وزارة التعليـــــم الـــعـــالـــي والبحـــــــث العلمـــــــي

جامعـــة عبد حميـــد ابن باديـــــس مـــســـتـغـانـم

كليـــة الحقـــــوق والـعـلـوم السياســيـة

قسم القـانـون العـام

مـــــذكـــــرة تخرج

لنيل شهـــــادة مـــــاستر ل.م.د في الحقوق

تخصص: قانـــــون طبـــي

تحت عنوان

الجسم البشري و أثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا

من إعداد الطالب :

- عباس شهـــرة أيـوب

تحت إشراف الأستاذ :

- قـماري نـضيرة

أعضاء لجنـة المناقشـة

- الأستاذ .....رئيسا

- الأستاذ.....مشرفا و مقررا

- الأستاذ.....مناقشا

السنة الجامعية : 2016/2015

{ ... وَ قُلْ إِعْمَلُوا فَسَيَرَى اللهُ عَمَلَكُمْ وَ رَسُولُهُ

وَ المُؤمِنُونَ ... }

سورة التوبة الآية 105

شكر وتقدير

لا يَشْكُرُ اللَّهَ مَنْ لا يَشْكُرُ النَّاسَ

الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه

أولا اشكر المولى عز وجل الذي رزقني العقل وحسن التوكل عليه سبحانه وتعالى,وعلى نعمه الكثيرة التى رزقني اياها..فالحمد لله والشكر لله على كل حال

نشكر في المقام الأول الأستاذة المشرفة الدكتورة :

قماري نضيرة

التي أطنبت في توجيهنا و تأطيرنا ونشكرها على كل ما قدمت لنا و نتمنى لها دوام التوفيق و النجاح

الشكر الجزيل الوفير الى كل أساتذة جامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون العام

جزيل الشكر و العرفان و التقدير الى كل أساتذة جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف كلية الحقوق و العلوم السياسية

الى كل من ساعدنا في اتمام هذا العمل

والشكر كله لأساتذتي واستاذاتي,وكل من أشرف على تعليمي منذ الصغر الى الآن ,أرجو من المولى عز وجل أن يجمعني واياهم في جنانه الواسعة ....امين

فجزاكم الله الجزاء الحسن

شكرا لكم جميعا

اهـــداء

الى من أنارا لي درب العلم والمعرفة..وحرصا علي منذ الصغر,واجتهدا في تربيتي والإعتناء بي,والدايا الحبيبان الغاليان القريبان الى قلبي,...

فلا شيء عندي أفخر به | أعظم
من دين أؤمن به♥!
وامرأه ، عظيمة قآمت بتربيتي

الي ينبوع العطاء♥ السيدة :قـسـول انـفـاخـت
وآب ، أفخر دآئماً عندمآ يختتم اسمي ..
بـ اسمه ♥

الى منارة حياتي السيد : عباس شهرة محمد
♥الى اخواتي و أخواتي و كل أأفراد العائلة و من يحمل لقب :عباس شهرة

الى من لها أياد بيضاء علي في مذكرتي هذه الأستاذة المشرفة التي لم تبخل علينا بالتوجيه و التأطير

الدكتورة :

الى زملاء المهنة و هيئة الدفاع و كل محام عن الحق في ربوع هذا الوطن

الى زملائي طلبة السنة الثانية ماستر قانون طبي

الى كل حبيب و صديق

الى كل موحد لله فوق الأرض

أهدي عصارة جهدي المتواضع هذا لكم جميعا

خطة البحث:

مقدمة.

تمهيد.

الفصل الأول: المبادئ العامة للحماية الجنائية للجسم البشري.

المبحث الأول: مفهوم الحماية الجنائية للجسم البشري.

المطلب الأول: مفهوم الجسم البشري.

الفرع الأول: أبعاد الطبيعة البشرية.

أولا: البعد العقلي.

ثانيا: البعد الذي يتعلق بالبيئة البشرية و الطبيعية.

ثالثا: البعد الروحي.

الفرع الثاني: أبعاد الطبيعة البشرية.

أولا: الجانب المادي للجسم البشري.

ثانيا: الجانب النفسي للجسم البشري.

المطلب الثاني: الحق في سلامة جسم الإنسان.

الفرع الأول: مفهوم الحق في سلامة جسم الإنسان.

أولا: تعريف الحق في سلامة الجسم الإنساني.

ثانيا: تعريف الحق في سلامة الجسم في القانون.

الفرع الثاني: طبيعة الحق في سلامة جسم الإنسان.

أولا: الطابع الفردي.

ثانيا: العلاج الاجتماعي.

المبحث الثاني: مشروعية التدخل الطبي.

المطلب الأول: إباحة بعض أفعال الإعتداء على الجسم البشري

الفرع الأول: سند إستعمال الحق

أولا: سند إستعمال الحق.

ثانيا: السند القانوني لإستعمال الحق.

الفرع الثاني: شروط إستعمال الحق.

أولا: مشروط إستعمال الحق.

ثانيا: إستعمال الحق بمعرفة صاحبه.

ثالثا: إلتزام حدود الحق.

رابعا: حسن النية في إستعمال الحق.

المطلب الثاني: إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان كتطبيق لإستعمال الحق.

الفرع الأول: أساس إباحة الأعمال الطبية.

أولا: أعمال طبية مباحة إباحة أصلية.

ثانيا: رضا المريض كأساس لإباحة التدخل الطبي.

ثالثا: تريص القانون لمزاولة هذه المهمة.

رابعا: أعمال طبية لا عقاب لها.

خامسا: أعمال طبية تستمد من إجازة القانون.

الفرع الثاني: القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية والجراحية.

أولا: الترخيص بمزاولة مهنة طبية.

ثانيا: رضا المريض.

ثالثا: قصد العلاج.

رابعا: مراعاة أصول المهنة لمزاولة العمل الطبي.

الفرع الثالث: مدى إلتزام الطبيب .

أولا: إلتزام الطبيب ببذل عناية.

ثانيا: إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة.

الفصل الثاني: التدخل الطبي الحديث على جسم الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية.

المبحث الأول: التلقيح وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان.

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي.

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي.

الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي.

أولا: التلقيح الإصطناعي الداخلي.

ثانيا: التلقيح الإصطناعي الخارجي طفل أنبوب.

المطلب الثاني: مشروعية التلقيح الاصطناعي.

الفرع الأول: مشروعية التلقيح الاصطناعي في القضاء والقانون

أولا: موقف القضاء و القانون المقارنيين.

ثانيا: موقف القانون الجزائري.

الفرع الثاني:مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه لإسلامي.

أولا: مشروعية التلقيح الإصطناعي الداخلي.

ثانيا: مشروعية التلقيح الإصطناعي الخارجي.

المطلب الثالث: شروط التلقيح وما توفره حماية جنائية.

الفرع الأول: شروط وجود العلاقة الشرعية وما يوفره من حماية جنائية.

أولا: شروط وجود العلاقة الزوجية الشرعية.

ثانيا: ما يوفره شرط وجود العلاقة الشرعية من حماية جنائية.

الفرع الثاني: شرط وجود رضا الزوجين أثناء الحياة وما يوفره من حماية جنائية.

أولا: شرط الزوجين أثناء الحياة.

ثانيا: ما يوفره شرط رضا الزوجين أثناء الحياة من حماية جنائية.

الفرع الثالث : أن لايكون هناك مجال لاختلاط الأنساب وما يوفره من الحماية الجنائية جنائية.

أولا: شرط أن لا يكون هناك إختلاط الأنساب.

ثانيا: ما يوفره شرط أن لا يكون هناك مجال لإختلاط الأنساب من حماية جنائية.

المبحث الثاني: تغير الجنس وأثره على نطاق الحماية الجنائية.

المطلب الأول: مفهوم تغير الجنس.

الفرع الأول: تعريف تغير الجنس.

أولا: دلالة كلمة جنس.

ثانيا: دلالة كلمة تغيير.

ثالثا: معنى تغيير الجنس.

الفرع الثاني: تمييز تغير الجنس عن بعض مظاهر الانحراف الجنسي.

أولا: تغيير الجنس و الشذوذ.

ثانيا: تغيير الجنس و الخنثى.

ثالثا: تغيير الجنس و التشبه بالآخر.

المطلب الثاني: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل قانونية.

الفرع الأول: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل الدينية.

أولا: في قانون الحالة المدنية.

ثانيا: في قانون الأسرة.

الفرع الثاني: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل الجنائية

المطلب الثالث: مشروعية تغيير الجنس

الفرع الأول: مشروعية التدخل الطبي لتغيير الجنس.

أولا: الموقف الفقهي القانوني و الشرعي المبيح.

ثانيا: الموقف القانوني المبيح لتغيير الجنس.

ثالثا: الموقف القضائي المبيح لتعيير الجنس.

الفرع الثاني: عدم مشروعية التدخل الطبي لتغيير الجنس.

أولا: عدم التدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس.

ثانيا: التشريعات التي التزمت الصمت

ثالثا : الموقف القضائي المحرم لتغيير الجنس.

خاتمة.

المقدمة

مـــقـــدمـة

لقد ترتب على التطورات العلمية أثارا بالغة الأهمية في نواحي الحياة المختلفة، ويصدق القول على الفترة التي أعقبت الثورة الصناعية في العالم الغربي ولكنها أكثر صدقا على المرحلة التي شهدها المنتصف الثاني من القرن العشرين، حيث شهدت طفرة هائلة في مجال التقنيات الحديثة، فتوسعت معرف الإنسان واكتشافاته في حل ألغاز الكون وأسراره وقوانينه ما أتاح مجال الاختيار والحرية أمامه.

والعبرة في اتساع هذه المعارف ليس بكميتها وإنما بكيفية توظيفها واستثمارها وتسيير الحياة مع دفع المحاذير في التعامل مع هذه المعطيات، وهذا ما دعا إلى إيجاد نظام قانوني يحكم سبيل توظيف المكتسبات في القوانين ووضع الضوابط وإخضاعها لمنهج سليم. وأخطر المجالات التي اكتسحها الإنسان وأخضعها لبحثه وتجاربه ما تعلق منها بالكيان الإنساني الجسدي بوصفه مركز التنظيم الاجتماعي وغايته ،ومحل القضايا التي تستحق العناية بالبحث الأصيل فيما أسفر عنه التقدم العلمي في مجال الطب الحديث ضيقا واتساعا في نطاق حماية الجسم البشري .

ولقد كان الجسم البشري محل اهتمام النظم القانونية والدينية بوجهات مختلفة ومتفاوتة ،ذلك أن المجتمع المنظم قبل نشأته وظهور القوانين لم يعرف خلاله الجسم البشري حماية تذكر أو على نطاق ضيق ،حيث اتخذت المجتمعات البشرية البدائية[1] من القوة السلب والقتل والتنكيل وسيلة لتنفيذ أغراضها انتقاما فرديا أو جماعيا،وبعد حقبة من الزمن ظهر مبدأ " حق الإنسان في سلامة جسمه " الذي يعتبر من أهم الأمور في كل نظام وهو أمر يواكب الحماية الجنائية للوجود الإنساني بحيث أن هذه الحماية مظهر من مظاهر المدنية،تنضوي في إطار فكرة " معصومية الجسد،الحصانة الجسدية المطلقة التي تستغرقه حال حياته وبعد فنائه وحظر التعامل في جسم الإنسان "

ومع تقدم العلوم الطبية جعلت موضوع هذه الأفكار مادة للبحث المتجدد فاقترب الجسم من مشرط الجراح تتقاذفه أيادي الأطباء تارة تحت مقتضيات العلاج وتارة أخرى تحت مقتضيات البحث العلمي ،ومن أمثلة هذه التدخلات الطبية عمليات نقل الأعضاء وزرعها،التلقيح الاصطناعي ،وتغيير الجنس،وعمليات الاستنساخ وتشريح الجثث لأغراض جنائية أو علمية ،والتجارب على الأجنة المجهضة...وغيرها ،فاحتار المشرع الجنائي في التعامل معها،ذلك أن النظم القانونية في إطار القواعد التقليدية لم تعد كافية لحماية الجسم،فعلى الصعيد القانوني أقل نجم مبدأالحصانة المطلقة وغدا نسبيا ولأجل ذلك أثرت اختيار هذا الموضوع لإيجاد نظام قانوني يحكم هذه التدخلات الطبية الحديثة ولوضع إطار يضبطها ويبين أثرها على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري من غير إفراط ولا تفريط ولقد دفعني لاختيار هذا الموضوع أسباب ذاتية وموضوعية نأتي على بيانها.

فمن بين الأسباب الذاتية ميزة الخوض في الجديد والسعي إليه وهي سمة طالب العلم وجميع الباحثين ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع المرتبط بقضايا طبية ،لتقوية الجانب المعرفي في مجال القانون الطبي وربط هذه المسائل

[1]/ أحمد ابراهيم حسن ،تاريخ النظم القانونية والإجتماعية ،مصر ،1999 ،ص239 .

بالقواعد القانونية والمبادئ والقيم الأخلاقية والاجتماعية والجوانب الشرعية وإضفاء ما تلائم منها ووافق هذه المبادئ ورد في مقابل ذلك ماخالفها ،إقامة لنظام قانوني يحكم التعامل في الجسم البشري

أما الدوافع والأسباب الموضوعية ،فإن سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية،فالجسد مهبط الروح ومصدر جميع الأنشطة الحياتية فوجب أن يصان ويعصم من جميع الانحرافات التقنية الحديثة وذلك بتأطير التكنولوجية الحديثة ،وفي هذا الصدد يقول " محمد بجاوي " أن استعمال المعرفة بلا إسناد أو مرجعية قد يؤدي إلى الانحراف والضلال لذا فلا بد من وضع معالم تمكن من تأطير المعرفة " [2]

ورغم اتساع رقعة الدراسات القانونية والشرعية [3] في مجال التدخلات الطبية التي تطال جسم الإنسان وجثته في الآونة الأخيرة والتي اجتهدت في بيانا للمواقف القانونية والأحكام الشرعية لها سواء بصفة عامة ،أو بصفة خاصة أي الاقتصار على نوع من الأعمال الطبية وشملها بالدراسة والتحليل ثم بيان الضوابط القانونية والشرعية التي تحكمها ،فإننا سنحاول في دراستنا بيان القواعد العامة التي تحكم التعامل في الجسم البشري في الإطار الطبي القانوني ،وبيان أثر التدخل الطبي الحديث على هذه القواعد سلبا وإيجابا،وذلك باختيار تطبيقات طبية حديثة ،لننظر كيف تعمل هذه الأخيرة في التأثير على القواعد المرعية التي تحكم الجسم البشري وعلى نطاق حمايته جنائيا.

إن هذه الدراسة هي محاولة لحصر التدخلات الطبية الحديثة الأشد خطورة على كيان الإنسان وحرمته،وأكثرها استنهاضا للضمير الاجتماعي،وأعظمها أثرا في اضطراب النصوص القانونية بمجافاتها للقواعد الثابتة والأصول المرعية في إطار التعامل مع الجسم البشري بحسبان أن الحق في سلامة الجسم يعتبر من بين مصافي الحقوق الدستورية ،فجسم الإنسان ليس إلا " الغلاف للشخصية " أو " المميز للشخص "،وإذا كان جسم الإنسان ليس شيئا فإنه مع ذلك لا يعتبر بمفرده شخصا،لأنه بالنسبة لرجل القانون وكذلك بالنسبة لعالم الأخلاق الذي يكون الشخص هو الاندماج الذي لايقبل الانقسام لكل من الجسم والروح،لأن جسم الإنسان الذي يعتبر غطاء الروح يندمج مع ذلك بالشخص [4]

وهذا ما يبرز من الناحية المنهجية الإحاطة بأثر التطور الطبي على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري،سواء جسم الإنسان من التدخلات الطبية المتسارعة.

/مصطفى خياطي ،الإسلام والأخلاقيات الحياتية ضرورة تفكير وتأمل ،مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ،العدد الثاني ،(عطاء الإسلام في أخلاقيات [2]الطب سنة1999 ،ص140 .

/أحمد عبد الدائم ،أعضاء الإنسان ضمن التعامل القانوني ،رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ،في الحقوق ،جامعة روبير شومان في ستراسبورغ [3]،كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارة ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،1999 .

/حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،النظام القانوني لحماية جسم الإنسان ،رسالة الدكتوراه في الحقوق ،الطبعة الأولى ،جامعة الإمارات العربية [4]المتحدة ،2006 ،ص18-19 .

مـــقـــدمـة

أما موضوع الحماية فإن القانون يقرر حق الإنسان في سلامة جسمه مما يتهدده من مخاطريقذف بها التقدم التكنولوجي الذي زحف بآثاره السلبية على كيانه المادي،والمرتبطة زمنيا بالنصف الأخير من القرن العشرين ،ولذلك استشعرت القوانين ضرورة المواجهة التشريعية لحماية جسم الإنسان . ومن حيث حماية وسيلة الحماية فلا شك أن الاهتمام المتزايد بالجسم البشري جعل وسائل الحماية تتعدد،شرعية،وقانونية ودستورية ومدنية وجنائية واجتماعية (قانون العمل،قانون التأمينات الاجتماعية)،كما اخترنا أن تكون الحماية الجنائية وسيلة الحماية وبالضبط في القانون الجزائري مراعاتا لأهميتها وفعاليتها في احترام نصوصها ودفع كافة أوجه الإضرار والانحرافات التي تمس بحصانة الجسم،كما أن حق الإنسان في سلامته البدنية من المصالح التي يحرص القانون الجنائي على حمايتها ليضل مؤديا وظائفه الأساسية الحيوية لغرض فردي آخر اجتماعي وأي تعطيل في هذه الوظائف بسبب غير مشروع ينهض المسؤولية الجنائية.

تأتي أهمية هذا البحث في إبراز مدى أهمية النصوص القانونية واستحداث القوانين التي تتلاءم مع ما استحدثه الطب في النصوص الجنائيةأو التشريع بشكل عام،فيجب أن يرعي حجم التطور،وملائمة النصوص لأغراض الجماعة في الحد من التعامل في الجسم بشكل غير مشروع،ومدى فعالية هذه النصوص في حماية المحل المراد حمايته.
ومن هنا يمكننا طرح الإشكال التالي:

- **ماهو أثر التطورات الحديثة على نطاق حماية الجسم البشري وإلى أي مدى يمكن الموازنة بين الضرورة الطبية وحماية الجسم البشري وهل نجحت القوانين في وضع الأطر التي أسهمت في حماية جسم الإنسان؟**

ونظرا لارتباط الموضوع بالمسائل الطبية فإنه يتوجب علينا بيان المواقف القانونية والشرعية وفق منهج مقارن،وإن كان ذلك ليس من باب بيان الراجح وإنما على أساس بيان أوجه الحماية التي يضيفها كل منهما على الجسم البشري،وتتوسع المقارنة بين القوانين العربية وبالخصوص القانون المصري والغربية كالقانون الفرنسي والاستئناس بالاتفاقيات الدولية مع التركيز على القانون الجزائري.

ورغم توافر المرجع المتعلقة بتفاصيل الموضوع بشكل عام،إلا أن إطار الدراسات الجنائية تبدو ضئيلة بالمقارنة مع الدراسات التي تؤسس لنظام قانوني في إطار القانون المدني،وهذا مايشكل إحدى صعوبات البحث بالإضافة إلى

صعوبة أخرى تتعلق بارتباط الموضوع بشؤون طبية حديثة يشق على النفس فهمها في أغلب الأحيان مما يبعث على التقرب من أهل الاختصاص، وعليه سيتم تقسيم دراسة البحث إلى فصلين:

- ✓ **الفصل الأول: المبادئ العامة للحماية الجنائية للجسم البشري.**
- ✓ **الفصل الثاني: التدخل الطبي الحديث على جسم الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية**

الفصل الأول:
المبادئ العامة للحماية الجنائية لجسم الإنسان

تمهيد:

إن حقوق الإنسان هي مسؤولية الإنسان بالدرجة الأولى،وحينما تنتهك هذه الحقوق فالبشر أنفسهم هم ضحايا فيحتاج الأمر لمن يكفل لهم حماية حقوقهم التي طغى عليها التطور العلمي الهائل في شتى أساليب العنف والتعدي وفي مناحي الحياة ومجالاتها،وإذا كان إجراء أساليب التقدم العلمي الحديث على عناصر حقوق الإنسان بصفة عامة، فإنه شمل الاعتداء على سلامة الجسم فإذا أدركنا قصورها وجب إعادة النظر في المبادئ العامة التي تحمي هذا الحق بوجه يضمن الاحتفاظ بالحد الأدنى منها بقدر ما لزم،ودفع في مقابل ذلك ما أضر بها.

ومن ثمة يحتم معرفة القواعد والمبادئ الأساسية التي تحكم الإطار العام للحماية الجنائية للجسم البشري (الفصل الأول) وعلى اعتبار أن تعاظم حجم التآمر على الجسم البشري لم يعد يقف عند تلك التداعيات الإجرامية التي لا يختلف اثنان في انتفاء مشروعيتها فإن حجم التدخل الطبي أهول وأعظم خاصة مع حداثتها وما تثيره من إشكاليات في إطار المشروعية، بالتوازي مع الإطار الجنائي الحمائي وكفايته، ومن ثمة وجب التعرض إلى تطبيقات هذا التدخل الطبي الحديث على الجسم البشري (الفصل الثاني)

الفصل الأول: المبادئ العامة للحماية الجنائية لجسم الإنسان

لكل مجتمع نظام قانوني يستند إلى قيم وتقاليد في صورة مجموعة من القواعد المستقرة الآمرة وعدد ثابت من المبادئ العامة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها،وعلى اعتبار نسبية فكرة النظام العام تختلف هذه المبادئ وتلك القيم تبعا لإختلاف الزمان والمكان والأشخاص،وتتمايز في مقابل ذلك القواعد القانونية المستجيبة لسنة فطرت عليها وهي خضوعها لسنة التطور الاجتماعي، ومن بين القيم والمصالح المرعية التي عنيت التشريعات أو النظم القانونية والدينية بحمايتها الكيان المادي للإنسان أو الجسم البشري،ذلك أن الإنسان هو غاية التنظيم الإجتماعي والاعتداء على سلامة الجسم يؤدي إلى اهتزاز الثقة بالنظام الأمني للدولة،ومن ثمة يتعين تحديد مفهوم الحماية الجنائية لجسم الإنسان، إلا أن التطورات الطبية اختزلت بعض هذه القدسية خدمة لهذا المبدأ ورعاية له بإقرار مشروعية التدخل الطبي (المبحث الثاني)

المبحث الأول: مفهوم الحماية الجنائية لجسم الإنسان

تعتبر الحماية الجنائية لجسم الإنسان " أحد أنواع الحماية وأخطرها أثرا على كيان الإنسان وحرياته، ووسيلتها القانون الجنائي، إذ تنفرد قواعده أو نصوصه بتحقيق ذلك أحيانا، وتشترك معه في أحيان أخرى بقية فروع القانون كالقانون المدني ..."[1] ويكمن الاختلاف بينهما في الجزاء الجنائي الذي يعتبر " الأثر الاجتماعي المترتب عن الإخلال بقاعدة جنائية، ينص عليه القانون و يأمر به القاضي وتطبقه السلطات العامة،ويقضي تطبيقه إهدار أو تقييد أو إنقاص من الحقوق الشخصية للمحكوم عليه المقرر بالقانون للناس كافة بهدف وقاية المجتمع من الإجرام[2]،

---

1 مروك نصر الدين ،تطور مفهوم الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري ،الطبعة الأولى ،الديوان الوطني للأشغال التربوية ،الجزائر 2004-ص5

2 – عبد الله نلميلس، حرش نوناق تابوقعلا يرئازجلا، مهسقلا مامعلا، يزجلا يناثلا، علزجلا يئانجلا، مقعبطلا مقعبارلا، نلويد تاعوبطلا مقيعماجلا، ئازجلاب،

وبالرغم من أن القانون المدني [1] يتضمن جزاء إلا أن الجزاء يدعو إلى القول بجدارته في ضمان حماية الجسم البشري نظرا للطابع الردعي خصوصا مع تسارع حركة التطورات التقنية في مجال العلوم الطبية الإحيائية،ولما كان مفهوم الحماية الجنائية على نحو ماذكر فإن بيان محلها مما تقتضيه هذه العلوم الطبية الإحيائية ولما كان مفهوم الحماية الجنائية على نحو ما ذكر فإن بيان محلها مما تقتضيه هذه الحماية،فالجسم البشري هو المهبط الروح التي تجري في أعضائه مؤدية وظائفها الحيوية، فسيولوجية أو عقلية أو نفسية،وممارسة الحياة في صورتها المثالية يحتم كمال ممارسة هذا الجسد لوظائفه على نحو تام فإذا تعطل عضو عن وظيفة "اشتكى" سائر جسده في مقابل ذلك،ولهذا يتعين بيان مفهوم جسم الإنسان (المطلب الأول ،ثم بداية الحق في سلامة جسم الإنسان (المطلب الثاني)

المطلب الأول:مفهوم الجسم البشري

مفهوم جسم الإنسان يقصد بالإنسان بن آدم الذي خلقه الله تعالى وأوجده في هذه الأرض ليعمرها،قال تعالى في أول ما نزل من القرآن في سورة العلق " إقرأ باسم ربك الذي خلق خلق الإنسان من علق " [2]

ولقد احتار العلماء والفلاسفة في معرفة حقيقة وطبيعة الإنسان لشدة تعقيدها ولكون المناهج التي اتبعوها في دراسة هذه الطبيعة مناهج غير سليمة لغلبة النزعة الفلسفية عليها ولإقتصار كل منهم على جانب من جوانب الطبيعة الإنسانية وبناءا على الفلسفة التي يتبعها ذلك المنهج [3]،وجميع هذه النظريات والمناهج أو المذاهب مبنية على التخمين والظن [4]،لأن الأساس الذي بنيت عليه غير صالح للمناقشة والبحث كونه فاسدا رأسا.

أما الإسلام فقد قدم لنا تصورا كاملا عن الحقيقة الطبيعية للإنسان، فامتاز بنظرة شاملة محيطة لماهية الإنسان، وقسم الطبيعة البشرية إلى أبعاد معينة (الفرع الأول) والتي من خلالها يمكن بيان الجوانب المكونة للجسم البشري (الفرع الثاني)

لقد حدد لنا القرآن الكريم في أكثر من آية مادة خلق الإنسان بأنه خلق من تراب، ثم بين بأن هذه المادة مرت بمراحل الطين أذلك أن الله سبحانه وتعالى عجن هذا التراب فصار طينا ثم وصف هذا الطين باللازب، أي اللاصق والثابت الشديد التماسك، ثم مرحلة الحمأ المسنون أو الطين اليابس الذي يصوت إذا ضربه شيء، والمسنون المصور من سنة الوجه وهي صورته ثم مرحلة الصلصال الفخار وهو الطين المطبوخ بالنار وهو الخزف [5]

الفرع الأول : أبعاد الطبيعة البشرية

200، ص.230.

7

[2] 2005، ص.406؛ لمحمد يلع لمامسلا دايع جيلحا، حرش نونافة لاتابوقعمسقلا ملعلا، قعبطلا لىولأا، راد ةفلقتلا رشنللا عيزوتلاو، نلمع، ندرلأا لجامعي بشار سنة

[1] يوسفاوي قمطاف، ةيلمحلا ةيئانجلا مهسجلا انلمسنلإ في نونانقلا يبرئازجلا، قترك لينل ةدلهش يرتسجالما في نونانقلا يئانجلا هوملعلاو ةيئانجلا، زكرلما ا2005ص6

[2]/ سورة العلق الآية 1-2

[3] ني اه نلميلس تلميعطلا، عجرلما قبلسلا، ص.16

/سعيد منصور موقعة، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري من الناحية الطبية والشرعية والقانونية ،الجزء الأول ،دار الإيمان [4]الإسكندرية ،مصر ،2005 ،ص53 الهامش1 .

[5]/ سعيد منصور موفعة ،المرجع السابق ،ص58 .

الانسان كائن يتميز عن سائر الكائنات بوجود" الشخصية" الى جانب التكوين المادي العضوي, ولديه قدرات عقلية و ميولات روحية و مشاعر انفعالية عاطفية ,الأمر الذي جعل هذا الكائن ينقسم الى أبعاد وهي :

البعد العقلي , البعد الذي يتعلق بالبيئة البشرية و الطبيعية و البعد الوحي .

أولا: البعد العقلي

وهو البعد الذي ارتقى به الإنسان وساد على الأرض،ويتمثل في القدرة الفكرية لاكتساب العلم الذي يجمع بين المعرفة لقوانين الكون والطبيعة والإبداع في كشف وتسخير الطاقات الطبيعية [1]، قال تعالى :"علم الإنسان ما لم يعلم " [2]،ومن ثمة فالبعد العقلي هو البعد الأسمى في مصافي الأبعاد البشرية،وهو ما تبين من تلك المنازلة والإمتحان الراقي الذي جعله الله تعالى بين الملائكة وآدم،وهو أعظم الإمتحانات لأن المصحح هو الله تعالى، والممتحنين الملائكة وأبو البشر،وقد جعله الله خليفة في الأرض وفصله بالعلم والعقل ليرتقي به على سائر المخلوقات،وصوره فأحسن صورته،فالأولى أن يرتفع ويسمو ويتنزه على كل ما يعيبه ويشينه ويغير قطرته،بمنع كل التصرفات التي تخفض من مقامه بالمحافظة على حياته وسلامة جسمه، خصوصا في ظل التقدم الطبي الحديث.

ثانيا : البعد الذي يتعلق بالبيئة البشرية والطبيعة

وتتمثل في الروابط الحيوية المتبادلة بين الإنسان والبيئة الإجتماعية وبين الإنسان والبيئة الطبيعية بما فيها من كائنات حية وبما فيها من جماد مسخر للحياة [3]

قال تعالى:" وما من دابة في الأرض ولا طائر يطير بجناحيه إلا أمم أمثالكم " ومن ثم فالإنسان ليس كائنا مجردا ولا ثابتا مستقلا،بل تربطه بمحيطه علاقة سببية، وهي العلاقة بين المثير والمثار،والسبب والنتيجة، فيتأثر الإنسان بما حوله من طبيعة جغرافية واجتماعية وثقافية، فيأخذ منها ما يصلح لنموه وتطوره على ضوء ما تسخره الطبيعة من موارد في إطار المشروعية والنظام العام، ويستفيد مما تقذف به الحياة من تطور مفيد ونافع، ودفع في غير ذلك ما يضر بحياته وسلامته البدنية

ثالثا: البعد الروحي

يتعلق بالبعد الروحي الذي تتحقق به وتتسم به وظيفة الإنسان الوجودية،والصحة لا تعتبر كاملة إذا فقدت بعدها الروحي، وبهذا البعد كرمه الله وفضله فنفخ فيه الروح الإلاهية ويرى البعض[1]أن الإنسان يتكون من عنصرين أساسيين:

/أحمد عروة ،أفاق اسلامية لفلسفة وسياسة الصحة ،بحث منشور على الانترنت ،تاريخ الإطلاع 28-01-2008 الموقع4http://www.islamset.com/arabic/ahip/immunity/weqaya.html

[2]/سورة العلق الآية 05

[3]/ أحمد عروة ،المرجع السابق ،ص01

1-تكوين أرضي (عنصر مادي)

ويتمثل في التراب والماء أو ما يتركب منهما ،وهو الطين وقد نتج عن ذلك التكوين البيولوجي للإنسان المشتمل على أجهزته وحواسه وأعضائه وحاجاته الأساسية، قال تعالى: " ومن آياته أن خلقكم من تراب ثم إذا أنتم بشر تنتشرون " [2]،وقال تعالى " هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا " [3]

ففي الآية الأولى إشارة على خلق الإنسان من تراب وفي الثانية من الماء، ثم في آية ثالثة من طين" لقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين " [4]

وما الطين سوى مزيج من التراب والماء ،وفي هذه الآيات السابقة إشارة إلى أن أصل الإنسان ومعدنه الأساسي هو من طينة هذه الأرض ومن معدنها وبشكل أدق ،خلاصة من هذه الأرض.

2) تكوين سماوي روحي:

ويتمثل في التكوين السيكولوجي للإنسان أو الجانب المعنوي والناتج عن اللطيفة الربانية التي هي سر الحياة (الروح) وما يتتبعها من عواطف وأشواق علوية، ومن صفات معينة خاصة بالطبيعة الإنسانية [5].

ولما كان بيان المقصود بالجسم البشري على النحو السابق الذكر من الضرورة بمكان، فإنه يتعين علينا بيان الجوانب المكونة لهذا الجسم.

الفرع الثاني: الجوانب المكونة للجسم البشري

من خلال بيان المقصود بالجسم البشري وبيان أبعاده يتبين أن الجوانب المكونة له تنحصر في الجوانب المادية والنفسية والروحية وعلى اعتبار أن هذا الجسم محل للحماية الجنائية ومناط للتدخلات الطبية الحديثة المترتبة على التطور العلمي في نواحي الحياة المختلفة،فإننا سوف نركز على الجوانب المادية (أولا) والنفسية المكونة له (ثانيا)،لنرجأ الكلام عن الحديث عن الجانب الروحي والبحث في ماهيته في حينه.

أولا : الجانب المادي للجسم البشري

في واقع الأمر عندما يتعلق الحديث بالجسم البشري فإن السيادة تكون للطب،أما رجال القانون فلا يملكون إلا الخضوع لنتائج وتفسيرات العلم،ثم محاولة تكييف القانون ضمن الوسائل الممكنة مع الحقائق العلمية الطبية

/ يرى الدكتور نبيه عبد الرحمان عثمان ،أنه بدلالة قوله تعالى :"إذ قال ربك للملائكة إني خالق بشرا من طين فإذا سويته ونفخت فيه من روحي [1]فقعوا له ساجدين " سورة ص ،الآية 71-72 .

[2]/سورة الروم الآية 20

[3]/ سورة الفرقان ،الآية 54

[4]/سورة المؤمنون الآية 12

[5]/ هاني سليمان التطعيمات ،المرجع السابق ،ص18

والتكنولوجية الحديثة لدمجها ضمن نظام قانوني مع الأخذ بعين الإعتبار التوازنات الضرورية لمصلحة الفرد والمجتمع،ولهذا نحاول أن نتعرض للتقسيم العلمي للجسم البشري وفقا للحقائق العلمية ثم للتقسيم القانوني.

التقسيم العلمي لجسم الإنسان:

الجسم في اللغة: جماعة البدن أو الأعضاء من الناس والإبل والدواب وغيرهم من الأنواع العظيمة الخلق والجمع أجسام وجسوم، والجثمان: جماعة الجسم، والجثمان: جسم الرجل، ويقال أنه لنحيف الجسمان، وجسمان الرجل وجثمانه واحد، ورجل جسماني وجثماني إذا كان ضخم الجثة، والجسم الجسد وكذلك الجثمان، والجثمان الشخص، وقد جسم الشيء، أي عظم فهو جسيم وجسام [1]

يقصد بالجسم ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة وهو مجموعة من الأعضاء التي تتكون بدورها من أنسجة متباينة،وقوام هذه الأنسجة خلايا نوعية مميزة لكل نسيج،والإنسان من الناحية المادية " جسد يحتوي على خلايا وأعضاء حية تعمل بوحي ذاتي على مستوى الخلية الواحدة وعلى مستوى العضو "[2]

تعد الخلية الوحدة الأساسية في تكوين جسم الإنسان،حيث أن تجمعها وارتباط بعضها ببعض يكون أنسجة مختلفة،فجسم الإنسان الحي تعمل جميع أجزائه على كافة المستويات،والخلية فيه تعمل وتدرك أنها ليست وحدها ولكن ليس إدراك الواعي العاقل،بل إدراك برمجة بما تحتويه نواتها من مورثات، وبعض هذه الخلايا تتجدد وبعضها لا تتجدد وحتى هذه الأخيرة تتغير مكوناتها باستمرار [3].

يتكون الجسم البشري من الهيكل العظمي، والجهاز الدوري والجهاز التنفسي والجهاز العصبي، والجهاز الهضمي، والجهاز التناسلي، وهذه هي الأجهزة الأساسية وثمة أجهزة أخرى، كالعضلي، واللمفاوي، والبولي، وجهاز الإفراز وأجهزة السمع والبصر والشم [4].

فالجهاز الهيكلي هو الهيكل العظمي الذي يعطي جسم الإنسان شكله الخاص وقوامه الذي يتميز به عن جميع الحيوانات، ويبلغ مجمع العظام مائتين وستة عظمات، والجهاز الدوري وهو المسؤول ضخ الدم في كافة أنحاء الجسم ويتكون من القلب والأوعية الدموية والدم، والجهاز الهضمي وهو مجموعة الأعضاء التي تشترك في عملية هضم الطعام من أول دخوله، والجاهز العصبي هو الذي يضطلع بجمع وتحويل ومعالجة المعلومات بالدماغ والأعصاب، ويتكون الجهاز العصبي المركزي وهو المخ.

من الملاحظ أن الجسم البشري وفق علماء الطب ينحصر في الجانب الفني العلمي،فبيان الجسم كأجهزة وصف مجمل وكلي،إذ يحتوي كل جهاز على العديد من الأعضاء،والعضو خلاصة من الأنسجة والخلايا،فحماية جسم الإنسان في الجانب العلمي الطبي يقتضي البحث والصراع المستمر لكشف أسرار الأمراض المستعصية التي تطاله، ومن ثم يتيح لهم القانون و الشرع التداوي والتطبيب بكافة الأساليب لخلاصه من الدواء إلا أن هذه التدخلات

---

[1]/ابن منظور ،لسان العرب ،الجزء الثاني عشر ،دار صادر بيروت ،لبنان ، لاتوجد سنة النشر ،ص99

[2]/ نبيه عبد الرحمان عثمان ،المرجع السابق ،ص15

[3]/ نفس المرجع ص19-20

[4]/ عبد الله موسى ،المسؤولية الجسدية في الإسلام ،الطبعة الأولى ،دار بن حزم ،1995 ،ص26

الطبية تصطدم بمبدأ عظيم وهو " مشروعية التعامل " وإذا كانت نظرة الطب والعلم فنية وعلمية بحتة، فماهو رأي القانون في تقسيم الجسم البشري؟

-**التقسيم القانوني لجسم الإنسان**:لا يجد الفقه القانوني الجنائي صعوبة وهو بصدد تحديد المقصود باصطلاح الجسم البشري بوصفه من المسائل الأولوية لبيان عناصر الركن المادي في جرائم القتل والإيذاء،إذ لا يعدو مفهوم هذا الجسم أن يكون قد تم انفصاله عن رحم أمه لا يشوبه مسخ يخرجه عن الصورة التقليدية للبشر.

وإن كان هذا المفهوم يبدو واضحا على صورته البسيطة وكافيا لبيان الأحكام الخاصة بجرائم القتل والإيذاء،فإن الأمر سيشهد قصورا كبيرا خاصة إذا عرفنا أن هذا البنيان المادي محاصر بأنواع عديدة من الممارسات الطبية بوجه عام والمستحدث منها بوجه خاص،حيث أفرزت الطفرة الطبية الهائلة في الآونة الأخيرة قلبة شرسة على عناصر الجسم،خاصة بعد الإكتشاف العلاجات الجينية وظهور الصناعات البيولوجية والتكنولوجيا الإحيائية والتي تعد مشتقات ومنتجات الجسم من أبرز الخامات الأولية لنشاط هذه الصناعة،وهذا ما يجعل من محاولة ضبط وتحديد نطاق هذه الممارسات وجوانبها القانونية أمرا لا يدركه المرء إلا بشق الأنفس.

نحاول في هذا الصدد التأسيس لفكرة مفادها أن الجسم البشري لم يعد ينظر إليه كما في السابق بصفة كلية ،بل أصبح ينظر إليه بصورة متجزئة، أعضاء، مشتقات، منتجات،كما لم يعد ينظر إلى الروح بأنها مغادرة الروح للجسد بصفة يقينية وكلية،بل أضحى ينظر إلى الروح على أنواع متعددة، حياة خلوية، حياة نسجية، حياة عضوية،ومن ثم نرى أن يستتبع نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري المراحل التالية لموت الإنسان مادامت أعضائه وخلاياه ومنتجاته تتمتع بهذه الحياة الجزئية،ويتوافق هذا الكلام مع ما جد في الطب الحديث عن استعمالات الجسم البشري واستخداماته في إطار التقنيات الطبية الحديثة، نقل الأعضاء، الاستنساخ،الهندسة الوراثية واستخداماتها كالتحكم في الجنس ... وغيرها، ونستند في هذا المعنى بالتركيز على المعنى اللغوي للجسم كما سبق ذكره،وكذا المعنى "الشخص" في القانون أو معنى الشخصية تطبيقا لنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري،ودلالة معنى الجسم ومحاولة المقارنة بينهما،كما أن زوال الشخصية القانونية وترتيب الآثار القانونية عليها يبدو مستقلا عن التعامل في الجسم البشري في الإطار الطبي، خصوصا بعد اكتشاف أجهزة الإنعاش الإصطناعي، التي تحافظ على الحياة الجزئية للجسم البشري تحديدا دقيقا ينقل المسألة من واقعها التقليدي في القانون الجنائي إلى خصوصية تستلزمها دراسة أثر هذه التدخلات الطبية الحديثة على الجسم البشري،وهذا مايبرر من الناحية المنهجية الإحاطة بمكونات الجسم في نظر القانون، ويمكن الجزم أن الجسم يقسم في الإطار القانوني إلى أعضاء ومشتقات ومنتجات كما يلي:

1-الأعضاء البشرية: العضو في اللغة كل لحم وافر بعظمه،وقيل كل عظم وافر من الجسد بلحمه أو هو جزء من مجموع الجسد،وقد عرفه جماعة بأنه جسم متولد من أول مزاج الأخلاط، والأعضاء الرئيسية هي التي تكون مبادئ للقوى محتاجا إليها في بقاء الشخص، وهي القلب والدماغ والكبد أو في بقاء النوع [1]، والعضو عند الأطباء مجموعة أنسجة تعمل مع بعضها البعض كي تؤدي وظيفة معينة كالمعدة والكبد والكلية والدماغ والأعضاء التناسلية والقلب

[1]/المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان ،1979 ،ص610 .

وغيرها " والأنسجة التي يتكون منها العضو هي " مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة والخلية هي أصغر وحده في المواد الحية "[1]

وتبدو حاجة رجل القانون إلى إيجاد تعريف منضبط لمصطلح العضو أكثر من رجل الطب ذلك أن الإختلاف في بيان المقصود بالعضو يؤدي بالضرورة إلى اختلاف الآثار القانونية وتكييف أفعال الإنتهاك الواقعة على الجسم البشري، فلقد نصت المادة 264 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات الجزائري على جريمة وعقوبة العنف المؤدي إلى عاهة مستديمة كفقد أو بتر أحد الأعضاء أو المنع من استعمال عضو أو فقد البصر أو إبصار أحد العينين أو أي عاهة مستديمة أخرى،فيأتي بيان مصطلح العضو كضرورة لتحيد الركن المادي في جرائم الإيذاء أو العنف والتعدي.

وتنص المادة: 161 من القانون: 85-05 [2] المتعلق بحماية الصحة وترقيتها: " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون " ولم تحدد هذه المادة ما المقصود بالعضو ولا المواد التالية لها،غير أنها ذكرت بعض الأعضاء وأجهزة الجسم كالقرينة والكلية لتعلقها بأحكام خاصة.

إن كتابات الفقه الجنائي لا تقدم لنا إجابات وافية في هذا الصدد،وإن كانت تعطي بعض الأمثلة كاليد والساق والرأس،ويرى البعض التمييز بين الأعضاء الضرورية،وبين الأعضاء غير الضرورية التي تبقي الشخص على قيد الحياة،إلا أن هذا التقسيم يشق على النفس التسليم به، لأنه يؤدي إلى انحسار الحماية الجنائية للجسم،ذلك أن مفهوم الحق في الحياة لا يتحدد نطاقه بالنقطة التي تقابل الموت بل يتسع ليشمل حق الإنسان في أن تسير الوظائف الحيوية، فهناك صلة وثيقة بين الحق في الحق في التكامل الجسدي إذ أن هذا الأخير يعتبر الدرع الواقي للأول.

وإذا ما اتجهنا إلى القوانين الطبية،فإننا نجد أن المشرع الجنائي والمدني الفرنسي قد أدرك في قوانين أخلاقيات العلوم الإحصائية الصادر في 1994 المعدل لقانون الصحة العامة في الفقرة الأول أشار إلى تعريف النخاع العظمي بأنه " يعد بمثابة العضو في تطبيق أحكام القسم الخاص بنقل الأعضاء البشرية "

ومن خلال هذا يتبين أن جسم الإنسان قيمة ثابتة في ذاته،بصفة كلية وجزئية ،فلا يمكن التدخل والتعامل فيه بما لا يستوي مع هذه القيمة والقدسية،ولذلك استتبع تلك الأهمية حمايته من العدوان في إطار القانون الجنائي والقوانين الأخرى،كالقانون المدني في إطار الفعل الضار أو غير المشروع، وقانون التأمين، وحينما لم تكف تلك القوانين الأخرى، كالقانون المدني في إطار الفعل الضار أو غير المشروع، وقانون التأمين، وحينما لم تكف تلك القوانين التقليدية ظهرت الحاجة لإصدار القوانين الطبية الخاصة، وذلك لإضفاء طابع حمائي لكل عضو جسدي،بل لكل مشتقات ومنتجات هذا الجسم كمايلي:

2-المشتقات والمنتجات البشرية:

[1]/ محمد المدني بوساق ،موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر ،2004 ،ص09 .

1/ قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990

إذا كان مفهوم العضو على النحو السابق، فإن اصطلاح المشتقات والمنتجات البشرية الذي استخدمته عديد التشريعات الطبية أو قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية، يعني كافة العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة، ولا يترتب على استئصالها فقدانها للأبد بل يمكن للجسم استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه.

ومن أمثلة هذه المشتقات بعض المواد السائلة الداخلة في تكوين الجسم كالدم وكافة المواد السائلة التي تفرزها الغدد على اختلاف أنواعها كاللعاب ولبن الآدمية والسائل المنوي و الهرمونات ... إلخ[1]

فبالنسبة للدم فهو عبارة عن " نسيج يتكون من سائل يسمى البلازما (المصل) plasma تسبح فيه الخلايا الدموية " [2]، الهرمون " مادة كيميائية تفرزها الغدد الصماء في الدم مباشرة لأداء وظيفة معينة "، وعلى ذلك فوظيفة الهرمونات بصفة عامة تنسيق عمل أعضاء الجسم، وفاعلاته، وتحويل الغذاء إلى طاقة، وهي تتكون داخل الخلايا متخصصة في هذه الغدد، ثم تفرز إلى الدم مباشرة،حيث تصب الغدد هرموناتها المختلفة في الأوعية الدموية التي تمر بها، فتنقلها إلى الأنسجة المختلفة فتحصل الأعضاء على إحتياجاتها الهرمونية [3]، والهرمونات تختلف في تركيبها الكيميائي فمنها مايركب من الأحماض الأمينية، ومنها ما يتركب من الدهنيات،ومنها ما يتركب من البروتينات، وتتميز الغدد الصماء بأن إنتاجها من الهرمونات ينتقل إلى الدم، دون أن يمر بقنوات خاصة بها وهذا بخلاف الغدد اللعابية والدمعية، والعرقية التي تنتقل إفرازاتها في قنوات خاصة [4]، أما السائل المنوي هو " لفظ يطلق على الإفرازات التناسلية للرجل التي تفرزها الخصية والبروستاتا والحويصلة المنوية ".

لقد أدركت التشريعات مدى إبراز أهمية هذه العناصر البشرية على نحو متفاوت،وذلك في ترتيب الآثار القانونية وتكييف المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإعتداء أو المساس بأحد المشتقات والمنتجات البشرية في مجال التكييف القانوني لهذه العناصر الجسدية اختلاف، فبالنسبة للدم البشري اعتبره البعض عضو من أعضاء الإنسان،وليس منتجا من منتجاته وفي هذا يرى مجمع الفقه الإسلامي [5] في شأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، بأن العضو:" جزء من الإنسان سواء كان أنسجة أو خلايا أو دماء ونحوها كقرنية العين سواءا كان متصلا به أو منفصلا عنه "، والبعض [6]اعتبره نسيجا والنسيج مجموعة من الخلايا لكل خلية وظيفة معينة،فهو " عبارة عن نسيج وهو سائل من أشكال النسيج الضام يجري داخل الجسم البشري في الشرايين والأوردة والأوعية

[1]/ مهند صلاح أحمد فتحي العزة ،المرجع السابق ،ص16-17

[2]/ نبيه عبد الرحمان عثمان ،المرجع السابق ،ص135 .

[3]/ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشيويرخ،أحكام الهندسة الوراثية ،الطبعة الأولى ،كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ،الرياض ،المملكة العربية السعودية ، 2007 ،ص519

[4]/ سعد بن عبد العزيز ،المرجع السابق ص 520

[5]/قرار مجلس المجمع الإسلامي المنعقد في جدة ،المملكة العربية السعودية 1408 هـ ،1988 م بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم انسان آخر حيا أو ميتا

[6]/ مروك نصر الدين ،نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ،دراسة مقارنة ،التطبيقا العملية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ،ج1 ،الكتاب الثاني ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،بوزريعة ،الجزائر ، 2003 ، ص107 ،خطوة عبد المجيد ،المسؤولية المدنية عن نقل الدم ،مذكرة ماجستير في القانون الطبي ، جامعة أبي بكر بلقايد ،تلمسان ،2011-2012- ص15

الدموية،ويتكون من مادة سائلة يسمى بالبلازما وتسبح في الكريات الدموية البيضاء" [1]، ويرى جانب آخر أن الدم ومشتقاته يقع بين وصف العلاج ووصف الدواء لأنه ضروري للعلاج،إلا أن هذا الرأي يأخذ عليه أنه شبه الدم البشري بمنتج دوائي، وقد ذهب إليه القانون الفرنسي الصادر 21-07-1952،ثم صدر القانون الفرنسي الخاص بنقل الدم والأدوية الصادر في 04-يناير -1993 وجاء متغير النظرة، فلم يعتبر الدم منتج دوائي بل أدخله في نطاق عناصر الجسم البشري المشار إليها في القانون 29-07-1994 في المواد (10/665) إلى (16/665)[2]

وأخيرا نص المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة في الفصل المعنون بجمع واعداد وتخزين الدم ومكونات ومنتجات الدم واعتبره من عناصر ومنتجات الجسم، كما اعتبره مصدر لمنتجات الدوائية الصيدلانية.

وقد استهل القانون السابق الذكر في المادة 1221 -1 على إمكانية نقل الدم وفقا لمصالح والمبادئ الأخلاقية الطبية، وأضفى الطابع التبرعي من شخص دون الإعلان عن هويته، وتشير المادة 1221 -3 بأنه يمكن أخذ عينات الدم بموافقة المانح من قبل الطبيب أو تحت إشرافه ومسؤوليته ولا يمكن تخصيص أي تعويض إلى المانح دون المساس بسداد بالمصروفات المتكبدة في الحالات التي تحدد بمرسوم، كما لا يمكن نقل الدم ومكوناته ومشتقاته دون استخدام الإختبارات العملية والكشف عن الأمراض المتنقلة عن طريق الدم، ولا يمكن نقل الدم ومكوناته للإستخدام العلاجي للأشخاص القصر أو الأشخاص المشمولين بالحماية القانونية (عديمي الأهلية)، ومع ذلك ففي حالة القصر يمكن أخذ العينات في الحالات الإستثنائية وبموافقة الوالدين بالشكل الكتابي وأضفى المشرع الفرنسي حماية جنائية خاصة ومتميزة للدم البشري بفرض عقوبات عند مخالفة الضوابط القانونية بداية من نص المادة 1271 -1 إلى المادة 1271-8 من ذات القانون.

ولقد نص قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري في المادة 185 " تتم في الوحدات الصحية المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية وتحضير مصل الدم ومشتقاته والمحافظة على ذلك يتولى الأطباء أو المستخدمون الموضوعيون تحت مسؤولياتهم جمع الدم وتحصين المتبرعين الفعال وتحليل مصل الدم وكذلك العلاج بواسطة مصلحه (البلازما) ومشتقاته

يمنع القيام بجمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية ومن خلال هذا النص يتبين مشروعية التبرع بالدم لأغراض علاجية،لقطع الطريق أمام الجدل القائم بشأن هذه العمليات من حيث الأساس القانوني والطابع التبرعي أي المجاني، والغرض العلاجي،واشترط جمعه أي الدم من طرف الأطباء المستخدمون المكلفون لمنع أي شخص آخر مهما كان،وتحت أي ظرف من القيام بتلك المهمة،وألزم المشرع اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية للتكفل بالمتبرع خوفا من الإضرار بصحته ومنع جمع الدم من القصر أو عديمي الأهلية

[1]/ خطوة عبد المجيد المرجع السابق ،ص15

[2]/حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،المرجع السابق ،ص99 ،101

ونظرا لأهمية فصيلة الدم في حياة الإنسان فقد نص المشرع في المادة 159 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن "تسجيل فصيلة الدم وجوبا على بطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة وذلك لتجنب الحالات المستعجلة كحوادث المرور والتمكن من إسعاف المريض.

في مصر صدر القانون 178 لسنة 1960 الخاص بنقل الدم ونظم عمليات جمعه وتخزينه وأجاز لبنوك الدم الحصول على الدم عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي ومنح لهذه البنوك الحق في بيع الدم للجمهور ولا يخفى على كل ذي بصيرة لما لهذا الحكم من ذريعة لإستغلال الدم في المضاربة عند الحاجة، وتترتب مسؤولية المرفق الطبي في حالة نقل دم ملوث بفيروسات كفيروس السيدا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي كان يأخذ قبل سنة 1991 بفكرة الخطأ الجسيم لمسائلة المرفق الطبي ويظهر ذلك من خلال بعض الأحكام الصادرة في هذا الصدد كقرار المحكمة الإدارية لمدينة باريس في قضية السيد " أوجاغل " بتاريخ 04 – 05- 88 ونظرا للفضيحة التي وقعت فيها الحكومة الفرنسية بسبب قيام المركز لنقل الدم بباريس 1883 إلى أوت 1985 والتي أودت بحياة الكثيريين نتيجة الإصابة بفيروس السيدا عن طريق نقل دم ملوث بالفيروس،أصدر المشرع الفرنسي قانونا لحماية المتضررين سنة 1991 خاص بالتعويض عن الإصابة بفيروس السيدا بسبب نقل الدم وترك هذا القانون الخيار للمتضررين اللجوء إلى القضاء أو الصندوق للمطالبة بالتعويض ومن أجل ذلك يكون المشرع الفرنسي قد حل بهذا القانون فكرة الخطر (le risque) محل فكرة الخطأ التي تعتبر محور القواعد العامة للمسؤولية الإدارية [1].

أما بالنسبة للبن الآدمية فهو يضل غذاء الطفل الرئيسي، لا يمكن تعويضه ويكون لمدة عامين لقوله تعالى:" والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة " [2]

ومن هذه الآية علم أن الأصل هو إرضاع الأم لولدها ويمكن لوالده استئجار المرضعة ومنه اتفق العلماء على مبدأ الإنتفاع بمبدأ الآدمية.

وإذا كان الإنسان بما يحتويه من أعضاء بشرية بنماذج مختلفة،منتجات مشتقات بشرية متعددة تؤدي كل منها وظائف معينة فإنه أيضا حالت نفسية وحوادث عقلية تعطي تفسيرات لكل ما يصدر عن جسمه من حركات وتغيرات طبقا لقوانين علوم الطبيعة والكيمياء والإحياء وعلم وظائف الأعضاء [3]، وحينئذ يمكن القول أن الإنسان ليس مجرد جسم فحسب بل هو جسم ونفس وهو ما يستدعي بيان الجانب النفسي للإنسان.

ثانيا:الجانب النفسي لجسم الإنسان

إذا كان من الضروري بيان الجانب المادي للإنسان بإعتبار محلا للحماية الجنائية، فإن ذلك لا يغني من التعرض للجوانب النفسية لحماية الجسم البشري، نظرا للإرتباط الوثيق بين الجسم والنفس وعلى ضوء ماسبق نبين نظرة

[1] / عيساني رفيقة المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان 2007-2008 ص168-169 .

[2] / سورة البقرة الآية 233

[3] / محمود فهمي زيدان ،في النفس والجسد ،دار النهضة العربية ،بيروت ، لبنان ،1980 ص13

علماء النفس وعلماء الطب وموقف القانون إلى العلاقة بين الجسم والنفس ثم نتطرق إلى مكونات الجهاز النفسي ونتناول مظاهر المساس الجرمي بالجانب النفسي.

1-الصلة بين النفس والجسم:إن الدارس لعلم النفس يدرك أن النظرة الثنائية أو الإنفصالية بين الجسم والنفس تؤدي في كثير من الأحيان إلى صعوبات في فهم الظواهر النفسية والجسمية معا ولذلك يفضل تبني الإتجاه الكلي في النظرة إلى الإنسان ويستخدم مصطلح (النفس الجسمية) للإشارة إلى أمراض جسمية مثل القرحة المعدية أو القرحة الهضمية واتي تلعب فيها العوامل الإنفعالية دورا مهما في نشأتها واستمرارها [1].

إن الملاحظة العفوية تكفي للدلالة على الصلة بين الجسم والجسد ،فالصحة تنتج أفعالا نفسية من نوع خاص وبالمقابل يعمل المرض على إظهار النفس بمظهر مغاير فالمنبهات كالنيكوتين قادرة على إحداث حالات نفسية قد تؤدي للوقوع في أفعال إجرامية، ومن ثمة لم يعد الدارس لحماية الإنسان يقبل الإثنينية والإنفصالية فلا يمكن الإطلاع على وظائف النفس وسلوكها إلا بالإطلاع على وظائف الأعضاء فالغضب لا معنى له بل لا وجود له إذا لم يصاحبه تغير في الدورة الدموية والتنفس وضربات القلب وغيرها من الحوادث الناتجة عن بعض الرسل الكيماوية المسماة بالهرمونات [2]،ويعتبر الجانب النفسي لدى أصحاب مدرسة التحليل النفسي عند تفسيرهم لأسباب الجريمة بزعامة "فرويد " السبب الوحيد في السلوك الإجرامي،أي أن التكوين النفسي لدى المجرم هو السبب في تحرك النزعة الجرمي، وأهملوا عامل الوراثة في تكوين سلوك المجرم فالشعور بالدونية والحرمان العاطفي في الطفولة يشعر المرء بالنقص فيبعثه إلى الإدمان وتعاطي المخدرات ولعب القمار وكلها أفعال مجرمة قانونا [3]، أو يؤدي به إلى استعدادات إجرامية قد تنشأ عن اتجاهات وميول وعقد نفسية.

من الملاحظ أن عيادات النفس التي تعنى بالنواحي النفسية والطبية للفرد تعتمد على ثلاث خبرات،خبرة إختصاصي نفسي وإختصاصي اجتماعي وبالضرورة طبيب الجسم الذي يقوم بالفحص السريري [4] وليست نظرة علماء النفس ببعيدة عن الموقف القانوني ذلك أن هذا الأخير تعامل مع الجسم البشري في مجال ترتيب المسؤولية على أساس الضر بشقيه الضرر المادي (الجسدي) والضرر المعنوي فالأضرار الجسدية هي " تلك الأضرار التي تصيب جسد الإنسان الناجمة عن فعل غير مشروع" وهذه لأفعال ليست ذات طبيعة واحدة بل هي متعددة ومتنوعة حسب جسامة الفعل المرتكب فقد يقتصر الضرر الجسدي على مجرد المساس بسلامة الجسم فيصيبه في عضو من أعضائه مما يؤدي ذلك إلى وفاته، ولكن يؤدي إلى التعجيل بوفاته،وقد يكون الفعل من الجسامة بحيث يؤدي إلى وفاة المضرور [5]، المعنوي هو " الذي يصيب الجسم أو المال وإنما يصيب الشعور أو العاطفة أو الكرم أو

[1]/ محمد عبد المجيد العيسوي ،موسوعة علم النفس الحدي ،لمجلد السادس ،الاضطرابات النفسجسمية ،دار الراتب الجامعية ،2001 ،ص17
[2]/ فاخر عاقل ،علم النفس ،الطبعة التاسعة ،دار العلم للملايين ،بيروت ،لبنان 1984 ص41 – 42
[3]/ عمر محي الدين خوري ،الجريمة وأسبابها ،مكافحتها ،دراسة مقارنة في القانون والعلوم الإجتماعية ،الطبعة الأولى ،دار الفكر ،دمشق ،سوريا ،2003، 123
[4]/ محمد توفيق خضير ،مبادئ في الصحة والسلامة العامة ،الطبعة الأولى ،دار صفاء للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن ،2001 ص89
[5]/ طه عبد المولى ابراهيم ،مشكلات التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني ،الطبعة الأولى /دار الفكر والقانون ،مصر 2000 ،ص 64-65

الشرف " فهذا الضرر يلحق بما يسمى الجانب الإجتماعي أو المعنوي للشخصية الإنسانية [1]، وهذا ما يؤكد ضرورة بحث أوجه حماية الجانب النفسي في الإنسان ولتحقيق هذه الغاية نتناول دراسة مكونات الجهاز النفسي ثم مظاهر المساس بالجانب النفسي للإنسان.

1- مكونات الجهاز النفسي الإنسان:

2- يميل الطبيب النمساوي " سيجمند فرويد " إلى التقسيم الهرمي للجهاز النفسي حيثيرى أن هناك ثلاثة أنظمة مكونة للجهاز النفسي وأول هذه الأنظمة الهو Id وهو " المجهول الذي نعلم عنه فقط من خلال تأثيراته ويعني الماضي " [2]والنظام الثاني من الجهاز النفسي هو الأنا ego وهو الذي يواجه الناس والمجتمع ويتدبر الأمور ويرسم الخطط وتتحقق به الصورة الذهنية والأحلام "،أما النظام الثالث فهو الأنا الأعلى superego ووظيفته الأغلى وهو يتخارج عن الأنا الذي هو جزء من ويسمى أيضا بالأنا المثالي،فهو يحث الأنا على أن تكون له أهداف أخلاقية [3].

2- مظاهر المساس بالجانب النفسي للإنسان:

لقد ذكرنا فيما سبق أن الإنسان يتركب من أجزاء هو أيضا هو حالات نفسية وحوادث عقلية ويمكن تفسير كل ما يصدر عن جسمه من حركات التغير طبقا لقوانين العلوم الطبيعة والكيمياء والإحياء وعلم وظائف الأعضاء وإستنتجنا كذلك ذلك الترابط المحكم بين النفس والجسم ومن هذا المنطلق نأخذ على أحادية التأثر والتأثير، فالإعتداء بالضرب والجرح والتعدي المنصوص عليه في قانون العقوبات هو مساس بالجسم ،لكنه يؤدي بصورة غير مباشرة للإعتداء على الجانب النفسي،وحينئذ يمكننا القول أن للإعتداء على الجانب النفسي من الإنسان مظهران ،مظهر مباشر وآخر غير مباشر،إن مظاهر الإعتداء على النفس بصورته المباشرة، التخويف،فلقد ثبت أن إحدى التفسيرات التي وضعت لشرح أسباب مرض الربو الخوف اللاشعوري عن الإنفصال عن الأم ويأتي ذلك من قمع الطفل عن الرغبة في البكاء،نتيجة لخطأ في العلاقة بين الطفل والأم [4]،وهناك صور أخرى للإعتداء على النفس فقد يلجأ الجاني إلى إبلاغ المجني عليه بأخبار سيئة أو إحداث رعب وقلق في نفسيته مما يسبب له تخيلات وأوهام تخلف ألام النفسية.

ويعتبر التهديد جريمة من الجرائم الواقعة على الحرية،والتي تعد بدورها من الجرائم الواقعة على الجانب المعنوي من الشخصية الإنسانية،إذ أن الحالة النفسية أو المعنوية تمثل إحدى عناصر الحق في سلامة الجسم.

يتفق التهديد مع الإكراه المعنوي كمانع من موانع المسؤولية من حيث أن كليهما ينال الحالة النفسية للمجني عليه فكلاهما قوة معنوية على هذه الحالة ولكن ليس كل تهديد يشكل إكراها معنويا أي مانعا من موانع المسؤولية و إن

/ عامر أحمد القيسي ،مشكلات المسؤوليات الطبية المترتبة على التلقيح الإصطناعي ،الطبعة الأولى ،دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ،دار [1]الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأرن ،2001 ،ص156

[2]/ فيصل عباس ،التحليل النفسي والإتجاهات الفرويدية ،المقارنة العيادية ،الطبعة الأولى ،دار الفكر العربي ،بيروت ،لبنان ،1996 ،ص33

[3]/ نفس المرجع الصفحة 34

[4]/ محمد عبد الرحمان العيسوي ،في الصحة النفسية والعقلية دار النهضة العربية ، بيروت لبنان ،1992 ،ص190

كان العكس صحيحا [1]،وقد يستخدم الجاني إكراها وضغوطا نفسية مثيرة تتعلق بالشخص المختطف بالنسبة لجريمة الإختطاف فتظهر أثارها على المجني عليه كالبرد الشديد،والحرارة الشديدة والمعاناة من قرحة المعدة وهي ردود أفعال تستدعي التصدي لهذا الخطر (رد الفعل الإنذاري) كما أن الإعتداءات كالحرق أو القطع أو العدوان تأثر على جزء من الجسم أكثر من بقية الأعضاء ويقوم الجزء المختص في الجسم بعمل رد الفعل (التكييف اللازم) [2]،أضف إلى ذلك أن هناك علم يسمى علم الطب النفسي وهو فرع من فروع الطب البشري يهتم أساسا بالأمراض العقلية أول الإضطربات العقلية ذات الأصل العضوي أو العصبي وما يتعلق بها من مشكلات التوافق الشخصي [3]، وهناك ما يسمى " علم النفس القضائي " وهو يدرس العوامل النفسية التي تؤثر في جميع المشتركين في الدعوة الجنائية،كالقاضي والمتهم والمحامي والشهود والمبلغ والجمهور عامة ويستهدف مراعاة الظروف النفسية للمجرم،ويدرس قدرة الشهود على التذكر والعوامل التي تؤثر في الشهادة،كما يدرس أثر الإيحاء في نفسية المشتركين في الدعوى[4].

إن العاملين في مهنة الطب النفسي والعصبي يشيرون أن الدور النفسي كثيرا ما يكون سببا في الإعتداء عليهم فيقعون ضحية للنوازع الإجرامية التي تعتري مرضاهم كما أن كثيرا من الأطباء المشتغلون في حقل الأمراض النفسية العصبية تعرضوا لمخاطر جرائم القتل والإيذاء من قبل مرضاهم [5]،لقد تعرض فقهاء القانون الجنائي إلى إمكانية القول بوقوع القتل بوسائل معنوية كترويع طفل ضعيف الأعصاب بطريقة متتابعة ومتصاعدة حتى ينهار فيموت،فيرى جانب من الفقه الجنائي [6]،أن القتل لا يقع بالوسائل المعنوية وينبعث هذا الرأي من اعتبارات عملية هي استحالة إثبات رابطة السببية وهو عنصر لازم لقيام الجريمة،غير أن ما استقر عليه هو التسوية بين الوسائل المعنوية ذات الأثر النفسي وبين الوسائل المادية في إحداث القتل وكما يمنع القانون القتل بالضرب يمنعه كذلك بالترويع وهذا الأخير كالضرب يمس سلامة الجسم ،غير أن ما في الأمر أن الضرب يحدث تأثيره على المحيط المادي لجسم الإنسان بنما يحدث الترويع أثاره داخل هذا الجسم نفسه فيهدر سلامته [7] ولا يغير من القول صعوبة إثبات العلاقة السببية بن الوسيلة النفسية وبين الوفاة وإيذاء الجسم لأنها مشكلة تدخل في القانون القضائي أو الإثبات وتلك مشكلة أهل الخبرة وعليهم حلها وهي مسألة موضوعية يقع عبء التحقيق فيها على قاضي الموضوع ،وإذا تعذر إثبات العمد فلن يصعب إثبات الخطأ [8]، وهناك اعتداءات غير مباشرة على النفس وذلك عن طريق الإعتداء على الجسم فتخلف آثارا نفسية وترتبط العلاقة بين الدماغ والسلوك الإنساني،لأن الجهاز العصبي المتكون من

/ كامل السعيد ،شرح قانون العقوبات ،الجرائم الواقعة على الشرف والحرية ،دار العلمية الدولية للنشر ،دار الشقافة للنشر والتوزيع ،عمان
[1]،الأردن ،لاتوجد سنة النشر ،ص170 .

[2]/ محمد عبد الرحمان اعيساوي في الصحة النفسية والعقلية المرجع السابق ص186

[3]/ مصطفى خليل الشرقاوي ،علم الصحة النفسية ،دار النهضة العربية ،بيروت ،لاتوجد سنة النشر ،ص54

/ محمد عبد الرحمان العيساوي موسوعة علم النفس الحديث ،المجلد الثاني ،تصميم البحوث النفسية والإجتماعية والتربوية ،دار الراتب الجامعية
[4]،2001، 2002 ،ص17

[5]/ أحمد عبد اللطيف الفقي ،الجاني والمجني عليه ،وحقوق وضحايا الجريمة ،دار الفجر للنشر والتوزيع ،2003 ،ص25

/ حسن محمد أبو السعود ،قانون العقوبات المصري ،ط1 ،القسم الخاص ،1951 ،ص13 ،محمد زكي أبو عامر ،قانون الهقوبات ،القسم الخاص
[6]،دار المطبوعات الجامعية 1978 ص416

[7]/ محمد زكي أبو عامر ،قانون العقوبات ،قسم خاص ،المرجع السابق ،ص415 -416

[8]/ نفس المرجع ص 416

الدماغ والحبل الشوكي قد يؤدي إلى تقلصات عضلية عندما تستقبل هذه العضلات مثيرات عصبية آتية من الجهاز العصبي المركزي في الإنسان وينتج عن ذلك أن أي خلل في وظيفة الدماغ أو الحبل الشوكي لابد أن يؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى بعض مظاهر الخلل والإنحراف السلوكي أو الجنوح [1] كما أن الرضوض أو الجروح الفيزيقية التي يحدثها الجناة نتيجة الإعتداء بالأعيرة النارية أو الناتجة من حوادث السيارات أو غير ذلك مما يعد ضمن السلوك المادي لجرائم الإيذاء قد تؤدي إلى تدمير خلايا المخ مع العلم بعدم قابليتها للتجدد والتوالد وقد تؤدي إلى الإضرار بالنفس،وفي حماية هذه الأخيرة حماية غير مباشرة للجسم البشري، ومن الثابت علميا أن العاهات والنقائص الجسدية تؤثر بشكل كبير في بناء الشخصية الإنسانية وتؤدي أحيانا إلى سلوكات إجرامية تعويضا عن النقص [2]، وقد دلت أبحاث أجريت في مصحات عقلية أن 20% من نزلائها سبق الحكم عليهم بجرائم وأكدت دراسة أخرى أن نسبة المصابين بأمراض عقلية من نزلاء السجون تقدر حوالي 1.50 % من مجموع النزلاء [3] أثبتت أبحاث أجراها العالمان " ديتيليو" و" قيرفاك " بوجود علاقة بين مرض السل والسلوك الإجرامي حيث أكدا أن هذا المرض عامل مهيأ للإجرام وهو يضاعف من حساسية الإختلال النفسي ويؤكد علماء الإجرام أن هذا المرض يؤثر على الغريزة الجنسية مما يجعل المصاب به يقدم على ارتكاب جرائم جنسية وجرائم العنف [4].

تهف بعض الوسائل الحديثة في الإثبات إلى التأثير النفسي للشخص ودفعه إلى قول الحقيقة مهما حاول تغييرها أو التخلص منها،وذلك باستخدام اختبارات بقصد الوصول إلى اكتشاف الجرائم ومعرفة مرتكبيها والأسباب والدوافع والوقائع عن طريق الإستجواب اللاشعوري، من بين هذه الوسائل العقاقير المخدرة وهي مواد يتعاطاها الإنسان فتؤدي إلى حالة نوم عميق تستمر فترة لا تتجاوز 20 دقيقة ثم تتبعها فترة اليقظة ويبقى الجانب الإدراكي سليما فترة التخدير على الرغم من فقد الإنسان القدرة على الإختيار والتحكم الإرادي مما يجعله أكثر قابلية للإيحاء ورغبة في المصارحة والتعبير عن مشاعره الداخلية ،وتسمى هذه الطريقة من التخدير بالتحليل العقاري أو (مصل الحقيقة) [5]، إذاً فطريقة التحليل العقاري أو مصل الحقيقة هي " نمط خاص من التحليل النفسي تستخدم فيه العقاقير المخدرة في سبيل اكتشاف العالم الذاتي الفردي للحصول على بيانات تطابق الحقيقة ما كان الشخص المستجوب أن يدلي بها أو يقر بها لو لم يستعمل معه المخدر"[6]، ولقد ثار خلاف في الفقه حول مشروعية استعمال العقاقير المخدرة في التحقيق الجنائي بين مؤيد ومعارض لإستعماله فالإتجاه المؤيد:[7] يرى إمكانية استعماله يرى إمكانية استعماله في حالت معينة خاصة ،إذ أن تحقيق العدالة يعد من أهم الوسائل التي تهدف إليها الدعوى

---

[1]/ محمد عبد الرحمان العيسوي في الصحة النفسية والعقلية ،المرجع السابق ص184

[2]/ علي محمد جعفر ،الأحداث المنحرفون ،ط3 ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،1996 ،ص36

[3]/عبد الر حمان محمد أبو توتة ،علم الإجرام ،المكتب الجامعي الحديث ،الإسكندرية ،مصر ،1998 ،ص186

[4]/ نفس المرجع ص 178

[5]/ علي أحمد عبد الزعبي ،حق الخصوصية في القانون الجنائي ،ط1 ،المؤسسة الحديثة للكتاب ،طرابلس ،لبنان ،2006 ،ص252

4/ علي أحمد عبد الزعبي ،المرجع السابق ص 522

/ عدنان عبد الحميد زيدان ،ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة ،رسالة دكتوراه ،القاهرة ،مصر ،1983 ،ص148-149 ،محمد سامي السيد الشوى ،المرجع السابق ص180-181 ،سامي سادق الملة ،اعتراف المتهم ،رسالة دكتوراه ،دار النهضة العربية ،مصر ،1969 ،ص180[7]

العمومية كما يؤكدون على أن هذا الإجراء لا يترتب عليه دائما المساس بحرية الشخص إذا ما قورن بالضغط النفسي الذي يوقعه المحقق على المتهم عادة ابتداء من القبض عليه أي حين إحالته على جهات الحكم ولا يعتبر استخدام المخدر وسيلة إدانة فحسب بل هو أساسا وسيلة دفاع وله أهمية بالنسبة للمتهم للكشف عن الإضطربات النفسية والعضوية الأمر الذي يؤدي إلى معرفة الدوافع والبواعث لإرتكاب الجرم، ونظرا لخطورة هذا الإجراء فقد حدده أنصاره بحالات للجوء إليه كحالة الجرائم الخطيرة كجرائم الإغتيال والقتل والحريق ولا يلجأ إليه إلى في حالة الضرورة ولا يكون الهدف منه الحصول على الإعتراف بالغدانة وهو تحت تأثير المخدر،كما يجب أن لا يطلق يد القضاء في استعماله فيلزم أن يصرح بذلك بمقتضى قرار مسبب يقبل الطعن فيه أمام جهة قضائية وأن يقوم به خبير متخصص بحضور قاضي التحقيق أو عضو النيابة العامة أو محامي المتهم [1] وأتيح للقضاء الفرنسي فرصة ليعلن عن رأيه في مدى مشروعية استخدام التحليل التخديري وذلك أثناء نظره لقضية البنتوتال الشهيرة والتي أصدرت فيها محكمة السين [2]ببراءة الخبراء الذين قاموا بحقن المتهم بحقنة المخدر بقصد تسهيل استجوابه من تهمتي إحداث جرح وانتهاك سر المهنة وفي حكم آخر للقضاء الفرنسي أصدر قاضي التحقيق لمقاطعة أكسن آن بروفنس قرارا في يناير 1961 برفض الطلب المقدم من المتهم باستجوابه تحت تأثير العقاقير المخدرة عن الجريمة المنسوبة إليه على أساس أن هذا الأسلوب لا يندرج تحت طرق الإثبات المقبولة في القانون الفرنسي [3].

أما الإتجاه المعارض فيرى استخدام المخدر في مجال الإثبات إجراء غير مشروع لأنه غير قانوني حتى ولو تم برضاء المتهم لأن الشرعية لا تكتسب من رضاء المتهم وإنما من نص القانون ،كما يعتبر ضربا من ضروب الإكراه المادي ،وهو ما لا يتلاءم وحقوق الدفاع مع ما ينطوي عليه وفقا للأبحاث الطبية الحديثة التي أكدت على خطورة هذه المواد على جسم الإنسان ولا جدال على عدم مشروعيتها طبقا للنصوص الدولية والدساتير التي تقرر حق الفرد في الحياة والحرية والأمن وعدم إخضاعه للتعذيب وأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته لكن يمكن استخدام المخدر بوصفه وسيلة علاجية مشروعة تساعد على التشخيص الطبي الفني لمعرفة ما إذا كان المتهم يخفي مرضا نفسيا أو عقليا أم لا [4] وفي اعتقادنا أن تقنية استعمال المخدر في مجال الإثبات الجنائي غير مشروعة للأسباب التي ذكرناها ،لأنها منافية لحقوق الإنسان وحرياته وإضرارا بالمصلحة الفردية وهي حماية السلامة الجسدية ،في جانبها المادي والنفسي معا فضلا عن عدم مشروعية الدليل الجنائي في الإثبات بمخالفته لقرينة البراءة.

هناك طريقة أخرى تتمثل في جهاز كشف الكذب وهو جهاز خاص بقياس التغيرات الفجائية التي تحدث للمتهم وذلك عن طريق قياس تنفسه ونبضه وضغط دمه في وقت واحد،وبذلك يتبين منها مدى علاقته بالجريمة في أثناء استجوابه عن تفاصيلها [5]، وهناك وسائل أخرى كالتنويم المغناطيسي،إذا استعمل في إطار غير قانوني والذي يقصد

[1]/ علي أحمد عبد الزغبي المرجع السابق ص523 -524
[2]/ محمكة السين 28-02-1949 ،مقتبس عن محمد سامي الشوى ،المرجع السابق ص183
[3]/ محمد سامي الشوى ،المرجع السابق ،ص183 ،184
[4]/علي أحمد عبد الزعبي ،المرجع السابق ،ص526 ،527
[5]/علي أحمد الزرقي ،المرجع السابق ،ص529

به عملية افتعال لحالة نوم غير طبيعي يصاحبه تغير في حالة النائم جسمانيا فتنطمس الذات الشعورية للنائم وتبقى ذات لا شعورية تحت سيطرة ذات خارجية هي ذات التنويم المغناطيسي "، تستخدم هذه التقنية في معالجة العديد من الأمراض أو في التخفيف من بعض الأمراض الجانبية للعمليات كالنزيف أو الصدمات أو الخوف ،كما يعتمد التنويم المغناطيسي في تخفيض درجة الألم الجسدي ،فبالتالي يوفر استخدام المسكنات لما فيها من آثار جانبية رهيبة على المدى البعيد،ويرى بعض الباحثين والمعالجين بهذه التقنية بأنه لا تؤدي هذه التقنيات أثار سلبية على صحة الإنسان ولكن هناك محضور أخلاقي واحد مهم وحاسم ألا وهو أن لا يساء استعمال التنويم المغناطيسي لإعادة برمجة العقل الباطن بشكل سلبي وبالتالي إيقاع الشخص الذي نوم في مطبات جنائية أو إجرامية أو الإساءة إليه دو اسبعاده جسديا ونفسيا أو زرع أوهام ومخاوف معينة في داخله يمكن أن تتلف حياته بالكامل [1] وفي اعتقادنا أن استخدام تقنية التنويم المغناطيسي يعتبر عملا غير مشروع في الإثبات ولا يمكن الإعتداد بالدليل الجنائي المأخوذ بهذه الطريقة كما أنه يعتبر اعتداء صارخ على السلامة الجسدية والصحية للإنسان إذ يتسبب في أرق شديد وهو يدخل ضمن وسائل الضغط النفسي والوسائل التعسفية في مجال التحقيق الجنائي لذا يجب حضرها، كما أنه مخالف لمبدأ قرينة البراءة المنصوص عليها في المادة 45 من الدستور الجزائري " كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية إدانته " فضلا عن أن هذه الطرق تؤدي إلى الإخلال بحق الإنسان في حياته الخاصة كما تنص المادة 39 من ذات الدستور بأنه لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميها القانون، وبالتالي لابد من منع هذه الأساليب في كل مراحل التحقيق والمحاكمة ولو كان برضا المتهم ،حماية للجانب النفسي للجسم البشري، وأكثر من ذلك تحريم استعماله مع كافة الوسائل والطرق المؤدية إليه وإذا كان الجسم البشري بوصفه محلا للمارسات الطبية الحديثة ومناطا لحماية القانون الجنائي يتفرع عن عناصر مادية ونفسية ،فهل يكفي لإضفاء وصف الجسم عليه واستحقاقه للحماية اكتمال جميع العناصر المادية (الجانب المادي) وعناصره النفسية (الجانب النفسي) أم هناك شرط آخر لابد من توافره ؟

المطلب الثاني: الحق في سلامة الجسم الانساني

إن حق الإنسان في الحياة هو مقرر منذ القدم ومن أجلى مظاهره هو حق الإنسان في سلامة جسده، ومن مبدأ حرمة الشخص يستخلص مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان، والتي تعني أن كل شخص له أن يعترض على أي مساس بسلامة جسمه،ويرفض الخضوع لإجراء تحاليل طبية أو عمليات جراحية، فلكل شخص حق على جسمه يدخل ضمن الحقوق الشخصية [2]، وكما يحمي القانون حق الإنسان في الحياة وفق نصوص القتل يحمي حقه في سلامة جسمه لما لهذين الحقين من علاقة وثيقة الصلة ،فلا يكفي أن يحمي القانون الحق في الحياة، بلا ينبغي أن

[1] / زهير بن حسن خشيم ،معالج بالتنويم المغناطيسي بالسعودية ،كيف يعمل العقل تحت تأثير التنويم المغناطيسي الإحائي ؟ بحث منشور على الأنترنت تاريخ الإطلاع 18-03-2008 ص1

[2] / جلال علي عدوي ،رمضان أبو السعود ،محمد حسن قاسم ،الحقوق وغيرها لامن المراكز القانونية ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،1996 ،ص334

يضمن كذلك حق ممارسة الحياة [1]، ولهذا الغرض يحرم المشرع جميع الأفعال التي يأتيها شخص على شخص آخر والتي من شأنها أن تمس سلامة جسمه للقيام بالوظائف، فكل عمل مهما كانت صورته سواء أدى الاعتداء إلى ترك جروح أو رضوض معينة، أو احداث عاهة ما، ومهما كانت الوسيلة مادية أو معنوية يعتبرها القانون غير مشروعة يخوله حق التدخل لترتيب المسؤولية الجزائية على فاعله التي يتحدد مقدارها بمدى الضرر والأذى الذي لحق بالمجني عليه ،ويعتبر مساسا بالحق في سلامة الجسم ،وعليه نتعرض إلى مفهوم الحق في سلامة الجسم الفرع الأول ،ثم طبيعة هذا الحق الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الحق في سلامة جسم الانسان

يتعين علينا إزاء هذا أن نتعرض لمفهوم الحق في سلامة الجسم، ذلك أن مدلول الحق في سلامة الجسم يختلف بين رجال الطب أولا ويختلف تعريفه أيضا بين رجال القانون ثانيا.

أولا : تعريف الحق في سلامة الجسم في الطب

لقد ظهرت في البداية جملة من المحاولات لتعريف الحق في سلامة الجسم المقترن بمدلول الصحة والتي لم تحظ بالوفاق ومن أقدمها وأهمها:

1- الصحة هي الخلو من الأمراض

2- الصحة هي العمل الصامت للأعضاء

3- وتعرفه المنظمة العالمية للصحة بأن الصحة "هي حالة من الرفاهية الكلية، البدنية والنفسية، والإجتماعية"

إن قراءة بسيطة لهذه المحاولات تبين لنا أسباب عدم حدوث الوفاق، وعن صعوبة تريف ما يبدو لنا مفهوما بديهيا، فالقول بأن الصحة هي عدم وجود الأمراض، كالقول بأن الجمال هو انعدام القبح والنظام انعدام الفوضى [2]، وهو ما يسمح لنا بتعريف المرض بأنه انعدام الصحة والفوضى بأنها انعدام النظام ...الخ ،فالمطابقة المعكوسة ليست تعريفا بقدر ما هي هروبا منه ،لأن الشيء لا يوصف بنقيضه وإنما بخصائصه الذاتية.

ذهب الطب التقليدي إلى تحديد مدلول الحق في سلامة الجسم في إطار صحة الكائن البشري، فالصحة " هي اتحاد مادة الجسم بجميع جزئياته وقدراته على الإدراك، والشخص المعافى هو الذي يتمتع بسلامة الجسم في مجموع هذه العناصر على نحو يحقق الإنسجام والملائمة بينهما "

وتعرف الصحة كذلك بأنها " قدرة الجسم على استغلال ايجابيات المحيط وتطويق سلبياته بفضل برنامج جيني سليم واستراتيجيات فردية ملائمة وذلك لتحقيق جزء أو كل من الأهداف الحياتية أو حالة الرضا عن درجة فعالية هذا الجسم "

[1] / منصف المرزوقي ،دروس المدخل إلى الطب المندمج ،الدرس الرابع ،تعريف الصحة ،بحث منشور على الأنترنت ص32 تاريخ الإطلاع 19-04-2008

[2] / محمد عيد الغريب ،شرح قانون العقوبات ،المرجع السابق ،ص841

أما المرض فهو عجز مؤقت أو نهائي للجسم عن تحقيق كل أو جزء من أهدافه الحياتية لخلل في البرنامج الجيني أو الإستراتيجيات الفردية ،أو لضغط كبير في المحيط أو حالة من القلق تجاه فعالية هذا الجسم " [1]، وهناك إطار عملي يختص به الطب إكلينيكي حيث يتحقق المساس بأجزاء الجسم بإحداث جروح سواء كانت جروح بسيطة أو خطيرة،وتتميز الصحة بخاصية النسبية فهي تختلف من شخص لآخر وفي فترات زمنية معينة وتتباين بين فترة الشيخوخة والشباب [2]

ويختلف الطبيب في وضع حدود الصحة لمعرفة الحد الذي يمكن بتجاوزه وصف الفعل بأنه اعتداء على الصحة فيرى البعض بأن الفعل يعد مساسا بالصحة إذا مس حقه في العناية الطبية، ويجدر التمييز هنا بين نقاط معينة.

1- حق الشخص في حماية صحته ضد الأخطار الخارجية كالأدوية وتلوث البيئة

2- حق الإنسان في وجود تنظيم يعني بالمسائل الصحية وذلك بتهيئة خدمات الصحية كافية تستوعب مجالات الصحة للنهوض بصحة المجتمع عن طرق العناية الطبية الكاملة

3- حق الأفراد في التأمين الصحي من الأخطار المهنية [3]، وللقيام بهذا الدور لابد من تبني سياسة صحة متمثلة في توزيع الموارد الطبية،وتوفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية.

ولحماية هذا الحق تنشأ العلاقة بين الطبيب والمريض وهي علاقة إنسانية، وقانونية توجب على الطبيب الاهتمام بالمريض وبذل العناية التي تقتضيها أصول مهنة الطب،والتزام الطبيب في هذا المجال هو التزام ببذل عناية والاهتمام بتقديم العلاج الناسب للمريض ،وقد أصبح من الممكن مسائلة الأطباء عن الأخطاء التي تصدر عنهم أثناء مزاولتهم لمهنة الطب،ومن المتصور مسائلتهم عن مثل هذه الأخطاء،وقد أدى زيادة الوعي لدى الأفراد إلى رفع دعاوى على الأطباء لمطالبتهم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة الأخطاء التي صدرت منهم أثناء قيامهم ومزاولتهم المهنة [4]،وإذا كان تعريف الحق في سلامة الجسم عند الأطباء ينفصل عن مفهوم الصحة الجسدية فما مفهومه عند رجال القانون؟

ثانيا :تعريف الحق في سلامة الجسم في القانون

مما يلاحظ أن البعض المصطلحات تختلط بفكرة الحق بصفة عامة،وقد أدى هذا الخلط إلى تباين المدلولات التي أعطيت لمفهوم الحق في سلامة الجسم ،فنجد أن البعض نظر إليه من زاوية كونه من الحريات الأساسية (أولا) بينما نظرت إليه طائفة من الفقه باعتباره رابطة يعترف بها النظام القانوني (ثانيا) واعتبره البعض الآخر مصلحة لصاحبه (ثالثا) على النحو الذي سنتناوله.

1-الحق في سلامة الجسم من الحريات الأساسية

/ مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية ،أطروحة لنيل دكتوراه [1]دولة في القانون الجنائي ،1996 -1997 ،ص32

[2]/ مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ،المرجع السابق ،ص32

[3]/نفس المرجع ،ص33

/نادر شافي الطبيب بين الرسالة والمساءلة ،بحث منشور على مجلة الجيش اللبنانية ،العدد 235 في 1-1-2005 منشور على الأنترنت ص 1

[4]تاريخ الإطلاع 17-04-2008

إن مدلول الحرية يعبر عن " حركة الإدارة الإنسانية وتحررها من العوامل المقيدة أو المعدمة لها في أن تتخذ من المواقف ما تريد "،والحريات أنماط مختلفة تتكون من رغبات الانسان في أن يأتي ما يشاء من أعمال دون أن يمنعه القانون من إتيانها،وقد ذهب البعض في تحديده لماهية الحق وفي سلامة الجسم إلى اعتباره من الحريات الأساسية التي يتمتع بها الإنسان ويرخص له بها، وفي ذلك حماية للإنسان في ماديات جسده ومعنوياته وصولا لتحقيق إطار من الحماية تستهدف تحقيق الأمان التام للكائن البشري [1]

ويستند هذا الرأي إلى ما ساقته المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصادر 1789 في تحديده لمفهوم الحرية بأنها " قدرة الإنسان على إتيان عمل لا يضر بالآخرين "كما أدمج الإعلان بين مفهوم الحرية والحق في المادة الثانية منه:" أن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان " مما مفاده وحدة الأصل بين الحق والحرية، وذلك أن الحرية هي الأصل العام لكل الحقوق [2].

