلميةالوحيدةالتيتساعدفيتحديدجنسالجنينحيثتصلدقةهذهالطريقةإلى 99%، أينيزرعحيوانمنويواحدفيالبويضةخارج الرحم منخلالالحقنالمجهريثمأخذعينةصغيرةمنالأجنةالناميةوإرسالهاللتقييمالجينيوذلكلتحديدنوعالجنين، وعندهايصبح الأطباءقادرينعلىالتحققمنجنسالأجنةقبلإعادةزرعها، ومن ثمة اختيار اللقيحة التي تحتوي جنينا ذكرا أو أنثى حسب الرغبة لزرعها فيرحمالأم.

2- فرز الحيواناتالمنوية

في هذه العملية يتمفرزالحيواناتالمنويةباستخدامتقنيةالتدفقالخلوي،حيثيمرالسائلالمنويبعمليةغسيلخاصة لإزالةالسوائلالمنويةوالحيواناتالمنويةغيرالمتحركة،

---

[1] موقع الطبي،الامراضالوراثية Genetic diseases، تاريخ الاطلاع 2022/08/28، على الرابط https://altibbi.com/

[2] محمدمحييالدينأحمد،مرجع سابق، ص 55.

[3] بيسان شامية، كيفيتمتحديدنوعالجنين، موقع ويب طب، تاريخ النشر 2020/11/04، تاريخ الاطلاع 2022/08/26، على الرابط https://baby.webteb.com/articles/26214

وهيتقنيةتقومبتحديدالجسيماتفيالسائلأثناءمرورهابواسطةالليزرحيثتضيءالحيواناتالمنويةالأنثوية أكثرمن الذكريةعندمرورهابالأشعةفوقالبنفسجيةلاحتوائهاعلىمحتوى DNA أكثر، ثميتمنقلالعينةالمركزةمنالحيواناتالمنويةالتييرغبالزوجانبهاالرحمالمرأةأواستخدامهافيعمليةأطفالالأنابيب، حيث تصلدقةهذهالطريقة85% عنداختيارالحملبذكر، فيما تصل لغاية 93% عنداختيارالحملبأنثى.

فيمايصل الطموح عند البعض إلى إبداء الرغبة في إنجاب التوائممن خلالالاعتمادعلىتكنولوجياالإخصابفيالمختبرالتيتزيدفرصإنجابالتوائمسواءكانواثنينأو أكثرعندالإخصاب، من خلال زرع أجنة متعددة في أنابيب التلقيح الصناعي.

ثالثا: المواقف من عمليات انتقاء النسل

تتباين المواقف حول مسألة انتقاءالنسل بالنظر إلى أهمية التناسل كعامل حيوي في البشرية وكونه أساس استمرارها، فاختلفت الرؤى والأحكام بين من يطالب بالانتفاع بهذه الاكتشافات الطبية الهامة إلى أقصى حد علميا وصحيا وأن الامتناع عنها هو هدر لفوائدها الجَمَّة، وبين من يطالب بتجنب التعمق في هذه البحوث ومنع اللجوء إليها لما يراه فيها من عدم الوضوح والمساس بأمن البشرية، وبين من يقف موقفا وسطا بين التعمق والمنع، فيدعو للانتفاع بها مع الاحتياط الشديد فيها بوضع هذه التدخلات ضمن نطاق الأخلاقيات الطبية.

غير أن الأخلاق في حد ذاتها محل خلاف بين الناس، فما يراه أحد موافقا للأخلاق قد يراه آخر مساسا صارخا بها، ومثالها ما يسمى عند بعض الأمم بـ"القتل الرحيم" فهو عندهم أمر إنساني وأخلاقي الهدف منه وضع حد لمعاناة مريض أو مصاب لا أمل في شفائه، وهو عند أمم أخرى إزهاق روح بل هو جريمة ليس لها ما يبررها في قاموس الأخلاق، ولذلك سنحاول ذكر بعض المواقف التي تبناها بعض خبراء الأخلاق الطبيةمن مسألة انتقاء النسل، ثم نتبين المواقف التشريعية العربية، لنصل إلى تحديد موقف فقهاء الشريعة الإسلامية حول المسألة أيضا.

أ- مواقف خبراء الأخلاق الطبية من عمليات انتقاء النسل

ثار النزاع بين خبراء الأخلاق الطبية حول مسألة انتقاء النسل وانقسموا إلى فريقين منهم داعمين لتحسين النسل و منهم المعارضين:

أما الداعمون فحجتهم أن تقدم العلوم والتقنيات الطبية باعتبارها من علوم الحياة يجب أن يستفاد منها في تحسين النسل، وأن ذلك سيمكن البشرية من الانتقال إلى مرحلة تَطَوُّرٍ نوعية؛ هي مرحلة إنسان أعلى له قدرات بيولوجية وعقلية تتجاوز تلك التي عليها الناس حاليا[1]، وأنه

[1] محمدمحييالدينأحمد،مرجع سابق،ص57.

ليسهناكماييبررإضاعةالوقتفيالمجادلةحولماإذاكانجائزاهندسةالبشروراثيا،فرغمأنبعضالمخاوفالأخلاقيةلهامايبررها ،إلا أنالفوائدالتييمكنجنيهابسباطةمنمنعالأمراضالوراثيةكثيرةللغاية[1].

في حين يذهب الرافضون إلى أن كرامة الإنسان وحقوقه تقتضي عدم الانسياق مع دعاة تحسين النسل لأنها أفكار قد تُعَرِّضُ البشرية لمخاطر ليست مَأْمُونَة العواقب، كما أن الجنس البشري معرض للانقراض، وعلينا لتلافي ذلك أن نضع أن نخضع الأبحاث العلمية في ميادين الطب والبيولوجيا من خلال سَنِّ قواعد قانونية وأخلاقية تقوم على أساس مبادئ حقوق الإنسان، وهذا الموقف تَبَنَّاهُ بعض المشرعين كالمشرع الفرنسي الذي اعتبر تحسين السلالة أمرا مدانا هدفه تحسين العرق النقي وحذف الآخرين2.

وبطبيعة الحال إذا لم تتخذ الإجراءات اللازمة من أجل لجم العلم والتقنية بلجام القانون والأخلاق وحقوق الإنسان،مع ترك حرية لعلماء الهندسة الوراثية حرية تعديل الخصائص للجنس البشري كما يشاؤون؛ فسيتم تطوير الجنس البشري لا محالة، لكن عواقب هذا التطور تبقى مجهولة، ومصيرها غير معلوم، بل إنه سيكون أسوأ من وضعيتنا الحالية، لأنه سيفقدنا تلقائيتنا وحريتنا في الاختيار3.

كماأنفتحالبابأمامإصلاحأشكالالخللالوراثيمنشأنهأنيفتحالطريقأيضاًأمامعلمتحسينالنسل،وهيالأكثرإثارةللقل ق؛ذلكأننفسالتقنيةالتييمكنناستخدامهاللقضاء علىالأمراضالموروثة،ربماتستخدمأيضاًلمحاولةبناءأطفالمحسنينوراثيا،ول كنبقدرماقديبدوهذاالمنحدرزلقا،فسنجدأنفسنا عاجلاًأوآجلاًنقتربتدريجياًمنهذهالنتيجة4.

إلى جانب ذلك قد يتعارض تحسين النسل معمبدأ الكرامة الإنسانيةالذييقتضي استقلالية الشخص، ذلك أن الأصل في مبدأ المعاملة البشرية ينطلق من حق الإنسان الأول، أن يُعترف به كإنسان، وألَّا يُعامِلَ العِلْمُ الذات الإنسانية كمعاملة الشيء، وينتج عن ذلك أن الكرامة الإنسانية تقتضي احترام الفرد في خصوصيته وهويّته الوراثية وأن الغير يجب أن ينظر إليه أنه مختلف ويجب احترام اختلافهلأنه يمثل الإنسانية.

ما سبق بيانه من المواقف والمبررات التي يسوقها المؤيدونلعمليات انتقاء النسل، والأخرى المعارضة للفكرة، كلها انعكستعلى أحكام التشريعات العربية بخصوصها، وهو ما سنتعرض إليه بشيء من التفصيل تاليا.

---

[1] آرثركابلان،هندسةالطفلالأعظم،موقعالجزيرة،تاريخالنشر 2015/12/14،الاطلاع 2022/08/23،الرابط https://www.aljazeera.net/news/healthmedicine/2015/12/14

[2] محمدمحييالدينأحمد،مرجع سابق،ص57.

[3] محمدمحييالدينأحمد،مرجع سابق،ص57.

[4] آرثركابلان، هندسة الطفل الأعظم، موقع الجزيرة، تاريخ النشر 2015/12/14، الاطلاع 2022/08/23، الرابط https://www.aljazeera.net/news/healthmedicine/2015/12/14

ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة

استحدثالمشرع الجزائري المادة (45 مكرر) الجديدة ضمن تعديله لقانون الأسرة1والتي جاءت لمواكبة تطور الطب الإنجابي، حيث أجاز من خلالها التلقيحالاصطناعيوفق شروط هي قيام العلاقة الزوجية الشرعية ورضا الزوجين واثناء حياتهما بمني الزوج وبويضة الزوجة، ومنع اللجوء إلى أم بديلة، غير أن هذه المادة لم تكن كافية لتنظيم مسائل التلقيح الصناعي المعقدة، وهو ما دفع بالمشرع لطرح نصوص أخرى جاءت ضمن قانون الصحة2، حيث نصت المادة (370) منه على أن المساعدة تكون في حالة العقم المؤكد طبيا، وهذا ما يجعلنا نتساءل ما إذا كان هذا الشرط منافيالحقيقة المساعدة الطبية على الإنجاب بالتلقيح الصناعي، ذلك أن المراجع تعرف العقيم بأنه الذيلايولدله، وعدم قدرة جهازه على الإنجاب سواء كان رجلا او امرأة3، وإلا فكيف يُتَصَوَّرُ أن يتم التلقيح الصناعي لبويضة امرأة عقيم أو بمني رجل عقيم، فكان الأحرى بالمشرع استعمال مصطلح بديل مثل "**تأخر الإنجاب**"إذ أثبتت دراسات أن مايقاربخُمسالمتزوجينأي بنسبة20٪ يعانون من تأخر الحمل والإنجابوذلكلأسبابعديدةوفيبعضالحالاتلايكونهناكسببواضح4.

كما أضاف المشرع شرط الكتابة لإبداء الرغبة في إجراء التلقيح ثم تأكيد الطلب في أجل شهر واحد ضمن الفقرة الثانية من المادة (371)، ولعل الغاية من مدة الشهر هي منح فرصة للزوجين للتريث وعدم العجلة في الإقدام على عمليات التلقيح، ومن ثمة التأكد من رغبة الزوجين معا وإصرارهما على العملية، وقد حرص المشرع الجزائري على تذكير المتعاملين إلى الأخلاقيات التي يجب احترامها ضمن المادة (373) وهي القيام بالعمليات في إطار قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي.

أما عن الموقف حول عملية الانتقاء فقد جاء المنع والحظر صريحا ضمن المادة (375)، بل ومنع أي شكل من اشكال التعامل والحيوانات المنوية والبويضات ولو كان بغرض البحث العلمي، وقد يرجع هذا الموقف المتشدد إلى إرادة قوية لدى المشرع لحماية الخلايا الجنسية البشرية من أي تلاعب خاصة وأنها ذات أهمية قصوى.

ورغم كل ذلك التفصيل في أحكام وأخلاقيات المساعدة على الإنجاب غير أن بعض الباحثين يعيبون على المشرع الجزائري بعض النقائص منها عدم تحديد مدة زمنية للقول بعجز الزوجين عن الإنجاب طبيعيا وأنهما بحاجة للتدخل الطبي، وهذا من شأنه أن يفتح الباب لاستعجال الزوجين في اللجوء

---

[1] القانون 84-11،مؤرخفي 09 يونيوسنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 صادرفي 12 يونيوسنة 1984،معدّلومتمّمبالأمررقم 05-02،مؤرخفي 27 فبرايرسنة 2005،الجريدةالرسميةعدد 15 صادرفي 27 فبرايرسنة 2005.

[2] قانون رقم18-11 مؤرخ في02 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة.

[3] جهادحمدحمد، الأحكامالشرعيةفيضوءالمستجداتالطبيةالعصرية، الطبعة الأولى، دار المعرفة، لبنان، 2010، ص 221.

[4] حمدعليالصفيان، العقمأسبابهوعلاجه، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية،2001، ص 39.

للتلقيح، أو تأخيرهما أكثر من الحد المعقول، وكان الجدير بالمشرع الجزائري أن يقتدي بأغلب المشرعين العرب الذين تفطنوا للمسألة وقرروا إمهال الزوجين مدة سنة كاملة قبل السماح لهما بطلب المساعدة، وإن كنا نعتقد أن سنة واحدة ليست مدة كافية للقول بعدم القدرة على التلقيح الطبيعي، فنقترح أن تحدد مدة ثلاث سنوات من العلاقة الزوجية المتواصلة في ظروف مستقرة، للقول بوجود حالة تأخر الإنجاب، وهو ما سيسمح بمنح الزوجين مدة كافية لإجراء المحاولات الطبيعية من جهة، ويسمح بتفادي الاستعجال في إجراء عمليات التلقيح الصناعي وكذا تجنب أخطارها.

أما المشرع التونسي فقد نظم المسألة بالتفصيل من خلال قانون خاص بالطب الإنجابي[1]، والذي تضمن أكثر من ثلاثين فصلا، بين فيها الأحكام العامة وطرق الممارسة والتراخيص للمؤسسات القائمة،وحتى المراقبةومعاينةالمخالفاتوالعقوبات،فجاء في الأحكام العامة التأكيد أن عملية المساعدة الطبية لا تتم إلا بطلب زوجين على قيد الحياة وبأمشاجهما فقط في سن الإنجاب ولغايات علاجية، وأن العملية كليا يجب أن تكون مكتوبة بداية من طلب المساعدة وحتى الموافقة على زراعة الأجنة يجب أن تكون كتابة، مع شرط الحضور الشخصي حسب الفصول (3-4-5-11).

هذه الأحكام بينت إدراك المشرع التونسي لأهمية هذه العمليات وخطر الانحراف بها عن الأخلاق الطبية المتعارف عليها والمعمول بها، ومنه ظهر جليا حرصه الشديد على وضع نظام محكم للتعامل بالأجنة البشرية والخلايا الجنسية، فاشتراطه توثيق العملية كتابة مع الحضور الشخصي دليل على أهمية عنصر الإرادة والرضا، ومن ثمة تفادي كل أنواع الإكراه والاستغلال.

وفيما يخص انتقاء النسل فقد جاء الفصل (7) صريحا فمنعتكوينالجنينالبشريأواستعمالهلغاياتتجاريةأوصناعيةأوقصدانتقاءالنسل، فيما سمح بأنتجربعلىالجنينلغايةطبّيةصرفةأعمالعلاجيةليسفيهاتغييرللخلقةوتفاديالمرضخطيرقديتعرضلهالطفل حسب الفصل (10)، بعد الموافقة الكتابية للزوجين أيضا، مما يمكننا معه القول أن المشرع التونسي منع أي عملية بغرض تحديد جنس الجنين أو تعديل صفاته، غير أن العمليات لأغراض علاجية جائزة.

بالنسبة للمشرع المصري فإنه لم يتدخل لينظم التجارب الطبية التي تجرى على النطف والأجنة، غير أنه اشترط أساسا التدخلات الطبية علاجية ذات منفعة مباشرة للخاضع للعملية، أما غير ذلك فهي غير مشروعة[2]، ويبدو أن معيار المنفعة المباشرة للخاضع للعملية معيار أخلاقي مهم لضبط العمليات من هذا النوع.

---

[1] القانونعدد 93 لسنة 2001 المؤرخفي 7 أوت 2001 المتعلقبالطبالإنجابي.

[2] أحمدحسنيعبدالمنعمحسنطراد، الحمايةالمدنيةللأطفالفيمجالالأبحاثالعلمية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2016/2015، ص 65.

المشرع المغربي هو الآخر أصدر قانون المساعدة الطبية على الإنجاب1، والذي من خلاله سلط الضوء على مجمل أحكام التلقيح الصناعي والمساعدة على الإنجاب عموما، وقد استهله بوضع الإطار العام للمساعدة على الإنجاب حسب المادة (1) وحصرها في حالتين لا ثالث لهما أولهما حالة نقص الخصوبة أو ضعفها بعد تشخيص طبي، وثانيهما لتجنب مرض خطير ينتقل إلى الجنين أو إلى أحد والديه يؤثر على فرصهما في الإنجاب مستقبلا، ثم أكد ضمن المادة (3) على المبادئ الطبية التي تحكم هذه العمليات أهمها حفظ الإنسان في كرامته وحياته وسلامته الجسدية والنفسية وخصوصيته وسيرة معلوماته.

وقد بين المشرع المغربي موقفه من مسألة انتقاء النسل فاعتبرهامساسا بسلامة الجنس البشري وقرنها بعمليات الاستنساخ2 فمنع كليهما ضمن المادة (4)، غير أنه وضمن المادتين (19– 20) سمح – بعد الحصول على ترخيص إداري– بإجراء تشخيص قبل زرع اللقيحة بغية كشف الأمراض وانتقاء اللواقح السليمة، كما يمكن التشخيص لأجل تطبيق علاج على اللقيحة بما يعزز الحفاظ على حياة الطفل مستقبلا وبدون المساس بسلامة جسمه، بشرط إجرائها من أطباء متعددين ومتخصصين،بهذا يكون موقف المشرع المغربي مشابها لموقف المشرع التونسي.

في البحرين أصدر المشرع قانونا بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الصناعي والإخصاب**3**،اشترط فيه أن التدخل الطبي لا يكون إلا بعد التثبت من قيام العلاقة الزوجية وحياة الزوجين، والموافقة الخطية لهما، مع ضرورة إعلامهما بنسب النجاح والآثار والمخاطر حسب المادة (6)، وقد منع نفس القانون ضمنالمادة (7) عدة أنواع من التدخلات الطبية في العملية الانجابية ومنها انتقاء النوع أو النسل، غير أنه تَمَيَّزَ بإجازة الانتقاء لأسباب تتعلق بالأمراض الوراثية المرتبطة بنوع الجنين، وهذا الموقف المتميز للمشرع البحريني يؤكد أنه تفطن لوجود بعض الحالات التي يتعذر فيها على الزوجين إنجاب ولد من جنس ذكر مثلا دون مرض وراثي، أو العكس.

وقد وضع المشرع الإماراتي أحكاما مشابهة ضمن قانون المساعدة الطبية على الإنجاب4، فاشترط حضور الزوجين وإبداء موافقتهما كتابة بعد تأكد وجود عوائق الحمل أو مرور مدة سنة كاملة دون تحققه، ونفي الأطباء أي خطر على حياة الأم أو الجنين، مع ضرورة تقديم شرح مفصل للتقنية المساعدة على الإنجاب ونسبة النجاح، والحفاظ على سرية البيانات، مع جواز التشخيص الجيني على اللقيحة قبل زرعها في رحم الأم لغرض التعرف على الأمراض الوراثية، وفي نفس الوقت جاء حظر إدخال أية تعديلات جينية لأهداف غير علاجية ولو بموافقة الزوجين حسب الفقرة الأولى من المادة (14)، وهذا يبين بمفهوم

---

[1] القانون 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، المنفذ بالظهير الشريف رقم 1.19.50 الصادر في 2019/03/11، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6766، الصادرة في 2019/04/04، ص 1771.

[2] يقصد بالاستنساخ توليد لا جنسي لكائن حي بنسخة مطابقة للأصل الذي جاء منه من حيث التركيبة الشكلية والخصائص الوراثية. أنظر خالدفائقالعبيدي، الوراثةوالاستنساخ، دار الكتب العلمية، لبنان، 2009، ص 37.

[3] قانون رقم (26) لسنة 2017 بشأناستخدامالتقنياتالطبيةالمساعدةعلىالتلقيحالصناعيوالإخصاب.

[4] قانون اتحادي رقم (7) لسنة 2019 في شأن المساعدة الطبية على الإنجاب.

الخلاف أن العمليات الجينية العلاجية مسموح بها، وأن انتقاء النسل أو الجنس محظور إلا إن كانت أمراض وراثية مرتبطة بإنجاب جنس مُعَين.

إن ما سبق بيانه من النصوص التشريعية حول المساعدة على الإنجاب أظهر حرص المشرعين العرب على اتخاذ جميع وسائل الحيطة والحذر عند التعامل بالمواد التناسلية البشرية، ولا أدل على ذلك من اشتراط التوثيق والكتابة والرضا في كل مراحل عملية التلقيح الصناعي، كما أن للعملية علاقة وطيدة بعقد الزواج، فلا تلقيح ولا مساعدة بدون زواج، وغيرها من الأخلاقيات الطبية التي يجب إتباعها بهذا الشأن.

أما المواقف حول مسألة انتقاء النسل فقد كان المنع دائما، غير أن بعض المشرعين استثنوا الغرض العلاجي أو الوقائي من هذا المنع،فسمحوا بإجراءتشخيصاتقبلزرعاللقيحةبغيةكشفالأمراضوانتقاءاللواقحالسليمة،كمايمكنالتشخيصلأجلتطبيقعلاجعلىاللقيحةبمايعززالحفاظعلىحياةالطفلمستقبلاوبدونالمساسبسلامةجسمه، وهو عين الصواب باعتقادنا، وهذا مالم يتفطن له المشرع الجزائري الذي منع الانتقاء مطلقا ضمن المادة (375) من تقنين الصحة، رغم أن هذا الموقف قد يكون مبررا على الأقل في الوقت الراهن بعدم وجود البنية التحتية من مراكز متخصصة ووسائل متطورة بذلك الشكل الذي هي عليه في الأمم المتقدمة.

ت- مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية منانتقاء الجينات وتعديلها

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول موضوع انتقاء النسل والتعديل على الجينات وانشطرت إلى ثلاثة أقوال[1]:

قال الفريق الأول بالجواز مطلقا بدليل أنها من قبيل التداوي والعلاج المبكر للحيلولة دون ميلاد أحد المشوهين، أو لتحسين السلالة باستبدال بعض المورثات الضعيفة وغير المرغوبةبأخرى أقوى وذات جودة، وأن هذا التطور من ثمار البحث العلمي، ولا يُحْجَر على العلم، لقوله تعالى" **يَرْفَعِاللَّهُالَّذِينَآمَنُوامِنكُمْوَالَّذِينَأُوتُواالْعِلْمَدَرَجَاتٍ** "[2].

أما الفريق الثاني فيقول بالتحريم مطلقا بحجة أن أخطار الهندسة الوراثية أكبر من فوائدهالعل أهمها اختلاط الأنساب إذ من يمكن من خلالها التلاعب بالخلايا الجذعية للإنسان، فضلا عن الضرر المتوقع من المعالجة الجينية التي لم تنتهي التجارب حولها مما يمكن معه حدوث وفاة أو تشوهات مستقبلية، كما أن في قراءة الجينوم البشري إطلاع الإنسان على حياته المَرَضِيَّة، وليس في صالحه أن يعرف عن نفسه أمورا غيبية وفي حوزة المستقبل، بل إن هذه القراءة ستعطي مؤشرات عن سن الوفاة إذا ثبت وجود أمراض وراثية سرطانية مثلا، وفي هذا من المفاسد ما يجب درؤه، إذ يحول دون استمرار

---

[1] سعدالدينمسعدهلالي، الثلاثوناتفيالقضاياالفقهيةالمعاصرة، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، مصر، 2012، ص 61-64.

[2] سورة المجادلة، الآية 11.

الحياة الطبيعية للإنسان كالزواج والتوظيف والتأمين وغيرها من الأمور التي يقوم بها الإنسان أملا في العيش أمدا.

في حين يقف الفريق الثالث موقفا وسطا يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية في تقدير العلوم والانتفاع بالجديد مع الحذر والاحتياط من تداخل المصالح مع المفاسد، فدرء المفاسد أولى من جلب المصالح، والشريعة مصالح كلها، أن علم الجينات نافع للبشرية وهو سبيل لمعرفة خباياها واسرار علاجها من عدة أمراض، لقوله جل وعلا " **سَنُرِيهِمْآيَاتِنَافِيالْآفَاقِوَفِيأَنفُسِهِمْحَتَّىٰيَتَبَيَّنَلَهُمْأَنَّهُالْحَقُّ**"1، بل إنه فرض كفاية، كما يجوز اللجوء للهندسة الوراثية على الإنسان في صورة الوقاية من الأمراض وعلاجها، غير أن العلاج ينبغي أن يكون بضوابطه، مع تقييم صارم للفوائد والأخطار المحتملة، والحصول على القبول الحر المسبق والواعي من الشخص المعني أو وليه، مع السرية التامة حول المعلومات الوراثية، أما غير ذلك فإنه تلاعب محرم بالخريطة الجينية.

وأما التحكم في جنس الجنين فقد أجازه بعض الفقه للحاجة أو الضرورة، مثل أن تلد المرأة ذكوراً مشوهين فترة ثم يموتون، أما الإناث، فيعشن حياة طبيعية، ويتمتعن بصحة جيدة، أو العكس بالنسبة للإناث، عندها يجوز للزوجين اللجوء إلى طبيب مختص لتحديد جنس الجنين باختيار الأنثى أو الذكر حسب الحالة، ويشترط في ذلك أن يتم بالضوابط الشرعية والوسائل العلمية الصحيحة، ودليل الجواز أن دعاء الإنسان الله جل في علاه من أجل أن يهبه الولد من جنس معين أمر جائز؛ وما جاز طلبه جاز فعله2 ، وقد ثبت دعاء النبي زكريا الله تعالى بأن يهب له غلاما، لقوله تعالى "**وَإِنِّيخِفْتُالْمَوَالِيَمِنْوَرَائِيوَكَانَتِامْرَأَتِيعَاقِرًافَهَبْلِيمِنْلَدُنْكَوَلِيًّا *يَرِثُنِيوَيَرِثُمِنْآلِيَعْقُوبَوَاجْعَلْهُرَبِّرَضِيًّا**"3**فأجابه الله تعالى بقوله"**يَازَكَرِيَّاإِنَّانُبَشِّرُكَبِغُلَامٍاسْمُهُيَحْيَىٰلَمْنَجْعَلْلَهُمِنْقَبْلُسَمِيًّا** "**4** ،على أن يتم الأمر بضوابطه الشرعية المتمثلةفيالحاجةوالضرورة وأن تكون العملية على نطاق فردي، لا على المجتمع بشكل عام، لأنه يخل بالتوازن الذي أراده الله تعالى5.

لكن ألا يتعارض القول السابق مع قوله تعالى" **لِلَّهِمُلْكُالسَّمَاوَاتِوَالْأَرْضِيَخْلُقُمَايَشَاءُيَهَبُلِمَنْيَشَاءُإِنَاثًاوَيَهَبُلِمَنْيَشَاءُالذُّكُورَ أَوْيُزَوِّجُهُمْذُكْرَانًاوَإِنَاثًاوَيَجْعَلُمَنْيَشَاءُعَقِيمًاإِنَّهُعَلِيمٌقَدِيرٌ** "6 ، أليسذلكمنافياللرضا بالقضاء والقدر والسعينحوتغييرذلكهوعدمتهذيبمعاللهوضعفإيمان؟7.

---

1 سورة فصلت، الآية 53.

2محمدحسنأبويحيى، حكمالتحكمفيصفاتالجنينفيالإسلام،داريافاالعلميةللنشروالتوزيع، الأردن، 2011، ص 23-24.

3سورة مريم، الآيتين 5-6.

4سورة مريم، الآية 7.

5محمدحسنأبويحيى، حكمالتحكمفيصفاتالجنينفيالإسلام،داريافاالعلميةللنشروالتوزيع، الأردن، 2011، ص 23-24.

6سورة الشورى، الآيتين 49-50.

7موقع إسلام ويب، الفتوى رقم 116112، حكمتحديدجنسالمولودبالطريقةالمخبرية، تاريخ النشر2008/12/20، تاريخ الاطلاع 2022/08/26، على الرابط https://www.islamweb.net/ar/fatwa/116112

جاء في بعض الفتاوى أنه يجوز تحديد جنس المولود ولا حرج في ذلك إن روعيت في ذلك الضوابط الشرعية، بل إن كل ما يوجد من ذلك سواء كان بالطريقة المعتادة، أو بالطريقة المخبرية إنما هو بإرادة الله وقدره[1].

غير أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي فصل في هذا الخلاف ضمن قرار له بشأنالوراثةوالهندسةالوراثيةوالجينومالبشري، وقد تضمن عدة مبادئ أهمها[2]:

- عدم

جوازاستخداماالهندسةالوراثيةبقصدتبديلالبنيةالجينيةفيمايسمىبتحسينالسلالةالبشرية،وأنأيمحاولةللعبثالجينيبشخصيةالإنساناوالتدخلفيأهليتهللمسؤوليةالفرديةأمرمحظورشرعا، بالإضافة إلى منع العلاج الجيني للخلايا الجنسية في صورته الراهنة التي لا تراعي الأحكام الشرعية وبخاصة عدم اختلاط الأنساب، لما لهذا العمل من خطورة وضر..

- استخداماالعلاجالجينيفياكتسابصفاتمعينةمثل:

الشكلفلايجوز ،لمافيهمنتغييرالخلقةالمنهيعنهشرعًا ،ولمافيهمنالعبث ،وامتهانكرامةالإنسان ،فضلًاعنعدموجودا لضرورةأوالحاجةالمعتبرةشرعًا.

ثم أدرج القرار مجموعة من الأخلاقيات الطبية الراقية منها:

- الغرض من استخدام الجينوم البشري والهندسة الوراثية هو تحصيل الوقاية والعلاج والتداوي لا غير.
- يجب الامتناع عن اللجوء لهذه التدخلات الطبية في أي حالة مضرة أو مخالفة للشريعة.
- ضرورة التقييم المسبق للأخطار والفوائد وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية سواء في التشخيص أو التدخل الطبي.
- ضرورةالحصولعلىموافقةصريحة وإذن معتبرشرعًامنالشخصنفسه،أووليهالشرعيلتحليلخريطتهالجينيةمععلم المعني بالنتائج والعواقب ووجوبالحرصعلىمصلحته.
- السريةالتامةحولالتشخيصاتالجينيةالمحفوظةأوالمعدةلأغراضالبحثأولأيغرضآخر ،ولاتفشىإلافيالحالات الشرعية القصوى لإفشاء أسرار المريض.
- في كل الأحوال احترام مبادئ الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان المقرر شرعا.

---

[1] موقع إسلام ويب، المرجع نفسه.

[2] منظمةالتعاونالإسلامي،القراررقم 203 (9/21) الصادر عن مجلسمجمعالفقهالإسلاميالدولي،الدورةالحاديةوالعشرينبمدينةالرياض، المملكةالعربيةالسعودية،من 15 إلى 19 محرم 1435-،الموافق 18-22 تشرينالثاني (نوفمبر) 2013. منشور على موقع المنظمة، الرابط https://iifa-aifi.org/ar/2416.html

خاتمة:

ختاما ينبغي لنا أن نعترف أن مسألة انتقاء النسل ضمن عملية التلقيح الصناعي موضوع طبي واسع تتجاذبه عديد المواقف والآراء، وأن التحكم فيه يكمن في ضبط أخلاقياته بدقة.

لا يفوتنا أيضا أن نذكر بعض النتائج الهامة التي توصلت إليها هذه الدراسة ومنها:

- التلقيح الصناعي مكنة طبية تذلل العراقيل التي تؤخر الإنجاب.
- أصبح من الممكن اليوم انتقاء النسل ضمن عملية المساعدة على الإنجاب.
- لانتقاء النسل أغراض علاجية هامة تتيح تجنب بعض الأمراض الوراثية، وقد اتفق الخبراء على جوازها أخلاقيا، وذهب أغلب الفقهاء المسلمين والمشرعين العرب إلى السماح بها.
- لانتقاء النسل أغراض غير علاجية كإجابة رغبة الزوجين في إنجاب جنس معين أو تحقيق صفات معينة في نسلهمادون تأكد أي مرض وراثي، وقد جاءت أغلب التشريعات العربية لتمنعها كونها غير مأمونة الأخطار، وتخل بتوازن البشرية.
- الخلاف حول مدى أخلاقية انتقاء النسل راجع للخلاف حولالأخلاقفيحدذاتها،فمايراهالبعضموافقاللأخلاققديراهآخرونمساساصارخابها.
- الاخلاقالطبيةالاسلاميةأرقىوأسمىمنالأخلاقالوضعية، وهي تمنع كل تدخل في الجينات البشرية لأهداف غير علاجية.

من خلال ما سبق بيانه من النتائج ندرج بعض التوصيات:

- بالنسبة للتشريع الجزائري نقترح استبدال مصطلح"**العقم**" بعبارة"**تأخرالإنجاب**" فشرط العقمينافي حقيقةالمساعدةالطبيةعلىالإنجابالتلقيحالصناعي،ذلكأنالمراجعتعرفالعقيمبأنهالذيلايولدله،وعدمقدرة جهازهعلىالإنجابسواءكانرجلاوامرأة،ولايُتَصَوَّرُأنيتمالتلقيحالصناعيلبويضةامرأةعقيمأوبمنيرجلعقيم.
- ينبغي أيضا تحديدمدةزمنيةفي التشريع الجزائري للقولبعجزالزوجينعنالإنجابطبيعياوأنهمابحاجةللتدخلالطبي،حتى لايستعجلالأزواجفياللجوءللتلقيح،أوتأخيرهماأكثرمنالحدالمعقول،وكانالجديربالمشرعالجزائريأنيقتديبأ غلبالمشرعينالعربالذينتفطنواللمسألةوقرروا إمهالالزوجينمدةسنةكاملةقبلالسماحلهمابطلبالمساعدة،وإذ كنانعتقدأنسنةواحدةليستمدةكافيةللقولبعدمالقدرةعلىالتلقيحالطبيعي،فنقترحأنتحددمدةثلاثسنواتمنالعلاق ةالزوجيةالمتواصلةفيظروفمستقرة،للقولبوجودحالةتأخرالإنجاب،وهوماسيسمحبمنحالزوجينمدةكافيةلإ جراءالمحاولاتالطبيعيةمنجهة،ويسمحبتفاديالاستعجالفيإجراء عملياتالتلقيحالصناعيوكذاتجنبأخطارها .
- إقحام مادتي الأخلاقيات الطبية وحقوق الإنسان ضمن المواد الإجبارية ضمن برامجمعاهد تدريس الطب وهو ما دعت إليه جمعية الطب العالمية، غير أن تلك الأخلاقيات يجب أن تكون مستمدة من شريعتنا الإسلامية فهي منبع الأخلاق.

قائمة المراجع:

القرآن الكريم.

الكتب:

1- باسممحمدالشرجي،الإجهاضبينالتجريموالإباحة،الطبعةالأولى،المركزالعربيللنشر،مصر، 2018.

2- تاممحمداللودعمي،الجيناتالبشريةوتطبيقاتها:
دراسةفقهيةمقارنة،الطبعةالأولى،المعهدالعالميللفكرالإسلامي،الولاياتالمتحدةالأمريكية، 2011.

3- جهادحمدحمد،الأحكامالشرعيةفيضوءالمستجداتالطبيةالعصرية،الطبعةالأولى،دارالمعرفة،لبنان، 2010.

4- حمدعليالصفيان،العقمأسبابهوعلاجه،الطبعةالأولى،مكتبةالعبيكان،المملكةالعربيةالسعودية، 2001.

5- خالدفائقالعبيدي،الوراثةوالاستنساخ،دارالكتبالعلمية،لبنان، 2009.

6- دوبزهانسكي،الوراثةوالعرقوالمجتمع،ترجمةعزالدينفراج،وكالةالصحافةالعربية، 2021.

7- روبيرتشيلدريك،اطلاقسراحالعلم،ترجمةناديا عطاروأحمديوسف،داردَوِّنْللنشروالتوزيع،مصر، 2020.

8- سارةسعدالبوسلطان،استعمالومشروعيةالأجنةالفائضةمنعملياتالحقنالمجهريبوصفهاخزيناللخلاياالجذعية ،دارأمجدللنشروالتوزيع،الأردن، 2017.

9- سعدالدينمسعدهلالي،الثلاثوناتفيالقضاياالفقهيةالمعاصرة،الطبعةالأولى،مكتبةوهبة،مصر، 2012.

10- ماتريدلي،الجينوم:
قصةحياةالجنسالبشريفيثلاثةوعشرينفصلًا،ترجمةمحمدفتحيخضر،مؤسسةهنداوي،مصر، 2012.

11- محمدحسنأبويحيى،حكمالتحكمفيصفاتالجنينفيالإسلام،داريافاالعلميةللنشروالتوزيع،الأردن، 2011.

12- محمدمحييالدينأحمد،الأخلاقالتطبيقيةبينالفلسفةوالدين،داريسطرون،مصر، 2017.

13- منظمةالأغذيةوالزراعةللأممالمتحدة،معجممصطلحاتالتقانةالحيويةفيالغذاءوالزراعة،مصر، 2021..

المقالات:

14- شريفالدينبندوبه،الإسلاموالأخلاقياتالطبية (البيوتيقا)،مجلةالكلمة،المجلدالثالثوالعشرون،العددالثالثوالتسعون،منتدىالكلمةللدراساتوالأبحاث،قبرص، 2016.

الأطروحات:

أحمدحسنيعبدالمنعمحسنطراد،الحمايةالمدنيةللأطفالفيمجالالأبحاثالعلمية،أطروحةدكتوراه،كليةالحقوق،جامعة المنصورة،مصر، 2016/2015.

القوانين:

15- القانون 84-11،مؤرخفي 09 يونيوسنة 1984،يتضمنقانونالأسرة الجزائري،الجريدةالرسميةعدد 24 صادرفي 12 يونيوسنة 1984،معدّلومتمّمبالأمررقم 05-02،مؤرخفي 27 فبرايرسنة 2005،الجريدةالرسميةعدد 15 صادرفي 27 فبرايرسنة 2005.

16- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة.
17- القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي.
18- القانون 47.14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، المنفذ بالظهير الشريف رقم 1.19.50 الصادر في 2019/03/11، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6766، الصادرة في 2019/04/04.
19- قانون رقم (26) لسنة 2017 بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الصناعي والإخصاب.
20- قانون اتحادي رقم (7) لسنة 2019 في شأن المساعدة الطبية على الإنجاب.

المواقع الإلكترونية:

21- آرثر كابلان، هندسة الطفل الأعظم، موقع الجزيرة، تاريخ النشر 2015/12/14، الاطلاع 2022/08/23، الرابط https://www.aljazeera.net/news/healthmedicine/2015/12/14

22- آرثر كابلان، هندسة الطفل الأعظم، موقع الجزيرة، تاريخ النشر 2015/12/14، الاطلاع 2022/08/23، الرابط https://www.aljazeera.net/news/healthmedicine/2015/12/14

23- بيسان شامية، كيف يتم تحديد نوع الجنين، موقع ويبطب، تاريخ النشر 2020/11/04، تاريخ الاطلاع 2022/08/26، على الرابط https://baby.webteb.com/articles/26214

24- مركز رويال للخصوبة، تحديد نوع الجنين قبل الحمل – اختيار جنس المولود، تاريخ الاطلاع 2022/08/21، رابط الموقع https://royal-fc.com

25- منال الزايد، تحديد جنس الجنين قبل الحمل، موقع جريدة الرياض، تاريخ النشر 2013/03/13، تاريخ الاطلاع 2022/08/28، على الرابط https://www.alriyadh.com/816975

26- موقع TRT عربي، علماء يحذرون: تعديل الجينوم ليس جاهزا بعد لتجربته بأمان على البشر !، تاريخ النشر 2020/09/05، تاريخ الاطلاع 2022/08/26، على الرابط https://arabic.rt.com/technology/1150899

27- موقع الطبي، الامراض الوراثية Genetic diseases، تاريخ الاطلاع 2022/08/28، على الرابط https://altibbi.com/

28- موقع فرانس 24، اكتشافات جديدة في تعديل الجينات تعطي آمالا وتطرح تساؤلات، منشور في 2017/08/03، الاطلاع في 2022/08/21، على الرابط https://www.france24.com/ar/20170803

29- موقع إسلام ويب، الفتوى رقم 116112، حكم تحديد جنس المولود بالطريقة المخبرية، تاريخ النشر 2008/12/20، تاريخ الاطلاع 2022/08/26، على الرابط https://www.islamweb.net/ar/fatwa/116112

30- منظمة التعاون الإسلامي، القرار رقم الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الحادية والعشرين بمدينة الرياض، المملكة العربية السعودية، من 15 إلى 19 محرم 1435، الموافق 18-22 تشرين الثاني (نوفمبر) 2013. منشور على موقع المنظمة، الرابط https://iifa-aifi.org/ar/2416.html

التلقيح الاصطناعي من منظور الشريعة الإسلامية

د. شريط نصيرة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:
يعتبر التلقيح الاصطناعي وجها من أوجه التقدم العلمي، باعتباره علاجا لبعض حالات العقم عند أحد الزوجين أو كليهما، حينما يستعصى علاجها بالطرق الطبية التقليدية، ولهذا فإن التلقيح الاصطناعي يعتبر أحد أنواع العلاج الذي بدأ يشق طريقه إلى الطب، ويتخذ لنفسه مكانة متميزة وهامة إلا أن الأخذ بهذه التقنية على إطلاقها قد يؤدي إلى كثير من المشاكل الأخلاقية والقانونية والاجتماعية.
الكلمات المفتاحية: التلقيح الاصطناعي، الشريعة الإسلامية، العقم، البويضة، النطفة.

مقدمة

يعتبر التلقيح الاصطناعي وجها من أوجه التقدم العلمي، باعتباره علاجا لبعض حالات العقم عند أحد الزوجين أو كليهما، حينما يستعصى علاجها بالطرق الطبية التقليدية، فطلب الولد مشروع، بل مستحب في الشريعة الإسلامية التي شجعت على تكثير النسل عن طريق الزواج، فإن حال العقم دون تحقيق هذه الغاية كانت الدعوة للعلاج والتداوي، خاصة وأن الإسلام حث على التداوي من جميع الأمراض، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **«تداووا فإن الله لم يضع داء، إلا وضع له شفاء»**(1).

ولهذا فإن التلقيح الاصطناعي يعتبر أحد أنواع العلاج الذي بدأ يشق طريقه إلى الطب، ويتخذ لنفسه مكانة متميزة وهامة(2)، إلا أن الأخذ بهذه التقنية على إطلاقها قد يؤدي إلى كثير من المشاكل الأخلاقية والقانونية والاجتماعية، ومن هنا نطرح الإشكالية التالية : ما هو موقف الفقه الإسلامي من التلقيح الاصطناعي وللإجابة عن هذه الإشكالية سنعالج هذا البحث من خلال محورين سنتطرق لمفهوم التلقيح الاصطناعي في المحور الأول ثم تبيان حكمه في المحور الثاني.

([1])–حديث صحيح، الترمذي، صحيح سنن الترمذي، ج2، كتاب الطب، مرجع سابق، حديث رقم 2038.

([2])– محمد علي البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، الدورة 10ـ أكادير ـ ربيع الأول 1407، نوفمبر 1986، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة الدورات، ص 159.

المحور الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

1ـ تعريف التلقيح الاصطناعي

أ- التعريف العلمي للتلقيح الاصطناعي

يعرف التلقيح عند الاطباء بأنه: عبارة عن التقاء الحيوان المنوي بالبيضة.

أو هو:"التحام نواة البيضة من الأنثى بنواة الحيوان المنوي من الرجل فيتحدان وعندئذ يحصي التلاقي والتلاقح وتنتقل إلى ما حدده الله، وإذا ما تم هذا التلاقح بينهما بدأت هذه البيضة الملقحة تنقسم انقساماتها المعروفة المتتالية الخلية الأمشاج" الزيجوت" المكونة من التحام نواة البيضة بنواة الحيوان المنوي"(1).

يقصد بالتلقيح الاصطناعي الإنجاب بغير تلاقي الزوجين، فهو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب دون حصول أي اتصال جنسي بينهما(2)، وذلك بإدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج داخل الجهاز التناسلي للمرأة بهدف الإخصاب والإنجاب، فيحقن السائل المنوي بطريقة اصطناعية بواسطة المحقن المخصص لذلك، ويلجأ الطبيب إلى هذه الطريقة في حالة الفشل في معالجة العقم(3)، وكتدبير مساعد للحصول على الطفل(4)، والأولاد الذين يولدون بهذا الطريق يعرفون أو يسمون بـ"أطفال الأنابيب" باعتبار أن تلقيح بويضة الأنثى بمني الرجل يتم داخل الأنابيب(5).

وهكذا يمكننا القول بأن التلقيح الاصطناعي هو الوسيلة العلمية التي تؤدي إلى الإنجاب من دون جماع أو خارج دائرة الاتصال الجنسي.

([1])- ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الاسلامي دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشويعة والقانون، المجلد 18،عدد1، 2016 ص372.

([2])- دليلة براف، مستجدات فقهية وأثرها في دعم استقرار الأسرة في الفقه الإسلامي مع بيان موقف قانون الأسرة الجزائري وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي منها، مجلة الصراط، ، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، عدد33، رمضان 1437هـ، يوليو2016م ص236.

([3])- العقم يراد به عدم قدرة الزوجين على الإنجاب بعد محاولات الإخصاب المتكررة نتيجة عدم حدوث التبويض وقد يكون السبب راجع للزوجة أو الزوجة أو هما معا، كما يمكن أن يكون مؤقتا أو نتيجة حالة غير قابلة للعلاج. عبد الصمد عبو، التلقيح الاصطناعي وسيلة علاجية أم جريمة جنائية، مجلة الفقه والقانون،.www.majalah-droit، تاريخ النشر19شتمبر2012، ص6.

([4])- حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الصناعي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص15.

([5])- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم،ج9، مرجع سابق، 389.

والغرض من التلقيح الاصطناعي هو إيجاد حلول لمشكلة العقم التي أصابت العديد من الأزواج في جميع أنحاء العالم، والحصول على الذرية باعتبارها من أهم أسباب نجاح الحياة الزوجية بين الزوجين.

ب-التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي

ورد عن الفقهاء قديما أنه قد يحصل حمل عند المرأة من غير الاتصال الجنسي بين الزوجين- الجماع- وبنو على هذا على أنه بالإمكان إن تستدخل المرأة ماء(مني) الرجل في قبلها، وبينوا ما يترتب على هذا الفعل من أحكام تتعلق بنسب المولود إن حملت من هذا الاستدخال.

ويتضح من هنا أن التلقيح لاصطناعي ليس أمرا جديد اكتشفه الأطباء بل هو أمر قديم معروف في الفقه الإسلامي، ويسمى باستدخال المني ويكون حلالا كالوطء، وتبنى عليه بعض الأحكام الشرعية كوجوب العدة وثبوت النسب.

وقد قسم الفقهاء الماء"المني" بأن جعلوا منه ماء محترما، وأخر غير محترم، ويعنون بالماء المحترم أن يكون الماء الذي تدخله المرأة في فرجها حال نزوله قد خرج بطريق مشروع-أي مني زوجها في حال قيام الزوجية- فيجعلون استدخاله في هذه الحال كالوطء الحلال، وكما إذا نقل إلى زوجة أخرى له، ويعنون بالماء غير المحترم أن يكون من زنا، أو من حلال لكمه نقل إلى امرأة أجنبية عنه فإن هذا النقل غير محترم(1).

وهذا هو بعينه التلقيح الاصطناعي الذي افترضه علماء الفقه الأقدمون، ما لبث الزمان بتوالي أيامه وتتابع شهوره وأعوامه، ومرور حقبه وعصوره أن شهد تحقق هذا الافتراض، وإن كان حدوث هذا الاقتراض في أيامهم نادرا وبرغم هذا احتاطوا ووضعوا له ما يناسبه من أحكام(2).

والتلقيح الاصطناعي ليس وليد اليوم فقد عرف منذ عهد بعيد وناقشه بعض الفقهاء تحت مسمى الاستدخال والذي يقصدون به إدخال المني إلى المرأة بغير جماع ورتبوا عليه العدة وثبوت النسب إذا كان من الرجل لزوجته، وهي تعلم أنه ماء زوجها(3).

2ـ أنواع التلقيح الاصطناعي:

التلقيح الاصطناعي نوعان: تلقيح داخلي وهو الذي يتم داخل الرحم، وتلقيح خارجي وهو الذي يتم خارج الرحم.

أ- التلقيح الاصطناعي الداخلي

([1])-الحسن شادية الصادق، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي sust Home المجلة العلمية، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، المجلد12، الإصدار1، 2013، ص5.

([2])-الحسن شادية الصادق، حكم الأسلام في التلقيح الأصطناعي، المرجع نفسه، ص5

([3])-عبد الصمد عبو، التلقيح الاصطناعي وسيلة علاجية أم جريمة جنائية، المرجع السابق، ص5.

1-تعريفه

يعرف التلقيح الداخلي بذلك التلقيح الذي يتم من خلال الحصول على مني الرجل وحقنه في رحم المراة لتصل الحيوانات المنوية الى البويضة فتلقحها، فتكمل بعد ذلك البيضة تكوينها الطبيعي، فهذا النوع يساعد على الاتحاد الطبيعي بين كل من البويضة والمني(1). فالتلقيح هنا يقتصر على ماء الزوجين دون غيرهما، كما تتميز هذه الصورة بأنها تقترب من الإنجاب الطبيعي، ويتم اللجوء إلى هذه الوسيلة عند عجز الزوجان عن الإنجاب في صورته الطبيعية لأي سبب من الأسباب كضعف الحيوان المنوي، أو اختلال وظائف المبيض وغيرها. (2)

2-حكمه

اختلف العلماء في حكم التلقيح الداخلي على قولين واستدل كل فريق بجملة من الأدلة (3):

القول الأول

إن التلقيح الاصطناعي الداخلي لا يجوز ولا ويعتبر وطئا ولا يترتب عليه أحكام الوطء، وذهب إلى هذا الفقيه ابن قدامة من الحنابلة وبعض الفقهاء المعاصرين.

القول الثاني

مشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي فيما بين الزوجين: وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء وعدد من الفقهاء والعلماء المعاصرين، مثل الأستاذ الدكتور مدكور، وفضيلة الدكتور القرضاوي، والشيخ مخلوف، والشيخ محمود شلنوت وغيرهم، ورجح هذا القول العديد من الهيئات والندوات والفقهاء، منها ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام بالكويت عام 1403 هـ، وكذلك مجمع الفقه الإسلامي التاسع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في عمان 1407هـ.

ويلجأ إلى هذه الحالة عندما تكون المرأة في حالة عقم سببها وجود مانع يمنع وصول البيضة إلى الرحم مثل تشوهات أو أمراض قناة فالوب التي توصل البيضة إلى المبيض(4).

3-ضوابط التلقيح الاصطناعي الداخلي

تم وضع هذه الضوابط من خلال المؤتمرات و المجامع الفقهية وهذه الضوابط هي(5) :

1- أن يتم التلقيح بين زوجين تربطهما علاقة زوجية مشروعة وقت إجراء عملية التلقيح.

([1])-عبد الصمد عبو، التلقيح الاصطناعي وسيلة علاجية أم جريمة جنائية، المرجع السابق، ص8.

([2])-الحسن شادية الصادق، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، المرجع نفسه، ص5.

([3])- لأكثر تفصيل انظر ، الحسن شادية الصادق، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي المرجع السابق، ص5، 6.

([4])- زياد أحمد سلامة، عبد العزيز الخياط، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الطبعة 1، الدار العربية للعلوم دار البيارق، عمان، 1996، ص80.

([5])-الحسن شادية الصادق، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي sust Home المجلة العلمية، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، المجلد12، الإصدار1، 2013، ص9.

2- أن يكون ذلك برضا الزوجين.

3- استحالة الإنجاب بالطريق الطبيعي بسبب إصابة الزوجين أو أحدهما بالعقم أو ضعف الخصوبة.

4- عجز الأطباء عن علاج العقم حتى يتمكن الزوجان من الإنجاب في صورته ,الطبيعية، ولا يجد الزوجان أمامهما من سبيل إلا بطريق التلقيح الاصطناعي.

5- أن تتم العملية بوساطة طبيب متخصص، وبناء على تقرير طبي من طبيبين متخصصين.

6- أن تتم العملية في المراكز الطبية المتخصصة لذلك.

ب-التلقيح الاصطناعي الخارجي

1-تعريفه

سمي هذا النوع من التلقيح بالخارجي لأنه يتم خارج الرحم، حيث يستخرج الحيوان المنوي والبويضة ثم الجمع بينها في أنبوب للاختبار ليتم الاتحاد بينهما، فتستدخل النطفة(اللقيحة) إلى الرحم، وهو ما يعرف بطفل الأنابيب، فقد تنشأ هذه العملية أساسا لعلاج حالة العقم لدى الزوجة إذا ما كان هناك نقص في الإفرازات اللازمة لحدوث عملية التلقيح وتكوين النطفة وبعدها الجنين(1).

أو هو الذي يتم فيه تلقيح البويضة من المرأة خارج جهازها التناسلي "داخل أنبوب اختبار" بماء الذكر فإذا ما تم التلقيح أعيدت البويضات الملقحة إلى رحم المرأة أو امرأة أخرى(2). وللتلقيح الخارجي صور عدة، ولكل صورة حكمها الشرعي المتميز.

2-صور التلقيح الاصطناعي الخارجي

تلقيح اصطناعي خارجي بماء الزوجين.

تلقيح اصطناعي خارجي بماء غير الزوجين.

أ- التلقيح الاصطناعي الخارجي بماء الزوجين

وله ثلاثة أساليب:

1-زرع البويضة الملقحة بماء الزوجين داخل رحم الزوجة

وصورة هذه الحالة تقدم فيها المرأة البيضة ويقدم زوجها الحيوان المنوي، وبعد أن يكونا نطفة أمشاج في أنبوب اختبار تعاد الكتلة المتكونة نطفة الأمشاج إلى رحم الزوجة صاحبة البيضة، أما عن حكمها فقد ذهب غالبية الفقهاء المعاصرين الذين ناقشو هذه الصورة إلى إباحتها وإن قبلها البعض بتحفظ، في حين توصل اجتهاد فريق إلى حرمة هذه الصورة من التلقيح الصناعي وإن كانت بين زوجين، فأما القائلون بالإباحة فإن الكثير منهم اشترط

([1])-عبد الصمد عبو، المرجع السابق، ص10.

([2])-الحسن شادية الصادق، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص13.

لصحة إجراء العملية الضرورة، وأن يتأكد من إمكانية عدم اختلاط اللقاحات أو الحيوانات المنوية أو البويضات بأخرى ليست من الزوجين، وكذلك التأكد من عدم إمكانية إنجاب أطفال مشوهين أو أن يكون للعملية أثار على المولود أو الحمل أو الأم(1).

2- زرع البويضة الملقحة بماء الزوجين داخل رحم زوجة أخرى للزوج

وهو أن يجري تلقيح خارجي بين نطفة الزوج وبويضة الزوجة داخل أنبوب الاختبار ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج، وفقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة على مذهبين: حيث يرى عدد من الفقهاء مشروعية هذه الحالة، إلا أنهم اختلفوا في الأم هل هي صاحبة البويضة الملقحة أم التي ولدت؟، في حين يرى فريق أخر ويمثل غالبية الفقهاء عدم مشروعية زرع البويضة الملقحة داخل رحم زوجة أخرى للزوج(2).وهذا الرأي الذي سار عليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة واعتبرها من بين الطرق المحرمة شرعا والممنوعة منعا باتا لذاتها أو لما يترتب علبها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية(3).

3- زرع البويضة الملقحة بماء الزوجين داخل رحم امرأة أجنبية عن الزوج

إذا كان العلماء قد اتفقوا على أن وضع البويضة الملقحة من مني الزوج في رحم زوجة ثانية لنفس الزوج محرم شرعا فمن باب أولى أن يحرم هذا مع امرأة أجنبية، لانعدام الضوابط الشرعية لذلك(4).

ضوابط مشروعية التلقيح داخل أنبوب اختبار بماء الزوجين

وهذه الضوابط هي(5):

1- أن يقتصر التلقيح على ماء الزوجين.

2- أن يكون التلقيح أثناء العلاقة الزوجية الشرعية.

3- أن تتم زراعة اللقيحة داخل رحم الزوجة التي أخذت منها البويضة.

4- أن لا بلجأ إليه في حالات الضرورة القصوى، كعدم قدرة الزوجين على الإنجاب الطبيعي.

5- أن يتأكد العلماء والأطباء تأكدا تاما من أن هذه الطريقة لن تسبب ضرر صحي او نفسي أو عقلي في الجنين بعد ولادته، فأما إذا لم يتوافر هذا اليقين فإن الإقدام على ذلك محرم بالاتفاق عملا بالقاعدة الشرعية الكلية: لا ضرر ولا ضرار(1).

([1])- زياد أحمد سلامة، عبد العزيز الخياط، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص92.

([2])-الحسن شادية الصادق، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص15.

([3])- زياد أحمد سلامة، عبد العزيز الخياط، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص103.

([4])-الحسن شادية الصادق، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص15.

([5])-الحسن شادية الصادق، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص10.

6- رضا الزوجين على الإنجاب بطريقة أنبوب الاختبار.

7- أن يؤمن اختلاط الأنساب باختلاط النطف واللقائح بوجود ضمانات النقل في جميع مراحل العملية وزيادة الحذر والاحتياط فلا بد أن تكون هناك لجنة طبية موثوق بها علميا سواء كانت في مركز حكومي أو مؤسسة رسمية غير ربحية.

8- إصدار قانون ينظم هذه العملية بحيث يترتب على كل من يتلاعب بها عقوبات تعزيرية رادعة. وقد ذكر المجمع الفقهي أحكاما عامة لا بد أن تؤخذ بعين الاعتبار وهي:

1- لا يجوز انكشاف المراة المسلمة على غير من يحل شرعا بينها وبينه الاتصال الجنسي إلا لغرض مشروع يعتبره مبيحا لهذا الانكشاف.

2- إن احتياج المرأة للعلاج يعتبر فرضا مشروعا يبيح لها الانكشاف على غير زوجها، وعندئذ يتقيد هذا الانكشاف بقدر الضرورة.

3- إذا كان انكشاف المرأة لغرض مشروع، يجب أن يكون المعالج طبيبة مسلمة، فإن لم يتيسر فطبيبة غير مسلمة، فإن لم يتيسر فطبيب مسلم، فإن لم يتيسر فطبيب غير مسلم حفاظا على العورات.

4- لا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور الزوج أو امرأة أخرى(2).

ب- تلقيح اصطناعي خارجي بماء غير الزوجين

للتلقيح الاصطناعي بماء غير الزوجين داخل أنبوب اختبار ثلاثة أساليب:

1- يجري تلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

2- أن يجري تلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

3- أن يجري تلقيح خارجي بين نطفة رجل أجنبي وبويضة امرأة أجنبية ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

وحكم هذه الأساليب الثلاثة سالفة الذكر جميعها محرمة في الشرع الإسلامي، لا مجال لإباحة شيء منها، لأن البذرتين الذكرية والأنثوية منها ليست من الزوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين(3).

ومن هنا يتبين أن للتلقيح الاصطناعي ست صور هي(1):

([1])- زياد أحمد سلامة، عبد العزيز الخياط، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص90.

([2])-الحسن شادية الصادق، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص10.

([3])- المرجع نفسه، ص16.

الأولى: تلقيح بويضة امرأة أجنبية عن الزوج بماء الزوج، ثم إيداع اللقيحة في رحم الزوجة، أي أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته(متبرعة)، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

الثانية: تلقيح بويضة الزوجة بماء رجل أجنبي عن الزوجة، ثم إيداع اللقيحة في رحم الزوجة.

الثالثة: أن يتم تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.

الرابعة: أن يتم تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وامرأة أجنبية(يسمونهما متبرعين)، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة، ويفترض في هذه الحالة أن الزوج والزوجة عقيمين، وأنه لا توجد علاقة بين جميع أطراف العملية؛ أي بين مانح النطفة المنوية ومانحة البويضة وصاحبة الرحم(2).

الخامسة: نقل المني اصطناعيا من ذكر الرجل(الزوج) إلى مهبل الأنثى(الزوجة)، بقصد إحداث الحمل، فيؤخذ السائل المنوي حارا غير بارد بعد وضعه في إناء نظيف ومعقم غير مبلل بالماء ويسحب بمحقن خاص، ليزرقه في فوهة عنق الرحم ليدخل إلى الرحم مباشرة(3).

السادسة: أخذ بيضة المرأة(الزوجة) وتلقيحها بمني الرجل(الزوج) خارج الجسد في أنبوب، وذلك بوسيلة طبية خاصة، وبعد أن يتم تكوين البيضة الملقحة يتم نقلها إلى داخل الرحم وتزرع في جداره، ثم تترك بعد ذلك لتنمو وتتطور(4)، وهو ما يسمى بطفل الأنبوب، وهذا الأسلوب يلجأ إليه عندما تكون الزوجة عقيما، بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها..

المحور الثاني: حكم التلقيح الاصطناعي على العموم

أما عن موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي، فإن مسألة أطفال الأنابيب مسألة حديثة ترجع إلى عام 1978 عندما ولدت لويزا براون أول طفلة أنابيب في العالم، وبذا عقدت العديد من الندوات والمؤتمرات الإسلامية لدراسة هذه المسألة، وتحديد موقف الشرع الإسلامي منها(5).

([1])- دليلة براف، مستجدات فقهية وأثرها في دعم استقرار الأسرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 236 وما بعدها.

([2])- حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الصناعي، مرجع سابق، ص20.

([3])- المرجع نفسه، ص16.

([4])- المرجع نفسه ، ص17.

([5])- علي خطار شطناوي، حق الزوجين في الإنجاب، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد15، ربيع الأول 1422هـ، يونيو 2001م، ص483.

وعليه اتفق الفقهاء المعاصرون على حرمة الصور الأربع الأولى للتلقيح الاصطناعي المذكورة سالفا، لما فيها من اختلاط للأنساب، وضياع للأمومة، وغير ذلك من المحاذير الشرعية(1)، واختلفوا في الصورتين الأخيرتين على ثلاثة أقوال(2):

القول الأول: جواز إجراء التلقيح الاصطناعي ضمن ضوابط وشروط معينة، وهو قول جمهور الفقهاء المعاصرين، وبه أخذ مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في قراره الخامس في دورته السابعة المنعقدة في مكة المكرمة في 1404/04/16هـ(3)، وأكد هذا الجواز في قراره الثاني في دورته الثامنة المنعقدة في مكة في الفترة من 1405/04/28هـ إلى 1405/05/07هـ(4).

القول الثاني: التوقف: وبه أخذ الشيخ عبد العزيز بن باز، رحمه الله تعالى، ونصح بعدم فعله.

القول الثالث: تحريم التلقيح الاصطناعي، وذهب إلى هذا الرأي الشيخ عبد الله بن جبرين، ورجب التميمي، وعبد اللطيف الفرفور.

والرأي الراجح هو رأي القائلين بالجواز، واعتماد التقيح الاصطناعي كطريقة ووسيلة لثبوت النسب متى توفرت ضوابطه وشروطه، محققين بذلك مصلحة الأمة في حفظ نفسها وتعاقب نسلها، في محاولة منهم لإيجاد حل لمعضلة عسر الإنجاب الذي تعاني منه أسر عديدة، لأن التلقيح الاصطناعي بشروطه وضوابطه التي وضعها العلماء، أمر لا تعارضه الشريعة الإسلامية، بل تؤيده لما فيه من المصالح العديدة للفرد والمجتمع(5).

وقد حدد علماء الفقه الإسلامي طرق التلقيح الاصطناعي، وقرروا أن الطريقة الشرعية الجائزة تتمثل حينما يكون مصدر الحيوان المنوي هو الزوج، ومصدر البويضة هي الزوجة التي تعاني من العقم لانسداد قناة فالوب لديها مثلا، فلا حرج من اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، وأوصى العلماء بأن لا تتم عمليات التلقيح الاصطناعي إلا في حالة الضرورة، بين زوجين مرتبطين بعقد زواج شرعي حال حياتهما، أثناء قيام الرابطة الزوجية بينهما، فلا يكون التلقيح الصناعي بماء محفوظ بعد فراق الزوجين بطلاق أو وفاة أو غيرهما، وأن تجرى العملية بناء على رغبة الزوجين معا في المستشفيات العامة، والمؤسسات المعتمدة الخاضعة لوزارة الصحة، مع أخذ كل الاحتياطات اللازمة من اختلاط النطف أو اللقائح والسلامة من الأمراض، وانتفاء الخلوة الشرعية، وعدم كشف العورة والنظر إليها إلا

([1])- قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، المنعقد في مكة المكرمة، الدورة الثامنة، قرار رقم2، 1984، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد2، جزء1، 1407هـ، 1986م، ص327.

([2])- دليلة براف، مستجدات فقهية وأثرها في دعم استقرار الأسرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 238.

([3])- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد2، ج1، 1407هـ، 1986م، ص328.

([4])- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، عدد2، 1986، ص328.

([5])- دليلة براف، مستجدات فقهية وأثرها في دعم استقرار الأسرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 242.

لغرض مشروع يقدر بقدره، وأن يباشر ذلك طبيبة مسلمة مؤهلة، وإلا فطبيب مسلم، وإلا فغير مسلم(1).

وفي فتوى لشيخ جامع الأزهر بخصوص التلقيح الاصطناعي:" إذا كان التلقيح بماء رجل أجنبي عن المرأة لا يربط بينها عقد زواج فهو في هذه الحالة يكون في نظر الشريعة الإسلامية جريمة منكرة وإثما يلتقي مع الزنا في إطار واحد ونتيجتهما واحدة، وهي وضع ماء رجل أجنبي قصدا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية ولولا وجود قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا""(2).

وعليه فإنه لا يجوز التلقيح الاصطناعي إذا ما كان يؤدي إلى اختلاط الأنساب أو الوقوع في الحرام(ويكون ذلك إذا ما لقحت بويضة الزوجة بماء غير زوجها وكذا في حال تلقيح الزوج لبويضة غير زوجته، فإنه يكون بمثابة زنا) (3).

أما عن موقف الفقه الإسلامي من التلقيح الاصطناعي بعد انفصال الزوجين

فإن إجراء الاخصاب الاصطناعي بين رجل وامرأة مرتبطين بعد زواج صحيح يحل العشرة بينها في فترة قيام الزوجية حقيقة لا يثير أدنى شك أو منازعة في شرعيته أو صحته إذا تم وفق الشروط والضوابط الفقهية والقانونية، كثبوت استحالة الحمل الطبيعي، ورضا الزوجين بهذا البديل، مما يعني أن المولود هو ابنهما الشرعي يحمل نسب الأب، ويتمتع بكامل الحقوق والأثار التي يرتبها الشرع على النسب الصحيح من الولاية والحضانة والنفقة والإرث، وحرمة الزواج وغيرها، وهذا ما استقر عليه

([1])- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها، في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص688. وهذا ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، المنعقد في مكة المكرمة، الدورة الثامنة، قرار رقم2، 1984 (مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، عدد2، جزء1، 1407هـ، 1986م، ص328.)، انظر أيضا محمد المكي الناصري، موقف الإسلام من التلقيح الاصطناعي كوسيلة للإنجاب، الدورة 10ـ أكادير ـ ربيع الأول 1407، نوفمبر 1986، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة الدورات، ص 159. وذكر الدكتور علي البار في ـ كتاب طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي ــ أن هناك فتاوى بخصوص هذا الموضوع من المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في عام1404هـ، ومجمع الفقه الإسلامي المنعقد بعمان، 11ــ16 أكتوبر1986م، أيضا مفتي مصر، ومفتي تونس، كلها تجمع على تحريم هذه الحالة للإنجاب، فالموت يعتبر في الإسلام نهاية لعقد الزواج، وحصول النسب مرتبط بقيام عقد الزوجية، فإذا انفسخ هذا العقد بموت أو طلاق ولم يكن هناك حمل قبل الموت أو الطلاق، فإن حدوث الحمل بعد الموت أو الطلاق يلغي النسب. أنظر عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ــ دراسة فقهية وتشريعية مقارنةـ رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة،1421هـ، 2000م، ص221.

([2])-عبد الصمد عبو، مرجع سابق، ص12.

([3])- المرجع نفسه، ص11.

جمهور المعاصرين، ويتجلى ذلك من خلال القرارات والتوصيات التي تمخضت عن العديد من الملتقيات والفتوى الصادرة عن الهيئات الرسمية للإفتاء(1).

وهناك مسألة باتت واردة نظريا وعمليا وتتسع لها حتى القواعد الشرعية التي تحدد شروط إثبات النسب، وقد طفت إلى الوجود مع ظهور بنوك حفظ الخلايا والأجنة، وهي إشكالية أثر انتهاء العلاقة الزوجية على عملية التلقيح الاصطناعي، مع الاتفاق على حرمة التخصيب بعد انقضاء العدة من طلاق أو وفاة.

في المسألة خلاف فقهي حاد نميز فيه اتجاهين بارزين ومحل النزاع بينهما هو إجراء التلقيح في العدة، وكون الطرف المطالب بالعملية هو الزوجة المطلقة أو الأرملة، لأنه إذا تصورنا العكس فإن المسألة تبطل من أساسها إذ تستلزم لإتمامها وجود الرحم الذي يحتضن الجنين، وهو منعدم بوفاة الزوجة أو بطلاقها مع حرمة الرحم البديل شرعا(2).

الاتجاه الأول

يمثله الأغلبية من المعاصرين، وهو أيضا قرار كل من مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة لسنة 1985، وقرار مجمع البحوث الإسلامية سنة 1986، إذ يرون الحظر المطلق على هذا التصرف، سواء كان تلقيحا داخليا بأن تم سحب مني الزوج وتجميده قبل انفصال الزوجين، أو خارجيا إذا شرع في المراحل الأولى من التلقيح بأن تم فعلا اتحاد الخليتين الذكرية بالأنثوية في المحضنة وفي الفترة التي تسبق الزرع حل أجل الزوج، أو فارقها، فحينئذ لا يحق للمرأة مطالبة الطبيب باستكمال مراحل العملية من غير اعتبار لسبب انتهاء الرابطة الزوجية، سواء بالطريق الطبيعي وهو الوفاة أو بالرغبة الحرة للزوجين وهي الطلاق(3).

الاتجاه الثاني

وهو رأي الأقلية من المعاصرين الذين أجازوا إجراء التلقيح بقيود وهي:

- ثبوت رغبة المتوفى في ذلك، وأن يموت مصرا على ذلك.
- وضع الحمل خلال أقصى مدته حسب قوانين الأحوال الشخصية لكل بلد، وهي سنة ميلادية كاملة، كما هو منصوص عليه في المادة **42 و43** من قانون الأسرة الجزائري(4).

([1])- بلحسان هواري، جواج يمينة، التلقيح الاصطناعي بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة القانون والتنمية المحلية، مخبر القانون والتنمية المحلية، أدرار ، الجزائر، المجلد02، العدد02، جوان2020، ص146.

([2])- بلحسان هواري، جواج يمينة، التلقيح الاصطناعي بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص146، 147.

([3])- بلحسان هواري، جواج يمينة، المرجع السابق، ص147.

([4])- قانون 11/84 مؤرخ في1984/06/09 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 مؤرخ في18 محرم1426هـ 2005/02/27، جريدة رسمية عدد15 مؤرخة في18 محرم1426هـ الموافق 2005/02/27.

– أن تجرى العملية في فترة العدة، حيث تكون الزوجية قائمة حكما.

– أن يتم الاشهاد عند إيداع المني بالبنك وعند السحب، لدفع أقوال السوء عن المعتدة(1).

ومجمل القول أن التلقيح الاصطناعي كوسيلة للإنجاب لا ينبغي إشهاره والدعاية له وفتح بابه على مصراعيه في العالم الإسلامي، تفاديا لما آل إليه أمره في المجتمعات الغربية من تجاوزات خطيرة يمجُّها الطبع، ويرفضها الشرع، ولذلك لا ينبغي اللجوء إليه إلا عند الضرورة القصوى وفي أضيق الحدود، ومع توفر كافة الضمانات التقنية والشرعية(2).

الخاتمة

في ختام هذا البحث خلصنا إلى أن علماء الفقه الإسلامي حددوا طرق التلقيح الاصطناعي، وقرروا أن الطريقة الشرعية الجائزة تتمثل حينما يكون مصدر الحيوان المنوي هو الزوج، ومصدر البويضة هي الزوجة التي تعاني من العقم، فلا حرج من اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

ومع ذلك وباعتبار أن التلقيح الاصطناعي وسيلة للإنجاب فإنه لا ينبغي إشهاره والدعاية له وفتح بابه على مصراعيه في العالم الإسلامي، تفاديا لما آل إليه أمره في المجتمعات الغربية من تجاوزات خطيرة يمجُّها الطبع، ويرفضها الشرع، ولذلك لا ينبغي اللجوء إليه إلا عند الضرورة القصوى وفي أضيق الحدود، ومع توفر كافة الضمانات التقنية والشرعية.

النتائج

– التلقيح الاصطناعي يعد وسيلة طبية حديثة في علاج العقم وبالتالي تساعد على الإنجاب.

– لا يجوز التلقيح الاصطناعي إذا ما كان يؤدي إلى اختلاط الأنساب أو الوقوع في الحرام.

– حدد علماء الفقه الإسلامي طرق التلقيح الاصطناعي، وقرروا أن الطريقة الشرعية الجائزة تتمثل حينما يكون مصدر الحيوان المنوي هو الزوج، ومصدر البويضة هي الزوجة التي تعاني من العقم، واعتماد التقيح الاصطناعي كطريقة ووسيلة لثبوت النسب متى توفرت ضوابطه وشروطه.

–التلقيح الاصطناعي كوسيلة للإنجاب لا ينبغي إشهاره والدعاية له وفتح بابه على مصراعيه في العالم الإسلامي.

– لا ينبغي اللجوء إليه إلا عند الضرورة القصوى وفي أضيق الحدود، ومع توفر كافة الضمانات التقنية والشرعية.

–لا تتم عمليات التلقيح الاصطناعي إلا بين زوجين مرتبطين بعقد زواج شرعي حال حياتهما، أثناء قيام الرابطة الزوجية بينهما، فلا يكون التلقيح الصناعي بماء محفوظ بعد فراق الزوجين بطلاق أو وفاة أو غيرهما.

([1])–بلحسان هواري، جواج يمينة، المرجع السابق ، ص147.

([2])– محمد المكي الناصري، موقف الإسلام من التلقيح الاصطناعي كوسيلة للإنجاب، المرجع السابق، ص 161.

-إجراء العملية بناء على رغبة الزوجين معا في المستشفيات العامة، والمؤسسات المعتمدة الخاضعة لوزارة الصحة، مع أخذ كل الاحتياطات اللازمة من اختلاط النطف أو اللقائح والسلامة من الأمراض، وانتفاء الخلوة الشرعية، وعدم كشف العورة والنظر إليها إلا لغرض مشروع يقدر بقدره، وأن يباشر ذلك طبيبة مسلمة مؤهلة، وإلا فطبيب مسلم، وإلا فغير مسلم.

قائمة المراجع

- الحسن شادية الصادق، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي sust Home المجلة العلمية، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، المجلد12، الإصدار1، 2013.
- حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الصناعي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016،.
- زياد أحمد سلامة، عبد العزيز الخياط، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الطبعة 1، الدار العربية للعلوم دار البيارق، عمان، 1996.
- عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ـ دراسة فقهية وتشريعية مقارنةـ رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة،1421هـ، 2000م.
ـ عبد الصمد عبو، التلقيح الاصطناعي وسيلة علاجية أم جريمة جنائية، مجلة الفقه والقانون،.www.majalah-droit، تاريخ النشر19شتمبر2012.
- علي خطار شطناوي، حق الزوجين في الإنجاب، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد15، ربيع الأول 1422هـ، يونيو 2001م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد2، جزء1، 1407هـ، 1986م .
ـ محمد المكي الناصري، موقف الإسلام من التلقيح الاصطناعي كوسيلة للإنجاب، الدورة 10ـ أكادير ـ ربيع الأول 1407، نوفمبر 1986، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة الدورات.
- محمد المكي الناصري، موقف الإسلام من التلقيح الاصطناعي كوسيلة للإنجاب، الدورة 10ـ أكادير ـ ربيع الأول 1407، نوفمبر 1986، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة الدورات.
- محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، صحيح سنن الترمذي، ط1، مكتبة المعارف، الرياض،2000.
- محمد علي البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، الدورة 10ـ أكادير ـ ربيع الأول 1407، نوفمبر 1986، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة الدورات.
ـ ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الاسلامي دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشويعة والقانون، المجلد 18،عدد1، 2016.
- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها، في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.

– دليلة براف، مستجدات فقهية وأثرها في دعم استقرار الأسرة في الفقه الإسلامي مع بيان موقف قانون الأسرة الجزائري وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي منها، مجلة الصراط، ، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، عدد33، رمضان 1437هـ، يوليو2016م.
–عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1997.
–قانون 11/84 مؤرخ في1984/06/09 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 مؤرخ في18 محرم1426هـ 2005/02/27، جريدة رسمية عدد15 مؤرخة في18 محرم1426هـ الموافق 2005/02/27.

المحور الثالث

الأحكام المتعلقة

بالبحث في مجال طب

الأحياء: الدراسات العيادية

(التجارب الطبية)

الـفـتــرة الــمســائــيــة

ضبط نشاط الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري

Regulation activity of clinical study in the Algerian health law

د.بلقاسمي سليم

كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

الملخص

إن الدراسات العيادية لها أهمية كبيرة في علاج المرضى والوقاية من الأمراض، غير أن هذا النشاط ينطوي على بعض المخاطر بالنسبة للشخص الخاضع للدراسة في حال عدم اتباع القواعد السليمة للممارسات الطبية، مما قد يضر بالصحة العمومية في المجتمع. ولهذا، وضع المشرّع الجزائري ضوابط يجب احترامها من قبل المرقي، سواء كان مخبرا صيدلانيا، مقدم خدمات معتمدا، مؤسسة علاج، جمعية علمية، هيئة بحث، أو شخصا طبيعيا مؤهلا. كما حدد كيفية ممارسة نشاط الدراسات العيادية من خلال مجموعة من الشروط والالتزامات القانونية والأخلاقية.

الكلمات الدالة: الترخيص، الدراسات العيادية، المرقي، الأخلاقيات، البيو– أخلاقيات، الصناعة الصيدلانية.

Abstract:

Clinical study are of great importance in the treatment of patients and the prevention of diseases, but this activity carries certain risks for patients or the person involved in the study in case of non-compliance with good medical practices, which disrupts public health in society. This is why the Algerian legislator has regulated the conditions and obligations that the promoter must respect, whether it is a pharmaceutical laboratory, an approved service provider, a healthcare establishment, or even a scientific association, a research organization, or a qualified person, is faced with how to control the practice of clinical study activity through the availability of a set of legal and ethical conditions and obligations.

Keywords: Authorization, Clinical study, promoter, ethic, bioethics, Pharmaceutical industry.

مقدمة:

تعدُّ الدراسات العيادية إحدى أهم الوسائل لتطوير طرق علاج الأمراض والوقاية منها، مما يسهم في تعزيز الصحة العامة بالمجتمع، والحد من انتشار الأمراض والأوبئة. وهي ذات أهمية بالغة للعلوم الطبية من جهة، كما تهدف إلى حماية وسلامة الإنسان الجسدية من جهة أخرى.

يضمن الدستور الجزائري لجميع الأفراد الرعاية الصحية باعتبارها حقا أساسيا[1]، كما تهدف الدراسات العيادية إلى تعزيز الوقاية الصحية للفرد من خلال تحديد المواصفات الصحية للمنتجات الصيدلانية وحتى الغذائية. وقد كلف الدستور بحماية المستهلك في علاقاته مع العون الاقتصادي بهدف ضمان أمنه وصحته وسلامته إلى جانب حقوقه الاقتصادية [2].

غير أن الأزمة الصحية العالمية التي مست الجزائر ومختلف دول العالم خلال سنتي 2020-2021 نتيجة انتشار فَيروس كورونا المُرتَبِط بالمُتلازِمة التَّنَفُّسِيّة الحادّة الشديدة من نوع2 "SARS-CoV2" والذي ظهر أواخر سنة 2019 ويعرف أيضا باسم "كوفيد19"[3]، دفعت الدول إلى الإسراع في إيجاد علاج للمرضى والوقاية من الوباء. إضافة إلى تطوير صناعتها الصيدلانية. فباتت الأبحاث العيادية ضرورة حتمية واستعجالية. غير أن هذا النوع من النشاطات تعتمد على التعرف التدرجي للعلاج من المرضى، مما يجعل من الصعب على الطبيب تحديد الآثار أو العوارض السلبية للتجارب العيادية على الإنسان، الأمر الذي يستوجب الأخذ في الحسبان الإجراءات اللازمة لممارستها.

تحكم الدراسات العيادية مجموعة من القيم والمبادئ الأخلاقية نظرًا لارتباطها بصحة الإنسان. ففكرة ضمان الصحة العمومية قد أتاحت لممارسي طب الأحياء البحث والتحري في الأمراض وإيجاد الحلول لمعالجتها، إلا أن ممارستها لا تخلو من المسؤولية والمخاطر التي قد تهدد صحة الفرد. لذلك، عمد المشرّع إلى ضبط نشاط الدراسات العيادية، مستندًا إلى المبادئ الأخلاقية والقواعد القانونية للممارسات الحسنة.

وقد نظّم القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، والمتعلق بالصحة[4]، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أغسطس سنة 2020[5]، الدراسات العيادية في المواد 377 إلى 399 منه، حيث يُقصد بها البحث البيو-طبي البشري. وترتبط ممارسة نشاط الدراسات العيادية بقواعد البيو-أخلاقيات الطبية التي تهدف إلى تحقيق أمن صحي للمواطن، بالإضافة إلى تطوير المجال العلاجي ومكافحة الأمراض المتنقلة والوبائية.

---

[1] المادة 63 مطة 2 من الدستور 2020: "تسهر الدولة على تمكين المواطن من: - ...- الرعاية الصحية، لاسيما للأشخاص المعوزين والوقاية من الأمراض المعدية والوبائية ومكافحتها،..."

[2] المادة 62 من الدستور 2020: "تعمل السلطات العمومية على حماية المستهلكين، بشكل يضمن لهم الأمن والسلامة والصحة وحقوقهم الاقتصادية".

[3] غالباً ما يُستخدم المصطلحان "فيروس كورونا" و"كوفيد-19" للإشارة إلى نفس العدوى، ومتحوراته العديدة نتيجة تأقلمه بسرعة وسط البيئة الإنسانية

[4] الجريدة الرسمية بتاريخ 2018/07/29 العدد 46، ص.3-41.

[5] الجريدة الرسمية بتاريخ 2020/08/30، العدد 50، ص.4.

تأتي هذه الدراسة في سياق البحث في أخلاقيات النشاطات المهنية، بما فيها النشاطات ذات الطابع الطبي والعيادي، حيث يقوم قانون الصحة الصادر سنة 2018 على أساس مجموعة من القوانين القاعدية، لا سيما القانون رقم 16-09 المؤرخ في 3 أغسطس سنة 2016، والمتعلق بترقية الاستثمار. كما أن الدراسات العيادية محل اهتمام قطاع الصناعة الصيدلانية، والتي تصنف ضمن قائمة النشاطات الاستراتيجية وفقًا للقانون المالية التكميلي لسنة 2020[1]، والمرسوم التنفيذي رقم 21-145 المؤرخ في 17 أبريل 2021، الذي يحدد قائمة النشاطات التي تكتسي طابعا استراتيجيا[2].

إن التطرق إلى هذا النشاط ليس بالأمر السهل، فهو ليس مجرد نشاط يمارسه أي متعامل، بل هو نشاط بحثي ذو طبيعة طبية علاجية يرتبط بفرع معين من الأخلاقيات الطبية، وهو البيو-أخلاقيات، نظرًا لأنه يتطلب إجراء تجارب على جسم الإنسان[3].

نظرًا لطبيعة هذا النشاط واتصاله بالصحة العامة والمبادئ الأخلاقية، فإن **إشكالية الدراسة تدور حول قيود نشاط الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري والآثار المترتبة عنها ؟**

تتيح لنا هذه الدراسة التعرف على الضوابط القانونية والأخلاقية لنشاط الدراسات العيادية، بالإضافة إلى الالتزامات الواقعة على المرقي، والتي تشكل حدودًا لتنظيم هذا النشاط، ودور لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية في ضبطه. كما تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق فهم عام لنشاط الدراسات العيادية، مع الإشارة إلى أنها تشمل الدراسة العيادية بوجه عام، دون تخصيصها في "الدراسات العيادية دون منفعة فردية"، أو التطرق إلى التراخيص الأخرى التي تهم المرقي، مثل ترخيص الاستيراد، إذ تقتصر هذه الدراسة على الترخيص بإجراء الدراسات العيادية فقط.

تعتمد هذه الدراسة على خطة تنقسم إلى ثلاث مباحث، مبحث تمهيديا حول ماهية الدراسات العيادية، ثم نتناول في مبحثين الضوابط القانونية لنشاط الدراسات العيادية لاسيما الشروط الشكلية لنشاط الدراسات العيادية، والشروط الموضوعية، والإشارة إلى المسؤولية المترتبة عن الأضرار الناتجة الدراسات العيادية.

وتعتمد هذه الدراسة على خطة تتضمن ثلاثة مباحث: مبحث تمهيدي حول ماهية الدراسات العيادية، ومبحثان يتناولان الضوابط القانونية لنشاط الدراسات العيادية، بما في ذلك الشروط الشكلية والشروط الموضوعية لهذا النشاط، بالإضافة إلى الإشارة إلى المسؤولية المترتبة عن الأضرار الناتجة عنه.

---

[1] القانون رقم 20-07 المؤرخ في 4 يونيو 2020، الذي يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، لاسيما المادة 50 منه.

[2] الجريدة الرسمية بتاريخ 22 أبريل 2021، العدد 30، ص.10-11.

[3] أنظر: المادة 354 من قانون الصحة الجزائري.

مبحث تمهيدي

ماهية الدراسات العيادية

إن حق الحياة حق طبيعي ومصون لا يجوز المساس به، فلا يجوز التعدي على السلامة الجسدية والمعنوية للإنسان. وقد التزمت الدولة بالعمل على ضمان تجسيد الحق في الصحة كحق أساسي للإنسان على جميع المستويات[1]. ويقابل ذلك واجب الحفاظ على حرمة جسم الإنسان، فلا يجوز التصرف فيه أو اعتباره ضمن دائرة الأشياء التي يمكن التعامل بها[2].

للبحث العلمي في مجال الطب أهمية كبيرة بحيث يساهم بشكل كبير في الطب الوقائي الذي لا يهتم فقط بالعلاج[3]. وينتظر من الدراسات العيادية نتائج مفيدة للوقاية من الأمراض والعلاج منها وهي بذلك ذات قيمة جماعية[4]، ورغم هذه الأهمية فإن الدراسات العيادية تواجه مجموعة من المبادئ السابقة الذكر التي تدور بين التعارض والتوافق وهو الأمر الذي يتصل بالمسائل الأخلاقية.

يركز هذا المبحث على ماهية الدراسات العيادية وذلك من خلال تعريفها وتمييزها عن الخبرة والتجربة العيادية، وذلك في مطلبين نخصص الأول لتعريف الدراسات العيادية وتمييز الدراسة العيادية عن الخبرة الطبية والتجربة العيادية في حين نتناول في الثاني المبادئ التي تحكم الدراسات العيادية على النحو الآتي:

المطلب الأول : الإحاطة بالدراسات العيادية

لا يمكن اخذ صورة واضحة للدراسات العيادية إلا من خلال الإحاطة بالعناصر التي تتميز بها كمفهوم قانوني، يخضع لقواعد خاصة، ولهذا يشمل هذا المطلب تحديد المقصود من الدراسات العيادية (الفرع الأول) وتمييزها عن غيرها من المفاهيم المشابهة لها (الفرع الثاني).

---

[1] المادة 12 من قانون الصحة لسنة 2018.

[2] المادة 682 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975. ج.ر: 1975/09/30. العدد: 78. كل اتفاق على استغلال جسم الإنسان أو عضو من أعضائه كشيء ذات قيمة هو اتفاق باطل بطلان مطلق لعدم مشروعية المحل والسبب. أنظر: بن النوي خالد. ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان وأثرها على المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية – تخصص قانون خاص. كلية الحقوق العلوم السياسية بجامعة سطيف -2- السنة الجامعية 2012-2013. ص.28-29.

[3] بن النوي خالد. المرجع السابق، ص.26.

[4] بن النوي خالد. المرجع السابق، ص.27.

الفرع الأول : المقصود بالدراسات العيادية *Etudes cliniques*

يعرف بالدراسة الطبية بشكل عام بأنها ممارسة علمية لها ضوابط محددة تهدف للحصول على معلومات عن الممارسة الطبية والتشخيص والعلاج وعلوم الطب والصيدلة والعلوم المرتبطة بها، وتسهم في فهم مرض معين أو اختبار علاج سلوكي أو دوائي[1].

أما في ظل قانون الصحة فقد عرفها ضمنيا من خلال نص المادة 377 منه، في إطار البحث في مجال طب الأحياء، وتتمثل في إجراء دراسات على **الكائن البشري** بغرض تطوير المعارف الوبائية والتشخيصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية.

إذن تهدف الدراسات العيادية إلى تطوير المعارف العلمية في مجال طب الأحياء، وهي ضرورية في تشخيص وعلاج الأمراض، وأحيانا يتوقف العلاج على هذه الدراسات العلمية حسب نص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب لسنة 1992، بحيث لا يمكن استعمال أي علاج جديد إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض. ويترتب على ذلك، قيام مسؤولية الطبيب في حالة إخلال عدم الاعتماد على الدراسات البيولوجية عند العلاج أو في حالة غياب الرقابة الصارمة أو في حالة انعدام الفائدة المباشرة لاستعمال العلاج.

قد تكون الدراسات العيادية إما ملاحظاتية أو تدخلية، وتتعلق على الخصوص إما بالدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية، دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي، الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية. وتمر الدراسات العيادية بعدة مراحل ويشترط لممارستها الحصول على التراخيص اللازمة وإتباع خطوات العيادية كإعداد برتوكول الدراسة والموافقة الشخص الخاضع لها. وهي تختلف عن الأعمال العيادية التي الغرض منها المساعدة على العلاج أو متصلة بالمساعدة الطبية[2].

الفرع الثاني : تمييز الدراسات العيادية عن المفاهيم المشابهة

قد تشبه الدراسات العيادية إلى بعض الأعمال الطبية والعلاجية التي يجب عدم الخلط معها وذلك لاختلاف القواعد القانونية المطبقة عليها.

---

[1] مهداوي عبد القادر، ضوابط التجارب الطبية على الإنسان بين مواثيق حقوق الإنسان وأحكام الفقه الإسلامي، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد: 2014/04.ص.48. ذكر في عيساني رفيقة، أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد:01 جانفي 2022. ص.360.

[2] المادة 372 من قانون الصحة لسنة 2018.

أولا: الخبرة الطبية والدراسات العيادية

إن الخبرة الطبية حسب المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب[1] هي كل عملا يقدم من خلاله الطبيب أو الجراح الأسنان، الذي يعينه قاض أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموما بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية[2].

إذن الغاية من الخبرة الطبية هي معاينة حالة الشخص الجسدية أو العقلية التي تسمح بتقييم الأضرار أو عاهة اللاحقة به وتقديرها في إطار دعوى قضائية، وتكون مهمته في حدود ما أمرت به القاضي[3]. أما الدراسات العيادية هدفها تطوير المعارف العلمية في طب الأحياء قصد إيجاد علاج لمرض معين أو دواء تجريبي. وعكس الخبرة الطبية التي هدفها معاينة الأضرار على جسم الإنسان فإن الدراسات العيادية ترمي إلى إجراء دراسة (تجارب) على الكائن البشري والتي قد تعرضه للضرر لم يكن محتمل أو كان سببه عدم احترام البروتوكول أو الإخلال بالممارسات الحسنة[4].

تتميز الخبرة بأنها تساعد القاضي الإحاطة بالمسائل الفنية دون أن تكون لها قوة ملزمة عليه، وتنحصر مهمة الخبير المختص بتقديم رأيه فقط، ولها عدة مجالات كخبرة في مجال الأمراض العقلية التي تهدف إلى القيام بالملاحظة العيادية للشخص الذي كلّف به طبيب الأمراض العقلية المعين من طرف الجهة القضائية المختصة[5]. والاستعانة بخبرة مهني الصحة لا يقتصر فقط على القضاء بل يمكن لمفتشين التابعين لقطاع الصحة اللجوء إليها[6]، أو في إطار مراقبة الجودة[7] فخصائصها تختلف تماما عن الدراسات العيادية التي هي البحث في طب الأحياء (البيوطبي) والتي تنتهي بنتائج أو دواء تجريبي.

ثانيا: التجربة العيادية والدراسات العيادية

أن حدود التفرقة بين التجربة العيادية والدراسات العيادية ضيّقة، بل تكاد تكون مرادفة إحداها للأخرى، ففي ظل القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل بموجب القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990[8] كان يستخدم المصطلح التجارب أو التجريب في المواد 2/168 و3/168 منه و4/168[9].

---

(1) المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 الذي يتضمن مدونة أخلاقيات الطب. الجريدة الرسمية بتاريخ 8 يوليو سنة 1992. العدد 52. ص.1419.

Bennadji Cherif. **Vocabulaire Juridique** "*Éléments pour un dictionnaire des termes officiels*", OPU. 02.2006. p.149.

(2) أنظر في هذا المادة 353 من قانون الصحة لسنة 2018.

(3) APPLETON (Paul), SALAMA (Marcel), Droit Médical, Librairie du monde médical, Paris, 1931, p.125.

(4) أنظر المادة 393 من قانون الصحة لسنة 2018.

(5) أنظر في هذا المادة 157 من قانون الصحة لسنة 2018.

(6) أنظر في هذا المادة 193 من قانون الصحة لسنة 2018.

(7) أنظر في هذا المادة 242 من قانون الصحة لسنة 2018.

(8) الجريدة الرسمية بتاريخ: 1990/08/15. العدد: 35. ص.1123.

(9) نصت كالأتي: "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

أما قانون الصحة لسنة 2018 يستعمل مصطلح الدراسات العيادية تماشيا مع التطورات الحاصلة على الصعيد الدولي ولو أن تصريح الوزير المكلف بالصحة في تلاوة تقرير تقديم مشروع القانون المتعلق بالصحة استعمل تعبير "التجارب الطبية"[1]. والتجربة العيادية حسب التوجيه الأوروبي رقم 2014/536 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس تعد **فئة من فئات الدراسات العيادية**[2] كون هذه الأخيرة تدمج ضمن مفهومها الدراسات غير التدخلية (ملاحظاتية) على عكس التجريب من خصائصه الأساسية أنه تدخلي، ولكن قد تكون "التجارب" غير العلاجية التي يكون الغرض منها توسيع المعارف العلمية[3]. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع جاء بحكم يمكن أن يستمد الغاية من الدراسات العيادية وهي المادة 395 من قانون الصحة لسنة 2018 بحيث يرتب التزام على مرقي الدراسة العيادية المتمثلة في مسؤوليته عن التقييم المستمر لأمن دواء التجريبي، من هذا فإن الدراسة العيادية ترمي إذن إلى الوصول أو إنتاج دواء تجريبي.

كما تختلف التجارب والدراسات العيادية عن التدخل العلاجي الذي يشمل مجموع الأعمال الفنية والطبية التي يباشرها الطبيب لمصلحة المريض والتي تكون لغرض تحسين حالته الصحية، مع العلم أن هذه التدخلات كانت محل التجريب لتحديد مدى نجاعتها في علاج وأصبحت تشكل الأصول الطبية المتعارف عليها[4]، أما التدخل التجريبي هو مجموع الأعمال العلمية أو الفنية التي يكون الغرض منها ليس العلاج وإنما الحصول على معلومات جديدة بخصوص المرض موضوع البحث أو علاجه. فهي انحراف عن الأصول الطبية لغرض اكتساب معارف جديدة[5] . ويصنف الفقه كل هذه الأعمال ضمن الأعمال الطبية، ولكنه يحصر هذه الأعمال التي يقوم بها الطبيب أو الجراح أو جراح الأسنان **إلا في إطار معالجة المريض**، ويعدد البعض هذه الأعمال حسب مدونة مهن الطب دون حصرها[6].

لحظة". ونصت المادة 3/168 من نفس القانون أنه: "تخضع **التجارب** التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه".

[1] الجريدة الرسمية للمناقشات المجلس العبي الوطني. بتاريخ: 2018/05/30. رقم 64. ص.8.

[2] Règlement n°536/2014 du parlement européen et du conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments a usage humain et abrogeant la directive 2001/20/CE. J.O.U.E du 27.5.2014. l 158/1.

[3] أنظر: بن النوي خالد. المرجع السابق. ص.36. هناك من يرى أن الدراسات العيادية شاملة من حيث الخاضع للدراسة من خلال استعمال المشرع المصطلح "الكائن البشري" الذي يضم فيه مراده الجنين. أنظر: بغدادي ليندة، أيت تفاتي حفيظة، "الأطر القانونية لاستخدام الأجنة البشرية في البحوث العلمية بين الحظر والإباحة". المجلد 11. العدد 04-2020. ص.331.

[4] أنظر: بن النوي خالد. المرجع السابق. ص.36.

[5] أنظر: بن النوي خالد. المرجع السابق. ص.36-37.

[6] علي فيلالي. رضا المريض بالعمل الطبي. مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية. مجلد 35. العدد: 3. سنة 1998. ص.46. يعدد التصنيف الصناعي الدولي الموحّد لجميع الأنشطة الاقتصادية، العديد من الأنشطة في مجال صحة الإنسان. أنظر: التصنيف الصناعي الدولي الموحّد لجميع الأنشطة الاقتصادية، التنقيح 4. منشورات الأمم المتحدة. 2009. ص.308 وما يليها.

المطلب الثاني : مبادئ التي تحكم نشاط الدراسات العيادية

تعد الصحة العامة من العناصر الأساسية للنظام العام بل وهي أساس للعديد من النشاطات كنشاط ضبط الإداري، التي تهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد عن طريق الوقاية من الأمراض وانتشار الأوبئة والأمراض المعدية التي يسهل انتقالها من مكان لآخر وتتخذ الإجراءات العلاجية كدعم الرعاية الصحية من خلال تأطير تكوين مهني الصحة وإنشاء المستشفيات وتوفير مستلزمات الطبية ومنتجات الصيدلية الخ، أو وقائية مثل التطعيم الإجباري ومراقبة الأغذية وتنظيف الطرق والأماكن العامة إلزام بتوفير تدابير الصحية، وغير ذلك من الإجراءات كالحجر الصحي[1]. بل يرى جانب من الفقه أن المحافظة على الصحة العامة وثيقة الصلة بالمحافظة على الأمن العام[2]، فالدراسات العيادية قد تكون الوسيلة للوقائية والعلاج للأمراض ولكنها تعترض لمجموعة من المبادئ التي لا يجوز المساس بها وهنا يأتي دور الأحكام الأخلاقية والآداب المهنية.

الفرع الأول : حرمة جسم الإنسان وحقه في الصحة

أن حرمة جسم الإنسان تمنع أي مساس لسلامته كما لا يجوز أن يكون جسمه ضمن دائرة المعاملات يتصل هذا المبدأ بالنظام العام، غير أنه لضمان حق الصحة للمواطن تسعى الدولة إلى تشجيع البحوث الطبية لتطوير وسائل العلاج والوقاية.

أولا: مبدأ خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل

عملا بهذا المبدأ فإنه يحظر على الشخص أن يتصرف في جسده وبدنه، كما يحظر على الغير ذلك، ويتعلق الأمر بالتصرف الذي يجعل من جسم الإنسان من قبل الأشياء التي يمكن التعامل فيها وتقييمها بمال، وعليه فإن جسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل ولا يمكن أن يكون محلا ممكنا ومشروعا للحقوق والعقود والمعاملات، وطبيعة هذا المبدأ من النظام العام[3].

ثانيا: مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان

القاعدة يحرم كل فعل قد يسبب ضررا لجسم الإنسان وكل اعتداء على جسم الإنسان يرتب المسؤولية الجزائية والمدنية، وهذا المبدأ لا يتصل فقط لحماية المصلحة الشخصية للإنسان بل أيضا حماية للمصلحة المجتمع الذي يزدهر ويتقدم بتمكين الإنسان من أداء دوره الاجتماعي المنوط بتقديمه لمجتمعه،

– يرى البعض على ضرورة تعريف العمل الطبي على أساس طبيعة الفعل نفسه وليس القائم بالعمل. أنظر: المسؤولية الطبية للمؤسسات الاستشفائية، من إعداد السادة قضاة الغرفة الثالثة. مجلس الدولة سنة 2015. ص.8. قابل للتحميل (ملف المحمول PDF) على الرابط الأتي:
https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/publications_pdf/responsabilit%C3%A9-a.pdf-
N.Younsi-Haddad, *La responsabilité médicale des établissements publics hospitaliers*, Revue IDARA, vol.8, n°2, 01-12-1998, p.19.

[1] عبد المجيد سليمان، مبادئ القانون الإداري المصري، در الثقافة العربية بلا سنة. ص.571.

[2] محمود أبو السعود حبيب، القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص.188.

[3] أنظر: بن النوي خالد. المرجع السابق. ص.27–28.

وهو لن يتحقق إلا إذا كان الإنسان أمنا على حياته وسلامته الشخصية. وضمان حرمة جسم الإنسان يقع على الدولة كفرض تدابير للحد من جرائم الاعتداء على الأشخاص[1].

ثالثا: مبدأ احترام كرامة الإنسان وحريته الشخصية

ينحدر مبدأ احترام كرامة الإنسان من مبدأ حرمة جسم الإنسان[2]، واحترام كرامة المريض من المبادئ التي جاءت في مدونة أخلاقيات الطبية لسنة 1992 التي نصت في المادة 46 منه: "على أن يحترم الطبيب كرامة المريض". فأي دراسة عيادية تدخلية يجب أن تتم بموافقة الحرة والمستنيرة للشخص[3].

إن كل اتفاق حول تجارب أو دراسة ليس محلها التعامل بجسم الإنسان، وان لا يكون سببها غير مشروع كالتدخلات العيادية والجراحية التي تمس بكرامة الإنسان وكيانه المعنوي، فالقيمة الخاصة لحياة الإنسان وسلامته الجسدية إنما تظهر في أي اتفاق كعنصر لبحث وتقدير الهدف منه (الاتفاق)، فالاتفاق جائز إذا كان يستهدف أمرا مشروعا يصب في القيمة الخاصة بسلامته المادية والمعنوية[4]. وان كل تدخل أو تجربة خالية من الهدف العلاجي للشخص تشكل مخالفة للحق في احترام السلامة البدنية، وان استقلالية الإنسان وحقه في الرفض يعدان ضمانين للحفاظ على سلامة الإنسان واحترام كرامته[5].

يلزم على الطبيب الحصول على رضا الشخص ولو كانت صحته تقتضي العلاج، ويشترط على المريض الذي يرفض تلقي العلاج تصريح كتابي أو من ممثله الشرعي إذا كان قاصر أو عديم الأهلية[6]، ولكن قد لا تتوافق حرية الشخص على جسمه لمبدأ سلامة الإنسان الجسدية والصحية الذي يتصل بالنظام العام والمصلحة العامة[7]، فقد نصت المادة 344 من قانون الصحة لسنة 2018 "غير انه، في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معدٍ، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدّم العلاجات، وعند الاقتضاء، **تجاوز الموافقة** ". وينحصر هذا المبدأ إلا على الأعمال الطبية العلاجية فلم تنص المادة السابقة الذكر على الأعمال الطبية غير التدخلية أو الملاحظاتية.

---

(1) أنظر: بن النوي خالد. المرجع السابق. ص.31.

(2) أنظر: بن النوي خالد. المرجع السابق. ص.31-32.

(3) المادة 343 من الفصل الثاني بعنوان "الجوانب الأخلاقية المتصلة بالمرضى" من الباب السابع "الأخلاقيات والأدبيات البيو-أخلاقيات الطبية" من قانون الصحة لسنة 2018 التي تنص أنه: "لا يمكن القيام بأي عمل طبي و لا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض. ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجرّ عن خياراته". انظر كذلك المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب لسنة 1992.

(4) أنظر: بن النوي خالد. المرجع السابق. ص.32.

(5) أنظر: بن النوي خالد. المرجع السابق. ص.33.

(6) المادة 344 من قانون الصحة لسنة 2018.

(7) أنظر: علي فيلالي. رضا المريض بالعمل الطبي. المرجع السابق. ص.40. وبخصوص حرية الشخص على جسمه. أنظر:
Marguénaud (Jean-Pierre), « *le contrat portant sur une chose hors commerce : Exemple du contrat sur les organes humains* » in : Droit et Économie des Contrats, (Sou.dir. Christophe Jamin), LGDJ. Edition Alpha. 2009, n°474-478, pp.202-205.

رابعا: الحق في الصحة

تعد حقوق الإنسان من أهم القضايا في المجتمع الدولي وتتعلق بمجموعات من الاستحقاقات التي يجب أن يتمتع بها كل مواطن، باعتباره عنصر من عناصر الجماعة، حتى يعيش بكرامة، وإن حرمة جسم الإنسان حق طبيعي مضمون ولا يمس، ولحمايته من كافة الأمراض الناتجة إما عن عوامل طبيعية أو اصطناعية كالتلوث البيئي وغيرها، تم تقنين حق في الصحة كحق أساسي للإنسان وتعمل الدولة على ضمان تجسيده على كل المستويات، وتأتي الدراسات العيادية التي تهدف إلى تطوير علوم الصحة لمواكبة التحديات الصحية وتجسيد الحق في الصحة، ونظم المشرع أحكام الدراسات العيادية بوضع ضوابط محددة بفرض احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية، الأخلاقيات والأدبيات الطبية في إطار الموازنة بين حرية الشخصية وبين ضمان سلامة الإنسان البدنية والصحية.

الفرع الثاني : المبادئ الأخلاقية والعلمية والأدبيات المهنية

تستند الممارسات الطبية والدراسات العيادية إلى مجموعة من المبادئ الأخلاقية وعلى الأصول المستقرة في علم الطب، كما يخضع كل ممارس إلى قانون الأخلاقيات والأدبيات المهنية.

أولا: المبادئ الأخلاقية *Moral*

استخدام كلمة الأخلاق استخداما مطلقا دون تحديد يؤدي بنا إلى تناول المسائل الخلقية. وهي عما هو واقع فيما يتصل بآراء الناس الخلقية، ومسائل تتعلق بمعاني الكلمات الخلقية (مثلا: ينبغي، وصواب، وخير، واجب) أو تتعلق بطبيعة المدركات أو "الأشياء" التي "تشير إليها" هذه الألفاظ[1]. تعددت الآراء الفسلفية حول تفسير الأخلاق فعند الفيلسوف "ستيفنسون" ليست مجرد عواطف، بل استعدادات عقلية تدفع الإنسان إلى اتخاذ مواقف معينة أو القيام بأفعال محددة[2].

فالأخلاق في فلسفة القانون هي قيم غائية تمثل المقاصد العليا والغايات المثلى التي يتوجه إليها الإنسان بدافع من نزوعه نحو الكمال في وجوده[3]. وتنقسم المبادئ الأخلاقية إلى مجموعتين، الأولى المطلقة التي تصلح لكل زمان ومكان، كمبدأ تحسين الصدق وتقبيح الكذب والوفاء بالعهد، وعدم الإثراء من دون سبب على حساب الغير وحسن النية وعدم الإضرار بالغير، وغيرها من المبادئ استحسنها البشر ويستحسنها في كل زمان ومكان[4]. أما المبادئ النسبية فتلتزم بها مجموعة من البشر، في مكان معين

---

[1] أنظر: فواد كامل، جلال العشرى، عب الرشيد الصادق، الموسوعة الفسلفية المختصرة، نقلها عن الانجليزية، راجعها واشرف عليها د.زكي نجيب محمود. مكتبة الانجلوالمصرية. 1963. ص.18. 19.

[2] أنظر: فواد كامل، جلال العشرى، عب الرشيد الصادق، المرجع السابق. ص. 19 وما يليها.

[3] رياض القيسي، علم أصول القانون. بغداد بيت الحكمة 2002. ذكر في الدكتور عصمت عبد المجيد بكر. المرجع السابق. ص.649.

أما علم الأخلاق يعني بالخير حسن يستخدم غاية في ذاته، ووظيفته أن يضع المثل العليا للسلوك الإنساني، لأنه يضع القواعد التي تحدد استقامة الأفعال الإنسانية ويدرس الخير الأقصى باعتباره غاية الإنسان التي لا تكون وسيلة لغاية. أنظر: الدكتور مصطفى عبدة، فلسفة الأخلاق. القاهرة 1999.ص.34.35. ذكر في الدكتور عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق. ص.649.

[4] الدكتور عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق. ص650. 651.

وزمان معين أو كليهما، إذ تتحدد نسبية هذه المبادئ، بعدد من يلتزمون بها، وبالمكان والزمان اللذين يتم الالتزام فيهما بتلك المبادئ، من تلك المبادئ، مساعدة الغير، الإيثار، تجنب الاستغلال، عدم التدخل في شؤون الغير، احترام الخصوصية، معاملة الجار معاملة حسنة، استعمال الحق استعمالا محددا وغيرها من المبادئ[1].

ثانيا: مبادئ علم الطب

أما المبادئ العلمية لم تحدد صراحة في قانون الصحة لسنة 2018، أما في النظم الطبية المقارنة يستعمل مفهوم الأصول المستقرة في علم الطب *les données acquises de la science* وهي أساس العقد الطبي التي جاء بها القضاء الفرنسي من خلال قرار الشهير *Mercier* سنة 1936، وحسب *P.Sargos* هي الأصول أو المعطيات المستمدة من الكتب والمراجع الطبية، والمقالات المتخصصة المنشورة في المجلات الطبية المرجعية، والمشاورات، المؤتمرات والمحاضرات الجماعية[2]، وهي المعطيات العلمية المتوافق عليها بين جماعة الأطباء والمعتمدة في الممارسات الطبية.

فقد كرست مدونة أخلاقيات الطبية لسنة 1992، في المادة 45 منها، هذا المبدأ كأساس التزام يقع على الطبيب أو جراح الأسنان عند معالجة المريض وذلك بأن يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة. وفي حالة الضرورة يمكن أن يستعين بالزملاء المختصين والمؤهلين.

ثالثا: الأخلاقيات والأدبيات المهنية

عرفت مدونة أخلاقيات الطب لسنة 1992 **أخلاقيات الطب** *Déontologie médicale* بأنها مجموع المبادئ والقواعد والأعراف، التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها، وأن يستلهمها في ممارسة مهنته[3]، ويوسع من نطاق تطبيق أخلاقيات الطب إلى طالب الطب[4]، ويقابل المدونة نص المادة 345 من قانون الصحة لسنة 2018 التي عرفت **الأدبيات في مجال الصحة** *Déontologie dans le domaine de la santé* بأنها مجمل المبادئ والقواعد التي تحكم مهن الصحة والعلاقات بين مهنيي الصحة فيما بينهم ومع المرضى[5]. وهنا يلاحظ أن المشرع يمدد تطبيق الأدبيات على كافة الممارسين في مجال الصحة حسب مفهوم المادة 165 من قانون الصحة لسنة 2018[6].

---

(1) الدكتور إسماعيل نامق حسين أصول علم القانون. بيروت دار السنهوري 2019. ص.40.41. ذكر في الدكتور عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق. ص.651.

(2) J. Saboye, *Données acquises, données actuelles de la science. Quelles implications en droit médical et en chirurgie esthétique en particulier* ? Annales de Chirurgie Plastique Esthétique Volume 53, Issue 4, August 2008, p.358.

(3) تتعلق بأعراف المهنة التي تنظم شروط وكيفيات ممارسة مهنة الطب والصيدلة والعلاقات بين الأطباء وبينهم وبين التابعين لفروع الصحة الأخرى، وتخضع مهنتهم لرقابة الجهات التأديبية لمجالس أخلاقيات الطب. أنظر المادة 3 من المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 1992/07/06، الذي يتضمن مدونة أخلاقيات الطب. ج.ر: 07/08/ 1992. ع: 52. ص.1419.

(4) المادة 2 من مدونة أخلاقيات الطب لسنة 1992 (النص القانوني السابق).

(5) تتفق بعض الرؤى على أهمية الآداب وهذا ما جاء في تعبير رئيس ....المنشور على موقع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي كالأتي: فهي، الآداب المهنية، تهدف إلى التطبيق العلمي من خلال تحديد مجموعة مشتركة من القواعد والتوصيات والإجراءات الخاصة بنشاط مهني معين.

أما **الأخلاقيات الطبية** *Éthique médicale* نظمتها المادة 339 من قانون الصحة لسنة 2018 وهي قواعد الممارسات الحسنة التي يخضع لها مهنيو الصحّة في ممارسة مهامهم، وتشمل قواعد الأدبيات والأخلاقيات العلمية والبيو–أخلاقيات. من خلال العبارة الأخيرة يفهم أن المشرع وسع من مفهوم الأخلاقيات الطبية ونطاقها لتجمع بين كل الممارسات الواجب إتباعها في الأعمال الطبية والبحث في طب الأحياء. وقد بيّن المشرع القيم الأخلاقية في المادة 340 من نفس القانون والتي تتعلق بمبادئ احترام **كرامة الشخص** و**الشرف** و**العدل** *Équité* و**الاستقلالية المهنية** و**قواعد أدبيات المهنة** وكذا **الاتفاقات الفعلية** *Consensus factuels*.

كما تم التأكيد على الأسس الأخلاقية والممارسات الحسنة في مجال الدراسات العيادية من خلال مصادر مختلفة لاسيما التشريع الوطني والمدونات الطبية كما سبق ذكرهما، والاتفاقات الدولية، ويعتبر إعلان هلسنكي لسنة 1964 الاتفاقية المعمول بها بعد تقنين نورمبورج الذي تميز هذا الاخير بقصور في العديد من الجوانب[1]. وأكد اجتماع الجمعية الطبية في طوكيو 1975[2] على مبادئ وقواعد إعلان هلسنكي المتعلقة بإجراء التجارب السريرية على الإنسان[3]. ويعتبر قانون أخلاقي يتعين على الأطباء الباحثين الالتزام به عند مباشرة التجارب الطبية على الإنسان، فقد ميز إعلان هلسنكي بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية، وعلى وجوب احترام حقوق الإنسان خاصة حق الإنسان في السلامة البدنية والعقلية الذي يجب أن يبقى فوق كل اعتبار. وقد اخذ المشرع الجزائري بالمبادئ التي جاء بها إعلان هلسنكي كما سوف نرى[4].

بجانب هذا، فإن الدولة تهدف من خلال تنظيم وضبط الدراسات العيادية من ناحية، هو تشجيع البحث والتطوير الصيدلانيين بتدعيم الإنتاج الوطني وترقية الاستثمار فيه[5]. ويتم التطرق إلى الشروط

وبعبارة أخرى، تسعى الأخلاقيات المهنية إلى تنظيم (أو باستخدام مصطلح شائع، "ضبط") أنشطة المهنة، وتشكل مدونة للسلوك الحسن التي تحدد الهوية المهنية". البروفيسور الشريف بن ناجي، عرض بعض أعمال المجلس خلال سنة 2020 "الآداب والأخلاقيات الجامعية: المرافقة بأدوات رقمية". المجلس الوطني للآداب والأخلاقيات الجامعية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ص.9. قابلة للتحميل (ملف PDF) على الرابط الآتي:
https://services.mesrs.dz/EthiqueDeontologie/%D8%B9%D8%B1%D8%B62020.pdf

(6) "يقصد بمهني الصحة، في مفهوم هذا القانون كل شخص ممارس وتابع لهيكل أو مؤسسة للصحة يقدم في نشاطه المهني خدمة صحية أو يساعد فيها أو يساهم في إنجازها. ويعتبر كذلك مهنيي الصحّة المستخدمون التابعون للمصالح الخارجية الذين يقومون بمهام تقنية وتحقيقات وبائية ومهام المراقبة والتفتيش" غير انه لم يصدر بعد مدوّنة مهن الصحة بالرغم من نصه في الفقرة الأخيرة منه على تحديدها عن طريق التنظيم.

(1) لمزيد من التفاصيل حول تقنين نورمبورج أنظر: بن النوي خالد. المرجع السابق. ص.56. 59.

(2) جاء مقدمته أن عمل الطبيب هو ممارسته لمهنة الطب في خدمة الإنسانية وحماية وصيانة الأجسام والصحة العقلية دونما تمييز بين الأشخاص وعليه أن يسعى لراحة المرضى وتخفيف معاناتهم. انظر : د.محمد رياض الخاني، المبادئ الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب في ممارسته لمهنته الطبية. مجلة الشريعة والقانون. مجلد 1988. عدد 2. ماي 1988. ص.151.

(3) أنظر: بن النوي خالد. المرجع السابق. ص.59. وللاطلاع على الإعلان وتعديلاته أنظر الرابط الأتي:
https://www.wma.net/fr/policies-post/declaration-dhelsinki-de-lamm-principes-ethiques-applicables-a-la-recherche-medicale-impliquant-des-etres-humains /

(4) بخصوص المبادئ التي جاءت في إعلان هلسنكي. أنظر: بن النوي خالد. المرجع السابق. ص.60. 61.

(5) المادة 206 من القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

التي تبيّن حدود الواجب مراعاتها لممارسة الدراسات العيادية المنصوص عليها في قانون الصحة، وحسب المادة 2/377 منه[1]، يتولى عملية الدراسات العيادية أشخاص تتوفر فيهم المؤهلات والكفاءات اللازمة للممارسة الأبحاث البيوطبية، وتحكم هذه الدراسات ضوابط محددة تتعلق بالإجراءات الواجبة للحصول على الترخيص والموافقة من طرف الجهة المكلفة بالرقابة (المبحث الأول) ثم يوضح في المبحث الثاني شروط الأبحاث البيوطبية في ضوء الأسس القانونية وأخلاقيات الطبية والممارسات الحسنة.

المبحث الأول : الضوابط الشكلية لنشاط الدراسات العيادية

بعدما ذكرنا المقصود من الدراسات العيادية والمبادئ التي تحكمها، سنحاول الإحاطة بأهم ضوابط ممارستها، فنص القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة[2]، على الشروط المختلفة لإجراء الدراسات العيادية، وقد حدد القانون الجهة القائمة بإجراء الدراسات العيادية (المطلب الأول)، وعلى وجوب حصول على الترخيص لإجراء الدراسات العيادية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الشروط الواجب توفرها في القائم بالدراسات العيادية

لإجراء أي دراسة عيادية، يشترط القانون أن يكون هناك صاحب مبادرة في البحث في الطب الحيوي بالتعاون مع طبيب باحث متخصص. تقع مسؤولية الحصول على التراخيص اللازمة لانجاز الدراسات العيادية على المرقي، أما البحث في علوم الأحياء فيشرف عليه طبيب باحث يتم الاتفاق معه على إنجازه وفق برتوكول مبرم بين الطرفين.

الفرع الأول : المرقي Promoteur

يتولى الدراسة العيادية وجوبا مرق طبقا للمادة 384 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، وهو الشخص الطبيعي أو المعنوي، قد يكون في شكل مخبر صيدلاني، أو مقدم خدمات معتمد من الوزارة المكلفة بالصناعة الصيدلانية أو مؤسسة علاج أو جمعية علمية société savante أو هيئة بحث أو شخصا طبيعيا يتوفر على المؤهلات والكفاءات المطلوبة.

يلاحظ انه يشترط على المرقي إذا كان مخبر صيدلاني أو مقدم خدمات المذكورين سابقا أن يكون لهما اعتماد يمنحه الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، ولم يحدد المشرع شرط الاعتماد للجمعية العلمية société savanteأو هيئة بحث[3] أو الشخص الطبيعي الذي يتوفر على المؤهلات والكفاءات المطلوبة.

---

[1] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.الجريدة الرسمية بتاريخ 2018/07/29 العدد: 46، ص.3-41.

[2] الجريدة الرسمية بتاريخ 2018/07/29 العدد: 46، ص.3-41.

[3] هيئة البحث مجموعة من الباحثين ذات أهداف مشتركة، يمتلكون مختلف الخبرات والمهارات والشخصيات والقدرات التي تتكامل بعضها مع بعض لحل مشكل ما أو انجاز عمل معين.

مما يدعو القول أن الجمعية العلمية أو هيئة البحث أو الشخص الطبيعي المؤهل، إن لم نقع في خطأ، هم تابعين لهياكل الصحة، فقد حدد المشرع مهني الصحة في المادة 165 من قانون الصحة لسنة 2018، بأنه : كل شخص ممارس وتابع لهيكل أو مؤسسة للصحة يقدم في نشاطه المهني خدمة صحية أو يساعد فيها أو يساهم في إنجازها.

فتنص المادة على المهني العاملين ضمن هياكل ومؤسسات الصحة حسب مفهوم المادة 272 من نفس القانون، ولم تنص على الجمعية العلمية أو هيئة البحث. ومهما كان مركزهم المهني في قطاع الصحة فيعتبر هؤلاء مرقين متعاقدين مع طبيب الباحث حتى لو كان القانون لم يشترط صراحة الاعتماد فإنه يرتب التزام بإجراء الدراسة بعد الحصول علة الترخيص فضلا عن تطابقها لقواعد الممارسات الحسنة ضمن الهياكل المعتمدة والمرخص لها للغرض السابق الذكر[1].

أما مخبر صيدلاني laboratoire pharmaceutique أو مقدم خدمات prestataire de service المذكورين سابقا، أوجب أن يكون لهما اعتماد يمنحه الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، فالمخبر الصيدلاني يكون عادة التابع للمؤسسة الصيدلية التي تنشأ على شكل شركة وفق القانون التجاري[2]. وتختلف عن الصيدلية التي تمارس نشاط توزيع المواد الصيدلانية[3]، وكذلك عن مخابر التحاليل التي تهدف إلى إجراء فحوصات التي تساهم في تشخيص الأمراض البشرية أو علاجها أو الوقاية منها أو التي تبين كل تغيير آخر في الحالة الفيزيولوجية للمرضى[4]، كما تخضع لترخيص من قبل وزير المكلف بالصحة[5].

وكما تم الإشارة إليه أن هناك جملة من الهيئات التي يمكن تبادر بمشروع الدراسات العيادية ، إلا أن المشرع لم يحصرها بل ذكرها على سبيل المثال وهذا لفتح المجال للاستثمار في مجال صناعة الأدوية التجريبية، حتى يمكن أيضا للمؤسسات العمومية للصحة كما هي محددة في المواد 297 إلى 304 من قانون الصحة في مجال ممارسة اختصاصها من القيام بالدراسات العيادية.

الفرع الثاني : الطبيب الباحث (في إطار برتوكول اتفاقي)

نص القانون على أن إجراء الدراسة العيادية يجب أن يتم تحت إدارة ومراقبة **طبيب باحث**[6]، مسجل في قائمة الأطباء أو جدول عمادة المهنة الخاصة بهم[7] وله خيرة مناسبة لذلك[8]، وممكن أن يتم

---

[1] المادة 379 من قانون الصحة لسنة 2018.

[2] المادة 218 من قانون الصحة لسنة 2018.

[3] المادة 249 من قانون الصحة لسنة 2018.

[4] المادة 251 من قانون الصحة لسنة 2018.

[5] المادة 255 من قانون الصحة لسنة 2018.

[6] المادة 3/384 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[7] تمسكها هيئات الأدبية للمهنة كالمجلس الوطني للأدبيات الطبية للأطباء، والمجلس الوطني للأدبيات لأطباء الآسنان، والمجلس الوطني للأدبيات الطبية للصيادلة.

الأمر في إطار فريق طبي، وفي هذه الحالة يتولى التوقيع على بروتوكول الدراسة العيادية احد الأطباء الباحثين، وهنا يشير ملف طلب الترخيص إلى انه يوقع من طرف الباحث المنسق، وهنا لابد على الطبيب الباحث أن يقوم بتوزيع المعلومة على كافة أعضاء الفريق.

ويسري على طبيب الباحث أحكام التي تطبق على مهني الصحة لاسيما الالتزامات المنصوص عليها في المواد 166 إلى 169 من قانون الصحة لسنة 2018، وأن يتمتع بالجنسية الجزائرية أما الأجانب يخضعون إلى شروط تحدد عن طريق التنظيم. ويجب أن يحوز على الدبلوم الجزائري المطلوب أو الشهادة المعادلة له، والتمتع بالحقوق المدنية، وعدم تعرضه لأي حكم جزائي يتنافى مع ممارسة المهنة، والتمتع بالقدرات البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصحة.

ومسألة اختيار الطبيب الباحث المتخصصين في علم الأحياء لا تتوقف على توافر الخبرة العلمية والفنية، بل اشترط القانون كما سبق ذكره أن يكون مسجل ضمن جدول الأطباء الذي يعد بمثابة الاعتماد. وتجدر الإشارة إلى أن المادة 165 من قانون الصحة لم تنص صراحة على طبيب الباحث ضمن مهني الصحة أو على الأقل مركزه المهني، إذا كان الأطباء الممارسون بصفة حرة او ضمن علاقة تبعية في القطاع الخاص أو العام أو السلك الموظفين. وفي هذا السياق يثار التساؤل حول طبيعة العلاقة التعاقدية بين المرقي وطبيب الباحث؟

دون الإطالة في هذا، يتبين من خلال النصوص أن المشرع لم ينص صراحة على طبيعة أو شكل معين للعلاقة بين المرقي وطبيب الباحث، وفي هذا تلزم وزارة المكلف بالصناعة الصيدلانية ضمن ملف طلب الترخيص إرفاق نموذج الاتفاق المالي والتقني بين المرقي والباحث أو الباحثين، ويتأكد هذا القول من خلال نص المادة 385 من قانون الصحة لسنة 2018 التي تملي أنه على الطبيب الباحث أن يوقع على بروتوكول الدراسات العيادية إلا بعد إبداء موافقته بالتعبير عن قبوله. إذن للطبيب حرية في رفض أو قبول البروتوكول وهو ما قد يفسر بأنه مستقل عن المرقي، ويأخذ الاتفاق في هذه الحالة شكل أداء عمل مستقل كأن يمارس بصفة حرة.

لكن إذا كان المرقي من الهياكل الذي ينتمي إليها الطبيب الباحث وتكون بينهما علاقة تبعية كما لو كان موظف أو متعاقد، ففي هذه الحالة يكون الطبيب الباحث إلا تابع لتعليمات رئيسه[1]، غير أن القانون لم يجبر الطبيب الباحث على إتباع البرتوكول المنجز من المرقي بل قيد العمل به لموافقة الطبيب الباحث[2]، وقد يكون المرقي طبيب آخر، وكل هذه العناصر تنفي وجود علاقة تبعية في عقود الدراسات العيادية.

---

[8] عيساني رفيقة، أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد:01 جانفي 2022. ص.360.

[1] حيث تصبح أعمال البحث في طب الأحياء كالتزام ثانوي بجانب الالتزام الأصلي وهو علاج المرضى.

[2] لأن عملية البحث تمارس في إطار حرية البحث العلمي مضمونة طبقا للمادة 75 من الدستور الجزائري الصادر سنة 2020.

يمنح الترخيص لإجراء الدراسات العيادية من طرف الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية. بعد إعداد بروتوكول الدراسة العيادية الذي يتضمن جميع المعلومات الخاص بها بالإضافة إلى مختلف التراخيص والوثائق الواجب إبداعها، وخاصة الموافقة الكتابية الصريحة للشخص الخاضع للدراسة، وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني : إجراءات منح الترخيص لإجراء الدراسات العيادية

يتوقف ممارسة نشاط الدراسات العيادية على الحصول الترخيص بإجراء الدراسة العيادية من طرف الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، ولم يحدد القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، المعدل والمتمم، ملف رخصة انجاز دراسات العيادية ملاحظاتية وتدخلية السابق الإشارة إليهما، إلا أن بعد تنصيب وزارة المكلفة بالصناعة الصيدلانية قامت هذه الأخيرة بنشر محتوى الملف كالأتي[1]:

الفرع الأول : ملف طلب الترخيص لإجراء الدراسات العيادية الملاحظاتية والتدخلية

يعتبر ملف طلب الترخيص من الشروط الواجب توافرها لمنح الترخيص، يسمح للجنة المختصة بمراقبة مدى مطابقة نشاط الدراسات العيادية للأحكام القانونية التي تحدد الضوابط الواجب مراعاتها وللتوفيق بين حرية البحث العلمي في مجال طب الإحياء يستوجب تحديد عن طريق التنظيم مكونات الملف لضمان عدم المساس بحرية النشاط. غير انه لم يصدر أي تنظيم أو قرار يحدد مكونات ملف طلب الترخيص بإجراء الدراسات العيادية.

قد نشرت وزارة المكلفة بالصناعة الصيدلانية في موقعها الالكتروني محتويات ملف الترخيص، دون إسناد كل عنصر إلى المادة التي تراعيها، ويمكن ذكر هذه العناصر كما يأتي:

-استمارة التصريح بانجاز دراسة عيادية وفق للنموذج الآتي:

-رسالة تحديد المشاركين، لاسيما المرقي ومقدم خدمات معتمد، عند الاقتضاء.

-الوثائق الموقعة لتفويض المهام بين المرقى ومقدم الخدمات، عند الاقتضاء.

-الرأي الايجابي للجنة الأخلاقيات،

-نموذج الاتفاق المالي والتقني بين المرقي والباحث (أو الباحثين)،

-قائمة البلدان المشاركة في الدراسة، مع تحديد الدول التي حصلت على موافقة السلطات المختصة، في حالة الدراسات الدولية،

-وصل دفع حقوق طلب الترخيص للتجارب العيادية،

- برتوكول الدراسة العيادية مرفق بملخص،

[1] https://dgpp.industrie.gov.dz/fr/wp-content/uploads/2021/11/dossier-etude-clinique.pdf

– الموافقة على البرتوكول من قبل الباحثين الرئيسين في حالة الدراسات أحادية المركز، ومن قبل الباحث المنسق في حالة الدراسات متعددة المراكز،

–دفتر الملاحظات،

–رسالة المعلومات واستمارة الموافقة المستنيرة،

المستندات المقدمة للأشخاص المشاركين في الدراسة، وعلى وجه الخصوص: الاستبيان (أو الاستبيانات)، كتيب الباحث أو ملخص خصائص المنتج (RCP)، نسخة من قرار التسجيل المصادقة أو الترخيص بالتسويق، عند الاقتضاء، نسخة من اعتماد مقدم الخدمات عند الاقتضاء.

أما ملف طلب الترخيص بإجراء دراسة عيادية تدخلية، فإنه يحتوى على العناصر السابقة الذكر بالإضافة إلى العناصر الآتية :

–شهادة تحليل المنتج التجريبي، عند الاقتضاء،

–رزم العينة المرفقة بحاوية (حاويات) المنتج الطبي التجريبي ونشرة العبوة، عند الاقتضاء.

ويجب على المرقي في الدراسات العيادية التدخلية، اكتتاب تأمين يغطي مسؤولية المدنية والمهنية بخصوص النشاط الذي يقوم به[1]. وتأتي بعدها عملية رقابة مدى مراعاة طالب الترخيص للشروط القانونية وفق الملف المذكور أعلاه.

الفرع الثاني : رقابة صحة طلب الترخيص لإجراء دراسات العيادية الملاحظاتية والتدخلية

يتم منح الترخيص لإجراء الدراسات العيادية في مرحلتين، هي الرأي الايجابي للجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية، والترخيص الصادر عن وزارة المكلفة بالصيدلة.

1/ الرأي الايجابي للجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية

تعد لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية جهاز مستقل استحدثه قانون الصحة الجديد[2]تحت وصاية وزارة المكلفة بالصحة، وتنشأ على مستوى المصالح الخارجية للوزارة وهي المديريات الولائية للصحة، ومهمتها الأساسية متابعة جميع مراحل إجراء الدراسات العيادية عن طريق الاستشارة[3]، وقد خوّل المشرع تحديد تشكيلتها وسيرها إلى التنظيم، وكانت من صلاحيات المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة إبداء الرأي في التجارب العيادية في ظل قانون الصحة لسنة 1985 المعدل سنة 1990[4].

---

[1] المادة 397 من القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[2] المادة 382 من القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[3] عيساني رفيقة، أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص.360.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 96–122 المؤرخ في 6 ابريل سنة 1996 الذي يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيّات علوم الصّحّة، وتنظيمه وعمله. الجريدة الرسمية في: 1996/04/10. العدد: 22. ص.18. معدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11–425 المؤرخ في 08 ديسمبر 2011 ج.ر 2011/12/14. العدد: 68.

وقد تقدم رأيها السلبي في حالة مخالفة طلب الترخيص لأحكام المادة 380 من قانون الصحة لسنة 2018 التي نصت على أنه لا يمكن إجراء الدراسات العيادية على الكائن البشري إلاّ إذا:

-كانت مؤسّسة على آخر ما توصل إليه البحث العيادي والمعارف العلمية وتجربة ما قبل عيادية كافية،

-كان معدّل الفائدة بالنسبة للخطر المتوقع في صالح الشخص المعني بالدراسة،

-كانت منفّذة تحت إدارة ومراقبة طبيب باحث يثبت خبرة مناسبة،

-تمّت في ظروف بشرية ومادية وتنقية تتلاءم مع الدراسة العيادية وتتوافق ومقتضيات الصرامة العلمية وأمن الأشخاص الذين يخضعون للدراسات العيادية.

ويمكن للجان الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية طلب المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة بمعالجة أو إعادة دراسة المسائل ذات الصلة بالأخلاقيات ذات الحساسية الخاصّة على صعيد المبادئ[1]. ولعلى ما تراقب في ملف الدراسة العيادية المقدم لها الموانع المنصوص عليها في المواد 378 و380 من قانون الصحة، فيقع على لجنة التقيد بمبدأ الموازنة بين المعدل الفائدة ونسبة الخطر وتستعين إلى المبادئ الأخلاقية للممارسة الطبية وعلى سبيل المثال كوضعية الخاضع للدراسة إذا كان قد أخضع من قبل لأبحاث بيوطبية[2]، أن معطيات علمية غير كافية، او نقص مؤهلات طبيب الباحث.الخ.

ثانيا: إصدار الترخيص بإجراء الدراسات العيادية

يمنح الترخيص بإجراء الدراسات العيادية بعد الرأي الايجابي للجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية التابعة لوصاية وزير المكلف بالصناعة الصيدلانية[3]، وقد حدد المشرع على أن تتولى وزارة الصناعة الصيدلانية مراقبة جميع المراحل التي تكون عليها الدراسة العيادية من بداية منح تراخيص الانجاز.

ويبث في طلب طبي وتقني للمرقي الذي يتضمن بروتوكول البحث، وتصريح بخصوص انجاز الدراسة العيادية إما بالقبول أو الرفض وذلك خلال ثلاثة (3) أشهر بعد تقديم طلبه.

ويعدّ البروتوكول الوثيقة المرجعية للدراسة العيادية، بموجبه يتم وصف التجربة العيادية فيها بدقة لتجنب أي غموض في التفسير و أي ارتجال لاحق. ويجب ان تتبع هذه الوثيقة الأساسية خطة صارمة وان تقدم إجابة واضحة على جميع الأسئلة التي قد يطرحها كل فاعل في البحث البيوطبي[4].

---

[1] أنظر: المادة 2 فقرة 2 مطة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 22-312 المؤرخ في 12 سبتمبر سنة 2022، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمه وسيره. ج.ر 2022/09/21. ع:62. ص.14.

[2] المادة 387 الفقرة الأخيرة من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 20-271 المؤرخ في 29 سبتمبر سنة 2020 الذي يحدد صلاحيات وزير الصناعة الصيدلانية. ج.ر في 2020/10/01. ع: 58. ص.17.

[4] Marie Maguin. *Lancement réglementaire des essais cliniques portant sur un médicament à usage humain en France et au Royaume-Uni : vers une procédure européenne unique*. These Sciences pharmaceutiques. Université de Lorraine 2014. 78 pages. P.19.

كما أشار المشرع إلى أنه في حالة وجود تغيير على بروتوكول البحث بعد الحصول على الترخيص، فإنه يجب على المرقي إخطار الوزير بهذا التعديل للحصول على موافقته، كأن يقوم المرقي بتغيير الشخص الخاضع للتجربة، أو تغيير موضوع أو هدف التجربة الطبية أو العلمية، أو زيادة المدة الزمنية المطلوبة لإجرائها، أو تغيير مكان إجرائها، أو زيادة الطاقم الطبي[1].

ورغم عدم التنصيص صراحة فإنه يمكن سحب التراخيص في حالة إخلال المرقي للقواعد الممارسات الحسنة والأخلاقيات والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية المعاينة من قبل لجنة لأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية.

المبحث الثاني : الضوابط الموضوعية لنشاط الدراسات العيادية

نص القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، المعدل والمتمم على الضوابط التي يجب أن يحترمها المرقي العقاري عند إعداد الدراسات العيادية فتلك الضوابط تحد من اطلاقها. واستلهم المشرع هذه الضوابط من الاتفاقات الدولية لاسيما إعلان هلسنكي لسنة 1964 المعدل باتفاقية طوكيو 1975[2]. ويشمل هذا المبحث ثلاثة مطالب، الأول يتعلق بالشروط إجراء الدراسة العيادية، والثاني الضوابط الأخلاقية والأدبيات المهنية التي تحكم الممارسة الطبية، وفي الثالث المسؤولية المترتبة عن مخالفة أحكام الدراسات العيادية.

المطلب الأول : شروط إجراء الدراسة العيادية (التجربة العيادية)

حدد القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، المعدل والمتمم، مجموعة من الشروط أو الضوابط لانجاز دراسات العيادية ملاحظاتية وتدخلية[3]، لاسيما بتوفير الهياكل وموافقة الأشخاص الخاضعين للدراسة العيادية.

الفرع الأول : توفر الهياكل الصحية

حيث يشترط أن تجرى التجارب الطبية والعلمية في مكان مجهز بالإمكانيات والمعدات واللازمة ومرخص له بإجراء هذه الأبحاث والتجارب على جسم الإنسان كضمانة من الضمانات الأساسية لحماية الأشخاص الخاضعين الإجراء التحارب على أجسادهم[4].

---

[1] عيساني رفيقة، أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص.361.

حيث لا يفرق المشرع بين التعديل جوهري وغير الجوهري كأن يؤثر التعديل بشكل مباشر على موضوع الدراسة، أو كأن يضيف هياكل أخرى.

[2] جاء مقدمته أن عمل الطبيب هو ممارسته لمهنة الطب في خدمة الإنسانية وحماية وصيانة الأجسام والصحة العقلية دونما تمييز بين الأشخاص وعليه أن يسعى لراحة المرضى وتخفيف معاناتهم. انظر : د.محمد رياض الخاني، المبادئ الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب في ممارسته لمهنته الطبية. مجلة الشريعة والقانون. مجلد 1988. عدد 2. ماي 1988. ص.151.

[3] https://dgpp.industrie.gov.dz

[4] عيساني رفيقة، أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص.359.

يجب إجراء الدراسات العيادية بالتطابق مع قواعد الممارسات الحسنة في هذا المجال في الهياكل المعتمدة والمرخص لها لهذا الغرض، حسب الكيفيات المحددة من طرف الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية[1]. ويرجع مدى تأهيل الهياكل إلى الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية الذي يكون مرتبطا بمدى جودة الوسائل والإمكانيات البشرية والطبية المتاحة.

الفرع الثاني : موافقة الشخص الخاضع للدراسة العيادية

الشخص الخاضع للدراسة العيادية وهو الشخص الذي يعنى شخصيا بإجراء الدراسة العيادية، بعد اطلاعه على معطياتها وإبدائه موافقته الصريحة الكتابية لذلك[2].

اذ تعد من الممارسات الحسنة انه لا يمكن القيام باي دراسة عيادية على شخص دون الموافقة الحرة والمستنيرة للخاضع[3]، والاستنارة أن يعلم الخاضع بالهدف من الدارسة والمسلمات المستعملة والنتائج، الأخطار المحتملة، وبكل معلومة تتصل بالدراسة.

وقد نصت المادة 386 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، المعدل والمتمم، على أنه لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلاّ إذا عبّر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية، أو عند تعذّر ذلك، ممثلوهم الشرعيون عن موافقتهم الحرّة والصريحة والمستنيرة، كتابيا، وبعد اطلاعهم من طرف الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثّله، لا سيام:

-الهدف من البحث ومنهجيته ومدته والمنافع المتوخاة من 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.

وتعتبر موافقة الشخص الخاضع للتجربة شرط أساسي، حيث يجب إدراج موافقة الشخص المستعد للخضوع للدراسة العيادية ضمن بورتكول الدراسات، أو تطبق موافقة الشخص حصريا وفقط على الدراسة التي التمست من أجله[4]، وهذا التقيد يشكل ضمانة على صحة الشخص الخاضع للدراسة العيادية دون كل الأشكال المخاطر الطبية.

---

[1] المادة 379 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[2] المادة 379 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[3] تعد جانب من جوانب الأخلاقية المتصلة بالخاضع للدراسة العيادية.

[4] المادة 387 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة. ويختلف الأمر إذا تعلق الأمر بالعلاج الطبي الذي يأتي تحت أحكام المادة 344 من قانون الصحة لسنة 2018.

المطلب الثاني : الالتزام بالأخلاقيات والأدبيات الطبية في إجراء الدراسات العيادية

نص المشرع على مبدأ خضوع نشاط الدراسات العيادية إلى قواعد أخلاق الطبية، وتعد ضابط يحد من كل تجاوزات التي قد تلحق أضرار للشخص الخاضع للدراسات. حيث نص قانون الصحة على أن تراعي الدراسات العيادية المبادئ الأخلاقية والعلمية وجميع الأخلاقيات التي تحكم الممارسة الطبية[1].

كما يجب أن تراعى الأصول العلمية عند إجراء التجارب الطبية ويقصد بالأصول العلمية تلك الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعلمياً بين الأطباء والتي يجب عليهم أن يلموا بها وقت قيامهم بالعمل الطبي ويلتزموا بها ولا يتسامح مع من يجهلها أو من يتعداها

الفرع الأول : مبدأ خضوع نشاط الدراسات العيادية إلى قواعد الآداب وأخلاقيات الطبية

يقع على الطبيب الباحث مراعاة القواعد المتبعة في ممارسة مهنة الطب، وهي نوعين أولهما تلك القواعد العامة المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية ككل، والتي تشمل واجب الحيطة والحذر الملزم به كافة أفراد المجتمع، ومن أمثلة ذلك قيام الطبيب بإجراء تجربة طبية دون مراعاة الشروط الخاصة بنظافة المكان أو دون تعقيم الأجهزة والوسائل المستخدمة.

أما النوع الثاني من القواعد فهو يشمل القواعد والأصول الطبية المعروفة وهو ما استقر عليه أهل الطب في ممارستهم اليومية حسب التخصصات، ويوصف الإخلال بها بالخطأ المهني أو الفني، والتحرية الطبية، فالتجربة بحث يهدف إلى الكشف عن الجديد في العلوم الطبية إذ بعد هذا الشرط قيداً أساسياً وجوهرياً بصفة خاصة في مجال الأبحاث والتجارب الطبية الحيوية، نظرا لما تنطوي عليه التجارب الطبية من مخاطر ونتائج محتملة[2].

كما يطلق عليها أيضا بالممارسات الحسنة، وتختلف الجهة التي تحدد الممارسات الحسنة، وتعد مجالس الأدبيات الطبية الهيئات المؤهلة لتحديد هذه الممارسات، كما تساهم الإدارات العمومية المكلفة بالصحة بسن هذه الممارسات كما جاء في المادة 248 من قانون الصحة لسنة 2018 التي تنص على أن الصيدلية الاستشفائية تطبق قواعد الممارسات الحسنة للصيدلة الاستشفائية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة[3].

---

[1] المادة 378 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[2] عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص 362. أنظر المبحث التمهيدي.

[3] كما جاء في القانون الأساسي للوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية في المادة 5 منه المساهمة في تحديد قواعد الممارسات الحسنة لصنع المواد الصيدلانية. (المرسوم التنفيذي رقم 19-190 المؤرخ في 2019/07/03. ج.ر بتاريخ 2019/07/07 ع:43. ص.6.)

الفرع الثاني : إتباع الممارسات الحسنة
لإجراء الدراسات العيادية

يمكن الإشارة إلى الممارسات الطبية الحسنة التي قننها المشرع والواجب إتباعها من طرف المرقي عند إجراء الدراسات العيادية في كافة مراحلها تحت طائلة المسؤولية المدنية والمهنية، ويمكن حصرها كالأتي:

– يجب أن تكون الدراسة العيادية مؤسسة موضوعيا على أخر ما توصل إليه البحث العيادي والمعارف العلمية وخاصة بعد وجود تجربة ما قبل عيادية كافية[1].

– ضرورة الموازنة بين منافع الدراسة العيادية ومخاطرها حيث أنه لابد أن يكون معدل الفائدة بالنسبة للخطر المتوقع في صالح الشخص المعني بالدراسة[2]، وذلك من أجل الموازنة بين حاجة البشرية إلى تطوير الأبحاث العلمية التي سوف تؤدي إلى تطوير وتنويع طرق العلاج، وبين الحفاظ على جسم الإنسان وتكامله، وهذا قد ينتج عن هذه التجارب مخاطر قد تؤدي بالتهلكة للخاضع لها، ولذلك اشترط القانون الشرعية التجارب الطبية، أن تكون الأخطار المتوقعة بالنسبة للشخص الذي يخضع لها مقبولة بالنظر إلى المنفعة المنتظرة منها[3].

وقد نص على وجوب توفر هذا الشرط الخاص بضرورة الموازنة بين مخاطر التجربة ومنافعها في العديد من الاتفاقيات الدولية وأغلب التشريعات الصحية المقارنة. فقد قضت المادة 4 من إعلان هيلنسكي" "لا يمكن قانوناً مباشرة أي بحث ما لم تكن أهمية الهدف منه معادلة للخطر الذي يسببه لمن يخضع له"[4].

ولهذا فان المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 386 من قانون الصحة لسنة 2018 ألزم أن يكون الأشخاص الخاضعون للدراسة العيادية على اطلاع تام بخصوص الهدف من البحث ومنهجيته والصعوبات والأخطار المتوقعة والبدائل الطبية حتى يتسنى لهم رفض المشاركة أو سحب موافقتهم دون تحمل أية مسؤولية.

– لابد من تنفيذ الدراسة العيادية تحت إشراف طبيب باحث ذلك أن الدراسة العيادية نشاط طبي يتسم بالغموض والتعقيد مع احترام الأصول العلمية والمبادئ المتفق عليها في القانون الطبي وكذا المبادئ

---

[1] المادة 380 من القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[2] المادة 380 من القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[3] لمزيد من التفاصيل أنظر: العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، طبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2001.ص.167.

أيضا: عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص.363.

[4]عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص.362. أنظر أيضا: غنام محمد غنام، المشكلات القانونية المتعلقة بأخلاقيات علم الأحياء في القانون المقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق–جامعة قطر. العدد 73، سبتمبر 2020. ص.19 وما يليها.

الأخلاقية[1]، ويتعلق الأمر بالطبيب الباحث الذي يشترط فيه أن تتوافر الكفاءة العلمية اللازمة لإجراء التجربة.

-أن تتم الدراسة العيادية بموافقة الصريحة أي الكتابية للشخص الخاضع للدراسة العيادية، وبعد اطلاعه على جميع المعطيات الخاصة بالدراسة العيادية، ويتم إدراج موافقته ضمن بروتوكول الدراسات[2]، ويجب تتم في إطار ظروف بشرية وتقنية تتلاءم مع طبيعة هذه التجربة بالإضافة إلى ضرورة مراعات الصرامة العلمية وامن الأشخاص الذين يخضعون للدراسة[3]، ولا يمكن طلب من الشخص الخاضع للدراسة العيادية إجراء عدة أبحاث بيوطبية في نفس الوقت حتى وإن كان موافقا على ذلك[4].

كما أشارت المادة 391 من قانون لصحة لسنة 2018 على أنه تسبق الموافقة إجراء فحص طبي. وهذا يعني عدم اخضاع المريض للدراسة بل الأشخاص المتمتعين بصحة جيدة. وهذا لان حالة المريض البدنية والنفسية تؤثر على تبصره ورضاه[5].

المطلب الثالث : المسؤولية المترتبة عن مخالفة أحكام الدراسات العيادية

يشمل هذا المطلب مسؤولية المرقى عن الأضرار الناتجة الدراسات العيادية، في فرعين، الأول المسؤولية المدنية والمهنية والثاني المسؤولية الجزائية للقائمين بالدراسات العيادية في حالة مخالفة الضوابط القانونية.

الفرع الأول : المسؤولية المدنية والمهنية للقائمين بالدراسات العيادية

تشمل مسؤولية المرقي في إطار قانون الصحة والأحكام القانونية التي نظم نشاط الدراسة العيادية، المسؤولية على أساس المسؤولية المدنية والمهنية على أساس الخطأ وتشمل هذه الأخيرة إلى قواعد المسؤولية الطبية التي تقوم على أساس الالتزام ببدل العناية في المحافظة على سلامة الجسدية والصحية للخاضع.

أولا: المسؤولية المدنية والمهنية على أساس الخطأ

وهنا لابد من توضيح ان المسؤولية محل اعتبار هي مسؤولية المرقي حسب المادة 397 من قانون الصحة لسنة 2018، لوجود رابطة عقدية بينه وبين الخاضع للدراسة العيادية، وتقوم مسؤولية المرقي العقدية على أساس الإخلال بالتزام كعدم الأخذ التدابير للوقاية العادية وغيرها من الأمثلة، أما في حالة

---

[1] المادة 3/2/380 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[2] المادة 386 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[3] المادة 380 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[4] المادة 387 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

[5] أنظر: علي فيلالي. رضا المريض بالعمل الطبي.المرجع السابق. ص.58.

مخالفة المرقي والطبيب الباحث التزام قانوني فتقوم مسؤوليتهما التقصيرية، كالإهمال والرعونة وعدم الاحتراز [1].

يفرق الفقه تارة بين الخطأ الأدبي والخطأ المدني [2]، وتارة أخرى بين الأخطاء العلمية *fautes de science* والأخطاء الأخلاقية *fautes de conscience*[3]، بينما من حيث القاعدة العامة ينظر إلى الخطأ الطبي بصورة عامة متى اثبت وجود الخطأ أيًا كانت طبيعة الخطأ، ودرجته، كما تخلى مجلس الدولة الفرنسي عن الأخذ بمعيار الخطأ الجسيم واعتمد على معيار الخطأ البسيط في قيام المسؤولية، والمسؤولية القائمة على أساس الخطأ تطبق على كل خطأ سبب ضررًا للغير ولا يستثنى الطبيب منه[4].

وتتحدد مسؤولية المرقي بسبب الخطأ المرتكب منه بسبب عدمه مراعاة القوانين والأنظمة الصحية والطبية، مما ينبغي أن يتخذ من احتياطات يقتضيها الحذر والعناية اللازمة لتجنب إضرار بالخاضع للدراسة العيادية، أما الرعونة فهي تعين سوء التقدير أو نقص المهارة ونقص في الخبرة. ولكن السؤال الذي يثار هنا، إذا كان الخطأ ارتكبه الطبيب هل تقوم مسؤولية المرقي؟ وقد يتمثل خطأ الطبيب في عدم الاحتراز ومنه توقع النتائج الضارة على الحالة الصحية للخاضع[5]، وتعد مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري من احد مصادر الالتزام التي يقتاد بها الطبيب الباحث، ونظرا لطبيعة العلاقة الموجودة بين المرقي وطبيب الباحث[6] فإنه تقوم مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ الشخصي.

سبق الإشارة إلى انه يمكن أن يكون المرقي مؤسسة عمومية للصحة كالمركز الاستشفائي الجامعي CHU، يتعلق الأمر هنا مسؤولية المؤسسات الاستشفائية العمومية ويفرق بين المسؤولية المرتبطة بالأخطاء في أعمال العلاج والمسؤولية المرتبطة بالأعمال الطبية[7]، وهذه الأخيرة تقترب إلى العمل البيوطبي. تتحمل المؤسسة الاستشفائية العمومية المسؤولية للأسباب الآتية: أخطاء الطبيب في تشخيص المرض، أخطاء الطبيب في أعمال العلاج، وإخلال بواجب إعلام المريض. غير أن الأمر يتعلق بشخص

---

[1] لالو رابح، مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية –جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد السابع، العدد الرابع، ديسمبر 2022. ص.913.

[2] « *Selon la jurisprudence, les nouvelles normes produites par les autorités sanitaires contribuent à caractériser la faute du professionnel de santé, qu'il s'agisse de la faute déontologique ou de la faute civile…. **A – la faute déontologique** :…le Conseil d'État « choisit d'inclure les recommandations de bonnes pratiques dans la catégorie des données acquises de la science » et leur reconnaît une valeur juridique* ». Mireille Bacache. Les normes en santé : avis, recommandations, guides de bonnes pratiques (1re partie). Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie / N° 3 – 2015. P.31. lien sur: https://droit.cairn.info/revue-journal-du-droit-de-la-sante-et-de-l-assurance-maladie-2015-3-page-29?lang=fr#re26no115

[3] J. Saboye, *Données acquises, données actuelles de la science. Quelles implications en droit médical et en chirurgie esthétique en particulier* ? Annales de Chirurgie Plastique Esthétique Volume 53, Issue 4, August 2008, p.358.

[4] أنظر: هاشم محمود العلي، طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب، بحث مقدم كجزء من متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة 2021. ص.30-31.

[5] APPLETON (Paul), SALAMA (Marcel), Droit Médical, Librairie du monde médical, Paris, 1931, p.76-78.

[6] أنظر: العنوان المتعلق بالطبيب الباحث.

[7] أنظر: المسؤولية الطبية للمؤسسات الاستشفائية، المرجع السابق. ص.8-9. / N.Younsi-Haddad, op.cit., p.19 et suiv.

محل الدراسة العيادية الذي يكون في حالة صحية سليمة ويرتبط بموجب عقد إجراء دراسة عيادية من خلال تقديم الموافقة الكتابية، في حين يستبعد اجتهاد القضاء الإداري قيام العلاقة التعاقدية بين المريض والطبيب أو بين المؤسسة الاستشفائية العمومية والطبيب[1].

ويرى البعض أن للمتضرر الحق في التعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء الفعل التقصيري[2]، وهذا يفترض في العلاقة بين الطبيب الباحث والخاضع للدراسات العيادية، أما الرابطة بين المرقي والخاضع ذات طابع تعاقدي. وقد أقر المشرع الحق في التعويض للخاضع للدراسة العيادية أو لذوي حقوقه التي تكون دون منفعة فردية مباشرة حتى وانعدم الخطأ وهو ما يعرف بالمسؤولية على أساس المخاطر.

ثانيا: المسؤولية المدنية والمهنية بدون خطأ

اشترط المشرع في قانون الصحة قيام مسؤولية على أساس المخاطر بالنسبة للمرقي[3]، بأنه يتحمل بالنسبة للدراسات العيادية خاصة منها تلك التي تكون دون منفعة فردية مباشرة أي خطر جدي متوقع على صحة الأشخاص الخاضعين لها، وإن انعدم الخطأ، ولهذا يجب أن يسبقها فحص طبي معمق يستلمه هؤلاء قبل إبداء موافقتهم .

لأنه في حالة تحقق الأضرار مثل إصابة الشخص الخاضع للدراسة للعجز أو وفاته فهنا يتحمل المرقي مسؤولية تعويض الآثار المسببة للضرر لهذا الشخص أو لذوي حقوقه حتى وإن انعدم الخطأ[4]. ويقر المشرع الجزائري بالمسؤولية على أساس المخاطر في قانون الصحة، وقد ألزم المشرع في المادة 397 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة، على المرقي في الدراسات العيادية التدخلية، اكتتاب تأمين يغطي مسؤولية المدنية والمهنية بخصوص النشاط الذي يقوم به[5].

ويعد هذا النص قرينة على أن المسؤولية بدون خطأ تتعلق فقط بالدراسات العيادية التدخلية، دون الدراسة العيادية الملاحظتية، لأن هذه الأخيرة عادة ما تشمل دراسة تشخيصية دون العلاجية. ويشكل خطوة كبيرة للمشرع في إقرار بالمسؤولية بدون خطأ والتي ترجع في جوهرها إلى قواعد الأخلاقيات المهنية التي تسري على مهن الصحة العمومية.

---

(1) أنظر : المسؤولية الطبية للمؤسسات الاستشفائية، المرجع السابق. ص.7 وما يليها. /.N.Younsi-Haddad, op.cit., p.19 et suiv

(2) لالو رابح، مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي، المرجع السابق. ص.914.

(3) المادة 391 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

(4) المادة 393 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

(5) المادة 439 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة.

الفرع الثاني : المسؤولية الجزائية للقائمين بالدراسات العيادية

دون الخوض إلى تحديد مسؤولية الأشخاص المعنوية يتقيد هذا المطلب بدراسة العقوبات المقررة في قانون الصحة لسنة 2018، وهنا يفرض بين مسؤولية الطبيب الباحث، والمرقي في الدراسة العيادية.

الفرع الأول : بالنسبة للطبيب الباحث

أقر المشرع عقابا جزائيا للطبيب الباحث في قانون الصحة لسنة 2018 الذي خالف هذا الشرط الأساسي في بروتوكول الدراسة لاسيما موافقة الخاضع للدراسة العيادية، بالحبس من سنتين إلى 5 سنوات وغرامة مالية من 100 ألف دج إلى 500 ألف دج.

ويسري في ذلك أيضا أحكام المواد 288 و289 من قانون العقوبات في حالة ارتكاب جريمة قتل الخطأ أو جريمة الجرح الخطأ، أي عندما يكون طبيب ارتكب فعل تقصري أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة الجسدية لأحد الأشخاص أو بصحتهّ ؛ ويمنح حق في التعويض للمتضرر بسبب الجروح الخطأ أو لذوي الحقوق في حالة وفاته[1].

الفرع الثاني : بالنسبة للمرقي المسؤول عن الدراسة العيادية

نص المشرع على عقوبة جزائية على كل من يخالف أحكام المادة 381 من في قانون الصحة لسنة 2018 المتعلقة بالدراسة العيادية، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة مالية من 5 ملاين دج إلى عشرة ملايين دج بالإضافة إلى العقوبات التكميلية والعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 من قانون الصحة الخاصة بالشخص المعنوي.

اقر المشرع عقابا جزائيا للمرقي الذي يمارس نشاطه دون الحصول على الترخيص ويشكل الركن الشرعي للجريمة، ويتمثل في هذه الحالة في مخالفة أحكام المادة 381 من قانون الصحة لسنة 2018 التي توجب الحصول على الترخيص لإجراء الدراسة العيادية.

أما الركن المادي للجريمة، فيتمثل في القيام بأحد الأعمال التي تتطلب التدخل من شأنها المساس بالسلامة الجسدية للشخص الطبيعي، وهو السلوك المادي للجريمة والتي تحدث ضرر التي تمثل النتيجة من الجريمة، وعنصر العلاقة السببية التي تربط السلوك والنتيجة[2]. غير أن المشرع لا يشترط وجود نتيجة إجرامية بل يكفي الممارسة الدراسة العيادية دون ترخيص قانوني لتحقق الجريمة المعاقب عليها.

أما الركن المعنوي لجريمة ممارسة الدراسة العيادية دون ترخيص يتمثل في القصد الجنائي الخاص، وكذا القصد الجنائي العام لمرتكبها، وهو يعلم بشرط الترخيص القانوني للدراسة العيادية طبقا لم هو منصوص عليه في المادة 381 من قانون الصحة لسنة 2018. وتتمثل في القصد المتعمد لارتكاب

---

[1] لالو رابح، مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي، المرجع السابق. ص.914.

[2] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري–القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996. ص.144.

هذه الجريمة عن علم بأنها غير مشروعة وتتنافى مع القوانين والأنظمة المعمول بها[1]. وتجدر الإشارة إلى أن نص قانون الصحة لم يحدد كيفية منح الترخيص للهياكل التي يتم إجراء الدراسات العيادية، وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن الإشارة إلى نص المادة 366 من نفس القانون التي تحدد بعض النشاطات الخاضعة للأخلاقيات علم الأحياء التي تتم في المؤسسات الاستشفائية.

وأخيرا كان من الداعي إلى تقرير المسؤولية الطبية لاعتبارات إنسانية وهنا لابد عدم المغالاة في توسيع نطاقها بل يستحسن تحقيقا للتوازن بين ما تقتضيه المصلحة العامة أو النظام العام وسلامة جسم الإنسان أن يترك الأمر في ذلك لتقدير قاضي الموضوع وان تخويله سلطة تقدير مدى إخلال المرقي أو الطبيب بقواعد ملزمة نص عليها القانون، أما الممارسات الحسنة وأخلاقيات المهنة أو أعراف المهنة فالأمر مختلف فيه بين القضاء والفقه فيتجه القضاء الفرنسي إلى التقيّد بها إلا بالقدر التي تسمح بتحديد إخلال بالواجب القانوني لترتيب المسؤولية المدنية لان ذلك يرجع لاختصاص المجالس التأديبية النظر في حالة مخالفتها[2].

الخاتمة

نظّم المشرع الدراسات العيادية ضمن البيو– أخلاقيات في الفصل الرابع من الباب السابع بعنوان الأخلاقيات والأدبيات والبيو– أخلاقيات الطبية، ويعد مفهوم البيو– أخلاقيات احد عناصر الأساسية للأخلاقيات الطبية وهو ما نصت عليه المادة 339 من قانون الصحة لسنة 2018 على أنها تتمثل الأخلاقيات الطبية، في قواعد الممارسات الحسنة التي يخضع لها مهنيو الصحّة في ممارسة مهامهم، وتشمل قواعد الأدبيات والأخلاقيات العلمية والبيو– أخلاقيات.

وتقوم الدراسات العيادية وفق لهذا المبدأ أسس ومعايير في ترخيصها وممارستها والاعتماد على مفاهيم ترجع لأعراف المهن الطبية، لاسيما في القيام بالتجارب بهدف إيجاد حلول طبية أو منتجات تسمح بالوقاية ومكافحة الأمراض والأوبئة، غير أن هذه التجارب أخضعها المشرع بمجموعة من الضوابط بهدف حماية الأشخاص الخاضعين للدراسة العيادية حتى برضاهم، كما اقر مسؤولية المرقي المدنية والمهنية والجزائية.

النتائج:

– فرض نظام الترخيص من وزير المكلف بالصناعة الصيدلانية للجوء للدراسات العيادية.

–خضوع الدراسات العيادية إلى كافة التراخيص في حالة التعديل سواء كان جوهري أو غير جوهري،

---

[1] لمزيد من التفاصيل أنظر: سنوسي بن عودة، الرضا في التجارب الطبية، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 04. 2017. ص.293.

[2] P.Sargos. «*la révolution éthiques des codes déontologique des professions médicales et ses conséquences juridiques et judicaires* » Dalloz 2007, p.811.

– وضع المشرع معايير أخلاقية تستعين بها لجنة أخلاقيات الطبية للدراسات العيادية في إبداء رأيها الايجابي،

–تقرير مسؤولية المرقي حتى في غياب الخطأ من جهته.

التوصيات:

–اشتراط رأي المجلس الوطني لأدبيات الطب والمجلس الوطني لأدبيات الصيدلة، حسب الحالة، على موضوع الدراسات العيادية،

–إخطار اختيار الطبيب الباحث في الدراسات العيادية لموافقة المجلس الوطني لأدبيات الطب،

–ضمان التكوين والخبرة بالنسبة للأطباء الباحثين تشمل تخصص البيوتكنولوجية تندرج ضمن أخلاقيات على الأحياء،

–تكوين الشراكات مع الهيئات الطبية الأجنبية من اجل تطوير الدراسات العيادية،

–تنظيم تفصيلي للبحوث العلمية على النتائج الدراسات العيادية التدخلية،

–تقرير المسؤولية التضامنية بين الطبيب الباحث والمرقي في حالة الأخطاء المهنية،

–إنشاء منصة رقمية لمعالجة طلبات الترخيص كما هو معمول في النظم الأجنبية على سبيل المثال: *Integrated Research Application System*

قائمة المصادر والمراجع

1- النصوص القانونية

أ- الدساتير:

–**الدستور الجزائري لسنة 1996:** المرسوم الرئاسي رقم 96–438 المؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، بتاريخ 8 ديسمبر سنة 1996، العدد: 76، ص 6.

– التعديل الثالث: بالقانون رقم 16–01 المؤرّخ في 6 مارس سنة 2016، الذي يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج.د.ش بتاريخ 7 مارس سنة 2016، العدد: 14، صفحات: 3–37.

–**الدستور الجزائري لسنة 2020:** المرسوم الرئاسي رقم: 20–442 المؤرّخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أوّل نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، بتاريخ: 2020/12/30. العدد: 82. صفحات: 3–47.

ب – القوانين والأوامر:

–الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، الذي يتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية بتاريخ: 1975/09/30. العدد: 78.

-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها. الجريدة الرسمية بتاريخ: 1985/02/17. العدد: 8. ص.176.
-القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو سنة 1990 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها. العدد 35. ص.1123.
-القانون رقم 16-09 المؤرخ في 3 غشت سنة 2016 الذي يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية بتاريخ 3 غشت سنة 2016، العدد: 46، ص ص: 18-24.
-القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية بتاريخ 2018/07/29 العدد: 46. ص ص.3-41.
-القانون رقم 20-07 المؤرخ في 4 يونيو سنة 2020، الذي يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، الجريدة الرسمية بتاريخ 4 يونيو سنة 2020، العدد: 33. ص ص.4-17.
-الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 غشت سنة 2020، يعدّل ويتمّم القانون 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018، الذي يتعلق بالصحة. الجريدة الرسمية بتاريخ 2020/08/30، العدد: 50. ص.4.

ت- المراسيم التنظيمية:

-المرسوم التنفيذي رقم 20-271 المؤرخ في 29 سبتمبر سنة 2020 الذي يحدد صلاحيات وزير الصناعة الصيدلانية. ج.ر في 2020/10/01. العدد:58. ص.17.
-المرسوم التنفيذي رقم 21-145 المؤرخ في 17 أبريل 2021، الذي يحدد قائمة النشاطات التي تكتسي طابعا استراتيجيا. الجريدة الرسمية بتاريخ 22 أبريل 2021، العدد: 30. ص ص.10-11.
-المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 الذي يتضمن مدونة أخلاقيات الطب. الجريدة الرسمية بتاريخ 8 يوليو سنة 1992. العدد: 52. ص.1419.
-المرسوم التنفيذي رقم 22-312 المؤرخ في 12 سبتمبر سنة 2022، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمه وسيره. ج.ر 2022/09/21. العدد:62. ص.14.
-المرسوم التنفيذي رقم 96-122 المؤرخ في 6 ابريل سنة 1996 الذي يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيّات علوم الصّحّة، وتنظيمه وعمله. الجريدة الرسمية 1996/04/10. العدد 22. ص.18.
- معدل بالمرسوم التنفيذي رقم 11-425 المؤرخ في 08 ديسمبر 2011. الجريدة الرسمية بتاريخ: 2011/12/14. العدد: 68.

ث-الجريدة الرسمية للمناقشات المجلس العبي الوطني:

-تقديم مشروع القانون المتعلق بالصحة. بتاريخ 2018/05/30. رقم 64. ص.8.

2 – المراجع الفقهية

أ – الكتب

–الدكتور عصمت عبد المجيد بكر، المدخل إلى فلسفة القانون بالمقارنة مع فلسفة التشريع الإسلامي. مكتبة الوفاء القانونية الطبعة الأولى 2024.

–العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، طبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2001.

–عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري–القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

–فواد كامل، جلال العشرى، عب الرشيد الصادق، الموسوعة الفسلفية المختصرة، نقلها عن الانجليزية، راجعها واشرف عليها د.زكي نجيب محمود. مكتبة الانجلو المصرية. 1963.

–محمود أبو السعود حبيب، القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، جامعة عين شمس، القاهرة، 1991.

APPLETON (Paul), SALAMA (Marcel), Droit Médical, Librairie du monde médical, Paris, 1931.

Bennadji Cherif. Vocabulaire Juridique "*Éléments pour un dictionnaire des termes officiels*", OPU. 02.2006.

Marguénaud (Jean-Pierre), « *le contrat portant sur une chose hors commerce : Exemple du contrat sur les organes humains* » in : Droit et Économie des Contrats, (Sou.dir. Christophe Jamin), LGDJ. Edition Alpha. 2009.

ب–الرسائل والأطاريح

– بن النوي خالد. ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان وأثرها على المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية – تخصص قانون خاص. كلية الحقوق العلوم السياسية بجامعة سطيف 2، السنة الجامعية: 2012–2013.

– هاشم محمود العلي، طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب، بحث مقدم كجزء من متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة 2021. المتاح على الرابط الآتي:
https://mjle.journals.ekb.eg/article_312321_3c3e6928d8901d7dede2a7bf85e278bb.pdf

-Marie Maguin. *Lancement réglementaire des essais cliniques portant sur un médicament à usage humain en France et au Royaume-Uni : vers une procédure européenne unique*. These Sciences pharmaceutiques. Université de Lorraine 2014.

ت– الدوريات

–بغدادي ليندة، أيت تفاتي حفيظة، "الأطر القانونية لاستخدام الأجنة البشرية في البحوث العلمية بين الحظر والإباحة". المجلد 11. العدد 04–2020. ص ص.315–334.

– محمد رياض الخاني، المبادئ الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب في ممارسته لمهنته الطبيب. مجلة الشريعة والقانون. مجلد 1988. العدد: 02. ماي 1988. صفحات: 129–196.

– علي فيلالي. رضا المريض بالعمل الطبي. مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية. المجلد 35. العدد: 3. سنة 1998. صفحات: 39–64.

–سنوسي بن عودة، الرضا في التجارب الطبية، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد: 04. سنة 2017. صفحات: 296–309.

–عيساني رفيقة، أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد:01. جانفي 2022. صفحات: 352–368.

–غنام محمد غنام، المشكلات القانونية المتعلقة بأخلاقيات علم الأحياء في القانون المقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق–جامعة قطر. العدد 73، سبتمبر 2020. صفحات: 3–75.

–لالو رابح، مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية –جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد السابع، العدد الرابع، ديسمبر 2022. صفحات: 906–918.

–المسؤولية الطبية للمؤسسات الاستشفائية، من إعداد السادة قضاة الغرفة الثالثة. مجلس الدولة سنة 2015. قابل للتحميل (ملف المحمول PDF) على الرابط الأتي:

https://www.conseildetat.dz/sites/default/files/publications_pdf/responsabilit%C3%A9-a.pdf-

J. Saboye, *Données acquises, données actuelles de la science. Quelles implications en droit médical et en chirurgie esthétique en particulier* ? Annales de Chirurgie Plastique Esthétique Volume 53, Issue 4, August 2008, Pages 358-360.

N.Younsi-Haddad, *La responsabilité médicale des établissements publics hospitaliers*, Revue IDARA, vol.8, n°2, 01-12-1998. Pages 75-11.

شروط إجراء التجارب الطبية وجزاء مخالفتها في ضوء قانون الصحة 18-11

د. عكو فاطمة الزهرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة سيدي بلعباس

مقدمة

إن التجارب الطبية سواء أكانت علاجية، أم غير علاجية، أو جراحية، أو وقائية، أو دوائية، في إطار المحاولات العديدةلاختبار كفاءة ونجاعة علاج معين، تعتبر النواة الأساسية لتطوير العلوم الطبية والبيولوجية، وهي ضرورة حتمية لتقدم البشرية. وهذا لتفادي الآثار السلبية التي قد تترتب على اجراء التجارب الطبية، وخاصة الدوائية منها، نتيجة عدم الالتزام ببعض الأحكام والقواعد الفنية والشرعية والقانونية التي تشترطها هذه التجارب.

والدراسة الطبية عموما عبارة عن ممارسة علمية لها ضوابط محددة تهدف للحصول على معلومات عن الممارسة الطبية والتشخيص والعلاج وعلوم الطب والصيدلة والعلوم المرتبطة بها، وتسهم في فهم مرض معين أو اختبار علاج سلوكي أو دوائي[1].

وتعرف التجربة الطبية في الاصطلاح العلمي أو الفني، في مجال العلوم الطبية والحيوية، أنها انحراف عن الأصول الطبية الفنية المتعارف عليها، لغرض جمع معطيات علمية أو فنية، أو اكتساب معارف طبية جديدة، بهدف تطوير العلوم الطبية والبيولوجية والحيوية. وهي تلك الأعمال العلمية أو الفنية الطبية التي يقوم بإجرائها الطبيب الباحث على مريضه أو الشخص المتطوع، بهدف تجريب أثر دواء معين، أو نجاح عملية جراحية معينة لم تعرف نتائجها من قبل، للحصول على معلومات جديدة، لخدمة الطب والبشرية. فالتجربة الطبية هي جمع معطيات علمية، للكشف عن فرض من الفروض لأغراض علمية، أو للتحقق من صحتها، وهي جزء من المنهج البحثي التجريبي على الإنسان[2].

---

[1]- عيساني رفيقة، أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد8، العدد1، سنة2022، ص355.

[2] - - بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ظوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2012، ص24، 25.

وفي نفس السياق فإن المشرع تطرق في قانون الصحة 18-11[1]، إلى موضوع الدراسات العيادية في القسم الرابع بعنوان أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء، في إطار الباب السابع المعنون بالأخلاقيات والأدبيات والبيو-أخلاقيات الطبية.

ويمكن استنتاج تعريف للتجربة الطبية من خلال تعريف المشرع للبحث في مجال طب الأحياء في نص المادة 377 من قانون الصحة 18-11، فهي "إجراء دراسات على الكائن البشري بغرض تطوير المعارف الوبائية والتشخيصية والبيولوجية وتحسين الممارسات الطبية. والتي أطلق عليها المشرع في نفس المادة مصطلح "الدراسات العيادية".

وينص المشرع في المادة 377 إلى أن الدراسات العيادية (الطبية) ملاحظاتية أو تدخلية وتتعلق على الخصوص، بما يأتي:

- الدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية،
- دراسات تكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي،
- الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية.

كما أنه باستقراء مختلف مواد قانون الصحة في الشق المتعلق بالدراسات العيادية يلاحظ أن المشرع يفرق عموما بين الدراسات العيادية التي تعود على الشخص بالمنفعة وأخرى تكون بدون منفعة.

ومعظم القوانين عامة تفرق بين نوعين من التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان، وذلك بحسب الغرض الذي يسعى الطبيب أو الباحث إلى تحقيقه من وراء كل منهما، النوع الأول، تجارب علاجية، والنوع الثاني، تجارب غير علاجية وإنما هي علمية أو فنية محضة.

بالنسبة للنوع الأول، التجارب العلاجية، فهي التجارب التي تهدف إلى تحقيق غاية علاجية، أي محاولة إيجاد علاج للمريض، من خلال تجربة طرق جديدة في التشخيص والعلاج، كالأدوية الجديدة، أو الأشعة، أو غيرها من الوسائل الطبية الحديثة. وتتم هذه التجارب في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء. أما إذا كان علاج المريض مستطاعا بالوسائل الطبية العادية، فإن المنطق والقانون والأخلاق،

---

[1]-قانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد46، سنة 2018.

توجب على الطبيب ألا يلجأ إلى مثل هذه الطرق أو التجارب العلاجية الجديدة التي تؤذي المريض[1].

غير أنه في التجربة الطبية العلاجية تكون نسبة نجاح العلاج الجديد غير متوقعة وغير مؤكدة بصفة دقيقة وذلك لأن إمكانية نجاح العلاج الجديد تكون في البداية مجرد فرض يتوجب على الأطباء إثبات تحققه من خلال اللجوء لتجربته على الإنسان[2].

وبالنسبة للنوع الثاني، التجارب غير العلاجية أو العلمية المحضة، فهي التجارب الطبية لغير قصد العلاج، وهي الأعمال الطبية العلمية أو التجريبية الخالصة التي يباشرها الطبيب الباحث على جسم المريض بغرض البحث العلمي لاكتساب معارف جديدة، بخصوص الوقاية من الأمراض أو المعالجة الوقائية أو العلاج[3].

فهذا النوع من التجارب لا يهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية، ومباشرة للشخص الخاضع للتجربة، مع إمكانية تعميم هذه الفائدة إلى غيره من المرضى ممن يشتكون من نفس المرض حاليا أو مستقبلا، وإنما يستهدف المعرفة العلمية أو الفنية على وجه العموم بخصوص التشخيص أو العلاج، كأن يجري الطبيب كشفا إكلينيكيا، أو مفعول مستحضر طبي جديد أو عملية جراحية غير مسبوقة (لم يسبق تجربتها فيما مضى). وعادة تجرى مثل هذه التجارب على متطوعين أصحاء أو مرضى، لا تكون لهم مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة، وإنما تحقق مصلحة علمية عامة من أجل فائدة البحث العلمي[4].

بعد تحديد أهمية الموضوع وتعريفه وتحديد انواعه، ينبغي الإشارة، حسب وجهة المشرع أنه لابد للتجارب الطبية أن تبقى ضمن الحدود الأخلاقية والإنسانية والقانونية لحماية البشرية.من ثم البحث في مشروعية هذه التجارب من الوجهة الشرعية والقانونية والأخلاقية والإنسانية، ودراسة أحكامها الفقهية والنظامية وجميع الإشكالات التي تصاحب مثل هذه التجارب الطبية والعلمية من الأمور الضرورية.

---

[1] - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص29.

[2] - عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص357.

[3] - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص30.

[4] - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص30.

ولأن البحث في موضوع التجارب الطبية شاسع ومتشعب ومتفرع، فمن الضروري تحديد مجال البحث في الورقة البحثية التي تتضمن الجانب القانوني دون الجوانب الأخرى للدراسة، كما تتضمن الدراسة القانون 18-11 بشكل خاص وما يتبعه في قانون العقوبات دون القوانين الأخرى، ليتسنى لنا التركيز على تفصيل أحد نقاط هذا الموضوع الشاسع. ومن أجل ذلك اخترنا التركيز على دراسة شروط اجراء التجارب الطبية، وجزاء تخلفها في قانون الصحة 18-11. لذا الإشكالية التي تطرح في هذا الموضوع هي ما هي الشروط التي اعتمدها المشرع ضرورية لمشروعية التجربة الطبية ضمن قانون الصحة 18-11؟

وللإجابة عن الإشكالية السالفة الذكر سنعتمد على المنهج التحليلي بشكل أساسي، ولان الشروط الضرورية لاعتبار التجربة الطبية مشروعة قانونا، متنوعة سنقسمها إلى نوعين شروط شكلية وأخرى موضوعية وبذلك سنقسم بحثنا إلى ثلاثة محاور يتضمن المحور الأول، الشروط الشكلية لإجراء التجارب الطبية، ويتضمن المحور الثاني، الشروط الموضوعية لإجراء التجارب الطبية، أما المحور الثالث، فخصصناه لتحديد جزاء مخالفة شروط اجراء التجارب الطبية في قانون الصحة 18-11. وكان اختيارنا لهذا العنوان بالذات في المحور الثالث لأن الجزاء الجنائي تضمنه قانون الصحة والذي أرسلنا لتطبيق العقوبات في حالات معينة إلى تطبيق قانون العقوبات وفي حالات أخرى تطرق للعقوبات عن الجزاء الجنائي في قانون الصحة مباشرة.

المحور الأول: الشروط الشكلية لإجراء التجارب الطبية

الشروط الشكلية التي يجب توفرها لإجراء التجارب الطبية هي كل من الترخيص بمزاولة مهنة الطب، والترخيص بإجراء التجارب الطبية أو العلمية. وإجراء التجربة الطبية في المستشفيات المؤهلة لذلك.

الشرط الأول: الترخيص بمزاولة مهنة الطب

يشترط فيمن يقوم بإجراء التجارب الطبية أو العلمية على جسم الإنسان أن يكون مرخصا له بذلك قانونا طبقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها في القوانين المنظمة للمهن الطبية.وذلك بحصوله على الإجازة العلمية من الجامعات المعترف بها، طبقا للقواعد والأوضاع التي تضمنتها القوانين واللوائح، وهذه الإجازة هي أساس الترخيص الذي تتطلبه

القوانين الخاصة بالمهنة الحصول عليه قبل مزاولتها فعلا. وبذلك يستلزم أن يكون الطبيب حاصلا على موافقة نقابة الأطباء أو غيرها من الجهات العلمية أو المهنية[1].

والمشرف على التجربة يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، وهذا الأخير في الأغلب يهدف إلى إيجاد علاج ويمكن أن تكون شركة أدوية[2].

ويستلزم فيمن يقوم بالتجارب الطبية أن يكون متخصصا في مجال البحث الطبي أو العلمي ذي الصلة بالتجربة، وأن يقوم بالتجربة تحت اشراف طبي متخصص، وأن تكون لدى القائم بالتجربة أيضا، خبرة بعلوم الطب وعلى دراية بالأمراض والأدوية المناسبة لها[3].

ولقد تناول المشرع تنظيم مهنة الطب في قانون الصحة 18-11، ومدونة أخلاقيات الطب[4]، واشترط للحصول على الترخيص بمزاولة مهنة الطب توفر الشروط التالية[5]:

- التمتع بالجنسية الجزائرية.
- الحيازة على الدبلوم الجزائري، المطلوب أو الشهادة المعادلة لها.
- التمتع بالحقوق المدنية.
- عدم التعرض لأي حكم جزائي يتنافى مع ممارسة مهنة الصحة.
- التمتع بالقدرات البدنية والعقلية التي تتنفى مع ممارسة مهنة الطب.
- التسجيل في جدول الأطباء.

كما اشترطت المادة 204 من مدونة أخلاقيات الطب ضرورة التسجيل في قائمة الاعتماد لكل من يطلب الترخيص بمزاولة الطب، واستثنت من ذلك الأطباء والجراحين العاملين بقطاع الصحة العسكرية والأطباء الذين لا يمارسون المهنة بشكل فعلي.

---

[1]-ابتسام سي علي، حورية سويقي، فكرة التوازن القانوني بين الحق في اجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان والحق في التعويض، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد05، العدد02، سنة2022، ص207.

[2]- عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، الضوابط القانونية المستحدثة لإجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء قانون الصحة الجزائري الجديد 18-11، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد8، العدد2، سنة2020، ص98.

[3] - راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2015/2014، ص220.

[4]- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 جويلية 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52، سنة 1992.

[5] -عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص98.

إلا أن الملاحظ في قانون الصحة 18-11، قد استبعد أداء اليمين من الشروط التي تمكن من مزاولة مهنة الطب، بعدما كانت في ظل القانون السابق 85-05 شرطا ضروريا يؤدى بعد الترخيص مباشرة قبل المزاولة الفعلية للمهنة لكل من يريد مهنة الطب في الجزائر، فهل سكوت المشرع يعتبر سهوا أو عن قصد[1]؟

الشرط الثاني: الترخيص بإجراء التجارب الطبية أو العلمية

إن مجرد ثبوت الدراية الطبيب للقائم بالتجربة لا تكفي لممارسة مهنة الأبحاث الطبية، بل يلزمه موافقة الجهة المختصة بمنح الترخيص اللازم لمزاولة المهنة[2]، حيث تنص المادة 381 من قانون الصحة 18-11 المعدلة بموجب الأمر 20-02[3]، بأنه "تخضع الدراساتالعيادية لترخيص الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانيةالذي يبث في أجل ثلاثة (3) أشهر، على أساس ملف طبي وتقني، وتصريح بشأن إنجاز الدراسات العيادية على الكائن البشري، يقدمها المرقي.

يخضع كل تعديل لملف الدراسات العيادية، بعد الحصول على الترخيص، لموافقة الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية".

ينبغي الإشارة أولا أنه في القانون 18-11، الوزير المختص هو وزير الصحة وبعد التعديل بموجب الأمر 20-02 أصبح الوزير المختص هو الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية أي هناك تغيير في تسمية الحقيبة الوزارية.

يتضح من خلال نص المادة 381 السالفة الذكر أنه يتم الحصول على الترخيص بإجراء التجارب الطبية العلاجية منها أو غير العلاجية من طرف الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، بعد تقديم طلب طبي وتقني من طرف المرقي، الذي يتضمن بروتوكول البحث، علما أنه كان في السابق هذا الاجراء يخضع لموافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الصحية، فقد أعاد المشرع هذه الصلاحية إلى الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية الذي يدرس الطلب ويبث فيه في مدة 03 أشهر، بالقبول أو الرفض، غير أن المادة لم توضح

---

[1] - المرجع السابق، ص99.

[2] - ابتسام سي علي، حورية سويقي، المرجع السابق، ص207.

[3]-أمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020 يعدل ويتمم القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 والمتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد 50، سنة 2020.

بصفة مفصلة طريقة هذا الاجراء، خاصة في حالة الرفض هل يجوز الطعن في القرار الصادر عن الوزيرالمكلفبالصناعة الصيدلانية، وهو مايثير نوعا من الغموض في هذه المادة، فكان الأفضل لو بين المشرع الإجراءات الخاصة بالحصول على الترخيص[1].

كما أنه في حالة وجود تغيير على بروتوكول البحث، بعد الحصول على الترخيص، فإنه يجب على المرقي إخطار الوزير بهذا التعديل للحصول على موافقته من جديد، كأن يقوم المرقي بتغيير الشخص الخاضع للتجربة، أو تغيير موضوع أو هدف التجربة الطبية أو العلمية، أو زيادة المدة الزمنية المطلوبة لإجرائها، أو زيادة الطاقم الطبي الذي سوف يقوم بإجراء هذه التجربة أو الإنقاص منها، كل هذه الحالات المتصورة يلتزم المرقي بإخطار الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، من أجل الترخيص له من جديد بإجراء التجربة[2].

كما نصت المادة 53 من م.أ.ط بأنه "يحظر على الطبيب إجراء تجارب الأدوية والتقنيات قبل إقرارها من الجهة المختصة".

ونجد أنه قد استحدث قانون الصحة 18-05 لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية التي تتمتع بالاستقلالية التامة، مهمتها إبداء رأيها في مشاريع التجارب الطبية والعلمية على الانسان وهذا ما تضمنه نص المادة 383 من قانون الصحة 18-11، والتي جاء فيها بأنه "تخضع الدراسات العيادية لرأي لجنة الأخلاقيات الطبية ..."[3].وتجدر الإشارة أنه سابقا في ظل القانون 58-05، فإن المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية هو الذي كان يقوم بدراسة المشاريع المقدمة لإجراء التجارب الطبية أو العلمية.

وهناك تساؤلات كثيرة طرحت بعد صدور قانون الصحة 18-11، تتعلق بعمل هذه اللجنة المستحدثة وبسيرها. خاصة ما تعلق بالإجراءات الخاصة للحصول على الترخيص بإجراء التجربة، ومدى حجية الرأي الذي تصدره لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية، ومدى إلزاميته لشخص المرقي، والمدة التي تستغرقها لدراسة الملفات، وغيرها من التفاصيل الدقيقة التي ترتبط بالحصول على الترخيص بصفة نهائية، وكيفية الطعن في رأي اللجنة[4].

---

[1] -عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص100.

[2] - المرجع السابق، ص100.

[3] - هارون سمير، بوصوارميسوم، التجارب الطبية على جسم الإنسان بين الضرورة الطبية وحق سلامة الجسد في ظل قانون الصحة الجزائري 18-11، مجلة الدراسات القانونية، المجلد8، العدد2، سنة2022، ص1276.

[4] -عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص101.

كما أنه باستقراء النصين السابقين 381 و383 من قانون الصحة 18-11، لم يحدد الترتيب المنطقي، هل يتم تقديم بروتوكولات البحث الخاص بالتجارب الطبية إلى اللجنة المذكورة أعلاه أولا لإبداء رأيها؟ ثم بناء على هذا الرأي يصدر الوزير الترخيص أو العكس أي أن يصدر الوزير الترخيص ثم يأتي دور لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العياديةبإعطاء الترخيص[1].

واجابة عن التساؤل السالف ذكره يرى الباحثين، عماد الدين بركات، وحمادي محمد رضا أنه يستحسن الأخذ بالصورة الأولى المتعلقة بإبداء لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية لرأيها أولا، ثم يأتي ترخيص الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، للعديد من الاعتبارات أولهما أن عمل اللجنة سيكون بدراسة المشاريع الخاصة بالتجارب الطبية والعلمية بصفة مستقلة عن الوزارة، كما اللجنة تتضمن أشخاص ذو كفاءة وخبرة ورأيها يتميز بقيمة علمية[2]. وبدوري أستحسن الأخذ بهذا الرأي، لأن اللجنة دورها دراسة الطلب من ناحية توفر الشروط العلمية للقيام بالتجربة الطبية أم دور الوزير هو التأكد من توافر الشروط القانونية والإدارية ومدى مشروعية القيام بهذه التجربة الطبية من جميع النواحي عامة الأخلاقية منها والقانونية والعلمية والشرعية والإنسانية، فيبقى رأي الوزير بإصدار الترخيص يكون لاحقا على رأي اللجنة.

الشرط الثالث: إجراء التجربة الطبية في المستشفيات المؤهلة لذلك

جاء في نص المادة 379 من قانون الصحة 18-11 أنه "يجب إجراء الدراسات بالتطابق مع قواعد الممارسات الحسنة في هذا المجال في الهياكل المعتمدة والمرخص لهذا الغرضحسب الكيفيات المحددة من طرف الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية". بمعنى أنه يجب أن تجري التجارب الطبية في أماكن مرخص لها بإجراء التجارب، نظرا لتوفر الأجهزة والإمكانيات والمعدات اللازمة لحماية الأشخاص الخاضعين لإجراء التجارب على

---

[1] - المرجع السابق، ص101.

[2] - المرجع السابق، ص102.

أجسامهم[1]، كالمستشفيات والمراكز الطبية المتخصصة التي تعتبر المكان الملائم لإجراء هذه التجارب[2].

وتعتبر من الأمور الحسنة التي قام بها المشرع، أنه قرر اعتماد هياكل صحية لإجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان، وتكون مرخصة لذلك من الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، لأنه في ظل القانون السابق كانت تابعة بصفة عامة للهياكل الصحية دون تفصيل، خاصة أن المشرع كان قد رخص في وقت سابق بخصوص إجراء عمليات نقل الأعضاء أين نظم المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل الأعضاء[3].

وحسب رأي عماد الدين بركات، وحمادي محمد رضا، فإنه من الأفضل أن تكون الهياكل التي سوف يتم الترخيص لها مستقبلا لإجراء التجارب الطبية، تكون هياكل صحية عمومية متخصصة تتوفر على الشروط اللازمة ومجهزة بالأجهزة الفنية الحديثة وبالطاقم الطبي المؤهل والمتخصص، للقيام بهذا النوع من الأعمال الطبية الخطيرة، وذلك لضمان تحقيق أكبر قدر من النجاح للتجربة وبأقل الأضرار المحتملة. ويجب أن تخضع لاحترام الشروط التالية[4]:

- القدرة على ضمان المراقبة الكافية للأشخاص.
- تأمين عدد من الأسرة بما يتناسب مع الأنشطة المخطط لها.
- حسن التنظيم لضمان سرية المعلومات والبيانات المتعلقة بالأبحاث والأشخاص المشاركين في التجارب.
- توفر الشروط اللوجستية والمعدات وشروط النظافة والصيانة وتوفر كفاءة الأشخاص العاملين في هذه الأماكن لضمان سلامة الأشخاص.
- إنشاء نظام لضمان الجودة.

المحور الثاني: الشروط الموضوعية لإجراء التجارب الطبية

---

[1] – ابتسام سي علي، حرية سويقي، المرجع السابق، ص208.

[2] - هارون سمير، بوصوارميسوم، المرجع السابق، ص1276.

[3] -عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص103.

[4] - المرجع السابق، ص103.

هناك مجموعة من الشروط الموضوعية التي يجب توافرها لإجراء التجارب الطبية، وهي رضا الشخص الخاضع للتجربة، توفر المصلحة من إجراء التجارب الطبية، الموازنة بين منافع التجربة الطبية ومخاطرها، كفاءة الطبيب ومراعاته للمتطلبات العلمية، الرقابة من جهات متخصصة على التجارب الطبية والعلمية، عدم إفشاء السر الطبي، وشرط مراعاة الأصول العلمية عند إجراء التجارب الطبية.

الشرط الأول: رضا الشخص الخاضع للتجربة

طبقا للقواعد العامة في العقد فإنه يستلزم توافر ركن التراضي في أي علاقة عقدية، ويكون ذلك أولا، بوجود الإرادة بتوافر عنصري الايجاب والقبول، وتطابق الايجاب مع القبول. وثانيا، صحة الإرادة بالخلو من عيوب الرضا، وتوافر الأهلية. واستكمالا للقواعد العامة هناك أيضا قواعد خاصة تضمنت وجوب توافر ركن التراضي في العلاقة التي تربط الشخص الخاضع للتجربة بالشخص الذي سيقوم بإجراء التجربة عليه. وهذه القواعد يطول شرحها لما لها أهمية في إجراء التجربة الطبية على الانسان، إلا سنحاول تسليط الضوء على الشروط الخاصة بالمريض الأساسية لإجراء التجربة الطبية وهي:

أولا: صدور موافقة الشخص الخاضع للتجربة الطبية على إجراء هاخالية من العيوب

وأفرد المشرع في قانون الصحة 18-11، فصلا خاصا بالجوانب الأخلاقية للمرضى، وحصر تنظيم الموافقة للمريض على الأعمال الطبية التي يخضع لها وكذا الالتزام بإعلام المريض، وتطبيقا للمادة 343 منه حدد المشرع البيانات التي يجب إعلام المريض بها، وأناط مهمة الإعلام إلى كل مهني الصحة، مع احترام القواعد الأدبية والمهنية في ذلك[1].

ولقد حرص المشرع على توافر كل من الموافقة المستنيرة أو الرضا المتبصر في نص المادة 23 من قانون الصحة، وكذا الرضا الحر في نص المادة 1/386 من قانون الصحة. حيث جاء في نص المادة 23 أنه "يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها.

تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية من طرف الأولياء أو الممثل الشرعي". وجاء في نص المادة 1/386 بأنه "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبر

---

[1] - هارون سمير، بوصوارميسوم، المرجع السابق، ص1271.

الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية، أو عند تعذر ذلك، ممثلوهم الشرعيون عن موافقتهم الحرة والصريحة والمستنيرة، كتابيا، وبعد اطلاعهم من طرف الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله ..."

حيث يشترط لإجراء التجارب الطبية سواء كانت علاجية أو علمية الحصول على الموافقة المسبقة والمستنيرة للشخص قبل تنفيذ التجربة عليه، ولا تكون لهذه الموافقة أية قيمة قانونية إلا إذا سبقها إعلام كاف بكل العناصر التي يجب معرفتها، خاصة ما يتعلق فيها بالأخطار المفترضة بالتجربة، وعليه لابد من استشارة المريض وتخييره بين إجراء التجربة أو الامتناع عن ذلك، على أن يكون الرضا حرا صادرا بدون إكراه أو ضغط[1]. ومن ثم لا يعتد برضا الشخص إذا كان ضحية تدليس أو غش أو خداع، أو غلط، أو صدر منه تحت تأثير الخوف أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب حرية الاختيار[2].

وفي هذا المجال أثيرت عدة حالات كانت محلا للتحليل والشرح حول توفر معنى الاكراه والضغط فيها، بمفهوم أو سع مما هو عليه في النظرية العامة للالتزام ليشمل أي ضغط مهما كان مصدره ماديا كان أو معنويا، طبيا كان أو اقتصاديا. ومن هذه الحالات الموافقة التي تقترن بحصول صاحبها على مقابل مالي، والموافقة للخضوع للتجربة بمقتضى الخداع، وحالات موافقة الشخص الذي يكون في حالة تبعية، كالمساجين وبشكل خاص المحكوم عليهم بالإعدام[3].

ثانيا: أهلية الشخص الخاضع للتجربة الطبية

يجب أن يصدر الرضا عن ذي أهلية وذلك لأن العلاقة التي تربط الطبيب بالشخص الخاضع للتجربة هي في الغالب علاقة تعاقدية، وهذا العقد يشترط أن يكون الرضا موجودا وصحيحا، بأن يكون كل من طرفيه أهلا للتعاقد، فالأصل أن يكون الخاضع للتجربة كامل الأهلية[4]. فلا بد أن يتمتع هذا الأخير بحرية الإدراك والتمييز، وينتقل هذا الحق إلى من

---

[1] – ابتسام سي علي، حورية سيويقي، المرجع السابق، ص208.

[2] - بن النوي خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان وأثرها لى المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، السنة الجامعية 2013/2012، ص85.

[3]- - بن النوي خالد، المرج السابق، ص86 وما يليها.

[4] - ابتسام سي علي، حورية سويقي، المرجع السابق، ص208.

يمثله قانونا لاسيما في حالة صغر السن أو في حالة الإصابة بالأمراض العقلية التي تؤثر على القدرة في الإدراك فتعدمها أو تنقصها[1].

وفي هذا الصدد أثيرت العديد من الحالات للنقاش نذكر منها التجارب على جثث الموتى، التجارب على الجنين، التجارب على المجنون (المادة 128، 129 ق.ص)، التجارب على القاصر المميز والقاصر غير المميز (المادة 1/386 ق.ص. المادة 40 ق.م)[2].

الشرط الثاني: توفر المصلحة من إجراء التجارب الطبية

من أصول ممارسة العمل الطبي أن يهدف إلى علاج الشخص المريض، من أجل شفاءه وتخفيف ما يشعر به من آلام، فلا يجوز اجراء أبحاث أو تجارب يترتب عليها أخطارا للمريض دون توفر غرض طبي جاد، وانما لمجرد تحقيق مجد علمي[3].

إذ أن المصلحة من إجراء التجارب الطبية تختلف باختلاف نوع التجربة، فالتجارب العلاجية سواء كان الشخص الخاضع للتجربة فيها سليما أو مريضا[4]، تهدف إلى علاج الخاضعين لها، أو تشخيص الأمراض والوقاية منها. أما التجارب العلمية فهدفها اجراء البحوث الطبية العلمية التي لا تحقق منفعة شخصية مباشرة للشخص الخاضع لها وإنما تحقق منفعة للبشرية أجمع، من خلال الوصول إلى طرق جديدة للقضاء على مختلف الأمراض[5].

وقد نصت المادة 18 من م.أ.ط بأنه " لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، وبعد التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

وأكد قانون الصحة أيضا على هذا التوجه، حينما حدد أنواع التجارب الطبية التي يمكن القيام بها، وهي التي تهدف إلى علاج الأشخاص الخاضعين لها، أو من أجل تشخيص الأمراض، والوقاية منها، ونص كذلك في مواد متفرقة كذلك على إجراء التجارب

---

[1] - هارون سمير، بوصوارميسوم، المرجع السابق، ص1272.

[2] - بن النوي خالد، المرجع السابق، ص101 وما يليها.

[3] --عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص105.

[4] - المرجع السابق، ص105.

[5] - ابتسام سي علي، حورية سويقي، المرجع السابق، ص208.

الطبية التي لا تهدف إلى العلاج، ولكن تهدف إلى إجراء البحوث الطبية العلمية التي لا تحقق منفعة شخصية مباشرة للشخص الخاضع لها[1].

وبذلك يتضح أن القانون يجيز التجارب الطبية سواء كانت علاجية أو علمية، فالهدف من التدخل الطبي هو العلاج بغرض شفاء المريض وفقا للأصول المتبعة، فلا يجوز للطبيب تجاوز هذه الغاية بإجراء علاج جديد، أو اجراء تجربة طبية من أجل فائدة البحث العلمي، إلا عند وجود المبرر الشرعي والقانوني[2].

الشرط الثالث: الموازنة بين منافع التجربة الطبية ومخاطرها

من الخصائص المعقدة في البحث العلمي وتجاربه، خاصة في نطاق التجارب الطبية، أنه يتعذر وضع تنظيم تفصيلي للتحكم فيه، ويرجع السبب في ذلك أن الحالات التي يجري عليها البحث لا يمكن تحديد مضمونها ومشكلاتها مقدما، وبذلك فقد ينتج ن هذه التجارب مخاطر قد تؤدي بالخاضع لها للتهلكة، ولذلك اشترط القانون لشرعية التجربة، أن تكون الأخطار المتوقعة بالنسبة للشخص الذي يخضع للتجربة مقبولة بالنظر إلى المنفعة المنتظرة منها، وهذا المبدأ يقضي بضرورة تحقيق قدر معقول من التوازن بين نتائج التجربة وبين أعراض المرض وعواقبه، بحيث لا يقدم الطبيب على اجراء التجربة إذا كانت غير مؤكدة أو كانت تؤدي إلى الموتأو إلى العجز[3].

والملاحظ أن المخاطر المسموح بقبولها في التجارب العلاجية أكبر منها في التجارب غير العلاجية، ففي التجارب العلاجية تتم المقارنة بين الفائدة الشخصية (المحتملة أو غير المحتملة) التي تعود على المريض، ويمكن أن يدخل في المقارنة أيضا الموازنة بين هذه الفائدة وبين عجز الطرق التقليدية عن تقديم العلاج الأمر الذي يسمح بقبول درجة أكبر من المخاطر[4].

---

[1] -عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص106.

[2] - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص134.

[3] - بن النوي خالد، المرجع السابق، ص114.

[4] - المرجع السابق، ص114.

أما عندما يتعلق الأمر بمصلحة غير علاجية فإنه يجب استبعاد المنفعة الفردية أو الشخصية، وبذلك يتعين أن يكون الخطر متنافيا أي منعدما بالنسبة للخاضع للتجربة، أيا كانت مصلحة البحث للطب وللمجتمع[1].

وفي إطار إعادة التنظيم الذي قام به المشرع لموضوع التجارب الطبية في قانون الصحة 18-11، واستدراكا منه للقصور والفراغ التشريعي الذي كان في القانون السابق، نجد أنه نص صراحة على هذا الشرط الخاص بإجراء موازنة بين المنافع المرجوة من التجارب الطبية والعلمية والمخاطر المحتملة منها، حيث ربط إجراءها بضرورة أن يكون معدل الفائدة من هذه التجارب يصب في مصلحة الشخص الخاضع لها، وإلا فإنها تصبح غير مشروعة[2]، حيث أقرت ذلك المادة 3/380 بنصها "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية على الكائن البشري إلا إذا كان معدل الفائدة بالنسبة للخطر المتوقع في صالح الشخص المني بالدراسة".

كما نصت على ذلك المادة 181 من نفس القانون حيث جاء فيها "أنه يتعين على مهنييالصحة:-الاستعانة، فورا، بتدخل ممارس طبي عند وقوع أو احتمال وقوع مضاعفات أثناء ممارسة نشاطهم، -عدم تعريض المريض لأخطار غير متكافئة مع الفائدة العلاجية المرجوة"

واشترط المشرع بالإضافة إلى ذلك أن يحتوي البروتوكول الذي يقدمه المرقي للحصول على الترخيص بإجراء التجربة لكل من الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانيةولجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية على تحديد المنافع والأخطار المتوقعة، وهو ما يمكن من بسط الرقابة عليه في حالة ما إذا كانت هذه التجارب سوف تؤدي بالإضرار بالأشخاص الخاضعين لها ووجود احتمالات كبيرة لوقوع ذلك، من خلال البروتوكول المتوفر لديهم، فتقوم بشكل مباشر بعدم منح الترخيص لمثل هاته التجارب التي لا تحترم شرط الموازنة بين المنافع المرجوة والمخاطر المتوقعة[3].

---

[1] - المرجع السابق، ص116.

[2]- عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص107.

[3] -عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص107.

وهو نفس ما اشترطه المشرع حينما ألزم المرقي، بعرض بروتوكول البحث مكتوبا على الشخص الذي سوف تجرى التجارب الطبية أو العلمية عليه، يتضمن جميع البيانات المتعلقة بالتجربة المزمع تجربتها عليه للموافقة عليها من طرفه، ومن بين هاته البيانات التصريح بالصعوبات والأخطار المتوقعة والبدائل المحتملة، وهو التزام بالإعلام للمريض أو الشخص الخاضع للتجربة، الذي له كل الحرية في قبول محتوى البروتوكول وبالتالي إجراء التجربة الطبية عليه، أو رفضه وبالتالي لا يجوز إجراء التجربة عليه، احتراما لإرادته وللرضا الصريح الصادر عنه[1].

فالمشرع أولى أهمية كبيرة لهذا الشرط، وحرص على عدم تعريض الشخص لعلاجات وتجارب طبية أو علمية، تكون فيها نسبة المخاطر مرتفعة مقارنة بالفائدة المرجوة منه، حفاظا على صحة المريض الخاضع للعلاج أو التجارب الطبية علاجية كانت أو غير علاجية[2].

ونصت المادة 17 من م.أ.طأيضا على ذلك، والتي جاء فيها "يجب أن يمتنع الطبيب عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو العلاجية".

الشرط الرابع: كفاءة الطبيب ومراعاته للمتطلبات العلمية

لقد نصت المادة 2/380 و3 من قانون الصحة في بأنه "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا:

-كان معدل الفائدة بالنسبة للخطر المتوقع في صالح الشخص المعني بالدراسة،

-كانت منفذة تحت إدارة ومراقبة طبيب باحث يثبت خبرة مناسبة.

-تمت في ظروف بشرية ومادية وتقنية تتلائم مع الدراسة العيادية وتتوافق ومقتضيات الصرامة العلمية وأمن الأشخاص الذين يخضعون للدراسة العيادية".

يتضح من خلال المادة السالفة الذكر أن كفاءة الطبيب العلمية شرط ضروري للقيام بالتجارب الطبية، لما تتسم به من تعقيد وتكتنفها العديد من الصعوبات، ولكون موضوع التجربة فيها هو جسم الإنسان.

---

[1] - المرجع السابق، ص107.

[2] - عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص108.

ولا يقصد بالكفاءة العلمية اللازمة لإجراء التجربة، مجرد الحصول على شهادة دكتوراه في الطب والجراحة فقط، وإنما تعني الكفاءة العلمية الحصول على الخبرة اللازمة من التدريب والتمرين على الوسائل الحديثة قبل تطبيقها على البشر[1]، وأن يكون القائم بالتجربة على علم بآخر ما توصل إليه العلم[2].

وتثبت هذه الكفاءة بقرار الموافقة الصادر من المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، وتقاس بالاعتماد على المعطيات والمعارف المسبقة عن الحالة موضوع التجربة من فحوصات وكذا توقعات المخاطر الممكن حدوثها. ويلتزم الطبيب عند إجراء التجربة مراعاة المتطلبات العلمية التي تلتقي بالمبادئ العامة في المسؤولية الطبية، حيث يلتزم ببذل العناية اللازمة وأن يكون التزامه مطابقا للمعطيات العلمية الحالية أو المعاصرة[3]. فالمبادئ العامة في المسؤولية الطبية تفرض أن يكون الطبيب ملما بالأصول العلمية الحديثة، ويشترط أيضا سبق اجراء التجربة في المعامل، ثم على حيوانات التجارب قبل إجرائها على الإنسان، فلا يجوز للطبيب الإقدام على تجربة لا علم له فيها[4].

الشرط الخامس: الرقابة من جهات متخصصة على التجارب الطبية والعلمية

إن خطورة التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان تدعو للقول بضرورة إخضاعها لرقابة جهات مستقلة للتأكد من مراعاة التجربة للقواعد القانونية والأخلاقية المنظمة لهذا المجال[5]، للتأكد من كفاءة وخبرة القائم بالتجربة وتفادي إحداث أضرار بالأشخاص[6].

فلهذه الرقابة أهمية تبرز من عدة وجوه، منها حماية الطوائف الضعيفة من الاستغلال الذي يمكن أن يتعرضوا له، كما أن هذه الرقابة تشكل نوع من التذكير للطبيب القائم بالتجربة بضرورة مراعاة الجوانب القانونية والأخلاقية قبل وأثناء وبعد القيام بمثل هذه التجارب الطبية[7].

---

[1] -المرجع السابق، ص108.

[2] - ابتسام سي علي، حورية سويقي، المرجع السابق، ص209.

[3] - ابتسام سي علي، حورية سويقي، المرجع السابق، ص209.

[4] -عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص109.

[5] - المرجع السابق، ص112.

[6] - ابتسام سي علي، حورية سويقي، المرجع السابق، ص209.

[7] -عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص112.

وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها نجد أن المشرع أولى أهمية تقديم التوصيات والتوجيه والنظر في القيمة العلمية لمشروع التجريب إلى جهة افترض فيها الاستقلالية وهي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية (المادة 168 قانون 90-17 المعدل والمتمم للقانون 85-05 المتضمن حماية الصحة وترقيتها)[1].

وبصدور قانون الصحة 18-11، نص على اسناد هذه المهمة لهيئة جديدة تسمى "لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية" بموجب المواد 382 و383 منه. وقد نصت المادة 447 من قانون الصحة 18-11 بأنه "يواصل المجلس الوطني والمجالس الجهوية للأدبيات الطبية المنتخبة والمنصبة وفقا لأحكام القانون 85-05 السالف ذكره، ممارسة صلاحياتها إلى غاية تنصيب المجالس الوطنية والجهوية للأدبيات الطبية المنصوص عليها في هذا القانون". كما نصت المادة 446 من نفس القانون بأنه يتم تنصيب المصالح الخارجية للصحة في أجل أقصاه سنتان ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية".

بمعنى أنه يبقى عمل المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية كهيئة رقابية مؤقتة على اجراء التجارب الطبية والعلمية على الانسان إلى غاية تنصيب لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية[2].

الشرط السادس: عدم إفشاء السر الطبي

السر المهني هو كل ما يعرفه الطبيب أثناء ممارسته لمهنته، أو بسببها أو بمناسبتها، وكان في إفشائه ضرر للشخص أو لعائلته، أما إفشاء السر فهو إطلاع الغير عليه. فكل أعضاء السلك الطبي يقع عليهم التزام بعدم التصريح بما يعلمون به من أسرار مهنية سواء علموا بها بمفردهم أو أطلعهم عليها المريض[3].

وقد أوجب المشرع في المادة 1/169 من قانون الصحة 18-11 على مهني الصحة الالتزام بعدم افشاء الأسرار الطبية و/أو المهنية، بحيث لكل شخص الحق في احترام حياته

---

[1] - كوحيل عمار، النظام القانوني للتجارب الطبية على جسم الإنسان، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص حقوق، فرع قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2019/2018، ص240.

[2] -عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص113.

[3] - ابتسام سي علي، حورية سويقي، المرجع السابق، ص210.

الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به،ولا يمكن الكشف عنها إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا طبقا للمادة 1/24 من قانون الصحة 18-11. وقد ذكرت المادة 2/24 من القانون السالف ذكرهبأنه يمكن رفع السر الطبي من طرف الجهة القضائية المختصة، كما يمكن رفعه بالنسبة للقصر أو عديمي الأهلية بطلب من الزوج أو الأب أو الأم أو الممثل الشرعي. كما ذكرت المادة 2/169 من القانون السالف ذكره بأنه عندما يتدخل المهنيون ضمن فريق للتكفل بمريض، يجب توزيع المعلومات المتحصل عليها من أحدهم على كل الأعضاء الآخرين وذلك يصب في مصلحة المريض.

الشرط السابع: شرط مراعاة الأصول العلمية عند إجراء التجارب الطبية

يقصد بتوفر الأصول العلمية الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا بين الأطباء والتي يجب أن يلتزموا بها وقت قيامهم بالعمل الطبي، وتتمثل هذه الأصول في القواعد والأطر التي يجب أن يراعيها الطبيب والتي تفرض عليه الانتباه واليقظة والحيطة ومختلف الواجبات التي تفرضها طبية الأعمال الطبية[1].

وحتى يعتبر الأسلوب العلمي من الأصول يجب أن يعلن عنه من قبل مدرسة طبية معترف بها، وعلى الطبيب أن يلم بهذه الأصول العلمية وقت قيامه بالعمل الطبي، وعلى الطبيب أن يلتزم بأن يبذل للمريض عناية خاصة، وجهودا صادقة يقظة متفقة مع الأصول العلمية[2].

ويقع على الطبيب القائم بالتجربة الطبية مراعاة القواعد المتبعة في ممارسة مهنة الطب، وهي نوعين، أولهما تلك القواعد العامة المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية ككل، والتي تشمل واجب الحيطة والحذر الملزم به كافة أفراد المجتمع، ويؤدي الاخلال به إلى قيام المسؤولية، ومن أمثلة ذلك قيام الطبيب بإجراء تجربة طبية دون مراعاة الشروط الخاصة بنظافة المكان أو دون تعقيم الأجهزة والوسائل المستخدمة[3].

أما النوع الثاني من القواعد فهو يشمل القواعد والأصول الطبية المعروفة وهي ما استقر عليه أهل الطب في ممارستهم اليومية حسب التخصصات، ويشكل الإخلال بها ما يسمى بالخطأ المهني أو الفني. لذلك يجب على القائمين بالتجارب الطبية الالتزام بالأصول والقواعد

---

[1] - هارون سمير، بوصوارميسوم، المرجع السابق، ص1277، 1278.

[2]-عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص110.

[3] - المرجع السابق، ص110.

المتعارف عليها نظريا وعمليا في المعاهد والمؤسسات العلمية الشهيرة، وأن يكونوا على دراية بأخر ما توصل إليه العلم من بحوث في التجارب الطبية التي يقومون بها[1].

وقد جاء المشرع بهذا الشرط في المادة 378 من قانون الصحة والتي تنص بأنه "يجب أن تراعي الدراسات العيادية، وجوبا المبادئ الأخلاقية والعلمية والأخلاقيات والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية".

وفي نفس السياق تضيف المادة 380 من قانون الصحة بأنه "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية على الكائن البشري إلا إذا: -كانت مؤسسة على آخر ما توصل إليه البحث العيادي والمعارف العلمية وتجربة ما قبل عيادية كافية ...".

وهو ما أكده أيضا موقف القضاء، حيث أن قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 23 جانفي 2008 جاء فيه بأنه "يقع على الطبيب الالتزام ببذل الجهود الصادقة المتفقة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية كأصل عام ماعدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على عاتق الطبيبتحقيق نتيجة".

المحور الثالث: جزاء مخالفة شروط إجراء التجارب العلمية وفقا للقانون 18-11

يترتب على تخلف أحد الشروط الشكلية او الموضوعية لإجراء التجارب الطبية عقوبات معينة نص عليها قانون الصحة بالإضافة الى العقوبات المنصوص ليها في قانون العقوبات. وقد سبق أن قمنا بشرح الشروط الشكلية التي يجب توفرها لإجراء التجارب الطبية وهي كل من الترخيص بمزاولة مهنة الطب، والترخيص بإجراء التجارب الطبية أو العلمية. وإجراء التجربة الطبية في المستشفيات المؤهلة لذلك.

كما هناك مجموعة من الشروط الموضوعية التي يجب توافرها لإجراء التجارب الطبية، وهي رضا الشخص الخاضع للتجربة، توفر المصلحة من إجراء التجارب الطبية، الموازنة بين منافع التجربة الطبية ومخاطرها، كفاءة الطبيب ومراعاته للمتطلبات العلمية، الرقابة من جهاتمتخصصة على التجارب الطبية والعلمية، عدم إفشاء السر الطبي، وشرط مراعاة الأصول العلمية عند إجراء التجارب الطبية.

---

[1] -عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص111.

وفي حالة تخلف شروط اجراء التجارب الطبية تضمن قانون الصحة مجموعة من الجرائم نص على العقوبات المقررة لها في قانون العقوبات من جهة،حيثينص المشرع في المادة 413 من قانون الصحة 18-11 بأنه "باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288 و289 و442 (الفقرة 2) من قانون العقوبات، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، 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".

إن المبدأ هو مساءلة الطبيب الباحث عند خروجه عن مراعاة الشروط القانونية المتعلقة بالتجريب الطبي مما يوفر على كل مساس غير مشروع بجسم الشخص الخاضع للتجربة ومهما كان الغرض منها علاجية أم علمية محضة، وهذا المساس قد يؤدي إلى إزهاق الروح أو جرح أو تسميم أو إحداث عاهات مستديمة[1].

ومرد هذه الجرائم هو التقصير أو الخطأ المهني الحاصل عند ممارسة المهنة أو بمناسبتها ولو كان متفقا عليه في إطار التجريب الطبي العلمي، فلا حاجة للرضا في هذا الخصوص مادام أن الرضا لا يضفي وحده وصف الشرعية على الممارسة الطبية التجريبية وليس سببا من أسباب الإباحة في الجرائم التي تمس جسم الإنسان لأن مبدأ سلامة الجسم من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته[2].

وقد تضمنت المادة 288 ق.ع القتل الخطأ وتضمنت المادة 289 ق.ع الجرح الخطأ الذي يؤدي إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر.

أما المادة 2/442 ق.ع التي أضيفت في قانون الصحة 18-11، فإنها تتضمن المخالفات المتعلقة بالأشخاص وتتمثل في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر ويكون ذلك عن طريق الخطأ بدون قصد من طرف الطبيب.

---

[1] - كوحيل عمار، المرجع السابق، ص282.

[2] - المرجع السابق، ص282.

والقتل أو الجرح الخطأ الذي رتب عجزا دائما أو عجزا غير دائم، يكون حسب نص الموادالسالفة الذكر، سببه رعونة القائم بالتجربة أو الطبيب أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة.

وينص المشرع على المسؤولية الناشئة عن عدم احترام شروط اجراء التجارب الطبية العلمية، حيث أن الرضا بالأعمال الطبية التجريبية لا يبيح المساس بجسم الإنسان وقصد العلاج وإقرار المشرع لها. والمشرع أذن بذلك صراحة وأصبغ الشرعية القانونية على التجارب الطبية الغير علاجية أي دون قصد العلاج ودون ضرورة تملية الحالة الصحية للمتطوع لها شريطة التأشير بالموافقة عليها من طرف الجهة المختصة بذلك (الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية حاليا، والمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية سابقا)، مما يتعين أن كل خروج عن هذا الإطار هو فعل مجرم واعتداء فاضح عن مبدأ ما أذن به القانون ويستوجب المساءلة الجنائية والجزاء المقرر[1] كوحيل285.استنادا إلى المواد 288، 289، و2/442 من ق.ع.

ومن العقوبات الناتجة عن مخالفة شروط التجربة الطبية، المنصوص عليها في قانون العقوبات، نجد العقوبة لمخالفة شرط عدم التقيد بالتزام السر الطبي والمهني المنصوص عليه في المادة 417 ق.ص والذي يعرض صاحبه للعقوبات المنصوص ليها في أحكام المادة 301 ق.ع، التي تنص بأنه "يعاقب بالحبس .. ويصرح لهم بذلك. ...".

ومن جهة أخرى قد تقرر الجزاء عن صور معينة من الجرائم الموجبة للمسؤولية الجزائية بسبب مخالفة شروط اجراء التجارب العلمية في مواد أخرى منصوص عليها في قانون الصحة على النحو التالي:

–المسؤولية الناشئة عن اجراء التجارب الطبية دون رضاء الخاضع لها، حيث أن كل ممارسة طبية تجريبية من دون أخذ رضا الشخص الخاضع لها مريضا كان أم متطوعا أو أخذ موافقة من يمثله وبالشروط المتطلبة قانونا، بعد إعلامه بمخاطرها إعلاما حرا ومتبصرا يخول له حق القبول أو الرفض الطوعي لها يعد خطأ عمدي طبقا لقانون العقوبات، يبيح تحريك الدعوى الجنائية ضد هذا الطبيب الباحثأو القائم على التجربة استنادا إلى التقصير أو

[1] - كوحيل عمار، المرجع السابق، ص285.

الخطأ المهني[1] الذي دلت عليه المادة 413 من قانون الصحة 18-11، كما أن كل استمرار في مجريات التجربة بعد عدول الخاضع لها عن رضائه بها يعد جرم في حقه يثير كذلك المسؤولية الجزائية.

واستنادا أيضا إلى قانون الصحة هناك جزاء منصوص عليه بشكل خاص في المادة 439، و440 من قانون الصحة، حيث يعاقب الطبيب الباحث الذي يشرع في الدراسة العيادية دون الحصول على موافقة الشخص المدرج في بروتوكول البحث بالحبس والغرامة. وهذا الجزاء يترتب على الطبيب سواء أحدث للمريض أو المتطوع قتلا أو جرحا دائما أو لم يحدث له ذلك، فمجرد عدم الحصول على موافقة الشخص المجرب عليه يعتبر جريمة في حقه تستدعي مسؤولية القائم بالتجربة.

-مسؤولية الباحثين، ومصنعي الأدوية الناشئة على مخالفة الأحكام والتراخيص المتعلقة بتجارب الأدوية والمواد البيولوجية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري التي أطرها المشرع ضمن أحكام قانون الصحة وتعديلاته. وكل مسؤولية الناشئة عن الاخلال بالإجراءات الإدارية المتمثلة أساسا في التصريح أو الترخيص[2].

ومن المواد التي نصت على ذلك في قانون الصحة هناك المادة 389 و390 و394 و396 من ق.ص، المتعلقة بالتراخيص التي يجب أن يحصل عليها للمرقي أو الشخص الذي يقوم بالدراسات التجريبية الصيدلانية.

كما أن هناك المادة 381 من ق.ص، التي تتعلق الزامية الحصول على الترخيص للقيام بالدراسات العيادية، وتصريح بشأن إنجازها على الكائن البشري، والتي يقدمها المرقي. كما يخضع أي تعديل لملف الدراسات العيادية لضرورة حصوله على موافقة من طرف الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، والعقوبات المقررة على مخالفة نص المادة 381، جاءت بشكل خاص في المادة 438 من ق.ص، والمتمثلة في الحبس والغرامة.

بالإضافة إلى مساءلة الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى المخالفات السالفة الذكر والمنصوص عليها في الباب الثامن المتعلق بالأحكام الجزائية التي جاء بها قانون الصحة وذلك طبقا لنص الماد 441 من ق.ص. وتتمثل هذه العقوبات فيما يلي:

---

[1] - كوحيل عمار، المرجع السابق، ص283.

[2] - المرجع السابق، ص285، 286.

1-غرامة لا يمكن أن تقل عن خمسة أضعاف الغرامة القصوى المنصوص عليها للشخص الطبيعي.

2- عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حجز الوسائل والعتاد المستعمل في ارتكاب المخالفة.
- المنع من ممارسة نشاط الصحة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- غلق المؤسسة أو إحدى ملحقاتها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- حل الشخص المعنوي.

الخاتمة

إن التجارب الطبية على جسم الإنسان سواء أكانت علاجية أو غير علاجية، تعتبر من التدخلات الطبية التي لا يمكن تجنبها لتقدم العلوم الطبية، كونها وسيلة الأطباء في إيجاد علاج ناجح للأمراض الجديدة. وهذا الذي جعلنا نهتم بالموضوع الذي تمت دراسته في هذه المداخلة بعنوان شروط إجراء التجارب الطبية وجزاء مخالفتها وفقا لقانون الصحة 18-11.

فلقد قيد المشرع الجزائري حق الأطباء في إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان بمجموعة من الشروطمنها ما هي شكلية تتمثل في كل من الترخيص بمزاولة مهنة الطب، والترخيص بإجراء التجارب الطبية أو العلمية. وإجراء التجربة الطبية في المستشفيات المؤهلة لذلك. ومنها ما هي شروط موضوعية، وتتمثل في رضا الشخص الخاضع للتجربة، توفر المصلحة من إجراء التجارب الطبية، الموازنة بين منافع التجربة الطبية ومخاطرها، كفاءة الطبيب ومراعاته للمتطلبات العلمية، الرقابة من جهات متخصصة على التجارب الطبية والعلمية، عدم إفشاء السر الطبي، وشرط مراعاة الأصول العلمية عند إجراء التجارب الطبية. يترتب على تخلف أحد الشروط الشكلية او الموضوعية لإجراء التجارب الطبية عقوبات معينة نص عليها قانون الصحة مباشرة، بالإضافة الى العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات التي أرسل إلى تطبيقها قانون الصحة 18-11، فيجرائم معينة تتعلق بإجراء التجارب الطبية.

وبالرغم من أن المشرع حاول مسايرة التطور الحاصل في هذا المجال من خلال صدور قانون الصحة 18-11، إلا أنه أغفل النص على نقاط أساسية نذكر منها:

- وجوب القيام بالتجربة الطبية على الحيوان وظهور فرص نجاحها على هذه الحيوانات، قبل الانتقال لتجريبها على الإنسان.
- سن قانون يتعلق بأخلاقيات البحث في المجال الطبي والبيولوجي (بيو أخلاقية) يتوافق مع التطورات الطبية المستحدثة، يكون مرجية هذا القانون المبادئ الشرعية وقرارات المجمعات الفقهية الإسلامية، لتقييد الأطباء والعلماء بالضوابط الشرعية والقانونية والأخلاقية وكذا احاطة الجسم البشري بكل الضمانات الضرورية لحمايته.
- يجب مراجعة القوانين المنظمة للتجارب الطبية والعلمية بشكل دوري، حتى يتم الاستفادة من كل جديد في هذا المجال، وتطويرها بما يواكب العصر الحديث والتطورات الطبية.
- عدم وجود إحصائيات طبية في مجال إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان سواء الإيجابية أو السلبية، التي تحدد مختلف الأخطاء الطبية التي يمكن العمل على تفاديها في المستقبل وعدم الوقوع فيها مرة أخرى.
- على المشرع تحديد قائمة الهيئات المرخص لها القيام بعمليات التجارب الطبية سواء تلك التابعة للقطاع العام أو الخاص.

المراجع:

1-بركات عماد الدين، حمادي محمد رضا، الضوابط القانونية المستحدثة لإجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء قانون الصحة الجزائري الجديد 18-11، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد8، العدد2، سنة2020، ص95-119.

2-بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ظوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2012.

3-بن النوي خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان وأثرها لى المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، السنة الجامعية 2013/2012.

4-راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2015/2014.
5-سي علي ابتسام، حورية سويقي، فكرة التوازن القانوني بين الحق في اجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان والحق في التعويض، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد05، العدد02، سنة2022، ص203-220.
6-عيساني رفيقة، أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد8، العدد1، سنة2022، ص352-368.
7-كوحيل عمار، النظام القانوني للتجارب الطبية على جسم الإنسان، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص حقوق، فرع قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2019/2018.
8-هارون سمير، بوصوارميسوم، التجارب الطبية على جسم الإنسان بين الضرورة الطبية وحق سلامة الجسد في ظل قانون الصحة الجزائري 18-11، مجلة الدراسات القانونية، المجلد8، العدد2، سنة2022، ص1259-1282.
9-أمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020 يعدل ويتمم القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 والمتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد 50، سنة 2020.
10- قانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد46، سنة 2018.
11- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 جويلية 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52، سنة 1992.

LE CODE DE NUREMBERG:

L'EMERGENCE DE L'ETHIQUE DE L'EXPERIMENTATION SUR L'HOMME

د. بن عبيد بوشمال صندرة
كلية الحقوق. جامعة بجاية

Résumé :

Le jugement rendu à Nuremberg le 19 août 1947 par le Tribunal militaire américain (TMA) dans le Procès des médecins, s'est imposé, à travers le « code de Nuremberg », comme une référence centrale de l'éthique et du droit de la recherche biomédicale sur les êtres humains. Le « code de Nuremberg » est l'extrait du jugement pénal de 1947, qui contient la liste des dix critères utilisés par le Tribunal pour apprécier le caractère licite ou illicite des expérimentations humaines reprochées aux vingt-trois accusés, – des médecins, pour la plupart.

Cette liste s'est autonomisée rapidement pour circuler sous la dénomination de « Nuremberg Code ou code de Nuremberg » en tant que corpus de préceptes déontologiques et de maximes morales s'imposant aux expérimentateurs.

Mots clés : bioéthique – expérimentation sur l'homme - Nuremberg – consentement – études cliniques.

INTRODUCTION

Depuis des siècles, de nombreuses expériences humaines avaient été réalisées sans le consentement des sujets, mais jamais avant la deuxième guerre mondiale, des expériences médicales n'avaient atteint un tel degré dans l'horreur. L'accusation a mis en évidence la dimension particulièrement atroce de ces expériences réalisées par des médecins allemands sur des humains dans les camps de concentrations

Cela a conduit à une véritable prise de conscience du Ministère Public sur les dangers du développement de la recherche médicale et sur la nécessité d'un encadrement strict des expérimentations humaines avec l'élaboration de dix règles qui ont pris par la suite le nom de Code de Nuremberg.

Le « Code de Nuremberg » est un extrait du jugement pénal du procès rendu les 19 et 20 août 1947, composé d'une liste de dix critères indiquant les conditions que doivent satisfaire les expérimentations pratiquées sur l'être humain. Ce code, conçu pour juger les crimes commis par des médecins sur des déportés, constitue le point de départ de la prise de conscience des dangers des progrès de la science avec les dérives qu'elle peut susciter, et de la nécessité de l'encadrer par un certain nombre de règles

Ce procès des médecins de Nuremberg a constitué à ce titre un événement d'une portée historique fondamentale sur les plans à la fois juridique et médical. Il a contribué à l'émergence de la bioéthique moderne en fixant pour la première fois la légitimité des expériences médicales, tout en mettant en place des limites destinées à protéger les sujets qui y participent avec l'instauration du « consentement éclairé ».

Aux fins du présent article, nous analyserons ce code composé d'une liste de critères devenue rapidement un corpus de préceptes déontologiques et de maximes morales s'imposant aux expérimentateurs. Pour cela, nous aborderons le sujet en deux points, le premier portera sur le code de Nuremberg qui constitue le premier code international d'éthique médicale. Nous détaillerons après l'influence de ce code sur les codes de bioéthique notamment en Algérie.

CHAPITRE I :
DU PROCES AU CODE DE NUREMBERG

Reposant en grande partie sur les dépositions des experts et des victimes lors du jugement des crimes commis par des médecins sur des déportés pendant la deuxième guerre mondiale, le **Code de Nuremberg** constitue le point de départ de la prise de conscience des dangers du progrès **médical** scientifique et de la nécessité de l'encadrer par des règles.

SECTION A : EVENEMENTS HISTORIQUE

Conscients de la dimension inédite des atrocités commises par les dirigeants du IIIème Reich. Les États-Unis, l'Union soviétique et la Grande-Bretagne avaient à nouveau affirmé[1] leur détermination à châtier les criminels de

[1] Une première fois, Une première fois, la décision de poursuivre les criminels nazis a été envisagée dans la déclaration de Saint-James Palace, le 12 janvier 1942, par les gouvernements en exil de la France, de

guerre après la victoire, en signant à Moscou, le 30 octobre 1943, une déclaration qui a abouti à la mise en place, à la fin de la guerre, d'une juridiction afin de juger et punir les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe.

A- LA LOI N° 10 DU CONSEIL DE CONTROLE SUR L'ALLEMAGNE

La mise à l'écart de la solution politique au profit de la solution juridique[1], et comme suite à la déclaration de Moscou, les Alliés ont signé un accord à Londres le 8 Aout 1945 pour régler le sort des dirigeants de l'Allemagne par l'instauration d'un tribunal militaire international après consultation avec le conseil de contrôle en Allemagne pour juger les grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe dont les crimes étaient sans localisation géographique précise.

La juridiction et les fonctions du tribunal ainsi que les incriminations ont été prévues dans un statut annexé à l'accord et faisant partie intégrante de ce dernier. Le procès qui s'est déroulé à Nuremberg, a commencé le 20 novembre 1945 et s'est terminé le 31 août 1946, durant cette période le Tribunal a jugé 24 grands criminels, a tenu 403 audiences publiques et a entendu 33 témoins du ministère public contre les accusés, 61 témoins sont venus à la barre pour la défense. 143 témoins ont déposé pour les accusés au moyen de réponses écrites à des interrogatoires[2].

Le 01 Octobre 1946, après plus de dix mois de débats, le verdict tombe, 12 inculpés condamnés à la peine de mort par pendaison, 03 autres à la réclusion à perpétuité et 04 à des peine allant de 10 à 20 ans d'emprisonnement, 03 des accusés sont reconnus non coupables et acquittés.

En outre, et dans la continuité de la décision de poursuivre les criminels nazis telle qu'elle avait été envisagée dans la déclaration de Saint-James Palace et la déclaration de Moscou, les Alliés établiront, sur la base de la loi N°10 du conseil de contrôle, des tribunaux pour crimes de guerre dans leur zone

---

la Norvège, de la Hollande, de la Belgique, du Luxembourg, de la Pologne, de la Yougoslavie, de la Tchécoslovaquie et de la Grèce…

[1] L'incertitude subsista pendant longtemps sur le sort des grands criminels de guerre, Staline était pour la fusillade appuyé par Churchill, ce dernier a fini par rejoindre l'avis de Roosevelt qui était pour un procès dans les formes. Voir : LANOTTE O., Répression des crimes de guerre, espoir ou utopie ?, GRIP ?N°199, 3/95 Bruxelles, p.15.

[2] Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg, historique et analyse, A/CN.4/4, 3/3/1949.

respective d'occupation en Allemagne, le procès de Nuremberg fut suivi de douze autres au cours desquels furent jugés et condamnés des hommes politiques, des militaires, des juristes, des industriels, des médecins…etc.

B - LE PROCES DES MEDECINS (MEDICAL CASE)

Le procès des 20 médecins et 3 scientifiques impliqués dans des expérimentations médicales est le premier des douze procès organisés en zone d'occupation américaine. Le procès des médecins a opposé le gouvernement militaire américain à un groupe de médecins : Karl Brandt, commissaire du Reich à la santé et ses co-inculpés, conformément à l'ordre N° 68 du gouverneur militaire américain en Allemagne du 25 octobre 1946.

Sur les quatre chefs d'accusation[1] l'accusation ne retint que les chefs de crime de guerre et contre l'humanité et d'appartenance à une organisation criminelle. Les faits visés étaient notamment les expériences médicales auxquelles tous les accusés étaient prévenus d'avoir participé[2].

Entre le 9 décembre 1946 et le 19 juillet 1947, l'accusation menée par le Brigadier Général Telford Taylor avait détaillé les expériences médicales menées sur des détenus dans les camps de concentration ou d'extermination par des accusés, qui étaient pour la plupart médecins, professeurs d'université, et parfois même des chercheurs réputés.

Devant l'abondance des preuves, les accusés ne pouvaient niés les crimes mais tentaient plutôt de les justifier, parfois même avec morgue, arguant de leur soumission à l'autorité de l'époque, aux besoins de la médecine de guerre et de l'obligation qu'ils avaient de faire progresser la thérapeutique afin de protéger

[1] Les quatre chefs d'accusation sont : « conspiration » pour la commission des crimes de guerre et crimes contre l'humanité ; « crimes de guerre » ; « crimes contre l'humanité » ; « appartenance à une organisation criminelle ».

[2] Les expérimentations humaines incriminées portaient : (A) sur la haute altitude, (B) sur le froid, (C) sur la malaria, (D) sur le gaz moutarde, (E) sur les sulfamides, (F) sur la régénération des os, muscles et nerfs, et sur la transplantation osseuse, (G) sur l'eau de mer, (H) sur l'ictère infectieux, (I) sur la stérilisation de masse, (J) sur le typhus et des vaccins, (K) sur des poisons, (L) sur les bombes incendiaires ; les débats firent apparaître en outre des expériences sur le phlegmon, sur le polygal (un coagulant du sang), sur le phénol et sur l'œdème gazeux. Certains accusés étaient prévenus, de surcroît, d'être impliqués dans les meurtres de juifs pour la constitution de la collection de squelettes de l'Université allemande de Strasbourg ; dans l'extermination des tuberculeux polonais en Pologne pour protéger de la contagion les allemands de Pologne ; dans l'extermination massive des « bouches inutiles » (personnes âgées, aliénés, enfants malformés, incurables, etc.) et dans l'envoi de médecins pour aider à l'extermination massive des juifs dans les pays occupés.

leurs soldats. En outre, pour l'accusation l'enjeu était plutôt de démontrer l'horreur nazie qui n'avait rien à voir avec les expérimentations conduites par les chercheurs américains ou du monde occidental « civilisé », ou au moins dans l'Allemagne d'avant 1933 [1] et d'éviter à tout prix que l'opinion publique mondiale indignée, ne condamne en bloc toute forme d'expérimentation humaine.

Ces médecins devaient répondre de meurtres et cruautés que le progrès de la science aurait rendu acceptables. Seize accusés furent condamnés, dont sept à la peine capitale[2] ; sept furent acquittés. Tous les accusés condamnés le furent au moins pour leur participation aux expériences[3].

Devant le vide juridique dans le domaine des expérimentations menées sur l'homme, les juges inculpèrent les accusés en se fondant sur des normes qu'ils avaient d'abord établies et qui sont maintenant connues sous le nom de Code de Nuremberg, et qui représente un progrès considérable sur le plan de l'affirmation des droits de la personne.

SECTION B : LE CODE DE NUREMBERG : PREMIER CODE *INTERNATIONAL* D'ETHIQUE MEDICALE

Le procès des médecins aboutit à l'énonciation de dix principes, rassemblés dans le code de Nuremberg et qui constituent le premier code bioéthique moderne et reste, avec sa vocation universelle, un point de référence pour les essais cliniques. Il fixe le caractère licite des expériences médicales et met en place des limites destinées à protéger les sujets qui y participent.

Le code de Nuremberg, qui n'est autre que l'extrait du jugement pénal rendu par le tribunal en 1947, est le premier texte de portée internationale qui ait édicté des règles sur les expérimentations conduites chez l'homme, il contient la liste des dix critères utilisés par le Tribunal pour apprécier le caractère licite ou illicite des expérimentations humaines reprochées aux accusés. De plus, Ce code a aussi été le premier, au plan international, à introduire, et avec solennité,

[1] Le procès avait pourtant vacillé lorsque les accusés et leurs avocats, aussi offensifs que bien informés, avaient mis à mal l'expert de l'accusation, le Pr Andrew Ivy, vice-président de l'Université Northwestern et ancien président de l'American Physiological Society, appelé de Chicago en renfort à Nuremberg pour défendre la recherche médicale américaine. Ils l'avaient obligé à reconnaître publiquement que les recommandations publiées par l'American Medical Association concernant la recherche sur l'homme (et qui mentionnaient l'obligation du consentement) n'existaient que depuis décembre 1946, c'est-à-dire « après » l'ouverture du procès.

[2] Les condamnations à la peine capitale sont exécutées le 2 juin 1948 à la prison de Landsberg.

[3] Sauf un qui ne le fut que pour son appartenance à l'organisation criminelle (SS).

l'obligation du consentement éclairé auquel il consacre le premier, et le plus long, de ses dix articles.

A – EXPERIMENTATIONS CONTRAIRES AUX « PRINCIPES DU DROIT DES GENS »

Le procès des médecins codifia les règles fixant les limites de l'expérimentation sur l'homme. Par cette seule codification, il rentre déjà dans l'histoire. Les quatre juges de Nuremberg étaient donc appelés à « codifier » eux -mêmes en s'appuyant, en plus des débats, sur les mémoires écrits par les experts de l'accusation[1], tout en traitant une seule question : « Qu'est-ce qui fait la différence entre un sujet et une victime ? »[2].

Le tribunal avait à juger des accusés à qui l'on reprochait de n'avoir réuni aucune des conditions qui auraient permis, du point de vue pénal, de considérer les victimes des expérimentations nazies comme les sujets d'expériences licites, étant donné que tous les sujets ayant été utilisés pour les expériences étaient des déportés. Ils avaient choisi de ne pas s'appuyer sur une norme préexistante qui n'est autre que leur engagement personnel par le serment Hippocratique[3], mais plutôt voulaient s'en tenir aux exigences qui sont de nature purement juridiques pour pouvoir déterminer la culpabilité et la sanction criminelle.

Les juges s'appuient sur des règles de droit international et concluent que: « À l'évidence, toutes ces expériences impliquant brutalités, tortures, blessures incapacitantes et décès furent conduites au mépris absolu des conventions internationales, des lois et coutumes de la guerre, des principes généraux du droit pénal tels qu'ils dérivent des lois pénales de toutes les nations civilisées, et de la loi n° 10 du Control Council. Manifestement, les expérimentations humaines dans de telles conditions sont contraires aux "*principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique*"[4]».

---

[1] les deux médecins experts américains cités par l'accusation, le professeur Andrew Ivy et le docteur Leo Alexander, Voir : AMIEL. P., VIALLA. F., op. cit., p. 11.

[2] : AMIEL. P., VIALLA. F., op. cit., p. 3.

[3] Le **serment** d'Hippocrate : « Au moment d'être admis(e) à exercer la **médecine**, je promets et je jure d'être fidèle aux lois de l'honneur et de la probité. Mon premier souci sera de rétablir, de préserver ou de promouvoir la santé dans tous ses éléments, physiques et mentaux, individuels et sociaux ».

[4] Extrait tiré de La clause de Martens: « En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des

En s'appuyant sur des références aux règles de droit international (droit des gens, droit de la guerre, usages entre nations civilisées...),le jugement de Nuremberg consacre les obligations personnelles qui découlent du serment d'Hippocrate, mais il les fait découler du droit international et c'est là que réside la grande innovation de Nuremberg[1], il assoit un mode d'encadrement normatif particulier de l'expérimentation humaine, fondé sur l'idée d'une vulnérabilité des sujets potentiels et de leur protection qui ne peut être assurée que par des normes impératives contraignant les expérimentateurs au nom de l'ordre public international.

B- LES CRITERES DE LICEITE POUR L'EXPERIMENTATION SUR L'ETRE HUMAIN

Sous le chapitre « **EXPERIENCES MEDICALES ACCEPTABLES** », le jugement a défini des limites bien définies pour les expériences médicales sur l'être humain et qui doivent être conformes à l'éthique de la profession médicale. La liste des critères établie par le « code de Nuremberg » est organisée séquentiellement de la manière suivant : le consentement du sujet[2], la nature de l'expérience [3] (art. 2 et 3), la conduite de l'expérience [4] (art. 4 à 7), la

---

lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». La clause de Martens fait partie du droit des conflits armés depuis sa première apparition dans le préambule de la Convention II de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et depuis incluse dans les conventions de La Haye – 1899-1907, elle se fondait sur une déclaration lue par Fréderic Fromhold de Martens Délégué russe à la Conférence de La Haye de 1899, a qui elle doit son nom.

[1] : AMIEL. P., VIALLA. F., op. cit., p. 11.

[2] L'article 1 stipule que: Le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel. Cela veut dire que la personne concernée doit avoir la capacité légale de consentir ; qu'elle doit être placée en situation d'exercer un libre pouvoir de choix, sans intervention de quelque élément de force, de fraude, de contrainte, de supercherie, de duperie ou d'autres formes sournoises de contrainte ou de coercition ; et qu'elle doit avoir une connaissance et une compréhension suffisantes de ce que cela implique, de façon à lui permettre de prendre une décision éclairée. Ce dernier point demande que, avant d'accepter une décision positive par le sujet d'expérience, il lui soit fait connaître : la nature, la durée, et le but de l'expérience ; les méthodes et moyens par lesquels elle sera conduite; tous les désagréments et risques qui peuvent être raisonnablement envisagés; et les conséquences pour sa santé ou sa personne, qui pourraient possiblement advenir du fait de sa participation à l'expérience. L'obligation et la responsabilité d'apprécier la qualité du consentement incombent à chaque personne qui prend l'initiative de, dirige ou travaille à, l'expérience. Il s'agit d'une obligation et d'une responsabilité personnelle qui ne peuvent pas être déléguées impunément.

[3] art.2 : « L'expérience doit être telle qu'elle produise des résultats avantageux pour le bien de la société, impossibles à obtenir par d'autres méthodes ou moyens d'étude, et pas aléatoires ou superflus par nature ».
art.3 : « L'expérience doit être construite et fondée de façon telle sur les résultats de l'expérimentation animale et de la connaissance de l'histoire naturelle de la maladie ou autre problème à l'étude, que les résultats attendus justifient la réalisation de l'expérience ».

[4] art.4 : « L'expérience doit être conduite de façon telle que soient évitées toute souffrance et toute atteinte, physiques et mentales, non nécessaires ».
art.5 : « Aucune expérience ne doit être conduite lorsqu'il y a une raison a priori de croire que la mort ou des blessures invalidantes surviendront ; sauf, peut-être, dans ces expériences où les médecins expérimentateurs servent aussi de sujets ».
art.6 : « Le niveau des risques devant être pris ne doit jamais excéder celui de l'importance humanitaire du problème que doit résoudre l'expérience ».

qualification et la compétence morale des expérimentateurs (art. 8)[1], la cessation de l'expérience en cas de danger estimé par le sujet ou l'expérimentateur (art. 9 et 10)[2].

On peut thématiser ces critères en regroupant d'une part, ceux qui visent le comportement et la qualité des acteurs (sujet et expérimentateur), incluant la façon de conduire l'expérience. D'autre part, ceux qui portent sur les caractéristiques intrinsèques des expériences.

Concernant les acteurs de l'expérience, la construction jurisprudentielle de Nuremberg accorde au sujet d'expérience une double faculté, faculté d'autoriser ou de ne pas autoriser sur lui-même l'acte qu'on se propose d'effectuer sur lui avec l'astreinte d'une décision éclairée. Mais aussi la faculté de se retirer, de faire cesser l'expérience sur lui-même, à tout moment sans condition et sans sanction**.** ***Le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel***. Par conséquent, la personne intéressée doit jouir de capacité légale totale pour consentir.

Quand à l'expérimentateur, Le « code de Nuremberg » veut permettre, dans la perspective pénale, de répondre à la question : « L'expérience était-elle licite ? », pour juger de cela, les juges de Nuremberg reposent la licéité des expériences sur le comportement des expérimentateurs, plutôt que sur l'expérience elle-même, qui doivent s'assurer que tout a été fait pour éviter les conséquences actuelles ou potentielles dommageables pour les sujets de l'expérience. Les précautions qui doivent être prises par les expérimentateurs consistent à s'assurer personnellement de la « qualité du consentement » du sujet, et à conduire l'expérience dans des conditions satisfaisantes de préservation des personnes.

Revenant aux caractéristiques intrinsèques des expériences, Le code de Nuremberg pose deux critères visant les caractéristiques intrinsèques des expériences, et ce, quelle que soit l'autorisation du sujet et les précautions prises. L'expérimentateur n'est pas libre de conduire n'importe quelle

---

art.7 : « Les dispositions doivent être prises et les moyens fournis pour protéger le sujet d'expérience contre les éventualités, même ténues, de blessure, infirmité ou décès ».

[1] art.8 : « Les expériences ne doivent être pratiquées que par des personnes scientifiquement qualifiées. Le plus haut degré de compétence professionnelle doit être exigé tout au long de l'expérience, de tous ceux qui la dirigent ou y participent ».

[2] Art.9 : « Dans le déroulement de l'expérience, le sujet humain doit être libre de mettre un terme à l'expérience s'il a atteint l'état physique ou mental où la continuation de l'expérience lui semble impossible ». art.10 : « Dans le déroulement de l'expérience, le scientifique qui en a la charge doit être prêt à l'interrompre à tout moment, s'il a été conduit à croire — dans l'exercice de la bonne foi, de la compétence du plus haut niveau et du jugement prudent qui sont requis de lui — qu'une continuation de l'expérience pourrait entraîner des blessures, l'invalidité ou la mort pour le sujet d'expérience ».

expérience ou protocole[1]. Le texte de Nuremberg fait apparaître deux conditions de licéité cumulatives : la première sur les résultats de l'expérience, la seconde sur la nécessité méthodologique que l'expérimentation soit pratiquée sur l'être humain. Et donc l'interdiction de faire courir des risque à des sujets humains s'il y a des possibilités de s'y prendre autrement. Mais avant tout, il est requis que l'expérimentation vise une utilité sociale définie et non pas une simple curiosité scientifique.

Durant le procès, et devant les témoignages des victimes trahis par les institutions politiques, professionnelles, universitaires et juridiques de la société allemande, les juges en s'appuyant sur des décisions de justice américaines qui avaient reconnu le droit à l'autodétermination des patients au moment de recevoir des soins médicaux, se devaient de confier aux sujets eux-mêmes le droit inaliénable d'assurer leur propre sécurité en recherche. Le code de Nuremberg accorde une importance primordiale au consentement, car avec son caractère révocable, ce critère essentiel permet de distinguer, du point de vue pénal, entre la victime et le sujet.

Si le code de Nuremberg reconnait tout du moins implicitement[2] la légitimité et la légalité de l'expérimentation sur l'homme, il a tout de même suscité deux critiques, la première est que ce code confond entre les différents types d'expérimentation. Et la deuxième concerne l'interdiction de toute expérimentation sur les personnes incapables en excluant le consentement donné par leur représentant légal.

CHAPITRE II:

INFLUENCE DU CODE DE NUREMBERG SUR LES CODES DE BIOETHIQUE

S'il est considéré comme le plus important document dans l'histoire de l'éthique de la recherche médicale, le code de Nuremberg fut pratiquement ignoré, pendant des années, par les organisations médicales nationales et internationales. Certains auteurs affirment que la doctrine du Code de Nuremberg n'avait pas de chances d'avoir de la continuité, étant donné l'énorme difficulté de son application pratique, les hautes exigences éthiques de ses clauses la rendait tel un idéal inaccessible.

[1] Voir : art.2-3 du code de Nuremberg.

[2] Commission de réforme du droit du Canada, L'expérimentation biomédicale sur l'être humain, 1989, reproduit avec la permission du ministre des travaux publics et services gouvernementaux canada, 2010, p. 25.

La Déclaration d'Helsinki fut le véhicule qui transporta la doctrine de Nuremberg aux codes des associations médicales nationales, ils s'inspirent, calquent ou transcrivent, en tout ou en partie, des différentes versions d'Helsinki qu'Helsinki a calqué du Code de Nuremberg.

SECTION A :LA DECLARATION D'HELSINKI : L'INCORPORATION SELECTIVE DE LA DOCTRINE DU CODE DE NUREMBERG

Promulguée en 1964 par l'Association Médicale Mondiale (AMM)[1], la Déclaration d'Helsinki établit les principes éthiques et les obligations auxquels sont astreints ceux qui promeuvent et ceux qui réalisent une recherche biomédicale. Elle prolonge le Code de Nuremberg.

A –LA DECLARATION D'HELSINKI (HELSINKI I)

On aurait pu s'attendre à ce que le procès des médecins nazis et les révélations de leurs expériences médicales d'une cruauté inqualifiable auraient sensibilisé les milieux de la recherche à la nécessité de garde-fous éthiques et que, par conséquent, le code de Nuremberg s'imposerait universellement comme un cadre minimal pour toute recherche impliquant des sujets humains, mais il n'en fut rien. Au cours des années 1950 et 1960, l'existence du code ne suffit pas à prévenir des bavures graves sur le plan de l'éthique de la recherche qui était vue comme dépassée par les scientifiques. La cruauté des expérimentations révélées au procès de Nuremberg était perçue par le milieu biomédical comme l'action de nazis, non comme celle de médecins.

Ce n'est qu'au début des années 1960, et face au développement des questions posées, en particulier aux États-Unis, par le développement de la recherche scientifique en médecine et les nouveaux moyens thérapeutiques, que la communauté médicale internationale avait entrepris sa propre élaboration d'un code de conduite pour la recherche, qui donna naissance à la première déclaration de principe dans l'histoire de la médecine émanant/qui émane de la profession et non un résultant de contraintes externes au milieu médical.

---

[1] Les institutions médicales décident, le 18 septembre 1947, à Paris, de s'organiser de façon apolitique. Elles remplacent l'Association professionnelle internationale des médecins, structure où les représentations nationales étaient soumises au pouvoir en place dans leur pays, par une "Association médicale mondiale". L'AMM constitue une confédération internationale, répartie en six régions (Afrique, Asie, Europe, Amérique latine, Amérique du Nord, Pacifique), à laquelle toute association médicale nationale peut adhérer, dès lors qu'elle est pleinement représentative des médecins du pays, en raison du nombre de ses membres, et qu'elle n'est ni assujettie à, ni contrôlée par un ministère ou une instance gouvernementale. L'AMM se fixe pour buts "d'assurer l'indépendance des médecins et d'atteindre les plus hautes normes en matière d'éthique et de soins de santé" pour la communauté médicale internationale.

La déclaration d'Helsinki est un document officiel de l'Association médicale mondiale, représentante des médecins dans le monde. Adoptée en Juin 1964 à Helsinki en Finlande (Helsinki I), elle fut révisée plusieurs fois lors d'assemblées générales[1].

La Déclaration, et à la différence d'un traité adopté par les représentants d'Etats puis approuvé par les Parlements nationaux, n'a qu'une valeur d'exhortation, en revanche, ses principes acquièrent une valeur de droit positif, dès leur incorporation, directe ou indirecte, dans les instruments juridiques à caractère obligatoire (traités, lois ou règlements). Par conséquent, la violation des principes proclamés par la Déclaration seraient éventuellement sanctionnée.

Cette déclaration se définit elle-même comme étant une déclaration de principes éthiques dont l'objectif est de fournir des recommandations aux participants à la recherche médicale sur des êtres humains[2], en l'occurrence aux médecins qui doivent promouvoir et préserver la santé de l'être humain. Elle souligne que « la fonction sociale et naturelle du médecin est de veiller à la santé de l'homme », toute fois il s'est avéré indispensable pour le progrès de la science et pour le bien de l'humanité souffrante de réaliser des expérimentations humaines auxquelles participent les médecins.

Composée de onze articles, Helsinki I distingue pour la première fois entre l'expérimentation thérapeutique effectuée au cours d'un acte de soins, un traitement associant médecine de soins et acquisition de connaissances nouvelles et n'étant légitime que s'il « se justifie par une utilité thérapeutique » à l'égard du malade. Cette expérimentation est une liberté du médecin dès lors qu'il espère sauver une vie, rétablir la santé ou soulager les souffrances de ses malades. Dans ce cas Le médecin a le devoir, dans la mesure du possible et compte tenu de la psychologie du patient, de se procurer son consentement libre et éclairé.

---

[1] Adoptée par la 18e Assemblée générale, Helsinki, juin 1964 et amendée par les :
- 29e Assemblée générale, Tokyo, octobre 1975.
- 35e Assemblée générale, Venise, octobre 1983.
- 41e Assemblée générale, Hong Kong, septembre 1989.
- 48e Assemblée générale, Somerset West (Afrique du Sud), octobre 1996.
- 52e Assemblée générale, Édimbourg, octobre 2000.
- Addition d'une note explicative concernant le paragraphe 29 à l'Assemblée générale de l'AMM, Washington 2002.
- Addition d'une note explicative concernant le paragraphe 30 à l'Assemblée générale de l'AMM, Tōkyō 2004 :
- 59e Assemblée générale, Séoul, (Corée), octobre 2008.
- 64e Assemblée générale, Fortaleza, (Brésil), octobre 2013.

[2] Voir art.1 de la déclaration d'Helsinki.

Quand à l'expérimentation non thérapeutique, purement scientifique et sans finalité thérapeutique, le médecin se doit de rester le protecteur de la vie et de la santé du sujet d'expérience. Il doit arrêter l'expérience si sa poursuite risque d'exposer le sujet à des dangers, spécialement si ce dernier se trouve dans un état de dépendance vis-à-vis du médecin. Le sujet reste être libre de suspendre sa participation à tout moment.

Pour entreprendre l'une ou l'autre, le médecin doit présenter des garanties scientifiques préalables (expérimentations animales et données cliniques validées, qualification des expérimentateurs, rapport bénéfice-risque du projet de recherche favorable tant pour la société que pour le sujet).

Dans ce genre d'expérimentation et concernant le consentement, le texte apparait ambigu et contradictoire, il dispose que « L'expérimentation sur un être humain ne peut être entreprise qu'avec le consentement libre et éclairé du sujet et, s'il **est juridiquement incapable**, celui de son **représentant légal** », Cependant « le sujet soumis à l'expérience doit être dans **un état physique mental et juridique** tel qu'il **puisse exercer pleinement sa faculté de choisir** ». Sans définir le mot responsabilité, la Déclaration proclame que la responsabilité de l'expérience « incombe toujours à l'homme de science et jamais au sujet qui se soumet de plein gré à l'expérience ».

Depuis la première version datant de 1964, le texte a été remanié sept fois dont la dernière révision datant de l'Assemblée Générale d'octobre 2013[1].La Déclaration d'Helsinki contient des recommandations destinées à guider les médecins dans les recherches biomédicales et à éclairer leur conscience. Sans force juridique elle relève du domaine de l'injonction éthique[2].

B – L'ACCEPTATION SELECTIVE/FILTREE DU CODE DE NUREMBERG A TRAVERS HELSINKI II

En réalité, il fallait attendre 1975[3], à la suite de la publication de la seconde Déclaration d'Helsinki, pour observer une acceptation étendue et franche des normes de Nuremberg dans des codes de déontologie. Jusqu'alors

[1] Depuis 2016, la Déclaration d'Helsinki est complétée par la Déclaration de Taipei sur les Considérations éthiques concernant les bases de données de santé et les bio-banques.
[2] Demarez. J.P., La déclaration d'Helsinki : origine, contenu et perspectives, La Lettre du Pharmacologue, Vol. 14, N° 8, octobre 2000, file:///C:/Users/asus%20pc/Downloads/4389.pdf.
[3] De cette indolence générale s'excluent la Suisse, où l'Académie Suisse des Sciences Médicales publia en 1971 des Directives très modernes et complètes, et aussi le Brésil, qui en 1957, et le Perou, le Costa Rica et le Vénézuela, en 1970 et 1971, se font l'écho de Helsinki dans leur Codes d'Éthique Médicale.

les codes ou bien restaient muets au sujet de l'éthique de l'expérimentation sur l'homme, ou bien se contentaient d'affirmer des platitudes à ce propos.

Les critères de Nuremberg ont été filtrés à travers Helsinki II. L'exigence indispensable du consentement du sujet et la nécessité de l'expérimentation préalable dans l'animal, et les devoirs de minimiser les risques ou de compenser les dommages liés à l'expérience ont été admis dans les codes de déontologie. Deux normes quand à elles n'ont pas trouvé de place dans aucun code, la première est celle qui pose sur la conscience de tous ceux qu'initient, dirigent ou collaborent dans la recherche la grave responsabilité d'évaluer l'authenticité du consentement du sujet[1], elle fait retomber sur tous les membres, du plus haut au plus bas, de l'équipe des chercheurs la responsabilité de s'assurer de la qualité éthique du consentement, ce dernier n'est donc pas une simple formalité juridique ou administrative que l'investigateur doit satisfaire par routine, mais une décision morale sérieuse dont il doit être garant de l'authenticité.

Cette clause se transforme en un avertissement occasionnel de ce que le consentement du sujet « donné de plein gré après tous les éclaircissements nécessaires, ne diminue en rien la responsabilité professionnelle, civil ou pénale du directeur de la recherche »[2].

L'Association Médicale Mondiale (AMM) introduit Aussi dans Helsinki II l'obligation de soumettre le protocole des expérimentations sur l'homme à un comité indépendant spécialement désigné à cet effet, pour avis et conseils. Ainsi s'éteignit l'exigence de ce que l'investigateur soit personnellement le garant de l'authenticité éthique du consentement du sujet. Dès lors, ce sont les comités d'éthique d'investigation eux-mêmes qui se chargent de la surveillance du processus de consentement libre et bien renseigné du sujet.

La deuxième norme est celle qui confère au sujet le droit de terminer sa participation à l'expérience[3] « si on arrive à une situation, physique ou mental, dans laquelle il lui semble impossible de continuer dans la même ».

---

[1] Art.1 : « L'obligation et la responsabilité d'apprécier la qualité du consentement incombent à chaque personne qui prend l'initiative de, dirige ou travaille à, l'expérience. Il s'agit d'une obligation et d'une responsabilité personnelle qui ne peuvent pas être déléguées impunément ».

[2] Herranz. G., normes éthiques après Nuremberg, https://www.unav.edu/web/unidad-de-humanidades-y-etica-medica/material-de-bioetica/conferencias-sobre-etica-medica-de-gonzalo-herranz/normes-ethiqes-apres-nuremberg#diez.

[3] Voir art.9 du code de Nuremberg.

Ces deux clauses du Code de Nuremberg situent les investigateurs et les sujets sur un plan de haute exigence morale, et n'ont pas été reprises dans les versions successives d'Helsinki et donc n'apparaissent presque pas non plus dans les Codes de déontologie.

SECTION B: L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA RECHERCHE BIOMEDICALE EN ALGERIE

L'article 377 du code de la santé dispose que « La recherche biomédicale consiste en des études sur l'être humain en vue de développer les connaissances épidémiologiques, diagnostiques, biologiques et thérapeutiques et d'améliorer les pratiques médicales »[1].

Le législateur algérien a désigné la recherche biomédicale dans le code de la santé sous la dénomination « études cliniques ».

A- ETUDES CLINIQUES DANS LE RESPECT DES PRINCIPES MORAUX, ETHIQUES ET DEONTOLOGIQUES

Selon l'article 377 du code de la santé algérien, les études cliniques peuvent être observationnelles ou interventionnelles, et peuvent porter sur les études thérapeutiques, diagnostiques et préventive, sur les études de bioéquivalence et de biodisponibilité ou sur les études épidémiologiques et pharmaco-épidémiologiques.

Toutes ces études cliniques doivent impérativement respecter les principes moraux, scientifiques, éthiques et déontologiques qui régissent l'exercice médical[2]. Le code de déontologie médicale dispose que la médecine doit être exercée dans le respect de la vie et de la personne humaine[3] , et sa vocation consiste à défendre la santé physique et mentale de l'homme et à soulager la souffrance dans le respect de la vie et de la dignité de la personne humaine[4].

Ces études sont menées obligatoirement par un promoteur[5], et feront objet d'un protocole rédigé par ce dernier. Le protocole sera signé par

---

[1] Loi N° 18-11 du 2 Juillet 2018 relative à la santé, JORA N°46 du 27Juillet 2018.
[2] Art. 378. code de la santé.
[3] Art. 6 du décret exécutif N°92-276 du 6 Juillet 1992 portant code de déontologie médicale.
[4] Art . 7, code de déontologie médicale.
[5] Art. 384 du code de la santé dispose que : « … Le promoteur est la personne physique ou morale qui prend l'initiative de l'étude clinique. Il peut être un laboratoire pharmaceutique, un prestataire de service agréé par le

un médecin investigateur signifiant son acceptation et son engagement à respecter les conditions de réalisation[1]

Les études cliniques doivent être réalisées dans des structures agréées et autorisées et en conformité avec les règles de bonnes pratiques en la matière[2], et sont soumises, ainsi que toutes modifications les concernant, à l'autorisation et à l'accord du ministre chargé de la santé. Ce dernier se prononce dans un délai de trois (3) mois, sur la base d'un dossier médical et technique et d'une déclaration de réalisation d'études cliniques sur l'être humain présentés par le promoteur[3].

Toutes transgression de cette règle sera sanctionner selon la loi de santé, en effet l'article 438dispose que « Quiconque contrevient aux dispositions de l'article 381 de la présente loi, relatives aux études cliniques, est puni d'une peine d'emprisonnement de deux (2) ans à cinq (5) ans et d'une amende de 5.000.000 DA à 10.000.000 DA ».

Les études cliniques sont soumises à l'avis du **comité d'éthique médicale pour les études cliniques**[4], un organe indépendant, créé au niveau des services extérieurs chargés de la santé, dont les activités sont supervisées par les services compétents du ministère chargé de la santé[5].

B- LA LEGALITE DE L'EXPERIMENTATION SUR L'HOMME SELON LA LOI DE LA SANTE

Tout le monde est d'accord sur le fait que le problème ne se situe pas au niveau de la légitimité de l'expérimentation sur l'homme, qui est au contraire utile et souhaitable, mais plutôt sur sa légalité. Tout système juridique doit établir des conditions juridiques nécessaires à sa validité et en même temps prévoir des mécanismes qui permettent d'assurer concrètement le respect de ces règles[6].

Un consensus est établi et suivi par plusieurs systèmes juridiques, dont le système algérien, sur les conditions générales de la légalité de l'expérimentation

---

ministère chargé de la santé, un établissement de soins, une société savante, une institution de recherche ou une personne physique ayant les qualifications et compétences requises ».

[1] Art. 385. code de la santé.
[2] Art. 379. code de la santé.
[3] Art. 381. code de la santé.
[4] Art. 383. code de la santé.
[5] Art. 382. code de la santé.
[6] L'expérimentation biomédicale sur l'être humain, op. cit., p. 25.

sur l'homme. Premièrement, l'exigence de certaines conditions et l'existence d'une proportionnalité entre le risque de l'expérimentation et le bénéfice tiré.

Dans cette optique, l'article 380 du code de la santé exige que les études cliniques ne peuvent être effectuées sur l'être humain que si elle :

- se fondent sur le dernier état de la recherche clinique, des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante.
- le rapport bénéfice-risque prévisible est favorable à la personne incluse à l'étude.
- sont menées sous la direction et la surveillance d'un médecin investigateur, justifiant d'une expérience appropriée.
- elles sont appliquées dans des conditions humaines, matérielles et techniques adaptées à l'étude clinique et compatibles avec les impératifs de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui se prêtent à l'étude clinique.

Deuxièmement, aucun acte médical, aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement du patient/sujet [1] . En effet, aucune expérimentation ne peut être effectuée que si la personne qui s'y prête, ou le cas échéant son représentant légal, ne donne son consentement libre, exprès et éclairé, et ne peut se prêter simultanément à plusieurs études cliniques[2].

Le sujet donne son consentement par écrit après avoir été informé[3] sur :

- l'objectif, la méthodologie, la durée de la recherche, les bénéfices attendus, les contraintes, les risques prévisibles, les éventuelles alternatives médicales.
- son droit de refuser de participer à une recherche ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité et sans préjudice pour sa prise en charge thérapeutique[4].

Le consentement doit être inclus dans le protocole d'études et ne s'applique qu'à l'étude pour laquelle il est sollicité. Il peut être retiré, à tout

[1] Art. 334. Code de la santé.
[2] Art. 387. Code de la santé.
[3] Art. 343 du code de la santé dispose que : « Le médecin doit respecter la volonté du patient, après l'avoir informé des conséquences de ses choix ».
[4] Art. 386. Code de la santé.

moment, sans encourir aucune responsabilité et sans préjudice pour la prise en charge thérapeutique[1].

Le consentement du sujet de l'expérience est indispensable à la légalité de l'expérimentation, sans ça, cette dernière est considérée comme une atteinte à l'intégrité physique du sujet. Cette idée est affirmée à travers l'article 439 du code de la santé qui dispose que : « L'investigateur qui a procédé à l'étude clinique sans recueillir le consentement de la personne incluse dans le protocole de recherche, est puni d'une peine d'emprisonnement, de deux (2) ans à cinq (5) ans et d'une amende de 100.000 DA à 500.000 DA ».

CONCLUSION :

Le code de Nuremberg est le premier texte de portée internationale qui ait édicté des règles sur les expérimentations conduites chez l'homme, il contient la liste des dix critères utilisés par le Tribunal pour apprécier le caractère licite ou illicite des expérimentations humaines reprochées aux accusés.

Il constitue le premier code bioéthique moderne et reste, avec sa vocation universelle, un point de référence pour les essais cliniques. Il fixe le caractère licite des expériences médicales et met en place des limites destinées à protéger les sujets qui y participent, et constitue le point de départ de la prise de conscience des dangers des progrès de la science avec les dérives qu'elle peut susciter, et de la nécessité de l'encadrer par un certain nombre de règles.

.

[1] Art. 387. Code de la santé

التجارب الطبية على الإنسان في ضوء أحكام القــانون الدولي الإنساني

د. يـوسفي صفية
كلية الحقوق. جامعة بسكرة

الملخص:
تكون حقوق الإنسان وقت النزاعات المسلحة أكثر عرضة للانتهاك لاسيما حقوق الفئة الضعيفة كالمرضى والجرحى والغرقى والمعتقلين من المقاتـــــلين الذين ألـــقوا أو عجزوا عن حمل السلاح أو المدنيين الواقعين تحت الاحتـلال. ويزداد الوضـع خطورة عند تعرض هؤلاء إلى إجراء تجارب طبية أو علمية عليهم. ونظرا لأهمية البالغة للموضوع، تضمن القانون الدولي الإنساني، المدون والعرفي، قواعد تضبط هذه التجارب وتوفر حماية قانونية لضحاياها، معتبرا كل تجربة خارج هذه الضوابط جريمة حرب يترتب عنها مساءلة الجاني وتعويض المجني عليه .
الكلمـات المفتاحية : – التجارب الطبية. –اتفاقيات جنيف. – البرتوكولان الإضافيان. – جرائم الحرب. – القانون الدولي الإنساني العرفي. – المسؤولية عن جرائم الحرب .–المسؤولية الدولية للفرد.
Summary :
In time of armed conflict , human rights are more vulnerable to violation . Especially the rights of vulnerable groups , such as the sick , the wounded , the shipwrecked , the detained fighters who laid down or were unable to bear arms , and the civilians under occupation . And the situation be cones more dangerous when they are exposed to medical or scientific experiments on them . Given the extreme importance of the subject , international humanitarian law , codified and customary , includes rules that control these experiences and provide legal protection for their victims , considering every experiment outside these controls a war crime that entails accountability of the perpetrator and compensation of the victim .

مقدمة:

التجارب الطبية ضرورة حتمية لتوفير مزيد من الرعاية الصحية للإنسان ولتحقيق التقدم العلمي في المجال الطبي. غير أنها قد تشكل خطورة استثنائية على حياة وصحة الإنسان إذا ما تم إجراءها خارج الضوابط القانونية والأصول العلمية المرعية. الأمر الذي يمنح أهمية خاصة لموضوع التجارب الطبية والعلمية ، وتزداد هذه الأهمية في حالة النزاعات المسلحة أين يكون الإنسان أكثر عرضة للاستغلال وحقوقه أكثر عرضة لانتهاك، ولذلك فإن القانون الدولي الإنساني الذي من أهدافه الرئيسية حماية الأشخاص المتضررين من الحروب وأثارها المدمرة وبصفة خاصة الأشخاص العاجزين عن القتال من جرحى ومرضى وغرقى والذين لا يشاركون في العمليات العسكرية كالمدنيين والأسرى، قد حرص على تناول موضوع التجارب الطبية والعلمية في العديد من القواعد والأحكام التي وردت في الاتفاقيات الدولية

والتقنينات والبروتوكولات. وقد علقت هذه القواعد والأحكام مشروعية التجارب الطبية والعلمية على احترام ما ورد فيها من شروط وضوابط قانونية، وفي حالة عدم حصول ذلك تتحول هذه التجارب الطبية والعلمية، في نظر القانون الدولي الإنساني إلى انتهاكات جسيمة ترقى إلى مستوى جرائم الحرب، يترتب على مرتكبها، دولة كانت أو أفراد، المسؤولية الجزائية. وينشأ للمتضرر منها الحق في التعويض. هذا المنظور الخاص بالقانون الدولي الإنساني إلى التجارب الطبية والعلمية يقود إلى طرح **الإشكالية التالية :** هل وفق القانون الدولي الإنساني في معالجته للتجارب الطبية والعلمية على جسم الإنسان ؟

للإجابة على هذه الإشكالية ، تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين :

المبحث الأول : تناول مفهوم التجارب الطبية والعلمية على الإنسان، وإلى الأساس القانوني والضوابط القانونية للتجارب الطبية وقت النزاعات المسلحة .

المبحث الثاني : تناول الجزاء المترتب عن انتهاك القواعد المنظمة للتجارب الطبية والعلمية من حيث تكييف ذلك الانتهاك، كما تناول المسؤولية الجزائية والمدنية التي يمكن تحميلها للطرف الجاني دولة أو أفراد وحق المجني عليه في التعويض عن الأضرار التي تلحقه جراء ذلك.

المبحث الأول : الأحكام و القواعد القانونية و الأخلاقية المتعلقة بإجراء التجارب الطبية والعلمية وقت النزاعات المسلحة

الصحة مطلب أساسي للفرد والمجتمع لما لها من تأثيرات مباشرة في جوانب عديدة من الحياة الاجتماعية والاقتصادية[1] والسياسية . وتعتبر التجارب الطبية والعلمية عاملا أساسيا في تحقيق هذا المطلب، إلى جانب كونها مساهما فعالا في تحقيق تقدم المنهج الطبي الذي تقتضيه حرية البحث العلمي. ونظرا لهذه الأهميـــــة حظيت التجارب الطبية والعلمية على الإنسان باهتمام بالغ على كل المستويات في السلم كما في الحرب، وقد اهتمت بمعالجتها وتنظيمها قواعد قانونية وأخلاقية عديدة تجد أساسها في عدة قوانين منها القانون الدولي الإنساني المدون منه والعرفي .

المطلب الأول : مفهوم التجارب الطبية والعلمية على جسم الإنسان .

من الصعب وضع مفهوم موحد للتجارب الطبية، وذلك لصعوبة تمييزها عن الممارسات اليومية للطب، فمع تعدد وخطورة الأمراض يضطر الطبيب إلى ممارسة عملا تجريبيا في كل مرة يقوم فيها بفحص أحد مرضاه[2]. ومع اتساع وتغير المجال الطبي العلمي، فإن الأمر يقتضي المحاولة والتجربة المستمرة حتى يتقدم ويتلاءم مع الحالات المتطورة، وتختلف التجربة الطبية بحسب الغرض والهدف الذي

---

[1] سفيان عرشوش " الأحكام الموضوعية و الإجرائية للتجارب الطبية على الإنسان " المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 13 ، العدد 01 ، السنة 2022 ، ص 546 .

[2] بن عودة سنوسي " التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية " أطروحة دكتوراه ، 2017 ـ 2018 ، ص 68 .

يرمي إليه الطبيب، والذي لا يخرج في كل الأحوال عن إيجاد حلول للأمراض والحالات المستعصية ودفع عجلة تقدم البحث العلمي في مجال التطبيب والصحة .

الفرع الأول : تـعريف التجربة الطبية و العلمية على جسم الإنسان .

قد توحي كلمة تجربة إلى أكثر من معنى، لذا لا بد من تحديد المقصود منها لغة واصطلاحا قبل استخلاص العناصر الجوهرية لأي تجربة طبية وعلمية على الجسم البشري.

أولا : التعـريف اللغوي للتجربة الطبيـة :

مصدر مصطلح " تجربة " هو الفعل " جرب "، و جرب الشيء أي اختبره مرة بعد الأخرى لتلافي النقص فيه وإصلاحه أو التحقق من صحته .

ومصدر مصطلح " طبية " هو " الطب " ويقصد به علاج الجسم والنفس .

أمـــــا مصدر مصطلح " علمية " هو الاسم " علم " والعلم هو إدراك الشيء بحقيقته أو اليقين والمعرفة، وعليه فإن التجربة الطبية والعلمية يقصد بها لغة المحـــــاولة والاختبار للعلاج عدة مرات حتى الوصول إلى الصحيح منه[1] .

ثانيا : التعريف الاصطلاحي للتجربة الطبية و العلمية :

يمكن تعريف التجارب الطبية على جسم الإنسان بأنها مجـــــموعة الأعـــمال العلمية والإجراءات التجريبية أو النظرية التي يقوم بها الطبيب الباحث على مريضه أو الشخص المتطوع، بهدف تجريب أثـــر دواء معين، أوعملية جراحية معينة لم يعرف نـــــتائجها من قبل للحصول على معلومات جديدة خدمة للطب والبشرية[2] ويمكن تعريفها أيضا بأنها " مجموعة الأبحاث والدراسات العلمية التي تجري على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية والطبية[3] "

ثالثا: العناصر الضرورية لأي تجربة طبية و علمية على جسم الإنسان :

يمكن استخلاص هذه العناصر من خلال التعاريف المقدمة للتجارب الطبية والعلمية على الإنسان، وتتمثل هذه العناصر فيما يلي :

1 ـ التجربة العلمية هي كل بحث أو اختبار : أي أنها تشمل الأبحاث التطبيقية والبيولوجية في مجال دراسة الأعمال الجراحية والأمراض الوراثية أو المكتسبة، ولا تقتصر على مجال اختبار العقاقير الطبية .