نلاحظ أن هذا الرأي أخلط بين مفهوم الحرية والحق،إذ لا يمكن التسليم بهذه النظرة ،لأن القول بوجوب الحرية التامة لصاحب الحق في السلامة الجسدية يؤدي إلى تقرير سلطته المنفردة في التصرف في جسده كما يشاء،وهو الأمر الذي يتعارض والقواعد المستقرة في الأنظمة القانونية والتي لا تعترف بكامل الحرية وإطلاقها ،إذ أن هناك أنواعا من القيود الاجتماعية التي ترد على ذلك الجسم باعتبار صاحبه عضو في المجتمع،والإخلال بسلامته يخل بتركيبه البناء الإجتماعي، والنتيجة في كل ذلك أن تقرير تلك المكنة لصاحب الحق في السلامة الجسدية لا تعني استهداف مصالح وغايات شخصية له فحسب،بل هي ترتبط أيضا بالنظام العام في المجتمع،ذلك الذي يلقي مجموعة من القيود على جميع التصرفات التي ترد على الجسم.

1- الحق في سلامة الجسم رابطة قانونية

ذهب رأي آخر في الفقه [3] إلى القول بأن تحديد مفهوم الحق بصفة عامة يقتضي تحليل عناصره ،وبيانها درءا لكل اختلاط بين هذا المفهوم وغيره من الأوضاع المتماثلة أو المتشابهة،فالحق في مفهوم أنصار هذا الر أي رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الإنفراد والإستئثار التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر ،فالحق في سلامة الجسم بمنطق هذا الإتجاه،عبارة عن رابطة مفترضة بين الشخص وكيانه الجسدي يحكمها القانون ويعترف بوجودها النظام القانوني ومن هنا تسبغ على الرابطة صفة المشروعية [4]، كما أن هذه الرابطة القانونية تخول صاحبها سلطة الإستئثار والتسلط على سبيل الإختصاص والإنفراد ،يؤخذ على هذا الرأي إهداره لمفهوم فكرة الحق وإنكارها على طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية ،كما أن افتراض الرابطة القانونية بين الشخص وكيانه الجسدي حيلة قانونية غير مقبولة في هذا الإطار [5]، وتفريعا عن التعريف السابق إلا لذكر فقد

[1]/ نفس المرجع ص85
[2]/ عصام أحمد محمد ،المرجع السابق ،ص88
[3]/ حسن كيرة ،المدخل إلى القانون ،بدون دار النشر ،الاسكندرية ،1971 ،ص437
[4]/ نفس المرجع ،ص437
[5]/نفس المرجع ص437

خول أنصار هذا الإتجاه لصاحب الحق على وجه الإنفراد والتسلط سلطة الإستئثار بجسده والتسلط عليه،وبالتالي يكون للشخص بناءا على هذه السلطة الحق في التصرف في كيانه الجسدي على النحو الذي يراه ،ومن ثم فالشخص الذي يقدم على الإنتحار يقوم ببتر عضو من أعضائه تخلصا من أداء الخدمة الوطنية أو يعوق أداء دوره الاجتماعي المنوط به ،لايمكن متابعته بالجزاء على تلك الأفعال [1]، وعليه لايمكن التسليم كذلك بهذا الرأي فجسم الإنسان هبة ربانية من الواجب حمايتها،ودليلنا في ذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه،قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ومن قتل نفسه بحديدة،فحديدته في يده يتوجأبه في بطنه في نار جهنم خالدا فيها أبدا ،ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا فيها أبدا ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو متردٍ في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا " [2]، فالواجب على الإنسان المحافظة على كرامته الجسدية والنفسية ويحرم عليه تغيير هيكل جسده القويم،ولا يجوز له التصرف فيه إلا بما أذن له ،لمصلحة فردية هو الشخص في حد ذاته ولمصلحته الاجتماعية التي تتمثل في الالتزامات المنوطة به،وكلتا المصلحين يقررهما القانون ويحميهما.

2- الحق في سلامة الجسم مصلحة يحميها القانون

ذهب البعض إلى القول بأن الحق بصفة عامة والحق في سلامة الجسم بصفة خاصة " مصلحة يعترف بها القانون" [3] والمصلحة فكرة غائية وهي السبب المؤدي إلى جلب المنفعة بالنسبة لصاحبها ،ولذلك قيل بأن المصالح هي المصدر المادي للقواعد القانونية التي تنشئ الحقوق وتبدو مصدرا غير مباشر لها [4]، وإذا كانت المنافع تعد مصالح للأفراد فليست كل المصالح تعد حقوقا بالتحديد سالف البيان،ذلك أن المصلحة قد تحقق لصاحبها من خلال وجهة نظر شخصية،ولكنها لاترقى إلى مرتبة الحق المعترف به من قبل النظام القانوني ،وعليه فالمصلحة شيء يحقق منفعة للإنسان وحق الإنسان فيها هو تقرير المجتمع حمايته لتلك المنفعة،ذلك أن الحق يحمي الموضوع الذي يحقق منفعة الإنسان، ولكن الحق يختلف عن المنفعة،إذ ليست كل المصالح تشكل حقوقا،لأن فلسفة القانون هي التي تحدد أيا من المصالح يجب أن تنالها الحماية القانونية،وغالبا ماتكون المصلحة قيمة تحدد من خلال نظرة المجتمع في زمان ومكان معينين،ولذلك فإن المحافظة على الصحة وسلامة جسم الإنسان تشكل قيمة لابد للقانون من احترامها،والنص عليها كحق يحمي منفعة في اطار المحافظة على مصلحة عامة جوهرها الصفة الاجتماعية ،لأنها تتعلق بعضو في البنيان الاجتماعي للمجتمع والقول بغير تلك الحماية يتم بناء المجتمع، وإذا كانت مصلحة الشخص تتعلق بسلامة جسمه،إلا أن هذه المصلحة لابد وأن ينظر إليها من زاوية تحقيقها للمصلحة الاجتماعية وذلك في مجتمع متحضر وقواعد قانونية مثالية [5]، لقد اتجه الفقه الحديث [6] إلى تحديدمفهوم الحق بصفة عامة

---

[1]/عصام أحمد محمد ،المرجع السابق ،ص100

[2]/رواه البخاري ،كتاب الطب ،باب شرب السم والدواء به وما يخاف منه ،الجزء السابع ،المرجع السابق ،ص181

[3]/ عثمان سعيد عثمان ،استعمال الحق كسبب للإباحة ،رسالة دكتوراه ،القاهرة ،1978 ،ص10

[4]/ حسان حامد حسان ،نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي ،رسالة دكتوراه ،القاهرة ،1971 ،ص2204

[5]/ عصام أحمد محمد ،المرجع السابق ،ص90

[6]/ عبد المنعم فرج الصدة ،نظرية الحق في القانون ،القاهرة ،1950 ،ص07 ،عبد الحي حجازي ،مذكرات في نظرية الحق ،ل اتوجد دار النشر ،القاهرة ،1951 ،ص15 ،عصام أحمد محمد ،المرجع السابق ،ص92

،والحق في سلامة الجسم على الخصوص ،على أنه " استئثار بقيمة معينة يمنحها القانون لشخص ويعترف له بها في مواجهة الغير ويقرر لها الحماية القانونية "

والعنصر الأول للحق في هذا الرأي هو " الاستئثار ومفاده الاختصاص بقيمة معينة دون سائر الناس"،ويتفرع عن هذا العنصر شعب ثلاث أولها:الاختصاص والانفراد بميزة على شيء والذود والدفاع عنها ،وهنا المصلحة تكون نتاج هذا الانفراد،وهي مرتبطة بالارادة ومن ثم فالانفراد بالميزة التي يمنحها القانون تثبت لفاقدي التمييز،وثانيها محل هذا الاختصاص وهي قيمة معينة،قد تكون قيمة مالية أو غير مالية وقد تتعدد،وقد ترد على الكيان المادي أو المعنوي للإنسان كسلامة الجسم والحياة والحرية،وثالثها صاحب هذا الاختصاص وهو الذي يتمتع بمزايا تلك القيمة،وغالبا هو الانسان [1]، أما العنصر الثاني للحق هو حماية القانون فبدون هذه الحماية لا يعد اختصاص الإنسان بميزة معينة حقا،ذلك أن اسباغ الحماية القانونية على تلك الميزة تقلب مكن الاستئثار بها من حالة واقعية إلى حالة قانونية ولاتسبغ تلك الحماية إلا لجدارة هذا الاستئثار والاختصاص بحماية المشرع،وضابط اسباغ حماية المشرع لتلك الميزة بالحماية القانونية هو مصلحة المجتمع،فإن توافقت تلك الحماية مع صالح المجتمع أصبغ المشرع حمايته،ووسيلة حماية المجتمع لتلك الميزات هي الدعوى القضائية [2]، ومن هنا فإن مدلول الحق في سلامة الجسم من وجهة نظرة رجل القانون تنطلق أساسا من فكرة الحق الذي يعرف بأنه المصلحة التي يحميها القانون وعلى ضوء ذلك يعرف الدكتور " محمد عيد الغريب " الحق في سلامة الجسم بأنه "المصلحة القانونية التي يحميها القانون في أن يضل الجسم مؤديا كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي،حتى لا تتعطل إحدى الوظائف ولو كانت أقلها أهمية، أو كان التعطيل وقتيا،على ألا تنحرف في كيفية الأداء على النحو الذي حددته القوانين الطبيعية " [3]،ويعرفه الدكتور " عصام أحمد محمد " مركز قانوني يخول شاغله في حدود القانون،الإستئثار بتكامله الجسدي والمستوى الصحي الذي يعايشه ،وبسكينته البدنية والنفسية " ويتمثل الحق في سلامة الجسم في " أن يحتفظ الانسان بمستوى من الصحة بالتكامل الجسدي وأي فعل ينقص من هذه السلامة يعتبر اعتداء عليه " ،كما أن سلامة الجسم تعني أيضا "أن يتحرر صاحبه من كل ألم لم يكن موجودا من قبل أو الزيادة من مقدار ألم كان المجني عليه يعانيه " لذا يمكن القول بأن حق الانسان في سلامة جسمه له جوانب ثلاثة:

1- حقه في الاحتفاظ بمستواهالصحي
2- حقه في الاحتفاظ بمادة جسده
3- حقه في التحرر من آلام البدن

أن الحق في سلامة الجسم لم يعد وفق التعريفات التي ذكرنا مشتملا على الجانب الفردي على قيمة فردية فحسب، وانما يعتبر قيمة اجتماعية كذلك،فالحق في سلامة الجسم هو مصلحة ذات طبيعة مزدوجة يحميها المشرع

[1]/عصام أحمد محمد ،المرجع السابق ،ص92
[2]/نفس المرجع ص93
[3]/ محمد عيد الغريب ،شرح قانون العوبات ،المرجع السابق ،ص842

ويعترف بها للفرد،كما يعترف بها في نفس الوقت للمجتمع الذي يعيش فيه،لذلك نقترح أن يعرف الحق في سلامة الجسم،بأنه " مصلحة يحميها القانون في أن يستمر الجسم مؤديا وظائف الحياة على نحو طبيعي،وأن يحتفظ بمادته الجسدية، وأن يتحرر من جميع الألام البدنية والنفسية ،والنهوض بالوظيفة الاجتماعية المنوطة به " ومن خلال هذا التعريف يتبين أن للحق في سلامة الجسم البشري طبيعة يتصف بها ويتميز بها عن غيره من المصالح القانونية،وهو ما سنتناوله فيمايلي:

الفرع الثاني: طبيعة الحق في سلامة الجسم الانساني

اختلف الفقه في تحديد طبيعة الحق في سلامة الجسم فهل يتصف بوصف الفردية أم الاجتماعية؟

ذلك أن الحق في سلامة الجسم من طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية ،مايجعله يتميز بالطابع الفردي، غيرأن الانسان بالنظر إلى كونه انسانا يعيش في المجتمع مع غيره ويتبادل معهم الالتزامات الاجتماعية ويقوم بوظائف يهم اقتضاؤها من شخص معافى يتمتع بكامل عناصر السلامة الجسدسة ضمن المجموعة [1]، ولهذا فإن المساس بسلامة الجسم يؤدي إلى انهيار البنيان الاجتماعي، ولهذا فإن المساس بسلامة الجسم يؤدي إلى انهيار البنيان الاجتماعي بالإضرار بأحد أعضائه ومن هنا يجدر التعرض إلى الطابع الفردي أولا ثم الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم ثانيا.

أولا : الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم

إن الحفاظ على مادة الجسم واستمراره في أداء وظائفه على نحو طبيعي هي مصلحة فردية بالدرجة الأولى لصاحب الاختصاص،أي الفرد باعتباره حقا شخصيا مترتب عن الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم،وعليه ينبغي دراسة خصائص الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم ثم مضمون الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم

1- خصائص الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم:

يعتبر الحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية [2] وهذه الأخيرة تتميز بطابع فريد بأن ليس لها محل خارج صاحب الحق نفسه،وهذه الحقوق على العموم تنصب على مقومات وعناصر الشخصية ذاتها، في مظاهرها المختلفة،وهي تثبت لكل شخص لكونه انسانا ،وبذلك فإن هذه الحقوق يتمتع بها المواطنين والأجانب على حد سواء [3]، ونظرا لارتباط هذه الحقوق بمقومات وعناصر الشخصية سميت بالحقوق اللصيقة بالشخصية أو الحقوق الحقوق الشخصية ،وتتقرر للمحافظة على الكيان المادي والمعنوي وبدونها لايكون الإنسان آمنا على حرياته

[1]/ مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ،المرجع السابق ،ص38

[2]/حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،المرجع السابق ،ص52-61

[3]/ نبيل ابراهيم سعد ،محمد حسن قاسم ،المدخل إلى القانون ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2004 ،ص40

ونشاطه،على أن هذه الحقوق لا يمكن حصر ما يتفرق عنها،إلا أن أهمها المساس بالكيان المادي والمعنوي للشخصية [1]، كما أنه من أحد الحقوق اللصيقة بالشخصية الحقوق التي ترمي إلى حماية الجانب المعنوي كالشرف والكرامة و هي لاتقل أهمية إن لم تزد عن المقومات المادية ،ولهذا استقرت القوانين في معظم الدول على كفالة احترام هذه المقومات المادية ،ولهذا استقرت القوانين في معظم الدول على كفالة احترام هذه المقومات عن طريق رصد العديد من الحقوق التي لايمكن حصرها في سبيل تحقيق الغاية ومن ذلك الحق في الاسم والحق في الخصوصية [2]

فالحق في الخصوصية أو كما يطلق عليه " الحق في السيرة " ويعني أن الشخص له الحق في أن يحدد كيفية معيشته كما يروق له ويمكن هذا الحق المحافظة على سير خصوصيات الشخص وعدم جعلها عرضة لألسنة الناس أو أن تكون موضوعا لصفحات الجرائد،ومن بين الحقوق الحق في الصورة على اعتبار أن نشر الصورة مأخوذة بكاميرا الفيديو في شقة مثلا يعد خرقا لسرية الحياة الخاصة،وتدخل ضمن هذه الحقوق الحق في حرمة المسكن والحق في السرية والحق المعنوي للمؤلف على انتاجه الفكري [3]،ويتميز الحق في سلامة الجسم بما تتميز به الحقوق الشخصية كمايلي :

1-حقوق أساسية:

تعتبر حقوق أساسية لأنها حقوق سابقة في وجودها على جميع الحقوق التي يتمتع بها البشر في جميع الدول وكل المجتمعات وعلى مر الأزمنة وضرورية لكل فرد وأساس لوجوده وتختلف عن الحقوق الأخرى التي ترد على الأموال

2- حقوق مستمدة من الشخص :

إن هذه الحقوق من حيث المبدأ تنبع من الإنسان ذاته وتنشأ من اللحظة التي يصبح فيها متمتعا بحقوقه المدنية من بدء حياته حتى انتهائها كما تستمد من مقومات الشخصية الإنسانية ولها مظاهر مادية وفكرية واجتماعية حيث يتجلى الجانب المادي في الشخصية في الجسم والروح (الحق في الحياة والسلامة البدنية)

3- حقوق مطلقة

4- تعتبر حقوق الشخصية حقوقا مطلقة، لأنه يحتج بها على الجميع ويتمتع الأفراد بهذه الحقوق على قدم المساواة.

حقوق ملازمة للشخصية:

---

[1]/ نفس المرجع ص41

[2]/ نبيل ابراهيم ،محمد حسن قاسم ،المرجع السابق ،ص47

[3]/ جلال علي العدوي ،رمضان أبو السعودذ ،محمد قاسم ،الحقوق وغيرها من الحقوق القانونية ،منشأة المعارف بالاسكندرية ،مصر ،1996 ،ص340

تعبر الحقوق الشخصية حقوق ملازمة لشخصية كل انسان لأنها لاتنفصل عنها [1] في وجودها من بدأ الحياة وحتى نهايتها وقد تمتد إلى الجثة بعد الوفاة [2]،ويؤدي هذا المبدأإلى النتائج التالية :

إن الحق في سلامة الجسم باعتباره من الحقوق اللصيقة كقاعدة هامة لا تنتقل بعد موت الشخص عن طريق الميراث إلى الورثة.

1- مادام أن الحقوق تكتسب صفات الشخصية فهي تدخل ضمن مفهوم الحقوق غير المالية لأنها لاتقوم بالمال ابتداءا

2- إن هذه الحقوق غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم، فهذه الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال مهما طال الأمد.

3- إن هذه الحقوق وإن كانت بحسب الأصل لا تقوم بالمال إلا أنه في بعض الأحيان تستتبع هذه الحقوق آثارا مالية إذ أن الاعتداء عليها يولد حقا ماليا في التعويض [3].

يأتي في طليعة الحقوق المكرسة لحماية الكيان المادي للإنسان الحق في الحياة والحق في سلامة بدنه أو جسمه وبمقتضى هذا الحق تمكن صاحبها من حماية كيانه المادي في مواجهة الغير بمنع الآخرين من المساس بجسمه أو بأعضائه المختلفة أو الاعتداء عليه دون مسوغ قانوني.

2-مضمون الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم

إن مضمون الحق في سلامة الجسم يتمثل في مصلحة الفرد التي يحميها القانون في أن يضل الجسم مؤديا كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي ويعد مساسا بالجسم نقيض ذلك عن طريق تعطيل وظائفه العضوية تعطلا كاملا،ولا يعني سلامة الجسم أن يضل الجسم على حالته الطبيعية فحسب بل معناه استمراره في أداء وظائف الحياة على نحو طبيعي وبأن يضل الجسم كاملا غير منقوص وبأن يتحرر من الألام البدنية،وما يمكن أن نستنتجه من هذا هو أن الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم ينسجم تماما مع فكرة رجل القانون للحق في سلامة الجسم ،في بيان عناصر هذا الحق المتمثلة في:

- استمرار الأداء الطبيعي لوظائف الأعضاء
- التكامل الجسدي
- التحرر منالألام البدنية

1- استمرار الأداء الطبيعي لوظائف الأعضاء

1/ تنص المادة 47 من القانون المدني " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة للشخصة أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما قد يكون قد لحقه من ضرر "[1]

2/ حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،المرجع السابق ،ص69-70

3/ نبيل ابراهيم سعد ،محمد حسم قاسم ،المرجع السابق ،ص55

تؤدي أعضاء الجسم وظائفها أداءا طبيعيا غذا كان الشخص يتمتع بالصحة ،وتختل إذا ألم بالشخص (المرض) ولكل شخص الحق في أن يحتفظ بالمستوى الصحي الذي يتمتع به ومن أجل ذلك فإن كل فعل يترتب عليه نقصان في هذا المستوى يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم سواء تحقق عن طريق احداث مرض لم يكن موجودا من قبل أو الزيادة في مقدار مرض كان المجني عليه يعانيه من قبل ولا أهمية للوسيلة التي تنال من الصحة ،فكل وسيلة تؤدي إلى تعطيل بعض أعضاء الجسم أو أجهزته الداخلية عن أداء وظيفتها الطبيعية تعطلا تاما أو مؤقتا يتوافر بها المساس بسلامة الجسم ولو لم يترتب على استعمالها أثار ظاهرة [1]،ومن هنا فإن معنى الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء ينسحب من نقطتين أساسيتين هما الصحة والمرض.

الصحة كما يعرفها العلم "بريكتر " على أنها حالة التوازن النسيب لوظائف الجسم وأن هذه الحالة تنتج من تكييف الجسم مع العوامل الضارة التي يتعرض لها.

فالصحة كما تعرفها منظمة الصحة العالمية عام 1948 في ديباجة الدستور " حالة من اكتمال السلامة بدنيا وعقلياواجتماعيا،لا بمجرد انعدام المرض أو العجز" [2]، عن الصحة في مفهوم المنظمة الصحية العالمية ليست مجرد الخلو من المرض أو العاهة ولكنها تعني الصحة الايجابية وهي أن يتمتع الفرد برصيد من القوة في وظائفه وأعضائه تجعله يتحمل ما قد يتعرض له من مسببات كثير من الأمراض وتحقيق الصحة الايجابية يستلزم أن يكون نظام الحياة الشخصية والظروف البيئية والعوامل السائدة في المجتمع عوامل تساعد على تحسين الصحة، يؤكد هذا التعريف الارتباط والعلاقة الوثيقة بين الجوانب الثلاث البدنية والعقلية والاجتماعية للصحة وأن أي خلل من أحدهم يؤثر سلبيا في الجانبين الآخرين وبالتالي يؤدي إلى خلل في حالة الصحة [3]

ويتفق هذا المفهوم الحديث للصحة مع مفهوم الصحة في الاسلام التي تنبثق من معنى الاستخلاف، ذلك أن خلافة الانسان في الأرض تتحقق بعمارتها وحمايتها واصلاحها والمؤهلات التي منحها الله للانسان لتمكنه من أداء وظيفة الخلافة هي العقل والإرادة الحرة وقوة البدن.

فالمرض الظاهر هو الأعراض التي يشكو منها المريض وتبدو عليه علاماتها بالعين المجردة مثل: الضعفالعام، البثور الجلدية، والمرض غير الظاهر يكون عندما يشكو المريض من أعراض غير واضحة ولكن يمكن للطبيب اكتشاف المرض بعلامات سريرية و بالفحوصات[4]

2- التكامل الجسدي:

وهو ما يعني حق الإنسان في الإحتفاظ بمادة جسده كاملة غير منقوصة ويترتب على ذلك أن كل مساس بمادة الجسد يعد اعتداء على التكامل الجسدي سواء كان بانقاص جزء منها كبتر عضو من جسم المجني عليه أو استنزاف

[1]/ محمد عبد الغريب ،شرح قانون العقوبات ،المرجع السابق ،ص844

/ ديفيد ألميدا ،روبرت بارلين ،دليل دراسي ،الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه ،مركز حقوق الانسان بجامعة مينيسوتا

[2]،2002دليل منشور على الأنترنت تاريخ الاطلاع01-05-2008

[3]/ محمد توفيق أخضير ،المرجع السابق ص19

[4]/ محمد توفيق خضير ،المرجع السابق ،ص21

كمية من دمه أو لمجرد العبث بتماسك الخلايا والأنسجة أو إحداث أي تغير على مادة الجسم كإحداث ثغرة في الجلد أو طعنه بآلة حادة أو احداث أي تغيير بمادة الجسم يترتب عليه تغيير صورته العادية المألوفة كقص ضعر المجني [1]

والمحافظة على مادة الجسم تقتضي أن يحتفظ الشخص بكل جزئية من هذه المادة وتتساوى في ذلك جميع أجهزة الجسم وأعضائه من حي أهميتها،وباحتفظ الإنسان بكل جزئية من مادة الجسم يمكن القول بأن جزئيات هذا الجسم متكاملة على النحو الذي خلق عليه الإنسان، ويكون بذلك أمام تكامل الأعضاء والأجهزة من الناحية المادية [2]ولقد بين قانون العقوبات صور عديدة للمساس بالتكامل الجسدي كالضرب والجرح واعطاء المواد الضارة والعاهة المستديمة ،فالضرب هو الاعتداء على سلامة الجسم عن طريق الضغط على أنسجة الجسم أو مصادمتها بصورة لا تؤدي غلى تمزيقها ،ولا يشترط لتوافر الضرب أن يحدث الاعتداء آثارا على الجسم ككدمات أو رضوض أو احمرار بالجلد أو أن يسبب ألاما للمجني عليه أو أن ينشأعنه مرض أو عجز[3]

ولا يقيم القانون أهمية من حيث التحريم بين الوسائل التي يمكن أن يتحقق بها الضرب،فلا فرق في أن يستعمل عضو من أعضاء جسمه كالركل بالقدم أو بقبضة اليد أو ان يستخدم آلة منفصلة عن جسمه، كعصا أو كعب السلاح الناري،ولا فرق كذلك عما إذا كان الجاني قام مباشرة بالإعتداء على المجني عليه أو أعد الوسيلة اللازمة لذلك تاركا حدوثها رهن الظروف كتهيئة حفرة مغطاة بمواد هشة تحضيرا لإيقاع المجني عليه [4] أما الجرح في الاصطلاح الطبي عموما هو تفرقة بين اتصال أي نسيج من أنسجة الجسم سواء كان الجلد أو الأنسجة أو الأغشية الداخلية أو الباطنية أو العضلات أو العظام نتيجة عنف خارجي [5]

ويعرف الجرح أيضا بأنه كل ما ترك أثرا على جسم المجني عليه ظاهريا كان أم باطنيامع قطع الأنسجة أو وخزا أو تسلخ أو سج أو كدم أو شرخ في العظام أو كسر [6]،ولكل نوع من الجروح إسم خاص به فجرح الجلد يسمى " جرح " أما جرح الغشاء المخاطي يمكن تسميته " تشقق "،ويسمى جرح الأحشاء والعضلات " التمزق العضلي "،أو التهتك أما جرح العظام يسمى الكسر.

ولقد قسم قانون العقوبات الجروح من الوجهة الطبية الشرعية حسب مدة علاجها إلى ثلاثة درجات يختلف العقاب فيها تبعا لمدة العلاج،فهناك الجروح البسيطة وهي السجحات والتسلخات والكدمات وهي تشفى عادة في بضعة أيام ما لم يطرأ عليها أي مضاعفات والجروح البسيطة هي التي تشفى عادة بالعلاج في مدة أقل من عشرين يوما، ثم الجروح التي يحتاج علاجها أكثر من عشرين يوما وهي عادة تكون مصحوبة بالكسور وعقوبتها أشد من الأولى.

---

[1]/ محمد عيد الغريب ،شرح قانون العقوبات ،المرجع السابق ،ص845

[2]/مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ،المرجع السابق ،ص845

[3]/طارق سرور ،قانون العقوبات ،القسم الخاص ،جرائم الاعتداء على الأشخاص ،ط1 ،لاتوجد دار النشر ،2000 ،ص126

[4]/ نفس المرجع ،ص127

[5]/ عبد الحميد المنشاوي ،الطب ودره الفني في البحث عن الجريمة ،دار الفكر الجامعي ،مصر ،لا توجد سنة النشر ،ص107

[6]/ معوض عبد التواب ،الوسيط في شرح جرائم القتل والاصابة الخطأ ،ط4 ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية مصر ،1998 ،ص26

والنوع الثالث من الجروح هي غير قابلة لشفاء كامل وتترك عادة بعد التئامها عاهات مختلفة [1]ومن صور المساس بجسم الإنسان كما حددها قانون العقوبات إعطاء المواد الضارة وتتحقق هذه الصورة بإعطاء المجني عليه مواد ضارة بأي وسيلة كانت تؤثر على صحته وتلحق بها ضررا،ولاعبرة بشكل المادة الضارة أكانت صلبة أو سائلة أو غازية،وأيا كان مصدرها حيواني أو نباتي أو معدني [2]، ويقصد بكلمة " إعطاء " كل سلوك يقيم به الجاني الصلة بين المادة الضارة وجسم المجني عليه سواء تناولها المجني عليه رغما عنه أو بإرادته بعد أن يوهمه الجاني بفائدتها،أو أن يقوم أي شخص آخر حسن النية بمجها بدوائه أو شرابه أو بدسها في طعامه، ولا أهمية لطريقة تناولها سواء عن طريق الفم أو الأنف أو الأذن أو عن طريق حقنها أو وضعها على الجلد لتمتصها مسامات الجسم [3].

أما العاهة المستديمة وإن كان القانون لم يعرف العاهة المستديمة وإنما اقتصر على مجرد ذكر بعض صورها على سبيل المثال، وقد جرى تعريف قضاء النقض المصري على العاهة المستديمة بأنها فقط أحد أعضاء الجسم أو أحد أجزائه أو فقد منفعته أو تقليليها بصفة مستديمة فالعاهة المستديمة تتحقق بفقد أو بعجز عضو أو جزء من الجسم أو منفعته كانت سليمة قبل الإصابة [4].

إن كل ما من شانه نقص قوة أحد الأعضاء أو تقليل قوة مقاومتها الطبيعية يعتبر مساس بالجسم البشري، ولم يحدد القانون نسبة معينة للنقص الذي يمكن وقوعه لتكوين العاهة المستديمة، بل ترك الأمر في ذلك لتقدير قاضي الموضوع يبث فيه بما يتبينه من حالة المصاب وما يستخلصه من تقرير الطبيب، ومتى أثبت الحكم أن منفعة أحد الأعضاء أو وظيفته ولو قدرا جزئيا بصفة مستديمة فذلك كاف [5].

وفي قانون العقوبات الجزائري عندما ينتج عن العنف عاهة دائمة تتحول الجريمة إلى جناية طبقا للمادة 264 في فقرتها الثانية أو يكون الإختصاص في فصل النزاع لمحمكة الجنايات [6]وتحدد عناصر الجريمة وفقا لهذه المادة مايلي :

- فقد أو بتر أحد الأعضاء
- المنع من استعمال عضو
- فقد البصر
- فقد بصر أحد العينين دون الأخرى
- أو أية عاهة مستديمة

يستخلص مما سبق أن أبعاد التكامل الجسدي أن يحتفظ الجسم بمادته كاملة غير منقوصة، ويعتبر ما يخالف ذلك اعتداء على استواءه وتكامله ويرتب المسؤولية الجنائية،ولا يغير من هذه المسؤولية رضاء المجني عليه،كما أن التكامل

---

[1]/ نفس المرجع ،ص108

[2]/ طارق سرور ،قانون العقوبات ،القسم الخاص ،المرجع السابق ،ص129

[3]/ طارق سرور ،المرجع السابق ،ص129

[4]/ طعن مصري رقم 1199 لسنة 36 ق جلسة 1966/1/1 س 17 ص1061 ،مقتبس عن معوض عبد التواب ،قانون العقوبات ،لاتوجد دار النشر ،2000 ،ص868

[5]/ طعن مصري جلسة 1938/05/23 ،طعن رقم 1577،سنة 8 ق مقتبس عن معوض عبد التواب ،قانون العقوبات ،المجع السابق ،2000 ،ص868

[6]/ بن الشيخ لحسين ،المرجع السابق ،ص71

الجسدي يقتضي ألا ينال من مادته دون تفرقة بين أعضائه ومنتجاته ومشتقاته ضمن ترتيب معين بحسب الأولويات،بل أن مكونات الجسم كلها على قدم المساواة سواء كان العضو داخليا أو ظاهرا وبغض النظر عن انتمائه لأحد الأجهزة، العصبي، العظمي التنفسي، وبغض النظر عن وظيفته.

5- التحرر من الألام البدنية:

وهذا يعني حق الإنسان في التحرر من آلام البدن ويتحقق الإيلام البدني لما يلق الشخص من أذى في شعور بالإرتياح، وعلى ذلك فإن كل فعل يسبب للمجني عليه ألم لم يكن موجودا من قبل أو الزيادة من مقدار ألم كان المجني عليه يعانيه يعتبر إعتداء على سلامة الجسم، سواء ترتب على هذا الفعل المساس بصحة المجني عليه أو المساس بمادة جسده أم لم يترتب عليه شيء من ذلك مثال ذلك لوي ذراع المجني عليه أو الضغط على عنقه أو صفعه على وجهه [1]

ويتمثل هذا العنصر أيضا في المحافظة على الهدوء والسكينة التي يتم عبها الجسم،فالإنسان حينما يشعر بالسكينة في بدنه ،فإنه يحس بالراحة البدنية والإستمتاع بما فطر عليه من الصحة،فضلا عن عدم إحساسه بآلام التي قد يكابدها في غياب هذه السكينة ،وتتحقق حينما يكون الجسم محتفظا بمادته وتكامله الجسدي بالمستوى الصحي الذي يتمتع به ،يتلقى صاحبه من خلاله شعورا بالراحة والإستقرار الجسدي [2]، وتطبيقا لذلك يعد اعتداء على السكينة البدنية إجبار الشخص على تناول مادة كريهة المذاق ولكنها غير ضارة بصحته وكذلك قذف المجني عليه بكمية من الماء سواء كان نظيفا أو قذرا أو البصق في وجهه أو فتح تيار هوائي أمام جسمه فكلما أفعال تمس بالراحة النفسية رغم تفاهة الفعل [3]

ولقد ثار خلاف فقهي حول اعتبار الأفعال البسيطة التي تحدث ألاما بدنية لدى الشخص هل تدخل ضمن أفعال المساس بسلامة الجسم ،أم أنها تعتبر في نظر القانون من الإباحة ؟ ومثال هذه الأفعال الحجامة والكي والوشم وخرق الأذن لدى الإناث لوضع الحلي للزينة

القول الأول في هذه القضية يرى بأن تحمل الشخص لتلك الألام ينفصل عن لائحة صدرت تطبيقا لقانون العقوبات المصري، ويرى آخرون [4]، بأن عدم متابعة الجناة عن هذه الأفعال يستند إلى أنها أفعال بسيطة وتافهة وقليلة الأهمية وخاصة أنا تحدث بين الأقارب،كما أنها من الطباع والعادات التي تخرج من دائرة أفعال المساس السكينة البدنية والقانون لا يلقي بالا للتوافه [5] والمشرع الجزائري شأنه شأن مشرعي الدول العربية والإسلامية التي تسود فيها معتقدات خاصة وأعراف دائمة والتي تجعل من أفعال الوشم وخرق الأذن من أمور الزينة وليست أفعالا من شأنها الإيذاء والإضرار بالسكينة العامة.

[1]/محمد عيد الغريب ،شرح قانون العقوبات ،المجع السابق ،ص845

[2]/ مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ،المرجع السابق ،ص 46

[3]/ نفس المرجع ،ص 47

[4]/ علي بدوي ،الأحكام العامة في القانون الجنائي ،الجزء الأول ،الجريمة ،لاتوجد دار النشر ،1988 ،ص419

[5]/

ولا نود أن نغفل جانب السكينة النفسية إلى جانب السكينة البدنية على نحو ما بيناه حينما تعرضنا إلى مظاهر المساس بالجانب النفسي ،فمناولة المجني عليه مادة مسكرة أو مخدرة أو إطلاق عيار ناري بجانبه أو إخباره بنبأ مفزع،أو تهديده بإستخدام القوة ضده وغيرها من الأفعال،تنال بصورة مباشرة بالسكينة النفسية للمجني عليه وتحدث خللا بالطمأنينة النفسية لتنجر عنها ألاما بدنية،كما أن الإعتداء على الجسم تخلف آثارا نفسية ،فهناك علاقة بين الدماغ والسلوك الإنساني،فقد يؤدي الإعتداء إلى تقلصات عضلية عندما تستقبل هذه العضلات مثيرات عصبية آتية من الجهاز العصبي المركزي في الإنسان،مما يضر بالسكينة النفسية بصورة غير مباشرة كنتيجة لبعض الجروح الفيزيقية أو الإعتداء بالأعيرة النارية،وإذا كان بيان الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم يتحدد بالعناصر الثلاث (استمرار الأداء الطبيعي للوظائف ،التكامل الجسدي ،والتحرر من الألام) فإن تمام الحق في السلامة الجسدية لا يستوي إلا ببيان الطابع الإجتماعي لهذا الحق ،وتفصيل ذلك مايلي:

ثانيا : الطابع الإجتماعي للحق في سلامة الجسم

إن الحق في سلامة الجسم على النحو السابق يمثل المحل القانوني، أي المصلحة القانونية لمحل جرائمك الإيذاء، فمن مصلحة الإنسان أن تسير وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي،وأن يظل محتفظا بتكامله الجسدي متحررا من الألام البدنية، وإلى جانب مصلحة الإنسان في سلامة جسمه التي لا تحتاج إلى بيان فإن المجتمع مصلحة في سلامة أجسام أعضائه حتى يتمكن كل منهم من النهوض بالوظيفة الإجتماعية المطلوبة منه[1].

ويتضح الطابع الإجتماعي للحق في سلامة الجسم من طبيعة القواعد التي تنظم الأفراد داخل مجتمع معين، حيث تقع على عاتق كل فرد مسؤولية يضطلع بها بشخصه لتشكل واجبا معينا ومن مجموع هذه الواجبات تنشأ للمجتمع حقوق مقابلة لها تقر للدولة مسؤولية اتجاه الحق في سلامة الجسم شأن باقي الحقوق فيثور التساؤل عن طبيعة هذه المسؤولية من حيث هي، فهل تعتبر التزام بتحقيق نتيجة أم أنها التزام ببذل عناية وهل الأمر سيان بالنسبة لجميع الدول؟ وما هي التزامات الدولة فيما يخص الرعاية الصحية لأغراض الصحة والسلامة العامة أولا ثم علينا ان نتعرض إلى بعض تطبيقات الطابع الإجتماعي للحق في سلامة الجسم ثانيا.

1- مسؤولية الدولة تجاه الحق في سلامة الجسم:

لاشك أن الدور الذي يقوم به الفرد داخل مجتمعه يؤثر كما وكيفا فيما يحصل عليه من حقوق بوصفه عضوا في المجتمع وبالتالي تتقرر مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان باعتباره عضو في المجتمع، وتتحد هذه المسؤولية على مستويات ثلاثة:

- واجب الإحترام
- واجب الحماية
- واجب تنفيذها بالفعل [2]

[1]/ عبد القادر القهوجي " فتوح عبد الله الشاذلي " ،المرجع السابق ،ص131

[2]/ خيري أحمد الكباش ،الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ،رسالة دكتوراه ،جامعة الإسكندرية ،مصر ،2002،ص81

وإذا كانت مسؤولية الدولة اتجاه حقوق الإنسان المحمية بوصفه إنسانا تعتبر من قبيل الإلتزام بتحقيق غاية تحقيقا غير منقوص ،فإن طبيعة مسؤولية الدولة اتجاه الحقوق المحمية للإنسان بوصفه عضوا في المجتمع حالة كون تحقيقها يحتاج إلى وجود إمكانيات ومقومات لدى الدول،فإن طبيعة هذه الحقو باعتبارها على الوجه الغالب حقوق اقتصادية واجتماعية ثقافية يستعصى تحقيقها للكافة تكون الدولة مسئولة ببذل عناية،إلا أنه إذا كانت الدولة لها مقومات وإمكانيات في حقوق ماتتحول المسؤولية إلى تحقيق غاية،ومن ثم فإن مسؤولية الدولة تتحدد وفقا لظروف كل مجتمع [1]

ولقد اعترف المجتمع الدولي بالتعاون الدولي فيما بين الدول حتى يمكن حماية الحقوق ومنها الحق في السلامة الجسدية ولو تدريجيا وقطع بما لا يدع مجالا للشك بأن أقصى ماتسمح به موارد الدولة المتوافرة بالفعل هي المعيار في لاتحديد نطاق المسؤولية [2]،كما تنص المادة الثانية في فقرتها الأولى من المعاهدة الدولية لحماية حقوق الإنسان الإقتصادية والإجتماعية والثقافية على " أن تتعهد كل دولة طرف في العهد الحالي أن تقدم منفردة ومن خلال المساعدة والتعاون الدوليين بإتخاذ الخطوات خاصة الإقتصادية والفنية لأقصى ماتسمح به مواردها المتوافرة من أجل التوصل تدريجيا لاللحماية الكافية للحقوق المعترف بها في العهد الحالي بكافة الطرق المناسبة "

1- توزيع الموارد الطبية المحدودة:

تقع على عاتق الأطباء مسؤولية أخلاقية تتمثل في توظيف ما لديهم من خبرات مهنية في المشاركة في عملية اتخاذ القرارات الخاصة بتوزيع الموارد الطبية المحدودة أو ترشيد استهلاكها، بما يكفل حماية مصلحة المريض.

2- توفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية:

على الأطباء العمل على اقتراح سياسات ترمي إلى تحقيق العدالة في توفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية لجميع أفراد المجتمع، ويلتزم الأطباء بمراعاة الإعتبارات الأخلاقية الآتية ،عند اختيار الإجراءات والطرق الوقائية العلاجية التي تضمن تحقيق مستوى ملائم للرعاية الصحية

- مدى استفادة المريض من البرنامج العلاجي
- احتمال استفادة المريض من العلاج
- مدة هذه الاستفادة
- تكلفة العلاج
- عدد المرضى الذين يستفيدون من العلاج [3]

3- الرعاية الصحية الاجتماعية:

[1]/ نفس المرجع ،ص82

[2]/ خيري أحمد الكباش ،المرجع السابق ،ص83

[3]/ عبد الحطاب ،الوثيقة الإسلامية لأخلاقيات الطب والصحة ،بحث منشور على الأنترنت ص 12-13 تاريخ الإطلاع 17-04-2008

بشكل عام هي الإجراءات أو الخدمات الصحية والطبية الضرورية للوقاية من الأمراض ومنع حدوثها، والاكتشاف المبكر والعلاج الفوري لما يحدث منها ومكافحتها للحد من انتشارها وبعد ذلك علاج المضاعفات الناتجة عن الإصابة بها وتأهيل الفرد أو أفراد المجتمع بعد الشفاء الجسدي ليصبح قادرا على العمل والإنتاج معتمدا على نفسه وليس عالة على المجتمع ،ويمكن أن تتم هذه الرعاية في مستويات أربعة على التوالي.

1- الرعاية الصحية الأولية:

وهذه الإجراءات تهدف إلى ترقية الصحة وتقويتها والوقاية الخاصة أو النوعية للفرد من خلال المباعدة بين الإنسان والعوامل أو المسببات النوعية المباشرة للمرض في ظل بيئة صحية سليمة.

وقد أشارت منظمة الصحة العالمية كذلك الإعلان الذي تم في مدينة آلما آتا في كازاخستان عام 1978 على أنها تلك الرعاية التي تعتمد على وسائل وتقنيات صالحة علميا وسليمة عمليا ومقبولة اجتماعيا وميسرة لجميع أفراد الأسرة في المجتمع من خلال مشاركتهم التامة بتكاليف يمكن للبلد توفيرها، وهي المستوى الأول لاتصال الأفراد والأسر والمجتمع بالنظام الصحي الوطني، وهي تقرب الرعاية الصحية بقدر الإمكان إلى حيث يعيش الناس ويعملون وتشمل على الأقل العناصر التالية:

- التثقيف بشأن المشاكل الصحية السائدة وطرق الوقاية منها والسيطرة عليها
- توفير الغذاء وتعزيز التغذية الصحية
- الإمداد الكافي بالمياه النقية للشرب والإصحاح الأساسي (تصريف الفضلات الصلبة والسائلة والغازية)
- رعاية الأم والطفل بما في ذلك تنظيم الأسرة
- التحصين ضد الأمراض المعدية الرئيسية (المطاعيم والأمصال)
- الوقاية من الأمراض المتوطنة محليا ومكافحتها
- العلاج الملائم للأمراض والإصابات الشائعة
- توفير العقاقير الأساسية [1]
- وتضطلع بهذه المهمة القطاع الصحي والذي يقوم بدوره من خلال الفريق الصحي من أطباء،صيادلة، تمريض،قبالة، وهن صحية مساعدة كالعيادات والمراكز الصحية وأقسام الإسعاف والطوارئ والفرق الصحية المتجولة ،وهناك قطاعات أخرى مساندة كقطاع المياه والري والزراعة و خدمات البلديات والبيئة والتموين والدفاع المدني والتخطيط والإدارة في الدولة وقادة المجتمع المحلي،مما يعني أن الرعاية الصحية الأولية مسؤولية مشتركة بين جهات رسمية وشعبية [2].

2- الرعاية الصحية في المستويين الثاني والثالث:

[1]/ محمد توفيق خضير ،المرجع السابق ص 27
[2]/ نفس المرجع ،ص28

ونعني بها تقديم العلاج للحالات المرضية والإصابات الجسدية التي تحتاج لرعاية طبية غير متوافرة أو غير كافية في المستوى الأول ،وفي هذه الحالة تقع المسؤولية كاملة على كامل القطاع الصحي الذي يقدم خدماته من خلال أفراد الفريق الطبي في المراكز الصحية الشاملة والمستشفيات العامة (لكل الأمراض) والمستشفيات التخصصية وتهدف الرعاية في هذين المسويين للإكتشاف المبكر والعلاج الكافي والمناسب للمرضى لإستعادة صحتهم والشفاء والحد من المضاعفات الجسدية والعقلية للمريض مثل منع قصر أو ضمور الأعضاء نتيجة الشلل الدماغي.

3- الرعاية الصحية التأهيلية في المستوى الرابع:

وهي الرعاية التي يحتاجها المصاب بعد ثبات واستقرار الحالة الصحية (الجسدية والعقلية) عند مستوى معين من درجات الصحة من الناحية التشريحية والناحية الوظيفية وتهدف للحد من المضاعفات الجسدية والعقلية (العجز أو العاهة التي تركها المرض) وتشمل الرعاية الطبية والنفسية والاجتماعية والمهنية المتخصصة.

من خلال ترتيب هذه المراحل والمستويات الصحية يتبين أن المستوى الأول هي مرحلة صحية وقائية تقتضي حماية الإنسان السابقة من الأمراض عن طريق الأمن الغذائي " الحق في الغذاء السليم " وفي مرحلة أسبق منها رعاية الحوامل ومتابعة المراحل الجنينية، ثم مرحلة التحصينات الإجبارية، بعد الولادة،ثم المرحلة الصحية في المستوى الثاني والثالث والتي تعني المرحلة العلاجية في حال المرض بتوفير العلاج ،وتضطلع بجزء من هذه المسؤولية الدولة ممثلة في القطاعات الصحية،ثم في المرحلة الأخيرة وهي المرحلة التأهيلية،ويمكن تسميتها بالمرحلة الإستشرافية لتحضير العنصر الإنساني لتحمل التزاماته.

2- تطبيقات الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم:

تتضح الصفة الاجتماعية لهذا الحق حين يقتضي القانون في سبيل رعاية مصلحة عامة جديرة بالاحترام،كإخضاع الفرد لبعض الأفعال التي تمس سلامته البدنية مثل التطعيم الإجباري ضد بعض الأمراض بغرض حماية الصحة العامة

أ- معنى التطعيم أو التلقيح ضد الأمراض:

التطعيم أو التلقيح يعني حث الجسم على تشكيل مناعة ذاتية ضد العناصر الممرضة والأمراض التي قد تصيب الطفل، وصنفت كالآتي: شديدة الخطر،والخطيرة والشديدة الخطر كالسل والتيتانس (كزاز)، وشلل الأطفال والجدري، والشاهوق والحميراء، والخناق،ويعتبر اللقاح ضد هذه كلها اجباريا، أما الأمراض الخطرة كالتهاب السحايا، والكوليرا، والتيفوئيد،والحمى والكلب،فيتم تلقيح الطفل ضدها في حال الضرورة،أي في حال انتشار وبائي في البيئة المحيطة،أو اصابة واحد من المقربين أو في حال السفر و الإنتقال إلى مناطق قد تكون موبوءة [1]

أنواع التطعيم:

- اللقاح ضد شلل الأطفال
- السل (الدرن)

[1]/ مركز الأخبار العالمي ،صحة الطفل ،المرجع السابق ،ص2

- اللقاح الثلاثي البكتيري
- اللقاح ضد التهاب الكبد
- اللقاح ضد التهاب الكبد الوبائي
- اللقاح ضد الحصبة
- اللقاح الثلاثي الفيروسي
- اللقاح الثنائي

3- التنظيم القانوني للتطعيم أو التلقيح ضد الأمراض:

اهتمت التشريعات بموضوع الوقاية من الأمراض فأصدرت العديد من القوانين تلزم الأفراد الخضوع للتلقيحات ونذكر من بين هذه القوانين على سبيل المثال القانون الفرنسي والقانون المصري، وعليه سوف نتعرض للتطعيم في القانون الفرنسي والمصري ثم نبين ذلك في القانون الجزائري.

1- التطعيم في القانون الفرنسي والمصري:

صدرت في فرنسا مجموعة من القوانين خاصة بوقاية الأشخاص من الأمراض حيث أخضع قانون رقم 1902/02/15 التطعيم بصفة إجبارية ضد مرض الجدري ويتم التطعيم في مراحل ثلاثة، عند بلوغ سنة كاملة،إحدى عشر سنة، إحدى وعشرون سنة، ويسأل الولي أو الوصي عن عدم تنفيذ هذا الإلتزام وتطبق عليه المادة 471-1 من قانون العقوبات الفرنسي ثم صدر قانون رقم 07 سبتمبر 1915، وبعده المنشور الصادر عن وارة الداخلية في 10 يوليو 1916 بخصوص مرض الجدري، ثم صدر القانون رقم 1940/11/24 الذي أصبح فيما بعد المادة السابعة من قانون الصحة العامة –وفرض التطعيم الإجباري ضد مرض التيتانوسوصدر قانون رقم 48-1363 في 1948/07/27 ليلم كل شخص يعمل في مؤسسة تفتق للوقاية والعلاج بالخضوع للتلقيحات الإجبارية (الجدري التيفويد والباراتيفود والدفتيريا التيتانوس)، وأجبر القانونرقم 48-1397 الصادر في 1948/09/07 الخضوع للتطعيم ضد مرض والدفتيريا بالنسبة للأطفال الذين تتراوح أعمارهم بين اثني عشر شهرا إلى غاية ثمانية عشر شهرا وللوقاية من مرض الدرن،السل ،صدر القانون رقم 50-7 في يناير 1950 والذي أصبح فيما بعد المادة 15 من قانون الصحة العامة ،وفيما يتعلق بالناحية الفنية للتطعيم ضد الدرن صدر المرسوم 1951/06/09 ليحدد كيفية التطبيق وحالات إعادة التطعيم ومراقبة آثاره الطبية.

أما في مصر فقد اعتنى المشرع المصري بمجال الوقاية العامة من الأمراض وأصدر سلسلة من القوانين، وفي مقدمتها القانون رقم 12 لسنة 1912 والذي وضع جدولا بين فيه الأمراض المعدية في قسمين:

القسم الأول : تضمن مرض التيفوس والجدري والجمرة الخبيثة والحمى الراجعة والحمى المخية الشوكية والحمى التيفودية وإلتهاب المادة السنجابية ....إلخ

القسم الثاني: وتضمن مرض الدفتيريا والحصبة والسعال الديكي والتهاب الغدة النكفية، وقد أجاز القانون المذكور للإدارة الصحية عزل المرضى المشتبه في إصابتهم ومخالطيهم للفحص والعلاج.

ثم صدرت قوانين عديدة تتعلق بمجال الوقاية ،وما يلاحظ عليها أنها أدرفت ذلك بجزاءات جنائية حيث صدر قانون رقم 9 لسنة 1917 الذي فرض التلقيح الإجباري ضد الجدري بخصوص المولودين وذلك في ظرف ثلاثة أشهر من يوم الولادة ونص على مخافة ذلك بالغرامة من 10 قروش إلى 100 قرش،وبالنسبة لمرض الدفتيريا صدر قانون 24 لسنة 1940 وفرض التحصين الواقي من هذا المرض خلال شهرين تبدأ منذ أن يكمل الطفل شهرين وعاقب القانون بالغرامة التي لاتقل عن 10 قروش ولا تتجاوز 100 قرش مع جواز الحكم بالحبس في حالة رفع دعوى جديدة عن المخالفة ذاتها، ووفقا للقانون 58-1941 المتعلق بمكافحة البلهارسيا يعتبر الشخص مخالفا لأحكام هذا القانون إذا امتنع عن تطبيق أحكامه ويعاقب بالحبس لمدة لاتتجاوز 15 يوم وبغرامة لاتزيد عن 5 جنيهات أو بإحدى هاتين العقوبتين،وبالقانون رقم 131 لسنة 1946 المتعلق بمكافحة الجذام فرض الفحص والعلاج الجديين على المجذومين ويعاقب على مخالفة أحكام القانون بعقوبة الحبس تصل ثلاثة شهور أو الغرامة التي تصل إلى 20 جنيه أو بهاتين العقوبتين معا، وأصدر المشرع المصري أيضا القانون 153 لسنة 1947 الخاص بالوقاية من وباء الكوليرا أو الطاعون ونص على وجوب التبليغ عن الإصابة أو الإشتباه بالإصابة خلال 12 ساعة بالنسبة لوباء الكوليرا و24 بالنسبة لوباء الطاعون، من خلال ماذكر يتبين أن مراعاة المصلحة الإجتماعية يحتم المساس بحق الأفراد في السلامة البدنية ،وهو يشكل مظهرا من مظاهر الحق في سلامة الجسم في جانبه الإجتماعي،حيث يراعي الموازنة بين المصالح فتغلب المصلحة التي يرى المشرع أولى بالحماية او أقوى نسبيا،والتلقيح الإجباري يعد من تطبيقات الطابع الإجتماعي لذلك الحق بهدف الحفاظ على الصحة العامة بمقابل التضحية بالمصلحة الفردية،وهو المبرز الذي جعل التشريعات قاطبة ومنها القانون الفرنسي والقانون المصري يعتبره التزاما تضطلع به الدولة،ويرتب الإخلال به المسؤولية الجزائية للأشخاص المخاطبين به والقائمين عليه.

2- التطعيم في القانون الجزائري:

لقد نصت المادة 25 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن أهداف الصحة العمومية تعني مجموعة التدابير الوقائية والعلاجية والتربية والاجتماعية، التي تستهدف المحافظة على صحة الفرد والجماعة وتحسينها، ومن ثم فإن التطعيم له غاية وقائية وأخرى علاجية، ففي مجال الوقاية، فقد أجبر القانون التعرض لبعض التطعيمات بسبب

خطورة العدوى حيث حيث جاء المرسوم رقم 69-88 الصادر بتايخ 17 جويلية 1969 [1]تعداد هذه التطعيمات في المادة الأولة والثانية والثالثة، فأما المادة الأولى فلقد نصت:" إن الوقاية الصحية للطفل بواسطة التلقيح ضد الشلل والخناق والكزاز والشهاق وشلل الأطفال والجدري تكون إجبارية " وأجات المادة الثانية على أنه :" يجوز الأمر بالتلقيح الإجباري ضد الحمى التيفية ونظيرة التيفية والحمى النمشية في حالة الوباء أو خطر حصوله أو انتشار أمراض معدية أخرى ...."

أضافت المادة الثالثة أمرابضرورة التلقيح لبعض الفئات مثل العاملين في السلك الطبي والشبه الطبي للمستشفيات أو في التشكيلات الثابتة أو المتنقلة لمرة واحدة أو أكثر ضد بعض الأمراض المعدية التي من الممكن أن تنقل بواسطة الأفراد المعالجين، وعاقبت المادة 14 من ذات المرسوم بالغرامة التي تتراوح بين 30 إلى 500 دينار لكل من يخالف أحكام هذا المرسوم، وبصدور الأمر رقم 76-79 المتعلق بقانون الصحة أصبح التلقيح أو التطعيم كمظهر من مظاهر الطابع الإجتماعي للحق في سلامة الجسم حيث نص على التلقيحات التالية :

- ب.س.ج B.C.G
- اللقاح ضد الخناق أو ضد الذباح
- اللقاح ضد التيتانوس
- اللقاح ضد السعال الديكي
- اللقاح ضد الجدري
- اللقاح ضد الشلل

أما من حيث العلاج فقد نص القانون على اتخاذ العلاج الإجباري بالنسبة للأمراض المعدية والفحوص الإجبارية بالنسبة في الأمراض العقلية حيث تنص المادة 53 من قانون الحماية الصحية بأنه " يتلقى الأشخاص المصابون بأمراض معدية والذين يشكلون مصدر عدوى علاجا استشفائيا أو حرا ويخضع الأشخاص المتصلون بالمرض لمراقبة طبية " وأوجب المشرع الجزائري على كل طبيب يعلم بوجود مرض معدي بتبليغ السلطات المحلية فورا تحت طائلة العقاب، وتنص المادة 111 من ذات القانون على وجوب اتخاذ تدابير الفحص الإجباري في الأمراض العقلية من طرف السلطات العمومية ولو بغير إرادة الشخص المريض لتقوية مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد وهو خروج عن القاعدة العامة في شروط التطبيب، ومن هنا فإن التطعيمات الإجبارية واحدة من الإلتزامات التي تتحملها الدولة في اطار حماية الطابع الإجتماعي للحق في سلامة الجسم،وما يجدر التنويه عليه أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات قد رصد عقوبات في حالة الإخلال بهذا الإلتزام.

[1]/مرسوم 69-88 مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1389 الموافق 18 يونيو 1969 يتعلق بالتلقيح الإجباري ،الجريدة الرسمية الرسمية العدد 53 لسنة 1969

4-المسؤولية الطبية في التطعيم أو التلقيح

بالإضافة إلى المسؤولية الجنائية المترتبة عن الإخلال بالأحكام التي أشارت إليها القوانين السابقة سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر فإنه من الواجب أن نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أغفل الإشارة إلى الآثار التي تترتب على الأضرار التي قد يتعرض لها الشخص الذي خضع لعملية التلقيح الإجباري ،ذلك أن التلقيح مهما أحيط بضمانات وقيود مشددة من أجل سلامة الطفل، فإن ذلك لا يمنع من وقوع تبعات وأضرار جسيمة قد تصيب الطفل الذي خضع للعملية،وعلى الرغم من عدم وجود اجتهاد قضائي إداري جزائري في مجال مسؤولية المرافق الطبية عن عمليات التلقيح الإجباري ،والقائمة على أساس الخطأ ،فإنه يمكن الاعتماد على موقف القضاء الإداري من نظام المسؤولية للمرفق الطبي بشكل عام،والقول بترتيب المسؤولية إما على أساس الخطأ الجسيم،ويمكن تطبيق مسؤولية المرفق بصفة عامة على أساس الخطأ البسيط عندما يكون الضرر ناجما عن سوء تنظيم أو تسيير إدارة المرفق لخلو اجتهاد قضائي جزائري [1]

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي [2]فقد تراجع في مجال التلقيح عن موقفه،الذي كان يتطلب لإقرار المسؤولية عن التبعات الضارة لأعمال التلقيحات الإجبارية بضرورة إثبات الخطأ الجسيم لمرفق التلقيح ،حيث أصبح يأخذ بنظام مسؤولية الدولة بدون خطأ عن الاضرار الناجمة عن التلقيحات الإجبارية، وبصدور قانون الصحة الفرنسي01/07/ 1964أقر تلقائيا مسؤولية المرفق بدون خطأ عن عمليات التلقيح الإجباري، وعليه فإن هذا أنسب وأحوط وأرفع للغبن على الضرور في إثبات الخطأ الجسيم أو البسيط،نظرا للطابع الإلزامي للتلقيح [3]

ومن هنا تقع المسؤولية الطبية في مجال التلقيح على حسب نوعه،أي إجباري وتقرره الدول من خلال الصحة العامة،الأضرار التي تترتب عليها تؤدي إلى قيام مسؤولية الدولة بصرف النظر عن الجهة الموزعة لها،أما التلقيح الإختياري وهو الذي يطلبه المريض ويصفه الطبيب وتطبق عليه القواعد العامة مع التزام بنتيجة تقع على كاهل القائم بعملية التطعيم ويبقى أيضا التزام الطبيب المعالج التزاما بعناية إذا تعلق الأمر بفاعلية المصل من عدمه في الشفاء من المرض الأصلي،إذ أن التزامه بتحقيق نتيجة يقتصر على عدم الإضرار بالمريض لإستقبال المصل ،ومن الممكن أن يتوجه أولياء لوحدهم لتطعيم أطفالهم من الأمراض السارية قبل وقوعها وذلك في عيادات خاصة ،وهذا يجري العمل به في العديد من الدول [4]، وإذا كان الأصل أن الجسم البشري يعد قيمة في حد ذاته فلايجوز المساس به بأي حال من الأحوال فإن مقتضيات حماية هذا الجسم وقيامه بالوظيفة الفردية والجماعية المنوطة به يخول القانون

/ مراد بدران ،أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن التلقيح الإجباري ،بحث مقدم إلى الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية ،جامعة تيزي [1]وزو،كلية الحقوق ،يومي 23-24 جانفي ،2008 ،ص3-6

في 1964/05/20 ،مقتبس عن :طاهري حسين ،الخطأ الطبي ،والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ،دراسة مقارنة ،دار هومة للطباعة [2]/محكمة ديجون Dijonوالنشر والتوزيع ،الجزائر ،2002 ،ص53

[3]/ مراد بداران ،المرجع السابق ،ص6

/وائل تيسير عساف ،المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة ،أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية [4]الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية ،كلية الدراسات العليا ،نابلس ،فلسطين ،2008 ،ص56

بعض التدخلات المشروعة في مجال أسباب التبرير أو الإباحة ،إذن القانون،أو استعمال الحق ،وهو حق ممارسة الأعمال الطبية،مما ينبغي التعرف على مشروعية التدخل الطبي.

المبحث الثاني: مشروعية التدخل الطبي

من الواضح أن القانون يعاقب عند ارتكاب الفعل المجرم بالعقوبة الجزائية، لأن مفهوم الجرم ينفصل عن خرق القاعدة الجنائية المشكلة للجرم، سواء كان الجرم مدنيا أو جنائيا [1]

ومن بين القواعد المجرمة،القواعد الجنائية التي تنطوي على مساس بمبدا الحصانة القانونية للجسم البشري، ومن أمثلتها في قانون العقوبات الجزائري، المادة 264 بقولها "كل من أحدث عمدا جروحا بالغير أو ارتكب أي عمل من أعمال العنف أو التعدي يعاقب بالحبس من شهرإلى خمس سنوات، وبغرامة من 500 إلى 10000 دج ..."

إن القاعدة الجنائية المعبرة عن الجرم والمعاقبة عليه،يمكن أن تبيح فعلا مجرما حال كون هذا الفعل يعد حقا للفاعل في القيام به،أو موجبا القيام به [2]،لتحقيق مصلحة من المصالح التي يعترف بها القانون، أو لحماية الصحة العامة، أو المصلحة أولى بالرعاية.

ويسمى الفقهاء هذه القاعدة بالقاعدة المبيحة،أو الأفعال المبررة، أو أسباب الإباحة، ومعنى ذلك أن القاعدة التي تسمح أو تأمر بالإضرار بمصلحة محمية قانونا بموجب القاعدة المجرمة يمكن أن تزيل الطابع الجرمي للفعل [3].

إن مباشرة الأعمال من كشف وتشخيص وعلاج، تستلزم المساس بأجسام المرضى مباشرة مثل المساس بما يعد من العورات، أو العمليات التجميلية أو الجراحية العلاجية أو التحاليل، أو بصورة غير مباشرة، كتقديم الدواء والعقاقير التي قد تسبب ألاما أو تغييرات في أجهزة الجسم، أو وظائف الأعضاء، وهذه الأفعال من حيث شكلها يطلق عليها جرائم الإيذاء أو القتل، بحسب النتيجة المترتبة عنها [4]، إلا أن هذه الصفة غير المشروعة لهذه الأفعال وغيرها،من تقطيع وتمزيق لجسم الإنسان تزول متى توافرت شروط استعمال أو مباشرة هذه الأعمال (حق التطبيب) وبالتالي لا تتقرر المسؤولية الجنائية،وعليه سوف نتعرض إلى إباحة بعض أفعال الإعتداء على جسم الإنسان (المطلب الأول) ثم إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان ضمن القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبيبة (المطلب الثاني) ثم أثر التدخل الطبي الحديث على هذه القواعد العامة (المطلب الثالث)

المطلب الأول:إباحة بعض أفعال الإعتداء على جسم الإنسان

يتضمن قانون العقوبات نصوص التجريم التي تجرم وتعاقب،ويتضمن في نفس الوقت نصوص الإباحة التي تنزع صفة التجريم عن الفعل وتجعله مباحا بعد إن كان مجرما،وتنحصر أسباب الإباحة في استعمال الحق، واستعمال السلطة، ورضاء المجني عليه، واستعمال حق الدفاع الشرعي،وقد حددت القوانين العقابية شروط وضوابط هذه

/ لين صلاح ،موسوعة قانون العقوبات العام والخاص ،للعلامة رونيه غارو ،المجلد الثاني ،في الجريمة والعقوبة الجزائية ،منشورات الحلي
[1]الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2003 ،ص263
[2]/ لين صلاح ،المرجع السابق ،ص263
[3]/ نفس المرجع ،ص318
[4]/ عبد القادرالقهوجي ،شرح قانون العقوبات ،القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2002 ،ص272

الأسباب إلا أننا سنقتصر في بيانها ما يفيد الغاية من بحثنا على الإباحة في استعمال الحق،والذي يعني تخويل صاحب الحق عددا لامن المزايا ،فحق الملكية يخول صاحبه مزايا الإستعمال والإستغلال والتصرف في الشيء المملوك،وحق ممارسة الألعاب الرياضية يشمل حق التدريب وحق الإشتراك في المباريات وحق استعمال العنف،وكذلك حق التطبيب والعلاج المخول لكل طبيب مرخص له بمزاولة مهنة التطبيب قانونا الذي يشمل على السبيل المثال حق الكشف على جسم المريض بكافة أجزائه وملا مستها وحق وصف الدواء وحق إجراء الجراحة [1]،وعليه نتعرض إلى سند استعمال الحق (الفرع الأول) ثم شروط استعمال الحق (الفرع الثاني)

الفرع الأول: سند استعمال الحق

يستند استعمال الحق كسبب مبيح إلى سندين إحداهما عقلي (أولا) والآخر قانوني (ثانيا) نأتي على بيانها:

أولا :السند العقلي لإستعمال الحق

طالما أن الحق الذي في ذاته مشروع فإن الوسيلة أيضا مشروعة،ذلك أنه من غير المنطقي أن يقرر الشارع حقا ثم يعاقب على الأفعال التي يستعمل بها، وإذا فعل المشرع ذلك فقد وقع التناقض والتضارب مما يقوض أركان النظام القانوني للدولة وهو القائم على أساس التناسق والتكامل بين أحكامه [2]

ثانيا:السند القانوني لإستعمال الحق

سند هذا السبب الإباحة الذي نجده في المادتين 60 و07 من قانون العقوبات المصري، فطبقا للمادة 60 منه:" لاتسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر الشريعة " وتنص المادة 07 على أنه " لاتخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء "

وبالرجوع إلى الصياغة الفرنسية للمادة 60 يتبين أن " الشريعة " في النص العربي هي ترجمة لكلمة القانون في الأصل الفرنسي،وما تقرره المادتان 60 و07 من احكام إنما تمليه القواعد العامة وهو ثمرة التناسق بين قواعد القانون مما يكفل لاوحدة النظام القانوني للدولة،وإذاكانت المادتان تردد أن الحق بمقتضى الشريعة، فإن تفسير ذلك لايجب أن يقتصر على الحقوق المقررة بمقتضى الشريعة وحدها بل يمتد لكل الحقوق أيا كان مصدرها القانوني [3]، وإذن فأي فرع من فروع القانون يصلح في ظرف خاص مصدرا للحق في إتيان سلوك مما نص عليه قانون العقوبات على تجريمة، ويكون في شأن ذلك الفرع أن يرفع على هذا السلوك في ذلك الظرف الخطر القانوني المانع من الإقدام عليه فيرتفع هذا الخطر في نظر كافة الفروع الأخرى ومنها قانون العقوبات،ويمكن أن تكون الشريعة الإسلامية مصدرا لمثل هذا الحق كما هو الحال في حق تأديب الزوجة بالضرب الذي لا يترك آثارا،فهذا الضرب يعتبر استخداما لحق

[1]/ إسحاق ابراهيم منصور ،الأصول العامة في قانون العوبات ،الجنائي العام ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1979 ،ص57
[2]/ جلال ثروت ،نظم القسم العام في قانون العقوبات ،لاتوجد دار النشر وبلد النشر ،1999 ،ص231
[3]/ نفس المرجع ،ص232

رغم كون هذا الفعل في الأصل مكون لجريمة،وعديدة هي فروع القانونالتي تجعل من اتيان سلوك مافي ظرف معين استخداما لحق رغم أن ذلك السلوك في غير هذه الظروف يعتبر جريمة [1].

فقد يكون القانون العام مصدر ذلك الحق، وقد يكون مصدره القانون الخاص وقد تكون القاعدة القانونية مصدر الحق عرفية لا مكتوبة، ومثال الحق الذي يقرره القانون العام ما يمنحه القانون الدستوري لعضو المجلس النيابي من حرية التفوه في المناقشات بعبارات مما يعتبر في الأصل مكونا لجريمة قذف [2]،لكن يشترط في العرف أن يكون عرفا مستقرا ثابتا لا يتعارض مع قواعد قانونية مكتوبة ويتعلق الأمر بالصالح العام ولا يتعارض مع قواعد الأخلاق والأداب [3].

وفي القانون الخاص يجيز القانون التجاري لساحب الشيك أن يعارض في صرف قيمته عند ضياعه أو سرقته رغم أن هذه المعارضة تكون أصلا لجريمة، وقد يكون مصدر الحق قاعدة قانونية عرفية هي من حيث شكلها تكون سلوك مادي لجريمة إيذاء مقصود كما هو الحال لخرق الأذن لوضع الحلية أو إجراء ختان [4].

أما العادة لا يجوز أن تكون مصدرا للحق، ولا يجوز أن تكون قاعدة من قواعد التحريم، فالعادة لا تنشئ حقا ولا تبرر بالتالي جريمة فإذا جرت العادة بالغناء والتطبيل أثناء الأفراح فإن ذلك لا يبرر مخالفة الإعاج على صورة تسلب راحة الآهلين وأن العادة لا تكون عرفا إلا بالشروط التالية:

- أن تكون عامة يراعيها معظم الناس في وسط اجتماعي أو مهني أو محلي
- أن يكون قد انقضى على نشوئها من كاف
- أن تكون متبعة بانتظام واطراد [5]

الفرع الثاني: شروط استعمال الحق

القاعدة العمة أن تقريري الحق الشخصي أيا كان مصدره يستهدف تحقيق مصلحتين الوالى مصلحة فردية قريبة لصاحب الحق والثانية مصلحة اجتماعية بعيدة للمجتمع ككل ،ولا ينتج هذا السبب ،استعمال الحق ،أثره المبيح إلا إذا اكتملت شروطه من ثبوت الحق (أولا) واستعماله بمعرفة صاحبه (ثانيا) والتام حدوده (ثالثا) وحسن نية من يستعمله (رابعا)

أولا :ثبوت الحق (وجود الحق)

استعمال حق من الحقوق يفترض وجوده، فإن لم يكن ثمة حق فلا محل لحديث عن الإباحة ولا يغني ثبوت المصلحة عن ثبوت الحق ذاته.

ويقصد بهذا الشرط أن يكون النشاط أو العمل الذي يقوم به الشخص استعمالا لحق مقرر في أحد المصادر المعترف بها، وأن يكون قائما وثابتا واستعماله ضروريا وبالقدر اللازم لتحقيق المصلحة التي من أجلها تقر الحق،

[1]/ جلال ثروت ،نظم القسم العام في قانون العقوبات ،لاتوجد دار النشر وبلد النشر ،1999 ،ص231
[2]/ رمسيس بهنام ،المرجع السابق ،ص 324
[3]/ محمد علي السالم عياد الحلبي ،المرجع السابق ،ص111
[4]/ رمسيس بهنام ،المرجع السابق ،ص328
[5]/ محمد علي السالم عياد الحلبي ،المرجع السابق ،ص112

ومعنى ذلك أن الحق إذا لم يكن مقررا أصلا أو زال لأي سبب أو كان متنازعا عليه أي غير ثابت فإن استعماله يكون غير مشروع [1].

ثانيا: استعمال الحق بمعرفة صاحبه

لايعتبر استعمال الحق سببا للإباحة إلا إذا وقع الإستعمال من صاحب الحق أي ممن يخوله القانون مباشرته،ويترتب على ذلك أن استعمال الحق إذا لم يتم ممن لا تتوافر فيه صفة صاحب الحق فلا يعتد به كسبب للإباحة ويبقى فعله جريمة،فالحق في تأديب الزوجة لا يثبت إلا للزوج وحده دون سواه،والراجح في انتقال حق تأديب الصغار المقرر للأب على ابنه إلى من يتولى رقابته كالمعلم في المدرسة والمشرف في الحرفة والمخدوم بالنسبة لخادمه [2]

ويثور التساؤل لمعرفة ما إذا كان استعمال الحق كسبب للإباحة يمكن أن ينتقل من الأصيل إلى النائب أو الفضولي بإعتبار أن كلا منهما ينوب من الناحية القانونية وعلى نحو ما من الاصيل؟ الراجح فقها هو جواز ذلك أن الإنابة سواء بطريق القانون أو بالإتفاق تخول للنائب في حدود ما وبشروط معينة ممارسة حقوق وبالتالي لا يعتبر الوكيل مرتكبا لجريمة [3]

ثالثا:التزام حدود الحق

يشترط في استعمال الحق أن يلتزم ممن هو أهلا للممارسة التزام الحدود المقررة للحق ،وهو ما يعبر عنه بعدم جسامة العدوان الناشئ عن استعمال الحق أو القيد الموضوعي لإستعمال الحق ،فاستعمال حق التأديب المقرر للأب على ابنه لا يجي سوى الضرب البسيط لا الضرب الجسيم،كما أن حق تأديب الزوجة لا يصلح سببا للإباحة ما لم يثبت قيام الزوج باستنفاذ وسائل الوعظ والهجر في المضجع التي توجبها الشرع قبل اللجوء للتأديب البدني وإلا انتفى سبب الإباحة في حقه لعدم تناسب الجرم مع مقتضيات استعمال الحق [4]

رابعا: حسن نية من يستعمل الحق

لايكفي لإعتبار الفعل مباحا تأسيسا على أنه ارتكب استعمالا لحق أن يكون هناك حق مقرر بمقتضى القانون وأن يكون قد التزم حدوده على النحو المتقدم، وإنما يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يكون الفاعل حسن النية.

والمقصود بحسن النية هنا التقييد بالغرض الذي من أجله تقرر الحق،ذلك أن لكل حق وظيفة اجتماعية لا يؤديها إلا إذا استهدف صاحبه باستعماله غرضا معينا،فإذا سعى به إلى تحقيق غرض آخر إنتفى لديه حسن النية ولم يكن له أن يحتج بإستعمال الحق لإباحة فعله ويدخل في عدم المشروعية كأن يقصد إلحاق الضرر والأذى بالغير أو كانت المصلحة المرجوة من استعمال الحق غير مشروع كمن يؤجر منزلا للعب القمار [5].

---

[1]/ اسحاق إبراهيم منصور ،المرجع السابق ،ص58

[2]/* سليمان عبد المنعم ،النظرية العامة لقانون العقوبات ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2003 ،ص369 -370

[3]/ نفس المرجع ص 370

[4]/ نفس المرجع ،ص371-372

[5]/ محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة) ،دار الثاقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن ،2006 ،ص153

فإذا كانت القواعد العامة المتعلقة باستعمال الحق، اماذكر، فإن له تطبيقات عديدة نقتصر منها على إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان كتطبيق لها فيما يلي:

المطلب الثاني : إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان كتطبيق لإستعمال الحق

يقصد بهذا الحق ماولة كل عمل يمس بجسم الإنسان إما بهدف علاجه مما يعتريه من المرض أو تخفيف ألامه أو الوقاية من المرض أو مجرد الكشف عما يشوبه من خلل،كما يشمل إضافة لهذا كافة الأعمال المرتبطة بذلك والمعتبرة ضرورية لتنفيذ هذه الأفعال،وفي ضوء هذا فلا يعتبر الطبيب مرتكبا جرح إذا هو أجرى عملية جراحية لمريضه ولا عن جريمة إحداث عاهة إن ترتب على استئصال عضو أو حرمانه من منفته متى التزم بحسن نية الأصول والقواعد المرعية في هذا الفن،ولا عن جريمة إعطاء المواد الضارة لو أدخل مواد تعتبر من المواد الضارة ولا عن جريمة كشف عورة مريضه بسبب أدائه لهذا العمل [1]وقد تعددت الأراء حول تعريف العمل الطبي ،فيعرفه الأستاذ " سافتيه " في شرحه للقانون الطبي بأنه "ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير،طالما كان هذا العمل يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في عالم الطب "

كما ويعرفه الأستاذ الدكتور محمد نجيب حسني " بأنه ذلك النشاط الذي يتفق بكيفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته، أي وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا أي يستهدف التخلص المرض أو خفيف حدته أو مجرد تخيف ألامه، يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض " [2]

وبتدقيق النظر في التعريفين السابقين،يلاحظ أنهما قصرتا نطاق العمل الطبي على علاج فقط دون ذكر الأعمال التي تكون غايتها المحافظة على صحة الإنسان أو تنظيم حياته،وبالتالي فإن مفهوم العمل الطبي أوسع من ذلك بكثير،ذلك أن دور الطبيب لم يعد مقصورا على شفاء المريض فقط أو وقايته من الأمراض،وإنما أصبح يقوم بتوجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان بالنظر إلى ظروف حياته المهنية والعملية،ويمكن القول أن العمل الطبي هو " ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض الجسمانية والنفسية ،ومحاولة تخليص الإنسان من كل ما يلم به من ألام جسمانية ومعنوية ونفسية " [3]

وقد تطور مفهوم العمل الطبي تطورا ملحوظا فقد كان مقصورا على التشخيص والعلاج،ثم تغير مفهوم العمل الطبي فشمل إلى جانب العلاج التشخيص الفحوص المخبرية والتحاليل الطبية، وعمليات نقل الدم ووصف الأدوية،وإعطاء الإستشارات الطبية والعقاقير [4]،وهو ما يبين قصور التعريف االسابق فضلا عن أنه لم يتعرض لبعض العناصر كالأساس القانوني لمباشرة العمل الطبي ،وكذا مراحله واتساقه مع الأصول الفنية المتعارف عليها في الحقل الطبي.

---

[1]/ سليمان عبد المنعم ،المرجع السابق ،ص373 ،374

[2]/ محمود نجيب حسني ،شرح قانون العقوبات ،القسم العام ،الطبعة السادسة ،دار النهضة العربية ،مصر ،1989 ،ص174

[3]/ منير رياض حنا ،المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ،الطبعة الأولى ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،مصر ،2007 ،ص323

[4]/ محمد القبلاوي ،المسؤولية الجنائية للطبيب ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،مصر ،2004 ،ص09

ونرى أن نعرف العمل الطبي بأنه: " ذلك النشاط الذي يقوم به شخص مرخص له قانونا، وينسجم نظريا مع الأصول الطبية المتعلقة بموضوع الشفاء فحصا وتشخيصا وعلاجا، أو تخفيف المرض أو وقاية الناس من الأمراض الجسمانية والنفسية، بشرط رضاء الشخص الخاضع له، لمصلحة مشروعية فردية أو جماعية " وفي تقديرنا أن هذا التعريف احتوى على العناصر التي يقتضيها العمل الطبي على النحو التالي:

- حدد هذا التعريف أن العمل الطبي نشاط يقوم به شخص مختص، حيث يبين الأساس القانوني للعمل الطبي على الرأي الراجح كما سنوضحه لا حقا.

- وقولنا أنه يتسم نظريا مع الأصول العلمية المتعارف عليها، بيان واضح أن العمل الطبي يجب أن ينساق مع القواعد النظرية والتطبيقية الفنية المرعية في عالم الطبي تمييزا لها عن بعض الممارسات التقليدية في إطار ما يسمى بالطب الشعبي.

- ثم تعرض التعريف إلى مضمون العمل الطبي الذي اتسع ليشمل الشفاء أو تخفيف الألام أو الوقاية في الجانب المادي الجسماني.

- ثم حدد الشرط الموضوعي وهو رضاء المريض بالتدخل الطبي حيث يشكل مبررا لإستعمال حق الطبيب

- وبين التعريف كذلك مراحل العمل الطبي –فحصا وتشخيصا وعلاجا- ثم وضح الغاية من العمل الطبي أو مصلحة أو الحق المحمي قانونا بصفة مشروعة،وهي إما مصلحة فردية متعلقة بالشخص الخاضع له،وفي ذلك بيان للجانب الفردي للحق في سلامة الجسم،أو جماعية وهو الإطار الخاص بالطابع الإجتماعي لهذا الحق وقد أجازت التشريعات الأعمال الطبية بإعتبارها أعمال تحقق للمجتمع مصلحة عليا، هي علاج المرضى،وهي مصلحة تجاوز في أهميتها العقاب على أساس الذي يتعرض له المريض في صحته الجسدية،الأمر الذي ينزع عنه الصفة الجرمية بإعتباره فعلا خاليا من عنصر العدوان أو البغي وملائما بالتالي للضمير الإجتماعي على نحو يجعله مباحا ومشروعا لا تقوم به أية مسؤولية جنائية أو مدنية تأديبية.

نص قانون العقوبات المصري في المادة 176 بند 02 " لا يعتبر جريمة .. العملية الجراحية والعلاجات الطبية المنضبطة على أصول الفن شرط أن تجرى برضا العليل،أو رأي ممثليه الشرعيين، أو حالات الضرورة الماسة " [1]

وتأيد هذه المادة أو تقابلها في قانون العقوبات الأردني المادة 62:" يجيز القانون العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن بشرط أن تجري برضى العليل أو رضى ممثليه الشرعيين أو في حالات الضرورة الماسة " [2]،ومن هنا يثور التساؤل حول الاساس القانوني لإباحة الأعمال الطبية (الفرع الأول) والقواعد العامة التي تحكمها (الفرع الثاني) وتفصيل ذلك مايلي :

الفرع الأول :أساس إباحة الأعمال الطبية:

[1]/ عبد القادر القهوجي ،شرح قانون العقوبات ،القسم العام ،المرجع السابق ،ص273

[2]/ محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات القسم العام ،المرجع السابق ،ص200

لكل عمل طبي هدف ذاتي،وهو ما يبرره،فإذا انفصم عن عمله واستهدف غيره أصبح عملا غير مشروعا جنائيا،فالتشخيص هدفه الكشف عن المرض، وأعمال الوقاية هدفها تحصين المريض ضد مرض معين، والعلاج هدفه شفاء المريض أو تخفيف ألامه أو تسكينها، فإذا استهدف الطبيب هدفا آخر غير الهدف المحدد طبيا لكل من الأعمال سئل جنائيا هذا والسائد إخضاع جميع الأعمال الطبية لحكم واحد هو الإباحة،إلا أن البعض [1]يؤثر تقسيم هذه الأعمال إلى خمس فئات لكل منها حكمها الخاص وذلك على النحو التالي:

أولا: أعمال طبية مباحة إباحة أصلية لعدم تطابقها مع النموذج القانوني للجرائم المقالة لها من هذه الأعمال،فالجراحة الأصل فيها أنها إذا باشرها طبيب فإنها تؤدي إلى شفاء المريض أو تحسين صحته وبهذا فإنها تتجرد من المساس أو الإنتقاص من سلامة جسمه [2].

ثانيا: العلة الثانية تتمثل في رضا المريض كأساس لاباحة التدخل الطبي: فهناك إجماع على أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا برضاه، فيما عدا حالات الإسعاف التي يكون فيها المصاب فاقد الوعي، ولا بد أن يكون هذا الرضا حرا دون أي ضغط أو إكراه مادي أو معنوي [3]، وإن كان البعض [4] يقصر الأساس القانوني على مجرد الترخيص القانوني بمزاولة العمل الطبي إلا أنه في نظر البعض ومنهم الدكتور " سليمان عبد المنعم " يرى أن الترخيص القانوني هو مبرر قانوني بينما رضا المريض هو علته الحقيقي،ولهذا فمباشرة العمل الطبي دون رضا المريض لا تصلح سببا للإباحة إلا إذا تعلق الأمر بحالة ضرورة التي تكون مانعا من موانع المسؤولية الجنائية.

ثالثا:ترخيص القانون لمزاولة هذه المهنة وتنظيمها إنما يعطي لمن يزاولهاحقا، ويقتضي الإعتراف بمثل هذا الحق إضفاء الصفة المشروعة على وسائل استعماله ولو كانت تشكل بحسب الأصل جريمة [5].

رابعا: أعمال طبية لا عقاب عليها لمباشرتها في حالات الضرورة، ومن ذلك إجراء عملية جراحية لإنقاذ حياة مغمى عليه مهدد بالموت، متى توافرت شروط حالات الضرورة

خامسا: أعمال طبية تستمد من إجازة القانون، ومن أمثلتها استئصال عضو من أعضاء الجسم لإنقاذ حياة مريض بعد الحصول على رضائه ‘وذلك نظرا لخروج مثل هذا العمل الطبي من نطاق الرضاء المباح، وعدم دخوله نطاق حالة الضرورة بشروطها القانونية فقد استمد شرعية العمل من إجاة القانون.

وفي نظرنا أعلة وأساس إباحة العمل الطبي يقتصر على شرط حصول الترخيص بمزاولة العمل الطبي، وهو موقف المشرع الجزائري كذلك بدليل المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها " تتوقف ممارسة مهنة الطب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة "

[1]/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي ،قانون العقوبات ،النظرية العامة ،دار المطبوعات ،مصر ،الإسكندرية ،لاتوجد سنة النشر ،ص464
[2]/ نفس المرجع ،ص464
[3]/ سليمان عبد المنعم ،المرجع السابق ،ص374
[4]/ أحمد فتحي سرور ،اغلوسيط في قانون العقوبات ،القسم الخاص ،الطبعة الثالثة ،دار النهضة العربية ،مصر 1985 ،ص598
[5]/ سليمان عبد المنعم /المرجع السابق ،ص374

ومن خلال هذا الترخيص يستطيع الطبيب ممارسة العمل الطبي وفي مقابل ذلك يعد مرتكبا لجريمة نصت المادة 234 من ذات القانون،ويعتبر هذا الأساس شرط في حد ذاته،ويعبر عنه وفق شروط استعمال الحق " ممارسة الحق بمعرفة صاحبه " كما سلف ذكره،وهو شرط شكلي يتضمن الحصول على رخصة من وزير الصحة ،وبالتالي لا يعتبر الحصول على الشهادة المؤهلة كدكتوراه في الطب أو الجراحة مرخصا له ما لم يحصل على هذا الترخيص ،وفي اعتقادنا أن المشرع أحاط بقدر من المعرفة بصعوبة الأعمال الطبية وآثارها في ترتيب الإلتزامات لذا فرض الطابع الرسمي لضمان الرقابة،ولعل الأمر أوجب وأكد خاصة في ظل التطور الطبي الحديث وحجم التدخلات الطبية المخالفة للقواعد التقليدية الثابتة في العرف الطبي ومخالفاتها على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري.

الفرع الثاني: القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية والجراحية

ليستفيد ممارس العمل الطبي من سبب التبرير، ويصبح عمله مشروعا، يجب توافر شروط:

- الترخيص بمزاولة مهنة الطب (أولا)
- رضاء المريض (ثانيا)
- قصد العلاج (ثالثا)
- مراعاة الأصول المهنية المرعية لمزاولة العمل الطبي
- (رابعا) وعليه يجد التعرض لهذه الشروط بالشرح والتحليل على التوالي :

أولا :الترخيص بمزاولة مهنة الطب

أشارت القوانين إلى هذا الشرط ومن بين القوانين القانون اللبناني للصحة العامة الأردني رقم 21 لعام 1971 في المادة 49 فقرة 4 بأنه لا يجوز لأي شخص ممارسة أية مهنة طبية أو صحية أو أية حرفة أخرى مرتبطة بهام الم يحصل على ترخيص بذلك تحت طائلة العقوبة بالحبس من أسبوع إلى سنة أو بالغرامة من عشرة دناني إلى مائتي دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين،ويظل المخالفمسؤولامدنيا وجائيا من الأضرار التي سببها للمريض حتى ولو نجح في شفاء المريض وعلاجه [1].

وحدد نفس القانون في المادة 52 فقرة 2 أن المهن الطبية يلزمها الترخيص وهي الطب وطب الأسنان، التخدير، القبالة، التمريض، واستعمال الأشعة السينية وأجهزة التشخيص والمعالجة الحكمية، واللياقة البدنية والصحية، وأية مهنة أو حرفة طبية أو صحية [2]

وفي الجزائر تنص المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها بأنه:" تتوقف ممارسة مهنة الطب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

[1]/ محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات القسم العام ،المرجع السابق ،ص200
[2]/ نفس المرجع ،ص201

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا، حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها
- ألا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة
- أن لايكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف
- أن يكون جزائري الجنسية ،ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناءا على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة "
- وبالإضافة إلى هذا لا يجوز ممارسة مهنة طبيب اختصاصي أو جراح مختص أو صيدلي مختص ما لم يكن حائزا للشهادة الدالة على التخصص أو شهادة معادلة بدون إغفال الشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة 197 سابقة الذكر (المادة 198 من القانون سالف الذكر)

وتضيف المادة شرط أداء اليمين بالنسبة للحاصلين على رخصة ممارسة المهن الطبية المنصوص عليها في المادة 197 وبذات الشروط كما تنص المادة 199 منه .

ومن فحوى المادة 200 من نفس القانون فقد خولت لطلبة الطب خلال فترة التدريب الداخلي في الدراسات الجامعية ممارسة الطب وجراحة الأسنان والصيدلة في المؤسسات الصحية العمومية وذلك تحت مسؤولية رؤساء الهياكل الممارسين .

ونصت المادة 217 من نفس القانون على شروط ممارسة مهنة المساعد الطبي التي تتوقف على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن يكون قد تلقى تكوينا مطابقا للبرامج المقرر عن طريق التنظيم وحصل على شهادة إختتام هذا التكوين أم على شهادة معترف بمعادلتها
- أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة
- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف
- أن يكون جزائري الجنسية

وتشير المادة 234 من نفس القانون الباب الثامن في الفصل الأول المعنون بالأحكام الجزائية المتعلقة بمستخدمي الصحة إلى تطبيق العقوبات على الممارسة غير الشرعية للطب وجراحة الأسنان والصيدلة ومهن المساعدة الطبية

ومن هنا أن القانون لايرخص كقاعدة عامة إلا للأطباء بممارسة العمل الطبي الذي أجراه، فصلاحية مزاولة مهنة الطب مستمدة من الدرجة العلمية ،فإذا أجاز القانون استثناء لطائفة معينة من غير الأطباء كالممرضات والقابلات بممارسة بعض الأعمال الطبية البسيطة كان حكمهم في ذلك حكم الطبيب بالنسبة للأعمال المرخص لهم بمزاولتها ،فإن فقد من مارسها هذه الصفة فإنه يتحمل المسؤولية الجائية المترتبة عن فعله مسؤولية قصدية، وتقوم هذه

المسؤولية ولو كان العمل بناء على طلب المريض وإلحاحه وتوفرت لديه نية العلاج ولا تمتنع مسؤوليته إلا عند القيام حالة الضرورة ،والحكمة من ذلك هو قصر العمل الطبي على أصحابه وحمايته من المشعوذين والدجالين والدخلاء [1]

ثانيا: رضاء المريض الرضاء هو اتجاه الإرادة ممن له الحق في اصدارها اتجاها صحيحا،يعبر عن قبوله للفعل المتراضي عليه في النطاق والوسيلة اللذين يحددهما القانون،وإذنه لمن انصرف إليه الرضاء بأن يفعل أو يترك ذلك شريطة ألا يكون فيه مساس بالمصلحة العامة [2].

يتعين لإعتبار العمل الطبي سببا لتبرير أو إباحة أن يكون المريض قد رضي به، وهذا شرط يقتضيه الجسم البشري لما له من حرمة تمنع المساس به دون رضاء صاحبه رغم ما يستهدفه هذا المساس في نهاية الأمر من ضمان رعاية الجسم وسيره سيرا طبيعيا [3] وتخلف رضا المريض يجعل الطبيب مخطئا ويحمله تبعة المخاطر الناشئة عن العلاج حتى ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته [4].

وقد يكون الرضاء صادرا من المريض نفسه أو ممن يمثله قانونا،وقد يكون الرضاء صريحا أو ضمنيا،ويستفاد الرضاء الضمني من دخول المريض إلى غرفة العمليات لإخضاعه لعملية جراحية ،ولكن الرضاء لا يستخلص بالضرورة من مجرد ذهاب المريض إلى المستشفى أو عيادة الطبيب إذ أن المريض قد يرضى ببعض الأعمال الطبية دون الأخرى، ويمكن الإستغناء عن رضاء المريض في الحالات التي يكون فيها في وضع لا يسمح له بإبداء ذلك الرضاء لكونه في غيبوبة أو ناقص الأهلية أو عديمها،فهنا يلزم رضاء ممثليه القانونيين أو أقربائه،ولا يلزم الرضاء كذلك في الوضع الذي تقتضي فيه حالة المريض التدخل السريع وعدم انتظار أخذ رأيه أو رأي ممثليه أو أقربائه كمن هو في حادث،ويثور الأمر أيضا عند إجراء العمليات الجراحية حيث تقتضي الضرورة أحيانا إجراء عملية جراحية أخرى ملازمة ولا تحتمل الإنتظار[5].

ومن أمثلة ذلك ما قضت به المحاكم الفرنسية من أن الجراح أثناء قيامه بعملية استئصال الزائدة الدودية قد لا حظ أن مبايض المريضة ملتهبة فإستأصلها دون أخذ رضائها [6]، ولا شك أن رضاء المريض يستفاد بحكم الواقع حالة إخضاع نفسه للطبيب بشأن أعمال طبية عادية كعملية جراحية مألوفة وشائعة،فإذا تعلق الأمر بعملية جراحية حديثة غير مألوفة ،فلا يكفي التصريح الضمني بل لابد أن يكون الرضاء صريحا ،وذلك قبل البدء بالعلاج [7] وأن يستمر إلى وقت التدخل العلاجي من الطبيب،وفي حالة إذا ما عدل المريض عن رضاه،فإن الطبيب يسأل في حالة قيامه بالعلاج دون الحصول على رضاء المريض [8]، بالإضافة إلى ذلك يلتزم الطبيب بإحاطة المريض علما بطبيعة

[1]/ محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات القسم العام ،المرجع السابق ،ص201
[2]/ علي أحمد عبد العبي ،المرجع السابق ،ص411
[3]/ سليمان عبد المنعم ،المرجع السابق ،ص376
[4]/ أحمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،مصر ،2001 ،ص37
[5]/ أحمد حسين منصور ،المرجع الساتبق ،ص39
/ قرار محكمة باريس بتاريخ 1946/02/20 مقتبس عن نادية محمد قزمار ،الجراحة التجميلية ،الجوانب القانونية والشرعية ،دراسة مقارنة ،ط1
[6]،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن ،2010 ،ص100 ،الهامش01
[7]/سليمان عبد المنعم ،مرجع سابق ،ص376
[8]/ منير رياض حنا ،المرجع السابق ،ص323

العلاج ومخاطر العملية من جراء تدخله ويكون مسؤولا عن النتائج الضارة ولو لم يرتكب خطا بإعتبار أنه لم يحط المريض علما بمدى خطورة العملية أو المادة المستعملة [1].

الأصل أن الطبيب كسائر المواطنين له كامل الحرية في ممارسة مهنته وبالطريقة التي يحبذ ،إذ له الحق في قبول أو رفض الدعوة للعلاج طبقا للمذهب الفردي ،فالعلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية يلزم فيها رضا كل من الطرفين،ولا توجد ما يلم الطبيب بتقديم العلاج للمرضى الذين يطلبون المساعدة،ولايعد الشخص مخطئا إلا إذا أخل بواجب يرفضه عليه القانون أو الإتفاق [2]وهذا ما كان مستقر عليه في الفقه والقضاء [3]،حيث أن الطبيب له الحرية في قبول علاج المريض أو رفضه ،ولا يترتب على امتناعه أي مسؤولية وذلك لإنعدام الرابطة السببية بين الضرر والخطأ،علاوة على أن هناك مبدأ هام في التشريعات الجنائية مفاده أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني ،وإن مجرد الإمتناع لا يرتب مسؤولية مالم يوجد نص أو عقد يوجب العمل [4]، وتطبيقا لمبدأ حرية التعاقد يمكن للطبيب الإتفاق على العلاج وتقديم خدماته مع ما يشاء من الأفراد،ويلزم بضمان تقديم العلاج للمريض بمجرد موافقته على أي طلب معالجة،ووقفا لذات المبدأ فإنه يجوز للطبيب رفض العلاج [5]،كما هو منصوص عليه في مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية في المادة الجزائرية في المادة 09 بقولها " ...ويمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة المادة 09 أعلاه،أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج "

وكان اجتهاد محكمة شاتورو الفرنسية عام 1908 [6] " أن من حق الطبيب أن يمتنع عن إجابة دعوة المريض دون أن يتعرض إلى أي جزاء جنائي أو مدني لأن مهنة الطب هي مهنة حرة،وله مطلق الحرية في اختيار عملائه " وقد كان لهذا الإتجاه أثار سلبية لا سيما في الأرياف حيث لا يوجد في كثير من الأحيان إلا طبيب واحد فإذا رفض معالجة المريض فإنه يحرم هذا المريض من العناية الطبية التي يمكن أن تنقذه من الموت لذلك تراجع الفقه والقضاء عن المبدأ السابق والمتمثل في حرية الطبيب بالإمتناع.

وظهرت إتجاهات حديثة [7] تنادي في نسبية الحقوق ووظيفتها الإجتماعية،مما كان له أثر فعال في تقييد الحرية المطلقة للطبيب،حيث أن هناك واجب إنساني وأدبي على الطبيب اتجاه المرضى والمجتمع الذي يحيا فيه ،تفرضه عليه أصول ومقتضيات العمل الطبي [8]، فرغم التسليم في حرية الطبيب في مزاولة مهنته إلا أنه يجب ألا يستعملها إلا في حدود الغرض الإجتماعي الذي اعترف له بها وإلا يعتبر متعسفا في استعمال حقه، ويبدو الإلتزام واضحا في الحالة التي يوجد فيها الطبيب في مركز المحتكر بمعنى أنه في الظروف القائمة لا يوجد سواه لإسعاف وعلاج المريض سواء

[1]/ طاهري حسين ،المرجع السابق ،ص24
/ أحمد حسين منصور ،الخطأ الطبي في العلاج ،محاضرة منشورة في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ،الطبعة الثانية
[2]،الجزء الأول ،المسؤولية الطبية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2004 ،ص440
[3]/ محكمة لاسين 1938/01/04 مقتبس عن أحمد حسين منصور ،الخطأ الطبي في العلاج ،المحاضرة السابقة ،ص440
[4]/منير رياض حنا ،المرجع السابق ،ص307
[5]/ عبد الكريم مأمون ،المرجع السابق ،ص179
[6]/ محكمة شاتور و الفرنسية عام 1908 ،مقتبس عن عبد الكريم مأمون ،المرجع السابق ،ص179
[7]/ محكمة السين الفرنسية عام 1908 مقتبس عن عبد الكريم مأمون ،المرجع السابق ،ص179
[8]/ محمد حسين منصور ،الخطأ الطبي في العلاج ،المرجع السابق ،ص441

أكان ذلك راجعا لمكان وزمان العمل أم للظروف الملحة التي يوجد فيها المريض أم لطبيعة العمل،وذلك كوجود المريض في مكان ناء ولا يوجد سوى طبيب معين لإنقاذه وعلاجه،أو إذا طلب المريض العلاج في ساعة متأخرة من الليل ولايوجد في هذه الساعة غيره،كذلك وجود المريض في حالة خطرة تستدعي التدخل السريع والفوري من الطبيب الحاضر [1].

اعتبر الفقه والقضاء [2] أن مجرد امتناع الطبيب في مثل هذه الحالات يشكل خطأ يستوجب المسؤولية وتطبق بشأن هذا الخطأ قواعد المسؤولية التقصيرية التي من شروطها ثبوت وجود ضرر نشأ من هذا الإمتناع واثبات العلاقة السببية بين الإمتناع والضرر [3]، ومن الجدير بالذكر أن الطبيب يعمل في مستشفى عام أو مصلحة حكومية ليس له أن يرفض معالجة المرضى الذين ينبغي عليه معالجتهم،ونفس الحكم بالنسبة للطبيب الذي يتعاقد مع مؤسسة أو رب عمل على علاج العاملين،فإمتناع الطبيب عن العلاج هنا يثير مسؤوليته التعاقدية، على أساس الإشتراك لمصلحة الغير،لأن العقد المبرم بين الطبيب وإدارة المؤسسة وإن تم بدون إشتراك العمال إلا أنه تم لمصلحتهم وبالتالي يخول للعمال حقا مباشرا يمكنهم من مطالبة الطبيب بالعناية اللازمة لأن جرائم الإمتناع يفترض فيها أن يكون الممتنع ملتزما بالتدخل للحيلولة دون حصول النتيجة وهذا الإلتزام بالتدخل يجب أن يكون سابقا للواقعة،وأن يكون مصدره إما القانون أو الإتفاق،لأنه لا مسؤولية ولا عقاب إذا كان الممتنع غير مكلف بالعمل قانونا أو بمقتضى التزام شخصي [4].

تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية إذاكان الترك أو الإمتناع عن تقديم العلاج يشكل خطئا جنائيا، فالطبيب في المستشفى يكون ملزما قانونا بالتدخل لإنقاذ المصاب الذي هو على وشك الموت،وكذلك الممرضة والشخص المكلف بحكم الإتفاق برعاية الضرير ملمين بالتدخل لإنقاذ المريض أو الضرير [5]، رغم أن المشرع الجزائري لم يشترط سبق وجود الإلتزام بالتدخل ،لأنه بقراءة المادة 182 الفقرتين 01 و02 من قانون العقوبات نجدها تنص صراحة على أنه :" يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 15000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جناية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عليها القانون أو القوانين الخاصة ،ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان بإمكانه قديمها إليه بعمل مباشر منه بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير ..."

[1]/ نفس المرجع ص441

[2]/ محكمة بوردو 1953/10/28 مقتبس عن أحمد حسين منصور المسؤولية الطبية ،المرجع السابق ،ص35 ،الهامش 01

[3]/ عبد الكريم مأمون ،المرجع السابق ،ص183

[4]/ جندي عبد المالك ،الموسوعة الجنائية ،عقوبة ،قتل وضرب وجرح ،الجزء الخامس ،دار العلم للجميع ،بيروت ،لبنان ،لاتوجد سنة النشر ،ص691

[5]/ بلعيدي فريد ،مسؤولية الطبيب الممتنع جنائيا في التشريع الجزائري ،بحث مقدم للملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية ،جامعة تيزي وو ،كلية الحقوق يومي 23 و24 جانفي 2008 ص 04

وتجيز المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية الطبيب إسعاف المريض في حالة الخطر الوشيك،وتضيف المادة 05 من ذات المدونة بأنه:" يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض " بتوجيه المريض إلى زميل آخر أو إلى طبيب اختصاصي، ومن هنا يتبين أن المشرع قد أخذ بحرية الطبيب في تدخلاته الطبية واختيار زبائنه كأصل عام،لكن بشرط أن يقوم بتوجيه المريض إلى اختصاصي أو طبيب آخر وفي ذلك مصلحة للمريض،إلا أن المشرع أجبر الطبيب على القيام بالعمل الطبي وإسعاف المريض وذلك في حالة الضرورة والتي يعبر عنها المشرع بـ " الخطر الوشيك " تحت طائلة العقاب،لكن يثور التساؤل حول التدخلات الطبية الحديثة، هل يمكن إسقاط هذه الأحكام عليه؟إن الذي يبدو لنا أنه لابد من دراسة كل تدخل طبي على حدا وقياسه ضمن ميزان الضرورة لمعرفة مدى حرية الطبيب أو الزاميته بالتدخل، وإن كان الرضاء يبيح أعمالا فلا يجوز تعميمه لأن الرضى لا يعتبر سببا عاما للتبرير ،فهناك بعض الجرائم التي تنال بالإعتداء حقوقا ذات الأهمية الإجتماعية ولولا هذه الأهمية ماقامت الحاجة إلى حمايتها بالجزاء الجنائية،وتطبيقا لذلك ،فإن جرائم الإعتداء على أمن الدولة وتزييف العملة وجرائم القتل والجرح والضرب على الجسم لا يعتد فيها برضاء المجني عليه لأن الرضاء لا يدخل ضمن أركان الجريمة، فمثلا تتوافر أركان القتل حتى ولو رضي المجني عليه بل ولو طلب ذلك صراحة [1].

وفي الفقه الإسلامي،لايجوز كذلك للطبيب أن يتدخل تدخلا علاجيا إلا بعد موافقة المريض إذا كان أهلا بأن يكون بالغا عاقلا مدركا لما يأذن به (أو وليه إذا كان ناقص الأهلية) بعد أن يبين له الطبيب تشخيص مرضه ومدى خطورته وأثر الإجراء الطبي،عن عائشة رضي الله عنها قالت : " لدونا لدونا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأشار أن لا تلدوني فقلنا،كراهية المريض للدواء،فلما أفاق قال: ألم أنهكم أن لا تلدوني،لايبقى أحد منكم إلا لد " [2]،ويستثنى من ضرورة الحصول على إذن المريض الحالات العاجلة (أو الخطرة)،لأن الضرورات تبيح المحظورات والخوف على النفس ضرورة تبيح للطبيب ترك الإستئذان،أما لو امتنع المريض عن العلاج ولم يأذن به،فإنه ليس على الطبيب مسؤولية إذا ترك علاجه مت كان امتناع المريض عن أهلية وإدراك تام لأثره.

ثالثا :قصد العلاج :لا يباح عمل الطبيب إلا إذا كان القصد منه علاج المريض وصيانة جسده والعمل على سيره سيرا طبيعيا منتظما ،فإذا استهدف به غرضا آخر كإجراء تجربة علمية أو إعانة امرأة على منع الإنجاب دون ضرورة صحية لا يقبل منه الإحتجاج باستعمال الحق في مزاولة مهنة الطب ويكون فعله غير مشوع قانونا ،ولو وقع برضاء أو إلحاح المجني عليه ،لأنه لا يباح المساس بالجسم البشري أو التدخل الطبي على الجسم لإشباع شهوة علمية [3]

ومن صور إجراء العمل الطبي لغرض غير علاجي التدخل الطبي قصد تحقيق الربح في الحالة التي يكون الهدف أو الدافع الوحيد وراء تدخله مما يترتب عليه من انتفاء الطبيب لوسيلة العلاج الأكثر ربحا بالنسبة له وليست تلك الأكثر ملائمة لصحة المريض، ولقد أيد القضاء مسؤولية الطبيب الذي يقنع مريضه بإجراء عملية جراحية وحمله

[1]/ محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات القسم العام ،المرجع السابق ،ص194

/ رواه مسلم ،كتاب المرض والطب ،التداوي باللدود ،الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي ،مختصر صحيح مسلم ،الجزء الثاني [2]،المرجع السابق ،ص388

[3]/ محمد صبحي نجم ،المرجع السابق ،ص203

عليها بواسطة الكذب مدعيا خطورة الحالة رغم أنها لا تستدعي التدخل الجراحي،وذلك طمعا في العائد الربحي التي تدره العملية على الطبيب، كما تصبح مسؤولية الطبيب محل بحث إذا خرج عن الهدف والغاية المفروضة عليه،شفاء المريض محل العلاج، لغاية أخرى كالبحث العلمي،فإن ذلك يعد خطأ يستوجب مسؤوليته متى أحدث ضررا بالمريض.

رابعا :مراعاة الأصول المهنية المراعية لمزاولة العمل الطبي

ومؤدى ذلك أن إباحة العمل الطبي تظل مرهونة بإتباع الأصول الطبية المتعارف عليها في مجال مهنة الطب والتقيد بالقواعد العلمية التي توجبها ممارسة المهنة ،فإذا التزم الطبيب بهذه الأصول والقواعد فإن ما يقع منه من عمل يعتبر مشمولا بالإباحة أيا كانت نتائجه متى توافرت باقي الشروط الأخرى[1]، وبالتالي يخرج العمل الطبي من دائرة الإباحة إن أخطأ الطبيب خطئا عاديا أو مهنيا (الخطأ الفني) [2]،فالخطأ العادي هو ما يصدر من الطبيب كغيره من الناس أي كفعل مادي يكون بارتكابه مخالفة لواجب الحرص المفروض على الناس كافة،كإجراء العملية في حالة سكر أو إهمال في تخدير المريض قبل العملية [3]،والخطأ الفني هو الخطأ الذي يقع فيه الطبيب لدى مخالفته القواعد الفنية التي توجبها عليه مهنته التي يجب عليه مراعاتها ولا إلمام بها،وهذا الخطأ على درجة من الغموض فمن الصعب معرفته،لذلك يستعين القاضي بأهل الخبرة من أعلام مهنة الطب،ومن أمثلة الخطأ المهني الخطأ في التشخيص إذ يعين على الطبيب إن يشخص داء المريض بكل حكمة وتبصر وعلى أساس من العلم والفن وأصول المهنة وليس برعونة وطيش أو عدم التسلح بالمعلومات الضرورية المفيدة التي تساعده على تكوين رأيه [4]،وفكرة الأصول المهنية والقواعد العلمية فكرة دقيقة لأنها لا تعني مساءلة الطبيب لمجرد أنه أجرى عملية جراحية حديثة بأسلوب حديث متى كان الأمر مقبولا علميا ،ولو لدى البعض، إذا كان هدف الطبيب شفاء المريض،ولا يسأل الطبيب بكونه قد أهمل وسيلة علاج واتبع أخرى بإعتبار أن الخلاف العلمي وراد على ألا تكون الطريقة المتبعة مهجورة تماما ومتفق على هجرها في الحقل الطبي،ومن أمثلة ذلك عدم مراعاة الأصول العلمية ممن يجري العملية بأدوات غير معقمة أو في ظروف غير مواتية بالمرة كأن يكون سكرانا أو يستعين بمن لا يجوز له الإستعانة بهم في العمليات الجراحية،أو يصدر عنه سلوك كاشف عن الإهمال غير المغتفر كأن ينسى أداة جراحية في الجسم المريض، ومن هنا فإن عدم اتباع الأصول المهنية والقواعد العلمية في مجال مهنة الطب يعتبر الطبيب مخطأ وهذا يكفي لمسائلته عن جريمة غير عمدية،وقوام هذه المسؤولية ،الجنائية عن الجرائم غير العمدية بل يتم الإستهداء بقواعد المسؤولية المهنية التي تحكم العمل الطبي باعتباره عمل له أصوله وقواعده المهنية ويفرض على أربابها من الواجبات والإحتياطات مالا يفرض على الأشخاص العاديين،ولما كان الشفاء لا يخضع دائما لسلطان الطبيب أو الجراح،كمناعة الجسم ودرجة استهدافه للمرض، وحالته من حيث الوراثة، والمناعة، واصابته بأمراض أخرى،وقصور

[1]/ أحمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية ،المرجع السابق ، ص63

[2]/ محكمة باريس 1925/03/07 مقتبس عن أحمد حسين منصور ،الخطأالطبي ،المرجع السابق ،ص452 الهامش 1 و2

[3]/ طاهري حسين ،المرجع السابق ،ص17

[4]/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ،الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية ،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2007 ،ص22

العلوم الطبية التي قد تقف عاجزة عن علاج كثير من الأمراض وفي كثير من الحالات لايفعل الطبيب أكثر من تخفيف الألم ،فإنه يثور التساؤل عن مدى التزام الطبيب في التدخل الطبي ؟ وهو مانحاول دراسته فيما يلي:

الفرع الثالث: مدى التزام الطبيب

إن الصبغة الفنية لها تأثير مهم في معرفة الإلتزام الذي يقع على الطبيب ، وسواء كانت العلاقة بين الطبيب والمريض محكومة بالعقد أم خاضعة للقواعد العامة، فإن المرجع في تحديد مداها هو قواعد المهنة الطبية، وإن كان الخطأ العادي لا يحتاج فيه لأجل التعرف عليه الاسترشاد الخبرة الطبية، فإنه في الخطأ الطبي يعد الطبيب مخطئا كلما خالف القواعد التي تفرضها عليه أصول مهنته، وأن التمييز التقليدي بين الإلتزام بنتيجة والإلتزام ببذل عناية إنما يستند إلى معيارين رئيسيين ،وهو إرادة الدائن عندما تشترط تحقق نتيجة، أو معيار الإحتمال عندما تتعلق هذه الإرادة باحتمال تحقق نتيجة [1].

إن العلاج ليس عقدا للشفاء وإنما هو عقد ببذل أقصى درجة ممكنة في الرعاية والعناية (أولا) أو بمعنى آخر يكون إلتزام الطبيب في الأصل التزاما بتحقيق نتيجة استثناء من الأصل (ثانيا) . وهذا ما سنبينه اتباعا:

أولا : التزام الطبيب ببذل عناية:

من المتفق عليه أن التزام الطبيب يوجب عليه سلامة المريض، وليس المقصود بهذا ولا شك أن يلتزم الطبيب التزاما محددا بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، ذلك أن الطبيب معالج وليس تاجر لأن شفاء المريض يتوقف على حالات عديدة منها مناعة الجسم وقوة أمعان المرض فيه والوراثة والسن.

فالمريض الطاعن في السن أو الهرم يكون معرضا للمرض بصورة أكثر بكثير من الشباب، كما يتوقف الأمر على مدى التطور العلمي، فالقصور العلمي يسد الطريق أمام الشفاء من العديد من الأمراض، وثمة آفات مرضية ما زالت مستعصية نظرا للطبيعة الغامضة للجسم البشري. وهذا يجعل من غير المعقول إلزام الطبيب بشفاء المريض، فهو في مثل هذه الأحوال وغيرها يصعب التنبؤ أو الجزم بالنتيجة التي يفضي إليها التدخل الطبي [2] .

وقد سار القضاء المصري [3] والأردني [4] والفرنسي على نهج اعتبار التزام الطبيب التزام ببذل عناية. ومثال ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية [5]الشهير الصادر 1936/05/20 التي أشارت فيه إلى أن مسؤولية الطبيب بما هو عليه عقدية ،وان مضمون التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية،وأن شفاء المريض هو أمر لا يمكن فرضه على الطبيب إذا لم يكن الشفاء بمقدوره [6]

إذا أدى التدخل الطبي إلى نتيجة عكسية كأن يخيب العلاج أوتسوء حالة المريض الصحية ،فلا يعد الطبيب مخطئا مالم يقيم الدليل على ذلك باعتماد على معيار موضوعي ،وهو معيار الطبيب المعتاد المجرد من ظروفه الخاصة

[1] -إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ، المرجع السابق ، ص .48 .
[2] -نفس المرجع ، ص . 49-50 .
[3] -محمد سامي الشوا ، المرجع السابق ، ص . 426 . الهامش . 2 .
[4] -نادية محمد قزمار ، المرجع السابق ، ص . 85 . الهامش 1.
[5] - قرار محكمة النقض الفرنسية 1936/05/20 مقتبس عن أحمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية ،المرجع السابق ،ص204
[6]-أحمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية ،المرجع السابق ،ص204

والمحاط بذات الظروف التي أحاطت بالطبيب المعالج،وذلك بمقارنة ما فعله هذا الطبيب بما كان سيفعله الأول بفرض تساوي المرتبة من حيث الشهادة والإختصاص ونحوهما،كظرفي الزمان والمكان لأنه ،من غير العدل محاسبة طبيب أجرى عملية في ظل شح الأجهزة الطبية اللازمة، ويعتمد على عنصر الزمن كذلك ليثبت خطأ الطبيب الذي يلجأ إلى استخدام طرق مهجورة بالإستناد إلى خبرة ذوي الإختصاص،وما يجري العمل به بما يتماشى والحياة العصرية ويواكب التطور العلمي الحديث [1]،فإذا كان الأصل التزام الطبيب ببذل عناية،فماهي حالات التي يتحول فيها التزام الطبيب إلى تحقيق نتيجة ؟

ثانيا :التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

إن فكرة الإحتمال تحول دون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة ولكن إذا زال هذا الإحتمال كانت مسؤولية الطبيب بتحقيق نتيجة كما في استعمال الأدوات والأجهزة الطبية وعمليات نقل الدم والتحاليل الطبية وعمل التركيبات الطبية وكذلك الإلتزام بضمان سلامة المريض [2].

لقد كان للتطور العلمي والفني وزيادة استخدام الآلات الحديثة وما ينطوي عليه ذلك من مخاطر للإنسان أثره الواضح على اتجاه القضاء المتزايد في التوسيع في تفسير أحكام المسؤولية عن حراسة الأشياء والتي تؤدي إلى الإضرار بالغير، بإسقاط ذات الأحكام على نطاق المسؤولية الطبية من جراء استخدام هذه الأدوات الطبية في عمليات العلاج والجراحة [3].

والأضرار المقصودة ليست تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة فحسب،بل يقع الإلتزام على الطبيب حتى باستخدام الآلات السليمة التي تحدث أضرار بالمريض،وهذا الإلتزام بتحقيق نتيجة،فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى ولو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه ،إلا أنه يستطيع التخلص من المسؤولية طبقا للقواعد العامة بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه [4].

وفي عمليات نقل الدم يجب أن يعطي المريض دم من فصيلة دمه ذاتها وأن يكون الدم خاليا من الأمراض لكي لا يصاب بأضرار جسدية،ويؤخذ الدم من المتبرع مباشرة أو من مصرف الدم فليلتزم الطبيب والمصرف حالة تقديم دم متعفن أو حامل لبعض الأمراض،لأن تقديم دم سليم من الطبيب والمصرف هو التزام بتحقيق نتيجة [5] وكما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن العقد المبرم بين إحدى المستشفيات (المشترط) ومركز نقل الدم (المتعهد)يتضمن في ثناياه اشتراطا لمصلحة المريض (المستفيد) إعمالا لقواعد الإشتراط لمصلحة الغير حقا مباشر يستمده من عقد لم يكن طرفا فيه [6].

---

[1]-ابراهيم علي حمادي الحلبوسي ،الخطأ المهني والخطأ العادي ،المرجع السابق ،ص52

[2]-نفس المرجع ،ص54

[3]/ أحمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية ،المرجع السابق ،ص212

[4]/نفس المرجع ص 213

[5]/ طاهري حسين ،الخطأ الطبي والخطأالعلاجي ،المرجع السابق ،ص27

[6]/ ابراهيم علي حمادي الحلبوسي ،المرجع السابق ،ص55

أما في التحاليل الطبية تعتبر هذه التحاليل من العمليات التي تقع على محل محدد تحديدا دقيقا،لذا فإن التزام الطبيب بالنسبة للتحاليل العادية التزاما بتحقيق نتيجة وهي سلامة التحليل ودقته،وتقوم مسؤولية الطبيب بمجرد حصول ضرر للمريض،ولا يستطيع الطبيب دفع المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يدله ويستثنى من ذلك التحاليل الدقيقة،كالتحاليل الخاصة بمرض السرطان ،حيث يعتبر التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية،والسبب في ذلك أن النتيجة احتمالية،ولا توجد فيها أصول علمية مستقرة ثابتة،كون هذه التحاليل دقيقة ولا يمكن الكشف عنها بسهولة [1]

أما بخصوص التحصين،فقد مر معنا عند الحديث عن المسؤولية الطبية في التطعيم أو التلقيح أنه التزام محدد يتمثل في سلامة المادة التي تقدم،بحيث يجب أن لا تؤدي إلى الحاق الضرر بالشخص الذي تقدم له،وهذا يعني أنه يجب أن يتأكد الطبيب من سلامة المصل وخلوه من الجراثيم وان يعطى بصورة صحيحة،أما عن مدى فاعلية هذا المصل، فهو التزام ببذل عناية،وبالنسبة للتحصين الإجباري الذي تقوم به الدولة ،فهي مكلفة بضمان سلامة المواطنين وتسأل الدولة عن ذلك باعتبارها متبوع

أما بالنسبة لتركيبات الأعضاء الصناعية فنتيجة للتقدم العلمي بدأ الإنسان بإستخدام الأعضاء الصناعية كوسيلة لتعويضه عما يفقده من أعضائه الطبيعية وما يصاب منها بعجز أو ضعف وتشير عملية تركيب الأعضاء الصناعية المسؤولة الطبية من جانبين،جانب طبي يتمثل في مدى فعالية العضو الصناعي وتناسبه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص الموجود لديه،وهنا يلتزم الطبيب ببذل عناية ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا ثبت تقصير من جانبه،والجانب الآخر هو مدى سلامة العضو الصناعي وجودته وهذه مسألة تقنية يكون التزام الطبيب فيها بتحقيق نتيجة،وهي ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته ومناسبته لجسم المريض،وعليه تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان العضو رديء الصنع أو لا يتفق مع مقياس الجسم أوسبب أضرار للمريض [2] وإلى جانب ذلك يضمن الطبيب سلامة المريض ويكون التزامه التزاما بتحقيق نتيجة ،وتضمن هذه السلامة داخل المستشفى،فإذا أمر الطبيب بإدخال مريض إلى المستشفى أو إلى صالة العمليات فعلية أن يتوخى سلامته من الأمراض المعدية [3].

[1]/منير رضا حنا ،المرجع السابق ،ص218
[2]/ابراهيم علي حمادي الحلبوسي ،المرجع السابق ،ص56
[3]/ نفس المرجع ،ص59

الفصل الثاني:

التدخل الطبي الحديث على جسم الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية

تمهيد:

إن التطور المتميز للعلم قلب بشدة الأوضاع التي كان يزعم القانون تنظيمها وكذلك قلب القواعد القانونية، حيث زعزعت التقنيات الطبية والتي سمحت باستخدام مواد الجسم أسس التطور القانوني ،مما أجبر رجال القانون التفكير وإعادة صياغة هيئاته التحليلية و مراجعه

ودائما ما تلتقي المستجدات الطبية صعابا شرعية من جهة اعتمادها في مصاف المباحات شرعا، حيث أنها تؤثر في الحياة الاجتماعية حركة تبادلية، الأمر الذي يجعل اتخاذ تنظيم تشريعي يضبط هذا التأثير بما يحقق العدالة وبما يحتكم إليه المجتمع من مرجعيات قانونية، دينية أمرا لازما ...ليلا يترك التجريب والبحث العلمي في أيدي العلماء المختصين وحدهم.

إننا نشهد اليوم ونحن على عتبة العصر التكنولوجي الرقمي تقنيات طبية لها خطورتها وأهميتها في شتى المجالات، وتؤثر على نطاق المسؤولية الجنائية لحماية الجسم البشري، ومن بين هذه التدخلات الطبية وعمليات التلقيح الاصطناعي(المبحث الأول) وعمليات تغيير الجنس (المبحث الثاني)

المبحث الأول: التلقيح الاصطناعي وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان

لما كان الإنجاب غريزة فطرية لا يمكن الاستغناء عنها كونه يحقق استمرار الأسرة ويحافظ عليها كمؤسسة اجتماعية، تتشكل وفقا لطبيعتها من الزوجين والأولاد بصفة أساسية، فإن فشل الأزواج في تحصيل الذرية لمانع في أحد الزوجين ،سواء الرجل أو المرأة أو كلاهما يؤدي بالضرورة إلى مشاكل وهواجس تهدد الحياة الزوجية واستقرارها ،ويلقي بظلاله وأثاره النفسية والصحية والاجتماعية عليها [1].

ويعد في بعض المجتمعات خاصة النامية وجه من أوجه النقض التي تلحق بالشخصية سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، وقد أتى في نصوص القرآن تسمية هذا المانع بالعقم.

قال تعالى :" لله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ،أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما إنه عليم قدير " [2]

ويختلف العقم عن التعقيم فالتعقيم هو " عملية جراحية ترمي إلى جعل الشخص ذكرا أو أنثى غير صالح للإنجاب " وكقاعدة عامة منع المشرع الجزائري التعقيم إذا تم اللجوء إليه بدون سبب مشروع، حيث تنص المادة 33 من مدونة أخلاقيات الطب بالمرسوم 92-276 على أنه: " لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون " أما العقم هو عدم القدرة على الإنجاب بالطرق الطبيعية "[3]

1/ علي محي الدين القره ،علي يوسف المحمدي ،فقه القضايا الطبية المعاصرة ،الطبعة الثانية ،دار البشائر الإسلامية ،بيروت ،لبنان ،2006 ،ص562

2/ سورة الشورى ،الآيتان ،49.50

3/مروك نصر الدين ،التلقيح الإصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ،بحث منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى " عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب " العدد الثاني ،السنة 1999 ،ص177 ،181

ونظرا لهذه المشكلة العويصة بدأ الطب يساعد على حل المشكلة بجدارة وجدية، ولم تقف عجلته عن التقدم في هذا المجال كما في غيره من المجالات الأخرى، فقد شهد تطورا كبيرا في التشخيص ووسائله، وفي العلاج وطرقه ومواده، سواء كان العلاج تدخلا جراحيا لإزالة العقبة أو معالجة وضع أو مرض كان يحول دون إتمام عملية الإخصاب، أو كان هذا العلاج دواء ينشط ويساعد على الإخصاب أو يعالج التهابا أو عقبة طبيعية غير عادية تحول دونه.

وإلى هذا الحد لم يكن الأمر ليجلب أنظار رجل القانون أو رجل القانون أو رجل الشرع للوقوف على مدى شرعية أو عدم شرعية هذا التدخل الطبي العلاجي، ولم يكن ليثير مشكلات كبيرة لكون هذا التدخل لم يخرج عن النطاق المألوف للمساعدة الطبية، فكان ينطبق عليه من القواعد القانونية والشرعية ما ينطبق عليها فيما يتعلق بمسؤولية الطبيب ودوره والحدود المسموح بها فيما يقوم به من علاج أو تجارب أو تدخلات جراحية.

إلا أنه ومنذ عام 1791 دخلت المساعدة الطبية على الإنجاب منعطفا مهما عندما ظهرت أولى عمليات ما يسمى (بالإخصاب الصناعي) كوسيلة فعالة لتكوين الجنين في حالة فشل الطرق العادية الأخرى للمساعدة الطبية، فاتحة عهد جديد من التدخل الطبي الحديث [1].

سوف نبحث هذا الموضوع بداية ببيان مفهوم التلقيح الاصطناعي (المطلب الأول) ثم مشروعية التلقيح الاصطناعي (المطلب الثاني) ثم شروط التلقيح الاصطناعي وما توفره هذه الشروط من حماية جنائية (المطلب الثالث)

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

أنه من المعلوم أن تخلق الولد إنما هو من السائل المنوي الذي يخرج من الرجل فيصل رحم المرأة المستعد للتفاعل، وقد يكون وصول الماء إلى رحم المرأة عن غير طريق الاتصال الجسماني المعروف، وهو ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي، ولما كان معرفة حكم الشيء فرعا من تصوره فإنه يجدر بنا في هذا المطلب بيان مختلف تعاريف التلقيح الاصطناعي (الفرع الأول) وأنواعه المختلفة (الفرع الثاني)

الفرع الأول :تعريف التلقيح الاصطناعي

التلقيح في اللغة من لقحت الناقة لقاحا، واللواقح من الرياح التي تحمل الندى تم تمجه في السحاب فإذا اجتمع في السحاب صار مطرا، قال تعالى: "وأرسلنا الريح لواقح " [2]

يطلق التلقيح الاصطناعي اصطلاحيا على التقاء الحيوان المنوي ببويضة المرأة بطريقة صناعية أي بغير الاتصال الجنسي المباشر بغرض الحمل، وبناء على ذلك يطلق على وضع الحيوانات المنوية في الجهاز التناسلي للمرأة، أو إخصاب بويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي [3]، ويعرف بأنه :" إدخال مني رجل في رحم امرأة بطريقة آلية "

[1]/ أحمد محمد لطفي أحمد ،التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2006 ،ص52 ،53

[2]/ سورة الحجر ،الآية 22

[3]/ أحمد محمد لطفي أحمد ،المرجع السابق ،ص59

أما الموقف التشريعي من تعريف التلقيح الاصطناعي فهناك من أعطى تعريفا له وأثر البعض ترك هذه المهمة للفقه باعتباره أولى بالاختصاص، واقتصر البعض الآخر على ذكر الشروط.

ولم يضع المشرع المصري تعريفا عاما للإنجاب الاصطناعي.

نظرا لعدم وجود تعريف جامع اجتهد الفقه في مصر وقام بوضع تعريفات متعددة له حيث ينظر كل فقيه إلى الإنجاب الاصطناعي من زاوية خاصة به ومن أهم هذه التعريفات :" الإنجاب الاصطناعي " هو " عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة وذلك بالتحقق من إدخال الحيوان المنوي الزوج إلى زوجته أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي " [1].

أما أطفال الأنابيب ،فهي أن يأخذ الطبيب عينة من الحيوانات المنوية للرجل ،كما تؤخذ بويضة من الزوجة ،ويضعها في مكان يشبه الرحم تماما في درجة الحرارة وجميع ظروفه، وبعد التأكد من إتمام عملية التلقيح، تزرع البويضة الملقحة داخل رحم الزوجة حتى يكتمل نمو الجنين وتتم عملية الولادة [2].

ولم يتخوف المشرع الفرنسي من وضع تعريف للتلقيح الاصطناعي وإن كان اللفظ مختلف حيث استخدم لفظ " المساعدة الطبية" وذلك في القانون المتعلق باستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية للإنجاب الاصطناعي الصادر في 29 جويلية 1994 المعدل لقانون الصحة العامة حيث تنص المادة 152-1 منه بأن " المساعدة الطبية على الإنجاب كل تصرف سريري أو حيوي يسمح بالحمل ضمن مخبر ،نقل الجنين ،التلقيح الاصطناعي وكذلك كل وسيلة تتمتع بنفس الأثر وتسمح بالإنجاب خارج السياق الطبيعي "

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد عبر عنه في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة [3].

بلفظ التلقيح الاصطناعي ولم يأت على تعريفه بل اكتفى ببيان شروطه التي سنأتي على بيانها لا حقا.

ومن خلال تعديل قانون الأسرة تبين أن المشرع قد اختار أن يساير العصر وأن يستفيد من التقنيات الجديدة المعاصرة، وأن يجد حلا لمعضلة عسر الإنجاب لدى عدد لا بأس به من الأزواج فقرر اعتماد التلقيح الاصطناعي كوسيلة من وسائل وطرق إثبات النسب كلما توفرت الشروط [4] ، ولاستجلاء التعريف أكثر بنا التعرف على أنواعه

الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي

يمكن التمييز بين نوعين من التلقيح الاصطناعي، نوع يجري على نطاق العلاقة الزوجية، ونوع يجري خارج نطاق العلاقة الزوجية وكلاهما قد يتم داخل الرحم، فيسمى تلقيح اصطناعي داخلي (أولا) أو يتم خارج الرحم، فيسمى تلقيح اصطناعي خارجي (ثانيا)

أولا: التلقيح الاصطناعي الداخلي

---

[1]/ علي محي الدين القره ،علي يوسف المحمدي ،فقه القضايا الطبية المعاصرة ،الطبعة الثانية ،دار البشائر الإسلامية ،بيروت ،لبنان ،2006 ،ص564،565

[2]/ حسن حسانين ،أحكام الأسرة الإسلامية ،الطبعة الأولى ،دار الآفاق العربية ،لا توجد بلد النشر ،2001 ،ص374

[3]/ الأمر 05-02 المؤرخ في 27 يوليو 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 الصادر في 1984/06/11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري

[4]/ عبد العزيز سعد ،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجائر ،ص2007 ،ص103

يثور التساؤل عن المقصود بالتلقيح الاصطناعي الداخلي وصوره، وبالتالي يجدر بنا تقسم هذه العناصر إلى النقاط التالية:

I.المقصود بالتلقيح الاصطناعي الداخلي:

يقصد بالتلقيح الداخلي عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لوجها أو لأحد الأغيار في المكان المناسب في المهبل، يستوي أن يكون السائل المنوي طازج Frais أو مجمد[1]. Congélé وإن كان النوع الأول يفضله الأطباء عملا لأن معدل نجاحه يكون أعلى مما لو استخدم سائل منوي مجمد ،كما أن استخدامه يثير قانونا وعمل بعض المشاكل[2].

II.صور التلقيح الاصطناعي الداخلي:

يتخذ التلقيح الداخلي عدة صور، بالنظر إلى أطراف العلاقة الزوجية أو بتدخل الغير، وحال حياة الزوجين أو الزوج. سنتولى بيانها كالأتي:

1.الصورة الأولى: التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين:

هو التلقيح عن طريق نقل الحيوان المنوي الزوج إلى زوجته وهو عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق نقل السائل المنوي لزوجها إلى رحمها، ويساعد هذا النوع من التلقيح على الاتحاد الطبيعي بين البويضة والسائل المنوي، ويمكن تشبيه هذا النوع بالتلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين [3].

ويتخذ التلقيح الداخلي بين الزوجين ثلاث حالات هي:

أ–الحالة الأولى: التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين في ظل الحياة الزوجية (حال الحياة)

هو استدخال ماء الزوج إلى داخل بوق رحم زوجته، بوسيلة طبية ليتحد مع بويضتها حال قيام العلاقة الزوجية، وذلك لاستحالة التلقيح الطبيعي، أو الإنجاب الطبي لأي سبب من الأسباب.

ب–الحالة الثانية: التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين بعد وفاة الزوج:

يقصد بذلك أن تأخذ الحيوانات المنوية أثناء الحياة الزوجية وقبل الموت، ويحتفظ بها في بنوك الحيوان المنوي، وبعد انتهاء الحياة الزوجية بالموت تعمد الزوجة إلى استرجاع الحيوان المنوي وإجراء التلقيح ليتم لها الحمل والإنجاب بحيوانات الزوج بعد الوفاة قد تكون أثناء العدة أو بعد انتهائها

ج–الحالة الثالثة: التلقيح الاصطناعي الداخلي للزوج المسافر والمسجون:يتم الالتجاء إلى التلقيح الاصطناعي إذا كان الزوج محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدى مما يحتمل معه أن يفقد المحكوم عليه أو زوجته القدرة على الإنجاب، فالإنجاب من الحقوق الشخصية التي نصت عليها المواثيق الدولية، وبعض الدساتير والقوانين الحديثة فلا

---

[1]/سعدى إسماعيل البرزنجي ،المرجع السابق ،ص .80. 81

2/ محمد المرسي زهرة ،الإنجاب الاصطناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ،دراسة مقارنة ،الناشر دار النهضة العربية ،القاهرة مصر ،2008 ص21

[3]/ ياسر حسين عطية ،نقل وزراعة الأعضاء بين التجريم والإباحة ،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المصري ،رسالة دكتوراه ،جامعة الإسكندرية ،ص250 .

يجوز حرمان المحكوم عليه من حقه في الإنجاب، لأن ذلك يؤدي إلى الزيادة في جسامة هذه العقوبة، وهو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات.[1]

2-الصورة الثانية: التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير:

يقصد به استدخال ماء رحم امرأة أجنبية عنه قد تكون زوجة أو أرملة لرجل أخر، وقد تكون مطلقة صاحب الماء، وقد تكون بكرا، أو باستعمال بويضة غير الزوجة أو بويضة ملقحة من متبرعين.

أ- **الحالة الأولى:** التلقيح الاصطناعي الداخلي بالحيوان المنوي رجل غير الزوج:

في هذه الحالة يؤخذ الحيوان المنوي من مانح بمقابل مادي أو بغير مقابل، ويحفظ في ثلاجات خاصة بواسطة النتروجين السائل عند درجة 180° مئوية تحت الصفر وذلك بعد فحص المانح، ويعطى ذلك الحيوان المنوي بعد تصفيته وتبويبه للنساء اللائي يرغبن في الإنجاب [2].

ب- **الحالة الثانية:** التلقيح الاصطناعي الداخلي ببويضة امرأة غير الزوجة:

يتم بتلقيح ماء رجل غريب عنها، وفي اليوم الخامس يتم غسيل الرحم، وإذا تم العثور على البويضة الملقحة تأخذ وتغرز في رحم الزوجة العاقر[3]

ت- الحالة الثالثة: التلقيح الاصطناعي الداخلي بالحيوان المنوي رجل وبويضة امرأة غير الزوج والزوجة.

يتم بتلقيح امرأة متبرعة بماء رجل متبرع وفي اليوم الخامس يتم غسل الرحم، وتأخذ البويضة الملقحة وتغرز في رحم الزوجة العاقر.[4]

ث- الحالة الرابعة: التلقيح الاصطناعي الداخلي لامرأة غير متزوجة:

إذا كانت المرأة الراغبة في الإنجاب غير متزوجة فيأخذ الحيوان المنوي من متبرع ويحقن في بوق رحمها.

ثانيا: التلقيح الاصطناعي الخارجي " طفل الأنبوب "

يتعين بيان المقصود بالتلقيح الصناعي الخارجي، أو كما يسمى "أطفال الأنابيب" ثم بيان صوره فيما يلي:

I. المقصود بالتلقيح الاصطناعي الخارجي:

هو الذي يتم فيه تلقيح بويضة المرأة بماء الذكر خارج جهازها التناسلي فإذا ما تم التلقيح أعيدت البيضة الملقحة إلى رحم المرأة.[5]

II.صور التلقيح الاصطناعي الخارجي: ويتخذ عدة صور تتمثل فيما يلي:

1. **الصورة الأولى:** التلقيح الاصطناعي بين الزوجين:

---

[1]/ مروك نصر الدين ،التلقيح الاصطناعي ،المرجع السابق ،ص196

[2]/ حسيني محمود عبد الدايم ،عقد إجازة الأرحام بين الحظر والإباحة ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،مصر ،2007 ،ص14 .

[3]/ نفس المرجع ،ص18

[4]/ أحمد محمد لطفي أحمد ،المرجع السابق ،ص113

[5]/ حسني محمود عبد الدايم ، المرجع السابق ص19

وهو أن تسحب الحيوان المنوي من الزوج وبويضة من الزوجة ويتم التلقيح خارجا ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة وذلك في حالة وجود عاهة بأن تكون قناة فالوب مسدودة كما يحدث لبعض النساء، ويتخذ بدوره ثلاثة حالات هي:

أ- الحالة الأولى: التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين حال الحياة الزوجين:

وهنا يكون الحيوان المنوي للزوج والبويضات الأنثوية لزوجته ويتم تركهما معا في وسط ملائم حتى يتم الإخصاب، ثم تزرع البويضة المخصبة داخل رحم الزوجة لتعلق في جداره وتنمو[1].

ب-الحالة الثانية: التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين بعد وفاة الزوج:

هو استخدام الحيوانات المنوية للزوج بعد وفاته، إذ توصلت الدراسات العلمية إلى إمكانية تجميد تلك الخلايا الإنسانية لفترة معينة تسبق تحللها، وتبقى خلالها صالحة للإخصاب وهنالك حالات يتم فيها تلقيح خارجي ومن ثم الحمل بعد وفاة الزوج[2]

2. **الصورة الثانية:** التلقيح الاصطناعي الخارجي بتدخل الغير

تقنية الإخصاب الخارجي خارج إطار العلاقات الزوجية لها حالات متعددة والقاسم المشترك بين هذه الحالات جميعها هو عدم عقد زواج يربط بين الرجل صاحب الحيوان المنوي والزوجة صاحبة البويضات[3].

المطلب الثاني: مشروعية التلقيح الاصطناعي

تعد البويضة الملقحة من أهم المنتجات البشرية على الإطلاق وأكثرها خطورة وحساسية إذا ما كان أصبحت محلا للممارسات الطبية والعلمية المستحدثة. فإن دراسة عمليات نقل هذه العناصر الآدمية بغرض التغلب عل مشكلة العقم ربما لأغراض علمية وتجارية محضة ما يحقق الغاية من استعراض أهم الجوانب والمشكلات القانونية والأخلاقيات التي تثيرها ولعل ذلك يرجع إلى ما تنطوي عليه هذه الممارسات من اصطدام ومساس بأكثر الأمور حرمة وأشدها حساسية لدى الفرد والمجتمع على حد سواء، وهي تلك التي تتعلق بالأعراض وقدسيتها والأنساب وحرمتها وعدم جواز اختلاطها[4]. ومن ثم يتوجب علينا التعرف على مشروعية مثل هذه التدخلات الطبية الحديثة قضاءا وقانونا (الفرع الأول) ومشروعية في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مشروعية التلقيح الاصطناعي في القضاء والقانون

نحاول في هذا الفرع بيان موقف كل القضاء والقانون المقارن (أولا) ثم موقف المشرع الجزائري (ثانيا)

أولا: موقف القضاء والقانون المقارنين

[1]/حسيني هيكل ،المرجع السابق ،ص263

[2]/ مروك نصر الدين ،التلقيح الإصطناعي ،المرجع السابق ،ص201

[3]/ ياسر حسين حسين عطية ،المرجع السابق ،ص262

[4]/ مهند صلاح أحمد فتحي العزة ،المرجع السابق ،ص233.234

ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى القول بأن التلقيح الاصطناعي يعتبر إجراء غير أخلاقي يعطي للزوج حق طلب الانفصال الجسماني La divorce فقد قضت محكمة "بوردو" في سنة 1883[1]

في قضية تتلخص وقائعها أن طبيبا رفع دعوى للمطالبة بأتعابه مقابل قيامه بإجراء عملية تلقيح صناعي عن طريق نقل مني الزوج إلى العضو التناسلي لزوجته، وكان الزوجان قد أقاما دعوى تعويض فرعية على أساس أن هذا التدخل لم يسفر عنه أي نتيجة، ورفضت المحكمة طلب الطبيب وقضت بعدم مشروعية هذه العملية لأنها تشكل خطرا اجتماعيا.[2]

وفي 28 ماي 1956 صدر قرارا من محكمة استئناف "ليون"[3] أكدت فيه كراهة هذه الوسيلة للإنجاب، وقالت:" إن عجز الزوج جنسيا، لا يبرر إلحاح زوجته عليه باللجوء إلى تلقيحها منه صناعيا لإشباع غريزة الأمومة فيها، لأن موافقته على ذلك ضعف في طبعه، نشأ عنه قبوله بهذه الوسيلة المهينة لكرامته...".

ولقد أدانت أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية الفرنسية سائر الصور ومختلف الوسائل التي توصل إلى التلقيح، غير تلك الصورة الجائزة والمقبولة شرعا وهي صورة تلقيح بويضة الزوجة والحيوان المنوي لزوجها، وكان ذلك بالقرار الذي اتخذته في مارس 1949 والذي جاء فيه:" إن هذا النوع من التلقيح لمعالجة عقم الرجل يثير في الأسرة عقبات كبرى من النواحي الأخلاقية والاجتماعية، من شأنها أن تجعلنا نوصي بعدم اللجوء إليه، ولمحاذيره النفسية العاجلة والآجلة..."[4].

كما أدانه عدد كبير من الفقهاء لأسباب قانونية، لأن مثل هذا لإخصاب، عملية تزوير في صك الولادة وأن هذا التزوير سوف يستمر تحت غطاء قرينة شرعية.[5]

لقد جاءت تشريعات العلوم الإحيائية الفرنسية الصادرة عام 1994[6]- سابقة الذكر- لتحدث ثورة تشريعية في مجال تقنين الممارسات الطبية الحديثة بالوجه عام، وما تعلق منها بالبويضات الملقحة على وجه الخصوص، والواقع أن هذه الثورة لم تأت وليدة العدم بل هي نتاج للمناقشات الفقهية الدءوبة التي سادت الأوساط القانونية الفرنسية بكافة مستوياتها على مختلف على مختلف أصعدتها وذلك منذ مطلع الثمانينات حيث ما انفك الفقه الفرنسي منذ ذلك الوقت يناقش ويجادل في مدى ضرورة مواكبة المشرع ما استحدث من ممارسات طبية وعلمية تجري ممارستها على أرض الواقع وتنال الجسم البشري في أدق مكوناته وأرقى عناصره.

---

[1]/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة ،المرجع السابق ،ص139-140

[2]/ مقتبس عن منير رياض حنا ،المرجع السابق ،ص471

[3]/ نفس المرجع ،ص471

[4]/ مهند صلاح أحمد فتحي العة ،المرجع السابق ،ص300 ،303

[5]/محكمة استئناف Aix – en provence عام 1985 ،مقتبس عن :حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،المرجع السابق ،ص366. 369

[6]/قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 1990/05/15 مقتبس عن ،سعدي اسماعيل البرنجي ،المرجع السابق ص157

و حسم القانون الفرنسي المسألة بنص المادة 16-7 من القانون المدني الفرنسي والمضافة بالقانون 94-653 التي نصت على عدم مشروعية استئجار الأرحام استنادا إلى عدم مشروعية المحل [1] فأي اتفاق حول الإنجاب أو الحمل لصالح الغير يكون مفروضا

وعلى نقيض توافر التنظيم السابق لوسائل الإخصاب الاصطناعي في التشريعات الفرنسية فقد بدا القانون المصري خاليا كلية من أية نصوص تعالج تلك المستجدات الإنجابية ،رغم أنها تشكل موضوعا حيويا وخطيرا لمساسها بقيم المجتمع الإسلامي ومفاهيمه الدينية، مما يستلزم تحديد ضوابطها ،وتنوير أحكامها وإلى أن يجيء الوقت الذي يصدر فيه المشرع المصري قانونا ينظمها، وقيام هذا التشريع بإحاطة كل الجوانب المتعلقة بها، فإنه يغتد بأحكام الشريعة الإسلامية والقواعد العامة للقانون المصري لمواجهة هذا النقض التشريعي والتي لن يعتد بها من الناحية العملية، لأنه لا يمكن توقيع أية إجراءات جنائية بها لردع محاولة خرقها من جانب الطبيب، أو المريض على السواء .

ثانيا : موقف القانون الجزائري

لقد اعترف المشرع الجزائري بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية للإنجاب مؤخرا في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 بتاريخ 2005/02/27 وسوف نتطرق إلى موقف أو مسلك المشرع قبل تعديل 05-02 ثم بمقتضى هذا التعديل فيما يلي:

I. مسلك المشرع الجزائري قبل تعديل 05-02

أن التطور الطبي لم يشمل تأثيره اختلافه عن الأطر التقليدية لممارسة العمل الطبي فحسب بل أن هذا التطور لم يكن بمعزل عن الإطار القانوني نظرا لتشعب المواد القانونية، فإنه يمكن حصر هذا التأثير على القوانين الأشد تأثرا وهو قانون الأسرة ،على اعتبار أن لعمليات التقليح الاصطناعي أثر بشكل مباشر على مسألة الزواج والبنوة [2] يعتبر الزواج هو الوسيلة للإنجاب ،وهو أساس النظام الاجتماعي كما جاء في المادة 04 من قانون الأسرة ،كما نظم قانون الأسرة ثبوت النسب الشرعي بناءا على وجود الزوجية بنص المادة 40 و41 من قانون الأسرة ،حيث جاء في المادة 40 في فقرتها الأولى: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون "، وتنص المادة 41 على أنه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة "

وعليه فإنه طبقا للتشريع الجزائري، يبقى الزواج الوسيلة الوحيدة للإنجاب في الجزائر طبقا لأحكام المادة 04 من قانون الأسرة، وهذا معناه أنه لا يمكن أن نتصور إمكانية اللجوء إلى الإنجاب الاصطناعي في غير العلاقة الزوجية ،لذلك يشترط في التلقيح الاصطناعي وقوعه ضمن رابطة صحيحة بحيث يمكن تشبيهه في هذه الحالة بالتلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوج وزوجته [3].

[1]/ ياسر حسين عطية ،المرجع السابق ،ص252 – 259

[2]/ مروك نصر الدين ،التلقيح الإصطناعي ،المرجع السابق ،ص214

[3]/ حسيني هيكل ،المرجع السابق ،ص212

II . مسلك القانون الجزائري بمقتضى تعديل 05-02

إن المشرع الجزائري أورد عبارة " أمكن الاتصال " في المادة 41 من قانون الأسرة ،ولا يعني ذلك أن المشرع اشترط حدوث الاتصال الجنسي بل هي طريقة من طرق إلحاق نسب الولد بأبيه ،وهي لا تنفي وجود سائل أخرى للحمل في غير التلقيح الطبيعي كالوسائل الحديثة.

ولا يشترط القانون ولا الفقه الإسلامي ضرورة الاتصال الجنسي حتى يستطيع الابن التمتع بنسب أبيه فالعبرة هي بحمل المرأة مني زوجها بصرف النظر عن الطريقة التي تم بها الحمل والذي على أساسه أباحت بعض أساليب التلقيح الاصطناعي الذي أجازه المشرع الجزائري صراحة بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي "

وما يمكن الفهم منها هو أن التلقيح الاصطناعي معترف به في قانون الأسرة الجزائري المستمد لأحكامه من الشريعة الإسلامية وبالتالي فهو مباح، لكن بالإطلاع على سير هذه العملية في بعض الدول التي أخذت به فإن هذه الفقرة تظهر قاصرة وتطرح عدة تساؤلات مثل: هل يمكن لأي زوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي دون إثبات الحالة المرضية ومحاولة العلاج أم فقط يجوز للأزواج الذين ثبت لديهم العقم نتيجة عيب سواء وجد عند الزوج أو الزوجة يمنع من تلاقي البويضات والحيوانات المنوية ؟

وهل أنه يتم إجراؤه بمجرد تأمين المبلغ المطلوب والاتفاق مع الطبيب أم لا بد من إجراءات تتبع في ذلك كضرورة المرور على لجنة طبية الأمر الذي يضمن حقوق المواطنين وتفادي التلاعب والنصب عليهم كما في حالة انعدام الحيوانات المنوية لدى الزوج تماما لا سيما أنهم ملزمون ببذل عناية لا بتحقيق نتائجه وهي حصول الحمل ؟ هذا من جهة ،ومن جهة أخرى السهر على ضمان احترام الشروط الشرعية فلا تلقح المرأة بماء رجل أجنبي عنها.

نجد القانون الفرنسي كما تطرقنا إليه سابقا نص صراحة على أن المساعدة الطبية ،التلقيح الاصطناعي تهدف أساسا إلى معالجة العقم الثابت طبيا وبالتالي فهو يشترط صفقة العقم في أحد أو كلا الزوجين وتقديم طلب المساعدة الطبية ليفصل فيها الأطباء الذين لهم إما رفضه أو قبوله بعد التشخيص الطبي للمرض.

ولقد أوضح المشرع الجزائري في قانون الأسرة عدم مشروعية استئجار الأرحام بنص المادة 45 مكرر فقرة أخيرة بقولها :" لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ،والتساؤل الذي يطرح هل تعسفنا أحكام الشريعة بقواعدها الكلية ومقاصدها لإضفاء وصف المشروعية على التلقيح الاصطناعي بكافة صورة وحالاته ؟

الفرع الثاني : مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي

إن موضوع التلقيح الاصطناعي موضوع جديد ولم يطرقه أحد من فقهاء السلف ولهذا كان من الصعوبة بمكان البت فيه بحكم قاطع جازم، إلا أن الخوض في البحث فيه بالاعتماد على مصادر الشريعة وقواعدها أمر مطلوب، بل إن الخوض فيه أصبح واجبا بعدما تم إحرازه من تقدم كبير في بحوثه لدى الطب الحديث ،والحل الأمثل أن يجري

البحث فيه من قبل جماعة من أصحاب الاختصاص في الطب والشرع من المأمونين في دينهم، ثم يعمل فيه بما ينتهون إليه من الحكم [1]

والبداية بمشروعية التلقيح الإصطناعي الداخلي (أولا) ثم مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي (ثانيا).

أولا : مشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي

وهي الصورة العامة للتلقيح الاصطناعي وانقسم الفقهاء في حكمهم إلى القائلون بالجواز والقائلون بالمنع.

I.مشرعية التلقيح الداخلي بين الزوجين

اختلف الفقهاء إلى اتجاهين ،حيث يرى الاتجاه الأول بالمنع وذلك لأنه يعتبر خرقا لقوانين الطبيعة ويتعارض مع نصوص القرآن الكريم ،كما أنه يرى بعض الفقهاء[2] أن التلقيح الداخلي لا يجوز وذلك لا يعتبر وطئا ولا تترتب عليه أحكام الوطأ وأن ذلك يتنافى مع ما شرعه الله ورضيه للبشرية ...إلخ .

غير أن القائلون بالجواز ،وماهو عليه جمهور الفقهاء واعتمدوا في إباحته وذلك لما يلي:

أن العقم مرض أي مانع يحول دون الإنجاب وبالتالي يمكن معالجته أي الأخذ بالأسباب والإعتقاد الجازم أن الأمر بقضاء الله.

أن العقم من المشاكل الاجتماعية وبالتالي فالتداوي من العقم واجبا إذا ترتب عليه حفظ النفس في أي من الزوجين.

العقم يقلل من عدد المسلمين ودين الإسلام يحث على الانجاب والتكاثر ...إلخ

وعلى هذا يتضح أن الإتصال الجنسي وإن كان هو الطريقة الفطرية لإيصال ماء الزوج لمهبل الزوجة لحصول الإنجاب، إلا أنه ليس هو الطريقة الوحيدة فالإخصاب يمكن أن يحدث أيضا بطرق اصطناعية معملية، ويترتب عليه نفس آثار الإتصال الجنسي في حالة الإستدخال والإخصاب الطبي، وهو في كلتا الحالتين يكون شرعا ما دام أن الماء المستدخل هو ماء الزوج وليس ماء غيره.

II.مشروعية التلقيح بين الزوجين للزوج المسافر والمسجون

الإخصاب خارج الجسم حال سفر وسجن الزوج مباح، تأسيا بما قلناه في الصورة الجائزة عند الحديث عن الإخصاب بين الزوجين ولكن ضمن ضوابط وشروط لا بد من الأخذ بها وهي:

أن تكون العلاقة الزوجية قائمة ، أن يتم برضا الزوجين ، أن تكون اللقيحة متكونة من الزوجين

1/ ماهر حامد الحولي ،الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي في أطفال الأنابيب ،بحث مقدم في اليوم الدراسي المنعقد في الجامعة الاسلامية غة ،كلية الشريعة والقانون المعنون " التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب بين العلم والفقه " المنعقد بتاريخ الثلاثاء 21 ديسمبر 2004 ص2004 ص158 - 159

2/ وهو قول ابن قدامى والبهوتي والشيخ مصطفى الزرقا ،حسيني هيكل ،المرجع السابق ،ص164

أن يتم نقل اللقيحة في رحم الزوجة صاحبة البويضة ،أخذ الضمانات والاحتياطات اللازمة دفعا للشبهة ومراعاة للدقة [1]

III.مشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير

تلقيح الزوجة بالحيوان المنوي لرجل آخر غير زوجها محرم شرعا باتفاق جميع الفقهاء، وذلك لتفادي إختلاط الأنساب، فإنه يحرم فعله ،والإقدام عليه من قبل الزوجين والمعالج ولا شك أن هذا الحكم محافظة على النسل الذي يعد من الكليات الخمس.

ثانيا: مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي

نتطرق لبيان مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي بكافة صوره، أي في صورة التلقيح الخارجي بين الزوجين، وبتدخل الغير، ثم في صورة استئجار الأرحام.

I.مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين

كانت هذه الصورة محل خلاف بين مؤيد ومعارض بالجواز أو المنع، وكان بالجواز وذلك للإستدخال بين الزوجين دليل على أنه لا يشترط الإتصال المباشر بين الزوجين لينتج الولد ،وأيضا لأن هذه العملية تتم وفق السنة الطبيعية لتكوين الجنين.

يمنع القائلون بتحريم التلقيح الإصطناعي الخارجي هذه العملية لتدخل طرف ثالث إلا أن المقصود بالطرف الثالث بويضة غير الزوجة أو مني غير الزوج أو زرع الأجنة في رحم غير الزوجة ،أما هنا فالعملية تتم بطريقة طبيعية ،فلا يتم انتساب الطفل خارج الرحم إنما تؤخذ البويضة والحيوان المنوي من الزوجين ثم يتم التلقيح في طبق مخبري ،ومن ثم رع اللقيحة داخل الرحم وتأخذ دورتها الطبيعية وهذا ما أثبته الطب الحديث [2].

أما بالنسبة لإختلاط الأنساب واحتمال الخطأ ،فقد وضع العلماء شروطا وضوابط تقتضي الحرص الشديد والمتناهي.

أما بالنسبة للتلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين بعد الوفاة فهي حرام وفق الأدلة التي سيقت عند الحديث عن التلقيح الإصطناعي الداخلي بين الزوجين بعد الوفاة فهي حرام وينصرف الحكم بالجواز للتلقيح في حالة الزوج المسافر والمسجون كما سبق ذكره.

II.مشروعية التلقيح الإصطناعي الخارجي بتدخل الغير

حرم العلماء الإخصاب خارج الجسم من غير أحد الزوجين بجميع صوره، وهذه الصور تلتقي مع الإستدخال بمضمونه، والذي هو انزال الرجل منيه فتستدخله امرأة في محل الحرث ،المقصود هنا المني غير المحترم، أي من أجنبي عن المرأة لا علاقة شرعية بينهما.

[1]/ لبنى محمد جبر ،شعبان الصفدي ،المرجع السابق ،ص84

[2]/ عبد الله ابراهيم موسى ،المرجع السابق ،ص133

ويلتقي مع الإستبضاع بمضمونه ،حيث يرسل الرجل زوجته إلى رجل آخر له صفات معينة من شجاعة وإقدام لتحمل منه ،وليكون المولود له صفات ذلك الرجل ،ثم إذا شاء الزوج رجع إلى وطئها.

ولقد حرم الإسلام الإستدخال في حال كونه بين غير الزوجين [1].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حينما نزلت آية الملاعنة " أيما امرأة أدخلت على قوم نسبا ليس منهم، فليس من الله شيء، ولن يدخلها الله الجنة ..."

ونرى من جانبنا أن التعامل في الجسم البشري بتنازل شخص عن عنصري حيوي ومهم من جسمه كالمني لإمرأة أجنبية عنه يتعارض تماما مع القواعد الكلية للشريعة الإسلامية والنظم القانونية ويتعارض مع نظام الأسرة، ولذلك لا بد من منع هذه التصرفات والتعاملات في العناصر البشرية بهذه الصورة الحيوانية ،بالإضافة إلى تعزيز أو معاقبة الفاعلين من مانحين ومتلقين وجميع الأطراف الفاعلة في العملية، ومراقبة ما تؤول إليه النطف المجمدة في بنوك المني.

III.التلقيح الاصطناعي الخارجي في صورة تأجير الأرحام

اختلف العلماء المعاصرون في حكم إجازة الأرحام على ثلاثة أقوال، حيث يرى القول الأول بجواز إجازة الأرحام مطلقا ،سواء صاحبة الرحم زوجة أخرى أم لا واستدلوا على: دليل من القياس حيث قاسوا الأم صاحبة الرحم على الأم من الرضاع من عدة وجوه: أن الله سبحانه وتعالى، جمع الحمل والرضاع في المدة اللازمة لهما في قوله تعالى: " وحمله وفصاله ثلاثون شهرا"

من الأدلة العلمية التي سيقت في هذا المجال هو أن الطب أجمع على أن الرحم ليس له دور في نقل الصفات الوراثية وبالتالي فهو لا يسهم في التكوين الجيني للطفل وإنما يقتصر دوره كحاضنة يحمي الجنين خلال نومه وإمداده بالأكسجين والغذاء ،فالإبن في هذه الحالة هو نتاج وراثي للوجة صاحبة البويضة والزوج صاحب الحيوان المنوي، ومن ثم فلا يوجد احتمال لوجود شبهة اختلاط الأنساب، ضف إلى ذلك أن نسبة نجاح هذه العملية أضمن من نقل الرحم من سيدة إلى أخرى [2].

أما القول الثاني فيرى بضرورة التفريق بين أن تكون المرأة صاحبة الرحم زوجة أخرى للرجل صاحب الحيوان المنوي، فإن كانت زوجة أخرى جاز إجازة رحمها وإلا فلا يجوز، وقد كان المجمع الفقهي قد أجاز هذه الصورة في دورته السابعة 1404هـ، بشرط الحيطة الكاملة في عدم اختلاط النطف، وأن لا يتم ذلك إلا عند قيام الحاجة، ولكن عاد المجمع وألغى هذا القرار في دورته الثامنة 1405 هـ [3].

وعلة الأمر أنه لا يتضح نسبه من جهة الأم هل هي صاحبة البويضة أم التي حملته؟ فصاحبة البويضة تكون عنصرا من عنصري اللقيحة التي يخلق منها الولد، وصاحبة الرحم هي التي تم الاستنبات في رحمها وتغذى بدمها وتحملت

[1]/ لبنى محمد جبر ،شعبان الصفدي ،المرجع السابق ،ص37

[2]/ حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،المرجع السابق ،ص363

[3]/ نايف بن عمار آل وقيان ،المرجع السابق ،ص20/15

آلام الحمل والمخاض، فهنا يتضارب ثبوت النسب بين المرأتين، وهذه الوسيلة إلى الشر والفساد والقول بغير ذلك سوف يفتح بابا لا تؤمن عواقبه.

ويرى القول الثالث أنه لا تجوز تأجير الأرحام مطلقا ولا فرق بين أن تكون صاحبة الرحم البديل زوجة أخرى للرجل صاحب الحيوان المنوي أم لا، وذهب إلى هذا القول جماهير العلماء المعاصرين حيث صدر قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر ،وقرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بعدم الجواز.

ومن خلال كل هذا يتبين لنا أن الشرع قد حرم هذا التعامل في جسم الإنسان لصون مجموعة من الأهداف منها حماية الأسرة وحفظ الأنساب، وبعد فراغنا من بيان مشروعية التلقيح الاصطناعي بكافة صوره وحالاته، واستجلاء من يحل منها لا وما يحرم ،فإننا يجب أن ننوه إلى أن التلقيح الاصطناعي بصورتيه الداخلي والخارجي وجد كحل للقضاء على مشكلة العقم لدى المرأة، إلا أنه أفرز العديد من المشاكل القانونية، لذا كان حريا أن يحاط بسياج منيع حتى لا تخرج هذه العمليات عن المنحى الذي وجدت من أجله، ومن ثم ينبغي دراسة الشروط أو الضوابط المقيدة لهذا الشأن الطبي وما توفره هذه الشروط من حماية جنائية، وتفصيل ذلك في المطلب الثالث.

المطلب الثالث: شروط التلقيح الاصطناعي وما توفره من حماية جنائية:

لقد نصت **المادة 45** مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة ورحم الزوجة دون غيرها.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

ويثور التساؤل عن نتيجة الإخلال بهذه الشروط في إطار الحماية الجنائية للجسم البشري، وعليه نتطرق إلى شروط التلقيح الاصطناعي وما توفره هذه الشروط من حماية جنائية الفروع التالية:

الفرع الأول: شرط وجود العلاقة الشرعية وما يوفره من حماية جنائية

نحاول أن نبين أن نبين في هذا الفرع شرط وجود العلاقة الزوجية (اولا) ثم ما يوفره هذا الشرط من حماية جنائية (ثانيا)

أولا: شرط وجود العلاقة الزوجية الشرعية:

العلاقة الشرعية هي الزواج باعتباره "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي.

من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" (المادة 4 من قانون الأسرة) [1].

[1]/ أحمد شوقي عمر أبوا خطوة ،المرجع السابق ،ص 145

لهذا يجب رفض عمليات التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية لما له من مخاطر سيئة بالنسبة للطفل والمجتمع.[1]

ولذلك يشترط في التلقيح أن تكون ضمن رابطة صحيحة و الزواج الصحيح هو الزواج المكتمل الأركان والشروط، وعليه لا يكون التلقيح الاصطناعي مشروعا ضمن زواج غير صحيح- باطل أو فاسد- وقد نص قانون الأسرة في الفصل الثالث من الكتاب الأول المعنون بالزواج الباطل والفاسد في المادة 32 على مايلي:" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"[2].

ونصت كذلك **المادة 36** من قانون الأسرة على أنه:"يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة".

ثانيا: ما يوفره شرط العلاقة الزوجية الشرعية من حماية جنائية:

بهدف تأمين احترام الحدود الموضوعية لتطور التقنيات الطبية وضع المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة عقوبات لمخالفة شروط المساعدة الطبية على الإنجاب، وبالنسبة لمخالفة شرط العلاقة المشروعة فقد يجري الطبيب العملية للزوجة معتقدا انه قام بتلقيحها بمني زوجها وهنا تنعدم المسؤولية في حقه بجهله الحقيقة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يحدد عقوبات لمخالفة الشروط القانونية للتلقيح الاصطناعي، وبالرجوع للقواعد العامة فإنه يمكن مساءلة الطبيب عن جريمة الفعل المخل بالحياء بالعنف المعاقب عليها في المادة 335 فقرة أولى من قانون العقوبات، وننوه في هذا الصدد أن التلقيح بهذه الطريقة غير جائز شرعا وقانونا لأنه يمس بالنظام الأسري ويهدد مصلحة المجتمع، ولهذا يعتبر لزاما على المشرع التدخل لتحريم الأفعال بنصوص خاصة في القوانين الطبية أو في قانون العقوبات أسوة بالقانون الفرنسي، أما بالنسبة للمشرع المصري فالأولى أن يصدر أحكاما منظمة لمثل هذه العمليات ثم بيان الجزاءات المترتبة عن مخالفة الضوابط القانونية.

وفي الشريعة الإسلامية يقول الدكتور محمود شلتوت " أن التلقيح الصناعي إذا كان المرء بماء الرجل لزوجه لا إثم فيه ولا حرج، أما إذا كان بماء رجل أجنبي عن المرأة لا يربط بينهما عقد زواج فإنه جريمة منكرة، وإثم عظيم يلتقي مع "الزنا" في إطار واحد، ولولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح تلك الحالة هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهية، ونزلت به كتب السماء"[3].

---

[1]- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص145.

- وتضيف المواد التالية ما يلي:

المادة 33 يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

المادة 34: كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء

المادة 35: اذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.

[33]- محمد شلتوت، التلقيح الاصطناعي، فتوى منشورة على إسلام أون لاين، بنك الفتاوى "اسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون"، بتاريخ: 2006/06/26 تاريخ الاطلاع: 2009/08/31. الموقع

Hatt:// www .islamonline.net/Arabic/shariah-corner/index .shtml

الفرع الثاني: شرط رضا الزوجين أثناء الحياة وما يوفره من حماية جنائية

هناك إجماع على أنه لا يجوز المساس بجسم الانسان إلا برضاه باستثناء حالات خاصة، ولا بد أن يكون هذا الرضا حر أي دون ضغط ولا إكراه مادي ولا معنوي ويجب أن يستمر الرضا حتى وقت التدخل الطبي[1]، لكن يثور التساؤل عن الرضا في عمليات التلقيح الاصطناعي فهل يشترط موافقة كلا الزوجين؟ وماذا عن امتناع أحد الزوجين وإلحاح الآخر في إجراء هذه العملية؟ وما هو شكل الموافقة؟ (أولا) وما هو اثر الرضا في الحماية الجنائية لجسم الانسان (ثانيا).

أولا: شرط الزوجين أثناء الحياة:

لكي يكون التلقيح الاصطناعي أمرا مشروعا لابد من الحصول على رضا متبادل من الزوجين، هذا الاتفاق المشترك هو الشرط الاساسي لمشروعية هذا الاسلوب الطبي، فكل زوج له أن يقدر تماما ما إذا كان التلقيح الاصطناعي يتفق مع عقيدته الدينية ومعتقداته الفلسفية، وما إذا كان يرغب حقيقة في إنجاب الأطفال عن هذه الطريقة. فالقرارالذي يصدر عنه في هذا الشأن هو قرار شخصي، ولا يعتبر التلقيح الاصطناعي الذي يجري برضا الزوجين سببا للطلاق، لان الوليد طفل شرعي ولا صعوبة فيما يتعلق بالبنوة[2].

تنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على أنه يخضع التلقيح الاصطناعي لشرط رضا الزوجين وأثناء حياتهما.

ولكن التساؤل يثور عن مصير الرابطة الزوجية في صورة القيام بهذه العملية دون احترام إرادة أحد الزوجين؟ وهل يمكن للزوج إجبار زوجته على القيام بالتلقيح الاصطناعي؟ وفي حالة رفضها هل يجوز الاستناد غلى هذا الرفض لإنهاء الرابطة الزوجية؟

تختلف الإجابة عن هذا بحسب ما إذا كان الأمر اشترط في عقد الزواج أو لم يشترط حيث أن نص المادة 19 من قانون الأسرة تخول للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى مقتضى العقد، فإذا نص على هذا شرط وهو التلقيح الاصطناعي، فإذا رفض أحد الزوجين يخول للآخر حل الرابطة الزوجية لكن عدم اشتراط ذلك يخول لأي من الزوجين رفض هذا التدخل الطبي ويمكن أن يكون ذلك سببا لفك الرابطة الزوجية[3]، يستند فيها الزوج لنص المادة 48 من قانون الأسرة، لأن الزوج صاحب العصمة وله أن يستعملها متى شاء – الطلاق– أما الزوجة فتعتمد في طلب التطليق على نص المادة 53 الفقرة العاشرة بقولها:" يجوز للزوج أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
2. كل ضرر معتبر شرعا.

[1] عبد الحميد اسماعيل الانصاري، المرجع السابق، ص.27.
[2] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 140-141.
[3]- مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق. ص 216-217.

وعدم الإنجاب ضرر يحرم أحد الزوجين أو كلاهما من الشعور بالأبوة والأمومة، ولم يوضح القانون شكلا معينا في الرضا وحينئذ يمكن الرجوع للشريعة العامة في القانون المدني[1] للبحث عن وسائل التعبير، فنجد عندئذ أن التعبير يكون بكافة الأساليب، بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو اتخاذ أي موقف لا يدع مجالا للشك في دلاله على مقصود صاحبه وقد يكون التعبير ضمنيا، إلا أننا نرى أن المنطق يقتضي أن يحرر الرضاء في الشكل الكتابي ليكون أكثر ضمانا وحجة على الأطراف الزوجين أو احدهما أو الطبيب في مجال الإثبات.

كما يجب أن يكون التغيير منجزا غير معلق على شرط معين، كأن يوافق الزوج على خضوع زوجته للتلقيح شريطة أن تنجب ذكرا، أو يتخلى عن الطفل إذا ولد مشوها، لأن هذه الشروط تجعل الاتفاق باطلا[2].

ثانيا: ما يوفره شرط رضا الزوجين أثناء الحياة من حماية جنائية:

إن رضا الزوجين بعملية التلقيح الاصطناعي هو الذي يبيح للطبيب إجراء هذا التدخل الطبي، فإذا تخلف رضائهما فإن الطبيب يسال مسؤولية جنائية.

هناك تشريعات لم تضع نصوصا جزائية تعاقب على الإخلال بشرط الرضا في إجراء التلقيح الاصطناعي وعليه لا مناص من الاستهداء بالقواعد العامة في قانون العقوبات.

فيثور التساؤل عما إذا كان الطبيب الذي يجري عملية التلقيح الاصطناعي دون الحصول على رضاء كل من الزوجين يعد مرتكبا لجريمة الاغتصاب؟ و في الواقع أنه لا يمكن اعتباره كذلك؛ أن الاغتصاب يتطلب اتصال رجل بامرأة اتصال جنسيا كاملا دون رضاء صحيح منها بذلك، ويعني الاتصال الجنسي الكامل التقاء الأعضاء التناسلية للجاني والمجني عليها التقاء طبيعيا تاما.

ويجب أن يكون هذا الاتصال الجنسي غير مشروع وبغير إرادة الأنثى، ويتأتى ذلك إذا كانت المرأة معدومة الإرادة أو فاقدة القدرة على المقاومة أو كان رضاؤها نتيجة لمكر أو خديعة أو انعدام القدرة إذا وقع على المرأة إكراه مادي أو معنوي[3].

و من خلال هذا يتبين أن أهم شرط هو الاتصال الجنسي الكامل وهو ما لم يتحقق في حالة التلقيح الاصطناعي بدون رضا الزوجة.

تنص المادة 339 قانون العقوبات الجزائري:" يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة، ثبت ارتكابها لجريمة الزنى. وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة، ويعاقب الزوج الذي

2- تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على : " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975. يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- خدام هجيرة، المرجع السابق، ص. 23

3- محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص. 132.

يرتكب جريمة الزنى بالحبس من ستة أشهر إلى سنة، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته ولا تتخذ إجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور".

ومن خلال هذا يتبين أن الشروط الموضوعية لهذه الجريمة ما يلي:

- الاتصال الجنس بالكامل بغير الزوج.
- قيام رابطة الزوجية.

ويتوافر القصد الجنائي متى ارتكبت هذا الفعل مع علمها أنها زوجة لرجل غير الزوج الذي وهبته نفسها.

ويرى البعض أن الاتصال البيولوجي عن طريق نقل اللقاح يعد بمثابة الوقائع أو الاتصال الجنسي الحكمي وهو يقوم مقام الاتصال الجنسي الفعلي[1]، واستدخال مني رجل غير الزوج في فرج امرأة يقترب من الزنى، إلا أنه يمكن اعتباره كذلك لأن هذه الجريمة تشترط الاتصال الجنسي الكامل.

كما أن حصول المرأة غير المتزوجة على حيوانات منوية محمية من أحد البنوك من أجل إنجاب الأطفال لا يتناسب مع جريمة الزنا في القانون الذي قصر العقاب على الأزواج.

ونستنتج مما سبق أنه لا يمكن إسقاط أحكام جريمة الزنا على مسألة الإخلال بضابط أو شرط الرضا بين الزوجين. و لذلك لا بد من صدور تشريع خاص يجرم الإخلال بضوابط التلقيح الاصطناعي على مستوى قانون العقوبات أو في قانون الصحة وترقيتها.

الفرع الثالث: شرط أن لا يكون هناك مجال لاختلاط الأنساب وما يوفره من حماية جنائية

إن عملية التلقيح تخضع إلى القاعدة العامة التي تحكم النسب "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

بمعنى الولد للزوج وللعاهر —وهو الزاني– الرجم عقوبة على جريمته ذلك إن عقد الزواج الشرعي يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين. لذا من اللازم دائما في هذه الحالات أن تلقح بويضة الزوجة بذات مني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره، و عليه نبين شرط عدم اختلاط الأنساب (أولا) وما يوفره من حماية جنائية (ثانيا)

أولا: شرط أن لا يكون هناك مجال لاختلاط الأنساب

إن عمليات التلقيح الاصطناعي تلتقي مع عمليات نقل الأعضاء الجنسية أو التناسلية من حيث المحاذير الشرعية المتعلقة باختلاط الأنساب في نقل الأعضاء الحاملة للصفات الوراثية كالخصية والمبيض، لأن البذرة الناتجة عن ذلك ستكون منسوبة للمصدر وهو الشخص المنقول منه. وهذا ما يؤدي إلى مشكلات من جهة النسب والنفقة والميراث والعلاقات الأسرية بين الوليد وأسرتي المصدر والمتلقي[2].

1- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.272؛ حسنين ابراهيم عبيد، تقرير حول التلقيح الاصطناعي من الوجهة القانونية، ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، من 2" إلى 2' نوفمبر 1994، مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق جامعة القاهرة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 1994،ص.143.

1 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي "نقل وزراعة الأعضاء التناسلية " الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2001، ص. 133.

ولقد نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على انه:" يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يتم بمني الزوج وبويضة ورحم الزوجة دون غيرها.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

والواضح أن المشرع اعتبر أن هذين النقطتين شرطين مستقلين، إلا أننا نعتقد أنهما تشتركان في علة واحدة، وهي أن الإخلال بهما يؤدي إلى نتيجة مؤكدة تتمثل في اختلاط الأنساب، وأنه يؤدي إلى مشكلات من جوانب عدة: النسب والنفقة والميراث والعلاقات الأسرية. فتلقيح بويضة المرأة بمني شخص آخر غير زوجها أو تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها ثم زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى غير الزوجة أمر غير جائز شرعا، لأن الطفل ينسب لأبويه – أمه وأبيه– أمه التي حملته ووضعته وأبيه الذي هو من مائه.

ثانيا: ما يوفره شرط أن لا يكون هناك مجال لاختلاط الأنساب من حماية جنائية.

إن أي طفل يولد بالطريقة غير الشرعية للتلقيح الاصطناعي لا ينسب لأب جبرا، وإنما ينسب لمن حملته به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما، وتتقرر مسؤولية الطبيب في إجراء العملية إذا أخل بالشروط الكفيلة بحفظ الأنساب وعدم اختلاطها حالة عدم التزامه بالواجبات وتوقي الحذر من المحظورات:

- يجب على الطبيب أن يتأكد من أن طالبي علاج العقم بالتلقيح الصناعي زوجان كل منهما للآخر وأن يحصل على موافقتهما معا ورضائهما بالعملية، وفي حضور الزوج، ويحظر عليه إجراء هذه العملية بين غير الزوجين أو بغير موافقتهما ورضائهما معا أو بغير ضرورة.
- يجب على الطبيب أن يتأكد من سلامة عملية استخلاص البويضة من الزوجة والسائل المنوي من زوجها. ويحضر عليه تلقيح بويضة من امرأة بسائل منوي مستخلص من غير زوجها، أو أن يضع للزوجة بويضة امرأة أخرى ملقحة بالحيوان المنوي لزوج الأولى أو من غير زوج صاحبة البويضة[1].
- كما يحظر الطبيب وضع بويضة امرأة ملقحة بالحيوان المنوي لزوجها في رحم امرأة أخرى، تحمل نيابة عنها أو ما تسمى بالحاضنة أو الحمل بالنيابة لما يتضمنه هذا من معنى الزنا وتترتب ه نتائجه. ويجب ألا تنتفي مسؤولية الطبيب حتى مع ثبوت موافقة الزوجين عليها[2].

يحظر إنشاء أو الاشتراك في إنشاء ما يسمى "بنوك الأجنة" والتي تعتمد على تجميع البويضات المأخوذة من النساء وتلقيحها بالحيوان المنوي المستخلص من رجال آخرين غير أزواجهن، ثم الاحتفاظ بها مجمدة لفترة لحين الحاجة إليها لاستخدامها في نساء أخريات من راغبات الإنجاب، وهذا يعني أن النطفة المجمدة تنتقل لسيدة لا ترجع لها أصلا، ولا إلى زوجها. وطبيعي أن هذه الطريقة لا تبين أصل النطفة الحقيقي، أو النسب الحقيقي لها، والجنين الذي يخرج بهذه الطريقة سيواجه الحياة أي لقيط [3].

1/ منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.475.
1/منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 475,
1/ نفس المرجع، ص.475.