---

[1] المنجد في اللغة و الإعلام ، معاجم دار المشرق ، توزيع المكتبة الشرقية 1986 بيروت لبنان ، كلمات : جرب ، علم ، طب .

[2] العربي بلحاج ، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة و القوانين الطبية المعاصرة ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان 2012 ، ص 24 .

[3] تعريف المشرع الفرنسي للتجارب الطبية بموجب المادة 1/209 .

Décret № 88 /1138 du 20 Décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales , J . O . R. F du 22 Décembre 1988 .

2 ـ التجربة الطبية و العلمية تقع على الكائن البشري الحي : رغم مرور التجربة الطبية بعدة مراحل قبل إجرائها على الإنسان، إذ يتم التجريب أولا في المختبرات ثم تجرى بعد ذلك على الحيوانات التي تكون أقرب شبها بالإنسان، فإذا كشفت هذه التجارب عن نتائج إيجابية مشجعة، يبدأ الأطباء في إجرائها على الإنسان للتأكد من صلاحيتها، حينها فقط يمكن اعتبار التجربة تجربة طبية. بمعنى أن التجربة الطبية من عناصرها الأساسية، وقوعها على الإنسان وليس على الحيوان، وعلى الإنسان الحي وليس المتوفي[1] .

3 ـ في ضوء المعطيات البيولوجية و الطبية : يقصد بهذا العنصر، أن التجربة الطبية يندرج ضمنها كل بحث يقدم ابتكارا أو يحقق تقدما يتعلق بوظائف أعضاء الجسم الإنساني، وقابلا للتطبيق عليه سواء في حالة الصحة أو في حالة المرض، سواء كان هذا البحث الطبي يهدف إلى اكتشاف وسائل جديدة لتشخيص الأمراض والوقاية منها، أو كان يهدف غلى تطوير وسائل علاج وجعلها أكثر فاعلية أو أقل ضررا بالمريض، بما في ذلك الأجهزة والأدوية وغير ذلك. كما تندرج ضمن التجربة الطبية، التجربة التي تتناول مريضا معينا أو مجموعة من المرضى يعانون نفس المرض أو متطوعين أصحاء[2] .

الفرع الثاني : أنواع التجارب الطبية و العلمية .

تختلف التجارب الطبية والعلمية بحسب القصد العام من إجرائها، فإذا كان الغرض منها علاج المريض وتخفيف آلامه، فهذه تجربة علاجية، أما إذا كان الغرض منها مجرد ملاحظة النتائج أو الآثار المترتبة عنها، دون أن يكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن تجرى عليه، فنكون أمام تجربة علمية[3] أو غير علاجية، وعليه يمكن القول أن هناك نوعان من التجارب الطبية، العلاجية وغير العلاجية .

أولا : التجارب العلاجية :

هي التجارب التي يلجأ إليها الأطباء للوصول إلى علاج جديد للأمراض التي أخفقت القواعد التقليدية والأصول العلمية الثابتة في إيجاد علاج لها، أي أن إجراء التجربة يجب أن يكون في إطار محاولة إستشفائية للمريض[4] .

---

[1] استثناء من هذا المبدأ نظم القانون الفرنسي رقم 653/94 الصادر في 27 جويلية 1994 الخاص باحترام جسم الإنسان ، إجراء التجارب على الإنسان في حالة الموت الدماغي و اعتبرها من التجارب العلمية .

المرجع مفتاح مصباح بشير الغزالي : المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية و العلمية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ، ليبيا 2005 ، ص 65 .

[2] بن عودة سنوسي ، مرجع سابق ، ص 64 ـ 65 .

[3] عماد الدين بركات " التجارب الطبية و العلمية على جسم الإنسان ، دراسة شرعية قانونية " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية ، المجلد 57 ، العدد 05 ، السنة 2020 ، ص 470 .

[4] سفيان عرشوش ، مرجع سابق ، ص 552 .

فالغرض الأساسي للتجربة العلاجية هو محاولة الوصول إلى علاج المريض من خلال تجريب طرق جديدة، كالأدوية الجديدة، أو الأشعة أو غيرها .... وهدف هذا النوع من التجارب هو تحقيق مصلحة المريض الخاضع لها بصفة أساسية، كما تهدف في نفس الوقت إلى تحقيق مصلحة العامة[1] .

ثانيا : التجارب غير العلاجية (العلمية)

يمكن تعريف التجارب العلمية بأنها تلك التجارب التي تجرى على إنسان سليم أو مريض دون ضـــرورة تمليها حالة المريض، بغرض البحث العلمي أو لمجرد إشباع رغبة علمية، أو فضول علمي[2]، والهدف الأساسي من هذا النوع من التجارب (غير العلاجية) هو كسب معارف جديدة بخصوص التشخيص أو العلاج، كأن يقوم الطبيب بخلق حالة مرضية لدى إنسان متطوع، ثم يقوم بإخضاعه للتجارب أو الأبحاث للتوصل إلى الأسلوب الأمثل للعلاج أو يطبق بشأنه وسيلة حديثة لبيان مدى فاعليتها[3] وهذا النوع من التجارب يجرى عادة على المتطوعين أصحاء أو مرضى دون أن تكون لهم مصلحة علاجية شخصية مباشرة في إجراء التجربة .

المطلب الثاني : الأساس والضوابط القانونية للتجارب الطبية والعلمية أثناء النزاعات المسلحة .

من المآسي الصادمة التي استيقظ عليها العالم بعد الحرب العالمية الثانية، اكتشافه لمئات التجارب الطبية التي مارسها الأطباء الألمان على أسرى الحرب وعلى المدنيين[4] بشكل مكثف وبطرق وحشية تسببت في هلاك وتشويه العديد منهم. وقد أدى ذلك إلى صحوة عالمية تدين هذه الممارسات، أسفرت عن مزيد من الاهتمام بالقواعد الضابطة لمثل هذه التجارب الطبية على الجرحى والمرضى والأسرى من المقاتلين والمدنين وقت النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية في إطار القانون الدولي الإنساني الذي يعتبر الأساس القانوني لهذه القواعد سواء في صورته المدونة أو العرفية .

الفرع الأول : القانون الدولي الإنساني أساس القواعد المنظمة للتجارب الطبية والعلمية وقت النزاعات المسلحة .

بالإضافة إلى القانون الدولي، تستمد الأحكام المتعلقة بالتجارب الطبية وقت الحرب من القانون الدولي الإنساني. ويعرف هذا الأخير بأنه مجموعة من القواعد والقوانين العرفية والمكتوبة التي تهدف في حالة

---

[1] بن عودة سنوسي ، مرجع سابق ، ص74.

[2]أيمن مصطفى الجمل ، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط 01 ، السنة 2010 ، ص 38 ـ 39 . و بن عودة سنوسي ، مرجع سابق ، ص 75 .

[3]مفتاح مصباح بشير الغزالي ، مرجع سابق ، ص 72 .

[4]من بين التجارب التي أجراها الأطباء الألمان آنذاك : حقن الأسرى بفيروس Typhus كما جربوا عليهم أيضا الهرمونات الاصطناعية و العمليات الجراحية في الأعصاب و العظام ، المرجع : خالد بن نوي " الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية المنظمة للتجارب الطبية على الإنسان " مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية ، المجلد 04 ، الرقم 01 ، ص 246 ، هامش 4.

النزاع المسلح لحماية الأشخاص المتضررين من ذلك النزاع وآثاره المدمرة، وبصفة خاصة حماية الأشخاص الذين أصبحوا عاجزين عن القتال من جرحى ومرضى، والأشخاص الذين لا يشاركون في العمليات العسكرية كالمدنيين، الأسرى والمعتقلين. ومن دواعي الحرص على حماية هؤلاء الأشخاص تناول القانون الدولي الإنساني موضوع التجارب الطبية والعلمية التي قد يكون هؤلاء عرضة لها وذلك من خلال اتفاقيات جنيف لسنة 1949 التي تلت اتفاقية سنة 1864[1] والبروتوكولان الإضافيان الملحقان باتفاقيات جنيف، ومدونة القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني. مع الاشارة الى تقنين نورمبروغ الذي كان مصدرا مهما لكل الأعمال القانونية التي تلته والمتعلقة بالتجارب الطبية والعلمية.

أولا : تقنين نورمبروغ لسنة 1946 :

يمكن اعتبار هذا التقنين أول عمل نظم التجارب الطبية، وقد تم إصداره من طرف محكمة نورمبرغ العسكرية إثر انتهاء الحرب العالمية الثانية، حيث أسفرت المحاكمة الدولية للأطباء النازيين على الجرائم التي ارتكبوها في حق الأسرى إبان هذه الحرب عن مجموعة من المبادئ والقواعد التي ينبغي مراعاتها من قبل الأطباء أثناء التجارب الطبية على الإنسان، عرفت باسم تقنين نورمبرغ. ومن المبادئ الأساسية التي تضمنها هذا التقنين :

- ضرورة الحصول علىموافقة الخاضع للتجربة موافقة حرة خالية من العيوب(المادة01) .
- وجوب تجنب الآلام و الأضرار الجسمانية والعقلية غير الضرورية أثناء مباشرة التجارب على الإنسان (المادة 04) .
- وجوب تجنيب الشخص الخاضع للتجربة من كل خطر محتمل، مهما كان ضئيلا، يؤدي إلى إحداث جروح بجسمه أو عجزه أو وفاته (المادة 07).
- ضرورة مباشرة التجارب الطبية على الإنسان من قبل أطباء أو باحثين أكفاء (المادة 08)[2] .

ورغم الانتقادات الموجهة لهذا التقنين، فقد اثبت تأثيره على مسيرة تنظيم التجارب الطبية، إذ اعتمدته الدول نموذجا مبدئيا لمساعيها المحلية والدولية[3] في هذا المجال .

---

[1] يعود الفضل فيها إلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي أنشأها المواطن السويسري هنري دونان ، و استطاعت هذه اللجنة عام 1864 إقناع الحكومة السويسرية على عقد مؤتمر دولي أسفر عن إبرام اتفاقية دولية (1864) لتحسين حال الجرحى في== الجيوش الميدانية يتم بمقتضاها تقديم الإسعافات الأولية و الرعاية الطبية للمحاربين والجرحى والمرضى دون أي تمييز . المرجع دليلك في القانون الدولي الأساسي ، سلسلة القانون الدولي الإنساني ، رقم 12 ، 2008 .

[2] اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 11 ديسمبر 1946 .

[3] يمكن ذكر على المستوى الدولي إعلان هلسنكي و طوكيو . إذ أنه من أهم الاتفاقيات الدولية بخصوص حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية ، ما أصدرته الجمعية الطبية في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي سنة 1964 و أكدته في اجتماعها التاسع و العشرين في طوكيو سنة 1975 .

ثانيا : اتفاقيات جنيف 1949 :

هي مجموعة من أربعة اتـــــفاقيات لحماية الأشخاص أثناء النـــــزاعات المسلحة، تعتبر جوهر القـــــانون الدولي الإنساني، تم اعتمادها بجنيف بتـــــاريخ 12 أوت 1949. ويمكن تفصيلها كالأتي :

1ـ اتفاقية جنيفالأولى الخاصة بالجرحى والمرضى منالقوات المسلحة في الميدان: تم من خلالهـا مراجعة أحكـام اتفاقيتي جنيف لعام 1929 وتطويرهما. وبدأ نفاذ هذه الاتفـاقية بتاريخ 21 أكتوبر 1950 . و تهتم بتحسين حال الجرحى و المرضى بالقوات المسلحة في الميدان .

وقد تطرقت الاتفاقية في الفصل الثاني المتعلق بالمرضى والجرحى إلى التجارب الطبية، حيث حظرت بشدة تعريضهم للتعذيب أوالتجارب الخاصة بعلم الحياة (المادة 12)[1] .

2 ـاتفاقية جنيفالثانية الخاصة بتحسين حال الجرحى و المرضى والغرقى من القوات المسلحة في البحار : بدأ نفـــــــاذها في نفس التاريخ الذي نفاذ الاتفاقية الأولى، و تطرقت أيضا في الفصل الثاني منها إلى حظر إخضاع الجرحى والمرضى والغرقى إلى التجارب الخاصة بعلم الحياة[2] .

3 ـ اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بأسرى الحرب : جاءت هذه الاتفاقية لتطوير اتفاقية أسرى الحرب بعام 1929 ، ومن بين ما نصت عليه ، وجوب المعاملة الإنسانية لأسرى الحرب في كل الأوقات، وحظر اقتراف الدولة الحاجزة للأسير أي فعل أو إهمال غير مشروع يسبب موته، وعلى الأخص عدم جواز تعريضه للتشويه البدني أو التجارب الطبية أو العلمية من أي نوع كان مما لا تـــــــبرره المعالجة الطبية للأسير المعني أو لا يكون في مصلحته[3] .

4 ـاتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين من ضحايا الحرب و حالات الاحتلال : اعتبرت هذه الاتفاقية، التجارب الطبية والعلمية التي لا تقتضيها المعالجة الطبية للشخص المحمي من التدابير المحظورة مثلها مثل القتل والتعذيب والعقوبات البدنيـــة والتشـــويه والتي من شأنها أن تسبب معاناة بدنية ... وقد ورد هذا الحظر في المادة 32 من الاتفاقية[4] .

---

[1] المادة 12 : " ... و يحظر بشدة أي اعتداء على حياتهم أو استعمال العنف معهم ، و تجب على الأخص عدم قتلهم أو إبادتهم أو تعريضهم للتعذيب أو التجارب الخاصة بعلم الحياة ، أو تركهم عمدا دون علاج أو رعاية طبية ، أو خلق ظروف تعرضهم لمخاطر العدوى بالأمراض أو تلوث الجروح ... " المرجع : جامعة منيسوتا ، مكتبة حقوق الإنسان ، اتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى و المرضى بالقوات المسلحة بالميدان .

[2] المادة 12 من اتفاقية جنيف الثانية الخاصة بتحسين حال جرحى و مضى و غرقى القوات المسلحة في البحار ، المرجع السابق .

[3] المادة 13 (الباب الثاني) يجب معاملة الأسرى معاملة إنسانية في جميع الأوقات .... و على الأخص لا يجوز تعريض أي أسير حرب للتشويه البدني أو التجارب الطبية أو العلمية من أي نوع كان مما لا تبرره المعالجة الطبية للأسير المعني أو لا يكون في مصلحته " اتفاقية جنيف الثالثة .

[4] المادة 32 (القسم الأول من الباب الثالث) : تحظر الأطرف السامية المتعاقدة صراحة جميع التدابير التي من شأنها أن تسبب معاناة بـــدنية أو إبـــــادة للأشخاص المحميين الموجودين تحت سلطتها . و لا يقتصر هذا الحظر على القتل و

ثالثا : البرتوكولان الإضافيان لاتفاقيات جنيف :

تم اعتمادهما في 1977، وكان ذلك كرد فعل لما شهده العالم من زيادة في النزاعات المسلحة غير الدولية كحروب التحرير والحروب الأهلية خلال العقدين الذين أعقبا اعتماد اتفاقيات جنيف لعام 1949 .

1 ـ البرتوكول الإضافي الأول : أهم ما ميز هذا البرتوكول الإضافي اهتمامه بتوفير حماية خاصة للنساء والأطفال وأفراد الخدمات الطبية والصحفيين. وقد عزز وجوب احترام وحماية الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار بحظر تعريض هؤلاء الأشخاص لأي إجراء طبي لا تقتضيه حالتهم الصحية ولا يتفق مع المعايير الطبية المرعية في الظروف المماثلة، ويؤكد نص المادة 11 هذا الحظر بصفة خاصة عمليات البتر والتجارب الطبية والعلمية[1] .

2 ـ البروتوكول الإضافي الثاني : يتعلق هذا البرتوكول بحماية الأشخاص الذين حرموا حريتهم لأسباب تتعلق بالنزاع المسلح، معتقلين أم محتجزين، ويحظر تعريض هؤلاء الأشخاص لأي إجراء طبي لا تمليه حالتهم الصحية، ولا يتفق مع الأصول الطبية المرعية في الظروف العادية[2] .

رابعا: مدونة قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي :

يتألف القانون الدوليالإنساني العرفي من قواعد مستمدة من"ممارسة عامة مقبولة كقانون" وتكمن أهميته في كونه يظل ملزما لكل الدول، بما فيها تلك التي لم تصادق على الاتفاقيات المنظمة للنزاعات الدولية وغير الدولية، وكذلك في كونه يسد الثغرات التي خلفتها تلك الاتفاقيات. وحسب المدونة[3] التي قامت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بإعدادها عام 2005، توجد هناك 161 قاعدة عــرفية أفرزتها ممارسات الدول الحالية تشكل النواة المشتركة للقانون الإنساني الملزم لكافة الأطراف وفي جميع النزاعات المسلحة وتعزز هذه القواعد الحماية القانونية لضحايا الحرب بكل أنواعها[4] . ومن قواعد المدونة التي تطرقت للتجارب الطبية نذكر :

التعذيب و العقوبات البدنية و التشـــويه و التجارب الطبية و العلمية التي لا تقتضيها المعالجة الطبية للشخص المحمي و حسب ، و لكنه يشمل أيضا أي أعمال وحشية أخرى ، سواء قام بها وكـــلاء مدنيون أو وكـــــلاء عسكريون . اتفاقية جنيف الرابعة .

[1] المادة11 ، الفقرة الثانيةمن البرتوكول الإضافي الأول .

[2] المادة 05 الفقرة هـ من البرتوكول الإضافي الثاني تنص على أنه : " يجب ألا يهدد أي عمل أو امتناع عن عمل لا مبرر لهما بالصحة و السلامة البدنية أو العقلية ، و من ثم يحظر تعريض الأشخاص المشار إليهم في هذه المادة لأي إجراء طبي لا تمليه حالتهم الصحية ، و لا يتفق و القواعد المتعارف عليها و المتبعة في الظروف الطبية المماثلة مع الأشخاص المتمتعين بحريتهم .

[3] نشرتها مطبعة جامعة كامـــــبردج عام 2005 ، و تتألف من مجلدين ، يتضمن الأول " القــواعد " و يتضمن الثاني " الممارسة " و يجري تحديث هذا المجلد بانتظام .

[4]اللجنة الدولية للصليب الأحمر I C R C" القانون الدولي الإنساني العرفي " 29 أكتوبر 2010 .

ـ القاعدة 92 : التي تحظر التشويه والتجارب الطبية أو العلمية أو أي إجراء طبي لا تقتضيه الحالة الصحية للشخص المعني ولا يتفق مع المعايير الطبية المرعية .

ـ القاعدة 149 : التي ترتب المسؤولية الدولية عن انتهاك القانون الدولي الإنساني .

ـ القاعدة 151 : و تتعلق بالمسؤولية الفردية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني.

ـ القاعدة 152 : و تتعلق بالحق في التعويض للضحايا المتضررين نتيجة انتهاك القانون الدولي الإنساني .

الفرع الثاني: الضوابط القانونية للتجارب الطبية و العلمية .

يحكم القانون الدولي الإنساني مجموعة من المبادئ الأساسية يجب احترامها من الأطراف المتنازعة أثناء سير العمليات العسكرية ، ومن بين هذه المبادئ ، مبدأ الإنسانية الذي يهدف إلى معاملة ضحايا النزاعات المسلحة بإنسانية، سواء كانوا أصحاء أو مرضى، حتى في أشد الظروف قسوة وأكثرها ضراوة. ومبدأ الحماية التي يوفرها القانون الدولي الإنساني لضحايا النزاعات المسلحة الذين لا يشاركون في العمليات العسكرية، أو أصبحوا عاجزين عن المشاركة كالمرضى و الجرحى من أفراد القوات المسلحة والمدنيين في الأراضي المحتلة. وفي ضوء هذين المبدئـــــين يمكن القول أن إجـــراء التجارب الطبية والعلمية قد يصبح من مقتضيات الإنسانية والرعاية الطبية التي تتطلبها المعاملة الواجبة نحو الإنسانية بصفة عامة ونحو المرضى والجرحى والغرقى من القوات المسلحة الخارجين عن القتال ونحو المدنيين في الأراضي المحتلة بصفة خاصة متى جرت هذه التجارب وفـــق الضوابط القانونية المستخلصة من قـــــواعد وأحكام كل من القانون العام والقانون الدولي الإنساني. ويمكن تلخيص هذه الضوابط فيما يلي:

أولا : ضرورة الحصول على رضا المعني بالتجربة الطبية و العلمية :

بعد الحصول على الرضا أمرا ضروريا لأي تدخل طبي على جسم الإنسان، وتزداد ضـــــرورته في التجارب الطبية المجراة وقت النـــزاعات المسلحة حيث تكون فئة المرضى والجرحى والأسرى والواقعين تحت الاحتلال، الفئة الأضعف والأقرب لأن تكون محلا للاستغلال[1] ولذلك تحرص الأحكام القانونية والأخلاقية أي كان مصدرها، ليس فقط على توفر موافقة الشخص المعني بالتجربة الطبية وإنما على أن تكون هذه الموافقة مسبقة ومستمرة بحيث إذا رفض الشخص الخضوع للتجربة، لا يمكن إجراؤها عليه مهما كانت الظروف و الملابسات[2] . وأن تكون حرة صادرة عن إرادة سليمة، إذ لا يكون لموافقة الشخص أية قيمة قانونية إذا كان صاحبها ضحية غلط أو تدليس أوأكراه أو استغلال أو خداع .... إلخ[3]. وأن

---

[1]Vivienne Nathanson ; " L'étique médicale en temps de guerre et en temps de paix " Revue internationale de la Croix rouge Volume 95, 2013 /1 et 2 , P 135 n.

[2]المادة 6/ 3 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا و حقوق الإنسان .

[3]المادة 1 من تقنين نورمبرغ : يجب أن يكون الشخص المجرب عليه موافق على إجراء التجربة ، و هذا 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 غضب تؤثر على قراره ، كما يجب أن يكون مدركا و فاهما لتفاصيل التجربة .

تكون الموافقة أو الرضا عن دراية واستنارة، أي أن يتم تبصير الشخص المعني بالتجربة الطبية أو العلمية بكل تفاصيل التجربة، طبيعتها، مدتها، الوسائل المستعملة لإجرائها، الأضرار والمخاطر المحتملة والنتائج المنتظرة منها[1] .

ويميل القانون الدولي الإنساني للتشدد بشأن موافقة الأشخاص المحرومين من حريتهم لأسباب تتـــعلق بالنـــزاع المسلح، إذ تشير معظم الصكوك الدولية والبيانات الرسميـــة والسوابق القضائية التي تتعلق بجرائم الحرب لحظر التجارب الطبية دون إشارة محددة لاستثـــناء ممكن إذا وافــق الشخص المحتجز على الإجراء، فكل اتفـــــاقيات جنيف[2] والبرتوكولان الإضافيان[3] والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية[4] ، وكذلك كتيبات الدليل العسكري للعديد من الدول[5]، كلها اكتفت بحظر التجارب الطبية دون اشتراط عدم الموافقة عليها من قبل المعنيين بها، بل أن المؤتمر الذي جرت خلاله المفاوضات على أركان الجرائم قد خلص إلى أن الحظر مطلق، لأن الشخص المحتجز لا يستطيع إعطاء الموافقة حسب الأصول .

ثانيا : وجوب تحقيق غاية علاجية أو علمية نافعة :

من الضوابط الأساسية التي ينبغي للتجربة الطبية والعلمية التقيد بها، مراعاة الباعث من التجربة واحترام تحقيق الغاية المرسومة لها. فإذا كانت التجربة علاجية فإن الغاية التي على القائم بالتجربة العمل للوصول إليها هي علاج المريض الخاضع للتجربة. أما إذا كانت الغاية منها هو تحقيق التطور العلمي الذي تتحقق معه مصلحة المجتمع فإنه يتعين على القائم بالتجربة العلمية (غير العلاجية) التقيد بالشروط التالية : الحرص على حماية صحة الشخص الخاضع للتجربة، ومراعاة المتطلبات العلمية الحديثة، وتفادي أو التقليل من المخاطر التي قد تنتج عنها، ورفض المتاجرة أو تحقيق الربح[6] عن طريق إجراء التجارب العلمية حتى لو كان ذلك بموافقة المعني بالتجربة .

ثالثا : أن تكون فوائد التجربة الطبية و العلمية أكبر من مخاطرها :

---

[1] إيمان عايد محمود قصراوي ، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس فلسطين 2018 ، ص 5 .

[2] اتفاقية جنيف الأولى ـ المادة 50 ـ اتفاقية جنيف الثالثة ـ المادة 130 .
اتفاقية جنيف الثانية ـ المادة 51 ـ اتفاقية جنيف الرابعة ـ المادة 147 .

[3] البرتوكولالإضافي الأول ـ المادة 11 و المادة 85 .
البرتوكول الإضافي الثاني ـ المادة 5 .

[4] المادة 8/ 2 ب (10) و هـ (11) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

[5] على سبيل المثال ، الدليل العسكري لكل من استراليا ، بلجيكا ، كندا ، فرنسا ، ألمانيا ، أمريكا ، الأرجنتين ، بوركينافاسو ... إلخ .

[6] عرشوش سفيان ، مرجع سابق ، ص 558 .

يقصد بهذا الضابط أن تكون الأخطار المتوقعة من التجربة الطبية أو العلمية أقل بالنسبة للخاضع لها بالنظر إلى المنفعة المنتظرة منها، و يكون ذلك بالموازنة بين الأخطار والعواقب المتوقعة وبين المنفعة المراد تحقيقها، وفي كل الأحوال ينبغي تغليب مصلحة الفرد قبل المصلحة العامة، وقد نصت المادة 7 من تقنين نورمبرغ على أنه " يجب أن يجنب الشخص الخاضع للتجربة من كل حظر محتمل، مهما كان قليلا، يؤدي إلى إحداث جروح جسيمة أو عجز أو وفاة[1] "

رابعا : مراعاة الأصول العلمية :

يقتضي هذا الضابط أن تتوفر الكفاءة العالية والأهلية اللازمة في الأشخاص الذين يجرون أو يشاركون في إجراء التجربة الطبية أو العلمية، وذلك خلال كل مراحل التجربة، وقد نص تقنين نورمبرغ في المادة 8 على :

" أن التجارب الطبية لا يمكن إجراءها إلا من طرف أشخاص مؤهلين وأنه في جميع مراحل التجربة لا بد من توفر كفاءة عالية والحيطة في الأشخاص الذين يديرونها أو يشاركون فيها[2] "

ويعد من الأصول العلمية المتفق عليها، إجراء التجربة على الحيوان الأكثر شبها بالإنسان، قبل إجراءها على الإنسان، كما أنه يتعين على الطبيب القائم بالتجربة تفادي القيام بالبحث والتجريب على الإنسان بطريقة عشوائية غير منهجية وبعيدة عن الأصول العلمية المعروفة عند أهل العلم[3] .

خامسا: وجوب القيام بالتجربة الطبية في أماكن مناسبة و مرخصة :

يمكن اعتبار هذا الضابط من الضوابط الشكلية . ويقصد به أن التجربة الطبية أو العلمية ينبغي أن تتم في مستشفيات أو أماكن تتوفر فيها التجهيزات الملائمة والوسائل الفنية الكافية، وذلك حتى لا تتعرض حياة الشخص الخاضع للتجربة أو سلامته البدنية إلى الخطـر.

---

[1] بن عودة سنوسي ، مرجع سابق ، ص 199 .

[2] كما تنص المادة 16 من إعلان هلسنكي على أن " التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان ، لا يمكن إجراءها إلا من طرف أشخاص مؤهلين علميا ، و الذين يملكون الخبرة لذلك . التجارب التي يكون محلها مرضى أو متطوعين أصحاء يجب أن تتم تحت رقابة طبيب أو شخص آخر من محترفي الصحة المؤهلين و ذوي الخبرة "

[3] بن عودة سنوسي ، مرجع سابق ، ص 202 ـ 204 .

المبحث الثاني : الجزاء المترتب عن التجارب الطبية والعلمية المنتهكـة للقانون الدولي الإنـساني

تعتبر النزاعات المسلحة، الدولية وغير الدولية، من الظروف الاستثنائية التي تتعرض خلالها حقوق الإنسان لأبشع الانتهاكات. وهي فرصة أصحاب المآرب الشخصية والنوايا الدنيئة لاستغلال المرضى والجرحى والأسرى الذين أصبحوا عاجزين عن القتال، والمدنيين الواقعين تحت الاحتلال، واستخدامهم كحقل تجارب طبية وعلمية خارج الأطر الصحية والإنسانية. ولكبح مثل هذه التجاوزات الخطيرة، أخضع القانون الدولي الإنساني التجارب الطبية والعلمية لضوابط قـــــانونية ينبغي الالتزام والتقيد بها . واعتبر كل خروج عنها مخـــالفة جسيمة وجريمة حرب تستوجب مساءلة المسؤولين عنها وتعويض المتضررين منها .

المطلب الأول : تجريم التجارب الطبية و العلمية المنتـهكة للقانون الدولي الإنساني

تضمنت قواعدوأحكام القانون الدولي الإنساني، المدون منه والعرفي، شروطا وضوابط تحكم التجارب الطبية ، وتعكس مدى مشروعيتها . وتعـــتبر هذه الضوابط بمثابة القيود التي ينبغي على القائمين، والمشرفين على التجارب الطبية والعلمية مراعاتها والتقيد بها، تحت طائلة تجريم أعمالهم واعتبارها انتهاكا جسيما لقواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بالرعاية الصحية والسلامة البدنية والعقلية الواجبة نحو فئات الأشخاص المحمية بموجب هذا القانون .

الفرع الأول : التجارب الطبية و العلمية المخـلة بالضوابط القانونية .

إدراكا للأضرار والمخاطر الاستثنائية التي قد تلحقها بعض التجارب الطبية والعلمية بحياة وصحة ضحاياها، إذا ما ترك أمر تقريرها وممارستها لإرادة القائمين بها الانفرادية، خاصة وقت النزاعات المسلحة. ورغبة في توفير مزيد من الرعاية الصحية لفئة الأشخاص المحمية بموجب القانون الدولي الإنساني، أخضع هذا الأخير، التجارب الطبية لشـــروط ومعاييرهي بمثابة الضوابط القانونية الواجبة الاحترام، والتي يمكن تلخيصها في ضرورة موافقة الشخص المعني بها، والضرورة العلاجية للتجربة، وإجراءها وفقا للمعايير الطبية المرعية .

أولا : التجارب التي لا يتـوفر فيها شرط الرضا :

من المبادئ المستقرة في الأعمال الطبية عموما، الحصول على رضا المريض. وفي التجارب الطبية والعلمية يعد الرضا أمرا ضروريا يرتب تخلفه المسؤولية القانونية لمنفذ التجربة الطبية غير المتوفرة على موافقة المعني بها. وقد رسخت قواعد القانون الدولي هذا الشرط كأحد الضوابط القانونية اللازمة لإجراء أي تجربة طبية أو علمية. ووضعت له شروطا موضوعية وأخرى شكلية.

ومن الشروط الموضـوعية : ضرورة صـــــــدوره عن إرادة حرة خالية من العيوب[1] ،

---

[1] المادة 1 من تقنين نورمبرغ نصت على شروط الموافقة لإجراء التجربة الطبية .

في حالة كونه شخصا بالغا وحرا، أما إذا كان قاصراً، فيشترط موافقة ممثله القانوني، مع ضرورة احترام إرادة القاصر المرشّد في حالة رفضه أو عدوله عن الموافقة[1] ، وبالنسبة للشخص المحروم من الحرية، فقد أولاه القانون الدولي الإنساني اهتماما بالغا، إذ يميل هذا القانون للتشدد بشأن موافقة الأشخاص المحرومين من حريتهم لأسباب تتعلق بنزاع مسلح، بحيث لا يعتبر وجود الرضا من الضوابط التي تضفي صفة المشروعية على التجربة الطبية وقد أشار إلى ذلك صراحة البرتوكول الأول الإضافي في المادة 2/11 التي تنص على أنه " يحظر بصفة خاصة أن تجرى لهؤلاء الأشخاص **و لو بموافقتهم** أي مما يلي :

أ- عمليات البتر .

ب-التجارب الطبية و العلمية .

ت-استئصال الأنسجة أو الأعضاء بغية استزراعها ...

وذلك إلا حيثما يكون لهذه الأعمال ما يبررها "

كما أن اتفاقيات جنيف الأربعة عند تعرضها لحظر التجارب الخاصة بعلم الحياة باعتبارها إحدى المخالفات الجسيمة لم تشترط عدم الموافقة على إجراءها كسبب من أسباب حظرها[2] .

أما الشروط الشكلية للرضا فتتمثل في الكتابة إذ تشترط بعض التشريعات[3] ، تطبيقا لتوصيات إعلان هلسنكي، إصدار موافقة الشخص على الخضوع للتجربة الطبية والعملية في شكل مكتوب .

ثانيا : التجارب الطبية و العلمية التي لا تقتضيها الحالة الصحية للشخص المعني :

يؤكد القانون الدولي الإنساني على الالتزام برعاية الجرحى والمرضى والغرقى وعلى احترام أخلاقيات مهنة الطب التي تحيط بهذه الأعمال. كما يؤكد على أن الأولوية في نظام العلاج يجب أن يكون على أساس الدواعي الطبية العلاجية وحدها[4] ويحظر القانون الدولي الإنساني كل عمل (أو إجحام) لا تبرره المعالجة الطبية ويعرض للخطر الصحة والسلامة البدنية والعقلية للأشخاص الذين هم في قبضة الخصم[5]، ومن بين الأعمال المحظورة التي تجعل من الدواعي العلاجية ضابطا لقانونية التجربة الطبية أو

---

[1] المادة 27 و 28 من إعلان هلسنكي .

[2] اتفاقية جنيف الأولى المادة 50 .

اتفاقية جنيف الثانية المادة 51 .

اتفاقية جنيف الثالثة المادة 130 .

اتفاقية جنيف الرابعة المادة 147 .

[3] المادة 5 من اتفاقية حقوق الإنسان و الطب البيولوجي المنعقدة بستراسبورغ الفرنسية سنة 1977 ، بن عودة السنوسي ، مرجع سابق .

[4] المادة 12 اتفاقية جنيف الأولى .

[5] المادة 50 اتفاقية جنيف الأولى و المادة 13 من اتفاقية جنيف الثالثة

العلمية هو إجراء هذه الأخيرة للشخص المحتجز أو المعتقل أو المحروم من حريته لأسباب تتعلق بالنزاع المسلح سواء كان مريضا أو سليما، دون أن تكون حالته الصحية تقتضي إجراءها[1]، وفي نفس الاتجاه يذهب النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية[2] و كذلك العديد من كتيبات الدليل العسكري في حظر التجارب الطبية أو العلمية أو أي إجراء طبي لا يستدعيه حالة المريض الصحية[3] .

ثالثا : التجارب الطبية والعلمية التي لا تحترم الأصول الطبية والعلمية المرعية

عرفت بعض المصادر الطبية الأصول العلمية بقولها " هي الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظريا وعمليا بين الأطباء والتي يجب أن يُلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي " ولا يتسامح أهل الاختصاص مع من يجهلها أو يتخطاها منهم. وتشمل الأصول العلمية، العلوم والمعارف الثابتة، كما تشمل العلوم المستجدة التي يتم اكتشافها[4] ، ويعد من الأصول الطبية والعلمية التي ينبغي مراعاتها عند إجراء أي تجربة طبية أو علمية توافر الكفاءة العلمية اللازمة في الطبيب الذي يجري التجربة وفي كل من يشاركه أو يساعده من الطاقم الطبي، وقد أرسى هذه القاعدة تقنين نورمبرغ فيمادته الثامنة التي تنص على أن التجارب الطبية لا يمكن إجراءها إلا من طرف الأشخاص المؤهلين وأنه في جميع مراحل التجربة لا بد من توفر كفاءة عالية والحيطة في الأشخاص الذين يديرونها أو يشاركون فيها. وتقتضي الكفاءة في الطبيب إحاطته الراسخة بكل القواعد المتعارف عليها القديمة منها والحديثة. ويحرص القانون الدولي الإنساني على ضرورة إتباع هذه القواعد المتعارف عليها في المجال الطبي والعلمي، أثناء إجراء التجارب الطبية والعلمية وإلا اعتبرت هذه التجارب محظورة، وذلك بناءا على ما ورد في البرتوكولين الإضافيين وفي مدونة القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني[5]. ولا يقتصر البعض على الكفاءة الطبية والعلمية كمكون رئيسي لضابط الأصول الطبية والعلمية المرعية إنما يضيف إليه كل القواعد والإجراءات الطبية المتبعة والمعروفة في الظروف العادية، منها على سبيل المثال إجراء التجربة الطبية والعلمية على

و المادة 05 من البرتوكول الإضافي الثاني .

[1] المادة 32 من اتفاقية جنيف الرابعة .

المادة 11 من البرتوكول الإضافي الأول .

المادة 05 من البرتوكول الإضافي الثاني .

القاعدة 92 من مدونة قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي .

[2] المادة 8/ب11 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

[3] I C R C ، القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، تاريخ الإطلاع 2022/07/30 .

[4] محمد مختار الشنقيطي ، كتاب أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها . تاريخ الإطلاع 2022/08/05
https://marktaba.org.book

[5] المادة 11 من البرتوكول الأول .

المادة 05 من البرتوكول الثاني .

القاعدة 92 من القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني .

الحيوان أولا ولمدة زمنية مقبولة قبل التجريب على الإنسان، واشتراط الكتابة للتعبير عن الموافقة على التجربة .

الفرع الثاني : موقف القانون الدولي الإنساني من التجارب الطبية والعلمية المخلة بالضوابط القانونية

وفقا لأحكام وقواعد القانون الدولي الإنساني تعتبر من الأعمال المحظورة التجارب الطبية والعلمية التي تجرى للإنسان دون مراعاة للضوابط القانونية التي تحكمها، وقد وردت ضمن لائحة الأعمال التي تشكل مخالفات جسيمة منذ نهاية الحرب العالمية الثانية من قبل المحكمتين العسكريتين نومبرغ وطوكيو[1] . وتكررت في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (م 34). واستخدمت اتفاقيات جنيف مصطلح " المخالفات الجسيمة " واعتبرت التجارب الخاصة بعلم الحياة المحظورة من بين هذه المخالفات ومع اعتماد البرتوكول الأول الإضافي (1977) تم اعتبار المخالفات الجسيمة " جرائم حرب " حيث ورد في المادة 85/د منه " تـــعد المخالفات الجسيمة للاتفاقيات ولهذا البرتوكول بمثابة جرائم حرب[2] . واعتبر النظام الأساسي لمحكمة يوغوسلافيا (المادة 2/ب) إجراء تجارب بيولوجية على أشخاص تحميهم اتفاقيات جنيف انتهاكا جسيما وجريمة حرب، كما نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على إخضاع الأشخاص الذين هم تحت سلطة طرف آخر في النزاع إلى أي نوع من التجارب الطبية أو العلمية التي لا يبررها العلاج الطبي... يشكل جريمة حرب في النزاعات الدولية وغير الدولية المادة 2/8 ب (10) و هـ(11) .

المطلب الثاني : مسؤولية الأطراف عن إجراء التجارب الطبية المحظورة .

يمكن تحديد الأطراف المسؤولة عن التجارب الطبية والعلمية الضارة والمحظورة أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية ، في طرفين ، هما الدولة بصفتها مسؤولة عن قواتها المسلحة، والأفراد المتمثلين في القادة العسكريين ومن يعملون تحت إمرتهم من أطباء عسكريين أو مدنيين .

الفرع الأول : مسؤولية الدولة عن التجارب الطبية و العلمية باعتبارها جريمة حرب .

من القواعد القديمة للقانون الدولي الإنساني العرفي، اعتبار الدولة مسؤولة عن كافة الأعمال التي يقترفها الأشخاص الذين يشكلون جزءا من قواتها المسلحة، فقد نصت عليها اتفاقية لاهاي (1907) و أعيد النص عليها في كل من اتفاقيات جنيف و البرتوكول الإضافي الأول وفي مدونة القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني[3] . ووفقا للنصوص السابقة الذكر تعتبر الدولة مسؤولة عن انتهاكات القانون

---

[1] I C R C ، القانون الدولي الإنساني العرفي ، القاعدة 156 ، مرجع سابق .
تاريخ الإطلاع 2022/07/03 https://Ihl.databases.ICRCorg

[2] بن حفاف اسماعيل" تعريف جرائم الحرب و بيان أصنافها في ظل تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة " ، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ، المجلد 04 ، العدد 5 ، 2018 ص 07 .

[3] المادة 03 من اتفاقية لاهاي 1907 الخاصة باحترام قوانين و أعراف الحرب .

الدولي الإنساني المنسوب إليها والتي تشمل الانتهاكات المرتكبة من قبل أجهزتها بما فيها القوات المسلحة، والأشخاص والكيانات التي فوضتها بقدر من السلطة الحكومية، والأشخاص الذين يعملون بناءا على تعليماتها أو تحت إشرافها أو سيطرتها، والأشخاص أو المجموعات الخاصة التي تعترف بها الدولة وتتبناها كتصرفات صادرة عنها[1] . وفيما يتعلق بالتجارب الطبية والعلمية المعتبرة بمثابة انتهاك جسيم تسأل عنها الدولة إذا كان الطاقم الطبي الذي أجراها، ينتمي للقوات المسلحة أو يعمل تحت إشرافها أو سيطرتها، أو كان طبيبا مدنيا أنتدب للعمل مع القوات المسلحة. في كل هذه الأحوال تعتبر الدولة مسؤولة عن التجارب الطبية والعلمية التي ألحقت أضرارا بالمعنيين بها، مما يستوجب التزام الدولة بجبر هذه الأضرار. ولهذا الأخير ثلاثة صور : الرد (أو الجبر الكامل) والتعويض والترضية . ويناسب الشكلان الأخيران جبر الأضرار الناجمة عن التجارب الطبية و العلمية غير المشروعة .

- **التعويض** : إلزام الدولة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن انتهاكها للقانون الدولي الإنساني، قاعدة عُـــرفية قديمة نصت عليها اتفاقية لاهاي (1907) في المادة 3 . وأعاد البرتوكول الإضافي الأول النص عليها في المادة 91 منه " يسأل طرف النزاع الذي ينتهك أحكام الاتفاقيات أو هذا الملحق البرتوكول عن دفع تعويض ... ويكون مسؤولا عن كافة الأعمال التي يقترفها الأشخاصالذين يشكلون جزءا من القوات المسلحة" و نصت عليه مدونة القواعد القانون الدولي الإنساني العرفي في القاعدة 150 منه التي تنص على أن " تلتزم الدولة المسؤولة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني بالتعويض الكامل عن الخسائر والأذى الذي تسببت فيه " ويشمل التعويض الأضرار المادية والمعنوية.
- **الترضية** : هي شكل من أشكال جبر الضرر، وتتخذ بدورها عدة أشكال، فقد تتمثل في واجب الدول في التحقيق في جرائم الحرب التي تقع ضمن اختصاصها ومنها جريمة إجراء تجربة طبية أو علمية غير مشروعة، وقت الحرب، ومحاكمة الأطباء المشتبه بهم إذا اقتضى الأمر. كما قد تتخذ شكل إقرار بالخرق، أو تعبير عن الأسف أو اعتذار رسمي أو أي شكل آخر مناسب[2] .

المادة 51 من اتفاقية جنيف الأولى .

المادة 52 من اتفاقية جنيف الثانية .

المادة 131 من اتفاقية جنيف الثالثة .

المادة 148 من اتفاقية جنيف الرابعة .

المادة 91 من البرتوكول الإضافي الأول .

القاعدة 149 من القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني .

[1] I C R C ، قاعدة بيانات القانون الدولي الإنساني العرفي ، مطبعة جامعة كمبردج 2005 .

[2] المادة 2/37 من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا .

الفرع الثاني : مسؤولية الأفـــراد

إلى جانب الدول يحمل القانون الدولي الإنساني الأفراد مسؤولية ارتكابهم لجرائم حرب سواء كانوا من العسكريين أو من المدنيين. بمعنى أن إجراء تجارب طبية أو علمية يحظرها القانون الدولي الإنساني، على المرضى والجرحى والغرقى والأسرى والمدنيين تحت الاحتلال، يرتب مسؤولية القادة العسكريين ومن يعمل تحت إمرتهم من الأطباء الذين قاموا بإجراء التجربة الطبية أوالعلمية. والمسؤولية المترتبة على الأفراد مسؤولية جزائية و مدنية.

أولا : المسـؤولية الجزائية للأفـراد

نصت اتفاقيات جنيف[1] على مسؤولية الأفراد عن جرائم الحرب، وكذلك مدونة قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي[2] . وقد شكلت المسؤولية الجزائية الفردية عن جرائم الحرب أساس المحاكمات التي جرت بمقتضى الأنظمة الأساسية لكل من محكمة نورمبرغ (م 6) ومحكمة طوكيو (م 5) ومحكمة يوغوسلافيا (م 2 ، م 3) والمحكمة الجنائية الدولية (م 5 و م 25).

ويثير هذا، موضوع مسؤولية القادة الفردية أو بصفتهم الشخصية عن التجارب الطبية أو العلمية التي تجرى أثناء النزاع المسلح. باستقراء نصوص اتفاقيات جنيف الأربعة والبرتوكول الإضافي الأول وكذلك النظامين الأساسيين لكل من محكمة يوغوسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية، يمكن الاستنتاج بأن القادة يتحملون بصفة فردية المسؤولية عن التجارب الطبية التي ينطبق عليها وصف جريمة حرب، إذا :

- إذا أصدروا لمن تحت إمرتهم من الأطباء، أوامر بإجراء تجارب طبية أو علمية غير مشروعة.
- إذا سمحوا للأطباء الذين هم تحت إمرتهم بإجراء مثل هذه التجارب .
- إذا فشلوا في معاقبة هؤلاء الأطباء الذين ينتهكون القانون الإنساني .
- إذا ما عرفوا بأن هناك تجارب طبية أو علمية غير مشروعة قيد التنفيذ أو جاري الإعداد لها ولم يمنعوا ذلك .

ثانيا : المسؤولية المدنية للأفراد

إلى جانب المسؤولية الجنائية للقادة العسكريين ومن يعملون تحت إمرتهم من الطاقم الطبي، عن التجارب الطبية والعلمية باعتبارها جريمة حرب، ليس هناك ما يمنع من مساءلة هؤلاء مدنيا وتأديبيا. بل

---

[1] المادة 49 من اتفاقية جنيف الأول .
المادة 50 من اتفاقية جنيف الثانية .
المادة 129 من اتفاقية جنيف الثالثة .
المادة 146 من اتفاقية جنيف الرابعة .

[2] القاعدة 151 المتعلقة بالمسؤولية الفردية .

أن الممارسة الحديثة العهد[1] تـؤيد تقديم الشخص المدان تعويضا لضحايا المتضـــررين من جرائم الحرب. وفي هذا المجال نصت المادة 2/75 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية المتـــعلقة بجبر أضـــرار المجني عليهم، على أنه " للمحكمة أن تصدر أمرا مباشرا ضد شخص مدان تحدد فيه أشكالا ملائمة من أشكال جبر أضرار المجني عليهم أو فيما يخصهم ، بما في ذلك رد الحقوق و التعويض و رد الاعتبار ".

الخاتمـة

من خلال دراسة التجارب الطبية والعلمية على الإنسان في ضوء أحكام وقواعد القانون الدولي الإنساني توصلنا إلى النتائج التالية :

- أن القانون الدولي الإنساني مدرك لأهمية التجارب الطبية والعلمية في الحفاظ على صحة الإنسان وتحقيق التطور العلمي في المجال الطبي، لكنه في نفس الوقت متخوف من خطورتها الاستثنائية على حياة الخاضع لها وسلامته البدنية والعقلية، لذلك قيد إجراءها بشروط و ضوابط قانونية .
- أن القانون الدولي الإنساني حظر التجارب الطبية والعلمية المنتهكة لأحكامه واعتبرها انتهاكات جسيم برتبة جرائم حرب .
- أن القانون الدولي الإنساني بعد تجريمه للتجارب الطبية والعلمية المحظورة رتب المسؤولية على مرتكبيها، وأنشأ للمتضررين الحق في جبر الضرر .
- أن القانون الدولي الإنساني لم يأخذ بعين الاعتبار موافقة الشخص على إجراء التجربة الطبية أو العلمية إذا كان هذا الأخير يفتقد للحرية بسبب نزاع مسلح، ونوافقه الرأي في ذلك لقناعتنا بأن الإرادة في مثل هذه الظروف غير كاملة الصحة .
- أن القانون الدولي الإنساني يفتقد للآليات التي تمكنه من التأكد من مدى توافر بعض الضوابط التي تضفي صفة الإباحة على التجارب الطبية والعلمية.

وبناءا على النتائج الواردة أعلاه، نقدم الاقتراحات التالية :

---

[1] على سبيل المثال : لائحة الإدارة الانتقالية للأمم المتحدة في تيمور الشرقية رقم 2000/30 ، تعطي المحكمة الإقليمية ومحكمة الاستئناف في ديلي ، صلاحية " أن يشمل اختصاصها إصدار أمر للمتهم بدفع تعـويض أو جبر أضرار للمجني عليه ".

- إنشاء لجنة أو هيئة علمية دولية مستقلة تتكون من كبار العلماء والمختصين في العلوم الطبية تعمل بالتنسيق مع الأمم المتحدة (أو منظمة الصحة العالمية) واللجنة الدولية للصليب الأحمر، يكون من بين صلاحيتها منح الرخص للجهات الطبية الراغبة في إجراء التجربة الطبية أو العلمية .
- إلزام الجهات الراغبة في إجراء التجارب بإعداد ملف مفصل ودقيق عن الحالة الصحية للشخص المعني وعن التجربة المزمع إجراءها والنتائج المتوخاة منها والوسائل والطرق التي تنوي إتباعها، وإرسال الملف إلى اللجنة العلمية الدولية المقترحة للترخيص لها بإجراء التجربة بعد الدراسة والتمحيص .
- إصدار برتوكول جديد يتناول بالتفصيل موضوع هذه اللجنة وصلاحياتها وطريقة عملها وتنظيمها .... إلخ .

قائمة المراجـــع

1- الكتب :

- العربي بلحاج ، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2012 .
- أيمن مصطفى الجمل ، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ط 01 ، سنة 2010 .
- مفتاح مصباح بشير الغزالي ، المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية دراسة مقارنة ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ليبيا ، 2005 .
- فرنسواز بوشيه – سولينييه ، القاموس العلمي للقانون الإنساني ، ترجمة محمد مسعود ، الناشر دار العلم للملايين 2006 .
- بن عودة سنوسي ، التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية ، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد قايد – تلمسان ، 2017 – 2018 .
- ICRC، القانون الدولي الإنساني العرفي ، قاعدة بيانات القانون الدولي الإنساني ، مطبعة جامعة كمبردج 2005 .

2- المقالات :

- سفيان عرشوش ، الأحكام الموضوعية والإجرائية للتجارب الطبية على الإنسان ، المجلة الأكـــاديمية للبحث القـــانوني ، المجلد 13 ، العدد 01 ، السنة 2022 ، ص 544 – 562 .
- بن حفاف سماعيل ، تعريف جرائم الحرب و بيان أصنافها في ظل تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، الجزء 4 ، العدد 5 ، 2011 ، ص 22 – 31 .
- عماد الدين بركات ، التجارب الطبية و العلمية على جسم الإنسان ، دراسة شرعية قانونية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 57 ، العدد 05 ، السنة 2020 ، ص 468 – 482 .

- إيمان عابد محمد قصراوي ، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين 2018 .

3- الوثـــائق القانونية :

- جامعة منيسوتا ، مكتبة حقوق الإنسان :

ـ اتفاقية جنيف لتحسين حال المرضى والجرحى بالقوات المسلحة بالميدان .

ـ اتفاقية جنيف لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار .

ـ اتفاقية جنيف الخاصة بأسرى حرب .

ـ اتفاقية جنيف الخاصة بحماية المدنيين ضحايا الحرب .

ـ البرتوكول الإضافي الأول 1977 .

- نظام روما الأساسي المؤرخ في 17 جويلية 1998 و المصحوب بموجب محاضر 1999 – 2000 – 2001 – 2002 .

ـ I O R F du 22 Décembre 1988 : Décret n° 88/1138 du 20 Décembre relative à la protective des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicale , J .O.R.F du Décembre 2018 .

4- المواقـع الإلكترونية :

- القانون الدولي الإنساني العرفي https://I.C.R.C.org
- دليلك في القانون الدولي الإنساني سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم 12 – 2008 https://merzan.org

جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية من منظور القانون الدولي

د. دعاس آسية
الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا

ملخص :
تعالج هذه الدراسة جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية من منظور القانون الدولي ؛ إذ تبين مفهوم جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية لغتا واصطلاحا، وكذا في القانون الجزائري بموجب قانون العقوبات المعدل والمتمم بالإضافة إلى القانون الدولي كيف تناول مفهوم الجريمة، كما تطرقت إلى أركان جريمة الاتجار بالبشر على اعتبار أنها جريمة دولية تخضع لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وقد توصلت الدراسة أن جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية وجب أن تحاط بمزيد من الاهتمام لأن لها أخطار وأثار جمة على المجتمع.
الكلمات المفتاحية: الاتجار بالبشر ، أغراض التجارب الطبية ، أركان الجريمة، القانون الدولي.

Abstract:
This study addresses the crime of trafficking in human beings for purposes of medical experimentation from the perspective of international law. The concept of the crime of trafficking in human beings for purposes of medical experimentation is reflected in language and language, as well as in Algerian law under the amended and complementary Penal Code, as well as in international law, how the concept of the crime is addressed, and the elements of the crime of trafficking in human beings as an international crime under the jurisdiction of the International Criminal Court Court.
Key words: Trafficking in Human Beings, Medical Experiments, Elements of Crime, Law of States.

المقدمة:

إن جريمة الاتجار بالبشر تعد جريمة قديمة الظهور ؛ إذ في السابق أخذت صورة الرق وتطورت لأن وصلت لصورتها الحديثة ؛ إذ تضمنت عدة صور منها : نزع الأعضاء البشرية ، الاستغلال الجنسي ، الاختطاف ، التسول، ... ؛ إلا أن ما يهمنا هو الاتجار بالبشر لغرض التجار بالطبية ؛ إذ أنه يعد صورة حديثة جدا ولها انعكاسات، وأخطار على المجتمع بصورة عامة، والضحية المتجر بها بصورة خاصة، وتتجلى مشكلة البحث في:

تعارض جريمة الاتجار بالبشر مع قواعد القانون الدولي والوطني؛ إذ تعد من الجرائم الماسة بكرامة الإنسان، وجسمه لذا كانت ولازالت مجرمة، وتكمن أهمية البحث في اعتبار أن جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية تعد من الجرائم الدولية التي اعتبرت جسم الإنسان كسلعة رخيصة تباع، وتشترى سواء أكان بمقابل، أو من دونه وهذا الفعل الشنيع يرتكب من قبل جماعات إجرامية منظمة، وعابرة

للخدود الوطنية، ونظرا لتزور العلمي، والتكنولوجي قد جعل جريمة الاتجار بالبشر ثالث جريمة بعد الاتجار بالمخدرات، والسلاح نظرا للمداخيل المادية الضخمة الناتجة عنه، ولقد تم الاستعانة بالمنهج الوصفي والتحليلي والمقارن من حيث تبيان ماهية جريمة الاتجار بالبشر لأغراض طبية ، وكذا الأركان التي تتميز بها هذه الجريمة.

خطة البحث:

المبحث الأول: مفهوم الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية

المطلب الأول: مفهوم الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية لغتا واصطلاحا

المطلب الثاني: مفهوم الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية في القانون الدولي

المطلب الثالث: مفهوم الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية في القانون الجزائري

المبحث الثاني:أركان جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية

المطلب الأول: الركن المادي

المطلب الثاني: الركن المعنوي

المطلب الثالث: الركن الشرعي

المبحث الأول : مفهوم الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية

لقد سعى فقهاء القانون لوضع تعريف لجريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية ؛ بحيث يكون التعريف جامع لصور التي ينبثق عنها، والوسائل والأساليب المستعملة من قبل المجرمين ، وكان الهدف من كل هذا إزالة الغموض عن لجريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية، كما سعت المواثيق والاتفاقيات الدولية والقوانين، والمعاهدات المتعلقة بهذه الجريمة، ومعاقبة مرتكبيها بوضع تعاريف لها .

ومن أجل إيضاح مفهوم جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية ، كان لزاما تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب **المطلب الأول**: التعريف اللغوي، والاصطلاحي لجريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية ، **المطلب الثاني:** التعريف بجريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية في القانون الدولي، **المطلب الثالث:** التعريف بجريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية في القانون الجزائري.

المطلب الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لجريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية

سيتم التعرف على مصطلحات الاتجار بالبشر أولا ثم مصطلحات التجارب الطبية ، هذا لكونه جديد، ومركب ويحمل معاني مختلفة، ولذلك كان من اللازم على الباحثة إفراد كل مصطلح، وإعطاء تعريف خاص بها لغة واصطلاحا ، وتناولت في **الفرع الأول:** التعريف اللغوي، أما **الفرع الثاني:**التعريف الاصطلاحي.

الفرع الأول: التعريف اللغوي لجريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية

في هذا الفرع سيتم تناول تعريف الجريمة لغة **أولا** ،ثم الاتجار لغة **ثانيا**، ثم البشر لغة **ثالثا**، تجارب لغتا **رابعا** ، الطبية لغتا **خامسا**.

أولا: التعريف اللغوي لمصطلح الجريمة.

الجريمة معناها الجُرْمُ ومصدره الجَارِمُ ، وهو الذي يُجَرِمُ نفسه وقومه شرّا ؛ فهو المذنب وجمعه إِجْرَامْ .

أما مصطلح الجريمة عند اللغويين ، وقواميس اللغة ينصرف إلى التعدي وارتكاب الذنب واكتساب الألم[1].

بالإضافة إلى جَرَمَ وأَجْرَمَ وإِجْتَرَمَ والجِرْمٌ بالكسر الجسد، وجَرَمَ أيضا كسب ، وتَجَرَّمَ عليه أي ادعى عليه ذنبا لم يفعله[2].

أما الجريمة بوجه خاص : الجناية والجمع : جرائم، جَرَمَ فعل، جريمة اسم ، جَرَمَ الرَجُلٌ: أذنب ارتكب ذنبا، جَرَمَ نفسه أو قَوْمَهُ أو جَرَمَ عَلَيْهِمْ: جَنَى جِنَايَةً[3].

وما يلاحظ من التعريفات السابقة أنهم قد قاموا بحصر الجريمة في كل من :

القيام بالفعل الغير مرغوب وممنوع ، الامتناع عن القيام بفعل المرغوب وغير ممنوع، وبالتالي تم حصرها في كل ما يشكل اعتداء ، ذنب، مخالفة العدل والحق.

ومن هذا يمكن للباحثة تعريف الجريمة لغتا بأنها:

" كل ذنب أو فعل (معنوي – مادي)، أو كل ما تم به مخالفة الشرع، وما يتم التعامل به ، ومنه الحياد عن الطريق الصحيح" .

ثانيا: التعريف اللغوي لمصطلح الاتجار

الإِتجَارُ من الفعل تَجَرَ ، وتَجْرً يَتْجُرُ تَجْرًا ، وتجارة معناها بَاعَ وشَرَى وكذلك اِتّجَرَ وهو اِفْتَعَلَ[4].

أما تَجَرَ من باب نصر وكذلك "إتّجر– اتجارًا" ، وجمع "التاجر– تجرُ" كصاحب وصحب "وتِجارُ" بكسر التاء "وتُجَارُ" بالضم والتشديد[5].

وتَجَرَ مصدر اِتَّجَرَ: يفكر في الإِتّجَارِ: في تعاطي التِجَارَةِ[6].

---

[1] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح "إخراج دائرة المعاجم"** (لبنان: مكتبة لبنان بيروت، 1989)، ص100.

[2] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح "إخراج دائرة المعاجم"**، المرجع السابق ،89.

[3] معجم اللغة العربية ، **المعجم الوجيز** (مصر :وزارة التربية والتعليم القاهرة، 1994)، ص 101.

[4] ابن منظور، **لسان العرب** (لبنان :دار صادر بيروت ، المجلد الرابع، 1990)، ص89.

[5] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح "إخراج دائرة المعاجم"**،المرجع السابق ،ص32.

[6] إبراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر...وآخرون، **مجمع اللغة العربية** (مصر: مكتبة الشروق الدولية ،الطبعة الرابعة، المجلد الأول)، ص 1000.

ما يستشف من التعريفات السالفة الذكر أن :

الاتجار لفظ يقصد به عمليات البيع والشراء لسلع ، وكل ما يجوز بيعه بمقابل مادي أو نظيره.

ومن هنا يمكن للباحثة تعريف الاتجار لغتا بأنه : "البيع والشراء في كل ما هو مشروع، وغير مشروع ، سواء أكان بطريقة قانونية ، أو غير قانونية بغرض الحصول على الربح ".

ثالثا: التعريف اللغوي لمصطلح البشر

البشر يقتضي حسن الهيئة ، وذلك أنه مشتق من البشارة ، وهي حسن الهيئة، يقال: رجل بشير وامرأة بشيرة إذا كان حسن الهيئة؛ فسمي الناس بشرا لأنهم أحسن الحيوان هيئة، والبشر تسمية لذلك المخلوق الذي أبدعه الله من طين[1].

البشر: الخلق –الإنسان –ويقع على الأنثى والذكر، الواحد والأنثيين ، والجمع لا يثنى ولا يجمع ، ويقال هي: بَشَرُ وهو:بَشَرُ وهما :بَشَرُ ، وهم: بَشَرُ ، فالجمع والمؤنث على حد سواء في ذلك [28].

ومن التعريفات السابقة نستخلص التعريف اللغوي للبشر ألا وهو: "الإنسان بغض النظر عن جنسه سواء أكان ذكرا أو أنثى ، يملك صفات جسمية ، وقدرات عقلية معينة يتميز بها عن باقي أفراد جنسه ، وعن الحيوان أيضا".

رابعا: التعريف اللغوي لمصطلح التجارب

جرب ، جربه تجريبا ، على القياس وتجربة غير مقيس : اختبره ويجمع على التجارب والتجاريب[3].

والتجربة هي اختبار تجريب آلة ، اختبار طريقة منهجية في مراقبة علاج الامتحان فعاليته ومعرفة ما ينجم عنه من النتائج نافعة أو تأثيرات ضارة "تجربة دواء" اختبار ، إجراء فحص في مختبر لدرس ظاهرة علمية، أو طبيعية، والعمل على تحقيق أمر، أو بذل جهد للوصول من دون التثبت من النجاح[4] .

خامسا: التعريف اللغوي لمصطلح الطبية

يعرف مصطلح الطبية بأنه:

مشتق من طب طبا : دواه، وطلب الشيء أصلحه وقد طب يطيب وتطيب، ويأتي الطب بمعنى الرفق والمتطيب ، الذي يعطي الطب وكل حاذق عند العرب طبيب[5].

كما يعرف بأنه العلم المهتم بعلاج جسم والنفس وطبيب عالج وداوى من المرض والطبي: المتعلق بالطب، أو المنسوب اليه[6].

---

[1] إبراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر...وآخرون، **مجمع اللغة العربية** ، المرجع السابق ، ص 1050.

[2] المرجع نفسه ، ص 1050.

[3]. محمد مرتضي بن محمد الحسني الزبيدي ، **تاج العروس من جواهر القاموس** (لبنان : دار الكتب العلمية بيروت المجلد الأول ، طبعة الأولى ،2007) ، ص 94.

[4] **المنجد في اللغة العربية المعاصرة** (لبنان : دار المشرق بيروت، الطبعة الثانية ، 2001)، ص 189.

[5] ابن منظور، **لسان العرب** ، المرجع السابق ، ص 556.

[6] نصار السيد أحمد وآخرون، **المعجم الوسيط** (لبنان : دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الأولى ، 2008)، ص 336.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لجريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب طبية

سيتم التعرف في هذا الفرع على تعريف الجريمة الاتجار بالبشر **أولا**، ثم تعريف التجارب الطبية **ثانيا**.

أولا: التعريف الاصطلاحي للجريمة الاتجار بالبشر

لقد تعددت تعريفات الجريمة الاتجار بالبشر ؛ فقد عرفه أحد الفقهاء بأنه :" كافة التصرفات المشروعة، وغير مشروعة التي تحيل الإنسان إلى مجرد سلعة، أو ضحية يتم التصرف فيها بواسطة وسطاء، ومحترفين عبر الحدود الوطنية، بقصد استغلاله في أعمال ذات أجر متدن، أو في أعمال جنسية أو ما شابه ذلك، سواء تم التصرف بإرادة الضحية أو قسرا عنه، أو بأي صورة أخرى من صور العبودية."[1]

كما نجد تعريف أخر لجرائم الاتجار بالبشر بأنه: "كل تصرف يقع على الإنسان سواء أكان بطريقة خبيثة أو ناعمة ، وهذا بغرض استغلال جسده فيما يمس حياته، أو حريته أو كرامته في داخل البلاد، أو عبر نفس الحدود الوطنية الدولة"[2].

إن هذا التعريف يعد جيد لكونه تضمن على طرق الاستغلال سواء أكان بالعنف أو الرضا ، كما أنه تضمن جريمة الاتجار بالبشر التي تقع عبر الحدود الوطنية ، أو داخل الوطن أي أن الجريمة بمفهومها الواسع، والتي تقع داخل وخارج الحدود الوطنية.

ثالثا:التعريف الاصطلاحي للتجارب الطبية

تعرف التجارب الطبية بأنها:

"مجموعة الأعمال العلمية أو الفنية التي يكون الغرض منها ليس العلاج ، وإنما الحصول على معلومات جديدة بخصوص المرض موضوع البحث"[3].

كما تعرف بأنها :

" كل بحث من شأنه أن يحقق تقدما ، أو يوصل إلى ابتكار علمي، وذلك فيما يتعلق بوظائف أعضاء الإنسان سواء كان في حال الصحة أو حال المرض ، ويكون قابلا لأن يطبق عليه "[4].

ومن التعريفات السابقة نستنتج أن التجارب الطبية هي عبارة عن :

---

[1] -سوزي عدلي ناشد ، **الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي** (لبنان :منشورات الحلبي، الطبعة الأولى ،2008)، ص 15.

[2] Malapart valérie,**droit penal special**(Paris:dallor, 3éme édition ,2007),p281

[3] محمد ناصر محمد ، **المسؤولية الجنائية والدولية عن استخدام تطبيق النانو الطبية** (مصر: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 2016)، ص 22.

[4] اشرف جابر السيد موسى ، **التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء** ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1999، ص 294.

"تلك الأعمال بمختلف أنواعها سواء أكانت العلمية، أو الفنية التي يهدف من خلالها الحصول على ابتكارات ومعلومات جديدة ، والتي تعد قابلة لتطبيق مستقبلا على الإنسان".

المطلب الثاني: التعريف بجريمة الاتجار بالبشر في القانون الدولي

إن القانون الدولي لم يعرف جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية إنما تطرق فقط لجريمة الاتجار بالبشر ، حيث تعددت الاتفاقيات، والبروتوكولات الدولية التي عرفتها ، ومن بينها نذكر:

أولا: تعريف بروتوكول الأمم المتحدة المتعلق بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال.

عرف بروتوكول الأمم المتحدة المتعلق بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية المنعقد في باليرمو عام 2000 الاتجار بالأشخاص في نص المادة 03 بأنه:

" عبارة عن تجنيد الأشخاص ونقلهم أو تنقيلهم وإيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد والقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة الضعف ، أو إعطاء أو تلقي مبالغ، أو مزايا لنيل موافقة شخص له السيطرة على شخص أخر لغرض الاستغلال ، ويشمل الاستغلال كحد أدني، استغلال دعارة الغير ، أو سائر إشكال الاستغلال الجنسي ، أو السخرة أو الخدمة قسرا أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق ، أو نزع الأعضاء..."[1].

ما يتم استخلاصه من التعريف مايلي :

لم يعتد بموافقة ضحية الاتجار بالبشر في حال تم استغلالها بواسطة وسيلة، أو أكثر من الوسائل التي جاء بها بروتوكول ، وهذا راجع إلا أن الضحية يستحيل أن توافق على ذلك، في حين أنه يكون مكروها في بعض الحالات عند استخدام القوة ، أو القسر ، أو الاختطاف، وقد تكون هناك موافقة ، ولكن تم الإدلاء بها عند استعمال الحيلة والخداع، وفي هذه الحالة لا يتم الأخذ بها لأنها معيبة ، وهي تعد نقطة ايجابية تحسب للبروتوكول .

ثانيا: تعريف اتفاقية المجلس الأوروبي لمكافحة الاتجار بالبشر لسنة 2005

عرفت اتفاقية المجلس الأوروبي لمكافحة الاتجار بالبشر لسنة 2005 جريمة الاتجار بالبشر بموجب نص المادة 04 منها وورد كمايلي: "تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استعمال السلطة أو استغلال الاستضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص أخر لغرض الاستغلال ويشمل الاستغلال كحد أدني استغلال دعارة الغير أو سائر

---

[1] بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال لعام 2000، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25 في دورتها الخامسة والخمسون المؤرخ في 15-11-2000.

أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسرا أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء"[1].

الملاحظ من التعريف أن الاتفاقية :

1- اعتمدت نفس التعريف الوارد في بروتوكول الأمم المتحدة المتعلق بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال لعام 2000.

2-الاتفاقية نصت على كافة أشكال الاتجار بالبشر سواء كان داخليا "وطنيا أو دوليا "عابر للحدود الوطنية.

ثالثا : تعريف اتفاقية الدول العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية .

لقد عرفت اتفاقية الدول العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية الاتجار بالبشر بموجب نص المادة 11وجاء نصها كالتالي:" " تتعهد كل دولة طرف أن تتخذ ما يلزم من تدابير في إطار قانونها الداخلي ، لتجريم ارتكاب أو المشاركة في ارتكاب الأفعال التالية التي تقوم بها جماعة إجرامية منظمة:

1- أي تهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة الضعف وذلك من أجل استخدام أو نقل أو إيواء أو استقبال أشخاص لغرض استغلالهم بشكل غير مشروع في ممارسة الدعارة- البغاء- أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسرا أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد ،

2- ولا يعتد برضاء الشخص ضحية الاتجار في كافة صور الاستغلال متى استخدمت فيها الوسائل المبينة في هذه الفقرة.

3- يعتبر استخدام طفل أو نقله أو إيوائه أو استقباله لغرض الاستغلال اتجارا بالأشخاص حتى إذا لم ينطو على استعمال أي من الوسائل المبينة في الفقرة 1 من هذه المادة، وفي جميع الأحوال لا يعتد برضائه"[2].

والملاحظ من نص المادة ان الاتفاقية قد :

1- أخذت بنفس التعريف الوارد في بروتوكول بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال لعام 2000.

2- صور الاستغلال فيها جاءت على سبيل الحصر.

---

[1] المادة (م 01/04)، اتفاقية المجلس الأوروبي لمكافحة الاتجار بالبشر لسنة2005.

[2] اتفاقية الدول العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية الصادرة بموجب مرسوم رقم (36) لسنة 2012 والصادر بالجريدة الرسمية عدد (08) بتاريخ (9 جويلية 2012) ، المادة (م 11) فقرة 1-2.

3- لم تحدد الوسائل المستخدمة في ذلك لورود لفظ "حتى إذا لم ينطوي على استعمال أي من الوسائل المبينة في الفقرة "1".

3- حددت صور السلوك الإجرامي؛ إلا أنها لم تكن نفسها الواردة في بروتوكول حيث تمثلت في : استخدام الطفل، نقله، ايوائه ، استقباله.

المطلب الثالث: التعريف بجريمة الاتجار بالبشر في القانون الجزائري

إن المشرع الجزائري لم يتناول مفهوم جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية شأنه شأن القانون الدولي، حيث تناول فقط مفهوم الاتجار بالأشخاص، وهذا بموجب نص المادة 303مكرر 4 من قانون العقوبات ، والتي وردت في القسم الخامس مكرر بأنه:

"يعد اتجارا بالأشخاص تجنيد أو نقل أو تنقيل أو إيواء أو استعمال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه ، أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة السلطة أو استغلال حالة استضعاف ، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص أخر بقصد الاستغلال ، ويشمل الاستغلال استغلال دعارة الغير، أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال الغير في التسول أو السخرة أو الخدمة كرها أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء"[1] .

يلاحظ في تعريف المشرع الجزائري أنه:

اتخذ نفس التعريف الموجود في بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال ، إلا أنه يوجد هناك اختلاف في صور الاستغلال حيث أوردها قانون العقوبات الجزائري على سبيل الحصر ، وليس على سبيل المثال ، وهذا لعدم ورود لفظ "يشمل الاستغلال كحد أدنى " الذي ورد في البروتوكول ، أو أي لفظ أخر يفهم من خلاله أنه جاء على سبيل المثال .

ومما سبق ذكره نستنتج أن الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية لم يتم وضع تعريف له سواء في القانون الدولي، أو في التشريعات الداخلية لدول، لذا ارتأيت أن أضع هذا التعريف :

"يقصد بالاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية تجنيد أو نقل أو تنقيل أو إيواء أو استعمال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه، أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص أخر بقصد إجراء التجارب الطبية عليهم بغرض التحقيق الربح المادي".

المبحث الثاني: أركان جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية

---

[1] الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات ، المعدل والمتمم بالقانون رقم (16 -02) ، المؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق ل19 يونيو سنة 2016 ، جريدة رسمية عدد (37).

إن جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية كغيرها من الجرائم التي تقوم على أركان ، والمتمثلة في الركن المادي، المعنوي، الشرعي ؛ إلا أن الاختلاف يكمن في أن الركن المادي فيه تتعدد صوره ، وسيتم توضيح ذلك ، بالإضافة إلى أن الركن المعنوي يمتاز بازدواجية القصد الجنائي فيه ، وفي هذا المبحث تناولت: **المطلب الأول:** الركن الشرعي، **المطلب الثاني :** الركن المعنوي، **المطلب الثالث:** الركن المادي.

المطلب الأول : الركن الشرعي

يعد الركن الشرعي في جرائم الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية محل جدل ؛ فهو يمثل شرعية النص من عدمه أي أن القواعد الجنائية تجرم الفعل ، وتعاقب عليه سواء أكان في قانون العقوبات، أو القوانين المكملة له[1].

في حين أن الشرعية التي يخضع لها القانون الجنائي هي التي تسود كل مراحل تدخل القانون الجنائي من وقوع الجريمة إلى غاية يوم المحاكمة وتوقيع العقاب عليه ، إذن شرعية الجريمة والعقوبة تعد الحلقة الأولى من الشرعية الجنائية بعدها تأتي الشرعية الإجرائية ثم شرعية تنفيذ العقابي[2].

وبالتالي يعد الركن الشرعي هو وجود نص يتضمن تحديد أركان الجريمة، ويتعين مقدار العقاب المخصص لمقترفيها ، لأنه على أساسه تخلق الجريمة ، ووجود نص التجريم والمعاقبة والانتفاء سبب من أسباب الإباحة.

المطلب الثاني : الركن المعنوي

يعد الركن المعنوي في جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية ثاني ركن فيها فلا يكفي وجود الركن المادي فقط ، وهذا على اعتبار أنها من الجرائم العمدية ، وهو ما يجعلها تتألف من إرادة النشاط المكون لركنها المادي والعلم بكافة عناصرها الجرمية ، وبالتالي فإن القصد الجنائي فيها يكون عاما أو خاصا[3].

لقد أفصحت المادة 1/5 من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال 2000 عن الجانب المعنوي لجريمة الاتجار بالبشر بقولها:" يتعين على كل دولة طرف أن تعتمد ما قد يلزم من تدابير تشريعية ، وتدابير أخرى لتجريم السلوك المبين في المادة 03 من هذا البروتوكول في حال ما تم ارتكابه عمدا"[4].

---

[1] محمد علي السالم عياد الحلبي ، **شرح قانون العقوبات القسم الخاص** (الأردن :دار الثقافة للنشر والتوزيع ، طبعة الرابعة ،1997)، ص 102.

[2] عبد الرؤوف مهدي ، **شرح القواعد العامة لقانون العقوبات** (د د ن، الطبعة الأولى، د ط)، ص163-164.

[3] حمودي أحمد ، "النظام القانوني لجريمة الاتجار بالبشر"، مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1 ، الجزائر، 2015 ،ص 39.

[4] وثيقة أممية رقم 55/25 بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال 2000 على الرابط الالكتروني:

https ://www.umm.edu/humants/arabs 1org.grim.htmt

وعليه قامت الباحثة بدراسة الركن المعنوي لجريمة الاتجار بالأشخاص لأغراض التجارب الطبية عن طريق تناول أنواع القصد الجنائي فيه :

أ-القصد الجنائي العام:

إن القصد الجنائي العام لجريمة الاتجار بالأشخاص يتشكل من عنصرين وهما:

1-العلم:

هو حالة ذهنية يكون عليها الجاني ساعة ارتكاب الجريمة، وتتمثل في امتلاك الجاني القدر اللازم من المعلومات عن العناصر التي تكون الجريمة على الوجه الذي يحدده القانون ؛ فيجب أن يعلم الجاني محل جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية هو الإنسان ، وأن السلوك الصادر عنه يندرج ضمن صور السلوك المؤثم قانونا ، ويجب أن يعلم أنه يسهم في الاقاع بالمجني عليه، أو نقله أو تنقيله ، أو إيوائه أو استقباله بغرض استغلاله في أعمال منافية للكرامة الإنسانية[1].

2-الإرادة:

نشاط نفسي موجه نحو هدف معين بغية تحقيق نتيجة معينة غير مشروعة ، وهي المساس بحق معين، أو مصلحة معينة يحميها القانون ، ولا يكفي لوقوع الجريمة أي إرادة ، ولكن وجب أن تكون إرادة آثمة ، ويشترط أن تكون إرادة المتهم واعية ومدركة وتتوافر لديه حرية الاختيار ؛ فإذا كانت إرادته معيبة إما لصغر السن أو الجنون، أو وقوعه تحت إكراه مادي أو معنوي ؛ فإن إرادته مشبوهة بعيب من عيوب الإرادة ، ومن ثم لا يسأل جنائيا[2] .

أ- القصد الجنائي الخاص:

بالإضافة للقصد الجنائي العام والمكون من العلم والإرادة ؛ فإن التشريعات المختلفة اشترطت قصدا جنائيا خاصا في جرائم الاتجار بالأشخاص لأغراض التجارب الطبية ، ويتمثل في استغلال الضحايا بأحد الصور التي حددتها هذه التشريعات[3].

وقد حدد بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال 2000 صور أشكال الاستغلال للأشخاص ، والمتمثلة في :

العمل بالسخرة أو العمل قسرا أو الاسترقاق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء البشرية، أو أي شكل من أشكال الاستغلال الجنسي .

المطلب الثالث: الركن المادي

---

[1] عبود سراج ، **شرح قانون العقوبات " قسم العام "** (سوريا:مطبوعات جامعة دمشق د.ط ، 2007)، ص 138.

[2] خالد مصطفى فهمي، **النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون 5 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعية العربية "دراسة مقارنة"**(مصر:دار الفكر الجامعي، 2011)، ص 177-178.

[3] بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال 2000، المادة 3/أ.

إن جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية تتوفر على الركن المادي؛ إذ أنه يعد عنصر جوهري فيها، وهو يتشكل من النشاط، أو السلوك الإجرامي ، وكذا النتيجة الإجرامية ، والعلاقة السببية بينهما.

1-**السلوك الإجرامي:**

لقد تعددت صور السلوك الجرمي المكون لجريمة الاتجار بالأشخاص لأغراض التجارب الطبية ومن بين هذه الصور نذكر :

أ- **تجنيد الأشخاص :**

نقصد بالتجنيد ذلك السلوك الذي من خلاله يتم جعل الشخص مسخر ومستخدم كسلعة قابلة لتداول بقصد جني المال من جرائه واستغلاله بغض النظر عن الوسائل التي يتم استخدامها سواء ارتكب الفعل أو السلوك داخل أو خارج الدولة.

ب- **نقل وتنقيل الأشخاص:**

من المعلوم أن **النقل** يلتزم بمقتضاه الناقل بالنقل نظير أجر معلوم ، ومحدد ومتفق عليه مسبقا، وهذا التنقيل قد يشمل أشياء، أو بضائع أو الأشخاص برا أو بحرا أو جوا.

أما بخصوص **نقل الأشخاص** فهو يقوم بنقلهم من دول المنشأ إلى دول المقصد داخل الحدود الوطنية، أو خارجها بأي وسيلة كانت سواء بالرضا ، أو الإكراه، أو اختطاف لغرض الاستغلال.

أما **تنقيل الأشخاص** فيقصد به تحويل الملكية من شخص إلى أخر ،في حين أن الحق الشخصي في تملك لا يقع على إنسان فلا يجوز بيعه أو انتفاع به أو استغلاله ، إلا أن الجماعات الإجرامية المنظمة قد أجازت ذلك التصرف، ودون إعطاء قيمة للإنسانية ،أو كرامة الفرد أو حقوقه، واعتبرت الإنسان سلعة يباح بيعها، وشرائها من كل الأماكن سواء كان محلى أو دولي، ومن مالك إلى أخر دون الأخذ بعين الاعتبار الوسائل المستخدمة في ذلك ، وهذا بهدف استغلاله، والحصول على منافع وأرباح مالية .

ج-**إيواء الأشخاص :**

الإيواء يعني توفير مكان أو سكن أمن لإقامة المجني عليهم سواء كان هذا المكان داخل ، أو خارج حدود الدولة ، بحيث هذا المكان يتوفر على سبل الحياة الكريمة، والهنيئة من أبسط الأشياء كالمأكل، والمشرب لأجل استقطابهم، وإيهامهم لاستغلالهم.

والإيواء يتضمن توفير فرص عمل مشروعة للمجني عليهم في ظاهرها بينما تتضمن في باطنها استغلالهم في أعمال غير مشروعة قد تتم أثناء ، أو عقب الانتهاء من العمال المكلفين بمباشرتها[1].

د-**استقبال الأشخاص:**

---

[1] مبارك هشام عبد العزيز ، **ماهية الاتجار بالبشر بالتطبيق على القانون البحريني رقم 01 لسنة 2008 بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص** (البحرين : مركز الإعلام الأمني، 2009)، ص5-7.

الاستقبال يعني استلام الأشخاص الذين تم نقلهم أو تنقيلهم من داخل الحدود إلى خارجها أو العكس ، كما يتم استقبالهم ليتم نقلهم إلى مكان إيوائهم، أو مكان استقرارهم .

في حين أن الاستقبال لا يشترط فيه أن يكون عند العبور أو بعد النقل ؛ فمن المتصور أن يكون داخل بيت البغاء ، أو داخل مستشفى بقصد نزع للأعضاء البشرية، أو داخل مصنع بقصد العمل في السخرة[1].

2- النتيجة في جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية:

إن النتيجة في جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية تعد ذلك الأثر الإجرامي الناتج عن ارتكاب السلوك الإجرامي ، وعلى اعتبار أن جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية من الجرائم التي تتخذ النتيجة الإجرامية فيها العديد من الأشكال ، وهذا وفق الهدف المرجو منه عند ارتكاب الجريمة ، ولقد نصت المادة 03 من بروتوكول عن أهم الأشكال التي يمكن أن تكون كنتيجة للاتجار بالأشخاص ، وهي تتمثل في: استغلال دعارة الغير، الاستغلال الجنسي ، السخرة، الخدمة قصرا، استرقاق الممارسات الشبيهة بالرق، نزع الأعضاء البشرية.

3-العلاقة السببية:

تعد العلاقة السببية في جرائم الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية محققة لكون النتيجة الإجرامية وقعت لتحقق السلوك الإجرامي ، وبالتالي تقوم المسؤولية الجنائية بحق الجاني الذي قام باستدراج ، واستغلال ضحية بأي صورة من صور الاستغلال السالفة الذكر.

إذن أركان جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية التي تمثلت في الركن المادي والمعنوي والشرعي ، وبالتالي تكون كغيرها من الجرائم ، ولكن مع وجود اختلاف في تعدد صور الركن المادي ، وازدواجية القصد الجنائي فيها.

الخاتمة :

بعد تعرضنا للجانب النظري لجريمة الاتجار بالبشر لأغراض الطبية ، والذي من خلاله تم تبيان أن لهذه الجريمة مخاطر جد جسيمة على الجسد البشري نتاج إجراء التجارب الطبية ، والعلمية عليه هذا ليس فقط بل نجد أن الجهات القضائية تعج بهذا النوع من القضايا ، وتوصلت إلى مجموعة من النتائج ، والتوصيات المتعلقة بالجوانب التي أثارها البحث ، وتتمثل في:

-النتائج:

* عند تناول مفهوم اللغوي والاصطلاحي لكل من مفردات التي تتشكل منها جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية؛ فقد تضمنت الأخطار والانعكاسات المترتبة عن الجريمة.

---

[1] سليمان زهراء ثامر، **المتاجرة بالأشخاص بروتوكول منع الاتجار بالبشر والتزامات الأردن به"دراسة مقارنة "** (الأردن: دار وائل للنشر عمان، 2012)، ص74.

* مفهوم الوارد في قانون العقوبات والقانون الدولي نجد فيه اختلافات من حيث بعض التجار المستخدمة وعدم توحدها ،ولكن مع الوقت قد تم اعتبار القانون الوارد في بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص المرجعية الأولى .

* جريمة الاتجار بالبشر لغرض التجارب الطبية تعد كغيرها من الجرائم تحتوى على أركان ؛ إلا أنها تختلف من حيث الركن الدولي على اعتبار أنها جريمة دولية.

-التوصيات:

*وجوب توحيد المصطلحات خاصة في القوانين الوطنية .

*تحديد أنواع جرائم الاتجار بالبشر التي تدخل ضمن صور التجارب الطبية.

قائمة المصادر والمراجع

الكتب:

محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي.(1989). **مختار الصحاح "إخراج دائرة المعاجم"** ، لبنان: مكتبة لبنان بيروت.

معجم اللغة العربية .(1994). **المعجم الوجيز** ، مصر :وزارة التربية والتعليم القاهرة.

ابن منظور (1990). **لسان العرب** ،لبنان :دار صادر بيروت ، المجلد الرابع.

إبراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر...وآخرون.(ب.ت). **مجمع اللغة العربية** ، مصر: مكتبة الشروق الدولية ،الطبعة الرابعة، المجلد الأول.

محمد مرتضي بن محمد الحسني الزبيدي .(2007) . **تاج العروس من جواهر القاموس،** لبنان : دار الكتب العلمية بيروت المجلد الأول ، طبعة الأولى .

(2001). **المنجد في اللغة العربية المعاصرة** ، لبنان : دار المشرق بيروت، الطبعة الثانية.

نصار السيد أحمد وآخرون.(2008). **المعجم الوسيط** ،لبنان : دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الأولى .

سوزي عدلي ناشد .(2008).**الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي،** لبنان ، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى.

Malapart valérie.(2007).**droit penal special**,Paris dallor, 3éme édition. :

محمد ناصر محمد .(2016).**المسؤولية الجنائية والدولية عن استخدام تطبيق النانو الطبية** ،مصر: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى.

عبود سراج .(2007).**شرح قانون العقوبات " قسم العام "** ، سوريا:مطبوعات جامعة دمشق د.ط .

خالد مصطفى فهمي.(2011). **النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون 5 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعية العربية "دراسة مقارنة"**، مصر :دار الفكر الجامعي.

محمد علي السالم عياد الحلبي. (1997).**شرح قانون العقوبات القسم الخاص** ،الأردن :دار الثقافة للنشر والتوزيع ، طبعة الرابعة .

عبد الرؤوف مهدي .(د.ت). **شرح القواعد العامة لقانون العقوبات** (د.م،د د ن، الطبعة الأولى.

مبارك هشام عبد العزيز .(2009). **ماهية الاتجار بالبشر بالتطبيق على القانون البحريني رقم 01 لسنة 2008 بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص** ،البحرين : مركز الإعلام الأمني.

سليمان زهراء ثامر. (2012). **المتاجرة بالأشخاص بروتوكول منع الاتجار بالبشر والتزامات الأردن به"دراسة مقارنة** " ،الأردن: دار وائل للنشر عمان.

الرسائل الجامعية:

اشرف جابر السيد موسى ، **التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء** ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، 1999.

حمودي أحمد ، "النظام القانوني لجريمة الاتجار بالبشر"، مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1 ، الجزائر، 2015 .

الاتفاقيات الدولية :

بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال لعام 2000، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25 في دورتها الخامسة والخمسون المؤرخ في 15-11-2000.

اتفاقية المجلس الأوروبي لمكافحة الاتجار بالبشر لسنة2005.

اتفاقية الدول العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية الصادرة بموجب مرسوم رقم (36) لسنة 2012 والصادر بالجريدة الرسمية عدد (08) بتاريخ (9 جويلية 2012) .

وثيقة أممية رقم 55/25 بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال 2000 على الرابط الالكتروني:

//www.umm.edu/humants/arabs 1org.grim.htmt:https

القوانين والأوامر:

الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات ، المعدل والمتمم بالقانون رقم(16 -02) ، المؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق ل19 يونيو سنة 2016 ، جريدة رسمية عدد (37).

التجارب الطبية على جسم الإنسان : بين القيود الفقهية والطموح العلمي

ط. د. بوفرورة سمير
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ط. د. سبع رضا
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:

سعى الإنسان منذ فجر التاريخ إلى محاربة الأمراض ومجابهة الأسقام التي تلحق بجسده فتضعفه أو تهلكه، وقد استعان بعناصر الطبيعة وموجوداتها وكان ديدنه وسبيله في ذلك التجربة والملاحظة، فجرب الأعشاب والخلطات وصنع منها الأدوية والعلاجات بعد ثبوت فعاليتها، وما لبث أن تطور علم الطب والأحياء واتسعت أفاقه مع الثورة العلمية والتكنولوجية الحاصلة نهاية القرن العشرين فزاد طموح العلماء والأطباء في سبر أغوار جسم الإنسان وفك ألغازه، فانتقل من العلاجات الكلاسيكية البسيطة إلى عمليات وطرق علاجية معقدة أنقذت ملايين الأرواح من الهلاك المحقق وكل ذلك بفضل التجارب الطبية على جسم الإنسان التي فتحت الأفاق للقضاء على عدة أمراض وفيروسات شكلت تهديد حقيقي على الوجود الإنساني، غير أن التجارب الطبية لم تخلو من الأخطار والأضرار فقد صاحبتها في العديد من الأحيان أخطار فتاكة تسببت في مآسي إنسانية ونتائج كارثية من وفيات وإعاقات، ولما كان الجسد الإنساني محصن بقدسية وحماية خاصة في الشريعة الإسلامية فقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول مدى مشروعية التجارب الطبية على الجسد الإنساني لذلك ارتأينا طرح الموضوع لدراسة وبيان رأي الشارع الحكيم في ذلك من خلال هذه المساهمة.

الكلمات المفتاحية: معصومية الجسد– التجارب الطبية– أمراض فتاكة– فيروسات– علم الأحياء.

ABSTRACT

Since the dawn of history, man has sought to fight diseases and combat the ills that afflict his body, weakening or destroying it.using nature's elements and tools, and his way of doing that was both experiment and observation. Accordingly he Tried herbs and mixtures making of them medicines and treatments after being proven effective. As biology and medicine expanded with the scientific and technological revolution that took place at the end of the twentieth century, the ambition of scientists and doctors increased in probing the depths of the human body and deciphering its mysteries, so medical practice moved from simple classical treatments to complex processes and methods of treatment that have saved millions of lives from certain death, all thanks to medical experiments on the human body that opened wide horizons To eradicate many diseases and viruses that threatend human existence for years, However, medical experiments are not without dangers, often accompanied by deadly

dangers that have caused human tragedies and disastrous results of deaths and disabilities. Since the human body has a certain sanctity and special protection And immunity in islamic religion, a debate has arisen between scholars on the legality of medical experiments on the human body, Therfore, we thought that the issue should be raised for studyand the opinion of islam in this regard should be expressed through this contribution.

Key words : Mecdical experiments–Fatal diseases–Classical treatements–Death.

الخطـة

المبحث الأول : أحكام التجارب الطبية على جسم الإنسان بين التحريم والإباحة
المطلب الأول : التجارب الطبية اعتداء على حرمة الجسد الإنساني
المطلب الثاني : إباحة التجارب الطبية على جسم الإنسان وفق ضوابط
المبحث الثاني : الضوابط الشرعية لإجراء التجارب الطبية على الإنسان
المطلب الأول : شروط إجراء التجارب
المطلب الثانـــي : حدود حرية إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان

مقدمــة

اعتنى الشارع الحكيم بالنفس البشرية عناية بالغة، حيث جعل حفظها إحدى الضرورات الخمس التي جاء الدين الإسلامي لتكريسها، بل المقصد الأسمى الذي ترتد إليه سائر المقاصد الأساسية في التشريع الإسلامي، وذلك لتوقفها جميعاً على الإنسان نفسه، سواء من حيث وجوده، أو تنميته، أو حفظه، فمنع الاعتداء على الإنسان وجعله جريمة نكراء تمس الإنسانية كلها، فكانت بذلك عصمة النفس، وحفظ الأرواح من أقدس المقاصد الشرعية، وقد حث الإسلام على المحافظة على النفس والبدن والأعضاء، سواء برعايتها ووقايتها والابتعاد عن كل ما يضرها ويؤذيها أو بعلاجها ومداواتها من الأمراض والعلل التي تصيبها ودفع الأسقام والأوجاع عنها ذلك أن المقاصد الكلية لشريعة مرتبطة بحفظ النفس حيث لا تتحقق إلا إذا كان الإنسان سليما صحيحا معافى في جسده.

وفي سبيل ذلك بذل الإنسان من الجهود لمقاومة الأمراض المستعصية والفتاكة التي يتعرض لها جسم الإنسان سعيا للمحافظة على سلامته الجسدية، وقد خاض الإنسان على مر العصور حروبا شرسة مع الأمراض لمحاولة ترويضها والقضاء عليها، فبحث لها عن أدوية وعلاجات وكان منهجه في ذلك علميا تجريبيا يقوم على التجربة والملاحظة، ولم يصل الطب إلى التطور والازدهار الكبير الذي تشهده البشرية اليوم إلا بعد القيام بملايين الدراسات المستفيضة والتجارب على البشر، وهذه التجارب الطبية باعتبارها تمس بالجسد الإنساني الذي يتمتع بقدسية وعصمة قد طرحت جدالا فقهيا واسعا وسط الأطباء وفقهاء

الشريعة، في حكم إجراءها على البشر ومدى مشروعيتها خاصة مع إمكانية إجراءها على الحيوانات، وبالتالي ما هو موقف الشريعة الإسلامية من إجراء التجارب الطبية على الجسم الآدمي؟ وما هي الضوابط الشرعية التي تنظم العملية؟

المبحث الأول : أحكام التجارب الطبية على جسم الإنسان بين التحريم والإباحة

كرم الله الإنسان أيما تكريم، وخلقه في أحسن تقويم وفضله على سائر مخلوقاته حيث سخر له كل ما في الكون لخدمته ورفاهيته، وقد جاءت جل الشرائع والأديان السماوية تعظم النفس البشرية وتحميها حيث جعلت الشريعة الإسلامية حفظ النفس البشرية من أكبر مقاصد الدين الكلية التي جاء الإسلام لتكريسها ،فأحاطها الشارع بكل ما يقيمها ويحميها ، وحرم الاعتداء عليها ومنع المساس بها بأي شكل من الأشكال سواء من صاحبها أو من الغير، ودعى الشارع الحكيم إلى الاعتناء بها وحمايتها والابتعاد عما يضرها و يهلكها وأمر بدفع الأضرار والأسقام عنها بالعلاج والتداوي فكان الطب من أنبل وأقدس المهن في الإسلام لاعتنائه بالإنسان.

وقد سعى الطب منذ القديم إلى البحث عن علاج لمختلف الأمراض وتخفيف الآلام والأوجاع التي تصيب الجسم ودفع الأسقام التي تعتريه، فكان السبيل إلى ذلك تجريب الأدوية والخلطات ومختلف العمليات على المرضى لمعرفة مدى فعاليتها في الشفاء، وما لبث أن تراكمت المعارف وتطور الطب، وتطورت معه وسائل البحث والعلاجبعد أن أصبحت وسائل العلاج التقليدية غير فعالة، فكان لابد من المساس بالجسد البشري ولو بالقدر الضئيل لاختبار العلاجات والأدوية ومعرفة مدى نجاعتها وفعاليتها.

فتجلى الصراع بين مبدأ عصمة الجسد البشري وحرمة المساس به من جهة وبين الحاجة إلى الكشف عن أسراره و تطويعها لخدمة الإنسان وعلاجه من جهة أخرى مما أثار جدلا واسعا وسط الفقهاء بشأن حكم إجراء التجارب الطبية على جسد الإنسان وموقف الشريعة الإسلامية منه، فتعددت الآراء وعقدت الندوات العلمية والفكرية لبحث الموضوع باعتباره من فقه النوازل التي لم يكن لها وجود في عصور الاجتهاد، ذلك أن الفقهاء المتقدمين لم يخوضوا في موضوعه ولم يبينوا حكمه الشرعي[1] فثار الخلاف بين العلماء المعاصرين بشأن موضوع التجارب الطبية على جسد الإنسان من حيث طبيعته وحكمه الشرعي ومدى جواز قياسه على أحداث أخرى مشابهة باعتباره من النوازل التي تستوجب الاجتهاد.

وقد تراوحت الآراء بين تحريم إجراء التجارب الطبية لمعصومية الجسد الآدمي في الإسلام **(المطلب الأول)**، وبين إباحة القيام بالتجارب الطبية وفق شروط وضوابط لما فيها من النفع على الفرد وعلى الأمة جميعا **(المطلب الثاني)**.

---

[1]– بن عودة سنوسي، مدى مشروعية التجارب الطبية على الإنسان، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، العدد الثالث، الجزء الأول، ص 101.

المطلب الأول : التجارب الطبية اعتداء على حرمة الجسد الإنساني

يتمتع الجسد الإنساني بحرمة خاصة في الشريعة الإسلامية ،فقد منعت الشريعة الغراء كل أشكال الاعتداء عليه وحرمتها، وكرست مبدأ حرمة جسم الإنسان بجميع أجزائه، فدعت إلى حمايته وحفظه من كل ضرر وهذه الحماية تقتضي علاجه من الأسقام والعلل التي تصيبه فتضعفه وربما تؤدي إلى هلاكه، غير أن الطب كثيرا ما يعجز عن تشخيص الأمراض أو علاجها مما يفرض على الأطباء البحث عن علاج عن طريق إجراء تجارب طبية على جسم الإنسان، ذلك أن الطب مبني في الكثير من مسائله على الملاحظة والتجربة [1]،فكانت التجربة الطبية ضرورية للوصل إلى العلاج وكشف الحقائق العلمية حول الأمراض وكيفية عمل الجسم الإنساني وأعضائه، فالتجارب الطبية هي تلك الأعمال العلمية أو الفنية التي يجريها الطبيب أو الباحث على جسم الإنسان المريض لغرض علاجي أو تلك التي يتم إجراؤها على المتطوع لجمع معلومات علمية أو فنية أو اكتساب معارف طبية جديدة لخدمة الطب والإنسانية من دون ضرورة تمليها حالة المريض[2].

وتتعد صور التجارب الطبية حسب موضوعها، فتكون إما تجارب طبية علاجية يتم إجراؤها على جسد المريض نفسه تمليها حالته الصحية وهي تهدف إلى محاولة الوصول إلى علاج المريض نفسه من خلال تجربة طرق جديدة في التشخيص والعلاج على جسده، كالأدوية الجديدة الغير معروفة التأثير والجراحات بتقنيات غير مجربة[3]، في الحالات المرضية التي تفتقد إلى علاج معروف كفيل بتحقيق الشفاء[4]،فيكون هذا النوع من التجارب أشبه بالتدخلات الطبية العلاجية المحضة غير أنها تمتاز عنها بإمكانية استفادة عدد أكبر من المرضى بنتائجها[5]، وإما تجارب طبية غير علاجية أو علمية تجرى على متطوع بغرض البحث العلمي، تهدف عموما إلى إثبات صحة أو عدم صحة نظرية معينة، أو مدى تأثير عقار أو دواء أو تقنية معينة دون أن يكون المتطوع في حاجة إليها[6].

والواقع أن هذه التجارب الطبية قد أفرزت عن اكتشافات مذهلة ساهمت في تحسين حياة الإنسان وتخفيف ألامه ووقايته من الأمراض الفتاكة والمعدية التي تسببت في مآسي إنسانية وحصدت الملايين من الأرواح

---

[1]– عبد الله ابن مزروع ابن عبد الله المزروع، أحكام التجارب الطبية على الإنسان والحيوان، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجيستير، المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، سنة 2008، ص 11.

[2]– بركات عماد الدين، التجارب العلمية والطبية على جسم الإنسان في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة أحمد دراية أدرار، سنة 2018–2019، ص 18 و25.

[3] – بركات عماد الدين، نفس المرجع، ص 24–25.

[4]– العربي بالحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2012،ص 29.

[5]– بن النوي خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان و أثرها على المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجيستير، جامعة سطيف، 2012–2013، ص 37.

[6]– بركات عماد الدين، نفس المرجع ص 25–26.

البشرية لمدة طويلة من الزمن كالطاعون والجذري والسل والزهري والكوليرا وغير ذلك من الأمراض التي تمكن الإنسان من ترويضها والتحكم فيها بفضل العلاجات التي توصل إليها، فكان لهذه الأدوية والعمليات الفضل في إنقاذ ملايين الأرواح من الموت المحتم في كثير من الحالات.

ولما كانت التجارب الطبية على جسم الإنسان تنطوي على مساس بسلامة جسده باعتبار هذا الأخير محلا لتلك التجارب، وما ينطوي عليه هذا المساس من الأخطار والأضرار الجسيمة التي قد تصل إلى حد إنهاء حياة الإنسان، فقد أثار هذا الموضوع جدلا واسعا بين فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا الأطباء بشأن الحكم الشرعي لإجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان فكان لزاما على المرضى والأطباء الاحتكام إلى رأي الشريعة الإسلامية لمعرفة مدى جواز إجراء مثل هذه التجارب الخطيرة على جسم الإنسان، والضوابط الشرعية التي تحكمها، وأمام غياب قواعد فقهية واضحة تأصل للموضوع وتبين حكمه الشرعي فقد كان لزاما على الفقهاء المعاصرين اللجوء إلى قواعد الشريعة العامة وتطبيقها على هذا النوع من الأعمال الطبية لما له من خصوصية باعتباره من النوازل، وقد طرح موضوع إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان على بساط البحث الفقهي، حيث عكف العلماء طوال السنوات الماضية على البحث والتمحيص في مدى مشروعيته، وقد تصدى له العلماء بالدراسة والفتوى، حيث صدرت بشأنه عدة فتاوى شرعية متعارضة تتردد بين التحريم والإباحة.

وقد ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين إلى تحريم إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان مطلقا، سواء كانت هذه التجارب علاجية تقتضيها حالة المريض، أو كانت علمية بحتة، ذلك أن الجسد الآدمي معصوم ومحاط بسياج من الحماية في الشريعة الإسلامية التي حرمت الاعتداء عليه أو المساس به بأي شكل من الأشكال سواء خلال حياة الإنسان وحتى بعد مماته، فقد تقرر مبدأ عصمة الجسد الآدمي وقدسيته وحرمة المساس به من خلال العديد من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة حيث قال الله تعالى:**(...من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا)**[1] وقال أيضا: **(و من يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا** فيها **وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظِيما)**[2]، وفي نفس السياق حرم الرسول الكريم الاعتداء على النفس في حجة الوداع التي قرر فيها مبدأ عصمة النفس الآدمية في حديثه الشهير (أموالكم وأنفسكم حراما عليكم كحرمة يومكم هذا في عامكم هذا)[3] بل وجعل المساس بحياة الإنسان من أنكى وأنكر الجرائم الإنسانية (لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل مسلم) [4].

وقد امتد مبدأ عصمة الجسد الإنساني لحماية حرمته إلى مابعد موته، فقد سوت أحكام الشريعة بين الميت والحي في الحماية الجسدية حيث حرمت الاعتداء على الميت أو قطع أعضائه أو التنكيل به أو كسر

---

[1]– سورة المائدة الآية 32.

[2]–سورة النساء الآية 93.

[3]– رواه البخاري و مسلم.

[4]–أخرجه النسائي في (السنن) والترمذي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما و ابن ماجه في (سننه).

عظامه حيث قال رسول الله صلى الله غليه وسلم (كسر عظم الميت ككسره حيا) كما قال أيضا (أذى المؤمن في موته كأذاه حيا)، بل ولا يجوز التنكيل والتمثيل بجسد الميت حتى ولو تعلق الأمر بالعدو أو الأسير في حالة الحرب، وانطلاقا من هذه المبادئ السامية التي أقرتها الشريعة الإسلامية، فقد حرم بعض العلماء المعاصرين المساس بجسد الإنسان مهما كانت الغاية المقصودة منه نبيلة ولو كانت بغرض التداوي والعلاج ، ومهما كانت أهمية نتائجها للأمة، فاعتبروا أن إجراء التجارب على الجسد الآدمي هو اعتداء عليه ومساس بحرمته، ذلك أن التجارب الطبية تنطوي على مخاطر جمة قد تؤدي إلى هلاك الشخص الخاضع لها أو إعاقته لما فيها من احتمالات الفشل، وأن الله قد نهى الإنسان عن الإضرار بنفسه أو بغيره حيث قال تعالى في شأن ذلك **(ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة)**[1].

والتجارب الطبية كثيرا ما تعتمد على إدخال مواد كيماوية أو تركيبات سامة أو فيروسات فتاكة إلى جسم الإنسان فتتلف أعضاءه أو تؤثر على حواسه فتفقده قدراته وتغيير من بنيته وشكله، كما أنه كثيرا ما يعجز الباحثون عن التحكم في نتائج هذه التجارب فتفشل وتتسبب في مآسي إنسانية تؤدي إلى الوفاة أو الإعاقة، والشريعة الإسلامية قد سوت بين الناس جميعا، فالإسلام لا يفرق بين إنسان وأخر فكلهم سواسية في الإنسانية والكرامة ولا فضل لأحد على أحد فلا يجوز التضحية بإنسان في سبيل نفع الآخرين ولا قتل إنسان ليعيش أخر لأنه يعتبر قتل نفس بغير حق، وقد حرم الإسلام كل اعتداء على النفس الإنسانية وجعله جريمة نكراء، وقد حرمت لجنة الإفتاء التابعة لوزارة الأوقاف الكويتية تشريح الجثث لأغراض تعليمية وإقامة التجارب عليها في فتواها رقم 1984/23/01 التي جاء فيها:(لا يحوز التعرض لجثث أموات المسلمين للغرض التعليمي لطلاب الطب، إلا إذا تعذر الحصول على جثث غير المعصومين)[2]، كما يمكن أن تؤدي التجارب الطبية إلى تغيير خلق الله والتلاعب به كما هو الحال في التجارب المتعلقة بعمليات التجميل والصبغيات والجينات والاستنساخ البشري، وتغيير الجنس، والتحكم في جنس الجنين وكذا تقنيات استئجار الأرحام، حيث نهى الشارع الحكيم عن التغيير في خلق الله وتشويهه واعتبره من عمل الشيطان وتوعد من يقوم بذلك بالعقاب مصداقا لقوله تعالى:(ولأمرنهم فليغيرن خلْق اللّه)[3].

وقد استدل أصحاب هذا الرأي أيضا بعدم وجوب التداوي بل وكراهته ووجوب الابتعاد عنه انطلاقا من أن المؤمن يجب عليه أن يترك التداوي اعتصاما بالله تعالى، وتوكلا عليه، وثقة به، وانقطاعا إليه، وعلما بأن العلاج لا ينفعه، وأن تركه لا يضره، ذلك أن الله قد علم أيام المرض وأيام الصحة وزمن الداء، وقد أكد على هذا الرأي عدد من الصحابة الكرام وكبار الفقهاء في عصر الاجتهاد حيث ذكر وكيع قال حدثنا ابن هلال عن معاوية عن ابن قرة، قال: مرض أبو الدرداء فعادوه وقالوا له: ندعوا لك الطبيب؟ فقال هو

---

[1]– سورة البقرة الآية 195.

[2]– فتوى وزارة الأوقاف الكويتية الصادرة بتاريخ 1984/23/01، مجموعة الفتاوى الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية، ج1، ص 322.

[3]– سورة النساء، الآية 119.

أضجعني، (و ذكر ابن أبي شيبة قال: قيل لربيع بن خيثم في مرض: ألا ندعوا لك الطبيب: فقال انظروني، ثم تفكر فقال: إن عاد وثمود وأصحاب الرس وقرونا بين ذلك كثرا) فذكر من حرصهم على الدنيا، ورغبتهم فيها، وقال: قد كان فيهم المرضى وكان منهم الأطباء، فلا المداوي بقي ولا المداوى، هلك الناعت والمنعوت له، والله لا تدعوا لي طبيبا[1].

كما روي عن سعيد بن جبير ذكر الحين عن الحلواني قال: جدثنا أبو نعيم، قال: جدثنا أيو شهاب، قال: دخلت على سعيد بن جبير وهو نازل بالمروة، وكانت تأخذه شقيقة بصداع، فقال له، هل أتيك بمن يرقيك من الصداع، فقال لا حاجة لي بالرقى، وذكر أبو بكر قال: (حدثنا أبو أسامة عن هشام، عن الحسن أنه كان يكره شرب الادوية كلها الا اللبن والعسل)[2]، وقد قال البهوتي :(ترك الدواء أفضل...لأنه أقرب إلى التوكل، واختار القاضي وأبو الوفاء وابن الجوزي وغيرهم فعله لأكثر الأحاديث، وقد تعرض هذا الرأي إلى انتقاد كبير من قبل الأطباء والعديد من الفقهاء الذين أنكروا هذا الرأي واعتبروه رأيا شاذا، فترك العلاج ينافي شرائع الأنبياء والرسل وهدي الإسلام ويجلب المفاسد وفيه إتلاف للأمانة وهلاك للنسل واعتداء على حرمة الجسم.

<u>المطلب الثاني – إباحة التجارب الطبية على جسم الإنسان وفق ضوابط محددة:</u>

يعتبر العلاج من الأمراض والتداوي سنة نبوية ثابتة، وضرورة من الضرورات الشرعية التي حث الإسلام عليها، ذلك أنه من واجب الإنسان المحافظة على سلامة جسده لما لجسد الإنسان من حرمة ومعصومية، فهو أمانة أودعها الله بيده وأمره بالمحافظة عليه وحرم عليه إيذائه أو الإضرار به.

إن مبدأ حرمة جسم الإنسان ومعصوميته يقتضي حرمة المساس به، إلا أن ضرورة العلاج والحاجة إليه تبرر ما هو محظور شرعا، وحتى لو لم يكن الإنسان في حاجة إليه، فحاجة الأحياء إليه تنزل منزلة الضرورة التي يباح من أجلها ما هو محظور، ومؤدى ذلك أن مبدأ حرمة جسم الإنسان يحتمل الاستثناء في الحدود التي تقتضيها أعمال التطبب والعلاج التي تعتبر مصالح معتبرة وراجحة[3]، ومن المعروف أن العمليات العلاجية وصناعة الأدوية تمر بعدة مراحل تجريبية، فمهما بلغت معرفة الأطباء بخصائصها ودرجة أمانها فإن استعمالها على الإنسان يفرض تجربتها على عدد معين من الناس قبل تعميم استعمالها على كافة الناس لمعرفة مدى فعاليتها وأخطارها ونجاعة أثارها عليهم. ومن ثم فقد كان لزاما على الأطباء القيام بتجريب الأدوية وتقنيات العلاج دفعا للأمراض والأسقام التي تصيب الإنسان وتخفيفا لآلامه.

---

[1]– يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، سنة 1967، الطبعة الثانية، الجزء الخامس، ص 270.

[2]– يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، سنة 1967، الطبعة الثانية، الجزء الخامس، ص 270–271.

[3]– عفاف عطية كامل معابرة، حكم إجراء التجارب الطبية العلاجية على الإنسان والحيوان، رسالة ماجيستير، جامعة اليرموك، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، سنة 2002، ص 17.

وبالرجوع إلى تاريخ الطب، يتضح لنا كم هو مليء بالتجارب المتعلقة بطرق علاجية شكلت في بداية الأمر خلافا عميقا قبل أن تستقر وتصبح طرقا علاجية مألوفة، ومن أمثلة ذلك عمليات نقل الدم الذي اعتبرت في بداية الأمر عملا غير مشروع بسبب الوفيات التي نجمت عنها[1]، وبفضل استمرار التجارب الطبية وتطور التقنيات البحثية أصبحت عمليات نقل الدم أمنة وأنقذت حياة الملايين من الناس، وقد ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين إلى إباحة إجراء التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية بحتة لما فيها من مظاهر التعاون على البر والتقوى وكذا دفع الضرر عن النفس وحفظها، الأمر الذي يتسق مع مقاصد الشريعة السامية، وذلك استثناءا على مبدأ معصومية الجسد وحرمته. وقد استدلوا على ذلك بعدة أوجه وأدلة من السنة النبوية والقران الكريم وكذا قواعد القياس، نسوقها كالتالي:

أولا– مشروعية التــداوي:

شرع الإسلام العلاج والتداوي من الأمراض، وحث عليه وأرشد إليه، بل وأوجبه وفرضه في بعض الحالات لما فيه من حفظ النفس البشرية الذي هو أحد المقاصد الكلية لشريعة، فالإنسان مطالب بالمحافظة على صحته وبدنه للقيام بالفروض والواجبات وأداء العبادات من جهة، وتحقيق مقصد الشرع في الاستخلاف في الأرض حفظا لنوع الإنساني من جهة أخرى فقد جاءت الأحاديث ترشد إلى التداوي والاستطباب في غير ما موضع من السنة المطهرة.

فلا يجوز للإنسان أن يترك جسده يهلك ويضعف ويتأكله المرض دون اتخاذ أي إجراء يؤدي إلى الشفاء، فيصيبه الوهن والضعف ويتوقف عن أداء واجباته، فترك المرض يفتك بالجسم هو إضرار به، وقد أمرنا الإسلام بدفع الضرر بجميع أشكاله حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **لا ضرر ولا ضرار**، فالقاعدة الفقهية الشهيرة تقضي أن الضرر يزال والمرض هو ضرر يلحق بجسم الإنسان فيضعفه ويعطل بعض وظائفه وربما يهلكه ولا سبيل إلى دفعه إلا بالعلاج الذي يقتضي إجراء التجارب العلمية والطبية لتحديد مدى نجاعتها، وقد بينت لنا السنة المطهرة أن الله أنزل لكل داء دواء، حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسند من حديث ابن مسعود يرفعه" :إِن اللَّهَ عز وجل لم ينزل داءا إلا أَنزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله[2].

قال الحافظ الذهبي: قلنا: إن ذلك يقتضي تحريك الهمم، وحث العزائم على تعلم الطب، كما جاء **عَن أُم الدرداء** عَنْ أَبِي الدرداءِ رضي الله عنهما: قال رسول اللَّه صلَّى الله عليه وسلم" **:إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فَتداووا، ولا تداووا بحرامٍ**[3]، و روي عن ابي الزبير عن جابر عن رسول الله

---

[1]– سنوسي بن عودة، مدى مشروعية التجارب الطبية على الإنسان، المرجع السابق، ص 99.

[2]–رواه أحمد وحسنه الألباني.

[3]–رواه ابو داود(3874)، قال الشيخ الألباني رحمه الله تعالى : " الحديث صحيح – من حيث معناه – لشواهده.

صلى الله عليه و سلم أنه قال **(لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل)**[1]، كما روي عن أُسامةَ بنِ شريك رضِيَ اللهُ عنه، قال:(قالت الأعراب: يا رسول الله، ألَا نتداوَى؟ قال: نعم، يا عبادَ اللهِ تداووا؛ فإنّ الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء، أو قال: دواء إلا داء واحدا، قالوا: يا رسول الله، وما هو؟ قال: الهرم)[2].

فقد دلت الأحاديث الشريفة في مجملها على وجود الدواء وأرشدتنا إلى طلب العلاج والبحث عنه، فقد تداوى الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم من الأمراض فكان يديم التطبيب في حال مرضه وصحته [3] وأمر الناس بالعلاج منها، كما عالج الصحابة الكرام،لأن في التداوي استمساكا لِما خلقه الله من الأسباب النافعة وأخذا بها، وروي عبد بن حميد في مسنده وأبو نعيم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: تداووا فإن الله لم يخلق داء إلا خلق له شفاء إلا السام وهو الموت، وقد روي عن أبي سعيد الخدري رضِيَ اللَّهُ عنه، قال :(جاء رجل إلى النبي صلّى الله عليه وسلّم، فقال: إنَّ أخي استطلق بطنه، فقال رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم: اسقه عسلا، فسقاه، ثم جاءه، فقال: إني سقيته عسلا، فلم يزده إلا استطلاقا، فقال له ثلاث مرات، ثم جاء الرابعة، فقال: اسقه عسلا، فقال:لقد سقيته فلم يزده إلا استطلاقا، فقال رسول الله صلَّى الله عليه وسلّم: دق الله، وكذب بطْن أخيك. فسقاه فبرأ)، كما أخرج الحاكم وابن السني عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: أجيف برجل من الأنصار يوم أحد فدعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم طبيبين كانا بالمدينة فقال: عالجاه؟ فقالا: يا رسول الله! إنا كنا نعالج ونجتاذه في الجاهلية فلما جاء الإسلام فما هو إلا التوكل؛ فقال: عالجاه، فإن الذي أنزل له الدواء ثم جعل فيه شفاء؛ فعالجاه فبرأ. فقد حث الرسول صلى الله عله وسلم على طلب الدواء والعلاج من الأطباء المهرة الأفذاذ، ونهى الرسول الكريم عن إهمال النفس وتركها تهلك من الأسقام والأوجاع.

وروى في صحيح مسلم عن جابر، بعث النبي صلى الله عليه وسلم إلى أبي ابن كعب طبيبا، فقطع منه عرقا ثم كواه عليه، وثبت عن مجاهد قال سعد ابن أبي وقاص، مرضت فأتاني رسول الله صلة الله عليه وسلم يعودني، فوضع يده بين يدي حتى وجدت بردها على فؤادي، وقال: إنك رجل مفؤود فأت الحارث ابن كلدة من ثقيف فإنه رجل يتطبب)[4]، فأمره بطلب العلاج من الحارث ابن كلدة لإحاطته بعلوم الطب

---

[1]–أخرجه مسلم: "2204"، والترمذي "2080"، وأبو داود "3891"، وابن ماجه "3522." والنسائي في ((السنن الكبرى)) (7556).

[2]– رواه أبو داود (2015، 3855) مفرقاً، الترمذي (2038)، والنسائي في ((السنن الكبرى)) (7553)، وابن ماجه18454.

[3]– موفق الدين عبد اللطيف البغدادي، الطب من الكتاب والسنة، دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، سنة 1994، ص 19.

[4]– رواه أبو داوود.

وتحكمه في تقنيات العلاج والدواء، وكذلك كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر من كانت به علة أن يأتيه فيستوصفه [1].

وقد روي عن ابن سيرين أن ابن عمر كان يسقي ولده الترياق، كما ثبت عن ابن الزبير أنه قد قطع رجله[2]، وذلك بغرض التداوي، فالإنسان مطالب بالأخذ بالأسباب والتداوي والعلاج أخذ بالأسباب التي أودعها الله تعالى في الكون وأنه لا يجوز اليأس من روح الله أو القنوط من رحمته، بل ينبغي بقاء الأمل في الشفاء بإذن الله.

كما جاء في الحديث المروي عن عروة عن عائشة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كثرت أسقامه وكان يقدم عليه أطباء المربع والحجج، فيصفون له فنعالجه بها، ولما سئل صلى الله عليه وسلم: "يا رسول الله، أرأيت أدوية نتداوى بها وتُقاة نتقيها؟ هل ترد من قدر الله شيئًا؟ قال (هي من قدر الله)[3]، كما ورد عن ابن حازم أنه سمع سهل ابن سعد يسأل عما عولج به جرح رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد، فقال: (جرح وجهه وكسرت رباعيته وهشمت البيضة على رأسه فكانت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم تغسل الدم وكان علي ابن أبي طالب يسكب عليها بالمجن، فلما رأت فاطمة الدم لا يزيد الا كثرة أخذت قطعة حصير فأحرقته حتى صار رمادا ثم ألصقته بالجرم فاستمسك الدم)[4]، فبعد أن عجزت فاطمة رضي الله عنها عن علاج رسول الله صلى الله عليه وسلم وفق الطريقة المعتادة في إيقاف النزيف، فقد جربت علاجه بالرماد دون أن ينكر عليها رسول الله ذلك، فدلت هذه الواقعة على جواز تجريب الأدوية والتقنيات العلاجية على الإنسان، خاصة الذي تقتضي حالته العلاج.

فالإنسان المريض الذي لم تفلح الطرق العادية أو الطرق التقليدية المعروفة في علاجه يكون مضطرا لتجريب أدوية وطرق علاجية جديدة ومستحدثة وربما غير مسبوقة[5]، وذلك لأن إباحة التداوي تبيح بالضرورة استخدام الوسائل المسخرة لتداوي طبقا للقاعدة التي تقضي بأن إباحة الشيء تقتضي إباحة الوسائل المؤدية إليه، لأن للوسائل حكم المقاصد[6]،فالشارع إذا أباح أمرا أباح استخدام ما يتوقف عليه ذلك الأمر، وقد روي عن أسماء بنت عميس أنها، قالت : قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم، بماذا كنتي

---

[1]– موفق الدين البغدادي، الطب من الكتاب والسنة، نفس المرجع، ص 20.

[2]– يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، نفس المرجع، ص 277.

[3]–رواه الطبراني، عن الحرث بن سعد عن أبيه.

[4]–رواه البخاري 5684.

[5]– العربي بالحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 57.

[6]– بركات عماد الدين، المرجع السابق، ص 39.

تستشفين قالت بالشبرم، قال حار جار، ثم استشفيت بالسنا، قال لو كان شيء يشفي من الموت لكان السنا[1].

فقد جربت أسماء بنت عميس التداوي بالشبرم ثم توقفت عن استعماله بعد ما تبين لها ضرره، فاستبدلته، وقد دلت هذه الحادثة أيضا على جواز الاجتهاد والبحث عن علاج بديل متى تبين عدم فعالية الطرق التقليدية المعتادة، وتجريب طرق جديدة وغير مسبوقة لمعرفة مدى فعاليتها، و قد روي عن ابن سيرين أن ابن عمر كان يسقي ولده الترياق، كما ثبت ن ابن الزبير أنه قد قطع رجله [2]، فالإنسان مطالب بالأخذ بالأسباب والتداوي والعلاج أخذ بالأسباب التي أودعها الله تعالى في الكون وأنه لا يجوز اليأس من روح الله أو القنوط من رحمته، بل ينبغي بقاء الأمل في الشفاء بإذن الله، كما جاء في حديث المروي عن عروة عن عائشة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كثرت أسقامه وكان يقدم عليه أطباء المربع والحجج،فيصفون له فنعالجه بها، وقد جاءت عدة فتاوى تؤكد مشروعية التداوي وضرورته،ومن أبرزها فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء التي نصت على ما يلي: (تعاطي الأسباب من علاج المرض وطلب الرزق وغير ذلك لا ينافي القدر، لأن الله سبحانه وتعالى قدر الأقدار وأمر بالأسباب وكل ميسر لما خلق له، كما جاء بذلك الأحاديث الصحيحة، ولهذا يجوز التداوي بالأدوية المباحة، وهو من قدر الله، كما قال عمر رضي الله عنه حينما منع من دخول البلاد الموبوءة في عام الطاعون(نفر من قدر الله إلى قدره)[3]، كما أكدت ذات اللجنة على مشروعية العلاج والتداوي من خلال الفتوى رقم 25913.

ثانيا – **ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب :** حث الشارع الحكيم على طلب العلم، ورغب فيه وجعله فريضة على كل مسلم وقد كان من أول الفرائض التي أمر بها الله عز وجل في محكم تنزيله حيث أمر نبيه الكريم بالقراءة فقال (اقرأ باسم ربك الذي خلق)[4]، فكانت أول ما تنزل من الوحي، فالقراءة هي أول وأهم وسيلة للإدراك وطلب العلم. كما قال تعالى (اقرأ وربك الأكرم، الذي علم بالقلم، علم الإنسان مَا لمْ يعلم)[5]، كما دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى طلب العلم وبين فضله، فالعلم هو السبيل الوحيد إلى

---

[1]– يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، مرجع سابق، ص 275.

[2]– يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الاندلسي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، نفس المرجع، ص 277.

[3]– الفتاوى المتعلقة بالطب وأحكام المرضى، الفتوى رقم 667 من فتاوى اللجنة الدائمة، الرئاسة العامة للبحوث والإفتاء، الطبعة الثالثة، سنة 2013، ص 175

[4]– سورة العلق، الآية 01.

[5]–سورة العلق الآيات 3–5

الازدهار والارتقاء، فهو باعث النهضة ورفاهية المجتمع ورخاء الشعوب، والبشر جميعا. وقد قال الله تعالى في بيان ذلك (يرفع الله الذين أمنوا والذين أوتوا العلم درجات)[1] وقال أيضا (وقل ربي زدني علما)[2].

وقد اعترف معظم الفقهاء والعلماء بفضل علم الطب على بقية العلوم، وبين انه من العلوم المحمودة والمهمة في حياة البشرية والتي ينبغي الاهتمام بها، فبتطبيقه تتحقق الكثير من المنافع العظيمة والمصالح الأساسية في حياة الناس التي منها المحافظة على الصحة وإنقاذ لحياة البشر، وإعادة لصحة المريض وتفريح لكرياته وتخفيف لآلامه، فيتقوى المسلم بذلك على طاعة ربه والقيام بواجباته، وقد روى ابن أبي حاتم الرازي عن الإمام الشافعي، أنه قال: العلم علمان: علم الأبدان وعلم الأديان، ثم تارة يقول: فعلم الأبدان هو علم الطب،وعلم الأديان هو علم الفقه، وروى عنه أيضا :لا تسكنن بلدا لا يكون فيه عالم يفتيك عن دينك، ولا طبيب ينبئك عن أمر بدنك[3]، كما قال الإمام محمد القرشي المعروف بابن الاخوة، (الطب علم نظري عملي أباحت الشريعة تعلمه لما فيه من حفظ الصحة و دفع العللو الامراض عن هذه البنية الشريفة)[4]،كما أكد الطبيب الزهراوي هذا الأمر فقال موصيا ابنه:(يا بني فإنه – أي الطب – أفضل العلوم بعد علم الدين و كتابه المبين) [5].

وقد ذكر العلامة ابن القيم في زاد المعاد أن الطب فرض كفاية حيث قال:(فكان الطب علما وعملا من فروض الكفاية التي يجب على الأمة قيام طائفة منها بها، وتأثم الأمة جميعها بتركه وعدم النهوض به[6]، وقد أكد الإمام العلامة السيوطي على أن الطب من فروض الكفاية[7]، إلى جانب الإمام النووي والإمام أبو حامد الغزالي[8]، و هكذا فقد نص الفقهاء المجتهدين والمجددين على فرضية تعلم الطب و تعليمه على الكفاية.

---

[1]–سورة المجادلة، الآية 11.

[2]–– سورة طه، الآية 114.

[3]– الإمام فخر الدين الرازي محمد بن عمر بن الجسين، مناقب الإمام الشافعي، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، مصر، القاهرة، سنة 1982، ص 326.

[4]– محمد بن محمد بن أحمد القرشي، معالم القربة في أحكام الحسبة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مركز النشر، مكتب الاعلام الإسلامي، الطبعة الأولى، 1976، ص 253.

[5]–عبد الرحمن إبراهيم ابن عبد العزيز العثمان، التجارب الطبية على الانسان، أطروحة دكتوراه، جامعة الامام محمد ابن سعود، كلية الشريعة الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 1431 هـ، ص 04.

[6]– أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 61.

[7]– العلامة جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ص 415.

[8]– محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الأثار المترتبة عليها، الطبعة الثانية، 1994، مكتبة الصحابة، ص 78.

والواقع أن العلوم الحديثة وخاصة العلوم الطبية تقوم في مجملها على التجريب والملاحظة، وهذا هو مسلك الأطباء ومنهج الباحثين منذ القديم، فقد اعتمد الأطباء في دراسة الطب منذ القديم على المنهج التجريبي الذي يقوم على إجراء التجارب العلمية والتطبيقات الواقعية والمشاهدة والفروض[1]، ذلك أن الطب من العلوم التجريبية وليس من العلوم النظرية البحتة، فإجراء التجارب الطبية هو ضرورة وحتمية لفهم الأسقام والعلل وإدراك مسبباتها الخفية وسعي لفك الغاز الجسم ومعرفة مكنوناته وطريقة عمله فلا يمكن الوصول إلى علاج الأمراض بأنواعها المختلفة دون معرفة الأعضاء الداخلية للجسم ولا سبيل إلى ذلك إلا بتشريح جسم الإنسان ودراسة أجزاءه المكونة له ومواضعها وطرق اتصالها وإجراء التجارب الطبية عليها، فلما تبين أن الشارع الحكيم فرض على الأمة تعلم فريق منها الطب ومباشرته، وكان ذلك بإجراء التجارب الطبية، فإنه قد أوجب بذلك إجراء التجارب الطبية التي تعتبر جزءا من علوم الطب وفرعا من فروعه، وقد أشار أبو عمر إلى أن العلاج والتداوي يقومان على التجربة والمحاولة، ويتضمنان احتمالات النجاح والفشل على حد سواء، حيث قال ولا أن العلم بذلك علم موثوق به لا يخالف بل هو خطر وتجربة موقوفة على القدر[2].

ثالثا– تحقيق مقصد الشريعة من حفظ النفس وحفظ النسل وحفظ الدين:

إن التجارب الطبية تحقق مقصد الشرع بالوصول من خلال نتائجها للمحافظة على مقصد حفظ النفس والذي يعتبر أحد الكليات الخمس، فمن خلال هذه التجارب وصل العلم إلى إيجاد العديد من الأدوية والتقنيات واللقاحات والعمليات التي قضت على العديد من الأمراض الفتاكة والفيروسات، وقد ساهمت في إنقاذ ملايين الأرواح من الهلاك والموت المحتم.

وقد شهد العالم على مر العصور موجات من بالأوبئة والأمراض المعدية والفيروسات كالملاريا والطاعون والحمى القلاعية والأنفلونزا الاسبانية التي عصفت بملايين الأرواح في كل أنحاء العالم فضلا على أن التجارب الطبية مازالت تقدم أمال واعدة في القضاء على العديد من الأمراض القاتلة كالسرطان والسكري وضغط الدم والسيدا إضافة إلى فيروس كورونا الذي يشهد سباق عالمي في إيجاد لقاح يكبح انتشاره الجنوني وينقذ البشرية من خطره القاتل، والواقع أن الطب الحديث قد تجاوز الأعمال الطبية التقليدية أصبح أكثر فعالية في معالجة الأمراض المستعصية التي تؤدي إلى موت الكثير من المرضى وكل ذلك بفضل التجارب الطبية التي بجريها العلماء على البشر باستمرار، إذ تم إنقاذ ملايين البشر بفضل ظهور تقنية زراعة الأعضاء البشرية واستبدال الأعضاء التالفة بأعضاء صحيحة،كطريقة علاجية جديدة، فأصبح من المألوف نقل عضو تالف كالقلب أو الكلية أو الرئة من شخص سليم وزرعها في جسم

---

[1]– د.راغب السرجاني، قصة العلوم الطبية في الحضارة الإسلامية، مؤسسة اقرأ لنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، سنة 2009، ص 38.

[2]– يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، المرجع السابق، ص 279.

شخص مريض، وكان نجاح هذا النوع من العمليات بفضل التجارب الطبية، إلى أن أصبحت طرق علاجية مألوفة، أمنة ومعترف بها[1].

كما أن البحوث والتجارب الطبية الحديثة قد ساهمت – في حفظ النسل – من خلال اكتشاف عدة تقنيات طبية لمساعدة على الإنجاب كالتلقيح الصناعي، وكذا علاج العقم وعلاج الأجنة داخل الرحم بعدما كان يستحيل معرفة وضع الجنين أو جنسه وحالته الصحية، فالتجارب الطبية تتسق ومقصد حفظ النسل من خلال الحلول التي تقدمها والنتائج الإيجابية التي تصل إليها، ذلك أن اعتبار حفظ النسل مقصدا للشريعة يقتضي التغلب على كل مايؤدي إلى عدمه، وأن التجارب الطبية قد خطت خطوات عملاقة في مجال المساعدة على الإنجاب وعلاج العقم والحمل خارج الرحم وكذا علاج الأجنة داخل الرحم.

وعلاوة على كل ذلك، فإن التداوي والعلاج وما يستوجبه من القيام البحوث وإجراء التجارب الطبية يساهم في حفظ الدين الذي يعد المقصد الأساسي والأول الذي جاءت الشريعة الإسلامية لحمايته، ذلك أن المريضَ يكون ضيق النفسِ ضعيفا، وربما عاجزا لا يقوم بما ينبغي أن يقوم به من الطاعات، وإذا عافاه اللهُ انشرح صَدْرُه وانبسطت نفسه، وقام بما ينبغي أن يقوم به من العبادات، فالإسلام حثنا على استعمال الطب والعلاج وتقوية الأبدان حتى يكون جسم الإنسان وعقله سليمين ليستطيع القيام بمهمته الرئيسية في الحياة [2] ألا وهي عبادة الله و التقرب له على أحسن وجه .

<u>رابعا– دفع الضرر بتقرير الرخص الشرعية لحفظ النفس:</u>

إن الدين الإسلامي دين السماحة واليسر حيث جاءت تعاليمه لكفالة مصالح الناس وحفظها، فأقيمت شريعة الإسلام على دعائم الرحمة والرفق واليسر، وقد راعى الإسلام في تشريعه خصوصية حالة المريض والمضطر فرفع عنهما الحرج وشرع لهما الرخص في العبادات وكذا المعاملات تيسيرا عليهما لرفع الضيق المؤدي في الغالب إلى المشقة، وحفظا للمصالح. مصداقا لقوله تعالى **(ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج)**[3]، فالأحكام التي ينشأ عن تطبيقها مشقة أو ضرر على الإنسان، ترخص له الشريعة فيها وتخفف عنه بما يتناسب مع قدراته دون تضييق ولا عسر أو إحراج، مصداقا لقوله تعالى **(لا يكلف الله نفسا إلا وسعها)**[4]، ذلك أن من أهم مبادئ الإسلام العظيمة وقواعده

---

[1]– سنوسي بن عودة، مدى مشروعية التجارب الطبية على الإنسان، المرجع سابق، ص 99.

[2]– أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المنهج السوي والمنهل الروي في الطب النبوي، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الثانية، سنة 2002م، ص 33.

[3]– سورة النور، الآية 61.

[4]–سورة البقرة، الآية 286.

الكلية أن "المشقة تجلب التيسير"[1]؛ وقد تضافرت الأحاديث النبوية والآيات القرآنية مؤكدة على هذه القاعدة.

ومن أجل حفظ النفس والصحة والعقل، فقد أباح الله تعالى للمرضى والمضطرين جملة من الرخص ودعا إلى إتيانها متى وقع الإنسان في مشقة أو حرج أو خاف على نفسه من الهلاك،فأباح للمريض بالاستفراغ من المواد المؤذية والفاسدة التي يسبب حبسها داء من الأدواء، وأباح الفطر للمريض لعذر المرض كما أباحه للمسافر لعذر مشقة السفر بقوله (فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر)[2] وأذن للمريض بالتيمم بالعدول عن الماء إلى التراب حمية له عن ان يصيب جسده ما يؤذيه، فقال :(إن كنتم مرضى أو على سفر وجاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدو ماءا فتيمموا صعيدا طيبا)[3]،كما أسقط عن الأعمى والأعرج الجهاد مخافة الضرر بهما[4]، كما أباح حلق الرأس للحاج أن كان برأسه أذى واحتاج للحلق فقال **(فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك)**[5]، كما رخص للمضطر الذي يخشى على نفسه الهلاك أكل المحرمات أو شربها في حالات الضرورة، كتناول الميتة أو شرب الخمر عند الاضطرار، حيث قال تعالى **(فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحِيم)**[6]، فالغاية من تشريع الرخص للمريض والمضطر وكذا الحث على إتيانها هي حفظ الصحة والنفس والعقل من الهلاك ودفع الضرر عنهما وإنقاذهما من التلف، والبعد عما يوجب تفاقم العلة ويغلب الهلاك، وفي ذلك كله تنبيه على حرص الشارع على العلاج والتداوي وإزالة العلل والحمية من كل ما يؤذي النفس والإقبال والحرص على كل ما يحيها ويحفظها، والأصل أنه متى تعارضت مصلحتان قدم أقواهما، وإذا تزاحمت مفسدتان ارتكب أخفهما تفاديا لارتكاب المفسدة الأكبر[7]، ومسألة إجراء التجارب الطبية داخلة في هذه القاعدة، ذلك أن ترك الإنسان نفسه دون علاج يترتب عليه مفسدة كبيرة وهي الهلاك والتلف وربما الموت، فكان دفعها بسلوك طريق التدواي والعلاج وتجريب الأدوية والتقنيات الحديثة ضرورة وفرض على الإنسان المريض وكذا الطبيب المعالج ومن ثم كانت التجارب الطبية مشروعة.

---

[1]– د.علي محي الدين القره داغي، القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية طبية مقارنة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية، سنة 2006، ص 50.

[2]–سوؤة البقرة، الآية 184.

[3] –سورة المائدة الآية 16.

[4]–أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المنهج السوي والمنهل الروي في الطب النبوي، المرجع السابق، ص 25.

[5]– سورة البقرة، الآية 196.

[6]– سورة المائدة، الآية 03.

[7]– أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، الجزء الثاني، ص 77.

وبناءا على كافة الأدلة المذكورة سابقا، فقد ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين إلى جواز إجراء التجارب الطبية على الإنسان لما فيها من المنافع الجليلة ودرء المفاسد عن الفرد والأمة وذلك وفق مجموعة من الضوابط الشرعية، كما رد العلماء والأطباء على الفقهاء الذين أفتوا بعدم جواز إجراء التجارب الطبية على الإنسان، لوجود البديل من دمى طبية وحيوانات للاستعانة بها في البحوث والتجارب الطبية بدل الاعتداء على حرمة جسد الإنسان وتعريضه للخطر، حيث قالوا بأن إجراء التجارب على الحيوانات وإن كان مفيدا للتطور الطب، إلا أن هذه التقنية أثبتت محدوديتها والسبب في ذلك أن الاختلافات الفيزيولوجية بين الكائنين من حيث البنية الجسدية والوظيفية لهما، أوجبت إجراء التجارب على الإنسان لمعرفة الأثر الفعلي والحقيقي للأدوية والتقنيات العلاجية والجراحات ومدى نجاعتها.

وقد أصدر مجلس هيئة كبار العلماء في السعودية في دورته التاسعة قرارا يبيح فيه تشريح جسم الإنسان لأغراض تعليمية حيث جاء فيه ما يلي: (وأما بالنسبة للقسم الثالث، وهو التشريح للغرض التعليمي، فنظرا إلى أن الشريعة الإسلامية قد جاءت بتحصيل المصالح وتكثيرها، وبدرء المفاسد وتقليلها، وبارتكاب أدنى الضررين لتفويت أشدهما، وانه إذا تعارضت المصالح أخذ بأرجحها، وحيث أن تشريح غير الإنسان من الحيوانات لا يغني عن تشريح الإنسان، وحيث أن في التشريح مصالح كثيرة ظهرت في التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة: فإن المجلس يرى بجواز تشريح جثة الآدمي في الجملة[1].

المبحث الثاني. الضوابط الشرعية لإجراء التجارب الطبية على الإنسان

نظرا لتطور العلمي الكبير الذي حققته العلوم الطبية مؤخرا، فقد اكتسبت التجارب الطبية أهمية لا يمكن إنكارها بفضل النتائج العظيمة والمنافع الجليلة التي حققتها للإنسانية، فبفضل هذه التجارب الطبية اتسعت أفاق المعرفة وتمكن الإنسان من كشف الغاز الجسم ومكنوناته، وتطويع قوانين الطب وعلاج العديد من الأمراض الفتاكة والأورام التي قضت على أجيال من البشر، بل وقد أصبحت التجارب الطبية بارقة أمل للمرضى المصابين بأمراض مستعصية لا تزال تؤرق البشرية، وتأتي على ملايين الأرواح.

وعلى الرغم من المزايا العديدة التي جاءت بها التجارب الطبية والإنجازات العظيمة التي حققتها، إلا أنها تحمل في طياتها مخاطر جمة تسببت في العديد من الأحيان في كوارث ومآسي إنسانية، وقد وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط الشرعية التي تؤطر هذه التجارب الطبية وتنظمها لوضع حد للجنون العلمي وكذا الموازنة بين التقدم العلمي الذي يعود بالمنفعة على الفرد والأمة جميعا من جهة وبين حرمة الجسد الإنساني وسلامته من جهة أخرى، ذلك أن التجارب الطبية على الإنسان دائرة بين اعتبارين وهما إطلاق حرية الطبيب والباحث في إجراء التجارب العلاجية والعلمية على الإنسان والمحافظة على سلامة بدن الإنسان وعدم المساس بها إلا لمصلحة عليا تقرها الشريعة الإسلامية [2].

---

[1]–أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 83 و ما يليها.

[2]– عبد الرحمن إبراهيم ابن عبد العزيز العثمان، التجارب الطبية على الإنسان، مرجع سابق، ص 05.

المطلب الأول – الشروط الشرعية لإجراء التجارب الطبية على الإنسان

بعد عقد عدة مؤتمرات وإجراء بحوث وندوات فقهية، صدرت عدة فتاوى فردية ومجمعية أجاز من خلالها الفقهاء القيام بإجراء التجارب الطبية على الإنسان لما فيها من الفوائد الجمة والمنافع الجليلة التي تعود على المريض نفسه وعلى البشرية قاطبة، غير أن هذه الإجازة ليست مطلقة أو متروكة لهوى الباحث أو لإرادة المتطوع، بل أن العملية مقيدة ومنظمة وفق شروط وضوابط صارمة تحكم القيام بإجراء هذه التجارب وقد وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط والشروط التي يتعين توافرها سواء فيما تعلق بالتجربة نفسها من حيث موضوعها وأهدافها ومدى خطورتها، كما وضعوا شروطا ينبغي توافرها في المتطوع أو المريض المشارك في التجارب، وأخرى تتعلق بالقائمين بالتجربة وكل هذه الشروط هي ضمانات لكبح وتهذيب الجنون العلمي والتهور الإنساني من جهة، وكذا عدم الاعتداء على حرمة الجسم الآدمي وعدم التلاعب بخلق الله وتشويهه من جهة أخرى.

وقد صدرت عدة فتاوى تحدد شروط التداوي وتبين ضوابط وشروط القيام بالبحوث العلمية ومن أبرزها فتوى مجمع الفقه الإسلامي الدولي[1]الصادرة بتاريخ 24-28 يونيو 2006 والتي جاء فيها ما يلي:**(**إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) من 28 جمادى الأولى إلى 2 جمادى الآخرة 1427هـ، الموافق 24 – 28 حزيران (يونيو) 2006م،بعد الاطلاع على الأبحاث الواردة إلى المجمع من الباحثين في موضوع :**الضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان،** والوثيقة الصادرة عن النـدوة التي أقامتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في الفترة ما بين 29 شوال – 2 ذي القعدة 1425هـ الموافق 11 14 – ديسمبر 2004م بالقاهرة عن" **القواعد الإرشادية الأخلاقية العالمية لأبحاث الطب الحيوي المتعلقة بالجوانب الإنسانية رؤية إسلامية** "وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،**قرر ما يأتي:**

<u>أولاً: اعتماد المبادئ العامة للوثيقة</u>: يؤكد المجمع على اعتماد المبادئ العامة والأسس التي بُنيت عليها الضوابط المنظمة لأخلاقيات الأبحاث الطبية الأحيائية (البيولوجية) وفقاً للآتي:

(1)احترام الأشخاص وتكريم الإنسان أصل ثابت مقرر في الشريعة الإسلامية لقوله تعالى**(وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً)**[2] وعليه يلزم احترام استقلالية الشخص الكامل الأهلية المتطوع لإجراء البحوث الطبية وتمكينه من الاختيار الشخصي، واتخاذ القرار المناسب له برضاه التام وإرادته الحرة دون شائبة إكراه أو خديعة أو استغلال،

---

[1]– قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 161 الصادر بتاريخ 24-28 يونيو 2006 بدورته 17، المنعقدة بعمان، الأردن، بخصوص الضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان.

[2] - سورة الإسراء:الآية 70.

لما هو مقرر شرعاً: من أن " حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه" ،كما أن للشخص فاقد الأهلية أو ناقصها حمايته من التجاوز عليه حتى من الولي أو الوصي. وعلى ذلك جاء في القواعد الفقهية العامة " من لا يصح تصرفه لا قول له " وقد أقامت له الشريعة ولياً أو وصياً يلي تدبير أموره ورعاية شؤونه على النحو الذي يحقق مصلحته الخالصة دون أي تصرف ضار أو محتمل الضرر.

(2)–تحقيق المصلحة وهو أصل في الشريعة الإسلامية من خلال "جلب المصالح ودرء المفاسد عن العباد "أما في الحالات التي لا مناص فيها من المفسدة فإنه يصار إلى دفع أعظم الضررين وأشد المفسدتين بارتكاب الأخف والأدنى.

(3)–تحقيق العدل وهو الالتزام الأخلاقي بمعاملة كل شخص وفقاً لما هو صواب وصحيح من الناحية الأخلاقية وإعطاء كل ذي حق حقه سواء أكان ذكراً أم أنثى وهو أصل مقرر في الشريعة الإسلامية وهو أحد الصور التنفيذية لمبدأ إقامة العدل والإنصاف الذي أرسى الإسلام قواعده وجعله محور الصلاح والنجاح في الحياة.

(4)–الإحسان: وقد وردت بشأنه أجمع آية في القرآن الكريم للحث على المصالح كلها وللزجر عن المفاسد بأسرها وهي قوله تعالى: (إن الله يأمر بِالْعَدْل وَالإحسان وإيتاء ذِي الْقربى وينهى عَنِ الفحشاء والْمنكَر والْبغي يعِظكم لعلكم تذكّرون)]. [1]

<u>ثانيا : ضوابط الأبحاث الطبية البيولوجية على الإنسان</u>

يؤكد المجمع على اعتماد ضوابط البحوث الطبية الأحيائية على الإنسان التي اشتملت عليها الوثيقة المشار إليها في ديباجة القرار باعتبارها تُنظم عملية إجراء البحوث الطبية الأحيائية في إطار مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية. مع دعوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إلى عقد لقاء موسع يضم الأطباء والفقهاء لتعميق المعرفة بهذه الضوابط.

كما وضعت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالتعاون مع مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية ومنظمة الصحة العالمية (WHO)، مجموعة من الضوابط التي تنظم إجراء التجارب الطبية وفق منظور شرعي و التي جاء فيها مايلي[2]: يتوقف التسويغ والتبرير لهذه الأبحاث في النظر الفقهي على مراعاة الأمور الآتية:

1–أن يكون القصد والهدف من إجرائها جلب مصلحة محضة، تعود بالنفع على صحة البشر، أو درء مفسدة محضة تعود بالضرر عليها، أو تقديم المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة إذا لم يكن هناك

---

[1]– سورة النحل:الآية 90.

[2]– القواعد الإرشادية الأخلاقية العالمية لأبحاث الطب الحيوي المتعلقة بالجوانب الإنسانية رؤية إسلامية، من إعداد مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية (CIOMS) بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية (WHO) والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، جنيف، سنة 2002، ص 27–28.

بد من الوقوع أو تحصيل إحداهما،حيث " أجمعت الأمة على أن المفسدة المرجوحة مغتفرة مع المصلحة الراجحة) ، وقال ابن تيمية : الشريعة مبناها على تحصيل المصالح وتكميلها،وتعطيل المفاسد وتقليلها ومطلوبها ترجيح خير الخيرين بتفويت أدناهما،ودفع شر الشرين وإن حصل أدناهما"

2-أن تكون المصلحة (المحضة أو الراجحة) حقيقة وذلك بأن لا تخالف نصا تشريعيا من نصوص الكتاب أو السنة، ولا تناقض شيئا من المبادئ أو الأحكام الفقهية القطعية الثابتة.

3-أن تكون الوسيلة إلى الهدف(البحث) سائغة شرعا إذ الغاية لا تبرر الوسيلة، ولابد من كون كل من الغاية والوسيلة مأذون بها شرعا.

4-يكون تصميم البحث سليما من الناحية العلمية، بحيث يغلب علي الظن إقضاؤه أو تحقيقه للغرض الصحيح المرجو منه، وإلا كان عبثا يكرِّم الإنسان و يصان عن أن يكون حقلا لتجاربه، حيث قال سبحانه(ولقد كرمنا بني آدم)[1] وقد جاء فى القواعد الفقهية " : كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل.

5-أن يتوفر فى طاقم البحث الأهلية والكفاءة اللازمة لإجرائه بنجاح، وذلك لتوقف حصول المطلوب على تحقيق هذا الأمر،إذ القاعدة الشرعية أن" مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب " وان يراعوا الأمانة العلمية المطلوبة في أدائه، لقوله تعالي (إن الله يأمر كم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) [2]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم (أدى الأمانة إلى من ائتمنك)، وقوله صلي الله عليه وسلم (لا إيمان لمن لا أمانة له).

وعلى العموم،فقد اتفقت أراء العلماء المعاصرين والفتاوي في مجملها على شروط إجراء لتجارب الطبية على الإنسان والتي اعتمدتها معظم الدول في قوانينها الطبية، فظلا على الاتفاقيات الدولية التي كرست هذه الضوابط في نصوصها، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

أولا –شرط الرضـــا :إن إجراء التجارب الطبية على الجسم الإنساني من أخطر التصرفات التي يقدم عليها الإنسان لما تنطوي عليه من مخاطر قد تؤدي به إلى الوفاة آو الإعاقة الدائمة، وعليه فإن إجراء هذه التجارب مرتبط بالرضا الصريح، المستنير والحر للمريض أو المتطوع في التجربة، الخالي من

---

[1] – الآية 70 من سورة الإسراء.

[2] – الآية 85 من النساء.

العيوب، وقد أكدت القواعد الفقهية العامة على هذا المبدأ الذي يقضي بأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه دون إذنه[1].

أ-الرضا الحـــر:يشترط أن يكون الرضا صادرا عن المتطوع أو المريض بشكل طوعي وإرادة حرة دون أي ضغط أو إكراه مادي أو معنوي، أو استغلال لحالته وأوضاعه المعيشية كالفقر والعوز، بعيدا عن أي إغراء أو ترهيب، فلا يحوز إكراه الإنسان على إخضاعه لهذه التجارب دون موافقته، أو استغلال وضعه أو حاجته، كاستغلال السجناء أو المحكوم عليه بالإعدام.

ب-الرضا المستنيـــر:كما يشترط أن يكون الرضا متبصرا، مستنيرا مدركا لطبيعة التجربة وأهدافها وكافة مراحلها وكيفية إجراءها، واعيا تماما بكل المخاطر الطبية والآثار المحتملة المترتبة عنها.

ج- الرضا الصريـــح:يجب أن يكون الإذن أو الموافقة كتابة من الشخص الخاضع للتجربة الطبية العلاجية، و له حق الرجوع و الانسحاب من التجربة متى شاء[2].

ثانيا- الأهليـــــة:إذا كانت التجارب الطبية لا تثير أي إشكال بالنسبة للشخص البالغ الكامل الأهلية الذي تتجه إرادته الحرة نحو التطوع والمشاركة في التجارب بكل حرية وعن اختيار، ذلك أنه قادر على تقدير مصالحه بحرية تامة وتمييز ما يضره مما ينفعه ودفع الأضرار والمفاسد التي تواجهه، فان الأشكال يطرح بالنسبة للشخص ناقص أو عديم الأهلية كونهما عاجزان عن تقدير مصالحها ودفع الأضرار التي قد تلحقهما، وعليه فقد اشترط الفقهاء بالنسبة لناقص الأهلية كالصبي والقاصر الحصول على الموافقة المسبقة والصريحة لوليه بعد تبصيره بحقيقة التجارب ومخاطرها، ولا يحوز إجراء التجارب الطبية على معدومي الأهلية كالمجانين مطلقا ولو بموافقة وليهم الشرعي كونها لا تعود عليهم بأي مصلحة [3].ذلك أنهم عاجزون تماما عن الإدراك والفهم والتمييز وهذا ما أكده قرار **مجمع الفقه الإسلامي بشأن الضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان:** يلزم احترام استقلالية الشخص الكامل الأهلية المتطوع لإجراء البحوث الطبية وتمكينه من الاختيار الشخصي، واتخاذ القرار المناسب له برضاه التام وإرادته الحرة دون شائبة إكراه أو خديعة أو استغلال، لما هو مقرر شرعاً: من أن " حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه" كما نبه إلى ذلك في القرار رقم 67 (5/7) المتعلق بمدى مشروعية التداوي الذي جاء فيه (لابد في إجراء الأبحاث الطبية من موافقة الشخص التام الأهلية بصورة خالية من شائبة

---

[1]- القواعد الإرشادية الأخلاقية العالمية لأبحاث الطب الحيوي المتعلقة بالجوانب الإنسانية رؤية إسلامية، من إعداد مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية (CIOMS) بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية WHO والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المرجع السابق،، ص 20.

[2]-العربي بالحاج، أحكام التجارب الطبية، مرجع سابق، ص 59.

[3]- بشير محمد أمين، الحدود القانونية لتجارب الطبية، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد السادس، العدد 01، سبتمبر 2020، ص 130-131.

الإكراه – كالمساجين – أو الإغراء المادي– ، ويجب أن لا يترتب على إجراء تلك الأبحاث ضرر ولا يجوز إجراء الأبحاث الطبية على عديمي الأهلية أو ناقصيها ولو بموافقة الأولياء[1].

ثالثا– المصلـــــــحة من التجربة:

تحتمل التجارب الطبية بنوعيها العلاجية والعلمية على العديد من المخاطر التي تهدد الكيان الإنساني، وقد سعت أحكام الشريعة إلى تهذيب التجارب وضبط أحكامها وخلق نوع من التوازن بين متطلبات التقدم العلمي وبين سلامة الإنسان في جسده، وانطلاقا من هذا الاعتبار فقد أباح الفقهاء المعاصرون إجراء التجارب الطبية على الإنسان وقيدوها بضرورة تناسب الغاية المبتغاة من هذه التجارب مع المخاطر المحتملة التي يمكن أن يتعرض لها المريض الخاضع للتجربة[2]، وعليه فانه يشترط لجواز القيام بالتجارب العلاجية أن لا يكون فيها أي ضرر على الإنسان، أو أن تكون أضرارها قليلة لا تشَكِّل خَطَرًا على حياة الإنسان أو على تكامله الجسدي؛ وأن تكون منافعها معتبرة وأكبر من أخطارها وذلك حرصا على سلامة الإنسان وحماية له، مع أخذ كل التدابير لمنع الخطر في إجرائها عليه، والتوقف عنها عند ارتفاع درجة الخطورة عما هو متوقع، وإذا كانت التجارب العلاجية تفترض الموازنة بين المنافع المبتغاة منها وبين الفائدة الشخصية التي تعود على المريض الذي تجرى عليه، فان التجارب العلمية تفتقر إلى مثل هذه الموازنة كون لا فائدة شخصية ترجى من التجربة لتعود على المتطوع، لأنه شخص سليم أساسا، وبالتالي يتعين في مثل هذا النوع من التجارب أن يكون الخطر منتفيا تماما أو منعدما بالنسبة للخاضع للتجربة أيا كانت مصلحة البحث للعلم و البشرية [3].

أما إن كان ضررها ثابتا ومحققا يشكل خطرا على حياة الإنسان أو على وظيفةِ عضو من أعضائه؛ كالتجارب الدوائية التي تجرى لمعرفة آثار الدواء الجانبية السلبية، ومعرفة مدى الضرر المحتمل من استخدام بعض المواد الخطرة أو الفَتَّاكة، أو بعض السموم؛ فكل هذه التجارب محرمة شرعا؛ وهي تعتبر قتلا للنفس بعير حق، لأنَّ الشريعة الإسلامية حرمت كل ما يؤدّي إلى إتلافِ البدن وإزهاقِ الروح، فأَمَرَتْ الإنسان بالمحافظة على نفسه وجسده مِن كل ما يهْلكه، ونَهت عن أن يقتل الإنسانُ نفسَه أو ينزِل بها الأذى فلا يجوز أن يُفرط في المصلحة الصحيّة للفرد والتضحية به للقيام بالتجربة، مهما كانت الفائدة العلمية المرجوة أو المصلحة التي تعود على المجتمع،فمشروعية التجارب الطبية على الإنسان مبنية على أساس جلب المصالح ودرأ المفاسد من جهة، والموازنة والترجيح بين المصالح والمفاسد من جهة أخرى،ذلك قواعد الشريعة مبنية على قاعدة الضرر الأشد يزال بضرر الأخف، وان التجارب الطبية وان كانت تحمل في طياتها أخطارا وأضرارا إلا أنها تجلب مصالح أكبر من أضرارها فتعم فوائدها على

---

[1]– قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 67 (5/7) المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 9 – 14 ماي 1992م.

[2]– العربي بالجاح، أحكام التجارب الطبية، المرجع السابق، ص 59.

[3]– بشير محمد أمين، الحدود القانونية للأبحاث الطبية الحيوية على الإنسان، المرجع السابق، ص 134.

المريض نفسه وعلى البشرية جمعاء وتساهم في إنقاذ العديد من الأرواح، وتفوت أضرارا أكبر من مفاسدها.

ثالثا – مراعاة الضوابط العلمية والأخلاقية: إن التجارب الطبية هي أعمال علمية منهجية عالية الدقة، تتطلب مهارات ومعارف متخصصة، وتجربة واسعة في الميدان الطبي، فقد اشترط الفقهاء أن يتولى إجراء هذه التجارب فريق من الأطباء أو الباحثين المؤهلين علميا والذين يتمتعون بالمعرفة الواسعة والكفاءة العالية والإتقان المهني، وأن تكون هذه التجارب تحت إشراف علماء متخصصين في مجالهم،[1]والابتعاد عن التعجل أو الإثارة العلمية أو الكسب التجاري، ويشترط أن يتم إجراء هذه التجارب في أماكن مخصصة لمثل هذه التجارب مرخص لها، تتوفر على تجهيزات اللازمة لإنجاحها، ومن جهة أخرى، فانه يتعين على القائمين بالتجربة مراعاة الضوابط العلمية والأخلاقيات الطبية المكرسة في هذا النوع من الأعمال الطبية ذات الخصوصية والتي تفترض احترم كرامة الإنسان وعدم التلاعب بحسمه وجعله مصدرا للربح، وتغليب السلامة العقلية والجسدية للمتطوع على المصالح العلمية أيا كانت أهدافها، وكذا مراعاة خصوصية المتطوع وكتمان أسراره.

رابعا – الالتزام بالتبصير: يلتزم القائم بالتجربة بأخطار المتطوع الخاضع للتجربة و إعلامه بطبيعة التجربة و أهدافها ومدتها والطرق المستخدمة فيها ومراحلها والمخاطر المترتبة على أن يكون إعلام المتطوع شاملا بكل الأخطار التي يمكن أن تلحقه مهما كانت إمكانيتها ضئيلة [2]، وهو التزام يتفرع عن شرط الرضا، ذلك أنه لا يمكن للمتطوع أو المريض إبداء موافقته أو الإذن بإجراء التجارب الطبية عليه إلا بعد فهم طبيعة التجربة وخصوصيتها وأخطارها عليه وتقدير مصالحها ومفاسدها ليتمكن من إبداء رضاه بشان التطوع والإذن بإجراء التجربة الطبية عليه أو رفض ذلك، فالالتزام بالتبصير هو شرط لرضا المريض بإجراء التجربة، فهو حق ثابت للمريض أو المتطوع غير أن الإشكال المطروح بالنسبة للالتزام بالتبصير في التجارب الطبية هو أن الطبيب نفسه أو القائم بالتجربة نفسه لا يمكنه أن يلم بكافة التوقعات و المخاطر التي تترتب عن التجربة الطبية، فشركة الدوائية التي تقوم بتجريب دواء جديد على المرضى لا يمكنها حصر كل الأخطار التي يمكن أن تترتب عنه إلا بعد القيام بتجربته علة عدد معين من المتطوعين والمرضى لتحديد الأخطار الناجمة عنه

المطلب الثاني – حدود حرية إجراء التجارب الطبية:

أودع الله تعالى في الإنسان أعضاءه من سمع وبصر وفؤاد، واستأمنه عليها، فجعله مسؤولا عنها مسؤولية تامة مصداقا لقوله تعالى (إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولا)[3]، والمؤتمن على الأمانة

---

[1]– العربي بالحاج، أحكام التجارب الطبية، مرجع سابق، ص 53.

[2]– د.مهداوي عبد القادر، ضوابط التجارب الطبية على الإنسان بين مواثيق حقوق الإنسان وأحكام الفقه الإسلامي، مجلة القانون و المجتمع، العدد الثاني، ص 56.

[3]–سؤرة الإسراء، الآية 36.

يتحتم عليه المحافظة عليها وصيانتها وحمايتها من أي اعتداء أو ضرر[1]، فلا يجوز له تعريضها للأخطار أو المهالك كما يحرم عليه استعمالها في غير الحدود الشرعية التي رخص له الشارع فيها، فالجسد الإنساني يتمتع بقدسية وحرمة، ولا يجوز المساس به أو التصرف فيه إلا في إطار الشرع، ذلك أن الجسم الإنساني من الأشياء الخارجة بطبيعتها عن التعامل والحق في سلامة الجسم من الحقوق الأصيلة التي يختلط فيها حق العبد مع حق الله ويكون حق الله فيها أرجح[2]، فالشريعة الإسلامية قد قيدت حق الإنسان على نفسه وجسده بضابطي الضرورة والمصلحة، لأن إرادة الإنسان بالنسبة لشخصه مقيدة شرعا بعدم إهلاك نفسه[3]، فالأصل أن الإنسان مطالب بالمحافظة على صحته وتكامله الجسدي فلا يحوز له التنازل عن سلامته الجسدية[4]كقيامه بالتبرع بأحد أعضائه التي لا يستغني عنها جسدهوالتي يهلك دونها، كما لا يجوز له بتر أحد أعضائه مثلا لأنه اعتداء محرم على الجسد الإنساني وفيه مفسدة وضرر وتضييع للأمانة واعتداء على حق الله وقد أكد على هذا الأمر العلامة الشيخ الطاهر ابن عاشور حيث قال: (يلحق بحفظ النفوس من الإتلاف حفظ بعض أطراف الجسد من الإتلاف، وهي الأطراف التي ينزل إتلافها منزلة إتلاف النفس في انعدام المنفعة بتلك النفس، مثل :الأطراف التي جعلت في إتلافها خطأ الدية الكاملة[5]، كما يحرم عليه التبرع بأحد أعضائه الظاهرة كالعين واليد وما إلى ذلك، لما في ذلك من تشويه الصورة، ولا أي عضو من الأعضاء المزدوجة إذا كان أحدها عاطلا أو مريضا[6]، غير أن بتر عضو مريض يهدد حياة الإنسان لإنقاذه من الموت المحتم كقطع أحد أطراف مريض السكري المصابة لإنقاذ حياته هو ارتكاب أخف الضررين وهو أمر مشروع بل وواجب وفرض يرتبط بدفع ضرر كبير يهدد الإنسان في كيانه ووجوده، ولهذا تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ذلك استثناءا يرد على مبدأ حظر التصرف في جسم الإنسان[7].

---

[1]– نريمان وفيق محمد أبو مطر، التجارب العلمية على جسم الإنسان، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجيستير، جامعة غزة، سنة 2011، ص 54.

[2]– عفاف عطية كامل معابرة، حكم إجراء التجارب الطبية العلاجية على الإنسان والحيوان، مرجع سابق، ص 12. ،

[3] – د.العربي بالحاج، الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة،دار هومه، 2016، ص 196.

[4]– د.أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، 1987، دون دار النشر، ص 26 و40 و43.

[5]– د.رابح فعرور، الحق في السلامة الجسدية بين الضرورة الطبية والقدسية، مجلة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، المجلد الخامس، العدد الثاني، سنة 2018، ص 70.

[6]– د.صالح بن عبد الله بن حميد، الجامع في فقه النوازل، القسم الأول، مكتبة الملك فهد، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 2003، ص 73.

[7]– سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2018،ص 13.

وفي نفس السياق فإن المريض أو المتطوع الذي يشارك في تجربة طبية مقيد بضرورة أن تكون التجربة من المصالح المشروعة التي تعود على الفرد والمجتمع بالمنافع الجليلة، فالتجارب التي تستعمل فيها بعض أنواع السموم الفتاكة أو المواد المحرمة شرعا أو تلك التي تهدف إلى تغير الجنس والتغيير في خلق الله والتلاعب بالحمض النووي والصبغيات وكذا بعض تجارب المساعدة على الإنجاب والعقم والتي تمس الأنساب وتؤدي إلى اختلاطها هي تجارب محرمة لا يجوز المشاركة فيها لأنها مصالح غير مشروعة تتعارض مع أحكام الشريعة ومقاصد الدين.

كما أن التجارب التي تكون أخطارها كبيرة وقاتلة هي تجارب محرمة يحضر المشاركة فيها، ذلك أن المشاركة في هذا النوع من التجارب التي لا تعود على المتطوع بمصلحة فيها والتي تكون أخطارها محققة وثابتة وكبيرة هو إلقاء بالنفس للتهلكة وإبادة محرمة، وتطرح مسألة تلقي المتطوع أو المريض المشارك في التجارب الطبية مقابل مالي على مشاركته في هذه التجارب، فمما لا شك فيه أن للمقابل المالي أثر مكره على الشخص المراد إخضاعه للتجربة، خاصة إذا كان في حاجة ماسة إلى المال، خاصة في ضل تزايد أطماع بعض الشركات الدوائية والطبية وجشعها واهتمامها بالأموال على حساب صحة الإنسان ومصلحته، فقد أصبحت العديد من المؤسسات المتخصصة في الأبحاث الطبية تلجأ إلى إغراء الأشخاص المنتمين لبعض الفئات والطبقات الاجتماعية الهشة والمتدنية اقتصاديا، بمبالغ مالية من أجل إخضاعهم لتجاربها ، وعليه فانه لا يجوز أخلاقيا وشرعا أن يعرض الشخص سلامته الجسدية لأضرار المحتملة في التجارب الطبية مقابل مبلغ مالي، ذلك أن الجسم الإنساني لا يعتبر من الأشياء التي لا يمكن التصرف فيها كما سبق الإشارة إليه، وهو يتمتع بعصمة وحصانة ثابتة شرعا وهو الأمر الذي أكده قرار مجمع الفقه الإسلامي في القرار رقم 67 المذكور أنفا[1].

الخاتمــة

إن الدين الإسلامي هو دين السماحة واليسر والتخفيف، وقد جاءت أحكامه ومقاصده لحماية مصالح الإنسان وحفظ نفسه وعقله ونسله، ولئن كان العلاج هو أحد أسباب حفظ النفس والعقل والنسل، فطرقه وأساليبه تبقى محدودة وقاصرة وغير فعالة دون بحوث وتجارب طبية مستمرة، خاصة مع تطور الأمراض وتحورها ومقاومتها للأدوية التقليدية، وظهور أمراض وفيروسات وبكتيريا جديدة وفتاكة لم تعرف لها البشرية مثيلا، وبالتالي فقد كان لزاما على الإنسان التصدي لهذه الأمراض التي تهدد وجوده،و دفع خطرها عن البشرية بالبحث عن علاج فعال عبر التجارب الطبية التي تفترض تجريبها على الإنسان، فكانت التجارب الطبية مصلحة راجحة وضرورة ملحة إباحتها الشريعة الإسلامية وفق ضوابط شرعية

---

[1]– بن عودة سنوسي، الرضا في التجارب الطبية دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، العدد 04، ديسمبر 2017، ص 298.

ترجح وتسبق مصلحة المريض أو المتطوع وتفرض مشروعية التجربة ووجوب رضا المريض وإعلامه بمخاطر التجربة، وعدم إلحاق الضرر بجسده مهما كانت الغاية المرجوة من ذلك.

التوصيـــــات

1-تكوين لجان علمية متكونة من علماء في الشريعة وأساتذة في الطب وعلوم الأحياء لدارسة مدى شرعية مشاريع البحث والتجارب العلمية قيد الدراسة.

2-التصدي لموضوع التجارب الطبية من خلال الفتاوى المجمعية والمجامع الفقهية.

3-إعادة النظر في بيو-أخلاقيات البحث الطبي في الجزائر بما يتناسب مع التطور الحاصل في المجال العلمي و التكنولوجي.

4-دراسة مواضيع الساعة المتعلقة بإشكالات الأخلاقية والشرعية التي تطرحها التجارب الطبية في مجال طب التجميل والمساعدة على الإنجاب والعلاج بالخلايا الجذعية وتغيير الجنس أو تصحيحه و زراعة الأعضاء.

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصـــــــــادر

1-القرآن الكريم

2-صحيح البخاري

3-صحيح مسلم

4-سنن الترمذي

5-سنن النسائي

6- سنن أبي داود

7-سنن ابن ماجه

ثانيا-المراجـــــــــع

1-الكتب:

- العربـي بالحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2012.

- د.العربي بالحاج، الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة،دار هومه، 2016.

- يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي،التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، سنة 1967، الطبعة الثانية، الجزء الخامس.

-الإمام فخر الدين الرازي محمد بن عمر بن الحسين، مناقب الإمام الشافعي، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، مصر، القاهرة، سنة 1982.

– محمد بن محمد بن أحمد القرشي، معالم القربة في أحكام الحسبة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مركز النشر، مكتب الاعلام الإسلامي، الطبعة الأولى، 1976.
–الفتاوي المتعلقة بالطب وأحكام المرضى، الفتوى رقم 667 من فتاوي اللجنة الدائمة، الرئاسة العامة للبحوث والإفتاء، الطبعة الثالثة، سنة 2013.
– أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المنهج السوي والمنهل الروي في الطب النبوي، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الثانية، سنة 2002م.
– محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، الطبعة الثانية، 1994، مكتبة الصحابة.
– د.راغب السرجاني، قصة العلوم الطبية في الحضارة الإسلامية، مؤسسة اقرأ لنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، سنة 2009.
–عبد الرحمن إبراهيم ابن عبد العزيز العثمان، التجارب الطبية على الإنسان، أطروحة دكتوراه، جامعة الإمام محمد ابن سعود، كلية الشريعة الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 1431 هـ.
–العلامة جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.
– د.صالح بن عبد الله بن حميد، الجامع في فقه النوازل، القسم الأول، مكتبة الملك فهد، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 2003.
– د.علي محي الدين القره داغي، القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية طبية مقارنة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية، سنة 2006.
– د.أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، 1987، دون دار النشر.

2– المـــــقالات:

–بن عودة سنوسي، مدى مشروعية التجارب الطبية على الإنسان، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، العدد الثالث، الجزء الأول.
–بن عودة سنوسي، الرضا في التجارب الطبية دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، العدد 04، ديسمبر 2017.
–بشير محمد أمين، الحدود القانونية لتجارب الطبية، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد السادس، العدد 01، سبتمبر 2020.
–د.مهداوي عبد القادر، ضوابط التجارب الطبية على الإنسان بين مواثيق حقوق الإنسان وأحكام الفقه الإسلامي، مجلة القانون و المجتمع، العدد الثاني.

3- المـذكرات والرسائــل:

-بن النوي خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان و أثرها على المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجيستير، جامعة سطيف، 2012-2013.

-عبد الله ابن مزروع ابن عبد الله المزروع، أحكام التجارب الطبية على الإنسان والحيوان، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجيستير، المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، سنة 2008.

-بركات عماد الدين، التجارب العلمية والطبية على جسم الإنسان في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة أحمد دراية أدرار، سنة 2018-2019.

- عفاف عطية كامل معابرة، حكم اجراء التجارب الطبية العلاجية على الإنسان والحيوان، رسالة ماجيستير، جامعة اليرموك، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، سنة 2002.

- د.رابح فعرور، الحق في السلامة الجسدية بين الضرورة الطبية والقدسية، مجلة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، المجلد الخامس، العدد الثاني، سنة 2018.

-سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2018.

- نريمان وفيق محمد أبو مطر، التجارب العلمية على جسم الإنسان، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجيستير، جامعة غزة، سنة 2011.

الضوابط القانونية والشرعية للتجارب على جسم الطفل

ط.د. يعقوب بوحبيلة
كلية الحقوق. جامعة جيجل

د.عبد الحليم بوشكيوه
كلية الحقوق. جامعة جيجل

الملخص :
أثارت الأبحاث العلمية والتجارب الطبية والبيولوجية الحديثة على الطفل، سواء المتعلقة بالجنين ولواحقه أو تلك التي تكون على الطفل بعد اكتماله وولادته حيا أو ميتا أو تلك الأبحاث خارج نطاق العلاج وغير المسبوقة، ضرورة الموازنة الشرعية بين المتطلبات العلمية المعاصرة في مجالات الطب والجراحة والبيولوجيا وبين حتمية توفير الحد الأدنى من الاحترام الواجب لجسم الطفل والإنسان ككل، والحفاظ على كرامته الآدمية التي لا يجوز انتهاكها، عن طريق وضع أحكام شرعية وقوانين "بيوأخلاقية" لتنظيم الأخلاقيات الطبية والقواعد التي تحكم الأبحاث العلمية والتجارب الطبية على الطفل في كل مراحل نموه.
الكلمات المفتاحية: الجنين، الأبحاث العلمية، التجارب الطبية، الحماية القانونية، الضوابط الشرعية، التجارب السريرية.

abstrac:
Scientificresearch and modern medical and biologicalexperiments on the child, whetherrelated to the fetus and itsattachments, or thosethat are on the childaftercompletion and birth alive or dead, or thosestudiesoutside the scope of treatment and unprecedented, have raised the need for a legitimate balance betweencontemporaryscientificrequirements in the fields of medicine, surgery and biology and the imperative to provide The minimum due respect for the body of the child and the humanbeing as a whole, and the preservation of humandignitythatmay not beviolated, by establishing Sharia provisions and "bio-ethical" laws to regulatemedicalethics and the rulesthatgovernscientificresearch and medicalexperiments on the child in all stages of hisdevelopment.
Key words : fetus, scientificresearch, clinical trials, legal protection, forensiccontrols, clinical trials

مقدمة

إن الحق في السلامة الجسدية غايته حماية الشخص ذاته وحماية القيم المتصلة به بغض النظر عم جنسه أو عمره أو جنسيته، ذلك ما ألزم المجتمع الدولي على أن يتفق على تأكيد مبدأ حق الطفل في سلامة جسده من كل ما يعتبر تهديدا له في عدة مواثيق دولية، وما كان إلا أن استجابت الدول منفردة لذلك من خلال سن مبدأ حرمة الجسد في دساتيرها وقوانينها الداخلية، ويقابل تطور الحماية القانونية

للكيان البشري تقدم في مجال العلوم الطبية والحيوية كإحداث تقنيات جديدة وأساليب مبتكرة في الحمل والإنجاب، إضافة إلى ظهور مشاكل صحية وأوبئة ذات انتشار عالمي تستدعي التدخل والتكافل الجماعي من أجل السيطرة عليها والحد من انتشارها مثل ما يواجهنا حاليا (جائحة كوفيد 19)، كل هذا من شأنه أن يؤدي إلى اتساع دائرة المساس بسلامة وحرمة الكيان المادي للطفل، إذ بات من الضروري تقييد هذا التطور في مجال العلوم الطبيبة بمجموعة من الضوابط الشرعية تحول دون ذلك من خلال إقرار الحماية القانونية لجسم الطفل.

إن حماية هذا الكيان يستوجب بالضرورة بداية حمايته من النواة الأولى له وهي المضغة أو الجنين، فجنين اليوم هو طفل المستقبل ولكونه كائن ضعيف وجب أن يصان من جميع الانحرافات أو التجاوزات التي قد تحصل في العلاج الطبي أو الأبحاث العلمية، لذا قد أثار هذا الموضوع الكثير من الجدل والإشكالات بين أوساط رجال القانون والدين، خصوصا الشريعة الإسلامية التي تعد أول الشرائع التي تنظم أحكام الجنين والحقوق المتعلقة بالطفل في كل مراحل نموه وتكوينه ، وعلى هذا الأساس نقدم **الإشكالية** التالية : ما الموقف الشرعي والقانوني من التجارب على الكيان المادي الطفل ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم البحث إلى محورين:

المحور الأول يتناول الحماية الموضوعة للطفل من التجارب على جسده قبل ولادته أي منذ اليوم الأول لالتقاء البويضة بالحيوان المنوي إلى غاية اكتماله واستعداده للنزول.

أما المحور الثاني يضم الحماية المقررة للكفل بعد ولادته سواء ولد حيا أو ميتا.

المحور الأول : التجارب الطبية على الطفل قبل ولادته.

إن جسم الطفل يمر بأطوار عديدة تبدأ من لحظة التقاء البويضة بالحيوان المنوي، إلى أن يكتمل الجنين في صورته النهائية ويستعد للنزول إلى العالم الخارجي، وتوجد طريقتين لحصول التلقيح بصورة عامة، الأولى في رحم الأم عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي ومن أجل حمايته يتوجب القيام بفحوصات وتجارب طبية تضمن ذلك(أولا) وأما الثانية جاءت نتيجة تطور العلوم والتكنولوجيا في معالجة مشاكل الإنجاب، أو ما يعرف بالتخصيب الاصطناعي ولأنه تلقيح غير طبيعي توجب استخدام أدوات وعمليات طبية (ثانيا).

أولا: التجارب الطبية على الجنين داخل بطن أمه

كما يعرف فالتجارب الطبية تقسم إلي تجارب علاجية وتجارب علمية، فيتم علاج الجنين بالتجارب الطبية عن طريق التشخيص المبكر للأمراض (أ) كما يقوم الأطباء بتجارب على الجنين في بطن أمه لمعرفة كيفية استخدام الأجهزة وكذا لإجراء الدراسات العلمية (ب).

أ – التشخيص المبكر للأمراض عند الجنين:

يعرف التشخيص المبكر للأمراض أنه فحص البينة الوراثية للأجنة البشرية للكشف أو استبعاد الأمراض الوراثية، كما أنه يعرف بأنه إجراء فحوصات خاصة تدعى اختبارات التشخيص قبل الولادة ومن أهم هذه

الاختبارات نجد التشخيص الوراثي البسيط الذي يكون الهدف منه هو استبعاد الأجنة المصابة أو المحتمل إصابتها، واختبار الشفافية القفوي (TN) الذي يشير إلى زيادة خطر التعرض للأمراض الكروموزماتية، والتي قد تبرز أيضا خطر إصابة الهيكل العظمي والقلب ببعض التشوهات الخلقية[1].

وبالتالي فإن الهدف من هذه التجارب هو الحصول على معلومات عن هذا الجنين، وذلك بأخذ عينات من خلاياه أو أخد صور بالأشعة ودراستها وتحليلها للتأكد من عدم وجود أمراض، أو محاولة معالجة المرض في حالة وجوده ليولد بشكل سليم، لذا وبسبب الفائدة المرجوة من هذه التجارب فقد أجاز فقهاء الشريعة هذا النوع من التجارب لما لها من محاسن على الفرد والمجتمع بشرك أن يكون الهدف من هذه التجارب العلاجية هو علاج الجنين بما يخدم مصالحه الفضلى دوما وهذا ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 3/67-7 لعام 1992 والمتعلق بالعلاج الطبي [2].

أما موفق المشرع الجزائري من هذه التجارب فقد كان واضحا في نص المادة 69[3] من قانون الصحة التي تنص " تضمن حماية صحة الأم والطفل بواسطة كل التدابير الطبية والنفسية والاجتماعية والتربوية والإدارية، لاسيما إلى ما يأتي:

- حماية صحة الأم قبل وأثناء الولادة، وبعد الحمل.
- ضمان الظروف الصحية للطفل ونموه.

وهذا الإجراء يمكن تحقيقه عن طريق التشخيص المبكر للأمراض لكي يولد الجنين كاملا خال من أي عيب يعيقه في ممارسة حياته اللاحقة بشكل طبيعي، كما تضيف المادة 76[4] الفقرة الأولى من ذات القانون بإمكانية إجراء التشخيص قبل الولادة.

ب – التجارب العلمية على الجنين السليم قبل الولادة.

مثلهذه التجارب تجرى لمعرفة كيفية استخدام الأجهزة والأدوات وبعض المواد المفيدة غير المضرة بالجنين، كما تهدف لزيادة المعرفة حول نمو الجنين وتطورها وكذلك احتياجاته في رحم أمه والحالات التي يمربها، وبالتالي يستفيد منها العلماء في تطوير مسائل تساهم في خدمة الأجنة من خلال السعي لاكتشاف ومعالجة أمراض الأجنة وكذلك تجنب التشوهات والعيوب التي منشأها الأرحام[5].

وعليه فهذه التصرفات التي تقع على الجنين، والتي لا تتسبب له في أي أضرار بجسده، بل بالعكس تعتبر أعمال نافعة يقصد بها تحقيق مصالح للبشرية والأجنة فهي تعتمد على ملاحظته داخل بطن أمه دون حدوث أي مضاعفات، أو يكون هناك ضرر غير مقصود ناتج عن محاولات طبية لإنقاذ الجنين من

---

[1]- أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب الطبية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010 ، ص.38.

[2]-قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 3/67-7 لعام 1992 والمتعلق بالعلاج الطبي

[3]- القانون رقم 11/18 المؤرخ في 29 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 29 يوليو 2018.

[4]-المادة 76 من قانون الصحة السالف الذكر " يمكن إجراء التشخيص ما قبل الولادة بأمر طبي من أجل اكتشاف مرض بالغ الخطورة للمضغة أو الجنين، داخل الرحم."

[5]- حسان حتحوت، بحث مقدم: بعنوان متى تنتهي الحياة، مجمع الفقه الإسلامي (265/5)، رقم 01، الدورة الرابعة، 1988.

الهلاك المحتم أو من خلل جسدي، وهذه التجارب تكون جائزة شرعا بتوفر الضوابط المتمثلة في الاحتياط وعدم الإضرار بالجنين عمدا سواء كان هذا الضرر كليا أو جزئيا، وذا ما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[1].

نص المشرع الجزائري على أحكام التجارب العلمية بشكل عام في قانون الصحة تحت عنوان أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء، والمسماة الدراسات العيادية، في نص المادة 391 " يجب ألا تتضمن الدراسات العيادية لا سيما ماكان منها دون منفعة فردية مباشرة، أي خطر جدي على صحة الأشخاص الخاضعين لها، ويجب أن يسبقها فحص طبي للأشخاص المعنيين، وتسلم لهم نتائج هذا الفحص قبل التعبير عن موافقتهم"، كما يحق لهم الحصول على التعويض من قبل المرقي وهذا ما جاء في المادة 392 من نفس القانون[2].

ثانيا: التجارب الطبية على الأجنة المخصبة مخبريا.

من المعلوم أن الجنين هو المخلوق المستتر في رحم أمه منذ لحظة إخصاب، إلا أنه وفي ظل مانشهده من تطورات علمية هائلة في مجال علم الأجنة البشرية، فقد أصبحنا أمام حقيقة مغايرة أي وجود عملية إخصاب خارج الرحم (أ)، أو بداية لحياة الجنين خارج المكان الطبيعي المفروض وجوده فيه (ب).

أ –التلقيح الاصطناعي.

تستخدم هذه التقنية في نطاق العلاقة الزوجية كطريقة علاجية للعقم عند الأزواج، من خلال جمع بويضة الزوجة، مع الحيوان المنوي للزوج لتشكيل مايسمى نطفة الأمشاج خارج رحم المرأة في جهاز خاص يسمى الأنبوب، إضافة إلى استخدام هذه الأجنة الملقحة في استعمالات كثيرة نذكر منها:

- الاستعمال بغرض إجراء تجارب علمية.
- الاستعمال فيما يسمى بالرضيع الدواء، أو الجنين الأمل[3].

من الناحية الشرعية فإن إجراء التلقيح لاصطناعي أو أطفال الأنابيب أيا كانت صورته، لايكون مشروعا إلا إذا كان لهدف طبي علاجي، بين زوجين يجمعهما عقد نكاح شرعي، جال حياتهما وبرغبتهما المشتركة، وأن يتم في المستشفيات العامة أو الخاصة المرخص لها القيام بذلك، وأن لايتم التعامل مع تجار النطفالابضاع، وباعة اللقائح البشرية، وضرورة الاحتياط من اختلاط الأنساب.[4]

هذا ما قرره مجمع الإسلامي الدولي، بحيث حرم خمسة صور وذلك لما يترتب عنها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية وهي:

---

[1]- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 161 (17/10)، لعام 2006، المتعلق بالضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان.

[2]- نص المادة 392 " في حالة الدراسات العياديةدون منفعة فردية مباشر، يمكن المرقي أن يدفع للأشخاص المستعدين للخضوع لها تعويضا عن الصعوبات التي يتحملونها ....".

[3]- أميرة عدلي، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص.77.

[4]- بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 83.

- أن يجرى التلقيح بين نطفة مأخوذة من الزوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.
- أن يجري التلقيح بنطفة من رجل غير الزوج وبويضة الزوجة، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.
- أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي الزوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة غير الزوجة.
- أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي رجل غير الزوج وامرأة غير الزوجة، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.
- أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي الزوجين، ثم يتم زرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

وأجاز صورتين من أصل سبعة صور للتلقيح الاصطناعي ولا حرج من اللجوء إليها عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ الاحتياطات الضرورية[1] وهي:

- أن تأخذ نطفة من الزوج وبويضة من الزوجة، وتلقح خارجيا ثم يتم زرع اللقيحة في رحم الزوجة.
- أن تأخذ بذرة الزوج، وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها وتلقح داخليا.

كما أقر المشرع الجزائري في قانون الأسرة بهذه الطريقة واجازها، في نص المادة 45 مكرر " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ويخضع التلقيح للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة من رحم الزوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة[2].

ب – التجارب العلمية على الأجنة الفائضة.

يقصد بالأجنة الفائضة هي نتاج لتقنية التخصيب خارج الرحم المتعارف عليه باسم أطفال الأنابيب، وعملية الإخصاب خارج الرحم تتطلب استخراج عدد من البويضات من مبيض المرأة وتلقيحها خارج الرحم بالحيوانات المنوية، وتمليها الضرورة العلاجية تتمثل في زيادة فرص الحمل لدي المرأة والتغلب على مشكلة العقم، ومن استخدامات الأجنة الفائضة في مجال الأبحاث العلمية نجد الأجنة التي تم فيها التبرع بالحيوانات المنوية والبويضات لبنوك الأجنة أو المراكز الطبية لتكون محلا للأبحاث المتخصص بهدف الوصول إلى علاج بعض الأمراض أو اكتشاف أسبابها[3].

وعلى هذا الأساس تقرر في مجلس الفقه الإسلامي الدولي مجموعة من الضوابط تنظم مسألة البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة فيما يلي:

---

[1]- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 4 (د 3 86/07)، لعام 1986، المتعلق بحكم أطفال الأنابيب.

[2]- قانون رقم 11/84، المؤرخ في 09/يونيو/1984، يتضمن قانون الأسرة، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 24، المؤرخة في 12/يونيو/1984.

[3]- سليمان بن عبد الله أبا الخيل، إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة اصطناعيا، بحث مقدم في قضايا طبية معاصرة، المجلد الثاني، الرياض، 2010، ص 14.

- في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البويضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفاديا لوجود فائض من البويضات الملقحة.
- إذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه، تترك دون عناية طبية إلا أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.
- يحرم استخدام البويضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البويضة الملقحة في حمل غير مشروع[1].

أما بخصوص المشرع الجزائري، فقد نص في قانون الصحة على التجارب العلمية التي يكون محلها الجنين في المادة 374 على ما يلي:

" يمنع التداول لغاية البحث العلمي التبرع والبيع وكل شكل أخر من المعاملة المتعلقة:

- بالحيوانات المنوية.
- بالبويضات حتى بين الزوجات الضرات.
- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أما أو أختا أو بنتا.
- بالسيتوبلازم[2].

المحور الثاني : التجارب الطبية على الطفل بعد الولادة.

هناك يتعلق الأمر بالتجارب على الجنين سواء نزل من بطن أمه قبل اكتماله (أولا)، أو بعد ولادته حيا.

أولا: التجارب الطبية والعلمية على الأجنة المجهضة

كما أسلفنا فإن التدخلات العلاجية وغير العلاجية، ذات الأبعاد العلمية، أدت إلى تغيير تفاصيل القواعد الطبية العامة التقليدية، ففكرة التجارب الطبية توسعت لتشمل حتى جثة الجنين، ويمكن القول أن جسم الجنين يتكون من قسمين رئيسين هما:

- الأعضاء البشرية (أ).
- المشتقات والمنتجات البشرية (2).

فالتباين بين القسمين لا يكمن من الناحية الطبية فحسب، بل من الناحية القانونية أيضا لاسيما في تكييف أفعال الانتهاك التي تقع على كل من القسمين وعلى هذا الأساس وجب تحديد الضوابط الشرعية والقانونية التي تنضم هذه المسائل[3].

---

[1]- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 55 (6/6)، لعام 1990، والمتعلق بحكم البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة.

[2]- سارة عيادي، التنظيم القانوني للتجارب الطبية والعلمية على الأجنة واللفائح البشرية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، 2019، ص 860.

[3]- مفتاح محمد ازقيط، الحماية القانونية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص.88.

أ – الأبحاث العلمية والتجارب الطبية على الجنين المجهض.

الجنين المجهض هو الجنين الذي انفصل عن رحم أمه، إما بنفسه أو بفعل فاعل، سواء تم في أول مدة الحمل أو في آخرها، ومن علامات التي يستدل بها في تحديد وفاة الجنين في بطن أمه، عدم شعور الأم بالحركة داخل بطنها مطلقا، وعجز خلايا جسد الجنين عن النمو والتطور، ويمكن الاستعانة بالأجهزة الطبية للتأكد من ذلك[1].

فحكم استخدام الأجنة المجهضة لأسباب علاجية، كالأجنة المريضة وراثيا أو المشوهة خلقيا، وكذا الجنين الذي سقط من رحم أمه، وعجز الطب عن إعادته إليه بالرغم من بقاء الحياة في خلايا جسده، فإن شرط الانتفاع بها شرعا في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية ترتكز أساسا على ضرورة الموازنة الشرعية بين المصالح والمفاسد، بأن يكون استخدام هذه الأجنة في إطار مباح، وأن تكون هذه البحوث العلمية والتجارب الطبية جادة وهادفة وأن تقف عند الحد الشرعي[2].

فاستخدام هذه الأجنة في التجارب العلمية أو الأبحاث بوصفها مصدرا مهما لزراعة الأعضاء، خاصة في زراعة الخلايا العصبية وخلايا المخ، يستوجب شرعا احترام الضوابط الشرعية التي قررها الفقهاء، ووافق عليها مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة لعام 1990 بجدة، وهي أن يكون استخدام الجنين بإذن أبويه ورضاهما كليهما، وأن لا توجد طريقة أخرى لتحقيق المبتغاة إلا باستخدامه الجنين الآدمي، وأن يتيقن أهل الاختصاص – الأطباء المختصون– بتحقيق مصالح معتبرة للآدمي الذي ستنقل له الأعضاء أو جزء من الجنين، وأن يتم الاحتياط لمسألة الأنساب من الاختلاط والمفاسد، وان لا يكونالغرض من استعمال أعضاء الجنين هو العبث أو التجارة أو التلاعب بالأجنة بما يتنافى مع مقاصد الشرع وكرامة الآدمي بإهانة أصله ومادته[3].

وبناء على ما سبق فإنه لا يجوز أخذ خصية الجنين أو مبيضه لزراعته في شخص آخر، لأن الحيوانات المنوية ستكون من خلايا الخصية المنقولة فيكون نسبها إلى الجنين صاحب الخصية، وكذلك الحال في المبيض وقد حرم الشرع الإسلامي اختلاط الأنساب، ومن تم فإن مثل هذه التجارب يجب أن تحاط بجملة من القيود التنفيذية، فلا يسمح بها إلى في مراكز محددة وموثوقة ومأمونة تحت إشراف مؤسسة مختصة رسميا للتحقق من توافر الشروط المتقدمة وأن تكون مراقبة بأجهزة فعالة[4].

كما لا يجوز إحداث الإجهاض عمدا من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في انسان آخر، ولا يجوز الاستفادة من أعضاءه وأجزاءه إلا بعد التأكد من موته بالشروط الشرعية التي ذكرها الفقهاء، كما أنه لا

---

[1]- إبراهيم بن محمد بن قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة الإمام بن محمد بن سعود، سلسلة إصدارات مجلة الحكمة، السعودية، 2002، ص 627.

[2]- بلحاج العربي، موقف الفقه الإسلامي من الأبحاث العلمية والتجارب الطبية على الجنين الميت، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 04، 1999، ص 66.

[3]- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 56 (6/7)، لعام 1990، والمتعلق باستخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء.

[4]- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ص197.

يجوز استثماره أو استخدامه لزراعة الأعضاء إلا إذا كان غير قابل لاستمرار الحياة، وألا تخضع عمليات استخدام الأجنة لزراعة الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق[1].

والجدير بالذكر هنا هو حالة الموت الإكلينيكي للجنين (موت جذع دماغ الجنين)، فإن الأخذ من أعضائه أو أنسجته وخلاياه يجب أن يراعى فيها شرعا الإحكام والضوابط والشروط المعتبرة في نقل الأعضاء من جثث الموتى ، من الإذن المعتبر من وليه الشرعي، وعدم وجود البديل وتحقق الضرورة الشرعية....إلخ.

وقد ساير المشرع الجزائري هذا القرار في قانون الصحة في المواد المتعلقة بأحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في المواد من 355 إلى غاية 369.

كما حدد المشرع الجزائري موقفه من استخدام وتخليق الأجنة والمنتجات البشرية في المادة 374 السالفة الذكر وذلك بمنع الاتجار والتعامل بها منعا باتا، أما عن استعمال الأجنة المجهضة في الأبحاث التعليمية فقد ورد في قانون الصحة رقم 18-11 السالف الذكر في المادة 201، والمتعلقة بالتشريح العلمي، حيث قصر التشريح لسببين:

- الأول: حالات الوفاة المشبوه بها أو الوفاة في الشارع.
- الثاني: الوفاة بسبب مرض متنقل يمثل خطرا كبيرا على الصحة العمومية.

وهذا يعني أن المشرع قصر التشريح لأسباب جنائية أو أسباب شخصية وبائية، وعدم النص على الأحكام المتعلقة بالتشريح لغايات تعليمية، وهذا ما يثير التساؤل ما الداعي إلى حما المشرع على التخلي عن أحكام التشريح التعليمي التي كانت واردة في القانون الصحة الملغى رقم 05/85[2].

ب – التجارب على الخلايا الجذعية للجنين بعد طرحها.

أن الخلايا الجذعية للجنين لها أهمية كبيرة في تقدم العلوم الطبية وتطور الرعاية الصحية، فهي تساعد في فهم الأحداث المعقدة في عملية تكوين الإنسان، ولها استخدامات عدة في الأدوية الجديدة، بالإضافة إلى استخدامها فيما يعرف بالعلاج الخلوي والتي توفر علاجا لعدة أمراض مستعصية مثل أمراض القلب والشرايين، فبعد الولادة يكون للجنين ملحقات متمثلة في الأغشية والسوائل السلوية والمشيمة والتي لها أهمية في مجال مستحضرات التجميل، فمثلا المشيمة والسائل الامينوسي يستخدم في مواد التجميل من قبل مختبرات عالمية للتجميل، التي تساهم في استعادة نظارة الوجه ومقاومة آثار الشيخوخة، وتجديد الخلايا الميتة للبشرة، ومن تم فإن هذا النوع من التجارب تصنف ضمن التجارب العلمية كونها لا تستخدم لعلاج الجنين بل الاستفادة منه[3].

---

[1]- بلحاج العربي، الإحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الطبي الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 42، 1999، ص 100.

[2]- يوسف بوشي، مدى مشروعية التجارب الطبية العلمية على الأجنة المجهضة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 02، 2020،ص 638.

[3]-يمينة عبد العزيز شودو، حكم الانتفاع بالأجنة في ظل المستجدات الطبية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، قسم الفقه والأصول، الأردن، 2001، ص 118.

وقد نظم مجمع الفقه الإسلامي الدولي الضوابط التي تحدد كيفية استخدام مثل هذه الخلايا بحيث قرر[1]: يجوز الحصول على الخلايا الجذعية وتنميتها واستخدامها بهدف العلاج والأبحاث العلمية المباحة إذا كان مصدرها مباحا، ومن ذلك –على سبيل المثال– المصادر التالية:

- الأطفال إذا أذن أوليائهم، لمصلحة شرعية وبدون ضرر.
- المشيمة أو الجبل السري، وبإذن الوالدين.
- الجنين السقط تلقائيا ويجيزه الشرع، وبإذن الوالدين.

ولا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية واستخدامها إذا كان مصدرها محرما، ومن ذلك على سبيل المثال:

- الجنين المسقط تعمدا وبدون سبب طبي يجيزه الشرع.
- التلقيح المتعمد بين بويضة وحيوان منوي من المتبرعين.
- الاستنساخ العلاجي.

ثانيا– التجارب الطبية والعلمية على الأطفال القصر.

تعتبر فئة الأطفال الفئة الأكثر عرضة للأمراض الفيروسية والبكتيريا، نظرا للبنية الضعيفة التي يتمتعون بها، فالمناعة الأطفال لم تكتمل بعد، لذا قام الباحثين والخبرات في سنوات كثيرة بتركيب مستحضرات تدعى اللقاحات لمواجهة الأمراض التي تهتك بمئات الأطفال في العالم، لكن الإشكال الذي يطرح ما إذا كانت قواعد القيام بالتجارب على البالغين تعتمد على الرضا المستنير بوصفهم راشدين وقادرين على اتخاذ القرارات ، فما هو الحال بالنسبة للأطفال عديمي أو ناقصي الأهلية (أ) وهل تطبق هذه القواعد حتى في ظل الظروف الاستثنائية التي قد تتطلب الاستعجال في اتخاذ القرار (ب).

أ – الإذن بالتجريب على الأطفال القصر.

الأصل أنه ليس لرضاء القصر ومن في حكمهم كالمعوقين ذهنيا أيه 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 بالوصايا على الأشخاص[2]، وهذا ما أكده إعلام هلسينكي[3] بنصه في المادة 27 منه " في حالة إجراء التجارب على الأشخاص غير القادرين، يجب على الطبيب الباحث الحصول على الرضا المنير من طرف ممثليهم القانونيين، ولا يمكن إخضاع هؤلاء إلى التجريب ما لم يكن لهم مصلحة مباشرة في هذه التجربة، ما عدا إذا كانت هذه التجربة تهدف إلى تحسين صحة

---

[1]- قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة 17، بمكة المكرمة، لعام 2003، والمتعلق بالخلايا الجذعية.

[2]- نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية –دراسة مقارنة-، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 321.

[3]- إعلان ميثاق هلسنكي، الصادر عن رابطة الأطباء العالمية، 1964، ينظم كيفية اجراء التجارب الطبية والتجارب الدوائية على الإنسان.

أشخاص هم في نفس الحالة، ولا يمكن إجراءها على أشخاص قادرين، وأن تكون المخاطر والأضرار ضئيلة" .

من الناحية الشرعية تسقط عن الطفل بعض التكاليف وينطبق عليه وصف القاصر، ويحتاج عندها لولي يرعاه ويرعى أموره، وهذه الولاية تمنح للولي سلطة يتصرف بمقتضاها في نفس القاصر وماله وأحواله بما يحقق مصلحة معتبرة للقاصر، وبشكل يعود عليه بالنفع لا الضرر، ومن هنا لابد من توضيح وبيان حكم إذن القاصر أو إذن وليه في إجراء التجارب على القاصر، فالأصل في إذن القاصر للعلاج والأعمال الطبية غير معتبر شرعا حتى وإن وقع العمل الطبي العلاجي على وجه يوافق أصول المهنةالطبية، فلو إذن القاصر لطبيب ما بممارسة عمل طبي على جسده فعلى الطبيب الضمان لو هلك لأن إذن القاصر كعدمه[1].

إلا أن هناك حالات يستثنى فيها هذا الحكم ويجوز فيها المسامحة بعدم أخذ الإذن، ومن تلك الحالات الأعمال الطبية التي يكون فيها نفعا للقاصر ولا تحمل خطرا معها، ولا يترتب ضررا للقاصر فلا ضمان فيها وحول هذا الحكم، وكذلك الحكم في سائر المعالجات البسيطة التي جرت عادة الناس فيها المسامحة.

أما بالنسبة للتجارب العلمية على القاصر فقد وضع الفقه الإسلامي ضوابط تقيد هذه التجارب:

- إذا كانت التجارب تحمل خطرا على القاصر، فلا تجوز لا بإذنه ولا بإذن وليه.
- إذا كانت التجارب لا تحمل خطرا ولا يترتب عليها ضرر بالقاصر، فالإذن لولي القاصر إما يجيز أولا حسب ما يراه من مصلحة القاصر، والتي لا تضر بالنمو البشري والعقلي والنفسي عند القاصر، فنفاذ تصرف الولي وإذنه متوقف على المنفعة في تصرفه للقاصر.
- أن يكون البحث يقصد منه العمل على نفع الشخص الذي سيكون ميدانا للبحث، وأن تكون المنفعة راجحة حسب الدراسات الأولية، وذلك في غير الحالات المستعجلة والخطيرة التي قد يترتب على انتظار الموافقة فوات فرصة الإنقاذ.

وفيما يخص المشرع الجزائري لم يحدد سن معينة يعتد بها لتحديد مدى تمتع الشخص بالأهلية اللازمة للموافقة على الخضوع للتجربة الطبية، بحيث تنص المادة 343 الفقرة الأخيرة من قانون الصحة " تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية حسب الحالات، من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي"، ولان النص لم يفصل بصورة كاملة في أهلية قبول القصر للخضوع للتجريب الطبي، كان لابد من الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالأهلية ذلك أن التجارب الطبية من المسائل الحساسة التي قد تمس بسلامة الجسد وحرمته وإن تركت بدون ضوابط سوف تنحرف عن هدفها الأصلي الذي أحدثت من أجله والمتمثل في العلاج أو اكتشاف الأمراض ومداواتها[2].

---

[1]- نريمان وفيق محمد أبو مطر، التجارب العلمية على جسم الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2011، ص 83.

[2]- بن عودة سنوسي، الرضا في التجارب الطبية –دراسة مقارنة-، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد 04، الجزائر، 2017، ص 296.

لذا لابد من التفرقة بين القاصر المميز والقاصر غير المميز، فبالرجوع إلى نص المادة 83 من قانون الأسرة السالف الذكر " 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 إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"، وعليه فالقاصر المميز فوق 13 سنة يعبر عن موافقته الحرة والمنيرة على الخضوع للتجارب العلاجية، دون الحاجة إلى موافقة وليه أو ممثله، لأنها دائما ما تكون نافعة له، أما إذا طهر للطبيب أن التجربة العلاجية تدور بين النفع والضرر، فلابد من الحصول على موافقة القاصر، ثم إجازة وليه أو ممثله الشرعي، أو الرجوع إلى القضاء في حالة وجود نزاع[1].

بخصوص التجارب العلمية، فإنها لا تعود بفائدة مباشرة على الخاضع لها، وبالتالي لا يمكن اعتبار الموافقة عليها من الأعمال النافعة للقاصر، فتعد موافقته وفقا للمادة 83 السالفة الذكر غير نافذة إذا لم يقم بإجازتها وليه الشرعي أو ممثله القانوني، ذلك أن القاصر المميز لا يتمتع بالأهلية اللازمة للتعبير عن موافقته الحرة والمستنيرة، أما القاصر غير المميز وهو المحمي قانونيا وجب على الطبيب دوما الحصول على موافقة أولياءه من أجل تقديم أي علاج ولو كان علاج تقليدي، فمن باب أولى حصوله على الموافقة المنيرة لأولياء في حالة تجريب علاج جديد، وفي جميع الأحوال لا يجوز إخضاع القاصر غير المميز للتجارب العلمية، لما قد تعرض حياتهم أو صحتهم للخطر، لأن الممارسات الطبية فيها نوع من المجازفة وتتنافى في الواقع مع مصلحة القصر، لكن هذا الأمر أستقر على بعض الأمراضالتي لا يصاب بها إلا الأطفال ومن تم لا يمكن أن يختبر فيها الراشد، وكان لزاما على المشرع تحديد ضوابط أكثر صرامة التي يمكن بمقتضاها التجريب على القصر[2].

ب- إذن الطوارئ في التجارب الطبية والعلمية على القصر.

إن الظروف الاستثنائية تستدعي بضرورة الحال اتخاذ إجراءات غير تلك المعروفة في الظروف العادية، وذلك من أجل مواجهة الحالة الطارئة، ومثال عن ذلك ما واجه العالم في أواخر 2019 من وباء انتشر عالميا أطلق عليه اسمجائحة كورونا **(covid-19)** وأدخل العالم في حالة ركود وجمود من أجل الحد من انتشاره، يعتبر**بروتوكول EUL**أحد هذه الإجراءات والذي يسمح ويعطي الضوء الأخضر لنشر لقاح على وجه السرعة والتخفيض من عدد البروتوكولات الواجب إتباعها في اعتماد الأدوية واللقاحات في الحالات العادية للحد من تفشي الوباء، والحصول على نتائج عن فعاليته.

ويتيح الإجراء المتعلق بإذن الاستخدام في حالات الطوارئ بموجب بروتوكول الاستعمالات الطارئة الممنوح من قبل المنظمة العالمية للصحة، تقييم مدى ملائمة المنتجات الصحية في حالات الطوارئ

---

[1]- كوحيل عمار، النظام القانوني للتجارب على جسم الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2019، ص214.

[2]- PIERRE CHARLES BONGRAND, l'expérimentation sur L'homme, sa valeur scientifique et sa légitimité, présente par Anne fagot largeault et Philipe meil, IGR press Fr, 2011, p79.

الصحة العامة، والغرض منه هو إتاحة الأدوية واللقاحات ووسائل التشخيص بأسرع ما يمكن من أجل التصدي للجائحة، مع التقيد بالمعايير الصارمة المتعلقة بالفعالية والمأمونية والجودة، وتتم على مرحلتين:

- مرحلة الاستعمال الأولي.
- مرحلة الرصد بعد النشر[1].

ونظرا لإتباع هذه الإجراءات اضطرت المنظمة العالمية للصحة إلى تخفيف الإجراءات المتعلقة باعتمادالأدوية، ومن ذلك التعجيل في التجارب السريرية للقاح، وان كان هذا لا يؤثر بشكل واضح على البالغين، فإن الأطفال والقصر ولحداثة جهازهم المناعي من جهة ،وإتباع نهج أخلاقي أكثر صرامة مع القصر من جهة أخري، فقد تضر هذه التجارب والعلاجات بأجسادهم لذا وجب إتباع مراحل وضعتها المنظمة العالمية للصحة بالاشتراك مع اليونيسيف والشركات المنتجة للأدوية، وتتمثل في مايلي:

- وضع الجرعات والكميات الصحيحة من اللقاح والمناسبة لعمر الأطفال.
- اختيار المشاركين المتطوعين في التجارب السريرية للقاح.
- الحصول على الموافقة من قبل الطفل وممثله الشرعي معا.
- التدرج في التجارب السريرية حسب الفئة العمرية (المراهقين ثم الأطفال ثم الرضع).
- الحصول على الإذن من السلطات التنظيمية الصحية للدولة لبداية مباشرة عمليات التلقيح[2].

خاتمة:

من خلال ما تقدم يمكن استخلاص أن سبب ظهور الإشكالات والتجاوزات في حق الطفل في السلامة البدنية المكرس في الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية لمعظم الدول، راجع إلى ما يشهده العالم من تقدم في المجال الطبي والعلوم البيولوجية سواء العلاجي أو غير العلاجية، لذا وجب على كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ضرورة مواكبتها ومسايرتها من خلال وضع الضوابط التي تكفل تحقيق التوازن بين حرية البحث العلمي وعدم الحد من التقدم العلمي في المجالات الطبية لما يرجع من فائدة على البشرية، وبين ضمان احترام سلامة وكرامة جسم الطفل في كل مراحل نشأته.

لكن ما يعيب القانون الوضعي أو المشرع الجزائري بصفة خاصة، هو غياب الإشارة لعدة أحكام تنظم مسائل تتعلق بالتجارب العلمية والعلاجية التي قد تمس الطفل، رغم وجودها في الواقع كالاستنساخ مثلا، أو الإشارة إليها يشكل محتشم على عكس الشريعة الإسلامية التي فصلت في معظم هذه

---

[1]- موقع الرسمي للمنظمة العالمية للصحة، https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019

[2]- موقع الرسمي للمنظمة العالمية للصحة،https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019

المسائل، فالإشارة لا تكفي لأن الفراغ التشريعي في مثل هذه المسائل يجعل التشريعات الوطنية في حالة تبعية ويزيد من الانتهاكات في هذا المجال بسبب عدم تنظيمه.

لذا ومن الضروري على المشرع الجزائري:

- توضيح موقفه من هذه التجارب بنصوص صريحة.
- تدعيم النصوص الموجودة في مجال التلقيح الاصطناعي تشمل كل جوانبه العملية
- إقرار حماية خاصة للأطفال والنساء الحوامل في الحالات الصحية الطارئة والأوبئة ذات الانتشار العالمي

قائمة المراجع والمصادر

أولا : المراجع

1. أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب الطبية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.
2. أميرة عدلي، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص.77.
3. إبراهيم بن محمد بن قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة الإمام بن محمد بن سعود، سلسلة إصدارات مجلة الحكمة، السعودية، 2002، ص 627.
4. بلحاج العربي، موقف الفقه الإسلامي من الأبحاث العلمية والتجارب الطبية على الجنين الميت، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 04، 1999، ص 66.
5. بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 83.
6. بلحاج العربي، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الطبي الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 42، 1999، ص 100.
7. بن عودة سنوسي، الرضا في التجارب الطبية –دراسة مقارنة–، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد 04، الجزائر، 2017، ص 296.
8. حسان حتحوت، بحث مقدم: بعنوان متى تنتهي الحياة، مجمع الفقه الإسلامي (265/5)، رقم 01، الدورة الرابعة، 1988.
9. كوحيل عمار، النظام القانوني للتجارب على جسم الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2019، ص214.
10. مفتاح محمد ازقيط، الحماية القانونية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص.88.

11. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ص197.
12. نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية –دراسة مقارنة–، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 321.
13. نريمان وفيق محمد أبو مطر، التجارب العلمية على جسم الانسان، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2011، ص 83.
14. سارة عيادي، التنظيم القانوني للتجارب الطبية والعلمية على الأجنة واللقائح البشرية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، 2019، ص 860.
15. سليمان بن عبد الله أبا الخيل، إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة اصطناعيا، بحث مقدم في قضايا طبية معاصرة، المجلد الثاني، الرياض، 2010، ص 14.
16. يمينة عبد العزيز شودو، حكم الانتفاع بالأجنة في ظل المستجدات الطبية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، قسم الفقه والأصول، الأردن، 2001، ص 118.
17. يوسف بوشي، مدى مشروعية التجارب الطبية العلمية على الأجنة المجهضة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 02، 2020،ص 638.
18. PIERRE CHARLES BONGRAND, l'expérimentationsurL'homme, savaleurscientifiqueetsalégitimité, présente par Anne fagot largeault et Philipemeil, IGR press Fr, 2011, p79.

المصادر:

1. إعلان ميثاق هلسنكي، الصادر عن رابطة الأطباء العالمية، 1964، ينظم كيفية إجراء التجارب الطبية والتجارب الدوائية على الإنسان.
2. قانون رقم 11/84، المؤرخ في 09/يونيو/1984، يتضمن قانون الأسرة، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 24، المؤرخة في 12/يونيو/1984.
3. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 3/67–7 لعام 1992 والمتعلق بالعلاج الطبي
4. القانون رقم 11/18 المؤرخ في 29 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 29 يوليو 2018.
5. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 161 (17/10)، لعام 2006، المتعلق بالضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان.
6. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 4 (د 3 86/07)، لعام 1986، المتعلق بحكم أطفال الأنابيب.

7. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 55 (6/6)، لعام 1990، والمتعلق بحكم البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة.
8. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 56 (6/7)، لعام 1990، والمتعلق باستخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء.
9. قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة 17، بمكة المكرمة، لعام 2003، والمتعلق بالخلايا الجذعية.

المواقع الرسمية:

https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019

موقع الرسمي للمنظمة العالمية للصحة

حماية المستهلك من المنتوجات الصيدلانية على ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون الصحة

د. قزوت لامية
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. بختي سهام
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

مقدمة:

يعتبر قانون حماية المستهلك وقمع الغش أفضل مجال لحماية المنتوج عامة وحماية المنتوجات الصيدلانية بصفة خاصة، باعتبار أن المنتوج هو محل عقد الاستهلاك، إذ يشترط في محل عقد الاستهلاك أن يكون موجودا وقت انعقاد العقد كونه يتعلق بالالتزام بالتسليم، وباعتبار أن محل عقد الاستهلاك هو المنتوج الذي يكون على شكل سلعة أو خدمة، فوجوده ضروري أثناء انعقاد العقد كونه ركن أساسي من أركانه وإلا فإن العقد يصبح باطلا بطلانا مطلقا.[1]

ولهذا السبب لابد من تحقيق الحماية المثلى التي يستحقها المنتوج الصيدلاني ضمن عقد الاستهلاك وضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش وكذا ضمن قانون الصحة، كون أن حماية المنتوج من حماية المستهلك، فيجب إذن أن يكون المنتوج الصيدلاني المعروض للاستهلاك خال من أي عيب من شأنه أن يلحق ضرر بالمستهلك، كما لا يجب أن يشكل أي خطر أثناء استعمالاته العادية بحيث يحقق أدنى مستوى من الصحة والسلامة للمستهلكين[2]، كما لابد أيضا أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك خاصة من

---

[1] – علي فيلالي، ،الالتزامات – النظرية العامة للعقد – موفم للنشر – الجزائر 2012، ص 223.

[2] – انظر الفقرة التاسعة والعاشرة من المادة 03من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش جريدة رسمية صادرة في08 مارس 2009، عدد 15، بالقانون رقم 18- 09 المؤرخ في 10 جوان 2018، جريدة رسمية صادرة في 13 جوان2018، عدد 35.

حيث طبيعته وطريقة استعماله حتى يكون جديرا بالحماية، فمن غير المعقول حماية منتوج مخالف للنظام العام ومضر بالصحة العامة.[1]

فيعرف قانون الصحة المنتوج الصيدلاني في مادته 207على أنه" **تتضمن المواد الصيدلانية ما يأتي: الأدوية، المواد الجالينوسية، المواد الأولية ذات الاستعمال الصيدلاني، الأغذية الحميوية الموجهة لأغراض طبية خاصة، كل المواد الأخرى الضرورية للطب البشري"[2].**

لذا لابد أولا من تحقيق سلامة المنتوج الصيدلاني وهو التزام يقع على عاتق المنتج ويحقق حماية مزدوجة للمنتوج نفسه وللمستهلك في آن واحد، بحيث يجب أن يكون المنتوج مضمون وآمن ومطابق لشروط عقد الاستهلاك والقوانين السارية المفعول، كما يجب أن يراعى في سلامته تحقيق متطلبات المستهلك المشروعة.

واستنادا لما سبقنطرح الإشكالية التالية: **ماهي الحماية المكرسة قانونا لمستهلك المنتوجات الصيدلانية في ظل خطورة هذه المنتوجات؟**

للإجابة على هذه الإشكالية سنقسممداخلتنا إلى شقين: سنتطرق أولا إلى إلزامية سلامة المنتوج الصيدلاني وإلى في المسؤولية التي تقع على المنتج لتحقيقها وكذا إلى أنواع الرقابة الممارسة للتوصل لسلامة المنتوج الصيدلاني ، ثم ننتقل إلى الإجراءات الرقابية التي تكرسها هيئات متخصصة، والصلاحيات الممنوحة لها في مراقبة مدى سلامة المنتوجات الصيدلانية المعروضة في السوق وكذا العقوبات التي تسلطها تلك الهيئات في حالة التأكد من عدم سلامة منتوج الصيدلاني.

المبحث الأول: إلزامية سلامة المنتوج الصيدلاني

يعد الالتزام بسلامة المنتوج التزاما حصريا يقع على المنتج هدفه الأساسي توفير الأمن والأمان للمستهلك بحيث لا يجب أن ينطوي المنتوج على أية خطورة، فالمنتج إذن ملزم بوصول منتوجه للمستهلك الأخير دون أن يسبب أي ضرر.

والالتزام بالسلامة لا يمكن اعتباره التزام ببذل عناية فقط، وإنما يعتبره معظم الفقه التزام بتحقيق نتيجة، لهذا السبب يتعين إثبات مسؤولية المنتج فلا يكفي إثبات الضرر الذي أصاب

---

[1]-Jean Calais-Auloy& Henri Temple, Droit de la consommation, Dalloz, 8e édition- France- 2010,p 249.

[2] – انظر المادة 207 من القانون رقم 18 – 11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة ، جريدة رسمية صادرة في 29 جويلية 2018، عدد 46، المعدل والمتمم بالقانون رقم 20– 02 المؤرخ في 30 أوت 2020، جريدة رسمية صادرة في 30 أوت 2020، عدد 50.

المستهلك وإنما يتعين إقامة الدليل على أن ذلك الضرر راجع لعيب في الصنع.[1]
من أجل ذلك أولت معظم التشريعات اهتماما بالغا بالالتزام بالسلامة وأدخلته ضمن المسؤولية المدنية التي تقع على المنتج، كون أن الأضرار الناجمة عن عدم سلامة المنتوج لا تكمن فقط في وجود عيب أو خلل فيه وإنما يتعدى الأمر إلى الخطورة الكامنة في استعمالاته العادية أي دون وجود أي عيب يذكر.[2]
فالالتزام بالسلامة إذن "***هو عبارة عن سيطرة فعلية على كل عناصر المنتوج التي يمكن أن تسبب ضررا للمستفيد من السلعة أو الخدمة***"[3]، نفهم من هذا التعريف أن المنتج ملزم بالسيطرة الكلية على منتوجه والتحكم في كل العناصر التي قد تكون مصدرا للأخطار والأضرار مهما كان نوعها، سواء من حيث المواد المستخدمة في الصنع أو من حيث طريقة الاستخدام الصحيحة، هذا ليضمن جودة منتوجه وحمايته في السوق من جهة وسلامة المستهلك الجسدية والمادية من جهة أخرى.
لهذه الأسباب فإن المنتج مجبر بالقيام بكل أنواع الرقابة على منتوجه قبل عرضه للاستهلاك، سواء بنفسه أو بالاستعانة بالأجهزة المكلفة بالرقابة، لذا سنتطرق أولا لمسؤولية المنتج في تحقيق سلامة المنتوج وكيفية إثباتها، ثم لأنواع الرقابة التي يمارسها المنتج للسيطرة على منتوجه.

المطلب الأول – مسؤولية المنتج في تحقيق سلامة المنتوجالصيدلاني

تعتبر مسؤولية المنتج نمط جديد من أنماط المسؤولية مقارنة بتقسيمات المسؤولية التقليدية إلى عقدية وتقصيرية، جاء هذا النوع الجديد من المسؤولية ضمن المادة 140 مكرر والتي تعتبر قفزة نوعية في نظام المسؤولية في القانون المدني الجزائري، إذ جاءت في إطار

---

[1] – عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكري الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر 2005، ص52.

[2] – موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، مصر، ص 297.

[3] – مواقي بناني أحمد، " الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)"، مجلة الفكر، العدد العاشر، 2018، ص 417.

تعديل 2005 والتي تنص على:" ***يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية***"[1].

نفهم من فحوى هذه المادة أن مسؤولية المنتج نظام جديد لتحقيق الحماية للمنتوج الصيدلاني والتأكد من سلامته بغض النظر عن العلاقات العقدية التي ينظمها القانون المدني، بحيث تعتبر هذه المسؤولية أكثر مهنية وواقعية وتحقق حماية مزدوجة للمنتوج وللمستهلك في آن واحد، فهي تخدم أكثر التطورات الاقتصادية والصناعية الحديثة وكثرة وتنوع المنتوجات المعروضة في السوق كونها تلحق أي خلل في المنتوج بمنتجه مباشرة.

لهذا السبب كان موضوع مسؤولية المنتج محل جدل الفقه القضائي الفرنسي في تأسيس القرارات القضائية المتعلقة بعيب في المنتوجات المسوقة والأضرار التي تسببها، بحيث وجد القضاء الفرنسي صعوبة في تقدير المسؤولية التي تقع على المنتج وفقا للتقسيم التقليدي للمسؤولية إلى تقصيرية وعقدية، إلى أن انتهى به الأمر إلى التسليم بأن مسؤولية المنتج مسؤولية موضوعية وقانونية ناتجة عن التزام قانوني متصل مباشرة بعمل المنتج في ضمان سلامة منتوجه والتي تحقق الحماية المطلوبة، هذا ما أخذت به المادة 140 مكرر السالفة الذكر اقتداء بالفقه الفرنسي.[2]

كما أن مسؤولية المنتج تعد ثمرة الجهود الدولية من خلال مجموعة من الاتفاقيات الدولية التي اهتمت بهذا الموضوع كاتفاقية لاهاي واستراسبورغ وبروكسل التي اتفقت في مجملها على تحديد الشخص المسؤول عن الأضرار التي تسببها المنتوجات والذي هو المنتج بطبيعة الحال، كما تم الاتفاق أيضا على توحيد المنتوجات التي تشملها الحماية في نطاق مسؤولية المنتج، فهي إذن تشمل كل المنتوجات دون استثناء بغض النظرعن مصدرها سواء كان

---

[1] – أنظر المادة140مكرر من القانون المدني.

[2] – حامق ذهبية ،الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة من أجل الحصول على دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 ، السنة الجامعية 2008– 2009، ص 304.

طبيعي، صناعي أو زراعي باعتبار قد لحقتها يد الإنسان لتساهم في تكوينها النهائي[1]، هذا ما أخذت به الفقرة الثانية من المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري.[2]

لكن لضمان سلامة المنتوج الوطني وفقا لمسؤولية المنتج لابد من إثبات أركان مسؤولية المنتج والتي تحقق بوجود عيب في المنتوج وضرر يقع على المستهلكين وعلاقة سببية بينهما.

أ- وجود عيب في المنتوج الصيدلاني

وهو العيب الذييصيب المنتوج الصيدلاني ويهدد صحة وسلامة المستهلكوالذي يلحق به ضرر ويصيبه في جسده ومالهويؤدي إلى عدم صلاحيته للغرض المعد له ممانقص من قيمته ومنفعته نظرا لخطورة وفائدة المنتوجات الصيدلانية في آن واحد.[3]

فالعيب إذن حجر الأساس لقيام مسؤولية المنتج كما يكون أيضا معيارا فاصلا لثقل وقوة المسؤولية الملقاة على عاتق صاحب المنتوج[4]، لهذا السبب لابد أن يراعي المنتج وجود عيوب خفية تنقص من قيمة المنتوج الصيدلاني نقصا محسوسا ويلتزم بضمانها كون الضمان هنا يكون بقوة القانون وهو من القواعد الحمائية التي لا يجوز مخالفتها، أما العيوب البسيطة التي لا تؤثر على صلاحية المنتوج للاستعمال فيمكن تجاوزها.[5]

فمسؤولية المنتج إذن تظهر من خلال ضمان سلامة منتوجه من العيوب، هذا ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات بصيغة الوجوب ***"يجب على المحترف أن يضمن سلامة المنتوج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال"***[6]، وفي نفس السياق نصت أيضا المادة 03 من المرسوم التنفيذي الذي

---

[1] – سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية،دار الثقافة للنشر والتوزيع، بغداد العراق 2009، ص34.

[2] – انظر الفقرة الثانية من المادة 140 مكرر من القانون المدني التي تنص: ***" يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصل بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".***

[3] – موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 309.

[4] – سالم محمد رديعان العزاوي، مرجع سابق، ص 74.

[5] – فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان2012، ص 70و71.

[6] – انظرالمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 90– 266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، جريدة رسمية صادرة في 19 سبتمبر1990، عدد 40.

يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ بحيث أكدت على أن الضمان أثر قانوني لتغطية العيوب الموجودة أثناء اقتناء سلعة أو تأدية خدمة.[1]

وبالتالي لكي يكون العيب يستوجب الضمان لابد أن تتوافر فيه شروط معينة وهي: أن يكون قديما أي لابد أن تتزامن ولادته مع فترة تكوين وتصنيع المنتوج، وأن يكون مؤثرا بحيث يجب أن ينقص من قيمة المنتوج ومن فعاليته في تحقيق الغاية المنشودة من تصنيعه ويرتبط ارتباطا وثيقا بصناعة المنتوج، وفي الأخير أن يكون خفيا وذلك عندما لا يكون ظاهرا للعيان بحيث لا يمكن تفحصه بالعين المجردة.[2]

ب – الضرر

إن المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بضمان سلامة المنتوج الصيدلاني أو مسؤولية المنتج تقام على أساس على الضرر الذي تسببه المنتوجات الصيدلانية المعيبة التي قد تكون وخيمة وتلحق خسائر مادية وجسدية واقتصادية جسيمة.

لذا ينبغي على المنتج توقع كل الأحداث المستقبلية التي يمكن أن ترتب ضرر للمستهلك وتنال من سلامته.[3]

فالضرر الناتج عن المسؤولية الموضوعية للمنتج ضرر بمفهومه الواسع بحيث يشمل كل أنواع الضرر: المادية الجسدية منها والمالية والمعنوية، المباشرة وغير المباشرة، المتوقعة وغير المتوقعة، الحالة والمستقبلية.[4]

فمجرد إصابة أي شخص بضرر مهما كان نوعه جراء استخدام أي منتوج صيدلاني قرينة على وجود عيب في المنتوج المستعمل وقرينة أيضا على قيام مسؤولية المنتج الذي يقع على عاتقه إثبات عكسها.[5]

ج – العلاقة السببية

---

[1] – انظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13 – 327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، جريدة رسمية صادرة في 02 أكتوبر 2013، عدد49.

[2] –فاتن حسين حوى، مرجع السابق، ص 83.

[3] – مواقي بناني أحمد، مرجع سابق، ص 419.

[4] – علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2007، ص 450 و451.

[5] – حامق ذهبية، مرجع سابق، ص 324.

تعتبر العلاقة السببية الرابطة القانونية التي تربط بين وجود عيب في المنتوج الصيدلانيوالضرر الذي يلحقه، فلابد من إثبات أن الضرر اللاحق، سواء كان جسدي أو مالي أو حتى اقتصادي، سببه المنتوج المعيب دون سواه، بحيث يكون الضرر نتيجة مباشرة للعيب.[1]

والعلاقة السببية الواجبة الإثبات لقيام مسؤولية المنتوج تتصف بالموضوعية مبنية على فكرة السببية الملائمة[2]، وهي فكرة متفق عليها فقها وقضاء مفادها أن العلاقة بين عيب المنتوج والضرر تكون مفترضة، بحيث يكفي على المضرور إثبات العلاقة المادية بين عيب المنتوج والضرر.[3]

المطلب الثاني – الرقابة على سلامة المنتوج الصيدلاني

لكي يتفادى المنتج عبء المسؤولية التي ستقع على عاتقه في حالة وجود عيب في المنتوج الصيدلاني، أوجب القانون إخضاع هذا النوع من المنتوجات إلى الرقابة قبل وضعها للتداول والاستهلاك، فلا يجوز تسبيق مبدأ حرية المنافسة ومبدأ الاقتصاد الحر على مبدأ صحة وأمان الأشخاص، هذا الأخير يعد استثناء عن مبدأ حرية التجارة والصناعة بحيث يستدعي تدخل السلطات العمومية لضمان أمن وسلامة المنتوجات المعروضة في السوق.[4]

فتعرف الرقابة على أنها خضوع شيء معين لسلطة هيئة أو جهاز يحدده القانون من أجل البحث والتحري والكشف عن الحقائق وفقا للقانون.

والرقابة عن سلامة المنتوجات قد تكون إجبارية خاصة في المنتوجات الحساسة كالأدوية وباقي المنتوجات الصيدلانية تباشرها السلطات التابعة للدولة خدمة للمصلحة العامة، كما يمكن أن تكون الرقابة اختيارية يلجأ إليها المنتجون لإضفاء المصداقية والثقة على منتوجاتهم قبل عرضها في السوق.[5]

---

[1] – زهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج ، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر2009، ص65.

[2] – علي فتاك، مرجع سابق، ص453.

[3] – حامق ذهبية، مرجع سابق، ص324.

[4]- Jean Calais-Auloy& Henri Temple , op-cit ,p252 .

[5] – زهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 174.

وعلى العموم هناك نوعين أساسيين من الرقابة: الرقابة الذاتية التي يقوم بها المنتج بنفسه دون اللجوء للسلطات العمومية، والرقابة الإدارية التي تمارسها سلطات إدارية متخصصة.[1]

أ – الرقابة الذاتية

من الواجب التأكد من جودة المنتوجات الصيدلانية المنتجة محليا والمستوردة وفحص مدى مطابقتها للمقاييس والمواصفات القانونية المعتمدة وذلك قبل عرضها في السوق.

ولذلك يقع واجب الرقابة الذاتية للمنتوجات على كل متدخل في العملية الإنتاجية ووضع المنتوج للاستهلاك سواء كان منتجا، وسيطا، موزعا أو مستوردا[2]، هذا ما نصت عليه المادة 12 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش[3] وكذا المادة 186 من الأمر المعدل لقانون حماية الصحة وترقيتها والتي تفتح المجال للخواص لاستيراد المنتوجات الصيدلانية وتوزيعها بالجملة وكذا إيجاد تحفيزات لترقية الأدوية الجنيسة.[4]

فالرقابة الذاتية إذن هي إخضاع المنتوج لسلسلة من التجارب والتحاليل والفحوصات، سواء على يد المنتج نفسه باعتباره أكثر شخص مؤهل لذلك كونه من قام بصنع المنتوج وتركيبه، أو بالاستعانة ببعض المختصين والتقنيين من أهل الخبرة، فأغلب الشركات الإنتاجية للمواد الصيدلانية تملك مخابر ومعامل تحاليل وفحوصات على المستوى الداخلي لشركاتها يسهر عليها مجموعة من المهندسين والخبراء والصيادلة لضمان جودة المنتوجات التي تنتجها تلك الشركة، كما يمكن للمنتج أن يستعين بخدمات مخبر خارجي معتمد لمعاينة وفحص منتوجه قبل عرضه في السوق.

وتتمثل عملية التحليل والفحص والتجربة التي تقوم عليها الرقابة الذاتية في كل عملية تقنية تهدف إلى تحديد ميزة أو عدة ميزات أو فعالية المنتوج ، وذلك وفقالأسلوب معين.[5]

---

[1] – بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن – دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث ،الجزائر2006، ص 413.

[2] – علي فتاك، مرجع سابق، ص 279.

[3] – انظر المادة 12 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.

[4] – انظر المادة 186 و186 مكرر من الأمر رقم 06 – 07 المؤرخ ي 15 جويلية 2006 الذي يعدل ويتمم القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، جريدة رسمية صادرة في 19 جويلية 2006،عدد 47.

[5] – انظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم13–328المؤرخ في 26 سبتمبر2013الذي يحدد شروط وكيفيات اعتماد المخابر قصد حماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية صادرة في 02 أكتوبر2013، عدد 49.

فيجب أن تتناسب الرقابة الذاتية مع طبيعة العمليات التي يقوم بها المنتج والمتدخل عموما حسب حجم ونوع المنتوجات التي يضعها للاستهلاك، وكذا حسب الوسائل التي يمتلكها وفقا لاختصاصه ومراعاة للقواعد والعادات المتعارف عليها في هذا المجال، كما يجب أن تسهر هذه الرقابة على احترام المنتوج للمتطلبات المتعلقة بالمصدر والنتائج المرجوة منه وكذا المميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه، وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك.[1]

وفي هذا الصدد تنص المدة35من المرسوم التنفيذي الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك على وجوب ضمان الاستعمال الجيد للمنتوج الصيدلاني مع إلزامية الإشارة إلى احتياطات الاستعمال[2]، فالرقابة الذاتية إذن تكون مستقلة عن الرقابة التي يمارسها الأعوان الإداريون كما سنتعرض له لاحقا.

وعلى العموم تنقسم الرقابة الذاتية على سلامة المنتوج الصيدلاني إلى نوعين: الرقابة المتعلقة بوقت عرض المنتوج للاستهلاك والتي تنقسم إلى رقابة سابقة ورقابة لاحقة، والرقابة المتعلقة بخطورة المنتوج التي تنقسم بدورها أيضا إلى رقابة إجبارية ورقابة اختيارية.

1- الرقابة المتعلقة بعرض المنتوج الصيدلاني للاستهلاك

ترتبط هذه الرقابة بعملية عرض المنتوج الصيدلاني للاستهلاك وقياس مدى استجابة المنتوج لرغبات المستهلك من خلال إقبال المستهلكين عليه والمكانة التي يأخذها هذا المنتوج في السوق، وبالتالي هناك رقابة سابقة أي تسبق عرض المنتوج أو تتزامن مع عرضه في السوق، ورقابة لاحقة تكون بعد عملية عرض المنتوج للاستهلاك.

1-1 - الرقابة السابقة

تتجلى هذه الرقابة في تقصي مدى ملائمة المنتوج المعروض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك وكذا مدى مطابقته للمواصفات والقوانين واللوائح التنظيمية والمقاييسالدولية

---

[1] - انظر المادة 12 من قانون حماية المستهلك وقمع الغشوكذا المادة 02 من القانون 18- 09 المؤرخ في 10جوان 2018الذي يعدل ويتمم القانون 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، هذه المادة جاءت لتعدل محتوى المادة 11 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المذكور.

[2] - انظر المادة 35من المرسوم التنفيذي رقم13- 378المؤرخ في09 نوفمبر2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، جريدة رسمية صادرة في 18 نوفمبر 2013، عدد 58.

المعمول بها وقت عرض المنتوج، وتعتبر هذه الرقابة مظهر مظاهر ضمان سلامة المنتوجات المعروضة في السوق.[1]

2-1الرقابة اللاحقة

تتجلى هذه الرقابة في إلزام المنتج بتتبع منتوجه بعد عرضه للاستهلاك وتقصي أثره في السوق، وكذا اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة للاطلاع على الأخطار التي يحدثها منتوجه ولو كانت بسيطة مع اتخاذ التدابير اللازمة للسيطرة عليها، فالمنتج إذن مجبر على تتبع مسار منتوجه الذي يقصد به عملية تحويله، توضيبه، تصديره أو استيراده، توزيعه وأخيرا استعماله، هذا طبقا للمادة 05 من المرسوم 12- 203 المتعلق بأمن المنتوجات.[2]

2 - الرقابة الإجباريةالمتعلقة بخطورة المنتوج

إن الرقابة كما أسلفنا عبارة عن نظام يهدف إلى المتابعة المستمرة لوضع المنتوج للاستهلاك وكذا لمراحل تسويقه، ولكن قد تختلف هذه الرقابة من منتوج لآخر حسب خطورته، وهذه الرقابة إجبارية بالنسبة للمنتوجات الصيدلانية والأدوية خاصة نظرا لخطورتها وذلك لتحقيق المصلحة العامة ،عكس باقي المنتوجات التي تكون فيها هذه الرقابة اختيارية.[3]

بحيث تفرض على المنتجالمختصفي صناعة الأدوية والمستحضرات الطبية،ومواد التجميل والتنظيف البدني إلى إخضاع منتوجاته للرقابة قبل عرضه للاستهلاك،

---

[1] – بوديسة مصطفى، حماية المستهلك من أخطار المنتوجات الغذائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي الحقوق، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014-2015، ص 35.

[2] – انظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 12- 203 المؤرخ في 05 ماي 2012المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، جريدة رسمية صادرة في 09 ماي 2012، عدد 28، التي تنص على ما يلي: "***يجب أن تستجيب السلعة أو الخدمة بمجرد وضعها رهن الاستهلاك للتعليمات التنظيمية المتعلقة بها في مجال أمن وصحة المستهلكين وحمايتهم، لا سيما فيما يتعلق بما يأتي: التدابير الملائمة الموضوعة قصد ضمان تتبع مسار السلعة أو الخدمة.***

ويقصد بتتبع مسار السلعة الإجراء الذي يسمح بتتبع حركة سلعة من خلال عملية إنتاجها و تحويلها وتوضيبها واستيرادها وتوزيعها واستعمالها وكذا تشخيص المنتج أو المستورد ومختلف المتدخلين في تسويقها والأشخاص الذين اقتنوها بالاعتماد على الوثائق."

[3]– حدوش فتيحة، ضمان سلامة المستهلك من المنتوجات الخطرة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2009-2010 ، ص 40.

فيلتزم المنتج إذن بأن يقوم بنفسه أوبالاستعانة بخبراء في المجال بإجراء تحليلات لكل المواد الأولية المستعملة وكذا للمستحضرات النهائية، كما يجب أن يضع رقما خاصا لكل مستحضر صيدلي ويضعه في وعاء خاص به، كما يمكن للمنتج إذا استدعت الضرورة أن يخضع منتوجه لرقابة هيئة خارجية كمخبر تحاليل مثلا قبل القيام بتسويق، كما يمكن عرضها أيضا على المخبر الوطني لمراقبة المنتوجات الصيدلانية.[1]

فالأدوية يكون منتجها مجبر لعرضها لرقابة وزارة الصحة ويتم ختم المنتوج بعبارة "مسجل بوزارة الصحة تحت رقم معين" حتى يصبح قابلا للتسويق[2] بحيث تكون كل الأدوية المسجلة في وكالة وطنية للمواد الصيدلانية تعمل تحت وصاية وزارة الصحةتسهر عليها لجنة مختصة متكونة من خبراء مختصين، ولا يجوز للأطباء وصف أدوية غير تلك الواردة في المدونة الخاصة بهذه الوكالة التي تحتوي على الأدوية المسجلةوذلك بغرض حماية صحة المستهلك من المواد غير المرخص بها[3]، إذ لا يمكن بيع أي دواء في الصيدلية إلى بعد حصول المنتج على " **ترخيص بالتسويق**"، وهذا الترخيص تمنحه بالطبع وزارة الصحةوهذا طبقا لقانون الصحة السالف الذكر.[4]

ب – الرقابة الإدارية

الرقابة الإدارية هي التي تقوم بها أجهزة متخصصة وضعها المشرع خصيصا لضمان منافسة مشروعة وشريفة في السوق وكذلك حماية الصحة العمومية، بحيث منح المشرع السلطات المكلفة بالرقابة صلاحيات واسعة ترمي لحماية مصالح الدولة والمستهلكين على حد سواء[5]، والتي تكون عن طريق المراقبة الدائمة لمدى مطابقة المنتوجات الصيدلانية المطروحة في السوق للقوانين والأنظمة السارية المفعول وكذا تحقيق الرغبات المشروعة

---

[1] – انظر المرسوم التنفيذي رقم 93 – 140 المؤرخ في 14 جوان 1993 المتضمن إنشاء مخبر وطني لمراقبة المنتوجات الصيدلانية، تنظيمه وعمله، جريدة رسمية صادرة بتاريخ: 20 جوان 1993، عدد 41.

[2] – زهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 174و175 .

[3] – فتيحة يوسف، " حماية المستهلك في مجال الصيدلة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، 2015، ص 43.

[4] – انظر المواد230، 231، 232، 233و234 من القانون 18– 11 المتعلق بالصحة المعدل والمتمم بالقانون 20–02السالف الذكر.

[5] – وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، 2011، ص121.

للمستهلك من خلال ضمان سلامته من الخطر الذي تشكله المنتوجات غير المطابقة لذا فإن القانون نص على عدة أشكال من الرقابة المسندة لأشخاص مؤهلين ومتخصصين في هذا المجال نجملها فيما يلي:

-1 الرقابة المسندة لضباط الشرطة والأعوان الإداريين

لضمان تطبيق نظام الرقابة بكل صرامة والتأكد من توفر المقاييس المعتمدة والمواصفات التنظيمية في المنتوجات المعروضة في السوق، أسند المشرع مهام ممارسة الرقابة لضباط الشرطة القضائية باعتبارهم المسؤولين الأساسيين لتحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع ثم إلى الأعوان التابعين لمصالح الجودة وقمع الغش لوزارة التجارة باعتبارها هيئة موضوعة خصيصا لممارسة الرقابة، إضافة إلى الرقابة التي يمارسهاأعوانالتفتيش تابعين لوزارة الصحة.[1]

1-1- ضباط الشرطة القضائية

المتمثلين في هؤلاء المنصوص عليهم بموجب المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت في مدلولها على أنه يتمتع بصفة ضابط شرطة قضائية الأشخاص التالية:- رؤساء المجالس الشعبية البلدية – ضباط الدرك الوطني – محافظو الشرطة – ضباط الشرطة – ذوي الرتب في الدرك ورجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك ثلاث سنوات على الأقل والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الدفاع بعد موافقة لجنة خاصة – مفتشو الأمن الوطني الذي قضوا في خدمتهم بهذه الصفة 03 سنوات على الأقل وعينوا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الداخلية والجماعات المحلية بعد موافقة لجنة خاصة – ضباط الصف التابعين للأمن العسكري الذين تم تعيينهم خصيصا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير الدفاع الوطني ووزير العدل.[2]

---

[1] – علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر 2009، ص18.

[2] – انظر نص المادة 15 من**القانون رقم 19-10 المعدل للأمر رقم 66 -155المؤرخ في 8 جوان سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية صادرة في18ديسمبر 2019، عدد 78.**

ويقوم هؤلاء الضباط بالتحريات على مستوى السوق لمراقبة مدى احترام المنتوجات الصيدلانية المعروضة للاستهلاك للمقاييس والمواصفات المطلوبة، كما يقومون بضبط المخالفات المرتكبة من طرف المنتجين والمستوردين والتجار وتحرير محاضر بذلك.

1-2- أعوان مصالح مراقبة الجودة وقمع الغش

رغم الجهود التي يقوم بها ضباط الشرطة القضائية في مجال ردع الغش في المنتوجات، إلا أن نظام الرقابة يستدعي مصالح متخصصة ودائمة الحضور ميدانيا لضمان الرقابة الدائمة والمستمرة، لذا تم إنشاء مصالح مراقبة الجودة وقمع الغش التابعة لوزارة التجارة.

ولقد تم النص عليهم بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان " أعوان قمع الغش"، ويستنتج من فحوى المواد 25 وما بعدها أنهم يباشرون مهامهم المتمثلة في البحث والمعاينة بالموازاة مع عمل ضباط الشرطة القضائية، مع الاختلاف الكامن في أنهم تابعين إداريا للوزارة التجارة.[1]

كما يلزم نفس القانون قيام أعوان قمع الغش بأداء اليمين القانونية[2]، بحيث تسلم المحكمة لكل عون إشهادا بذلك يوضع على بطاقة التفويض للعمل، ويتمتع هؤلاء الأعوان بالحماية القانونية من كافة أشكال الضغط والتهديد التي تعيق مهامهم، كما بإمكانهم الاستعانة بالقوة العمومية عند الحاجة.

وهذه الصلاحيات منحت لهؤلاء بموجب المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش[3]، فتنص المادة 03 منه على السماح لأعوان الرقابة باستعمال كل الطرق المتاحة في المعاينة بما فيها المعاينات والفحوص عن طريق العين المجردة أو باستعمال أدوات دقيقة كالمكاييل والموازين وأجهزة القياس وحتى القيام باقتطاع عينات لإجراء التحاليل والتجارب، كما يحق لهم فحص أي وثيقة يرونها مناسبة أو الاستماع إلى أي شخص يملك معلومات مفيدة، كما لديهم أيضا الحرية التامة للدخول ليلا أو نهارا وحتى أيام العطل لكل المحلات المتعلقة بالشحن والتخزين والتجارة.[4]

---

[1] – انظر القانون رقم 09 – 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم..

[2] – انظر المادة 26 من نفس القانون.

[3] – انظر المرسوم التنفيذي رقم 90- 39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01- 315 المؤرخ في 16 أكتوبر 2001، جريدة رسمية صادرة في31جانفي1990، عدد 05.

[4] – انظر المواد من 29 إلى 34 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.

وفي الأخير، يقوم الأعوان بتحرير محاضر تدون فيها كل الفحوصات والتحريات التي قاموا بها بكل عناية مع الأخذ بعين الاعتبار تواريخ وأماكن إجراء الرقابة، مع الحرص على التوقيع عليها من طرف العون أو الأعوان الذين قاموا بالمعاينة.

1 – 3 –أعوان التفتيش التابعة لوزارة الصحة

دون المساس بالصلاحيات المخولة لضباط الشرطة القضائية وأعوان رقابة الجودة وقمع الغش، يوجد لدى المصالح الخارجية التابة لوزارة الصحة مفتشين مؤهلين لبحث ومعاينة المخالفات المتعلقة بمجال المواد الصيدلانية والصحة عموما، ويقوم هؤلاء وجوبا بأداء اليمين القانونية لأداء مهامهم المتمثلة في:

–مراقبة تطابق مهن الصحة، خصوصا الصيدلة، مع القوانين والتنظيمات المعمول بها،

– مراقبة المؤسسات التي يتم فيها إنتاج المواد الصيدلانية أو إيداعها تسويقها أو استيرادها أو شحنها أو تخزينها أو تحليلها،

– مراقبة شروط حفظ الصحة والأمن الصحي وتنفيذ البرامج الصحية والتعليمات الصادرة عن السلطات المكلفة بالصحة.

ويمكن لهؤلاء الأعوان القيام بأخذ عينات من المواد الصيدلانية وحجز الوثائق، كما يمكنهم الاستعانة بخبراء مهنيي الصحة بعد موافقة السلطات المعنية، وفي الأخير يعد الأعوان المفتشون محضرا بعد كل تفتيش يضم البيانات والدلائل المتوصل إليها.[1]

المبحث الثاني: إجراءات الحماية من المنتوجات الصيدلانية المعيبة

حتى يتم ضمان سلامة المنتوج الصيدلاني وتجسيد الحماية من المنتوجات المعيبة والوقاية منها، تولى المشرع الجزائري هذه المسألة بمجموعة من الإجراءات الحمائية تضمنها قانون حماية المستهلك وقمع الغش مع التنظيمات المنظمة له.

تهدف هذه الإجراءات الحمائية لتجنب تعسف المنتجين وسائر المتدخلين في عملية وضع المنتوجات الصيدلانية للاستهلاك في استغلال مبدأي حرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة اللذان يميزان نظام اقتصاد السوق، وذلك على حساب سلامة المستهلكين وأمن المنتوجات المعروضة في السوق.[2]

---

[1] - انظر المواد من 189 إلى 195 من قانون الصحة المعدل والمتمم.

[2]- Jean Calais Auloy& Henri Temple, op.cit, p 251.

وتتجلى هذه الإجراءات في ممارسة الرقابة من طرف المنتج نفسه ومن طرف الأشخاص المؤهلين لها الذي تطرقنا إليهم بالتفصيل، والذين خول لهم القانون اتخاذ التدابير الضرورية في حالة المنتوجات المعيبة.

فيمكن لأعوان قمع الغش بتعدد صفاتهم ومؤهلاتهم أن يقوموا بكافة التدابير التحفظية لضمان صحة وسلامة المستهلك[1]، كما يكون على المنتج تغطية العيوب الموجودة في منتوجه المعروض في السوق.[2]

وعلى هذا الأساس سنتطرق أولا للإجراءات التي يقوم بها المنتج الصيدلانيبنفسه،ثم إلى الحماية الإدارية التي يقوم بها أعوان قمع الغش.

المطلب الأول: الإجراءات التي يقوم بها المنتج الصيدلاني

تتمثل الإجراءات التي يقوم بها المنتج في إجراءات ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في القانون المدني وقانون حماية المستهلك وقمع الغش، التي تتجلى في وجوب المطابقة المسبقة للمنتوج للمواصفات الواجب توفرها فيه من بداية طرحه في السوق باعتبار أن الصيدلي هو المسؤول الأول والأخير عن منتوجاته الصيدلانية سواء التي يصنعها بنفسه أو التي يستوردها[3]، فضمان العيوب الخفية إذن تمثل الحماية المدنية الأكثر ضمانا لهذا الأخير والمستهلك في آن واحد[4]، هذا ما تنص عليه المادة من379 من القانون المدني والتي تقابلها المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي.[5]

نفهم من هذه المادة وما يليها من القانون المدني أن المنتج أو الصيدلي أو حتى أي متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك ملزم بضمان العيوب التي قد تظهر في منتوجه وتنقص من قيمته حتى ولو لم يكن عالما بها، فالضمان واجب لابد من تأديته مهما كان نوع المنتوج سواء منقول أو غير منقول.[6]

---

[1] – انظر المادة 53 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.

[2] – انظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

[3] - فتيحة يوسف، مرجع سابق، ص 49.

[4] – عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص49.

[5] – بالمقابل تنص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: « à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

[6]- Jean Calais Auloy& Henri Temple, op.cit, p 285.

كما نجد أيضا القواعد الخاصة بالضمان المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك وقمع الغش وفي التنظيمات المنظمة له، قد سارت على نفس نهج الضمان المنصوص عليه في القواعد العامة بحيث تلزم المحترف مهما كانت صفته بإصلاح الضرر الذي يصيب الأشخاص بسبب العيب الموجود في منتوجه، كما يكون مسؤولا عن العيوب الموجودة أثناء تسليم المنتوج الصيدلاني في إطار تنفيذ الضمان.[1]

وعليه يلتزم المنتج الصيدلاني أو الصيدلي خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بتنفيذ الضمانتنفيذا عينيا بالطرق الثلاث التالية لا غيرها: بإرجاع ثمن المنتوج، باستبداله بمنتوج آخر أو بتصليح المنتوج نفسه، ويبطل كل شرط في عقد الاستهلاك يخالف الالتزام بالضمان القانوني.[2]

1 – الإصلاح

يمثل الإصلاح أولى الطرق التي يلجأ إليها المنتج لتنفيذ الضمان تنفيذا عينيا، إذ يقع على عاتقه إصلاح العيب الذي ظهر في منتوج وجعله غير صالح للاستعمال أو يسبب ضرر مهما كان نوعه للمستهلكين.

ويتجسد الإصلاح فعليا بإزالة العطب الموجود في المنتوج سواء في تصنيعه أو في تصميمه أو حفظه ، فيتحمل بذلك المنتج مصاريف الإصلاح بما لعودته إلى طبيعته الأصلية، إضافة إلى اليد العاملة اللازمة لذلك وكذا مصاريف النقل.[3]

كما يجب على المنتج أو الصيدلي عموما إصلاح العيب في أجل يطابق الأعراف المعمول بها وذلك حسب طبيعة المنتوج، وإذا تعذر عليه ذلك يمكن للمستهلك أن يستعين بخبيرمؤهل في الصيدلة والأدويةآخرمن اختياره ولكن على حساب المنتج.[4]

---

[1] – انظر المادة 06من المرسوم التنفيذي رقم 90– 266المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، وكذا المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 13 – 327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

[2] – انظر المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، وكذا المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 90– 266المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، وكذا المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13–327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

[3] – بودالي محمد، مرجع سابق، ص 374.

[4] – انظر المادتين 05 و 08 من المرسوم التنفيذي رقم 90– 266المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، وكذا المادتين 13 و14من المرسوم التنفيذي رقم 13– 327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

2- الاستبدال

يتوجب على المنتج استبدال المنتوج الصيدلاني المعيب بآخر سليم إذا بلغ العيب درجة خطيرة تجعله غير صالح للاستعمال كليا أو جزئيا رغم إصلاحه، ويكون ذلك في أجل أقصاه 30 يوم منتاريخ تصريح لمستهلك بوجود عيب.[1]

ويعد استبدال المنتوج المعيب حقا قانونيا مكرسا للمستهلك ومتعلقا بالنظام العام بحيث لا يمكن في أي حال من الأحوال الاتفاق على غير ذلك أو إعفاء المنتج منه أو التنازل المسبق للمستهلك عنه، فيقع باطلا بطلانا مطلقا كل شرط أو اتفاق يحد أو يقيد ممارسة حق استبدال المنتوج المعيب.[2]

3- إرجاع الثمن

إذا تعذر على المنتج أو الصيدلي إصلاح المنتوج المعيب أو استبداله، فإنه يجب عليه أن يرد ثمنه دون تأخير وفقا للشروط التالية:

- يرد جزء من الثمن، إذا كان المنتوج غير قابل للاستعمال جزئيا وفضل المستهلك الاحتفاظ به.

- يرد الثمن كاملا، إذا كان المنتوج غير قابل للاستعمال كليا، في هذه الحالة يرد له المستهلك المنتوج المعيب.[3]

وفي حالة عدم الاتفاق بين المنتج والمستهلك، يكون أمام هذا الأخير دعويين قضائيتين لاسترجاع ثمن المنتوج المعيب: دعوى الفسخ يتخلص بمقتضاها من المنتوج المعيب ويسترجع ثمنه، ودعوى انقاص الثمن يطلب بمقتضاه المستهلك إعادة التوازن بين المنتوج

---

[1] - انظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 90- 266المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، وكذا المادة 15من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

[2] - الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك – دراسة تحليلية مقارنة –، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر 2015، ص 206.

[3] - انظر المادة 09 من من المرسوم التنفيذي رقم 90- 266المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات.

المعيب وبين ثمنه أي المطالبة باسترجاع جزء من الثمن فقط مع الإبقاء على المنتوج المعيب.[1]

في حالة تعذر أو استحالة التنفيذ العيني إطلاقا سواء بالإصلاح والاستبدال أو بإرجاع الثمن ضمن مدة الضمان القانوني التي لا يجب أن تقل على ستة أشهر من تاريخ استلام المنتوج[2]، لا يكون أمام المستهلك سوى اللجوء للعدالة لطلب التعويض عن الأضرار اللاحقة به طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 124 من القانون المدني، وذلك برفع دعوى الضمان.

ولكن قبل ذلك لابد أن يقوم المستهلك بإخطار المنتج بالعيب الموجود في المنتوج الصيدلاني فور اكتشافه له بحيث يعد الإخطار إجراء أولي وضروري لقبول دعوى الضمان[3]، ويكون ذلك خلال مدة معقولة اتفق الفقه على أن تكون في حدود سبعة أيام من تاريخ اكتشاف العيب، كما يكون الإخطار بأي شكل من الأشكال المهم أن يصل وجود العيب إلى علم المنتج فالإخطار إذن شرط أساسي لقبول دعوى الضمان[4]، وفي حالة عدم الاستجابة يمكن للمستهلك حين إذن رفع دعوى الضمان في أجل أقصاه سنة من تاريخ تسلم المنتوج.[5]

ولكن غالبا ما يلجأ المستهلك إلى التفاوض مع المنتج الصيدلاني للوصول إلى حل ودي خاصة عندما يمنح الصيدلي لهذا الأخير ضمانا إضافيا أكثر امتيازا[6]، مما يؤدي إلى حل النزاع وديا خاصة إذا مرت سنة من التفاوض وتقادمت دعوى الضمان.[7]

---

[1] – قونان كهينة، الالتزام بالسلامة من أضرار المنتجات الخطيرة – دراسة مقارنة –، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2016-2017، ص 77.

[2] – انظر المادة16من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

[3] – زهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص108.

[4] – مهيدي نجاة وقفاف فاطمة، " التزام المتدخل بالضمان في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش"، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، أفريل2017، ص685.

[5] – انظر المادة383 من القانون المدني.

[6] – انظر المادة 18من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

[7] – قونان كهينة، مرجع سابق، ص 76.

المطلب الثاني– الإجراءات التي تقوم بها الجهات المختصة

تمثل الإجراءات التي تقوم بها الجهات المختصة بمثابة حماية وقائية[1] يجسدها أعوان الرقابة ، وتبعا لذلك، منحت السلطات الجزائرية صلاحيات واسعة لهؤلاء خاصة فيما يتعلق بالمنتوجات الواردة عبر الحدود الوطنية فبإمكانهم حجز المنتوج ومنع جمركته.

وتتجلى الإجراءات التي يقوم بها الجهات المختصة في الرقابة الإدارية مشار إليها أعلاه، باتخاذ تدابير صارمة من أجل تحقيق سلامة المنتوج الصيدلانية والمستهلك، البعض منها يمثل تدابير تحفظية تهدف إلى دفع الخطر والوقاية من الضرر الذي قد تسببه المنتوجات الصيدلانية الخطيرة، والبعض الآخر يعد تدابير نهائية للقضاء على تلك المنتوجات ومحوها من السوق نهائيا.

أولا – التدابير الإدارية المؤقتة

تتمثل التدابير الإدارية المؤقتة في تلك التدابير التي تتخذ في مدة زمنية محدودة كحالة استثنائية وذلك في انتظار التأكد من سلامة المنتوج الصيدلاني المشكوك في سلامته بعد عرضه للتحاليل والاختبارات اللازمة، أو في حالة وجود خطر عابر يتعين توخي الحذر منه كالأوبئة مثلا، بحيث تتولى الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية مراقبة الجودة والقيام بالخبرة واليقظة وإحصاء الآثار غير المرغوب فيها المترتبة عن استعمال المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية،وتتجلى هذه التدابير في اتخاذ واحد من الإجراءات الثلاثة كما يلي:

أ– رفض الدخول المؤقت للمنتوج الصيدلانيالمعيب أو الدخول المشروط

ويكون في حالة المنتوجات المستوردة، إذ يمكن لأعوان الرقابة الحدودية رفض دخول أي منتوج مؤقتا في حالة الشك في عدم مطابقته إلى غاية التأكد من سلامته بعد عرضه للتجارب والتحاليل والفحوصات المدققة المختلفة[2] لغرض ضبط مطابقته ويكون ذلك قبل عملية الجمركة، وفي حالة عدم ملاحظة أي مخالفة بخصوص عدم سلامة المنتوج المستورد، تسلم المفتشية الحدودية رخصة بدخوله، ولكن بعد تعديل قانون حماية المستهلك

---

[1] – بوطبل خديجة، الحماية القانونية للمستهلك في مجال المنتوجات المستوردة، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي القانون الخاص، كلية الحقوق – بن عكنون – الجزائر– 2010، ص 122.

[2] – انظر المادة 54 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدلة والمتممة بموجب القانون 18– 09 وكذا المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 05–467 المؤرخ في 10 ديسمبر سنة 2005، الذي يحدد شروط مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة عبر الحدود و كيفيات ذلك، جريدة رسمية صادرة في 11ديسمبر 2005، عدد 80.

سنة 2018 أصبح بإمكان إدخال منتوج غير مطابق وضبط مطابقته في مناطق تحت الجمركة، هذا ما يسمى بالدخول المشروط.

كما يسمح بالدخول المشروط للمنتوجات الصيدلانية المعيبة على مستوى المؤسسات والمحلات التابعة للصيدلي صاحب المنتوج، ويتم ضبط مطابقته على مستوى هذه المحلات بعد جمركته، ولكن يمنع منعا باتا وضع المنتوجات موضوع الدخول المشروط للتداول والاستهلاك إلى غاية ضبط مطابقتها.[1]

ب- السحب المؤقت للمنتوج الصيدلانيالمعيب

يتمثل السحب المؤقت في منع وضع المنتوج المشتبه في عدم مطابقته وسلامته للاستهلاك، بحيث يسحب مؤقتا من السوق في انتظار التحريات المعمقة الجارية في هذا الشأن لاسيما نتائج التحاليل والاختبارات والتجارب، وإذا لم تجر هذه التحريات في غضون 7 أيام أو إذا لم يتم إثبات عدم المطابقة، يتم فورا رفع تدبير السحب المؤقت، مع إمكانية تمديد المدة إلى أكثر من ذلك في حالة الضرورة.[2]

كما يمكن أن يصاحب السحب المؤقت للمنتوجات الصيدلانية المعيبة، قرار إداري يقضي بوقف نشاط المؤسسة أو المؤسسات الصيدلانية المساهمة في طرح المنتوج للاستهلاك بصفة مؤقتة إلى غاية الانتهاء من إجراءات التحري المذكورة أعلاه.[3]

ج- إيداع المنتوج الصيدلانيالمعيب

إيداع المنتوج المعيب هو إجراء مستحدث في قانون حماية المستهلك وقمع الغش لسنة 2009بحيث لم يكن موجودا قبل ذلك[4]، فيتمثل الإيداع بوقف عرض المنتوج للاستهلاك بعد ثبوت عدم مطابقته بعد المعاينة مباشرة بموجب قرار إداري صادر عن إدارة حماية المستهلك وقمع الغش وكذا وزارة الصحة[5]، بعبارة أخرى هو منع صاحب المنتوج الصيدلانيمن التصرف فيه إلى غاية التأكد من مطابقة المنتوج.[6]

---

[1] – بوديسة مصطفى، مرجع سابق، ص 43.

[2] – انظر المادة 59 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.

[3] – علي فتاك، مرجع سابق، مرجع سابق، ص 307.

[4] – قونان كهينة، مرجع سابق، ص 278.

[5] - انظر المادة 243 من قانون الصحة المعدل والمتمم.

[6] – بودالي محمد، مرجع سابق، ص 293.

فالإيداع إذن إجراء تحفظي يهدف إلى تمكين المنتج أو الصيدلي من إعادة ضبط مطابقة منتوجه، ويتم الإعلان عن رفع الإيداع بعد معاينة ضبط مطابقة المنتوج بقرار إداري كذلك.[1]

د – إعادة مطابقة المنتوج الصيدلاني المعيب

إذا تبين أن المنتوج الصيدلاني قابل لإعادة المطابقة ومتلائم معها دون أن يشكل ذلك خطر على المنتوج الصيدلينفسه أو على صحة وسلامة المستهلكين[2]، يتم إنذار المنتج الصيدلاني صاحب المنتوج لكي يعمل على إزالة العيب الذي يعتري المنتوج أو على إزالة سبب عدم مطابقته عن طريق الالتزام بالأعراف والقواعد الفنية الموحدة بالعمل على التعديل الجزئي أو الكلي للمنتوج المعيب.[3]

ثانيا– التدابير الإدارية النهائية

تتخذ التدابير الإدارية النهائية في حالة ثبوت عدم مطابقة وسلامة المنتوج الصيدلاني وعدم صلاحيته للاستهلاك، فتهدف هذه التدابير إلى التخلص من المنتوج الصيدلاني المعيب عندما تكون التحريات قد أسفرت على خطر المنتوج على المستهلك، وتطبق هذه التدابير النهائية بصفة متعاقبة أي كلما استحال تطبيق تدبير نهائي يتم المرور للتدبير الموالي كما سيتم بيانه.[4]

أ– رفض الدخول النهائي للمنتوج الصيدلاني المعيب

يصرح برفض دخول المنتوجات الصيدلانية المستوردة المعيبة وغير المطابقة نهائيا عند الحدود في حالة الثبوت النهائي لعدم سلامتها ومطابقتها للوائح والمواصفات الوطنية، سواء بالمعاينة المباشرة أو بعد إجراء التحريات المدققة اللازمة، مع تشكيله خطر جسيم على صحة وأمن المستهلكين.

---

[1] – انظر المادة 55 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.

[2] – بودالي محمد، مرجع سابق، ص 294.

[3] – انظر المادة 56 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، وكذا المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 90– 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم، كذا المادة 241 و242 من قانون الصحة المعدل والمتمم.

[4] – بوديسة مصطفى، مرجع سابق، ص 45.

تبلغ على إثر ذلك التحاليل والاختبارات والتجارب المقامة على المنتوج للمستورد، ويقتضي الأمر إلى تسليمه مقرر رفض دخول المنتوج.[1]

ب– تغيير مقصد المنتوج الصيدلاني المعيب

إذا ثبت أن المنتوج الصيدلاني المعيب فعلا غير صالح للاستهلاك وغير مطابق[2]، يتم التصرف بإحدى الطريقتين:

– إرسال المنتوجات الصيدلانية غير المطابقة والمعيبة على نفقة الصيدلي إلى هيئة ذات منفعة عامة لاستعمالها في غرض شرعي مباشرة دون تحويلها أو تغيير أي شيء فيها.

– أو يتم إرسالها إلى مؤسسة يمكن لها أن تعيد تحويلها وتوضيبها لكي تصبح منتوجات صالحة للاستعمال.[3]

ج – حجز المنتوج الصيدلاني المعيب

يمكن لأعوان الرقابة الإدارية المؤهلين لذلك، حجز المنتوجات الصيدلانية المعيبة وسحبها نهائيا من السوق متى ثبت عدم مطابقتها وعدم صلاحيتها للاستهلاك وتوفرت فيها شروط الإضرار بصحة وسلامة المستهلك[4]، لا سيما المنتوجات التي ثبت أنها مغشوشة أو سامة أو التي انتهت صلاحيتها، والمنتوجات التي ثبت عدم صلاحيتها للاستهلاك.[5]

ويؤدي حجز المنتوجات الصيدلانية المعيبة وغير المطابقة إلى تحرير محاضر وتشميع المنتوجات المشتبه فيها ووضعها تحت حراسة المتدخل المعني، كما يمكن أن تحجز أيضا المنتوجات المشتبهة بالتقليد.[6]

د– إتلاف المنتوج الصيدلانيالمعيب

تتلف المنتوجات الصيدلانية المعيبة والمحجوزة نهائيا، متى استحال استعمالها قانونيا واقتصاديا، كما قد يكون الإتلاف في التغيير الكلي من طبيعة المنتوج المعيب.[1]

---

[1] – انظر المادة 54 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدلة والمتممة بموجب القانون 18– 09 وكذا المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 05–467 الذي يحدد شروط مراقبة المنتوجات المستوردة عبر الحدود المشار إليه أعلاه.

[2] – انظر المادة 58 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.

[3] – علي فتاك، مرجع سابق، ص 304.

[4] – قونان كهينة، مرجع سابق، ص 281.

[5] - انظر المادة 244 و245 من قانون الصحة المعدل والمتمم.

[6] – انظر المادة 61،61 مكرر و62 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدلة والمتممة بموجب القانون 18– 09 السالف الذكر.

فيتجلى الإتلاف إذن في تشويه طبيعة المنتوج بحيث يتم محو أثر المنتوج الصيدلاني المعيب نهائيا بأي طريقة كانت، بشرط أن يتم ذلك من طرف الصيدلي شخصيا بحضور الأعوان الإداريين المعنيين بذلك، ثم يتم تحرير محضر الإتلاف من طرف نفس الأعوان ويوقعون عليه مع المنتج الصيدلاني المعني.[2]

ويتحمل المنتج الصيدلاني مصاريف كل هذه التدابير الإدارية سواء التحفظية أو النهائية طبقا للمادة 60 و63 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وهذا إن دل على شيء فيدل على نية المشرع في معاقبة المنتج الذي أنتج منتوجا صيدلانيا معيبا ووضعه للاستهلاك، وكذا كل متدخل أو مستورد تسبب في طرح أو استيراد منتوجات صيدلانية مغشوشة أو مقلدة، وذلك عن طريق تحميلهم عقوبات إدارية من خلال تلك التدابير الإدارية المتخذة.

خاتمة

في ختام مداخلتنا هذه، نصل للقول أن المنتوج الصيدلاني منتوج غير عادي وذو طبيعة خاصة نظرا لفوائده وخطورته على المستهلك في آن واحد، لذا أصبح موضوع حماية المستهلك من المنتوجات الصيدلانية يحظى باهتمام متزايد سواء على المستوى الوطني أو الدولي.

فالمكانة الهامة التي تحتلها المنتوجات الصيدلانية ضمن قائمة المواد الاستهلاكية ، جعلتها تشغل اهتمام المشرع الجزائري ويسارع في مواكبة التطورات العلمية بتطورات قانونية موازية، بحيث تم تقييد طرق صنعه واستيراده وتسويقه بقواعد خاصة غير تلك التي تخص المنتوجات العادية بغرض توفير حماية أكبر للمستهلك من المنتوجات الصيدلانية سواء من الناحية القانونية أو من الناحية العلمية.

ولكن رغم كل هذه الجهود المبذولة، يبقى ميدان حماية المستهلك في مجال الصيدلة والدواء يعاني من القصور والفراغ القانوني، إذ نلاحظ نوع من العشوائية تسود هذا المجال ناهيك عن التجاوزات الخطيرة التي يمارسها بعض الصيادلة في تسويقهم لأدوية دون رخصة ولا وصفات طبية.

---

[1] – علي فتاك، مرجع سابق، ص 306.

[2] – انظر المادة 64 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.

ومن ثم نصل إلى إعطاء بعض التوصيات التي عسى ولعل تفيد الباحثين في نفس المجال مستقبلا وكذا القائمين على تطوير الصناعة الصيدلانية في الجزائر، وهي كما يلي:

-إخضاع المنتوجات الصيدلانية إلى نظام تشريعي موحد، يحمي وينظم سوق تسويق المنتوجات الصيدلانية.

- إبراز المنتوج الصيدلاني بصفة خاصة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش وكذا كيفية حماية المستهلك منه، نظرا لخصوصية هذا المنتوج مقارنة بالمنتوجات الأخرى وما يشكله من خطورة على صحة وسلامة المستهلك.

- ضمان حماية قانونية لبراءة الاختراع في مجال المنتوجات الصيدلانية لتفادي عمليات الغش والتقليد.

- تنظيم سوق الأدوية الجنيسة وإخضاعها لرقابة صارمة تشرف عليها هيئات متخصصة.

- وأخيرا إشراك المختصين في مجال الصيدلة في إعداد النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك.

قائمة المصادرو المراجع

أولا- النصوص القانونية

أ – القوانين

- الأمر رقم 06 – 07 المؤرخ ي 15 جويلية 2006 الذي يعدل ويتمم القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، جريدة رسمية صادرة في 19 جويلية 2006،عدد 47.

- القانون المدني الجزائري

- القانون رقم 18 – 11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة ، جريدة رسمية الصادرة في 29 جويلية 2018، عدد 46، المعدل والمتمم بالقانون رقم 20- 02 المؤرخ في 30 أوت 2020، جريدة رسمية صادرة في 30 أوت 2020، عدد 50.

- القانون رقم 19-10 المعدل للأمر رقم 66 -155المؤرخ في 8 جوان سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية صادرة في18ديسمبر 2019.

- القانون رقم 09-03المؤرخ في25 فبراير2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش جريدة رسمية صادرة في08 مارس 2009، عدد15، بالقانون رقم 18- 09 المؤرخ في 10جوان 2018 ، جريدة رسمية صادرة في 13 جوان2018، عدد 35.

ب- المراسيم التنفيذية

- المرسوم التنفيذي رقم 90- 266 المؤرخ في15سبتمبر1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، جريدة رسمية صادرة في 19 سبتمبر1990، عدد 40.

- المرسوم التنفيذي رقم 90- 39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01- 315 المؤرخ في 16 أكتوبر2001، جريدة رسمية صادرة في31جانفي1990، عدد 05.

- المرسوم التنفيذي رقم 93 – 140 المؤرخ في 14 جوان 1993 المتضمن إنشاء مخبر وطني لمراقبة المنتوجات الصيدلانية، تنظيمه وعمله، جريدة رسمية صادرة بتاريخ: 20 جوان 1993، عدد 41.

- المرسوم التنفيذي رقم 05-467 المؤرخ في 10 ديسمبر سنة 2005، الذي يحدد شروط مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة عبر الحدود و كيفيات ذلك، جريدة رسمية صادرة في 11ديسمبر 2005، عدد 80.

- المرسوم التنفيذي رقم 12- 203 المؤرخ في 05 ماي 2012المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، جريدة رسمية صادرة في 09 ماي 2012، عدد 28.

- المرسوم التنفيذي رقم 13- 327 المؤرخ في 26 سبتمبر2013 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، جريدة رسمية صادرة في 02 أكتوبر2013، عدد49.

- المرسوم التنفيذي رقم13-328المؤرخ في 26 سبتمبر2013الذي يحدد شروط وكيفيات اعتماد المخابر قصد حماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية صادرة في 02 أكتوبر 2013، عدد 49.

- المرسوم التنفيذي رقم13- 378المؤرخ في09 نوفمبر2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، جريدة رسمية صادرة في 18 نوفمبر 2013، عدد 58.

ثانيا – الكتب

أ- باللغة العربية

– الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك – دراسة تحليلية مقارنة –، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر 2015

– بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن – دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث ،الجزائر2006.

– عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكري الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر 2005.

– علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر 2009.

– علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر2007.

– علي فيلالي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد – موفم للنشر – الجزائر 2012.

– فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان2012.

– سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية،دار الثقافة للنشر والتوزيع، بغداد العراق 2009.

– موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، مصر.

– زهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج ، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر2009.

– وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، 2011.

ب– باللغة الفرنسية

-[1]–Jean Calais-Auloy& Henri Temple, Droit de la consommation, Dalloz, 8e édition- France- 2010,p 249.

ثالثا– الرسائل والمقالات الجامعية

أ – أطروحات الدكتوراه

– حامق ذهبية ،الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة من أجل الحصول على دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 ، السنة الجامعية 2008– 2009.
– قونان كهينة، الالتزام بالسلامة من أضرار المنتجات الخطيرة – دراسة مقارنة –، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2016– 2017.

ب– مذكرات الماجستير

– بوديسة مصطفى، حماية المستهلك من أخطار المنتوجات الغذائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي الحقوق، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014–2015.
– حدوش فتيحة، ضمان سلامة المستهلك من المنتوجات الخطرة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2009– 2010.
– بوطبل خديجة، الحماية القانونية للمستهلك في مجال المنتوجات المستوردة، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي القانون الخاص، كلية الحقوق – بن عكنون – الجزائر– 2010.

رابعا –المقالات

– فتيحة يوسف، " حماية المستهلك في مجال الصيدلة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، 2015.
– مواقي بناني أحمد، " الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)"، مجلة الفكر، العدد العاشر، 2018.
– مهيدي نجاة وقفاف فاطمة، " التزام المتدخل بالضمان في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش"، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، أفريل2017.

دور منظمة حماية المستهلك في محاربة الأدوية المغشوشة وترقية أخلاقيات مهنة الطب

د. عدان نبيلة

كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية.

جامعة الجزائر 3

ملخص:

لقد أضحت الحاجة لحماية المستهلك تتضاعف يوما بعد يوم؛ خاصة في عصرنا الحالي الذي عرف تطورا هائلا وخطيرا في نفس الوقت، لاسيما في مجال إنتاج الأدوية المقلدة والمغشوشة، وارتفاع حجم الدعاية المصاحبة لها – من انخفاض سعرها إلى سهولة توفرها– والتي تغري المستهلك لاقتنائها دون مراعاة لأدنى شروط السلامة، فحسب منظمة الصحة العالمية فقد تم اكتشاف أكثر من 900 صنفدواءمغشوش حول العالم خلال سنة 2017. وعلى غرار الجزائر، فقد برز هذا النوع من تجارة الموت –كما تسمى– بشكل يستدعي دق ناقوس الخطر من أجل رقابة أفضل ومتابعة أحسن لواقع سوق الأدوية، وهو ما يقع جزء منه على عاتق منظمة حماية المستهلك التيتمارس دورا وقائيا لتحسيس المستهلك بخطورة هذه الأدوية، وكذا دورا دفاعيا من خلال مساندة المستهلك للمطالبة بحقوقه إذا تم انتهاكها.