أما فيما يتعلق بالأم البديلة فإنه يثور التساؤل حول المسؤولية الجنائية في القانون الجزائري أو النصوص التي تجرم فعل الأم البديلة فإنه يثور التساؤل حول المسؤولية الجنائية في القانون العراقي أو النصوص التي تجرم فعل الأم البديلة على أساس قانون العقوبات. وإذا فتشنا في قانون العقوبات نجد نص المادة 316 يشير إلى أن:" كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر...خال من الناس... يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة...".

والمادة 321 "يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل...، أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته". ومن تحليل هذه المواد نجدها تتماشى مع نظام الأم البديلة ففي حالة النزاع حول الطفل الذي يولد مشوها ورفض الطرفين تسلمه يحتمل أن تترك الأم البديلة الطفل في اي مكان فتعاقب بنص المادة 316. والمادة 320 صالحة للتطبيق على جميع الأطراف المتدخلين في هذا النوع من التلقيح، والمادة 321 تتطابق مع الحالة التي تصرح فيها الزوجة صاحبة البويضة أن المولود ابنها لم تلده وإنما وضعته امرأة بديلة.

وبالرغم من تواجد هذه النصوص وإمكانية تكييف تلك الأفعال المخالفة للشروط إلا أنه يستحسن تدخل المشرع لسن نصوص تحرم هذا الأسلوب من التلقيح صراحة وتفرض عقوبات جزائية على الجناة بالنظر لحداثة هذه الموضوعات، وبذلك تساير النصوص القانونية سرعة التطور في الأعمال الطبية.

المبحث الثاني: تغيير الجنس وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان

أدى التقدم العلمي في مجال العلوم الطبية إلى إمكانية تحول بعض الأشخاص من جنس الذكر إلى جنس الإناث، والعكس. وهذا ما جعل صحيفة " ديلي نيوز" تنشر في عددها الصادر في أول ديسمبر 1952 نبأ تحول أحد الرجال المشهور عنهم حب المغامرة والمخاطرة على امراة على قدر من الجمال.[1]

ولا يعد الرغبة في التحول الجنسي من قبيل الأمراض العصرية بل أن أعراضه وظواهره قديمة قدم التاريخ. فقد روي عنها حكايات في أساطير الآلهة اليونانية القديمة. وكان هناك آلهة خاصة بطائفة الهندوس مسئولة عن وفرة هرمونات الذكورة ، بل قد أصيبت شخصيات تاريخية بهذا المرض مثل الإمبراطور الروماني "كاليجولا" والملك الانجليزي "هنري الثالث" والامبراطورة السويدية "كاترين".

وفي مقاطعة نابلس الايطالية خصصت عقوبة الإخصاء للأشخاص الذين يميلون غلى نفس جنسهم.

وظهرت ي العصر الحالي حركة تدعى Unisex وهي تنادي برفض كل تفرقة بين الجنسين وإباحة الحرية الجنسية[2].

ويرجع تطور الدراسات في هذا المرض إلى الطبيب (CauldWell) عندما نشر مقال له سنة 1952 تعر فيه إلى الإفصاح عن ذاتية هذا المرض ودراسة أسبابه، كما ساهم في تطور الدراسات المخصصة له التطور الكبير في مجال علم

- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.444.
- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، 445.

النفس والمعرفة بالغدد الصماء وفن الجراحة[1] ، ويتمثل العمل الطبي في مجال التدخل الجراحي قصد تغيير جنس شخص ما وتحويله إلى جنس آخر أنثوي أو ذكري، تغيير الجنس الذي ينتمي إليه ماديا بالجنس الذي يشعر بالانتماء اليه[2]، وذلك بإجراء عملية جراحية على جهازه التناسلي. الأمر الذي يؤدي إلى الاصطدام مع المبادئ المكرسة في مجال الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم، وهو أمر يؤدي إلى إشكاليات من نواحي عدة. ففي الأوساط القانونية يثور الجدل حول قانونية هذا الحدث[3]. فهل يعتبر أمرا جائزا قانونا أم لا؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة عنه؟ وفي الأوساط الطبية يثور التساؤل حول ما إذا كان يحق للطبيب إجراء هذه العملية؟ وما هي الضوابط والأصول الطبية التي يجب عليه إتباعها في مثل هذه الحالة؟ ومدى مساءلته فنيا وجنائيا إذا ما خالف هذه الأصول؟...

وفي الأوساط الدينية يثور النقاش حول تطابق أو تعارض هذه العمليات مع الأدلة الصريحة المحرمة أو المجيزة لهذه العمليات. مما يدل من الناحية العلمية على خصوبة الخوض في الموضوع. وللإجابة ن هذه التساؤلات نتناول مفهوم تغيير الجنس (المطلب الأول) ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل قانونية (المطلب الثاني) مشروعية تغيير الجنس (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم تغيير الجنس

يحتاج ضبط مفهوم تغيير الجنس إلى تحديد كنه أو تعريف هذا المصطلح (الفرع الأول) وفرزه عن غيره من المصطلحات المشابهة له (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف تغيير الجنسإن مصطلح تغيير الجنس يتكون من مصطلحين هما "الجنس" و "تغيير " ويقتضي بيان دلالة مجموع المصطلحين تحديد معنى المصطلحين كل على حدى؛ لأن بيان الشيء بيان لأجزائه.

أولا: دلالة كلمة جنس

يقال في اللغة جانسه: شاكله، وتجانسا؛ أي اتحدا في الجنس، والجنس، الأصل والنوع، والجنس أيضا هو الضرب من كل شيء، من الناس والطير وغير ذلك. والجنس في علم الأحياء هو أحد الأقسام التصنيفية، فهو أعلى من النوع، وأدنى من الفصيلة، ويطلق الجنس على أحد شطري الأحياء المتعضية؛ أي ذات الأعضاء مميزا بالذكورة أو الأنوثة.[4]

مصطلح الجنس يحتوي على العنصر الجيني (الوراثي) والعنصر الشكلي (التشريحي) والعنصر الهرموني، والعنصر النفسي، وتتميز هذه العناصر بالثبات والاستقرار في تحديد جنس المولود، وفي إيجاد شخصية متوازنة مظهرا وجوهرا.

ثانيا: دلالة كلمة تغيير

تستعمل كلمة تغيير في اللغة للدلالة على أكثر من معنى ولكن يمكن إجمال أهم تلك المعاني في الآتي:

- نفس المرجع، ص 456.
_ نفس المرجع، ص 454.
- جميل صبحي برسوم "التحول الجنسي وما يثيره من مشاكل قانونية"، بحث منشور في مجلة الميادين مجلة الدراسات العلمية في حقوق المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية، تصدرها جامعة محمد الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية)، وجدة، المغرب، العدد السابع، 1412ه، 1991، ص 47.
- ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، المرجع السابق، ص.43.

الاختلاف والتغيير فيقال غيرت الشيء فتغير، وتغايرت الأشياء، أي اختلفت، والتغيري انتقال الشيء من حالة لأخرى، ويأتي بمعنى التبديل وهو استبدال الشيء بغيره، وتغيير الصورة إلى صورة أخرى، والجوهرة بعينها، والإبدال تنحية الجوهرة، ويأتي بمعنى إصلاح الشأن والهيئة، والتحويل وهو تغير حال أو من مكان إلى مكان[1] .ولذلك يعتبر لفظ التغير أوسع وأشمل للدلالة على المراد من عمليات تغيير الجنس.

ثالثا: معنى تغيير الجنس

هو استبدال جنس الشخص بجنس آخر أي تغيير الجنس الطبيعي للشخص بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي[2].

ويشار إليه بالفرنسية Transsexualisme وينطبق على الأشخاص الذين يرغبون في استبدال جنسهم من الناحية الطبية، ثم تغيير حالتهم المدنية من الناحية القانونية، ليستطيعوا التكيف في مجتمعهم كنساء أو رجال وفقا لجنسهم النفسي بعد ترجيحه على الجنس البيولوجي والتشريحي[3].

ويستفاد من هذا التعريف أنه لا توجد اضطرابات عضوية أو عيوب خلفيه حيث يتوافق الجنس الظاهري مع الجنس الكروموسومي وجنس الأعضاء التناسلية الداخلية؛ أي أنه إما أن يكون رجل مكتمل الرجولة أو أنثى مكتملة الأنوثة، ولكن الشعور الداخلي بالجنس هو الذي يكون تجاه الجنس الآخر، ولذلك هناك حالتان من هذا النوع:

I. ذكر يريد أن يكون انثى Male Transsexual أو يشعر أنه أنثى، وهو رجل مكتمل الرجولة ولكنه يشعر بداخله أنه أنثى ويرفض أن يكون ذكر بل ويتصرف على أنه أنثى مع الناس مع حدوث اضطراب نفسي وكره شديد لأعضائه التناسلية الذكورية وشكله الجسدي الذكوري. وقد يلجأ إلى محاولة التخلص من أعضاءه التناسلية الذكورية ويتعاطى هرمونات أنوثة ويتعامل مع المجتمع على أنه أنثى[4].

II. أنثى تشعر أنها ذكر FemaleTranssexual وهي أنثى مكتملة الأنوثة عضويا ولديها دورة شهرية ولكنها تشعر في داخلها أنها رجل وتتمنى التخلص من أعضائها الأنثوية كالثدي. وقد تلجأ إلى تعاطي هرمونات ذكورة وترغب بشدة في إجراء جراحات للتحول إلى ذكر[5].

وهي عملية جراحية يتم فيها تغيير الاعضاء الظاهرية للذكر تشبه الأعضاء الظاهرية للأنثى أو العكس، حيث يقوم الجراح إزاء الشخص المراد تبديل جنسه، إن كان رجلا كامل الذكورة من الناحية الخلقية والجينية يقطع القضيب والخصيتين، وإحداث شق ببقايا كيس الصفن أشبه بفرج المرأة، ويعطي هرمونات الأنوثة لينمو الصدر، وربما اضطر إلى

- ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص40-41.
- جيلالي تشوار، "الأحكام الاسلامية في مسائل التغير الجنسي والاستنساخ البشري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلة فصلية يصدرها معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر ، العدد 36، 1998، ص29.

[3]- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 187.

- طه عبد الناصر، تغيير الجنس- تصحيح أو تأكيد الجنس أم ماذا؟ بحث منشور في الانترنت على موقع النقابة العامة لأطباء مصر، EgyptianMedicalSyndicateتاريخ الاطلاع: 2009/12/12 ص.1/1. الموقع: http://www.ems.org.eg/site-map.htm[4]

[5] طه عبد الناصر، المرجع السابق، 1/1.

زراعته. وبتاثير الهرمونات يتحول الصوت ليشبه صوت الأنثى، ويتغير توزيع الدهون في الجسم على هيئة توزيعها في جسم الأنثى[1].

وإن كان الشخص المراد تبديل جنسه امرأة كاملة الأنوثة من الناحية الخلقية والجينية، فإن الجراح يقوم باستئصال الثديين والرحم والمبيض، ويقفل المهبل ويصنع لها قضيبا اصطناعيا، يمكن أن ينتصب بواسطة تيار كهربائي من بطارية مزروعة في الفخذ عند الحاجة. وتعطي المرأة هرمونات الذكورة بكمية كبيرة لتغير الصوت إلى طابع الخشونة، ونتيجة لذلك ينبت شعر الوجه واللحية[2].

والتغيير هنا هو تغيير ظاهري بحث في الأعضاء، لا يحصل معه أي تغيير في الوظائف، فالرجل إذا تم تبديل بعض أعضائه إلى أعضاء الأنثى، ف'إنه لا يمكن أن يحيض أو يحمل لعدم وجود مبيض أو رحم، وبقطع ذكره وخصيته يكون قد فقد الانجاب إلى الأبد.المرأة إذا تم تبديل بعض أعضاءها ذكرا في الظاهر، فإنها لا تقذف منيا، ولا يكون لها ولد من صلبها.

الفرع الثاني: تمييز تغيير الجنس عن بعض مظاهر الانحراف الجنسي

بعد بيان المقصود من مصطلح تغيير الجنس يلزم من الناحية المعرفية فرز المصطلح عما شابهه من بعض مظاهر أو الانحراف الجنسي حيث تتشابه معه في بعض الأعراض والممارسات وذلك مثل: الشذوذ الجنسي (أولا) التخنث (ثانيا) التشبه بالجنس الآخر (ثالثا).

أولا: تغير الجنس والشذوذ

تتميز حالة الشذوذ الجنسي بخصوصية معينة، كما أن اغراضها تختلف عن ظاهرة التحول الجنسي. فالشذوذ الجنسي هو سلوك ناشئ عن النزوة المختارة أو التفضيلية لدى شخص بالنسبة للأفراد من نفس نوعه، أو هو ضغط جنسي موجه نحو الأفراد من نفس النوع[3]، ويمتد –عند رأي البعض–[4] هذا الشذوذ إلى الأفعال الجنسية الشاذة كاللواط والسحاق وإتيان الحيوانات والاستمناء[5]. والمراد من كل ذلك تمرد على النظام الطبيعي للحياة الجنسية[6].

ثانيا: تغيير الجنس والخنوثة:

[1] الشيخ عمر عبد الله حسن الشهابي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية، بحث منشور في الانترنت بتاريخ 1428/11/11 على موقع المسلم نت، تاريخ الاطلاع: 2009/12/12 ص.9/1، الموقع: http://almoslim.net/node

[2]- محمد علي البار، لوثة تحويل الجنس، بحث منشور على الانترت على موقع الدكتور محمد البار، ص.2/1، الموقع: http://www.khayma.com/maalbar

[3]- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص187.

[4]- عبد الله ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص.101-104

[5]محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 4.

[6]الشيخ عمر عبد الله حسن الشهابي، المرجع السابق، ص. 9/2.

"التخنث بمختلف أصنافه يختلف عن التغيير الجنسي، فالتخنث أساسه إبهام جنسي أصلي أي أن الخنثى ضحية الطبيعة !! وذلك ما يبرر شرعا إجراء مختلف العمليات الجراحية عليه لتحديد الجنس الراجح. وعليه فإن الشخص محل التغيير هو جنس مورفولوجي مميز ومحدد تماما إلا أن يشعر نفسيا بأنه ينتمي إلى الجنس المضاد لجنسه الطبيعي؛ والمعنى شعور بالذات الأنثوية في جسم رجولي وذات رجولية في جسم أنثوي"[1]

والخنثى في الفقه الاسلامي "آدمي تظهر فيه علامات تدل على الأنوثة وعلامات أخرى تدل على الذكورة". فإذا غلبت عليه علامات الذكورة حكم بأنه ذكر، وإذا تبين أن علامات الأنوثة أغلب وأبين حكم بأنه أنثى. وفي بعض الحالات لا يتبين أغلبها فينتظر إلى البلوغ فإذا بلغ ولم يتبين أغلبها نكون أمام خنثى مشكل[2].

ثالثا: تغيير الجنس والتشبه بالآخر

يكون التشبه بالجنس الآخر حينما تبدو النساء في المظهر الخارجي كالرجال في ملابسهم وسلوكاتهم، أما تشبه الرجال بالنساء عندما يبدو الرجال كالنساء في هيئتهم الخارجية كارتدء ملبسهن والتزيين والتميع في الحديث، وإن غلب الظن على أن التغيير الجنسي يشبه مع هذه الصورة إلا أن الفروق واضحة كما يلي:

I. إن التشبه بالجنس الآخر هي مسالة وقتية وعارضة تنتهي بمجرد إشباع الرغبة المنحرفة. أما صورة تغيير الجنس فهي اقتناع تام بالانتماء للجنس الآخر.

II. إن المتشبه بالجنس البخر يعي هويته الجنسية البيولوجية ولا يرغب ف التخلص منها بينما حالة تغيير الجنس فإن الشخص لا يقتنع بوضعه ولديه شعور لا يقاوم بانتمائه للجنس الآخر وإحساس بالظلم والقهر يدفعه لانكار جنسه والتخلص من أعضائه التناسلية.

وفي حالة رفض الاستجابة لطلبه يلجأ إلى إحداث تشويه بنفسه أو الانتحار[3]. واكثر طالبي التحول الجنسي هم من الرجال بنسبة تصل إلى ثلاثة أضعاف من يطلبون التحول من النساء. والسبب في ذلك هو ان الجنين في الاصل يكون أنثى، ثم يحدث التغير في الرحم بسبب التعرض ولهرمونات الذكورة في مرحلة من مراحل النمو[4].

المطلب الثاني: ما يثيره الجنس من مشاكل قانونية

من الطبيعي أن تنشأ بعض المشاكل القانونية عن عملية التحول الجنسي التي أصبحت بفضل الأساليب الفنية المتطورة تجري في العديد من بلدان العالم، فتقوم بتغيير نوع الإنسان من ذكر إلى أنثى أو العكس، وهذه المشاكل تدخل تارة في إطار القواعد القانونية المدنية (الفرع الاول) وتارة أخرى في نطاق القواعد الجنائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ما يثيره تغيير الجنس في المسائل المدنية

---

[1] جيلالي تشوار، "الاحكام الاسلامية في مسائل التغيير الجنس في للصفحة 235 من هذه الرسالة.

[2]- حبيبة سيف سالم راشد الشامس، المرجع السابق، ص189.

[3]- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.457.

- محمد المهدي، التحول الجنسي.... بين موقف الطب ورأي الدين، بحث منشور في الانترنت على موقع إسلام أون لاين، الموقع:

[4] http://www.islqñonline.net/Arabic/index.shtml

لا تخصص معظم القوانين لظاهرة تغيير الجنس أو حتى الخنوثة تشريعا خاصا ولكن من خلال نصوص متفرقة يتبين أن تغيير الجنس يؤدي لا محالة لاضطراب النصوص القانونية المشكلة لأحكام الخاصة بجنس الذكورة والأنوثة. وذلك في المسائل المدنية (اولا) وفي قانون الاحوال المدنية وقانون الاسرة (ثانيا).

أولا: في قانون الحالة المدنية

يلعب نوع الانسان من حيث الذكورة والأنوثة دورا هاما إذ به تتحدد حالة الانسان من حيث الاسم والجنس...الخ. فإذا تغير الشخص من ذكر لأنثى والعكس كان من المحتم تغيير جميع بيانات الشخص المتحول بعد لإجرائه عملية التحول لتتناسب مع حالته الجديدة[1]. تنص المادة 28 من قانون الحالة المدنية بانه:" يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فاكثر ولقب الشخص يلحق اولاده.

يجب أن تكون الأسماء جزائرية وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للاطفال المولودين من أبوين غير مسلمين.

يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية".

ثانيا: في قانون الأسرة:

خصصت قوانين الأسرة في البلاد الاسلامية أحكاما خاصة بكل من الذكر والأنثى في مواطن عديدة من بينها:

- في مجال الزواج جعلت قوانين الأسرة الزواج بوصفه ميثاقا غليظا عقد بين ذكر وأنثى، رجل وامرأة بهدف تكوين أسرة وحصانة للزوجين والمحافظة على الانساب. فقد نصت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري أن الزواج" هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي". وبالتالي تتباين الأحكام المترتبة عن الخطبة باعتبارها وعد بالزواج.

ولهذا التباين في أحكام الزواج بالنسبة للزوج والزوجة تضطرب الأحكام القانونية عند تغيير الجنس.

كما تختلف في حالة جراحة الخنوثة وتطبيق هذه الاحكام على الخنثى الذي خضع لعمل جراحي يختلف تبعا لما إذا كان الجنس الراجح لديه ذكرا أم أنثى[2].

ويؤكد الأطباء الجراحون أن الخنثى الذي يرجح فيه جانب الأنوثة يمكن أن تنجب أطفالا بشكل طبيعي. في حين أن الخنثى الذي يرجع فيه جانب الذكورة يبقى في معظم الأحيان عقيما. فغذا خضع الخنثى لعملية جراحية أدت إلى ترجيح جانب الذكورة فيه، واستطاع بعد ذلك أن يتزوج، يمكن للزوجة – في مثل هذه الحالة– أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها للعلل [3].

- **وفي مجال الحضانة** فإن قانون الأسرة كغيره من قوانين الاحوال الشخصية الأخرى رتب حضان الأبناء –مع بعض الاختلافات– باسنادها غلى الأم ثم الأب ثم الجدة لأم، ثم الجدة لاب، ثم الخالة، ثم العمة ثم الأقربون

[1]- جميل صبحي برسوم، المرجع السابق.ص.57.

- فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السور، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، تصدر عن قسم القانون الخاص كلية الحقوق [2]جامعة دمشق، المجلد 19 العدد الثاني، 2003، ص.65.

[3]- فواز صالح، المرجع السابق، ص.67.

درجة [1]. وتنقضي الحضانة باختلاف الذكر والأنثى بمضي 10 عشر سنوات بالنسبة للذكر وبلوغ الانثى سن الزواج، وللقاضي إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية أن يمدد حضانة الذكر إلى 16 ستة عشر مع مراعاة مصلحة المحضون[2].

وبإسقاط هذه الأحكام على وضع المحضون المغير جنسيا تتباين الأحكام إذا كان المغير من ذكر إلى أنثى أو العكس، وكذلك الأمر إذا كان خنثى خضع لعمل جراحي أدى إلى ترجيح أحد الجنسين.

وفي مجال النفقة فإنه من المقرر شرعا وقانونا أن نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال باختلاف بين الذكور والإناث، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولة للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب. وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة.[3]

ومن خلال هذا العرض يتبين حجم الاضراب في النصوص القانونية عند تغيير الجنس أو ترجيح أحد الجنسين بالنسبة للخنثى بالنظر غلى تباين الأحكام بين الذكر والأنثى.

وفي مجال الإرث تتباين أحكام الذكر عن الأنثى لقوله تعالى:" يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"[4]. ونصت المادة 155 من قانون الاسرة المتعلقة بالعاصب بغيره، وهي كل أنثى عصبها ذكر، فجاء في الفقرة الأخيرة" وفي كل الأحوال، يكون الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين".

ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على أحكام الارث الخاص بالخنثى، ولكن المادة 222 منه تنص بأنه كل ما يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى الشريعة الاسلامية.

وتجدر الاشارة إلى أن المذاهب الفقهية الأربعة اختلفت في بيان الحصة التي يستحقها الخنثى من الإرث. وهذا الخلاف يثور فقط بالنسبة للخنثى المشكل الذي لا يمكن ان ترجع فيه لا للذكورة ولا الأنوثة .

ففي المذهب الشافعي يستحق الخنثى أقل الحظين، باعتباره ذكرا أو أنثى، وكذلك الحال بالنسبة لبقية الورثة ويوقف الباقي إلى ظهور حاله، فإذا لم يظهر، يوزع الباقي بين الورثة بالاتفاق، أما بالنسبة للمذهب الحنبلي فقد أخذو بنفس الحكم، ولكنهم ذهبوا غلى انه كان ميؤوسا من كشف حال الخنثى، عندئذ يستحق نصف النصيبين[5]. وذهب المالكية غلى أن الخنثى المشكل يستحق في جميع الأحوال الوسط بين نصيبي الذكر والأنثى. أما المذهب الحنفي، يستحق الخنثى أدنى حظيه، باعتباره ذكرا أو أنثى ويستحق باقي الورثة أفضل الحظين، وذلك عندما يتأثر نصيب

[1] المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.
- المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري.
[3]- المادة 75 و 76 من قانون الاسرة الجزائري.
[4]- سورة النساء، الآية 11.
[5]- فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق.ص. 65.

ونصيب بقية الورثة بجنسه[1]. ومن هنا يتبين أثر تغيير الجنس في اضطراب الاحكام القانونية سواء لمغيري الجنس أو الخنثى.

الفرع الثاني: ما يثيره الجنس من مشاكل في المسائل الجنائية

بصرف النظر عما يتعرض له الشخص المغير جنسيا من مخاطر طبية، فإن التحول الجنسي يثير بعض المشاكل أيضا من الناحية الجنائية، إذ أن إجراء عملية التحول في حد ذاتها تعد من الاعمال الماسة بعناصر الحق في سلامة الجسم لإخلالها بعناصر التكامل الجسدي للمتحول. فهذه العملية تقتضي إجراء بعض الجراحات الجهاز التناسلي للمتحول كإزالة لخصية لدي الذكر المغير وإزالة عضو التذكير لديه.

ومن هنا يثور التساؤل عم إذا كان الفعل الذي يمس حق الانسان في سلامة جسمه يعد مباحا لا ينال فاعله أية عقوبة، أم انه يظل مؤثما بمقتضى نصوص القانون الجنائي؟

إننا ونحن في صدد عرض المشاكل التي يثيرها تغيير الجنس في المجال الجنائي لا نود الإجابة عنها لنرجئ ذلك للحديث عنها في معرض تفصيلنا لمشروعية تغيير الجنس كما ينبغي، ولكننا نود أن نضع الصورة واضحة بطرح التساؤلات التي قد تثور في هذا المجال.

يثور التساؤل حول الغرض من القيام بعمليات تغيير الجنس وتعارضها مع الشروط الطبية والمتمثلة في السند القانوني – ترخيص بإجراء العمل الجراحي– للقيام بهذه العمليات. ثم أنه من بين شروط مباشرة الاعمال الطبية توافر قصد الشفاء، فهل يتوافر قصد الشفاء لد الطبيب الذي يباشر العمل الجراحي قصد تغيير الجنس؟

كما يثور التساؤل عن شرعية هذه العمليات الطبية ومدى تعارضها مع فكرة النظام العامة والآداب العامة وبالتالي لا يجوز مخالفتها ويعتبر الاتفاق على مخالفتها باطل. أم أن فكرة نسبية مرنة لا يمكن الاعتماد عليها؟

وبفرض عدم وجود السند الطبي؛ أي الشرط والشروط الموضوعية لإباحة الأعمال الطبية فهل يمكن تبريره على سند من رضاء المجني عليه؟ إذ أن الشخص الذي يرغب في تغيير الجنس يرتضي إجراء هذه العملية رغم ما فيها من مساس بالتكامل الجسدي، وهل له الحق في تخويل الغير حق المساس بسلامة جسمه؟ بحيث يكون هذا المساس مباحا استنادا إلى رضاء المجني عليه، لما له من أثر في المسؤولية الجنائية.

تستند بعض الوظائف الاجتماعية التي يضطلع بها الانسان من خلال نوعه ذكرا أو انثى ومن المفروض أنه لا يملك بإرادته المنفردة الانتفاض من قدرته على القيام أو الاخلال بها. ومن الامثلة على هذه الوظائف الاجتماعية، وأن الذكور يكلفون باداء الخدمة العسكرية. فإذا ما تغير الشخص برضاه فإن المجتمع لا يستطيع اقتضاء هذه الوظيفة الاجتماعية منه، فهل يعتبر هذا إهدار لمصلحة المجتمع في البقاء والدفاع عن سلامة أراضيه؟

وبفرض أن هذه العمليات الطبية لا يمكن تبريرها بالحق في ممارسة مهنة الطب أو برضاء المجني عليه، فهل يمكن تبريرها وفقا لحالة الضرورة، سواء لضرورة طبية أو نفسية أو اجتماعية؟ وماهي موقف النصوص الجنائية المتعلقة بحماية الجسم

[1]- مقتبس عن: فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق، ص.65.

البشري من كل هذا؟ ومن خلال هذا العرض يتبين حجم الاضطراب التي تحدثه العمليات في إطار الحماية الجنائية للجسم البشري، مما يعني ضرورة بحث مشروعية تغيير الجنس من كافة الجوانب.

المطلب الثالث: مشروعية تغيير الجنس

قبل الحديث عن مشروعية التغيير الجنسي لا بد من استبعاد حالة الشخص الذي اجتمعت فيه ظاهريا علامات الذكورة والأنوثة، واستلزمت حالته الصحية ضرورة التدخل الجراحي لإظهار أو الكشف عن الجنس الحقيقي المطمور، وهي حالة الخنثى التي نكون بصدد علاج عضوي لا يمكن وصفه بتغيير الجنس، والخنثى نوعين:

النوع الاول: الخنثى غير المشكل: وهو الشخص الذي يرجح فيه غما جانب الذكورة وإما جانب الأنوثة.

النوع الثاني: الخنثى المشكل: وهو الشخص الذي لا يمكن أن ترجح فيه لا جانب الذكورة ولا جانب الأنوثة، بحيث يستوي فيه كلاهما معا.

ولا تثير حالة الخنثى غير المشكل أية مشكلة، حيث إنه يمكن أن يخضع للمعالجة، وأن استدعى الأمر، لإجراء عمليات جراحية تؤدي إلى ترجيح الجانب الغالب فيه بشكل نهائيوتدخل هذه المعالجات الدوائية والجراحية في باب التداوي والتطبيب[1].

أما بالنسبة للخنثى المشكل، فالأمر ليس بهذه السهولة، فالأمر ليس بهذه السهولة، لكن مع التقدم العلمي الهائل والثورة البيولوجية الجزئية والهندسة الوراثية التي طبعت أواخر القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين، أجاز علماء الشريعة الرجوع إلى الخبرة الطبية لتحديد الصفة الغالبة لدى الخنثى، فإذا أشكل الأمر، يجب أن تراعى أولا الجهاز التناسلي الداخلي فهو الأساس في تكوين الانسان، ولا يعول على الأجهزة الخارجية، ويجب أيضا مراعاة الأحوال النفسية عند الولد، كذلك عند والديه قبل البلوغ. وإذا أقرت الخبرة الطبية ضرورة إجراء عمليات جراحية، فلا مانع من ذلك[2].

ولقد بحث مجلس كبار العلماء [3] وقرار مجمع الفقه الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي [4]. الذي أصدر في دورته الحادية عشر وقرر فيه ما يلي:" أنه من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، ينظر فيه الغالب في الحالة، فإن غلبت عليه علامات الذكورة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء كان العلاج بالجراحة أو بالهرمونات لما في ذلك من مصلحة عظيمة ودرء لمفسدة"

أما ما نحن بصدد بحثه ومناقشته لا يتعلق بمجرد تصحيح الجنس وإنما بتغييره بفرض عدم اختلاط عناصر الذكورة والأنوثة، وعليه يستدعي الأمر بيان المواقف الفقهية والقانونية والقضائية للتعرف على مدى مشروعية التدخل الطبي

[11]فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق، ص.57.
[2] نفس المرجع.ص. 57.
[3]حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق.ص.195.
-[4] حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق.ص.195.

لتغيير الجنس. تجدر الإشارة إلى أن المواقف تضاربت بين من يرى بمشروعية هذا التدخل الجراحي (الفرع الأول) وبين من يرى عدم مشروعيته (الفرع الثاني).

الفرع الاول: مشروعية التدخل الطبي الجراحي لتغير الجنس

تجدر الملاحظة أن الأنظمة القانونية قد تباينت في وضع الأساس القانوني لهذه الأعمال، ففي إطار الأنظمة التي أقرت بمشروعية التحول الجنسي، استندت إلى إباحتها والمساس بعناصر السلامة الجسدية على النصوص القانونية التي تقرها. وعليه نتطرق إلى المواقف الفقهي القانوني والشرعي (أولا) ثم الموقف القانوني المبيح (ثانيا) فالموقف القضائي المبيح (ثالثا).

أولا: الموقف الفقهي القانوني والشرعي المبيح

وجد جانب من الفقه القانوني أساس للقول بمشروعية التحول الجنسي لعدة فروض، كما وجد بعض الفقه الشرعي مخارج ضمن قواعد الشريعة للقول بإباحتها.

I.الموقف الفقهي القانوني المبيح:

يرى جانب من الفقه القانوني[1] أن عمليات تغيير الجنس تعد عملا مشروعا لما تحققه من توازن في الهوية الجنسية؛ لأن الأسباب النفسية ضرورة ملحة. خاصة إذا علمنا أن هذه الجراحة هي المنفذ الوحيد بعد فشل العلاج الهرموني والكيميائي والنفسي، مما يرفع الحرج في التسليم بضرورة إجراء العملية لإحداث التوافق بين الجنس التشريعي والنفسي ويجنب المريض محاولات الانتحار والتشويه الذاتي فضلا عن المعاناة اليومية والضغوط النفسية[2] ولقد وجد هذا الجانب أساس لدعواهم بنقاط عدة:

1. إن القول بمشروعية التدخل الطبي الجراحي لعمليات تغيير الجنس يعتبر انعكاسا للحرية التي يتمتع بها الإنسان على جسمه. "فالانسان موهوب بالارادةوهو مالكها". كما لا يمكن الاحتجاج بحجم المضرة بالسلامة الجسدية؛ لأن صاحب الجسد أدرى بمصلحته.

2. لا يجوز الاستناد إلى مبدأ الحرمة الجسدية المطلقة؛ لأن هذا المبدأ المقدس لم يصمد في مواجهة المد الطبيعي للتطور الطبي، حيث اعترف الفقه أن هذا المبدأ قد نزل من برجه العاجي. وبالتالي فتغيير الانسان لجنسه يدخل ضمن التعامل المشروع في الجسم البشري، وليس فيه ما يتعارض مع الحماية الجنائية له[3].

3. إن القول بمشروعية تغيير الجنس من شأنه أن يشجع الأطباء في الكشف عن كثير من الأمراض ومعرفة سببها. ولقد عبر الاستاذ hambuger عن ذلك بقوله: " أن الامتناع عن ممارسة أي تقدم في المجال الطبي، بحجة المخاطر التي من الممكن أن تتعرض لها البشرية، من شأنه أن يؤخر الطب خمسين عاما"[4]

[1]- محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص545.ض
[2]حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق.ص.198
[3]نفس المرجع، ص199 -
[4]نفس المرجع، ص199.

4. إن التدخل الطبي بخصوص هذا التصرف أيا كان نوعه سواء بتعاطي الهرمونات أو بإجراء الجراحة لا يمكن أن يجري قسرا، بل أنه يستمد مشروعيته من الرضاء الحر المستنير الصادر عن الشخص، فضلا عن الشروط الجوهرية في العمل الطبي المتمثلة في قصد الشفاء وذلك بتخليص المريض من الألم وإعادة التوازن النفسي والعضوي؛ لأن مفهوم الصحة لم يعد يقف عند حدود الصحة البدنية فحسب بل الصحة النفسية باعتبارها الوجه الثاني للعملة الواحدة[1].

من خلال الأسانيد التي اعتمد عليها هذا الاتجاه يمكن تلخيص المزاعم الموهومة التي اعتمد عليها هذا الاتجاه، حيث تقتصر على مايلي:

أ. إن تغير الجيني تطبيق للحرية الفردية التي يتمتع بها الشخص على جسده.

ب. وجوب تشجيع الأطاء على غزو الجسم البشري ليلا يكون عكس ذلك عائق على التطور الطبي والإفادة من منافعه.

ت. رضا الشخص بالايذاء مبرر كاف لانعدام مسؤولية المعتدي.

ث. توافر قصد الشفاء في هذا العمل الطبي الجراحي.

ولنا حيث آخر عند التعليق والنقد الموجه لهذه المزاعم والأسانيد في معرض الحديث عن الموقف الفقهي القانوني المحرم لجراحة تغيير الجنس.

II.الموقف الفقهي الشرعي المبيح

هناك من الآراء الشرعية من يبيح عمليات التحول الجنسي استنادا إلى أن الترانسكس أو التحول الجنسي وهو انفصام حاد بين النفس والجسد، وهو مرض كما يصرح الأطباء وليس مجرد نزوة شيطانية. وقد ورد في دائرة المعارف البريطانية بأن هذا المرض يستمر لسنوات طوال وعلى الأغلب العمر كله، مع خطورة تطور للاكتئاب والوصول إلى الانتحار. وهو يبدأ في مرحلة مبكرة قبل البلوغ، إذ لا علاقة له بالرغبات الجنسية ويستمر حتى إجراء الجراحة وإن كان لا ينتهي تماما بها.

وقد استند الراي الشرعي المبيح لهذه العمليات على التحقيقات العلمية الموسعة واستنادا الى لخبرة الطبية. وفي بيان الأسانيد الشرعية التي اعتمد عليها الرأي المبيح فإننا نعتمد على فتوى سماحة الشيخ فيصل المولوي (المنشورة على موقعه) حينما سئل عن تغيير الجنس.

1. أنه ثبت برأي جمهور الأطباء وجود حالة مرضية عند بعض الناس سموها (الترانسكس) وهي انفصام حاد في الحالة الجنسية بحيث تكون مظاهر الجسد باتجاه جنس معين، بينما تكون مشاعر النفس بالاتجاه المعاكس، وأن هذه الحالة المرضية تشتد بحيث تصبح حياة صاحبها جحيما وقد يفكر بالانتحار، وأنه قد تفشل كل وسائل العلاج النفسي، ولا يبقى أمام الطبيب إلا إجراء جراحة التحول الجنسي[2].

[1] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.460

[2] - فيصل مولوي، حكم عمليات تغيير الجنس، الموقع: hatt:// www .mawlawi.net /default.asp

2. في مثل هذه الحالة تتحقق شروط الضرورة الشرعية التي تبيح المحظور بإجماع العلماء لخلاف بينهم محصور في تشخيص حالة الضرورة أو عدمها. أما إذا اتفقوا على وجودها، فهم حتما متفقون على أنها تبيح المحظور. أما وأن الضرورة متحققة في هذه الحالة فلأن المحافظة على الحياة تعتبر من الضرورات الشرعية الخمسة بلا جدال، فتعتبر هذه العمليات مباحة شرعا استنادا إلى جواز التداوي بالمحرّم عند وجود الضرورة[1].

3. وردا على من يرون في تغيير الجنس تغييرا لخلق الله لقوله تعالى حكاية عن الشيطان (ولآمرنّهم فليغيّرُنّ خلق الله)[2]. وكما لا يجوز لمن خلق بأصبع زائدة أو عضو زائد، قطعه ولا نزعه، لأنه من تغيير خلق الله تعالى إلا ظأن تكون هذه الزوائد تؤلمه فإن تغيير الجنس يدخل ضمن هذا الاستثناء. لأن هذا التغيير المنهي عنه، هو ما كان لأحل التغيير أو لأجل التجمّل، أما إذا كان ضروريا من باب التداوي فهو جائز جمعا بين الدليلين، دليل تحريم تغيير خلق الله، ودليل وجوب التداوي على المريض. وفي حالة مرضى التحول الجنسي يمكن القول أن الأعضاء الجنسية الظاهرة هي أعضاء زائدة؛ لأنها لا تتناسق مع مشاعر الجنس النفسية المعاكسة، وبالتالي فإن تحويلها إلى أعضاء جنسية متوافقة مع الحالة النفسية هو معالجة للألم الموجود والذي ليس له علاج آخر. على أن القرطبي في تفسيره (أحكام القرآن) ذكر ابن عباس أن (تغيير خلق الله) المقصود في الآية هو تغيير دينه، فقد خلق الله الشمس والقمر والأحجار والنار لينتفع بها، فغير ذلك الكفار وجعلوها آلهة معبودة. وبذلك يتبين أن مسألة (تغيير خلق الله) لا تصلح سببا للتحريم في مثل حالة الضرورة المذكورة آنفا[3].

4. إن التحول الجنسي على الأرجح لا يدخل تحت مسألة التشبه. التي حصرها العلماء في إلباس والزينة والكلام والمشي. كما أن إباحة عمليات التحول الجنسي ليست على إطلاقها، بل ضمن الضوابط الشرعية، وهي أن يبذل المريض نفسه جهدا كبيرا للتكيف مع حالته الجسدية، فربما كانت أحاسيسه أوهاما لا أصل لها. وربما استطاع بمساعدة طبيبه ومن يحيط به أن يكتشف نفسه من جديد، وأن يسعى الطبيب المعالج من خلال استعمال كل وسائل الطب النفسي الحديثة إلى معالجته كمريض نفسي، وأن يستمر على ذلك مدة طويلة —لا تقل عن سنتين– وإذا لم يفلح بعدها في العلاج، وظل المريض يشكو من حالة الانفصام، وطلب إجراء هذه العملية الجراحية، فإن شروط الضرورة تكون قد تحققت[4] .

ومن خلال هذه الأسانيد والحجج التي أبداها الطريق المبيح لهذه العمليات من الوجهة الشرعية يتبين أن مزاعمهم تنحصر في الركون لحالة الضرورة، ودراسة معالمها وشرائطها في هذا التدخل الجراحي مع ما يعتقدون من تفسير لتغيير خلق الله، فإن صحت شرائط الضرورة لزم القول بمشروعية التدخل الجراحي لتغيير الجنس تطبيقا وعلاجا، لكن نتساءل عن ما يلي:

[1] فيصل مولوري، المرجع السابق، ص1/1.
[2] سورة النساء، الآية. 119,
[3] فيصل مولوري، المرجع السابق، ص1/1
[4] فيصل مولوري، المرجع السابق، ص1/1

أ. هل مشروعية التداوي ولو لحالة الضرورة يقتضي التداوي ولو بمحرم، بفرض وجود فرص التداوي بطرق أخرى؟

ب. هل حقوق الشخص على جسده يقتصر على حق العبد، أم كذلك حقوق الله؟

ت. هل الأعضاء التناسلية ذكورية كانت أم أنثوية تعتبر أعضاء زائدة بفرض رفضها لأسباب نفسية؟

ومن ثم لا بد من تدارك الأمر في إطار المسؤولية الجسدية التي تعني مسؤولية الإنسان على جسده. قال عز من قائل: " إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولا"[1]. والنظر إلى الشرور المستطيرة الناتجة عن هذا التدخل الجراحي في إطار الفطرة التي يخلق الله الناس عليها، ومخالفتها لحكمة الخل زوجين، كما أن مفهوم الموافقة الذي يقتضي عدم المساس بالجسم البشري بما هو أدنى فمن باب أولى بما هو تحول ومسخ للإنسان، وكذلك مراعاة للمشاكل التي تثور في الجوانب الاجتماعية والأسرية وما يحدثه من اضطراب في الحقوق والالتزامات.

ثانيا: الموقف القانوني المبيح لتغيير الجنس

أقرت بعض التشريعات عمليات التحول الجنسي وأكدت على مشروعيتها بنصوص قانونية صريحة، ومن أمثلة هذه القوانين ما يلي:

I. **القانون السويدي** الصادر بتاريخ 21 أبريل 1972 والذي أجاز في المادة الأولى من هذا القانون –بشروط معينة تحت طائلة العقاب– هذه العمليات. وتتمثل هذه الشروط في الرضا والعمر 18 سنة كاملة على الأقل، وإلا يكون الشخص متزوجا وأن يكون متمتعا بالجنسية السويدية (المادة الثالثة من نفس القانون)، وأضافت المادة الرابعة شرط الحصول على ترخيص بإجراء العملية من جهة إدارية معينة للتأكد من توافر الشروط القانونية والقيام بالفحص لتقدير مدى الحاجة لتغيير الجنس ثم تصدر موافقتها أو عدم موافقتها بذلك. ويترتب على مخالفة هذه الشروط جزاءات جنائية منصوص عليها في المادتين السابعة والثامنة من نفس القانون[2].

II. **القانون الألماني** الصادر بتاريخ 1 سبتمبر 1980 الذي أجاز عمليات التغير الجنسي في المادة الثامنة والتي تضمن ما يقارب الشروط الواردة في القانون السويدي، حيث اشترطت الرضا بطلب كتابي يقدمه للجهات الحكومية، والعمر 25 سنة، وألا يكون قد سبق له الزواج، فقدان القدرة تماما على الإنجاب [3]. و من خلال هذا تبين أن أساس إباحة هذه العمليات هو رضا المجني عليه بإجراء العملية وإذن القانون. ويتبين كذلك انسياب هذه الدول وراء ظهور التطور الطبي غير مراعية للخلقة البشرية التي فطر الله الناس عليها.

II. القوانين التي أباحت الإخصاء أو العقم حيث تعتبر هذه القوانين من بين القوانين المبيحة لعمليات تغيير الجنس استنادا إلى النصوص المبيحة للإخصاء أو العقم. **كقانون الدانمارك** الصادر في 11 ماي 1925 وفق شروط معينة في حالة الإصابة بالشذوذ الجنسي بسبب عيب في التكوين الفيسيولوجي أو نتيجة الانحطاط الخلقي الذي يدفعهم

[1] سورة الإسراء، الآية. 36

[2] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص. 465.

[3] جميل صبحي برسوم، المرجع السابق، ص. 60-61.

إلى الجريمة. وكذلك القانون النرويجي الصادر في 1 جوان 1934 الذي يبيح العقم لسبب خطير ينفرد الطبيب بتقديره واستنادا لرضا المريض. ومثلهما القانون السويسري الذي يعترف بعمليات العقم والإخصاء[1].

وعلى هذا الأساس يمكن الاستناد إلى القوانين للقول بمشروعية عمليات تغيير الجنس. لأن تغيير الجنس يقتضي تلقائيا وفنيا عملية بتر أعضاء الذكورة في الذكر وإيجاد ما يشبه الفرج الأنثوي، والتغيير في الأنثى يكون ببتر كل عضو مميز للأنثى، من الثديين والرحم والمبيض ويقفل المهبل ويجعل لها ما يشبه العضو الذكري.

ثالثا: الموقف القضائي المبيح لتغيير الجنس

اعترف قضاء بعض الدول بعمليات تغيير الجنس، كالقضاء الفرنسي والبلجيكي والقضاء الانجليزي كما يلي:

I. **موقف القضاء الفرنسي**: مر القضاء القضاء الفرنسي بمراحل متعددة فيما يتعلق بمشروعية تغيير الجنس:

أ. **المرحلة الأولى** ولم يعترف فيها القضاء الفرنسي إلا بالجنس الذي ولد عليه الشخص الميلاد. وقد سارت العديد من الأحكام على هذا النهج، كحكم محكمة باريس في 8 ديسمبر 1968[2]، ويتعلق الأمر بشاب شعر بازدواج في وغموض في هويته الجنسية، وفي أثناء جراحة أجريت له كشف له عضو تناسلي لأنثى، أكد الخبراء توافر غلط، وعلى إثر هذه الشهادة حصلت الفتاة على حكم بتغيير حالتها المدنية. وفي الحالات التي لا يثبت فيها مثل هذا الغلط لم يتردد القضاء في رفض تغيير الجنس ومن ثم يرفض تغيير بيانات الحالة المدنية[3]

ب. **المرحلة الثانية**: واعترف فيها القضاء الفرنسي بمشروعية تغيير الجنس اعتمادا على الجنس النفسي للشخص. وقد انتهى إلى الاعتراف بجراحات التغير الجنسي في حكم محكمة تولوز الصادر سنة 1977 [4]بخصوص فتاة شعرت بشرارة التذكير تسري في كيانها فأمرت بتعديل جنسها القانوني واسمها الشخصي، وأصبح القضاء يبرر عدم التوازن النفسي —عندما يصل إلى مرحلة خطيرة– بإجراء التدخل الجراحي لتغيير الجنس.

ت. **المرحلة الثالثة**: وقضت فيه محكمة النقض الفرنسية نسبيا برفض تغيير الجنس وعدم ترتيب آثاره؛ لأن التغيير لأسباب نفسية وليس دواعي طبية. ومن بين الأحكام الصادرة في هذا الصدد قرار لها في 03/03/ 1987 [5]حيث رفضت تغيير جنس الطاعن من ذكر لأنثى، وأيدت قضاة الموضوع بحجة أن الانتماء إلى جنس معين لا يكون من خلال الشعور النفسي أو الصفات الجنسية الثانوية كالصوت.

ث. **المرحلة الرابعة** فقد عرفت محكمة النقض الفرنسية منعرجا حاسما بتاريخ 1992/12/11 حينما أصدرت قرارا بدوائرها مجتمعة قبلت بمقتضاه دعوى تغيير الجنس وركزت على حرية الفرد في تغيير جنسه وفقا قناعته، وأن دور القضاء ينحصر دوره في احترام اختيار وحرية الفرد[6].

---

[1]مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص. .465

حكم محكمة باريس الصادر في 1968/12/8. مقتبس عن الشهابي ابراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس وآثاره-دراسة مقارنه- دكتوراه في الحقوق، [2]جامعة القاهرة، 2002،.250.

[3]-الشهابي الشرقاوي، المرجع السابق، ص250.

[4]- حكم محكمة تولوز الصادر في1987/3/3. مقتبس عن: الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق،ص.252.

[5]حكم محكمة ديجون الصادر في 5/12/ 1977. مقبس عن: الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 253.

[6] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص252-253.

وما نلاحظه من خلال هذه الأحكام القضائية تذبذب أحكام وقرارات المحاكم الفرنسية فيما يتعلق بمشروعية تغيير الجنس، وإننا نشيد بما وصل إليه القضاء الفرنسي في المرحلة الأولى والثالثة حيث منع هذه الأعمال الطبية المسخية للجسم البشري، لكن سرعان ما استجاب لنداءات الشواذّ والمنحرفين جنسيا لقضاء نزواتهم النفسية الجنسية وفي ذلك إباحة وتلبية لرغبة اللوطيين والسحاقيين.

II. موقف القضاء البلجيكي: قضت محكمة جنح بروكسل في حكمها الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 1969 [1] ببراءة عدد من الأطباء من تهمة القتل الخطأ في محاولة لتغيير جنس شخص. وكانت النيابة العامة قد وجهت تهمة القتل الخطأ للأطباء لمباشرة عملية ليس لها ما يبررها من الناحية الطبية، إلا أن المحكمة قضت ببراءتهم استنادا إلى توافر قصد العلاج. وفي حكم آخر قضت محكمة استئناف بروكسل بقبول دعوى تصحيح شهادة ميلاد امرأة تحولت إلى رجل على إثر خضوعها لعملية جراحية ثم العلاج الهرموني[2] .وهذا ما يفيد جواز أو مشروعية تحول الجنس من الناحية القضائية في بلجيكا بحجة توافر قصد العلاج اعتمادا على الجنس النفسي في تقدير الأطباء وهو سبب كافي لدرء المسؤولية الجنائية للطبيب، وهو الأمر الذي يقتضي تغييرا في الأوراق الثبوتية.

III. موقف القضاء الانجليزي: صدر في انجلترا حكما بتاريخ 2 فبراير 1970[3] في قضية (جوربات) Gorbett وأقر بمشروعية تغيير الجنس، مستندا بذلك إلى اللائحة الخاصة بالجرائم الجنسية والصادرة عام 1967 التي لا تعترض على أي عمل طبي أو تدخل جراحي يهدف إلى تحقيق غرض علاجي.[4]

ومن هنا يتبين بأن هذه الأحكام القضائية تبيح عمليات تغيير الجنس (المسخ) مع تباين الحجج فتارة الغرض العلاج، وتارة احترام الحرية الفردية، وتارة تحقيق التوازن النفسي، وتارة أخرى الضرورة وتجنب الانتحار من راغبي التغيير، وإذا كان هذا الاتجاه يبيح هذا التدخل الطبي فقد تصدى اتجاه آخر لهذه العملية وحسم موقفه المانع لها بالتفصيل التالي.

الفرع الثاني: عدم مشروعية التدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس

لم تلق آراء الموقف الأول المبيح للتدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس ترحيبا لدى أغلب المواقف الفقهية القانونية منها والشرعية (أولا) والقانونية (ثانيا) والقضائية (ثالثا) وعليه يتوجب علينا بيان هذه المواقف والحجج التي اعتمدوا عليها.

أولا: الموقف الفقهي المحرم لتغيير الجنس

نتناول فيما يلي إلى الموقف الفقهي القانوني المحرم لتغيير الجنس، ثم الموقف الفقهي الشرعي، وما استندوا في تحريمهم لهذه العليات الطبية من أدلة نقلية وعقلية.

I. الموقف الفقهي القانوني المحرم لتعيير الجنس

حكم محكمة بروكسل الصادر بتاريخ 1969/9/27. مقتبس عن: محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص 545.

مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم....، المرجع السابق، ص 467.

حكم انجليزي الصادر بتاريخ 2/ 4/ 197. مقتبس عن: محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص 544.

- محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص 544.

تحفظ اتجاه آخر [1] بشأن التدخل الجراحي لتغيير الجنس بسبب الغموض الذي يحيط بمفهوم الغرض العلاجي الذي يصعب الاعتماد عليه لإقرار مشروعية التدخل الطبي في حالة الازدواج الجنسي النفسي.

ورد الاتجاه الفقهي القانوني على القائلين بالمشروعية ما يلي:

1. إن تغيير الجنس يعد مساسا بالسلامة الجسدية وإخلالا بمبدأ المحافظة على مادة الجسم وتكامله، فكل فعل يخل بوظائف واعضاء الجسم على النحو الذي ولد به الإنسان، ويجعلها تنحرف عن آدائها لوظائفها يعتبر غير مشروع يؤدي إلى إلى تعطيل وإخلال بوظائف الجسم، لأن الرجل الذي يوافق على إزالة مظاهر الذكورية واستخلافها بأعضاء أنثوية يكون قد حقق مبتغاه الشكلي أو الخارجي، لكنه يفقد دوره كرجل ولن يكون شريكا مثاليا فيما يتعلق بالزواج والإنجاب، ونفس الأمر بالنسبة للمرأة.[2]

2. لا يصح الاستناد إلى الضرورة العلاجية للقول بمشروعية هذه الجراحة حتى في المراحل المتأخرة من المرض النفسي التي يهدد فيها المريض بالانتحار أو تشويه نفسه بقطع أعضائه، إذ أن بعض أطباء الأمراض العقلية والنفسية يعتبرونه مظهرا من مظاهر الانحراف وأثرا من آثار الاضطراب الأوديبي وهي مرحلة من مراحل التطور النفسي للشخص فمن الصعوبة بمكان تحديد الغرض العلاجي من هذه الجراح، لأن ما يعانيه المريض لا يمثل تشوها في الجسم أو المظهر أو الإمكانيات البشرية[3].

3. إن رضاء المجني عليه لا يصلح الاستناد عليه في هذه الحالة كمبرر يبيح فعل التحول الجنسي، ويعفي فاعله من العقاب، تأسيسا على أن الحق في سلامة الجسم ليس حقا خالصا للشخص نفسه يتصرف فيه كيفما يشاء دون ضابط أو دون مراجعة وإنما هو حق يتحمل مجموعة الارتقاءات الاجتماعية التي تعطي للمجتمع حقا موازيا لحق الشخص في سلامة جسمه.

4. إن تغيير الجنس ينطوي على خرق كبير بالنظام العام والآداب العامة، وإن صح القول على أن النظام العام ليس واحد في جميع المجتمعات البشرية وأنه ليس مبدأ يعتبر في حد ذاته قيمة مصونة ومقدسة ولا يجوز خرق قوانينها، ويعتبر تغيير الجنس لون من العبث بهندسة الكائن البشري[4].

5. إن تشجيع الأطباء على غزو الجسم الإنساني يجب أن يكون في حدود الأعمال المشروعة ولا يتعداها إلى الأعمال المحظورة، وإلا أصبح جسد الإنسان حقلا للتجارب وهو ما يأباه الشرع والقانون[5].

من كل ما سبق نرى بأن الطبيب إذا قام بإجراء جراحة تغير الجنس لدواعي نفسية، بأن كان رجلا كامل الذكورة إلى أنثى، أو أنثى كاملة الأنوثة إلى ذكر بناء على رغبته في التغيير، فإن الطبيب يكون قد خالف مهنته وتترتب عليه المسؤولية القانونية الناجمة عن التعدي على الحق في السلامة الجسدية، وتتنوع هذه المسؤولية كالآتي:

يمثل هذا الاتجاه الفقه الفرنسي، مقتبس عن: محمد سامي الشواء، المرجع السابق، ص. 547. الهامش-1-3

- محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص213.

-الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 242.

- جيلالي تشوار، "الاحكام الاسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المرجع السابق، ص.31.

- الشهاب ي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.283.

أ. مسؤولية جنائي إذا كان الفعل يشكل جريمة (جرح أو بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة). ولزم تطبيق العقوبة الجنائية التي تتناسب مع التكييف الجنائي للفعل في غياب النصوص الخاصة، أو تطبيق هذه الأخيرة في حالة النص عليها صراحة.

ب. المسؤولية المدنية وتترتب هذه الأخيرة على الشخص القائم بهذه العملية على أثر الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المجني عليه.

ت. المسؤولية التأديبية والإدارية ويتعرض لها الطبيب العامل لدى المصالح الاستشفائية الحكومية، حيث يمكن للسلطات التأديبية النظر في الخطأ الطبي متى كان هذا العمل خارج إطار الأصول والقواعد التي تقتضيها المهنة كما في حالة الجراحة المسخية –تغيير الجنس–

ث. المسؤولية التأديبية النقابية وذلك بإحالة الطبيب القائم بهذه العملية على المجالس التأديبية لنقابة الأطباء والتي تقرر بمعاقبة بإسقاط عضويته إذا كان عضوا فيها أو منعه من مزاولة المهنة...

II. الموقف الفقهي الشرعي المحرم لتغيير الجنس

أثارت مشكلة تغيير الجنس جدلا كبيرا في الأوساط الفقهية الإسلامية فقد أعار الجانب المحرم –على كثرتهم– اهتماما بالغا ودعا إلى الأعراض عنها على أساس أن التعبير الاتفاق للجنس يتنافى مع الأحكام الشرعية، ومن ثم مع مبدأ عدم التصرف في حالة الأشخاص[1].

وقد استدل الفقهاء تحريم هذه الأفعال وذلك للأدلة التالية:

1. قوله تعالى:"... ولأمرنهم فليبتكن ءاذان الأنعام ولأمرنهم فليغيرن خلق الله..."[2]. ووجه الدلالة في هذه الآية حرمة تغيير خلق الله بدافع العبث الشهوة، وتغيير الأنثى إلى ذكر عن طريق الجراحة باستئصال الثديين وإلغاء القناة التناسلية الأنثوية لديها، وبناء عضو ذكري فيه تغيير لخلق الله دون حاجة معتبرة[3].

2. حديث عبد الله بن مسعود –رضي الله عنه– قال: "لعن الله الواشمات، والمستوشمات، والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات لخلق الله"[4]. يتبين أن فعل هذه الجراحة فيه تغيير لخلق الله على سبيل التعدي والعبث، فكانت محرمة[5].

3. حديث عبد الله بن عباس –رضي الله عنهما– أنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال"، عن أنس قال: لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المخنثين من

- جيلالي تشوار، "الأحكام الاسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المرجع السابق، ص.31.
- سورة النساء، الآية. 32.
محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
-رواه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب في لعن الواشمات والمتفلجات، الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.367.
- محمد خالد منصور، المراجع السابق، ص. 204.

الرجال والمترجلات من النساء. وقال: أخرجوهم من بيوتهم، فأخرج النبي صلى الله عليه وسلم فلانا، وأخرج عمر فلانا"[1]

4. حديث عائشة رضي الله عنها قالت: كان يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مخنث فكان يعدونه من غير أولي الإربة، ووجه الدلالة في هذه الأحاديث لعن كل من تشبه من الجنسين بالآخر بصوته ومشيته ولبس، وبعض عاداته فكيف بمن تحدى الفطرة وقوانين الطبيعة ونواميسها[2].

5. وفي هذه الآيات توجيه من الله سبحانه وتعالى وتحذير من التمادي في الاستهتار والتجرؤ على العبث بمتقن صنعه، فكيف يتجرأ الإنسان على أحسن الخالقين ليعبث بالخلق وما خلق. فعمل التغيير في الجنس في الحقيقة جريمة منكرة وإثم عظيم[3].

6. أن هذا النوع من الجريمة ترتكب بسببه محظورات شرعية ككشف العورة والاطلاع عليها واطلاع الرجال على النساء والعكس دون مبرر شرعي؛ لأن الفقهاء اتفقوا على إباحة النظر للضرورة والحاجة، وحيث لا ضرورة ولا حاجة في التغيير إلى جنس آخر فلا يجوز النظر إلى بدن المرأة الأجنبية[4].

7. روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنهم قال: كنا نغزو مع رسول الله عليه الصلاة وإسلام وليس لنا شيء فقلنا ألا تستخصي؟ فنهانا عن ذلك[5].فإذا كان هذا التحريم متعلقا بالخصاء الذي فيه تغيير لشيء من مهمة العضو فكيف بالتغيير الكامل لا شك أنه أولى وأحرى بالتحريم[6].

8. إن القيام بعملية تغيير الجنس تتضمن الغش والتدليس، وقد جاء تحريم الغش في عموم التعامل بين الناس. ويدل هذا النهي ما رواه أبو هريرة –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" من حمل علينا السلاح فليس منا ومن غشنا فليس منا"[7].

9. أن الأضرار المترتبة على إجراء العملية أكبر من الأضرار المترتبة على إبقاء المريض على حالته وان فعل المحظور مباح عند الضرورة لإزالة الضرر. وبتطبيق ما سبق على حالة المصاب بمرض الترانسكس نجد أن إجرائه للعملية فيه ضرر كبير عليه سواء من الحالة النفسية أو الجسدية أو الاجتماعية.

وفي خلاصة هذا الاتجاه الشرعي المحرم لعمليات تغيير الجنس فإننا نرى من جانبا أن هذه المسألة ويجب التفرقة فيها بين ثلاثة فروض:

- رواه البخاري ، كتاب اللباس، باب إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت، محمد ناصر الدين الألباني، مختصر صحيح الامام البخاري، الطبعة الأولى، المجلد الرابع، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية،2002، ص.47-48.
- عبد الله ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص.233.

جيلالي تشوار، :الأحكام الاسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المرجع السابق، ص35.

- علي محي الدين القرة داعي، علي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.525.
- رواه البخاري، كتاب النكاح، باب ما يكره من التبتل والخصا، أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بردبزة البخاري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008، ص.343.

رواه مسلم ، كتاب الايمان، الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشري النيسابوري، الجامع الصحيح، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 69.

- بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس – دراسة فقهية مقارنة- دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2011، ص.43-44.

7

الأول: وهي حالة وجود تشوهات خلقية معينة لدى الشخص، كأجزاء مطمورة أو مغمورة في الجهاز التناسلي، فالتدخل الجراحي من خلال العملية التي تكشف عن الجنس الحقيقي يكون واجبا لابد منه لما فيه من تقرير للواقع وإظهاره، فإذا كان الإنسان جامعا بين عضوي الذكورة والأنوثة فإن المرجع لحاله يجعل العضو الآخر من قبيل الخلقة الزائدة، وفي إزالته تحقيق لمصلحة معتبرة شرعا.

الثاني: وجود خلل واضطراب في خلايا وهرمونات جسم الإنسان، وفي هذه الحالة يكون التدخل الطبي بواسطة العلاج الهرموني مشروعا؛ لأنه يهدف إلى التنسيق بين الخلايا المحددة للذكورة أو الأنوثة في الجسم وبين الأعضاء التناسلية، ولا شك أن في مثل هذه الحالة مصلحة شرعية معتبرة.

الثالث: وهي حالة الشخص الذي يبدي رغبة نفسية في التحول دون أن تكون له مشكلة صحية بدنية، بل لمجرد تحقيق هذه الرغبة، في هذه الحالة يعتبر التدخل الجراحي الذي يهدف لتغيير الجنس خروجا عن الفطرة السوية التي فطر الناس عليها، وتبديلا لخلق الله –كما سبق ذكره–

III.الموقف القانوني المحرم لتغيير الجنس

هناك تشريعات قد التزمت الصمت حيال هذا الموضوع، فلا هي نظمته بنصوص تشريعية صريحة، ولا هي نصت على ترتيب بعض الآثار بصدده، ولا هي أخيرا نصت على تجريمه ولا صدر عنها ما يدل على ذلك. ولكنها تركت معالجة هذا الموضوع برمته للفقه والقضاء. وهو الأمر الذي اتبعته حتى هذه اللحظة كافة تشريعات الدول الاسلامية[1]. وعليه نتعرض إلى التشريعات التي التزمت الصمت ثم موقف التشريع الجزائري.

ثانيا:التشريعات التي التزمت الصمت

التزمت هذه التشريعات الصمت التام بالنسبة لإقرار أو عدم إقرار مشروعية تحول الجنس. ويمثل هذا الاتجاه:

1 الفقه الفرنسي :

لا يجيز الفقه الفرنسي من حيث المبدأ عمليات التحول الجنسي، فمن الناحية الجنائية والتي يقصد بها استئصال كل عضو ضروري من أجل الإنجاب. ولا يعفى رضاء صاحب المصلحة الطبيب من أي مسؤولية جنائية في هذا المجال.

ومن الناحية المدنية فهناك مبدأ حرمة الجسم الذي يضع الإنسان فوق الاتفاقيات القانونية. ومن ثم فلا يجوز تعريضه لعمليات جراحية غير مأمونة النتائج وتنطوي في الوقت نفسه على قدر كبير من المخاطر[2].

2- موقف التشريع الجزائري

في البداية يجب أن نبين أن التشريعات الجزائرية لم تشر صراحة إلى موضوع التحول أو تغيير الجنس، ولكن يمكن استخلاص الموقف القانوني من القوانين ذات الصلة:

أ. في قانون الأسرة

1الشهابي ابراهيم الشرقاوي ، المرجع السابق، ص.233

2 محمد سامي السيد الشوا، الرجع السابق، ص.548

يعتبر الزواج المبرم بين شخصين من نفس الجنس أي بين رجلين أو امرأتين لا أثر له[1] طبقا لنص المادة 32[2]من قانون الأسرة الجزائري، ولم ينص قانون الأسرة صراحة على حالة التغيير الجنسي وإنما اكتفى بالتنصيص في المادة 4[3]من قانون الأسرة عند تعريفه لعقد الزواج أن هذا العقد لا يتم إلا بين رجل وامرأة. فالمرأة هي التي ولدت على أساس جنس أنثى والرجل و الذي ولد على أساس جنس ذكر ومن ثم فما على المرأة إلا أن تتحمل أنوثتها وما على الرجل إلا أن يتحمل ذكورته، قال تعالى: " ولا تتمنوا ما فضّل الله به بعضكم على بعض للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن"[4]

ومن ثم فالمشرع الجزائري لا يعترف بالتغيير الجنسي ولا يجوز لأي ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج لرجل أو امرأة قاما بالتغيير الجنسي.

ب. في قانون العقوبات

إذا علم أن الركن البيولوجي في عقد الزواج هو الاختلاف في الجنس، فغن خلاف ذلك يعد جريمة يعاقب القانون عليها القانون لمل يؤدي ذلك إلى انتشار اللواط والسحاقيات باعتباره شذوذ جنسي[5]، وهو ما أشارت إليه المادة 338 من قانون العقوبات بقولها: "كل من ارتكب فعلا من افعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار..."

ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 264 من قانون العقوبات الجزائري التي جاء في مضمونها أن كل من أحدث جروحا للغير... وترتب عليه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو حرمان من استعماله... يعرض مرتكبوه لعقوبة السجن المؤقت من 05 إلى 10 سنوات.

ويمكن تكييف الفعل المؤدي إلى بتر الأعضاء الجنسية في جراحات التغيير الجنسي جريمة خصاء، ذلك أن القوانين اعتبرت الخصاء كظرف مشدد بوصفه فقدا او بترا أو فقدان استعمال أحد الأعضاء، والخصاء استئصال أو قطع أو بتر عضو ضروري للفعل الجنسي (النسل). ولا يميز القانون في ذلك بين الرجل والرجل، ولقد جرم المشرع الجزائري هذه الجريمة باعتبارها مظهر من مظاهر العقم الماس بسلامة الجسم في المادة 274 من قانون العقوبات الجزائري : "كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذ أدت إلى الوفاة"

ت. في القانون الطبي

من الثابت قانونا أنه لكي يكون عمل الطبيب المرخص له بالعلاج مكتمل الإباحة يجب أن يتسق مع الأصول الفنية المرعية في الحقل الطبي، وتطبيقا لذلك يسأل الطبيب عن نتائج فعله إذا ثبت أن الطبيب قد خرج على الأصول

المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري:"يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"

- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص 10.

- المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري :" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وانرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أسسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الانساب".

سورة النساء، الآية. 32.

[5]تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديث...، المرجع السابق، ص.11.

الفنية. ولقد نصت المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية على أنه "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة...".

ونصت المادة 31 من نفس المدونة " لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجا أو طريقة وهمية او غير مؤكدة...". وقد اثبتت الدراسات الطبية على عدم جدوى التدخل الجراحي لمريدي التغيير الجنسي، والنتيجة فإن القانون الجزائري لا يجيز مثل هذه التدخلات الطبية لعدم اتساقها مع الاصول الطبية.

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن عمليات تغيير الجنس تدخل ضمن جراحات التعقيم ولقد حظر المشرع على الأطباء إجراء عمليات التعقيم سواء للرجال أو النساء، لأن إجراءها في غير الحالات المستوجبة قانونا يعد اعتداء صارخا على الحق في سلامة الجسم. وفي ذلك تشير المادة 33 من ذات المدونة على أنه "لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون"، وتضيف المادة 34 على أنه "لا يجوز للطبيب بتر عضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة...".

ومن هنا نصل إلى نتيجة مؤداها أن القوانين الجزائرية ذات الصلة بموضوع جراحة تغيير الجنس اتخذت موقفا بحظر هذه الجراحة تحت طائلة العقاب، وإذا كان موقف القانون على نحو ما ذكره فقد عرضت على القضاء قضايا بما نحن بصدده وأدلي بدلوه فيها، ومزيدا من التفصيل فيما يلي.

ثالثا: الموقف القضائي المحرم لتغيير الجنس

من بين المواقف القضائية المحرمة لعمليات تغيير الجنس نأخذ، موقف القضاء السوري، والقضاء الكويتي، والقضاء التونسي، ثم القضاء المصري.

I موقف القضاء السوري

وفقا لأحكام القضاء السوري يجوز للخنثى أن يطلب تعديل القيد المتعلق بجنسه والقيد المتعلق باسمه بشكل يتفق مع وضعه الجديد الناجم عن التدخلات الجراحية التي خضع لها، فقد اجازت محكمة الأحوال المدنية في الزبداني لفتاة أجريت لها عملية جراحية، تبديل جنسها من أنثى إلى ذكر وكذلك تبديل إسمها بما يتفق مع جنسها الجديد.

أكدت الخبرة الطبية أن المدعية هي ذكر وليست أنثى وذلك بسبب عدم وجود أعضاء تناسلية أنثوية حوضية، وكذلك فإن صيغتها الصبغية الوراثية هي صيغة ذكرية.

وبناءا على ذلك ألزمت المحكمة أمين السجل المدني في الزبداني بتدوين ذلك في سجلات. وهذا ما ذهبت إليه أيضا محكمة الأحوال المدنية بدمشق في حكم صادر عنها في العام 2002 حيث أجلزت فيه لشاب تصحيح جنسه واسمه في قيود السجل المدني نتيجة للعملية الجراحية النبي أجريت له، واستندت هذه المحكمة في حكمها إلى خبرة طبية

جماعية اثبتت أن المدعي يأخذ الصفة الأنثوية وألزمت المحكمة أمين السجل المدني بإجراء ذلك التصحيح في سجلاته[1].

ومن هنا فالحكم لا ينطوي أساسا على مسألة تغيير الجنس وإنما تصحيح الاسم أو تثبيته والفرق بين التصحيح والتغيير الاسمي واضح جدا حيث يكون التصحيح نتيجة خطأ في قيود سجل الحالة المدنية، أما تغيير الاسم فيكون نتيجة رغبة الشخص في تبديل اسمه والاستعاضة عنه باسم آخر، ويختلف تغيير الجنس عن تصحيح الجنس من حيث أن الأول عملية جراحية يتم بها تغيير الأعضاء الأنثوية بالذكورية أو العكس، أما تصحيحه فهو تغليب للجنس الراجح نظرا لاشتراك الأعضاء الذكورية والأنثوية مع تغيير القيد في سجلات الحالة المدنية.

II.موقف القضاء الكويتي

شغل الشارع الكويتي قضية تداولها أجهزة الإعلام وهي قضية "أحمد" وقد مرت هذه القضية على جميع درجات التقاضي (رقم القضية 2003/861 تجاري مدني كلي حكومة /1) وعليه نتعرض إلى ملخص للقضية، ثم رأي الطب الشرعي، ثم القضية على كافة درجات التقاضي:

- وتتلخص وقائع القضية في قيام أحمد برفع دعوى ضد وكيل وزارة الصحة ووكيل وزارة الداخلية ووكيل وزارة التربية ووكيل وزارة العدل ووكيل وزارة الدفاع ومدير الهيئة العامة للمعلومات المدنية بصفتهم طلب في ختامها الحكم بندب إدارة الطب الشرعي التابعة لوزارة الداخلية، لتوقيع الكشف الطبي عليه الاطلاع على كافة ما تحت يده من تقارير وفحوص طبية، وذلك لفحص حالته وتحديد نوع الجنس الذي حمله حاليا، ومدى أحقيته في تعديل وتصحيح اسم ونوع جنسه بما يتفق مع حالته الراهنة من عدمه. ولما كانت القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار" وقد أصبح بعد العملية أنثى عقيم ويمارس حياته اليومية يعايش المجتمع كأنثى إلا أن حمله لاسم "أحمد" ونوع جنسه ذكر في جميع أوراقه الثبوتية اللصقية به لا تستقيم مع هويته الأنثوية مما الحق به ضرر، لذا أقام دعواه بطلباته السالفة الذكر.

- **رأي الطب الشرعي**

بجلسة 2003/06/28 أصدرت محكمة أول درجة حكما بندب إدارة الطب الكشف على حالة المدعي وابداء رأيها في حالة المدعى وكان رأي الطب الشرعي في الحالة ما يلي:

يتخلص رأي الطب الشرعي في أن أحمد من الوجه الجينية –الصبغية– ذكر يحمل الصفات الجينية الذكرية، إلا أنه من الناحية النفسية وبعد العلاج الهرموني والتداخلات الجراحية واستئصال الأعضاء الذكورية الرئيسية المميزة، واستبدالها بأعضاء خارجية أنثوية النمط فقد الصفات الذكورية الجسمية الخارجية وكذا الإحساس الجنسي الرجولي وإمكانية

[1] - قرار رقم 20 أساس 20 بتاريخ 1999/10/30 واكتسب الحكم الدرجة القطعية نظرا لعدم استئنافه بتاريخ 1999/11/20. مقتبس عن/ فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري،نفس المرجع السابق، ص.70.

الإنجاب، بينما طغت المواصفات الأنثوية خاصة الخارجية منها على مظهره الجسماني بالإضافة إلى ما يعاينه من هم في مثل حالته من ميل جارف للسلوك الأنثوي.

- **حكم محكمة أول درجة والأسباب التي استندت عليها**

حكمت المحكمة بأحقية المدعي في تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى، وألزمت المدعي عليهم بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة، وللأسباب التالية:

السبب الأول: وردت آيات عديدة تبين أن تصوير الانسان على صورته من ذكر أو أنثى هو أمر لله تعالى، مثل قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْناكم مِّن ذكر وأنثى"[1] ويستدل بالآيات أن تغييرالجنس لا يجوز شرعا لانه متضمن تغيير لخلق الله إلا إذا توافرت شروط الضرورة فهنا يكون تغيير الجنس مباحا عملا للقاعدة الشرعية "الضرورات تبيح المحضورات".

وبما أنه ورد في تقرير الطب الشرعي أن الأعراض التي بالمدعى أعراض اضطراب الهوية الجنسية وأنه بذل جهدا للتكيف مع حالته الجنسية من هذه الأعراض، وبالتالي إن شروط الضرورة قد توافرت في حقه وإجراء العملية جائز شرعا ولا يعتبر تغيير لخلق الله.

السبب الثاني

إن المدعي بحالته الراهنة وهو حبيس جنس ينفر منه ويكون تحت ضغط رغبة في التحول للجنس الآخر. كما أن ما يعانيه من هم في مثل حالته قد يدفعه إلى أن يسلك مسلكا جنسيا غير سوي في حالة السماح له بمخالطة الذكور مدفوعا برغباته الأنثوية، الامر الذي يبين معه إجابه المدعي لطلباته وذلك لمصلحته ومصلحة المجتمع.

- **حكم محكمة الاستئناف**

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف، وبرفض الدعوى وألزمت المستأنف ضده (المدعي) بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة عن درجتي التقاضي، للأسباب التالية:

السبب الاول

ذكرت المحكمة معايير التمييز بين النوعين الذكر والأنثى والتي يعتمد عليها أهل الطب، ثم أسقطت هذه المعايير على أحمد ووجدت أن ما ثبت بالتقارير الطبية أن أحمد ولد ذكر من الناحية الجينية الصبغية كما في الذكور، كذلك ثبت أن أحمد لا يحمل أي عضو أنثوي حتى يمكن القول بأنه خنثى حقيقية أو كاذبة لتطبيق أحكام الخنثى عليه وتبرر التدخل الجراحي لتصحيح جنسه وتثبيته، وهو الأمر الذي ترى معه المحكمة أن ما قام به احمد من إجراء عملية تغيير الجنس مخالفة للشريعة الإسلامية، ذكرت فتاوى تنص على حرمة تغيير الجنس لمجرد دواعي نفسية، بل لا بد من وجود دواعي جسدية غالبة.

السبب الثاني

[1] - سورة الحجرات، الآية 13.

ترى المحكمة أن ما جاء من حقائق علمية عن اضطرابات الهوية الجنسية تبين أنها أعراض تظهر في مرحلة مبكرة وفي سن الطفولة ومع السنوات الأولى من الدراسة، وتكمن في رغبة الطفل الجامحة في أن يكون من الجنس الآخر مع الكراهية الشديدة لجنسه العضوي. وبمطابقة هذه الحقيقة العلمية على أحمد وجدت أنها لا تنطبق عليه، وذلك لأنه ثبت أنه من مواليد 1975/10/03 ولم يعاني من أي اضطرابات نفسية حتى دخوله المستشفى النفسي، وكان قد بلغ ما يقارب عشرون عاما وذلك لمحاولته الانتحار ولم يثبت سبب ذلك وغادر المستشفى على مسؤوليته. ولم يرد في ملفه ما يشير إلى اضطرابات في الهوية الجنسية في فترة دخوله ولم يراجع المستشفى إلا بتاريخ 2002/12/11 بعد العملية التي تمت بتاريخ 2000/06/29 أي بعد سنة ونصف.

السبب الثالث

ترى المحكمة أن أحمد لم يعرض نفسه على طب نفسي لاستشارته في موضوع اضطراب الهوية الجنسية، ولم يتلق أي علاج لفترة زمنية حسب الأعراف الطبية.

السبب الرابع

إن اضطرابات الهوية الجنسية ما هي إلا نظرية نظرية لازالت توجه لها سهام النقد وينكرها البعض. ومما يوجه إليها ماذا لو تغيرت رغبة من تحول إلى جنس اللآخر ورغب كل مرة أخرى بالعودة إلى جنسه الأصلي، كونها خاضعة لعوامل نفسية وتتغير بتغير الأهواء النفسية؟ ففي ذلك عبث بهوية الإنسان الذي أكرمه الله سبحانه وتعالى بأن خلقه بأحسن صورة.

السبب الخامس

ترى المحكمة أن تغير الجنس لمجرد دواعي نفسية فيه وقوع في الرذيلة والحرام. وذلك أن الرجل بتحوله إلى أنثى فإن تحوله ظاهريا فقط دون أعضاءه الداخلية، إذا فالجنس يبقى على خلقته الأصلية دون تغيير، مما يعني استمتاع الرجل بالرجل المبدل جنسه من قبيل عمل قوم لوط المستحق للعنة الله وغضبه. وكذلك يحدث معاشرة النساء لبعضهن البعض وبالتالي انتشار الفاحشة.

- **حكم محكمة التمييز**

حكمت محكمة التمييز بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع برفضه وألزمت الطاعن المصروفات مقابل أتعاب المحاماة عن درجتي التقاضي وقررت ما يلي في الموضوع:

" ومن الأول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية حرمة تحويل الجنس من ذكر إلى أنثى وبالعكس على وجه العبث. وقد جرى قضاء –هذه المحكمة– على أن لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير ما يقدم إليها من الأدلة والمستندات، ولها الأخذ بتقرير الخبير المقدم في الدعوى محمولا على أسبابه متى رأت فيه ما يكفي لتكوين عقيدتها واطمأنت إلى سلامة الأسس التي قام عليها، وانه وإن كانت الضرورات تبيح المحضورات والتي تعني أن الممنوع شرعا مباح عند الضرورة.

وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على سند مما ثبت من التقرير الطبي الشرعي، الذي اطمأن غليه أن الطاعن قد أجرى عملية جراحية حوّل على أثره أعضاءه التناسلية الخارجية لأنثى دون أعضاءه الداخلية، وأنه يحمل التركيب الصبغي الذكري والجنس الذي نشأ عليه بينما الجنس النفسي أنثوي.

- يمكننا التعليق على هذه القضية من خلال أطوارها بأن المدعو "أحمد" يعاني من اضطراب في الهوية الجنسية، وهو شعوره بعدم انتمائه لجنسه المورفولوجي، وبدل الاستعانة بطبيب نفسي يعينه على استقامة هويته الجنسية —على اعتبار أن المرض شعور نفسي– أجرى عملية تغيير الجنس وطلب تغيير أوراقه الثبوتية. وهو الأمر الذي أجابه إليه حكم محكمة أول درجة باعتماده على حالة الضرورة بمجافاتها لقواعد النظام العام ومخالفتها للشريعة الإسلامية، ولحسن الحظ أن محكمة الاستئناف تداركت الأمر بإلغاء الحكم المستأنف لسبب أن "أحمد" لا يحمل أي عضو أنثوي حتى يمكن القول بتطبيق أحكام الخنثى الحقيقية أو الكاذبة الذي يبرر التدخل الجراحي لتصحيح الجنس وتثبيته، وهي إشارة واضحة إلى محض التفرقة بين تصحيح أو تثبيت الجنس وتغييره، فشتان بين هذا وذاك. بالإضافة إلى اضطراب الهوية الجنسية لا يعدو أن تكون فكرة نظرية لم تلقى الترحاب بين الأوساط الطبية، ولم تجدي حالات التدخل الطبي الجراحي، ومن هنا نؤيد ما وصل إليه القضاء الكويتي من دقة وصواب موقفه الذي يستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

III. موقف القضاء التونسي[1]

أتيح للقضاء التونسي ان يقول كلمته بخصوص ضوابط مشروعية جراحة تثبيت الجنس. وذلك بصدد القضية محل القرار الصادر تحت عدد /10298 من محكمة استئناف تونس بتاريخ 22 ديسمبر 1993. واشتهر القرار باسم "قرار سامي" ونتناول فيما يلي ملخص للقضية ثم القضية على كافة درجات التقاضي:

- ملخص القضية

أثير الموضوع أمام القضاء بدعوى رفعها شاب تونسي يدعى "سامي بن عمر بن محمد ابن حين، أمام المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 1992/5/2 وقيدت تحت عدد / 5984. وطلب فيها الحكم باعتبار أنه أنثى لا ذكر والإذن له بحمل اسم "سامية". والإذن لضابط الحالة المدنية بالتنصيص على ذلك بدفاتره، وبحسب ادعائه تغيرت أعضائه بصفة طبيعية وصارت له خاصيات أنثوية ولا يمكن أن يكون إلا من جنس الإناث.

- **موقف المحكمة الابتدائية بتونس**

قضت المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 1993/2/8 [2] برفض الدعوى وإبقاء مصاريفها على القائم بها، بناء على التغير الجنسي كان بفعل فاعل بصورة اصطناعية وهو مخالف لمقتضى القانون الجزائي والديانات السماوية.

1- محكمة استئناف تونس القرار الصادر تحت عدد /10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993. مقتبس عن: الشهاب ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 259.

2- حكم المحكمة الابتدائية 8/2/ 1993. مقتبس عن: الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 260

ويدعم هذا الحكم تقرير الحكيم "رفيق بوخريص" الذي أكد أن الاضطراب النفسي كان سبب في طلب تغيير الجنس، الأمر الذي كان بالمكان تلاقيه بالعلاج النفسي، وأن هذه العمليات لا تؤدي إلى اكتساب المظاهر المورفولوجية للجنس المعاكس مع الإبقاء على المقومات البيولوجية للجنس منذ الولادة.[1]

- **موقف محكمة الاستئناف**

استأنف المذكور الحكم الابتدائي أمام محكمة الاستئناف بتونس بطلب استئناف مقدم عام 1993. تأسيسا على أن حكم البداية جاء مخالفا للقانون والواقع لعدة أسباب، منها:

أ- إن حكم البداية اعتمد على تقرير طبيب غير مختص رغم دقة الحالة المطروحة.

ب- لم تجب محكمة البداية على ما وقع التمسك به من تقسيم بين الأحكام المنشئة للحق والأحكام المقررة له، وقضية الحال تندرج ضمن الصنف الثاني.

ت- أن تغيير المدعي لجنسه لم يكن نتيجة الاضطرابات النفسية، بدليل انه رغم المأساة ونمو الخصائص الأنثوية لم يمل لتغيير جنسه إلى حد بلوغ سن 26 سنة بعد أن يأس من حاله. وبالتالي لا يشكل طلبه مساس بالنظام العام ولا هو مخالف لأحكام الشرع الإسلامي بدليل فتوى الجمهورية.كما لا يعتبر مخالف للقانون الجزائي لعدم تتبع المدعي ومقاضاته.[2]

ث- أن وضعية المدعي لا يمكن إلا بالتدخل الجراحي لتسوية الوضعية القانونية والاجتماعية، ونقيض ذلك تعكر الحالة النفسية المؤدية إلى مصير خطير.

وقيدت القضية بمحكمة الاستئناف تحت عدد 10298 وصدر حكم محكمة الاستئناف بتاريخ 1993/12/22[3] مقررا ما يلي:

✓ أن القانون التونسي لم يتعرض غلى إشكالية جواز، من عدم جواز، تغيير شخص جنسه من ذكر إلى أنثى بالأسلوب الجراحي، وبالتالي يتحتم الرجوع للفقه الإسلامي والقانون المقارن.

✓ إن المستأنف ولد ذكر مثلما أقر بذلك أمام محكمة البداية، ولا يمكن أن يوصلنا الفقه الإسلامي إلى حل ثابت ومعلوم باعتباره خنثى. ونظرا لأن القضية مستحدثة في الطب وجب رد المشكلة وحلها عبر القرآن الذي نجد فيه أن الله جعل توازنا في الكون :" الله يعلم ما تحمل أنثى وما تغيض الأرحام وما تزداد وكل شيء عنده بمقدار"[4]

✓ بالرجوع إلى التقارير الطبية لمعرفة توافر أركان حالات الضرورة، وبالاطلاع على التقرير المحرر بواسطة الحكيم الاسباني الذي أجرى العملية، وتأكيد الحكيم عبد الحميد قوابعة الذي أكد على توافر الخصائص الأنثوية، في حين

[1]- الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 260.
[2]-الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 261.
[3]- حكم محكمة الاستئناف تونس بتاريخ 1993/12/22. عدد (10298). مقتبس عن: الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 260.
[4]- سورة الرعد، الآية. 8.

أن الحكيم "رفيق بوخريص" الذي أكد أن الاضطرابات النفسية السبب في القيام بالعملية. فإن العمل إرادي وبموجبه وقع تغيير اصطناعي كان بالإمكان تلافيه بالعلاج النفسي.

وحيث والحالة تلك فعن ما قام به المستأنف لا يدخل ضمن حالات الضرورة بشروطها، أما والأمر بخلاف ذلك وتسرع لإجراء العملية يكون قد خالف الموروث الحضاري والأخلاقي.

✓ إن الاستناد إلى القرارات القضائية الفرنسية التي ركزت على حرية الفرد في تغيير جنسه دون تعليل علمي وقانوني مقنع وهي موازية للاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان، لا يمكن مجاراته لاختلاف المخزون الثقافي والحضاري والديني.

✓ إن إقرار الحق لا يكون بصفة مطلقة بل مطابق للقانون والنظام العام، و بالتالي فإن تغيير الجنس بصفة تلقائية إرادية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام، ولهذا قضت محكمة الاستئناف بقبول الدعوى شكلا ورفضه أصلا، وتقرير الحكم الابتدائي وتخطئة المستأنف بالمال المؤمن، وتحميل المستأنف المصاريف القانونية.

IV. ومن خلال استقراء مراحل القضية يتبين لنا بوضوح اتفاق للقضاء التونسي مع مجمل أحكام الشريعة الإسلامية رغم عدم النص على أحكام الجراحة الطبية "تغيير الجنس في القانون التونسي" حيث تم وضع المسألة ضمن ترتيب القواعد القانونية وفكرة النظام العام، وكذلك بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الزاخرة بالأدلة النقلية من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية ضد الأسانيد الواهية التي اعتمد عليها الشاب "سامي". ويكفي في ذلك ضأن هذه الجراحات مخالفة لقوانين الكون وقواعده الثابتة المتوازنة، كما لا يمكن الارتكان لحالة الضرورة لعدم توافر شرائطها، وما يدل على أن طالبي التغيير يجرون وراء نزواتهم وأهوائهم مجاراتهم لكل ما هو أجنبي مع اختلاف الموروث الثقافي والأخلاقي والديني، ولذلك فنّد القضاء التونسي تلك الأسانيد التي تركن للقضاء الأجنبي وتجدر الإشادة بموقف القضاء التونسي وقطعه الطريق أمام الشواذ والمنحرفين.

V. موقف القضاء المصري :

فجرت الجراحة التي أجراها طالب طب الأزهر " سيد محمد عبد الله مرسى " في سنة 1980 بمتابعة اختصاصية في الطب النفسي للطالب لشعوره بميول أنثوية جارفة ،واستمرت في جلسات معه لمدة كاملة بمعدل مرة في كل أسبوع ،لكن تأكدت من فشل هذه المحاولة ،وكان المريض يستعين بالهرمونات الأنثوية بمعرفة طبيب الغدد ،فاتخذت الطبيبة النفسية قرارا بإجراء الجراحة للطالب 1985 [1]، وتمهيدا للجراحة بدأ الطالب وهو في السنة الخامسة من دراسته بالكلية (المرسم الجامعي 1987 – 1988) يتصرف تصرفات غير طبيعية وضحت على مظهره الخارجي، من حيث تشبهه بالأنثى في مشيته وصوته وتجمله في وجهه وارتداء ملابس النساء، مما استدعى إحالته إلى مجلس التأديب، وبناء على تقرير الكشف الطبي الظاهري أنهى المجلس التحقيق مع الطالب في 1988/01/05 بإصدار

[1]/جميل صبحي برسوم ،المرجع السابق ،ص51

قرار بفصله لمدة شهرين مع إعطائه فرصة إعادة مظهره الخارجي وتصرفاته وملابسه إلى وضعه الطبيعي كطالب أزهري، إلا أنه بدلا من ذلك وبتاريخ 1988/01/29 فاجأ الجميع بإجراء عملية جراحية في مستشفى خاص تم فيها استئصال القضيب والخصيتين ، واستحدثت له فتحة صناعية خلف فتحة مجرى البول الخارجية [1].

تم على الفور تشكيل لجنة طبية تأديبية لمعاقبة الطالب ،وعليه قامت اللجنة ،بعد موافقة الطالب ،بفحصه ظاهريا وموضعيا ،وانتهى المجلس بقرار في الجلسة المنعقدة في 1988/06/08 فصل الطالب نهائيا من كلية طب الأزهر ،وإبلاغ القرار إلى جميع الجامعات المصرية، وإبلاغ ولي أمر الطالب .... ورفع الأمر لرئيس جامعة الأزهر لاتخاذ الإجراءات القانونية بإحالة الأمر للنيابة العامة.

و أصدر مجلس نقابة الأطباء "الجيزة " القرار رقم 3 لسنة 1988 بإحالة كل من الطبيب الذي أجرى الجراحة وطبيب التخدير إلى هيئة التأديب الابتدائية بالنقابة العامة للأطباء، التي قررت بتاريخ 1988/11/08 معاقبة الطبيب الأول بشطبه وإسقاط عضويته من النقابة، ومنعه من مزاولة المهنة في أي صورة، ومعاقبة طبيب التخدير بمائتي جنية [2]، من خلال ردة الفعل الأولى للعملية التي أجراها الطالب "سيد" يتبين اتساق الأزهر الشريف مع الأحكام الشرعية لهذه العمليات المسخية، وكذلك رأي نقابة الأطباء إذ ينسجم مع مجمل الفتاوى الشرعية التي تبيح التدخل الجراحي في حالة ازدواج الأجهزة التناسلية الذكورية والأنثوية وتغليب أحدهما على الآخر، ولا تبيح هذه الجراحات، ومن ثم لا بد من الإشادة بهذا الموقف وليت المسألة وقفت عند هذا الحد لجنبنا تناقض الأحكام في هذه القضية ،نتناول لفائدة البحث موقف القضاء الإداري المصري تجاه تلك القضية من خلال أربع مراحل على النحو التالي :

1.**المرحلة الأولى** : حكم محكمة القضاء الإداري رقم (42/5432 ق جلسة 1991/07/02)

أقام المدعي "سيد محمد عبد الله مرسى " دعوى ضد رئيس جامعة الأزهر يطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بفضله وما يترتب عليه من آثار ،وفي الموضوع بإلغاء القرار مع ما يترتب على ذلك من آثار مع إلزام جامعة الأزهر بالمصروفات، وبجلسة 1989/11/13 قضت المحكمة في الشق الإستعجالي بقبول الدعوى شكلا ،وبرفض وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ألزمت المدعي مصروفات الطلب ،وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لتقديم تقرير الرأي القانوني في طلب الإلغاء، أما في الشق الموضوعي ففي جلسة 1991/07/02 أصدرت المحكمة حكمها بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية طب الأزهر لوقوعه على غير محل، ورفض ما عدا ذلك من طلبات وألزمت المدعية وجامعة الأزهر المصرفات مناصفة بينهما [3]، وأسست المحكمة على قرار مصلحة الطب الشرعي " إن الطالب بعد إجراء هذه العملية الجراحية له أنثى رغم عدم وجود رحم أو مبايض أو حدوث دورة شهرية ،وعاملته

[1]/ الشهابي إبراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق ،ص260

[2]/ نفس المرجع ،ص268

[3]/ حكم محكمة القضاء الإداري رقم (42/5432 ق جلسة 1991/07/02) مقتبس عن الشهابي ابراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق ،ص280 ،283

الجهات الرسمية فعلا على اعتبار أنه أنثى ،حيث صدر بيان تصحيح وإبطال قيد ... بإعادة اسم المولود من سيد... إلى سالي ... والنوع من ذكر إلى أنثى ..." [1]

2.**المرحلة الثانية** : حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 50/4019 ق بجلسة 1999/09/28 .

بصدور قرار جامعة الأزهر رقم 622 بفرص البقاء المقررة لطلاب الجامعة تقدم الطالب / سيد محمد عبد الله " سالي " بطلب إلى رئيس الجامعة في 1999/01/22 طالبا قيده بكلية الطب بنات بالجامعة بالفرقة النهائية في السنة الجامعية 1995 – 1996، إلا أن رئيس الجامعة وعميد الكلية امتنعا عن إصدار القرار بذلك، مما حدا بالطالب إلى رفع الدعوى المشار إليها ضدها بتاريخ 1996/02/10 مطالبا بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلبي من قبل الجامعة بالامتناع عن قيدها، وبجلسة 1999/09/28 قضت المحكمة برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ،وبرفض الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري ،وقبول الدعوى شكلا وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار [2]،واستندت المحكمة في حكمها إلى المادة 18 من الدستور المصري " التعليم حق تكفله الدولة ".

من خلال المرحلة الأولى والثانية لموقف المحكمة الإدارية يتبين تخبط القضاء وفساد رأيه، وذلك لبنائها الحكم على استدلال مرفوض من الزوايا التالية :

أ- إن الحكم المعتمد على رأي الفنيين بتقديم صورة وصفية عن حالة الطالب الظاهرية الشكلية ،واعتبارها سند لمشروعية التدخل الجراحي للتغيير الجنسي على دواع نفسية بحتة لا تبرر التدخل الجراحي .

ب- اعتماد القضاء على الشهادات الرسمية التي استخرجها عن حالته الجديدة ،ورغم القول بحجيتها ،إلا أنها تضحد بتزوير لحالة جسدية حقيقية .

ج-إن حق التعليم مكفول قانونا ،وهو أمر نقره ،لكن لا يعني ذلك مشروعية العملية الجراحية الرامية إلى تغيير الجنس من أي وجه ،وفي رأينا أن البحث في جزئية وترك المسألة الأصلية يدخل ضمن فكرة " المصادرة على المطلوب " وهو ما وقع فيه القضاء الإداري .

3- **المرحلة الثالثة** : حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 54/1487 ق ،بجلسة 2000/06/20 .

بدأت هذه المرحلة بالتماس إعادة النظر أقامه رئيس جامعة الأزهر ضد " سالي " بتاريخ 1999/11/14 طالبا الحكم بقبول الالتماس وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه (رقم 50/4019 ق ، بجلسة 1999/09/28) وفي الموضوع إلغاء هذا الحكم والقضاء مجدد برفض الدعوى وإلزام الملتمس ضدها المصروفات ،وأسست الجامعة التماسها على سببين ،الأول :أن الملتمس ضدها أدخلت غشا على المحكمة

[1]/ بديعة على أحمد ،المرجع السابق ،ص144

[2]/ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 50/4019 ق ،بجلسة 1999/09/28 .مقتبس عن : الشهابي ابراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق ،ص291.293

حيث لم توضح صحيفة دعواها أنها تتخذ من الرقص في الملاهي حرفة ونشاط ،والثاني : أن الجامعة قد تحصلت بعد صدور الحكم الملتمس فيه على أوراق قاطعة في الدعوى وهي المحضر رقم 96/2527 جنح الأزبكية المحرر ضد الملتمس ضدها بمعرفة ضابط الآداب إتيانها أفعالا مخلة بالآداب ،وعليه صدر الحكم في 2000/06/20 [1] بقبول الإشكال، و في الموضوع بعدم جواز تنفيذ الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بجلسة 1999/09/28 وألزمت المستشكل ضدها المصروفات.

يمكن التعليق على هذه المرحلة من مراحل القضية بأن القضاء المصري قد نجح في عدم قبول الطالب ضمن الجامعة نظرا لتصرفات الطالب الشنيعة التي لا تتوافق مع النظام العام والأخلاق والآداب العامة وما يمكن استخلاصه منها:

أن عمليات التغيير الجنسي دعوة لهوى النفس وللجرائم الأخلاقية وانتشار للرذيلة والفحش.

أ. أنها ليست حلا في استواء خلقة المغير جنسيا، بل هي تغييرا للفطرة السوية، وزيادة في رفض الذات والتهرب من خطر إلى أخطر منه.

4- المرحلة الرابعة : الطعن في الحكم السابق والصادر من محكمة القضاء الإداري بتاريخ 2000/06/20 أمام المحكمة الإدارية العليا.

في انتظار العثور على المصادر والنتيجة المتوصل إليها في ختام هذه القضية نأمل، أن يصدر القرار القاطع الذي يعيد القضاء المصري إلى الطريق الصحيح ويقطع الشك باليقين في عدم إباحة هذه التصرفات الطبية بإقرار عدم مشروعية التدخل الطبي لعمليات تغيير الجنس بعد إعادة القضية لمحكمة الموضوع، وما دام الواقع المصري قد شهد أمراكهذا فلا مبرر من عدم صدور قانونا يحرم هذه العمليات ويجرمها ،تأسيا بتجريمه لعمليات الخصاء والتعقيم، وترتيب المسؤولية الجنائية على الأطباء وكل الفاعلين في هذا المجال بالإضافة إلى مسؤولية المراكز الطبية التي تجري فيها، حماية للجسم البشري وهو الأمر الذي يسد الباب أمام الآراء والاجتهادات الفقهية والتناقضات القضائية.

1/ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 50/4019 ق ،جلسة 1999/09/28 .مقتبس عن : الشهابي ابراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق ص293-295

خـــــاتمة

يعد التعامل مع الجسم البشري من المبادئ العامة التي تتضمن قواعد مستقرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بحسب الأصل، و لنسبية فكرة النظام العام تختلف تلك القيم باختلاف الأزمنة و الأمكنة و عليه تقرر وضع نظام قانوني حمائي يحكم التعامل مع الجسم البشري، لأنه غاية التنظيم الاجتماعي توفير الحماية والرعاية وضمان لإستقرار المجتمع و تكرس مبدأ عدم التعامل في جسد الإنسان إلا فيما يخدم المبادئ الأساسية بشرط الرضائية و التبرعية والمشروعية.

إن الحماية الجنائية للجسم البشري بإعتبارها أحد أهم أنواع الحماية بالنظر للأثر الإجتماعي المترتب عن الإخلال بالقواعد الجنائية – الجزء الجنائي – توفر قدرا من الحماية بإشتراك بقية فروع القانون الأخرى خصوصا مع تسارع الحركة التقنية الطبية في مجال العلوم الإحيائية في جميع الجوانب المادية بتأدية الوظائف العضوية بشكل مستدام و النفسية الفيسيولوجية لممارسة الحياة بصورتها المثالية.

لذا إستغرق الإحاطة بجوانب الحماية كافة الأبعاد الطبيعية للإنسان المحيطة بماهيته سواء البعد المادي و الروحي الذين إذا إستويا إكتملت الشخصية القانونية و هو المعنى الواضح الذي يتفق عليه كل من رجل الطب و القانون و الشرع.

إنه و بالنظر للتدخلات الطبية لزم علينا أن نجزأ الحماية الجنائية و نغير من نظرتنا لهذا الجسم المستقل للروح في مقابل تغير النظرة إلى الجسم البشري أعضاء و منتجات و مشتقات، فنضفي على كل عناصره حماية متميزة كما وجب أن نمدد في الحماية سواء عند بداية وجود الجسم البشري، - فكرة القالية للحياة – أو عند إنتهائه بإستغراق وصف الجسم مرحلة قريبة بعد الموت ما دامت الأعضاء و الخلايا و المنتجات متمتعة بحياة جزئية، و تتوافق هذه المساعي مع التطور السريع الذي أحرزته الأبحاث الطبية بإستغلال كل جزيئات الجسم.

و إستغراق الحماية الجنائية للجسم البشري لا يشمل الجانب المادي فحسب بل أن النظرة الاثنينية أو الإنفصالية بين النفس و الجسم لم تعد مقبولة، لذا نؤكد على وحادية التأثير و التأثير المباشر و غير المباشر بمصادر الإعتداءات النفسية سواء لأغراض إجرامية واضحة كالتهديد أو لأغراض قد تبدو مشروعة للوهلة الأولى لغاية التحقيق الجنائي المرهقة للجسم و التي دللنا على عدم مشروعيتها مع التوصية بتجريمها كإستخدام العقار المخدر أو التنويم المغناطيسي و غيرها.

إن الحق في سلامة الجسم و إن تعددت تعاريفه ينبغي أن يتناول الإطار الطبيعي للمصلحة المحمية قانونا بجانبها الفردي أو الإجتماعي، فالجانب الفردي يقتضي إستمرار الوظائف على النحو الطبيعي – مادي و نفسي – و الجانب الإجتماعي هو النهوض بالوظيفة الإجتماعية المنوطة بها، و بإختلال أحد الجانبين ينهار البنيان القانوني الذي يتهدد هذا المركز القانوني في إحدى عناصره و يختل الإطار العام للحماية الجنائية.

و إذا كان المبدأ عدم مشروعية المساس بالتنازل عن المادة الجسمية و النفسية بالضرر، فإن ما يخدم سلامة الجسم و يحافظ على إستواء خلقة البشر مشروعا في المقابل، و لذلك يشرع للطبيب و إن إشتمل عمله الشق و القطع و التمزيق ما دام يدخل في الإطار العام لإستعمال الحق بشروطه الشكلية و الموضوعية، و نستنتج من خلال الأعمال الطبية أن غايات التدخل الطبي يجب أن تراعي المصلحة الفردية كما ذكر و ضمن القواعد العامة الرضائية و ترخيص القانون و الغاية العلاجية ...

و إعتبارا لما تثيره فكرة أو قاعدة علاجية من مشكلات قانونية لتجاوز الطب حدوده التقليدية في العلاج لزم التعامل مع هذه القاعدة بمبدأ المرونة التي تعتبر ميزة جوهرية ينبغي أن تتصل بالقانون، لذلك تتغير هذه القاعدة حفاظا على المبدأ العام و هو السلامة الجسدية بزيادة المعرفة الطبية عن طريق التجارب العلمية، و من ثم تتغير فكرة الرضا بشرط الإخطار بالمخاطر الآنية و المحتملة و غير المحتملة أو البعيدة و عدم التفريط في المصلحة الصحية للفرد مهما كانت الفائدة العلمية و تغليب المصلحة المحضة و الراجحة.

و بعد إسقاطنا لهذه المبادئ العامة – التي تحكم الحق في سلامة الجسم و التي تحكم الأعمال الطبية بصورتها التقليدية و الحديثة – على تطبيقاتها للجسم البشري فإننا نستنتج:

-أن هذه التطورات الطبية التي شملت مواد الجسم قلبت بشدة الأوضاع القانونية المنظمة لأسس التعامل مع الجسم البشري و أدت إلى إختلال الأحكام و إعادة صياغتها خاصة في إطار مشروعيتها.

ففي مجال التلقيح الإصطناعي و أثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان فيمكن القول أن التلقيح الإصطناعي من الحلول المحققة للغريزة الفطرية – الإنجاب – و يحقق الإستقرار للزوجين لما يلقي بآثاره على الجانب النفسي في حالة فشل الطرق الطبيعية للمساعدة الطبية على الإنجاب بإعتباره أسلوب علاجي لحالات العقم، و ما نستنتجه من خلال دراستنا لهذا المبحث أن التلقيح الإصطناعي صورة مختلفة غير أن الصور المشروعة لهذه التدخلات الطبية ينحصر فيما بين الزوجين في ظل الحياة الزوجية و يمنع كل تدخل من الغير غير الزوج أو بويضة غير الزوجة، و تمنع هذه التدخلات بإختلاف أنواع التلقيح داخلي أو خارجي، كما يمنع التلقيح الإصطناعي الخارجي في صورة إستئجار الأرحام ' الأم البديلة ' و هو الأمر الذي منعه القانون الفرنسي، و لذلك يعتبر هذا الأخير نموذج للقوانين إلى حد ما إذا تناول جميع مسائله و أقرنه بعقوبات عكس المشرع المصري الذي تخلوا تشريعاته من أي تنظيم مما دعوى إلى إحتدام الإجتهادات الفقهية أخذا و ردا، أما المشرع الجزائري فقد حسم النقاش بتعديل قانون الأسرة بمقتضى القانون 05-02 في المادة 45 مكرر.

أما في الشريعة الإسلامية فلا شك أن هذا الطريق يفتح آفاقا عظيمة لتحقيق أغراض الأزواج و من ثم يباح بإعتباره ليس خرقا لقوانين الطبيعة و لم يتعارض مع نصوص الوحي، و هي تتم وفق السنن الطبيعية لتكوين الجنين ما دام أنها تتم في إطار العلاقة الزوجية حال حياتهما و هو ما دامت عليه دون الإفتاء و المجامع الفقهية في إطار الشروط و الضمانات الشرعية و القانونية.

ففي شرط العلاقة الزوجية و أثناء حياتهما نظم المشرع الفرنسي و الجزائري هذه المسألة، غير أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع الفرنسي لم يضع عقوبات صارمة حال الإخلال بهذا الشرط، مما يؤدي إلى الإستهداء بالقواعد العامة الأمر الذي جعل المسألة تخضع لعديد التكييفات بين جريمة الإغتصاب، و جريمة هتك العرض، فعل فاضح علني، جريمة الزنا، كما حظر إستخدام تقنية الأم البديلة، و إنفرد المشرع الفرنسي بشرط الغرض العلاجي و إن كان من الممكن أن يعد بالنسبة للمشرع الجزائري شرط عام تخضع له الأعمال الطبية غير أننا من خلال هذه الإستنتاجات نوصي بمايلي:

أولا: يجب تجريم ما يجريه الطبيب من عمليات إخصاب بغير مراعاة تلك الضوابط و تأثيم ما يأتيه منها خارج الإطار الشرعي بصورة غير مشروعة أو المحرمة أو مشوبة بالغش للزوجين.

ثانيا: فرض حماية جزائية عند التلاعب بالبويضات المخصبة داخل الأنبوب، و سن نصوص تجرم أسلوبي التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير و بواسطة الأم البديلة مع فرض عقوبات صارمة على كل الأطراف المتدخلين في العملية.

ثالثا: فرض عقوبات صارمة على كل من يلجأ إلى التلقيح الإصطناعي دون رضا الطرف الآخر و التشديد عند إستعمال طرق الغش و الإحتيال.

أما في المبحث الثاني والمتعلق بتغيير الجنس، فإن هذا الأخير يعتبر إستبدال لجنس الشخص بجنس آخر مغاير للجنس الطبيعي أو الأصلي، و هو التغيير عملية جراحية يتم تغيير الأعضاء الظاهرية للذكر بالأعضاء الظاهرية للأنثى و العكس، فهو تغيير ظاهري فحسب.

و رغم عدم تخصص القوانين كالقانون الجزائري لنصوص متعلقة بهذه المسألة، إلا أننا من خلال دراسة هذا المبحث يتبين أن تغيير الجنس مصدر إثارة لعديد من المشاكل المدنية في مجال قانون الحالة المدنية لما يطرأ من تغيير في البيانات، و في مسائل الأسرة لإخلاله بالشرط البيولوجي و ما ينجر عن ذلك من إضطراب في أمور كثيرة كأحكام الخطبة و العدول عنها، و حق الزوجات، و التطليق و الخلع و الحضانة و النفقة و الإرث ... و الشأن سواء بالنسبة للمسائل التي يثيرها في المجال الجنائي في إطار المسؤولية الجنائية على المساس بالجسم البشري، و يتعارض مع شروط ممارسة الأعمال الطبية، و فكرة النظام العام.

– نستنتج أن مجال دراسة هذا العنصر يستبعد مشكلة الخنثى المشكل أو غير المشكل، ذلك أن التدخل الجراحي لترجيح الجانب الغالب يخضع لمعالجة مشروعة و هذا يسمى تثبيت الجنس، أما تغييره بفرض عدم إختلاط عناصر الذكورة و الأنوثة فهي الجراحة المعنية بموضوع الدراسة، فمن حيث مشروعيتها فالمسألة من الناحية القانونية مرفوضة و تعتبر مساسا بالسلامة الجسدية و إخلالا بمبدأ المحافظة عليه، ولا يمكن الإستناد إلى حالة الضرورة و لا إلى رضا المجني عليه لمخالفة هذه الجراحات للنظام العام و لمجافاتها لشرط الغر ض العلاجي، كما أنها مرفوضة من

الجانب الشرعي لأنه تغيير في خلق الله بدافع الشهوة و العبث و نفي للفطرة و قوانين الطبيعة و نواميسها، و ممارسة للمحظور كالإخصاء و بالنظر للأضرار الصحية و الجسدية و النفسية و الإجتماعية و غيرها.

أما في القانون الجزائري على وجه التحديد فبالرغم من عدم وجود نصوص صريحة فإنه يمكن الركون لأحكام قانون الأسرة التي تعتبر الإختلاف في الجنس من أحد الأركان الجوهرية لبناء الرابطة الزوجية، و من ثم فلا يتصور علاقة زوجية في غير ذلك، و القول بخلاف ذلك يعد جريمة يمكن تكييفها على أنها شذوذا جنسيا، أو جريمة إخصاء أو بتر لأحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله، و يمكن إستنتاج تجريم هذه العمليات من القانون الطبي الذي يجرم عمليات التعقيم.

أما فيما يتعلق بالإجتهادات القضائية فقد تذبذب القانون الفرنسي في أحكامه غير أنه إنتهى في الأخير إلى إباحتها تلبية لرغبة الشواذ و مثله القضاء البلجيكي و الإنجليزي، بحجة الغرض العلاجي و إحترام الحرية الفردية، و تحقيق التوازن النفسي، غير أن الرأي الغالب لدى القضاء هو تجريم هذه التدخلات الطبية خصوصا الدول التي تدين بالإسلام، حيث تتميز هذه الأنظمة بموافقتها لمجمل الشريعة الإسلامية رغم عدم وجود نصوص صريحة، و ذلك بوضع المسألة ضمن القواعد العامة و فكرة النظام العام و اختلال فكرة الضرورة، غير أننا نوصي في هذا المجال بأنه:

أولا: ينبغي إقرار المسؤولية الجنائية بنصوص صريحة مجرمة و معاقبة على هذه العمليات الطبية و معاقبة كل الفاعلين من المستفيدين منها و الأطباء الفاعلين الأصليين الشركاء و الوسطاء و الداعيين إليها.

ثانيا: إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية من مؤسسات إستشفائية القائم بهذه الأفعال المسخية.

ثالثا: تطبيق العقوبات الجنائية و الإدارية كالمنع من مزاولة المهنة و تجميد الرخص.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصـادرو المراجع

I. -المصادر

1- القرآن الكريم.
2- أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بردبزة البخاري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008.
3- الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشري النيسابوري، كتاب الايمان الجامع الصحيح لا توجد دار النشر و لا سنة النشر.
4- الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم، لاتوجد دار النشر ولا سنة النشر .
5- سعيد منصور موقعة، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، الجزء الأول، دار الإيمان الإسكندرية، مصر، 2005.
6- الشيخ محمد ناصر الألباني، مختصر البخاري مكتبة المعارف للنشرو التوزيع، الرياض الطبعة الأولى المجلد الرابع– المملكة العربية السعودية 2002 .
7- محمد عبد الرحمان العيساوي، موسوعة علم النفس الحديث، المجلد الثاني، تصميم البحوث النفسية والاجتماعية والتربوية، دار الراتب الجامعية،2000-2001.
8- محمد عبد المجيد العيسوي، موسوعة علم النفس الحدي، لمجلد السادس، الاضطرابات النفسية، دار الراتب الجامعية، 2001.

II. المراجع :

1) **المؤلفـات العامــة**

1. ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني عشر، دار صادر بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
2. أحمد إبراهيم حسن ،تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ،مصر ،1999 .
3. أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ،لا توجد دار النشر و سنة النشر.
4. أحمد عبد اللطيف الفقي، الجاني والمجني عليه، وحقوق وضحايا الجريمة، دار الفجر للنشر والتوزيع، سنة 2003.
5. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، النظرية العامة.
6. اسحاق ابراهيم منصور، الأصول العامة في قانون العقوبات، الجنائي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1979.
7. تشوار الجيلالي، الزواج و الطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبيعية والحديثة ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون – الجزائر 2001.
8. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، لا توجد دار النشر سنة 1999.
9. جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، محمد قاسم، الحقوق وغيرها من الحقوق القانونية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، سنة 1996.

10. جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، عقوبة، قتل وضرب وجرح ،دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
11. حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الأفاق العربية، لا توجد بلد النشر، سنة 2001.
12. حسن محمد أبو السعود، قانون العقوبات المصري، الطبعة الأولى، القسم الخاص،محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية 1978.
13. سعدي اسماعيل البرنجي، لاتوجد دار النشر و لا سنة النشر.
14. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، سنة 2003.
15. طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص،الطبعة الأولى، لا توجد دار النشر، 2000.
16. طه عبد المولى ابراهيم، مشكلات التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني، الطبعة الأولى /دار الفكر والقانون، مصر 2000.
17. عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، لا توجد دار النشر، القاهرة، سنة 1951.
18. عبد الرحمان محمد أبو توتة، علم الإجرام، المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية،مصر، 1998.
19. عبد العزيز سعد ،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ،سنة 2007 .
20. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات، النظرية العامة، دار المطبوعات،مصر، الإسكندرية، لا توجد سنة النشر.
21. عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، سنة 2002.
22. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، الجزاء الجنائي، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.
23. عبد الله موسى، المسؤولية الجسدية في الإسلام، الطبعة الأولى، دار بن حم، 1995.
24. عبد المنعم فرج الصدة ،نظرية الحق في القانون ،القاهرة ،سنة 1950.
25. علي أحمد عبد الزعبي ،حق الخصوصية في القانون الجنائي، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006.
26. علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، الجزء الأول، الجريمة، سنة 1988.
27. علي محمد جعفر، الأحداث المنحرفون، ط3، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996.
28. علي محي الدين القره ،علي يوسف المحمدي ،فقه القضايا الطبية المعاصرة ،الطبعة الثانية ،دار البشائر الإسلامية ،بيروت ،لبنان ،2006.

29. علي محي الدين القره، علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، سنة 2006.
30. عمر محي الدين خوري، الجريمة وأسبابها، مكافحتها، دراسة مقارنة في القانون والعلوم الإجتماعية، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2003.
31. عن محمد سامي السيد الشوى، لا توجد سنة النشر و لا دار النشر.
32. فاخر عاقل، علم النفس، الطبعة التاسعة، دار العلم الملايين، بيروت، لبنان، 1984.
33. فيصل عباس، التحليل النفسي والاتجاهات الفردوية، المقارنة العيادية، الطبعة الأولى ،دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1996.
34. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الشرف والحرية، دار العلمية الدولية للنشر، دار الشفافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، لا توجد سنة النشر.
35. لين صلاح ،موسوعة قانون العقوبات العام والخاص ،للعلامة رونيه غارو ،المجلد الثاني ،في الجريمة والعقوبة الجزائية ،منشورات الحلي الحقوقية ،بيروت ،لبنان.
36. محمد القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر،سنة 2004.
37. محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ،2004.
38. محمد المرسي زهرة ،الإنجاب الاصطناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ،دراسة مقارنة ،الناشر دار النهضة العربية ،القاهرة مصر ،2008 .
39. محمد توفيق خضير، مبادئ في الصحة والسلامة العمة، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
40. محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي " نقل وزراعة الأعضاء التناسلية " الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2001.
41. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2006.
42. محمد عبد الرحمان العسيوي، في الصحة النفسية والعقلية دار النهضة العربية ،بيروت لبنان، 1992.
43. محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الأولى،دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2005.
44. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات.
45. محمد كي أبو عامر، قانون العقوبات، قسم خاص
46. محمود فهمي زيدان، في النفس والجسد، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 198.
47. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1989.
48. مصطفى خليل الشرقاوي، علم الصحة النفسية، دار النهضة العربية، بيروت، لاتوجد سنة النشر.
49. المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، 1979.

50. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والاصابة الخطأ، ط4، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 1998.
51. منير رياض حنا ،المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ،الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،مصر ،سنة 2007.
52. نادية محمد قزمار، الجراحة التجميلية، الجوانب القانونية والشرعية، دراسة مقارنة،طبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
53. نبيل ابراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، منشورات الحلي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004.
54. هاني سليمان التطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الشروق للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى، عمان الأردن ،2003.

2) **المؤلفـات الخاصـة**

1. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، منشورات الحلي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
2. أحمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، محاضرة منشورة في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الطبعة الثانية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004.
3. أحمد حسين منصور، الخطأ الطبي، لا توجد دار النشر و لا توجد سنة النشر .
4. أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية مصر،سنة 2001.
5. أحمد لطفي أحمد، التلقيح الإصطناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2006.
6. أحمد محمد لطفي أحمد ،التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2006 .
7. بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دراسة فقهية مقارنة،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
8. حسين ابراهيم عبيد، تقرير حول التلقيح الاصطناعي من الوجهة القانونية، ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، من 2 نوفمبر 1994، مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق جامعة القاهرة،المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 1994.
9. سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشيويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، الطبعة الأولى ،كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية،2007.
10. الشهابي إبراهيم الشرقاوي حول تغيير الجنس لا توجد دار النشر و سنة النشر .
11. طاهري حسين، الخطأ الطبي، والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة،دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، 2002.

12. عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤوليات الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
13. عبد الحميد المنشاوي ،الطب ودوره الفني في البحث عن الجريمة ،دار الفكر الجامعي، مصر، لا توجد سنة النشر.
14. فواز الصالح جراحة الخنوثة و تغيير الجنس في القانون السوريلا توجد دار النشرو لا سنة النشر.
15. مروك نصر الدين، تطور مفهوم الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2004.
16. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، التطبيقات العملية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ج1، الكتاب الثاني دار هومة للطباعة والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، سنة 2003.

3) **المذكرات و الرسائل**:

أ- رسائل الدكتوراه:

1. عدنان عبد الحميد يدان، ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة،رسالة دكتوراه، القاهرة، مصر، 1983.
2. عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة 1978.
3. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون الالمقارن والشريعة الاسلامية، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الجنائي، 1996 -1997.
4. حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،النظام القانوني لحماية جسم الإنسان ،رسالة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2006.
5. حسان حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه القاهرة،سنة 1971.
6. ياسر حسين عطية، نقل وزراعة الأعضاء بين التجريم والإباحة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية.
7. أحمد عبد الدائم ،أعضاء الإنسان ضمن التعامل القانوني ،رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ،في الحقوق ،جامعة روبير شومان في ستراسبورغ ،كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
8. سامي صادق الملة، إعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، مصر 1969.

ب-مذكرات الماجستر:
1. خطوة عبد المجيد، المسؤولية المدنية عن نقل الدم، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، جامعة بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص15.
2. يوسفاوي فاطمة ،الحماية الجنائية لجسم الإنسان في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية ،المركز الجامعي بشار سنة 2005.
3. عيساني رفيقة المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2007 ،2008 .

ت- البحوث المنشورة على الأنترنت:
1. الشيخ عمر عبد الله حسن الشهابي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية،بحث منشور في الانترنت بتاريخ 1428/11/11 على موقع المسلم نت، تاريخ الاطلاع: 2009/12/12.
الموقع: http://almoslim.net/node
2. - طه عبد الناصر، تغيير الجنس- تصحيح أو تأكيد الجنس أم ماذا؟ بحث منشور في الانترت على موقع النقابة العامة لأطباء تاريخ الاطلاع: 2009/12/12
الموقع: http://www.ems.org.eg/site-map.htm
3. - محمد المهدي، التحول الجنسي بين موقف الطب ورأي الدين، بحث منشور الأنترنت في موقع اسلام أون_لاين .
الموقع: http://www.islqñonline.net/Arabic/index.shtml
4. - محمد علي البار، لوثة تحويل الجنس، بحث منشور على الانترت على موقع الدكتورمحمدالبار.
الموقع: http://www.khayma.com/maalbar
5. ديفيدا ألميدا، روبرت بارلين، دليل دراسي، الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه، مركز حقوق الإنسان بجامعة مينيسوتا، سنة 2002، منشور على الأنترنت تاريخ الإطلاع 2008/05/01 . الموقع
https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html
6. زهير بن حسن خشيم، معالج بالتنويم المغناطيسي بالسعودية، كيف يعمل العقل تحت تأثير التنويم المغناطيسي الإحائي؟ بحث منشور على الأنترنت تاريخ الإطلاع 18-03- 2008، الموقع: http://www.damasgate.com/vb/t79348
7. عبد الحطاب، الوثيقة الاسلامية لأخلاقيات الطب والصحة، بحث منشور على الأنترنت تاريخ الإطلاع 17-04-2008.

8. فيصل مولوي، حكم عمليات تغيير الجنس، الموقع:
http://www.mawlawi.net

9. نادر شافي الطبيب بين الرسالة والمساءلة، بحث منشور على مجلة الجيش اللبنانية، العدد 235 في 2005/01/01 منشور على الأنترنت ص1 تاريخ الاطلاع 17-04-2008 حسن كيرة، المدخل إلى القانون، بدون دار النشر، الاسكندرية، 1971.
10. منصف المرزوقي، دروس المدخل إلى الطب المندمج، الدرس الرابع، تعريف الصحة، بحث منشور على الأنترنت.
الموقع:
http://www.moncefmarzouki.net/media/download/46

4) **المقالات و المداخلات**:
1. مراد بدران، أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن التلقيح الإجباري،بحث مقدم إلى الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة تيزي وزوا، كلية الحقوق، يومي،23-24 جانفي، 2008.
2. بلعيدي فريد، مسؤولية الطبيب الممتنع جنائيا في التشريع الجزائري، بحث مقدم للملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق يومي 23 و24 جانفي 2008.
3. ماهر حمود الحولي، الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي في أطفال الأنابيب،بحث مقدم في اليوم الدراسي المنعقد في الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة و القانون، المعنون " التلقيح الإصطناعي و أطفال الأنابيب بين العلم و الفقه " المنعقد بتاريخ الثلاثاء 2004/12/21.
4. حسيني محمود عبد الدايم، عقد إجاة الأرحام بين الحظر والإباحة ،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.

5) **المجلات**:
1- تشوار الجيلالي " الأحكام الاسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، "المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلة فصلية يصدرها معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عنكون، جامعة الجزائر، العدد36.
2- جميل صبحي برسوم "التحول الجنسي وما يثيره من مشاكل قانونية"، بحث منشور في مجلة الميادين مجلة الدراسات العلمية في حقوق المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية، تصدرها جامعة محمد الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية)، وجدة، المغرب، العدد السابع لا توجدد سنة النشر.
3- مروك نصر الدين، التلقيح الإصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى " عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب العدد الثاني سنة 1999.
4- مصطفى خياطي، الإسلام والأخلاقيات الحياتية ضرورة تفكير وتأمل، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، (عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب سنة1999)

6) **القوانين و المراسيم:**

أ- القوانين

1. قانون الحالة المدنية الجزائري بموجب الأمر رقم 70-20 المؤرخ في: 16 ذي الحجة عام 1399هـ الموافق لـ: 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية.
2. الأمر 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني.
3. قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90 -17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 الجريدة الرسمية عددها 8 صادرة في: 17 فبراير.
4. القانون 04-15 المؤرخ في: 27 رمضان 1425 الموافق لـ: 10 نوفمبر 2004 المعدل للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ج رقم: 71 لسنة 2004.
5. الأمر 05-02 المؤرخ في: 27 يوليو 2005 المعدل و المتمم للقانون 11/84 الصادر في: 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة.
6. قانون رقم 08-13 المؤرخ في: 18 رجب عام 1429 الموافق لـ: 20 يوليو سنة 2008 المعدل و المتمم لقانون 05/85 الجريدة الرسمية.

ب- المراسيم

1. مرسوم 69-88 مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1389 الموافق 18 يونيو 1969 يتعلق بالتلقيح الإجباري، الجريدة الرسمية العدد 53 لسنة 1969.
2. مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في: 05 محرم 1413 الموافق لـ: 06 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب ج ر رقم 52 المؤرخة في: 08 يوليو 1992.

فهرس
الموضوعات

فهرس الموضوعات

فهرس الصفحة

بسملة و آية قرآنية
شكر وتقدير
اهداء
مقدمة.....1-4
تمهيد.
الفصل الأول: المبادئ العامة للحماية الجنائية للجسم البشري.....5
المبحث الأول: مفهوم الحماية الجنائية للجسم البشري 5
المطلب الأول: مفهوم الجسم البشري.....6
الفرع الأول: أبعاد الطبيعة البشرية.....7
أولا: البعد العقلي.....7
ثانيا: البعد الذي يتعلق بالبيئة البشرية و الطبيعية.....7
ثالثا: البعد الروحي.....8
الفرع الثاني: أبعاد الطبيعة البشرية.....8
أولا: الجانب المادي للجسم البشري.....8-15
ثانيا: الجانب النفسي للجسم البشري.....15-21
المطلب الثاني: الحق في سلامة جسم الإنسان.....21
الفرع الأول: مفهوم الحق في سلامة جسم الإنسان.....21
أولا: تعريف الحق في سلامة الجسم الإنساني.....21-23
ثانيا: تعريف الحق في سلامة الجسم في القانون.....23-26
الفرع الثاني: طبيعة الحق في سلامة جسم الإنسان.....26
أولا: الطابع الفردي.....27-33
ثانيا: العلاج الاجتماعي.....33-41
المبحث الثاني: مشروعية التدخل الطبي.....41-42
المطلب الأول: إباحة بعض أفعال الإعتداء على الجسم البشري.....42

الفرع الأول: سند إستعمال الحق.....43
أولا: السند العقلي لإستعمال الحق.....43
ثانيا: السند القانوني لإستعمال الحق.....43-44
الفرع الثاني: شروط إستعمال الحق.....44
أولا: ثبوت إستعمال الحق.....44
ثانيا: إستعمال الحق بمعرفة صاحبه.....44-45
ثالثا: إلتزام حدود الحق.....45
رابعا: حسن النية في إستعمال الحق.....45
المطلب الثاني: إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان كتطبيق لإستعمال الحق.....45-47
الفرع الأول: أساس إباحة الأعمال الطبية.....47-48
أولا: أعمال طبية مباحة إباحة أصلية.....48
ثانيا: رضا المريض كأساس لإباحة التدخل الطبي.....48
ثالثا: تريص القانون لمزاولة هذه المهمة.....48
رابعا: أعمال طبية لا عقاب لها.....48
خامسا: أعمال طبية تستمد من إجازة القانون.....48-49
الفرع الثاني: القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية والجراحية.....49
أولا: الترخيص بمزاولة مهنة طبية.....49-50
ثانيا: رضا المريض.....50-54
ثالثا: قصد العلاج.....54-55
رابعا: مراعاة أصول المهنة لمزاولة العمل الطبي.....55-56
الفرع الثالث: مدى إلتزام الطبيب 56
أولا: إلتزام الطبيب ببذل عناية.....56-57
ثانيا: إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة.....57-58
الفصل الثاني: التدخل الطبي الحديث على جسم الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية.....59
تمهيد.....59

المبحث الأول: التلقيح وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان.....59-60
المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي.....60
الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي.....60-61
الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي.....61
أولا: التلقيح الإصطناعي الداخلي.....62-63
ثانيا: التلقيح الإصطناعي الخارجي طفل أنبوب.....63-64
المطلب الثاني: مشروعية التلقيح الاصطناعي.....64
الفرع الأول: مشروعية التلقيح الاصطناعي في القضاء والقانون.....64
أولا: موقف القضاء و القانون المقارنيين.....64-66
ثانيا: موقف القانون الجزائري.....66-67
الفرع الثاني:مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه لإسلامي.....68
أولا: مشروعية التلقيح الإصطناعي الداخلي.....68-69
ثانيا: مشروعية التلقيح الإصطناعي الخارجي.....69-71
المطلب الثالث: شروط التلقيح وما توفره حماية جنائية.....71
الفرع الأول: شروط وجود العلاقة الشرعية وما يوفره من حماية جنائية.....71
أولا: شروط وجود العلاقة الزوجية الشرعية.....72
ثانيا: ما يوفره شرط وجود العلاقة الشرعية من حماية جنائية.....72-73
الفرع الثاني: شرط رضا الزوجين أثناء الحياة وما يوفره من حماية جنائية.....73
أولا: شرط الزوجين أثناء الحياة..... ...73-74
ثانيا: ما يوفره شرط رضا الزوجين أثناء الحياة من حماية جنائية.....74-75
الفرع الثالث : أن لايكون هناك مجال لاختلاط الأنساب وما يوفره من الحماية الجنائية
جنائية.....75
أولا: شرط أن لا يكون هناك إختلاط الأنساب.....75-76
ثانيا: ما يوفره شرط أن لا يكون هناك مجال لإختلاط الأنساب من حماية
جنائية.....76-77
المبحث الثاني: تغير الجنس وأثره على نطاق الحماية الجنائية.....77-78

المطلب الأول: مفهوم تغير الجنس.....78
الفرع الأول: تعريف تغير الجنس.....78
أولا: دلالة كلمة جنس.....79
ثانيا: دلالة كلمة تغيير.....79
ثالثا: معنى تغيير الجنس.....79-80
الفرع الثاني: تمييز تغير الجنس عن بعض مظاهر الانحراف الجنسي.....80
أولا: تغيير الجنس و الشذوذ.....81
ثانيا: تغيير الجنس و الخنثى.....81
ثالثا: تغيير الجنس و التشبه بالآخر.....81-82
المطلب الثاني: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل قانونية.....82
الفرع الأول: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل الدينية.....82
أولا: في قانون الحالة المدنية.....82
ثانيا: في قانون الأسرة.....82-84
الفرع الثاني: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل الجنائية.....84-85
المطلب الثالث: مشروعية تغيير الجنس.....85-86
الفرع الأول: مشروعية التدخل الطبي لتغيير الجنس.....86
أولا: الموقف الفقهي القانوني و الشرعي المبيح.....86-89
ثانيا: الموقف القانوني المبيح لتغيير الجنس.....89-90
ثالثا: الموقف القضائي المبيح لتعيير الجنس.....90-92
الفرع الثاني: عدم مشروعية التدخل الطبي لتغيير الجنس.....92
أولا: عدم التدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس.....92-96
ثانيا: التشريعات التي التزمت الصمت.....96-98
ثالثا : الموقف القضائي المحرم لتغيير الجنس.....98-107
خاتمة.....108-111
المصادر و المراجع.....112-119
فهرس الموضوعات

وزارة التعليـــــم الـــعـــالـــي والبحـــــــث العلمـــــــي

جامعـــة عبد حميـــد ابن باديـــــس مـــســـتـغـانـم

كليـــة الحقـــــوق والـعـلـوم السياســيـة

قسم القـانـون العـام

مـــــذكـــــرة تخرج

لنيل شهـــــادة مـــــاستر ل.م.د في الحقوق

تخصص: قانـــــون طبـــي

تحت عنوان

الجسم البشري و أثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا

من إعداد الطالب :

- عباس شهـــرة أيـوب

تحت إشراف الأستاذ :

- قـماري نـضيرة

أعضاء لجنـة المناقشـة

- الأستاذ .....رئيسا

- الأستاذ.....مشرفا و مقررا

- الأستاذ.....مناقشا

السنة الجامعية : 2016/2015

{ ... وَ قُلْ إِعْمَلُوا فَسَيَرَى اللهُ عَمَلَكُمْ وَ رَسُولُهُ

وَ المُؤمِنُونَ ... }

سورة التوبة الآية 105

شكر وتقدير

لا يَشْكُرُ اللَّهَ مَنْ لا يَشْكُرُ النَّاسَ

الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه

أولا اشكر المولى عز وجل الذي رزقني العقل وحسن التوكل عليه سبحانه وتعالى,وعلى نعمه الكثيرة التى رزقني اياها..فالحمد لله والشكر لله على كل حال

نشكر في المقام الأول الأستاذة المشرفة الدكتورة :

قماري نضيرة

التي أطنبت في توجيهنا و تأطيرنا ونشكرها على كل ما قدمت لنا و نتمنى لها دوام التوفيق و النجاح

الشكر الجزيل الوفير الى كل أساتذة جامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون العام

جزيل الشكر و العرفان و التقدير الى كل أساتذة جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف كلية الحقوق و العلوم السياسية

الى كل من ساعدنا في اتمام هذا العمل

والشكر كله لأساتذتي واستاذاتي,وكل من أشرف على تعليمي منذ الصغر الى الآن ,أرجو من المولى عز وجل أن يجمعني واياهم في جنانه الواسعة ....امين

فجزاكم الله الجزاء الحسن

شكرا لكم جميعا

اهـــداء

الى من أنارا لي درب العلم والمعرفة..وحرصا علي منذ الصغر,واجتهدا في تربيتي والإعتناء بي,والدايا الحبيبان الغاليان القريبان الى قلبي,...

فلا شيء عندي أفخر به | أعظم
من دين أؤمن به♥!
وامرأه ، عظيمة قآمت بتربيتي

الي ينبوع العطاء♥ السيدة :قـسـول انـفـاخـت
وآب ، أفخر دآئماً عندمآ يختتم اسمي ..
بـ اسمه ♥

الى منارة حياتي السيد : عباس شهرة محمد
♥الى اخواتي و أخواتي و كل أأفراد العائلة و من يحمل لقب :عباس شهرة

الى من لها أياد بيضاء علي في مذكرتي هذه الأستاذة المشرفة التي لم تبخل علينا بالتوجيه و التأطير

الدكتورة :

الى زملاء المهنة و هيئة الدفاع و كل محام عن الحق في ربوع هذا الوطن

الى زملائي طلبة السنة الثانية ماستر قانون طبي

الى كل حبيب و صديق

الى كل موحد لله فوق الأرض

أهدي عصارة جهدي المتواضع هذا لكم جميعا

خطة البحث:

مقدمة.

تمهيد.

الفصل الأول: المبادئ العامة للحماية الجنائية للجسم البشري.

المبحث الأول: مفهوم الحماية الجنائية للجسم البشري.

المطلب الأول: مفهوم الجسم البشري.

الفرع الأول: أبعاد الطبيعة البشرية.

أولا: البعد العقلي.

ثانيا: البعد الذي يتعلق بالبيئة البشرية و الطبيعية.

ثالثا: البعد الروحي.

الفرع الثاني: أبعاد الطبيعة البشرية.

أولا: الجانب المادي للجسم البشري.

ثانيا: الجانب النفسي للجسم البشري.

المطلب الثاني: الحق في سلامة جسم الإنسان.

الفرع الأول: مفهوم الحق في سلامة جسم الإنسان.

أولا: تعريف الحق في سلامة الجسم الإنساني.

ثانيا: تعريف الحق في سلامة الجسم في القانون.

الفرع الثاني: طبيعة الحق في سلامة جسم الإنسان.

أولا: الطابع الفردي.

ثانيا: العلاج الاجتماعي.

المبحث الثاني: مشروعية التدخل الطبي.

المطلب الأول: إباحة بعض أفعال الإعتداء على الجسم البشري

الفرع الأول: سند إستعمال الحق

أولا: سند إستعمال الحق.

ثانيا: السند القانوني لإستعمال الحق.

الفرع الثاني: شروط إستعمال الحق.

أولا: مشروط إستعمال الحق.

ثانيا: إستعمال الحق بمعرفة صاحبه.

ثالثا: إلتزام حدود الحق.

رابعا: حسن النية في إستعمال الحق.

المطلب الثاني: إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان كتطبيق لإستعمال الحق.

الفرع الأول: أساس إباحة الأعمال الطبية.

أولا: أعمال طبية مباحة إباحة أصلية.

ثانيا: رضا المريض كأساس لإباحة التدخل الطبي.

ثالثا: تريص القانون لمزاولة هذه المهمة.

رابعا: أعمال طبية لا عقاب لها.

خامسا: أعمال طبية تستمد من إجازة القانون.

الفرع الثاني: القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية والجراحية.

أولا: الترخيص بمزاولة مهنة طبية.

ثانيا: رضا المريض.

ثالثا: قصد العلاج.

رابعا: مراعاة أصول المهنة لمزاولة العمل الطبي.

الفرع الثالث: مدى إلتزام الطبيب .

أولا: إلتزام الطبيب ببذل عناية.

ثانيا: إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة.

الفصل الثاني: التدخل الطبي الحديث على جسم الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية.

المبحث الأول: التلقيح وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان.

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي.

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي.

الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي.

أولا: التلقيح الإصطناعي الداخلي.

ثانيا: التلقيح الإصطناعي الخارجي طفل أنبوب.

المطلب الثاني: مشروعية التلقيح الاصطناعي.

الفرع الأول: مشروعية التلقيح الاصطناعي في القضاء والقانون

أولا: موقف القضاء و القانون المقارنيين.

ثانيا: موقف القانون الجزائري.

الفرع الثاني:مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه لإسلامي.

أولا: مشروعية التلقيح الإصطناعي الداخلي.

ثانيا: مشروعية التلقيح الإصطناعي الخارجي.

المطلب الثالث: شروط التلقيح وما توفره حماية جنائية.

الفرع الأول: شروط وجود العلاقة الشرعية وما يوفره من حماية جنائية.

أولا: شروط وجود العلاقة الزوجية الشرعية.

ثانيا: ما يوفره شرط وجود العلاقة الشرعية من حماية جنائية.

الفرع الثاني: شرط وجود رضا الزوجين أثناء الحياة وما يوفره من حماية جنائية.

أولا: شرط الزوجين أثناء الحياة.

ثانيا: ما يوفره شرط رضا الزوجين أثناء الحياة من حماية جنائية.

الفرع الثالث : أن لايكون هناك مجال لاختلاط الأنساب وما يوفره من الحماية الجنائية جنائية.

أولا: شرط أن لا يكون هناك إختلاط الأنساب.

ثانيا: ما يوفره شرط أن لا يكون هناك مجال لإختلاط الأنساب من حماية جنائية.

المبحث الثاني: تغير الجنس وأثره على نطاق الحماية الجنائية.

المطلب الأول: مفهوم تغير الجنس.

الفرع الأول: تعريف تغير الجنس.

أولا: دلالة كلمة جنس.

ثانيا: دلالة كلمة تغيير.

ثالثا: معنى تغيير الجنس.

الفرع الثاني: تمييز تغير الجنس عن بعض مظاهر الانحراف الجنسي.

أولا: تغيير الجنس و الشذوذ.

ثانيا: تغيير الجنس و الخنثى.

ثالثا: تغيير الجنس و التشبه بالآخر.

المطلب الثاني: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل قانونية.

الفرع الأول: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل الدينية.

أولا: في قانون الحالة المدنية.

ثانيا: في قانون الأسرة.

الفرع الثاني: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل الجنائية

المطلب الثالث: مشروعية تغيير الجنس

الفرع الأول: مشروعية التدخل الطبي لتغيير الجنس.

أولا: الموقف الفقهي القانوني و الشرعي المبيح.

ثانيا: الموقف القانوني المبيح لتغيير الجنس.

ثالثا: الموقف القضائي المبيح لتعيير الجنس.

الفرع الثاني: عدم مشروعية التدخل الطبي لتغيير الجنس.

أولا: عدم التدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس.

ثانيا: التشريعات التي التزمت الصمت

ثالثا : الموقف القضائي المحرم لتغيير الجنس.

خاتمة.

المقدمة

مـــقـــدمـة

لقد ترتب على التطورات العلمية أثارا بالغة الأهمية في نواحي الحياة المختلفة، ويصدق القول على الفترة التي أعقبت الثورة الصناعية في العالم الغربي ولكنها أكثر صدقا على المرحلة التي شهدها المنتصف الثاني من القرن العشرين، حيث شهدت طفرة هائلة في مجال التقنيات الحديثة، فتوسعت معرف الإنسان واكتشافاته في حل ألغاز الكون وأسراره وقوانينه ما أتاح مجال الاختيار والحرية أمامه.

والعبرة في اتساع هذه المعارف ليس بكميتها وإنما بكيفية توظيفها واستثمارها وتسيير الحياة مع دفع المحاذير في التعامل مع هذه المعطيات، وهذا ما دعا إلى إيجاد نظام قانوني يحكم سبيل توظيف المكتسبات في القوانين ووضع الضوابط وإخضاعها لمنهج سليم. وأخطر المجالات التي اكتسحها الإنسان وأخضعها لبحثه وتجاربه ما تعلق منها بالكيان الإنساني الجسدي بوصفه مركز التنظيم الاجتماعي وغايته ،ومحل القضايا التي تستحق العناية بالبحث الأصيل فيما أسفر عنه التقدم العلمي في مجال الطب الحديث ضيقا واتساعا في نطاق حماية الجسم البشري .

ولقد كان الجسم البشري محل اهتمام النظم القانونية والدينية بوجهات مختلفة ومتفاوتة ،ذلك أن المجتمع المنظم قبل نشأته وظهور القوانين لم يعرف خلاله الجسم البشري حماية تذكر أو على نطاق ضيق ،حيث اتخذت المجتمعات البشرية البدائية[1] من القوة السلب والقتل والتنكيل وسيلة لتنفيذ أغراضها انتقاما فرديا أو جماعيا،وبعد حقبة من الزمن ظهر مبدأ " حق الإنسان في سلامة جسمه " الذي يعتبر من أهم الأمور في كل نظام وهو أمر يواكب الحماية الجنائية للوجود الإنساني بحيث أن هذه الحماية مظهر من مظاهر المدنية،تنضوي في إطار فكرة " معصومية الجسد،الحصانة الجسدية المطلقة التي تستغرقه حال حياته وبعد فنائه وحظر التعامل في جسم الإنسان "

ومع تقدم العلوم الطبية جعلت موضوع هذه الأفكار مادة للبحث المتجدد فاقترب الجسم من مشرط الجراح تتقاذفه أيادي الأطباء تارة تحت مقتضيات العلاج وتارة أخرى تحت مقتضيات البحث العلمي ،ومن أمثلة هذه التدخلات الطبية عمليات نقل الأعضاء وزرعها،التلقيح الاصطناعي ،وتغيير الجنس،وعمليات الاستنساخ وتشريح الجثث لأغراض جنائية أو علمية ،والتجارب على الأجنة المجهضة...وغيرها ،فاحتار المشرع الجنائي في التعامل معها،ذلك أن النظم القانونية في إطار القواعد التقليدية لم تعد كافية لحماية الجسم،فعلى الصعيد القانوني أقل نجم مبدأالحصانة المطلقة وغدا نسبيا ولأجل ذلك أثرت اختيار هذا الموضوع لإيجاد نظام قانوني يحكم هذه التدخلات الطبية الحديثة ولوضع إطار يضبطها ويبين أثرها على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري من غير إفراط ولا تفريط ولقد دفعني لاختيار هذا الموضوع أسباب ذاتية وموضوعية نأتي على بيانها.

فمن بين الأسباب الذاتية ميزة الخوض في الجديد والسعي إليه وهي سمة طالب العلم وجميع الباحثين ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع المرتبط بقضايا طبية ،لتقوية الجانب المعرفي في مجال القانون الطبي وربط هذه المسائل

[1]/ أحمد ابراهيم حسن ،تاريخ النظم القانونية والإجتماعية ،مصر ،1999 ،ص239 .

بالقواعد القانونية والمبادئ والقيم الأخلاقية والاجتماعية والجوانب الشرعية وإضفاء ما تلائم منها ووافق هذه المبادئ ورد في مقابل ذلك ماخالفها ،إقامة لنظام قانوني يحكم التعامل في الجسم البشري

أما الدوافع والأسباب الموضوعية ،فإن سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية،فالجسد مهبط الروح ومصدر جميع الأنشطة الحياتية فوجب أن يصان ويعصم من جميع الانحرافات التقنية الحديثة وذلك بتأطير التكنولوجية الحديثة ،وفي هذا الصدد يقول " محمد بجاوي " أن استعمال المعرفة بلا إسناد أو مرجعية قد يؤدي إلى الانحراف والضلال لذا فلا بد من وضع معالم تمكن من تأطير المعرفة " [2]

ورغم اتساع رقعة الدراسات القانونية والشرعية [3] في مجال التدخلات الطبية التي تطال جسم الإنسان وجثته في الآونة الأخيرة والتي اجتهدت في بيانا للمواقف القانونية والأحكام الشرعية لها سواء بصفة عامة ،أو بصفة خاصة أي الاقتصار على نوع من الأعمال الطبية وشملها بالدراسة والتحليل ثم بيان الضوابط القانونية والشرعية التي تحكمها ،فإننا سنحاول في دراستنا بيان القواعد العامة التي تحكم التعامل في الجسم البشري في الإطار الطبي القانوني ،وبيان أثر التدخل الطبي الحديث على هذه القواعد سلبا وإيجابا،وذلك باختيار تطبيقات طبية حديثة ،لننظر كيف تعمل هذه الأخيرة في التأثير على القواعد المرعية التي تحكم الجسم البشري وعلى نطاق حمايته جنائيا.

إن هذه الدراسة هي محاولة لحصر التدخلات الطبية الحديثة الأشد خطورة على كيان الإنسان وحرمته،وأكثرها استنهاضا للضمير الاجتماعي،وأعظمها أثرا في اضطراب النصوص القانونية بمجافاتها للقواعد الثابتة والأصول المرعية في إطار التعامل مع الجسم البشري بحسبان أن الحق في سلامة الجسم يعتبر من بين مصافي الحقوق الدستورية ،فجسم الإنسان ليس إلا " الغلاف للشخصية " أو " المميز للشخص "،وإذا كان جسم الإنسان ليس شيئا فإنه مع ذلك لا يعتبر بمفرده شخصا،لأنه بالنسبة لرجل القانون وكذلك بالنسبة لعالم الأخلاق الذي يكون الشخص هو الاندماج الذي لايقبل الانقسام لكل من الجسم والروح،لأن جسم الإنسان الذي يعتبر غطاء الروح يندمج مع ذلك بالشخص [4]

وهذا ما يبرز من الناحية المنهجية الإحاطة بأثر التطور الطبي على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري،سواء جسم الإنسان من التدخلات الطبية المتسارعة.

/مصطفى خياطي ،الإسلام والأخلاقيات الحياتية ضرورة تفكير وتأمل ،مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ،العدد الثاني ،(عطاء الإسلام في أخلاقيات [2]الطب سنة1999 ،ص140 .

/أحمد عبد الدائم ،أعضاء الإنسان ضمن التعامل القانوني ،رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ،في الحقوق ،جامعة روبير شومان في ستراسبورغ [3]،كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارة ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،1999 .

/حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،النظام القانوني لحماية جسم الإنسان ،رسالة الدكتوراه في الحقوق ،الطبعة الأولى ،جامعة الإمارات العربية [4]المتحدة ،2006 ،ص18-19 .

مـــقـــدمـة

أما موضوع الحماية فإن القانون يقرر حق الإنسان في سلامة جسمه مما يتهدده من مخاطريقذف بها التقدم التكنولوجي الذي زحف بآثاره السلبية على كيانه المادي،والمرتبطة زمنيا بالنصف الأخير من القرن العشرين ،ولذلك استشعرت القوانين ضرورة المواجهة التشريعية لحماية جسم الإنسان . ومن حيث حماية وسيلة الحماية فلا شك أن الاهتمام المتزايد بالجسم البشري جعل وسائل الحماية تتعدد،شرعية،وقانونية ودستورية ومدنية وجنائية واجتماعية (قانون العمل،قانون التأمينات الاجتماعية)،كما اخترنا أن تكون الحماية الجنائية وسيلة الحماية وبالضبط في القانون الجزائري مراعاتا لأهميتها وفعاليتها في احترام نصوصها ودفع كافة أوجه الإضرار والانحرافات التي تمس بحصانة الجسم،كما أن حق الإنسان في سلامته البدنية من المصالح التي يحرص القانون الجنائي على حمايتها ليضل مؤديا وظائفه الأساسية الحيوية لغرض فردي آخر اجتماعي وأي تعطيل في هذه الوظائف بسبب غير مشروع ينهض المسؤولية الجنائية.

تأتي أهمية هذا البحث في إبراز مدى أهمية النصوص القانونية واستحداث القوانين التي تتلاءم مع ما استحدثه الطب في النصوص الجنائيةأو التشريع بشكل عام،فيجب أن يرعي حجم التطور،وملائمة النصوص لأغراض الجماعة في الحد من التعامل في الجسم بشكل غير مشروع،ومدى فعالية هذه النصوص في حماية المحل المراد حمايته.
ومن هنا يمكننا طرح الإشكال التالي:

- **ماهو أثر التطورات الحديثة على نطاق حماية الجسم البشري وإلى أي مدى يمكن الموازنة بين الضرورة الطبية وحماية الجسم البشري وهل نجحت القوانين في وضع الأطر التي أسهمت في حماية جسم الإنسان؟**

ونظرا لارتباط الموضوع بالمسائل الطبية فإنه يتوجب علينا بيان المواقف القانونية والشرعية وفق منهج مقارن،وإن كان ذلك ليس من باب بيان الراجح وإنما على أساس بيان أوجه الحماية التي يضيفها كل منهما على الجسم البشري،وتتوسع المقارنة بين القوانين العربية وبالخصوص القانون المصري والغربية كالقانون الفرنسي والاستئناس بالاتفاقيات الدولية مع التركيز على القانون الجزائري.

ورغم توافر المرجع المتعلقة بتفاصيل الموضوع بشكل عام،إلا أن إطار الدراسات الجنائية تبدو ضئيلة بالمقارنة مع الدراسات التي تؤسس لنظام قانوني في إطار القانون المدني،وهذا مايشكل إحدى صعوبات البحث بالإضافة إلى

صعوبة أخرى تتعلق بارتباط الموضوع بشؤون طبية حديثة يشق على النفس فهمها في أغلب الأحيان مما يبعث على التقرب من أهل الاختصاص، وعليه سيتم تقسيم دراسة البحث إلى فصلين:

- ✓ **الفصل الأول: المبادئ العامة للحماية الجنائية للجسم البشري.**
- ✓ **الفصل الثاني: التدخل الطبي الحديث على جسم الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية**

الفصل الأول:
المبادئ العامة للحماية الجنائية لجسم الإنسان

تمهيد:

إن حقوق الإنسان هي مسؤولية الإنسان بالدرجة الأولى،وحينما تنتهك هذه الحقوق فالبشر أنفسهم هم ضحايا فيحتاج الأمر لمن يكفل لهم حماية حقوقهم التي طغى عليها التطور العلمي الهائل في شتى أساليب العنف والتعدي وفي مناحي الحياة ومجالاتها،وإذا كان إجراء أساليب التقدم العلمي الحديث على عناصر حقوق الإنسان بصفة عامة، فإنه شمل الاعتداء على سلامة الجسم فإذا أدركنا قصورها وجب إعادة النظر في المبادئ العامة التي تحمي هذا الحق بوجه يضمن الاحتفاظ بالحد الأدنى منها بقدر ما لزم،ودفع في مقابل ذلك ما أضر بها.

ومن ثمة يحتم معرفة القواعد والمبادئ الأساسية التي تحكم الإطار العام للحماية الجنائية للجسم البشري (الفصل الأول) وعلى اعتبار أن تعاظم حجم التآمر على الجسم البشري لم يعد يقف عند تلك التداعيات الإجرامية التي لا يختلف اثنان في انتفاء مشروعيتها فإن حجم التدخل الطبي أهول وأعظم خاصة مع حداثتها وما تثيره من إشكاليات في إطار المشروعية، بالتوازي مع الإطار الجنائي الحمائي وكفايته، ومن ثمة وجب التعرض إلى تطبيقات هذا التدخل الطبي الحديث على الجسم البشري (الفصل الثاني)

الفصل الأول: المبادئ العامة للحماية الجنائية لجسم الإنسان

لكل مجتمع نظام قانوني يستند إلى قيم وتقاليد في صورة مجموعة من القواعد المستقرة الآمرة وعدد ثابت من المبادئ العامة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها،وعلى اعتبار نسبية فكرة النظام العام تختلف هذه المبادئ وتلك القيم تبعا لإختلاف الزمان والمكان والأشخاص،وتتمايز في مقابل ذلك القواعد القانونية المستجيبة لسنة فطرت عليها وهي خضوعها لسنة التطور الاجتماعي، ومن بين القيم والمصالح المرعية التي عنيت التشريعات أو النظم القانونية والدينية بحمايتها الكيان المادي للإنسان أو الجسم البشري،ذلك أن الإنسان هو غاية التنظيم الإجتماعي والاعتداء على سلامة الجسم يؤدي إلى اهتزاز الثقة بالنظام الأمني للدولة،ومن ثمة يتعين تحديد مفهوم الحماية الجنائية لجسم الإنسان، إلا أن التطورات الطبية اختزلت بعض هذه القدسية خدمة لهذا المبدأ ورعاية له بإقرار مشروعية التدخل الطبي (المبحث الثاني)

المبحث الأول: مفهوم الحماية الجنائية لجسم الإنسان

تعتبر الحماية الجنائية لجسم الإنسان " أحد أنواع الحماية وأخطرها أثرا على كيان الإنسان وحرياته، ووسيلتها القانون الجنائي، إذ تنفرد قواعده أو نصوصه بتحقيق ذلك أحيانا، وتشترك معه في أحيان أخرى بقية فروع القانون كالقانون المدني ..."[1] ويكمن الاختلاف بينهما في الجزاء الجنائي الذي يعتبر " الأثر الاجتماعي المترتب عن الإخلال بقاعدة جنائية، ينص عليه القانون و يأمر به القاضي وتطبقه السلطات العامة،ويقضي تطبيقه إهدار أو تقييد أو إنقاص من الحقوق الشخصية للمحكوم عليه المقرر بالقانون للناس كافة بهدف وقاية المجتمع من الإجرام[2]،

---

1 مروك نصر الدين ،تطور مفهوم الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري ،الطبعة الأولى ،الديوان الوطني للأشغال التربوية ،الجزائر 2004-ص5

2 – عبد الله نلميلس، حرش نوناق تابوقعلا يرئازجلا، مهسقلا مامعلا، يزجلا يناثلا، علزجلا يئانجلا، مقعبطلا مقعبارلا، نلويد تاعوبطلا مقيعماجلا، ئازجلاب،

وبالرغم من أن القانون المدني [1] يتضمن جزاء إلا أن الجزاء يدعو إلى القول بجدارته في ضمان حماية الجسم البشري نظرا للطابع الردعي خصوصا مع تسارع حركة التطورات التقنية في مجال العلوم الطبية الإحيائية،ولما كان مفهوم الحماية الجنائية على نحو ماذكر فإن بيان محلها مما تقتضيه هذه العلوم الطبية الإحيائية ولما كان مفهوم الحماية الجنائية على نحو ما ذكر فإن بيان محلها مما تقتضيه هذه الحماية،فالجسم البشري هو المهبط الروح التي تجري في أعضائه مؤدية وظائفها الحيوية، فسيولوجية أو عقلية أو نفسية،وممارسة الحياة في صورتها المثالية يحتم كمال ممارسة هذا الجسد لوظائفه على نحو تام فإذا تعطل عضو عن وظيفة "اشتكى" سائر جسده في مقابل ذلك،ولهذا يتعين بيان مفهوم جسم الإنسان (المطلب الأول ،ثم بداية الحق في سلامة جسم الإنسان (المطلب الثاني)

المطلب الأول:مفهوم الجسم البشري

مفهوم جسم الإنسان يقصد بالإنسان بن آدم الذي خلقه الله تعالى وأوجده في هذه الأرض ليعمرها،قال تعالى في أول ما نزل من القرآن في سورة العلق " إقرأ باسم ربك الذي خلق خلق الإنسان من علق " [2]

ولقد احتار العلماء والفلاسفة في معرفة حقيقة وطبيعة الإنسان لشدة تعقيدها ولكون المناهج التي اتبعوها في دراسة هذه الطبيعة مناهج غير سليمة لغلبة النزعة الفلسفية عليها ولإقتصار كل منهم على جانب من جوانب الطبيعة الإنسانية وبناءا على الفلسفة التي يتبعها ذلك المنهج [3]،وجميع هذه النظريات والمناهج أو المذاهب مبنية على التخمين والظن [4]،لأن الأساس الذي بنيت عليه غير صالح للمناقشة والبحث كونه فاسدا رأسا.

أما الإسلام فقد قدم لنا تصورا كاملا عن الحقيقة الطبيعية للإنسان، فامتاز بنظرة شاملة محيطة لماهية الإنسان، وقسم الطبيعة البشرية إلى أبعاد معينة (الفرع الأول) والتي من خلالها يمكن بيان الجوانب المكونة للجسم البشري (الفرع الثاني)

لقد حدد لنا القرآن الكريم في أكثر من آية مادة خلق الإنسان بأنه خلق من تراب، ثم بين بأن هذه المادة مرت بمراحل الطين أذلك أن الله سبحانه وتعالى عجن هذا التراب فصار طينا ثم وصف هذا الطين باللازب، أي اللاصق والثابت الشديد التماسك، ثم مرحلة الحمأ المسنون أو الطين اليابس الذي يصوت إذا ضربه شيء، والمسنون المصور من سنة الوجه وهي صورته ثم مرحلة الصلصال الفخار وهو الطين المطبوخ بالنار وهو الخزف [5]

الفرع الأول : أبعاد الطبيعة البشرية

200، ص.230.

7

[2] 2005، ص.406؛ لمحمد يلع لمامسلا دايع جيلحا، حرش نونافة لاتابوقعمسقلا ملعلا، قعبطلا لىولأا، راد ةفلقتلا رشنللا عيزوتلاو، نلمع، ندرلأا لجامعي بشار سنة

[1] يوسفاوي قمطاف، ةيلمحلا ةيئانجلا مهسجلا انلمسنلإ في نونانقلا يبرئازجلا، قترك لينل ةدلهش يرتسجالما في نونانقلا يئانجلا هوملعلاو ةيئانجلا، زكرلما ا2005ص6

[2]/ سورة العلق الآية 1-2

[3] ني اه نلميلس تلميعطلا، عجرلما قبلسلا، ص.16

/سعيد منصور موقعة، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري من الناحية الطبية والشرعية والقانونية ،الجزء الأول ،دار الإيمان [4]الإسكندرية ،مصر ،2005 ،ص53 الهامش1 .

[5]/ سعيد منصور موفعة ،المرجع السابق ،ص58 .

الانسان كائن يتميز عن سائر الكائنات بوجود" الشخصية" الى جانب التكوين المادي العضوي, ولديه قدرات عقلية و ميولات روحية و مشاعر انفعالية عاطفية ,الأمر الذي جعل هذا الكائن ينقسم الى أبعاد وهي :

البعد العقلي , البعد الذي يتعلق بالبيئة البشرية و الطبيعية و البعد الوحي .

أولا: البعد العقلي

وهو البعد الذي ارتقى به الإنسان وساد على الأرض،ويتمثل في القدرة الفكرية لاكتساب العلم الذي يجمع بين المعرفة لقوانين الكون والطبيعة والإبداع في كشف وتسخير الطاقات الطبيعية [1]، قال تعالى :"علم الإنسان ما لم يعلم " [2]،ومن ثمة فالبعد العقلي هو البعد الأسمى في مصافي الأبعاد البشرية،وهو ما تبين من تلك المنازلة والإمتحان الراقي الذي جعله الله تعالى بين الملائكة وآدم،وهو أعظم الإمتحانات لأن المصحح هو الله تعالى، والممتحنين الملائكة وأبو البشر،وقد جعله الله خليفة في الأرض وفصله بالعلم والعقل ليرتقي به على سائر المخلوقات،وصوره فأحسن صورته،فالأولى أن يرتفع ويسمو ويتنزه على كل ما يعيبه ويشينه ويغير قطرته،بمنع كل التصرفات التي تخفض من مقامه بالمحافظة على حياته وسلامة جسمه، خصوصا في ظل التقدم الطبي الحديث.

ثانيا : البعد الذي يتعلق بالبيئة البشرية والطبيعة

وتتمثل في الروابط الحيوية المتبادلة بين الإنسان والبيئة الإجتماعية وبين الإنسان والبيئة الطبيعية بما فيها من كائنات حية وبما فيها من جماد مسخر للحياة [3]

قال تعالى:" وما من دابة في الأرض ولا طائر يطير بجناحيه إلا أمم أمثالكم " ومن ثم فالإنسان ليس كائنا مجردا ولا ثابتا مستقلا،بل تربطه بمحيطه علاقة سببية، وهي العلاقة بين المثير والمثار،والسبب والنتيجة، فيتأثر الإنسان بما حوله من طبيعة جغرافية واجتماعية وثقافية، فيأخذ منها ما يصلح لنموه وتطوره على ضوء ما تسخره الطبيعة من موارد في إطار المشروعية والنظام العام، ويستفيد مما تقذف به الحياة من تطور مفيد ونافع، ودفع في غير ذلك ما يضر بحياته وسلامته البدنية

ثالثا: البعد الروحي

يتعلق بالبعد الروحي الذي تتحقق به وتتسم به وظيفة الإنسان الوجودية،والصحة لا تعتبر كاملة إذا فقدت بعدها الروحي، وبهذا البعد كرمه الله وفضله فنفخ فيه الروح الإلاهية ويرى البعض[1]أن الإنسان يتكون من عنصرين أساسيين:

/أحمد عروة ،أفاق اسلامية لفلسفة وسياسة الصحة ،بحث منشور على الانترنت ،تاريخ الإطلاع 28-01-2008 الموقع4http://www.islamset.com/arabic/ahip/immunity/weqaya.html

[2]/سورة العلق الآية 05

[3]/ أحمد عروة ،المرجع السابق ،ص01

1-تكوين أرضي (عنصر مادي)

ويتمثل في التراب والماء أو ما يتركب منهما ،وهو الطين وقد نتج عن ذلك التكوين البيولوجي للإنسان المشتمل على أجهزته وحواسه وأعضائه وحاجاته الأساسية، قال تعالى: " ومن آياته أن خلقكم من تراب ثم إذا أنتم بشر تنتشرون " [2]،وقال تعالى " هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا " [3]

ففي الآية الأولى إشارة على خلق الإنسان من تراب وفي الثانية من الماء، ثم في آية ثالثة من طين" لقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين " [4]

وما الطين سوى مزيج من التراب والماء ،وفي هذه الآيات السابقة إشارة إلى أن أصل الإنسان ومعدنه الأساسي هو من طينة هذه الأرض ومن معدنها وبشكل أدق ،خلاصة من هذه الأرض.

2) تكوين سماوي روحي:

ويتمثل في التكوين السيكولوجي للإنسان أو الجانب المعنوي والناتج عن اللطيفة الربانية التي هي سر الحياة (الروح) وما يتتبعها من عواطف وأشواق علوية، ومن صفات معينة خاصة بالطبيعة الإنسانية [5].

ولما كان بيان المقصود بالجسم البشري على النحو السابق الذكر من الضرورة بمكان، فإنه يتعين علينا بيان الجوانب المكونة لهذا الجسم.

الفرع الثاني: الجوانب المكونة للجسم البشري

من خلال بيان المقصود بالجسم البشري وبيان أبعاده يتبين أن الجوانب المكونة له تنحصر في الجوانب المادية والنفسية والروحية وعلى اعتبار أن هذا الجسم محل للحماية الجنائية ومناط للتدخلات الطبية الحديثة المترتبة على التطور العلمي في نواحي الحياة المختلفة،فإننا سوف نركز على الجوانب المادية (أولا) والنفسية المكونة له (ثانيا)،لنرجأ الكلام عن الحديث عن الجانب الروحي والبحث في ماهيته في حينه.

أولا : الجانب المادي للجسم البشري

في واقع الأمر عندما يتعلق الحديث بالجسم البشري فإن السيادة تكون للطب،أما رجال القانون فلا يملكون إلا الخضوع لنتائج وتفسيرات العلم،ثم محاولة تكييف القانون ضمن الوسائل الممكنة مع الحقائق العلمية الطبية

/ يرى الدكتور نبيه عبد الرحمان عثمان ،أنه بدلالة قوله تعالى :"إذ قال ربك للملائكة إني خالق بشرا من طين فإذا سويته ونفخت فيه من روحي [1]فقعوا له ساجدين " سورة ص ،الآية 71-72 .

[2]/سورة الروم الآية 20

[3]/ سورة الفرقان ،الآية 54

[4]/سورة المؤمنون الآية 12

[5]/ هاني سليمان التطعيمات ،المرجع السابق ،ص18

والتكنولوجية الحديثة لدمجها ضمن نظام قانوني مع الأخذ بعين الإعتبار التوازنات الضرورية لمصلحة الفرد والمجتمع،ولهذا نحاول أن نتعرض للتقسيم العلمي للجسم البشري وفقا للحقائق العلمية ثم للتقسيم القانوني.

التقسيم العلمي لجسم الإنسان:

الجسم في اللغة: جماعة البدن أو الأعضاء من الناس والإبل والدواب وغيرهم من الأنواع العظيمة الخلق والجمع أجسام وجسوم، والجثمان: جماعة الجسم، والجثمان: جسم الرجل، ويقال أنه لنحيف الجسمان، وجسمان الرجل وجثمانه واحد، ورجل جسماني وجثماني إذا كان ضخم الجثة، والجسم الجسد وكذلك الجثمان، والجثمان الشخص، وقد جسم الشيء، أي عظم فهو جسيم وجسام [1]

يقصد بالجسم ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة وهو مجموعة من الأعضاء التي تتكون بدورها من أنسجة متباينة،وقوام هذه الأنسجة خلايا نوعية مميزة لكل نسيج،والإنسان من الناحية المادية " جسد يحتوي على خلايا وأعضاء حية تعمل بوحي ذاتي على مستوى الخلية الواحدة وعلى مستوى العضو "[2]

تعد الخلية الوحدة الأساسية في تكوين جسم الإنسان،حيث أن تجمعها وارتباط بعضها ببعض يكون أنسجة مختلفة،فجسم الإنسان الحي تعمل جميع أجزائه على كافة المستويات،والخلية فيه تعمل وتدرك أنها ليست وحدها ولكن ليس إدراك الواعي العاقل،بل إدراك برمجة بما تحتويه نواتها من مورثات، وبعض هذه الخلايا تتجدد وبعضها لا تتجدد وحتى هذه الأخيرة تتغير مكوناتها باستمرار [3].

يتكون الجسم البشري من الهيكل العظمي، والجهاز الدوري والجهاز التنفسي والجهاز العصبي، والجهاز الهضمي، والجهاز التناسلي، وهذه هي الأجهزة الأساسية وثمة أجهزة أخرى، كالعضلي، واللمفاوي، والبولي، وجهاز الإفراز وأجهزة السمع والبصر والشم [4].

فالجهاز الهيكلي هو الهيكل العظمي الذي يعطي جسم الإنسان شكله الخاص وقوامه الذي يتميز به عن جميع الحيوانات، ويبلغ مجمع العظام مائتين وستة عظمات، والجهاز الدوري وهو المسؤول ضخ الدم في كافة أنحاء الجسم ويتكون من القلب والأوعية الدموية والدم، والجهاز الهضمي وهو مجموعة الأعضاء التي تشترك في عملية هضم الطعام من أول دخوله، والجاهز العصبي هو الذي يضطلع بجمع وتحويل ومعالجة المعلومات بالدماغ والأعصاب، ويتكون الجهاز العصبي المركزي وهو المخ.

من الملاحظ أن الجسم البشري وفق علماء الطب ينحصر في الجانب الفني العلمي،فبيان الجسم كأجهزة وصف مجمل وكلي،إذ يحتوي كل جهاز على العديد من الأعضاء،والعضو خلاصة من الأنسجة والخلايا،فحماية جسم الإنسان في الجانب العلمي الطبي يقتضي البحث والصراع المستمر لكشف أسرار الأمراض المستعصية التي تطاله، ومن ثم يتيح لهم القانون و الشرع التداوي والتطبيب بكافة الأساليب لخلاصه من الدواء إلا أن هذه التدخلات

---

[1]/ابن منظور ،لسان العرب ،الجزء الثاني عشر ،دار صادر بيروت ،لبنان ، لاتوجد سنة النشر ،ص99

[2]/ نبيه عبد الرحمان عثمان ،المرجع السابق ،ص15

[3]/ نفس المرجع ص19-20

[4]/ عبد الله موسى ،المسؤولية الجسدية في الإسلام ،الطبعة الأولى ،دار بن حزم ،1995 ،ص26

الطبية تصطدم بمبدأ عظيم وهو " مشروعية التعامل " وإذا كانت نظرة الطب والعلم فنية وعلمية بحتة، فماهو رأي القانون في تقسيم الجسم البشري؟

-**التقسيم القانوني لجسم الإنسان**:لا يجد الفقه القانوني الجنائي صعوبة وهو بصدد تحديد المقصود باصطلاح الجسم البشري بوصفه من المسائل الأولوية لبيان عناصر الركن المادي في جرائم القتل والإيذاء،إذ لا يعدو مفهوم هذا الجسم أن يكون قد تم انفصاله عن رحم أمه لا يشوبه مسخ يخرجه عن الصورة التقليدية للبشر.

وإن كان هذا المفهوم يبدو واضحا على صورته البسيطة وكافيا لبيان الأحكام الخاصة بجرائم القتل والإيذاء،فإن الأمر سيشهد قصورا كبيرا خاصة إذا عرفنا أن هذا البنيان المادي محاصر بأنواع عديدة من الممارسات الطبية بوجه عام والمستحدث منها بوجه خاص،حيث أفرزت الطفرة الطبية الهائلة في الآونة الأخيرة قلبة شرسة على عناصر الجسم،خاصة بعد الإكتشاف العلاجات الجينية وظهور الصناعات البيولوجية والتكنولوجيا الإحيائية والتي تعد مشتقات ومنتجات الجسم من أبرز الخامات الأولية لنشاط هذه الصناعة،وهذا ما يجعل من محاولة ضبط وتحديد نطاق هذه الممارسات وجوانبها القانونية أمرا لا يدركه المرء إلا بشق الأنفس.

نحاول في هذا الصدد التأسيس لفكرة مفادها أن الجسم البشري لم يعد ينظر إليه كما في السابق بصفة كلية ،بل أصبح ينظر إليه بصورة متجزئة، أعضاء، مشتقات، منتجات،كما لم يعد ينظر إلى الروح بأنها مغادرة الروح للجسد بصفة يقينية وكلية،بل أضحى ينظر إلى الروح على أنواع متعددة، حياة خلوية، حياة نسجية، حياة عضوية،ومن ثم نرى أن يستتبع نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري المراحل التالية لموت الإنسان مادامت أعضائه وخلاياه ومنتجاته تتمتع بهذه الحياة الجزئية،ويتوافق هذا الكلام مع ما جد في الطب الحديث عن استعمالات الجسم البشري واستخداماته في إطار التقنيات الطبية الحديثة، نقل الأعضاء، الاستنساخ،الهندسة الوراثية واستخداماتها كالتحكم في الجنس ... وغيرها، ونستند في هذا المعنى بالتركيز على المعنى اللغوي للجسم كما سبق ذكره،وكذا المعنى "الشخص" في القانون أو معنى الشخصية تطبيقا لنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري،ودلالة معنى الجسم ومحاولة المقارنة بينهما،كما أن زوال الشخصية القانونية وترتيب الآثار القانونية عليها يبدو مستقلا عن التعامل في الجسم البشري في الإطار الطبي، خصوصا بعد اكتشاف أجهزة الإنعاش الإصطناعي، التي تحافظ على الحياة الجزئية للجسم البشري تحديدا دقيقا ينقل المسألة من واقعها التقليدي في القانون الجنائي إلى خصوصية تستلزمها دراسة أثر هذه التدخلات الطبية الحديثة على الجسم البشري،وهذا مايبرر من الناحية المنهجية الإحاطة بمكونات الجسم في نظر القانون، ويمكن الجزم أن الجسم يقسم في الإطار القانوني إلى أعضاء ومشتقات ومنتجات كما يلي:

1-الأعضاء البشرية: العضو في اللغة كل لحم وافر بعظمه،وقيل كل عظم وافر من الجسد بلحمه أو هو جزء من مجموع الجسد،وقد عرفه جماعة بأنه جسم متولد من أول مزاج الأخلاط، والأعضاء الرئيسية هي التي تكون مبادئ للقوى محتاجا إليها في بقاء الشخص، وهي القلب والدماغ والكبد أو في بقاء النوع [1]، والعضو عند الأطباء مجموعة أنسجة تعمل مع بعضها البعض كي تؤدي وظيفة معينة كالمعدة والكبد والكلية والدماغ والأعضاء التناسلية والقلب

[1]/المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان ،1979 ،ص610 .

وغيرها " والأنسجة التي يتكون منها العضو هي " مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة والخلية هي أصغر وحده في المواد الحية "[1]

وتبدو حاجة رجل القانون إلى إيجاد تعريف منضبط لمصطلح العضو أكثر من رجل الطب ذلك أن الإختلاف في بيان المقصود بالعضو يؤدي بالضرورة إلى اختلاف الآثار القانونية وتكييف أفعال الإنتهاك الواقعة على الجسم البشري، فلقد نصت المادة 264 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات الجزائري على جريمة وعقوبة العنف المؤدي إلى عاهة مستديمة كفقد أو بتر أحد الأعضاء أو المنع من استعمال عضو أو فقد البصر أو إبصار أحد العينين أو أي عاهة مستديمة أخرى،فيأتي بيان مصطلح العضو كضرورة لتحيد الركن المادي في جرائم الإيذاء أو العنف والتعدي.

وتنص المادة: 161 من القانون: 85-05 [2] المتعلق بحماية الصحة وترقيتها: " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون " ولم تحدد هذه المادة ما المقصود بالعضو ولا المواد التالية لها،غير أنها ذكرت بعض الأعضاء وأجهزة الجسم كالقرينة والكلية لتعلقها بأحكام خاصة.

إن كتابات الفقه الجنائي لا تقدم لنا إجابات وافية في هذا الصدد،وإن كانت تعطي بعض الأمثلة كاليد والساق والرأس،ويرى البعض التمييز بين الأعضاء الضرورية،وبين الأعضاء غير الضرورية التي تبقي الشخص على قيد الحياة،إلا أن هذا التقسيم يشق على النفس التسليم به، لأنه يؤدي إلى انحسار الحماية الجنائية للجسم،ذلك أن مفهوم الحق في الحياة لا يتحدد نطاقه بالنقطة التي تقابل الموت بل يتسع ليشمل حق الإنسان في أن تسير الوظائف الحيوية، فهناك صلة وثيقة بين الحق في الحق في التكامل الجسدي إذ أن هذا الأخير يعتبر الدرع الواقي للأول.

وإذا ما اتجهنا إلى القوانين الطبية،فإننا نجد أن المشرع الجنائي والمدني الفرنسي قد أدرك في قوانين أخلاقيات العلوم الإحصائية الصادر في 1994 المعدل لقانون الصحة العامة في الفقرة الأول أشار إلى تعريف النخاع العظمي بأنه " يعد بمثابة العضو في تطبيق أحكام القسم الخاص بنقل الأعضاء البشرية "

ومن خلال هذا يتبين أن جسم الإنسان قيمة ثابتة في ذاته،بصفة كلية وجزئية ،فلا يمكن التدخل والتعامل فيه بما لا يستوي مع هذه القيمة والقدسية،ولذلك استتبع تلك الأهمية حمايته من العدوان في إطار القانون الجنائي والقوانين الأخرى،كالقانون المدني في إطار الفعل الضار أو غير المشروع، وقانون التأمين، وحينما لم تكف تلك القوانين الأخرى، كالقانون المدني في إطار الفعل الضار أو غير المشروع، وقانون التأمين، وحينما لم تكف تلك القوانين التقليدية ظهرت الحاجة لإصدار القوانين الطبية الخاصة، وذلك لإضفاء طابع حمائي لكل عضو جسدي،بل لكل مشتقات ومنتجات هذا الجسم كمايلي:

2-المشتقات والمنتجات البشرية:

[1]/ محمد المدني بوساق ،موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر ،2004 ،ص09 .

1/ قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990

إذا كان مفهوم العضو على النحو السابق، فإن اصطلاح المشتقات والمنتجات البشرية الذي استخدمته عديد التشريعات الطبية أو قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية، يعني كافة العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة، ولا يترتب على استئصالها فقدانها للأبد بل يمكن للجسم استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه.

ومن أمثلة هذه المشتقات بعض المواد السائلة الداخلة في تكوين الجسم كالدم وكافة المواد السائلة التي تفرزها الغدد على اختلاف أنواعها كاللعاب ولبن الآدمية والسائل المنوي و الهرمونات ... إلخ[1]

فبالنسبة للدم فهو عبارة عن " نسيج يتكون من سائل يسمى البلازما (المصل) plasma تسبح فيه الخلايا الدموية " [2]، الهرمون " مادة كيميائية تفرزها الغدد الصماء في الدم مباشرة لأداء وظيفة معينة "، وعلى ذلك فوظيفة الهرمونات بصفة عامة تنسيق عمل أعضاء الجسم، وفاعلاته، وتحويل الغذاء إلى طاقة، وهي تتكون داخل الخلايا متخصصة في هذه الغدد، ثم تفرز إلى الدم مباشرة،حيث تصب الغدد هرموناتها المختلفة في الأوعية الدموية التي تمر بها، فتنقلها إلى الأنسجة المختلفة فتحصل الأعضاء على إحتياجاتها الهرمونية [3]، والهرمونات تختلف في تركيبها الكيميائي فمنها مايركب من الأحماض الأمينية، ومنها ما يتركب من الدهنيات،ومنها ما يتركب من البروتينات، وتتميز الغدد الصماء بأن إنتاجها من الهرمونات ينتقل إلى الدم، دون أن يمر بقنوات خاصة بها وهذا بخلاف الغدد اللعابية والدمعية، والعرقية التي تنتقل إفرازاتها في قنوات خاصة [4]، أما السائل المنوي هو " لفظ يطلق على الإفرازات التناسلية للرجل التي تفرزها الخصية والبروستاتا والحويصلة المنوية ".