Abstract:

The need for consumer protection is multiplying day by day. Especially in our current era, which has witnessed a huge and dangerous development at the same time, especially in the field of producing counterfeit and adulterated medicines, and the high volume of advertising accompanying it - from its low price to its ease of availability - which tempts the consumer to buy it without observing the minimum safety conditions, according to the World Health Organization, more than 900 counterfeit drugs were discovered around the world during the year 2017. Similar to Algeria, this type of death trade - as it is called - has emerged in a way that calls for sounding the alarm for better control and better follow-up of the reality of the drug market, which is part of the responsibility of consumer protection organization that plays a preventive role to educate the consumer about the dangers of these drugs, as well as a defensive role by supporting the consumer to claim his rights if they are violated.

مقدمة:

تعد المنتجات الطبية المزيفة أحد المشكلات الصحية العمومية الخطيرة التي تَعترضُ حياة الأفراد وتُعرض أرواحهم للخطر وتُقوض مصداقية النظم الصحية، وتهدد أسس التقدم المحرز في مجال الصحة العمومية، ناهيك عن كونها تزرع الشك وتزعزع الثقة في النظام الصحي القائم بكامله، علاوة على الأضرار المباشرة التي تلحقها بالمرضى والتي يمكن أن تصل حد الفشل العلاجي.

ولأجل ذلك أضحتضرورة حماية المستهلك (المواطن) من المواضيع الهامة والطارئة التي تكتسح النقاشات والحوارات على الساحة الوطنية، أين تنامى الاهتمام بضرورة الإيفاء بحاجيات المستهلك وضمان أمنه وسلامته في المواد الاستهلاكية على تنوع أشكالها، والتي تعتبر الأدوية والمستلزمات الطبية من بينها، والتي تزايد واتسع حجم أضرارها على صحة وسلامة المريض من جهة، وعلى النظام الصحي والاقتصاد الوطني من جهة أخرى.

ومن هذا المنطلق، تمارس سلطة الدولة بأجهزتها دورا فاعلا ومحوريا في مراقبة السلع والمنتجات المتداولة في الأسواق، بما فيها الأدوية والمواد الصيدلانية التي أصبحت تشهد تقليدا غير مسبوق، لاسيما فترة الأزمات والكوارث أين يصبح تداولها أكثر سهولة بأقل رقابة، فنظرا لهذه المعطيات لم تعد الدولة الفاعل الوحيد على الساحة المجتمعية، وإنما أصبح يتطلب الأمر مشاركة الفواعل المجتمعية الأخرى على غرار منظمات المجتمع المدني.

وقد برز نشاط منظمات حماية المستهلك واعدا بالنظر للنقاشات التي أصبحت تثريها، والقضايا المحورية التي تثيرها على الساحة الوطنية وبالمسؤولية الواقعة على عاتقها في الرقابة والمتابعة، وعند البحث في هذه المسؤولية في الواقع الجزائري يبرز لنا نشاط وأدوار **المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك ومحيطه**، التي أخذت على عاتقها ومنذ تأسيسها مسؤولية الوقوف على القضايا التي تعنى بشؤون المستهلك والدفاع عن حقوقه، وتولّت بموجب مهامها المحدّدة قانونيا السهر على ملاحظة التجاوزات التي تؤثر على خياراته وتحد منها، وكذا اقتراح إجراءات تعمّق وتعزز هذه الخيارات في حياته اليومية. لأجل ذلك تسعى هذه الدراسة للإلمام بواقع دور المنظمة على الساحة الوطنية، وطرق تدخلها من أجل مكافحة كل أشكال الغش والتقليد في الأدوية المستلزمات الطبية والمواد الصيدلانية.

ومن هذا المنطلق، تنبع هذه الدراسة من الإشكالية التالية: **كيف تساهم منظمة حماية المستهلك في محاربة الأدوية المغشوشة والمقلدة، وترقية أخلاقيات مهنة الطب؟**

وتنبثق عن الإشكالية السابقة التساؤلات التالية:

- ✓ ماالمقصود بحماية المستهلك؟
- ✓ ما هي الأطراف الفاعلة فيحماية المستهلك؟
- ✓ ما المقصود بالغش الدوائي؟ وما هي أسبابه ومظاهره؟
- ✓ كيف يظهر دور منظمة حماية المستهلك في محاربة تقليد وغش الأدوية؟
- ✓ هل تساهم المنظمة في ترقية أخلاقيات مهنة الطب؟

وسيتم الإجابة عن هذه الإشكالية والتساؤلات الفرعية وفق ترتيب العناصر التالية:

- المحور الأول: حماية المستهلك مقاربة نظرية مفاهيمية
- المحور الثاني: الأدوية المقلدة والمغشوشة: الأسباب، المظاهر وطرق المكافحة
- المحور الثالث: المنظمة الوطنية لحماية وإرشاد المستهلك: المهام والأهداف
- المحور الرابع: المنظمة الجزائرية لحماية المستهلك: أي دور في محاربة تقليد وغش الأدوية وترقية أخلاقيات مهنة الطب؟

وسيتم التفصيل فيها من خلال:

المحور الأول: حماية المستهلك مقاربة نظرية مفاهيمية

1/ مفهوم حماية المستهلك

أ/ مفهوم المستهلك:

تعد حماية المستهلك حقا من حقوق المواطن الأساسية؛ وتندرج ضمن أهم ركيزة لضمان الأمن الإنساني تحقيقا للتنمية الشاملة والمستدامة، الذي يستدعي مشاركة كل الفواعل المجتمعية على حد سواء، وقد تزايد الاهتمام في العقد الأخير بحتمية الإيفاء بحاجيات المستهلك وتحقيق سلامته، بحيث تبرز الشواهد التاريخية حجم التطورات التي أصبح يعيشها العالم، والتيأصبح على أثرها المستهلك أكثر وعيا بحقوقه إذ لم يعد من المقبول أن تقدم الخدمات له إلا بجودة، وقد قدمت العديد من التعريفات للمستهلك وفق عدة نواحي وذلك بوصفه: "الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك".

ومن الناحية الاقتصادية **يعرف المستهلك**بأنه:"الشخص الذي يستعمل السلع والخدمات ليفي بحاجاته ورغباته معينة، فإذا كان الاستعمال بهدف تصنيعسلع أخرى سمي بالمستهلك الوسيطي (استعمال

وسيطي)، أما إذا كانالاستعمال بهدف إشباع احتياجاتشخصية أو عائلية إلى غاية الإتلاف والإنهاء (استعمال نهائي) سمي بالمستهلك النهائي[1].

ب/مفهوم حماية المستهلك

لقد تصدرت فكرة حماية المستهلك النقاشات العلمية والأكاديمية باعتبارها امتدادا للمفهوم المعاصر لحقوق الإنسان وضمان أمنه الإنساني على كافة المستويات والتي تشمل ضرورة تحقيق أمنه الاجتماعي، الصحي، والغذائي وتساهم الدولة في تحقيق ذلك من خلال ضبط السوق والتعاملات الجارية فيه من أجل توفير حياة آمنة للمواطن؛ وتكفل له الحد الأدنى من الحياة الكريمة،وذلك من خلال توفير احتياجاته مقابل سعر عادل للمنتجات والخدمات التي تقدم له، دون أية أضرار صحية، عملابمبدأ تحقيق أمن وفعالية المنتجات والخدمات.

يعد المستهلك أهم طرف في السوق ويعتر رقما صعبا في معادلة تقديم الخدمات كونه محور العملية الاقتصادية برمتها، ولذلك لا بد من ضمان توازن المصالح بين كل أطراف هذه العملية (المستهلك والمنتج والتاجر)، ووفقا لهذا المنطلق، فإن حماية المستهلك تتمحور حول تحقيق أمرين هما: **حماية المستهلك من نفسه، وحمايته اقتصاديا**، ولتوفير ذلك يجب أن تتصف الحماية بالعمومية والشمولية والدائمية[2].

وللاستهلاك منظوران أحدهما مادي والآخر قانوني؛ ففي منظوره المادي: يعني الفعل ذاته، أي استخدام المنتج أو السلعة ذاتها...الخ، أما في منظوره القانوني: فيقصد به كل تصرف قانوني يهدف للحصول على شيء أو خدمة لإشباع حاجة شخصية، وهنا يتضح لنا أن لحماية المستهلك جانبين مهمين بحيث يتضمن[3]:

- ✓ **الجانب الأول:حماية اجتماعية وعلمية:**عن طريق التأكد من صحة الإعلانات عن المنتج لمكافحة الأساليب المضللة، وتستند هذه لشهادات أوتحاليل عملية، أو الإحالة إلى جهات مختصة للتأكد من صحة البيانات على المنتج حماية للمستهلك؛

---

[1] فريوة نرجس، محاضرات في مقياس قانون حماية المستهلك، مطبوعة جامعية، جامعة علي لونيسي البليدة 2 كلية علوم التسيير، موجهة لطلبة الأولى ماستر تخصص تسويق صناعي، 2020-2021، ص 02.

[2] أمينة بلورغي، "حركة حماية المستهلك في التشريع الجزائري"، عدد خاص بأعمال الملتقى الدولي السابع عشر حول الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة، **مجلة الحقوق والحريات** العدد 4، أفريل 2017، ص 172

[3] **المرجع نفسه**، ص ص 173-174.

- ✓ **الجانب الثاني: حماية قانونية:**وتشمل **حماية تشريعية**بما فيها القرارات التنظيمية التي تصدر من السلطة التشريعية، والجهات المختصة حماية للمستهلك وتوفير الأمن والسلامة له، **وحماية قضائية** عن طريق ممارسة الرقابة القضائية على المخالفين، وتوقيع العقوبات المقررة عليهم بموجب القانون"

2/ نشأة فكرة حماية المستهلك:

بدأت حركة حماية المستهلك في الظهور في الغرب وبدأت من الولايات المتحدة الأمريكية، والتي تعززتبإعطاء المستهلكين حقوقا جديدة على غرار حق الأمان، حق الإعلام، حق الاختيار، وحق إسماع صوت المستهلكين للجهات المعنية، ومن أجل هذا الهدف اتحدت هذه الحركات لتشكيل اتحاد عالمي ناضل من أجل إصدار قوانين تحمي المستهلك[1].

في حين لا يمكن تعميم نفس التجربة التي تطورت بها حقوق المستهلك في الغرب على الدول العربية، وذلك نتيجة الهيمنة الاستعمارية التي قوضت تطور حقوق الإنسان فيها، وعملت على قمع حرياته بشتى الطرق، وبالتالي أثرت على تطور البناء الاجتماعي والمؤسساتي والثقافي، وانعكس بدرجات متفاوتة –بين الدول العربية– على تطور الحركية الفكرية وكذا منظمات المجتمع المدني، على غرار الجزائر التي تعتبر فيها منظمات المجتمع المدني حديثة نسبيا والتي ترتبط بدستور 1989 الذي أقر بالتعددية السياسية وهو نفس الأمر بالنسبة لتطور منظمات حماية المستهلك.

3/ الأطراف الفاعلة في حماية المستهلك

تعتبر حماية المستهلك مسؤولية اجتماعية وجهود تعاونية تقع على عاتق الدولة، المجتمع المدني، وحتى المستهلك بحد ذاته والذي يتحمل جزءً من المسؤولية في الرقابة والتبليغ عن كل الممارسات التي يتعرض لها في تعاملاته، وذلك في إطار علاقة تشاركية بحتة، وعلى هذا الأساس يتمثل دور كل طرف في[2]:

1/ المستهلك: تقع على عاتق المستهلك العديد من المسؤوليات التي يتوجب عليه إدراكها والإلمام بها من أجل حماية نفسه وعائلته وتشمل ذلك ضرورة:

- ✓ **الوعي والتوعية:** وتشمل ضرورة معرفة أنواع المنتجات والمواد المعروضة، مصدرها، تركيبها وجودتها، وذلك من خلال الاطلاع على البيانات الموجودة عليها من أجل الاستخدام الأمثل لها لتحقيق سلامته؛
- ✓ **الوقاية:** وتشمل إتباع الأساليب والممارسات الصحية أثناء تداول المنتجات؛

---

[1] نادية محجوب، شهيدة قادة، "التطور التشريعي في مجال حماية المستهلك"، **مجلة الدراسات القانونية المقارنة**، المجلد 7، العدد 1، 2021 ص 2344.

[2]أحمد عبد الحفيظي، رزقي خليفي، "حماية المستهلك من منظور تسويقي"، **مجلة البحوث والدراسات التجارية**،المجلد 4 العدد رقم 01، مارس 2020، ص ص115–117.

أيضا: زين يونس، هدى معيوف، "حماية حقوق المستهلك في الجزائر"، **معارف**، السنة العاشرة، العدد 20، جوان 2016، ص 439–442.

- ✓ **الإخبار:** وتتم عن طريق التبليغ عن أي حالة غش أو تضليل أو فساد للمنتجات أو في حالة إصابته.

2/دور الدولة في حماية المستهلك: يشمل دور الدولة في تحقيق حماية المستهلك مجموعة من النقاط هي:

- ✓ **التشريعات:** من خلال وضع قوانين وتشريعات لحماية المستهلك من المنتجات غير آمنة أو منخفضة الجودة، أو المغشوشة، ولابد أن تنص القوانين على الحد الأدنى المقبول لجودة المنتجات وسلامتها،والطرق المختلفة لتصنيعها وتغليفها ووضع البيانات عليها وتخزينها،وكذلك شروط عرضها وتوزيعها. ومن أهم القوانين على سبيل المثال نجد قانون حماية المستهلك الذي ينظم حقوق المستهلك القانونية في مواجهة بائع المنتجات. إضافة لتشريعات حماية المستهلك والتي تصدر من وزارات متعددة مثل: وزارة التجارة، الصناعة، الزراعة...إلخ؛
- ✓ **التفتيش والمراقبة:** تتم عن طريق الأجهزة الرقابية المختصة التي تتولى عملية الإشراف والمراقبة للتجاوزات الحاصلة من قبل بعض المنتجين والبائعين والموزعين؛
- ✓ **المصالح المكلفة بمراقبة الجودة وقمع الغش:** ترجع مهمة الإشراف على حماية المستهلك في الجزائر إلى وزارة التجارة متمثلة بمختلف مديرياتها ومصالحها، وعلى رأسها المصالح المكلفة بالمراقبة والمتمثلة في مصلحة مراقبة وقمع الغش، التي تمارس مهامها عن طريق الموظفين والأعوان المؤهلين للقيام بالتحريات ومراقبةالمنتجات؛
- ✓ **الفحص والاختبار**:تقوم المختبرات بدور مهم في حماية المستهلك لكونها الجهة العلمية التي تقوم باختبار العينات وتحديد مدى سلامتها ومطابقتها للمواصفات، وهي بذلك تحمي المستهلك وتمنحه الشعور بالأمان من استهلاك المنتجات؛
- ✓ **مخابر تحليل النوعية**:وهي مخابر تهدف إلى حماية المستهلك والاقتصاد الوطني عموما.

3/جمعية حماية المستهلك: تعتبر جمعية حماية المستهلك الملجأ الأساسي للمستهلك وذلك لما توفره له من حماية كافية والدفاع عن حقوقه، ويقع على عاتقها خلق التوازن بين حقوق المستهلكين والمنتجين، كما تهدف إلى محاولة إيجاد حلول لما يعانيه المستهلك من عوائق كمحاربة الارتفاع المستمر للأسعار.

المحور الثاني: الأدوية المقلدة والمغشوشة: الأسباب المظاهر وطرق المكافحة

1/ مفهوم الأدوية المقلدة والمغشوشة:

خصت **منظمة الصحة العالمية** الأدوية المقلدة بتعريف خاص كونها"المنتجات التي يتم عمدا وبطريقة احتيالية التلاعب في بطاقات تعريفها فيما يتعلق بالهوية و/أو مصدرها"، كما تعني الأدوية المقلدة أنها تلك النسخة غير الشرعية للمنتجات الطبية الأصلية، هذا النوع من التزوير يبدو مطابقا للأصل على الأقل في المظهر الخارجية (التغليف وشكل الجرعات)، ويتطلب انتجاها مستوى عال من الكفاءة

والمعدات، أما بالنسبة للأدوية المغشوشة فهي منتجات لا تحتوي على مواد فعالة ومنتجات ذات نوعية رديئة بشكل عام[1].

وبالتالي فإن الأدوية المقلدة مصممة لتبدو مطابقة شكلًاللأدوية الأصلية، في حين أنها لا تحترم حقوق الملكية الفكرية أو تنتهك قوانين العلامات التجارية، كما قد تكون هذه الأدوية بدون مواد فعالة بكمية أقل أو أعلى من المكونات الأصلية، وتزداد خطورة هذه الأدوية عندما على مواد سامة أو ضارة غير مصنفة.

ولقد تطورت أساليب الغش الدوائي، مستغلة التقدم التكنولوجي في التعبئة، التغليف، وتقليد العبوات الأصلية بشكل يصعب تمييزه إلا على يد خبراء، وبعد تعبئة العبوات المغشوشة تعرض بخصومات كبيرة على مخازن الدواء بدون مستندات تثبت خروجها من مصنعها أو بمستندات مزيفة، قبل أن تنتقل إلى الصيدليات ضمن سلاسل التوريد الشرعية.

2/ أسباب تقليد وغش الأدوية

يعتبر الغش الدوائي من أخطر الأنواع كونه يمس صحة وسلامة المواطن مباشرة، ويهدد جهازه المناعي وقدرته على التعافي من الأمراض، وبرز هذا النوع من الغش والتقليد في السنوات الأخيرة وتفاقم انتشارها بسبب تنوع عوامل رواجه، ولعل من بين أهم أسباب تفشي الأدوية المقلدة والمغشوشة نجد[2]:

1/ النشاط المربح: كون الأدوية المقلدة والمغشوشة تعتمد على مواد أولية بخسة الثمن وغير فعالة، فهذا ما يجعلها تجارة مربحة بحيث فاقت أرباحها 70 مليار دولار سنة 2017.

2/ الرشوة في المجال الصيدلاني:أثبتت الدراسات أن تزايد الرشوة في القطاع الصحي يؤدي إلى تزايد تداول الأدوية المقلدة، بشكل مخيف من مصدرها للمستهلك دون أدنى رقيب.

3/ الثمن المغري: إن ارتفاع أسعار الأدوية يدفع بالمستهلك للبحث عن بديل أرخص، وأحيانا خارج السوق القانونية، وهو ما يوسع تداولها لثمنها المنخفض والمغري.

4/ نقص النصوص القانونية: إن عدم وجود تشريعات رادعة في العديد من الدول وسع جشع تجار الأدوية المقلدة في ظل غياب المتابعة والعقوبة، والصرامة في تطبيق التشريعات الصيدلانية.

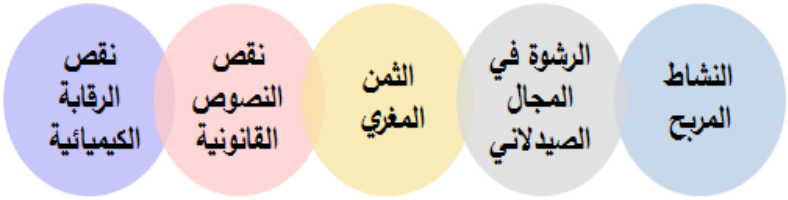
5/ نقص الرقابة الكيميائية: إن انعدام أو عدم تسلسل خطوات الرقابة لمدى مطابقة الأدوية للمقاييس المعمول بها، يوسع من انتشار الأدوية المقلدة أو المغشوشة، لاسيما في ظل تعدد الوسطاء في عملية إنتاج، تعليب، تغليف الأدوية المقلدة.

شكل رقم (01) يوضح أسباب تفشي الأدوية المغشوشة والمقلدة

---

[1] سعاد بولحية، نور الدين بعجي، "التدابير القانونية والاجرائية المتخذة لمحاربة تقليد الأدوية في القانون الجزائري"، **مجلة دراسات وأبحاث**، مجلد12، عدد 04، 2020، ص 751.

[2] **المرجع نفسه**، ص ص 751-752.



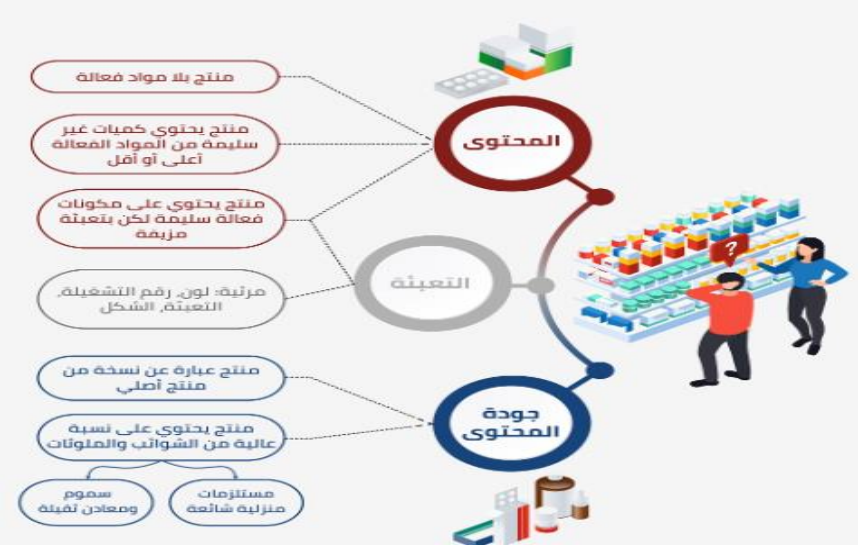
المصدر: من إعداد الباحثة بناء على المعطيات السابقة

3/ المظاهر الشائعة لتقليد وغش الأدوية

تتباين طرق الغش والتقليد في الأدوية في كل دول العالم، ولقد حددت منظمة الصحة العالمية مجموعة من المظاهر الشائعة للغش الدوائي والتي يمكن أن تشمل التقليد والغش وفق الأشكال التالية [1]:

- الدواء المزيف دواء يحمل لصاقات تعريف مزورة عمداً وبطريقة مضللة حول هويته و/ أو مصدره؛
- يمكن أن ينطبق التزييف على المنتجات الجنيسة والمنتجات ذات العلامات التجارية سواءبسواء؛
- يمكن أن تشتمل الأدوية المزيفة منتجات صحيحة المكونات، أو مكونات زائفة، أو لا تشتمل على مكونات فاعلة أصلا، أو تشتمل على مكونات فاعلة بكميات غير كافية، أو على عبوات مزورة.

شكل رقم (02) يوضح مظاهر وأشكال الغش وتقليد الأدوية



[1] منظمة الصحة العالمية، المنتوجات الطبية المزيفة، المجلس التنفيذي، تقرير من الأمانة العامة، الدورة 124، البند 4-11 من جدول الأعمال المؤقت، 18 ديسمبر 2008، ص ص 02-03، متوفر على الرابط التالي: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB124/B124_14-ar.pdf

المصدر: الانترنت

4/ طرق مكافحة الأدوية المقلدة والمغشوشة

تختلف طرق محاربة الأدوية المغشوشة والمقلدة وفق مسؤولية كل طرف، فكل فاعل في حماية المستهلك تقع على عاتقه مهمة الدفاع عن مصالح المستهلك المادية والمعنوية وتوعيته، على غرار مؤسسات الدولة، المجتمع المدني، القطاع الخاص ...الخ، وذلك من خلال:

- السياسات التي تقتضي ضرورة تجريم صنع، تداول أو بيع الأدوية المغشوشة، وتدعيم ذلك بنصوص قانونية رادعة سواء كانت النصوص خاصة بحماية المستهلك، أو قوانين العقوبات..؛
- ضرورة استحداث أجهزة إدارية خاصة بالرقابة والتفتيش وتدعيمها بمخابر لتحليل الأدوية والمواد الصيدلانية؛
- تشجيع ثقافة التبليغ عن المستودعات الغير قانونية والمجهولة، ومنع الصيدليات من التعامل مع أطراف غير رسمية؛
- تقع على عاتق المستهلك (المواطن) مهمة التبليغ والامتناع عن شراء الأدوية من مصدر مجهول دون الصيدليات لاسيما عبر الأنترنت ومواقع الافتراضية التي تفرض التعامل مع متعاملين وهميين مجهولي الصفة،
- عمل المجتمع المدني ومنظمات حماية المستهلك عن الرقابة والتبليغ وحتى تحريك دعاوى عمومية عندنا تمس صحة وسلامة المستهلك من خلال تداول أطراف لأدوية مغشوشة أو مقلدة.

4/مجال الإخلال بحماية المستهلك فيما يتعلق بالغش الدوائي

يندرج ضمن الإخلال بحقوق المستهلك الثمانية المتعارف عليها دوليا، إقليميا، ووطنيا مجموعة من التجاوزات التي قد يتعرض لها المستهلك من خلال معاملاته التي يجريها، والخدمات التي يتلقاها من الأسواق، بما في ذلك سوق الدواء، أين يصادف المستهلك الغش بكل أنواعه دون وعي ولا دراية منه بما يخبئه له واقع السوق واحتيال التجار والممارسين، لاسيما بعد ارتفاع حجم المعاملات والخدمات التي يتم تداولها عبر الفضاء السيبراني والتي فتحت المجال أمام توسع دائرة الغش الدوائي وتقليد المستلزمات الطبية بأشكالها.

وبناء على ذلك، فقد يواجه المستهلك الجزائري عدة مجالات تنتهك فيها حقوقه الاستهلاكية على غرار ما يوضحه الجدول التالي:

جدول رقم (01) يوضح المجالات الشائعة للإخلال بحماية المستهلك

العناصر	مجالات الإخلال بحماية المستهلك

المنتجات الدوائية	***التبيان:** فعدم وجود بيانات على الغلاف تبين كيفية استعمال المنتج، عدم ثقة المستهلك بما يكتب على الغلاف من بيانات؛ ***التعبئة والتغليف:**استخدام مواد غير ملائمة في تغليف المنتجات، أو استخدام عبوات غير نظيفة في التعبئة؛ ***المقاييس والأوزان:** الإنقاص في الوزن، الحجم، المكونات...
الأسعار	وذلك بفرض أسعار خيالية وبغير ثمنها الحقيقي بحيث لا تتلاءم مع القدرة الشرائية للمستهلك.
الترويج	***الإعلان:** انتهاج أساليب الخداع والتضليل في الرسائل الإعلانية؛ ***البيع الشخصي:** إخفاء المعلومات عن المستهلك أو تزويده بمعلومات عير صحيحة وغير صادقة؛ ***تنشيط المبيعات:** المسابقات الوهمية أو المتحكم فيها حتى لا يفوز أجد، التخفيضات الوهمية في الأسعار.
التوزيع	***النقل:** استخدام وسيلة نقل غير ملائمة لا تتوفر على شروط الأمن والسلامة؛ ***التخزين:** التلف والتقادم الذي تتعرض له المنتجات الدوائية نتيجة سوء **التخزين** مثل: تركها لفترة طويلة تتجاوز مدة صلاحيتها للاستخدام، أو في درجة حرارة أكثر أو اقل مما تتطلبه ...إلخ

المصدر: عبد الحفيظي أحمد، خليفي رزقي، **مرجع سابق**، ص 113

المحور الثالث: المنظمة الوطنية لحماية وإرشاد المستهلك: المهام والأهداف[1]

1/ التعريف بالمنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك ومحيطه

تعتبر المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك ومحيطه جمعية وطنية ذات طابع اجتماعي غير ربحي، تتوزع على 58 مكتب ولائي، إضافة إلى 4 مكاتب جهوية؛ ومكتب وطني على مستوى الجزائر العاصمة.

تسهر المنظمة وبالتعاون مع المنخرطين في الدفاع عن المستهلك والعمل على إيصال انشغالاته، وكذا الأخذ باقتراحاته والعمل على تجسيدها في إطار ما يسمح به القانون.

كما تعمل المنظمة على القيام بحملات توعوية لتحسيس وإعلام المستهلك بحقوقه التي ينص عليها القانون، حتى يصبح مستهلكا واعيا بحقوقه وواجباته، والذي تعزز بإطلاق مشروع "المستهلك الصغير"، الذي يركز على ضرورة تربية وتوعية النشء من أجل واقع استهلاكي أفضل مستقبلا.

2/ مهام وأهداف المنظمة الجزائرية لحماية المستهلك

مهامها

- ✓ الدفاع عن الحقوق المادية والمعنوية للمستهلك؛

[1] السيدة ن. ربوح، المديرة التنفيذية للمنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك، مقابلة حول مجال عمل المنظمة دورها وأهدافها، في الدرارية، يوم 04 أكتوبر 2022.

- ✓ إرشاد المستهلك وتعزيز ثقافته الاستهلاكية؛
- ✓ ضمان معلومات موثوقة لفائدة المستهلكين؛
- ✓ المساهمة في وضع سياسات وتصورات لتحسين واقع الاستهلاك محليا ووطنيا في بيئة ومحيط سليمين؛
- ✓ التدخل لدى المؤسسات العمومية والخاصة وتمثيل المستهلك والتأسس بدلا عنه أمام الجهات القضائية والإدارية.

أهدافها

- ✓ تحقيق أكبر قدر ممكن من الوعي الاستهلاكي لدى كافة فئات المجتمع؛
- ✓ ترقية جودة المواد الاستهلاكية والخدماتية؛
- ✓ القضاء و/أو التقليل من حالات الغش والخداع في المنتوجات والخدمات، ومواجهتها وفق ما يخوله القانون؛
- ✓ ضمان محيط صحي وسليم لحياة المستهلك والأشخاص الذين يرعاهم.

وحتى تكون المنظمة جزءا من حماية صحة وسلامة المستهلك في جل النواحي، أنشأت مخبرا خاصا لمراقبة النوعية مقره ببرج الكيفان تحت اسم**APOCE – REZGUI LAB**، وهو تحت تصرف المستهلكين وفي خدمة المتعاملين الاقتصاديين في أي وقت.

بحيث يتضمن المخبر في هيكلته 4 أقسام تشمل:

- ✓ قسم الفيزياء والكيمياء
- ✓ قسم الأحياء الدقيقة.
- ✓ قسم التحليل الدقيق.
- ✓ قسم المبيعات

ويقدم المخبر خدمة تحاليل النوعية في مختلف المجالات والتي يفوق عددها 18 تحليل تشمل:

- ➢ **علم السموم**
- ➢ المنسوجات والنسيج
- ➢ تحليل الأغذية الزراعية
- ➢ تحليل المياه
- ➢ تحليل مياه الصرف
- ➢ تحليل التربة والصفائح المعدنية
- ➢ تحليل التركيب الغذائي
- ➢ تحليل البلاستيك

- تحليل العسل
- تحليل منتجات التجميل
- تحليل منتجات الصيانة
- **تحليلات الأدوية**
- تحليل الزيوت
- تحليل التغليف
- فهرس تحليل منتج غير معروف
- تحليل منتجات الألبان
- التحليل الميكروبيولوجي

وحتى تسهر المنظمة على الاستماع لانشغالات المستهلكين تم إنشاء الرقم القصير 3311، إضافة لأرقام أخرى وبريد الكتروني، من أجل تقريب المستهلك من المنظمة، لاسيما إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن المستهلك يتحمل جزءً من المسؤولية حينما يصمت عن التجاوزات الحاصلة في غش السلع عموما ولا يبلغ عنها.

كما تعزز نشاط المنظمة بإطلاق تطبيق **أشكي** الذييسمح للمستهلكين بتسجيل شكاويهم مباشرة على الخط، ليتم معالجتها من قبل المختصين في المنظمة كل في مجاله.



المحور الرابع: المنظمة الجزائرية لحماية المستهلك: أي دور في محاربة تقليد وغش الأدوية وترقية أخلاقيات مهنة الطب؟

1/ أمثلة عن حالات غش الأدوية والمواد الصيدلانية[1]

تعتبر الأدوية من بين السلع المقدمة للمستهلك، فإذا ما تمحورت الإشكالية حوله يحق لمنظمة حماية المستهلك التدخل في مجالات معينة حسب ما ينص عليه القانون، باعتبار أن من أهم حقوق المستهلك ضمان حقه في الصحة.

وانطلاقا من المهمة النبيلة التي يتمحور حولها عمل المنظمة الجزائرية لحماية المستهلك، فقد سهرت على مراقبة واقع السوق بصفة عامة، وعملت منذ نشأتها على العديد من القضايا التي تمس بصحة وسلامة المستهلك الجزائري، بحيث شملت تدخلاتها أدوية ومحاليل لا تستوفي الشروط على غرار الكحول الجراحي الذي لا يحتوي على النسبة القانونية المحددة بـ 70% من الايتانول، أدوية منتهية الصلاحية ولا تزال تباع على مستوى بعض الصيدليات، جل معقم مقلد ولا يستوفي الشروط، أدوية مقلدة يتم إنتاجها على شكل مكملات غذائية دون رخصة، ويندرج ذلك ضمن نطاق عمل وزارة التجارة أين تدخلت المنظمة لسحبها من السوق، كما حاربت المنظمة المنتجات الصيدلانية المقلدة التي يروج لها عبر مواقع التواصل الاجتماعي لاسيما وقت الندرة، ...وغيرها من الحالات.

وتوضح الصور التالية بعضا من الأمثلة التي وقفت عليها المنظمة:

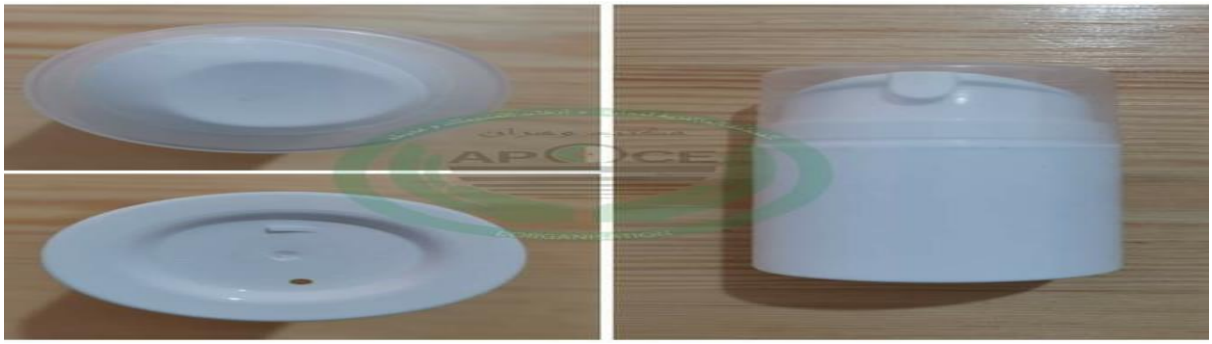
جل معقم ومحلول كحولي لليدين مقلد لعلامة معروفة دوليا تحت نفس الاسم ولا يحتوى على نسب الايتانول المتعارف عليها دوليا.



مرهم طبي مجهول التركيبة خال من أي وسم تجاري يسوق على مستوى العيادات المختصة في علاج القدم السكري، لا يحتوي على أي نشرة تعريفية لاسيما ما تعلق بتاريخ الإنتاج، تاريخ نهاية الصلاحية، البلد المنتج، المستورد....وغيرها من المعلومات الضرورية التي يجب تنوير المستهلك بها.

---

[1] السيدة س. مسليوي، المستشارة القانونية للمنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك، مقابلة حول تدخلات المنظمة لمحاربة الأدوية المقلدة والمغشوشة، في الدرارية، يوم 04 أكتوبر 2022.



تسويق مراهم خطيرة عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي مهربة من دول شقيقة، يدعي مسوقوها أنها تعالج البرص والبهاق، في حين أنها قد تؤدي لخطر الإصابة بسرطان الجلد لتركيزها العالي، الذي يستوجب مباشرة العلاج وتحديد مدته تحت إشراف طبيب مختص.



صفائح أدوية منقوصة العددغش في الأقراص الموجهة لمرضى ضغط الدم كونها متفاوتة الحجم حتى لنفس العلبة

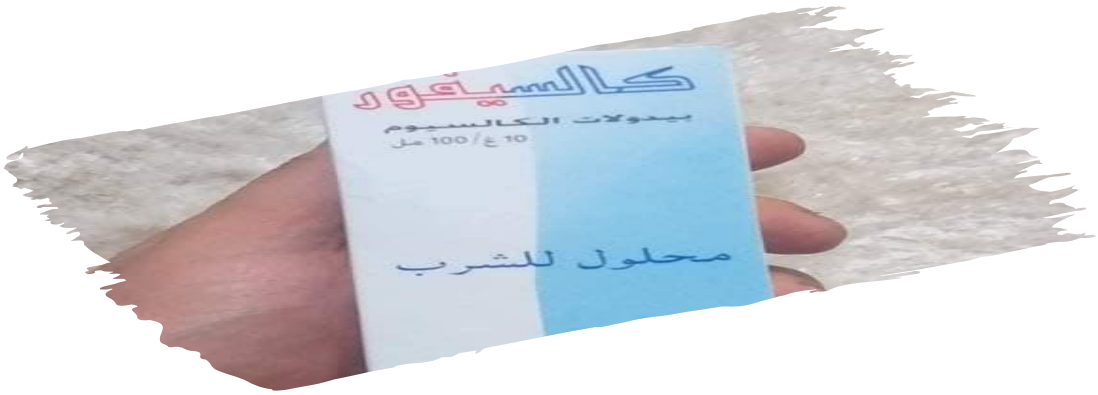




كمامات مغشوشة غزت الأسواق الجزائرية دون أدنى مراعاة لشروط السلامة



سحب الحصة 85-23 من دواء كالسيفور المنتج بتاريخ 2020/08 من الصيدليات لعدم المطابقة.



مضاد حيوي معروف لون بودرته متغير، مما قد يؤثر على فعاليته في علاج المستهلكين، تم التواصل مع مخبر إنتاجه لمعرفةالسبب.



2/ دور المنظمة في ترقية أخلاقيات مهنة الطب[1]

عندما يتعلق الأمر بالمرفق العام كالمستشفيات والعيادات الحكومية تقوم المنظمة الجزائرية بتقديم الإشارة والنصح فقط كسلوك مواطنة، في حين إذا تعلق الأمر بالعيادات الخاصة فإن المنظمة تتدخل وفق ما

[1] السيدة مصطفى زبدي، رئيس المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك، مقابلة حول دور المنظمة في ترقية أخلاقيات مهنة الطب، في الدرارية، يوم 04 أكتوبر 2022.

يخوله لها القانون؛ وذلك لتعقب كل المخالفات التي تمارسها هذه العيادات في حق المستهلك الجزائري، باعتبار أن المعاملة –شئنا أم أبينا– تتضمن شقا تجاريا وهو ما يندرج ضمن نطاق اختصاص المنظمة.

ويمكن أن يشمل التدخل الحالات التي يتعرض فيها المستهلك لـ:

- ✓ سوء الاستقبال
- ✓ سوء التوجيه
- ✓ سوء التكفل

فانطلاقا من إيماننا وإدراكنا للسلوكيات الصحية، فإننا نسعى للمطالبة بهاتحسينا للمعاملة المقدمة للمستهلك، دون التطرق إلى الفعل الطبي الذي يخضع لإشراف مجلس أخلاقيات المهنة.

فعلى سبيل المثال تدخلت المنظمة في حالات العيادات الخاصة بجراحة الأسنان؛ أين طالبنا بتغيير جهاز التعقيم المستخدم من العادي إلى Autoclave، كما تم التدخل في حالات لا ترتبط بتاتا بمراعاة شروط الصحة والسلامة؛ على غرار استخدام بعض الأطباء لنفس القفاز الطبي أثناء فحص وعلاج أسنان عدة مرضى، بحيث تم مراسلة وبصفة مباشرة وزارة الصحة.

خاتمة:

وختاما، إن محاربة الأدوية المقلدة والمغشوشة تستدعي تضافر جهود كافة المؤسسات سواء كانت رسمية أو غير رسمية من أجل نتائج أفضل، أهمها أن يعي المستهلك خطورة الوضع القائم باعتباره المتلقي وأي سهو منه قد يؤدي بحياته، ويتم ذلك عن طريق رفع وعيه من خلال الحملات التحسيسية والتوعية التي يجب أن تخوضها فواعل المجتمع المدني وهي جزء من عمل منظمة حماية المستهلك، فرغم تحقيقها لنتائج جيدة على أرض الواقع في مجال مكافحة غش وتقليد الأدوية، إلا أن مهمتها لا تزال مستمرة وصولا لتحقيق المصلحة المادية والمعنية للمستهلك.

قائمة المراجع

1/ المقالات

1/ بلورغي، أمينة، "حركة حماية المستهلك في التشريع الجزائري"، عدد خاص بأعمال الملتقى الدولي السابع عشر حول الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة، **مجلة الحقوق والحريات** العدد 4، أفريل 2017.

2/ بولحية، سعاد، بعجي، نور الدين، "التدابير القانونية والاجرائية المتخذة لمحاربة تقليد الأدوية في القانون الجزائري"، **مجلة دراسات وأبحاث**، مجلد12، عدد 04، 2020.

3/ زين يونس، معيوف، هدى، "حماية حقوق المستهلك في الجزائر"، **معارف**، السنة العاشرة، العدد 20، جوان 2016.

4/ عبد الحفيظي، أحمد، خليفي، رزقي، "حماية المستهلك من منظور تسويقي"، **مجلة البحوث والدراسات التجارية**،المجلد 4 العدد رقم 01، مارس 2020.

5/ محجوب، نادية، قادة، شهيدة، "التطور التشريعي في مجال حماية المستهلك"، **مجلة الدراسات القانونية المقارنة**، المجلد 7، العدد1، 2021.

2/ المطبوعات

1/ فريوة، نرجس، محاضرات في مقياس قانون حماية المستهلك، مطبوعة جامعية، جامعة علي لونيسي البليدة 2 كلية علوم التسيير، موجهة لطلبة الأولى ماستر تخصص تسويق صناعي، 2020-2021.

3/ المواقع الالكترونية

1/ منظمة الصحة العالمية، المنتوجات الطبية المزيفة، المجلس التنفيذي، تقرير من الأمانة العامة، الدورة 124، البند 4-11 من جدول الأعمال المؤقت، 18 ديسمبر 2008، ص ص 02-03، متوفر على الرابط التالي: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB124/B124_14-ar.pdf

4/ المقابلات

1/ ربوح. ن، المديرة التنفيذية للمنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك، مقابلة حول مجال عمل المنظمة دورها وأهدافها، في الدرارية، يوم 04 أكتوبر 2022.

2/ زبدي. م، رئيس المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك، مقابلة حول دور المنظمة في ترقية أخلاقيات مهنة الطب، في الدرارية، يوم 04 أكتوبر 2022.

3/ مسليوي. س، المستشارة القانونية للمنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك، مقابلة حول تدخلات المنظمة لمحاربة الأدوية المقلدة والمغشوشة، في الدرارية، يوم 04 أكتوبر 2022.

التمويل المصرفي لقطاع الصناعة الصيدلانية

د. شامبي ليندة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. عيادي فريدة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ملخص:

يعتبر قطاع الصناعة الصيدلانية قطاع استراتيجي في الجزائر وأحد القطاعات التي تكتسي أهمية كبيرة في الاقتصاد، بالإضافة إلى انعكاسها على صحة المواطن.

كما يعتبر التمويل البنكي من أهم المسائل التي يجب الاهتمام بها قبل القيام بأي مشروع استثماري، ويرتبط نجاح الصناعة الصيدلانية بتوفير مصادر التمويل الملائمة والجدوى الاقتصادية والتقنية للمشروع بالإضافة إلى التسيير المحكم لمختلف العناصر الداخلية والخارجية المتعلقة بأنشطتها.

تهدف هذه الدراسة إلى بيان دور كل من كفاية التمويل البنكي، توفر الضمانات، استقرار سعر الصرف، توفير بنك الجزائر للعملات الأجنبية على تطوير الصناعة الصيدلانية في الجزائر.

الكلمات المفتاحية:

التمويل البنكي، صيغ التمويل المصرفي، القرض، الصناعة الصيدلانية، الدواء.

Abstract:
The pharmaceutical sector is a strategic sector in Algeria and one of the sectors of great importance to the economy, in addition to its impact on citizens' health. Bank financing is also one of the most important issues to be addressed before undertaking any investment project. The success of the pharmaceutical industry is linked to the provision of appropriate sources of financing and the economic and technical feasibility of the project as well as the tight management of various internal and external elements related to its activities.
This study aims to demonstrate the role of both adequate banking finance, guarantees, stable exchange rate, and the provision of the Bank of Algiers for foreign exchange in the development of the pharmaceutical industry in Algeria.
Key words:
Bank Finance, Bank Financing Formats, Loan, Pharmaceutical Industry, Medicine.

مقدمة:

تعد الصناعة الصيدلانية واحدة من أهم الصناعات في العالم، ليس فقط بسبب أهمية الدواء كسلعة تتعلق بصحة الإنسان وحياته، وإنما في الأساس بسبب تكاليف وأسرار أنشطة البحوث والتطوير، وما يتبع ذلك من أرباح هائلة وقيمة مضافة عالية تحققها هذه الصناعة، بحيث أصبحت في الوقت الحالي تقارن بصناعة الأسلحة من حيث أسرارها وأرباحها، وبالرغم من أن صناعة الدواء في الجزائر تعتبر متقدمة نوعا ما بالمقارنة بغيرها من الصناعات إلا أنها تواجه تحديات كثيرة منها وضعية الدواء على المستوى الدولي والمتغيرات الاقتصادية العالمية والإقليمية وحتى الوطنية، ومن أبرز التحديات التي يستوجب على صناعة الدواء الوطنية مجابهتها المنافسة الشرسة من قبل المخابر المحلية العاملة به، وتعدد المستوردين للأدوية من المخابر العالمية التي تحول الدخول إلى هذه السوق، والظفر بحصص سوقية هامة.

وتعتبر صناعة الأدوية في الجزائر حديثة العهد، كما أنها مازالت في مرحلها الأولى، وتسيطر في هذا المجال مؤسسة صيدالالعمومية والمعروفة باسم مجمع " صيدال".

كما يعد التمويل البنكي أهم محرك تقوم عليه المؤسسات الصيدلانية وأعظم انشغال تسعى الدولة للاهتمام به وتوفيره بصفة دائمة ومستمرة، ومن أجل التوفيق بين متطلبات البنوك واحتياجات المؤسسات تم وضع آليات وتدابير مساعدة تحد من المشاكل والصعوبات

التي يواجهها كل منهما، وباعتبار البنوك أهم مصدر للتمويل في النظام المالي والمصرفي في الجزائر والذي يمكن توجيهه للمؤسسات سنحاول إبراز الدور الذي تسعى إليه البنوك الجزائرية في تأمين التمويل المناسب لهذه المؤسسات.

ومن هذا المنطلق يتم طرح **إشكالية** موضوع الدراسة كما يلي: ما مدى خصوصية صيغ التمويل البنكي وآليات الدعم المصرفي المعتمدة من طرف البنوك التجارية لتفعيل دور المؤسسات الصيدلانية في الاقتصاد الوطني؟ وعن دور السلطات المصرفية في تذليل العراقيل البنكية التي تواجه المؤسسات الصيدلانية من خلال وضع الآليات والتدابير المساعدة على ذلك؟

ومن أجل بناء سليم للدراسة تم الاعتماد على المنهج الوصفي والتحليلي وذلك بجمع وتحليل المعلومات الخاصة بالتمويل المصرفي من خلال تحديد مختلف المفاهيم المتعلقة بها، هذا من جهة، وكذا استقراء ما جاء في النصوص القانونية المتعلقة بموضوع التمويل البنكي والدعم المصرفي.

وللإجابة على الإشكالية فضلنا تقسيم الدراسة إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: المساهمة البنكية لتمويل قطاع الصناعة الصيدلانية

المبحث الثاني: الدعم البنكي لقطاع الصناعية الصيدلانية

المبحث الأول: المساهمة البنكية لتمويل قطاع الصناعة الصيدلانية

بالنسبة للمساهمة البنكية لتمويل قطاع الصناعة الصيدلانية يمكن تناوله في ثلاثة نقاط النقطة الأولى التي تتمثل في مفهوم التمويل المصرفي (المطلب الأول) أما النقطة الثانيةفتتعلق بصيغ التمويل المصرفي (المطلب الثاني) النقطة الأخيرة فتتمثل في واقع التمويل المصرفي لقطاع الصناعة الصيدلانية في الجزائر (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم التمويل المصرفي

سوف نتطرق من خلال دراستنا لمفهوم التمويل المصرفي إلى تعريف وخصائص التمويل المصرفي وذلك في الفرع الأول، ثم نعالج خصائص القرض المصرفي وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التمويل المصرفي

يمكن تعريف التمويل المصرفي بأنه: " الثقة التي يوليها البنك لشخص ما (طبيعي أو معنوي) حيث يضع تحت تصرفه مبلغا من النقود لفترة محددة متفق عليها بين الطرفين، ويقوم المقترض في نهايتها بالوفاء بالتزاماته وذلك لقاء عائد معين يحصل عليه البنك يتثمل في الفوائد، العمولات والمصاريف"[1].

ولقد عرف الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، القرض المصرفي بصفة خاصة من خلال نص المادة 68 منه حيث جاء فيها " **كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر...**" وبالتالي قد يتم هذا القرض عن طريق وضع الأموال تحت تصرف العميل، أو الوعد بتقديم أموال أو حتى على شكل دعم العميل بالثقة (القرض بالتوقيع)[2]، وكذلك قروض بصيغة جديدة مثل عملية الإيجار المقرونة بحق خيار بالشراء، والتي تتميز بعدم نقلها للملكية.

ومن خلال هذين التعريفين يمكن استخلاص بأن القرض البنكي هو عبارة عن علاقة اقتصادية قانونية ذات شكل نقدي، تتميز بخصائص نذكرها أدناه.

الفرع الثاني: خصائص القرض المصرفي

يمكن حصر أهم الخصائص فيما يلي:

أولا-منح القرض علاقة تعاقدية بين طرفين: هو علاقة تعاقدية بين الدائن وهو المؤسسة المالية التي تلتزم بمنح الائتمان متوقعة الحصول عليه مع الفوائد المنجزة عليه في التاريخ المتفق عليه.

أما الطرف الثاني فهو الزبون المقترض المدين الذي يلتزم بتسديد القرض في الآجال المحددة مع الفائدة.

ثانيا-الثقة بين طرفي العقد: أن منح القرض يرتكز على ثقة البنك أو المؤسسة المالية في العميل، كونه سيقوم بتسديد القرض في التاريخ المتفق عليه، فالبنك لا يمنح قرضا إلا إذا

---

[1] – صلاح الدين حسن السيسي، القطاع المصرفي والاقتصادي الوطني، عالم الكتب، القاهرة، 2003، ص 25.

[2]– جليلة مصعور، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون –تخصص قانون الأعمال، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2016، ص 19.

وثق في حسن نية العميل المقترض وفي قدراته على التسديد، وحينها تقوم علاقة مديونية بين البنك المقرض والعميل المقترض[1].

ثالثا-التزام الجانبين: عملية منح القرض المصرفي هي علاقة التزام متبادل بين المؤسسة المانحة والتي تلتزم بمنح القرض، وفق شروط وضوابط مدروسة، وكذا العميل المقترض الذي يلتزم باستعمال القرض وسداده مع فوائد وتواريخ محددة في العقد.

رابعا-الأمان: وهي تأكد البنك من استرداد الأموال المقترضة في الآجال المحددة، وهذا بحرصه الشديد ومتابعة القرض وتأكده من توفر السيولة لدى العميل تمكنه من السداد في التاريخ المحدد، والحرص على الحد أو التقليل من المخاطر المصرفية[2].

ويأخذ التمويل المصرفي عدة أشكال مختلفة يمكن تصنيفها:

-حسب المدة: إلى تمويل قصير الأجل -تمويل متوسط الأجل- تمويل طويل الأجل.

- حسب طبيعة التمويل: إلى تمويل نشاط الاستغلال -تمويل نشاط الاستثمار.

المطلب الثاني: صيغ التمويل المصرفي

على العموم يتم توجيه القروض إلى المؤسسات الصيدلانية نحو دورتي الاستغلال والاستثمار.

الفرع الأول: صيغالتمويل المصرفي لنشاطات الاستغلال

يقصد بنشاطات الاستغلال كل العمليات التي تقوم بها المؤسسات خلال مدة قصيرة والتي لا تتجاوز السنة: كالإنتاج، التخزين، الشراء والبيع[3].

وتأخذ هذه الأنشطة الجانب الأكبر من قرض البنوك وتعد أفضل أنواع التوظيف لديها[4]، وذلك حسب نوع القطاع الذي تنشط فيه أو حالتها المالية، ويمكن تصنيف هذه القروض إلى: القروض العامة، القروض الخاصة، القروض بالتوقيع، والقرض المستندي[1].

---

[1]بلول أعمر، النظام القنوني لعمليات الائتمان المصرفي، مذكرة لنيل الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزون 2003، ص.ص 11-12.

[2] جليلة مصعور، المرجع السابق، ص 37.

[3] الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2007، الجزائر، ص 57.

[4]صلاح الدين حسن السيسي، المرجع السابق، ص 38.

I- قروض عن طريق الصندوق (المباشرة)

تنقسم إلى قروض عامة وخاصة:

أولا-القروض العامة

سميت بالقروض العامة لكونها موجهة لتمويل إجمالي الأصول المتداولة، ويطلق عليها كذلك قروض الصندوق أو قروض الخزينة وتلجأ إليها المؤسسة لمواجهة الصعوبات المالية المؤقتة[2] وتشمل القروض العامة الصيغ التالية:

1-تسهيلات الصندوق (اعتمادات الصندوق): هي عبارة عن قروض تمنح من قبل البنك للمؤسسات التي تعاني من صعوبات في السيولة القصير جدا (المؤقتة) والتي من الممكن أن تنتج عن تأخر الإيرادات عن النفقات أو المدفوعات[3] فهي إذن ترمي إلى تغطية الرصيد المدين إلى جند أقرب فرصة تتم فيها عملية التحصيل لصالح الزبون حيث يقتطع مبلغ القرض مع "معدل فائدة"[4].

فيقوم البنك بتقديم هذا النوع من القروض بجعل حساب الزبون مدينا في حدود مبلغ معين ومدة زمنية لا تتجاوز عدد أيام الشهر مقابل حساب أجر هذا التسهيل على أساس الاستعمال الفعلي والمدة الزمنية الفعلية[5] ويمكن تجديد هذه العملية خلال نهاية كل شهر.

2- الحساب عن المكشوف: هذا القرض يوجه للعميل الذي يسجل نقصا في الخزينة بسبب عدم كفاية رأس المال العامل، هو تمويل يمنحه البنك للمؤسسة التي عادة ما تكون من عملائه الدائمين، إذ يسمح لها باستخدام أموال أكبر من رصيدها لدى البنك لتصبح مدينة له لمدة زمنية متفق عليها[6] وعادة ما تمتد هذه المدة من 15 يوما إلى سنة كاملة وذلك حسب طبيعة عملية التمويل (تمويل النشاط، شراء بعض السلع بتسميات كبيرة بسبب

---

[1]بن حراث حياة، يوسفي رشيد، صيغ التمويل المصرفي الموجه للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، دراسة حالة القرض الشعبي الجزائري (وكالة مستغانم)، ص 46.

[2] الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 5.

[3]أحمد بوراس، تمويل المنشآت الاقتصادية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2008، ص 97.

[4]شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، الطبعة 5، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 97.

[5]لطاهر لطرش، المرجع السابق، ص ص 58-59.

[6]أحمد بوراس، المرجع السابق، ص 39.

انخفاض أسعارها في السوق...)، [1] ويفرض البنك على المؤسسة المستفيدة معدل فائدة على أساس أيام السحب.

4-قرض الموسم: هي قروض تمنح للمؤسسات التي تمارس نشاطها موسميا سواء إنتاج أو بيع ، يقصد مواجهة تكاليف المواد الأولية والمصاريف الأخرى كالنقل والتخزين، ويمكن أن يمنح لمدة تمتد عادة إلى غاية تسعة أشهر[2].

ثانيا-القروض الخاصة

هذا النوع من القروض موجهة لتمويل أصل معين من الأصول المتداولة على عكس القروض العامة التي تعتبر قروضا شاملة، وتأخذ القروض الخاصة الأنواع التالية:

1-تسبيقات على البضائع: يتم تقديم هذه التسبيقات لتمويل مخزون معين والحصول مقابل ذلك على بضائع كضمان للبنك[3]مع توقع هامش ريع بين مبلغ القرض المقدم وقيمة الضمان وذلك بهدف التقليل من الأخطار التي قد تنجم عن التخزين.

2-الخصم التجاري: وهو عملية يتم بموجبها دفع مبلغ السند التجاري لحاملها قبل موعد استحقاقه لقاء خصم جزء من قيمتها، يسمى سعر الخصم[4]، ثم يتحصل على قيمتها من المدين في تاريخ استحقاقها.

3-تسبيقات على الصفقات العمومية: تمنح من أجل تمويل انجاز أشغال أو توريد يقوم بها العميل لصالح السلطات العمومية، ونظرا للتأخر في السداد يقوم البنك بمنح قرض عن طريق تسبيقات، على أن يتم السداد من طرف العميل فور استلام المبالغ من الخزينة العمومي في حسابه.[5]

II- القروض عن طريق التوقيع

---

[1]Herbert de la BRUSLERI, analyse financière de risque de crédits, Ed Dunod, 1990, paris, p, 76.

[2]الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 61.

[3]Denis DESCLOS, analyses-crédit des pme, Ed Economica, 1999, paris, p 34.

[4]إبراهيم اوراغ، محمد السعيد مزياني، أنواع العمليات المصرفية التقليدية والالكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 5، العدد 3، 2008، ص 396.

[5]حسين بلعجوز، مخاطر صيغ التمويل في البنوك الإسلامية، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2009، ص 158.

تعرف كذلك بالقروض بالالتزام، حيث يقدم البنك ضمانا للزبون يمكنه من الحصول على أموال من جهة أخرى، بعبارة أخرى " البنك لا يقدم للزبون نقودا أو قرضا بل يقدم له ثقته[1]، ويمكن التمييز بين ثلاثة أشكال رئيسية:

1-الضمان الاحتياطي: هو عبارة عن التزام يمنحه البنك حيث يضمن بموجبه تنفيذ الالتزامات التي بها أحد مديني الأسناد التجارية[2].

2-**الكفالة:** يتعهد البنك بموجب هذا الالتزام المكتوب بتسديد الدين المترتب عل عاتق المدين في حالة عدم قدرة هذا الأخير على الوفاء بالتزاماته.

3-القبول: وهو تعهد يلتزم به البنك بقبوله إمضاء سند تجاري (سفتجة) لصالح الزبون، وبالتالي يحل محله في الوفاء بالتزامه اتجاه الشخص الدائن في تاريخ الاستحقاق ويستعمل عبارة مثل " مقبول".

الفرع الثاني: صيغ التمويل البنكي الموجهة لنشاطات الاستثمار

تمول هذه القروض الاعتمادات الاستثمارية، بشكل أساسي الاحتياطات الدورية للمؤسسة، لذلك يتم سدادها من خلال الأرباح الناتجة لاحقا عن عناصر الاستثمار، والغرض من هذا التمويل هو استرداد النفقات اللازمة للاستثمار (على سبيل المثال: اقتناء أدوات الإنتاج، وأماكن التخزين، والمعدات، والأراضي وغيرها من الأصول الكبرى.)[3]

ويمكن تقسيم قروض الاستثمار إلى قسمين: قروض كلاسيكية تشمل كل من: القروض متوسطة المدى والقروض طويلة المدى، وقروض استثمارية حديثة منها قروض الإيجار.

أولا- قروض الاستثمار الكلاسيكية

تصنف قروض الاستثمار هذه إلى قروض استثمار متوسطة الأجل وقروض استثمار طويلة الأجل.

1- قروض الاستثمار متوسطة الأجل

---

[1]A.BOUDINOT et J.C. FRABOT, technique et pratique bancaires, 2eme Ed, Edition Sirey, 1972, paris , p 132.

[2]M.GHENAOUT, crises financières et faillites des banques algériennes, Ed Gal, 2004, Alger, p 65.

[3]Lakhlef Youcef, Medouni Zakaria Mahdi, Le financement bancaire des PME-cas BNP-PARISBAS, mémoire de fin d'études en vue de l'obtention du diplôme de master en sciences financières et comptabilité, spécialité : finance banque, 2018, p 63.

تمول هذه القروض أساسا اقتناء تجهيزات ومعدات ومنقولات لا تتعدى فيها فترة الاهتلاك مدة القرض، وتتراوح هذه المدة ما بين سنتين إلى سبع سنوات، ويمكن أيضا استعمالها في تمويل بعض البناءات ذات التكلفة البسيطة التي لا تحتاج إليها المؤسسات الصناعية. ونميز بين شكلين رئيسيين للقروض متوسطة الأجل:

أ- قروض متوسطة الأجل قابلة لإعادة الخصم: يمكن للبنك المقرض إعادة خصم هذه القروض لدى بنك الجزائر أو مؤسسة مالية أخرى، ويسمح له بالحصول على السيولة في حالة الحاجة قبل تاريخ استحقاق القرض. ولهذا نجد أن هذه القروض هي الأكثر استخداما من قبل البنوك، حيث يتيح لها أريحية في السيولة وحرية أكبر في الالتزامات.

ب- القروض غير القابلة للتعبئة: لا يمكن في هذه الحالة للبنك المقترض من إعادة خصمها لدى بنك الجزائر أو مؤسسة مالية أخرى وبالتالي فهو مجبرا على انتظار مدة القرض وتاريخ استحقاقه لاستيراد الدين. وفي هذه الحالة تزداد مخاطر تجميد الأموال وأزمة السيولة بشكل أكبر ويتطلب من البنك دراسة مسبقة جيدة قبل منح هذه القروض.

2- صيغ التمويل البنكي طويل الأجل

تزيد آجال القروض طويلة الآجال عن 5 سنوات أو 7 سنوات، وتنسخ بغرض إقامة مشاريع جديدة أو تطوير أو توسيع مشاريع قائمة[1]، وعادة ما تمنح هذه القروض للمؤسسات الكبيرة والتي لها حصة سوقية ومكانة في السوق، لكن قد تستفيد منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في إطار الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار[2] وذلك نظرا لضخامة أموالها وطول آجالها وارتفاع نسبة الأخطار فيها.

ثانيا- قروض استثمارية حديثة: قروض الإيجار:وهو ما يعرف بالاعتماد الإيجاري الذي يعتبر من بين الصيغ الحديثة لتمويل المؤسسات وأصبحت البنوك تولي له اهتماما متزايد ويتمثل في وضع أصل منقول أو عقار في متناول المؤسسات لاستعمال مهني مقابل دفع

---

[1]صلاح الدين حسن السيسي، المرجع السابق، ص 39.

[2]مرسوم تنفيذي رقم 22-298 مؤرخ في 2022/09/08، يحدد تنظيم الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار وسيرها، ج ر ج ج عدد 60 الصادرة في 2022/09/18.

أقساط طيلة الفترة المحددة في العقد ثم إعطاء المستعمل الفرصة في اكتساب الأصل المؤجر عند نهاية المدة المحددة بسعر متفق عليه مسبقا[1].

وعرفه المشرع الجزائري بالاعتماد الإيجاري في المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 1996/01/10 المتعلق بالاعتماد الإيجاري بأنه:[2]" يعتبر الاعتماد الإيجاري عملية تجارية ومالية تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة مع أشخاص اقتصاديين تابعين للقانون العام أو الخاص، قائم عل عقد إيجار يمكن أن يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر". وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية. ويحقق هذا النوع من القروض[3] مزايا عديدة سواء للمؤسسة المالية المؤجرة أو للعميل المؤجر.

المطلب الثالث: عراقيل وواقع التمويل المصرفي لقطاع الصناعة الصيدلانية في الجزائر

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب أولا إلى العراقيل التي تواجه التمويل المصرفي لقطاع الصناعية الصيدلانية وهذا في الفرع الأول وفي الفرع الثاني نعالج واقع التمويل المصرفي لهذا القطاع المهم من خلال ذكر بعض الإحصائيات التي جاء بها التقرير السنوي لبنك الجزائر.

الفرع الأول: العراقيل التي تواجه التمويل المصرفي لقطاع الصيدلانية في الجزائر

يعتبر القطاع المالي الجزائري من القطاعات المالية المغلقة، رغم اتخاذ العديد من السياسات بهدف تحريره، خاصة في ظل قانون النقد والقرض رقم 90-10 (الملغى) الذي فتح المجال أمام البنوك لتمويل مختلف القطاعات الاقتصادية.

ولقد أدت هذه الوضعية إلى تهديد الاستثمار المنتج بالجزائر بصورة حقيقية، وهو ما سبب صعوبات كبيرة بالنسبة للمستثمرين، بدليل القروض الممنوحة في السوق المصرفية الجزائرية يستحوذ عليها المستوردين، أي موجهة أساسا للاستيراد بدل الاستثمار، ومن مجوع

---

[1]إبراهيمي عبد الله، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مواجهة مشكل التمويل، 2006، ص 383.

[2]- المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 يتعلق بالإعتماد الإيجاري المؤرخ في 1996/01/10 ، ج ر ج ج عدد 3 الصادرة في 1996/01/14، ص 25.

[3]- المادة الثانية، الفقرة الأولى من الامر رقم 96-09.

1540 مليار دج قدمت على شكل قروض للاقتصاد فإن نسبة **60%** إلى **70%** موجهة لعمليات التجارة الخارجية[1].

إن التحدي الأساسي الذي يواجه السوق المالية في الجزائر هو عدم وجود مؤسسات تنافسية من القطاعين الحكومي والخاص في البورصة.

وتطبيقا للسياسة الحكومية الجديدة الرامية إلى تطوير وتحديث وتنمية السوق المالية، شرعت وزارة المالية الجزائرية في بعث الحياة في البورصة.

وما يمكن قوله هو أنه رغم كل التدابير المتخذة فبورصة الجزائر دامت منذ انطلاقها سنة 1998 مع ول عرض عمومي للبيع إلى يومنا هذا. ويعود هذا التأخر أساسا إلى محدودية التجربة بالمقارنة بالدول الأخرى كتونس مثلا.

وفيما يخص الصناعة الصيدلانية لا تقوم بورصة الجزائر بتمويل إلا مؤسستين وطنيتين هما: **صيدالوبيوفارم**.

الفرع الثاني: واقع التمويل المصرفي لقطاع الصيدلانية في الجزائر

بلغت القروض المصرفية الموجهة للاقتصاد، بعد طرح القروض المعاد شراؤها من طرف الخزينة العمومية، 9974 مليار دينار في سنة 2018 مقابل **8877,9** مليار دينار في سنة 2017، مسجلة نموا بنسبة **12,35**(27,12 في سنة 2017).

خص نمو القروض الموجهة للاقتصاد كل القروض الممنوحة للقطاع العمومي والتي ارتفعت ب **14 ,67%** وكذا القروض الممنوحة للقطاع الخاص والتي ارتفعت ب **10,16%** مقابل بالترتيب **9,08%** و **15,45%** في 2017. من حيث مساهمتها في نمو القروض الموجهة للاقتصاد، ساهمت القروض الممنوحة للقطاع العمومي بما يعادل **57 ,69%** وساهمت تلك الممنوحة للقطاع الخاص ب **42,31%**.

المبحث الثاني: الدعم البنكي لقطاع الصناعة الصيدلانية

لا يقتصر دور البنوك في مجال قطاع الصناعة الصيدلانية على منح القروض اللازمة وإنما تتدخل من أجل تقديم الدعم البنكي لهذا القطاع، والذي يختلف باختلاف

---

[1] كمال العقريب، القطاع المالي في ظل تحرير حركة رؤوس الأموال وتحدي الأزمات المالية –دراسة نماذج من الدول العربية، أطروحة دكتوراه في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 3، 2012، ص 403.

الظروف المبررة لهذا الدعم، والتي يمكن أن تكون ظروف عادية وظروف استثنائية، لأن البنوك تدعم عملائها منذ منح القرض، تسييره إلى غاية استرداد قيمته مضاف إليه الفوائد المستحقة. وفيما يلي شرح لأهم صور الدعم البنكي في المطالب التالية.

المطلب الأول: مظاهر الدعم البنكي خلال التسيير العادي للقرض

يظهر هذا الدعم من خلال قيام البنك بتسهيل وتسيير بعض شروط القرض والتي تتمثل في قيامه بتخفيض الفوائد المستحقة (الفرع الأول)، أو إعفائه من بعض القيود الواردة في مجال التوطين المصرفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: في مجال تخفيض نسبة الفوائد[1]

تنص المادة الخامسة من نظام "بنك" الجزائر رقم 09-03 مؤرخ في 26-05-2009 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية على ما يلي": *تحدد البنوك والمؤسسات المالية، بكل حرية، معدلات الفائدة الدائنة والمدينة وكذا معدلات ومستوى العمولات المطبقة على العمليات المصرفية.غير أنه يمكن بنك الجزائر أن يحدد معدل الفائدة الزائد، ولا يمكن في أي حال من الأحوال أن تتجاوز معدلات الفائدة الفعلية الإجمالية على القروض الموزعة من طرف البنوك والمؤسسات المالية معدل الفائدة الزائد.*

يبقى تواريخ القيمة الخاصة بالعمليات المصرفية مقننة، وتحدد بتعليمه من بنك الجزائر".

يتضح لنا من خلال هذا النص خضوع أسعار الفوائد لمبدأ حرية الأسعار المنصوص عليه في قانون المنافسة حيث تقوم المصارف بتحديد نسبة الفوائد والعمولات والمصاريف الناشئة عن عمليات الائتمان بكل حرية.

ولقدجرى العمل المصرفي على تحديد معدلات الفوائد في متن عقد الائتمان، حيث يقوم المصرف بتحديد معدل الفائدة الاتفاقية Taux d'intérêt conventionnel (TIC) مع عميله بكل حرية بالنسبة لعملية ائتمان معينة. وبمجرد تحديده، يتم تعيينه كتابة فوق كل

---

[1]Le ministère des finances fixait, en même temps que les taux d'intérêts les différentes commissions dues aux banques à l'occasion d'une opération de crédit (par signature ou par caisse), ce pouvoir est transféré à la banque centrale en 1989, le cout de l'argent ne fait pas l'objet d'une gestion bureaucratisée. V. Hocine BENISSAD, la réforme économique en Algérie, OPU, Alger, 1991, p 135.

المستندات الخاصة بعملية الائتمان. وفي القانون الفرنسي تلتزم المصارف بتعيين الفائدة الاتفاقية في العقد، تحت طائلة بطلان شرط الفائدة، ومنه ضرورة تطبيق الفائدة القانونية. ويمكن أن يكون معدل الفائدة الاتفاقية المتفق عليه بين الأطراف المتعاقدة محدد بشكل نهائي أو قابل للتغيير بحسب المعدل الأساسي للمصرف، Taux de base[1] Bancaire (TBB)، وبعبارة أخرى المعدل الأدنى الذي يمكن منح القروض بموجبه في أفضل الشروط وبأقل المخاطر. ويعتبر هذا المعدل المرجع الأساسي للمصارف المتنافسة لتحديد معدل الفائدة الاتفاقية. وتجب الإشارة إلى أن المصارف تتقاضى مبلغ الفوائد على الائتمان المستعمل فعلا، فلا يحق لها احتسابها وأخذها في حالة عدم استعمال مبلغ الائتمان من طرف العميل كما هو الحال في حالة عدم سحب هذا المبلغ من الحساب المصرفي. أما فيما يخص معدل الفائدة الفعلي الإجمالي Taux effectif global (TEG) والذي يعين حسب طبيعة عملية الائتمان، يتم تحديده إلزاميا بالشكل الكتابي والذي يتكون من الفوائد، المصاريف والعمولات والنفقات المختلفة.

ومن الناحية العملية، تواجه المصارف صعوبات مختلفة من أجل تحديد بدقة العناصر المكونة لوعاء الفائدة الإجمالية، والذي يحدد على أساسه معدل الفائدة الاتفاقية.

وإذا كان تحديد معدل الفوائد خاضع للإرادة الحرة للمصرف إلا أنها مقيدة بإرادة المشرع حيث يجب أن لا يكون هذا المعدل تعسفيا أي في الحالة التي Taux usuraire[1] تتجاوز تكلفة الائتمان حدا معينا، وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر حيث يمنع على المصارف تجاوز معدل الفائدة الزائد الذي يحدده "بنك" الجزائر.

ويعتمد تحديد سعر الفائدةوالمصروفات الأخرى على جملة عوامل أهمها:

---

[1]Le taux d'intérêt est fixé par rapport au taux de base bancaire, qui est un taux de référence librement déterminé par chaque établissement de crédit et auquel s'ajoutent certaines majorations dues à divers facteurs, notamment la durée du crédit, les risques engendrés par celui-ci et la surface financière du client. V. Thierry BONNEAU, op.cit, p 63.

[1]Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues. Bernard SAINTOURENS et Denis GATUMEL, droit du crédit, droit du travail, librairie Vuibert, 1996, p 82.

- تكلفة الحصول على الودائع من المودعين، سواء أكانت تكلفة مباشرة تتمثل في الفوائد المدفوعة على الودائع أو أي تكلفة غير مباشرة تتمثل في الخدمات المجانية للمودعين.
- المخاطر التي يتحملها المصرف عند منح الائتمان.
- تكلفة القيام بالعمليات الإدارية اللازمة لمنح القروض وجبايتها.
- علاقة العميل المقترض بالمصرف.
- المنافسة بين المصارف التجارية، وبينها وبين المؤسسات المالية الأخرى في تحديد أسعار الفوائد والمصروفات الأخرى، باعتبار أن المصرف هو الذي يمتلك المعلومات المتعلقة بظروف التمويل أو بشروطه وهذا نظرا لمركزه المتميز اقتصاديا ومهنيا[2]وهذا دون مخالفة القانون المصرفي.

ويجوز في العمل المصرفي، قيام المصرف بمنح تخفيض على الفوائد المقررة على القروض الممنوحة بناء على طلب العميل حيث يتم التفاوض على هذا التخفيض وفقا لمقتضيات السياسة الائتمانية ومصلحة العميل الاستغلالية، فلا يهدف البنك إلى تثبيت أسعار الفائدة ولكن تقديم قروض بهوامش على أساس معدلات مقبولة محسوبة وفقًا لتكاليف الموارد وإعادة التمويل وإدارة المخاطر.

وإذا كانت الفوائد تخضع لمبدأ حرية الأسعار، تبقي تواريخ القيمة مقننة، Dates de valeur حيث يتم تحديدها بواسطة تعليمة من طرف "بنك" الجزائر. ويعني تاريخ القيمة تاريخ قيد العملية المصرفية في الحساب والذي تأخذه المصارف لقيد الفوائد المدينة أو الدائنة أو هو تاريخ المدين أو الدائن المأخوذ بعين الاعتبار من طرف المصارف لاحتساب الفوائد المدينة أو الدائنة، فالعمليات المدينة تسجل في الحساب في الجانب المدين منه قبل تاريخ العملية، أما العمليات الدائنة فهي تسجل بتاريخ لاحق لتاريخها. وبعبارة أخرى، تاريخ القيمة بالنسبة لعملية مصرفية معينة هو التاريخ الذي يحدد فيه:
. بأن المبلغ المسحوب لا ينتج فوائد.

[2]Martine BOIZARD, intérêts et commission, fixation des taux d'intérêts, JCP banque et crédit, Fas. 510, T 2, 1988, p 8.

. بأن المبلغ المودع يبدأ في إنتاج الفوائد.

وتجدر الإشارة إلى أن المصارف الإسلامية لا تتعامل بالفوائد وإن كانت تتفق مع المصارف غير الإسلامية في مبدأ خضوعها للقواعد والأحكام التي تقررها القوانين والأنظمة داخل كل قطر تعمل فيه، إلا أنها تختلف عنها من حيث خضوعها لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية بحيث تخضع المصارف الإسلامية لنوعين من القواعد (قواعد القانون الوضعي وقواعد الشريعة الإسلامية)، لذلك فإنها مصارف بأتم معنى الكلمة يتطلب في إنشائها ما يتطلب في إنشاء المصارف غير الإسلامية وتتمتع بنفس الامتيازات التي تتمتع بها المصارف الأخرى، إلا أن خضوعها لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية يضفي عليها بعض المميزات تنفرد بها والتي تستقيها من مبادئ الشريعة الإسلامية.ولا يقتصر الأمر على مجرد استبعاد التعامل بالربا وإن كانت هذه الأخيرة العنصر المميز لها، ذلك نظرا لما للفائدة من دور في نشاط المصارف غير الإسلامية، بل يشمل قواعد أخرى تتمثل في الصفة العقائدية التي تظهر في نشاطها، فالمصارف الإسلامية تتميز عن غيرها من المصارف من حيث هدفها، فإذا كانت هذه الأخيرة تهدف أساسا إلى تحقيق الربح (هدف مادي) فإن الأولى وإن كانت لا تستبعد الربح إلا أنها تهدف إلى غاية أسمى تتمثل في غرس القيم الروحية من خلال تحقيق التنمية بشتى أنواعها الاقتصادية والاجتماعية والإنسانية، وهذا راجع بطبيعة الحال إلى رؤية الإسلام للرأسمال بحيث أن هذا الأخير هو ملك لله والإنسان مستخلف فيه ليصرفه فيما شرعه الله. وإذا كان من المستقر عند فقهاء الشريعة أن التعامل بالفائدة محرما أخذا وعطاء استنادا إلى النصوص القرآنية والأحاديث، كقوله تعالى في سورة البقرة الآية 275 "***وأحل الله البيع وحرم الربا***"، فإن المصارف الإسلامية عبارة عن مؤسسة مصرفية هدفها تجميع الأموال والمدخرات من كل من لا يرغب في التعامل بالربا (الفائدة)، ثم العمل على توظيفها في مجالات النشاط الاقتصادي المختلفة وكذلك توفير الخدمات المصرفية المتنوعة للعملاء بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ويحقق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فهي لا تعتمد على الفائدة كمورد من مواردها وبالمقابل تضع نظام يحقق أكثر عدالة سواء للمصرف أو العميل وذلك عن طريق صيغ تمويل إسلامية كالمرابحة، القراض والاستصناع ...الخ

الفرع الثاني: في مجال التوطين المصرفي لاستيراد المواد الصيدلانية

يعرف التوطين المصرفي إجراء أولي الزامي قبل تنفيذ عمليات التجارة الخارجية، يكمن في تسجيل عملية التصدير أو الاستيراد للسلع والخدمات لدى بنك وسيط معتمد باستثناء عمليات العبور والعمليات المشار إليها يتمتع بصفة الوسيط المعتمد يتعهد بالقيام في المادة 33 من النظام 07-01 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة المعدل والمتمم بالنظام 01/2021 المؤرخ في 2021/03/28.

فالتوطين يفيد اختيار الأعوان الاقتصاديين قبل انجاز عمليتي الاستيراد أو التصدير بنكا .[1] وهذا يدخل في إطار تفعيل رقابة الدولة على التجارة الخارجية. وعادة ما يتم ربط قبول التوطين المصرفي لعمليات الاستيراد بإجراءات شكلية معينة كضرورةالحصول على الشهادة الصادرة عن الوكالة الوطنية لترقية التجارة الخارجية "ألجاكس" والتي تعد بمثابة رخصة من أجل اتمام عمليات الاستيراد،حيثقامت وزارة التجارة بفرض إدراج هذه الوثيقة في ملف توطين استيراد المواد الأولوية والسلع الموجهة للبيع على الحالة والتي تصدرها وكالة "ألجاكس" "ALGEX" بعد التحقق من عدم وفرة المنتجات المعنية بعملية الاستيراد في السوق الوطنية.

ونظرا للسلبيات التي نتجت عن هذا الإجراء الشكلي في الواقع العمليوتأثيراته على وتيرة الإنتاج خصوصا على مستوى القطاعات الحساسة وفي مقدمتها الإنتاج الصيدلاني،قامتبعض القطاعات الوزارية من بينها قطاع الصناعة الصيدلانية بتقديم طلب إعفاء متعامليها من هذه الوثيقة ضمن ملفات التوطين البنكي لعمليات الاستيراد، من أجل ضمان تموين السوق بمنتوجات حيوية وتفادي تأخر وصولها للجزائر، ومنه ضمان وفرة المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية نظرا لخصوصيتها، وحماية وتعزيز الإنتاج المحلي.

وبخصوص إلزامية إيداع نسبة 120 بالمئة من قيمة الفاتورة المستوردة لدى البنك الموطن للعملية في إطار توطين الواردات الموجهة للبيع على الحالة قبل ثلاثين يوم من إرسال البضائع المستوردة كضمان في شكل ودائع وأو عن طريق خطوط قرض التي تبقى مفتوحة من طرف البنوك، قام"بنك الجزائر" بإعفاء شركات الأدوية منها، نظرا لكونه شكل عائقا بالنسبة للمؤسسات الصيدلانية، وأنتج ارتفاعا في التكاليف لم تعد

---

[1] بن خدة حسيبة، قواعد الممارسات التجارية المطبقة في مجال الاستيراد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2021-2022، ص 422.

المؤسسات المتخصصة في فرع الصناعة الصيدلانية قادرة على تحمله، الأمر الذي كان سيخلف تبعات على مجال الصحة وسوق الدواء.

المطلب الثاني: مظاهر الدعم خلال تعثر القروض

تنتج القروض المتعثرة عن إخفاق العميل في سداد التزاماته في ميعادها المحدد سواء كان ذلك مقبول أو غير مقبول، أو كان بسبب مماطلة العميل أو أمور خارجة عن إرادته.وفي حالة التعثر غير الإرادي للقروض المستهلكة من طرف العملاء، يسعى البنك إلى تنفيذ دور المرافق الداعم لعملائه الناشطين في قطاع الصناعة الصيدلانية، حيث يقوم البنك بتطبيق إجراءات ودية علاجية وقائية لإقالتهم من التعثر، وهذا ما حدث فعلا في حالة حدوث أزمة كورونا التي أدت إلى تعطيل كل القطاعات الاقتصادية. والتي أدخلت هذه إجباريا تحت نظرية القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، باعتبار أن جائحة كورونا، وفق المنظور القانوني تشكل أمرا خارجيا عن إرادة المتعاقدين[1]،كما أنه و حسب بعض الفقهاء والقانونيين، تم اعتبار جائحة كورونا حالة قوة قاهرة،معتمدين في ذلك على المعايير التقليدية لمنحها هذا التكييف، كون شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة تتوفر في هذه الجائحة[2]. ولم يعرف المشرع الجزائري القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، وإنما أشار إليها فقط كسبب أجنبي معفي من المسؤولية من خلال المادة 947 من ق م ج، إذ جاءفيها: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحدث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه".

وهناك من كيفها بالظرف الطارئ لتوفر شروطه من العمومية، الطابع الاستثنائيالمفاجئ، استحالة دفعه وإرهاق المدين من جراء تنفيذ الالتزام. ونظرا لما سبق يمكننا اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة إذا ما أدت إلى استحالة تنفيذ الالتزام، استحالة كلية أو

---

[1]بوراس لطيفة، التكييف القانوني لفيروس كورونا كوفيد-19 على العلاقات التعاقدية السارية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16 ،العدد 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2021 ،ص156.

[2]ياسين شارد، آيات الله مولحسان، تداعيات جائحة كورونا على الاقتصاد الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد 8 ،العدد 11 ،ديسمبر 4149 ،ص 1742.

جزئية، وتقوم مقام الظرف الطارئ متى أصبح من الصعب تنفيذ الالتزام دون إرهاق المدين وإلحاقه بخسارة فادحة.ولهذا يجب إبراز نوعية الالتزام التعاقدي المزمع تنفيذه في ظل جائحة كورونا، حيث هناك بعض الالتزامات يستحيل تنفيذها كما هو الحال بالنسبة للأشياء المثلية القابلة للهالك بسرعة، ففي هذه الحالة، تعتبر كورونا قوة قاهرة[1]، وهناك بعض الالتزامات التعاقدية التي يكون محلها غير قابل للهالك، لكن يصعب تنفيذها في ظل وباء كورونا، بحيث يصبح تنفيذها مرهق للمدين كما هو الحال بالنسبة لأداء أقساط القروض من طرف المؤسسات بعد تعليق نشاطاتها الاقتصادية بموجب حالة الطوارئ المعلن عليها من جراء تفشي الوباء. وفي هذه الحالة تعتبر كورونا ظرفا طارئا يرهق المدين يبقى الالتزام قائما وليس مستحيلا[2].

وحسب وجهة نظر المختصين المصرفيين، فإن المصارف تعد الطرف الضالع في تسوية هذا الوضع، باعتبارها الطرف المتحكم في ضخ الأموال للعملاء، متخذة في حساباتها كافة التحولات والتغيرات المحتملة وتفعيل الرقابة على الائتمان، وفي سبيل حماية العملاء من مخاطر الإفلاس والزوال لما .قام بنك الجزائر بإصدار تعليمة 05-2020 المؤرخة في 2020/4/6 تتعلق بالإجراءات الاستثنائيةلتخفيف بعض الأحكام الاحترازية المطبقةعلى البنوك و المؤسسات المالية، وبموجبها تم وضع حيز التنفيذ إجراءات بنكية استثنائية تهدف إلى مساعدة المؤسسات الصيدلانية المستفيدة من القروض عن طريق وضع إجراءات ائتمانية ميسرة لحماية الاقتصاد الوطني، و دعم المؤسسات الصيدلانية المتضررة لمواصلة نشاطها الإنتاجي وحماية مناصب الشغل.

تتمثل هذه الإجراءات في:

أولا: إجراء تأجيل آجال لدفع أقساط القرض المتعثرة بسبب الأزمة: حيث تتم عملية تأجيل سداد الأقساط المتأخرة دون تسليط عقوبات على التأخير في التسديد، لإلغائهابالنسبة للديون المستحقة بتاريخ 31 مارس 2020 وتأجيل دفعها إلى تاريخ

---

[1]بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 173-174

[2]بن يسعد عذراء، بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص55.

آخر. ويصاحب تأجيل تسديد أقساط القروض المستحقة وإعادة جدولة الديون تخفيضمعدل سعر الفائدة المتفق عليه والذي أصبح لا يتناسب مع القدرة المالية للعميل، فيطبق سعر فائدة جديد يتماشى مع العائد الذي يحققه النشاط في هذه المرحلة الظرفية. كما يحدد المرسوم 20-239 المؤرخ في 2021/08/31صدر في الجريدة الرسمية عدد52 في 2020/09/02 كيفيات استمرار الخزينة العمومية في التكفل، بصفة استثنائية،بتخفيض نسبة الفائدة على القروض الممنوحة من طرف البنوك والمؤسسات المالية لفائدة المؤسسات والخواص الذينيواجهون صعوبات بسبب وباء فيروس كورونا ويتيح للبنوك السماح بتأجيل تسديد أقساط القروض المستحقة أو إعادة جدولتها للعملاء المتضررين من جراء تداعياتجائحة كورونا.

ثانيا: إجراء إعادة جدولة الديون. والذي يمكن أن يتخذ في حالة التأكد من أن المقترض غير قادر على السداد لأسباب خارجة عن إرادته، كما هو عليه الحال خلال تعرضه لأزمة مالية ناتجة عن تدهور الأوضاع الاقتصادية أو الصحية أدت إلى توقفه عن الوفاء بالتزامه[1].. حيث تقوم المصارف بإعادة النظر في بنود وشروط القروض السابقة للتعثر عن طريق إعادة النظر في قيمة القسط، مسألة الفوائد المستحقة والتي ستستحق، غرامات التأخير المقررة نتيجة عدم تسديد الأقساط في تاريخها، حيث تفضل المصارف اللجوء إلى هذه العملية كبديل أفضل من إشهار إفلاس العميل باعتباره إجراء يصون حقوق المصرف بالكامل مقارنة مع تصفية موجودات العميل والتي قد لا تكفي للوفاء بكل الدين من جهة، ومن جهة أخرى إعطاء تسهيلات للعميل وفرصة لالتقاط أنفاسه وإعادة تنظيم أعماله لمواكبة نشاطه، وتحقيق عائد مناسب يكفي لسداد ديونه.وبخصوص الهيكلة في إطار دعم الحكومة الجزائرية للمؤسسات المتعثرة ماليا من جراء تداعيات الجائحة، نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة للتعليمة سالفة الذكر، على عدم سريان أحكام المادة السابعة للنظام 2014-03 المؤرخ في 2014/02/16 المتعلق بتصنيف وتكوين المؤونات على القروض والاعتمادات للبنوك والمؤسسات المالية على القروض المعاد جدولتها، والتي جاء في محتواها: "في حالة إعادة هيكلة مستحق مصنف

---

[1] هبال عادل، إشكالالقروض المصرفية المتعثرة دراسة حالة الجزائر، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر3 ،2012،ص98.

فإنه يجب إبقاؤه ضمن فئة المستحقات المصنفة التي ينتمي إليها وذلك لمدة اثني عشر شهرا على الأقل، وبعد انقضاء هذه المدة يمكن إعادة تصنيف مستحق معاد هيكلته كمستحق جار، شريطة احترام جدول السداد الجديد والتحصيل الفعلي للفوائد المرتبطة به. في حالة عدم سداد مستحقات معاد هيكلتها، يخفض تصنيف مجملها إلى مستحقات متعثرة، بعد أجل 90 يوما. يجب إبلاغ اللجنة المصرفية وبنك الجزائر كل ثالثة أشهر، بقائمة المستحقات المصنفة التي أعيدت هيكلتها على الأقل مرة واحدة والتي يفوق مبلغها 50000000دج. وتحدد تعليمة لبنك الجزائر كيفيات تطبيق هذا الحكم".

ثالثا: إجراء منح قروض جديدة للمتعثر: يعتبر قرار منح قرض جديد للعميل المتعثر ماليا بسبب جائحة كورونا من أصعب وأخطر القرارات الائتمانية التي يتخذها المصرف من أجل حل مشكلة التعثر، فإذا كان الائتمان الأصلي الممنوح للعميل قد تعثر، يجب أن يكون قرار منح تمويل إضافي فيإطار مرافقة ومساعدة المؤسسات الصيدلانية قرارا سليما ومنتج لآثاره. وفي ظروف جائحة كورونا، وفي إطار الإجراءات المتخذة من طرف السلطات الوطنية للتخفيف من الضيق المالي للمؤسسات، تتمثل شروط اتخاذ قرار منح تمويل جديد للمؤسسات المنتمية لقطاع الصناعة الصيدلانية وفقا للتعليمة السالفة الذكر في:

1- أن يكون العميل متأثرا بالظروف الناجمة عن تفشي وباء كوفيدومستفيدا من إجراءات التأجيل وإعادةالجدولة المادة 5 من نفس التعليمة.

- خضوع قرار منح ائتمان جديد إلى نوعين من التحليل الائتماني، يكمن الأول في التحليل النوعي والذي يحدد مدى رغبة العميل على تسديد التزاماته فيمواعيدها. أما الثاني يتمثل في التحليل الكمي والمراد منه معرفة مدى توافر القدرة على تسديد الالتزامات في مواعيدها، فهناك عدد من النماذج ترتكز عليها البنوك للوصول إلى مبادئ ومعايير الإقراض الجيد، كدراسة شخصية المقترض من حيث السمعة، الصدق، الأمانة، والنزاهةوالتي تنعكس على مدى رغبته في سداد، ومدى توفر الضمانات الكافية لرد القرض، القدرة على الوفاء بالقرض والفوائد من خلال دراسة مركزه المالي.

خاتمة:

يعتبر قطاع الصناعة الصيدلانية قطاعا استراتيجيا لذلك نجد رئيس الجمهورية منح أهمية كبيرة للتمويل المصرفي لهذا القطاع ويحفز على التصدير والنهوض بالاقتصاد الوطني،لأن المؤسسات الصيدلانية اليوم تعتبر مصدرا للثورة، وتعتبر الركيزة الأساسية لتحقيق الأمن الصحي في البلاد، ومن بين الوسائل المكرسة لهذا الأمن مساهمة المصارف في تمويل هذا القطاع الحساس بمختلف القروض المصرفية من أجل سد الفجوات التمويلية التي يمكن أن تعترضه، فالبنوك تعتبر شريكا رئيسيا ومهما في مجال تمويل الصناعة الصيدلانية.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى عدة **نتائج** أهمها:

– بالنسبة لصيغ التمويل المصرفي لقطاع الصيدلانية نجدها هي نفسها التي تطبق على القطاعات الأخرى وليس لها أية خصوصية رغم أن القطاع الصيدلاني في حقيقة الأمر قطاع خاص وهو من الأنشطة المقننة،

– حتى وإن كان هذا القطاع من القطاعات الإستراتيجية، إلا أنه لا يستفيد من حق القرض، باعتبار أن القرض يخضع لعنصر الثقة أولا ومقيد باحترام مقتضيات السياسة الائتمانية وقواعد الحذر للحد من المخاطر التي تكتنف العمليات المصرفية. بالإضافة إلى أن قطاع الصناعة الصيدلانية قطاع محفوف بالمخاطر لذلك نجد البنوك تتعامل معه بحذر ومتخوفة غير أنه يمكن أن يستفيد من تسهيلات ائتمانية نظرا لخصوصيته والدور الهام الذي يلعبه في القطاع الاقتصادي.

–بالإضافة إلى ذلك جائحة كورونا التي أكدت أهمية قطاع الصناعة الصيدلانية ذلك لأن كل القطاعات تقهقرت بسبب الأزمة الصحية العالمية إلا قطاع الصناعة الصيدلانية الذي انتعش في الدول الأوروبية.

–عدم وجود سوق مالي حقيقي، كما أن البورصة في الجزائر لم تندمج في الأسواق المالية العالمية.

–أن المصارف تدعم هذا القطاع منذ تاريخ منح القرض، تسييره حتى في حالة حدوث تعثر في السداد.

– الإجراءات المقررة لمرافقة مؤسسات قطاع الصيدلانية خلال أزمة كورونا ليست إلزامية وآلية وإنما تخضع للسلطة التقديرية للمصرف المانح للقروض.

ومن خلال هذا البحث يمكن اقتراح بعض **التوصيات** أهمها:

-ضرورة مساهمة البنوك في تمويل قطاع الصناعة الصيدلانية باعتباره قطاعا استراتيجيا ومصدرا للثروة وذلك عن طريق إصلاح المنظومة البنكية من خلال إتباع أدوات وقواعد التسيير البنكي وفق المعايير الدولية.

-ضرورة توفير المعلومات المالية من طرف بنك الجزائر وانتهاج أسلوب الشفافية لاجتناب المضاربة.

- ضرورة منح التحفيزات المصرفية للمستثمر في مجال الصناعة الصيدلانية.

-هناك ضرورة ملحة لتركيز جهود الصناعة الصيدلانية في الجزائر على البحث والتطوير سواء فيما يتعلق بالمنتجات الدوائية أو الابتكار أو التكنولوجيا الدوائية، وذلك من أجل دعم تنافسية الصناعة الصيدلانية المحلية في وجه المنتجات الأجنبية.

-ضرورة إسهام الكفاءات الجزائرية الموجودة داخل وخارج الوطن في الصناعة الصيدلانية وإنعاش الاقتصاد الوطني.

- تقرب المصارف من المهنيين في مجال الصحة من صيادلة والمهنيين في المستشفيات بعرض مختلف التمويلات التي يقدمها لهم في هذا المجال، مع العديد من الخدمات والمنتجات المبتكرة التي تواكب متطلباتهم واحتياجاتهم.

-تيسير إجراءات توطين الصادرات المتعلقة بقطاع الصناعة الصيدلانية، مع دعم المصارف لها في إطار القروض المتعلقة بالتجارة الخارجية، وهذا بهدف الولوج إلى الأسواق الدولية.

- مساهمة البنوك في ترقية قطاع الصناعة الصيدلانية ودعمه لتعزيز الإنتاج المحلي للأدوية.

- حث المصارف على تقديم تحفيزات وتسهيلات في إطار التمويل من حيث منح القروض الاستثمارية والاستغلالية بمعدلات فائدة منخفضة وعدم تغطية مخاطر الصرف الناتجة عن قروض التجارة الخارجية.

- تسهيل إجراءات منح التمويل نظرا للطابع الاستراتيجي لهذا القطاع وتعلقه بحق دستوري أي الحق في الصحة والذي يعد من النظام العام.

- العمل على إنشاء بنوك متخصصة لمرافقة هذا القطاع الحساس في الشق المصرفي بمختلف جوانبه، مع تدخل الدولة لضمان بعض القروض الإستراتيجية.

قائمة المصادر والمراجع

أولا-المصار القانونية

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني،الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 78،بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
2. -الأمر رقم 96-09 يتعلق بالإعتماد الإيجاري المؤرخ في 1996/01/10، ج ر ج ج عدد 3 الصادرة في 1996/01/14.
3. مرسوم تنفيذي رقم 20-239 مؤرخ 31 أوت 2020 يتضمن تعزيز تدابير تخفيف نظام الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 52 المؤرخ في 02 سبتمبر 2020.
4. مرسوم تنفيذي رقم 21-446 مؤرخ في 9 نوفمبر 2021 يتضمن تدابير نظام الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 86 المؤرخ في 11 نوفمبر 2021.
5. -مرسوم تنفيذي رقم 22-298 مؤرخ في 2022/09/08، يحدد تنظيم الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار وسيرها، ج ر ج ج عدد 60 الصادرة في 2022/09/18.
6. نظام بنك الجزائر 2007-1 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة ج.ر عدد 31 الصادرة في 2007/05/12 المعدل والمتمم المعدل والمتمم بالنظام 01/2021 المؤرخ في 2021/03/28 .ج.ر. عدد 30 صادرة في 2021/04/22.

ثانيا-المراجع

1-المراجع باللغة العربية

1. أحمد بوراس، تمويل المنشآت الاقتصادية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2008.
2. الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2007، الجزائر.
3. شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، الطبعة 5، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.

4. إبراهيمي عبد الله، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مواجهة مشكل التمويل، 2006.
5. صلاح الدين حسن السيسي، القطاع المصرفي والاقتصادي الوطني، عالم الكتب، القاهرة، 2003.
6. جليلة مصعور، مسؤولية البنك عن الإئتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون –تخصص قانون الأعمال، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2016.
7. بلول أعمر، النظام القانوني لعمليات الإئتمان المصرفي، مذكرة لنيل الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2003.
8. حسين بلعجوز، مخاطر صيغ التمويل في البنوك الإسلامية، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2009.
9. كمال العقريب، القطاع المالي في ظل تحرير حركة رؤوس الأموال وتحدي الأزمات المالية –دراسة نماذج من الدول العربية، أطروحة دكتوراه في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 3، 2012.
10. بن خدة حسيبة، قواعد الممارسات التجارية المطبقة في مجال الاستيراد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2021-2022.
11. هبال عادل، إشكالية القروض المصرفية المتعثرة، مذكرة مقدمة لنيل شهادةماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر3 ،2012.
12. إبراهيم اوراغ، محمد السعيد مزياني، أنواع العمليات المصرفية التقليدية والالكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 5، العدد 3، 2008.
13. بن يسعد عذراء، بوحلايس إلهام، مواجهة التأخر في سداد القروض المصرفية فيالجزائر إثر جائحة كورونا، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 6 ،العدد 4، 2021.
14. بوراس لطيفة، التكييف القانوني لفيروس كورونا كوفيد-01 على العلاقاتالتعاقدية السارية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16 ،العدد 4 ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2021.

15. شراد ياسين، آيات الله مولحسان، تداعيات جائحة كورونا على الإقتصادالجزائري، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد 8 ،العدد 3 ،ديسمبر.2021.

2-المراجع باللغة الأجنبية

1. A.BOUDINOT et J.C. FRABOT, techniques et pratiques bancaires, 2eme Ed, Edition Sirey, 1972, paris.
2. Herbert de la BRUSLERI, analyse financière de risque de crédits, Ed Dunod, 1990, paris,
3. Denis DESCLOS, analyses-crédit des pme, Ed Economica, 1999, paris, p 34.
4. M.GHENAOUT, crises financières et faillites des banques algériennes, Ed Gal, 2004, Alger.
5. Lakhlef Youcef, Medouni Zakaria Mahdi, Le financement bancaire des PME-cas BNP-PARISBAS, mémoire de fin d'études en vue de l'obtention du diplôme de master en sciences financières et comptabilité, spécialité: finance banque, 2018.
6. Hocine BENISSAD, la réforme économique en Algérie, OPU, Alger, 1991.
7. Bernard SAINTOURENS et Denis GATUMEL, droit du crédit, droit du travail, librairie Vuibert, 1996.
7. Martine BOIZARD, intérêts et commission, fixation des taux d'intérêts, JCP banque et crédit, Fas. 510, T 2, 1988.

الصناعة الصيدلانية في إطار أنظمة الصيرفة الإسلامية في الجزائر

د. مروك أحمد

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

مقدمة :

من المعروف أن الصناعة الصيدلانية هي القطاع الاقتصادي المتعلق بأنشطة البحث، إنتاج و تسويق الأدوية، في إطار الطب البشري أو الحيواني (المعيار الموضوعي) أو أنها الأنشطة التي تمارسها المخابر الصيدلانية و الشركات البيوتكنولوجية (المعيار العضوي).

و تعتبر الصناعة الصيدلانية من الأنشطة الأكثر تحقيقا للأرباح في العالم و يرجع أساسا هذا الى الحاجة الماسة و المستمرة للأدوية، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار النسبة المتزايدة للشيخوخة و كذا تسهيل الولوج لخدمات الطب في دول عديدة.

والصناعة الصيدلانية وليدة العصر الحديث، حيث كانت الأدوية قبل القرن 19 تُصنع من قبل الصيادلة فكل صيدلي يقوم بتحضير الدواء عن طريق خلط لمكونات نباتية أو معدنية. أما الصناعة الصيدلانية الحديثة فقد ظهرت في أواخر القرن 19 مع تطور الأدوية الناتجة عن الكيمياء حيث أن المخابر الصيدلانية العالمية تعمل دائما على تطوير عنصر الكيمياء و لا زالت تحقق نمواإقتصاديا منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، ومن أقوى الشركات المهيمنة حاليا في مجال الصناعة الصيدلانية نذكر على سبيل المثال الشركات المتعددة الجنسيات الآتية:

- PFIZER
- MERCK & CO
- HOFFMANN
- NOVARTIS
- SANOFI-AVENTIS

وحتى تزدهر الصناعة الصيدلانية وجب على المخابر الصيدلانية أن تتمتع بوفرة مالية تمكنها من تحمل التكاليف الباهضة لإنتاج الأدوية أولا وكذا التحكم في مختلف تقنيات الإنتاج الحديثة ثانيا، و نظرا لعدم توافر هذين العاملين في الدول النامية فإنها تلجأ الى استيراد الأدوية، و من هنا برزت الحاجة الى البنوك لتمويل المخابر الصيدلانية قصد إقامة صناعة صيدلانية وفقا للمعايير الدولية.

ففي فرنسا، ينشر البنك المركزي الفرنسي شهريا عبر موقعه الالكتروني الرسمي منحنى بياني يمثل النشاط الصيدلاني، من حيث الإنتاج و التوزيع، المخزونات و الطلبيات و كذا الحصيلة المتنبئ بها للشهر المقبل. و الهدف من هذه الدراسة الدقيقة هو مساعدة البنوك التجارية على دراسة ملفات زبائنها في اطار تمويل الصناعة الصيدلانية.

و على الصعيد الافريقي، قرر البنك الافريقي للتنمية (BAD) تخصيص غلاف مالي قدره 3 ملايير دولار أمريكي قصد تمويل الصناعة الصيدلانية و الدفع بعجلة التنمية في الدول الافريقية النامية في هذا المجال و هذا حتى تصبح قادرة انتاج الأدوية محليا بدل استيرادها. و قد أظهرت جائحة كورونا أكثر من أي وقت مضى، ضرورة الحصول على التمويل البنكي من أجل بناء صناعات صيدلانية محلية بحيث ظلت الدول النامية تحت رحمة الدول المتقدمة التي وزعت عليها مضادات فيروس كوفيد-19 بالقدر و في الأجل الذي رغبت فيه.

أما في الجزائر، فقد أضحى موضوع الصناعة الصيدلانية محور اهتمام السلطات العمومية و في هذا الاطار قرر رئيس الجمهورية في عام 2021 انشاء حقيبة وزارية جديدة خاصة بالصناعة الصيدلانية. كما توجهت البنوك الجزائرية الى تمويل الصناعة الصيدلانية و على رأسها القرض الشعبي الجزائري (CPA) و البنك الوطني الجزائري (BNA). هذا الأخير و في شهر ماي من العام الجاري (2022) شارك في صالون الجزائر-هيلث كار- في السينغال باعتبار هذا البلد قطب اقتصادي مهم في القارة الافريقية يتمتع بسوق صيدلاني وطني في نمو مستمرو انبثق عن هذا الصالون نتيجتين:

- الامضاء على بروتوكول اتفاق بين وزارة الصناعة الصيدلانية الجزائرية و وزارة الصحة السنغالية.
- اطلاق البنك الوطني الجزائري لمنتوج تمويل المخابر الصيدلانية الراغبة في الاستثمار في الصناعة الصيدلانية في السنغال.

و عليه، البنوك الجزائرية تعرض على المخابر الصيدلانية قروض الاستثمار قصد تمويل مشاريعهم الخاصة بالصناعة الصيدلانية (شراء مصنع، تجهيزه بالآلات و المعدات الحديثة) و هذا هو المنتوج الكلاسيكي للبنوك قصد تمويل شتى أنواع الاستثمارات، ومن بينها البنوك الإسلامية.

فالبنوكالإسلاميةجزءمنالنظامالبنكي،لاتنفصلعنأحكامهأو
قواعدهونظمهاالإشرافيةوالرقابيةالتييخضعلأحكامها،ورغمأنهناك
اختلافاتجوهريةبينالبنوكالإسلاميةوغيرهامنالمؤسساتالبنكيةوغير

البنكية الأخرى، بحكم خصائص معاملاتها المتميزة وارتباطها بأحكام
الشريعة الإسلامية الغراء، إلا أن البنوك الإسلامية تخضع للإشراف نفس
الأجهزة البنكية وغير البنكية التي تخضع لها البنوك التقليدية أيضا، ويعد
البنك المركزي في أي دولة من الدول، السلطة الأولى التي لها الحق في الوضع والرسم والإشراف على تنفيذ السياسات النقدية بجوانبها المختلفة، فالبنك المركزي
للدولة يقوم بمتابعة أعمال البنوك الإسلامية للتأكد من عدم تعارضها مع
هذه السياسات والتزامها بتعليمات وقرارات وتوجيهات المبلغة للبنوك في هذا
الخصوص، مثلها في ذلك كمثل جميع الوحدات البنكية العاملة في الدولة كما تخضع هذه البنوك
إلى رقابة من نوع أخر هي الرقابة
الشرعية قصد ملائمة أعمالها المصرفية لقواعد الاستثمار والتمويل في
الشريعة الإسلامية، والتأكد من مدى التزام المصارف الإسلامية بها، ومدى
فعاليتها وتكيفها مع المستجدات المالية والاقتصادية بما يخدم التنمية الاقتصادية للدول,

وبناء على ذلك يمكن طرح الإشكالية التالية :

هل تتلائم أنظمة الصيرفة الإسلامية مع مقتضيات الإستثمار في مجال الصناعة الصيدلانية ؟

انطلاقا من هذه الإشكالية ،ولمعرفة مدى ملائمة أنظمة الصيرفة الإسلامية و مقتضيات الإستثمار في مجال الصناعة الصيدلانية ، ستتم هذه الدراسة وفقا للنصوص القانونية الصادرة عن بنك الجزائر ،لاسيما:

- نظام بنك الجزائر 20-02 المؤرخ في 15 مارس 2020.
- تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 المؤرخة في 02 أفريل 2020.

لقد سعت الجزائر إلى تشجيع الاستثمار الذي يعتبر أكبر مساهم لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وهذا لا يتحقق إلا بتوفر جهاز مصرفي. وباعتبار الجزائر من الدول الإسلامية،فقد قامت بإنشاء بنك إسلامي والمتمثل في بنك البركة وبنك السلام اللذان يعتبران نموذجا للبنوك الإسلامية في الجزائر، واللذان يراعيان في معاملاتهما أحكام الشريعة الإسلامية.

وتتعدد أنظمة تمويل البنوك الإسلامية للمشاريع الإستثمارية المتعلقة بالصناعة الصيدلانية ، سنتطرق لها فيما يلي:

أولا: المشاركة

1 – تعريف المشاركة:

المشاركة هي أسلوب تمويلي يشترك بموجبه البنك مع طالب التمويل في تقديم المال اللازم لصفقة معينة أو مشروع معين، و هذا من أجل الحصول على الأرباح. المشاركة في صفقة معينة هي

مثلا أن يدخل البنك مع شركة سياحية في عملية شراء أسطول نقل بري أو مع مصنع للأحذية في شراء المادة الخام اللازمة لصنع الأحذية خلال دورة انتاج معينة، أما المشاركة في رأس مال مشاريع إنتاجية أو خدماتية فهي مثلا أن يشترك البنك و زبونه في شركة مساهمة و في هذه الحالة تتخذ المشاركة أسلوب شراء عدد معين من أسهم تلك الشركة[1].

و تكفلت المادة 06 من نظام بنك الجزائر رقم 20-02 و المادة 14 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 بتعريف المشاركة من الناحية القانونية على أنها عقد يبرم بين البنك أو مؤسسة مالية مع شخص أو عدة أطراف، بهدف المشاركة في رأسمال مؤسسة أو في مشروع أو في عمليات تجارية من أجل تحقيق أرباح.

فمن خلال المشاركة يتم توزيع مخاطر الاستثمار بين البنك و الزبون كما يتم توفير الجهد بسبب اقتسام المسؤوليات بينهما[2].

2 – أركان المشاركة:

للمشاركة ثلاثة (03) أركان تتمثل فيما يلي:

أ – تعدد الشركاء:

المشاركة تبرم بين شخصين على الأقل وهما البنك أو المؤسسة المالية و شخص اخر أو عدة أشخاص. و الامضاء على عقد المشاركة يعتبر بمثابة تجسيدا ماديا لنية الاشتراك.

ب – تقديم الحصص وفقا للمادة 15 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03:

تكون المساهمة في رأسمال الشركة في شكل حصص نقدية و/أو عينية بحيث يجب كل شريك أن يقدم حصص معينة و التي يجب أن تحدد بوضوح أي يجب تبيان حصة كل شريك بطريقة لا تثير أي لبس أو غموض في عقد المشاركة، كما يجب أن يحدد هذا العقد القيمة الصحيحة للحصص العينية.

عقد المشاركة يجب أن يحدد كل الإجراءات و الشروط الخاصة بفسخ و حل الشركة و توزيع أصولها.

ج – اقتسام الأرباح و الخسائر طبقا للمادة 16 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03:

يسعى أطراف عقد المشاركة الى تحقيق الأرباح فاذا ما حققوا هذا الهدف اقتسموه و اذا لم يحققوا مبتغاهم سيتحملون و سيتكبدون الخسائر الناتجة عن ذلك.

بالنسبة للأرباح، يتم توزيعها وفقا لصيغة التوزيع المتفق عليها مسبقا بين الأطراف الا أنه يجوز الاتفاق على تعديل هذه الصيغة، لاحقا، في مرحلة توزيع الأرباح.

---

[1] مسدور فارس، التمويل الإسلامي من الفقه الى التطبيق المعاصر لدى البنوك الإسلامية، المرجع السابق، ص ص 140 .141

[2] بني هاني حسين، اقتصاديات النقود و البنوك، المبادئ و الأساسيات، دار و مكتبة الكندي، الأردن، الطبعة الأولى، 2017، ص 266.

مسدور فارس، المرجع نفسه، ص 140.

و يعبر عن توزيع الأرباح وجوبا بنسب مئوية منها و عليه لا يجوز تحديد الأرباح بمبلغ جزافي أو بنسبة مئوية من المساهمة في رأس المال.

و بالمقابل، يجب أن يتحمل كل شريك الخسائر بحسب نسبة مشاركته في رأس المال أي يتم تكبد الخسائر بالتناسب مع المساهمات في رأس المال.

3 – أنواع المشاركة:

حددت المادة 17 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 أنواع المشاركة على النحو الاتي:

أ – المشاركة الثابتة:

المشاركة الثابتة هي المشاركة التي تبقى فيها حصة البنك في رأس مال المشروع، ثابتة طيلة فترة المشاركة التي حددها العقد.

و يشار الى هذا النوع من التمويل أيضا بالمشاركة الدائمة أو المشاركة في رأسمال المشروع، وفيها يشارك البنك في أسهم أي شركة عن طريق التمويل في المشروع المشترك، و في هذا النوع من المشاركة يبقى لكل شريك حصصه الثابتة في المشروع الى حين انتهاء الشركة أو قيام أحد الشركاء ببيع أسهمه[1].

ب – المشاركة المتناقصة أو المنتهية بالتمليك:

هذه المشاركة هي عندما يلتزم البنك، بموجب تعهد أحادي الطرف منفصل عن عقد المشاركة، بالتنازل عن حصته في رأس المال الى شريك واحد أو عدة شركاء، وفقا لإجراءات الخروج المتفق عليها.

فالمشاركة المتناقصة أو المنتهية بالتمليك هي أن يقوم البنك بتقديم جزء من رأسمال المشروع على أن يسترجعه خلال فترة معينة، و يصلح هذا النوع من التمويل في حالة رغبة الشريك في الاستثمار بالمشروع لنفسه بعد فترة معينة، و يكون من حقه أن يحل محل البنك في ملكية المشروع بعد أن يعوضه في حصصه على شكل دفعات و هذا بحسب النمط و الشروط المتفق عليها، و من المجالات المناسبة لهذا النوع من التمويل: قطاع النقل و المباني بوجه خاص و ان كان هذا لا يمنع من العمل به في غير ذلك من المجالات. و عليه، تقوم المشاركة المتناقصة على عنصرين:

- انسحاب البنك من الشركة بموافقة الشريك الآخر (أو الشركاء الأخرين) الذي يحل محل البنك.
- الشروط و الكيفيات التي يتم فيها تحويل حصة البنك (الشريك المنسحب) الى الشريك الباقي، تدريجيا كأن يتم الاتفاق على دفع الشريك الباقي لنسبة من أرباحه الى البنك كلما تحقق ذلك، مقابل تملك حصة أكبر في الشركة و هكذا الى أن يحل تماما محل البنك بعد فترة معينة[2].

4 – تسيير الشركة:

---

[1] مسدور فارس، التمويل الإسلامي من الفقه الى التطبيق المعاصر لدى البنوك الإسلامية، المرجع السابق، ص 142.

[2] نعيم نمر داوود، البنوك الإسلامية نحو اقتصاد إسلامي، المرجع السابق، ص ص 149 150.

بناء على نص المادة 18 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03، يمكن أن يتفق الشركاء على تعيين مسير بإحدى هاتين الطريقتين:

- تكليف واحد من الشركاء أو أكثر كمسير.
- تعيين مسير غير شريك، مقابل دفع راتب ثابت له أو نسبة مئوية من الأرباح أو كليهما، و هذا ينطبق أيضا على الشريك المسير بموجب عقد منفصل.

ثانيا: المضاربة

1 – تعريف المضاربة:

في الكثير من الأحيان نجد شباب يمتلكون القدرة على العمل و الذكاء و الابتكار و المعارف الفنية و التحكم في التكنولوجيات الحديثة، لكنهم يفتقدون للمال الازم لتحقيق مشاريعهم و أعمالهم و ابتكاراتهم و بصفة عامة القيام بنشاطاتهم الاقتصادية، و من هنا طور الفكر المالي الإسلامي عقد التمويل بالمضاربة لإيجاد حل لهذه المشكلة و حتى يستفيد الاقتصاد الوطني من قدرات الشباب و بالتالي ترى مشاريعهم النور و لا تخسر الدولة تلك الخبرة التي يمكن أن تجني الكثير من الأرباح على الاقتصاد.

يقول العالم "ابن رشد" أن المضاربة هي: « أن يعطي الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال، أي جزء مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا» و يرى العديد من العلماء و الفقهاء أن المضاربة تخلق فرص التشغيل و بهذا هي تعالج العديد من المشاكل الاقتصادية لا سيما البطالة و سوء توزيع الثروة و الركود الاقتصادي و عليه فالمضاربة تهدف الى تحقيق التكامل بين عناصر الإنتاج و التي هي: العمل، رأس المال، الموارد الاقتصادية[1].

و المضاربة من الناحية القانونية هي عقد يقدم بموجبه البنك باعتباره مقرضا للأموال ، رأس المال الازم، للمقاول "المضارب" الذي يقدم عمله في مشروع من أجل تحقيق أرباح، و هذا ما نصت عليه المادة 07 من نظام بنك الجزائر رقم 20-02 و المادة 01/19 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03.

ففي عقد المضاربة يقوم البنك الإسلامي بتقديم التمويل الكامل الذي يحتاجه الزبون المضارب، و يمثل البنك صاحب المال، بينما يمثل الزبون صاحب الخبرة و المقاول الذي يقدم جهده و عمله في المشروع. فيقوم البنك و الزبون بتوحيد حصصهم (الأول يقدم حصة مالية بينما الثاني يقدم حصة بعمل) من أجل إنجاح مشروعهم و الحصول على الأرباح. ولهذا تعتبر المضاربة وسيلة لتحويل عنصر المال الى انتاج عن طريق عمل مشترك يقوم به البنكو الزبون المضارب[2].

---

[1] بني هاني حسين، اقتصاديات النقود و البنوك، المبادئ و الأساسيات، المرجع السابق، ص ص 265 266.

[2] محمد الفاتح محمود البشير المغربي، السياسات النقدية و البنوك الإسلامية، المكتبة العصرية، مصر، الطبعة الأولى، 2017، ص117.

ومساهمة البنك في المشروع قد تكون بموجب حصص نقدية أو عينية أو كلاهما، لكن يجب تحديد قيمتها في عقد المضاربة و هذا ما نصت عليه المادة 02/19 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03.

و يجب أن يحدد عقد المضاربة أيضا طبقا المادة 21 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03، طبيعة و قيمة الضمانات المقدمة من طرف المقاول المضارب مقابل أي اهمال أو خطأ أو انتهاك من جانبه للبنود التعاقدية بحيث يمكن للبنك أن يشترط عليه أي ضمانا يعتبره في نظره ضروريا أو مناسبا.

2 – إدارة و رقابة المشروع:

تكفلت المادة 20 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 بتبيان صلاحيات كل شريك فيما يتعلق بإدارة و رقابة المشروع على النحو الاتي:

أ – توكل مهمة إدارة أموال المشروع محل عقد المضاربة الى المقاول بصفة كلية و عليه لا يحق للبنك المشاركة في ادارتها.

ب – يمنح للبنك سلطة الرقابة و سلطة التحقق في حسابات المضاربة و كذا الوثائق ذات الصلة التي يمسكها المقاول المضارب طبقا للتشريع المعمول به.

3 – أنواع المضاربة:

فرقت المادة 23 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 بين نوعين من المضاربة، وهما:

أ – المضاربة المطلقة:

المضاربة المطلقة هي المضاربة التي يكون فيها للمقاول المضارب الحرية في اختيار الاستثمارات التي يريد تحقيقها، شريطة السهر على تحقيق مصلحة الطرفين، قصد بلوغ هدف المضاربة.

في هذا النوع من المضاربة يفوض البنك المقاول إدارة عمليات المضاربة دون أي قيد، لكن في حدود تحقيق مصالحهم المشتركة.

و عليه، في المضاربة المطلقة يمنح البنك للمقاول المضارب حرية التصرف في أنشطة المضاربة وفقا لإرادته و كيفية ادارته للمشروع و معرفته الفنية و أمانته[1].

ب – المضاربة المقيدة:

هذه المضاربة هي المضاربة التي يضع فيها البنك قيودا و حدودا على نشاط المقاول المضارب وذلك فيما يخص الجوانب الاتية: قطاع النشاط و كيفيات و شروط الاستثمار و أي جانب اخر يراه البنك مناسبا.

4 – آثار المضاربة:

[1]خبابة عبد الله، الاقتصاد المصرفي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص 251.

تختلف اثار عقد المضاربة باختلاف النتيجة المالية التي حققها المشروع ما بين العوائد الإيجابية أي الربح أو العوائد السلبية وهي الخسارة.

و قد فصلت المادة 22 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 في أحكام آثار عقد المضاربة على النحو الاتي:

أ – توزيع الأرباح:

بالنسبة لصيغة توزيع الأرباح المحققة، يجب الاعتماد على الصيغة المتفق عليها مسبقا بين البنك و المقاول المضارب أي الصيغة المحددة في عقد المضاربة، الا أنه في اطار مبدأ سلطان الإرادة يجوز للبنك و المقاول الاتفاق لاحقا على تعديل صيغة توزيع الأرباح.

و فيما يخص العوائد الايجابية الواجب توزيعها، يجب أن تحتسب على أساس نسبة من الربح المحقق لا على أساس مبلغ جزافي أو نسبة مئوية من المساهمة في رأس مال المشروع.

و يقصد بالربح في هذا السياق هو الربح الصافي و هو الربح الناتج بعد انتقاص مجمل الأعباء المتعلقة بالمشروع و كذا مقابل رأس المال الذي يتم استرجاعه.

و ما تجدر ملاحظته، أن عقد المضاربة يجب أن يتضمن بنودا تتعلق بالمسائل الاتية:

- مدة المضاربة.
- كيفية توزيع صافي الربح.
- عند الاقتضاء، كيفيات و شروط و قواعد مراجعة المضاربة و تمديدها و تصفيتها.

ب – تحمل الخسائر:

اذا ترتب على الاستثمار في المشروع وقوع خسارة مالية، يتحمل البنك لوحده هذا الأثر السلبي.

لكن، اذا أدى المقاول بسلوكه المتمثل في تجاوز أو اهمال أو احتيال أو انتهاك للشروط التعاقدية، الى وقوع تلك الخسارة، سيتحمل هو المسؤولية، بصفة كلية أو جزئية، عن الضرر الفعلي الذي وقع.

و في حالة المضاربة التي تتعدد فيها البنوك، تتحمل هذه الهيئات الخسارة بالتناسب مع حصصها في رأسمال المشروع.

ثالثا: الإجارة

تعريف الإجارة

بحسب المادة 8 من نظام بنك الجزائر رقم 20-02 و المادة 24 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03، الإجارة هي عقد يضع بموجبه البنك سلعة يملكها، منقولة كانت أو عقارا، تحت تصرف الزبون، على سبيل الايجار، لفترة محددة، على أن يدفع هذا الأخير مقابل الايجار المحدد في هذا العقد.

و يفهم من هذا التعريف أن الإجارة هي عقد ايجار يحتوي على طرفين: البنك باعتباره مؤجرا و الزبون بصفته مستأجرا، و بموجبه يؤجر الأول للثاني سلعة معينة مقابل دفع بدل الايجار المتفق عليه مسبقا في العقد.

تختلف مدة الإجارة بحسب طبيعة السلعة المؤجرة فعادة ما يكون الحد الأدنى لمدة الاجارة هو ثلاثة أشهر و قد تمدد هذه المدة لتصل الى 30 سنة في العقارات.

و تنصب الإجارة على مختف السلع لا سيما السفن و الطائرات و العقارات و الآلات[1]، كما تنصب على المعدات الغالية الثمن و التي لا يكون استخدامها متواصلا و بالتالي يصعب على رجال الأعمال و خصوصا أصحاب المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، شراء هذا النوع من المعدات[2].

شروط الإجارة

حددت المواد 25 و 26 و 27 و 30 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 شروط الإجارة في أربعة نقاط و هي كالآتي:

1 – أن يكون محل الإيجار سلعة لا تتلف بسبب الانتفاع بها.

2 – أن ينص العقد بصفة صريحة و واضحة على مبلغ بدل الايجار و الذي يمكن أن يكون ثابتا أو متغيرا بحسب اتفاق الأطراف. لكن اذا كان مبلغ الايجار محددا بالصيغة الثانية أي الصيغة المتغيرة، وجب أن ينص العقد صراحة على كيفيات تحديده.

3 – تحديد مدة الإيجار، وهذا ما يجب أن ينص عليه صراحة عقد الاجارة.

و يبدأ سريان مفعول الإيجار من تاريخ وضع البنك السلعة تحت التصرف الفعلي للزبون. فيفهم من هذا أن العبرة في تحديد تاريخ بداية سريان عقد الاجارة هي لحظة وضع البنك السلعة بين أيدي زبونه لا لحظة الامضاء على العقد.

4 – تقديم الضمانات، فيمكن للبنك أن يطلب الحصول على أي ضمان يراه ضروريا لتحصيل بدل الايجار أو لتفعيله في حالة ما اذا ثبت أن المستأجر صدر منه سلوكا يدل على التدهور أو الإهمال.

آثار عقد الإجارة

عملا بنص المادة 28، 30، 31 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 يترتب على عقد الاجارة نوعين من الالتزامات، النوع الأول يخص البنك أما النوع الثاني فهو يتعلق بالزبون

1 – التزامات البنك:

---

[1] البكري أنس و صافي وليد، النقود و البنوك بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 136.

[2] نعيم نمر داوود، البنوك الإسلامية نحو اقتصاد إسلامي، المرجع السابق، ص 156.

أ – تحمل الالتزامات الناتجة عن مسؤوليته على السلعة موضوع عقد الاجارة، خلال الفترة التعاقدية، طالما لم يكن هناك أي تدهور أو اهمال أو نقص في الصيانة من طرف الزبون.

ب – دفع تكاليف التأمين و التي يمكن للبنك أن يأخذها بعين الاعتبار عند تحديد بدل الايجار.

2 – التزامات الزبون:

أ – تحمل مسؤولية الصيانة التشغيلية أو الدورية (العادية) طبقا للتشريع المعمول به.

ب – دفع مبلغ بدل الايجار المتبقي أو جزء منه في حالة التأخر في تسديد الدين المستحق بدون عذر معتبر و هذا الحكم يمكن أن ينص عليه عقد الاجارة، كما يجوز أن يتضمن أيضا بندا مفاده الالتزام بدفع مبلغ محدد أو في شكل نسبة مئوية من الايجار مع العلم أن هذا المبلغ يرد عليه قيدين، الأول هو وجوب انفاقه في اطار أعمال خيرية و القيد الثاني هو رقابة الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية على هذا الانفاق.

أنواع الإجارة

تنقسم الاجارة الى نوعين بحسب المادة 32 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20–03 :

1 – الإجارة التشغيلية:

الإجارة التشغيلية هي عبارة عن عقد ايجار عادي بحيث يظل البنك مالكا للسلعة المستأجرة أثناء سريان العقد أو حتى بعد انقضاءه و بصيغة أخرى هي ذلك الايجار الذي لا يؤدي الى امتلاك المستأجر للسلعة المستأجرة.

فالإجارة التشغيلية هي عقد ينص على تأجير البنك لسلعة معينة لصالح الزبون مقابل دفع مقابل مالي في الآجال المتفق عليها على أن يرجع الزبون العين المؤجرة عند انقضاء مدة الايجار و بعد إتمام دفع المستحقات الإيجارية[1].

ففي الاجارة التشغيلية يمتلك البنك المعدات و العقارات المختلفة ثم يقوم بتأجيرها الى المستثمرين حسب حاجاتهم، و بالتالي فهي تصلح لتمويل جميع أنواع أصول الشركات و المؤسسات الإنتاجية، كما تصلح لتمويل الخواص من أجل السكن و سائر العقارات و كذا تمويل السلع الاسنهلاكية كالسيارات و الأجهزة الكهرومنزلية[2].

2 – الإجارة التملكية:

الإجارة التملكية تسمى أيضا الاجارة المنتهية بالتمليك أو الاجارة مع إمكانية الشراء (location avec option d’achat) أو الاجارة المقرونة بخيار الشراء.

الإجارة التملكية هي عقد ايجار يتضمن بندا مفاده منح البنك لزبونه إمكانية امتلاك السلعة المستأجرة عند انقضاء المدة المتفق عليها مسبقا في العقد.

---

[1]نعيم نمر داوود ، البنوك الإسلامية نحو اقتصاد إسلامي، المرجع السابق، ص ص 158 159.

[2]مسدور فارس، التمويل الإسلامي من الفقه الى التطبيق المعاصر لدى البنوك الإسلامية، المرجع السابق، ص 193.

و عليه يفهم من الاجارة التملكية أنه عند نهاية العقد يترك للزبون الخيار في الاحتفاظ بالسلعة و تملكها أو بإرجاعها للبنك.

فالإجارة التملكية لا تختلف عن الاجارة التشغيلية، باستثناء أنه يجب أن تتضمن وعدا بتمليك السلعة محل العقد، عند انقضاء مدة الايجار، سواء على شكل هبة من البنك المؤجر الى الزبون المستأجر أو من خلال بيع يتم تحديد ثمنه باتفاق بين الطرفين (ثمن رمزي أو سعر محدد). فبعد تنازل البنك (المؤجر القديم) عن ملكية السلعة، يصبح الزبون (المستأجر القديم) مالكا لها[1].

و ينظر الى الاجارة التملكية على أنها من أنجع وأنجح الطرق الاستثمارية في البنوك الإسلامية من حيث محافظتها على الموارد الاقتصادية، لأنها تدعو المستأجر الى المحافظة على العين المؤجرة، على اعتبار أنها ستؤول اليه بعد فترة زمنية محددة، ولهذا فانه يتعهدها بالصيانة و الحماية، طول فترة الاستئجار، الأمر الذي يوفر على الاقتصاد الوطني عبء استهلاك هذه الأصول و التي قد تكون مستوردة بأعلى التكاليف[2].

مثال عن الإجارة التملكية:

دعمت الخطوط الجوية الامارتية لدبي أسطولها الجوي بثلاثة (3) طائرات عن طريق الاجارة التملكية. امتدت مدة الاجارة على عشرة (10) سنوات و قد اشترك في التمويل عدة بنوك منها:

- HSBC،
- DubaiIslamic Bank،
- Kuwait Finance House،
- British Arab Commercial Bank.

و قد اعتبر مسؤولي الخطوط الجوية الامارتية أن التمويلات الإسلامية أصبحت مصدر من مصادر التمويل التي تتمتع بالأهمية و المصداقية، و التي تدخل في اطار استراتيجيتهم للتنويع[3].

عقد الإجارة بالأمر بالشراء

1 – تعريف عقد الإجارة بالأمر بالشراء:

استنادا الى نص المادة 33 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03، عقد الاجارة بالأمر بالشراء هي عقد بمقتضاه يمكن للبنك، بناء على طلب من زبونه، شراء سلعة منقولة أو عقار، بهدف تأجيرها له.

2 – شروط عقد الإجارة بالأمر بالشراء:

يمكن للبنك أن يفرض على زبونه شرطين، ضمانا لجديته و استكمالا لإجراءات الصفقة المبرمة بينهما، و عملا بمقتضيات المادتين 33 و 34 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03.

---

[1] نعيم نمر داوود، البنوك الإسلامية نحو اقتصاد إسلامي، المرجع السابق، ص ص 159 160.

[2] بني هاني حسين، اقتصاديات النقود و البنوك، المبادئ و الأساسيات، المرجع السابق، ص 268.

[3] SIAGH Lachemi, L'islam et le monde des affaires, op. cit, P P 86 87.

أ – التعهد بالإيجار أحادي الطرف:

التعهد بالإيجار أحادي الطرف هو وثيقة يتعهد بموجبها الزبون استئجار السلعة التي طلب من البنك شرائها، و يجب أن يتضمن هذا التعهد خصائص السلعة و شروط وضعها تحت تصرفه و امضاءه طبعا.

ب – هامش الجدية:

هامش الجدية هو وديعة يدفعها الزبون للبنك لضمان احترامه لتعهده أحادي الطرف و تبيان نيته المؤكدة على ابرام الصفقة المتفق عليها والمتمثلة في الايجار.

و ينجر عن دفع هذه الوديعة ثلاثة 3 حالات:

ب–1 – حالة تحقيق و تجسيد عقد الاجارة: في هذه الحالة يكون الزبون أمام أحد الخيارين الآتيين و هما: اما استرجاع مبلغ هامش الجدية أو استخدامه كأقساط أولى للإيجار، ويجب أن ينص العقد على أحدهما.

ب–2 – حالة تنازل الزبون: في هذه الوضعية يجوز للبنك أن يقتطع من مبلغ الوديعة، قيمة الضرر الفعلي الذي لحق به لكن لا يحق له أن يطالب بدفع مبالغ إضافية زيادة على هامش الجدية.

ب–3 – حالة عدم تقيد البنك بالتزاماته التعاقدية: هنا يسترجع الزبون على الفور هامش الجدية و يمكنه أيضا المطالبة بالتعويض عن الضرر الفعلي الاحق به.

3 – استقلالية العقود المكونة لعملية الإجارة بالأمر بالشراء:

أكدت المادة 35 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20–03 على قاعدة و مبدأ انفصال و استقلالية العقود المكونة لصفقة الاجارة بالأمر بالشراء، من حيث الاثار المترتبة عنها.

و تتمثل هذه العقود فيما يلي:

- عقد شراء السلعة من طرف البنك.
- التعهد بالإيجار أحادي الطرف المقدم من قبل الزبون.
- عقد الاجارة المبرم بين البنك و الزبون.
- الالتزام بالتنازل عن السلعة، من البنك لصالح الزبون.

و ما يلاحظ على عقد الإجارة بالأمر بالشراء أنه من العقود البنكية المركبة ذلك أنه يشتمل على العقود الأربعة (04) المذكورة أعلاه. و يلجأ البنك في اطار الصيرفة الإسلامية الى العقود البنكية المركبة حتى يتطابق المنتوج مع أحكام الشريعة الإسلامية[1].

و هكذا تمر عملية الإجارة بالأمر بالشراء على المراحل الآتية:

[1]كعيبوش عبد الجبار، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، دار التعليم الجامعي، مصر، 2017، ص ص 52 68.

- استقبال البنك لملف الزبون لدراسة قدرته المالية على الاستدانة من خلال التأكد من مداخيله (أجرة أو أرباح في اطار تجارة أو مهنة حرة...)، كما يتم دراسة قابلية السلعة محل التمويل للاقتناء (وثائق ملكية مطابقة للتشريع المعمول به).
- بعد قبول البنك لملف الزبون، يتم التوقيع على التعهد بالإيجار أحادي الطرف من قبل الزبون و هو العقد الذي يتعهد بموجبه الزبون بتنفيذ وعده بكراء السلعة كما يلتزم البنك من خلاله بتأجيرها له عند تملكه إياها و في هذا الاطار يمكن للبنك أن يطلب من زبونه دفع هامش الجدية كعربون يدعم تعهده بكراء تلك السلعة مستقبلا.
- يبرم البنك مع المورد عقد شراء السلعة محل العقد السالف (التعهد أحادي الطرف للزبون)، و بمقتضى هذا العقد يصبح البنك مالكا لهذه السلعة، بإدخالها في مخازنه أو بحيازة مستندات اثبات الملكية.
- يبرم البنك مع الزبون عقد الاجارة و الذي بموجبه يؤجر البنك السلعة لزبونه، فيسلمه إياها و يبدأ الزبون المستأجر بتسديد بدل الايجار.
- عند انتهاء مدة الاجارة و الوفاء بأقساط الايجار، يتم ابرام عقد تنازل البنك عن ملكية السلعة لصالح الزبون الذي تتحول صفته من مستأجر الى مالك للسلعة.

رابعا: المرابحة

تعريف المرابحة

يعرف العالم "ابن رشد" المرابحة بقوله: « المرابحة هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به البضاعة و يشترط عليه ربحا ما»[1].

فالمرابحة هي البيع بالثمن الذي اشتريت به السلعة مع ربح معلوم، و تقوم أساسا على كشف البائع الثمن الذي قامت عليه السلعة[2].

و المرابحة من الناحية القانونية فقد تم تعريفها من خلال المادة 05 من نظام بنك الجزائر رقم 20-02 و المادة 03 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03، على أنها عقد يقوم بموجبه البنك او مؤسسة مالية ببيع سلعة لزبون، سواء كانت تلك السلعة منقولة أو غير منقولة (أي عقار)، الا أنه يشترط أن يكون البنك مالكا لها و أن تكون معلومة، و هذا ما يعرف بالمرابحة البسيطة.

و عليه المرابحة البسيطة هي المرابحة التي تتم بين طرفين: البنك الذي يمتلك السلعة و التي يكون قد اشتراها في وقت سابق و احتفظ بها الى أن يظهر الطرف الثاني الذي هو الزبون و الذي يرغب في شراء تلك السلعة[3].

---

[1] بني هاني حسين، اقتصاديات النقود و البنوك، المبادئ و الأساسيات، المرجع السابق، ص 267.
[2] مسدور فارس، التمويل الإسلامي من الفقه الى التطبيق المعاصر لدى البنوك الإسلامية، المرجع السابق، ص 172.
[3] نعيم نمر داوود، البنوك الإسلامية نحو اقتصاد إسلامي، المرجع السابق، ص 140.

و ما تجدر ملاحظته، أن سعر اقتناء البنك للسلعة محل عقد المرابحة يتكون من سعر الشراء و يضاف اليه التكاليف المباشرة التي لها علاقة بهذا الاقتناء و المدفوعة للغير(المادة 01/04 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03).

و أما سعر البيع المنصوص عليه في عقد المرابحة فيجب أن يبقى ثابتا طيلة فترة تسديده بالكامل و بحسب الآجال المتفق عليها مسبقا في العقد و لهذا لا يجوز أن يطرأ أي تعديل بالزيادة على سعر البيع خلال مهلة التحصيل (المادة 02/04 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03).

و ضمانا لتسديد مبلغ الدين (سعر البيع) يمكن للبنك طبقا للمادة 07 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 أن يطلب نوعين من الضمانات، ضمانات شخصية و ضمانات حقيقية و قصدت المادة بالضمانات الحقيقية الضمانات العينية و هو المصطلح الأصح في نظرنا.

مثال عن المرابحة:

"Citi Islamic Investment Bank" و التي هي بنك إسلامي يتواجد في البحرين و فرع لـ "Citibank" قامت بالتمويل عن طريق المرابحة بمبلغ يقدر بخمسة عشر(15) مليون دولار أمريكي لصالح الخطوط الجوية الأردنية، عام 2002، و قد اشترك في التمويل أيضا بنكين آخرين و هما: "Kuwait Finance House" و "بنك الجزيرة". كان الهدف من هذا التمويل هو تجديد الأسطول الجوي للخطوط الجوية الأردنية و التي تمكنت من ارجاع دينها من خلال الأرباح الناتجة عن بيع تذاكر السفر[1].

آثار المرابحة

تم تحديد آثار المرابحة من خلال المواد 5 و 6 و 8 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03، على النحو الآتي:

1 – الانتقال الفوري لملكية السلعة محل عقد المرابحة من البنك الى الزبون، مهما كانت كيفيات الدفع المتفق عليها مسبقا.

2 – إمكانية الدفع المسبق le paiement par anticipation.

بعد ابرام عقد المرابحة، يمنح للزبون إمكانية الدفع المسبق للسعر المتبقي و الذي قد يأخذ أحد الشكلين الآتيين: الدفع الكلي و هو أن يدفع الزبون ثمن البيع المتبقي المستحق كاملا و قد يكون الدفع جزئيا و هو أن يدفع الزبون جزء معينا من السعر المتبقي المستحق.

و يترتب على الدفع المسبق النتائج الآتية:

أ – لا يمكن تحميل الزبون أي غرامة.

ب – لا يجوز تخفيض سعر البيع.

[1]SIAGH Lachemi, L'islam et le monde des affaires, op. cit, P P 85 86.

ج – لا يجبر البنك على التخلي عن جزء من هامش الربح، و هذا ما يجب أن ينص عليه صراحة العقد، و عليه من باب الجواز يمكن للبنك (ان أراد) أن يتنازل عن جزء من هامش الربح.

3 – دفع مستحقات في حالة التأخر أو عدم التسديد بدون عذر معتبر.

اذا تأخر الزبون أو لم يقم بتسديد دينه بدون تقديم عذر معتبر، يجوز للبنك أن يلزم زبونه بدفع ما يلي:

أ – جزء أو كامل المبلغ المتبقي المستحق من سعر البيع.

ب – مبلغ يمثل جزء أو كامل الضرر الفعلي، و الذي يجب أن ينفق وجوبا في أعمال خيرية تحت رقابة الهيئة الشرعية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية.

عقد المرابحة بالأمر بالشراء أو المرابحة المركبة

1 – تعريف عقد المرابحة بالأمر بالشراء:

بحسب المادة 09 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20–03، عقد المرابحة بالأمر بالشراء هو العقد الذي يقتني بموجبه البنك من الغير، بناء على طلب و مواصفات الامر بالشراء (الزبون) أو وكيله، سلعة سواء كانت عقارا أو منقولا، بهدف بيعها له.

فالمرابحة المركبة هي طلب الزبون من البنك أن يشتري سلعة معينة بواصفات محددة، و ذلك على أساس وعد منه بشراء تلك السلعة الازمة له، بسعر يساوي ثمن الشراء الأصلي مضاف اليه ربح متفق عليه بينهما، يقوم بتسديده على شكل أقساط و دفعات تبعا لإمكانيات و قدرات الزبون[1].

و هناك تعريف آخر للمرابحة المركبة يوضح بطريقة بسيطة معالم هذه الصفقة: المرابحة المركبة هي اتفاق بين البنك و الزبون، يتضمن تعهدا من كل منهما للآخر، و تعهدهما معلق على حصول أمر في المستقبل، هو بالنسبة للزبون (الآمر بالشراء) تملك البنك للسلعة و أن تكون بالمواصفات التي يطلبها، و بالنسبة للبنك شراء الزبون لتلك السلعة اذا تطابقت مع طلبه[2].

و عليه يقوم البنك بموجب هذه القناة الاستثمارية بتنفيذ طلب الزبون على أساس شراء البنك لما يطلبه الزبون بالنقد الذي يدفعه البنك (كليا أو جزئيا) ثم يبيع هذا الأخير السلعة للزبون (بعد أن يكون قد تملكها) بالربح المتفق عليه مسبقا في العقد[3]. و نستخلص من هذا أن المرابحة المركبة تكون بين ثلاثة أطراف وهم:

- البائع: و هو الطرف الذي يمتلك السلعة و يحتفظ بها و يريد بيعها.
- الآمر بالشراء (الزبون): و هو الطرف الذي يرغب في شراء تلك السلعة و لكنه لا يملك ثمنها أو لا يريد استعمال ادخاره المالي.

---

[1]مسدور فارس، التمويل الإسلامي من الفقه الى التطبيق المعاصر لدى البنوك الإسلامية، المرجع السابق، ص 173.

[2]مسدور فارس، المرجع نفسه، ص 173.

[3]البكري أنس و صافي وليد، النقود و البنوك بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 136.

- البنك: و هو الطرف الذي يلجأ اليه الزبون و يطلب منه أن يشتري السلعة من البائع[1].

و يشمل سعر البيع في المرابحة المركبة نفس تركيبة سعر بيع عقد المرابحة البسيطة أي تكلفة الشراء و كذا هامش الربح المتفق عليه مسبقا و وفقا لشروط الدفع المتفق عليها أيضا.

استثناء، يجوز للبنك استنادا على نص المادة 10 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 أن يوكل زبونه لاختيار بل و حتى شراء باسم البنك السلعة موضوع العقد.

2 – شروط عقد المرابحة بالأمر بالشراء:

اشترطت المادتان 11 و 12 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 شرطين في عقد المرابحة بالأمر بالشراء، و هما:

أ – تعهد الزبون بالشراء أحادي الطرف.

فيجوز للبنك أن يشترط قبل شراء السلعة التي عينها الامر بالشراء، أن يمضي هذا الأخير على تعهد بشراء أحادي الطرف للسلعة المعينة.

و يجب أن يتضمن هذا التعهد كل من خصائص السلعة و كذا سعر الاقتناء و كيفيات و اجال تسليمها للآمر بالشراء.

ب – إيداع هامش الجدية.

في إطار ضمان جدية الامر بالشراء لإبرام عقد المرابحة، يجوز للبنك أن يشترط على هذا الزبون دفع وديعة ضمان تسمى "هامش الجدية" و الذي يعتبر بمثابة تعهدا بجدية الزبون و دليلا على ارادته المؤكدة و الحريصة و المتجهة الى ابرام العقد مع البنك.

ما يجب التنبيه اليه أن هامش الجدية باعتباره وديعة ضمان يجب أن يوضع في حساب خاص مخصص لهذا النوع من الودائع بحيث لا يمكن للبنك التصرف فيه.

و يتحدد مصير هامش الجدية بحسب احدى الحالات الثلاثة الآتية:

الحالة 1: عند ابرام عقد المرابحة يتاح للآمر بالشراء الاختيار بين ما اذا أراد أن يسترجع كامل مبلغ وديعة الضمان أو أن يستخدمه كخصم من سعر البيع.

الحالة 2: عند عدم احترام البنك لالتزاماته يقوم الزبون باسترجاع هامش الجدية لأن مسؤولية البنك قائمة على أساس عدم احترام البنود التعاقدية.

الحالة 3: عند عدم احترام الزبون لتعهده بالشراء أحادي الطرف يجوز للبنك أن يخصم من هامش الجدية، باعتباره ضمانا، مبلغ يمثل الضرر الفعلي الذي لحق به و لا يجوز للبنك أن يطلب تسديد مبالغ إضافية أخرى.

3 – استقلالية عقد المرابحة بالأمر بالشراء:

---

[1] نعيم نمر داوود، البنوك الإسلامية نحو اقتصاد إسلامي، المرجع السابق، ص 140.

ما تجدر ملاحظته هو أن عقد المرابحة بالأمر بالشراء يعتبر عقدا منفصلا و مستقلا عن كل من:

- التعهد أحادي الطرف للزبون.
- و عقد شراء السلعة من طرف البنك.

و عليه تقوم الصفقة بين البنك و الزبون على 3 عقود منفصلة و هذا ما نصت عليه المادة 13 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03.

يمكن القول أن عملية المرابحة بالأمر بالشراء هي من العقود البنكية المركبة التي تحتوي على ثلاثة عقود، وجب ابرامها على حدا حتى تتحقق الصفقة.

و لهذا تمر عملية المرابحة المركبة على المراحل الآتية:

- استقبال البنك لملف الزبون لدراسة قدرته المالية على الاستدانة من خلال التأكد من مداخيله (أجرة أو أرباح في اطار تجارة أو مهنة حرة...)، كما يتم دراسة قابلية السلعة محل التمويل للاقتناء (وثائق ملكية مطابقة للتشريع المعمول به).
- بعد قبول البنك لطلب التمويل، يتم التوقيع على التعهد أحادي الطرف للزبون و هو العقد الذي يتعهد بموجبه الزبون بتنفيذ وعده بشراء السلعة كما يلتزم البنك من خلاله ببيعها له عند تملكه إياها و في هذا الاطار يمكن للبنك أن يطلب من زبونه دفع هامش الجدية كعربون يدعم تعهده بشراء تلك السلعة مستقبلا.
- يبرم البنك مع المورد عقد شراء السلعة محل العقد السالف (التعهد أحادي الطرف للزبون)، و بمقتضى هذا العقد يصبح البنك مالكا لهذه السلعة، بإدخالها في مخازنه أو بحيازة مستندات اثبات الملكية.
- يبرم البنك مع الزبون عقد المرابحة و الذي بموجبه يبيع البنك للزبون السلعة بسعر الاقتناء مضاف اليه هامش الربح و الذي يدمج فيه مختلف تكاليف البنك في هذه الصفقة. ومن هنا يقوم البنك بتسليم السلعة لزبونه و يبدأ هذا الأخير بتسديد أقساط ثمن الشراء.

خامسا: الإستصناع

1 - تعريف الإستصناع:

وفقا للمادة 10 من نظام بنك الجزائر رقم 20-02 و المادة 44 من تعليمة بنك الجزائر 20-03، يعرف الاستصناع على أنه عقد يتعهد بمقتضاه البنك أو المؤسسة المالية بتسليم سلعة الى زبونه صاحب الأمر، أو بشراء لدى مصنع سلعة ستصنع وفقا لخصائص محددة و متفق عليها بين الأطراف، بسعر ثابت و وفقا لكيفيات تسديد متفق عليها مسبقا بين البنك و الزبون.

و صورةالاستصناع في الحياة العملية أن يبيع البنك لزبونه السلعة المصنعة و يسلمه اياها مقابل الدفع بالتقسيط (الصيغة الأولى) أو أن يشتري البنك من المصنع سلعة ستصنع على أن يكون دفع الثمن

فوري و تسليم السلعة مؤجل و من هنا يكون البنك قد قام بتغطية جانبا من تكاليف الانتاج (الصيغة الثانية).

في الصيغة الأولى، يمكن للبنك أن يبرم عقد ثان يسمى بعقد "الاستصناع الموازي" مع مصنع لتصنيع السلعة محل عقد الاستصناع. و في هذه الحالة، لا يمكن للبنك أن يبرم عقدا مع الشخص المعنوي المصنع الذي يمتلك صاحب الأمر 33 % فأكثر من رأسماله وهذا ما قضت به المادة 45 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03.

و من هنا نستخلص أنه في عقد الاستصناع، قد يكون البنك صانعا أو مستصنعا:

- البنك باعتباره صانعا: يمكن للبنك أن يمثل الصانع في عقد الاستصناع بأن تطلب منه بعض الشركات و المؤسسات منتجات صناعية معينة، فيقوم البنك من خلال ما يمتلكه من شركات و مصانع، بإنتاج تلك المصنوعات أو يقوم بالتعاقد مع غيره على صنع تلك المصنوعات (عقد الإستصناع الموازي).
- البنك باعتباره مستصنعا: يمكن للبنك أن يكون مستصنعا أي طالبا لمنتجات صناعية ذات مواصفات خاصة، و قد يمارس هذه المهمة من أمواله الخاصة أو من ودائع حسابات الاستثمار. و بعد أن يصبح البنك مالكا لتلك المصنوعات يمكن له أن يتصرف بها لا سيما بالبيع أو التأجير أو المشاركة أو المضاربة[1].

و مما لا شك فيه أن الاستصناع يؤدي الى التحريك بعجلة الإنتاج الصناعي عن طريق مختلف الاستثمارات الصناعية و هذا ما يؤدي حتما الى المساهمة في تنمية و ازدهار الاقتصاد الوطني[2].

مثال عن الاستصناع:

من المشاريع المنجزة في اطار التمويل عبر عقد الاستصناع، يمكننا ذكر انشاء المحطة الكهربائية للشعيبة في السعودية. قامت هذه الصفقة على أساس عقد استصناع مبرم بين (Al-Rajhi Banking & Investment Corporation) كبنك اسلامي و كصانع، مع الشركة السعودية للكهرباء (ScecoWest) كمستصنع من أجل انجاز محطة كهربائية بقدرة 1100 ميغاواط، مقابل أن تدفع هذه الأخيرة مبلغ 1550 مليون دولار أمريكي في أجل 13 سنة من تاريخ نهاية الأشغال. ومن أجل انجاز هذا المشروع، قام البنك بإبرام عقد استصناع موازي مع الشركة الدولية "ABB" من أجل بناء المحطة الكهربائية بحيث قدر مبلغ الصفقة بينهما ب 835 مليون دولار أمريكي. و قد كان يحوز البنك على التوطين البنكي للمستصنع (Sceco West) بحيث كان يستغل البنك مداخيل المستصنع من أجل تحصيل الدين و الحصول على هامش ربحه[3].

---

[1]مسدور فارس، التمويل الإسلامي من الفقه الى التطبيق المعاصر لدى البنوك الإسلامية، المرجع السابق، ص ص 187 .188

[2]بني هاني حسين، اقتصاديات النقود و البنوك، المبادئ و الأساسيات، المرجع السابق، ص 270.

[3]SIAGH Lachemi, L'islam et le monde des affaires, op. cit, P P 88 89.

2 – مجال تطبيق الاستصناع:

طورت البنوك الإسلامية الاستصناع ليكون أداة تمويلية يستخدم في مجال الصناعة لا سيما عند الرغبة في صناعة الطائرات و السفن و المباني للأفراد و للهيئات الحكومية و المعدات و الآلات المصنعة بمواصفات خاصة[1] كما يمكن الاعتماد على الاستصناع لتمويل بعض النشاطات و القطاعات الاقتصادية الأخرى كشركات خياطة الملابس، معامل صنع الأحذية أو الهواتف النقالة أو الثلاجات أو باقي الأجهزة الكهرو منزلية[2].

3 – شروط الاستصناع:

يشترط القانون جملة من الشروط وجب توافرها حتى يتم ابرام و تفعيل عقد الاستصناع، تكفلت المواد 46 و 47 و 48 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 بتبيانها كما هو مبين أدناه:

أ – يجب أن يكون سعر الاستصناع معروفا عند ابرام العقد.

و يمكن تحديد هذا السعر و دفعه نقدا، عينا أو كحق انتفاع لفترة محددة، سواء كان الانتفاع من المنتوج محل عقد الاستصناع أو منتوج اخر.

و يتم الدفع وفقا للكيفيات المتفق عليها في العقد، خاصة عندما يتعلق الأمر بالدفع بأقساط على فترة زمنية محددة أو لأجل.

ب – يحوز اشتراط، على سبيل الضمان، دفع تسبيق و الذي يعتبر جزء من السعر المتفق عليه. و في حالة فسخ عقد الاستصناع يجوز للبنك الاحتفاظ بهذا التسبيق أو جزء منه كتعويض عن الضرر الفعلي الذي لحق به.

ج – يجوز للبنك اشتراط ضمانات من الزبون حسب ما يقتضيه التشريع المعمول به.

د – استقلالية عقد الاستصناع عن عقد الاستصناع الموازي من حيث الاثار المترتبة عنهما.

مع العلم أنه يجوز ادراج في عقد الاستصناع الموازي بنود تتعلق بالشروط الجزائية و التي مفادها دفع تعوي في حالة عدم احترام اجال التسليم، وهذا الحكم ممنوع كما رظاياناه في عقد السلم.

4 – آثار عقد الاستصناع:

حددت المادة 49 من تعليمة بنك الجزائر رقم 20-03 آثار عقد الاستصناع من حيث ترتيب المسؤوليات الآتية:

أ – مسؤولية تسليم السلعة: يتحمل المصنع مسؤولية تسليم السلعة محل العقد وفقا للخصائص التي اشترطها الزبون.

ب – مسؤولية ضمان العيوب الخفية: ففي حالة ظهور عيب خفي في السلعة محل عقد الاستصناع، تقع المسؤولية على عاتق المصنع.

---

[1] خبابة عبد الله، الاقتصاد المصرفي، المرجع السابق، ص ص 265 265.

[2] صادق راشد حسين الشمري ، أساسيات الصناعات المصرفية الإسلامية، المرجع السابق، ص 71.

الخاتمة:

ختاما يمكن القول أن نشاطات المصارف الإسلامية تختلف عن البنوك التقليدية من حيث عدم تحديد سعر الفائدة مسبقا في عمل المصارف الإسلامية.

فالمصارف الإسلامية تلعب دورا مهما من خلال المساهمة في الاستثمارات، والمشاركة في أرباح المشاريع والحصول على العمولات مقابل الخدمات التي تقدمها. وعليه فإن المصرف الإسلامي مؤسسة لا تتعامل بالفائدة أخذ وعطاء، وبالتالي فإن المصرف يقبل ودائع العملاء دون التزام أو تعهد مباشر أو غير مباشر بإعطاء عائد ثابت على ودائعهم، فعندما يقوم المصرف الإسلامي بتمويل نشاط تجاري أو استثماري على غرار الصناعة الصيدلانية فإنه لا تقاضى أي فائدة، وإنما يتم ذلك على أساس المشاركة فيما يتحقق من ربح أو خسارة.

و يمكن القول أنه رغم التحديات التي قد تعترض المخابر الصيدلانية في مجال صناعة الأدوية لا سيما:

- ركود مستوى الابتكار.
- المنافسة الشرسة فيما بين، المخابر الصيدلانية.
- الرقابة المشددة للسلطات العمومية من حيث منح تراخيص تسويق الأدوية الجديدة.
- مداخيل الأفراد المحدودة لاقتناء الأدوية.
- سياسة الدول لخفض مستوى استهلاك الأدوية عن طريق التحكم في نظام تعويض تكاليف شراء الأدوية أو عن طريق فرض رسوم على المخابر الصيدلانية.

فان الحل يكمن في اسداء توصيات للبنوك قصد تشجيعهم على مرافقة المخابر الصيدلانية للاستثمار في مجال الصناعة الصيدلانية عن طريق تمويل بنكي ملائم.

و من هنا نقترح التوصيات الآتية:

- تسقيف هامش الربح أو سعر الفائدة للبنوك في مجال تمويل الصناعة الصيدلانية.
- تكوين إطارات البنوك المكلفين بالتمويل بخصوص موضوع الصناعة الصيدلانية.
- تنظيم حملات تجارية لتسويق التمويل الموجه للمخابر الصيدلانية.
- أن يقوم بنك الجزائر كنظيره الفرنسي بدراسة سوق الصناعة الصيدلانية بطريقة دورية.
- اصدار نصوص تنظيمية لضبط التمويل المخصص للصناعة الصيدلانية.

دور مصرف السلام الجزائر في تمويل قطاع الصناعة الصيدلانية – دراسة تطبيقية

د. مرابطين سفيان
كلية الحقوق. الجزائر1

الملخص:

حقق القطاع الصيدلاني في الجزائر وثبة نوعية نهاية سنة 2021، أين تم الاتفاق على انتاج لقاح كوفيد **COVID 19**، مع مجمع صيدال وسينوفاك **SINOVAC** لإنتاج لقاح **CORONA VAC**، كما دخلت عدة وحدات إنتاج مرحلة الاستغلال لغرض تخفيض فاتورة الاستيراد وفقا للسياسة الحكومية والتوجيهات المسندة لهذا القطاع، بهدف تغطية احتياجات البلاد للمنتجات الصيدلانية بنسبة 70 %.

في إطار السياسة المنتهجة من قبل وزارة الصناعة الصيدلانية، وباعتبار مصرف السلام أحد عناصر تمويل الاقتصاد والمساهمة في التنمية، فإنها تضبط استراتيجيتها بغرض تمويل المنتجين المحليين وموزعي الجملة عبر تسهيلات استغلالية، أو تسهيلات استثمارية بغرض تمكين الشركات من توسيع وحدات انتاجها عبر اقتناء معدات جديدة أو تهيئة مصانع واستكمال أشغال إنجازها بتمويلات.

الكلمات المفتاحية: تمويل الاقتصاد، المساهمة في التنمية، تسهيلات استغلالية، تسهيلات استثمارية، المشاركة، الاستصناع، الإيجار.

مقدمة:

أفرز ظهور الفيروسات والأمراض الجديدة في العصر الحالي ضرورة البحث عن أساليب جديدة من أجل مكافحة هذه الأمراض أو على الأقل الحد من انتشارها بشكل واسع، ما جعل مهنة الطب تشهد تطورا ملحوظا في مجال النشاط الطبي من أجل الوقاية والعلاج من الأمراض المستعصية.

ازدهر نتيجة ظهور تلك الأمراض المستعصية مجال علوم الطب الحيوي والتكنولوجيا الحيوية، كما توسع البحث في مجال طب الأحياء.

لقد واكبت الحكومة الجزائرية بمختلف قطاعاتها على غرار قطاع الصحة تلك المستجدات الطبية بسنها للقوانين المنظمة لأخلاقيات المهنة في ممارسة النشاط الطبي بمختلف أنواعه، حماية للصحة وترقيتها بما يوافق توجهات المجتمع الجزائري.

لا شك أن التراخيص والتعليمات التي تمنحها وتوجهها الحكومة الجزائري عن طريق مختلف مؤسساتها يراعى فيها أهم مبدأ دستوري وهو الحق في السلامة الجسدية، وعدم تعريض حياة أي شخص للخطر حماية لحرمة جسمه وكرامته، سواء عن طريق الترخيص لإنتاج دواء معين أو استيراده والترخص بتوزيعه مثلا.

كما تعمد البنوك أيضا في منحها للتمويلات لفائدة المنتجين والموزعين للمواد والمعدات الطبية والصيدلانية إلى التقيد الصارم بالتعليمات التي يوجهها بنك الجزائر استنادا إلى تنفيذ السياسة الحكومية بما يتوافق والبروتوكول الصحي المعتمد والمعايير الدولية.

حقق القطاع الصيدلاني في الجزائر وثبة نوعية نهاية سنة 2021، أين تم الاتفاق على انتاج لقاح كوفيد **COVID 19**، مع مجمع صيدال وسينوفاك **SINOVAC** لإنتاج لقاح **CORONA VAC**، كما دخلت عدة وحدات إنتاج مرحلة الاستغلال لغرض تخفيض فاتورة الاستيراد وفقا للسياسة الحكومية والتوجيهات المسندة لهذا القطاع، بهدف تغطية احتياجات البلاد للمنتجات الصيدلانية وكان ذلك بنسبة 70 %.

بعد انشاء وزارة الصناعة الصيدلانية في جويلية 2020 قامت الوزارة بالعمل جاهدة من أجل تجسيد عدة مشاريع في مجال الصيدلة.

حسب أرقام القطاع والوزارة، تجاوز الإنتاج الوطني للأدوية قيمة 2,5 مليار أورو سنة 2021، وهذا بحكم دخول العديد من وحدات الإنتاج مرحلة الاستغلال " أزيد من 60 وحدة إنتاج دخلت مرحلة الاستغلال وإنتاج الأدوية "، ما سمح من تخفيض الفاتورة بقيمة 800 مليار دولار.

بخصوص إنتاج لقاح **CORONA VAC** فإن المصنع حاليا ينتج حوالي 8 مليون جرعة شهريا، ما سمح للجزائر من مواكبة الإنتاج في الدول الكبرى بغرض تغطية الاحتياجات الطبية في ظل جائحة كورونا في وحدة قسنطينة.

تعد سنة 2022 سنة مهمة، حيث شهدت دخول انتاج الأنسولين، وهذا بالضبط في وحدة انتاج بوفاريك، ما يسمح بإنتاج ثلاثة (03) أنواع من الأنسولين، وهذا بحكم الشراكة بين شركة مجمع صيدال والمخبر الدانماركي ،**NOVO NORDISK** بقدرة إنتاج سنوية تصل إلى اثنا عشر 12 مليون سيالة (حقنة) معبأة سنويا.

ينوي مجمع صيدال كذلك الشروع في إنتاج الأدوية المضادة للسرطان، وهذا بالشراكة مع مخبر كوري **CKD OTOO**، ما يسمح بتغطية احتياجات انتاج هذا التخصص **ONCOLOGIE**، الذي يشهد نوعا من التذبذب من حيث وفرة الأدوية.

في إطار السياسة المنتهجة من قبل وزارة الصناعة الصيدلانية، وباعتبار مصرف السلام أحد عناصر تمويل الاقتصاد الوطني والمساهمة في التنمية الاقتصادية، فإنها تضبط استراتيجيتها بغرض تمويل قطاع الصناعة الصيدلانية.

يقوم مصرف السلام الجزائر بخصوص تمويل مجال الصيدلة والمعدات الطبية من خلال تمويل المنتجين المحليين وموزعي الجملة عبر تسهيلات استغلالية **(01)** أو من خلال منح تسهيلات استثمارية **(02)** مع مراعاة شروط التمويل (03).

01-تسهيلات استغلالية:

هي تسهيلات مالية تهدف إلى تمويل الشركات التي هي بحاجة إلى تمويل بالمواد الأولية أو بالمنتجات النهائية، تكون سنوية أي لمدة سنة قابلة للتجديد، وتكون من خلال عدة معاملات كالاستيراد الموصول بالبيع بأجل بالنسبة للمنتجين أو المستوردين وغيره، نقتصر على ذكر بعض منها كالبيع بالمرابحة (أ)، البيع بالوكالة (ب)، الاستصناع مع التوكيل بالبيع (ج).

أ- البيع بالمرابحة:

تعد المرابحة المصرفية التي تطبقها المصارف الإسلامية مرابحة للآمر بالشراء، أي أن المشتري يأمر المصرف بشراء منتوج له، والمصرف يقوم بشرائه على حسابه، وبما أنه دفع قيمته فقد تملكه, علما أن المصرف ليس له نية امتلاكه, ولكنه يقوم ببيع المنتوج إلى الشخص الآمر بالشراء لحيازته والاستفادة منه، ويحتفظ المصرف بالملكية كضمان مقابل التمويل بالأجل.

تبنى مصرف السلام الجزائر تعريفا بخصوص عقد المرابحة المقترنة بالوعد (الأمر بالشراء) كونه: " عملية شراء المصرف لسلعة / عتاد / عقار بالمواصفات التي يطلبها العميل (وعد العميل

بالشراء السلعة الموصوفة) ثم إعادة بيعها له عن طريق المرابحة أي بثمن التكلفة مضافا له هامش ربح متفق عليه مسبقا بين الطرفين).[1]

أما عقد المرابحة العادية (بيع المساومة) فهي: " عملية شراء سلعة من غير وعد مسبق من المشتري حيث يتم عرضها للبيع مرابحة بثمن وربح معلوم يتفق عليه مسبقا "[2].

ب- البيع بالوكالة:

عقد يتم بين الطرف الأول الموكل وهو المصرف والطرف الثاني الوكيل المتعاقد معه وهو العميلنتطرق إلى عقد توكيل في البيع (ب1)، عقد وكالة لبيع السلع (السلم) (ب2).

ب1- عقد توكيل في البيع:

يبرم هذا العقد بين كل من مصرف السلام-الجزائر والشركة (المتعامل)، يتم فيه ذكر الأطراف المصرف الطرف الأول وهو الموكل، والطرف الثاني المتعامل وهو الوكيل، يحتوي على تمهيد يتضمن عملية التوكيل بالبيع، يليه ستة (06) بنود وفي الأخير توقيع الطر

ب2- عقد وكالة لبيع السلع (السلم):

يبرم هذا العقد بين كل من مصرف السلام-الجزائر والشركة (المتعامل)، يتم فيه ذكر الأطراف المصرف الطرف الأول وهو الموكل، والطرف الثاني المتعامل وهو الوكيل، يحتوي على تمهيد يتضمن الاشارة إلى أهلية ورضا الطرفين المتفقان على: موضوع العقد الذي يوكل بموجبه المصرف المتعامل للقيام بتخزين السلع المبينة أوصافها وكمياتها في عقد السلم المشار إليه في التمهيد بعد قبض المصرف لها لحين بيعها وكذا إعادة بيع وتسويق وتحصيل ثمن تلك السلع لصالح المصرف ، أجل التنفيذ وكيفيته، ثمن بيع السلع، انقضاء الوكالة، تعهدات العميل، تفسير العقد، المرفقات، عدد نسخ العقد.

ج- البيع بالاستصناع مع التوكيل بالبيع:

إذا أخذنا بالمفهوم القانوني للاستصناع هناك من اعتبر أن معظم القوانين العربية سارت على إدراج الاستصناع ضمن عقد مقاولة استنادا إلى المادة 549 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:"...عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ". أما المادة 550 من القانون المدني فتنص على أنه: " يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معا "، ماعدا القانون المدني العراقي الذي أفرده بالذكر في المادة 865 بأنه: " العقد الذي وقع على صنع شيء معين، ويتعهد المقاول فيه بتقديم العمل والمادة معا ". أما إذا أخذنا بالتعريف الاقتصادي للاستصناع يمكن تعريفه بأنه صيغة من صيغ تمويل إنتاج السلع

---

[1]- استمارة العقود المصرفية، مصرف السلام الجزائر، الترميز MRA، دائرة مخاطر الائتمان، تاريخ الاعداد: 2007/9.

[2]- استمارة العقود المصرفية، مصرف السلام الجزائر، الترميز MRO، دائرة مخاطر الائتمان، تاريخ الاعداد: 2007/9.

في مرحلة ما قبل التسليم أو مرحلة الانتاج أي بمعنى تمويل عملية انتاج السلعة ذاتها، فهو أسلوب تتمكن من خلاله المؤسسات الصناعية أو المقاولات من بيع وتسويق مستقبلي لمنتوجاتها التي تعاقدت على توريدها أو توفيرها لزبائنها وبالمقابل فإن المؤسسة المشترية تضمن تأمين الحصول على سلع مصنوعة بأوصاف معينة وفي آجال محددة[1].

علما أن هذا البيع بالاستصناع المذكور يكون مصحوبا بعقد توكيل بالبيع.

02- تسهيلات استثمارية:

هي تسهيلات طويلة المدى تكون في بداية النشاط وتمنح بغرض تمكين الشركات من توسيع وحدات انتاجها وهذا عبر اقتناء معدات جديدة أو تهيئة مصانع واستكمال أشغال إنجازها بتمويلات كمعاملات المشاركة (أ)، الاستصناع (ب)، الايجار(ج).

أ- المشاركة (عقد المشاركة):

" هي عقد شراكة بين طرفين أو أكثر في رأسمال شركة، مشروع أو عملية ويكون توزيع النتائج (ربح- خسارة)، مشاعا بين الأطراف ومرتكزا على علاقة الثقة – مردودية المشروع – ملاءات العميل ".

وتتعدد أشكال التمويل بالمشاركة حسب أهدافها والفترة الزمنية لكل شكل منها وتتمثل في:

*** المشاركة الثابتة:**

تكون بالمساهمة في رأسمال لأحد المشروعات الانتاجية أو الخدمية.

*** المشاركة المتناقصة المتناهية بالتمليك:**

يكون من حق الشريك (العميل) أن يحل محل المصرف في ملكية المشروع دفعة واحدة أو عن دفعات[2].

ب- الاستصناع (عقد الاستصناع):

" هو عقد يتعهد بموجبه الصانع بإنتاج شيء معين وفقا لمواصفات تم الاتفاق بشأنها وبسعر وتاريخ تسليم محددين ". أركانه هي: " المستصنع (طالب السلعة)، الصانع (المزاول للعمل)، الشيء المصنوع(السلعة، العتاد،العقار...إلخ)[3].

ج- الايجار:

---

[1] – أحمد بلخير، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، دراسة حالة البنك الاسلامي للتنمية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 2007-2008، الصفحة 05.

[2]– استمارة العقود المصرفية، مصرف السلام الجزائر، الترميز MC، دائرة مخاطر الائتمان، تاريخ الاعداد: 2007/9.

[3]– استمارة العقود المصرفية، مصرف السلام الجزائر، الترميز IS، دائرة مخاطر الائتمان، تاريخ الاعداد: 2007/9.

" هي عقد كراء بين المصرف والعميل منتهيا بإحدى الحالات الآتية:

1- تملك السلعة / العتاد / العقار من العميل بموجب عقد " بيع بالايجار " (Location Vente).

2- حرية اختيار العميل في إعادة أو تملك السلعة (Crédit Bail).

3- تجديد عقد الايجار (Renouvellement Crédit Bail)[1].

نجد من أمثلة التسهيلات الاستثمارية لمصرف السلام الجزائر تسهيلات شركة **EURL PHARMALIANCE**، التي تقوم بإنتاج أدوية من نفس الجنس للأدوية الأصلية **(des produits génériques)**، والتي تم تمويل نشاطها الاستغلالي، وكذا شركة **SPA AT PHARMA**، التي تنتمي إلى مجموعة **SPA HYDRA PHAR**M، وتقوم بإنتاج منتجات **SMECTA**، إضافة إلى استيراد العديد من الأدوية الأخرى، والتي تم القيام بتمويل نشاطها الاستغلالي، كما تم تمويل استثمار شركة **SPAHYDRA PHARM**، بغرض إنشاء قطب توزيع في سيدي بلعباس، كما قام مصرف السلام الجزائر أيضا بتمويل شركات كبرى منتجة أخرى تعتبر رائدة على غرار مخابر " فراتررازس" والتي تقوم بتصنيع مضاد تخثر الدم **VARINOX**، أين تم تمويل نشاطها الاستغلالي والاستثماري، وكذا تمكينها من اقتناء عدة معدات إنتاج، والتي تعد رائدة في المجال الحقني **(La forme Injectable)**.

3- <u>سياسة التمويل</u>:

من أجل قبول المصرف وفقا لطريقة التعامل المذكورة سواء من حيث تمويل الاستثمار أو من حيث تمويل الاستغلال، يلتزم المصرف ببعض المعايير منها ما يخضع للدراسة كدراسة مخاطر التمويل سواء الاستثمارية أو الاستغلالية (أ) ودراسة المردودية التي تعود بالفائدة على المصرف كممول (ب)، ومنها ما يخضع لسياسة داخلية أو خارجية مفروضة على المصرف كالسياسة الاستراتيجية لمجلس الادارة حسب كل قطاع (ج) أو اتباعا للسياسات الحكومية الظرفية (د).

<u>أ- المخاطر</u>:

على نوعين مخاطر مالية (أ1) ومخاطر غير مالية (أ2).

<u>أ1- المخاطر المالية</u>:

هي تلك المخاطر المحتملة في الأسواق منها:

<u>- مخاطر السوق</u>: وتحدث نتيجة التحولات التي تطرأ على الأسعار، كمخاطر الصرف...

<u>- المخاطر الائتمانية</u>: وتنشأ عن عدم رغبة العميل في الوفاء بالالتزام، أو نتيجة إعساره.

<u>- مخاطر السيولة</u>: نتيجة عجز المصرف في مواجهة احتياجات عملائه في الأجل القصير.

<u>أ2- المخاطر غير المالية</u>:

المقصود بها مخاطر الأعمال، منها:

---

[1]- استمارة العقود المصرفية، مصرف السلام الجزائر، الترميز LS، دائرة مخاطر الائتمان، تاريخ الاعداد: 2007/9.

- مخاطر التشغيل:

منها الأخطاء البشرية، ومنها الأخطاء المتعلقة بالعمليات التي تحدث في المواصفات، وعدم الدقة عند تنفيذ العمليات.

- المخاطر القانونية:

تنشأ هذه المخاطر نتيجة فرض التزامات غير متوقعة، أو فقدان جانب من قيمة أصل من الأصول، نتيجة لعدم توفر الرأي القانوني السليم، ويأتي في مقدمتها القوانين والتعليمات التي تفرضها البنوك المركزية المتعلقة بنسب السيولة، ونسب الائتمان المسموح به، كما أن هذه المخاطر القانونية ترتبط بعدم وضع العقود محل التنفيذ، أي أنها تبقى مرتبطة بالنظام الأساسي والتشريعات المعمول بها، وفي نفس الوقت تخضع للرقابة التي تحكم الالتزام بالعقود والصفقات.

- المخاطر السياسية:

تحدث نتيجة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، فتقوم بسن بعض القوانين والتشريعات من أجل القيام بإصلاحات اقتصادية، كفرض ضرائب جديدة أو رسوم إضافية، كما قد يصل تدخل الدولة إلى حد المصارة أو التأميم.

نجد من المخاطر السياسية الخارجية التي تمس العمل المصرفي نشوب نزاعات بين الدول والتي تنعكس سلبا وبشكل واضح على الاستثمارات الخارجية للمصارف، تجعلها عاجزة عن إدارة أعمالها وتوجيه استثماراتها.

بل قد تكون المخاطر السياسية داخلية أي في البلد الواحد، فالتغيرات السياسية قد يتبعها تغيير في المناخ الاقتصادي، الأمر الذي يشكل في مجمله مخاطرا للعمل المصرفي.

- مخاطر عدم الالتزام:

تنشأ هذه المخاطر نتيجة تجاهل المصرف لتعليمات البنك المركزي، أو المعايير الدولية المعتمدة، فعادة ما تصدر الدولة سياسات مالية ونقدية، وتأمر البنك المركزي متابعة تنفيذ المصارف لتلك السياسات، فقد ينجر في كثير من الأحيان لسوء أو خطأ في التقدير بعض التجاوزات من المصارف لعدم التزامها بتلك السياسات، ما يدفع بالبنك المركزي إلى معاقبتها.

ب- المردودية:

لا شك أن عامل المردودية يلعب دورا مهما في عملية التمويل، سيما وأن المصارف تهدف إلى تحقيق الأرباح، والسعي نحو أكبر مردود.

ج- السياسة الاستراتيجية لمجلس الادارة حسب كل قطاع:

يمتثل المصرف في كل معاملاته إلى اتباع السياسة الاستراتيجية التي يرسمها أعضاء مجلس الادارة باعتبارهم المساهمين الرئيسيين في رأسمال المصرف، وعليه فكل قطاع يشمله التمويل لا بد ان ترعى فيه السياسة الاستراتيجية التي اتفق عليها أعضاء مجلس ادارة المصرف.

د- السياسات الحكومية الظرفية: هو نوع من المخاطر السياسية، التي يراعيها المصرف خلال اجرائه لبعض التمويلات سيما تلك التي تمس قطاع التجارة الخارجية.

الخاتمة:

يستخلص مما سبق دراسته أن السياسة الحكومية الجزائرية وفقت إلى حد بعيد في استحداثها لوزارة الصناعة الصيدلانية، هذا القطاع الذي حقق بدوره وثبة نوعية في السنوات الأخيرة من خلال مشاريع تسعى إلى انتاج الأدوية بهدف تغطية أكبر لاحتياجات البلاد للمنتجات الصيدلانية لا سيما انتاج لقاح كوفيد 19.

في هذا الاطار السياسي المنتهج من طرف وزارة الصناعة الصيدلانية، سار مصرف السلام- الجزائر كعنصر اقتصادي فعال، مؤديا دوره التنموي من خلال مساهمته في تمويل قطاع الصناعة الصيدلانية، سواء عن طريق تمويل المنتجين المحليين أو موزعي الجملة مانحا اياهم تسهيلات استغلالية بصيغ مختلفة، وأخرى استثمارية بهدف تمكين الشركات من توسيع وحدات انتاجها أو تهيئة مصانعها واستكمال أشغال انجازها.

دور البنوك الإسلامية في تمويل الصناعة الصيدلانية

- عقد الاستصناع نموذجا-

د. كودري فاطمة الزهراء
كلية العلوم الإسلامية. جامعة الجزائر 1

د. مامي هاجر
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:

يتعلق موضوعنا في هذه الورقة البحثية بالصناعة الصيدلانية وتمويلها، نظرا لأهميتها التي دفعت المشرع إلى تنظيمها بموجب قوانين و مراسيم تنفيذية وتشجيع الاستثمار فيها وتمويلها من البنوك، نظرا لارتباطها بالأمن الدوائي وصحة المواطن، وللتخفيف من فاتورة الاستيراد الهائلة.

تعالج الورقة البحثية المفهوم والضوابط القانونية للصناعة الصيدلانية، أي المعايير والشروط القانونية للممارسات الحسنة للصناعة الصيدلانية، بالإضافة لمقومات عقد الاستصناع و دوره في تمويل الصناعة الصيدلانية وتطبيقاته العملية لدى البنوك الإسلامية، باعتباره من أهم عقود التمويل التي توفرها البنوك خِصيصا من أجل تلبية حاجيات الصناعات المختلفة منها الصناعة الصيدلانية.

Résumé :

Notre sujet dans ce document de recherche est lié à l'industrie pharmaceutique et à son financement, compte tenu de son importance qui a incité le législateur à l'organiser selon des lois et des décrets exécutifs, en

encourageant l'investissement dans celle-ci et en la finançant par les banques, compte tenu de son lien avec la sécurité pharmaceutique et la santé des citoyens, et de réduire l'énorme facture des importations.

Le document de recherche traite du concept et des contrôles juridiques de l'industrie pharmaceutique, c'est-à-dire des normes et conditions juridiques des bonnes pratiques de l'industrie pharmaceutique, en plus des éléments du contrat Istisna' et de son rôle dans le financement de l'industrie pharmaceutique et ses applications pratiques dans les banques islamiques, car il s'agit de l'un des contrats de financement les plus importants fournis par les banques spécifiquement pour répondre aux besoins de diverses industries, y compris l'industrie pharmaceutique.

المقدمة:

نظم المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بالبيو – أخلاقيات الطبية في قانون الصحة رقم 18-11، ونظم في ذات القانون الصناعة الصيدلانية التي تحتاج لأخلاقيات وضوابط قانونية هي الأخرى، ولقد حظِيت الصناعة الصيدلانية باهتمام المشرع –لأهميتها– في مراسيم تنفيذية كثيرة، منها المرسوم التنفيذي 22 – 247 المتعلق بقواعد الممارسات الحسنة لصنع المواد الصيدلانية ذات الاستعمال البشري ، المرسوم التنفيذي 21-224 الذي يحدد كيفيات إعداد قائمة الأدوية الأساسية ، المرسوم التنفيذي 21-82 الذي يتعلق بالمؤسسات الصيدلانية وشروط اعتمادها ، المرسوم التنفيذي 19-190 المتعلق بتحديد مهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية وتنظيمها وسيرها،المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21 - 525 .

وتكمن **أهمية الموضوع** في ارتباطه بالأمن الدوائي وصحة المواطن، نظرا لسيطرة المؤسسات الأجنبية الكبرى على السوق العالمي للمواد الصيدلانية وما يترتب عنه من تبعية و فرضية صحة المواطن في أيادي أجنبية، وهذا ما رفع سقف التحدي لدى الجزائر من أجل تحقيق الاكتفاء الذاتي من جهة و التصدير للدول المجاورة حسب وكالة الأنباء الجزائرية.

ويهدف هذا الموضوع للوقوف على الضوابط القانونية للصناعة الصيدلانية لأن تحقيقها يؤدي لتحقيق هدف أساسي وهو حماية مقصد حفظ النفس وحماية المستهلك والأمن الدوائي، **كمايهدف** الموضوع للوقوف على مدى تدعيم المشرع للصناعة الصيدلانية وتمكينها من الاستفادة من التمويل البنكي و تشجيع الاستثمار في هذا المجال، خاصة في ظل الإقبال الكبير على الصيغة الإسلامية و تناسق الصناعة مع عقد الاستصناع لدى البنوك الإسلامية. و هذا ما اعتمده بنك الجزائر من خلال نظام رقم 18-02، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية[1]، و كذا نظام رقم 20-

[1]– نظام بنك الجزائر رقم 18-02 بتاريخ 2018/11/04، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف و المؤسسات المالية.

02 بتاريخ 2020/03/15، الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية[1]، والذي تمكنت من خلاله البنوك في الجزائر من فتح ما يسمى بـ"النوافذ الإسلامية" و تقديم خدمات متنوعة منها تلك المتعلقة بتمويل القطاع الصناعي بمختلف فروعه من خلال "عقد الاستصناع"، والتي تهدف من خلاله البنوك الإسلامية إلى المساهمة في الدعم و التنمية لمختلف القطاعات الصناعية.

وهكذا فإن موضوعنا يطح **إشكالية** هامة ألا وهي: **ما هو الإطار ألمفاهيميو القانوني للصناعة الصيدلانية في الجزائر؟ و ما هي مقومات عقد الاستصناعو تطبيقاته كصيغة تمويل لدى البنوك الإسلامية؟**

لمعالجة هذه الإشكالية قسمنا المداخلة لمحورين:

المحور الأول: الإطار المفاهيمي و القانوني للصناعة الصيدلانية في الجزائر.

أوّلا: مفهوم الصناعة الصيدلانية .

ثانيا : ضوابط الصناعة الصيدلانية في القانون الجزائري.

المحور الثاني: مقومات عقد الاستصناعو تطبيقاته كصيغة تمويل لدى البنوك الإسلامية.

أولا: تعريف عقد الاستصناع و دليل مشروعيته .

ثانيا: أركان عقد الاستصناع أهميته وشروط صحته .

ثالثا: تطبيق عقد الاستصناع كصيغة تمويل لدى البنوك الإسلامية.

المحور الأول: الإطار المفاهيمي و القانوني للصناعة الصيدلانية في الجزائر.

إن موضوع الصناعةالصيدلانية يحتاج لتحديد مفهومه وتحديد ضوابطه القانونية ، وذلك راجع لأهمية هذا الموضوع من الناحية الصحية و الاقتصادية، والأكثر من ذلك أن أهمية هذا الموضوع زادت بصفة لافتة بعد الجائحة حيث أصبح البقاء للأقوى و الأقوى هو من يملك اللقاح أو العلاج، حتى إن الدواء أصبح يتم نقله كالسلاح بطائرات عسكرية لتفادي القرصنة في فتة الجائحة ، ومن هنا ظهرت الحاجة الماسة لتصنيع الدواء، وفكرة استيراد الدواء الضروري فقط من الدول الموثوقة و تصدير الدواء المصنع محليا للدول الصديقة ، كما ظهرت فكرة الدواء الجنيس للتخلص من عبء التبعية الخارجية في مجال الدواء.

أولا: مفهوم الصناعة الصيدلانية :

إن مصطلح الصناعة الصيدلانية مرتبط بمصطلحات كثيرة كالمنتوج الصيدلي ، المواد الصيدلانية ، الصناعة الدوائية ، المواد الأولية ذات الاستعمال الصيدلاني، المستلزمات الطبية ، فبعضها يعد جزءا من

---

[1]– نظام بنك الجزائر رقم 20–02 بتاريخ 2020/03/15، الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية و قواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية.

الصناعة الصيدلانية كالصناعة الدوائية، وبعضها مرادف وبعضها مختلف عنها، ولهذا سنحدد مفهوم الصناعة الصيدلانية ثم نميزها عن غيرها.

أ- تعريف الصناعة الصيدلانية:

يقصد بالصناعة الصيدلانية ، تصنيع المواد أو المنتوجات الصيدلانية ذات الاستعمال الطبي وفقا للمعايير الدولية (بالنسبة للمستوردة) و وفقا لقواعد الممارسات الحسنة للتصنيع المتعلقة بالتسجيل و الرقابة و الجودة ، وهذا ما يستنتج من بعض نصوص المرسوم التنفيذي 22-247 [1]، ومن خلال إطلاعنا على قانون الصحة (18-11) وجدنا المشرع أكد على حرص الدولة على توفير المواد الصيدلانية بصفة عامة، كما أكد على ضرورة السهر على احترام مقتضيات الفعالية و الأمن والنوعية **في مجال صنع المواد الصيدلانية** واستيرادها وتصديرها و ترقية الدواء الجنيس[2]. كما أن معظم المراسيم المتعلقة بالصناعة الصيدلانية تثبت أن المشرع الجزائري اهتم بهذه المنتجات لاسيما المنتوج الوطني، كما يبدو من قرارات وزارة الصناعة الصيدلانية تشجيعها للأدوية الجنيسة خاصة في ظل إيجاد معايير لإعفائها من تجارب التكافؤ العلاجي، وكذا تشجيع الصنع المحلي و التصدير[3]. وقد اجتهد رجال القانون في تعريفالصناعة الصيدلانية، منهم الدكتور مداح عرايبي الحاج الذي يرى أنها جزء من الصناعة الكيمياوية بشكل عام ، حيث يتم تقسيم هذه الأخيرة إلى صناعات كيمياوية ثقيلة و صناعات كيمياوية دقيقة والتي تتمثل في الصناعة الصيدلانية التي تتميز ارتفاع سعرها و كثرة مراحل التصنيع[4] ، أما الأستاذة بعوني ليلى فترى أن الصناعة الصيدلانية هي نتيجة للبحث العلمي المتواصل والتجارب الكيميائية و الطبيعية[5] . وهكذا فإن مفهوم الصناعة الصيدلانية يتمثل في تصنيع المواد أو المنتجات الصيدلانية ذات الاستعمال الطبي وفقا للمعايير الدولية ووفقا لقواعد الممارسات الحسنة للتصنيع المتعلقة بالتسجيل والرقابة والجودة.

---

[1] انظر المواد 2، 3، 4 من المرسوم التنفيذي 22 – 247 المؤرخ في 30 يونيو 2022 الموافق ل 01 ذي الحجة 1443هـ المتعلق بقواعد الممارسات الحسنة لصنع المواد الصيدلانية ذات الاستعمال البشري.

[2] راجع المادة 205 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة المؤرخ في 02 يوليو 2018 ج. ر عدد 46 مؤخرة في 2018/06/29م.

[3] أنظر القرار المؤرخ في 2021/10/04 الذي يحدد معايير إعفاء الأدوية الجنيسة و البيوعلاجية المماثلة من دراسة التكافؤ الحيوي وكل تجارب التكافؤ العلاجي الأخرى ج. ر عدد 87 مؤخرة في 11/17 /2021 .

– و أنظر القرار المؤرخ في نفس اليوم و الذي يحدد كيفيات تسجيل المواد الصيدلانية المصنعة محليا، والموجهة حصريا للتصدير ج. ر عدد 83 مؤخرة في 2021/10/31.

[4] راجع د. مداح عرايبي الحاج. تنافسية الصناعات الصيدلانية في دول شمال إفريقيا. مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية. العدد 9. س2013. ص 22 .

[5] د. بعوني ليلى.الصناعة الصيدلانية في الجزائر. مجلة القسطاس للعلوم الإدارية و الاقتصادية و المالية. المجلد 3 العدد1 جوان 2021. ص72.

ب- المصطلحات المرتبطة بالصناعة الصيدلانية:

لقد استعمل المشرع عدة مصطلحات مرتبطة بمصطلح الصناعة الصيدلانية، وهذا ما دفعه لتعريفها و تبيان المقصود منها في قانون الصحة (الباب الخامس: المواد الصيدلانية و المستلزمات الطبية) حيث عرّف المشرع عدة مصطلحات، كما تولى الفقه شرحها و توضيح مدلولها وهذا ما سنتناوله في العناصر التالية:

1. الدواء:

يقصد به كل مادة أو تركيب يعرض على أنه يحتوي على خاصية علاجية أو وقائية وكل المواد التي توصف قصد التشخيص الطبي أو استعادة الوظائف الفزيولوجية أو تصحيحها أو تعديلها [1].

2. الدواء الجنيس:

يقصد به كل دواء يتوفر على نفس التركيبة النوعية و الكمية للدواء الأصلي ونفس الشكل الصيدلاني نظرا للتكافؤ الحيوي والتوفر البيولوجي المثبت بدراسة مقارنة[2] .

3. منتوج بيو – علاجي :

كل دواء تكون مادته الفاعلة مصنوعة انطلاقا من مصدر حيوي أو مشتقة منه [3].

4. **دواء مقلد :**

كل دواء يتضمن خطأ في التقديم سواء بالنسبة لهويته (الرمز، الوسم، الاسم أو التكوين) أو مصدره (الصانع، بلد الصنع أو بلد المنشأ) أو تاريخه [4] .

5. المستلزمات الطبية:

المستلزم الطبي هو كل جهاز أو أداة أو تجهيز أو منتوج موجه لاستعمال الإنسان لأغراضطبية ، الإضافة للمستلزمات المستعملة في للتشخيص في المخبر كالمنتجات و المواد و الأدوات الكاشفة و المستعملة في عينات من جسم الإنسان من أجل توفير المعلومات المتعلقة حالة مرضية أو فيزيولوجية أو عيب خلقي أو لتحديد قياسات ضرورية (كضغط الدم أو السكر) أو من أجل تحديد أمن نزع عناصر من جسم الإنسان أو للتحقق من مطابقته مع الجسم المتلقي[5] .

6. **المواد الصيدلانية:**

---

[1] انظر المادة 208 من قانون الصحة 18-11.

[2] انظر المادة 210 من قانون الصحة 18-11.

– راجع كذلك القرار المؤرخ في 2021/10/04 الذي يحدد معايير إعفاء الأدوية الجنيسةو البيوعلاجية المماثلة من دراسة التكافؤ الحيوي وكل تجارب التكافؤ العلاجي الأخرى ج. ر عدد 87 مؤخرة في 11/17 /2021. وخاصة المادة 2 منه.

[3] انظر المادة 210 من قانون الصحة 18-11.

[4]انظر المادة 211 من قانون الصحة 18-11.

[5] انظر المادتين 212 و 213 من قانون الصحة 18-11.

يعرّفها **فريد حسن أبو الفتوح نصر** بأنها " كل مادة كيميائية من أصل نباتي أو حيواني أو معدني أو تخليقية ، تستعمل في علاج أمراض الإنسان أو الوقاية منها أو تشخيصها" [1]

7. **المنتجات الصيدلانية:**

يعرّفها الدكتور محمد محمد القطب مسعد بأنها: " كل مادة أو خلطة تتكون من مواد مصنّعة أو غير مصنّعة، تباع أو توصف بغرض استعمالها في العلاج أو الوقاية من الأمراض أو تشخيص أو تخفيف الآلام أو الأعراض المرضية ... "[2] .

8. **الصناعة الدوائية:**

لقد عرّفتها جلالي ياسمينة على أنها : " عبارة عن صناعة العقاقير الطبية والتي تكون في شكل مواد كيميائية أو أعشاب طبية أو نباتات خام، يقوم الصيدلي بتركيبها ويخضعها لسلسلة من البحوث و التحاليل و الاختبارات حتى يمكن للمستهلك استخدام الدواء في صورته النهائية " [3] ، كما يمكن تعريف الصناعة الدوائية أنها صناعة كيميائية متخصصة في صناعة الدواء حيث تبتكر أدوية جديدة لبيعها في السوق، وتتميز خصائص هامة فهي من أكثر الصناعات تقنينا في العالم ومن أكثر الصناعات اعتماداً على التخصص والمهارات والخبرات المتراكمة[4]. ومن خلال التعريفات السابقة، نستنتج أن الصناعة الدوائية تعد جزءاً من الصناعة الصيدلانية لأن هذه الأخيرة تشمل المستلزمات الطبيةكذلك.

ثانيا : ضوابط للصناعة الصيدلانية في القانون الجزائري

حدد المشرع الجزائري معايير و ضوابط لممارسة النشاط الصيدلي و قد أحال قانون الصحة على المرسوم التنفيذي 22- 247 المتعلق بقواعد الممارسات الحسنة لصنع المواد الصيدلانية ذات الاستعمال البشري بخصوص هذه الضوابط ، بالإضافة لبعض المراسيم التي ساهمت هي الأخرى في تحديد هذه المعايير.

أ- المعايير القانونية للممارسات الحسنة للصناعة الصيدلانية .

---

[1] الدكتور فريد حسن أبو الفتوح نصر، ذكرته أ. بارود نورة و فرعون محمد في مقال " دور الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية في حماية المستهلك" ، مجلة القانون العام الجزائري و المقارن، المجلد 7، العدد 2، منشور 2021/11/13. ص 488.

[2]الدكتور محمد محمد القطب مسعد، ذكرته مقيمح وسيلة في مقال "حماية المستهلك من مخاطر البيع الالكتروني للمنتجات الصيدلانية، مجلة الدراسات الحقوقية ، المجلد 6 ، العدد 2 منشور في 2019/12/12 ، ص222 .

[3]تعريف لجلالي ياسمينة مذكور في مقال لمحبوب مراد و محبوب فاطمة . واقع الصناعة الدوائية الجزائرية في ظل المنافسة العالمية – مع الإشارة لمجمع صيدال- مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد07 ، العدد06، 2018، ص532 و 547 الهامش 1.

[4] انظر نجاة مسمش، دليلة بركان، نوال هاني. واقع الصناعة الدوائية و التحديات التي تواجهها. مجلة دراسات العدد الاقتصادي،المجلد 12 العدد 1 لسنة 2021 ص 464 465.

لقد استحدث المشرع الجزائري مؤخراً المرسوم التنفيذي 22- 247 المتعلق بقواعد الممارسات الحسنة لصنع المواد الصيدلانية ذات الاستعمال البشري ، في 30 يونيو 2022 وذلك تطبيقاً لقانون الصحة لاسيما المادة 222 منه، كما أصدر المرسوم المتعلق بالمؤسسات الصيدلانية وجاءت هذه المراسيم بشروط عديدة.

1- الشروط المتعلقة بجودة المواد الصيدلانية و المستلزمات الطبية :

- ضرورة تصنيع المواد الصيدلانية وفقا لقواعد الممارسات الحسنة للتصنيع[1].
- ضرورة تصنيع المواد الصيدلانية وفقا للمعايير الدولية[2] .
- الجودة هي أحد أهم عناصر الممارسات الحسنة للتصنيع، هذه الأخيرة التي تقتضي صنع المواد الصيدلانية و مراقبتها بطريقة موافقة لمقاييس الجودة[3] .
- الممارسات الحسنة للتصنيع تشمل كل ما من شأنه التأثير بشكل فردي أو جماعي على جودة المنتوج الصيدلاني، ولذلك وجب اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان جودة المواد الصيدلانية[4] .

ومن مفهوم المخالفة نستنتج أنّ عدم جودة المنتوج الصيدلاني يعني الإخلال بالممارسات الحسنة للتصنيع و بالتالي خرق نصوص المرسوم التنفيذي 22- 247.

2- الشروط المتعلقة بقائمة الأدوية الأساسية :

نصت المادة 217 من قانون الصحة (18-11) على أن قائمة المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية والسجل الوطني للأدوية و دستور الأدوية تحدد من قبل المصالح المختصة التابعة للوزير، وتطبيقا لهذه المادة من قانون الصحة صدر المرسوم التنفيذي 21-224 الذي يحدد كيفيات إعداد قائمة الأدوية الأساسية، هذا المرسوم الذي أوضح أن قائمة الأدوية الأساسية تحدد بموجب قرار من وزير الصناعة الصيدلانية ولذلك أنشأ لجنة خبراء متعددي التخصصات تكلف بإبداء الرأي في هذه القائمة[5] ، وما يهمنا في هذا الإطار هو المعايير التي تتحكم اختيار قائمة الأدوية الأساسية، و قد ذكرتها المادة الخامسة (5) من المرسوم أعلاه نحاول تلخيصها فيما يلي:

- فعالية و أمن الدواء المؤكدة و الكافية.
- مصلحة الصحة العمومية.
- المعطيات المتعلقة الإنتاج الصيدلاني الوطني.

---

[1] انظر المادة 2 من المرسوم التنفيذي 22- 247 .

[2] انظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي 22- 247 .

[3] انظر المادة 4 من المرسوم التنفيذي 22- 247 .

[4] انظر المادة 7 من المرسوم التنفيذي 22- 247 .

[5] انظر المادة 9 و 11 من المرسوم التنفيذي 21-224 ، المؤرخ في 24 ماي 2021 يحدد كيفيات إعداد قائمة الأدوية الأساسية . ج. ر 40، الصادرة يوم 2021/05/31. ص14.

- مقارنة التكلفة مع فعالية المواد المستوردة .
- الجودة المضمونة.
- مراعاة الظروف الواقعية و العوامل الخاصة التخزين.
- الاستناد للأسس و الأدلة العلمية [1] .

3- الشروط المتعلقة بالمؤسسات الصيدلانية :

عرّف المشرع المؤسسة الصيدلانية في قانون الصحة: بأنها شركة منظمة وفق الأشكال القانونية المنصوص عنها في القانون التجاري، وتأخذ اعتمادها من المصالح المختصة في وزارة الصحة، كما عرفها بأنها مؤسسات إنتاج واستغلال و استيراد وتصدير و توزيع بالجملة للمواد الصيدلانية و المستلزمات الطبية[2]، وقد أحال المشرع على التنظيم ، ولذلك صدر المرسوم التنفيذي 21-82 والذي جاء لتعريف المؤسسات الصيدلانية و تحديد شروط اعتمادها، ومن أهم التفاصيل التي جاء هذا المرسوم :

- إلزام المؤسسات الصيدلانية باحترام قواعد الممارسات الحسنة للتصنيع والتخزين والتوزيع و اليقظة بخصوص الأدوية و العتاد الطبي الخاص بكل نشاط[3] .
- تحديد مهام المؤسسات الصيدلانية كتكليفها ضمان نشاط تصنيع المواد الصيدلانية ، مراقبة الجودة ، والبحث و التطوير ، استيفاء شروط التخزين والجودة من المؤسسات الصيدلانية للاستيراد[4] ... .
- تنظيم المؤسسة الصيدلانية وسيرها .
- شروط اعتماد المؤسسة الصيدلانية.
- كيفيات مراقبة المؤسسة الصيدلانية في حالة التقصير و مخالفة التشريع .

ب-دور الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية في الرقابة و حفظ الصحة :

لقد أوضح المرسوم التنفيذي 19- 190 [5] دور ومهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية فالمادة الخامسة منه ألزمت هذه الوكالة على الخصوص بـ :

- تسجيل المواد الصيدلانية ومنح مقرر التسجيل، ولها أن تجدده أو تعدله أو تسحبه .

---

[1] انظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي 21-224 .

[2] انظر المادة 218 و 219 من قانون الصحة (18-11).

[3]انظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي 21-82 المؤرخ في 2021/02/23 . يتعلق بالمؤسسات الصيدلانية و شروط اعتمادها ج. ر عدد 14 مؤرخة في 2021/02/28 . ص 11.

[4]انظر المادة 6-10 من المرسوم التنفيذي 21-82 .

[5] انظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي 19-190 المتعلق بتحديد مهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية وتنظيمها وسيرها، المؤرخ في 2019/06/03 المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي 21 - 525 .

- المصادقة على المستلزمات الطبية .
- مراقبة المواد الصيدلانية و المستلزمات الطبية.
- اتخاذ التدابير اللازمة لحفظ الصحة العمومية.
- المشاركة في البحث العلمي و تطويره[1].

المحور الثاني: مقومات عقد الاستصناعو تطبيقاته كصيغة تمويل لدى البنوك الإسلامية.

الصناعة أو المصنوعات من الضروريات التي يحتاجها الإنسان ولا يستغنى عنها في وقتنا الحالي، و قد ظهرت حاجته لها بتطور الحياة وتقدم المجتمعات، ومنها ما وجد ليسُد حاجاته و متطلباته فيحصل عليه، وقد لا يجد فيه ما يسد حاجته فيطلب من الصانع صناعة ما يحتاجه منها بمواصفات و تكنولوجيات معينة تتماشى و متطلبات استثماره الخاص، و ذلك مقابل ثمن معين. فيكون بذلك قد مارس عملية الاستصناع. وقد إهتم الفقه الإسلامي بتنظيم هذه العملية، من خلال سرد مجموعة من الضوابط والأحكام ما يجعلها تتم وفق المبادئ الشرعية، وذلك لما تلعبه عملية الاستصناع من دور مهم و فعال فيستفيد الصانع الذي يقدم خبرته و مهنته و حصوله على مقابل، و يستفيد المستصنِع الذي يحصل على ما يساعده من صناعة لسير استثماره و نموه.

و هذا ما اعتمده بنك الجزائر من خلال نظام رقم 18-02، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية[2]، و كذا نظام رقم 20-02 بتاريخ 2020/03/15، الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية[3]، والذي تمكنت من خلاله البنوك في الجزائر من فتح ما يسمى بـ"النوافذ الإسلامية" و تقديم خدمات متنوعة منها تلك المتعلقة بتمويل القطاع الصناعي بمختلف فروعه من خلال "عقد الاستصناع"، والتي تهدف من خلاله البنوك الإسلامية إلى المساهمة في الدعم و التنمية لمختلف القطاعات الصناعية.

أولا: تعريف عقد الاستصناعو دليل مشروعيته:

1- تعريف عقد الاستصناع:

أ- **الاستصناع لغة:**و قد جاء لفظ الاستصناع كما جاء في لسان العرب لابن منظور: صنعه، يصنعه، صنعا فهو مصنوع[4]، و معناه في اللغة هو طلب عمل الصنعة من الصانع فيما

---

[1]أ. بارود نورة و فرعون محمد . مرجع سابق، ص 482 و 483

[2]- نظام بنك الجزائر رقم 18-02 بتاريخ 2018/11/04، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف و المؤسسات المالية.

[3]- نظام بنك الجزائر رقم 20-02 بتاريخ 2020/03/15، الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية و قواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية.

[4]- أسامة رشيد الكردي،" وسائل الاستثمار و توزيع الأرباح و الخسارة في البنوك الإسلامية"، منشورات زين الحقوقية للنشر و التوزيع، بيروت 2013، الصفحة 163.

يصنعه، و استصنَع الشيء أي دعا إلى صنعه. و جاء في قوله سبحانه و تعالى:" صنع الله الذي أتقن كل شيء"[1]، و قوله سبحانه و تعالى:" و اصطنعتك لنفسي"[2].

ب-الاستصناع اصطلاحا: و يعرفالاستصناعاصطلاحا أنه:

عقد يتم بموجبه الاتفاق بين الصانع و هو البائع بصنع شيء محدد المواصفات و المشتري و هو المستصنِع، بحيث يحددان ثمنه و أجل تسليمه و طريقة أداء الثمن[3].

فعقد الاستصناع هو طلب صنع شيء ما على صنعة معينة بثمن معلوم. وجب وصف الشيء المطلوب صنعه بدّقة و تحديد مقاسه و معاييره و مادته الخام...الخ.

كما يعرف أنه عقد على مبيع في الذمة، شرط فيه العمل على وجه مخصوص و بصفات معينة و مقابل ثمن معلوم[4].

-الاستصناع عقد بين طرفين الصانع و المستصنِع، يطلب فيه هذا الأخير من الصانع أن يصنع له شيئا محدد الصفات و الشكل و المقدار (آلة، ماكِنة، جهاز...)، مقابل ثمن معين يدفعه له حالا أو مقسطا أو مؤجلا.

-هو أن يطلب العميل من البنك الإسلامي صناعة شيء معين غير متوفر في السوق، على أن تكون المواد و العمل من الصانع أي البنك، و يقوم هذا الأخير ببيعه إلى العميل مع إضافة هامش ربح إلى تكلفة الصُنع[5].

-بالرجوع إلى المادة 10 من نظام بنك الجزائر رقم 20-02 بتاريخ 2020/03/15، الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية، فجاء تعريف الاستصناع فيها كما يلي:" الاستصناع هو عقد يتعهد بمقتضاه البنك أو المؤسسة المالية بتسليم سلعة إلى زبونه صاحب الأمر، أو بشراء لدى مصنِّع سلعة ستصنع وفقا لخصائص محددة ومتّفق عليها بين الأطراف، بسعر ثابت ووفقا لكيفيات تسديد متفق عليها مسبقاً بين الطرفين".

---

[1]-سورة النحل، الآية 88.

[2]- سورة طه، الآية 41.

[3]- حسني عبد العزيز يحيى الصيغ الإسلامية للاستثمار في الرأس المال العامل"، الأكاديمية العربية للعلوم المالية و المصرفية، تخصص المصارف الإسلامية، الأردن، السنة الجامعية 2009/2008، الصفحة 79.

[4]-مصطفى محمود محمد عبد العال عبد السلام،" آلية تطبيق عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية"، ملتقى "مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع و المأمور"، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري ، دبي، المارات العربية المتحدة، يومي 31 ماي الى 03 جوان/2009، الصفحة 10.

[5]- سليمان ناصر/ عواطف محسن، " تمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة بالصيغ المصرفية الإسلامية"، مداخلة بالملتقى الدولي الأول لمعهد العلوم الاقتصادية التجارية و علوم التسيير بغرداية -الجزائر-، حول " الاقتصاد الإسلامي، الواقع و رهانات المستقبل"، يومي 23 و 2011/02/24، الصفحة 10.

و بالرجوع إلى موقع بنك البركة الجزائري، فإنه يعرف عقد الاستصناع كما يلي: " الاستصناع هو عقد مقاولة الذي من خلاله يطلب الطرف الأول (المستصنِع) من الطرف الثاني يدعى (الصانع) بصنع أو بناء مشروع يضاف إليه ربح يدفع مسبقا بصفة مجزأة أو لأجل ".

مقارنة مع التطبيقات التجارية الحالية، يشبه الاستصناع عقد مقاولة كما جاء في نص المادة 549 من القانون المدني الجزائري: " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

يمكن أن يتدخل في صيغة الاستصناع المستعملة من طرف البنوك الإسلامية ثلاثة أطراف إلى جانب البنك، صاحب المشروع والمقاول في إطار استصناع مزدوج.

2- دليل مشروعية عقد الإستِصناع :

جاءت مشروعية هذا العقد أو هذه الصيغة منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فقد إستصنع خاتما و منبرا و قد مارس الناس الإستصناع منذ أن فعله الرسول صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه أحد. و قداعتبره المالكية عقدا من عقود البيع، و اعتبره فقهاء المذاهب الأخرى من أنواع بيع السلم[1].

ثانيا: أركان عقد الاستصناعأهميته و شروط صحته:

1- أركان عقد الاستصناع :

يقوم عقد الاستصناع على وجود ثلاثة أركان أساسية فيه، هي:

- **العاقدان:** وهما الصانع البائع و المستصنِع المشتري،
- **المعقود عليه:** و هما المحل و الثمن موضوع العقد،
- **الصيغة:** و التي تقوم على توافق الإيجاب و القبول بينهما.

2- شروط عقدالإستِصناع : و يقوم عقد الاستصناع إضافة إلى الشروط العامة لكل عقد، على مجموعة من الشروط الخاصة به و التي تتلاءم مع طبيعته الخاصة، و هي:

- ✓ بيان الشيء المراد صنعه، من حيث جنسه، نوعه، صفته، كميته بيانا بشكل واضح و صريح في العقد لا يترك مجالا للتناقض أو الشك،
- ✓ أن يكون محل العقد ما يجري عليه التعامل بين الناس،
- ✓ أن لا يكون الشيء المطلوب صنعه بموجب هذا العقد مختصا بعقد آخر كالسلم مثلا، فبيع الحبوب أو الفاكهة قبل وجودها خصه النص صراحة بعقد السلم، و هو ثابت بنص قطعي، أما الاستصناع فجوزه الفقهاء استحسانا[2]،

---

[1]- محمود حسين الوادي/ حسين محمد سمحان، " المصارف الإسلامية –الأسس النظرية و التطبيقات العملية–"، دار المسيرة للنشر و التوزيع، عمان –الأردن–، الطبعة الثانية 2008، الصفحة 191.

[2]- محمود حسين الوادي/ حسين محمد سمحان،المرجع السابق، الصفحة 192.

- ✓ أن تكون المواد الأولية والعمل من الصانع، ذلك أنه إذا تمّ تقديمها من قبل المستصنِع أصبح العقد عقد إجارة، و يصبح الصانع أجيرا لا صانعا،
- ✓ يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة،
- ✓ تحديد تاريخ التسليم ومكانه،
- ✓ يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا، بحسب ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة،
- ✓ يبرز هامش ربح البنك في إطار عملية الاستصناع بالتدخل بصفته مقاول مسؤول عن إنجاز أشغال متعلقة بإنجاز مشروع موضوع العقد، و يكون هذا التدخل إما مباشرة أو تكليف صانع أو مقاول آخر[1]،
- ✓ يجب أن يتم الاستصناع على عمل تحويل مادة، منتوج نصف مصنعة أو مكونات منتوج صافي قابل للاستعمال،
- ✓ يمكن للصانع أن يكلف شخص آخر لإنجاز كل أو جزء من المشروع،
- ✓ في حالة عدم مطابقة المشروع المنجز، يمكن للمستصنِع أن يرفض الاستلام و يفسخ العقد على حساب الصانع،
- ✓ يصبح المستصنِع مالكا للشيء المطلوب صنعه عند التوقيع على العقد.

3- أهمية عقد الاستصناع:

تتضح أهمية عقد الاستصناع بالحاجة العظيمة إليه في الحياة البشرية، حيث بين الله أن البشر متفاوتون فيما بينهم فسخرهم لخدمة بعضهم البعض، ومن صور التسخير، يظهر عقد الاستصناع فإنالمستصنِع محتاج لمن يصنع له حاجته بالشكل الذي يريد، والصانع محتاج إلى المال الذي يأخذه مقابل صنعته ليستعين به على متطلبات الحياة، و لهذا تتجسد الأهمية الأساسية لهذا العقد في المنفعة المتبادلة بين أطرافه، إضافة إلى ذلك تبرز أهمية هذا العقد في العديد من الجوانب أهمها:

- ✓ الاستصناع هو صيغة تسمح للبنك الإسلامي المساهمة في أشغال البناء والتركيب و الانتهاء من المشاريع الكبرى. كما أنه يساعد على تمويل بناء منشآت الإنتاج وهي المصانع على مختلف أنواعها والنقل و الاستهلاك بناء على طلب المستخدمين و / أو البائعين،
- ✓ يوفر عقد الاستصناع حلاً بديلاً يتوافق مع تعاليم الإسلام إلى تقنية التسبيقات على الصفقات العمومية بموجب أسلوب الاستصناع المزدوج المذكور أعلاه،

---

[1]- شروط بنك البركة الجزائري، موقع البنك الالكتروني https://www.albaraka-bank.dz/?lang=ar. بتاريخ2022/08/26.

- ✓ يمكن اعتماده من أجل تمويل الصناعات الكبيرة و الباهظة الثمن كالمصانع ،الطائرات و السفن و غيرها،
- ✓ يتطلب تنفيذ عقد الاستصناع تظافر جُهود متنوعة من مهندسين، بنائين، عمال و حرفيين و بالتالي توفير مناصب العمل و التقليل من البطالة و أثارها السلبية،
- ✓ يساعد على تشغيل السيولة الكبيرة لدى البنوك الإسلامية و استثمارها لتوليد الربح الحلال،
- ✓ له دور كبير في تنشيط و تحفيز الصناعة و الصناع و الحرفيين، و فتح مجالات واسعة للتمويل و تطوير الاقتصاد في البلاد،[1]
- ✓ من خلال شروط الاستصناع نرى أنه غير محدد لمدة و عليه يمكن أن يكون في يوم أو أسبوع أو سنة أو عدَّة سنوات وهذا يختلف باختلاف الشيء المطلوب صنعه . و عليه يمكن اعتماد هذا النوع من التمويل في عملية بناء المصانع ،المساكن للأفراد و المباني الإدارية و الهيئات الرسمية و الحكومية، و ذلك بتقديم طلب إلى البنك الإسلامي مع تحديد كل مواصفات البناء، و عند موافقة البنك على ذلك يقوم بتقدير التكلفة و تحديد هامش الربح المناسب فإذا وافق العميل على الثمن الإجمالي أمضى العقد .

ثالثا: تطبيق عقد الاستصناع كصيغة تمويل لدى البنوك الإسلامية:

بدأ الاستصناع يحتل دورا هاما و رئيسيا في استثمارات البنوك الإسلامية، إذ قامت البنوك بتمويل المباني السكنية والاستثمارية على رأسها المصانع بمختلف أنواعها بنظام الاستصناع ، وساهمت بذلك في حل مشكلات معاصرة كثيرة ، إذ وفرت للمستصنِع المواد الخام إضافة إلى العمل نفسه، وساهمت في صناعات أخرى عديدة وأبرمت عقود استصناع مع عملائها.

1- صِفة البنك في عقد الاستصناع.

يعتبر الاستصناع بالنسبة للبنوك خُطوة رائدة لتنشيط الحركة الاقتصادية ، وذلك إما بكون البنك صانعا، أو بكونه مستصنِعا:

- **أما كونه صانعا:** فإنه يتمكن على أساس عقد الاستصناع من دخول عالم الصناعة والمقاولات وغير ذلك، حيث يقوم البنك بذلك من خلال أجهزة إدارية مختصة بالعمل الصناعي و الهندسي و المقاولاتي التي تعتبر تابعة له، لتصنيع الاحتياجات المطلوبة للمستصنِعين .
- **وأما كونه مستصنِعا:** فبتوفير ما يحتاجه البنك من خلال عقد الاستصناع مع الصناعيين والذي يوفر لهم التمويل المبَكر، ويضمن تسويق مصنوعاتِهم، ويزيد من دخل الأفراد، مما يزيد من رخاء المجتمع بتداول السيولة المالية بين المتعاملين الاقتصاديين.

---

[1]- بوقطاية سلمى/ طافر زهير، "الاستصناع كآلية لدعم قطاع الصناعة في الجزائر بين الأهمية والتحديات"، مجلة التكامل الاقتصادي، المجلد 09، العدد 01، مارس 2021، الصفحة 227-246.

- وهناك **حالة ثالثة:** وهي أن يكون البنك صانعا و مستصنِعا في نفس الوقت، وهو ما يسمى **بالاستِصناعالموازي** ، سنتطرق إليه في التالي.

2- أنواع و صور عقد الاستصناع:

من خلال ما سبقت دراسته حول عقد الاستصناع من شروط و مميزات، نستنتج أن لهذا العقد صورتين، عقد الاستصناع البسيط و عقد الاستصناع الموازي أو ما يسمى بالمزدوج.

✓ **عقد الاستصناع البسيط:**

و هو السابق تعريفه، و الذي يكون فيه طرفين فقط: المستصنِع و هو العميل المشتري الذي يطلب من البنك صناعة شيء محددوالبنك الصانِع بنفسه، دون أي تدخل لطرف ثالث.

✓ **عقد الاستصناعالموازي :**

و هو العقد الذي يبرم فيه البنك عقد استصناع بصفته صانعا مع عميل يريد صنعة معينة، و لكن البنك و لعدم توفر القدرات الفنية المتخصصة لهذه الصِناعة يتعاقد مع صانع آخر باعتبارها مستصنِعا، فيطلب منه صناعة المطلوب بالأوصاف نفسها، فيكون البنك هنا صانع بالنسبة للعميل، و مستصنعا بالنسبة للصانع الثاني الذي كلفه بإنجاز و صناعة الشيء محل العقد الأول الذي أبرمه مع العميل.

و في أغلب الحالات في الاستصناع الموازي، يكون العميل على علم بأن البنك لا يصنع ذلك الشيء بنفسه، بل يستصنِعه عند جهة أخرى، وحينئذ يكون الاستصناع جائزا.

هذا تقسيم عقد الاستصناع من حيث الأطراف، و لكن يمكن تقسيمه كذلك من حيث **نوعية النشاط الممول،** و أهم هذه الأنواع و أكثرها تعاملا[1].

✓ **الاستصناع في التمويل الصناعي:**

يمكن الاستفادة من عقد الاستصناع بتطبيقه في المجال الصناعي باختلاف أشكاله وأنواعه إذ يعتبر القطاع الصناعي قطاعاً هاماً و حيوياً في الاقتصاديات المعاصرة، كصناعة الآلات الإنتاجية، التحويلية، صناعة السيارات، الطائرات و السفن، مما يمكن ضبطه بالمقاييس والصفات، وكذلك : صناعة الآلات المختلفة التي تحتاجها المصانع لتطوير منتجاتها و خدماتها و كذا قطع غيارها ، فيوفر ذلك تكلفة استيرادها و نقلها من البلدان الأجنبية[2].

✓ **الاستصناع في التمويل العقاري:**

يمكن تطبيق الاستصناع في التمويل العقاري في عدة تطبيقات مختلفة، كبناء المباني السكنية و الاستثمارية وغيرها ، وذلك ببيان موقعها والصفات المطلوبة فيها ، كما يمكن أن يكون الاستصناع في

---

[1]- سماح طلحي/نسرين عوام/نوفل بعلول،" دور عقد الاستصناع في تمويل الصناع الصغيرة والمتوسطة دراسة حالة الجزائر"، مجلة المنهل الاقتصادي، المجلد 03، العدد 01، جوان 2020، الصفحة 361-372.

[2]- محمد الشحات الجندي، "القرض كأداة للتمويل في الشريعة الإسلامية" دراسات في الفقه الإسلامي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى،1996 ،الصفحة 102.

تخطيط الأراضي وإنارتها وشق الطرق فيها وتعبيدها و تجهيزها ، وغير ذلك من المجالات العقارية والتي يمكن الاستفادة من الاستصناع فيها .

-كما يعتمد مصرف السلام في الجزائر في إطار التمويل عن طريق الاستصناع على صيغتين اثنتين بحسب موضوع التمويل:

- **صيغة الاستصناعوالاستصناع الموازي:**

ونميز بين تطبيقين لهذه الصيغة بحسب موضوع الاستصناع:

أ. صيغة الاستصناعوالاستصناع الموازي في المباني:

وهي صيغة يقوم من خلالها المصرف بناء على طلب المتعامل ببناء أو تهيئة عقار حسب المواصفات المحددة ضمن الطلب والمخططات المرفقة به، ويعتمد المصرف في تنفيذ هذه العملية على عقدي استصناع منفصلين يكون في أحدهما صانعا وفي الثاني مستصنعا، حيث ينعقد الاستصناع الأول بينه وبين المتعامل المستصنع فيكون صانعا بالنسبة إليه، ثم يعقد المصرف استصناعا موازيا مع مقاول من أجل إنجاز المشروع فيكون مستصنعا في هذا العقد، على أن يكون كل من العقدين مستقلا عن الآخر.

ب. صيغة الاستصناع والاستصناع الموازي في غير المباني:

وهي صيغة يقوم من خلالها المصرف بناء على طلب المتعامل بتصنيع سلع أو تجهيزات طبقا للمواصفات المحددة ضمن طلبه عن طريق عقد استصناع مواز للاستصناع الأول مع صانع يستصنع من خلاله المصنوعات المطلوبة.

- **صيغة الاستصناع مع التوكيل بالبيع:**

وهي صيغة يقوم المصرف من خلالها بشراء سلع أو تجهيزات مصنعة من قبل المتعامل ثم يوكله في بيعها بعد تسليمها، وعليه فإن هذه الصيغة تعتمد على عقدين: عقد استصناع يكون المصرف فيه مستصنعا والمتعامل صانعا، وعقد توكيل بالبيع يوكل من خلاله المصرف المتعامل في بيعالمصنوعات [1] .

3- آثار عقد الاستصناع:

يعتبر عقد الاستصناع من عقود البيع، وبالتالي تترتب عليه آثار البيع بالنسبة للبائع الصانع و المشتريالمستصنِع:

- ✓ **بالنسبة للصانع (البائع):**

يلتزم الصانع بتسليم الصنعة وفقا للمواصفات التي تمّ التدقيق عليها في العقد، و في الوقت الذي تمّ الاتفاق عليه و يكون له مقابل ذلك تسلم الثمن المتفق الذي يستحقه كاملا إذا قدم الشيء المصنوع كما تمّ الاتفاق عليه .

---

[1] www.alsalamalgeria.com الموقع الالكتروني لمصرف السلام الجزائر بتاريخ 2022/08/28

✓ **بالنسبة للمستصنِع (المشتري):**

يكون للمشتري المستصنع ملك المبيع في ذمة المستصنع إن جاء به كما طلبه منه، و يكون عليه مقابل ذلك تسديد ما عليه من ثمنه كاملا و وفقا لما تمّ الاتفاق عليه في العقد.

❖ **الخاتمة:**

تعتبر الجزائر مقارنة مع دول العالم متأخرة نوعا ما فيما يتعلق بتبني نظام الصيرفة الإسلامية لدى بنوكها العمومية، و وضع الإطار القانوني المتعلق بالعمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، حيث كان بنك البركة الجزائري و هو بنك مختلط، الوحيد منذ سنوات التسعينيات الذي يقدم مثل هذا النوع من الخدمات، ليليه مصرف السلام، إلى غاية صدور نظام بنك الجزائر ديسمبر 2018 المتعلق بالصيرفة التشاركية و يليه نظام رقم 20-02 سنة 2020 المحدد للعمليات البنكية في الصيرفة الإسلامية. أين تحصلت البنوك العمومية في الجزائر على شهادة الهيئة الشرعية الوطنية لإفتاء للصناعة المالية الإسلامية للممارسة ما يسمى بـ" النوافذ الإسلامية".

بالرغم من أهمية عقد الاستصناع، كشكل من أشكال التمويل، فإنه يعرف محدودية في الاستعمال و الطلب من قبل المتعاملين الاقتصاديين و المُصنعين، و ذلك ناتج عن:

- صعوبة التنفيذ والمتابعة، حيث لا يتوافر العنصر البشري القادر على دراسة وتنفيذ ومتابعة أنواع الصناعات المتعددة،
- عدم وجود مصنِعين في الجزائر مختصين بصناعات الآلات والمعدات والماكينات المستعملة في الصناعة الصيدلانية أو غيرها من الصناعات،

كما تتمثل أهم **النتائج** المتوصل إليها من خلال هذه الورقة البحثية في:

- نظم المشرع الصناعة الصيدلانية في مراسيم تنفيذية كثيرة، منها المرسوم التنفيذي 22 – 247 المتعلق بقواعد الممارسات الحسنة لصنع المواد الصيدلانية ذات الاستعمال البشري ،المرسوم التنفيذي 21-224 الذي يحدد كيفيات إعداد قائمة الأدوية الأساسية ، المرسوم التنفيذي 21-82 الذي يتعلق بالمؤسسات الصيدلانية وشروط اعتمادها ، المرسوم التنفيذي 19-190 المتعلق بتحديد مهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية وتنظيمها وسيرها،المعدل و المتمم.
- يقصد بالصناعة الصيدلانية، تصنيع المواد أو المنتوجات الصيدلانية ذات الاستعمال الطبي وفقا للمعايير الدولية ووفقا لقواعد الممارسات الحسنة للتصنيع المتعلقة بالتسجيل و الرقابة و الجودة .
- تأكيد المشرع على ضرورة السهر على احترام مقتضيات الفعالية والأمن والنوعية في مجال صنع المواد الصيدلانية واستيرادها وتصديرها و ترقية الدواء الجنيس وتشجيع وزارة الصناعة الصيدلانية للأدوية الجنيسة.
- من المعايير المتعلقة بجودة المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية ضرورة تصنيعها وفقا لقواعد الممارسات الحسنة للتصنيع و ضرورة تصنيع المواد الصيدلانية وفقا للمعايير الدولية.

- إن أهم المعايير التي تتحكم في اختيار قائمة الأدوية الأساسية، تتمثل في فعالية وأمن الدواء المؤكدة و الكافية.
- إنشاء المشرع للوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية و منحها دور مراقبة المواد الصيدلانية و المستلزمات الطبية و اتخاذ التدابير اللازمة لحفظ الصحة العمومية.

و للتصدي لهذه المعوقات و العراقيل التي لا تزال تقف أمام تحقيق نظام مصرفي إسلامي شامل لدى جميع البنوك في الجزائر لابد من اتخاذ مجموعة من **التوصيات** أهمها:

- تكثيف المجهودات و المساعي في سبيل تحقيق الاكتفاء الذاتي في مجال الصناعة الدوائية و المستلزمات الطبية .
- تأهيل اليد العاملة الوطنية في مجال الصناعة الصيدلانية.
- مضاعفة العمل على توفي الأدوية الجنيسة للتخلص من التبعية في مجال الدواء.
- إلزام المؤسسات الصيدلانية باحترام قواعد الممارسات الحسنة للتصنيع والتخزين والتوزيع و اليقظة بخصوص الأدوية و العتاد الطبي الخاص بكل نشاط .
- دعم المؤسسات الصيدلانية الوطنية بالتسهيلات الإدارية و القروض البنكية .
- تكييف عقود الاستصناع المقدمة من طرف البنوك الإسلامية في الجزائر بما يتماشى مع احتياجات كافة القطاعات الصناعية بما فيها قطاع الصناعة الصيدلانية وعدم حصرها في قطاع البناء والأشغال العمومية،
- يمكن للبنوك السلامية أن تعرض صيغة التمويل بالاستصناع المقسط وسندات الاستصناع، بدل الاعتماد فقط على الاستصناع الموازي، حتى تفتح الباب أمام مشاريع القطاع العمومي التي تتميز بضخامة حجمها وارتفاع تكاليفها، فهذا يساهم من جهة على توفير متطلبات المشاريع العمومية بصيغ تمويلية تتماشى مع متطلباتها، ومن جهة أخرى في رفع نسبة هامش ربح البنك،
- إنشاء بنوك و وكالات للبنوك متخصصة في الخدمات الإسلامية بدلا من المكاتب داخل نفس الوكالة و الذي يبعث الريبة لدى المواطن الجزائري نظرا لطبيعة المواطن و المجتمع الجزائري الذي لا يرغب في أغلبيته بالتعامل مع البنوك الربوية،
- تكثيف دور الإعلام في توعية المواطن و لإقناعه بوجود خدمات مصرفية إسلامية بكل المعايير توفرها البنوك العمومية الجزائرية،
- التكوين الجيد لموظفي هذه البنوك من أجل حسن استقبال المواطن و إقناعه بالفرق بين التعاملات الإسلامية و الربوية، و نيل ثقة المواطنين الذين يفضلون اللجوء إلى التعاملات وفق أحكام الشريعة الإسلامية و هم يشكلون نسبة معتبرة في المجتمع الجزائري.

قائمة المراجع:

1/ القوانين و المراسيم والتنظيمات:

- القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المؤرخ في 02 يوليو 2018 ج. ر عدد 46 مؤرخة في 2018/06/29م.

المرسوم التنفيذي رقم 19-190 المتعلق بتحديد مهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية وتنظيمها وسيرها، المؤرخ في 2019/06/03 المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21 – 525 .

- المرسوم التنفيذي رقم 21-82 المؤرخ في 2021/02/23 . يتعلق بالمؤسسات الصيدلانية و شروط اعتمادها ج. ر عدد 14 مؤرخة في 2021/02/28 .
- المرسوم التنفيذي رقم 21-224 ، المؤرخ في 24 ماي 2021 يحدد كيفيات إعداد قائمة الأدوية الأساسية . ج. ر 40، الصادرة يوم 2021/05/31.
- المرسوم التنفيذي رقم 22 – 247 المؤرخ في 30 يونيو 2022 الموافق ل 01 ذي الحجة 1443ه المتعلق بقواعد الممارسات الحسنة لصنع المواد الصيدلانية ذات الاستعمال البشري.
- قرار وزارة الصناعة الصيدلانية المؤرخ في 2021/10/04و الذي يحدد كيفيات تسجيل المواد الصيدلانية المصنعة محليا، والموجهة حصريا للتصدير ج. ر عدد 83 مؤرخة في 2021/10/31.
- نظام بنك الجزائر رقم 18-02 بتاريخ 2018/11/04، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف و المؤسسات المالية.
- نظام بنك الجزائر رقم 20-02 بتاريخ 2020/03/15، الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية و قواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية.
- قرار وزارة الصناعة الصيدلانية المؤرخ في 2021/10/04 الذي يحدد معايير إعفاء الأدوية الجنيسةوالبيوعلاجية المماثلة من دراسة التكافؤ الحيوي وكل تجارب التكافؤ العلاجي الأخرى ج. ر عدد 87 مؤرخة في 2021/ 11/17 .

2/ الكتب :

-أسامة رشيد الكردي،" وسائل الاستثمار و توزيع الأرباح و الخسارة في البنوك الإسلامية"، منشورات زين الحقوقية للنشر و التوزيع، بيروت 2013،

-محمود حسين الوادي/ حسين محمد سمحان، " المصارف الإسلامية –الأسس النظرية و التطبيقات العملية–"، دار المسيرة للنشر و التوزيع، عمان –الأردن–، الطبعة الثانية 2008،

-محمد الشحات الجندي، "القرض كأداة للتمويل في الشريعة الإسلامية" دراسات في الفقه الإسلامي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى،1996.

3/ مذكرات ورسائل:

–حسني عبد العزيز يحيى "الصيغ الإسلامية للاستثمار في الرأس المال العامل"، الأكاديمية العربية للعلوم المالية و المصرفية، رسالة ماجستير، تخصص المصارف الإسلامية، الأردن، السنة الجامعية 2009/2008،

4/ المقالات وملتقيات.

- د. بعوني ليلى.الصناعة الصيدلانية في الجزائر. مجلة القسطاس للعلوم الإداريةوالاقتصادية و المالية. المجلد 3 العدد1 جوان 2021.
- د.فريد حسن أبو الفتوح نصر، ذكرته أ. بارود نورة و فرعون محمد في مقال " دور الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية في حماية المستهلك" ، مجلة القانون العام الجزائري و المقارن، المجلد 7، العدد 2، منشور 2021/11/13.
- محبوب مراد و محبوب فاطمة . واقع الصناعة الدوائية الجزائرية في ظل المنافسة العالمية – مع الإشارة لمجمع صيدال– مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد07 ، العدد06، 2018 .
- د. محمد محمد القطب مسعد، ذكرته مقيمح وسيلة في مقال "حماية المستهلك من مخاطر البيع الالكتروني للمنتجات الصيدلانية، مجلة الدراسات الحقوقية ، المجلد 6 ، العدد 2 منشور في 2019/12/12 .
- د. مداح عرايبي الحاج. تنافسية الصناعات الصيدلانية في دول شمال إفريقيا. مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية. العدد 9. س2013.
- نجاة مسمش، دليلة بركان، نوال هاني. واقع الصناعة الدوائية و التحديات التي تواجهها. مجلة دراسات العدد الاقتصادي،المجلد 12 العدد 1 لسنة 2021 .
- بوقطاية سلمى/ طافر زهير، "الاستصناع كآلية لدعم قطاع الصناعة في الجزائر بين الأهمية والتحديات"، مجلة التكامل الاقتصادي، المجلد 09، العدد 01، مارس 2021،
- سماح طلحي/نسرين عوام/نوفل بعلول،" دور عقد الاستصناع في تمويل الصناع الصغيرة والمتوسطة دراسة حالة الجزائر"، مجلة المنهل الاقتصادي، المجلد 03، العدد 01، جوان 2020،
- مصطفى محمود محمد عبد العال عبد السلام،" آلية تطبيق عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية"، ملتقى "مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع و المأمور"، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري ، دبي، المارات العربية المتحدة، يومي 31 ماي الى 03 جوان/2009،
- سليمان ناصر/ عواطف محسن، " تمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة بالصيغ المصرفية الإسلامية"، مداخلة بالملتقى الدولي الأول لمعهد العلوم الاقتصادية التجارية و علوم التسيير

بغرداية –الجزائر–، حول " الاقتصاد الإسلامي، الواقع و رهانات المستقبل"، يومي 23 و 2011/02/24.

5/ المواقع الالكترونية.

الموقع الالكتروني لمصرف السلام الجزائر
www.alsalamalgeria.com
موقع الالكتروني لبنك البركة الجزائري
https://www.albaraka-bank.dz/?lang=ar.

ثورة التجارب الطبية على الإنسان بين ضرورة البيو تكنولوجيا والتجاوزات الأخلاقية

د. الهواري نجوى
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:
شهد العالم في الآونة الأخيرة تطورات هامة في الطب وعلوم الحياة، وأصبح جسم الإنسان محلا للتجارب الطبية والعلمية المستحدثة بواسطة التقنية الحيوية والبيو تكنولوجيا المتطورة التي كان لها تأثير كبير في تغيير أنماط الحياة، من خلال تطبيقات الجينوم البشري والاستنساخ، والتلقيح الاصطناعي، هذه الاكتشافات الجديدة خلقت الكثير من المسائل الأخلاقية التي مست السلامة الجسدية وعلى حساب الكرامة الإنسانية، ومن هنا ظهرت ضوابط أخلاقية لتحديد مفاهيم جديدة وسعت من نطاق التجارب الطبية والقيم الأخلاقية للحد من هذه التجاوزات الخطيرة.
– **الكلمات المفتاحية:** التجارب الطبية – التقنية – البيو تكنولوجيا – الأخلاقيات الطبية – الكرامة الإنسانية.

مقدمة:
شهد العالم المعاصر تطورات متسارعة في مختلف المجالات البيولوجية والطبية خاصة منها التجارب الطبية على جسم الإنسان التي حظيت باهتمام بالغ من جانب معظمالدول المتقدمة التي سعت دومًا لاكتشاف علاجات ناجعة للأمراض الخطيرة أو لغرض استكشافات علمية.
وعلى الرغم من كون هذه التجارب معروفة منذ زمن بعيد إلا أنهاانتشرت بصورة مذهلة في الآونة الأخيرة مع تفشي العديد من الأمراض المستجدة[1]،مما استلزم الأمر إجراء الكثير من التجارب الطبية التي لا يمكن الاستغناء عنها لأنها ساهمت بشكل ملحوظ في اتساع آفاق المعرفة الطبية وجوهر التقدم المعرفي وأساس تطوير الطب والبيولوجيا من أجل إيجاد الحلول العلمية الممكنة للمشاكل الصحية المستحدثة لغرض الوصول إلى العلاج المناسب. وبالتالي فهي ضرورة لتقدم ورقي البشرية[2] فلا يمكن تطبيق النتائج التي يتم الحصول عليها من التجربة مباشرة على الإنسان إلا بعد المرور بمراحل متتالية تُجرى بانفراد، باعتبار كل شخص ينفرد بخصوصيات فيزيولوجية وتكوينية تجعل من الضروري إجراء التجارب عليه لمعرفة العلاج الصحيح[3].

---

[1]صفوان محمد شديفات، "**المسؤولية الجزائية عن الأعمال الطبية**"، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 264.

[2]العربي بلحاج، "**الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان على ضوء القانون الطبي الجزائري**"، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2011، ص 22.

[3]مأمون عبد الكريم، "**رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية**"، دراسة مقارنة، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 687، 688.

لهذا السبب كان لهذا النوع من التجارب صدى كبير في تغيير العديد من المبادئ والقوانين ذات الصلة بالطب بصفة عامة والتجارب الطبية بصفة خاصة، هذه الأخيرة أثارت بدورها الكثير من النقاشات والجدال الفقهية ذات الطابع الديني والأخلاقي، والقانونيوحتى الطبي الممثلة بالخصوص في صعوبة التمييز بين التجارب العلاجية التي تجرى لجسد الإنسان بتدخل طبي علاجي مؤداه شفاء المريض، وبين التجارب الطبية غير العلاجية التي ترمي إلى الابتكار أو المصلحة التجارية، الأمرالذي أدى إلى تغيير بعض المفاهيم العلمية الخاصة بالمريض والمرضى والرعاية الصحية من أجل مواكبة الاكتشافات البيولوجية والمستحدثات الطبية في ظل الثورة العلمية المستمرة بشكل سريع، ومنه استحدثت بعض التقنيات الطبية المعاصرة التي أخذت شكل التجارب الطبية غير العلاجية[1]المنافية للمبادئ والأخلاق، حتى أنها أصبحت تفرض نفسها كواقع لا بد منه، مما جعل منها خطر يهدد السلامة البشرية.

ومع انتشار العديد من الأمراض كالإيدز والأنفلونزا الطيور والخنازير وكذا فيروس كورونا كلها أمراض مُستجدة ومُستعصية ظهرت بظهور الصناعة والتكنولوجيا وتلوث البيئة وتغيير المناخ هذا ما أدى بالعلماء والأطباء إلى التفكير والبحث عن إلزامية تطبيق مختلف التجارب على البشر لإيجاد لقاحات فعالة.

وبالتالي أصبح جسم الإنسان بمثابة حقل للتجارب من خلال الممارسات الخطيرة وطرق العلاج الحديثة بتقنيات معاصرة بعيدة كل البعد عن الأخلاقيات الطبية، فهي من جهة تساهم في تطوير العلوم الطبية والجراحية وشفاء المريض، لكن من جهة أخرى فهي تخلف أضرارا فادحة في حالة عدم مشروعيتها وهذا هوالذي يؤدي إلى انتهاك الكرامة الإنسانية جراء الاعتداء على جسده والمخاطر الناجمة عن تجاوزات هذه الممارسات، بل بالعكس وجب تقديس إرادة المريض واحترام كرامته وحقه في تقرير مصير سلامة جسمه من أي خطر، باعتبار أن التطورات الطبية لا تقتصر على الحالة الصحية للمريض فقط، بل تؤثر حتى على وضعه النفسي والاجتماعي[2].

وهذا ما جعل المجتمع الدولي يسعى لإقرار مواثيق دولية لحقوق الإنسان من خلال وضع تكييف قانوني ووقائي للنتائج والمخلفات السلبية المترتبة جراء هذه التجارب[3] لاعتبار مبدأ حرمة الجسد البشري من المبادئ الصارمة التي لا يجوز مخالفتها، فهي تحافظ على السلامة البدنية والعقلية في حالة الإساءة لاستخدام هذا النوع من التجارب، وهذا ما حاولت التشريعات الوطنية مسايرة ما يتلاءم مع التطورات الحاصلة في المجال الطبي والعلمي وأقر المشرع الجزائري على تنظيمها في اطار ما يسمى بالدراسات

---

[1]Louis-Edmond pet titi, **"Réflexion sur la bioéthique mélange en l'honnête l'homme et le droit",** Bruylant, L, G, D, I, p 293.

[2]أنسب محمد عبد الغفار، "**الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي**"، "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2013، ص 03.

[3] Xavier laissée, **"condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort**", septentrion presses universitaires, 1990, p 13.

العيادية التي تعد من المجالات الواسعة النطاق بما فيها التجارب الطبية التي تعتبر جزء من هذه الدراسات.

كما فُتح للتجارب الطبية ميادين جديدة لم تكن معهودة في الطب، وسرعان ما خلفت العديد من المشاكل الأخلاقية منها مشاكل التلقيح الاصطناعي ومشاكل زراعة الأعضاء البشرية والهندسة الوراثية والاستنساخ والقتل الرحيم، حتى سمي **ب "قرن التقنية الحيوية"**[1] وظهرت بالمقابل نزعة ذات طابع أخلاقي لها علاقة بمجال الطب وعُرفت بمدونة أخلاقيات الطب **Bioéthique** ، فهيتلعب دور مهم في القضايا الأخلاقية الناتجة عن التجارب الطبية في علوم الصحة والحياة لغرض توطيد الصلة بين العلوم البيولوجية والقيم الأخلاقية[2]،لهذا السبب أصبح نطاق التجارب الطبية يرتبط ارتباط مباشر مع الأخلاق من حيث تنظيمها وطريقة إجرائها من خلال التقيد بضوابط وضمانات لمشروعيتها لحماية البشرية من الكوارث التجريبية.

ومنه أصبحت التجارب الطبية محصورة بين القانون والأخلاق والتقنية، فلا يُسمح بتحقيق التقدم لهذه التجارب وتطويرها على حساب المصلحة الإنسانية[3]، ومع ذلك يبقى تنظيم البيو–أخلاقيات الطبية غير كافٍ في جانبيه القانوني والأخلاقي للتجارب الطبية على جسم الإنسان.

وعليه تطرح الإشكالية **عن مدى حتمية إجراء التجارب الطبية في ظل التكنولوجياوالتقنية الحيوية،خاصة مع التطورات الوبائية والأمراض المستعصية المستمرة؟ وكيف يمكن تحقيق معادلة بين مقتضيات الثورة العلمية والطبية من جهة، والحفاظ على كرامة الإنسان بواسطة تفعيل بيو–أخلاقيات الطبية للحد من هذه التجاوزات من جهة أخرى؟**للإجابة على الإشكالية، اقتضى الأمر تقسيم هذه الورقة البحثية إلى مبحثين أساسيين وهما:

المبحث الأول: المنظور المعاصر للتجارب الطبية على جسم الانسان

المبحث الثاني: الأطر التوجيهية الأخلاقية للحد من التجاوزات

المبحث الأول: المنظور المعاصر للتجارب الطبية على جسم الانسان

أصبح جسم الإنسان في الوقت الراهن محلا للتجارب الطبية وتلاعبات التقنية الحيوية التي لم يُعرف لها مثيل في تاريخ البشرية التي كان الهدف منها بالأساس خدمة العلم بالدرجة الأولى وليس خدمة الإنسانية. وعلى هذا الأساس كانت هناك مساعي مشتركة بين المجتمع الدولي والفقه القانوني وكذا الطبي بالإضافة إلى التشريعات الوطنية التي كان لها صدى كبير للحد من هذه الممارسات المهددة للسلامة البدنية للإنسان، لغرض حماية حقوق الإنسان من التجارب الطبية غير العلاجية، ومن هنا ظهرت فكرة تحديث مفهوم التجارب الطبية في ظل التكنولوجيا والتقنية من خلال التطرق إلى مطلبين أساسيين وهما:

---

[1] François-André, Isambert, **"Aux sources de la bioéthique", dans le débat**, N°3/25, 1983, p 85.

[2] Daniel Burrito, **"Bioéthique",** Dalloz, Paris, 2011, p 54.

[3] والتروثأندرسون، ترجمة أحمد مسنجير، "**عصر الجينيات والإلكترونات**"، مكتبة الأسرة، القاهرة، 2002، ص 141.

المطلب الأول: اتساع أفاق التجارب الطبية الحيوية

المطلب الثاني: تطوير مجالات التجارب الطبية على الإنسان

المطلب الأول: اتساع أفاق التجارب الطبية الحيوية

تعد التجارب الطبية على جسم الإنسان من المجالات الطبية المهمة التي لا يمكن الاستغناء عنها، فهي تعمل على القضاء للكثير من الأمراض والأوبئة الخطيرة التي أدت إلى هلاك البشرية، بالإضافة إلى مساهمة التجارب الطبية في تطوير أفاق المعرفة وتقدم العلوم التي أنقذت العديد من المشاكل الصحية المستعصية التي ما تزال محل بحث وتجربة لغرض الوصول إلى علاج فعال[1].

وبالتالي يمكن القول إن التجارب الطبية فرضت نفسها كواقع حتمي لإيجاد السلامة العقلية والبدنية وكذا النفسية للإنسان من المخاطر والاعتداءات المتواصلة.

ان هذاالمجال يتسم بالاتساع والتغير المستمر متماشيا في ذلك مع الحالات المحتملة والمستجدة، لهذا السبب تعددت المفاهيم حسب محل إجراءها أو من حيث الغاية الخاصة بها، ومنه وجب تسليط الضوء على تطوير مفهومها من الجانب الفقهي إلى الجانب الطبي والتقني، وكذا إبراز مساعي الشراكة الدولية والوطنية في هذا الميدان، من خلال التطرق إلى فرعين هامين:

الفرع الأول: من طرف مساهمة الفقه القانوني والتقنية الطبية

الفرع الثاني: من قبل مساعي المجتمع الدولي والتشريعات الوطنية

الفرع الأول: من طرف مساهمة الفقه القانوني والتقنية الطبية

تمثل التجارب الطبية جزء لا يتجزأ من الأبحاث العلمية وكذا الدراسات العيادية، فهي ليست مرادف لمصطلح "بحث"، لان البحث العلمي[2] يكون أكثر اتساع وشمولية من التجربة الطبية التي تعتمد على التجربة بالدرجة الأولى فهي سلسلة من الخطوات المتتالية، الغرض منها اختبار فرض، أوحل مشكلة، أو

---

[1] العربي بلحاج، "**أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة**، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2012، ص 52.

[2] **البحث العلمي:** هو نشاط علمي وتفكير منظم يقوم على أسس علمية يسعى من خلالها الكشف عن حقائق المشكلة المطروحة باستخدام مناهج علمية، أيضا يعتبر محاولة اكتشاف المعرفة والتنقيب والفحص الدقيق والنقد العميق لركب الحضارة العالمية، أنظر: عبد الرحمان زيدان، "**مناهج البحث العلمي في العلوم القانونية**"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص 66، عامر إبراهيم قنديلجي، "**البحث العلمي واستخدام مصادر المعلومات التقليدية والإلكترونية**"، دار اليازودي العلمية، عمان، ص 40.

الحصول على معلومات جديدة[1]المغايرة للأبحاث التجريبية التي يُقصد بها استخدام التجربة لإثبات الفرضيات أو العكس[2].

ومنه وجدت التجارب الطبية العلاجية والتجارب الطبية العلمية فكلاهما يتفقان في التجربة التي تُمثل الاختبار في تلازمهما في التدخل الطبي، إلا أنهما يختلفان من حيث الغرض المراد إليه، فالتجارب الطبية تعددت مفاهيمها وتطورت بتطور الفقه، فمنهم من يراها على أنها: "**التجربة التي يباشرها الطبيب بقصد علاج المريض باستخدام وسائل حديثة لإمكانيةالاستفادة من المعارف المكتسبة**"[3] بواسطة تجربة طرف معاصرة في التشخيص والعلاج.

في حين عُرفت بطريقة أخرى على أنها: "**كل بحث من شأنه أن يؤدي إلى ابتكار**"[4].

كما تبين في الاصطلاح العلمي أن التجارب الطبية تُمثل: «**الأعمال العلمية أو الفنية الطبيةالتي يقوم بإجرائها الطبيب الباحث على مريضه أو الشخص المتطوع بهدف تجربة أثر دواء معين للحصول على معلومات جديدة، لخدمة الطب والبشرية**"[5].

وبالتالي يُفهم من التجارب الطبية على أنها: "**كل عملية جراحية أو تطعيم بمرض من أجل التدقيق في فرضية، أو من أجل ملاحظة النتائج التي تطرأ على المريض من حيث تلقيح أو العدوى أو سير المرض أو تطور العملية بطريقة علمية**[6].

لقد حققت التجارب الطبية إنجازات هائلة بدخولها عصر الثورة البيولوجية[7]وتضاعفت وتيرتها في الوقت الحاضر وفيه تحول العلم إلى تقنية [1] التي تُمثل المعرفة المنتجة والمبدعة في مقابل المعرفة النظرية[2].

---

[1]خالد عبد الرحمن، "**التجارب الطبية**"، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 30.

[2]يتكون **المنهج التجريبي** من مراحل متتالية بدءًا بالملاحظة والمشاهدة العلمية ووضع الفرضيات وإقامة التجريب من أجل الوصول للنظريات والعلمية والقوانين التي تكشف وتفسر الوقائع الشاملة بالتجربة، أنظر: إبراهيم أبراش، "**المنهج العلميوتطبيقاته في العلوم الاجتماعية**"، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 238.

[3]محفوظ عبد القادر الحسيني، "**التجارب الطبية بين الإباحة والتحريم**"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 41.

[4] محمود أحمد طه، "**الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة**"، دار الفكر القانوني، مصر، 2015، ص 183.

[5]العربي بلحاج، "**أحكام التجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة**، المرجع السابق، ص 25.

[6]خالد بن النوى، "**ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثارها على المسؤولية المدنية**"، دار الفكر والقانون، مصر، 2010، ص 54.

[7]**علم البيولوجيا أو الأحياء**: فهو يهتم بدراسة الكائنات الحية من حيث نشأتها ونموها وتطورها وعلاقتها مع البيئة، أنظر: تشارلز داروين، ترجمة مجدي محمود، "**أصل الأنواع**"، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2004، ص 134.

إذن التقنية لعبت دورًا هامًا في تغيير الإنسان كابتكار الماسح الطبي الوراثي الذي يجرى على الحوامل لتحديد الصفات الوراثية للأجنة وربما لتحسين النسل على حسب رغبة الآباء بمواصفات مختارة مثل صفةالذكاء ولون الشعر، كل ما يريدون تحديده في الموروث الجنسي مستقبلا[3].

أيضا ظهور الأسر الواحدية التي تتكون من الزوج الواحد والزوجة الواحدة التي ظهرت بفعل تقدم التقنية الحيوية، كما اكتشفت بنوك البويضات والأجنة فهي مكان يقوم بتجميد البويضة والمني والأجنة تكون خاضعة لقواعد السوق (العرض والطلب) [4]، بالإضافة إلى موضوع الاستنساخ الذي يعد من أهم المواضيع جدلا في الأوساط الطبية والعلمية، وفيه تؤخذ النواة من خلية الكائن الحي وإنتاج كائن جديد له نفس الصفات الوراثية.

وبهذا نستنتج أن التطورات للتجارب الطبية قد أثارت مخاطر جمة، ومشاكل أخلاقية متعددة التي تتعارض مع الأخلاق والمعتقدات الاجتماعية بسبب سيطرة التقنية على طبيعة الإنسان سيطرة مُمنهجة بطريقة علمية[5].

وبهذا أصبح العلم والتقنية القوة الأولى المسيطرة على الطب بصفة عامة والتجارب الطبية بصفة خاصة.

وما يلاحظ أنه ما يُميز نوعي التجارب الطبية هو الغرض الذي يسعى إليه الطبيب، فالتجربة العلاجية تهدف إلى إيجاد أفضل الطرق للعلاج لصالح المريض، مع إمكانية تعميم هذه الفائدة إلى غيره من المرضى الذين يشتكون من نفس المرض[6].

أما هدف التجربة الطبية غير العلاجية فهي كسب معارف جديدة بخصوص التشخيص أو العلاج تُجرى على المتطوعين أصحاء أو مرضى لا تكون لهم مصلحة مباشرة من إجراء التجربة، وإنما بقصد الاكتشاف أو الفضول العلمي[7].

---

[1]**التقنية: هي** الطريقة العملية المحددة التي يقوم بها الباحث أو الطبيب للحصول على نتائج معينة، وبالتالي فالتقنية تسعى إلى النتائج والعلم يسعى إلى المعرفة، أنظر: بورقن ها برماس، ترجمة إلياس حجوج، "**التقنية والعلم كأيديولوجيا**"، منشورات وزارة الثقافة، دمشق، 1999، ص 12.

[2]بورقن ها برماس، ترجمة إلياس حجوج، المرجع نفسه، ص 14.

[3]سعيد محمد حفار، "**البيولوجيا ومصير الإنسان**"، عالم المعرفة، الكويت، 1984، ص 28.

[4]محمود يوسف، "**بيولوجيا العلم والتكنولوجيا**"، ط 3، دار وائل للنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص 88.

[5]تشارلزد داروين، ترجمة مجدي محمود، المرجع السابق، ص 145.

[6]ميرفت حسن منصور، "**التجارب الطبية في ضوء حرمة الكيان الجسدي**"، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 43.

[7]محمد عبد الغريب، "**التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان**"، **دراسة مقارنة**، مطبعة أبناء وهبة، القاهرة، 1989، ص 10.

الفرع الثاني: من قبل مساعي المجتمع الدولي والتشريعات الوطنية

نتج على استخدام الأساليب الطبية الحديثة مخاطر هددت السلامة البدنية لحق الإنسان ومنه بذل المجتمع الدولي مجهودات كبيرة فيما يخص حماية حقوق الإنسان على جسده حيث انعقدت في هذا الشأن الكثير من الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية بوضع قيود وضوابط واجب مراعاتها عند مباشرة التدخلات على جسد الإنسان لحماية حقه في الحياة وسلامة جسمه.

أولا: جهود الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان من التجارب الطبية:

بدأ الاهتمام بضرورة حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية إثر إهدار كرامته وقدسيته[1] وعلى إثره تم التطرق إلى أهم الاتفاقيات الدولية الخاصة بكفالة حق الإنسان في سلامة جسده وحياته، ثم توضيح المبادئ العامة التي توصلت إليها الجمعية الطبية العالمية أو ما يُعرف بإعلان هلسنكي الذي أدى إلى إيقاظ الضمائر الإنسانية في العالم[2].

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

لقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 ديسمبر 1948 بباريس، وقد اهتمت توصياته[3] بالحق في الحياة والسلامة الجسدية وخاصة حماية الحقوق المعارضة لمخاطر إجراء التجارب الطبية على الإنسان[4] وهو ما جاء تأكيده من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1998.

- اتفاقيات جنيف الإنسانية:

لقد أبرمت بتاريخ 12 أوت 1949 بسويسرا، ولقد ساهمت في تقرير أربع اتفاقيات لضمان الحقوق للإنسان والحد من كافة الانتهاكات التي تقع عليه[5]،لكن وقت الحروب فقط لحماية أسرى الحروب

---

[1]حسن سعد سند، "**الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية**"، "**دراسة مقارنة في ظل أحكام الشريعة الإسلاميةومدى هذه الحماية في مصر**"، ط 2، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 129.

[2]أحمد فتحي سرور، "**الحماية الدستورية للحقوق والحريات**"، دار الشروق، مصر، 1999، ص 39.

[3]نصت المادة الأولى منه: "**يُولد جميع الناس أحرارًا ومتساوين في الكرامة والحقوق** ...".

نصت المادة الثالثة على ما يلي: "**لكل فرد الحق في الحرية والحياة وسلامة شخصه**"، أنظر: محمد حسن قاسم، "**الطبيين الممارسة وحقوق الإنسان**"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 103.

[4]ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 102.

[5]اهتمت الاتفاقيات الأربعة بالأفعال الماسة بالسلامة الجسدية أو الصحية سواء بالنسبة للجرحى أو المرضى من القوات المسلحة في الميدان وكذا الغرقى من القوات المسلحة في البحار، وبشأن أسرى الحرب والأشخاص المدنيين في وقت الحرب.

أنظر:

Jocelyne caryon, "**L'expérimentation humaine et la recherche biomédicale; dix ansd'application de laloiHuriet**, ellipses, 2000, p 185.

ومواجهة المخاطر التي يتعرض لها المحاربون والمدنيون، بمعنى ضمان الحقوق الإنسانية في فترات الحرب[1].

- الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية:

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الاتفاقية في 16 ديسمبر 1966، ولم تدخل حيز التنفيذ إلا في 03 مارس 1976، التي اهتمت بمسألة التجارب الطبية وأكدت على حق السلامة الجسمية للإنسان[2]وأكدت على رضى الخاضع للتجربة مع ضرورة توفير شروط مشروعية التجربة خاصة بالنسبة للسجناء والمحتجزين، إذ يُمنع عليهم أية تجربة طبية أو علمية ولو برضاهم ما دام من شأن ذلك يُعرضهم للخطر[3].

- الإعلان العالمي حول الجينوم البشري وحقوق الإنسان

أعلن منظمة اليونسكو عن المصادقة على المشروع النهائي لموضوع الجينوم البشري[4] المنعقد في 11 نوفمبر 1997 بباريس وهي أول وثيقة حول المجال البيولوجي لتنظيم العلاقة بين ضمان حقوق الإنسان وبين ضرورة المحافظة على تطوير العلوم وخاصة التأكيد على الكرامة الإنسانية[5].

- إعلان هلسنكي:

---

[1]لقد منعت المادة 12 من الاتفاقية الأولى والثانية، والمادة 13 من الاتفاقية الثالثة والمادة 38 من الاتفاقية الرابعة إجراء التجارب الطبية.

[2]نصت المادة 07 من الاتفاقية على أنه: "**لا يجوز إخضاع أي فرد دون رضائه الحر للتجارب الطبية أو العلمية**"، أنظر: مرعى منصور عبد الرحيم، "**الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان**"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 140.

[3]يوسف بوشي، "**الحق في سلامة الجسم وأثر التطور الطبي على حمايته جنائيا**"، **دراسة مقارنة**، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2016، ص 124.

[4]**الجينوم البشري:** هو مجموع المادة الوراثية التي تحتويها الخلية وهي تتضمن كل المورثات، أنظر: حسني محمود عبد الدايم، "**البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات**"، **دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 9.

[5]نصت المادة 3 منه: "**لا يجوز المساس بأي طريقة كانت بطبيعة الحياة البشرية وشكلها**".

- نصت المادة 6 على وجوب: "**حماية الجنين البشرية، وصن التنوع البيولوجي مع الحماية الكاملة لكرامة الإنسانوحقوقه...**".

- نصت المادة 9 منه على أنه: "**لا يمكن أن يتم البحث أو العلاج والتشخيص الذي يتعلق بالجنيوم البشري، إلا بعد تجارب سابقة ودقيقة للمخاطر والفوائد المحتملة**".

- المادة 10 كرست مبدأ احترام الكرامة الإنسانية.

- المادة 11 منعت كل استنساخ بشري لغرض التكاثر.

أنظر: أمنة محتال، "**مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الهندسة الوراثية**"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، العدد 19، 2015، ص 160-161.

من أهم الاتفاقيات الدولية على المستوى العالمي بخصوص حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي سنة 1964 في فلندا وما أكدته في اجتماعها التاسع والعشرين في طوكيو سنة 1975[1]،الذي تعتبر من أهم الوثائق العالمية التي حددت الضوابط الأخلاقية عند إجراء التجارب الطبية على الإنسان وذلك لمواكبة التطورات العالمية في مجال الطب خاصة المتعلقة بالبيولوجية الحيوية.

حيث تضمن هذا الإعلان في مضمونه على مجموعة من المبادئ[2] الإرشادية للأطباء في مجال الطب الحيوي، مؤكدًا في ذلك على أن التجارب الطبية ضرورة ملحة لتطوير منظومة العلاج بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية الإقليمية أهمها:

- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان:

وقعت هذه الاتفاقية بين الدول الأوروبية المنظمة للمجلس الأوروبي في روما في 14 نوفمبر 1950 ودخلت حيز التنفيذ في 03 سبتمبر 1953 مؤكد ما في ذلك على ضرورة إجراء التجارب الطبية لهدف العلاج[3].

وبهذا نستنتج أن الإعلانات والاتفاقيات والمؤتمرات الدولية قد ساهمت بدور فعال ولو كان غير كافٍ وشامل لمشاكل التجارب الطبية المتطورة خاصة في توفير الحماية الضامنة لحق الإنسان في سلامته البدنية لمواجهة الأمراض الفتاكة.

- مسايرة التشريعات الوطنية للتطورات الطبية:

لقد أثبتت الدراسات العلمية في ظل جائحة كورونا أن الطريقة الوحيدة لإنقاذ البشرية من هذا النوع الجديد من الفيروسات القاتلة التي قضت على الملايين من البشر في العالم هي وسيلة التجارب الطبية، حتى وصل الأمر بمنظمة الصحة العالمية لبرنامج "**تجربة التضامن**" السريرية العالمية لعلاجات كوفيد 19 في مارس 2020 لغرض إيجاد علاج ناجع للمرضى[4] من أجل اختراع الأدوية واللقاحات والتقنيات الحديثة،

---

[1]أيمن مصطفى الجمل، "**إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية**"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

[2]_مبادئ متعلقة بكفاءة الباحثين في المجال الطبي ص 29.

- مبادئ متعلقة بمراعاة القواعد الطبية.

- مبادئ متعلقة بالمسؤولية.

- مبادئ متعلقة بالرعاية الصحية.

أنظر: محمد الطاهر جرمون، "**إعلان هلسنكي بين تأسيس التجارب الطبية واحترام حقوق الإنسان**"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 03، 2018، ص 435.

[3]أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص 45.

[4]تتناول تجربة التضامن تقييم الأدوية على ثلاث اختبارات لدى مرضى كوفيد 19، وهي تتمثل في الوفيات والحاجة إلى التنفس الاصطناعي ومدة الإقامة في المستشفى أنظر: مهداوي عبد القادر، "**ضوابط التجارب الطبية على الإنسان بينمواثيق حقوق الإنسان وأحكام الفقه الإسلامي**"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد 04، 2014، ص 48.

لكن للأسف أصبح جسم الإنسان في زمن التقنية الحيوية محلا للتجارب غير العلاجية والتلاعبات الوراثية[1].

وفي ذات السياق كرس المشرع الجزائري بتنظيمه[2] قانون الصحة الجديد تحت رقم 18-11 [3] المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02[4].

ومنه تطرق المشرع للدراسات العيادية وركز على التجارب الطبية في المادة 377 من قانون الصحة بنصها ما يلي: "**يتمثل البحث في مجال طب الأحياء في إجراء دراسات على الكائن البشري، بغرض تطوير المعارف الوبائية والتشخيصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية**".

حيث أطلق عليها المشرع باسم الممارسات أو الدراسات العيادية فهي ممارسات طبية الهدف منها الحصول على التشخيص والعلاج وعلوم الطب والصيدلة بما يُساهم في مرض ما أو اختبار علاج سلوكي أو دوائي[5].

كما أضافت الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه بنصها ما يلي: "**يمكن أن تكون الدراساتالعياديةملاحظتيه أو تدخلية على الخصوص بما يأتي:**

- **الدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية.**
- **دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي.**
- **الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية.**

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أعاد مفهوم وهيكلة مسألة التجارب الطبية على الإنسان ونص بصفة صريحة من خلال مواد قانون الصحة رقم 18-11 بضرورة إجراء التجارب الطبية بنوعيها منها العلاجية لأغراض العلاج ومنها العلمية لتحقيق اكتشافات طبية لفائدة البشرية.

---

[1] بركات عماد الدين، "**التجارب العلمية والطبية على جسم الإنسان في ضوء قواعد المسؤولية المدنية**"، أطروحة دكتوراه، جامعة أدرار، 2018-2019، ص 169.

[2] المواد من 377 إلى 399 من قانون الصحة رقم 18-11 تحت عنوان: "**البحث في مجال طب الأحياء**".

[3] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، ج، ر، العدد 46 الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

[4] الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 02 يوليو 2020 المعدل والمتمم لقانون الصحة رقم 18-11، ج، ر، العدد 50 المؤرخة في 13 أوت 2020.

[5] يمكن تقسيم الدراسات العيادية إلى ثلاثة أنواع:

- **الدراسات الأساسية:** تشمل الدراسات على الحيوانات.
- **الأبحاث السريرية:** تجرى على البشر بواسطة الملاحظة أو التجربة.
- **الأبحاث الوبائية:** دراسة عينة من المرض من متابعة وتشخيص وعلاج.

المطلب الثاني: تطوير مجالات التجارب الطبية على الإنسان

إن مجال الطب في حاجة ماسة إلى العديد من التجارب الطبية المستمرة لتطوير علم الطب والأدوية وما يمكن ملاحظته في الدراسات العيادية المقصود بها في قانون الصحة هي تلك التي تنتمي إلى فئة الدراسات الأولية المشار إليها في المادة 377 من قانون الصحة المذكورة سابقًا، التي تكون إما دراسات أولية وإما دراسات ثانوية حسب الاصطلاح الطبي.

وبالرجوع إلى الدراسات الأساسية فهي تشمل:[1]

- **الدراسات الأساسية:** تشمل التجارب على الحيوانات والدراسات الخلوية والتحاليل البيوكيميائية والوراثية والفسيولوجية ودراسات عن خصائص الأدوية والمواد، كما أن نتائجها لا تجرى على البشر لأنها أجريت على الحيوانات أو الخلايا.

- **الأبحاث السريرية:** هي الأبحاث التي تجرى على البشر وتقسم إلى الدراسات التدخلية (التجريبية)والدراسات غير تدخلية (الملاحظة) .

- **الدراسات الوبائية:** فهي تشمل دراسات المتابعة والمراقبة لحالات معينة وحالات الانتشار.

أما **الدراسات الثانوية:** فهي تمثل مراجعة مجموعة كبيرة من الدراسات الأولية للحصول على نتائج أكثر دقة وشمولية، وبالتالي يُلاحظ أن المشرع الجزائري صرح بجوازيه التجارب الطبية والأهمية العلمية التي يسعى إليها الطبيب، وفي هذا الإطار قسمت الأفكار إلى فرعين هامين وهما:

الفرع الأول: العلاج والاكتشاف مصدر التجارب الطبية

الفرع الثاني: الغاية أساس تقدم العلوم الطبية الحيوية

الفرع الأول: العلاج والاكتشاف مصدر التجارب الطبية

ميز المشرع في تنظيمه للتجارب الطبية التي تجرى على جسم الإنسان، بين نوعين من هذه التجارب وذلك بحسب الغرض الذي يسعى إليه الطبيب إما العلاج أو الاكتشاف.

بالنسبة للتجارب الطبية العلاجية فهي تهدف لتحقيق مصلحة شخصية ومباشرة للشخص الخاضع للتجربة، إذن غايتها علاجية للمريض[2] كفيلة بتحقيق الشفاء[3]، أما إذا كان العلاج يعتمد على الوسائل الطبية العادية، فلا مجال لإجراء التجربة أو إيجاد طريقة علاجية جديدة[4] وهذا النوع من التجارب يمر

---

[1] ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 209.

[2] عبد القادر الحسيني إبراهيم محفوظ، "**المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في المجال الطبي**"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 176.

[3] أسامة قايد، "**المسؤولية الجنائية للأطباء**"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 318.

[4] محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص 10.

بعدد من المراحل قبل تطبيقها على الإنسان، وتتمثل في إخضاعها للتجربة المعملية أو التجربة على الحيوان[1].

أما عن التجارب الطبية العلمية فهي كل الدراسات التي يباشرها الطبيب لإثبات صحة نظرية معينة أو دواء معين على مرضى ما، فعادة ما تجرى مثل هذه التجارب على متطوعين إما أصحاء أو أمرضى لا تكون لهم مصلحة شخصية ومباشرة في إجراء التجربة[2]،وإنما لتحقيق مصلحة علمية عامة لفائدة البحث العلمي[3].

وعلى هذا الأساس تتميز التجارب الطبية على الإنسان بثلاث عناصر أساسية منها:[4]

- **أن تكون عبارة عن بحث أو اختبار:** بحيث يكون نطاق التجربة شامل لجميع الأبحاث التطبيقية والبيولوجية مثل دراسة الهندسة الوراثية ودراسة الأمراض...الخ.
- **أن تقع على جسم الإنسان الحي:** فلا تنطبق على الميت.
- **تطوير العلوم الحيوية والطبية:** من أجل تحقيق الابتكار واكتشاف وسائل جديدة أكثر فاعلية وأقل خطرًا أو ضررًا.

الفرع الثاني: الغاية أساس تقدم العلوم الطبية الحيوية

تعد التجارب الطبية في غاية الأهمية في الوقت الراهن، خاصة في ظل انتشار الأوبئة وأخرها جائحة كورونا المستجدة ومنها ما تقرر مدى أهمية إجراء هذه التجارب لدى منظمة الصحة العالمية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان خاصة ما يتعلق منها بحماية الإنسان من

مخاطر التقدم العلمي، ومحاولة وضع توازن ما بين حق الفرد في تكامله الجسدي وسلامته وبين حق المجتمع في التطور لعلم الأحياء والطب الحيوي[5].

فهي تتفاوت بين تحقيق المصلحة الخاصة وتحقيق المصلحة العامة، وأن تكون موازنة بين الأخطار المحتملة والمنفعة المحتمل تحققها، فإذا كان الضرر كبير والمصلحة لا تتناسب

مع الخطر فلا يمكن إجراء التجربة، وبالتالي لا بد من اجتماع مصالح العلم مع مصالح المجتمع[6].

---

[1]رمضان جمال كامل، "**مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية**"، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2005، ص 138.

[2]العربي بلحاج، **أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة**، المرجع السابق، ص 30.

[3]مفتاح مصباح بشير، "**المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية**"، **دراسة مقارنة**، المكتب الوطني للبحث والتطوير، ليبيا، 2005، ص 112.

[4]مرعى منصور عبد الرحيم بدر، المرجع السابق، ص 47.

[5]محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص 91.

[6]علي حسين نجيده، "**التزامات الطبيب في العمل الطبي**"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 210.

وأن يلزم الباحث أو الطبيب بالقواعد الشرعية والعلمية والأخلاقية التي تحكم الممارسات الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان[1] لأنها المحرك الأساسي لتطوير العلوم الحيوية التي كانت نتاج تطور تاريخي ساهمت في تحسين صحة البشرية[2].

المبحث الثاني: الأطر التوجيهية الأخلاقية للحد من التجاوزات

إن حتمية التطور العلمي سايرتها جميع العلوم بما فيها العلوم الطبية التي استجابت لهذه الحتمية والتجاوزات على مبادئ الحدود الطبية التقليدية من أجل مسايرة عالم الاستكشافات والخروج من حدود العمل الطبي التشخيصي والعلاجي في إطار الممارسات الطبية المتعارف عليها إلى عالم التجارب والبحوث العلمية من أجل تشخيص أدق أو علاج أنجع[3] كل ذلك على حساب الحق في سلامة الجسم التي تعد من مقتضيات المصلحة الفردية.

بالرغم من اعتبار التجارب الطبية والأبحاث العلمية سلاح ذو حدين في الموازنة بين المتطلبات العلمية المعاصرة في مجال الطب والجراحة والبيولوجيا وبين ضرورة احترام كرامة الإنسان وسلامة جسمه التي لا يجوز المساس بها [4] من خلال الجهود الدولية المتخصصة في مجال أخلاقيات الطب، حيث تأسست الجمعية الطبية العالمية "**WMA**" في 18 سبتمبر 1949 لمحاولة وضع الأطر التوجيهية الأخلاقية لتصدي لانتهاكات آداب مهنة الطب بصفة عامة [5] التي ساهمت فيما يُعرف بعلم أخلاقيات الطبيةلغرض تنظيم القواعد القانونية والأخلاقية التي تحكم الأبحاث والتجارب الطبية على الإنسان في مجال طرق العلاج المستحدثة أو الأدوية المستجدة وكذا الممارسات الجديدة الناتجة عن التقنية الحيوية في ميادين الطب والبيولوجيا وعلوم الأحياء التي تُمثل أخطر ما يتعرض له الإنسان لكونها غير مضمونة النجاح في الأغلب، وتبعا لذلك وجب الإحاطة بهذه الأفكار المذكورة من خلال مطلبين أساسيين:

المطلب الأول: تجارب التكنولوجيا الحيوية وانعكاساتها الأخلاقية

المطلب الثاني: الأبعاد الجديدة لبيو أخلاقيات الطبية

---

[1] العربي بلحاج، "**الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان**"، المرجع السابق، ص 19.

[2] Antoine Retault, **"l'expérimentation sur le malade, soins ou recherche ?**Sommaire Nº1, 2000, p 65.

[3] Marie, Geneviève pin sart, **"l'expérimentation sur l'être humain de la nécessité de la recherche au rejet del'objectivation médicale",** revue philosophique de Louvain, 4éme, tome 1, Nº3, 2002, p 102.

[4] العربي بلحاج، "**أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة**"، المرجع السابق، ص 15.

[5] جابر محجوب علي، "**قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها وأساس إلزامها ونطاقها**"، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 25.

المطلب الأول: تجارب التكنولوجيا الحيوية وانعكاساتها الأخلاقية

إن التكنولوجيا الحيوية تتعامل مع الاستخدام التقني للكائنات الحية لأغراض مختلفة مثل الغذاء والطب والمستحضرات الصيدلانية وإعادة التدوير[1] فإن تشعب الاستخدام في مختلف مجالات الحياة أصبح ضروري لتطوير الدواء، ومن ثمة وجد جدال قائم بين موقف موافق الذي يرى ضرورة التوسع في هذا المجال أمام تقدم التكنولوجيا، بينما الموقف المعارض متخوف من الانعكاسات الأخلاقية الناتجة عن التكنولوجيا الحيوية[2].

وعلى إثره اقتضى الأمر تقسيم الموضوع إلى فرعين هامين:

الفرع الأول: بين مؤيد ومعارض لتجارب التكنولوجيا الحيوية

الفرع الثاني: المشاكل الأخلاقية الناجمة عن التجارب الطبية

الفرع الأول: بين مؤيد ومعارض لتجارب التكنولوجيا الحيوية

التكنولوجيا الحيوية هي تقنية تعتمد على البيولوجيا، حيث تستعمل العمليات الخلوية والجزيئية الحيوية لتطوير تقنيات ومنتجات تساعد على تحسين الحياة والصحة[3].

وثمة العديد من المصطلحات ذات العلاقة التكنولوجيا الحيوية من بينها التكنولوجيا البيولوجية، التكنولوجيا الحيوية، التكنولوجيا الإحيائية والتقنية الحيوية وغيرها من المصطلحات الأخرى.

- **التكنولوجيا البيولوجية:** هي استخدام الكائنات والعمليات البيولوجية الدقيقة وذلك لهدف الاستفادة من عمليات التحسين الصناعي الإنتاجي.

- **التكنولوجيا الحيوية:** هي التي تستخدم كافة الوسائل والأدوات الحيوية لتصنيع وإنتاج المواد الأساسية الحيوية المفيدة في الطب والزراعة والصناعة.

- **التكنولوجية الإحيائية:** هي تلك التي تستخدمها الكائنات الحية الدقيقة ومكوناتها في إنتاج المواد الأولية التي يحتاجها الإنسان في الزراعة والغذاء والدواء...الخ[4].

---

[1] فايزة أنور شكري، "**القيم الأخلاقية والعلم**"، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص 8.

[2] فايزة أنور شكري، المرجع نفسه، ص 10.

[3] إن كلمة **التكنولوجيا الحيوية** مشتقة من الكلمة اليونانية (bios)وتعني الحياة أما (technos)فهي التقنية، و(logos) تعني العقل، أي أن التكنولوجيا الحية تتعامل مع الاستخدام التقني للكائنات الحية لأغراض مختلفة مثل الطب والمستحضرات الصيدلانية...الخ.

وأول من استعمل التكنولوجيا الحيوية المجري كارل إريكي الذي كان مدير تعاونية استغلال الماشية، الذي أصبح فيما بعد وزيرًا للغذاء في بلده، أنظر: فليب فروساد، ترجمة أحمد مستجير، المرجع السابق، ص 7.

[4] فرنسيس فوكو ياما، ترجمة أحمد مستجير، "**نهاية الإنسان وعواقب الثورة البيو تكنولوجية**"، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2003، ص 248.

– **التقنية الحيوية:** ارتبط نمو التقنية الحيوية بصورة مباشرة مع التقدم الصناعي والعلمي وكذا الطبي في مجال الهندسة الوراثية وكل ماله علاقة بالتقنيات الحديثة[1].