لقد أدركت التشريعات مدى إبراز أهمية هذه العناصر البشرية على نحو متفاوت،وذلك في ترتيب الآثار القانونية وتكييف المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإعتداء أو المساس بأحد المشتقات والمنتجات البشرية في مجال التكييف القانوني لهذه العناصر الجسدية اختلاف، فبالنسبة للدم البشري اعتبره البعض عضو من أعضاء الإنسان،وليس منتجا من منتجاته وفي هذا يرى مجمع الفقه الإسلامي [5] في شأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، بأن العضو:" جزء من الإنسان سواء كان أنسجة أو خلايا أو دماء ونحوها كقرنية العين سواءا كان متصلا به أو منفصلا عنه "، والبعض [6]اعتبره نسيجا والنسيج مجموعة من الخلايا لكل خلية وظيفة معينة،فهو " عبارة عن نسيج وهو سائل من أشكال النسيج الضام يجري داخل الجسم البشري في الشرايين والأوردة والأوعية

[1]/ مهند صلاح أحمد فتحي العزة ،المرجع السابق ،ص16-17

[2]/ نبيه عبد الرحمان عثمان ،المرجع السابق ،ص135 .

[3]/ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشيويرخ،أحكام الهندسة الوراثية ،الطبعة الأولى ،كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ،الرياض ،المملكة العربية السعودية ، 2007 ،ص519

[4]/ سعد بن عبد العزيز ،المرجع السابق ص 520

[5]/قرار مجلس المجمع الإسلامي المنعقد في جدة ،المملكة العربية السعودية 1408 هـ ،1988 م بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم انسان آخر حيا أو ميتا

[6]/ مروك نصر الدين ،نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ،دراسة مقارنة ،التطبيقا العملية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ،ج1 ،الكتاب الثاني ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،بوزريعة ،الجزائر ، 2003 ، ص107 ،خطوة عبد المجيد ،المسؤولية المدنية عن نقل الدم ،مذكرة ماجستير في القانون الطبي ، جامعة أبي بكر بلقايد ،تلمسان ،2011-2012- ص15

الدموية،ويتكون من مادة سائلة يسمى بالبلازما وتسبح في الكريات الدموية البيضاء" [1]، ويرى جانب آخر أن الدم ومشتقاته يقع بين وصف العلاج ووصف الدواء لأنه ضروري للعلاج،إلا أن هذا الرأي يأخذ عليه أنه شبه الدم البشري بمنتج دوائي، وقد ذهب إليه القانون الفرنسي الصادر 21-07-1952،ثم صدر القانون الفرنسي الخاص بنقل الدم والأدوية الصادر في 04-يناير -1993 وجاء متغير النظرة، فلم يعتبر الدم منتج دوائي بل أدخله في نطاق عناصر الجسم البشري المشار إليها في القانون 29-07-1994 في المواد (10/665) إلى (16/665)[2]

وأخيرا نص المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة في الفصل المعنون بجمع واعداد وتخزين الدم ومكونات ومنتجات الدم واعتبره من عناصر ومنتجات الجسم، كما اعتبره مصدر لمنتجات الدوائية الصيدلانية.

وقد استهل القانون السابق الذكر في المادة 1221 -1 على إمكانية نقل الدم وفقا لمصالح والمبادئ الأخلاقية الطبية، وأضفى الطابع التبرعي من شخص دون الإعلان عن هويته، وتشير المادة 1221 -3 بأنه يمكن أخذ عينات الدم بموافقة المانح من قبل الطبيب أو تحت إشرافه ومسؤوليته ولا يمكن تخصيص أي تعويض إلى المانح دون المساس بسداد بالمصروفات المتكبدة في الحالات التي تحدد بمرسوم، كما لا يمكن نقل الدم ومكوناته ومشتقاته دون استخدام الإختبارات العملية والكشف عن الأمراض المتنقلة عن طريق الدم، ولا يمكن نقل الدم ومكوناته للإستخدام العلاجي للأشخاص القصر أو الأشخاص المشمولين بالحماية القانونية (عديمي الأهلية)، ومع ذلك ففي حالة القصر يمكن أخذ العينات في الحالات الإستثنائية وبموافقة الوالدين بالشكل الكتابي وأضفى المشرع الفرنسي حماية جنائية خاصة ومتميزة للدم البشري بفرض عقوبات عند مخالفة الضوابط القانونية بداية من نص المادة 1271 -1 إلى المادة 1271-8 من ذات القانون.

ولقد نص قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري في المادة 185 " تتم في الوحدات الصحية المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية وتحضير مصل الدم ومشتقاته والمحافظة على ذلك يتولى الأطباء أو المستخدمون الموضوعيون تحت مسؤولياتهم جمع الدم وتحصين المتبرعين الفعال وتحليل مصل الدم وكذلك العلاج بواسطة مصلحه (البلازما) ومشتقاته

يمنع القيام بجمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية ومن خلال هذا النص يتبين مشروعية التبرع بالدم لأغراض علاجية،لقطع الطريق أمام الجدل القائم بشأن هذه العمليات من حيث الأساس القانوني والطابع التبرعي أي المجاني، والغرض العلاجي،واشترط جمعه أي الدم من طرف الأطباء المستخدمون المكلفون لمنع أي شخص آخر مهما كان،وتحت أي ظرف من القيام بتلك المهمة،وألزم المشرع اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية للتكفل بالمتبرع خوفا من الإضرار بصحته ومنع جمع الدم من القصر أو عديمي الأهلية

[1]/ خطوة عبد المجيد المرجع السابق ،ص15

[2]/حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،المرجع السابق ،ص99 ،101

ونظرا لأهمية فصيلة الدم في حياة الإنسان فقد نص المشرع في المادة 159 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن "تسجيل فصيلة الدم وجوبا على بطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة وذلك لتجنب الحالات المستعجلة كحوادث المرور والتمكن من إسعاف المريض.

في مصر صدر القانون 178 لسنة 1960 الخاص بنقل الدم ونظم عمليات جمعه وتخزينه وأجاز لبنوك الدم الحصول على الدم عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي ومنح لهذه البنوك الحق في بيع الدم للجمهور ولا يخفى على كل ذي بصيرة لما لهذا الحكم من ذريعة لإستغلال الدم في المضاربة عند الحاجة، وتترتب مسؤولية المرفق الطبي في حالة نقل دم ملوث بفيروسات كفيروس السيدا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي كان يأخذ قبل سنة 1991 بفكرة الخطأ الجسيم لمسائلة المرفق الطبي ويظهر ذلك من خلال بعض الأحكام الصادرة في هذا الصدد كقرار المحكمة الإدارية لمدينة باريس في قضية السيد " أوجاغل " بتاريخ 04 – 05- 88 ونظرا للفضيحة التي وقعت فيها الحكومة الفرنسية بسبب قيام المركز لنقل الدم بباريس 1883 إلى أوت 1985 والتي أودت بحياة الكثيريين نتيجة الإصابة بفيروس السيدا عن طريق نقل دم ملوث بالفيروس،أصدر المشرع الفرنسي قانونا لحماية المتضررين سنة 1991 خاص بالتعويض عن الإصابة بفيروس السيدا بسبب نقل الدم وترك هذا القانون الخيار للمتضررين اللجوء إلى القضاء أو الصندوق للمطالبة بالتعويض ومن أجل ذلك يكون المشرع الفرنسي قد حل بهذا القانون فكرة الخطر (le risque) محل فكرة الخطأ التي تعتبر محور القواعد العامة للمسؤولية الإدارية [1].

أما بالنسبة للبن الآدمية فهو يضل غذاء الطفل الرئيسي، لا يمكن تعويضه ويكون لمدة عامين لقوله تعالى:" والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة " [2]

ومن هذه الآية علم أن الأصل هو إرضاع الأم لولدها ويمكن لوالده استئجار المرضعة ومنه اتفق العلماء على مبدأ الإنتفاع بمبدأ الآدمية.

وإذا كان الإنسان بما يحتويه من أعضاء بشرية بنماذج مختلفة،منتجات مشتقات بشرية متعددة تؤدي كل منها وظائف معينة فإنه أيضا حالت نفسية وحوادث عقلية تعطي تفسيرات لكل ما يصدر عن جسمه من حركات وتغيرات طبقا لقوانين علوم الطبيعة والكيمياء والإحياء وعلم وظائف الأعضاء [3]، وحينئذ يمكن القول أن الإنسان ليس مجرد جسم فحسب بل هو جسم ونفس وهو ما يستدعي بيان الجانب النفسي للإنسان.

ثانيا:الجانب النفسي لجسم الإنسان

إذا كان من الضروري بيان الجانب المادي للإنسان بإعتبار محلا للحماية الجنائية، فإن ذلك لا يغني من التعرض للجوانب النفسية لحماية الجسم البشري، نظرا للإرتباط الوثيق بين الجسم والنفس وعلى ضوء ماسبق نبين نظرة

[1] / عيساني رفيقة المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان 2007-2008 ص168-169 .

[2] / سورة البقرة الآية 233

[3] / محمود فهمي زيدان ،في النفس والجسد ،دار النهضة العربية ،بيروت ، لبنان ،1980 ص13

علماء النفس وعلماء الطب وموقف القانون إلى العلاقة بين الجسم والنفس ثم نتطرق إلى مكونات الجهاز النفسي ونتناول مظاهر المساس الجرمي بالجانب النفسي.

1-الصلة بين النفس والجسم:إن الدارس لعلم النفس يدرك أن النظرة الثنائية أو الإنفصالية بين الجسم والنفس تؤدي في كثير من الأحيان إلى صعوبات في فهم الظواهر النفسية والجسمية معا ولذلك يفضل تبني الإتجاه الكلي في النظرة إلى الإنسان ويستخدم مصطلح (النفس الجسمية) للإشارة إلى أمراض جسمية مثل القرحة المعدية أو القرحة الهضمية واتي تلعب فيها العوامل الإنفعالية دورا مهما في نشأتها واستمرارها [1].

إن الملاحظة العفوية تكفي للدلالة على الصلة بين الجسم والجسد ،فالصحة تنتج أفعالا نفسية من نوع خاص وبالمقابل يعمل المرض على إظهار النفس بمظهر مغاير فالمنبهات كالنيكوتين قادرة على إحداث حالات نفسية قد تؤدي للوقوع في أفعال إجرامية، ومن ثمة لم يعد الدارس لحماية الإنسان يقبل الإثنينية والإنفصالية فلا يمكن الإطلاع على وظائف النفس وسلوكها إلا بالإطلاع على وظائف الأعضاء فالغضب لا معنى له بل لا وجود له إذا لم يصاحبه تغير في الدورة الدموية والتنفس وضربات القلب وغيرها من الحوادث الناتجة عن بعض الرسل الكيماوية المسماة بالهرمونات [2]،ويعتبر الجانب النفسي لدى أصحاب مدرسة التحليل النفسي عند تفسيرهم لأسباب الجريمة بزعامة "فرويد " السبب الوحيد في السلوك الإجرامي،أي أن التكوين النفسي لدى المجرم هو السبب في تحرك النزعة الجرمي، وأهملوا عامل الوراثة في تكوين سلوك المجرم فالشعور بالدونية والحرمان العاطفي في الطفولة يشعر المرء بالنقص فيبعثه إلى الإدمان وتعاطي المخدرات ولعب القمار وكلها أفعال مجرمة قانونا [3]، أو يؤدي به إلى استعدادات إجرامية قد تنشأ عن اتجاهات وميول وعقد نفسية.

من الملاحظ أن عيادات النفس التي تعنى بالنواحي النفسية والطبية للفرد تعتمد على ثلاث خبرات،خبرة إختصاصي نفسي وإختصاصي اجتماعي وبالضرورة طبيب الجسم الذي يقوم بالفحص السريري [4] وليست نظرة علماء النفس ببعيدة عن الموقف القانوني ذلك أن هذا الأخير تعامل مع الجسم البشري في مجال ترتيب المسؤولية على أساس الضر بشقيه الضرر المادي (الجسدي) والضرر المعنوي فالأضرار الجسدية هي " تلك الأضرار التي تصيب جسد الإنسان الناجمة عن فعل غير مشروع" وهذه لأفعال ليست ذات طبيعة واحدة بل هي متعددة ومتنوعة حسب جسامة الفعل المرتكب فقد يقتصر الضرر الجسدي على مجرد المساس بسلامة الجسم فيصيبه في عضو من أعضائه مما يؤدي ذلك إلى وفاته، ولكن يؤدي إلى التعجيل بوفاته،وقد يكون الفعل من الجسامة بحيث يؤدي إلى وفاة المضرور [5]، المعنوي هو " الذي يصيب الجسم أو المال وإنما يصيب الشعور أو العاطفة أو الكرم أو

[1]/ محمد عبد المجيد العيسوي ،موسوعة علم النفس الحدي ،لمجلد السادس ،الاضطرابات النفسجسمية ،دار الراتب الجامعية ،2001 ،ص17
[2]/ فاخر عاقل ،علم النفس ،الطبعة التاسعة ،دار العلم للملايين ،بيروت ،لبنان 1984 ص41 – 42
[3]/ عمر محي الدين خوري ،الجريمة وأسبابها ،مكافحتها ،دراسة مقارنة في القانون والعلوم الإجتماعية ،الطبعة الأولى ،دار الفكر ،دمشق ،سوريا ،2003، 123
[4]/ محمد توفيق خضير ،مبادئ في الصحة والسلامة العامة ،الطبعة الأولى ،دار صفاء للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن ،2001 ص89
[5]/ طه عبد المولى ابراهيم ،مشكلات التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني ،الطبعة الأولى /دار الفكر والقانون ،مصر 2000 ،ص 64-65

الشرف " فهذا الضرر يلحق بما يسمى الجانب الإجتماعي أو المعنوي للشخصية الإنسانية [1]، وهذا ما يؤكد ضرورة بحث أوجه حماية الجانب النفسي في الإنسان ولتحقيق هذه الغاية نتناول دراسة مكونات الجهاز النفسي ثم مظاهر المساس بالجانب النفسي للإنسان.

1- مكونات الجهاز النفسي الإنسان:

2- يميل الطبيب النمساوي " سيجمند فرويد " إلى التقسيم الهرمي للجهاز النفسي حيثيرى أن هناك ثلاثة أنظمة مكونة للجهاز النفسي وأول هذه الأنظمة الهو Id وهو " المجهول الذي نعلم عنه فقط من خلال تأثيراته ويعني الماضي " [2]والنظام الثاني من الجهاز النفسي هو الأنا ego وهو الذي يواجه الناس والمجتمع ويتدبر الأمور ويرسم الخطط وتتحقق به الصورة الذهنية والأحلام "،أما النظام الثالث فهو الأنا الأعلى superego ووظيفته الأغلى وهو يتخارج عن الأنا الذي هو جزء من ويسمى أيضا بالأنا المثالي،فهو يحث الأنا على أن تكون له أهداف أخلاقية [3].

2- مظاهر المساس بالجانب النفسي للإنسان:

لقد ذكرنا فيما سبق أن الإنسان يتركب من أجزاء هو أيضا هو حالات نفسية وحوادث عقلية ويمكن تفسير كل ما يصدر عن جسمه من حركات التغير طبقا لقوانين العلوم الطبيعة والكيمياء والإحياء وعلم وظائف الأعضاء وإستنتجنا كذلك ذلك الترابط المحكم بين النفس والجسم ومن هذا المنطلق نأخذ على أحادية التأثر والتأثير، فالإعتداء بالضرب والجرح والتعدي المنصوص عليه في قانون العقوبات هو مساس بالجسم ،لكنه يؤدي بصورة غير مباشرة للإعتداء على الجانب النفسي،وحينئذ يمكننا القول أن للإعتداء على الجانب النفسي من الإنسان مظهران ،مظهر مباشر وآخر غير مباشر،إن مظاهر الإعتداء على النفس بصورته المباشرة، التخويف،فلقد ثبت أن إحدى التفسيرات التي وضعت لشرح أسباب مرض الربو الخوف اللاشعوري عن الإنفصال عن الأم ويأتي ذلك من قمع الطفل عن الرغبة في البكاء،نتيجة لخطأ في العلاقة بين الطفل والأم [4]،وهناك صور أخرى للإعتداء على النفس فقد يلجأ الجاني إلى إبلاغ المجني عليه بأخبار سيئة أو إحداث رعب وقلق في نفسيته مما يسبب له تخيلات وأوهام تخلف ألام النفسية.

ويعتبر التهديد جريمة من الجرائم الواقعة على الحرية،والتي تعد بدورها من الجرائم الواقعة على الجانب المعنوي من الشخصية الإنسانية،إذ أن الحالة النفسية أو المعنوية تمثل إحدى عناصر الحق في سلامة الجسم.

يتفق التهديد مع الإكراه المعنوي كمانع من موانع المسؤولية من حيث أن كليهما ينال الحالة النفسية للمجني عليه فكلاهما قوة معنوية على هذه الحالة ولكن ليس كل تهديد يشكل إكراها معنويا أي مانعا من موانع المسؤولية و إن

/ عامر أحمد القيسي ،مشكلات المسؤوليات الطبية المترتبة على التلقيح الإصطناعي ،الطبعة الأولى ،دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ،دار [1]الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان الأرن ،2001 ،ص156

[2]/ فيصل عباس ،التحليل النفسي والإتجاهات الفرويدية ،المقارنة العيادية ،الطبعة الأولى ،دار الفكر العربي ،بيروت ،لبنان ،1996 ،ص33

[3]/ نفس المرجع الصفحة 34

[4]/ محمد عبد الرحمان العيسوي ،في الصحة النفسية والعقلية دار النهضة العربية ، بيروت لبنان ،1992 ،ص190

كان العكس صحيحا [1]،وقد يستخدم الجاني إكراها وضغوطا نفسية مثيرة تتعلق بالشخص المختطف بالنسبة لجريمة الإختطاف فتظهر أثارها على المجني عليه كالبرد الشديد،والحرارة الشديدة والمعاناة من قرحة المعدة وهي ردود أفعال تستدعي التصدي لهذا الخطر (رد الفعل الإنذاري) كما أن الإعتداءات كالحرق أو القطع أو العدوان تأثر على جزء من الجسم أكثر من بقية الأعضاء ويقوم الجزء المختص في الجسم بعمل رد الفعل (التكييف اللازم) [2]،أضف إلى ذلك أن هناك علم يسمى علم الطب النفسي وهو فرع من فروع الطب البشري يهتم أساسا بالأمراض العقلية أول الإضطربات العقلية ذات الأصل العضوي أو العصبي وما يتعلق بها من مشكلات التوافق الشخصي [3]، وهناك ما يسمى " علم النفس القضائي " وهو يدرس العوامل النفسية التي تؤثر في جميع المشتركين في الدعوة الجنائية،كالقاضي والمتهم والمحامي والشهود والمبلغ والجمهور عامة ويستهدف مراعاة الظروف النفسية للمجرم،ويدرس قدرة الشهود على التذكر والعوامل التي تؤثر في الشهادة،كما يدرس أثر الإيحاء في نفسية المشتركين في الدعوى[4].

إن العاملين في مهنة الطب النفسي والعصبي يشيرون أن الدور النفسي كثيرا ما يكون سببا في الإعتداء عليهم فيقعون ضحية للنوازع الإجرامية التي تعتري مرضاهم كما أن كثيرا من الأطباء المشتغلون في حقل الأمراض النفسية العصبية تعرضوا لمخاطر جرائم القتل والإيذاء من قبل مرضاهم [5]،لقد تعرض فقهاء القانون الجنائي إلى إمكانية القول بوقوع القتل بوسائل معنوية كترويع طفل ضعيف الأعصاب بطريقة متتابعة ومتصاعدة حتى ينهار فيموت،فيرى جانب من الفقه الجنائي [6]،أن القتل لا يقع بالوسائل المعنوية وينبعث هذا الرأي من اعتبارات عملية هي استحالة إثبات رابطة السببية وهو عنصر لازم لقيام الجريمة،غير أن ما استقر عليه هو التسوية بين الوسائل المعنوية ذات الأثر النفسي وبين الوسائل المادية في إحداث القتل وكما يمنع القانون القتل بالضرب يمنعه كذلك بالترويع وهذا الأخير كالضرب يمس سلامة الجسم ،غير أن ما في الأمر أن الضرب يحدث تأثيره على المحيط المادي لجسم الإنسان بنما يحدث الترويع أثاره داخل هذا الجسم نفسه فيهدر سلامته [7] ولا يغير من القول صعوبة إثبات العلاقة السببية بن الوسيلة النفسية وبين الوفاة وإيذاء الجسم لأنها مشكلة تدخل في القانون القضائي أو الإثبات وتلك مشكلة أهل الخبرة وعليهم حلها وهي مسألة موضوعية يقع عبء التحقيق فيها على قاضي الموضوع ،وإذا تعذر إثبات العمد فلن يصعب إثبات الخطأ [8]، وهناك اعتداءات غير مباشرة على النفس وذلك عن طريق الإعتداء على الجسم فتخلف آثارا نفسية وترتبط العلاقة بين الدماغ والسلوك الإنساني،لأن الجهاز العصبي المتكون من

/ كامل السعيد ،شرح قانون العقوبات ،الجرائم الواقعة على الشرف والحرية ،دار العلمية الدولية للنشر ،دار الشقافة للنشر والتوزيع ،عمان
[1]،الأردن ،لاتوجد سنة النشر ،ص170 .

[2]/ محمد عبد الرحمان اعيساوي في الصحة النفسية والعقلية المرجع السابق ص186

[3]/ مصطفى خليل الشرقاوي ،علم الصحة النفسية ،دار النهضة العربية ،بيروت ،لاتوجد سنة النشر ،ص54

/ محمد عبد الرحمان العيساوي موسوعة علم النفس الحديث ،المجلد الثاني ،تصميم البحوث النفسية والإجتماعية والتربوية ،دار الراتب الجامعية
[4]،2001، 2002 ،ص17

[5]/ أحمد عبد اللطيف الفقي ،الجاني والمجني عليه ،وحقوق وضحايا الجريمة ،دار الفجر للنشر والتوزيع ،2003 ،ص25

/ حسن محمد أبو السعود ،قانون العقوبات المصري ،ط1 ،القسم الخاص ،1951 ،ص13 ،محمد زكي أبو عامر ،قانون الهقوبات ،القسم الخاص
[6]،دار المطبوعات الجامعية 1978 ص416

[7]/ محمد زكي أبو عامر ،قانون العقوبات ،قسم خاص ،المرجع السابق ،ص415 -416

[8]/ نفس المرجع ص 416

الدماغ والحبل الشوكي قد يؤدي إلى تقلصات عضلية عندما تستقبل هذه العضلات مثيرات عصبية آتية من الجهاز العصبي المركزي في الإنسان وينتج عن ذلك أن أي خلل في وظيفة الدماغ أو الحبل الشوكي لابد أن يؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى بعض مظاهر الخلل والإنحراف السلوكي أو الجنوح [1] كما أن الرضوض أو الجروح الفيزيقية التي يحدثها الجناة نتيجة الإعتداء بالأعيرة النارية أو الناتجة من حوادث السيارات أو غير ذلك مما يعد ضمن السلوك المادي لجرائم الإيذاء قد تؤدي إلى تدمير خلايا المخ مع العلم بعدم قابليتها للتجدد والتوالد وقد تؤدي إلى الإضرار بالنفس،وفي حماية هذه الأخيرة حماية غير مباشرة للجسم البشري، ومن الثابت علميا أن العاهات والنقائص الجسدية تؤثر بشكل كبير في بناء الشخصية الإنسانية وتؤدي أحيانا إلى سلوكات إجرامية تعويضا عن النقص [2]، وقد دلت أبحاث أجريت في مصحات عقلية أن 20% من نزلائها سبق الحكم عليهم بجرائم وأكدت دراسة أخرى أن نسبة المصابين بأمراض عقلية من نزلاء السجون تقدر حوالي 1.50 % من مجموع النزلاء [3] أثبتت أبحاث أجراها العالمان " ديتيليو" و" قيرفاك " بوجود علاقة بين مرض السل والسلوك الإجرامي حيث أكدا أن هذا المرض عامل مهيأ للإجرام وهو يضاعف من حساسية الإختلال النفسي ويؤكد علماء الإجرام أن هذا المرض يؤثر على الغريزة الجنسية مما يجعل المصاب به يقدم على ارتكاب جرائم جنسية وجرائم العنف [4].

تهف بعض الوسائل الحديثة في الإثبات إلى التأثير النفسي للشخص ودفعه إلى قول الحقيقة مهما حاول تغييرها أو التخلص منها،وذلك باستخدام اختبارات بقصد الوصول إلى اكتشاف الجرائم ومعرفة مرتكبيها والأسباب والدوافع والوقائع عن طريق الإستجواب اللاشعوري، من بين هذه الوسائل العقاقير المخدرة وهي مواد يتعاطاها الإنسان فتؤدي إلى حالة نوم عميق تستمر فترة لا تتجاوز 20 دقيقة ثم تتبعها فترة اليقظة ويبقى الجانب الإدراكي سليما فترة التخدير على الرغم من فقد الإنسان القدرة على الإختيار والتحكم الإرادي مما يجعله أكثر قابلية للإيحاء ورغبة في المصارحة والتعبير عن مشاعره الداخلية ،وتسمى هذه الطريقة من التخدير بالتحليل العقاري أو (مصل الحقيقة) [5]، إذاً فطريقة التحليل العقاري أو مصل الحقيقة هي " نمط خاص من التحليل النفسي تستخدم فيه العقاقير المخدرة في سبيل اكتشاف العالم الذاتي الفردي للحصول على بيانات تطابق الحقيقة ما كان الشخص المستجوب أن يدلي بها أو يقر بها لو لم يستعمل معه المخدر"[6]، ولقد ثار خلاف في الفقه حول مشروعية استعمال العقاقير المخدرة في التحقيق الجنائي بين مؤيد ومعارض لإستعماله فالإتجاه المؤيد:[7] يرى إمكانية استعماله يرى إمكانية استعماله في حالت معينة خاصة ،إذ أن تحقيق العدالة يعد من أهم الوسائل التي تهدف إليها الدعوى

---

[1]/ محمد عبد الرحمان العيسوي في الصحة النفسية والعقلية ،المرجع السابق ص184

[2]/ علي محمد جعفر ،الأحداث المنحرفون ،ط3 ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،1996 ،ص36

[3]/عبد الر حمان محمد أبو توتة ،علم الإجرام ،المكتب الجامعي الحديث ،الإسكندرية ،مصر ،1998 ،ص186

[4]/ نفس المرجع ص 178

[5]/ علي أحمد عبد الزعبي ،حق الخصوصية في القانون الجنائي ،ط1 ،المؤسسة الحديثة للكتاب ،طرابلس ،لبنان ،2006 ،ص252

4/ علي أحمد عبد الزعبي ،المرجع السابق ص 522

/ عدنان عبد الحميد زيدان ،ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة ،رسالة دكتوراه ،القاهرة ،مصر ،1983 ،ص148-149 ،محمد سامي السيد الشوى ،المرجع السابق ص180-181 ،سامي سادق الملة ،اعتراف المتهم ،رسالة دكتوراه ،دار النهضة العربية ،مصر ،1969 ،ص180[7]

العمومية كما يؤكدون على أن هذا الإجراء لا يترتب عليه دائما المساس بحرية الشخص إذا ما قورن بالضغط النفسي الذي يوقعه المحقق على المتهم عادة ابتداء من القبض عليه أي حين إحالته على جهات الحكم ولا يعتبر استخدام المخدر وسيلة إدانة فحسب بل هو أساسا وسيلة دفاع وله أهمية بالنسبة للمتهم للكشف عن الإضطربات النفسية والعضوية الأمر الذي يؤدي إلى معرفة الدوافع والبواعث لإرتكاب الجرم، ونظرا لخطورة هذا الإجراء فقد حدده أنصاره بحالات للجوء إليه كحالة الجرائم الخطيرة كجرائم الإغتيال والقتل والحريق ولا يلجأ إليه إلى في حالة الضرورة ولا يكون الهدف منه الحصول على الإعتراف بالغدانة وهو تحت تأثير المخدر،كما يجب أن لا يطلق يد القضاء في استعماله فيلزم أن يصرح بذلك بمقتضى قرار مسبب يقبل الطعن فيه أمام جهة قضائية وأن يقوم به خبير متخصص بحضور قاضي التحقيق أو عضو النيابة العامة أو محامي المتهم [1] وأتيح للقضاء الفرنسي فرصة ليعلن عن رأيه في مدى مشروعية استخدام التحليل التخديري وذلك أثناء نظره لقضية البنتوتال الشهيرة والتي أصدرت فيها محكمة السين [2]ببراءة الخبراء الذين قاموا بحقن المتهم بحقنة المخدر بقصد تسهيل استجوابه من تهمتي إحداث جرح وانتهاك سر المهنة وفي حكم آخر للقضاء الفرنسي أصدر قاضي التحقيق لمقاطعة أكسن آن بروفنس قرارا في يناير 1961 برفض الطلب المقدم من المتهم باستجوابه تحت تأثير العقاقير المخدرة عن الجريمة المنسوبة إليه على أساس أن هذا الأسلوب لا يندرج تحت طرق الإثبات المقبولة في القانون الفرنسي [3].

أما الإتجاه المعارض فيرى استخدام المخدر في مجال الإثبات إجراء غير مشروع لأنه غير قانوني حتى ولو تم برضاء المتهم لأن الشرعية لا تكتسب من رضاء المتهم وإنما من نص القانون ،كما يعتبر ضربا من ضروب الإكراه المادي ،وهو ما لا يتلاءم وحقوق الدفاع مع ما ينطوي عليه وفقا للأبحاث الطبية الحديثة التي أكدت على خطورة هذه المواد على جسم الإنسان ولا جدال على عدم مشروعيتها طبقا للنصوص الدولية والدساتير التي تقرر حق الفرد في الحياة والحرية والأمن وعدم إخضاعه للتعذيب وأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته لكن يمكن استخدام المخدر بوصفه وسيلة علاجية مشروعة تساعد على التشخيص الطبي الفني لمعرفة ما إذا كان المتهم يخفي مرضا نفسيا أو عقليا أم لا [4] وفي اعتقادنا أن تقنية استعمال المخدر في مجال الإثبات الجنائي غير مشروعة للأسباب التي ذكرناها ،لأنها منافية لحقوق الإنسان وحرياته وإضرارا بالمصلحة الفردية وهي حماية السلامة الجسدية ،في جانبها المادي والنفسي معا فضلا عن عدم مشروعية الدليل الجنائي في الإثبات بمخالفته لقرينة البراءة.

هناك طريقة أخرى تتمثل في جهاز كشف الكذب وهو جهاز خاص بقياس التغيرات الفجائية التي تحدث للمتهم وذلك عن طريق قياس تنفسه ونبضه وضغط دمه في وقت واحد،وبذلك يتبين منها مدى علاقته بالجريمة في أثناء استجوابه عن تفاصيلها [5]، وهناك وسائل أخرى كالتنويم المغناطيسي،إذا استعمل في إطار غير قانوني والذي يقصد

[1]/ علي أحمد عبد الزغبي المرجع السابق ص523 -524
[2]/ محمكة السين 28-02-1949 ،مقتبس عن محمد سامي الشوى ،المرجع السابق ص183
[3]/ محمد سامي الشوى ،المرجع السابق ،ص183 ،184
[4]/علي أحمد عبد الزعبي ،المرجع السابق ،ص526 ،527
[5]/علي أحمد الزرقي ،المرجع السابق ،ص529

به عملية افتعال لحالة نوم غير طبيعي يصاحبه تغير في حالة النائم جسمانيا فتنطمس الذات الشعورية للنائم وتبقى ذات لا شعورية تحت سيطرة ذات خارجية هي ذات التنويم المغناطيسي "، تستخدم هذه التقنية في معالجة العديد من الأمراض أو في التخفيف من بعض الأمراض الجانبية للعمليات كالنزيف أو الصدمات أو الخوف ،كما يعتمد التنويم المغناطيسي في تخفيض درجة الألم الجسدي ،فبالتالي يوفر استخدام المسكنات لما فيها من آثار جانبية رهيبة على المدى البعيد،ويرى بعض الباحثين والمعالجين بهذه التقنية بأنه لا تؤدي هذه التقنيات أثار سلبية على صحة الإنسان ولكن هناك محضور أخلاقي واحد مهم وحاسم ألا وهو أن لا يساء استعمال التنويم المغناطيسي لإعادة برمجة العقل الباطن بشكل سلبي وبالتالي إيقاع الشخص الذي نوم في مطبات جنائية أو إجرامية أو الإساءة إليه دو اسبعاده جسديا ونفسيا أو زرع أوهام ومخاوف معينة في داخله يمكن أن تتلف حياته بالكامل [1] وفي اعتقادنا أن استخدام تقنية التنويم المغناطيسي يعتبر عملا غير مشروع في الإثبات ولا يمكن الإعتداد بالدليل الجنائي المأخوذ بهذه الطريقة كما أنه يعتبر اعتداء صارخ على السلامة الجسدية والصحية للإنسان إذ يتسبب في أرق شديد وهو يدخل ضمن وسائل الضغط النفسي والوسائل التعسفية في مجال التحقيق الجنائي لذا يجب حضرها، كما أنه مخالف لمبدأ قرينة البراءة المنصوص عليها في المادة 45 من الدستور الجزائري " كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية إدانته " فضلا عن أن هذه الطرق تؤدي إلى الإخلال بحق الإنسان في حياته الخاصة كما تنص المادة 39 من ذات الدستور بأنه لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميها القانون، وبالتالي لابد من منع هذه الأساليب في كل مراحل التحقيق والمحاكمة ولو كان برضا المتهم ،حماية للجانب النفسي للجسم البشري، وأكثر من ذلك تحريم استعماله مع كافة الوسائل والطرق المؤدية إليه وإذا كان الجسم البشري بوصفه محلا للمارسات الطبية الحديثة ومناطا لحماية القانون الجنائي يتفرع عن عناصر مادية ونفسية ،فهل يكفي لإضفاء وصف الجسم عليه واستحقاقه للحماية اكتمال جميع العناصر المادية (الجانب المادي) وعناصره النفسية (الجانب النفسي) أم هناك شرط آخر لابد من توافره ؟

المطلب الثاني: الحق في سلامة الجسم الانساني

إن حق الإنسان في الحياة هو مقرر منذ القدم ومن أجلى مظاهره هو حق الإنسان في سلامة جسده، ومن مبدأ حرمة الشخص يستخلص مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان، والتي تعني أن كل شخص له أن يعترض على أي مساس بسلامة جسمه،ويرفض الخضوع لإجراء تحاليل طبية أو عمليات جراحية، فلكل شخص حق على جسمه يدخل ضمن الحقوق الشخصية [2]، وكما يحمي القانون حق الإنسان في الحياة وفق نصوص القتل يحمي حقه في سلامة جسمه لما لهذين الحقين من علاقة وثيقة الصلة ،فلا يكفي أن يحمي القانون الحق في الحياة، بلا ينبغي أن

[1] / زهير بن حسن خشيم ،معالج بالتنويم المغناطيسي بالسعودية ،كيف يعمل العقل تحت تأثير التنويم المغناطيسي الإحائي ؟ بحث منشور على الأنترنت تاريخ الإطلاع 18-03-2008 ص1

[2] / جلال علي عدوي ،رمضان أبو السعود ،محمد حسن قاسم ،الحقوق وغيرها لامن المراكز القانونية ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،1996 ،ص334

يضمن كذلك حق ممارسة الحياة [1]، ولهذا الغرض يحرم المشرع جميع الأفعال التي يأتيها شخص على شخص آخر والتي من شأنها أن تمس سلامة جسمه للقيام بالوظائف، فكل عمل مهما كانت صورته سواء أدى الاعتداء إلى ترك جروح أو رضوض معينة، أو احداث عاهة ما، ومهما كانت الوسيلة مادية أو معنوية يعتبرها القانون غير مشروعة يخوله حق التدخل لترتيب المسؤولية الجزائية على فاعله التي يتحدد مقدارها بمدى الضرر والأذى الذي لحق بالمجني عليه ،ويعتبر مساسا بالحق في سلامة الجسم ،وعليه نتعرض إلى مفهوم الحق في سلامة الجسم الفرع الأول ،ثم طبيعة هذا الحق الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الحق في سلامة جسم الانسان

يتعين علينا إزاء هذا أن نتعرض لمفهوم الحق في سلامة الجسم، ذلك أن مدلول الحق في سلامة الجسم يختلف بين رجال الطب أولا ويختلف تعريفه أيضا بين رجال القانون ثانيا.

أولا : تعريف الحق في سلامة الجسم في الطب

لقد ظهرت في البداية جملة من المحاولات لتعريف الحق في سلامة الجسم المقترن بمدلول الصحة والتي لم تحظ بالوفاق ومن أقدمها وأهمها:

1- الصحة هي الخلو من الأمراض

2- الصحة هي العمل الصامت للأعضاء

3- وتعرفه المنظمة العالمية للصحة بأن الصحة "هي حالة من الرفاهية الكلية، البدنية والنفسية، والإجتماعية"

إن قراءة بسيطة لهذه المحاولات تبين لنا أسباب عدم حدوث الوفاق، وعن صعوبة تريف ما يبدو لنا مفهوما بديهيا، فالقول بأن الصحة هي عدم وجود الأمراض، كالقول بأن الجمال هو انعدام القبح والنظام انعدام الفوضى [2]، وهو ما يسمح لنا بتعريف المرض بأنه انعدام الصحة والفوضى بأنها انعدام النظام ...الخ ،فالمطابقة المعكوسة ليست تعريفا بقدر ما هي هروبا منه ،لأن الشيء لا يوصف بنقيضه وإنما بخصائصه الذاتية.

ذهب الطب التقليدي إلى تحديد مدلول الحق في سلامة الجسم في إطار صحة الكائن البشري، فالصحة " هي اتحاد مادة الجسم بجميع جزئياته وقدراته على الإدراك، والشخص المعافى هو الذي يتمتع بسلامة الجسم في مجموع هذه العناصر على نحو يحقق الإنسجام والملائمة بينهما "

وتعرف الصحة كذلك بأنها " قدرة الجسم على استغلال ايجابيات المحيط وتطويق سلبياته بفضل برنامج جيني سليم واستراتيجيات فردية ملائمة وذلك لتحقيق جزء أو كل من الأهداف الحياتية أو حالة الرضا عن درجة فعالية هذا الجسم "

[1] / منصف المرزوقي ،دروس المدخل إلى الطب المندمج ،الدرس الرابع ،تعريف الصحة ،بحث منشور على الأنترنت ص32 تاريخ الإطلاع 19-04-2008

[2] / محمد عيد الغريب ،شرح قانون العقوبات ،المرجع السابق ،ص841

أما المرض فهو عجز مؤقت أو نهائي للجسم عن تحقيق كل أو جزء من أهدافه الحياتية لخلل في البرنامج الجيني أو الإستراتيجيات الفردية ،أو لضغط كبير في المحيط أو حالة من القلق تجاه فعالية هذا الجسم " [1]، وهناك إطار عملي يختص به الطب إكلينيكي حيث يتحقق المساس بأجزاء الجسم بإحداث جروح سواء كانت جروح بسيطة أو خطيرة،وتتميز الصحة بخاصية النسبية فهي تختلف من شخص لآخر وفي فترات زمنية معينة وتتباين بين فترة الشيخوخة والشباب [2]

ويختلف الطبيب في وضع حدود الصحة لمعرفة الحد الذي يمكن بتجاوزه وصف الفعل بأنه اعتداء على الصحة فيرى البعض بأن الفعل يعد مساسا بالصحة إذا مس حقه في العناية الطبية، ويجدر التمييز هنا بين نقاط معينة.

1- حق الشخص في حماية صحته ضد الأخطار الخارجية كالأدوية وتلوث البيئة

2- حق الإنسان في وجود تنظيم يعني بالمسائل الصحية وذلك بتهيئة خدمات الصحية كافية تستوعب مجالات الصحة للنهوض بصحة المجتمع عن طرق العناية الطبية الكاملة

3- حق الأفراد في التأمين الصحي من الأخطار المهنية [3]، وللقيام بهذا الدور لابد من تبني سياسة صحة متمثلة في توزيع الموارد الطبية،وتوفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية.

ولحماية هذا الحق تنشأ العلاقة بين الطبيب والمريض وهي علاقة إنسانية، وقانونية توجب على الطبيب الاهتمام بالمريض وبذل العناية التي تقتضيها أصول مهنة الطب،والتزام الطبيب في هذا المجال هو التزام ببذل عناية والاهتمام بتقديم العلاج الناسب للمريض ،وقد أصبح من الممكن مسائلة الأطباء عن الأخطاء التي تصدر عنهم أثناء مزاولتهم لمهنة الطب،ومن المتصور مسائلتهم عن مثل هذه الأخطاء،وقد أدى زيادة الوعي لدى الأفراد إلى رفع دعاوى على الأطباء لمطالبتهم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة الأخطاء التي صدرت منهم أثناء قيامهم ومزاولتهم المهنة [4]،وإذا كان تعريف الحق في سلامة الجسم عند الأطباء ينفصل عن مفهوم الصحة الجسدية فما مفهومه عند رجال القانون؟

ثانيا :تعريف الحق في سلامة الجسم في القانون

مما يلاحظ أن البعض المصطلحات تختلط بفكرة الحق بصفة عامة،وقد أدى هذا الخلط إلى تباين المدلولات التي أعطيت لمفهوم الحق في سلامة الجسم ،فنجد أن البعض نظر إليه من زاوية كونه من الحريات الأساسية (أولا) بينما نظرت إليه طائفة من الفقه باعتباره رابطة يعترف بها النظام القانوني (ثانيا) واعتبره البعض الآخر مصلحة لصاحبه (ثالثا) على النحو الذي سنتناوله.

1-الحق في سلامة الجسم من الحريات الأساسية

/ مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية ،أطروحة لنيل دكتوراه [1]دولة في القانون الجنائي ،1996 -1997 ،ص32

[2]/ مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ،المرجع السابق ،ص32

[3]/نفس المرجع ،ص33

/نادر شافي الطبيب بين الرسالة والمساءلة ،بحث منشور على مجلة الجيش اللبنانية ،العدد 235 في 1-1-2005 منشور على الأنترنت ص 1

[4]تاريخ الإطلاع 17-04-2008

إن مدلول الحرية يعبر عن " حركة الإدارة الإنسانية وتحررها من العوامل المقيدة أو المعدمة لها في أن تتخذ من المواقف ما تريد "،والحريات أنماط مختلفة تتكون من رغبات الانسان في أن يأتي ما يشاء من أعمال دون أن يمنعه القانون من إتيانها،وقد ذهب البعض في تحديده لماهية الحق وفي سلامة الجسم إلى اعتباره من الحريات الأساسية التي يتمتع بها الإنسان ويرخص له بها، وفي ذلك حماية للإنسان في ماديات جسده ومعنوياته وصولا لتحقيق إطار من الحماية تستهدف تحقيق الأمان التام للكائن البشري [1]

ويستند هذا الرأي إلى ما ساقته المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصادر 1789 في تحديده لمفهوم الحرية بأنها " قدرة الإنسان على إتيان عمل لا يضر بالآخرين "كما أدمج الإعلان بين مفهوم الحرية والحق في المادة الثانية منه:" أن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان " مما مفاده وحدة الأصل بين الحق والحرية، وذلك أن الحرية هي الأصل العام لكل الحقوق [2].

نلاحظ أن هذا الرأي أخلط بين مفهوم الحرية والحق،إذ لا يمكن التسليم بهذه النظرة ،لأن القول بوجوب الحرية التامة لصاحب الحق في السلامة الجسدية يؤدي إلى تقرير سلطته المنفردة في التصرف في جسده كما يشاء،وهو الأمر الذي يتعارض والقواعد المستقرة في الأنظمة القانونية والتي لا تعترف بكامل الحرية وإطلاقها ،إذ أن هناك أنواعا من القيود الاجتماعية التي ترد على ذلك الجسم باعتبار صاحبه عضو في المجتمع،والإخلال بسلامته يخل بتركيبه البناء الإجتماعي، والنتيجة في كل ذلك أن تقرير تلك المكنة لصاحب الحق في السلامة الجسدية لا تعني استهداف مصالح وغايات شخصية له فحسب،بل هي ترتبط أيضا بالنظام العام في المجتمع،ذلك الذي يلقي مجموعة من القيود على جميع التصرفات التي ترد على الجسم.

1- الحق في سلامة الجسم رابطة قانونية

ذهب رأي آخر في الفقه [3] إلى القول بأن تحديد مفهوم الحق بصفة عامة يقتضي تحليل عناصره ،وبيانها درءا لكل اختلاط بين هذا المفهوم وغيره من الأوضاع المتماثلة أو المتشابهة،فالحق في مفهوم أنصار هذا الر أي رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الإنفراد والإستئثار التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر ،فالحق في سلامة الجسم بمنطق هذا الإتجاه،عبارة عن رابطة مفترضة بين الشخص وكيانه الجسدي يحكمها القانون ويعترف بوجودها النظام القانوني ومن هنا تسبغ على الرابطة صفة المشروعية [4]، كما أن هذه الرابطة القانونية تخول صاحبها سلطة الإستئثار والتسلط على سبيل الإختصاص والإنفراد ،يؤخذ على هذا الرأي إهداره لمفهوم فكرة الحق وإنكارها على طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية ،كما أن افتراض الرابطة القانونية بين الشخص وكيانه الجسدي حيلة قانونية غير مقبولة في هذا الإطار [5]، وتفريعا عن التعريف السابق إلا لذكر فقد

[1]/ نفس المرجع ص85
[2]/ عصام أحمد محمد ،المرجع السابق ،ص88
[3]/ حسن كيرة ،المدخل إلى القانون ،بدون دار النشر ،الاسكندرية ،1971 ،ص437
[4]/ نفس المرجع ،ص437
[5]/نفس المرجع ص437

خول أنصار هذا الإتجاه لصاحب الحق على وجه الإنفراد والتسلط سلطة الإستئثار بجسده والتسلط عليه،وبالتالي يكون للشخص بناءا على هذه السلطة الحق في التصرف في كيانه الجسدي على النحو الذي يراه ،ومن ثم فالشخص الذي يقدم على الإنتحار يقوم ببتر عضو من أعضائه تخلصا من أداء الخدمة الوطنية أو يعوق أداء دوره الاجتماعي المنوط به ،لايمكن متابعته بالجزاء على تلك الأفعال [1]، وعليه لايمكن التسليم كذلك بهذا الرأي فجسم الإنسان هبة ربانية من الواجب حمايتها،ودليلنا في ذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه،قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ومن قتل نفسه بحديدة،فحديدته في يده يتوجأبه في بطنه في نار جهنم خالدا فيها أبدا ،ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا فيها أبدا ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو متردٍ في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا " [2]، فالواجب على الإنسان المحافظة على كرامته الجسدية والنفسية ويحرم عليه تغيير هيكل جسده القويم،ولا يجوز له التصرف فيه إلا بما أذن له ،لمصلحة فردية هو الشخص في حد ذاته ولمصلحته الاجتماعية التي تتمثل في الالتزامات المنوطة به،وكلتا المصلحين يقررهما القانون ويحميهما.

2- الحق في سلامة الجسم مصلحة يحميها القانون

ذهب البعض إلى القول بأن الحق بصفة عامة والحق في سلامة الجسم بصفة خاصة " مصلحة يعترف بها القانون" [3] والمصلحة فكرة غائية وهي السبب المؤدي إلى جلب المنفعة بالنسبة لصاحبها ،ولذلك قيل بأن المصالح هي المصدر المادي للقواعد القانونية التي تنشئ الحقوق وتبدو مصدرا غير مباشر لها [4]، وإذا كانت المنافع تعد مصالح للأفراد فليست كل المصالح تعد حقوقا بالتحديد سالف البيان،ذلك أن المصلحة قد تحقق لصاحبها من خلال وجهة نظر شخصية،ولكنها لاترقى إلى مرتبة الحق المعترف به من قبل النظام القانوني ،وعليه فالمصلحة شيء يحقق منفعة للإنسان وحق الإنسان فيها هو تقرير المجتمع حمايته لتلك المنفعة،ذلك أن الحق يحمي الموضوع الذي يحقق منفعة الإنسان، ولكن الحق يختلف عن المنفعة،إذ ليست كل المصالح تشكل حقوقا،لأن فلسفة القانون هي التي تحدد أيا من المصالح يجب أن تنالها الحماية القانونية،وغالبا ماتكون المصلحة قيمة تحدد من خلال نظرة المجتمع في زمان ومكان معينين،ولذلك فإن المحافظة على الصحة وسلامة جسم الإنسان تشكل قيمة لابد للقانون من احترامها،والنص عليها كحق يحمي منفعة في اطار المحافظة على مصلحة عامة جوهرها الصفة الاجتماعية ،لأنها تتعلق بعضو في البنيان الاجتماعي للمجتمع والقول بغير تلك الحماية يتم بناء المجتمع، وإذا كانت مصلحة الشخص تتعلق بسلامة جسمه،إلا أن هذه المصلحة لابد وأن ينظر إليها من زاوية تحقيقها للمصلحة الاجتماعية وذلك في مجتمع متحضر وقواعد قانونية مثالية [5]، لقد اتجه الفقه الحديث [6] إلى تحديدمفهوم الحق بصفة عامة

---

[1]/عصام أحمد محمد ،المرجع السابق ،ص100

[2]/رواه البخاري ،كتاب الطب ،باب شرب السم والدواء به وما يخاف منه ،الجزء السابع ،المرجع السابق ،ص181

[3]/ عثمان سعيد عثمان ،استعمال الحق كسبب للإباحة ،رسالة دكتوراه ،القاهرة ،1978 ،ص10

[4]/ حسان حامد حسان ،نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي ،رسالة دكتوراه ،القاهرة ،1971 ،ص2204

[5]/ عصام أحمد محمد ،المرجع السابق ،ص90

[6]/ عبد المنعم فرج الصدة ،نظرية الحق في القانون ،القاهرة ،1950 ،ص07 ،عبد الحي حجازي ،مذكرات في نظرية الحق ،ل اتوجد دار النشر ،القاهرة ،1951 ،ص15 ،عصام أحمد محمد ،المرجع السابق ،ص92

،والحق في سلامة الجسم على الخصوص ،على أنه " استئثار بقيمة معينة يمنحها القانون لشخص ويعترف له بها في مواجهة الغير ويقرر لها الحماية القانونية "

والعنصر الأول للحق في هذا الرأي هو " الاستئثار ومفاده الاختصاص بقيمة معينة دون سائر الناس"،ويتفرع عن هذا العنصر شعب ثلاث أولها:الاختصاص والانفراد بميزة على شيء والذود والدفاع عنها ،وهنا المصلحة تكون نتاج هذا الانفراد،وهي مرتبطة بالارادة ومن ثم فالانفراد بالميزة التي يمنحها القانون تثبت لفاقدي التمييز،وثانيها محل هذا الاختصاص وهي قيمة معينة،قد تكون قيمة مالية أو غير مالية وقد تتعدد،وقد ترد على الكيان المادي أو المعنوي للإنسان كسلامة الجسم والحياة والحرية،وثالثها صاحب هذا الاختصاص وهو الذي يتمتع بمزايا تلك القيمة،وغالبا هو الانسان [1]، أما العنصر الثاني للحق هو حماية القانون فبدون هذه الحماية لا يعد اختصاص الإنسان بميزة معينة حقا،ذلك أن اسباغ الحماية القانونية على تلك الميزة تقلب مكن الاستئثار بها من حالة واقعية إلى حالة قانونية ولاتسبغ تلك الحماية إلا لجدارة هذا الاستئثار والاختصاص بحماية المشرع،وضابط اسباغ حماية المشرع لتلك الميزة بالحماية القانونية هو مصلحة المجتمع،فإن توافقت تلك الحماية مع صالح المجتمع أصبغ المشرع حمايته،ووسيلة حماية المجتمع لتلك الميزات هي الدعوى القضائية [2]، ومن هنا فإن مدلول الحق في سلامة الجسم من وجهة نظرة رجل القانون تنطلق أساسا من فكرة الحق الذي يعرف بأنه المصلحة التي يحميها القانون وعلى ضوء ذلك يعرف الدكتور " محمد عيد الغريب " الحق في سلامة الجسم بأنه "المصلحة القانونية التي يحميها القانون في أن يضل الجسم مؤديا كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي،حتى لا تتعطل إحدى الوظائف ولو كانت أقلها أهمية، أو كان التعطيل وقتيا،على ألا تنحرف في كيفية الأداء على النحو الذي حددته القوانين الطبيعية " [3]،ويعرفه الدكتور " عصام أحمد محمد " مركز قانوني يخول شاغله في حدود القانون،الإستئثار بتكامله الجسدي والمستوى الصحي الذي يعايشه ،وبسكينته البدنية والنفسية " ويتمثل الحق في سلامة الجسم في " أن يحتفظ الانسان بمستوى من الصحة بالتكامل الجسدي وأي فعل ينقص من هذه السلامة يعتبر اعتداء عليه " ،كما أن سلامة الجسم تعني أيضا "أن يتحرر صاحبه من كل ألم لم يكن موجودا من قبل أو الزيادة من مقدار ألم كان المجني عليه يعانيه " لذا يمكن القول بأن حق الانسان في سلامة جسمه له جوانب ثلاثة:

1- حقه في الاحتفاظ بمستواهالصحي
2- حقه في الاحتفاظ بمادة جسده
3- حقه في التحرر من آلام البدن

أن الحق في سلامة الجسم لم يعد وفق التعريفات التي ذكرنا مشتملا على الجانب الفردي على قيمة فردية فحسب، وانما يعتبر قيمة اجتماعية كذلك،فالحق في سلامة الجسم هو مصلحة ذات طبيعة مزدوجة يحميها المشرع

[1]/عصام أحمد محمد ،المرجع السابق ،ص92
[2]/نفس المرجع ص93
[3]/ محمد عيد الغريب ،شرح قانون العوبات ،المرجع السابق ،ص842

ويعترف بها للفرد،كما يعترف بها في نفس الوقت للمجتمع الذي يعيش فيه،لذلك نقترح أن يعرف الحق في سلامة الجسم،بأنه " مصلحة يحميها القانون في أن يستمر الجسم مؤديا وظائف الحياة على نحو طبيعي،وأن يحتفظ بمادته الجسدية، وأن يتحرر من جميع الألام البدنية والنفسية ،والنهوض بالوظيفة الاجتماعية المنوطة به " ومن خلال هذا التعريف يتبين أن للحق في سلامة الجسم البشري طبيعة يتصف بها ويتميز بها عن غيره من المصالح القانونية،وهو ما سنتناوله فيمايلي:

الفرع الثاني: طبيعة الحق في سلامة الجسم الانساني

اختلف الفقه في تحديد طبيعة الحق في سلامة الجسم فهل يتصف بوصف الفردية أم الاجتماعية؟

ذلك أن الحق في سلامة الجسم من طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية ،مايجعله يتميز بالطابع الفردي، غيرأن الانسان بالنظر إلى كونه انسانا يعيش في المجتمع مع غيره ويتبادل معهم الالتزامات الاجتماعية ويقوم بوظائف يهم اقتضاؤها من شخص معافى يتمتع بكامل عناصر السلامة الجسدسة ضمن المجموعة [1]، ولهذا فإن المساس بسلامة الجسم يؤدي إلى انهيار البنيان الاجتماعي، ولهذا فإن المساس بسلامة الجسم يؤدي إلى انهيار البنيان الاجتماعي بالإضرار بأحد أعضائه ومن هنا يجدر التعرض إلى الطابع الفردي أولا ثم الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم ثانيا.

أولا : الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم

إن الحفاظ على مادة الجسم واستمراره في أداء وظائفه على نحو طبيعي هي مصلحة فردية بالدرجة الأولى لصاحب الاختصاص،أي الفرد باعتباره حقا شخصيا مترتب عن الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم،وعليه ينبغي دراسة خصائص الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم ثم مضمون الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم

1- خصائص الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم:

يعتبر الحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية [2] وهذه الأخيرة تتميز بطابع فريد بأن ليس لها محل خارج صاحب الحق نفسه،وهذه الحقوق على العموم تنصب على مقومات وعناصر الشخصية ذاتها، في مظاهرها المختلفة،وهي تثبت لكل شخص لكونه انسانا ،وبذلك فإن هذه الحقوق يتمتع بها المواطنين والأجانب على حد سواء [3]، ونظرا لارتباط هذه الحقوق بمقومات وعناصر الشخصية سميت بالحقوق اللصيقة بالشخصية أو الحقوق الحقوق الشخصية ،وتتقرر للمحافظة على الكيان المادي والمعنوي وبدونها لايكون الإنسان آمنا على حرياته

[1]/ مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ،المرجع السابق ،ص38

[2]/حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،المرجع السابق ،ص52-61

[3]/ نبيل ابراهيم سعد ،محمد حسن قاسم ،المدخل إلى القانون ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2004 ،ص40

ونشاطه،على أن هذه الحقوق لا يمكن حصر ما يتفرق عنها،إلا أن أهمها المساس بالكيان المادي والمعنوي للشخصية [1]، كما أنه من أحد الحقوق اللصيقة بالشخصية الحقوق التي ترمي إلى حماية الجانب المعنوي كالشرف والكرامة و هي لاتقل أهمية إن لم تزد عن المقومات المادية ،ولهذا استقرت القوانين في معظم الدول على كفالة احترام هذه المقومات المادية ،ولهذا استقرت القوانين في معظم الدول على كفالة احترام هذه المقومات عن طريق رصد العديد من الحقوق التي لايمكن حصرها في سبيل تحقيق الغاية ومن ذلك الحق في الاسم والحق في الخصوصية [2]

فالحق في الخصوصية أو كما يطلق عليه " الحق في السيرة " ويعني أن الشخص له الحق في أن يحدد كيفية معيشته كما يروق له ويمكن هذا الحق المحافظة على سير خصوصيات الشخص وعدم جعلها عرضة لألسنة الناس أو أن تكون موضوعا لصفحات الجرائد،ومن بين الحقوق الحق في الصورة على اعتبار أن نشر الصورة مأخوذة بكاميرا الفيديو في شقة مثلا يعد خرقا لسرية الحياة الخاصة،وتدخل ضمن هذه الحقوق الحق في حرمة المسكن والحق في السرية والحق المعنوي للمؤلف على انتاجه الفكري [3]،ويتميز الحق في سلامة الجسم بما تتميز به الحقوق الشخصية كمايلي :

1-حقوق أساسية:

تعتبر حقوق أساسية لأنها حقوق سابقة في وجودها على جميع الحقوق التي يتمتع بها البشر في جميع الدول وكل المجتمعات وعلى مر الأزمنة وضرورية لكل فرد وأساس لوجوده وتختلف عن الحقوق الأخرى التي ترد على الأموال

2- حقوق مستمدة من الشخص :

إن هذه الحقوق من حيث المبدأ تنبع من الإنسان ذاته وتنشأ من اللحظة التي يصبح فيها متمتعا بحقوقه المدنية من بدء حياته حتى انتهائها كما تستمد من مقومات الشخصية الإنسانية ولها مظاهر مادية وفكرية واجتماعية حيث يتجلى الجانب المادي في الشخصية في الجسم والروح (الحق في الحياة والسلامة البدنية)

3- حقوق مطلقة

4- تعتبر حقوق الشخصية حقوقا مطلقة، لأنه يحتج بها على الجميع ويتمتع الأفراد بهذه الحقوق على قدم المساواة.

حقوق ملازمة للشخصية:

---

[1]/ نفس المرجع ص41

[2]/ نبيل ابراهيم ،محمد حسن قاسم ،المرجع السابق ،ص47

[3]/ جلال علي العدوي ،رمضان أبو السعودذ ،محمد قاسم ،الحقوق وغيرها من الحقوق القانونية ،منشأة المعارف بالاسكندرية ،مصر ،1996 ،ص340

تعبر الحقوق الشخصية حقوق ملازمة لشخصية كل انسان لأنها لاتنفصل عنها [1] في وجودها من بدأ الحياة وحتى نهايتها وقد تمتد إلى الجثة بعد الوفاة [2]،ويؤدي هذا المبدأإلى النتائج التالية :

إن الحق في سلامة الجسم باعتباره من الحقوق اللصيقة كقاعدة هامة لا تنتقل بعد موت الشخص عن طريق الميراث إلى الورثة.

1- مادام أن الحقوق تكتسب صفات الشخصية فهي تدخل ضمن مفهوم الحقوق غير المالية لأنها لاتقوم بالمال ابتداءا

2- إن هذه الحقوق غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم، فهذه الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال مهما طال الأمد.

3- إن هذه الحقوق وإن كانت بحسب الأصل لا تقوم بالمال إلا أنه في بعض الأحيان تستتبع هذه الحقوق آثارا مالية إذ أن الاعتداء عليها يولد حقا ماليا في التعويض [3].

يأتي في طليعة الحقوق المكرسة لحماية الكيان المادي للإنسان الحق في الحياة والحق في سلامة بدنه أو جسمه وبمقتضى هذا الحق تمكن صاحبها من حماية كيانه المادي في مواجهة الغير بمنع الآخرين من المساس بجسمه أو بأعضائه المختلفة أو الاعتداء عليه دون مسوغ قانوني.

2-مضمون الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم

إن مضمون الحق في سلامة الجسم يتمثل في مصلحة الفرد التي يحميها القانون في أن يضل الجسم مؤديا كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي ويعد مساسا بالجسم نقيض ذلك عن طريق تعطيل وظائفه العضوية تعطلا كاملا،ولا يعني سلامة الجسم أن يضل الجسم على حالته الطبيعية فحسب بل معناه استمراره في أداء وظائف الحياة على نحو طبيعي وبأن يضل الجسم كاملا غير منقوص وبأن يتحرر من الألام البدنية،وما يمكن أن نستنتجه من هذا هو أن الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم ينسجم تماما مع فكرة رجل القانون للحق في سلامة الجسم ،في بيان عناصر هذا الحق المتمثلة في:

- استمرار الأداء الطبيعي لوظائف الأعضاء
- التكامل الجسدي
- التحرر منالألام البدنية

1- استمرار الأداء الطبيعي لوظائف الأعضاء

1/ تنص المادة 47 من القانون المدني " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة للشخصة أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما قد يكون قد لحقه من ضرر "[1]

2/ حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،المرجع السابق ،ص69-70

3/ نبيل ابراهيم سعد ،محمد حسم قاسم ،المرجع السابق ،ص55

تؤدي أعضاء الجسم وظائفها أداءا طبيعيا غذا كان الشخص يتمتع بالصحة ،وتختل إذا ألم بالشخص (المرض) ولكل شخص الحق في أن يحتفظ بالمستوى الصحي الذي يتمتع به ومن أجل ذلك فإن كل فعل يترتب عليه نقصان في هذا المستوى يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم سواء تحقق عن طريق احداث مرض لم يكن موجودا من قبل أو الزيادة في مقدار مرض كان المجني عليه يعانيه من قبل ولا أهمية للوسيلة التي تنال من الصحة ،فكل وسيلة تؤدي إلى تعطيل بعض أعضاء الجسم أو أجهزته الداخلية عن أداء وظيفتها الطبيعية تعطلا تاما أو مؤقتا يتوافر بها المساس بسلامة الجسم ولو لم يترتب على استعمالها أثار ظاهرة [1]،ومن هنا فإن معنى الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء ينسحب من نقطتين أساسيتين هما الصحة والمرض.

الصحة كما يعرفها العلم "بريكتر " على أنها حالة التوازن النسيب لوظائف الجسم وأن هذه الحالة تنتج من تكييف الجسم مع العوامل الضارة التي يتعرض لها.

فالصحة كما تعرفها منظمة الصحة العالمية عام 1948 في ديباجة الدستور " حالة من اكتمال السلامة بدنيا وعقلياواجتماعيا،لا بمجرد انعدام المرض أو العجز" [2]، عن الصحة في مفهوم المنظمة الصحية العالمية ليست مجرد الخلو من المرض أو العاهة ولكنها تعني الصحة الايجابية وهي أن يتمتع الفرد برصيد من القوة في وظائفه وأعضائه تجعله يتحمل ما قد يتعرض له من مسببات كثير من الأمراض وتحقيق الصحة الايجابية يستلزم أن يكون نظام الحياة الشخصية والظروف البيئية والعوامل السائدة في المجتمع عوامل تساعد على تحسين الصحة، يؤكد هذا التعريف الارتباط والعلاقة الوثيقة بين الجوانب الثلاث البدنية والعقلية والاجتماعية للصحة وأن أي خلل من أحدهم يؤثر سلبيا في الجانبين الآخرين وبالتالي يؤدي إلى خلل في حالة الصحة [3]

ويتفق هذا المفهوم الحديث للصحة مع مفهوم الصحة في الاسلام التي تنبثق من معنى الاستخلاف، ذلك أن خلافة الانسان في الأرض تتحقق بعمارتها وحمايتها واصلاحها والمؤهلات التي منحها الله للانسان لتمكنه من أداء وظيفة الخلافة هي العقل والإرادة الحرة وقوة البدن.

فالمرض الظاهر هو الأعراض التي يشكو منها المريض وتبدو عليه علاماتها بالعين المجردة مثل: الضعفالعام، البثور الجلدية، والمرض غير الظاهر يكون عندما يشكو المريض من أعراض غير واضحة ولكن يمكن للطبيب اكتشاف المرض بعلامات سريرية و بالفحوصات[4]

2- التكامل الجسدي:

وهو ما يعني حق الإنسان في الإحتفاظ بمادة جسده كاملة غير منقوصة ويترتب على ذلك أن كل مساس بمادة الجسد يعد اعتداء على التكامل الجسدي سواء كان بانقاص جزء منها كبتر عضو من جسم المجني عليه أو استنزاف

[1]/ محمد عبد الغريب ،شرح قانون العقوبات ،المرجع السابق ،ص844

/ ديفيد ألميدا ،روبرت بارلين ،دليل دراسي ،الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه ،مركز حقوق الانسان بجامعة مينيسوتا

[2]،2002دليل منشور على الأنترنت تاريخ الاطلاع01-05-2008

[3]/ محمد توفيق أخضير ،المرجع السابق ص19

[4]/ محمد توفيق خضير ،المرجع السابق ،ص21

كمية من دمه أو لمجرد العبث بتماسك الخلايا والأنسجة أو إحداث أي تغير على مادة الجسم كإحداث ثغرة في الجلد أو طعنه بآلة حادة أو احداث أي تغيير بمادة الجسم يترتب عليه تغيير صورته العادية المألوفة كقص ضعر المجني [1]

والمحافظة على مادة الجسم تقتضي أن يحتفظ الشخص بكل جزئية من هذه المادة وتتساوى في ذلك جميع أجهزة الجسم وأعضائه من حي أهميتها،وباحتفظ الإنسان بكل جزئية من مادة الجسم يمكن القول بأن جزئيات هذا الجسم متكاملة على النحو الذي خلق عليه الإنسان، ويكون بذلك أمام تكامل الأعضاء والأجهزة من الناحية المادية [2]ولقد بين قانون العقوبات صور عديدة للمساس بالتكامل الجسدي كالضرب والجرح واعطاء المواد الضارة والعاهة المستديمة ،فالضرب هو الاعتداء على سلامة الجسم عن طريق الضغط على أنسجة الجسم أو مصادمتها بصورة لا تؤدي غلى تمزيقها ،ولا يشترط لتوافر الضرب أن يحدث الاعتداء آثارا على الجسم ككدمات أو رضوض أو احمرار بالجلد أو أن يسبب ألاما للمجني عليه أو أن ينشأعنه مرض أو عجز[3]

ولا يقيم القانون أهمية من حيث التحريم بين الوسائل التي يمكن أن يتحقق بها الضرب،فلا فرق في أن يستعمل عضو من أعضاء جسمه كالركل بالقدم أو بقبضة اليد أو ان يستخدم آلة منفصلة عن جسمه، كعصا أو كعب السلاح الناري،ولا فرق كذلك عما إذا كان الجاني قام مباشرة بالإعتداء على المجني عليه أو أعد الوسيلة اللازمة لذلك تاركا حدوثها رهن الظروف كتهيئة حفرة مغطاة بمواد هشة تحضيرا لإيقاع المجني عليه [4] أما الجرح في الاصطلاح الطبي عموما هو تفرقة بين اتصال أي نسيج من أنسجة الجسم سواء كان الجلد أو الأنسجة أو الأغشية الداخلية أو الباطنية أو العضلات أو العظام نتيجة عنف خارجي [5]

ويعرف الجرح أيضا بأنه كل ما ترك أثرا على جسم المجني عليه ظاهريا كان أم باطنيامع قطع الأنسجة أو وخزا أو تسلخ أو سج أو كدم أو شرخ في العظام أو كسر [6]،ولكل نوع من الجروح إسم خاص به فجرح الجلد يسمى " جرح " أما جرح الغشاء المخاطي يمكن تسميته " تشقق "،ويسمى جرح الأحشاء والعضلات " التمزق العضلي "،أو التهتك أما جرح العظام يسمى الكسر.

ولقد قسم قانون العقوبات الجروح من الوجهة الطبية الشرعية حسب مدة علاجها إلى ثلاثة درجات يختلف العقاب فيها تبعا لمدة العلاج،فهناك الجروح البسيطة وهي السجحات والتسلخات والكدمات وهي تشفى عادة في بضعة أيام ما لم يطرأ عليها أي مضاعفات والجروح البسيطة هي التي تشفى عادة بالعلاج في مدة أقل من عشرين يوما، ثم الجروح التي يحتاج علاجها أكثر من عشرين يوما وهي عادة تكون مصحوبة بالكسور وعقوبتها أشد من الأولى.

---

[1]/ محمد عيد الغريب ،شرح قانون العقوبات ،المرجع السابق ،ص845

[2]/مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ،المرجع السابق ،ص845

[3]/طارق سرور ،قانون العقوبات ،القسم الخاص ،جرائم الاعتداء على الأشخاص ،ط1 ،لاتوجد دار النشر ،2000 ،ص126

[4]/ نفس المرجع ،ص127

[5]/ عبد الحميد المنشاوي ،الطب ودره الفني في البحث عن الجريمة ،دار الفكر الجامعي ،مصر ،لا توجد سنة النشر ،ص107

[6]/ معوض عبد التواب ،الوسيط في شرح جرائم القتل والاصابة الخطأ ،ط4 ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية مصر ،1998 ،ص26

والنوع الثالث من الجروح هي غير قابلة لشفاء كامل وتترك عادة بعد التئامها عاهات مختلفة [1]ومن صور المساس بجسم الإنسان كما حددها قانون العقوبات إعطاء المواد الضارة وتتحقق هذه الصورة بإعطاء المجني عليه مواد ضارة بأي وسيلة كانت تؤثر على صحته وتلحق بها ضررا،ولاعبرة بشكل المادة الضارة أكانت صلبة أو سائلة أو غازية،وأيا كان مصدرها حيواني أو نباتي أو معدني [2]، ويقصد بكلمة " إعطاء " كل سلوك يقيم به الجاني الصلة بين المادة الضارة وجسم المجني عليه سواء تناولها المجني عليه رغما عنه أو بإرادته بعد أن يوهمه الجاني بفائدتها،أو أن يقوم أي شخص آخر حسن النية بمجها بدوائه أو شرابه أو بدسها في طعامه، ولا أهمية لطريقة تناولها سواء عن طريق الفم أو الأنف أو الأذن أو عن طريق حقنها أو وضعها على الجلد لتمتصها مسامات الجسم [3].

أما العاهة المستديمة وإن كان القانون لم يعرف العاهة المستديمة وإنما اقتصر على مجرد ذكر بعض صورها على سبيل المثال، وقد جرى تعريف قضاء النقض المصري على العاهة المستديمة بأنها فقط أحد أعضاء الجسم أو أحد أجزائه أو فقد منفعته أو تقليليها بصفة مستديمة فالعاهة المستديمة تتحقق بفقد أو بعجز عضو أو جزء من الجسم أو منفعته كانت سليمة قبل الإصابة [4].

إن كل ما من شانه نقص قوة أحد الأعضاء أو تقليل قوة مقاومتها الطبيعية يعتبر مساس بالجسم البشري، ولم يحدد القانون نسبة معينة للنقص الذي يمكن وقوعه لتكوين العاهة المستديمة، بل ترك الأمر في ذلك لتقدير قاضي الموضوع يبث فيه بما يتبينه من حالة المصاب وما يستخلصه من تقرير الطبيب، ومتى أثبت الحكم أن منفعة أحد الأعضاء أو وظيفته ولو قدرا جزئيا بصفة مستديمة فذلك كاف [5].

وفي قانون العقوبات الجزائري عندما ينتج عن العنف عاهة دائمة تتحول الجريمة إلى جناية طبقا للمادة 264 في فقرتها الثانية أو يكون الإختصاص في فصل النزاع لمحمكة الجنايات [6]وتحدد عناصر الجريمة وفقا لهذه المادة مايلي :

- فقد أو بتر أحد الأعضاء
- المنع من استعمال عضو
- فقد البصر
- فقد بصر أحد العينين دون الأخرى
- أو أية عاهة مستديمة

يستخلص مما سبق أن أبعاد التكامل الجسدي أن يحتفظ الجسم بمادته كاملة غير منقوصة، ويعتبر ما يخالف ذلك اعتداء على استواءه وتكامله ويرتب المسؤولية الجنائية،ولا يغير من هذه المسؤولية رضاء المجني عليه،كما أن التكامل

---

[1]/ نفس المرجع ،ص108

[2]/ طارق سرور ،قانون العقوبات ،القسم الخاص ،المرجع السابق ،ص129

[3]/ طارق سرور ،المرجع السابق ،ص129

[4]/ طعن مصري رقم 1199 لسنة 36 ق جلسة 1966/1/1 س 17 ص1061 ،مقتبس عن معوض عبد التواب ،قانون العقوبات ،لاتوجد دار النشر ،2000 ،ص868

[5]/ طعن مصري جلسة 1938/05/23 ،طعن رقم 1577،سنة 8 ق مقتبس عن معوض عبد التواب ،قانون العقوبات ،المجع السابق ،2000 ،ص868

[6]/ بن الشيخ لحسين ،المرجع السابق ،ص71

الجسدي يقتضي ألا ينال من مادته دون تفرقة بين أعضائه ومنتجاته ومشتقاته ضمن ترتيب معين بحسب الأولويات،بل أن مكونات الجسم كلها على قدم المساواة سواء كان العضو داخليا أو ظاهرا وبغض النظر عن انتمائه لأحد الأجهزة، العصبي، العظمي التنفسي، وبغض النظر عن وظيفته.

5- التحرر من الألام البدنية:

وهذا يعني حق الإنسان في التحرر من آلام البدن ويتحقق الإيلام البدني لما يلق الشخص من أذى في شعور بالإرتياح، وعلى ذلك فإن كل فعل يسبب للمجني عليه ألم لم يكن موجودا من قبل أو الزيادة من مقدار ألم كان المجني عليه يعانيه يعتبر إعتداء على سلامة الجسم، سواء ترتب على هذا الفعل المساس بصحة المجني عليه أو المساس بمادة جسده أم لم يترتب عليه شيء من ذلك مثال ذلك لوي ذراع المجني عليه أو الضغط على عنقه أو صفعه على وجهه [1]

ويتمثل هذا العنصر أيضا في المحافظة على الهدوء والسكينة التي يتم عبها الجسم،فالإنسان حينما يشعر بالسكينة في بدنه ،فإنه يحس بالراحة البدنية والإستمتاع بما فطر عليه من الصحة،فضلا عن عدم إحساسه بآلام التي قد يكابدها في غياب هذه السكينة ،وتتحقق حينما يكون الجسم محتفظا بمادته وتكامله الجسدي بالمستوى الصحي الذي يتمتع به ،يتلقى صاحبه من خلاله شعورا بالراحة والإستقرار الجسدي [2]، وتطبيقا لذلك يعد اعتداء على السكينة البدنية إجبار الشخص على تناول مادة كريهة المذاق ولكنها غير ضارة بصحته وكذلك قذف المجني عليه بكمية من الماء سواء كان نظيفا أو قذرا أو البصق في وجهه أو فتح تيار هوائي أمام جسمه فكلما أفعال تمس بالراحة النفسية رغم تفاهة الفعل [3]

ولقد ثار خلاف فقهي حول اعتبار الأفعال البسيطة التي تحدث ألاما بدنية لدى الشخص هل تدخل ضمن أفعال المساس بسلامة الجسم ،أم أنها تعتبر في نظر القانون من الإباحة ؟ ومثال هذه الأفعال الحجامة والكي والوشم وخرق الأذن لدى الإناث لوضع الحلي للزينة

القول الأول في هذه القضية يرى بأن تحمل الشخص لتلك الألام ينفصل عن لائحة صدرت تطبيقا لقانون العقوبات المصري، ويرى آخرون [4]، بأن عدم متابعة الجناة عن هذه الأفعال يستند إلى أنها أفعال بسيطة وتافهة وقليلة الأهمية وخاصة أنا تحدث بين الأقارب،كما أنها من الطباع والعادات التي تخرج من دائرة أفعال المساس السكينة البدنية والقانون لا يلقي بالا للتوافه [5] والمشرع الجزائري شأنه شأن مشرعي الدول العربية والإسلامية التي تسود فيها معتقدات خاصة وأعراف دائمة والتي تجعل من أفعال الوشم وخرق الأذن من أمور الزينة وليست أفعالا من شأنها الإيذاء والإضرار بالسكينة العامة.

[1]/محمد عيد الغريب ،شرح قانون العقوبات ،المجع السابق ،ص845

[2]/ مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ،المرجع السابق ،ص 46

[3]/ نفس المرجع ،ص 47

[4]/ علي بدوي ،الأحكام العامة في القانون الجنائي ،الجزء الأول ،الجريمة ،لاتوجد دار النشر ،1988 ،ص419

[5]/

ولا نود أن نغفل جانب السكينة النفسية إلى جانب السكينة البدنية على نحو ما بيناه حينما تعرضنا إلى مظاهر المساس بالجانب النفسي ،فمناولة المجني عليه مادة مسكرة أو مخدرة أو إطلاق عيار ناري بجانبه أو إخباره بنبأ مفزع،أو تهديده بإستخدام القوة ضده وغيرها من الأفعال،تنال بصورة مباشرة بالسكينة النفسية للمجني عليه وتحدث خللا بالطمأنينة النفسية لتنجر عنها ألاما بدنية،كما أن الإعتداء على الجسم تخلف آثارا نفسية ،فهناك علاقة بين الدماغ والسلوك الإنساني،فقد يؤدي الإعتداء إلى تقلصات عضلية عندما تستقبل هذه العضلات مثيرات عصبية آتية من الجهاز العصبي المركزي في الإنسان،مما يضر بالسكينة النفسية بصورة غير مباشرة كنتيجة لبعض الجروح الفيزيقية أو الإعتداء بالأعيرة النارية،وإذا كان بيان الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم يتحدد بالعناصر الثلاث (استمرار الأداء الطبيعي للوظائف ،التكامل الجسدي ،والتحرر من الألام) فإن تمام الحق في السلامة الجسدية لا يستوي إلا ببيان الطابع الإجتماعي لهذا الحق ،وتفصيل ذلك مايلي:

ثانيا : الطابع الإجتماعي للحق في سلامة الجسم

إن الحق في سلامة الجسم على النحو السابق يمثل المحل القانوني، أي المصلحة القانونية لمحل جرائمك الإيذاء، فمن مصلحة الإنسان أن تسير وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي،وأن يظل محتفظا بتكامله الجسدي متحررا من الألام البدنية، وإلى جانب مصلحة الإنسان في سلامة جسمه التي لا تحتاج إلى بيان فإن المجتمع مصلحة في سلامة أجسام أعضائه حتى يتمكن كل منهم من النهوض بالوظيفة الإجتماعية المطلوبة منه[1].

ويتضح الطابع الإجتماعي للحق في سلامة الجسم من طبيعة القواعد التي تنظم الأفراد داخل مجتمع معين، حيث تقع على عاتق كل فرد مسؤولية يضطلع بها بشخصه لتشكل واجبا معينا ومن مجموع هذه الواجبات تنشأ للمجتمع حقوق مقابلة لها تقر للدولة مسؤولية اتجاه الحق في سلامة الجسم شأن باقي الحقوق فيثور التساؤل عن طبيعة هذه المسؤولية من حيث هي، فهل تعتبر التزام بتحقيق نتيجة أم أنها التزام ببذل عناية وهل الأمر سيان بالنسبة لجميع الدول؟ وما هي التزامات الدولة فيما يخص الرعاية الصحية لأغراض الصحة والسلامة العامة أولا ثم علينا ان نتعرض إلى بعض تطبيقات الطابع الإجتماعي للحق في سلامة الجسم ثانيا.

1- مسؤولية الدولة تجاه الحق في سلامة الجسم:

لاشك أن الدور الذي يقوم به الفرد داخل مجتمعه يؤثر كما وكيفا فيما يحصل عليه من حقوق بوصفه عضوا في المجتمع وبالتالي تتقرر مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان باعتباره عضو في المجتمع، وتتحد هذه المسؤولية على مستويات ثلاثة:

- واجب الإحترام
- واجب الحماية
- واجب تنفيذها بالفعل [2]

[1]/ عبد القادر القهوجي " فتوح عبد الله الشاذلي " ،المرجع السابق ،ص131

[2]/ خيري أحمد الكباش ،الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ،رسالة دكتوراه ،جامعة الإسكندرية ،مصر ،2002،ص81

وإذا كانت مسؤولية الدولة اتجاه حقوق الإنسان المحمية بوصفه إنسانا تعتبر من قبيل الإلتزام بتحقيق غاية تحقيقا غير منقوص ،فإن طبيعة مسؤولية الدولة اتجاه الحقوق المحمية للإنسان بوصفه عضوا في المجتمع حالة كون تحقيقها يحتاج إلى وجود إمكانيات ومقومات لدى الدول،فإن طبيعة هذه الحقو باعتبارها على الوجه الغالب حقوق اقتصادية واجتماعية ثقافية يستعصى تحقيقها للكافة تكون الدولة مسئولة ببذل عناية،إلا أنه إذا كانت الدولة لها مقومات وإمكانيات في حقوق ماتتحول المسؤولية إلى تحقيق غاية،ومن ثم فإن مسؤولية الدولة تتحدد وفقا لظروف كل مجتمع [1]

ولقد اعترف المجتمع الدولي بالتعاون الدولي فيما بين الدول حتى يمكن حماية الحقوق ومنها الحق في السلامة الجسدية ولو تدريجيا وقطع بما لا يدع مجالا للشك بأن أقصى ماتسمح به موارد الدولة المتوافرة بالفعل هي المعيار في لاتحديد نطاق المسؤولية [2]،كما تنص المادة الثانية في فقرتها الأولى من المعاهدة الدولية لحماية حقوق الإنسان الإقتصادية والإجتماعية والثقافية على " أن تتعهد كل دولة طرف في العهد الحالي أن تقدم منفردة ومن خلال المساعدة والتعاون الدوليين بإتخاذ الخطوات خاصة الإقتصادية والفنية لأقصى ماتسمح به مواردها المتوافرة من أجل التوصل تدريجيا لاللحماية الكافية للحقوق المعترف بها في العهد الحالي بكافة الطرق المناسبة "

1- توزيع الموارد الطبية المحدودة:

تقع على عاتق الأطباء مسؤولية أخلاقية تتمثل في توظيف ما لديهم من خبرات مهنية في المشاركة في عملية اتخاذ القرارات الخاصة بتوزيع الموارد الطبية المحدودة أو ترشيد استهلاكها، بما يكفل حماية مصلحة المريض.

2- توفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية:

على الأطباء العمل على اقتراح سياسات ترمي إلى تحقيق العدالة في توفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية لجميع أفراد المجتمع، ويلتزم الأطباء بمراعاة الإعتبارات الأخلاقية الآتية ،عند اختيار الإجراءات والطرق الوقائية العلاجية التي تضمن تحقيق مستوى ملائم للرعاية الصحية

- مدى استفادة المريض من البرنامج العلاجي
- احتمال استفادة المريض من العلاج
- مدة هذه الاستفادة
- تكلفة العلاج
- عدد المرضى الذين يستفيدون من العلاج [3]

3- الرعاية الصحية الاجتماعية:

[1]/ نفس المرجع ،ص82

[2]/ خيري أحمد الكباش ،المرجع السابق ،ص83

[3]/ عبد الحطاب ،الوثيقة الإسلامية لأخلاقيات الطب والصحة ،بحث منشور على الأنترنت ص 12-13 تاريخ الإطلاع 17-04-2008

بشكل عام هي الإجراءات أو الخدمات الصحية والطبية الضرورية للوقاية من الأمراض ومنع حدوثها، والاكتشاف المبكر والعلاج الفوري لما يحدث منها ومكافحتها للحد من انتشارها وبعد ذلك علاج المضاعفات الناتجة عن الإصابة بها وتأهيل الفرد أو أفراد المجتمع بعد الشفاء الجسدي ليصبح قادرا على العمل والإنتاج معتمدا على نفسه وليس عالة على المجتمع ،ويمكن أن تتم هذه الرعاية في مستويات أربعة على التوالي.

1- الرعاية الصحية الأولية:

وهذه الإجراءات تهدف إلى ترقية الصحة وتقويتها والوقاية الخاصة أو النوعية للفرد من خلال المباعدة بين الإنسان والعوامل أو المسببات النوعية المباشرة للمرض في ظل بيئة صحية سليمة.

وقد أشارت منظمة الصحة العالمية كذلك الإعلان الذي تم في مدينة آلما آتا في كازاخستان عام 1978 على أنها تلك الرعاية التي تعتمد على وسائل وتقنيات صالحة علميا وسليمة عمليا ومقبولة اجتماعيا وميسرة لجميع أفراد الأسرة في المجتمع من خلال مشاركتهم التامة بتكاليف يمكن للبلد توفيرها، وهي المستوى الأول لاتصال الأفراد والأسر والمجتمع بالنظام الصحي الوطني، وهي تقرب الرعاية الصحية بقدر الإمكان إلى حيث يعيش الناس ويعملون وتشمل على الأقل العناصر التالية:

- التثقيف بشأن المشاكل الصحية السائدة وطرق الوقاية منها والسيطرة عليها
- توفير الغذاء وتعزيز التغذية الصحية
- الإمداد الكافي بالمياه النقية للشرب والإصحاح الأساسي (تصريف الفضلات الصلبة والسائلة والغازية)
- رعاية الأم والطفل بما في ذلك تنظيم الأسرة
- التحصين ضد الأمراض المعدية الرئيسية (المطاعيم والأمصال)
- الوقاية من الأمراض المتوطنة محليا ومكافحتها
- العلاج الملائم للأمراض والإصابات الشائعة
- توفير العقاقير الأساسية [1]
- وتضطلع بهذه المهمة القطاع الصحي والذي يقوم بدوره من خلال الفريق الصحي من أطباء،صيادلة، تمريض،قبالة، وهن صحية مساعدة كالعيادات والمراكز الصحية وأقسام الإسعاف والطوارئ والفرق الصحية المتجولة ،وهناك قطاعات أخرى مساندة كقطاع المياه والري والزراعة و خدمات البلديات والبيئة والتموين والدفاع المدني والتخطيط والإدارة في الدولة وقادة المجتمع المحلي،مما يعني أن الرعاية الصحية الأولية مسؤولية مشتركة بين جهات رسمية وشعبية [2].

2- الرعاية الصحية في المستويين الثاني والثالث:

[1]/ محمد توفيق خضير ،المرجع السابق ص 27
[2]/ نفس المرجع ،ص28

ونعني بها تقديم العلاج للحالات المرضية والإصابات الجسدية التي تحتاج لرعاية طبية غير متوافرة أو غير كافية في المستوى الأول ،وفي هذه الحالة تقع المسؤولية كاملة على كامل القطاع الصحي الذي يقدم خدماته من خلال أفراد الفريق الطبي في المراكز الصحية الشاملة والمستشفيات العامة (لكل الأمراض) والمستشفيات التخصصية وتهدف الرعاية في هذين المسويين للإكتشاف المبكر والعلاج الكافي والمناسب للمرضى لإستعادة صحتهم والشفاء والحد من المضاعفات الجسدية والعقلية للمريض مثل منع قصر أو ضمور الأعضاء نتيجة الشلل الدماغي.

3- الرعاية الصحية التأهيلية في المستوى الرابع:

وهي الرعاية التي يحتاجها المصاب بعد ثبات واستقرار الحالة الصحية (الجسدية والعقلية) عند مستوى معين من درجات الصحة من الناحية التشريحية والناحية الوظيفية وتهدف للحد من المضاعفات الجسدية والعقلية (العجز أو العاهة التي تركها المرض) وتشمل الرعاية الطبية والنفسية والاجتماعية والمهنية المتخصصة.

من خلال ترتيب هذه المراحل والمستويات الصحية يتبين أن المستوى الأول هي مرحلة صحية وقائية تقتضي حماية الإنسان السابقة من الأمراض عن طريق الأمن الغذائي " الحق في الغذاء السليم " وفي مرحلة أسبق منها رعاية الحوامل ومتابعة المراحل الجنينية، ثم مرحلة التحصينات الإجبارية، بعد الولادة،ثم المرحلة الصحية في المستوى الثاني والثالث والتي تعني المرحلة العلاجية في حال المرض بتوفير العلاج ،وتضطلع بجزء من هذه المسؤولية الدولة ممثلة في القطاعات الصحية،ثم في المرحلة الأخيرة وهي المرحلة التأهيلية،ويمكن تسميتها بالمرحلة الإستشرافية لتحضير العنصر الإنساني لتحمل التزاماته.