وفيه انقسم فريقين حول هذا الموضوع بين مؤيد ومعارض، فالفريق الأول مؤيد لحرية إجراء التجارب الطبية في ظل التكنولوجيا الحيوية ولا يوجد أي مانع من توسيع نطاق العلم والطب والتكنولوجيات الحديثة لا سيما في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا.

أما الفريق الثاني فهو من معارضي التكنولوجيا الحيوية الذين منعوا إجراء التجارب الطبيبة في ضوء التقنية الحيوية وما ينجر عنها من انعكاسات أخلاقية ومساس بحرمة الكيان الجسدي للإنسان خاصة في مجال الاستنساخ والإخصاب خارج الرحم وبحوث الخلايا الجذعية[2].

ومن هنا كانت المخاطر المحتملة عديدة، مما استوجب ضرورة العمل بالضوابط الشرعية والقانونية والأخلاقية لتنظيم التجارب الطبية ضمن المنظومة القانونية الصحية، ولا يمكن تركها لمجرد الوازع الديني أو الضمير الأخلاقي أو تعاليم أبو قراط الفلسفية[3].

الفرع الثاني: المشاكل الأخلاقية الناجمة عن التجارب الطبية

لقد خلفت المخاطر العديد المصاحبة لزمن البيولوجيا والتقنية الحية الكثير من المشاكل الأخلاقية الناتجة عن إجراء التجارب الطبية الخطيرة منها:[4]

– **المشاكل الأخلاقية الناجمة عن القتل الرحيم:**

ويسمى أيضا بموت الرحمة ويقصد به إنهاء حياة المريض الذي استحال شفائه[5]،خاصة المرضى الذين يعانون من أمراض مزمنة كمرض السرطان والإيدز وحالات الغيبوبة الطويلة الذين يعيشون عادة بالأجهزة الطبية، ومنه أثارت هذه القضية الأخلاقية عدة إشكالات فيما يخص حالة المريض المستعصية،فهل يحق قتل نفسه في حالة الرضا بالقتل فهو يدخل ضمن الانتحار المشروع؟ وهل يحق للطبيب المعالج الحق في قتل المريض؟ وهذا ما يعكس مهمة الطبيب النبيلة.

– **المشاكل الأخلاقية عن طريق التقنية الحيوية:**

---

[1]محمود يوسف، "**بيولوجيا العلم والتكنولوجيا**"، دار وائل للنشر، بيروت، 2009، ص 137.

[2]عادل عوض، "**الأصول الفلسفية لأخلاقيات الطب**"، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص 62.

[3]يسمى أبو قراط أبو الطب، اشتهر بصاحب فكرة النزعة الأخلاقية للأطباء قبل مزاولة مهنة الطب، أنظر: نجيب الحصادي، "**قيمة العلم**"، عالم الفكر، العدد 2، المجلد 3، الكويت، 2006، ص 376.

[4]هناك بعض التجارب الطبية التي جاءت بالفشل منها مثلا التجربة التي أجريت في ماليزيا في 1999 وانتقل فيروس andra من الخنزير إلى الإنسان أودى بحياة الكثير من البشر.

تجربة أخرى انتقل فيروس الإيدز من القردة إلى الإنسان وأودى بحياة الملايين من البشر.

[5]خالد حمدي عبد الرحمان، "**التجارب الطبية**"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 168.

لقد أصبحت التقنية الحيوية مسيطرة على الطبيبة الإنسانية خاصة في مجال الهندسة الوراثية التي كان لها انعكاس وخيم على صحة الانسان التي مست بدورها الجانب الأخلاقي، حتى أصبح يرى البعض أن الأزمة التي تعرضت لها الأخلاق هي التقدم الهائل وما حققته في علم الأحياء[1].

- المشاكل الناتجة عن الاستنساخ:

يعد موضوع الاستنساخ من أخطر ما قدمته التطورات العلمية في مجال الهندسة الوراثية، مما خلق مشاكل أخلاقية وهدد استقرار وحدة الأسرة وقيمتها، حتى أن بعض العلماء يرى أن العالميقترب من هيروشيما بيولوجيةٍ[2] وحذروا من تقنية الاستنساخ على البشر لأنه سيؤدي إلى القمع والاستغلال[3]،وسيعامل الأطفال كأنهم أشياء بدون أحاسيس وبالتالي إلغاء معنى الإنسانية، وهذا محرم في الشريعة الإسلامية لأنها تشير إلى الانحلال الخلقي والخروج عن القوانين الإلهية، كونها تتنافى مع قاعدة التوالد الجنسي الطبيعي.

- مشاكل تقنية الهندسة الوراثية:

استطاع العلماء التحكم في خلايا تحتوي على مورثات تحمل شفرات كيميائية خاصة ومميزة عن الكائنات الحية الأخرى، ويتم إدخال عليها بعض التعديلات وتركيب صفة من كائن حي

مع صفة أخرى إلى كائن آخر وذلك لتحقيق صفة جديدة [4]وهذا التدخل فهو محرم في الشريعةالإسلامية، باعتبار أخذ صفة الألوهية المتحكمة في الخلق وفي المعطيات الوراثية[5].، لذلك يحرم الإسلام التلاعب بالجيناتالوراثية، ولابد من وضع ضوابط شرعية وقانونية وأخلاقية للحد من هذه التجاوزات الخطيرة.

بالإضافة إلى العديد من المشاكل الأخلاقية التي يمكن حصرها في المشاكل الناجمة عن تقنية أطفال الأنابيب وتأجير الأرحام والأجنة المجمدة وأشكال التلقيح الاصطناعي وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى غير ذلك، ضمن هذه التقنيات الطبية الخطيرة تم اللجوء إلى الأخلاقية الطبية كمشروع فكري فلسفي يدعو إلى ضرورة القيم الإنسانية ومساعدة البشرية على صيرورة البيولوجيا والتقنية الحيوية[6]

---

[1]أحمد عبد الدايم، "**أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني**"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 205.

[2]أول عملية استنساخ أجريت في سنة 1996 من طرف العلماء البريطانيين، أنظر: ناهدة البقصيمي، المرجع السابق، ص 111.

[3]سعيد محمد حفار، "**البيولوجيا ومصير الإنسان**"، المرجع السابق، ص 113.

[4]ناهد القصيمي، المرجع السابق، ص 189.

[5]سورة النساء، الآية 119.

[6]عوض عادل، "**الأصول الفلسفية لأخلاقيات الطب**"، دار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 28.

المطلب الثاني: الأبعاد الجديدة للأخلاقيات الطبية

لكي يستمر الطب في تقدمه لا بد من إجراء التجارب الطبية والعلمية التي تهدف إلى الوصول إلى أنجع أنواع العلاجات وأقلها ضررًا بالمريض، ولكن التجارب الطبية على الإنسان تثير مشكلة ضرورة الموازنة بين المتطلبات البيولوجية الحديثة في مجالات الطب والجراحة والأبحاث العلمية التجريبية، وبين حتمية توافر الحد الأدنى من الاحترام للجسم البشري والحفاظ على الكرامة الإنسانية.

فالاستخدام الخاطئ للثورة العلمية لم يعد مجرد افتراضات بل أصبحت تجارب غير أخلاقية ناتجة عن التطور التقني في علم الجنيات الذي أصبح يسمى بـ "أسلحة الدمار الوراثية الشاملة"[1].

وعلى هذا الأساس وضعت المعايير الأخلاقية التي يرتكز عليها العمل الطبي، وهذه القواعد تعتبر من المبادئ المسلم بها في الأخلاق والدين وتكون بدورها الضابطة للثورة البيو طبية المتسارعة والتي يمكن حصرها في فرعين أساسين:

الفرع الأول: علاقة الطب والتقنية الحيوية بالنزعة الأخلاقية

الفرع الثاني: إقرار التشريع الصحي لرقابة التجارب الطبية

الفرع الأول: علاقة الطب والتقنية الحيوية بالنزعة الأخلاقية

نتيجة للتطورات الهائلة للعلوم الطبيعة والبيولوجيا الحيوية، ما أدى إلى استخدام مختلف التقنيات العلاجية الحديثة، فكان من الضروري وضع حدود للتطورات الحاصلة وفقا لمعايير وقواعد أخلاقية في إطار ما يسمى بأخلاقيات الطب أو الأخلاق الحياتية أو البيو–الطبية[2] التي تعتبر مجال واسع، فهي لا تقتصر على مجال الطب والبيولوجيا فقط، بل تهتم بمجالات أخرى.

إن مصطلح الأخلاقيات الطبية (البيو تيقا) بمعنى أخلاقيات مهنة الطب وعلوم الحياة المتعلقة بالمسائل الأخلاقية لعلم الأحياء ونطاق التقنيات المرتبطة بها على البشر[3].

كما أن كلمة **Bioéthique** تتكون من كلمتين وهما **Bio** يقصد بها الحياة و**éthique**، وتعني الأخلاقيات، وقد ظهر هذا المصطلح في أمريكا الشمالية لغرض الدمج بين المعارف البيولوجية والقيم الإنسانية[4]، وأصبح يهتم بالتفكير الفلسفي في البيولوجيا خاصة مع ظهور تطبيقات طبية حديثة في مجال المورثات والإنجاب والنسل بدأ مصطلح بيوتيك يهتم بهذه الممارسات التي تثيرها من الناحية الأخلاقية[5]من خلال إنشاء الأخلاق التي تستخدم البيولوجيا بغية تحسين صحة الإنسان[1].

---

[1]Mathieu Bertrand, **"la bioéthique"**, Dalloz, Paris, 2009, p 107.

[2]دران غني، ترجمة محمد جديدي، **"البيو تيقا"**، جداول للنشر والتوزيع، المغرب، 2015، ص 40.

[3]دران غني، ترجمة محمد جديدي، المرجع السابق، ص 42.

[4]عمر بوفتاس، **"البيو تيقا نحو فكر أخلاقي جديد"**، دفاتر فلسفية، العدد 09، 2015، ص 61.

[5]جوزيف معلوف، "المسألة الأخلاقية في العلوم الطبية"، مكتبة العولمية، لبنان، 2005، ص 106.

وبناء على ذلك يتبين أن الأخلاق لم تبقى مجرد قضايا مرتبطة بالضمير، بل أصبحت ضوابط اجتماعية ذات طابع إلزامي أخرجت إلى دائرة المؤسسات الاجتماعية المختصة لهذا حققت الكثير من الأهداف لارتباطها بالفلسفة والدين والقانون والطب[2]،وبما أنها ركزت على حقوق الإنسان، فإنها تحولت تدريجيا هذه المعايير الأخلاقية إلى قواعد قانونية الذي ظهرت في شكل مدونة طبية أو قانون مهنة الطب أو القواعد الأخلاقية التي تنظم مهنة الطب[3].

من خلال المدونة القانونية العالمية لأخلاقيات الطب التي منحتها الجمعية الطبية العالمية سنة 1949، والإعلان العالمي لهلسنكي في سنة 1964 الذي عدل في طوكيو سنة 1975 ثم البندقية سنة 1983 ،وهونج كونج في 1989، لتنظيم العلاقة بين الطبيب والمريض فتمثلت بذلك علاقة إنسانية تتقيد بحقوق والتزامات لكل طرف وجوب الالتزام بها التي لها علاقة وطيدة مع الكرامة وحرمة الجسد والعقل الإنساني التي تمثل المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان[4]،التي تأثرت بفعل البيو تكنولوجيا أو التكنولوجيا الحيوية[5]التي تمثل الوسط بين العلم والتقنية، باعتبارها علم تطبيق المعلومات الوراثية الموجودة في الكائنات الحية من أجل الاستفادة في عدة مجالات منها الصيدلانية والطبية والصناعية وهذا باستخدام الكائنات الحية والخلايا الوراثية في إنتاج المنتجات الهامة[6].

وهكذا أدت التقنية الحيوية إلى فتح أفاق عديدة للإنسان في الوقت الراهن من حيث الحفاظ على الصحة الجسدية وعلاج الأمراض والأوبئة، لكن في المقابل جعل المجتمعات البشرية تواجه إشكاليات جديدة وصعبة لمواجهتها.

الفرع الثاني: إقرار التشريع الصحي لرقابة التجارب الطبية

لقد أعاد المشرع الجزائري تنظيم مسألة التجارب الطبية في القانون الجديد رقم 18-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02 المتعلق بقانون الصحة في القسم الرابع تحت عنوان: "**أحكام تتعلق "بالبحث في**

---

[1]سمية بيدوح، "**الجسد في ظل التطورات العلمية الراهنة**"، منشورات الجمعية الجزائرية للدراسات التطبيقية، 2016، ص 51.

[2]أحمد عبد الحليم عطية، "**قراءة في الأخلاقيات الراهنة**"، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2010، ص 192.

[3]حوزيف معلوف، المرجع السابق، ص 108.

[4]محمود إسماعيل عمار، "**حقوق الإنسان بين التطبيق والضياع**"، دار مجدلاوي للتوزيع والنشر، الأردن، 2002، ص 21.

[5]تتكون كلمة **بيو تكنولوجيا** من كلمتين:

- (**Bio**)تعني الحياة.

()**Technologie**تعني تطبيق العلم.

– أنظر: مسعد مسعد شتوي، "**التطبيقات الحديثة للبيو تكنولوجيا في الزراعة**"، مجلة أسيوط للدراسات البيئية، العدد 30، جانفي 2006، ص 25.

[6]سمية بيدوح، المرجع السابق، ص 61.

مجال طب الأحياء"، من الفصل الرابع من الباب التاسع الذي تحت عنوان « **الأخلاقيات والأدبيات والبيو أخلاقيات الطبية** "، وذلك لمواكبة التطور المذهل للعلوم الطبية ولأهمية التجارب الطبية والعلمية من جهة، ومخاطرها من جهة أخرى.

وبالرجوع إلى المادة 378 من قانون الصحة فإنها تنص ما يلي: "**يجب أن تراعي الدراسات العيادية وجوبا المبادئ الأخلاقية والعلمية والأخلاقيات والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية**"، كما نصت المادة 386 من نفس القانون 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**".

وبالرجوع إلى نص المادة 18 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب[1] نجدها تنص على أنه: "**لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة وبعد التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض...**" وذلك بعد توفر شروط معينة:

– ضرورة الحرص على صحة وحياة الإنسان الخاضع للتجربة طبقا للمادتين 17 و18 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

– إلزامية موافقة الشخص الخاضع للتجربة، بعد تبصيره بالمخاطر والنتائج المترتبة عن التجربة طبقا للمادة 386 ف 03 من قانون الصحة.

– وجوب موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بحسب الضوابط القانونية والعلمية والأخلاقية المعمول بها في المادة 383 من قانون الصحة.

– حتمية احترام السلامة الجسدية للشخص الخاضع للتجربة، فلا تكون التجربة إلا لتحقيق أغراض علاجية أو علمية حسب المادة 378 من قانون الصحة.

– لا بد من توفير الشروط الأمنية لسلامة جسد الشخص الخاضع للتجربة من الناحية البدنية والعقلية والنفسية[2].

وبالتالي يمكن الإشارة إلى أن تقرير المشرع للتجارب الطبية لا بد أن يبقى ضمن الإطار الأخلاقي والإنساني والقانوني لحماية البشرية.

كما صرح المشرع من خلال نص المادة 379 بما يلي: "**يجب إجراء الدراسات العيادية بالتطابق مع قواعد الممارسة الحسنة في هذا المجال...**". التي يتولاها مرق حسب المادة 384 من قانون الصحة وهو شخص طبيعي أو معنوي قد يكون في شكل مخبر صيدلاني، مقدم خدمات، مؤسسة علاج أو جمعية

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج، ر، العدد 52 لسنة 1992.

[2] العربي بلحاج، "**الحدود الشرعية الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان**"، المرجع السابق، ص 102.

علمية أو هيئة بحث، ومنه يتولى مرق إعداد بروتوكول الدراسة العيادية إلى مختلف التراخيص والوثائق الواجب إبداعها.

حيث أن إجراء الدراسة العيادية يجب أن يتم تحت إدارة ومراقبة طبيب باحث له خبرة يتولى التوقيع على بروتوكول الدراسة[1]من خلال وزير الصناعة الصيدلانية[2] التي تتمتع بصلاحيات مراقبة جميع المراحل التي تكون عليها الدراسة أي التجربة كما استحدثت لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية تحت وصاية وزارة الصحة[3] مهمتها الأساسية متابعة جميع مراحل إجراء الدراسات العيادية عن طريق الاستشارة بعد الحصول على ترخيص[4].

خاصة منها تلك التي تشكل خطرًا متوقع على صحة الأشخاص الخاضعين لها، ولهذا وجب الفحص الطبي المسبق والمعمق قبل التصريح بالموافقة[5].

خاتمة

إن التطورات الكشفية والتجريبية والعلمية في ظل التكنولوجيا والتقنية الحيوية، فإنها غيرت المنظور التقليدي للتجارب الطبية القائمة على جسم الإنسان، واستحدثت مفاهيم ومصطلحات جديدة أدت إلى اتساع نطاقها واختلاف أنواعها وتعدد مجالاتها وظهرت ممارسات تطبيقية على الجسد البشري بأساليب مستحدثة فيما يخص الإنجاب والنسل والتجميل وتقنيات الوراثة إلى غير ذلك.

وبالتالي تبلور المفهوم الجديد للتجارب الطبية التي سايرت التقنية وتدخلت فيه البيو تكنولوجيا التي أصبحت تقدم للإنسان أحدث وسائل العلاج والابتكار للأمراض والأوبئة المستعصية والمستجدة، لكن بالمقابل فهي تمثل تهديدا للكرامة الإنسانية وتُشكل مخاوف لمستقبل البشرية.

وهذا ما أظهر الحاجة الماسة لتنظيم أساسه القواعد القانونية الممثلة في قانون الصحة الجديد، وكذا القواعد الأخلاقية الخاصة بالأخلاقية الطبية التي تربط بين علم الأحياء والقيم الإنسانية والقواعد الأخلاقية وأصبحت بمثابة قواعد أساسها المبادئ المهتمة بكل المستجدات الطبية التي يكون جسم الإنسان محلا لها.

لقد أصبحت البيو أخلاقيات الطبية مرجع أساسي لمواجهة التحديات التي تطرحها المشاكل الأخلاقية من جراء التجارب الطبية التي لها علاقة بحياة وسلامة الإنسان واحترام حقوقه.

وعلى هذا الأساس تم التوصل إلى أهم التوصيات التالية:

---

[1]المادة 380 من الامر رقم 20/ 02 المعدل والمتمم لقانون الصحة.

[2]المادة 381 من نفس الامر.

[3]المادة 382 من نفس الامر.

[4]المواد 389-390-394-395-399 من نفس الامر.

[5]إقرار مسؤولية المخاطر بالنسبة للمرق حسب قانون الصحة (م 391)

– ضرورة إعادة النظر في مدونة أخلاقيات الطبية، حتى تكون مسايرة للتطورات الطبية والعلمية المتسارعة والحديثة.

– يجب التعاون مع الهيئات الدولية مثل هيئة اليونسكو وهيئة الصحة العالمية لغرض تبادل الخبرات فيما يخص طرق تنظيم إجراء التجارب الطبية بما يتوافق مع القيم الاخلاقية.

– لا بد من تحديث المبادئ الأساسية لعلم الأخلاقيات الطبية بما يتناسب مع الاختراعات الطبية والاكتشافات العلمية ذات الطابع العالمي.

– ضرورة إرساء تعاون تشاركي بين الهيئات واللجان المختصة في الأخلاقيات الطبية حتى يكون لها صدى ناجع في الحفاظ على الكرمة الإنسانية والسلامة البدنية والعقلية وكذا النفسية للمريض.

– فرض رقابة صارمة من الهيئات الفاعلة لتحقيق الغرض المنشود من التجارب الطبية ألا وهو علاج المريض ومنحه الضمانات الكفيلة بالثقة والأمان.

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

1- الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 2 يوليو 2020 المعدل والمتمم لقانون الصحة رقم 18-11، ج، ر، العدد 50 المؤرخة في 13 أوت 2020.

2- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بقانون الصحة، ج، ر، العدد 46 الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

3- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطبية، ج، ر، العدد 52 لسنة 1992.

المراجع:

1- صفوان محمد شديفات، "المسؤولية الجزائية عن الأعمال الطبية"، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.

2- العربي بلحاج، "الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان على ضوء القانون الطبي الجزائري"، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.

3- مأمون عبد الكريم، "رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية"، دراسة مقارنة، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

4- أنس محمد عبد الغفار، "الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي"، "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2013.

5- والتروناندرسيون، ترجمة أحمد مسنجير، "عصر الجينيات والإلكترونات"، مكتبة الأسرة، القاهرة، 2002.

6- العربي بلحاج، "أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة"، دراسة مقارنة دار الثقافة، عمان، 2012.
7- عبد الرحمان زيدان، "مناهج البحث العلمي في العلوم القانونية"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007.
8- عامر إبراهيم قنديلجي، "البحث العلمي واستخدام مصادر المعلومات التقليدية والإلكترونية"، دار اليازودي العلمية، عمان.
9- خالد عبد الرحمن، "التجارب الطبية"، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
10- إبراهيم أبراش، "المنهج العلمي وتطبيقاته في العلوم الاجتماعية"، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
11- محفوظ عبد القادر الحسيني، "التجارب الطبية بين الإباحة والتحريم"، دارسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
12- محمود أحمد طه، "الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة"، دار الفكر القانوني، مصر، 2015.
13- خالد بن النوى، "ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثارها على المسؤولية المدنية" دار الفكر والقانون، مصر، 2010.
14- تشارلز داروين، ترجمة مجدي محمود، "أصل الأنواع"، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2004.
15- بورقن هابرماس، ترجمة إلياس حجوح، "التقنية والعلم كإيديولوجيات"، منشورات وزارة الثقافة، دمشق، 1999.
16- سعيد محمد صفار، "البيولوجيا ومصير الإنسان"، عالم المعرفة، الكويت، 1984.
17- محمود يوسف، "بيولوجيا العلم والتكنولوجيا"، ط 3، دار وائل للنشر والتوزيع، بيروت، 2009.
18- ميرفت حسن منصور، "التجارب الطبية في ضوء حرمة الكيان الجسدي"، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
19- محمد عبد الغريب، "التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان"، دراسة مقارنة، مطبعة أبناء وهبة، القاهرة، 1989.
20- حسن سعد سند، "الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية"، دراسة مقارنة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية ومدى هذه الحماية في مصر"، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
21- أحمد فتحي سرور، "الحماية الدستورية للحقوق والحريات"، دار الشروق، مصر، 1999.
22- محمد قاسم حسن، "الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

23- مرعى منصور عبد الرحيم، "الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
24- يوسف بوشي، "الحق في سلامة الجسم وأثر التطور الطبي على حمايته جنائيا"، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2016.
25- حسيني محمود عبد الدايم، "البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات"، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
26- أمنة محتال، "مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الهندسة الوراثية"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، العدد 19، 2015.
27- أيمن مصطفى الجمل، "إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية"، دار الفكر الجامعة، الإسكندرية، 2010.
28- محمد الطاهر جرمون، "إعلان هلسنكي بين تأسيس التجارب الطبية واحترام حقوق الإنسان"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 03، 2018.
29- مهداوي عبد القادر، "ضوابط التجارب الطبية على الإنسان بين مواثيق حقوق الإنسان وأحكام الفقه الإسلامي"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة ادرار، العدد 04، 2014.
30- بركان عماد الدين، "التجارب العلمية والطبية على جسم الإنسان في ضوء قواعد المسؤولية المدنية"، أطروحة دكتوراه، جامعة أدرار، 2018-2019.
31- عبد القادر الحسيني إبراهيم محفوظ، "المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في المجال الطبي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
32- أسامة قايد، "المسؤولية الجنائية للأطباء"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
33- رمضان جمال كامل، "مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2005.
34- مفتاح مصباح بشير، "المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية"، دراسة مقارنة، المكتب الوطني للبحث والتطوير، ليبيا، 2005.
35- علي حسين نجيدة، "التزامات الطبيب في العمل الطبي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
36- جابر محجوب علي، "قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها، وأساس إلزامها ونطاقها"، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
37- فايزة أنور شكري، "القيم الأخلاقية والعلم"، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 2011.
38- فرنسيس فوكوياما ترجمة أحمد مسنجير، "نهاية الإنسان وعواقب الثورة البيو تكنولوجية"، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2003.
39- محمود يوسف، "بيولوجيا العلم والتكنولوجيا"، دار وائل للنشر، بيروت، 2009.

40- عادل عوض، "الأصول الفلسفية لأخلاقيات الطب"، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2011.
41- نجيب الحصادي، "قيمية العلم"، عالم الفكر، العدد 02، المجلد 03، الكويت، 2006.
42- خالد حمدي عبد الرحمان، "التجارب الطبية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
43- أحمد عبد الدايم، "أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.
44- عوض عادل، "الأصول الفلسفية لأخلاقيات الطب"، دار الجامعية، الإسكندرية، 2001.
45- دران غني، ترجمة محمد جديدي، "البيو تيقا"، جداول للنشر والتوزيع، المغرب، 2015.
46- عمر بوفتاس، "البيو تيقا نحو فكر أخلاقي جديد"، دفاتر فلسفية، العدد 09، 2015.
47- جوزيف معلوف، "المسألة الأخلاقية في العلوم الطبية"، مكتبة العولمية لبنان، 2005.
48- سمية بيدوح، "الجسد في ظل التطورات الطبية الراهنة"، منشورات الجمعية الجزائرية للدراسات التطبيقية، 2016.
49- أحمد عبد العليم عطية، "قراءة في الأخلاقيات الراهنة"، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2010.
50- محمود إسماعيل عمار، "حقوق الإنسان بين التطبيق والضياع"، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الأردن 2002.
51- مسعد مسعدشنوي، "التطبيقات الحديثة للبيو تكنولوجيا في الزراعة"، مجلة أسيوط للدراسات البيئية، العدد 30، جانفي 2006.
52- Mathieu Bertrand, "La bioéthique", Dalloz Paris, 2009.
53-Antoine Retault, "l'expérimentation sur le malade, soins ou recherche ? Sommaire Nº1, 2000.
54- Marie, Geneviève pin sart, "l'expérimentation sur l'être humain de la nécessité de la recherche au rejet de l'objectivation médicale", revue philosophique de Louvain, 4éme, tome 1, Nº3, 2002.
55- Jocelyne caryon, "L'expérimentation humaine et de la recherche biomédicale : dix ans d'application de la loi Huriet, ellipses, 2002.
56- François-André, Isambert, "Aux sources de la bioéthique", dans le débat, Nº3/25, 1983.
57- Daniel Burrito, "Bioéthique", Dalloz, Paris, 2011.
58- Xavier lassée, "condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort", septentrion presses universitaires, 1990.
59- Louis-Edmondpettiti, "Réflecion sur la bioéthique mélange en l'honnête l'homme et le droit", Bruylant, L, G, D, I.

مداخلات الورشات العلمية

12 أكتوبر 2022

مداخلات الورشة الأولى

شروط عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري

د. سمري سامية
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. بن سويح خديجة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

مقدمة:

يعد موضوع زراعة الأعضاء ونقلها من الأموات إلى الأحياء من المواضيع المستجدة من نواح مختلفة، إذ يُطرح كمضوع من النوازل،باعتباره من القضايا الجديدة التي لم تكن مطروحة للاجتهاد الفقهي من قبل، والتي طرأت على الفقه الإسلامي، وجديدة كذلك على مستوى ما توصل إليه الطب الحديث وكذا من الناحية الفقهية القانونية، باعتبار الموضوع مجال بحث ونقاش فقهي حاد مرتبط بالتطور الذي عرفه الطب، وتناولها من الناحية القانونية كذلك لتتماشى مع هذا المستجد، الذي يحيلنا إلى التساؤل عن قابلية مثل هذه المواضيع للامتداد والتطور في مضمونها ومستوى دراستها؟.

ويعد نزع وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء المجال الأقل حدة من حيث مناقشتها وصحتها، وكذا عدم تعريض المتبرّع الحي لمخاطر يمكن أن يعيشها لها أثناء العملية وبعدها كمضاعفات قد تلاحقه فيما بعد، ولهذا اعتبر التبرع من جثث الموتى أفضل سبيل في مجال زراعة الأعضاء، والأكثر إتاحة لنوع الأعضاء وعددها، فالتبرّع هنا لا يستثن الأعضاء الحيوية المسؤولة عن حياة البشر كالقلب والدماغ، ولا يتيح مجالا للتبرع ببعض الأعضاء رغم ثنائيتها في جسم الإنسان كالرئتين، لصعوبة العملية وخطورتها في آن واحد.

المبحث الأول :الشروط المتعلقة بحماية المتبرّع:

رغم وجود المتبرّع أو المستهدف في عملية الزرع أو الخاضع بدنه لعملية استئصال جزء أو أكثر من جثته فإنه يحضى بحماية قبل مباشرة العملية، ولعل أهم حماية ينبغي مراعاتها هي الحصول مبدئيا على رضاه في التبرّع بعضو أو أكثر من بدنه عند وفاته، وكذا حماية حقه في الحياة، بالتحقق من وفاته فعلا بكل الوسائل المتاحة طبيا، كما تتم الحماية باشتراط تولي فريق طبي مؤهل التحقق من الوفاة، بالإضافة إلى ضرورةاستبعاد الفريق الطبي المعاين لحالة الوفاة في عملية نزع وزرع الأعضاء، كشرط احترازي بهدف تفادي أي محاولة، قد تتم بالتسرّع في إعلان الوفاة لمصلحة المريض المراد التبرّع له، مما قد يعرّض حياة المريض لخطر مهدد لحياته...

المطلب الأول ـ مراعاة موقف المتبرّع قبل الوفاة:

يمكن للمتبرّع أن يبدي موقفه بإحدى الطريقتين، تتمثل الأولى في الرضى بالتبرّع كاحتمال أول، والاحتمال الثاني هو الرفض، ولتحديد أحد الموقفين بوضوح يتطلب ذلك البحث عن موقف المريض قبل وفاته، بالطرق المتاحة والممكنة.

الفرع الأول ـ توفر رضى المتبرّع قبل وفاته:

في عملية نزع الأعضاء للأشخاص المتوفين ينبغي الحصول على الرضا، لكن مسألة الرضا تفترض التصريح بالموافقة بشكل صريح وواضح، ويقابلها الرفض الذي يكون هو الآخر بشكل واضح وصريح، ويمكن أن يتخذ ذلك سبلا متعددة كالسجل المخصص للرفض المعبّر عنه قبل الوفاة، وعند عدم وجود تعبير صريح ينتقل الحق لأهل المتوفى، لاتخاذ موقف إما بالموافقة أو الرفض، لكن تبقى الموافقة في هذه الحالة مقيّدة بعد وجود تعبير سابق للمتوفى برفضه للتبرّع بعضو أو أكثر...

الفرع الثاني ـ التعبير الصريح عن الرفض بواسطة السجل:

إضافةإلى الوسائل التي يمكن التعبير بواسطتها عن الرفض، كإعلان الشخص قبل وفاته عن عدم قبوله بذلك في شكل كتابي، أو بحضور أهله... يمكن الاطلاع على موقف المتبرع قبل وفاته، بالرجوع إلى السجل الخاص بالتعبير عن الرفض للمرضى قبل الوفاة، والذي تتولى الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء مسكه، وفقا لما نصت عليه المادة ثلاث مئة وإثنان وستون (362) في فقرتها الثانية.

ويمتد أثر هذا الرفض الصريح إلى إعلام أسرته بعدم موافقة المتوفى على التبرّع بأعضائه، ويمنع ذلك ـ بالتالي ـ أسرته من إبداء موقفها بالقبول، الذي يفقد مفعوله بمجرد رفض الشخص التبرّع، وتصبح مسألة النزع للأعضاء غير مقبولة.[1]

الفرع الثالثـ غياب التعبير الصريح بالموافقة أو الرفض قبل الوفاة:

يرتبط النزع للأعضاء من المتوفى إذا لم يعبّر خلال حياته صراحة عن رفضه التبرّع، بحرية التصرّف في جثته، وفقا لمضمون الفقرة الأولى من المادة 362، فعدم تعبيره بالرفض يمكن أن يؤدي إلى استئصال جزء أو أكثر من المتوفى.

والرفض الصريح قبل الوفاة يؤسس التزاما على عاتق الفريق الطبي، إضافة إلى الالتزامات الأخرى المسندة له والمكلّف بمهمة النزع للأعضاء، إذ يوجب ذلك الاطلاع على سجل الرفض، للتأكد من رضا المتوفى قبل وفاته بعدم تدوين اعتراضه في السجل، أو تسجيل رفضه.

الفرع الرابع ـ التعبير عن الرضا بواسطة أهل المتوفى:

عند التحقق من غياب الموافقة الصريحة للمتوفى، ينتقل التعبير عن ذلك إلى أهله باستشارتهم للموافقة أو الرفض، على نزع عضو أو أكثر من جثة المتوفى، ويكون ترتيب الأفراد وفقا لدرجة القرابة، بداية من الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة... وفقا لما ورد النص عليه في الفقرة الثالثة من المادة ثلاث مئة وإثنان وستون (362).

([1]) "**Le don après la mort**", www.ang.dz -الاطلاع على الموقع يوم السبت 22-11-2022

المطلب الثانيـ التحقق من الوفاة:

يأتي النص على التحقق من وفاة المتبرّع وفقا لماأشارتإليه المادة 362 في فقرتها الأولى من القانون 18-11،فالتحقق من موت الشخص المقصود في نزع الأعضاء يثير تخوفا يرتبط بوجود حالة ما بين الحياة والموت ويتم الإعلان عن الوفاة بصفة مبكرة، خاصة عند ذكربعض الحالات التي تم من خلالها التأكد من وجود خطأ في إثبات الوفاة،وقد يثير سوء تقدير ثبوت حالة الوفاة مخاوف من حدوث مثل هذه الأخطاء في التحقق منها،[1]ويكيّف بالتالي ذلك التقدير الخاطئ على أنه مساس بحياة الغير واعتباره أيضا تعديا على الحق في الحياة كمبدأ دستوري.

والتحقق من الوفاة مسألة معقدة، من حيث تحديد العامل الأساسي الذي يمكن بواسطته الحكم على الإنسان بأنه فعلا قد فارق الحياة، بتوقف قلبه وما يلحقه من توقف التنفس ونشاط الدورة الدموية،أو بالتحقق من توقف الدماغ عن النشاط كعامل ثاني، وما يترتب عن ذلك من تغيّر وضعه القانوني وما سينتج عن إثبات وفاته من حقوق له وللغير من أهله وغيرهم.

ويمكن اعتبار ما نصت عليه المادة التاسعة والثلاثون (39) بضمان الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، كمبدأ دستوري يحمي الإنسان حيا وميّتا... وهو المبدأ الذي تتميّز به الشريعة الإسلامية ببقاء قيام حقوق الفرد حتى بعد وفاته، باستمرار صيانة حرمته خلال فترة حياته، ومراعاة حقوقه أيضا عند مماته، وإكرامه بدفع ديونه المستحقة للغير تبرئة لذمته وكذا تعجيل دفنه وما يستلزمه ذلك من أفعال متربطة به.

الفرع الأولـ إشكالية تحديد تعريف للموت:

يستند تحديد علامات الموت للإنسان بتوقف القلب وما يتبعه من توقف لعملية التنفس والدورة الدموية، إضافة إلى موت الدماغ.

أولا ـ تعريف الموت بتوقف القلب:

يعرّف الموت على أنه ما خالف الحياة، ويقصد به السكون وانفصال الروح عن الجسد كعلامة على الموت،[2] أما عند الأطباء فيقصد به التوقف التام للحياة، بتوقف وظائف الجسم عن أداء نشاطها بما فيها الدماغ،[3] ولهذا تعتبر من علامات الموت عندهم كذلك توقف عملية التنفس وتوقف القلب والدورة الدموية، توقفا تاما لا رجعة فيه، بما يفيد استحالة إعادة بعث نشاط الأعضاء الحيوية للجسم، بانعدام إمكانية اللجوء إلى استعمال وسائل الإنعاش كنتيجة لتطوّر الطب الحديث.[4]

---

[1])- أحمد عبد الدائم. **"أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني"**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، 1995، كلية الحقوق، جامعة روبير شومان ستراسبورغ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص: 188. ،

[2])- أحمد حافظ القاسمي الحسني. **"علامات الحياة والممات بين الفقه والطب"**، منشورات المجلس الأعلى للغة العربية، الطبعة الأولى، 2006، ص: 42، 43، 52، نقلا عن فيروز أبادي. "القاموس المحيط"، الجزء 7، ص: 158، ومحمد أبي بكر الرازي. "مختار الصحاح"، ص: 313.

[3] (Larousse Médical, p: 667.)- أحمد حافظ قاسمي الحسني. نفس المرجع، ص: 43. نقلا عن

[4])- أحمد حافظ قاسمي الحسني. نفس السابق، ص: 44، 46.

فالموت المتعارف عليه إذن هو توقف القلب والدورة الدموية وكذا التنفس عن النشاط المعهود، وهي العلامات الخاصة بتشخيص الملايين من حالات الوفاة التي تحدث كل سنة، إذ تعد نسبة 99.2% من حالات تشخيص الوفاة التي تحدث في بريطانيا وأروبا كذلك والولايات المتحدة الأمريكية وكندا.[1]

ويدخل التحقق من وفاة المتبرع، حدوث ذلك بطريقة لا شبهة جنائية فيها واستبعاد أي احتمال مرتبط بمحاولة إنهاء حياتهبالقتل أو الانحراف عن المقصد لسبب من الأسباب كغرض الاتجار بالأعضاء.

وكاستثناء وارد على اعتبار الموت بتوقف القلب، كمؤشر من مؤشرات الوفاة الرئيسية لا يمكن الأخذ بها مطلقا، فهناك حالات ترتبط بإيقاف نشاط القلب خلال عمليات القلب المفتوح، واستعمال بدلا عنه مضخة تحل محله وكذا الرئتين لساعات... أو استبداله بقلب آخر أو قلب صناعي،[2]ولهذا فمجرد تحديد أو تعريف الموت لمجرد توقف القلب لا يعد تعريفا دقيقا.

وبذلك لم يعد مجرد توقف القلب مرادفا لمفهوم الموت، إذ يمكن للمريض الاستفادة من قلب آخر من متوفى، فموت الإنسان مرتبط بتدرج بداية من الموت الإكلينيكي، بتوقف عملية التنفس والقلب كذلك ثم الموت الدماغي وإلى الموت البيولوجي وصولا إلى موت الخلايا.[3]

ثانيا ـ تعريف الموت بتوقف نشاط الدماغ:

وقد يتم تعريف الموت بتلف الدماغ لدرجة بليغة نتيجة للحوادث أو لوجود ورم،ومن علامات توقف الدماغ عن النشاط فقدان الوعي التام وعدم الاستجابة لأي منبه أو مؤثر ـ فقدان الحركة ـ غياب التنفس حتى بتوقيف الجهاز المساعد على ذلك، وكذا غياب أي مؤشر وفقا لرسم مخطط المخ كهربائيا.[4]

واعتبر المؤتمر الثاني للأخلاقيات الطبيّة للأطباء في فرنسا المنعقد في 1966أن تحديد الموت التام يكون وفقا للموت الكامل لخلايا الدماغ، ولا يمكن الاعتماد على تحديد ذلك بمجرد توقف القلب،[5]بعد استنفاذ استعمال الوسائل المساعدة على الإنعاش، كالتزام من الالتزامات الأخلاقية الواقعة على مسؤولية الطبيب بتقديمه المساعدة الضرورية للمريض، فذلك يعد واجبا قانونيا وأخلاقيا في آن واحد، وامتناعه عن القيام بواجبه يكيّف على أنه ارتكاب لجريمة، ومن ذلك التزامه بإبقاء أجهزة الإنعاش الصناعي إذا لم تتحقق الوفاة، ويدخل ذلك في معاملة المريض المحتضر كمعاملة المريض الحي، فمن الناحية الشرعية لا يعد من الأموات ويترتب عن ذلك وجوب القصاص بحكم تعدي هذا الطبيب على حرمة إنسان بإنهاء حياته، وقتله قبل حدوث الوفاة الشرعية.[6]

---

[1])- أحمد حافظ قاسمي الحسني. نفس المرجع، ص: 209.

[2])- أحمد حافظ قاسمي الحسني. نفس المرجع، ص: 210.

[3])-Mohcin Ibrahim. "**Greffe d'organes,Euthanasie et clonage le point de vue de l'Islam**", éditions Tawhid, Lyon, France, 2003, p: 130, 131.

[4])- أحمد حافظ قاسمي الحسني. المرجع السابق، ص: 210، 211.

[5])- أحمد حافظ قاسمي الحسني. نفس المرجع، ص: 211.

[6])- د. حمدي محمد محمود حسين. **"نقل وزراعة الأعضاء بين الإباحة والحضر"**، دراسة مقارنة بين القانون الجنائي والفقه الإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016، ص: 295، 297، 350.

وقد أثار موضوع الاعتراف بموت الشخص بموت الدماغ جدلا سياسيا وقانونيا في الولايات المتحدة الأمريكية، إذ تولى الرئيس الأمريكي "رونالد ريغان" إصدار أمر لتشكيل لجنة متكونة من كبار الأطباء والقانونيين ورجال الدين، لمناقشة الموت الدماغي، وقامت اللجنة بإصدار قرارها بالاعتراف بالموت الدماغي في 1981، وتبنت في البداية 25 ولاية القرار، ثم ارتفع العدد إلى 33 ولاية آنذاك، واعترفت هي الأخرى بذلك، مما أدى إلى اختلاف الولايات في تحديد الموت بتوقف الدماغ بينما أخرى لا تعترف بذلك في منظومتها القانونية، وقد كان لوسائل الإعلام تأثيره في صعوبة تحديد الموت الدماغي،بعدم إيجاد إجماع حول الموضوع، فقد بث التلفزيون البريطاني BBCفي أكتوبر 1980 برنامجا تم من خلاله عرض حالة لفتاة، أعلن الأطباء وفاتها دماغيا وتوقف تنفسها وكذا جهاز تخطيط المخ الكهربائي، ومع إصرار أهلها على رفض تقرير الأطباء، تبيّن فيما بعد استمرار فريق طبي أخر استخدام وسائل الإنعاش استفاقت الفتاة من غيبوبتها.[1]

كما يعرّف الموت الدّماغي على أنه توقف جميع الخلايا وما يتبعها من توقف لجميع الحركات الإرادية مع بقاء القلب في حالة نبض لفترة وجيزة يوضع المريض تحت أجهزة التنفس الصناعي، مما يبقي على حياة أعضاء الجسد، لكن من الناحية الطبية يعد المصاب ميّتا نهائيا، رغم بقاء نبض القلب، ولهذا يعتبر موتى الدماغ أحسن مصدر للتبرّع بالأعضاء وهم المصدر الوحيد للتبرّع بعضو القلب،[2]ويتم التحقق من ذلك بالتخطيط الدماغي الكهربائي الذي يشير إلى غياب المنعكسات الشوكية،[3]وترتبط هذه الحالة بإمكانية الاستفادة من زرع عضو القلب الذي يبقى نشطا دون غيره من حالات الوفاة، ويتم تأكيد هذا الحالة عن طريق رأي طبي للحكم نهائيا، لكن بعض الدول ما تزال متحفظة على الموت الدماغي، إذ لا تأخذ به رغم طول مدة مكوث المريض بهذه الحالة في المستشفى.[4]

عند موت الدماغ فإن ذلك يؤثر على نشاط الرئتين والقلب وبقية أعضاء الجسد لاحقا، لكن تطور تقنية الإنعاش منح إمكانية بقائها، كالإبقاء على نبضات القلب لساعات وأيام وفي حالات نادرة قد يمتد ذلك إلى أسابيع وأشهر، وموت الدماغ مؤثر في الوفاة، إذ لم يشر الطب بعد التشخيص الصحيح بموت دماغي ثم عاد للحياة، وهذا ما أظهرته التشريحات التي أجريت على جثث موتى الدماغ من تحلل في الدماغ، أو بداية تحلله إلى مادة سائلة.[5]

---

[1]- د. محمد علي البار. **"أجهزة الإنعاش"**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الأول، 14.7-1986، ص: 435، ص: 434.

[2]- ندى محمد نعيم الدقر. **"موت الدماغ بين الطب والإسلام"**، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1999، ص: 80.

[3]- أ.د. لدرع كمال. **"الأعضاء الصالحة للنقل والزرع طبيا وموقف الفقه الإسلامي"**، مجلة الشريعة والاقتصاد، دورية أكاديمية متخصصة تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية، العدد: 02، المجلد 1، ديسمبر 2012، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ص: 268.

[4]- أ.د. لدرع كمال. نفس المرجع، ص: 269.

[5]- ندى محمد نعيم الدقر. نفس المرجع، ص: 69.

وقد تبنى المجمّع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي من خلال دورته العاشرة بمكة (1408هـ) توقيف أجهزة الإنعاش إذا تم التاكيد بالفحوصات الطبية من مختصين، بأن المريض ميت دماغيا، فأصبح هذا الموت المرتبط بالموت الدماغي ضمن اهتمامات الاتجاه الفقي الحديث.[1]

الفرع الثاني ـ تولي فريق طبي مؤهل التحقق من الوفاة:

وضمن التأكد من حالة الموت ولتحديد علامات ذلك، يفترض أن يتولى المهمة طبيب ذو خبرة وكفاءة ومهارة عالية في الفحص السريري في حالة الموت الدماغي، ومن شروط هذا التشخيص دخول المصاب في غيبوبة عميقة سببها إصابة في بنية الدماغ نتيجة إصابة عنيفة على الرأس، أو قد يكون سببه جراحة في الجمجمة أو ورم كبير ـ كما أشرت من قبل ـ، بالإضافة إلى مرور على الأقل ست (6) ساعات على الدخول في الغيبوبة وافتقاد التنفس التلقائي.[2]

وقد أشارت الفقرة الأولى من المادة 362 من القانون 18-11 إلى عدم إمكانية مباشرة عملية نزع الأعضاء إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة، ويتم ذلك وفقا لمعايير علمية يتولى وزير الصحة تحديدها، وهذا بغرض تحقيق معاينة صحيحة لحالة الوفاة، لتفادي أي التباس قد يحدث يكون فيه مساس بحق الفرد في حماية حقه في الحياة.

ومما يلاحظ هنا على القانون الجزائري18-11 عدم خوضه في تحديد الأسباب أو العوامل المؤدية إلى الوفاة، سواء تعلق الأمر بتوقف القلب أو الدماغ عن النشاط، وأحال ذلك إلى التنظيم الذي يتولى الوزير المختص تحديد المعايير العلمية الخاصة بالوفاة.

الفرع الثالثـ استبعاد الفريق الطبي المعاين لحالة الوفاة في عملية نزع وزرع الأعضاء:

كما يشترط استبعاد الفريق الطبي المعاين لحالة الوفاة من عملية نزع وزرع الأعضاء، وهذا الاستبعاد قد يأتي من باب سد أي احتمال لمعاينة غير موضوعية للوفاة، يكون الغرض منها الاستعجال دون مراعاة لمصلحة المريض ... وجاء هذا القيد بغرض حماية للطرف المستهدف من عملية التبرع بعضو أو أعضاء من جسمه، وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة ثلاث مئة وثلاثة وستون (363) بالنص على ما يلي: "يجب ألّا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرّع من الفريق الذي يقوم بالزرع".

المبحث الثاني ـ الشروط المتعلّقة بحماية المتبرَّع له:

تحيط التشريعات ـ عموما ـ والتشريع الجزائري خاصة عمليتي النزع والزرع للأعضاءبمجموعة من الشروط، التي تسعى من خلالها إلى الحماية المزدوجة للمتبرّع والمتبرّع له، ولا يقتصر تحديد المتبرّع له على المستفيد من العضو أو الأعضاء المراد نقلها، وإنما المجتمع ككل أيضا، باعتبار سلامة الأفراد ممتدة ومؤثرة فيه إيجابا...

المطلب الأول ـ الشروط المرتبطة بتوفير أسباب نجاح عمليتي اللنزع والزرع:

---

[1]- أ.د. لدرع كمال. نفس المرجع، ص: 269.

[2]- د. السيّد الجميلي. **"نقل الأعضاء وزراعتها دراسة طبية دينية"**، دار الأمين للطباعة والنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، الطبعة الأولى، 1998، ص: 23، 24.

تتمثل الشروط المرتبطة بتوفير أسباب نجاح عمليتي النزع والزرع في سلامة الأعضاء المتبرع بها، بالإضافة إلى استبعاد الشبهة الجنائية واعتبار عملية النزع والزرع السبيل الوحيد لحماية حياة المريض.

الفرع الأول ـ سلامة الأعضاء المتبرع بها:

كاستثناء يمنع إخضاع المتوفى لعمليتي النزع إذا تثبت وجود أمراض تنتقل للمُتبرَّع له، سواء بإصابة الأعضاء محل التبرع بأي مرض قد ينتقل للمريض المتبرع له، وهذا قياسا على الشرط الذي ورد في الفقرة الأولى من المادة ثلاث مئة وواحد وستون (361) التي أشارت إلى منع نزع أعضاء... من أحياء مصابين بأمراض قد تؤثر في صحة المتلقي، كالإصابة بالإيدز التي تؤدي إلى تدهور أكثر لصحة المتبرع له وبالتالي تهديد حياته،[1] كما يمكن منع التبرع من كبار السن لاستنفاذ قابليتها الوظيفية وبالتالي تقليص فرص نجاح عملية نقل الأعضاء.

الفرع الثاني ـ انتفاء وجود شبهة جنائية:

يمنع أخذ عضو أو أعضاء متوفى إذا تعلق الأمر بوجود شبهة جنائية، للطرف الذي سيخضع للنزع من جثته، لاحتمال إعاقة التحقيق، فالمادة ثلاث مئة وثلاثة وستون (363) في فقرتها الثالثة تشير إلى منع الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة، إذا كان ذلك سببا في تعطيل التشريح الطبي الشرعي، وإذا كان مثل هذا المنع الغرض منه الوصول إلى تحديد الأسباب والطرف المسؤول عن ذلك، فإن النتيجة المنشودة في الأخير هي حماية المجتمع والنظام العام ككل.

الفرع الثالث ـ اعتبار عملية الزرع السبيل الوحيد لحماية المتبرع له:

في عمليات الزرع للأعضاء يفترض استبعاد أي ضرر يمكن أن يؤدي إلى تعقيد حالة المتلقي بسبب عملية الزرع، إذ ينبغي أن يكون تحقيق المصلحة للشخص المريض المتبرع له مسألة راجحة أي يغلب على العملية نجاحها وليس مجرد تجريب وتعريض المريض لمضاعفات قد تؤثر على حماية حقّه في الحياة، وفقا للفقرة الأولى من المادة ثلاث مئة وأربعة وستون (364) من قانون 18-11 واعتبر ذلك ـ فعلا ـ السبيل الوحيد لحماية المريض،[2] ومجرد الشك الغالب في احتمال عدم تحقيق ذلك يعد سببا كافيا للامتناع عن الاستمرار في مباشرة عملية الزرع...

المطلب الثاني ـ الشروط المرتبطة بتنظيم عمليتي النزع والزرع:

يمكن تلخيص الشروط المرتبطة بتنظيم عمليتي النزع والزرع في اقتصار إجراء العمليات على المستشفيات المرخص لها، بالإضافة إلى توفر المؤهلات المطلوبة للفريق الطبي المشرف على العمليات، وسريّة عمليتي النزع والزرع تفاديا لما يمكن أن ينتج عن علنيتها كالمطالبة بالمقابل وغيرها.

الفرع الأول ـ عدم إجراء عمليات نزع الأعضاء وزرعها إلا في المؤسسات الصحيّة المرخّص لها:

---

[1]- د. محمد أمين صافي. **"انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيّا أو ميّتاغرس الأعضاء في جسم الإنسان مشاكله الاجتماعية وقضاياه الفقهية"**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408-1988، ص: 134.

[2]- د. حمادو نذير. **"موقف فقيه الجزائر الشيخ أحمد حماني من زراعة الأعضاء"**، مجلة الشريعة والاقتصاد، مرجع سابق، ص: 148.

وفقا لمضمون الفقرة الأولى من المادة ثلاث مئة وسبعة وخمسون، والمادة مئة وستة وستون (366) التي تنص فقرتها الأولى على أن نزع وزرع الأعضاء، لا يمكن القيام بهما إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف وزير الصحة،بعد الاطلاع على رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.[1]

ولعل هذا التقييد في تضييق أماكن إجراء العمليات واقتصارها على المؤسسات الاستشفائية التي تحصلت على الترخيص من الجهة المختصة، سببه استبعاد ومنع أي احتمال لمحاولة إجرائها إما لتوفير ظروف إنجاح العملية، كاشتراط توفر هذه المؤسسات الاستشفائية العمومية على تنظيم طبي وتقني وتنسيق استشفائي،[2] ولسد كل منافذ استغلال نزع وزراعة الأعضاء بما قد يؤدي إلى الانحراف بموضوع الأعضاء نحو المتاجرة بها، أو تعريض حياة الأفراد للخطر، فليست كل المستشفيات وإن كانت عمومية مسموح لها بمثل هذه العمليات، وكذا المؤسسات الاستشفائية الخاصة وإن توفرت على الإمكانيات المادية والتقنية والمؤهلات البشرية للقيام بهذه العمليات.

الفرع الثاني ـ توفر مؤهلات التكوين للفريق الطبي:

من صور الحماية المقررة قانونا للشخص المريضضرورة ارتباط ممارس الصحة بالعلاجات المتوافقة مع مؤهلات تكوينه وخبرته الضروريين، مع عدم تجاوز هذا الإطار للقيام بعمل آخر أو غير مناسب وغير منسجم مع الحالة الصحية موضوع الانتفاع، حتى وإن كان بطلب من المريض أو من مهني في الصحة، وفقا للمادة ثلاث مئة واثنان وخمسون (352)، وفي ذلك توجه نحو تحقيق حماية أفضل لصحة المريض المتبرّع له.

الفرع الثالث ـ سريّة عمليتي النّزع والزّرع:

تندرج السرية هنا ضمن أخلاقيات ممارسة مهنة الطب، بالتزام السّر المهني، كأحد أهم الالتزامات الواقعة على كاهل الطبيب، فالغرض من السرية هنا قد تكون لمنع احتمال استغلال أهل المتوفى المتبرع لأهل المتبرع له، بالمساومة أو المطالبة بتعويض ما وضمانا لاستقرار مثل هذه العمليات والابتعاد عن أي إمكانية لتحويلها بأسلوب مباشر أو غير مباشر لعمل بمقابل، وهو ما يخالف الشرع والقانون كذلك، وقد ورد هذا القيد في المادة ثلاث مئة وثلاثة وستون (363) في فقرتها الأولى بالإشارة إلى منع كشف هوية المتبرّع المتوفى للمتلقي وبالمقابل هوية المتلقّي لأسرة المتبرع.

المطلب الثالث ـ الشروط المرتبطة بأخلقة النشاط الطبي:

مما ينبغي تحقيقه من نجاح على مستوى النشاط الطبي إحاطته بقواعد تساهم في إضفاء الطابع الأخلاقي، لتحقيق سلامته وتحقيق الغاية من وراءه، كتحديد الهدف من العمليات وهو العلاج، بالإضافة

---

[1]- وفقا للمادة ثلاث مئة وستة وخمسون (356) من القانون رقم 18-11 فإن الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء تتولى مهمة التنسيق والتطوير المتعلقين بنشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان تطابقها مع القانون وأمنها أيضا.

[2]- الفقرة الثانية من المادة ثلاث مئة وستة وستون من القانون 18-11 المشار إليه من قبل.

إلى الحرص على مجانية العلاج عن طريق زراعة الأعضاء، مع ضرورة مراعاة قائمة الانتظار الوطنية باحترام دور المرضى المضطرين للاستفادة من الأعضاء وعدم تجاوز ذلك.

الفرع الأول ـ تحديد الهدف العلاجي من النّزع والزّرع:

مما ينبغي كذلك أن يكون النزع والزرع للأعضاء بغرض العلاج، وفقا لما تضمنته المادة ثلاث مئة وخمسة وخمسون (355) من القانون 18-11،[1]بنصها على عدم جواز نزع وزرع الأعضاء إلا لأغراض علاجية أو بغرض التشخيص، وهو نفس المبدأ الذي نص عليه المشرع المغربي في المادة الثالثة 3من الظهير الشريف رقم 208-99-1[2]فهذا القيد يأتي لإضفاء الصبغة الأخلاقية على مثل هذه الممارسة ومنعا لأي عمل قد ينحرف عن هذا القصد ويشكل مساسا بحرمة المتوفى...

الفرع الثاني ـمجانية عمليات النّزع والزّرع:

وترتبط مجانية عمليات النزع والزرع بمنع جعل الأعضاء مجالا للبيع، وعدم تقاضي الأطباء لمقابل على العمليات، فمن الشروط المحاطة بموضوع نزع وزرع الأعضاء عدم إمكانية جعلها محلا لصفقة مالية، وفقا لمضمون المادة ثلاث مئة وثمانية وخمسون (358)، ويعود ذلك لحرمة بدن الإنسان وتعارض ذلك مع القيّم الأخلاقية، التي تمنع جعل عضو أو أعضاء المتوفى موضوعا لصفقة هدفها تحقيق منفعة مالية، بالإضافة إلى أن ذلك قد يفتح الباب لتعريض حياة الناس للخطر.

ويتبع الشرط السابق شرط آخر يعد مكملا لنفس الغرض، باستبعاد أي سبب قد يشوب ظروف نزع وزرع الأعضاء، وهذا الشرط مرتبط بعدم تقاضي الممارسين لعمليات النزع والزرع لأي مقابل على عملهم وفقا للمادة 367، ويعتبر عملهم ضمن الأعباء الوظيفية التي يقومون بها، وبالتالي فهذه العمليات مرتبطة بواجباتهم المهنية التي يتقاضون عليها راتبا محددا بصفة إجمالية.

ولعل من أسباب هذا الاستثناء أنه يأتي لمنع أي احتمال إخضاع هذه العمليات لأي مقابل، وسدّا لأي منفذ قد يتخذ ذريعة للاعتراف بذلك، وتحقيقا وحماية لمبدأ المساواة، إذ يمكن أن يحرم المعوزين في حالة إباحة المقابل،ويأتي هذا المنع كذلك لإضفاء طابع أخلاقي على مثل هذه العمليات، التي قد تتحوّل إلى مجال لتعريض صحة الأفراد وحياتهم أيضا لظواهر اجتماعية خطيرة كالاختطاف والقتل المتعمد من أجل نزع الأعضاء والمتاجرة بها.

الفرع الثالثـ مراعاة الاستفادة من الأعضاء بمراعاة قائمة الانتظار الوطنية:

وتأتي مراعاة حاجة المرضىباقتصار منح الأعضاء والأنسجة للمسجلين في قائمة الانتظار الوطنية، التي تكون بحوزة الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وفقا لمضمون المادة 365 في فقرتها الأولى، وتشير الفقرة الثانية للدور الذي تقوم بها الوكالة في تحديد وتقييم القواعد المرتبطة بمنح الأعضاء بمراعاة مبدأ

---

[1]- القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 2 يوليو 2018، يتعلّق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد: 46 الصادر في 16 ذو القعدة 1439 الموافق 29 يوليو 2018.

[2]- ظهير شريف رقم 208-99-1 صادر في 13 جمادى الأولى 1420 بتنفيذ القانون رقم 9816 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1420- 16 سبتمبر 1999.

الإنصاف، وهذا المبدأ يمكن قراءته من زاويتين، تتمثل الأولى في اعتبار الحق في الاستفادة من الأعضاء يكون لصالح الذي تم تسجيلهم قبل غيرهم، فالاستفادة تأتي تباعا وفقا للترتيب الأول ثم الذي يليه... ولمنع أي احتمال لدفع مقابل بغرض تسريع الحصول على الدور، لأي طرف على حساب من سبقه... ويمكن ترجمة الإنصاف المنصوص عليه أيضا باستفادة أي شخص في حالة ما إذا كانت حالته الصحية تستدعي الاستعجال في الاستفادة من العضو المتبرّع به، بشرط أن لا يكون ذلك حجّة لتجاوز دور وحق الغير في العلاج.

المبحث الثاني: الضوابط المتعلقة بالأعضاء القابلة للنزع والزرع

تشير الضوابط إلى كل الاحتياطات التي يمكن الاستعانة بها، من أجل حماية أفضل للفرد المتبرّع قبل وفاته، بمنع شبهة التعدي على حياته والمتاجرة بأعضائه، بالإضافة إلى منع زراعة بعض الأعضاء وإن كانت تبدو لبعض الأطراف أنها تشكّل حلا للعديد من الحالات المصابة بنقص ما، كالأعضاء التناسلية حفظا لاختلاط الأنساب، وهو السبب في اعتراض التشريع الإسلامي باعتباره لا يحقق حماية لإحدى الكليات أو المقاصد الخمسة وهي حفظ النّسل.

المطلب الأول ـ الضوابط العامة المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء:

يمكن تلخيص الضوابط العامة في كل ما يمكن أن يحقق حماية لحياة الأفراد وأخلقة عملية التبرّع، والمتمثلة إجمالا في السعي لتحقيق المنفعة العامة من وراء هذا الموضوع، ومنع أي انحراف قد يظهر، كالاتجار بالأعضاء، وضرورة توفر عنصر الرضى كأسس للتبرّع بالأعضاء، وأن تهدف هذه العمليات تحقيق المصلحة العلاجية...

الفرع الأولـ تحقيق المنفعة العامةعن طريق المصلحة العلاجية:

في نطاق السعي لتحقيق مصلحة الصحة العمومية وحماية حق الأفراد في الحياة، يأتي ضابط هام وهو وجود حاجة عاجلة متوقفة على زراعة العضو، وهي حالة الضرورة بوجود اضطرار اللجوء لعملية النزع والزرع، عند زوال أسباب بقاء الإنسان حيّا وتوقف ذلك على ضرورة الاستعانة بزرع عضو أو أكثر، واعتبرت الضرورة هنا الأساس القانوني الذي تقوم عليه عمليات زرع الأعضاء.[1]

فالغرض من الطب هو حفظ الصحة واعتبار عملية زرع الأعضاء البشرية من أنواع التداوي ووسيلة لحفظ الحياة البشرية،[2]كغاية من الكليات الخمس التي حرص على حمايتها التشريع الإسلامي، وأيد بعض العلماء زراعة الأعضاء واعتبروا مثل هذا التصرف من البر والإحسان، واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى: "وأحسنوا إن الله يحب المحسنين"، الآية 195 من سورة البقرة، ومن هؤلاء نجد الشيخ عبد العزيز جعيط الذي يعتبر التطور التقني والعلمي عاملا مشجعا للتبرع كذلك... في حالة الموت، بأجزاء من الجثة

---

[1])- د. بن صغير مراد. **"معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء"**- دراسة تأصيلية نقدية -، مجلة الشريعة والاقتصاد، مرجع سابق، ص: 177.

[2])- د. بوبكر بعداش. **"الأصل الشرعي الذي بنيت عليه مسالة زرع الاعضاء"**، مجلة الشريعة والاقتصاد، نفس المرجع، ص: 17.

بغرض حماية الأشخاص المتضررين، الذين تتوقف حياتهم على الاستفادة من العضو المراد التبرع به، كالكلية والكبد[1]...

رغم ما ذهب إليه الموقف المغاير من جمهور العلماء إلى أن الانتفاع بنقل أعضاء الميّت غير جائز، فالإمامين أبي حنيفة ومالك يعتبران ذلك غير مباح، حتى ولو كان ميّتا ويستبعدان الضرورة في الاخذ بذلك، ونفس الموقفسارعليه الإمام أحمد،[2]ويستدل الرأي المعارض للانتفاع بأعضاء الميّت بحديث عائشة رضي الله عنها، فقد روت عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "كسر عظم الميّت ككسره حيّا"[3]

وقد استدل المؤيدون للزرع بالقواعد الفقهية الكلية التي تشير إلى مجموعة من الأحكام، كقاعدة الأمور بمقاصدها والمشقّة تجلب التيسير والضرر يزال، وما يحكم هذه القاعدة من ضوابط كاعتبار الضرر لا يزال بمثله، ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح،[4]فالتشريع قائم على اجتناب النواهي ومراعاة الأوامر، وعند عدم وجود نص فإن هذه القاعدة تساهم في تحديد صحة الأمر، بالنظر لمدى تحقيق المصلحة واستبعاد المفاسد.[5]

فمن الأخلاقيات التي قامت عليها القوانين إذن عدم جواز المساس بحرمة الإنسان إلا وفقا لوجود مصلحة علاجية واضحة، تحقيقا لفائدة طبية علمية لا تتنافى مع الأخلاق والقيّم وعدم اعتبار الجسم البشري موضوعا للحقوق المالية،[6]وقد أقر المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد في 1969 في ماليزيا جواز نقل وزراعة الأعضاء، عند تحقق المصلحة العلاجية.[7]

ويعد حفظ الأنفس من الكليات التي اتفقت عليها الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، فمن مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس والأموال والاعراض والدين والعقل، وإحياء الناس مما جاء التحفيز عليه في القرآن الكريم بقول الله تعالى: "من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا"، الآية 32 من سورة المائدة.

ويدخل ضمن إنقاذ النفس البشرية حمايتها من الهلاك، كحماية الأشخاص من مرض لا يرجى شفاؤه، إلا عن طريق زرع عضو لتحقيق غاية حفظ حياته، أو بإعادة البصر بزرع عضو يعيد هذه الحاسة، فنقل العضو من الميّت لا يقتصر نفعه على المريض المتبرع له فقط، بالإبقاء على حياته بل

---

1)- د. بوبكر بعداش. نفس المرجع، ص: 34.

2)- د. بن صغير مراد. مجلة الشريعة والاقتصاد، مرجع سابق، ص: 170. أنظر كذلك أ. ليلى بعداش. **"الإشكاليات القانونية التي تثيرها عمليات** نقل وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، نفس المجلة، ص: 215.

3)- ناصر الدين الألباني. **"سنن ابن ماجة"** للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد يزيد القزويني، المجلد 2، مكتبة المعارف للنّشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى 1998، ص: 49. أنظر كذلك الإمام الحافظ أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي. **"سنن أبي داود"**، المجلد 3، دار الجيل، بيروت، 1992، ص: 210.

4)- د. مزياني محمد. **"مسالك الاستدلال الشرعية في عمليات زرع الأعضاء"**، مجلة الشريعة والاقتصاد، نفس المرجع، ص: 48، 49.

5)- **"فتاوى الشيخ أحمد حماني"**، استشارات شرعية ومباحث فقهية، الجزء الثاني، منشورات قصر الكتاب، الجزائر، 1993، ص: 441.

6)- د. حمدي محمد محمود حسين، المرجع السابق، ص: 20.

7)- د. حمدي محمد محمود حسين. نفس المرجع ، ص: 352.

ينتقل النفع إلى الأمة من وراء ذلك، وكان ذلك لا يشكل خطرا على المتبرع له، وفيه اجتناب احتمال حدوث خطر من طرف أهل المتوفى، تحقيقا لأولوية الحي على الميّت، ولأولوية الحرص على تحقيق مصلحة إنقاذ مريض على حرمة الميّت.[1]

الفرع الثاني ـ منع الاتجار بالأعضاء:

رغم الإجماع العام حول حرمة الإنسان ومنع جعل بدنه محلا للبيع، فإن إيران قد شذت عن القاعدة، بإباحة تشريعها للمواطنين بيع عضو من البدن، وتعرف الهند نفس الوضع بعدم وجود إدانة قانونية لظاهرة الاتجار بالأعضاء المنتشرة بكثرة،[2] فمبدأ المجانية في زراعة الأعضاء مبدأ ثابت في التشريع الإسلامي، إذ لا يبيح الفقهاء أي مقابل ويعتبرونه من المحرمات،[3]لارتباط ذلك بحرمة الإنسان حيّا وميّتا كمبدأ جوهري في التشريع الإسلامي.

كما يندرج ذلك ضمن سد الذرائع وهو من مقاصد التشريع الإسلامي، الذي قد يمنع بعض التصرفات بغرض التصدي لأي انحراف عند اللجوء إلى استعمالها، وترتب عن ذلك مفسدة،[4]ولو كان ذلك الفعل في الأصل مباحا، فحماية النفس مقصد من هذه المقاصد الأساسية التي اعتنى الإسلام بها، لكن زراعة الأعضاء قد تؤدي إلى إحدى نتيجتين نحكم عليها بأنهما مفسدتين، كتأخير دفن الميت وفي ذلك مخالفة لمبدأ إكرام الميت كخلق إسلامي يحمي حقوق الميّت حتى بعد مماته، وكذا لسد منافذ أي مفسدة كالاتجار بالأعضاء، ففي ذلك حماية للأفراد من تعرضهم لاستغلال أعضائهم وحماية لفئات معوزة من اللّجوء إلى بيع جزء من بدنهم.[5]

الفرع الثالث ـ الرضا كأساس لاستقرار المعاملات:

يعد الرضى من الأسس التي يقوم عليها التبرّع بالأعضاء، فالشخص خلال حياته يتاح له التعبير عن رضاه بالتبرّع، إذا تم تقييد ذلك بوصية أو إذن من المتوفى قبل وفاته، واعتراضه عن ذلك صراحة وكتابة يمنع ذلك، وعند تعذّر الحصول على الرضا خلال حياته، كالحالات المرتبطة بحوادث المرور مثلا ينتقل التعبير عن الرضا إلى أهل المتوفىأو الحاكم أو بإذن من أوليائه، أو من الحاكم إذا تعذّر وجود ولي، تطبيقا للقاعدة الفقهية "السلطان ولي من لا ولي له"، بالإضافة إلى اعتبار التبرّع طاعة لله عز وجل ويضبط ذلك بعدم وجود قصد للحصول على مقابل مالي، لتنافي ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية[6] والأخلاق الحميدة عموما.

---

[1])- اللّجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية. الهداية، مجلة ثقافية إسلامية، تصدر بتونس عن المجلس الإسلامي الأعلى، العدد: 187، السنة 40، صفر / ربيع الأول 1434، مارس / أفريل 2013، ص: 71، 81.

[2])- د. نبيل العبيدي ود. أمنة السلطاني. **"مكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية"**، دراسة قانونية جنائية فقهية طبيّة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2017، ص: 259.

[3])- د. حمدي محمد محمود حسين. نفس المرجع، ص: 15.

[4])- د. مزياني محمد. مرجع سابق، ص: 45.

[5])- د. مزياني محمد. نفس المرجع، ص: 45.

[6])- د. حمادو نذير. مرجع سابق، ص: 71.

ولم يكن المشرّع الفرنسي يشترط الرضى في عملية نزع الأعضاء، سواء قبل الوفاة بالحصول على موافقة المتوفى، أو بعدها من أهل المتوفى، فقد كان القانون الصادر في 1887 لا يشترط موافقة الشخص أو أسرته،[1] قبل أن تعرف مثل هذه الحقوق تطورا مرتبطا باشتراط الرضا كأساس قانوني لمباشرة عملية النزع للأعضاء.

وكاستثناء عن الرضا يمنع القانون التبرّع، في حالة تشريح جثة متوفى للضرورة في القضايا الجنائية، لتفادي عرقلة تحقيق العدالة بتجريم شخص ما وتبرئة آخر،[2]وهذا ما أخذ به المشرّع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة ثلاث مئة وثلاثة وستون (363)، بالنص على منع الشروع في النزع للأعضاء... إذا كان في ذلك مساسا بمسار التحقيق الجنائي.

المطلب الثاني: الأعضاء غير القابلة للنزع والزرع

رغم التطور الذي عرفه المجال الطبي في إطار نزع وزرع الأعضاء إلا أن ذلك لم يمنع من الوقوف عند بعض الأعضاء التي لا يمكن أن يشملها النزع والزرع، فمجلس مجمع الفقه الإسلامي الذي عقد في جدة في مؤتمره السادس في مارس 1990،وبعد الاطلاع على التوصيات التي صدرت في نفس السنة عن الندوة الفقهية الطبيّة التي جرت في الكويت، بالتعاون بين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبيّة وهذا المجلس (مجلس مجمع الفقه الإسلامي)، والتي ناقشت إشكالية متعلقة بإمكانية زرع الأعضاء التناسلية، قرر عدم جواز زرع الغدد التناسلية، فالخصية تبقتحمل الصفات الوراثية حتى بعد نقلها للمريض،[3]ويوقع ذلك في شبهة تستدعي التحريم لاحتمال اختلاط الأنساب، كما لا يباح زرع مبيض في رحم امرأة أخرى، باعتباره ينقل كذلك الصفات الوراثية لأبناء المتبرع لها، وفي ذلك ـ أيضا ـ اختلاط الأنساب.[4]

ومما يباح زرع عضو القلب من جثة حديث الوفاة وزرعه في قلب حي بعد التحقق من موت المتبرع، ويمكن أن يكون ذلك موضوع وصية للشخص قبل وفاته أو لوليه الذي يمكنه أن يأذن بذلك، كما يمكن للولي العام والمقصود به هنا رئيس الدولة، أن يرخص بنزع الأعضاء من جثث متوفين مجهولين،ولا يصنف هذا الفعل ضمن المساس بكرامة المتوفي بنزع عضو أو أكثر لغرض منفعة الشخص المريض المنتفع بذلك، والذي يرجى إنقاذ حياته، ولينتفع بوجوده حيا في المجتمع،[5]لكن يطرح موضوع التبرع بالقلب إشكالية مرتبطة بجوانب الذاكرة والعواطف التي يكتسبها المتبرّع له، فقد أشارت بعض النتائج الطبية إلى انتقالها وكذا بعض المهارات والهوايات والعبارات المعهودة والمفضلة لدى المتوفى للشخص المتبرع له، وقد يطرح ذلك أيضا مدى تعايش واندماج المريض المتبرّع له مع محيطه العائلي بقلب يحتفظ بذكريات وهوايات... غيره.

---

1)- د. نبيل العبيدي ود. أمنة السلطاني. نفس المرجع، ص: 245.
2)- فتاوى الشيخ أحمد حماني، مرجع سابق، ص: 440.
3)- أ.د. لدرع كمال. المرجع السابق، ص: 274، 275.
4)- أ.د. لدرع كمال. نفس المرجع ، ص: 276.
5)- فتاوى الشيخ أحمد حماني، المرجع المرجع، ص: 448.

ومن الشروط الطبية المعهودة في نزع وزراعة الأعضاء ضرورة توافق الأنسجة بين العضو محل الزرع والجسم المتلقي له، لكن هذه القاعدة تراجعت بظهور نتائج الأبحاث في هذا المجال المتوصل إليها عن طريق معهد البحوث الطبية لسلاح البحرية الأمريكية، في اكتشاف أسلوب جديد يساعد الجسم المتلقي للعضو أو الأعضاء حتى في حالة عدم توافق هذه الأعضاء مع أنسجة الجسم، عن طريق حقن حقن جهاز المناعة بصنفين من البروتين، مما يدفع بالجهاز المناعي لوقف الخلايا المسؤولة عن رفض الأنسجة الجديد، وتتميّز التقنية الجديدة بقلة تكاليفها وإمكانية إعفاء المريض المتلقي للعضو من الالتزام بالأدوية المقاومة لرفض الجسم له طيلة حياته، مما ساهم في رفع مستوى احتمال نجاح هذه العمليات إلى 80%.[1]

الخاتمة:

يتميّز موضوع نزع وزراعة الأعضاء بطابع مزدوج باعتباره يتناول مجالينمتكاملين، يتمثل الأول في الجانب الطبي والثاني الجانب القانوني، فالموضوع مطروح للتحليل والنقاش بين مجالي البحث الطبي والقانوني، باعتبار النزع والزرع مرتبطين بالممارسة الطبيّة التي تهتم بالجانب الصحي للإنسان في مختلف مراحل حياته، كما يسعى الشق القانوني لتحديد حقوق الإنسان من الجانب الصحي وسبل حمايتها، وكذا الآثار القانونية المترتبة عن ذلك، كحالة الوفاة والحماية الجنائية للأعضاء ومنع الاتجار بها.

كما يحاول رجال القانون التوفيق بين حماية كرامة الشخص المتوفى حتى قبل وفاته، بإيجاد وسائل الإبقاء على فرص نجاته وعدم التعجل في الحكم بوفاته، وما يمكن أن يؤثر على حقه في الحياة، بالإضافة إلى حماية المريض المتلقي والآثار القانونية الناجمة عن وفاة المتبرع، وتحديد ضوابط التبرع وكذا تقديم حلول احترازية لمنع التعدي على الكائن البشري بالتصدي لظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، وما يمكن أن تؤدي إليه من تهديد تهديد لحياة الأفراد وتعريضهم للخطر.

وبالقدر الذي يحمله موضوع نزع وزرع الأعضاء من أهمية في إيجاد حلول عملية لمعاناة الكثير من المرضى، إلا أن المشرع الجزائري أحاط المسألة بكثير من الاحتياطات التشريعية، لمنع أي انحراف يمكن أن يستغل من هذا الباب، ليتحوّل إلى منفذ للانحراف عن مقصده.

ومما يميّز الموضوع صعوبة تحديد موقف موحد حول إباحة زرع الأعضاء سواء من الأحياء إلى الأحياء أو من الأموات إلى الأحياء، الذي يعود سببه الرئيسي إلى صعوبة التوفيق بين حرمة جسم الإنسان حيّا وميّتا، وبين ما يمكن أن تحققه عملية الزرع من إنقاذ حقيقي للمريض المتبرّع له.

التوصيات:

بعد الانتهاء من هذا الموضوع فإن التوصيات التي يمكن صياغتها تأتي كالآتي:

---

[1])- د. حمدي محمد محمود حسين. المرجع السابق، ص: 15.

1)- ضرورة إعطاء تعريف أدق لمفهوم الموت باعتباره شرطا أساسيا لمباشرة عملية النّزع والزرع... فقها وتشريعا.

2)- ضرورة توحيد والتقاء جهود المجمعات الفقهية والطبيّة والقانونيةلتحديد وضبط أفضل لشروط نزع وزرع الأعضاء...

3)- تفعيل الرقابة على المواد الغذائية المصنّعة داخليا والمستوردة لتأثيراتها الكبيرة على الصحة العمومية ونتائجها السّلبية على الأعضاء لتفادي تعقيداتها.

4)- إثراء وتفعيل التنظيمات الخاصة بحماية الصحة.

5)- تفعيل دور الوسائط الإعلامية والاجتماعية بمختلف وسائل الإعلام والمساجد والمدارس وكل تشكيلات المجتمع المدني للتوعية بأهمية حماية الصحة العمومية وسبل تفادي أسباب الإخلال بها...

قائمة المراجع:

1)- مصادر فقهية:

[1])- الإمام الحافظ أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي. "**سنن أبي داود**"، المجلد 3، دار الجيل، بيروت، 1992.

[2])- ناصر الدين الألباني. "**سنن ابن ماجة**" للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد يزيد القزويني، المجلد 2، مكتبة المعارف للنّشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى 1998.

[3])- "**فتاوى الشيخ أحمد حماني**"، استشارات شرعية ومباحث فقهية، الجزء الثاني، منشورات قصر الكتاب، الجزائر، 1993.

2)- القوانين:

[1])- القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 2 يوليو 2018، يتعلّق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد: 46 الصادر في 16 ذو القعدة 1439 الموافق 29 يوليو 2018.

[2])- ظهير شريف رقم 208-99-1 صادر في 13 جمادى الأولى 1420 بتنفيذ القانون رقم 9816 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1420- 16 سبتمبر 1999.

3)-الكتب:

أ ـ كتب باللغة العربيّة:

[1])- أحمد حافظ القاسمي الحسني. "**علامات الحياة والممات بين الفقه والطب**"، منشورات المجلس الأعلى للغة العربية، الطبعة الأولى، 2006.

[2])- ندى محمد نعيم الدقر. "**موت الدماغ بين الطب والإسلام**"، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1999.

[3])- د. السيّد الجميلي. "**نقل الأعضاء وزراعتها دراسة طبية دينية**"، دار الأمين للطباعة والنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، الطبعة الأولى، 1998.
[4])- د. نبيل العبيدي ود. أمنة السلطاني. "**مكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية**"، دراسة قانونية جنائية فقهية طبيّة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2017.
[5])- د. حمدي محمد محمود حسين. "**نقل وزراعة الأعضاء بين الإباحة والحضر**"، دراسة مقارنة بين القانون الجنائي والفقه الإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016.

ب ـ كتب باللغة الأجنبية:

[1])-Mohcin Ibrahim. "**Greffe d'organes,Euthanasie et clonage le point de vue de l'Islam**", éditions Tawhid, Lyon, France, 2003

4)-المقالات:

[1])- د. محمد علي البار. "**أجهزة الإنعاش**"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الأول، 14.7-1986.
[2])- أ.د. لدرع كمال. "**الأعضاء الصالحة للنقل والزرع طبيا وموقف الفقه الإسلامي**"، مجلة الشريعة والاقتصاد.
[3])-د. حمادو نذير. "**موقف فقيه الجزائر الشيخ أحمد حماني من زراعة الأعضاء**"، مجلة الشريعة والاقتصاد.
[4])- د. بن صغير مراد. "**معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء**"، مجلة الشريعة والاقتصاد.
[5])- د. مزياني محمد. "**مسالك الاستدلال الشرعية في عمليات زرع الأعضاء**"، مجلة الشريعة والاقتصاد.
[6])- د. محمد أمين صافي. "**انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيّا أو ميّتا** غرس الأعضاء في جسم الإنسان مشاكله الاجتماعية وقضاياه الفقهية"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408-1988.
[7])- د. بوبكر بعداش. "**الأصل الشرعي الذي بنيت عليه مسالة زرع الاعضاء**"، مجلة الشريعة والاقتصاد
[8])- اللّجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية. الهداية، مجلة ثقافية إسلامية، تصدر بتونس عن المجلس الإسلامي الأعلى، العدد: 187، السنة 40، صفر / ربيع الأول 1434، مارس / أفريل 2013

5)-الأطاريح:

[1])- أحمد عبد الدائم. "**أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني**"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، 1995، كلية الحقوق، جامعة روبير شومان ستراسبورغ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.

6)- المراجع الإلكترونية:

الاطلاع على الموقع يوم السبت 22-11-2022

- www.ang.dz "**Le don après la mort**",

[1])

التنظيم القانوني لعملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى في الجزائر

شعيب سكينة

كلية الحقوق. جامعة البليدة

الملخص:

تعرض هذه المداخلة الإجراءات القانونية المنظمة لعملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من المتبرعين الموتى وفقالماينصعليهقانونالصحةالجديد رقم (18-11)، فالهدف من الاستئصالالمتعدد لأعضاء المتوفين هو معالجة وإنقاذ المرضى الذين تتطلب حالتهم عملية زرع للأعضاء خاصة في ظل عزوف الأفراد الأحياء عن التبرع.لذلك سوف يتم في هذاالبحث التعريف بعملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى، وكيفية تنظيم قانون الصحة الجزائري لها قصد إحاطتهابضمانات طبية وشرعية.

الكلمات المفتاحية: التنظيم، القانون، الأعضاء، النزع، جثث الموتى، الجزائر.

مقدمة:

تشكل الأعضاء البشرية أهم عناصر الصحة الجسمية للإنسان، إذ تعطي سلامة كل أعضاء الجسم القدرة على مواصلة الحياة بصفة عادية ومستقرة، غير أنه يحدث في بعض الحالات أمراض تصيب أعضاء الجسد بالخلل فتضعف أو تتعطل وظيفتها الحيوية، الأمر الذي يجعل المريض مضطرا إلى إيجاد بديل للعضو المصاب فلا يكون ذلك إلا بواسطة عملية زراعة الأعضاء البشرية التي تعتبر قفزة نوعية أحدثتها التطورات الهائلة في علم الطب والجراحة. حيث يلجأ الأطباء إلى نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية من جثث الموتى وزرعها في أجسام المرضى المحتاجين إليها كإجراء طبي وحل أولي لإنقاذ حياة المريض.

من ناحية أخرى، لاقت عملية نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى إلى الأحياء انتشارا واسعا على مستوى العالم، خاصة بعد اعتمادفكرة أن موت الدماغ هو ما يحدد لحظة الموت وبالتالي زيادة فرص الاستفادة من أعضاء المتوفين دماغيا واستخدامها لأغراض علاجية، وقد تعرضت هذه الفكرة كذلك لآراء واتجاهات طبية وأحكام دينية وتشريعات قانونية متعددة.

أما في الجزائر، فقد تم تنظيم وضبط عملية نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى في إطار الأخلاقيات الطبية وفي حدود ما ينص عليه قانون الصحة الجديد رقم (18-11) الذي منح لهذه العملية الضمان والحماية. ورغم ذلك لا يزال هنالك إحجام من المجتمع الجزائري عن التبرع بالأعضاء بعد الموت الأمر الذي يرفع عدد المرضى المحتاجين لعملية زراعة الأعضاء، ويطرح استفسارات حول كيفية تسيير وتفعيل عملية التبرع بأعضاء الموتى بالجزائر وأحقية حصول المريض المحتاج إليها.

وعليه فإن إشكالية البحث التي يمكن طرحها في هذا السياق تتجلى في التساؤل الرئيسي التالي:
كيف نظم قانون الصحة الجديد بالجزائر عملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى؟

بالإضافة إلى الأسئلة الفرعية التالية:

- ما هو مفهوم عملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى؟
- ما هي الإجراءات الواردة في قانون الصحة الجديد بالجزائر بخصوص عملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى؟

وقصد الإجابة على هذه التساؤلات تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي الذي يمكن بواسطته استنتاج أحكام نزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في قانون الصحة الجديد رقم (18-11) المتعلقة بهذه العملية. وقد أفضى البحث في هذا الموضوع إلى تجزئة الدراسة إلى محورين؛حيث يتطرق المحور الأول إلى ماهية عملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى، أما المحور الثاني فيتناول تنظيم عملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى حسب قانون الصحة الجديد في الجزائر.

أولا: ماهيةعملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى

1. مفهومالأعضاء البشرية:

تعرف الأعضاء البشرية بأنها مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها لتؤدي وظيفة معينة مثل المعدة تحوي الطعام وتهضمه، ومثل الكبد، الكلية، الدماغ، الأعضاء التناسلية والقلب، أما الأنسجة فهي

مجموعة من الخلايا تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة، بينما الخلية فهي أصغر وحدة في المواد الحية.[1]

وتنقسم أنواع الأعضاء البشريةحسب المجالات التالية:[2]

- **القابلية للغرس:** وهي الأعضاء القابلة للنقل والغرس في الجسم الآخر، مثل القلب، الكبد، البنكرياس، النخاع العظمي، الجلد، أما الأعضاء غير قابلة للغرس فلا يمكن استئصالها من جسم إلى آخر كالعمود الفقري.
- **القابلية للتجدد:** هناك أعضاء بشرية تتجدد مثل الدم والكبد، وأخرى لا يمكن أن تتجدد في المستقبل إذا ما تم نزعها مثل القلب، الرئة واليد.
- **من حيث الظهور للعيان:** تكون الأعضاء إما ظاهرة يمكن مشاهدتها بالعين المجردة مثل الأذن والعين، أو تكون داخل الجسم مثل الرئة، الكبد والخلايا الجذعية.
- **من حيث تأثيرها على الحياة:** يؤدي استئصال بعض الأعضاء إلى الوفاة فورا وتكون عادة منفصلة ودورها مستقل مثل القلب والأمعاء، بينما هناك أعضاء لا تؤدي إلى الوفاة إذا تم نزعها لوجود بديل عنها مثل الكلى، أو لكونها عضوا متجددا كالجلد والكبد.

2. مفهوم الموت:

أ. التعريف التقليدي للموت:

يعتمدالطب في التعريف التقليدي للموت على تشخيص توقف التنفس والدورة الدموية؛ فإذا عاين الطبيب توقف التنفس والدورة الدموية نتيجة توقف دقات القلب يصرح بوفاة المعني. حيث أنه منذ ظهور الأساليب الموثوقة لقياس ضربات القلب والتنفس في أواخر القرن التاسع عشر إلى أواخر الستينيات من القرن العشرين، كانت مسألة تعريف الموت لا تثير أي جدل، فالمعيار في تصريح موت الشخص هو توقفه عن التنفس وتوقف دقات القلب.[3]

هذا ويرى علماء الأحياء أنالموتليسظاهرةفوريةتصيببنفسالوقتكلالوظائفالحيويةللجسم،ولكنهعمليةتصيبالوظائفالمختلفةبشكل متتابعلمختلفأجزاءالجسم،والطبيبلايعّرفالموت،إنمايكشفعنإشاراتهوأسبابهالظاهرة،وهويتعرفعلىالآليةالمرضيةأوالطبيعيةالتيتؤديإلىالموتدونأنيستطيعالسيطرةعليها.

---

[1]محمود ثابت محمود علي الشاذلي، "الضوابط القانونية لعملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء"، ***مجلة بحوث الشرق الأوسط***، العدد 44، (د.ت)، ص ص. 187-234.

[2] فاطمة صالح الشمالي، ***المسؤولية الجزائية عن الإتجار بالأعضاء البشرية***، رسالة ماجستير (غير منشورة)، جامعة الشرق الأوسط: كلية الحقوق، 2012-2013، ص ص. 20،21.

[3]وليد ميرة، "تحديد زمن الوفاة وأثره على الحقوق في ظل المستجدات الطبية"، ***مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونيةوالسياسية***، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2021، ص ص.1340-1357.

فالانتقالمنالحياةإلىالموتهوعمليةمستمرةتستوليعادةعلىالمراكزالدماغيةالحيويةوالتنفسيةوالقلبيةليشمل،فيمابعدعلى الأنسجةوالأعضاء.[1]

منناحيةأخرى،حددالعلماءثلاثمراحلللموتالإنسانهي:[2]

-

مرحلةالموتا لإكلينيكي:يتوقفكلمنالقلبوالرئتينعنعملهماويترتبعنذلكتوقفدورانالدمفيالجسمولايصلإلىالمخ،و هذهالحالةتستمرأقلمن 5 دقائقوهيأقصىمدةيمكنللمختحملهافيحرمانهمنالأوكسجينوالغلوكوز.

- **مرحلةالموتالجسدي**:تحدثعندمايمتدتوقفالقلبأكثرمن 5 دقائقفتموتخلاياالمخبمافيذلكالخلاياالمسؤولةعنتشغيلالقلبوالتنفس،لكنإذاتموضعأجهزةالتنفسالصناعيبسرعةفإنالد ورةالدمويةوالتنفسيستمرانفيالوصولإلىخلاياالجسمفتظلحيةرغممموتالمخ.

- **مرحلةالموتالخلوي**:تحدثإذاماتالمخبانتهاءالمرحلةالثانية،ولميتموضعالمريضعلىأجهزةالتنفسال صناعي،تتوقفالدورةالدمويةنهائياعنالوصولإلىجميعأجزاءالجسموتبدأخلاياالجسمفيالتفككوالتحلل.

ب. تعريف الموت الدماغي:

إن موت جذع الدماغ يختلف عن الموت التقليدي، لأنه في حالة موت جذع الدماغ لا يمكن إرجاع الخلايا العصبية الميتة إلى الحياة بجميع الوسائل، أما إذا توقف القلب فلا يعد نهاية للحياة الإنسانية لأنه يمكن استبدال القلب العضوي الذي يتوقف بصفة مؤقتة أو دائمة بمضخة بديلة تضخ الدم وتسيره عبر الدورة الدموية.[3]

وقدتم اعتماد موت الدماغ معيار للموت عام 1959 من طرف الأطباء الفرنسيين، حيث يعتبر الشخص ميتا إذا ماتت خلايا دماغه وعليه فلحظة موت خلايا الدماغ تعد اللحظة الفاصلة بين الحياة والموت.[4]

من ناحية أخرى لاقى هذا المصطلح اختلاف كبير حول تعريفه؛ فقد عرفت**المدرسة الأمريكية** موت الدماغ بأنه: "توقف لا رجعة فيه لجميع وظائف الدماغ بأكمله، بما في ذلك جذعه"، أي التوقف التام لنشاط جميع خلايا الدماغ.

---

[1]مايا عباس أسعد، ***التنظيم القانوني لعمليات نقل الأعضاء البشرية***، رسالة ماجستير (غير منشورة)، لبنان: جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص. 58.

[2]محمد رأفت عثمان، ***نقل وزرع الأعضاء***، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، 10 مارس 2009، مصر: الأزهر الشريف، ص ص. 5،6.

[3]ندى قياسة، "الموت الدماغي بين الطب والدين، ***مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية***، المجلد 26، العدد 01، 2010، ص ص. 479-500.

[4]أسعد، ***المرجع السابق***، ص. 62.

أما **المدرسة البريطانية** فقد عرفته بأنه: "توقف وظائف جذع الدماغ فقط توقفا لا رجعة فيه"؛ وتستند المملكة المتحدة على جذع الدماغ لأنه قائم على نظام شبكي والذي يعتبر ضروريا لحفظ الوعي واليقظة، وبفقدانه يحول دون عمل وظائف نصف الكرة المخية، وإذا كان جذع الدماغ لا يعمل فإن الدماغ يفتقر لعمل جميع وظائفه.[1]

كما يمكن تعريفموتالمخإلىجسمالإنسانالذيلديهنبضاتالقلبتمإعلانموتدماغهمنقبلطبيبمتخصصمعتمدوفيبعضالدولمثلبنغلاد شينصالقانونعلىأنإزالةالأعضاءمنالمتبرعينالمتوفينتقتصرعلىالمتبرعينالمتوفيندماغيا.[2]

وينبغي الإشارة إلى أن الموت الدماغي يختلف عن السكتة الدماغية، حيث أن السكتة الدماغية هي خلل مفاجئ في تدفق الدم في جزء من الدماغ نتيجة جلطة دموية تصل إلى الدماغ من أي مكان بالجسم، انسداد أو تمزق أوعية دموية في الدماغ وحدوث نزيف دموي نتيجة ارتفاع ضغط الدم. يؤدي ذلك إلى موت بعض خلايا الدماغ في المساحة المتضررة وبالتالي حدوث إعاقة في وظيفة معينة من الجسم التي يقوم بها الجزء الذي أصابه الضرر من الدماغ مثل الشلل النصفي، فقد النطق والبلع.[3]

أماالموتالدماغيفهوتوقفلأنشطةجذعالدماغوهوتشخيصسريريبيتمالإعلانعنهعمومافيالمرضىالذينيستخدمون جهازالتنفسالصناعيويتمالتحققمنوجودردودفعلجذعيةالدماغ،تتضمنردودالفعل،ويعتبركلمنعكسجزءامهمامنجذعالدماغ.[4]

3. حكم نزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى دماغيا:

يقصدبعمليةنزعالأعضاءنقلعضو،أومجموعةمنالأنسجة،أوالخلايامنجسدإنسانميت،يسمىالمتبرع،إلىجسدإنسانآخريجبأنيكونعلىقيدالحياة؛يسمىالمستقبِل،ليحلالعضوالمنقولمنالشخصالأولمحلالعضوأوالنسيجفيجسدالشخصالمستقبل.[5]

ويتمالحصولعلىالأعضاءمنفردمنأفرادالأسرةأومنمتبرعمنالأحياءمنغيرالأقاربأومنشخصمتوفى.

وفيحالةالشخصالمتوفى،يجباستئصالالعضوبسرعةوزرعهفيغضون

---

[1]فاطمة مناعي، ***موت الدماغ وآثاره دراسة فقهية طبية***، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)، الجزائر: جامعة غرداية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، 2019-2020، ص ص. 34،35.

[2]SanwarSiraj, « The humanorgan transplantation act in Banladesh : towardsproperfamily- basedethics and law », ***AsianBioethicsReview,*** National University of Sinapore and Springer Nature Singapore,10 April 2021, pp. 01-15.

[3]رحيمة لدغش، "الموت الدماغي والإنعاش الصناعي"، ***مجلة العلوم القانونية والسياسية***، المجلد 10، العدد 01، أفريل 2019، ص ص. 1748-1767.

[4]ManishaSahay, « Transplantation of humanorgans and tissues act –simplified », ***Indian Journal ofTransplantation,*** Vol. 12, Issue 2, 2018, pp. 84-89.

[5]مهند ناصر الزعبي، زولا 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***، المجلد 41، العدد 2، 2014، ص ص. 1423-1440.

ساعة بعد الوفاة، وأكثر مصادر الأعضاء شيوعا هو التبرع من الجثة والمتبرعون الملائمون هم الأشخاص الذين توقف دماغهم عن العمل عادة عقب نزيف في المخ أو إصابة خطيرة بالرأس.[1]

إلّا أن القيام باستئصال الأعضاء البشرية من المتوفين دماغيا محاط بمجموعة من الإجراءات الطبية والضوابط الشرعية والقانونية حتى لا يكون هناك اعتداء على الحياة الإنسان، وفيما يلي عرض لحجج كل اتجاه في قضية التبرع بأعضاء الموتى دماغيا:

أ. الاتجاه المؤيد لنزع الأعضاء البشرية بعد الموت الدماغي:

يؤيد هذا الاتجاه عملية إيقاف أجهزة الإنعاش حيث يرى أن الشخص الذي يتحقق لديه موت الجذع الدماغي ولو كان تحت الأجهزة فإنه يعتبر في حكم الميت مهما بلغت هذه الأجهزة من تقدم لأنها لا تستطيع إعادة الشخص للحياة لقوله تعالى: "إنا نحن نحيي الموتى" (سورة يس: آية 21).[2]

بالإضافة إلى أن أهمية الاستفادة من أعضاء المتوفين دماغيا تكمن في كون هذه الأعضاء تبقى في حالة جيدة بسبب التروية الدموية المستمرة حتى لحظة النزع، وقد صدر عن مجمع الفقه الإسلامي القرار قم (5) في دورته الثالثة عام 1986 بشأن أجهزة الإنعاش، والذي يقضي اعتبار الموت الدماغي موتا شرعيا بشروط شديدة، بعضها طبي وآخر إجرائي، لتفادي كل أنواع الاعتداء على الجسد البشري والمتاجرة بأعضاء الموتى، مما سهّل الاستفادة من أعضاء كثيرة ونشّط عملية نقل الأعضاء في البلاد الإسلامية.[3]

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي أنه إذا ظهرت إحدى العلامتين التاليتين يعد شرعا أن الشخص قد مات وتطبق في حقه الأحكام الشرعية للوفاة وهما:

- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه بالتحلل.

وفي هذه الحالة يجوز رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلا لا يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة.[4]

---

[1] المجلس الاقتصادي والاجتماعي لهيئة الأمم المتحدة، ***منع ومكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية والمعاقبة عليها***، الدورة الخامسة عشرة، فيينا، 24-28 أفريل 2006، ص. 4.

[2] فاطمة صالح الشمالي، ***المسؤولية الجزائية عن الإتجار بالأعضاء البشرية***، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، جامعة الشرق الأوسط: كلية الحقوق، 2012-2013، ص. 33.

[3] عبد النور بربير، "تذليل العقبات الشرعية لإنعاش التبرع بالأعضاء في الجزائر مع تعليق على قانون الصحة الجديد"، ***مجلة حوليات جامعة الجزائر 1***، المجلد 35، العدد 2، 2021، ص ص. 583-605.

[4] ندى قياسة، "الموت الدماغي بين الطب والدين، ***مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية***، المجلد 26، العدد 01، 2010، ص ص. 479-500.

ب. الاتجاه المعارض لنزع الأعضاء بعد الموت الدماغي:

يربالاتجاه الرافض لاعتبار موت جذع المخ موتا جسديا أن هذه القضية قضية أخلاقية وشرعية وهي توجب أن تحترم حياة الإنسان، فالإنسان قبل أن يموت موتا خلويا فإن حالته تعد حالة احتضار ولم تفارقه الحياة بعد، لذلك لا يصح الحكم بأنه موت حقيقي تام إلا إذا بدأت خلايا الجسد في التحلل والتفكك أي ظهور علامات الموت الخلوي مثل ارتخاء الجسم ثم تيبسه وبرودته، ظهور بقع داكنة اللون في الجسد الميت بسبب ترسب الدماء بها، شحوب الوجه واتساع حدقة العين.[1]

ويستند المعارضون لعملية التبرع بالأعضاء من المتوفين دماغيا إلى الحجج التالية:[2]

- حرمة جسد الإنسان وملكيته لله تعالى
- تحريم كسر عظم الميت
- أن تعريض جسم للضرر لمصلحة جسم آخر مصلحة لم يعتبرها الشرع
- سدّ ذريعة المتاجرة بأعضاء البشر.

بالإضافة إلى أن حالة موت الدماغ تندرج تحت أصل الاحتياط، لأنها تعد من حالات الشك في الموت، نظرا لبقاء القلب ينبض والنفس يتردد والأعضاء تعمل، فيكون فيه أصل الحياة حتى يتيقن موته بتوقف جميع الأعضاء. كما أن موت الدماغ مبني على الظن وليس على اليقين؛ حيث أن مفارقة الروح للجسد أمر غيبي لا يعلمها إلا الله، قال تعالى: "ويسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي" (الإسراء: آية 85) ومادام القلب ينبض والنفس يتردد فلا ينبغي التعجل والحكم بالوفاة إلا باليقين حتى لا يكون هنالك خطأ وإهدار لحياة موجودة.[3]

ثانيا: تنظيم قانون الصحة الجديد لعملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى في الجزائر

صدرقانونالصحةالجديدرقم (18-11) المؤرخفي 18 شوال 1439 الموافقل 2 جويلية 2018 المتعلقبالصحة،تضمن 450 مادة،ليلغيأحكامقانونالصحةالسابق رقم (85-05) الصادر سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها،وقدتضمنالقسمالخاصبنقلالأعضاءأربععشرةمادة،ضمنفصل (البيو-

---

[1] م حمد رأفت عثمان، ***نقل وزرع الأعضاء***، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، 10 مارس 2009، مصر: الأزهر الشريف، ص ص. 9، 10.

[2] عبد النور بربير، "تذليل العقبات الشرعية لإنعاش التبرع بالأعضاء في الجزائر مع تعليق على قانون الصحة الجديد"، ***مجلة حوليات جامعة الجزائر 1***، المجلد 35، العدد 2، 2021، ص ص. 583-605.

[3] فاطمة مناعي، ***موت الدماغ وآثاره دراسة فقهية طبية***، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)، الجزائر: جامعة غرداية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، 2019-2020، ص. 57،58.

أخلاقيات) التييوجدفيهابعضالتعديلاتللقانونالسابق،خاصةبعدإنشاءالوكالةالوطنيةلنقلوزرعالأعضاء سنة 2012.[1]

وقد وضعهذا القانونمجموعة منالإجراءات التنظيميةالتييتعينبغيالالتزامبهاعند القيامبعملياتنزعالأعضاءوالأنسجةوالخلاياالبشريةمنجثثالموتىلزرعهافيأجساماالأحياءقصداحترام حرمةالأمواتمنجهةوالحفاظعلىحياةالمرضىمنجهةأخرى. حيثيعرضهذاالمحور كيفية تنظيم هذاالنوعمنالعملياتبتفصيل الشروط القانونية لنزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى والمتمثلة في الآتي:

- القيام بعملية نزع الأعضاء لأغراض علاجية أو تشخيصية
- يجب أن تجرى عملية النزع في مؤسسات استشفائية عمومية
- الإثبات الطبي والشرعي لحالة الوفاة
- عدمالقيامبعمليةنزعأعضاءالميتفيحالةالتشريحالطبيالشرعي
- مراجعةسجلالرفضلمعرفةموقفالمتوفىمنعمليةنزعالأعضاء
- احتراممبدأالسريةفيعمليةالنزع
- القيامبعمليةزرعالأعضاءدونمقابلمادي

1. القيام بعملية نزع الأعضاء لأغراض علاجية أو تشخيصية:

تضمنت المادة (355) من القانون رقم (18-11) المتعلق بالصحة الشروط اللازمة لنزع الأعضاء من جثث الموتى، حيث تنص على ما يلي: "لا يجوزنزعالأعضاءوالأنسجةوالخلاياالبشريةوزرعها إلّالأغراضعلاجيةأوتشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"[2]والهدف من ذلك هو ضمان احترام حرمة وكرامة الجسد البشري بالإضافة إلى توفير الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية للمرضى المحتاجين إليها والمساهمة في تغطية الطلب عليها ومنع الإتجار بها.

يجدر الذكرأنعملياتزراعةالأعضاء بالجزائرمنذعام 2015 إلىغايةالسداسيالأولمنعام 2019 لمتتجاوز 153 عمليةلزرعالكلى، 7 عملياتزرعالكبد، 228 عمليةزرعالأنسجةو272 عمليةزرعخلاياجذعية،وبلغتالحصيلةفيمجملها 660 عمليةزرع.[3]فما يلاحظ هو أن عمليات زرع الأعضاء وفق هذه الأرقام تبقى ضئيلة مقارنة بعدد حالات الموت الدماغي التي يمكن استئصال الأعضاء منها وتوظيفها لعلاج حالات مرضية مستعجلة.

---

[1] بريبر، ***المرجع السابق،*** ص ص. 583-605.

[2]الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، ***المتعلق بالصحة،*** الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

[3]كريمة خلاص، ***بداية الاستفادة من أعضاء الموتى دماغيا في المستشفيات،*** صحيفة الشروق، 22 سبتمبر 2019، مقال متاح على الرابط:

https:// www. echoroukonline.com (consultée le 09/07/2022 à 18 :50)

2. يجب أن تجرى عملية النزع فيمؤسساتاستشفائيةعمومية:

حدد قانون الصحة الجديد في المادة (366) المؤسسات الاستشفائية العمومية مكانا لإجراء عمليات نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الموتى شرط أن تكون هذه المؤسسات مرخصة من طرف وزارة الصحة بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، على أن يكون حصول المؤسسات الاستشفائية على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة مرتبطا بتوفر تنظيم طبي – تقني وتنسيق استشفائي. بينما نصت المادة (357) على إنشاء هيكل في المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بعملية نزع الأنسجة والخلايا كلما اقتضت الضرورة إلى ذلك بهدفالحفاظ على الأنسجة والخلايا البشرية.[1]

3. الإثباتالطبي والشرعي لحالة الوفاة:

إن ما يلاحظ هو أن قانون الصحة الجديد رقم (18-11) لم يعط تعريفا للوفاة بل اكتفى بالإشارة إلى بعض الإجراءات المتعلقة بإثبات الوفاة، مثل وجوب تحرير شهادة طبية من طرف طبيب يثبت الوفاة كشرط جوهري لاستخراج تصريح بالدفن، فلا يمكن دفن شخص دون تصريح بالدفن ولا تصريح بالدفن دون شهادة طبية، حيث نصت المادة (204) من قانون الصحة الجديد على ما يلي: "لا يتم الدفن إلا على أساس شهادة طبية لإثبات الوفاة يعدها طبيب حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم".[2]

بينماموضوع إثبات حالة الوفاة طبيا وشرعيا فيعدّ أمرا ضروريا قبل الشروع في عميلة نزع الأعضاء من المتوفى وذلك حسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (362)، مع موافقة المتوفى حال حياته، أو أحد أقاربه على عملية التبرع بالأعضاء المستأصلة.

لكنما يؤخذ على القانون الجديدهو عدم حسمه في موضوع إثبات الوفاة بإسناد ذلك إلى معايير علمية يحددها الوزير، وقد أصدر وزير الصحة في الجزائر عام 1989 قرارا متعلقا بنقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية تضمن أن الموت المعتمد في مجال زراعة الأعضاء هو موت المخ، لكنه يبقى قرارا لا يرقى لقوة القانون المستقر.[3]

وتتمثل المعايير العلمية لإثبات الوفاة طبيا وشرعيا بالنسبة للميت دماغيا سريريا في نوعين هما:

- **المعايير السريرية:** تشمل اختفاء جميع الحركات الإرادية واللاإرادية، غياب عفوية التنفس، الاستعانة بآلة التنفس الاصطناعي والحفاظ على نشاط القلب عن طريق أدوية مخصصة لهذا الغرض.

---

[1]الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، ***المتعلق بالصحة***، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

[2]ميرة وليد، "تحديد زمن الوفاة وأثره على الحقوق في ظل المستجدات الطبية"، ***مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونيةوالسياسية***، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2021، ص ص.1340-1357.

[3]عبد النور بريبر، "تذليل العقبات الشرعية لإنعاش التبرع بالأعضاء في الجزائر مع تعليق على قانون الصحة الجديد"، ***مجلة حوليات جامعة الجزائر 1***، المجلد 35، العدد 2، 2021، ص ص. 583-605.

- **المعايير شبه السريرية:** تتضمن اختبارين هما تخطيط للمخ يظهر اختفاء كهربية المخ بصورة نهائية يقوم بها طبيبان لمدة 4 ساعات بين الاختبارين.

حيث تقوم لجنة الموت الدماغي على مستوى المؤسسة الاستشفائية بتقرير وتنظيم إجراءات الموت الدماغي، وتتكون هذه اللجنة من أخصائيين في التخدير والإنعاش والأعصاب والطب الشرعي، وهي مستقلة تماما عن الأطباء الجراحين المتخصصين في عملية الزرع.[1]

وقد نجحت أول عملية جراحية لنقل الأعضاء في مستشفى ابن باديس في قسنطينة، شرق العاصمة الجزائر في شهر ماي 2019،من متبرع متوفى دماغيا في الخمسينيات من عمره عقب تعرضه لنزيف حاد على مستوى المخ، حيث دخل في حالة غيبوبة نتج منها موت دماغي. وقد أجريت عملية النزع المتعدد الأعضاء (كلى وكبد) من طرف طاقم طبي جزائري متعدد الاختصاصات ضم اختصاصيين في الجراحة وطب الأعصاب والطب الشرعي والتصوير الطبي، وتمت زراعتها لثلاثة أشخاص مسجلين في قائمة الانتظار.[2]

4. عدمالقيامبعمليةنزع أعضاء الميت فيحالةالتشريحالطبيالشرعي:

عندما تكون الجثة خاضعة للتشريح الطبي الشرعي فإنه لا يمكن القيام بعملية استئصال الأعضاء إذا كان سيؤدي ذلك إلى عرقلة عملية التشريح، وذلك حسبما جاء في الفقرة3 منالمادة (363) من قانون الصحة رقم (18-11) التي تنص أنه: "يمنعالشروعفينزعالأعضاءأوالأنسجةإذاكانذلكسببافيعرقلةالتشريحالطبيالشرعي".

ويتم القيام بالتشريح الطبي الشرعي الذي يكونفيالهياكلالاستشفائيةالعموميةويقومبهطبيبشرعيتعينهالجهةالقضائيةالمختصة، لعدة أسباب تتمثل في: حالة وفاة مشبوهة أو حالة وفاة عنيفة أو حالة وفاة في الشارع وفي حالة وفاة بمرض منتقل يمثل خطرا كبيرا على الصحة العمومية.

وفي هذه الحالات يسلّم الطبيب المعني شهادة إثبات الوفاة فقط، ويخطر السلطات المختصة بذلك للقيام بالفحص الطبي الشرعي للجثة.حيث تستخدم الشهادةالطبيةلإثباتالوفاةفيما بعد للقيام بإجراء الدفن، وتبين سببأوأسبابالوفاةوعندالاقتضاء ،المعلوماتالمفيدةللصحةالعموميةوفقشروطتضمنسريتها.

أما في حالة القيام بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الجثة التي تكون تحت التشريح الطبي

---

[1]ابتسام بولقواس، "التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر"، ***المجلة الإفريقية للدراساتالقانونية والسياسية***، الجزائر: جامعة أحمد دراية أدرار ، المجلد 4، العدد 2، ديسمبر 2020، ص ص. 68-87.

[2]إيمان عويمر ،***أول عملية زرع أعضاء في الجزائر لكن المجتمع متحفظ***،صحيفةاندبندنت العربية، 29 ماي 2019، مقال متاح على الرابط:

https://www. Independentarabia.com (consulté le 10/06/2022 à 14 :21)

فيجب حسب المادة (202) من قانون الصحة الجديد أن يتحقق الطبيب العام الذي قام بالنزع من إعادة الجثة بصفة لائقة إلى ما كانت عليه.

ثم يتم بعدها الاحتفاظ بجثمان المتوفى على مستوى مصلحة حفظ الجثث لمؤسسة الصحة لمدة خمسة عشر يوما ويمكن تمديد هذه المدة بخمسة عشر يوما أخرى من طرف النائب العام المختص إقليميا. وبعد انقضاء هذا الأجل، يجب أن يقرر بشأن مآل الجثمان وفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم، ويأتي هذا الإجراء حفاظا على حرمة جثث الموتى وعدم العبث بها.[1]

5. مراجعة سجل الرفض لمعرفة موقف المتوفى من عملية نزع الأعضاء:

أ. تعريف سجل الرفض:

هو سجل تمسكه الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء وقد ساعدت هذه الأخيرة في تطوير برنامج زراعة الأعضاء في الجزائر تحت رعاية وزارة الصحة حيث استحدثت الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء بعد صدور المرسوم الرئاسي سنة 2012, وانطلقت في عملها سنة 2015.[2]

إذ تتيح هذه الوكالة حسب قانون الصحة الجديد للأفراد التعبير بكل وسيلة ممكنة عن موقفهم من عملية التبرع بالأعضاء بعد وفاتهم، سواء بالقبول فيمنح الشخص بطاقة المتبرع، أو بالامتناع ورفض نزع الأعضاء بعد الوفاة. أما في حالة عدم إبداء الشخص لرأيه وعدم التسجيل في سجل الرفض فإنه يعتبر متبرع تلقائيا. كما يتم بواسطة هذا السجل معرفة عدد المتبرعين بالأعضاء، وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة (362) (362) إلى أن كيفيات التسجيل فيه تحدد عن طريق التنظيم.

ب. معرفة موقف الشخص من عملية النزع:

تؤكد القوانين أن الشخص سيّد جسمه حتى بعد الموت، ويمكنه أن يحدد مصير جثته، بحيث يمكنه فرض ذلك قانونا على عائلته وعلى المجتمع، ولكن التصرفات التي يستطيع بها الشخص الإيصاء بكل أو بجزء من جثته يجب أن تمثل فائدة اجتماعية، وألّا تتعارض مع القانون والنظام العام والآداب العامة.[3]

وقد أشار المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة (362) من قانون الصحة الجديد على ضرورة اطلاع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف الشخص أثناء

---

[1] الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، ***المتعلق بالصحة***، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

[2] خلاص كريمة، ***بداية الاستفادة من أعضاء الموتى دماغيا في المستشفيات***، صحيفة الشروق، 22 سبتمبر 2019، مقال متاح على الرابط:

https:// www. echoroukonline.com (consulté le 09/07/2022 à 18 :50)

[3] مايا عباس أسعد، ***التنظيم القانوني لعمليات نقل الأعضاء البشرية***، رسالة ماجستير (غير منشورة)، لبنان: جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص. 70.

حياته من قضية التصرف بأعضاء جسده بعد وفاته، فيكون موقفه في سجل الرفض إما الموافقة على عملية استئصال بعض من أعضاء الجسم أو رفض ذلك بشكل مطلق ، وقد لا يظهر موقف الشخص لا بالرفض ولا بالقبول، وفيما يلي تفصيل لكل حالة:

- **في حالة موافقة الشخص على النزع:**

قد يعطي الشخص الموافقة الصريحة على التبرع بأعضائه بعد وفاته،لكن حسب التشريع الجزائري لا يمكن بأي حال من الأحوال، نزع الأعضاء من دون موافقة عائلة المتوفى حتى لو كان مسجلا في السجل الوطني للتبرع بالأعضاء، ويتعين على أي مواطن يرغب في التبرع بأعضائه بعد وفاته ترك وصية لأهله، لأن العملية لن تتم إلا بموافقتهم في ظل عدم وجود قانون يرخص إجراء عملية نزع الأعضاء بمجرد موافقة صاحبها قبل وفاته.[1]

- **في حالة رفض الشخص عملية النزع:**

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة (362) فإنه إذا عبّر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته سيعتبر ذلك تعبيرا عن إرادته الصريحة برفض التبرع بأعضائه فلا يجوز إطلاقا المساس بجثته، لأن الأصل هو مبدأ عدم المساس بالجثة. كما أنه طبقا للمبادئ القانونية يحق للشخص تحديد مصير جثته حسب اختياره ويجب أن يحترم جميع الناس رغبته بالإيصاء بعدم التصرف بجثته بعد موته، وأي رضا من الأهل أو الوصي لا قيمة له لأن إرادة الإنسان يجب أن تحترم حتى بعد الموت.[2]

- **في حالة عدم التسجيل في سجل الرفض:**

يمكن اعتبار كل شخص متوفى لم يسجل نفسه في سجل الرفض أنه موافق تلقائيا على نقل أعضائه وتكونفيهذهالحالةموافقةالشخصالمتوفى "موافقةمفترضة"،إذيجوزاستئصالالأعضاءمنأشخاصمتوفينلغرضالزرعمالميكونواقدسجلواعتراضهمعلىذلك،وتست خدمالدولنظامالموافقةالمفترضةباعتبارهاالإجراءالمرعيالذييتنظمتوريدالأعضاءمنالمتبرعينالمتوفين.[3]

لكن قانون الصحة الجديد أشار إلى أن عملية نزع الأعضاء من جثة الشخص غير المسجل في سجل الرفض تكون بعد استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين الذين يمكنهم إعطاء الموافقة على عملية

---

[1]إيمان عويمر، ***أول عملية زرع أعضاء في الجزائر لكن المجتمع متحفظ***، صحيفة اندبندنت العربية، 29 ماي 2019، مقال متاح على الرابط:

https://www. Independentarabia.com (consulté le 10/06/2022 à 14 :21)

[2]مايا عباس أسعد، ***التنظيمالقانونيلعملياتنقلالأعضاءالبشرية***،رسالةماجستير (غيرمنشورة)،لبنان: جامعةبيروتالعربية،كليةالحقوقوالعلومالسياسية، 2015، ص. 71.

[3]المجلس الاقتصادي والاجتماعي لهيئة الأمم المتحدة، ***تقرير منع ومكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية والمعاقبة عليه***، فيينا: الدورة الخامسة عشرة، 24-28 أفريل 2006، ص. 8.

النزع، حسب ترتيب الأولوية الذي ذكرته الفقرة الثالثة من المادة (362) حيث يتم استشارة كل من: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات.

أما في حالة المتوفى الذي ليس لديه أسرة يتم استشارة الممثل الشرعي قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء.في حين أشارت الفقرة الرابعة من المادة نفسها إلى ضرورة إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفى البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها.[1]

6. احترام مبدأ السرية في عملية النزع:

يظهر مبدأ السرية عند القيام بعملية نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في نقطتين أساسيتين تطرقت لهما المادة (363) من قانون الصحة رقم(18-11) وهما:

أ. الامتناع عن كشف هوية المتبرع المتوفى:يمنع وِفق الفقرة الأولى من المادة (363) كشف هوية المتبرع المتوفى للمتلقي كما منع كشف هوية المتلقي لأسرة المتبرع، والهدف من سرية التبرع هو جعل الرضا صادر من المتبرع بعيدا عن أي تأثير، وكذلك منع أي ابتزاز مادي يقع على المرضى الذين ينتظرون الزرع أو على ذويهم.[2]

ب. اختلاف الفريق الطبي المثبت لحالة الوفاة عن القائم على زراعة الأعضاء:

يجبحسب الفقرة الثانية من المادة نفسها ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع. وهنا تتوافق هذه الفقرة مع المبدأ التوجيهي الذي أقرته منظمة الصحة العالمية؛ الذي يهدف إلى تجنب تعارض المصالح الذي قد يحدث عندما يتولى الطبيب أو الأطباء الذين يبتون في أن وفاة المتبرع المحتملقد حدثت فعلا مسؤولية رعاية مرضى آخرين تعتمد عافيتهم على الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء المنقولة إليهم من ذلك المتبرع.[3]

7. القيامبعمليةزرعالأعضاءدونمقابلمادي:

يهدفمنعحصولالمتبرععلىأيتعويضماديإلىالوقايةضدمحاولةالحصولعلىالربحوالمساهمةفيالوقايةضدالاتجار بالأعضاء،وانتفاءالمقابلالماديينصرفإلىالأعضاءالبشريةالمتبرعبهاعنطريقالوصيةبالأعضاءمنالميتإذأنبيعأعضاء المتبرعالحيأوالميتغيرمقبولمهماكانتالظروف،لأنهسيؤديإلىتدهورالأخلاقالإنسانيةواستغلالالأطرافالضعيفةوالأقل

---

[1]الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، ***المتعلق بالصحة***، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

[2]إيمان أوسعيد، "أحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة الجديد"، ***مجلة القانون الدولي والتنمية***، المجلد 7، العدد 02، 2019، ص ص. 29-43.

[3]منظمة الصحة العالمية، ***تقرير زرع الأعضاء والنسج البشرية***، جمعية الصحة العالمية الثالثة والستون، 25 مارس 2010، ص. 9.

ياتوالدولالنامياتللحصولعلىالمالمنالدولالغنية .[1] وهوماأكدتهالمادة (358)
حيثلايمكنأنيكوننزعالأعضاءوالأنسجةوالخلاياالبشريةوزرعهامحلصفقةمالية.

كمامنعتالمادة (367)
الممارسونالذينيقومونبعملياتالنزعوالممارسونالذينيقومونبعملياتزرعالأعضاءوالأنسجةوالخلاياالبشريةمنتقاضيأيأ
جرعنالعمليات.

وذلكمايتوافقمعالمبدأالتوجيهيالثامنلمنظمةالصحةالعالميةالذييحظرعلىجميعمرافقالرعايةالصحيةوجميعمهنييالرع
ايةالصحيةممنينخرطفيإجراءاتالحصولعلىالخلاياأوالأنسجةأوالأعضاءوزرعهاتقاضيأيمبالغتتجاوزالرسومالمبررةا
لمفروضةعلىالخدماتالمقدمة.[2]

الخاتمة:

يعد استئصال الأعضاء من جثث الموتى أحد أشكال عملية التبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، ورغم المواقف الدينة والطبية المختلفة فقد سعى المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد رقم (18-11) إلى رفع عدد عمليات نزع وزرع الأعضاء في الجزائربمايتلاءممعالتطورالعلميوالأخلاقياتالطبية. لكن لايزالهذا القانون بحاجة للتعديل والتطوير خاصة ما يتعلق بتحديد تعريف للوفاة، وتوضيحإجراءات الحصول على الأعضاء من المتوفين دماغيا بمجرد موافقة صاحبها قبل وفاته، كما يظل التبرع بأعضاء الموتى مرهونا بنظرة المجتمع إلى هذه العملية فهي قضية تحتاج تضافر كل الجهود لإنجاحها.

الاقتراحات:

- إلزام المؤسسات العمومية الاستشفائية بإعلان حالات الموتى دماغيامن أجل القيام بعملية الانتزاع المتعدد الأعضاء والتي تكون بعد اعتمادقائمةانتظاروطنيةتضم المرضىالمحتملينليتحصلوا عمليةالزرع.
- توضيح فقهي وقانوني حول عملية نقل الأعضاء من جثث الموتى بهدف توسيع الفكرة لدى أفراد المجتمع الجزائري واستقطاب عدد من المتبرعين.
- توسيع عمليات نقل الأعضاء البشرية من المستوى المحلي إلى العالمي، مثل: قضية التعامل مع الأعضاء البشرية للأفراد الأجانب أو قضية تصدير واستيراد الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بين الجزائر ودول أخرى وفقا للشروط الطبية والنصوص القانونية المعمول بها.

قائمة المراجع:

---

[1] عباس أسعد مايا، ***التنظيم القانوني لعمليات نقل الأعضاء البشرية***، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، لبنان: جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص. 41.

[2] منظمة الصحة العالمية، ***تقرير زرع الأعضاء والنسج البشرية***، جمعية الصحة العالمية الثالثة والستون، 25 مارس 2010، ص. 14.

1) أوسعيد،إيمان. "أحكامنزعوزرعالأعضاءوالأنسجةوالخلاياالبشريةفيقانونالصحةالجديد". ***مجلةالقانونالدوليوالتنمية***.المجلد. 7،العدد. 02. (2019)،صص. 29-43.

2) بولقواس، ابتسام. "التنظيمالقانونيللوكالةالوطنيةلزراعةالأعضاءالبشريةفيالجزائر". ***المجلةالإفريقيةللدراساتالقانونيةوالسياسية***.الـ جزائر: جامعةأحمددرايةأدرار. المجلد. 4،العدد. 2.(ديسمبر 2020)،ص ص. 68-87.

3) بريبر،عبدالنور. "تذليلالعقباتالشرعيةلإنعاشالتبرعبالأعضاءفيالجزائرمعتعليقعلىقانونالصحةالجديد". ***مجلةحولياتجامعةالجزائر 1***.المجلد. 35،العدد. 2. (2021)،صص. 583-605.

4) الجمهوريةالجزائريةالديمقراطيةالشعبية،قانونرقم 18-11 المؤرخفي 02 جويلية 2018،***المتعلقبالصحة***،الجريدةالرسمية،العدد. 46،الصادرةبتاريخ 29 جويلية 2018.

5) وليد،ميرة. "تحديدزمنالوفاةوأثرهعلىالحقوقفيظلالمستجداتالطبية"."***مجلةالأستاذالباحثللدراساتالقانونيةوالسياسية***.المجلد. 06،العدد. 02. (ديسمبر 2021). صص. 1340-1357.

6) الزعبي،مهندناصرونائلسلامة،رولا. "طبيعةمسؤوليةوالتزامالطبيبفيعملياتنقلوزرعالأعضاءالبشريةدراسةتحليليةفيضوءأحكامالشريعةوالقانونالأردني". ***مجلةدراساتعلومالشريعةوالقانون***.المجلد. 41،العدد. 2. الأردن: الجامعةالأردنية. كليةالحقوق. (2014)،صص. 1423-1440.

7) لدغش،رحيمة. "الموتالدماغيوالإنعاشالصناعي". ***مجلةالعلومالقانونيةوالسياسية***.المجلد. 10،العدد. 01. (أفريل 2019)،صص. 1748-1767.

8) المجلسالاقتصاديوالاجتماعيلهيئةالأممالمتحدة. ***تقريرمنعومكافحةالاتجاربالأعضاءالبشريةوالمعاقبةعليه***.فيينا: الدورةالخامسةعشرة، 24-28 أفريل 2006.

9) مناعي،فاطمة. ***موتالدماغوآثارهدراسةفقهيةطبية***،أطروحةدكتوراه (غيرمنشورة). الجزائر: جامعةغرداية،كليةالعلومالاجتماعيةوالإنسانية، 2019-2020.

10) منظمةالصحةالعالمية. ***تقريرزرعالأعضاءوالنسجالبشرية***.جمعيةالصحةالعالميةالثالثةوالستون. 25 مارس 2010.

11) الشماليصالح،فاطمة. ***المسؤوليةالجزائيةعنالإتجاربالأعضاءالبشرية***.رسالةماجستير، (غيرمنشورة). جامعةالشرقالأوسط: كليةالحقوق، 2012-2013.

12) عباسأسعد،مايا. ***التنظيمالقانونيلعملياتنقلالأعضاءالبشرية***.رسالةماجستير، (غيرمنشورة). لبنان: جامعةبيروتالعربية،كليةالحقوقوالعلومالسياسية، 2015.

13) عويمر،إيمان. ***أولعمليةزرعأعضاءفيالجزائرلكنالمجتمعمتحفظ***،صحيفةاندبندنتالعربية. (29 ماي 2019)،مقالمتاحعلىالرابط:

https://www. Independentarabia.com (consulté le 10/06/2022 à 14 :21)

14) قياسة، ندى. "الموتالدماغيبينالطبوالدين. ***مجلةجامعةدمشقللعلومالاقتصاديةوالقانونية***.المجلد. 26،العدد. 01.(2010)،ص ص. 479-500.

15) رأفت عثمان،محمد.***نقلوزرعالأعضاء***.ورقةبحثيةمقدمةإلىمؤتمرمجمعالبحوثالإسلاميةالثالثعشر. 10 مارس 2009. مصر: الأزهرالشريف.

16) الشاذلي،محمودثابتمحمودعلي. "الضوابطالقانونيةلعمليةنقلوزراعةالأعضاءالبشرية بينالأحياء".***مجلةبحوثالشرقالأوسط***.العدد. 44. (د.ت)،ص ص. 187-234.

17) خلاص، كريمة. ***بداية الاستفادة من أعضاء الموتى دماغيا في المستشفيات***.صحيفة الشروق. (22 سبتمبر 2019)، مقال متاح على الرابط:

https:// www. echoroukonline.com (consulté le 09/07/2022 à 18 :50)

18) Manisha, Sahay .« Transplantation ofhumanorgans and tissues act –simplified ». ***Indian Journal of Transplantation.*** Vol. 12, Issue 2.(2018), pp. 84-89.

19) Sanwar, Siraj. « The humanorgan transplantation act in Banladesh : towardsproperfamily- basedethics and law ». ***AsianBioethicsReview.*** National University ofSinapore and SpringerNature Singapore. (10 April 2021), pp. 01-15.

الضوابط القانونية والطبية لعملية نقل الدم

د. خوجة حسينة

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

مقدمة :

كانت و لازالت عملية نقل الدم الى المريض تلعب دورا هاما في الابقاء على حياته ، حيث ان كل شخص منا مهدد بان تصبح حياته مرتبطة بتوفير الدم و بصفة مستعجلة كان تصاب امرأة و هي تضع جنينها بنزيف دموي داخلي او يصاب مريض و هو في غرفة العمليات بنزيف حاد ، كما ان هناك بعض الاشخاص بحاجة دائمة الى الدم لتعود اليهم صحتهم و عافيتهم .

و يستخدم الدم في المجال الطبي على نطاق واسع و ذلك من خلال عمليات نقل الدم التي يهدف منها علاج الكثير من الحلات المرضية ، حيث يستخدم الدم كنوع من العلاج التعويضي في حالة نقص مفاجئ في حجم الدم ، كما يستخدم الدم كدواء في بعض الحالات المرضية .

و تعتبر عملية نقل الدم من المجالات الحديثة نسبيا في ميدان الطب ، حيث لم تكن تتم بالطريقة الحديثة التي هي عليه الان الا منذ سنة 1900 حيث استطاع العالم Landsteiner في تحديد فصائل الدم من خلال بحثه حول مقارنة دم البشر و قام بتقسيمها الى اربعة مجموعات على حسب اختلاف دمهم و اكد على ضرورة معرفة الفصيلة الدموية لكي تكون عملية نقل الدم ناجحة و غير ضارة[1].

و شهدت عملية نقل الدم بعد ذلك تطورا ملحوظا خاصة بعد الحرب العالمية الاولى اين زادت الحاجة اليها لإنقاذ حياة جرحى و مصابين الحرب ، و لهذا ازدادت الابحاث في هذا الشأن الى ان توصل العالم Robertson اكتشاف الخواص المانعة لتجلط و الذي

يساعد على حفظ الدم مبردا الى ان ينقل الى المريض ، و من ثم انتشرت عملية تخزين الدم و فتحت اول مؤسسة منظمة للتبرع بالدم عام 1936 بموسكو .

و تمر عملية نقل الدم بعدة مراحل بداية من ذهاب المتبرع الى المستشفى و مراكز نقل الدمو التبرع مرورا بالفحوصات المخبرية التي تجريها المؤسسات العلاجية على الدم للتأكد من سلامته و صلاحيته للاستعمال ثم في الاخير نقل الدم الى المريض.

كما ان عملية نفل الدم و التبرع به تسبقها خطوات اساسية و ضرورية لصحة و سلامة المتبرع و المتبرع له في نفس الوقت ، و اول اجراء هو ان يكون المتبرع بالدم سليم و لا يعاني من اي مرض من الامراض

---

[1] محمد جلال حسن الاتروشي : المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم ، دار الراية للنشر و التوزيع ، الاردن ، 2008 ص 30

الخطيرة او المعدية ، كما يجب ان لا يكون من متعاطي المخدرات و التأكد من ان فصيلة دم المتبرع تتوافق مع فصيلة دم المريض ، و ان يتم ذلك تحت اشراف اطباء متخصصين، كما يجب حفظ الدم المتبرع به وفق القواعد الطبية و العلمية المعمول بها في هذا المجال .

و بالرغم من كل هذه الاحتياطات التي تتخذ للتبرع بالدم و نقله الى المريض الا انه قد تنشا اضرارا تلحق المتبرع او المتلقي ، و لهذا وضعت شروط قانونية و اخري علمية لكي تتم بها هذه العملية و بطريقة صحيحة و سليمة و ناجحة و دون ان تكون سبب في اذى اي طرف من الاطراف و هو موضوع مداخلتنا في هذا الملتقي ، و عليه فان الاشكالية التي طرحنها تتمثل في البحث عن الشروط او الضوابط القانونية و الفنية التي وضعها المشرع لتنظيم عملية التبرع بالدم و نقله ؟

و لمعالجة هذه الاشكالية سوف نتناول النقاط التالية

1- مفاهيم عامة عن الموضوع و حولنا من خلال هذه النقطة اعطاء بعض التعاريف قبل الدخول في الموضوع كتعريف الدم ، و عملية نقل الدم و اطراف العملية. و الاساس القانوني لمشروعية عملية نقل الدم.

2- الشروط القانونية لعملية نقل الدم

3- الشروط الفنية او الطبية للعملية

اولا : مفاهيم عامة

- **تعريف الدم:**

يعرف الدم لغة بانه سائل احمر يسري في عروق الانسان و الحيوان على حد سواء و جمعه دماء ، او هو السائل الحيوي الذي يسري في الجهاز الدوري للإنسان و الحيوان ، و قد ورد لفظ الدم في القران الكريم في عدة مواطن منها في باب التطبيب و المعالجة تحت اسم الحجامة .

اما اصطلاحا فلا يوجد تعريف للدم غير التعريف الطبي المعتمد في هذا المجال ، وقد عرفه بعض اهل الاختصاص بانه ذلك السائل الذي يدور في القلب و الشريين حاملا الاكسجين من الرئتين الى جميع انحاء الجسم و يدفع بثاني اكسيد الكربون من خلايا الجسم الى الخارج [1] ، و هناك من قال ان الدم هو نسيج متكون من خلايا و بلازما [2] le sang est un tissu composé de cellule et de plasma

---

[1] وافي خديجة : المسؤولية المدنية و الجنائية في عمليات نقل الدم ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، تخصص علوم قانونية ، جامعة جلالي ليابس سيدي بلعباس ، 2015-2016 ، ص 66

[2] Myriam Menolla et autre : hématologie , transfusion sanguine et soins infirmeries , lamara 4eme édition 2008 ,p 60

اما في القاموس الطبي فقد عرف الدم على انه عبارة عن مادة حية سائلة تجري في الاوعية تغذي انسجة الجسم و تزوده بالمواد الغذائية و الاكسجين اللازمين لعملية الايض و ينقل الفضلات الى الاعضاء المسؤولة عن طرحها [1]

اما من الناحية القانونية و على غرار باقي التشريعات لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا للدم سواء في الامر 68-133 المؤرخ في 13 ماي 1968 المتعلق بتنظيم العام للدم و مؤسساته و لا في المرسوم رقم 95-108 المؤرخ في 9 افريل 1995 المتضمن انشاء الوكالة الوطنية للدم و تنظيم عملها ، و لا ضمن المرسوم التنفيذي رقم 09-258 المؤرخ في 11 اوت 2009 المتعلق بالوكالة الوطنية للدم .

و من خلال كل هذه التعاريف يمكن القول ان التعريف الطبي للدم هو " الدم نسيج ضام سائل يوجد بالجهاز الدوري للجسم لونه احمر لوجود الخضاب الذي يضفي على الدم هذا اللون ، يكون لونه في الشرايين احمر فاقع لوجود الاكسجين فيه اما في الاوردة فلونه احمر غامق لوجود ثاني اكسيد الكربون" [2].

و سواء كان الدم نسيجا او عضوا فهو يتمتع بحماية قانونية ، حيث ان المشرع الجزائري فصل في احكام التبرع بالأعضاء و الانسجة على حد سواء في القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم و الذي تم الغاءه بقانون الصحة لسنة 2018 .

و يتكون الدم اساسا من بلازما و التي تشكل اكثر من نصف حجمه و هي تحتوي على عوامل التجلط و البروتينات و مواد اخرى كالأجسام المضادة ، و خلايا دموية تتمثل في كريات الدم الحمراء التي تحتوي على مادة الهيموغلوبين التي تمتص الاكسجين ، و كريات الدم البيضاء التي تلعب الدور الرئيسي في مقاومة الميكروبات ، و الصفائح الدموية المساعدة على وقف النزيف [3] .

و الدم بهذا المفهوم له وضائف حيوية لا يستغني عنها جسم الانسان تتمثل اساسا في الوظيفة التنفسية و التي يقوم فيها الدم بنقل الاكسجين من الرئتين الى الانسجة و ثاني اكيد الكربون من الانسجة الى الرئتين لطرحه خارج الجسم ، كما للدم ايضا وظيفة غذائية عن طريق نقل و توزيع المواد الغذائية من الجهاز الهضمي الى جميع انحاء الجسم ، و يقوم الدم بوظيفة تنظيم حرارة الجسم و طرح الفضلات اضافة الى كونه المدافع عن جسم الانسان ضد الاجسام الغريبة التي تدخله والامراض و الفيروسات .

- **تعريف عملية نقل الدم :**

---

[1] Le petit Larousse de la médecine, édition Larousse 2010 , p 862

[2] منصر نصر الدين : المسؤولية المدنية لمراكز نقل الدم في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون ، تخصص عقود و مسؤولية ، جامعة احمد بن بلة ، ادرار ، 2014-2015 ص 87

[3] حمد سليمان الزيود : المسؤولية المدنية في عملية نقل الدم الملوث ، دار النهضة العربية ، مصر 2009 ، ص 19

ان عملية نقل الدم تشمل جميع الانشطة المتعلقة بالدم كالتبرع او سحب الدم و اعداده و حفظه و حقنه للمريض ، و يقصد بعملية نقل الدم سحب كمية محدودة من السائل الدموي من ورید شخص سليم و حقنه في ورید شخص اخر مريض بحاجة اليه بقصد تعويض الدم الذي فقده [1].

و بتعريف اخر يمكن القول ان عملية التبرع بالدم و نقله الى المريض هي عملية تتمثل في ادخال ماهو محصل عليه من المتبرع في الاوردة الدموية للمتلقي ، حيث تتم العملية في البداية عن طريق اخذ الدم من الشخص المتبرع بالدم لينقل الى الشخص المتلقي سواء في صورته الطبيعية و هو ما يعرف بالدم الكامل او احد مكوناته اي احد مشتقاته و المتمثلة في كريات الدم الحمراء لوحدها او كريات الدم البيضاء لوحدها او البلازما لوحدها.

و تهدف هذه العملية الى تزويد المتلقي بالدم او مشتقاته التي يعجز جسمه على توفيرها ، و قد اجازت جل القوانين بشكل عام عملية نقل الدم من الانسان السليم المعافى الى المريض الذي هو بحاجة اليه لإنقاذ حياته من الهلاك بشرط بعدم المساس بصحة المتبرع و المريض في نفس الوقت[2] .

- **اطراف عملية نقل الدم**

تتمثل عملية نقل الدم في نقل هذا الاخير من شخص يسمى المتبرع الى شخص اخر مريض بحاجة اليه و يسمى المتبرع له عن طريق هيئة تسمى مراكز الدم .

1- المتبرع :

هو الشخص الذي يعطي دمه و يسمى المتبرع ، و اختياره يعتبر هام جدا و اساسي لسلامة عملية التبرع ، حيث ان هناك بعض الاشخاص لا يمكنهم القيامبعملية التبرع كالمدمنين على المخدرات مثلا .

و قد حدد القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المنظم لقواعد التبرع بالدم و مكوناته سن التبرع بالدم ما بين 18 و 65 سنة ، على ان لا تزيد عدد مرات التبرع بالدم في السنة ثلاثة (03) مرات بالنسبة للنساء و خمسة (05) مرات بالنسبة للرجال مع مراعاة الفرق في المدة الزمنية بين كل عملية تبرع و اخرى بثمانية (08) اسابيع .

كما حدد هذا القرار الكشوفات التي يجب القيام بها قبل القيام بعملية التبرع منها الكشف عن مرض السيدا (نقص المناعة المكتسبة) و التهاب الكبد (ب) و (س) ، كما بين القرار كامل الاجراءات الواجب اتخذها للكشف عن هذه الامراض.[3]

2- المتبرع له او اليه :

---

[1] محمد حسن جلال الاتروشي : مرجع سابق ، ص 26

[2] ابن الزبير عمر : المسؤولية المدنية لمراكز نقل الدم ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2002 ، ص 5

[3] زهدور كوثر : المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا ، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة وهران ، 2012-2013

المتبرع له هو ذلك المريض الذي يكون بحاجة الى الدم لإنقاذ حياته من الهلاك بسبب فقده كمية كبيرة من الدم كالمصابين في حوادث المرور او اثناء العمليات الجراحية او الولادة ، او المرضى الذين يكونون بحاجة الى الدم لاسترجاع صحتهم و الشفاء من بعض الامراض و التي تستلزم نقل الدم كمرضى الانيميا و التهاب الكلى .

3-مراكز نقل الدم:

ان عملية التبرع بالدم تتم بمراكز او بنوك نقل الدم ، و هذا الشريك الذي لولاه لما تجسدت عملية نقل الدم يستند في وجوده في الجزائر الى نصوص تنظيمية انشات هياكل متخصصة بحقن و حفظ و توزيع الدم و تتمثل في :

- **الوكالة الوطنية للدم:**

تقوم هذه الوكالة بتنظيم عملية نقل الدم و هذا بتحديد شروط و قواعد ممارستها ، كما تعمل على جمع المعلومات في مجال الدم و مشتقاته ، و لها وكالات جهوية تعمل هذه الاخيرة على ضمان النشاطات المرتبطة بحقن الدم على المستوى المحلي .

- **مراكز حقن الدم :**

هي مراكز تابعة للقطاع الصحي و المراكز الاستشفائية المتخصصة ، تعمل على تنظيم عملية التبرع بالدم بوضع قوائم و بطاقات خاصة بالمتبرعين ، كما تقوم بالمشاركة في النشاطات التي تهدف الى ترقية عملية التبرع بالدم و ضمان المراقبة الطبية للمتبرعين بالدم و مراقبة فصائل الدم المختلفة[1] .

- **وحدات حقن الدم:**

انشات بمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 الصادر عن وزير الصحة و السكان و لها تقريبا نفس نشاط التي تقوم به مراكز حقن الدم بالإضافة الى عملية التوزيع .

- **بنوك الدم :**

و هي تتكفل اساسا و على وجه الخصوص بعملية توزيع الدم و مشتقاته و التي تتسلمها من مراكز او وحدات نقل الدم.

- **الاساس القانوني لمشروعية عملية نقل الدم :**

[1] وافي خديجة : مرجع سابق ، ص 46

رغم الاجماع على مشروعية عملية نقل الدم الا ان الفقه الوضعي انقسم حول الاساس الذي تقوم عليه هذه مشروعية ، و عليه ظهرت ثلاثة نظريات ، نظرية السبب المشروع ، نظرية الضرورة و نظرية المصلحة الاجتماعية.

1- نظرية السبب المشروع :

و يقصد بالسبب هو الدافع او الباعث للقيام بهذه العملية فلا يجوز الحكم على التصرف بانة غير مشروع لمجرد تعلقه بجسم الانسان [1] .

و يعتبر الفقه الفرنسي اول من استند الى فكرة السبب المشروع لذلك ذهب جانب من الفقه الى ان مشروعية التصرفات التي ترد على الدم البشري تحدد بالغرض المراد بلوغه ، فاذا كان الغرض مشروعا كان التصرف مشروعا و مباحا ، و لما كانت عمليات نقل الدم البشري تهدف كأصل عام الى انقاذ صحة او حياة المريض الذي يكون بحاجة اليه فانه يعتبر تصرف مباح و مشروع ، الا اذا كان السبب غير مشروع كان يكون الهدف من التصرف هو الحصول على ربح او مال و ليس مصلحة صحية فهنا يكون التصرف غير مباح و بالتالي غير مشروع .

2- حالة الضرورة :

استند جانب كبير من الفقه الى حالة الضرورة كأساس لمشروعية نقل الدم ، و يقصد بحالة الضرورة هو الوضع الذي يسبب فيه شخص لأخر ضرر ما يكون قليلا قياسا مع الضرر المحدق المراد تفاديه ، او هي حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح ان الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر اكبر محدق به و يسبب ضرر اقل لغيره [2].

فاذا كان للمريض الذي ينتظر نقل الدم اليه مصلحة مؤكدة من العملية اي عملية نقل الدم فان هذه المصلحة منتفية بالنسبة للمتبرع بالدم الذي يعرض سلامته البدنية لأخطار محتملة بدون فائدة ، و في هذه الحالة لا يمكن تغليب مصلحة المريض في الشفاء على مصلحة المتبرع في سلامته البدنية ، و من ثم فان اللجوء لعملية نقل الدم في هذه الحالة تمليها حالة الضرورة [3]و التي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 364 من قانون الصحة بقولها " لا يمكن القيام بزرع الاعضاء و الانسجة او الخلايا البشرية الا اذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي و سلامته الجسدية ..."

3- المصلحة الاجتماعية:

---

[1] خلد موسى توني : المسؤولية الجنائية في مجال عملية نقل الدم ، دون سنة نشر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ص 124

[2] محمد جلال حسن الاتروشي ، مرجع سابق ، ص 40

[3] عادل عبد الحميد الفجال : احكام التصرف في الدم البشري و اثاره في القانون المدني و الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، منشاة المعارف ، مصر 2009 ، ص 85

من بين المبادئ التي تقوم عليها عملية نقل الدم هي المصلحة الاجتماعية و تكمن هذه المصلحة في الفائدة الاجتماعية التي تترتب على عملية نقل الدم ، فيجب النظر الى المنفعة التي تعود على المجتمع ، فالشخص الذي يقوم بالتبرع بدمه هذا العمل لا ينقص من صلاحياته لأداء مهامه و واجباته الاجتماعية بل يزيد من صلاحيات انسان اخر و هو المتبرع له على اداء واجباته الاجتماعية حتى و لو اصيب المتبرع ببعض الضعف بعد عملية التبرع الا انها تعتبر فترة وجيزة و عابرة يعود بعدها الى نشاطه و حيويته في اداء مهامه الاجتماعية ، و لهذا اعتبرت المصلحة الاجتماعية اساسا لعملية نقل الدم.

كما ان فكرة المصلحة الاجتماعية هي فكرة انسانية تضامنية نبيلة خصوصا و انها تنطوي على مزايا و منافع منها بعث الحياة و الامل في كثير من المرضى و هو ما لا يمكن ان لا يكون الا في مصلحة الفرد و المجتمع و المحافظة على الصحة [1].

و بعدما اعطينا بعض المفاهيم الاساسية و المهمة التي لها علاقة بموضوعنا سوف نحاول الاجابة على الاشكالية التي طرحنها و المتمثلة في الضوابط القانونية و العملية او الفنية لعملية نقل الدم.

اولا : الشروط القانونية لعملية نقل الدم

يشترط لعملية نقل الدم من المتبرع الى المريض هو ان يكون المتبرع في صحة جيدة بالإضافة الى شروط قانونية يجب توفرها و قد حددتها المادة الثانية (2) من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998[2]، و تتمثل هذه القواعد او الضوابط التي يجب التقيد بها اساسا في المجانية ، الحصول على رضا المتبرع و السرية .

1- التبرع بدون مقابل :

ان المصدر الوحيد للدم هو المتبرع او المتطوع وهذا نظرا لاستحالة تصنيع الدم البشري ، و التبرع بالدم عمل انساني نبيل لآنه يساهم في انقاد حياة الاف المرضى ، و يعرف المتبرع بانه ذلك الشخص الذي يقدم دمه كاملا او احد مشتقاته بكل حرية و ارادة دون ان ينتظر من وراء ذلك مقابل مالي او اي شيء اخر و هو ما يطلق عليه تسمية المتبرع المجاني.

و لان فكرة المقابل المالي في التصرف بالدم يعتبر امرا لا يتفق و الكرامة الانسانية ، و لحماية هذه الكرامة و الحفاظ عليها يجب ان يكون التصرف تبرعا [3]

---

[1] رايس محمد : نطاق و احكام المسؤولية المدنية للاطباء و اثباتها ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ص 226

[2] القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد للقواعد المنظمة للتبرع بالدم و مكوناته المادة الثانية (2) منه تنص على " تتم عملية التبرع بالدم لصالح المستقبل دون الحاق ضرر بالمتبرع و تقوم على المبادئ الاخلاقيات التالية : التطوع السرية و دون مقابل "

[3] محمد حلال حسن الاتروشي : مرجع سابق ، ص 76

وهذا ما اكده المشرع الجزائري في المادة 358 [1] من قانون الصحة[2]بان نقل الأنسجة و باعتبار الدم نسيج ضام يجب ان يكون مجانا و اخرجه من دائرة المعاملات المالية ، كما كان قد نص عليه في المادة 2 من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 السالف ذكرها و اعتبره مبدئ اساسي من مبادئ التبرع .

كما شدد قانون العقوبات الجزاء على من يقوم بنزع عضو او نسيج او خلايا بما فيها الدم من شخص مقابل منفعة مالية طبقا للمادة 303 مكرر 18 و التي تنص على " يعاقب بالحبس من سنة الى 5 سنوات و بغرامة من 100.000 دج الى 500.000 دج كل من قام بانتزاع انسجة او خلايا او بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي او اي منفعة اخرى مهما كانت طبيعتها ..."

فشرط انعدام المقابل المالي يحقق ضمانا كبيرا لحماية حرمة الجسم البشري و التنازل عن هذا الشرط يتنافى و المبادئ الاخلاقية و القانونية لكرامة الانسان و حرمته.

كما ان المنظمات و الهيئات الدولية تؤكد على ان تكون عمليات نقل و زرع الاعضاء البشرية و التبرع بالدم مقترنة بالعمل التضامني الخيري في سبيل انقاض الارواح ، مما يستوجب مجانية هذه العمليات و عدم اخذها صفة تجارية .

2- الحصول على رضا المتبرع و عدم الاضرار بصحته

- الحصول على رضا المتبرع:

يمثل رضا المتبرع في عملية نقل الدم شرطا ضروريا للإتمام هذه العملية ، حيث انه لا يجوز لأي احد اخذ الدم منه و نقله لشخص اخر دون رضاه ، لذا يجب ان يكون المتبرع في حالة يستطيع فيها ان يختار بين الرفض او القبول .

و لم يشترط المشرع الجزائري طريقة محددة للتعبير عن رضا المتبرع ، فقد يكون التعبير عن الرضا صريحا بالقول او الكتابة و قد يكون ضمنيا كان يتوجه المتبرع الى احد مراكز نقل الدم و يقدم جميع المعلومات التي تسجل في بطاقة المتبرع مثلا و هذا كله طبقا للقواعد العامة [3].

و يجب ان يكون المتبرع عاقلا غير محجور عليه مدرك لما يفعل ، و قد حدد القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 السالف ذكره بان سن التبرع هو من 18 سنة الى 65 سنة و قد اشرنا الى ذلك سابقا ، بالإضافة الى منع التبرع على الاشخاص الذين تجاوزوا سن 60 سنة في حالة عدم تبرعهم بالدم و لو لمرة واحدة في حياتهم .

---

[1] تنص الماجة 358 على انه " لا يمكن ان يكون نزع الاعضاء و الانسجة و الخلايا البشرية و زرعها محل صفقة مالية

[2] قانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 يتعلق بالصحة

[3] تنص المادة 60 من القانون المدني على " التعبير عن الارادة يكون باللفظ و الكتابة او الاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه

و يجوز ان يكون التعبير ضمنيا اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا "

كما يجب ان يكون رضا المتبرع حر و بعيدا عن كل تأثير او ضغط مهما كان نوعه ، اي ان تكون ارادته خالية من اي عيب من عيوب الرضا كالإكراه او الغلط او التدليس او اكراه اجتماعي او اقتصادي.

- عدم الاضرار بصحة المتبرع :

يجب ان لا يترتب عن عملية التبرع بالدم ضررا يلحق بالمتبرع و هو ما جاءت به المادة 21 في فقرتها 3 من قانون الصحة 18-11 و التي تنص على " لا يمكن ان تتعرض السلامة الجسدية للشخص لأي مساس الا في حالة الضرورة الطبية المثبتة قانونا و حسب الاحكام المنصوص عليها في هذا القانون " . و لذا يشترط اعلام المتبرع بالمخاطر التي قد يتعرض لها و النتائج المترتبة عن هذه العملية.

3- الحصول على موافقة المريض:

لا يكون العمل الطبي مشروعا الا اذا رضي به المريض[1] كأصل عام و هذا ما اشارت اليه المادة 343 من قانو الصحة 18-11 و التي تنص على " لا يمكن القيام باي عمل طبي و لا باي علاج دون الموافقة الحرة و المستنيرة للمريض "

و الرضا يجب ان يكون صريحا و حرا اي ان يكون المريض قد قبل بعملية نقل الدم كعلاج بمحض ارادته السليمة من كل العيوب ، كما يجب ان يكون الرضا متبصرا اي ان يكون المريض عالما بحالته الصحية و ضرورة عملية نقل الدم اليه و هذا طبقا للمادة 43 من مدونة اخلاقيات الطب و التي تنص على " يجب على الطبيب او جراح الاسنان ان يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشان اسباب كل عمل طبي. "

الا ان المشرع استثنى حالات الاستعجال و التي يجوز مباشرة عملية نقل الدم فيها دون رضا المريض بقصد انقاذ حياته المهددة بالخطر كالموت او الاعاقة او الشلل و هذا طبقا لنص المادة 44 فقرة 2 من مدونة اخلاقيات الطب التي تنص على " و على الطبيب او جراح الاسنان ان يقدم العلاج الضروري اذا كان المريض في خطر او غير قادر بالأدلاء بموافقته "

4- السرية :

تعتبر السرية من بين المبادئ الاساسية التي تقوم عليها عملية التبرع بالدم و تتمثل في الالتزام بالسرية المطلقة من قبل الاطباء عند اجراء عملية نقل الدم ، و يتمحور نطاق السرية في مجال عمل الطبيب صفة عامة كل ما يصل الى علم الطبيب من معلومات تتعلق بحالة المريض و علاجه سواء حصل عليه بنفسه او اثناء و بمناسبة اداءه لمهنته[2] اما نطاق السرية في مجال التبرع بالدم فيرتكز اساسا على نقطتين هما :

---

[1] رايس محمد : مرجع سابق ، ص 121

[2] بومدان عبد القادر : المسؤولية الجزائية للطبيب عن افشاء السر المهني ، مذكرة ماجستير في القانون ، تخصص مسؤولية مهنية ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو 2011 ، ص 18

- عدم معرفة المتبرع بالدم متلقى الدم او العكس و هو ما اكدت عليه جل التشريعات منها المشرع الفرنسي و الذي نص في قانون الصحة على انه لا يمكن الكشف للمتبرع عن متلقي الدم و لا يمكن كذلك لمتلقي الدم معرفة المتبرع[1].

اما المشرع الجزائري فلم ينص على ذلك صراحة و انما نص على الزامية ان يتم الفحص الطبي الذي يخض له المتبرع في سرية وظروف ملائمة للثقة و احترام السر المهني [2]، و هذا يقتضي بالضرورة عدم كشف هوية المتبرع بالدم و العكس صحيح اي عدم كشف هوية متلقي الدم و الذي يدخل في اطار السر المهني الذي نصت عليه المادة 37 من مدونة اخلاقيات الطب بقولها " يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب او جراح الاسنان او يسمعه او يفهمه او كل ما يؤمن عليه خلال ادائه لمهنته"

و الهدف من هذه السرية هو منع اي متاجرة بالدم و التي تخرج عملية التبرع بالدم عن اهدافها النبيلة و السامية .

- عدم افشاء عن نتائج التحاليل البيولوجية لدم المتبرع ، حيث انه بعد عملية التبرع بالدم يخضع دم المتبرع الى مجموعة من التحاليل البيولوجية التي قد تظهر اصابة المتبرع ببعض الامراض المعدية او الخطيرة مما يستوجب اعلام المتبرع وحده بذلك لأخذ الاحتياطات اللازمة و البدء في العلاج ، و على الطبيب الالتزام بالسر المهني و عدم افشاء باي معلومات تتعلق بمرض المتبرع و هذا طبقا للمادة 36 من مدونة اخلاقيات الطب و التي تنص على " يشترط في كل طبيب او جراح اسنان ان يحتفظ بالسر المهني لصالح المريض او المجموعة الا اذا نص القانون على خلاف ذلك "

5- نقل الدم من اجل غرض علاجي :

يجب ان يكون الغرض الاساسي من عملية التبرع بالدم و نقله للمريض اي عملية نقل الدم هو علاجي و ليس محل معاملة مالية ، و يجب ان تكون مصلحة الطرفين اي المريض و المتبرع متوازنة فيجب الحفاظ على صحة و حياة المريض بعملية نقل الدم و عدم الاضرار من جهة مقابلة بصحة و حياة المتبرع و هو ما اكده المشرع الجزائري في المادة 355 من قانون الصحة 18-11 و التي تنص على " لا جوز نزع الاعضاء و الانسجة و الخلايا و زرعها الا لأغراض علاجية او شخصية و ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون" و ما يقال على التبرع بالأعضاء يقال على التبرع بالدم ، بالإضافة الى المحافظة علىالسلامة الجسدية للمتلقي و المتبرع طبقا لنص المادة 360 من قانون الصحة [3].

ثانيا: الشروط الفنية الطبية لعملية نقل الدم

---

[1]Art 1221-7 du code sante publique français « le receveur ne peut connaitre l'identité du donneur ni le donneur celle du receveur »

[2]المادة 8 من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998

[3] تنص المادة 360 من قانون الصحة على " لا يجوز ممارسة نزع الاعضاء او الانسجة او الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع اذا عرض حياة المتبرع للخطر "

تعد الضوابط الفنية و العلمية في عمليات نقل الدم من المبادئ الاساسية لارتباطها بالمسائل التقنية في العلوم الطبية ، فيجب الالتزام بها حتى لا يتعرض سواء المتبرع او المتلقي الى اخطار و اضرار صحية ، كما تعد هذه الشروط بمثابة اسس و ضمانات لنجاح عملية نقل الدم ، فالطبيب الذي يقوم بهذه العمليات يعتبر مسؤولا عن اي خطا فني الذي يصيب احد الطرفين اذا لم يلتزم بهذه الضوابط العلمية ، و اهم هذه الضوابط هي :

1- اجراء عملية نقل الدم في الاماكن المخصصة لذلك :

كما سبق الاشارة اليه فان عملية التبرع بالدم تتم بمراكز او بنوك نقل الدم و التي يحتاج فيها العمل الى تسخير عدد كبير من الخبرات الطبية و المخبرية ، مما يستلزم ان يكون العاملون فيها لهم خبرة في الحالات المرضية التي تعالج بسحب الدم او نقله و المضاعفات المترتبة عن ذلك .

و اول من نظم عملية نقل الدم في الجزائر و حدد المسؤول عن هذه العملية هو الامر رقم 68-133 المؤرخ في 13 ماي 1968 المتعلق بالتنظيم العام لنقل الدم و مؤسسات نقله و من خلال احكامه كان يشرف على عملية نقل الدم ما يسمي " المركز الوطني لنقل الدم و تجفيف و تجزئة البلازما " ، الا ان هذا الامر الغي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-108المؤرخ في 9 افريل 1995 المتضمن انشاء الوكالة الوطنية للدم و تنظيمها و عملها و هي عبارة عن مؤسسة عمومية ذات طابع اداري ، و قد نص عليها قانون الصحة 18-11 في مادته 264 [1]، كما صدرت عدة قرارات وزارية صادرة عن وزير الصحة تنظم عملية التبرع بالدم و تحدد المسؤول عنها ، كما حدد قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 اماكن التبرع بالدم في المادة 158 منه [2]و الذي تم الغاءه بقانون الصحة 18-11 و تم تعويض هذه المادة بالمادة 285 من هذا القانون[3].

هذا فيما يتعلق بالتبرع بالدم اي سحب الدم من المتبرع و حفظه و توزيعه ، اما قيما يتعلق بعملية نقل الدم الى المريض فيجب ان تتم في المستشفيات و العيادات المتخصصة و التي تحتوي على اجهزة و

---

[1] تنص المادة 264 على " تنشا وكالة وطنية للدم تكلف بضمان خدمة عمومية في مجال متابعة و تنفيذ السياسة الوطنية للدم و مراقبة و ترقية التبرع بالدم و احترام الممارسات الحسنة المتعلقة باستعمال الدم تحدد مهام هذه الوكالة وتنظيمها و سيرها عن طريق التنظيم "

[2] تنص المادة 158 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على " تتم في الوحدات الصحية المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية ...."

[3]تنص المادة 258 من قانون 18-11 على " تتولى هياكل صحية عمومية جمع الدم طبقا للمعايير المطلوبة في مجال نشاط نقل الدم "

طاقم طبي مؤهل لإجراء مثل هذه العمليات لان عملية حقن الدم الى المريض تتم حسب احتياجاته من حيث الفصيلة و الكمية ...الخ .

2- اجراء الفحوصات الاولية قبل عملية نقل الدم :

تعتبر الفحوصات الاولية قبل عملية نقل الدم من الامور الهامة و تسمى هذه المرحلة التي تسبق عملية نقل الدم بمرحلة الفحص و قابلية التبرع ، و في هذه الحالة يقوم الجهاز الطبي المسؤول عن العملية بفحص المتبرع و التأكد من قابليته للتبرع طبقا للمادة 7 من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 و التي تنص على عدة اجراءات يجب اتباعها قبل عملية نقل الدم ، اهم هذه الاجراءات هي اجراء محادثة طبية و فحص طبي بالإضافة الى مراقبة المتبرع طبيا.

كما نصت المادة 8 من نفس القرار على " كل عملية انتزاع للدم تسبق اجباريا بفحص طبي للمتبرع يشمل الفحص الطبي فحصا دقيقا و فحصا عاما ، يستنتج منه تقدير للحالة العامة للمتبرع" و عليه و طبقا لهذه المادة يجب مراقبة الحالة الصحية العامة للمتبرع قبل القيام بعملية التبرع كقياس ضغط دمه و وزنه ، حيث انه لا يجب ان يقل وزنه عن 60 كلغ بالنسبة للرجال و 40 كلغ بالنسبة للنساء و خلوه من امراض معينة كزهري و ضغط الدم و امراض الحساسية كالربو ، السكر و امراض الغدة الدرقية و غيرها من الامراض المعدية و مرض الايدز [1].

و للطبيب السلطة التقديرية في مطالبة المتبرع بإجراء تحليل دموي قبل عملية التبرع يفحص فيه نسبة الهيموجلوبين للتأكد من خلو المتبرع من مرض فقر الدم و هذا طبقا للمادة 12 من القرار الوزاري السالف ذكره.

كما نصت المادة 9 من نفس القرار على اجبارية اجراء تخطيط كهربائي للقلب قبل عملية التبرع بالخلايا الدموية بطريقة الافيرز[2] و هذا لكون التبرع بهذه الطريقة فيه خطر لا سيما على القلب و الاوردة و الجهاز الهضمي.

كما نصت المادة 10 من نفس القرار على ضرورة اجراء التحاليل المتعلقة بخصائص الدم و البلازما في حالة عملية التبرع بطريقة الافيرز[3] .

اما بالنسبة لمتلقي الدم و هو المريض يجب ان يخضع الى فحص مسبق و قبل عملية حقن الدم و هو ما يسمى بفحص ما قبل عملية نقل الدم و تشمل :

---

[1] خالد موسي توني : مرجع سابق ، ص 40

[2] عملية التبرع بالخلايا الدموية بطريقة الافيرز تتمثل في سحب الخلايا الدموية من المتبرع بواسطة الة تسمى الافيرز و ترجع اليه باقي المكونات

[3] عملية التبرع بالبلازما بالافيرز هي طريقة يتم سحب البلازما فيها من المتبرع عن طريق الة تسمي الافيرز تم يعاد اليه باقي المكونات

- تحديد فصيلة الدم ، و هذه العملية تكون لكل من المتبرع و المتلقي للتأكد من توافق الفصيلتين و التأكد من وحدة (RH).
- التأكد من خلو الدم المنقول من الامراض و الفيروسات حيث نصت المادة 361من قانون الصحة 18-11 على " كما يمنع نزع الاعضاء و الانسجة من اشخاص احياء مصابين بأمراض من شانها ان تصيب صحة المتبرع او المتلقي " ، و عليه فان جل التشريعات اوجبت على مراكز نقل الدم التأكد من خلوه من الامراض و الفيروسات خاصة عند استراد الدم و مشتقاته .

كما يجب ان تتم عملية نقل الدم اي سحب الدم من المتبرع و حقنه للمريض تحت اشراف طبيب مختص باعتباره المسؤول على متابعة العملية .

3- الموازنة بين مصلحة الطرفين:

معناه يجب الموازنة بين المخاطر و الاضرار التي قد يتعرض لها كل من المريض و المتبرع من جهة و الفائدة اي العلاج الذي يمكن ان يستفيد منه المريض من جهة اخري .

و مادام ان عملية نقل الدم هي احدى الاعمال الطبية التي تقوم في جوهرها على الموازنة بين الاخطار و فرص الشفاء فان من يلقى على عاتقه عملية الموازنة هو الطبيب ، الا ان الفقه يشترط ان تراعى الظروف التالية :

ان يكون هناك خطر محدق بالمريض قد يؤدي الى وفاته في بعض الاحيان اذا لم يتم نقل الدم اليه ، و في نفس الوقت ان لا يترتب على اخذ الدم من المتبرع الحاق ضرر في وضائف جسده و لا يحدث لها اي خلل نتيجة عملية نقل الدم .

كما يجب ان يكون الخطر المراد تفاديه اكبر بكثير من الضرر الذي يلحق المتبرع .

فالطبيب يجب ان يكون دقيقا في الاحتمالات و النتائج المتوقعة خاصة المخاطر و المزايا المترتبة عن هذه العملية ، و عليه لا يجوز التبرع بالدم اذا كان ذلك سيؤدي الى وفاة المتبرع مثلا بل يجب المحافظة على صحة الطرفين و هذا ما جاءت به المادة 360 فقرة 1 بقولها ' لا يجوز ممارسة نزع الاعضاء او الانسجة او الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع اذا عرض حياة المتبرع الى الخطر " .

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع عملية نقل الدم توصلنا الى ان الدم عبارة عن سائل حيوي يتكون من خلايا و بلازما يقوم بعدة وظائف تضمن الحياة بصفة عامة ، فهو الذي ينقل الاكسجين الى الجسم كما يعمل كمانع للأمراض من خلال صناعة الاجسام المضادة التي تقضي على المكروبات و الفيروسات و الجراثيم .

و لقد نظم المشروع الجزائري عمليات نقل الدم و المؤسسات المكلفة بها و جعل لها اطار قانوني حدد فيه شروط ممارسة عملها وفق قواعد و نظم خاصة للحد من اخطار التي يمكن ان تمس المتبرعين و

المرضى على حد سواء من جراء عملية نقل الدم و التي تتميز عن باقي الاضرار الطبية الاخرى من حيث حجمها و صعوبة تقديرها خاصة المعنوية منها .

كما نص المشرع الجزائري على بعض الضوابط القانونية والطبية التي يجب مراعاتها عند القيام بعملية نقل الدم اهمها السرية و المجانية و الحصول على رضا كل من المتبرع و المتلقي او المريض و غيرها من الضوابط التي يجب التقيد بها لإتمام هذه العملية .

و قد وضعت هذه الضوابط للتوفيق بين حماية جسم الانسان من جهة و ضمان استخدام الدم المتبرع به لصالح المرضى و المصابين في اطاره الانساني بعيدا عن اي اغراض اخري من جهة ثانية .

الا انه تبقى هناك بعض النقائص التي اغفل عنها المشرع الجزائري ، فقد نص على سبيل المثال و ليس الحصر على الزامية الحصول على رضا المتبرع الا انه لم ينص على كيفية التعبير عن الرضا و ترك ذلك للقواعد العامة عكس المشرع الفرنسي و الاردني الذي اشترط ان يكون رضا المتبرع كتابيا و هذا لكون عملية التبرع بالدم تتعلق بجسم الانسان و الذي يكتسي اهمية كبيرة .

كما نص كذلك على مبدا السرية اي عدم معرفة كل من المتبرع بالدم و المستقبل له او المتلقي لكل منها الاخر و الذي يعتبر مبدا اساسي في عملية نقل الدم ، الا انه اي المشرع الجزائري لم يتطرق الى مضمون هذا المبدأ و اكتفى بإلزامية السرية في التبرع و فقط ، حيث ان مبدا السرية في الاعمال الطبية يختلف عن السرية في عملية التبرع بالدم.

و من خلال كل ما توصلنا اليه يمكن ان نقترح بعض التوصيات :

- جمع كل القرارات الوزارية الصادرة عن وزارة الصحة و غيرها و المتعلقة بتنظيم عملية نقل الدم و وضعها في تشريع او قانون موحد حتى تكون منظمة و اعطائها اكثر الزامية
- ضرورة النص على بعض الوضعيات الاستعجالية المتعلقة بتوريد الدم للمؤسسات الصحية من خارج الولاية قصد التكفل بحاجيات المرضى المصابين في الوقت المناسب
- يجب النص علىامكانية تجاوز مبدا السرية في بعض الحالات المرضية الاستعجالية اي السماح بمعرفة المتبرع بالدم و المتلقي له مثل حالات فصائل الدم النادرة غير المتوفرة لدى مراكز نقل الدم .
- استقلالية هياكل نقل الدم عن باقي المؤسسات الصحية العامة لضمان رقابتها و تحسين اداءها و تطويرها .
- تنظيم ملتقيات علمية وطنية و دولية حول الاطر القانونية لعملية نقل الدم و تفعيل البحث العلمي في هذا المجال .
- محاولة منح المتبرع هدايا و جوائز و شهادات لتحفيزه و تشجيعه في المواصلة في عملية التبرع و تقديرا لجهوده المبذولة .

المصادر و المراجع:

1- القوانين :

- الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975
- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها الملغى بقانون الصحة 2018 .
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة اخلاقيات الطب ج ر عدد 52 لسنة 1992
- قانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 يتعلق بالصحة
- القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المحدد للقواعد المنظمة للدم و مكوناته

2- الكتب :

- محمد جلال حسن الاتروشي : المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم ، دار الراية للنشر و التوزيع ، الاردن ، 2008
- حمد سليمان الزيود : المسؤولية المدنية في عملية نقل الدم الملوث ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2009
- رايس محمد : نطاق و احكام المسؤولية المدنية للأطباء و اثباتها ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2012
- عادل عبد الحميد الفجال : احكام التصرف في الدم البشري و اثاره في القانون المدني و الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، منشاة المعارف ، مصر ، 2009
- خالد توني : المسؤولية الجنائية في مجال عملية نقل الدم ، دار النهضة العربية ، مصر ، دون سنة نشر

3- الرسائل و المذكرات :

- وافي خديجة : المسؤولية المدنية و الجنائية في عمليات نقل الدم ، دراية مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، تخصص علوم قانونية ، كلية الحقوق ،جامعة سيدي بلعباس الجزائر، 2015-2016
- زهدور كوثر : المسؤولية المدنية في عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا ، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، الجزائر 2012-2013
- منصر نصر الدين : المسؤولية المدنية لمراكز نقل الدم في التشريع الجزائري ، مذكرو ماجستير في القانون ، تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة ادرار ، الجزائر ، 2014-2015
- ابن الزبير عمر : المسؤولية المدنية لمراكز نقل الدم : مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر 2002

- بومدان عبد القادر : المسؤولية الجزائية للطبيب عن افشاء السر المهني ، مذكرة ماجستير في القانون ، تخصص مسؤولية مهنية ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو، الجزائر ، 2011

الإطار التشريعي للتلقيح الاصطناعي

د. بوعمرة آسيا

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ملخص:

يعتبر مشكل العقم مشكلة مرضية تصيب بعض الزوجين وتجعلهم غير قادرين على الانجاب بالطريقة الطبيعية، وبالتالي كان من واجب الأطباء المختصين إيجاد حل لهذه المشكلة والمتمثل في التلقيح الاصطناعي ولكن هذا الحل السحري للانجاب أدى الى عدة مشاكل قانونية وخاصة في الدول الغربية التي تمارس هذه العملية بكل حرية بدون قيود، مما أدى بمختلف الدول لتقنين هذه العملية وبالتالي الهدف من هذا البحث هو استنتاج ما مدى فعالية التشريع الجزائري في معالجة مسالة التلقيح الاصطناعي مع دراسة مقارنة لمختلف التشريعات الوطنية الاخرى .

Abstract

The problem of infertility is a pathological problem that affects some spouses and makes them unable to have children in the natural way, and therefore it was the duty of specialized doctors to find a solution to this problem, which is artificial insemination, but this magical solution to procreation led to several legal problems, especially in Western countries that practice this process freely Without restrictions, which led various countries to legalize this process and therefore the aim of this research is to conclude how effective is the Algerian legislation in dealing with the issue of artificial insemination with a comparative study of various other national legislation.

الكلمات المفتاحية : التلقيح، الصناعي، الأمشاج، الانبوب، الانجاب، العقم.

مقدمة:

يسعى الطب في مختلف المجالات الى البحث الى ايجاد عدة حلول لمشاكل طبية مستعصية وبالفعل مع التطور التكنولوجي والعلمي توصل الطب الى ايجاد حلول لمشاكل طبية كانت تعتبر مستحيلة في الماضي ومن بين هذه المشاكل الصحية مشكلة العقم وعدم الإنجاب التي تمثل أهم المشكلات التي تتعرض لها البشرية نظرا لارتباطها بصفة مباشرة بتكوين اسرة والتي أثرت عليها عدة عوامل ومن بينها تأخر سن الزواج سواء بالنسبة للرجل أو المرأة والضغوطات الاجتماعية والمعيشية بالاضافة للمشاكل البيئية والصحية التي أثرت على هذا المجال.

وبالتالي سارع العلم لإيجاد حلول للمشكلات الطبية المتعلقة بالإنجاب وحقق انجازات مبهرة في هذا الميدان ولكن كلما يتوصل إلى العلم لحل مشكلة طبية يتبعه إشكال شرعي وقانوني متزامن مع هذه الحلول.

ومن بين التقنيات العلمية المستعملة في مجال الإنجاب طرق المساعدة الطبية على الإنجاب التي تتنوع ومنها التلقيح الاصطناعي واول عملية تلقيح اصطناعي بشري كانت سنة 1770 من طرف العالم "هنتر"[1] حيث طبق هذه التقنية على زوجين عقيمين وكان السبب وجود عاهة وراثية لدى الزوج لتكلل التجربة بالنجاح اما اول عملية اثمرت عن حمل كانت سنة 1986 بواسطة الجراح جون هالد حين قام بحقن السائل المنوي داخل الرحم لتتطور هذه التقنية بعدها وتعرف رواج كبيرا[2] ، اما بالنسبة للجزائر فكانت سباقة في انشاء اول مركز على مستوى القارة الافريقية المتكفل بمشاكل العقم في التسعينات والذي قام باجراء عدة عمليات تلقيح ناجحة وهذا خلالي سنتي 1992 و1993 ويتعلق الامر بمستشفى نفيسة محمود [3].

ونظرا للتطور العلمي والطبي الهائل فان تقنية التلقيح الصناعي تثير عدة مشاكل اخلاقية وطبية وقانونية وشرعية لاستهدافها اعضاء بشرية تنقل الصفات الوراثية وتحدد نسب المولود وبالتالي تحديد ابيه وامه وبالتالي لا تعادل الاعضاء البشرية الأخرى.

وتتمثل معظم الاشكالات في هذا المجال مدى امكانية حفظ الاجنة المشكلة من التلقيح الصناعي، وامكانية انشاء بنوك النطاف والاجنة والبويضات، جواز التخلص من الاجنة ، مشروعية التصرف في النطاف والبويضات بالبيع والتبرع ، مدى امكانية تاجير الارحام وامكانية التلقيح

---

[1] -Willem, Johan , History of human artificial insemination.Genk Institute for Fertility Technology, Department of Obstetrics and Gynaecology,p2,2010

[2] انظر الرابط الاتي : www.islamsyria.com تاريخ الزيارة 02 جانفي 2022

[3] -انظر الرابط: www.djazairess.com: ، تاريخ الزيارة 02 جانفي 2022

الاصطناعي بعد الوفاة وغيرها من المشاكل التي لا تزال عالقة، وبالتالي موضوع التلقيح الاصطناعي موضوع شائك ينتج عنه عدة اثار قانونية وجب على مختلف التشريعات تقنينها وتوضيح ما هو الجانب المسموح وماهو الجانب الممنوع فالهدف من هذه الدراسة هو تحديد الاطار التشريعي المعتمد لمختلف الدول سواء المسلمة منها او الغربية منها لمسألة التلقيح الاصطناعي وتحديد النظرة المختلفة لهذه الدول في هذه المسالة والاشكالات الناجمة عن ذلك.

بالتالي فاشكالية هذا البحث تتمثل في ما هي المشاكل القانونية الناجمة على تطبيق عملية التلقيح الاصطناعي في مجال العقم؟ ومامدى فعالية التشريع الجزائري في التحكم في هذه التقنية ؟ ولايجاد الحلول لهذه الاشكالات القانونية قمنا بدراسة مقارنة لمختلف التشريعات العربية والاوربية والوطنية ولدراسة هذا الموضوع قمنا بتقسيم الدراسة الى الخطة التالية:

المبحث الأول:أسباب ظهور التلقيح الاصطناعي وانواعه:

المطلب الأول:اسباب ظهور التلقيح الاصطناعي

المطلب الثاني:أنواع التلقيح الاصطناعي

المبحث الثاني: موقف التشريعات من التلقيح الاصطناعي

المطلب الأول: موقف الدول المسلمة

المطلب الثاني موقف الدول الأوربية

المبحث الأول:أسباب ظهور التلقيح الاصطناعي وانواعه:

يعتبر التلقيح الاصطناعي تقنية طبية تساعد الزوجان في تحقيق حلم الإنجاب، وذلك بعد فشلهما في الانجاب بطريقة طبيعية او عدم امكانية حل هذه المشكلة بالوسائل الطبية الاخرى ومنها اخذ البرتوكولات الدوائية او العمليات الجراحية وبالتالي تعتبر هذه التقنية معجزة طبية في مجال حل مشاكل العقم وتتعدد اسباب ظهورها وانواعها.

المطلب الأول:اسباب ظهور التلقيح الاصطناعي:

هناك عدة اسباب ادت الى ظهور تقنية التلقيح الاصطناعي لعل ابرزها الحق في تكوين اسرة ترتكز على المودة والرحمة والتعاون والحق في العلاج .

الفرع الاول :حق الفرد في تكوين الأسرة:

لكل انسان الحق في الانجاب وتكوين اسرة وهو حق معترف في مختلف الدساتير والتشريعات الوطنية والدولية .

1-تكريس هذا الحق على المستوى الوطني :

تعتبر الأسرة المركز الأساسي للمجتمع وجاء هذا الحق في القران الكريم قبل التشريعات [1] وبالتالي من حق الفرد رجل أو امرأة الزواج لإنشاءأسرة ، تربط افرادها رابطة القرابة الناشئة عن النسب الصادر من الزواج الشرعي وهذا الحق يعد أحد أهم الحقوق الاساسية للإنسان الذي لا يحتاج إلى نص قانوني يقره كون هذا الحق مرتبطا بالإنسان .

ونص المشرع الجزائري على هذا الحق ضمن قانون الأسرة [2] حيث عرف الزواج ضمن المادة الرابعة منه على انه عقد رضائي يتم بين رجل وامراءة على الوجه الشرعي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب وبالتالي يعتبر الزواج ركيزة الحفاظ على الأنساب و يعتبر الإنجاب اساسا لتكوين الأسرة.

2-تكريس هذا الحق على المستوى الدولي:

لا يقتصر تكريس هذا الحق في التشريعات الوطنية بل اصبح ذو طابع عالمي وخاصة بعد ظهور منظمة الأمم المتحدة، حيث منذ نشأتها وهي تسعى لتأسيس لقواعد قانونية ضامنة لحقوق الإنسان ومنها الحق في تكوين الاسرة ونجد تكريس هذا الحق في مختلف الإعلانات والاتفاقيات الدولية كالاتي :

- **الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 [3]:**

حيث جاء في هذا الاعلان انه لكل من الرجل والمرأة متى بلغوا سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدِين.....) واعتبر هذا الإعلان [4] أن الاسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع وتتمتع بحماية المجتمع والدولة.

- **العهدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية[5] والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية [6]:**

---

[1]قال تعالى" يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاءً" (النِّساء/ 1)،

[2]-القانون رقم 84-11 المؤرخ في9يونيوسنة1984 المتضمن قانون الاسرة ، المعدل والمتمم.جريدة رسمية رقم 41 المؤرخة في 19 سبتمبر 1984

[3]-انظر المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تبنته الأمم المتحدة 10 ديسمبر 1948 بباريس .

[4]- البند الثالث من المادة السادسة عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ،المرجع السابق.

[5]- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسيةاعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 /مارس 1976،

[6] - **العهد الدولي الخاصبالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966.تاريخ بدء النفاذ: 3 يناير 1976.**

نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على الحق في تكوين الاسرة بنفس معنى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان [1] وأما العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فقد تضمن نفس المعنى ولكن باختلاف في التعبير حيث جاء فيه إلزامية منح الاسرة أكبر قدر ممكن من الحماية.

- **الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1950:**

نصت هذه الاتفاقية على هذا الحق [2] بالاشارة الى انه يتمتع الرجل والمرأة في سن الزواج بحق التزوج وتكوين أُسرة وفقا للقوانين الوطنية التي تحكم ممارسة هذا الحق.

- **الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان لسنة 1948:**

جاء في مضمون هذا الإعلان انه لكل شخص الحق في تكوين أسرة، التي تعتبر العنصر الأساسي للمجتمع والحصول على الحماية لها.

- **اتفاقية سيداو لسنة 1979 :**

عرف اتفاقية سيداو (CEDAW) بانها اتفاقية دولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، كما اشارت هذه الاتفاقية على التدابير التي تتخذها دول الأطراف لحماية الأُمومة[3] كما ركزت الاتفاقية على منح المرأة الفرصة الكاملة والحق في اختيار الزوج بعيدا عن الضغوطات التي تنقص من حريتها.

الفرع الثاني: الحق في العلاج:

نلاحظ أيضا ان حق العلاج حق مكرس على المستوى الوطني والدولي كالاتي:

1-تكريس الحق في العلاج في التشريع الوطني:

نص الدستور الجزائري على الحق في العلاج من خلال النص على الرعاية الصحية كحق للمواطن و كذا ربطها بالوقاية من الأمراض و الأوبئة وبالتالي فالحماية الدستورية لهذا الحق ترتكز على وضع ضمانات أساسية خاصة من خلال التشريعات لان إقرار الحق في الرعاية الصحية للجميع ينتج عنه تحقيق مبدأ المساواة بين الأفراد داخل المجتمع [4]وبالتالي ينص قانون الصحة الجزائري على ضمان

---

[1]-المادة 23 من العهد الاول للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966 :

[2]-أنظر المادة 12 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المؤرخة في 04 نوفمبر سنة 1950:

[3]-المادة 4 من اتفاقية سيداو لسنة 1979

[4] -ريطال صالح ، الحماية الدستورية للحق في الصحة ، جامعة سعيدة ، مجلة البحوث القانونية والسياسية ، العدد العاشر ، جوان 2018، ص 964

مجانية العلاج و ترقيته عبر المبادئ الأساسية المتصلة بالصحة والى جانب ذلك تحضي الأسرة بحماية صحية متميزة قصد سلامة الأفراد فيها عبر وضع تدابير طبية و إجتماعية و إدارية لأجل حماية الطفولة و الأمومة .

2- تكريس الحق في العلاج في التشريع الدولي:

لقد تم تكريس الحق في العلاج على المستوى الدولي وذلك لاجل تلبية الاحتياجات الصحية للأفراد التي تعتبرركيزة الدفاع عن حقوق الإنسان وهي تشمل الحق في البقاء والحياة دون التعرض لمعاناة ونص على هذا الحق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[1] كما أنه على الدولة اتخاذ تدابير لضمان تمتع جميع المواطنين بعناية طبية وخدمات اجتماعية ضرورية.

ولقد تعززت مكانة الحق في العلاج وتحقيق الأمن الصحي عندما تم تضمينه في" تقرير التنمية البشرية الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي للعام 1994 ، وذلك باعتباره أحد أركان مفهوم الأمن الإنساني الحديث[2].

كما جاء في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية السابق ذكره الحق في العلاح والصحة باعتباره حق مرتبط بكل إنسان حيث له الحق بان يتمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية. [3]

الفرع الثالث : أسباب اجتماعية نفسية :

تبين من الدراسات الطبية أن العقم الذي يصيب المرأة أو الرجل ليس ناتج فقط من الأسباب الطبية بل يمكن أن تكون هناك أسباب أخرى تتمثل في الأسباب الاجتماعية أو النفسية وتتمثل الأسباب الاجتماعية عادة في تأخر سن الزواج للمرأة أو الرجل الذي يعتبر عامل مؤثر على الإنجاب، وبالتالي يفضل الزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لعدم تضيع الوقت وفي بعض الأحيان يكون الزواج مبكرا ولكن الزوجين يفضلان تأخير سن الانجاب إلى المستقبل لان وضعيتهم الاجتماعية لا تسمح بالإنجاب لعدم توفر مسكن خاص بهم أو لضيق مسكنهم في انتظار تحسين وضعيتهم .

---

[1]-المادة 25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على انه لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفى لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والمسكن والعناية الطبية.

[2] -احمد طيلب ، الامن الصحي في الظروف الاستثنائية بين تكريس الحق وصناعة الوعي، مجلة دفاتر البحوث العلمية ،جامعة خميس مليانة المجلد 8 العدد 2 الصفحة 61-75 سنة 2020 ، ص 63.

[3]-انظر المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية1966.

كما يمكن ان تكون الأسباب نفسية حيث أكد الأخصائيين في الطب الإنجابي، أن الحالة النفسية للزوجين تلعب دور كبيرا في حدوث الحمل فالاضطرابات النفسية عند المرأة والرجل قد تنعكس على سلامة الأجهزة المختصة بالإنجاب، لان الضغط النفسي يؤثر على الدماغ وبالتالي على الهرمونات.

وفي دراسة نشرتها المجلة البريطانية الطبية، أظهرت النتائج أن النساء اللواتي يتعرضن لدرجات عالية من الضغط النفسي والعقلي تكون فرص الحمل لديهن أقل بالنصف من النساء الأخريات، وأن النساء ذوات مستويات التوتر العالية قلت فرصة الحمل عندهم بنسبة 29% عن غيرهن من النساء ذوات مستويات التوتر المنخفضة[1].

المطلب الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي:

لكل إنسان الحق في أن يفكر في إنجاب كثير من الأطفال إلا أن هذا الحلم يبقى صعب التحقق لبعض الناس لأنهم يواجهون مشكلة صحية تجعلهم غير قادرين على على تحقيق ذلك وهذا ما يؤدي بهم إلى البحث على وسيلة طبية تحل هذه المشكلة والمتمثلة في الانواع المختلفة للتلقيح الاصطناعي .

الفرع الأول: أنواع التلقيح الصناعي من حيث طبيعته:

ينقسم التلقيح الاصطناعي من حيث طبيعته الى الانواع الاتية:

1-التلقيح داخل الرحم:

يعتبر التلقيح داخل الرحم او تحديدا ما بعد عنق الرحم في الجانب الاعلى منه [2] أنه نوع من أنواع التلقيح الصناعي الذي يمكنه حل مشكلة الانجاب و يتم على إثره إدخال الحيوانات المنوية للزوج في رحم الزوجة وبالتالي يتم هذا التلقيح داخل جسم المرأة ويستعمل هذا النواع من التلقيح في الحالات التالية:

- إصابة المرأة بنوع من الالتهابات في عنق الرحم.
- نقص في عدد الحيوانات المنوية عند الرجل.
- ضعف في حركة الحيوانات المنوية عند الرجل.

من الممكن الخضوع لهذا النوع من التلقيح بالتزامن مع أخذ دواء لتحفيز عملية التبويض، ويعد هذا المزيج ذو فاعلية تزيد من فرص نجاح الحمل والإخصاب.

2- التلقيح خارج الجسم :

من أشهر أنواع التلقيح الصناعي لحل مشاكل الإنجاب هو التلقيح عبر الأنابيب، حيث في هذا النوع من التلقيح يتم يتم إعطاء المرأة أدوية تحفز المبيضين لإنتاج العديد من البويضات الناضجة في

---

[1]-لمزيد من المعلومات انظر الرابط : https://al-ain.com/article / تاريخ الزيارة 15 فيفري 2022

[2]-عطية على هادي الهلالي .المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية و التقنيات المساعدة في الإنجاب(المجلد 01)لبنان :منشورات حلبي الحقوقية ، 2012 ص 244.

وقت واحد بدلا من بويضة واحدة كما هو الحال في الظروف الطبيعية ،ويتم استخراج البويضات من مبيض المرأة ليتم تخصيبها مخبريا مع الحيوانات المنوية المأخوذة من الزوج في انبوب زجاجي لفترة من الزمن ليتم التخصيب في ظروف مخبرية ملائمة وبعد تلقيح البويضة يتم انقسامها المتتالي والحصول على جنين ونجاح عملية الإخصاب وبعدها يزرع الجنين في رحم المرأة ويستكمل نموه الطبيعي داخل رخم الزوجة [1] وتعتبر الطفلة " لويزا براون" أول طفلة انابيب نتيجة تلقيح بويضة الام بحيوان منوي من الزوج [2].

الفرع الثاني أنواع التلقيح الاصطناعي من حيث أطرافه:

يتم التلقيح الاصطناعي عادة بين الزوج والزوجة وهذا ما هو منتشر في الدول الإسلامية ولكن يمكن أن يكون التلقيح بتدخل أطراف أخرى وهذا ما هو منشر في الدول الغربية وبالتالي يمكننا ذكر حالات التلقيح الاصطناعي حسب الأطراف المشاركة في هذه العملية كالاتي:

1- التلقيح بين الزوج وزوجته :

تتم هذه العملية حسب الحالات المذكورة سابق إما بالتلقيح الاصطناعي داخل الرحم او خارجه بين نطفة الزوج وبويضة الزوجة.

2- التلقيح بتدخل أطراف اخرى :

قد لا تتحقق نتيجة بالتلقيح الذي يتم بين الزوج والزوجة لاسباب صحية ولذلك يجب اللجوء إلى طرف ثالث أو رابع لإتمام هذه العملية وهنا نجد الحالات التالية:

- الحالة الأولى أن يتم التلقيح الصناعي بين نطفة الزوج وبويضة امرأة أخرى من غير الزوجة،
- الحالة الثانية أن يتم التلقيح بين بويضة الزوجة ونطفة رجل غير الزوج أي ما يسمى بالمتبرع ،
- الحالة الثالثة أن يتم التلقيح بين نطفة وبويضة من المتبرعين وتزرع في رحم الزوجة ،
- الحالة الرابعة أن يتم التلقيح بين نطفة الزوج وبويضة الزوجة وتزرع في رحم إمراءة أخرى وهذا ما يسمى بتأجير الأرحام.

وكل هذه الحالات المذكورة اين يكون التلقيح بتدخل شخص اخر محرمة في الشريعة الاسلامية وتمنعها مختلف الدول الإسلامية، وبالمقابل ينتشر استعمالها في الدول الأخرى الغيرالمسلمة بطريقة واسعة.

بعد دراسة اسباب اللجوء الى التلقيح الاصطناعي وانواعه نتعرض لمختلف مواقف التشريعات من عملية التلقيح الاصطناعي أي وضعية تقنين هذه الظاهرة الطبية المعاصرة.

---

[1] -أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، .الإسكندرية، 2007 ، ص 10

[2] - العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة تخرج القضاة، الدفعة السادسة، ، 2008 ، ص93.

المبحث الثاني موقف التشريعات من التلقيح الاصطناعي :

بالنظر الى المخاطر التي يمكن ان تنجر عن سوء استعمال هذه التقنية سواء بالنسبة للزوجين او المجتمع باسره فانه لابد من احاطة استعمال هذه التقنية بمجموعة من الضوابط القانونية لحسن استعمالها نظرا للاثار القانونية المتعددة التي تنجر عن استعمال هذه التقنية، فبغض النظر عن الدول الإسلامية التي تبيح هذه التقنية بين الزوجين فقط، فإن الاختلاف أيضا نجده في مختلف الدول الاوربية، حيث نلاحظ انه هناك اعمال مسموحة في دول وممنوعة في دول أخرى .

المطلب الأول: موقف الدول المسلمة:

مبدئيا فإن عملية التلقيح الاصطناعي تدخل في نطاق الإباحة الشرعية، من باب العلاج بمختلف الوسائل من اجل الانجاب، والرسول صلى الله عليه وسلم يحث على العلاج لقوله " ما أنزل الله داء إلا أنزل له "، واشترطت معظم الدول المسلمة على انه لا يتم اللجوء الى التلقيح الاصطناعي الا اذا دعت الضرورة لذلك وبالتالي لا يقبل الفقه الإسلامي استعمال هذه التقنية الحديثة إلا عند الضرورة القصوى، أي عدم إمكانية الزوجين الإنجاب بطريقة طبيعية، وبالتالي لا يمكن اللجوء الى عملية التلقيح الاصطناعي للزوجين الذي لديهم بنات وأرادو انجاب ذكر بحيث يمكن بهذه التقنية اختيار جنس المولود، ذلك أنه يتعين على المرأة في غياب عامل الضرورة أن تحفظ فرجها كما أمرتها الشريعة الإسلامية[1] و أن يخضع لهذه العملية الزوجان فقط لكي يكون النسب شرعيا فالمولود يجب أن يكون ناتجا عن علاقة شرعية تربط الرجل بالمرأة، وهذا بخلاف التشريعات الغربية التي تجيز استعمال هذه التقنية بالنسبة لغير المتزوجين حيث يمكن انجاب أطفال بدون زواج.

وبالتالي موقف الدول المسلمة موقف موحد فيما سبق ذكره ولكن تكريس هذه التقنية ضمن التشريع يختلف من دول مسلمة الى أخرى حسب الزاوية التي ينظر اليها لهذه التقنية ولذلك نتعرض لموقف المشرع الجزائري وتشريعات بعض الدول المسلمة .

الفرع الأول:موقف المشرع الجزائري :

لقد نص المشرع الجزائري ضمن قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة، قبل تعديله سنة 2005 في المادة 40 على ما يلي: " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة، وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول كما نصت المادة 41 من هذا

---

[1] -تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2001 ص 98.

النص على مايلي ينسب الولد لابيه متى كان الزواج شرعيا وامكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة "

وما يمكن ملاحظته انه لم يشير المشرع الجزائري الى التلقيح الاصطناعي ضمن هذا النص ولكن ما يمكن استنتاجه هو انه المادة 222 من قانون الأسرة تحيل الى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة.

ونلاجظ ان الشريعة الإسلامية قد اجازت اللجوء الى التلقيح الاصطناعي بين الزوجين وعليه اصبح بالامكان إثبات نسب الابن إلى أبيه متى ثبت أن المرأة قد حملت من نطفة الأب بغض النظر عن الوسيلة التي أدت إلى ذلك [1].

وهذا ما أكدته القرارات الصادرة عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب.

ولكن ما يمكن ملاحظته هو ان المشرع الجزائري لم يترك الفراغ القانوني المتعلق بتقنين التلقيح الاصطناعي مطولا بل نص في تعديل قانون الاسرة بموجب الأمررقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، على امكانية التلقيح الاصطناعي ضمن المادة 45 مكرر، حيث سمح باللجوء إلى التلقيح الصناعي بشروط وتتمثل فيما يلي:

- بان تربط بين الرجل والمرأة علاقة زوجية شرعية،
- أن يكون التلقيح الصناعي برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
- أن يكون التلقيح الصناعي بمنى وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما،
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ،

وما يمكن ملاحظته هو أن المشرع الجزائري نص على التلقيح الاصطناعي في مادة واحدة مختصرة ولكنها جد واضحة وصريحة حيث نلاحظ أن المسموح في هذا المجال هو التلقيح الاصطناعي الذي يتم بين الزوج والزوجة فقط دون تدخل طرف ثالث أو رابع لان هذه العملية مخالفة للشريعة الإسلامية وتعتبرزنا واختلاط للأنساب، كما انه يجب أن يتم التلقيح الاصطناعي برضي الزوج والزوجة، كما منع أن يكون التلقيح بعد وفاة احدهما وهذا لما له من اثار على الإرث، كما منع اللجوء للام البديلة وهنا جاء المعنى واسع يشمل أيضا الزوجة الثانية بالرغم من ان الولد شرعي الا انه ذلك يعتبر تعدي على معنى الأمومة واختلاط مفهومها.

كما نص المشرع الجزائري على التلقيح الصناعي ضمن القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة ، في القسم الثالث وذلك ضمن الاحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الانجاب وقام بتعريفها على انها نشاط طبي يسمح بالانجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقد المؤكد

---

[1] تشوارجيلالي المرجع السابق ، ص 96 ،97.

طبيا، وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الاباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب [1]، جاءت هذه الاحكام مكملة لأحكام قانون الأسرة حيث وضح بصفة دقيقة مفهوم التلقيح الصناعي، كما نص على منع التداول لغاية البحث العلمي والتبرع والبيع وكل اشكال أخر من المعاملة المتعلقة بالحيوانات المنوية أو البويضات حتى بين الضرات وهنا نلاحظ النص بصفة صريحة على منع تبرع زوجة لزوجة ثانية ببويضتها على عكس احكام قانون الاسرة الذي جاء ت واسعة ، كما يمنع المشرع ضمن هذا النص كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس.

وبالتالي يمنع التلقيح الاصطناعي حسب المشرع الجزائري الذي يهدف الى اهداف أخرى من غير معالجة العقم بحيث انه لا يجوز اللجوء الى التلقيح الصناعي أو التقنيات الطبية الأخرى لتحقيق أي غرض غير المساعدة على الإنجاب كتحديد جنس الجنين[2].

الفرع الثاني: موقف الدول العربية من التلقيح الاصطناعي:

كل الدول العربية انتهجت نفس المنهج على غرار المشرع الجزائري فهي حرمت ما هو محرم في الشريعة الإسلامية وأباحت ما هو مباح ولكن هناك عدة دول لا تحتوي على تنظيم قانوني لهذا المجال وأخرى نظمته بطريقة محتشمة وما يمكن ملاحظته هو ان ليبيا هي أول دولة عربية قننت موضوع التلقيح الاصطناعي حيث نص المشرع الليبي في القانون رقم 175 لسنة 1972 المتعلق بقانون العقوبات على مادتين حيث نص ضمن المادة 403 مكرر من هذا القانون على انه يعاقب كل من لقح امرأة تلقيحا صناعيا بالقوة أو التهديد أو الخداع بمدة تزيد على عشر سنوات، كما تكون مدة العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها، كما تنص المادة 403 مكرر ب على انه تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحها صناعيا او تقوم بتلقيح نفسها صناعيا بالسجن مدة تزيد على خمس سنوات ويعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان التلقيح بعمله ورضاه ، ويعتبر تلقيح بدون رضى الزوجة إذا تم تلقيح المرأة بعد تخديرها وهي لا تعلم والمقصود من تخذيرها هو التلقيح فان ذلك يعتبر من قبيل تلقيحها بدون رضاها بطريق الخداع، وزاد مقدار العقوبة بنصف إذا وقعت الجريمة من طبيب او صيدلي او قابلة او احد معاونيها وذلك حتى لا يقدم أي من هؤلاء على ارتكاب الجريمة.

---

[1]-المادة 370 من القانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو سنو 2018 يتعلق بالصحة ، جريدة رسمية رقم 46 المؤرخة في 29 يوليو سنة 2018

[2]-سيف إبراهيم المصاورة ، التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون مجلد 42 العدد 2 ، 2015 ص 506

ونص المشرع الليبي في المذكرة الإيضاحية المتعلقة بتعديل قانون العقوبات بإضافة أن تلقيح النساء صناعيا يتنافى مع الأخلاق وعادات وتقاليد مجتمعنا الإسلامي لما فيه من احتمال اختلاط الأنساب وتغير لسنة الله في خلقه فضلا أن التلقيح الاصطناعي يهدر الحكمة من الزواج وقد يحول الإرث لمن ليس له الحق فيه شرعا بالإضافة إلى انه لا يتفق مع المشاعر الإنسانية والترابط العائلي وما شرعه الله من مودة ورحمة وسكن بين الزوجين وبالتالي يجب محاربة هذه الظاهرة قبل ان ينتشر فساده ويتعذر علاجه .

كما نصت المذكرة الإيضاحية بانه بهذا التشريع تكون الجمهورية العربية الليبية قد بادرت إلى حظر تلقيح المرأة تلقيحا صناعيا محافظة على الأسرة التي تعد اللبنة الأولى في بناء كل مجتمع، مستلهمة في ذلك مبادئ الشرع الحنيف والعادات والتقاليد العربية الإسلامية الصحيحة .

وبعدها صدر المشرع الليبي القانون **رقم**17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية حيث غير المشرع الليبي موقفه فيما يخص التلقيح الصناعي ، حيث نص على انه لا يجوز تلقيح المرأة صناعيا أو زرع الجنين بالرحم إلا عند الضرورة وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما[1] لأنه في حالة تدخل طرف ثالث يؤدي ذلك الحصول على طفل بالزنا واختلاط الأنساب.

وبالتالي نلاحظ ان المشرع في البداية منع التلقيح الصناعي بكل انواعه لتفادي اختلاط الانساب وانتهاك حرمة المرأة ولكن بعدها تراجع عن موقفه وسمح بالتلقيح الصناعي بين الزوجين بموافقتهما.

أما تونس والتي تعتبر البلد العربي المتطور في ميدان الطب الإنجابي نجد المشرع نظم ميدان التلقيح الصناعي تنظيم محكم بسن القانون رقم 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي والذي جاء بكل الأحكام المتعلقة بميدان التلقيح الصناعي حيث نص على تعريف الطب الإنجابي على انه كل الأعمال الداخلة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب والرامية إلى معالجة عدم الخصوبة [2] و يشمل كل الأعمال السريرية والبيولوجية داخل الأنبوب أو أي تقنية أو عمل أخر له أثر معادل ويؤدي إلى الإنجاب البشري خارج المسار الطبيعي لذلك [3].

كما ذكر على انه لا يمكن اللجوء إلى الطب الإنجابي إلا بالنسبة إلى شخصين متزوجين وعلى قيد الحياة وبواسطة امشاج متأتية منهما فقط وان يكون في سن الإنجاب والحصول على موفقتهما الكتابية .

كما نص على انه يمكن للأشخاص الغير متزوجين استثنائيا والذي يخضع لعلاج او الذي يستعد للخضوع إلى عمل طبي من شانه ان يؤثر على قدرته على الإنجاب اللجوء الى تجميد أمشاجه قصد

---

[1] –انظر المادة 17 من القانون الليبي رقم (17) لسنة 1986 م بشأن المسؤولية الطبية.

[2] –انظر الفصل الأول من القانون التونسي رقم 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي

[3] –انظر الفصل الثاني من نفس القانون التونسي.

استعمالها لاحقا في إطار رابطة زواج شرعي وفي نطاق الطب الإنجابي وطبقا لقواعد والشروط الواردة في القانون [1] كما يمنع تكوين الجنين البشري أو استعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد انتقال النسل كما يمنع الحصول على أجنة بشرية بواسطة الأنبوب أو بتقنيات أخرى قصد الدراسة أو البحث أو التجربة .[2]

كما ينص التشريع التونسي على انه لا يمكن حفظ الأمشاج أوالأجنة المجمدة إلا لمدة قصوى لا تتجاوز خمس (5) سنوات قابلة للتجديد لنفس المدة بطلب كتابي من الشخص المعني بالنسبة للأمشاج ومن الزوجين بالنسبة للأجنة وبانتهاء هذه المدة دون تجديد الطلب أو بمجرد ثبوت وفاة احد الزوجين المعنيين يتم وجوبا إتلاف تلك الأمشاج وانهاء تجميد الأجنة وقبل انتهاء هذه المدة يمكن لكل شخص المطالبة بإتلاف أمشاجه أما بالنسبة إلى الأجنة فيشترط ان يكون طلب انهاء التجميد ممضي من قبل الزوجين معا.

كما انه يمكن بموافقة الزوجين الكتابية الحصول على أجنة زائدة وحفظها قصد إجراء محاولة جديدة لإعادة عملية الزرع وذلك بناء على راي الطبيب المباشر و يمنع اللجوء إلى الغير للتبرع بالأمشاج في إطار الطب الإنجابي كما يمنع التبرع بالأجنة[3] وبعدها صدر المشرع التونسي الأمر رقم 1027 لسنة 2003 المؤرخ في 28 افريل 2003 يتعلق بتحديد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته وهذا النص تمت الإشارة فيه بصفة صريحة إلى الأنشطة الطبية التي تدخل ضمن أنشطة المساعدة الطبية على الإنجاب والتنظيم الإداري والهيكلي والعتاد والبشري لمؤسسات المختصة في ذلك .

وما يمكن ملاحظته ان مختلف الدول الإسلامية التي ذكرناها على غرار المشرع الجزائري انتهجت موقف ديننا الإسلامي الذي لا يسمح بالتناسل إلا عن طريق الزواج الشرعي وهذا حسب ما افتى به فقهاء الإسلام في العصر الحديث بأن أية وسيلة للتناسل يستخدم فيها طرف اخر خارج نطاق الزوجية هي لاغية، وباطلة ومحرمة شرعا[4].

وبالمقابل من الفقهاء من رفض التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي والخارجي، لما فيه من انتهاك لحرمة الإنسانية وحرمة الزوجين، وقد تؤدي هذه الوسيلة للفساد والشك في الأنساب [5] وهذا مااخذ به المشرع الليبي قبل التعديل كما سبق ذكره، وذلك لتعارض هذه التقنية مع عدم جواز الاطلاع على عورة

---

[1] -انظر الفصل السادس من القانون التونسي رقم 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي

[2]–الفصل التاسع من نفس القانون التونسي .

[3]–الفصل الرابع عشر من نفس القانون التونسي.

[4]- جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، ج2، مصر، الأمانة العامة للجنة العليا للدعوة الإسلامية بالأزهر الشريف، ط1، 1994، ص .347

[5]–شادية الصادق الحسن، «حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي»، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، العدد 02، فبراير 2011، ص 06.

المرأة الأجنبية إلا لضرورة علاجية، كما أنه ينظر لهذه التقنية بعين الريبة من منطلق معارضتها لمشيئة الله في قوله تعالى: {...وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا...}[1] .

المطلب الثاني موقف الدول الأوربية:

باعتبار أن المجتمع الغربي هو الذي طور فكرة التلقيح الاصطناعي، بادرت مختلف التشريعات الاوربية الى تنظيم هذا الميدان بصفة دقيقة ، حيث كرست هذه الدول تشريعات و تنظيمات لهذه الممارسات لتقنينها ليس قصد المنع والتجريم وانما إلى تقنينها واكسابها طابع الرسمية والشرعية والعلنية وما يمكن ملاحظته اختلاف التشريعات الاوربية الخاصة بهذا المجال فبرغم من اختلاف رؤيتها مع الدول الإسلامية في التحريم، نلاحظ ان تشريعاتها تختلف من بلد الى اخر حسب اختلاف رؤياتها القانونية والاقتصادية والسياسية والإنسانية وبالتالي يمكن تقسيم تشريعات هذه الدول الى طائفتين دول لا تسمح ببعض الاعمال في مجال التلقيح الصناعي ودول أخرى تسمح بصفة واسعة كل المعاملات الخاصة بهذا المجال.

الفرع الاول : دول لا تسمح ببعض التعاملات في التلقيح الاصطناعي :

من بين التشريعات التي لا تسمح بكل الاعمال في مجال التلقيح الصناعي التشريع الفرنسي الذي يشير الى ان التلقيح الاصطناعي يتمثل في كل الممارسات السريرية والبيولوجية التي تسمح بالحمل في المختبر والحفاظ على الأمشاج والأجنة ويجب ان تمتثل هذه العمليات للمبادئ الأساسية لأخلاقيات البيولوجيا المنصوص عليها التشريعات السارية المفعول .[2]

ويسمح التشريع الفرنسي بتقنية تجميد البويضات ويفضل تنفيذ أعمال المساعدة على الإنجاب بإمكانية الحد من الأجنة المخزنة، ويبيح المشرع الفرنسي مثلا التلقيح بنطفة الغير متى كانت هناك رابطة بين طرفين أو علاقة حرة مع توافر شروطها[3] كما يبيح التبرع بالبويضات ولكن ليس بمقابل مالي لان البويضة تعتبر عضو من أعضاء الجسم ولا يمكن التشجيع على بيعها وبالتالي هذه العملية الطبية ليست جد منتشرة في فرنسا لعدم كثرة المتبرعات نظرا لعدم جني الأموال من التبرع كما وضع المشرع الفرنسي عدة قواعد لتنظيم عملية التلقيح الاصطناعي وذلك بموجب القانون رقم1017 المؤرخ في 02 أوت 2021 والمتعلق بأخلاقيات علم الأحياء[4]

---

[1]- انظر سورة الشورى الآية 50 .

[2] -Article L2141-1 de code de la santé publique francais.

[3] – –شبوعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايدبتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص 42

[4]**loi francais n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique .**

كما نص المشرع الفرنسي ضمن الفصل الثاني من القانون المدني المعدل بالقانون رقم 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994 وهو ما استقر عليه القضاء اي منع الحمل لحساب الغير فقد نصت المادة 16 فقرة 7 من هذا القانون على انه " كل اتفاق بخصوص التلقيح او الحمل لحساب الغير يعتبر باطلا وقد اعتبرت المادة 16 ف 9 ان احكام هذا الفصل من النظام العام كما ان قانون العقوبات الفرنسي نص على عقوبة الحبس لمدة سنة و 15000 اورو غرامة لكل من تقدم على هذا العمل على سبيل الاعتياد او بغرض مالي [1].

وهناك عدة دول تمنع عمليات الحمل لحساب الغير مثل فرنسا ومنها ايطاليا واسبانيا رغم تفتح هذه الاخيرة وتطورها في هذا المجال و المانيا ، السويد ، النرويج ، سويسرا ومعظم الدول الاوربية تنتهج سياسة عدم افشاء هوية المتبرعين بالنطف او البويضات، لتفادي المشاكل التي تنجر من ذلك.

ومنح التشريع الاسباني عدة تعريفات للتلقيح الاصطناعي التي نجدها في مجال طب الإنجاب وكذلك مختلف الاتفاقيات المبرمة في هذا المجال واجال تجميد الحيوانات المنوية والبويضات والاجنة [2]، كما نلاحظ ان اسبانيا عكس فرنسا لا تسمح بالتبرع بالبويضات بدون مقابل والتجارة بها ممنوع [3] وبالتالي اسبانيا تمنح تعويضات معتبرة للمتبرعين بالحيوانات المنوية والبويضات وهذا ما أدى بها الى احتلالها المرتبة الأولى في مجال الطب الانجابي وكذلك نلاحظ ان الدنمارك على غرار اسبانيا تمنح تعويضات مالية للمتبرعين .

الفرع الثاني: الدول تسمح بمعظم التعاملات في التلقيح الاصطناعي :

هناك بعض الدول الاوربية التي تسمح بمعظم الاعمال المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي منها بريطانيا حيث بدأت تفكر في إمكانية التبرع بالبويضات والحيوانات المنوية بين الأقارب أي بين الاشقاء والامهات والبنات، وقد عانت بريطانيا مؤخرا من نقص المتبرعين وبالتالي حذر خبراء الخصوبة في الاونة الاخيرة من أن هذا النقص راجع للتعديل الأخير لقانون المتعلق بالطب الانجابي لعام2005 [4] والذي الغى حق المتبرع في البقاء مجهولا ، حيث ان هذا الاجراء أدى الى انخفاض حاد في عدد التبرعات.

1- l'article 227 – 12 du code pénal francais .

2 Loi espanyole relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.du 17/07/2007.

3 -article 22 de la meme loi espanyole .

4-انظر الرابط:

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents
تاريخ الزيارة 15 فيفري 2022

لان هذا يؤدي الى اتصال الأبناء البيولوجين بالمتبرعين وهذا ما يؤثر سلبا عليهم ولا يجيز القانون في بريطانيبا دفع الاموال مقابل التبرع بالحيوانات المنوية او البويضات وتسدد حاليا في بريطانيا نفقات للمتبرعين ولكنها لا تدفع تعويضات مقابل الضرر.

كما قننت بريطانيا مختلف العمليات بيما فيها تاجير الارحام فقد نظمت هذه الأخيرة العملية بشكل واسع وسمحت بالاشهار للبحث عن النساء اللاتي يؤجرن ارحمهن وقد وضعت تشريعات ملائمة بخصوص المجانية ونسب الطفل المولود كما نظمت في مايعرف بنقل الابوة الشرعية بين الام المستعارة والزوجين طالبي الحمل كما نلاحظ ان التشريعات المتعلقة بتاجير الارحام مختلف بين هذه الدول من دول لاخرى ومنها الدنمارك واليونان و هولندا.[1]

الخلاصة :

وفي الأخير نلاحظ ان ظهور التلقيح الاصطناعي ظاهرة إيجابية لمعالجة العقم للازواج الذين لم يستطعو الانجاب بالطرق الطبيعية بشروط معينة ولكن ظهوره أدى الى خلق نوع من الإشكالات القانونية خاصة في الدول الاوربية وخاصة فيما يخص النسب والامومة وبالعودة للمشرع الجزائري نجده تكفل بالتلقيح الصناعي على غرار الدول المسلمة وحدد ما هو ممنوع وما هو مباح وهذه خطوة حسنة لتنظيم هذه العملية بصفة دقيقة .

ولكننا بالمقابل نجد ان هذه العملية غير متطورة وضعيفة في بلادنا ولذلك نجد انه هناك ضرورة لتعزيز هذه العملية في المجال التطبيقي وتطوير الخدمات الصحية المقدمة من طرف المؤسسات الصحية المكلفة بالتلقيح الصناعي وهذا الضعف راجع لعدم تنظيم بعض الجوانب التنظيمية الخاصة بالتلقيح الصناعي ولذلك نتوصل لضرورة تكريس التوصيات التالية :

- وجب على المشرع الجزائري وضع نظام قانوني شامل للتلقيح الاصطناعي يشمل مايلي:
  - وضع تعاريف دقيقة لكل المصطلحات المتعلقة بالتلقيح الصناعي مثلما فعل المشرع السعودي بموجب المرسوم الملكي رقم 76 المتعلق بنظام وحدات الاخصاب والاجنة وعلاج العقم الصادر بتاريخ2019.
  - احكام قانونية تتعلق بالطرق الامنة لتجميد البويضات والحيوانات المنوية للمتزوجين والغير متزوجين في حالة محددة كالمرض مثلا،
  - احكام تتعلق بطريقة التخلص من الاجنة الغير المستعملة في مختلف الحالات،
  - احكام تتعلق بالضمان الاجتماعي المتعلق بالتلقيح الاصطناعي ،
- التكفل النفسي داخل العيادات المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي،

---

[1]-انظر الرابط:

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents

تاريخ الزيارة 15 فيفري 2022.

- التكفل بالازواج الذين يزداد سنهم عن أربعين سنة فيما يتعلق بالتلقيح الاصطناعي حيث عادة العيادات الطبية في الجزائر لا تمارس التلقيح الصناعي للزوجة اذا فاقت سن 40 سنة بالرغم من تأخر سن الزواج في الجزائر من جهة وضرورة التكفل بالزوجين حسب وضعيتهم الصحية وليس حسب سنهم فقط، حيث نجد في البلدان الأخرى سواء العربية او الغربية تمارس التلقيح الصناعي للزوجة في اكثر من هذا السن ،
- العمل على تشجيع انشاء مراكز التلقيح الصناعي لتخفيض التكاليف الباهضة لهذه العملية الطبية الجد المهمة للانجاب ،
- تعزيز تكوين أطباء مختصين في العقم وليس فقط في طب النساء ،
- العمل على تمكين الأطباء من الحصول على دورات تكوينية في هذا الجانب من الدول المتقدمة سواء العربية كتونس والأردن او الاوربية كاسبانيا لضمان تطوير هذا العمل الطبي.

قائمة المراجع :

أ- قائمة المراجع باللغة العربية :

1-الكتب:

-أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007،

- جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، ج2، مصر، الأمانة العامة للجنة العليا للدعوة الإسلامية بالأزهر الشريف، ط1، 1994،

-العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة تخرج القضاة، الدفعة السادسة 2005،

-عطية على هادي الهلالي .المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية و التقنيات المساعدة في الإنجاب ، منشورات حلبي الحقوقية،لبنان 2012 .

- شادية الصادق الحسن، «حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي»، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، العدد 02، فبراير 2011،

-تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2001 .

2-الرسائل والمذكرات الجامعية:

-شبوعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايدبتلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016،

3-المقالات :

-احمد طيلب ، الامن الصحي في الظروف الاستثنائية بين تكريس الحق وصناعة الوعي، مجلة دفاتر البحوث العلمية ،جامعة خميس مليانة المجلد 8 العدد 2 الصفحة 61-75 سنة 2020 ،

-سيف إبراهيم المصاورة ، التكييف الجُرّمي للتلّقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون مجلد 42 العدد 2 ، 2015 .

- ريطال صالح ، الحماية الدستورية للحق في الصحة ، جامعة سعيدة ، مجلة البحوث القانونية والسياسية ، العدد العاشر ، جوان 2018.

3-الاتفاقيات والإعلانات الدولية:

- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المؤرخة في 04 نوفمبر سنة 1950:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تبنته الأمم المتحدة 10 ديسمبر 1948 في باريس

-الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان ديسمبر سنة 1948:

- **العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966.**

-العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966

4- النصوص القانونية والتنظيمية الجزائرية:

- الدستور الجزائري لسنة 2020 ، جريدة رسمية 82 مؤرخة في 30 ديسمبر سنة 2020.

-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 41 المؤرخة في 19 سبتمبر 1984

-القانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو سنو 2018 يتعلق بالصحة ، جريدة رسمية رقم 46 المؤرخة في 29 يوليو سنة 2018

5-النصوص القانونية الخاصة بالدول العربية:

- القانون الليبي رقم 175 لسنة 1972 المتعلق بقانون العقوبات

- القانون الليبي **رقم**17 لسنة 1986 م والمتعلق بشأن المسؤولية الطبية

- القانون التونسي رقم 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي

- الأمر التونسي رقم 1027 لسنة 2003 المؤرخ في 28 افريل 2003 يتعلق بتحديد أنشطة الطب الإنجابي وأساليب ممارسته

-المرسوم الملكي رقم 76 المتعلق بنظام وحدات الاخصاب والاجنة وعلاج العقم الصادر بتاريخ2019

ب- قائمة المراجع باللغة الأجنبية :

1- الكتب :

-Willem, Johan History of human artificial insemination, Genk Institute for Fertility Technology, Department of Obstetrics and

Gynaecology,2010

2- النصوص القانونية والتنظيمية:

- code de la santé publique français

-code civile français modifié 1994

-code pénal français .

LOI français n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique -

-loi espagnole relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes de 17 07 2007

3- قائمة الروابط:

-www.islamsyria.com-

تاريخ الزيارة بتاريخ 02 جانفي 2022

- www.djazairess.com

تاريخ الزيارة بتاريخ 02 جانفي 2022

- https://al-ain.com/article-

تاريخ الزيارة 15 فيفري 2022

-https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents

تاريخ الزيارة 15 فيفري 2022-

كلية الحقوق. جامعة الأغواط كلية الحقوق. جامعة جامعة غرداية

الملخص:

شرط الرضا في طلب إجراء المساعدة الطبية على الانجاب شرط أساسي، وهو سند قانوني يسمح للطبيب القيام ومباشرة العمل الطبي بإجراء عملية تلقيح الزوجة بمني زوجها، وهو شرط سابق ومكتوب يشترطه المشرع الجزائري بموجب قانون الصحة رقم: 18-11 المعدل والمتمم بين الزوجين وفي حياتهما لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، لذلك وجب موافقة الطرف المعني على إجراء العملية وموافقة الطرف الثاني أيضا، حيث لا يمكن تصور إبرام العقد بين الزوجة والطبيب فقط دون علم الزوج وموافقته، فالموافقة تكون من الزوجين، لما لتحقق أو تخلف ركن الرضا في هذا العقد من آثار قانونية.

الكلمات المفتاحية: المساعدة الطبية، العقد الطبي، العقم، الانجاب، التلقيح، الرضا.

مقدمة:

من مستجدات العلم وتطور التكنولوجيا إجراء المساعدة الطبية على الإنجاب لحلّ مشاكل عدم الانجاب التي يعاني منها الأزواج، ويجوز فيها اللجوء إلى التداوي لتحقيق غريزة الإنسان لطلب الولد والحفاظ على النسل، وقد أجازت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مشروعية الإنجاب الاصطناعي والتي جاءت من مشروعية التداوي والعلاج.

ويعمل الأطباء على علاج حالة مرضية تحول دون حدوث الحمل عن طريق الاتصال الجنسي، وعلى الطبيب تعريف كلّ من الزوجين بطبيعة العملية التي ستجرى ونوعها، وما يترتب عليها من آثار، ولا يجوز إخفاء الحقيقة عن الزوجين، لأنّهما لا يستطيعان أن يقبلا أو يرفضا المخاطر الناجمة عن عملية التلقيح الاصطناعي إلاّ بعد معرفتهما بحقيقتها وما تنطوي عليه من نتائج طبية ونفسية واجتماعية ودينية، فضلا عن النتائج القانونية.

والمشرع الجزائري أجاز إمكانية اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي، إذ خصص لها مادة وحيدة في قانون الأسرة[1]، وحتى لا تخرج عملية التلقيح عن الضوابط القانونية والشرعية أورد المشرع بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري شروط التلقيح الاصطناعي، وفي سنة 2018 وبموجب القانون رقم: 18-11 المتعلق بالصحة المعدل والمتمم اهتم المشرع الجزائري اهتماما خاصا بمجال البيو-أخلاقيات الطبية[2] ونظم أحكاما خاصة بالمساعدة الطبية على الانجاب، وأعطى لها تعريفا خاصا وحصر

---

1 القانون رقم: 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير سنة 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، عدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير سنة 2005.

2 البيو- أخلاقيات حسب المادة 354 من القانون رقم: 18-11 المؤرخ في: 18 شوال عام 1439 الموافق لـ: 2 يوليو سنة 2016، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ: 29 يوليو 2018، المعدل والمتمم بالأمر

مفهومها، وقد أجاز عمليات التلقيح الاصطناعي لغرض علاج حالات العقم[1]، وأكد المشرع الجزائري أنّ كلّ الأعمال المتعلقة بنظام المساعدة الطبية على الانجاب يجب أن تتمّ من قبل ممارسين معتمدين في مؤسسات، أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة الأعمال الخاصة بالتخصيب الاصطناعي.

وبما أنّ عقد الانجاب بالمساعدة الطبية عقد كسائر العقود فيشترط لصحته توافر شروط قانونية تتمثل في الرضا، السبب، والمحل، ولأن الرضا هو الركن الأساسي في أي عقد، ووفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني بموجب المادة 59 منه فإن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية[2]، وفي عقد الإنجاب بالمساعدة الطبية يفرض القانون اتفاق ورضا الزوجين على إجراء التلقيح الصناعي.

وتكمن أهمية البحث في أنّ الإنجاب بالمساعدة الطبية من أبرز المواضيع العلمية والقانونية التي برزت نتيجة التطور العلمي في المجال الطبي وتحقيق مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية وهي المحافظة على النسل، ومعالجة الزوجين من مشاكل العقم، وتمكينهم من الإنجاب في حدود ما يسمح به الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

وإنّ الهدف من هذه الورقة البحثية هو دراسة شرط الرضا كشرط أساسي للقيام بعملية الإنجاب بالمساعدة الطبية ومعرفة موقف الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري منه، والآثار المترتبة عنه.

وستنحصر دراستنا في هذه الورقة البحثية على شرط الرضا لصحة الإنجاب بالمساعدة الطبية في إطار علاقة زوجية صحيحة قائمة فعليا وبين الزوجين وأثناء حياتهما فقط، وهذا من خلال معالجة الإشكالية المطروحة المتمثلة في: فيما تتمثل الضوابط القانونية والشرعية لشرط الرضا في عقد الإنجاب بالمساعدة الطبية؟

ولمعالجة هذه الإشكالية اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع، والذي يتخلله من حين لآخر المنهج المقارن من خلال مقارنة طلب إجراء المساعدة الطبية على الإنجاب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مقسمين هذه الدراسة إلى ثلاثة محاور حيث نبين في المحور الأول الرضا كركن من أركان عقد الانجاب بالمساعدة الطبية، ونبين في المحور

رقم: 20-02 المؤرخ في: 11 محرم عام 1442 الموافق لـ: 20 غشت سنة 2020، الجريدة الرسمية العدد 50، الصادرة بتاريخ 30 غشت 2020، هي: "كلّ التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء، وزرعها والأنسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالهما والمساعدة الطبية على الإنجاب والبحث البيو- طبي."

1 اشترط المشرع الجزائري بموجب المادة 370 من قانون الصحة أن تكون حالة العقم مؤكدة من قبل طبيب مختص وفق تقرير طبي يؤكد توافر حالة العقم والسماح للزوجين باللجوء إلى تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب.

2 المادة 59 من القانون المدني الجزائر المعدل والمتمم.

الثاني الآثار القانونية المترتبة عن تحقق شرط الرضا، بينما نبين في المحور الثالث الآثار القانونية لتخلف شرط الرضا في عقد الإنجاب بالمساعدة الطبية.

المحور الأول: الرضا في عقد الإنجاب بالمساعدة الطبية وشروط صحته

اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب يكون في صورة عقد بين الزوجين الراغبين في الإنجاب، وتحصر الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب فقط لفائدة امرأة ورجل متزوجين وعلى قيد الحياة، وبواسطة أمشاج متأتية منهما فقط بموجب عقد يسمى بعقد الانجاب بالمساعدة الطبية، وهو العقد الذي يبرم بالاتفاق بين مؤسسة الصحة الخاصة أو المركز الطبي المختص بعمليات المساعدة على الإنجاب وبين الزوجين المعنيين ليقوم بالتدخلات الطبية التي تهدف إلى تحقيق مشروعها الإنجابي خارج السياق الطبيعي له، لمحاولة التغلب على حالة عدم القدرة على الإنجاب المؤكدة طبيا لديهما، بطرق وأساليب شرعية وضوابط أخلاقية وقانونية مقابل مبلغ مالي يدفعه الزوجان[1]، وينعقد العقد بمجرد تطابق الايجاب الصادر من أحد الزوجين وقبول الطرف الآخر به وفقا للشكل المقرر قانونا، وهذا هو العقد الأصلي، أمّا العقد التابع له فهو العقد المبرم بين الزوجين ومراكز حفظ الأجنة والبويضات والسائل المنوي.[2]

أولا: ضرورة توفر رضا حر ومستنير وواضح

الرضا شرط عام في العقود الطبية وفي ممارسة العمل الطبي على جسم المريض، ومن ثم لا يجوز للطبيب إجراء أيّ تدخل طبي على هذا الجسم دون الموافقة السابقة للمريض ولا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض، ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته.[3]

ويهدف التلقيح الاصطناعي بين الزوجين سواء كان داخليا أم خارجيا[4]، إلى علاج العقم لأحدهما أو كليهما، إلاّ أنّ العلاج وتدخل الطبيب غير مسموح به قانونا إلاّ بموافقة الزوجين على ذلك، كما أنّ

---

1 شايفة بديعة: **الجوانب القانونية للإنجاب بالمساعدة الطبية**، (أطروحة لنيل شهادة دكتوراه (ل، م، د)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2019/2018)، ص 150.

2حراش شمس الدين، عيسى زاهية: **الضوابط القانونية المستحدثة لتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب في التشريعين الجزائري والمغربي**، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد الثامن، العدد الخاص، 2022، ص 175.

3 المادة 343 من قانون الصحة الجزائري المعدل والمتمم السالف الذكر.

4 التلقيح الاصطناعي الداخلي هو 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 توافرها، أما التلقيح الخارجي أو ما يعرف بطفل الأنابيب (الإخصاب في الزجاج) فهو مجموع الأعمال الطبية التي تهدف إلى التقاء الحيوان المنوي بالبيضة خارج الرحم لتلقيحها في أنبوب اختبار وبعدها إلى الرحم بشروط وفي حالات معينة كحالات العقم المستعصية التي لا يمكن التوصل إلى سببها، أو حالات العقم غير المستعصية التي يمكن التوصل إلى سببها، ويتم التلقيح الخارجي على عدة عمليات يتم بموجبها تلقيح الزوجة بالحيوان المنوي بغير طريق الاتصال الجنسي فيقوم

الرضا لا يكون معتبرا إلاّ إذا كان مستنيرا وبكل حرية وسيادة دون إكراه وحال حياتهما وأثناء قيام الرابطة الزوجية، وأن يستمر هذا الرضا حتى وقت التدخل الطبي.[1]

ويجب على الطبيب التأكد بنفسه من موافقة الزوجين الخالية من العيوب، وإلا تقع المسؤولية عليه، لأنّه شرط واجب لصحة العقد والعملية نظرا لما ترتبه عمليات التلقيح الاصطناعي من آثار، ويحقّ لكلّ طرف أن يقدّر ما إذا كانت عملية التلقيح الاصطناعي تتوافق مع عقيدته الدينية وقناعاته الشخصية وظروفه الاجتماعية أم لا، وإذا كان يرغب في الإنجاب بهذه الوسيلة أم لا؟

والرضا المعلن عنه في هذا الشأن شخصي وصريح لا يكتنفه أيّ غموض، ويقع على عاتق الطبيب المشرف على العملية إحاطة الزوجين بكلّ المعطيات المتعلقة بها والمخاطر التي يمكن أن تعترضهما، ونسبة نجاحها إن أمكن، حتى يكون الزوجان على بينة من الأمر المقبلين عليه، فتتكون لديهما القناعة، إمّا بقبول التلقيح الاصطناعي أو رفضه.[2]

والرضا في عقد الانجاب بالمساعدة الطبية على الإنجاب هو الإيجاب والقبول الصادر من الزوجين والطبيب، والذي يجب أن يكون حرا وصحيحا خاليا من أيّ عيب من عيوب الإرادة المتعارف عليها وهي الغلط، التدليس، الغبن، الاستغلال، والإكراه[3]، ففي هذا العقد يحصل التدليس من طرف الزوج باستعمال حيل للحصول على مني رجل وتلقح به الزوجة على أساس أنّه منيّ زوجها، كما قد تستعمل الزوجة حيلا تدليسية بأخذها مني زوجها دون علمه بعد أن أوهمته بالقيام بعمليات تحليل الخلايا التناسلية للزوج فتتفق مع الطبيب المختص بالتحليل على الاحتفاظ بجزء منها حتى يتم تلقيحها، أمّا الإكراه فيتمثل في حمل أحد الزوجين وجبره على التلقيح الاصطناعي، فيكون العقد باطلا قبل إجراء العملية أمّا بعدها

الطبيب المعالج لعملية شفط البويضات في مبايض الزوجة في وسائل مشابهة لما تكون عليه في المبيض، كما يحصل على الحيوان المنوي من الزوج، وتجرى عليها اختبارات مخبرية لتنقيتها من الشوائب والحيوانات المنوية الضعيفة، ووضعها في سائل خاص يمكنها من القدرة على الاخصاب، وبعد حصول الاخصاب تنقل البيضة المخصبة إلى داخل رحم الزوجة في مدة تتراوح بين يومين وثلاثة أيام، انظر في ذلك نافع تكليف مجيد دفار العماري: **الحماية الجزائية الموضوعية للتلقيح الصناعي البشري–دراسة مقارنة–**، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، شباط 2018، ص 390 و391.

1 سكيريفة محمد الطيب: **التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي**، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان)، 2017/2016، ص 17.

2 بغدالي الجيلالي: **الوسائل العلمية الحديثة المساعدة الطبية على الانجاب في قانون الاسرة الجزائري**، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1)، 2014/2013، ص 09.

3 زناقي محمد رضا، دلال يزيد: **التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الانجاب**، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 06، العدد 04، 2021، ص 105,

فلا يمكن ذلك لمعاقبة القانون على جريمة الإجهاض[1]، كما يعتبر الرضا معيبا إذا علق على شرط معين كالموافقة على التلقيح الاصطناعي شريطة أن يكون الحمل ذكرا، لما تلحقه هذه العملية من الأضرار بالتوازن الطبيعي في المجتمع.[2]

ويتعين على الطبيب التأكد من موافقة الزوجين معا، بحكم أن تبعة العملية يتحملها الزوجان معا وليس أحدهما فحسب، فإذا شاب رضا أحد الزوجين عيب من عيوب الإرادة فله الحق أن يعدل عن رضاه قبل إجراء عملية التلقيح، أمّا إذا تمت العملية فلا يمكنه ذلك لأن البويضة قد خصبت وإذا تمّ الاعتداء عليها نكون أمام جريمة إجهاض يعاقب عليها القانون.

ثانيا: الرضا المشترك بين الزوجين وأثناء حياتهما

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري وبموجب المادة 09 منه فإنّ الرضا المتبادل بين الزوجين شرط أساسي لانعقاد عقد الزواج، وهو أيضا كما سبق ذكره هو شرط أساسي في عقد الإنجاب بالمساعدة الطبية، فقد ألزم المشرع الجزائري في عملية التلقيح الاصطناعي موافقة الزوجين معا وفقا لما نصت عليه المادة 45 مكرر الفقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري على: "...أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما."، ومن خلال هذه المادة فقد حدد المشرع الجزائري طرفي العقد الطبي موضوع الدراسة، وهما الزوجان اللذان تربطها علاقة زوجية شرعية وقانونية قائمة فعليا، وبهذا فإنه يستبعد طرق التلقيح الخارجة عن هذا الإطار القانوني والشرعي، لأن المساعدة الطبية على الإنجاب هي وسيلة علاج العقم المؤكد للزوجين فقط، فلا يتصور أن يتم هذا العمل الطبي خارج هذه العلاقة الزوجية، لتفادي اختلاط الأنساب، كما يلزم المشرع أن التلقيح يكون أثناء حياتهما، ومنه لا يجوز إجراء هذه العملية بعد انتهاء الحياة الزوجية، والتي تكون إمّا بالطلاق أو الوفاة، لأنّ المشرع يعتبر حالة الوفاة أو الطلاق من الأسباب التي تؤدي إلى فك وانحلال الرابطة الزوجية.

كما ألزم قانون الصحة رقم: 18-11 السالف الذكر المعدل والمتمم بأن يكون الرضا صادرا من قبل الزوجين، فلا يكفي موافقة الزوج وحده لإجراء العملية، ولا رضا الزوجة وحدها، بل ينبغي أن يقترن رضا الزوج برضا الزوجة، كما يشترط في الرضا أن يكون صادرا عن إرادة حرة باختيار الطريقة المناسبة والشرعية لمعالجة حالة العقم المتواجدة لدى أحدهما أو كليهما، إضافة إلى ذلك يجب أن يكون الرضا صريحا وواضحا ومعبرا تعبيرا كافيا عن إرادتهما نحو إجراء العملية.

إلا أنّه وفي بعض الأحيان قد يصدر الرضا بين الزوجين وفي حياتهما، لكن بعد ذلك توفي الزوج، ففي هذه الحالة لا يحق للزوجة إجراء التلقيح الاصطناعي لتفادي ولادة طفل يتيم قبل تكونه في

---

1 سكيريفة محمد الطيب: مرجع سابق، ص 21 و 22.

2 نفس المرجع، ص 23.

بطن أمه، أو يكون نسبه لأمه دون أبيه طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم السالف الذكر على:" أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة(10) أشهر."[1]

كما تثار إشكالية في عمليات التلقيح الاصطناعي المتكررة بين الزوجين في حالة فشل العملية الأولى، أو نجاحها، هل يؤخذ برضا الزوجين في عملية التلقيح في كل مرة؟ أو أنّ الطبيب والمركز يأخذ بالرضا الحاصل للمرة الأولى، وهنا ثار خلاف بين من يرى بالاكتفاء بالرضا الأول ولا داعي للرضا في كلّ مرة، استنادا لموافقة الزوجين المكتوبة ولا داعي لضرورة الحصول على رضا جديد، وهناك من يرى أنه يجب الحصول على رضا الزوجين في كلّ عملية ولا يجوز الاستناد على الرضا السابق، فيلزمون الزوجين بإبرام عقد جديد مع الطبيب والمركز وإلاّ تحققت مسؤولية المركز والطبيب عن إجراء عملية دون الحصول على تجديد الرضا بين الزوجين[2].

وقد أخذ المشرع الجزائري بضرورة تجديد الرضا طبقا للتعليمة الوزارية رقم: 300 المؤرخة في: 2000، وهذا للتأكد في استمرار الزوجين بإجراء عملية التلقيح.

أمّا في الشريعة الإسلامية فإنّ مسالة الإنجاب من عدمه هي مسألة متعلقة بالزوجين فقط، فهما الوحيدان اللذان ينفردا بتقرير اللجوء إلى الإنجاب الاصطناعي الذي يتم برغبتهما عن طريق إبداء رضاهما الحر والمتبصر، لكون أن مقصد الإنجاب وإكثار النسل من المقاصد المستحبة في الشريعة الإسلامية الغراء والتي تحث دائما على تحقيقه[3]، فلا يجوز اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي إلا بين زوجين يربط بينهما عقد زواج شرعي مستوفي لجميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية وأثناء حياتهما، ولا يجوز التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية.[4]

وقد اتفق القانون الجزائري والشريعة الإسلامية في إلزامية صدور الرضا أثناء الحياة الزوجية، فلا يجوز التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الحياة الزوجية، وفي هذا الشأن اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون وفقهاء القانون إلى أربعة أقوال:

القول الأول: يحق للزوجة أن تتم عملية التلقيح، في حال وفاة الزوج إذا كان مصِّرا عليها وليس للورثة حقّ الاعتراض بالرغم من أنّه يمس بمراكزهم المالية.

القول الثاني: يجوز للزوجة في حال الوفاة والطلاق زرع اللقيحة التي تمّ تخصيبها بالفعل أثناء قيام العلاقة الزوجية، لكن لا يجوز التلقيح إذا كان المني منفصلا عن البويضة.

القول الثالث: جواز زرع اللقيحة في حال الوفاة فقط دون الطلاق.

---

1 سكيريفة محمد الطيب: مرجع سابق، ص 23.

2 شايفة بديعة: مرجع سابق، ص 173.

3 بوقندول سعيدة: **التلقيح الاصطناعي بين الشريعة والقانون**، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 48 ديسمبر 2017، ص 27.

4 بغدالي الجيلالي: مرجع سابق، ص 7وما بعدها

القول الرابع: عدم جواز التلقيح أو الزرع في حال الوفاة أو الطلاق[1].

لكن قد يتصور رفض أحد الزوجين للقيام بعملية التلقيح الصناعي، وفي هذه الحال يمكن تصور رفض الزوج لعملية التلقيح أو رفض الزوجة لذلك، ففي حال رفض الزوج لإجراء عملية التلقيح يمكن تصوره في حالين، فالحال الأولى تتمثل في عدم إقدام الزوج على العملية أصلا ورفضها رفضا قاطعا، ففي هذه الحال يعدّ الزوج متعسفا في قراره لحرمان الزوجة من حقها في الأمومة بالوسائل العلمية، باعتبار أنّ عدم القدرة على الاخصاب مرض يمكن معالجته بواسطة إجرء المساعدة الطبية على الإنجاب وحسب الطريقة التي يراها الطبيب المختص في هذا المجال، أمّا الحال الثانية تتمثل في عدول الزوج عن القيام بعملية الإخصاب بعد استخلاص حيواناته المنوية، ففي هذه الحال يرى العديد من الفقهاء أن من حقّ الزوجة استكمال التلقيح الاصطناعي دون الاعتداد بعدول الزوج، لأن الرضا في هذه الحال غير مطلوب لأنّه قد تمّ الحصول عليه سابقا، لكن هناك اتجاه آخر يرى بضرورة الاعتداد بعدول الزوج في هذه الحال، ويبقى للزوجة فقط طلب التطليق لانتفاء أحد أهم أهداف الزواج وهو الانجاب.[2]

أمّا الحال الثانية تتمثل في رفض الزوجة لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي والتي تكون وفق تصورين، الأول يتمثل في رفض الزوجة وعدم إقدامها على هذه العملية، ففي هذه الحال هناك من يرى عدم إجبار الزوجة على القيام بعملية الاخصاب، إلاّ أنّه يوجد فريق آخر يعتد برضا الزوج دون رضا الزوجة والتي يمكن إجبارها على القيام بعملية الاخصاب رغم رفضها القاطع قياسا على إجبار الزوجة على المعاشرة الزوجية، أمّا التصور الثاني فيتمثل في عدول الزوجة بعد إخصاب البويضة عن إكمال عملية الإنجاب بالمساعدة الطبية، فيرى البعض في هذه الحال إجبار الزوجة على إكمال إجراءات الإخصاب لأن رضاها قد تمّ سابقا ولا مبرر لإعادة طلبه من جديد، لأن عدولها في هذه المرحلة يعدّ عدوانا منها ومساسا بالبيضة المخصبة، والتي تعدّ في حكم الحمل المستقر في الرحم.[3]

وبناء على ما سبق ذكره، فإنّه لا يمكن تصور العدول في عقد الإنجاب بالمساعدة الطبية، وهذا بالرجوع إلى نص المادة 371 من قانون الصحة الجزائري والتي حددت مدة شهر كامل لتأكيد على رغبة الزوجين وتأكيد رضاهما كتابيا لإجراء عملية الاخصاب الاصطناعي، فهي مهلة قانونية منحها المشرع للزوجين للتفكير وتقرير إقدامهما على عقد الإنجاب بهذه الطريقة العلمية، فلا يتصور عدول الزوجين بعد هذه المدة وهذا حسب رأينا هي نية المشرع في حماية الزوجين من الآثار التي قد تنتج عن عدول أحدهما بعد مباشرة الطبيب لعملية التخصيب.

---

1 نفس المرجع، ص 13

2 سحارة السعيد: **أحكام الاخصاب الاصطناعي- دراسة مقارنة-**، (أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2020/2019)، ص 165.

3 سحارة السعيد، نفس المرجع، ص 165 و166.

في الأخير يمكن القول إنّ نيّة المشرع الجزائري في اشتراط إجراء التلقيح في حياة الزوجين مستنبطة من أحكام الشريعة الإسلامية لا سيما مسائل الميراث، فهذا الشرط يجنب الوقوع في مسألة استحقاق الميراث، بعد لجوء الزوجة إلى استخدام مني زوجها المتوفى من خلال بنوك المني الموجودة على مستوى البلدان المتقدمة، والتي تسمح بتلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته، وهو أمر يثير عدة إشكالات عملية من حيث إثبات النسب والميراث، لأنّه يشترط تحقق حياة الوارث وقت وفاة الموروث، ولذلك نؤيد المشرع الجزائري في هذا الشرط ونقول بأنّه وفّق باشتراط حياة الزوجين لإجراء عملية التلقيح حفاظا منه على الأنساب وما يترب عليه من آثار قانونية.

ثالثا: الشروط الشكلية

القاعدة العامة في العقود هي الرضائية لكن المشرع الجزائري وحماية للأطراف المتعاقدة في بعض العقود ألزم بالشكلية بإفراغ بعض العقود في قالب رسمي واعتبرها ركنا أساسيا لانعقاد العقد، وفي عقد الانجاب طبقا لما نصت عليه المادة 371 الفقرة 2 من قانون الصحة رقم: 18-11 السالف الذكر المعدل والمتمم والتي تنص على: "يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الانجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية."، حيث يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري ألزم الطرفين في العلاقة الزوجية وهما الزوج والزوجة مقدمي طالب إجراء المساعدة الطبية على الإنجاب أن يكون رضاها كتابيا أي أنّ الكتابة في هذا العقد الطبي ركن من أركان الانعقاد، ويستلزم الشكلية لإبرامه نظرا لطبيعته الخاصة والآثار المترتبة عليه، مع ضرورة أن يكون الزوجان على قيد الحياة.

وقد منح القانون رقم: 18-11 السالف الذكر مدة قانونية معينة تتمثل في شهر لتأكيد خضوع الزوجة للمساعدة الطبية على الإنجاب، وكانت هذه المدة قد منحها المشرع الجزائري لحقّ الزوجين في العدول على تنفيذ العقد، وإذا تمّ تخصيب البويضة لا يحق بأيّ حال من الأحوال طلب الإجهاض وإلاّ سنكون أمام جريمة الاجهاض العمد، حماية البيضة الملقحة التي ستصبح جنينا.[1]

وقد اشترط المشرع كما ذكرنا سابقا على الزوجين الراغبين في إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أن يقدما طلبا كتابيا أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما إلى اللجنة الطبية المتخصصة في المؤسسة المعنية، ويكون الطلب مرفوقا بكامل الوثائق الضرورية كعقد الزواج، نسخة عن بطاقة التعريف الوطنية لكلا الزوجين، شهادة ميلاد الزوجين، تقرير طبي يؤكد العقم، الموافقة الكتابية للزوجين والتي تكون في طلب المساعدة الطبية على الانجاب، ويتم تأكيد الطلب بعد شهر.[2]

---

1 فاطمة عيساوي: **الحماية القانونية لنسب المولود عن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين**، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد 13 ، العدد 02، 2021، ص 137.

2 سمية صالحي: **حكم اختيار جنس الجنين في عمليات التلقيح الاصطناعي، دفاتر السياسة والقانون**، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد الخامس عشر، جوان 2016، ص 453، وانظر أيضا فاطمة عيساوي: مرجع سابق، ص 140.

ومن خلال إلزامية الكتابة في عقد المساعدة الطبية على الانجاب فقد أخرج المشرع الجزائري هذا العقد من نطاق قاعدة الرضائية في العقد الطبي، حيث ألزم الزوجين الراغبين في هذه المساعدة أن يكون رضاؤهما مكتوبا في وثيقة وموقعا عليها من قبلهما، وهذا حماية منه لأطراف عقد المساعدة الطبية على الانجاب، لما تنطوي عليه هذه العملية من مخاطر ومشاكل قانونية من جهة الزوجين، ومن جهة الطبيب القائم بالعملية.[1]

رابعا: الأهلية القانونية للزوج والزوجة

فيما يخص أهلية التعاقد وفقا للقواعد العامة وطبقا لما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: "كلّ شخص بلغ سنّ الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، من نصّ المادة نجد أنّ المشرع يشترط في كمال الأهلية بلوغ سن 19 سنة كاملة مع عدم الحجر لأيّ سبب من أسباب الحجر، بمعنى أن لا يشوبها مانع أو عارض من عوارض الأهلية، وفي قانون الأسرة الجزائري اشترط المشرع وفقا لنص المادة 07 منه على أنّه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..."، ويمكن القول من خلال هذه المادة أنّ الأهلية في عقد الزواج تكتمل ببلوغ 19 سنة بالنسبة للزوج والزوجة وهي نفس الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، إلاّ أنّ لهذه القاعدة استثناء هو جواز الترخيص بترشيد القاصر سواء الزوج أو الزوجة أو لكليها من قبل القاضي إذا كان السن أقل من 19 سنة إذا دعت المصلحة أو الضرورة، مع ضرورة احترام الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، والتي من أهمها تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أيّ مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

ويمكن طلب الحصول على رخصة الزواج قبل بلوغ سن الرشد القانوني 19 سنة كاملة من طرف أيّ شخص ذكر أو أنثى لم يبلغ سنّ الرشد القانوني لإبرام عقد الزواج، مرفوقا بطلب مكتوب وموقعا من طرف ولي الأنثى أو الذكر مع كتابة التاريخ، شهادة ميلاد المعني الأنثى أو الذكر، طابع جبائي، وشهادة طبية تثبت أهلية القاصر الذي لم يبلغ 19 سنة كاملة فيزيولوجيا، ويقدم الطلب إلى رئيس المحكمة الذي يقع سكن المعني بالأمر في دائرة اختصاصه، وعلى القاضي التأكد من وجود الضرورة، والمصلحة الواضحة أو الثابتة للزوجين، والقدرة على تحمل تبعات الزواج المادية والمعنوية، وغير ذلك من المبررات

---

1 صامت غزالي: **نطاق المساعدة الطبية على الانجاب في القانون الجزائري بين المفهوم والخصوصية**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، المجلد 13، العدد 27، أكتوبر 2021، ص1469.

التي يرى معها القاضي التخلي عن شرط السن الذي فرضته المادة 07 من قانون الأسرة السالفة الذكر، فإذا تأكد القاضي من قدرة الطرفين على الزواج دون السن القانونية المسموح بها أذن لهما بالزواج بموجب قرار مسبب يبين فيه المصلحة والضرورة والأسباب المبررة لذلك.

وبخصوص الأهلية في عقد الانجاب بالمساعدة الطبية هي انصراف ورغبة وقدرة الزوجين إلى طلب إجراء عملية الاخصاب، وهي القدرة على التعبير عن إرادتهما تعبيرا منتجا لآثاره القانونية، والتي ترتبط بالسن القانونية أو الترخيص القضائي للقصر لإبرام التصرفات القانونية، وعملية الانجاب بالمساعدة الطبية من العمليات الطبية التي تكون دائرة بين النفع والضرر، لذلك ألزم المشرع أن يكون الزوجان يتمتعا بكامل قواهما العقلية وأن لا يشوب أهليتهما عارض أو مانع من موانع الأهلية.[1]

المحور الثاني: الآثار القانونية لتوفر ركن الرضا في التلقيح الاصطناعي

كما هو معروف أن التلقيح الاصطناعي يتم دون التلاقي بين الزوجين، ومن هنا تثار إشكالية النسب، غير أنّ مفهوم التلاقي في وقتنا المعاصر لم يعد يقتصر على الاتصال الجنسي بين الزوجين، وإنّما في وصول المنيّ إلى البويضة، الذي يمكن أن يحدث بالاتصال الجنسي، أو بوسائل أخرى منها التلقيح الاصطناعي، لأنّ القانون ينظر إلى نتيجة هذا الاتصال، وهي الحمل وليس على الاتصال في حد ذاته، وإذا توافرت الشروط القانونية في التلقيح الاصطناعي ومنها شرط الرضا محلّ الدراسة فإنّ المولود يثبت له نسب أبيه مادامت البويضة قد لقحت بمنيّ الأب بسبب وجود عيب أو مرض يحول دون تكوين الجنين عن طريق الاتصال الطبيعي بين الزوجين، شريطة أن يتم أثناء قيام الحياة الزوجية[2]، استنادا للقاعدة الشرعية الولد للفراش مادام المعتبر في النسب هو التقاء ماء الزوج بالزوجة، والذي يرتكز على البينة المتمثلة في إشراف الطبيب المختص على هذه العملية وعلى صحة النسب.[3]

وإذا كان التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين وببذورهما التناسلية وكانت الزوجة هي الحاملة لهذه البويضة المخصبة ووضعت مولودها في الآجال المحددة قانونا وفقا لهذه العملية كما ذكرناه سالفا طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة الجزائري، فإنّ الآثار والنتائج المترتبة على ذلك فيما يخص المولود فهو طفل شرعي مثله مثل أيّ طفل شرعي جاء نتيجة فعل الجماع الطبيعي بين الرجل والمرأة، فالزوج سيكون أباً لهذا الطفل لتوافر رابطة الدم والقانون لا يعول على الاتصال الجنسي في حدّ ذاته، وإنّما على نتيجة هذا الاتصال وهو الحمل، فمتى تمّ إخصاب بويضة المرأة بمنيّ زوجها بقصد علاجها من حالة العقم، وبغرض إشباع رغبتها المشروعة في إنجاب الأطفال فإنّ التلقيح الاصطناعي الذي يحقق ذلك يعدّ

---

1 شايفة بديعة: مرجع سابق، ص 174.

2 أحمد عمراني: **حماية الجسم البشري في ظلّ الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)**، (أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، سبتمبر 2010)، ص 41.

3 فاطمة الزهراء بوقطة: **إشكالية تحديد النسب في التلقيح الاصطناعي**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد 16، العدد 02، 2021، ص 374.

مشروعا طالما تمّ باتفاق مشترك بينهم، ونسب المولود في هذه الحالة ينسب للزوج بالزواج الصحيح، مثله مثل الطفل الناتج عن الإنجاب الطبيعي، وتكون له نفس الحقوق من نفقة وميراث ووصية وغيرها من الحقوق، وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري.[1]

أمّا إذا تمّ التّشكيك في صحة نسب المولود، كالشك في اختلاط بويضات الزوجة مع بويضات امرأة أخرى، أو اختلاط في الحيوان المنوي، أو وقوع خطأ في البويضة الملقحة في المختبر، فإنه يمكن اللجوء إلى الوسائل العلمية المستحدثة لإثبات النسب طبقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم السالف الذكر بالاستعانة بتحليل البصمة الوراثية للتحقق من النسب.[2]

أمّا موقف الفقه الإسلامي من الآثار المترتبة من التلقيح الاصطناعي بين الزوجية الذي تمّ وفق الشروط والضوابط الفقهية والقانونية، كثبوت استحالة الحمل الطبيعي، ورضا الزوجين بإجراء العملية، فإنّ المولود هو ابنهما الشرعي يحمل نسب الأب، ويتمتع بكامل الحقوق والآثار التي يرتبها الشرع على النسب الصحيح من الولاية والحضانة والنفقة والإرث وحرمة الزواج وغيرها، سواء من الفرع نحو الأصل أو من الأصل نحو الفرع، وهذا ما استقر عليه اجتهاد جمهور المعاصرين، بموجب الفتاوى والقرارات والتوصيات الصادرة عن الهيئات الرسمية للإفتاء[3].

محور الثالث: الاثار القانونية لتخلف شرط الرضا في التلقيح الاصطناعي

كما ذكرنا سابقا فإنّ رضا الزوجين شرط أساسي لانعقاد عقد الانجاب بالمساعدة الطبية في جميع صور التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي، لأنّ الأبوة والأمومة من المسائل الاختيارية، وفي حالة إخفاء الطبيب المعالج بعض المعطيات أو قام بالعملية لغرض شخصي منه، أو بتواطؤ من أحد الزوجين دون رضا الطرف الآخر، فإنّه يعرض نفسه للمساءلة المدنية والجزائية، لمساسه بشرف الطرف الآخر وحصانة جسمه، وتكامله الجسدي وحريته الشخصية[4].

ويتصور تخلف شرط الرضا في حالين في حال رفض التلقيح وعدم قيام الطبيب بالتلقيح رغم رفض الزوجة أو الزوج، وهذا الرفض يختلف آثاره حسب الطرف الرافض للعملية؛ فإذا كان الرفض صادرا عن الزوج يحقّ للزوجة طلب التطليق لرفضه إجراء عملية التلقيح، لأنّه حال دون تحقيق أهم وأسمى أهداف الزواج وحرمانها من الأمومة وهو ما يلحق بها ضرارا معتبرا شرعا، أمّا إذا رفضت الزوجة تلقيحها

---

1 سحارة السعيد: مرجع سابق، ص 324، وانظر أيضا: فاطمة عيساوي: مرجع سابق، ص 141.

2 فاطمة الزهراء بوقطة: مرجع سابق، ص 374.

3 بلحسان هواري، جواج يمينة: **التلقيح الاصطناعي بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، مجلة القانون والتنمية المحلية، مخبر القانون والتنمية المحلية، أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، جوان 2020، ص 146.

4 بغدادي الجيلالي: مرجع سابق، ص 10.

اصطناعيا لعدم قدرتها على ذلك، فإنّه يفترض أن لا يتم إجبارها على ذلك، بل يمكن للزوج طلب الطّلاق أو إعادة الزّواج.[1]

ومن هنا يجب الوقوف على الآثار القانونية لتخلف شرط الرضا بالنسبة لكلا الزوجين لاعتبارهما طرفا العقد وفقا لما نصت عليه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر والمادة 371 من قانون الصحة رقم: 18-11 السالفة الذكر.

أولا: حالة تخلف رضا الزوجة

إذا تخلف رضا الزوجة في عقد الانجاب بالمساعدة الطبية فإنّ الفعل يكيّف على أنّه جريمة هتك العرض بالقوة لاعتدائه على الزوجة ومساسه بخصوصيتها وعورتها دون رضاها.

1. جريمة الفعل المخل بالحياء

الفعل المخل بالحياء وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات هو العبث بجسم المعتدي عليه وعرضه[2]، ومن خلال هذا التعريف فإنّ الطبيب الذي أجرى عملية التلقيح الاصطناعي دون رضا الزوجة وبرضا الزوج يعدّ مرتكبا جريمة الفعل المخل بالحياء، وذلك بتوافر الركن المادي لهذه الجريمة وهي قيام الطبيب بالكشف عن عورة الزوجة أو ملامستها، طالما أن التلقيح الاصطناعي يستوجب كشف عورة المرأة وملامستها لما يخدش حياءها، حيث يتحمل المسؤولية الجزائية كلّ من الطبيب والزوج باعتبار الزوج شريكا مع الطبيب لعلمه بما حدث لزوجته وسكوته عن الجريمة، والطبيب يعدّ جانيا لتحقق الركن المادي والمتمثل في كشف عورة الزوجة.

2. **جريمة هتك العرض**

هتك العرض من الأفعال الفاحشة المُخلة بالآداب العامة ترتكب من قبل شخص على شخص آخر، وليس من الضرورة وقوع الفعل على مكان معين من جسم الفرد، بل يشمل كل فعل يخدش الحياء عند الشخص.

وجريمة هتك العرض وفقا للقواعد العامة هو اعتداء الجاني على المجني عليه والمساس بجسمه وخدش حيائه دون رضاه، ومن خلال هذه القاعدة فإنّ الطبيب الذي يقوم بعمليات التلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوجة وفقا لما نصت عليه المادة 371 السالفة الذكر يعدّ مرتكبا لجريمة هتك العرض بسبب كشفه عورة الزوجة أو ملامستها، ويتابع الطبيب بتهمة هتك العرض، أمّا الزوج فيعد شريكا لأنّه اتفق مع الطبيب على القيام بهذا الفعل.[3]

ثانيا: حالة تخلف رضا الزوج

---

1 فاطمة الزهراء بوقطة: مرجع سابق، ص 371.

2 طبقا لنص المادة 334 و335 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم

3 أحمد عمراني: **حماية الجسم البشري في ظلّ الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)**، (أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، سبتمبر 2010)، ص 52.

يتصور في هذه الحالة إجراء المساعدة الطبية على الانجاب باتفاق الطبيب والزوجة بدون علم ورضا الزوج، بحيث تقنع الزوجة زوجها بإجراء تحليل الخلايا التناسلية بغرض العلاج، ومن ثم يؤخذ جزء من الحيوانات المنوية على أساس إجراء التحاليل والجزء المتبقي تلقح به الزوجة اصطناعيا بدون علم ورضا زوجها، وعندما يحصل الحمل ويولد المولود لا يمكن بأي حال من الأحوال لا شرعا ولا قانونا إنكار نسب المولود لأنّ المنيّ الذي حقنت به الزوجة وخصبت به البويضة هو للزوج، وبذلك يتحقق نسب المولود للزوج بالفراش لأنّ شروط النسب قد تحققت، فلا يمكن إنكار نسب المولود له لكن يحق له تطليق زوجته دون أن يعتبر متعسفا في ذلك، لمخالفتها رغبته في عدم الإنجاب، لأن التلقيح الاصطناعي تمّ بناء على غش وخداع الزوجة[1]، كما يحق له الرجوع على الطبيب بالتعويض إذا استطاع إثبات مسؤوليته.[2]

إذن تخلف شرط الرضا يرتب مسؤولية جزائية للطبيب باعتباره الطرف المسؤول، وعدم جواز معالجة المريض دون رضاه إلاّ في حالات استثنائية تتطلب التدخل السريع لإنقاذ المريض ويتعذر فيها الحصول على الموافقة، ويمكن تكييف فعل الطبيب بموجب المادة 434 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنّه جريمة مكيفة بجناية وفقا للعقوبة المسلطة على الطبيب الذي خالف أحكام المادة 371 السالفة الذكر وهي عدم موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي ورغم ذلك أجرى العملية.

الخاتمة:

نخلص في نهاية دراستنا إلى أنّ الرضا في طلب إجراء المساعدة الطبية على الإنجاب ركن من أركان انعقاد عقد التلقيح بين الزوج والزوجة، فالرضا في عقد الإنجاب بالمساعدة الطبية على الإنجاب هو الإيجاب والقبول الصادر من الزوجين والطبيب، والذي يجب أن يكون صحيحا خاليا من أيّ عيب من عيوب الإرادة المتعارف عليها، وهي الغلط، التدليس، الغبن، الاستغلال، والإكراه، لذلك وجب موافقة الطرف المريض على إجراء العملية وموافقة الطرف الثاني غير المريض، حيث لا يمكن تصور إبرام العقد بين الزوجة والطبيب فقط دون علم الزوج وموافقته، فالموافقة تكون من الزوجين.

وقد توصلنا في نهاية البحث إلى عدة نتائج نذكر منها:

- لا يمنع القانون والشريعة الإسلامية طلب المساعدة الطبية على الإنجاب إذا تمت وفق الشروط المنصوص عليها في الشريعة والقانون وبين الزوجين في ظلّ قيام العلاقة الزوجية الفعلية وأثناء حياتهما وثقة وأمانة القائم على العملية.
- الرضا شرط أساسي في عقد الانجاب بالمساعدة الطبية.
- الكتابة شرط للانعقاد في عقد الانجاب بالمساعدة الطبية وليس شرط للإثبات.

---

1 أحمد عمراني: مرجع سابق، ص 53.

2 فاطمة الزهراء بوقطة: مرجع سابق، ص 375.

- ثبوت النسب وجميع الحقوق الأخرى للمولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي سواء تمّ برضا الزوج أو عدم رضاه.
- توافق أحكام الشريعة الإسلامية في شرط الرضا كشرط أساسي لانعقاد عقد المساعدة الطبية على الإنجاب بين الزوجين وفي حياتها وأثناء قيام العلاقة الزوجية.

لكن ما يعاب على المشرع الجزائري عدم التناسق بين قانون الأسرة وقانون الصحة فيما يخص عقد الانجاب بالمساعدة الطبية، وعدم النص على آثار تخلف شرط الرضا في التلقيح الاصطناعي لذلك نقترح التوصيات الآتية:

- ضرورة تعديل النصوص القانونية المتعلقة بشروط التلقيح الاصطناعي حتى تتوافق مع بعضها البعض.
- إضافة مادة تنص على الآثار القانونية لتخلف شرط الرضا.

قائمة المصادر والمراجع:

المقالات العلمية:

1. حراش شمس الدين، عيسى زاهية: **الضوابط القانونية المستحدثة لتقنيات المساعدة الطبية على الانجاب في التشريعين الجزائري والمغربي**، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد الثامن، العدد الخاص، 2022.
2. زناقي محمد رضا، دلال يزيد: **التكييف القانوني للعقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الانجاب**، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 06، العدد 04، 2021.
3. فاطمة عيساوي: **الحماية القانونية لنسب المولود عن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين**، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد 13، العدد 02، 2021.
4. فاطمة الزهراء بوقطة: **إشكالية تحديد النسب في التلقيح الاصطناعي**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد 16، العدد 02، 2021.
5. سمية صالحي: **حكم اختيار جنس الجنين في عمليات التلقيح الاصطناعي، دفاتر السياسة والقانون**، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد الخامس عشر، جوان 2016.
6. صامت غزالي: **نطاق المساعدة الطبية على الانجاب في القانون الجزائري بين المفهوم والخصوصية**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، المجلد 13، العدد 27، اكتوبر 2021.
7. نافع تكليف مجيد دفار العماري: **الحماية الجزائية الموضوعية للتلقيح الصناعي البشري–دراسة مقارنة–**، مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية، جامعة بابل، شباط 2018.

الأطروحات والرسائل الجامعية:

أطروحات الدكتوراه:

1. أحمد عمراني: **حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، سبتمبر 2010.
2. النحوي سليمان: **التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الاسلامية والقانون المقارن**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2011/2010.
3. سحارة السعيد: **أحكام الاخصاب الاصطناعي- دراسة مقارنة-**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020/2019.
4. شايفة بديعة: **الجوانب القانونية للإنجاب بالمساعدة الطبية**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه (ل، م، د)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2019/2018.

رسائل الماجستير:

1. بغدادي الجيلالي: **الوسائل العلمية الحديثة المساعدة الطبية على الانجاب في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2014/2013.
2. سكيريفة محمد الطيب: **التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016.

النصوص القانونية:

1. قانون رقم: 66-156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 702، الصادرة بتاريخ 11 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم.
2. قانون رقم: 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير سنة 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير سنة 2005.
3. القانون رقم: 07-05 المؤرخ في: 13 مايو سنة 2007، المتعلق بالقانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 31.
4. القانون رقم: 18-11 المؤرخ في: 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2016، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018، المعدل والمتمم بالأمر

رقم: 20-02 المؤرخ في: 11 محرم عام 1442 الموافق 20 غشت سنة 2020، الجريدة الرسمية العدد 50، الصادرة بتاريخ 30 غشت 2020.

الدراسات العيادية في ضوء قانون الصحة الجزائري

ط.د. حويشي كريمة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

الملخص:

حظيت التجارب الطبية و العلمية في السنوات الأخيرة أهمية كبيرة في تقدم العلوم الطبية، حيث ساعدت في علاج الكثير من الأمراض المستعصية و كيفية تداركها، مما يمثل نقطة تحول في تاريخ البحث الطبي و العلاج البشري.

وتتناول هذه الدراسة، كيفية إعمال التوازن بين حرية البحث العلمي و ما تحتمه من إطلاق حرية الطبيب في إجراء الدراسات العيادية على الإنسان من جهة، و حرية الفرد وما تقتضيه من احترام للسلامة الجسدية للإنسان وعدم المساس بها من جهة أخرى، في ظل التعديلات الجديدة التي استحدثها المشرع الجزائري في قانون الصحة و القوانين الأجنبية.

الكلمات المفتاحية: الدراسات العيادية، جسم الانسان، القانون الجديد، الضوابط القانونية.

المقدمة:

شهدت الحركة التشريعية المتعلقة بقوانين الصحة في الجزائر عدة متغيرات قانونية، بدأت مع قانون الصحة رقم: 85-05 المتضمن حماية الصحة وترقيتها، ثم تلته مدونة أخلاقيات مهنة الطب بالقانون رقم: 92-276، ثم طرات مجموعة تعديلات على قانون حماية الصحة و ترقيتها، لسنوات متلاحقة فكانت في سنة 2008، لكن هذه التعديلات في حقيقة الأمر لم تكرس لحماية إرادة المريض فيما يتعلق بالمستجدات التي يشهدها العالم في ميدان الصحة على المستويين الطبي و القانوني في الكثير من المسائل .. منها إشكالية التجارب الطبية على جسم المريض .. و لقد نظم المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بالبيو أخلاقيات الطبية ، في القانون رقم: 18-11 ، المؤرخ في 02 جويلية 2018، المتعلق بالصحة في المواد 354 الى 399 ، تضمنت أحكاما جديدة تواكب المستجدات الطبية . وتراعي الجانب الأخلاقي للنشاط الطبي و خصوصية المجتمع الجزائري، و لم يغفل المشرع الجزائري التطرق في هذا القانون للأحكام الجزائية المترتبة على مخالفة الضوابط القانونية للبيو أخلاقيات الطبية، حيث قرر في المواد 430 الى 441 عقوبات جزائية على كل من يخالف هذه الضوابط.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم: 18-11 ، المتعلق بالصحة ، قد ألغى القانون رقم 85-05 ، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

ولان التقدم العلمي يسير بوتيرة متسارعة فيكون لزاما على النصوص القانونية أن تواكب و تساير بالنهضة الطبية التي يشهدها العلم و العالم اليوم.

وعليه فانه في إطار هذه الدراسة سلطت الضوء على كيفية اهتمام المشرع الجزائري لأول مرة بالدراسات العيادية، حيث تم تعديل القانون رقم: 18-11 المتعلق بالصحة في بعض جوانبه، ومنها المتعلقة بالبيو أخلاقيات الطبية، حيث عدلت الأحكام الخاصة ب "البحث في مجال طب الأحياء: الدراسات العيادية " ، وهذا بموجب الأمر رقم: 20-02 ، المؤرخ في 30 أوت 2020 ، المتعلق بالصحة.

وتكمن أهمية الدراسات العيادية على الإنسان في تعلقها بالجسد البشري – على وجه الخصوص – الذي حماه الله وأمر بصونه من العبث، فبقدر ما كان لهذه الدراسات مزايا استفادت منها البشرية، من حيث الطب الذي أصبح أكثر تقدما و فاعلية في علاج الأمراض المستعصية و إنقاذ العديد من خطر الموت المحقق .. ، بقدر ما كان لها في المقابل تجاوزات أثرت على مبدأ حرمة الكيان الجسدي، وشكلت اعتداءا صارخا على حقه في حياة كريمة وصحة جيدة.

ونهدف من خلال دراسة هذا الموضوع، إلى معرفة ما يفرزه التطور الطبي الذي يعود بالنفع على صحة الإنسان و حياته، وتبيان مدى فعالية القوانين الجنائية سواء المحلية أو الدولية في تكريس الحماية للدراسات العيادية، و إظهار مدى حاجة المجتمعات إلى نصوص جديدة قادرة على مواجهة التحديات و الصعوبات التي تواجه الباحثين في هذا المجال، حيث أن الدراسات العيادية الطبية و البيولوجية و الحيوية على الإنسان هي اخطر ما يتعرض له الكائن البشري في نطاق التقدم العلمي و التكنولوجي على مر التاريخ البشري لكونها غير مضمونة النجاح في كثير من الأحيان.

وفي ذات السياق فان المشرع الجزائري بموجب قانون الصحة الجديد[1] لسنة 2018 درس موضوع الدراسات العيادية في إطار الباب السابع من قانون الصحة المتعلق الأخلاقيات و الأدبيات و البيو أخلاقيات طبية في القسم الرابع (البحث في مجال طب الأحياء) وفي ذلك إشارة منه إلى أن هذه التجارب لا بد أن تبقى ضمن الإطار الأخلاقي و الإنساني و القانوني لحماية البشرية.

ولان الدراسات العيادية على الإنسان تثير مشكلة الموازنة بين اعتبارين أساسيين هما :حرية البحث العلمي من جهة، وضرورة احترام السلامة البدنية للإنسان وعدم المساس بها من جهة أخرى.

الأمر الذي دفع معظم الدول المتقدمة لإصدار نصوص تشريعية تنظم هذه الممارسات، وعقدت المؤتمرات و صدرت الوثائق الدولية لحقوق الإنسان لتكفل حماية الكيان الجسدي
للإنسان لتفادي إساءات استخدام الأعمال الطبية الحديثة، و كذى اهتمت القوانين الإقليمية بصياغة ما لديها من قوانين بما يتلائم مع التطورات الحادثة في المجال الطبي و العلمي و حماية الفرد من الآثار السلبية في بعض الأحيان لهذه التطورات[2].

لذا ارتأينا البحث في هذا الموضوع لمعرفة مدى مشروعية الدراسات العيادية على الإنسان في التشريع الجزائري و التشريعات المقارنة ؟

---

[1] – القانون رقم: 18–11، الصادر بتاريخ: 2018/07/02 ،المتعلق بالصحة، ج.ر عدد46 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم: 20–02 ، المؤرخ في: 2020/08/30 ، الموافق عليه بموجب القانون رقم: 20–12 المؤرخ في: 2020/12/29، ج.ر 80.

[2] – ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة،2013 ، ص 10.

و إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري من خلال قانون الصحة الجديد في إعادة تنظيم الضوابط القانونية المتعلقة بالدراسات العيادية على جسم الإنسان ؟

للإجابة على هذه الإشكالات تم الاعتماد على المنهج التحليلي والمقارن، المنهج التحليلي و ذلك للتحليل و الشرح و الاستدلال بالنصوص القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد وكذى التشريعات المقارنة، و المنهج المقارن لبيان ما استحدث في ظل التقنين الجديد و مقارنته بالنصوص التشريعية الأخرى

و لمعالجة هذه الإشكالات اقترحنا الخطة التالية:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للدراسات العيادية.

المطلب الأول: مفهوم الدراسات العيادية

المطلب الثاني: أنواع الدراسات العيادية

المطلب الثالث : أهمية الدراسات العيادية

المبحث الثاني : الضوابط القانونية لإجراء الدراسات العيادية

المطلب الأول : شروط إجراء الدراسات العيادية و العقوبات المقررة على مخالفتها

المطلب الثاني : موقف القانون الدولي الإنساني من التجارب الطبية على الإنسان

المطلب الثالث : حكم الشريعة الإسلامية منها

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للدراسات العيادية

لقد تعددت المصطلحات في إطار الإشارة إلى الدراسات العيادية في مختلف الكتب الفقهية وكذا النصوص التشريعية لمختلف القوانين المقارنة فمنها : التجارب الطبية، الدراسات السريرية، التجارب السريرية، بالإضافة إلى اختلافها حتى في الطابع النوعي لها او طرق إجرائها، لذا وجب تحديد مفهوم الدراسات العيادية (مطلب أول)، ثم على مختلف أنواع الدراسات العيادية (مطلب ثاني)، ثم أهمية الدراسات العيادية (مطلب ثالث).

المطلب الأول: مفهوم الدراسات العيادية

في هذا الإطار يتطلب فهم الدراسات العيادية من كل جوانبها كمصطلح وكتعبير عن فكرة معينة وبما أن الأمر يتعلق بدراسة موضع يخص القانون الطبي فلابد من معرفة مضامين هذا المصطلح سواء في العلوم الطبية أو القانونية.

الفرع الأول: تعريف الدراسات العيادية

أولا_ التجربة :

التجربة هي من المصدر «جرَّب»، وتعني في اللغة الاختبار، قال إبن منظور جرب الرجل تجربة: أي اختبره، وجربه تجريبا، وتجربة اختبره مرة بعد مرة.[1]

و يقال رجل مجرب بالفتح بمعنى جرب في الأمور وعرف ما عنده، ورجل مجرب بالكسر بمعنى عرف الأمور وجربها[2]

ثانيا_العلمية:

العلمية نسبة الى العلم، و العلم مشتق من الفعل عَلِم، و يُجمع على علوم، و هو بمعنى المعرفة، يقال: علمت الشيء اعلمه علماً، أي عرفته من المعرفة، و هو ضد الجهل.[3]

الفرع الثاني: تعريف الدراسات العيادية اصطلاحا

أولاً _الاصطلاح الاجتماعي: عرفت التجربة بأنها : " سلسلة من الخطوات المخططة مسبقاً، الغرض منها اختبار فرض ما، أو حل مشكلة، أو الحصول على معلومات جديدة "[4]

ثانياً_ الاصطلاح العلمي: هي: " انحراف عن الأصول الطبية الفنية المتعارف عليها في المجال الطبي و ذلك بهدف جمع معطيات مبنية على فروض علمية وفنية، واكتساب معارف جديدة في المجال الطبي، وذلك في سبيل تطوير معرفة في مجال العلوم الطبية و البيولوجية و الحيوية.

ثالثاً_الاصطلاح القانوني: بالرجوع إلى نص المادة 377 من قانون الصحة الجزائري، عرف المشرع الجزائري الدراسات العيادية على أنها: تتم في إطار البحث في مجال طب الأحياء، وتتمثل في إجراء دراسات على الكائن البشري، بغرض تطوير المعارف الوبائية و التشخيصية و البيولوجية و العلاجية، وتحسين الممارسات الطبية.

وقد عرف االمشرع الفرنسي التجارب الطبية بموجب المادة 1/29 من المرسوم رقم: 1138/ 88 الصادر في 20 /1988/12 المتعلق بحماية الأشخاص المقبلين على إجراء التجارب الطبية: " مجموعة الأبحاث والدراسات العلمية التي تجري على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية و الطبية" [5]

---

[1]– ابن منظور: جمال الدين بن محمد بن مكرم ، لسان العرب،ج1، مادة (جرَّب)، دار الفكر، دار صادر، بيروت ،1968، ص 261.

[2]– مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط08, مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005، ص66.

[3]– نريمان وفيق محمد أبو مطر,‹ التجارب العلمية على جسم الإنسان›، رسالة الماجستير، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2011، ص 4.

[4]– عفاف عطية كامل معابرة،‹ حكم إجراء التجارب الطبية العلاجية على الإنسان و الحيوان›، رسالة الماجستير في الشريعة الإسلامية، تخصص فقه، جامعة اليرموك، الأردن،2002، ص 02.

[5]– حبيبة سيف سالم راشد الشامي، ‹النظام القانوني لحماية جسم الإنسان›، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة،2006، ص 291،290.

رابعاً_الاصطلاح الطبي: إن الدراسة الطبية عموما هي ممارسة علمية لها ضوابط محددة، تهدف للحصول على معلومات عن الممارسة الطبية والتشخيص والعلاج وعلوم الطب و الصيدلة والعلوم المرتبطة بها،وتسهم في فهم مرض معين أو اختبار علاج سلوكي أودوائي. ويجب الانتباه إلى أنه حتى لو كانت الدراسة الطبية صحيحة و موثوقة فهي تبقى دراسة، أي لا يتم بناء قرارات علاجية عليها، وعادة فإن عشرات الدراسات تتعاضد لتؤدي في النهاية إلى وضع توصية رسمية من المؤسسات الطبية مثل منظمة الصحة العالمية و غيرها[1].

وفي موضع آخر عُرفت التجربة الطبية بأنها: (تلك الأعمال العلمية أو الفنية الطبية التي يقوم بإجرائها الطبيب الباحث على مريضه أو الشخص المتطوع، بهدف تجربة أثر دواء معين، أو نجاح عملية جراحية معينة تعرف نتائجها من قبل، للحصول على معلومات جديدة، لخدمة الطب أو البشرية)[2].

- ويمكن تقسيم الدراسات الطبية إلى نوعين:

1- الدراسات الأولية، و الدراسات الثانوية . الدراسات الأولية، وتشمل ثلاثة أنواع: الدراسات الأساسية، الأبحاث السريرية، الأبحاث الوبائية.

2- أما الدراسات الثانوية، فتشمل مراجعة مجموعة من الدراسات الأولية وجمعها للحصول على نتائج أشمل وأدق، ومن أنواعها المراجعة البحثية وتحليل"ميتا."

وبالرجوع إلى مضمون الدراسات الأولية فهي تشمل[3] :

أ- الدراسات الأساسية (basic medical research): تشمل التجارب على الحيوانات والدراسات الخلوية و التحاليل البيوكيميائية والوراثية والفسيولوجية ودراسات عن خصائص الأدوية والمواد. و من محدداتها أن نتائجها قد لا تنطبق على البشر لأنها تجرى في المخبر وعلى الحيوانات أو الخلايا.

ب- الأبحاث السريرية ((clinical research) : هي الأبحاث التي تجرى على البشر، وتقسم إلى الدراسات التدخلية (التجريبية) والدراسات غير التدخلية (الملاحظة)[4] ومن الأمثلة على

---

[1] -عيساني رفيقة،«أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد»، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة مستغانم، عدد01، 2022، ص 355.

[2]- بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012 ، ص 24 ،25.

[3] - ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص209.

[4] - وفي نفس الموضع: يمكن أن تكون الدراسة الطبية داخلية أو خارجية، فتكون داخلية عندما تقتضي المساس بسلامة الجسم كما في حالة تجريب وسيلة جراحية حديثة،أو إعطاء المريض مستحضرات طبية للكشف عن آثارها ومضاعفاتها، و تكون خارجية عندما لا تتضمن أي مساس بسلامة الجسم، كما في حالة الاختبارات النفسية والفحوص الخارجية مثل قياس ضغط الدم. للتفصيل أكثر أنظر: إيهاب يسر أنور علي, «المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب»،أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 1994، ص 140.

الدراسات السريرية التجريبية كذلك فحص امتصاص وتوزيع الدراسات التي تبحث الآثار السريرية أو الدوائية أو الجانبية للعقاقير، وكذلك فحص امتصاص وتوزيع الأيض للعقار. كما تشمل الدراسات المخبرية دراسات الأجهزة الطبية، والدراسات التي يتم فيها فحص الإجراءات الجراحية و الفيزيائية والعلاج النفسي، على عكس الدراسات السريرية.

في الدراسات غير التدخلية يقوم الباحث بملاحظة نظام علاجي موجود بالفعل و وفقا للممارسة الطبية حصريا، وليس وفق بروتوكول الدراسة المحدد مسبقا. الهدف من الدراسة السريرية التدخلية هو مقارنة إجراءات العلاج داخل مجموعة من المرضى، والتي يجب أن تظهر أقل قدر ممكن من الاختلافات.

هناك ضوابط قانونية وأخلاقية للدراسات السريرية التدخلية، مثل أن يتم تسجيل الدراسة من قبل السلطات المسؤولة ، وأيضا الموافقة عليها من لجنة الأخلاقيات المسؤولة. كما يجب إجراء دراسة وفقا للقواعد الملزمة للممارسة السريرية الجيدة، ويجب الحصول على موافقة من الأشخاص المشاركين بالدراسة.

ج- الأبحاث الوبائية (epidemiological research): تهدف إلى التحقيق في التوزيع والتغييرات الزمنية بوتيرة الأمراض وأسبابها، وهي وصفة تصف مرضا أو حالة معينة. من الأمثلة على الدراسات الوبائية دراسة عينة من منطقة في دولة معينة، أو مجموعة سكانية أو إثنية أو عمرية، مثل دراسة علاقة نسبة السمنة في دولة معينة بنسب سرطانات معينة.

المطلب الثاني: أنواع الدراسات العيادية

من خلال دراسة مفهوم التجارب الطبية في الاصطلاح الطبي، فانه يمكن ملاحظة أن الدراسات العيادية المقصودة في قانون الصحة، هي تلك التي تنتمي إلى فئة الدراسات الأولية، وهي قد تكون ملاحظتية أو تدخلية، وقد أشار المشرع إلى ذلك بصريح العبارة في نص المادة (377) حيث أضاف إلى أنه تتعلق على الخصوص :

- الدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية.
- دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي.
- الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية.

كما أنه باستقراء مختلف مواد قانون الصحة في الشق المتعلق بالدراسات العيادية فان المشرع يفرق عموما بين الدراسات العيادية التي تعود على الشخص بالمنفعة وأخرى تكون بدون منفعة.

وعليه هناك نوعين من التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان تجارب علاجية و تجارب غير علاجية أو علمية وذلك حسب الغرض الذي يسعى الطبيب أو الباحث إلى تحقيقه من وراء كل منهما. سنعرضها من خلال فرعين كالآتي:

الفرع الأول: التجارب العلاجية

هي: التجربة التي يباشرها الطبيب قصد علاج المريض، باستخدام وسائل حديثة في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء.[1] أو هي: التجربة التي يلجأ إليها الأطباء للوصول إلى علاج جديد للأمراض التي أخفقت القواعد الفنية و الأصول العلمية الثابتة في تحقيق علاج ناجح لها، والتجارب الطبية العلاجية تكون بقصد علاج المريض في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء، أما إذا كان علاج المريض مستطاعا بالوسائل الطبية العادية، فإن المنطق والقانون والأخلاق، توجب على الطبيب ألا يلجأ إلى مثل هذه الطرق أو التجارب العلاجية الجديدة التي يمكن أن تؤذي المريض .[2] وتهدف التجارب العلاجية إلى علاج داء ما الم بالشخص الخاضع له، عن طريق دواء جديد أو بوسيلة مبتكرة أو متطورة.[3]

ويمكن القول أن التجربة العلاجية لا تختلف كثيرا عن الأعمال الطبية الأخرى، التي يقوم بها الطبيب بشكل يومي أثناء معالجة مرضاه، فكلاهما يهدف إلى علاج المريض وفقا للمعطيات العلمية الحديثة، كما يخضعان لنفس أسباب الإباحة التي تجيز الأعمال الطبية، ويكمن الاختلاف بين التجارب الطبية العلاجية وباقي الأعمال الطبية العلاجية الأخرى في نسبة توقع نجاح العلاج، بحيث أن في التجربة الطبية العلاجية تكون نسبة نجاح العلاج الجديد غير متوقعة وغير مؤكدة بصفة دقيقة، و ذلك لأن إمكانية نجاح العلاج الجديد تكون في البداية مجرد فرض يتوجب على الأطباء إثبات تحققه، من خلال اللجوء لتجربته على الإنسان، أما في الأعمال الطبية التقليدية ، فإن كان من المستحيل الجزم بنجاح العلاج بصفة مطلقة، فإنه يمكن على الأقل توقع نسبة نجاح العلاج مسبقا بصفة مؤكدة. و بالتالي فان تجريم هذا النوع من التجارب يؤدي إلى جمود العلوم الطبية و ركودها و يقضي على روح الابتكار لدى الأطباء و العلماء و يحرم الإنسانية من علاجات جديدة.[4]

الفرع الثاني: التجارب العلمية أو غير العلاجية

هي تجارب تستخدم فيها وسائل أو طرق جديدة على إنسان سليم أو مريض، بغرض البحث العلمي وفقاً للأصول العلمية دون أن يكون في حاجة إليها، وتهدف هذه التجربة بشكل عام إلى

---

[1]– أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، ط03, دار النهضة العربية، القاهرة،1990، ص 318.

[2]– بن عودة السنوسي,«التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية»، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص66.

[3]– رضا عبد الحليم عبد المجيد,«النظام القانوني للإنجاب الصناعي»، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر, 1996، ص224 .

[4]– بن عودة السنوسي، المرجع السابق، ص 67 .

إثبات صحة نظرية معينة أو عدم صحتها أو معرفة مدى تأثير عقار ما على إنسان، أو غير ذلك من الفروض العلمية دون وجود مصلحة
مباشرة أو غير مباشرة للخاضع للتجربة. و الهدف منها تحقيق كشف سريري مثلا أو تجربة مفعول مستحضر طبي، وتجرى على متطوعين أصحاء أو مرضى لا تكون لهم مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة.

فمن خلال هاته التعريفات، يتضح أن ما يميز بين نوعي التجارب الطبية هو الهدف أو الغرض الذي يسعى الطبيب الى تحقيقه من وراء كل منها . فالتجربة العلاجية تهدف إلى أفضل طرق العلاج الممكنة لصالح المريض مع إمكانية تعميم هذه الفائدة إلى غيره من المرضى، ممن يشتكون من نفس المرض حاليا أو مستقبليا.

أما التجربة العلمية المحضة أو غير العلاجية، فالهدف منها هو كسب معارف جديدة بخصوص التشخيص أو العلاج، كأن يجرب طبيب مستحضر طبي جديد أو طرق علاجية لم يسبق تجربتها فيما مضى.[1]

المطلب الثالث: أهمية الدراسات العيادية

إن التقدم العلمي الهائل الذي تشهده العلوم الطبية و البيولوجية لم يكن في الحقيقة، إلا نتاجا للبحوث العلمية الفنية و التجريبية المتواصلة على الإنسان، فالطب يتقدم كل يوم بفضل الأبحاث اليومية التي يجريها علماؤه، للوصول إلى علاج جديد للأمراض التي لم يوفق الطب بعد إلى علاج ناجح له. وإجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان، ضرورة لا سبيل إلى إنكارها لتقدم الطب و الجراحة، إذ بفضل تلك التجارب اتسعت آفاق المعرفة أمام العلوم الطبية التي لا تزال تأتينا كل يوم بجديد.

و قد أشادت أغلب التشريعات بالدور الإنساني الذي تلعبه التجارب الطبية، فقد اعترفت الفقرة (12) من ديباجة الإعلان العالمي لأخلاقيات العلوم الطبية و البيولوجية، بأن الأبحاث والتجارب الطبية قد عاد لها الفضل على الإنسانية في الماضي، وسيعود عليها بالفضل في المستقبل أيضا، من خلال الرفع من سن الحياة و التقليل من الوفيات وتحسين الظروف المعيشية، كما نصت المادة (5) من إعلان هلسنكي، على أن تطور العلوم الطبية مرهون بإجراء الأبحاث و التجارب الطبية، التي تساهم في فهم أسباب تطور الأمراض وآثارها، والبحث عن إيجاد طرق تسمح بتطوير أساليب الوقاية والتشخيص و العلاج، كما نصت الفقرة (4) و الفقرة (5) من ديباجة البروتوكول الإضافي الخاص بالاتفاقية الأوربية المتعلقة بحقوق الإنسان والأبحاث البيوطبية، على أن الأبحاث و التجارب الطبية لها دور كبير في إنقاذ حياة الأشخاص

---

[1] – بركات عماد الدين، «الإطار القانوني للقيام بالتجارب الطبية على جسم الإنسان»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، عدد08 ، جامعة احمد دراية، أدرار،2017، ص382 ،383 .

وتحسين ظروفهم المعيشية .[1]

وفي الأخير يمكن القول أن التجارب الطبية، تعتبر بمثابة السند الذي تعتمد عليه الإنسانية للتخلص من الأمراض التي تتربص بها منذ القديم، و التي أصبحت بمرور الزمن من أحد أقدم أعدائها التقليديين، الذين يتوجب القضاء عليهم لضمان استمرارية الإنسانية وسعادتها.[2] وبما أن التجارب الطبية ضرورية لكي يتقدم فن الطب، علينا أن نأخذ بالحسبان سلامة الفرد من أجل مصلحة المجتمع، لأن الفرد هو العنصر المنتج للخيرات المادية فيجب الحفاظ على قواه الطبيعية.[3]

المبحث الثاني: الضوابط القانونية لإجراء الدراسات العيادية

من المبادئ المستقر عنها هو مبدأ حرمة الجسد بشقيه و عدم جواز التصرف فيه، إلا أن الفقه قرر مجموعة من الاستثناءات على هذا المبدأ، من أهمها إجراء التجارب الطبية و الأبحاث العلمية بما يخدم الكيان البشري في إطار المشروعية، ولذلك اشتَرطت المواثيق الدولية والتشريعات الصحية المقارنة توفر مجموعة من الشروط الشكلية لإجراء التجارب الطبية و العلمية على جسم الإنسان. ومن ثم معرفة موقفها من هذه التجارب الطبية و حكم الشريعة الإسلامية منها، لهذا قسمنا هذا المبحث إلى عدة مطالب، شروط إجراء الدراسات العيادية و العقوبات المقررة على مخالفتها(مطلب أول) ، ثم موقف القانون الدولي الإنساني من التجارب الطبية على الإنسان(مطلب ثاني)، ثم حكم الشريعة الإسلامية منها(مطلب ثالث).

المطلب الأول: شروط إجراء الدراسات العيادية و العقوبات المقررة على مخالفتها

ووفقا لقانون الصحة الجديد حدد المشرع الجزائري بالتفصيل مضمون هذه الدراسات والشروط المختلفة، التي يجب أن ترافق هذه العمليات على أن يتم إجرائها على مستوى هياكل مرخص لها لهذا الغرض، كما يتولها شخص طبيعي أو معنوي يدعى "مرق". هذه الإجراءات في حقيقة الأمر لم تكن موجودة إطلاقا في القانون القديم للصحة الجزائري رغم أن الدول الأخرى التي تعتمد البحوث الطبية في ممارساتها الطبية قد أولت اهتماما بالغا لمختلف الشروط الموضوعية والشكلية الواجب مراعاتها.

لهذا سنتناول في هذا المطلب، الشروط الشكلية و الموضوعية للدراسات العيادية (فرع أول) ، ثم العقوبات المقررة على مخالفتها (فرع ثاني)

الفرع الأول: الشروط الشكلية و الموضوعية للدراسات العيادية

للتجربة في ذاتها شروط ولابد أن تتوافر بها كي تقرها الشرعية و القوانين و المواثيق الدولية، و إذا لم تتوفر هذه الشروط لا يجوز إجرائها على احد من البشر، حتى وان كان بموافقة من تجرى عليه التجربة.

---

[1]– بن عودة السنوسي، المرجع السابق،ص 70, 71، 72.

[2]– عبد الحكيم دحماني ,«المسؤولية الجزائية عن التجارب الطبية»، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس،2013، ص 39.

[3]– بركات عماد الدين، المرجع السابق، ص 383.

أولا_الشروط الشكلية:

ونظرا للخطورة التي توصف بها التجارب الطبية في تعاملها مع الجسد البشري، خاصة حينما يتعلق الأمر بوضع أشخاص في تمام الصحة تحت تجارب تتضمن نسبة ولو كانت ضئيلة من المخاطر. لذلك فقد أقرت جميع التشريعات و ابتداءا منها التشريعات الدولية في وجوب احتًرام جملة من الضوابط الشكلية والإجرائية التي تسمح بالترتيب الملائم للتجربة الطبية. وأن مختلف هذه الضوابط التي حرص المشرع الجزائري على ضرورة احترامها في قانون الصحة هي كالتالي:

1- شرط إجراء التجربة الطبية في المستشفيات المؤهلة لذلك:

حيث يشتًرط أن تجرى التجارب الطبية و العلمية في مكان مجهز بالإمكانيات والمعدات اللازمة، ومرخص له بإجراء هذه الأبحاث و التجارب على جسم الإنسان كضمانة من الضمانات الأساسية لحماية الأشخاص الخاضعين لإجراء التجارب على أجسادهم.

.وهو ما أمده المشرع الجزائري في نص المادة (379) من ق. ص.ج بأنه:

"يجب إجراء الدراسات العيادية بالتطابق مع قواعد الممارسات الحسنة في هذا المجال، في الهياكل المعتمدة و المرخص لها لهذا الغرض، حسب الكيفيات المحددة من طرف الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية".

ويلاحظ في هذا النطاق، تحديد مدى تأهيل الهياكل يرجع إلى الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية بعدما كان في خلال قانون 2018 في يد الوزير المكلف بالصحة، وبطبيعة الحال فان مدى هذا التأهيل سيكون مرتبطا بمدى جودة الوسائل و الإمكانيات البشرية و الطبية المتاحة.

2- تحديد الجهات الفاعلة خلال إجراء الدراسة العيادية:

وتعتبر هذه العملية جد مهمة في معرفة من هم الأشخاص والمؤسسات المتدخلة من أجل إجراء الدراسة العيادية على أكمل وجه، زيادة على ذلك فان المشرع الجزائري بما انه و لأول مرة ينظم موضوع التجارب الطبية، فقد تضمن قانون الصحة تسميات و مصطلحات جديدة لأجل ذلك وهي كالتالي:

أ-"**المرقي PROMOTEUR** : فان إجراء الدراسة العيادية يتولاها وجوبا "مرق (المادة 384 ق.ص.ج)، وهو شخص طبيعي أو معنوي قد يكون في شكل مخبر صيدلاني ، مقدم خدمات، مؤسسة علاج أو جمعية علمية أو هيئة بحث، وإن هذا المرق موجود كذلك في القانون الفرنسي للصحة منذ سنة 1988 ، وقد تم تأكيده في قانون الصحة الفرنسي لسنة 2004[1]. حيث يتولى المرقي إعداد بروتوكول الدراسة العيادية الذي يتضمن جميع المعلومات الخاص

[1] – هذا القانون يعرف "البحث الطبي الحيوي" على أنه: "بحث تم تنظيمه وإجرائه على البشر بهدف تطوير المعرفة البيولوجية و الطبية"

بها، بالإضافة إلى مختلف التَّراخيص والوثائق الواجب إيداعها. وخاصة الموافقة الكتابية الصريحة للشخص المعني.

ب- الطبيب الباحث: حيث أن إجراء الدراسة العيادية يجب أن يتم تحت إدارة ومراقبة طبيب باحث (المادة 380)، مسجل في قائمة الأطباء وله خبرة مناسبة لذلك، وممكن أن يتم الأمر في إطار فريق طبي. المهم أن يتولى التوقيع على بروتوكول الدراسة العيادية.

ج-الشخص الخاضع للدراسة العيادية: وهو الشخص الذي يعنى شخصيا بإجراء الدراسة العيادية، بعد اطلاعه على معطياته أو إبدائه موافقته الصريحة الكتابية لذلك.

د - وزارة الصناعة الصيدلانية: وهي الجهة الإدارية الرسمية التي حددها على أن تتولى مراقبة جميع المراحل التي تكون عليها الدراسة العيادية ابتداءا من منحها لتَّراخيص الانجاز. وانه في إطار قانون الصحة لسنة 2018 كانت وزارة الصحة هي المكلفة بهذه المهمة، إلا انه تبعا للتعديل الوزاري الذي عرفته الإدارة الجزائرية في جويلية 2020 واستحداث وزارة مستقلة عن وزارة الصحة تهتم بالصناعة الصيدلانية، قد تم تحديد صلاحيات وزير الصناعة الصيدلانية بموجب مرسوم تنفيذي رقم20- 271 المؤرخ في 2020/09/29 ج.ر 58.

هـ - لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية:هي عبارة عن جهاز مستقل استحدثه قانون الصحة الجديد (المادة 382 ق.ص.ج) تحت وصاية وزارة الصحة، مهمتها الأساسية متابعة جميع مراحل إجراء الدراسات العيادية عن طريق الاستشارة، و قد أرجع المشرع تحديد تشكيلتها و سيرها إلى التنظيم[1].

3 - الترخيص بإجراء الدراسة العيادية : أن الدراسة العيادية في قانون الصحة لا يمكن إجراؤها إلا بعد استكمال شرط إجرائي واقف وهو الحصول على التَّرخيص من طرف الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية (المادة 381 ق.ص.ج)، الذي يبث فيه بالقبول أو الرفض خلال (3) أشهر، بعد تقديم طلب طبي و تقني من طرف المرقي الذي يتضمن بروتوكول البحث، وتصريح بخصوص انجاز الدراسة العيادية.

كما أشار المشرع أنه في حالة وجود تغيير على بروتوكول البحث ، بعد الحصول على التَّرخيص، فإنه يجب على المرقي إخطار الوزير بهذا التعديل للحصول على موافقته من جديد، كأن يقوم المرقي بتغيير الشخص الخاضع للتجربة، أو تغيير موضوع أو هدف التجربة الطبية أو العلمية، أو زيادة المدة

---

[1] - في القانون الفرنسي بالنسبة إلى" لجنة حماية الأشخاص" وعند صدور قانون 20 ديسمبر 1988،سمي بالمجلس الاستشاري لحماية الأشخاص في البحث الطبي،إلا أن المجلس قد تغير بعد صدور قانون للصحة 2004 و الذي أصبح يطلق عليه لجنة حماية الأشخاص، وأصبح رأي المجلس إلزاميا بالنسبة للقائم بالبحث حول التقييم العلمي الأخلاقي .
فيمنع القانون الفرنسي إجراء الأبحاث إلا بعد الحصول على رأي إيجابي من لجنة حماية الأشخاص. و تتمتع لجنة حماية الأشخاص بالاستقلالية التامة و الشخصية القانونية في ممارستها لمهامها، و يتم التَّرخيص لهذه اللجان من طرف وزير الصحة الذي يمكنه سحب ترخيص.

الزمنية المطلوبة لإجرائها ، أو تَغير مكان إجرائها، أو زيادة الطاقم الطبي.

4 – الأنواع المختلفة للتراخيص الملقاة على عاتق المرقي من أجل استصدارها لإجراء الدراسة العيادية:

أ– ترخيص استيراد أي عتاد ضروري للقيام بالدراسة العيادية من قبل الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية (المادة 389 ق.ص.ج).

ب– تسليم شهادة نقل العينات البيولوجية، لغرض الدراسة العيادية من قبل الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية (المادة 390 ق.ص.ج).

ج– وجوب أن يصرح المرقي بالأشخاص المستعدين للخضوع للدراسة العيادية، دون منفعة فردية لدى الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، قبل تسجيلهم في السجل الوطني المخصص لهذا الغرض (المادة 394 ق.ص.ج).

د– وجوب أن يبلغ المرقي فوريا عن كل أثر خطير غير مرغوب فيه (المادة 395 ق.ص.ج) أو غير متوقع، أو أي حدث جديد للأمن يطرأ خلال أو بعد نهاية الدراسة للوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية ولجنة الأخلاقيات الطبية للتجارب العيادية، ولكل الأطباء المعنيين خلال 7 أيام كحد أقصى.

هـ– عرض التقرير السنوي عن الأمن من قبل المرقي على الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، ولجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات (المادة 395 ق.ص.ج).

و– شرط اكتتاب التامين لفائدة المرقي يغطي مسؤوليته المدنية و المهنية.

ي– إعداد التقرير النهائي عن الدراسة العيادية من قبل المرقي يودع لدى الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية (المادة 399 ق.ص.ج.)[1].

ثانيا_الشروط الموضوعية:

إن الأبحاث الطبية فرضت كضرورة اجتماعية، و اتخذت أهمية لا يمكن الاستغناء عنها في المجال الطبي، و بما أنها نوعين من البحوث، منها تلك البحوث التي تحقق منفعة فردية و مباشرة للشخص الخاضع لها، و البحوث التي لا تحقق منفعة فردية مباشرة له . فان هذا الاختلاف سوف ينعكس حتى على الشروط اللازمة لاجرائها، والتي يمكن استخلاصها من قانون الصحة بالشكل التالي:

1 _ مراعاة المبادئ الأخلاقية والأصول الطبية:

أ _ يجب أن تراعي الدراسات العيادية المبادئ الأخلاقية والعلمية وجميع الأخلاقيات التي تحكم الممارسة الطبية (المادة 378) ، بحيث انه يحرص المشرع على أن تكون هذه الدراسات موضوعة لخدمة الكائن

[1] – عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص 362.

البشري، والحفاظ على سلالته خصوصا ،و انه بالنسبة للجزائر كدولة تقوم على اعتبارات الدين الإسلامي الحنيف، فانه لا بد كذلك من مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في مدى جوازية هذه النشاطات العلمية .

ب ـ كما يجب أن تراعى الأصول العلمية عند إجراء التجارب الطبية و يقصد بالأصول العلمية تلك الأصول الثابتة و القواعد المتعارف عليهاً نظرياً و علميا بين الأطباء والتي يجب عليهم أن يلموا بها وقت قيامهم بالعمل الطبي و يلتزموا بها ولا يتسامح مع من يجهلها أو من يتعداها. ويقع على الطبيب القائم بالتجربة الطبية مراعاة القواعد المتعبة في ممارسة مهنة الطب، حيث نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة (378 من ق.ص.ج) بقولها: " يجب أن تراعي الدراسات العيادية وجوباً، المبادئ الأخلاقية والعلمية و الأخلاقيات والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية في نفس السياق أضافت المادة(380) في الفقرة الثانية التي جاء فيها أنه: "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا كانت مؤسسة على آخر ما توصل إليه البحث العيادي و المعارف العلمية و تجربة ما قبل عيادية كافية".

2 ـ القواعد الأساسية لإجراء الدراسات العيادية:

أ ـ يجب أن تكون الدراسة العيادية مؤسسة موضوعيا على آخر ما توصل إليه البحث العيادي والمعارف العلمية، و خاصة بعد وجود تجربة ما قبل عيادية كافية المادة (380) و هنا المشرع وضح بان التجربة الطبية لابد أن تكون في خدمة الكائن البشري، وليس لمجرد إشباع نزوات علمية كما كان عليه الطب في حقبة زمنية غابرة.

ب ـ ضرورة الموازنة بين منافع الدراسة العيادية ومخاطرها[1].المادة (380)، بحيث لا يقدم الطبيب على إجراء التجربة إذا كانت غير مؤكدة أو تؤدي إلى الموت أو العجز.

و قد نص على وجوب هذا الشرط العديد من الاتفاقيات الدولية وأغلب التشريعات الصحية المقارنة . فقد قضت المادة (4) من إعلان هيلسينكي[2]"لا يمكنً قانونا مباشرة أي بحث ما لم تكن أهمية الهدف منهً معادلة للخطر الذي يسببه لمن يخضع له".

ولهذا فان المشرع الجزائري وفقا لنص المادة (386 ق.ص.ج) ألزم أن يكون الأشخاص الخاضعون للدراسة العيادية على اطلاع تام بخصوص الهدف من البحث و منهجيته و الصعوبات و الأخطار المتوقعة والبدائل الطبية، حتى يتسنى لهم رفض المشاركة أو سحب موافقتهم دون تحمل أية مسؤولية .

---

[1] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 167.

[2] – إعلان هيلسينكي ـ(مبادئ و قواعد الجمعية الطبية العالمية)ـ يمثل الأساس الأول لمشروعية التجارب الطبية خاصة إبان الحرب العالمية الثانية ..حيث بادرت رابطة الأطباء العالمية عام 1964 بإعلان الميثاق الذي ينظم كيفية إجراء التجارب الطبية و الدوائية على الإنسان و تم تعديله في عام 1975 .. ثم عدل بعد ذلك في عدة مؤتمرات كان آخرها مؤتمر رقم 59 لمنظمة الصحة العالمية في أكتوبر 2008 بكوريا الجنوبية. انظر: ميرفت حسن، المرجع السابق، ص118.

ج ـ لابد من تنفيذ الدراسة العيادية تحت إدارة طبيب باحث ذلك أن الدراسة العيادية نشاط طبي يتسم بالغموض و التعقيد مع احتًرام الأصول العلمية والمبادئ المتفق عليها في القانون الطبي، وكذا المبادئ الأخلاقية إذ تنص المادة (380 من ق.ص.ج في فقرتيها (2 و3)) : " لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا كانت منفذة تحت إدارة و مراقبة طبيب باحث، يثبت خبرة مناسبة .تمت في ظروف بشرية و مادية و تقنية تتلاءم مع الدراسة العيادية، وتتوافق ومقتضيات الصرامة العلمية، وأمن الأشخاص الذين يخضعون للدراسة العيادية".

ومن هنا يتبين لنا انه من جهة أطلق المشرع على الطبيب الذي يتولى مهمة إجراء الدراسة العيادية تسمية "الطبيب الباحث"، وأن الكفاءة العلمية اللازمة لإجراء التجربة، لا يعني بها أنها مجرد الحصول على شهادة دكتوراه في الطب فقط، وإنما تعني الحصول على الخبرة اللازمة من التدريب والتمرين على الوسائل الحديثة قبل تطبيقها على البشر، وذلك بقصد المحافظة عليهم وحمايتهم من أخطار يحتمل حدوثها.

د ـ إجراء الدراسة العيادية لابد أن يتم في إطار ظروف بشرية وتقنية تتلاءم مع طبيعة هذه التجربة، بالإضافة إلى ضرورة مراعاة الصرامة العلمية وو.. المادة (380 ق.ص.ج).

هـ ـ تتطلب الدراسة العيادية الموافقة الحرة و الصريحة و المستنيرة للشخص موضوع التجريب[1]، وتوصف موافقة الشخص بأنها حرة متى استكملت الشروط التي يتطلبها القانون لتكون كذلك. وذلك بأن تكون صادرة عن شخص كامل الأهلية وفقا لنص المادة (40) من ق.م، وسليم الرضا دون أي ضغط أو إكراه أو غش أو تدليس أو غلط[2] [3] ..

حتى الاعتداءات التي هي من جراء ممارسة التجريب العلمي الطبي على أشخاص أحياء من السجناء بحالة الحروب،تنبه لها القانون الجزائري في المادة(12) ق.الأخلاقيات الطبية[4]

---

[1]– عيساوي فاطمة,«الحماية الدولية للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية عدد(04) ،2016، ص59 .

[2]– عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة ،1986 ، ص 27 و ما بعدها.

[3] – تعريف الغلط و التدليس: – الغلط هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له غير الواقع واقعاً ويدفعه إلى التعاقد. أما – التدليس فهو خديعة يمارسها أحد المتعاقدين توقع المتعاقد الآخر في وهم يدفعه إلى التعاقد. مأخوذ من فواز صالح، عيوب الإرادة، بدون تاريخ.

http://arab-ency.com.sy/law/details/25656.

[4]– انظر المرسوم التنفيذي رقم: 276–92خ المؤرخ في: 06/07/1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر92.

بالإضافة إلى ذلك فقد اشترَط المشرع في نص المادة (386 من ق.ص.ج) أن تكون هذه الموافقة صريحة بمعنى كتابية، وانه لا يمكن لأي شخص إخضاع نفسه لعدة أبحاث بيوطبية في نفس الوقت حتى وإن كان موافقا على ذلك، المادة (387 ق.ص.ج).

و ـ كما يجب أن تتوافر في الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية شروط محددة المادة (388)، هذا و قد أحال المشرع الجزائري تفصيلها عن طريق التنظيم.

3 ـ إقرار مسؤولية المخاطر و كيفية تقويم التضحية الإنسانية لإجراء الدراسة العيادية:

بالنسبة لإقرار مسؤولية المخاطر بالنسبة للمرقي في هذا الإطار اشترَط المشرع في قانون الصحة في المادة (391) بأنه يجب أن تتضمن الدراسات العيادية خاصة منها تلك التي تكون دون منفعة فردية مباشرة أي خطر جدي متوقع على صحة الأشخاص الخاضعين لها، ولهذا يجب أن يسبقها فحص طبي معمق يستلمه هؤلاء قبل إبداء موافقتهم.

لأنه في حالة تحقق الأضرار مثل إصابة الشخص الخاضع للدراسة للعجز أو وفاته فهنا يتحمل "المرق" مسؤولية تعويض الآثار المسببة للضرر لهذا الشخص أو لذوي حقوقه حتى وإن انعدم الخطأ المادة (393) . وهي لأول مرة يعترف المشرع الجزائري بمسؤولية المخاطر في قانون الصحة ولهذا ألزمه في نص المادة (397 ق.ص.ج) باكتتاب التامين الذي يغطي مسؤوليته المدنية و المهنية،غير أن الأشكال المطروح في هذا النطاق ما مدى مسؤولية الطبيب الباحث الذي تولى إجراء هذه الدراسة . كما أن مسؤولية المخاطر تبقى مستمرة ولا تتوقف عند انتهاء الدراسة، ذلك أن المرقي يبقى مسؤولا عن التقييم المستمر لأمن الدواء التجريبي المادة (395)، والتبليغ الفوري عن كل اثر خطير غير مرغوب فيه آو غير متوقع للوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية ولجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية وكل الأطباء الباحثين المعنيين بصفة مستعجلة خلال 7 أيام.

أما بخصوص كيفية تقويم التضحية الإنسانية لإجراء الدراسة العيادية، ففي هذا النطاق حدد المشرع بالنسبة للدراسات العيادية التي تكون دون منفعة فردية مباشرة المادة (392 ق.ص.ج) أنه يمكن للمرقي أن يدفع للأشخاص المستعدين للخضوع لها تعويضا عن الصعوبات التي يتحملونها حسب شروط و كيفيات يحددها الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، أما بالنسبة للدراسات العيادية التي يكون فيها منفعة فردية فلا يجوز منح أي مقابل مالي سواء مباشر أو غير مباشر المادة (398) ماعدا تعويض المصاريف التي دفعها هؤلاء الأشخاص. هذا على خلاف بعض التشريعات المقارنة خاصة منها الأمريكي، التي تسن تحفيزات للمواطنين على المشاركة في هذه الممارسات، من خلال تقديم عوائد مالية معتبرة أو رعاية صحية خاصة و علاج مجاني[1].

الفرع الثاني: العقوبات المقررة على مخالفة شروط إجراء الدراسات العيادية

---

[1] – عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص 365، 366.

لقد حدد المشرع الجزائري عقوبات على مخالفة الشروط المتعلقة بإجراء الدراسات العيادية و استكمالا لما تم ذكره من الشروط جاء في الباب الثامن أحكاما جزائية خص بها القانون رقم: 18-11 المتعلق بالصحة بما يلي:

المادة 438 : "يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 381 من هذا القانون، المتعلقة بالدراسات العيادية بالحبس من سنتين (2) الى خمس (5) سنوات و بغرامة من 5.000.000 دج".

المادة 439 : "يعاقب الطبيب الباحث الذي شرع في الدراسة العيادية دون الحصول على موافقة الشخص المدرج في لبروتوكول البحث بالحبس من سنتين (2) الى خمس (5) سنوات و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج".

المادة 440 : "يمكن ان يعاقب علاوة على ذلك كل من يرتكب إحدى المخالفات المذكورة أعلاه بعقوبة واحدة او اكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات".

المادة 441 : "يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى المخالفات المنصوص عليها في الباب الثامن أعلاه بما يأتي:

1 ـ غرامة لا يمكن أن تقل عن خمسة (5) أضعاف الغرامة القصوى المنصوص عليها للشخص الطبيعي.

2 ـ عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

ـ حجز الوسائل و العتاد المستعمل في ارتكاب المخالفة

ـ المنع من ممارسة نشاط الصحة لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات

ـ غلق المؤسسة أو إحدى ملحقاتها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات

ـ حل الشخص المعنوي."[1]

المطلب الثاني: موقف القانون الدولي الإنساني من التجارب الطبية على الإنسان

الواقع أن الاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة، تعد أهم المصادر بالنسبة لحماية حق الإنسان في كيانه الجسدي في مواجهة التجارب الطبية، ونظرا لأهمية هذا الموضوع و لرغبة المجتمع الدولي و الهيئات الدولية المختلفة في حماية حقوق الإنسان، عقدت الكثير من الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية، في محاولة منها لوضع موازنة بين هذين الحقين . لهذا سنتناول هذا المطلب في فرعين، تقنين نورمبرغ (فرع أول) ثم الاتفاقيات الدولية (فرع ثاني) باختصار.

الفرع الأول: تقنين نومبرغ

ومن أهم المباديء و القواعد العشرة التي جاءت بها محكمة نورمبرغ نذكرها باختصار:

---

[1] – القانون رقم: 18-11، المؤرخ في 2018/07/02، المتعلق بالصحة، ج.ر عدد46 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم: 20-02 ، المؤرخ في: 2020/08/30.

1 – ضرورة الحصول على رضاء الشخص الخاضع للتجربة.

2 – يجب أن تكون التجربة محددة الغرض.

3 – يشترط أن تكون التجربة مصممة استنادا الى نتائج التجارب على الحيوانات.

4 – تجنب الآلام و الأضرار الجسمانية و العقلية و .. أثناء مباشرة التجارب.

5 – القائم بهذه التجارب من الممكن ان يكون هو نفسه محلا لها.

6 – يشترط ان تفوق الفوائد الناتجة من التجربة درجة مخاطرها.

7 – التحضير الجيد و توفير المرافق المناسبة من كل خطر محتمل.

8 – أن يكون الأطباء القائمون بالتجربة على أعلى درجة من المهارة و الكفاءة العلمية.

9 – للشخص الخاضع للتجربة حق إيقافها في أي وقت و في أي مرحلة من مراحلها.

10 – يجب على القائم بالتجربة إيقافها في أي مرحلة إذا لاحظ أن هناك ضرر. [1]

الفرع الثاني: الاتفاقيات الدولية

ومن أهم هذه الاتفاقيات نذكر باختصار:

أولا_ الاتفاقيات الدولية ذات الصبغة العالمية :

1_ الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان:

أ_ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

وقد اهتمت مواده بالحق في الحياة وفي السلامة الجسدية، وأكد على حماية الحقوق التي يمكن أن تتعرض للخطر بإجراء التجارب الطبية على الإنسان، حيث نصت المادة الأولى منه على: "يولد جميع الناس أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق.."، كما نصت المادة03 على: لكل فرد الحق في الحرية والحياة وسلامة شخصه"، ونصت المادة 05 منه على أن"لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أوالمعاملات القاسية أوالوحشية أوالحاطة بالكرامة".

ب _ اتفاقيات جنيف و بروتوكالاتها:

وهذه الاتفاقيات الأربع هي:اتفاقية جنيف لتحسين حالة الجرحى و المرضى من القوات المسلحة في الميدان، اتفاقية جنيف لتحسين حالة الجرحى و المرضى و الغرقى من القوات المسلحة في البحار،اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب،اتفاقية جنيف بشأن الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، وقد اهتمت كل الاتفاقيات الأربع بالأفعال الماسة بالسلامة الجسدية أو الصحية أيا كانت صورها. ومنعت المادة(11) فقرة (02) البروتوكول الأول إجراء التجارب الطبية والعلمية على الأشخاص المذكورين في الاتفاقيات الأربعة ولو برضاهم .**و** أضافت المادة (16) فقرة (02) من البروتوكول ، والمادة (10) فقرة (02) من البروتوكول الثاني على أنه: "لا يجوز إرغام الأشخاص الذين يمارسون

---

[1]. – ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 97، 98 .

نشاط ذا صفة طبية على إتيان تصرفات أو القيام بأعمال تتنافى وشرف المهنة الطبية أو غير ذلك من القواعد الطبية التي تستهدف صالح الجرحى والمرضى[1]...".

ت _ العهد الدولي الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية و الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية:

تقر الدول الأطراف في المادة الخامسة عشر من هذا العهد الفقرة ب – " بان من حق كل فرد أن يتمتع بفوائد التقدم العلمي و بتطبيقاته .. " كما حثت الدول الأطراف فيها على احترام حرية البحث العلمي و النشاط الأخلاقي. فاتفاقية الحقوق المدنية و السياسية نصت في المادة السادسة على ان "الحق في الحياة حق ملازم لكل انسان وعلى القانون ان يحمي هذا الحق .." ونصت المادة الثانية عشر من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية على ان" حق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية و العقلية يمكن بلوغه ".[2]

ث _ الإعلان العالمي حول الجينوم البشري وحقوق الإنسان:

نص هذا الإعلان على وثيقتان: – الوثيقة الأولى بشأن مسؤوليات الأجيال الحاضرة تجاه الأجيال المقبلة، تضمنت المواد 03 و06 على احترام الكرامة الإنسان وحقوق الإنسان.

– أما الوثيقة الثانية فهي تحمل عنوان:"الجينوم البشري وحقوق الإنسان"، و أهم المواد التي تضمنها لإجراء البحوث العلمية المواد: 05، 10 ، 11، 12 ، 15 .

2_ إعلان هلسنكي 1964:

ومن أهم ما تضمنه الإعلان بشأن التجارب الطبية ما يلي:

1 – وجوب إخضاع التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان إلى المبادئ العلمية المتعارف عليها.

2 – عدم البدء في البحث إلا بعد أن تعتمد مشروعه لجنة علمية خاصة محايدة.

3 – أن يكون فريق البحث من المؤهلين علميا لذلك العمل.

4 – أن تكون غاية التجربة متناسبة مع المخاطر التي يحتمل أن تلحق بالخاضعين لها.

5 – أن تجرى دراسة قبل الشروع في البحث لتقييم المخاطر المحتملة و الفوائد المرجوة.

6 – احترام حق الخاضعين للتجربة في المحافظة على سلامتهم وخصوصياتهم.[3]

ثانيا_ الاتفاقيات الدولية ذات الصبغة الإقليمية:

1_ الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان:

---

[1]. – بن عودة السنوسي، المرجع السابق، ص103، 104، 105 .

[2] – ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 104، 105 .

[3] – مهداوي عبد القادر,« ضوابط التجارب الطبية على الإنسان بين مواثيق حقوق الإنسان وأحكام الفقه الإسلامي»، مجلة القانون و المجتمع العدد (04) ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة ، 2014 ، ص 54.

حيث نصت المادة (03) منها على أنه: "لايجوز إخضاع أي كان للتعذيب أو لعقوبات أو معاملة لا إنسانية أو مذلة"، وطبقا للمادة السابعة منها استهدفت الاتفاقية الأوربية تدويلا لحقوق الأساسية للإنسان من خلال تشجيع الأفراد على تقديم شكاوي ضد حكوماتهم أمام الهيئات الدولية.

2_ توجيهات المجلس الأوربي:

ومن بين القواعد التي نصت عليها توجيهات المجلس الأوربي في هذا الشأن ما يلي:

1 – يجب أن يكون إجراء التجارب الطبية مسبوقا بتجارب عقاقيرية تجرى على الحيوان.

2 – من الضروري أن يتم إجراء التجارب الطبية في صورة تجارب مراقبة وإن تختلف طريقة إجراءها تبعا لكل حالة، وأن تتفق ومبادئ الأخلاق.

3 – يتعين اللجوء إلى التجارب المقارنة التي تستعمل عادة بطريق الجهل المزدوج متى أمكن ذلك لمعرفة انعكاسات العقاقير الطبية من الناحية الموضوعية.

4 – ضرورة استعمال الطرق الإحصائية لمعرفة أثر العلاج.[1]

حيث نصت المادة (04) منه على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة الإنسان، ومن حقه احترام حياته وسلامة شخصه البدنية والمعنوية، كما لا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفا".

ونصت المادة(05) على أن: "لكل فرد الحق في احترام كرامته والاعتراف بشخصيته القانونية.. "، كما نصت المادة(16) على: "لكل شخص الحق في التمتع بأفضل حالة صحية بدنية وعقلية ..".

3 – الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان:

نصت المادة (05) منه على أنه:"الحق في الحياة حق ملازم لكل شخص.يحمي القانون هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفا"، ونصت المادة (08) فقرة (01) على: "يحظر تعذيب أي شخص بدنيا أو نفسيا أو معاملته معاملة قاسية أو مهينة أو الحاطة بالكرامة أو غير إنسانية" إن نصت المادة (09) صراحة على عدم جواز إجراء التجارب الطبية أو العلمية على الإنسان دون رضائه الحر بنصها " :لا يجوز إجراء تجارب طبية أو علمية على أي شخص أو استغلال أعضائه من دون رضائه الحر..".

– بالإضافة الى العديد من المواثيق و الإعلانات و المؤتمرات الدولية التي لا يتسنى لنا عرضها .. لهذا سنكتفي هنا بذكرها فقط :

4_ الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

5_ إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام.

6_ ميثاق حقوق المرضى(La charte de droits des malades).

---

[1] – محمد عيد الغريب، التجارب الطبية و العلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، الطبعة الأولى، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة ، مصر، 1989، ص 30 . و مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011 ، ص 143 .

7_الاتفاقية الأوربية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي.

ثالثا_ المؤتمرات الدولية والتجارب الطبية على الإنسان:

1 _المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد في طهران سنة 1968.

2 _ مؤتمر مانيلا.

3 _ المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات.

4 _ المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي.

المطلب الثالث: حكم الشريعة الإسلامية منها

للتجارب تأصيلها في الشريعة الإسلامية فهي مشروعة من حيث المبدأ، كغيرها من القضايا التي تستجد في الواقع الإنساني في إطار الضوابط الشرعية، وهنا سنتطرق إلى حكمين، التجارب الطبية العلاجية (الفرع الأول) ثم التجارب الطبية غير العلاجية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التجارب الطبية العلاجية

أولا_ من الكتاب:

قال تعالى :﴿ قُلْ سِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانْظُرُوا كَيْفَ بَدَأَ الْخَلْقَ﴾[1].

فهذا أمر من الله عز وجل لعباده بالسير والنظر والتأمل ليس في النفس فحسب، بل في كل المخلوقات حولنا، كيف خُلقت ور كِبت وكيف وجدت؟ دعوة للبحث في الخلق جميعه الأرض وما فيها من عجائب، والسموات وما فيها من غرائب، وهذا دليل قوي وأصل من الأصول التي تجيز مبدأ البحث و الاكتشاف لطلب العلم، وهذا دليل لمشروعية التجارب، قال تعالى:﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾[2].

امتدح الله من قام بإحياء النفس، وإحياؤها إنما يكون بإنقاذها من هلكة، ومن كل أسباب المؤدية إليها، ولما كان المرض مؤدياً إليها، وكان العلاج سبباً في إنقاذها، ولا يتوصل إلى هذا العلاج الذي هو سبب لشفاء النفس – بإذن الله – إلا بالتجارب، ولأنها وسيلة لاكتشاف العلاج و الأدوية المساعدة في شفاء الأنفس و إنقاذها من الموت فيكون إجراء التجارب من ضمن الأفعال التي امتدحها الله تعالى لأنها تؤدي لإحياء النفس[3].

ثانيا _ من السنة النبوية الشريفة:

---

[1] – سورة العنكبوت، الآية 20.

[2] – سورة المائدة، الآية 32.

[3]– معمر محمد الحاج و سهاد تحسين دولة، إجراء التجارب الطبية على الإنسان والحيوان، بحث مقدّم لمؤتمر أخلاقيات المهن الطبية من منظور إسلامي و قانوني، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2021، ص 9 ، 10.

فقد تداوى الرسول صلع و أمر به من أصابه مرض من أهله وأصحابه، ودرج بعده أصحابه الكرام على التداوي[1] و العلاج[2] ، وقال العلامة العز بن عبد السلام :" الطب كالشرع، وضع لجلب مصالح السلامة والعافية، و درء المعاطب و الأسقام " ومن الأدلة ما ورد في الصحيح عن عبد العزيز بن أبي حازم، عن أبيه، أنه سمع سهل بن سعد، يسأل عن جرح رسول الله صلع يوم أحد، فقال " :جرح وجه رسول صلع وكسرت رباعيته، وهشمت البيضة على رأسه، فكانت فاطمة بنت رسول الله تغسل الدم، وكان علي بن أبي طالب يسكب عليها بالمجن ، فلما رأت فاطمة أن الماء لا يزيد الدم إلا كثرة، أخذت قطعة حصير فأحرقته حتى صار رمادا، ثم ألصقته بالجرح، فاستمسك الدم" ، فقد استدل الفقهاء بهذه الواقعة للقول بأن علاج فاطمة للرسول صلع بالرماد بعد عجز الوسيلة المتبعة في إيقاف نزيف الدم كانت تجربة، ولم ينكر عليها رسول الله صلع تلك التجربة، وهو ما يدل على جواز إباحة تجريب الأدوية الجديدة في حالة عدم نجاح الطرق المعروفة.

ومن القواعد العامة التي استدل بها الفقهاء للقول بشرعية التجارب العلاجية، إباحة الله عز وجل للتداوي من الأمراض بغير محرم، وبجميع الوسائل الجائزة شرعا، بل إنه قد يكون واجبا، لأن حفظ النفس من الأمور التي أوجبت الشريعة حفظها.

الفرع الثاني: التجارب الطبية غير العلاجية

يعتبر إجراء التجارب غير العلاجية على الإنسان من مستجدات العصر الحديث، وذلك مع تطور العلوم الطبية والبحث العلمي، ولم تكن معروفة لدى الفقهاء القدماء، وأمام هذه المسألة فقد برز رأيان:

أولا_ ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين إلى القول بمنع إجراء هذه التجارب على الإنسان مستدلين ببعض النصوص من الكتاب والسنة و القواعد العامة التي تنص على حرمة المساس بالكيان الجسدي للإنسان من غير ضرورة، وفيها تعريض النفس للخطر من غير مصلحة مقصودة شرعا، وأن هذه التجارب تتناقض مع التكريم الذي خص الله به الإنسان.

ثانيا_ أما الفريق الآخر فقد ذهب إلى ضرورة فتح الباب أمام الباحثين لإجراء التجارب غير العلاجية، مستدلين بأن الشريعة الإسلامية لا تقف أبداً في وجه التقدم و التطور العلمي، وأنها صالحة في كل مكان وزمان، ومن ناحية أخرى فإن تفشي الأمراض والأوبئة يستلزم البحث الدائم عن السبل لإزالتها لتعيش البشرية في أمن وسلام، شريطة أن تجرى ضمن قواعد وإجراءات وضمانات صحية وقانونية، فيجب وضع

---

[1]– الأصل في حكم التداوي أنه مشروع لما فيه من حفظ للنفس البشرية الذي هو احد المقاصد الكلية للتشريع. انظر: فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية رقم:20913 المتعلقة بحكم العلاج. و قد أقر مجمع الفقه الإسلامي الدولي مشروعية التداوي و فصل حكمه فيها حسب الحالة التي يكون عليها المريض، فقد يكون التداوي واجبا أو مندوبا أو مباحا أو مكروها .. انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم67 (6/5)عام 1992 المتعلق بالعلاج الطبي.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 24.

ضوابط وقيود على القيام بمثل هذه التجارب والأبحاث، كأن تجرى على الحيوانات مرات عديدة قبل تجربتها على الإنسان، وأن يقوم بها أطباء متخصصون وعلى درجة عالية من الكفاءة، ذلك لضمان حسن سير التجربة والتقليل من نسبة وقوع الأضرار وتحقيق أكبر قدر من المكاسب العلمية.[1]

الخاتمة:

تم التوصل من خلال هذه الدراسة إلى أن الدراسات العيادية على جسم الإنسان ضرورة حتمية لا غنى عنها في سبيل التحقق من فعالية الأدوية الجديدة التي يتم تجريبها على جسم الإنسان، فهذا التدخل تمليه الضرورة الاجتماعية. وبفضلها تمكن العلماء عبر العصور من الحد من الكثير من الأمراض التي حصدت الكثير من الأرواح البشرية إلا أن ضرورة إجراء التجارب الطبية، لا تعني أن يترك المجال مفتوحا بإطلاقه للأطباء ليقرروا كيفية إجراءها، ذلك لأن جسم الإنسان أسمى من أن يكون حقل للتجارب، وأسمى من أن يستعمل كوسيلة لتحقيق المجد وإشباع شهوات الأطباء العلمية، ولأن الدراسات العيادية قد أجمع الفقه وكذا التشريعات المختلفة على مشروعيتها وجب الالتزام بأهم التوصيات التالية:

– لضمان التأطير الصحيح و الشرعي للدراسات العيادية، لابد أن يكون هناك تطبيق صارم للنصوص القانونية و القواعد الأخلاقية.

– ضرورة إعادة النظر في جميع التشريعات الخاصة بتنظيم الدراسات العيادية كل خمس سنوات، كما فعل المشرع الفرنسي، وذلك حتى يتم التوفيق بين المصالح المتعارضة من جهة، ومن جهة أخرى لأن البحث العلمي الطبي في تطور وتغير دائم ومستمر، لذلك لابد مع من مواكبة التطور العلمي ليضمن ويحفظ التوازن بين تقدم البحث الطبي و أيضا توفير الحماية اللازمة للشخص الخاضع للبحث الطبي.

– وحتى لا يكون الإنسان محلاً للتجارب، نقترح توفير حماية أكثر للجسم البشري خاصة في ظل التطورات الحاصلة اليوم ونعتقد أن ذلك لا يتأتى إلا بإعادة النظر في السياسة الجنائية التي يتبناها في التجريم و العقاب، مع ضرورة تحديد المسؤولية الجزائية عن التجارب الطبية، من خلال رصد عقوبات للإخلال بكل شرط من شروط إجراء التجارب الطبية على حدا، كما فعل المشرع الفرنسي.

قائمة المصادر و المراجع:

أولا: المصادر

ثانيا: المراجع (الكتب , أطروحات الدكتوراه .

المقالات عبر المجلات الدورية

/ و عبر الانترنت

– القران الكريم

1– النصوص القانونية :

[1]– معمر محمد الحاج و سهاد تحسين دولة، المرجع السابق، ص 10،11.

– مرسوم تنفيذي رقم 276–92خ المؤرخ في: 06/07/1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر92.

– القانون رقم 18–11، المؤرخ في 2018/07/02، يتعلق بالصحة، ج.ر عدد46 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم: 20–02 ، المؤرخ في: 2020/08/30.

– ثانيا: المراجع

1– الكتب:

– ابن منظور: جمال الدين بن محمد بن مكرم ، لسان العرب،ج1، مادة (جرَّب)، دار الفكر، دار صادر، بيروت .

– مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط08، 2005.

– ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة،2013.

– بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012 .

– أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة،دار النهضة العربية، القاهرة، ط03،.1990.

– عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر 1986, .

– محمد عيد الغريب، التجارب الطبية و العلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، الطبعة الأولى، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة ، مصر، 1989.

– مرعي منصور عبد الرحيم ، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، 2011.

2 – أطروحات الدكتوراه و رسائل الماجستير:

أ – أطروحات الدكتوراه:

– حبيبة سيف سالم راشد الشامي_ ‹النظام القانوني لحماية جسم الإنسان›، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة،2006.

– إيهاب يسر أنور علي _‹المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب›، أطروحة الدكتوراه، جامعة عين الشمس ،1994.

– بن عودة السنوسي _ ‹التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية›، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018.

– رضا عبد الحليم عبد المجيد_ «النظام القانوني للإنجاب الصناعي»، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1996.

– عبد الحكيم دحماني _«المسؤولية الجزائية عن التجارب الطبية»، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس،2013.

ب – رسائل الماجستير:

– نريمان وفيق محمد أبو مطر_« التجارب العلمية على جسم الإنسان»، رسالة الماجستير، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2011.

– عفاف عطية كامل معابرة_« حكم إجراء التجارب الطبية العلاجية على الإنسان و الحيوان»، رسالة الماجستير في الشريعة الإسلامية, جامعة اليرموك، الأردن،2002.

3 – المقالات عبر المجلات الدورية :

– عيساني رفيقة، «أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد»، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة مستغانم، عدد01، 2022.

– بركات عماد الدين، «الإطار القانوني للقيام بالتجارب الطبية على جسم الإنسان»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، عدد08 ، جامعة احمد دراية، أدرار،2017.

– عيساوي فاطمة_ «الحماية الدولية للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية عدد(04) ،2016.

– مهداوي عبد القادر_« ضوابط التجارب الطبية على الإنسان بين مواثيق حقوق الإنسان وأحكام الفقه الإسلامي»، مجلة القانون و المجتمع العدد (04) ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة ، 2014 .

4– البحوث العلمية:

– معمر محمد الحاج و سهاد تحسين دولة، إجراء التجارب الطبية على الإنسان والحيوان، بحث مقدّم لمؤتمر أخلاقيات المهن الطبية من منظور إسلامي و قانوني، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2021.

– فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية رقم:20913 المتعلقة بحكم العلاج.

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم67 (6/5) عام 1992 المتعلق بالعلاج الطبي.

http://arab-ency.com.sy/law/details/25656.

مداخلات الورشة الثانية

البيو أخلاقيات الطبية والقانون الدولي الإنساني

د. زايدي وردية

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:

تم تنظيم مهنة الطب دوليا بمعايير دولية سعت إلى وضعها منظمات دولية للأطباء، إذ وجد اهتمام كبير بوضع نظام قانوني للأنشطة الطبية في فترة النزاعات المسلحة لمنع الوقوع في كوارث إنسانية مثلما حدث في الحربين العالميتين الأولى والثانية، إذ أحاطت اتفاقيات جنيف الأنشطة الطبية بقيود وأنظمة لتكون في مصلحة ضحايا النزاعات المسلحة ومنعت كل ما من شأنه أن يشكل استغلالا لأسرى الحرب.

وتعتبر اتفاقيات جنيف قواعد آمرة يقع باطلا كل ما يخالفها، إضافة إلى كونها من القواعد التي يكون في مصلحة الإنسانية جمعاء التقيد بها ومراعاتها رغم ما تعانيه من نقص في توفير الحماية في النزاعات المسلحة غير الدولية.

الكلمات المفتاحية: الإنساني– الطب– الدولي– البيوأخلاقيات–النزاع– المسلح–الأسرى–القانون.

Summary:

The medical profession was organized internationally with international standards sought by international organizations of doctors, as there was great interest in establishing a legal system for medical activities in the period of armed conflicts to prevent humanitarian disasters, as happened in the first and second world wars, as the Geneva Conventions surrounded medical activities with restrictions and regulations to be in The interest of the victims of armed conflicts and prevented everything that would constitute exploitation of prisoners of war.

The Geneva Conventions are jus cogens and all that contradicts them is null and void, in addition to being one of the rules that is in the interest of all humanity to be observed and observed despite the lack of protection it suffers from in non-international armed conflicts.

Keywords: humanitarian - medicine - international - bioethics - conflict - armed - prisoners – law**.**

مقدمة

إن تحلي الطبيب بالأخلاقيات ومراعاته لمعايير دولية يضمن له آداء مهامه الطبية بشكل لايسبب ضررا للمريض، خاصة في حالة النزاع المسلح حيث يكون المريض من ضحايا النزاع المسلح وواقعا في قبضة العدو.

عملت المنظمات الدولية للأطباء على وضع معايير ومبادئ يصلح العمل بها في الحالات العادية ومع ذلك وردت قواعد خاصة تضمن الالتزام بالحد الأدنى للأخلاقيات الطبية خاصة بعد الحرب العالمية الأولى والثانية وما خلفته من كوارث على البشرية والإنسانية وتشكل الأخلاقيات البيوطبية ضمانة للمريض والطبيب في نفس الوقت، اذ الطبيب بدوره قد يتعرض لضغوط تجعله لا يلتزم بالمعايير والقواعد الدولية التي توفر حماية لضحايا النزاعات المسلحة خاصة أسرى الحرب.

كما أن القانون الدولي الإنساني لا يجيز إجراء أية تجارب طبية او علمية أو أخذ عينات من الأنسجة أو أعضاء أحد ضحايا النزاع المسلح ولو تم ذلك بموافقته وإن وردت استثناءات على المبدأ العام فتكون في إطار ضيق ووقت وشروط ومعايير صارمة حددها القانون.

أهمية الموضوع: إن الطبيب شخص عادي لا يمكن تركه لأهوائه ورغباته النفسية لأنه يمارس مهنة الطب التي وجدت في سبيل إشفاء المرضى وتحسين حالاتهم، وإن كان عدم تقييد الطبيب بنصوص قانونية يؤدي إلى انتهاكات خطيرة ومضرة في حق الإنسانية، فإن ترك الطبيب يتصرف في حالة النزاعات المسلحة دون نصوص قانونية ومعايير طبية يجب الامتثال لها تجعل الطبيب بدرجة المجرم الذي دوره تحقيق أهداف ومنافع شخصية تؤول لأحد أطراف النزاع على حساب المريض وصحته.

أسباب الموضوع: تهدف دراستنا إلى التطرق للنقاط الآتية:

- التعرف على المعايير الطبية المعتمدة دوليا في حالات السلم وحالات النزاعات المسلحة
- الحماية الخاصة لضحايا النزاعات المسلحة من الإجراءات الطبية غير المشروعة كالتجارب الطبية والعلمية، ونزع الأعضاء والأنسجة البشرية.
- طبيعة المسؤولية القائمة عن حالة إنتهاك الطبيب لالتزاماته الأخلاقية.

الإشكالية: ماهي المعايير الطبية المعتمدة في أوقات النزاعات المسلحة الدولية؟

المنهج المعتمد: تم اللجوء في غالبية البحث إلى المنهج الوصفي لسرد القواعد الدولية حول معاملة الطبيب للمريض في أوقات النزاعات المسلحة، لكن تم اللجوء أيضا إلى المنهج الاستقرائي، إذ بعد استقراء القواعد الطبية في أوقات النزاعات المسلحة تم التوصل في آخر البحث إلى أن هذه القواعد من القواعد الآمرة التي تؤدي إلى وقوع المسؤولية في حالة انتهاكها، إذ تعتبر قواعدا لايمكن التنازل عن المسؤولية المترتبة عن انتهاكها.

الخطة المعتمدة:

المبحث الأول: المفهوم القانوني للبيوأخلاقيات الطبية

المبحث الثاني: موقف القانون الدولي الإنساني من الأنشطة الطبية

المبحث الأول

المفهوم القانوني للبيوأخلاقيات الطبية

إن البيوأخلاقيات الطبية بما تشكله من معايير دولية تضمن الحد الأدنى من الإنسانية في التعامل مع المريض في حالات السلم، إذ جعلت المنظمات الدولية تعكف على وضع قواعد ومعايير دولية تلزم الطبيب بمراعاتها وعلى أساسها تصاغ مدونات وطنية، لكن الأوضاع في النزاعات المسلحة مختلفة، إذ المريض يكون من ضحايا النزاع المسلح وقد يكون مكرها على التصرف في جسده، لذلك يفترض أن إرادته ليست حرة فلا يعتد بها. إذ وجدت قواعد خاصة إلى جانب القواعد العامة ليتم مراعاتها في النزاعات المسلحة. الذي نتطرق إليه من خلال المطلب الأول(القواعد العامة للبيوأخلاقيات الطبية)، والمطلب الثاني (قواعد البيوأخلاقيات الطبية الخاصة بالنزاعات المسلحة).

المطلب الأول

القواعد العامة للبيوأخلاقيات الطبية

وجد اهتمام بمبادئ أخلاقيات الطب أو ما يطلق عليه البيوأخلاقيات الطبية سواء في زمن السلم أو النزاع المسلح من خلال موافقة منظمات دولية تساهم في تقديم خدمات صحية في أوقات النزاعات المسلحة على مدونة معنونة ب"مبادئ أخلاقيات عامة للرعاية الصحية أثناء النزاع وحالات الطوارئ الأخرى".

وساهمت هذه المدونة التي وافقت عليها الجمعية الطبية العالمية واللجنة الدولية للطب العسكري والمجلس الدولي للمرضين والإتحاد الدولي للصيدلة بتقديم رعاية صحية دون تمييز وتجنبا لكافة الضغوط والتحديات.[1]

كما وضعت مدونات قواعد السلوك لتضمن سلامة واستقلالية الطب، إذ تم سن قواعد جديدة تحمي المريض من الأطباء، ومن جانب آخر تحمي الأطباء من الضغوط السياسية والاجتماعية التي يتعرضون لها خاصة في الحالات التي يقع فيها الطبيب بين طرفين المصلحة الفردية للمريض ومصلحة المجتمع.

توجد قواعد عامة تتضمن الأخلاقيات الطبية تطبق في حالة السلم والنزاع المسلح، وتتجلى أساسا في الميثاق العالمي الذي أعدته الجمعية الطبية العالمية الذي تبنته في نوفمبر 1983، وتم تعديله في عام

---

[1] –مبادئ أخلاقيات عامة للرعاية الصحية أثناء النزاع وحالات الطوارئ الأخرى ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 30 حزيران 2015، آخر زيارة للموقع 07 مارس 2022، الموقع الإلكتروني:

www.gooogle.com/amp/s/www.ictc.org…

2006، إضافة إلى كون هذا الميثاق العالمي الذي أعدته الجمعية الطبية العالمية يتضمن المبادئ الأساسية في أمور أخلاقيات مهنة الطب.[2]

كما نجد ضمن القواعد العامة ما تضمنته عدة إعلانات دولية بخصوص أخلاقيات الطب، نذكر من ذلك إعلان جنيف لعام 1948 حول آداب حالة الطب التي يتم مراعاتها في مواجهة الأشخاص المحتجزين. إضافة إلى إعلانات أخرى كإعلان هلنسكي لعام 1964 عدل في سنة 2008 حول الأخلاقيات الطبية التي يجب مراعاتها في مجال البحث الطبي، وإعلان طوكيو المتضمن المبادئ التوجيهية للأطباء بشأن التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة بصدد الاحتجاز أو السجن الذي تم الإقرار به عام 1975.

وتم إصدار إعلان للمجلس الدولي للمرضين والممرضات والإعلان الخاص بإستقلال الطبيب وحريته المهنية المعتمد عام 1986، وبعدها إعلان لشبونة بشأن حقوق المرضى والمعتمد في عام 1995. وأخيرا إعلان هامبورغ المتضمن دعم الأطباء الذين يحترمون الأخلاقيات الطبية والمعتمد في عام 1997.[1] إذا الأخلاقيات الطبية تجعل من الطب رسالة إنسانية بداية عبر التعامل مع المريض وصولا إلى التشخيص الصحيح للمرض، وتمثل الأخلاق أصولا وأسسا يرتكز عليها الطب وفي غياب قوانين تكرس هذه الأخلاقيات لا وجود للمسؤولية في حالة الإضرار بالمريض.[2]

المطلب الثاني

قواعد البيوأخلاقيات الطبية الخاصة بالنزاعات المسلحة

وضعت قواعد خاصة للأخلاقيات الطبية تطبق في حالات تمتاز بالخطورة الناجمة عن ما يتعرض له الأطباء من ضغوط، وتتجلى هذه الحالات أساسا في حالة الاحتجاز والأبحاث الطبية والنزاع المسلح، إذ يتعرض الأطباء في حال خرقهم للقواعد الخاصة لعقوبات تأديبية من قبل المنظمات المهنية، إضافة إلى تعويض المريض عن ما أصابه من خلال إمكانية اللجوء إلى المحاكم المدنية وفي حال ارتقى التصرف إلى جريمة يعاقب الطبيب أمام المحاكم الجنائية، أما خلال النزاع المسلح فمخالفة الأطباء للقواعد الخاصة تجعلهم مرتكبين لجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية وفقا للاختصاص العالمي للمحاكم الدولية.[1]

---

[2] - القاموس العملي للقانون الإنساني(الخطأ في تسمية الأشياء يزيد من بؤس العالم)، موقع أطباء بلا حدود في العالم، في موقع الأنترنيت:...ar.guid-humanitarian-law.org

[1] -نفس المرجع.

[2] -بنين حامد جبار، التكنولوجيا الحيوية والأخلاقيات الطبية المفاهيم والأطر والتطبيقات، مجلة متون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 15 سبتمبر 2021، ص 90.

[1] -القاموس العملي للقانون الإنساني(الخطأ في تسمية الأشياء يزيد من بؤس العالم)، مرجع سابق.

يعتبر إلتزام الدول بتقديم الرعاية الصحية ليس فقط لرعاياها لكن حتى لرعايا الدولة المعادية في فترة النزاعات المسلحة. إذ أضفت اتفاقيات جنيف الأولى والثانية المعتمدتين في 12 أوت 1949 حماية خاصة للجرحى والمرضى والغرقى في أوقات النزاعات المسلحة دون أن يرد تعريف عن المرضى والجرحى على خلاف الغرقى الذين تكفلت اتفاقية جنيف الثالثة بتعريفهم. الذي يفتح مجالا لأطراف النزاع وسلطة تقديرية في تحديد فئة الجرحى والمرضى الذين يدخلون في إطار الاتفاقيتين الأولى والثانية.[2]

تدارك الوضع البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة المعتمد في 08 جوان 1977، إذ تضمن تعريفا شاملا وموسعا للجرحى والمرضى، الذين يستفيدون من الحماية والرعاية الطبية* من بينهم المدنيين الذين لم تذكرهم اتفاقيات جنيف، و قامت بحصر فئة المرضى والجرحى بالقوات المسلحة النظامية والمليشيات والوحدات المتطوعة وأعضاء حركات المقاومة النظامية، المحتجزين وسكان الأراضي المحتلة الذين يرفعون السلاح وكل المدنيين الذين يخدمون بصفتهم المهنية القوات المسلحة النظامية.[1]

تضمنت المادة السادسة عشرة من البروتوكول الإضافي الأول ضمانات أساسية متعلقة بحماية وإحترام ضحايا النزاعات المسلحة، لكنها لم تعرف القائمين على الخدمات الطبية أو ما يندرج ضمن المهام الطبية، إذ يفهم من فحوى المادة أن الأشخاص هم الذين يعملون في مجال الطب أو الأشخاص الذين يقومون بأنشطة الطب أو النشطات المهنية التي يقومون بها ويشمل ذلك حتى فئة الأشخاص الذين لاينتمون إلى فئة الأطباء في حال قيامهم بالمهام المنوطة بالأطباء.

ويقصد من الأنشطة الطبية كل الأنشطة العلاجية الممارسة بقصد إنقاذ حياة الجرحى والمرضى كالتجارب المشروعة والتحليلات المخبرية والأشعة بكافة أنواعها، إضافة إلى عمليات الفحص والتشخيص الطبي.

---

[2] – عبد الحق مرسلي، المسؤولية الدولية عن الإخلال بالتزام الرعاية الطبية للمرضى والجرحى في النزاعات المسلحة، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد 07، المركز الجامعي لتمنغاست، الجزائر، جانفي 2015، ص219 وص 220.

* –المادة الثامنة تقضي بما يلي:" الأشخاص العسكريون أو المدنيون الذين يحتاجون إلى مساعدة أو رعاية طبية بسبب الصدمة أو المرض أو أي أي اضطراب أو عجز بدني كان أم عقليا والذين يمتنعون عن أي عمل عدائي، ويشكل هذان التعبيران أيضا حالات الوضع والأطفال حديثي الولادة والأشخاص الآخرين الذين قد يحتاجون إلى مساعدة أو رعاية طبية عاجلة ذ، مثل ذوي العاهات والحوامل الذين يحجمون عن أي عمل عدائي..."

[1] –عبد الحق مرسلي، المسؤولية الدولية عن الإخلال بالتزام الرعاية الطبية للمرضى والجرحى في النزاعات المسلحة، مرجع سابق، ص 221 وص222.

كما أوردت المادة السادسة عشرة ثلاثة قواعد أساسية، أولها يتمثل في عدم معاقبة أي شخص يقدم نشاط ذي صفة طبية ويتفق مع الأخلاقيات الطبية حتى لو كان المستفيد من ضحايا العدو. [1]

وتتجلى القاعدة الثانية في عدم إرغام الأشخاص القائمين بمهام ذات صفة طبية على الإتيان بأفعال منافية لأخلاقيات الطب أو منعهم من آداء مهامهم وأنشطتهم الطبية وفقا لما تقتضيه القواعد وأخلاقيات الطب.

كما أن القاعدة الثالثة من المادة السادسة عشرة تقتضي عدم إفشاء أسرار المرضى والجرحى تحت الرعاية والتي يمكن أن تسبب ضررا للمرضى والجرحى أو أسرهم إلا فيما تعلق بالإفشاء بالأمراض المعدية.

وتعتبر المادة العاشرة من البروتوكول الإضافي الثاني تكرارا لما ورد في البروتوكول الإضافي الأول، لكن تجدر الإشارة أن الأحكام المتضمنة ضمانات الممارسة السليمة للأنشطة الطبية وفقا للأخلاقيات الطبية تطبق خلال النزاعات المسلحة الدولية على خلاف النزاعات المسلحة غير الدولية نظرا لطبيعة المنازعات المسلحة الداخلية وجهل أطراف النزاع لأحكام القانون الدولي الإنساني، إضافة إلى ما يلجأ إليه أطراف النزاع المسلح من فرض شروط تعسفية على أفراد الخدمات الطبية.[2]

المبحث الثاني

موقف القانون الدولي الإنساني من الأنشطة الطبية

وجد القانون الدولي الإنساني لحماية ضحايا النزاعات المسلحة، الذي يظهر جليا من إتفاقيات جنيف لسنة 1949، لذلك يشرع إجراء أي تصرف من شأنه توفير الحماية لأطراف النزاع المسلح كتقديم المساعدات الإنسانية منها الطبية لأسرى الحرب، في حين يمنع التعرض لضحايا النزاعات المسلحة بمختلف الأساليب غير المشروعة كقتلهم أو استغلالهم في تجارب طبية او علمية أو بيولوجية، وإن كان ذلك جائز في حالة ضرورة استدعت التبرع بالدم أو ببعض الأنسجة الجلدية فيكون ذلك في أضيق الحدود ووفق معايير قانونية وتكتسي قواعد اتفاقيات جنيف في مسألة حماية ضحايا النزاعات المسلحة من الأنشطة غير المشروعة طابعا آمرا لا يمكن الإتفاق على مايخالفها نظرا لما تمثله من مصلحة تهم الإنسانية جمعاء، الذي سنتعرض له في المطلب الأول(حظر الأنشطة الطبية المقررة لغير مصلحة ضحايا النزاعات المسلحة)، والمطلب الثاني (التكييف القانوني لإجراء أنشطة طبية غير مشروعة).

---

[1] –عامر قيرع، المركز القانوني للجرحى والمرضى والغرقى في القانون الدولي الإنساني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص القانون الدولي الإنساني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضؤ باتنة، 2017، ص 108 وص 109.

[2] –عامر قيرع، نفس المرجع، ص109 وص110.

المطلب الأول

حظر الأنشطة الطبية المقررة لغير مصلحة ضحايا النزاعات المسلحة

أكدت المادة الثانية عشرة من اتفاقية جنيف لحماية أسرى الحرب لسنة 1949 أنه لايمكن إخضاع المحرومين من حريتهم لأية تجارب طبية أو علمية أو تشويه ما دام ذلك لا ينصب حول حماية حالته الصحية، إذ في هذه الحالة يفترض أن إرادة الأسير والمسجون ليست حرة، الذي أكده البروتوكول الملحق باتفاقيات جنيف من خلال الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة التي تحظر التجارب الطبية ونزع الأعضاء ولو برضا الشخص المحروم من الحرية.[1]

اقتضت المواد العاشرة والحادي عشرة من البروتوكول الإضافي الأول حماية ضحايا النزاعات المسلحة، إذ تولت المادة الحادية عشرة حظر عمليات والتجارب الطبية و استئصال الأنسجة والأعضاء بغية استزراعها ولو برضى أسير الحرب، ويستثنى من ذلك التبرع بالدم أو الأنسجة الجلدية فهو جائز في حال تم عن طواعية وبالرضى الحر لأسير الحرب، إضافة إلى كون هذا التبرع جائز لأغراض علاجية فقط، ووفقا للمعايير والضوابط الطبية المرعية عادة، وبشكل يكفل مصلحة كل من المتبرع والمتبرع له.[2]

كما تولت المادة الثانية عشرة من اتفاقية جنيف الأولى واتفاقية جنيف الثانية والمادة الثالثة عشرة من اتفاقية جنيف الثالثة، إضافة إلى المادة الثامنة والثلاثين من إتفاقيية جنيف الرابعة حظر إجراء تجارب بيولوجية على أشخاص تابعين للبلاد المحتلة والذين يطلق عليهم أسرى الحرب.

كما أكدت بدورها المادة العاشرة و الفقرة الثانية من المادة السادسة عشرة على عدم إقحام أفراد الخدمات الطبية في أعمال تتنافى وأخلاقيات الطب وغيرها من الأعمال التي تكون على حساب المرضى والجرحى.[1]

شددت كل من المادتين الرابعة عشرة والخامسة عشرة على المعاملة الإنسانية لأسير الحرب وتوفير الحقوق التي تضمن الحفاظ على كرامته وحياته ومن جملة هذه الحقوق الحق في تلقيه الرعاية الصحية وقد تم التأكيد على هذا الحق في المادة الثالثة عشرة من اتفاقية جنيف الثالثة بالتزام سلبي من قبل أطراف النزاع بعدم تعريض أسير الحرب إلى التشويه أو التمثيل الجثماني أو التجارب الطبية وبالتالي يقع على

---

[1] – عيساوي فاطمة، الحماية الدولية للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 03، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، ، 2016، ص14.

[2] –نعمان عطا الله الهيتي، قانون الحرب القانون الدولي الإنساني، ج1، دار رسلان، د.د.ن، 2008، ص66.

[1] –بن عودة سنوسي، التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص104.

أطراف النزاع إلتزام إيجابي والتزام سلبي لتوفير الحماية لأسير الحرب وجعل الحماية المقررة له أكثر فعالية.[2]

المطلب الثاني

التكييف القانوني لإجراء انشطة طبية غير مشروعة

لا يجوز للأطراف الذين تولت حمايتهم اتفاقيات جنيف التخلي جزئيا أو كليا عن الحقوق الممنوحة لهم بمقتضى هذه الاتفاقيات وبروتوكوليها الذي يظهر من خلال رفض كل تجارب علمية وطبية وبتر لأعضاء أسرى الحرب وأخذ عينات من أنسجتهم وأعضائهم، ويحظر ذلك ولو بموافقتهم، الذي يؤكد عدم رفع المسؤولية عن أطراف النزاع حتى لو تم التبرع برضى أسير الحرب.[1]

اختصت المحكمة العسكرية لنورمبرج لسنة 1945 بجرائم الحرب التي اقترفها هتلر أثناء الحرب العالمية الثانية ومن بين هذه الجرائم إجراء تجارب بيولوجية على أسرى الحرب مثلما حدث في معتقل داخاو (Dachou) الذي أدى إلى انتشار الموت والأوبئة خاصة منها انتقال الأمراض المعدية كميكروب الملاريا.[2]

كما يعتبر إجراء التجارب البيولوجية بالشكل الذي يخالف أحكام اتفاقيات جنيف لسنة 1949 جرائم يعاقب عليها القضاء الدولي، إذ كانت محكمة يوغسلافيا السباقة في تجريم التجارب البيولوجية واعتبارها من أخطرها على الإطلاق[3]

واستمرت انتهاكات البيواخلاقيات الطبية إلى يومنا هذا خاصة في النزاعات المسلحة غير الدولية، إذ عان الفلسطينيون الأسرى في السجون الإسرائيلية من المعاملة الإسرائيلية غير الإنسانية وغير المشروعة،

---

[2] –خربوش نزيهة، محاضرات في مقياس القانون الدولي الإنساني لطلبة السنة الثالثة ليسانس، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2020، ص83.

[1] –عبد علي محمد سوادي، مبادئ القانون الدولي الإنساني، المركز العربي للنشر والتوزيع، د.د.ن، 2017، ص61.

[2] –نايف بن عبد العزيز بن لبدة، المسؤولية الجنائية للقادة عن جرائم الحرب التي ترتكب أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، المجلة القانونية، المجلد02، العدد 02، 2017، ص69.

[3] –وداد ستة وسامية بوشكوط، مبدأ تقييد حق أطراف النزاع في اختيار أساليب ووسائل القتال في القانون الدولي الإنساني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص قانون دولي وعلاقات دولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016، ص91.

إذ تقيم إسرائيل تجاربا بيولوجية على الأسرى الفلسطينيين ولا يحاكم الاسرائيليون على جرائمهم في ضل غياب حياد القضاء أمام المحاكم الإسرائيلية.[1]

وتعتبر اتفاقيات جنيف إجراء تجارب بيولوجية جرائم خطيرة تلتزم الدول بمتابعة مرتكبيها، الذي تأكد من خلال المواد التاسعة وأربعين من الاتفاقية الأولى والمادة خمسين من الاتفاقية الثانية والمادة مائة وتسعة وعشرين من الاتفاقية الثانية والمادة مائة وستة وأربعين من الاتفاقية الرابعة أنه تتعهد الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف الأربعة بسن قوانين من شأنها المعاقبة على المخالفات الخطيرة التي تشكل إنتهاكا لاتفاقيات جنيف.[2]

الخاتمة

تعتبر الأخلاقيات الطبية ضرورية، إذ الطبي بإمكانه إشفاء المريض وتحسين أحواله الصحية، لكنه في حال عدم وضع معايير وطنية أو دولية تضبط وتقيد مهنة الطب تجعل الطب وسيلة إجرام وتنفي عنه طابع الإنسانية.

كان للقانون الدولي دورا كبيرا في ضبط مهنة الطب ووضع المنظمات الدولية لضمانات ومعايير دولية تمنع ارتكاب الطبيب لانتهاكات في حق الشخص المريض فكان لهذه المعايير الدولية الأثر الفعال والكبير لإنقاذ الإنسانية لكن ما سجلته البشرية من كوارث إنسانية خطيرة وكبيرة أثناء الحربين العالميتين الأولى والثانية أثبتت عدم كفاية هذه القواعد خاصة في حالة النزاعات المسلحة وتم وضع اتفاقيات جنيف لسنة 1949.

منحت اتفاقيات جنيف لسنة 1949 حماية لضحايا النزاعات المسلحة من خلال منع التعرض للطبيب وإجباره على القيام بمهام تتنافى والأخلاقيات وتعززت حماية ضحايا النزاعات المسلحة من خلال البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لسنة 1977 الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية، إذ كانت انتهاكات الأخلاقيات الطبية واضح بشكل كبير في النزاعات المسلحة الدولية على خلاف النزاعات المسلحة غير الدولية التي يصعب فيها التعرض لمعاناة المرضى والجرحى.

كما تعتبر الأخلاقيات الطبية والقواعد التي تضبطها خاصة في حالة النزاعات المسلحة وباعتبارها تكتسي طابع الإنسانية فهي تعد قواعد آمرة لايمكن التنازل عن المسؤولية في حالة انتهاكها، إضافة إلى كونها من القواعد التي تهم الإنسانية جمعاء الالتزام بها.

---

[1] –يحي زروالي، معاملة أسرى الحرب في الاتفاقيات الدولية بين النظرية والتطبيق، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2020، ص74 وص75.

[2] –بن عودة سنوسي، التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص105.

إن وجود نصوص دولية صارمة كاتفاقيات جنيف وبروتوكوليها الملحقين لم يمنع وجود إنتهاكات خطيرة لضحايا النزاعات المسلحة مثلما يحدث في فلسطين بسبب عدم إلتزام إسرائيل بالبيوأخلاقيات الطبية خاصة منها إجراء التجارب البيولوجية ومختلف الأدوية على الأسرى الفلسطينيين لذلك نعرض عليكم بعض التوصيات كما يلي:

1-وضع نظام مراقبة فعال وصارم من قبل المنظمات الإنسانية لاستطلاع الوضع في السجون الإسرائيلية على الأوضاع في فلسطين وإطلاع الرأي العام عليها.

2-تحريك دعوى قضائية أم قضاء ذو اختصاص عالمي.

3-الاهتمام بوضعية أسرى الحرب ليس فقط في النزاعات المسلحة الدولية لكن يشمل ذلك النزاعات المسلحة غير دولية وعدم اعتباره تدخلا في الشؤون الداخلية للدول ووضع ملق لبروتوكول جنيف الثاني يتضمن نصوص قانونية تتضمن الالتزام بالبيوأخلاقيات الطبية في النزاعات المسلحة غير الدولية.

المراجع

أولا:الكتب

1- عبد علي محمد سوادي، مبادئ القانون الدولي الإنساني، المركز العربي للنشر والتوزيع، د.د.ن، 2017.

2- نعمان عطا الله الهيتي، قانون الحرب القانون الدولي الإنساني، ج1، دار رسلان، د.د.ن، 2008.

ثانيا: مذكرات ماستر وأطروحات دكتوراه

1) مذكرات ماستر

1- وداد ستة وسامية بوشكوط، مبدأ تقييد حق أطراف النزاع في اختيار أساليب ووسائل القتال في القانون الدولي الإنساني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص قانون دولي وعلاقات دولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016

2- يحي زروالي، معاملة أسرى الحرب في الاتفاقيات الدولية بين النظرية والتطبيق، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2020

2) أطروحات دكتوراه

1- بن عودة سنوسي، التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018

2- عامر قيرع، المركز القانوني للجرحى والمرضى والغرقى في القانون الدولي الإنساني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص القانون الدولي الإنساني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2017.

ثالثا: المجلات القانونية

1- بنين حامد جبار، التكنولوجيا الحيوية والأخلاقيات الطبية المفاهيم والأطر والتطبيقات، مجلة متون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 15 سبتمبر 2021، ص ص 83-106.

2- عبد الحق مرسلي، المسؤولية الدولية عن الإخلال بالتزام الرعاية الطبية للمرضى والجرحى في النزاعات المسلحة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 07، المركز الجامعي لتمنغاست، الجزائر، جانفي 2015

3- عيساوي فاطمة، الحماية الدولية للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 03، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص ص420-434.

4- نايف بن عبد العزيز بن لبدة، المسؤولية الجنائية للقادة عن جرائم الحرب التي ترتكب أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، المجلة القانونية، المجلد02، العدد 02، 2017

رابعا: المواقع الإلكترونية

1- مبادئ أخلاقيات عامة للرعاية الصحية أثناء النزاع وحالات الطوارئ الأخرى ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 30 حزيران 2015، آخر زيارة للموقع 07 مارس 2022، الموقع الإلكتروني: www.gooogle.com/amp/s/www.ictc.org...

2- القاموس العملي للقان ون الإنساني(الخطأ في تسمية الأشياء يزيد من بؤس العالم)، موقع أطباء بلا حدود في العالم، في موقع الأنترنيت:...ar.guid-humanitarian-law.org

خامسا: النصوص القانونية

1-أتفاقية جنيف الثالثة، المؤرخة في 19 أوت 1949، بشأن معاملة أسرى الحرب في النزاعات المسلحة الدولية، جنيف، سويسرا، 1949

2- البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف، المؤرخ في 1977، المتضمن حماية ضحايا النزاعات المسلحة في النزاعات المسلحة الدولية، جنيف، سويسرا، 1977.

سادسا: وثائق أخرى

خربوش نزيهة، محاضرات في مقياس القانون الدولي الإنساني لطلبة السنة الثالثة ليسانس، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2020.

الجوانب الأخلاقية لعملية نزع وزرع الأعضاء في قانون الصحة
Ethical aspects of organ removal and transplantation in health law

د. كوري إسماعيل
معهد الحقوق والعلوم السياسية
المركز الجامعي مرسلي عبد الله تيبازة

الملخص :

استأثرت الأعمال الطبية في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية، ومازالت بكثير من الاهتمام على كافة الأصعدة، القانونية، والدينية الشرعية، والاجتماعية، والنفسية، والأدبية والأخلاقية وغيرها.

فالهدف من هذه المداخلة هو معرفة الإطار القانوني لعمليات نقل الأعضاء وزراعتها وكل جوانبها القانونية والأخلاقية ومناقشة النصوص القانونية التي تحكمها، لتحديد الأخطاء الطبية الممكن ارتكابها من طرف الأطباء من أجل توفير مناخ طبي تجوبه حماية قانونية للمريض وحتى الطبيب يعمل براحة واطمئنان، ولفت انتباه المشرع الجزائري لمواكبة التطورات الحديثة الحاصلة في مجال الطب عامة والجراحة خاصة، لوضع نصوص قانونية جديدة لكافة المقدمين على مثل هذه العمليات.

كلمات مفتاحية : الأعضاء البشرية، نزع، زراع، المتبرع، المتلقي.

Abstract:

Medical work in the field of human organ removal and transplantation has received, and still does, a lot of attention at all levels: legal, religious, legal, social, psychological, moral, ethical and other.

The aim of this intervention is to understand the legal framework governing organ transplantation and all its legal and ethical aspects, as well as to discuss the legal provisions that regulate it in order to identify possible medical errors that may be committed by physicians. This is essential to provide a medical environment characterized by legal protection for both the patient and the physician, enabling the latter to work with comfort and reassurance. Furthermore, it seeks to draw the attention of the Algerian legislator to the need to keep pace with the latest developments in the field of medicine in general, and surgery in particular, by enacting comprehensive legal texts for all those involved in such procedures.

Key words: human organs, removal, transplantation, donor, recipient.

مقدمة

أمام تطور وتشعب وكثرة الأساليب الفنية الطبية الحديثة، وانغماس بعض الأطباء في طلب الشهرة الزائفة أو الرغبة الملحة في الثراء السريع، والنتائج المحزنة التي نتجت عن استعمال بعض

الأساليب الفنية الطبية الحديثة، فقد نتجت عنه بعض الجرائم الطبية لكونها تتصف بصفات علمية وتقنية معينة كمثال استئصال عضو من جسم الإنسان حي أو ميت ونقله إلى جسم إنسان آخر دون مراعاة الشروط القانونية والطبية لعمليات الأخذ والنقل أو الزرع، كالتأكد من سلامة العضو المراد زرعه أو نقله.

والجزائر وكغيرها من الدول تعاني من هذه الظاهرة بكافة أشكالها، مما أدى بالمشرع إلى سن مجموعة من التشريعات القانونية الناظمة لها في سبيل القضاء عليها، حيث فرض المشرع الجزائري نظام قانوني خاص وضع من خلاله جملة من الضوابط الطبية والقانونية التي تضع عملية نزع وزرع الأعضاء في إطارها القانوني والعملي.

وقد اهتم المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات إلى إصدار قانون الصحة رقم 18-11 المعدل والمتمم[1]، الذي وضع من خلاله جملة من الضوابط الطبية والقانونية التي تضع عملية نزع وزع الأعضاء في إطارها القانوني والعملي، محاولا بذلك التوفيق بين مصلحة المتبرع في حفظ جسده وصونه، ومصلحة المتلقي في الانتفاع بالعضو، ومصلحة المجتمع في ضبط عملية نزع وزرع الأعضاء وعدم خروجها عن نطاقها القانوني الذي يرتب قيام المسؤولية الجزائية على مخالفيها من القائمين عليها، الأمر الذي كرسه صراحة المؤسس الدستوري الجزائري من خلال ضمان حرمة الإنسان وأكد على ضرورة صون بدنه وكرامته وذلك من خلال التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020[2]، لاسيما من خلال المادة 39 منه، التي تنص على أن: « تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان.

يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة.

يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، واللا إنسانية أو المهينة، والاتجار بالبشر».

في ذات السياق، خصص المشرع الجزائري جملة من الأحكام ضمن القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة تتعلق المبادئ والشروط التي يتوجب الالتزام بها ومراعاتها بمناسبة نزع وزرع الأعضاء، وأقر عقوبات على مخالفتها.

وبناء على ما تقدم تبرز **إشكالية** موضوع المداخلة فيما يلي:

ما هي الأحكام التشريعية الموضوعة من طرف المشرع الجزائري المنظمة للجوانب الأخلاقية لعملية نزع وزرع الأعضاء بصورها المستحدثة ؟.

ونهدف من خلال هذه المداخلة، إلى تحقيق جملة من الأهداف لعل أهمها:

---

[1] القانون رقم 18-11 الممضي في 02 يوليو سنة 2018، المتعلق بالصحة، ج.ر العدد رقم 46، المؤرخة في 29 يوليو سنة 2018، المعدل والمتمم.

[2] مرسوم رئاسي رقم 20-442 الممضي بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، ج.ر العدد رقم 82.

– المبادئ الأخلاقية التي يجب أن تتوافر في الطبيب الذي يقوم بعملية نزع وزرع الأعضاء.
– استعراض صور مخالفة الضوابط القانونية والعلمية في عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية.

ومنه سوف نعالج هذه المداخلة وفق خطة تنقسم إلى محورين، الأول تبيان مفهوم عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية والضوابط الأخلاقية لهذه الأخيرة في مبحثنا الأول، أما المحور الثاني من الدراسة خصصناه في: صور مخالفة الضوابط القانونية لعملية نزع ورزع الأعضاء البشرية في ظل البي وأخلاقيات الطبية في مبحث ثاني.

المبحث الأول: مفهوم عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها الأخلاقية

لم يعرف مصطلح نزع وزرع الأعضاء البشرية بشكل محدد إلا في نهاية عقد الثمانينات من القرن الماضي، من خلال القانون الإنجليزي الصادر عام 1939 الخاص بنقل وزارعة الأعضاء والأنسجة البشرية، وهو القانون الوحيد الذي عرّف العضو تعريفا دقيقا، وذلك بموجب المادة 2 فقرة 7 على أنه:

" يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم ويتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسد استبداله بشكل تلقائي وإذا ما تم استئصاله بالكامل[1]".

وعليه سوف نتناول دراسة هذا المبحث في مطلبين علي النحو التالي:

المطلب الأول : ماهية علمية نزع وزرع الأعضاء البشرية في ظل البيو– أخلاقيات الطبية

المطلب الثاني : الجوانب الأخلاقية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية في ظل البيو– أخلاقيات الطبية

المطلب الأول : ماهية عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية في ظل البيو أخلاقيات الطبية

أورد المشرع الجزائري في القانون رقم 18–11 المؤرخ في: 2 جويلية سنة 2018 والمتعلق بالصحة، في المادة 355 منه حيث نصت على ما يلي: " لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو شخصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذه القانون".

ما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف عملية نقل وزراعة الأعضاء، غير أنه صنّفها ضمن البيو أخلاقيات والتي تم تعريفها من خلال نص المادة 354 من القانون رقم 18–11، المتعلق بالصحة.

وعليه، سوف نحاول تعريف عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية في ظل البيو أخلاقيات الطبية، من خلال تعريف كل مصطلح على حدا، لما له من معنى ودلالة قانونية وعلمية، وذلك على النحو الآتي:

[1] جهاد محمود وعبد المبدئ، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة 2014 ، ص97.

الفرع الأول : تعريف نزع وزرع الأعضاء البشرية

أولا: تعريف النزع

يقصد به نقل عضو سليم أو مجموعة أنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو نسيج.[1]

ثانيا: تعريف الزرع

زرع الأعضاء على أنه إجراء طبي يعبر عن فرصة أخيرة، يتم اتخاذه عندما تتدهور عملية استبدال العضو أو الأعضاء التي فشلت وظائفها بعضو سليم، يسمى حالة المريض ويمكن أن تسمح للعضو المزروع، بتحسين حالته.[2]

كما يعرف هو إدماج عضو جديد في جسم الإنسان الحي للمساهمة في علاج ما تعانيه وظائفه الفسيولوجية من أوجه نقص، وعملية الزرع خاصة بالمريض لوحده فقط.[3]

الفرع الثاني : تعريف عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية

يقصد بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية استئصال عضو من الأعضاء المزدوجة من إنسان حي ثم زرعه في إنسان آخر مضطر إليه رجاء نفعه في إطار ضوابط قانونية وقيود معينة.

وبالمعنى الدقيق هي استئصال عضو سليم قابل للنقل من جسد المعطي وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي في الحال، على أن يكون العضو قابلا للنقل من الناحية الفنية والقانونية.

ويقصد بالناحية الفنية، أن يكون العضو سليما، وإلا انتفت الحكمة من نقله، ويجب أن تكون حالة المعطي تسمح بذلك أما الناحية القانونية أن يسمح المشرع بنقله.[4]

إن أطراف عمليات نقل وزرع الأعضاء هم المعطي أو الواهب، أي الشخص الذي يتبرع بعضو من أعضائه بغير مقابل[5]، من أجل علاج شخص آخر يحتاج إلى العضو الذي تنازل عنه، ويطلق عليه اسم

---

[1] فاطمة الزهراء وغلانت، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء المقاصد الشريعة ، مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 26 ، سنة 2013، ص 298.

[2] Le guide pour tout comprendre agence de la biomédecine agence relevant du ministère de la santé don organe don d'organes tous concernés.fr : https : www.dondorganes.fr

[3] محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 2001، ص135.

[4] يوسفاوي فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية– دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، سنة 2014–2015 ، ص 67.

[5] نفس المرجع السابق، ص 68

المستقبل للعضو والطرف الوسيط هو الطبيب الذي يقوم بعملية الاستئصال باعتباره المسؤول عن تحديد العضو القابل للنقل من الناحية الفنية[1].

كما تعرف هذه العملية أيضا بأنها: " نوع من الجراحات الطبية الدقيقة التي يجريها فريق طبي متخصص على جسم الإنسان وفقا لضوابط وشروط طبية معينة، يتم من خلالها استئصال عضو تالف من جسم إنسان مريض واستبداله بعضو آخر سليم من جسم متبرع حي أو من جثة إنسان ميت وذلك بقصد العلاج. "

كما أن عملية نزع ونقل الأعضاء البشرية من الناحية الطبية ليست عملية واحدة، وإنما هي عبارة عن عمليتين مترابطتين وفي أغلب الأحيان متزامنتين. فالعملية الأولى هي عملية تقع على شخص المتبرع وجثة شخص متوفي لنزع العضو السليم المراد نقله، أما العملية الثانية فتقع على الشخص المريض، بانتزاع العضو التالف منه وزرع العضو السليم المنقول من الشخص المتبرع أو المتوفي بدله.

المطلب الثاني : الجوانب الأخلاقية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية في ظل البيو أخلاقيات الطبية

أورد المشرع الجوانب الأخلاقية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية في ظل البيو أخلاقيات الطبية في شكل ضوابط قانونية منها ما يتعلق بنزع وزرع الأعضاء بين الأحياء (الفرع الأول)، ومنها ما يتعلق بنزع وزرع الأعضاء بين جثث الموتى (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء بين الأحياء

حدد المشرع الجزائري بموجب القانون 18-11 المتعلق بالصحة، مجموعة من الضوابط التي تحكم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء لاسيما منها: شروط متعلقة بالمتنازل(أولا) وشروط متعلقة بالمتلقي (ثانيا).

أولا: شروط متعلقة بالمتنازل

وتتمثل الشروط في: الرضا (1)، حق العدول عن الرضا (2)، تبصير المتنازل (3)، مجانية التبرع (4)، أهلية المتنازل (5).

1)- الرضا: أكد القانون 18-11 بموجب نص المادة 364 في الفقرة الأولى، التي جاء في نصها على انه لا يمكن القيام بزرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية و بعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة الذي تم قبوله فيها و أمام شاهدين اثنين.

[1]Jean-François COLLANGE : Ethique et transplantation D'organes, Article: Bruno MOULIN, Philippe WOLF : Ethique et greffe (La place de médecin), Ellipses édition Marketing S.A .PARIS, 2000, P 144.

كما نص المشرع في الفقرة الخامسة من نفس المادة على أنه: "لا يمكن التعبير عن هذه الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص المحددين في هذا القانون بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث".

يأخذ الرضا الشكل الذي حدده قانون الصحة في نص المادة 162 منه فقرة أولى: تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحدد هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة."

فالموافقة تتم بشكل كتابي، كي لا تنشأ إرادة معيبة نتيجة الإكراه أو الضغط أو التدليس، الذي يمكن للطرف المتنازل أن يقع فيه. كما اشترط المشرع حضور شاهدين اثنين، حتى تكون هناك حماية أكبر وعدم التسرع في اتخاذ القرار على أن يتم وضعه لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة. ولا يعبر المتبرع عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بأخطار العملية المحتملة الوقوع من جراء عملية الاستئصال.

فإثبات الرضا يتم كتابة لكن المشرع الجزائري لم يشترط أن تتم الموافقة أمام جهة رسمية معتمدة، بل اكتفى أن تتم أمام هيئة صحية فقط.

2)- حق العدول عن الرضا: نص المشرع الجزائري في المادة 162 فقرة أخيرة من قانون الصحة على جواز عدول المتبرع عن رضاه في أي وقت كان.

3)- تبصير المتنازل: اشترط المشرع الجزائري إخبار المتبرع بكافة الأخطار المحتملة من عملية انتزاع العضو قبل موافقته طبقا لنص المادة 162 فقرة أخيرة من قانون حماية الصحة و ترقيتها." لكن رغم حرص المشرع على الإعلام اللازم إلا أنه أخرج المخاطر الاستثنائية من نطاق الإعلام وهو ما يخالف ما ذهبت إليه معظم التشريعات المختلفة بوجوب الإعلام الشامل بكل المخاطر في مجال نقل الأعضاء وزراعتها مهما كانت طبيعة هذه المخاطر ودرجة خطورتها[1].

4)- مجانية التبرع: أقر المشرع الجزائري مبدأ التنازل بدون مقابل في المادة 161 فقرة ثانية من قانون الصحة على أن لا تكون هذه الأعضاء أو الأنسجة محل معاملات مالية. وهو بذلك جعل كل ما يتصل بجسم الإنسان سواء كان عضوا أو نسيجا أو جزءا من الدم بمنأى عن المعاملات المالية، حيث نص أيضا في المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها: " تتم في الوحدات المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية...".

[1] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2006، ص 591.

ويمكن ترجمة التنازل إلى مبادئ التي تم التعرض لها من قبل منها التضامن، التراحم، الإيثار وليس المقابل المالي أو الربح وجل التشريعات الغربية والعربية تستبعد المقابل المالي في هذا المجال لأنه يفتح باب آخر وهو الاتجار بالأعضاء.[1]

5)- أهلية المتنازل: نجد في نص المادة 361 من القانون المذكور أعلاه، بيان أهلية التصرف حيث نصت بأنه" يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء ... " حيث من بين الشروط وجود أهلية التصرف فلا يجوز نزع الأعضاء من القصر والراشدين غير قادرين على التمييز.

ثانيا: شروط متعلقة بالمتلقي

لا تختلف الشروط الواجب توافرها في المتنازل عن المتلقي وعموما يشترط الرضا(1)، تبصير المستقبل للعضو (2)، توافر الأهلية (3). وسيتم التعرض إليها تبعا لذلك.

1)- الرضا:

نص المشرع الجزائري على شرط الرضا في المادة 166 من قانون الصحة وترقيتها، مؤكدا على أن الانتزاع يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية وإذا تعذر عليه التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الوارد في نص المادة 164 فقرة ثانية من قانون الصحة الجزائري"، وهم: الأب والأم، الزوج أو الزوجة،الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة في حالة الاستعجال و تعذر الاتصال بأسرة المتوفى.

أما إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة. وبالنسبة للقصر فالموافقة تتم من طرف الأب وإلا الوالي الشرعي حسب نص المادة 166 فقرة رابعة من قانون الصحة.

على أن يتم إثبات الرضا طبقا لنص المادة 166 من قانون الصحة أمام رئيس المصلحة طبيب المصلحة التي قبل فيها المتلقي حضور شاهدين.

وإذا تعذر الحصول على الرضا من المتلقي شخصيا أمكن أن يعطي الموافقة الكتابية أحد أفراد أسرته الأب، الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو الابنة، الأخ أو الأخت طبقا للترتيب الوارد في نص المادة 164 من قانون حماية الصحة السالف ذكرها.

2)- تبصير المتلقي:

المشرع الجزائري نص صراحة في المادة 166 الفقرة الخامسة، على ضرورة إعلام المريض المستقبل للعضو بالأخطار الطبية الناجمة عن العملية لكل الأشخاص المذكورين في المادة 164.

[1] يوسفاوي فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 163.

وتبصير المريض في مجال نقل وزراعة الأعضاء يختلف تبعا لاختلاف عمليه نقل العضو، فزرع الجلد مثلا يجب أن يشمل على المعلومات اللازمة بطريقة تفصيلية بالمخاطر النادرة والمتوقعة فالهدف هنا معالجة تشويه جسدي بسيط. أما العمليات التي يكون الهدف منها علاج المريض فالطبيب ملزم بتبصير المريض بالمخاطر الممكنة و المتوقعة أو المحتملة بصورة واضحة يسهل عليه فهمها[1].

3)- أهلية المتلقي:

المشرع الجزائري تناول أصناف الأشخاص الذين يستفيدون من الأعضاء وصنفهم إلى: أشخاص لا يملكون الأهلية القانونية وأشخاص لا يملكون الأهلية الفعلية.

بالنسبة للأشخاص الذين لا يملكون الأهلية القانونية، فالمشرع الجزائري اشترط موافقة الولي فيكل الأحوال سواء كان المريض ناقص الأهلية أو عديميها. ومرد ذلك إلى عدم التمييز بين القاصر المميز وغير المميز في مجال الأعمال الطبية[2].

تقتضي القواعد القانونية في حالة إذا كان المريض غير أهل للتعبير عن رضائه أو كان فاقد الوعي ينتقل الرضا لمن له سلطة قانونية عليه كالأب لأنه يستطيع اتخاذ قرارات تتعلق به وفي حالة عدم وجود الأب تحل محله الأم وفي حالة فقدانهما معا ينتقل هذا الحق للولي الشرعي وذلك طبقا لنص المادة 166 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها."

والمقصود في هذه الحالة المريض الذي لم يبلغ سن الرشد أو بلغه لكنه يعاني م سفه أو عته ولا يملك القدرة على الفهم وتقدير عملية زرع العضو والمخاطر الناجمة عنه. وأضافت الفقرة الرابعة من نفس المادة، حالة القصر واشترط التدخل الطبي بالنسبة للقصر موافقة الأب أو الولي الشرعي وهو نفس ما سبق ذكره ولا داعي لهذه الفقرة لأنها لم تأت بجديد.

أما بالنسبة للأشخاص الذين لا يملكون الأهلية الفعلية، فنص المشرع الجزائري في المادة 166 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها معبرا عنه بمصطلح " أحد أعضاء أسرته "، وذلك حسب الترتيب الوارد في المادة 164 من نفس القانون وهم على التوالي : الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي وفي كلا الحالتين لا بد أن تكون الموافقة كتابة بعد معرفة كل الأخطار ومن الطبيعي أن يكون التعبير عن الموافقة من طرف أقارب المريض المتلقي فهم أولى بمعرفة مصلحته وحالته الصحية وهل يستدعي ذلك القيام بعملية الزرع أم لا؟ هذا في الحالات العادية.

أما في الحالات الاستعجالية التي تستدعي التدخل المباشر للطبيب وتعذر الاتصال بأقارب المريض أو الممثلين الشرعيين ومن شأن التأخير أن يؤدي إلى عواقب وخيمة، فيجوز مباشرة عملية الزرع دون أي

---

[1] مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الثاني، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2003، ص ص 280-281.

[2] مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 559.

تأخير بعد تأكيد ذلك من طرف الطبيب رئيس المصلحة وشاهدين اثنين، حتى لا تكون السلطة المطلقة للطبيب رئيس المصلحة.

الفرع الثاني: الضوابط القانونية لعملية نزع الأعضاء بين جثث الأموات

تعرضت بعض التشريعات صراحة إلى مسألة نقل الأعضاء من جثث المتوفين وكانت هذه العمليات الأسبق تاريخيا للظهور عن التشريعات المتعلقة بتنظيم هذه العمليات بين الأحياء. ويعود السبب إلى أن مبدأ حق الإنسان في الحياة وسلامة جسمه، كان يعترض طريق هذه العمليات في حال إجرائها بين الأحياء من ثم تقتضي عملية نزع الأعضاء من أجساد الموتى جملة من الشروط حصرها في: ضرورة الحصول على موافقة لنزع الأعضاء من جثة الميت (أولا)، وأن يتم الاستئصال بعد ثبوت الموت (ثانيا).

أولا: الحصول على الموافقة لنزع الأعضاء من جثة الإنسان

إن الطبيب الجراح لا يستطيع نزع أي عضو من أعضاء الميت إلا بعد صدور موافقة بذلك، وقد تصدر هذه الموافقة من الميت أثناء حياته أو من أحد أفراد أسرته بعد موته:

1)- موافقة الميت أثناء حياته: على الطبيب الجراح وقبل مباشرة نزع الأعضاء من جسد الميت، التحقق من إرادته بشأن هذه الممارسة، وما إذا كان محل الإرادة الموافقة أم الرفض[1]، وبالنظر لأهمية إرادة الميت فقد أقر المشرع من خلال المادة 262 فقرة 02 من قانون الصحة على ضرورة احترامها.

غير أن المشرع تحدث عن حالة الرفض الذي يعبر عنه المتوفي بكل وسيلة، لا سيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، والذي يجب أن يضطلع عليه الفريق الطبي المكلف بالنزع.

2)- موافقة أفراد الأسرة في حالة عدم وصاية الميت بنزع أعضاءه أثناء حياته:

ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة لأفراد أسرة الميت، حتى يتسنى القيام بإجراء عملية نزع الأعضاء من جثته إذا كان غير موصى بذلك أثناء حياته، والتغاضي عن حق الأسرة في هذا الشأن ينطوي على مساس بحرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز إجراء عملية نزع الأعضاء من جثة الميت ولو برضاء أحد أفراد أسرته إذا ما اعترض على ذلك شخص يحتل مرتبة أعلى من جهة القرابة للمتوفي، على أساس أن اشتراط موافقة الأقارب بالنزع من الجثة ما هو إلا تعبير عن

[1] سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الشرع والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، سنة 1999، ص 292.

حماية حقوقهم المعنوية على جثة قريبهم، تلك الحقوق التي تجد جذورها في صلة الدم والقرابة التي تربط أفراد الأسرة[1].

ثانيا: أن يتم نزع العضو بعد ثبوت الموت

لم يستطع الأطباء أن يجزموا تحديد لحظة الموت بدقة، لأنه كثيرا ما يحكموا بموت إنسان وتمتد إليه الأيدي بالتشريح أو بغيره من الإجراءات الطبية ثم يظهر بعد ذلك أنه حي فينتعش ويقوم حيا،ويذهب حكم الأطباء بموته أدراج الرياح. فربما تجرؤوا على الحكم بموت إنسان من غير تأكد ونزعوا عضوا آخر منه قبل موته وفي هذا عدوانا على كيانه الجسدي، ولذلك فلا يجوز الإقدام عليه إلا بعد التأكد بشتى الوسائل الطبية وظهور العلامات والقرائن الدالة على موته[2].

وحسب علماء الطب فان الموت يتم عبر مراحل ثلاث: تعرف المرحلة الأولى بالموت الذي يقع حين يتوقف جهاز التنفس والقلب عن أداء وظائفها في جسد الإنسان، أما المرحلة الثانية فتسمى بالموت البيولوجى الذي يتحقق بعد بضع دقائق من توقف ضخ الدم المحمل بالأوكسجين لخلايا المخ، إذ في هذه المرحلة وبالرغم من موت خلايا مخ الإنسان إلا أن باقي خلايا الجسد تبقى حية لفترات قصيرة جدا. أما المرحلة الأخيرة فتعرف بالموت الخلوي ففيها تموت جميع خلايا أعضاء جسد الإنسان، وبها يقع الموت الحقيقي للإنسان بكامل أعضائه.

وقد استلزم المشرع الجزائري من خلال نص المادة 362 من قانون الصحة ضرورة قيام لجنة من الأطباء بالتحقق من موت الإنسان المراد استئصال أعضائه موتا يقينيا، قبل إقدام الطبيب المنفذ لعملية النزع، على أن لا يكون هذا الطبيب من تشكيلة الطاقم الطبي الذي سيتحقق من واقعة الوفاة.

المبحث الثاني: صور مخالفة الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية في ظل البيو أخلاقيات الطبية

قد يرتكب الخطأ الطبي في مراحل مختلفة، فيكون الخطأ في مرحلة التشخيص، أو مرحلة وصف الدواء، مرحلة التخدير، أو العلاج. إلا أن أغلب الفقهاء يعتمدون على تقسيم الأخطاء الطبية إلى مهنية (المطلب الأول)، وفنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأخطاء المتعلقة بأخلاقيات المهنة

هو ذلك الخطأ الذي ليس له علاقة بالأصول الفنية و المهنية أي خطا خارج عن إطار المهنة وأصولها الفنية، الناجم عن سلوك إنسان بمجرد نتيجة الإخلال بالقواعد العامة الموجب الالتزام بها، هذا

[1] محمد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، سنة 1986، ص 348.

[2] محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية فى تحديد لحظة الوفاة، مرجع سابق، ص 147.

النوع يمارسه الطبيب كإنسان فلا يخضع للخلافات المهنية ولا يتصل بالأصول العلاجية أي سببه ممارسات ذاتية شخصية[1]. مثال ذلك الطبيب الذي يجري العملية وهو سكران أو يغفل عن تعقيم الأدوات الجراحية أو ينسى البعض منها في جوف المريض، أو وصفه لدواء مستحيل قبوله علما و عملا[2].

وتتمثل هذه الأخطاء المرتبطة بالناحية الإنسانية والأخلاقية المتعلقة بمهنة الطب على وجه الخصوص فيما يلي:

الفرع الأول : الإخلال بالتبصير

يعتبر الالتزام بالإعلام والتبصر من بين الالتزامات المقررة قانونا على الطبيب حيث يلتزم بتبصير المتبرع والمتلقي للعضو البشري عن جميع المخاطر التي من الممكن أن تطرأ في عملية الاستئصال والزرع، وإن كانت تتفاوت أهمية ذلك بين الطرفين حيث تقل أهمية هذا الالتزام بالنسبة للمريض المتلقي للعضو نظرا لاستعداده النفسي لتقبل المعلومات بخصوص العملية، بل ربما يسعى لمعرفتها بنفسه لمعرفتها من الطبيب رفض لأنه يتأمل شفاءه عن طريق إجراء هذه العملية، فعلى الطبيب إيضاح المخاطر المتوقعة عادة دون النظر إلى المخاطر الاستثنائية مهما كانت سلبية، كاحتمال رفض جسمه للعضو المزروع أو من الممكن إجراء عمليه زرع أخرى، إضافة إلى ذلك لا بد من إعلامه بنمط حياته الواجب إتباعه بعد إجراء العملية.

أما بالنسبة للمتبرع فتبرز أهمية الالتزام بالإعلام وتزداد بإعلامه بالمخاطر الحالية والمستقبلية المتوقعة منها والغير المتوقعة من جميع نواحي حياته سواء الصحية أو الاجتماعية أو حتى الاقتصادية ولابد من الطبيب أن يبين أهمية هذه العملية له و التضحية التي هو مقدم عليها، ويجب أن يكون الإعلام الموجه من الطبيب إلى المريض بالوضوح والبساطة، وإضافة إلى ذلك أن يكون إلا صادقا وأمينا.

الفرع الثاني: تخلف شرط الرضا

من خلال الالتزام بالتبصير يبنى رضا كل من المتبرع والمتلقي نظرا للمعطيات التي قدمت لهم من طرف الطبيب ومنه عندما يتدخل الطبيب بإجراءات عملية نقل والزراعة دون موافقة صريحة لأحدهما أو أن تكون الموافقة معيبة أو قائمة عن طريق الوسائل الاحتيالية كالغش والتدليس أو تحت طائلة التهديد والإكراه فإن الطبيب يسأل جنائيا ومدنيا وتأديبيا ويكون الخطأ جسيما في هذه الحالة، وبمفهوم المخالفة نجد أن الطبيب لا يسأل عن هذا الخطأ عندما تكون يكون الرضا نابع من إرادة حرة مستنيرة لكليهما بصفة شخصية إلا في حالة الضرورة للمتلقي فقط، فيمكن أن يصدر الرضا ممن ينوب عنه والطبيب

[1] منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية ، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2014، صفحة 48.

[2] أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية المدنية والجنائية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، سنة 2007، صفحة 18.

يكون ملزم باحترام إرادتيهما أيا كانت ولا يستطيع أن يتخطاها إلا في حالة ما إذا استأصل عضو مفرد حيوي كالقلب أو الكبد الذي يرتب عن ذلك هلاك المتبرع حتما حتى إذا حصل على رضاه ، بينما الاستقطاع من جثث الموتى نجد أن معظم القوانين اشترطت وجود وصية تعبر عن موافقته أو عدم موافقته بالتصرف بجثته بعد وفاته وإذا لم يوجد ينتقل الحق إلى أقربائه.[1]

الفرع الثالث: تخلف الغرض العلاجي

من بين الشروط السابقة الذكر في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية وجود غرض علاجي وأن تكون هذه العملية هي الأمثل ولا بديل لها لإنقاذ حياة المتلقي من الهلاك أو التدهور الشديد في صحته، وبناء عليه فإن الرضا حتى ولو كان صحيحا لا ينتج أثره ويتعرض الطبيب للمسؤولية إذا باشر هذه العملية وكأن هناك بديل آخر لإنقاذ حياة المتلقي أو إذا توافرت احتمالات قوية على عدم نجاح هذه العملية أو أنها ستتسبب عدة مخاطر تزيد عن تلك التي يواجهها المتلقي[2].

الفرع الرابع: مخالفة النظام العام والآداب العامة

نجد ذلك في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية عندما ينقل الطبيب عضو يهمل خصائص وراثية للإنسان، كالخصيتين بالنسبة للرجل والمبايض بالنسبة للمرأة وهذا ما يسبب في اختلاط الأنساب ويتعارض مع كرامه الإنسان ويخالف النظام العام بصفة عامة[3].

الفرع الخامس: إفشاء السر الطبي

فالمحافظة على الأسرار الطبية هو التزام، يلتزمه كل العاملين في القطاع الصحي من مديري المستشفيات والأطباء ومساعديهم وغيرهم، إلا أن الكشف عن هوية المتبرع للمتبرع له أو العكس يعد من قبيل إفشاء السر في القانون الجزائري ويلتزم الطبيب والطاقم الطبي بالمحافظة عليه ويعاقب كل من ارتكبه[4].

المطلب الثاني: الأخطاء المرتبطة بالناحية الفنية

هو ما يتعلق بالخروج على القواعد العلمية و الفنية التي تحدد أصول مباشرة المهنة أي خطا يصدر عن أهل الاختصاص كالأطباء أثناء مباشرة عملهم، هذا و يرجع الخطأ هنا إلى الجهل بالقواعد و

---

[1] بشير على على المصري، المسؤولية المدنية الناشئة عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2020 ، ص 334.

[2] محمد عبد الوهاب الخولي ،المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، دون دار نشر، الطبعة الأولى، سنة 1997، ص 219.

[3] بشير على على المصري، مرجع سابق، ص 337.

[4] عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2003 ،ص69.

الأصول أو تطبيقها على نحو غير صحيح أو سوء التمدير حسب ما تمليه القواعد؛ كأن يجري الطبيب العملية دون قيامه بإجراء فحوصات و تحاليل ضرورية ، أو يجريها وهو غير مختص أو يجري الفحص برعونة و طيش، أو قيامه بتجربة طرق علاجية جديدة على المريض لم يسبق ثبوتها علميا كما تندرج هنا كذلك أخطاء التشخيص و العلاج ، التخدير و الجراحة .

وتتمثل هذه الأخطاء التي ترتبط بالعنصر الفني في مهنة الطبيب الجراح، لاسيما ما يلي:

الفرع الأول: عدم القيام بالفحوصات اللازمة

من بين الأمور المفروضة إجراء الفحوصات للمريض قبل أي تدخل جراحي أو علاجي، وإخلال الطبيب بهذا الالتزام، يعد خطأ يستوجب المسؤولية ففي عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية لا تتم إلا بعد إجراء فحوصات للمتبرع والتأكد من إخلائه من أي مرض يمكنه الانتقال للمتبرع ويجب على الطبيب الاستعانة بالأطباء من عدة تخصصات للإحاطة بكل الظروف والاحتمالات الواجب معرفتها وتمتد هذه الفحوصات لتشمل نسبة توافق الأنسجة وصلاحية العضو للقيام بدوره المرجو بعد زرعه في جسم المتلقي وغيرها من الفحوصات[1].

الفرع الثاني : الخطأ في تنفيذ عمليتي نقل وزراعة الأعضاء البشرية

لا ينتهي واجب الطبيب عند إجراء الفحوصات اللازمة لكل من المتبرع والمتلقي بل يبقى واجبه إلى حله التنفيذ وما بعده، حيث نجد أن الطبيب ملزم ببذل العناية اللازمة والحيطة والحذر وعدم الإهمال وما تقتضيه العملية من مهارات ليتفادى الأخطار والأضرار الجسيمة التي قد تلحق المتبرع والمتلقي نتيجة لأخطائه وتمتد مسؤوليته إلى ما بعد العملية فينبغي عليه أن يتابع باستمرار حالة المتبرع والمتلقي الصحية حتى يستطيع في الوقت المناسب التدخل لإيقاف تفاقم الضرر الذي يمكن حدوثه وهذا ما قد استقر عليه الفقه والقضاء حيث أن الطبيب ملزم بالمتابعة والإشراف الدائم على كل من المتبرع والمتلقي قبل وبعد وأثناء العملية حتى يتعافى كلهما وأثناء العملية حتى يتعافى كلهما[2].

الخاتمة

بالنظر إلى التطورات المتسارعة التي شهدها العالم في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، اتسعت الفجوة المعرفية بين الطبيب والمريض، لا سيما في ظل تعقيد هذه العمليات ودقتها، الأمر الذي استدعى تدخل المشرع والقضاء من اجل الحد من هذه الفجوة، وذلك عبر تخفيف عبء الإثبات عن المريض وإعادة التوازن المعرفي بين الطرفين.

---

[1] بشير على على المصري، مرجع سابق، ص 338.

[2] محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مرجع سابق، ص 218.

في هذا السياق، أصبح الطبيب في كثير من الحالات مسؤولا مسؤولية كاملة عن الأضرار التي قد تلحق المريض، دون أن يلزم هذا الأخير بإثبات الخطأ بشكل مباشر، وبالرجوع الى القواعد العامة في المسؤولية المدنية، لا يمكن مسائلة الطبيب عن الضرر الذي أصاب المريض إلا بثبوت الخطأ من جانب الطبيب و ثبوت الضرر بالنسبة للمريض وأمكن إسناد هذا الضرر إلى خطأ الطبيب.

وقد توصلنا إلى جملة من النتائج التي من بينها:

– التأخر في إصدار النصوص التنظيمية لقانون الصحة 18-11 وهو فراغ قانوني لابد من المشرع تداركه في اقرب الآجال فاغلب النصوص القانونية الخاصة بنزع وزرع الأعضاء البشرية جاءت بصيغة التنظيم المعمول به.

– كما لم يحدد التشريع الجزائري شكل الموافقة المطلوبة قانونا للتعبير عن التبرع المنصوص عليه في المادة 357 فقرة 2 من قانون حماية الصحة، ويفهم من ذلك أنه يجوز للمتبرع التعبير عن إرادته بكل الوسائل.

وبناء على ما تقدم، **نقترح** ما يلي:

– دراسة إمكانية التأشير على بطاقة التعريف الوطنية للمتبرع لأنها من الوثائق التي يفترض حملها دائما من قبل الشخص مقارنة برخصة السياقة التي يقتصر حملها على السائقين فقط، فاللجوء إلى مثل هذا الحل يجنب الأطباء عند الحاجة مشقة البحث عن إرادة المتوفى يكفي الاطلاع على الوثيقة المعنية للتعرف على موقفه من عمليات نقل الأعضاء و فيذلك ربح كبير للوقت وتسهيل لعمليات نقل الأعضاء.

– على السلطات أو الجهات المعنية في الجزائر تنظيم حملات إعلامية دورية بخصوص التبرع بالأعضاء، عبر وسائل الإعلام المختلفة وكذا المساجد، من أجل استقطاب اهتمام الجمهور بهذا الموضوع.

– تدريب الأطباء على أحدث الأجهزة ومعدات وتزويدها بنظام الذكاء الاصطناعي التي تساعد في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية عن طريق عقد اتفاقيات مع الدول الرائدة في هذا المجال.

قائمة المصادر والمراجع

أولا : قائمة المصادر باللغة العربية

1)– الدستور:

– مرسوم رئاسي رقم 20-442 الممضي بتاريخ 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، ج.ر العدد رقم 82.

1)- النصوص القانونية:

- القانون رقم 18-11 الممضي في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر العدد رقم 46، المؤرخة في 29 يوليو سنة 2018، المعدل والمتمم.

ثانيا: قائمة المراجع باللغة العربية

1)- الكتب:

- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الشرع والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، سنة 1999.

- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، دون دار نشر، الطبعة الأولى، سنة 1997.

- منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية ، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2014.

- بشير على على المصري، المسؤولية المدنية الناشئة عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2020.

- عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2003.

- أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية المدنية و الجنائية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، سنة 2007.

- جهاد محمود وعبد المبدئ، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض ، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى سنة 2014.

- مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الثاني، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2003.

2)- أطروحات الدكتوراه :

- محمد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، سنة 1986

- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2006

- يوسفاوي فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، سنة 2014-2015.

3)- المقالات العلمية:

- محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 2001.

- فاطمة الزهراء وغلانت، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء المقاصد الشريعة ، مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار، الجزائر ،العدد 26 ، سنة 2013، ص 298.

ثالثا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

1)- les articles :

- Jean-François COLLANGE : Ethique et transplantation D'organes, Article : Bruno MOULIN, Philippe WOLF : Ethique et greffe (La place de médecin), Ellipses édition
Marketing S.A .PARIS, 2000
-Le guide pour tout comprendre agence de la biomédecine agence relevant du ministère de la santé don organe don d'organes tous concernés.fr :
https :www.dondorganes.fr

شرط الرضا في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب

د. موسى نسيمة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ملخص

المشرع الجزائري أقرّ بتقنية طبية حديثة مساعدة على الإنجاب (التلقيح الإصطناعي) بعد صدور الأمر 05-02 حيث نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المعدل سنة 2005 صراحة على أنّه يجوز للزوجين اللجوء إلى هذه التقنية، إلاّ أنّ المشرع الجزائري لم يفصل كثيرًا في هذا الموضوع إلى غاية صدور قانون الصحة الجديد رقم 18-11 خاصة في المواد 370 إلى 376 تحت عنوان (أحكام خاصة بالمساعدة على الإنجاب)، ومن خلال استقراء هذه النصوص فإنّه أجاز للزوجين اللجوء إلى عمليات التلقيح الإصطناعي وفق شروط محددة أساسها الرضا، وأن يستمر هذا الرضا حتى وقت التدخل الطبي.

كلمات مفتاحية: التلقيح الإصطناعي، قانون الأسرة، قانون الصحة، شروط التلقيح، الرضا.

Abstract

The Algerian legislator approved a modern medical technology to assist in procreation (artificial insemination) after the issuance of Order 05-02, whereby Article 45 bis of the Family Code amended in 2005 explicitly stipulated that spouses may resort to this technique, but the Algerian legislator did not elaborate more on the subject and this Until the issuance of the new Health Law No. 18-11, especially in Articles 370 to 376 under the heading (Provisions for Assisted Reproduction), and by extrapolating these texts, it permitted spouses to resort to artificial insemination according to specific conditions based on consent.And that this satisfaction continues until the time of medical intervention.

Key Words : IVF, family law, health law, insemination conditions, consent.

مقدمة:

إنّ المساعدة الطبية على الإنجاب أو ما يسمى بالتلقيح الإصطناعي جاءت بهدف تحقيق أهم وأسمى غرائز الإنسان، ألا وهي غريزة طلب الولد، هاته الغريزة غرسها الله سبحانه وتعالى في عبده وحثه على طلبها والحفاظ على النسل وذلك في إطار وحيد وهو الزواج.

فالتلقيح الإصطناعي بمفهومه العام هو تلك التقنية أو العملية التي يلجأ إليها الزوجان بعد تأكدهما من عدم القدرة على الإنجاب عن طريق الإتصال الجنسي الطبيعي[1]، فلقد عرفت هذه التقنية رواجًا ونجاحًا كبيرين، لكونها ساعدت على القضاء على بعض حالات العقم.

وبالنسبة للتعريف القانوني للتقليح الإصطناعي يمكن القول أنّ هناك من التشريعات من أعطت لنا تعريفًا قانونيًا لهذه العملية ومنها من ذهب مباشرة إلى تبيان شروط التلقيح الإصطناعي دون تعريفه، وهذا

---

[1] محمد رضا زناقي، دلال يزيد، الإطار القانوني لعمليات التلقيح الإصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، المجلد 12، العدد 02، 2020، ص 03.

ما سار عليه بداية المشرع الجزائري من خلال تطرقه إلى شروط هذه التقنية مباشرة وهذا في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالتعديلات الواردة سنة 2005 دون تعريفه، إلاّ أنّه وبموجب صدور قانون الصحة الجديد رقم 18-11 وفي المادة 370 منه تدارك هذا الأمر وعرف لنا هذه العملية لقوله: " **المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالأنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيًّا.**"

وأضاف في الفقرة الثانية من نفس المادة: "**وتتمثل في ممارسة عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب وتقل الأجنّة والتخصيب الصناعي.**"

والملاحظ هنا أنّ المشرع الجزائري من خلال القانون 18-11 المتعلق بالصحة إستعمل مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب، ليكون التعريف أشمل حيث أدرج تحت مفهوم المساعدة الطبية للإنجاب كل التقنيات المتعلقة بعملية التلقيح الإصطناعي وكذلك جميع الممارسات سواء كانت بيولوجية أو حتى علاجية فقط[1].

ولقد إعتمدت جل التشريعات التلقيح الإصطناعي بين الزوجين داخليًا كان أم خارجيًا، لغرض علاج العقم لأحدهما أو كلاهما، إلاّ أنّ العلاج وتدخل الطبيب غير مسموح به إلا بموافقة الزوجين على ذلك[2]، كما أن الرضا لا يكون معتبرًا إلا إذا كان مُستنيرًا وبكل حرية وسيادة دون إجبار[3]وحال حياتهما وأثناء قيام الرابطة الزوجية[4]وأن يستمر هذا الرضا حتى وقت التدخل الطبي[5]، ومن هذا المنطلق يمكننا طرح الإشكالية التالية:

---

[1]محمد رضا زناقي، دلال يزيد، المرجع نفسه، ص03.

[2]تنص المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ فِي05 محرم 1413هـ الموافق لِـ06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، على أنه: "**يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون**".

[3]باديس ذيابي، **حجية الطرق الشرعية والعلمية فِي دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص27 .

[4]العربي بلحاج ، **أحكام الزواج فِي ضوء قانون الأسرة الجديد**، ج01، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص. 510.

العربي بلحاج،**أحكام الزوجية وآثارها فِي قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2013، ص691.

العربي بلحاج،**المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن**، م ع ق إ سكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان،2013، العدد15، ص19.

[5]عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، **ضبط نقل وزراعة الأعضاء البشرية فِي الشريعة والتشريعات العربية**، ط01، دار الفكر العربي، القاهرة،مصر، 2000، ص27.

لما جاءت المساعدة الطبية على الإنجاب من مشروعية التداوي والعلاج، ولاعتبار عدم الإنجاب حالة مرضية يجوز فيها اللجوء إلى العلاج، حدد المشرع الجزائري عدة شروط جوهرها الرضا، فما هو أساسه في التلقيح الإصطناعي، وماهي المشاكل المترتبة عن تخلف هذا الشرط؟

للإجابة على هذه الإشكالية إرتأينا أن نقسم هذه الورقة البحثية إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: الرضا ركن أساسي في طلب المساعدة الطبية على الإنجاب

المبحث الثاني: المشاكل المترتبة عن تخلف شرط الرضا

المبحث الأول: الرضا ركن أساسي في طلب المساعدة الطبية على الإنجاب

أحيانًا يتم رفض التلقيحالإصطناعي بالرغم من الحاجة الماسة إليه، وتنجم عنه مشاكل يصعب تكييفها، وهذا ما سنبينه فِيهذا المبحث، موافقةالزوجين أثناء حياتهما **(مطلب أول)**،ورفض التلقيح كاستثناء يرد على هذه الموافقة **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول: موافقة الزوجين وأثناء حياتهما

حتى تتم عملية التلقيح الاصطناعي لابد من توافر رضا متبادل ومستنير من طرف الزوجين، فهو شرط أساسي حتى يأخذ شكله الشرعي، كما أنه رأي شخصي بحت كما أنه يرتب بقناعة وعقيدة الزوج لأن النسب ثابت فهو طفل شرعي[1]والتلقيح الاصطناعي بتراضي الزوجين ليس سببا للطلاق.

بالعودة لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة نجدها تنص على أن التلقيح الاصطناعي يخضع لشرط رضا الزوجين وأثناء حياتهما، إلا أن نص المادة 19 من نفس القانون تمنح للزوجين حق اشتراط كل الشروط التي يريانها ضرورية فِي عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق مالم تتنافى هاته الشروط مع أحكام القانون.

يستشف من هذا النص أنّه إذا كان التلقيح الإصطناعي أحد هذه الشروط فِي العقد، فإن رفض الزوجين له يخول للآخر حل الرابطة الزوجية على أساس خرق أحد بنود العقد، إلا أنه وبالرغم من ذلك عدم اشتراط ذلك يسمح أيضًا لأي من الزوجين رفض هذه العملية، وهو ما قد يكون سببًا من أسباب فك الرابطة الزوجية.

فالزوج بصفته صاحب العصمة له أن يستند إلى نص المادة 48 من قانون الأسرة لأنه يستعمل حقه متى شاء، أما الزوجة فتستند فِي طلب تطليقها إلى نص المادة 02/59 و10 من قانون الأسرة والتي تنص على:

"2 –العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

جيلالي تشوار، **الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص .141.

[1]أحَمد شوقي عمر أبو خطوة، **القانون الجنائي والطب الحديث**، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية،دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1998، ص ص 140–141

10- كل ضرر معتبر شرعًا".

ولأن الزواج عقد رضائي وجب إفراغ شروطه فِي شكل معين حتى يدرك الطرفان ما هما مقدمين عليه، إلا أن هذا العقد فِي حد ذاته يتوجب أهلية، وهي ما نص عليها المشرع الجزائري فِي المادة 1/07 من قانون الأسرة،ببلوغ الزوجين 19 سنة وقت إبرام عقد الزواج.

كما أكدت المادة 86 من نفس القانون على ذلك، إضافة إلىالمادة 40 من القانون المدني الجزائري[1] من أجل مباشرة التصرفات القانونية.

وعلى الرغم من نص المادة 07 من قانون الأسرة على ذلك، نجد أن المشرع أقر صحة الزواج دون توافر شرط السن الدنيا[2]، إلا أن هذا مرهون بإذن قضائي، لكن الإشكال يثور فِي أن الإذن القضائي يكون لأجل عقد الزواج مراعاةً لظروف الزوجين، كما تشير الفقرة الثانية من المادة 07 من نفس القانون على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات، ولم تتعرض للموافقة على التلقيح الاصطناعي هذا إذا التزمنا بحرفية النص وتفسيره الضيق دون تأويله.

وينبغي تأجيل هذا الموضوع حتى بلوغ أهلية الزواج المنصوص عليها، وقد يكون الزوجان عند إبرام العقد بلغا السن المنصوص عليها إلا أنّ الأهلية قد تعترضها عوارض تحول دون التعبير عن الإرادة بل تشوبها، وهو ما ذكرته المادتان 42 و43 من القانون المدني والمادة 101 من قانون الأسرة.

تجدر الإشارة أن المادة 43 من القانون المدني اعتبرت السفيه ناقص الأهلية فِي حين المادة 101 و 107 ألحقتا السفيه بالمجنون والمعتوه هذا لأنّ الإشكال يثور حول ما إذا كان الزوج سفيه لأنه ملزم بدفع المصاريف والنفقة على الزوجة، فِي حين لا يكون هناك إشكال إذا كانت الزوجة سفيهة لأنه لا يؤثر على صحة العقد[3].

بيْدَ أنّ المادة 45 مكرر من قانون الأسرة لم تتطرق لشرط السن، إلا أنّ مشروع تمهيدي لقانون يتعلق بالصحة لسنة 2017 نص على ذلك فِي المادة 388 منه بقولها: "**تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب، حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة فِي سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجًا مرتبطًا قانونًا، يعانيان من عقم مؤكّد طبيًّا ويوافقان على النقل أو التخصيب الإصطناعي، لا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص آخر.**

---

[1] الأمر 75-58 المؤرخ فِي26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05-10 المؤرخ فِي20 جوان 2005 المعدل والمتمم، **جريدة رسمية** عدد 44، بتاريخ 26 جوان 2005.

[2] جيلالي تشوار، **الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية**،المرجع السابق، ص58.

[3] زياد أحَد سلامة، **أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة**، دار البيارق، الدار العربية للعلوم، بيروت، لبنان، 1996، ص 150.

يقدم الزوج والزوجة، وهما على قيد الحياة، طلبهما كتابيا المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب الذي يجب عليهما تأكيده بعد شهر (01) من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية"[1].

كما أشارت المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "**تكتمل أهلية الرجل والمرأة فِ الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...** ".

ويرجع هذا السبب لتفادي الطلبات المقدمة من طرف أشخاص طاعنين فِي السن، وتفادي الأمومةالمتأخرة، فالمشرع الجزائري فِي التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة فِي12 ماي 2000، حدد سن الزوجة بـ 50 سنة كحد أقصى ولم يحدد سن الزوج[2].

كما اشترط الأستاذ هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ سن 40 سنة كحد أقصى للمرأة[3]، كما حدد المشرع الإسباني 18 سنة كحد أدنى[4].

وتجدر الإشارة هنا أن رضا الزوجة هو على قدم المساواة مع رضا الرجل، فليس هناك وجه لتفضيل رضا أحد الزوجين على الآخر[5]، وإمّا أن يكون الرضا كتابيًّا فإنّ ذلك لم يوضحه المشرع، إلاّ أنّه يجب تسجيل هذا الرضا فِي سجل المركز المعالج لإثباته وحتى يكون حجة على الزوجين أو أحدهما[6].

وبالرجوع إلى الشريعة العامة نجد المادة 60 من القانون المدني تنص على أنه:"**التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لايدع أي شك فِي دلالته على مقصود صاحبه...**"

ولأن الجسم الإنساني له حرمته وقدسيته فقد أفرغ له القانون حَماية خاصة، لذا كان لابد من توافر الرضا حتى يعطي العمل الطبي صبغة قانونية قبل البدء فِي العمل وإلا اعتد خطئًا طبيًّا، وهو ما صرحت به

---

[1]المادة 388 من المشروع التمهيدي لقانون يتعلق بالصحة لسنة 2017، ص55.

[2]نقلاً عن: عبد القادر قاسم العيد، **التلقيح الاصطناعي، تعريفه، نشأته، وموقف المشرع الجزائري منه**، م. ع. ق. إ، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005، العدد 03، ص 212.

[3]هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، **التلقيح الصناعي**، دراسة فقهية مقارنة، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، السنة السادسة، العدد17، ص610.

[4]بن قويدر زبيري، **النسب فِي ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه فِي القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص26.

[5]جيلالي تشوار، **رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي**، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، العدد 04، ص 58.

[6]زكية حَيدو تشوار، **شروط التلقيح الاصطناعي فِي ضوء النصوص المستحدثة فِي قانون الأسرة الجزائري**، م.ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر.

المادة 44 من المرسوم رقم 92-276،[1]على أنّه: "**يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون.**"

أما موقف المشرع الفرنسي، فقد اشترط على الرجل والمرأة الراغبين فِي الخضوع لعملية التلقيح الإصطناعي أن يكونا فِي سن الإنجاب، وهو ما صرحت به المادة 2/152 فقرة ثالثة بقولها:

« L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants en âge de procréer… »[2]

والجدير بالملاحظةأنه في التشريع الفرنسي أن الطبيب بعد أن يتأكد بأن الزوجين أو الرفيقين مُصرّان على الخضوعللعملية، يقوم بتذكيرهما بإمكانية اللجوء إلى نظام التبني وإعلامهما بأن العملية قد تكلل بالنجاح كما قد تبوء بالفشل، ثم يمهلهما مدة شهر للتفكير، وبانتهاء هذه المدة وبقائهما متمسكين برغبتهما فِياللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب يحرر طلبهما كتابيًا.

كما يجدد هذا الطلب كلما استدعى الأمر ذلك هذا حتى يتأكد من عدم عدولهما عن قرارهما بالإنجاب الصناعي، ويصبح الرضا باطلاً فِي حالة وفاة أحد الزوجين أو مباشرة أحدهما إجراءات الطلاق، أو يكونا فِي حالة انفصال أو تتوقف الحياة المشتركة بين الرجل والمرأة الذين تربطهم علاقة حرة[3] قبل البدء فِي العملية، شريطة أن يكون كتابيًا ويسلم للطبيب المكلف بإجراء التلقيح وليس هناك مانع من التراجع عن الرضا، إلا أنّ الإشكال يثور فِي حالة البدء فِي العملية لأن إمكانية الزوجة فِي العدول عن موافقتها يترتب عنه مشكلة الإجهاض[4]المعاقب عليها فِي نص المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على أنه:" **تعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى سنتينوبغرامة من 250 إلى 1000 دج المرأة التي أجهضتنفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض**"[5].

---

[1]تنص المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق لـ 06 يوليو 1992، والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب، **جريدة رسمية**، عدد 52 لسنة 1992. أورده: مراد بن صغير، التأصيل الفقهي (الشرعي) والقانون للتلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، **مجلة الحجة**، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، 2007، العدد 01، ص81. أورده أيضًا: علي هاشم بوسفات، **احكام النسب في التشريع الجزائري**، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي يكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص104.

[2]مقتبس عن هجيرة خدام، **التلقيح الاصطناعي**، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجيستير،كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان، 2007/2006، ص19، هامش.02. المرجع السابق.

[3]هجيرة خدام، **التلقيح الاصطناعي**، ص21.

[4]زينب كريم، **التلقيح الاصطناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة البنوة**،م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2009، ص107

[5]الأمر رقم 66-156 المؤرخ فِي08 يونيو1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، **جريدة رسمية** عدد49، بتاريخ 11 جويلية 1966.

على خلاف المشرع الفرنسي الذي يسمح للمرأة بإسقاط الحمل إلى غاية مرحلة غير معينة من نمو الجنين دون اعتبار لموقف الزوج طبقًا لنص المادة 1611 من القانون 75-17[1] المؤرخ فِي جانفي 1975[2]، فِي حين ربطها المشرع الجزائري بالحالة الصحية للأم التي تكون فِي حالة خطر محذق[3].

وبنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على: " **أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما** " فإنها لا تجيز أن يتم التلقيح بماء غير الزوجين، وإلا اعتد رضاؤهما مشوبًا[4].

ولأنّ الرضا لابد أن يكون حرًّا، وجب أن يكون خاليًا من العيوب التي تصيبه كالغلطأو الإكراه أو التدليس، فإذا شاب أحد العيوب رضا الزوج فإنّ له أن يُعدل عن رضاه قبل إجراء عملية التلقيح، أما إذا تمت العملية فليس له ذلك، لأنه يتعلق بالإجهاض المعاقب عليه قانونًا بنص المادة 304 من قانون العقوبات المعدل والمتمم[5].

ويقوم التدليس إذا ما تمت العملية باستعمال حيلة من قبل الزوج من أجل الحصول على موافقة الزوجة،وهذا بحصوله على سائل منوي من رجل آخر ويقدمه لتلقيح زوجته على أساس أنه مستخلص منه[6].

كما قد يحصل التدليس من طرف الزوجة وهو ما تناوله جانب من الفقه الفرنسي من حيث البحث عن خلايا تناسلية للزوج بدون علمه وإرادته، وذلك إذا لجأ الزوج إلى مركز لتحليل الخلايا التناسلية لأي سبب كان، فتتفق الزوجة مع الطبيب المختص بالتحليل على الاحتفاظ ببعض منها حتى يتم تلقيحها بخلايا داخل الجسم، لأجل هذا اعتبرت العملية غير مشروعة لأنها تتم بناء على محاولة فردية من طرف الزوجة وهو ما يعتبر غش وخداع بين الزوجين، وقد يبرر صحة دعوى نفي النسب ويشكل خطأ مسبب للطلاق .

أما في ما يخص الإكراه هو حَمل أحد الزوجين على مالا يرضاه، وهو أهم عيوب الرضا فِي مسألة المساعدة الطبية على الإنجاب، لأنه يأسر الإرادة ويقهرها لذا إذا كانت إرادة أحد الزوجين معيبة بهذا

---

[1] القانون 75-17 الذي سمح للمرأة بإجراء عملية إجهاض عند الطلب حتى الأسبوع العاشر من حمل،بعد فترة تجريبية ، تم اعتماد القانون 75-17 بشكل دائم في ديسمبر 1979.

[2] هجيرة خدام،المرجع السابق، ص155.

[3] جيلالي تشوار، **رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي**، المرجع السابق، ص59.

[4] محمود أحَمد طه، **الإنجاب بين التجريم والمشروعية**، كتب قانون خاص، الشفرة 15 أ ب، الطبعة 2003، ص 186

[5] زكية حَيدو تشوار، **شروط التلقيح الاصطناعي**، المرجع السابق، ص93.

[6] عبد القادر العربي شحط ، **الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي**، ملخص أطروحة دكتوراه دولة، تمت مناقشتها بجامعة وهران، كلية الحقوق، 2000/02/17، ص 141.

أورده أيضًا: جيلالي تشوار، **رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي**، المرجع السابق، ص62.

العيب ووقع التصرف تحت تأثير الإكراه فيكون هذا التصرف قابلاً للإبطال قبل إجراء العملية، أما إذا تمت العملية فلا مجال للإبطال لأنّ ذلك يكون عن طريق الإجهاض المجرم قانونًا كما ذكرنا سابقًا.

ولكي يكون رضا الأطراف المعنية بالتلقيح الإصطناعي معتبرًا وله أثر قانوني، كان على الطبيب المعالج أو الفريق الطبي الممارس تبصير الطرفين وإعلامهما بكافة الإجراءات والمخاطر ونسبة النجاح أو الفشل المتوقعة،صحة الجنين، تعدد الأجنة، هذا حتى تتحقق الموافقة الحرة المستنيرة الخالية من أي ضغوط أو عيوب الإرادة، لذا يتوجب على الفريق الطبي إجراء مقابلة طبية مع الطرفين تحت طائلة المسؤولية[1].

كما أنه من الواجبات الأساسية الملقاة على عاتق الطبيب قبل الزوجينالإعلام قانونًا، إلا أن الطبيب قد يتعمد عدم التبصير من أجل الحصول على رضا الزوجين أو الشهرة، ففي هاته الحالة يكون الرضا مُعيب ويمكن للزوجين أن يتراجعا عن موافقتهما قبل إجراء العملية ولا يمكن للطبيب إجبارهما عليها[2].

وقد يتحقق التدليس فِي إخفاء بعض المعلومات من طرف الطبيب عن الطرفين أو عن طريق التواطؤ مع طرف آخر مِّما يجعل إرادة الزوج المضرور مشوبة، كما أن المشرع الجزائري نص فِي مادته 45 مكرر من قانون الأسرة على أن تتم العملية بناء على رغبة الزوجين، حال حياتهما وأثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة[3].

لذا لا يُعتد برضا الزوج إلاّ إذا كان على قيد الحياة وقت البدء فِ العملية، أما فِي حالة موافقته ثم توفِي قبل بدء العملية، فإنّ ذلكمحظور وفقًا لما صرحت به المادة 45 مكرر والمادة 41 من نفس القانون "**إمكانية الاتصال**" كما هو الحال فِي الفسخ أو الطلاق لانفصام الرابطة الزوجية، بل وجب أن يظلاّ على رضاهما حتى تتم العملية، بُغيةتجنُّب إنجاب طفل يتيم قبل تكونه فِي بطن أمه، أو إنجاب طفل غير شرعي يكون نسبه فيه لأمه دون أبيه وفقًا للمادة 42 من قانون الاسرة الجزائريوالتي صرحت على أنه:" **أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر**".

---

[1] مهند صلاح أحَمد فتحي العزة، **الحماية الجنائية للجسم البشري فِي ظل الاتجاهات الطبية الحديثة**، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، ص141. أورده أيضًا: جيلالي تشوار،المرجع السابق، ص 62. والمادتان 390 و391 من المشروع التمهيدي لقانون يتعلق بالصحة لسنة 2017.

[2] أميرة عدلي أمير عيسى خالد، **الحماية الجنائية للجنين فِي ظل التقنيات المستحدثة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص73.

[3] **العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها فِي قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص691 ؛ العربي بلحاج، أحكام الزواج فِي ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص510؛ العربي بلحاج، المبادئ** الشرعية والقانونية والأخلاقية، مرجع سابق، ص19.

وأكدت على ذلك المادة 60 من نفس القانون، وبانتهاء العلاقة الزوجية يصبح الزوجان غرباء عن بعضهما البعض ويصبح التدخل الطبي لدى الزوجة لتلقيحها بماء زوجها يأخذ حكم ماء غير الزوجين[1].

وعلى الرغم من تنظيم التشريعات المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب لمسألة الرضا، إلاّ أنّ هناك إشكالات قانونية مُقترِنة به، فقد أغفلت أن يكون الشّريك على قيد الحياة إلاّ أنّه فاقد للوعي لدخوله فِي غيبوبة، فلا يمكنه التعبير عن إرادته وبالتالي لا يمكن القيام بالعملية، كما هو الحال فِي حالة الشخص المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية أيضًا.

ولا مناص من الذكر أنّ الرضا يكون مُعيبًا إذا علق على شرط معين كالموافقة على التلقيح شريطة أن يكون الحمل ذكرًا،وهو فرز الحيوانات المنوية وتؤدي هذه العملية إلى الإخلال بالتوازن الطبيعي فِي المجتمع[2].

ومِّما يزيد الأمور تعقيدًا هو عدم الموافقة على المساعدة الطبية على الإنجاب (التلقيح الاصطناعي) وذلك راجع لأسباب عديدةلاسيما عن المشاكل الناجمة عن تخلف شرط الرضا.

المطلب الثاني: رفض التلقيح كاستثناء يرد على الموافقة (الرضا)

ليس كل الأزواج المصابين بالعقم يبدون رضاهم لإجراء عملية التلقيح فهناك أسباب شخصية وموضوعية تحول دون حدوث ذلك نعرضهما في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: الأسباب الشخصية لرفض المساعدة الطبية على الإنجاب

لقد نص المشرع الجزائري فِي المادة 04 من قانون الأسرة على أن "**الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها ...التعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**".

وعلى هذا النحو يمكن القول إن إعتراض أحد الزوجين على تحقيق الغرضالمرجو من الزواج يعد فِي حد ذاته إهانة للطرف الآخر، لكن لو تمعنا فِي هذا المجال لوجدنا أنّ الزواج لا يتم إبرامه دائمًا بين شخصين شابين سليمين ولهما القدرة على الإنجاب، ومن ثم فبالإمكان أن يثير عقم الزوجين كلاهما أو أحدهما مشاكل ليبقى التلقيح الإصطناعي هو السبيل الوحيد للإنجاب.

---

[1] محمود أحَمد طه، **الإنجاب بين التجريم والمشروعية**، مرجع سابق، ص255.

[2] محمود أحمَد طه،المرجع نفسه، ص235؛ هجيرة خدام، **التلقيح الاصطناعي**، المرجع السابق، ص 171؛ عبد الكريم مأمون، **الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي**، م. ع. ق. إ، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2006، العدد04، ص87؛ جيلالي تشوار، **الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية**، المرجع السابق، ص135.

وعلى هذا الأساس يمكننا تطبيق نظرية البطلان لكون العجز الجنسي يعد صفة جوهرية فِي شخص المتعاقد، فلو علم المتعاقد بذلك لما تعاقد أصلاً، وهو كوقوع الزوج فِي غلط القدرة على المخالطة الجنسية، هي كما تمت الإشارة إليه، صفة جوهرية للشخص المراد الاقتران معه.

لكن الإنجاب هو من أهداف الزواج فبعد مرور مدة معينة بدون حدوث حَمل، ورفض الزوج لعملية التلقيح الإصطناعي يجيز هذا الرفض للزوجة طلب التطليق على أساس المادة 02/53 و10 من قانون الأسرة، أما رفض الزوجة لهاته العملية يجيز رفضها للزوج الطلاق على أساس المادة 48 من نفس القانون[1].

فعدم رضا الزوج– أي رفضه – قد يكون راجع لعامل ديني والرافض لعملية الإستمناء الذي يسبب له كراهية واشمئزاز[2]، ورفض المرأة قد يكون عدم نجاح العملية وإعادة تكرارها مرات عدة بمعنى أنها محل تصرف الطبيب.

الفرع الثاني: الأسباب الموضوعية لرفض المساعدة الطبية على الإنجاب

هناك أسباب قد تؤدي بالزوجين أو أحدهما لرفض العملية وذلك بسبب الخوف منإختلاط أو تبديل المني، فعمليًّا ليس ذلك بمستحيل[3]، كما أن هناك حالة تعدد الأجنة.

كما أن هناك حالة الغش وهي تلقيح الزوجة بسائل منوي لشخص غريب مع إيهامها بأنه لزوجها، هذا ولو تم برضا الزوج، فيسأل الطبيب عن جريمة الفعل المخل بالحياء المعاقب عليها بنص المادتين 334 و335 من قانون العقوبات، لأنه إجراء يمسبحياء المرأة، ذلك أن الفعل المخل بالحياء لا يشترط توافر الإتصال الجنسي بين الطبيب والمرأة فِي هذه الحالة، إلا أنه يفترض فعلاً جنسيًّا وهو المتمثل فِي التلقيح الاصطناعي الذي قام بإجرائه على عورة المرأة فأدى ذلك بالمساس بشرفها وحصانة جسمها وخدش حيائها وحريتها[4].

وقد يمتد تخلف شرط الرضا إلى الشق الجزائي ليتعرض إلى مسؤولية الطبيب فِ حالة مخالفته ضواب التلقيح الاصطناعي.

المبحث الثاني: المشاكل المترتبة عن تخلف شرط الرضا

لقد إشترط المشرع الجزائري الرضا لقيام عملية المساعدة الطبية للإنجاب،غير أنه لم يحدد عقوبةً فِي حالة تخلف هذا الشرط فعلى أي أساس يمكن مسائلة الطبيب؟

المطلب الأول: فيما بين الزوجين

---

[1] جيلالي تشوار ،**الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية**، مرجع سابق، ص 153 وما بعدها.

[2] هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، **التلقيح الصناعي**، مرجع سابق، ص616؛ زياد أحَمد سلامة، **أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة**، مرجع سابق، ص 257 وما بعدها.

[3] محمد فوزي فيض الله، التلقيح الاصطناعي،**مجلة الوعي الإسلامي**، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، السنة 22، 1406هـ، 1986، العدد 259، ص37.

[4]

الفرع الأول: عدم رضا الزوجة

الطبيب قد يستجيب لرغبة الزوج ويجري العملية للزوجة، بالرغم من عدم موافقتها، وهذا الفعل مجرم فِي قانون العقوبات بالاعتداء على العرض وهو ما سنحاول شرحه.

جريمة هتك العرض(الإغتصاب): وهو ما صرحت به المادة 336 من قانون العقوبات بنصها " **كل من ارتكب جناية هتك العرض يُعاقب بالسّجن المؤقت....**" وهو مالا ينطبق على هاته الحالة لأنّ أساسه اتصال الرجل بالمرأة اتصالاً جنسيًّا كاملاً وبدون رضاها.

جريمة الفعل المخل بالحياء : وهو ما نصت عليه المادتان 334 و335 من قانون العقوبات، لكونه منافِي للآداب العامة ويقوم بالإعتداء على عرض المعتدى عليها والعبث بجسمها، وفِي حالة التلقيح الاصطناعي يتحقق الكشف عن عورتها وملامسة جسمها بما يخدش حيائها وحصانة جسمها،وهو ما يحقق توافر الركن المادي لجريمة الفعل المخل بالحياء، فالطبيب هنا فِي هاته الحالة فاعل والزوج شريك[1].

الفرع الثاني: عدم رضا الزوج

وقد تم تناول هذا الطرح فِي فرنسا وهو يقع على خلايا تناسلية بدون علم وإرادة الزوج فِي حالة لجوء الزوج إلى مختبر لتحليل الخلايا التناسلية لأيّ سبب كان، فتتفق الزوجة مع الطبيب المختص بالتحاليل باحتجاز والإحتفاظ البعض منها، حتى يتم تلقيحها بخلاياها، فذهب البعض إلى عدم مشروعية هذا العمل، لأنّ التلقيح الإصطناعي تم بناء على الغش والخديعة مِّا يبرر الطلاق، ويوجب هذا الفعل المسؤولية فِي مواجهة الطبيب نظرًا للضرر المادي والأدبي الذي أصاب الزوج المضرور[2].

المطلب الثاني: بين غير الزوجين

الفرع الأول:عدم رضا الزوج

وهو ما قد يحدث بناء على الاتفاق بين الزوجة والطبيب على أن يجري لها تلقيحًا اصطناعيا بغير نطفة زوجها وبغير علمه ورضاه، فما هو تكييف الجريمة فِي هاته الحالة؟

جريمة الزنا: وهو ما نصت عليه المادة 339 من قانون العقوبات، إلاّ أنّ تلقيح الزوجة إصطناعيًّا بنطفة الغير يفتقر لعنصر الإتصال الجنسي.

لكن البعض اعتبروه ظرفًا مخففا للعقاب، بينما اعتبره آخرون بمثابة إجازة ضمنية من جانب الزوج،وتنازل مُسبق عن الحق فِي رفع شكوى ضد زوجته حسب نص المادة 3/339 من قانون العقوبات

---

[1]نصر الدين مروك، **الحماية الجنائية للحق فِي سلامة الجسم فِي القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية**، دراسة مقارنة، طبعة01، الديوان الوطن للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص401. أورده أيضًا: عبد العزيز سعد، **الجرائم الأخلاقية فِي قانون العقوبات الجزائري**، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،الجزائر، 1982، ص36 وما بعدها. أورده أيضًا: مراد بن صغير،**التأصيل الفقهي والقانوني للتلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية**، مرجع سابق، ص81 .

[2]جيلالي تشوار، **رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي**، المرجع السابق، ص 62

الجزائري، التي تنص على أنه " **ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى من الزوج المضرور، وأن صفح هذا الأخير يضع حدا للمتابعة**".[1]

فِي حين ذهب فريق آخر إلى القول بعدم فعالية رضا الزوج فِي هذا الصدد استنادًا إلى القواعد العامة التي تحكم أسباب الإباحة، وأخيرًا هناك من يرى أنّ سبق رضا الزوج فِي واقع الأمر، لا يعدو أن يكون واحدًا من الأسباب التي يسق بها الحق فِي تقديم شكوى، بحيث لا يسع الزوج المضرور أن يشكوا من زنا زوجته بعد أن ارتضاه وربما جنى من ورائه ثمارًا ومكاسب، لهذا لا يمكن مسائلة من ساهم فِي هاته العملية على أساس هذه الجريمة[2].

جريمة هتك العرض (الاغتصاب): وهو المواقعة بغير الرضا، وهو غير متوفر لكون التلقيح الاصطناعي يتم دون مباشرة جنسية وبرضائها.

الفعل المخل بالحياء: وهو مالا ينطبق مع هاته الحالة لكونه يقع برضا الزوجة لأنّ هذا الفعل لا يمكن تصور وقوعه على الأشخاص الذين يفوق سنهم 16 سنة بدون رضاهم.

الفرع الثاني: عدم رضا الزوجة

وهو ما قد يتم عن طريق الغش أو الخديعة من جانب الطبيب أو الزوج،باستعمال سائل منوي لرجلٍ آخر حصل عليه، ويقدمه لتلقيح زوجته على أساس أنه سائله، أو قد يلجأ الزوج إلى استعمال القوة على الزوجة وإكراهها على إجراء هاته العملية بنطفة الغير، فالطبيب يسأل كفاعل والزوج كشريك فِي العملية[3].

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي، فقد فرض عقوبة الحبس لمدة 05 سنوات وغرامة مالية تقذر بـِ 75000أورو على الطبيب الذي يجري العملية دون الحصول على رضا أحد الزوجين وهو ما صرحت به المادة 6/511 من قانون العقوبات الفرنسي[4].

خاتمة

في ختام القول نخلص إلى النتائج التالية:

- أنّ المساعدة الطبية للإنجاب أو ما يسمى بالتلقيح الإصطناعي هي رمز من رموز التقدم العلمي والطبي، وآخر المستجدات والحلول لحل مشكلة عدم الإنجاب التي يعاني منها الأزواج.

---

[1] حسب نص المادة 3/339 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يوليو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد49، بتاريخ 1966/07/11.

[2] مهند صلاح أحَمد فتحي العزة، **الحماية الجنائية للجسم البشري فِي ظل الاتجاهات الطبية الحديثة**، المرجع السابق، ص 274.

[3] عبد القادر العربي شحط، المرجع السابق، ص141. أورده أيضًا: جيلالي تشوار، **رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي**، المرجع السابق، ص62.

[4] Art 511/6 : « Le fait de recueillirou de prélever des gamètes sur une personne vivant sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amande. »

- وبشرط اقتصار عملية التلقيح بين الزوجين، دون تدخل طرف ثالث فِي العملية الإنجابية، يكون فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الأسري الجزائريبذلك قد وفقوا لما لهذا الشرط من أهمية وأثار على المشروع الإنجابي بصفة عامة وعلى ركيزة النسب بصفة خاصة.
- المشرع الجزائري الجزائري وبموجب القانون 18-11 وخصوصًا في المواد 370 إلى 376 حدد ضوابط لعمليات التلقيح الإصطناعي، وقيده بعدة شروط، ولعل أهمها أن يقدم الزوجان طلبًا كتابيًّا، يؤكد على رضا كلاهما.

التوصيات:

- ضرورة خضوع مراكز التلقيح والتجميد لإشراف الدولة مع تقييد عمليات التلقيح وتفعيل نظام مراقبتها.
- تنظيم سير عملية المرااكز الطبية المرخص لها بإجراء نشاط المساعدة الطبية على الإنجاب وتحديد مسؤوليتها ومسؤولية الطبيب القائم بالتلقيح الإصطناعي، وذلك لضمان حماية الطبيب من جهة وحماية الزوجان من جهة أخرى.
- ضرورة تعديل مدونة أخلاقيات مهنة الطب من أجل مواكبتها للمستجدات الطبية الحديثة كعملية التلقيح الصناعي تماشيًا مع قانون الأسرة الذي نص على ذلك.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً- النصوص القانونية:

1. **قانون رقم 84-11** مؤرخ في 09 رمضان عام 1404، الموافق لـِ 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية**، العدد15، سنة 2005.
2. **قانون 18-11** مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـِ 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية**، العدد 46، سنة 2018.
3. **الأمر 75-58** المؤرخ فِي26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05-10 المؤرخ فِي20 جوان 2005 المعدل والمتمم، **جريدة رسمية** عدد 44، بتاريخ 26 جوان 2005.
4. **الأمر رقم 66-156** المؤرخ فِي08 يونيو1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، **جريدة رسمية** عدد49، بتاريخ 11 جويلية 1966.
5. **المرسوم التنفيذي رقم 92-276** المؤرخ فِي05 محرم 1413هـ الموافق لِـ06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.
6. المشروع التمهيدي لقانون يتعلق بالصحة لسنة 2017.
7. القانون الفرنسي75-17 المؤرخ فِي18 يناير 1975، تم اعتماد القانون 75-17 بشكل دائم في ديسمبر 1979.

ثانيًا– الكتب:

1. باديس ذيابي، **حجية الطرق الشرعية والعلمية فِي دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

2. العربي بلحاج ، **أحكام الزواج فِي ضوء قانون الأسرة الجديد**، ج01، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

3. العربي بلحاج،**أحكام الزوجية وآثارها فِي قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2013.

4. العربي بلحاج، **المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد والمقارن**، م ع ق إ سكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013، العدد15.

5. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، **ضبط نقل وزراعة الأعضاء البشرية فِي الشريعة والتشريعات العربية**، ط01، دار الفكر العربي، القاهرة،مصر، 2000.

6. جيلالي تشوار، **الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

7. أميرة عدلي أمير عيسى خالد، **الحماية الجنائية للجنين فِي ظل التقنيات المستحدثة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.

8. أحَمد شوقي عمر أبو خطوة، **القانون الجنائي والطب الحديث**، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية،دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1998.

9. زياد أحَد سلامة، **أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة**، دار البيارق، الدار العربية للعلوم، بيروت، لبنان، 1996.

10. عبد القادر قاسم العيد، **التلقيح الاصطناعي، تعريفه، نشأته، وموقف المشرع الجزائري منه**، م. ع. ق. إ، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005، العدد 03.

11. عبد الكريم مأمون، **الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي**، م. ع. ق. إ، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2006، العدد04.

12. جيلالي تشوار، **رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي**، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، العدد 04.

13. زينب كريم، **التلقيح الاصطناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة البنوة**، م. ع. ق. إ.، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2009.

14. زكية حَيدو تشوار، **شروط التلقيح الاصطناعي فِي ضوء النصوص المستحدثة فِي قانون الأسرة الجزائري**، م.ع. ق. إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر.

15. نصر الدين مروك، **الحماية الجنائية للحق فِي سلامة الجسم فِي القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية**، دراسة مقارنة، طبعة01، الديوان الوطن للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
16. عبد العزيز سعد، **الجرائم الأخلاقية فِي قانون العقوبات الجزائري**، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،الجزائر، 1982.
17. محمد فوزي فيض الله، التلقيح الاصطناعي،**مجلة الوعي الإسلامي**، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، السنة 22، 1406هـ، 1986، العدد 259.
18. محمود أحَمد طه، **الإنجاب بين التجريم والمشروعية**، كتب قانون خاص، الشفرة 15 أ ب، الطبعة 2003.
19. مهند صلاح أحَمد فتحي العزة، **الحماية الجنائية للجسم البشري فِي ظل الاتجاهات الطبية الحديثة**، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر.

ثالثًا- الرسائل الجامعية:

1. عبد القادر العربي شحط ، **الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي**، ملخص أطروحة دكتوراه دولة، تمت مناقشتها بجامعة وهران، كلية الحقوق، 2000/02/17
2. علي هاشم بوسفات، **احكام النسب في التشريع الجزائري**، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي يكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
3. بن قويدر زبيري، **النسب فِي ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه فِي القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011.
4. هجيرة خدام، **التلقيح الاصطناعي**، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007/2006.

رابعًا- المقالات العلمية:

1. محمد رضا زناقي، دلال يزيد، الإطار القانوني لعمليات التلقيح الإصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، المجلد 12، العدد 02، 2020.
2. مراد بن صغير، التأصيل الفقهي (الشرعي) والقانون للتلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، **مجلة الحجة**، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، 2007، العدد 01.
3. هشام بن عبد الملك بن آل الشيخ، **التلقيح الصناعي**، دراسة فقهية مقارنة، **حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية**، السنة السادسة، العدد17.

عمليات التبرع بالدم : بين الحتمية العلاجية والضوابط القانونية

د.عميري فريدة
كلية الحقوق. جامعة تيزي وزو

ملخص:

ترجع أهمية التبرع بالدم لسببين رئيسيين الأول أن هذه العملية يغلب عليها الطابع التطوعي فيدخل بذلك في الأعمال المرتبطة بالبيو أخلاقيات الطبية، فقد كيفت هذه العملية على أنها عمل تبرعي يهدف لإنقاذ حياة شخص، أما الثاني فيرجع لتلك المخاطر التي تحيط بها، وهذا السبب بذاته ما جعل القانون يحيط هذه العملية بمجموعة من ضوابط وقواعد، ويسن لها عدة شروط ، أهمها فحص المتبرع ومعاينته، وخاصة أن لا تكون للعملية أي هدف اقتصادي، ولقد أوكل القانون مهمة القيام بذلك لمجموعة من مؤسسات وهياكل عمومية.

Summary :

The importance of blood donation is due to two main reasons, the first reason is that this process is predominantly voluntary which becomes part of the work associated with bio medical ethics. This process has been adapted as a donation work intendedto save the life of a person.The second reason is due to those risks that surround it, which is why the law surrounds this process with a set of controls and rules, and passes several conditions, the most important of which is the examination and the inspection of the donor, especially to verify that the process has no economic objective. The law has assignedthe task of doing sofor a range of public institutions and structures.

الكلمات المفتاحية: نقل الدم، العمل الطبي، المتبرع، الدم، المريض، المسؤولية.

Key words : Blood transfusion, medical work, donor, blood, patient, responsibility.

مقدمة:

يعتبر الحق في الصحة من الحقوق الأساسية للإنسان في أي مجتمع كان، وتحت أي نظام سائد، وتلعب الدولة بكل مؤسساتها خاصة منها التي تنتمي لقطاع الصحة دورا هاما في الحفاظ على هذا الحق وذلك بوضع قواعد خاصة بالحماية الصحية والاجتماعية تهدف كلها لضمان تكريس هذا الحق.

يصعب كثيرا في المجال الطبي تحقيق التوازن المنشود بين طرفي العقد، وذلك خاصة بسبب عدم تكافئ مركز كلا الطرفين، سواء من الناحية الثقافية أو العلمية وحتى الاجتماعية، فالمركز الضعيف الذي يحتله المريض في هذه العلاقة جعلت من مختلف التشريعات تسن قواعد وقوانين خاصة لحمايته، وإذا كانت هذه الأخيرة تخدم مصالح المريض، فإنها قد تنعكس سلبا على مصالح ذلك الطرف القوي (الطبيب)، فالطبيب يحتاج لقدر من الحرية والاستقلال إلى جانب الثقة والاطمئنان، في حين تكون

مسؤوليته عن أي خطأ أو غلط يعتبر سيفا مسلطا على رقبته، لأن ذلك سيؤثر لا محال على أدائه سلبا ويفقده المبادرة والبحث عن الجديد في الطب خوفا من المسؤولية.

وفي المقابل فإن جسم الإنسان يتمتع قانونا وشرعا بالمعصومية، الأمر الذي يلزم الطبيب والمؤسسات المكلفة بالعلاج والوقاية بالمحافظة على حرمة هذا الجسد وسلامته مما يستوجب تحديد نقطة التوازن في هذه العلاقة الطبية والحفاظ على صحة وسلامة الفرد من أي خطر قد يتعرض له أثناء تلقي العلاج.

يعتبر مجال التبرع بالدم ونقله من أكثر المجالات عرضة للمخاطر الطبية، ونظرا لأن عملية نقل الدم تقتضي وجود طرفين أساسيين، شخص متبرع بدمه لإنقاذ حياة من مرض أو موت، وطرف آخر يكون بطبيعة الأمر ذلك المريض الذي يكون بأشد الحاجة لهذا الدم، فمهما كانت درجة التقدم والتطور الذي وصلت إليه البشرية في شتى المجالات خاصة في المجال الطبي فإنه لم يكن باستطاعة العلماء ابتكار أو إنتاج ما يشابهه أو يعوض هذا السائل الحيوي المهم، فلا يمكن الحصول عليه عن طريق آخر غير الإنسان.

بالتالي فنقل الدم يعتبر عملية أساسية وضرورية للحفاظ على حياة المرضى، فكثيرا ما يكون المريض في أشد الحاجة إلى هذا الدم، سواء بسبب تعرضه لحادث قد أفقده من دمه الكثير أو لضرورة تستدعيها عملية جراحية، أو مرض سبب له فقرا لهذا السائل.

إلا أن هذه العملية نظرا لخطورتها وأهميتها فقد أحاطها القانون بمجموعة من ضوابط وشروط على القائمين على هذه العملية احترامها وتطبيقها نظرا لما قد تترتب عنها من أضرار جسيمة سواء للمنقول إليهم الدم أو المتبرعين به.

بالتالي فيثور التساؤل هنا **حول النطاق القانوني لعمليات التبرع بالدم ونقله وطبيعة المخاطر التي تتضمنها ؟.**

محاولة منا للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى جزأين أساسيين، فتطرقنا أولا للطبيعة التنظيمية والقانونية لعمليان التبرع بالدم، بحيث أشرنا في هذا الجزء إلى التكييف القانوني لعمليات التبرع بالدم وطبيعته القانونية، بالإضافة إلى الضوابط والشروط التي ترافق هذه العملية .

وتعرضنا في الجزء الثاني إلى التنظيم القانوني والهيكلي لعمليات التبرع بالدم ونقله حيث بيننا فيه الآليات الكفيلة بضمان سلامة المتبرع وكذا المريض أثناء عملية نقل الدم كما أشرنا في هذا الجزء إلى للهياكل والمؤسسات المكلفة بجمع الدم وتوزيعه، وكذا لطبيعة المهام الموكلة لها.

أولا: الطبيعة التنظيمية والقانونية لعمليات التبرع بالدم

تعتبر عملية التبرع بالدم من قبيل الأعمال الطبية التطوعية التي يقوم بها الإنسان تطوعا، فالشخص لما يتبرع بالدم سواء لأحد أفراد عائلته أو لشخص مجهول يجب أن يكون ذلك بحض إرادته

دون أي إكراه، فيغلب على هذا العمل إذن الطابع الأخلاقي والإنساني كون الأمر يتعلق هنا بالتنازل عن جزء أو عضو من الأعضاء الجسدية التي يملكها الإنسان.

إن ضرورة الحفاظ على صحة وسلامة الشخص في مجال عمليات نقل الدم يقتضي أولا وقبل كل شيء ضمان سلامة المتبرع من أي خطر قد يهدد صحته أو سلامته الجسدية فمن أولويات الوقاية الصحية السعي نحو حماية هذا الشخص الذي تطوع بحياته ودمه لإنقاذ شخص آخر، فليس من المنطقي وأمر مجحف أن يكون بكامل صحته وعافيته ويعود بعد تبرعه بعلة أو عدوى بسبب عدم احترام الاحتياطات والقواعد التي تستلزمها عمليات نقل الدم.

1- التكييف القانوني لعملية التبرع بالدم:

تتمثل عملية التبرع بالدم في سحب كمية محدودة ومدروسة من السائل الدموي من وريد شخص سليم وحقنه في وريد شخص آخر بحاجة إليه قصد تعويض دم مفقود لسبب مرض أو حادث تعرض له، ويعتبر هذا المفهوم صورة لنقل الدم كاملا للمريض، وقد يقتصر النقل فقط على إحدى مكونات الدم فقط كالبلازما أو كريات الدم الحمراء أو البيضاء أو حتى الصفائح الدموية، وهو ما يندرج تحت مصطلح نقل مشتقات الدم.[1]

إن الوصف الذي يمكن أن ينطبق على مرحلة التبرع بالدم هو وصف العمل التبرعي بإرادة منفردة، أي تصرف من جانب واحد، فلا تخرج حالات التبرع عن كونها تصرفات بإرادة منفردة وخاصة في الحالات التي يتعهد فيها صراحة الشخص بالتبرع، فهذا التعهد ينشئ التزاما ينفذ عينا إذا كان ممكنا، كما يمكن أن ينطبق على حالات التبرع وصف عقد التبرع، وهو العقد الذي لا ينال فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطيه، ولا يقدم العاقد الآخر مقابلا لما يناله منه، بعكس عقد المعاوضة الذي ينال فيه ككل من المتعاقدين مقابلا لما يقدمه، وتظهر أهمية النظر إلى التصرف على أنه تبرع في أن مسؤولية المتبرع أخف من مسؤولية المعاوض، كما أن مسؤولية المتبرع له أشد من مسؤولية المعاوض، كما أن لشخصية المتعاقد اعتبارا في عقد التبرع.[2]

استطاعت الوقائع والتقنيات الطبية أن تجعل عمليات نقل الدم من الأمور المؤكدة في إنقاذ حياة المرضى، فضلا عن ضآلة الخطر الذي يتعرض له المتبرع بالدم الذي يتحمل ضررا يستهدف به تفادي ضررا أكبر بالنسبة للغير.

---

[1]- برابح يمينة، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية، (دراسة تأصيلية في القانون المدني)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، جانف2016، ص ص146-147.

[2] - محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، كلية الحقوق ببني سويف، جامعة القاهرة، جويلية، 1995، ص ص49-50.

لكن هذا لا يعني بالمقابل استبعاد أي خطورة تهدد المتبرع بالدم، فقد يتعرض لأخطار سواء أثناء أو بعد أخذ الدم منه خاصة في حالة إذا لم تراعى الشروط والضمانات التي تحيط بهذه العملية التي تتعلق بأهم جزء من جسم الإنسان وهو الدم.[1]

يعتبر المتبرعون بالدم من المعاونين المتطوعين لأداء سير المرافق الصحية العامة، ولذلك يجب توفير الضمانات الصحية لهم وكذا الحماية القانونية عن طريق منحهم التعويض المناسب عند إصابتهم بالأضرار من جراء معاونتهم للمرفق الطبي العام دون صدور أي خطأ من جانبه.

فقد قضت المحكمة الإدارية بفرنسا بالضبط في Dijon في حكمها الصادر بتاريخ 1964/06/20 بالمسؤولية بدون خطأ للمرفق الطبي تجاه المتبرع بالدم باعتباره معاونا تطوعيا للمرفق الطبي العام وتتلخص وقائع هذه القضية بأن السيد Pautas البالغ من العمر 40 سنة كان يعمل مزارعا، ويحمل بطاقة وطنية للتبرع بالدم دون مقابل، وقد أخذ منه دم على سبيل التبرع أربع مرات دون مشاكل، وفي المرة الخامسة أخذ منه دم عن طريق المركز الإقليمي لنقل الأوعية الدموية وفحصها، التابع للمركز الطبي الإقليمي في Dijon وقد ظهرت عليه بعد هذه المرة، الأخيرة اضطرابات عديدة، فقد حدث له ضيق طارئ بعد نحو ثلاث ساعات من أخذ الدم، واستلزمت حالته دخوله المستشفى للعلاج، إلا أنه أصيب بشلل في ساقه اليسرى.

قام المضرور برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية في Dijon مطالبا بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء التبرع بالدم، وأمام صعوبة تكييف مركز المضرور لكي يعوض عن الأضرار التي لحقت به، لجأ القاضي الإداري إلى نظرية المعاون التطوعي للمرفق.

أقر القاضي الإداري مبدأ غاية في الأهمية في هذه القضية، حيث رأى أن أخذ عينة من دم الإنسان، وتوزيع الدم ومشتقاته المنظمة في نطاق مركز نقل الدم التابع للمرفق الطبي الإقليمي في Dijon ينشئ نشاطا يساهم به الفرد في أداء سير هذا المرفق، وبناء عليه فإن المتبرعين بالدم بلا مقابل يعتبرون معاونين للمرفق، ومن ثم يجب أن يتحمل المرفق التبعات الضارة لعمليات أخذ الدم، حتى ولو لم يثبت أي خطأ في حق المرفق المذكور.[2]

هذا إذن من الجانب القضائي، والتشريع من جهته خاصة منه الفرنسي لم يهمل هذا المجال حيث حاول في كل مرة سن قوانين ومراسيم لحماية فئة المتبرعين بالدم وإيجاد وسائل فعالة لتعويضهم في حالة حدوث ضرر.

---

[1]– عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات العمومية عن الأخطاء الطبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021، ص200.

[2] – محمد عبد الله حمود، المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة، مجلة الحقوق، العدد الأول، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت، مارس 2006، ص ص175–176. (ص ص139–183).

فنجد أن القانون الصادر في 02 أوت 1961 قد عالج نظام المسؤولية المطبقة في حالة الأضرار الناتجة عن التبرع بالدم وأخذه بعد تعديل الخصائص المميزة له، كما وضع شروطا يستلزم مراعاتها أثناء التبرع بالدم، كتبصير المتبرع والحصول على رضائه وغيرها من شروط ضرورية في عمليات نقل الدم.

أما الفروض الأخرى، ونقصد بالقول التبرع بالدم في صورته التقليدية فقد ماثل القاضي الإداري في هذا الصدد بين المتبرعين بالدم والمعاونين المتطوعين لمرفق عام، وسلم بتعويض الأضرار التي تلحق بالمتبرعين بالدم على أساس المسؤولية بدون خطأ لمراكز نقل الدم العامة، فاستطاع من خلال توسيع القضاء المتعلق بالمعاونين المتطوعين للمرفق العام أن يضمن للمتبرعين بالدم حماية قانونية تساهم بطبيعتها في تنظيم جمع الدم، بما يتيح الاستجابة لاحتياجات الصحة العامة.[1]

إلا أنه وبصدور قانون 4 جانفي 1993[2] قد تغير الوضع، فقد وحد نظام التعويض لضحايا الأخطار الناجمة عن التبرع بالدم، كما أتى بشروط إضافية لضبط عمليات التبرع بالدم، وقد نص على إنشاء مؤسسات خاصة لنقل الدم تستفيد من الامتياز القانوني لجمع الدم ومركباته وتحضير العناصر الدموية وتوزيعها.

2- الضوابط القانونية لعمليات التبرع بالدم:

تم تقييد عمليات التبرع بالدم بمجموعة من شروط وضوابط وذلك نظرا لأهمية وخطورة هذه العملية على كل من المتبرع والمريض، ومن أهم هذه الضوابط ما يلي:

- أن يكون هناك إشراف تام ورقابة صارمة من الدولة ممثلة في الأطباء والمساعدين المتخصصين على مراكز تجميع الدم وحفظه وتوزيعه.

- يتعين فحص المتبرع وقياس ضغطه الدموي للتأكد من أن عملية أخذ الدم منه لا تضره، وأيضا لتقدير الكمية الممكن أخذها منه دون أن يلحقه صرر.[3]

أكدت على هذا المبدأ المادة 368 في فقرتها الأولى إذ تنص على:« **يجب أن تكون عملية التبرع بالدم مسبوقة بمقابلة طبية مع المتبرع تراعى خلالها القواعد الطبية...**».[4]

- لا يجوز للمرأة الحامل أو المرضعة التبرع بالدم.

---

[1] – أحمد محمد صبحي أغرير، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق الطبية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2005، ص149.

[2]– Loi N°93-05 du 4 janvier 1993, relative a la sécurité en matière de Transfusion Sanguine et de médicament, www.hemovigilance -cnerh-fr.

[3] – محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص47.

[4] – القانون رقم 18-11، المؤرخ في 02 جويلية سنة 2018، يتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46 الصادر في 29 جويلية سنة 2018، معدل ومتمم.

– كما أشارت كذلك الفقرة الثانية من المادة 368 من قانون الصحة الجزائري على شرط ضروري وهو وجوب إعلام المتبرع سواء قبل أو أثناء عملية نزع الدم، حيث تنص على:«...**يجب إعلام المتبرع في مجال التبرع بالدم قبل وأثناء عملية نزع الدم**».

هذا ويلاحظ في هذا الصدد عدم تعرض المشرع الجزائري إلى شرط الذي يلي الإعلام وهو الرضا، عكس المشرع الفرنسي الذي أوجبه من خلال المادة 1221–3 من قانونه الصحي.[1]

ربما قصد المشرع من عدم تعرضه لالتزام الرضا أن قصد ونية التبرع الذي يصدر من المتبرع بحد ذاته يدل على رضائه الصحيح، إنما ذلك ليس في جميع الأحوال، فهناك بعض الحالات أين يمكن فيها افتراض أخذ دم من شخص دون علمه أو رضائه، بل أبعد من ذلك، يمكن أن تتجه نية المتبرع بالتبرع لشخص معين، وتقوم المؤسسة الصحية أو المركز المختص بنقل الدم بإعطائه لمستفيد آخر غير الذي قصده المتبرع.[2]

إن رضاء المتبرع أمر ضروري وأساسي لعملية نقل الدم، فلكل إنسان حقوق مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضائه، فالرأي السائد يرى في العمل الطبي من حيث مادياته مساسا بسلامة الجسم بالرغم من أنه يصون الصحة ولو بلغت هذه الصيانة مرتبة إنقاذ الحياة، باستخدام الوسائل والإمكانيات كافة، وفقا للعلوم الطبية، لذلك مبدأ حرمة الإنسان له الأولوية على جميع المبادئ ولا يمكن الخروج عنه إلا بناء على رضا المتبرع.[3]

هذا ولا يكفي وجود الرضا بل يجب أن يكون صحيحا لا يشوبه أي عيب من عيوب الرضا التي أشارت إليها المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري، والتي يمكن تلخيصها في الإكراه، الغلط، التدليس، والاستغلال.[4]

– وجوب توفر الأهلية في المتبرع بالدم، فذلك ما أكدت عليه المادة 369 من قانون الصحة الجزائري حيث نصت على: «**يجب أن لا يقل سن المتبرع بالدم عن ثماني عشرة(18) سنة وألا يتعدى خمسا وستين(65) سنة، غير أنه، يجوز نزع الدم في كل الأعمار لأسباب علاجية تشخيصية**».

يستخلص من هذه المادة منع نزع الدم من القصر والبالغين الذين يتعدى سنهم 65 سنة مهما كان السبب إلا لأغراض علاجية ضرورية تستدعيها حالتهم الصحية.

---

[1] -Article L1221-3 du code de la santé publique dispose :«Le prélèvement ne peut être fait qu'avec le consentement du donneur par un médecin du sous sa direction et sa responsabilité», www.legifrance. gouv.fr.

[2] – عميري فريدة، المرجع السابق، ص207.

[3] – برابح يمينة، المرجع السابق، ص148.

[4] – الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل ومتمم.

يلفت النظر في هذا الصدد نص المادة 1221-5 من قانون الصحة الفرنسي الذي يسمح باللجوء إلى القصر لأخذ الدم منهم في الحالات الاستعجالية والطارئة، لكن بشرط عدم تواجد متبرعين بالغين وكذلك الحصول علة موافقة القاصر وأهله.[1]

– يجب أن يكون التبرع بالدم بدون أي مقابل مهما كان نوعه، فلقد أجمعت غالبية التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء على أن يكون تبرع الشخص بعضو من جسمه بدون مقابل مادي، لأن جسم الإنسان وأعضائه لا يمكن أن تكون محلا للمعاملات المالية والتجارية، و حق الإنسان على جسمه من الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي لا يمكن أن تصبح حقا ماليا، ولأن فكرة البيع والشراء تجعل من جسم الإنسان مجرد سلعة، الأمر الذي يفسد طبيعة معصومية الجسد الإنساني.

وبما أن القيم الإنسانية تسمو على المال، لذلك يجب أن لا يكون التبرع بدافع الربح أو المقابل المادي وهذا ما نصت عليه التشريعات المنظمة لهذه العملية من أجل عدم فسح المجال لمتاجرة الإنسان بدمه وفي هذا الصدد نص القانون الفرنسي على المبادئ الأخلاقية لعملية نقل الدم ابتداء من قانون 1952 الخاص بنقل الدم، وكذا القانون رقمى94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994 والذي حظر أي تحقيق للكسب أو الربح المادي الذي يمكن الحصول عليه من عمليات نقل الدم، كما نص على التطوع والتبرع كمبدأين أصيلان في عمليات نقل الدم.

وعلى نحو ما تقدم لا يمكن قانونا أن يكون الدم محلا للتصرف بمقابل مادي، لذلك لا يجوز بيع الدم، ولا يمكن أن تخضع عمليات جمعه من مصادره البشرية لأحكام عقد البيع.[2]

أكد على هذا المبدأ المشرع الفرنسي من خلال المواد 1221-1 من قانون الصحة الفرنسي.[3] من جهته المشرع الجزائري لم يهمل هذا المبدأ إذ أشار إليه في المادة 263 من قانون الصحة الجزائري التي نصت على: **«يمنع كل نشاط مربح يتعلق بالدم البشري أو البلازما أو مشتقاتها».**

– تستوجب عملية التبرع بالدم كأي عمل طبي آخر ضرورة المحافظة على السر المهني، هذا الحق الذي أكدت عليه مدونة أخلاقيات الطب في المواد من 36 إلى 41 منه[4]، كما تعني السرية أيضا في هذا

1– Article 1221-5 du code de la santé publique dispose :« Aucun prélèvement de sang ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui ne peut avoir lieu sur une personne mineure ou sur personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale toute fois, s'agissant des mineurs, un prélèvement peut être effectue a titre exceptionnel, lorsque des motifs tiers de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouve de donneur majeur immunologiquement compatible le prélèvement ne peut alors être opère qu'a la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale consente expressément par écrit.

Le refus de la personne mineures fait obstacle au prélèvement ».

2 – برابح يمينة، المرجع السابق، ص 149.

3– Article L1221-1 du code de la santé publique dispose : « La transfusion sanguine s'effectue dans l'intérêt du receveur et relève des principes éthique du bénévolat et de l'anonymat du don, et de l'absence de profit, dans les condition définies par le présent livre ».

4 – المرسوم التنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 6 جويلية سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، جريدة رسمية عدد25 الصادر في 8 جويلية 1992.

المجال أن لا يعرف المتبرع شخصية المتلقي للدم، ولا يتعرف الثاني على شخصية الأول، ويكون مركز نقل الدم مسؤولا في حالة نشر أي بيانات خاصة بأحدهما، ولا يتم الخروج عن هذا المبدأ إلا لضرورة طبية أو علاجية.[1]

إن مبدأ السرية تزداد أهميته في عمليات التبرع بالدم نظرا لحساسية هذا العمل وإنسانيته، هذا ما جعل المشرع الفرنسي يؤكد عليه من خلال المادة 1221-7 من قانون الصحة الفرنسي.[2]

ثانيا: التنظيم القانوني والهيكلي لعمليات التبرع بالدم ونقله

تلي مرحلة الحصول على الدم وجمعه من المتبرعين، مرحلة جد مهمة وحساسة، وهي المرحلة التي تتضمن كل التدابير التي تسبق حقن المريض بالدم، من حفظ وتحليل وتوزيع، حيث تقوم بذلك مؤسسات وهياكل متخصصة، عن طريق أطباء ومتخصصين، يعهد إليهم التزام الحفاظ على الدم ونقله سليما للمريض، وذلك بأخذ كل الاحتياطات اللازمة والتي تضمن نقل دم سليم، وأي إخلال بذلك قد يقيم المسؤولية الطبية.

1- آليات الحفاظ على السلامة أثناء عملية نقل الدم وتوزيعه:

يلقى على عاتق مراكز ومؤسسات نقل الدم وتوزيعه التزاما رئيسيا مؤداه تقديم دم سليم خال من العيوب والأمراض، وقد حدد القضاء هذا الالتزام بأنه التزام بنتيجة، ويتمثل في ضرورة تقديم دم سليم يحقق سواء بطبيعته أو بأوصافه الهدف العلاجي منه، ومن قبل ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى هذا التكييف بمناسبة الإصابة بالجدري نتيجة نقل الدم، كما أكدت محكمة تولوز على أنه أصبح مسلما به من الآن أن مركز الدم ملزم بتقديم خدماته إلى العميل بكل ثقة وإخلاص، كما أن المريض يمكنه مطالبة المركز بتحقيق نتيجة، ولا يقبل المريض وبالتالي الجهة التي تعاقدت مع المركز على توريد الدم أي مخاطرة في هذا الشأن، ولا يعتبر المركز منفذا لالتزامه إلا إذا قام فعلا بتوريد دم سليم خال من العيوب ولا يمكنه التعلل بأنه قد بذل كل ما في وسعه لتنفيذ الالتزام ولكن النتيجة لم تتحقق وإنما يعد مقصرا إذا تخلفت النتيجة.[3]

تجدر الإشارة هنا إلى أن الأمر لا يتعلق في هذه الحالة بضمان العيب الخفي والذي بمقتضاه يضمن البائع كل العيوب التي تظهر بعد ذلك في الشيء المبيع، وذلك طبقا لنص المادة 4161 من

---

[1] – أحمد محمد صبحي أغرير، المرجع السابق، ص352.

[2]–Article L1221-7 du code de la santé publique dispose :« le receveur ne peut connaitre d'identité du donneur, ni le donneur celle du receveur, aucune information permettant d'identifier a la fois celui qui a fait don de son sang et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.

IL ne peut être déroge a ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessite thérapeutique».

[3] – محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص ص56-57.

القانون المدني الفرنسي،[1] المقابلة لنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري، إذ أن الجزاء المترتب على مخالفة هذا الالتزام هو إما فسخ البيع ورد الشيء المبيع والحصول على الثمن وإما الإبقاء على الشيء المبيع مع إنقاص الثمن كتعويض للمشتري عما أصابه من ضرر بسبب ظهور العيب.

يختلف الأمر في مجال نقل الدم، حيث يتعلق هذا المجال بتوابع أو نتائج مترتبة على عيوب موجودة في الشيء المنقول–الدم– ويقترب ضمانه من ضمان سلامة الشيء المبيع أو محل التعاقد، أي الالتزام بالعلم بعيوب المبيع وإزالتها حتى يتحقق في المبيع الأمان الذي يتوقعه المشتري عند استعماله، وهذا الالتزام هو بلا شك التزام بتحقيق نتيجة، فلا يجدي للمهني أو المورد للدم شيئا إذا أثبت أنه قام ببذل العناية اللازمة في الحفاظ على الشيء والتأكد من خلو الدم من الأمراض المعدية وخلوه من العيوب التي تخل بالأمان الواجب فيه عند استعماله.

بالإضافة إلى المفهوم السابق لالتزام المركز بسلامة الدم الذي يورده، فإنه يلتزم أيضا بضرورة تسليم الشيء(الدم) صالحا للغرض الذي من أجله تستورده المستشفى أو العيادة، والهدف من نقل الدم هو علاج المريض أو الجريح وإنقاذ حياته، فإذا تخلف هذا الهدف وعجز الدم المورد عن تحقيق الشفاء للمريض بل إنه على العكس قد أدى إلى إصابة المريض بمرض جديد، وهو الفيروس الموجود بالدم كان معنى ذلك أن المركز قد قدم الدم غير صالح للاستعمال الذي تم توريده من أجله، ولا يكون الدم صالحا لذلك إذا لم يكن سليما وخاليا من العيوب والأمراض المعدية.

ويكون مركز الدم قد أخل بالتزامه بتحقيق نتيجة، إذ أن التزام المدين بتقديم شيء يستتبع التزامه بضمان أداء هذا الشيء للغرض المطلوب منه أداء جيدا وأيضا التزامه بضمان تركيب ومكونات هذا الشيء، ومما يرتبط بهذا المفهوم لالتزام المركز بضمان سلامة الدم الذي يقدمه، أو التزامه بتحقيق نتيجة، ألا وهي تسليم دم سليم خال من العيوب أو الأمراض.[2]

لا يتعارض بين الالتزام ببذل عناية الذي يرتبه عقد العلاج على عاتق الطبيب أو المستشفى مع الالتزام المحدد بالسلامة من عيوب الدم الذي ينقل إلى المريض، فهذا الأخير لا يطالب الطبيب بشفائه نتيجة نقل الدم وإنما يطالبه بألا يضيف إليه مرضا آخر يزيد من معاناته، فالذي يريده المريض ليس الشفاء نتيجة نقل الدم إليه ولكن السلامة في عملية النقل ذاتها.

ومن التطبيقات القضائية على ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من مسؤولية الطبيب عن إصابة المريض بمرض الزهري نتيجة نقل دم إليه ملوث بجراثيم هذا المرض واعتبرت أن الالتزام بنقل الدم محله تحقيق نتيجة هي تقديم دم سليم ويتفق في فصيلته مع دم المريض.

---

[1]- Art 1641 du code civil français dispose :« Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus». www.legifrance. gouv.fr.

[2] – محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص ص75–59.

ومن ذلك أيضا ما قضى من أن الطبيب الذي يقوم بتحليل دم المريض لتحديد فصيلته يقع على عاتقه التزام بتحقيق نتيجة ومن ثم تقوم مسؤوليته لمجرد غلطه في تحديد فصيلة الدم، بغير حاجة إلى إثبات خطئه في تحليله، لأن هذا التحديد يجري وفقا لقواعد دقيقة وثابتة وتؤدي حتما إلى نتيجة صحيحة، ولا يستطيع الطبيب أو المستشفى أن يدفع هذه المسؤولية بالادعاء أن الممرضة هي التي قامت بتحليل الدم لأنه كان ينبغي عليه أن يتأكد من مدى تخصص وكفاءة هذه الممرضة.

وبعد انتشار مرض الايدز اتجهت بعض المحاكم إلى اتجاه مخالف لما استقر عليه القضاء الفرنسي إذ قضت بأن الطبيب غير ملزم بالتحقق من أن الدم الذي ينقل إلى المريض ذي مواصفات طبية سليمة، وبالتالي لا يكون قد ارتكب خطأ يرتب مسؤوليته عن العدوى بفيروس الايدز، وقد ذهب بعض الفقه وبحق إلى أن القضاء لا يتفق مع سياسة المشرع نفسه التي تؤكد على ضرورة بذل أقصى درجات الحرص والعناية، من أجل ضمان سلامة عمليات نقل الدم، كما أنه لا يتفق مع السياسات الوقائية التي تتخذ في هذا المجال لمنع انتشار مرض الايدز.

على أن الطبيب نادرا ما يقوم بتحليل دم المريض بنفسه لمعرفة فصيلته وإنما يعهد بهذه المهمة إلى طبيب متخصص أو معمل للتحاليل، كما أن الطبيب غالبا ما يلجأ إلى مركز متخصص يطلق عليه بنك الدم للحصول على كمية الدم المطلوبة، ففي مثل هذه الحالات وإن كان من الثابت إمكانية رجوع المريض بدعوى المسؤولية العقدية على طبيبه لأنه يلتزم بموجب العقد معه بتقديم دم سليم يتفق مع فصيلة دمه فإن التساؤل قد أثير حول طبيعة دعوى المسؤولية التي يمكن للمريض أن يمارسها ضد الطرف الثالث الذي لجأ إليه الطبيب لتحليل الدم أو للحصول على كمية الدم منه، وقد اتجه القضاء الفرنسي في بداية الأمر إلى القول بأن مسؤولية مركز نقل الدم تجاه المريض ذات طبيعة تقصيرية نظرا لعدم وجود علاقة عقدية مباشرة بينهما، ففي حكم لمحكمة استئناف باريس قررت فيه عدم وجود أي علاقة عقدية بين مركز نقل الدم والمريض، ومن ثم طبقت قواعد المسؤولية التقصيرية وألزمت المريض بإثبات خطأ المركز بخصوص واقعة نقل الدم الذي تسبب له في الإصابة بمرض الزهري.

بيد أن محكمة النقض الفرنسية قد أجازت للمريض الرجوع مباشرة على مركز نقل الدم الذي تلقى منه دما ملوثا بدعوى المسؤولية العقدية تطبيقا لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير، لأن العقد المبرم بين المؤسسة العلاجية التي يتلقى فيها المريض العلاج ومركز نقل الدم قد تضمن اشتراطا لمصلحة الغير باسم المريض الذي يستفيد منه بالرغم من أنه أجنبي عن العقد.

وقد كان هذا الحكم هو المرجع الأساسي الذي اعتمدت عليه محاكم الموضوع بعد ذلك في تطبيق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير على العلاقة بين المريض ومركز نقل الدم، وتطبيقا لذلك قضى بأن العقد المبرم بين العيادة ومركز إقليمي لنقل الدم ينشأ عنه اشتراطا ضمنيا لمصلحة الغير.[1]

2- هياكل ومؤسسات جمع الدم وتوزيعه:

قام المشرع الجزائري بإصدار الأمر رقم 68-133 سنة 1968[2] لينظم به عملية نقل الدم والمؤسسات التي تتكفل بها، كما خص الفصل الثاني من الباب الرابع من قانون الصحة القديم (85-05) للعلاج بالدم ومصله ومشتقاته، والذي قد تم استبداله بعد إلغاء هذا القانون بالقسم الثاني من الفصل الرابع للباب السابع في قانون الصحة الجديد،[3] كما صدر في هذا المجال كذلك المرسوم التنفيذي رقم 95-108 سنة 1995[4]، الذي أنشأ من خلاله مؤسسة عمومية تتكفل بعملية تنظيم ومراقبة كل عمليات نقل الدم بما فيه عملية التبرع به، وهي الوكالة الوطنية للدم، Agence Nationale du sang،[5] حيث أسندت لها عدة مهام في مجال نقل الدم، أين تتكفل بكل المسائل الخاصة بعمليات نقل الدم ومراقبة السير الحسن لنشاط حقن الدم والتبرع به،[6] وهو ما تم تأكيده كذلك في قانون الصحة الجديد من خلال المادة 264.[1]

---

[1] - عبد القادر محمد أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود(نحو نظرية عامة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، 2007-2008، ص ص66-68.

[2] - الأمر رقم 68-133 المؤرخ في 1968 يتعلق بالتنظيم العام لنقل الدم وبمؤسسات نقله، جريدة رسمية عدد 51 الصادر في 25 جوان 1968.

[3] - المواد 368و369 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[4] - مرسوم تنفيذي رقم 95-108 مؤرخ في 09 أفريل سنة 1995، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، جريدة رسمية عدد 21 الصادر في 19 أفريل سنة 1995.

=كما صدر مرسوم تنفيذي سنة 2009، الذي يحدد الأحكام المطبقة على هذه الوكالة، وهو المرسوم التنفيذي رقم 09-258 المؤرخ في 11 أوت سنة 2009، يتعلق بالوكالة الوطنية للدم، جريدة رسمية عدد 47 الصادر في 16 أوت سنة 2009.

[5] - تنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 95-108 على:«تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع إداري ووجهة علمية وتقنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تسمى الوكالة للدم وتدعى في صلب النص"الوكالة"».

[6] - تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 95-108 السالف الذكر على:«تعد وتقترح سياسة الدم وتتابع ظروف تنفيذها،

- تنظيم حقن الدم،
- تعد وتقترح القانون الأساسي للهياكل المكلفة بحقن الدم كما تحدد وتنسق أنشطتها،
- تحدد شروط استغلال هذه الهياكل،
- تعد وتقترح قواعد التطبيق الجيد في ممارسة نشاط حقن الدم والمقاييس في مجال مراقبة الدم ومشتقاته
- تعد مدونة الكواشف والمستهلكات والتجهيزات والتقنيات الممكنة الاستعمال وتقترح تعريفات البيع،

أما في ما يخص بهياكل حقن الدم، فلقد صدر عن وزارة الصحة سنة 2006 قرار وزاري يحدد بموجبه قائمة هياكل حقن الدم، تنظيمها وصلاحياتها،[2] وعدل فيما بعد بالقرار رقم 2873[3] الذي أضاف عدة مؤسسات ملحقة إلى مؤسسات الصحة المغطاة والمناطق الخاصة بالعمليات المتنقلة لجمع التبرعات، كما أشار إلى جانب ذلك المشرع الجزائري في الفصل الثاني عشر من الباب الخامس من قانون الصحة إلى هذه الهياكل، تحت عنوان "هياكل الدم"، حيث أنّه سلط الضوء على مهام هذه الهياكل وطبيعتها القانونية.[4]

خاتمة:

يتميز الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي بالخصوصية والأهمية كون الأمر يتعلق ويرتبط بحياة وسلامة الإنسان، فالالتزام بضمان السلامة في هذا المجال يعني به ضمان عدم تعرض المريض لعلة غير التي لجأ من أجلها للعلاج، من هنا تم فرض هذا الالتزام على جل النشاطات الطبية مهما كان نوعها، أهمها تلك التي تتضمن درجة كبيرة من الخطورة.

وتعتبر عملية نقل الدم من شخص للأخر أهم هذه النشاطات وأبرزها، أين يتعين على القائمين على هذه العملية الالتزام بضمان السلامة أثناء أدائهم لعملهم، ومن خلال دراستنا في هذا الموضوع توصلنا لمجموعة من نتائج وتوصيات أهمها:

1 – النتائج:

– إن عملية التبرع بالدم عمل تطوعي و إنساني قبل كل شيء، ومن ثم فلا يجوز في أي حال من الأحوال أن تكون العملية محلا لهدف اقتصادي أو ربحي.

– تجمع مركز المعلومات في مجال الدم ومشتقاته قصد تقويمها،

– تمسك بطاقية وطنية للمتبرعين بالدم وبطاقية وطنية للمتبرعين بمكاك العظام... ».

[1]– تنص المادة 264 من القانون رقم 18–11 على:« تنشأ وكالة وطنية للدم تكلف بضمان خدمة عمومية في مجال متابعة وتنفيذ السياسة الوطنية للدم، ومراقبة، وترقية التبرع بالدم، واحترام الممارسات الحسنة المتعلقة باستعمال الدم، وتحدد مهام هذه الوكالة وتنظيمها وسيرها، عن طريق التنظيم».

[2]– Arrêtée N° 198 du 15 Février 2006 portant création Organisation et définition des attributions des structures de transfusion sanguine, sur le l'agence Nationale du sang : www.santé. dz/ans.

[3]– قرار رقم 2873 المؤرخ في 6 ماي 2008 يعدل هياكل حقن الدم الملحقة بالقرار رقم 198 المؤرخ في 15 فيفري 2006 المتضمن إنشاء، تنظيم وتحديد صلاحيات هياكل حقن الدم، عن موقع الوكالة الوطنية للدم : www.santé. Dz/ans.

[4]– تنص المادة 258 من القانون رقم 18–11 على:«تتولى هياكل صحية عمومية جمع الدم، طبقا للمعايير المطلوبة في مجال نشاط نقل الدم، تكلف الهياكل المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه بجمع وتقسيم ومراقبة حفظ وتوزيع الدم غير الثابتة».

– لعملية التبرع بالدم مفهومين أو بالأحرى يمكن أن تتم العملية عن طريق صورتين، تتمثل الأولى في الحالات التي يؤخذ فيها الدم من المتبرع كاملا أي بكل أجزائه، أما الصورة الثانية فهي التي يقتصر النقل على إحدى مكونات الدم فقط كالبلازما أو كريات الدم الحمراء أو البيضاء.

– تلعب عملية التبرع بالدم دورا مهما في إنقاذ حياة الكثير من المرضى، فالدم هو السائل الحيوي الذي لا يمكن للإنسان أن يعيش بدونه.

– استطاعت التطورات التي شهدها المجال الطبي أن تسهل عملية التبرع بالدم وتجعلها أكثر فعالية بحيث نجدها قد ساهمت بشكل كبير في تضئيل نسبة المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها كل من المتبرع والمريض، وذلك بفضل مختلف الوسائل والتقنيات الجديدة المبتكرة والتي يسعى من خلالها الأطباء و الباحثين توفير الجو الأمثل لممارسة هذه الأنشطة.

– إن عملية التبرع بالدم ونقله تعتبر من بين الأنشطة الطبية الحساسة التي لا تقبل أي نوع من التهاون، فأي خلل أو خطأ ولو كان بسيطا قد يودي بحياة المريض أو المتبرع على السواء.

– انطلاقا من الخطورة التي تتضمنها عمليات التبرع بالدم ونقله فإن المشرع قد حرص كل الحرص أن يقيد هذه العملية بضوابط وشروط على القائمين عليها احترامها وتطبيقها، فرغم الهدف الأسمى الذي تتضمنه هذه العملية إلا أنها معرضة دائما لعدة مخاطر تهدد سلامة المتبرع والمريض الذي ينقل إليه الدم، فقد يتعرض الاثنين لمخاطر سواء أثناء أو بعد أخذ الدم في حالة إذا لم تراعى الشروط والضمانات المقررة.

– من أهم المخاطر التي تتضمنها عملية نقل الدم إذا لم تراعى مثلا قواعد النظافة والتعقيم يمكن أن يسبب ذلك إصابة المتبرع أو المريض بأمراض عديدة، أو في حالة إذا لم تتم معاينة دم المتبرع إذا كان متطابقا مع دم المريض، أو إذا لم تراعى بعض الشروط التي تسبق أخذ الدم مثل معاينة المتبرع للتأكد من قدرته على التبرع وخلوه من الأمراض الشيء الذي يمكن ينقل العدوى إلى المريض.

– يعتبر المتبرعون بالدم من المعاونين والمتطوعين لهدف نبيل وبذلك يجب توفير لهم الضمانات الصحية وكذا الحماية القانونية عن طريق منحهم التعويض المناسب عند إصابتهم بأضرار من جراء تطوعهم.

– لقد تم تخصيص لعمليات التبرع بالدم ونقله عدة مرافق وهياكل على رأسها الوكالة الوطنية للدم التي هي مؤسسة عمومية تتكفل بعملية تنظيم ومراقبة كل عمليات نقل الدم بما فيه عملية التبرع به.

2– التوصيات:

– إن عملية التبرع بالدم رغم ما تحمله من أهداف نبيلة وإنسانية فهي عمل تطوعي بالدرجة الأولى نلاحظ عزوف الأفراد عن التبرع، وربما يرجع ذلك لتخوفهم من إصابتهم بعدوى أو مضاعفات، لذلك فتبقى التوعية مهمة جدا في هذا المجال، حيث يقع هذا الواجب على كل الأطراف القادرة على إيصال وتفعيل هذه المهمة خاصة وسائل الإعلام المختلفة، كما يمكن أن تلعب وسائل الاتصال الحديثة دورا مهما في هذا المجال نظرا لنسبة الاستقطاب الكبيرة التي تمارسها المواقع الاجتماعية في فئة الشباب، فيمكن

والمتخصصين الطبيين المعنيين في هذا المجال الاستعانة بمثل هذه الوسائل لنشر الوعي بالتبرع عن طريقها.

– يعتبر مبدأ مجانية نقل الدم والحصول عليه من المبادئ المكرسة قانونا وشرعا، مادام أن التبرع بهذا السائل عمل تبرعي وتطوعي بدون مقابل، إلا أن ما نلاحظه بالنسبة للعيادات الخاصة أن المريض الذي ينقل إليه الدم يدفع تكاليفه بطريقة غير مباشرة، فالعيادة دائما تحتسب ثمن الدم وتضيفه مع تكاليف العلاج أو الاستشفاء، هذا مع العلم أن المؤسسات العمومية هي التي تزود هذه العيادات والمستشفيات الخاصة بالدم وبمقابل رمزي، بالمقابل تفرض هذه الأخيرة على المريض دفع ثمنه بأضعاف مضاعفة، فعلى الدولة في هذا المجال أن تتدخل وتضع حد لمثل هذه الممارسات التي يقع ضحيتها المواطن الذي يكون في غالب الأحيان جاهلا لكل هذه الأمور.

– إن عملية التبرع بالدم عملية مهمة وحساسة وتنطوي على مخاطر قد تهدد سلامة المتبرع والمريض، إن لم تراعى بعض الضوابط والشروط التي تضمن هذه السلامة، على ذلك يجب على المشرع أن يسن قوانين أكثر ردعية في حالة مخالفة المؤسسات والهياكل المكلفة بعمليات نقل الدم احترام ومراعاة هذه القواعد خاصة منها المتعلقة بالنظافة والتعقيم.

– ما يلاحظ في الجانب العملي أن هناك عدة مؤسسات صحية عمومية في الجزائر قد تم إنشاء فيها بنوك للدم تتولى تلقي الدم ونقله، إلا أن الكثير من هذه البنوك مغلقة لا تشتغل، ما يجعل الضغط يزداد على البنوك المركزية، لذلك نأمل من الدولة الجزائرية أن تهتم بهذه الهياكل وتوفر لها الإمكانيات المادية والبشرية لتؤدي الدور المنوط بها.

– لقد أكد القانون بصريح العبارة سواء من خلال قانون الصحة وفي مدونة أخلاقيات الطب أن على مهنيو الصحة أن يتحلوا أثناء ممارسة نشاطهم خاصة في مجال البيو أخلاقيات الطبية بروح المسؤولية والالتزام بمبادئ المهنة واحترام كرامة الشخص والشرف والعدل والاستقلالية المهنية وقواعد أدبيات المهنة، بالتالي فعلى كل الطاقم الطبي خاصة في القطاع العمومي الذي للأسف نشاهد في الآونة الأخيرة خروجا عن هذه المبادئ احتجاجا بعوامل وظروف معينة كالاكتظاظ(مثلا في ظل جائحة كوفيد 19) أو ظروف العمل غير الملائمة والمساعدة، إلا أن ذلك لا يبرر أبدا عدم احترامهم للمريض وبذل كل المجهود اللازم للتلقي هذا الأخير العلاج في جو من الاحترام والتقدير.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: قائمة المراجع:

أ– الرسائل الجامعية:

[1] – أحمد محمد صبحي أغرير، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق الطبية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2005.

2- عبد القادر محمد أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود(نحو نظرية عامة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، 2007-2008.

[3]- عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات العمومية عن الأخطاء الطبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021.

ب- المقالات:

[1]- برابح يمينة، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية، (دراسة تأصيلية في القانون المدني)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، جانف2016، (ص ص146-159).

[2]- محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، كلية الحقوق ببني سويف، جامعة القاهرة، جويلية، 1995، (ص ص01-193).

[3]- محمد عبد الله حمود، المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة، مجلة الحقوق، العدد الأول، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت، مارس 2006، ص ص175-176. (ص ص139-183).

ثانيا: قائمة المصادر

أ- بالغة العربية

[1]- الأمر رقم 68-133 المؤرخ في 1968 يتعلق بالتنظيم العام لنقل الدم وبمؤسسات نقله، جريدة رسمية عدد 51 الصادر في 25 جوان 1968.

[2]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل ومتمم.

3- القانون رقم 18-11، المؤرخ في 02 جويلية سنة 2018، يتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46 الصادر في 29 جويلية سنة 2018، معدل ومتمم.

4- المرسوم التنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 6 جويلية سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، جريدة رسمية عدد25 الصادر في 8 جويلية 1992.

[5]- المرسوم التنفيذي رقم 95-108 مؤرخ في 09 أفريل سنة 1995، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، جريدة رسمية عدد 21 الصادر في 19 أفريل سنة 1995.

6- المرسوم التنفيذي رقم 09-258 المؤرخ في 11 أوت سنة 2009، يتعلق بالوكالة الوطنية للدم، جريدة رسمية عدد 47 الصادر في 16 أوت سنة 2009.

[7]– قرار رقم 2873 المؤرخ في 6 ماي 2008 يعدل هياكل حقن الدم الملحقة بالقرار رقم 198 المؤرخ في 15 فيفري 2006 المتضمن إنشاء، تنظيم وتحديد صلاحيات هياكل حقن الدم، عن موقع الوكالة الوطنية للدم : www.santé. Dz/ans

ب– بالغة الفرنسية

[1] - Code de la santé publique français , www.legifrance. gouv.fr.
2- Code civil français. www.legifrance. gouv.fr.
[3]- Loi N°93-05 du 4 janvier 1993, relative a la sécurité en matière de Transfusion Sanguine et de médicament, www.hemovigilance -cnerh-fr.
[4]- Arrêtée N° 198 du 15 Février 2006 portant création Organisation et définition des attributions des structures de transfusion sanguine, sur le l'agence Nationale du sang : www.santé. dz/ans.

مـداخـلات

الـورشــة الـثالـثـة

التزام الطبيب بتبصير المريض في مجال البيو – أخلاقيات

د. فرحات حميد

كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ملخص:

إن العلاقة بين الطبيب والمريض مبنية أساسا على الثقة، وليس هنالك وسيلة أفضل لترسيخ هذه الثقة من توخي الشفافية قبل مباشرة الإجراءات العلاجية وخلالها. يناقش هذا البحث أحد أهم مظاهر هذه الشفافية وهو التزام الطبيب بتبصير المريض بالتدخل العلاجي المقترح،والشخص المتبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، أو الدم، والذي يوافق على أن يكون محلا للتجارب والدراسات الطبية في إطار عمليات البيو – أخلاقيات. فقبلإبداء هذا الأخير رضاه وموافقته على العلاج، على أن تكون إرادته مستنيرة وعالما بتشخيص مرضه، والعلاج الذي سيخضع له، والنتائج والاحتمالات المترتبة عنه، وحجم المخاطر المرتبطة به.

تشمل هذه الدراسة تبيان حقيقة الالتزام بالتبصير وحقيقته وأساسه وطبيعته القانونية، ودرجة التشديد منه بالخصوص إذا ارتبط بعمليات البيو– أخلاقيات، والاعفاء منه في حالات الاستعجال. وانتهت الدراسة إلى أن االتزام بالتبصير يعد أحد مستلزمات عقد العلاج الطبي يرقى إلى مصاف الواجب الاخلاقي الذي يحرص المشرع على صيانته ليس فقط لمصلحة المريض ولكن لضبط مهنة الطب كنشاط انساني وثيق الصلة بالنظام العام. وأن مخالفة الطبيب لهذا الالتزام سيرتب مساءلته التأديبية والمدنية، وقد تصل إلى حد توقيع العقوبة الجزائية.

Abstract :

The relationshipbetween the doctor and the patient isbasedprimarily on trust. There is no betterway to buildthat trust than to be transparent before and through the processingprocedures. This researchaddresses one of the most important aspects of thistransparency, whichis the physician'scommitment to provide clarification to the patient of the proposedtherapeutic intervention, and the persondonatingorgans, tissues, humancells or blood. andwhoagrees to be the subject of experiments and medicalstudies in the context of bioethicaloperations. Before the latter expresses his satisfaction and consents to the treatment, providedthathiswillisenlightened and isaware of the diagnosis of hisdisease, the treatment to undergo, itsresults and consequences, as well as the magnitude of the risksassociatedwithit.

This studyincludes an indication of the reality of the commitment to clarify, its reality, its basis and itslegal nature, the degree of accentuation especially if itisrelated to operations and its exemption in case of emergency. The studyconcludedthat the commitment to clarification is one of the requirements of the medical care contractistantamount to a moral dutythat the legislatorwishes to maintain, not only for the benefit of the patient, but to frame the medical profession as a humanactivitycloselylinked to public order. What the legislatorwants to maintain, not only for the benefit of the patient, but to frame the medical profession as a humanactivitycloselylinked to public order. And that the doctor'sbreach of this obligation

willresult in disciplinary and civil liability, and mayamount to the imposition of a criminal sanction.

مقدمة:

نشأت البيو- أخلاقيات الطب نتيجة المشاكل الاخلاقية المترتبة عن التطور العلمي والتكنولوجي في ميادين حياة الانسان، ويراد بها دراسة المسائل المثارة في مجال البيولوجيا والطب، فهي نوع من أنواع أخلاقيات الطب التي ظهرت كنظام جديد سنة 1960، غير أنه على العكس من أخلاقيات الطب فهي تستدعي تدخل عدة أشخاص متنوعي الاختصاصات كالأطباء، البيولوجيين، المختصين في أمراض النساء، القانونيين، الاجتماعيين، الفلاسفة.....إلخ.

حدد المشرع في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو سنة 2018، النشاطات الطبية المتصلة بالبيو- أخلاقيات الطبية على سبيل الحصر ولخصها في أربعة أنواع من النشاطات الطبية وهي: نزع وزرع الأعضاء والانسجة والخلايا البشرية، والتبرع بالدم ومشتقاته واستعماله، والبحث البيو- طبي والمساعدة الطبية على الإنجاب، لكونها نشاطات تطرح إشكالات متعددة لأن موضوعها الكائن البشري وقد حاول المشرع من خلال سنه للقوانين المتعلقة بها وضع أحكام تقوم بضبطها حتى يزيل اللبس والإبهام الذي أثير بشأنها من جهة، ويشجع على مراعاة الجانب الاخلاقي للنشاط الطبي من جهة أخرى، ونظرا للخطورة التي يقبل عليها المريض في هذه الأعمال الطبية البيو- أخلاقية، وما قد ينجر عليها من أخطاء قد تتسبب في أضرار بليغة تصيب جسده. أولى المشرع أهمية بالغة على إبداء الموافقة الأولية للشخص الذي يقبل أن يكون محلا لهذه الاعمال الطبية. وبما أن هذه الأعمال يمارسها الطبيب من جهة، و تهدف في الأساس إلى إيجاد العلاج المناسب للمريض من جهة أخرى. قد تقابل بالموافقة أو الرفض، ويتوقف اتخاذ قرار الشخص المقدم عليها في ذلك يعبر عن ارادته السليمة المبنية على ما يفصح عنه الطبيب من معلومات حول طبيعة التدخل العلاجي والمستشفى الذي تجرى فيه العملية ومدتها ودرجة الشفاء وتكاليفها واثارها المستقبلية، والتي يطلق عليها بالموافقة البسيطة، فيجب أن تكون إرادة الشخص المقدم على هذه العمليات الطبية مستنيرة، وفي حالة امتناع الطبيب عن تبصير المريض، فإنه يتعرض إلى مسائلة تأديبية اضافة إلى مسؤولية مدنية بسبب عدم قيام الطبيب بتبصير المرشح لهذه التدخلات الطبية سواء كان المريض ذاته أو غير المريض كما في حالة التبرع ، إلا إذا رفض هذا الأخير التزاماته التي تم الاتفاق بموجبها مع الطبيب، فهنا لا يتحمل الطبيب المسؤولية.

طالما أن مهنة الطب رسالة إنسانية وأخلاقية وعلمية مقدسة، لها أهميتها، وينشأ عنها علاقة ما بين المريض والطبيب، هي انسانية بطبيعتها وقانونية تحتم على الطبيب الاهتمام بالمرضى بطريقة تكون في مضمونها أرفق بهم وأحفل بشؤونهم وأكفل بمصالحهم على نحو ينعكس إيجابيا في استشفائهم. وتقوم هذه العلاقة على دعائم رئيسية أهمها على الاطلاق الحق المتبادل بين الطبيب والمريض في الحصول على المعلومات، فيتعين على المريض أن يكون صادقا أمينا يصارح الطبيب المعالج بحالته الصحية

والأعراض المرضية التي يمر بها، وكذلك يتعين على الطبيب أن يكون فطنا معاونا لمرضاه رؤوفا بهم من خلال مصارحتهم بحقيقة حالتهم المرضية على نحو لا يلحق بهم ضررا غير مبرر.

وليس ثمة ريب في أن الافصاح عن المعلومات في المجال الطبي لا يعد طليقا من كل قيد بل هنالك بعض الحالات التي يحظر فيها الافصاح عن المعلومات، ولكنها تبقى في أضيق نطاق وتقدر بقدرها.

تكمن أهمية دراسة موضوع التزام الطبيب بتبصير المترشح للتدخلات الطبية في إطار البيو– أخلاقيات في المحافظة على سلامة الانسان وصحته، وهو حق اقرته الشريعة الاسلامية الغراء، ونادت به القوانين الوضعية ونظرا للتطور المذهل والسريع في مجال العلوم الطبية والبيولوجية التي لها مساس مباشر مع جسم المريض وحياته، خاصة وأنه في السنوات الأخيرة تكاثرت الاخطاء الطبية والمخاطر التي يسببها الأطباء لا سيما الجراحون. وقصد تخفيف عبء مسائلة الطبيب من جهة، وقصد مشاركة المريض في قرار العلاج. لابد على الطبيب تبصير المريض وتقديم له كل المعلومات التي تشخص مرضه، وتقرير العلاج المناسب له.

إن موضوع التزام الطبيب بتبصير المريض يطرح عدة تساؤلات تتعلق بحقيقة هذا الالتزام ونطاقه أو موضوعه، وطبيعته القانونية، ودرجاته بمعنى متى يكون مشددا، ومخففا، ومعفى والآثار المترتبة على مخالفة الطبيب لهذا الالتزام.

ولأجل الاجابة على هذه التساؤلات وغيرها نقسم خطة البحث إلى ثلاثة محاور.

المحور الأول: حقيقة التزام الطبيب بتبصير المرض.

المحور الثاني: الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب بتبصير المريض.

المحور الثالث: جزاء اخلال الطبيب بالالتزام بتبصير المريض.

المحور الاول: حقيقة التزام الطبيب بتبصير المريض.

لقد الزم المشرع بموجب نص المادة 23 من القانون رقم 18–11 المؤرخ في 02 يوليو 2018[1] المتعلق بالصحة، في اشارة صريحة إلى الأساس القانوني لهذا الالتزام، على كل طبيب أن يقوم بإعلام المريض بشأن حالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه والاخطار التي يتعرض لها. وتمارس حقوق الاشخاص (المرضى) القصر أو عديمي الاهلية من طرف الاولياء أو الممثل الشرعي.

يتضح من خلال هذا النص، أنه يتعين على الطبيب قبل اتخاذ قرارته بشأن تشخيص وعلاج المريض أن يعلم المريض بها بدايتا. فما هو المقصود بها الالتزام؟، ومن هم أطرافه؟ وما هو موضوعه؟. كل هذه التساؤلات سنجيب عنها على النحو الآتي:

---

[1] قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 29 يوليو سنة 2018.

أولا– المقصود بالتزام الطبيب بتبصير المريض:

من المعلوم أنه يلزم لإبرام العقد الطبي، شأنه شأن بقية العقود، وجود الرضا. فالرضا ركن من أركان العقد بدونه يولد ميتا ويصبح هو والعدم سواء. ولا يكفي وجود الرضا بل يجب أن يكون حرا مستنيرا ولكي يتحقق ذلك يلتزم الطبيب، قبل إبرام العقد، أن يفضي إلى المريض بكل المعلومات الكفيلة بجعل رضائه كذلك، أي حرا مستنيرا، وهذا ما يعرف بالإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات، إلا أنه بجانب هذا الالتزام بالإدلاء بالبيانات قبل إبرام العقد، يجب أن يوافق المريض ويصرح بكل علاج يخضع له أيا كانت طبيعته وأيا كان لزومه طوال مدة العلاج، ومن ثم فقبول العلاج، يضاف إلى قبول العقد. والرضا في كلتا الحالتين يجب أن يكون حرا مستنيرا[1].

رغم أن المشرع الجزائري لم يعرف التزام الطبيب بتبصير المريض، واكتفى بتقريره في المادة 23 من قانون الصحة، إلا أن الفقه أورد عدة تعريفات لهذا الالتزام أبرزها تعريف جاكلين باز على أنه "الوسيلة الضرورية للتأكد من تعاون المريض بالنسبة للتدابير التي ينوي الطبيب اتخاذها في حالة المريض، ومن أجل العلاج الذي يقضي اتباعه، وقررت بأن الطبيب يقع في الخطأ إذا لم يعلم المريض عن المخاطر التي يحتملها العلاج المقترح"[2].

وعرف أيضا على أنه: "إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض، ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة". وذلك بأن يزود الطبيب مريضه بالمعلومات اللازمة حتى يتخذ قراره النهائي إما بالرفض أو بالرضا وأن يخبره بمخاطر ومنافع العلاج حتى يكون الرضا سليما وصحيحا. ومما لا شك أنه من الاهمية بمكان، عدم الخلط بين ركن الرضا في العقد الطبي، وما يستلزمه من إدلاء الطبيب بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالمرض وعلاجه، وبين قبول العلاج والتصريح به من قبل المريض أثناء سريان العقد. فرضاء المريض في العقد الطبي لا يطلق يد الطبيب في أمر علاجه، بل يجب أن يحيطه علما بحقيقة وضعه في كل مرحلة من مراحل العلاج. كما أن المعلومات التي يقف عليها الطبيب من فحص المريض ليست من طبيعة واحدة، كما أن المخاطر التي يتعرض لها الأخير، نتيجة ما ألم به من مرض، ليست بدورها على درجة واحدة. خاصة بعدما تنوعت وتعددت وسائل الفحص والكشف والتشخيص.

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على هذا الالتزام في مدونة اخلاقيات الطب المنظمة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92–276[3]، عندما نصت المادة 43 منه على أنه: "يجب على الطبيب أو جراح الاسنان أن

---

[1] علي نجيدة، التزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، المجلد الأول، العدد2، سنة 1993، ص 238.

[2] عريب ماجد الكلوب، التزام الطبيب بتبصير المريض في ضوء قانون المسؤولية الطبية والصحية رقم 25 لسنة 2018 الاردني، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت كلية الحقوق، 2021، ص 9.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة اخلاقيات مهنة الطب، ج.ر عدد 52 الصادرة بتاريخ 8 يوليو سنة 1992.

يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي.". كما ورد الاشارة إليه في قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي والمصري والاردني[1].

ثانيا- شكل الالتزام بالتبصير وحدوده:

يتم تنفيذ التزام الطبيب بتبصير المرض إما كتابيا أو شفاهيتا، وبشكل صريح أو ضمني، كما أنه قد يكون هذا الالزام مشددا أو مخففا، أو يعفى منه الطبيب. كما أنه لا يتناول إلى المخاطر المتوقعة وهذا ما سندرسه ضمن هذا الفرع بالتفصيل على النحو التالي:

1- شكل الالتزام بالتبصير:

يعرف شكل التبصير على أنه الأسلوب الذي يجب على الطبيب أن يلتزم به في تقديم المعلومات الطبية والصحية لمريضه، بما فيها نوع المرض ونوع العلاج الذي ينوي تطبيقه وما يترتب عليه من أخطار وآثار جانبية، سواء كان هذا التعبير كتابة أو شفاهة.

الاصل أن المشرع ترك الحرية للطبيب في اتخاذ الشكل الذي يسلكه في تبصير المريض بالمعلومات التي تخص تشخيص المرض وعلاجه والآثار التي قد تنجم عن تقديم هذا العلاج. لكن قانون الصحة رقم 18-11 أورد أحكام خاصة بالفصل الثاني البيو- أخلاقيات.

أ- بالنسبة لعمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية:

نظرا لخطورة وحساسية هذه العمليات على الجسم البشري، فقد أجاز المشرع إجراء عمليات نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في قانون 18-11[2]. كما كفل مسألة ضبط وسير ونجاح هذه العملية إلى الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء التي تكلف بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والانسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها. ولا يمكن للطبيب أن يقوم بعملية نزع الأعضاء من المتبرع دون أخذ موافقته حسب ما نصت عليه المادة 02/357 من قانون 18-11 عنما قضت بأنه "لا يجوز جمع أعضاء جسم الانسان من متبرع حي لأغراض الحفظ، دون موافقة المتبرع أو ممثله الشرعي". ولا يمكن أيضا أن يقوم الطبيب المعالج أن يقوم بعملية الزرع للمتلقي، إلا بعد أخذ موافقته أو موافقة ممثله القانوني أو الشرعي حسب ما نصت عليه المادة 05/364 من نفس القانون المشار إليه سابقا التي قضت بأنه "...لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرتين 3 و4 أعلاه، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث."

---

[1] لقد نصت المادة 35 من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي على التزام الطبيب بتبصير المريض، والتي أدرجت نصوصه في قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2000-548 الصادر سنة 2000، والمعدل في 4 أيلول 2003. كما ورد النص عليه في لائحة أداب مهنة الطب المصري الصادر بقرار من وزير الصحة والسكان رقم 238 لسنة 2003. ونصت عليه المادة 02 من الدستور الطبي الأردني عندما قضت بأنه "كل عمل طبي يجب أن يستهدف مصلحة المريض المطلقة وأن تكون له ضرورة تبرره وان يتم برضائه ورضاء ولي امره إن كان قاصرا أو فاقد لوعيه".
راجع في ذلك:
- سهى الصباحين، ومنير هليل، وفيصل شطناوي، الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية – دراسة مقارنة بين القانون الاردني والقانون المصري والفرنسي- ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الانسانية، المجلد 26 (7)، سنة 2012، ص 1637.
- أيمن خالد مساعده ونسرين محاسنة، نفس المرجع المذكور أعلاه، ص185.

[2] أنظر إلى نص المادة 355 من القانون رقم 18-11، المتعلق بالصحة، المشار إليه سابقا.

بناء عليه، فإنه لا يمكن للطبيب المعالج أن يباشر عملية نزع الأعضاء والانسجة والخلايا البشرية قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع (م 04/360 من ق 18-11)، ويجب أن يعبر المتبرع على موافقته وعند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع أمام رئيس المحكمة المختص يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في القانون. وفي مقابل ذلك أوكل المشرع مهمة تبصير المتبرع بعملية التبرع في ظل قانون 18-11 إلى لجنة الخبراء الطبية التي تقوم بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي (م07/360 من ق 18-11)، التي بدورها تقدم ترخيص للنزع بعد أن تتأكد من موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في القانون.

ويظهر بأن المشرع اشترط ضمنيا بأن تكون موافقة المتبرع بشأن نزع اعضائه وموافقة المتلقي بشأن زرع الأعضاء والانسجة والخلايا البشرية أو ممثله الشرعي مكتوبة[1].على أنه يمكن للمتبرع المستقبلي أن يبدي موافقته أو رفضه التبرع بأعضائه في السجل الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء. كما عالج المشرع مسألة تراجع الشخص الذي يبدي موافقته على التبرع بأعضائه، بأنه يحق له أن يتراجع ويسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء (م 06/360 من ق 18-11).

ب- بالنسبةللجوانب الأخلاقية المتصلة بحقوق المتبرعين بالدم:

لقد أشار المشرع في نص الفقرة الثانية من المادة 368 من القانون رقم 18-11 على أنه ".. يجب إعلام المتبرع في مجال التبرع بالدم قبل وأثناء عملية نزع الدم ".

يظهر من خلال هذا النص بأن المشرع لم يشير إلى الشكل الذي يعتمده الطبيب المعالج الذي يقوم بعملية تبصير واستنارة إرادة المتبرع بالدم قبل يبدي رأيه بالموافقة أو رفض عملية التبرع بالدم. الأمر يجعل الطبيب حرا في اختيار الشكل الذي يعتمده في تبصير المتبرع بالدم والمتلقي للدم الذي يجعله يتم إما شفاهة أو مكتوبا.

ج- بالنسبة لشكل التبصير الخاص بالمساعدة الطبية على الإنجاب:

لقد كان المشرع واضحا عندما اشترط أن تكون موافقة الزوجان في إطار المساعدة الطبية على الانجاب صريحة وكتابية[2].

---

[1] حيث نصت الفقرة 04 من المادة 360 من نفس القانون، بخصوص الاحكام المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والانسجة والخلايا البشرية على أنه "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها **بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع**". وأضافت الفقرة 5 من نفس المادة على أنه" 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". وأضافت الفقرة 06 من نفس المادة، والتي يفهم منها ضمنيا بأن موافقة المتبرع لا يصلح إلا أن تكون مكتوبة بأنه: "للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء".

[2] حيثنصتالفقرة 01 منالمادة 371 منالقانونرقم 18-11،المتعلقبالصحة،بخصوصالاحكامالمتعلقةبالمساعدةالطبيةعلىالانجاب على أنه " نخصص المساعدة الطبية على الانجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وإمرأة في سن الانجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم. 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 الانجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ إستلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية".

د- بالنسبة لشكل العمليات المتعلقة بالأبحاث في مجال الطب:

تكون موافقة الأشخاص الذين سيخضعون إلى الدراسات والتجارب العيادية هي بدوره مكتوبة[1].

كما يظهرمنخلالنصالمادة 47 منالمرسومالتنفيذيرقم 92-276 المتضمنمدونةأخلاقياتمهنةالطبسالفالذكر ،بأنالمشرعالجزائريلميشترطعلىالطبيبأنيتخذشكلمعينللتبصير ،إلافيحالة وصفالطبيبدواءللمريض،ففيهذهالحالةيجبأنتكونالكتابةواضحةومفهومةلمريضه. الأمر الذي يجعل للطبيب كامل الحرية في اختيار الطريقة أو الأسلوب المناسب في التبصير لحالة مريضه، سواء كان بتقديم المعلومات شفاهة أو بتقديمها له مكتوبة، إلا أنه يكون ملزما بالتبصير في حالة وجود ظروف خاصة، كتبصير المريض المصاب بالصمم كتابة، أي أن الاولوية في التبصير أن تكون شفاهة، وما التبصير الكتابي إلا مكملا للأول. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم إلى اعتبار أن "من حيث المبدأ لا ضرورة للتبصير الكتابي، إلا أن حالة المريض في الواقعة المطروحة أمام المحكمة تفرض البصير الكتابي كونه مصاب بالصم"[2].

2- حدود الالتزام بالتبصير:

مما لاشك فيه أن مسألة حدود وأبعاد التزام الطبيب بالتبصير في غاية الأهمية، وأن الغرض من الإعلام كما هو معلوم هو مساعدة المريض وتبصيره من أجل اتخاذ القرار السليم بشأن ما يجب ان يفعل بجسده الأمر الذي يمكن معه القول أن هنالك عدة عوامل تساهم في تحديد نطاق هذا الالتزام وبالتالي ما يجب الافصاح عنه من قبل الطبيب، وما يجب السكوت عنه، وفقا لمتطلبات كل حالة على حدة، ويمكن تلخيص هذه الحالات فيما يلي:

أ- التبصير بحسب طبيعة المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة:

الجدير بالذكر أن التزام الطبيب بتبصير أو إعلام المريض لا يقف عند المخاطر المتوقعة منها وغير المتوقعة فحسب، وإنما يجب أن يمتد ليشمل الآثار الجانبية والخيارات والبدائل الممكنة. فقد كان الاتجاه السائد لدى القضاء الفرنسي أن الطبيب لا يلتزم بإعلام المريض إلا عن المخاطر المتوقعة فيما عدى عمليات الجراحة التجميلية، ذلك أنه بالنسبة للعمليات الجراحية التجميلية، فإن الالتزام بالإعلام فيها يكون أكثر اتساعا وشدة، حيث يلتزم الطبيب بإعلام المريض عن كافة المخاطر الاستثنائية وغير المتوقعة. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية تجميلية على الجفون السفلية للعينين ولم يخطر المريضة بالأخطار الاستثنائية التي تؤدي إلى العمى[3]. إلا أنه ابتداء من سنة 1998 بدأ

---

[1] لقد نصت المادة 386 من القانونرقم 18-11،المتعلقبالصحة، بخصوص الاحكام المتعلقة بالبحث في مجال الأحياء على أنه "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا عبر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية، أو عند تعذر ذلك ممثلوهم الشرعيون عن موافقتهم الحرة والصريحة والمستنيرة كتابيا، وبعد إطلاعهم من طرف الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله".
ويجب إدراج موافقة الشخص المستعد للخضوع للدراسة العيادية ضمن بروتوكول الدراسات، حسب ما نصت عليه المادة 1/387.

[2] عريب ماجد الكلوب، مرجع سابق، ص 14.

[3] Cass.1erCh Civ :17/11/1969, Bull.Civ.I,Nº 347.
أنظر أيضا مرجع:بن صغير مراد، حق المريض في تبصيره بمخاطر التدخلات الطبية –دراسة تحليلية على ضوء المستحدث من تشريعي الجزائر وفرنسا- مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، العدد 12، سنة 2012، ص 87.

القضاء الفرنسي يوسع من نطاق الإعلام اواجب للمريض، مرسيا بذلك قواعد جديدة متعلقة بمضمون هذا الإعلام. حيث أوجدت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 1998/10/07 أن يتم تنبيه المريض إلى المخاطر الاستثنائية[1].

يتعين على الطبيب سواء في العمليات العلاجية العادية أو غير العلاجية، وعلى لجنة الخبراء في عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، وعلى الممارسين المعتمدين للقيام بعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب في المؤسسات أو المراكز أو المخابر، والمرقي الذي يتولى إجراء الدراسات العيادية الذي يكون مخبرا صيدلانيا أو مقدم خدمات معتمدا من وزارة الصحة. أنيقدموا للمريض والمتبرع معلومات تتسم بالتفصيل والشمول عن كل مجريات التدخل الطبي. لذا يكون التزام الطبيب وهؤلاء المتدخلين في العمليات الطبية تعاقدي تجاه الدائن بالتبصير أكثر تشددا من الالتزام ذاته المفروض في الأعمال الطبية الاعتيادية[2].

ب- التبصير حسب حالة المريض الصحية والنفسية:

إن إفضاء الطبيب ولجنة الخبراء في عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها والممارسين المعتمدين للقيام بعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب في المؤسسات أو المراكز أو المخابر، والمرقي الذي يتولى إجراء الدراسات العيادية، ولو ببعض المعلومات قد يؤثر على معنويات المريض وبالتالي على حالته الصحية التي قد تؤثر على مدى استجابته إلى العلاج. الأمر الذي يدفع الطبيب وهؤلاء المتدخلين في عمليات البيو-أخلاقيات إلى إخفاء بعض المعلومات. ففي هذا الحالة تعفى مسؤوليتهم، لأن قواعد الطب تؤكد على ضرورة إقدام المريض على الجراحة وهو مرتاح نفسيا، إذ يجب استبعاد عامل الخوف عن المريض قدر الإمكان.

بناء عليه، فإن الطبيب والمشرفين على إجراء عمليات البيو- أخلاقيات أثناء قيامهم بالتزامهم بتبصير مريضه والأشخاص المتبرعين، يجب أن يراعوا جميع الظروف التي يروها مؤثرة وذات أهمية تساهم في العلاج. كما يجب عليهم أن يكون التبصير أو الإعلام بسيطا ومفهوما وواضحا بعيدا عن التعقيدات أو المصطلحات العلمية البحتة، كما يجب على الطبيب أن يراعي سن المريض وجنسه وقوة شخصيته ومستوى تعليمه وثقافته ودرجة ذكائه. وبهذا الحكم أخذ المشرع الجزائري عندما أجازت المادة 1/51 من مدونة أخلاقيات الطب، للطبيب أن يخفي تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أنه يجب على الطبيب اخبار الأسرة في مثل هذه الحالة[3]. لكن الأمر يختلف عندما يتعلق الأمر بنزع وزراعة الاعضاء والانسجة والخلايا البشرية فقد شدد

---

[1] Cass.1erChCiv :07/10/1998, Gaz.Pal19988.II. et Bul.Civ.I, nº291.D.1999,Jur,P145.

[2] علياء زامل مشتت وحيدر فليح حسن، العوامل المؤثرة في التزام الطبيب بالتبصير، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق بغداد، العدد 05، ص 441.

[3] لقد نصت المادة 1/51 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن أخلاقيات مهنة الطب على أنه "يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أن الاسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء هذه، أو عين الأطراف التي يجب إعلامها بالأمر".

المشرع في ضرورة أخذ موافقةالمتبرع أو ممثله الشرعي أوعائلته عند نزع الأعضاء، سواء كان المتبرع حيا أو بعد وفاته، ونفس الحكم ينطبق بشأن ضرورة أخذ موافقة المتلقي لهذهالأعضاءالذييستفيدمنعمليةالزرع، أو ممثله الشرعي وعائلته[1]. كما شدد على ضرورة إبداء الزوجين موافقتهما المكتوبة على طلبهما المساعدة الطبية قصد الانجاب[2]. أما بخصوص عملية التبرع بالدم، فلم يشير المشرع صراحة على ضرورة إبداء المتبرع موافقته الخضوع لهذه العملية الطبية، وإنما يستخلص ذلك ضمنيا من خلال الفقرة الأولى من المادة 368 من ق 18-11التي قضت بأنه "يجب أن تكون عملية التبرع بالدم مسبوقة بمقابلة طبية مع المتبرع تراعى خلالها القواعد الطبية". إذ يعد أخذ موافقة المتبرع أهم قاعدة يجب أن تتوفر في عملية التبرع، والتي من خلالها يستطيع الطبيب مباشرة مهامه. ونفس الحكم ينطبق على عملية البحث في مجال طب الأحياء، التي شدد فيها المشرع على حرص الممارسين لها على أخذ موافقة الشخص المستعد للدراسة العيادية التي تكون ضمن بروتوكول الدراسات[3].

لم يكتفي المشرع في عمليات البيو- أخلاقيات على الزام الممارسين لهذه العمليات بأخذ موافقة المريض والمتبرع فقط، وإنما شدد عليهم أيضا تبصير المتبرع والمتلقي للأعضاء أو الأنسجة في عملية الزرع والمتبرع بالدم، والزوجين المقبلين على عملية المساعدة على الانجاب، وكذا الأشخاص المستعدون للخضوع للأبحاث والدراسات في مجال طب الأحياء، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث[4].

ج- الحالات التي يعفى فيها الطبيب من التزامه بالتبصير:

لقد سمح القانون للطبيب أن يباشر عمله الطبي على المريضدون تبصيره وأخذ موافقتهفيحالات عدة نص عليها، ودون أن يتحمل المسؤولية، سنوضحها على النحو التالي:

ج1- حالة الضرورة والاستعجال:

لقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 344 من قانون الصحة رقم 18-11 على أنه "غير أنه، في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معد أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات وعند الاقتضاء تجاوز الموافقة. ".

كما نصت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المتضمن أخلاقيات مهنة الطبيب على أنه "يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجا أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في حالات الاستعجال.".

كما أقر المشرع للطبيب أن يقدم العلاج الضروري للطفل القاصر دون أخذ موافقة وليه أو ممثله الشرعي في حالة الاستعجال، حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 52 من قانون أخلاقيات مهنة الطب

---

[1] راجع أحكام المواد: 2/357، و4/360، و4/362، 1/264، و2/364، و3/364، و4/364 من القانون رقم 18-11، المتعلق بالصحة المذكور سابقا.

[2] راجع أحكام المادة 371 من القانون رقم 18-11.

[3] راجع أحكام المادة 387 من نفس القانون.

[4] أنظر أحكام المواد:1/360، و 5/364، و391 و396 من القانون 18-11.

المذكر سالفا عندما قضت بأنه "ويجب على الطبيب أو جراح الاسنان في حالة الاستعجال أو تعذر الاتصال بهم (الولي أو الممثل الشرعي للمريض القاصر) أن يقدم العلاج الضروري....".

ونفس الحكم أورده المشرع في العمليات الطبية البيو- أخلاقيات، فقد أشار إلى استثنائين (02) بخصوص عملية نزع وزرع الأعضاء والانسجة البشرية، الأول يتعلق بحالة عدم ابداء الشخص المتوفى لا موافقته ولا رفضه نزع أعضائه، ففي هذه الحالة إذا تبين من خلال المعاينة الطبية والشرعية بأن الشخص المتوفى لم يبدي رفضه في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، فإنه يمكن للفريق الطبي المكلف بالنزع القيام بنزع أعضاء الشخص المتوفى والتبرع بها لفائده المرض، على أنه في كل الحالات يجب إعلام أفراد أسرة المتبرع واستشارتهم[1].أما الحالة الثانية التي يتوفر فيها عنصر الاستعجال فترتبط بعملية زرع الأعضاء في جسم المريض المتلقي أين نصت عليها الفقرة السادسة من المادة 364 عندما قضت بأنه "يمكن أن يمارس زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة، الواردة في الفقرتين الأولى و2 أعلاه، عندما ولظروف استثنائية، لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته". ويفهم من خلال هذا النص، بأنه إذا تعذر على الطبيبالذي يباشر عملية الزرع أخذ موافقة المتلقي أو ممثله الشرعي أو أسرته للقيام بهذه الحالة، وكانت حالة المتلقي حرجة لا تستدعي التأخير، مع توفر العضو من المتبرع، فإنه في هذه الحالة الإستثنائية يباشر الطبيب عمله الطبي دون أخذ موافقة المعنيين، ودون أن تقوم مسؤوليته.أما بشأن عمليات التبرع بالدم وعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، وعمليات البحث في مجال طب الأحياء فلم ينص بشأنها على حالات استثنائية. الأمر الذي يؤكد بأنها عمليات دقيقة وخطيرة لا يمكن اجراءها دون تبصير من الطبيب المعالج، ودون أن يبدي المريض أو الشخص المقدم عليها موافقته.

يستفاد من خلال هذه النصوص القانونية بأنه قد يواجه الطبيب، أو الممارسين المخول لهم قانونا إجراء عمليات البيو- أخلاقيات في بعض الأحيان ظرفا يستحيل فيه أن ينفذ التزامه الأولي بتبصير مريضه لأخذ موافقته على الشروع في العلاج، لأنه قد يكون هذا الأخير في حالة صحية متدهورة تهدد حياته، إذا لم يتدخل الطبيب علاجيا أو جراحيا بشكل سريع، وذلك كما في حالة الضرورة والاستعجال، وبالتالي تقتضي خروج الطبيب عن الأصول العلمية وعن القيام بمهام كان ينبغي عليه أن يلتزم بها في الظروف العادية، فالطبيب الذي يفاجئ أثناء إجرائه عملية جراحية لمريضه بظرف غير متوقع، جاز له أن يتخذ القرار المناسب في ذلك، كاكتشاف مرض خطير يهدد حياته وصحته أثناء الجراحة يستلزم التدخل الطبي المستعجل دون الحصول على تصريح جديد من المريض. لأن الطبيب قد حصل مسبقا على الرضاء

[1] راجع أحكام المادة 362 من ق 18-11.

المستنير من مريضه بعد تبصيره بكل ما يتعلق بحالته الصحية وبالعملية الجراحية التي ستجرى له ولكن بظهور المستجدات غير المتوقعة استدعت على الطبيب التدخل المستعجل لإنقاذ حياة مريضه[1].

كما يحق للطبيب أن يقوم بالتدخل الطبي والمساس بجسد المريض دون الحصول على موافقته، وذلك كحالة المريض الذي يحضر فاقدا للوعي، وكانت حالته الصحية لا تسمح بالانتظار لتبصيره أو تبصير ذويه ولا تسمح له أيضا استيعاب ما سيبصر به من قبل طبيبه فحالة الاستعجال هنا تستوجب على الطبيب أن يباشر علاج المريض دون الحصول على الإذن لإنقاذ حياته.

ج2- حالة تنازل المريض عن التبصير:

مما لا شك فيه أن أي عمل طبي يقدم عليه الطبيب يحتاج لرضاء من المريض أو من يمثله قانونا، ولا يكون هذا الرضا صحيحا إلا بعد تبصير مريضه بكل ما يتعلق بحالته الصحية ووضعه على معرفة كاملة بحقيقة مرضه، ولكن كما هو من حق المريض الحصول على البيانات والمعلومات المتعلقة بوضعه الصحي، يحق له أيضا أن يتنازل عن هذا الحق ويكون ذلك برفضه معرفة تشخيص حالته الصحية من قبل طبيبه. فإن رفض المريض الحصول على نتائج تشخيصه أو التخمين الطبي يفيد أن وضع كامل الثقة في طبيبه، فعلى هذا الأخير احترام إرادة مريضه ومعالجته بناء على الأصول العلمية وما يراه مناسبا لمصلحة المريض. فقد نص المشرع الفرنسي على حق المريض بالتنازل عن التبصير في المادة 1111-2 الفقرة الرابعة من قانون الصحة العامة[2]. وفي معنى هذا النص، فإنه يجب أن تحترم إرادة الشخص في أن يرفض تشخيص مرضه ويبقى جاهلا له، مالم يكون مرضه يشكل عدوى قد تعرض الغير للإصابة بها. لكن ما نلاحظه في عمليات البيو- أخلاقيات، أن المشرع أكد في جميع صور هذه العمليات على ضرورة قيام الطبيب أو المشرف على هذه العمليات بتبصير المريض والمتبرع والشخص الذي يوافق على الخضوع للتجارب والدراساتفي مجال طب الأحياء بخطورة هذه التصرفات وما سينجر عنها من آثار على جسده، ولهذا السبب يحرص على إبداء موافقة هؤلاء أو ممثليهم الشرعيين أو أفراد أسرتهم الكتابية.

ثالثا- مضمون التزام الطبيب بالتبصير:

معلوم أن للعمل الطبي مراحل متعددة، تبدأ بالتشخيص وذلك بهدف تقييم الطبيب للمشكلة التي يعاني منها المريض، وذلك عن طريق الكشف الظاهري. وفي هذه المرحلة يطلب الطبيب من المريض القيام ببعض التحاليل والأشعة من أجل الوصول إلى تشخيص أكثر دقة.

ثم تأتي المرحلة الثانية من مراحل العمل الطبي وهي مرحلة العلاج، وتشكل هذه المرحلة حجر الأساس في العملية الطبية، حيث أن تشخيص المرض قد تم، والسبب قد عرف. والعلاج قد يكون عن طريق أدوية معينة، كالأقراص مثلا، أو قد يكون بواسطة تدخل جراحي أو تدخلات طبية أخرى أكثر تقدما.

---

[1] عريبماجدالكلوب،مرجعسابق،ص 39.

[2] Art L1111-2/4 dispose : « ….la volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission. ».

وتأتي المرحلة الأخيرة من العمل الطبي وهي المرحلة اللاحقة على العلاج، أو هي مرحلة التأهيل والنقاهة، والتي يكون فيها المريض قد أتم العلاج، ويلتزم فيها الطبيب بتقديم معلومات للمريض تخص الاحتياطات والحذر في المستقبل، لتلافي الآثار السلبية التي قد تقع.

لذلك سأبحث في التالي أهمية التزام الطبيب بتبصير المريض خلال مراحل العمل الطبي الثلاث، على انحو التالي:

1- تبصير المريض بالفحص والتشخيص:

تتضمن عملية التشخيص التي يقوم بها الطبيب تخمينا من قبله، فيخمن بإصابة الشخص بمرض أو أمراض معينة بناء على الأعراض والبيانات الأولية المتوافرة لديه، ثم يجري مزيدا من التحاليل والفحوصات ليتأكد من أي من هذه الأمراض مصاب به المريض.

لذا يهيئ الالتزام بالتبصير قبل التدخل العلاجي، وفي المراحل الأولية لإبرام العقد الطبي أي في مرحلة التشخيص والفحص، المريض نفسيا لقبول إكمال المراحل التالية للعمل الطبي بعد وفاء الطبيب بالتزامه الشرح الكافي للمريض[1]. إذ يتعين على الطبيب أن يشرح للمريض وأن يفرق له بين التدخل الطبي الذي يهدف إلى العلاج، والتدخل الذي يكون الغرض منه التشخيص، وما قد يتطلبه هذا الأخير من القيام بتحاليل معينة قبل التأكد من طبيعة المرض. كما يقتضي الأمر من الطبيب أن يعلم المريض في هذه المرحلة بطبيعة الفحص والكشوف التي ينوي القيام بها كالكشف بالأشعة أو غيرها[2]. وحسب نص المادة 25 من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11، فإنه في حالة تشخيص أو احتمال مرض خطير يمكن أفراد أسرة المريض الحصول على المعلومات الضرورية التي تمكنهم من مساعدة هذا المريض مالم يعترض على ذلك.

ويقوم الطبيب خلال هذه المرحلة بتحديد طبيعة العلاج المقترح بحكم التدخل الطبي الذي قد يأخذ أكثر من شكل وطريقة، فيتعين عليه أن يوضح ويبين لمريضه العلاج الذي قد يرغب فيه وطبيعته، بأن يشرح له مثلا أن العلاج قد يكون عن طريق العلاج الكيميائي، أو بالأشعة فقط أو عن طريق الجراحة وهكذا.

2- تبصير المريض بالعلاج:

يعد العلاج ثاني مراحل العمل الطبي، فبعد أن يعرف الطبيب نوع المرض وخطورته، يقوم بوصف العلاج المناسب له، فقد يكون العلاج دوائيا أو بالتدخل الجراحي. فإذا كان العلاج دوائيا، فإنه يجب على الطبيب أن يبصر مريضه بطريقة الاستخدام والمقدار المسموح به ويبلغه عن خطورة تجاوز المقدار. أما إذا كان العلاج جراحيا، فيجب على الطبيب لأن يبصر المريض بكل ما هو ضروري.

---

[1] محمد بن عبد المحسن القرشي، مرجع سابق، ص135.

[2] بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 85.

إذا كان الطبيب حر في اختيار العلاج المناسب للحالة الصحية للمريض، وهو من بين المبادئ الأساسية التي تحكم طرفي العقد الطبي، إلا أن هذه الحرية غير مطلقة، حيث يلزم الطبيب بتقديم جميع المعلومات التي تتعلق بالعلاج والآثار الجانبية التي قد تترتب عن التدخل العلاجي سواء الدوائي أو الجراحي.

وفي حالة ما إذا رفض المريض العلاج بعد إفادته بكل هذه المعلومات، أوجب عليه المشرع الجزائري حسب ما تقتضيه المادة 49 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، أن يقدم تصريحا كتابيا بشأن هذا الرفض[1].

يبدو وأن العمليات الطبية في إطار البيو- أخلاقيات نظرا للخطورة التي تشكلها على جسم الأنسان، فقد شدد المشرع على الأطباء المعالجين والممارسين لها حرصهم على تبصير المرضى والمتبرعين والمتطوعين المقبلين عليها.

أ- بالنسبة لعمليات البيو- أخلاقيات الطبية في مجال نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية: يستدعي على لجنة الخبراء قبل تمنح الترخيص للمتبرع الذي أبدى موافقته على نزع أعضائه والتبرع بها، أن تتأكد بأن موافقة هذا الأخير كانت حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها قانونا (م 08/360 من ق 18-11).

فلابد على لجنة الخبراء أيضا أن تتأكد من أن العضو الذي تبرع به الشخص المتبرع من قبيل الأعضاء الجائز نقلها، وأن تسمح حالة المعطي بذلك، وبما لا يؤثر على أدائه لوظيفته الاجتماعية[2]. ويتعين على لجنة الخبراء، أو الطبيب الذي يتولى إجراء نزع وزرع هذه الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية أن يحرص بشدة على تبصير المتبرع والمتلقي بطبيعة العملية التي ستجرى لهم وآثارها والمخاطر التي ستنجر عنها في الحال أو في المستقبل، أي المخاطر التي يواجهها سواء أثناء إجراء العملية أو بعد إجرائها، ومدى قابلية الجسم للتكيف مع الحالة الجديدة. وعلى هذا الأساس حرص المشرع على التأكد من رضا المتبرع والمتلقي في عملية الزرع يجب أن يكون مستنيرا عن وعي وإدراك، بعيدا عن أي ضغوط عائلية أو نفسية تملي على المعطي القبول بالتنازل عن عضو من أعضائه. ويمتد التزام الطبيب في تبصير المعطي حتى بالنسبة لقدرته على أدائه مهامه الاعتيادية أو مهنته، إذ يجب على الطبيب الجراح أن يحيط المتبرع علما بما قد ينجم عن الاستئصال من عدم قدرته على ممارسة عمل معين.

ب- وبالنسبة لعمليات البيو- أخلاقيات الطبية في مجال التبرع بالدم: فقد ثبت علميا بأن للدم البشري أهمية بليغة من خلال مكوناته وخصائصه ووظائفه، وأنه لا يمكن صناعته أو إيجاد بديل عنه، ولا يزال العلم عاجزا عن الاستغناء عنه. فمما لاشك فيه أن الحاجة للتبرع بالدم كبيرة وعاجلة جدا في أحوال

---

[1] حيث نصت المادة 49 من المرسوم التنفيذي رقم 92-376، المتضمن مدونة مهنة الطب على أنه "يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن".
ونصت أيضا المادة 344 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنه "في حالة رفض علاجات طبية يمكن اشتراط تصريح كتابي من المريض أو ممثله الشرعي".

[2] الهيتي، محمد حماد مرهج، ضوابط رضا المعطي في عمليات نقل الأعضاء، مجلة الباحث، جامعة سرت كلية التربية ودان الجفرة، العدد الأول، سنة 2002، ص 133.

كثيرة، فإذا أصيب إنسان بخسارة في دمه لأي سبب كان فلابد من تعويضه بنقل الدم إليه، لتتوقف الحياة عليه. كما أثبت العلم أن الانسان السليم لا يتأثر مطلقا بسبب التبرع بالدم، لأن جسم الانسان يحتوي على مخزون من الدم الاحتياطي يقع على مستوى الطحال والكبد في مقابل الدم الذي يؤدي وظائفه في جسم الانسان[1].

لكن بالرغم من ذلك، فإن عمليات التبرع الدم لا تخلوا بدورها من مخاطر كثيرة قد تصيب المتبرع. لهذا السبب شدد المشرع بدوره على الممارس لعملية نزع ونقل الدم أن يبصر المتبرع والمريض بهذه العملية ومخاطرها. حيث باتت عمليات نقل الدم مصدرا هاما في الإصابة بالعديد من الأمراض والفيروسات مثل فيروس (HIV) الذي يسبب مرض الإيدز، وفيروس (HCV) المسبب للالتهاب الكبدي الوبائي الذي يتسبب فيه نقل الدم الملوث، فقد نشرت منظمة الصحة العالمية تقريرا بتاريخ 23-06-1998 تؤكد فيه بأن مرض الايدز (نقص المناعة عند الانسان) يزيد بصورة كبيرة في الدول النامية[2].

لهذا السبب يجب على الطبيب قبل إجراء عملية نزع الدم من المتبرع يجب عليه أن يتأكد من عدم إصابته من أي مرض قد يمنعه من التبرع، وأن يجري اختبار على عينة من دم المتبرع ضد الفيروسات وعند قيامه بنقل الدم إلى المتلقي يجب أن يتأكد الطبيب أو الممارس لهذه العملية من مطابقة الزمر. وفي نفس الوقت يجب على الطبيب أن يبصر المتبرع والمتلقي بالمعلومات الكافية حول العملية ومخاطرها.

ج- وبالنسبة لعمليات البيو- أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب: فإنه على الممارسين لهذه العملية تبصير الزوجين الراغبين والمقدمين على عملية التلقيح الاصطناعي بأن هذه العملية لا يلجئ إليها إلا للضرورة القصوى، أي وجود عقم مؤكد يستحيل معه الانجاب بطريقة عادية. لأن المشرع راعى في ذلك حرمة وقدسية جسم الانسان.

فقبل ابداء الزوجين موافقتهم الصريحة والمكتوبة للقيام بهذه العملية، وحتى يكون رضا الزوجين مستنيرا أوجب على الطبيب إحاطتهما بكل المعطيات المتعلقة بالعملية لتكون لديهما القناعة من قبول أو رفض العملية المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، بما في ذلك المخاطر المنجرة عنها. مع الملاحظة أنه يستلزم أن يكون الرضا متبادلا بين الزوجين وبحضورهما[3].وفي مقابل ذلك فقد منع المشرع على الطبيب إجراء أية عملية استنساخ للأجسام الحية وكل انتقاء للجنس.ويشرف على هذه العملية لجنة طبية التي لها دور هام في تقرير إنجاز العملية أو رفضها إذا كانت غير لازمة أو تشكل خطورة على الزوجة. كما يجب عليها مراعاة قواعد الممارسة الحسنة والأمن الصحي.

د- وبالنسبة لعمليات البيو- أخلاقيات في مجال البحث في مجال طب الأحياء:رغم مساهمة التجارب العلمية وضرورتها في اكتشاف عدة علاجات لأمراض وأوبئة مستعصية، إلا أنالمشرع فرض ضوابط

---

[1] حسان بن جاسم الهايس، التبرع بالدم دراسة فقهية مقارنة، مجلة أبحاث، العدد 14، كلية التربية جامعة الحديدة، سنة 2019، ص 109.

[2] خالد قدرى السيد، نقل الدم الملوث (أزمة واحدة وردود أفعال مختلفة)، المؤتمر السنوي الرابع لإدارة الأزمات والكوارث، وحدة بحوث الازمات، جامعة عين شمس القاهرة، سنة 1999، ص277.

[3] منزلة ليلى بلحسل و عبد الله قادة، البيو – أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الانجاب الشروط والموانع، مجلة القانون الدولي والتنمية المجلد 9، العدد 01، سنة 2021، ص263.

تنظم هذه العمليات احتراما للكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجربة وكرامة الآدمية، فلا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا لتحقيق مصلحة علاجية له أو للأغراض العلمية، ويجب أن تحقق هذه التجاري معدل فائدة لصالح الشخص المعني بالدراسة مقارنة بالخطر المتوقع. ويتم هذه التجارب والأبحاث الطبية والعلمية تحت إدارة ورقابة طبيب باحث يتمتع بخبرة كافية، وتوفير الظروف المادة والبشرية والتقنية الكافية لإجراء هذه التجارب، وتوفير مقتضيات الصرامة العلمية والأمن للشخص الخاضع للدراسة. وشدد المشرع على الطبيب الباحث أو المرقي أن يحرص على حياة وصحة الخاضع للتجربة. في مقابل ذلك يتعين على هذا الأخير تبصير الخاضع لهذه الأبحاث والتجارب بجميع مراحل محطات الأبحاث والعلاجات المقترحة خلالها، ومدة العملية، والهدف منها، ونسبة نجاح هذه الأبحاث، والمخاطر الذي قد يتعرض لها، ويشرح له جميع الاحتمالات المرتبة بهذه العملية، حتى يكون رضا الشخص مستنيرا ويسمح له بإتخاذ القرار المناسب إما بقبول خضوعه لهذه الأبحاث أو رفضه لها. وفي جميع الحالات يجوز للشخص الذي سبق له وأن أبدى موافقته على الخضوع لهذه التجارب والابحاث أن يتراجع عن رضائه في أي وقت (م 3/380 منق 18-11).

3- التبصير اللاحق على العلاج:

لا ينتهي حق المريض في تبصيره من قبل طبيبه عند المرحلتين السابقتين (التشخيص والعلاج) بل يمتد إلى المرحلة اللاحقة على العلاج،فالطبيب يلتزم بعد الانتهاء من العلاج بتبصير المريض عن حالته الصحية بعد التدخل الطبي. ويتعلق تبصير المريض في هذه الحالة بثلاثة أمور، الإجراءات التي وقعت أثناء تطبيق العلاج، والنتيجة التي ترتبت على العلاج، وأخيرا الاحتياطات الواجب الالتزام بها لتجنب أية مخاطر في المستقبل.

يهدف تبصير المريض خلال هذه المرحلة إلى المحافظة على صحته لا الحصول على رضائه، وذلك لأن الرضا عن العلاج قد تم مسبقا، فالتبصير يقتصر هنا على إحاطته بنتائج العلاج والتعليمات والإرشادات الواجب اتباعها لتلافي الأضرار في المستقبل[1].

المحور الثاني: الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب بتبصير المريض

نظرا لأهمية هذا الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب، فقد اهتم الفقه والقضاء بدراسة طبيعة القانونية لهذا الالتزام، واختلفت الآراء بشأنه، ولكن قبل التطرق إل طبيعته لابد من ابراز أساسه القانوني لهذا الالتزام

أولا- الأساس القانوني لالتزام الطبيب بالتبصير:

بدوره انقسم الفقه والقضاء في الرأي حول الاساس القانوني لهذا الالتزام، فهنالك من يعتبر القانون هو مصدر هذا الالتزام، وهنالك من يرى بأن العقد هو أساس هذا الالزام، وهو ما سنتعرض إليه بنوع من التفصيل.

1- التزام الطبيب بالتبصير أساسه هو القانون:

[1] محمد بن عبد المحسن القرشي، مرجع سابق، ص138.

مما لاشك فيه فإن التزام الطبيب بتبصير المريض يعد إلتزام قانوني نص عليه المشرع في المادة 23 من قانون الصحة رقم 18-11 سالف الذكر عندما قضت بأنه: "يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها". وأكده أيضا عندما نص في المادة 343 منه على أنه: "لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض، ويجب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته". كما أوجبت نص المادة 43 منالمرسومالتنفيذيرقم 92-376 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ساف الذكر،على ضرورة تبصيره الطبيب للمريض، فقضت بأنه "يجب على الطبيب أو جراح الاسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي". كما أضافت المادة 44 منه على أنه "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة وتبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منها ومن القانون".

في مقابل ذلك يجب على الطبيب أو جراح الاسنان المدعو لتقديم علاج لدى أسرة أو مجموعة، أن يسعى جاهدا للحصول على احترام قواعد الرعاية الصحية والوقاية من الأمراض، وأن يبصر المريض ومن حوله بمسؤولياتهم في هذا الصدد تجاه انفسهم وجوارهم. حسب ما قضت به المادة 48 من مدونة أخلاقيات الطب.

ويسري نفس الحكم بالنسبة للعمليات التي تكون محل ابيو – أخلاقيات، إذ يعد التزام الطبيب الممارس لها بالتبصير التزاما قانونيا، لأن المشرع هو من فرضه في قانون الصحة 18-11 كما سنوضحه كالآتي:

أ- فبالنسبة لعمليات البيو – أخلاقيات في مجال نزع وزرع الأعضاء والانسجة والخلايا البشرية، نص المشرع على التزام لجنة الخبراء الطبية بتبصير المتبرع والمتلقي في نص الفقرتين 7 و8 من المادة 360 من قانون الصحة 18-11 بقولها "تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي .

تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون.".

ويستفيد الولي الشرعي للمتبرع والمتلقي، أو أفراد أسرتهم من هذا الالتزام الذي يفرض على لجنة الخبراء تبصيرهم بهذه العمليات، في بعض الحالات التي تستدعي ذلك[1].

ب- أما بالنسبة لعمليات البيو – أخلاقيات في مجال التبرع بالدم، فإنه يفهم ضمنيا من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 368 من ق 18-11 بأن التزام الطبيب بتبصير المتبرع في هذه العملية هو بدوره التزام قانوني فرضه عليه المشرع، حيث جاء في هذا النص أنه "يجب أن تكون عملية التبرع بالدم مسبوقة بمقابلة طبية مع المتبرع تراعى خلالها القواعد الطبية.".

---

[1] راجع أحكام الفقرة 4 من المادة 362.

ج- أما بالنسبة لعمليات البيو- أخلاقيات في مجال المساعدة على الإنجاب، فيظهر بأن المشرع لم ينص صراحة على التزام القانوني للطبيب الممارس لهذه العملية في تبصير الزوجين المقبلين على عملية التلقيح الاصطناعي بالمعلومات المتعلقة بهذه العملية، ولكنه في مقابل ذلك أوجب على الطبيب الممارس لهذه العمليات أن ينفذ المساعدة الطبية على الانجاب مع مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والامن الصحي في هذا المجال، المحددة عن طريق التنظيم (م1/373 من ق 18-11). وتخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة.

د- أما بالنسبة لعمليات البيو - أخلاقيات في مجال البحث في مجال طب الأحياء، فيظهر الالتزام القانوني للمرقي بتبصير الشخص الذي يخضع لهذه الأبحاث صراحة من خلال المادة 386 من ق 18-11 التي قضت بأنه "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبر الاشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية، أو عند تعذر ذلك، ممثلوهم الشرعيون عن موافقتهم الحرة والصريحة والمستنيرة كتابيا وبعد إطلاعهم من طرف الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله لا سيما:

- الهدف من البحث ومنهجيته ومدته والمنافع المتوخاة منه والصعوبات والاخطار 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."

يتبين من خلال هذه النصوص القانونية، بأنه يقع على الطبيب واجبا أو التزاما قانونيا بفرض عليه تبصير المريض وإحاطته بطبيعة ونوع مرضه والتدخلات الطبية والعلاجية وما تؤول إليه حالته الصحية والمخاطر المتوقعة في حال رفضه للتدخل الطبي[1].

كما أنه في هذا الصدد أشار المشرع إلى وجوب الحصول على موافقة المريض التي تكون في أغلب الأحيان مكتوبة، كما في حالة إجراء التقنية المساعدة على الانجاب للمرأة، أو التبرع بنزع وزرع الأعضاء والانسجة والخلايا البشرية، أو أن خضوع الأشخاص إلى الدراسات والتجارب العيادية.

بدوره فقد كيف المشرع الفرنسي التزام الطبيب بتبصير المريض، على أنه التزام قانوني عندما نص في المادة 03/16 من القانون رقم 94-653 المؤرخ في 29 جويلية سنة 1994، المتضمن المدني الفرنسي على أنه "لا يمكن المساس بسلامة الجسد إلا في حالة الضرورة العلاجية للشخص، ويجب الحصول على الموافقة المسبقة من الشخص المعني إلا إذا تطلبت فيها حالته التدخل العلاجي الضروري"[2]. وهذا الحكم أكدته نص المادة 35-4127 من تقنين الصحة العامة الفرنسية التي نصت على أنه "يجب على الطبيب الذي يقدم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه بمعلومات صادقة واضحة وملائمة عن حالته الصحية، وكذلك عن الفحوصات والعلاجات التي يقترحها عليه، ويجب أن يأخذ بالحسبان خلال مدة

---

[1] فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، سنة 2012، ص 76.

[2] لقد تحميل نص المادة 03/16 من القانون رقم 94-653 من الموقع الالكتروني: /w.w.w.journal-officiel.fr .

المرض شخصية المريض عندما يقدم له المعلومات ويحرص على أن يكون المريض قد فهم تلك المعلومات واستوعبها"[1].

2- العقد كمصدر لالتزام الطبيب بالتبصير:

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن مصدر التزام الطبيب في تبصير مريضه هو عقد العلاج الطبي الذي يبرم ما بين الطبيب ومريضه، أي ما بين طرفين أحدهما يملك معلومات فنية ومهنية، ذلك لطبيعة عمله التي تفرض عليه هذه المعرفة، والذي يلتزم بمقتضى العقد بتبصير وتنوير إرادة الطرف الآخر (المريض) ليمكنه من اتخاذ قراره بقبول التدخل الطبي أو رفضه. وعلى الرغم من تسليمهم بالطبيعة قبل التعاقدية للتبصير على أنه التزام، إلا أنهم يعتبرونه متولدا عن العقد الطبي[2]. بذلك فإن أساس هذا الالتزام هو العقد، والثقة التي يضعها المريض في طبيبه، لعدم التساوي في العلم والمعرفة بينهما، لأن المريض لا يمكنه أن يحيط بالمعلومات الطبية أو استيعابها بمفرده كونه يجهلها وغير محترف، لذلك فإن على الطبيب تبصير مريضه بغض النظر على وجود نص قانوني يلزمه بذلك، وإحاطته بكافة المعلومات التي تتعلق بحالته الصحية ونوع العلاج وماله من مخاطر وآثار، وبالتالي فإن العقد يرتب التزاما عقديا بموجبه يلزم الطبيب بالالتزام بالتبصير، وإن أخل به تقوم مسؤوليته العقدية.

لقد وجه لهذا الاتجاه الذي تمسك به بعض الفقهاء مجموعة من الانتقادات، يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ- إن الأخذ بهذا الرأي، فإن مسؤولية الطبيب الذي يخل بإلتزامه بتبصير مريضه تقوم على أساس العقد فما الحكم إذا ثبت غياب وجود عقد بين الطبيب والمريض؟. ففي هذه الحالة لا نستبعد قيام المسؤولية التقصيرية. ولكن هذا القول مردود عليه لأن هذه المسؤولية تقوم في الحالتين سواء في وجود عقد طبي أبرم بين الطرفين، أو في غيابه.

ب- كما وجه انتقاد آخر، كون أنه من غير المعقول أن ينشأ الالتزام قبل نشأة مصدره ووصفه بأنه متولد عنه، حيث يكون التزام الطبيب بتبصير مريضه قبل نشوء العقد الطبي بين الطرفين وقبل البدء في التدخل الطبي، لذلك من الصعب القول بأنه متولد عنه[3].

من خلال ما سبق، يتبين بأن المشرع الجزائري، قد اعتبر التزام الطبيب بتبصير المريض هو التزام عقدي، يترتب على مخالفته قيام المسؤولية العقدية، وتأكد هذا الحكم بشكل واضح من خلال نص المادتين 44 من قانون أخلاقيات مهنة الطب، و343 من قانون الصحة سالفتين الذكر. واللتان تستلزمان رضا المريض الذي يعد ركنا من أركان العقد. لكن التساؤل التي يطرح في هذا الشأن، يتعلق بحالة غياب علاقة عقدية تربط الطبيب بالمريض، هل يحق للمريض أن يتحصل على تعويضعن الأضرار التي تنشئ بسبب خطأ ارتكبه الطبيب؟.