2- تطبيقات الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم:

تتضح الصفة الاجتماعية لهذا الحق حين يقتضي القانون في سبيل رعاية مصلحة عامة جديرة بالاحترام،كإخضاع الفرد لبعض الأفعال التي تمس سلامته البدنية مثل التطعيم الإجباري ضد بعض الأمراض بغرض حماية الصحة العامة

أ- معنى التطعيم أو التلقيح ضد الأمراض:

التطعيم أو التلقيح يعني حث الجسم على تشكيل مناعة ذاتية ضد العناصر الممرضة والأمراض التي قد تصيب الطفل، وصنفت كالآتي: شديدة الخطر،والخطيرة والشديدة الخطر كالسل والتيتانس (كزاز)، وشلل الأطفال والجدري، والشاهوق والحميراء، والخناق،ويعتبر اللقاح ضد هذه كلها اجباريا، أما الأمراض الخطرة كالتهاب السحايا، والكوليرا، والتيفوئيد،والحمى والكلب،فيتم تلقيح الطفل ضدها في حال الضرورة،أي في حال انتشار وبائي في البيئة المحيطة،أو اصابة واحد من المقربين أو في حال السفر و الإنتقال إلى مناطق قد تكون موبوءة [1]

أنواع التطعيم:

- اللقاح ضد شلل الأطفال
- السل (الدرن)

[1]/ مركز الأخبار العالمي ،صحة الطفل ،المرجع السابق ،ص2

- اللقاح الثلاثي البكتيري
- اللقاح ضد التهاب الكبد
- اللقاح ضد التهاب الكبد الوبائي
- اللقاح ضد الحصبة
- اللقاح الثلاثي الفيروسي
- اللقاح الثنائي

3- التنظيم القانوني للتطعيم أو التلقيح ضد الأمراض:

اهتمت التشريعات بموضوع الوقاية من الأمراض فأصدرت العديد من القوانين تلزم الأفراد الخضوع للتلقيحات ونذكر من بين هذه القوانين على سبيل المثال القانون الفرنسي والقانون المصري، وعليه سوف نتعرض للتطعيم في القانون الفرنسي والمصري ثم نبين ذلك في القانون الجزائري.

1- التطعيم في القانون الفرنسي والمصري:

صدرت في فرنسا مجموعة من القوانين خاصة بوقاية الأشخاص من الأمراض حيث أخضع قانون رقم 1902/02/15 التطعيم بصفة إجبارية ضد مرض الجدري ويتم التطعيم في مراحل ثلاثة، عند بلوغ سنة كاملة،إحدى عشر سنة، إحدى وعشرون سنة، ويسأل الولي أو الوصي عن عدم تنفيذ هذا الإلتزام وتطبق عليه المادة 471-1 من قانون العقوبات الفرنسي ثم صدر قانون رقم 07 سبتمبر 1915، وبعده المنشور الصادر عن وارة الداخلية في 10 يوليو 1916 بخصوص مرض الجدري، ثم صدر القانون رقم 1940/11/24 الذي أصبح فيما بعد المادة السابعة من قانون الصحة العامة –وفرض التطعيم الإجباري ضد مرض التيتانوسوصدر قانون رقم 48-1363 في 1948/07/27 ليلم كل شخص يعمل في مؤسسة تفتق للوقاية والعلاج بالخضوع للتلقيحات الإجبارية (الجدري التيفويد والباراتيفود والدفتيريا التيتانوس)، وأجبر القانونرقم 48-1397 الصادر في 1948/09/07 الخضوع للتطعيم ضد مرض والدفتيريا بالنسبة للأطفال الذين تتراوح أعمارهم بين اثني عشر شهرا إلى غاية ثمانية عشر شهرا وللوقاية من مرض الدرن،السل ،صدر القانون رقم 50-7 في يناير 1950 والذي أصبح فيما بعد المادة 15 من قانون الصحة العامة ،وفيما يتعلق بالناحية الفنية للتطعيم ضد الدرن صدر المرسوم 1951/06/09 ليحدد كيفية التطبيق وحالات إعادة التطعيم ومراقبة آثاره الطبية.

أما في مصر فقد اعتنى المشرع المصري بمجال الوقاية العامة من الأمراض وأصدر سلسلة من القوانين، وفي مقدمتها القانون رقم 12 لسنة 1912 والذي وضع جدولا بين فيه الأمراض المعدية في قسمين:

القسم الأول : تضمن مرض التيفوس والجدري والجمرة الخبيثة والحمى الراجعة والحمى المخية الشوكية والحمى التيفودية وإلتهاب المادة السنجابية ....إلخ

القسم الثاني: وتضمن مرض الدفتيريا والحصبة والسعال الديكي والتهاب الغدة النكفية، وقد أجاز القانون المذكور للإدارة الصحية عزل المرضى المشتبه في إصابتهم ومخالطيهم للفحص والعلاج.

ثم صدرت قوانين عديدة تتعلق بمجال الوقاية ،وما يلاحظ عليها أنها أدرفت ذلك بجزاءات جنائية حيث صدر قانون رقم 9 لسنة 1917 الذي فرض التلقيح الإجباري ضد الجدري بخصوص المولودين وذلك في ظرف ثلاثة أشهر من يوم الولادة ونص على مخافة ذلك بالغرامة من 10 قروش إلى 100 قرش،وبالنسبة لمرض الدفتيريا صدر قانون 24 لسنة 1940 وفرض التحصين الواقي من هذا المرض خلال شهرين تبدأ منذ أن يكمل الطفل شهرين وعاقب القانون بالغرامة التي لاتقل عن 10 قروش ولا تتجاوز 100 قرش مع جواز الحكم بالحبس في حالة رفع دعوى جديدة عن المخالفة ذاتها، ووفقا للقانون 58-1941 المتعلق بمكافحة البلهارسيا يعتبر الشخص مخالفا لأحكام هذا القانون إذا امتنع عن تطبيق أحكامه ويعاقب بالحبس لمدة لاتتجاوز 15 يوم وبغرامة لاتزيد عن 5 جنيهات أو بإحدى هاتين العقوبتين،وبالقانون رقم 131 لسنة 1946 المتعلق بمكافحة الجذام فرض الفحص والعلاج الجديين على المجذومين ويعاقب على مخالفة أحكام القانون بعقوبة الحبس تصل ثلاثة شهور أو الغرامة التي تصل إلى 20 جنيه أو بهاتين العقوبتين معا، وأصدر المشرع المصري أيضا القانون 153 لسنة 1947 الخاص بالوقاية من وباء الكوليرا أو الطاعون ونص على وجوب التبليغ عن الإصابة أو الإشتباه بالإصابة خلال 12 ساعة بالنسبة لوباء الكوليرا و24 بالنسبة لوباء الطاعون، من خلال ماذكر يتبين أن مراعاة المصلحة الإجتماعية يحتم المساس بحق الأفراد في السلامة البدنية ،وهو يشكل مظهرا من مظاهر الحق في سلامة الجسم في جانبه الإجتماعي،حيث يراعي الموازنة بين المصالح فتغلب المصلحة التي يرى المشرع أولى بالحماية او أقوى نسبيا،والتلقيح الإجباري يعد من تطبيقات الطابع الإجتماعي لذلك الحق بهدف الحفاظ على الصحة العامة بمقابل التضحية بالمصلحة الفردية،وهو المبرز الذي جعل التشريعات قاطبة ومنها القانون الفرنسي والقانون المصري يعتبره التزاما تضطلع به الدولة،ويرتب الإخلال به المسؤولية الجزائية للأشخاص المخاطبين به والقائمين عليه.

2- التطعيم في القانون الجزائري:

لقد نصت المادة 25 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن أهداف الصحة العمومية تعني مجموعة التدابير الوقائية والعلاجية والتربية والاجتماعية، التي تستهدف المحافظة على صحة الفرد والجماعة وتحسينها، ومن ثم فإن التطعيم له غاية وقائية وأخرى علاجية، ففي مجال الوقاية، فقد أجبر القانون التعرض لبعض التطعيمات بسبب

خطورة العدوى حيث حيث جاء المرسوم رقم 69-88 الصادر بتايخ 17 جويلية 1969 [1]تعداد هذه التطعيمات في المادة الأولة والثانية والثالثة، فأما المادة الأولى فلقد نصت:" إن الوقاية الصحية للطفل بواسطة التلقيح ضد الشلل والخناق والكزاز والشهاق وشلل الأطفال والجدري تكون إجبارية " وأجات المادة الثانية على أنه :" يجوز الأمر بالتلقيح الإجباري ضد الحمى التيفية ونظيرة التيفية والحمى النمشية في حالة الوباء أو خطر حصوله أو انتشار أمراض معدية أخرى ...."

أضافت المادة الثالثة أمرابضرورة التلقيح لبعض الفئات مثل العاملين في السلك الطبي والشبه الطبي للمستشفيات أو في التشكيلات الثابتة أو المتنقلة لمرة واحدة أو أكثر ضد بعض الأمراض المعدية التي من الممكن أن تنقل بواسطة الأفراد المعالجين، وعاقبت المادة 14 من ذات المرسوم بالغرامة التي تتراوح بين 30 إلى 500 دينار لكل من يخالف أحكام هذا المرسوم، وبصدور الأمر رقم 76-79 المتعلق بقانون الصحة أصبح التلقيح أو التطعيم كمظهر من مظاهر الطابع الإجتماعي للحق في سلامة الجسم حيث نص على التلقيحات التالية :

- ب.س.ج B.C.G
- اللقاح ضد الخناق أو ضد الذباح
- اللقاح ضد التيتانوس
- اللقاح ضد السعال الديكي
- اللقاح ضد الجدري
- اللقاح ضد الشلل

أما من حيث العلاج فقد نص القانون على اتخاذ العلاج الإجباري بالنسبة للأمراض المعدية والفحوص الإجبارية بالنسبة في الأمراض العقلية حيث تنص المادة 53 من قانون الحماية الصحية بأنه " يتلقى الأشخاص المصابون بأمراض معدية والذين يشكلون مصدر عدوى علاجا استشفائيا أو حرا ويخضع الأشخاص المتصلون بالمرض لمراقبة طبية " وأوجب المشرع الجزائري على كل طبيب يعلم بوجود مرض معدي بتبليغ السلطات المحلية فورا تحت طائلة العقاب، وتنص المادة 111 من ذات القانون على وجوب اتخاذ تدابير الفحص الإجباري في الأمراض العقلية من طرف السلطات العمومية ولو بغير إرادة الشخص المريض لتقوية مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد وهو خروج عن القاعدة العامة في شروط التطبيب، ومن هنا فإن التطعيمات الإجبارية واحدة من الإلتزامات التي تتحملها الدولة في اطار حماية الطابع الإجتماعي للحق في سلامة الجسم،وما يجدر التنويه عليه أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات قد رصد عقوبات في حالة الإخلال بهذا الإلتزام.

[1]/مرسوم 69-88 مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1389 الموافق 18 يونيو 1969 يتعلق بالتلقيح الإجباري ،الجريدة الرسمية الرسمية العدد 53 لسنة 1969

4-المسؤولية الطبية في التطعيم أو التلقيح

بالإضافة إلى المسؤولية الجنائية المترتبة عن الإخلال بالأحكام التي أشارت إليها القوانين السابقة سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر فإنه من الواجب أن نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أغفل الإشارة إلى الآثار التي تترتب على الأضرار التي قد يتعرض لها الشخص الذي خضع لعملية التلقيح الإجباري ،ذلك أن التلقيح مهما أحيط بضمانات وقيود مشددة من أجل سلامة الطفل، فإن ذلك لا يمنع من وقوع تبعات وأضرار جسيمة قد تصيب الطفل الذي خضع للعملية،وعلى الرغم من عدم وجود اجتهاد قضائي إداري جزائري في مجال مسؤولية المرافق الطبية عن عمليات التلقيح الإجباري ،والقائمة على أساس الخطأ ،فإنه يمكن الاعتماد على موقف القضاء الإداري من نظام المسؤولية للمرفق الطبي بشكل عام،والقول بترتيب المسؤولية إما على أساس الخطأ الجسيم،ويمكن تطبيق مسؤولية المرفق بصفة عامة على أساس الخطأ البسيط عندما يكون الضرر ناجما عن سوء تنظيم أو تسيير إدارة المرفق لخلو اجتهاد قضائي جزائري [1]

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي [2]فقد تراجع في مجال التلقيح عن موقفه،الذي كان يتطلب لإقرار المسؤولية عن التبعات الضارة لأعمال التلقيحات الإجبارية بضرورة إثبات الخطأ الجسيم لمرفق التلقيح ،حيث أصبح يأخذ بنظام مسؤولية الدولة بدون خطأ عن الاضرار الناجمة عن التلقيحات الإجبارية، وبصدور قانون الصحة الفرنسي01/07/ 1964أقر تلقائيا مسؤولية المرفق بدون خطأ عن عمليات التلقيح الإجباري، وعليه فإن هذا أنسب وأحوط وأرفع للغبن على الضرور في إثبات الخطأ الجسيم أو البسيط،نظرا للطابع الإلزامي للتلقيح [3]

ومن هنا تقع المسؤولية الطبية في مجال التلقيح على حسب نوعه،أي إجباري وتقرره الدول من خلال الصحة العامة،الأضرار التي تترتب عليها تؤدي إلى قيام مسؤولية الدولة بصرف النظر عن الجهة الموزعة لها،أما التلقيح الإختياري وهو الذي يطلبه المريض ويصفه الطبيب وتطبق عليه القواعد العامة مع التزام بنتيجة تقع على كاهل القائم بعملية التطعيم ويبقى أيضا التزام الطبيب المعالج التزاما بعناية إذا تعلق الأمر بفاعلية المصل من عدمه في الشفاء من المرض الأصلي،إذ أن التزامه بتحقيق نتيجة يقتصر على عدم الإضرار بالمريض لإستقبال المصل ،ومن الممكن أن يتوجه أولياء لوحدهم لتطعيم أطفالهم من الأمراض السارية قبل وقوعها وذلك في عيادات خاصة ،وهذا يجري العمل به في العديد من الدول [4]، وإذا كان الأصل أن الجسم البشري يعد قيمة في حد ذاته فلايجوز المساس به بأي حال من الأحوال فإن مقتضيات حماية هذا الجسم وقيامه بالوظيفة الفردية والجماعية المنوطة به يخول القانون

/ مراد بدران ،أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن التلقيح الإجباري ،بحث مقدم إلى الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية ،جامعة تيزي [1]وزو،كلية الحقوق ،يومي 23-24 جانفي ،2008 ،ص3-6

في 1964/05/20 ،مقتبس عن :طاهري حسين ،الخطأ الطبي ،والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ،دراسة مقارنة ،دار هومة للطباعة [2]/محكمة ديجون Dijonوالنشر والتوزيع ،الجزائر ،2002 ،ص53

[3]/ مراد بداران ،المرجع السابق ،ص6

/وائل تيسير عساف ،المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة ،أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية [4]الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية ،كلية الدراسات العليا ،نابلس ،فلسطين ،2008 ،ص56

بعض التدخلات المشروعة في مجال أسباب التبرير أو الإباحة ،إذن القانون،أو استعمال الحق ،وهو حق ممارسة الأعمال الطبية،مما ينبغي التعرف على مشروعية التدخل الطبي.

المبحث الثاني: مشروعية التدخل الطبي

من الواضح أن القانون يعاقب عند ارتكاب الفعل المجرم بالعقوبة الجزائية، لأن مفهوم الجرم ينفصل عن خرق القاعدة الجنائية المشكلة للجرم، سواء كان الجرم مدنيا أو جنائيا [1]

ومن بين القواعد المجرمة،القواعد الجنائية التي تنطوي على مساس بمبدا الحصانة القانونية للجسم البشري، ومن أمثلتها في قانون العقوبات الجزائري، المادة 264 بقولها "كل من أحدث عمدا جروحا بالغير أو ارتكب أي عمل من أعمال العنف أو التعدي يعاقب بالحبس من شهرإلى خمس سنوات، وبغرامة من 500 إلى 10000 دج ..."

إن القاعدة الجنائية المعبرة عن الجرم والمعاقبة عليه،يمكن أن تبيح فعلا مجرما حال كون هذا الفعل يعد حقا للفاعل في القيام به،أو موجبا القيام به [2]،لتحقيق مصلحة من المصالح التي يعترف بها القانون، أو لحماية الصحة العامة، أو المصلحة أولى بالرعاية.

ويسمى الفقهاء هذه القاعدة بالقاعدة المبيحة،أو الأفعال المبررة، أو أسباب الإباحة، ومعنى ذلك أن القاعدة التي تسمح أو تأمر بالإضرار بمصلحة محمية قانونا بموجب القاعدة المجرمة يمكن أن تزيل الطابع الجرمي للفعل [3].

إن مباشرة الأعمال من كشف وتشخيص وعلاج، تستلزم المساس بأجسام المرضى مباشرة مثل المساس بما يعد من العورات، أو العمليات التجميلية أو الجراحية العلاجية أو التحاليل، أو بصورة غير مباشرة، كتقديم الدواء والعقاقير التي قد تسبب ألاما أو تغييرات في أجهزة الجسم، أو وظائف الأعضاء، وهذه الأفعال من حيث شكلها يطلق عليها جرائم الإيذاء أو القتل، بحسب النتيجة المترتبة عنها [4]، إلا أن هذه الصفة غير المشروعة لهذه الأفعال وغيرها،من تقطيع وتمزيق لجسم الإنسان تزول متى توافرت شروط استعمال أو مباشرة هذه الأعمال (حق التطبيب) وبالتالي لا تتقرر المسؤولية الجنائية،وعليه سوف نتعرض إلى إباحة بعض أفعال الإعتداء على جسم الإنسان (المطلب الأول) ثم إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان ضمن القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبيبة (المطلب الثاني) ثم أثر التدخل الطبي الحديث على هذه القواعد العامة (المطلب الثالث)

المطلب الأول:إباحة بعض أفعال الإعتداء على جسم الإنسان

يتضمن قانون العقوبات نصوص التجريم التي تجرم وتعاقب،ويتضمن في نفس الوقت نصوص الإباحة التي تنزع صفة التجريم عن الفعل وتجعله مباحا بعد إن كان مجرما،وتنحصر أسباب الإباحة في استعمال الحق، واستعمال السلطة، ورضاء المجني عليه، واستعمال حق الدفاع الشرعي،وقد حددت القوانين العقابية شروط وضوابط هذه

/ لين صلاح ،موسوعة قانون العقوبات العام والخاص ،للعلامة رونيه غارو ،المجلد الثاني ،في الجريمة والعقوبة الجزائية ،منشورات الحلي
[1]الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2003 ،ص263
[2]/ لين صلاح ،المرجع السابق ،ص263
[3]/ نفس المرجع ،ص318
[4]/ عبد القادرالقهوجي ،شرح قانون العقوبات ،القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2002 ،ص272

الأسباب إلا أننا سنقتصر في بيانها ما يفيد الغاية من بحثنا على الإباحة في استعمال الحق،والذي يعني تخويل صاحب الحق عددا لامن المزايا ،فحق الملكية يخول صاحبه مزايا الإستعمال والإستغلال والتصرف في الشيء المملوك،وحق ممارسة الألعاب الرياضية يشمل حق التدريب وحق الإشتراك في المباريات وحق استعمال العنف،وكذلك حق التطبيب والعلاج المخول لكل طبيب مرخص له بمزاولة مهنة التطبيب قانونا الذي يشمل على السبيل المثال حق الكشف على جسم المريض بكافة أجزائه وملا مستها وحق وصف الدواء وحق إجراء الجراحة [1]،وعليه نتعرض إلى سند استعمال الحق (الفرع الأول) ثم شروط استعمال الحق (الفرع الثاني)

الفرع الأول: سند استعمال الحق

يستند استعمال الحق كسبب مبيح إلى سندين إحداهما عقلي (أولا) والآخر قانوني (ثانيا) نأتي على بيانها:

أولا :السند العقلي لإستعمال الحق

طالما أن الحق الذي في ذاته مشروع فإن الوسيلة أيضا مشروعة،ذلك أنه من غير المنطقي أن يقرر الشارع حقا ثم يعاقب على الأفعال التي يستعمل بها، وإذا فعل المشرع ذلك فقد وقع التناقض والتضارب مما يقوض أركان النظام القانوني للدولة وهو القائم على أساس التناسق والتكامل بين أحكامه [2]

ثانيا:السند القانوني لإستعمال الحق

سند هذا السبب الإباحة الذي نجده في المادتين 60 و07 من قانون العقوبات المصري، فطبقا للمادة 60 منه:" لاتسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر الشريعة " وتنص المادة 07 على أنه " لاتخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء "

وبالرجوع إلى الصياغة الفرنسية للمادة 60 يتبين أن " الشريعة " في النص العربي هي ترجمة لكلمة القانون في الأصل الفرنسي،وما تقرره المادتان 60 و07 من احكام إنما تمليه القواعد العامة وهو ثمرة التناسق بين قواعد القانون مما يكفل لاوحدة النظام القانوني للدولة،وإذاكانت المادتان تردد أن الحق بمقتضى الشريعة، فإن تفسير ذلك لايجب أن يقتصر على الحقوق المقررة بمقتضى الشريعة وحدها بل يمتد لكل الحقوق أيا كان مصدرها القانوني [3]، وإذن فأي فرع من فروع القانون يصلح في ظرف خاص مصدرا للحق في إتيان سلوك مما نص عليه قانون العقوبات على تجريمة، ويكون في شأن ذلك الفرع أن يرفع على هذا السلوك في ذلك الظرف الخطر القانوني المانع من الإقدام عليه فيرتفع هذا الخطر في نظر كافة الفروع الأخرى ومنها قانون العقوبات،ويمكن أن تكون الشريعة الإسلامية مصدرا لمثل هذا الحق كما هو الحال في حق تأديب الزوجة بالضرب الذي لا يترك آثارا،فهذا الضرب يعتبر استخداما لحق

[1]/ إسحاق ابراهيم منصور ،الأصول العامة في قانون العوبات ،الجنائي العام ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1979 ،ص57
[2]/ جلال ثروت ،نظم القسم العام في قانون العقوبات ،لاتوجد دار النشر وبلد النشر ،1999 ،ص231
[3]/ نفس المرجع ،ص232

رغم كون هذا الفعل في الأصل مكون لجريمة،وعديدة هي فروع القانونالتي تجعل من اتيان سلوك مافي ظرف معين استخداما لحق رغم أن ذلك السلوك في غير هذه الظروف يعتبر جريمة [1].

فقد يكون القانون العام مصدر ذلك الحق، وقد يكون مصدره القانون الخاص وقد تكون القاعدة القانونية مصدر الحق عرفية لا مكتوبة، ومثال الحق الذي يقرره القانون العام ما يمنحه القانون الدستوري لعضو المجلس النيابي من حرية التفوه في المناقشات بعبارات مما يعتبر في الأصل مكونا لجريمة قذف [2]،لكن يشترط في العرف أن يكون عرفا مستقرا ثابتا لا يتعارض مع قواعد قانونية مكتوبة ويتعلق الأمر بالصالح العام ولا يتعارض مع قواعد الأخلاق والأداب [3].

وفي القانون الخاص يجيز القانون التجاري لساحب الشيك أن يعارض في صرف قيمته عند ضياعه أو سرقته رغم أن هذه المعارضة تكون أصلا لجريمة، وقد يكون مصدر الحق قاعدة قانونية عرفية هي من حيث شكلها تكون سلوك مادي لجريمة إيذاء مقصود كما هو الحال لخرق الأذن لوضع الحلية أو إجراء ختان [4].

أما العادة لا يجوز أن تكون مصدرا للحق، ولا يجوز أن تكون قاعدة من قواعد التحريم، فالعادة لا تنشئ حقا ولا تبرر بالتالي جريمة فإذا جرت العادة بالغناء والتطبيل أثناء الأفراح فإن ذلك لا يبرر مخالفة الإعاج على صورة تسلب راحة الآهلين وأن العادة لا تكون عرفا إلا بالشروط التالية:

- أن تكون عامة يراعيها معظم الناس في وسط اجتماعي أو مهني أو محلي
- أن يكون قد انقضى على نشوئها من كاف
- أن تكون متبعة بانتظام واطراد [5]

الفرع الثاني: شروط استعمال الحق

القاعدة العمة أن تقريري الحق الشخصي أيا كان مصدره يستهدف تحقيق مصلحتين الوالى مصلحة فردية قريبة لصاحب الحق والثانية مصلحة اجتماعية بعيدة للمجتمع ككل ،ولا ينتج هذا السبب ،استعمال الحق ،أثره المبيح إلا إذا اكتملت شروطه من ثبوت الحق (أولا) واستعماله بمعرفة صاحبه (ثانيا) والتام حدوده (ثالثا) وحسن نية من يستعمله (رابعا)

أولا :ثبوت الحق (وجود الحق)

استعمال حق من الحقوق يفترض وجوده، فإن لم يكن ثمة حق فلا محل لحديث عن الإباحة ولا يغني ثبوت المصلحة عن ثبوت الحق ذاته.

ويقصد بهذا الشرط أن يكون النشاط أو العمل الذي يقوم به الشخص استعمالا لحق مقرر في أحد المصادر المعترف بها، وأن يكون قائما وثابتا واستعماله ضروريا وبالقدر اللازم لتحقيق المصلحة التي من أجلها تقر الحق،

[1]/ جلال ثروت ،نظم القسم العام في قانون العقوبات ،لاتوجد دار النشر وبلد النشر ،1999 ،ص231
[2]/ رمسيس بهنام ،المرجع السابق ،ص 324
[3]/ محمد علي السالم عياد الحلبي ،المرجع السابق ،ص111
[4]/ رمسيس بهنام ،المرجع السابق ،ص328
[5]/ محمد علي السالم عياد الحلبي ،المرجع السابق ،ص112

ومعنى ذلك أن الحق إذا لم يكن مقررا أصلا أو زال لأي سبب أو كان متنازعا عليه أي غير ثابت فإن استعماله يكون غير مشروع [1].

ثانيا: استعمال الحق بمعرفة صاحبه

لايعتبر استعمال الحق سببا للإباحة إلا إذا وقع الإستعمال من صاحب الحق أي ممن يخوله القانون مباشرته،ويترتب على ذلك أن استعمال الحق إذا لم يتم ممن لا تتوافر فيه صفة صاحب الحق فلا يعتد به كسبب للإباحة ويبقى فعله جريمة،فالحق في تأديب الزوجة لا يثبت إلا للزوج وحده دون سواه،والراجح في انتقال حق تأديب الصغار المقرر للأب على ابنه إلى من يتولى رقابته كالمعلم في المدرسة والمشرف في الحرفة والمخدوم بالنسبة لخادمه [2]

ويثور التساؤل لمعرفة ما إذا كان استعمال الحق كسبب للإباحة يمكن أن ينتقل من الأصيل إلى النائب أو الفضولي بإعتبار أن كلا منهما ينوب من الناحية القانونية وعلى نحو ما من الاصيل؟ الراجح فقها هو جواز ذلك أن الإنابة سواء بطريق القانون أو بالإتفاق تخول للنائب في حدود ما وبشروط معينة ممارسة حقوق وبالتالي لا يعتبر الوكيل مرتكبا لجريمة [3]

ثالثا:التزام حدود الحق

يشترط في استعمال الحق أن يلتزم ممن هو أهلا للممارسة التزام الحدود المقررة للحق ،وهو ما يعبر عنه بعدم جسامة العدوان الناشئ عن استعمال الحق أو القيد الموضوعي لإستعمال الحق ،فاستعمال حق التأديب المقرر للأب على ابنه لا يجي سوى الضرب البسيط لا الضرب الجسيم،كما أن حق تأديب الزوجة لا يصلح سببا للإباحة ما لم يثبت قيام الزوج باستنفاذ وسائل الوعظ والهجر في المضجع التي توجبها الشرع قبل اللجوء للتأديب البدني وإلا انتفى سبب الإباحة في حقه لعدم تناسب الجرم مع مقتضيات استعمال الحق [4]

رابعا: حسن نية من يستعمل الحق

لايكفي لإعتبار الفعل مباحا تأسيسا على أنه ارتكب استعمالا لحق أن يكون هناك حق مقرر بمقتضى القانون وأن يكون قد التزم حدوده على النحو المتقدم، وإنما يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يكون الفاعل حسن النية.

والمقصود بحسن النية هنا التقييد بالغرض الذي من أجله تقرر الحق،ذلك أن لكل حق وظيفة اجتماعية لا يؤديها إلا إذا استهدف صاحبه باستعماله غرضا معينا،فإذا سعى به إلى تحقيق غرض آخر إنتفى لديه حسن النية ولم يكن له أن يحتج بإستعمال الحق لإباحة فعله ويدخل في عدم المشروعية كأن يقصد إلحاق الضرر والأذى بالغير أو كانت المصلحة المرجوة من استعمال الحق غير مشروع كمن يؤجر منزلا للعب القمار [5].

---

[1]/ اسحاق إبراهيم منصور ،المرجع السابق ،ص58

[2]/* سليمان عبد المنعم ،النظرية العامة لقانون العقوبات ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2003 ،ص369 -370

[3]/ نفس المرجع ص 370

[4]/ نفس المرجع ،ص371-372

[5]/ محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة) ،دار الثاقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن ،2006 ،ص153

فإذا كانت القواعد العامة المتعلقة باستعمال الحق، اماذكر، فإن له تطبيقات عديدة نقتصر منها على إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان كتطبيق لها فيما يلي:

المطلب الثاني : إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان كتطبيق لإستعمال الحق

يقصد بهذا الحق ماولة كل عمل يمس بجسم الإنسان إما بهدف علاجه مما يعتريه من المرض أو تخفيف ألامه أو الوقاية من المرض أو مجرد الكشف عما يشوبه من خلل،كما يشمل إضافة لهذا كافة الأعمال المرتبطة بذلك والمعتبرة ضرورية لتنفيذ هذه الأفعال،وفي ضوء هذا فلا يعتبر الطبيب مرتكبا جرح إذا هو أجرى عملية جراحية لمريضه ولا عن جريمة إحداث عاهة إن ترتب على استئصال عضو أو حرمانه من منفته متى التزم بحسن نية الأصول والقواعد المرعية في هذا الفن،ولا عن جريمة إعطاء المواد الضارة لو أدخل مواد تعتبر من المواد الضارة ولا عن جريمة كشف عورة مريضه بسبب أدائه لهذا العمل [1]وقد تعددت الأراء حول تعريف العمل الطبي ،فيعرفه الأستاذ " سافتيه " في شرحه للقانون الطبي بأنه "ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير،طالما كان هذا العمل يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في عالم الطب "

كما ويعرفه الأستاذ الدكتور محمد نجيب حسني " بأنه ذلك النشاط الذي يتفق بكيفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته، أي وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا أي يستهدف التخلص المرض أو خفيف حدته أو مجرد تخيف ألامه، يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض " [2]

وبتدقيق النظر في التعريفين السابقين،يلاحظ أنهما قصرتا نطاق العمل الطبي على علاج فقط دون ذكر الأعمال التي تكون غايتها المحافظة على صحة الإنسان أو تنظيم حياته،وبالتالي فإن مفهوم العمل الطبي أوسع من ذلك بكثير،ذلك أن دور الطبيب لم يعد مقصورا على شفاء المريض فقط أو وقايته من الأمراض،وإنما أصبح يقوم بتوجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان بالنظر إلى ظروف حياته المهنية والعملية،ويمكن القول أن العمل الطبي هو " ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض الجسمانية والنفسية ،ومحاولة تخليص الإنسان من كل ما يلم به من ألام جسمانية ومعنوية ونفسية " [3]

وقد تطور مفهوم العمل الطبي تطورا ملحوظا فقد كان مقصورا على التشخيص والعلاج،ثم تغير مفهوم العمل الطبي فشمل إلى جانب العلاج التشخيص الفحوص المخبرية والتحاليل الطبية، وعمليات نقل الدم ووصف الأدوية،وإعطاء الإستشارات الطبية والعقاقير [4]،وهو ما يبين قصور التعريف االسابق فضلا عن أنه لم يتعرض لبعض العناصر كالأساس القانوني لمباشرة العمل الطبي ،وكذا مراحله واتساقه مع الأصول الفنية المتعارف عليها في الحقل الطبي.

---

[1]/ سليمان عبد المنعم ،المرجع السابق ،ص373 ،374

[2]/ محمود نجيب حسني ،شرح قانون العقوبات ،القسم العام ،الطبعة السادسة ،دار النهضة العربية ،مصر ،1989 ،ص174

[3]/ منير رياض حنا ،المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ،الطبعة الأولى ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،مصر ،2007 ،ص323

[4]/ محمد القبلاوي ،المسؤولية الجنائية للطبيب ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،مصر ،2004 ،ص09

ونرى أن نعرف العمل الطبي بأنه: " ذلك النشاط الذي يقوم به شخص مرخص له قانونا، وينسجم نظريا مع الأصول الطبية المتعلقة بموضوع الشفاء فحصا وتشخيصا وعلاجا، أو تخفيف المرض أو وقاية الناس من الأمراض الجسمانية والنفسية، بشرط رضاء الشخص الخاضع له، لمصلحة مشروعية فردية أو جماعية " وفي تقديرنا أن هذا التعريف احتوى على العناصر التي يقتضيها العمل الطبي على النحو التالي:

- حدد هذا التعريف أن العمل الطبي نشاط يقوم به شخص مختص، حيث يبين الأساس القانوني للعمل الطبي على الرأي الراجح كما سنوضحه لا حقا.

- وقولنا أنه يتسم نظريا مع الأصول العلمية المتعارف عليها، بيان واضح أن العمل الطبي يجب أن ينساق مع القواعد النظرية والتطبيقية الفنية المرعية في عالم الطبي تمييزا لها عن بعض الممارسات التقليدية في إطار ما يسمى بالطب الشعبي.

- ثم تعرض التعريف إلى مضمون العمل الطبي الذي اتسع ليشمل الشفاء أو تخفيف الألام أو الوقاية في الجانب المادي الجسماني.

- ثم حدد الشرط الموضوعي وهو رضاء المريض بالتدخل الطبي حيث يشكل مبررا لإستعمال حق الطبيب

- وبين التعريف كذلك مراحل العمل الطبي –فحصا وتشخيصا وعلاجا- ثم وضح الغاية من العمل الطبي أو مصلحة أو الحق المحمي قانونا بصفة مشروعة،وهي إما مصلحة فردية متعلقة بالشخص الخاضع له،وفي ذلك بيان للجانب الفردي للحق في سلامة الجسم،أو جماعية وهو الإطار الخاص بالطابع الإجتماعي لهذا الحق وقد أجازت التشريعات الأعمال الطبية بإعتبارها أعمال تحقق للمجتمع مصلحة عليا، هي علاج المرضى،وهي مصلحة تجاوز في أهميتها العقاب على أساس الذي يتعرض له المريض في صحته الجسدية،الأمر الذي ينزع عنه الصفة الجرمية بإعتباره فعلا خاليا من عنصر العدوان أو البغي وملائما بالتالي للضمير الإجتماعي على نحو يجعله مباحا ومشروعا لا تقوم به أية مسؤولية جنائية أو مدنية تأديبية.

نص قانون العقوبات المصري في المادة 176 بند 02 " لا يعتبر جريمة .. العملية الجراحية والعلاجات الطبية المنضبطة على أصول الفن شرط أن تجرى برضا العليل،أو رأي ممثليه الشرعيين، أو حالات الضرورة الماسة " [1]

وتأيد هذه المادة أو تقابلها في قانون العقوبات الأردني المادة 62:" يجيز القانون العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن بشرط أن تجري برضى العليل أو رضى ممثليه الشرعيين أو في حالات الضرورة الماسة " [2]،ومن هنا يثور التساؤل حول الاساس القانوني لإباحة الأعمال الطبية (الفرع الأول) والقواعد العامة التي تحكمها (الفرع الثاني) وتفصيل ذلك مايلي :

الفرع الأول :أساس إباحة الأعمال الطبية:

[1]/ عبد القادر القهوجي ،شرح قانون العقوبات ،القسم العام ،المرجع السابق ،ص273

[2]/ محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات القسم العام ،المرجع السابق ،ص200

لكل عمل طبي هدف ذاتي،وهو ما يبرره،فإذا انفصم عن عمله واستهدف غيره أصبح عملا غير مشروعا جنائيا،فالتشخيص هدفه الكشف عن المرض، وأعمال الوقاية هدفها تحصين المريض ضد مرض معين، والعلاج هدفه شفاء المريض أو تخفيف ألامه أو تسكينها، فإذا استهدف الطبيب هدفا آخر غير الهدف المحدد طبيا لكل من الأعمال سئل جنائيا هذا والسائد إخضاع جميع الأعمال الطبية لحكم واحد هو الإباحة،إلا أن البعض [1]يؤثر تقسيم هذه الأعمال إلى خمس فئات لكل منها حكمها الخاص وذلك على النحو التالي:

أولا: أعمال طبية مباحة إباحة أصلية لعدم تطابقها مع النموذج القانوني للجرائم المقالة لها من هذه الأعمال،فالجراحة الأصل فيها أنها إذا باشرها طبيب فإنها تؤدي إلى شفاء المريض أو تحسين صحته وبهذا فإنها تتجرد من المساس أو الإنتقاص من سلامة جسمه [2].

ثانيا: العلة الثانية تتمثل في رضا المريض كأساس لاباحة التدخل الطبي: فهناك إجماع على أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا برضاه، فيما عدا حالات الإسعاف التي يكون فيها المصاب فاقد الوعي، ولا بد أن يكون هذا الرضا حرا دون أي ضغط أو إكراه مادي أو معنوي [3]، وإن كان البعض [4] يقصر الأساس القانوني على مجرد الترخيص القانوني بمزاولة العمل الطبي إلا أنه في نظر البعض ومنهم الدكتور " سليمان عبد المنعم " يرى أن الترخيص القانوني هو مبرر قانوني بينما رضا المريض هو علته الحقيقي،ولهذا فمباشرة العمل الطبي دون رضا المريض لا تصلح سببا للإباحة إلا إذا تعلق الأمر بحالة ضرورة التي تكون مانعا من موانع المسؤولية الجنائية.

ثالثا:ترخيص القانون لمزاولة هذه المهنة وتنظيمها إنما يعطي لمن يزاولهاحقا، ويقتضي الإعتراف بمثل هذا الحق إضفاء الصفة المشروعة على وسائل استعماله ولو كانت تشكل بحسب الأصل جريمة [5].

رابعا: أعمال طبية لا عقاب عليها لمباشرتها في حالات الضرورة، ومن ذلك إجراء عملية جراحية لإنقاذ حياة مغمى عليه مهدد بالموت، متى توافرت شروط حالات الضرورة

خامسا: أعمال طبية تستمد من إجازة القانون، ومن أمثلتها استئصال عضو من أعضاء الجسم لإنقاذ حياة مريض بعد الحصول على رضائه ‘وذلك نظرا لخروج مثل هذا العمل الطبي من نطاق الرضاء المباح، وعدم دخوله نطاق حالة الضرورة بشروطها القانونية فقد استمد شرعية العمل من إجاة القانون.

وفي نظرنا أعلة وأساس إباحة العمل الطبي يقتصر على شرط حصول الترخيص بمزاولة العمل الطبي، وهو موقف المشرع الجزائري كذلك بدليل المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها " تتوقف ممارسة مهنة الطب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة "

[1]/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي ،قانون العقوبات ،النظرية العامة ،دار المطبوعات ،مصر ،الإسكندرية ،لاتوجد سنة النشر ،ص464
[2]/ نفس المرجع ،ص464
[3]/ سليمان عبد المنعم ،المرجع السابق ،ص374
[4]/ أحمد فتحي سرور ،اغلوسيط في قانون العقوبات ،القسم الخاص ،الطبعة الثالثة ،دار النهضة العربية ،مصر 1985 ،ص598
[5]/ سليمان عبد المنعم /المرجع السابق ،ص374

ومن خلال هذا الترخيص يستطيع الطبيب ممارسة العمل الطبي وفي مقابل ذلك يعد مرتكبا لجريمة نصت المادة 234 من ذات القانون،ويعتبر هذا الأساس شرط في حد ذاته،ويعبر عنه وفق شروط استعمال الحق " ممارسة الحق بمعرفة صاحبه " كما سلف ذكره،وهو شرط شكلي يتضمن الحصول على رخصة من وزير الصحة ،وبالتالي لا يعتبر الحصول على الشهادة المؤهلة كدكتوراه في الطب أو الجراحة مرخصا له ما لم يحصل على هذا الترخيص ،وفي اعتقادنا أن المشرع أحاط بقدر من المعرفة بصعوبة الأعمال الطبية وآثارها في ترتيب الإلتزامات لذا فرض الطابع الرسمي لضمان الرقابة،ولعل الأمر أوجب وأكد خاصة في ظل التطور الطبي الحديث وحجم التدخلات الطبية المخالفة للقواعد التقليدية الثابتة في العرف الطبي ومخالفاتها على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري.

الفرع الثاني: القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية والجراحية

ليستفيد ممارس العمل الطبي من سبب التبرير، ويصبح عمله مشروعا، يجب توافر شروط:

- الترخيص بمزاولة مهنة الطب (أولا)
- رضاء المريض (ثانيا)
- قصد العلاج (ثالثا)
- مراعاة الأصول المهنية المرعية لمزاولة العمل الطبي
- (رابعا) وعليه يجد التعرض لهذه الشروط بالشرح والتحليل على التوالي :

أولا :الترخيص بمزاولة مهنة الطب

أشارت القوانين إلى هذا الشرط ومن بين القوانين القانون اللبناني للصحة العامة الأردني رقم 21 لعام 1971 في المادة 49 فقرة 4 بأنه لا يجوز لأي شخص ممارسة أية مهنة طبية أو صحية أو أية حرفة أخرى مرتبطة بهام الم يحصل على ترخيص بذلك تحت طائلة العقوبة بالحبس من أسبوع إلى سنة أو بالغرامة من عشرة دناني إلى مائتي دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين،ويظل المخالفمسؤولامدنيا وجائيا من الأضرار التي سببها للمريض حتى ولو نجح في شفاء المريض وعلاجه [1].

وحدد نفس القانون في المادة 52 فقرة 2 أن المهن الطبية يلزمها الترخيص وهي الطب وطب الأسنان، التخدير، القبالة، التمريض، واستعمال الأشعة السينية وأجهزة التشخيص والمعالجة الحكمية، واللياقة البدنية والصحية، وأية مهنة أو حرفة طبية أو صحية [2]

وفي الجزائر تنص المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها بأنه:" تتوقف ممارسة مهنة الطب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

[1]/ محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات القسم العام ،المرجع السابق ،ص200
[2]/ نفس المرجع ،ص201

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا، حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها
- ألا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة
- أن لايكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف
- أن يكون جزائري الجنسية ،ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناءا على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة "
- وبالإضافة إلى هذا لا يجوز ممارسة مهنة طبيب اختصاصي أو جراح مختص أو صيدلي مختص ما لم يكن حائزا للشهادة الدالة على التخصص أو شهادة معادلة بدون إغفال الشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة 197 سابقة الذكر (المادة 198 من القانون سالف الذكر)

وتضيف المادة شرط أداء اليمين بالنسبة للحاصلين على رخصة ممارسة المهن الطبية المنصوص عليها في المادة 197 وبذات الشروط كما تنص المادة 199 منه .

ومن فحوى المادة 200 من نفس القانون فقد خولت لطلبة الطب خلال فترة التدريب الداخلي في الدراسات الجامعية ممارسة الطب وجراحة الأسنان والصيدلة في المؤسسات الصحية العمومية وذلك تحت مسؤولية رؤساء الهياكل الممارسين .

ونصت المادة 217 من نفس القانون على شروط ممارسة مهنة المساعد الطبي التي تتوقف على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن يكون قد تلقى تكوينا مطابقا للبرامج المقرر عن طريق التنظيم وحصل على شهادة إختتام هذا التكوين أم على شهادة معترف بمعادلتها
- أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة
- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف
- أن يكون جزائري الجنسية

وتشير المادة 234 من نفس القانون الباب الثامن في الفصل الأول المعنون بالأحكام الجزائية المتعلقة بمستخدمي الصحة إلى تطبيق العقوبات على الممارسة غير الشرعية للطب وجراحة الأسنان والصيدلة ومهن المساعدة الطبية

ومن هنا أن القانون لايرخص كقاعدة عامة إلا للأطباء بممارسة العمل الطبي الذي أجراه، فصلاحية مزاولة مهنة الطب مستمدة من الدرجة العلمية ،فإذا أجاز القانون استثناء لطائفة معينة من غير الأطباء كالممرضات والقابلات بممارسة بعض الأعمال الطبية البسيطة كان حكمهم في ذلك حكم الطبيب بالنسبة للأعمال المرخص لهم بمزاولتها ،فإن فقد من مارسها هذه الصفة فإنه يتحمل المسؤولية الجائية المترتبة عن فعله مسؤولية قصدية، وتقوم هذه

المسؤولية ولو كان العمل بناء على طلب المريض وإلحاحه وتوفرت لديه نية العلاج ولا تمتنع مسؤوليته إلا عند القيام حالة الضرورة ،والحكمة من ذلك هو قصر العمل الطبي على أصحابه وحمايته من المشعوذين والدجالين والدخلاء [1]

ثانيا: رضاء المريض الرضاء هو اتجاه الإرادة ممن له الحق في اصدارها اتجاها صحيحا،يعبر عن قبوله للفعل المتراضي عليه في النطاق والوسيلة اللذين يحددهما القانون،وإذنه لمن انصرف إليه الرضاء بأن يفعل أو يترك ذلك شريطة ألا يكون فيه مساس بالمصلحة العامة [2].

يتعين لإعتبار العمل الطبي سببا لتبرير أو إباحة أن يكون المريض قد رضي به، وهذا شرط يقتضيه الجسم البشري لما له من حرمة تمنع المساس به دون رضاء صاحبه رغم ما يستهدفه هذا المساس في نهاية الأمر من ضمان رعاية الجسم وسيره سيرا طبيعيا [3] وتخلف رضا المريض يجعل الطبيب مخطئا ويحمله تبعة المخاطر الناشئة عن العلاج حتى ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته [4].

وقد يكون الرضاء صادرا من المريض نفسه أو ممن يمثله قانونا،وقد يكون الرضاء صريحا أو ضمنيا،ويستفاد الرضاء الضمني من دخول المريض إلى غرفة العمليات لإخضاعه لعملية جراحية ،ولكن الرضاء لا يستخلص بالضرورة من مجرد ذهاب المريض إلى المستشفى أو عيادة الطبيب إذ أن المريض قد يرضى ببعض الأعمال الطبية دون الأخرى، ويمكن الإستغناء عن رضاء المريض في الحالات التي يكون فيها في وضع لا يسمح له بإبداء ذلك الرضاء لكونه في غيبوبة أو ناقص الأهلية أو عديمها،فهنا يلزم رضاء ممثليه القانونيين أو أقربائه،ولا يلزم الرضاء كذلك في الوضع الذي تقتضي فيه حالة المريض التدخل السريع وعدم انتظار أخذ رأيه أو رأي ممثليه أو أقربائه كمن هو في حادث،ويثور الأمر أيضا عند إجراء العمليات الجراحية حيث تقتضي الضرورة أحيانا إجراء عملية جراحية أخرى ملازمة ولا تحتمل الإنتظار[5].

ومن أمثلة ذلك ما قضت به المحاكم الفرنسية من أن الجراح أثناء قيامه بعملية استئصال الزائدة الدودية قد لا حظ أن مبايض المريضة ملتهبة فإستأصلها دون أخذ رضائها [6]، ولا شك أن رضاء المريض يستفاد بحكم الواقع حالة إخضاع نفسه للطبيب بشأن أعمال طبية عادية كعملية جراحية مألوفة وشائعة،فإذا تعلق الأمر بعملية جراحية حديثة غير مألوفة ،فلا يكفي التصريح الضمني بل لابد أن يكون الرضاء صريحا ،وذلك قبل البدء بالعلاج [7] وأن يستمر إلى وقت التدخل العلاجي من الطبيب،وفي حالة إذا ما عدل المريض عن رضاه،فإن الطبيب يسأل في حالة قيامه بالعلاج دون الحصول على رضاء المريض [8]، بالإضافة إلى ذلك يلتزم الطبيب بإحاطة المريض علما بطبيعة

[1]/ محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات القسم العام ،المرجع السابق ،ص201
[2]/ علي أحمد عبد العبي ،المرجع السابق ،ص411
[3]/ سليمان عبد المنعم ،المرجع السابق ،ص376
[4]/ أحمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،مصر ،2001 ،ص37
[5]/ أحمد حسين منصور ،المرجع الساتبق ،ص39
/ قرار محكمة باريس بتاريخ 1946/02/20 مقتبس عن نادية محمد قزمار ،الجراحة التجميلية ،الجوانب القانونية والشرعية ،دراسة مقارنة ،ط1
[6]،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن ،2010 ،ص100 ،الهامش01
[7]/سليمان عبد المنعم ،مرجع سابق ،ص376
[8]/ منير رياض حنا ،المرجع السابق ،ص323

العلاج ومخاطر العملية من جراء تدخله ويكون مسؤولا عن النتائج الضارة ولو لم يرتكب خطا بإعتبار أنه لم يحط المريض علما بمدى خطورة العملية أو المادة المستعملة [1].

الأصل أن الطبيب كسائر المواطنين له كامل الحرية في ممارسة مهنته وبالطريقة التي يحبذ ،إذ له الحق في قبول أو رفض الدعوة للعلاج طبقا للمذهب الفردي ،فالعلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية يلزم فيها رضا كل من الطرفين،ولا توجد ما يلم الطبيب بتقديم العلاج للمرضى الذين يطلبون المساعدة،ولايعد الشخص مخطئا إلا إذا أخل بواجب يرفضه عليه القانون أو الإتفاق [2]وهذا ما كان مستقر عليه في الفقه والقضاء [3]،حيث أن الطبيب له الحرية في قبول علاج المريض أو رفضه ،ولا يترتب على امتناعه أي مسؤولية وذلك لإنعدام الرابطة السببية بين الضرر والخطأ،علاوة على أن هناك مبدأ هام في التشريعات الجنائية مفاده أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني ،وإن مجرد الإمتناع لا يرتب مسؤولية مالم يوجد نص أو عقد يوجب العمل [4]، وتطبيقا لمبدأ حرية التعاقد يمكن للطبيب الإتفاق على العلاج وتقديم خدماته مع ما يشاء من الأفراد،ويلزم بضمان تقديم العلاج للمريض بمجرد موافقته على أي طلب معالجة،ووقفا لذات المبدأ فإنه يجوز للطبيب رفض العلاج [5]،كما هو منصوص عليه في مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية في المادة الجزائرية في المادة 09 بقولها " ...ويمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة المادة 09 أعلاه،أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج "

وكان اجتهاد محكمة شاتورو الفرنسية عام 1908 [6] " أن من حق الطبيب أن يمتنع عن إجابة دعوة المريض دون أن يتعرض إلى أي جزاء جنائي أو مدني لأن مهنة الطب هي مهنة حرة،وله مطلق الحرية في اختيار عملائه " وقد كان لهذا الإتجاه أثار سلبية لا سيما في الأرياف حيث لا يوجد في كثير من الأحيان إلا طبيب واحد فإذا رفض معالجة المريض فإنه يحرم هذا المريض من العناية الطبية التي يمكن أن تنقذه من الموت لذلك تراجع الفقه والقضاء عن المبدأ السابق والمتمثل في حرية الطبيب بالإمتناع.

وظهرت إتجاهات حديثة [7] تنادي في نسبية الحقوق ووظيفتها الإجتماعية،مما كان له أثر فعال في تقييد الحرية المطلقة للطبيب،حيث أن هناك واجب إنساني وأدبي على الطبيب اتجاه المرضى والمجتمع الذي يحيا فيه ،تفرضه عليه أصول ومقتضيات العمل الطبي [8]، فرغم التسليم في حرية الطبيب في مزاولة مهنته إلا أنه يجب ألا يستعملها إلا في حدود الغرض الإجتماعي الذي اعترف له بها وإلا يعتبر متعسفا في استعمال حقه، ويبدو الإلتزام واضحا في الحالة التي يوجد فيها الطبيب في مركز المحتكر بمعنى أنه في الظروف القائمة لا يوجد سواه لإسعاف وعلاج المريض سواء

[1]/ طاهري حسين ،المرجع السابق ،ص24
/ أحمد حسين منصور ،الخطأ الطبي في العلاج ،محاضرة منشورة في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ،الطبعة الثانية
[2]،الجزء الأول ،المسؤولية الطبية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2004 ،ص440
[3]/ محكمة لاسين 1938/01/04 مقتبس عن أحمد حسين منصور ،الخطأ الطبي في العلاج ،المحاضرة السابقة ،ص440
[4]/منير رياض حنا ،المرجع السابق ،ص307
[5]/ عبد الكريم مأمون ،المرجع السابق ،ص179
[6]/ محكمة شاتور و الفرنسية عام 1908 ،مقتبس عن عبد الكريم مأمون ،المرجع السابق ،ص179
[7]/ محكمة السين الفرنسية عام 1908 مقتبس عن عبد الكريم مأمون ،المرجع السابق ،ص179
[8]/ محمد حسين منصور ،الخطأ الطبي في العلاج ،المرجع السابق ،ص441

أكان ذلك راجعا لمكان وزمان العمل أم للظروف الملحة التي يوجد فيها المريض أم لطبيعة العمل،وذلك كوجود المريض في مكان ناء ولا يوجد سوى طبيب معين لإنقاذه وعلاجه،أو إذا طلب المريض العلاج في ساعة متأخرة من الليل ولايوجد في هذه الساعة غيره،كذلك وجود المريض في حالة خطرة تستدعي التدخل السريع والفوري من الطبيب الحاضر [1].

اعتبر الفقه والقضاء [2] أن مجرد امتناع الطبيب في مثل هذه الحالات يشكل خطأ يستوجب المسؤولية وتطبق بشأن هذا الخطأ قواعد المسؤولية التقصيرية التي من شروطها ثبوت وجود ضرر نشأ من هذا الإمتناع واثبات العلاقة السببية بين الإمتناع والضرر [3]، ومن الجدير بالذكر أن الطبيب يعمل في مستشفى عام أو مصلحة حكومية ليس له أن يرفض معالجة المرضى الذين ينبغي عليه معالجتهم،ونفس الحكم بالنسبة للطبيب الذي يتعاقد مع مؤسسة أو رب عمل على علاج العاملين،فإمتناع الطبيب عن العلاج هنا يثير مسؤوليته التعاقدية، على أساس الإشتراك لمصلحة الغير،لأن العقد المبرم بين الطبيب وإدارة المؤسسة وإن تم بدون إشتراك العمال إلا أنه تم لمصلحتهم وبالتالي يخول للعمال حقا مباشرا يمكنهم من مطالبة الطبيب بالعناية اللازمة لأن جرائم الإمتناع يفترض فيها أن يكون الممتنع ملتزما بالتدخل للحيلولة دون حصول النتيجة وهذا الإلتزام بالتدخل يجب أن يكون سابقا للواقعة،وأن يكون مصدره إما القانون أو الإتفاق،لأنه لا مسؤولية ولا عقاب إذا كان الممتنع غير مكلف بالعمل قانونا أو بمقتضى التزام شخصي [4].

تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية إذاكان الترك أو الإمتناع عن تقديم العلاج يشكل خطئا جنائيا، فالطبيب في المستشفى يكون ملزما قانونا بالتدخل لإنقاذ المصاب الذي هو على وشك الموت،وكذلك الممرضة والشخص المكلف بحكم الإتفاق برعاية الضرير ملمين بالتدخل لإنقاذ المريض أو الضرير [5]، رغم أن المشرع الجزائري لم يشترط سبق وجود الإلتزام بالتدخل ،لأنه بقراءة المادة 182 الفقرتين 01 و02 من قانون العقوبات نجدها تنص صراحة على أنه :" يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 15000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جناية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عليها القانون أو القوانين الخاصة ،ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان بإمكانه قديمها إليه بعمل مباشر منه بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير ..."

[1]/ نفس المرجع ص441

[2]/ محكمة بوردو 1953/10/28 مقتبس عن أحمد حسين منصور المسؤولية الطبية ،المرجع السابق ،ص35 ،الهامش 01

[3]/ عبد الكريم مأمون ،المرجع السابق ،ص183

[4]/ جندي عبد المالك ،الموسوعة الجنائية ،عقوبة ،قتل وضرب وجرح ،الجزء الخامس ،دار العلم للجميع ،بيروت ،لبنان ،لاتوجد سنة النشر ،ص691

[5]/ بلعيدي فريد ،مسؤولية الطبيب الممتنع جنائيا في التشريع الجزائري ،بحث مقدم للملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية ،جامعة تيزي وو ،كلية الحقوق يومي 23 و24 جانفي 2008 ص 04

وتجيز المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية الطبيب إسعاف المريض في حالة الخطر الوشيك،وتضيف المادة 05 من ذات المدونة بأنه:" يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض " بتوجيه المريض إلى زميل آخر أو إلى طبيب اختصاصي، ومن هنا يتبين أن المشرع قد أخذ بحرية الطبيب في تدخلاته الطبية واختيار زبائنه كأصل عام،لكن بشرط أن يقوم بتوجيه المريض إلى اختصاصي أو طبيب آخر وفي ذلك مصلحة للمريض،إلا أن المشرع أجبر الطبيب على القيام بالعمل الطبي وإسعاف المريض وذلك في حالة الضرورة والتي يعبر عنها المشرع بـ " الخطر الوشيك " تحت طائلة العقاب،لكن يثور التساؤل حول التدخلات الطبية الحديثة، هل يمكن إسقاط هذه الأحكام عليه؟إن الذي يبدو لنا أنه لابد من دراسة كل تدخل طبي على حدا وقياسه ضمن ميزان الضرورة لمعرفة مدى حرية الطبيب أو الزاميته بالتدخل، وإن كان الرضاء يبيح أعمالا فلا يجوز تعميمه لأن الرضى لا يعتبر سببا عاما للتبرير ،فهناك بعض الجرائم التي تنال بالإعتداء حقوقا ذات الأهمية الإجتماعية ولولا هذه الأهمية ماقامت الحاجة إلى حمايتها بالجزاء الجنائية،وتطبيقا لذلك ،فإن جرائم الإعتداء على أمن الدولة وتزييف العملة وجرائم القتل والجرح والضرب على الجسم لا يعتد فيها برضاء المجني عليه لأن الرضاء لا يدخل ضمن أركان الجريمة، فمثلا تتوافر أركان القتل حتى ولو رضي المجني عليه بل ولو طلب ذلك صراحة [1].

وفي الفقه الإسلامي،لايجوز كذلك للطبيب أن يتدخل تدخلا علاجيا إلا بعد موافقة المريض إذا كان أهلا بأن يكون بالغا عاقلا مدركا لما يأذن به (أو وليه إذا كان ناقص الأهلية) بعد أن يبين له الطبيب تشخيص مرضه ومدى خطورته وأثر الإجراء الطبي،عن عائشة رضي الله عنها قالت : " لدونا لدونا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأشار أن لا تلدوني فقلنا،كراهية المريض للدواء،فلما أفاق قال: ألم أنهكم أن لا تلدوني،لايبقى أحد منكم إلا لد " [2]،ويستثنى من ضرورة الحصول على إذن المريض الحالات العاجلة (أو الخطرة)،لأن الضرورات تبيح المحظورات والخوف على النفس ضرورة تبيح للطبيب ترك الإستئذان،أما لو امتنع المريض عن العلاج ولم يأذن به،فإنه ليس على الطبيب مسؤولية إذا ترك علاجه مت كان امتناع المريض عن أهلية وإدراك تام لأثره.

ثالثا :قصد العلاج :لا يباح عمل الطبيب إلا إذا كان القصد منه علاج المريض وصيانة جسده والعمل على سيره سيرا طبيعيا منتظما ،فإذا استهدف به غرضا آخر كإجراء تجربة علمية أو إعانة امرأة على منع الإنجاب دون ضرورة صحية لا يقبل منه الإحتجاج باستعمال الحق في مزاولة مهنة الطب ويكون فعله غير مشوع قانونا ،ولو وقع برضاء أو إلحاح المجني عليه ،لأنه لا يباح المساس بالجسم البشري أو التدخل الطبي على الجسم لإشباع شهوة علمية [3]

ومن صور إجراء العمل الطبي لغرض غير علاجي التدخل الطبي قصد تحقيق الربح في الحالة التي يكون الهدف أو الدافع الوحيد وراء تدخله مما يترتب عليه من انتفاء الطبيب لوسيلة العلاج الأكثر ربحا بالنسبة له وليست تلك الأكثر ملائمة لصحة المريض، ولقد أيد القضاء مسؤولية الطبيب الذي يقنع مريضه بإجراء عملية جراحية وحمله

[1]/ محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات القسم العام ،المرجع السابق ،ص194

/ رواه مسلم ،كتاب المرض والطب ،التداوي باللدود ،الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي ،مختصر صحيح مسلم ،الجزء الثاني [2]،المرجع السابق ،ص388

[3]/ محمد صبحي نجم ،المرجع السابق ،ص203

عليها بواسطة الكذب مدعيا خطورة الحالة رغم أنها لا تستدعي التدخل الجراحي،وذلك طمعا في العائد الربحي التي تدره العملية على الطبيب، كما تصبح مسؤولية الطبيب محل بحث إذا خرج عن الهدف والغاية المفروضة عليه،شفاء المريض محل العلاج، لغاية أخرى كالبحث العلمي،فإن ذلك يعد خطأ يستوجب مسؤوليته متى أحدث ضررا بالمريض.

رابعا :مراعاة الأصول المهنية المراعية لمزاولة العمل الطبي

ومؤدى ذلك أن إباحة العمل الطبي تظل مرهونة بإتباع الأصول الطبية المتعارف عليها في مجال مهنة الطب والتقيد بالقواعد العلمية التي توجبها ممارسة المهنة ،فإذا التزم الطبيب بهذه الأصول والقواعد فإن ما يقع منه من عمل يعتبر مشمولا بالإباحة أيا كانت نتائجه متى توافرت باقي الشروط الأخرى[1]، وبالتالي يخرج العمل الطبي من دائرة الإباحة إن أخطأ الطبيب خطئا عاديا أو مهنيا (الخطأ الفني) [2]،فالخطأ العادي هو ما يصدر من الطبيب كغيره من الناس أي كفعل مادي يكون بارتكابه مخالفة لواجب الحرص المفروض على الناس كافة،كإجراء العملية في حالة سكر أو إهمال في تخدير المريض قبل العملية [3]،والخطأ الفني هو الخطأ الذي يقع فيه الطبيب لدى مخالفته القواعد الفنية التي توجبها عليه مهنته التي يجب عليه مراعاتها ولا إلمام بها،وهذا الخطأ على درجة من الغموض فمن الصعب معرفته،لذلك يستعين القاضي بأهل الخبرة من أعلام مهنة الطب،ومن أمثلة الخطأ المهني الخطأ في التشخيص إذ يعين على الطبيب إن يشخص داء المريض بكل حكمة وتبصر وعلى أساس من العلم والفن وأصول المهنة وليس برعونة وطيش أو عدم التسلح بالمعلومات الضرورية المفيدة التي تساعده على تكوين رأيه [4]،وفكرة الأصول المهنية والقواعد العلمية فكرة دقيقة لأنها لا تعني مساءلة الطبيب لمجرد أنه أجرى عملية جراحية حديثة بأسلوب حديث متى كان الأمر مقبولا علميا ،ولو لدى البعض، إذا كان هدف الطبيب شفاء المريض،ولا يسأل الطبيب بكونه قد أهمل وسيلة علاج واتبع أخرى بإعتبار أن الخلاف العلمي وراد على ألا تكون الطريقة المتبعة مهجورة تماما ومتفق على هجرها في الحقل الطبي،ومن أمثلة ذلك عدم مراعاة الأصول العلمية ممن يجري العملية بأدوات غير معقمة أو في ظروف غير مواتية بالمرة كأن يكون سكرانا أو يستعين بمن لا يجوز له الإستعانة بهم في العمليات الجراحية،أو يصدر عنه سلوك كاشف عن الإهمال غير المغتفر كأن ينسى أداة جراحية في الجسم المريض، ومن هنا فإن عدم اتباع الأصول المهنية والقواعد العلمية في مجال مهنة الطب يعتبر الطبيب مخطأ وهذا يكفي لمسائلته عن جريمة غير عمدية،وقوام هذه المسؤولية ،الجنائية عن الجرائم غير العمدية بل يتم الإستهداء بقواعد المسؤولية المهنية التي تحكم العمل الطبي باعتباره عمل له أصوله وقواعده المهنية ويفرض على أربابها من الواجبات والإحتياطات مالا يفرض على الأشخاص العاديين،ولما كان الشفاء لا يخضع دائما لسلطان الطبيب أو الجراح،كمناعة الجسم ودرجة استهدافه للمرض، وحالته من حيث الوراثة، والمناعة، واصابته بأمراض أخرى،وقصور

[1]/ أحمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية ،المرجع السابق ، ص63

[2]/ محكمة باريس 1925/03/07 مقتبس عن أحمد حسين منصور ،الخطأالطبي ،المرجع السابق ،ص452 الهامش 1 و2

[3]/ طاهري حسين ،المرجع السابق ،ص17

[4]/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ،الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية ،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2007 ،ص22

العلوم الطبية التي قد تقف عاجزة عن علاج كثير من الأمراض وفي كثير من الحالات لايفعل الطبيب أكثر من تخفيف الألم ،فإنه يثور التساؤل عن مدى التزام الطبيب في التدخل الطبي ؟ وهو مانحاول دراسته فيما يلي:

الفرع الثالث: مدى التزام الطبيب

إن الصبغة الفنية لها تأثير مهم في معرفة الإلتزام الذي يقع على الطبيب ، وسواء كانت العلاقة بين الطبيب والمريض محكومة بالعقد أم خاضعة للقواعد العامة، فإن المرجع في تحديد مداها هو قواعد المهنة الطبية، وإن كان الخطأ العادي لا يحتاج فيه لأجل التعرف عليه الاسترشاد الخبرة الطبية، فإنه في الخطأ الطبي يعد الطبيب مخطئا كلما خالف القواعد التي تفرضها عليه أصول مهنته، وأن التمييز التقليدي بين الإلتزام بنتيجة والإلتزام ببذل عناية إنما يستند إلى معيارين رئيسيين ،وهو إرادة الدائن عندما تشترط تحقق نتيجة، أو معيار الإحتمال عندما تتعلق هذه الإرادة باحتمال تحقق نتيجة [1].

إن العلاج ليس عقدا للشفاء وإنما هو عقد ببذل أقصى درجة ممكنة في الرعاية والعناية (أولا) أو بمعنى آخر يكون إلتزام الطبيب في الأصل التزاما بتحقيق نتيجة استثناء من الأصل (ثانيا) . وهذا ما سنبينه اتباعا:

أولا : التزام الطبيب ببذل عناية:

من المتفق عليه أن التزام الطبيب يوجب عليه سلامة المريض، وليس المقصود بهذا ولا شك أن يلتزم الطبيب التزاما محددا بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، ذلك أن الطبيب معالج وليس تاجر لأن شفاء المريض يتوقف على حالات عديدة منها مناعة الجسم وقوة أمعان المرض فيه والوراثة والسن.

فالمريض الطاعن في السن أو الهرم يكون معرضا للمرض بصورة أكثر بكثير من الشباب، كما يتوقف الأمر على مدى التطور العلمي، فالقصور العلمي يسد الطريق أمام الشفاء من العديد من الأمراض، وثمة آفات مرضية ما زالت مستعصية نظرا للطبيعة الغامضة للجسم البشري. وهذا يجعل من غير المعقول إلزام الطبيب بشفاء المريض، فهو في مثل هذه الأحوال وغيرها يصعب التنبؤ أو الجزم بالنتيجة التي يفضي إليها التدخل الطبي [2] .

وقد سار القضاء المصري [3] والأردني [4] والفرنسي على نهج اعتبار التزام الطبيب التزام ببذل عناية. ومثال ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية [5]الشهير الصادر 1936/05/20 التي أشارت فيه إلى أن مسؤولية الطبيب بما هو عليه عقدية ،وان مضمون التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية،وأن شفاء المريض هو أمر لا يمكن فرضه على الطبيب إذا لم يكن الشفاء بمقدوره [6]

إذا أدى التدخل الطبي إلى نتيجة عكسية كأن يخيب العلاج أوتسوء حالة المريض الصحية ،فلا يعد الطبيب مخطئا مالم يقيم الدليل على ذلك باعتماد على معيار موضوعي ،وهو معيار الطبيب المعتاد المجرد من ظروفه الخاصة

[1] -إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ، المرجع السابق ، ص .48 .
[2] -نفس المرجع ، ص . 49-50 .
[3] -محمد سامي الشوا ، المرجع السابق ، ص . 426 . الهامش . 2 .
[4] -نادية محمد قزمار ، المرجع السابق ، ص . 85 . الهامش 1.
[5] - قرار محكمة النقض الفرنسية 1936/05/20 مقتبس عن أحمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية ،المرجع السابق ،ص204
[6]-أحمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية ،المرجع السابق ،ص204

والمحاط بذات الظروف التي أحاطت بالطبيب المعالج،وذلك بمقارنة ما فعله هذا الطبيب بما كان سيفعله الأول بفرض تساوي المرتبة من حيث الشهادة والإختصاص ونحوهما،كظرفي الزمان والمكان لأنه ،من غير العدل محاسبة طبيب أجرى عملية في ظل شح الأجهزة الطبية اللازمة، ويعتمد على عنصر الزمن كذلك ليثبت خطأ الطبيب الذي يلجأ إلى استخدام طرق مهجورة بالإستناد إلى خبرة ذوي الإختصاص،وما يجري العمل به بما يتماشى والحياة العصرية ويواكب التطور العلمي الحديث [1]،فإذا كان الأصل التزام الطبيب ببذل عناية،فماهي حالات التي يتحول فيها التزام الطبيب إلى تحقيق نتيجة ؟

ثانيا :التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

إن فكرة الإحتمال تحول دون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة ولكن إذا زال هذا الإحتمال كانت مسؤولية الطبيب بتحقيق نتيجة كما في استعمال الأدوات والأجهزة الطبية وعمليات نقل الدم والتحاليل الطبية وعمل التركيبات الطبية وكذلك الإلتزام بضمان سلامة المريض [2].

لقد كان للتطور العلمي والفني وزيادة استخدام الآلات الحديثة وما ينطوي عليه ذلك من مخاطر للإنسان أثره الواضح على اتجاه القضاء المتزايد في التوسيع في تفسير أحكام المسؤولية عن حراسة الأشياء والتي تؤدي إلى الإضرار بالغير، بإسقاط ذات الأحكام على نطاق المسؤولية الطبية من جراء استخدام هذه الأدوات الطبية في عمليات العلاج والجراحة [3].

والأضرار المقصودة ليست تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة فحسب،بل يقع الإلتزام على الطبيب حتى باستخدام الآلات السليمة التي تحدث أضرار بالمريض،وهذا الإلتزام بتحقيق نتيجة،فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى ولو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه ،إلا أنه يستطيع التخلص من المسؤولية طبقا للقواعد العامة بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه [4].

وفي عمليات نقل الدم يجب أن يعطي المريض دم من فصيلة دمه ذاتها وأن يكون الدم خاليا من الأمراض لكي لا يصاب بأضرار جسدية،ويؤخذ الدم من المتبرع مباشرة أو من مصرف الدم فليلتزم الطبيب والمصرف حالة تقديم دم متعفن أو حامل لبعض الأمراض،لأن تقديم دم سليم من الطبيب والمصرف هو التزام بتحقيق نتيجة [5] وكما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن العقد المبرم بين إحدى المستشفيات (المشترط) ومركز نقل الدم (المتعهد)يتضمن في ثناياه اشتراطا لمصلحة المريض (المستفيد) إعمالا لقواعد الإشتراط لمصلحة الغير حقا مباشر يستمده من عقد لم يكن طرفا فيه [6].

---

[1]-ابراهيم علي حمادي الحلبوسي ،الخطأ المهني والخطأ العادي ،المرجع السابق ،ص52

[2]-نفس المرجع ،ص54

[3]/ أحمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية ،المرجع السابق ،ص212

[4]/نفس المرجع ص 213

[5]/ طاهري حسين ،الخطأ الطبي والخطأالعلاجي ،المرجع السابق ،ص27

[6]/ ابراهيم علي حمادي الحلبوسي ،المرجع السابق ،ص55

أما في التحاليل الطبية تعتبر هذه التحاليل من العمليات التي تقع على محل محدد تحديدا دقيقا،لذا فإن التزام الطبيب بالنسبة للتحاليل العادية التزاما بتحقيق نتيجة وهي سلامة التحليل ودقته،وتقوم مسؤولية الطبيب بمجرد حصول ضرر للمريض،ولا يستطيع الطبيب دفع المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يدله ويستثنى من ذلك التحاليل الدقيقة،كالتحاليل الخاصة بمرض السرطان ،حيث يعتبر التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية،والسبب في ذلك أن النتيجة احتمالية،ولا توجد فيها أصول علمية مستقرة ثابتة،كون هذه التحاليل دقيقة ولا يمكن الكشف عنها بسهولة [1]

أما بخصوص التحصين،فقد مر معنا عند الحديث عن المسؤولية الطبية في التطعيم أو التلقيح أنه التزام محدد يتمثل في سلامة المادة التي تقدم،بحيث يجب أن لا تؤدي إلى الحاق الضرر بالشخص الذي تقدم له،وهذا يعني أنه يجب أن يتأكد الطبيب من سلامة المصل وخلوه من الجراثيم وان يعطى بصورة صحيحة،أما عن مدى فاعلية هذا المصل، فهو التزام ببذل عناية،وبالنسبة للتحصين الإجباري الذي تقوم به الدولة ،فهي مكلفة بضمان سلامة المواطنين وتسأل الدولة عن ذلك باعتبارها متبوع

أما بالنسبة لتركيبات الأعضاء الصناعية فنتيجة للتقدم العلمي بدأ الإنسان بإستخدام الأعضاء الصناعية كوسيلة لتعويضه عما يفقده من أعضائه الطبيعية وما يصاب منها بعجز أو ضعف وتشير عملية تركيب الأعضاء الصناعية المسؤولة الطبية من جانبين،جانب طبي يتمثل في مدى فعالية العضو الصناعي وتناسبه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص الموجود لديه،وهنا يلتزم الطبيب ببذل عناية ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا ثبت تقصير من جانبه،والجانب الآخر هو مدى سلامة العضو الصناعي وجودته وهذه مسألة تقنية يكون التزام الطبيب فيها بتحقيق نتيجة،وهي ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته ومناسبته لجسم المريض،وعليه تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان العضو رديء الصنع أو لا يتفق مع مقياس الجسم أوسبب أضرار للمريض [2] وإلى جانب ذلك يضمن الطبيب سلامة المريض ويكون التزامه التزاما بتحقيق نتيجة ،وتضمن هذه السلامة داخل المستشفى،فإذا أمر الطبيب بإدخال مريض إلى المستشفى أو إلى صالة العمليات فعلية أن يتوخى سلامته من الأمراض المعدية [3].

[1]/منير رضا حنا ،المرجع السابق ،ص218
[2]/ابراهيم علي حمادي الحلبوسي ،المرجع السابق ،ص56
[3]/ نفس المرجع ،ص59

الفصل الثاني:

التدخل الطبي الحديث على جسم الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية

تمهيد:

إن التطور المتميز للعلم قلب بشدة الأوضاع التي كان يزعم القانون تنظيمها وكذلك قلب القواعد القانونية، حيث زعزعت التقنيات الطبية والتي سمحت باستخدام مواد الجسم أسس التطور القانوني ،مما أجبر رجال القانون التفكير وإعادة صياغة هيئاته التحليلية و مراجعه

ودائما ما تلتقي المستجدات الطبية صعابا شرعية من جهة اعتمادها في مصاف المباحات شرعا، حيث أنها تؤثر في الحياة الاجتماعية حركة تبادلية، الأمر الذي يجعل اتخاذ تنظيم تشريعي يضبط هذا التأثير بما يحقق العدالة وبما يحتكم إليه المجتمع من مرجعيات قانونية، دينية أمرا لازما ...ليلا يترك التجريب والبحث العلمي في أيدي العلماء المختصين وحدهم.

إننا نشهد اليوم ونحن على عتبة العصر التكنولوجي الرقمي تقنيات طبية لها خطورتها وأهميتها في شتى المجالات، وتؤثر على نطاق المسؤولية الجنائية لحماية الجسم البشري، ومن بين هذه التدخلات الطبية وعمليات التلقيح الاصطناعي(المبحث الأول) وعمليات تغيير الجنس (المبحث الثاني)

المبحث الأول: التلقيح الاصطناعي وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان

لما كان الإنجاب غريزة فطرية لا يمكن الاستغناء عنها كونه يحقق استمرار الأسرة ويحافظ عليها كمؤسسة اجتماعية، تتشكل وفقا لطبيعتها من الزوجين والأولاد بصفة أساسية، فإن فشل الأزواج في تحصيل الذرية لمانع في أحد الزوجين ،سواء الرجل أو المرأة أو كلاهما يؤدي بالضرورة إلى مشاكل وهواجس تهدد الحياة الزوجية واستقرارها ،ويلقي بظلاله وأثاره النفسية والصحية والاجتماعية عليها [1].

ويعد في بعض المجتمعات خاصة النامية وجه من أوجه النقض التي تلحق بالشخصية سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، وقد أتى في نصوص القرآن تسمية هذا المانع بالعقم.

قال تعالى :" لله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ،أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما إنه عليم قدير " [2]

ويختلف العقم عن التعقيم فالتعقيم هو " عملية جراحية ترمي إلى جعل الشخص ذكرا أو أنثى غير صالح للإنجاب " وكقاعدة عامة منع المشرع الجزائري التعقيم إذا تم اللجوء إليه بدون سبب مشروع، حيث تنص المادة 33 من مدونة أخلاقيات الطب بالمرسوم 92-276 على أنه: " لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون " أما العقم هو عدم القدرة على الإنجاب بالطرق الطبيعية "[3]

1/ علي محي الدين القره ،علي يوسف المحمدي ،فقه القضايا الطبية المعاصرة ،الطبعة الثانية ،دار البشائر الإسلامية ،بيروت ،لبنان ،2006 ،ص562

2/ سورة الشورى ،الآيتان ،49.50

3/مروك نصر الدين ،التلقيح الإصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ،بحث منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى " عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب " العدد الثاني ،السنة 1999 ،ص177 ،181

ونظرا لهذه المشكلة العويصة بدأ الطب يساعد على حل المشكلة بجدارة وجدية، ولم تقف عجلته عن التقدم في هذا المجال كما في غيره من المجالات الأخرى، فقد شهد تطورا كبيرا في التشخيص ووسائله، وفي العلاج وطرقه ومواده، سواء كان العلاج تدخلا جراحيا لإزالة العقبة أو معالجة وضع أو مرض كان يحول دون إتمام عملية الإخصاب، أو كان هذا العلاج دواء ينشط ويساعد على الإخصاب أو يعالج التهابا أو عقبة طبيعية غير عادية تحول دونه.

وإلى هذا الحد لم يكن الأمر ليجلب أنظار رجل القانون أو رجل القانون أو رجل الشرع للوقوف على مدى شرعية أو عدم شرعية هذا التدخل الطبي العلاجي، ولم يكن ليثير مشكلات كبيرة لكون هذا التدخل لم يخرج عن النطاق المألوف للمساعدة الطبية، فكان ينطبق عليه من القواعد القانونية والشرعية ما ينطبق عليها فيما يتعلق بمسؤولية الطبيب ودوره والحدود المسموح بها فيما يقوم به من علاج أو تجارب أو تدخلات جراحية.

إلا أنه ومنذ عام 1791 دخلت المساعدة الطبية على الإنجاب منعطفا مهما عندما ظهرت أولى عمليات ما يسمى (بالإخصاب الصناعي) كوسيلة فعالة لتكوين الجنين في حالة فشل الطرق العادية الأخرى للمساعدة الطبية، فاتحة عهد جديد من التدخل الطبي الحديث [1].

سوف نبحث هذا الموضوع بداية ببيان مفهوم التلقيح الاصطناعي (المطلب الأول) ثم مشروعية التلقيح الاصطناعي (المطلب الثاني) ثم شروط التلقيح الاصطناعي وما توفره هذه الشروط من حماية جنائية (المطلب الثالث)

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

أنه من المعلوم أن تخلق الولد إنما هو من السائل المنوي الذي يخرج من الرجل فيصل رحم المرأة المستعد للتفاعل، وقد يكون وصول الماء إلى رحم المرأة عن غير طريق الاتصال الجسماني المعروف، وهو ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي، ولما كان معرفة حكم الشيء فرعا من تصوره فإنه يجدر بنا في هذا المطلب بيان مختلف تعاريف التلقيح الاصطناعي (الفرع الأول) وأنواعه المختلفة (الفرع الثاني)

الفرع الأول :تعريف التلقيح الاصطناعي

التلقيح في اللغة من لقحت الناقة لقاحا، واللواقح من الرياح التي تحمل الندى تم تمجه في السحاب فإذا اجتمع في السحاب صار مطرا، قال تعالى: "وأرسلنا الريح لواقح " [2]

يطلق التلقيح الاصطناعي اصطلاحيا على التقاء الحيوان المنوي ببويضة المرأة بطريقة صناعية أي بغير الاتصال الجنسي المباشر بغرض الحمل، وبناء على ذلك يطلق على وضع الحيوانات المنوية في الجهاز التناسلي للمرأة، أو إخصاب بويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي [3]، ويعرف بأنه :" إدخال مني رجل في رحم امرأة بطريقة آلية "

[1]/ أحمد محمد لطفي أحمد ،التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2006 ،ص52 ،53

[2]/ سورة الحجر ،الآية 22

[3]/ أحمد محمد لطفي أحمد ،المرجع السابق ،ص59

أما الموقف التشريعي من تعريف التلقيح الاصطناعي فهناك من أعطى تعريفا له وأثر البعض ترك هذه المهمة للفقه باعتباره أولى بالاختصاص، واقتصر البعض الآخر على ذكر الشروط.

ولم يضع المشرع المصري تعريفا عاما للإنجاب الاصطناعي.

نظرا لعدم وجود تعريف جامع اجتهد الفقه في مصر وقام بوضع تعريفات متعددة له حيث ينظر كل فقيه إلى الإنجاب الاصطناعي من زاوية خاصة به ومن أهم هذه التعريفات :" الإنجاب الاصطناعي " هو " عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة وذلك بالتحقق من إدخال الحيوان المنوي الزوج إلى زوجته أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي " [1].

أما أطفال الأنابيب ،فهي أن يأخذ الطبيب عينة من الحيوانات المنوية للرجل ،كما تؤخذ بويضة من الزوجة ،ويضعها في مكان يشبه الرحم تماما في درجة الحرارة وجميع ظروفه، وبعد التأكد من إتمام عملية التلقيح، تزرع البويضة الملقحة داخل رحم الزوجة حتى يكتمل نمو الجنين وتتم عملية الولادة [2].

ولم يتخوف المشرع الفرنسي من وضع تعريف للتلقيح الاصطناعي وإن كان اللفظ مختلف حيث استخدم لفظ " المساعدة الطبية" وذلك في القانون المتعلق باستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية للإنجاب الاصطناعي الصادر في 29 جويلية 1994 المعدل لقانون الصحة العامة حيث تنص المادة 152-1 منه بأن " المساعدة الطبية على الإنجاب كل تصرف سريري أو حيوي يسمح بالحمل ضمن مخبر ،نقل الجنين ،التلقيح الاصطناعي وكذلك كل وسيلة تتمتع بنفس الأثر وتسمح بالإنجاب خارج السياق الطبيعي "

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد عبر عنه في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة [3].

بلفظ التلقيح الاصطناعي ولم يأت على تعريفه بل اكتفى ببيان شروطه التي سنأتي على بيانها لا حقا.

ومن خلال تعديل قانون الأسرة تبين أن المشرع قد اختار أن يساير العصر وأن يستفيد من التقنيات الجديدة المعاصرة، وأن يجد حلا لمعضلة عسر الإنجاب لدى عدد لا بأس به من الأزواج فقرر اعتماد التلقيح الاصطناعي كوسيلة من وسائل وطرق إثبات النسب كلما توفرت الشروط [4] ، ولاستجلاء التعريف أكثر بنا التعرف على أنواعه

الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي

يمكن التمييز بين نوعين من التلقيح الاصطناعي، نوع يجري على نطاق العلاقة الزوجية، ونوع يجري خارج نطاق العلاقة الزوجية وكلاهما قد يتم داخل الرحم، فيسمى تلقيح اصطناعي داخلي (أولا) أو يتم خارج الرحم، فيسمى تلقيح اصطناعي خارجي (ثانيا)

أولا: التلقيح الاصطناعي الداخلي

---

[1]/ علي محي الدين القره ،علي يوسف المحمدي ،فقه القضايا الطبية المعاصرة ،الطبعة الثانية ،دار البشائر الإسلامية ،بيروت ،لبنان ،2006 ،ص564،565

[2]/ حسن حسانين ،أحكام الأسرة الإسلامية ،الطبعة الأولى ،دار الآفاق العربية ،لا توجد بلد النشر ،2001 ،ص374

[3]/ الأمر 05-02 المؤرخ في 27 يوليو 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 الصادر في 1984/06/11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري

[4]/ عبد العزيز سعد ،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجائر ،ص2007 ،ص103

يثور التساؤل عن المقصود بالتلقيح الاصطناعي الداخلي وصوره، وبالتالي يجدر بنا تقسم هذه العناصر إلى النقاط التالية:

I.المقصود بالتلقيح الاصطناعي الداخلي:

يقصد بالتلقيح الداخلي عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لوجها أو لأحد الأغيار في المكان المناسب في المهبل، يستوي أن يكون السائل المنوي طازج Frais أو مجمد[1]. Congélé وإن كان النوع الأول يفضله الأطباء عملا لأن معدل نجاحه يكون أعلى مما لو استخدم سائل منوي مجمد ،كما أن استخدامه يثير قانونا وعمل بعض المشاكل[2].

II.صور التلقيح الاصطناعي الداخلي:

يتخذ التلقيح الداخلي عدة صور، بالنظر إلى أطراف العلاقة الزوجية أو بتدخل الغير، وحال حياة الزوجين أو الزوج. سنتولى بيانها كالأتي:

1.الصورة الأولى: التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين:

هو التلقيح عن طريق نقل الحيوان المنوي الزوج إلى زوجته وهو عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق نقل السائل المنوي لزوجها إلى رحمها، ويساعد هذا النوع من التلقيح على الاتحاد الطبيعي بين البويضة والسائل المنوي، ويمكن تشبيه هذا النوع بالتلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين [3].

ويتخذ التلقيح الداخلي بين الزوجين ثلاث حالات هي:

أ–الحالة الأولى: التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين في ظل الحياة الزوجية (حال الحياة)

هو استدخال ماء الزوج إلى داخل بوق رحم زوجته، بوسيلة طبية ليتحد مع بويضتها حال قيام العلاقة الزوجية، وذلك لاستحالة التلقيح الطبيعي، أو الإنجاب الطبي لأي سبب من الأسباب.

ب–الحالة الثانية: التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين بعد وفاة الزوج:

يقصد بذلك أن تأخذ الحيوانات المنوية أثناء الحياة الزوجية وقبل الموت، ويحتفظ بها في بنوك الحيوان المنوي، وبعد انتهاء الحياة الزوجية بالموت تعمد الزوجة إلى استرجاع الحيوان المنوي وإجراء التلقيح ليتم لها الحمل والإنجاب بحيوانات الزوج بعد الوفاة قد تكون أثناء العدة أو بعد انتهائها

ج–الحالة الثالثة: التلقيح الاصطناعي الداخلي للزوج المسافر والمسجون:يتم الالتجاء إلى التلقيح الاصطناعي إذا كان الزوج محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدى مما يحتمل معه أن يفقد المحكوم عليه أو زوجته القدرة على الإنجاب، فالإنجاب من الحقوق الشخصية التي نصت عليها المواثيق الدولية، وبعض الدساتير والقوانين الحديثة فلا

---

[1]/سعدى إسماعيل البرزنجي ،المرجع السابق ،ص .80. 81

2/ محمد المرسي زهرة ،الإنجاب الاصطناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ،دراسة مقارنة ،الناشر دار النهضة العربية ،القاهرة مصر ،2008 ص21

[3]/ ياسر حسين عطية ،نقل وزراعة الأعضاء بين التجريم والإباحة ،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المصري ،رسالة دكتوراه ،جامعة الإسكندرية ،ص250 .

يجوز حرمان المحكوم عليه من حقه في الإنجاب، لأن ذلك يؤدي إلى الزيادة في جسامة هذه العقوبة، وهو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات.[1]

2-الصورة الثانية: التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير:

يقصد به استدخال ماء رحم امرأة أجنبية عنه قد تكون زوجة أو أرملة لرجل أخر، وقد تكون مطلقة صاحب الماء، وقد تكون بكرا، أو باستعمال بويضة غير الزوجة أو بويضة ملقحة من متبرعين.

أ- **الحالة الأولى:** التلقيح الاصطناعي الداخلي بالحيوان المنوي رجل غير الزوج:

في هذه الحالة يؤخذ الحيوان المنوي من مانح بمقابل مادي أو بغير مقابل، ويحفظ في ثلاجات خاصة بواسطة النتروجين السائل عند درجة 180° مئوية تحت الصفر وذلك بعد فحص المانح، ويعطى ذلك الحيوان المنوي بعد تصفيته وتبويبه للنساء اللائي يرغبن في الإنجاب [2].