---

[1] Lois n^0 2004-806 du 9 aout 2004, relative à la politique de santé publique, j.o.r.f du 11 aout 2004.

[2] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الاعمال الطبية والجراحية -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2004، ص 75.

[3]- عريبماجدالكلوب،مرجعسابق، 24.

هذا التساؤل أجاب عليه الفقه والقضاء الفرنسي عندما استقر الرأي عندهم بعد صدور القرار رقم 188-1 في تاريخ 1936/05/20 عن محكمة النقض الفرنسية. أن الطبيب عندما يقوم بمزاولة علاج مريضه في الظروف الطبيعية، يكون في الغالب قد أبرم عقدا مع المريض باتفاق الطرفين، لذلك تكون مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية وكذلك أخطاء كافة العاملين بالحقول الطبية من جراحين وأطباء الأسنان وتخدير وأشعة وتمريض وصيدلة ومختبرات وغيرهم مسؤولية عقدية حت ولو تم العلاج بالمجان وعلى سبيل الصداقة والمجامله. إلا أنه قد تنشأ حالات استثنائية تكون مسؤولية الطبيب فيها تقصيرية، و بالأخص في حالة عدم وجود رابطة عقدية[1].

بذلك فإن مخالفة الطبيب للالتزام بتبصير المريض يعد مخالفة لالتزام قانوني وعقدي في نفس الوقت لأن التصرفات الطبية التي سيجريها الطبيب على المريض يلزمه القانون بأن يعلم المريض بها. كما أن الثقة التي تنشأ بين الطبيب والمريض بموجب العلاقة العقدية التي قامت بينهما، بالإضافة إلى مبدأ حسن النية الذي يلقي التزاما على الطبيب المهني بأن ينفذ التزامه بتبصير المريض المفروض عليه بموجب العقد.

ثانيا- طبيعة التزام الطبيب بالتبصير:

يعد التزام الطبيب تجاه المريض كأصل عام، هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، ذلك أن الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض وإنما يلتزم ببذل العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض، والتي تتفق مع أصول المهنة والأصول العلمية الثابتة، وأن المعيار الذي يحدد على أساسه القدر اللازم من العناية الطبية هو معيار الطبيب المتوسط إذا وجد في مثل الظروف الظاهرة للطبيب المعالج[2]. لكن تتجلى الغاية من التزام الطبيب بتبصير المريض في استنارة إرادته، ويعتبر التزام الطبيب والحال كذلك التزاما بتحقيق نتيجة مؤداها تبصير المريض بحقيقة مرضه والعلاج المناسب له والآثار التي قد تترتب عليه.

ومما لاشك فيه، أن المتعاقد المحترف ملتزم بتحقيق نتيجة فيما يخص واجباته الاخلاقية كالتزامه بالإعلام وبالسر المهني، وإذا كان التزام الطبيب بالإعلام يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة، فإن عدم تحقق النتيجة أي جهل المريض بحقيقة مرضه وطرق العلاج ومخاطره يجعل الطبيب مخلا بالتزامه. وبخصوص حالة التجارب الطبية وعمليات استقطاع الأعضاء البشرية وزرعها وعمليات التجميل غير العلاجية، ونقل الدم[3]والتلقيح الاصطناعي والإجهاض غير العلاجي نجد بأنه من الضروري أن يلتزم الطبيب بتشديد التبصير تجاه المرضى، وذلك لأن هذه الاعمال الطبية تقيم على الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة لأنها تنطوي على مخاطر بالغة على صحة الانسان وأغلبها يخلو من الغاية العلاجية[4]. وعليه، يقع وفقا للقواعد العامة عبء إثبات إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام على المريض إن ادعى ذلك.

---

[1] لوائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا نابلس فلسطين، سنة 2008، ص 19.

[2] محمد بن عبد المحسن القرشي، التزام الطبيب بتبصير المرضى في ضوء أحكام نظام مزاولة المهن الصحية الصادر بالمرسوم الملكي رقم 1439/7/24ه وتاريخ 1426/11/4ه، مجلة جامعة الملك سعود الحقوق والعلوم السياسية، مج 31، عدد1، سنة 1440ه (2019م)، ص139.

[3] ناجية العطراق، طبيعة التزام الطبيب طبقا للقانون المدني الليبي والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، ديسمبر 2015 ص 200.

[4] محمد بن عبد المحسن القرشي، نفس المرجع، ص140.

من المهم الإشارة إلى أن الفقه في فرنسا انقسم بين مؤيد ومعارض فيما يخص مسالة تطبيق القاعدة العامة التي تقضي بأن عبء الاثبات يقع على المدعي في المجال الطبي، فالمؤيدين يرون أن هذا الحل عادل بالنسبة للأطباء، لأنه يجعل احترام الطبيب لإرادة المريض هو الأصل، وتجاوزها هو الاستثناء وعلى من يدعي به إقامة الدليل. أما المعارضون، فيرون أن العمل الطبي فيه اعتداء على حق الإنسان في سلامة بدنه، ولو بقصد العلاج، لذا حتى يكون هذا العمل مشروعا يجب أن يتم برضا المريض، والذي لن يكون سليما إلا إذا صدر بعد تبصيره بحالته المرضية أي بتنفيذ الطبيب لالتزامه بالإعلام. وهكذا، يقع عبء الإثبات على الطبيب لا على المريض، نتيجة لتعارض القاعدة السابقة مع حق الانسان في سلامة جسده الذي يتطلب إقامة الدليل على توافر شروط مشروعية كل عمل يمس به[1].

لقد اتجه القضاء الفرنسي في أول الأمر إلى تطبيق القاعدة العامة في الاثبات، لكنه غير اتجاهه فيما بعد تحت تأثير قوة حجج الفقه المعارض، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية مبدأ عام بقولها إن كل من يتحمل قانونا أو اتفاقا التزام خاص بالإعلام يجب عليه إثبات تنفيذه، ثم طبق هذا المبدأ على الأطباء[2]. إلا أن القضاء خفف من هذا العبء الملقى على عاتق الطبيب، حيث أجاز له اثبات تنفيذ التزامه بالإعلام بكافة الطرق.

وفيما يخص التشريع، فالمشرع الفرنسي أخذ بالتطور الذي وصل إليه القضاء، حيث نصت المادة 11 من القانون 02-304 الصادر بتاريخ 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي في فقرتها الثانية على أن عبء الاثبات فيما يتعلق بالالتزام بالإعلام يقع على عاتق المهني أو المؤسسة الصحية، ويتم هذا الاثبات بكافة وسائل الاثبات.

المحور الثالث: جزاء إخلال الطبيب بالتزامه بالتبصير

إن التزام الطبيب بتبصير المريض يعتبر من قبيل الواجبات ذات الطابع القانوني والأخلاقي والإنساني الملقى على عاتقه، ولاشك أن أي إخلال بهذا الالتزام يعرضه للمسؤولية متى توافرت اركانها من جهة وثم إثبات إخلال الطبيب بالتزامه بالتبصير من جهة أخرى. الأمر الذي يدفعنا لبحث هاتين النقطتين على النحو التالي.

أولا- إخلال الطبيب بالتزامه بالتبصير:

لا يخرج جزاء الاخلال بالالتزام بالتبصير عن الجزاء المقرر بمقتضى القواعد العامة للمسؤولية التعاقدية والتقصيرية في النظرية التقليدية، والتي تعتمد على جزاء البطلان أو التعريض أو توقيع الجزاءين معا عند

---

[1] سماح جبار، إلتزام الطبيب بإعلام المريض، مجلة التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، عدد 51، سنة 2017، ص164.

[2]- cass.Civ 1er Ch.25/02/1997. Pourvoi nº 94-19685.

الاقتضاء[1]. فيتمثل إخلال الطبيب بالتزامه بتبصير مريضه بمظهر الخطأ الناتج عن تقصير منه في قيامه بواجبه المتمثل في تبصير المريض بحالته الصحية، وكذا العلاج المقترحومخاطره، وغيرها من المسائل المهمة. ولاشك أن هذا الاخلال يكون بامتناع الطبيب عن التبصير كليةولو أن ذلك نادر الوقوع، كما يكون غالبا بتبصير الطبيب لمريضه لكن بطريقة معينة تختلف عن الكيفية السليمة، وذلك بإخفاء بعض المعلومات عن المريض أو تقديم معلومات غير صحيحة.

ففي حالة إخفاء الطبيب بعض المعلومات عن المريض، يعتبر قد أخل بالتزامه بالإعلام سواء تعلق بمرحلة الفحص أو التشخيص أو العلاج المقترح وآثاره وغير ذلك. ويعتبر هذا التصرف خطأ من جانب الطبيب لأنه يهدد ويقضي على الثقة الواجب توافرها بين الطبيب ومريضه من جهة، ويجعل المريض جاهلا لحقيقة مرضه والعلاج الذي يخضع له من جهة أخرى. ويستوي ذلك الإخفاء الكلي بأن يلتزم الطبيب الصمت تجاه المريض في كل ما يتعلق بحالته الصحية. أو أن يكون جزئيا بإخفاء الطبيب عن مريضه بعض المعلومات أو تقديمه لمعلومات غير كاملة. ولقد قررت محكمة بوردو بأن إخفاء الطبيب بصورة غير كاملة (إخفاء جزئي) للمعلومات وعدم تبصيره بها يشكل خطا يستوجب المسؤولية[2].

أما في حالة تقديم الطبيب لمعلومات غير صحيحة أو كاذبة لمريضه من غير ضرورة مراعاة حالة المريض وظروفه وحالته النفسية، بأن كان هذا الكذب أو عدم صحة المعلومات غير معتد به قانونا، إذ يهدف الطبيب إلى تشويه الحقيقة على المريض بإخفاء بعض المعلومات عنه لمصلحة الطبيب، وذلك بإرغام المريض على قبول العلاج بطريقة غير مباشرة أو بالزيادة في مخاطر المرض وأهمية التدخل الطبي مثلا لإرغام المريض على قبول الخضوع للجراحة. فإن تصرف الطبيب في هذه الحالة يشكل خطأ جسيما يقيم المسؤولية، وبهذا الرأي استقر موقف محكمة النقض الفرنسية عندما أصدرت قرارها الذي كيف تصرف الطبيب الذي قام بتغيير نتيجة التحليل الذي تم في المخبر كي يدفع المريض على قبول العلاج، على أنه يشكل خطئا جسيما يقيم مسؤولية الطبيب[3].

وقد يتعرض الطبيب الذي يخالف التزامه بتبصير المريض إلى عقوبات تأديبية التي تختلف شدتها مع درجة الخطأ الذي يقترفه الطبيب والتي تتراوح عقوبتها بين الانذار، أو التوبيخ، أو المنع من ممارسة مهنة الطب، أو غلق المؤسسة الصحية مع حرمان الطبيب المعاقب من حق الانتخاب أمام الفروع النظامية الجهوية أو الوطنية للأطباء لمدة خمسة سنوات[4]. هذا بالإضافة إلى امكانية تعرض الطبيب الذي يخالف قواعد البيو– أخلاقيات، وأهمها عدم تبصير المريض أو الشخص المتبرع أو المرشح لخوض تجارب طبية إلى عقوبات جزائية شديدة ذكرها المشرع في المواد من 432 إلى غاية المادة 440 من قانون الصحة

---

[1] ابراهيم صالح عطية الجبوري، الالتزام بتبصير المريض –دراسة مقارنة-، المجلة الدولية للعلوم الانسانية والاجتماعية، العدد 33، مايو سنة 2022، ص 56.

[2]Bordeaux: 08/03/1965, Gaz.Pal,1965 –II-264.

راجع في ذلك أيضا: بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 92.

[3]Cass, 1erChCiv, du 28/12/1954, Dalloz, 1955-1-296.

[4]راجع أحكام المواد 216 وما يليها من مدونة أخلاقيات الطب المنظم بموجب المرسوم التنفيذي92-376 المشار إليه سابق.

الجديد رقم 18-11. فقد نصت المادة 439 منه على أنه "يعاقب الطبيب الباحث الذي شرع في الدراسة العيادية دون الحصول على موافقة الشخص المدرج في بروتوكول البحث إلى الحبس من سنتين (02) إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 100000 دج إلى 500000دج.".

كما نصت المادة 435 من نفس القانون على أنه "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 عشرون (20) سنة وبغرامة من 1000000دج إلى 2000000دج.".

ثانيا-إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير:

انطلاقا من القواعد العامة المقررة بموجب نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري التي قضت بأنه "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه". فإن عبئ إثبات إخلال الطبيب بواجبه في الإعلام يقع على عاتق الدائن بهذا الالتزام وهو المريض. في حين يكون الطبيب وهو المدين بتزويد المريض بهذا الإعلام. ولاشك أن المريض سيقوم بإثبات واقعة سلبية تتمثل في عدم تبصير الطبيب له[1]، لذلك من الأصح إلقاء هذا العبء على عاتق الطبيب، كي يثبت التبصير الذي قام به أو عدم قيامه مع ذكر أسباب المنع إن وجدت. وهو ما يتفق مع الاتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بإثبات إخلال الطبيب بالتزامه بالتبصير، فلقد كان لقرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 25-02-1997 صدى وظفرة في نقل عبئ إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام من المريض إلى الطبيب. حيث يلتزم هذا الأخير بناء على التزامه القانوني بتحقيق نتيجة. والذي مفادها أن يحصل المريض على الإعلام الكافي والكامل بشأن تشخيص حالته الصحية وطبيعة العلاج ومخاطره وغير ذلك. وتتلخص وقائع القضية التي كانت محل طعن أمام محكمة النقض الفرنسية في الحكم الذي أصدرته محكمة Angers في قيام مريض برفع دعوى تعويض ضد طبيب أجرى عملية جراحية على معدته انجر عنها إصابته بثقب على مستواها، فرفضت المحكمة دعواه استنادا إلى أن عبئ إثبات اخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام يقع على عاتق المريض الذي لم يقدم دليلا على ما يدعيه. ولكن محكمة النقض الفرنسية تصدت لهذا الحكم وألغته على اعتبار أن الطبيب هو الملزم بإثبات تنفيذه لالتزامه بالإعلام بما أن هذا الالتزام يقع على عاتقه[2].

خاتمة:

لقد خلصنا من خلال دراستنا لموضع التزام الطبيب بتبصير مريضه إلى تسجيل النتائج التالية:

- يعتبر التزام الطبيب باعلام المريض وتبصيره التزاما أصليا وأساسيا للقيام بأي تدخل طبي، بل يعتبر الالتزام بالتبصير أول التزام ملقى على عاتق الطبيب. ولاشك أن أهمية هذا الالتزام تزداد كلما تعددت أو

---

[1] محمد بن عبد المحسن القرشي، مرجع سابق، ص 142.

[2] Cass, 1erCh.Civ, 25/02/1997, Gaz.Pal, 1997, P 22.

راجع أيضا:بن صغير مراد، مرجع سابق، ص 94.

كثرت وتنوعت التدخلات الطبية، بالخصوص في عمليات البيو – أخلاقيات، لاسيما وأنه يتمثل كما ذكرنا في تقديم الطبيب لمريضه فكرة معقولة وواضحة وصادقة عن حالته الصحية، وما يجب أن يتخذ بشأنها بما يسمح للمريض من اتخاذ الموقف المناسب المشجع والمساعد للطبيب في تدخلاته الطبية.

– يستند التزام الطبيب بتبصير المريض إلى عدة أسس دينية وأخلاقية وإنسانية وقانونية كرست وجوده ومشروعيته، جعلت منه التزاما أساسيا مستقلا يتضمن عدة عناصر حول بيان صحة المريض وتطورها، تشخيص ووصف حاته ونتائج التحاليل والكشوف الطبية، طبيعة العلاج المقترح وبيان فوائده ثم توضيح نتائج التدخل الطبي والمخاطر والتعقيدات والاضرار المترتبة أو التي قد تترتب عنه، إضافة إلى بيان البدائل والاختيارات العلاجية الممكنة وآثار رفض العلاج من قبل المريض. كل ذلك يتم بكيفية واضحة بأن يكون إعلام الطبيب لمريضه متدرجا ومتسلسلا، مفهوما وواضحا، كافيا وصادقا.

– عندما نظم المشرع الجزائري التزام الطبيب بتبصير وإعلام المريض في قانون الصحة 18-11 وقانون أخلاقيات مهنة الطب، لم يتوسع في ذكر الحالات بالتفصيل التي تستوجب اعمال هذا الالتزام ودرجاته، والآثار المترتبة على مخالفته في أي مرحلة من مراحل العلاج. خاصة وأن العلاج الطبي يمر بمراحل متعددة. حيث لاحظنا بأن التزام الطبيب بتبصير المريض لم ينص عليه المشرع صراحة في عملية التبرع ونقل الدم، وعملية المساعدة على الانجاب رغم أهمية وخطورة العمليتين.

– المسجل من خلال دراسة هذا الموضوع، أن المشرع لم يفصل بالقدر الكافي في الجزاءات التأديبية والمدنية والجزائية المترتبة عند مخالفة هذا الالتزام الأساسي من قبل للطبيب.

وبناء عليه نقترح مجموعة من التوصيات التي قد تفيد هذا البحث، والتي تكون على النحو التالي:

– على المشرع الاهتمام بصورة خاصة بوضع تعريف شامل ومضبوط لهذا الالتزام بالتبصير، وتغطية التفاصيل المتعلقة به جميعها، وعدم تركها مبهمة، ليتمكن الطبيب من معرفة حدود هذا الالتزام ويتقيد به.

– ضرورة تحديد الحالات المشددة والمخففة، والتي تعفي الطبيب من وجوب التزامه بالتبصير، وإبراز بعض الحالات التي لم يرد النص عليها صراحة سواء في قانون الصحة، أو في قانون أخلاقيات مهنة الطب، كحق المريض في التنازل عن التبصير بالمعلومات المتعلقة بحالته الصحية الذي من شأنه أن يعفي الطبيب من المسؤولية.

– ضرورة تشديد التزام الطبيب بالتبصير مهما كان التدخل الطبي الذي يشرف عليه الطبيب، وفي جميع مرحله، لأنه يرتبط بالسلامة الجسدية للأشخاص، وأي إهمال أو رعونة من قبل الطبيب سوف يعرض المريض إلى مخاطر لا يحمل عقباها.

ضوابط نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة الجزائري

د. أوسعيد إيمان
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ط.د. عيشوش شهرزاد
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص :

لقد أدى التطور العلمي في مجال الطب إلى علاج العديد من الأمراض وبالتالي إنقاذ حياة العديد من المرضى، ولعب هذا التطور دور كبير في مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية الأنسجة والخلايا البشرية حيث عرفت هذه الأخيرة انتشارا واسعا في العصر الحديث نظرا لما حققته من فوائد للبشرية، إلا أنه لابد أن تمارس هذه العمليات وفق ضوابط معينة، لهذا عمل المشرع في قانون الصحة الجديد على استحداث أحكام قانونية تحقق نوع من التوازن بين حماية حق الإنسان في سلامته الجسدية المكفول قانونا وبين محاربة كل أشكال الإستغلال والإنتهاكات التي قد تتعرض لها الأعضاء البشرية.

الكلمات المفتاحية: المتبرع، المتلقي، الأعضاء البشرية، الأنسجة والخلايا البشرية، قانون الصحة، ضوابط النزع والزرع، عملية التبرع.

مقدمة

إن الحق في الرعاية الصحية بمفهومها الواسع هي من أهم الحقوق الجوهرية للإنسان وهو حق كرسته معظم الدساتير والتشريعات على مدى الأزمنة باعتبار أن الصحة العامة هي أولى اهتمامات الدولة التي تسعى لترقيتها، فيعد الحق في الصحة من أهم الحقوق التي على الدولة توفيرها لمواطنيها، باعتبار أن محلها هو الجسد البشري فإذا كان يُحظر بصفة عامة المساس بجسم الإنسان فإن هذا الحضر يزول إذا ما تعلق الأمر بميدان العلاج لما في ذلك من فائدة تعود على المريض.

ومن الناحية الطبية يقصد بنقل وزراعة الأعضاء استبدال عضو أو نسيج مصاب بآخر سليم أو إدماج عنصر جديد في جسم الإنسان الحي، حتى يتوصل بواسطة هذا التدخل الجراحي إلى إسترجاع وظائف بيولوجية أو فيزيولويجية كانت تنقصه، حتى يتخلص من المرض و من الألم، كما قد تتوقف بعض الأعضاء عن أداء وظائفها أو القيام بها بكيفية غير كاملة فيتطلب الأمر حذف العضو المعاق وتعويضه بعضو سليم قادر على أداء هذه الوظائف على أكمل وجه[1].

ويوجد إختلاف واضح بين عمليتين نقل وزرع الأعضاء إذ محل عمليات نقل الأعضاء هو صاحب العضو السليم والذي يكون إما إنسان حي أو ميت ويسمى المعطي أو المتبرع، بينما عملية الزرع فمحلها المريض المتلقي الذي هو بحاجة إلى العضو السليم بسبب عجز أحد أعضائه، لذا إستخدمت التشريعات كلمة النقل إلى جانب كلمة الزرع لبيان وجود إختلاف بين المصطلح ومن تم إستبعاد وجود ترادف بين المصطلحات[2].

حيث يتكون جسم الإنسان من مجموعة من الأعضاء، والأعضاء من أنسجة، والأنسجة من خلايا، والخلية هي الوحدة الأساسية في تكوين الجسم، والتي بمجموعها تكّون الأنسجة البشرية المختلفة[3].

---

[1] – أسامة السيد عبد السميع، نقل و زراعة الأعضاء الآدمية بين الشريعة و القانون، دار الكتب القانونية، 2010 ، ص72، أنظر بن عاطي مراد، المسؤولية المدنية للطبيب للجراح عن نقل وزرع الأعضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019/2018 ، ص13.

[2] – نفس المرجع ، ص10.

[3] – فاطمة صالح الشمالي، المسؤولية الجزائية عن الإتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2013/2012، ص18.

وهناك من قال أن المراد بالعضو هو "مجموع الأجزاء من الجسم التي تقوم بوظيفة معينة في جسم الإنسان مثل: التنفس أو النطق، وآخر ذهب للقول أنه "ذلك الجزء المحدد من جسم الإنسان والذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة كالقلب والكبد والكلى"[1].

والعضو البشري في المفهوم الطبي هو مجموعة أنسجة تعمل مع بعضها البعض كي تؤدي وظيفة معينة كالكبد والكلية والدماغ والأعضاء التناسلية والقلب وغيرها، والأنسجة التي يتكون منها العضو هي مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة والخلية هي أصغر وحدة في المواد الحية "[2].

وإذا كان هو مجموعة من الأنسجة، فإن الأنسجة تعرف بأنها "مجموعة الخلايا التي عندما تعمل مع بعضها البعض تؤدي وظيفة معينة"، أما الخلية فهي "أصغر وحدة في المواد الحية"[3].

وانطلاقا من هذه القفزة النوعية التي شهدها الطب في هذا الميدان كان لزاما على القانون مسايرة هذا التطور، فبعد أن استمر سريان قانون حماية الصحة وترقيتها لمدة زمنية دامت 33 سنة، ألغى المشرع هذا القانون وأصدر قانون الصحة في 2018 تناول فيه العديد من الأحكام المُستحدثة، فخصص المشرع القسم الأول من الفصل الرابع للأحكام المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية.

ونظرا لأهمية وخطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية فقد استحدث المشرع في قانون الصحة الجديد، وكالة وطنية لزرع الأعضاء تُكلف بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وهذا لضمان قانونيتها وأمنها.

---

[1] – ادريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ليبيا، 2009، ص41.

[2] – أنظر :مراد زريقات،"جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية"، 2006 بحث متاح في الانترنت على موقع الكاتب:

www.murad-zuriekat.com/security_sciencesO7.html

أطلع عليه بتاريخ25 /2013/1، أنظر انتصار مجوج، الظوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية، من الأموات إلى الأحياء في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، العدد2018/18، ص132.

[3] – هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية– 2003 ص23.

فما هي الضوابط المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية التي استحدثها المشرع في قانون الصحة الجديد؟.

للإجابة على هذه الإشكالية سنتطرق في المحور الأول لضوابط نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بالنسبة للمتبرع، ثم في المحور الثاني لضوابط نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بالنسبة للمتلقي

المحور الأول: ضوابط نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بالنسبة للمتبرع

سنتناول هذا المحور في أربعة نقاط نتطرق أولا لشرط أن تكون عملية النزع والزرع موجهة لأغراض علاجية أو تشخيصية، ثم ثانيا شرط الموافقة الحرة والمستنيرة للمتبرع، ثم ثالثا شرط وجود قرابة عائلية بين المتبرع والمتلقي، ثم رابعا شرط أن يكون المتبرع متمتعا بالأهلية، وهذا وفق ما نصت عليه المواد في قانون الصحة.

أولا: أن تكون عملية النزع والزرع موجهة لأغراض علاجية أو تشخيصية

نصت المادة 355 من قانون الصحة الجديد على أنه لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلاّ لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وهو ما كانت قد نصت عليه المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى.

بمعنى أن تكون عملية زرع ونزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية إما لغرض علاجي أي أن تكون عملية زرع العضو هي الطريقة الوحيدة لعلاج المريض من مرضه، وإما لغرض تشخيصي أي أن يتم نزع أنسجة وخلايا لتحليلها وتحديد نوع المرض الذي يعاني منه المريض.

فالاهتمام بصحة جسم الإنسان هدف يجب ضمانه في جميع التدخلات الطبية، وتزداد أهميته في مجال نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية كونها الميدان الخصب للتعامل في جسم الإنسان.

ثانيا: شرط الموافقة الحرة والمستنيرة للمتبرع

إن مبدأ احترام كرامة الإنسان يفرض عدم انتهاك حرمة جسده إلا بموافقته، وبالتالي فلا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة الحرة

والمستنيرة للمتبرع، وهذا بعد أن تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة لعملية النزع.

فيشترط لصحة رضاء المعطي باستئصال عضو من جسمه أن يكون حرا مستنيرا أي صادرا عن شخص يتمتع بقدرات عقلية ونفسية سليمة، قادرا على أن يُكون رأيا صحيحا عن موضوع الرضا، فأي إكراه أو ضغط نفسي يخضع له المعطي من شانه أن يعيب رضاءه وحتى يعبر المعطي عن رضاءه الحر أوجبت بعض التشريعات ضرورة إخضاعه لفحص طبي شامل من الناحيتين البدنية والنفسية للتأكد من عدم وجود ضغوط تعيب إرادته وأن حالته النفسية والعقلية سليمة تماما عند تنازله عن عضو من أعضائه[1].

حيث يوافق المتبرع بالعضو على التنازل عن جزء من جسمه دون أن يعود عليه هذا التصرف بأية فائدة تذكر أو مصلحة علاجية، لذلك فإن الفقه القانوني يسلم بضرورة تبصيره تبصيرا كاملا،شاملا وصريحا بكافة الأخطار والنتائج المحتملة والمتوقع أن تترتب جراء عملية التبرع من الناحية الجسدية ومن الناحية النفسية على جميع الإنعكاسات المحتملة لأخذ العضو على حياته[2].

فإن كان تم السماح للطبيب بالتدخل لعلاج المريض في حالة الضرورة لانقاد حياته كما في حالة الشخص المصاب بحادث أفقده الوعي ولم يوجد من يمثله قانونا لأخذ الرضا منه في هذا الوضع، أجيز للطبيب أن يتدخل بالعلاج دون أدنى مسؤولية على الطبيب[3]، فإن الوضع يختلف بالنسبة لعمليات نقل الأعضاء البشرية لانتفاء حالة الضرورة أو الاستعجال بالنسبة

---

[1] – مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى. 2003 ص 194.

[2] – إفتكار ميهوب دبوان المخلافي،حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2006 ، ص232.

[3] – محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، . 2006 ص160

للمتبرع لاستئصال عضو منه دون موافقته ، لأن التدخل الطبي لا يحقق أدنى فائدة تذكر بالنسبة للمتبرع و لذلك لابد من الحصول على موافقته وفقا للشروط التي حددها القانون[1].

ونلاحظ في هذا الخصوص أن المشرع استبدل مصطلح "الطبيب" في قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى بمصطلح "بلجنة خبراء" في قانون الصحة الجديد التي يُحدد تشكيلها وسيرها وتنظيمها عن طريق التنظيم.

ويجب أن تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في القانون، كما منع القانون نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرّع أو المتلقي بأضرار.

ويجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة وأنّ التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها قانونا، ويبقى للمتبرع الحق أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء[2].

ونشير إلى أن قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى في المادة 162 فقرة2 كان يشترط الموافقة الكتابية للمتبرع وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.

أما إذا كان المتبرع متوفى فإنه لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلاّ بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحدّدها الوزير المكلف بالصحة، وفي هذه الحالة يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبّر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته، ولا يجوز الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي[3].

---

[1] – أحمد أدريوش :تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية ، سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة المنية الرباط ، ط 1، 1995 .ص62 ، أنظر لخضر معاشو، أومدور رجاء، عنوان المداخلة المسؤولية الجنائية للطبيب عن نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء.

[2] – أنظر المادة 360 من قانون الصحة.

[3] – أنظر المادة 363 من قانون الصحة.

وقد أجازت بعض القوانين الكتابة أو الإقرار الكتابي لإثبات رفض الشخص المساس بجثته بعد وفاته، وفي هذه الحالة لا يمكن الاستئصال من الجثة ولو بإرادة الأقارب لأن المتوفى قد اعترض على ذلك فيجب احترام إرادته كما لو كان حياً[1].

وتعد الوصية صورة من صور تعبير الشخص عن إرادته الصريحة برفض أو إعطاء الإذن للطبيب الجراح باستئصال أي عضو من أعضائه أو بالتصرف التام بكامل جثته بعد وفاته وهي من التصرفات القانونية التي تنشأ بالإرادة المنفردة، حيث تتجه إرادة الموصي إلى إنشاء الإلتزام فتكون الوصية بذلك تصرفاً أحادياً[2].

أما بالنسبة لقانون الصحة فقد أجاز التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة، بما فيها التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، وبناء على ذلك يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى.

وبالتالي في حالة غياب التسجيل في هذا السجل، ولم يرفض المتوفى أثناء حياته نزع عضو أو أنسجة منه ففي هذه الحالة تتم استشارة أفراد أسرته البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفى البالغين بعمليات النزع التي تمّ القيام بها، أما إذا كان المتوفى بدون أسرة، ففي هذه الحالة يتم استشارة الممثّل الشرعي قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء[3].

وتجد إجازة هذه الموافقة أساسها في توفيق المشرع بين الحاجة إلى أعضاء الميت لانقاد حياة حي لا يعوق استمرار حياته – بإذن الله –إلا زراعة عضو جديد مكان العضو التالف وإحاطة النزع من الميت بضمانات تجعله يتم في إطار الاستفادة الرشيدة التي يأخذ فيها بالاعتبار حق الميت في حرمة جثته بعد موته، فإذا كان الشخص ليس مالكا لجسده في حياته، فلا يملك ورثته جثته بعد وفاته ليتقاسموها كما يتقاسمون التركة، بل إن قيمتها

---

[1] – إسمي قاوة فضيلة، مرجع سابق، ص153.

[2] – سميرة عايد الديات ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، ط 1 ، الإصدار الأول،مكتبة .دار الثقافة ، عمان، 1999، ص 297/296.

[3] – أنظر المادة 362 من قانون الصحة.

بالنسبة لهم معنوية، فالتعدي على الجثة فيه إضرار بمشاعرهم ولذلك يثبت لهم حق لصيق بالشخصية بعدم المساس بها .

كما أنه في حالة الاستعجال يحق للطبيب المساس بالجثة من أجل استئصال أعضاء منها عندما يتعلق الأمر بحالة الاستعجال التي لا تقبل التأخير كأن يتعذر الاتصال بالأقارب في الوقت المناسب أو يخشى فساد العضو المراد نقله أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمريض المستفيد من العضو التدخل السريع لنقل العضو إليه لإنقاذ حياته[1].

واشتراط موافقة الأقارب من أسرة المتوفى دون إعطاء هذا الحق للورثة يجعل الأساس القانوني الذي يبيح هذه الموافقة أساسا سليما، فعدم إعطاء هذا الحق للورثة لا تقع معه مظنة ملكيتهم لجثة المتوفى مورثهم، وإعطائه للأقارب يكون على أساس الرابطة والصلة الأسرية، سواء بسبب الدم، أو صلة الزوجية التي تجعل علاقتهم بالمتوفى علاقة معنوية لا علاقة مالية[2].

وعلى خلاف قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى الذي كان يشترط تعبير المتوفي عن إرادته في نزع عضو من أعضائه بعد وفاته كتابةً، فنلاحظ أن المشرع أصبح يشترط في قانون الصحة الجديد عدم رفض المتوفي لعملية التبرع في حياته، على خلاف قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى الذي كان يشترط الموافقة صراحة على عملية التبرع، وحسن ما فعل المشرع لأنه قد يكون غالبا أين يعبر المتوفي صراحة وكتابة عن رغبته في عملية التبرع.

كما منع قانون الصحة الجديد على غرار قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى كشف هوية المتبرّع المتوفى للمتلقي وهوية المتلقّي لأسرة المتبرع[3]، وهذا للحفاظ على سرية العملية.

ويجب ألاّ يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرّع من الفريق الذي يقوم بالزرع وهذا لتفادي أي مصلحة والابتعاد كليا عن إمكانية استغلال الوضع للمتاجرة بالأعضاء، فالغرض من هذا المبدأ هو تجنب تعارض المصالح الذي قد يحدث عندما يتولى الطبيب أو

---

[1] – إسمي قاوة فضيلة . الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، 2001، ص168.

[2] – انتصار مجوج، مرجع سابق، ص 135.

[3] – أنظر المادة 363 من قانون الصحة

الأطباء الذين يبتون في أن وفاة المتبرع المحتمل قد حدثت فعلا مسؤولية رعاية مرضى آخرين تعتمد عافيتهم على الخلايا أو النسج أو الأعضاء المنقولة إليهم من ذلك المتبرع[1].

ولقد حدد قانون العقوبات جزاء عدم الحصول على موافقة المتبرع فيعاقب بالحبس من (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000دج إلى 1.000.000دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول.

كما شدد في العقوبة لتصل إلى جناية السجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000دج إلى 2.000.000دج، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية:

-إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية.

-إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.

-إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص.

-إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.

- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية

أما بالنسبة لعقوبة كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000دج إلى 500.000دج، وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول.

وتُشدد العقوبة لتصل للحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15)سنة وبغرامة من 500.000دج إلى 1.500.000دج، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المذكورة أعلاه، أنظر في ذلك المواد 303 مكرر 17 والمادة 303مكرر19 والمادة 303 مكرر20 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

---

[1] – منظمة الصحة العالمية، زرع الأعضاء والنسج البشرية، تقرير من الأمانة العامة، جمعية الصحة العالمية الثالثة والستون(2010)، ص9.

ثالثا: شرط وجود قرابة عائلية بين المتبرع والمتلقي

لقد حدد المشرع في قانون الصحة الأشخاص الذين يمكن لهم التبرع فيجب أن يكون المتبرع، 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 ابنة خالة 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 أو زوجة أب وزوج أم المتلقي.

غير أنه وفي حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي اللذين لهما قرابة عائلية يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء والمتمثل في تشكيل ثنائيين" متبرع– متلقي "متطابقين ويكون التبرع المتقاطع للأعضاء بدون كشف هوية المتبرع والمتلقي[1].

رابعا: شرط أن يكون المتبرع متمتعا بالأهلية

كمبدأ عام يحظر قانون الصحة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من القصر أو عديمي الأهلية، ونلاحظ في هذا الصدد أن المشرع في قانون الصحة قد استعمل عبارة "عديمي الأهلية"، بدل مصطلح "الراشدين المحرومين من قدرة التمييز" الذي كان ينص عليه في قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى.

إلا أنه استثناء يمكن أن يتم هذا النزع من عديمي الأهلية لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته، في حالة عدم وجود طرق علاجية أخرى يمكن اللجوء إليها، ويقتضي هذا النزع في جميع الحالات الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي[2]،

ولكن نشير في هذا الصدد لنقطة مهمة وهي إذا كان الولي أو الممثل الشرعي للمتبرع هو في نفس الوقت الولي أو الممثل الشرعي للمتلقي المقصود، ففي هذه الحالة لابد من اشتراط

---

[1] – أنظر المادة 360 فقرة 2و3 من قانون الصحة وهذا على خلاف قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى الذي لم يشترط وجود قرابة عائلية بين المتبرع والمتلقي.

[2] – أنظر المادة 361 من قانون الصحة

استعراض الوضع من قبل هيئة مستقلة مثل المحكمة أو أي سلطة مختصة أخرى والحصول على موافقتها[1].

المحور الثاني: ضوابط نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بالنسبة للمتلقي

سنتناول هذا المحور في خمسة نقاط نتطرق أولا لشرط موافقة المتلقي، ثم ثانيا شرط عدم تعريض المتلقي للخطر، ثم ثالثا شرط تحديد المرضى المتلقين، ثم رابعا شرط مكان إجراء عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، ثم خامسا شرط أن تكون العملية بدون مقابل مالي، وهذا وفق ما نصت عليه المواد في قانون الصحة.

أولا: شرط موافقة المتلقي

كقاعدة عامة يعتبر موافقة المتلقي على عملية الزرع شرط من شروط عملية التبرع التي نص عليها قانون الصحة، ويتم التعبير عن هذه الموافقة بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تمّ قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين وهذا بعد إعلامه بكل النتائج المنتظرة من عملية الزرع.

وفي حالة ما إذا كان المريض لا يستطيع التعبير عن إرادته وذلك إما نظرا لحالته الصحية أو بسبب إصابته بعارض من عوارض الأهلية، فلقد حدد القانون الأشخاص المخول لهم صلاحية الموافقة على عمليات الزرع[2].

أي أنه إذا كان المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، ففي هذه الحالة يمكن لأحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب التالي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثّل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء، وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية، يمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي، أما إذا كان الشخص قاصر فإن الموافقة يمنحها الأب أو الأم أو عند غيابهما الممثل الشرعي[3].

---

[1] – منظمة الصحة العالمية، مرجع سابق، ص11.

[2] – داودي صحراء، الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقا يد، تلمسان، 2016 ، ص59 .

[3] – أنظر المادة 364 من قانون الصحة.

أما استثناء فيمكن زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الحصول على الموافقة عندما لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته ويثبت هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة وشاهدان اثنان[1].

وتجدر الإشارة إلى أن قانون 17/90 الذي كان يعدل ويتمم قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، كان يقصر الإعفاء من الموافقة على عملتي زرع القرنية والكلى فقط، باعتبار هاتان العمليتان كانتا الأكثر شيوعًا في مجال زراعة الأعضاء البشرية، إلا أنه مع التطور العلمي وانتشار عملية الزرع على نطاق واسع، ألغى المشرع هذا التحديد ليصبح الاستثناء ساريا على كل عملية لزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية.

فالأعضاء البشرية القابلة للنقل والزرع من الأحياء والأموات التي يتم القيام بها في يومنا هذا هي: زرع الكلى، الكبد، البنكرياس، الأمعاء، القلب، الرئتين، النخاع العظمي، خلايا البنكرياس، القرنية....إلخ.

أما بالنسبة للإنسان الحي فمن الطبيعي القول بأنه لا يجوز اقتطاع إلا الأنسجة المتجددة والأعضاء المزدوجة عند تحقيق كافة الشروط القانونية والصحية اللازمة ومن ثم لا يجوز نقل القلب والكبد من الأعضاء المفردة التي يؤدي اقتطاعها إلى هلاك الإنسان[2].

ثانيا: شرط عدم تعريض المتلقي للخطر

يعرف هذا الشرط بأنه إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض، ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة[3].

فيجب على الطبيب المعالج إعلام المريض المتلقي بجميع المخاطر الطبية التي قد تنجم على عملية الزرع، ونقصد هنا المخاطر والأضرار المحتملة الوقوع، ولهذا فلا يتم اللجوء

---

[1] – أنظر المادة 364 من قانون الصحة.

[2] – خلدون فوزي قندح، محمد فواز محمد المطالقة، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في التشريع الأردني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 20، ص 413/411.

[3] – خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية و مكافحة الجرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دار

الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012 ، ص330.

لعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كانت هي الطريقة الوحيدة لعلاج المريض ولإنقاذ حياته، وهذا يعني أنه إذا كان هناك طريقة أخرى لعلاج المريض، فلا حاجة للجوء إلى عملية زرع الأعضاء.

فلم يمانع المشرع الجزائري من إجراء عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية اعتمادا على معيار الضرورة والمصلحة الاجتماعية، ومعيار الضرورة يستلزم وجود خطر محدق بالمريض ينذر بهلاكه، ويكون زرع العضو من شأنه إنقاذ المريض من الموت، مع كون عملية النقل والزرع هي العلاج الطبي المتوفر الوحيد لإنقاذ حياته، أما معيار المصلحة الاجتماعية فقد استمد الفقه هذه الفكرة من المبادئ العامة للدين واجتهادات المحاكم وعادات وتقاليد المجتمع فهي تختلف من مجتمع إلى آخر باختلاف العادات والتقاليد، مع أنها تتفق في الغاية المتمثلة في احترام القوانين وتحقيق الصالح العام، والمحافظة على صحة وحياة الأفراد والحق في سلامة أجسامهم[1].

كما أنه لابد من عدم إجراء أية عملية لنزع أو زرع العضو أو الخلية أو النسيج البشري إلا بعد إجراء الفحوصات والتحاليل الطبية اللازمة للمتبرع والمستفيد، والتأكد من خلوها من جميع الأمراض التي تشكل عائقا لذلك.

ثالثا: شرط تحديد المرضى المتلقين

يشترط قانون الصحة الجديد أن تمنح الأعضاء والأنسجة التي تم نزعها، المرضى المدرجين في قائمة الانتظار الوطنية التي تحتفظ بها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، والغرض منها هو مكافحة كل أنواع تجارة الأعضاء، كما يجب أن تحدد وتقيم بصفة منتظمة قواعد منح الأعضاء والأنسجة المتأتية من المتبرعين المتوفين ضمن احترام مبدأ الإنصاف والمساواة بين المرضى[2].

رابعا: شرط مكان إجراء عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية

---

[1] – سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة فقهية طبية قانونية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 128.أنظر ياسين جبيري، الأحكام الفقهية والقانونية لبيع الاعضاء البشرية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المعيار ، المجلد 10/العدد4/ديسمبر 2019، ص 28.

[2] – أنظر المادة 365 من قانون الصحة.

لقد نص قانون الصحة في المادة 366 منه على أنه لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلاّ على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء ولكي تتحصل المؤسسات الإستشفائية على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة يجب أن تتوفر على تنظيم طبي – تقني وتنسيق استشفائي.

ومردّ الترخيص الوزاري هو قدر الحماية القانونية التي يمكن توفيرها لأطراف العملية داخل المستشفى، لا من حيث كفاءة الأطباء فحسب وإنما من حيث الإمكانيات المادية للمستشفى كذلك، وهذا ما يأخذه الوزير المكلف بالصحة بعين الاعتبار عند إصداره لقرار الترخيص، كما يُمكن أن ينشأ في هذه المؤسسات المرخص لها بنزع الأنسجة والخلايا، بعد أخذ كذلك رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء هيكل يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا.

فنظرا لخطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية فقط اشترط قانون الصحة عدم إجراء هذه العمليات إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها بممارسة هذا النوع من العمليات، وهذا لمحاربة كل أنواع الانحرافات التي تتعارض مع الطبيعة الأخلاقية لهذه التدخلات الطبية، حيث يهدف قانون الصحة إلى إحاطة هذه المؤسسات الصحية بالضمانات للحفاظ على الممارسات التي تتماشى مع القيم الإنسانية.

ولضمان التطبيق الصارم للأحكام رتب القانون جزاء مخالفتها فيعاقب كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500.000دج إلى 1.000.000دج وهذا طبقا للمادة 433 من قانون الصحة.

خامسا: شرط أن تكون العملية بدون مقابل مالي

منع قانون الصحة على غرار قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى أن يتقاضى الأطباء الذين يقومون بعمليات النزع والذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية أي أجر عن هذه العمليات[1]، وهذا لمنع استغلال الأمر والاتجار الأعضاء.

ولتحقيق نزاهة مبدأ مجانية عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية ومنع استغلال والمتاجرة بالأعضاء، فقد وهذا

---

[1] – أنظر المادة 367 من قانون الصحة

كما ألزمت معظم التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية أن يكون المتنازل عن العضو دون مقابل، وذلك لأن حق الإنسان على جسده حق غير مالي، ومن ثم يخرج عن دائرة التعامل المالي، ولا يكون محلا للتداول والتجارة، وذلك لأن قيمة الإنسان تسمو على المال ولا تقدر بمقابل[1].

ولقد عاقب المشرع كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، بالحبس من ثلاث (3)سنوات إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 د ج، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص معين كما شدد في العقوبة لتصل إلى جناية السجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000دج إلى 2.000.000دج، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية:

-إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية.

-إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.

-إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص.

-إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.

- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية' وهذا طبقا للمادة 303مكرر16 والمادة303مكرر20. من قانون العقوبات.

كما حدد المشرع عقوبة نزع الأنسجة والخلايا البشرية أو جمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000دج إلى 500.000دج، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص معين.

---

[1] – العلجة مواسي، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو، الجزائر 2016، ص275.

وتشدد العقوبة لتصل للحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15)سنة وبغرامة من 500.000دج إلى 1.500.000دج، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المذكورة أعلاه، وهذا طبقا للمادة 303مكرر 18 والمادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات.

خاتمة

كشفت الدراسة عن ضوابط خاصة بعملية نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بموجب قانون الصحة باعتباره من أكثر الموضوعات حساسية ذات الأهمية القانونية والطبية بالنظر إلى تطور العلوم، وقد واكب المشرع هذا التطور وهذا بتضمين قانون الصحة بأحكام جديدة في هذا المجال، فأقر بعمليات النزع والزرع وفق ضوابط معينة منها ما يتعلق بالمتبرع ومنها ما يتعلق بالمتلقي أو المستفيد وذلك في 28 مادة.

فعمل المشرع على حماية حقوق كل من المتبرع والمستفيد وإحاطتها بكل الضمانات التي تُجنبهما كل الأخطار والأضرار المحيطة بالعملية، فوضع أحكام جزائية سواء في قانون الصحة أو قانون العقوبات لردع ومعاقبة كل من يُخالف أحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وهذا للتصدي ومحاربة كل أشكال ومحاولات المتاجرة بالأعضاء.

إلا أنه يمكن القول أن تطبيق هذه الأحكام تتطلب آليات لتجسيدها بصفة دقيقة من الناحية العملية، وبالتالي لابد من تفعيل كل الجهود القانونية والطبية من أجل أن تلقى هذه العمليات النجاح والإستمرار وهذا بالعمل على:

_ إلتزام الطبيب بإعلام المتبرع بالمخاطر ليسن المحتملة فقط وإنما المحتملة وغير المحتملة الناتجة عن عملية التبرع، لأن المتبرع ليست له أية مصلحة من هذه العملية، ونتيجة لذلك حبذا لو يكون هناك تأمين للمتبرع عن كل خطر محتمل وقوعه في المستقبل نتيجة الإستئصال.

_ تحديد طبيعة الإلتزام اتجاه المتبرع بإلتزام بتحقيق نتيجة، إذ أن الإنسان الذي يتبرع بعضو من أعضائه يكفيه ما سوف يفقد من عضو كان يؤدي له وظائف حيوية فأقله أن يضمن له الطبيب سلامة صحته.

_ التفكير بتوسيع دائرة المؤسسات الإستشفائية المرخص لها إجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء إلى مؤسسات الصحة للقطاع الخاص مع ضمان المراقبة الشديدة لها، وهذا نظرا لتزايد اللجوء لهذه العمليات وبالتالي تقليل الضغط على المؤسسات الإستشفائية العمومية.

_ تنظيم لقاءات وتشاورات بين كل من الأطباء ورجال الدين ورجال القانون لإثراء الموضوع، وتكثيف الجهود لمكافحة أية جريمة متعلقة عمليات نزع وزرع الأعضاء.

_ تفعيل دور جمعيات المجتمع المدني دورها في العمل الترعوي لنشر ثقافة عملية التبرع حتى يكون لها دور فعال في هذا المجال.

قائمة المراجع

1/النصوص القانونية

1_الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد49 ، المؤرخة في 11 يونيو 1966 المعدل والمتمم.

2_قانون رقم 11/18 المؤرخ في 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد46 المؤرخة في 29 يوليو 2018 المعدل والمتمم.

2/الكتب

1_ أسامة السيد عبد السميع، نقل و زراعة الأعضاء الآدمية بين الشريعة و القانون، دار الكتب القانونية، 2010 .

2_ادريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ليبيا، 2009.

3_هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-2003.

4_ مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ،الطبعة الأولى. 2003 .

5_ إفتكار ميهوب دبوان المخلافي،حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دراسة، مقارنة، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2006 .

6_ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية، 2006 .

7_ أحمد أدريوش، تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية ، سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة المنية الرباط ، ط1 ، 1995 .

8_ سميرة عايد الديات ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، ط 1 ، الإصدار الأول،مكتبة .دار الثقافة ، عمان، 1999.

9_ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية و مكافحة الجرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012 .

3/الرسائل الجامعية

أ/مذكرات الماجستير

1_ بن عاطي مراد، المسؤولية المدنية للطبيب للجراح عن نقل وزرع الأعضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019/2018.
2_ فاطمة صالح الشمالي، المسؤولية الجزائية عن الإتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2013/2012.
3_ قاوة فضيلة . الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، 2001.

ب/أطروحات دكتوراه

1_ داودي صحراء، الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقا يد، تلمسان، الجزائر ، 2016 .
2_ العلجة مواسي، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2016.

4/ المقالات العلمية

1_ خلدون فوزي قندح، محمد فواز محمد المطالقة، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في التشريع الأردني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 20.
2_ ياسين جبيري، الأحكام الفقهية والقانونية لبيع الاعضاء البشرية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المعيار ، المجلد 10/العدد4/ديسمبر 2019.
3_ انتصار مجوج، الظوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية، من الأموات إلى الأحياء في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، العدد2018/18 .
4_ منظمة الصحة العالمية، زرع الأعضاء والنسج البشرية، تقرير من الأمانة العامة، جمعية الصحة العالمية الثالثة والستون (2010).

نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري

د. سعيدي صالح
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

مقدمة:

شهدت المعمورة قفزة هائلة في مجال الطب لاسيما في الأساليب الطبية الحديثة، حيث تجاوز الطب الحديث الحدود المتعارف عليها في ميدان الأعمال الطبية التقليدية، و من بين هذه الإنجازات عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، هذا الإنجاز الذي بعث فسحة من الأمل في نفوس البشر، بإنقاذ حياة الكثير من المرضى.

و من أمثلة الأعمال الطبية: التلقيح الصناعي، و زرع الأجنة "أطفال الأنابيب"، و عمليات الاستنساخ التي لم يقرها أي تشريع من التشريعات المقارنة، بما فيها المنظومة التشريعية الإسلامية، و كذلك ما يسمى بالقتل لداعي الشفقة "أو القتل الرحيم كما يسميه البعض" و العديد من المسائل الطبية الأخرى.

بلغ هذا لعلاج مستوى عال من الكفاءة، في حين يبقى العائق الأساسي يتمثل في العدد المنخفض من المتبرعين في هذا المجال.[1]

علاوة عما سبق ذكره، أن هذه العمليات الطبية و على رأسها نقل و زراعة الأعضاء البشرية، لازالت تثير في المجتمع تخوفا كبيرا، لما قد ينجم عنها من معضلات وتعقيدات نظرا لخطورتها على حياة الإنسان، و سلامة بدنه، مما أثار نقاشا كبيرا دفع بالأطباء و رجالات القانون، و فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء، إلى البحث و التقصي عن مدى مشروعية هذا الصنف من العمليات الجراحية، و أساس إباحتها، بهدف إرساء نظام قانوني، لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

و لقد سعت مختلف القوانين بما فيها القانون الجزائري، إلى إباحة نقل الأعضاء البشرية من جسم إلى آخر، بفضلها تم استبدال عضو سليم محل عضو تالف للتقليل من الآلام التي يعاني منها البدن أو حتى إنقاذ حياة المرضى من الموت المؤكد.

ولقد صدر في الجزائر ترسانة من القوانين في هذا الشأن نذكر منها:

1- تحصى الجزائر وفق أرقام وزارة الصحة، ما يقارب أل 3آلاف حالة سنويا في مقابل 10 آلاف مريض في الجزائر ينتظرون دورهم لإجراء عمليات زرع الكلى, وأزيد من 23 ألف من المرضى يخضعون لتصفية الدم، أو لغسيل الكلى

الموقع https://www.entv.dz تاريخ الزيارة (06 أوت 2022)

-القانون 85-05 المؤرخ في 1985/02/17 بشأن حماية و تعزيز الصحة، حيث خصص الفصل الثالث لنزع و زرع الأعضاء البشرية, خاصة أحكام المادتين 161 و167، و التي تشير إلى نزع الأنسجة أو الأعضاء الجريدة الرسمية عدد(08).

-القانون رقم88-15المؤرخ في 03 ماي 1988 الجريدة الرسمية عدد 18 المؤرخة في04 ماي 1988 المعدل و المتمم لقانون 85_05 السالف الذكر.

-القانون رقم18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 الجريدة الرسمية عدد46 المؤرخة في 29 يوليو 2018 المتعلق بالصحة.

ويسعى المشرع الجزائري من خلال إنتهاج هذه السياسة إلى مواكبة التطورات الحاصلة على وجه الخصوص في الميدان الطبي لما ينجم عنه من فائدة للصالح العام، والمحافظة على حرمة الإنسان و كرامته.[1]

وتعد عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية من أدق العمليات الجراحية, حيث يستلزم لإجراء هذه العمليات عدة شروط سواء كان ذلك بين الأحياء أو من جثث الموتى، بيد أن هذه العمليات أثارت معضلات قانونية عديدة، تتعلق بحرمة الإنسان و حرمة بدنه (كما أسلفنا آنفا)، المحمية بالنصوص الوطنية للدول (القوانين و الدساتير) و كذا المعاهدات و المواثيق الدولية.

كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، في 10 ديسمبر1948، في نص المادة03 والمادة 05 منه, و اتفاقية الأمم المتحدة لمنع إبادة الجنس البشري المعتمدة في 09 ديسمبر1948 و اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949، المعهد الدولي للحقوق المدنية, و السياسية لسنة 1966، الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.[2]

و يعود جوهر هذا الموضوع, في أنه يستلزم الموازنة بين أمرين؛ يلاحظ أنهما على طرفي النقيض بيد أنهما في حقيقة الأمر هما متكاملان, و متناغمان، حيث أن :

- النقيض الأول؛ يتعلق بحرمة و معصومية جسم الإنسان, سواء كان حيا أم ميتا.

_ أما النقيض الثاني؛ فيها يحقق نقل وزرع الأعضاء من أمل, و استمرارية في الحياة.

علاوة على أن الأطباء الذين يقومون بنقل الأعضاء البشرية بحاجة ماسة لمعرفة مدى مشروعية هذه الوسائل الطبية والفنية الحديثة والشروط اللازم توافرها حتى لا تنعقد عليهم المسؤولية القانونية،

---

1 - مروك نصر الدين،"استنساخ الإنسان بين الحظر والإباحة" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية 04، جامعة بن عكنون 1999، ص 65-67

2 - بيبية بن حافظ, "نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية عدد 44 ديسمبر 2015، مجلد -ب- كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة -الجزائر - ص271.

وطبيعة هذه المسؤولية وذلك في حالة مخالفتهم لأحكام القوانين والأنظمة المقننة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

من المتعارف عليه، أن عمليات نقل الأعضاء البشرية تمس الحق في سلامة البدن أو الجسم.[1]

يلاحظ أن زراعة العضو في بدن إنسان مريض، لا يثير أي معضلة من الجانب القانوني[2]

بيد أن المشكلة تثير بالنسبة إلى الشخص المتبرع الذي تنازل عن عضو من جسمه لزرعه في جسد إنسان آخر مريض، حيث أن هذا التصرف لا يحقق للشخص المتبرع مصلحة علاجية بل على عكس من ذلك، فإنه يصيبه منه مساس خطير ودائم بجسمه، فماهو الوضع القانوني لحماية هذا الشخص ؟ وهل يستطيع الإنسان التصرف في جزء من جسده بهدف زرعه في جسم شخص آخر دون قيد؟ و ماهو موقف المشرع الجزائري من عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية ؟ وكيف نضم هذه العمليات؟

اتبعنا في هذه الورقة البحثية, المنهج الوصفي و التحليلي لأحكام قانون الصحة رقم18-11, وسنقوم في هذه المداخلة بتسليط الضوء على هذا الموضوع فيما يتعلق بنقل الأعضاء البشرية, و زرعتها من جسم إنسان حي إلى شخص آخر مريض, في القانون الجزائري، حسب التوزيع الآتي:

-المبحث الأول: مفاهيم عامة لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

-المبحث الثاني: تنظيم المشرع الجزائري لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

المبحث الأول: مفاهيم عامة لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية:[3]

إن إجراء عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية أو كما يسميه البعض غرس الأعضاء؛هو نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من شخص متبرع أي شخص مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف لدى الأخير.

---

1 – محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، 1999ص 117-188

2 – فهو يدخل في مجال الأعمال الطبية الجراحية المباحة.

3 – يقصد بهذه العملية استئصال العضو من جسم الإنسان لزرعه في جسم إنسان آخر، و يأخذ إحدى الصور الآتية:

أ- أن يكون النقل لعضو تنتهي الحياة باستئصاله لكونه من الأعضاء المنفردة، التي لايستطيع أن يستغني عنها الجسم، كالقلب مثلا.

ب- أما الصورة الثانية: فيكون النقل بأحد الأعضاء المزدوجة في الجسم كالكلية و غيرها من أعضاء الجسم المزدوجة.

يعد تعريف عملية نقل العضو البشري التي لا تخلو من صعوبة, ليس لتشابك هذا المصطلح و تداخله في علوم اللغة و الطب، فضلا عن القانون و الفقه الإسلامي فحسب، بل و لأن وضع التعريف من الناحية الطبية أمر لا ينطوي على الأهمية الضرورية التي تتسم بها من الناحية القانونية.[1]

وقبل الولوج الى صميم الموضوع، ارتأينا أنه من الضروري توضيح بعض المصطلحات ذات الصلة بموضوع الورقة البحثية، الذي يقتضي منا تحديد مضمونها وفق التوزيع الآتي:

-المطلب الأول: ماهية عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

-المطلب الثاني: تمييز عمليات نقل الأعضاء البشرية عن غيرها من العمليات الطبية.

المطلب الأول: ماهية عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية:

سنتعرض في هذا المطلب إلى, تعريف نقل الأعضاء و زراعتها (الفرع الأول), ثم إلى الأطراف الأساسية في عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية (الفرع الثاني), ثم إلى مفهوم العضو البشري, (الفرع الثالث).

الفرع الأول :تعريف نقل الأعضاء و زرعتها:

سنتطرق في هذا الفرع إلى المقصود بالنقل (أولا) ثم إلى زرع الأعضاء (ثانيا):

أولا : المقصود بالنقل:

إن عملية نقل الأعضاء البشرية، هو نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من شخص متبرع إلى شخص مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف لدى الأخير.[2]

إن القيام بهذا النوع من الإجراء ينجم عليه جملة من الأحكام، لهذا توجب علينا الوقوف لتحديد المقصود بالنقل في عملية نقل العضو البشري.

النقل: هو نقل العضو البشري، ويتضمن عمليات جراحية مرتبطة فيما بينها أسبابا وأهدافا وهي:

-عملية استئصال العضو السليم من المنقول منه.

- عملية استئصال العضو التالف من المنقول إليه المريض.

- عملية زرع العضو السليم محل العضو التالف، وهذا يعني أن النقل يشمل الاستئصال والزرع في آن واحد ويقصد بالاستئصال:

فصل العضو السليم من الشخص المأخوذ منه، وكذلك فصل العضو التالف من الشخص المريض أو المستفيد.

ثانيا: المقصود بالزرع

---

1 - هيثم حامد المصاروة، نقل الأعضاء البشرية بين الحضر و الإباحة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2003, ص09

2 - إن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية لا تتم دفعة واحدة، بل يتطلب إجراءها المرور بعدة مراحل للوصول في النهاية إلى زرع العضو في جسم المريض المستقبل.

الزرع فعله زرع: طرح البذر، كازدرع، وأصله:ازترع أبدلوها دالا لتوافق الزاي، والله أنبت، ويقال للصبي: زرعه الله، أي جبره، والزرع: الولد و موضعه المزرعة.

والزرع هو إدماج عضو جديد في جسم إنسان حي، مساهما في علاجه، فنقل وزرع الأعضاء البشرية، هو القيام وفقا لضوابط معينة، بنقل عضو من إنسان (متبرع) سواء كان حيا أم ميتا بهدف زرعه لدى إنسان آخر حي (المستقبل)، من دون نية المتاجرة.[1]

وبمفهوم أدق يقصد به نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة، من متبرع إلى مستقبل، ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف.

الفرع الثاني: الأطراف الأساسية لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية:

أولا المتبرع:

وهو الشخص الذي تؤخذ منه الأعضاء، وقد يكون المتبرع حيا, وعليه يسوغ له التبرع بالأعضاء المزدوجة فقط: مثل الكلى أو الرئتين أو بالسوائل التي يمكن تعويضها، مثل الدم والنخاع العظمي أو الجلد.

وبشأن الأعضاء الفردية، كالقلب، فلا يسوغ له التبرع به ذلك أن القلب كما هو متعارف عليه هو محرك جسم الإنسان، ويجسد الحياة، وبالتالي لا يمكن بحال من الأحوال التبرع به.[2]

وبخصوص الميت، فيسوع له التبرع بجميع أعضائه لفائدة المرضى.

وبما أن الأعضاء التي تغرس أو تزرع، يجب أن تكون في حالة سليمة وجيدة، وغير تالفة، فيجب أن تبقى هذه الأعضاء وهي تتلقى التروية الدموية، عن طريق الدورة الدموية للميت، ولازما أن يكون هذا الشخص الذي يستأصل منه عضو أو أعضاء قد مات نتيجة موت دماغه لا قلبه.

ويبقى القلب في هذه الحالة يضخ الدم بمساعدة جهاز الإنعاش الصناعي و العقاقير.

ويشترط أن يبقى ضغط الدم في حدود (100 مم زئبقي) أم للضغط الانقباضي، بهدف تروية الأعضاء تروية جيدة، لحين نقل العضو أو الأعضاء المتبرع بها.

ثانيا المستقبل:

هو الجسد الذي يتلقى الفريسة (العضو) ويشترط فيه جملة من الشروط كالسن، ونوعية المرض، ومدى استفحاله... الخ.[3]

---

1 –محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، مركز الدراسات والبحوث، الرياض, 2001، صفحة 134.

2 – الجندي، ابراهيم صادق، الموت الدماغي، الطبعة الاولى، جامعة الامير نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2001، ص109.

3 – بيبية بن حافظ، المرجع السابق، ص 274.

الفرع الثالث : مفهوم العضو البشري:

إن التقصي في مسألة مفهوم العضو البشري، تقتضي منا التطرق إلى تعريفه (للعضو) من عدة زوايا على النحو الآتي:

أولا: التعريف اللغوي للعضو البشري:

العضو بضم العين، وكسرها واحد جمعها الأعضاء:(كل عظم وافر بلحمه[1]، وهو كذلك (جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف)[2]

يقال عضت الشاة تعضيه، إذ جزأتها أعضاء, وقد يطلق عضو على الأطراف.

ثانيا: التعريف الطبي والعلمي للعضو البشري:

يطلق على مصطلح العضو من الزاوية العلمية على مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة؛ وإذا كان العضو البشري عبارة عن مجموعة من الأنسجة، فإن هذه الأخيرة تعرف بأنها: "مجموعة من الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة".

ثالثا: التعريف الفقهي و القانوني للعضو البشري.

ما من شك أن الفقه تعرض إلى مسألة تعريف العضو البشري، بيد أنه لم يفلح في صياغة مفهوم دقيق، ومن بين هذه التعريفات نذكر أهمها على النحو الآتي:

1- يقصد بالعضو البشري:

" جزء من الإنسان من الأنسجة و خلايا و دماء و نحوها سواء، أكان متصلا به أم انفصل عنه، و أن الدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان.[3]

---

[1] - جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب, المجلد 15, دار البيوت, 1956, ص68.

2 – عبد الله البستاني, معجم وسيط اللغة العربية, مكتبة لبنان, بيروت 1980, ص 213.

3 – ولقد ثار خلاف بين الفقهاء بخصوص مسألة اعتبار الدم عضو أم لا، حيث اعتبره البعض بأنه لا يعتبر من الأعضاء البشرية كونه لا يوجد له شكل محدد.

في حين يراه البعض الآخر عضو بشري بالمفهوم التقليدي على أساس أنه نسيج يتألف من خلايا عالقة في مادة سائلة تسمى البلازما.

يحتوي الدم، على مواد بروتينية، ويؤدي الدم وظائف متعددة؛ فهو نسيج بينما العضو هو عدد من الأنسجة كما أن الدم لا شكل له، في حين أن العضو ينطوي على شكل محدد، كالأذن والكبد والقلب.

والذي يبدو لنا: من كل هذا الجدال أن الدم هو عضو بشري، ويعتبر من الأعضاء المتجددة الباطنة، ويعتبر أكثر الأعضاء الذي تجري عليها عمليات التبرع.

الجدير بالذكر أنه و في الشريعة الإسلامية الغراء تعرض فقهائها إلى تعريف العضو البشري, بيد أننا نرجح أدقها حسب رأينا وهو أن يقال أن العضو البشري هو: " كل جزء من الإنسان من الأنسجة وخلايا لا تتجدد بعد نزعه أو يتجدد, وليس من شأنه النزع".

وهناك من قال أن المراد في العضو هو:

"مجموعة الأجزاء من الجسم التي تقوم بوظيفة معينة في جسم الإنسان مثل: التنفس أو النطق"، وآخر ذهب إلى القول بأنه:

"ذلك الجزء المحدد من جسم الإنسان والذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة كالقلب والكبد والكلى".[1]

ولقد عرف أيضا بأنه:

" أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضوا مستقلا كالكلى أو جزء من العضو كالقرنية أو الأنسجة".

ويعرفه البعض نقلا –عن الفقه الغربي– بأنه:

" ذلك الجزء المحدد من جسم الإنسان, و الذي ينهض بأداء وظائف محددة، كالقلب والكلى و النسيج هو خليط محدد من مركبات عضوية كالخلايا و الآليات التي تغطي بمجموعها ذاتية تشريحية تتفق و عملها كالنسيج العام والعضلي والعصبي".

ولقد ذهب البعض إلى تقسيم أنواع الأعضاء البشرية بالنظر إلى مجالات مختلفة وهي:

1. من حيث القابلية للغرس:

وهي تلك الأعضاء القابلة للنقل والغرس في الجسم الآخر التي يتم القيام بها في أيامنا هاته تتمثل في:

زرع الكلى الكبد، البنكرياس، الأمعاء، القلب، الرئتين، النخاع العظمي، خلايا البنكرياس، القرنية و العظام.[2]

2. من حيث القابلية للتجديد:

تقسم الأعضاء إلى أعضاء متجددة مثل الدم و الكبد، و أعضاء لا تتجدد مثل القلب والرئة وليد، بحيث لا يتجدد بحال من الأحوال هذا العضو مستقبلا إذ ما تم استئصاله.[3]

3. من حيث الظهور للعيان:

تقسم الأعضاء من حيث الظهور إلى العيان:

–أعضاء ظاهرة للعيان، كالقرنية و القدم و اليد و غيرها بحيث يمكن معاينتها بالعين المجردة

---

1 – إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ليبيا, 2009، ص 41.

2 – زعال حسني, التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية, دراسة مقارنة الطبعة الأولى, دار الثقافة للنشر و التوزيع, عمان, الأردن, 2001, ص 54.

3– زعال حسني، المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

– وهناك أعضاء غير ظاهرة للعيان بحيث تكون داخل جسم الإنسان كالرئة والكبد والقلب والخلايا الجذعية.[1]

4. من حيث تأثيرها على الحياة:

تقسم الأعضاء من حيث تأثيرها على حياة الشخص إلى:

_ أعضاء إذا تم استئصالها يؤدي ذلك إلى وفاة الإنسان ومثال ذلك: القلب.

–أعضاء لا يؤدي استئصالها إلى الوفاة كالقرنية والكلية وغيرها.[2]

المطلب الثاني : تمييز عمليات نقل الأعضاء البشرية عن غيرها من العمليات الطبية:

الفرع الأول : تمييز التلقيح الإصناعي عن عملية نقل العضو البشري:

العقم مشكلة يبتلى بها الزوجان أو أحدهما، فيحرمان من عاطفة الأمومة و الأبوة التي هي أمر فطري في الإنسان.

وقد قدرت منظمة الصحة العالمية : أن مابين 15% من الأزواج في سن الخصوبة يعانون من العقم.

وفي أمريكا كانت النسبة واحدا من كل عشرة، وازدادت النسبة إلى أن وصلت عام 1984، إلى أن يصاب بالعقم واحدا من كل 6 أشخاص.

ويرجع المعنيون بهذا الأمر هذه الزيادة إلى انتشار الأمراض الجنسية, بسبب انتشار العلاقات الجنسية الغير الشرعية.

وبما أن ثورة العلوم الطبية كانت و ماتزال دائما في خدمة الإنسان و مستلزماته العضوية و النفسية، فقد فتحت الباب أمام علاج العقم، الذي يمثل معضلة حقيقية للأسر التي تعاني منه.

فلإنجاب يمكن أن تعترضه عوائق مرضية تحول دون تحقق هذه النتيجة بسبب العقم التام لأحد الزوجين، أو كليهما، أو لخلل بيولوجي من شأنه أن يتسبب في ضعف الخصوبة لدى أحدهما أو كليهما.[3] وينقسم التلقيح الإصناعي إلى قسمين :

1– التلقيح الطبيعي، وهو الذي يتم بواسطة الاتصال الجنسي الطبيعي المباشر بين الرجل و المرأة.

2– التقيح الاصطناعي، وهذا بدوره ينقسم إلى قسمين وهما:

---

1 – زعال حسني، المرجع نفسه السابق،ص55

2 – زعال حسني، المرجع نفسه وصفحة ذاتها

3 -viala (b) , liaDpar sperme congelè , Rev . inter . de la gynècologie , t . xvil , N °=5 , 1975 , p : 547
نقلا عن الدكتورة : سعيدان أسماء رسالة الدكتوراة الموسومة الإطار القانوني

- التلقيح الاصطناعي الخارجي.
- التلقيح الاصطناعي الداخلي.

وهذا ما سنتعرض إليه على التوالي:

أولا : التلقيح الاصطناعي الداخلي :

يتم هذا الصنف من التلقيح داخل جسد المرأة، وذلك عن طريق زرع مني الرجل في مهبل المرأة بواسطة آلة صناعية مخصصة لمثل هكذا عمليات، في يوم خروج البويضة من المبيض، ويترك المني بعد ذلك لينتهج بنفسه الطريق الطبيعي حتى يصل إلى المكان الذي فيه البويضة، وهناك يجري التلقيح اعتياديا: ولهذا النوع من التلقيح صورتان:

- الصورة الأولى:

أن يتم تلقيح المرأة بمني زوجها، ويلجأ إلى هذه الصورة عندما يحول مرض عضوي أو نفسي دون قدرة المرأة على الاتصال الجنسي، أو لأن الرجل مصاب بلعنة، أو لأنه سريع الإنزال لا يمكن له أن يوصل مائة في المواقعة إلى الموقع المناسب.

الجدير بالذكر، أن هذه الصورة جائزة، لأن المني من الزوج و البويضة من الزوجة، ولا يختلف هذا التلقيح كما هو واضح للعيان، إلا في قيام الآلة مقام العضو.

- الصورة الثانية:

يتم تلقيح المرأة – في هذه صورة – بمني رجل ليس زوجا لها عن طريق أخذ المني من رجل أجنبي، ويقذف في مهبل المرأة على نحو ما ذكرناه آنفا في الصورة الأولى، وبذلك يتم التلقيح داخليا.

ويعمل بهذه الصورة في حالة ما إذا كان الزوج يعاني من العقم، لعدم انطواء نطفه على الحيوانات المنوية أو لضعف فيها.

وتمارس بنوك المني هذه الحالة في المعمورة على نطاق واسع، إذ يرون فيها حلا لمعضلات الأمومة، في حالة ما إذا ما كان الزوج عقيما.

بل إنهم يمنحون المني أيضا للمرأة العزباء الغير متزوجة، بحيث يجمع مني العباقرة و الحائزين على جائزة نوبل وتحفظ في بنوك المني، وتقدم كتالوجات للنساء يوضح فيها خصائص مانح المني.

وحكم هذه الصورة في الشريعة هو التحريم، لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب, و هذا هو حكم القانون الجزائري.

ثانيا : التلقيح الاصطناعي الخارجي أو "زراعة الأجنة":

يعتبر التلقيح الاصطناعي الخارجي مكسب حققه العلم الحديث لمعالجة أسباب عدم الحمل، منه ما هو مشروع و منه ماهو غير مشروع في ميزان الشريعة، وفكرة التلقيح الاصطناعي، أو ما يسمى بأطفال الأنابيب أو زراعة الأجنة.

تتأسس هذه الفكرة على أخذ البويضة من مبيض المرأة وتوضع في أنبوبة إختبار، ثم يؤخذ مني الرجل ويوضع في الأنبوب مع البويضة في درجة تشابه درجة حرارة الرحم، فتلقح البويضة، هذه اللقيحة تنقسم بعد ذلك إلى خلايا عدة، وبعد أن تبقى يومين أو ثلاثة في الأنبوب، تنقل إلى الرحم، فإذا انغرست في جدار الرحم، فإنها تنمو نمو الحمل الطبيعي.

الجدير بالذكر أن الشروط و الأحكام القانونية التي تطبق على مثل هذه العمليات (التلقيح الإصطناعي)، لا تتطابق مع نظيرتها في عمليات زرع الأعضاء البشرية، فإذا كانت العمليات الأخيرة تتم بوجودها مصلحة علاجية تقتضيها المحافظة على حياة إنسان معين.

فإن مثل هذا الأمر لا يتحقق وجوده في عمليات التلقيح الاصطناعي، و إذا كان ينجم على عمليات التلقيح الاصطناعي ثبوت النسب أو الإرث فإن ذلك ما لا يمكن ترتيبه على نقل عضو أو جزء مثل: الكلية أو القلب أو الكبد.

علاوة عما سبق، إن استئصال عضو معين بنزعه و إزالته يؤدي إلى نقص مستديم في جسد الإنسان، بيد أن فعل الشخص و إرادته يكون لها دور كبير لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي.

الفرع الثاني : تمييز عملية نقل الدم عن نقل العضو البشري:

يعرف الدم بأنه:

"سائل أحمر يملأ الشرايين و الأوردة ويجري في عروق بعض الكائنات الحية منها الإنسان ويجمع على الدماء".

وعرف كذلك على أنه: "سائل خاص يوجد في الجسم "[1]

ولقد ثار خلاف حول الدم فيما إذا كان يعتبر عضوا من الأعضاء البشرية، فذهب البعض إلى عدم اعتباره من الأعضاء البشرية كونه لا يوجد له شكل محدد.

في حين يراه البعض الآخر عضوا بشريا بالمفهوم التقليدي على أساس أنه نسيج يتألف من خلايا عالقة في مادة سائلة تسمى البلازما، ويحتوي على مواد بروتينية، ويؤدي الدم وظائف مختلفة، فهو نسيج، بينما العضو هو عدد من الأنسجة، كما أن الدم لا شكل له بينما العضو له شكل محدد، كالأذن، الكبد و القلب .

والذي بدو لنا، أن الدم هو عضو بشري، ويعتبر من الأعضاء المتجددة الباطنة، ويعتبر من أكثر الأعضاء الذي تجري عليه عمليات التبرع، ذلك أن العمليات التي تكون محلها نقل الدم لا تنطوي على خطر بالمقارنة مع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث أن عملية سحب الدم من المتبرع، وفقا للمعطيات الطبية اللازمة إتباعها، لا تصيب الشخص المتبرع إلا بأذى بسيط، بل قد تعود بالمنفعة على جسم المتبرع، علاوة على ذلك يعتبر الدم من الأجسام المتجددة في جسم الإنسان إذ سرعان ما يعوض

---

[1] - أمين مصطفى محمد ، الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز و الالتهاب الكبدي الوبائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 12

الجسم كمية الدم المتبرع بها، بيد أن استئصال عضو معين، كالكلى و الكبد ينجم عنه نقص مستديم في جسم المتبرع لا يمكن بحال من الأحوال تعويضه.

بناءا على هذه الاختلافات و غيرها فإن عمليات نقل الدم لا يمكن عدها مشمولة بأحكام و القوانين الخاصة بعمليات زرع الأعضاء البشرية ، و الدليل على ذلك أن عمليات نقل الدم تحكمها في الغالب الأنظمة و التعليمات التي تصدر من وزارة الصحة [1]

ولقد اجتمعت أغلب قوانين الصحة لمقارنة في المعمورة ومنها القانون الجزائري على جواز عمليات نقل الدم من شخص لآخر و لقد نصت على ذلك المادة 368 من قانون الصحة و ترقيتها على جملة من الضوابط التي يجب مراعاتها عند القيام بعملية نقل الدم ومنها كالآتي:

" يجب أن تكون عملية التبرع بالدم مسبوقة بمقابلة طبية مع المتبرع تراعي خلالها القواعد الطبية.

يجب إعلام المتبرع في مجال التبرع بالدم قبل و أثناء عملية نزع الدم توضح كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

كما أن القانون الجزائري يمنع القيام بجمع الدم من القصر، أو الكهول حيث تنص المادة 369 على مايلي [2]:

"يجب أن لا يقل سن المتبرع بالدم عن ثماني عشرة (18) سنة، و ألا يتعدى خمسا وستين (65) سنة غير أنه يجوز نزع الدم في كل الأعمار لأسباب علاجية و تشخيصية".

كما أنه لا يسوغ القيام بنزع الدم من الأشخاص عديمي التمييز طبقا للقواعد العامة.

ولقد نص المشرع الجزائري على معاقبة كل من يقوم بهذه العمليات قصد المتاجرة، بحسب المادة 429 من قانون الصحة 18-11 بقولها:

"يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 263 من هذا القانون المتعلق بالنشاطات المربحة المرتبطة بالدم البشري و البلازما و مشتقاتهما بالحبس من سنتين (2) إلى ثلاث (3) سنوات و بغرامة من 500.000 دج إلى 1 000.000 دج.

مما تقدم ، ونظرا للاختلافات الواضحة للعيان، فإن عمليات نقل الدم لا يمكن عدها مشمولة بأحكام القوانين الخاصة بعمليات زرع الأعضاء البشرية، ذلك أن استئصال العضو يكون بنزعه و إزالته من جسد الإنسان، بيد أن الحصول على الدم يكون بواسطة سحبه من جسم المتبرع .

---

[1] - المادة 368 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 يتعلق بالصحة المنشور في الجريدة الرسمية العدد 46 في يوليو سنة 2018.

[2] - المادة 369 من المصدر المذكور أعلاه .

الفرع الثالث : تمييز الاستنساخ عن عملية نقل الأعضاء

تستعمل كلمة الاستنساخ في علم الأحياء لوصف الظاهرة المعروفة الواسعة الانتشار في الطبيعة لتكاثر بعض أنواع المخلوقات الحية بانشطار الخلية أي دون إتصال جنسي، وهذه الظاهرة معروفة في التكاثر البشري.

إن جل القوانين المقارنة وكذلك الأديان السماوية تحرم مثل هكذا تجارب نظرا لنتائجها الوخيمة على البشرية، ولم يشذ القانون الجزائري عن هذا المسار حيث نص في قانون الصحة رقم 18-11 لسنة 2018 في المادة 375 منه على مايلي:

" يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس".

وحسنا فعل المشرع الجزائري بهذا النص، لأن الاستنساخ يتعارض مع الكثير من المفاهيم و المبادئ العامة في قانون الأسرة الجزائري (المستمد في معظمه من الشريعة الإسلامية)، وعلى رأسها مسألة الزواج و مسألة النسب.

وعلى الصعيد العالمي، يجدر بنا أن نذكر بأن المواثيق الدولية و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي مادته 11 يرفض رفضا قاطعا لمثل هكذا عملية (الاستنساخ).

مما سبق, يتضح بأنه من غير المستساغ اعتبار هذه العمليات (أي الاستنساخ) مشمولة بالقوانين الخاصة بعمليات نقل الأعضاء البشرية، حيث أن هذه العمليات تتم لأهداف مختلفة، ولا تقف عند حد مداواة إنسان بواسطة إجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية من شخص مستنسخ إلى آخر، كمحاولة لإيجاد مصدر للأعضاء البشرية [1].

المبحث الثاني : تنظيم المشرع الجزائري لعمليات نقل وزرع الأعضاء:

إن جوهر موضوع نقل و زرع الأعضاء البشرية، يستلزم الموازنة بين أمرين، يلاحظ في أول وهلة أنها على طرفي نقيض بيد أنها في حقيقة الأمر أنهما متناغمان، حيث أن:

- النقيض الأول: يتعلق بحرمة و معصومية جسم الإنسان، سواءًا كان حيا أو ميتا.
- أما النقيض الثاني: فيما يحققه نقل و زرع الأعضاء من أمل و استمرارية في الحياة.

مما تقدم ، يستدعي الأمر إيراد قواعد قانونية تعالجها عبر الإجابة عن بعض التساؤلات المهمة في النطاق القانوني التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، و المتعلقة بالأعضاء القابلة للنقل و الزرع و أساس مشروعيتها (في المطلب الأول)، و الضوابط القانونية لنقل و زرع الأعضاء بين الأحياء (في المطلب الثاني)، وهذا ما سنقوم بمعالجته تاليا:

المطلب الأول: الأعضاء القابلة للنقل و الزرع و أساس مشروعيتها:

تشكل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية طريقة من طرق العلاج الحديثة التي أثبتت نجاعتها في شفاء الشخص المريض، إلا أنه بالمقابل قد ينجم عنها الإضرار وتفاقم حالة الشخص المتبرع

[1] - محمد سيد سلامة ، "الاستنساخ البيولوجي وحماية حقوق الإنسان "، مجمع الفقه الإسلامي، العدد 10، المغرب، 1998 ص 1253.

بالعضو، وكما أنه معلوم لا يستفيد الشخص المتبرع بالعضو من أية مصلحة علاجية، مما أسفر على تضارب المصالح بينهما، وصعوبة الموازنة بينهما وكانت أرض خصبة للجدال الفقهي حولها.[1]

و نظرا لانطواء هذه العمليات على خطورة ظاهرة للعيان، و أهميتها في ذات الوقت، بين الأحياء (موضوع مداخلتنا هاته) على وجه الخصوص.

إنه من اللازم علينا البحث في ماهية الأعضاء البشرية القابلة للنقل والزرع بين الأحياء, ثم معالجة أساس مشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الجزائري وهذا ما سوف نحلله في وفق التوزيع الآتي :

الفرع الأول: الأعضاء البشرية القابلة للنقل والزرع.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية.

الفرع الأول: الأعضاء البشرية القابلة للنقل والزرع

تتنوع الأعضاء البشرية, و هي مختلفة فمنها:

- منها ما هو ظاهر للعيان، كالقرنية، والقدم، واليد، وغيرها.
- ومنها غير مرئي لا يمكن أن يرى بالعين المجردة، كالرئة، أو الكبد، و القلب، كما نجدها يابسة وتشكل غالبية أجزاء الجسم.
- وقد تكون في صورة مزدوجة مثل الكلية، والقرنية، والأذن.
- كما يمكن أن تكون منفردة: كالقلب والكبد والبنكرياس.
- وتكون بعض الأعضاء في شكل سائل كما هو الشأن بالنسبة للدم على وجه الخصوص.
- وهناك أعضاء متجددة كالدم، و أعضاء غير متجددة.
- و أعضاء ينجم عن استئصالها وفاة الإنسان، كالقلب، وأخرى لا يؤدي استئصالها البتة إلى الوفاة، كالقرنية والكلية، وغيرها.

وكنتيجة حتمية لما ذكر آنفا، يحق لنا التساؤل عن تلك الأعضاء التي يسوغ أن تكون محلا لزرع ونقل الأعضاء.

إن الأعضاء البشرية القابلة للنقل والزرع، من الأحياء و الأموات في يومنا هذا هي:

زرع الكلى، الكبد، البنكرياس، الأمعاء، القلب، الرئتين، النخاع العظمي، خلايا البنكرياس، القرنية و العظام.

---

[1] بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 7.

يضاف إلى ما سبق، عمليات نقل الدم البشري الذي يعد من الأعضاء المتجددة في جسم الإنسان، ولا ينطوي على الخطورة بالمقارنة مع عمليات نقل الأعضاء المذكورة آنفا.

الجدير بالذكر أنه بالنسبة للإنسان الحي فمن الطبيعي القول بأنه لا يسوغ أن تكون محلا للاستئصال إلا الأنسجة المتجددة، و الأعضاء المزدوجة عند تحقيق كل الشروط القانونية و الصحية اللازمة ومن ثم لا يسوغ نقل القلب و الكبد من الأعضاء المفردة التي يؤدي اقتطاعها إلى هلاك الشخص.

وهذا ما كرسته قوانين الصحة 85-05، و 88- 15، وكذا القانون 18 -11 الساري المفعول وهذا ما أشارت إليه المادة 1/360 من القانون المذكور آنفا (18-11) حيث نصت على انه:

"لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى خطر".

الفرع الثاني : الأساس القانوني لمشروعية نقل وزرع الأعضاء:

إن التبرع بشكل عام له أحكام تقنين قانون الأسرة الجزائري، أما المتبرع بالأعضاء و الأنسجة البشرية، فله الإطار القانوني الذي يحدد شروطه و أصوله.

المبدأ الأساسي، هو أنه لا يسوغ التعاقد على شيء غير قابل للتصرف فيه، فإذا منع المشرع التعامل في شيء ما، أو كان مخالفا للنظام العام، أو للآداب العامة، كان العقد باطلا.

إن جسم الإنسان و أعضائه غير قابلة في الأساس للتداول بين الناس، فلا تصلح بالتالي كموضوع للتعاقد.

بيد أنه ومع الثورة العلمية (في الطب)، وضع هذا المبدأ محل شك وريبة، ومن ثم أصبح من الممكن التصرف بأحد أجزاء جسم الإنسان أو أحد أعضائه لمصلحة شخص آخر، سيما أن مثل هكذا عمليات لا ينجم عنها ضرر فعلي للغير، بل على العكس من ذلك، حيث تنطوي على بعض الأحيان على فوائد كبيرة وهامة للغير وللطب، وعلى هذا الأساس تم تشجيع عمليات التبرع بالأعضاء البشرية، ضمن أطر و قواعد قانونية ناظمة لمثل هكذا تصرفات.

وهذا ما كرسه المشرع الجزائري بخصوص عمليات نقل و زرع الأعضاء، فقد أورد في نص المادة 354 من قانون الصحة 18-11 ضمن الفصل الرابع (البيو-أخلاقيات) بنصها على أن:

" البيو-أخلاقيات هي كل التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء و زرعها و الأنسجة و الخلايا و التبرع بالدم البشري، ومشتقاته و استعمالها ، و المساعدة الطبية على الإنجاب و البحث البيو- طبي".

ولقد تناول القانون 18-11 في مادته 358 منه هذه المسألة ونصت على أن عمليات نقل و زرع الأعضاء، لا يمكن أن تكون محلا للمعاملات المالية، حيث نصت على أنه:

" لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء و الأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية ".

و الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري و بالنظر لنصوص القانون 18-11 لم يحدد عضوا معينا بذاته، فالكثير من الأعضاء يمكن أن تكون محلا لعمليات النقل و الزرع بيد أنه وضع مبدأ ميز فيه بين العضو الأساسي للحياة و الأعضاء الأخرى، فمنع نقل العضو الأساسي للحياة، إذا كان هذا النقل يعرض حياة المتبرع إلى خطر.

حيث نص في المادة 1/360 من القانون 18-11 المذكور آنفا إلى:

" لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء، أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع للخطر".

ويبدو لنا أن المشرع الجزائري قد تفوق بنظرته هاته على المشرع الأردني الذي نص في المادة 4 أ/1 من القانون رقم (23) لسنة 1977 و المعدلة بالقانون رقم (23) لسنة 2000 و التي نصت على أنه :

" يشترط على أن لا يقع النقل على عضو أساسي للحياة إذا كان هذا النقل يؤدي إلى وفاة المتبرع ولو كان ذلك بموافقته".

فيظهر في هذا النص مدى النقص الذي يعتريه، والذي يتعلق بنقل وزرع الأعضاء، في حال أدى ذلك إلى إلحاق الضرر الجسيم بالشخص المتبرع ولم يؤدي بالضرورة للوفاة.

فكان المشرع الجزائري أكثر تمحصا في الأمر، بحيث أنه لم يقصر حالة المنع على الوفاة فقط بل جعله حتى على مجرد خطر يحدق بالمتبرع، فحسنا فعل.

و الجدير بالذكر، هو إمكانية نقل أحد الأعضاء التي تؤدي إلى اختلاط الأنساب، فانقل المبيض أو الخصية يعد مخالفا للنظام العام، ذلك أن هذه الأعضاء ناقلة للصفات الوراثية للشخص المانح.

و يمكن إسقاط المادة 374 من القانون 18-11 على فكرة منع التعامل في الأعضاء الناقلة للصفات الوراثية للشخص المانح حيث تنص على:

" يمنع التداول، لغاية البحث العلمي، التبرع أو البيع 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 أما أو بنتا.
- بالسيتو بلازم.

المطلب الثاني : الضوابط القانونية لزرع ونقل الأعضاء بين الأحياء في القانون الجزائري

ساير المشرع الجزائري معظم التشريعات المقارنة التي تبيح عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، مؤسسا إباحة مثل هكذا تصرفات إلى ترخيص القانون، وهذا بصدور القانون رقم (85-05) بتاريخ 16 فيفري 1985 و المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، أجاز المشرع الجزائري عمليات نقل وزرع الأعضاء في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان " انتزاع أعضاء الإنسان و زرعها " من المادة (161) إلى المادة (168)، وقد عدلت نصوصه بموجب القانون 88-15، وكذا القانون رقم (90-17) الصادر بتاريخ 31 جويلية 1990، ثم القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

الجدير بالذكر، أن مشرعنا الوطني لم يكتف بإجازة هذه العمليات فحسب، بل نص كذلك على الشروط اللازم توفرها للقيام بهكذا عمليات، وجعل لها قيود وضوابط قانونية، وكذا قيود تنظيمية.

مما سبق ذكره ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين موضح من خلالهما الشروط الأساسية لإباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و هذا وفق التقسيم الآتي:

- الفرع الأول: الضوابط العامة لإباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.
- الفرع الثاني: الضوابط الخاصة لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

الفرع الأول : الضوابط العامة لإباحة عمليات ننقل وزرع الأعضاء البشرية:

رخص المشرع الجزائري لاستئصال الأعضاء بين الأحياء موضوع مداخلتنا هاته وكذا من جثث الموتى (الأمر يخرج عن نطاق بحثنا) وجعله مربوط و مقيد بجملة من الضوابط التي سطرها قانون الصحة المنظم و المؤطر لهكذا عمليات، بموجب نصوص تشريعية صريحة.

مما تقدم يتبين لنا بأن المشرع الوطني قد أحاط عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بجملة من الضوابط العامة و التي تعتبر من الجانب العملي شروطا و ضمانات من ناحية أخرى، و يمكن إرجاع هذه الضوابط إلى ما يلي:

أولا: الضوابط الأخلاقية، القانونية لمشروعية التبرع بالأعضاء البشرية:

أباح القانون الأعمال الطبية في ميدان عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية فلا يسمح القانون بإجراء هكذا عمليات إلا إذا توفرت شروط و ضوابط قانونية معينة، وسنحاول تسليط الضوء عليها على النحو الآتي:

1 – أن يكون محل التبرع مشروعا:

يستوجب القانون الجزائري على غرار التشريعات المقارنة، وجوب المحافظة على حياة المتنازل و سلامة بدنه، بحيث لا تعود على المتبرع بأي ضرر أو خطر.

ونافله على ما سبق، لا يسوغ التبرع بالعضو الوحيد في الجسم كالقلب و الكبد (كما بين ذلك سابقا) ، لأن هذا الاقتطاع يفضي إلى موت صاحبه، في حين يسوغ التبرع بالعضو المزدوج كالكليتين أو الرئتين على أن يكون العضو المتبقي يمكن له أن يقوم بالوظيفة البيولوجية التي منحها إياه الله عز و جل.

وباستقراء المادة 1/360 من القانون 11/18 نسجل بأن المشرع الجزائري نوه بمسألة الحفاظ على حياة المتبرع ، حيث نصت على أنه :

" لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى خطر".

كما لا يجيز القانون أيضا التبرع بالأعضاء التناسلية التي تساهم في عملية الإنجاب, كالمبيض بالنسبة للمرأة و الخصيتان بالنسبة للرجل حتى و لو كان لغاية علاجية و لم ينجم عنه أي ضرر للمتبرع, ذلك أنها تنطوي على شفرات و راثية حتى بعد نقلها, الأمر الذي يؤدي لا محال إلى اختلاط الأنساب.

2. أن يكون الغرض علاجي:

اشترط المشرع الوطني على اقتطاع عضوا, أو نسيجا, لا يكون إلا لهدف علاجي و تشخيصي, و هذا ما كرسته المادة (355) من القانون 18_11 على أنه:

"لا يجوز نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية و ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

كما اشترط المشرع الجزائري في المادة 1/364 من ذات القانون على أنه: "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة و الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة الملتقي أو سلامته الجسدية و بعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي يتم قبوله فيها و أمام شاهدين اثنين (2)".

فلنستشف من خلال فحوى المادتين السالفتين الذكر؛ أن المشرع الجزائري استوجب أن يكون الهدف من إجراء هكذا عملية هو العلاج و ليس أهدافا أخرى غير طبية.

بيد أننا نسجل بعض الأهداف التي لا تنطوي على شرط علاجي كاستثناء، و تتمثل في التجارب الطبية، و تجد هذه الأخيرة كسند قانوني لها في القانون الجزائري حيث نجد أحكام كثيرة بخصوص هذه المسألة في مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

3 – أن يكون التبرع بدون مقابل مادي:

استوجب مشرعنا الوطني أن تكون عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية مجانا و دون مقابل، وهو المبدأ المكرس بنص المادة 358 من القانون 18-11 حيث تنص على أنه:

"لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها محل صفقة مالية".

و يستشف من خلال استقراء المادة السابقة أن الشخص يتنازل عن عضو من أعضائه بكيفية مجانية على وجه الهبة، وهو شرط أساسي لعدم خروج هذه العمليات عن هدفها العلاجي، ويحضر كل عملية بيع يكون محلها عضو من الأعضاء البشرية.

و للحفاظ على هذا المبدأ استوجب المشرع الجزائري مبدأ آخر وهو مبدأ سرية التصرف، بهدف عدم خروج التبرع عن نطاق الطابع الخيري الإنساني إلى نطاق التجارة غير الملائمة وهو المبدأ المكرس بنص المادة (1/363) حيث تنص على أنه:

" يمنع كشف هوية المتبرع المتوفى للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع ".

ويبدو لي أن النص السابق لم يكن دقيقا بالمقارنة مع نص المادة 2/165 من القانون 85-05 المتعلق بالصحة والتي نصت على أنه:

" يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد، وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع ".

حيث أن نص القانون القديم أكثر دقة و شمولية حيث ينطوي على المتبرع الحي، وكذلك الميت، في حين أن القانون الجديد 11/18 يتعلق فقط بالمتبرع الميت، مما يثير تساؤلات بالنسبة للمتبرع الحي، الأمر الذي تخطاه النص القديم في نص المادة (2/165) المذكور آنفا.

ثانيا : القيود التنظيمية لمشروعية التبرع بالأعضاء البشرية:

أجاز قانون الأعمال الطبية ذلك أن هذه الأخيرة لا ينجم عنها كأصل عام النيل من سلامة الجسم، ولقد وضع مشرعنا ضوابط طبية تؤطر من خلالها عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ذلك أن الغاية من هذه الأخيرة هو تحقيق منفعة للمريض (المستقبل) للعضو بمنأى عن الإضرار بالمتبرع ومن أجل تحقيق الموازنة بين هاتين المصلحتين المتعارضتين استوجب القانون توفر بعض الشروط نتناولها على التوالي:

1 – شرط الحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية:

كرست المادة 1/361 من القانون 18-11 هذا الشرط ينص على أنه:

"يمنع نزع أعضاء و خلايا وأنسجة بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء كما يمنع نزع أعضاء و أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي".

وناقلة القول، إن الطبيب ملزم بالقيام بكل الفحوصات أو التحاليل الطبية لكل من المتبرع و المتلقي – قبل إجراء أي عملية – وذلك قصد التأكد من خلو المتبرع من كل الأمراض المعدية التي من شأنها أن تضر بحياة ووجود الشخص المتلقي، بعد عملية النقل والزرع، ومدى استفادة المتلقي بهذا العضو المنقول.[1]

[1] - مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 138.

لقد ترك القانون مسألة التأكد من مدى صلاحية و ضرورة الزرع للمريض (المتلقي) و مدى الانسجام و التناغم النسيجي بين المتنازل و المستقبل للعضو إلى الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بالقيام بعملية النقل و زرع العضو، حيث تنص المادة 366 من القانون 18-11 على مايلي:

" لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء".

ويجب أن تتوفر المؤسسات الإستشفائية على تنظيم طبي- تقني و تنسيق استشفائي، كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء و الأنسجة.

تحدد شروط و كيفيات الترخيص عن طريق التنظيم ".

ثالثا : الضوابط التنظيمية المتعلقة بالمؤسسات الصحية والأطباء:

صدر في هذا الشأن من وزير الصحة قرارين :

- قرار في 1993/03/23 تضمن أسماء المؤسسات المرخص لها قانونيا بممارسة عمليات انتزاع و زرع الأعضاء البشرية.
- قرار في أكتوبر 2002، ألغى القرار الأول، ونص فيه على المؤسسات الاستشفائية المرخص لها قانونا بتنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية و اختصاص كل مؤسسة، بنوع معين من العمليات.

الفرع الثاني : الضوابط الخاصة بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية:

أجازت معظم التشريعات المقارنة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية, بما فيها التشريع الجزائري, شريطة التقيد بشروط قانونية مسطرة من طرف التشريع الساري المفعول، المتعلق بهذا الشأن، و تتجسد هذه الشروط الخاصة (علاوة على الشروط العامة المتطرق إليها سابقا)[1]. في وجوب توفر شروط خاصة بالمتنازل (المتبرع)، و المتلقي المريض و بدون احترام هذه الشروط تفقد هذه العمليات مشروعيتها و قانونيتها، ذلك أن هذا الأمر يمس حرمة جسم الإنسان و كرامته، و سنتناول هذه الشروط وفق التوزيع الآتي:

أولا: الرضا في عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية:

يعتبر حق الإنسان في سلامة بدنه من أهم الحقوق اللصيقة بشخصه المثبت بمجرد ولادته، وينجم عن إهداره تضحية بآدمية الإنسان.

---

[1] - أنظر الفرع الأول الموسوم ب:" الضوابط العامة لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية " المدرج تحت المطلب الثاني الموسوم ب : " الضوابط القانونية لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء في القانون الجزائري ".

في حين تعد الأعمال الطبية من المباحات رغم مساسها بجسد الشخص, حيث أنها تستند لإذن المشرع و ترخيص القانون.

بيد أن المشرع أخضع هذه الإباحة إلى شرط حصول الطبيب على رضا المريض بالعمل الطبي، وذلك يعد تنفيذه لواجبه بالإعلام اتجاه المريض, لأن الطبيعة التعاقدية التي تميز في الغالب علاقة الطبيب بمريضه تتطلب من الناحية القانونية حصول الطبيب على رضاء المريض قبل مباشرة أي تدخل طبي على جسمه[1].

1- شروط الرضا:

وبما أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تنطوي على خطورة محدقة بحياة و سلامة جسد المتبرع, أحاطها المشرع بأطر قانونية تحول دون الإضرار بهذا الأخير، وهذا ما نصت عليه المادة 4/360 من قانون 18-11 بالنسبة للمتبرع بنصها على مايلي:

" لا يمكن القيام بنزع الأعضاء و الخلايا من شخص حي، قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع ".

يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع، وعند الاقتضاء للتبرع المتقاطع أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا, الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة و مستنيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت و بدون أي إجراء.

ومن خلال استقراء المادة السابقة يتضح لنا بأن المشرع الجزائري استوجب من المتبرع الموافقة المستنيرة و أحاطها بوصاية مرفق القضاء ممثلا في رئيس المحكمة المختصة إقليميا حيث يتأكد هذا الأخير من الموافقة الحرة و المستيرة للمتبرع.

أما بالنسبة للاقتطاع من الجثة فلقد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 362 من القانون 18-11 على أنه:

"لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفيين 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.

يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة، لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، وتحدد كيفيات التسجيل في سجل الرفض, عن طريق التنظيم.

---

[1]- مجدي حسن خليل، مدى فاعلية رضا المريض في العقد الطبي، القاهرة، دار النهضة العربية, سنة 2000, ص51.

يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفي، وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل تتم استشارة أفراد أسرة المتوفي البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي:

- الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الأخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى دون أسرى ن قصد معرفة موقفه من نزع الأعضاء.

ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفي البالغين لعمليات النزع التي قام بها".

من خلال المادة السابقة يتضح لنا انه بالنسبة للاقتطاع من جثة الميت (وهذه المسألة خارج نطاق دراستنا)، يستوجب عملية الإقتطاع عدم رفض المتبرع الميت في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، وفي حالة غياب تسجيل الرفض يستأنس بإستشارة أفراد الأسرة البالغين للمتوفي حسب الترتيب التالي :

- الأب أو الأم ، أو الزوج أو الأبناء أو الأخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفي بدون أسرة.

2- خصائص الرضا :

استوجب المشرع انطواء رضا كل من المتبرع و المريض جملة من الخصائص نذكرها على التوالي:

أ- أن يكون رضا كل من المتبرع و المريض مستنيرا, متبصرا.

ب- أن يكون الرضا حرا.

ثانيا: الأهلية المطلوبة لكلا الطرفين (المتبرع و المتلقي):

استوجبت معظم التشريعات المقارنة على ضرورة تمتع كل من المتبرع و المتلقي بالأهلية الكاملة هذا ما سنحاول تبيانه تاليا:

1- أهلية المتبرع :

تنص المادة 1/361 من القانون 18-11 على أنه:

"يمنع نزع أعضاء و أنسجة و خلايا بشرية من أشخاص قصر و عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء و أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي".

مما سبق يتضح بأن القانون لا يسمح بالاقتطاع إلا بالنسبة الأشخاص الكاملي الأهلية السالمين[1].

---

[1] مواسي العلجة؛ "الملتقى حول المسؤولية الطبية", المداخلة الموسومة ب: نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء و من جثث الموتى", جامعة مولود معمري, تيزي وزو, 2008, ص232.

بيد أن المشرع نص على إمكانية نزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن أن يتم هذا التبرع 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, و يقتضي هذا النزع في جميع الحالات الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي".

ولقد رتب المشرع الجنائي الجزائري عقوبة لكل من مس بهذه الأحكام و ذلك في المادة 431 من القانون 18-11 بنصها:

"يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 361 من هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات ".

2- أهلية المريض (المتلقي):

إنه و بالنسبة للمتلقي (المريض) لم يحدد المشرع أهلية معينة حيث يمكن أن يكون راشدا أو قاصر، أو عديم التمييز شريطة موافقة الولي (أو الوصي) الشرعي ، وهذا ما انطوت عليه المادة 3/364 بنصها على مايلي:

"... وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية يمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي، حسب الحالة.

وفي حالة الأشخاص القصر، يعطى الموافقة الأب أو الأم عند غيابهما الممثل الشرعي".

خاتمة

تناولنا في هذه الورقة البحثية أحد الاكتشافات العلمية الطبية الحديثة و المتمثلة في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

و أشرنا في متن هاته المداخلة، إن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تستمد أساسها من القانون وذلك بمضع الإطار القانوني لها من طرف المشرع، من خلال قانون 18-11 الذي كان محور دراستنا، وأشرنا كذلك للقوانين السابقة 85-05، 88-15 وغيرها من النصوص القانونية ذات الصلة.

علاوة على ما سبق، وضع المشرع الجزائري والمقارن شروطا عامة، وخاصة للتقيد بها من قبل الأطباء تحت طائلة المسألة القانونية جزائيا و مدنيا، وذلك قصد تحقيق الهدف المراد تحقيقه.

وتوصلنا من خلال معالجتنا للموضوع إلى أن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية يجب أن تجري وفق النظام العام والآداب العامة، وذلك من خلال مشروعية المحل فلا يجب التنازل عن الأعضاء الوحيدة غير المتجددة؛ كالقلب مثلا من إنسان حي، وعدم اقتطاع الأعضاء التناسلية، بهدف منع اختلاط الأنساب، وأن تكون غاية الاقتطاع علاجي.

إن عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية تستلزم توفر عدة شروط من أجل ضمان نجاحها، ولحماية أطرافها وذلك من خلال الموازنة الصعبة بين مصالح متعارضة وخاصة بين الأحياء.

على أية حال فمن خلال تحليلنا للموضوع، سجلنا العديد من الملاحظات نقتصر على ذكر بعضها لتكون عونا لمشرعنا الوطني على سد بعض الثغرات نقدمها على شكل اقتراحات على النحو الآتي:

1- نرى ضرورة نص المشرع صراحة على استبعاد التبرع بالأعضاء التناسلية و ذلك لما تنطوي عليه من صفات وراثية تؤدي إلى اختلاط الأنساب وتخالف النظام العام و الآداب العامة، علاوة على أنها محرمة شرعا.

2- نقترح على المشرع الوطني أن يلزم بإيجاد تأمين خاص إلزامي بالمتبرع على كل خطر محتمل وقوعه في المستقبل نتيجة لعملية الاستئصال.

3- ضرورة إيجاد نظام تأمين طبي خاص بالأطباء لتغطية الأضرار التي يمكن أن تحدث نتيجة الأخطاء الطبية غير المقصودة.

4- ضرورة إصدار قانون مستقل ودقيق خاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، مستقل عن بقية القوانين الأخرى (كقوانين الصحة) كما هو الشأن في الكثير من الدول.

المصادر و المراجع

I. المصادر:

1. القوانين:

- القانون 85_05 المؤرخ في 1985/02/17 بشأن حماية و تعزيز الصحة, الجريدة الرسمية رقم 08.
- القانون رقم 88_15 المؤرخ في 03 ماي 1988 المؤرخ في 04 ماي 1988 الجريدة الرسمية عدد 18.
- القانون 18_11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 يتعلق بالصحة المنشورة بالجريدة الرسمية العدد 46 في 29 يوليو سنة 2018.

2. القواميس:

- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور. لسان العرب, المجلد 15, دار بيروت, 1956.
- عبد الله البستاني, معجم وسيط اللغة العربية, مكتبة لبنان بيروت, 1980.

II. المراجع:

1. الكتب:

- إدريس عبد الجواد عبد الله, الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء, دراسة مقارنة, دار الجامعة الجديدة للنشر ليبيا 2009.

- أمين مصطفى محمد, الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز و الالتهاب الكبدي الوبائي, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 1999.

- الجندي, إبراهيم صادق, الموت الدماغي, الطبعة الأولى, جامعة الأمير نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2001.

- بلحاج العربي ، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

- محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1999.

- محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2001.

- هيثم حارث المصاروة: نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

- زعال حسني ، التصرف الغير مشروع بالأعضاء البشرية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن, 2001.

2. أطروحات الدكتوراه:

سعيدان أسماء رسالة دكتوراه، "الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية، كلية الحقوق بن عكنون، 2013.

3. المقالات:

- بيبية بن حافظ، نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري، مجلة العوم الإنسانية عدد – 44 ديسمبر2015، مجلد –ب– كلية الحقوق ، جامعة الأخوة متنوري، قسنطينة، الجزائر.

- محمد سيد سلامة ، "الإستنساخ البيولوجي، وحماية حقوق الإنسان، مجمع الفقه الإسلامي، العدد 10، المغرب، 1988.

- مروك نصر الدين، استنساخ الإنسان بين الحضر والإباحة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية 04، جامعة بن عكنون، 1999.

4. ملتقيات:

- مواسي العلجة، الملتقى حول المسؤولية الطبية، المداخلة موسوعة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الحياء ومن جثث الموتى، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.

البيو – أخلاقيات الطبية في مجال نزع الأعضاء والأنسجة الشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع

د. نريمان مسعود بورغدة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

أ. ربيعة أنجشايري
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

ملخص:
لقد ربطت الشريعة الإسلامية ومعظم التشريعات وحتى الأطباء عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بضوابط وشروط، كما اعتبر المشرع الجزائري هذه العملية من بين أحد النشاطات الطبية المرتبطة بالبيو–أخلاقيات والتيحددها على سبيل الحصر في قانون الصحة 18 –11، اذ كان لزاما عليه الحرص على احترام الجانب الأخلاقي والشرعي أثناء ممارسة النشاط الطبي بشأنها. لكن بالرغم من أن تدخل المشرع عند تنظيمه لهذه العملية كان إيجابيا، إلا أن هذه الاخيرة لم تعرف توسعا، كما أن تنظيمها لم يخلو من بعض الإشكالات والثغرات القانونية التي تحتاج إلى سدها من أجل التقليص من المشاكل العملية التي قد تثار بشأنها.

الكلمات المفتاحية: البيو–أخلاقيات، الطب، نزع وزرع الأعضاء،الانسجة، الموتى.

Abstract:
Islamic law, most legislations, and even doctors link the process of human organs and tissue donation and transplantation with controls and conditions. The Algerian legislator also considered this operation among one of the medical activities related to bio-ethics, which it specified exclusively in the Health Law n° 18-11 in order to preserve its moral and legal aspect, but although his intervention was beneficial, this process did not know of expansion, and the organization has not been without some problems and legal loopholes which must be filled in order to reduce the practical problems which may be raised about it.

Key words : Bio-ethics, medicine, removal and transplantation of organs, tissues, the dead.

مقدمة:

أثارت الأبحاث العلمية والتجارب الطبية والبيولوجية الحديثة على الانسان، وكذلك طرق العلاج المستحدثة والممارسات الجديدة الناجمة عن التقدم العلمي في ميادين الطب والبيولوجيا وعلوم الأحياء والمتعلقة بالأنسجة، والخلايا الجذعية، والجنين الآدمي، ونزع وزرع الأعضاء وغيرها، ضرورة الموازنة بين المتطلبات العلمية المعاصرة في مجالات الطب والجراحة والبيولوجية، وبين حتمية توفير الحد الأدنى من الاحترام الواجب للجسم البشري ، والحفاظ على الكرامة الإنسانية الآدمية، وحقوق وضمانات الانسان

الشرعية والقانونية التي لا يجوز انتهاكها ولا المساس بها، وذلك لا يكون إلا بصياغة قوانين بيو أخلاقية لتنظيم الأخلاقيات الطبية[1].

ولقد حدد المشرع في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 المؤرخ في يوليو 2018[2] والمعدل بالأمر 20-02[3] النشاطات الطبية المتصلة بالبيو-أخلاقيات الطب على سبيل الحصر في أربعة أنواع من النشاطات الطبية، أين تصدر نشاط نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية هذه النشاطات، ثم تلاه التبرع بالدم ومشتقاته واستعمالهما، ثم المساعدة الطبية على الانجاب، وأخيرا البحث البيو-طبي.

وتعد عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لا سيما من الأموات إلى الأحياءمن أهم وأعظم الانتصارات الطبية في الوقت الراهن، فهي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ العديد من المرضى المحكوم عليهم بالموت، أو الذين يعانون من أمراض مستعصية، وهيعملية هامة جدا للبشرية ولا بديل لها بالرغم من وجود بعض البدائل الصناعية كالأكباد الصناعية والقلب الصناعي ، هذه الأخيرة أثبت الطب بأنها لا تدوم لفترة طويلة وهي كمرحلة انتقالية لغاية الحصول على الزرع ، وعلى هذا الأساس فإن الأفراد الذين يعانون من الفشل الكبدي النهائي أو القلبي النهائي، أو الرئوي النهائي لا بديل لهم سوى الحصول على هذه الأعضاء من جثث المتوفين دماغيا، وبالرغم من أن نزع وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء وإن كان يواجه عوائق وإشكالات تحول دون إتمام عمليات النقل أو توسعها، فهو في نفس الوقت لا يواجه مشاكل كبيرة مقارنة مع نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، وذلك يعود لأن مشكلة المساس بحياة من يجري استئصال عضو أو نزع نسيج من جسمه لا تثور بالنسبة للجثث[4]، فالتبرع بأعضاء الإنسان بعد موته فيه منفعة خالصة للغير

دون احتمال أي ضرر عليه،لأن هذه الأعضاء تتحلل بعد مدة ويأكلها التراب[5].

ونظرا لأهمية موضوع نزع وزرع الأعضاء للحياة الإنسانية،وتعلقه بحرمة الانسان التي تكفل له حيا كان أو ميتا، وحتى لا تكون الأعضاء البشرية كالسلع تباع وتشترى، الأمر الذي جعل كل من الشريعة ومعظم

---

[1] بلحاج العربي: الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الانسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص07، 08.

[2] القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46، سنة 2018.

[3] الأمر رقم 20-02 مؤرخ في 11 محرم عام 1442 الموافق ل 30 غشت سنة 2020، يعدل ويتمم القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 50، سنة 2020.

[4]هند شعبان: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، مجلة دورية تصدرها كلية الحقوق بجامعة جيلالي الياس،سيدي بلعباس،الجزائر، العدد 03، سنة 2007، ص186.

[5] فريدة بلفراق:حق التصرف في الجسد بين الشريعة والقانون،مجلة العلوم القانونية والإدارية،تصدرها جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان، الجزائر، رقم 06، سنة 2008، ص 116.

التشريعات ومعظم الأطباء يضبطون هذه العملية بضوابط وشروط، شئنهم في ذلك شأن المشرع الجزائري الذي قام بتنظيم هذا النوع من العمليات الجراحية من حيث بيان أهم ضوابطه وشروطه ومتطلباته بغية الحيلولة دون القيام به بطرق غير قانونية، كما حدد الجهة المخولة بإجرائه، وجعل انطلاق هذه العملية يكون بعد التأكد من عدم رفض المتوفي التبرع بأعضائه بعد الوفاة عن طريق البحث في السجل الوطني للرفض والذي دخل حيز الخدمة سنة 2021 على موقع الوكالة الوطنية للتبرع بالأعضاء[1].

ولقد تم ضبط عملية زرع الأعضاء من الموتى من طرف المشرع الجزائري لتفادي خروج الجهة المختصة بإجرائه عن الإطار الأخلاقي والشرعي والقانوني، كما تم توفير الوسائل والأجهزة الطبية اللازمة، إلا أن عملية التبرع بالأعضاء لاسيما من الأموات لا زالت تعد على الأصابع وتبتعد عن المعدلات العالمية، كما أن جائحة كورونا زادت في توسع دائرة المحتاجين للأعضاء، كل هذا جعلنا نبحث عن مكامن الخلل في عدم توسع العملية وهذا بطرح الإشكالية التالية ما هي الضوابط المرتبطة بعملية نزع وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء؟ أو ماهي البيو–أخلاقيات عملية الزرع من الأموات؟ وهل ستساعد الضوابط التي تباناها المشرع الجزائري في قانون الصحة 18–11 في توسع عملية زرع الأعضاء من الموتى أم أنها ستخلق إشكالات عملية؟

قد اعتمدنا لمعالجة هذه الدراسة على المنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف الشروط التي نظمت عملية نزع وزرع الأعضاء من الموتى لدى كل من الشريعة الإسلامية والأطباء وكذا التشريعات بما فيها التشريع الجزائري أين حددنا المواد التي جاءت منظمة للعملية في قانون المتعلق بالصحة، وذلك من خلال مبحثين حددنا في المبحث الأول منه المعنون بالإطار المفاهيمي، بعض المفاهيم، ثم بينا في المبحث الثاني الضوابط التي تحكم عمليةنزع وزرع الأعضاء والأنسجة من الأموات إلى الأحياء، وانهينا هذه الدراسة بخاتمة تضمنت أهم النتائج وبعض الاقتراحات.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي

قبل التعرض للضوابط والشروط المتعلقة بعمليات نزع وزع الأعضاء والأنسجة من الموتى، أو البيو أخلاقيات الطبية المتعلق بهذا النشاط كان لزاما علينا تحديد بعض المفاهيم المفتاحية في الموضوع محل الدراسة وهي البيو أخلاقيات الطبية وكذا نزع وزراعة الأعضاء البشرية.

المطلب الأول: مفهوم البيو أخلاقيات الطبية

نشأت البيو أخلاقيات الطب نتيجة المشاكل الأخلاقية التي أفرزها التطور العلمي والتكنولوجي في كل ميادين حياة الانسان، ويراد بها دراسة المسائل الأخلاقية التي تثار في مجال البيولوجيا والطب، فهي نوع من أنواع أخلاقيات الطب التي ظهرت كنظام جديد سنة 1960[2] لكنها عكس أخلاقيات الطب فهي تستدعي تدخل عدة

[1]http: rnr.ang.dz

[2]Wikipedia, l’encyclopedie liber, Bioethque, site internet https:/fr.wikipedia.arg/wiki/bioetique

أشخاص متنوعي الاختصاصات كالأطباء، البيولوجيين، القانونيين، الاجتماعيين...إلخ[1].

وتعتبر البيو أخلاقيات في مجال الطب مجموعة من التساؤلات التي يسعى من خلالها الانسان لإيجاد توازن بين منافع ومضار التقدم التكنولوجي[2].

عرفتها موسوعة ويكيبيديا بأنها دراسة فلسفية للخلافات الأخلاقية الناجمة عن التقدم

في مجال البيولوجيا (علم الأحياء) والطب. وهي مرتبطة بالمسائل الأخلاقية التي تنشأ في العلاقات بين علوم الحياة، التكنولوجيا الحيوية، الطب، السياسة، القانون، الفلسفة[3].

وبخصوص المشرع الجزائري فإنه لم يستعمل مصطلح البيو–أخلاقيات الطبية إلا مؤخرا في قانون الصحة 18–11 ولأول مرة إذ جاء تحت الباب السابع منه المعنون بالأخلاقيات والأدبيات والبيو –أخلاقيات الطبية، في الفصل الرابع المعنون بالبيو أخلاقيات، إذ اعتبر بموجب المادة 354 من قانون الصحة البيو–أخلاقيات كل التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته والمساعدة الطبية على الانجاب والبحث البيو طبي.

ومن خلال المادة يتضح لنا أن المشرع لم يعطي تعريفا دقيقا لبيو أخلاقيات الطبية وإنما حدد أربعة نشاطات واعتبر التدابير الخاصة بها هي البيو أخلاقيات الطبية.

المطلب الثاني: مفهوم زراعة الأعضاء البشرية

لتحديد مفهومزراعة الأعضاء البشرية سوف نحدد معنى الزرع، ثم معنى العضولنصل لتحديد معنى زراعة الأعضاء البشرية ثم نحدد مكونات الجسم لنصل لتحديد

المكونات الصالحة للزرع.

الفرع الأول: تعريف زراعة الأعضاء البشرية

الزرع: هو إدماج عضو جديد في جسم انسان حي، مساهمة في علاجه[4].

العضو:المقصود بالعضو، ويسمى كذلك بالغريسة أو الرقعة، وهو كل ما يشمل حيزا محددا داخل جسم الانسان، سواء كان متصلا به، أو منفصلا عنه، وهو إما أن يكون عضوا كاملا مثل الكلية والكبد، أو

---

[1] ليلى بلحسن منزلة، قادية عبد الله: البيو أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الانجاب–الشروط والموانع– مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 09، العدد01، سنة 2021، ص260.

[2]Jean François Mattei entretien sur Chaine d'assistance publique, Hôpitaux universitaires de Marseille, Mars2005, France.

[3]https://ar.wikipedia.org consulté le 10/08/2022.

[4] بيبية بن حافظ: نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، ديسمبر 2015، مجلد ب. ص. ص274.

يكون جزء من عضو كالقرنية (وهي الجزء الشفاف الخارجي من العين)، أو يكون نسيجا، أو خلايا كما هو الحال في نقل الدم والنخاع العظمي[1].

إذا يقصد بمصطلح زراعة الأعضاء البشرية نقل مادة خلوية أو نسيجية حية سواء منجزء لآخر عند نفس الفرد أو من فرد لآخر، بمعنى أن الزرع هو عبارة عن طعم نسيجي أو ترقيع ومثاله الترقيع الجلدي[2]، أو هو عملية من خلالها يستبدل عضو مريض بعضو سليم مأخوذ من شخص حي أو ميت، والشخص الذي يتم له الزرع يسمى المستقبل، والشخص الذي يتم النقل منه يسمى المتبرع، والعضو المنزوع يسمى الغريسة[3]، وبتعبير آخر"نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من شخص المتبرع ليزرع في جسم الشخص المستقبل–المريض–ليقوم هذا العضو المزروع مقام العضو التالف"[4].

بالرجوع إلى قانون الصحة 18–11 والامر 20–02 المعدل له لا نجد أي تعريف لمصطلح زراعة الأعضاء البشرية،وقد ورد مصطلح العضو في قانون الصحة ضمن القسم الأول المعنون بأحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، من الفصل الرابع المعنون ب البيو–أخلاقيات، وذلك في المواد 355 وما يليها وفرق بشكل واضح بين مدلول الأعضاء البشرية والمشتقات ومواده الأخرى، مثل الانسجة والخلايا والدم التي تشكل معا بنية الجسم البشري[5].

الفرع الثاني: مكونات الجسم البشري

ان جسم الانسان يتكون من مجموعة من الأعضاء والأنسجة والخلايا بحيث يؤدي كل منها وظائف معينة ومحددة في جسم الانسان، لكن هل كل الأعضاء والأنسجة والخلايا قابلة لعملية النقل والزرع؟

---

[1]جمال روابح وطحطاح علال: مداخلة بعنوان نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة والقانون، الملتقى الوطني الثاني حول نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشريعة، المركز الجامعي خميس مليانة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، أيام :21، 22، 23، الجزء الأول، سنة 2009، ص137.

[2]ابتسام بلقواس: التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر، المجلة الافريقيةللدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر2020، ص 69.

[3] ابتسام بلقواس: المرجع السابق، ص70.

[4]نصر الدين مروك: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة،الجزء الأول، الكتاب الثاني،التطبيقات العملية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية،دار هومة،الجزائر، ص 03.

[5]مونية بن بوعبد الله: النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية–الجزائر وفرنسا نموذجا، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد صفر، مارس2014، ص57، وانظر أيضا سعيدان أسماء: الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2012، ص 02.

لم يحدد المشرع الجزائري قائمة بالأعضاء البشرية القابلة للنقل أو الزرع، أو المحضورة من ذلك واكتفى بتحديد الغاية من عملية نزع وزرع الأعضاء والتي حصرها في أن يكون نزع العضو لضرورة علاجية أو تشخيصية[1]لكنه اعتمد على الجانب العلمي أو الطبي في عمليات نزع وزرع الأعضاء، مما يفهم بأنها تشمل الأعضاء البشرية التي يمكن نقلها طبيا، والتي يمكن تقسيمها إلى قسمين[2]: الأعضاء البشرية التي يمكن أخذها أثناء حياة الشخص، وتتمثل في الأعضاء المزدوجة فقط، كالكلى أو الرئتين، أو السوائل التي يمكن تعويضها مثل الدم الخلايا الجذعية المكونة للدم،أنسجة الجلد، شظايا العظام، بصفة استثنائية فص الكبد.

الأعضاء البشرية التي يتم أخذها بعد الوفاة: هي جميع أعضاء الميت،كالقلب، الكبد، الرئة، البنكرياس، العظام، والغضاريف، القرنية، بصفة نادرة الأمعاء، الجلد،لكن يجب أن تكون الأعضاء التي يتم زرعها من الميت في حالة جيدة وليست تالفة،لأن في تلفها نتائج وخيمة تلحق في جسد المتلقي، لذا يعد حفظ العضو المنزوع من التلف أهم المتطلبات اللاحقة لعملية نزع العضو من جسد المتبرع وهو من أحد الضوابط الطبية الموضوعية[3].

فصلاحية الأعضاء تختلف بحسب تكوينها التشريحي، إذ تتلف الأعضاء المركبة في الجسم كالكبد والكلى في فترة زمنية قصيرة لا تتعدى بضع ساعات إذا ما تعرضت لنقص الدم اللازم لها، على خلاف بعض الأنسجة كالشرايين والأنسجة العظمية فإنها يمكن أن تبقى لساعات طويلة محرومة من كمية الدم اللازم دون أن يصيبها أدنى تلف، هذا مع الإشارة إلى أن الأطباء لإنجاح عملية الزرع وتجنبا للمسائلة القانونية قاموا باستحداث طرق معينة تكفل الحفاظ على الأعضاء، فمثلا بالنسبة للكبد يحفظ في درجة حرارة منخفضة تتراوح ما بين 16-20 درجة مئوية، لزرعه في جسد المريض خلال ساعة واحدة[4].

كما يجب أن تبقى هذه الأعضاء، وهي تتلقى التروية الدموية، عبر الدورة الدموية للشخص الذي مات، ويستلزم أن هذا الشخص قد مات نتيجة موت دماغه لا قلبه، إذ يبقى القلب في هذه الحالة يضخ الدم، بمساعدة جهاز الإنعاش الصناعي، والعقاقير، كما يشترط أن يبقى ضغط الدم في حدود(100مم زئبق)للضغط الانقباضي، حتى تتم تروية جيدة، لحين نقل العضو أو الأعضاء المتبرع بها[5].

---

[1] انظر المادة 355 فقرة 01 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[2]مونية بن بوعبد الله: المرجع السابق، ص58، 59.

[3] شعيب ضريف: ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة الجزائري، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، 2022،ص328.

[4] شعيب ضريف: المرجع السابق، ص331.

[5]بيبية بن حافظ: المرجع السابق، ص274.

وقد أمر المشرع الجزائري بإنشاء هياكل على مستوى المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بنزع وزع الأعضاء تسند لها مهمة الحفاظ على الأعضاء البشرية والخلايا والأنسجة بغرض الاستفادة منها كلما اقتضت الحاجة، وهذا بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية[1].

المبحث الثاني: الضوابط التي تحكم نزع وزرع الأعضاء والأنسجة من الأموات إلى الأحياء

إن حرمة وكرامة بني آدم تمتد إلى بعد الحياة في صورة احترام جثة الميت وعدم المساس بها، وعلى هذا الأساس فلقد ربطت معظم التشريعات التي أجازت استئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى بغرض زرعها في أجسام المرضى لدواعي علاجية، بشروط يستوجبها مبدأ واجب الحفاظ على حرمة الجثة من كل انتهاك يطالها، كما أن استئصال الأعضاء من جثث الموتى لما له من خصوصية كون الإنسان المتنازل عن الأعضاء هو شخص متوفى لا يتمتع بالأهلية ولا يستطيع التعبير عن إرادته [2]ولذلك كان لزاما ضبط كيفية التصرف في الجثة وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الضوابط (الشروط) التي تحكم عملية استئصال الأعضاء من المتوفين دماغيا إلى قسمين تتمثل الأولى في الشروط العامة أما الثانية تتمثل في الرضا أو ضرورة الحصول على الموافقة لنزع الأعضاء وأتعرض لكل منهم في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: الشروط العامة للاستئصال من جثة المتوفى

لقد ربطت الشريعة الإسلامية ومعظم التشريعات ومعظم الأطباء عملية نقل الأعضاء البشرية بشروط وسوف أتعرض لهذه الشروط في النقاط التالية:

الفرع الأول: الشروط التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية

لقد وضع علماء الشريعة الإسلامية جملة من الشروط يمكن تلخيص فيما يلي:

-أن يكون الاقتطاع لإنقاذ الغير بحيث لا يغني عنه سواه من أعضاء حيوان أو أي عضو صناعي[3]، مع قيام حالة الضرورة أي أن يكون المنتفع مضطرا إلى الانتفاع بأعضاء الميت، بحيث أن العلاج العادي أو البسيط أصبح من دون جدوى[4].

- تحقق الموت من الجثة المراد نزعها مع إذن صاحب الجثة بالانتفاع بأحد أجزائها، أو يأذن ممن له ولاية على نفس صاحب الجثة أو يأذن ورثته بعد موته[1].

---

[1] أنظر المادة 257 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[2]سكينة غيلاسي:الضوابط الشرعية والقانونية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة الواحد والعشرون،الجزائر،2010-2013، ص43.

[3] شفيقة الشهياوي رضوان: التبرع بالأعضاء بين المسلمين وغيرهم، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي،القاهرة،مصر، 2014،ص59.

[4]خليدة مشكور: المسؤولية المدنية في مجال زراعة الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون،جامعة الجزائر،2001/2000، ص105.

– أن يشرف على عملية نقل الأعضاء طبيب ماهر مختص في عملية التشريح والزرع، وأن يغلب على الظن نجاح العملية[2].

– أن يكون كلا من العضو المراد زرعه وجثة الميت خاليان من الأمراض المعدية كالإيدز أو التهاب الكبد الفيروسي، السل..إلخ[3].

– الموازنة بين مصلحة المضطر المنقول إليه العضو أو الأعضاء على المفسدة اللاحقة بالمساس بالجثة[4].

– ضرورة توفير المستلزمات التي يشترطها الطب من أطباء مختصين وأمكنة إجراء العملية[5].

– أن تجرى عملية أخذ العضو ونقله بكل رفق حفاظا على كرامة الميت مع شرط إعادة المكان الذي أخذ منه العضو، بحيث لا يترتب على ذلك تمثيل بالميت[6].

– يجب عدم نقل الأعضاء المحرمة نقلها شرعا ونقصد بذلك الأعضاء التناسلية التي من شأنها أن تنقل الخصائص الوراثية من شخص إلى آخر(الخصية والمبيض) لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وعلى هذا الأساس فزرعهما أمر محرم شرعا بصفة مطلقة[7]، كما انه يمس بالنظام العام القانوني، ولا يجوز مطلقا إباحة أي عمل من شانه المساس بالنظام العام في المجتمع.

الفرع الثاني: الشروط التي وضعها الأطباء

لقد اشترط الأطباء بدورهم عدة شروط للقيام بالعملية يمكن تلخيصها في:

– أن يكون المتوفى قد مات بموت الدماغ، للحصول على الأعضاء صالحة للاستعمال تؤدي وظيفتها في الجسم المنقولة إليه[8]ويجب التأكد من حالة الوفاة وذلك بالتأكد من أن التنفس إصطناعي،جميع ردود الأفعال منعدمة، ارتخاء كلي للعضلات، إتساع دائم لحدقات العينين، لا يوجد إشارات كهربائية من المخ[9].

---

[1] شفيقة الشهياوي رضوان: المرجع السابق،ص59.

[2] شفيقة الشهياوي رضوان: المرجع نفسه.

[3]سكينة غيلاسي: المرجع السابق، ص44.

[4]خليدة مشكور: المرجع السابق،110.

[5]سكينة غيلاسي: المرجع السابق، ص44.

[6] شفيقة الشهياوي رضوان: المرجع السابق،ص59.

[7] بلحاج العربي:المرجع السابق،ص172.

[8] شفيقة الشهياوي رضوان: المرجع السابق،ص57.

[9] جمال جامع،موات عبد القادر :نزع ونقل وزراعة الأعضاء البشرية والأنسجة في التشريع الجزائري،دراسة قدمت في إذاعة سكيكدة، الجزائر في 16 جوان 2015.

– أن يكون المتوفى خاليا من الأمراض المعديةكالإيدز،وألا يكون مصابابسرطان مؤكد أو مشتبه فيه باستثناء أورام الدماغ الأولية المؤكدة عن طريق تحاليل العينات المأخوذة منهولا يوجد ورم خبيث في جسمه ما عدا أورام الدماغ أو الجلد غير المنتشرة[1]،كما ينبغي أن يكون العضو المراد استقطاعه خاليا من الأمراض التي من شأنها المساس بحياة وسلامة من يتلقاها[2].

– ويجب كذلك ألا يكون هناك مانع طبي فلا يكون مثلا نسيج المتوفى مريضا ولهذا الغرض لا بد أن يكون هناك مسيرة حياة المريض المتوفى، كما يجب ألا يكون الشخص المتوفى معني بتشريح طبي له،إذ يجب حل المشكل القضائي ثم نلجأ لعملية الأخذ والزرع[3].

– ألا يكون المتوفى مصابا بضغط الدم وضيق الشرايين والبول السكري الشديد[4].

– ألا يكون المتوفى قد تجاوز الخمسين عاما بالنسبة لزراعة القلب أو الستين عاما بالنسبة لزراعة الكلى[5].

– ألا يكون المتوفى مصاب بمرض مجهول النسب، أو بأحد الأمراض العصبية أو أحد أمراض الفيروسات البطيئة، اعتلال الدماغ المترقي البؤري المتعدد، داء الكلب[6].

– يجب توقيع حالة الوفاة من طبيبين ليس عضويين من اللجنة الطبية المقررة لأخذ الأعضاء،إذ يمنع على الطبيب الذي عاين الوفاة أن يقوم بنفسه بعملية الزرع[7].

– يجب أن يكون المتوفى غير مدمن على تعاطي المخذرات[8].

الفرع الثالث: الشروط التي وضعها التشريع

لقد اشترطت التشريعات التي أقررت عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عدة شروط، البعض من هذه الشروط مشتركة بين جميعها، والبعض الآخر انفردت به بعض التشريعات دون الأخرى[9]وسأتعرض لكل منها فيما يلي:

أولا: الشروط المشتركة

---

[1] شفيقة الشهياوي رضوان: المرجع السابق،ص57.

[2] نصر الدين ماروك: الكتاب الثاني، الجزء الأول، المرجع السابق،ص306.

[3]جمال جامع، موات عبد القادر: المرجع السابق.

[4]شفيقة الشهياوي رضوان: المرجع السابق،ص57.

[5] نصر الدين ماروك:المرجع السابق،ص306.

[6]نصر الدين ماروك: نفس المرجع.

[7]مختار سيدهم: المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري،مجلة المحكمة العليا عدد خاص بعنوان المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي،طبعة ثانية بمناسبة الذكرى الخمسين لتنصيب المحكمة العليا،02 مارس 1964–02 مارس 2014، قسم الوثائق،الجزائر،سنة 2011.

[8]نصر الدين ماروك: المرجع السابق،ص306.

[9]نصر الدين ماروك،الجزء الأول، الكتاب الأول، المرجع السابق،405.

يمكن تلخيص الشروط المشتركة بين التشريعات في عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية من الموتى إلى:

1-شرط إثبات حالة الوفاة: لقد أقرت معظم التشريعات بأنه لا يجوز انتزاع أعضاء المتوفين إلا بعد إثبات الوفاة، وتعد تحديد لحظة الوفاة من أهم المسائل التي تثور في مجال زرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، فكيف تحدد لحظة الوفاة؟

تحديد لحظة الوفاة

إن الموتالذي هو اللحظة التي يغادر فيها الإنسان الدنيا ويستقبل الآخرة والحقيقة التي تواجه كل حي فلا يملك لها أي مفر[1]، كانت محل جدلا بين رجال الطب والدين والقانون مما أدى إلى ظهور اتجاهيين أو معياريين يفصلان في تحديد لحظة الوفاة.

فوفقا للمعيار التقليدي فقد اعتبر الوفاة ظاهرة طبية إلى جانب كونها واقعة قانونية، ويعتبر الشخص ميتا وفقا لهذا المعيار إذا توقف قلبه ورئتيه عن العمل ويتوقف عمل الدورة الدموية[2].

أما وفقا للمعيار الحديث أو معيار موت الدماغ أو موت المخ، فيعتبر الشخص ميتا متى ماتت خلايا مخه، حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية، ومتى ماتت خلايا المخ بصورة نهائية فإنه يستحيل عودة الشخص إلى الحياة وما بقاء القلب حيا وسائر

الأعضاء في هذه الحالة إلا ضرب من ضروب الإنعاش الصناعي[3].

موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة: بالرجوع إلى المادة 362 من قانون الصحة يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا لحظة الوفاة ولكن اشترط الاثبات الطبي والشرعي للوفاة حسب معايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة، وقد أصدر وزير الصحة في الجزائر عام 1989 قرارا متعلق بنقل وزراعة الانسجة والأعضاء البشرية تضمن أن الموت المعتمد في مجال زراعة الأعضاء هو موت المخ أو موت الدماغ[4].

ويمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته، كما

---

[1] بلحاج العربي: معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الرابع،سنة 1999، ص175.

[2] سميرة عابد ديات: عمليات نقل وزع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004، ص 165.

وانظر أيضا أحمد شوقي عمر أبو خطوة:القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1994، ص171.

[3] سميرة عابد ديات: المرجع السابق، ص 244، 245.

[4] القرار الوزاري 89-39 المؤرخ في 26 مارس 1989، أنظر عبد النور بربير: تذليل العقبات الشرعية لإنعاش التبرع بالأعضاء في الجزائر مع تعليق على قانون الصحة الجديد، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 35، العدد 02، 2021، ص

أكد في الفقرة الثانية من المادة 363 من قانون الصحة التي تنص:" يجب ألاّ يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرّع من الفريق الذي يقوم بالزرع "،ونص على هذا الشرط كل من التشريع الفرنسي والألماني والإسباني[1]. ومعاينة الوفاة تقوم بها لجنة الموت الدماغي على مستوى المؤسسة الاستشفائية، وهذه اللجنة متكونة من أخصائيين في التخدير والانعاش والأعصاب والطب الشرعي، وهي مستقلة تماما عن الأطباء الجراحين المختصين في عملية الزرع[2].

2- شرط مكان إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء: لقد أقرت معظم التشريعات أن تجرى عملية الاستئصال من جثث الموتى في أماكن مخصصة لها مثل المستشفيات ودور الصحة العامة أي المستشفيات الخاضعة لرقابة الدولة بعد أن تتحصل هذه المستشفيات على تراخيص من وزارة الصحة وهذا ما نص عليه كل من التشريع الفرنسي والتونسي والمغربي[3]، والأردني والمصري[4] وأشار إليه المشرع الجزائريفي الفقرة الأولى من المادة 366 من قانون الصحة المذكور سابقا بقوله:" لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحةبعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء "، ولقد اشترط المشرع الجزائري أن تتم عملية نزع وزرع الأعضاء في المؤسسات العمومية المرخص لها من قبل وزير الصحة بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية،والتي أنشأها المشرع الجزائري سنة 2012[5].

والمشرع الجزائري حصر إجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء في يد المؤسسات العمومية المرخص لها دون سواها[6]، وأقصى بالتالي المراكز الطبية المتخصصة أي "القطاع الخاص" من ذلك وهذا حفاظا على القيم الإنسانية والأخلاقية ومنعا للتلاعب

بالأعضاء البشرية والاتجار بها لأن المعروف أن القطاع الخاص هاجسه الرئيسي هو الربح.

وبالرجوع إلى المؤسسات العمومية المرخص لها بعمليات نزع وزرع الأعضاء فإننا نجد أن أغلبها موجود في الجزائر العاصمة وهذا فيه إجحاف في حق بعض المرضى كالمقيمين في الجنوب مثلا، كما فيه

---

[1] سكينة غيلاسي: المرجع السابق، ص45.

[2] سي أحمد المهدي: زراعة الأعضاء في الجزائر بين النصوص والواقع في الميدان، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، المجلد الأول، العدد 02، الجزائر 2012، ص 428، 429.

[3] سكينة غيلاسي: المرجع السابق، ص45.

[4] أحمد حميد حاجم:المرجع السابق،ص150.

[5] المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1433 الموافق ل 5 أبريل 2012 المتضمن انشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية العدد 22، سنة 2012.

[6] ونذكر منها المؤسسات التي تختص بعمليات زرع القرنية: المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا، المركز الاستشفائي الجامعي حسين داي، المؤسسة الاستشفائية المتخصصة في طب العيون وهران، المركز الاستشفائي بن مسوس، المركز الاستشفائي بباب الواد، المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة، المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة، المركز الاستشفائي الجامعي تيزي وزو.

ضغط على المؤسسات الموجودة في الجزائر العاصمة، لذا حبذا لو أن المشرع وسع في نطاق المؤسسات لتشمل كافة التراب الوطني، كما أن عدد المؤسسات محدود جدا إذا ما قورنت بفرنسا مثلا التي يتجاوز عددها 130 مؤسسة[1].

3-شرط عدم الإعلان عن اسم المتبرع: لقد نصت معظم التشريعات على عدم الإعلان عن اسم المتبرع بالعضو أو الأعضاء إلى المريض المستقبل أو لأسرته ونص على هذا الشرط كل من التشريع الفرنسي والإسباني[2]، ونص عليه المشرع الجزائري في المادة363 من قانون الصحة التي تنص على:" يمنع كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية المتلقّيلأسرة المتبرع."

4-عدم إجراء عملية الاستئصال في حالة تشكيك في الوفاة: لقد منعت معظم التشريعاتاستئصال الأعضاء من الميت متى قام الشك في أن جناية اقترفت بحالة الوفاة ومن هذه التشريعات التشريع الفرنسي والبرتغالي والألماني[3] فيجب ألا يكون الشخص المتوفى معني بتشريح طبي له،إذ يجب حل المشكل القضائي ثم نلجأ لعملية الأخذ والزرع[4]. ولقد نص المشرع على هذا الشرط في الفقرة الأخيرة من المادة 363من قانون الصحة:" ويمنع الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي."

5-مجانية عملية التبرع: لقد منعت معظم التشريعات التعامل بالمقابل المالي في عملية التبرع بالأعضاء، فالأعضاء البشرية لا يجب أن تكون بأي حال من الأحوال محلا للمعاملات المالية، فمجانية التبرع قد تم تقريرها من أجل منع الاتجار بالأعضاء البشرية ناهيك عن تأكيد فضيلة التبرع بالأعضاء من أجل إنقاذ الأرواح وتحسين نوعية الحياة[5].ولقد أكد المشرع الجزائري هذا الشرط بموجب المادة 358 من قانون الصحة[6]، كما أكد المشرع الجزائري مجانية التبرعبالنسبة للممارسين الذين يقومون بإجراء عملية النزع والذين يقومون بعملية الزرع[7].

لكن وبالرغم من إقرار مجانية التبرع فإنه وفقا لبعض المختصين فإنه لا يوجد مانع
من دعم أهل المتبرع ماديا من خلال التكفل بتغطية نفقات الجنازة، وكذا تحفيز
الطاقم الطبي والفريق المرافق له في عملية الزرع عن طريق حوافز مالية لتطوير هذه

---

[1]ابتسام بلقواس: المرجع السابق، ص 81، 82.

[2] نصر الدين ماروك: المرجع السابق،ص349.

[3]سكينة غيلاسي: المرجع السابق، ص45.

[4]جمال جامع،موات عبد القادر: المرجع السابق.

[5]ابتسام بولقواس: المرجع السابق، ص 73.

[6]تنص المادة 358 من القانون المتعلق بالصحة" لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا وزرعها محل صفقة مالية".

[7]انظر المادة 367 من قانون بالصحة.

العملية كما هو الشأن في بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية[1].

ثانيا: الشروط الخاصة

على غرار الشروط المشتركة السابقة الذكر فهناك شروط خاصة استقلت بها بعض التشريعات المقارنة[2] نذكر منها:

1-الالتزام بالسر المهني: لا يجوز صدور أي معلومة عن عمليات النقل والزرع إلا عن طريق صاحب الاختصاص قانونا أي المستشفى وهذا ما أخذ به المشرعالبرتغالي[3].

2-التبرع يكون مقصورا على رعايا الدولة فقط:هناك من التشريعات من اشترط أن تكون عملية نقل الأعضاء من جثث الموتى إلى رعايا الدولة المنظمة لهذه العمليات مالم يعبر المتوفى على عكس ذلك صراحة مثل التشريع الإسباني والألماني[4].

3-الاستئذان من جهة رسمية: هناك من التشريعات من اشترط للقيام بعملية زرع الأعضاء البشرية الاستئذان من جهة رسمية وهذا ما فعله المشرع الأمريكي، ففي أمريكا لا يجيز القضاء الأمريكي للطبيب إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي إلا بعد موافقة النيابة العامة على ذلك[5].

المطلب الثاني: الرضا

إن النقل من الموتى له خصوصية باعتبار المتوفى جثة هامدة لا يستطيع صاحبها التعبير عن إرادته،إلا إذا حدد الميت قبل وفاته موقفه من عملية التبرع بالرفض أو بالموافقة عن طريق إقرار منه بذلك سواء كان إقرار رسمي موثق أو إقرار عرفي، أو عن طريق الإيصاء وهنا يجب الوقوف عند إرادة الميت بشأن التصرف بجثته، أما إذا توفى شخص من دون إقرار أو وصية في مسألة التصرف في جثته فإن هذا الحق ينتقل إلى أسرته، وهناك من يدعو إلى ضرورة تجاوز شرط الرضا باعتبار أن الجثة ملك للدولة، وعلى هذا الأساس أقسم الحديث عن الرضا إلى فرعين كما يلي:

الفرع الأول: موافقة المتوفى في حياته، أو أسرته بعد موته

إن الطبيب الجراح لا يستطيع نزع عضو من أعضاء الميت أو نسيج منه إلا بعد صدور موافقة بذلك، وقد تصدر الموافقة من الميت أثناء حياته باعتبار أن له كامل الحرية في التصرف في جسمه بعد وفاته وهذا عن طريق الإيصاء بذلك، وهذا ما أتطرق له في النقطة الأولى، كما يمكن لورثته أو أسرته الموافقة على التصرف في أعضائه في حالة وفاته من دون أن يترك وصية بذلك وهذا ما أتعرض له في النقطة الثانية على التوالي:

---

[1] سي أحمد المهدي: المرجع السابق، ص427.

[2]نصر الدين ماروك: المرجع السابق،ص349

[3]سكينة غيلاسي: المرجع السابق، ص46.

[4]سكينة غيلاسي: المرجع نفسه.

[5]سكينة غيلاسي: المرجع نفسه.

أولا: موافقة المتوفى على التبرع بأعضائه في حياته

لكي يتمكن الجراح من القيام بعملية نقل عضو من الجثة إلى إنسان حي لابد منالتحقق والتأكد من إرادة الشخص في هذه المسألة لأنه يمكن له أن يقبل بالتبرع بأعضائه بعد موته كما يمكن له أن يرفض استئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته، وهذا ما اتجهت إليه عدة تشريعات منها[1]قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية العراقي رقم 85 سنة 1986[2]، كما أن القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 الخاص بتنظيم زراعة الأعضاء البشرية[3] نص على أنه يجوز لضرورة تقاضيها المحافظة على حياة إنسان أو علاجه من مرض خطير أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو من جسد إنسان ميت، وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في أي ورقة رسمية[4].

اختلفت التشريعات حول الشكل الذي يجب أن يكون فيه الإيصاء فمنهم من اشترط الرسمية أي بإقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية، وهو النهج الذي سار عليه التشريع التونسي والتشريع المغربي[5]، وكذا الأردني والمصري،ومن التشريعات من لم يشترط الرسمية في الإيصاء مثل المشرع العراقي والفرنسي[6].

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص على شرط الموافقة واكتفى بالنص في المادة 362 من قانون الصحة علىألا يكون المتوفي قد عبر في حياته عن رفضه التبرع بأعضائه، ويمكن الإعراب عن هذا الرفض وفقا للتشريع الجزائري بكل وسيلة، لاسيما من خلال التسجيل في السجل الوطني للرفض الذي دخل حيز الخدمة في الجزائر سنة 2021 على موقع الوكالة الوطنية للتبرع بالأعضاء، وهو سجل إلكتروني تحتفظ به الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء يسمح للمواطنين الحاملين للجنسية الجزائرية و البالغين من العمر 19 سنة أو أكثر من التعبير عن رفضهم للتبرع بأعضائهم بعد الوفاة يخصص[7] ولقد اشترط المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 362 من قانون الصحة على الفريق الطبي المكلف بالنزع الرجوع لسجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى.

---

[1] أحمد حميد حاجم: المرجع السابق،ص150.

[2]في الفقرة أ من المادة 2 التي تنص:"يتم الحصول على الأعضاء لأجل إجراء عمليات الزرع من: أ–من يتبرع بها ويوصي بها حال حياته شريطة أن يكون كامل الأهلية عند التبرع أو الإيصاء وبإقرار كتابي"

[3] قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية المصري رقم 05 الصادر في 28 فيفري 2010، الجريدة الرسمية بتاريخ 06 مارس 2010، عدد 9 مكرر.

[4] شفيقة الشهياوي رضوان: المرجع السابق،ص91، 93.

[5] wiki/org.wikipedia.https://ar

[6] أحمد حميد حاجم: المرجع السابق،ص150، 151.

[7] rnr.ang.dz//:http

لكن هناك من قال بأن هذا الشرط من قبل التزيد[1] إذ كيف يوصي الشخص بعدم المساس بجثته وهو المحترم قانونا والمكرم شرعا فإما أن يتنازل عن عضو من أعضائه ويوصي بذلك أو يسكت عن التعبير، هذا لأن الأصل عدم المساس بجثةأي شخص متوفى لأنها محمية قانونيا وجزائيا[2].

ثانيا: موافقة أسرة المتوفي بعد موته

إذا أعلن المتوفي في حياته عن إرادته في التبرع بأعضائه بعد موته فلا بد من الأخذ بإرادته سواء كانت بالقبول أو الرفض أما إذا لم يوصي الميت على غيره قبل وفاته تصبح موافقة أسرته شرطا لازما لمباشرة عملية استئصال الأعضاء من الجثة فقد أجاز أهل العلم أن يأذن وليه(الورثة) بذلك[3]، بحيث لا يجوز للأطباء مباشرة العملية من دون موافقتهم، ولقد اشترطت بعض التشريعات أن تكون موافقة الأسرة صريحة بينما اكتفت تشريعات أخرى بالموافقة الضمنية للأسرة وسأتعرض لكلا الرأيين في النقطتين التاليتين:

1)-الموافقة الصريحة لأسرة المتوفي باستئصال الأعضاء من الجثة

هناك من التشريعات من اشترط الموافقة الصريحة لأسرة المتوفي باستئصال الأعضاء من الجثة وذلك في حالة عدم إبداء الميت عن إرادته في هذه المسألة منهم المشرع الكويتي الذي أشار في المادة من القانون 1983 المنظم لعمليات زراعة الكلى على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة لأقارب الميت:" يجب الحصول على الموافقة على الاستئصال من أقرب الموجودين في أسرة المتوفي"[4].

2)-الموافقة الضمنية لأسرة المتوفي باستئصال الأعضاء من الجثة

يقوم هذا الاتجاه على أساس افتراض رضا أسرة المتوفى ما لم يثبت العكس وهذا على أساس أن المصلحة العلاجية للمرضى الذين هم بحاجة لأعضاء البشرية يقتضي تفضيل مصلحة الأحياء المحتاجين لهذه الأعضاء، ولهذا الغرض فيحق استئصال الأعضاء اللازمة من الجثة ما دام لم يكن هناك أي اعتراض من الأسرة في الوقت المناسب، ولهذا الاتجاه أهمية تكمن في السماح للطبيب بالاستئصال الفوري فعدم الانتظار بعد الوفاة هو بمثابة الحصول على الموافقة وفي هذا حفاظ على الأعضاء الأساسية كالقلب والتي تتعفن بسرعة بعد الوفاة[5].

---

[1] نصر الدين ماروك:الجزء الأول،الكتاب الأول: المرجع السابق،ص414 ونفس الرأي سكينة غيلاسي: المرجع السابق، ص48.

[2]ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات على أنه يعاقب بالسجن من 5 إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من انتزع عضوا من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول(أي المواد المنصوص عليها في قانون الصحة) وتشدد العقوبة إلى 20 سنة والغرامة إلى 2.000.000 دج إذا كان الضحية قاصرا أو مصابا بإعاقة ذهنية،أو سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة، أو ارتكبها أكثر من شخص، أو ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو بالتهديد أو من طرف جماعة إجرامية منظمة أو عابرة للحدود.

[3]العربي بلحاج: المرجع السابق،ص191، 192.

[4]سكينة غيلاسي: المرجع السابق، ص50.

[5] نصر الدين ماروك: المرجع السابق،ص437.

موقف المشرع الجزائري: بالرجوع إلى المادة 362 من القانون المتعلق بالصحة نجد أن المشرع الجزائري لم يأخذ اتجاها محدد، إذ نص على أنه متى تبين من خلال تقصي الفريق الطبي المكلف بالنزع أن الميت لم يسجل رفضه للانتزاع الأعضاء في سجل الرفض، فإنه يقومباستشارة أسرة المتوفي البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء.

فهذه المادة تطرح إشكالية تتمثل: فيما إذا كانت استشارة أفراد الأسرة ملزمة للفريق الطبي أم يأخذ بها على سبيل الاستئناس لا غير ويقوم بنزع الأعضاء؟

خاصة أن الفقرة الأخيرة من المادة نصت على:" ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفى البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها."

إن الإجابة على هذه الإشكالية تنحصر في أحد الفرضين:

الرأي الأول: استشارة أفراد أسرة المتوفي ملزمة للفريق الطبي

يرى هذا الاتجاه أن رأي أفراد أسرة المتوفي ملزم للفريق الطبي وعلى هذا الأساس يجب الحصول على الموافقة الصريحة لأفراد أسرة الميت، حتى يتسنى القيام بإجراء عملية نزع الأعضاء من جثته إذا كان غير موصي بذلك أثناء حياته، والتغاضي عن حق الأسرة في هذا الشأن ينطوي على مساس حرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام، واشتراط موافقة الأقارب بالنزع من الجثة ما هو إلا تعبير عن حماية حقوقهم المعنوية على جثةقريبهم، تلك الحقوق التي تجد جذورها في صلة الدم والقرابة التي تربط أفراد الأسرة[1].

الرأي الثاني: استشارة أفراد أسرة المتوفي تكون على سبيل الاستئناس

بما أن الاستشارة أمر غير ملزم فمعنى ذلك يمكن نزع أعضاء الميت متى لم يسجل رفضه لذلك أثناء حياته من دون انتظار موافقة أقاربه على ذلك، ومادام لم يبدي أفراد أسرة الميت اعتراضا صريحا على نزع الأعضاء فمعنى هذا أنهم راضون على العملية افتراضا، على أساس أن المصلحة العلاجية للمرضى الذين هم بحاجة إلى الأعضاء البشرية والتقدم في الطب يقتضي تفضيل مصلحة الأحياء المحتاجين لهذه الأعضاء على الميت وأقاربه، خاصة وأن جثث الموتى تعد أهم مورد للحصول على الأعضاء البشرية، كما أن طلب الموافقة يعيق عملية النزع والزرع التي تقتضي السرعة وطلب الموافقة قد يؤدي إلى ضياع فرصة نجاح العملية أو يؤدي إلى تلف العضو بعد نزعه[2].

وحسب رأينا كان يجب على المشرع الجزائري تبيان أي اتجاه يأخذ به وهذا باتخاذ أحد الرأيين المذكورين، ونحن نرى أن موافقة الأسرة للقيام بعمليات النزع والزرع أمر ضروري عمليا للقيام بهذه العملية سواء

---

[1] شعيب ضريف: المرجع السابق، ص 337، 338.

[2] حسن عودة زعال: التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، عمان، 2001، ص147.

كانت هذه الموافقة صريحة أو ضمنية لأن ترك هذا الأمر للطبيب من شأنه أن يفتح المجال لانتهاك أعضاء المتوفى في المستشفيات وأخذها دون موافقة، ولا بد للطبيب في السعي من الحصول على الموافقة الصريحة فإن تعذر ذلك يمكن الأخذ بالموافقة الضمنية.

الفرع الثاني: الحصول على الأعضاء من جثة المتوفى دون الحصول على موافقة أحد

يرى هذا الاتجاه الذي نادى به الفقيه الإيطالي أن الجثة ملكا للدولة تتصرف فيها كما تريد ضمن مفهوم المصلحة العامة، وهذا لأن الجثة ليست ملك للشخص ولا لأسرته بل هي حق للمجتمع الذي له الأولوية على جثة المتوفى، وعلى هذا الأساس فإن نجاح عملية زرع الأعضاء البشرية ونجاحها يستلزم سرعة القيام بالعملية بعد الوفاة مباشرة ولهذا الغرض يجب الاستغناء على موافقة الأقارب ، أي يجب ترجيح المصلحة الإنسانية العامة المؤكدة على مصلحة الأسرة[1].

الخاتمة:

ومن خلال الدراسة نستنتج ما يلي:

– إن عمليات نزع وزرع الأعضاء من الموتى وبالتحديد المتوفين دماغيا والتي اعتبرها المشرع في القانون المتعلق بالصحة 18-11 أحد النشاطات المتعلقة بالبيو أخلاقية، لا بديل لها في الوقت الراهن لأنها الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة العديد من المرضى من الموت المحتم، كالمرضى الذين يعانون من فشل الكبد النهائي أو القلبي النهائي.

– نظم المشرع الجزائري عمليات نزع وزرع الأعضاء والانسجة من الموتى ووضع ضوابط لتنفيذها شأنه في ذلك شأن الشريعة الإسلامية والتشريعات والأطباء، وهذا حتى يتم ممارسة النشاط الطبي بشأنها في إطار أخلاقي وشرعي وطبي وقانوني، وبعيدا على التلاعبات وإمكانية المتاجرة بالأعضاء.

– بالرغم من أهمية نقل الأعضاء والانسجة من الموتى، إلا أنها مازالت بعيدة جدا على المعدلات العالمية، في الجزائر إذ هناك حالات استثنائية وان لم نقل منعدمة.

– حسنا فعل فالمشرع الجزائري عندما جعل عمليات نزع وزرع الأعضاء والانسجة من الموتى مجانية وحكرا على المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها بذلك من طرف الوزير المكلف بالصحة بعد استشارة الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، واستبعد بذلك المؤسسات الخاصة التي في غالب الأحيان يكون الربح هاجسها الأكبر.

– المشرع الجزائري كان واضحا عندما أكد على عدم إمكانية القيام بنزع الأعضاء والانسجة من الموتى الذين بينوا رفضهم التبرع أثناء حياتهم لاسيما الذين سجلوا أسمائهم في سجل الرفض الذي دخل حيز التنفيذ سنة2021، أما الذين لم يبينوا رفضهم التبرع فلم يتجه المشرع اتجاها واضحا حيث استلزم استشارة أفراد الاسرة حسب ترتيبهم، والاستشارة أمر غير ملزم.

---

[1] أسماء سعيدان: المرجع السابق، ص62.

وانطلاقا من النتائج السابقة يمكن تقديم بعض الاقتراحات التي ستساهم في توسع عملية النزع من الموتى وهي:

– ضرورة تضافركل المجهودات سواء من رجال القانون ورجال الدين وكذا الأطباء والصحفلتوسيع عملية نزع وزرع الأعضاء والانسجة من الموتى دماغيا.

–ضرورة دعم الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وذلك عن طريق إشراك جميع الفرق والقطاعات الفاعلة التي يمكنها المشاركة في عملية تحسيس وتأطير المواطن الجزائري في عملية التبرع بالأعضاء من الميت دماغيا، لاسيما وزارة الشؤون الدينية والاوقاف.

– ضرورة تنظيم حملات تحسيسية لأهمية وشرعية التبرع من الموتى إلى الأحياء عبر كافة البلاد.

– كما أوصي الأطباء أن يقوموا بنقل الأعضاء من الموتى بكل رفق حفاظا على كرامة الميت مع إعادة رتق المكان الذي أخذ منه العضو، بحيث لا يكون هناك تمثيل للميت.

– دعوة المشرع إلى إصدار قانون خاص مستقل عن قانون الصحة ينظم عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية.

قائمة المراجع:

1. ابتسام بلقواس: التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر، المجلة الافريقيةللدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2020.
2. أحمد حميد حاجم: نقل وزراعة الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة،الطبعة الأولى، لبنان،بيروت،2016.
3. أحمد شوقي عمر أبو خطوة:القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1994.
4. أسماء سعيدان: الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2012.
5. بلحاج العربي: معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الرابع،سنة 1999.
6. بلحاج العربي:الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة،ديوان المطبوعات الجامعية،2011.
7. بيبية بن حافظ: نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، ديسمبر 2015.
8. حسن عودة زعال: التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، عمان، 2001.

9. جمال جامع،موات عبد القادر:نزع ونقل وزراعة الأعضاء البشرية والأنسجة في التشريع الجزائري، دراسة قدمت في إذاعة سكيكدة، الجزائر في 16 جوان 2015.
10. جمال روابح وطحطاح علال: مداخلة بعنوان نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة والقانون، الملتقى الوطني الثاني حول نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشريعة، المركز الجامعي خميس مليانة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، أيام :21، 22، 23، الجزء الأول، 2009.
11. خليدة مشكور: المسؤولية المدنية في مجال زراعة الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون،جامعة الجزائر،2001/2000.
12. سكينة غيلاسي: الضوابط الشرعية والقانونية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة الواحد والعشرون،الجزائر،2010-2013.
13. سميرة عابد ديات: عمليات نقل وزع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004.
14. سي أحمد المهدي: زراعة الأعضاء في الجزائر بين النصوص والواقع في الميدان، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، المجلد الأول، العدد 02، الجزائر 2012.
15. شفيقة الشهاوي رضوان: التبرع بالأعضاء بين المسلمين وغيرهم، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي،القاهرة،مصر، 2014.
16. شعيب ضريف: ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة الجزائري، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، 2022.
17. عبد الكريم مأمون: الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،الجزائر، رقم10، سنة2010.
18. عبد النور بريبر: تذليل العقبات الشرعية لإنعاش التبرع بالأعضاء في الجزائر مع تعليق على قانون الصحة الجديد، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 35، العدد 02، 2021.
19. عيج بطحي ادحيلان المطيري:الموت الدماغي وتكيفه الشرعي دراسة فقهية طبية مقارنة، دراسة موجودة على موقع الانترنت: https// ar wikipédia.org wiki
20. فريدة بلفراق:حق التصرف في الجسد بين الشريعة والقانون،مجلة العلوم القانونية والإدارية،تصدرها جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان، الجزائر، رقم 06، 2008.

21. ليلى بلحسن منزلة، قادية عبد الله: البيو أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الانجاب–الشروط والموانع–مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 09، عدد01، سنة 2021.
22. مختار سيدهم: المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري،مجلة المحكمة العليا عدد خاص بعنوان المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي،طبعة ثانية بمناسبة الذكرى الخمسين لتنصيب المحكمة العليا،02 مارس 1964–02 مارس 2014، قسم الوثائق،الجزائر ،2011.
23. مونية بن بوعبد الله: النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية–الجزائر وفرنسا نموذجا، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد صفر، مارس2014.
24. نصر الدينمروك: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة،الجزء الأول، الكتاب الثاني،التطبيقات العملية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية،دار هومة،الجزائر، 2003.
25. نصر الدين مروك:المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزع الأعضاء البشرية،مجلة المحكمة العليا،تصدر عن قسم الوثائق،الجزائر، العدد 2000،02.
26. هني أمال زوليخة:تحديد لحظة الموت دينيا وطبيا وقانونيا:دراسات قانونية، العدد الثامن عشر،دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ،2013.
27. هند شعبان: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، مجلة دورية تصدرها كلية الحقوق بجامعة جيلالي الياس،سيدي بلعباس،الجزائر، العدد 03، 2007.
28. Jean François Mattei entretien sur Chaine d’assistance publique, Hôpitaux universitaires de Marseille, Mars2005, France.

عملية التلقيح الاصطناعي وموقف التشريع الجزائري منها

د. عزوز عبد الحميد
كلية الحقوق. جامعة المدية

ط.د. فرشيشي سعاد
كلية الحقوق. جامعة تيارت

ملخص:

طرحت تقنية التلقيح الاصطناعي لمعالجة العقم العديد من الإشكالات الشرعية والقانونية والأخلاقية والاجتماعية، فكان لزاما تأطيرها من الناحية القانونية حفاظا على الأنساب، ومنعا لاختلاطها، فوضع الفقه الإسلامي الحديث ضوابط شرعية لعملية التلقيح الاصطناعي وقد سايره المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، كما تعزز ذلك أيضا بصدور قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 الذي كان بدوره منسجما ومتوافقا في شروط التلقيح الاصطناعي مع تلك المنصوص عليها في قانون الأسرة، مع إضافة شروط أخرى على درجة كبيرة من الأهمية وتنظيمجوانب قانونية أخرى متصلة بهذا الموضوع.

الكلمات المفتاحية: العقم؛ التلقيح الاصطناعي؛ أطفال الأنابيب؛ النسب

مقدمة:

يعتبر حفظ النسل من أهم مقاصد الشرعية الإسلامية ولذلك شرعت الزواج لتحقيق إحصان الزوجين والحفاظ على النوع الإنساني عن طريق التناسل.غير أنه يحدث في بعض الحالات تعطل تحقيق غاية الإنجاب لأسباب بيولوجية تتعلق بإحدى الزوجين أو بهما معًا. وقد عكفت الأبحاث والدراسات الطبية على تشخيص أسباب العقم وتوصلت إلى طريق مساعد على الإنجاب يصطلح عليه طبيا بتقنية التلقيح الاصطناعي. وأمام المشاكل الأخلاقية والدينية والاجتماعية والقانونية التي تطرحها هذه التقنية الحديثة، وجب تأطيرها من الناحية الشرعية والقانونية بما يحقق غاية الإنجاب من جهة، ومن جهة أخرى ومن باب أولى المحافظة على الأنساب وضمان عدم اختلاطها. ومن من ثم عمد الفقه الإسلامي لوضع ضوابط شرعية صارمة وواضحة المعالم وجب مراعاتها عند إجراء عملية التلقيح الاصطناعي وهذا ما يبرز أهمية الموضوع بالإضافة إلى أنه لا يزال محل اهتمام العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من باحثين ودارسين وطلبة دكتوراه قصد مواكبة تطورات هذه التقنية في ظل المرجعية الشرعية الإسلامية بما يحقق الغايات المرجوة منها والاحتياط للمحاذير الشرعية والأخطار البيولوجية المتصلة بها.

أما بخصوص إشكالية هذه الدراسة فهي تتمثل أساسا: **كيف نظم المشرع الجزائري تقنية التلقيح الاصطناعي؟** على أن تتم الإجابة عن ذلك في محورين أساسيين تباعًا:

يتعلق الأول: **بمفهوم التلقيح الاصطناعي**، أما المحور الثاني فسيتمالتطرق فيه إلى ضوابط التلقيح الاصطناعي وأثر مخالفتها في التشريع الجزائري.

ولإنجاز هذه الدراسة تم الاستعانة بالمنهج الوصفي التحليلي للنصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، مع استعراض موقف الفقه الإسلامي في ذلك، لاستخلاص أهم النتائج والمقترحات في هذا الصدد.

المبحث الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

يقتضي الإلمام بمفهوم التلقيح الاصطناعي التطرق إلى ماهيته **(المطلب الأول)**، ثم إلى الأساس الشرعي للتلقيح الاصطناعي وموقف الفقه الإسلامي منه **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: ماهية التلقيح الإصطناعي:

سيتم التعرض إلى تعريف التلقيح الاصطناعي في **(فرع أول)**، ثم إلى أنواع التلقيح الاصطناعي في **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: تعريف التلقيح الإصطناعي:

للتلقيح الاصطناعي مدلول لغوي **(أولا)**، ومدلول إصطلاحي **(ثانيا)**.

أولا: التعريف اللغوي التلقيح الاصطناعي عبارة مكونة من اسمين: تلقيح يقال: "لقحت الناقة، كسمع، لقْحًا ولقحًا، محركة، ولَقَاحًا قبلت اللقاح، فهي لاقح من لواقح، ولقوح من لقّح وكسحاب: ما تلقح به النخلة، وطلع الفحال، ....والملاقح: الفحول، جمع ملقح، والإناث التي في بطونها أولادها، جمع

ملحقة، بفتح القاف والملاقيح: الأمهات، وما في بطونها من الأجنة، أو في ما في ظهور الجمال الفحول، جمع ملقوحة، وتلقحت الناقة: أي أنها لاقح ولم تكن....وإلقاح النخلة، وتلقيحها: لقحها [1]. وألقحت الرياح الشجر فهي لواقح وملاقح.....ومنه قوله تعالى: **[وَأَرْسَلْنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ]**[2].

أما مصطلح إصطناعي فهو من الصناعة: " اسم والفعل صانع والجمع صنّاع الصّنعة والصّناعة حرفة الصانع وعمله، وصنعه يصنعه صنعا فهو مصنوع وصنيع عمله، والصّناعي ما ليس بطبيعي"[3].كما يقصد أيضا بالاصطناعي لغة: " الصناعي من مادة صنعه يصنعه صنعًا، فهو مصنوع وصنيع عمله واصطنعه، واتخذه، أما الاصطناعي فيقال: اصطنع فلان خاتما، إذ سأل رجلا أن يصنع له خاتمًا " [4] ومنه قوله تعالى:**[وَاصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي]** [5].

أي: اخترتك لخاصة أمر أستكفيكه وأصطنع خاتما: أمر أن يصنع له " [6].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي:

سيتم التطرق إلى التعريف الإصطلاحي الطبي (1)، والتعريف الإصطلاحيالفقهي (2)، والتعريف الإصطلاحي القانوني للتلقيح الاصطناعي (3).

1)- التعريف الإصلاحي الطبي:

يعرّف التلقيح الاصطناعي عند علماء الطب بأنه: " عملية تجرى لعلاج حالات العقم عند المرأة، وذلك بالتحقق من إدخال مني الزوج إلى الزوجة في عضوها التناسلي بغيرإتصال جنسي " [7]، بينما عرفه جانب آخر من الطب بأنه: " عملية أخذ عيّنة من الرجل (منيه) لتلقيح بويضة امرأة وإخصابها داخل الرحم أو خارجه بطريقة صناعية لغرض حدوث الحمل والإنجاب " [8].

2)- التعريف الإصطلاحي الفقهي:

يعرف الفقه عملية التلقيح الاصطناعي بأنها: " عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب دون حصول أي إتصال جنسي بينهما، ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات

---

[1]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص: 1481.

[2]- سورة الحجر، الآية: 22.

[3]- زبيدة أقروفة، **الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب**، دار الهدى، الجزائر، 2001، ص: 111 **نقلا عن:** خديجة بوكريريس، **الإنجاب الاصطناعي بين الشريعة والانون**، دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد الثامن، العدد الأول، 2017، (ص: 229، ص 256)، ص 233.

[4]- محمد هارون بن فارس عبد السلام، **مقاييس اللغة**، دار الجبل، بيروت، لبنان، 1999، ص: 345.

[5]- سورة طه، الآية: 41.

[6]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص: 151.

[7]- سعد عبد اللاوي، **التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري ودوره في حل معضلة الإنجاب**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، ص 210 إلى 229، أفريل 2019، ص: 213.

[8]- سعد عبد اللاوي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

المنوية من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما قد يتحقق ذلك أيضا بزرع بويضة ملقحة في رحمها " [1].

كما يعرف أيضا بانه: " الجمع بين خلية جنسية مذكرة وخلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، وبرعاية طبيب مختص قصد الإنجاب أو هو إجراء عملية التلقيح بين الحيوان المنوي للرجل، وبويضة المرأة من غير الطريق المعهود " [2].

وورد تعريف آخر للتلقيح الاصطناعي بأنه: " يطلق على وضع الحيوانات المنوية في الجهاز التناسلي للمرأة، أو إخصاب بويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي، وذلك عن طريق استخراج البويضة وتلقحيها بالخلية الذكرية للرجل، وإعادة زرعها في المرأة، أو هو الجمع بين خلية جنسية مذكرة وخلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي برعاية طبيب مختص قصد الإنجاب " [3].

3)- التعريف الاصطلاحي القانوني:

لم يعرف المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري [4] بالرغم من تنظيمه له لمادة وحيدة وهي **المادة 45 مكرر** إثر التعديل الوارد بمقتضى الأمر 05-02، غير أنه تدارك ذلك بمقتضى قانون الصحة الجديد في الفصل الرابع الموسوم البيوأخلاقيات في القسم الثالث: عموما في نص **المادة 370** المتعلق بالأحكام الخاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب التي جاء فيها: " **المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، وفي حالة العقم المؤكد طبيا، وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة، والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي**"[5].هناك من يرى بأنه عندما استعمل المشرع الجزائري مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب، فإن التعريف الذي أورده يكون أشمل، إذ أدرج تحت مفهوم هذا المصطلح كل التقنيات المتعلقة بعملية التلقيح الاصطناعي وكذلك جميع الممارسات سواء كانت عيادية أو بيولوجية أوحتى علاجية فقط [6].

---

[1]- جمال غريسي، إلهام بن خليفة، **عملية التلقيح الاصطناعي والإشكالات التي تثيرها في إثبات نسب المولود بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 19، العدد (01)، 2022، (ص 75 - 104)، ص: 79.

[2]- عبد المجيد يكن، ***التلقيح الصناعي خارج الرحم- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري***، مجلة العلم القانونية والاجتماعية، (ص: 320- ص: 330)، المجلد السادس، العدد (2)، جوان 2021، ص: 323.

[3]- سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص: 213.

[4]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، الصادرة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية، عدد 15.

[5]- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، العدد (46)، بتاريخ 16 ذو القعدة 1439هـ الموافق 29 جويلية 2018، ص: 36، المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020، الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 30 أوت 2020.

[6]- زناقي محمد رضا، دلال يزيد، **الاطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11**، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد (2)، 2020، (ص 116- ص127)، ص: 118.

وتجدر الإشارة عمومًا، أن مهمة التعريف تعتبر من أهم وأصعب المهام الفكرية التي يتولاها التشريع، فالمتعارف عليه أن تعريف الشيء هو ذكر جميع صفاته الجامعة له، والأوصاف التي تمنع معه تداخل مفاهيم أخرى، أي أن التعريف يكون جامعا ومانعا، ولا يتأتى ذلك إلاّ من خلال فهم واستيعاب طبيعة الظاهرة المراد تعريفها وتمييزها عن باقي الظواهر من جهة، والتحكم الدقيق في المصطلحات القانونية ذات الصلة بالتقنية الطبية من جهة أخرى، وذلك بهدف أن يكون التعريف محكما ومؤديا لوظيفته مع ضرورة اتصافه بنوع من المرونة ما يضمن إلمام الأحكام القانونية لجميع أو معظم التقنيات الطبية المستجدة لتحقيق ما يصطلح عليه بالأمن والاستقرار القانوني.

الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي:

يكون التلقيح الاصطناعي إما داخليا **(أولا)**، أو خارجيا **(ثانيا)**.

أولا: التلقيح الاصطناعي الداخلي:

يعرف التلقيح الاصطناعي الداخلي بأنه: " تقنية مساعدة على الإنجاب من خلال حقن الحيوانات المنوية داخل الرحم مباشرة وتحديدا ما بعد عنق الرحم في الجانب الأعلى منه، وبعبارة أخرى: حالة الاخصاب الصناعي الذي يقع في جسم المرأة بإدخال السائل المنوي في رحمها وهو شبيه بالتلقيح الطبيعي عرف قديما بالاستدخال عوض الجماع الطبيعي [1].

كما عرّف أيضا بأنه: " إدخال السائل المنوي للرجل في المكان المناسب من مهبل المرأة سواء كان طازجا أو مجمدًا، بعد وضعه في إناء نظيف معقم وغير مبلل بالماء، حيث يسحب بمحقن خاص ليزرع في فوهة عنق الرحم بعد التأكد من اليوم المناسب للتبييض، ويستطيع الطبيب أن يحدد هذا اليوم بمراقبة حرارة المرأة طيلة الشهر ومراقبة دورتها الطمثية لثلاثة أشهر سابقة للعملية، أو بوضع أوراق ملونة على عنق الرحم والتأكد من وجود السكر أي انطلاق البويضة[2].

فالتلقيح الاصطناعي الداخلي يكون بوضع أو حقنه الحيواني المنوي للرجل في الموضع المناسب من رحم المرأة أي إدخال اصطناعي لحيوانات منوية نشطة في الرحم وقت التبويض بواسطة محقن مخصص لذلك عبر جدار العنق [3].

فالتلقيح الاصطناعي الداخلي يتم عن طريق استخلاص مني الرجل وحقه في فرج المرأة ليصل إلى البويضة في قناة فالوب وهو يعمل على تلقيحها، ليتم وضع البويضة الملقحة في رحم الزوجة نفسها [4].يلجأ غالبًا إلى هذا النوع من التلقيح الاصطناعي عندما يكون العقم مستحكم في الزوج دون الزوجة،

---

[1]– سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص: 214.

[2]– خديجة بوكريريس، المرجع السابق، ص: 235.

[3]– جمال غريسي، إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص: 83.

[4]– فؤاد سيدي محمد صديق، مراد بسعيد، **المساعدة الطبية على الإنجاب فيالتشريع الجزائري– التلقيح الاصطناعي نموذجًا**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 5، العدد (1)، 2022، (ص 365– ص379)، ص: 370.

بامتناع وصول مائه إلى المكان الأصلي للإخصاب بالطريق المعهود للتكاثر وهو الجماع الجنسي [1].ومن أسباب امتناع ماء الرجل إلى فرج المرأة ماهو بيولوجي يتصل بالجب والمجبوب هو الرجل المقطوع ذكره وأنثياه والعنين الذي له ذكر ولا يتأتى له الجماع للطائفة والإقناع تأتي إيلاجه، وكذلك الاعتراض وهو عدم انتشار الذكر،بالإضافة إلى الرتق وهو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع، كما أن الخصاء وهو مقطوع الذكر أو المقطوع الأنثيين يمكن ان يكون سببا في اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الداخلي [2].

كما أن التلقيح الاصطناعي الداخلي يتخذ أحد الأسلوبين، فالأول يكون باستخلاص مني الزوج وحقنه في مهبل زوجته أو رحمها، حتى يلتقي التقاء طبيعيا بالبويضة فتحدث عملية التلقيح، بينما الأسلوب الثاني يتمثل في أن يتم استخلاص نطفة من رجل وتحقن في رحم زوجة رجل آخر، حتى يحدث التلقيح داخليا كما هو الأمر في الأسلوب الأول [3].

فسبب اللجوء إلى الأسلوب تتمثل في الأسباب التي تم ذكرها، والتي تتعلق أساسا بالزوج لوجود قصور لسبب فيه، أما سبب اللجوء إلى الأسلوب الثاني هو عقم الزوج، إذ لا بذرة في مائه فيأخذون النطفة الذكرية من رجل آخر [4].

ثانيا: التلقيح الاصطناعي الخارجي:

يعرف التلقيح الاصطناعي الخارجي بأنه: "عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بمني الزوج داخل الأنابيب لكون الزوجة تعاني من العقم لانسداد قناة فالوب لديها، وهي القناة الموصلة بين مبيضها ورحمها، ثم يعيد الأطباء الأمور إلى طبيعتها بنقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة داخل الإطار الطبي دون اتصال جنسي، وبعد أن تتكون النطفة الملقحة تزرع في رحم الزوجة لتواصل نموها الطبيعي إلى أن يتم الوضع " [5].

كما عرّف التلقيح الاصطناعي الخارجي أيضا بأنه مجموعة الأعمال الطبية التي تهدف إلى تلقيح أو تخصيب البويضة في أنبوب اختبار أو وعاء مخبري في وسط مهيأ اصطناعيا.

---

[1]– فؤاد سيدي محمد صديق، مراد بسعيد، نفس المرجع، نفس الصفحة. **لمزيد من التفصيل راجع:** سليمان النحوي، **التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن**، دكتوراه، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق، 2010-2011، عبد القادر العربي شحط، **الاحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي (دراسة مقارنة)**، دكتوراه، جامعة وهران، 2000.

[2]– صفوان محمد عضيبات، **التفحص الطبي قبل الزواج- دراسة شرعية قانونية تطبيقية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص ص: 62-63.

[3]– سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص: 215.

[4]– سعد عبد اللاوي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[5]– العربي بلحاج، **بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد**، إعادة الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 274.

ويرى بعض الأطباء أن الطبق أصبح هو البديل عن الأنبوب، فكان من الأولى أن تتحول التسمية إلى طفل الطبق [1].فالتلقيح الاصطناعي الخارجي يعتمد على تلقيح بويضة المرأة بمني الرجل خارج الجسم في أنبوب مع الاستعانة بوسيلة طبية معيّنة وبعد أن تتشكل البويضة الملقحة تزرع في جدار رحم المرأة لتنمو وتتطور إلى غاية الولادة [2].

تتعدد أسباب اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الخارجي ومنها قفل الأنابيب وقلة الحيوانات المنوية الذكرية، وإفرازات عنق الرحم المعادية للحيوانات المنوية وانتباذبطانةالرحم إلى حالات العقم ذات الأسباب غير المعروفة [3].

كما أن للتلقيح الاصطناعي الخارجي خمسة أساليب وهي:

-**الأسلوب الأول:**أن تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من مبيض زوجته،وبواسطة أنبوب اختيار يتم التلقيح ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة نفسها، والسبب في استعمال هذا الأسلوب عندما يكون عقم الزوجة لانسداد قناة فالوب التي توصل بين مبيضها ورحمها [4].

- **الأسلوب الثاني:** أن يتم تلقيح بويضة امرأة أجنبية بنطفة زوج في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة أو البويضة الملقحة في جدار رحم زوجة صاحب النطفة ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا ولكن رحمها سليم يقبل عملية الحمل بعد علوق اللقيحة في جداره [5].

- **الأسلوب الثالث:** يتم تلقيح نطفة رجل وبويضة امرأة ليست بزوجته (يطلق عليها بالمتبرعين) داخل أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في جدار رحم الزوجة،

ويستعان بهذا الأسلوب في الإنجاب الاصطناعي الخارجي عندما يكون الزوج عقيما لا بذرة في مائه والزوجة مبيضها مستأصل أو معطل لكن رحمها سليم يقبل علوق اللقيحة بجداره لينمو طبيعيا إلى غاية مرحلة الولادة [6].

- **الأسلوب الرابع:** يتم التلقيح الاصطناعي في أنبوب اختبار لنطفة الزوج وبويضة زوجته، ثم تزرع البويضة الملقحة في جدار رحم امرأة أخرى متطوعة وهذا ما يعرف بالأم البديلة أو استئجار الأرحام.

---

[1]- فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي، مراد بسعيد، المرجع السابق، ص 370.

[2]- سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص: 216 ؛ عبد المجيد يكن، المرجع السابق، ص: 324 ؛ خديجة بوكريريس، المرجع السابق، ص: 235

[3]- سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص: 217.

[4]- سعد عبد اللاوي، نفس المرجع، ص: 216.

[5]- فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي، مراد بسعيد، المرجع السابق، ص: 371.

[6]- فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي، مراد بسعيد، نفس المرجع، نفس الصفحة.

يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في حال ما إذا كانت الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب يرتبط برحمها، ولكن مبيضها منتج أو أنها لا ترغب في الحمل ترفا أو حفاظا على رشاقتها، فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها، ولايكون لهذه الأخيرة أية علاقة وراثية بالمولود،

بل يقتصر دورها على الحمل، وبعد الولادة تقوم بتسليمه لمن تمّ الحمل لمصلحته بناء على علاقة تعاقدية بين الطرفين [1].

- **الأسلوب الخامس:**

تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من مبيض زوجته الأولى فيتم تلقيحها في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته الثانية [2]. فتكون هذه الأخيرة أي الزوجة الثانية للزوج صاحب النطفة متطوعة لضرتها بحمل اللقيحة عنها إلى غاية الولادة.

ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب بنفس أسباب اللجوء إلى الأسلوب الرابع، ومن ثم تترتب نفس الآثار عن الأسلوبين من حيث علاقة الزوجة الثانية المتطوعة بالحمل تجاه المولود الذي لا تربطه بها أية علاقة وراثية.

---

[1]– سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 217 ؛ فؤاد سيدي محمد صديق، مراد بسعيد، المرجع السابق، ص: 371.

[2]– جمال غريسي، إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص: 85.

المطلب الثاني: مشروعيةالتلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي:

سيتم التطرق إلى الأساس الشرعي للتلقيح الاصطناعي **(الفرع الأول)** ثم إلى موقف الفقه الإسلامي من التلقيح الاصطناعي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الأساس الشرعي للتلقيح الاصطناعي:

تدخل عملية التلقيح الاصطناعي في نطاق الإباحة الشرعية، وذلك من باب التداوي المشروع بجميع الوسائل العلاجية لأمراض العقم وعدم القدرة على الإنجاب بالطريقة الطبيعية [1].

ويستشف من هذا أنه لايمكن اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي إلاّ في حالة الضرورة عندما يتعذّر العلاج من العقم بالطرق الطبيعية المعروفة، وبالتالي يكون الاضطرار اللجوء إلى هذه التقنية الحديثة، ذلك أن الوسائل تأخذ حكم المقاصد، وأن الضرورات تبيح المحضورات من أجل تحقيق مصلحة مشروعة [2].

ومن ثم يظهر مقتضي الضرورة الي يسوغ اللجوء في هذا المجال إلى تقنية التلقيح الاصطناعي بعد استنفاذ كل الطرق العلاجية الطبيعية والتقليدية، وذلك لأجل القضاء على العقم وتحقيقالإنجاب ومن ثم يتحقق مقصد الأبوة والأمومة المشروع والمأمول من كل ارتباط بين رجل وامرأة بواسطة عقد الزواج وهو الإطار الشرعي الوحيد في ذلك.

كما أن التداوي بجميع الطرق العلاجية المشروعة قد حثت عليه الشريعة الإسلامية من خلال الأحاديث النبوية الشريفة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: " **لكل داء دواء، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عزوجل**" [3].

---

[1]– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 278.

[2]– العربي بلحاج، نفس المرجع ، نفس الصفحة.

[3]– رواه مسلم، ابن حبان، النسائي وأحمد، **أنظر**: مسلم، **الجامع الصحيح، الجزء** الرابع، ص: 1414، رقم: 2204.

الفرع الثاني: اتجاهات الفقه الإسلامي تجاه التلقيح الاصطناعي:

يتنازع التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي اتجاهان: اتجاه معارض **(أولا)**، واتجاه مؤيد **(ثانيا)**.

أولا: الاتجاه المعارض:يرى جانب من الفقه الإسلامي المعاصر عدم جواز التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية لما في ذلك من كشف للعورات المحرم شرعا، كما أن الشخص الذي لم يرزق أولادا بالطريقة المعهودة والتجائه إلى تقنية التلقيح الاصطناعي لأجل الإنجاب يُعد غير راض بقضاء الله وقدره، وقياسا على حث الشريعة الإسلامية بتحصيل الرزق بالطرق والمشروعة والكسب الحلال، فمن باب أولى أن يحثهم أيضا على ابتغاء السبل المشروعة للحصول على الولد،كما أن عملية التلقيح الاصطناعي فيه من التقنيات الخارجة عن حدود الشرع الإسلامي[1]هناك من قال في عدم جواز عملية التلقيح الاصطناعي بأنه:" من أخطر المواضيع التي يبحثها الباحثون والفقهاء المسلمون في عصرنا الحاضر (أطفال الأنابيب) فهو موضوع غريب عن المجتمع الإسلامي نقل إلينا من عادات المجتمعات الغربية وثقافتها المادية التي أفسدت كثيرا من المجتمع الإسلامي، ومن المعلوم أن الأسر تفككت في المجتمعات الغربية وسارت في طريق الانحلال " [2].

وفي هذا الاتجاه أيضا يقول الشيخ عبد الله بن زايد آل محمود: " فمشيئة الله جعلت بعض خلقه عقيما، وعلى ذلك فكل محاولة للإنجاب بغير الطريق الطبيعي يعتبر مخالفا لسنته، وعملية استخراج المني في هاته التقنية عن طريق الاستمناء اليدوي هو مخالف لما أقرّه الله، أو عن طريق الجراحة والعزل، بالإضافة إلى حرمة الإطلاع على عورة المرأة التي تقرها الشريعة الإسلامية " [3].

كما أن مسألة أخذ ماء الرجل ووضعه في رحم المرأة عن طريق تقنية الأنابيب مسألة في غاية الخطورة، والتساؤل المطروح من يأمن الطبيب في أن يحقن رحم امرأة بنطفة شخص آخر غير زوجها، ولايحوز الإفتاء في ذلك إلا في قضايا معينة عندما يكون معرفة الطبيب والرجل والمرأة محقق وإلا فإن فتح هذا الباب يخشى معه الشر، فلو حصل غشا لزم إدخال نسب في نسب وعمّت الفوضى في الأنساب وهذا محرم شرعا[4].

وترد تعليلات أخرى لعدم جواز التلقيح الاصطناعي لجانب من الفقه، ذلك أن هذه الأخيرة يعتريها الغموض في نتائجها واحتمال نسبة التشوه في هذا الطريق الاصطناعي غير المعهود لعدم إمكان كشف

1- أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات – دراسة فقهية ونقدية مقارنة-**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص 167 وما يليها.

2- جمال غريسي، إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص 86.

3- عبد الله بن زايد أل محمود، **الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الاصطناعي**، مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، الجزء الرابع، العدد (2)، ص 313، **نقلا عن**: جمال غريسي، إلهام بن خليفة، نفس المرجع، ص 86.

4- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 168-169.

ذك قبل التكرار الكثير، كما أنه يحتمل أن يؤدي هذه العملية إلى أضرار مرضية أخرى لا يمكن الجز بتاتا بالآمن منها قبل مرور زمن معتبر من عمر الوليد[1].

ولذلك يرى غالبية الفقهاء بعدم التوسع في مثل هاته الأمور لأن مزاياها أقل من أضرارها بل وأن **الشيخ رجب بيوض التميمي** حرّم ذلك من أساسه ودليله حرمة إيجاد ذرية عن غير الطريق الطبيعي، كما ذهب الشيخ شقرة إلى أن قاعدة سد الذرائع تفرض حظر طفل الأنبوب، بل ويرى أنصار هذا الاتجاه ضرورة تدخل المشرع لتجريم التعامل مع الجينات الوراثية في تغيير الصفات أو تحسين السلالات واختيار جنس المولود [2].

ويقدم **الدكتور عبد الرحمن بن عبد الخالق** مجموعة من الأسباب تجعل فقهاء الشريعة الإسلامية يعارضون هذه التقنية في الإخصاب كونها محفوفة بالمخاطر، واحتمال الخطأ في الأنابيب فيقع المحضور الشرعي ويحدث إختلاط الأنساب، كما لا يؤمن سوء النيّة من أي جهة، كما أن فتح مراكز التلقيح الاصطناعي قد ينجر عنه بأن يصبح التلقيح الاصطناعي عملا تجاريا مربحا، ومن ثم يستدرج المسلمون إلى ما وصل إليه حاليا الغرب والجاهلية الأولى التي عرف فيها " نكاح الاستبضاع " وهو شبيه بنوك المنيالمعروف حاليا في الغرب، ناهيك عما يعود عليه الأمر على نفسية طفل الأنابيب وتأثره سلبيا بذلك، مع اليقين بأنهم سيكونون موضع سخرية وتندر في المجتمع [3].

ثانيا: الاتجاه المؤيد:

أجاز العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية عملية التلقيح الاصطناعي في نطاق علاقة الزواج الشرعية وفق ضوابط شرعية دون تدخل أي شخص أجنبي، وأن يكون التلقيح بعلم الزوج [4] فقد نص مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة بعمان، بخصوص أطفال الأنابيب أن التلقيح الاصطناعي حكمه التحريم والمنع البات إلاّ في حالة أن تؤخذ النطفة من الزوج والبويضة من الزوجة ويتم التلقيح خارجيا ثم يتم زرع اللقيحة في رحم الزوجة، أو أن تأخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا [5].

---

[1]– عبد المجيد يكن، المرجع السابق، ص: 325.

[2]– سكيريفة محمد الطيب، **التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي**، ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016–2017، ص: 41.

[3]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص ص: 169–170.

[4]– محمد جعفر الطبسي، **التلقيح الصناعي، حوزة فقه الأمة الأطهار عليهم السلام السيدة زينب**، سوريا، 2008، ص: 14،**نقلا عن**: خديجة بوكريريس، المرجع السابق، ص: 241.

[5]– مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة بعمان، الأردن– 08 إلى 13 صفر 1406 هـ الموافق من 11 إلى 16 أكتوبر 1986.

كما تم تأييد عملية التلقيح الاصطناعي في نطاق علاقة الزواج الشرعية في: "مؤتمر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الذي انعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة، في الفترة ما بين 11 إلى 16 ربيع الثاني 1404 هـ حول مشكلة التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب بتقرير ما يلي:

01)- إن حاجة المرأة المتزوجة إلى الحمل، وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضا مشروعا يبيح معالجتها بالطريقة المباحة، من طرق التلقيح الاصطناعي، وهو مبدأ عام يجيز اللجوء إلى الإنجاب الصناعي في ضوء الضوابط الشرعية.

02)- إن الأسلوب الذي تؤخذ فيه النطفة من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها بطريقة التلقيح الداخلي، هو أسلوب جائز شرعا وبشروط سيتم ذكرها لاحقا، وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل وهي مسألة متفق على شرعيتها.

03)- إن الأسلوب الثالث الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر ويتم تلقيحهما خارجيا في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة هو أسلوب مقبول مبدئيا في ذاته وفق المنظور الشرعي، لكنه غير سليم تماما من موجبات الشك، فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات، ولا يلجأ إليه إلاّ في حالات الضرورة القصوى، بعد أن تتوافر الشرائط العامة " [1].

وفيما يتعلق بالأسلوب السابع من أساليب التلقيح الاصطناعي الخارجي، الذي يكون فيه زرع لقيحة الزوجين في رحم زوجة أخرى له، لوجود مرض ما في رحم الزوجة صاحبة البويضة، فبعدما أن أجاز ذلك المجمع الفقهي في دورته السابعة، تراجع عن ذلك في دورته الثامنة فقرر عدم جواز ذلك حيث قرر: " أن الزوجة الأخرى، التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها، على حمل اللقيحة، من معاشرة الزوج لها، في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة، ثم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقبيحة 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 الآخر، الذي لا يعلم أيضا أهو وليد اللقيحة، أم حمل معاشرة ولد الزوج، ويوجب ذلك من اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين، والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، وأن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة " [2].

---

[1]- رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دوراته العشرين (1398-1432هـ) (1977-2010)، الإصدار الثالث، قرارات الدورة السابعة، 1404 هـ-1984م، القرار الخامس: حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، ص: 159 وما يليها.

[2]- رابطة العالم الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة الكرمة من الأولى إلى السابعة عشر (القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة 1977-2004)، الطبعةالثانية، مكة المكرمة، ص: 149.

ومن ثم فالحاصل، أن الفقه الإسلامي يجيز حصرا حالة التلقيح الاصطناعي الداخلي بلقيحة الزوجين والتي يتم وضعها في الجدار الداخلي لرحم الزوجة ذاتها، كما يجيز حالة التلقيح الاصطناعي الخارجي عندما يكون الزوج صاحب الحيوان المنويو البويضة مصدرها زوجته التي تعاني العقم بسبب انسداد القناة الموصلة بين رحمها ومبيضها ويتم التلقيح في أنبوب اختبار ثم تزرع اللقيحة في الجدار الداخلي للزوجة صاحبة البويضة لتنمو طبيعيا إلى غاية الولادة مع أخذ الاحتياطات اللازمة لتوقي اختلاط اللقائح في أنابيب الاختبار ومن ثم اختلاط الأنساب الذي يمس بنظام الأسرة.

وعليه فالفقه الإسلامي يرفض بصورة قطعية التلقيح الاصطناعي الخارجي بتدخل الغير حيث يشكل ذلك تعديا صارخا على الحياة الزوجية المقدسة، كما يعتبر عند فقهاء الشريعة الإسلامية أخطر من التبني. وأشد خطورة على علاقات الأسرة وعلى الأنساب [1].

المبحث الثاني: ضوابط التلقيح الاصطناعي وأثر مخالفتها في التشريع الجزائري:

بعد التطرق إلى مفهوم التلقيح الاصطناعي في المبحث الأول، تقتضي هذه الدراسة ضوابط التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري **(المطلب الأول)**، ثم أثر مخالفة هذه الضوابط من خلال نفس التشريع **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: شروط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري وقانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02:

سيتم التطرق إلى شروط التلقيح الاصطناعي المشتركة بين قانون الأسرة الجزائري وقانون الصحة الجديد ثم إلى الشروط المستحدثة في قانون الصحة الجديد.

الفرع الأول: شروط التلقيح الاصطناعي المشتركة بين قانون الأسرة الجزائري وقانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02.

نص قانون الأسرة وقانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 على شروط مشتركة للتلقيح الاصطناعي مما يدل على انسجامهما في هذا الجانب – وهو أمر منطقي وحتمي في نفس الوقت– وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا: علاقة زواج شرعية:

أشارت **المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري** صراحة على هذا الشرط إذ تنص في فقرتها الثانية على أنه: "**يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:**

– أن يكون الزواج شرعيا، ....."

---

[1]– فؤاد سيدي محمد صديق، مراد بسعيد، المرجع السابق، ص: 371.

كما تنص المادة 371 من قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 02-02 على هذا الشرط صراحة بعبارة: " **تخصص المساعد الطبية على الإنجاب حصريا للاستجابة لطلب يعبّر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، ....**"

يعتبر الزواج الوسيلة الشرعية الوحيدة للارتباط بين امرأة ورجل لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة قصد تحقيق الإحصان ومن ثم فإن كل وسيلة يستعان بها للإنجاب خارج نطاق الزوجية الشرعية تعتبر باطلة [1].ذلك أن علاقة الزواج الشرعية تعتبر أساس النظام الأسري حسب ما نصّت عليه المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

والزواج الشرعي هو الزواج الصحيح المستوفي لأركانه وشروطه طبقا لما ورد في **المادتين 9 و 9 مكرر** من نفس القانون [3].ومن ثم فالتلقيح يشترط أن يقع ضمن رابطة زوجية صحيحة طبقا لما تتطلبه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة والمادة 371 من قانون الصحة 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 السالفين الذكر، فالتلقيح الاصطناعي في هذه الحالة شبيه بالتلقيح نتاج الجماع الطبيعي بين الزوجين [4].

ومن ثم فالتلقيح الاصطناعي يقتصر على الزوجين دون سواهما فإذا دخل شخص آخر أجنبي بين الزوج وزوجته كانت الحرمة وعدم المشروعية [5].

والهدف من جوازية التلقيح الاصطناعي ضمن علاقة الزواج الشرعية هو تحقيق أحد أهم مقاصد الزواج وهو طلب الذرية وتكوين أسرة متماسكة مع الحفاظ على الأنساب وعدم إختلاطها[6].

---

[1]- عبد الكريم ممون، **الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الاصطناعي**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة تلمسان، 2006، العدد (4)، ص 75 وما بعدها؛ خديجة بوكريريس، المرجع السابق،239.

[2]- تنص المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " **الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب** "

[3]-تنص المادة 9 من قانون الأسرة على أنه: " **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين** " وتنص المادة 9 مكرر من نفس القانون على أنه: " **يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: - أهلية الزواج.- الصداق.- الولي.- شاهدان.- إنعدام الموانع الشرعية للزواج.** " بخصوص تفصيل أركان وشروط عقد الزواج. **أنظر**: دليلة فركوس، جمال عياشي، **محاضرات في قانون الأسرة، إنعقاد الزواج**، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص 72 ما يليها ؛ عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في احكام الزواج والطلاق**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص: 50 وما يليها

[4]- نصر الدين ماروك، **الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ص 423، **نقلا عن**: أحمد شامي، المرجع السابق، ص 178.

[5]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 280.

[6]-فاطمة عيساوي، **الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري**، مجلة المعارف، السنة الثالثة، العدد السادس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، 2009، ص: 277.

كما يجد هذا الشرط تبريره في حماية الطفل الذي سيولد بمشيئة الله تعالى عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي إذ يُعد الزواج الشرعي ضمانة توفر له الاستقرار بوجود أبوين يتولى كلاهما تربيته ورعايته بما يحقق ضمانة نقاء الأنساب وعدم اختلاطها[1].

والحاصل بخصوص اشتراط المشرع الجزائري قيام علاقة زواج شرعية لإجراء التلقيح الاصطناعي، أنه ساير الفقه الإسلامي الذي أجاز عملية التلقيح الاصطناعي ضمن علاقة زواج شرعية دون تدخل أي شخص أجنبي وهذا بإقرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة، ومؤتمر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المشار إليهما آنفا.

ثانيا: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

نصّت الفقرة الثالثة من المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري صراحة على هذا الشرط إذ تقرر: " .....- **أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما** "، كما نصّت المادة 371 من قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 على هذا الشرط صراحة إذ تقرر أنه: " ... **ويوافقان على النقل او التخصيب الاصطناعي .... وهما على قيد الحياة،** ...." وبمقتضى حكمي هاتين المادتين تستوجب عملية التلقيح الاصطناعي رضا الزوجين أي قبولهما الصريح والمستنير والمتبصرلأجل الخضوع إلى هذه التقنية الحديثة طلبا للذرية وتحقيق النسل بإعتباره من أهم مقاصد الزواج.

ذلك أن الإنجاب من الحقوق المشتركة بين الزوجين، فالإقدام أو الإحجام عنه يقتضي وجوبا توافق إرادتهما كما إحتاج العقد إليها [2]، بل وأن الرضا شرط لازم للعقول بمشروعية التلقيح صناعي، وبدونه قد يخرج العمل الطبي من إطار المشروعية إلى إطار التجريم[3]، وفي الحقيقة أن هذا الشرط بديهي، فالولد ينسب لأبيه ويحمل إسم أبويه، مما يقتضي رضا كل منهما، فالبنوة مسألة إختيارية وليست إجبارية، كما أن مصلحة الولد تستوجب توافر هذا الشرط. أما إذا تمت عملية التلقيح الاصطناعي دون تحقق رضا أحد الزوجين خاصة الزوج الذي قد يلجأ إلى إنكار أو نفي نسب الطفل، مع ما ينتج عن ذلك من نتائج سيئة على المستوى النفسي والإجتماعي بالنسبة للطفل والأم أيضا[4].

كما يجب أن يكون رضا الزوجين سليما من العيوب، فلا يلجأ أحد الزوجين مثلا لإحدى الطرق الاحتيالية أو التدليسيةاتجاه الزوج الآخر لإجراء عملية التلقيح[5].

---

[1]- جمال غريسي، إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص ص: 80-81.

[2]-زوبيدةأقروفة، المرجع السابق، **نقلا عن:** فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي، مراد بسعيد، المرجع السابق، ص: 373.

[3]- مريم لعباني نهال، هنية شريف، **آثار الأعمال الطبية على عملية التلقيح الإصطناعي**، مجلة جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 35، العدد 2، 2021، (ص 323- ص 354)، ص 336.

[4]- محمد بن يحي بن حسن النجيمي، **الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم (دراسة فقهية إسلامية مقارنة)**، العبيكان للنشر والتوزيع، الرياض، 2011، ص 99 - 100 .

[5]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 179.

غير أنه يحدث في بعض الحالات أن يتراضى الزوجين على إجراء التلقيح الاصطناعي، ثم يعدل أحدهما عن رضاه، وهنا يجب التمييز بين حالة ما إذا تم التقاط البويضة من مبيض الزوجة واستخلاص مني الزوج إذ يقتضي ذلك الحصول على رضا الزوجين، وحالة مرحلة إخصاب أو تلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج بغية وضع البويضة الملقحة في رحم الزوجة مما يقتضي أيضا حصول رضا الزوجين، فالغالب فقها أن العدول إذا كان بعد الشروع في مراحل الحالة الأولى وقبل تلقيح البويضة، فلا يمكن إجبار أحد الزوجين على إتمام العملية، طبقا لمبدأ جواز العدول عن الأعمال الماسة بجسم الإنسان قبل التنفيذ، أما إذا صدر العدول بعد تلقيح البويضة في أنبوب اختبار وقبل زرعها في جدار الرحم، فيجب إتمام العملية، وتلتزم الزوجة بأن توضع اللقيحة في رحمها، بل وتجبر على ذلك بمقتضى الحاجة لأن الحمل يبدأ من لحظة التلقيح، ومن حقه وضعه في الرحم [1].

أما بخصوص شرط وجوب أن يتم التلقيح أثناء أو حال حياة الزوجين فإنه لايجوز أن يتم ذلك بعد وفاة الزوج أو فك الرابطة الزوجية بالطلاق، ذلك أن التلقيح الاصطناعي بمني الزوج بد الوفاة يتعارض مع أحكام الميراث [2].بمقتضى أحكام المادة 128 من قانون الأسرة [3] التي تشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة وبصورة أصح أن يكون ذلك آن موت المورث لأنه هو الوقت الذي تنتقل فيه التركة للورثة، ذلك أن من شروط استحقاق الميراث عند الفرضيين تحقق حياة الوارث عند هلاك المورث فالعبرة ليست بوقت افتتاح التركة الذي قد يتأخر وقت افتتاحها عن وفاة المورث، ومن ثم يحق للورثة الشرعيين الطعن في نسب الطفل إلى مورثهم نتيجة هذا الأسلوب من التلقيح الإصطناعي[4].

فالإنجاب الشرعي لايتم إلاّ ضمن علاقة زواج شرعية صحيحة وأثناء قيامها– أي حال حياة الزوجين– وفقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري فإذا إنتهى عقد الزوجية بموت أو طلاق فإن التناسل بين الزوجين يعتبر لاغيا وباطلا [5].

غير أنه إذا ما تم التلقيح الاصطناعي بين الزوجين في إطار شروطه القانونية ثم مات الزوج، ففي هذه الحالة ينسب الولد لأبيه [6]، ومن ثم يستحق هذا الولد النفقة والميراث.

ثالثا: أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما:

---

[1]– فاطمة عيساوي، المرجع السابق، ص 229–230.

[2]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص: 179.

[3]– تنص المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " **يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت إفتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث** ".

[4]– سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص: 224.

[5]– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 281.

[6]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص: 179.

نصّت **المادة 45 مكرر** من قانون الأسرة الجزائري صراحة على هذا الشرط في فقرتها الرابعة إذ ورد فيها: " ....- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما "، كما تضمنت أحكام المادة 371 من قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 هذا الشرط بصورة صريحة إذ تنص على أنه: " ....ولايمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة .....".

لما كانت تقنية التلقيح الاصطناعي لا تجري إلا ضمن علاقة الزواج الشرعية الصحيحة والقائمة حال حياة الزوجين فمن الطبيعي جدا اشتراط لإتمام إجراء هذه التقنية استخدام مني الزوج وبويضة الزوجة دون تدخل أي شخص أجنبي عن العلاقة الزوجية [1] أي أن هذا الشرط يقتضيه الشرطين السابقين بداهة إذ أن الغاية في الأخير هي المحافظة على الأنساب ومنع اختلاطها وحماية حرمة المصاهرة.

ويتطابق هذا الشرط تمامًا مع أقره مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثالثة المنعقد بالعاصمة الأردنية عمان من 1 إلى 16 أكتوبر 1986، وما أقره أيضا المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقد بمكة المكرمة بالمملكة العربية السعودية في 28 جانفي 1985 المذكورين سابقا.

كما جاء أيضا في فتوى لدار الإفتاء المصرية: " أنه يحرم تلقيح الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها لما يترتب عن ذلك من اختلاط الأنساب، بل ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من مائه، وفي هذه الطريقة إذا حدث بها حمل معنى ونتائجه، والزنا محرم قطعا بنصوص القرآن والسنة " [2].

ولتحقيق هذا الشرط أيضا وجب الحرص على عدم الوقوع في أدنى ريب من اختلاط السائل المنوي بآخر أو باستبداله بمني غيره، لأن الخلاف يثور فيما بعد بخصوص مسألة إثبات نسب المولود من والديه [3].

وترتيبا على ما سبق، يجب استبعاد حالات الزوجة التي لقحت بويضتها بمني رجل ليس بزوجها، وكذلك البويضة من زوجة أخرى ملقحة بمني رجل آخر غير زوجها [4].

رابعا: لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة:

ذكر المشرع الجزائري هذا الشرط صراحة في **المادة 45 مكرر** من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة التي نصت على أنه: " لايجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة "، كما ورد هذا الشرط في مضمون **المادة 371 من قانون الصحة** الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-

---

[1]- جمال غريسي، إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص: 82.

[2]-باخة عربية، ميلود سرير، **ضوابط التلقيح الإصطناعي وأثر مخالفتها في التشريع الجزائري**، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد الثاني، نوفمبر 2019 (ص: 1300- ص: 1318)، ص: 1309.

[3]- فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي، مراد بسعيد، المرجع السابق، ص: 374.

[4]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 283.

02والتي ورد فيها: " .....**مع استبعاد كل شخص آخر** ....".

يُعد هذا الشرط في حقيقته مكملا للشروط السالفة الذكر لأنه لو تم الاكتفاء بتلك الشروط فقط يفهم أنه لا اعتبار إلا لأن يكون مصدر البذرتين هما الزوجان، ولايهم بعد ذلك أين تزرع البويضة الملقحة خارجيا، فهو منع صريح لبعض صور أو أساليب التلقيح الإصطناعي[1].

منع المشرع الجزائي اللجوء إلى الأم البديلة خشية الوقوع في المحاضر والشكوك التي تلحق بنسب الطفل من حيث أمه، كما أن في أسلوب الأم البديلة تحول للأمومة إلى سلعة تؤجر وتستأجر، فالأمومة ليست علاقة بيولوجية، إنما تكمن في الحمل والتربية أساسا لقوله تعالى: **[وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ]**[2]. ولقوله تعالى أيضا:**[حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا]**[3].

فجعل القرآن الكريم الرباط بين الحمل والأمومة، وليس بين الأمومة ومن تمنح البويضة لغيرها مقابل أجر ومن ثم وسدا للذرائع ودرءِ للمفسدة يمنع التلقيح الاصطناعي عن طريق الأم البديلة مهما تتحقق مع ذلك من مصلح آنية كون أن المفسدة فيها أكبر [4].

لقد كان لظهور ما يصطلح عليه " الحمل لصالح الغير " أو إيجار الرحم دور في ظهور مشكلة تحديد صفة الأم الحقيقية للطفل بشكل بارز وجلي، أي تحديد ما إذا كانت صفوفة الأم تقرر للأم صاحبة البويضة المخصبة، أو لتلك التي تم نقل اللقيحة إلى رحمها، وحملها لها إلى غاية الولادة، مما جعل المشرع الجزائري يمنع استعمال الأم البديلة في عملية التلقيح الإصطناعي[5]. فضلا عن أن هذه الوسيلة تعتبر ذريعة لاختلاط الأنساب نتيجة الازدواج في التكوين من حيث مصدر البويضة الملقحة والنشأة والخلقة من حيث الرحم المستعار، فهي أداة أيضا إلى الشر والفساد والشبهات التي لايمكن حصرها [6].

كما أن اللجوءإلى استعمال الأم البديلة يتعرض مع حقوق الطفلوتجعل مستقبله عرضة للخطر، كما قد ينجر عن ذلك عندما تحتفظ الأم الحاملة بالمولود متمسكة به، وتمتنع عن تسليمه للزوجين صاحبا اللقيحة، أثرا سلبيا على الطفل من الناحية النفسية والاجتماعية والقانونية والدينية والأخلاقية.

كما يكون الولد الناتج عن الأم البديلة إما أبن زنا، أو إبن تبني وكلاهما من الطرق المحرمة شرعا، والتي لايثبت بها النسب الشرعي وفقا **للمواد 40 و 45 مكرر و 46** من قانون الأسرة الجزائري،

---

[1]– فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي، مراد بسعيد، المرجع السابق، ص: 374.

[2]– سورة لقمان، الآية: 14.

[3]– سورة الأحقاف، الآية: 15.

[4]– فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي، مراد بسعيد، المرجع السابق، ص ص: 374–375.

[5]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص: 180.

[6]– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص: 285–286

بل يلحق نسب الطفل لمن حملت به كونه حالة ولادة طبيعية كولد الزنا [1].إن هذا الشرط جاء متوافقا ومنسجما تماما مع ما أقره المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة مكة المكرمة في جانفي 1985 والمذكور آنفا إذ ورد فيه: " ... فإنه لايجوز أخذ بويضات من امرأة بطريقة الأنبوب ووضعها في رحم امرأة أخرى، لأن البويضات التي تؤخذ من امرأة أجنبية أو تشتري منها لايجوز أن تحقن في غيرها " [2].

الفرع الثاني: شروط التلقيح الاصطناعي المستحدثة في قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02:

استحدث قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 شروطا أخرى للتلقيح الاصطناعي إلى جانب تلك الشروط التي نص عليها والمتطابقة مع الشروط الواردة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

هذه الشروط المستحدثة منها ما يتعلق بالزوجين المعنيين التلقيح الاصطناعي **(أولا)**، ومنها ما يتعلق بالسلطات الإدارية والمؤسسات والمراكز والمخابر الطبية **(ثانيا)**.

أولا: الشروط المتعلقة بالزوجين المعنيين بالتلقيح الاصطناعي:

تتمثل هذه الشروط في إثبات العقم بشهادة طبية (1)، الرضا الكتابي (2)، تقديم طلب كتابي مع تحديده بعد شهر (3).

01)- إثبات العقم بشهادة طبية:

نصّ قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 على هذا الشرط في الفقرة الأولى من **المادة 371** التي وردها فيها: " ....**يعانيان من عقم مؤكد طبيا...**"

يعتبر هذا الشرط المضاف شرطا جوهريا، فمن أجل اللجوء إلى تقنية التخصيب الاصطناعي لابد من أن تتأكد حالة العقم من طرف طبيب مختص مؤهل لذلك وفق تقرير طبي يؤكد حالة العقم، وبمفهوم المخالفة إذا لم تتأكد حالة العقم طبقا لتقرير طبي مفصل، فإنه لايجوز للزوجين في هذا الفرض اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي بمعنى أن العلاج يخرج عن إطار نظام المساعدة الطبية على الإنجاب [3].

تجدر الإشارة بخصوص هذا الشرط أن هناك جانبا من الفقه أعاب على المشرع الجزائري في **المادة 45 مكرر** من قانون الأسرة على أنه أغفل التنصيص فيها عن شرط أن لا تتم هذه العملية إلاّ في

---

[1]- تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " **يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون** ". تنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " **يمنع التبني شرعا وقانونا** ".

[2]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص: 286-287.

[3]- محمد رضا زناقي، دلال يزيد، المرجع السابق، ص 123. باخة عربية، سرير ميلود، المرجع السابق، ص 1309.

حالة الضرورة القصوى بمعنى إذا استحال على المرأة أن تحمل عن طريق الولادة الطبيعية [1]، وبالتالي فالمشرع الجزائري تدارك الفراغ الذي كان موجودًا في نص **المادة 45 مكرر** من قانون الأسرة الذي لم ينص عن شرط الضرورة، فنص عليه فيما بعد في قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 في المادة 371 الفقرة الأولى المذكورة آنفا. إذ يُعد هذا الشرط الضابط الأساسي للجوء إلى هذه التقنية وهو ما أكد عليه الفقه الإسلامي [2].

وهذا الشرط يعبّر أيضا عنه في الفقه الإسلامي بأن يكون التلقيح الاصطناعي هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب والذي يُعد في الأصل أنه لايتفق مع الأحكام العامة للشريعة، ولا يلجأ إليه إلا عند الضرورة القصوى أي تأكد حالة العقم التي يستحيل معها أن تحمل الزوجة من زوجها بالطريق المعهود، وأسس الفقه الإسلامي علة التحريم على قوله عزوجل: **[قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ.وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا]**[3]، ومن ثم فغياب الضرورة وهي تأكد حالة العقم عند المرأة التي كانت قادرة على الحمل بالطريق المعهود إلا أنها لجأت لهذه التقنية ولم تحفظ جسدها هو إعتداء وتجاوز على الحدود الشرعية [4].والحاصل أن التشريع الجزائري قد ساير الفقه الإسلامي في مسألة إشتراط الضرورة أي تأكد حالة العقم وهي من أهم أوجه مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي كما سبق بيانه.

02)- الرضا الكتابي:

تضمنت المادة 371 من قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 هذا الشرط إذ تنص على أنه: "...ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي...فيأتي الرضا في هذه الحالة في شكل موافقة كتابية يحصل عليها الطبيب المختص مسبقا من الزوجين، وذلك بعد أن يلتزم بتبصيرهما بكافة المخاطر المحتملة للعملية ونسبة نجاحها"[5].

ولا يخفى على أحد مالشرط الكتابة بخصوص رضا الزوجين بعملية التلقيح الاصطناعي من حماية للطبيب من حالات الغش والطرق الاحتيالية من شبهة التواطؤ التي قد يلجأ إليها أحد الزوجين لتضليل الآخر لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي عند تحقق مخالفة لأحد ضوابطه ولا يتأتى ذلك إلاّ بعد تنفيذ الطبيب لالتزامه المتمثل في وجوب تبصيرا لزوجين بكافة المعلومات المتعلقة بهذه التقنية والمخاطر المحتملة لها مع تنويرهما بنسبة نجاحها، وإن كان الطبيب أصلا ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

---

[1]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 284.

[2]- فؤاد سيدي محمد صديق، مراد بسعيد، المرجع السابق، ص 376.

[3]- سورة النور، الآيتين 30-31.

[4]- محمد رضا زناقي، دلال يزيد، المرجع السابق، ص 121.

[5]- فؤاد سيدي محمد صديق، مراد بسعيد، المرجع السابق، ص: 373.

03)- تقديم طلب كتابي مع تأكيده بعد شهر:

نصّت الفقرة الثانية من **المادة 371** من قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 على هذا الشرط إذ ورد فيها: " ....**يقدم الزوج والزوجة طلبا كتابيا بالمساعدة الطبية على الإنجاب ويجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ إستلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية** ".

فوظيفة الطلب الكتابي من الزوجين يظهر في تأكيد رضا كلا منهما باللجوء إلى التلقيح الاصطناعي من جهة، وحماية الهيكل أو المؤسسة المعنية بخصوص إثبات عنصر الرضا الصريح والمستنير والمتبصر لكلا الزوجين ومن ثم تفادي ارتكاب مخالفة معاقب عليها طبقا لنص القانون سواء في حق الزوجين أو الهيكل أو المؤسسة المعنية، كما أن تأكيد الطلب الكتابي بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية لايدع مجالا للشك في يقينية تحقق رضا الزوجين.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالسلطات الإدارية والمؤسسات والمراكز والمخابر الطبية:

تتمثل هذه الشروط في إجراء التلقيح الاصطناعي في مؤسسات أو مراكز أو مخابر مرخص لها، إذ يرخص الوزير المكلف بالصحة لهذه المراكز أو المؤسسات متى استوفت الشروط اللازمة، وهذا ما نصت عليه **المادة 372** من قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 إذ تقرر بأنه: " تتم الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مؤسسات أو مراكز يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك ".

كما نصّت **المادة 373 الفقرة الثانية** من نفس القانون على ضرورة خضوع المراكز العامة والخاصة لمراقبة المصالح الصحية المعنية، مع إشراف لجنة طبية على عملية التلقيح الاصطناعي وهذا ما تضمنته المادة 372 من نفس القانون إذ جاء فيها: " تتم الأعمال العيادية والبيولوجية ...من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض ".

وهذا ما يؤكد حرص المشرع في قانون الصحة الجديد على وجوب احترام ضوابط وشروط التلقيح الاصطناعي من الناحية الإدارية والطبية لما يضمن تحقيق الغاية المرجوة منها.خاصة وأن عملية التلقيح الاصطناعي تتصل بالسلامة الجسدية للأزواج، ولايخفى على أحد أنها محفوفة بالمخاطر الطبية التي قد يترتب عنها أضرارا جسمانية بليغة تتعدى حالة العقم تترتب عنها المسؤولية المدنية[1].

المطلب الثاني: أثرمخالفة ضوابط التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري:

رتّب المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 عقوبات جزائية لكل شخص يخالف أحكام المادة 371 من ذات القانون، سواء كان الشخص طبيعيا **(الفرع الأول)**، أو معنويا **(الفرع الثاني)**.

---

[1]- ماية بن مبارك، زوليخة زوزو، التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المشتركة عن إجراءه حسب التشريع الجزائري، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي آفلو، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الرابع، العدد 02، ديسمبر 2020، ص 142 إلى 160.

الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي:

قرر المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد عقوبات جزائية لكل مخالفة لضوابط التلقيح الاصطناعي الواردة في **المادة 371 من نفس القانون** لأجل فرض لاحترامها بكل صرامة وفعالية وهذه العقوبات الجزائية هي عقوبات أصلية **(أولا)**،وعقوبات تكميلية **(ثانيا)**.

أولا: العقوبات الأصلية:

تنص **المادة 434** من قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 على العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي الذي يخالف أحكام المادة 371 من نفس القانون وهي عقوبة الحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما اعتبر مخالفات أحكام المادة 371 من قانون الصحة الجديد جنح مشددة نظرا لما تمثله من خطر على الانساب ونظام الأسرة.

ثانيا: العقوبات التكميلية:

تقرر المادة 440 من قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 على يمكن معاقبة الشخص الطبيعيبالإضافة إلى العقوبة الأصلية المذكورة آنفا بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات الجزائري حيث تنص على أنه: " العقوبات التكميلية هي:1/- الحجر القانوني، 2/- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، 3/- تحديد الإقامة، 4/- المنع من الإقامة، 5/- المصادرة الجزئية للموال، 6/- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو ناشط، 7/- إغلاق المؤسسة، 8/- الإقصاء من الصفقات العمومية،9/-الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع، 10/- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، 11/- سحب جواز السفر، 12/- نشر او تعليق حكم أوقرار الإدانة.

الفرع الثاني: العقوبات المقررة للشخص المعنوي:

يقرر قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 عقوبات جزائية للشخص المعنوي الذي يخالف أحكام المادة 371 من نفس القانون وتتمثل في عقوبات أصلية (أولا)، وعقوبات تكميلية (ثانيا).

أولا: العقوبات الأصلية:

تقرر المادة 441 الفقرة الأولى من قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 عقوبات أصلية للشخص المعنوي الذي يخالف أحكام المادة 371 من نفس القانون، تتمثل في غرامة لا تقل عن 5 أضعاف الغرامة القصوى المنصوص عليها في الغرامة المقررة للشخص الطبيعي.

ثانيا: العقوبات التكميلية:

يعاقب الشخص المعنوي الذي يخالف أحكام المادة 371 من قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 بالإضافة إلى العقوبات الأصلية، بإحدى العقوبات التكميلية أو أكثر المقررة بأحكام المادة 441 الفقرة الثانية من نفس القانون وهي:

- حجز الوسائل والعتاد المستعمل في ارتكاب المخالفة،
- المنع من ممارسة نشاط الصحة لمدة لا تتجاوز 5 سنوات،
- غلق المؤسسة أو إحدى ملحقاتها لمدة لا تتجاوز 5 سنوات،
- حل الشخص المعنوي، غير ان المشرع الجزائري لم يقرر عقوبات جزائية عند مخالفة احكام المادة 372 من قانون الصحة الجديد 18-11 والمتمم بالأمر 20-02 مما يتعين تدارك هذا النقص التشريعي [1].

ويتبين من خلال ما تم ذكره، أن المشرع الجزائري أدرك الخطورة الكبيرة والعواقب الوخيمة لعمليات التلقيح الاصطناعي غير المشروعة [2].

وذلك لما تمثله من تهديد او مساس حقيقي بالسلامة الجسدية للزوجين من جهة، ومن جهة أولى المساس بالأنساب ونظام الأسرة الجزائرية الذي يستمد أصوله من تعاليم الشريعة الإسلامية ومقاصدها المختلفة.

كما تجدر الإشارة بهذا الصدد، أنه بالإضافة إلى هذه العقوبات المقررة بمقتضى أحكام قانون الصحة الجديد المعدل والمتمم بالأمر 20-02 عند مخالفة المادة 371 من نفس القانون فإنه يمكن مساءلة الجهة الطبية القائمة بعملية التلقيح الاصطناعي تحت طائلة عقوبة جزائية، عند الاخلال بواجباتها القانونية بكشفها للسر الطبي أو عندما تتطلب عملية التلقيح الاصطناعي عملا جراحيا طبقا لأحكام قانون العقوبات الجزائية والقوانين الخاصة المكملة له [3].

الخاتمة:

تم التوصل من خلال هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

---

[1]- عربية باخة، سرير ميلود، المرجع السابق، ص1313.

[2]- فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي، مراد بسعيد، المرجع السابق، ص 377.

[3]-**أنظر**: بخصوص المسؤولية الجزائية للطبيب: مختار سيدهم، **المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري**، مجلة المحكمة العليا، (عدد خاص)، المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2011، ص 18- ص 43؛ عبد القادر يحي، **المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري والاجتهاد القضائي**، مجلة المحكمة العليا(عدد خاص)المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2011، ص 46 ص 61؛ محمد بودالي، **المسؤولية الجزائية للجراحة وطبيب التخدير والانعاش**، مجلة المحكمة العليا (عدد خاص)، المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2011، ص 64 إلى ص 103.

– لم يعرف قانون الأسرة الجزائري التلقيح الاصطناعي، غير أن المشرع الجزائري تدارك ذلك في قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 فيالمادة 370 منه، إيمانا منه بدور تعريف التلقيح الاصطناعي في تحديد نطاق هذه التقنية الطبية.

– يجد التلقيح الاصطناعي مشروعيته في نطاق الإباحة الشرعية، إذ حثت الشريعة الإسلامية على التداوي المشروع بجميع الوسائل العلاجية لأمراض العقم وعدم القدرة على الإنجاب بالطريقة الطبيعية، وذلك في حالة تأكده بمقتضى الضرورة والتي تقدر بمقدارها.

– يتنازع التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي اتجاهان، اتجاه يرى بعدم جواز التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية لما في ذلك من كشف العورات المحرم شرعا، وعدم الرضا بقضاء الله وقدره، بينما يرى اتجاه آخر من فقهاء الشريعة الإسلامية أنه جائز في نطاق علاقة الزواج وفق ضوابط شرعية.

– جاءت شروط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري موافقة ومتطابقة مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي وقد كان لقانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 دورًا مؤكدا لهذه الشروط،كما نصّ على شروط أخرى على درجة كبيرة من الأهمية أبرزها وأهمها شرط الضرورة وهو ما يتوافق تماما مع الفقه الإسلامي في هذا الجانب.

– رتب المشرع الجزائري عقوبات جزائية صارمة في حال مخالفة شروط التلقيح الاصطناعي التي نصّت عليها المادة 371 من قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 وهي متطابقة مع تلك الواردة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، وهذا ضمانا لفرض احترامها من قبل المخاطبين بها، ومن ثم تحقيق المحافظة على الأنساب وعدم اختلاطها، وحماية نظام الأسرة الجزائري الذي يستمد مبادئه وأسسه من أحكام الشريعة الإسلامية، التي تشكل المرجع الأساسي للقاضي الجزائري في حالة غياب نص تشريعي في قانون الأسرة وفقا لأحكام المادة 222 منه قانون الصحة الجديد 18-11 المعدل والمتمم بالأمر 20-02 لم يفرض عقوبات جزائية عند مخالفة أحكام المادة 372 وهذا يعتبر فراغا تشريعيا يستوجب إعادة النظر".

أما بخصوص المقترحات المتعلقة بهذا الموضوع:

1/- تقرير عقوبات جزائية عند مخالفة أحكام المادة 372 من قانون الصحة الجديد.

2/- تفعيل الرقابة الميدانية الصارمة على المؤسسات والمراكز والمخابر الطبية المعتمدة القائمة على مجريات التلقيح الاصطناعي سواء كانت تابعة للقطاع العام أو الخاص من طرف المصالح الصحية المعنية تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة قصد رصد كل مخالفة لضوابط التلقيح الاصطناعي لرفعها إلى الجهات القضائية المختصة لتحقيق الردع العام والخاص، ومن ثم المحافظة على الأنساب وتجنب اختلاطها قدر الإمكان بما يحافظ على نظام الأسرة.

3/- تكثيف الدور الإعلامي والتوعوي للفئات المعنية بالتلقيح الاصطناعي سواء تعلق الأمر بالأزواج، أو الأطباء التابعين للقطاع العام أو الخاص القائمين أو المشرفين على تقنية التلقيح الاصطناعي من أجل تحسيسهم بأهمية وخطورة هذه التقنية الطبية، ومن ثم وجوب إجرائها ضمن الشروط القانونية الواجب مراعاتها استجابة للضمير المهني الحي الذي يقف عند حدود الله وحرماته، أي سلطان الشرع قبل كل شيء، ثم تحت طائلة عقوبات جزائية في آخر الأمر.

4/- إشراك الخطاب المسجدي لتوعية أفراد الأمة الجزائرية المسلمة بخطورة وأهمية موضوع التلقيح الاصطناعي ووجوب إجرائه ضمن الضوابط الشرعية لما يؤدي إلى تحقيق المحافظة على نقاء الانساب وعدم اختلاطها.

المصادر والمراجع:

أولا- المصادر:

القرآن الكريم

الجامع الصحيح، الجزء الرابع، ص: 1414، رقم: 2204.

ثانيا- المراجع

1- المعاجم:

1. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، دار الحديث، القاهرة، 2008.
2. محمد هارون بن فارس عبد السلام، **مقاييس اللغة**، دار الجبل، بيروت، لبنان، 1999.

2- الكتب القانونية:

1. زبيدة أقروفة، **الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب**، دار الهدى، الجزائر، 2001
2. صفوان محمد عضيبات، **التفحص الطبي قبل الزواج- دراسة شرعية قانونية تطبيقية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
3. العربي بلحاج، **بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد**، إعادة الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
4. أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات – دراسة فقهية ونقدية مقارنة-**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.
5. محمد جعفر الطبسي، **التلقيح الصناعي، حوزة فقه الأمة الأطهار عليهم السلام السيدة زينب**، سوريا، 2008.
6. دليلة فركوس، جمال عياشي، **محاضرات في قانون الأسرة، إنعقاد الزواج**، دار الخلدونية، الجزائر، 2016
7. عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في احكام الزواج والطلاق**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007

8. نصر الدين ماروك، **الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر.
9. محمد بن يحي بن حسن النجيمي، **الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم (دراسة فقهية إسلامية مقارنة)**، العبيكان للنشر والتوزيع، الرياض، 2011.

3- الرسائل والبحوث الجامعية:

أطروحات الدكتوراه:

1. سليمان النحوي، **التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن**، دكتوراه، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق، 2010-2011،
2. عبد القادر العربي شحط، **الاحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي (دراسة مقارنة)**، دكتوراه، جامعة وهران، 2000.

مذكرات الماجستير:

1. سكيريفة محمد الطيب، **التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي**، ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016-2017.

4- المجلات:

2. خديجة بوكريريس، **الإنجاب الاصطناعي بين الشريعة والانون**، دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد الثامن، العدد الأول، 2017.
3. سعد عبد اللاوي، **التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري ودوره في حل معضلة الإنجاب**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، 2019.
4. جمال غريسي، إلهام بن خليفة، **عملية التلقيح الاصطناعي والإشكالات التي تثيرها في إثبات نسب المولود بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 19، العدد (01)، 2022
5. عبد المجيد يكن، ***التلقيح الصناعي خارج الرحم- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري***، مجلة العلم القانونية والإجتماعية، المجلد السادس، العدد (2)، جوان 2021.
6. زناقي محمد رضا، دلال يزيد، **الاطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11**، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد (2)، 2020.
7. فؤاد سيدي محمد صديق، مراد بسعيد، **المساعدة الطبية على الإنجاب فيالتشريع الجزائري- التلقيح الاصطناعي نموذجًا**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 5، العدد (1)، 2022.
8. عبد الله بن زايد أل محمود، **الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الاصطناعي**، مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، الجزء الرابع، العدد (2)

9. عبد الكريم ممون، **الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الاصطناعي**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة تلمسان، 2006، العدد (4).
10. فاطمة عيساوي، **الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري**، مجلة المعارف، السنة الثالثة، العدد السادس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، 2009.
11. مريم لعباني نهال، هنية شريف، **آثار الأعمال الطبية على عملية التلقيح الإصطناعي**، مجلة جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 35، العدد 2، 2021، (ص 323- ص 354).
12. باخة عربية، ميلود سرير، **ضوابط التلقيح الإصطناعي وأثر مخالفتها في التشريع الجزائري**، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد الثاني، نوفمبر 2019 (ص: 1300- ص: 1318).
13. ماية بن مبارك، زوليخة زوزو، **التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المشتركة عن إجراءه حسب التشريع الجزائري**، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي آفلو، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الرابع، العدد 02، ديسمبر 2020، ص 142 إلى 160.
14. بخصوص المسؤولية الجزائية للطبيب: مختار سيدهم، **المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري**، مجلة المحكمة العليا، (عدد خاص)، المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2011، ص 18- ص 43؛
15. عبد القادر يحي، **المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري والاجتهاد القضائي**، مجلة المحكمة العليا (عدد خاص) المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2011، ص 46 ص 61.
16. محمد بودالي، **المسؤولية الجزائية للجراحة وطبيب التخدير والانعاش**، مجلة المحكمة العليا (عدد خاص)، المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2011، ص 64 إلى ص 103.

5- النصوص القانونية:

1. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، الصادرة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية، عدد 15.
2. القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، العدد (46)، بتاريخ 16 ذو القعدة 1439هـ الموافق 29 جويلية 2018، ص:

36، المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020، الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 30 أوت 2020.

6- المؤتمرات الدولية:

1. مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة بعمان، الأردن- 08 إلى 13 صفر 1406 هـ الموافق من 11 إلى 16 أكتوبر 1986.
2. رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دوراته العشرين (1398-1432هـ) (1977-2010)، الإصدار الثالث، قرارات الدورة السابعة، 1404 هـ-1984م، القرار الخامس: حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب.
3. رابطة العالم الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة الكرمة من الأولى إلى السابعة عشر (القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة 1977-2004)، الطبعة الثانية، مكة المكرمة.

ثورة التجارب الطبية على الإنسان بين ضرورة بيو تكنولوجيا والتجاوزات الأخلاقية

د. الهواري نجوى
كلية الحقوق. جامعة الجزائر1

الملخص:

شهد العالم في الآونة الأخيرة تطورات هامة في الطب وعلوم الحياة، وأصبح جسم الإنسان محلا للتجارب الطبية والعلمية المستحدثة بواسطة التقنية الحيوية والبيو تكنولوجيا المتطورة التي كان لها تأثير كبير في تغيير أنماط الحياة، من خلال تطبيقات الجينوم البشري والاستنساخ، والتلقيح الاصطناعي، هذه الاكتشافات الجديدة خلقت الكثير من المسائل الأخلاقية التي مست السلامة الجسدية وعلى حساب الكرامة الإنسانية، ومن هنا ظهرت ضوابط أخلاقية لتحديد مفاهيم جديدة وسعت من نطاق التجارب الطبية والقيم الأخلاقية للحد من هذه التجاوزات الخطيرة.

– الكلمات المفتاحية:

التجارب الطبية – التقنية – البيو تكنولوجيا – الأخلاقيات الطبية – الكرامة الإنسانية.

مقدمة:

شهد العالم المعاصر تطورات متسارعة في مختلف المجالات البيولوجية والطبية خاصة منها التجارب الطبية على جسم الإنسان التي حظيت باهتمام بالغ من جانب معظم الدول المتقدمة التي سعت دومًا لاكتشاف علاجات ناجعة للأمراض الخطيرة أو لغرض استكشافات علمية.

وعلى الرغم من كون هذه التجارب معروفة منذ زمن بعيد إلا أنها انتشرت بصورة مذهلة في الآونة الأخيرة مع تفشي العديد من الأمراض المستجدة[1] ،مما استلزم الأمر إجراء الكثير من التجارب الطبية التي لا يمكن الاستغناء عنها لأنها ساهمت بشكل ملحوظ في اتساع آفاق المعرفة الطبية وجوهر التقدم المعرفي وأساس تطوير الطب والبيولوجيا من أجل إيجاد الحلول العلمية الممكنة للمشاكل الصحية المستحدثة لغرض الوصول إلى العلاج المناسب. وبالتالي فهي ضرورة لتقدم ورقي البشرية[2] فلا يمكن تطبيق النتائج التي يتم الحصول عليها من التجربة مباشرة على الإنسان إلا بعد المرور بمراحل متتالية تُجرى بانفراد، باعتبار كل شخص ينفرد بخصوصيات فيزيولوجية وتكوينية تجعل من الضروري إجراء التجارب عليه لمعرفة العلاج الصحيح[3].

لهذا السبب كان لهذا النوع من التجارب صدى كبير في تغيير العديد من المبادئ والقوانين ذات الصلة بالطب بصفة عامة والتجارب الطبية بصفة خاصة، هذه الأخيرة أثارت بدورها الكثير من النقاشات والجدال الفقهية ذات الطابع الديني والأخلاقي، والقانوني وحتى الطبي الممثلة بالخصوص في صعوبة

---

[1] صفوان محمد شديفات، "**المسؤولية الجزائية عن الأعمال الطبية**"، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 264.

[2] العربي بلحاج، "**الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان على ضوء القانون الطبي الجزائري**"، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2011، ص 22.

[3] مأمون عبد الكريم، "**رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية**"، دراسة مقارنة، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 687، 688.

التمييز بين التجارب العلاجية التي تجرى لجسد الإنسان بتدخل طبي علاجي مؤداه شفاء المريض، وبين التجارب الطبية غير العلاجية التي ترمي إلى الابتكار أو المصلحة التجارية، الأمر الذي أدى إلى تغيير بعض المفاهيم العلمية الخاصة بالمريض والمرضى والرعاية الصحية من أجل مواكبة الاكتشافات البيولوجية والمستحدثات الطبية في ظل الثورة العلمية المستمرة بشكل سريع، ومنه استحدثت بعض التقنيات الطبية المعاصرة التي أخذت شكل التجارب الطبية غير العلاجية[1] المنافية للمبادئ والأخلاق، حتى أنها أصبحت تفرض نفسها كواقع لا بد منه، مما جعل منها خطر يهدد السلامة البشرية.

ومع انتشار العديد من الأمراض كالإيدز والأنفلونزا الطيور والخنازير وكذا فيروس كورونا كلها أمراض مُستجدة ومُستعصية ظهرت بظهور الصناعة والتكنولوجيا وتلوث البيئة وتغيير المناخ هذا ما أدى بالعلماء والأطباء إلى التفكير والبحث عن إلزامية تطبيق مختلف التجارب على البشر لإيجاد لقاحات فعالة.

وبالتالي أصبح جسم الإنسان بمثابة حقل للتجارب من خلال الممارسات الخطيرة وطرق العلاج الحديثة بتقنيات معاصرة بعيدة كل البعد عن الأخلاقيات الطبية، فهي من جهة تساهم في تطوير العلوم الطبية والجراحية وشفاء المريض، لكن من جهة أخرى فهي تخلف أضرارا فادحة في حالة عدم مشروعيتها وهذا هو الذي يؤدي إلى انتهاك الكرامة الإنسانية جراء الاعتداء على جسده والمخاطر الناجمة عن تجاوزات هذه الممارسات، بل بالعكس وجب تقديس إرادة المريض واحترام كرامته وحقه في تقرير مصير سلامة جسمه من أي خطر، باعتبار أن التطورات الطبية لا تقتصر على الحالة الصحية للمريض فقط، بل تؤثر حتى على وضعه النفسي والاجتماعي[2].

وهذا ما جعل المجتمع الدولي يسعى لإقرار مواثيق دولية لحقوق الإنسان من خلال وضع تكييف قانوني ووقائي للنتائج والمخلفات السلبية المترتبة جراء هذه التجارب[3] لاعتبار مبدأ حرمة الجسد البشري من المبادئ الصارمة التي لا يجوز مخالفتها، فهي تحافظ على السلامة البدنية والعقلية في حالة الإساءة لاستخدام هذا النوع من التجارب، وهذا ما حاولت التشريعات الوطنية مسايرة ما يتلاءم مع التطورات الحاصلة في المجال الطبي والعلمي وأقر المشرع الجزائري على تنظيمها في اطار ما يسمى بالدراسات العيادية التي تعد من المجالات الواسعة النطاق بما فيها التجارب الطبية التي تعتبر جزء من هذه الدراسات.

---

[1] Louis-Edmond pet titi, **"Réflexion sur la bioéthique mélange en l'honnête l'homme et le droit",** Bruylant, L, G, D, I, p 293.

[2] أنسب محمد عبد الغفار، "**الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي**"، "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2013، ص 03.

[3] Xavier laissée, **"condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort**", septentrion presses universitaires, 1990, p 13.

كما فُتح للتجارب الطبية ميادين جديدة لم تكن معهودة في الطب، وسرعان ما خلفت العديد من المشاكل الأخلاقية منها مشاكل التلقيح الاصطناعي ومشاكل زراعة الأعضاء البشرية والهندسة الوراثية والاستنساخ والقتل الرحيم، حتى سمي **ب "قرن التقنية الحيوية"**[1] وظهرت بالمقابل نزعة ذات طابع أخلاقي لها علاقة بمجال الطب وعُرفت بمدونة أخلاقيات الطب **Bioéthique** ، فهي تلعب دور مهم في القضايا الأخلاقية الناتجة عن التجارب الطبية في علوم الصحة والحياة لغرض توطيد الصلة بين العلوم البيولوجية والقيم الأخلاقية[2]،لهذا السبب أصبح نطاق التجارب الطبية يرتبط ارتباط مباشر مع الأخلاق من حيث تنظيمها وطريقة إجرائها من خلال التقيد بضوابط وضمانات لمشروعيتها لحماية البشرية من الكوارث التجريبية.

ومنه أصبحت التجارب الطبية محصورة بين القانون والأخلاق والتقنية، فلا يُسمح بتحقيق التقدم لهذه التجارب وتطويرها على حساب المصلحة الإنسانية[3]، ومع ذلك يبقى تنظيم البيو–أخلاقيات الطبية غير كافٍ في جانبيه القانوني والأخلاقي للتجارب الطبية على جسم الإنسان.

وعليه تطرح الإشكالية **عن مدى حتمية إجراء التجارب الطبية في ظل التكنولوجيا والتقنية الحيوية، خاصة مع التطورات الوبائية والأمراض المستعصية المستمرة؟ وكيف يمكن تحقيق معادلة بين مقتضيات الثورة العلمية والطبية من جهة، والحفاظ على كرامة الإنسان بواسطة تفعيل بيو–أخلاقيات الطبية للحد من هذه التجاوزات من جهة أخرى؟** للإجابة على الإشكالية، اقتضى الأمر تقسيم هذه الورقة البحثية إلى مبحثين أساسيين وهما:

المبحث الأول: المنظور المعاصر للتجارب الطبية على جسم الانسان

المبحث الثاني: الأطر التوجيهية الأخلاقية للحد من التجاوزات

المبحث الأول: المنظور المعاصر للتجارب الطبية على جسم الانسان

أصبح جسم الإنسان في الوقت الراهن محلا للتجارب الطبية وتلاعبات التقنية الحيوية التي لم يُعرف لها مثيل في تاريخ البشرية التي كان الهدف منها بالأساس خدمة العلم بالدرجة الأولى وليس خدمة الإنسانية.

---

[1] François-André, Isambert, **"Aux sources de la bioéthique", dans le débat**, N°3/25, 1983, p 85.

[2] Daniel Burrito, **"Bioéthique",** Dalloz, Paris, 2011, p 54.

[3] والتروث أندرسون، ترجمة أحمد مسنجير، "**عصر الجينيات والإلكترونات**"، مكتبة الأسرة، القاهرة، 2002، ص 141.

وعلى هذا الأساس كانت هناك مساعي مشتركة بين المجتمع الدولي والفقه القانوني وكذا الطبي بالإضافة إلى التشريعات الوطنية التي كان لها صدى كبير للحد من هذه الممارسات المهددة للسلامة البدنية للإنسان، لغرض حماية حقوق الإنسان من التجارب الطبية غير العلاجية، ومن هنا ظهرت فكرة تحديث مفهوم التجارب الطبية في ظل التكنولوجيا والتقنية من خلال التطرق إلى مطلبين أساسيين وهما:

المطلب الأول: اتساع أفاق التجارب الطبية الحيوية

المطلب الثاني: تطوير مجالات التجارب الطبية على الإنسان

المطلب الأول: اتساع أفاق التجارب الطبية الحيوية

تعد التجارب الطبية على جسم الإنسان من المجالات الطبية المهمة التي لا يمكن الاستغناء عنها، فهي تعمل على القضاء للكثير من الأمراض والأوبئة الخطيرة التي أدت إلى هلاك البشرية، بالإضافة إلى مساهمة التجارب الطبية في تطوير أفاق المعرفة وتقدم العلوم التي أنقذت العديد من المشاكل الصحية المستعصية التي ما تزال محل بحث وتجربة لغرض الوصول إلى علاج فعال[1].

وبالتالي يمكن القول إن التجارب الطبية فرضت نفسها كواقع حتمي لإيجاد السلامة العقلية والبدنية وكذا النفسية للإنسان من المخاطر والاعتداءات المتواصلة.

ان هذا المجال يتسم بالاتساع والتغير المستمر متماشيا في ذلك مع الحالات المحتملة والمستجدة، لهذا السبب تعددت المفاهيم حسب محل إجراءها أو من حيث الغاية الخاصة بها، ومنه وجب تسليط الضوء على تطوير مفهومها من الجانب الفقهي إلى الجانب الطبي والتقني، وكذا إبراز مساعي الشراكة الدولية والوطنية في هذا الميدان، من خلال التطرق إلى فرعين هامين:

الفرع الأول: من طرف مساهمة الفقه القانوني والتقنية الطبية

الفرع الثاني: من قبل مساعي المجتمع الدولي والتشريعات الوطنية

الفرع الأول: من طرف مساهمة الفقه القانوني والتقنية الطبية

تمثل التجارب الطبية جزء لا يتجزأ من الأبحاث العلمية وكذا الدراسات العيادية، فهي ليست مرادف لمصطلح "بحث"، لان البحث العلمي[2] يكون أكثر اتساع وشمولية من التجربة الطبية التي تعتمد على

---

[1] العربي بلحاج، "**أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة**، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2012، ص 52.

[2] **البحث العلمي:** هو نشاط علمي وتفكير منظم يقوم على أسس علمية يسعى من خلالها الكشف عن حقائق المشكلة المطروحة باستخدام مناهج علمية، أيضا يعتبر محاولة اكتشاف المعرفة والتنقيب والفحص الدقيق والنقد العميق لركب الحضارة العالمية، أنظر: عبد الرحمان زيدان، "**مناهج البحث العلمي في العلوم القانونية**"، دار الكتب القانونية، القاهرة،

التجربة بالدرجة الأولى فهي سلسلة من الخطوات المتتالية، الغرض منها اختبار فرض، أوحل مشكلة، أو الحصول على معلومات جديدة[1] المغايرة للأبحاث التجريبية التي يُقصد بها استخدام التجربة لإثبات الفرضيات أو العكس[2].

ومنه وجدت التجارب الطبية العلاجية والتجارب الطبية العلمية فكلاهما يتفقان في التجربة التي تُمثل الاختبار في تلازمهما في التدخل الطبي، إلا أنهما يختلفان من حيث الغرض المراد إليه، فالتجارب الطبية تعددت مفاهيمها وتطورت بتطور الفقه، فمنهم من يراها على أنها: "**التجربة التي يباشرها الطبيب بقصد علاج المريض باستخدام وسائل حديثة لإمكانية الاستفادة من المعارف المكتسبة**" [3] بواسطة تجربة طرف معاصرة في التشخيص والعلاج.

في حين عُرفت بطريقة أخرى على أنها: "**كل بحث من شأنه أن يؤدي إلى ابتكار**"[4].

كما تبين في الاصطلاح العلمي أن التجارب الطبية تُمثل: «**الأعمال العلمية أو الفنية الطبية التي يقوم بإجرائها الطبيب الباحث على مريضه أو الشخص المتطوع بهدف تجربة أثر دواء معين للحصول على معلومات جديدة، لخدمة الطب والبشرية**"[5].

وبالتالي يُفهم من التجارب الطبية على أنها: "**كل عملية جراحية أو تطعيم بمرض من أجل التدقيق في فرضية، أو من أجل ملاحظة النتائج التي تطرأ على المريض من حيث تلقيح أو العدوى أو سير المرض أو تطور العملية بطريقة علمية**[6].

لقد حققت التجارب الطبية إنجازات هائلة بدخولها عصر الثورة البيولوجية[1]وتضاعفت وتيرتها في الوقت الحاضر وفيه تحول العلم إلى تقنية [2] التي تُمثل المعرفة المنتجة والمبدعة في مقابل المعرفة النظرية[3].

2007، ص 66، عامر إبراهيم قنديلجي، "**البحث العلمي واستخدام مصادر المعلومات التقليدية والإلكترونية**"، دار اليازودي العلمية، عمان، ص 40.

[1] خالد عبد الرحمن، "**التجارب الطبية**"، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 30.

[2] يتكون **المنهج التجريبي** من مراحل متتالية بدءًا بالملاحظة والمشاهدة العلمية ووضع الفرضيات وإقامة التجريب من أجل الوصول للنظريات والعلمية والقوانين التي تكشف وتفسر الوقائع الشاملة بالتجربة، أنظر: إبراهيم أبراش، "**المنهج العلمي وتطبيقاته في العلوم الاجتماعية**"، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 238.

[3] محفوظ عبد القادر الحسيني، "**التجارب الطبية بين الإباحة والتحريم**"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 41.

[4] محمود أحمد طه، "**الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة**"، دار الفكر القانوني، مصر، 2015، ص 183.

[5] العربي بلحاج، "**أحكام التجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة**، المرجع السابق، ص 25.

[6] خالد بن النوى، "**ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثارها على المسؤولية المدنية**"، دار الفكر والقانون، مصر، 2010، ص 54.

إذن التقنية لعبت دورًا هامًا في تغيير الإنسان كابتكار الماسح الطبي الوراثي الذي يجرى على الحوامل لتحديد الصفات الوراثية للأجنة وربما لتحسين النسل على حسب رغبة الآباء بمواصفات مختارة مثل صفة الذكاء ولون الشعر، كل ما يريدون تحديده في الموروث الجنسي مستقبلا[4].

أيضا ظهور الأسر الواحدية التي تتكون من الزوج الواحد والزوجة الواحدة التي ظهرت بفعل تقدم التقنية الحيوية، كما اكتشفت بنوك البويضات والأجنة فهي مكان يقوم بتجميد البويضة والمني والأجنة تكون خاضعة لقواعد السوق (العرض والطلب) [5]، بالإضافة إلى موضوع الاستنساخ الذي يعد من أهم المواضيع جدلا في الأوساط الطبية والعلمية، وفيه تؤخذ النواة من خلية الكائن الحي وإنتاج كائن جديد له نفس الصفات الوراثية.

وبهذا نستنتج أن التطورات للتجارب الطبية قد أثارت مخاطر جمة، ومشاكل أخلاقية متعددة التي تتعارض مع الأخلاق والمعتقدات الاجتماعية بسبب سيطرة التقنية على طبيعة الإنسان سيطرة مُمنهجة بطريقة علمية[6].

وبهذا أصبح العلم والتقنية القوة الأولى المسيطرة على الطب بصفة عامة والتجارب الطبية بصفة خاصة.

وما يلاحظ أنه ما يُميز نوعي التجارب الطبية هو الغرض الذي يسعى إليه الطبيب، فالتجربة العلاجية تهدف إلى إيجاد أفضل الطرق للعلاج لصالح المريض، مع إمكانية تعميم هذه الفائدة إلى غيره من المرضى الذين يشتكون من نفس المرض[7].

أما هدف التجربة الطبية غير العلاجية فهي كسب معارف جديدة بخصوص التشخيص أو العلاج تُجرى على المتطوعين أصحاء أو مرضى لا تكون لهم مصلحة مباشرة من إجراء التجربة، وإنما بقصد الاكتشاف أو الفضول العلمي[8].

---

[1] **علم البيولوجيا أو الأحياء:** فهو يهتم بدراسة الكائنات الحية من حيث نشأتها ونموها وتطورها وعلاقتها مع البيئة، أنظر: تشارلز داروين، ترجمة مجدي محمود، "**أصل الأنواع**"، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2004، ص 134.

[2] **التقنية: هي** الطريقة العملية المحددة التي يقوم بها الباحث أو الطبيب للحصول على نتائج معينة، وبالتالي فالتقنية تسعى إلى النتائج والعلم يسعى إلى المعرفة، أنظر: بورقن ها برماس، ترجمة إلياس حجوج، "**التقنية والعلم كأيديولوجيا**"، منشورات وزارة الثقافة، دمشق، 1999، ص 12.

[3] بورقن ها برماس، ترجمة إلياس حجوج، المرجع نفسه، ص 14.

[4] سعيد محمد حفار، "**البيولوجيا ومصير الإنسان**"، عالم المعرفة، الكويت، 1984، ص 28.

[5] محمود يوسف، "**بيولوجيا العلم والتكنولوجيا**"، ط 3، دار وائل للنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص 88.

[6] تشارلزد داروين، ترجمة مجدي محمود، المرجع السابق، ص 145.

[7] ميرفت حسن منصور، "**التجارب الطبية في ضوء حرمة الكيان الجسدي**"، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 43.

[8] محمد عبد الغريب، "**التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان**"، **دراسة مقارنة**، مطبعة أبناء وهبة، القاهرة، 1989، ص 10.

الفرع الثاني: من قبل مساعي المجتمع الدولي والتشريعات الوطنية

نتج على استخدام الأساليب الطبية الحديثة مخاطر هددت السلامة البدنية لحق الإنسان ومنه بذل المجتمع الدولي مجهودات كبيرة فيما يخص حماية حقوق الإنسان على جسده حيث انعقدت في هذا الشأن الكثير من الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية بوضع قيود وضوابط واجب مراعاتها عند مباشرة التدخلات على جسد الإنسان لحماية حقه في الحياة وسلامة جسمه.

أولا: جهود الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان من التجارب الطبية:

بدأ الاهتمام بضرورة حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية إثر إهدار كرامته وقدسيته[1] وعلى إثره تم التطرق إلى أهم الاتفاقيات الدولية الخاصة بكفالة حق الإنسان في سلامة جسده وحياته، ثم توضيح المبادئ العامة التي توصلت إليها الجمعية الطبية العالمية أو ما يُعرف بإعلان هلسنكي الذي أدى إلى إيقاظ الضمائر الإنسانية في العالم[2].

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

لقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 ديسمبر 1948 بباريس، وقد اهتمت توصياته[3] بالحق في الحياة والسلامة الجسدية وخاصة حماية الحقوق المعارضة لمخاطر إجراء التجارب الطبية على الإنسان[4] وهو ما جاء تأكيده من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1998.

- اتفاقيات جنيف الإنسانية:

لقد أبرمت بتاريخ 12 أوت 1949 بسويسرا، ولقد ساهمت في تقرير أربع اتفاقيات لضمان الحقوق للإنسان والحد من كافة الانتهاكات التي تقع عليه[5] ،لكن وقت الحروب فقط لحماية أسرى الحروب

---

[1] حسن سعد سند، "**الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية**"، "**دراسة مقارنة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية ومدى هذه الحماية في مصر**"، ط 2، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 129.

[2] أحمد فتحي سرور، "**الحماية الدستورية للحقوق والحريات**"، دار الشروق، مصر، 1999، ص 39.

[3] نصت المادة الأولى منه: "**يُولد جميع الناس أحرارًا ومتساوين في الكرامة والحقوق** ...".

نصت المادة الثالثة على ما يلي: "**لكل فرد الحق في الحرية والحياة وسلامة شخصه**"، أنظر: محمد حسن قاسم، "**الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان**"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 103.

[4] ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 102.

[5] اهتمت الاتفاقيات الأربعة بالأفعال الماسة بالسلامة الجسدية أو الصحية سواء بالنسبة للجرحى أو المرضى من القوات المسلحة في الميدان وكذا الغرقى من القوات المسلحة في البحار، وبشأن أسرى الحرب والأشخاص المدنيين في وقت الحرب.

أنظر: Jocelyne caryon, "**L'expérimentation humaine et la recherche biomédicale; dix ans d'application de la loi Huriet**, ellipses, 2000, p 185.

ومواجهة المخاطر التي يتعرض لها المحاربون والمدنيون، بمعنى ضمان الحقوق الإنسانية في فترات الحرب[1].

- الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية:

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الاتفاقية في 16 ديسمبر 1966، ولم تدخل حيز التنفيذ إلا في 03 مارس 1976، التي اهتمت بمسألة التجارب الطبية وأكدت على حق السلامة الجسمية للإنسان[2]وأكدت على رضى الخاضع للتجربة مع ضرورة توفير شروط مشروعية التجربة خاصة بالنسبة للسجناء والمحتجزين، إذ يُمنع عليهم أية تجربة طبية أو علمية ولو برضاهم ما دام من شأن ذلك يُعرضهم للخطر[3].

- الإعلان العالمي حول الجينوم البشري وحقوق الإنسان

أعلن منظمة اليونسكو عن المصادقة على المشروع النهائي لموضوع الجينوم البشري[4] المنعقد في 11 نوفمبر 1997 بباريس وهي أول وثيقة حول المجال البيولوجي لتنظيم العلاقة بين ضمان حقوق الإنسان وبين ضرورة المحافظة على تطوير العلوم وخاصة التأكيد على الكرامة الإنسانية[5].

---

[1] لقد منعت المادة 12 من الاتفاقية الأولى والثانية، والمادة 13 من الاتفاقية الثالثة والمادة 38 من الاتفاقية الرابعة إجراء التجارب الطبية.

[2] نصت المادة 07 من الاتفاقية على أنه: **"لا يجوز إخضاع أي فرد دون رضائه الحر للتجارب الطبية أو العلمية"**، أنظر: مرعى منصور عبد الرحيم، **"الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان"**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 140.

[3] يوسف بوشي، **"الحق في سلامة الجسم وأثر التطور الطبي على حمايته جنائيا"، دراسة مقارنة**، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2016، ص 124.

[4] **الجينوم البشري:** هو مجموع المادة الوراثية التي تحتويها الخلية وهي تتضمن كل المورثات، أنظر: حسني محمود عبد الدايم، **"البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات"، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 9.

[5] نصت المادة 3 منه: **"لا يجوز المساس بأي طريقة كانت بطبيعة الحياة البشرية وشكلها"**.

- نصت المادة 6 على وجوب: **"حماية الجنين البشرية، وصن التنوع البيولوجي مع الحماية الكاملة لكرامة الإنسان وحقوقه..."**.

- نصت المادة 9 منه على أنه: **"لا يمكن أن يتم البحث أو العلاج والتشخيص الذي يتعلق بالجنيوم البشري، إلا بعد تجارب سابقة ودقيقة للمخاطر والفوائد المحتملة"**.

- المادة 10 كرست مبدأ احترام الكرامة الإنسانية.

- المادة 11 منعت كل استنساخ بشري لغرض التكاثر.

أنظر: أمنة محتال، **"مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الهندسة الوراثية"**، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، العدد 19، 2015، ص 160-161.

- إعلان هلسنكي:

من أهم الاتفاقيات الدولية على المستوى العالمي بخصوص حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي سنة 1964 في فلندا وما أكدته في اجتماعها التاسع والعشرين في طوكيو سنة 1975[1]، الذي تعتبر من أهم الوثائق العالمية التي حددت الضوابط الأخلاقية عند إجراء التجارب الطبية على الإنسان وذلك لمواكبة التطورات العالمية في مجال الطب خاصة المتعلقة بالبيولوجية الحيوية.

حيث تضمن هذا الإعلان في مضمونه على مجموعة من المبادئ[2] الإرشادية للأطباء في مجال الطب الحيوي، مؤكدًا في ذلك على أن التجارب الطبية ضرورة ملحة لتطوير منظومة العلاج بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية الإقليمية أهمها:

- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان:

وقعت هذه الاتفاقية بين الدول الأوروبية المنظمة للمجلس الأوروبي في روما في 14 نوفمبر 1950 ودخلت حيز التنفيذ في 03 سبتمبر 1953 مؤكد ما في ذلك على ضرورة إجراء التجارب الطبية لهدف العلاج[3].

وبهذا نستنتج أن الإعلانات والاتفاقيات والمؤتمرات الدولية قد ساهمت بدور فعال ولو كان غير كافٍ وشامل لمشاكل التجارب الطبية المتطورة خاصة في توفير الحماية الضامنة لحق الإنسان في سلامته البدنية لمواجهة الأمراض الفتاكة.

- مسايرة التشريعات الوطنية للتطورات الطبية:

لقد أثبتت الدراسات العلمية في ظل جائحة كورونا أن الطريقة الوحيدة لإنقاذ البشرية من هذا النوع الجديد من الفيروسات القاتلة التي قضت على الملايين من البشر في العالم هي وسيلة التجارب الطبية، حتى وصل الأمر بمنظمة الصحة العالمية لبرنامج "**تجربة التضامن**" السريرية العالمية لعلاجات كوفيد 19 في

---

[1] أيمن مصطفى الجمل، "**إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية**"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

[2] _مبادئ متعلقة بكفاءة الباحثين في المجال الطبي ص 29.

- مبادئ متعلقة بمراعاة القواعد الطبية.
- مبادئ متعلقة بالمسؤولية.
- مبادئ متعلقة بالرعاية الصحية.

أنظر: محمد الطاهر جرمون، "**إعلان هلسنكي بين تأسيس التجارب الطبية واحترام حقوق الإنسان**"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 03، 2018، ص 435.

[3] أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص 45.

مارس 2020 لغرض إيجاد علاج ناجع للمرضى[1] من أجل اختراع الأدوية واللقاحات والتقنيات الحديثة، لكن للأسف أصبح جسم الإنسان في زمن التقنية الحيوية محلا للتجارب غير العلاجية والتلاعبات الوراثية[2].

وفي ذات السياق كرس المشرع الجزائري بتنظيمه[3] قانون الصحة الجديد تحت رقم 18-11 [4] المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02[5].

ومنه تطرق المشرع للدراسات العيادية وركز على التجارب الطبية في المادة 377 من قانون الصحة بنصها ما يلي: "**يتمثل البحث في مجال طب الأحياء في إجراء دراسات على الكائن البشري، بغرض تطوير المعارف الوبائية والتشخيصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية**".

حيث أطلق عليها المشرع باسم الممارسات أو الدراسات العيادية فهي ممارسات طبية الهدف منها الحصول على التشخيص والعلاج وعلوم الطب والصيدلة بما يُساهم في مرض ما أو اختبار علاج سلوكي أو دوائي[6].

كما أضافت الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه بنصها ما يلي: "**يمكن أن تكون الدراسات العيادية ملاحظتيه أو تدخلية على الخصوص بما يأتي:**

- **الدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية.**
- **دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي.**
- **الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية.**

---

[1] تتناول تجربة التضامن تقييم الأدوية على ثلاث اختبارات لدى مرضى كوفيد 19، وهي تتمثل في الوفيات والحاجة إلى التنفس الاصطناعي ومدة الإقامة في المستشفى أنظر: مهداوي عبد القادر، "**ضوابط التجارب الطبية على الإنسان بين مواثيق حقوق الإنسان وأحكام الفقه الإسلامي**"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد 04، 2014، ص 48.

[2] بركات عماد الدين، "**التجارب العلمية والطبية على جسم الإنسان في ضوء قواعد المسؤولية المدنية**"، أطروحة دكتوراه، جامعة أدرار، 2018-2019، ص 169.

[3] المواد من 377 إلى 399 من قانون الصحة رقم 18-11 تحت عنوان: "**البحث في مجال طب الأحياء**".

[4] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، ج، ر، العدد 46 الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

[5] الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 02 يوليو 2020 المعدل والمتمم لقانون الصحة رقم 18-11، ج، ر، العدد 50 المؤرخة في 13 أوت 2020.

[6] يمكن تقسيم الدراسات العيادية إلى ثلاثة أنواع:

- **الدراسات الأساسية:** تشمل الدراسات على الحيوانات.
- **الأبحاث السريرية:** تجرى على البشر بواسطة الملاحظة أو التجربة.
- **الأبحاث الوبائية:** دراسة عينة من المرض من متابعة وتشخيص وعلاج.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أعاد مفهوم وهيكلة مسألة التجارب الطبية على الإنسان ونص بصفة صريحة من خلال مواد قانون الصحة رقم 18-11 بضرورة إجراء التجارب الطبية بنوعيها منها العلاجية لأغراض العلاج ومنها العلمية لتحقيق اكتشافات طبية لفائدة البشرية.

المطلب الثاني: تطوير مجالات التجارب الطبية على الإنسان

إن مجال الطب في حاجة ماسة إلى العديد من التجارب الطبية المستمرة لتطوير علم الطب والأدوية وما يمكن ملاحظته في الدراسات العيادية المقصود بها في قانون الصحة هي تلك التي تنتمي إلى فئة الدراسات الأولية المشار إليها في المادة 377 من قانون الصحة المذكورة سابقًا، التي تكون إما دراسات أولية وإما دراسات ثانوية حسب الاصطلاح الطبي.

وبالرجوع إلى الدراسات الأساسية فهي تشمل:[1]

- **الدراسات الأساسية:** تشمل التجارب على الحيوانات والدراسات الخلوية والتحاليل البيوكيميائية والوراثية والفسيولوجية ودراسات عن خصائص الأدوية والمواد، كما أن نتائجها لا تجرى على البشر لأنها أجريت على الحيوانات أو الخلايا.

- **الأبحاث السريرية:** هي الأبحاث التي تجرى على البشر وتقسم إلى الدراسات التدخلية (التجريبية)والدراسات غير تدخلية (الملاحظة) .

- **الدراسات الوبائية:** فهي تشمل دراسات المتابعة والمراقبة لحالات معينة وحالات الانتشار.

أما **الدراسات الثانوية** فهي تمثل مراجعة مجموعة كبيرة من الدراسات الأولية للحصول على نتائج أكثر دقة وشمولية، وبالتالي يُلاحظ أن المشرع الجزائري صرح بجوازيه التجارب الطبية والأهمية العلمية التي يسعى إليها الطبيب، وفي هذا الإطار قسمت الأفكار إلى فرعين هامين وهما:

-الفرع الأول: العلاج والاكتشاف مصدر التجارب الطبية

-الفرع الثاني: الغاية أساس تقدم العلوم الطبية الحيوية

الفرع الأول: العلاج والاكتشاف مصدر التجارب الطبية

ميز المشرع في تنظيمه للتجارب الطبية التي تجرى على جسم الإنسان، بين نوعين من هذه التجارب وذلك بحسب الغرض الذي يسعى إليه الطبيب إما العلاج أو الاكتشاف.

بالنسبة للتجارب الطبية العلاجية فهي تهدف لتحقيق مصلحة شخصية ومباشرة للشخص الخاضع للتجربة، إذن غايتها علاجية للمريض[2] كفيلة بتحقيق الشفاء[3]، أما إذا كان العلاج يعتمد على الوسائل

---

[1] ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 209.

[2] عبد القادر الحسيني إبراهيم محفوظ، "**المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في المجال الطبي**"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 176.

[3] أسامة قايد، "**المسؤولية الجنائية للأطباء**"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 318.

الطبية العادية، فلا مجال لإجراء التجربة أو إيجاد طريقة علاجية جديدة[1] وهذا النوع من التجارب يمر بعدد من المراحل قبل تطبيقها على الإنسان، وتتمثل في إخضاعها للتجربة المعملية أو التجربة على الحيوان[2].

أما عن التجارب الطبية العلمية فهي كل الدراسات التي يباشرها الطبيب لإثبات صحة نظرية معينة أو دواء معين على مرضى ما، فعادة ما تجرى مثل هذه التجارب على متطوعين إما أصحاء أو أمرضى لا تكون لهم مصلحة شخصية ومباشرة في إجراء التجربة[3] ،وإنما لتحقيق مصلحة علمية عامة لفائدة البحث العلمي[4].

وعلى هذا الأساس تتميز التجارب الطبية على الإنسان بثلاث عناصر أساسية منها:[5]

- **أن تكون عبارة عن بحث أو اختبار:** بحيث يكون نطاق التجربة شامل لجميع الأبحاث التطبيقية والبيولوجية مثل دراسة الهندسة الوراثية ودراسة الأمراض...الخ.
- **أن تقع على جسم الإنسان الحي:** فلا تنطبق على الميت.
- **تطوير العلوم الحيوية والطبية:** من أجل تحقيق الابتكار واكتشاف وسائل جديدة أكثر فاعلية وأقل خطرًا أو ضررًا.

الفرع الثاني: الغاية أساس تقدم العلوم الطبية الحيوية

تعد التجارب الطبية في غاية الأهمية في الوقت الراهن، خاصة في ظل انتشار الأوبئة وأخرها جائحة كورونا المستجدة ومنها ما تقرر مدى أهمية إجراء هذه التجارب لدى منظمة الصحة العالمية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان خاصة ما يتعلق منها بحماية الإنسان من

مخاطر التقدم العلمي، ومحاولة وضع توازن ما بين حق الفرد في تكامله الجسدي وسلامته وبين حق المجتمع في التطور لعلم الأحياء والطب الحيوي[6].

فهي تتفاوت بين تحقيق المصلحة الخاصة وتحقيق المصلحة العامة، وأن تكون موازنة بين الأخطار المحتملة والمنفعة المحتمل تحققها، فإذا كان الضرر كبير والمصلحة لا تتناسب

مع الخطر فلا يمكن إجراء التجربة، وبالتالي لا بد من اجتماع مصالح العلم مع مصالح المجتمع[1].

---

[1] محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص 10.

[2] رمضان جمال كامل، "**مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية**"، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2005، ص 138.

[3] العربي بلحاج، **أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة**، المرجع السابق، ص 30.

[4] مفتاح مصباح بشير، "**المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية**"، **دراسة مقارنة**، المكتب الوطني للبحث والتطوير، ليبيا، 2005، ص 112.

[5] مرعى منصور عبد الرحيم بدر، المرجع السابق، ص 47.

[6] محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص 91.

وأن يلزم الباحث أو الطبيب بالقواعد الشرعية والعلمية والأخلاقية التي تحكم الممارسات الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان[2] لأنها المحرك الأساسي لتطوير العلوم الحيوية التي كانت نتاج تطور تاريخي ساهمت في تحسين صحة البشرية[3].

المبحث الثاني: الأطر التوجيهية الأخلاقية للحد من التجاوزات

إن حتمية التطور العلمي سايرتها جميع العلوم بما فيها العلوم الطبية التي استجابت لهذه الحتمية والتجاوزات على مبادئ الحدود الطبية التقليدية من أجل مسايرة عالم الاستكشافات والخروج من حدود العمل الطبي التشخيصي والعلاجي في إطار الممارسات الطبية المتعارف عليها إلى عالم التجارب والبحوث العلمية من أجل تشخيص أدق أو علاج أنجع[4] كل ذلك على حساب الحق في سلامة الجسم التي تعد من مقتضيات المصلحة الفردية.

بالرغم من اعتبار التجارب الطبية والأبحاث العلمية سلاح ذو حدين في الموازنة بين المتطلبات العلمية المعاصرة في مجال الطب والجراحة والبيولوجيا وبين ضرورة احترام كرامة الإنسان وسلامة جسمه التي لا يجوز المساس بها [5] من خلال الجهود الدولية المتخصصة في مجال أخلاقيات الطب، حيث تأسست الجمعية الطبية العالمية "**WMA**" في 18 سبتمبر 1949 لمحاولة وضع الأطر التوجيهية الأخلاقية لتصدي لانتهاكات آداب مهنة الطب بصفة عامة [6] التي ساهمت فيما يُعرف بعلم أخلاقيات الطبية لغرض تنظيم القواعد القانونية والأخلاقية التي تحكم الأبحاث والتجارب الطبية على الإنسان في مجال طرق العلاج المستحدثة أو الأدوية المستجدة وكذا الممارسات الجديدة الناتجة عن التقنية الحيوية في ميادين الطب والبيولوجيا وعلوم الأحياء التي تُمثل أخطر ما يتعرض له الإنسان لكونها غير مضمونة النجاح في الأغلب، وتبعا لذلك وجب الإحاطة بهذه الأفكار المذكورة من خلال مطلبين أساسيين:

المطلب الأول: تجارب التكنولوجيا الحيوية وانعكاساتها الأخلاقية

المطلب الثاني: الأبعاد الجديدة لبيو أخلاقيات الطبية

---

[1] علي حسين نجيده، "**التزامات الطبيب في العمل الطبي**"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 210.

[2] العربي بلحاج، "**الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان**"، المرجع السابق، ص 19.

[3] Antoine Retault, **"l'expérimentation sur le malade, soins ou recherche ?** Sommaire N°1, 2000, p 65.

[4] Marie, Geneviève pin sart, **"l'expérimentation sur l'être humain de la nécessité de la recherche au rejet de l'objectivation médicale",** revue philosophique de Louvain, 4éme, tome 1, N°3, 2002, p 102.

[5] العربي بلحاج، "**أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة**"، المرجع السابق، ص 15.

[6] جابر محجوب علي، "**قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها وأساس إلزامها ونطاقها**"، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 25.

المطلب الأول: تجارب التكنولوجيا الحيوية وانعكاساتها الأخلاقية

إن التكنولوجيا الحيوية تتعامل مع الاستخدام التقني للكائنات الحية لأغراض مختلفة مثل الغذاء والطب والمستحضرات الصيدلانية وإعادة التدوير[1] فإن تشعب الاستخدام في مختلف مجالات الحياة أصبح ضروري لتطوير الدواء، ومن ثمة وجد جدال قائم بين موقف موافق الذي يرى ضرورة التوسع في هذا المجال أمام تقدم التكنولوجيا، بينما الموقف المعارض متخوف من الانعكاسات الأخلاقية الناتجة عن التكنولوجيا الحيوية[2].

وعلى إثره اقتضى الأمر تقسيم الموضوع إلى فرعين هامين:

الفرع الأول: بين مؤيد ومعارض لتجارب التكنولوجيا الحيوية

الفرع الثاني: المشاكل الأخلاقية الناجمة عن التجارب الطبية

الفرع الأول: بين مؤيد ومعارض لتجارب التكنولوجيا الحيوية

التكنولوجيا الحيوية هي تقنية تعتمد على البيولوجيا، حيث تستعمل العمليات الخلوية والجزيئية الحيوية لتطوير تقنيات ومنتجات تساعد على تحسين الحياة والصحة[3].

وثمة العديد من المصطلحات ذات العلاقة التكنولوجيا الحيوية من بينها التكنولوجيا البيولوجية، التكنولوجيا الحيوية، التكنولوجيا الإحيائية والتقنية الحيوية وغيرها من المصطلحات الأخرى.

– **التكنولوجيا البيولوجية:** هي استخدام الكائنات والعمليات البيولوجية الدقيقة وذلك لهدف الاستفادة من عمليات التحسين الصناعي الإنتاجي.

– **التكنولوجيا الحيوية:** هي التي تستخدم كافة الوسائل والأدوات الحيوية لتصنيع وإنتاج المواد الأساسية الحيوية المفيدة في الطب والزراعة والصناعة.

– **التكنولوجية الإحيائية:** هي تلك التي تستخدمها الكائنات الحية الدقيقة ومكوناتها في إنتاج المواد الأولية التي يحتاجها الإنسان في الزراعة والغذاء والدواء...الخ[4].

---

[1] فايزة أنور شكري، "**القيم الأخلاقية والعلم**"، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص 8.

[2] فايزة أنور شكري، المرجع نفسه، ص 10.

[3] إن كلمة **التكنولوجيا الحيوية** مشتقة من الكلمة اليونانية (bios)وتعني الحياة أما (technos) فهي التقنية، و(logos) تعني العقل، أي أن التكنولوجيا الحية تتعامل مع الاستخدام التقني للكائنات الحية لأغراض مختلفة مثل الطب والمستحضرات الصيدلانية...الخ.

وأول من استعمل التكنولوجيا الحيوية المجري كارل إريكي الذي كان مدير تعاونية استغلال الماشية، الذي أصبح فيما بعد وزيرًا للغذاء في بلده، أنظر: فليب فروساد، ترجمة أحمد مستجير، المرجع السابق، ص 7.

[4] فرنسيس فوكو ياما، ترجمة أحمد مستنجير، "**نهاية الإنسان وعواقب الثورة البيو تكنولوجية**"، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2003، ص 248.

– **التقنية الحيوية:** ارتبط نمو التقنية الحيوية بصورة مباشرة مع التقدم الصناعي والعلمي وكذا الطبي في مجال الهندسة الوراثية وكل ماله علاقة بالتقنيات الحديثة[1].

وفيه انقسم فريقين حول هذا الموضوع بين مؤيد ومعارض، فالفريق الأول مؤيد لحرية إجراء التجارب الطبية في ظل التكنولوجيا الحيوية ولا يوجد أي مانع من توسيع نطاق العلم والطب والتكنولوجيات الحديثة لا سيما في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا.

أما الفريق الثاني فهو من معارضي التكنولوجيا الحيوية الذين منعوا إجراء التجارب الطبيبة في ضوء التقنية الحيوية وما ينجر عنها من انعكاسات أخلاقية ومساس بحرمة الكيان الجسدي للإنسان خاصة في مجال الاستنساخ والإخصاب خارج الرحم وبحوث الخلايا الجذعية[2].

ومن هنا كانت المخاطر المحتملة عديدة، مما استوجب ضرورة العمل بالضوابط الشرعية والقانونية والأخلاقية لتنظيم التجارب الطبية ضمن المنظومة القانونية الصحية، ولا يمكن تركها لمجرد الوازع الديني أو الضمير الأخلاقي أو تعاليم أبو قراط الفلسفية[3].

الفرع الثاني: المشاكل الأخلاقية الناجمة عن التجارب الطبية

لقد خلفت المخاطر العديد المصاحبة لزمن البيولوجيا والتقنية الحية الكثير من المشاكل الأخلاقية الناتجة عن إجراء التجارب الطبية الخطيرة منها:[4]

– **المشاكل الأخلاقية الناجمة عن القتل الرحيم:**

ويسمى أيضا بموت الرحمة ويقصد به إنهاء حياة المريض الذي استحال شفائه[5] ،خاصة المرضى الذين يعانون من أمراض مزمنة كمرض السرطان والإيدز وحالات الغيبوبة الطويلة الذين يعيشون عادة بالأجهزة الطبية، ومنه أثارت هذه القضية الأخلاقية عدة إشكالات فيما يخص حالة المريض المستعصية، فهل يحق قتل نفسه في حالة الرضا بالقتل فهو يدخل ضمن الانتحار المشروع؟ وهل يحق للطبيب المعالج الحق في قتل المريض؟ وهذا ما يعكس مهمة الطبيب النبيلة.

– **المشاكل الأخلاقية عن طريق التقنية الحيوية:**

---

[1] محمود يوسف، "**بيولوجيا العلم والتكنولوجيا**"، دار وائل للنشر، بيروت، 2009، ص 137.

[2] عادل عوض، "**الأصول الفلسفية لأخلاقيات الطب**"، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص 62.

[3] يسمى أبو قراط أبو الطب، اشتهر بصاحب فكرة النزعة الأخلاقية للأطباء قبل مزاولة مهنة الطب، أنظر: نجيب الحصادي، "**قيمة العلم**"، عالم الفكر، العدد 2، المجلد 3، الكويت، 2006، ص 376.

[4] هناك بعض التجارب الطبية التي جاءت بالفشل منها مثلا التجربة التي أجريت في ماليزيا في 1999 وانتقل فيروس andra من الخنزير إلى الإنسان أودى بحياة الكثير من البشر.

تجربة أخرى انتقل فيروس الإيدز من القردة إلى الإنسان وأودى بحياة الملايين من البشر.

[5] خالد حمدي عبد الرحمان، "**التجارب الطبية**"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 168.

لقد أصبحت التقنية الحيوية مسيطرة على الطبيبة الإنسانية خاصة في مجال الهندسة الوراثية التي كان لها انعكاس وخيم على صحة الانسان التي مست بدورها الجانب الأخلاقي، حتى أصبح يرى البعض أن الأزمة التي تعرضت لها الأخلاق هي التقدم الهائل وما حققته في علم الأحياء[1].

- المشاكل الناتجة عن الاستنساخ:

يعد موضوع الاستنساخ من أخطر ما قدمته التطورات العلمية في مجال الهندسة الوراثية، مما خلق مشاكل أخلاقية وهدد استقرار وحدة الأسرة وقيمتها، حتى أن بعض العلماء يرى أن العالم يقترب من هيروشيما بيولوجية[2] وحذروا من تقنية الاستنساخ على البشر لأنه سيؤدي إلى القمع والاستغلال[3]،وسيعامل الأطفال كأنهم أشياء بدون أحاسيس وبالتالي إلغاء معنى الإنسانية، وهذا محرم في الشريعة الإسلامية لأنها تشير إلى الانحلال الخلقي والخروج عن القوانين الإلهية، كونها تتنافى مع قاعدة التوالد الجنسي الطبيعي.

- مشاكل تقنية الهندسة الوراثية:

استطاع العلماء التحكم في خلايا تحتوي على مورثات تحمل شفرات كيميائية خاصة ومميزة عن الكائنات الحية الأخرى، ويتم إدخال عليها بعض التعديلات وتركيب صفة من كائن حي

مع صفة أخرى إلى كائن آخر وذلك لتحقيق صفة جديدة [4]وهذا التدخل فهو محرم في الشريعة الإسلامية، باعتبار أخذ صفة الألوهية المتحكمة في الخلق وفي المعطيات الوراثية[5].، لذلك يحرم الإسلام التلاعب بالجينات الوراثية، ولابد من وضع ضوابط شرعية وقانونية وأخلاقية للحد من هذه التجاوزات الخطيرة.

بالإضافة إلى العديد من المشاكل الأخلاقية التي يمكن حصرها في المشاكل الناجمة عن تقنية أطفال الأنابيب وتأجير الأرحام والأجنة المجمدة وأشكال التلقيح الاصطناعي وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى غير ذلك، ضمن هذه التقنيات الطبية الخطيرة تم اللجوء إلى الأخلاقية الطبية كمشروع فكري فلسفي يدعو إلى ضرورة القيم الإنسانية ومساعدة البشرية على صيرورة البيولوجيا والتقنية الحيوية[6]

---

[1] أحمد عبد الدايم، "**أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني**"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 205.

[2] أول عملية استنساخ أجريت في سنة 1996 من طرف العلماء البريطانيين، أنظر: ناهدة البقصيمي، المرجع السابق، ص 111.

[3] سعيد محمد حفار، "**البيولوجيا ومصير الإنسان**"، المرجع السابق، ص 113.

[4] ناهد القصيمي، المرجع السابق، ص 189.

[5] سورة النساء، الآية 119.

[6] عوض عادل، "**الأصول الفلسفية لأخلاقيات الطب**"، دار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 28.

المطلب الثاني: الأبعاد الجديدة للأخلاقيات الطبية

لكي يستمر الطب في تقدمه لا بد من إجراء التجارب الطبية والعلمية التي تهدف إلى الوصول إلى أنجع أنواع العلاجات وأقلها ضررًا بالمريض، ولكن التجارب الطبية على الإنسان تثير مشكلة ضرورة الموازنة بين المتطلبات البيولوجية الحديثة في مجالات الطب والجراحة والأبحاث العلمية التجريبية، وبين حتمية توافر الحد الأدنى من الاحترام للجسم البشري والحفاظ على الكرامة الإنسانية.

فالاستخدام الخاطئ للثورة العلمية لم يعد مجرد افتراضات بل أصبحت تجارب غير أخلاقية ناتجة عن التطور التقني في علم الجنيات الذي أصبح يسمى بـ "أسلحة الدمار الوراثية الشاملة"[1].

وعلى هذا الأساس وضعت المعايير الأخلاقية التي يرتكز عليها العمل الطبي، وهذه القواعد تعتبر من المبادئ المسلم بها في الأخلاق والدين وتكون بدورها الضابطة للثورة البيو طبية المتسارعة والتي يمكن حصرها في فرعين أساسين:

الفرع الأول: علاقة الطب والتقنية الحيوية بالنزعة الأخلاقية

الفرع الثاني: إقرار التشريع الصحي لرقابة التجارب الطبية

الفرع الأول: علاقة الطب والتقنية الحيوية بالنزعة الأخلاقية

نتيجة للتطورات الهائلة للعلوم الطبيعة والبيولوجيا الحيوية، ما أدى إلى استخدام مختلف التقنيات العلاجية الحديثة، فكان من الضروري وضع حدود للتطورات الحاصلة وفقا لمعايير وقواعد أخلاقية في إطار ما يسمى بأخلاقيات الطب أو الأخلاق الحياتية أو البيو–الطبية[2] التي تعتبر مجال واسع، فهي لا تقتصر على مجال الطب والبيولوجيا فقط، بل تهتم بمجالات أخرى.

إن مصطلح الأخلاقيات الطبية (البيو تيقا) بمعنى أخلاقيات مهنة الطب وعلوم الحياة المتعلقة بالمسائل الأخلاقية لعلم الأحياء ونطاق التقنيات المرتبطة بها على البشر[3].

كما أن كلمة **Bioéthique** تتكون من كلمتين وهما **Bio** يقصد بها الحياة و**éthique** تعني الأخلاقيات، وقد ظهر هذا المصطلح في أمريكا الشمالية لغرض الدمج بين المعارف البيولوجية والقيم الإنسانية[4] ،وأصبح يهتم بالتفكير الفلسفي في البيولوجيا خاصة مع ظهور تطبيقات طبية حديثة في مجال

---

[1] Mathieu Bertrand, **"la bioéthique"**, Dalloz, Paris, 2009, p 107.

[2] دران غني، ترجمة محمد جديدي، **"البيو تيقا"**، جداول للنشر والتوزيع، المغرب، 2015، ص 40.

[3] دران غني، ترجمة محمد جديدي، المرجع السابق، ص 42.

[4] عمر بوفتاس، **"البيو تيقا نحو فكر أخلاقي جديد"**، دفاتر فلسفية، العدد 09، 2015، ص 61.

المورثات والإنجاب والنسل بدأ مصطلح بيوتيك يهتم بهذه الممارسات التي تثيرها من الناحية الأخلاقية[1] من خلال إنشاء الأخلاق التي تستخدم البيولوجيا بغية تحسين صحة الإنسان[2].

وبناء على ذلك يتبين أن الأخلاق لم تبقى مجرد قضايا مرتبطة بالضمير، بل أصبحت ضوابط اجتماعية ذات طابع إلزامي أخرجت إلى دائرة المؤسسات الاجتماعية المختصة لهذا حققت الكثير من الأهداف لارتباطها بالفلسفة والدين والقانون والطب[3]،وبما أنها ركزت على حقوق الإنسان، فإنها تحولت تدريجيا هذه المعايير الأخلاقية إلى قواعد قانونية الذي ظهرت في شكل مدونة طبية أو قانون مهنة الطب أو القواعد الأخلاقية التي تنظم مهنة الطب[4].

من خلال المدونة القانونية العالمية لأخلاقيات الطب التي منحتها الجمعية الطبية العالمية سنة 1949، والإعلان العالمي لهلسنكي في سنة 1964 الذي عدل في طوكيو سنة 1975 ثم البندقية سنة 1983 ،وهونج كونج في 1989، لتنظيم العلاقة بين الطبيب والمريض فتمثلت بذلك علاقة إنسانية تتقيد بحقوق والتزامات لكل طرف وجوب الالتزام بها التي لها علاقة وطيدة مع الكرامة وحرمة الجسد والعقل الإنساني التي تمثل المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان[5]،التي تأثرت بفعل البيو تكنولوجيا أو التكنولوجيا الحيوية[6]التي تمثل الوسط بين العلم والتقنية، باعتبارها علم تطبيق المعلومات الوراثية الموجودة في الكائنات الحية من أجل الاستفادة في عدة مجالات منها الصيدلانية والطبية والصناعية وهذا باستخدام الكائنات الحية والخلايا الوراثية في إنتاج المنتجات الهامة[7].

وهكذا أدت التقنية الحيوية إلى فتح أفاق عديدة للإنسان في الوقت الراهن من حيث الحفاظ على الصحة الجسدية وعلاج الأمراض والأوبئة، لكن في المقابل جعل المجتمعات البشرية تواجه إشكاليات جديدة وصعبة لمواجهتها.

---

[1] جوزيف معلوف، "المسألة الأخلاقية في العلوم الطبية"، مكتبة العولمية، لبنان، 2005، ص 106.

[2] سمية بيدوح، "**الجسد في ظل التطورات العلمية الراهنة**"، منشورات الجمعية الجزائرية للدراسات التطبيقية، 2016، ص 51.

[3] أحمد عبد الحليم عطية، "**قراءة في الأخلاقيات الراهنة**"، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2010، ص 192.

[4] حوزيف معلوف، المرجع السابق، ص 108.

[5] محمود إسماعيل عمار، "**حقوق الإنسان بين التطبيق والضياع**"، دار مجدلاوي للتوزيع والنشر، الأردن، 2002، ص 21.

[6] تتكون كلمة **بيو تكنولوجيا** من كلمتين:

- (**Bio**) تعني الحياة.

(**Technologie**)تعني تطبيق العلم.

– أنظر: مسعد مسعد شتوي، "**التطبيقات الحديثة للبيو تكنولوجيا في الزراعة**"، مجلة أسيوط للدراسات البيئية، العدد 30، جانفي 2006، ص 25.

[7] سمية بيدوح، المرجع السابق، ص 61.

الفرع الثاني: إقرار التشريع الصحي لرقابة التجارب الطبية

لقد أعاد المشرع الجزائري تنظيم مسألة التجارب الطبية في القانون الجديد رقم 18-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02 المتعلق بقانون الصحة في القسم الرابع تحت عنوان: "**أحكام تتعلق "بالبحث في مجال طب الأحياء"**، من الفصل الرابع من الباب التاسع الذي تحت عنوان «**الأخلاقيات والأدبيات والبيو أخلاقيات الطبية**"، وذلك لمواكبة التطور المذهل للعلوم الطبية ولأهمية التجارب الطبية والعلمية من جهة، ومخاطرها من جهة أخرى.

وبالرجوع إلى المادة 378 من قانون الصحة فإنها تنص ما يلي: "**يجب أن تراعي الدراسات العيادية وجوبا المبادئ الأخلاقية والعلمية والأخلاقيات والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية**"، كما نصت المادة 386 من نفس القانون 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**".

وبالرجوع إلى نص المادة 18 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب[1] نجدها تنص على أنه: "**لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة وبعد التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض...**" وذلك بعد توفر شروط معينة:

- ضرورة الحرص على صحة وحياة الإنسان الخاضع للتجربة طبقا للمادتين 17 و18 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

- إلزامية موافقة الشخص الخاضع للتجربة، بعد تبصيره بالمخاطر والنتائج المترتبة عن التجربة طبقا للمادة 386 ف 03 من قانون الصحة.

- وجوب موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بحسب الضوابط القانونية والعلمية والأخلاقية المعمول بها في المادة 383 من قانون الصحة.

- حتمية احترام السلامة الجسدية للشخص الخاضع للتجربة، فلا تكون التجربة إلا لتحقيق أغراض علاجية أو علمية حسب المادة 378 من قانون الصحة.

- لا بد من توفير الشروط الأمنية لسلامة جسد الشخص الخاضع للتجربة من الناحية البدنية والعقلية والنفسية[2].

وبالتالي يمكن الإشارة إلى أن تقرير المشرع للتجارب الطبية لا بد أن يبقى ضمن الإطار الأخلاقي والإنساني والقانوني لحماية البشرية.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج، ر، العدد 52 لسنة 1992.

[2] العربي بلحاج، "**الحدود الشرعية الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان**"، المرجع السابق، ص 102.

كما صرح المشرع من خلال نص المادة 379 بما يلي: "**يجب إجراء الدراسات العيادية بالتطابق مع قواعد الممارسة الحسنة في هذا المجال...**". التي يتولاها مرق حسب المادة 384 من قانون الصحة وهو شخص طبيعي أو معنوي قد يكون في شكل مخبر صيدلاني، مقدم خدمات، مؤسسة علاج أو جمعية علمية أو هيئة بحث، ومنه يتولى مرق إعداد بروتوكول الدراسة العيادية إلى مختلف التراخيص والوثائق الواجب إبداعها.

حيث أن إجراء الدراسة العيادية يجب أن يتم تحت إدارة ومراقبة طبيب باحث له خبرة يتولى التوقيع على بروتوكول الدراسة[1]من خلال وزير الصناعة الصيدلانية[2] التي تتمتع بصلاحيات مراقبة جميع المراحل التي تكون عليها الدراسة أي التجربة كما استحدثت لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية تحت وصاية وزارة الصحة[3] مهمتها الأساسية متابعة جميع مراحل إجراء الدراسات العيادية عن طريق الاستشارة بعد الحصول على ترخيص[4].

خاصة منها تلك التي تشكل خطرًا متوقع على صحة الأشخاص الخاضعين لها، ولهذا وجب الفحص الطبي المسبق والمعمق قبل التصريح بالموافقة[5].

خاتمة

إن التطورات الكشفية والتجريبية والعلمية في ظل التكنولوجيا والتقنية الحيوية، فإنها غيرت المنظور التقليدي للتجارب الطبية القائمة على جسم الإنسان، واستحدثت مفاهيم ومصطلحات جديدة أدت إلى اتساع نطاقها واختلاف أنواعها وتعدد مجالاتها وظهرت ممارسات تطبيقية على الجسد البشري بأساليب مستحدثة فيما يخص الإنجاب والنسل والتجميل وتقنيات الوراثة إلى غير ذلك.

وبالتالي تبلور المفهوم الجديد للتجارب الطبية التي سايرت التقنية وتدخلت فيه البيو تكنولوجيا التي أصبحت تقدم للإنسان أحدث وسائل العلاج والابتكار للأمراض والأوبئة المستعصية والمستجدة، لكن بالمقابل فهي تمثل تهديدا للكرامة الإنسانية وتُشكل مخاوف لمستقبل البشرية.

وهذا ما أظهر الحاجة الماسة لتنظيم أساسه القواعد القانونية الممثلة في قانون الصحة الجديد، وكذا القواعد الأخلاقية الخاصة بالأخلاقية الطبية التي تربط بين علم الأحياء والقيم الإنسانية والقواعد الأخلاقية وأصبحت بمثابة قواعد أساسها المبادئ المهتمة بكل المستجدات الطبية التي يكون جسم الإنسان محلا لها.

---

[1] المادة 380 من الامر رقم 20/ 02 المعدل والمتمم لقانون الصحة.

[2] المادة 381 من نفس الامر.

[3] المادة 382 من نفس الامر.

[4] المواد 389-390-394-395-399 من نفس الامر.

[5] إقرار مسؤولية المخاطر بالنسبة للمرق حسب قانون الصحة (م 391)

لقد أصبحت البيو أخلاقيات الطبية مرجع أساسي لمواجهة التحديات التي تطرحها المشاكل الأخلاقية من جراء التجارب الطبية التي لها علاقة بحياة وسلامة الإنسان واحترام حقوقه.

وعلى هذا الأساس تم التوصل إلى أهم التوصيات التالية

– ضرورة إعادة النظر في مدونة أخلاقيات الطبية، حتى تكون مسايرة للتطورات الطبية والعلمية المتسارعة والحديثة.

– يجب التعاون مع الهيئات الدولية مثل هيئة اليونسكو وهيئة الصحة العالمية لغرض تبادل الخبرات فيما يخص طرق تنظيم إجراء التجارب الطبية بما يتوافق مع القيم الاخلاقية.

– لا بد من تحديث المبادئ الأساسية لعلم الأخلاقيات الطبية بما يتناسب مع الاختراعات الطبية والاكتشافات العلمية ذات الطابع العالمي.

– ضرورة إرساء تعاون تشاركي بين الهيئات واللجان المختصة في الأخلاقيات الطبية حتى يكون لها صدى ناجع في الحفاظ على الكرمة الإنسانية والسلامة البدنية والعقلية وكذا النفسية للمريض.

– فرض رقابة صارمة من الهيئات الفاعلة لتحقيق الغرض المنشود من التجارب الطبية ألا وهو علاج المريض ومنحه الضمانات الكفيلة بالثقة والأمان.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

1- الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 2 يوليو 2020 المعدل والمتمم لقانون الصحة رقم 18-11، ج، ر، العدد 50 المؤرخة في 13 أوت 2020.

2- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بقانون الصحة، ج، ر، العدد 46 الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.

3- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطبية، ج، ر، العدد 52 لسنة 1992.

المراجع:

1- صفوان محمد شديفات، "المسؤولية الجزائية عن الأعمال الطبية"، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.

2- العربي بلحاج، "الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان على ضوء القانون الطبي الجزائري"، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.

3- مأمون عبد الكريم، "رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية"، دراسة مقارنة، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

4- أنس محمد عبد الغفار، "الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي"، "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2013 .

5- والترون اندرسيون، ترجمة أحمد مسنجير، "عصر الجينيات والإلكترونات"، مكتبة الأسرة، القاهرة، 2002.
6- العربي بلحاج، "أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة"، دراسة مقارنة دار الثقافة، عمان، 2012.
7- عبد الرحمان زيدان، "مناهج البحث العلمي في العلوم القانونية"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007.
8- عامر إبراهيم قنديلجي، "البحث العلمي واستخدام مصادر المعلومات التقليدية والإلكترونية"، دار اليازودي العلمية، عمان.
9- خالد عبد الرحمن، "التجارب الطبية"، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
10- إبراهيم أبراش، "المنهج العلمي وتطبيقاته في العلوم الاجتماعية"، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
11- محفوظ عبد القادر الحسيني، "التجارب الطبية بين الإباحة والتحريم"، دارسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
12- محمود أحمد طه، "الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة"، دار الفكر القانوني، مصر، 2015.
13- خالد بن النوى، "ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثارها على المسؤولية المدنية" دار الفكر والقانون، مصر، 2010.
14- تشارلز داروين، ترجمة مجدي محمود، "أصل الأنواع"، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2004.
15- بورقن هابرماس، ترجمة إلياس حجوح، "التقنية والعلم كإيديولوجيات"، منشورات وزارة الثقافة، دمشق، 1999.
16- سعيد محمد صفار، "البيولوجيا ومصير الإنسان"، عالم المعرفة، الكويت، 1984.
17- محمود يوسف، "بيولوجيا العلم والتكنولوجيا"، ط 3، دار وائل للنشر والتوزيع، بيروت، 2009.
18- ميرفت حسن منصور، "التجارب الطبية في ضوء حرمة الكيان الجسدي"، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
19- محمد عبد الغريب، "التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان"، دراسة مقارنة، مطبعة أبناء وهبة، القاهرة، 1989.
20- حسن سعد سند، "الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية"، دراسة مقارنة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية ومدى هذه الحماية في مصر"، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
21- أحمد فتحي سرور، "الحماية الدستورية للحقوق والحريات"، دار الشروق، مصر، 1999.

22- محمد قاسم حسن، "الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
23- مرعى منصور عبد الرحيم، "الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
24- يوسف بوشي، "الحق في سلامة الجسم وأثر التطور الطبي على حمايته جنائيا"، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2016.
25- حسيني محمود عبد الدايم، "البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات"، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
26- أمنة محتال، "مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الهندسة الوراثية"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، العدد 19، 2015.
27- أيمن مصطفى الجمل، "إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية"، دار الفكر الجامعة، الإسكندرية، 2010.
28- محمد الطاهر جرمون، "إعلان هلسنكي بين تأسيس التجارب الطبية واحترام حقوق الإنسان"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 03، 2018.
29- مهداوي عبد القادر، "ضوابط التجارب الطبية على الإنسان بين مواثيق حقوق الإنسان وأحكام الفقه الإسلامي"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة ادرار، العدد 04، 2014.
30- بركان عماد الدين، "التجارب العلمية والطبية على جسم الإنسان في ضوء قواعد المسؤولية المدنية"، أطروحة دكتوراه، جامعة أدرار، 2018-2019.
31- عبد القادر الحسيني إبراهيم محفوظ، "المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في المجال الطبي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
32- أسامة قايد، "المسؤولية الجنائية للأطباء"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
33- رمضان جمال كامل، "مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2005.
34- مفتاح مصباح بشير، "المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية"، دراسة مقارنة، المكتب الوطني للبحث والتطوير، ليبيا، 2005.
35- علي حسين نجيدة، "التزامات الطبيب في العمل الطبي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
36- جابر محجوب علي، "قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها، وأساس إلزامها ونطاقها"، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
37- فايزة أنور شكري، "القيم الأخلاقية والعلم"، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 2011.

38- فرنسيس فوكوياما ترجمة أحمد مسنجير، "نهاية الإنسان وعواقب الثورة البيو تكنولوجية"، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2003.
39- محمود يوسف، "بيولوجيا العلم والتكنولوجيا"، دار وائل للنشر، بيروت، 2009.
40- عادل عوض، "الأصول الفلسفية لأخلاقيات الطب"، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2011.
41- نجيب الحصادي، "قيمية العلم"، عالم الفكر، العدد 02، المجلد 03، الكويت، 2006.
42- خالد حمدي عبد الرحمان، "التجارب الطبية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
43- أحمد عبد الدايم، "أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.
44- عوض عادل، "الأصول الفلسفية لأخلاقيات الطب"، دار الجامعية، الإسكندرية، 2001.
45- دران غني، ترجمة محمد جديدي، "البيو تيقا"، جداول للنشر والتوزيع، المغرب، 2015.
46- عمر بوفتاس، "البيو تيقا نحو فكر أخلاقي جديد"، دفاتر فلسفية، العدد 09، 2015.
47- جوزيف معلوف، "المسألة الأخلاقية في العلوم الطبية"، مكتبة العولمية لبنان، 2005.
48- سمية بيدوح، "الجسد في ظل التطورات الطبية الراهنة"، منشورات الجمعية الجزائرية للدراسات التطبيقية، 2016.
49- أحمد عبد العليم عطية، "قراءة في الأخلاقيات الراهنة"، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2010.
50- محمود إسماعيل عمار، "حقوق الإنسان بين التطبيق والضياع"، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الأردن 2002.
51- مسعد مسعد شنوي، "التطبيقات الحديثة للبيو تكنولوجيا في الزراعة"، مجلة أسيوط للدراسات البيئية، العدد 30، جانفي 2006.
52- Mathieu Bertrand, "La bioéthique", Dalloz Paris, 2009.
53- Antoine Retault, "l'expérimentation sur le malade, soins ou recherche ? Sommaire Nº1, 2000.
54- Marie, Geneviève pin sart, "l'expérimentation sur l'être humain de la nécessité de la recherche au rejet de l'objectivation médicale", revue philosophique de Louvain, 4éme, tome 1, Nº3, 2002.
55- Jocelyne caryon, "L'expérimentation humaine et de la recherche biomédicale : dix ans d'application de la loi Huriet, ellipses, 2002.
56- François-André, Isambert, "Aux sources de la bioéthique", dans le débat, Nº3/25, 1983.
57- Daniel Burrito, "Bioéthique", Dalloz, Paris, 2011.
58- Xavier lassée, "condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort", septentrion presses universitaires, 1990.
59- Louis-Edmond pettiti, "Réflecion sur la bioéthique mélange en l'honnête l'homme et le droit", Bruylant, L, G, D, I.

الضوابط الشرعية والقانونية للتجارب الطبية على الجسم البشري

د. رزال حكيمة
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

مقدمة

تساهم التجارب الطبية المتعلقة بالجسم البشري في تقدم العلوم الطبية والجراحة، حيث استطاع العلماء بفضل هذه التجارب قطع اشواط كبيرة من التقدم في هذا المجال، الأمر الذي أدى الى القضاء على الكثير من الامراض التي كانت تحصد العديد من الارواح البشرية، كأمراض السل، والجدري، وغيرها من الامراض الفتاكة التي لم تعد تشكل خطورة على مستقبل البشرية بعد الوصول الى طرق علاجية أثبتت فعاليتها التجارب الطبية المسبقة.

ورغم مرور التجارب الطبية بعدة مراحل قبل اجرائها على الجسم البشري، حيث تسبقها تجارب معمقة على الحيوانات الشبيهة في تركيبها للإنسان لفترة طويلة في المخابر، الا أنه لا يمكن التنبؤ بصفة قطعية بنتائجها، فقد اصطحب التقدم العلمي في مجال التجارب الطبية العديد من الاضرار وصلت في بعض الاحيان الى وضع حد لحياة الأشخاص، وحفاظا على حياة الانسان من شغف الأطباء وجنونهم العلمي، يتعين أن يكون التقدم العلمي في مجال الطب في خدمة الانسانية وليس في خدمة العلم، وهذا لا يمكن ان يتأتى الا من خلال الالتزام بجملة من الضوابط والقيود لإضفاء الشرعية عليها، وهذا ما أكد عليه الفقه الاسلامي والقانون لضمان الموازنة بين الحفاظ على الكرامة الانسانية للجسم البشري من جهة، والمتطلبات الحديثة للعلوم الطبية من جهة اخرى.

وتبعا لما سبق ذكره يتبادر الى الذهن طرح الاشكالية التالية:

الاشكالية: ما هي الضوابط القانونية والشرعية للتجارب الطبية؟، أو بعبارة أخرى ما مدى مشروعية التجارب الطبية الواقعة على الجسم البشري؟

وللإجابة على هذه الاشكالية نعتمد على:

المنهج التحليلي: الذي يقوم على شرح وتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية ومناقشتها، واستنباط الاحكام المناسبة لها.

المنهج المقارن: وذلك بغية ابراز نقاط الالتقاء والاختلاف بين الشرع والقانون بشأن مسألة التجارب الطبية على الجسم البشري.

وبناء عليه نحاول معالجة هذا الموضوع من خلال اتباع الخطة التالية:

المبحث الاول: مفهوم التجارب الطبية على الجسم البشري

المطلب الاول: التعريف بالتجارب الطبية على الجسم البشري

المطلب الثاني: حكم التجارب الطبية على الجسم البشري في القانون والفقه الاسلامي

المبحث الثاني: حدود التجارب الطبية على الجسم البشري في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: ضوابط التجارب الطبية على الجسم البشري في الفقه الاسلامي

المطلب الثاني: ضوابط التجارب الطبية على الجسم البشري في القانون الجزائري

خاتمة

المبحث الاول: مفهوم التجارب الطبية على الجسم البشري

لقد كانت التجارب الطبية تجرى طي الكتمان، لتصبح بعد التطور الحاصل والتقدم العلمي علم قائم بذاته له أسسه ومبادئه وتحكمه قوانين، وبعدما كانت تجرى على الحيوان فحسب أصبح الجسم البشري موضوعها أيضا، لتتخذ التجارب الطبية مفاهيم ومعاني مختلفة، ثم تتطور لتظهر بنوعين علمية وعملية، ويبرز بشأنها أراء متناقشة بخصوص مشروعيتها، وقد أثارت جدلا واسعا نتيجة لما شهده العالم من تطور كبير في العلوم الطبية، وهذا ما سنتطرق اليه في الاتي:

المطلب الاول: التعريف بالتجارب الطبية على الجسم البشري

لقد حظيت التجارب الطبية الكثير من الاهتمام من قبل الباحثين ورجال الطب في سبيل انقاذ البشرية عموما، اذ أن للتجارب الطبية دور كبير في تطوير الطب والجراحة، حيث شهد العالم اليوم عمليات نقل الأعضاء وزرعها، والتلقيح الاصطناعي والاستنساخ وغيرها، وقد أسالت هذه التجارب الكثير من الحبر حول مفهومها ونطاقها وشروطها، وسوف نسلط الضوء في هذا المبحث حول مفهوم التجارب العلمية من خلال التعرف على المقصود منها وأنواعها.

الفرع الأول: المقصود بالتجارب الطبية على الجسم البشري

ان تعريف التجارب الطبية ليس بالأمر اليسير، لأنه من الصعب التمييز بينها وبين الممارسات اليومية للطب، وعليه قبل تقديم تعريف للتجارب الطبية يجب أولا تمييزها عن تلك الممارسات اليومية للطب التي يقوم الطبيب من خلالها بالتجربة على المريض في كل مرة عند فحصه وعلاجه، ففي كل مرة يقدم الطبيب أحد العقاقير للمريض الا ويقوم بالتجريب معه، وذلك بسبب ان الأمراض تختلف خطورتها من فرد لآخر.

وتبعا لما سبق يعرف التدخل العلاجي أو العلاج بأنه:" مجموع الأعمال الفنية والطبية التي يباشرها الطبيب لمصلحة المريض والتي تكون لغرض تحسين حلاته الصحية وتحسين صحة الأفراد عموما."[1]

ولكن هذه التدخلات العلاجية قبل أن تكون ضمن الاصول الطبية المتعارف عليها، كانت محل تجريب

[1]- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص 692.

للتأكد من مدى فعاليتها في العلاج.[1]

وبناء عليه يكمن الفرق بين التدخل العلاجي والتجربة الطبية في الغرض، حيث يكون الغرض من التدخل العلاجي علاج المريض، أما الغرض من التجربة الطبية هو توسيع المعارف العلمية.

وبالتالي يمكن تعريف التجارب الطبية على أنها:" مجموع الأعمال العلمية أو الفنية التي يكون الغرض منها ليس العلاج، وانما الحصول على معلومات جديدة بخصوص المرض موضوع البحث"[2]، او هي:" تلك الاعمال العلمية أو الفنية التي يقوم بإجرائها الطبيب الباحث على مريضه او الشخص المتطوع، بهدف تجريب أثر دواء معين، او نجاح عملية جراحية معينة لم يعرف نتائجها من قبل، للحصول على معلومات جديدة لخدمة الطب والبشرية."[3]

كما عرفت أيضا بأنها:" كل بحث من شانه أن يحقق تقدما أو يوصل الى ابتكار علمي، وذلك فيما يتعلق بوظائف أعضاء الانسان سواء كان في حال الصحة أو في حال المرض ويكون قابلا لأن يطبق عليه."[4]

وقد عرف المشرع الفرنسي التجارب الطبية بموجب المادة 209/1 من المرسوم رقم 88/1138 [5]الصادر 20/12/88 المتعلق بحماية الأشخاص المقبلين على اجراء التجارب الطبية بانها:" مجموعة الابحاث والدراسات العلمية التي تجرى على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية والطبية."، ويتضح من خلال هذا النص انه يتعين توافر العناصر التالية:

* كل بحث أو اختبار: بمعنى ان التجربة الطبية ليست مجرد اختبار العقاقير الطبية، بل تشمل الأبحاث التطبيقية والبيولوجية، وهي المتعلقة بدراسة الهندسة الوراثية ودراسة الامراض سواء كانت وراثية او مكتسبة أو جراحية.

*يقع على الكائن البشري الحي: أي أن هذا النص لا يقع على الحيوان، أو على الانسان المتوفى، واستثناء من هذا المبدأ نظم القانون رقم 94/653 الصادر في 29 جويلية 1994 الخاص باحترام جسم الانسان، اجراء التجارب على الانسان في حالة الموت الدماغي، وذلك حين يتوقف المخ عن أداء وظائفه بينما يستمر الجهاز التنفسي والقلب في أداء وظائفهما، وقد ادرجت هذه الحالة ضمن التجارب العلمية، كما لا ينطبق هذا النص على الاجنة الزائدة من الاخصاب خرج الرحم، وانما تخضع هذه الأخيرة لأحكام

---

[1]- خالد بن النوي، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص 51.

[2]- محمد نصر محمد، المسؤولية الجنائية والدولية عن استخدام تطبيقات الناتو الطبية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1ن 2016، ص 22.

[3]- العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الانسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 24، 25.

[4]- أشرف جابر السيد موسى، التأمين عن المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1999، ص 294.

[5]-Décret n 88/1138 du 20décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JORF du 22 décembre 1988

المادة 152/8 من القانون رقم 94/653 المشار اليه اعلاه.[1]

*في ضوء المعطيات البيولوجية أو الطبية: ومفاد هذا العنصر ان مفهوم التجربة الطبية يطال كل بحث من شأنه أن يحقق تقدما، أو يوصل الى ابتكار فيما يتعلق بوظائف أعضاء الانسان، سواء في حالة الصحة أو في حالة المرض ويكون قابلا لأن يطبق عليه[2]، ويهدف البحث الطبي الى اكتشاف وسائل جديدة لتشخيص حالات مرضية أو وسائل الوقاية منها، وقد يكون الغرض تطوير وسائل أكثر فاعلية أو أقل خطرا بالمريض بما في ذلك الأجهزة والادوية أو غير ذلك.

الفرع الثاني: أنواع التجارب الطبية وأهميتها

تقسم التجارب الطبية بحسب الغرض الى تجارب علاجية إذا كان القصد منها علاج المريض لشفائه وتخفيف الامه، وتجارب غير علاجية إذا كان القصد منها مجرد ملاحظة النتائج والاثار دون أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن تجرى عليه التجربة.

والتجارب الطبية بنوعيها لها اهمية بالغة لتطور العلوم الطبيعية فهي حتمية لتقدم التجربة.

أولا: أنواع التجارب الطبية

تجرى على جسم الانسان نوعين من التجارب الطبية نتطرق اليها في الاتي:

1- التجارب العلاجية

التجارب العلاجية هي تلك التجارب التي يباشرها الطبيب بقصد علاج المريض باستخدام وسائل حديثة في الحالات المرضية التي تفتقد الى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء[3].

أو هي التجربة التي يلجأ اليها الأطباء للوصول الى علاج جديد للأمراض التي أخفقت القواعد الفنية والاصول العلمية الثابتة في تحقيق علاج ناجح لها، فالغرض الاساسي لهذا النوع من التجارب الطبية هو محاولة ايجاد علاج المريض من خلال تجريب طرق جديدة في العلاج كالأدوية الجديدة، أو الأشعة أو غيرها من الوسائل الحديثة.

وتهدف التجربة العلاجية الى تحقيق مصلحة المريض الخاضع لها بصفة أساسية، فضلا عن امكانية استفادة المرضى الاخرين من المعارف المكتسبة منها، فان كانت التجربة العلاجية كالأعمال الطبية العلاجية تهدف الى علاج المريض وفقا للمعطيات العلمية الحديثة، فانهما يختلفان في نسبة توقع نجاح العلاج، حيث أن في التجربة الطبية العلاجية تكون نسبة نجاح العلاج الجديد غير متوقعة وغير مؤكدة بصفة دقيقة، لأن امكانية نجاح العلاج الجديد تكون في البداية مجرد فرض يتوجب على الأطباء اثبات تحققه من خلال اللجوء لتجربته على الانسان، أما في الأعمال الطبية التقليدية فان كان من المستحيل

---

[1]- مفتاح بشير الغزالي، ص 65، 66

[2]- بكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2002، ص 301 وما بعدها.

[3]- عبد الحكيم دحماني، المسؤولية الجزائية عن التجارب الطبية، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة الجيلالي اليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2013/2012، ص 43.

الجزم بنجاح العلاج بصفة مطلقة، فانه يمكن على الأقل توقع نسبة نجاح العلاج مسبقا بصفة مؤكدة، وبالتالي فان تجريم هذا النوع من التجارب يؤدي الى جمود العلوم الطبية وركودها ويقضي على روح الابتكار لدى الأطباء والعلماء ويحرم الانسانية من علاجات جديدة.

2- التجارب العلمية او غير العلاجية

ويقصد بها تلك التجارب التي تحوي على متطوعين أصحاء أو مرضى لا تكون لهم مصلحة مباشرة من اجراء التجربة، بل يكون الهدف المباشر منها تطبيق وسيلة حديثة من طبيعة علمية بحتة، لمجرد اشباع شهوة علمية او فضول علمي او يقصد اكتشاف مدى فعالية وسيلة معينة في مجال التشخيص أو العلاج او الوقاية، ومدى المخاطر المتوقعة منها في. هذه الحالات

ثانيا: أهمية التجارب الطبية على الجسم البشري

ان التطور المستمر في المجال الطبي الذي أدى الى التقدم في الرعاية الطبية والوقاية من الأمراض، يحتاج الى فهم العمليات الفيزيولوجية والمرضية في جسم الانسان، ولا يمكن أن يتحقق ذلك الا عن طريق اجراء التجارب على جسم الانسان لجمع كافة المعطيات العلمية وتحليلها وتفسيرها من أجل صحة الانسان والحفاظ عليها[1].

وتتمثل أهمية التجارب الطبية على العموم في حتمية تطوير العلوم الطبية، حيث أن التقدم العلمي المذهل الذي تشهده العلوم الطبية والبيولوجية ما هو الا نتاجا للبحوث العلمية الفنية والتجريبية المتواصلة على الانسان، فانتشار علاج جديد او عملية جراحية جديدة أو طرق مستجدة في التشخيص والعلاج وغيرها لا يتحقق الا إذا سبقت بأبحاث علمية فنية جادة، وبتجارب طبية عديدة لتدقيق المعلومات الجديدة والحصول على أفضل النتائج العلمية المضمونة النجاح التي تخدم البشرية عموما، فالتجارب الطبية بنوعيها العلاجية وغير العلاجية، تعتبر حجر الأساس لتطوير العلوم الطبية والبيولوجية، وتشكل ضرورة حتمية لتقدم البشرية، وعليه استوجب الامر البحث في مشروعية هذه التجارب، ودراسة أحكامها الفقهية والنظامية وجميع المسائل التي تثيرها هذه التجارب الطبية والعلمية.

كما تتمثل أهمية التجارب الطبية في المصلحة التي تحققها للبشرية، فقد أشادت أغلب التشريعات بالدور الانساني الذي تلعبه التجارب الطبية، حيث أشارت الفقرة 12 من ديباجة الاعلان العالمي لأخلاقيات العلوم الطبية والبيولوجية بأن التجارب الطبية قد عاد لها الفضل على الانسانية في الماضي، وسيعود لها الفضل في المستقبل أيضا من خلال الرفع من سن الحياة والتقليل من الوفيات وتحسين الظروف المعيشية، كما نوهت المادة 5 من اعلان هلسنكي على أن تطور العلوم الطبية مرهون بإجراء الابحاث والتجارب الطبية، التي تساهم في فهم اسباب تطور الأمراض واثارها، والبحث في ايجاد طرق تسمح

[1]- حلمي عبد الكريم عبد الرحمان شندي، رؤية الفقه الإسلامي لمدى مشروعية اجراء التجارب الطبية على الانسان دراسة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة الأزهر، مصر 2010، ص 31.

بتطوير أساليب الوقاية والتشخيص والعلاج، هذا وقد جاء في ديباجة البروتوكول الاضافي الخاص بالاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحقوق الانسان والابحاث البيوطبية في الفقرتين 4 و5 منها، على ان الأبحاث والتجارب الطبية لها دور كبير في انقاذ حياة الاشخاص وتحسين ظروفهم المعيشية[1].

المطلب الثاني: حكم اجراء التجارب الطبية العلاجية على الجسم البشري

وسوف نتناول في هذا المطلب حكم اجراء التجارب الطبية على جسم الانسان شرعا وقانونا، حيث يطرح اجراء التجارب العلمية على الانسان اشكاليات عديدة، كونه يعرض الكيان الجسدي للإنسان لمخاطر وانتهاكات خطيرة، ويهدد حقه في سلامة أعضائه.

الفرع الاول: الرأي المعارض للتجارب الطبية على الجسم البشري

ان الاسلام لا يعارض البحث العلمي، فهو أول من شدد على العلم وترك مجالا واسعا للإنسان للبحث والوصول الى حقائق هذا الكون، فهو لا يمنع البحث في مجال الحيوان والنبات، أما بخصوص الأبحاث والتجارب على الجسم البشري فقد اختلف الفقهاء بين مؤيد ومعارض مستندين في ذلك على القران والسنة النبوية.

أولا: من القران الكريم

يرى بعض الفقهاء ان التجارب الطبية على الجسم البشري غير مشروعة استنادا لآيات قرآنية منها: قوله تعالى:" ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة" الآية 195 من سورة البقرة، حيث يفهم من هذه الآية الكريمة ان الله قد حرم أن يعرض الانسان نفسه للخطر من غير مصلحة مقصودة شرعا، وطالما أن المصلحة في التجارب الطبية غير مؤكدة، فانه لا يمكن تبريرها من الناحية الشرعية، وطبعا وفقا لهذا المفهوم فان التجارب العلاجية التي يجوز فيها للإنسان أن يعرض نفسه للخطر إذا دعت الضرورة غير مشروعة، طالما عنصر الضرورة الذي يستند اليه لإضفاء صفة المشروعية على هذه التجارب غير متوفر[2].

كما استند أصحاب هذا الرأي للقول بعدم مشروعية التجارب العلمية على الجسم البشري على قوله عز وجل في الآية 70 من سورة الاسراء " ولقد كرمنا بني ادم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا"، حيث بناء على هذه الآية يرى هؤلاء الفقهاء أن اخضاع الانسان للتجارب العلمية غير مضمونة العواقب، وهذا يتنافى مع التكريم الذي خص به الله تعالى الانسان.[3]بالإضافة الى قوله تعالى في الآية 29 من سورة النساء:" ولا تقتلوا انفسكم ان الله كان بكم رحيما" يرى الرأي المعارض ان الله عز وجل ينهانا عن قتل النفس واهلاكها عن طريق ارتكاب كل ما

---

[1]- عبد الحكيم دحماني، المرجع السابق، ص 38، 39.

[2]- مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الانسان، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، جامعة الإسكندرية، 2010، ص 104.

[3]-خالد بن النوي ،ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الانسان وأثرها على المسؤولية المدنية، أطروحة ماجستير.
قانون خاص، جامعة سطيف 2، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013/2012، ص 51.

يؤدي الى قتلها او اقتراف ما يذلها، واجراء هذه التجارب الطبية الغير مؤكدة قد تؤدي الى وضع حد لحياة الشخص والى التهلكة، وهذا مخالف لما نهى عنه الله تعالى ومناف للرحمة والاحسان التي أرادها الله بعباده[1].

ثانيا: من السنة النبوية

استند الفقهاء بالأحاديث النبوية لإضفاء عدم مشروعية التجارب الطبية على الجسم البشري، نذكر منها: عن أبي برزة الأسلمي قال: قال رسول الله (ص):" لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيم أفناه، وعن عمله ما فعل به، وعن ماله من أين اكتسبه؟ وفيم أنفقه؟، وعن جسمه فيم أبلاه"، فهذا الحديث يفيد أن الانسان وما ملك لله تعالى وحده، وأن بدنه أمانة استأمنه الله عز وجل عليها، فيجب أن يحفظ الامانة، وأن اتلاف نفسه أو غيره جزئيا أو كليا محرم شرعا، واجراء التجارب الطبية على الانسان يعرضه للتلف والضرر، فلا يجوز شرعا[2].

الفرع الثاني: الرأي المؤيد للتجارب الطبية على الجسم البشري

هناك جانب من الفقه يضفي المشروعية على التجارب الطبية، كون أن هذه الأخيرة لها تأصيلها في الشريعة الإسلامية، فهي مشروعة من حيث المبدأ، وعليه سوف نحاول تبيان ذلك استنادا على الكتاب والسنة في الاتي:

أولا: من الكتاب

قال الله تعالى في سورة العنكبوت الآية 20:" قل سيروا في الأرض فانظروا كيف بدأ الخلق"، وقال الله عز وجل في الآية 21 من سورة الذاريات: " وفي أنفسكم أفلا تبصرون"، كما قال:" قل انظروا ماذا في السماوات والأرض"، الآية 101 من سورة يونس.

فمن خلال هذه الآيات الكريمة يتضح أن الله تعالى أمر عباده بالنظر والسير والتأمل ليس في النفس فحسب، بل في كل المخلوقات حولنا، كيف خلقت وركبت، وكيف وجدت، وفي ذلك دعوة للبحث في الخلق جميعه، لما في الأرض من عجائب وفي السماوات من غرائب وما في النفس من بدائع، وهذا ما هو الا دليل قوي وأصل من الأصول التي تدفع وتجبر على البحث والاكتشاف لطلب العلم، وهذا بدوره دليل لمشروعية التجارب.

الى جانب ذلك قوله تعالى في الآية 32 من سورة المائدة:" ومن أحياها فإنما أحيا الناس جميعا"، بما يعني أن الله تعالى امتدح من قام بإحياء النفس، واحياؤها انما يكون بإنقاذها من هلكته ومن كل الأسباب المؤدية اليها، والا كان المرض مؤديا اليها، وكان العلاج سببا في انقاذها، ولا يتوصل الى هذا العلاج

---

[1]- ناريمان وفيق محمد أبو مطر، التجارب العلمية على جسم الانسان، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير. في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، 2011، ص 39.

[2]- حلمي عبد الحكيم عبد الرحمان شندي، رؤية الفقه الإسلامي لمدى مشروعية اجراء التجارب الطبية على الانسان مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراه، جامعة الأزهر، مصر، 2010، ص 215.

الذي هو سبب لشفاء النفس بإذن الله الا بالتجارب لأنها وسيلة لاكتشاف العلاج والأدوية المساعدة في شفاء الأنفس وانقاذها من الموت، فيكون اجراء التجارب من ضمن الأفعال التي امتدحها الله تعالى لأنها تؤدي لإحياء النفس.[1]

ثانيا: من السنة

توجد العديد من الأحاديث التي تدل على مشروعية التجارب بصفة عامة من بينها: عن انس بن العلم يستغفر له كل شيء حتى الحوت في البحر"[2]

وعن ابي الدراء قال: إني سمعت رسول الله (ص) يقول:" من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك به طريقا من طرق الجنة..." وبالتالي يتضح جليا أن الرسول محمد (ص) حث على طلب العلم ورغب فيه حتى أنه جعله فريضة على كل مسلم ومسلمة، فمن يجري التجارب يسلك سبيلا للعلم، وبهذا يكون هذا الحديث دليلا على مشروعية التجارب، فالوصول الى العلم الذي نبحث عنه لا يكون الا بالتجارب.

وقد ورد عن ابي حازم أنه سمع سهل بن سعد يسأل عما عولج به جرح الرسول (ص) يوم أحد، فقال:" جرح وجهه وكسرت رباعيته وهشمت البيضة على رأسه فكانت فاطمة بنت الرسول (ص) تغسل الدم وكان علي بن ابي طالب يسكب عليها بالمجن، فلما رأت فاطمة الدم لا يزيد الا كثرة أخذت قطعة حصير فأحرقته حتى صار رمادا ثم ألصقته بالجرح فاستمسك الدم."، وهكذا استدل الفقهاء بهذه الواقعة والقول بأن علاج فاطمة بالرماد كان بعد عجز الوسيلة المعتادة والمتبعة في إيقاف نزيف الدم كانت تجربة منها، ولم ينكر الرسول (ص) تلك التجربة وهذا يدل على جواز تجريب الأدوية الجديدة في حالة عدم نجاح الطرق المعروفة.[3]

بالإضافة الى ما سبق هناك أحاديث كثيرة تحث على التداوي والبحث عن الأدوية منها:

عن ابي هريرة عن النبي (ص):" ما أنزل الله من داء الا أنزل له شفاء"، وعن عبد الله بن مسعود عن النبي (ص):" ما أنزل الله داء الا قد أنزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله"[4]، وبناء عليه، فان التجارب تحقق مقصد الشرع بالوصول من خلال نتائجها للمحافظة على مقصد حفظ النفس.

المطلب الثاني: حكم اجراء التجارب الطبية على الجسم البشري في القانون الجزائري

انتشرت عمليات اجراء التجارب الطبية عبر بقاع العالم وازدادت أهميتها على المستوى العالمي، واستمرت في التطور حتى بلغت ذروتها، الأمر الذي صاحب معه عقد المؤتمرات والمجالس الدولية

---

[1]- ناريمان وفيق محمد أبو مطر، المرجع السابق، ص 9.

[2]- المرجع نفسه، ص 11 و12.

[3]- إبراهيم عبد العزيز ال داوود، المسؤولية الجنائية عن التجارب الطبية على الانسان، دراسة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2013، ص 46.

[4]- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 8، مؤرخ في 17 فبراير 1985.

والعالمية بشأنها، وصدور قوانين وتوصيات حولها، وهرعت كل الدول الى سن قانون خاص بها ينظم ويضبط عملية اجراء هذه التجارب، وهذا ما حذا به المشرع الجزائري الذي أولى اهتمام وعناية كبيرة بهذا الموضوع.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من التجارب الطبية على الجسم البشري

لقد حاول المشرع الجزائري تنظيم التجارب الطبية بموجب القانون رقم 85/05، الا أن ذلك كان بصورة محدودة، حيث نظم هذا الموضوع في مادتين فقط هما على التوالي المادتين 168 مكرر1 و168 مكرر3.

غير أن المشرع الجزائري تدارك الأمر مؤخرا، وأعاد تنظيم موضوع التجارب الطبية والعلمية في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018[1]، في القسم الرابع تحت عنوان " أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء" من الفصل الرابع من الباب السابع الذي جاء بعنوان " الاخلاقيات والأدبيات البيو-أخلاقيات الطبية، حيث عالج المشرع الجزائري موضوع التجارب الطبية بموجب 23 مادة من 337 الى 399 من قانون الصحة.

وقد أصدر المشرع الجزائري هذا القانون الذي كان محل انتظار من جانب أهل الاختصاص، لمواكبة التطور السريع في العلوم الطبية، وادراكا منه لأهمية الأبحاث العلمية والطبية من جهة، ولخطورتها واضرارها من جهة أخرى، ويهدف المشرع الجزائري من خلال هذا القانون تقرير مشروعية التجارب الطبية بصفة عامة، العلاجية أو العلمية، واخضاعها لتنظيم محكم لحماية الأشخاص الخاضعين لها، حيث تنص المادة 337 من قانون الصحة الجزائرية بأنه:" يتمثل البحث في مجال طب الأحياء في اجراء دراسات على الكائن البشري بغرض تطوير المعارف الوبائية والتشخيصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية."

ويمكن أن تكون الدراسات العيادية ملاحظاتية أو تدخلية على الخصوص بما يأتي:

- الدراسات العلاجية أو التشخيصية والوقائية، - دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي، - الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية.

وهكذا يتضح جليا من خلال استقراء هذه المادة ان المشرع الجزائري بموجب قانون الصحة الجديد يجيز صراحة التجارب الطبية على الانسان، سواء كانت علاجية أو علمية، وعليه فان الهدف من التدخل الطبي يتمثل في العلاج بغرض شفاء المريض وفقا للأصول المتبعة، فلا يجوز للطبيب تجاوز هذه الغاية بإجراء علاج جديد، واستخدام الأدوية غير المصرح بها من وزارة الصحة، أو اجراء تجربة طبية من أجل فائدة البحث العلمي الا عند وجود المبرر الشرعي والقانوني، وقد اقر المشرع الجزائري بمشروعية التجارب الطبية استنادا لعدة اعتبارات أهمها:

[1]- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، ج ر عدد 46، مؤرخ 29 يوليو 2018.

–الأهمية العلمية للتجارب العلاجية، حيث ساهمت التجارب الطبية في اكتشاف طرق علاجية كثيرة سمحت بالقضاء على الكثير من الأوبئة والأمراض المزمنة[1]، – شرعية الغاية في التجارب العلاجية، – التجارب العلاجية وفكرة العدالة، حيث يستند الفقه في تبرير التجارب الطبية على فكرة العدالة، ويرى هؤلاء أن كل انسان حي في الوقت الحاضر استفاد بطريقة أو بأخرى من تجارب الامم السابقة، وعليه فان مبدا العدالة يقتضي أن يساهم انسان اليوم كذلك في التجارب الطبية للتخفيف من الام البشرية[2]، – دور التجارب العلمية في تحقيق الكثير من المنافع البشرية، حيث ساهمت ولا تزال تساهم في علاج الكثير من الأمراض المستعصية، – حتمية اللجوء الى التجارب العلمية على الانسان في الحالات التي لا ينفع فيها استعمال غيره، فقد ثبتت ان هناك أمراض تقتصر على الانسان دون الحيوان.

المبحث الثاني: حدود التجارب الطبية على الجسم البشري في ضوء الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

رغم الاقرار بحرمة الجسد البشري، الا أنه هناك العديد من الانتهاكات الفاضحة لكرامة الانسان تحت مظلة البحث العلمي وحرية الانسان في التصرف بجسده، الامر الذي استلزم معه العمل على تحديد الضوابط القانونية والشرعية التي تخضع لها التجارب الطبية على الجسم البشري، وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث الى أهم هذه الضوابط على النحو التالي:

المطلب الاول: ضوابط التجارب الطبية على الجسم البشري في الفقه الاسلامي

لقد تعددت الابحاث العلمية في مجال الضوابط الشرعية للتجارب الطبية على الجسم البشري على ضوء ما استحدث من تجارب على الانسان في مراحله الجنينية او خلال حياته أو بعد مماته أو تحوله الى جثة، وأصدرت مجامع الفقه الاسلامي العديد من القرارات المتعلقة بالضوابط الشرعية التي تحكم تلك التجارب بما يتفق مع تطور العلم ولا يتنافى مع مبادئ الشريعة الاسلامية.

الفرع الاول: الضوابط المتعلقة بالتجارب الطبية

رغم أن الفقهاء أجازوا التجارب الطبية لاسيما العلاجية منها، الا انهم وضعوا شروط وضوابط تخضع لها التجارب الطبية على الجسم البشري، نتعرض لها في الاتي:

أولا: ضابط مشروعية التجارب الطبية

ان الاسلام يحث بالتداوي بغير المحرم بجميع الوسائل الجائزة شرعا لعلاج الامراض، بل أنه قد يكون واجبا، لأن حفظ النفس من الأمور التي أوجبت الشريعة حفظها لقوله (ص):" ان الله لم ينزل داء الا أنزل له شفاء فتداووا"[3].

---

[1] مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2006، ص 699.

[2]- محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 130.

[3]- بوطبيق مريم، ، أحكام التجارب الطبية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية: قسم العلوم الإسلامية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2020، ص 36.

فطبقا للقاعدة الشرعية:" حيثما وجدت المصلحة فتم شرع الله، ولقوله تعالى:" فمن اضطر غير باغ وعاد فان ربك غفور رحيم" سورة الانعام الآية 145، فان الانسان المريض الذي لم تفلح الطرق المعروفة في تشخيص علاج مرضه يكون مضطرا لتجريب ادوية وطرق علاجية جديدة او مستحدثة، وذلك لأن اباحة التداوي تبيح بالضرورة استخدام الوسائل المسخرة، لأن للوسائل حكم المقاصد[1]، فقد قال العلامة العز بن عبد السلام الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ودرأ المعاطب والأسقام، وليس هناك أي مانع شرعا من الاستفادة من خبرات وقدرات الطب الحديث، والطرق المستجدة في التشخيص والعلاج، وتجارب الغرب لمعالجة الأمراض المزمنة أو المستعصية، لأن تطبيب الأبدان وعلاج الأمراض أمر مشروع حفظا للنوع الانساني، وخير دليل على ذلك القصة المعروفة لسعد بن أبي وقاص، حيث مرض ووضع الرسول (ص) يده الشريفة على صدره وقال:" إنك رجل مفؤود، ائت الحارث ابن كلدة، فانه رجل يعرف الطب" وهذا على الرغم من ان الحارث بن كلدة كان وثنيا الا أنه صاحب قدرات واسعة في الطب[2].

ثانيا: الضوابط المكملة لضابط مشروعية التجارب الطبية

يوجد الى جانب ضابط مشروعية التجارب الطبية باعتبارها أهم الضوابط الجوهرية التي تقوم عليها التجربة الطبية بنوعيها، ضوابط أخرى تخضع لها التجربة الطبية تتمثل في:

1- قاعدة تحقيق المصلحة: حيث يجب الموازنة بين منافع ومخاطر التجربة او الاخطاء المحتملة منها، أما في الحالات التي لا تتمخض فيها المصلحة أو المفسدة فيلجأ الى دفع أعظم الضررين.

2- قاعدة تحقيق العدل: يعتبر العدل من اهم القواعد التي أقرها الدين الاسلامي، فهو أساس الحياة، وتبعا لذلك فانه يجب أن تقوم التجارب الطبية على فكرة تحقيق العدل، فلا تكون مشروعة الا إذا كانت المزايا المترتبة عنها تفوق المخاطر، ويستلزم العدل أيضا أن يقوم بالتجربة طبيب مؤهل وذو خبرة وكفاءة عالية في المجال، أن تتوفر شروط اجراء التجارب من مستشفى ومستلزمات.

3- مبدأ تضمين الطبيب: تتمثل مهمة الطبيب في معالجة مرضاه وحماية صحتهم الجسدية والنفسية والجدية في العمل...، لذلك يجب عليه الامتثال للأحكام والقواعد وأخلاقيات البحث العلمي، وأن يجري تجاربه في حدود اذن المريض، فان تدخل الطبيب دون اذن مسبق من المريض كان ضامنا فيما نتج من أخطار عن تدخله، أي يكون مسؤولا مسؤولية جنائية ومدنية.

4- حماية الجنين: حظي الجنين بعناية خاصة في الشريعة الاسلامية، حيث حرمت قتله أو الاعتداء

---

[1]- بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على جسم الانسان في الفقه الإسلامي، مجلة الوعي الاسلامي
الكويت، 2003، ص 448.

[2]- بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الانسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، المرجع السابق، ص 57، 58.

عليه، كما حرمت الاجهاض، وعليه فلا يجوز اجراء التجارب الطبية على الأجنة البشرية الا في حال ما إذا كانت الغاية المقصودة هي الحفاظ على صحة الجنين، كما قرر مجمع الفقه الاسلامي أنه لا يجوز استخدام الأجنة مصدر للأعضاء المطلوب زرعها الا في حالات تحكمها ضوابط.

5- قاعدة احترام الجثة الأدمية: حفاظا على كرامة الميت، فقد اقر الاسلام احترام جثة الميت، كما أمر محمد (ص) والوقوف للجنازة ولو كان غير مسلم، وقد سوت الشريعة الاسلامية بين الاعتداء على الميت الاعتداء على الحي لقوله (ص):" أذى المؤمن في موته كأذاه في حياته"، وقد اقر مجمع الفقه الاسلامي مبدأ جواز تشريح الجثث لأغراض البحث العلمي وفق ضوابط معينة.

6- قاعدة عدم اجراء التجارب الطبية على المساجين: لقد منعت الشريعة الاسلامية اجراء التجارب الطبية على المساجين لعم امكانية الحصول على الموافقة الحرة لهذه الطائفة، لأن حالته النفسية من شأنها أن تعيب ارادته لقوله محمد (ص):" ان الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[1]

الفرع الثاني: ضوابط التزام القائم بالتجربة بحدود وأخلاقيات التجربة الطبية

أعدت الرابطة الطبية العالمية توصيات لتكون دليلا للأطباء المشتغلين في حقل الأبحاث العلمية الحيوية على الانسان، وهذه المعايير المتضمنة في التوصيات ما هي الا خطوط عريضة يجب أن تخضع للتعديل والتطوير في المستقبل، وهي صالحة لأطباء في كل انحاء العالم[2].

أولا: ضابط الكفاءة العلمية للطبيب: يتعين أن يكون القائم على التجربة الطبية او العلمية على المريض طبيبا ذا كفاءة علمية وخبرة عملية في اجرائها، فلا يجوز ان يقوم بها طالب في كلية الطب او طبيب مبتدئ لا يحوز الكفاءة اللازمة لمباشرتها، ويجب ان يتوفر هذا الشرط في جميع طاقم البحث العلمي، ويشترط في القائم بالتجربة أن يكون من ذوي حذق في صناعة الدواء او تشخيص المرض أو له بها بصارة معرفة، كما يتعين التزام الطبيب بالمساواة بين مرضاه في الرعاية ولا يميز بينهم بسبب مركزهم الأدبي أو الاجتماعي او شعوره الشخصي نحوهم، وأن يلتزم موقفا لائقا واعيا اتجاه أي شخص يعالجه او يقوم بالتجريب عليه، ويجب ان تكون اعمال الطبيب او الجراح موافقة للقواعد التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب، ويجوز للطبيب أن يجتهد في علاج المريض، وان يكون الطبيب حدقا يعطي المهنة حقها فيحتاط في عمله، ويبذل العناية المعتادة في امثاله في التشخيص والعلاج، كما يجب عليه الامتثال في أبحاثه وتجاربه ودراساته لمجموعة القواعد والاحكام والأعراف وأخلاقيات البحث العلمي المتعارف عليها عند التجريب على الانسان، وهذا كله في إطار مبدأ حرمة الجسد الادمي، وحماية الانسان في حياته وجسده وجثته، باعتبار أن الانسان محترما حيا وميتا في الشريعة الاسلامية ومن ثم يشترط:

1- أن يكون الهدف من اجراء التجارب هو العلاج والتداوي، فهي من قبيل المصالح التي يقرها الشرع،

---

[1]- مهداوي عبد القادر، ضوابط التجارب الطبية على الانسان بين مواثيق حقوق الانسان وأحكام الفقه الإسلامي، جامعة ورقلة، ص 59 وما بعدها

[2]- بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية في ضوء الشريعة والقوانين المعاصرة، المرجع السابق، ص 174.

والاسلام جاء لخدمة المصالح.

2- أن يتحقق الباحث او فريق البحث من احتمالات نجاح التجربة أكبر من احتمالات فشلها، في ضوء المخاطر الكامنة في الطرق التشخيصية والعلاجية المستجدة، وضرورة الموازنة بينهما على أسس علمية واضحة انطلاقا من نتائج التجربة على الحيوانات مثلا.

3- يشترط أن يكون الطبيب وفريقه من ذو اختصاص وكفاءة علمية عالية، وأن تخضع هذه التجارب لرقابة مستمرة من الجهات الطبية المختصة في الدراسة أخلاقيا وعلميا[1].

4- المحافظة على سلامة الشخص الخاضع للتجربة وخصوصياته ومراعاة صحته الجسمانية والنفسية، ورعايته ومراعاة السرية التامة، وتحمل المسؤولية الطبية والمهنية المترتبة عن هذه التجارب، ومن ثم ضرورة التأمين الاجباري لمواجهة مخاطر واخطار هذه التجارب[2].

6- التأكد من سرية المعلومات التي سيحصل عليها الباحث من خلال بحثه او تجربته، وان هذه المعلومات لن تسخر في اي وقت من الاوقات ضد مصلحة الشخص الخاضع للتجربة الطبية.

7- للطبيب الحرية أثناء علاج المرضى في استعمال الطرق المستجدة في التشخيص والعلاج إذا رأى انها تعطي الأمل في انقاذ حياتهم او تحسين صحتهم او تخفيف معاناتهم.

8- يتعين على الطبيب أن يقيم الفوائد المرجوة والمخاطر الكامنة للطرق المستجدة في التشخيص والعلاج ويوازن بينهما وبين أفضل الطرق المعروفة والمستمرة، كما يجب على الطبيب ان يحترم حق المريض في رفض المشاركة في اي دراسة طبية، دون ان يؤثر ذلك في العلاقة العلاجية بينهما، وإذا قرر الطبيب ضرورة التغاضي عن أخذ الموافقة من المريض، فيجب عليه كتابة الأسباب المبررة لذلك من منهاج البحث أو الدراسة، ثم تعرض على اللجنة الخاصة المحايدة لإبداء الرأي، كما يجب على الباحث او فريق البحث انهاء التجربة فورا إذا تبين أن الاستمرار فيها قد يضر بالشخص.

المطلب الثاني: ضوابط التجارب الطبية على الجسم البشري في القانون الجزائري

يشترط لإباحة التجارب الطبية على الجسم البشري مراعاة مجموعة من الضوابط القانونية التي تضمنتها المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية، ومع أن التشريعات المختلفة تتفاوت فيما بينها من حيث درجة التنظيم القانوني لإجراء هذا النوع من التجارب على جسم الانسان، الا انه أي نظام قانوني يجيز اجراء التجارب الطبية على الجسم البشري يخضع هذه المسألة لشرطين أساسيين يمثلان كحد أدنى لمشروعية التجربة الطبية على جسم الانسان.

الفرع الاول: تحقيق رضا المريض الخاضع للتجربة

ان القيام باي تجربة طبية على الجسم البشري يستلزم رضا المريض، أي تعبيره عن ارادته تعبيرا صريحا

---

[1]- محمد عبد الغريب، التجارب الطبية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، مطبعة أنباء وهبة حنان، القاهرة، 1989، ص 61.

[2]- بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الانسان في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الطبية المعاصرة، المرجع السابق، ص 60.

بما يفيد موافقته على تدخل الطبيب لإجراء العلاج اللازم له أو رفضه، وذلك حفاظا على ما لجسم الانسان من حصانة، وعليه لا يكون التدخل الطبي في التجارب الطبية مشروعا الا إذا وافق عليه المريض، أو في حالة وجود المريض في خطر لا يسمح بالانتظار لإنقاذ حياته وتعذر أخذ موافقته لكونه في حالة غيبوبة وتعذر الاذن ممن ينوبه لغيابهم.

أولا: أن يكون الرضا حرا

ويقصد بهذا الشرط أن لا يكون الرضا صادرا تحت أي اكراه او ضغط، فالحرية في مجال التجارب الطبية ضرورة حتمية لابد من استظهارها صراحة ودون اي غموض أو اكراه، ويقصد بالإكراه خلو الارادة من أي ضغط سواء تمثل هذا الضغط من خلال استغلال قصور في الأهلية، او في موقف الخضوع النفسي أو الاجتماعي او الاقتصادي لمن يتعرض لإجراء التجربة الطبية[1]، كما يقصد بهذا الشرط حرية المريض في اختيار التدخل الطبي او الجراحي أو رفضه، فهو وحده الذي يملك تحديد الاختيار بين المحافظة على صحته وتكامله الجسدي وبين المساس بسلامة حبسه، وهو وحده أيضا الذي يملك تحديد ما تستوجبه مصلحته، ومن ثم فلا يستطيع الطبيب او الجراح أن يحل محل المريض في اتخاذ القرار الطبي او أن يفرض عليه علاجا أو تدخلا جراحيا حتى ولو أدى الى تحسين حالته الصحية متى رفض هذا التدخل، وأي عمل طبي أو تجربة طبية يتم اجراؤها دون الحصول على رضا صاحب الشأن، يمثل خطأ قانوني بمعنى الكلمة[2]، سواء دعت الى هذه التجربة ضرورة طبية لمصلحة المريض أم لا، ويجب أن يكون الرضا حرا ومتبصرا، أي عن اختيار كامل وعن علم بالظروف والنتائج المرتبطة بإجراء العلاج الطبي أو التجربة وفقا لنص المادة 386 من قانون الصحة الجزائري.

ثانيا: أن يكون المريض على دراية بعواقب التجربة الطبية

يجب ان يصدر الرضا عن بصر وبصيرة بعواقب التدخل الطبي أو التجربة الطبية، حيث نظرا لخطورة التجارب الطبية وأثرها على صحة الانسان وحياته، فقد أكدت المواثيق والاعلانات على أهمية تبصير الخاضع للتجربة والحصول على رضاه المستنير، وهذا ما اكده المشرع الفرنسي بموجب المادة 1122 التي تشترط الرضا الحر والمستنير والصادر من ذي أهلية، فوفقا للأخلاقيات المهنية ونصوص القانون يتعين على الطبيب أن يلتزم بإعلام المريض بصفة مستنيرة وواضحة بكل خبايا التجربة الطبية التي سيخضع لها، حيث أن حالة الضعف التي يتواجد فيها المريض أو الخاضع للتجربة، والذي يكون جاهلا لخبايا الطب وتقنياته يكون مضطرا للعلاج حتى يرفع عن نفسه الالام والمعاناة، وقد تدفعه لقبول مخاطر التدخل الطبي.

وهناك جملة من الشروط القانونية التي يجب أن تتوفر في الرضا المستنير والمتبصر للشخص الخاضع

---

[1]- سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية القاهرة، 1990، ص 25.

[2]- أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر 2010، ص 668.

لمثل هذه التجارب العلمية، تتمثل فيما يلي:

– ضرورة اعطاء المريض شرحا واضحا ومفصلا عن فحوى وأهداف وفوائد الدراسة محل التجربة، – اعلام المريض بطبيعة المخاطر او الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها، ايضاح المزايا والفوائد المرجوة المترتبة على التجربة،– شرح العمليات الجراحية أو أساليب العلاج الجديدة المحتمل اللجوء اليها اذا ما اقتضت الحاجة، – يجب ان يكون الخاضع للتجربة عالما بغرض التجريب وطبيعته ومدته والطرق المستخدمة فيه[1]، –ويكون للشخص الخاضع للتجربة الحق في الرجوع عن رضائه في أي وقت طبقا للمادة 386 فقرة 3 من قانون الصحة.

وبالنسبة للتجربة الطبية المجراة على القصر، يجيز قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل التجارب العلاجية على القصر دون تمييز بين المميز وغير المميز، بشرط موافقة من لهم السلطة الأبوية على الطفل، وهو ما نصت عليه كذلك المادة 27 من اعلان ميثاق هلسنكي 1964 في صيغته المعدلة سنة 2008، وأكدته أيضا المادة 6 من اتفاقية حقوق الانسان والطب البيولوجي المنعقد في مدينة ستراسبورغ بشرق فرنسا في شهر يناير 1997، كما تنص المادة 28 من نفس الاعلان على امكانية أخذ رأي ناقص الأهلية في حالة رفضه.

أما بالنسبة للتجارب غير العلاجية فهي مشروعة فقط على القاصر المميز والراشد المحمي قانونا، بشرط الحصول على موافقة ممثله القانوني[2].

– أن يصدر الرضا بشكل مكتوب: إذا كان مجال التجارب العلاجية لا يشترط شكلية خاصة، حيث انه يمكنه ان يكون شفويا وضمنيا الذي يستخلص من اتخاذ المريض موقف يدل بصورة مؤكدة على رضائه بالعمل الطبي، فالأمر يختلف عن ذلك في مجال التجارب غير العلاجية وذلك لخطورة هذه الأعمال التي تستدعي التزام الحذر الشديد في شأن استخلاص الرضا من المريض، وهذا يعني ان الموافقة الضمنية أو غير المكتوبة أو العرفية او الشفوية لا تعتبر كافية في مجال التجارب الطبية العلمية[3].

الفرع الثاني: تحقق المصلحة من اجراء التجارب الطبية

ان الموافقة الحرة والمستنيرة على اجراء التجربة الطبية ليست كافية لوحدها لإضفاء المشروعية على التجربة على الانسان لضمان صحة المريض أو الخاضع للتجربة، وتفادي المخاطر التي قد تنتج عنها، لذلك أوجب القانون ضابط المصلحة من اجراء التجربة.

ويعتبر قصد العلاج سببا لإباحة كل الأعمال الطبية بما فيها التجارب الطبية إذا كانت الغاية من مزاولة العمل الطبي عامة هو علاج المريض وتحسين حالته الصحية بتحقيق شفائه أو التخفيف من معاناته، وكذلك يكون الهدف من عمله تحقيق مصلحة المريض لا تحقيقا لمصالحهم الخاصة كالشهرة العلمية.

---

[1]- بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الانسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، المرجع السابق ص 149، 150.

[2]- المرجع نفسه، ص 150، 151.

[3]- خالد حمدي عبد الرحمان، التجارب الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 59.

ويشترط في التجارب الطبية ان تكون فوائد التجربة أكثر من مضارها، على اعتبار أن هذه التجارب هي الاستثناء من الأصل، وبالتالي يجب ان يكون الغاية منها العلاج لأن في نجاح مثل هذه التجارب فائدة عامة للبشرية جمعاء، والواقع انه يجب اجراء موازنة بين الأخطار المحتملة والمنفعة المحتمل تحقيقها، فاذا كان الضرر كبير والمصلحة لا تتناسب مع الخطأ فهذا يعني أنه من غير الملائم اجراء التجربة، ويتعين أن تتجاوز مصالح الخاضع للتجربة مصالح العلم أو المجتمع، ومن غير المعقول التضحية بشخص من أجل تجربة علمية، ويجب أن يلتزم الباحث بالقواعد الشرعية والعلمية والأخلاقية التي تحكم الممارسات الطبية أثناء القيام بالتجريب على الانسان[1].

ومن الشروط التي يشترطها القانون لإجراء التجارب الطبية كفاءة القائم بالتجربة أي حاصلا على المؤهل العلمي الذي يناسب القيام بالتجربة، فضلا عن توافر الخبرة والدراية في هذا المجال حسب نص المادة 380 فقرة 3 من قانون الصحة، وهذا كله تفاديا لحدوث أخطار وأضرار تفوق المنفعة على الخاضع للتجربة من اجرائها، كما يشترط في الاجراءات الطبية خضوعها للرقابة من جهات مختصة، اذ تهدف الاجراءات الطبية الحصول على مصلحة مجتمعية ومقاومة امراض وأضرار داخل المجتمع يعاني منها بعض الأشخاص، ولما كانت تلك التجارب الطبية تنطوي على مخاطر قد تضر بصحة المريض، ومن ثم يجب اجراؤها تحت رقابة الجهات الطبية المسؤولة التي يجب أن تتأكد من كفاءة خبرة القائم بالتجربة.

حيث تنص المادة 378 من قانون الصحة الجزائري على أنه:" يجب أن تراعي الدراسات العيادية وجوبا المبادئ الأخلاقية والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية."، وقد نصت مدونة اخلاقيات الطب الجزائرية بموجب المادة 18 منه على أنه:" لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض الا بعد دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، وبعد التأكد من ان هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض."، وبناء عليه يجب الحرص على حياة وصحة الخاضع للتجربة، وادراج موافقته ضمن بروتوكول الدراسات الخاص بكل تجربة طبية وفقا لنص المادة 387 من قانون الصحة، كما يجب اجراء فحص طبي مسبق على الشخص الخاضع للتجربة وتسليم نتائج الفحص قبل بدأ التجربة عليه وقبل الموافقة طبقا لنص المادة 393 من نفس القانون، ويلتزم المرقي بضمان تعويض عن كل الأضرار التي لحقت بالخاضع للتجربة وفقل للمادة 393 من قانون الصحة

وقد اشترط المشرع الجزائري أن يقوم بإجراء التجارب الطبية والعلمية من طرف " مرق " الذي قد يكون شخص طبيعي يتمتع بالمؤهلات والكفاءات المطلوبة، أو يكون شخص معنوي، أو مخبر صيدلاني أو مقدم خدمات معتمد، أو أن تقوم بها مؤسسة علاج أو جمعية علمية أو هيئة بحث، كما نصت عليه المادة 384 من قانون الصحة الجزائري.

- بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على جسم الانسان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 19.

ويتعين توفير الظروف المادية والبشرية والتقنية الكافية لإجراء التجارب الطبية وتوفير مقتضيات الصرامة العلمية والأمن للشخص المعني بالدراسة طبقا لنص المادة 380 فقرة 4 من قانون الصحة، كما يجب تقديم ملف طبي وتقني يتضمن موضوع الدراسة العيادية والهدف منها ومنهجيتها والمنافع والأخطار المتوقعة، للحصول على الترخيص بإجراء هاته الدراسات من طرف الوزير المكلف بالصحة، ويقدم تصريح بشأن انجاز الدراسات العيادية طبقا للمادة 380 فقرة 4 من قانون الصحة، وأورد المشرع الجزائري جزاء على مخالفة هذا الاجراء في المادة 432 من نفس القانون، اذ رتب عقوبة الحبس من سنتين الى خمس سنوات وغرامة مالية من 5000.000 د ج الى 10.000.000 د ج.

خاتمة

ان التقدم العلمي والتكنولوجي المذهل في مجال الطب، فتح شهية الأطباء الباحثين على البحث في هذا المجال لتعلم فنون الطب أكثر واستدراك علومه، وكان موضوع بحوثهم الجسم البشري، وقد نجحت العديد من التجارب الطبية على الجسم البشري في الحد من الأمراض المستعصية ومعرفة العلاج والوقاية من الأوبئة المنتشرة في العالم، غير أن هذا التقدم الطبي والتجارب على جسم الانسان حمل معه وما زال الى يومنا هذا يحمل الكثير من الأخطاء والمخاطر قد تصل أحيان الى وضع حد لحياة الشخص الخاضع للتجربة، أو تسبب له أمراض جانبية أخرى، مما يجعلها تضر وتنتهك بكرامة الانسان التي حفظها الشرع.

ورغم أن الشريعة الإسلامية والقانون اجازا التجارب الطبية على الجسم البشري لما لها من فضل كبير في اكتشاف الأدوية وطرق علاجية مستحدثة تحد أو تخفف من الام المريض، فهي تفتح افاق العلم والمعرفة، وتطور العلوم الطبية مما يبعث الامل في نفوس المرضى، وترسي الطمأنينة في عقول الأصحاء وتخلصهم من الخوف من الأوبئة والأمراض، الا أنها وضعت لها شروط وضوابط لا يمكن لأحد تجاوزها حفاظا على كرامة الانسان وحياته.

ومن خلال ما تقدم نخلص الى النتائج التالية:

– ان تنظيم موضوع التجارب الطبية في الجزائر لا يزال في مرحلته الأولى، حيث اكتفى المشرع الجزائري من خلال قانون الصحة وترقيتها على وضع الأساس القانوني لها، والنص على القواعد الأساسية التي تنظم هذه التجارب، واسناد مهمة الرقابة عليها الى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، والنص على ثبوت المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة على الأضرار التي تمس الشخص الخاضع لها بموجب مادة واحدة، على خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم التجارب الطبية على الانسان بشكل مفصل ومتكامل، بوضع ترسانة قانونية مهمة لحماية الشخص الخاضع للتجربة، ووضع أحكام وضوابط وشروط قانونية محددة، وتحديد المسؤولية الناجمة عنها وكيفية اثبات الخطأ وحتى التأمين عن الضرر.

– ان التجارب الطبية تخضع لمجموعة من الضوابط والشروط الموضوعية لشرعيتها وقانونيتها على الانسان، فمنها شروط علمية تستوجب أن يكون هناك توازن بين المصالح المراد بلوغها والمخاطر المقترنة بهذه التجارب، وشروط تتعلق وتشمل القائمين بهذه التجارب، وما يجب أن يتوافر عليه هؤلاء من

كفاءات ومهارات عملية، وكذا يوفر الحماية اللازمة في أماكن اجراء هذه التجارب وغيرها، كما أن الحصول على الموافقة والرضا الحر والمستنير من طرف الشخص الخاضع للتجربة يعد من بين أهم وأبرز شروط التجارب الطبية على الجسم البشري، والتي نصت عليه الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية وكذا معظم التشريعات.

وعليه فان التجارب الطبية الواردة على جسم الانسان يجب احاطتها بالحماية القانونية والإنسانية والأخلاقية، بأن يكون هذا على جدول أولويات واهتمام رجال القانون والأنظمة الفقهية المعاصرة لتقليل وتجنب الأخطاء الطبية المعقدة المترتبة عنها.

وبناء عليه نخلص الى بعض الاقتراحات التالية:

– يتعين على المشرع الجزائري سن تشريع خاص ينظم موضوع التجارب الطبية على جسم الانسان، وأن يكون هذا التنظيم مفصلا وشاملا للتجارب العلاجية والعلمية وعلى جميع أصناف البشر.

– الاطلاع على القوانين التي تخص التجارب الطبية والعلمية ومراجعتها بصفة مستمرة وتطويرها حسب متطلبات العصر والتطورات الطبية.

– يتعين على علماء الدين والفقه بلورة فتوى معية ورؤية دينية في هذا الموضوع تتناسب مع التطورات الطبية المعاصرة.

الـورشــة الــرابــعــة

الضوابط القانونية لعملية نزع و زرع الأعضاء البشرية و الأنسجة البشرية بين الأحياء على ضوء القانون رقم 18-11

د. حدادة فيروز
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:

بعد الطفرة العلمية التي شهدها ميدان الطب على المستوى العالمي عرف مجال نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية تطورا ملحوظا لاسيما في السنوات الأخيرة نظرا للدور الكبير الذي أضحت تقدمه هذه العمليات في إنقاذ حياة العديد من الأفراد سواء من الموت أو حتى عن طريق تخفيف الآلام ومنه علاج العديد من المرضى، إلا أن هذه العمليات لا يمكن أن تمارس إلا في إطارها القانوني وفق ضوابط محددة سواء تعلق الأمر بنزع وزرع الأعضاء فيما بين الأحياء أو من أجساد الموتى، وعلى هذا الأساس استحدث المشرع الجزائري مجموعة من الأحكام القانونية التي تضبط هذه العمليات من جهة وتحقق مبدأ حماية حرمة جسد الانسان من جهة ثانية و بالنتيجة وضع حد للمتاجرين بالأعضاء البشرية.

الكلمات المفتاحية: عملية نزع وزرع الأعضاء، قانون الصحة، المتبرع، الخلايا البشرية، الأنسجة البشرية، المتبرع له، الأعضاء البشرية، الخلايا البشرية .

مقدمة:

نظرا للتطور الكبير الذي عرفته البحوث الطبية ظهرت عدة وسائل حديثة و فعالة في معالجة العديد من الأمراض المستعصية ولعل أبرزها عمليات نزع وزرع الأعضاء والخلايا والأنسجة البشرية سواء بين الأحياء أو من الأموات إلى الأحياء حتى وإن أدت هذه العمليات بالمساس بحق السلامة الجسدية الذي يُعد من الحقوق المقدسة قانونًا غير أنها عمليات يجيزها القانون و يرفع عنها غطاء الحظر نظرا للفوائد العديدة لصالح البشرية.

ولذلك يعتبر موضوع نزع وزراعة الأعضاء من المواضيع التي أثارت ومازالت تثير جدلا كبيرا في الأوساط الطبية والقانونية على حد سواء، ما جعل خطورة هذا الموضوع تفرض ضرورة إحاطته بالحماية القانونية الكفيلة .

وفي هذا الإطار بادر المشرع الجزائري منذ 1985 تاريخ صدور قانون الصحة وترقيتها رقم 85-05 [1] بتبني هدا النوع من العمليات، إلا أن الأحكام التي تضمنها هذا القانون لم تكن كفيلة لتوفير حصانة أكبر وأدق السبب الذي جعل هذا المجال يعرف العديد من الثغرات الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إعادة مراجعة هذه الأحكام من خلال صدور القانون رقم 18-11[2] و الذي وضع بدوره مجموعة من الضوابط والشروط القانونية المستحدثة المنظمة لهذه العمليات ، بحيث خصص القسم الأول منه من الفصل الرابع للأحكام المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بالإضافة إلى استحداثه آلية تكفل ضبط وتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية تضمن قانونية العملية و أمنها، ويتعلق الأمر بالوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

وتأتي هذه الدراسة لإلقاء الضوء على الضوابط أو الشروط القانونية التي جاء بها قانون الصحة الجديد لتنظيم عملية نزع وزرع الأعضاءالبشرية بين الأحياء وذلك من خلال محاولة إحداث التوازن بين مصلحة المتبرع الحي في المحافظة على صحته وسلامته الجسدية من أي تدخل طبي قد يعرّض حياته للخطر من جهة، ومصلحة المتلقي أو المستفيد المتبرع له في إنقاذ حياته من خطر الموت أو الآلام المزمنة من جهة ثانية بالإضافة إلى المصلحة العامة للمجتمع ككل و المتمثلة في محاربة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

وانطلاقا مما سبق يمكن طرح **الإشكالية** التالية: ما هي الضوابط أو الشروط القانونية المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بين الأحياء المستحدثة في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ومعالجة هذه الدراسة يستوجب الأمر اعتماد المنهج التحليلي و ذلك بغرض تحليل النصوص والأحكام المتعلقة بتنظيم نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء المنظمة في قانون الصحة الجديد من خلال محورين: حيث تطرقنا في **الأول** منه إلى تحليل الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بالنسبة للمتبرع أما **الثاني** فخصصناه لتحليل الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بالنسبة للمتلقي أو المتبرع له.

أولا: الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بالنسبة للمتبرع

تشكل عملية نزع و زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية فيما بين الأحياء خطورة كبيرة على السلامة الجسدية للمتبرع وعلى ضوء ذلك وضع المشرع الجزائري مجموعة من الضوابط أو الشروط القانونية على عاتق الأطباء الجراحين عليهم الالتزام بها وذلك لتجنب الوقوع تحت طائلة المساءلة

---

[1]- القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في 1985/02/17، جريدة رسمية عدد 08 .

[2]- القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المؤرخ في 2018/07/02، جريدة رسمية، العدد 46، الصادر في 2018/07/29.

الجزائية، منه لابد أن تكون عملية نزع الأعضاء موجهة لأغراض تشخيصية على سبيل التبرع بعد موافقة المتبرع حتى بوجود قرابة عائلية مع المتلقي علما أن هذه العملية تستوجب أهلية المتبرع الكاملة.

01)- ضرورة أن تكون عملية النزع والزرع موجهة لأغراض تشخيصية أو علاجية و تشكل الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المتبرع له

تعمل جميع التدخلات والأعمال الطبية بشكل عام على تحقيق المصلحة العلاجية وذلك تجسيدا لمبدأ حرمة المساس بجسم الإنسان، أمّا فيما يخص مجال نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بين الأحياء فإن هذا المبدأ ازداد أهمية خاصة وأن هذه العمليات تأخذ من الجسد البشري مجالاً خصبًا لإمكانية المساس بهذا المبدأ ، و لذلك فقد حرص المشرع الجزائري على ضرورة أن لا يجوز نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا إذا كان الهدف من ورائها أغراض علاجية أو تشخيصية وضمن شروط محددة [1].

ومنه يجب أن تكون عملية نزع العضو أو النسيج أو الخلية إلا لغرض تشخيص المرض لدى المريض الذي لا يمكن أن تتم إلاّ بعد القيام بعملية النزع بغرض التحليل لتحديد نوع المرض الذي يعاني منه المريض المعني.

وبذلك تكون عملية التبرع الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض أو المتبرع منه والحفاظ على حياته وسلامته الجسدية معا هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب ألا تشكل عملية النزع والزرع خطورة على حياة المتبرع أي عدم جواز نزع الأعضاء والأنسجة أو الخلايا من الشخص الحي لغرض الزرع إذا تعرضت حياة المتبرع لخطر الهلاك أو الموت أو تسبب له ضررا يخل بحياته العادية [2] وهذا ما أكدته المادة 1/360 من قانون الصحة بنصها: "لايجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع إذا عرّض حياة المتبرع إلى خطر ".

02)- ضرورة إعمال مبدأ مجانية التبرع في نزع وزرع الأعضاء من جسد الحي

باعتبار أن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات المالية لا سيما أن القيمة الاجتماعية والواقعية للإنسان لا يمكن أن تقدر بثمن لأن الإنسان ليس مالاً ولا يجري عليه ما يجري على الأموال من تصرفات [3] وهو ما اشترطته المادة 358 من قانون الصحة بنصها: "لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية "

---

[1]- المادة 355 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلاّ لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ".

[2]- عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوبتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص249.

[3]- حسن عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، عمان، 2001، ص 175.

أي أن تخلي الإنسان الحي على أحد أعضائه أو أنسجته أو خلاياه لابد أن يكون بصورة مجانية على سبيل التبرع و لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال محلاً للبيع أو الاتجار .

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري يعتبر أن جسم الإنسان أغلى من أن يشفى عن طريق شراء الأعضاء بالمال وبذلك ترك القيم الإنسانية تعلو على المال، ومنه من غير المقبول شرعًا وقانونًا التعامل بالمال في أعضاء الإنسان [1] و لو كان برضاه ،لأنه لو تمت هذه العمليات بمقابل ماي سنكون حتما في ما يسمى بالاتجار بالأعضاء البشرية التي تُعد من أخطر الظواهر الإجرامية التي جرمها المشرع ضمن أحكام قانون العقوبات الجزائري في المواد 303 مكرر 16 إلى المادة 303 مكرر 29 منه.

وتجدر الإشارة أيضا أن أهمية هذا الشرط تكمن في عدم جعل الأعضاء البشرية سلعة تباع وتشترى في يد سماسرة البشر الذين يستغلون حالة المريض الذي يكون بحاجة ماسة لزراعة عضو سليم في جسده ما يضطره إلى دفع أموال باهظة مقابل إنقاذ حياته، وفي المقابل من شأن هذا الأمر أن يؤدي إلى استغلال الفئات الفقيرة والمعدمة للتضحية بأحد أعضائه نظرا لحاجته الماسة للمال أن يكون ضحية استغلال سماسرة أعضاء البشر لأجل مساومته بغرض تحقيق أرباح فاحشة، وحفاظا على القيم الإنسانية وتكريسا لمبدأ المجانية فقد حرص المشرع الجزائري في هذا الصدد على عدم منح القائمين على نزع وزرع الأعضاء البشرية أي أجرة مقابل قيامهم بهذه العمليات [2].

بالإضافة إلى مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية وضع المشرع الجزائري إستراتيجية تهف من خلالها التكفل المجاني بالفحوصات الطبية التي تستلزمها عملية نزع العضو بغرض زرعه في جسد المريض، كما ضمن مجانية المتابعة الصحية كل من المتبرع والمتبرع له بعد القيام بالعملية [3].

03)- اقتران زرع ونزع الأعضاء البشرية بموافقة المتبرع

المبدأ يقتضي أن جسم الإنسان مقدس وبالتالي فإن احترام كرامته تتطلب حتما عدم المساس بجسده إلا برضاه وموافقته، بحيث تفرض القواعد العامة في المجال الطبي عدم إجراء تدخل طبي على المرضى إلاّ بعد الحصول على رضا تام منهم، و الحصول على رضا المتبرع قبل البدء بعملية الزرع الأعضاء يُعد أمرًا ضروريًا لا غنى عنه في هذا المجال

---

[1]- د. شعيب ظريف، ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة الجزائري، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد السادس، العدد الأول، سنة 2022، ص 339.

[2]- المادة 367 من قانون الصحة: " لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزع والممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية أي أجر عن العمليات ".

[3]- د. شعيب ظريف، مرجع سابق، ص 340.

نظرا لتعريض حياة المتبرع للخطر أو نظرا للمخاطر الصحية التي قد يتعرض لها المريض مستقبلا [1]، وفي هذا الصدد تشترط المادة 360 من قانون الصحة ضرورة موافقة المتبرع على كل عملية نزع عضو أو نسيج أو خلايا من جسمه ويكون ذلك أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا بعد أن يتم التأكد من الموافقة الحرة والمستنيرة المسبقة ، وأن عملية التبرع مطابقة للشروط المحددة قانونا.

ولابد أن يعبر المتبرع عن موافقته أمام لجنة خبراء عوضًا الطبيب والشاهدين كما كان عليه في القانون القديم وهذا لكي لا يكون مجالا لأي خطأ محتمل نظرا لدقة وحساسية نزرع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، بحيث تقوم هذه اللجنة بإعلام المتبرع مسبقا بالأخطار المحتملة لعملية نزع الأعضاء وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمستفيد أو المتبرع له لأنه لابد أن لا تشكل هذه العمليات أي خطورة على حياة المتبرع أو أن تسبب له ضررا قد يخل بحياته العادية [2]، ولهذا يجب أن يخضع المتبرع لجميع الفحوص العلمية اللازمة للتأكد من استمرار جسمه وعدم تعرض حياته للخطر بسبب أخذ العضو المطلوب من جسمه [3].

و تجدر الإشارة في الأخير أنه يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته في أي وقت وبدون أي إجراء وهذا ما أكدت عليه المادة 360 من قانون الصحة في فقرتها الرابعة والخامسة على اللتوالي وذلك في حالة ما إذا أعلمت لجنة الخبراء المتبرع مسبقا بالأخطار الممكن أن يتعرض لها في حالة إجراء عملية النزع للأعضاء أو الأنسجة والخلايا البشرية [4].

04)- ضرورة وجود القرابة العائلية بين المتبرع والمتلقي

اشترط المشرع وجود قرابة عائلية بين المتبرع من جهة والمتبرع له أو المستفيد من جهة ثانية وذلك طبقا لنص المادة 2/360 من قانون الصحة التي تنص أنه لابد أن يكون المتبرع 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 ابنة خالة أو ابن عم أو أبن خال أو ابن عمة أو ابن خالة أو ابن شقيق أو ابن شقيقة أو ابنة شقيق أو ابنة شقيقة أو زوج أو زوجة أو زوجة أب أو زوج أم المتلقي وهذا في حالة التطابق المناعي بين الطرفين (المتبرع والمتلقي) اللذين لهما قرابة عائلية.

---

[1]- د. أوسعيد إيمان، أحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة الجديد، مجلة القانون الدولي و التنمية، المجلد السابع، العدد الثاني، سنة 2019، : 32.

[2]- عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون مرجع سابق ، ص 49.

[3]- مصطفى عبد الحميد عياد، مدى شرعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية، بحث مقارن، مجلة كلية التربية، مجلد 1، العدد الأول، 1997، ص 25 .

[4]- تجدر الإشارة أن قانون العقوبات الجزائري وضع عقوبة في حالة عدم الحصول على الموافقة المسبقة للتبرع في المواد من303مكرر17 إلى المادة 303 مكرر 20 منه .

أما الفقرة الثانية والثالثة من المادة 360 المذكورة أعلاه فقد تضمنت الأحكام المتعلقة في حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي اللذين لهما قرابة عائلية، حيث تنص أنه يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء والمتمثل في تشكيل ثنائيين متبرع– متلقي– متطابقين ويتم التبرع التقاطع للأعضاء دون الكشف عن هوية المتبرع– المتلقي معًا.

05)– ضرورة تمتع المتبرع بالأهلية الكاملة

لا تتم عمليات نزع الأعضاء أو الخلايا أو الأنسجة البشرية إلا بوجود رضا المتبرع البالغ للسن القانوني أي أن يكون كامل الأهلية حتى يتمكن من استيعاب التدخل الجراحي الذي تعرض له، أي تتطلب هذه العملية وجود متبرع تسمح حالته الصحية والجسدية والنفسية بنزع العضو أو الخلية أو النسيج منه لزرعه في جسد المتلقي و هذا ما تضمنته المادة 361 من قانون الصحة بنصها:" يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء ..." أي لابد أن يكون المتبرع بالغا سن الرشد الذي حددته القواعد العامة وهو 19 سنة كاملة وأن يكون سليم القوى العقلية أي خال من عوارض الأهلية.

وفي المقابل يُحظر نزع عضو أي شخص قاصر سواء كان مميز أو غير مميز كما يُمنع أيضا نزع العضو من الشخص الراشد الحي الذي تعترض أهليته أحد العوارض الذي تفقده القدرة والتمييز والإدراك لجنون، وهذا حتى لا يكونوا محلا للاتجار بأعضائهم وفي حالة المخالفة يعاقب كل مخالف لهذه الأحكام بالعقوبات المنصوص عليها في المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات [1].

غير أن حظر نزع الخلايا أو النسيج أو الأعضاء من القصر يمكن أن ترد عليها بعض الاستثناءات، إذ يتم السماح بهذا النزع ولكن في نطاق الأسرة فقط بالنسبة للخلايا المتجددة وهذا في حالة وجود متبرع بالغ يحقق الهدف العلاجي ذاته [2] وهذا ما انتهجه المشرع الجزائري، حيث أجاز نزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر ولكن في نطاق أخ أو أخت طبقا للفقرة الثانية من المادة 361 من قانون الصحة بنصها : " يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت "، وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن أن يتم هذا النزع بشكل استثنائي لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته وإبنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته وذلك في حالة عدم وجود متبرع

---

[1]– المادة 431 من قانون الصحة: " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 361 من هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات ".

[2]– منظمة الصحة العالمية، زرع الأعضاء والنسج البشرية: تقرير من الأمانة جمعية الصحة العالمية 63، البند 11–21 من جدول الأعمال المؤقت، ج 24/63، 25 مارس 2010، ص 11.

حي بالغ يحقق الهدف العلاجي ذاته بعد أخذ الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي[1]، وهذا على عكس المتلقي بحيث لم يحدد القانون سنًا معينة بالنسبة لأهليته.

ومنه فالقاعدة العامة أنه يحظر نزع الأعضاء أو الخلايا أو الأنسجة البشرية من القصر إلاّ أنه يسمح لهذه الفئة بالقيام بعملية التبرع في حالة عدم وجود متبرع حي بالغ يحقق الهدف العلاجي المطلوب، وعلى الرغم من أن الحصول على إذن من أحد الأبوين أو كليهما أو ممثلهم الشرعي من أجل نزع العضو يكفي عادة، فقد يحدث تعارض مصالح إذا كان من يعطي الإذن مثلا مسؤول عن عافية المتلقي المعني في هذه الحالة لابد من اشتراط استعراض الوضع من قبل هيئة مستقلة مثل المحكمة وأي سلطة مختصة أخرى والحصول على موافقتها [2].

تجدر الإشارة أنه لا يكفي أن يكون المتبرع أهلا لعمليات النزع الأعضاء، بل لابد أن يتوفر عنصر الرضا فيه أي أن يكون متمتع بإرادة حرة ومنه أي ضغط أو إكراه مادي أو معنوي قد يتعرض له المتبرع الحي من شأنه أن يؤثر على رضائه الذي يصبح في هذه الحالة معيبا ومنه لا يمكن الاعتداد به، كون إرادته أصبحت معيبة لوجود عنصر الإكراه لا سيما في حالة نزع الأعضاء فيما بين الأقرباء التي في غالب الأحيان ما نجد المتبرع يتعرض لضغوط نفسية تؤدي به إلى قبول التبرع بأحد أعضائه أو خلاياه أو أنسجته خاصة في حالة ما إذا كان هو الشخص الوحيد الذي تثبت الفحوصات الطبية وجود توافق مع المريض المتلقي لذلك يستلزم على الفريق الطبي وقبل أي تدخل جراحي التحقق من أن رضا المتبرع صادر عن قناعة قاطعة منه.

بالإضافة إلى ذلك لابد أن يكون الشخص المتبرع الحي الذي سيتم نزع عضو منه على دراية كاملة بماهية العملية المطلوب القيام بها لذلك يجب إحاطته بالمخاطر المحتملة ومؤكدة الحدوث التي قد تصيبه جراء العملية وإحاطته بالتعقيدات التي يمكن أن تقع مستقبلا والآثار الجانبية لإجراء العملية كتأثيراتها في حياته الاجتماعية والاقتصادية حيث قد تؤثر هذه العملية في طاقته وفي أداء عمله وقدرته على الإنتاج في المستقبل [3].

أمّا إذا تعلق الأمر بشخص عديم الأهلية يمكن أن تعطى الموافقة من الأب أو الأم أو الممثل القانوني حسب الحالة، أما إذا كان قاصرا فإن الموافقة يمنحها الأب أو الأم وفي حالة غيابهما الممثل الشرعي هو من تكون له سلطة منح الموافقة.

---

[1]– المادة 3/361 من قانون الصحة.

[2]– منظمة الصحة العالمية، مرجع سابق، ص 11.

[3]– نصر الدين مروك، نقل وزراعة الأعضاء ال بشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية– الجزء الأول– الكتاب الأول–، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 13.

ثانيا: الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا بالنسبة للمتلقي

لم يهمل القانون تنظيم عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بالنسبة للمتلقي أو المستقبل للعضو المتبرع به من خلال إدراج مجموعة من الشروط بدءً بتحديد المتلقي وضبط موافقته بحضور شاهدين والعمل على الحفاظ على سلامة هذا الأخير وعدم تعريض حياته لخطر خاصة وأن زرع العضو أو النسيج أو الخلايا الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياته أو سلامته البدنية خاصة وأن هذه العملية لابد أن تتم بصورة مجانية وتتم في أماكن متخصصة ومجهزة لهذا النوع من العمليات بعد أخذ موافقته المتلقي لاستقبال العضو أو النسيج أو الخلية.

01)- تحديد المتلقي وضبط موافقته

يشترط المشرع الجزائري قبل الحصول على موافقة الملتقي الذي سيستفيد من عملية زرع الأعضاء أو الخلايا أو الأنسجة البشرية التي تم نزعها أن يكون مسجلاً مسبقًا ضمن قائمة الانتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وهذا لغلق الباب أمام أي محاولة للإتجار بالأعضاء بأي شكل من الأشكال [1].

أمّا بالنسبة لموافقة المتلقي فهو يُعد شرطًا أساسيا قبل عملية الزرع، بحيث يشترط القانون أن يقدم هذا الأخير موافقته معبرًا عنها بحضور الطبيب رئيس مصلحة التي تم قبوله فيها بالإضافة إلى حضور إثنين من الشهود وذلك بعد إخطاره وإعلامه بالنتائج المنتظرة من عملية الزرع للعضو أو الخلية أو النسيج البشري من المتبرع.

وفي حالة ما إذا تعذر على المتلقي التعبير عن موافقته، فإنه يمكن لأحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا وفق الترتيب الوارد ذكره في نص المادة 362 من قانون الصحة السالف الذكر، ويتعلق الأمر ب : الأب، أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الأخوة أو الأخوات، وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية يمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي حسب الحالة [2].

أما في حالة الأشخاص القصر فإن على الأب أو الأم منح موافقتهما و في حالة غيابهما فإن الممثل الشرعي للقاصر هو من يعطي الموافقة [3].

وتجدر الإشارة أنه وبصفة استثنائية بإمكان زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية حتى دون الحصول على الموافقة عندما تتوافر ظروف يتعذر من خلالها الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة

---

[1]- المادة 1/365 من قانون الصحة: " يجب أن تمنح الأعضاء والأنسجة التي تم نزعها فقط للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء ".

[2]- المادة 3/364 من قانون الصحة.

[3]- المادة 4/364 من قانون الصحة.

أو الممثلين الشرعيين للمتلقي الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته وعلى الطبيب رئيس المصلحة أن يثبت هذه الحالة بحضور شاهدين [1].

وفي كل الحالات لا يمكن التعبير عن الموافقة بالزرع إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص السابق ذكرهم بجميع الأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث للمتلقي.

02)- الحفاظ عل سلامة المتلقي وعدم تعريضه للخطر

تقتضي الأعمال الطبية مهما كان نوعها و باختلاف مجالاتها أن يعلم الطبيب خاصة الطبيب الجراح المريض بكافة المخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها من جهة وكذلك المنفعة التي ستعود عليه من جراء التدخلات الطبية العادية التي سيجريها عليه من جهة ثانية على عكس الأخطار أو النتائج غير المتوقعة والأخطار النادرة الحصول فلا يكون الطبيب المعالج ملزما بإطلاع المريض عليها وإعلامه بها [2].

أمّا بالنسبة لعملية زرع الأعضاء والأنسجة البشرية فيستوجب الأمر إخطار المريض بكل الأخطار والنتائج حتى لو كنت غير مؤكدة الحدوث وذلك نظرا لخطورة هذه العملية على حياته وصحته مستقبلا، كما يظل هذا الالتزام على عاتق الطبيب قائما يمتد إلى مرحلة ما بعد العلاج، بحيث يلتزم الطبيب بإخطار مريضه بأية مستجدات بخصوص علاجه أو مخاطره اللاحقة [3]، وعلى هذا الأساس وطبقا لنص المادة 364 من قانون الصحة السالف الذكر لا يمكن القيام بزرع الأعضاء او الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية، بمعنى أنه لا يكون هناك جدوى لمواجهة الحالة المرضية التي يتم التعامل معها لأنه في حالة ما إذا وجدت وسيلة أخرى أو حل بديل لعلاج المريض وإنقاذ حياته لم يعد هناك داع للجوء لعملية زرع الأعضاء، فضلا على أن الطبيب المعالج عليه التزام إعلام المتلقي بكافة الأخطار الطبية التي يمكن أن تصيبه كما سبق الإشارة إليه، خاصة وأن إجراء أية عملية زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية يتطلب إجراء العديد من الفحوصات والتحاليل الطبية للمتلقي كما للمتبرع والتأكد من خلوها من جميع الأمراض التي قد تشكل عائقا.

لذلك يستوجب إضافة إلى ذلك أن تتوافر جميع الأجهزة الخاصة لجميع الفحوصات والاختبارات لتقييم حالة المتلقين قبل عملية الزرع وحتى بعدها، كما يجب توفر الأجهزة اللازمة لتحليل الأنسجة والخلايا.

---

[1]- المادة 6/364، 7 من قانون الصحة.

[2]- رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء، دار الجامعة الجديدة، 2015، مصر،ص 134.

[3]- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، 2006، مصر، ص145.

03)- مبدأ مجانية عملية الزرع

تتفق كل التشريعات المنظمة لعملية زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية أن تتم عملية التنازل عن الأعضاء بصفة مجانية أي دون مقابل وذلك كون حق الانسان على جسده حقا غير مالي ويخرج عن دائرة المعاملات المالية، و لا يمكن أن يكون محلا للتداول والتجارة، وذلك لأن قيمة الإنسان تسمو على المال و لا يمكن أن يتم تقديرها بمقابل [1] كون أعضاء الجسم الإنساني لا يمكن أن تكون محلا لعمليات البيع أو الشراء مهما كانت القيمة المعروضة على المتلقي.

ولتجسيد مبدأ نزاهة ومجانية عملية زرع كما نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية ومنع المتاجرة بها منع قانون الصحة في المادة 361 أن يتقاضى الأطباء الذين يقومون بهذه العمليات أي أجر كمقابل لما يقومون به، في هذا الإطار وضع المشرع مجموعة من العقوبات على كل شخص يتحصل من شخص آخر على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، كما فرق بين عقوبة الحصول على عضو من جهة والحصول على الأنسجة والخلايا البشرية من جهة أخرى، وشدد العقوبة أكثر إذا ما ارتكبت هذه الأفعال على ضحايا قصر أو أشخاص مصابين بإعاقة ذهنية أو في حالة ما إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة، أو في حالة ما إذا تم ارتكاب الجريمة من طرف أكثر من شخص أو حمل السلاح أو التهديد باستعماله، أو ارتكاب الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة وعابرة للحدود.

وشدد المشرع أكثر فينزع الأنسجة والخلايا البشرية أو جمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة مهما كانت طبيعتها وتشمل العقوبة كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة وخلايا أو جميع مواد من جسم شخص معين[2].

04)- ضرورة نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في أماكن متخصصة

لا يمكن تصور إجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء والخلايا والأنسجة البشرية لأغراض علاجية أو تشخيصية إلا في المؤسسات الصحية و الاستشفائية المرخص لها بممارسة هذا النوع من العمليات، فنظرا لخطورة وحساسية هذه الممارسات استوجب الأمر تدخل المشرع بصورة فعالة لأجل ضمان سلامة الأشخاص وحفظ كرامتهم الإنسانية لغلق الباب أمام أي انحرافات طبية تتعارض مع أخلاقيا الواجب توافرها في مهنة الطب عامة وعملية النزع والزرع خاصة لاسيما ما تعلق بالاتجار وبيع الأعضاء

---

[1]- العلجة مواسي، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو، 2017/2016، ص 275.

[2]- راجع المواد من 303 مكرر 16إلى المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات .

البشرية، لذلك تسعى الدول إلى إحاطة هذه العمليات ببعض الضمانات الكفيلة بإبقائها ممارسة وفقا للقيم الإنسانية [1].

وعلى أساس ذلك أكد المشرع طبقا لنص المادة 366 من قانون الصحة أنه لا يمكن القيام بعمليتي نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

ويشترط في المؤسسات الاستشفائية حتى تتحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة ضرورة أن تتوافر على تنظيم طبي- تقني وتنسيق استشفائي، ويهدف الترخيص الذي يصدره الوزير المكلف بالصحة إضفاء الحماية القانونية اللازمة لطرفي العملية (المتبرع- المتلقي) داخل المستشفى المعني من حيث كفاءة الأطباء من جهة ومن حيث توفير الإمكانيات المادية الضرورية للمستشفى من جهة ثانية.

كما يمكن أن يستحدث في المؤسسات الاستشفائية المرخص لها نزع الأنسجة والخلايا هيكل يتم تكليفه بالحفاظ على الأنسجة والخلايا بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لنزع الأعضاء.

ولضمان مبدأ مجانية التبرع وتفادي الإتجار بالأعضاء البشرية وحتى تتم هذه العمليات تحت رقابة وإشراف الدولة فإن للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء دور كبير ومهم جدًا في تحديد المؤسسات المرخص لها بزرع الأعضاء ولضمان التطبيق الصارم لهذه الأحكام جرّم القانون كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة والخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها بعقوبة الحبس من سنتين إلى 5 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج [2].

05)- رضا المتلقي الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية

من المتعارف عليه أنه لا يقتصر تبصير الطبيب على المتبرع فقط دون المتلقي إذ تقتضي المبادئ المستقرة في قوانين ممارسة مهنة الطب عامة زرع الأعضاء خاصة أن للمريض الملتقي الحق في الموافقة على التدخل العلاجي أي يحتفظ بكامل حريته في إمكانية التدخل الجراحي أو رفضه، فلا يستطيع الجراح القيام بهذه العملية بغير رضا المريض الذي لابد أن يكون سليما من أي ضغوطات سواء في محيط عائلته أو من قبل الفريق الطبي القائم على علاجه ومنه فالطبيب ملزم بتبصير المتلقي كما المتبرع، بحيث يكون ملزم اتجاه المتلقي بإخطاره أيضا بالمخاطر الممكنة والمتوقعة كما سبق الإشارة إليه من خلال إعلامه بحالته من الناحية الطبية وطبيعة التدخل الجراحي دون الخوص

---

[1]- عبد الجليل مختاري، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2007/2006، ص 70.

[2]- المادة 433 من قانون الصحة.

في التفاصيل الفنية الدقيقة وذلك من خلال إعطائه معلومات بسيطة و واضحة قابلة للفهم والاستيعاب و التي على ضوئها يتخذ قراره عن بينة وتبصر وعلم تام بواقع الحال [1].

و اشترط المشرع من خلال المادة 364 من قانون الصحة السالف الذكر أنه لابد أن تكون عملية زرع العضو للمتلقي الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياته أو الحفاظ على سلامته الجسدية، كما اشترط صدور موافقته على ذلك بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وبحضور شاهدين إثنين، وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته فإنه بإمكان أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة الكتابية حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في الماد 362 من قانون الصحة.

و في حالة ما إذا كان المريض المتلقي عديم الأهلية فإن مسألة الموافقة يمنحها الأب أو الأم أو الممثل الشرعي حسب الحالة، غير أن في حالة الضرورة التي يتعذر فيها حضور أحد هؤلاء الأشخاص أو حتى الاتصال بهم، فإن على الفريق الطبي ترجيح مصلحة المريض على إخطار الأسرة و انتظار موافقتها خاصة إذا كان التأخير في غير مصلحة المتلقي بشترط أن يقوم الطبيب رئيس المصلحة إثبات حالة الضرورة القصوى بحضور شاهدين.

خاتمة:

لقد تطرقنا في هذه الدراسة للشروط أو الضوابط القانونية المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء على ضوء قانون الصحة الجديد باعتباره يشكل أحد المواضيع الحساسة البالغة الأهمية على المستويين الطبي والقانوني نظرا لتطور العلمي الذي شهده هذا النوع من العمليات و تنوع التدخلات الطبية الأمر الذي عجل بالمشرع الجزائري وضع عدة أحكام قانونية منظمة لهذه العمليات وذلك لمواكبة التطور الحاصل وهذا المجال بحيث ضبط عملية النزع والزرع بأحكام وشروط قانونية منها ما هو مرتبط بالمتبرع ومنها ما هو مرتبط بالمتلقي، و على ضوء ذلك توصلنا إلى مجموعة من النتائج و الاقتراحات.

من أهم النتائج التي توصلنا إليها:

– حاول المشرع من خلال القانون رقم 18–11 سد العديد من الثغرات التي كانت موجودة في القانون القديم رقم 85–05 المتعلق بالصحة وترقيتها الملغى من خلال استحداث عدة أحكام تنظم عملية النزع و الزرع للأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية.

– استحداث آلية قانونية لزرع الأعضاء ويتعلق الأمر بالوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بغية تنظيم عملية زراعة الأعضاء والإشراف على هذه العملية و توجيهها من الناحية الطبية و القانونية.

---

[1]– زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص 116.

– تحديد وضبط الأشخاص الأحياء الذين بإمكانهم التبرع من جهة والمرضى المتلقين للأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جهة ثانية.

– تحديد وتقييد شروط ممارسة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بضمانات خاصة بالمتبرع والمتلقي الأحياء لأن فتح المجال دون تقييد إرادة ورغبة المعنيين قد تترتب عنه تفشي ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية.

– أقر قانون الصحة الجديد عدة تدابير قانونية لحماية حقوق المتبرعين والمتلقين الأحياء من خلال وضع أحكام قانونية متضمنة مجموعة من الضمانات التي تجنب طرفي عملية النزع والزرع الأخطار والأضرار المحيطة بالعملية وذلك بوضع أحكام جزائية ردعية وعقابية لكل من يخالف أحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية ومنه محاربة كل أشكال المتاجرة بالأعضاء.

و باعتبار زراعة ونزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية هي عبارة عن إجراء علاجي يهدف إلى إنقاذ حياة الأشخاص أو على الأقل تحسين نوعية الحياة للمرضى فإنه لابد من:

– ضرورة تفعيل العمل التشريعي لإعطاء هذه المسألة حجمها الحقيقي من الناحية القانونية وتنظيمها بشكل كافي للإجابة عن التساؤلات التي لاتزال عالقة لدى الأفراد والوصول ولو بصفة جزئية إلى تغيير قناعاتهم بشأن هذه العمليات.

– ضرورة توفير مراكز طبية متخصصة لإجراء هذا النوع من العمليات وتزويدها بالوسائل التقنية اللازمة والأطباء المتخصصين.

– ضرورة قيام الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية بالتعاون مع مؤسسات وقطاعات عديدة خاصة في مجال التوعية والتحسيس بأهمية التبرع بين الأحياء لإنقاذ حياة آلاف المرضى.

– ضرورة توسيع من دائرة المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عملية نزع وزرع الأعضاء للتخفيف من الضغط على المؤسسات الاستشفائية من جهة وتلبية حاجات المرضى من جهة ثانية.

قائمة المصادر والمراجع :

أولا : المصادر

1- القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في 1985/02/17، جريدة رسمية عدد 08 .

2- القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المؤرخ في 2018/07/02، جريدة رسمية، العدد 46، الصادر في 2018/07/29.

ثانيا : المراجع :

1- الكتب :

1- عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوبتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون_الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

2-حسن عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، عمان، 2001.

3- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، مصر ، 2006 .

4- نصر الدين مروك، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية- الجزء الأول- الكتاب الأول-، دار هومة، الجزائر، 2005 .

5-رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2015 .

6- زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011.

7- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006 .

2- المقالات العلمية :

1-أوسعيد إيمان، أحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة الجديد، مجلة القانون الدولي و التنمية، المجلد السابع، العدد الثاني، سنة 2019.

2-شعيب ظريف، ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة الجزائري، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد السادس، العدد الأول، سنة 2022.

3-مصطفى عبد الحميد عياد، مدى شرعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية، بحث مقارن، مجلة كلية التربية، مجلد 1، العدد الأول، 1997.

3-الأطروحات و الرسائل الجامعية :

أ -الأطروحات :

1-العلجة مواسي، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو، 2017/2016.

ب- الرسائل :

1- عبد الجليل مختاري، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2007/2006.

3- مراجع أخرى :

1- منظمة الصحة العالمية، زرع الأعضاء والنسج البشرية: تقرير من الأمانة جمعية الصحة العالمية 63، البند 11-21 من جدول الأعمال المؤقت، ج 24/63، 25 مارس 2010.

عمليات نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء في القانون الجزائري
– دراسة قانونية ورؤية لسد الثغرات التشريعية –

ط.د. سعدلي ظريفة
كلية الحقوق. جامعة بجاية

د. بن ناصر نذير
كلية الحقوق. جامعة بجاية

الملخص:

مع التطور العلمي والتكنولوجي الهائل في وقتنا الحالي، أصبحنا نتسامع كل يوم باكتشافات جديدة في شتى المجالات العلمية، والطب عموما من أخصب المجالات التي ظهر فيها هذا التطور؛ ويعد فرع نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية خصوصا من الفروع الطبية السريعة التطور والابتكار، وتثير مشكلة نقل الأعضاء البشرية عموما، والاستئصال من الجثث خصوصا كثيرا من الخلافات بين رجال الدين والطب والقانون، إذ أن نقل الأعضاء البشرية له علاقة مباشرة بالاعتداء على سلامة جسم الإنسان، أو انتهاك حرمة جثة المتوفى. وما يهمنا في هذه الدراسة هو ما يتضمنه الجانب القانوني لعمليات نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الموات إلى الأحياء.

الكلمات المفتاحية: الأعضاء، الأنسجة البشرية، الأموات، الاستئصال، الجثة، الزرع، المقابل المالي، قانون الصحة الجزائري، قانون العقوبات الجزائري.

مقدمة:

تعتبر عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، من العمليات الحديثة، فهي من مستجدات العصر، وقد اكتسبت أهميتها الفعلية على أثر التقدم العلمي والتكنولوجي في مجال العلوم الطبية، وإذا كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية معجزة من معجزات الطب التي أحدثت تغييرا جذريا في مفهوم العلاج، فإنه قد يترتب عليها انهيار مبدأ معصومية الجسد في حال الاستئصال من شخص حي، وانهيار لمبدأ حرمة جثة المتوفى فيحال كان الاقتطاع من جثة المتوفى.

وإن ما يهمنا في هذه الدراسة هو ما يتضمنه الجانب القانوني لعمليات نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الموات إلى الأحياء، إذ تعد الجثة مصدرا خصبا للحصول على أعضاء، أو أنسجة أو خلايا قد يتعذر أخذها من جسم الإنسان الحي لأسباب متعددة، كالقلب أو الكبد مثلا الذي يؤدي إلى الوفاة الحتمية في حال استئصاله، فتغليبا لمصلحة الحي على حرمة الميت، بدأ التفكير الجدي في إمكانية إستغلال الجثة للاستفادة منها لمصلحة الأحياء، بشرط أن يكون ذلك ضمن الحدود المسموح بها شرعا وقانونا.

وعليه تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الممارسات التي استحدثتها الثورة العلمية، لإيجاد حل للإشكاليات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من

الأموات إلى الأحياء في القانون الجزائري، في ظل غياب قانون مستقل خاص بها، ينظم هذه العمليات ويحدد العقوبات اللازمة في حالة مخالفة شروطها وضوابطها القانونية.

من خلال ما سبق، ونظرا للأهمية التي احتلها موضوع محل البحث، وقصد إزالة اللبس عنه تتحدد معالم إشكالية الموضوع كما يلي: ما مدى فاعلية النظم القانونية الجزائرية في تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأموات إلى الأحياء؟

وقصد معالجة الموضوع المدروس والوقوف على كافة جوانبه، اعتمدنا على عدة مناهج علمية، الأول هو المنهج التحليلي: لتحليل نصوص القانونية وآراء الفقه ذات الصلة بعمليات نزع وزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، أما المنهج الثاني فهو المنهج الاستقرائي: لأن بحثنا انصب أساسا على استقراء نصوص قانون الصحة الجزائري وقانون العقوبات وكذا آراء الفقه، لاستخلاص الشروط والضوابط والقيود القانونية المنظمة لعملية نقل الأعضاء من جثث الأموات إلى الأحياء في القانون الجزائري، كما استعنا بالمنهج المقارن لمقارنة الآراء الفقهية المختلفة التي قيلت بخصوص مشروعية نقل الأعضاء البشرية من الجثة من جهة، ومن جهة أخرى مقارنة نصوص قانون الصحة بقانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، للوقوف على ما استحدثه المشرع الجزائري في الموضوع محل الدراسة، ومن ثم مقارنتها بنصوص مواد القسم الخامس مكرر 01 من قانون العقوبات المتعلق بالاتجار بالأعضاء البشرية.

في محاولة منا للإجابة عن الإشكالية المطروحة أعلاه ارتأينا تقسيم البحث على النحو الآتي:

أولا: مدى مشروعية نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأموات إلى الأحياء

ثانيا: قيود ممارسة عمليات نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأموات إلى الأحياء وجزاء مخالفة الضوابط القانونية لها

أولا: مدى مشروعية نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأموات إلى الأحياء

تثير مشكلة نقل وزرع الأعضاء[1] البشرية كثيرا من الخلافات بين رجال الطب والقانون والدين، إذ أن لهذه المشكلة جوانبها القانونية والطبية والاجتماعية[2]؛ وما يهمنا في هذا المجال هو ما يتضمنه الجانب القانوني لهذه العمليات فنقل الأعضاء البشرية له علاقة مباشرة بحماية جسم الإنسان، حيث أن استئصال

[1] يقصد بعملية نقل الأعضاء وزرعها: " نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف." ينظر في ذلك: محمد علي البار، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الجزء الأول، العدد 04، 1988، ص.94.

[2] حسني عودة زعال، التصرف المشروع بالأعضاء البشرية دراسة مقارنة؛ الطبعة الأولى، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص.32.

أي عضو من أعضاء الجسم يتضمن في حد ذاته اعتداء على سلامة الجسم لما يؤدي إلى الإخلال بوظائفه، إضافة إلى إحداث الجروح والقطع في الجسم المنقول منه للعضو البشري[1].

وكذلك الشأن بالنسبة للاستقطاع من الجثث، فالمبدأ العام يقضي بأن تكون هناك حرمة لجثة المتوفى، وأن أساس هذا الاحترام هو القيم الأخلاقية والمعنوية في المجتمع، واحتراما لقدسية ذكرى المتوفي[2]، غير أن الجثة في وقتنا الحالي تعتبر مصدرا خصبا للحصول على الأعضاء أو أجزاء أو أنسجة متعددة، قد يتعذر أخذها من جسم الإنسان الحي لأسباب كثيرة، ولهذه الدواعي فقد بدأ الحرج الذي كان قائما حول المساس بالجثة يخف تدريجيا وهو ما جعل مبدأ حرمة المساس بالجثة يتقلص شيئا فشيئا تغليبا لمصحة الحي على حرمة الميت؛ فطالما وأن مصير الجثة هو البلى والتحلل في التراب فقد يكون من الحكمة أو المصلحة إجازة جني بعض الأعضاء منها لمنفعة الإنسان الحي[3].

ومن هنا فقد بدأ التفكير الجدي في إمكانية إستغلال الجثة للاستفادة منها لمصلحة الأحياء، بشرط أن يكون ذلك ضمن الحدود المسموح بها شرعا وقانونا، وفي دراسة الحال سنتولى تسليط الضوء على أساس مشروعية عمليات نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأموات إلى الأحياء، ثم التطرق إلى شروط وضوابط هذه عمليات.

1. أساس مشروعية عمليات نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأموات إلى الأحياء

إذا كان مبدأ حرمة جسم الإنسان وكرامته، يتعارض من الناحية الظاهرية وعمليات استئصال الأعضاء ونقلها، لما يترتب على هذه الأخيرة من مساس فعلي بجسم الإنسان وجثته[4]، إلا أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تعد استثناء يرد على هذا المبدأ[5]، وتستند إلى أساس في مشروعيتها سواء من الناحية الفقهية أو من الناحية التشريعية، والذي سنتولى التفصيل فيه كالآتي:

أ. الأساس الفقهي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

ظهرت عدة اتجاهات فقهية تحاول رد أساس مشروعية التصرف بالأعضاء البشرية إلى أحد القوالب القانونية المستقرة في القوانين المدنية والجنائية بعيدا عن القواعد التي تحكم الأعمال الطبية، والتي لا تجدي نفعا في هذا المجال فلهذا اعتمد جانب من الفقه على نظرية السبب المشروع لتبرير ذلك، والبعض

---

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

[2] حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص. 132.

[3] جمعة أحمد أبو قصيصة، الأسس القانونية لمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية دراسة تحليلية مقارنة؛ الطبعة الأولى، الوطنية لنشر وتوزيع الكتب والمطبوعات، طرابلس، ليبيا، 2013، ص.213.

[4] مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص. 166.

[5] سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري– تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص13.

الآخر على نظرية الضرورة ، أما الاتجاه الثالث فإنه برر مشروعية التصرف بالأعضاء البشرية استنادا إلى نظرية المصلحة الإجتماعية؛ وسنحاول أن نوجز هذه النظريات فيما يلي:

أ1. نظرية السبب المشروع

حسب أنصار هذا الاتجاه فإن الحقوق التي تترتب على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة إلا بالنظر إلى سبب التصرف، ويقصد بالسبب هنا، الباعث الدافع إلى التعاقد، فيجب البحث عن الهدف من التصرف ودوافعه لمعرفة ما إذا كان التصرف مشروعا من عدمه[1].

فلا يجوز الحكم على تصرف ما بأنه غير مشروع، لمجرد أنه يتعلق بجسم الإنسان وإلا لأدى ذلك إلى التسليم أن عقد العلاج الطبي، والذي بمقتضاه يتدخل الطبيب بجسم المريض، عقد غير مشروع، لأن هذا التدخل يشكل مساسا بجسم الإنسان، ولكن في الواقع يعد هذا التدخل مشروعا، لأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للمريض[2].

أ2. نظرية الضرورة

حالة الضرورة حسب بعض الشراح هي الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث تعتبر الأساس القانوني الوحيد بحسب رأيهم لاقتطاع العضو من جسم المتبرع ونقله لجسم المريض متى توافرت شروطها وضوابطها[3].

وذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن مشكلة عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء تثير مسألة الموازنة بين القيم المختلفة التي توجد في الحياة وهي تدخل أساسا في إطار نظرية الضرورة في مجال العمل الطبي بصفة عامة فإن أي طبيب يقوم على الموازنة بين الخطر وفرصة الشفاء أما في مجال نقل الأعضاء البشرية فإن هذه الموازنة تتخذ طبعا مميزا؛ إذ أن عملية الموازنة أو المقارنة المذكورة هنا لا تكون متعلقة بشخص واحد، وإنما بأكثر من شخص أي أن نطاق حالة الضرورة في مثل هذا العمل يتسع عن أي عمل طبي آخر فعملية تقدير الأضرار والفوائد يكون بالنسبة للشخص المتبرع والمتلقي في آن واحد[4].

أ3. نظرية المصلحة الإجتماعية

تقوم هذه النظرية على فكرة أساسية مضمونها أن الحق في الحياة وسلامة الجسم من الحقوق التي يعترف بها القانون لكل فرد، ومن مصلحة الفرد أن يحتفظ بسلامة جسمه وأن يتحرر من الآلام البدنية

---

[1] محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد(دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية)، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص.115.

[2] افتكار ميهوب دبوان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، شركة تاس للطباعة، القاهرة، 2006، ص. 111.

[3] سايب عبد النور، مرجع سابق، ص.21.

[4] مروك نصر الدين مرجع سابق، ص.83-84.

وأن تؤدي أعضاؤه وظائفها أداء طبيعيا، وكل اعتداء يحول دون السير العادي والطبيعي لأحد وظائف الجسم هو مساس بالحق في سلامة الجسم وهو ما يحرمه القانون[1]. والحق في سلامة الجسم لدى أنصار هذه النظرية يتنازعه اعتبارين؛ الأول الجانب الفردي لهذا الحق ويتمثل في كافة المزايا التي تعود على الفرد من خلال تكامله الجسدي؛ أما الاعتبار الثاني يتمثل في حق المجتمع في سلامة أفراده بوجه عام كي يؤدوا الوظيفة الاجتماعية[2].

ب. الأساس التشريعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لم يصدر المسرع الجزائري تشريعا مستقلا ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وإنما اكتفى بتنظيم هذه العمليات في القانون 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وتحديدا في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان " انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها"؛ والذي تم إلغاؤه واستبداله بالقانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بقانون الصحة، وبالتحديد في الفصل الرابع منه[3].

- **الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في التشريع الجزائري**

يتمثل في نص المادة 355 من قانون الصحة التي تنص: " لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في ها القانون"[4].

- **الأساس القانوني لنقل الأعضاء من جثث الموتى:**

فنجد أن المشرع الجزائري أباح استئصال الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الأموات، وأساس هذه الإباحة هو نص المادة 362 من قانون الصحة الذي ينص على أنه: " لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد المعاينة 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..."[5]

2- شروط وضوابط مشروعية عمليات نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأموات إلى الأحياء.

بعد أن بيننا أساس مشروعية نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثث الأموات إلى الأحياء، وجب علينا الوقوف على الضوابط العامة لمشروعية هذه العمليات، فعلى الرغم من إجازة عدد كبير من التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري، التصرف في الأعضاء البشرية سواء كان هذا التصرف بين

---

[1] محمد سعد خليفة مرجع سابق، ص.118.

[2] افتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص.113.

[3] تم إلغاء القانون 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيته، واستبداله بالقانون رقم 18-11، المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 02 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46، الصادرة في 16 ذو القعدة 1439 الموافق 29 يوليو 2018، المعدل والمتمم.

[4] أنظر المادة 355 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، المعدل والمتمم.

[5] أنظر المادة 362 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، المعدل والمتمم.

الأحياء أو من الأموات للأحياء، إلا أن هذه الإجازة لم تكن مطلقة[1]، بل هي مقيدة من الناحيتين الشرعية والقانونية، فقد ضبطت المسألة بضرورة توافر جملة من الشروط سواء تعلقت هذه الشروط بالمتنازل عن العضو أو النسيج أو الخلية البشرية (المتبرع)، أو المتنازل له عن العضو البشري (المتلقي)، أو حتى القائم على عملية النقل والزرع (الطاقم الطبي والمؤسسات المرخص لها قانونا)؛ غير أننا وعلى مستوى هذه الدراسة سنركز أكثر على الشروط والضوابط التي اقرها المشرع الجزائري في القانون 18-11 المتعلق بالصحة المعدل والمتمم، والقانون 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

أ. التحقق من حدوث الوفاة قبل الاستئصال من الجثث.

لابد من التحقق من حدوث الوفاة قبل إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء من جثة الميت إلى المتلقي الحي، وتحديد لحظة حدوث الوفاة من المسائل البالغة الأهمية لأنها توضح الحد الفاصل بين الحياة والموت، وبين التعامل مع إنسان حي أو التعامل مع الجثة، لهذا اهتم الفقه بهذه المسألة وإن تباينت آرائهم حول معيار تحديد لحظة الوفاة، كما أن هذه المسألة أثارت خلافا بين رجال الفقه وعلماء الطب.

أ1. معيار تحديد لحظة الوفاة:

اختلف الفقه بشأن تحديد لحظة الوفاة فهناك اتجاه يعبر عن تلك اللحظة بالتوقف الكامل للدورة الدموية والتنفسية وهذا هو المعيار التقليدي، ومعيار أخر يركز على موت خلايا الدماغ وهو المعيار الحديث.

- **المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة:**

تعددت مسميات هذا المعيار فهناك من يطلق عليه معيار الموت الظاهري، وهناك من يعرفه بالموت الاكلينيكي[2]، وتتحقق الوفاة طبقا لهذا المعيار باعتبارها حادث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في آن واحد، وتحدث الوفاة نتيجة توقف القلب والرئتان عن العمل بمعنى آخر إذا توقفت الدورة الدموية والجهاز التنفسي عن العمل تتوقف معها العلميات الحيوية ويتحول جسم الإنسان الذي ينبض بالحياة إلى جثة[3].

إن الدورة الدموية تتوقف بجهازها وهو القلب، أما توقف التنفس فيحصل بتوقف الرئتان أن هذا التوقف لهذه الأجهزة تسبقه إشارات منها فقدان الوعي، وبالتالي فإنه لا يستطيع الطبيب الجراح استئصال أي عضو من الإنسان فبل توقف قلبه عن العمل توقفا تلقائيا وموت خلاياه وتوقف الجهاز التنفسي لديه[4].

---

[1] جاري بسمة والدهبي ثورية، التصرف في الأعضاء البشرية (بين الشرع والقانون) دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار كوكب للعلوم، الجزائر، 2012، ص. 79.

[2] تدريست كريمة، "تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2008، ص. 367.

[3] محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص.23.

[4] رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، (د.ط)، عالم الكتب الحديث، عمان، 2006، ص.102.

غير أن هذا المعيار يفتقد للدقة ولم يعد يتماشى والتقدم الطبي الحديث، ذلك أن توقف القلب عن العمل وتوقف الجهاز التنفسي قد لا يدل إلا على مجرد الموت الظاهري وليس الموت الحقيقي[1]؛ وقد يحدث العكس فيظل القلب والجهاز التنفسي أحياء، بينما تموت خلايا المخ وهنا يكون الموت حقيقيا لا ظاهريا، لأنه بموت خلايا المخ تتوقف وظائف المراكز العصبية العليا ويعتبر الإنسان ميتا هنا رغم أن وظائف القلب والجهاز التنفسي تؤدي دورها بطريقة صناعية بواسطة ما يسمى القلب الرئة[2].

إن الاعتماد على هذا المعيار من شأنه إعاقة العديد من الممارسات الطبية العلاجية وعلى رأسها عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، التي تستوجب لنجاحها نقل العضو وزراعته قبل تآكل أنسجته وتلفها، الأمر الذي لا يتحقق مع تبني هذا المعيار التقليدي، والذي سوف يترتب عليه في معظم الحالات فساد أعضاء جسد الإنسان وعدم إمكانية الاستفادة منها[3].

- **المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة:**

إن معيار موت الدماغ ، أو ما يطلق عليه المعيار الحديث هو الملاذ الذي وجد فيه أنصار هذه الممارسات الطبية الحديثة بوجه عام، وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بوجه خاص الحل المناسب الذي يتيح نقل الأعضاء والخلايا ومختلف مشتقات جسم الإنسان وهي في حالة صالحة للزرع في جسم المريض، أو لاستخدامها في مختلف الممارسات الطبية الحديثة.

ووفقا لهذا المعيار يكون الموت الحقيقي بموت خلايا المخ على الرغم من بقاء القلب حيا، فمتى ماتت خلايا المخ بصورة كلية ونهائية يعني استحالة عودتها مرة أخرى للحياة. كما يؤكد أنصار هذا المعيار على أنه بمجرد التوقف الكامل لوظائف المخ يتبعه بحكم الضرورة توقف باقي الأعضاء الأخرى، خاصة الرئتين والقلب وذلك خلال فترة زمنية وجيزة فتكون حالة الشخص ميئوسا منها تماما[4].

غير أن معيار الموت الدماغي لا يبدو في جوهره قادرا على تحقيق الموازنة بين مقتضيات التطور العلمي والحماية القانونية لسلامة الجسم والحياة، وإن كان يبدو ملائما ومواكبا لما يستحدث من ممارسات طبية وعلمية مختلفة[5]؛ فهذا المبدأ يضيق بشكل كبير من نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان، إذ أن جسم الإنسان سوف يتحول إلى جثة بمجرد توقف جذع المخ عن القيام بوظائفه ولو كانت باقي أعضاء الجسم تقوم بوظائفها

---

[1] بعتاش ليلى، " الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد الأول، العدد 02، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، 2012، ص. 223.

[2] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة، القاهرة، 2007، ص. 172.

[3] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص. 52.

[4] سايب نور الدين، مرجع سابق، ص.153.

[5] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص. 56.

الحيوية بشكل طبيعي، وكأن المخ يستأثر بالنصيب الأعظم من الحماية دون سائر مكونات الجسم وعناصره، وهذا غير صحيح لأن كل أعضاء جسم الإنسان تتمتع بالحماية القانوني من الناحية المدنية والجنائية[1].

فالدافع الرئيسي وراء تبني معيار الموت الدماغي إنما يكمن في الاندفاع نحو الممارسات الطبية الحديثة وخصوصا عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باعتبار أن جثث الموتى هي المصدر الوحيد للحصول على الأعضاء المنفرة والتي تتوقف عليها الحياة كالقلب والكبد، وهذا لا يبرر بأي حال إنهاء حالة حياة إنسان من أجل حياة إنسان آخر[2].

أ2. الموت بين اعتباره مسألة طبية أو قانونية:

ثار خلافا كبيرا بين الأطباء ورجال القانون بخصوص مسألة من يمتلك الحق في تحديد لحظة الوفاة، فالأطباء يعتبرون تحديد تلك اللحظة من حقوقهم لأن التحقق من الوفاة يعد جوهره عملا طبيا يقرره الأطباء وفقا للوسائل الفنية المتبعة[3]، بينما يرى رجال القانون أنها مسألة قانونية يجب أن يترك أمرها للمشرع[4].

- **الوفاة مسألة قانونية:**

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الوفاة مسألة قانونية ومن ثم يجب أن يتضمن التشريع نصا قانونيا يعرف الوفاة، فالوفاة من المسائل المتعلقة بحالة الشخص بل هي من أبرزها على الإطلاق، لذا يجب أن يستأثر القانون بتحديد مفهوم الموت وحسب أنصار هذا الاتجاه لا يجب ترك مسألة تحديد مفهوم الوفاة لقواعد آداب مهنة الطب دون أن يكون للضمير الاجتماعي الخق بأن يعبر عن رأيه فيها، إذ أن مثل هذه القواعد قد لا تلقى لدى أفراد المجتمع التقدير نفسه الذي يكنه رجال الطب نحوها وما جرى عليه العمل بين الأطباء قد لا يلقى القبول لدى رجال القانون أو الرأي العام[5]؛ وباعتبار أن مسألة الموت من المسائل التي تخص كل أفراد المجتمع، فإنه بات من الضروري بلورتها عن طريق مناقشات عامة وبرلمانية تنتهي بإصدار قانون يوضحها[6]. فحسبهم كان لزاما على المشرع القيام بوضع تعريف دقيق للموت آخذا في عين الاعتبار المفاهيم والمبادئ الأخلاقية والعقائدية التي تسود المجتمع والتي تنعكس بدورها اتجاه الرأي العام ومدى تقبله للمعيار الذي يحدد لحظة الوفاة[7].

---

[1] سايب نور الدين ، مرجع سابق، ص.154.

[2] حمدي عبد الرحمن، " الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزرع الأعضاء"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية، 1998، ص. 449.

[3] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص. 48.

[4] تدريست كريمة ، مرجع سابق، ص. 374.

[5] سميرة عياد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص. 260.

[6] مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص. 323.

[7] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص. 50.

- **الوفاة مسألة طبية:**

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول أن الوفاة هي مسألة طبية وعلمية بحتة لا علاقة للقانون بها، ومن ثم يجب أن يترك أمر تحديدها ومفهومها للأطباء على أساس أنهم الجهة الوحيدة القادرة من الناحية العملية على البت في هذه المسألة، وذلك في كل حالة على حدة دون تقييدهم بنصوص قانونية جامدة تأبى طبيعة التحقق من الموت– بوصفه عملا طبيا محضا– الخضوع لها[1].

وينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى نتيجة أساسية مفادها عدم جواز إصدار تشريع لتعريف الوفاة، وكل ما يمكن للقانون فعله في هذا الصدد هو وضع بعض الأسس والقواعد الاسترشادية دونما دخول في تفاصيل الفنية، ويتولى القانون الذي ينظم الممارسات الطبية المستحدثة بيان هذه القواعد وتلك الأسس أو قد يكتفي بتضمينها في لائحة أو قرار وزاري[2].

- **موقف المشرع الجزائري:**

لم يحدد المشرع الجزائري معيارا دقيقا يحتكم إليه لتحديد لحظة الوفاة، بالرغم من أنه نص صراحة على ضرورة تحقق الأطباء من حدوث الوفاة قبل نزع الأعضاء من جثث المتوفين، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 362 من قانون الصحة الجزائري على أنه : "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفيين 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"[3]

فنستخلص من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أحال مسألة تحديد الوفاة إلى الوزير المكلف بالصحة، الذي له صلاحية تحديد معايير الوفاة حسب المقاييس العلمية.

ب. انتفاء المقابل المالي بشأن التعامل في الأعضاء البشرية.

اختلف الفقه بشأن مسألة مجانية التصرف بالأعضاء البشرية، فهناك اتجاه فقهي يرى أن المقابل المالي لا يؤثر في مشروعية التعامل بالأعضاء البشرية[4]، في حين ينادي اتجاه فقهي آخر بضرورة أن يكون التعامل

---

[1] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص.48.

[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع نفسه، ص.48.

[3] أنظر المادة 362 من القانون رقم 18–11 المتضمن قانون الصحة الجزائري، المعدل والمتمم.

[4] يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجوز التنازل عن الأعضاء البشرية بمقابل مادي، أي عن طريق البيع، فالمشكلة القانونية الحقيقية تكمن فقط في إمكان التصرف في جسم الإنسان من عدمه، متى أجيز التصرف فليس هناك مانع من تقاضي مقابل التنازل عن عضو من الأعضاء البشرية. ينظر في ذلك: افتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص.63.

تبرعا[1]، أما إذا نظرنا إلى موقف التشريعات التي أباحت عمليات نقل الأعضاء ، نجد أن معظمها كرست مبدأ مجانية التصرف على عدم مشروعية وجود أي مقابل مادي لقاء العضو المتبرع به.

كرس المشرع الجزائري مبدأ التنازل عن الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بدون مقابل في نص المادة 358 من قانون الصحة الجزائري والذي جاء فيها: " لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية." فقد جاء هذا النص صريحا ولا لبس فيه، يبين موقف المشرع الجزائري الذي استبعد المقابل المالي بخصوص عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو الاستئصال من جثث الأموات، وعلى هذا فيجب أن يكون الدافع إلى التنازل عن أحد أعضاء الجسم بقصد تحقيق مصلحة علاجية للغير هو التضامن الإنساني والتضحية والإيثار وليس الربح أو المقابل المالي[2].

كما أقر المشرع الجزائري مبدأ مجانية نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في نص المادة 367 من قانون الصحة والتي نص فيها على منع الممارسون والقائمون بعمليات نزع وزرع الأعضاء من تقاضي أي أجر من هذه العمليات[3].

بالإضافة إلى ما سبق لم يكتف المشرع الجزائري بوضع مبادئ عامة تكرس مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء، بل فرض مجموعة من العقوبات الجنائية الصارمة بموجب القانون رقم 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري والذي استحدث بموجبه قسما كاملا هو القسم الخامس مكرر01 يتعلق بالاتجار بالأعضاء البشرية[4]، وما حرص المشرع على تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية ما هو إلا دليل على إرادته ضبط حدود تطور الممارسات الطبية بصفة عامة وعمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية بصفة خاصة، حتى لا تخرج هذه العمليات عن غايتها الأساسية التي وضعها المشرع.

ت. الشروط الطبية والإدارية لنقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية.

أثبت الطب الحديث نجاح عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، فأصبح بالإمكان إنقاذ حياة العديد من المرضى، عن طريق استئصال الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية سواء من أجساد سليمة، أو من جثث

---

[1] ذهب هذا الاتجاه الغالب في الفقه إلى بطلان عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية بطلانا مطلقا، وذلك لما يتمتع به جسم الإنسان من حرمة ومن ثم لا يصح أن يكون محلا للبيع، وأن الأعضاء البشرية ليست أموالا مقومة.ينظر في ذلك: افتكار ميهوب دبوان المخلافي مرجع سابق، ص.65.

[2] مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص.224-225.

[3] المادة 367 من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة الجزائري، تنص على أنه: "لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزع والممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية أي أجر عن العمليات."

[4] أنظر المواد 303 مكرر16 إلى المادة 303 مكرر 29 من الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، جريدة رسمية عدد 49 الصادرة في 21 صفر عام 1386 الموافق 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم.

أموات وزرعها في أجسام المرضى الذين هم في حاجة إليها، إلا أن نجاح هذه العمليات متوقف على توافر مجموعة من الشروط الطبية وأخرى إدارية، والتي سنتولى التفصيل فيها كالآتي:

ت1. الشروط الطبية لممارسة عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية

يشترط لنجاح عمليتي استئصال العضو من المتبرع أو من جثة المتوفى وزرعه في جسم المريض، توفر شروط تتعلق أساسا بالمحافظة على الحالة الصحية لكل من المتبرع إن كان الاستئصال من حي والمريض، وتوافق أنسجة المتبرع مع أنسجة المتلقي.

- **الحالة الصحية للمريض والمتبرع**

يجب على الطبيب الجراح أن يقوم بفحص المريض والمتبرع قبل البدء في عملية استئصال العضو أو النسيج أو الخلايا البشرية، فبالنسبة للمريض كما هو الحال في أي عمل جراحي فإنه يجب على الطبيب الجراح أن يقوم بفحص مريضه بدقة وعناية قبل إجراء العملية الجراحية. أما بالنسبة للمتبرع يجب التأكد من البداية أن الاستئصال لا يشكل خطرا على حياته، وهذا ما نصت عليه المادة 360 من قانون الصحة الجزائري، " لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع إذا عرض حياة المتبرع إلى الخطر"[1]. كما تشترط أغلب التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية قبل البدء في استئصال أو زرع لعضو بشري إجراء فحوصات الطبية اللازمة للمتبرع والمريض، والتأكد من خلوهما من جميع الأمراض التي تشكل عائقا لذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 361 من قانون الصحة الجزائري التي جاء فيها أنه: "... كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي..."[2]

- **توافق أنسجة المتبرع مع أنسجة المريض**

يشترط قبل مباشرة عملية نقل العضو التحقق من مدى توافق أنسجة المتبرع بالعضو والمستقبل، لأن أهم المخاطر التي ترهن نجاح عملية النقل هي ظاهرة رفض الأجسام الغريبة. فمن العبث اقتطاع عضو سليم من إنسان حي أو من جثة متوفى إذا كانت نسبة نجاح العملية ضئيلة، بسبب لفظ جسم المريض للعضو المزروع[3]؛ وهو ما يتنافى مع الغاية الأساسية التي تباح من أجل عمليات نقل وزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية؛ فمن أجل ذلك يلتزم الطبيب بإتباع واحترام الأصول العلمية الثابتة للتحقق من مدى تحقق التوافق النسيجي[4].

---

[1] أنظر المادة 360 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، المعدل والمتمم.

[2] أنظر المادة 361 من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، المعدل والمتمم.

[3] أنظر المادة 360 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، المعدل والمتمم.

[4] إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص.115.

ت2. الشروط الإدارية لممارسة عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية

اتجهت العديد من التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري إلى حصر مكان إجراء عمليات نقل وزع الأعضاء البشرية داخل مستشفيات ومراكز متخصصة خاضعة لرقابة الدولة، تمتلك ترخيصا قانونيا لإجراء هذه العمليات الدقيقة والخطيرة، بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يسمح لأي طبيب القيام بهذه العمليات إذ يجب الحصول على ترخيص قانوني بذلك.

لم يسمح المشرع الجزائري للأطباء بانتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا في المستشفيات التي يرخص لها وزير الصحة، حيث تنص المادة 366 من قانون الصحة تنص على أنه: " لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء. يجب أن تتوفر المؤسسات الإستشفائية على تنظيم طبي، تقني وتنسيق استشفائي، كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة. تحدد شروط وكيفيات الترخيص عن طريق التنظيم".

حرص المشرع الجزائري على إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، في المستشفيات العمومية دون العيادات الخاصة؛ وهذا ما يؤكد على إحاطته هذه العمليات بسياج الحماية للمستشفيات وللأطباء وللدولة، فلو أقيمت مثل هذه العمليات في مستشفى من المستشفيات العمومية وبوجود أطباء يقومون بهذه العملية دون أن يسبق هذا الترخيص من وزير الصحة سيتحمل المستشفى والأطباء المسؤولية على ذلك[1]؛ وهذا ما نص عليه المشرع المادة 433 من قانون الصحة التي جاء فيها: "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..."[2].

وقصد تنظيم وتطوير عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر أنشأ المشرع الجزائري الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12- 167 المؤرخ في 05 أفريل 2012[3]، وحسب المادة 02 و 03 منه، الوكالة هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة، يتواجد مقرها في الجزائر العاصمة[4].

---

[1] فرقاق معمر، " جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، 2016، ص. 133.

[2] أنظر المادة 433 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، المعدل والمتمم.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 05 أفريل 2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 22، صادرة بتاريخ 15 أفريل 2012.

[4] أنظر المادة 02 و 03 من المرسوم التنفيذي رقم 12- 167 ، المرجع نفسه.

ثانيا: قيود ممارسة عمليات نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأموات إلى الأحياء وجزاء مخالفة الضوابط القانونية لها

للتصرف في جثث الأموات آلية خاصة فبعد أن يتم التأكد من توافر الشروط والضوابط القانونية اللازمة للإجراء عمليات النقل التي سبق لنا التفصيل فيها، يتم الانتقال للبحث في مدى توافر القيود القانونية لمباشرة هذه العمليات والمتعلقة بصدور الإذن بالاستئصال من الجثة؛ وقد سن المشرع الجزائري نصوص عقابية في كل من قانون الصحة وقانون العقوبات الجزائري لكل من يخالف هذه الشروط والقيود القانونية؛ والتي سنبينها فيما يلي:

1- قيود عمليات نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأموات إلى الأحياء.

قد يصدر الإذن بالاستئصال من صاحب الجثة نفسه قبل الوفاة، باعتباره صاحب الحق الأول في التصرف بجسده، سواء كان ذلك حال الحياة أو بعد الوفاة، فقد يصرح الإنسان برغبته في بذل جثته بعد الوفاة لمنفعة الغير، وهنا نجد أنفسنا أمام البحث عن صور التعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته، فهل يجب الالتزام بشكلية معينة لإثبات هذه الموافقة؟

وقد يحدث أن يحجم الإنسان عن أية رغبة في كيفية التصرف بجثته، والسؤال الذي يثور هنا من الذي يملك الحق بالتصرف في الجثة فيما لو لم يوصي المتوفى بذلك؟ فهل ينتقل هذا الحق للأقارب بدرجات معينة يحددها القانون المنظم لعمليات النقل من الجثث، أم أنه يمتنع على هؤلاء ممارسة هذا الحق احتراما لرغبة متوفاهم الذي لم يفصح عن رغبة معينة بكيفية التصرف في جثته؟

كل هذه الإشكالات العملية تستوجب التعرض بالدراسة لإثبات الموافقة الصريحة بشأن الاقتطاع من الجثة، وانتقال حق التصرف في الجثة إلى الغير وذلك وفقا لقانون الصحة الجزائري.

أ. إثبات الموافقة الصريحة بشأن الاقتطاع من الجثة.

يكتسي جسم الإنسان حرمة خاصة سواء أثناء حياته أو بعد مماته، إذا كانت الموافقة الصريحة وحرة ومستنيرة ضرورية لشرعية المساس بجسم المتبرع وهو على قيد الحياة حسب المادة 360 من قانون الصحة الجزائري، فإنها أيضا كذلك لاستئصال الأعضاء من جثته بعد مماته، فلا يستطيع الطبيب الجراح استئصال أي عضو أو نسيج من جثة المتوفى إلا بعد معرفة موقف المتوفى من الاستئصال. فللشخص المتوفى أن يسمح بالتصرف في جثته بالتبرع بأعضائه بعد الموت، فيوصي بذلك أثناء حياته، وله أن يرفض ذلك.

أ1- إيصاء الشخص باستئصال أعضائه بعد وفاته.

الأصل أن للإنسان الحق في التصرف بجسمه حال الحياة أو بعد الوفاة بالطريقة التي يراها مناسبة بشرط عدم خروج تصرفه هذا عما تقتضيه قواعد النظام العام والآداب المرعية في المجتمع، فمن حق الإنسان أن

يوصي بهبة كل أو بعض أعضاء جثته لمنفعة الغير، وينتج هذا التصرف آثاره كاملة لأن إرادة الإنسان قد اتجهت إلى إحداث هذه الآثار[1].

- **شروط صحة الوصية باستئصال الأعضاء والأنسجة من الجثث**

ولصحة الوصية المتعلقة بالسماح باستئصال الأعضاء والأنسجة من الجثث، يجب أن تتوافر فيها عدة شروط، منها ما يتعلق بالموصي، ومنها ما يرجع إلى الباعث منها...إلخ.

صدور الوصية بناء على رضا حر وصريح: فيجب أن تكون موافقة الموصي صريحة قبل وفاته، وأن تكون واضحة لا لبس فيها، كما يجب أن تصدر الوصية عن إرادة حرة وخالية من العيوب التي تشوبها[2]. أما إذا عيبت هذه الإرادة بإكراه أو ضغط وقعا على الموصي فليس هنالك من أثر يترتب عليها[3].

كما يشترط أن تصدر الوصية عن شخص سليم العقل، حيث أجمع الفقهاء على اشتراط أن يكون الموصي عاقلا مميزا، فإذا انعدم العقل والتمييز فلا وصية[4]. وهذا ما أقرته المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ..."[5]. ولا تصح وصية المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة.

كمال الأهلية: ويجب أن تصدر الوصية من الموصي وهو في كامل الأهلية، أي أن يكون بالغا سن الرشد التي يحددها القانون، أما إذا كان المانح قاصرا أو ناقص الأهلية فإن الموافقة على الاستئصال من جثته تؤخذ من ممثله القانوني[6].

انتفاء المقابل المادي: الشروط أن تكون الوصية بدون مقابل، أي عدم استفادة الموصي المتبرع من أي مقابل مادي أو أي امتيازات، وباعتبار أن الوصية تصرف يضاف إلى ما بعد الموت، فللموصي الحق أن يرجع عن وصيته في أي وقت، فتعد الوصية كأن لم تكن[7].

- **شكلية الإيصاء باستئصال الأعضاء والأنسجة من الجثث.**

اتجهت بعض التشريعات المنظمة لعمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى إلى التخفيف فلم تشترط شكلية معينة يجب أن يصدر بها الإذن بالاستئصال من الجثة، فطبقا لهذه التشريعات يمكن التعبير عن الرضاء

---

[1] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص.206.

[2] إسمي قاوة فضيلة، مرجع سابق، ص. 149.

[3] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص. 206.

[4] عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، (د.ط)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 48.

[5] أنظر المادة 186 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 24 الصادرة في 12 رمضان 1404 الموافق 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم.

[6] جمعة أحمد أبو قصيصة، مرجع سابق، 257.

[7] إسمي قاوة فضيلة، مرجع سابق، ص.150.

بالاستئصال شفاهة أو كتابة أو بالإشارة الدالة، أو باتخاذ موقف يدل على موافقة صاحبه على استئصال أعضاء من جثته بعد الوفاة[1].

من خلال استقراء نصوص المواد المنظمة لعمليات الاستقطاع من الجثث في القانون الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط أية شكلية أو رسمية للتعبير عن موافقة الشخص قبل وفاته[2]، في حين أنه اشترط الرسمية للتعبير عن رفض الشخص الاقتطاع من الجثة.[3]

أ2- التصريح برفض الاستئصال من الجثة

نص المشرع الجزائري في المادة 362 من قانون الصحة الجزائري على أنه: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفيين 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.

يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة، لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء. وتحدد كيفيات التسجيل في سجل الرفض عن طريق التنظيم.

يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى، وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع.

ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفى البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها"[4].

يتضح من خلال هذا النص أن القانون الجزائري أجاز للشخص الاعتراض على المساس بجثته بعد وفاته بأي وسيلة كانت، ولم يشترط أن يكون هذا الاعتراض في الشكل الكتابي كما كان سابقا في قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، الذي جاء في نص المادة 165 منه: " يمنع القيام بانتزاع الأنسجة أو الأعضاء بهدف الزرع، إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على ذلك، أو إذا كان الانتزاع يعوق التشريح الطبي".

فضمانا لاحترام إرادة الشخص المتوفى الذي لا يريد المساس بجثته بعد وفاته، بين له السبيل الذي يمكنه من تحقيق ذلك، إذ جعل الرفض مطلقا فلم يشترط شكلية معينة يجب أن يصدر بها هذا الرفض من الاستئصال

---

[1] جمعة أحمد أبو قصيصة، مرجع سابق، ص. 260.

[2] فنجد نص المادة 164 من قانون الصحة وترقيتها الملغى نص فيها على أنه: " لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زراعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة... وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبول ذلك ..."

[3] تم إلغاء القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 08، لسنة 1985؛ وتم استبداله بالقانون 18- 11 المتضمن قانون الصحة، المعدل والمتمم.

[4] المادة 362 من القانون رقم 18- 11 المتضمن قانون الصحة الجزائري، المعدل والمتمم.

من الجثة، فطبقا لهذا النص يمكن التعبير عن الرفض شفاهة، أو كتابة، أو بالإشارة الدالة على ذلك وهذا من خلال استخدام المشرع عبارة صريحة تفيد ذلك (يمكن التعبير عن الرفض بكل وسيلة)، بالإضافة إلى ذلك فقد استحدث المشرع الجزائري سجل خاص يطلق علية سجل الرفض، المتواجد على مستوى الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، واستوجب على الفريق الطبي المكلف بالنزع الاطلاع على هذا السجل قصد البحث عن موقف المتوفى من الاقتطاع من جثته.

وفي حال غياب التسجيل في سجل الرفض، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى عن موقفه بخصوص الاقتطاع من جثته، مع اشتراط مراعاة الترتيب الوارد في الفقرة الثالثة من المادة 362 من قانون الصحة الذي جاء كالآتي: "يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى، وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع".

ب. انتقال حق التصرف في الجثة إلى الغير.

لا إشكالات تثور فيما لو أبدى المتوفى قبل وفاته رغبته معينة بكيفية التصرف في جثته، فإذا صدرت هذه الرغبة بقبول أو رفض المساس بجثته، وجب احترامها وتنفيذها، ولكن قد يحدث أن يموت الشخص دون ترك ورائه وصية يحدد فيها رغبته بكيفية التصرف في جثته، فلمن ينتقل الحق بالتصرف في الجثة في هذه الحالة؟

ب1. انتقال حق التصرف في الجثة إلى الأسرة:

إن لم يعلن المتوفى عن موقفه من عملية الاستئصال من جثته قبل وفاته، تصبح موافقة الأسرة شرطا لازما لمباشرة هذه العملية ولا يجوز للأطباء في هذه الحالة الاحتجاج بالحالة النفسية لأقارب وأسرة المتوفى لمباشرة استئصال الأعضاء من جثة بدون موافقتهم. فاشترطت بعض التشريعات الموافقة الصريحة للأسرة من أجل السماح بالاستئصال من الجثة، في حين اكتفت تشريعات أخرى بالموافقة الضمنية للأسرة[1].

- **الموافقة الصريحة لأقارب المتوفى:**

اشترط المشرع الجزائري على غرار البعض من التشريعات المقارنة التي أجازت نقل الأعضاء من الجثث الموافقة الصريحة لأقارب المتوفى عند التصرف في الجثة، إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة 362 من قانون الصحة الجزائري على ما يلي: " يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى، وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع."

[1] إسمي قاوة فضيلة، مرجع سابق، ص. 160.

يتضح من خلا هذه الفقرة أنه إذا لم يقرر المتوفى أثناء حياته السماح باقتطاع أعضاء أو أنسجة من جثته بعد الوفاة، ولم يعبر عن رفضه بأي وسيلة كانت فإن الفريق الطبي الجراح لا يستطيع إجراء الاستئصال إلا بعد الحصول على موافقة أسرته، أي أن سلطة التصرف في جثة المتوفى تنتقل إلى أسرته بعد وفاته؛ وقد أعطى المشرع الجزائري الأولوية في إجراء الموافقة لعلاقة الأبوة فقدمها على رابطة الزوجية، وهذه مقدمة على رابطة البنوة والأخوة.

ولم يقيد هذا النص موافقة الأسرة بالكتابة، بل أطلق شكل الموافقة ومن ثم يجوز لعضو الأسرة الذي تكون له الأولوية في تقديم الموافقة أن يعبر عنها كتابتا أو شفاهة، أو بما يؤدي معنى الموافقة كالتوقيع على والوثيقة المعدة مسبقا من المؤسسة الصحية المختصة.

ولا شك أن اشتراط المشرع الجزائري الحصول على موافقة الأقارب بشأن الاستئصال من جثة المتوفى ما هو إلا تعبير عن حماية حقوقهم المعنوية على جثة قريبهم، يلك الحقوق التي تجد أساسها ضمن روابط الدم والعاطفة التي تربط أفراد الأسرة[1].

- **الموافقة الضمنية للأقارب:**

ينبني هذا الاتجاه على افتراض الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثة، ما لم يصدر اعتراض من المتوفى أثناء حياته أو من الأقارب بعد وفاته، وذلك لتفادي العراقيل العملية التي قد يواجهها الأطباء للحصول على الموافقة الصريحة للأقارب[2]. ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن مصلحة العلاجية للمرضى الذين هم بحاجة للأعضاء البشرية، والتقدم في الطب يقتضي تفضيل مصلحة الأحياء المحتاجين لهذه الأعضاء على مصلحة الشخص المتوفى وأقاربه[3].

كما أن هذه الطريقة تحقق توازن بين المصلحة العامة المتمثلة في إنقاذ حياة المرضى من جهة ومصلحة الأقارب في الاعتراض على عمليات الاقتطاع من جهة أخرى، فالطبيب يستطيع الحصول على الأعضاء من جثة الشخص المتوفى دون انتظار موافقة الأقارب، وهو ما يتفق مع السرعة التي تستلزمها تقنية نقل الأعضاء وفي الوقت ذاته تراعي مصلحة الأقارب بالسماح لهم بالاعتراض[4].

وبناء على ما تقدم فإن اعتماد فكرة الموافقة المفترضة تعني حرية الاقتطاع ما لم يصدر اعتراض من أقارب المتوفى، والأصل وفق هذا الاتجاه هو موافقة الأقارب على الاستفادة من الجثة والاستثناء هو الاعتراض[5].

---

[1] مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص. 428-429.

[2] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية الجراحية (دراسة مقارنة)؛ (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، 654.

[3] سايب عبد النور، مرجع سابق، ص.190.

[4] مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 655.

[5] مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص. 434.

ب2. الاستئصال من الجثث دون موافقة أحد

أجازت بعض التشريعات الاستئصال من الجثث دون موافقة المتوفى أثناء حياته، أو موافقة أقاربه بعد الوفاة، وذلك استنادا إلى فكرة تأميم الجثث، في حين استندت تشريعات أخرى إلى حالة الاستعجال لتبرير هذا الاستئصال، وسنوجز موقف الاتجاه في ما يلي:

- **تأميم الجثث:**

يرى أنصار هذا الاتجاه ضرورة تغليب حقوق المجتمع على الحقوق المعنوية للأسرة بشأن صيانة الجثة، فحسب رأيهم أن الجثة ليست ملكا للشخص أو أسرته، بل هي ملك للدولة ويمكنها تبعا لذلك التصرف فيها كما تشاء فيما يحقق المصلحة العامة.[1]

فالأساس الذي يقوم عليه هذا الاتجاه هو ضرورة مسايرة القانون للتقدم الطبي، فالموافقة كانت ضرورية في وضع طبي لا تستخدم فيه الجثة إلا للتشريح لمعرفة أسباب الوفاة، من ثم فلا استعجال ويمكن الحصول على موافقة الأقارب بتأني، أما وقد نجحت عمليات زرع الأعضاء ونجاحها يستلزم سرعة القيام بالاقتطاع من الجثة بعد الوفاة مباشرة، فإنه لابد من الاستغناء على موافقة الأقارب أي يجب ترجيح المصلحة اللإنسانية العامة والمؤكدة على مصلحة الأسرة[2].

- **الاستئصال من الجثث في حالة الاستعجال:**

أجازت بعض التشريعات الاستئصال من الجثث دون موافقة أحد عندما يتعلق الأمر بحالة الاستعجال التي لا تقبل التأخير كأن يتعذر الاتصال بالأقارب في الوقت المناسب أو أن يخشى فساد العضو المراد نقله، أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمتلقي التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته[3].

ونجد أن المشرع الجزائري سابقا قد استند إلى فكرة الاستعجال لتبرير الاقتطاع من الجثث دون موافقة الأقارب في قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، وذلك في نص المادة 164 منه حيث جاء فيها ما يلي: " غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع.

إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون."

فيستخلص من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد ساير الاتجاه القائل باقتطاع الأعضاء من الجثث دون موافقة أحد، ولكن لم يكرسه كقاعدة عامة بل اعتبره استثناء يخص فقط عملية استئصال القرنية والكلى،

---

[1] مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 659. ومروك نصر الدين ، مرجع سابق، ص.440.

[2] سايب نور الدين، مرجع سابق، ص.193.

[3] مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص.660-661.

والذي يجب أن يتم بترخيص اللجنة الوطنية المختصة؛ وهذا يعني أن المشرع الجزائري رفض مسايرة الاتجاه الذي يأخذ بمبدأ تأميم الجثث.

غير أنه بعد إلغاء قانون حماية الصحة وترقيتها، وصدور القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة الجزائري لم نجد أي أثر لهذا المبدأ في نصوص مواده، فقد أخذ المشرع بالاتجاه القائل بضرورة أخذ الموافقة الصريحة من أقارب المتوفى بحسب الترتيب بالأولية المنصوص عليه في المادة 362 من قانون الصحة؛ بل وأكثر من ذلك فنجد في الفقرة الأخيرة من ذات المادة قد أوجب المشرع على الفريق الطبي القائم بعمليات الاستئصال إعلام أفراد الأسرة البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها، فما يفهم من هذا أن صلاحيات الطبيب الجراح مقيدة ولا يمكنه استئصال أي عضو أو نسيج من الجثة إلا بالموافقة الصريحة من أقارب المتوفى كما سبق وبيننا ذلك[1].

2- جزاء مخالفة الضوابط القانونية المتعلقة بعمليات نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الأموات إلى الأحياء

بالرجوع إلى نص المواد 430 و431 من قانون الصحة، نجد أن المشرع الجزائري قد أحالنا في ما يتعلق بالجزاء المترتب عن مخالفة أحكام قانون الصحة، والمتعلقة بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، إلى القسم الخامس مكرر 01 من قانون العقوبات المتعلق بالاتجار بالأعضاء البشرية[2]، وقبل الخوض في الجزاء المترتب عن مخالفة أحكام قانون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من جثة الأموات وزرعها في الأحياء، لابد من تبيين الأفعال التي تستلزم المتابعة الجنائية، والتي نص عليها المشرع الجزائري في قانون العقوبات وقانون الصحة الجزائري ومن ثم ذكر العقوبات المقررة لها.

أ. تجريم أفعال نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون العقوبات وقانون الصحة الجزائري

أ1. تجريم أفعال الاتجار بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون العقوبات

لا تخرج أفعال الاتجار بالأعضاء البشرية التي جرمها المشرع الجزائري في القسم الخامس مكرر 01 عن إحدى ثلاث جرائم، والتي سنوضحها على النحو التالي:

- **جريمة الحصول على العضو أو نسيج أو جمع مواد من الجسم البشري بمقابل أو منفعة**

---

[1] أنظر المادة 362 من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة الجزائري، المعدل والمتمم.

[2] المادة 430 من قانون رقم18-11 المتضمن قانون الصحة تنص على أنه: " يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلق بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، طبقا لأحكام المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات." وتنص المادة 431 من ذات القانون على أنه: "يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 361 من هذا القانون، المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، طبقا لأحكام المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات."

نصت المادة 303 مكرر16 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " يعاقب... كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وتطبق نفس العقوبة على كل شخص يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص"[1].

جاء في نص المادة 303 مكرر18 من قانون العقوبات الجزائري أنه: " يعاقب ... كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي معين أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع وتسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص"[2].

من خلال هاذين النصين يتضح جليا أن المشرع الجزائري نص صراحة على عدم جواز المتاجرة بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، سواء أكانت للبيع أو الشراء أو عن طريق أعمال الوساطة؛ وجاء النصين عام ومطلق من ناحيتين، فالأولى أنه شمل جميع الجسم بالحماية وذلك بحظر المشرع الجزائري التعامل المالي بجسم الإنسان سواء تعلق الأمر بأعضائه أو أنسجته أو خلاياه؛ ومن ناحية ثانية لم يحدد المشرع صفة معينة للجاني الذي يقوم بفعل الحصول على العضو أو النسيج أو الخلايا البشرية، بمقابل مادي أو أية منفعة مهما كانت طبيعتها؛ فيفهم من عبارة (كل شخص) الواردة في نص المادة أنه قد يكون الشخص طبيعي أو معنوي، كما قد يكون وسيطا يقوم بالوساطة بين أطراف عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية حسب الفقرة الثانية من المادتين السابقة الذكر.

- **جريمة الاتجار بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم دون الحصول على موافقة**

نصت المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات الجزائري على أنه يعاقب ... كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول. وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول"[3].

وورد في المادة 303 مكرر 19 ما يلي: " يعاقب ... كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو بجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول. تطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول"[4].

من خلال النصين السابقين الذكر يتضح أن المشرع الجزائري، جرم كذلك كل أفعال انتزاع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية سواء من الأحياء أو من جثث الأموات دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، كما سبق لنا بيانه في هذه الدراسة[5].

---

[1] أنظر المادة 303 مكرر16 من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[2] أنظر المادة 303 مكرر 18 من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[3] أنظر المادة 303 مكرر17 من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[4] أنظر المادة 303 مكرر 19 من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[5] أنظر الصفحة رقم 18.

- **جريمة عدم التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية**

تنص المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات الجزائري على الآتي: " كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ولو كان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات..."[1].

ما يمكن استنتاجه من استقراء هذا النص، أن المشرع الجزائري لم يحدد صفة معينة في الشخص الذي يمتنع عن التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، فقد استخدم عبارة (كل من علم)، التي يفهم منها أن كل شخص قد تناهى إلى علمه ارتكاب جريمة من جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية التي سبق لنا بيانها، ولو كان ملزما بالسر المهني ولم يبلغ عن الجريمة، يعتبر مسؤولا جزائيا ويخضع للعقوبات المذكورة في هذا النص ما دام أن المشرع قد ألزمه بالتبليغ الفوري.

أ2. تجريم أفعال نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة الجزائري

- **جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية**

إن المشرع الجزائري لم ينص في قانون العقوبات على حظر الدعاية والإعلان والإشهار لصالح التبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لحساب شخص أو مؤسسة معينة، لكن سرعان ما تدارك هذا الأمر من خلال نص المادة 432 من قانون الصحة الجزائري حيث نص فيها: "يعاقب كل من يقوم بالإشهار للتبرع بالأعضاء البشرية أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة..."[2].

نلاحظ من هذا النص أن المشرع الجزائري صار صارما في معالجة ظاهرة الاتجار بالأعضاء و الأنسجة والخلايا البشرية، وغلق كل الأبواب المؤدية إليها، بما في ذلك الإشهار والترويج لعمليات التبرع.

- **جريمة ممارسة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في المؤسسات غير المرخصة لها قانونا.**

تنص المادة 433 من قانون الصحة الجزائري على أنه: " 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..."[3].

مرة أخرى يتدارك المشرع الجزائري النقص الذي كان سائدا في قانون العقوبات، والذي يتمثل في عدم تجريمه كل أعمال النزع والزرع سواء من الأحياء أو من جثث الأموات التي تتم خارج المؤسسات المرخصة لها قانونا، فيأتي نص المادة 433 من قانون الصحة ليغطي هذا النقص ويعتبر مخالفة شرط ممارسة نقل الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في المؤسسات القانونية المرخص لها جنحة معاقب عليها قانونا.

ب. العقوبات المقررة لجرائم نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية

---

[1] أنظر المادة 303 مكرر 25، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[2] أنظر المادة 432 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، المعدل والمتمم.

[3] أنظر المادة 433 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، المعدل والمتمم.

تنص المادة 430 من قانون الصحة تنص على أنه: " يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلق بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، طبقا لأحكام المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات." وبالرجوع إلى القسم الخامس مكرر 01 من قانون العقوبات، نجد أن المشرع الجزائري قد فرض عقوبات صارمة لمجابهة ظاهرة الاتجار بالأعضاء أو الاتجار بالأنسجة أو الخلايا البشرية بمقابل أو منفعة، أو دون الحصول موافقة ، أو جريمة عدم التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، ليأتي قانون الصحة في المادتين 432 و433 ليكمل النقص الذي شاب هذا القسم وذلك بالعقاب على جريمتي الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، وجريمة إجراء عمليتي نزع وزرع الأعضاء خارج المؤسسات المرخص لها بذلك قانونا؛ ونبين هذه العقوبات على النحو الآتي:

عقوبة جنحة الحصول على العضو أو نسيج أو جمع مواد من الجسم البشري بمقابل أو منفعة: هي الحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300.000دج إلى 1.000.000 دج[1]، لكل من ينتزع عضو من الأعضاء سواء من شخص حي أو من جثة، مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها؛ أما بالنسبة لنزع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص بمقابل فالعقوبة تتمثل في: الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج[2].

عقوبة جنحة الحصول على العضو أو نسيج أو جمع مواد من الجسم البشري دون الحصول على موافقة هي: الحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج[3]. لكل من ينتزع عضو من الأعضاء من شخص حي أو من جثة، دون موافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول؛ أما بالنسبة لنزع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص دون الحصول على الموافقة، فالعقوبة تتمثل في: الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج[4].

عقوبة جنحة عدم التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية: هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000دج[5].

عقوبة جنحة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية: هي، الحبس من ستة أشهر إلى سنة، وغرامة من 200.000 دج إلى 400.000 دج[6].

---

[1] أنظر المادة 303 مكرر16، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[2] أنظر المادة 303 مكرر 18، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[3] أنظر المادة 303 مكرر 17، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[4] أنظر المادة 303 مكرر 19، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[5] أنظر المادة 303 مكرر 25، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[6] أنظر المادة 432 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، المعدل والمتمم.

عقوبة جنحة ممارسة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في المؤسسات غير المرخصة لها قانونا: هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج[1].

وفي الأخير نخلص إلى القول نظرا لبشاعة هذه الجرائم وخطورتها على الفرد والمجتمع، فإن المشرع الجزائري لا يمنح ظروف التخفيف للأشخاص المرتكبين لهذه الجرائم[2]، إلا أنه بالمقابل يعفى من العقوبات المقرر كل من يبلغ السلطات المختصة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع بها[3]

الخاتمة

قد بلغ البحث غايته وأشرف على نهايته، فقد تطرقنا إلى أهم النقاط في عمليات نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء في القانون الجزائري، ومن خلال كل ما تقدم أمكننا من الخروج ببعض النتائج المتعلقة بموضوع الدراسة؛ كما تبين لنا حسب وجهة نظرنا وجود بعض مواطن النقص التي تستوجب سدها وتصويبها، وهذه النقاط نجملها في النتائج والتوصيات الآتي بيانها.

النتائج:

1. نظم المشرع الجزائري عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من خلال قانون الصحة، في القسم الأول من الفصل الرابع، تحت عنوان " أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية".
2. سن المشرع الجزائري نصوص عقابية بشأن الاتجار بالأعضاء البشرية، في القسم الخامس مكرر 01 من قانون العقوبات.
3. استحداث المشرع الجزائري جريمتين متعلقتين بعمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة، والتي لم يسبق له النص عليها في قانون العقوبات، والتي تتمثل في جريمة القيام بالإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، وجريمة ممارسات هذه العمليات في مؤسسات غير مرخص لها قانونا.
4. ترتكز عمليات زرع الأعضاء البشرية على مبدأ مجانية التبرع، وهو ما أقره المشرع الجزائري في النصوص المنظمة لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة وقانون العقوبات الجزائري.
5. نظم المشرع الجزائري عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الموتى ووضع شروطا وقيودا قانونية لتنفيذها، ويتعرض كل من يخالفها للمسائلة الجنائية.
6. يجب التحقق من الوفاة، بعد حصول الطبيب على الموافقة المسبقة من الشخص أثناء حياته، وفي حالة عدم معرفة موقف المتوفى ينتقل حق التصرف بالجثة إلى أسرته وفق الشروط المنصوص عليها قانونا.

---

[1] أنظر المادة 433 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة، المعدل والمتمم.

[2] أنظر المادة 303 مكرر 21 من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[3] أنظر المادة 303 مكرر 24 من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

التوصيات:

انطلاقا من ورقتنا البحثية هذه تراءى لنا وجود بعض الثغرات القانونية ومواضع النقص والخلل الذي لابد من تداركه وبناء على ذلك فإننا نوصي بما يلي:

1. يجب على المشرع الجزائري إصدار قانون خاص بنقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، مستقل عن بقية القوانين الأخرى، ووضع فيه جزاءات قانونية في حالة مخالفة هذا القانون، مع استدراك النقائص التي تشوب هذا النصوص الحالية المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.
2. ضرورة تحديد المعايير العلمية التي يتم بها إثبات حالة الوفاة في نصوص قانون الصحة في القسم الأول من الفصل الرابع من قانون الصحة بدلا من تركها لسلطة الوزير المكلف بالصحة العمومية.
3. ضرورة نص المشرع الجزائري على أن يتم التعبير عن الموافقة بالتبرع بالأعضاء البشرية بشكل رسمي، لتفادي اعتراض أهل المتوفى في حال تعبير الشخص شفاهة عن رغبته في التصرف بجثته بعد وفاته.
4. كان على المشرع الجزائري النص في قانون الصحة على استحداث بطاقات التبرع، يحملها الشخص الراغب بالتبرع بأعضائه بعد وفاته أو الرافض لذلك، بدلا من استحداث سجل الرفض والتسجيل فيه.
5. لم ينص المشرع الجزائري في قانون الصحة على استبعاد التبرع بالأعضاء التناسلية، وذلك لما تحمله من صفات وراثية تؤدي إلى اختلاط الأنساب، ولأنها تخالف النظام العام والآداب العامة.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة، القاهرة، 2007.
- افتكار ميهوب دبوان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، شركة تاس للطباعة، القاهرة، 2006.
- جاري بسمة والدهبي ثورية، التصرف في الأعضاء البشرية (بين الشرع والقانون) دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار كوكب للعلوم، الجزائر، 2012.
- جمعة أحمد أبو قصيصة، الأسس القانونية لمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية دراسة تحليلية مقارنة؛ الطبعة الأولى، الوطنية لنشر وتوزيع الكتب والمطبوعات، طرابلس، ليبيا، 2013.
- حسني عودة زعال، التصرف المشروع بالأعضاء البشرية دراسة مقارنة؛ الطبعة الأولى، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
- رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، (د.ط)، عالم الكتب الحديث، عمان، 2006.

- سميرة عياد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، (د.ط)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية الجراحية (دراسة مقارنة)؛ (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد(دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية)، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- محمد علي البار، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الجزء الأول، العدد 04، 1988.
- مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومه، الجزائر، 2003.
- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

ثانيا: الرسائل الجامعية

- إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري– تيزي وزو، الجزائر، 2011.
- سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري– تيزي وزو، الجزائر، 2018.

ثالثا: المقالات

- بعتاش ليلى، " الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد الأول، العدد 02، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، 2012.
- تدريست كريمة، "تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2008.
- حمدي عبد الرحمن، " الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزرع الأعضاء"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية، 1998.
- فرقاق معمر، "جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، 2016.

رابعا: النصوص القانونية

- الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، جريدة رسمية عدد 49 الصادرة في 21 صفر عام 1386 الموافق 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 24 الصادرة في 12 رمضان 1404 الموافق 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 85-05 (ملغى)، المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 08، لسنة 1985.
- القانون رقم 18-11، المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 02 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46، الصادرة في 16 ذو القعدة 1439 الموافق 29 يوليو 2018، المعدل والمتمم.
- مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 05 أفريل 2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 22، صادرة بتاريخ 15 أفريل 2012.

الضوابط القانونية المتعلقة بعملية المساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري

د. هداية بوعزة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة وهران2

د. بومدين فاطيمة الزهرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة وهران2

الملخص:

تستهدف هذه الورقة البحثية تسليط الضوء على الضوابط القانونية المتعلقة بالمسائل الطبية المختلفة والمتفرقة، ذات الصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ومعالجة تلك الممارسات العلمية المستحدثة من الزاوية القانونية بتبيان مدى ملائمة واتساع النصوص القانونية الوطنية لها .

وقد اقتضت طبيعة الموضوع أن نقسم هذه الورقة البحثية إلى مبحثين اثنين، بحيث تعلق الأول بحدود مشروعية التعامل بالأجنة وإجراء التجارب الطبية عليها. أما المبحث الثاني فقد تعلق بموانع المساعدة الطبية على الإنجاب.

الكلمات المفتاحية: التلقيح الاصطناعي، الاستنساخ، تغيير جنس الجنين، المساعدة الطبية على الإنجاب.

Abstract:

This research paper aims to shed light on the legal controls related to various and miscellaneous medical issues related to medical assistance in procreation, and to address these new scientific practices from the legal angle by demonstrating the appropriateness and breadth of national legal texts for them.

The nature of the subject necessitated that we divide this research paper into two sections, so that the first relates to the limits of the legality of dealing with embryos and conducting medical experiments on them, while the second topic relates to contraindications to medical assistance in procreation

key words:

Artificial insemination, cloning, gender reassignment, medical assistance in procreation.

المقدمة :

يعتبر موضوع إنجاب الأطفال من بين أهم المواضيع التي تهم الأسرة والمجتمع ككل، حيث قضت الإرادة الإلهية بأن يخلق الإنسان من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب لقوله تعالى:" فلينظر الإنسان مم خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب"[1]، وقوله تعالى" هل أتى على الإنسان حين من الدهر لم يكن شيئا مذكورا، انا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعا بصيرا."[2]

لقد استطاع الطب أن يبتكر طرقا فعالة للقضاء على العقم وأسبابه حيث أتاح فرصا للإنجاب عن طريق "المساعدة الطبية على الإنجاب"، وبالتالي القضاء على العديد من المشاكل الأسرية والاجتماعية التي تنجم عن العجز عن الإنجاب.

ففي بداية الأمر قام الإنسان بالتلقيح الصناعي على سبيل التجربة، ولكن ما إن تحققت أول تجربة حتى هلل لها الإباحيون وأنزلوها منزلة الرضا والاستحسان، وقالوا عنها أنها تجربة علمية رائدة، وباستطاعة العلم الآن بعد نجاح عملية التلقيح، أن يقضي على العقم الطبيعي. وبهذا لم يقف الطب عند

[1] -سورة الطارق الآيات 5،6،7.
[2] -سورة الإنسان، الأيتين 1،2.

حد العلاج، بل توسعت العلوم الطبية وكانت أكثر جرأة وأشد تأثيرا، خاصة بعد أن اتسع طموح الأطباء إلى استنساخ النموذج الإنساني وتكرار مثله، بدعوى علاج العقم الدائم، وبدعوى توفير أعضاء بشرية إضافية لكل طفل يولد، رغم ما قد يسببه الاستنساخ من مشاكل اجتماعية وعائلية.

كما تمكن علماء الطب بفضل الفحص الجيني للبويضات الملقحة من اكتشاف الصفات الوراثية التي تتصف بها، وكذلك الأمراض والتشوهات التي قد تحملها والأكثر من ذلك تحديد جنسها، بفضل الإنجاز العلمي الكبير في مجال الهندسة الوراثية، حيث سعى البعض إلى إنجاب أطفال ذوي مواصفات مختارة في الطول واللون والذكاء والجنس والسلامة من الأمراض والتشوهات الوراثية.

وعليه تكمن **أهمية هذه الورقة البحثية** في أن الأطباء الذين يجرون عمليات المساعدة على الإنجاب في حاجة ماسة لمعرفة مدى مشروعية هذه الوسيلة الطبية، والشروط الواجب توافرها حتى لا تنعقد مسؤوليتهم الجنائية والمدنية.

أمام ما تقدم يجدر بنا أن نتسائل عما إذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بهذه الوسيلة العصرية المساعدة للحمل مع ما تتطلبه من احترام لجميع ضوابطها القانونية والأخلاقية . لذلك كان لابد من وضع أحكام وحدود للمسائل الطبية المختلفة والمتفرقة، ذات الصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب في دراسة مكتملة تجمع بين الفقه والتشريع القانوني. ومعالجة تلك الممارسات العلمية المستحدثة من الزاوية القانونية بتبيان مدى ملائمة واتساع النصوص القانونية الوطنية لها .

إن الابتكارات والاكتشافات الطبية الحديثة كالإنجاب بالمساعدة الطبية صاحبها الكثير من الأسئلة والقضايا الأخلاقية والفقهية والقانونية التي باتت تلاحق الجسد الآدمي ومنتجاته، وعليه تصبو هذه الدراسة إلى الإجابة عن مجموعة من الإشكالات أبرزها:

ما هي الضوابط القانونية والأخلاقية لإجراء المساعدة الطبية على الإنجاب؟ للإجابة على هذه الإشكالية وغيرها يتعين علينا التطرق للموضوع من خلال ما يلي:

المبحث الأول: مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب وحدود مشروعية التعامل بالأجنة.

المبحث الثاني: موانع المساعدة الطبية على الإنجاب.

المبحث الأول:

مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب وحدود مشروعية التعامل بالأجنة

إن موضوع المساعدة الطبية على الإنجاب يكتسي أهمية بالغة من حيث أنه موضوع حيوي يمس بشكل كبير جانبا حساسا من الحياة الأسرية، من مختلف جوانبها، ومن ثم المجتمع. لهذا كان محل اهتمام من المشرعين الذين عملوا على رسم حدود لممارسة عمليات المساعدة الطبية للإنجاب والتي يؤدي تجاوزها إلى قيام المسؤولية الطبية للأطباء والممارسين الصحيين.

وسنتناول فيما يلي مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب **(المطلب الأول)** ثم حدود مشروعية التعامل بالأجنة وإجراء التجارب الطبية عليها **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول:

مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب

تعتبر المساعدة الطبية على الإنجاب ضمن الأعمال الطبية التي يسعى من خلالها معالجة العقم بالوسائل المشروعة التي تؤدي إلى تحقيق الإنجاب، كون عدم القدرة على ذلك يعتبر من المشاكل الصحية التي تمس حقا من حقوق الفرد الأساسية. وسنتناول فيما يلي تعريف المساعدة الطبية على الإنجاب**(الفرع الأول)** ثم دواعي المساعدة الطبية على الإنجاب **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف المساعدة الطبية على الإنجاب

عرفت المادة 370 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة[1] المساعدة الطبية على الإنجاب بأنها "نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا".

وتتمثل المساعدة الطبية على الإنجاب في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي.

لقد ورد تعريف الإنجاب الصناعي لدى المشرع الفرنسي، حين استخدم لفظ المساعدة الطبية وذلك في القانون المتعلق باستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية للإنجاب الصناعي رقم 654 الصادر في 29 يوليو 1994، حيث نص المشرع الفرنسي على أن المساعدة الطبية للإنجاب يقصد بها حسب نص المادة 152-1 الممارسة للطب التطبيقي والبيولوجي الذي يسمح بالحمل في بيئة مصطنعة ونقل الأجنة والتلقيح الصناعي وكل تقنية لها أثر معادل تسمح بالإنجاب خارج العملية الطبية[2].

تشكل حداثة نشأة المساعدة الطبية على الإنجاب، وعدم اكتمال مفاهيمها لدى الفقه والتشريع سببا في عدم النص عليها من قبل بعض المشرعين، حيث جعلهم هذا ينتظرون اكتمال معالمها لكي يتم تبينها. ويرجع ذلك ربما إلى اختلاف في دور الطب والهدف منه. إذ لم يعد كما هو الحال دائما في علاج حالات مرضية، وإنما أصبح استجابة لرغبات معينة ، حيث دخلت البشرية عن طريق المساعدة على الإنجاب إلى " طب الرغبة" بعد أن كان دور الطب فقط دورا علاجيا، وتبدو الصعوبة في أن الرغبة الإنسانية لا حدود لها ولا يوجد في الواقع معايير طبية محددة تكفي عند الضرورة لكبح جماح هذه الرغبة، فليس كل ما هو ممكن علميا وطبيا جائز شرعا وأخلاقيا و قانونيا .

من هنا يأتي دور ضرورة تدخل القانون لرسم حدود الدائرة التي لا يجوز لرجل الطب وكذلك المريض أن يتجاوزها ، يعني أن ما هو ممكن طبيا أصبح جائزا شرعا و قانونا مما يعني إضفاء الشرعية

---

[1]- قانون 18-11 مؤرخ في 02يوليو 2018 متضمن قانون الصحة، ج ر عدد46 مؤرخة في 29 يوليو 2018.

[2]- علي أحمد لطف الزبيري، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي (دراسة مقارنة)،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية، مصر،2015، ص03.

على الممارسات التي تتم داخل حدود هذه الدائرة وبذلك يجب أن يقوم رجل القانون بتقدير النتائج والآثار التي تترتب على التطورات والاكتشافات العلمية والطبية[1].

إن عبارة "قصد الإنجاب" فيها دلالة وتأكيد على حصر مشروعية هذه التقنية على الغرض الطبي العلاجي وهو التغلب على العقم المانع من الإخصاب بالصورة المألوفة، فيقتصر اللجوء إلى هذه الوسيلة على ضرورة العلاج دون تلاعبات أو رغبات المترفة، كالتحكم في صفات و جنس المولود أو إجراء التجارب عليها إذ لا يمكن للكائن الآدمي ولو كان جنينا أن يكون حقلا للتجارب ومحلا لفرز النظريات العلمية الصحيحة من الباطلة. وهو ما اجتمعت عليه كل التشريعات الوضعية والسماوية[2].

الفرع الثاني

دواعي المساعدة الطبية على الإنجاب

من أهم دواعي المساعدة الطبية على الإنجاب[3]:

- عجز رحم المرأة إمساك الجنين رغم سلامة المبيض كإصابته بالأورام الباطنية، فتلقح بويضتها تم تزرع.
- الإصابة بالأمراض المزمنة التي تتطلب تناول بعض الأدوية ذات التأثير السلبي على إنتاج الخلايا التناسلية.
- حالات نقص كمية السائل المنوي عن حده المطلوب للإخصاب، أو ضعف الحيوانات المنوية مما يفقدها الحياة قبل التحاقها بالبيضة، فيلجأ إلى تجميعه على فترات لغاية بلوغ النصاب فتلقح المرأة اصطناعيا.
- التضاد المناعي بين الزوجين.
- حالات عجز الأطباء عن تحديد سبب العقم، رغم تأكيد الخبرة طبية السلامة تامة للزوجين.

في الجزائر عرفت عمليات التلقيح الصناعي في السنوات التسعينات على يد "الدكتور فتوكي"، الذي أجرى عدة عمليات بطريق التلقيح الداخلي للأزواج، دون اللجوء لوسيلة الأم البديلة ولقد ساير المشرع الجزائري ما توصل إليه العلم الحديث من استعمال التقنيات الحديثة المعاصرة لإيجاد حل لمعضلة كطريقة من طرق الإنجاب الغير طبيعي كلما توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر من قانون رقم 05-02 المتعلق بقانون الأسرة[4] . حيث أقرت هذه المادة للزوجين بحق الاستعانة بتقنية الإنجاب الطبي المساعد وقيدتها بجملة من الشروط هي: أن يكون الزواج شرعيا، أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما وأن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

---

[1] -علي أحمد لطف الزبيري ، المرجع السابق، ص 04.

[2] - إقورفة زبيدة ، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)دار الأمل ،تيزي وزو الجزائر ،2012،ص 113.

[3] - نفس المرجع ، ص 139.

[4] - الأمر 05-02 مؤرخ في 2005/02/27 معدل و متمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، ج ر عدد 15 مؤرخة في 2005/05/27.

كما جاء أيضا في المادة 371 من قانون 18-11 بنصها: "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 ويوافقان على نقل 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 واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية."

وعليه تعتبر هذه النصوص اعترافا بمشروعية هذه الوسيلة الطبية في مساعدة الزوجين للقضاء على آثار العقم، حيث يعتبر هذا نموذجا حسنا عن سعي المشرع الجزائري لمواكبة التطور العلمي الطبي وهو بذلك يعد في صدارة الدول التي اعتنت بهذا الموضوع.

المطلب الثاني

حدود مشروعية التعامل بالأجنة و إجراء التجارب الطبية عليها

سنتناول من خلال هذا المطلب حدود ومعيار مشروعية التعامل بالأجنة **(الفرع الأول)**، وكذا حكم التعامل بالبويضات الملقحة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

حدود مشروعية التعامل بالأجنة

لقد أثارت الأبحاث العلمية والتجارب الطبية والبيولوجية الحديثة على الإنسان الكثير من الجدل وكذا العمليات التجريبية غير المسبوقة المتعلقة بأبحاث الحامض النووي والبيوتكنولوجيا، والعلاج الجيني وطب الأحياء، والأبحاث الطبية الحيوية ذات الصبغة العلمية خارج نطاق العلاج أو غير الإكلينيكية فكان من الضروري الموازنة بين المتطلبات العلمية في مجال الطب، بين حتمية توفير الحد الأدنى من الاحترام للجسم البشري، والحفاظ على الكرامة الإنسانية[1].

تنقسم التجارب بحسب الغرض منها إلى قسمين[2]: التجارب العلاجية والتجارب العلمية أو الأبحاث العلمية، فالتجارب العلاجية تهدف إلى علاج الخاضع للتجربة من مرض ألم به بطريقة جديدة ومبتكرة ومتطورة، حيث أن المعرفة العلمية القائمة وقت إجراء التجربة لا تكفي لعلاج هذا المرض فيتم اختيار الطريقة الجديدة على المريض وتسجيل النتائج.

أما الأبحاث العلمية أو التجارب العلمية فهي التجارب التي بمقتضاها يخضع الكائن البشري لطرق وأساليب دون ضرورة تمليها حالته.

---

[1] -بلحاج العربي،الحدودالشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، د م ج، الجزائر،2011،ص 07.

[2] - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الإصطناعي ،ط1،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،مصر، 2006، ص 180

تثير مسألة إجراء التجارب والأبحاث العلمية التي يمكن إجراءها على البويضات الملقحة الكثير من الجدل، ولعل الصعوبة تكمن في نقطة التوازن بين الحاجة إلى اكتساب المعرفة وبين ضرورة احترام الكائن البشري. فاكتساب المعرفة أمر قيد البشرية جمعاء، مما يؤدي إلى تطور أساليب العلاج واكتشاف أساليب جديدة لم تكن معروفة من قبل، لكن اكتساب هذه المعرفة التي تتم لخدمة الإنسان وباسمه لا يجب أن تكون على حساب كرامته واحترامه.

أما بالنسبة لحكم إجراء التجارب على الأجنة يتنازع عليها أمران :

أولهما هي حاجة البحث العلمي إلى التقدم والتطور الأمر الذي يؤدي إلى خدمة البشرية جمعاء، أما الأمر الثاني فيتمثل في الحفاظ على كرامة الإنسان وسلامة الأجنة[1] . فمن أهم المنتجات المشتقة من جسم الإنسان، والتي تستعمل لأغراض البحث العلمي والتجريب هي "الأمشاج" التي ثار جدل فقهي حول مشروعية وعدم مشروعية الممارسات الطبية والعلمية عليها، والتي اعتبرها أحد الاتجاهات أنها لقيحة آدمية في حقيقتها جنين بشري في طور التكوين، لذلك لا يجوز المساس بها أو استخدامها ضمن أي من الممارسات الطبية والعلمية المستخدمة، خاصة أن الجنين يعد وفق هذا الاتجاه في حكم الإنسان الحي المحتمل الوجود.

والاتجاه الآخر يجيز المساس بالأمشاج واللقائح الآدمية وحجتهم في ذلك أن اللقيحة الآدمية لا تعدو كونها نتاجا جسمي يمكن نقله واستخدامه وفق الضوابط القانونية التي تحكم نقل الأعضاء وسائر المشتقات البشرية الأخرى [2] .

الفرع الثاني

حكم إجراء التجارب الطبية على البويضات الملقحة

بالنسبة لحكم إجراء مثل هذه التجربة على البويضات الملقحة هناك فرضين[3] :

الفرض الأول: خلق بويضات ملقحة بهدف إجراء الأبحاث عليها، أي بعد التلقيح الذي كان خارج الرحم يتم الحصول على بويضات ملقحة و ذلك لإجراء التجارب عليها، وفي هذه الحالة هناك ابتعاد عن الهدف من وراء التلقيح الصناعي وهو الحد من آثار العقم، والذي يعتبر الهدف الذي يبرر مشروعيته أي يكون الهدف من استخدام البويضة الملقحة من المفروض أن يؤدي إلى مولد كائن بشري وليس كأداة أو مادة للبحث و التجارب، ولكن قد تم إجازته من البعض كونها قد وجدت بطريقة عارضة أي زائدة بعد نجاح عملية زرع، أو تم تلقيحها بهدف إجراء التجارب عليها. وهي ليست مخصصة لإعادة زرعها في رحم الزوجة لكن في الحقيقة البويضة الزائدة وجدت لزيادة فرص نجاح الحمل، و بهدف التغلب على آثار العقم فالعمل الطبي قد أجري لمصلحة جسم البشري الذي خضع له، أما التلقيح بهدف إجراء البحوث فلا يهدف إلى تحقيق مصلحة الزوجة وإنما مصلحة العلم.

---

[1] -أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص 182.

[2] - ماجد محمد لافي ، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1،الأردن، 2009، ص 289.

[3] -محمد المرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي ، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، الكويت، 1992، ص122.

الفرض الثاني: البويضات الزائدة بعد نجاح عملية الزرع فإنه يجب حتى يكون إجراء التجارب و الأبحاث عليها مشروعا أن تتوافر القيود التالية[1]:

1 ـ أن يكون الهدف من التجربة هو العلاج

يعتبر نجاح التجارب فائدة عامة قد تكون للمرضى وقد تكون لفائدة مهني الطب، وذلك في حالة ما إذا كانت التجربة ضرورية لإيجاد العلاج. والوسيلة الوحيدة لإيجاد أدوية معينة فإذا حادت هذه التجربة عن هدف العلاج فإنها قد تكون غير مشروعة، ولا يجوز إجراءها خاصة إذا كان الهدف غير مشروع كالتحكم في جنس الجنين، وكذلك الأبحاث المتعلقة بتغيير الجنس.

وإن كان البعض يلاحظ أن وضع الجنين ابتداء من الشهر الرابع للحمل يختلف عن وضع البويضة الملقحة والتي لم تبلغ من عمرها سوى أياما معدودة فالبويضة الملقحة التي لم تبلغ 14 يوما من عمرها لا تعرف أي تمييز خلوي، ومازلت تتكون من عدة خلايا لم تتميز عن بعضها البعض من تم فلا يوجد لدى البويضة خلايا عصبية وبناء على ذلك يرى البعض أن هذا العنصر الطبي يسمح بتبرير إجراء التجارب والبحوث على البويضة في هذه المرحلة، فهي مجرد مجموعة خلايا أكثر منها كائن بشري ، إذ تعتبر مجرد نواة لكائن بشري محتمل و لم يبت فيها الروح أو نفخ الروح فيها[2].

2 . انعدام الخطر في التجربة

أي لا يتم تعريض المريض وتلك البويضات الملقحة لأية مخاطر، ويتم تقدير هذه المخاطر قبل القيام بالتجارب كما يشترط أن تكون التجربة قد لقيت حظا من النجاح وتكون احتمالات نجاحها أكثر من احتمالات فشلها، إذ تكون قائمة على أسس علمية ثابتة[3].

3 ـ عدم مخالفة الأبحاث و التجارب للنظام العام

إذ عندما تتكون النطفة الأمشاج بحدوث عملية التلقيح يكتمل بذلك عدد الكروموسومات التي تحتويها البويضة، وهي تحمل كل الأسرار التكوين والوراثة وأسرار الخلية. وقد أتاح التلقيح خارج الرحم أمام العلماء إمكانية تغير خلقة الإنسان، عن طريق التحكم في الكروموسومات بداعي التجميل وتغير صفاته. كما أتاح لهم القيام بالاستنساخ، فيختلف الحكم حسب الهدف من وراء هذه التجارب[417]. فإذا كان الهدف منها العلاج والوقاية من بعض الأمراض فيعتبر تصرف مشروع أما إذا خالفت النظام العام فلا يجوز القيام بها.

وعليه بالإضافة إلى القيود السابق ذكرها لابد من توفر هذه الشروط لجواز إجراء التجارب والأبحاث العلمية على البويضات الملقحة[5]:

أ . موافقة الزوجين موافقة مستنيرة و كتابية.

---

[1] - احمد محمد لطفي احمد ، المرجع السابق، ص 183.

[2] - محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 125.

[3] - أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السابق، ص 185.

[4] -محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق، ص 131.

[5] - نفس المرجع ، ص 129.

ب . موافقة الجهات المختصة، و القيام بالأبحاث تحت إشرافها.

ج . أن تهدف الأبحاث والتجارب إلى تحسين وسائل التلقيح الصناعي بوجه عام، سواء تلقيح الداخلي أو الخارجي، إذ أن فرص النجاح كالحمل مازالت حتى الآن في حدود 15 إلى 30 بالمئة، وتقل هذه النسبة في دول قليلة الخبرة.

د . يجب عدم إعادة زرع البويضات المستخدمة في الأبحاث والتجارب، فإن مصير هذه البويضات محل تجارب والأبحاث هو الإتلاف والتخلص منها، ويرجع السبب في ذلك أن احتمالات تغير في الصفات الوراثية بصورة مفاجئة وحدوث تشوهات جسدية أو عقلية أو وراثية تزداد بدرجة خطيرة و لا داعي للمخاطرة في ذلك[1].

موقف المشرع الجزائري:

في الجزائر لم تشر التعليمة الوزارية رقم 300 –2000 الصادرة عن وزارة الصحة والسكان عن تقنية إجراء التجارب على الأجنة الزائدة عن الحاجة وقد يكون هذا راجعا لنقص في المخابر المتطورة للقيام بهذه التجارب، نظرا لحداثته خاصة في القطاع الخاص. ولتفادي المخاطر التي تفرزها هذه الأبحاث نصت المادة 374 من قانون رقم 18–11 المتعلق بالصحة:" يمنع تداول، لغاية البحث العلمي، التبرع وكل شكل 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، بالسيتوبلازم".

أما فيما يتعلق بالأحكام الجزائية المتعلقة بها فقد نصت المادة 435 من نفس القانون يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 من هذا القانون المتعلقة بالتبرع والبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد جسم البشري بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1000000دج إلى 2000000دج."

موقف المشرع السعودي:

تجدر الإشارة إلى أن السعودية أجازت إجراء التجارب العلمية على النطف والبويضات أواللقائح أوالأجنة، لمعالجة الأمراض الوراثية والجينية مع الحرص على أخذ كل الاحتياطات الضرورية لذلك، هذا ما يستنتج من المواد 3 إلى 10 من المرسوم الملكي رقم 7 المؤرخ في 21–11–1424هـ.[20]

يلاحظ أن المشرع السعودي أباح التجارب الطبية التي يكون غرضها علاجي، و لم ينظم التجارب غير العلاجية.

موقف المشرع الفرنسي:

أما المشرع الفرنسي فقد حظر التجارب على الأجنة بموجب الفقرة الأولى من المادة 152–8 من قانون الصحة العامة رقم 94–654 ، غير أنه استثنى من ذلك التجارب التي تتم بعد الحصول على

[1] - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص150.

موافقة الزوجين الكتابية، وأن تكون لأغراض طبية لا تسبب أي ضرر للجنين، وهذا ما نصت عليه المادة 152-8 والفقرة السادسة من المادة 152-8 كما منع عملية إنتاج اللقائح قصد إجراء التجارب عليها، وأكد قانون 2004-800 المؤرخ في 6 أوت 2004 منع إجراء الأبحاث على اللقائح الآدمية بموجب نص المادة 2151-5 والتي جاءت فيها : " الأبحاث على اللقائح الآدمية البشرية ممنوعة غير أنه استثنى من ذلك الأبحاث التي تمت خلال خمس سنوات قبل نشر هذا القانون من طرف مجلس الدولة واستثناء على هذه القاعدة ما نصت عليه الفقرة 4 من المادة 2141-3 وهو إباحة إجراء التجارب على اللقائح الزائدة عن الحاجة إذا توفرت الشروط التالية:

1- الموافقة المكتوبة والصريحة من الزوجين، بعد الترخيص من طرف الجهات المختصة وتحت إشرافها.

2- أن يكون الهدف منها تحسين وسائل المساعدة الطبية على الإنجاب.

3- أن لا تتعارض مع قواعد النظام العام.

كما أباحت المادة 2141-4 إمكانية إجراء التجارب على الأجنة الزائدة في حالة وفاة كلا الزوجين. وعليه فإن أغلب التشريعات تتجه نحو إباحة إجراء التجارب على الأجنة الزائدة عن الحاجة لكن وفق شروط معينة منها[1]:

1- أن يكون الهدف من التجربة علاجيا.

2- أن يترجح احتمال نجاح التجربة بشكل يقيني.

3- ضرورة إجراء التجارب قبل بلوغ الأجنة المجمدة مدة 14 يوما.

4- ضرورة إهدار الأجنة بعد خضوعها للتجارب.

5- الرضا الكتابي للزوجين.

6- ألا تكون هذه التجارب مخالفة للنظام العام و الأخلاق.

المبحث الثاني:

موانع المساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري

هناك بعض الحالات التي يمنع فيها القيام بالأعمال المساعدة على الإنجاب، وحسب التشريع الجزائري تتمثل في حظر إجراء الاستنساخ**(المطلب الأول)** وكذا حظر إجراء التحكم في الجنس وانتقائه**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول : منع الاستنساخ

الفرع الأول:

تمييز الاستنساخ عن التلقيح الاصطناعي

[1] -حسين هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون والشريعة الإسلامية، ط1،دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2006، ص 418.

يعتبر كل من التلقيح الصناعي والاستنساخ وسيلة حديثة ويساعدان على علاج قلة الإخصاب ويمكن من خلالهما تجميد البويضة الملقحة لفترة بعد التخصيب تحت درجة مئوية معينة.

إلا أنه هناك اختلافات بين الاستنساخ والتلقيح الصناعي تتمثل أهمها فيما يلي[1]:

الاستنساخ يتم من خلال الحصول على خلية جسدية لا جنسية. أما التلقيح الصناعي فيتم من خلال الحصول على خلية جنسية، حيوان منوي وبويضة. الخلية اللاجنسية في الاستنساخ حاملة 46 كروموسوما في حين أن الخلية الجنسية في التلقيح الصناعي يكون فيها الحيوان المنوي حاملا لعدد 23 كروموسوما والبويضة حاملة 23 كروموسوما وذلك حال تلقيحيهما.

وإذا تم استنساخ البشر فإنه من خلال ذلك يمكن التحكم في جنس المولود مما يؤدي إلى سيادة الإناث على الذكور أو العكس، بعكس التلقيح الصناعي فإنه لا يمكن من خلال هذه التقنية التحكم في جنس المولود.

كما يمكنه أن يقتصر على الزوجة بمفردها بخلاف التلقيح الذي يعد تدخل الرجل فيه أمرا ضروريا.

الفرع الثاني:

حكم إجراء الاستنساخ

الرأي الراجح في هذه المسألة هو منع استنساخ البشر مطلقا، سواء كانت هناك ضرورة أو لم تكن وذلك لعدة أسباب، منها عدم ثبوت نجاحه علميا، وكل ما نشر حول الموضوع مجرد أقوال تفتقد للدليل العلمي أو المادي الذي يثبت صحتها[2].

إن هذه التقنية لم تلق القبول والتسليم حتى عند أهل الطب والبيولوجيين فضلا عن الآخرين من أهل العلم من فقهاء الشرع والقانون وعلم الاجتماع. إذ تنطوي تقنية الاستنساخ على مخاطر ومحاذير، تتعارض مع النظام العام وتزعزع استقرار المجتمعات من خلال تأثيرها على قيم المجتمع الأخلاقية والدينية والثقافية، والبشر كائنات حية أكرمها الخالق بالعقل واختصها بالتمييز والتنوع، فهي ليست مجرد بضاعة مادية تستنسخ في المعامل الطبية كما تصنع السلع لذلك يكاد يجمع أهل الفقه والشرع على منع تطبيق هذا الأسلوب على البشر، في انتظار ما سيكشف عنه العلم لاحقا.

أولا: موقف المشرع الجزائري من الاستنساخ

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود بعملية الاستنساخ البشري الإنجابي لا في تعليمة رقم 300-2000الصادرة عن وزارة الصحة والسكان والمتعلقة بالممارسة الإكلينيكية والبيولوجية الجينية للمساعدة الطبية على الإنجاب، ولا في قانون الصحة الجزائري رقم 18-11 وإنما اكتفى بمنع عملية استنساخ الأجسام الحية المماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري دون توضيحها، حيث نصت المادة 375 من

[1] -علي أحمد لطف الزبيري، المرجع السابق،ص 10.
[2] - إقورفة زبيدة، المرجع السابق، ص 137.

قانون 18-11 المتعلق بالصحة:"يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس."

كما نصت المادة 436منه بأنه: يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 375 من هذا القانون المتعلقة باستنساخ أجسام حية مماثلة وراثيا وانتقاء الجنس من 10 سنوات إلى 20 سنة و بغرامة من 1000000دج إلى 2000000دج" .

ثانيا:

موقف المنظمات الدولية

اعتبرت معظم المنظمات والهيئات العالمية أن عملية الاستنساخ عملية تمس بالمبادئ والقيم العليا في المجتمع. وانعقاد مؤتمر حقوق الإنسان والطب الحيوي بإسبانيا في 17 سبتمبر 2000 كان بمثابة أول معاهدة دولية للسيطرة والتحكم في البحوث المتعلقة بالهندسة الوراثية والاستنساخ، وخلال جلسة حضرها كامل أعضاء البرلمان الأوروبي في ستراسبورغ صوت هذا الأخير على القرار الذي يعتبر الاستنساخ العلاجي الهادف لاستنساخ أجنة بشرية لغرض البحث العلمي عمل لا أخلاقي ومناقض تماما لحدود ومعايير البحث العلمي.

واعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار بتاريخ 7 مارس 2005 بشأن الاستنساخ البشري يدعو الأعضاء إلى منع كافة أشكال استنساخ البشر، بقدر ما يتنافى مع الكرامة البشرية وحماية الحياة البشرية. كما أصدرت المنظمة العالمية للصحة توصيات أثناء انعقادها في دورتها الحادية والخمسين في سبتمبر 2004 تتعلق بتأكيد الإجماع العالمي على منع الاستنساخ البشري ومراقبة أي استعمال لهذه التقنية[1].

المطلب الثاني:

منع انتقاء الجنس أو التحكم فيه

أدت التطورات البيولوجية والعلمية في مجال المساعدة على الإنجاب، لتوصل العلم إلى إمكانية تحديد جنس الجنين في عمليات التلقيح الاصطناعي، والذي يتم بطريقة الاختبارات الوراثية قبل زرع الأجنة الملقحة في الرحم. إذ باستطاعة الطبيب أن يتعرف على الأجنة الذكرية من الأجنة الأنثوية، بواسطة إجراء بعض الاختبارات على هذه الأجنة وعليه يمكن زرع الأجنة الذكرية أو الأنثوية وفقا لرغبة الأبوين أو بطريقة فصل الحيوان المنوي المؤنث عن المذكر، فيتم اختيار الحيوانات المنوية التي تحمل الكروموسومات المراد تخصيبها بالبويضة، أو بطريقة تغيير الحالة الكيمائية للمهبل وهذا بزيادة أو تقليل درجة الحموضة في الرحم بحيث تتكيف مع حياة أحد النوعين، وفي نفس الوقت تحد أو توقف من نشاط الآخر[2].

---

[1] - ليلى بلحاسل،قايدية عبد الله، البيو أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب (الشروط والموانع)، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة مستغانم، المجلد9 ، العدد01، 2021،ص268.

[2] -ليلى بلحاسل ومن معها، المرجع السابق، ص 269.

سنطرق فيما يلي إلى التشريعات التي وضعت حظرا مطلقا لتقنية التحكم في جنس الجنين **(الفرع الأول)**، ثم إلى التشريعات التي سمحت بإجراء هذه التقنية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

التشريعات التي تضع حظرا مطلقا لهذه التقنية

أولا : التشريع الجزائري

مهما كانت الطريقة المستعملة التي يتم بها اختيار الجنس فإنه يمنع إجراؤها وفقا للتشريع الجزائري بناء على أحكام المادة 375 من قانون الصحة، لأنه أمر يتناقض مع الأخلاق المهنية والنظام العام. حيث حظر المشرع الجزائري كل انتقاء للجنس وحدد عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن عشر سنوات ولا تزيد على عشرين سنة وبغرامة لا تقل عن1000000 دينار ولا تزيد على 200000دينار في حالة مخالفة هذا الحظر[1].

ثانيا: التشريع المصري

حظرلا مقترح قانون مقدم إلى مجلس النواب المصري من عملية التحكم في جنس الجنين بشكل مطلق.

حيث نص مشروع القانون المصري المتعلق بالتلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب في المادة 02 منه على أنه:"يحظر التعامل مع الجينات أو الطرق التي تتك بغرض التحكم في جنس الجنين، أو بغرض تغيير الصفات الوراثية، أو تحسين النسل".كما نصت المادة 06 من ذات المشروع على عقوبة السجن والغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز ألف جنيه في حالة مخالفة هذا الحظر"[2].

الفرع الثاني :

التشريعات التي سمحت بهذه التقنية

هناك بعض التشريعات سمحت استثناءا في بعض الحالات الخاصة باستخدام تقنية التحكم في جنس الجنين وذلك وفقا لضوابط قانونية معينة .

أولا: الضابط الأول: تغيير جنس الجنين إذا كان نوع الجنس مرتبطا بمرض وراثي

1- التشريع الفرنسي:

نصت اتفاقية حماية حقوق الإنسان وكرامته على أنه" لا يجوز استخدام التقنيات الطبية المساعدة في مجال الإنجاب لأنتقاء جنس الطفل الذي سيولد إلا من أجل تجنب مرض وراثي خطير مرتبط بالجنس".

وقد أيد المشرع الفرنسي ذلك حيث أنه نص في المادة السادسة عشرة من القانون الصحة العامة رقم 653 لسنة 1994 نص على عدم جواز المساس بتكامل الجنس الإنساني وأي اختيار من شأنه أن

---

[1]- المادة 438 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[2]-محمد محمود عبد الرحيم عبد اللطيف، التحكم في جنس الجنين بين الحظر و الإباحة دراسة مقارنة، المجلة القانونية،المجلد 5 ، كلية الحقوق جامعة القاهرة فرع الخرطوم،2019 ، ص 324.

يؤدي لاختيار جنس الطفل أو تحسين النسل وبدون التأثير على الأبحاث والتجارب التي تهدف إلى العلاج أو الوقاية من الأمراض الجينية، وأي تغير في الصفات الوراثية بغرض التعديل في التركيب الجيني للخلق".

2- المشرع السعودي :

سمح المشرع السعودي[1] إجراء هذه التقنية بشرط أن يكون هناك مرض وراثي مرتبط بجنس الجنين وموافقة لجنة الأشرافقبل إجراء عملية التحكم في جنس الجنين.

3- المشرع التونسي:

اشترط المشرع التونسي موافقة الوالدين بكل تبصر وهذا يعني أن يكون رضا الزوجين حرا قائما على إختيار دون ضغط أو إكراه، بل يتعين فضلا على ذلك أن يعلم الزوجين بعواقب التدخل الطبي واحتمالاته ومدى خطورته، وكل ذلك بطريقة بسيطة وسهلة تمكن الزوجين من فهم ما يلقى عليهم من معلومات خاصة إذا كانوا بعيدين عن الوسط الطبي كي يستطيعوا أن يعطوا رضاءهم أو رفضهم وهم على بينة من أمرهم[2].

4- المشرع الإماراتي:

اشترط المشرع الإماراتي الموافقة الكتابية من الزوجين قبل إجراء عملية التحكم في جنس الجنين، حيث نصت المادة 15 من القانون الإتحادي رقم 11 لسنة 2008 على أنه يجوز بإذن كتابي من الزوجين السماح للمركز بإجراء عملية التشخيص الجيني قبل الزرع بغرض التعرف إلى الأمراض الوراثية[3].

ثانيا- الضابط الثاني : تغيير جنس الجنين إذا كان متعلقا بأسباب اجتماعية

قد يكون تغيير جنس الجنين بسبب بعض الظروف الاجتماعية المتمثلة مثلا في رغبة الأب أو الأم في انجاب جنس معين. وهذا الضابط لم ينص عليه سوى في التشريع الاسباني، حيث أنه سمح بالتحكم في جنس الجنين إذا تمت العملية برضا الوالدين[4].

الخاتمة

إن المساعدة الطبية على الإنجاب تستعمل فيها أحدث الوسائل لمعالجة العقم، لذلك فإنه ينبغي أن تحاط بمجموعة من الإجراءات والضوابط التي تكفل احترام الكائن البشري وعدم اختلاط الأنساب.

إذ يشترط فيها أن تراعى ضوابطه المتمثلة في أن يكون بين زوجين وبرضائهما، وأن يتم حال قيام العلاقة الزوجية وأن يستنفذ كافة وسائل معالجة قلة الإخصاب الأخرى، وألا يكون الهدف منها غير علاجي، كما يشترط عمل سجلات شاملة بمراكز الإنجاب الصناعي ومراكز حفظ العينات من الحيوانات

---

[1] - نصت المادة الثامنة من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السعودي رقم 1424ه .

- الفصل 10 من قانون عدد 93 لسنة 2001 المتعلق بالطب الإنجابي .[2]

-أمير فرج يوسف ، أطفال الأنابيب والتلقيح الإصطناعي، دار الكتاب الحديث ،ط1،2012،ص 232.[3]

-محمد محمود عبد الرحيم عبد اللطيف ، المرجع السابق، ص 331.[4]

المنوية والبويضات وتدوين كافة البيانات المتعلقة بكل عملية إنجاب صناعي أجريت بذلك المركز، كأسماء الزوجين والأطباء القائمين بالعمل، وحالة الزوجين. وهذا لكفالة رقابة المحكمة على هذه الوسائل ذات الآثار الخطيرة، كما يجب عمل قاعدة بيانات ذات بعد إستراتيجي، لتتابع حالات محل التجارب من أجل تقييم الأوضاع على المدى البعيد.

كما يجب أن يكون هناك تناسب بين المخاطر والمنفعة، وهذا لعدم المساس بسلامة البويضة الملقحة، فهو شرط ضروري لتوفير حماية واحترام اللازمين للكائن البشري بوجه عام، باعتبار البويضة كائنا بشريا، وبإجازة إجراء بعض الأبحاث عليها إذا كانت هذه الأبحاث لا تعرض سلامة البويضة للخطر.

كما يجب أن يقوم رجل القانون بدور مزدوج يتمثل في تقدير النتائج والآثار التي تترتب على التطورات والاكتشافات العلمية والطبية من ناحية، وإعداد إجابة الملائمة للتساؤلات والمشاكل الكثيرة والدقيقة التي تثيرها هذه الاكتشافات من ناحية أخرى. من بينها تقنية الإنجاب عن طريق الاستنساخ ولو بين الزوجين وانتقاء الجنس لما يثيرانه من مشاكل صحية وأخلاقية وقانونية لا نهاية لها. ولكونهما طرقا وأساليب غير مأمونة العواقب وعدم التسليم بهما حتى من الناحية العلمية.

وعليه يجب أن تشمل حركة التشريع والتقنين عددا من النصوص القانونية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بمثل هذه المستجدات الطبية والبيولوجية، فضلا عن وضع قانون خاص بالمساعدة الطبية على الإنجاب ينظم ويجمع جميع هذه المسائل في وثيقة واحدة، استجابة للتطورات العلمية الحديثة في هذا المجال.

التلقيح الاصطناعي والإشكالات المثارة بشأن الأجنة المجمدة

د. لشهب أنيسة

كلية الحقوق. جامعة البليدة2

الملخص :

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على التلقيح الاصطناعي الذي من جانبه المتعلق بالأجنة الفائضة أو الزائدة التي في الغالب يتم تجميدها في أماكن مخصصة لهذا الغرض تسمى ببنوك الأجنة، فمصير هذه الأجنة المجمدة معضلة من المعضلات التي تواجه المتعاملين في مجال التلقيح، كحالة عدم رضا أحد الزوجين بكيفية التصرف فيها أو في حالة وفاة الزوج، أو حتى مصير هذه الأجنة في حالة الاستغناء عنها، مع وضع كل هذه الحالات وغيرها في اطارها الشرعي والقانوني.

الكلمات المفتاحية: التلقيح الاصطناعي، الأجنة المجمدة، الأمشاج، البويضة الملقحة.

مقدمة:

تعتبر الأسرة أساس المجتمع وهي نواته التي ينبع منها، وبغية استمرار المجتمع وبقاءه كان لابد من الإنجاب الذي هو واحد من الكليات الخمس. فهو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية وهدفا من أهداف الزواج حسب قانون الأسرة الجزائري.

إلا أن هذا المقصد أو الهدف قد يتعذر على الزوجين تحقيقه بسبب مرض أو عيب خلقي في كليهما أو أحدهما، وهو ما يعرف بمرض العقم وعدم الإخصاب أو ضعف الخصوبة.

ولقد خطى العلم خطوات جبارة في إيجاد الحلول بالنسبة للأمراض التي تحول دون تحقيق حلم الأمومة والأبوة سواء عن طريق العلاج بالأدوية أو عن طريق التدخل الجراحي.

ومن بين الاكتشافات التي توصل إليها العلماء اكتشاف تقنية التلقيح الاصطناعي في حالات العقم غير القابلة للعلاج بالتدخل الطبي العادي للقضاء عليه وعلى أسبابه، حيث أتاح فرصا للإنجاب ،و بالتالي القضاء على العديد من المشاكل الأسرية و الاجتماعية التي تنجم عن العجز عن الإنجاب.

ولم يتوقف العلم في عملية التلقيح الصناعي عند حد إمكانية تلقيح بويضة الزوجة بماء الزوج خارجيا وإعادة زرعها في رحم الزوجة ليواصل الحمل مراحله الطبيعية ، وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك، وهو إمكانية تلقيح أكثر من بويضة وزرع عدد محدود منها، والاحتفاظ بالأجنة الزائدة أو الفائضة في أماكن مخصصة لهذا الغرض تسمى ببنوك الأجنة عن طريق تقنيات تعرف بالتجميد.

ولأن هذه المسائل تعتبر من الأمور الحديثة أو كما يصطلح عليها فقهاء الشريعة بالنوازل فإنها تثير إشكالات قانونية عميقة تستدعي الوقوف عندها ، والبحث فيها .

من بين هذه الإشكاليات **الإشكالية** التي تم اختيارها موضوعا لهذه الدراسة وهي : ماهي الأجنة المجمدة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي وماهي الإشكالات التي تثيرها؟

للإجابة عن هذه الإشكالية تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي والتحليلي، وذلك من خلال استقراء وتتبع الآراء الفقهية التي قررت في شأن التلقيح الاصطناعي وتحليلها، وذلك لمعرفة مصير البويضات الملحقة الزائدة ، وما يثار بشأنها من مسائل تحتاج الوقوف عندها، وهو الهدف من الدراسة.

ولأن البحث في مصير الأجنة الزائدة ومصيرها يستوجب البحث في منشأ هذه الأجنة أو مصدرها ، ولأن مصدرها عملية التلقيح الاصطناعي قسمت الدراسة إلى قسمين: تناول القسم الأول التلقيح الاصطناعي من حيث ماهيته ، فيما تناول القسم الثاني الأجنة المجمدة والاشكالات المتعلقة بها.

المبحث الأول: ماهية التلقيح الاصطناعي

إن البحث في ماهية التلقيح الاصطناعي يقتضي البحث في تعريفهذا المصطلح الطبي الحديث مع تحديد أنواعه وكذا الشروط أو الضوابط الشرعية والقانونية التي يجب مراعاتها عند القيام به.

المطلب الأول :تعريف التلقيح الاصطناعي وصوره

أتناول في تعريفالتلقيح الاصطناعي ما جاء فيتعريفه في الفقه لغة واصطلاحا، ثم في قانون الصحة الجديد، بعدها أنتقل إلى أنواع التلقيح الاصطناعي.

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي لغة

مصطلح التلقيح الاصطناعي مركب وصفي من كلمتين، هما: (التلقيح) و(الاصطناعي) ربط بينهماُ عن طريق الإضافة، وعليه لابد من تعريف كل مفردة، على حدىعلى النحو التالي:

التلقيحلغة مأخوذ من مادة " لقح " اللام والقاف والحاء أصل يدل على إحبال الذكر الأنثى ، فيقال لقحت إذا حملت[1].

وجاء في لسان العرب مادة "صنع":صنعه يصنعه صنعا، فهو مصنوع وصنيع: عمله والصناعة :حرفة الصانع، وعمله الصنعة. والصناعة: ما تستصنع من أمر.[2]

وبناء على ما سبق يمكن صياغة تعريف لغوي للتلقيح الاصطناعي أنه وسيلة تمكن الأنثى من الحمل بطريقة مصطنعة وغير طبيعية.

ثانيا: تعريف التلقيح الاصطناعي اصطلاحا

لقد تعددت التعريفات الاصطلاحية للوسيلة المساعدة على الانجاب المتمثلة في التلقيح الاصطناعي واختلفت باختلاف الزاوية المنظور إليه منها، سواء كانت شرعية أم قانونية أم طبية.

فمن الجانب الطبي يعرف بأنه"عملية أخذ عينة من الرجل (منيه) لتلقيح بويضة امرأة وإخصابها داخل الرحم أوخارجه بطريقة صناعية لغرض حدوث الحمل والإنجاب."[3]

أما من الجانب الفقهي فهناك تعريفات عديدة للتلقيح الاصطناعي اخترت ما رأيته الأشمل والأقرب لإظهار الصورة الكاملة للعملية" التلقيح الاصطناعي عبارة عن عملية تساعد على الإنجاب دون حدوث أي تلاقي أو حصول أي اتصال جنسي بين الزوجين، حيث يتم نقل الحيوانات المنوية من الزوج إلى رحم الزوجة أو عن طريق زرع بويضة ملقحة في رحمها"[4]

([1]) أبو الحسين أحمد ابن فارس زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، دون طبعة، بيروت لبنان 1979، ج 5 ص 261.

([2])ابن منظور لسان العرب، دار المعارف ، مصر، د ت ، ج 28 ص 2508.

([3])سعد عبد اللاوي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري ودوره في حل معضلة الانجاب، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، أفريل 2019، ص 213.

([4])يوسف مسعودي ، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 01، العدد01 لسنة 2016، ص 109.

أما عن المشرع الجزائري فلم يتناول التلقيح الاصطناعي بالتعريف في مواد قانون الأسرة، تاركا المهمة للفقه، بل تناول شروط التلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر[1]،غير أنه عاد ليأخذ بزمام الأمور درئًا لأي لبس أو شبهة،إذ وبصدور قانون الصحةذهب المشرع لتعريف كل ما ينطوي من وسائل مساعدة على الانجاب مستخدما لفظ " المساعدة الطبية على الإنجاب " متأثرا بالقانون الفرنسي، حيث جاء في المادة 370 من القانون المتعلق بالصحة[2]:" 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".

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه لا يقتصر على تعريف التلقيح الاصطناعي فحسب وإنما عرف كل وسيلة تساعد على الانجاب بغير الطريقة الطبيعية، وإن كانت الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر يمكن اسقاطها على التلقيح الاصطناعي كونه فعلا نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، لكنه اختزل الهدف من إجرائه بالعقم المؤكد طبيا ، ما يعني أن المشرع الجزائري استبعد فكرة إمكانية اللجوء للتلقيح الاصطناعي لاختيار جنس الجنين، كما لم يخض المشرع الجزائري في الصورة التي تتم بها عملية التلقيح الاصطناعي من تخصيب البويضة داخليا أو خارجيا بمساعدة طبية.

الفرع الثاني: صور التلقيح الاصطناعي

يصنف التلقيح الاصطناعي بالنظر إلى المحيط الذي يتم فيه إلى صنفين أو صورتين، الداخلي والخارجي وهو ما سوف نتناول في هذا المطلب بالتوضيح.

أولا : التلقيح الاصطناعي الداخلي

التلقيح الاصطناعي الداخلي، ونعني به عملية الادخال الطبي لماء الرجل في الموضع المعد له في المرأة لضرورة علاجية، أو هو عملية طبية تتمثل في اخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنويلزوجها ويستوي أن تكون النطفة في عملية التلقيح طازجة أو مجمدة.[3]

وهذا النوع من التلقيح يعتبر الأول من حيث الظهور إذ أن أولتلقيح اصطناعي بهذا الشكل كان سنة 1799قام به الجراح جون هانتر، بشأن زوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج، وتمت العملية بمني هذا الأخير.[1]

([1])القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 24 الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل والمتتم بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

([2])القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج ر العدد 46 الصادر في 29 يوليو 2018. المعدل بالأمر 20-02 المؤرخ في 2020/08/30.

([3]) ماية بن مبارك و زوليخة زوزو، التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجراءه حسب التشريع الجزائري،مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع – العدد الثاني ديسمبر – 2020، ص 148.

ويلاحظ على هذه الطريقة أنها تقوم على استبعاد الاتصال الجنسي بين الذكر والأنثى كوسيلة للإنجاب، كما أن دور الطب فيها وإن كان ضروريا إلا أنه يقتصر على حقن مني الذكر في موضع التناسل من الأنثى ليلتقي الحيوان المنوي بالبويضة وتمضي عملية الإخصاب والعلوق بجدار الرحم كما لو كان التلقيح طبيعيا.[2]

يتم اللجوء إلى التلقيح الداخلي في حالات مرضية معينة أهمها، قلة الحيوانات المنوية عند الرجل أو ضعفها ، أو كثرة عدد أشكالها المشوهة وغير المتحركة، أو كون الافرازات المهبلية عند المرأة شديدة الحموضة تقتل الحيوانات المنوية للزوج، أو الضعف الجنسي والقذف المبكر أو وجود تشوهات بمهبل المرأة أو العضو الذكري، أو كون الزوج عنينا مع قدرته على انتاج حيوانات منوية سليمة.[3]

تستعمل هذه الطريقة أيضا في حالة وجود مشاكل في عنق الرحم، مثل لزوجة المادة المخاطية والتي تساعد على مرور الحيوان المنوي إذا كانت طبيعية، أما إذا كانت كثيفة جدا فتمنع مرور الحيوان المنوي، وفي هذه الحالة يلجأ الطبيب المعالج إلى التلقيح الاصطناعي.

كذلك في حالة اختلال وظائف المبيض، وكذلك انسداد الأنبوب الذي يصل المبيض بالرحم، بحيث يعتبر همزة وصل بين المبيض والرحم، والمسار الذي تتخذه البويضة من الأول إلى الثاني،فإذا كان هذا المسار مسدودا فانه يعوق عملية التبويض وكذا التخصيب.[4]

بالإضافة إلى حالة ضعف الرحم، لذا يلجأ الطبيب إلى تلقيح المرأة اصطناعيا.

كما تستعمل في حالة ما أصيب الزوج بمرض خبيث يستدعي العلاج بالأشعة والعقاقير التي تؤدي إلى العقم فتؤخذ دفعات من المني ثم تلقح بها الزوجة في الوقت المناسب.

في حالة وجود تضاد مناعي بين خلايا الزوج و الزوجة.

وفي حالة ما إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما وزنه ثقيل على غير العادة، مما يجعل استحالة الإخصاب الطبيعي.[5]

وتمر عملية إجراء التلقيح الاصطناعي بمراحل هي :

([1])مراد بن صغير، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحقيقة، المجلد 09، العدد 02 لسنة 2010، ص04 .

([2])سعد عبد اللاوي ، المرجع السابق ، ص214.

([3])جلود صالح ، التلقيح الاصطناعي وتجميد البويضات والحيوانات المنوية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 11، العدد01 ، السنة 2022 ، ص 282.

([4]) خالد حدة ، أحكام التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون،تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج البويرة ، السنة الجامعية2013-2014، ص 16.

([5])خالد حدة ، نفس المرجع ، ص 17.

- يقوم الطبيب المعالج بإجراء فحوصات أساسية للزوجة للتأكد من صلاحيتها لهذا النوع من التلقيح ويشمل ذلك التأكد من وجود الإباضة عند الزوجة ، ثم التأكد من أن قناتي فالوب مفتوحتان . وتجرى هذه العملية في وقت التبييض، ولهذا يتم إعطاء المرأة الأدوية المنشطة للمبيض للتأكد من تكوين البويضة ونضجها وبالتالي استعدادها للتلقيح.
- يتم إعطاء هرمون (h.c.g) تحقن الإبر في الوقت الذي يحدده الطبيب المعالج.

– بعدها تؤخذ عينة من السائل المنوي وترسل إلى المعمل لتحضيرها، وتستغرق هذه العملية ساعة إلى ثلاثة ساعات، ويتم خلالها استعمال مواد خاصة لغسل المني و تنقيته من الشوائب وإزالة الحيوانات المنوية غير المتحركة، لزيادة حركة الحيوانات المنوية بحيثتتحسن قدرتها على التلقيح .

–بعدما تجرى عملية الحقن في الوقت الذي يحدده الطبيب المعالج، وبشكل عام فإن معدل الوقت بين إعطاء الإبر وإجراء عملية الحقن في داخل الرحم، حوالي 24 إلى 48 ساعة ، ثم يتم الحقن بواسطة أنبوب خاص(Cathéter) وتبقى بعدها المرأة مستلقية على ظهرها مدة من الزمن، والسبب في ذلك هو مساعدة النطف للوصول إلى مقرها الصحيح داخل الجهاز التناسلي حيث أن البويضة تنتظرها في جوف الرحم.[2][1]

ثانيا : التلقيح الاصطناعي الخارجي

يسمى التلقيح الاصطناعي الخارجي عند الأطباء بأطفال الأنابيب، [3] وهو عملية يتم فيها تلقيح البويضة المستخرجة من المرأة خارج جهازها التناسلي بماء الرجل بوسائل طبية معينة، فإذا ما تم التلقيح وبدأت البويضات بالانقسام وتكاثر الخلايا في الأنبوب، أعيدت البيضات الملقحة (اللقائح) والتي تدعى أحيانا ما قبل الأجنة إلى رحم المرأة لتنغمس في جداره، ثم تترك بعد ذلك لتنمو وتتطور.[4]

ويتم اللجوء إلى التلقيح الخارجي لعدة أسباب؛ أهمها عندما تكون الأنابيب– قنوات فالوب – لدى المرأة مقفلة أو مسدودة أو تم إزالتهابعملية أو بها إصابة لا يمكن إصلاحها . كما تتم العملية إذا كانت الحيوانات المنوية لا تزيد عن مليون، وفشلت محاولات التلقيح الداخلي، أو إذا كانت إفرازات عنق الرحم تتسبب في هلاك الحيوانات المنوية، وفشل محاولات التلقيح الداخلي. هذا ويتم اللجوء أيضا إلى التلقيح الخارجي في حالات العقم مجهولة السبب.[5]

1

([2])خالد حدة، المرجع السابق، ص 18.

([3]) إن استعمال لفظ أطفال الأنابيب هو خطأ شائع بين الناس لأن حقيقة العملية لا تتم داخل الأنبوب وإنما في أداة مخبرية هي " طبق بتري"Pétri dish ".وفي طبق بتري يقوم الطبيب تحت المجهر (الميكروسكوب) بتمكين الحيوان الذكري من اقتحام البويضة الأنثوية.

([4])جلود صالح ، المرجع السابق، ص 283.

([5]) عربية باخة، ضوابط التلقيح الاصطناعي وأثر مخالفتها في التشريع الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد 06، العدد 02، نوفمبر 2019، ص 1306.

المطلب الثاني : شروط التلقيح الاصطناعي

خلال هذا المطلب نتناول الشروط التي أقرها فقهاء الشريعة حتى يكون التلقيح الاصطناعي جائزا وكذا الشروط التي أقرها المشرع سواء في قانون الأسرة أو قانون الصحة.

الفرع الأول : الشروط الشرعية للتلقيح الاصطناعي

حدد فقهاء الشريعة الإسلامية طرق التلقيح الاصطناعي وقرروا أن الطريقة الشرعية الجائزة تتمثل حينما يكون مصدر الحيوان المنوي والبويضة هما الزوج والزوجة، وهذه الأخيرة إذا كانت تعاين من العقم لانسداد قناة فالوب لدهيا فلا حرج من اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي عند الضرورة العلاجية مع أخذ الاحتياطات اللازمة من اختلاط اللقائح في أنابيب الاختبار وغير ذلك من المحاذير الشرعية (وجود بنوك المني والأجنة المجمدة) وعلى هذا الأساس تناول الفقهاء المعاصرون هذه المسألة على كل المستويات، وأوصوا بأن لا تتم عمليات التلقيح إلى في حالة الضرورة بينزوجينمرتبطين بعقد شرعي حال حياتهما ودون تدخل طرف ثالث في هذه العملية.[1]

الفرع الثاني : الشروط القانونية للتلقيح الاصطناعي

لقد واكب المشرع الجزائري من خلال الأمر 02/05 التطور العلمي الحاصل في شأن الوسائل الطبية المساعدة على الإنجاب، وأقر إمكانية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ، منظما إياه بمادة جديدةووحيدة وهي المادة 45 مكرر، حيث أصبح بإمكانالزوجين الاستفادة من هذه التقنيةوتحقيق أحد المقاصد السامية للزواج والمتمثلة في الإنجاب.[2]

ونتيجة لما أضافه هذا التعديل فإن المشرع الجزائري يعد في صدارة التشريعاتالعربيةالقليلة التي اهتمت بهذا الموضوع.

ونص المشرع في المادة 45 مكرر على جواز التلقيح بالشكل التالي:" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي .يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية :أن يكون الزواج شرعيا، أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

وسوف أفصل بعض الشيء في هذه الشروط سواء ما ورد منها في قانون الأسرة أو تلك التي جاءت في قانون الصحة.

([1])جمال غريسي و إلهام بن خليفة، عملية التلقيح الاصطناعي والاشكالات التي تثيرها في اثبات نسب المولود بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 19 العدد01 ، 2022، ص 85.

([2]) إن تناول المشرع لمسألة التلقيح الاصطناعي من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الصادرة سنة 2005 لا يعني أن المشرع كان يمنع إجراء هذه العملية قبل هذا التاريخ، بل كانت تجرى على مستوى بعض المؤسسات الاستشفائية، وإنما تدخل المشرع جاء لتنظيمها ووضع شروط وضوابط بهدف الحفاظ على كيان الأسرة والمجتمع.

أولا: الشروط الواردة في قانون الأسرة

أ- أن يكون الزواج شرعيا

إن وضع المشرع لهذا الشرط وهو وجوب عقد شرعي بين الزوجين، إنما يعتبر شرطا بديهيا في مجتمعنا الإسلامي الذي يرفض ويحرم العلاقات خارج إطار الزواج.

وبوضع المشرع لهذا الشرط فإنه لا يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بين رجل وامرأة لا يربطهما عقد زواج شرعي-أو يكون الطرفين مرتبطين بعقد عرفي- ،كما لا يمكن المطالبة بإجراء هذه التقنية لمجرد وجود علاقة حرة بينهما.[1]

وعليه فلا يجوز اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين إلا بناء على عقد زواج صحيح مستوف لجميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية وفقا للمادتين 09 و09 مكرر من قانون الأسرة.

وبهذا الشرط يكون المشرع قد سلك مسلك الشريعة باشتراطه أن يكون الزواج قائما فعليا وحقيقيا، وذلك لأجل تحقيق الهدف من التلقيح الاصطناعي وهو علاجه لمشكلة عدم الإنجاب بين الزوجين. [2]

ولتحقيق هذا الشرط يجب على الزوجين تقديم وثيقة الزواج للمستشفى أو العيادة، وإطلاع الطبيب المعالج عليها.[3]

ب- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

يعتبر هذا الشرط بؤرة من بؤر الإشكالات التي يثيرها التلقيح ومتعلق بالمرحلة التي يشترط فيها الرضا وبحيث تثار مجموعة من الاشكالات سنتناولها في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

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 إرادتيهما كما احتاج العقد إليهما.أي أن عملية التلقيح الاصطناعي تستلزم بالضرورة رضا كل من الزوجين، بعد إحاطتهما بكافة معطيات العملية، فإذا انعدم الرضا أو شابه عيب كالإكراه أو الغش أو التدليس فإن إجراء العملية في هذه الحالة قد يقع تحت طائلة العقاب. فيتعين تحديد مسؤولية الطبيب الذي تولى العملية وجزاؤه القانوني لإقدامه على هذا التصرف بالتواطؤ مع أحد الطرفين .[4]

ولا يكتمل هذا الشرط إلا بشرط آخر 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 .

([1]) سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 211، 222.

([2]) جمال غريسي و إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص 81.

([3])جلود صالح ، المرجع السابق، ص 288.

([4])سعد عبد اللاوي ، المرجع السابق، ص 222.

وبهذا يكون المشرع قد حذا حذو غالبية فقهاء الإسلام بشأن شرط التلقيح أثناء حياة الزوجين، و لم يدخل في الخلاف الفقهي الذي حصل بينهم، لأن هناك اتجاه فقهي آخر قال بجواز التلقيح بعد الوفاة وأثناء العدة.[1]

إن التقدم الذي طرأ على تقنيات الإنجاب الصناعي، راح أطباء الغرب يفكرون في أبعد من إجراء الإخصاب الاصطناعي في أثناء حياة الزوجين بل امتدت أيضا لتشمل اماكانية إجرائها بعد وفاة أحدهما أو كلاهما، بل وحتى بعد حصول الفرقة فظهر عندهم ما يعرف بالاخصاب اللاحق لانحلال الرابطة الزوجية.[2]

ج- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

وهذه هي الصورة الشرعية والقانونية التي أقرها المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالمالإسلامي في دورته الثامنة في 28 يناير 1985 بمكة المكرمة من أن: "التلقيح الاصطناعي هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بماء زوجها في أنبوبة، ثم توضع في رحم الزوجة لوجود عيب في جهازها التناسلي، فهذا حلال للضرورة الشرعية ومن باب التداوي المشروع وينسب المولود للأب والأم.[3]

يفهم من صياغة المادة المشار إليها أعلاه، أنه لا يجوز أن يدخل في عملية التلقيح طرف ثالث، كأن تستخدم لقيحة جاهزة من نطفة رجل أجنبي أو امرأة غريبة، أو زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة بديلة للزوجة وبالتالي فإن استخدام أي طرف في وسائل الإنجاب يعتبر باطل وغير شرعي.[4]

ولقد أضافت المادة 45 مكرر شرط عدم جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، والحقيقة أن هذا الشرط ذكره المشرع من باب التأكيد فقط – حسب نظري- لأنه موجود في الشرط السابق عندما اشترط أن يتم التلقيح برحم الزوجة بمفهوم المخالفة لا يمكن أن يتم التلقيح في رحم آخر.

ثانيا : الشروط الواردة في قانون الصحة

([1])خالد شبوعات و نور الدين زرقون، تحليل المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي على ضوء التطورات الطبية الحديثة وقانون الصحة الجديد 18-11، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 13 ، العدد 02، سنة 2021 ، ص 55.

([2]) حيدر حسين كاظم الشمري ، الاخصاب الاصطناعي اللاحق لانحلال الرابطة الزوجية ، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية ، مصر 2020، ص 15.

([3]) جمال غريسي و إلهام بن خليفة، المرجع السابق ، ص 82.

([4]) عربية باخة، المرجع السابق، ص 1309.

بالإضافة إلى الشروط المذكورة في قانون الأسرة، فقد أضاف قانون الصحة الجزائري مجموعة من الشروط لابد من احترامها عند إجراء عملية التلقيح الاصطناعي ، مع تأكيده على تلك الشروط الواردة في قانون الأسرة.

ولقد ذكر قانون الصحة هذه الشروط في المواد 371 و372 و373 منه.

أ- تقديم الزوجين طلب كتابي

بالرجوع إلى الفقرة الثانية للمادة 371 من قانون الصحة الجديد 18-11 فقد أكدت على أن يقدم الزوج و الزوجة طلبا كتابيا و هما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب و يجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية.[1]

ب-وجود حالة عقم مؤكدة طبيا

ومفاد هذا الشرط أنه إذا طالت الرابطة الزوجية بين الزوجين، وبذلالزوجين جهدهما في العلاج وغيره بغية الإنجاب ولكن دون نتيجة، واتضح بناء على تقرير طبي مصادق عليه من طرف أطباء مختصون انه لا سبيل للإنجاب إلا بالتلقيح الاصطناعي، وأنه لا يشكل عليهما أي ضرر أو مخاطر، جاز لهما اللجوء إليه بأصوله وقواعده وشروطه وطرقه المشروعة.[2]

فالسؤال الذي يثار في هذا الشأن، هل الزوجين الذين انجبا طفل أو طفلين، ثم أصبحا غير قادرين على الانجاب، هل يمكنهما الاستفادة من المساعدة الطبية؟

وللإجابة على هذا السؤال لا بد من معرفة التعريف العلمي للعقم، إذ يوصف الزوجين على أنهما يعانيان من العقم إذا لم ينجحا بتحقيق الحمل، بعد سنة كاملة من ممارسة الجماع المنتظم بدون استخدام الوسائل الواقية للحمل.[3]

انطلاقا من هذا التعريف نجد أن المشرع لم يفصل في مدى إمكانية لجوء الزوجين اللذين سبقا وان رزقا بطفل أو أكثر، سواء بطريق طبيعي و بوسيلة من الوسائل المساعدة على الانجاب، ومرت مدة طويلة على ذلك ولم يتمكنا من الانجاب مرة أخرى.

كما أن المشرع باشتراطه العقم لإجراء التلقيح الاصطناعي، يكون قد استبعد إمكانية اللجوء لهذه الوسيلة في الانجاب بغية تحديد جنس الجنين، -كأن يرغب الزوجين في أن يرزقا بصبي- كما استبعد إمكانية اللجوء إلى هذه التقنية لتفادي بعض الأمراض الوراثية، أو حتى لتحسين الجينات الوراثية.

إذ تعالت كثير من النعرات فى الآونة الأخيرة لإنشاء مستودع (بنك) تستجلب فيه نطف الرجال الأذكياء أو ذوى الأجسام القوية لتلقح بها أنثى رشيقة القوام سريعة الفهم لإثراء الصفات فى الجنس البشرى، وبديلا لهذه البنود وجه الإسلام الإنسان إلى المحافظة على قوة نسله وسلامة جسده ونفسه وذلك

([1]) من باب التسهيل على الزوجين وتوحيد شكل الطلب ، عادة ما تعتمد المؤسسات أو المراكز المختصة بالتلقيح على إعداد استمارة " FORMULAIR" يملأها الزوجين تتضمن كل المعلومات الشخصية المتعلقة بهما ، وكذا توقيعهما ، وموافقتهما على كل المخاطر التي قدم تحدث بسبب العملية،كالحمل المتعدد أو تشوهات الجنين.

([2]) مراد بن صغير، المرجع السابق، ص12.

([3]) الموقع الالكتروني /www.webteb.com

بإحسان اختيار كل من الزوجين للآخر.(**أنظر المرجع محمد السقا عيد،** التلقيح الصناعي ... وجهة نظر إسلامية).

وحسب وجهة نظري تقييد إمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي بالعقم فقط، إنما يتعلق بالمؤسسات العمومية وذلك لتخفيف الضغط عليها، أما المؤسسات والمراكز الخاصة فيمكنها القيام به، ذلك أن لهذه الأخيرة طابع تجاري ربحي في نشاطها.

ج- أن يتم التلقيح من قبل مؤسسات معتمدة ومرخص لها

اشترطت المادة 372 من قانون الصحة أن تتم الأعمال العيادية والبيولوجية 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 يجب عليها –المؤسسات – مراعاة قواعدالممارساتالحسنةوالأمنالصحيفيهذاالمجال،المحددةعنطريقالتنظيم.

المبحث الثاني :مفهوم الأجنة المجمدة والإشكالات المثارة بشأنها

في سياق تعرضنا للتلقيح الاصطناعي الخارجي عرفنا أنه لإجراء هذا النوع من العلاج ، يتم حقن الزوجة بهرمونات معينة، مثل كلوميفين(Clomifène) ، وهو شبه الأستروجين، وذلك لتنشيط الغدة النخامية التي تفرز هرمونات تنشط وتثير مبيض الزوجة، ثم حقن الهرمون الآدمي لتنشيط حويصلات جراف( ) Follicules Gaffionsو ذلك خلال فترة 10 الى 15 يوم حسب نسبة الاستجابة.

وقد يعطي الطبيب المرأة عقاقير إخصاب أخرى مثل النيوتروفين أو الهرمون المنشط للحويصلة أو الهرمون المسبب لانفجارها وخروج البويضة الجاهزة للإخصاب منها .وما يهمنا في هذا الشق من العلاج أن هذه العقاقير تسبب زيادة عدد البويضات في الدورة الشهرية، يقوم الطبيب باستخدام تحاليل الهرمونات والأجهزة فوق الصوتيةلتحديد موعد التبييض باليوم والساعة ، بعدها يتم القيام بالتقاط وجمع البويضات والتي يكون عددها أكثر من بويضة واحدة كما هو الأمر في التبييض الطبيعي، لأن المرأة قد عولجت قبل 15 يوم بهرمونات التي دفعتها إلى تكوين عدد كبير من البويضات.

بعد جمع البويضات تؤخذ عينة من السائل المنوي في نفس يوم جمع البويضات و يحضر السائل المنوي،يضع الطبيب البويضة في محاليل خاصة في هذا الطبق ويضع معها عددا كافيا من الحيوانات المنوية المنتقاة تحت الميكروسكوبليشاهد تلقيح أحد الحيوانات للبويضة. وتسمى البويضة بعد تلقيحها، بويضة ملقحة أو مخصبة(بويضات). [1]

بعد ارجاع بويضة أو أكثر إلى رحم المرأة ، يتم الاحتفاظ بالبويضات الملحقة الزائدة في مكان مخصص لذلك الغرض،من أجل اللجوء إليها في حالة عدم نجاح التلقيح الاصطناعي السابق، وهذه الأخيرة تثير مجموعة من الإشكالات القانونية ستتم معالجتها في هذا المبحث.

([1]) خالد حدة : المرجع السابق، ص 22.

المطلب الأول: مفهوم الأجنة المجمدة

خلال هذا المطلب نتعرف على المعنى الحقيقي للأجنة المجمدة ، كما سوف نتناول مدى مشروعية القيام بعملية تجميد الأجنة البشرية الزائدة من الناحية الشرعية.

الفرع الأول : تعريف الأجنة المجمدة

الأجنة المجمدة هيالبويضات الملقحة الناتجة عن التلقيح خارج الجسد، والتي لم يتم غرسها في الرحم، بل تم حفظها وتجميدها لاستخدامها حين الحاجة إليها.

يتم حفظ الأجنة المجمدة في أماكن مخصصة لهذا الغرض، تسمى ببنوك الأجنة، يمكن تعريف بنوك الأجنة بأنها :"**ثلاجات أو غرف كيميائية صغيرة يستخدم فيها نيتروجين السائل بغرض التبريد ويتم الحفظ بتجميد الأنسجة والخلايا تماما ووقف كل التفاعلات**،"وحينما يريد الأطباء الاستفادة منها يسمحوا بارتفاع درجة الحرارة تدريجيا فتعود لهذه الأنسجة والخلايا للحياة مرة أخرى . [1]

ويتم في هذه المراكز الاحتفاظ بالأجنة التي بلغت المراحل الأولى من نموها بحيث تكون قد انقسمت إلى 4-8 خلايا جنينية، وهذا الحفظ يكون تحت درجة حرارة 196 درجة مئوية تحت الصفر.[2]

ولتتوقف بذلك دورة الحياة التي بدأت لتوها عند الجنين، لكنها لا تنتهي حيث يتوقف عمره لتوقف نموه عند مرحلة معينة، وهي المرحلة التي حصل فيها التجميد، ويستمر التوقف إلى حين إزالة التجميد فتستأنف لديه دورة الحياة.[3]

و تتمثل مزايا التجميد عموما في النقاط التالية :

- تفادي اللجوء إلى عملية تنشيط المبيض وسحب البويضات من جديد، وبالتالي تكرار العملية ضمن فترات زمنية متقاربة، خاصة وأنها ممارسة مرهقة جسديا ونفسيا بالنسبة للمرأة.
- التكلفة المادية الباهظة.
- تجنب حدوث حمل التوائم أي الحمل المتعدد، والذي قد يعرض المرأة للإجهاض التلقائي.
- حالة خضوع أحد الزوجين أو كلاهما للعلاج الكيميائي أو الإشعاعي، كما هو الشأن علاج مرض السرطان، وهو العلاج الذي ينجم عنهتخريب وإتلاف للخلايا التناسلية، إلا أن تقنية التجميد توفر فرصة لحفظ الأجنة قبل بدأ العلاج، لتبقى ذخرا لذويها لوقت الحاجة.[1]

([1]) سارة خريسي، مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة في عمليات التلقيح الاصطناعي، دراسة تحليلية ذات صلة، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي بآفلو/ الأغواط، العدد 07 ، سبتمبر 2021، ص 258.

([2]) محمد بن هائل بن غيلان المدحجي، أحكام النوازل في الإنجاب، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الشريعة بالرياض جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، السنة الجامعية 1429-1430، ص 2.

([3]) رقية أحمد داود، تجميد الأجنة البشرية الزائدة عن الحاجة وجهة نظر شرعية وتشريعية، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد 05 ديسمبر 2014، ص 262.

- هذا بالإضافة إلى احتمال أن يكون الزوج في بلد والزوجة في بلد آخر عند إعادة عملية التلقيح الصناعي بعد فشل العملية الأولى، فيكون في تجميد اللقائح دفعاً لكلفة ومشقة السفر.
- وقد تطور الأمر ليأخذ بعداً آخر يتمثل في تجميد هذه الأجنة لاستخدامها من قبل أصحابها وقتما يريدون في المستقبل، ولو بعد عشرات السنين .[2]

لذلك ولغيره اعتبر التجميد الحل الأمثل لمشكلة الأجنة البشرية الزائدة عن الحاجة.[3]

الفرع الثاني: حكمتجميد الأجنة

مسألة تجميد الحيوانات المنوية والبويضات من النوازل الطبية الحادثة في الشريعة الإسلامية تقوم على الموازنة بين المصالح والمفاسد التي تترتب عليها، وعلى الباعث من اللجوء إليها.

الأصل أن لا يكون هناك فائض من البويضات الملقحة ، وقد نصت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية على أن الوضع الأمثل هو أن لا يوجد فائض منها، بل إن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي أوجب ذلك، حيث جاء في قراره بشأن (البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة) ما نصه : ((في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البيضات غير الملقحة للسحب منها ، يجب عند تلقيح البيضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة ، تفادياً لوجود فائض من البيضات الملقحة.[4] ولقد اختلف الفقهاء المعاصرون والباحثون في حكمها عند قيام الحاجة لتجميدها فترة من الزمن وفق ضوابط محددة.

لقد انقسم القفه الإسلامي بشأن موقفه إزاء الممارسة إلى قولين:

القول الأول جواز اللجوء إلى التجميد :

يرى جانب من الفقه الإسلامي أنه لا مانع من الاستعانة بتقنية التجميد بهدف الحفظ، إذا ما توفرت الضوابط التي تكفل عدم اختلاط الأنساب، التلاعب بالأجنة أو استعمالها لغرض يخالف ما لقحت لأجله إذا قامت بالحفظ جهة موثوقة تحكمها قواعد تنظم الممارسة.

وهو ما انتهت إليه أعمال ندوة "طفل الأنابيب" المنعقدة بجمعية العلوم الطبية الإسلامية بعمان –الأردن– حيث وضع أعضاء اللجنة الفقهية الطبية لهذه الجمعية في يناير 1994 مجموعة من الضوابط للقول بجواز التجميد، تتمثل فيما يلي:

– ألا يتم التجميد إلا بعد موافقة الأزواج المعنيين بالأجنة البشرية أي ذويها.

([1]) رقية أحمد داود ، نفس المرجع، ص 262.

([2]) محمد المدحجي ، المرجع السابق ، ص 604.

([3]) تجدر الإشارة أنه يمكن تجميد الحيوانات المنوية للرجل أيضا، لإعادة استعمالها ، لكن هذه الدراسة اقتصرت على شق تجميد الأجنة.

([4]) محمد المدحجي ، المرجع السابق ، ص 610.

– أن يتم التجميد في ثلاجات خاصة لتحفظ حياة الأجنة وفي ظروف تنظم استمرار النمو لديها حالة وقف التجميد.

– أن تكون الغاية من الحفظ هي الزرع في رحم المرأة صاحبة البويضة، والتي تم تلقيحها بماء زوجها.

– أن يتم اثبات الأجنة التي تم تجميدها في سجلات خاصة معدة لذلك ، بالإضافة إلى أسماء ذويها.

– أن يتم التجميد في مراكز ووحدات حكومية أو مؤسسة رسمية غير ربحية، بشرط أن تكون محل ثقة على المستوى العلمي والديني.[1]

القول الثاني : يحرم تجميد البويضات الملقحة، وإليه ذهب مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، وهو قول أكثر الباحثين.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

- إن في تجميد الأجنة حبساً للحياة عن مواصلة نموها حتى تصل الغاية المقدرة لها، وهذا لا يجوز.
- إن من مقاصد الشريعة حفظ النسب، وتجميد البويضات الملقحة يعود على هذا المقصد بالإبطال، فيجب منعه والقول بتحريمه صيانة لأنساب الناس عن الاختلاط، أو التشكيك فيها.
- إن الشريعة جاءت بسد الذرائع الموصلة إلى المحرم، وفي منع تجميد البويضات الملقحة سد لذريعة اختلاط الأنساب عمداً أو خطأ.
- إن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح .
- إن في تجميد البويضات الملقحة وقوعاً في الشبهات ؛ لاحتمال اختلاطها ، فلا يمكن الوثوق بنسبة هذه البويضة الملقحة لأصحابها.[2]

المطلب الثاني : الإشكالات التي تثيرها الأجنة المجمدة

إن التصرف في الأجنة المجمدة باستخراجها لاستعمالها، مسألة تطرح بعد إجراء عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي، سواء في حالة نجاح العملية، وذلك بهدف انجاب طفل آخر أو في حالة فشل العملية فيقرر الزوجين إعادة المحاولة باستعمال البويضات المجمدة.

أو أن يتم استخراج الأجنة بهدف التخلص منها أو اتلافها (عدم تحقق الشروط كتجاوز المدة فتقرر المؤسسة اتلافها). كل هذه مسائل تولد إشكالات منها ما قد تصدى له القانون بالتعليق ومنها ما يزال يؤرق الباحثين.

الفرع الأول : الإشكالات المتعلقة بالأجنة المجمدة

أولا : إشكالية رضا الزوجين وأثرها على التصرف في الأجنة المجمدة

([1]) رقية أحمد داود ، المرجع السابق، ص 264.

([2])محمد المدحجي ، المرجع السابق ، ص 613–614.

نظرا لكون الأجنة المجمدة تتكون من أمشاج الزوجين معا، فإن أي تصرف فيها يحتاج رضا وموافقة الزوجين معا. ولقد سبق وأن تطرقنا إلى مسألة وجوب توفر الرضا لإجراء التلقيح الاصطناعي، لكننا فيهذا العنصر نتطرق إلى رضا الزوجين في مرحلة ما بعد اجراء التلقيح وهي مرحلة التصرف في الأجنة الزائدة أو الفائضة.

قد يحدث أن تتعرض العلاقة الزوجية لعدم الاستقرار سواء وصل الأمر إلى الانفصال أو مجرد شقاق، فالإشكال الذي يثور في هذا الشأن هو :

هل يحق للزوجة أن تتقدم لوحدها طالبة إعادة زرع الأجنة المجمدة ؟

هنا لا بد من التفصيل بعض الشيء، إذ يختلف الأمر فيما إذا تقدمت الزوجة لوحدها مطالبة بإرجاع الأجنة المجمدة بغرض الحمل، سبب **غياب الزوج** ، أو أنها تقدمت للعملية لوحدها بسبب **رفض الزوج**. ارجاع الأجنة لعدم استقرار العلاقة الزوجية أو رغبته في الانفصال أو عدم رغبته في الانجاب.

أما في الحالة الأولى وهي مطالبة الزوجة بإجراء التلقيح باستعمال الأجنة المجمدة مع غياب الزوج

فإذا كان الزوج محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية، فهنا تثورإشكالية تعبيره عن رضاه في التصرف في الأجنة المجمدة .

يرى بعض الفقهاء بأنه لا يجوز حرمان الزوج الذي يتعرض لعقوبة الحبس من حقه في الإنجاب بشرط أن يتم ذلك وفق الضوابط المقررة. ويبررون موقفهم هذا من أن الغرض من توقيع العقوبة بجب 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. والراجح مما سبق هو مشروعية التلقيح الاصطناعي الذي يتم في هذا الفرض طالما أنه يتم بين الزوجين وبرضاهما وأثناء حياتهما حتى ولو كان أحد الزوجين محكوما عليه بعقوبة سالبة للحرية. (1)

وهذه المسألة لم يتناولها المشرع، ويمكن تطبيق القواعد العامة في التعبير عن الإرادة،والرضا الصادر من الزوجين ليست له صورة معينة ، فقد يصدر بالقول أو الكتابة ، وهذه الكتابة قد تكون بخط اليد ، أو مكتوبة على الآلة الكاتبة ، ولكن يتعين في الكتابة أن تكون بعبارات تدل على الرضا . (2)

---

[1] يوسف مسعودي ، المرجع السابق ص 118.

[2] محمد المدحجي ، المرجع السابق، ص 923.

ومن ذلك كأن يعبر الزوج كتابيا بقبوله أن تتصرف زوجته في الأجنة الزائدة وذلك بإعادة زرعها، نظرا لعدم إمكانية تقدمه شخصيا أمام العيادات أو المراكز المختصة بالتلقيح.

كما يمكن أن يكون الزوج مسافرا، وهي حالة أيضا يرجع فيها للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة، كأن يبعث برسالة ذات طابع رسمي يعبر فيها عن رضاه على استعمال زوجته للأجنة المجمدة.

أما في الحالة الثانية وهي مطالبة الزوجة بإجراء التلقيح باستعمال الأجنة المجمدة مع رفض الزوج.

ولما كان طلب الزوجة من زوجها قبوله إجراء عملية التلقيح الاصطناعي – باستعمال الأجنة المجمدة– هو مطلبمشروع يهدف إلى تحقيق أهم أهداف الزواج وهو الإنجاب والتكاثر الطبيعي الشرعي، خاصة أن التلقيح الاصطناعي يعتبر عمل قانوني وشرعي بشرط احترام الضوابط المطلوبة، فإن الزوج الرافض لإجراء عملية التلقيح يعتبر مرتكبا لخطأ غير مبرر وبالأخص إذا كان قد دلس وأخفى على زوجته أن العيب يكمن فيه أو كان رفضه بعذر غير مقبول.

فإذا رفع الزوج دعوى الطلاق لإصرار زوجته على إجراء العملية، اعتبر طلاقه تعسفيا. كما يحق للزوجة رفع دعوى التطليق طبقا للمادة 53 /2 و10 من قانون الأسرة.[1]

ويُتصور القيام بعملية التلقيح الصناعي بدون رضا الزوج باستخدام الغش من قبل الطبيب، ففي مثل هذه الحالة يمكن للزوج رفع دعوى الطلاق ولا يعتبر طلاقه تعسفيا، بل أكثر من ذلك يمكنه المطالبة بالتعويض.

في ظل انعدام القرارات القضائية وغياب رأي المشرع فإن الأمر يرجع للسلطة التقديرية للقاضي، لذا يمكن – حسب رأيي الشخصي– في حالة عدم سماح الزوج لزوجته استعمال الأجنة المجمدة دون مبرر مقبول، رفع دعوى قضائية تلزمه بالموافقة على العملية وفي حالة الرفض إلزامه بدفع تعويض عن الضرر المادي والمعنوي اللاحق به مؤسسة طلبها على نص المادة 124 من القانون المدني.

أما عن احتمال أن ترفض الزوجة اجراء العملية، وإن كانت نادرة الحدوث نظرا لما تتمتع به المرأة من غريزة الأمومة، فإنها قد وقعت في فرنسا.

وقد أجابت عن هذه الحالة محكمة بوردو الفرنسية بتاريخ 3 ماي 1990 وذلك فيما يلي: " أن الزوجة رفضت الخضوع لعملية التلقيح الاصطناعي خارج الرحم مع زرع البويضة في رحمها بعد التخصيب ، فقام زوجها برفع دعوى ضدها أمام محكمة بوردو الابتدائية طلب ظلها الحكم له بفك الرابطة الزوجية واستند في طلبه أنه برفض زوجنه اجراء العملية تكون قد ارتكبت خطأ جسيم حسب مفهوم المادة 242 من القانون المدني الفرنسي وهي مادة تعطي كل الزوجين الحق في طلب التطليق في حالة ارتكاب الزوج الآخر خطأ شريطة أن يشكل خرقا جسيما للواجبات الزوجية...وقد بررت الزوجة رفضها بوجود عيب

([1]) بوقرين عبد الحليم و يخلف عبد القادر، أثر التلقيح الاصطناعي على نطاق حماية الزوجة بين قانوني الأسرة والعقوبات ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 09 ، د ت، ص 89.

خلقي في جهازها التناسلي ، فأصدرت المحكمة حكما برفض دعوى الطلاق باعتبار أن الزوجة لم يصدر منها أي خطأ، فقد قام الزوج باستئناف الحكم أمام محكمة استئناف بوردو إلا أن هذه الأخيرة أيدت الحكم وعللت قرارها أن الزوجة خضت لعدة محاولات فاشلة وأن عملية الاخصاب عندها غير ناجحة."[1]

أما عن إشكالية اختلاف الزوجين في مصير الأجنة الفائضة من حيث إمكانية اتلافها ، فالمسألة من الناحية الفقهية مختلف فيها، الباحثون المعاصرون منهم من رأى جواز ، ومنهم من رأى عدم جواز ذلك وأنه يجب تركها حتى يتوقف نموها وتنتهي حياتها دون تدخل من أحد . وقد جاء في توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في ندوتها التي عقدت في (20-23) شعبان 1407 هـ الموافق (18-21) إبريل 1987م بعنوان (الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية) : ((**أما إذا حصل فائض ، فترى الأكثرية أن البويضات الملقحة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع ، ولا احترام لها قبل أن تنغرس في جدار الرحم ، وأنه لذلك لا يمتنع إعدامها بأي وسيلة**))[2]

أما المشرع الجزائري فلم ينص على قرار الاتلاف هل هو قرار شخصي ينفرد به الزوج أم أنه قرار مشترك يخضع لإرادة الزوجين .

لذا وجب على المشرع التدخل بتنظيم المسألة وتحديد المسؤول عن اتخاذ القرار.

ثانيا : إشكالية وفاة الزوج وأثرها على التصرف في الأجنة المجمدة

إن مسألة تلقيح المرأة بمني زوجها المتوفي مسألة خلافية بين الفقهاء، فغالبية الفقهاء اعتبروه أمر غير جائز ومحرم شرعا .

وهناك رأي آخر يقر بجواز تلقيح المرأة بنطفة الزوج بعد الوفاة للتمييز بين حالتين: الأولى أن تتم العملية خلال فترة العدة. ورغم تقييد بشروط إلا أنهم اعتبروه أمر غير مستحسن، على أساس أن أحكام الزوجية لا تنتهي بالوفاة إنما بانتهاء العدة.

الحالة الثانية وهي أن تتم عملية التلقيح بعد انتهاء العدة فهذا أمر غير جائز ومحرم شرعا.[3]

وتبرير الموقف الذي يقر بجواز التلقيح بعد الوفاة وأثناء العدة،- أربعة أشهر وعشرة أيام-، واستند الفقهاء و أصحاب هذا الاتجاه إلى ما ذكره الفقهاء من جواز تغسيل أحد الزوجين للآخر بعد الوفاة، ومنهمالإمام مالك، و عليه استنبطوا حكما مفاده أنه لو انتهت الحياة الزوجية بالوفاة لما جاز لأحدهما لمس الآخر بعد الوفاة، والمتفق عليه جواز تغسيل أحدهما الآخر بعد الوفاة .إن الرأي المجيز لعملية التلقيح بعد الوفاة وأثناء العدة يؤخذ عليه أنه أخذ بجواز لمس أحد الزوجين كدليل على جواز تلقيح زوجة المتوفى بمني زوجها، لأنه لا يمكن قياس جواز لمس المرأة لزوجها بعد الوفاة من أجل تغسيله وهو أمر محل خالف

([1]) بوقرين عبد الحليم و يخلف عبد القادر، المرجع السابق، ص 90-91.

([2]) محمد المدحجي، المرجع السابق، ص 618.

([3]) محمد الطيب سكيريفة، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وإشكالاته،المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد المجلد: 05 العدد: 01 السنة: 2020، ص 211.

فقهي وليس له أهمية كبرى مع مسألة التلقيح بعد الوفاة وما يترتب على ذلك من إلحاق النسب بالمتوفى وهو أمر في غاية الخطورة، بالإضافة إلى أنه يتعارض مع الأصول الثابتة التي يحدد على أساسها نسب الولد من أبيه.[1]

إن المشرع الأسري قد حذا حذو غالبية فقهاء الإسلام بشأن شرط التلقيح أثناء حياة الزوجين، و لم يدخل في الخلاف الفقهي الذي حصل بينهم، لكن قد يحدث للزوج أن يصاب بما يعرف علميا بالموت الدماغي. فالإشكال المطروح هل يمكن للزوجة طلب استرجاع الأجنة المجمدة وحقنها حال رقود زوجها في المستشفى بسبب موته الدماغي؟

في هذا المقام لابد من معرف الموت الدماغي هو "فقد دائم لنشاط الدماغ ، ونتيجة لذلك يتعذر على المريض التنفس أو المحافظة على الوظائف الحيوية من تلقاء نفسه، ويحدث عنده فقدان دائم للإدراك والقدرة على التفكير."[2]

إن التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين حال موت الدماغ من الأمور المشروعة لارتباطه بحالات اجتماعية وأسرية خاصة تحقق مصلحة الزوجة بوجود من يرعاها ويحقق لها غريزة الأمومة الفطرية، باعتبار أن الوفاة الدماغية غير قاطعة في تحقق الموت من الناحية الطبية والشرعية، ولأنه قد بني على وجود الإذن الضمني المسبق بوجود عقد الزواج الصحيح، طالما حققت جملة من الشروط أهمها وجود عقد زواج شرعي بين الطرفين، وأن يتم التلقيح بمعرفة أهل الزوجين ومعرفتهما بالإضافة إلى وجوب أن يتحرى القائمون على التلقيح الصناعي كافة التفصيلات الخاصة بعنصر الإثبات لهذه العملية، وأن يتم ذلك بأمانة وثقة ومسؤولية.[3]

وانطلاقا من هاذ الرأي يمكن أيضا القول– حسب رايي الشخصي– بمشروعية استعمال الأجنة المجمدة في حالة الموت الدماغي، باعتبار أن الفقهاء أجازوا التلقيح لوجود رابطة الزوجية ووجود المصلحة، وهذه المسائل متوفرة في حالة استخراج الأجنة المجمدة ، إضافة إلى أن الزوج المتوفي دماغيا في هذه الحالة يكون قد قطع أشواط في عملية التلقيح ، ما يستشف منه موقفه الدال على
رضاه وموافقته على الانجاب.

الفرع الثاني : موقف القانون من هذه الإشكالات

لمعرفة كيف واجه القانون الوضعي الإشكالات المتعلقة بالأمشاج أو الأجنة المجمدة نتطرق لبعض ما جاء في التشريعات المقارنة، ثم نتناول موقف المشرع الجزائري.

أولا : موقف التشريعات المقارنة في الأجنة المجمدة

([1]) خالد شبوعات و نور الدين زرقون، المرجع السابق، ص 55.

([2]) الموقع الالكتروني WWW.MSDMANUALS.COM

([3])سهيل الأحمد، مدى مشروعية الإخصاب وحصول أطفال الأنابيب من الزوج حال موته الدماغي في الفقه الإسلامي، مجلةالمفكر للدراسات القانونية والسياسية؛ المجلد 3 ، العدد 4، ديسمبر 2020، ص 27.

لقد انقسمت التشريعات الوضعية بين رافض لفكرة التجميد جملة وتفصيلا ، ومكتفيا بتلقيح العدد الذي سوف يتم زرعه من البويضات ، وبين مجيزا لفكرة تجميد الأجنة الفائضة، مع تقييد الأمر بضوابط وفيما يلي سوف نتناول موقف التشريعات المقارنة من التجميد، ثم موقف المشرع الجزائري.

أ- التشريعات المقارنةالرافضة لفكرة التجميد

من بين التشريعات الرافضة لفكرة التجميد نجد المشرع النمساوي، من خلال القانونالصادر سنة 1992، المعدل سنة 2004 ، المتعلق بالطب الانجابي والذي يجيز من حيث المبدأ تلقيح فائض من الأجنة البشرية، ومن ثم منع الحفظ والتجميد طالما الأمر يتعلق بسحب البويضات التي سيتم تلقيحها لا غير. إلا أنه استثنى حالة إصابة المرأة بمرض، على ألا تتعدى مدة الحفظ سنة.

وهو نفس موقف المشرع الإيطالي بموجب القانون رقم 40 لسنة 2004 والمتعلق بالإنجاب البشري المساعد.

أما المشرع الإماراتي فقد جاء انكاره لمبدأ تجميد الأجنة مطلقا ورافضة لفطرة انشاء بنوك الأجنة ومعاقبة على كل تجاوز أو مخالفة وهو ما يؤكده القانون رقم 11 لسنة 2008 بشأن مراكز ووحدات المساعدة الطبية على الانجاب.[1]

ب- التشريعات المقارنة المجيزة لفكرة التجميد

من بين التشريعات التي تقر بإمكانية تجميد الأجنة البشرية وفق ضوابط، التشريع الفرنسي من خلال نص المادة 152/3 الفقرة 02 من القانون654-94 وكذا المادة 2141/3 الفقرة 02 من القانون 800-2004، واشترط رضا الزوجين لتجميد الأجنة مع قيود أخرى، مع تحديد مدة التجميد الأقصى ب 05 سنوات.

سمح المشرع التونسي هو الآخر القيام بعملية التجميد وفق ضوابط وتدابير ورتب المسؤولية الجزائية في حالة مخالفة التدابير ، وفقا لما جاء في الفصل 31 الفقرة 02 من القانون رقم 93 لسنة 2001.[2]

ثانيا :موقف المشرع الجزائري

تناول المشرع الجزائري جواز تجميد الحيوانات المنوية والبويضات في قانون الصحة الجديد وعبر عنها بحفظ الأمشاج، فالتجميد هو الحفظ، وذلك من خلال المادة 376 من قانون رقم 18-11 التي نصت" تحدد شروط حفظ واتلاف الامشاج عن طريق التنظيم".

([1]) رقية أحمد داود ، المرجع السابق، ص 274-275.

([2]) رقية أحمد داود، المرجع السابق، ص 273.

لكن بالرجوع إلى التعليمة رقم 300 المؤرخة في 15 ماي 2000 المتعلقة بأفضل الممارساتالسريرية والبيولوجية في المساعدة الطبية على الإنجاب حيث عالجت هذه التعليمة كل ما يخص تجميد الحيوانات المنوية والبويضات والأجنة، فبينت الطريقة المعتمدة في التجميد وشروط استخدامها والأشخاص الذين يستفيدون منها.

وأجازت التعليمة رقم 300 إجراء التجميد للأزواج قبل أو أثناء التلقيح الاصطناعي.

لكن قيدت التعليمة القيام بالتجميد لمن يعانون أمراضا تهلك حيواناتهم المنوية أو بويضاتهن، أو المقبلون على العلاج الكيميائي أو العلاج الإشعاعي كمرضى السرطان مثلا، وحددت مدة الحفظ سنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة بناء على طلب كتابي لتجديدها أو إتلافها في سجل طبي موقع عليه من المريض والطبيب.[1]

كما منحت التعليمية إمكانية التجميد للمقبلين على الزواج بشكل استثنائي لأسباب طبية كخضوعهم للعلاج الكيمياوي أو الاشعاعي.

أما بالنسبة لتجميد البويضات الملقحة(الأجنة) فأجازت التعليمة إمكانية تجميد الأجنة لنقلها في وقت لاحق، والتي تخضع لموافقة خطية من الزوجين، وتبلغ فترة التجميد بثلاث سنوات ، وبعد ذلك يمكن اتلافها بعد ابلاغ الزوجين مسبقا بموجب تقرير يدل على ذلك، وأوجبت التعليمة اتلاف الأجنة في حالة وفاة أحد الزوجين أو الطلاق.[2]

أن يكون الغرض من حفظ الأجنة إتمام مشروع إنجابي أسري مستقبلي لا غير، وبالتالي بغية تحقيق الأبوة والأمومة لدى ذوي الأجنة المحفوظة.[3]

الخاتمة

مما لا شك فيه أن المراحل المتقدمة التي وصل إليها العلم في مجال التقنيات المساعدة على الإنجاب ساعدت في حل معضلة الانجاب وتحقيق حلم الأبوة والأمومة بالنسبة للعديد من الأزواج، سواء كان هذا التدخل عن طريق تلقيح اصطناعي داخلي أو خارجي.

ولقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على التلقيح الاصطناعي، إذ تناولناه من حيث التعريف والضوابط والصور، ثم تم التركيز على جزئية البويضات الملقحة الزائدة الناتجة عن عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي، والمصير الذي تلقاه سواء الاتلاف المباشر، كما ذهبت إليه بعض الآراء الفقهية ، وبعض التشريعات الوضعية.

([1]) جلود صالح، المرجع السابق، ص 294.

([2]) جلود صالح، نفس المرجع، ص 295.

([3]) رقية أحمد داود، المرجع السابق ، ص 276.

أو أن يكون مصير تلك البويضات الزائدة هو الاحتفاظ بها في أماكن تسمى ببنوك الأجنة وذلك بغية إعادة استعمالها، وهو الأمر الذي ينطوي على العديد من المشكلات كما بينت الدراسة.

ومن **النتائج** المتوصل إليها أن التلقيح الاصطناعي في حد ذاته يعتبر من الناحية الشرعية من النوازل التي تصدى لها الفقهاء كل حسب اجتهاده الشخصي بين المحرم والمجيز وفق ضوابط شرعية محددة.

من النتائج أيضا أن المشرع الجزائري تبنى فكرة التلقيح الاصطناعي من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة وحدد ضوابط، ثم أضاف بعض القيود من خلال القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

كما رأينا أن المشرع ساير فكرة إمكانية تجميد الأجنة الفائضة، لكنه اقتصر الغرض من تجميدها على إعادة استعمالها من طرف ذويها في حالة عدم نجاح التلقيح أو تجميدها لأسباب تتعلق بالحالة الصحية للزوج، مستبعدا فكرة التجميد من أجل إجراء التجارب والبحوث العلمية.

والمتوصل إليه في هذه الدراسة أن مسألة إعادة استعمال الأجنة المجمدةالزائدة ، تشكل معضلة شرعية وقانونية ، لذلك فإن هذه الدراسة انتهت بمجموعة من **التوصيات** هي:

- ✓ ضرورة تنظيم التلقيح الاصطناعي كمسألة ترمي بظلالها على القانون والطب بقانون خاص يتم اللجوء إليه في حالة قيام أي إشكال، حتى لا يتوه الباحث عن الحل بين قانون الأسرة وقانون الصحة والقانون الجنائي.
- ✓ أن يشمل هذا القانون- المنتظر - كل المسائل المتعلق بالتلقيح من شروط وضوابط وجزاءات.
- ✓ معالجة موضوع البويضات الزائدة من حيث الاتلاف أو من حيث التجميد وكذا من حيث إعادة الاستعمال.
- ✓ تحديد صاحب القرار النهائي في حالة الخلاف بين الزوجين حول مصير البويضات.
- ✓ ضبط عملية التلقيح بالاقتصار على الحد الضروري من البويضات، وعدم جواز اخصاب فائض منها وتجميدها والاقتصار على تلقيح الحد الضروري من البويضات.

المراجع

القوانين

1- القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 24 الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل والمتتم بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

2- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج ر العدد 46 الصادر في 29 يوليو 2018. المعدل بالأمر 20-02 المؤرخ في 2020/08/30.

المعاجم

1- أبو الحسين أحمد ابن فارس زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، دون طبعة، بيروت لبنان 1979.

2- ابن منظور لسان العرب، دار المعارف ، مصر، د ت .

الكتب

حيدر حسين كاظم الشمري ،الاخصاب الاصطناعي اللاحق لانحلال الرابطة الزوجية ، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية ، مصر 2020.

المجلات

1- بوقرين عبد الحليم و يخلف عبد القادر، أثر التلقيح الاصطناعي على نطاق حماية الزوجة بين قانوني الأسرة والعقوبات ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 09 ، د ت.

2- جلود صالح ، التلقيح الاصطناعي وتجميد البويضات والحيوانات المنوية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 11، العدد01 ، السنة 2022 .

3- جمال غريسي و إلهام بن خليفة، عملية التلقيح الاصطناعي والاشكالات التي تثيرها في اثبات نسب المولود بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 19 العدد01 ، 2022.

4- خالد شبوعات و نور الدين زرقون، تحليل المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي على ضوء التطورات الطبية الحديثة وقانون الصحة الجديد 18-11، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد13 ، العدد 02، سنة 2021 .

5- رقية أحمد داود، تجميد الأجنة البشرية الزائدة عن الحاجة وجهة نظر شرعية وتشريعية، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد 05 ديسمبر2014.

6- سارة خريسي، مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة في عمليات التلقيح الاصطناعي، دراسة تحليلية ذات صلة، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي بآفلو/ الأغواط، العدد 07 ، سبتمبر 2021.

7- سعد عبد اللاوي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري ودوره في حل معضلة الانجاب، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، أفريل 2019.

8- سهيل الأحمد، مدى مشروعية الإخصاب وحصول أطفال الأنابيب من الزوج حال موته الدماغي في الفقه الإسلامي، مجلةالمفكر للدراسات القانونية والسياسية؛ المجلد 3 ، العدد 4، ديسمبر 2020.
9- عربية باخة، ضوابط التلقيح الاصطناعي وأثر مخالفتها في التشريع الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد 06، العدد 02، نوفمبر 2019.
10- ماية بن مباركو زوليخة زوزو، التلقيح الصناعي والمسؤولية المدنية الطبية المترتبة عن إجراءه حسب التشريع الجزائري،مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع – العدد الثاني ديسمبر – 2020.
11- محمد الطيب سكيريفة،التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وإشكالاته،المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد المجلد: 05 العدد: 01 السنة: 2020.
12- مراد بن صغير، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحقيقة، المجلد 09، العدد 02 لسنة 2010.
13- يوسف مسعودي ، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 01، العدد01 لسنة 2016.

الرسائل والأطروحات:

1- خالد حدة ، أحكام التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج البويرة ، السنة الجامعية2013-2014.
2- محمد بن هائل بن غيلان المدحجي، أحكام النوازل في الإنجاب، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الشريعة بالرياضجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، السنة الجامعية 1429-1430.

المواقع الالكترونية:

1- الموقع الالكتروني www.msdmanuals.com
2- الموقع الالكتروني www.webteb.com

التجارب الطبية على جسم الإنسان بين المفهوم والضوابط القانونية

ط.د. نون علي
كلية الحقوق. جامعة وهران 2

ط.د. بالبشير الطيب
كلية الحقوق. جامعة وهران 2

ملخص:

يعتبر الجسم البشري من أهم المكتسبات التي يتمتع بها الإنسان وهو من الحقوق القانونية التي لا يجوز المساس بها، وقد حرصت كل التشريعات والقوانين الداخلية والدولية على حماية هذا الحق. والمجال الطبي كسائر العلوم الأخرى; عرف ثورة وتقدم سريع وكبير; تجاوز الأعمال الطبية التقليدية، فلم يعد يقتصر على تقديم الدواء فقط، بل أصبح مجال حيوي مرتبط بأمور علاجية لإيجاد حلول للأمراض الفتاكة والمستعصية، ومتنوع كالتجارب الطبية على جسم الإنسان وهو ما سنتطرق لمفهومه في إطاره القانوني.

كلمات مفتاحية : التجارب الطبية; جسم الإنسان; المرقي; الضوابط القانونية

Abstract:

The human body is one of the most precious gains enjoyed by man. It has got a legal protection that must not be violated. All international and internal legislations have been keen to keep this right untouched. The medical field as well has recently known a rapid revolution and a great progress beyond the late traditional medical work. It is no longer related to the provision of medicines and drugs, but it has developed new therapeutic matters to find solutions to deadly and intractable diseases like; medical experiments on the human body; which we will discuss in its legal framework.

Key words: medical experiments; human body; promoter ; legal checks

مقدمة:

أدركت الكثير من الدول أهمية البحث العلمي كركيزة أساسية للتقدم في جميع المجالات; وعلى هذا الأساس قامت بتخصيص ميزانيات ضخمة لتمويل مشاريع البحث وبناء الكثير من المراكز البحثية ورعاية العلماء، وقد عرف العصر الحديث قفزات علمية في كل المجالات; ومنها العلوم الطبية التي لم تكن بمنأى عن هذا التطور، بل تعتبر من أهمها لأنها مجال يمس بصحة الإنسان واستمراريته ووجوده.

إن الأعمال الطبية لم تعد تقتصر على حفظ الصحة فقط; فقد أخذت هي الأخرى نصيبا من التطور; فمن اكتشاف مختلف اللقاحات كشلل الأطفال، الملاريا; إلى هندسة الجينوم، الكائنات المجهرية، الهندسة الوراثية، وغيرها، وقد ساعد على هذا التقدم المذهل ربط الطب والبيولوجيا بالتقنية، ما سهل من عملية البحث وجعل المعلومات الطبية في تحيين دائم من خلال نشر الباحثين لأوراقهم البحثية، كذلك

ساعدت التقنية في جمع المعلومات بصورة أوسع، وعززت التواصل بين الباحثين والأطباء في جميع أنحاء العالم.

أما موضوع البحث فهو يتعلق بأهمية الدراسات العيادية وأهميتها، وكذا في مدى فاعلية الآليات القانونية كضمانات لحماية كل من الطبيب أو كما اصطلح عليه قانونا المرقي وكذا الشخص الخاضع للتجربة العلمية، خاصة وأن التجارب الطبية على الانسان تثير إشكال يتعلق بضمانات البحث العلمي والحدود المتاح لإجراء هكذا نوع من التجارب، وبين احترام الكيان الإنساني وعدم المساس بحرمته إلا عند مصلحة يقرها القانون.

وبناء على ما سبق عليه فإن مشكلة الدراسة تتمحور حول مفهوم التجارب الطبية على الإنسان وما هو إطارها القانوني في التشريعين الجزائري والدولي؟

أهمية الدراسة :

– بيان وتوضيح مفهوم التجارب الطبية في مختلف القوانين الدولية والوطنية.

– بيان القواعد الشكلية والقانونية للتجارب الطبية على الإنسان.

منهج الدراسة :

نظراً لطبيعة هذه الدراسة فقد اعتمدت على المنهج الوصفي التحليلي للإحاطة بالموضوع، وعلى هذا الأساس قسمنا الدراسة إلى مبحثين، حيث تطرقنا في المحور الأول إلى مفهوم التجارب الطبية، أما المحور الثاني; فهو حول الضوابط الشكلية و القانونية لإجراء التجارب الطبية على الإنسان.

المحور الأول: مفهوم التجارب الطبية

يمكن تقسيم التجارب الطبية بوجه عام إلى نوعين هما; التجارب العلاجية التي يباشرها الطبيب بقصد علاج المريض باستخدام وسائل حديثة لعدم وجود دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء، والتجارب غير العلاجية; وهي تجارب علمية يهدف الطبيب من ورائها إلى اكتساب معارف جديدة بخصوص الوقاية من الأمراض أو المعالجة الوقائية أو العلاج[1].

المطلب الأول: تعريف التجارب الطبية و أنواعها

الفرع الأول: تعريف التجارب الطبية

التجربة الطبية لغة هي :

التجربة من المصدر جرب، أي جرب الشيء تجريبا وتجربة، أي اختبره مرة بعد الأخرى، لتلافي النقص في هذا الشيء وإصلاحه، أو للتحقق من صحته، وجمعها تجارب[2].

---

[1] خالد بن النوي، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسئولية المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010 ، ص 12–13.

[2] العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص24 .

التجربة الطبية اصطلاحا هي :

الحالة التي يقوم فيها الإنسان لاستحداث الأشياء في كافة مناحي الحياة، فالتجربة يمكن أن تقع في مجال الزراعة أو الصناعة أو النواحي البيولوجية وتهدف إلى الارتفاع بالمستوى العلمي في كافة معطيات الحياة[1].

إذن يمكن تعريف التجارب الطبية على أنها :

تلك الإجراءات والأعمال الفنية التجريبية أو النظرية التي تهدف إلى الكشف عن الحقيقة، أو جمع المعطيات العلمية أو اختبار مدى صحة فرض معين، أو الوصول إلى .المعرفة بشأن حالة أو ظاهرة وواقعة أو شيء معين[2].

وهي جمع المعطيات علمية للكشف عن فرض من الفروض لأغراض علمية، أو للتحقق من صحتها و هي الجزء من المنهج البحثي التجريبي على الإنسان و هي تختلف بحسب الغرض أو القصد العام من إجرائها سواء كانت علاجية او غير علاجية أو عمليات جراحية تجميلية غير مسبوقة[3].

و هي كذلك "تدخل تجريبي يشمل مجموع الأعمال العلمية او الفنية التي يكون الغرض منها ليس العلاج دائما، و إنما الحصول على معلومات جديدة بخصوص المرض موضوع البحث أو علاجه[4].

الفرع الثاني: أنواع التجارب الطبية

تنقسم التجارب الطبية إلى نوعين فالنوع الأول يقصد به علاج المريض وشفائه، أما النوع الثاني تجربة غير علاجية لمن تجرى عليه التجربة والقصد منها ملاحظة النتائج والحصول على معارف جديدة.

أولا- التجارب العلاجية :

إن الغرض من التجار ب العلاجية هو إيجاد علاج للمريض من خلال إجراء طرق جديدة في العلاج كالأدوية الجديدة، أو الأشعة أو غيرها من الوسائل الحديثة[5].

إن التجارب العلاجية لا تختلف عن الأعمال الطبية التقليدية، فكلاهما يقوم بها الطبيب بشكل يومي أثناء معالجة مرضاه وفقا للمعطيات العلمية الحديثة، كما يخضعان لنفس أسباب الإباحة التي تجيز الأعمال الطبية[1].

---

(1) عبد القادر الشيخلي، قواعد البحث القانوني، درا الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1 ، 1999 ، ص 8 .

(2) مفتاح مصباح بشير الغزالي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية، دراسة مقارنة، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 2005 ، ص64 .

(3) بلحاج العربي، الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة) ، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2011 ص 16 .

(4) خالد بن النوي، مرجع سابق ذكره، ص 52 .

(5) خالد بن النوي، مرجع سابق ذكره، ص 37 .

وتعرف بانها مجموعة الأعمال العلمية أو الفنية التي يستخدمها الطبيب بهدف معالجة مريض معين وتحسين حالته الصحية أو الحد من مضاعفات مرضه أو تخفيف آلامه[2].

والتجربة العلاجية هدفها تحقيق مصلحة المريض الخاضع لها بصفة أساسية من داء ألم به بطريقة جديدة ومبتكرة، كما تهدف في نفس الوقت إلى تحقيق مصلحة العلم، فالهدف الأساسي هو علاج المريض بأساليب حديثة والتي تدخل ضمن باب الواجب المهني لكل طبيب في البحث عن أساليب جديدة ومتقدمة في العلاج[3].

ويكمن الاختلاف بين التجارب الطبية العلاجية وباقي الأعمال الطبية العلاجية الأخرى في نسبة توقع نجاح العلاج، بحيث أن في التجربة الطبية العلاجية تكون نسبة نجاح العلاج الجديد غير متوقعة وغير مؤكدة بصفة دقيقة وذلك لأن إمكانية نجاح العلاج الجديد تكون في البداية مجرد فرض يتوجب على الأطباء إثبات تحققه من خلال اللجوء لتجربته على الإنسان، أما في الأعمال الطبية التقليدية، فإن كان من المستحيل الجزم بنجاح العلاج بصفة مطلقة، فإنه يمكن على الأقل توقع نسبة نجاح العلاج مسبقا بصفة مؤكدة[4].

ثانيا– التجارب غير العلاجية :

هي تلك التجارب التي تجرى على المتطوعين أصحاء أو مرضى لا تكون لهم مصلحة مباشرة من إجراء التجربة، إنما يكون الهدف المباشر منها تطبيق وسيلة حديثة من طبيعة علمية بحتة، لمجرد إشباع شهوة علمية أو فضول علمي أو بقصد اكتشاف مدى فاعلية وسيلة معينة في محال التشخيص أو العلاج أو الوقاية، ومدى المخاطر المتوقعة منها في هذه الحالات[5].

ويمكن تعريفها على انها : "كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم، أو المساهمة فيها بطريقة مباشر"[6].

---

(1) عبد الحكيم دحماني، المسؤولية الجزائية عن التجارب الطبية، مذكرة لنيل شهادة مدرسة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2012 – 2013، ص 25.

(2) كامران الصالحي، الطبيعة القانونية للبحوث والتجارب الطبية غير العلاجية على الإنسان في الاتفاقيات الدولية وفي القانون الإتحادي رقم (10) لسنة 2008، ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الإتحادي رقم (10) لسنة 2008 ، ص . 341

(3) ميرفت حسن منصور، التجارب الطبية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار .الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2013 ، ص 26.

(4) عبد الحكيم دحماني، مرجع سابق ذكره، ص 43.

(5) بن عودة سنوسي ، مرجع سابق ذكره، ص 68 .

(6) و هو التعريف الذي خصتها به إدارة الصحة الأمريكية، مشار إليه لدى، د.محمد سامي الشوا الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1986 ، ص 493.

ويعرفها البعض بأنها " :تلك التجارب التي تهدف إلى خلق حالة مرضية لدى إنسان متطوع سليم الصحة وإخضاعه للتجارب والأبحاث للتوصل إلى الأسلوب الأمثل في العلاج، أو قد يطبق .بشأنه وسيلة حديثة لبيان مدى فاعليتها[1].

المطلب الثاني: موقف مختلف التشريعات من التجارب الطبية

اتفقت أغلب التشريعات على مشروعية التجارب الطبية التي تجرى على جسم الإنسان; و التي تهدف إلى تحقيق مصلحة الشخص الذي يخضع لها; بشرط اتباع الضوابط القانونية مع ضرورة الموافقة المستنيرة للشخص الخاضع لها، أما فيما يخص البحوث المتعلقة بالتجارب التي تجرى بقصد البحوث العلمية، فهناك اختلاف في مشروعيتها.

وسنتطرق في هذا المطلب إلى بعض التشريعات الدولية و الوطنية التي نصت على ضوابط و شروط إجراء التجارب الطبية على الإنسان.

الفرع الأول: من خلال الإتفاقيات الدولية :

1- تقنين نورمبرغ le code de Nuremberg[2] : وهو تقنين جاء عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية، و إنشاء محكمة عسكرية لمحاكمة مجرمي الحرب النازيين بتهم تتعلق بإجراء تجارب طبية على أسرى الحرب دون ضوابط أخلاقية و قانونية.

وقدت وضعت بعض الشروط للتجارب التي تجري و منها :

- أن يكون للتجارب العلمية فائدة علمية للانسانية يستحيل الوصول عليها دون التجريب على الانسان.
- أن تكون طريقة ممارسة التجربة محددة.
- ضرورة الحصول على رضا الخاضع للتجربة وبموافقة حرة و خالية من عيوب الارادة و اعلامه بالمخاطر المحتملة .
- أن تسبق التجربة على الانسان تجربة على الحيوان للتأكد من عناصر المشكلة.
- تجنيب الشخص كل خطر محتمل كما للشخص الحق في ايقافها في أي مرحلة من مراحلها، و كذلك الامر المسؤول عنها اذا لاحظ ان الاستمرار فيها يؤدي الى الاضرار بالشخص الخاضع للتجربة.
- ضرورة اجراء التجربة من قبل اطباء اكفاء و باحثين ع توخي الحيطة و الحذر طول فترة التجربة.

2- إعلان هلسنكي و طوكيو :

هي مجموعة من المبادئ الأخلاقية بخصوص التجريب البشري تم تطويره للمجتمع الطبي من قبل الرابطة الطبية العالمية ينظر إليه على نطاق واسع على أنه الوثيقة الأساسية حول الإنسان أخلاقيات البحث .

---

[1] مفتاح مصباح بشير الغزالي، مرجع سابق ذكره، ص ص 71-72.

[2] R.K.Woetzel - "the Nuremberg trials in international law", London, Stevens & sons Ltd (2nd ed) 1962, p222.

الإعلان ملزم أخلاقيا للأطباء ، وهذا الالتزام يبطل أي قوانين أو لوائح وطنية أو محلية ، إذا كان الإعلان ينص على مستوى أعلى لحماية البشر من هذا الأخير. لا يزال يتعين على المحققين الالتزام بالتشريعات المحلية ولكن سيتم إخضاعهم لمعايير أعلى.

المبادئ الأساسية :

المبدأ الأساسي هو احترام الفرد (المادة 8) ، وحقه في تقرير المصير والحق في صنع القرار قرارات مبلغة (المواد 20 و 21 و 22) المتعلقة بالمشاركة في البحث ، سواء في البداية أو أثناء البحث. واجب المحقق هو فقط للمريض (المواد 2 و 3 و 10) أو المتطوع (المادتان 16 و 18) ، وبينما توجد دائمًا حاجة للبحث (المادة 6) ، يجب أن يكون لرفاهية الموضوع الأولوية دائمًا على مصالح يجب أن يكون للعلم والمجتمع (المادة 5) والاعتبارات الأخلاقية الأسبقية دائمًا على القوانين واللوائح (المادة 9)[1].

اعتمدت الجمعية الطبية في اجتماعها الثامن في مدينة هلسنكي 1964 مبادئ و قواعد متعلقة باجراء التجارب على الانسان واكدته في اجتماعها التاسع والعشرون في طوكيو وتعتبر هذه المبادئ بمثابة قانون ملزم التنفيذ فيما يتعلق بالتجارب الطبية وضرورة وضع حقوق الانسان[2] فوق كل اعتبار، وقد اشترط القانون موافقة الشخص الخاضع للتجربة كشرط أساسي لشرعيتها.

الفرع الثاني: التشريع الفرنسي :

إن تدخل المشرع الفرنسي لتقرير مشروعية التجارب الطبية بصفة عامة العلاجية و العلمية أدمج في قانون الصحة العامة، أي أن مشروعية التجارب تستمد صراحة من قانون الصحة العامة الصادر في 23 يناير 1991.

وضع القانون الفرنسي اطار قانوني للتجارب الطبية وفق القانون الصادر في 20 ديسمبر 1988 المتضمن حماية الأشخاص المشاركين في التجارب الطبية المعدل بقانون الصحة العامة وبالضبط في المادة 1121-1[3] وفق الشروط التالية[4]:

- جدوى البحث أو التجربة.

---

[1] https://en.wikipedia.org/wiki/Declaration_of_Helsinki

[2] لقد تضمن إعلان هلسنكي أربعة فصول :

- المقدمة أو الديباجة (introduction).

I- المبادئ الأساسية (Principe de Base).

II- التجارب العلاجية (Expérimentation thérapeutique).

III- التجارب غير العلاجية (Expérimentation nom-thérapeutique).

[3] Art 1121-1 C.S.P.F : « 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 ».

[4] code de la santé publique (loi N° 88-1138 du 20 Déc 1988 Modifier par la loi 91-86 du 23/01/1991 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

– وجوب توافر الأصول العلمية اللازمة في المكان الذي تجرى فيه التجربة.

– وجوب توفير الأمن و السلامة في المكان الذي تجرى فيه التجربة.

أما المادة الثانية 1121–2[1] فقد نصت على "لا يجوز أجراء التجربة على الكائن البشري :

1– إذا لم تكن قائمة على آخر المعطيات العلمية وبشرط أن تسبقها تجارب معملية كافية.

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

3– إذا لم يكن من شأنها أن تؤدي إلى تحديث المعطيات العلمية المطبقة على الكائن البشري"

وكان إصدار هذا القانون من المشرع الفرنسي لما تكتسيه الأبحاث والتجارب في المجال الإنساني وخطورتها في ذات الوقت[2].

الفرع الثالث: التشريع الجزائري

لقد عرف المشرع الجزائري التجارب الطبية على أنها "الدراسات العيادية" في قانون رقم 18–11[3] المؤرخ في 2 يوليو 2018 الذي يتعلق بالصحة في القسم الرابع المعنون 'أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء" من الفصل الرابع من خلال المادة 377 التي نصت على : "يتمثل البحث في مجال طب الأحياء في إجراء دراسات على الكائن البشري بغرض تطوير المعارف الوبائية و التشخيصية و البيولوجية و العلاجية و تحسين الممارسات الطبية. و تدعى هذه الدراسات في هذا القانون "الدراسات العيادية"[4].

و تكون الدراسات العيادية و تتعلق حسب الفقرة 1 من المادة 377 ب:

–الدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية،

–دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي،

–الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية.

---

(1) Art 1121-2 C.S.P.F : « Aucune recherche impliquant la personne humaine ne peut être effectuée :
- si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ;
- si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ;
- si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition ;
- si la recherche impliquant la personne humaine n'a pas été conçue de telle façon que soient réduits au minimum la douleur, les désagréments, la peur et tout autre inconvénient prévisible lié à la maladie ou à la recherche, en tenant compte particulièrement du degré de maturité pour les mineurs et de la capacité de compréhension pour les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement ».

(2) مفتاح مصباح بشير الغزالي، مرجع سابق ذكره، ص 104.

(3) القانون رقم 18–11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 46، 29 يوليو سنة 2018).

(4) ينظر إلى المادة 377 من القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المذكور سابقا.

وأشارت المادة 378[1] على وجوب احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية "يجب أن تراعي الدراسات العيادية، وجوبا، المبادئ الأخلاقية والعلمية والأخلاقيات والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية".

كما نصت المادة المادة 380[2] على الشروط الواجب اتباعها على الكائن البشري و هي كما يلي:

– كانت مؤسّسة على آخر ما) توصل إليه البحث العيادي والمعارف العلمية وتجربة ما قبل عيادية كافية،

– كان معدّل الفائدة بالنسبة للخطر المتوقع في صالح الشخص المعني بالدراسة،

– كانت منفّذة تحت إدارة ومراقبة طبيب باحث يثبت خبرة مناسبة،

– تمّت في ظروف بشرية ومادية وتقنية تتلاءم مع الدراسة العيادية وتتوافق ومقتضيات الصرامة العلمية وأمن الأشخاص الذين يخضعون للدراسة العيادية.

كما نصت المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب[3] على : "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".

ومن خلال استقراء نصوص القوانين يتضح أن المشرع الجزائري أباح التجارب الطبية على جسم الإنسان سواء التجارب العلمية أو العلاجية.

كما أن الترخيص المتعلق بالدراسات العيادية مرهون بموافقة الوزير المكلف بالصحة، هذا ما أكدته المادة 381[4] من قانون الصحة حيث نصت على : "تخضع الدراسات العيادية لترخيص الوزير المكلف بالصحة الذي يبت في أجل ثلاثة (3) أشهر ، على أساس ملف طبي وتقني، و تصريح بشأن إنجاز الدراسات العيادية على الكائن البشري، يقدمها المرقي"

أما مهمة مراقبة نشاطات الدراسات العيادية فتم على هذا الأساس إنشاء تسمى لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية على مستوى المصالح الخارجية المكلفة بالصحة من نص المادة 382[5] من قانون الصحة : تنشأ لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية على مستوى المصالح الخارجية المكلفة بالصحة".

---

[1] ينظر إلى المادة 378 من القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المذكور سابقا.

[2] ينظر إلى المادة 380 من القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المذكور سابقا.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 92–276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة اخلاقيات الطب، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 52، 08 يوليو سنة 1992).

[4] ينظر إلى المادة 381 من المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 المذكور سابقا.

[5] ينظر إلى المادة 382 من المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 المذكور سابقا.

وفيما يخص القواعد الأساسية المنظمة لإجراء الدراسات العيادية فقد أشار المشرع الجزائري على شرط الموافقة الصريحة و المستنيرة للشخص الخاضع وذلك في نص المادة 386[1] من قانون الصحة حيث أشارت على : "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية، أو عند تعذر ذلك ، ممثلوهم الشرعيون عن موافقتهم الحرة والصريحة و المستنيرة، كتابيا، و بعد اطلاعهم من طرف الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله".

لاسيما عن :

- الهدف من البحث و الصعوبات و الأخطار المتوقعة.
- حقه من رفض المشاركة في الدراسة العيادية.

المحور الثاني: الضوابط الشكلية والقانونية لإجراء التجارب الطبية على الإنسان

من أجل إضفاء الشرعية على التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان، يجب أن تتوفر بعض الشروط من أجل تفادي الوقوع تحت طائلة القانون، ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى ضوابط شكلية (المطلب الأول)، وضوابط موضوعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضوابط الشكلية لإجراء التجارب العلمية والطبية

قرر الفقه مجموعة من الاستثناءات على مبدأ حرمة المساس بالجسد البشري، ومن أهمها التجارب الطبية والأبحاث العلمية التي تجري على جسم الإنسان.

وتكمن الغاية من هذه الاستثناءات; إيجاد علاجات للأمراض المستعصية خدمة للبشرية، وعلى هذا الأساس; يجب توفر مجموعة من الشروط الشكلية لإجراء الدراسات الطبية والعلمية على جسم الإنسان، وهذا ما سنتناوله في ثلاثة فروع وهي كالآتي:

الفرع الأول: الترخيص القانوني لمزاولة مهنة

الفرع الثاني: الترخيص اللازم الخاص بإجراء التجربة الطبية أو العلمية

الفرع الثالث: إجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان في المستشفيات المؤهلة لذلك

الفرع الأول: الترخيص بمزاولة مهنة الطب

لقد حدد المشرع الجزائري مجموعة من الشروط لممارسة مهن الصحة وتحديدا في المادة 166 التي نصت على : "تخضع ممارسة مهن الصحة للشروط الآتية:

- التمتع بالجنسية الجزائرية.
- الحيازة على الدبلوم الجزائري المطلوب أو الشهادة المعادلة لها.
- التمتع بالحقوق المدنية.
- عدم التعرض لأي حكم جزائي يتنافى مع ممارسة المهنة.

---

[1] ينظر إلى المادة 386 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 المذكور سابقا.

– التمتع بالقدرات البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصحة.

– يتعين على مهنيي الصحة تسجيل أنفسهم في جدول عمادة المهنة الخاصة بهم.

كما اشترطت المادة 204 من مدونة أخلاقيات الطب ضرورة التسجيل في قائمة الاعتماد لكل من يطلب الترخيص بمزاولة الطب،حيث نصت : "لا يجوز لأي أحد غير مسجل في قائمة الاعتماد أن يمارس في الجزائر مهنة طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي، تحت طائلة التعرض للعقوبات، المنصوص عليها في القانون، وقد هذه المادة الأطباء والجراحين العاملين بقطاع الصحة العسكرية والأطباء الذين لا يمارسون المهنة بشكل فعلي.

إن التجارب الطبية شأنها شأن الأعمال الطبية الأخرى لا يمكن أن يقوم بها إلا أشخاص لديهم خبرة ومتخصصون في مجال البحث العلمي، ويجب أن تتم تحت إشراف طبي متخصص، والقائم بالتجربة يجب أن تكون لديه خ برة بعلوم الطب وعلى دراية بالأمراض والأدوية المناسبة لها[1].

ويجب أن يكون من يزاول العمل الطبي ممن يملكون حق مزاولته، طبقاً للشروط والإجراءات المنصوص عليها في القوانين المنظمة للمهن الطبية، وهذه نتيجة منطقية ضرورية للقول بأن أساس إباحة عمل الطبيب إجازة قانونية أو استعمال الحق الشخصي المقرر بمقتضى القانون[2].

ومن هنا توجب أن يكون الطبيب أو الباحث(المجِرب)متخصصاً باختصاص في مجال العمل الطبي أو العلمي ذي الصلة بالتجربة، وحاصلاً على موافقة نقابة الأطباء أو غيرها من الجهات العلمية أو المهنية وإلا فان جسم الانسان له حرمة مطلقه تجعل من غير الجائز أبداً أن يكون مختبراً أو حقلاً للتجارب الطبية[3].

الفرع الثاني: الترخيص بإجراء التجربة الطبية أو العلمية

أشارت المادة 381 من قانون الصحة 11 – 18 على ضرورة الحصول على ترخيص لإجراء الدراسات العيادية من طرف الوزير المكلف بالصحة بعد تقديم طلب طبي وتقني من طرف المرقي، ويبقى هذا الأمر من صلاحية وزير الصحة الذي يدرس الطلب ويبت فيه في مدة 03 أشهر بالقبول أو الرفض حيث نصت المادة : "تخضع الدراسات العيادية لترخيص الوزير المكلف بالصحة الذي يبت في أجل ثلاثة (3) أشهر على أساس ملف طبي وتقني وتصريح بشأن أنجاز الدراسات العيادية على الكائن البشري الذي يقدمها المرقي".

---

[1] راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2015، ص 220.

[2] معاذ جاسم محمد، استعمال الحق في الأعمال الطبية والخطأ فيه، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد، 04 العراق، د.ت.ن،

[3] إبتهاج كوركيس حنا، المسؤولية المدنية الناشئة عن التجارب الطبية على الانسان (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد، 2006 .

كما أشار المشرع الجزائري أنه في حالة وجود تغيير في ملفات الدراسة العيادية بعد الحصول على الترخيص، فإنه يجب على المرقي إخطار الوزير بهذا التعديل للحصول على موافقته من جديد، كتغيير الشخص الخاضع للتجربة، أو تغيير موضوع أو هدف التجربة الطبية أو العلمية، أو زيادة المدة الزمنية المطلوبة لإجرائها، أو تغير مكان إجرائه، فعلى المرقي إخطار وزير الصحة من أجل الترخيص له من جديد بإجراء التجربة.

الفرع الثالث: شرط إجراء التجربة الطبية في المستشفيات المؤهلة لذلك

لقد نص المشرع الجزائري على شرط إجراء التجارب الطبية والعلمية بضرورة أن تكون في الأماكن المخصصة لذلك، التي سوف تخضع للتنظيم من طرف الوزير المكلف بالصحة، حيث جاء نص المادة 379يجب إجراء الدراسات العيادية بالتطابق مع قواعد الممارسات الحسنة في هذا المجال في الهياكل المعتمدة والمرخص لها لهذا الغرض، حسب الكيفيات المحددة من طرف الوزير المكلف بالصحة".

والمقصود بذلك هو إجراء التجارب الطبية والعلمية في مكان مجهز بالإمكانيات والمعدات واللازمة ومرخص له بإجراء هذه الأبحاث والتجارب على جسم الإنسان كضمانة من الضمانات الأساسية لحماية الأشخاص الخاضعين لإجراء التجارب على أجسادهم[1].

حيث اتجهت معظم الآراء الفقهية على ضرورة أن تكون ظروف إجراء هذه العمليات داخل مستشفيات ومراكز متخصصة يتولى القانون تنظيمها، لأنها تتطلب إمكانيات ضخمة والمعدات مما يجعلها تمثل نفقات لا يستهان بها، وعليه فإن المستشفيات هي المكان الطبيعي لإجراء مثل هذه العمليات الدقيقة والخطيرة، لأنها مؤسسات عمومية وتستطيع أن تتحمل المسؤ ولية الجنائية والمدنية في حالة مخالفتها الضوابط[2].

ويجب أن تخضع لاحترام الشروط التالية[3] :

– القدرة على ضمان المراقبة الكافية للأشخاص

– تأمين عدد من الأسرة بما يتناسب مع الأنشطة المخطط لها.

– حسن التنظيم لضمان سرية المعلومات والبيانات المتعلقة بالأبحاث وبالأشخاص المشاركين في التجارب.

---

[1] داودي صحراء، الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، د.ت.ن، ص 196.

[2] سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 95.

[3] أشرف رمال، التجارب الطبية على البشر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 15، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2017، ص 75.

– توفر الشروط اللوجستية والمعدات وشروط النظافة والصيانة وتوفر كفاءة الأشخاص العاملين في هذه الأماكن لضمان سلامة الأشخاص.

– إنشاء نظام لضمان الجودة.

المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية لإجراء التجارب الطبية والعلمية

إن الدراسات العيادية; تعتبر ذات أهمية ولا يمكن الاستغناء باعتبارها تمثل عنصر هام من الأبحاث الطبية التي تجرى على جسم الإنسان، وهي دراسات تجرى على أشخاص سواء كانوا مرضى أم أصحاء، حيث أن التجارب العلاجية بإمكانها تحقيق منفعة للشخص الخاضع لها، أما التجارب غير العلاجية; فكما تم ذكره سابقا; هدفها تنمية المعرفة العلمية; وعلى هذا الأساس هناك ضوابط موضوعية إلى جانب الضوابط الشكلية والتي سيتم التطرق لها في الفروع الآتية.

الفرع الأول: شرط توفر المصلحة من إجراء التجربة الطبية

يعتبر قصد العلاج سببا لإباحة كل الأعمال الطبية بما فيها التجارب الطبية; إذ أن الغاية من مزاولة العمل الطبي عامة هو علاج المريض وتحسين حالته الصحية بتحقيق شفائه أو التخفيف من معاناته، فيشترط لمشروعية العمل الطبي أن يكون التدخل بقصد العلاج والشفاء، وأن يكو ن هدفه من عمله تحقيق مصلحة المريض لا الإضرار به، حماية للمرضى ومنعاً من انحراف الأطباء وتعسفهم في ممارسة مهنة الطب تحقيقاً لمصالحهم الخاصة كالشهرة العلمية[1].

لكي يكون العمل الطبي مشروعا يجب أن يخضع الشخص المريض للعلاج، فإذا انحرف العمل الطبي عن قصده، كان عمله غير مشروع واستحق المسائلة عنه، كذلك يشترط في التجارب الطبية أن تكون فوائد التجربة أكثر من مضارها، ويقصد بذلك أن تكون المزايا أكثر من المخاطر التي ستحدثها التجربة، على اعتبار أن هذه التجارب هي استثناء من الأصل، وبالتالي يجب أن تكون الغاية منها هي العلاج، لأن في نجاح مثل هذه التجارب فائدة عامة للبشرية جمعاء[2].

لقد أكد قانون الصحة الجزائري على الغاية من إجراء التجارب الطبية، وهي الدراسات التي تهدف إلى العلاج أو من أجل تشخيص الأمراض، والوقاية منها، كذلك الدراسات التي تهدف إلى إجراء البحوث الطبية العلمية التي لا تحقق منفعة شخصية مباشرة للشخص الخاضع لها.

كما نصت المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب على :"لا يجوز النظر في استعمال علاج للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة أو بعد التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

---

(1) راحلي سعاد، مرجع سابق ذكره، ص 150.

(2) بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013، ص 114.

إذ يتضح أن القانون الجزائري يجيز التجارب الطبية سواء كانت علاجية أو علمية، لأن الهدف من التدخل الطبي إنما هو العلاج بغرض شفاء المريض وفقاً للأصول المتبعة، فلا يجوز للطبيب تجاوز هذه الغاية بإجراء علاج جديد[1].

الفرع الثاني: الموازنة بين منافع التجربة الطبية ومخاطرها

إن مبدأ حق الإنسان في سلامة جسده يفرض على الباحثين في مجالات الطب الحيوي والبيولوجي الحافظ على جسم الإنسان بتجريم كل أشكال الاعتداء التي تنجم عن إجراء كل أنواع التجارب، سواء التي يرجي من ورائها فائدة شخصية للخاضع لها أو التي تجري بهدف تطوير الأبحاث الطبية للوصول إلى طرق جديدة للقضاء على مختلف الأمراض، وذلك من أجل الموازنة بين حاجة البشرية إلى تطوير الأبحاث العلمية التي سوف تؤدي إلى تطوير وتنويع طرق العلاج، وبين الحفاظ على جسم الإنسان وتكامله لأن هذا الاصطدام بين التجارب الطبية ومعصومية البدن يبدو أكثر حدة مع التطور السريع الذي عرفه ميدان التكنولوجيا الحيوية[2].

فقد اتفق الفقه والقضاء على أنه يجب أن تكون الفوائد التي ستحققها التجربة أكبر بكثير من المخاطر المحتملة منها، وأن يكون للتجربة حظ من النجاح، لأنه إذا كانت الدلائل تشير إلى فشل التجربة في تحقيق الفائدة المنتظرة منها للمريض، فلا شك أن عدم المخاطر بإجرائها على المريض[3].

كما اشترط المشرع الجزائري على المرقي الحصول على الترخيص من طرف كل من الوزير المكلف بالصحة ولجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية لأجل القيام بالدراسة ، وكذا من أجل تحديد المنافع والأخطار المتوقعة، في حالة ما إذا كانت هذه التجارب سوف تؤدي بالإضرار بالأشخاص الخاضعين لها، وأن يكون موضوع الطلب مكتوباً ويتضمن جميع البيانات المتعلقة بالتجربة، ومن بين هاته البيانات التصريح بالصعوبات والأخطار المتوقعة والبدائل المحتملة وكذا الحصول على الموافقة من الشخص الخاضع; الذي له كل الحرية في قبول محتوى البروتوكول، فالمشرع حرص على عدم تعريض الشخص لعلاجات وتجارب طبية أو علمية تكون فيها نسبة المخاطر مرتفعة مقارنة بالفائدة المرجوة منه، حفاظاً على صحة المريض الخاضع للعلاج، وقد أشارت المادة 181 صراحة على ذلك حيث نصت : "يتعين على مهنيي الصحة :

– الاستعانة، فورا، بتدخل ممارس طبي عند وقوع أو احتمال وقوع مضاعفات أثناء ممارسة نشاطاتهم،

– عدم تعريض المريض لأخطار غير متكافئة مع الفائدة العلاجية المرجوة،

---

[1] بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 134.

[2] راحلي سعاد، مرجع سابق ذكره، ص 193.

[3] علاء علي حسين نصر، النظام القانوني للاستنساخ البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 93.

– تنفيذ كل الوسائل الموضوعة تحت تصرفهم من أجل ضمان حياة كريمة للمرضى.

الفرع الثالث: شرط كفاءة الطبيب والمعرفة العلمية

نصت المادة 380 من قانون الصحة على : " لا يمكن إجراء الدراسات العيادية على الكائن البشري إلاّ إذا:

– كانت مؤسسة على آخر مات وصل إليه البحث العيادي والمعارف العلمية وتجربة ما قبل عيادية كافية،

– كان معدل الفائدة بالنسبة للخطر المتوقع في صالح الشخص المعني بالدراسة،

– كانت منفذة تحت إدارة ومراقبة طبيب باحث يثبت خبرة مناسبة،

– تمت في ظروف بشرية ومادية وتقنية تتلاءم مع الدراسة العيادية وتتوافق ومقتضيات الصرامة العلمية وأمن الأشخاص الذين يخضعون للدراسة العيادية.

من خلال استقراء نص المادة السالفة الذكر; نستخلص ما يلي :

– إحاطة التجربة بمجموعة من الظروف المادية تتناسب وتتفق مع مقتضيات الجدية العلمية ومع تحقيق مصلحة الخاضع لها، فالتجارب الطبية تقوم على البحث والكشف عن كل ما هو جديد من خلال الدراسات والأبحاث الطبية، وبالتالي يفترض في القائم بالتجربة أن يكون باحثاً في المجال الطبي وعلى دراية بآخر ما توصل إليه العلم في مجال التجارب وملماً بالأصول العلمية الحديثة في عمله[1].

– أن يكون القائم بالتجربة الطبية يتميز بالكفاءة العلمية والخبرة الكافية للتخفيف من حالات الخطر التي قد يقع فيها الشخص الخاضع للتجربة، فيستخدم فيها الوسائل المناسبة والمساعدين في الاختصاص المطلوب لتفادي ما قد يحصل من أمور طارئة أثناء ممارسة هذه التجربة، فهو نشاط إنساني يتسم بالغموض والتعقيد مع احترام الأصول العلمية والمبادئ المتفق عليه في القانون الطبي وكذا المبادئ.

– على الطبيب أن يلتزم باللياقة والنزاهة في تعامله مع مرضاه، أو الخاضعين للتجارب الطبية، ومن مظاهر هذا الواجب التزام الطبيب بأن يسوي بين مرضاه في الرعاية ولا يميز بينهم بسبب مركزهم الأدبي أو الاجتماعي أو شعوره الشخصي نحوهم، بل يجب عليه أن يقدم المساعدة في جميع الظروف، وأن يلتزم موقفاً لائقاً واعياً تجاه أي شخص يعالجه أو يقوم بالتجريب عليه[2].

الفرع الرابع: شرط مراعاة الأصول العلمية عند إجراء التجارب الطبية

نص المشرع الجزائري في المادة من قانون الصحة 378 يجب أن تراعي : "يجب أن تراعي الدراسات العيادية وجوبا المبادئ الأخلاقية والعلمية والأخلاقيات والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية".

---

[1] راحلي سعاد، مرجع سابق ذكره، ص 184.

[2] بن النوي خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص 158.

يؤدي الإخلال بقواعد الحيطة والحذر إلى قيام المسؤولية، كعدم مراعاة الشروط الخاصة بالتجربة الطبية كعدم نظافة المكان أو دون تعقيم الأجهزة والوسائل المستخدمة، وعلى هذا الأساس; الطبيب ملزم بمراعاة القواعد والأصول الطبية المعروفة، أما النوع النوع الثاني من القواعد يشمل الأصول الطبية المعروفة وهي متعلقة بالأخطاء المهنية أو الفنية.

كذلك يقصد بالأصول العلمية تلك الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعلمياً بين الأطباء والتي يجب عليهم أن يلموا بها وقت قيامهم بالعمل الطبي ويلتزموا بها ولا يتسامح مع من يجهلها أو من يتعداها، وتكمن هذه الأصول في القواعد التي يجب أن يراعيها الطبيب والتي تفرض عليه الانتباه والحيطة، وكذلك الواجبات التي تفرضها طبيعة الأعمال الطبية[1].

إن إتباع هذه الأصول يعد هذا الشرط قيداً أساسياً وجوهرياً بصفة خاصة في مجال الأبحاث والتجارب الطبية الحيوية نظراً لما تنطوي عليه التجارب الطبية من مخاطر ونتائج محتملة، لذلك يجب على القائمين بهذه التجارب الالتزام بالأصول والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً في المعاهد والمؤسسات العلمية الشهيرة، وأن يكونوا على دراية بآخر ما توصل إليه العلم من بحوث في التجارب الطبية الحيوية التي يقومون بها[2].

الخاتمة

إن من بين الآليات التي ساهمت بشكل كبير في تقدم العلوم الطبية; هي التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان، حيث تم بفضلها; الوصول إلى علاج الكثير من الأمراض المستعصية التي عانت البشرية منها مدة زمنية طويلة، فبدون هذه الطريقة ما كان بالإمكان التوصل لهذه العلاجات التي قضت على الكثير من الأمراض وبشكل نهائي. وباعتبار أن التجارب الطبية تجرى على متطوعين أصحاء ومرضى; فيمكن القول أن دور هؤلاء لا يقل أهمية عن دور الأطباء والباحثين والعلماء في تطوير المعرفة العلمية لجسم الإنسان، ومعرفة مكامن قوته وضعفه; ومسببات مرضه; وكذا طرائق علاجه الكثيرة والمختلفة، كالأدوية أو التدخلات الجراحية وطرق علاجية أخرى.

وقد حظيت التجارب الطبية على الإنسان باهتمام خاص خلال الربع الأخير من القرن الماضي; في الكثير من الدول، وعلى هذا الأساس; تزامنت الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية المنظمة لها; بالإهتمام الدولي لحقوق الإنسان; خاصة بعد الحرب العالمية الثانية; ما جعل الكثير من نصوص القوانين تتضمن مواد تنظم هذا الحقل من العلوم التجريبية، وذلك باعتمادها على تلك الإتفاقيات و المؤتمرات; وكذلك بشروط للقيام بها; كالحصول على موافقة الشخص الخاضع لها دون إكراه أو ضغط، ويكون الرضا حر ومستنير; مع إمكانية العدول عن التجربة في أي مرحلة من مراحلها; دون تحمل أي مسؤولية، وكذا

---

[1] أحمد عبد الحميد أمين، التزام الطبيب بضمان السلامة (دراسة مقارنة،) دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، 110.

[2] داودي صحراء، مرجع سابق ذكره، ص 192.

إلزامية إجراؤها من طرف طبيب يحوز مؤهل علمي; وخبرة مناسبة; بإتباعه لمنهج علمي سليم، وكذا التقيد بالشروط الشكلية لها; مثلما أشارت إليه المادة 381 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة; الذي يشترط فيها; الترخيص من الوزير المكلف بالصحة، كذلك تخضع الدراسات العيادية لرأي لجنة الأخلاقيات الطبية، مثلما نصت عليه المادة 383 من نفس القانون.

إن الإنتقال النوعي من المنهج النظري إلى التجريبي والإعتماد عليه في العلوم الطبية الإنسانية; يعد خطورة جبارة في اتجاه التطور والرقي، لأن حاجة الإنسان الى التجريب خاصة في المجال الطبي تتساوى مع حاجته للعلاج، وبالرغم من سلبياتها المتمثلة في استخدامها بطرق غير مشروعة; كاستغلال شخص معسر، أو فاقد الأهلية، أو القيام بها من دون الحصول على الموافقة; فهي تبقى ضرورة لا بديل عنها في الكثير من العلاجات، بشرط استخدامها بضوابط قانونية; للضرورة الإجتماعية; وليس كوسيلة لتحقيق مكاسب مادية; هذا ما يقع في بعض المؤسسات الطبية الخاصة; التي تستخدمها دون أي اعتبارات أخلاقية.

إن مشروعية التجارب الطبية السليمة; لا تثير أي إشكال قانوني مادامت تباشر من طرف طبيب; ضمن الضوابط القانونية والأخلاقية; وبالموافقة الحرة والمستنيرة للشخص الخاضع، ولكن إجراءها دون الحصول على رضاه أثناء جميع مراحلها، يؤدي إلى قيام المسؤولية الجزائية على القائم بالتجربة، ويستند هذا; في الحق السلامة البدنية والعقلية.

وتبقى الجزائر من الدول التي وإن تضمنت بعض نصوص قوانينها على بعض الإجراءات التقنية والشكلية للقيام بهكذا نوع من التجارب; تسير بخطوات بطيئة في هذا النوع من العلوم; لعدة اعتبارات منها نقص في الحماية القانونية مقارنة بقوانين دول أخرى، وكذا الجانب الفني من العملية الذي لا يرتقي للثقة الكاملة في نظر الكثير من المرضى والمتطوعين.

توصيات:

في ضوء ما تقدم، على المشرع الجزائري أن يقوم ب :

- إصدار تشريع ينظم التجارب الطبية لغرض علاجي أو علمي يشمل جميع أفراد المجتمع، بالغين، صغار، مسلوبي الحرية، حوامل، وجثث الموتى، تكون فيه كرامة الإنسان فوق أي اعتبار.
- تحيين التشريعات المنظمة للدراسات العيادية ليواكب التطور الطبي السريع.
- إصدار قوانين تحمي جميع أطراف العملية التجريبية الطبية.
- إصدار نصوص تنظيمية تشجع الطبيب على البحث العلمي في مجال التجارب الطبية وتطويره; دون الخوف من الوقوع في الخطأ الذي من شأنه أن يثبط رغبة البحث والإكتشاف.
- إعادة النظر في مواد القانون المنظمة للتجارب الطبية على الإنسان القوانين بشكل دوري ومنتظم.

قائمة المراجع

1- القوانين:

- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة.

- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

- code de la santé publique (loi N° 88-1138 du 20 Déc 1988 Modifier par la loi 91-86 du 23/01/1991 relative à la protection des personnes qui se prétent à des recherches biomédicales.

2- الكتب:

- خالد بن النوي، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسئولية المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر،2010 .

- العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012 .

- عبد القادر الشيخلي، قواعد البحث القانوني، درا الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1 ، 1999.

- مفتاح مصباح بشير الغزالي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية، دراسة مقارنة، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 2005 .

- بلحاج العربي ، الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة) ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، الجزائر ، 2011 .

- ميرفت حسن منصور، التجارب الطبية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار .الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2013 ، .

- محمد سامي الشوا الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1986 .

- بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 134.

- علاء علي حسين نصر، النظام القانوني للاستنساخ البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 93.

- بن النوي خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص 158.

- أحمد عبد الحميد أمين، التزام الطبيب بضمان السلامة (دراسة مقارنة،) دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، 110.

- R.K.Woetzel - "the Nuremberg trials in international law", London, Stevens & sons Ltd (2nd ed) 1962.

3- الرسائل والمذكرات:

- بن عودة سنوسي، التجارب الطبية على الانسان في ظل المسؤولية الجزائية (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم الساسية قسم القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2018.

- راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر ، 2015.

- إبتهاج كوركيس حنا، المسؤولية المدنية الناشئة عن التجارب الطبية على الانسان (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد.

- داودي صحراء، الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، د.ت.ن.

- سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

- بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.

- عبد الحكيم دحماني، المسؤولية الجزائية عن التجارب الطبية، مذكرة لنيل شهادة مدرسة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس،2012-2013 .

4- المقالات:

كامران الصالحي، الطبيعة القانونية للبحوث والتجارب الطبية غير العلاجية على الإنسان في الاتفاقيات الدولية وفي القانون الإتحادي رقم (10) لسنة 2008، ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الإتحادي رقم (10) لسنة 2008 .

- معاذ جاسم محمد، استعمال الحق في الأعمال الطبية والخطأ فيه، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد، 04 العراق، د.ت.ن،

- أشرف رمال، التجارب الطبية على البشر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 15، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2017، ص 75.

5- مواقع إلكترونية :

موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة، إعلان هلسنكي، تاريخ الإطلاع 2021/2/23، 18:30، أنظر الموقع : https://en.wikipedia.org/wiki/Declaration_of_Helsinki

المسؤولية الجزائية المترتبة على مخالفة ضوابط المساعدة الطبية على الإنجاب

د. صامت آمنة

كلية الحقوق. جامعة الشلف

الملخص :

إن من أهم نتائج التطورات العلمية في مجال الطب والبيولوجيا، تمكين الزوجين من تحقيق رغبتهما في الإنجاب بعد عجزهما عنه بصفة طبيعية، وبتدخل طرف ثالث مختص في الطب. أطلق على هذا النوع من التدخل الطبي مصطلح –المساعدة الطبية على الإنجاب–.

تعد عملية المساعدة الطبية على الإنجاب من بين أحد النشاطات المرتبطة بالبيو–أخلاقيات الطب والتي حددها المشرع على سبيل الحصر في قانون الصحة الجديد سنة 2018، نظرا لأنها من المواضيع التي تخص الكائن البشري. حيث تعتمد هذه العملية على تخصيب البويضة خارجيا في أنبوب لتزرع في رحم المرأة بعد ذلك، ومن هنا تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب لكون هذه العمليات تقع على جسم المرأة وتمس بسلامتها الجسدية. هذا ما جعلنا نبحث عن مدى قيام المسؤولية الجزائية المترتبة على مخالفة ضوابط المساعدة الطبية على الإنجاب ؟

الكلمات المفتاحية: الإنجاب، المساعدة الطبية، عقم، مسؤولية جزائية، التلقيح الاصطناعي.

Abstract :

One of the most important results of scientific developments in the field of medicine and biology, Enabling spouses to achieve their desire to have children after they were unable to have it naturally, With the intervention of a third party specialized in medicine. This type of medical intervention has been termed 'medical assisted reproduction'.

The process of medically assisted reproduction Among the activities related to bio-ethics of medicine Which were specified by the legislator exclusively in the new health law of 2018, Because it is one of the topics that concern the human being. This process depends on the fertilization of the egg externally In a tube to be implanted in the woman's uterus afterwards, Hence the criminal responsibility of the doctor for these operations It falls on a woman's body and affects her physical integrity. This is what made us search for the extent of the criminal responsibility resulting from violating the controls of medical assistance in procreation?

Key words : childbearing, medical assistance, sterility, criminal liability, Artificial insemination.

مقدمة:

حدد المشرع في قانون الصحة الجديد رقم 18–11 المؤرخ في2 يوليو 2018، النشاطات الطبية المتصلة بالبيو– أخلاقيات الطب على سبيل الحصر ولخصها في أربعة أنواع من النشاطات الطبية وهي:

نزع الأعضاء والأنسجة البشرية، والتبرع بالدم ومشتقاته واستعمالها، والبحث البيو–طبي، والمساعدة الطبية على الإنجاب لكونها نشاطات تطرح إشكالات عديدة لأن موضوعها الكائن البشري، وقد حاول من خلال سنه للقوانين المتعلقة بها وضع أحكام تقوم بضبطها حتى يزيل اللبس والإبهام الذي أثير بشأنها من جهة، ويشجع على مراعاة الجانب الأخلاقي للنشاط الطبي من جهة أخرى. فموضوع الدراسة يقتصر على نوع واحد من النشاطات المذكورة أعلاه، ألا وهو المساعدة الطبية على الإنجاب، نظرا لأهميته البالغة من الناحية الاجتماعية لكونه الحل الأمثل للتقليص من مشكلة العقم وضعف الخصوبة، وسنسلط الضوء على المسؤولية الجزائية المترتبة على مخالفة ضوابط هذه المساعدة الطبية على الإنجاب.

إذ تعتبر المساعدة الطبية على الإنجاب من أهم نتائج التطور الطبي، التي ساهمت في التغلب على مشكلة العقم، حيث أصبح بالإمكان الإنجاب دون حاجة إلى اتصال جنسي بين رجل وامرأة، وأيضا الاستعانة بشخص ثالث متبرع بنطفة، أوبويضة، أورحم، مما أعطى آمالا كبيرة للأشخاص الذين حرموا من نعمة الأولاد، وفي نفس الوقت أثارت إشكالات كثيرة خاصة حول مشروعيتها.

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية دراستنا في كونه يرتبط بأسلوب حديث للإنجاب، لم ينظمه المشرع إلا مؤخرا في قانون الصحة الذي عرفه في المادة 371 منه بأنها:" 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 الإصطناعي. وذلك بعد أن أجاز التلقيح الإصطناعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي أضيفت بمقتضى تعديل 2005.

وقد لخصها المشرع في العمليات العيادية والبيولوجية والعلاجية، المتمثلة في: تنشيط عملية الإباضة التي تهدف إلى حث المبيض على إنتاج البويضات الناضجة للسعي لحدوث حمل إما بطريقة طبيعية أوبالتلقيح الاصطناعي أوالمجهري بواسطة التحكم بمستويات الهرمونات المسؤولة عن الإباضة في جسم الأنثى، وهذا باستخدام هرمونات صناعية كالحقن أوالحبوب أوأية أشكال دوائية أخرى جديدة. وعملية التلقيح الاصطناعي التي هي عبارة عن:" عملية تساعد على الإنجاب دون حدوث أي تلاقي أوحصول أي اتصال جنسي بين الزوجين، حيث يتم نقل الحيوانات المنوية من الزوج إلى رحم الزوجة أو عن طريق زرع بويضة ملقحة في رحمها". فالتلقيح الاصطناعي يكون إما بالتخصيب الاصطناعي أوبواسطة الأنابيب ونقل الأجنة، فالأول يكون داخل الجسم وهو ما يسمى" بالاستدخال" إذ يتم بموجبه نقل الحيوانات المنوية مباشرة من الزوج ووضعها في رحم الزوجة لتتصل بالبويضة وبعدها تواصل رحلتها عبر مختلف مراحل النمو التي تمر بها كما هو الشأن في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي. أما الثاني فيتم خارج الجسم ويدعى ب" أطفال الأنابيب" وفي هذه الفرضية يتم وضع بويضة الزوجة في أنبوب يضاف إليها مني الرجل وبعد أن تلقح وتتابع انقساماتها المتتالية يتم إعادتها إلى الرحم لتستكمل نموها الطبيعي.

كما أن هذه العمليات تمس أهم حقوق الإنسان وهو حقه في السلامة الجسدية، وحقه في الكرامة الإنسانية التي تعترف المواثيق الدولية بها للإنسان منذ بداية حياته، فهي تنصب على مشتقاته الجسدية التي تحمل صفاته الوراثية.

إشكالية الدراسة:

وانطلاقا مما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى يمكن أن تترتب المسؤولية الجزائية في حالة مخالفة ضوابط المساعدة الطبية على الإنجاب؟

منهج الدراسة:

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج الوصفي لوصف وتوضيح بعض المفاهيم المتعلقة بضوابط المساعدة الطبية على الإنجاب، وتبيان مدى قيام المسؤولية الجزائية في حالة مخالفة هذه الظوابط، إلى جانب اتباع المنهج التحليلي وذلك لتحليل النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم هذه العمليات وبغية سرد مختلف أحكام النصوص القانونية وتحليلها لمعرفة نوايا المشرع الجزائري، وكيف عنى بحماية هذه العمليات جزائيا.

من خلال ما ذكرناه سابقا يمكن تقسيم هذا البحث إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: المسؤولية الجزائية عن المساعدة الطبية على الإنجاب قبل إجراء العملية

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية عن المساعدة الطبية على الإنجاب بعد إجراء العملية

المبحث الأول: المسؤولية الجزائية عن المساعدة الطبية عن الإنجاب قبل إجراء العملية

استلزم المشرع من أجل اللجوء إلى عملية المساعدة الطبية على الإنجاب لاسيما عملية التلقيح الاصطناعي باعتباره وسيلة استثنائية للإنجاب، جملة من الشروط تخص كل من المستفيدين من العملية أو الممارسين لها، وهذه الشروط التي حددها قانون الصحة يجب توافرها في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب والتي يترتب على مخالفتها قيام المسؤولية الجزائية لأطراف العملية، فقد تكون شروطا موضوعية(المطلب الأول)، وأخرى شكلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية عن تخلف الشروط الموضوعية في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب

يتطلب من أجل القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب ضرورة استيفاء عدة شروط حددها المشرع، وهي مجموعة من الشروط الموضوعية الواجب توافرها في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب راعت معظمها الجانب الأخلاقي والديني، ويمكن تخليصها فيما يلي:

الفرع الأول: وجود علاقة زوجية شرعية

لا يمكن اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي إلا إذا كانت تجمع الزوجين رابطة زوجية صحيحة وشرعية، أي عقد زواج شرعي مستوفي لكافة شروطه وأركانه[1]. لهذا لابد على العيادات الطبية والمراكز المساعدة على الإنجاب والأطباء طلب وثيقة تثبت هذه العلاقة كعقد الزواج أوالدفتر العائلي زيادة على بطاقة الهوية، وذلك حفاظا على تماسك الأسر والمجتمع، وحتى يكون النسب شرعيا عن علاقة شرعية تربط الرجل بالمرأة لما في ذلك من أثر بالغ الأهمية للمحافظة على الأنساب ومن ثم مشروعية الميراث، وهو نفس موقف الشريعة الإسلامية، حيث أقر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب بأنه من الجائز إجراء هذه التقنية حتى ولو لم يكن بينهما علاقة جنسية وهذا متى حملت المرأة من مني زوجها بغض النظر عن الأداة المستعملة في ذلك.

فإذا تمت العملية دون توافر الزواج الشرعي والقانوني، اعتبرت في حكم الزنا ولاينسب المولود للزوج، بل ينسب لأمه كابن الزنا، لكن لاتقوم جريمة الزنا لأن هذه الجريمة لاتقوم إلا بالتصال الجنسي الطبيعي، وأن يكون هناك علاقة زوجية [2]، وهذا مانصت عليه المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري.

وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي سمح باستعمال هذه الوسيلة حتى بالنسبة لغير المتزوجين لاسيما وأن قانونه المدني لايحظر المعاشرة غير الشرعية، ويسمح باللجوء إلى عملية المساعدة غير الطبيعية للإنجاب لكل رجل وامرأة عاشا لمدة سنتين معا.

الفرع الثاني: أن تكون هناك حالة عقم مؤكد طبيا

إن دراستنا لهذا الموضوع، ألزمنا بالتدقيق في المصطلحات ومعرفة معانيها، وأيضا التدقيق في المستجدات الطبية في هذا المجال، والمتمثلة في كل الوسائل التي تساعد على الإنجاب بتدخل طبي، وذلك لوجود عائق حال دون حدوث الحمل بالطريقة الطبيعية والمتمثل في حالة العقم حسب رأي الكثير من الفقهاء والباحثين.

وقد تطرق الفقهاء المعاصرين إلى مسألة تعريف العقم، إذ تم تعريفه على أنه:" العجز عن الإخصاب الذي يتوقف على قدرة كل من الذكر والأنثى على إنتاج خلايا تناسلية، ثم قدرة هذه الخلايا

---

[1] – ليلى بلحسل منزلة، قادية عبد الله، البيو–أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب – الشروط والموانع –، مجلة القانون الدولية والتنمية، المجلد9، العدد 01(2021)، ص 262. راجع كذلك: زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الرابع، 2006، ص 91. ضيف نوال، دلدول الطاهر، أثر الوسائل المستحدثة في عملية الإنجاب على نسب المولود، مجلة الأستاذ الباح للدراسات القانونية والسياسية، المجلد5، العدد الأول، 2020، ص 570.

[2] – شهر الدين قالة، الأحكام المتعلقة بالمولود بالتلقيح الصناعي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد1، 2019، ص41. راجع: العيد سرداني، أثر أحكام جريمة الزنا على الزواج–دراسة مقارنة– في ضوء الشريعة والقانون، مذكرة لنيل درجة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة، 2007/2006، ص 95. عبد الحليم بوقرين، عبد القادر يخلف، أثر التلقيح الاصطناعي على نطاق حماية الزوجة بين قانون الأسرة والعقوبات، العدد السابع، 2020، ص 95.

على الاتحاد حتى يحصل الحمل"، كما قال البعض الآخر أنه:" العجز عن الإنجاب لوجود علة أوعيب بالزوجين معا أوبأحدهما، وهما في سن يمكن الإنجاب به عادة". وهو أيضا يعرف على أنه:"العقيم الذي لا يولد له يقال: عقمت المرأة والرجل أي كان بهما ما يحول دون النسل، من داء أوشيخوخة".

ومن جانب آخر قدمت تعريفات طبية للعقم نذكر منها:" هو عدم القدرة على الإنجاب"، وهو أيضا:" عدم الإنجاب بين الزوجين لمدة سنتين متتاليتين، ويمكن اختصار المدة إلى سنة واحدة على أن يكون الاتصال بينهما مستمر ودون انقطاع، وسبب ذلك يكون من أحد الزوجين أو كليهما، لهذا نقول أن هناك نوعين من العقم: عقم الرجال وعقم النساء".

كما أن المساعدة الطبية على الإنجاب عمل طبي، وقصد العلاج شرط من شروط ممارسة الأعمال الطبية[1] بل أساس إباحتها، لذا يجب أن يكون الهدف منها هو علاج العقم، وأن يكون هذا العقم مؤكد بتقرير طبي، هذا ما نصت عليه المادتين 370و371 من قانون الصحة، فإن لم تتأكد حالة العقم وفق تقرير طبي مفصل فإن العلاج هنا يخرج من إطار نظام المساعدة الطبية للإنجاب[2].

وعليه تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب إذا أخطأ في تشخيص عقم أحد الزوجين مما أدى إلى إجراء العملية وتعريض صحة الزوجة لمخاطر معينة[3]، كذلك يسأل الطبيب إذا قام بالعملية لغرض غير علاجي كالحصول على جنين من أجل البحث العلمي، أومن أجل التبرع بالجنين للغير، لكن لا يسأل عن الخطأ في التشخيص إذا كان الخطأ يرجع إلى نتائج غير سليمة من الناحية الفنية كالتحاليل والأشعة[4]، فالخطأ في تشخيص حالة العقم ما هو إلا صورة للخطأ الطبي، الذي يعرف بأنه خروج الطبيب المختص في سلوكه عن قواعد والأصول الطبية التي تفرضها طبيعة مهنته[5].

وهنا يجب الإشارة إلى ضرورة التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: يقوم الطبيب فيها بتشخيص العقم تشخيصا خاطئا، وهنا يسأل عن فعل غير عمدي حسب الضرر الذي أحدثه للغير وذلك طبقا للمادة 413 من قانون الصحة التي تحيلنا إلى المواد 88، 289، 442-2 من قانون العقوبات الجزائري.

---

[1] – منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص76.

[2] – بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014/2013، ص 08.

[3] – خليل إبراهيم حسين العبيدي، المسؤولية الجنائية الناشئة عن اختلاط الأنساب من التلقيح الصناعي، الطبعة1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص384.

[4] – ثروة عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، الطبعة 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص142.

[5] – بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الإصطناعي وأثره على الرابطة الزوجية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص24.

أما الحالة الثانية: يقوم الطبيب بالمساعدة الطبية على الإنجاب دون التأكد من وجود تقرير طبي يثبت العقم، وهنا يتم مساءلة الطبيب وفقا للمادة 435 من قانون الصحة التي تعاقب على هذه الأفعال بالحبس من خمس (5) إلى عشر(10) سنوات وبغرامة مالية تتراوح مابين 500000دج إلى 1000000دج.

مع العلم أن هذه الشروط لا تسعى إلى تحقيق مبادئ أخلاقيات مهنة الطب فقط وإنما هدفها تكريس القيم والمثل العليا في المجتمع.

الفرع الثالث: أن يكون الزوجان على قيد الحياة وبرضاهما

نظرا لحرمة وقدسية الجسم الإنساني حتى تتم عملية المساعدة على الإنجاب بطريقة صحيحة وسليمة وإضفاء نوع من الحماية وإعطاء العمل الطبي صبغة قانونية قبل البدء فيه، أوجب المشرع أن يكون الزوجان على قيد الحياة(أولا)، والحصول على رضا وموافقة الزوجين معا(ثانيا).

أولا- أن يكون الزوجان على قيد الحياة:

نصت كل من المادتين 371 من قانون الصحة و45 مكرر من قانون الأسرة على أنه يشترط لإجراء المساعدة الطبية على الإنجاب أن يكون كلا الزوجين على قيد الحياة، فلا يمكن للزوجة أن تقوم بتلقيح نفسها بمني زوجها المتوفى بحجة أنه كان موافقا على إجراء العملية قبل وفاته[1]، وذلك لانتهاء الرابطة الزوجية بينهما، وبذلك يكون المشرع قد ساير غالبية الفقه الإسلامي في هذه المسألة، وسد الباب أما الكثير من المشاكل التي قد تثيرها هذه العملية خاصة فيما يتعلق بنسب المولود وحقه في الميراث[2].

فإذا تم مخالفة هذا الشرط، وتم تلقيح الزوجة بمني زوجها المتوفى، تعتبر العملية غير مشروعة ويتحمل الطبيب المسؤولية كاملة عن الأضرار التي قد تصيب الزوجة بسبب العملية، كما يسأل على أساس المادة 434 من قانون الصحة التي تعاقب على مخالفة شروط التلقيح الصناعي بعقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة مالية تتراوح مابين 1000000دج إلى 2000000دج. وتعتبر الزوجة شريكة له في هذه الحالة. وتشديد العقوبة يرجع لخطورة آثار هذه العملية على كرامة الزوج والطفل الذي سيولد يتيما، والورثة الذين أدخل عليهم وارث جديد.

ثانيا- الحصول على رضا وموافقة الزوجين معا:

---

[1] – محمد الطيب سكيريفه، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد5، العدد الأول، 2020، ص 213. راجع: حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي، الطبعة 1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص133. زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الطبعة1، الدار العربية للعلوم، بيروت، 1996، ص83.

[2] – آمال بلعباس، ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الفقه والقانون، العدد التاسع والأربعون، 2016، ص288.

لكي يكون رضا الزوجين سليما لابد على الطبيب من إحاطتهما بكل المعطيات المتعلقة بالعملية لتكون لديهما القناعة من قبول أورفض العملية المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي.مع الملاحظة إلى أنه يستلزم أن يكون الرضا متبادلا بين الزوجين وبحضورهما، لذا فمن الضروري على المركز المختص التأكد من رضا الزوجين قبل إجراء العملية [1].

لم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة السن المتطلب في الزوجين للإقبال على العملية على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص على ذلك صراحة.

الفرع الرابع: أن يتم التخصيب لبويضة الزوجة بالحيوانات المنوية للزوج

لا يمكن اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب إلا بالحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، واستبعاد أي طرف آخر، سواء متبرع بنطفة أوبويضة أورحم امرأة أخرى، وهذه الصورة الوحيدة المباحة شرعا والتي أقرها المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة، وقرر فيها نسب المولود للأب والأم[2]. وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، والمادة 371 من قانون الصحة، حيث لا تعتبر المساعدة الطبية على الإنجاب مشروعة إلا إذا تمت بين الزوجين فقط.

أما تلقيح الزوجة بماء غير ماء زوجها فهو في حكم الزنا، أما التلقيح ببويضة امرأة أخرى أورحم بديل أوبما يسمى استعمال الأم البديلة في اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب أو الحمل من أجل الغير، والذي يتمثل في استقبال رحم امرأة للقيحة ناتجة عن الإخصاب الأنبوبي لأمشاج مأخوذة من زوجين واستكمال الحمل إلى نهايته، قصد تسليمهما الطفل بعد الولادة بصفتهما والديه البيولوجيين، مقابل عوض متفق عليه أودونه وهذا الاتفاق يسمى بتأجير الرحم، وكل هذه الصور التي تأخذ حكم التبني [3] لم يسمح بها المشرع الجزائري شرعا وقانونا.

ولضمان ذلك منع المشرع الجزائري التداول في الحيوانات المنوية، والبويضات، والأجنة عن العدد المقرر، أوالأم البديلة أوالسيبتوبلازم، وقرر له عقوبة جزائية تتمثل في الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وغرامة مالية تتراوح مابين 1000000دج إلى 2000000دج.

---

[1] – زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، الطبعة 1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص96.
راجع: فاطمة عيساوي، المسؤولية الجنائية عن عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد13، العدد 01، 2022، ص 246.

[2] – قرار المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة، في الفترة من 28 ربيع الآخر إلى 7 جمادى الأولى 1405هـ الموافق ل 19-28 يناير 1985م بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب.

[3] – يعقوب بلبشير، محمد طيب عمور، إشكالية نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج العلاقة الزوجية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد12، العدد 2، القسم(أ) العلوم الاقتصادية والقانونية، 2020، ص225.

كما تقوم مسؤولية الطبيب العمدية إذا خالف هذا الشرط عن جميع الأضرار التي تنتج عن العملية، سواء أكانت جسدية أومعنوية، ويعاقب كل من الطبيب والزوجان وفقا لنص المادة 434 من قانون الصحة السابقة الذكر.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية عن تخلف الشروط الشكلية في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب

لكي تتم عملية المساعدة الطبية بعيدة عن التلاعب بمصير اللقيحات يتطلب توافر عدة شروط في المركز الذي ينشط في هذا المجال والطاقم الطبي المشرف على العملية، والمتمثلة في:

الفرع الأول: الترخيص الإداري لممارسة نشاط المساعدة الطبية على الإنجاب

نظرا لأن عملية المساعدة الطبية على الإنجاب وما يتبعها من زرع للبويضة الملقحة داخل الرحم وما يسبقها من شفط للبويضات من داخل الرحم، وما يقتضيه ذلك كله من مهارة عالية في القائمين على هذه العملية، وكذلك من تجهيز المراكز الطبية المرخص لها من الوزير المكلف بالصحة، لأن هذه العمليات تتطلب إمكانيات ضخمة لتوفير الوسائل والتجهيزات الفنية، بالإضافة إلى جهاز طبي وبيولوجي متخصص، فقد اشترط المشرع الجزائري أن تتم الأعمال العيادية والبيولوجية والعلاجية المتصلة بالعملية إلى ممارسين معتمدين لهذا الغرض من أجل إجراء العملية بكفاءة [1]، بالإضافة إلى ضرورة مراعاة قواعد الممارسة الحسنة والأمن الصحي، وعليه لا يمنح الترخيص سوى للمراكز التي تتوافر فيها الشروط المادية والعلمية والبشرية.

ويمكن أن تسحب الرخصة بصفة مؤقتة أودائمة عند عدم احترام الشروط التنظيمية التقنية للتسيير، أومعاينة مخالفات القوانين والأنظمة، أوعدم ضمان أمن المرضى، ويتم البث في الغلق من طرف الوزير المكلف بالصحة بناء على تقارير المصالح المختصة، ويمكن للوالي أن يبث في الغلق الذي لاتتجاوز مدته ثلاثة أشهر لكل هيكل أومؤسسة صحية خاصة بناء على تقارير المصالح المختصة للوزارة المكلفة بالصحة.

كما يعاقب كل من ينشئ أو يستغل مركز أومؤسسة صحية لإجراء المساعدة الطبية على الإنجاب، دون الحصول على ترخيص بذلك من الوزير المكلف بالصحة، بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 1000000دج إلى 2000000دج.

كما أن الطبيب الذي يجري العملية عليه أن يحصل كذلك على ترخيص خاص بممارسة المساعدة الطبية على الإنجاب، وهذا الترخيص لا يمنح له إلا إذا تلقى تكوينا خاصا في هذا المجال، وإلا اعتبر نشاطه ممارسة غير شرعية طبقا للمادة 186-4 من قانون الصحة، ويعاقب عليها طبقا لأحكام

[1] – المادة 372 من قانون الصحة.

المادة 416 من قانون الصحة. حيث يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة مالية تتراوح مابين 20000دج إلى 100000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.[1]

الفرع الثاني: الإشراف والمراقبة من طرف المصالح الصحية المختصة

يعد هذا الشرط أساسيا لممارسة نشاط المساعدة الطبية على الإنجاب فلا يمكن القيام به إلا إذا كان تحت إشراف ومراقبة المصالح الصحية المختصة، التي لها مطلق الحرية في اتخاذ قرار الموافقة على إجراء العملية أورفضها وهذا طبعا بعد دراسة الحالة الصحية لطالبي المساعدة الطبية.

ويتعين على مراكز ومؤسسات المساعدة الطبية إرسال تقري سنوي عن نشاطها إلى السلطة الصحية المعنية[2] ، وذلك حتى لا تخرج هذه العمليات عن نطاقها القانوني، من أجل منع التداول في النطف والأجنة البشرية، أواستغلالها تجاريا.

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية عند القيام بالمساعدة الطبية على الإنجاب

يظهر قيام المسؤولية الجزائية في هذه الحالة عن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب عند قيامه بالعملية وتسمى مسؤولية جزائية غير عمدية (المطلب الأول)، إضافة إلى قيام المسؤولية العمدية للطبيب عن مخالفته للتقنية في حد ذاتها وذلك باستخدام الأم البديلة أوالاستنساخ البشري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية عن الخطأ الطبي أثناء عملية المساعدة الطبية على الإنجاب

تستلزم المساعدة الطبية على الإنجاب حيطة وحذر شديدين، وأي إهمال في هذا الالتزام يعتبر خطأ طبي جنائي (الفرع الأول)، وهذا الخطأ يتخذ عدة صور(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الخطأ الطبي الجنائي

ويقصد بالخطأ الجنائي:" اتجاه الإرادة إلى السلوك الخطر دون قبولها بتحقق النتيجة الإجرامية التي تنجم عن هذا السلوك مع عدم اتخاذ الحيطة والحذر لمنع حدوثها" [3]، وهو أحد أركان المسؤولية الجزائية التي تقوم على الخطأ والضرر والعلاقة السببية. ولم يعرف المشرع الخطأ الجنائي وإنما جاء ببيان صوره في المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري المتعلقة بالقتل الخطأ، والمادة 289 من قانون العقوبات المتعلقة بالضرب والجرح الخطأ.

---

[1] – المادة 416 من قانون الصحة أحالت إلى المادة 243 من قانون العقوبات الجزائري.

[2] – المادة 373 من قانون الصحة.

[3] –محمد صبحي نجم، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، الطبعة 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص314.

أما الخطأ الطبي في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب فيمكن تعريفه على أنه:" خروج الطبيب المختص بإجراء المساعدة الطبية في سلوكه عن الأصول الطبية التي تفرضها طبيعة مهنته".[1] ويكون الطبيب مسؤولا عن كل الأخطاء التي يرتكبها أثناء قيامه بالعملية أوبمناسبتها، والتي تمس السلامة الجسدية أوالصحية للزوجة، أوتسبب لها عجزا دائما، أو تؤدي إلى وفاتها طبقا للمواد 288، 442، 289 من قانون العقوبات الجزائري.

كما يسأل المركز أوالمؤسسة التي أجريت فيها العملية، إذا كان الطبيب قد ارتكب الخطأ أثناء ممارسة مهنته أوبمناسبتها وتكون عقوبته، على النحو التالي:

– غرامة لا يمكن أن تقل عن خمسة أضعاف الغرامة القصوى المنصوص عليها للشخص الطبيعي،

– عقوبة واحدة أوأكثر من العقوبات التكميلية التالية:

حجز الوسائل والعتاد المستعمل في ارتكاب المخالفة.

–المنع من ممارسة نشاط الصحة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

–غلق المؤسسة أوإحدى ملحقاتها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

– حل الشخص المعنوي.

ومساءلة المؤسسة أومركز المساعدة على الإنجاب لا تمنع مساءلة الطبيب كفاعل أصلي أوكشريك في نفس الأفعال.

الفرع الثاني: صور الخطأ الطبي في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب

لا يمكن في هذه الدراسة المختصرة أن نتطرق لكل صور الخطأ الطبي في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب، ولكن سنكتفي بذكر أهمها، والمتمثلة فيما يلي:

أولا– إتلاف البويضات الملقحة:

يلتزم الطبيب أوالمركز باحترام قواعد الحفظ والتجميد، والحفاظ على حياة البويضة الملقحة التي تعتبر جنينا، فمن المتفق عليه أن الحياة الإنسانية تبدأ من لحظة تخصيب البويضة بالحيوان المنوي، وعليه لايجوز الاعتداء على البويضة الملقحة، فإذا ارتكب الطبيب خطأ أدى إلى إتلاف البويضة الملقحة يكون مسؤولا عن ذلك، لأنه تسبب في إجهاض جنين بشري.[2]

---

[1] – مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب الطبية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 196. عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الاصطناعي، دار الثقافة، عمان، 2011، ص72.

[2] – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ب.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص425. راجع: عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، الطبعة1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص210.

حتى لو كانت المادة 304 من قانون العقوبات تحمي هذه اللقائح فقط بعد زرعها في الرحم، فإننا نرى ضرورة تعديلها لتشمل الأجنة المخصبة خارج الرحم.

ثانيا- فشل الطبيب في عملية زرع البويضة الملقحة:

يلتزم الطبيب ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، هذا ما أكدته المحكمة العليا في الجزائر سنة 2008، حيث جاء في قرار لها:" يعني الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب بذل الجهود الصادقة التي تتفق والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، إن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب".[1]

وعليه فإن الطبيب يسأل عن فشل عملية زرع البويضة الملقحة، أوإجهاض المرأة بعد الزرع إذا كان ذلك ناتجا عن إخلاله بواجب بذل العناية اليقظة والجهود الصادقة التي تتفق والأصول العلمية الثابتة، التي تفرض عليه واجب الحيطة والحذر عند قيامه بالعملية، إذ يلتزم بمتابعة حالة الزوجة والجنين بعد العملية، وبذل كل ما في وسعه لتفادي حدوث تشوهات في الجنين أوإجهاض الأم.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية عن مخالفة التقنية في حد ذاتها وذلك باستخدام الأم البديلة أو الاستنساخ البشري

حفاظا للكرامة الإنسانية وحماية لها يمنع التداول في النطف والأجنة البشرية، وصونا للأنساب من الضياع منع المشرع تدخل أي طرف في عملية الإنجاب حتى لو كان بين أفراد العائلة الواحدة، إذ أنه جرم اللجوء إلى الأم البديلة (الفرع الأول)، وحظر عملية الاستنساخ البشري الإنجابي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية عن استخدام الأم البديلة

يتمثل استخدام الأم البديلة في اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب أوالحمل من أجل الغير، والذي يتمثل في استقبال رحم امرأة للقيحة ناتجة عن الإخصاب الأنبوبي لأمشاج مأخوذة من زوجين واستكمال الحمل إلى نهايته، قصد تسليمهما الطفل بعد الولادة بصفتهما والديه البيولوجيين، مقابل عوض متفق عليه أودونه وهذا الاتفاق يسمى بتأجير الرحم، وكل هذه الصور التي تأخذ حكم التبني لم يسمح بها المشرع الجزائري شرعا وقانونا.[2]

---

[1] – قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، بتاريخ 23 جانفي 2008، ملف رقم 399828، قضية (ع.ع.ق) ضد (ع.ب)، منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد 2، سنة 2008، ص 175.

[2] – آمال علال، وسط إنشاء الأجنة وأثرها على نسب المولود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، مجلد2، العدد 14، 2020، ص 23. راجع: هيام اسماعيل السحماوي، إيجار الرحم(دراسة مقارنة)، الطبعة1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 298. حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، الطبعة1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص180.

تم النص على حظر اللجوء إلى استعمال الأم البديلة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، التي نصت على أنه:" لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستخدام الأم البديلة"، وتم التأكيد على ذلك في المادة 374 من قانون الصحة التي منعت التداول في النطف والأجنة، والأم البديلة حتى لو كانت أختا أوبنتا أوأما.

وتقوم المسؤولية الجزائية للطبيب عن استخدام تقنية الأم البديلة حتى لو كان ذلك بناء على طلب من الزوجين، ومرد ذلك أن الأمر يتعلق بالنظام العام طبقا للمادة 435 من قانون الصحة التي تعاقب على هذا الفعل بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة تتراوح مابين 1000000دج إلى 2000000دج. كما يعاقب بقية الأطراف بنفس العقوبة أيضا إذا كانت العملية قد تمت بعلمهم وموافقتهم، إلى جانب قيام مسؤولية المركز أوالمؤسسة التي أجريت فيها العملية، إذا قام بها الطبيب أثناء ممارسته لوظيفته أوبمناسبتها، وهذا طبقا لما جاء في قانون الصحة.

الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية عن عملية الاستنساخ البشري الإنجابي

لم يعرف المشرع الجزائري عملية الاستنساخ البشري الإنجابي لا في التعليمة رقم 2001-300 الصادرة عن وزراة الصحة والسكان بتاريخ 12 مايو 2001 والمتعلقة بالممارسة الإكلينيكية والبيولوجية الحسنة للمساعدة الطبية على الإنجاب، ولا في قانون الصحة الجديد، وإنما اكتفى بمنع عملية استنساخ الأجسام الحية المماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري دون توضيحها بموجب المادة 375 منه.

إلا أنه بالرجوع إلى الفقه يلاحظ بأنه عرف الاستنساخ البشري لغرض التناسل وميز بين نوعين منه، يتمثل الأول في الاستنساخ الجسدي الذي لا يعتمد فيه على الخلايا الجنسية، وإنما هو عبارة عن" أخذ نواة خلية جسدية من مخلوق حي تحتوي على جميع المورثات وزرعها في بويضة مفرغة من مورثاتها ليتولد الجنين طابق لما في صفاته مع صاحب الخلية".أما الثاني فيراد به التحكم في عدد وشكل الأجنة وذلك بخلط ماء الرجل بماء المرأة وهو ما يسمى بعملية شق الأجنة أوتوأمتها، وفيه يكون الجنين حاملا لصفات كل من الأب والأم. وتعد كل من الحالتين محرمتين شرعا وقانونا نظرا لما تنطوي عليه من مساس بالمبادئ الشرعية والقانونية المستقرة لحماية جسم الإنسان وحرمته.[1]

فالاستنساخ البشري له تأثير أخلاقي إذ من نتائجه السلبية تقسيم المجتمع إلى الجنس البشري الطبيعي والجنس البشري المستنسخ، وتأثير اجتماعي فهو يفتح باب الإنجاب بدون زواج مما قد يؤدي إلى إلغاء قانون الزوجية، وتأثير ديني قد تختلط الأنساب وتنشر الشواذ، علاوة عن التأثير البيئي لكونه يترتب عنه فقد التنوع البيولوجي، وتأثير صحي نتيجة حدوث العديد من التشوهات في الجنين بسبب الأخطاء التي من الممكن الوقوع أثناء القيام بعملية الاستنساخ، إضافة إلى التأثير القانوني نظرا لأنه ينتج

[1] – محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، طبعة1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص 295. راجع: أسماء سعيدان، عملية الاستنساخ البشري على ضوء الفقه والقانون، الجزء الأول، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1، العدد 25، يوليو 2014.

عنه كائنات مماثلة أومتشابهة بسبب العناصر الوراثية مما قد يثير مشاكل فيما يخص مسألة تحديد الهويات وبالتالي مسؤولية الأشخاص سواء المدنية أوالجزائية.

لهذا فقد اعتبرت معظم المنظمات والهيئات العالمية أن عملية الاستنساخ عملية تمس بالمبادئ والقيم والمثل العليا في المجتمع، إذ وقع البرلمان الأوروبي خلال مؤتمر حقوق الإنسان والطب الحيوي المنعقد باسبانيا في 17 سبتمبر 2000 اتفاقا اعتبر بمثابة أول معاهدة دولية للسيطرة والتحكم في البحوث المتعلقة بالهندسة الوراثية والاستنساخ، وخلال جلسة حضرها كامل أعضاء البرلمان في ستراسبورغ صوت هذا الأخير على القرار الذي يعتبر الاستنساخ العلاجي الهادف لاستنساخ أجنة بشرية لأهداف الأبحاث العلمية عمل لا أخلاقي ومناقض تماما لحدود ومعايير البحث العلمي ويطرح معضلة خطيرة، وأعرب البرلمان عن أمله في أن يصدر حظر عالمي محدد على مستوى الأمم المتحدة للاستنساخ البشري في كل مراجعه وأنواعه.

أما الجمعية العامة للأمم المتحدة فقد اعتمدت في مارس 2005 بشأن الاستنساخ البشري بيان يدعو الدول الأعضاء إلى " منع كافة أشكال استنساخ البش بقدر ما تتنافى الكرامة البشرية وحماية الحياة البشرية".[1]

وتقوم المسؤولية الجزائية عن هذه العملية بمجرد إجراء التجربة، حتى ولو لم يحدث أي أخطأ أوإهمال في إجرائها، لأن مجرد القيام به يعتبر جريمة معاقب عليها طبقا للمادة 436 من قانون الصحة بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وغرامة تتراوح ما بين 1000000دج إلى 2000000دج، كما تسأل المؤسسة أو المركز الذي أجريت فيه العملية طبقا للمادة 441 من قانون الصحة.

خاتمة:

أثبتت الدراسات المتقدمة الأهمية الكبرى التي يكتسيها موضوع المساعدة الطبية على الإنجاب، لما يثيره من إشكالات في الحياة العملية، حيث تعتبر من أهم التقنيات التي ساهمت كثيرا في حل مشكلة العقم لدى الأزواج، لذا فهي تعرف انتشارا وإقبالا واسعامن الأفراد إلا أن أساليبها ليست كلها موافقة للشريعة الإسلامية والنظام العام في مجتمعنا، هذا ما جعل المشرع يتجه إلى تنظيمها وبيان الإطار القانوني لها الذي يحدد مشروعيتها، وفي ختام بحثنا توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات المتمثلة، فيما يلي:

أولا- أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة:

1- استلزم المشرع ضرورة توافر شروط معينة من أجل القيام بعملية المساعدة على الإنجاب كان الغرض منها تكريس مبادئ أخلاقيات مهنة الطب وكذا القيم والمثل العليا في المجتمع.

[1] – قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 7 مارس 2005.

2- إن المساعدة الطبية على الإنجاب هي عمل طبي فني، يخضع فيه الطبيب إلى المسؤولية الطبية بصفة عامة.

3- لم يحدد نطاق هذه المساعدة من حيث عدد مرات اللجوء إليها، فهل يمكن الاكتفاء بطفل واحد؟أم أنه يمكن اللجوء إليها مادامت القيود الواجب توافرها في الزوجين قائمة؟

4- عدم تدارك النقص التشريعي من الناحية الجزائية، بعدم التطرق إلى ضبط حدود المسؤولية الجزائية عن كل الأفعال المتصور ارتكابها بموجب هذه التقنية الطبية الماسة بالأسرة، حالة اختلاط ونقل الأمشاج من الغير، ومدى إعطائها تكييفها القانوني المناسب، وتوقيع العقاب المناسب لكل فاعل وشريك.

ثانيا- أهم التوصيات المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة:

1- ضرورة ضبط تعريف المساعدة الطبية على الإنجاب بما يتلاءم مع التطورات الطبية والتقنيات التي تحتويها، وكذا التدقيق في المصطلحات الطبية التي يتغير مضمونها بتغير الحقائق العلمية.

2- ضرورة النص على الالتزام بإعلام الزوجين بكافة المخاطر وكذا الشروط واحتمالات نجاح عملية الإنجاب وكذا التقنية المستعملة وإطارها القانوني.

3- ضرورة تحديد المدة التي من خلالها يتم تأكيد حالة العقم أوالعجز أوالضعف في الخصوبة ذي الطبيعة المرضية بعد الزواج.

4- ضرورة ضبط وتنظيم عمليات استيراد النطف والبويضات بنصوص قانونية خاصة مع ظهور تجارة الأجنة واستغلالها في الأبحاث والتجارب الطبية، في ظل المنع الذي تشهده بعض الدول الأوروبية بالقيام بهذه التجارب، الأمر الذي يتطلب البحث عن مصدر هذه الأجنة وهي دول العالم الثالث.

5- ضرورة بيان المسؤولية الجزائية في حالة تخلي الزوجين عن النطف أوالأجنة الزائدة عن الحاجة، والإسراع في وضع نصوص تنظيمية لحفظ وتجميد الأجنة، وبيان مسؤولية بنوك النطف والأجنة بدقة.

6- ضرورة تشديد الرقابة على المراكز القائمة بعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، بإنشاء لجان مراقبة لهم صفة الضباط العموميين بعد تأدية اليمين القانونية، وكذا مراقبة كل المخالفات المجرمة في قانون الصحة أوالقوانين المنظمة له المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- الكتب:

1- بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014/2013.

2- ثروة عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، الطبعة 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

3-حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، الطبعة1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
4-حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي، الطبعة 1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007.
5- خليل إبراهيم حسين العبيدي، المسؤولية الجنائية الناشئة عن اختلاط الأنساب من التلقيح الصناعي، الطبعة1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
6- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الطبعة1، الدار العربية للعلوم، بيروت، 1996.
7- زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، الطبعة 1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011.
8- عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، الطبعة1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
9-عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الاصطناعي، دار الثقافة، عمان، 2011.
10- محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجياالحيوية، طبعة1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010.
11- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ب.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
12- مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب الطبية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
13- منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
14-محمد صبحي نجم، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، الطبعة 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
15-هيام اسماعيل السحماوي، إيجار الرحم(دراسة مقارنة)، الطبعة1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

ثانيا- رسائل وأطروحات علمية:

1- العيد سرداني، أثر أحكام جريمة الزنا على الزواج-دراسة مقارنة- في ضوء الشريعة والقانون، مذكرة لنيل درجة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة، 2007/2006.

2- بن صغير مراد، مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الإصطناعي وأثره على الرابطة الزوجية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

3- نذير برني، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016.

ثالثا- المقالات العلمية:

1- زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الرابع، 2006.

2- أسماء سعيدان، عملية الاستنساخ البشري على ضوء الفقه والقانون، الجزء الأول، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1، العدد 25، يوليو 2014.

3- آمال بلعباس، ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الفقه والقانون، العدد التاسع والأربعون، 2016.

4- شهر الدين قالة، الأحكام المتعلقة بالمولود بالتلقيح الصناعي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد1، 2019.

5-ضيف نوال، دلدول الطاهر، أثر الوسائل المستحدثة في عملية الإنجاب على نسب المولود، مجلة الأستاذ الباح للدراسات القانونية والسياسية، المجلد5، العدد الأول، 2020.

6-عبد الحليم بوقرين، عبد القادر يخلف، أثر التلقيح الاصطناعي على نطاق حماية الزوجة بين قانون الأسرة والعقوبات، العدد السابع، 2020.

7- محمد الطيب سكيريفه، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد5، العدد الأول، 2020.

8- يعقوب بلبشير، محمد طيب عمور، إشكالية نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج العلاقة الزوجية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد12، العدد 2، القسم(أ) العلوم الاقتصادية والقانونية، 2020.

9- آمال علال، وسط إنشاء الأجنة وأثرها على نسب المولود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، مجلد2، العدد 14، 2020.

10- ليلى بلحسل منزلة، قادية عبد الله، البيو-أخلاقيات الطبية في مجال المساعدة على الإنجاب – الشروط والموانع –، مجلة القانون الدولية والتنمية، المجلد9، العدد 01(**2021**).

11- فاطمة عيساوي، المسؤولية الجنائية عن عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد13، العدد 01، 2022.

رابعا– أحكام وقرارات قضائية:

[1] – قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، بتاريخ 23 جانفي 2008، ملف رقم 399828، قضية (ع.ع.ق) ضد (ع.ب)، منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد 2، سنة 2008، ص 175.

خامسا– مواقع الإنترنت:

1– قرار المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة، في الفترة من 28 ربيع الآخر إلى 7 جمادى الأولى 1405هـ الموافق ل 19–28 يناير 1985م بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب. موجود على الموقع الإلكتروني: le 05/02/2022 ar_qrarat_ elmoga

2– قرار رقم 16 (4/3) بشأن أطفال الأنابيب، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته المنعقدة بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 8 إلى 13 أكتوبر 1986:

www.iifa-aifi.org

3– الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، مقال موجود على:

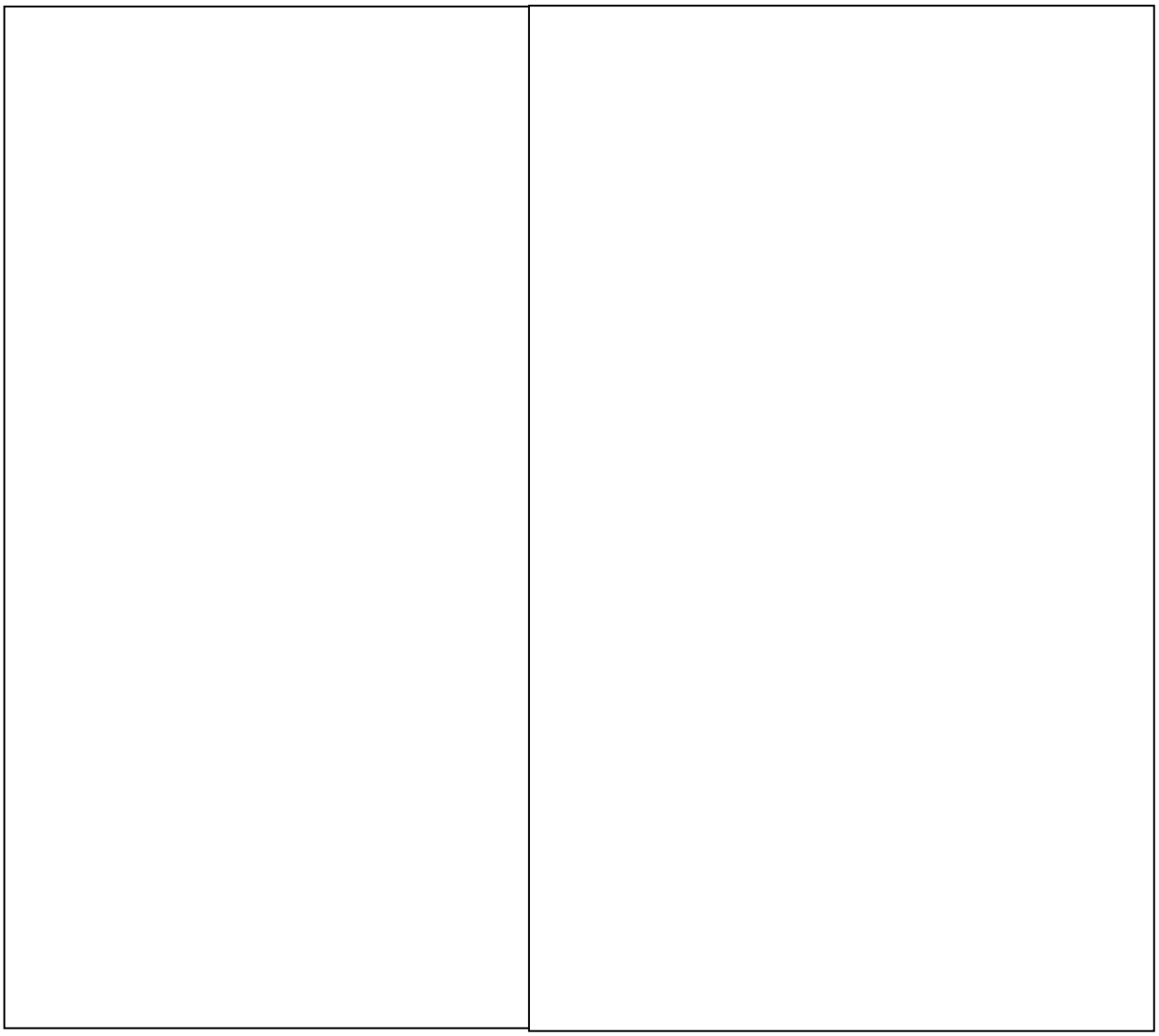
www.unesco.org

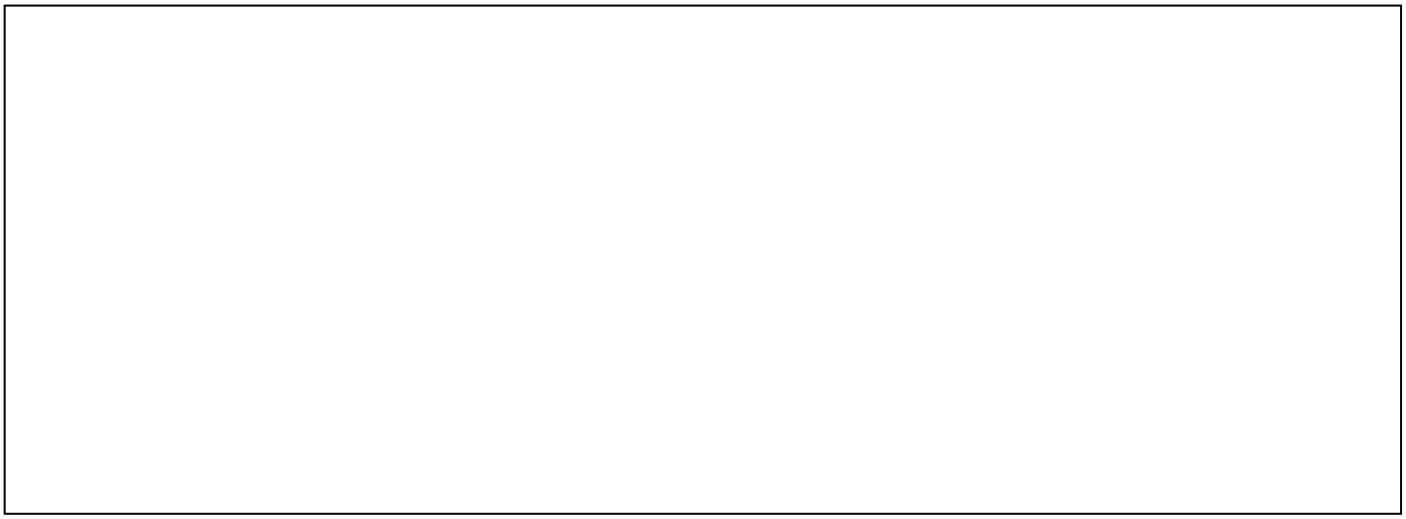
4– قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 7 مارس 2005، موجود على:

https://www.un.org/ar/ga/64/resolutions.shtml

مـــداخـــلات

الـورشـــة الـــخامـــســـة





البيو– أخلاقيات الطبية في مجال نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وتنظيمها القانوني

ط.د. مروش خالد
كلية الحقوق. جامعة مستغانم

ط.د. بن ناصر عمر
كلية الحقوق. جامعة مستغانم

الملخص

سمحت البيو–أخلاقيات الطبية بخلق توازن بين حرمة جسم الانسان و بعث آمال جديدة لشفائه في ظل تطور الأبحاث في البيولوجيا الحيوية و الطب، و من جانبها مهدت الإجتهادات الفقهية الطريق أمام عمليات التبرع بالأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية بين الأحياء و من الموتى إلى الأحياء. هذا ما دفع المشرع الجزائري إلى تكييف المنظومة القانونية في هذا المجال. لكن واقع التجربة الجزائرية في نزع وزرع الأعضاء يعرف توسعاً في قائمة الانتظار للمرضى في حين لم تعرف عملية نقل الأعضاء من الموتى انطلاقة حقيقية، و هو ما يدعوا لإيجاد آليات أكثر فعّالية خصوصاً فيما يخص استعمال أعضاء الموتى في عمليات الزرع.

الكلمات المفتاحية: البيو–أخلاقيات ، نزع و زرع الأعضاء، المتبرع الحي، المتبرع الميت

Abstract :

bioethicsallows an equilibriumbetween the sanctity of human body and rise new hopes for itsrecovery in light of the developement in research in biology and medicine. For its part, jurisprudence has paved theway to organ donation, and tissue, and humancellseither between alive persons or fromdeadperson to alive. This iswhatprompted the algerianlegislator to adapt the legal system in thisfield.But the Algerian experience in organ transplantations stillknows a greatdelay, as the waitinglistisexpanding, while the process of transferringorgansfrom the dead has not known a real start .by thiswayit s urgent toseeking to find more effective mechanismsregarding the use of the organs of the dead in transplantation.

Key words : bioethics, organ transplantation, living donor, deaddonor.

مقدمة:

إن ظهور مفهوم البيو أخلاقيات مرتبط بالتطور المذهل للعلوم الطبية خلال القرنين 20 و 21فالإمكانيات الحديثة للعلوم الطبية و بالرغم من فتحها آفاق للعلاج و تقليل معاناة المرضى، فإنها بالمقابل فتحت باب لمخاطر التبعية، الاستغلال، الانتقاء و العبودية.

فالبيو–أخلاقيات الطبية كمفهوم ظهر مع خروج العالم من فظائع الحرب العالمية الثانية ، حيثتزامنت مع الإعلان العالمي لحقوق الانسان سنة 1948 مفاهيم قداسة الجسم البشري و أحقية كل البشر في الحصول على فرصة و أمل في العلاج. كما أنه و مع تسارع وتيرة الأبحاث العلمية، و التي لابد أن تصل في مرحلة منها إلى إجراء هذه التجارب على جسم الانسان ، تعالت أصوات رجال السياسة و الدين و القانون على حد السواء منادية بعدم فتح مجال مطلق للعلم أين يمكن، و في انعدام للضمير الإنساني ،أن يتحول الانسان إلى مجرد فأر للتجارب أو سلعة يتم تداولها لمن يدفع أكثر.

فتحت عمليات نقل و زراعة الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية الأمل واسعا للمرضى الذين فقدوا أي فرصة للشفاء. و أصبحت رحلة البحث عن متبرع تؤرق المرضى و ذويهم، ففتحت الأبواب لأشكال عدة من الممارسات اللاأخلاقية و التجاوزات الاجرامية . فكان لِزاماً على علماء الدين إيجاد تكييف شرعي يتيح للمتبرع التخلي عن عضو من جسده لإنقاذ شخص من خطر الموت ، و بما أن التبرع بين الأحياء لم يعد يكفي لسد الطلب المتزايد من الأعضاء، ففتح المجال واسعا لنقل الأعضاء من الموتى، و حتى من الحيوانات.

إن تناول هذا الموضوع يثير العديد من الإشكاليات، فكيف وفقت مبادئ البيو–أخلاقيات الطبية من جهة، الأحكام الشرعية من جهة ثانية و الأطر القانونية من جانب آخر في إيجاد توافق و توازن بين الحفاظ على حرمة و قداسة الجسم البشري، و بين تجسيد فرصة لشفاء المريض عبر نقل العضو و زرعه، وبين الحفاظ على سلامة المتبرع ؟ و كيف نُظمت عمليات زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية في الجزائر ؟و ما مدى فعالية هذا التنظيم في ظل منظومة صحية تتعرض للعديد من الانتقادات؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تقتضي منا التعرض لمفهوم البيو–أخلاقيات الطبية في مجال نزع و زراعة الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية، و من ثمة نتعرض للتنظيم القانوني لها و ما مدى فعالية الإجراءات المتخذة .

المحور الأول : الإطار المفاهيمي للبيو–أخلاقيات الطبية في مجال نزع و زراعة الأعضاء و الأنسجة البشرية

شهد الطب خلال الخمسين سنة الأخيرة من القرن الماضي تطوراً و اكتشافات لم تشهدها البشرية منذ فجر التاريخ، هذا التطور لم يمكن له أن يتحقق من دون أن يُتّخذ جسم الإنسان محلا للتجارب و البحث.

و إذا كان العالم قد وقف على فظاعة ما اقترفه الأطباء الألمان في حق المحتجزين في المحتشدات النازية بمناسبة محاكمة مجرمي الحرب العالمية الثانية في محاكمة نورمبرغ[1]، فإن التطور في مجال الطب أثر في تغيير المفاهيم و المبادئ الأصولية المتفق عليها في مجالي الطب و القانون، كما أثر على حرمة الكيان الجسدي للإنسان الذي يعتبر أهم عناصر وجوده[2].

أولاً.مفهوم البيو أخلاقيات الطبية و مبادئها

استخدم مصطلح البيو أخلاقيات لأول مرة سنة 1970 في كتاب للطبيب الأمريكي المختص في أمراض السرطان فان. ر. بوتر (Van.R. Potter) و الذي اعتبره علم جديد متعدد الاختصاصات (علوم الحياة، الفلسفة، القانون...) يتولى التفكير في مسائل ذات بعد أخلاقي، قانوني، و اقتصادي مرتبطة بالتقدم التكنولوجي في مجال علوم البيولوجيا الحيوية و تطبيقاتها على الكائن البشري.[3]كما اعتبرتالبيو أخلاقيات في مجال الطب مجموعة من التساؤلات[4] يسعى من خلالها الانسان لإيجاد توازن بين منافع و مضار التقدم التكنولوجي ،ما يؤدي به لتحديد اختيار يتلاءم و حجم المسؤولية الملقاة على عاتقه بما يتوافق مع قداسة الجسم البشري و سمو الروح البشرية و مع مراعاة حرية الاختيار.

فاذا كانت الأخلاقيات الطبية ملازمة لمهنة الطب منذ عصور خلت، فمبدأ الطب الهيبوقراطي "عدم الإضرار بالذات البشرية " (PRIMUM NON NOCERE) فصَل منذ البداية في مهام الطب ، ومنه فإن أي بحث في هذا المجال تكون أولويته فائدة الانسان فوق أي فائدة علمية أخرى.نتعرض لتعريف البيو–أخلاقيات و أهم مبادئها.

---

[1]محاكمة نورمبرغ (1946–1947) لحوالي 20طبيب ألماني اقترفوا باسم التجارب الطبية جرائم في حق المحتجزين في المحتشدات النازية، و تمخض عن هذه المحاكة مدونة (دستور) نورمبرغ code de Nuremberg

[2]د.**ميرفت منصور حسن**، التجارب الطبية و العلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2013، ص 9

[3]**F.Z El Kebir**, deuxième colloque international de bioéthique en Algérie, éditions Dar El Gharb, 2004 P15

[4]**Jean François Mattei**, Entretien sur Chaîne d'assistance publique, Hôpitaux Universitaires de Marseille, Mars 2005

1. تعريف البيو–أخلاقيات الطبية

1.1البيو أخلاقيات:عرفتها موسوعة ويكيبيديا كما يلي: (بالانجليزيةBioethics)

هي دراسة فلسفية للخلافات الأخلاقية الناجمة عن التقدم في مجال البيولوجيا (علم الأحياء) و الطب . و هي مرتبطة بالمسائل الأخلاقية التي تنشأ في العلاقات بين علوم الحياة، التكنولوجيا الحيوية، الطب ،السياسة ، القانون، الفلسفة.[1]

تطور هذا المجال المعرفي انطلاقا من سنوات 1960 و اتسعت رقعته مع تطور المجالات التي شهدتها الأبحاث العلمية و تراوحت تساؤلات الانسان من المناقشات حول حدود الحياة من نشأة الانسان (مسائل المساعدة الطبية على الانجاب، أطفال الأنابيب، الأجنة المجمدة) و خلال حياته (التبرع بالأعضاء، علاج الألم) و إنهاء الحياة (الإجهاض و القتل الرحيم).

2.1. التجارب الطبية على البشر:

إن الهدف من إجراء البحوث في مجال الطب، هو استكشاف مجالات و أساليب علاجية حديثة بغية فتح آفاق و زرع أمل لدى حالات مرضية كان ميؤوس من شفائها من قبل كأمراض الزهري و السل. إن هذه التجارب التي تبدأ على مستوى المختبرات ثم على الحيواناتلابد أن تصل مرحلة التجريب على جسم الانسان و أعضائه و مكوناته، و تحتمل هذه التجارب الكثير من المخاطر بشكل أثر على الثوابت و المعتقدات القانونية و الطبية و الأخلاقية القائمة. و حتى تكتسب هذه التجارب مشروعيتها، فلابد من الموازنة بين مصلحة الفرد و حمايته و مصلحة المجتمع في التقدم العلمي.[2]

و في بعض الحالات فإن إجراء التجارب و نجاحها على المستوى المخبري و على الحيوانات لا يعني بالضرورة نجاحها عند تجريبها على جسم الانسان، نظرا لأن فسيولوجية الإنسان تختلف كثيرا عن الحيوانات. فدواء تاليدوميد (thalidomide) الذي استخدم في سنوات 1950 و 1960 كمهدأ و كمضاد للإغماء للنساء الحوامل و الذي لدى تجريبه على الحيوانات أعطى نتائج مبهرة غير أن استخدامه من طرف النساء الحوامل أدى إلى نتائج عكسية تماما، حيث ثبت أن 20 % من المواليد من النسوة اللاتي استخدمنه كانوا يولدون من غير ذراعين[3]. و من هنا كان لزاما على التشريعات أن تضمن قدرا كبيرا من الحماية للخاضعين لهذه التجارب.

---

[1]موقع https://ar.wikipedia.org تاريخ التصفح 2022/03/11 الساعة 23سا 30'

[2]**ميرفت منصور حسن**، مرجع سابق ، ص 22

[3] **J.F Mattei**, Entretien sur Chaîne d'assistance publique, Hôpitaux Universitaires de Marseille, Mars 2005

2. مبادئ البيو–أخلاقيات الطبية

نشأ مفهوم البيو–أخلاقيات الطبية عقب محاكمة نورمبرغ التي أرست المبادئ الأساسية في هذا المجال و التيتلتها العديد من المواثيق الدولية و الإقليمية:

1.2 مدونة نورمبرغ– 1947

يعتبر الطبيب الألماني جوزيف مينجيلي المهندس الفعلي للتجارب البشرية التي أجريت على المعتقلين في المعسكرات النازية حلال الحرب العالمية الثانية، و الذي تم اتهامه رفقة فريق من الأطباء بارتكاب جرائم في حق البشرية، على هامش محاكمة مجرمي الحرب في مدينة نورمبرغ الألمانية بين سنتي 1946–1947، و ذلك رغم دفاعهم بأن نتائج الأبحاث في صالح المجتمع و لا يمكن الوصول إليها بطرق أخرى.و كان من نتائج هذه المحاكمة صدور مدونة أو دستور نورمبرغ التي تضم عشر مبادئ للتجارب البشرية على الإنسان، حيث أقرت شرعية التجارب غير العلاجية عندما تجري ضمن حدود معقولة تتفق مع أخلاقيات مهنة الطب[1] ومن أهم هذه المبادئ:

- ضرورة الحصول على رضا الشخص الخاضع للتجربة، الذي يجب أن يتمتع بالأهلية و حرية الاختيار، كما ينبغي إعلامه بعناصر الموضوع و الهدف من التجربة؛
- يجب أن تسعى التجربة لتحقيق نتائج فيها خير للمجتمع، و لا سبيل للحصول عليهابطرق أخرى؛
- يجب أن تصمم التجربة استنادا إلى نتائج التجارب على الحيوانات و أن تكون النتائج المتوقعة كافية لتبرير القيام بها؛
- يجب أن تراعي التجربة تجنب إحداث الألم أو أي ضرر عل الجسم البشري ؛
- يمكن أن يكون القائم بالتجربة هو نفسه محلا لها
- يشترط أن تفوق نتائج التجربة درجة المخاطرة التي يتعرض الشخص الخاضع لها.
- ينبغي التحضير الجيد و توفير المرافق المناسبة للتجربة.
- يجب أن يكون القائمون بالتجربة على أعلى درجة من الكفاءة العلمية و المهارة و يتعين عليهم توخي الحيطة و الحذر.
- للشخص الخاضع بالتجربة الحق في إيقافها في أي مرحلة منها.
- كما أن القائم بالتجربة ملزم بايقافها في أي مرحلة إذا لاحظ أن الاستمرار فيها يؤدي بالإضرار بالشخص الخاضع لها.

[1] **ميرفت منصور حسن**، مرجع سابق ص 97

أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 ديسمبر 1948 الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي كرّس الحقوق الفردية و الجماعية على المستويين المحلي و الدولي، و قد اهتمت مواد الإعلان بالحق في الحياة و السلامة الجسدية، و أكد على الحقوق التي يمكن أن تتعرض للخطر بإجراء التجارب العلمية على الإنسان.

2.2 مبادئ بلمونت 1978 [1]

جاء البحث العلمي بفوائد كبيرة على المستوى الاجتماعي، و في نفس الوقت اسفر عن العديد الإشكاليات الأخلاقية ،و بتاريخ 1974/07/12 أنشئت في الولايات المتحدة الأمريكية اللجنة الوطنية لحماية الأشخاص في إطار الأبحاث البيو طبية ، و أفضت أشغال هذه اللجنة إلى ضبط ثلاثة مبادئ تحكم مجال البحث الطبي على الانسان تم الإعلان عنها في مدينة بلمونت في الولايات المتحدة سنة 1978 و تتمثل هذه المبادئ في:

- **إحترام الانسان:** إن احترام شخصية الانسان و آدميته تتضمن مبدأين أخلاقيين، أولهما إعتبار الأفراد ككيانات مستقلة لها حرية في الاختيار و تقرير مصير حياتهم و الثاني اعتبار حرية الأفراد و استقلاليتهم محدودة، و بالخصوص في مواجهة العوالم المجهولة للبحث العلمي و بالتالي لهم الحق في الحصول على الحماية و الرعاية المثلى.
- **فعل الخير** :يتم التعامل مع الناس بصورة أخلاقية حين يتم احترام قراراتهم، و حين يتم حمايتهم من كل ضرر محتمل، أي ضمن كل مسعى يهدف إلى راحتهم. إن فعل الخير ضمن هذا المبدأ يتعدى معاني الرأفة و حسن المعاملة ليتضمّن إلزامية عدم الإضرار بالآخرين من جهة و الزامية تقديم ما يحمل فائدة لهم و التقليل من الأضرار التي قد تصيبهم.
- **العدالة** :من يستفيد من نتائج البحث العلمي و من يتحمل أعباؤه؟ هذا هو التساؤل الجوهري الذي يحمله مبدأ العدالة بين طياته، تغيب العدالة عندما يحرم الفرد من حقوقه بدون سبب مقنع، أو إذا تحمل عبئاً بدون حق.

3.2 اتفاقية أوفييدو-1997: (la convention européenne sur la biomédecine et la transplantation d'organes OVIEDO 04*/04/1997)*

نصت هذه الاتفاقية في مادتها 16.3 أنه لايمكن المساس بجسد الإنسان إلا لضرورة علاجية و هي من جهة حماية لحق إنساني أساسي(الحق في العلاج) و من جهة أخرى توجب احترام حرمة الجسد، فأباحت هذه الاتفاقية نقل الأنسجة و الأعضاء البشرية بين الأحياء حيث لم تعد سلامة جسد الانسان و اكتماله عائقا، غير أن عملية النقل (transplantation) تقتضي إحاطتها بأقصى قدر من الضمانات. فوفق منطق تضامني يستخدم عضو من جسم

[1]Rapport de la Commission nationale pour la Protection des sujets humains dans le cadre de la recherche biomédicale et béhavioriste, Belmont , USA 1978

انسان (في حالة جيدة و دون أن تؤثر هذه العملية على صحته) لغاية علاجية يتم من خلالها انقاذ حياة انسان آخر.[1] كما اشترطت هذه الاتفاقية عدم إمكانية إيجاد سبيل علاجي آخر (علاج كلاسيكي عن طريق الأدوية) و أن نقل عضو (رئة، كبد، كلية) هو السبيل الوحيد لشفاء المريض، حيث لا يمكن اللجوء إلى عملية الزرع في حالة وجود علاج أو بروتوكول علاجي بديل.

كما فتحت هذه الاتفاقية الباب أمام نقل الأعضاء من حيوانات (xénotransplantation) و التي حققت فيها التجارب العلمية نتائج مبهرة حيث تم تعتبر أعضاء الخنزير ذات قيمة علاجية لا يستهان بها يمكن زرعها بنجاح في جسم الانسان المريض.

ثانياً: عمليات نزع وزراعة الأعضاء و الأنسجة البشرية: بين الظوابط العلمية و الشرعية

1. عمليات نزع و زراعة الأعضاء: تعريفها، الإشكاليات العلمية و الأخلاقية التي تثيرها

عرف الانسان عملية زراعة الأعضاء البشرية منذ القدم ففي العصر البرونزي كانت تتم عملية التربنة، و هي إزالة جزء من عظم القحفة نتيجة إصابة الرأس كما عرف المصريون القدماء عمليات زراعة الأسنان التي أخذها عنهم الرومان و اليونانيون[2]

و قد اختلف الفقه في تحديد دقيق لتعريف لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و من الناحية الطبية " فهي نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف"[3] و يرى آخرون بأن عملية نقل العضو البشري تتضمن ثلاثة عمليات منفصلة: استئصال العضو السليم من المتبرع، استئصال العضو التالف من المريض و أخيرا عملية زرع العضو السليم مكان التالف[4]

1.1 زرع الأعضاء : ما الغاية؟تعتبر عمليات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية قفزة نوعية في مجال الطب البشري جاءت ثمرة لجهود و أبحاث دامت لما يفوق 70 سنة فالفائدة الأساسية التي يجنيها المريض هو الحصول على علاج دائم لحالته المرضية.

و من الناحية الاقتصادية فإن عمليات نزع و زرع الأعضاء من شأنها تحقيق اقتصاد في النفقات الصحية، فإذا أخذنا كمثال عمليات زرع الأعضاء بالنسبة لمرضى القصور الكلوي في

---

[1]**Jean Michaud** , La convention européenne de biomédecine et la transplantation d'organes:un texte équilibré et utile , Journal européen de bioéthique , 2001/3 vol 12 P17-18.

[2]**ياسر حسين بهنس** ،زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم و الاباحة –دراسة مقارنة- مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع،2016، ص 26

[3].**مصباح محمد مصباح عريبي** ، المسؤولية الجنائية للمنشآت الطبية عن جرائم نقل و زرع الأعضاء البشرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2020 ص 33

[4]**مصباح محمد مصباح عريبي** ، نفس المرجع ، ص 35

الجزائر فإنه بالرغم من عدم وجود دراسات دقيقة حول كلفة عملية نزع وزرع الأعضاء، إلا أن تقديرات تشير إلى تكلفة تصل إلى 928 ألف دينار جزائري خلال السنة الأولى و تنخفض في العام الثاني إلى 562 ألف دج فيما تصل حالة تصفية الكلى للمريض الواحد سنويا إلى 1 مليون دج.[1]

2.1: الحدود العلمية في مجال زراعة الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية: عمليات الرفض

يشمل مصطلح نقل و زرع الأعضاء عمليات:

- نقل نسيج من و إلى المريض نفسه
- نقل أنسجة بين توأم حقيقي بحيث تكون الجينات متطابقة تماماً
- نقل و زرع أنسجة من شخص لا تتطابق جيناته تماما مع جينات المريض
- في حالات نادرة، نقل أنسجة من كائنات غير بشرية (مثل الخنزير)

و يمكن للأنسجة المزروعة أن تكون:

- خلايا ، كما هو الشأن في زراعة الخلايا الجذعية جزء من عضو كما هو الحال في زراعة الرئة و زراعة الكبد
- عضو بأكمله كما هو الحال في زراعة الكلى أو زراعة القلب
- أكثر من نسيج واحد و يسمى بزراعة الأعضاء المركبة

تتطلب عملية زرع الأعضاء اجراء عملية جراحية كبرى، و استخدام الأدوية لتثبيط الجهاز المناعي ، و تنطوي العملية على إمكانية رفض العضو المزروع، بالإضافة إلى العديد من المضاعفات الخطيرة التي قد تؤدي إلى الموت ، و لتفادي رفض العضو من طرف جسم المستقبل فإن الفريق القائم بالعملية ملزم :

- بإجراء فحوص شاملة للمتبرع للتأكد من سلامة العضو المنقول منه من الأمراض خصوصا المعدية منها؛
- بإجراء فحوص خاصة بالمريض للتأكد من سلامة جسمه لقبول العضو البشري الذي سيتم اضافته[2]

3.1: إشكالية الإتجار بالأعضاء البشرية

إن الإتجار بالأعضاء البشرية هو امتهان لكرامة الانسان و يعد صورة مرفوضة من صور الإتجار بالبشر[3] فجسم الانسان لا يمكن أن يكون محلاً للبيع و بالرغم من تشديد قانون

---

[1] تدخل البروفيسور **ريان الطاهر** خلال الملتقى الأوراسي الخامس – باتنة 2016 ، موقع الإذاعة الجزائرية 2016/05/01 . 9 سا 39'

[2] **محمد بن مشيرح**، الضوابط الطبية و القانونية و آثارها على أطراف عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون، المجلد 24، العدد 02 أوت 2018 ص 98

[3] **مصباح محمد مصباح عريبي** ، مرجع سابق ص 102

العقوبات [1] على العقوبات المتعلقة بجرائم الاتجار بالأعضاء، إلا أن بعض الممارسات لازالت تطفو إلى السطح بين الفينة و الأخرى. و يعود السبب إلى تضاؤل الأمل في الشفاء مع عدم وجود متبرع، مما يؤدي ببعض المرضى إلى استغلال فقر بعض فئات المجتمع من أجل مساومتهم للحصول على أعضائهم، بتواطوء من الطبيب المعالج.

ثلاثة أنواع للإتجار بالأعضاء يمكن تسجيل نشاطها :

- بيع عضو من طرف شخص حي في حاجة للمال إلى شخص غني محتاج لهذا العضو.
- بيع أعضاء الميت من طرف أفراد عائلته،
- شراء مكان (عن طريق الرشوة) ضمن القائمة الوطنية للانتظار.[2]

2. حكم زراعة الأعضاء وفق المنظور الشرعي

نصت المادة الثانية من الدستور الجزائري لسنة 2020 على أن "الإسلام دين الدولة" . هذه المادة تفرض على المشرع الجزائري ألا يصدر تشريعا مخالفا لمبادئ الشريعة الإسلامية لأنها المصدر الرئيسي للتشريع[3]، و باعتبار أن عمليات نقل و زراعة الأعضاء قد تمس بالسلامة الجسدية للمتبرع بالعضو أو المتلقي له، و بالنظر لحرمة و قداسة جسد الكائن البشري في الشريعة الإسلامية، فإن تنظيم هذا العمل العلاجي يجب أن يراعي الأحكام الشرعية الصادرة في هذا الشأن قدر مراعاته للأحكام التقنية و الطبية التي ترمي إلى غاية نبيلة و هي إبقاء المريض على قيد الحياة عن طريق نقل عضو من إنسان آخر، كآخر سبيل لنجاته. فما هو موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذا الموضوع .

1.2. حكم عمليات نقل و زراعة الأعضاء بين الأحياء:

تراوحت آراء الفقهاء حول حكم الشرع في عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء، نتعرض للإتجاه القائل بتحريمها و كذا الاتجاه الفقهي الذي يجيزها.[4]

1. 1 .1 الإتجاه القائل بالتحريم و أدلته

ذهب العديد من الفقهاء إلى تحريم عمليات نقل و زراعة الأعضاء لما يترتب عليها من ضرر سواءا للمتبرع أو المريض المنقول إليه العضو ، و استندوا في ذلك إلى :

- **من القرآن الكريم قوله تعالى:**

---

[1] المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات المعدل و المتمم تنص :"يعاقب بالحبس من ثلاثة (03)إلى عشر (10) سنوات و بغرامة مالية من 300.000.00 دج إلى 1.000.000.00 دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها ".

[2] MustéfaKhiati ,ancref , P232

[3] د. **رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ**، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل و زراعة الأعضاء ،دار الجامعة المصرية ،2015 ص19

[4] **رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ**، مرجع سابق ص 21-22

"***و لا تُلقوا بأيديكم إلى التّهلكة***"[1] حيث أن التبرع بجزء من جسم الانسان إنما هو رمي بالنفس إلى التهلكة ليحيى بها غيره ، و هذا غير مطلوب،

" ***و لا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيمًا و من يفعل ذلك عدواناً و ظلماً فسوف نصليه ناراً و كان ذلك على الله يسيراً***"[2] فلا شك أن تعريض الانسان حياته للتهلكة بتبرعه بجزء من جسمه لغيره يعد من طرق قتل النفس بطريق غير مباشر.

"***و لقد كرمنا بني آدمَ و حملناهم في البر و البحرِ و رزقناهم من الطّيبات و فَضّلناهم على كثيرٍ ممّن خلقنا تفضيلاً***"[3] إن الله كرّم الآدمي حياً و ميتاً ، فالعبث بأعضاء جسده حيا أو بعد مماته يتنافى مع هذا التكريم.

- **من السنة النبوية الشريفة:**

ما رواه أبو الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "إنّ الله أنزل الداء و الدواء، و جعل لكل داء دواء، فتداووا، و لا تتداووا بحرام" [4] فالشرع أباح التداوي و قيده بحرمة التداوي بما حرمه الله ، فلا يعقل أن يكون بأجزاء من جسم الانسان لم يخلقها الله لهذا الغرض.

1.2. 2.***الإتجاه القائل بالجواز و أدلته:***استثنى علماء هذا الإتجاه صورتين من صور نقل وزراعة الأعضاء وهما: تحريم نقل الأعضاء التناسلية (الخصية أو المبيض) منعاً لاختلاط الأنساب، بالإضافة إلى تحريم نقل الأعضاء المفردة في الانسان الحي مثل القلب و الكبد، و التي يؤدي نزعها إلى موته.

الأدلة من القرآن الكريم: قوله تعالى في الآيات الكريمة :

" **من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنّه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً و من أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً**"[5]فالتبرع بالأعضاء هو بمثابة إحياء للبشرية و إنقاذ لنفس من هلاك محتوم.

"**إنما حرّم عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما أُهل لغير الله به لغير الله فمن إضطُرَ غير باغٍ و لا عادٍ فلا إثم عليه إنّ الله غفور رحيم**"[6] فهنا تستثنى حالة الضرورة من التحريم ، فالمريض المهددة حياته يدخل في نطاق الضرورة فيستثنى من التحريم.

---

[1] **سورة البقرة** الآية رقم 195
[2] **سورة النساء** الآية 29-30
[3] **سورة الإسراء** الآية رقم 70
[4] **رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ**، مرجع سابق ص 26
[5] **سورة المائدة** -الآية 32
[6] **سورة البقرة**– الآية 173

"**و يُؤثرون على أنفسهم و لو كان بهم خصاصة**" [1]فمعنى الإيثار أن يتصدّق الشخص بالشيء و هو في حاجة إليه، و هو ما يمكن تطبيقه في حالة تبرع الشخص بعضو من جسده رغم حاجته له، إيثاراً لأخيه المريض.

أدلة القياس :من جواز مخاطرة المسلم بحياته في الحرب و التضحية بنفسه في مواجهة الكفار، و كذلك تضحيته بنفسه لإنقاذ من أشرف على الهلاك، فقياساً على ذلك فإن تضحية الانسان بعضو من جسده من أجل إنقاذ حياة أخيه هي تضحية أقل من التضحية بالنفس.

- القياس على إجماع الفقه على إباحة التبرع بالدم، و إباحة زرع جزء من الجسد في ذات الجسد.

2.2 . حكم عمليات نقل و زراعة الأعضاء من الموتى إلى الأحياء :

إن أهم مشكلة إختلف فيها أغلب الفقه هي تحديد لحظة الوفاة أو بالأحرى تحديد تعريف دقيق للوفاة، و بالرغم من ذلك انقسم الفقه بين مؤيد و معارض.

2.2. 1 الإتجاه القائل بالتحريم و أدلته:

قال تعالى: " **ولقد كرّمنا بني آدمَ و حملناهم في البر و البحر و رزقناهم من الطيبات و فضّلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً** " [2]فلقد كرّم الله الانسان فصوره في أحسن صورة و سخّر له ما في الأرض جميعاً، فنزع عضو منه و لو بعد مماته يعتبر إنقاصاً لآدميته.

و من السنة النبوية الشريفة و عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلة الله عليه وسلم قال: "كسر عظام الميت ككسره حياً" [3] ودلالته أن حرمة الميت كحرمة الحي فكما نهى الله إيذاء الحي كذلك الشأن بالنسبة لإيذاء الميت.

و في فتوى للشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز بخصوص جواز التبرع بالأعضاء الذي رأى فيه البعض أن له مصلحة للأحياء لكثرة أمراض الكلى، "فهو غير جائز للحديث المذكور ، لأن في ذلك تلاعباً بأعضاء الميت و امتهاناً له، و الورثة قد يطمعون في المال، و لا يبالون بحرمة الميت، و الورثة لا يرثون جسم الميت إنما يرثون ماله فقط"[4]

2.2.2 الإتجاه القائل بالجواز و أدلته:

إعتمد هذا الإتجاه في إباحة نقل الأعضاء من الميت إلى الحي على الحجج التالية:

---

[1] **سورة الحشر**–الآية 9

[2] **سورة الإسراء**- الآية 70

[3] رواه أبو داود.

[4] فتوى للشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز على موقعه على الأنترنت www.binbaz.org.sa تصفح يوم 2022/03/09 سا 22سا 30'

من القرآن الكريم :قوله تعالى " **يريد الله بكم اليسرَ و لا يريد بكم العسرَ**"[1]فالبحث عن الحلول العلاجية بعد اليأس من إيجاد دواء مناسب فيه تيسير للأمور و يدخل في حكم هذه الآية التي جاءت بمعنى العموم.

و قوله تعالى: " **و قد فصّل لكم ما حرّم عليكم إلا ما اضطُرِرتم إليهِ**"[2] حدد الله سبحانه وتعالى الحرمات من المأكولات على وجه الحصر، و استثنى حالات الضرورة و من ثمة فأكل ميتة الدمي إذا كانت تفع الضرر فهي مباحة.

و من السنة النبوية: قوله صلى الله عليه و سلم : " يسروا و لا تعسروا و بشروا و لا تنفروا"[3]

و من القواعد الفقهية :

- الضرورات تبيح المحظورات،
- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ، و إذا تعارضت مفسدتان روعي أضمهما بارتكاب أخفهما
- قاعدة الضرر يزال.

3.2 . حكم زرع عضو أو نسيج مصدره حيواني

قام عدد من الجراحين الأمريكيين بإجراء عملية نقل كلية خنزير إلى إنسان دون أن يرفض جسم المتلقي العضو الجديد مما فتح باب أمل جديد لحل مشكلة نقل الأعضاء التي تتوقف عليها حياة العديد من البشر.

و في فتوى له أعلن مركز الأزهر العالمي للفتوى الالكترونية أنه " رغم أن الأصل في الانتفاع بالخنزير هو الحرمة، إلا أنه يجوز الانتفاع به و التداوي بجزء من أجزائه ، أو عضو من أعضائه، بشرط أن تدعو الضرورة إلى ذلك، و ألا يوجد ما يقوم مقامه من الطاهرات في التداوي و رفع الضرر" [4]

و بالرغم من كون هذه العمليات لازالت في طور التجريب فإن الأزهر جعل زرع كلية الخنزير في جسم الانسان محرم إلا إذا دعت الضرورة لذلك و قيّده بشرطين:

- فقد البديل الطاهر
- أن يكون الضرر المترتب على الزرع أقل من عدمه سيما أثناء القيام بعملية الزرع و بعدها.

---

[1] **سورة البقرة**–الآية 185
[2] **سورة الأنعام**– الآية 119
[3] أخرجه البخاري
[4] الموقع الالكتروني " المصري اليوم" مقال بتاريخ 2021/10/25 التصفح يوم 2022/03/09 سا 23سا00'

4.2.الرأي الفقهي في الجزائر

- **فتوى لجنة الإفتاء لوزارة الشؤون الدينية الجزائرية بتاريخ 1972/04/20** و التي تنص " بما أن التقدم العلمي وصل اليوم لدرجة إمكانية زرع قلب إنسان متوفي في جسم انسان حي ، فلا يجب أن يكون أي حرج في ذلك"

" إذا اعترض الشخص المتوفي (قبل موته) على استعمال عضو من جسمه فيعود على وليه الشرعي أن يأذن باستخراج عضو من رفاته في حالة دعت الضرورة لذلك، كما أن ولي أمر المسلمين (يقصد هنا رئيس الجمهورية) بإمكانه أن يرّخص باستخراج عضو من جثة مجهولة الهوية .."

"غير أنه من الضروري الحصول على رضا المتبرع – دون أي قيد– و ضمان الأطباء القائمين بالعملية عدم تعريض المريض لأي ضرر"

- **فتوى المجلس الإسلامي الأعلى (الجزائر) لسنة 1999**و التي قيدت التبرع بالأعضاء البشرية بمجموعة من الشروط:

–يجب أن يكون الشخص المتوفي قد عبر عن رضاه أثناء حياته و بدون قيد، و بحضور شهود أو عبر وصية و بدون مقابل مادي.

– على الأطباء إعلام أهل المتوفي بخصوص نزع الأعضاء من ميتهم و الحصول على موافقتهم

– يجب أن يشارك في عملية نزع العضو و زرعه في جسم المريض مجموعة من الأطباء المختصين.[1]

المحور الثاني : التنظيم القانوني لعمليات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية

استعمل المشرع الجزائري مصطلح البيو أخلاقيات الطبية لأول مرة من خلال قانون الصحة 11/18و اعتبرها "كل التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء و زرعها و الأنسجة و الخلايا و التبرع بالدم البشري و مشتقاته و المساعدة الطبية على الإنجاب و البحث البيو–طبي."[2]

أولاً: شروط إباحة نزرع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية:

من بين الأساليب الطبية الحديثة التي تطورت بشكل ملحوظ، و التي تعتبر من نتائج تقدم العلوم الطبية و البيولوجية، فإن وجود عمليات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية واقع لا يمكن تجاهله و لا يمكن انكاره فلكل مريض الحق في سلامة جسمه و الحق

[1] **MostéfaKhiati**, bioéthique, OPU ,2016, P257-258

[2] المادة 354 من القانون 11/18 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة

في الحياة و التمتع بكل ما يتفرّع عنها من فوائد، و ما عمليات نزع و زرع الأعضاء إلا وسيلة من وسائل حماية الحق في الحياة و في سلامة الجسم.

إذ أصبح من الممكن نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية أو أجزاء منها من شخص لآخر حياً كان أو ميتا مما يؤدي إلى إنقاذ البشرية من الأمراض المستعصية و الموت المحقق. و على الرغم من ذلك فإن لهذه العمليات حدودًا ينبغي الوقوف عندها ذلك أن جعل التعامل بها بدون شروط أو قيود سيؤدي إلى نتائج جد خطيرة على حياة الانسان.

و قد تولى في هذا الصدد قانون الصحة الجزائري رقم 11/18 في الباب السابع منه ، بداية من المادة 355 وصولا إلى المادة 367 ببيان أهم الشروط الواجب توافرها لصحة عملية التبرع و التي يمكننا بيان أهمها:

1. الشروط الواجب توافرها في زرع الأعضاء بين الأحياء:

إن إجازة المشرع الجزائري لإقتطاع الأعضاء بين الأحياء مرتبط بمراعاة ضوابط عديدة التي حددها قانون الصحة.

1.1 ***توافق عمليات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية مع النظام و الآداب العامة:***إن الأصل هو عدم جواز تصرف الشخص في سلامة جسمه و لا يعتد برضائه عن أي تصرف من شأنه المساس بهذه السلامة ، و ذلك لتعلقها بالنظام العام و حماية هذه السلامة أمر يقتضيه الصالح العام[1] . و حتى تكون عملياتنزع و زرع الأعضاء غير مخالفة للنظام العام، فيجب أن يكون محل التبرع مشروعاً و غرض الاستئصال علاجي و بدون مقابل مالي

1.1-1 أن يكون محل التبرع مشروعاً: فالمحافظة على حياة المتبرع و سلامة جسمه شيء مهم و يجب أن لا يعود بالضرر على المتبرع ، فلا يجوز التبرع بالعضو الوحيد في الجسم كالقلب و الكبد، لأن هذا الاستئصال يقضي إلى موت صاحبه بل يكون التبرع بالعضو المزدوج كالكليتين أو الرئتين أو الأعضاء المتجددة كالدم و الخلية و النخاع الشوكي[2]، شريطة أن يكون العضو المتبقي قادر على القيام بالوظيفة البيولوجية.

1.1-2 أن يكون الغرض علاجي: استئصال عضو أو نسيج يجب أن يكون لغرض علاجي و في هذا الاطار نصت المادة 355 من قانون الصحة 11/18 على أنه: " لا يجوز نزع

---

[1]**سميرة عابد ديدات**، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 2004، ص 165

[2]**مروك نصر الدين**، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول ، الكتاب الأول ، دار هومة ، الجزائر،2003 ، ص128

الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية و ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون" [1]

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن عمليات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية يجب أن تتم بهدف علاج المرضى و انقاذ حياتهم .

1.1-3 أن يكون التبرع بدون مقابل مالي: و هو ما نصت عليه المادة 358 من قانون الصحة 11/18 على أنه :" لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها محل صفقة مالية "[2]

حيث أن المادة منعت التعامل المالي في عملية التبرع ، فالأعضاء البشرية لا يجب أن تكون محلا للمعاملات المالية لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى استغلال أفقر الفئات و أضعفها استغلالا جائرا، فمجانية التبرع قد تم تقريرها من أجل منع الاتجار بالأعضاء البشرية. غير أن الملاحظ في هذا المقام هو أنه و على الرغم من إقرار مجانية التبرع بالأعضاء و الأنسجة فإنه و بحسب بعض المختصين في هذا المجال فغنه لا يوجد مانع من دعم أهل المتبرع الميت ماديا من خلال التكفل بتغطية نفقات الجنازة و كذا تحفيز الطاقم الطبي و الفريق المرافق له في عملية الزرع عن طريق حوافز مالية لتطوير هذه العملية كما هو الشأن في بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية، أو تعويض المتبرع عن ساعات العمل التي تغيب فيها. كما نصت المادة 367 من قانون الصحة في هذا الشأن على عدم تقاضي أي أجر عن عمليات النزع و الزرع من طرف الطاقم الطبي القائم بها.[3]

2.1 : رضا المعطي

إن المعطي ليس وسيلة يستعملها الطبيب كيفما شاء فهو انسان حر ، له حق في سلامة جسمه و هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية و التي لها علاقة بالنظام العام وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع، و عليه يجب لا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي للمعطي بغير رضاه فالطبيب الذي يستأصل عضوًا حيوياً من جسم المعطي لزرعه في جسم آخر يسأل جنائيا و مدنياً، حتى لو يتم هذا الاستئصال برضا المعطي .لأن حق الانسان في التصرف بجسمه ليس حقاً مطلقاً، فهو ليس بيده التنازل عن حياته ولا حتى تعريضها للخطر، فالمعطي هنا لا يستطيع أن يقوم بوظيفته الاجتماعية إلا إذا كانت سلامة جسمه

---

[1] المادة 355 من القانون 11/18 المتعلق بالصحة

[2] المادة 358 من قانون الصحة 11/18

[3] **بولقواسبتسام**، التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر، المجلة الافريقية للدراسات القانونية و السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار الجزائر، العدد 2 ، 2020 ، ص 73

مضمونة فاستقرت التشريعات التي نظمت عمليات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية على ضرورة الحصول على رضا المعطي لإباحة هذه العمليات[1].

1.2.1 شكل الرضا: فالرضا الصادر من المعطي ليس له صورة معينة فقد يكون ضمنيا و قد يصدر صريحا بالقول كالكتابة[2].

فتحرير الرضا كتابة من شأنه أن يضمن سلامة و رضاء المعطي كما يحمي الطبيب الجراح الذي يجري عملية الإستئصال و يجنبه المسؤولية الجنائية و المدنية[3].

2.1 .2 خصائص الرضا: يشترط لرضا المعطي بإستصال عضو من جسمه أن يكون:

– **رضا متبصرا:** يجب على الطبيب الجراح أن يعلم المعطي بكامل التفاصيل على طبيعة عملية إستئصال العضو من جسمه و زرعه في جسم أخر, كما عليه أن يبصره بجميع المخاطر و الفوائد التي تعود على المريض من جراء عملية الزرع[4].

ضرورة إبلاغ المعطي بالنتائج المحتملة لقراره بإستئصال عضو من جسمه و الإلتزام بتبصير المعطي لا يقتصر فقط على المخاطر الطبية التي قد تترتب على عملية الإستئصال , و إنما يشكل أيضا النواحي الإجتماعية و الإقتصادية التي تترتب على هذا الإستئصال, و على ذلك فيجب على الطبيب الجراح أن يحيط المعطي علما بما قد ينجم عن إستئصال عضو منه من عدم قدرته على ممارسة عمل معين[5].

– **أن يكون الرضا حرا:** و هنا يكون رضا المعطي حرا بمعنى صادر عن شخص يتمتع بملكات عقلية و نفسية سليمة, فكل إكراه أو ضغط نفسي يخضع له المعطي من شأنه أن يعيب رضائه و يجب أن يستمر هذا الرضا إلى حين إتمام عملية الإستئصال[6].

2.1. 3 أهلية المعطي:

إن عدم الأهلية القانونية تعتبر دائما وسيلة لحماية بعض الأفراد الذين بسبب حالتهم العقلية لا يمكن لهم أن يعطوا رضا حرا صريحا و في مجال نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية, يشترط الحصول على رضا المعطي و هذا ما جاءت به المادة 361 الفقرة الأولى من قانون الصحة 11/18 حيث نصت على أنه:" يمنع نزع الأعضاء و أنسجة و

---

[1] **عبد العزيز بن محمد الصغير** ، نقل و زراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة – مصر، الطبعة الأولى 2015 ، ص78

[2] **عبد العزيز بن محمد الصغير**، نفس المرجع ، ص 78

[3] **عبد العزيز بن محمد الصغير**، نفس المرجع ، ص 79

[4] **عبد العزيز بن محمد الصغير** ، نفس المرجع ، ص 80

[5] **عبد العزيز بن محمد الصغير**، نفس المرجع ، ص 81

[6] **عبد العزيز بن محمد الصغير**، نفس المرجع، ص 81

خلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء , كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي".[1]

3.1- رضا المريض

رضا المريض بمباشرة العلاج على جسمه ضرورة حتمية في عمليات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية فإن الحصول على هذا الرضا يعد أمرا ضروريا و حيويا لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلا.

3.1 1. ضرورة الحصول على رضا المريض: يمكن القول بأنه إذا كان رضا المريض يعد إلتزاما تفرضه القواعد العامة في القانون الطبي, فإن حصول على هذا الرضا يعد أمرا ضروريا لا غنى عنه في مجال زرع الأعضاء.

-شكل رضا المريض: الأصل أنه لا يشترط في مجال عمليات زرع الأعضاء شكلا خاصا في الرضا الصادر عن المريض, فقد يتم الإفصاح عنه بأي وسيلة تظهره إلا أنه يفضل أن يكون رضا المريض أو من يمثله قانونا ثابت بالكتابة و أن يتم أمام شهود لأن الرضا ما هو إلا تعبير عن الإرادة الكامنة في نفس المريض.[2]

- ***إثبات رضا المريض:*** في مجال عمليات زرع الأعضاء, فإنه غالبا ما يشترط أن يكون الرضا الصادر من المريض صريحا و كتابتا, ومن ذلك فإن عبء إثبات رضا المريض بإجراء عملية الزرع يقع على عاتق الجراح, لأنه يبرر به مشروعية المساس بسلامة جسم المريض بتدخله الجراحي.[3]

3.1 . 2 الإلتزام بتبصير المريض: في هذا الشأن طرح إشكال في مدى أحقية إلتزام الطبيب الجراح في مجال زرع الأعضاء بإخطار المريض بطبيعة عملية الزرع التي ستجرى له و نتائجها المحتملة و على هذا النحو هناك ثلاث إتجاهات مختلفة نذكرها:[4]

- **الرأي الأول:** يفرض على الطبيب الإلتزام بتبصير المريض بطبيعة و نوع التدخل الجراحي و مخاطره.
- **الرأي الثاني:** يرى عدم الإلتزام بتبصير المريض, بل و يطالب بأن يوضع المرض تحت وصاية الطبيب.

---

[1] المادة 361 من قانون الصحة 11/18

[2] **عبد العزيز بن محمد الصغير**، مرجع سابق ص 93

[3] **عبد العزيز بن محمد الصغير** ، نفس المرجع ص 94

[4] **عبد العزيز بن محمد الصغير** ، مرجع سابق، ص 95

- **الرأي الثالث:** فهو جاء وسط بين الإتجاهين السالفين الذكر, فذهب إلى أنه يجوز للطبيب أن يكذب على مريضه في حدود معينة, و أن يخفي عليه حقيقة التدخل الجراحي و طبيعة مرضه.

3.1 .3 أن يكون رضا المريض حرا: فالمريض له الحرية الكاملة في إختيار التدخل الجراحي أو رفضه, فهو وحده الذي يملك الإختيار بين المحافظة على صحته و تكامله الجسدي و بين المساس بسلامة جسمه.

كما أن حرية المريض في إتخاد قراره بقبول عملية زرع عضو له يفترض إستبعاد كل إكراه في هذا الشأن. و عليه يجب أن يكون رضا المريض بإجراء عملية الزرع رضا شخصيا.[1]

3.1. 4 أهلية المريض: إن الرضا لا يكون صحيحا إلا إذا صدر عن شخص قادر على التعبير عن إرادة معتبرة قانونا.

تقضي القواعد القانونية أنه إذا كان المرض غير أهل للتعبير عن رضائه أو كان فاقد الوعي, فإنه يكفي أن يصدر الرضا من ممثله القانوني سواء كان عديم الأهلية قاصرا أو خاضعا لحماية القانون.[2]

2. الشروط الواجب توافرها في زرع الأعضاء من الموتى إلى الأحياء:

إن تحديد لحظة الوفاة من أهم المسائل التي تثور في مجال زرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء و لغايات تزويد بنوك الأعضاء ذلك أن إجراء النقل يستلزم التحقق الأكيد من وقوع الوفاة. فتقدم و تطور عمليات نزع و زرع الأعضاء مكن الأطباء من الإستفادة من جثة المتوفي و إستخدامهالغاياتن علاجية هدفها إطالة حياة مريض في أمس الحاجة إليها.[3]

للجثة البشرية حرمة أكدت علها مختلف الشرائع الدينية غير أن هذه الحرمة ليست مطلقة, إذ يجيز القانون المساس بالجثة إذا تعلق الأمر بتحقيق أغراض علاجية كزرع الأعضاء و قد أقرت معظم التشريعات بشرعية هذا المساس مما يترتب عن ذلك من مصلحة إنسانية تفوق بكثير الضرر الناجمعن المساس بالجثة. و حتى تستفيد البشرية و تحقيق الغرض المبتغى حدد القانون مجموعة من الضوابط الواجب توافرها لصحة هذه العمليات.

1.2 تحديد لحظة الوفاة: إن لتحديد لحظة الوفاة أهمية ذلك أنه يوضح الحدود الفاصلة بين الحياة والموت. فهذه الأخيرة أثارت جدلا بين رجال الطب و الدين والقانون مما أدى إلى ظهور إتجاهين يفصلان في تحديد لحظة الوفاة.

---

[1] **عبد العزيز بن محمد الصغير**، نفس المرجع ، ص 102

[2] **عبد العزيز بن محمد الصغير**، نفس المرجع، ص 103

[3] **سميرة عايد ديات** ، مرجع سابق ، ص 243

أ – **المعيار التقليدي:** الوفاة تعتبر ظاهرة طبية إلى جانب كونها واقعة قانونية، و قد تأثر مفهومها أيضا بالتطور العلمي والطبي الهائل خاصة بعد ظهور وسائل الإنعاش الصناعي بحيث أصبحت الوسائل التقليدية لتحديد لحظة الوفاة عاجزة عن تحديد لحظة الوفاة. و وفق هذا المعيار يعتبر الشخص ميتا بتوقف قلبه و رئتيه عن العمل و يتوقف عمل الدورة الدموية.[1]

ب– المعيار الحديثوفقا لهذا المعيار يعتبر الشخص ميتا متى ماتت خلايا مخه, حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية, فمتى ماتت خلايا المخ بصورة نهائية فإنه يستحيل عودته إلى الحياة و ما بقاء القلب حيا و سائر الأعضاء في هذه الحالة إلا ضرب من ضروب الإنعاش الصناعي[2]

ج – موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة: بالرجوع إلى المادة 362 من قانون الصحة 11/18 فهي لم تحدد لنا لحظة الوفاة و لكن قامت بتحديد المعايير التي يمكن الإعتماد عليها لإثبات الوفاة لغرض القيام بنزع الأعضاء, و يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفي عن رفضه النزع خلال حياته.[3]

غير أنه إنتقد هذا المعيار على أساس أنه يفتقر إلى الدقة, إذ ثبت علما أن توقف القلب لا يحدث الوفاة فبإمكان تنشيط القلب و إسترجاع الحياة عن طرق الإنعاش الصناعي أو الصدمة الكهربائية أو تدليك القلب.

2.2. صور التعبير عن إرادة المتوفي:

تتطلب بعض التشريعات شكلا معينا يجب أن يعبر المتوفي فيه عن إرادته و هذه الشكلية قد تتخذ صورة الوصية أو الإقرار الكتابي.[4]

و هو الأمر الذي أكدت عله المادة 362 من قانون الصحة الجزائري بنصها على عدم جواز إنتزاع الأنسجة و الأعضاء البشرية من المتوفي بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية و شرعيةللوفاة وفقالمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة مع وجوب الموافقة من طرف المعني أثناء حياته. أما بعد وفاته فيجب أن تتم الموافقة من طرف أسرته.

و يعبر المتوفي عن رفضه للنزع خلال حياته بكل وسيلة لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء, و الذي يجب على الفريق الطبي الإطلاع عليه قصد البحث عن موقف المتوفي.[5]

---

[1] **سميرة عايد ديات**، نفس المرجع، ص 244- 245

[2] **سميرة عايد ديات**، نفس المرجع ، ص 246

[3] المادة 362 من قانون الصحة 11/18

[4] **سميرة عايد ديات**، مرجع سابق ، ص 284

[5] **بولقواسابتسام** ، مرجع سابق ، ص 76

3.2 .إنتقال حق التصرف في الجثة للغير: إذا توفي الشخص دون أن يعلن عن موقفه في مسألة التصرف بجثته و ترك المجال مفتوحا, فإن ذلك الحق ينتقل إلى أسرته و في حالات إستثنائية أجاز القانون الإقتطاع من الجثث دون موافقة أحد.

أ.إنتقال الحق إلى الأقارب: وهو ما نصت الفقرة الثالثة كمن المادة 362 لقانون الصحة 11/18 على أنه: " يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزععلى سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفي و في حالة غياب التسجيل في هذا السجل تتم إستشارة أفراد أسرة المتوفي البالغين حسب ترتيب الأولوية الأتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفي بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء.[1]

ب.الإقتطاع من الجثة بدون موافقة أحد: أجازت بعض التشريعات الإقتطاع من الجثة بدون موافقة المتوفي أو أقاربه, و ذلك إلى فكرة تأميم الجثة, في حين إستندت تشريعات أخرى إلى حالة الإستعجال لتبرير هذا الإقتطاع.[2]

ونجد أن المشرع الجزائري ساير فكرة الإستعجالو الضرورة نتيجة للعواقب المحتملة في حالة التأخر الذي يكون سبب لهذه التجاوزات.

ثانياً: الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشريةو المؤسسات المرّخص لها بالقيام بعمليات زرع الأعضاء:

إن التطور العلمي و التكنولوجي في المجال الطبي قد جعل من عمليات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية أمرا سهلا و أقل خطورة مما كان عليه الوضع في السابق، الأمر الذي جعل تنظيم هذا النوع من العمليات الجراحية من حيث بيان أهم ضوابطه و شروطه و متطلباته أمر لابد منه بغية الحيلولة دون القيام به بطرق غير قانونية ،و الأهم من ذلك بيان الأجهزة ، أو إن صح التعبير الوكالات المكلفة قانونا بمراقبة عمليات نزع و زراعة الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية.

1. الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية:

1.1 تعريف الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية

تعد الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية و التي أنشأها المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05 أفريل 2012 مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية و

---

[1] المادة 362 من قانون الصحة 11/18

[2] **مواسي العلجة** ،مواسي العلجة ، نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء و من جثث الموتى ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو2009,، ص 32

الاستقلال المالي، و توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة[1] مهمتها الأساسية هي تنسيق و تطوير نشاطات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و ضمان قانونيتها و أمنها.

2.1 *مهام الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية:*

تكلف الوكالة في مجال نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا من جسم الانسان بمهام نوجزها في ما يلي:

2.1. 1 – المهام الموضوعية:

- التأكد من أن سجلات قبول و رفض انتزاع الأعضاء البشرية قد تمت وفقا لما هو منصوص عليه قانونا؛
- وضع الشروط الضرورية لإنشاء بنوك الأنسجة و مراقبة نشاطاتها ، و عرضها للمصادقة بقرار من الوزير المكلف بالصحة؛

2.1 .2 المهام الإدارية: بجانب المهام الموضوعية تضطلع الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية بمهام إدارية تتمثل في:

- تسجيل المرضى في انتظار نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية إنطلاقا من المعطيات الاستشفائية؛
- تسيير و حفظ بطاقيات المانحين و المستقبلين للأعضاء و الأنسجة البشرية لأغراض التتبع؛
- ضمان تسيير السجل الوطني لمنح الأعضاء المنزوعة؛
- تقييم النتائج المختلفة للزرع من خلال متبرعين في حالة موت دماغي، و مستقبلين للزرع من خلال متبرعين أحياء مع الفرق الطبية الجراحية المعنية.
- ترقية و تشجيع البحث العلمي و التكوين في مجال نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية؛
- إعداد و اقتراح القواعد في مجال إنتزاع و زرع الأعضاء البشرية.

2.1 .3 المهام الاستشارية و الرقابية: للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية مهام استشارية و رقابية تتمثل في:

- إبداء رأيها للسلطة الإدارية المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بنزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية؛
- إعداد التقرير السنوي عن نشاطات الوكالة و الحصيلة السنوية لنشاطات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و لرسالها إلى الوزير المكلف بالصحة[1]

[1] المواد 2-3 من المرسوم التنفيذي رقم 12-267 المؤرخ في 2012/04/05 المتضمن انشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء و تنظيمها و سيرها، ج ر عدد 22

3.1- دور الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية:

تلعب الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية دور مهم في تحقيق مختلف المهام سالفة الذكر لاسيما منها ما تعلق بتحديد المؤسسات الاستشفائية الجامعية التي ترغب في القيام بعمليات زرع الأعضاء، بالإضافة إلى توزيع الأعضاء البشرية المتبرع بها على الأشخاص الذين يحتاجون التبرع حسب ترتيبهم في قائمة الانتظار.

غير أنه و بالرغم من أهمية الدور المنوط بها و المجهودات المبذولة منذ صدور القانون الخاص بزرع الأعضاء البشرية إلا ن النتائج المحققة في مجال زراعة الأعضاء البشرية مازالت بعيدة عن المستوى المطلوب بالنظر إلى النقص الكبير في عدد المتبرعين بالمقارنة مع العدد الكبير للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار.

2. المؤسسات المرخص لها بالقيام بعمليات نزع و زرع الأعضاء البشرية:

نظرا لأهمية نزع و زراعة الأعضاء البشرية فقد خص المشرع الجزائري هذا النوع من العمليات بتنظيم خاص من خلال تحديد المؤسسات الصحية التي لها صلاحية إجراء هذا النوع من العمليات حيث نصّت الفقرة الأولى من المادة 366 من القانون 11/18 المتعلق بالصحة على أنه "لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء" [2]

و بتاريخ 02 أكتوبر 2002 أصدر وزير الصحة و السكان و اصلاح المستشفيات قرار تضمن في مادته الثانية قائمة المؤسسات الاستشفائية المرخصلها بتنفيذ عمليات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشريةو تم تعديل هذا القرار بموجب القرار رقم 29 المؤرخ في 2012/06/14 و تتمثل هذه المؤسسات الصحية في :

- **عمليات زرع القرنية تكون من إختصاص13 مؤسسة:**
- المراكز الإستشفائية الجامعية: مصطفى باشا ،بني مسوس ، باب الواد، عنابة ، حسين داي، البليدة، سطيف، تلمسان، تيزي وزو.
- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة في طب العيون بوهران,
- 03 عيادات طبية خاصة

سُمح للعيادات الخاصة بإجراء عمليات زرع القرنية فقط بعد الحصول على ترخيص من وزارة الصحة.

- عمليات زرع الكبد: من اختصاص 03 مؤسسات:

---

[1] المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 167/12

[2] المادة رقم 366 من القانون رقم 11/18 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة

- المراكز الاستشفائية الجامعية عنابة و وهران.
- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة بيار و ماري كوري (الجزائر العاصمة)
- **عمليات زرع الكلىمن إختصاص14 مؤسسة:**
- المراكز الإستشفائية الجامعية: مصطفى باشا,حسين داي ، بني مسوس، باب الواد، عنابة، وهران ، تيزي وزو، البليدة، سيدي بلعباس، تلمسان، سطيف
- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة عيادة دقشي (بقسنطينة).
- المؤسسة الاستشفائية الجامعية بوهران
- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة الكتور معوش الجزائر العاصمة.
- **عمليات زرع النخاع الشوكي من اختصاص 06 مؤسسات:**
- المراكز الإستشفائيةالجامعية: وهران ، تيزي وزو، تلمسان، باتنة
- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة بيار و ماري كوري (الجزائر العاصمة)
- المؤسسة الاستشفائية الجامعية بوهران

أما واقع التجربة الجزائرية في مجال نقل و زرع الأعضاء و كمثال عمليات زرع الكلى، فقد كشفت الاحصائيات المتوفرة عن تسجيل أكثر من 25 ألف مريض بالقصور الكلوي المزمن موزعين عبر وحدات تصفية الكلى عبر الوطن، منهم أكثر من 1500 مريض مسجل بقائمة الانتظار، ينتظر متبرع لزرع كلية تنقذه من تعلق حياته بآلة تصفية الدم. في حين أن معدل عمليات زرع الكلى خلال الخمس السنوات الأخيرة لا يكاد يتعدى 270 عملية في السنة، كلها من متبرعين أحياء من أقارب المريض.[1]أما عمليات زرع الأعضاء من الجثث فلم تعرف انطلاقة حقيقة رغم صدور النصوص التنظيمية منها – القرار رقم 34 المؤرخ في 2002/11/19 المحدد للشروط العلمية و الشرعية التي تسمح بمعاينة الوفاة لغرض نزع و نقل الأعضاء.

–القرار رقم 35 المؤرخ في 2002/11/30 المحدد للشكل النموذجي لوثيقة معاينة الوفاة لغرض نزع الأعضاء من الجثة، و نموذج الترخيص بنزع الأعضاء.

كما تجدر الإشارة أن السجل الوطني الالكتروني للرفض دخل حيز الخدمة سنة 2021 على موقع الوكالة الوطنية للتبرع بالأعضاء.

الخاتمة :

برزت البيو–أخلاقيات الطبية منذ منتصف القرن الماضي، بما تثيره من إشكاليات و تساؤلات تضع السلامة الجسدية و قداسة الجسم البشري في كفة، و إنقاذ حياة مريض عندما تكون الحاجة إلى عضو من متبرعفي الكفة الأخرى.

[1]Yassin Rekhil, le don d’organe en algérie :limites et perspectives, articles from the Pan AfricanMedical Journal , 2021,

إن مبادئ البيو–أخلاقيات الطبية التي سايرت البحث العلمي في مجال علم الأحياء و الطب كان لها الأثر الأكبر في سد الطريق أمام الممارسات اللاأخلاقية و الإجرامية في المتاجرة بالأعضاء البشرية، كما كان لها دور صمام الأمان، لطمأنة المتبرع على سلامة جسده بعد أن يتخلى عن عضو منه، و زرع الأمل لدى مستقبِل العضو، الذي يقتنع أن هذه العملية هي الملجأ الوحيد لإنقاذ حياته. و من جانب آخر وفي عالمنا الإسلامي سايرت مظم الفتاوى و الآراء الفقهية هذا النهج في سبيل إنقاذ الروح البشرية ، حتي و لو كان كلفة ذلك هو تعريض روح بشرية أخرى للخطر.

و جاء المشرع الجزائري عبر قانون الصحة رقم 11/18 ليسلك نفس النهج من خلال التحديد الدقيق لمن يمكنه التبرع من عائلة المريض، و شروط الحصول على رضا المتبرع و المريض، كما خص الوكالة الوطنية للتبرع بالأعضاء بالدور الجوهري في حصر قائمة الانتظار من المرضى، و حدد على سبيل الحصر المؤسسات التي تتكفل بالعمليات الجراحية لنزع و زرع الأعضاء، و اقتصرها على المؤسسات العمومية لإمكانياتها المادية و البشرية و درءاً لأي تجاوز أو تلاعب, و تشجيعا منه لنزع الأعضاء من الموتى جعل عدم التصريح بالرفض أثناء حياة الشخص عبارة عن قبول ضمني لإستعمال أعضائه بعد موته.

إن عمليات نزع و زرع الأعضاء و رغم تحقيقها لنتائج معتبرة في انقاذ أرواح و شفاء عدد معتبر من المرضى لم ترق إلى الآن إلى ما يمكن أن تقدمه من خدمة للصحة العمومية و للمرضى في حالة يأس و بقي تناولها من عامة المجتمع يدخل في خانة المواضيع المستعصية على النقاش.

و في الأخير إرتأينا تقديم جملة من التوصيات:

- الإسراع بإصدار النصوص التطبيقية لقانون الصحة الأخير رقم 11/18
- تفعيل دور الوكالة الوطنية للتبرع بالأعضاء و تكييف مهامها مع أحكام القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة.
- تكثيف دور الاعلام و الحركةالجمعوية و الأئمة و المنظومة التعليمية في تبسيط المفاهيممن خلال الإرشاد و التربية الصحية في مجال زرع الأعضاء.
- الإطلاق الحقيقي لعمليات نزع الأعضاء من الموتى التي تمثل الحل الوحيد لتغطية العجز في الأعضاء مثلما ذهبت إليه العديد من الدول كالولايات المتحدة الأمريكية.
- انشاء بنوك للأعضاء على مستوى المؤسسات الصحية المعنية بعمليات نقل الأعضاء، و وضع حيز التنفيذ نظام معلوماتي وطني فعّال يسمح بتبادل المعلومة و استغلالها وفق ما تقتضيه ضرورات السرعة و الاستعجال في مثل هذه العمليات.

قائمة المراجع

1. الكتب باللغة العربية:

- **مصباح محمد مصباح عريبي** ، المسؤولية الجنائية للمنشآت الطبية عن جرائم نقل و زرع الأعضاء البشرية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2020
- **ميرفت منصور حسن**، التجارب الطبية و العلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2013
- **ياسر حسين بهنس** ،زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم و الاباحة –دراسة مقارنة– مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع،2016،
- **مصباح محمد مصباح عريبي** ، المسؤولية الجنائية للمنشآت الطبية عن جرائم نقل و زرع الأعضاء البشرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2020
- **رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ**، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل و زراعة الأعضاء ،دار الجامعة المصرية ،2015
- **سميرة عابد ديدات**، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت–لبنان، الطبعة الأولى، 2004
- **مروك نصر الدين**، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول ، الكتاب الأول ، دار هومة ، الجزائر،2003
- **عبد العزيز بن محمد الصغير** ، نقل و زراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة – مصر، الطبعة الأولى 2015

2. المراجع باللغة الفرنسية:

- **Laboratoire de biologie et du développement et de la différenciation**, deuxième colloque international de bioéthique en Algérie, Oran 20-22 novembre 2004 ,edition Dar El Gharb
- **MOSTEFA KHIATI,** Bioéthique, Office des Publications Universitaires, Alger, 2017

3. **النصوص القانونية :**

- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 2020، الجريدة الرسمية رقم 82 بتاريخ 2020/12/30
- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16-02-1985 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ج ر رقم 08
- القانون رقم 11/18 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة ، ج ر رقم 46
- القانون رقم 01/09 المؤرخ في 2009/02/25 المعدل و المتمم للأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات.

- المرسوم التنفيذي رقم 12-267 المؤرخ في 2012/04/05 المتضمن انشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء و تنظيمها و سيرها، ج ر عدد 22.
- القرار رقم 30 المؤرخ في 2002/10/02 المتمم بالقرار رقم 29 المؤرخ في 2012/06/14 المتضمن الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بعمليات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية، وزارة الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات.

4. **المقالات العلمية:**

- محمد بن مشيرح، الضوابط الطبية و القانونية و آثارها على أطراف عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون، المجلد 24، العدد 02 أوت 2018
- مواسي العلجة ، نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء و من جثث الموتى ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو2009,
- بولقواسإبتسام، التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر، المجلة الافريقية للدراسات القانونية و السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار الجزائر، العدد 2 ، 2020
- Rapport de la Commission nationale pour la Protection des sujets humains dans le cadre de la recherche biomédicale et béhavioriste, Belmont , USA 1978
- Jean Michaud , La convention européenne de biomédecine et la transplantation d'organes:un texte équilibré et utile , Journal européen de bioéthique , 2001/3 vol 12
- Yassin Rekhil, le don d'organe en algérie :limites et perspectives, articles from the Pan AfricanMedical Journal , 2021

5. **مواقع الأنترنت:**

- موقع الشيخ ابن باز www.binbaz.org.sa
- موقع الإذاعة الجزائرية www. Radioalgerie.dz.com
- موقع جريدة المصري اليوم www.almasryalyoum.com
- موقع الوكالة الوطنية للتبرع بالأعضاء www.ang.dz.com
- موقع ويكيبيديا www.wikipidia.com

6. **مداخلات :**

- تدخل البروفيسور ريان الطاهر خلال الملتقى الأوراسي الخامس، باتنة 2016 ، موقع الإذاعة الجزائرية

- Jean François Mattei, Entretien sur Chaîne d'assistance publique, Hôpitaux Universitaires de Marseille, Mars 2005 (la chaîne Youtube de l'AP−HM)

مشروعية التداوي من العقم عن طريق إجراء التلقيح الاصطناعي – دراسة مقارنة –

ط.د. عليش حنان
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

د. بوقرة أم الخير
كلية الحقوق. جامعة الجزائر 1

الملخص:

لقد حققت عملية التلقيح الاصطناعي نتائج مذهلة في علاج عدم الإخصاب، وقد أجازها فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية وأحاطوها بجملة من الضوابط الشرعية، كما أجازتها أيضا الكثير من قوانين الدول الغربية والعربية ومنهم المشرع الجزائري، وأحاطوها بمجموعة من الشروط القانونية التي تعطي للعملية صفة المشروعية، ورتبوا جزاء على مخالفتها، وعلى الرغم من أن هذه العملية قد ساهمت بشكل كبير في علاج عدم الإخصاب، إلا أنها أثارت جملة من الإشكاليات التي تحتاج بيان حكمها في الشرع وموقف القوانين المقارنة منها، فموضوع دراستنا تبيان مدى مشروعية عملية التلقيح الاصطناعي لمعالجة عدم الإخصاب على ضوء الشرع والقانون.

الكلمات المفتاحية: العقم، عدم الإخصاب، التلقيح الاصطناعي، مشروعية التداوي، العلاج.

مقدمة:

إن المحافظة على النسل مقصد عظيم من مقاصد الإسلام الضرورية، التي استهدفتها أحكام الشريعة الإسلامية، ولذا شرع الله النكاح وجعله الوسيلة الوحيدة للتناسل والتكاثر، لما له من أهداف عظيمة.

وقد جعل الله الأبناء نوعا من أنواع الرزق وزينة للحياة الدنيا، فقال: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا ﴾ سورة الكهف : الآية 45.

وبما أن النسل غريزة بشرية ورغبة ملّحة، فإن العقم وعدم الإخصاب كذلك من الأمراض التي يشرع التداوي منها بالطرق الجائزة، فبعد لجوء الزوجين إلى الله تعالى، يكون عليهما الأخذ بالأسباب واللجوء للأطباء لمعرفة المشاكل التي تحول دون تحقق الحمل وتأخر الإنجاب، ومعرفة العلاج المناسب لحل هذه المعضلة.

وعلى الرغممن اكتشاف تقنيات حديثة ساعدت على تحقيق رغبة الإنسان في الإنجاب إلاّ أنها أثارت ضجة كبرى و خاصة التلقيح الاصطناعي تناقلتها وسائل الإعلام على انتشار المراكز المتنافسة على إجراء مثل هذه العمليات بصورة كبيرة في الدول الإسلامية فضلا عن الدول الغربية.

والتلقيح الاصطناعي كتقنية معاصرة تعددت صوره وأساليبه، حيث أن هذه الصور محفوفة بالكثير من المشاكل والمخاطر الدينية والأخلاقية والقانونية، لذا فإن هذه التقنية بصورها وإشكالاتها المختلفة تحتاج إلى معرفة أحكامها التي تبين مشروعيتها وتنظمها سواء كان ذلك من الناحية الشرعية أو القانونية.

ومن زاوية أخرى تضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 05-02 حكما جوازيا في مسألة التلقيح الاصطناعي، كما نظمها قانون الصحة الجديد رقم: 18_11 المتمم و المعدل بالأمر 20_02 بشي من التوسع، ورتب عقوبات زاجرة لمن يخالفها، وهذه خطوة إيجابية تحسب للمشرع الجزائري في مسايرته للتطور العلمي الحاصل في المجال الطبي.

وهدفنا في هذه الورقة البحثية هو بيان الحكم القانوني و الشرعي للتداوي من العقم وعدم الإخصاب باستخدام تقنية التلقيح الاصطناعي، وتبيان مدى ملائمة واتساع النصوص القانونية سواء الغربية أو العربية والوطنية، ومدى توافق المشرع الجزائري مع الرؤية الشرعية للمجامع الفقهية الطبية ومدى توافقه مع بعض القوانين المقارن.

أما إشكالية البحث يمكن طرحها في التساؤل القانوني الآتي:

ما حكم اللجوء إلى طلب العلاج من العقم وعدم الإخصاب باستخدام تقنية التلقيح الاصطناعي كواحد من أهم علاجات تأخر الإنجاب؟

ونظرا لطبيعة الموضوع فقد اعتمدت دراستي على المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين النصوص القانونية والشرعية، وأبّين الرأي الراجح ، والمنهج الوصفي من خلال سرد المعلومات وعرض ما له صلة بموضوع الدراسة، و المنهج التحليلي بالتعرض لتحليل النصوصو الآراء الفقهية و استخلاص النتائج.

وعليه سنقوم بتقسيم موضوع دراستنا إلى مبحثين حيث تناولنا في **المبحث الأول** أحكام اللجوء إلى طلب العلاج من العقم قانونا و شرعا **والمبحث الثاني:** الحكم القانوني والشرعي للتداوي من العقم بتقنية التلقيح الاصطناعي.

المبحث الأول: أحكام اللجوء إلى طلب العلاج من العقم قانونا وشرعا

إن حفظ النسب والعرض يعتبر من المقاصد الشرعية الأساسية ، التي تكون بالغة الحساسية في التأثر بما يخل كرامتها و قيمتها الإنسانية لهذا أوصد الشرع كل باب يوصل إلى التلاعب بالخلية و البنية الآدمية[1] .

[1]- بكر عبد الله أبو زيد، طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، مجلة الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الثالثة، جدة – المملكة العربية السعودية ، العدد 3، ج 1، 1408هـ- 1987م، ص 438،439.

فالإنجاب من أهم أهداف الزواج الشرعي، إذ يتعذر تحقيقه أحيانا نتيجة مرض أو عيب خلقي في أحد الزوجين أو كليهما، لذا سنتناول في هذا المبحث معنى العقم وعدم الإخصاب وتوضيح الفرق بينهما **كمطلب أول** كما سنبين أحكام طلب العلاج منها من الناحية الشرعية و القانونية**كالمطلب الثاني**

المطلب الأول: التعريف بالعقم وعدم الاخصاب والفرق بينهما

سنتناول في هذا المطلب تعريفا للعقم و عدم الإخصاب و الفرق بينهما.

الفرع الأول: تعريف العقم

أولا: لغة:

عقَمَ وعقُمَ، عُقم، أي حالة تحول دون التناسل في الذَكر والأنثى من الإنسان والحيوان، كذلك يعقُم و يعقِم عُقْمًا، فهو عاقم، والمفعول معقوم (للمتعدِّي)، عقُمت المرأة، عقَم الرجلُ: كان بهما ما يحول دون الإنجاب، عقَمَ الله المرأة: جعلها عقيمًا لا تنجب.

يقال عقُمت المرأة: عُقْما وعَقَما، فهي عقيم، وعقُمَ الرجل ، فهو عقيم، ويقال أيضا ريح عقيم، قال الله تعالى: ﴿وَفِي عَادٍ إِذَ أَرْسَلْنَا عَلَيْهِمُ الرِّيحَ الْعَقِيمَ﴾ سورة الذاريات: الآية 41، أي لم تأت بمط، ويوم عقيم: لا هواء فيه، شديد الحر، أو لا فرح فيه،[1] وعقلٌ عقيم، أي لا خير فيه ولا ثمرة منه.[2]

وفي قوله تعالى: ﴿...وَيَجْعَلُ مَنْ يَّشَاءُ عَقِيمًا﴾، سورة الشورى: الآية 47، أي لا يولد له ذكر و لا أنثى، فالعقيم هو الذي لا يولد له، و قد جعل الله الناس أقسام منهم من يرزقه البنات، ومنهم من يعطيه البنين، ومنهم من يهبه من النوعين ذكورا وإناثا، ومنهم من يجعله عقيما لا نسل له[3]

وعليه أصل لفظ العقم يدل على شيء لا ثمرة منه، ويعبر به عن الرجال والنساء على حد سواء، فامرأة عقيم أو رجل عقيم، أي لا يولد له.

ثانيا: اصطلاحا:

1- **طبيا:** يعرف بأنه عدم القدرة على الإخصاب أو الحمل خلال فترة الفاعلية الجنسية الطبيعية، ولا يعتبر عقما ما لم تمر سنة على عملية الاتصال الجنسي دون استعمال الوسائل المانعة للحمل، كما

---

[1]- الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني(ت:502هـ)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق صفوان عدنان الداودي، ط1، دار القلم و الدار الشامية، دمشق –بيروت : 1412هـ، ص579.

[2]- جمال الدين محمد بم مكرم أبو الفضل ابن منظور (ت 711)، لسان العرب، المجلد 1، (د، ط)، دار صادر بيروت، لبنان، (د، ت)، 236/10-237، إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، 1425هـ- 2004م، : 217

[3]- ابن كثير إسماعيل بن عمر (ت:774هـ)، مختصر تفسير بن كثير، اختصار وتحقيق وتخريج الأحاديث: هاني الحاج، ج2، (د،ط)، المكتبة الوقفية، القاهرة، مصر (د، ت)، (320/3).

عرفه البعض أنه عدم القدرة على الحمل بعد أكثر من عام واحد من ممارسة الجماع بصفة منتظمة أثناء فترة التبويض.[1]

ومن التعريف الطبي للعقم يتضح لنا أنه عدم القدرة على الإنجاب على الأقل بعد سنة من الحياة الزوجية الطبيعية دون أي استعمال لموانع الحمل

2- **قانونا:** على الرغم من أن المشرع لا يُعنى بوضع التعريفات إلا أننا نجد بعض قوانين الصحة الإنجابية لبعض الدول قد عرفت العقم منها:

أ- القوانين العربية:

عرف القانون البحريني[2] والسعودي[3] أن العقم هو عدم حدوث الحمل وتأخره لمدة تفوق إثنى عشر شهرا في بيت الزوجية وهي المدة التي يعد فيها عدم الإنجاب دليلا على وجود العقم، بشرط قيام العلاقة الزوجية، أي استمرار الاتصال الطبيعي المنتظم بين الزوجين خلال هذه الفترة.

أما القانون التونسي[4] فقد عرفه من خلال هدف الطب الإنجابي، واشترط وجود الرابطة الزوجية وتأخر الحمل، كما أنه لم يحدد مدة اعتبار تأخر الإنجاب عقما يحتاج إلى علاج.

أما في القانون الجزائري لا نجد تعريفا للعقم و عدم الإخصاب بل تمت الإشارة إليه في قانون الصحة الجديد بأنه : " المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبيعي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا" [5]و كان من الفضل لو حدد لنا المشرع الجزائري مفهوم العقم و عدم الإخصاب و فرق بينهما.

---

[1]- عبد الباقي بدوي ، التفريق بين الزوجين بسبب العقم ، مجلة الدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الأغواط، عدد 7 جوان 2016 ص-ص 277- 306 ، ص 298.

[2]- انظر الفقرة 8 من المادة 01 من قانون رقم: 26 لسنة 2017م بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي و الإخصاب (مملكة البحرين، الجريدة الرسمية، العدد 3325، ، بتاريخ 03 أغسطس 2017م)، ص7.

[3]- انظر الفقرة 06من المادة 01 من نظام وحدات الإخصاب و الأجنة وعلاج العقم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم: م/76 المؤرخ في 1424/11/21هـ (المملكة العربية السعودية، جريدة أم القرى، العدد 4024، بتاريخ: 1425/11/12هـ)، ص4.

[4]- انظر الفصل 03 من القانون عدد 93 المؤرخ في 07 أوت 2001م والمتعلق بالطب الإنجابي التونسي(الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي، العدد 63، بتاريخ: 07أوت 2001م)، ص 2573.

[5]- انظر الفقرة 1 من المادة 370، من القانون رقم : 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق 2 يوليو 2018 المعدل و المتمم بالأمر رقم: 20-02 مؤرخ في 11 محرم 1442 الموافق 30 غشت 2020م المتعلق بالصحة (الجمهورية الجزائرية ، الجريدة الرسمية ، السنة 57، العدد50، بتاريخ 11 محرم 1442هـ الموافق 30 غشت 2020م)، ص36.

ب- **فقهيا:** لم يهتم الفقهاء القدامى بتعريف العقم إذ أنهم نظروا إليه نظرة المتوقف حيث إنه قدر إلهي يبتلي الله به من يشاء من عباده، لهذا لا يوجد لديهم تعريف العقم، أما الفقهاء المعاصرين قد تطرقوا لتعريفه على انه "عجز حقيقي أو حكمي ظني عن إنجاب الزوجين معا أو أحدهما، والزوجة في سن يمكنها الإنجاب به عادة"[1]

الفرع الثاني: الفرق بين العقم وعدم الإخصاب

الكثير من الباحثين، ناهيك عن عامة الناس لا يفرقون بين العقم وعدم الإخصاب، فهناك فارق كبير بينهما، فربما تكون هناك أسباب بسيطة بمجرد معرفتها وعلاجها يزول سبب التأخر في الإنجاب، إذ أن العقم ليس له علاج ناجع،[2] ومثاله الأمراض الخَلقية والوراثية الشديدة التي تصيب الجهاز التناسلي، أما عدم الإخصاب فهو تعبير يشمل كل الحالات التي يمكن أن تعالج.[3]

فالعقم وعدم الإخصاب عند الرجال أنه في حالة إذا كانت الخصية تنتج حيوانات منوية قليلة العدد، أو ذات أشكال غير طبيعية، أو تموت بسرعة، أو بطيئة، أو كانت الخصية تنتج حيوانات جيدة ، لكن هناك مشكلة انسداد في الأنابيب الموصلة إلى المبايض، فكل الحالات المذكورة لها حل -بإذن الله- إلا حالة عجز الخصية عن انتاج الحيوانات المنوية من الأساس.[4]

والعقم عند المرأة بمعناه يكون في حالة عجز المبايض عن انتاج البويضات من الأساس، لكن عدم الإخصاب فإما يكون بإنتاج بويضات ذات جدار سميك أكثر من الطبيعي، أو صغير الحجم، أو انسداد في الأنابيب الموصلة للبويضات إلى مسارها الطبيعي، أو السائل المفرز لدى المرأة ذو الحموضة العالية على الحيوانات المنوية لدى الرجل فتموت ولا يحدث إخصاب.[5]

ومما سبق يمكن القول أن العقم الحقيقي هو العقم الناتج عن فقدان الغدة التناسلية لدى الرجل أو المرأة المتمثلة في الخصية لدى الرجل و المبيض لدى المرأة نتيجة تشوهات و أمراض وراثية أدت إلى استئصال أو إزالة الرحم ، و لا يمكن علاجه إطلاقا، أما عدم الإخصاب فيه مجال واسع للتداوي[6]،

---

[1]- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ط 2، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1420هـ- 1999م، ص 72.

[2]- خالد جبر، العقم وتأخر الإنجاب -المشكلة والحل- ،ط 2014، بيت الضياء للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2014م،ص5.

[3]- محمد علي البار وزهير السباعي ، الطبيب وأدبه وفقه ، ط5 ، دار القلم، دمشق، 1423هـ - 2011م، ص 326

[4]- خالد جبر، المرجع سابق، نفس الصفحة.

[5]-المرجع نفسه، ص 6.

[6]- محمد علي البار، موقف الإسلام من علاج العقم وفوضى الإنجاب الحديثة ، بحث منشور ضمن سجل أعمال ندوة الضوابط الأخلاقية في تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث

بالتالي لفظ العقم الرائج في المؤلفات منها الطبية و الفقهية المعاصرة و حتى القانونية تعريفه الحقيقي هو مرض ليس له علاج ناجع حتى الآن وفق ما قرره الأطباء المعاصرون.

المطلب الثاني: أحكام طلب العلاج من عدم الإخصاب في القانون والشريعة

الفرع الأول: الموقف القانوني من تداوي عدم الإخصاب:

نصت المادة 66 من التعديل الدستوري الجزائري الجديد على : أن:" الرعاية الصحية، حق للمواطنين، وتسهر الدولة على توفير شروط العلاج للأشخاص المعوزين"[1]حيث أن الحق في العلاج هو حق دستوري مضمون لكل شخص، ولكل شخص الحق في الحماية و الوقاية والعلاج والمرافقة التي تتطلبها حالته الصحية في كل مراحل حياته.[2]

وقد أجاز المشرع الجزائري العلاج من عدم الإخصاب عن طريق المساعدة الطبية على الإنجاب بواسطة التلقيح الاصطناعي من خلال النصوص المقررة في قانون الأسرة المادة 45 مكرر[3] وقانون الصحة المادة 371 التي تنص على أنه:" تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب،على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونيا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا، ويوافقان على النقل والتخصيب 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) واحد من تاريخ استلامه، من الهيكل أو المؤسسة المعنية"[4]، ووافقه في ذلك كل من القانون الإماراتي[5] والبحريني[1]

السكانية، جامعة الزهر، القاهرة، جمهورية مصر العربية ، 23/21 ربيع الأول 1418هـ- 27/25 أغسطس 1997م، ص 42.

[1]- المادة 66 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، السنة 53، العدد 14 ، بتاريخ 27 جمادى الأولى 1437هـ الموافق 7 مارس 2016م)، ص 14.

[2]- الفقرة 1و 2 من المادة 21 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة الجزائري، المرجع السابق، ص6.

[3] المادة 45 مكرر: يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي- من الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة (الجمهورية الجزائرية ، الجريدة الرسمية، السنة 42، العدد 15، بتاريخ: 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م) ، ص21.

[4]- المادة 371 من القانون رقم18-11 المتعلق بالصحة الجزائري ، المرجع سابق، ص 36.

[5]- القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2008م في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة (الإمارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية، العدد 488 مكرر، بتاريخ: 18 ذي الحجة 1429هـ الموافق 16 ديسمبر 2008م)، ص1 و ما يليها.

والسعودي[2]والتونسي[3]، على إجازتهم لعلاج عد الإخصاب عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي التي نظمها بشروط خاصة بالزوجين وبالعمل الطبي.

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من تداوي عدم الإخصاب

حكم التداوي في الأصل هو الجواز، وهذا ما أجمع عليه الصحابة والتابعين من جواز التداوي[4]، فقد روى الإمام مسلم في صحيحه من حديث أبي الزبير عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:« لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءٌ فَإِذَا أُصِيبَ دَوَاءُ الدَّاءِ بَرَأَ بِإِذْنِ اللهِ عزّ وَجَلَّ» [5]، وجاء في مسند الإمام أحمد من حديث زياد بن علاقة عن أسامة بن شريك رضي الله عنه قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ النَبِيِّ صلى الله عليه وسلم وَجَاءَتِ اَلْأَعْرَابُ فَقَالُواْ: يَا رَسُولَ اَللهِ أَنَتَدَاوَى؟ فَقَالَ: «نَعَمْ يَا عِبَادَ اَللهِ تَدَاوُواْ فَإِنَّ اَللهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلاَّ وَضَعَ لَهُ شِفَاءً غَيْرَ دَاء وَاحِد»، قالُواْ: مَا هُوَ؟ قَالَ: «اَلْهَرَمْ»[6]، فقد تضمنت هذه الأحاديث الأسباب و المسببات وإبطال قول من أنكرها، وقول النبي صلى الله عليه وسلم لكل داء دواء على عمومه حتى يتناول الأدواء التي لا يمكن للطبيب أن يعالجها، ويكون الله عزّ وجل قد جعل لها أدوية تبرئها، لكن لا علم للخلق إلا ما علمهم الله، و لهذا ربط النبي صلى الله عليه و سلم الشفاء على مصادفة الداء للدواء.[7]

---

[1]– القانون رقم 26 لسنة 2017م بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي البحريني، المرجع السابق، ص6 وما يليها.

[2]– نظام وحدات الإخصاب و الأجنة وعلاج العقم السعودي، المرجع السابق، ص4 وما يليها.

[3]– القانون رقم 93 المؤرخ 07 أوت 2001 و المتعلق بالطب الإنجابي التونسي، المرجع السابق، ص 2573 وما يليها.

[4]– محمد عبد الحميد متولي، التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني–قضايا طبية معاصرة–، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، المجلد 1، 1431هـ، ص 29.

[5]– مسلم أبو الحسين بن الحجاج (ت: 261هـ)، صحيح مسلم المسمى المسند الصحيح، تحقيق: نظر محمد الفاريابي، المجلد 02، ط1، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، 1427هـ- 2006م، كتاب السلام، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي،(1050/2).

[6]– أخرجه أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، حققه ووضع حواشيه و خرج أحاديثه: محمد عبد القادر عطا، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008م، مسند الكوفيين، حديث أسامة بن شريك رضي الله عنه، ص 512.

[7]– شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (ت: 751هـ) ، الطب النبوي، خرج أحاديثه: خالد بن محمد بن عثمان، ط 1، دار الإمام مالك، الجزائر، 1425هـ–2004م، ص 25.

ولا خلاف عند المسلمين على أنه يجوز التداوي من العقم و عدم الإخصاب، وإذا كانت التقنيات الحديثة في الإنجاب تساعد على تحقيق هذه الرغبة، فلا مانع من تحقيقها[1]، ويكون العلاج واجبا ، فعلاج العقم و عدم الإخصاب هو من أحد فروع التداوي.[2]

ومن هنا يتجلى لنا أن طلب التداوي من عدم الإخصاب حق من الحقوق الشرعية لكل من الزوجين، كما أن الفطرة مجبولة على حب الولد، وقد حثت عليه نصوص الشريعة الإسلامية و رغبت فيه على أن لا يخالف مقاصدها و شروط العلاج المباح فيها.

المبحث الثاني : الحكم القانوني والشرعي للتداوي من العقم بتقنية التلقيح الاصطناعي

بعد بيان مفهوم العقم باعتباره مرضا لا يمكن علاجه، وعدم الإخصاب مرض يشمل كل الحالات التي يمكن التداوي منها باستخدام أساليب العلاج المختلفة والتي من أهمها تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، سنتناول من خلال هذا المبحث الموقف القانوني لعملية التلقيح الاصطناعي للتداوي من عدم الإخصاب **كمطلب أول** ثم أتطرق لموقف الشريعة الإسلامية من التداوي عن طريق عمليات التلقيح الاصطناعي **كمطلب ثاني**.

المطلب الأول: الحكم القانوني لعملية التلقيح الاصطناعي

سأوضح في هذا المطلب إلى بيان الموقف القانوني من عملية التلقيح الاصطناعي من خلال وضع نصوص قانونية منظمة و عليه سأقوم بمعالجة موقف القوانين الوضعية **كفرع أول** ثم موقف القانون الجزائري من عملية التلقيح الاصطناعي **(فرع ثاني)** .

الفرع الأول: موقف القوانين الوضعية

في هذا الفرع سأتطرق إلى بيان موقف بعض الدول سواء الغربية أو العربية حول مدى مشروعية التداوي في عمليات التلقيح الاصطناعي

أولا: موقف القوانين الغربية

تعتبر من الدول السباقة في استعمال هذه العملية بصورها المختلفة، ما جعلها تنظم قوانين التلقيح الاصطناعي بالتفصيل، ومن بين الدول التي بصدد معالجتها هي فرنسا وبريطانيا

أ- موقف القانون الفرنسي:

أجاز المشرع الفرنسي التلقيح الاصطناعي بين زوجين ذكر وأنثى و أثناء حياتهما و في سن يسمح لهما بالإنجاب، أو بين خليلين تجمعهما علاقات حرة ومستمرة لأكثر من سنتين، أما

---

[1]- محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم- دراسة فقهية إسلامية مقارنة، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1432هـ-2011م، ص 39.

[2]-أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة،(د،ط)، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى-مصر، 2003م، ص 199.

الأمهات العازبات والشواذ فلا يستفيدون من هذه التقنية[1]، حسب نص المادة 152 الفقرة 2 من قانون الصحة العامة، وقد أكدت المادتين 152 الفقرة 2 و 2141 الفقرة 2 من قانون الصحة العامة الفرنسي على ضرورة اختلاف جنس الزوجين الراغبين في اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي، مما يعني أنه لا يسمح لمتحدي الجنس من إجراء هذه العملية وكذا الحال بالنسبة للمرأة المنفردة أو الرجل بمفرده، [2]أي أن المشرع الفرنسي قد منع منعا باتا من إجراء عملية التلقيح الاصطناعي عل شخصين من نفس الجنس.

كما نصت الفقرة 2 من المادة 152 من قانون الصحة العامة الفرنسي على اشتراط رضا الطرفين في إجراء عملية التلقيح الاصطناعي (الزوجين أو الصديقين)[3]، كما اشترط أن يكون أهلا لهذا الرضا أي بالغا و عاقلا، و أن يكون الرضا صحيحا مكتوبا وخاليا من العيوب كالغش والتدليس والإكراه.

كما اشترط المشرع الفرنسي أن يصدر الرضا في شكل كتابي و محاط بالسرية و يكون الرضا عديم الأثر في حالة وفاة الزوجين أو إيداع عريضة الطلاق أو الانفصال الجسماني أو توقف التعايش بين الصديقين أو في حالة عدول الزوجين عن رضاهما في شكل كتابي أمام الطبيب المكلف بإجراء العملية قبل مع التأكيد أن يكون العدول قبل إجرائها حسب نص المادة 311 الفقرة 20 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

كما نهى المشرع الفرنسي حسب نص المادة 152 الفقرة 13 من نفس القانون الحصول على مقابل لهذه العملية سواء للمراكز القائم بهذه العملية أو الطبيب أو العامل بهذا المركز أو المتبرع نفسه وكل أشكال الوساطة إذا كانت بمقابل، مع حفظ سرية المتبرعين من طرف المركز.

ومن خلال نص المادة 675 الفقرة 9 من قانون العقوبات الفرنسية المضافة بالقانون رقم : 654 لعام 1994م منع تخلف رضا الزوجين، والتي مفادها " تعاقب بالحبس خمس سنوات و بغرامة خمسمائة ألف فرنك كل من يجمع أو يسحب جينات الإنجاب من شخص حي دون الحصول على رضائه كتابة"

---

[1]– Code de la santé publique Français, art 152/2, modifier par la loi n° 2004-800 du 6 Août 2004, Art 24 JORF 1 Août 2004,Art 2141L2 : «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 consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple , le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation», voir : loi n° 2004-800 du 6 Août 2004 relative à la bioéthique (La république Française, Journale Officiel, 7 août 2004).

[2]– Pier Morat, respect et protection du corps humain, lexis nexissa, paris 2007,p 23.

[3]– محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية والتجريم، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015م،ص 100،101.

كما أضافت المادة 18 من نفس القانون الجديد المادة 152 الفقرة 1 من قانون الصحة العامة الفرنسي، والتي تعاقب كل من يحصل على بويضة مخصبة دون احترام الشروط المنصوص عليها في الفقرتين الرابعة و الخامسة من نفس المادة بالحبس مدة سبع سنوات و الغرامة التي تصل إلى سبعمائة ألف فرنك.[1]

أما في حالة غياب رضا الزوجين كذلك فصل فيه المشرع الفرنسي إذ أن تخلف رضا الزوج أي تخصيب الزوجة بمني زوجها دون علمه وذلك نتيجة التواطؤ بين الطبيب والزوجة، فوفقا لقانون العقوبات لا يجرم فعل الطبيب والزوجة، وإنما يحق للزوج الرجوع على الطبيب بالتعريض فقط، كما يحق له طلاق زوجته لغشها له، وفي حالة تخلف رضا الزوجة يسأل الطبيب عن جريمة هتك العرض بالقوة نظرا لمساس الطبيب بعورة الزوجة دون رضاها، أما الزوج فلا يسأل عن الجريمة الماسة بشرف زوجته، وما على الزوجة إلاّ اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق من زوجها لغشه وخداعه لها. [2]

أقر المشرع الفرنسي أن يكون التلقيح الاصطناعي غرضه علاج العقم وتجنب الأمراض الوراثية حسب نص المادة 152 الفقرة 2 من قانون الصحة العامة الفرنسي، ولكم يكتف المشرع بذلك بل وضع عقوبة لمن يتخطى هذه الغاية بالحبس لمدة خمس سنوات والغرامة بخمسمائة ألف فرنك فرنسي، حسب الفقرة 4 من المادة 152 من نفس القانون[3]، وفي حالة لجوء الزوجين للقيام بها من أجل تحسين النسل أو تحديد جنس الجنين أو لأية غاية أخرى كحب التجربة، فتعتبر العملية –التلقيح الاصطناعي– غير مشروعة لعدم توافر شروطها.[4]

أما مسألة الأم البديلة فلها شأن أيضا في المجتمع الفرنسي فقانونا يمنع اللّجوء إلى استئجار الرّحم(المادة 16 من القانون المدني–الفقرة السابعة–)، لأنه يمنع التصرف في حالة الشخص، و لأن جسد الإنسان ليس للمتاجرة ، كما أن قانون العقوبات الفرنسي نص في المادة 227 الفقرة 12 على أن المكاتب و الجهات التي تتولى الوساطة بين الأطراف الراغبة في الإنجاب و المتبرعات أو المستأجرات للرحم تتعرض لعقوبة الحبس لمدة سنة مع غرامة مالية تصل إلى مائة ألف فرنك فرنسي.[5]

---

[1]– محمود أحمد طه، نفس المرجع ، ص 106، 107.

[2]– نفس المرجع ص 107، 108.

[3]– حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،(د،ط)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر–الإمارات، 2007م، ص 143.

[4] محمود أحمد طه ، المرجع السابق، ص 108.

[5]– حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الانسان، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات، الإمارات، 2006م، ص 369، 371.

ب– موقف القانون البريطاني:

ففي بريطانيا صدر قانون الخصوبة البشرية و علم الأجنّة سنة 1990، وتضمن تحديد قواعد وإجراءات تنفيذ عملية الإنجاب بالمساعدة الطبية ، انتهاء بتحديد الوضع القانوني لكلّ من المستفيدين و الحمل و كلّ طرف مشارك، وتبعا لذلك أنشأت مراكز لحفظ المعلومات المتعلقة بالأطراف المساهمة في عملية الإنجاب، وتوضع هذه المعلومات تحت يدي المولود بمجرد بلوغه سن (18)، إذا كان راغبا في الاطلاع على قصة و معرفة روابطه الدّموية مع أسرتيه البيولوجية والاجتماعية، ما عدا التعرف على هوية المتبرع إلاّ إذا أفصح عن رضاه بذلك وبموافقة الطرفين المستقبلين للخلايا.[1]

ومنع القانون الصادر عام 1985 كلّ إجراءات المتاجرة التي تتخذ للإنجاب عن طريق الرحم البديل، بل يشترط لمشروعية الرحم المستعار أن يكون مجانا، وبرضى كل الأطراف، وألاّ يقل سن الزوجين اللذين سينجب لهما عن 18 سنة كاملة، مع الشروع في المطالبة بتسلم الطفل وإلحاقه بلقبهم في خلال ستة أشهر من ميلاده متى رأى القاضي أن ذلك أصلح له، واعتبر التعاقد على ذلك ليس له أي قوة قانونية إلزامية، وأنّ الأم هي التي تحمل وتضع (المادة 27 من نفس القانون)، ولها الحق في الاحتفاظ بالمولود وفسخ العقد خلال ستة أسابيع من تاريخ الولادة – المادة 36– [2]

ما سلف بيانه كان على مستوى التشريع، أما على الصعيد القضائي فقدكانت الأحكام الصادرة حول دعاوى الإخصاب بالمساعدة الطبية قبل ظهور تلك التشريعات تتسم بالفوضى والتضارب بين أحكام القضية الواحدة أو القضايا التي أثيرت بين الأطراف المساهمة في عملية التلقيح: الزّوج–الزّوجة– المتبرع–البنك– المركز الطبي– الطبيب، فجاءت متضاربة ومتردة في قبول الإخصاب الاصطناعي من عدمه بسبب انعدام النصوص القانونية الحاسمة للمسألة.

فكان القضاة يستندون تارة إلى القواعد والمبتدئ العامة التي يستلهمونها من القوانين المختلفة والمعمول بها، كقانون العقوبات والقانون المدني والصحة وأخلاقيات المنهة، وتارة إلى التفسير والتأويل بناء على الاجتهادات الفردية، فجاءت أحكامهم وقراراتهم لا يعرف لها ثباتا و لا عدالة.[3]

واستقرت المحاكم ردحا من الزمن على منع التلقيح الاصطناعي باعتباره مهانة للزوج، واهدارا لكرامته، لغاية أن حسمت محكمة "تولوز" بفرنسا الأمر بالقبول بتاريخ 21–12–1987 تحت ضغوط

---

[1]-René Frydman,Les procréations médicalement assistées, 1ére édition, Presses universitaires, France , 1991,p53

- Jean Coheen et Chantal Ramogida, nous voulons un bébé : aux frontières de la stérilité , Edition du seuil,paris , 1997 ,p 131.

[2]_ حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع سابق، ص 360.

[3]– إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطّبية والبيولوجية وأثرها على النسب–دراسة فقهية قانونية– ،(د،ط)، دار الأمل، الجزائر، 2012، ص 149.

طائفة من الفقهاء [1]، كما لم يتوقف الأمر عن هذا الحدّ بل بدأ القضاء الفرنسي يواجه القضايا التي استتبعتها عملية التلقيح الاصطناعي، كمطالبة الأرامل باستعادة خلايا أزواجهن المخزّنة ببنوك حفظ النطف والأجنّة من أجل تلقيح أنفسهن، كما حكمت محكمة "كريتي" بفرنسا في أوت 1984 على مركز حفظ النطف بتسليم وديعة الزّوج المتوفى إلى أرملته لتلقيح نفسها،[2] وظهور فكرة الحمل للغير، وقضايا التنازع حول نسب المولود بيولوجيا[3]، والعقد الذي يجمع بين الأم البديلة والزوجين المستأجرين لها، بتكييف طبيعته هل هوعقد معاوضة أم إيجار أم هبة؟

تتفق هذه التشريعات الغربية مع موقف الدول العربية حول مشروعية عملية التلقيح الاصطناعي إذا كان بين زوجين و بشروط و ضوابط محددة، لكن تلك القوانين تعكس صورة عن حقيقة الأصول و الأخلاق و الأعراف و النظم التي تسود تلك المجتمعات، والتي تعطي للحرية الفردية مجالا غير منته، بعيدا كل البعد عن الدين، في كون الدول العربية الإسلامية تمنع العلاقات الحرة بين الأصدقاء ناهيك عن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بينهما، بالإضافة إلى منع تدخل الغير في عملية الإنجاب كالتبرع بالخلايا الجنسية، وبالأجنّة المجمّدة، لأن فيها إدخال طرف ثالث غير الزوجين.

ثانيا: موقف القوانين العربية الإسلامية

واكبت الدول العربية الإسلامية التقدم التكنولوجي الحاصل في مجال الطب وفقا للحدود الشرعية والأخلاقية، والقانونية،وعليه سأتعرض لبيان موقف بعض الدول العربية من التلقيح الاصطناعي وصولا إلى موقف القانون الجزائري.

أ- موقف القانون الليبي:

لقد انفرد المشرع الليبي عن بقية الدول العربية بكونه أول بلد عربي قنّن موضوع التلقيح الاصطناعي وأدخله على المنظومة التشريعية الليبية وذلك في القانون رقم 175 لسنة 1972 الذي تضمن قانون العقوبات،[4]ورغم أن موقفه اتسم بالشدة من خلال رفضه لهذا الأسلوب جملة وتفصيلا بكل أنواعه وصوره سواء أفضى إلى الحمل أم لم يفض، وعدّه أحد الجرائم التي يعاقب عليها القانون، حيث نصت المادة 403 مكرر ""أ" على أنّ: " كلّ من لقح امرأة تلقيحا صناعيا بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع

---

[1]- طارق عبد الله أبو حوه، الانعكاسات القانونية للتلقيح الصناعي، رسالة دكتوراه-قسم القانون المدني-كلية الحقوق ، جامعة المنصورة، إشراف د. محسن عبد الحميد البيه، 2005، ص 8،26.

[2]- حسيني هيكل، المرجع سابق، ص 154.

[3]- Dastugue I, la procréation artificielle et ebouche de solution th, Paris, 1986, p 313.

[4]- القانون رقم: 175 لسنة 1972 المتضمن قانون العقوبات الليبي(الجماهيرية الليبية، الجريدة الرسمية ، السنة 10، العدد 61، بتاريخ: 1972/12/23م)، ص3072.

يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشرة سنوات، وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد عن خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها، وتزداد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيهم".[1]

ووفقا لهذا النص فالعملية كلها تظل في نظر المشرع الليبي جريمة تستوجب متابعة جزائية، أيا كانت صورته أو صفته، بل حتى لو تمت العملية برضا طرفيها الرجل والمرأة وفي إطار العلاقة الشرعية وبين خلاياهما الجنسية، أو لقحت المرأة نفسها بنفسها دون مساعدة من الغير، وتحدد العقوبة بخمس سنوات سجنا على كل من الزّوج والزّوجة، و إذا تم التلقيح دون رضا المرأة التي تم تلقيحها عن طريق عملية التلقيح الاصطناعي تحت طائلة الإكراه أو التهديد أو الاحتيال على المرأة فإن الجاني يعاقب بالسجن لما لا يزيد على عشر سنوات.

والمادة 304 مكرر فقرة ب [2]صريحة لا تحتمل التأويل، حيث ورد فيها : "تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحا صناعيا أو تقوم بتلقيح نفسها صناعيا بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات، ويعاقب الزّوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة، إذا كان التلقيح بعلمه ورضاه، وسواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير"

لكن بعد أن قطع أسلوب الإنجاب بالمساعدة الطبية أشواطا، وأثبت نجاحه في القضاء على أسباب العقم، إضافة إلى ضمان كفاءات مسلمة تضمن جريان العملية على الوجه الشرعي، استدرك المشرع الليبي الأمر وتراجع موقفه الرافض للتلقيح الاصطناعي مطلقا، وذلك في القانون رقم 16 المتضمن قانون المسؤولية الطبية، بما في ذلك المسؤولية عن عملية التلقيح الاصطناعي باعتبارها عملا طبيا، حيث أجازه في المادة 17 [3] ضمن ظروف وحالات مقيدة تجعله استثناء من قاعدة التجريم وليس أصلا مباحا، وحددت شروطه بدقة منها أن يكون الزوجين تجمعهما رابطة زوجية شرعية ومنع أي تدخل لطرف ثالث مهما كانت صفته أو صلته بهما، وضرورة توفر رضا الطرفين الزوجين معا وأن تتحقق الضرورة التي تبيح هذا العمل بعد استنفاذ كل الوسائل العلاجية من عدم الإخصاب الطبيعي.

ونص المادة 17 هو " لا يجوز تلقيح المرأة صناعيا أو زرع الجنين بالرّحم، إلاّ عند الضرورة وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما"، وفي حالة الإخلال بأحكام هذه المادة تسلط عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تتجاوز ألف دينار[4]

---

[1]– القاانون رقم: 175 لسنة 1972 المتضمن قانون العقوبات الليبي ،المرجع السابق، الصفحة السابقة.

[2]– المرجع نفسه، ص3073.

[3]– المادة 17 من القانون رقم : 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية (الجماهيرية الليبية ، الجريدة الرسمية، العدد 28، بتاريخ : 1986م)

[4]– الهريش فرج صالح، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة،(د، ط)، ليبيا، الدار الجماهرية، (د،ت)، ص226.

ب- موقف القانون التونسي:

أصدر المشرع التونسي بتاريخ 2001 قانونا خاصا بالطب الإنجابي، أجاز فيه اللجوء إلى الصور المشروعة من الإخصاب الصناعي و نظم العملية بنصوص قانونية تحدد الشروطو الضوابط اللازمة التي تعطي للعملية وصف الإباحة والمشروعية، حيث نص الفصل الأول من هذا القانون على أنّ:" يخضع الطب الإنجابي لأحكام هذا القانون ويمارس في كنف ضمان كرامة الإنسان وصون حرمته الجسدية، ويقصد بالطب الإنجابي على معنى هذا القانون كل الأعمال الطبية الداخلة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب والرامية إلى معالجة عدم الخصوبة"، كما نص الفصل الثاني على أنه: " يشمل الطب الإنجابي كل الأعمال السريرية والبيولوجية داخل الأنبوب أو أي تقنية أو أي عمل آخر له أثر معادل ويؤدي إلى الإنجاب البشري خارج المسار الطبيعي"، كما نص الفصل الرابع على أنه:" لا يمكن اللجوء إلى الطب الإنجابي إلا بالنسبة لشخصين متزوجين وعلى قيد الحياة وبواسطة أمشاج متأتية منهما فقط"[1] ونص كذلك في الفصل الثالث عشر (13) على أنه:" لا يمكن الحصول على جنين بشري بواسطة الأنبوب أو بتقنيات أخرى إلا في إطار الطب الإنجابي ووفقا لغاياته كما يضبطها هذا القانون"[2].

إن غاية المشرع التونسي واضحة من خلال نص الفصل الرابع، إذ يوجب توفر الزوجية لحصول هذه العملية، والقصد من وراء ذلك هو المحافظة على شرعية النسب.[3]

ج- موقف القانون الإماراتي:

إذ حدد المشرع الإماراتي القواعد الحاكمة لاستخدام التقنيات المساعدة على الإنجاب وذلك في القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 2019 بشأن المساعدة الطبية على الإنجاب بالنص على استخدام التقنيات الحديثة للمساعدة الطبية على الإنجاب في مواده (2-13) من نفس القانون نصوص تؤكد مشروعية الإخصاب[4]، من قبل المنشآت الطبية المرخصة للقيام بهذه الأنشطة في الدولة- كما ألغى القانون

---

[1]- الفصل1و2و4من القانون عدد 93 المتعلق بالطب الإنجابي التونسي، المرجع السابق، ص 2573.

[2]- الفصل 13، من القانون عدد 93 المتعلق بالطب الإنجابي التونسي، نفس المرجع، 2574.

[3]- شكري الدربالي، "نازلة التلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي والقانون التونسي"، مجلة الفقه المقارن والقانون ، المغرب، العدد 58، غشت 2017م، ص 119.

[4]- أنس محمد عبد الغفار سلامة ، الضوابط القانونية للإخصاب خارج الرحم في ضوء القانون الاتحادي رقم(7) لسنة 2019 -دراسة مقارنة-، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد السادس، العدد 1، مارس 2021، ص256.

الاتحادي رقم (11) لسنة 2008 في شأن ترخيص مراكز الإخصاب– [1]حيث حددها بشروط و ضوابط سواء المرتبطة بالعلاقة الطبية بين المركز و بين الزوجين أو المتعلقة بالجوانب الفنية لممارسة هذه التقنيات، إضافة إلى إثبات استمرار العلاقة الزوجية بين الزوجين، كذلك حدد المشرع الاماراتي الممارسات المحضورة على مراكز ممارسة التقنيات الطبية المساعدة على الانجاب على سبيل الحصر والخاصة بالتلقيح الخارجي بين الحيوان المنوي و البويضة، كما حدد مدة حفظ البويضات والحيوانات المنوية ومحظورات استعمالها و الحالات التي يجب فيها على المراكز اتلاف البويضات المخصبة.

إن القانون الاتحادي 7 لسنة 2019 يهدف إلى تنظيم مزاولة العمل في مجال تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب، وحماية المجتمع من الممارسات غير القانونية، وضمان استخدام أحدث الوسائل العلمية للمساعدة الطبية على الإنجاب.

د– موقف النظام السعودي:

أصدر المشرع السعودي بتاريخ 21 ذو القعدة 1424هـ نظاما خاصا بوحدات الإخصاب و الأجنة وعلاج العقم ، حيث نظم عمل هذه الوحدات موضوعيا واجرائيا وحدد الضوابط والشروط التي تعطي مشروعية الاخصاب الاصطناعي، وأجاز اللجوء إلى الصور المشروعة من هذه العملية، مع الالتزام بالفتاوى الشرعية التي تصدرها هيئة كبار العلماء في المملكة.

حيث نصت المادة 2 من هذا النظام على أن " يجوز التدخل الطبي لعلاج العقم الناتج عن ضعف الخصوبة أو عن وجود مشكلة مرضية قابلة للعلاج بناءً على تقرير طبي، ولا يجوز –إطلاقاً– إجراء عمليات الإخصاب لعلاج العقم الذي يثبت عدم قدرة المصاب به على الإنجاب" أما نص المادة الثالثة:" تلتزم وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم في ممارسة نشاطها بالفتاوى الشرعية التي تصدرها هيئة كبار العلماء في المملكة" [2]

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من عملية التلقيح الإصطناعي

ولمشروعية الوسيلة كللها المشرع الجزائري بجملة من الضوابط و الأحكام الجزائية المخالفة لها.

1– موقف قانون الأسرة الجزائري :

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى التلقيح الاصطناعي رقم 84–11 إلى حكم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لأنها لم تظهر في الجزائر إلا مع بداية التسعينات، إلا أن المشرع

---

[1]– أنظر المادة 8 من القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2008م في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة (الإمارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية، العدد 488 مكرر، بتاريخ 18 ذي الحجة 1429هـ الموافق 16 ديسمبر 2008م)، ص4.

[2]– المادة 2و3 من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السعودي، المرجع السابق،ص5،6.

الجزائري تدارك هذا النقص بعد تعديل قانون الأسرة رقم 84-11 بالامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حيث نصت المادة 45 مكرر منه على أنه "يجوز الزوجين اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي ، يخضع التلقيح الاصطناعي لمجموعة من الشروط ...، لا يجوز اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي باستخدام الأم البديلة"،[1]

و قد نص المشرع الجزائري حول تقنية التلقيح الاصطناعي صراحة و اعتبرها وسيلة للعلاج في حالة وجود مانع أو مرض يحول دون تحقق الحمل والإنجاب بالطريق الطبيعي في إطار العلاقة الزوجية.

كما أن المشرع الجزائري لم يرتب الجزاء على تخلف أحد الشروط المتعلقة بعملية التلقيح الإصطناعي[2]و صرح بمنع اللجوء إلى التلقيح الاإصطناعي باستخدام الأم البديلة ، حتى لا تتحول الأمومة إلى سلعة تؤجر و تستأجر،[3]

لكن تعديل قانون الأسرة هذا يبقى غير كاف لإضفاء الحماية الكاملة على الإنجاب البشري أمام التطور الطبي الذي ينبغي أن تواكبه نصوص تنظيمية وأخرى عقابيية رادعة،[4] ومن ذلك تخلف الآثار الجزائية في حالة عدم احترام الضوابط ، ومدى مسؤولية القائمين على مثل هذه العمليات[5] والأطراف المشاركة فيها.

2- موقف قانون الصحة الجزائري:

بتاريخ 2 يوليو 2018م أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة الجديد ، والذي قام بدوره إلغاء قانون الصحة القديم: 85-05 المعدل و المتمم بموجب نص المادة 449 من قانون الصحة الجديد[6]، وقد تضمن هذا القانون نقلة نوعية تحسب للمشرع الجزائري في مجال البيو-أخلاقيات .

---

[1]- المادة 45 مكرر من الأمر رقم : 05-02 المعدل و المتمم للقانون رقم: 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص 21.

[2]- محفوظ بن صغير ،أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 ، ط 1434هـ- دار الوعي، الجزائر، 1434هـ - 2013م، ص 406.

[3]- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، 1432هـ - 2010م، ص 105.

[4]- عباس بوسندة، الحماية الجنائية للإنجاب البشري، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، جامعة معسكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، معسكر -الجزائر، العدد 2 جوان 2010م،ص89.

[5]- أمال يعيش تمام و نبيلة أقوجيل، ضوابط الإخصاب الإصطناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة ، الجزائر، العدد 4، جوان 2007م، ص 110.

[6]- المادة 449 من القانون : رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 م المعدل و المتمم بالأمر 20-02 المتعلق بالصحة ، المرجع السابق، ص41.

أكد المشرع الجزائري مشروعية التلقيح الاصطناعي من خلال نص المادة 370 من قانون الصحة الجديد حيث نصت على أن: " 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"[1] إضافة إلى نص المادة 371 التي ذكرناها سابقا[2]

3- الموقف المستنبط من قانون العقوبات:

لم يضع المشرع الجزائري نصوص صريحة حول التخصيب الاصطناعي ، و كل ما وجدناه هو نصوص يمكن إسقاطها على العملية، وبالاطلاع على الفقرة 3 من المادة 320 من قانون العقوبات الجزائري نجدها تنص على أنه:" يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة مالية من 500 إلى 20000 دج:... كل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو شرع في ذلك"[3]

و من الجدير بالملاحظة أن المشرع لم يكن واضحا ودقيقا في تحديده لنوع الوساطة في نص المادة السالقة الذكر، بحيث أن للوساطة شروحات كثيرة، فيمكن أن تكون أما بديلة أو متبرعا سواء كان بويضة أو حيوانات منوية أو بويضة مخصبة، أو تكون عبارة عن خطف مولود حديث.

و من زاوية أخرى نجد نصوص تسري على الطبيب والقابلة والأعوان الطبيين و هي (م 214، 215، 222، 223، 228) [4]من قانون العقوبات و هو القسم الخاص بتزوير المحررات العرفية و الشهادات والوثائق الرسمية كالإدلاء ببيانات كاذبة في شهادة طبية بغرض تزوير واقعة الولادة.

4- **موقف القضاء الجزائري** : إن البحث عن مسائل التلقيح الاصطناعي في الأحكام القضائية بكافة صوره المتعددة الشرعية منها و غير الشرعية لا أثر لها ، وهذا راجع في الأساس إلى حداثة الموضوع ، كما أنه يمس جانبا مهما من الحياة السرية و هو جانب النسل، والذي يحرص المسلمون على حفظه واحترامه باعتباره أحد المقاصد الضرورية التي اهتم بها الإسلام [5].

---

[1]- المادة 370 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 م المتعلق بالصحة، المرجع السابق، ص 36.

[2]المادة 371 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 م المتعلق بالصحة، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[3]- الفقرة 3 من المادة 320 من الأمر رقم: 66-156، المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966م المعدل و المتمم بالقانون رقم 21-14 مؤرخ في 23 جمادى الأول عام 1443 هـ الموافق 28 ديسمبر 2021 المتضمن قانون العقوبات، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، السنة 58، عدد 99، بتاريخ: 24 جمادى الأولى 1443هـ الموافق 29 ديسمبر 2021م)، ص734، 735.

[4]- المواد 214،215، 222، 223، 228، من الأمر رقم: 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم 21-14، نفس المرجع، ص 724،725،726.

[5]- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 204.

هكذا يتبين لنا أن الدول العربية الإسلامية قد تصدت لهذه النازلة مثلما واجهها فقهاء الشريعة الإسلامية وأقرت بمشروعيته، استجابة لمطالب شعبية وبناء على الفتاوى الفقهية الصادرة –خصوصا فتاوى المجامع الفقهية الإسلامية كالمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة – فنجد أن هناك من خصص له قانونا مستقلا كتونس والامارات العربية المتحدة والسعودية، ومنهم من أدرجه في مادة قانونية واحدة أو عدة مواد وأدرجه ضمن قانون آخر كالجزائر وليبيا، وبذلك فإن هذه القوانين اتفقت مع ما تم التوصل إليه من قرارات الندوات الطبية الفقهية التي تتوحد فيها الرؤية الشرعية مع الرؤية الطبية العلمية، وهذا بالنسبة لكل القوانين التي تعرضت لها، والتي من بينها القانون الجزائري.

أما على الصعيد القضائي في الدول العربية نكاد لا نلتمس أثرا لأحكام قضائية متعلقة بالتلقيح الاصطناعي، نظرا لحداثتها وتخوف المجتمعات العربية الاسلامية من خوض غمارها، والسرية التي يتعمدها الأطباء والمقبلون على هذه العمليات لنفرة المجتمع منها.

المطلب الثاني: الحكم الشرعي للتداوي من العقم عن طريق عمليات التلقيح الاصطناعي

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية في حكمهم إلى قسمين : اتجاه معارض للعملية نظرا للمحاذير الكثيرة التي تترتب عليها ، ولكونها تتعامل مع أصل تكوين آدمي وهي البذور التناسلية، مما يدفعهم إلى القول بالمنع سدا للذرائع ودرءاً للمفاسد، وهناك اتجاه آخر راعى الآلام التي يمر بها الزوجين جراء الحرمان من الذرية، وبذلك أجاز العملية بشروط صارمة وعليه سوف أنتقل إلى الحديث حول هذه الضوابط الشرعية، بما يتلاءم مع هذه الورقة البحثية :

الفرع الأول: أن يتم التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية الشرعية

أي أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي بين بويضة مرأة والحيوانات المنوية للرجل تربطهما علاقة شرعية أو زوجية صحيحة، وعلى قيد الحياة، وغير منفصلين، حيث تمثل هذه الضمانة ستار الشرعية في عملية التلقيح الاصطناعي، [1] أما إذا انتهى عقد الزواج بموت أو طلاق فلا يحل ذلك،[2] فإذا هنا يبدو أن التلقيح الاصطناعي وسيلة لعلاج عدم الخصوبة عند الزوجين فقط، لكننا نجد أن تطورات التشريع في البلدان الغربية الذي نشأ التلقيح الاصطناعي في أحضانه قد تغيرت كثيرا، لما في ذلك أن التلقيح الاصطناعي لم يعد مقصورا على الزوجين فحسب ، بل أصبح حتى بين الأصدقاء أي أشخاص لا تربطهم علاقة زوجية، وإنما يعيشون في ظل علاقات غير مشروعة، بل طالبت به نساء عازبات يرغبن

---

[1]– إسلام محمد زين العابدين طاهر محمد، نطاق الحماية الجنائية للبويضة المخصبة خارج الرحم في القانون الجنائي والفقه الإسلامي–دراسة مقارنة–،(د،ط)، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية،2018م،ص 278.

[2]– محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الإصطناعي، ط1، الدار السعودية، جدة،1407هـ،ص45.

في الحصول على مولود دون إقامة علاقة جنسية مع الرجل، إضافة إلى بعض النساء اللائي يعانين من مرض السحاق ويعشن معاً.[1]

الفرع الثاني: ضرورة رضا الزوجين

يجب رضا كل منهما صراحة أو ضمنا قبل إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، لأن مصلحة المولود(الولد) تقتضي ذلك، فالبنوة مسألة اختيارية، وليست إجبارية، فإذا تمت العملية من دون رضا أحد الزوجين، قد تترتب آثار قانونية و مشاكل نفسية و اجتماعية سيئة على الطفل والأم، إذ يأتي الولد غير مرغوب فيه من الزوج الذي قد ينكر نسبه إليه.[2]

وإذا كان رضا الزوجين يعتبر شرطا جوهريا لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، فإن رفض أحد الزوجين أو كليهما يؤدي إلى استحالة إجرائها، لكن إذا تم التلقيح من عدم موافقة أحدهما ما هو الحل؟

في هذه الحالة يلزم التفريق بين حالتين وهما كالآتي:

أولا: عدم رضا الزوجة على عملية التلقيح الاصطناعي

قد يحدث التلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوجة، فقد يكون الزوج عقيما ويرغب في الإنجاب، فيخفي عجزه عن زوجته، مما يؤدي لجوؤه إلى الغش والخداع لإجراء عملية التلقيح، مع العلم أن هذا الإكراه المادي أو الأدبي لا يؤثر على نسب الطفل لوالديه، إذا حدث الحمل نتيجة لهذه العلاقة، لأن العملية تمت تحت إكراه الزوجة، فهذه الجريمة الماسة بالشرف و بالأسرة هل يترتب عليها عقوبة؟ فإذا قلنا أنها جريمة هتك العرض فتعريفها أنها لمس عورة شخص أو الكشف عنها فهي تختلف عن جريمة الاغتصاب التي تكون بايلاج التذكير في فرج الأنثى، فتوفرالركن المادي في جريمة هتك العرض بكشف الجاني عن عورة المجني عليها وملامستها، وهو أمر متحقق في حالة تلقيح الزوجة تلقيحا اصطناعيا رغما عنها.

ومما لا شك فيه أن المسؤولية تقع حتى على الطبيب الذي أجرى العملية حيث يعد مسؤولا جنائيا، بوصفه فاعلا أصليا في الجريمة مع الزوج، وللزوجة الحق في التعويض المالي على كل منهما[3]أما شرعا فيجب أن يعاقب عقوبة رادعة تعزيرية، كما أن الزوج قد يبالغ في جريمته فيقدم لزوجته سائلا منويا لرجل آخرغير الزوج، وهذا أخطر من سابقه ذلك أن الطفل لا ينتمي للأب حقيقة فهو إذن إبن غير شرعي،

---

[1]– محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناغي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية–دراسة مقارنة–، (د ، ط)، جامعة الكويت ، الكويت، 1992م–1993م، ص78،79.

[2]– سحارة السعيد ، أحكام الإخصاب الاصطناعي– دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق ، تخصص قانون الأحوال الشخصية، إشراف د. حاحة عبد العالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2019– 2020م، ،ص 171

[3]– محمد المرسي زهرة، المرجع السابق ، ص ص 84،86.

وموافقة الزوج باختياره للطفل تفسر على أنها إقرار بالنسب قبل ولادته، ولكن الزوج قد يعدل عن موقفه بإنكار نسب الولد بعد ولادته، وذلك بملاعنة زوجته مثلا.[1]

ثانيا: عدم رضا الزوج على عملية التلقيح الاصطناعي:

فمن الناحية العملية يوجد حالين:

أ- أن يتم الحصول على الحيوانات المنوية بالتواطؤ بين الزوجة والطبيب، وبذلك بإقناعها أن الحصول على حيواناته المنوية ليس بغرض التلقيح ثم يقوم الطبيب بتلقيح الزوجة بها.

ب- أن تحصل الزوجة على حيوانات منوية رجل آخر و تجرى عملية التلقيح وتخفيها عن الزوج.

إن الزوج لا يستطيع شرعا أن ينكر نسب الولد له، طالما أن شروط النسب بالفراش قد توافرت، فالطفل من صلبه وهو أبوه الحقيقي، ومن ثم فدعوى الإنكار لن تقبل، هذا في الحال الأول.

أما في الحال الثاني يستطيع الزوج أن ينكر نسب الولد، ودعوى الإنكار هنا ستكون مقبولة، فالطفل ليس إبنه، ويجب أن يحدث النفي في الميعاد المقرر، فإن سكوته يعد إقرارا بالنسب منه، ولو نفاه بعد ذلك لا ينتفي نسبه.[2]

قد يقال بوجود جريمة الزنا وذلك بإقدام الزوجة على عملية التلقيح الاصطناعي دون علم زوجها وبمني رجل أجنبي عنها، فجريمة الزنا تقتضي وجود اتصال جنسي بين الزوجة ورجل آخر غير الزوج، [3]وهذا الأمر غير متوافر فيما نحن في صدده، ومنه فليس للزوج ملاحقة زوجته بدعوى الزنا، وعلى الدول الإسلامية وضع قوانين مشددة تنص على ضرورة موافقة كل من الزوجين موافقة صريحة ومكتوبة، وهو ما تحقق فعلا في تشريعات الدول الإسلامية المحافظة على الكيان الأسري من الاختلاط والضياع.

الفرع الثالث: أن يكون المقصود من التلقيح الاصطناعي مكافحة عقم الزوجية

يعد التلقيح الاصطناعي وسيلة لعلاج عقم الزوجية، فالعقم يعد مرضا يجوز التداوي منه، ويجب أن يرتبط بالتلقيح الاصطناعي وفقط، ولايجوز إذا كان الهدف منه هو تحسين النسل، واستنادا لما سبق فإنه لا يلجأ الزوجان للتلقيح الاصطناعي إلاّ إذا استنفذت كل الوسائل الممكنة لعلاج العقم[4]

و عليه يمكن اللجوء إلى علاج العقم الذي يمكن معالجته كما وضحنا وهذا باستخدام تقنية التلقيح الاصطناعي شريطة التقيد بالشروط القانونية و الضوابط الشرعية اللازمة، واتخاذ الحيطة والحذر، وتوفر الضرورة العلاجية، وأن يكون التلقيح بين الزوجين سواء التلقيح الاصطناعي الداخلي أو الخارجي دون

---

[1]- السعيد السحارة ، المرجع السابق،ص 175

[2]- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 89، 90.

[3]- السعيد السحارة، المرجع السابق، ص 176.

[4]- سحارة السعيد، نفس المرجع، ص 100،101.

تدخل الغير(طرف ثالث في العملية)، مع التشديد في عملية الرقابة على المركز المتخصص والطبيب القائم على العملية. والله ولي التوفيق.

خاتمة:

أدى العقم في الواقع إلى انفصال الكثير من الأزواج بالطلاق، وحدوث تصدع وتشقق في الروابط الأسرية، حيث يريد كل من الزوجين تذوق مشاعر الأمومة والأبوة، كون العقم مرض دائم لا يمكن التداوي منه باعتبار ما قرره الأطباء المختصون، أما بالنسبة لعدم الإخصاب فيشمل كل الحالات المرضية التي يمكن معالجتها بكل ما هو مشروع ، إذ يمكن للزوجين تحقيق الاستقرار الأسري وحلم إنجاب طفل باللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كحل لإشكالية تأخر الإنجاب.

و استنادا لما سبق فإن عملية التلقيح الاصطناعي هي حل لمشكلة عدم الإخصاب، وفي نفس الوقت يترتب عليه مجموعة من الشروط القانونية والضوابط الشرعية اللازمة لمشروعيتها، ليستتب الوضع والاستقرار في الأسرة.

كما نجحت التشريعات العربية الإسلامية وعلى رأسها المشرع الجزائري إلى حد ما في وضع قوانين تتوافق مع الشريعة الإسلامية، لتنظيم أحكام التلقيح الاصطناعي والإشكالات المترتبة عنه.

ومن أهم التوصيات التي يمكن التركيز عليها في نطاق دراستنا حول مشروعية التداوي من خلال تقنية التلقيح الاصطناعي أنه:

- يجب أن تهتم الدول الإسلامية بموضوع التلقيح الاصطناعي والإشكاليات المترتبة عنه تجنبا لآثاره السلبية أو صوره المحرمة، فقد أصبح واقعا ملموسا.
- يجب تنبيه المشرع الجزائري إلى ضرورة الاستفادة من القوانين المقارنة العربية التي كان لها السبق في تنظيم هذه المسألة بشيء من التفصيل كما هو الحال بالنسبة للمشرع السعودي و البحريني و الإماراتي والتونسي.
- أهمية الفحص الطبي قبل الزواج، إذ به يمكن الوقاية من بعض الأمراض التناسلية والوراثية محل الفحص، كحالات الكشف عن احتمال العقم والأمراض الوراثية في الأجيال القادمة تجنبا لولادة أطفال معاقين أو مشوهين.
- تكثيف المؤتمرات العلمية والطبية والشرعية والقانونية والندوات الفقهية لتوضيح الصورة العامة في هذا الموضوع والإشكاليات المترتبة عنه من قبل ذوي الاختصاص من الشرعيين والأطباء والقانونيين وغيرهم.

قائمة المراجع و المصادر

القرآن الكريم برواية ورش لقراءة الإمام نافع

أولا: اللغة العربية

- **الكتب**

1. إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، 1425هـ- 2004م.

2. ابن كثير إسماعيل بن عمر (ت:774هـ)، مختصر تفسير بن كثير، اختصار وتحقيق وتخريج الأحاديث: هاني الحاج، ج2، (د،ط)، المكتبة الوقفية، القاهرة، مصر (د، ت).

3. أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، حققه ووضع حواشيه وخرج أحاديثه: محمد عبد القادر عطا، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008م

4. أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام والأرحام البديلة،(د،ط)، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى-مصر، 2003م.

5. إسلام محمد زين العابدين طاهر محمد، نطاق الحماية الجنائية للبويضة المخصبة خارج الرحم في القانون الجنائي والفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-،(د،ط)، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية،2018م.

6. إقورفة زبيدة، الاكتشافات الطّبية والبيولوجية وأثرها على النسب-دراسة فقهية قانونية- ،(د،ط)، دار الأملالجزائر، 2012.

7. جمال الدين محمد بن مكرم أبو الفضل ابن منظور (ت 711)، لسان العرب، المجلد 1، (د، ط)، دار صادر بيروت، لبنان، (د، ت).

8. حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الانسان، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات، الإمارات، 2006م.

9. الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني(ت:502هـ)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق صفوان عدنان الداودي، ط1، دار القلم و الدار الشامية، دمشق -بيروت : 1412هـ.

10. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،(د،ط)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الإمارات، 2007م.

11. خالدجبر، العقم وتأخر الإنجاب -المشكلة والحل-،ط 2014، بيت الضياء للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014م.

12. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، 1432هـ - 2010م.

13. شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (ت: 751هـ) ، الطب النبوي، خرج أحاديثه: خالد بن محمد بن عثمان، ط 1، دار الإمام مالك، الجزائر، 1425هـ-2004م.

14. محفوظ بن صغير،أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، ط 1434هـ- دار الوعي، الجزائر، 1434هـ - 2013م.
15. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية-دراسة مقارنة-، (د ، ط)، جامعة الكويت ، الكويت، 1992م-1993م.
16. محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم- دراسة فقهية إسلامية مقارنة، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1432هـ-2011م.
17. محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ط 2، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1420هـ- 1999م.
18. محمد علي البار وزهير السباعي، الطبيب وأدبه وفقه، ط5، دارالقلم، دمشق، 1423هـ - 2011م.
19. محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي، ط1، الدار السعودية، جدة،1407هـ.
20. محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية والتجريم، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015م.
21. مسلم أبو الحسين بن الحجاج (ت: 261هـ)، صحيح مسلم المسمى المسند الصحيح، تحقيق: نظر محمد الفاريابي، المجلد 02، ط1، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1427هـ- 2006م.
22. الهريش فرج صالح، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة،(د، ط)، ليبيا، الدار الجماهرية، (د،ت).

-الأطروحات و الرسائل الجامعية

1. سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الاصطناعي- دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، إشراف د. حاحة عبد العالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2019- 2020م.
2. طارق عبد الله أبو حوه، الانعكاسات القانونية للتلقيح الصناعي، رسالة دكتوراه-قسم القانون المدني-كلية الحقوق ، جامعة المنصورة، إشراف د. محسن عبد الحميد البيه، 2005.

المقالات والبحوث

1. أمال يعيش تمام ونبيلة أقوجيل، ضوابط الإخصاب الاصطناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، الجزائر، العدد 4، جوان 2007م.
2. أنس محمد عبد الغفار سلامة، الضوابط القانونية للإخصاب خارج الرحم في ضوء القانون الاتحادي رقم(7) لسنة 2019 -دراسة مقارنة-، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد السادس، العدد 1، مارس 2021.

3. بكر عبد الله أبو زيد، طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، مجلة الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الثالثة، جدة – المملكة العربية السعودية، العدد 3، ج1، 1408هـ- 1987م.
4. شكري الدربالي، "نازلة التلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي والقانون التونسي"، مجلة الفقه المقارن والقانون، المغرب، العدد58، غشت 2017م.
5. عباس بوسندة، الحماية الجنائية للإنجاب البشري، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، جامعة معسكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، معسكر –الجزائر، العدد 2 جوان 2010م
6. عبد الباقي بدوي، التفريق بين الزوجين بسبب العقم، مجلة الدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الأغواط، عدد7 جوان 2016.
7. محمد عبد الحميد متولي، التداوي بالوسائل الطبية المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني–قضايا طبية معاصرة–، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، المجلد1، 1431هـ.
8. محمد علي البار، موقف الإسلام من علاج العقم وفوضى الإنجاب الحديثة، بحث منشور ضمنسجل أعمال ندوة الضوابط الأخلاقية في تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية، جامعة الزهر، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 23/21 ربيع الأول 1418هـ- 27/25 أغسطس 1997م.

- **النصوص القانونية**

1. الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة (الجمهورية الجزائرية ، الجريدة الرسمية، السنة 42، العدد 15، بتاريخ: 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م).
2. القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، السنة 53، العدد 14 ، بتاريخ 27 جمادى الأولى 1437هـ الموافق 7 مارس 2016م).
3. القانون رقم : 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق 2 يوليو 2018 المعدل و المتمم بالأمر رقم: 20-02 مؤرخ في 11 محرم 1442 الموافق 30 غشت 2020م المتعلق بالصحة (الجمهورية الجزائرية ، الجريدة الرسمية ، السنة 57، العدد50، بتاريخ 11 محرم 1442هـ الموافق 30 غشت 2020م).
4. الأمر رقم: 66-156 ، المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966م المعدل و المتمم بالقانون رقم 21-14 مؤرخ في 23 جمادى الأول عام 1443 هـ الموافق 28 ديسمبر

2021 المتضمن قانون العقوبات ، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، السنة 58، عدد 99، بتاريخ: 24 جمادى الأولى 1443هـ الموافق 29 ديسمبر 2021م).
5. القانون عدد 93 المؤرخ في 07 أوت 2001م والمتعلق بالطب الإنجابي التونسي(الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي، العدد 63، بتاريخ: 07أوت 2001م).
6. القاانون رقم: 175 لسنة 1972 المتضمن قانون العقوبات الليبي(الجماهيرية الليبية، الجريدة الرسمية ، السنة 10، العدد 61، بتاريخ: 1972/12/23م).
7. القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2008م في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة (الإمارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية، العدد 488 مكرر، بتاريخ 18 ذي الحجة 1429هـ الموافق 16 ديسمبر 2008م).
8. القانون رقم : 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية (الجماهيرية الليبية ، الجريدة الرسمية، العدد 28، بتاريخ : 1986م).
9. قانون رقم: 26 لسنة 2017م بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي و الإخصاب (مملكة البحرين، الجريدة الرسمية، العدد 3325، ، بتاريخ 03 أغسطس 2017م).
10. نظام وحدات الإخصاب و الأجنة و علاج العقم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم: م/76 المؤرخ في 1424/11/21هـ (المملكة العربية السعودية، جريدة أم القرى، العدد 4024، بتاريخ: 1425/11/12هـ).
11. القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2008م في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة (الإمارات العربية المتحدة، الجريدة الرسمية، العدد 488 مكرر، بتاريخ: 18 ذي الحجة 1429هـ الموافق 16 ديسمبر 2008م).

ثانيا: اللغة الأجنبية

1. Dastugue I, la procréation artificielle et ebouche de solution th, Paris, 1986.
2. René Frydman,Les procréations médicalement assistées, 1ére édition, Presses universitaires, France , 1991.
3. Jean Coheen et Chantal Ramogida, nous voulons un bébé : aux frontières de la stérilité , Edition du seuil,paris , 1997.
4. Pier Morat, respect et protection du corps humain, lexis nexissa, paris 2007.
5. loi n° 2004-800 du 6 Août 2004 relative à la bioéthique (La république Française, Journale Officiel, 7 août 2004).

محددات الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء
في إطار القانون الجزائري رقم 18-11

د. أيت ساحد كهينة

كلية الحقوق. جامعة تيزي وزو

الملخص:

يعد حق الشخص في سلامة وحرمة جسمه، من الحقوق المضمونة دستوريا في الجزائر، وهو ما جسدته كذلك مختلف القوانين في الدولة، إلا أن ذلك يبقى مرتبطا بالحرية الشخصية للإنسان، باعتباره حجز الزاوية في العقد الطبي. وإذا كان الحصول على رضا المريض التزاما تفرضه القواعد العامة في القانون الطبي، فإن ذلك يعد أمرا ضروريا لا غنى عنه في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، نظرا للمخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المريض مستقبلا، إلا أنه لا يمكن أن يكون الرضا صحيحا في مجال العلاقة الطبية، سوى بالحصول على موافقة متبصرة، وإرادة حرة وخالية من العيوب، وأن تجسد في الشكلية المحددة قانونا.

الكلمات المفتاحية: رضا متبصر، تبصير المتلقي، تبصير المتبرع، رضا حر، أهلية المتبرع، أهلية المتلقي، سلامة الإرادة من العيوب، الشكلية في الرضا.

مقدمة:

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من بين التطورات الحديثة التي أفرزتها التطورات الطبية الحديثة في مطلع القرن العشرين، فكان له الفضل في إنقاذ العديد من الأرواح البشرية المهددة بالوفاة، إلا أنه نظرا لمساس ذلك بكرامة الإنسان وحرمة جسده، فقد حاولت معظم التشريعات تنظيمه بطريقة يحقق التوافق بين
كل هذه التناقضات، وذلك من خلال وضع ضوابط وقيود لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء بما يحفظ سلامته الجسدية وكرامته، نظرا لما لذلك من ضرورة علاجية، وهو ما حاول المشرع الجزائري تكريسه في قانون الصحة المعدل في 2018 [1].

لم يعد التدخل الطبي في جسم الإنسان من أجل مصلحته العلاجية فقط، وإنما يمكن أن يكون له غرضا آخر غير علاجي، وهو نزع عضو من إنسان سليم ونقله وزرعه في جسم إنسان مريض يحتاج إلى نفس العضو، لذلك ومن أجل أن لا تصبح التدخلات الطبية وسيلة لتبرير الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية، لابد من تقييدها بضوابط قانونية معينة، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في قانون الصحة كغيره من التشريعات، إذ وضع مبادئ قانونية يقوم عليها مبدأ التعامل في جسم الإنسان، وهي مبدأ مجانية التعامل بالأعضاء البشرية أو عدم قابلية الجسم للتعامل المالي، ومبدأ الحرية الشخصية والتي تتجسد في مبدأ الموافقة أو الرضا المتبصر، والتي تعتبر من المبادئ الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها في أي تعامل بالأعضاء البشرية وهذا نظرا للدور الفعال الذي تلعبه في حماية الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتعامل.

إذا كانت الحرية الشخصية شرطا لممارسة الأعمال الطبية العلاجية، وبالتالي شرطا لإباحة هذه الأخيرة، نظرا لمساسها المادي بالسلامة الجسدية، فإنها لا تعد كذلك في الأعمال الطبية غير العلاجية كنقل وزرع الأعضاء البشرية، نظرا لمساسها بسلامة الإنسان المتبرع، دون تحقيق مصلحة علاجية شخصية له، وإنما تعد من العناصر المكونة لأساس الإباحة حين يرخص القانون بإجرائها، ولكن الإشكال المطروح هنا : ما هي محددات الإرادة الشخصية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في إطار قانون الصحة الجزائري؟

يعد حق الشخص في سلامة وحرمة جسمه، من الحقوق المضمونة دستوريا في الجزائر، وهو ما جسدته كذلك مختلف القوانين في الدولة، إلا أن ذلك يبقى مرتبطا بالحرية الشخصية للإنسان، أي الحصول على رضا المريض، باعتباره حجز الزاوية في العقد الطبي، والشرط الأساسي في إباحة الأعمال الطبية بصفة عامة وعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بصفة خاصة.

---

[1] – قانون رقم 18–11 مؤرخ في 02 جوان 2018، يتعلق بالصحة، ج ر ج ج عدد 46، صادر في 29 جويلية 2018.

إذا كان الحصول على رضا المريض التزاما تفرضه القواعد العامة في القانون الطبي، فإن ذلك يعد أمرا ضروريا لا غنى عنه في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، نظرا للمخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المريض مستقبلا، إلا أنه لا يمكن أن يكون الرضا صحيحا في مجال العلاقة الطبية، سوى بالحصول على موافقة متبصرة والتي لا تتحقق بدورها إلا بالإعلام الكافي والتبصير الكامل بحقيقة التدخل الطبي الذي سيقدم عليه (أولا)، مع ضرورة أن تكون هذه الإرادة حرة وخالية من العيوب (ثانيا)، وأن تجسد في الشكلية المطلوبة (ثالثا).

أولا – الحصول على رضا متبصر:

يعد الالتزام بالتبصير الضمان الأساسي لتفعيل إرادة المريض، إذ رغم أهمية التدخل العلاجي إلا أنه لابد من توفير الحماية للمريض عن طريق مساعدته على اتخاذ القرار الصائب لحالته من خلال إعلام الطبيب له. لذلك يلتزم الطبيب بتبصير المريض من جهة(1)، وبتبصير المتبرع من جهة أخرى(2).

1 – الالتزام بتبصير المريض:

يقصد بتبصير المريض قيام الطبيب بإخبار المريض بحقيقة حالته الصحية، وأن هذه العملية هي السبيل الوحيد لإنقاذ حياته، كما يوضح له طبيعة العلاج الذي يلائمه، ونتائجه والمخاطر التي يمكن أن يتعرض لها من جراء ذلك، كظاهرة رفض الجسم للأجسام الغريبة، التي يستطيع الطب مواجهتها عن طريق إجراء عملية جديدة[1] .

وإذا كان الالتزام بالتبصير التزاما على عاتق الطبيب، فإنه لا يمكن إجبار المريض على قبول العلاج المقدم، لأن اختيار المريض للعلاج حق أساسي من حقوقه.

أما عن درجة الالتزام بتبصير المريض، فيقتضي الأمر إقامة التوازن بين اعتبارين احترام إرادة المريض من جهة، والمحافظة على سلامته النفسية وعدم عرقلة العلاج على النحو الضروري والمناسب من جهة أخرى[2]. وعليه إذا كان الطبيب الجراح في الأعمال الطبية العادية ملزم بإخبار المريض بالمخاطر التي من الممكن حدوثها والفوائد التي ستعود عليه من جراء العملية، دون الأخطار أو النتائج غير المتوقعة والمخاطر النادرة [3]، فإن الأمر يستوجب إخبار المريض بكل الأخطار حتى ولو كانت استثنائية الحدوث في عملية نقل وزرع الأعضاء، نظرا لخطورة هذه الأخيرة على حياته وصحته مستقبلا،

---

[1] – نقلا عن مواسي لعلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 189.

[2] – حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2013، ص 119.

[3] – رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 134.

والأكثر من ذلك يلتزم الطبيب بإخطار مريضه بكل مستجدات العلاج أو مخاطره اللاحقة[1]، ومدى إمكانية السيطرة على ظاهرة رفض جسمه للعضو الجديد، وذلك بتناول بعض الأدوية التي يمكن أن تسبب له مضاعفات على جميع أعضاء جسمه، وهو ما يستوجب إعلامه بخصوصيات هذه الأدوية وتأثيرها على صحته ومفعولها على جسده، والآثار الجانبية التي تحدثها لديه، بالإضافة إلى إخباره بالمخاطر التي تحوم بالمتبرع من جراء عملية الاستئصال[2].

وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 166/ 5 من قانون الصحة الملغى التي تنص على أنه :« ***لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك***».

وكذلك المادة 5/364 من قانون الصحة الجديد والتي تنص: « ***لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرتين 3و4 أعلاه، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث***».

وسع المشرع الجزائري من خلال هذه المادة من نطاق الالتزام بالتبصير ليشمل كل الأخطار الطبية سواء كانت محتملة أو استثنائية، وإذا كان المشرع الجزائري قد أوكل مهمة التبصير للطبيب المعالج فقط في إطار القانون القديم، فإنه قد تدارك الأمر في القانون الجديد، على غرار ما هو متبع في التشريع المصري والفرنسي، ومن أجل تحقق الإعلام كاملا، وبكل موضوعية، أوكل للجنة الخبراء مهمة إعلام المريض بالأخطار التي قد يتعرض لها، وبالعقوبات المحتملة للنزع، وبالنتائج المتوقع حدوثها من الزرع، لأن هذا الإعلام يساعد المريض على فهم حالته الصحية، وعل اتخاذ القرار المناسب وفقا للمادة 7/360 من قانون الصحة رقم 18-11 التي تنص على أنه: « ***تنص المادة 360 من قانون الصحة على أنه:***

7- تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا بالأخطار التي يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي »

كما أكد كذلك المشرع الجزائري على هذا الالتزام في مدونة أخلاقيات الطب وذلك في المادة 43 منه والتي تنص على وجوب إفادة الطبيب المعالج المريض بكل المعلومات حول العمل الطبي بصورة واضحة وصادقة، إضافة إلى نص المادة 34 من المدونة نفسها والتي نصت على أنه: « ***لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، ما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته*** ».

---

[1] – مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 550.

[2] – أيت مولود ذهبية، نطاق الالتزام بالتبصير عن مخاطر العمل الطبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 16، عدد 02، 2017، ص 43.

ب – الالتزام بتبصير المتبرع:

تتجسد مظاهر احترام إرادة المتبرع في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في ضرورة التشديد في الالتزام بالتبصير والإعلام، ذلك لأن هذا النوع من العمليات غير علاجية بالنسبة للمتبرع، بما أنه لا يعاني من أي مرض، لذلك من حق المتبرع أن يبصر على نحو كامل بالإجراءات التي سيواجهها، والآلام التي سيشعر بها، و المخاطر الحالية والمستقبلية التي يمكن أن يتعرض لها، بالإضافة إلى الفائدة التي يمكن أن تعود على المريض جراء عملية زرع العضو في جسمه ونسبة نجاح العملية ومدى إسهامها في شفاء المريض[1].

إلا أن المعلومات التي تقدم للمتبرع لا تقتصر على الجانب الطبي فقط، بل يجب أن تتعداه لتشمل الجوانب الاجتماعية والمهنية والنفسية وكل ما قد يترتب على عملية الاستئصال من صعوبات تؤثر على ممارسة المتبرع لمختلف أوجه حياته الاجتماعية والمهنية[2].

ولا يعد هذا الإعلام إفشاء لسر مهني نظرا لطبيعته الخاصة التي تتم بها عمليات نقل وزرع الأعضاء، حيث يكون طرفا ثالثا في هذه العملية وليس أجنبيا عنها[3].

أقر المشرع الجزائري بضرورة التشديد في مسألة تنوير المتبرع بشكل واضح، لا يكتنفه أي غموض أو لبس وذلك بضرورة تبصير المتبرع مسبقا بالأخطار الطبية التي يتعرض لها، وبالعواقب المحتملة للنزع من طرف لجنة الخبراء التي تحدد تشكيلتها وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم، وفقا للمادة 7،8،9/360 من قانون الصحة على أنه « ***7- تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا بالأخطار التي يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي***

***8*- تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون.**

***9*- تحدد تشكيل لجان الخبراء وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم».**

غير أن الملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري اقتصر على التزام الطبيب بالتبصير على المخاطر الطبية المحتملة دون الاستثنائية وهو ما يخالف الاتجاه العام لدى التشريعات المختلفة والذي يقضي بوجوب الإعلام الشامل في مجال عمليات نقل الأعضاء، ومهما كانت طبيعة ودرجة خطورتها، كما أهمل المشرع الجزائري النص على إعلام المتبرع بالآثار الناتجة عن العملية سواء على الصعيد المهني، النفسي، الجنسي والاجتماعي.

ثانيا: الحصول على رضا حر

---

[1] – أيت مولود ذهبية، مرجع سابق، ص 43.

[2] – بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 28.

[3] – بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 130.

لا يكفي تكريس الالتزام بالتبصير لحماية إرادة الشخص الخاضع للتعامل القانوني بأعضائه البشرية، وإنما لابد من التحقق من وجود رضا حر ومستنير لتقرير مشروعية هذا النوع من المعاملات الطبية، نظرا لخطورتها على السلامة الجسدية للشخص الخاضع لها.

لا يكون الرضا صحيحا إلا إذا كان حرا، ولا يتحقق ذلك سوى بتوافر الأهلية القانونية(1)، وسلامة إرادته من عيوب الإرادة (2).

1/ توافر الأهلية القانونية المطلوبة

تختلف الأهلية الواجب توافرها بين الشخص المتبرع (أ) و الشخص المتلقي(المريض)(ب).

أ/ أهلية المتبرع

تنص المادة 361 من قانون الصحة رقم 18-11على: « **يمنع زرع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء ... ».**

يفهم من خلال المادة المذكورة أعلاه، أن المشرع الجزائري يمنع صراحة القيام بانتزاع الأعضاء من أشخاص قاصرين أو عديمي الأهلية أو من هم في حكمهم، وذلك حماية لهم، وهو ما منعه أيضا قانون الصحة وترقيتها الملغى في المادة 163 التي تنص على أنه:« ***يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التميز، كما يمنع انتزاع الأعضاء والأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم*** ».

كما يفهم أن المشرع يشترط أن يصدر رضا المتبرع بالعضو من شخص راشد ومتمتع بكامل قواه العقلية، دون المحرومين من قدرة التمييز والمصابين بأمراض تضر بصحة المتبرع والمستقبل، وعليه يكون باطلا كل تنازل لعضو من قبل مجنون أو معتوه أو سفيه أو ذي غفلة أو معاق جسديا أو عقليا، لكونهم غير قادرين على التعبير عن إرادتهم، إلا أنه يشترط أن تتوافر هذه الأهلية فقط وقت الموافقة على الاستئصال حتى ولو لم تتوافر أثناء تنفيذ العملية.

إلا أن قانون الصحة الجديد قد استحدث استثناء عن هذا المنع، بحيث أصبح يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخيه أو أخته، كما أنه يسمح بذلك 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، بعد الحصول على الموافقة المستنيرة من كلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي[1].

ب/أهلية المتلقي (المريض)

لم يحدد المشرع الجزائري سنا معينة لأهلية المريض المتلقي، بحيث يمكن أن يكون بالغا سن الرشد أو قاصرا أو حتى عديم الأهلية.

---

[1] - انظر المادة 2/361 من قانون الصحة رقم18-11.

فإذا المريض كامل الأهلية ومتمتعا بكامل قواه العقلية، يعتد بإرادته عند التدخل الطبي، بما أنها صدرت من شخص قادر على التعبير عن إرادته، بالتالي قبوله تحمل مخاطر العملية، إلا أن المشكل يثار في حالة تعذر تعبير المريض عن إرادته، إما بسبب حالته الصحية أو إصابته بعارض من عوارض الأهلية، حيث حدد القانون الأشخاص المخول لهم صلاحية الموافقة على عمليات الزرع وفقا للحالات التالية:

***عدم تمتع المتلقي بالأهلية القانونية**

تنص المادة 3،4/364 من قانون الصحة رقم18-11 على أنه:

-وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية، يمكن أن يعطي الموافقة الأب، أو الأم، أو الممثل الشرعي حسب الحالة.

- وفي حالة الأشخاص القصر، يعطي الموافقة الأب أو الأم، وعند غيابهما الممثل الشرعي

يستخلص من نص المادة المذكورة أعلاه الموافقة الكتابية على عملية زرع العضو تنتقل من المريض إذا كان عديم الأهلية أو فاقد الوعي إلى صاحب السلطة القانونية عليه، وهو الأب في المرتبة الأولى، وفي حالة عدم وجوده تحل محله الأم، وفي حالة عدم وجودهما معا، ينتقل هذا الحق إلى الممثل الشرعي له.

***عدم تمتع المريض بالأهلية الفعلية**

إذا كانت الحالة الصحية للمريض لا تسمح له بالتعبير عن موافقته، يأخذ بالموافقة الكتابية لأحد أفراد الأسرة البالغين، باعتبارهم حماة المتلقي، وفقا للترتيب المنصوص عليه في المادة 3/362 من قانون الصحة[1]، وفقا للمادة 2/364 من قانون التي تنص على أنه:

« - وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، فإنه يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية في المادة 362 أعلاه ».

إلا أنه يمكن الاستغناء عن هذه الموافقة في الحالات التي تستوجب التدخل الفوري، لوجود ظروف استثنائية، لا يحتمل فيها تأجيل التدخل الطبي، لما له من خطر على حياة المتلقي لأنه يتعذر فيها على الطبيب الاتصال في الوقت المناسب بأهل المريض، أو الممثل الشرعي للمتلقي للحصول على موافقتهم، وفقا للمادة 6/364 من قانون الصحة رقم 18-11.

2/ سلامة الإرادة من العيوب

يشترط كي يعتد برضا المتبرع أن يكون ذلك الرضا صادرا عن إرادة حرة واعية، وهذا يتطلب ضرورة أن يكون المتبرع حرا في تعبيره عن موافقته باستئصال عضو أو أكثر من أعضائه، دون أن يؤثر

---

[1] – الأب ثم الأم ثم الزوج ثم الأبناء ثم الأخوة ثم الأخوات ثم الممثل الشرعي.

في قراره شخصا آخر سواء كان طبيبا أو أي شخص له مصلحة في ذلك[1]، بمعنى أن يصدر منه إرادة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة التي يمكن أن تعتري الرضا، وتجعل العقد قابلا للإبطال، وفقا للقواعد العامة .

يمكن حدوث الغلط في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء سواء بالنسبة للمريض أو المتبرع، وذلك في حالة تهاون الطبيب الجراح في إفادة المريض بكل المعلومات الضرورية عن حالته الصحية وسبل العلاج والأجهزة الواجب استخدامها، وتهاونه في تبصيره بالمخاطر المتوقعة، لأن ذلك يؤدي حتما إلى أن يقع المريض أو المتبرع في غلط، بحيث لو تم تبصيره بها لما أقدم على إجراء العملية[2].

كما يمكن أن يقع الغلط في صفة الآلات والأجهزة المستخدمة بحيث يشكل استخدامها خطورة غير عادية كالعلاج الكيميائي، الغلط في صفة من صفات الطبيب المعالج، كأن تنصرف إرادة المريض إلى التعاقد مع طبيب مشهور بالتخصص، ويتبين له أنه ليس المقصود بالتعاقد.

أما عن التدليس، فيتصور وقوعه من طرف الطبيب في سكوته عن تبصير مريضه أو المتبرع ببعض المعلومات والملابسات عن عمد، بحيث أن الإفصاح عنها كان سيؤدي حتما إلى إحجام المريض أو المتبرع عن التعاقد.

كما يعتبر من قبيل التدليس اللجوء إلى التحايل أو الغش بقصد إيهام المريض أو المتبرع بأمور مخالفة للحقيقة، من أجل دفعه إلى قبول المساس بجسمه والخضوع مثلا لعملية نقل وزرع الأعضاء [3].

كما يعتبر أيضا تدليسا عدم إجابة الطبيب الجراح عن جميع الأسئلة التي يطرحها المريض أو المتبرع بشأن حالته الصحية وطريقة العلاج الجراحي المناسب له، لأنه من واجب الطبيب الإجابة على جميع استفسارات المريض بوضوح وأمانة حتى يتسنى للمريض أو المتبرع إبداء موافقته عن فهم وإدراك تام[4].

---

[1] – أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص 197.

[2] – حروزي عز الدين، الطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، "دراسة مقارنة"، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2008، ص 61.

[3] – فقد قضت محكمة البت الفرنسية بأن الطبيب يرتكب خطأ مهنيا مؤكدا إذا قام بدون رضا حر وعن بينه، كاملة من جانب المريض بتجربة دواء أو علاج جديد به، انظر في ذلك: علي فيلالي، مرجع سابق، هامش رقم 20، ص 48.

[4] – حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 62.

أما الإكراه La violence: فهو العيب الأكثر ورود في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ويتخذ عدة صور، فقد يكون من قبيل تضخيم الطبيب المعالج لخطورة الحالة المرضية لمريضه وإيهامه أن عدم أخذه العلاج المقترح سيؤدي حتما إلى وفاته أو إصابته بعاهة مستديمة[1].

كما قد يكون الإكراه في الضغوط النفسية والعائلية التي من شأنها أن تشوب إرادة المتبرع وتؤثر في اتخاذ قراره، بل يجب على الطبيب أن يتأكد من أن موافقة المتبرع خالية من أي ضغط وأنه لم يتعرض لأي إكراه بل أن التبرع تمّ بدوافع إنسانية لا غير[2]، كأن يتعرض المتبرع إلى ضغط نفسي بسبب محبته للمريض، يجعله يحس بأن حياة المريض وشفائه من مرضه أمر متوقف على تبرعه له بعضو من أعضائه، كما يجب التأكد من أن موافقة المتبرع ليست وليدة لحظة يأس أو لحظة سخط عليها[3]، لذلك على الأطباء تقديم المعلومات اللازمة بموضوعية وبعيدا عن أي ضغط حتى يتحقق الرضا الحر للمتبرع، وهو ما أدى بالبعض إلى ضرورة إخضاع المتبرع لبعض الاختبارات النفسية من أجل التأكد من توفر شرط الرضا الحر.

كما أنه من جهة أخرى، فإن التأثير على إرادة الشخص بإغرائه بالمال أو بجني فائدة له، كالحصول على وظيفة معينة من شأنه أن يعدم الإرادة، ويجرد الرضا من أية قيمة قانونية.

لذلك فمن أجل أن يرتب الرضا أثاره القانونية يجب أن يكون حرا، وهذا ما أكدت عليه الاتفاقية حقوق الإنسان للمنظمة الأوروبية، وأكدت عليه اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان في قرارها حول مشروع القانون المتعلق بالطب البيولوجي لـ 3 فيفري 2011.

وبخصوص المشرع الجزائري، فلم ينص على وجوب التحقق من الرضا الحر للمتبرع ولا للمريض، بل نص فقط على وجوب الحصول على موافقة الشخص المتبرع والمريض، بعد إخطارهما بالأخطار الطبية المحتملة، لذلك على المشرع الجزائري أن يتدخل لإدراج نص قانوني ينص صراحة على شرط الرضا الحر، مع وجوب إخضاع المتبرع للتحليل النفسي قبل التبرع من أجل تفادي أي إكراه أو ضغط على الشخص المتبرع، ومن أجل التكريس الفعلي لمبدأ الرضا المتبصر.

ثالثا: توافر الشكلية المطلوبة

اشترط المشرع الجزائري في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية شكلية معينة لتجسيد الرضا، وهذا بالكتابة، وحضور شاهدين اثنين بالنسبة لرضا المتلقي(المريض)(1)، أما بالنسبة لرضا المتلقي فألزم المشرع أن تكون الموافقة أمام جهة رسمية(2).

---

[1] – ڤنيف غنيمة، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، رسالة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2010، ص 129.

[2] – ممدوح خليل البحر، المسؤولية الجنائية عن نقل الدم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 2001، ص 218.

[3] – بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 62.

1- رضا المتلقي (المريض)

تنص المادة 1/364 من قانون الصحة على أنه: ***« 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(2)»***.

اشترط المشرع الجزائري وفقا لنص المادة المذكور أعلاه أن يكون رضا المتلقي كتابيا(أ)، وبحضور شاهدين(ب).

أ- الكتابة

اشترط المشرع الجزائري أن يكون الرضا مكتوبا وموقعا عليه من المريض ، باعتباره دليلا على حصول الطبيب على موافقته- لكن دون أن يحدد له شكلا معينا- لكون الكتابة هي الوسيلة لإثبات رضا المريض، باعتبارها دليلا واضحا وحرا على الموافقة عن التدخل الطبي، والأكثر من ذلك فإن الكتابة تشترط حتى في رفض المريض للتدخل وفقا للمادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب، كما أن الإقرار الكتابي يعد من الناحية العملية بمثابة تنبيه للمريض على خطورة ما هو مقبل عليه، وهو ما يدفعه إلى التفكير مليا وبجدية في ذلك، إضافة إلى أنه ضمان للإنسان من أي تجاوز يمكن أن تحدث من الطبيب المعالج من جهة، ومن جهة أخرى ضمان لهذا الأخير من أية متابعة لاحقة[1].

استحدث العمل الطبي في هذا المجال ما يسمى بالترخيص بالعملية، حيث يقوم المستشفى بإعداد نماذج مكتوبة تدون فيها كل البيانات الخاصة بالمريض واللازمة لفهم العملية التي ستجرى له، وكل ما يتعلق بها، ويكون رضائه بها بمجرد الموافقة على ما جاء بها بحضور الطبيب رئيس المصلحة عن طريق التوقيع على الوثيقة المقدمة له.

ب-حضور شاهدين

ألزم المشرع الجزائري على كل مريض مقبل على العمل الطبي الخطير أن يحضر شاهدين اثنين وذلك في المادة 1/364 من قانون الصحة التي تنص على أنه: ***« لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو... قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين(2)»***، مما يعني أن الموافقة وشهادة الشاهدين تعتبر الضمانة الوحيدة

---

[1] – عبو أنيسة، الضوابط القانونية للرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2022، ص 55.

للتأكد من موافقة المتلقي، ذلك أن الشخص ربما يتسرع في اتخاذ قراره إذا كان لوحده، لكن بحضور شاهدين ربما سيجعل الشخص يصدر رضاه عن تفكير وتعقل وتدبر.

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها في الشاهدين، لذلك يرجع في ذلك للقواعد العامة، التي تستوجب أن يكونا شاهدي عدل، يتمتعان بالأهلية الكاملة، وإرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، ومتمتعان بكامل قواهما العقلية.

***2* – رضا المتبرع:**

نظرا لخطورة عمليات زرع الأعضاء البشرية اشترطت بعض التشريعات وجوب الحصول على موافقة المتبرع أمام جهة رسمية وهي القضاء، لأنها الطريقة الأمثل لحماية فعالة للمتبرع من أي استغلال أو إكراه، ذلك لأن كل من المتبرع والطبيب سيجتمعان بوجود القاضي الذي سيتمكن من معرفة والتأكد من حقيقة وجود موافقة المتبرع وتبصيره بالمخاطر، إذ يُعتبر هذا الإجراء من أقوى طرق الإثبات لصدور المستند الدال على الرضا من جهة رسمية، وهو ما استحدثه المشرع الجزائري فعلا في قانون الصحة الجديد، بحيث جعل المتبرع يعبر عن موافقته للتبرع وعند الاقتضاء للتبرع المتقاطع أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا، الذي يتأكد من أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأن التبرع قد طابق كل الشروط القانونية المنصوص عليها في القانون، وذلك بعد أن تتولى لجنة الخبراء [1]إعلام المتبرع مسبقا بالأخطار التي قد يتعرض لها ، وبالعواقب المحتملة للنزع، وكذلك النتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي، وتقديم الترخيص بالنزع إذا ما تأكد لها أن الموافقة حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط القانونية[2].

الخاتمة

يعد الرضا الركيزة الأساسية في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، باعتباره الضمانة الفعالة لتحقيق التوازن بين الحماية القانونية التي سيحصل عليها المتبرع، والمزايا التي تحققها هذه العمليات، نظرا لما تتضمنه من خطورة.

ومن أجل الحصول على رضا صحيح لابد من احترام محدداته أو القيود التي تضمن تفعيله، والتي تتمثل أولا في الحصول على رضا متبصر، والذي يكون بتبصير المريض والمتبرع تبصيرا كاملا، بكافة نتائج وآثار العملية، سواء المؤكدة أو المحتملة أو الاستثنائية، وثانيا في الحصول على رضا حر، وذلك بأن تكون الموافقة صادرة من شخص آهل ومتمتع بكامل قواه العقلية، مع إمكانية سحب موافقته في أي مرحلة ودون أية مسؤولية، ويحدد الرضا في الشكل المطلوب قانونا، وذلك بتحريره كتابيا أمام رئيس

---

[1] – إلا أن تشكيل وتنظيم وتسيير هذه اللجان سوف يتم تحديده عن طريق التنظيم وفقا للمادة 9/360 من قانون الصحة رقم 18-11.

[2] – أنظر المادة 5،7،8/360 من قانون الصحة رقم 18-11.

المصلحة، بحضور شاهدين، عندما يتعلق الأمر برضا المريض، وأمام القضاء كجهة رسمية إذا تعلق الأمر بموافقة المتبرع، وهو ما يشكل حماية فعالة سواء للمريض أو للمتبرع، وحتى للأطباء المسؤولين عن العملية في نفس الوقت، وبهذا يكون المشرع قد شدد من الالتزام بالتبصير، كما أوكل مهمة هذا الأخير للجنة مختصة وهي لجنة من الخبراء، فهو بذلك أحسن ما فعل وعزز من الالتزام بالتبصير وحذا بذلك حذو التشريعات الأخرى.