ب- **الحالة الثانية:** التلقيح الاصطناعي الداخلي ببويضة امرأة غير الزوجة:

يتم بتلقيح ماء رجل غريب عنها، وفي اليوم الخامس يتم غسيل الرحم، وإذا تم العثور على البويضة الملقحة تأخذ وتغرز في رحم الزوجة العاقر[3]

ت- الحالة الثالثة: التلقيح الاصطناعي الداخلي بالحيوان المنوي رجل وبويضة امرأة غير الزوج والزوجة.

يتم بتلقيح امرأة متبرعة بماء رجل متبرع وفي اليوم الخامس يتم غسل الرحم، وتأخذ البويضة الملقحة وتغرز في رحم الزوجة العاقر.[4]

ث- الحالة الرابعة: التلقيح الاصطناعي الداخلي لامرأة غير متزوجة:

إذا كانت المرأة الراغبة في الإنجاب غير متزوجة فيأخذ الحيوان المنوي من متبرع ويحقن في بوق رحمها.

ثانيا: التلقيح الاصطناعي الخارجي " طفل الأنبوب "

يتعين بيان المقصود بالتلقيح الصناعي الخارجي، أو كما يسمى "أطفال الأنابيب" ثم بيان صوره فيما يلي:

I. المقصود بالتلقيح الاصطناعي الخارجي:

هو الذي يتم فيه تلقيح بويضة المرأة بماء الذكر خارج جهازها التناسلي فإذا ما تم التلقيح أعيدت البيضة الملقحة إلى رحم المرأة.[5]

II.صور التلقيح الاصطناعي الخارجي: ويتخذ عدة صور تتمثل فيما يلي:

1. **الصورة الأولى:** التلقيح الاصطناعي بين الزوجين:

---

[1]/ مروك نصر الدين ،التلقيح الاصطناعي ،المرجع السابق ،ص196

[2]/ حسيني محمود عبد الدايم ،عقد إجازة الأرحام بين الحظر والإباحة ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،مصر ،2007 ،ص14 .

[3]/ نفس المرجع ،ص18

[4]/ أحمد محمد لطفي أحمد ،المرجع السابق ،ص113

[5]/ حسني محمود عبد الدايم ، المرجع السابق ص19

وهو أن تسحب الحيوان المنوي من الزوج وبويضة من الزوجة ويتم التلقيح خارجا ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة وذلك في حالة وجود عاهة بأن تكون قناة فالوب مسدودة كما يحدث لبعض النساء، ويتخذ بدوره ثلاثة حالات هي:

أ- الحالة الأولى: التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين حال الحياة الزوجين:

وهنا يكون الحيوان المنوي للزوج والبويضات الأنثوية لزوجته ويتم تركهما معا في وسط ملائم حتى يتم الإخصاب، ثم تزرع البويضة المخصبة داخل رحم الزوجة لتعلق في جداره وتنمو[1].

ب-الحالة الثانية: التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين بعد وفاة الزوج:

هو استخدام الحيوانات المنوية للزوج بعد وفاته، إذ توصلت الدراسات العلمية إلى إمكانية تجميد تلك الخلايا الإنسانية لفترة معينة تسبق تحللها، وتبقى خلالها صالحة للإخصاب وهنالك حالات يتم فيها تلقيح خارجي ومن ثم الحمل بعد وفاة الزوج[2]

2. **الصورة الثانية:** التلقيح الاصطناعي الخارجي بتدخل الغير

تقنية الإخصاب الخارجي خارج إطار العلاقات الزوجية لها حالات متعددة والقاسم المشترك بين هذه الحالات جميعها هو عدم عقد زواج يربط بين الرجل صاحب الحيوان المنوي والزوجة صاحبة البويضات[3].

المطلب الثاني: مشروعية التلقيح الاصطناعي

تعد البويضة الملقحة من أهم المنتجات البشرية على الإطلاق وأكثرها خطورة وحساسية إذا ما كان أصبحت محلا للممارسات الطبية والعلمية المستحدثة. فإن دراسة عمليات نقل هذه العناصر الآدمية بغرض التغلب عل مشكلة العقم ربما لأغراض علمية وتجارية محضة ما يحقق الغاية من استعراض أهم الجوانب والمشكلات القانونية والأخلاقيات التي تثيرها ولعل ذلك يرجع إلى ما تنطوي عليه هذه الممارسات من اصطدام ومساس بأكثر الأمور حرمة وأشدها حساسية لدى الفرد والمجتمع على حد سواء، وهي تلك التي تتعلق بالأعراض وقدسيتها والأنساب وحرمتها وعدم جواز اختلاطها[4]. ومن ثم يتوجب علينا التعرف على مشروعية مثل هذه التدخلات الطبية الحديثة قضاءا وقانونا (الفرع الأول) ومشروعية في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مشروعية التلقيح الاصطناعي في القضاء والقانون

نحاول في هذا الفرع بيان موقف كل القضاء والقانون المقارن (أولا) ثم موقف المشرع الجزائري (ثانيا)

أولا: موقف القضاء والقانون المقارنين

[1]/حسيني هيكل ،المرجع السابق ،ص263

[2]/ مروك نصر الدين ،التلقيح الإصطناعي ،المرجع السابق ،ص201

[3]/ ياسر حسين حسين عطية ،المرجع السابق ،ص262

[4]/ مهند صلاح أحمد فتحي العزة ،المرجع السابق ،ص233.234

ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى القول بأن التلقيح الاصطناعي يعتبر إجراء غير أخلاقي يعطي للزوج حق طلب الانفصال الجسماني La divorce فقد قضت محكمة "بوردو" في سنة 1883[1]

في قضية تتلخص وقائعها أن طبيبا رفع دعوى للمطالبة بأتعابه مقابل قيامه بإجراء عملية تلقيح صناعي عن طريق نقل مني الزوج إلى العضو التناسلي لزوجته، وكان الزوجان قد أقاما دعوى تعويض فرعية على أساس أن هذا التدخل لم يسفر عنه أي نتيجة، ورفضت المحكمة طلب الطبيب وقضت بعدم مشروعية هذه العملية لأنها تشكل خطرا اجتماعيا.[2]

وفي 28 ماي 1956 صدر قرارا من محكمة استئناف "ليون"[3] أكدت فيه كراهة هذه الوسيلة للإنجاب، وقالت:" إن عجز الزوج جنسيا، لا يبرر إلحاح زوجته عليه باللجوء إلى تلقيحها منه صناعيا لإشباع غريزة الأمومة فيها، لأن موافقته على ذلك ضعف في طبعه، نشأ عنه قبوله بهذه الوسيلة المهينة لكرامته...".

ولقد أدانت أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية الفرنسية سائر الصور ومختلف الوسائل التي توصل إلى التلقيح، غير تلك الصورة الجائزة والمقبولة شرعا وهي صورة تلقيح بويضة الزوجة والحيوان المنوي لزوجها، وكان ذلك بالقرار الذي اتخذته في مارس 1949 والذي جاء فيه:" إن هذا النوع من التلقيح لمعالجة عقم الرجل يثير في الأسرة عقبات كبرى من النواحي الأخلاقية والاجتماعية، من شأنها أن تجعلنا نوصي بعدم اللجوء إليه، ولمحاذيره النفسية العاجلة والآجلة..."[4].

كما أدانه عدد كبير من الفقهاء لأسباب قانونية، لأن مثل هذا لإخصاب، عملية تزوير في صك الولادة وأن هذا التزوير سوف يستمر تحت غطاء قرينة شرعية.[5]

لقد جاءت تشريعات العلوم الإحيائية الفرنسية الصادرة عام 1994[6]- سابقة الذكر- لتحدث ثورة تشريعية في مجال تقنين الممارسات الطبية الحديثة بالوجه عام، وما تعلق منها بالبويضات الملقحة على وجه الخصوص، والواقع أن هذه الثورة لم تأت وليدة العدم بل هي نتاج للمناقشات الفقهية الدءوبة التي سادت الأوساط القانونية الفرنسية بكافة مستوياتها على مختلف على مختلف أصعدتها وذلك منذ مطلع الثمانينات حيث ما انفك الفقه الفرنسي منذ ذلك الوقت يناقش ويجادل في مدى ضرورة مواكبة المشرع ما استحدث من ممارسات طبية وعلمية تجري ممارستها على أرض الواقع وتنال الجسم البشري في أدق مكوناته وأرقى عناصره.

---

[1]/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة ،المرجع السابق ،ص139-140

[2]/ مقتبس عن منير رياض حنا ،المرجع السابق ،ص471

[3]/ نفس المرجع ،ص471

[4]/ مهند صلاح أحمد فتحي العة ،المرجع السابق ،ص300 ،303

[5]/محكمة استئناف Aix – en provence عام 1985 ،مقتبس عن :حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،المرجع السابق ،ص366. 369

[6]/قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 1990/05/15 مقتبس عن ،سعدي اسماعيل البرنجي ،المرجع السابق ص157

و حسم القانون الفرنسي المسألة بنص المادة 16-7 من القانون المدني الفرنسي والمضافة بالقانون 94-653 التي نصت على عدم مشروعية استئجار الأرحام استنادا إلى عدم مشروعية المحل [1] فأي اتفاق حول الإنجاب أو الحمل لصالح الغير يكون مفروضا

وعلى نقيض توافر التنظيم السابق لوسائل الإخصاب الاصطناعي في التشريعات الفرنسية فقد بدا القانون المصري خاليا كلية من أية نصوص تعالج تلك المستجدات الإنجابية ،رغم أنها تشكل موضوعا حيويا وخطيرا لمساسها بقيم المجتمع الإسلامي ومفاهيمه الدينية، مما يستلزم تحديد ضوابطها ،وتنوير أحكامها وإلى أن يجيء الوقت الذي يصدر فيه المشرع المصري قانونا ينظمها، وقيام هذا التشريع بإحاطة كل الجوانب المتعلقة بها، فإنه يغتد بأحكام الشريعة الإسلامية والقواعد العامة للقانون المصري لمواجهة هذا النقض التشريعي والتي لن يعتد بها من الناحية العملية، لأنه لا يمكن توقيع أية إجراءات جنائية بها لردع محاولة خرقها من جانب الطبيب، أو المريض على السواء .

ثانيا : موقف القانون الجزائري

لقد اعترف المشرع الجزائري بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية للإنجاب مؤخرا في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 بتاريخ 2005/02/27 وسوف نتطرق إلى موقف أو مسلك المشرع قبل تعديل 05-02 ثم بمقتضى هذا التعديل فيما يلي:

I. مسلك المشرع الجزائري قبل تعديل 05-02

أن التطور الطبي لم يشمل تأثيره اختلافه عن الأطر التقليدية لممارسة العمل الطبي فحسب بل أن هذا التطور لم يكن بمعزل عن الإطار القانوني نظرا لتشعب المواد القانونية، فإنه يمكن حصر هذا التأثير على القوانين الأشد تأثرا وهو قانون الأسرة ،على اعتبار أن لعمليات التقليح الاصطناعي أثر بشكل مباشر على مسألة الزواج والبنوة [2] يعتبر الزواج هو الوسيلة للإنجاب ،وهو أساس النظام الاجتماعي كما جاء في المادة 04 من قانون الأسرة ،كما نظم قانون الأسرة ثبوت النسب الشرعي بناءا على وجود الزوجية بنص المادة 40 و41 من قانون الأسرة ،حيث جاء في المادة 40 في فقرتها الأولى: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون "، وتنص المادة 41 على أنه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة "

وعليه فإنه طبقا للتشريع الجزائري، يبقى الزواج الوسيلة الوحيدة للإنجاب في الجزائر طبقا لأحكام المادة 04 من قانون الأسرة، وهذا معناه أنه لا يمكن أن نتصور إمكانية اللجوء إلى الإنجاب الاصطناعي في غير العلاقة الزوجية ،لذلك يشترط في التلقيح الاصطناعي وقوعه ضمن رابطة صحيحة بحيث يمكن تشبيهه في هذه الحالة بالتلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوج وزوجته [3].

[1]/ ياسر حسين عطية ،المرجع السابق ،ص252 – 259

[2]/ مروك نصر الدين ،التلقيح الإصطناعي ،المرجع السابق ،ص214

[3]/ حسيني هيكل ،المرجع السابق ،ص212

II . مسلك القانون الجزائري بمقتضى تعديل 05-02

إن المشرع الجزائري أورد عبارة " أمكن الاتصال " في المادة 41 من قانون الأسرة ،ولا يعني ذلك أن المشرع اشترط حدوث الاتصال الجنسي بل هي طريقة من طرق إلحاق نسب الولد بأبيه ،وهي لا تنفي وجود سائل أخرى للحمل في غير التلقيح الطبيعي كالوسائل الحديثة.

ولا يشترط القانون ولا الفقه الإسلامي ضرورة الاتصال الجنسي حتى يستطيع الابن التمتع بنسب أبيه فالعبرة هي بحمل المرأة مني زوجها بصرف النظر عن الطريقة التي تم بها الحمل والذي على أساسه أباحت بعض أساليب التلقيح الاصطناعي الذي أجازه المشرع الجزائري صراحة بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي "

وما يمكن الفهم منها هو أن التلقيح الاصطناعي معترف به في قانون الأسرة الجزائري المستمد لأحكامه من الشريعة الإسلامية وبالتالي فهو مباح، لكن بالإطلاع على سير هذه العملية في بعض الدول التي أخذت به فإن هذه الفقرة تظهر قاصرة وتطرح عدة تساؤلات مثل: هل يمكن لأي زوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي دون إثبات الحالة المرضية ومحاولة العلاج أم فقط يجوز للأزواج الذين ثبت لديهم العقم نتيجة عيب سواء وجد عند الزوج أو الزوجة يمنع من تلاقي البويضات والحيوانات المنوية ؟

وهل أنه يتم إجراؤه بمجرد تأمين المبلغ المطلوب والاتفاق مع الطبيب أم لا بد من إجراءات تتبع في ذلك كضرورة المرور على لجنة طبية الأمر الذي يضمن حقوق المواطنين وتفادي التلاعب والنصب عليهم كما في حالة انعدام الحيوانات المنوية لدى الزوج تماما لا سيما أنهم ملزمون ببذل عناية لا بتحقيق نتائجه وهي حصول الحمل ؟ هذا من جهة ،ومن جهة أخرى السهر على ضمان احترام الشروط الشرعية فلا تلقح المرأة بماء رجل أجنبي عنها.

نجد القانون الفرنسي كما تطرقنا إليه سابقا نص صراحة على أن المساعدة الطبية ،التلقيح الاصطناعي تهدف أساسا إلى معالجة العقم الثابت طبيا وبالتالي فهو يشترط صفقة العقم في أحد أو كلا الزوجين وتقديم طلب المساعدة الطبية ليفصل فيها الأطباء الذين لهم إما رفضه أو قبوله بعد التشخيص الطبي للمرض.

ولقد أوضح المشرع الجزائري في قانون الأسرة عدم مشروعية استئجار الأرحام بنص المادة 45 مكرر فقرة أخيرة بقولها :" لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ،والتساؤل الذي يطرح هل تعسفنا أحكام الشريعة بقواعدها الكلية ومقاصدها لإضفاء وصف المشروعية على التلقيح الاصطناعي بكافة صورة وحالاته ؟

الفرع الثاني : مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي

إن موضوع التلقيح الاصطناعي موضوع جديد ولم يطرقه أحد من فقهاء السلف ولهذا كان من الصعوبة بمكان البت فيه بحكم قاطع جازم، إلا أن الخوض في البحث فيه بالاعتماد على مصادر الشريعة وقواعدها أمر مطلوب، بل إن الخوض فيه أصبح واجبا بعدما تم إحرازه من تقدم كبير في بحوثه لدى الطب الحديث ،والحل الأمثل أن يجري

البحث فيه من قبل جماعة من أصحاب الاختصاص في الطب والشرع من المأمونين في دينهم، ثم يعمل فيه بما ينتهون إليه من الحكم [1]

والبداية بمشروعية التلقيح الإصطناعي الداخلي (أولا) ثم مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي (ثانيا).

أولا : مشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي

وهي الصورة العامة للتلقيح الاصطناعي وانقسم الفقهاء في حكمهم إلى القائلون بالجواز والقائلون بالمنع.

I.مشرعية التلقيح الداخلي بين الزوجين

اختلف الفقهاء إلى اتجاهين ،حيث يرى الاتجاه الأول بالمنع وذلك لأنه يعتبر خرقا لقوانين الطبيعة ويتعارض مع نصوص القرآن الكريم ،كما أنه يرى بعض الفقهاء[2] أن التلقيح الداخلي لا يجوز وذلك لا يعتبر وطئا ولا تترتب عليه أحكام الوطأ وأن ذلك يتنافى مع ما شرعه الله ورضيه للبشرية ...إلخ .

غير أن القائلون بالجواز ،وماهو عليه جمهور الفقهاء واعتمدوا في إباحته وذلك لما يلي:

أن العقم مرض أي مانع يحول دون الإنجاب وبالتالي يمكن معالجته أي الأخذ بالأسباب والإعتقاد الجازم أن الأمر بقضاء الله.

أن العقم من المشاكل الاجتماعية وبالتالي فالتداوي من العقم واجبا إذا ترتب عليه حفظ النفس في أي من الزوجين.

العقم يقلل من عدد المسلمين ودين الإسلام يحث على الانجاب والتكاثر ...إلخ

وعلى هذا يتضح أن الإتصال الجنسي وإن كان هو الطريقة الفطرية لإيصال ماء الزوج لمهبل الزوجة لحصول الإنجاب، إلا أنه ليس هو الطريقة الوحيدة فالإخصاب يمكن أن يحدث أيضا بطرق اصطناعية معملية، ويترتب عليه نفس آثار الإتصال الجنسي في حالة الإستدخال والإخصاب الطبي، وهو في كلتا الحالتين يكون شرعا ما دام أن الماء المستدخل هو ماء الزوج وليس ماء غيره.

II.مشروعية التلقيح بين الزوجين للزوج المسافر والمسجون

الإخصاب خارج الجسم حال سفر وسجن الزوج مباح، تأسيا بما قلناه في الصورة الجائزة عند الحديث عن الإخصاب بين الزوجين ولكن ضمن ضوابط وشروط لا بد من الأخذ بها وهي:

أن تكون العلاقة الزوجية قائمة ، أن يتم برضا الزوجين ، أن تكون اللقيحة متكونة من الزوجين

1/ ماهر حامد الحولي ،الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي في أطفال الأنابيب ،بحث مقدم في اليوم الدراسي المنعقد في الجامعة الاسلامية غة ،كلية الشريعة والقانون المعنون " التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب بين العلم والفقه " المنعقد بتاريخ الثلاثاء 21 ديسمبر 2004 ص2004 ص158 - 159

2/ وهو قول ابن قدامى والبهوتي والشيخ مصطفى الزرقا ،حسيني هيكل ،المرجع السابق ،ص164

أن يتم نقل اللقيحة في رحم الزوجة صاحبة البويضة ،أخذ الضمانات والاحتياطات اللازمة دفعا للشبهة ومراعاة للدقة [1]

III.مشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير

تلقيح الزوجة بالحيوان المنوي لرجل آخر غير زوجها محرم شرعا باتفاق جميع الفقهاء، وذلك لتفادي إختلاط الأنساب، فإنه يحرم فعله ،والإقدام عليه من قبل الزوجين والمعالج ولا شك أن هذا الحكم محافظة على النسل الذي يعد من الكليات الخمس.

ثانيا: مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي

نتطرق لبيان مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي بكافة صوره، أي في صورة التلقيح الخارجي بين الزوجين، وبتدخل الغير، ثم في صورة استئجار الأرحام.

I.مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين

كانت هذه الصورة محل خلاف بين مؤيد ومعارض بالجواز أو المنع، وكان بالجواز وذلك للإستدخال بين الزوجين دليل على أنه لا يشترط الإتصال المباشر بين الزوجين لينتج الولد ،وأيضا لأن هذه العملية تتم وفق السنة الطبيعية لتكوين الجنين.

يمنع القائلون بتحريم التلقيح الإصطناعي الخارجي هذه العملية لتدخل طرف ثالث إلا أن المقصود بالطرف الثالث بويضة غير الزوجة أو مني غير الزوج أو زرع الأجنة في رحم غير الزوجة ،أما هنا فالعملية تتم بطريقة طبيعية ،فلا يتم انتساب الطفل خارج الرحم إنما تؤخذ البويضة والحيوان المنوي من الزوجين ثم يتم التلقيح في طبق مخبري ،ومن ثم رع اللقيحة داخل الرحم وتأخذ دورتها الطبيعية وهذا ما أثبته الطب الحديث [2].

أما بالنسبة لإختلاط الأنساب واحتمال الخطأ ،فقد وضع العلماء شروطا وضوابط تقتضي الحرص الشديد والمتناهي.

أما بالنسبة للتلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين بعد الوفاة فهي حرام وفق الأدلة التي سيقت عند الحديث عن التلقيح الإصطناعي الداخلي بين الزوجين بعد الوفاة فهي حرام وينصرف الحكم بالجواز للتلقيح في حالة الزوج المسافر والمسجون كما سبق ذكره.

II.مشروعية التلقيح الإصطناعي الخارجي بتدخل الغير

حرم العلماء الإخصاب خارج الجسم من غير أحد الزوجين بجميع صوره، وهذه الصور تلتقي مع الإستدخال بمضمونه، والذي هو انزال الرجل منيه فتستدخله امرأة في محل الحرث ،المقصود هنا المني غير المحترم، أي من أجنبي عن المرأة لا علاقة شرعية بينهما.

[1]/ لبنى محمد جبر ،شعبان الصفدي ،المرجع السابق ،ص84

[2]/ عبد الله ابراهيم موسى ،المرجع السابق ،ص133

ويلتقي مع الإستبضاع بمضمونه ،حيث يرسل الرجل زوجته إلى رجل آخر له صفات معينة من شجاعة وإقدام لتحمل منه ،وليكون المولود له صفات ذلك الرجل ،ثم إذا شاء الزوج رجع إلى وطئها.

ولقد حرم الإسلام الإستدخال في حال كونه بين غير الزوجين [1].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حينما نزلت آية الملاعنة " أيما امرأة أدخلت على قوم نسبا ليس منهم، فليس من الله شيء، ولن يدخلها الله الجنة ..."

ونرى من جانبنا أن التعامل في الجسم البشري بتنازل شخص عن عنصري حيوي ومهم من جسمه كالمني لإمرأة أجنبية عنه يتعارض تماما مع القواعد الكلية للشريعة الإسلامية والنظم القانونية ويتعارض مع نظام الأسرة، ولذلك لا بد من منع هذه التصرفات والتعاملات في العناصر البشرية بهذه الصورة الحيوانية ،بالإضافة إلى تعزيز أو معاقبة الفاعلين من مانحين ومتلقين وجميع الأطراف الفاعلة في العملية، ومراقبة ما تؤول إليه النطف المجمدة في بنوك المني.

III.التلقيح الاصطناعي الخارجي في صورة تأجير الأرحام

اختلف العلماء المعاصرون في حكم إجازة الأرحام على ثلاثة أقوال، حيث يرى القول الأول بجواز إجازة الأرحام مطلقا ،سواء صاحبة الرحم زوجة أخرى أم لا واستدلوا على: دليل من القياس حيث قاسوا الأم صاحبة الرحم على الأم من الرضاع من عدة وجوه: أن الله سبحانه وتعالى، جمع الحمل والرضاع في المدة اللازمة لهما في قوله تعالى: " وحمله وفصاله ثلاثون شهرا"

من الأدلة العلمية التي سيقت في هذا المجال هو أن الطب أجمع على أن الرحم ليس له دور في نقل الصفات الوراثية وبالتالي فهو لا يسهم في التكوين الجيني للطفل وإنما يقتصر دوره كحاضنة يحمي الجنين خلال نومه وإمداده بالأكسجين والغذاء ،فالإبن في هذه الحالة هو نتاج وراثي للوجة صاحبة البويضة والزوج صاحب الحيوان المنوي، ومن ثم فلا يوجد احتمال لوجود شبهة اختلاط الأنساب، ضف إلى ذلك أن نسبة نجاح هذه العملية أضمن من نقل الرحم من سيدة إلى أخرى [2].

أما القول الثاني فيرى بضرورة التفريق بين أن تكون المرأة صاحبة الرحم زوجة أخرى للرجل صاحب الحيوان المنوي، فإن كانت زوجة أخرى جاز إجازة رحمها وإلا فلا يجوز، وقد كان المجمع الفقهي قد أجاز هذه الصورة في دورته السابعة 1404هـ، بشرط الحيطة الكاملة في عدم اختلاط النطف، وأن لا يتم ذلك إلا عند قيام الحاجة، ولكن عاد المجمع وألغى هذا القرار في دورته الثامنة 1405 هـ [3].

وعلة الأمر أنه لا يتضح نسبه من جهة الأم هل هي صاحبة البويضة أم التي حملته؟ فصاحبة البويضة تكون عنصرا من عنصري اللقيحة التي يخلق منها الولد، وصاحبة الرحم هي التي تم الاستنبات في رحمها وتغذى بدمها وتحملت

[1]/ لبنى محمد جبر ،شعبان الصفدي ،المرجع السابق ،ص37

[2]/ حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،المرجع السابق ،ص363

[3]/ نايف بن عمار آل وقيان ،المرجع السابق ،ص20/15

آلام الحمل والمخاض، فهنا يتضارب ثبوت النسب بين المرأتين، وهذه الوسيلة إلى الشر والفساد والقول بغير ذلك سوف يفتح بابا لا تؤمن عواقبه.

ويرى القول الثالث أنه لا تجوز تأجير الأرحام مطلقا ولا فرق بين أن تكون صاحبة الرحم البديل زوجة أخرى للرجل صاحب الحيوان المنوي أم لا، وذهب إلى هذا القول جماهير العلماء المعاصرين حيث صدر قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر ،وقرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بعدم الجواز.

ومن خلال كل هذا يتبين لنا أن الشرع قد حرم هذا التعامل في جسم الإنسان لصون مجموعة من الأهداف منها حماية الأسرة وحفظ الأنساب، وبعد فراغنا من بيان مشروعية التلقيح الاصطناعي بكافة صوره وحالاته، واستجلاء من يحل منها لا وما يحرم ،فإننا يجب أن ننوه إلى أن التلقيح الاصطناعي بصورتيه الداخلي والخارجي وجد كحل للقضاء على مشكلة العقم لدى المرأة، إلا أنه أفرز العديد من المشاكل القانونية، لذا كان حريا أن يحاط بسياج منيع حتى لا تخرج هذه العمليات عن المنحى الذي وجدت من أجله، ومن ثم ينبغي دراسة الشروط أو الضوابط المقيدة لهذا الشأن الطبي وما توفره هذه الشروط من حماية جنائية، وتفصيل ذلك في المطلب الثالث.

المطلب الثالث: شروط التلقيح الاصطناعي وما توفره من حماية جنائية:

لقد نصت **المادة 45** مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة ورحم الزوجة دون غيرها.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

ويثور التساؤل عن نتيجة الإخلال بهذه الشروط في إطار الحماية الجنائية للجسم البشري، وعليه نتطرق إلى شروط التلقيح الاصطناعي وما توفره هذه الشروط من حماية جنائية الفروع التالية:

الفرع الأول: شرط وجود العلاقة الشرعية وما يوفره من حماية جنائية

نحاول أن نبين أن نبين في هذا الفرع شرط وجود العلاقة الزوجية (اولا) ثم ما يوفره هذا الشرط من حماية جنائية (ثانيا)

أولا: شرط وجود العلاقة الزوجية الشرعية:

العلاقة الشرعية هي الزواج باعتباره "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي.

من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" (المادة 4 من قانون الأسرة) [1].

[1]/ أحمد شوقي عمر أبوا خطوة ،المرجع السابق ،ص 145

لهذا يجب رفض عمليات التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية لما له من مخاطر سيئة بالنسبة للطفل والمجتمع.[1]

ولذلك يشترط في التلقيح أن تكون ضمن رابطة صحيحة و الزواج الصحيح هو الزواج المكتمل الأركان والشروط، وعليه لا يكون التلقيح الاصطناعي مشروعا ضمن زواج غير صحيح- باطل أو فاسد- وقد نص قانون الأسرة في الفصل الثالث من الكتاب الأول المعنون بالزواج الباطل والفاسد في المادة 32 على مايلي:" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"[2].

ونصت كذلك **المادة 36** من قانون الأسرة على أنه:"يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة".

ثانيا: ما يوفره شرط العلاقة الزوجية الشرعية من حماية جنائية:

بهدف تأمين احترام الحدود الموضوعية لتطور التقنيات الطبية وضع المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة عقوبات لمخالفة شروط المساعدة الطبية على الإنجاب، وبالنسبة لمخالفة شرط العلاقة المشروعة فقد يجري الطبيب العملية للزوجة معتقدا انه قام بتلقيحها بمني زوجها وهنا تنعدم المسؤولية في حقه بجهله الحقيقة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يحدد عقوبات لمخالفة الشروط القانونية للتلقيح الاصطناعي، وبالرجوع للقواعد العامة فإنه يمكن مساءلة الطبيب عن جريمة الفعل المخل بالحياء بالعنف المعاقب عليها في المادة 335 فقرة أولى من قانون العقوبات، وننوه في هذا الصدد أن التلقيح بهذه الطريقة غير جائز شرعا وقانونا لأنه يمس بالنظام الأسري ويهدد مصلحة المجتمع، ولهذا يعتبر لزاما على المشرع التدخل لتحريم الأفعال بنصوص خاصة في القوانين الطبية أو في قانون العقوبات أسوة بالقانون الفرنسي، أما بالنسبة للمشرع المصري فالأولى أن يصدر أحكاما منظمة لمثل هذه العمليات ثم بيان الجزاءات المترتبة عن مخالفة الضوابط القانونية.

وفي الشريعة الإسلامية يقول الدكتور محمود شلتوت " أن التلقيح الصناعي إذا كان المرء بماء الرجل لزوجه لا إثم فيه ولا حرج، أما إذا كان بماء رجل أجنبي عن المرأة لا يربط بينهما عقد زواج فإنه جريمة منكرة، وإثم عظيم يلتقي مع "الزنا" في إطار واحد، ولولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح تلك الحالة هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهية، ونزلت به كتب السماء"[3].

---

[1]- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص145.

- وتضيف المواد التالية ما يلي:

المادة 33 يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

المادة 34: كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء

المادة 35: اذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.

[33]- محمد شلتوت، التلقيح الاصطناعي، فتوى منشورة على إسلام أون لاين، بنك الفتاوى "اسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون"، بتاريخ: 2006/06/26 تاريخ الاطلاع: 2009/08/31. الموقع

Hatt:// www .islamonline.net/Arabic/shariah-corner/index .shtml

الفرع الثاني: شرط رضا الزوجين أثناء الحياة وما يوفره من حماية جنائية

هناك إجماع على أنه لا يجوز المساس بجسم الانسان إلا برضاه باستثناء حالات خاصة، ولا بد أن يكون هذا الرضا حر أي دون ضغط ولا إكراه مادي ولا معنوي ويجب أن يستمر الرضا حتى وقت التدخل الطبي[1]، لكن يثور التساؤل عن الرضا في عمليات التلقيح الاصطناعي فهل يشترط موافقة كلا الزوجين؟ وماذا عن امتناع أحد الزوجين وإلحاح الآخر في إجراء هذه العملية؟ وما هو شكل الموافقة؟ (أولا) وما هو اثر الرضا في الحماية الجنائية لجسم الانسان (ثانيا).

أولا: شرط الزوجين أثناء الحياة:

لكي يكون التلقيح الاصطناعي أمرا مشروعا لابد من الحصول على رضا متبادل من الزوجين، هذا الاتفاق المشترك هو الشرط الاساسي لمشروعية هذا الاسلوب الطبي، فكل زوج له أن يقدر تماما ما إذا كان التلقيح الاصطناعي يتفق مع عقيدته الدينية ومعتقداته الفلسفية، وما إذا كان يرغب حقيقة في إنجاب الأطفال عن هذه الطريقة. فالقرارالذي يصدر عنه في هذا الشأن هو قرار شخصي، ولا يعتبر التلقيح الاصطناعي الذي يجري برضا الزوجين سببا للطلاق، لان الوليد طفل شرعي ولا صعوبة فيما يتعلق بالبنوة[2].

تنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على أنه يخضع التلقيح الاصطناعي لشرط رضا الزوجين وأثناء حياتهما.

ولكن التساؤل يثور عن مصير الرابطة الزوجية في صورة القيام بهذه العملية دون احترام إرادة أحد الزوجين؟ وهل يمكن للزوج إجبار زوجته على القيام بالتلقيح الاصطناعي؟ وفي حالة رفضها هل يجوز الاستناد غلى هذا الرفض لإنهاء الرابطة الزوجية؟

تختلف الإجابة عن هذا بحسب ما إذا كان الأمر اشترط في عقد الزواج أو لم يشترط حيث أن نص المادة 19 من قانون الأسرة تخول للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى مقتضى العقد، فإذا نص على هذا شرط وهو التلقيح الاصطناعي، فإذا رفض أحد الزوجين يخول للآخر حل الرابطة الزوجية لكن عدم اشتراط ذلك يخول لأي من الزوجين رفض هذا التدخل الطبي ويمكن أن يكون ذلك سببا لفك الرابطة الزوجية[3]، يستند فيها الزوج لنص المادة 48 من قانون الأسرة، لأن الزوج صاحب العصمة وله أن يستعملها متى شاء – الطلاق– أما الزوجة فتعتمد في طلب التطليق على نص المادة 53 الفقرة العاشرة بقولها:" يجوز للزوج أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
2. كل ضرر معتبر شرعا.

[1] عبد الحميد اسماعيل الانصاري، المرجع السابق، ص.27.
[2] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 140-141.
[3]- مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق. ص 216-217.

وعدم الإنجاب ضرر يحرم أحد الزوجين أو كلاهما من الشعور بالأبوة والأمومة، ولم يوضح القانون شكلا معينا في الرضا وحينئذ يمكن الرجوع للشريعة العامة في القانون المدني[1] للبحث عن وسائل التعبير، فنجد عندئذ أن التعبير يكون بكافة الأساليب، بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو اتخاذ أي موقف لا يدع مجالا للشك في دلاله على مقصود صاحبه وقد يكون التعبير ضمنيا، إلا أننا نرى أن المنطق يقتضي أن يحرر الرضاء في الشكل الكتابي ليكون أكثر ضمانا وحجة على الأطراف الزوجين أو احدهما أو الطبيب في مجال الإثبات.

كما يجب أن يكون التغيير منجزا غير معلق على شرط معين، كأن يوافق الزوج على خضوع زوجته للتلقيح شريطة أن تنجب ذكرا، أو يتخلى عن الطفل إذا ولد مشوها، لأن هذه الشروط تجعل الاتفاق باطلا[2].

ثانيا: ما يوفره شرط رضا الزوجين أثناء الحياة من حماية جنائية:

إن رضا الزوجين بعملية التلقيح الاصطناعي هو الذي يبيح للطبيب إجراء هذا التدخل الطبي، فإذا تخلف رضائهما فإن الطبيب يسال مسؤولية جنائية.

هناك تشريعات لم تضع نصوصا جزائية تعاقب على الإخلال بشرط الرضا في إجراء التلقيح الاصطناعي وعليه لا مناص من الاستهداء بالقواعد العامة في قانون العقوبات.

فيثور التساؤل عما إذا كان الطبيب الذي يجري عملية التلقيح الاصطناعي دون الحصول على رضاء كل من الزوجين يعد مرتكبا لجريمة الاغتصاب؟ و في الواقع أنه لا يمكن اعتباره كذلك؛ أن الاغتصاب يتطلب اتصال رجل بامرأة اتصال جنسيا كاملا دون رضاء صحيح منها بذلك، ويعني الاتصال الجنسي الكامل التقاء الأعضاء التناسلية للجاني والمجني عليها التقاء طبيعيا تاما.

ويجب أن يكون هذا الاتصال الجنسي غير مشروع وبغير إرادة الأنثى، ويتأتى ذلك إذا كانت المرأة معدومة الإرادة أو فاقدة القدرة على المقاومة أو كان رضاؤها نتيجة لمكر أو خديعة أو انعدام القدرة إذا وقع على المرأة إكراه مادي أو معنوي[3].

و من خلال هذا يتبين أن أهم شرط هو الاتصال الجنسي الكامل وهو ما لم يتحقق في حالة التلقيح الاصطناعي بدون رضا الزوجة.

تنص المادة 339 قانون العقوبات الجزائري:" يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة، ثبت ارتكابها لجريمة الزنى. وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة، ويعاقب الزوج الذي

2- تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على : " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975. يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- خدام هجيرة، المرجع السابق، ص. 23

3- محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص. 132.

يرتكب جريمة الزنى بالحبس من ستة أشهر إلى سنة، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته ولا تتخذ إجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور".

ومن خلال هذا يتبين أن الشروط الموضوعية لهذه الجريمة ما يلي:

- الاتصال الجنس بالكامل بغير الزوج.
- قيام رابطة الزوجية.

ويتوافر القصد الجنائي متى ارتكبت هذا الفعل مع علمها أنها زوجة لرجل غير الزوج الذي وهبته نفسها.

ويرى البعض أن الاتصال البيولوجي عن طريق نقل اللقاح يعد بمثابة الوقائع أو الاتصال الجنسي الحكمي وهو يقوم مقام الاتصال الجنسي الفعلي[1]، واستدخال مني رجل غير الزوج في فرج امرأة يقترب من الزنى، إلا أنه يمكن اعتباره كذلك لأن هذه الجريمة تشترط الاتصال الجنسي الكامل.

كما أن حصول المرأة غير المتزوجة على حيوانات منوية محمية من أحد البنوك من أجل إنجاب الأطفال لا يتناسب مع جريمة الزنا في القانون الذي قصر العقاب على الأزواج.

ونستنتج مما سبق أنه لا يمكن إسقاط أحكام جريمة الزنا على مسألة الإخلال بضابط أو شرط الرضا بين الزوجين. و لذلك لا بد من صدور تشريع خاص يجرم الإخلال بضوابط التلقيح الاصطناعي على مستوى قانون العقوبات أو في قانون الصحة وترقيتها.

الفرع الثالث: شرط أن لا يكون هناك مجال لاختلاط الأنساب وما يوفره من حماية جنائية

إن عملية التلقيح تخضع إلى القاعدة العامة التي تحكم النسب "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

بمعنى الولد للزوج وللعاهر —وهو الزاني– الرجم عقوبة على جريمته ذلك إن عقد الزواج الشرعي يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين. لذا من اللازم دائما في هذه الحالات أن تلقح بويضة الزوجة بذات مني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره، و عليه نبين شرط عدم اختلاط الأنساب (أولا) وما يوفره من حماية جنائية (ثانيا)

أولا: شرط أن لا يكون هناك مجال لاختلاط الأنساب

إن عمليات التلقيح الاصطناعي تلتقي مع عمليات نقل الأعضاء الجنسية أو التناسلية من حيث المحاذير الشرعية المتعلقة باختلاط الأنساب في نقل الأعضاء الحاملة للصفات الوراثية كالخصية والمبيض، لأن البذرة الناتجة عن ذلك ستكون منسوبة للمصدر وهو الشخص المنقول منه. وهذا ما يؤدي إلى مشكلات من جهة النسب والنفقة والميراث والعلاقات الأسرية بين الوليد وأسرتي المصدر والمتلقي[2].

1- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.272؛ حسنين ابراهيم عبيد، تقرير حول التلقيح الاصطناعي من الوجهة القانونية، ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، من 2" إلى 2' نوفمبر 1994، مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق جامعة القاهرة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 1994،ص.143.

1 محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي "نقل وزراعة الأعضاء التناسلية " الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2001، ص. 133.

ولقد نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على انه:" يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يتم بمني الزوج وبويضة ورحم الزوجة دون غيرها.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

والواضح أن المشرع اعتبر أن هذين النقطتين شرطين مستقلين، إلا أننا نعتقد أنهما تشتركان في علة واحدة، وهي أن الإخلال بهما يؤدي إلى نتيجة مؤكدة تتمثل في اختلاط الأنساب، وأنه يؤدي إلى مشكلات من جوانب عدة: النسب والنفقة والميراث والعلاقات الأسرية. فتلقيح بويضة المرأة بمني شخص آخر غير زوجها أو تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها ثم زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى غير الزوجة أمر غير جائز شرعا، لأن الطفل ينسب لأبويه – أمه وأبيه– أمه التي حملته ووضعته وأبيه الذي هو من مائه.

ثانيا: ما يوفره شرط أن لا يكون هناك مجال لاختلاط الأنساب من حماية جنائية.

إن أي طفل يولد بالطريقة غير الشرعية للتلقيح الاصطناعي لا ينسب لأب جبرا، وإنما ينسب لمن حملته به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما، وتتقرر مسؤولية الطبيب في إجراء العملية إذا أخل بالشروط الكفيلة بحفظ الأنساب وعدم اختلاطها حالة عدم التزامه بالواجبات وتوقي الحذر من المحظورات:

- يجب على الطبيب أن يتأكد من أن طالبي علاج العقم بالتلقيح الصناعي زوجان كل منهما للآخر وأن يحصل على موافقتهما معا ورضائهما بالعملية، وفي حضور الزوج، ويحظر عليه إجراء هذه العملية بين غير الزوجين أو بغير موافقتهما ورضائهما معا أو بغير ضرورة.
- يجب على الطبيب أن يتأكد من سلامة عملية استخلاص البويضة من الزوجة والسائل المنوي من زوجها. ويحضر عليه تلقيح بويضة من امرأة بسائل منوي مستخلص من غير زوجها، أو أن يضع للزوجة بويضة امرأة أخرى ملقحة بالحيوان المنوي لزوج الأولى أو من غير زوج صاحبة البويضة[1].
- كما يحظر الطبيب وضع بويضة امرأة ملقحة بالحيوان المنوي لزوجها في رحم امرأة أخرى، تحمل نيابة عنها أو ما تسمى بالحاضنة أو الحمل بالنيابة لما يتضمنه هذا من معنى الزنا وتترتب ه نتائجه. ويجب ألا تنتفي مسؤولية الطبيب حتى مع ثبوت موافقة الزوجين عليها[2].

يحظر إنشاء أو الاشتراك في إنشاء ما يسمى "بنوك الأجنة" والتي تعتمد على تجميع البويضات المأخوذة من النساء وتلقيحها بالحيوان المنوي المستخلص من رجال آخرين غير أزواجهن، ثم الاحتفاظ بها مجمدة لفترة لحين الحاجة إليها لاستخدامها في نساء أخريات من راغبات الإنجاب، وهذا يعني أن النطفة المجمدة تنتقل لسيدة لا ترجع لها أصلا، ولا إلى زوجها. وطبيعي أن هذه الطريقة لا تبين أصل النطفة الحقيقي، أو النسب الحقيقي لها، والجنين الذي يخرج بهذه الطريقة سيواجه الحياة أي لقيط [3].

1/ منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.475.
1/منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 475,
1/ نفس المرجع، ص.475.

أما فيما يتعلق بالأم البديلة فإنه يثور التساؤل حول المسؤولية الجنائية في القانون الجزائري أو النصوص التي تجرم فعل الأم البديلة فإنه يثور التساؤل حول المسؤولية الجنائية في القانون العراقي أو النصوص التي تجرم فعل الأم البديلة على أساس قانون العقوبات. وإذا فتشنا في قانون العقوبات نجد نص المادة 316 يشير إلى أن:" كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر...خال من الناس... يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة...".

والمادة 321 "يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل...، أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته". ومن تحليل هذه المواد نجدها تتماشى مع نظام الأم البديلة ففي حالة النزاع حول الطفل الذي يولد مشوها ورفض الطرفين تسلمه يحتمل أن تترك الأم البديلة الطفل في اي مكان فتعاقب بنص المادة 316. والمادة 320 صالحة للتطبيق على جميع الأطراف المتدخلين في هذا النوع من التلقيح، والمادة 321 تتطابق مع الحالة التي تصرح فيها الزوجة صاحبة البويضة أن المولود ابنها لم تلده وإنما وضعته امرأة بديلة.

وبالرغم من تواجد هذه النصوص وإمكانية تكييف تلك الأفعال المخالفة للشروط إلا أنه يستحسن تدخل المشرع لسن نصوص تحرم هذا الأسلوب من التلقيح صراحة وتفرض عقوبات جزائية على الجناة بالنظر لحداثة هذه الموضوعات، وبذلك تساير النصوص القانونية سرعة التطور في الأعمال الطبية.

المبحث الثاني: تغيير الجنس وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان

أدى التقدم العلمي في مجال العلوم الطبية إلى إمكانية تحول بعض الأشخاص من جنس الذكر إلى جنس الإناث، والعكس. وهذا ما جعل صحيفة " ديلي نيوز" تنشر في عددها الصادر في أول ديسمبر 1952 نبأ تحول أحد الرجال المشهور عنهم حب المغامرة والمخاطرة على امراة على قدر من الجمال.[1]

ولا يعد الرغبة في التحول الجنسي من قبيل الأمراض العصرية بل أن أعراضه وظواهره قديمة قدم التاريخ. فقد روي عنها حكايات في أساطير الآلهة اليونانية القديمة. وكان هناك آلهة خاصة بطائفة الهندوس مسئولة عن وفرة هرمونات الذكورة ، بل قد أصيبت شخصيات تاريخية بهذا المرض مثل الإمبراطور الروماني "كاليجولا" والملك الانجليزي "هنري الثالث" والامبراطورة السويدية "كاترين".

وفي مقاطعة نابلس الايطالية خصصت عقوبة الإخصاء للأشخاص الذين يميلون غلى نفس جنسهم.

وظهرت ي العصر الحالي حركة تدعى Unisex وهي تنادي برفض كل تفرقة بين الجنسين وإباحة الحرية الجنسية[2].

ويرجع تطور الدراسات في هذا المرض إلى الطبيب (CauldWell) عندما نشر مقال له سنة 1952 تعر فيه إلى الإفصاح عن ذاتية هذا المرض ودراسة أسبابه، كما ساهم في تطور الدراسات المخصصة له التطور الكبير في مجال علم

- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.444.
- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، 445.

النفس والمعرفة بالغدد الصماء وفن الجراحة[1] ، ويتمثل العمل الطبي في مجال التدخل الجراحي قصد تغيير جنس شخص ما وتحويله إلى جنس آخر أنثوي أو ذكري، تغيير الجنس الذي ينتمي إليه ماديا بالجنس الذي يشعر بالانتماء اليه[2]، وذلك بإجراء عملية جراحية على جهازه التناسلي. الأمر الذي يؤدي إلى الاصطدام مع المبادئ المكرسة في مجال الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم، وهو أمر يؤدي إلى إشكاليات من نواحي عدة. ففي الأوساط القانونية يثور الجدل حول قانونية هذا الحدث[3]. فهل يعتبر أمرا جائزا قانونا أم لا؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة عنه؟ وفي الأوساط الطبية يثور التساؤل حول ما إذا كان يحق للطبيب إجراء هذه العملية؟ وما هي الضوابط والأصول الطبية التي يجب عليه إتباعها في مثل هذه الحالة؟ ومدى مساءلته فنيا وجنائيا إذا ما خالف هذه الأصول؟...

وفي الأوساط الدينية يثور النقاش حول تطابق أو تعارض هذه العمليات مع الأدلة الصريحة المحرمة أو المجيزة لهذه العمليات. مما يدل من الناحية العلمية على خصوبة الخوض في الموضوع. وللإجابة ن هذه التساؤلات نتناول مفهوم تغيير الجنس (المطلب الأول) ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل قانونية (المطلب الثاني) مشروعية تغيير الجنس (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم تغيير الجنس

يحتاج ضبط مفهوم تغيير الجنس إلى تحديد كنه أو تعريف هذا المصطلح (الفرع الأول) وفرزه عن غيره من المصطلحات المشابهة له (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف تغيير الجنسإن مصطلح تغيير الجنس يتكون من مصطلحين هما "الجنس" و "تغيير " ويقتضي بيان دلالة مجموع المصطلحين تحديد معنى المصطلحين كل على حدى؛ لأن بيان الشيء بيان لأجزائه.

أولا: دلالة كلمة جنس

يقال في اللغة جانسه: شاكله، وتجانسا؛ أي اتحدا في الجنس، والجنس، الأصل والنوع، والجنس أيضا هو الضرب من كل شيء، من الناس والطير وغير ذلك. والجنس في علم الأحياء هو أحد الأقسام التصنيفية، فهو أعلى من النوع، وأدنى من الفصيلة، ويطلق الجنس على أحد شطري الأحياء المتعضية؛ أي ذات الأعضاء مميزا بالذكورة أو الأنوثة.[4]

مصطلح الجنس يحتوي على العنصر الجيني (الوراثي) والعنصر الشكلي (التشريحي) والعنصر الهرموني، والعنصر النفسي، وتتميز هذه العناصر بالثبات والاستقرار في تحديد جنس المولود، وفي إيجاد شخصية متوازنة مظهرا وجوهرا.

ثانيا: دلالة كلمة تغيير

تستعمل كلمة تغيير في اللغة للدلالة على أكثر من معنى ولكن يمكن إجمال أهم تلك المعاني في الآتي:

- نفس المرجع، ص 456.
_ نفس المرجع، ص 454.
- جميل صبحي برسوم "التحول الجنسي وما يثيره من مشاكل قانونية"، بحث منشور في مجلة الميادين مجلة الدراسات العلمية في حقوق المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية، تصدرها جامعة محمد الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية)، وجدة، المغرب، العدد السابع، 1412ه، 1991، ص 47.
- ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، المرجع السابق، ص.43.

الاختلاف والتغيير فيقال غيرت الشيء فتغير، وتغايرت الأشياء، أي اختلفت، والتغيري انتقال الشيء من حالة لأخرى، ويأتي بمعنى التبديل وهو استبدال الشيء بغيره، وتغيير الصورة إلى صورة أخرى، والجوهرة بعينها، والإبدال تنحية الجوهرة، ويأتي بمعنى إصلاح الشأن والهيئة، والتحويل وهو تغير حال أو من مكان إلى مكان[1] .ولذلك يعتبر لفظ التغير أوسع وأشمل للدلالة على المراد من عمليات تغيير الجنس.

ثالثا: معنى تغيير الجنس

هو استبدال جنس الشخص بجنس آخر أي تغيير الجنس الطبيعي للشخص بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي[2].

ويشار إليه بالفرنسية Transsexualisme وينطبق على الأشخاص الذين يرغبون في استبدال جنسهم من الناحية الطبية، ثم تغيير حالتهم المدنية من الناحية القانونية، ليستطيعوا التكيف في مجتمعهم كنساء أو رجال وفقا لجنسهم النفسي بعد ترجيحه على الجنس البيولوجي والتشريحي[3].

ويستفاد من هذا التعريف أنه لا توجد اضطرابات عضوية أو عيوب خلفيه حيث يتوافق الجنس الظاهري مع الجنس الكروموسومي وجنس الأعضاء التناسلية الداخلية؛ أي أنه إما أن يكون رجل مكتمل الرجولة أو أنثى مكتملة الأنوثة، ولكن الشعور الداخلي بالجنس هو الذي يكون تجاه الجنس الآخر، ولذلك هناك حالتان من هذا النوع:

I. ذكر يريد أن يكون انثى Male Transsexual أو يشعر أنه أنثى، وهو رجل مكتمل الرجولة ولكنه يشعر بداخله أنه أنثى ويرفض أن يكون ذكر بل ويتصرف على أنه أنثى مع الناس مع حدوث اضطراب نفسي وكره شديد لأعضائه التناسلية الذكورية وشكله الجسدي الذكوري. وقد يلجأ إلى محاولة التخلص من أعضاءه التناسلية الذكورية ويتعاطى هرمونات أنوثة ويتعامل مع المجتمع على أنه أنثى[4].

II. أنثى تشعر أنها ذكر FemaleTranssexual وهي أنثى مكتملة الأنوثة عضويا ولديها دورة شهرية ولكنها تشعر في داخلها أنها رجل وتتمنى التخلص من أعضائها الأنثوية كالثدي. وقد تلجأ إلى تعاطي هرمونات ذكورة وترغب بشدة في إجراء جراحات للتحول إلى ذكر[5].

وهي عملية جراحية يتم فيها تغيير الاعضاء الظاهرية للذكر تشبه الأعضاء الظاهرية للأنثى أو العكس، حيث يقوم الجراح إزاء الشخص المراد تبديل جنسه، إن كان رجلا كامل الذكورة من الناحية الخلقية والجينية يقطع القضيب والخصيتين، وإحداث شق ببقايا كيس الصفن أشبه بفرج المرأة، ويعطي هرمونات الأنوثة لينمو الصدر، وربما اضطر إلى

- ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص40-41.
- جيلالي تشوار، "الأحكام الاسلامية في مسائل التغير الجنسي والاستنساخ البشري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلة فصلية يصدرها معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر ، العدد 36، 1998، ص29.

[3]- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 187.

- طه عبد الناصر، تغيير الجنس- تصحيح أو تأكيد الجنس أم ماذا؟ بحث منشور في الانترنت على موقع النقابة العامة لأطباء مصر، EgyptianMedicalSyndicateتاريخ الاطلاع: 2009/12/12 ص.1/1. الموقع: http://www.ems.org.eg/site-map.htm[4]

[5] طه عبد الناصر، المرجع السابق، 1/1.

زراعته. وبتاثير الهرمونات يتحول الصوت ليشبه صوت الأنثى، ويتغير توزيع الدهون في الجسم على هيئة توزيعها في جسم الأنثى[1].

وإن كان الشخص المراد تبديل جنسه امرأة كاملة الأنوثة من الناحية الخلقية والجينية، فإن الجراح يقوم باستئصال الثديين والرحم والمبيض، ويقفل المهبل ويصنع لها قضيبا اصطناعيا، يمكن أن ينتصب بواسطة تيار كهربائي من بطارية مزروعة في الفخذ عند الحاجة. وتعطي المرأة هرمونات الذكورة بكمية كبيرة لتغير الصوت إلى طابع الخشونة، ونتيجة لذلك ينبت شعر الوجه واللحية[2].

والتغيير هنا هو تغيير ظاهري بحث في الأعضاء، لا يحصل معه أي تغيير في الوظائف، فالرجل إذا تم تبديل بعض أعضائه إلى أعضاء الأنثى، ف'إنه لا يمكن أن يحيض أو يحمل لعدم وجود مبيض أو رحم، وبقطع ذكره وخصيته يكون قد فقد الانجاب إلى الأبد.المرأة إذا تم تبديل بعض أعضاءها ذكرا في الظاهر، فإنها لا تقذف منيا، ولا يكون لها ولد من صلبها.

الفرع الثاني: تمييز تغيير الجنس عن بعض مظاهر الانحراف الجنسي

بعد بيان المقصود من مصطلح تغيير الجنس يلزم من الناحية المعرفية فرز المصطلح عما شابهه من بعض مظاهر أو الانحراف الجنسي حيث تتشابه معه في بعض الأعراض والممارسات وذلك مثل: الشذوذ الجنسي (أولا) التخنث (ثانيا) التشبه بالجنس الآخر (ثالثا).

أولا: تغير الجنس والشذوذ

تتميز حالة الشذوذ الجنسي بخصوصية معينة، كما أن اغراضها تختلف عن ظاهرة التحول الجنسي. فالشذوذ الجنسي هو سلوك ناشئ عن النزوة المختارة أو التفضيلية لدى شخص بالنسبة للأفراد من نفس نوعه، أو هو ضغط جنسي موجه نحو الأفراد من نفس النوع[3]، ويمتد –عند رأي البعض–[4] هذا الشذوذ إلى الأفعال الجنسية الشاذة كاللواط والسحاق وإتيان الحيوانات والاستمناء[5]. والمراد من كل ذلك تمرد على النظام الطبيعي للحياة الجنسية[6].

ثانيا: تغيير الجنس والخنوثة:

[1] الشيخ عمر عبد الله حسن الشهابي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية، بحث منشور في الانترنت بتاريخ 1428/11/11 على موقع المسلم نت، تاريخ الاطلاع: 2009/12/12 ص.9/1، الموقع: http://almoslim.net/node

[2]- محمد علي البار، لوثة تحويل الجنس، بحث منشور على الانترت على موقع الدكتور محمد البار، ص.2/1، الموقع: http://www.khayma.com/maalbar

[3]- حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص187.

[4]- عبد الله ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص.101-104

[5]محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 4.

[6]الشيخ عمر عبد الله حسن الشهابي، المرجع السابق، ص. 9/2.

"التخنث بمختلف أصنافه يختلف عن التغيير الجنسي، فالتخنث أساسه إبهام جنسي أصلي أي أن الخنثى ضحية الطبيعة !! وذلك ما يبرر شرعا إجراء مختلف العمليات الجراحية عليه لتحديد الجنس الراجح. وعليه فإن الشخص محل التغيير هو جنس مورفولوجي مميز ومحدد تماما إلا أن يشعر نفسيا بأنه ينتمي إلى الجنس المضاد لجنسه الطبيعي؛ والمعنى شعور بالذات الأنثوية في جسم رجولي وذات رجولية في جسم أنثوي"[1]

والخنثى في الفقه الاسلامي "آدمي تظهر فيه علامات تدل على الأنوثة وعلامات أخرى تدل على الذكورة". فإذا غلبت عليه علامات الذكورة حكم بأنه ذكر، وإذا تبين أن علامات الأنوثة أغلب وأبين حكم بأنه أنثى. وفي بعض الحالات لا يتبين أغلبها فينتظر إلى البلوغ فإذا بلغ ولم يتبين أغلبها نكون أمام خنثى مشكل[2].

ثالثا: تغيير الجنس والتشبه بالآخر

يكون التشبه بالجنس الآخر حينما تبدو النساء في المظهر الخارجي كالرجال في ملابسهم وسلوكاتهم، أما تشبه الرجال بالنساء عندما يبدو الرجال كالنساء في هيئتهم الخارجية كارتدء ملبسهن والتزيين والتميع في الحديث، وإن غلب الظن على أن التغيير الجنسي يشبه مع هذه الصورة إلا أن الفروق واضحة كما يلي:

I. إن التشبه بالجنس الآخر هي مسالة وقتية وعارضة تنتهي بمجرد إشباع الرغبة المنحرفة. أما صورة تغيير الجنس فهي اقتناع تام بالانتماء للجنس الآخر.

II. إن المتشبه بالجنس البخر يعي هويته الجنسية البيولوجية ولا يرغب ف التخلص منها بينما حالة تغيير الجنس فإن الشخص لا يقتنع بوضعه ولديه شعور لا يقاوم بانتمائه للجنس الآخر وإحساس بالظلم والقهر يدفعه لانكار جنسه والتخلص من أعضائه التناسلية.

وفي حالة رفض الاستجابة لطلبه يلجأ إلى إحداث تشويه بنفسه أو الانتحار[3]. واكثر طالبي التحول الجنسي هم من الرجال بنسبة تصل إلى ثلاثة أضعاف من يطلبون التحول من النساء. والسبب في ذلك هو ان الجنين في الاصل يكون أنثى، ثم يحدث التغير في الرحم بسبب التعرض ولهرمونات الذكورة في مرحلة من مراحل النمو[4].

المطلب الثاني: ما يثيره الجنس من مشاكل قانونية

من الطبيعي أن تنشأ بعض المشاكل القانونية عن عملية التحول الجنسي التي أصبحت بفضل الأساليب الفنية المتطورة تجري في العديد من بلدان العالم، فتقوم بتغيير نوع الإنسان من ذكر إلى أنثى أو العكس، وهذه المشاكل تدخل تارة في إطار القواعد القانونية المدنية (الفرع الاول) وتارة أخرى في نطاق القواعد الجنائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ما يثيره تغيير الجنس في المسائل المدنية

---

[1] جيلالي تشوار، "الاحكام الاسلامية في مسائل التغيير الجنس في للصفحة 235 من هذه الرسالة.

[2]- حبيبة سيف سالم راشد الشامس، المرجع السابق، ص189.

[3]- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.457.

- محمد المهدي، التحول الجنسي.... بين موقف الطب ورأي الدين، بحث منشور في الانترنت على موقع إسلام أون لاين، الموقع:

[4] http://www.islqñonline.net/Arabic/index.shtml

لا تخصص معظم القوانين لظاهرة تغيير الجنس أو حتى الخنوثة تشريعا خاصا ولكن من خلال نصوص متفرقة يتبين أن تغيير الجنس يؤدي لا محالة لاضطراب النصوص القانونية المشكلة لأحكام الخاصة بجنس الذكورة والأنوثة. وذلك في المسائل المدنية (اولا) وفي قانون الاحوال المدنية وقانون الاسرة (ثانيا).

أولا: في قانون الحالة المدنية

يلعب نوع الانسان من حيث الذكورة والأنوثة دورا هاما إذ به تتحدد حالة الانسان من حيث الاسم والجنس...الخ. فإذا تغير الشخص من ذكر لأنثى والعكس كان من المحتم تغيير جميع بيانات الشخص المتحول بعد لإجرائه عملية التحول لتتناسب مع حالته الجديدة[1]. تنص المادة 28 من قانون الحالة المدنية بانه:" يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فاكثر ولقب الشخص يلحق اولاده.

يجب أن تكون الأسماء جزائرية وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للاطفال المولودين من أبوين غير مسلمين.

يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية".

ثانيا: في قانون الأسرة:

خصصت قوانين الأسرة في البلاد الاسلامية أحكاما خاصة بكل من الذكر والأنثى في مواطن عديدة من بينها:

- في مجال الزواج جعلت قوانين الأسرة الزواج بوصفه ميثاقا غليظا عقد بين ذكر وأنثى، رجل وامرأة بهدف تكوين أسرة وحصانة للزوجين والمحافظة على الانساب. فقد نصت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري أن الزواج" هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي". وبالتالي تتباين الأحكام المترتبة عن الخطبة باعتبارها وعد بالزواج.

ولهذا التباين في أحكام الزواج بالنسبة للزوج والزوجة تضطرب الأحكام القانونية عند تغيير الجنس.

كما تختلف في حالة جراحة الخنوثة وتطبيق هذه الاحكام على الخنثى الذي خضع لعمل جراحي يختلف تبعا لما إذا كان الجنس الراجح لديه ذكرا أم أنثى[2].

ويؤكد الأطباء الجراحون أن الخنثى الذي يرجح فيه جانب الأنوثة يمكن أن تنجب أطفالا بشكل طبيعي. في حين أن الخنثى الذي يرجع فيه جانب الذكورة يبقى في معظم الأحيان عقيما. فغذا خضع الخنثى لعملية جراحية أدت إلى ترجيح جانب الذكورة فيه، واستطاع بعد ذلك أن يتزوج، يمكن للزوجة – في مثل هذه الحالة– أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها للعلل [3].

- **وفي مجال الحضانة** فإن قانون الأسرة كغيره من قوانين الاحوال الشخصية الأخرى رتب حضان الأبناء –مع بعض الاختلافات– باسنادها غلى الأم ثم الأب ثم الجدة لأم، ثم الجدة لاب، ثم الخالة، ثم العمة ثم الأقربون

[1]- جميل صبحي برسوم، المرجع السابق.ص.57.

- فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السور، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، تصدر عن قسم القانون الخاص كلية الحقوق [2]جامعة دمشق، المجلد 19 العدد الثاني، 2003، ص.65.

[3]- فواز صالح، المرجع السابق، ص.67.

درجة [1]. وتنقضي الحضانة باختلاف الذكر والأنثى بمضي 10 عشر سنوات بالنسبة للذكر وبلوغ الانثى سن الزواج، وللقاضي إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية أن يمدد حضانة الذكر إلى 16 ستة عشر مع مراعاة مصلحة المحضون[2].

وبإسقاط هذه الأحكام على وضع المحضون المغير جنسيا تتباين الأحكام إذا كان المغير من ذكر إلى أنثى أو العكس، وكذلك الأمر إذا كان خنثى خضع لعمل جراحي أدى إلى ترجيح أحد الجنسين.

وفي مجال النفقة فإنه من المقرر شرعا وقانونا أن نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال باختلاف بين الذكور والإناث، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولة للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب. وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة.[3]

ومن خلال هذا العرض يتبين حجم الاضراب في النصوص القانونية عند تغيير الجنس أو ترجيح أحد الجنسين بالنسبة للخنثى بالنظر غلى تباين الأحكام بين الذكر والأنثى.

وفي مجال الإرث تتباين أحكام الذكر عن الأنثى لقوله تعالى:" يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"[4]. ونصت المادة 155 من قانون الاسرة المتعلقة بالعاصب بغيره، وهي كل أنثى عصبها ذكر، فجاء في الفقرة الأخيرة" وفي كل الأحوال، يكون الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين".

ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على أحكام الارث الخاص بالخنثى، ولكن المادة 222 منه تنص بأنه كل ما يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى الشريعة الاسلامية.

وتجدر الاشارة إلى أن المذاهب الفقهية الأربعة اختلفت في بيان الحصة التي يستحقها الخنثى من الإرث. وهذا الخلاف يثور فقط بالنسبة للخنثى المشكل الذي لا يمكن ان ترجع فيه لا للذكورة ولا الأنوثة .

ففي المذهب الشافعي يستحق الخنثى أقل الحظين، باعتباره ذكرا أو أنثى، وكذلك الحال بالنسبة لبقية الورثة ويوقف الباقي إلى ظهور حاله، فإذا لم يظهر، يوزع الباقي بين الورثة بالاتفاق، أما بالنسبة للمذهب الحنبلي فقد أخذو بنفس الحكم، ولكنهم ذهبوا غلى انه كان ميؤوسا من كشف حال الخنثى، عندئذ يستحق نصف النصيبين[5]. وذهب المالكية غلى أن الخنثى المشكل يستحق في جميع الأحوال الوسط بين نصيبي الذكر والأنثى. أما المذهب الحنفي، يستحق الخنثى أدنى حظيه، باعتباره ذكرا أو أنثى ويستحق باقي الورثة أفضل الحظين، وذلك عندما يتأثر نصيب

[1] المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.
- المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري.
[3]- المادة 75 و 76 من قانون الاسرة الجزائري.
[4]- سورة النساء، الآية 11.
[5]- فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق.ص. 65.

ونصيب بقية الورثة بجنسه[1]. ومن هنا يتبين أثر تغيير الجنس في اضطراب الاحكام القانونية سواء لمغيري الجنس أو الخنثى.

الفرع الثاني: ما يثيره الجنس من مشاكل في المسائل الجنائية

بصرف النظر عما يتعرض له الشخص المغير جنسيا من مخاطر طبية، فإن التحول الجنسي يثير بعض المشاكل أيضا من الناحية الجنائية، إذ أن إجراء عملية التحول في حد ذاتها تعد من الاعمال الماسة بعناصر الحق في سلامة الجسم لإخلالها بعناصر التكامل الجسدي للمتحول. فهذه العملية تقتضي إجراء بعض الجراحات الجهاز التناسلي للمتحول كإزالة لخصية لدي الذكر المغير وإزالة عضو التذكير لديه.

ومن هنا يثور التساؤل عم إذا كان الفعل الذي يمس حق الانسان في سلامة جسمه يعد مباحا لا ينال فاعله أية عقوبة، أم انه يظل مؤثما بمقتضى نصوص القانون الجنائي؟

إننا ونحن في صدد عرض المشاكل التي يثيرها تغيير الجنس في المجال الجنائي لا نود الإجابة عنها لنرجئ ذلك للحديث عنها في معرض تفصيلنا لمشروعية تغيير الجنس كما ينبغي، ولكننا نود أن نضع الصورة واضحة بطرح التساؤلات التي قد تثور في هذا المجال.

يثور التساؤل حول الغرض من القيام بعمليات تغيير الجنس وتعارضها مع الشروط الطبية والمتمثلة في السند القانوني – ترخيص بإجراء العمل الجراحي– للقيام بهذه العمليات. ثم أنه من بين شروط مباشرة الاعمال الطبية توافر قصد الشفاء، فهل يتوافر قصد الشفاء لد الطبيب الذي يباشر العمل الجراحي قصد تغيير الجنس؟

كما يثور التساؤل عن شرعية هذه العمليات الطبية ومدى تعارضها مع فكرة النظام العامة والآداب العامة وبالتالي لا يجوز مخالفتها ويعتبر الاتفاق على مخالفتها باطل. أم أن فكرة نسبية مرنة لا يمكن الاعتماد عليها؟

وبفرض عدم وجود السند الطبي؛ أي الشرط والشروط الموضوعية لإباحة الأعمال الطبية فهل يمكن تبريره على سند من رضاء المجني عليه؟ إذ أن الشخص الذي يرغب في تغيير الجنس يرتضي إجراء هذه العملية رغم ما فيها من مساس بالتكامل الجسدي، وهل له الحق في تخويل الغير حق المساس بسلامة جسمه؟ بحيث يكون هذا المساس مباحا استنادا إلى رضاء المجني عليه، لما له من أثر في المسؤولية الجنائية.

تستند بعض الوظائف الاجتماعية التي يضطلع بها الانسان من خلال نوعه ذكرا أو انثى ومن المفروض أنه لا يملك بإرادته المنفردة الانتفاض من قدرته على القيام أو الاخلال بها. ومن الامثلة على هذه الوظائف الاجتماعية، وأن الذكور يكلفون باداء الخدمة العسكرية. فإذا ما تغير الشخص برضاه فإن المجتمع لا يستطيع اقتضاء هذه الوظيفة الاجتماعية منه، فهل يعتبر هذا إهدار لمصلحة المجتمع في البقاء والدفاع عن سلامة أراضيه؟

وبفرض أن هذه العمليات الطبية لا يمكن تبريرها بالحق في ممارسة مهنة الطب أو برضاء المجني عليه، فهل يمكن تبريرها وفقا لحالة الضرورة، سواء لضرورة طبية أو نفسية أو اجتماعية؟ وماهي موقف النصوص الجنائية المتعلقة بحماية الجسم

[1]- مقتبس عن: فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق، ص.65.

البشري من كل هذا؟ ومن خلال هذا العرض يتبين حجم الاضطراب التي تحدثه العمليات في إطار الحماية الجنائية للجسم البشري، مما يعني ضرورة بحث مشروعية تغيير الجنس من كافة الجوانب.

المطلب الثالث: مشروعية تغيير الجنس

قبل الحديث عن مشروعية التغيير الجنسي لا بد من استبعاد حالة الشخص الذي اجتمعت فيه ظاهريا علامات الذكورة والأنوثة، واستلزمت حالته الصحية ضرورة التدخل الجراحي لإظهار أو الكشف عن الجنس الحقيقي المطمور، وهي حالة الخنثى التي نكون بصدد علاج عضوي لا يمكن وصفه بتغيير الجنس، والخنثى نوعين:

النوع الاول: الخنثى غير المشكل: وهو الشخص الذي يرجح فيه غما جانب الذكورة وإما جانب الأنوثة.

النوع الثاني: الخنثى المشكل: وهو الشخص الذي لا يمكن أن ترجح فيه لا جانب الذكورة ولا جانب الأنوثة، بحيث يستوي فيه كلاهما معا.

ولا تثير حالة الخنثى غير المشكل أية مشكلة، حيث إنه يمكن أن يخضع للمعالجة، وأن استدعى الأمر، لإجراء عمليات جراحية تؤدي إلى ترجيح الجانب الغالب فيه بشكل نهائيوتدخل هذه المعالجات الدوائية والجراحية في باب التداوي والتطبيب[1].

أما بالنسبة للخنثى المشكل، فالأمر ليس بهذه السهولة، فالأمر ليس بهذه السهولة، لكن مع التقدم العلمي الهائل والثورة البيولوجية الجزئية والهندسة الوراثية التي طبعت أواخر القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين، أجاز علماء الشريعة الرجوع إلى الخبرة الطبية لتحديد الصفة الغالبة لدى الخنثى، فإذا أشكل الأمر، يجب أن تراعى أولا الجهاز التناسلي الداخلي فهو الأساس في تكوين الانسان، ولا يعول على الأجهزة الخارجية، ويجب أيضا مراعاة الأحوال النفسية عند الولد، كذلك عند والديه قبل البلوغ. وإذا أقرت الخبرة الطبية ضرورة إجراء عمليات جراحية، فلا مانع من ذلك[2].

ولقد بحث مجلس كبار العلماء [3] وقرار مجمع الفقه الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي [4]. الذي أصدر في دورته الحادية عشر وقرر فيه ما يلي:" أنه من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، ينظر فيه الغالب في الحالة، فإن غلبت عليه علامات الذكورة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء كان العلاج بالجراحة أو بالهرمونات لما في ذلك من مصلحة عظيمة ودرء لمفسدة"

أما ما نحن بصدد بحثه ومناقشته لا يتعلق بمجرد تصحيح الجنس وإنما بتغييره بفرض عدم اختلاط عناصر الذكورة والأنوثة، وعليه يستدعي الأمر بيان المواقف الفقهية والقانونية والقضائية للتعرف على مدى مشروعية التدخل الطبي

[11]فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق، ص.57.
[2] نفس المرجع.ص. 57.
[3]حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق.ص.195.
-[4] حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق.ص.195.

لتغيير الجنس. تجدر الإشارة إلى أن المواقف تضاربت بين من يرى بمشروعية هذا التدخل الجراحي (الفرع الأول) وبين من يرى عدم مشروعيته (الفرع الثاني).

الفرع الاول: مشروعية التدخل الطبي الجراحي لتغير الجنس

تجدر الملاحظة أن الأنظمة القانونية قد تباينت في وضع الأساس القانوني لهذه الأعمال، ففي إطار الأنظمة التي أقرت بمشروعية التحول الجنسي، استندت إلى إباحتها والمساس بعناصر السلامة الجسدية على النصوص القانونية التي تقرها. وعليه نتطرق إلى المواقف الفقهي القانوني والشرعي (أولا) ثم الموقف القانوني المبيح (ثانيا) فالموقف القضائي المبيح (ثالثا).

أولا: الموقف الفقهي القانوني والشرعي المبيح

وجد جانب من الفقه القانوني أساس للقول بمشروعية التحول الجنسي لعدة فروض، كما وجد بعض الفقه الشرعي مخارج ضمن قواعد الشريعة للقول بإباحتها.

I.الموقف الفقهي القانوني المبيح:

يرى جانب من الفقه القانوني[1] أن عمليات تغيير الجنس تعد عملا مشروعا لما تحققه من توازن في الهوية الجنسية؛ لأن الأسباب النفسية ضرورة ملحة. خاصة إذا علمنا أن هذه الجراحة هي المنفذ الوحيد بعد فشل العلاج الهرموني والكيميائي والنفسي، مما يرفع الحرج في التسليم بضرورة إجراء العملية لإحداث التوافق بين الجنس التشريعي والنفسي ويجنب المريض محاولات الانتحار والتشويه الذاتي فضلا عن المعاناة اليومية والضغوط النفسية[2] ولقد وجد هذا الجانب أساس لدعواهم بنقاط عدة:

1. إن القول بمشروعية التدخل الطبي الجراحي لعمليات تغيير الجنس يعتبر انعكاسا للحرية التي يتمتع بها الإنسان على جسمه. "فالانسان موهوب بالارادةوهو مالكها". كما لا يمكن الاحتجاج بحجم المضرة بالسلامة الجسدية؛ لأن صاحب الجسد أدرى بمصلحته.

2. لا يجوز الاستناد إلى مبدأ الحرمة الجسدية المطلقة؛ لأن هذا المبدأ المقدس لم يصمد في مواجهة المد الطبيعي للتطور الطبي، حيث اعترف الفقه أن هذا المبدأ قد نزل من برجه العاجي. وبالتالي فتغيير الانسان لجنسه يدخل ضمن التعامل المشروع في الجسم البشري، وليس فيه ما يتعارض مع الحماية الجنائية له[3].

3. إن القول بمشروعية تغيير الجنس من شأنه أن يشجع الأطباء في الكشف عن كثير من الأمراض ومعرفة سببها. ولقد عبر الاستاذ hambuger عن ذلك بقوله: " أن الامتناع عن ممارسة أي تقدم في المجال الطبي، بحجة المخاطر التي من الممكن أن تتعرض لها البشرية، من شأنه أن يؤخر الطب خمسين عاما"[4]

[1]- محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص545.ض
[2]حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق.ص.198
[3]نفس المرجع، ص199 -
[4]نفس المرجع، ص199.

4. إن التدخل الطبي بخصوص هذا التصرف أيا كان نوعه سواء بتعاطي الهرمونات أو بإجراء الجراحة لا يمكن أن يجري قسرا، بل أنه يستمد مشروعيته من الرضاء الحر المستنير الصادر عن الشخص، فضلا عن الشروط الجوهرية في العمل الطبي المتمثلة في قصد الشفاء وذلك بتخليص المريض من الألم وإعادة التوازن النفسي والعضوي؛ لأن مفهوم الصحة لم يعد يقف عند حدود الصحة البدنية فحسب بل الصحة النفسية باعتبارها الوجه الثاني للعملة الواحدة[1].

من خلال الأسانيد التي اعتمد عليها هذا الاتجاه يمكن تلخيص المزاعم الموهومة التي اعتمد عليها هذا الاتجاه، حيث تقتصر على مايلي:

أ. إن تغير الجيني تطبيق للحرية الفردية التي يتمتع بها الشخص على جسده.

ب. وجوب تشجيع الأطاء على غزو الجسم البشري ليلا يكون عكس ذلك عائق على التطور الطبي والإفادة من منافعه.

ت. رضا الشخص بالايذاء مبرر كاف لانعدام مسؤولية المعتدي.

ث. توافر قصد الشفاء في هذا العمل الطبي الجراحي.

ولنا حيث آخر عند التعليق والنقد الموجه لهذه المزاعم والأسانيد في معرض الحديث عن الموقف الفقهي القانوني المحرم لجراحة تغيير الجنس.

II.الموقف الفقهي الشرعي المبيح

هناك من الآراء الشرعية من يبيح عمليات التحول الجنسي استنادا إلى أن الترانسكس أو التحول الجنسي وهو انفصام حاد بين النفس والجسد، وهو مرض كما يصرح الأطباء وليس مجرد نزوة شيطانية. وقد ورد في دائرة المعارف البريطانية بأن هذا المرض يستمر لسنوات طوال وعلى الأغلب العمر كله، مع خطورة تطور للاكتئاب والوصول إلى الانتحار. وهو يبدأ في مرحلة مبكرة قبل البلوغ، إذ لا علاقة له بالرغبات الجنسية ويستمر حتى إجراء الجراحة وإن كان لا ينتهي تماما بها.

وقد استند الراي الشرعي المبيح لهذه العمليات على التحقيقات العلمية الموسعة واستنادا الى لخبرة الطبية. وفي بيان الأسانيد الشرعية التي اعتمد عليها الرأي المبيح فإننا نعتمد على فتوى سماحة الشيخ فيصل المولوي (المنشورة على موقعه) حينما سئل عن تغيير الجنس.

1. أنه ثبت برأي جمهور الأطباء وجود حالة مرضية عند بعض الناس سموها (الترانسكس) وهي انفصام حاد في الحالة الجنسية بحيث تكون مظاهر الجسد باتجاه جنس معين، بينما تكون مشاعر النفس بالاتجاه المعاكس، وأن هذه الحالة المرضية تشتد بحيث تصبح حياة صاحبها جحيما وقد يفكر بالانتحار، وأنه قد تفشل كل وسائل العلاج النفسي، ولا يبقى أمام الطبيب إلا إجراء جراحة التحول الجنسي[2].

[1] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.460

[2] - فيصل مولوي، حكم عمليات تغيير الجنس، الموقع: hatt:// www .mawlawi.net /default.asp

2. في مثل هذه الحالة تتحقق شروط الضرورة الشرعية التي تبيح المحظور بإجماع العلماء لخلاف بينهم محصور في تشخيص حالة الضرورة أو عدمها. أما إذا اتفقوا على وجودها، فهم حتما متفقون على أنها تبيح المحظور. أما وأن الضرورة متحققة في هذه الحالة فلأن المحافظة على الحياة تعتبر من الضرورات الشرعية الخمسة بلا جدال، فتعتبر هذه العمليات مباحة شرعا استنادا إلى جواز التداوي بالمحرّم عند وجود الضرورة[1].

3. وردا على من يرون في تغيير الجنس تغييرا لخلق الله لقوله تعالى حكاية عن الشيطان (ولآمرنّهم فليغيّرُنّ خلق الله)[2]. وكما لا يجوز لمن خلق بأصبع زائدة أو عضو زائد، قطعه ولا نزعه، لأنه من تغيير خلق الله تعالى إلا ظأن تكون هذه الزوائد تؤلمه فإن تغيير الجنس يدخل ضمن هذا الاستثناء. لأن هذا التغيير المنهي عنه، هو ما كان لأحل التغيير أو لأجل التجمّل، أما إذا كان ضروريا من باب التداوي فهو جائز جمعا بين الدليلين، دليل تحريم تغيير خلق الله، ودليل وجوب التداوي على المريض. وفي حالة مرضى التحول الجنسي يمكن القول أن الأعضاء الجنسية الظاهرة هي أعضاء زائدة؛ لأنها لا تتناسق مع مشاعر الجنس النفسية المعاكسة، وبالتالي فإن تحويلها إلى أعضاء جنسية متوافقة مع الحالة النفسية هو معالجة للألم الموجود والذي ليس له علاج آخر. على أن القرطبي في تفسيره (أحكام القرآن) ذكر ابن عباس أن (تغيير خلق الله) المقصود في الآية هو تغيير دينه، فقد خلق الله الشمس والقمر والأحجار والنار لينتفع بها، فغير ذلك الكفار وجعلوها آلهة معبودة. وبذلك يتبين أن مسألة (تغيير خلق الله) لا تصلح سببا للتحريم في مثل حالة الضرورة المذكورة آنفا[3].

4. إن التحول الجنسي على الأرجح لا يدخل تحت مسألة التشبه. التي حصرها العلماء في إلباس والزينة والكلام والمشي. كما أن إباحة عمليات التحول الجنسي ليست على إطلاقها، بل ضمن الضوابط الشرعية، وهي أن يبذل المريض نفسه جهدا كبيرا للتكيف مع حالته الجسدية، فربما كانت أحاسيسه أوهاما لا أصل لها. وربما استطاع بمساعدة طبيبه ومن يحيط به أن يكتشف نفسه من جديد، وأن يسعى الطبيب المعالج من خلال استعمال كل وسائل الطب النفسي الحديثة إلى معالجته كمريض نفسي، وأن يستمر على ذلك مدة طويلة —لا تقل عن سنتين– وإذا لم يفلح بعدها في العلاج، وظل المريض يشكو من حالة الانفصام، وطلب إجراء هذه العملية الجراحية، فإن شروط الضرورة تكون قد تحققت[4] .

ومن خلال هذه الأسانيد والحجج التي أبداها الطريق المبيح لهذه العمليات من الوجهة الشرعية يتبين أن مزاعمهم تنحصر في الركون لحالة الضرورة، ودراسة معالمها وشرائطها في هذا التدخل الجراحي مع ما يعتقدون من تفسير لتغيير خلق الله، فإن صحت شرائط الضرورة لزم القول بمشروعية التدخل الجراحي لتغيير الجنس تطبيقا وعلاجا، لكن نتساءل عن ما يلي:

[1] فيصل مولوري، المرجع السابق، ص1/1.
[2] سورة النساء، الآية. 119,
[3] فيصل مولوري، المرجع السابق، ص1/1
[4] فيصل مولوري، المرجع السابق، ص1/1

أ. هل مشروعية التداوي ولو لحالة الضرورة يقتضي التداوي ولو بمحرم، بفرض وجود فرص التداوي بطرق أخرى؟

ب. هل حقوق الشخص على جسده يقتصر على حق العبد، أم كذلك حقوق الله؟

ت. هل الأعضاء التناسلية ذكورية كانت أم أنثوية تعتبر أعضاء زائدة بفرض رفضها لأسباب نفسية؟

ومن ثم لا بد من تدارك الأمر في إطار المسؤولية الجسدية التي تعني مسؤولية الإنسان على جسده. قال عز من قائل: " إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولا"[1]. والنظر إلى الشرور المستطيرة الناتجة عن هذا التدخل الجراحي في إطار الفطرة التي يخلق الله الناس عليها، ومخالفتها لحكمة الخل زوجين، كما أن مفهوم الموافقة الذي يقتضي عدم المساس بالجسم البشري بما هو أدنى فمن باب أولى بما هو تحول ومسخ للإنسان، وكذلك مراعاة للمشاكل التي تثور في الجوانب الاجتماعية والأسرية وما يحدثه من اضطراب في الحقوق والالتزامات.

ثانيا: الموقف القانوني المبيح لتغيير الجنس

أقرت بعض التشريعات عمليات التحول الجنسي وأكدت على مشروعيتها بنصوص قانونية صريحة، ومن أمثلة هذه القوانين ما يلي:

I. **القانون السويدي** الصادر بتاريخ 21 أبريل 1972 والذي أجاز في المادة الأولى من هذا القانون –بشروط معينة تحت طائلة العقاب– هذه العمليات. وتتمثل هذه الشروط في الرضا والعمر 18 سنة كاملة على الأقل، وإلا يكون الشخص متزوجا وأن يكون متمتعا بالجنسية السويدية (المادة الثالثة من نفس القانون)، وأضافت المادة الرابعة شرط الحصول على ترخيص بإجراء العملية من جهة إدارية معينة للتأكد من توافر الشروط القانونية والقيام بالفحص لتقدير مدى الحاجة لتغيير الجنس ثم تصدر موافقتها أو عدم موافقتها بذلك. ويترتب على مخالفة هذه الشروط جزاءات جنائية منصوص عليها في المادتين السابعة والثامنة من نفس القانون[2].

II. **القانون الألماني** الصادر بتاريخ 1 سبتمبر 1980 الذي أجاز عمليات التغير الجنسي في المادة الثامنة والتي تضمن ما يقارب الشروط الواردة في القانون السويدي، حيث اشترطت الرضا بطلب كتابي يقدمه للجهات الحكومية، والعمر 25 سنة، وألا يكون قد سبق له الزواج، فقدان القدرة تماما على الإنجاب [3]. و من خلال هذا تبين أن أساس إباحة هذه العمليات هو رضا المجني عليه بإجراء العملية وإذن القانون. ويتبين كذلك انسياب هذه الدول وراء ظهور التطور الطبي غير مراعية للخلقة البشرية التي فطر الله الناس عليها.

II. القوانين التي أباحت الإخصاء أو العقم حيث تعتبر هذه القوانين من بين القوانين المبيحة لعمليات تغيير الجنس استنادا إلى النصوص المبيحة للإخصاء أو العقم. **كقانون الدانمارك** الصادر في 11 ماي 1925 وفق شروط معينة في حالة الإصابة بالشذوذ الجنسي بسبب عيب في التكوين الفيسيولوجي أو نتيجة الانحطاط الخلقي الذي يدفعهم

[1] سورة الإسراء، الآية. 36

[2] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص. 465.

[3] جميل صبحي برسوم، المرجع السابق، ص. 60-61.

إلى الجريمة. وكذلك القانون النرويجي الصادر في 1 جوان 1934 الذي يبيح العقم لسبب خطير ينفرد الطبيب بتقديره واستنادا لرضا المريض. ومثلهما القانون السويسري الذي يعترف بعمليات العقم والإخصاء[1].

وعلى هذا الأساس يمكن الاستناد إلى القوانين للقول بمشروعية عمليات تغيير الجنس. لأن تغيير الجنس يقتضي تلقائيا وفنيا عملية بتر أعضاء الذكورة في الذكر وإيجاد ما يشبه الفرج الأنثوي، والتغيير في الأنثى يكون ببتر كل عضو مميز للأنثى، من الثديين والرحم والمبيض ويقفل المهبل ويجعل لها ما يشبه العضو الذكري.

ثالثا: الموقف القضائي المبيح لتغيير الجنس

اعترف قضاء بعض الدول بعمليات تغيير الجنس، كالقضاء الفرنسي والبلجيكي والقضاء الانجليزي كما يلي:

I. **موقف القضاء الفرنسي**: مر القضاء القضاء الفرنسي بمراحل متعددة فيما يتعلق بمشروعية تغيير الجنس:

أ. **المرحلة الأولى** ولم يعترف فيها القضاء الفرنسي إلا بالجنس الذي ولد عليه الشخص الميلاد. وقد سارت العديد من الأحكام على هذا النهج، كحكم محكمة باريس في 8 ديسمبر 1968[2]، ويتعلق الأمر بشاب شعر بازدواج في وغموض في هويته الجنسية، وفي أثناء جراحة أجريت له كشف له عضو تناسلي لأنثى، أكد الخبراء توافر غلط، وعلى إثر هذه الشهادة حصلت الفتاة على حكم بتغيير حالتها المدنية. وفي الحالات التي لا يثبت فيها مثل هذا الغلط لم يتردد القضاء في رفض تغيير الجنس ومن ثم يرفض تغيير بيانات الحالة المدنية[3]

ب. **المرحلة الثانية**: واعترف فيها القضاء الفرنسي بمشروعية تغيير الجنس اعتمادا على الجنس النفسي للشخص. وقد انتهى إلى الاعتراف بجراحات التغير الجنسي في حكم محكمة تولوز الصادر سنة 1977 [4]بخصوص فتاة شعرت بشرارة التذكير تسري في كيانها فأمرت بتعديل جنسها القانوني واسمها الشخصي، وأصبح القضاء يبرر عدم التوازن النفسي —عندما يصل إلى مرحلة خطيرة– بإجراء التدخل الجراحي لتغيير الجنس.

ت. **المرحلة الثالثة**: وقضت فيه محكمة النقض الفرنسية نسبيا برفض تغيير الجنس وعدم ترتيب آثاره؛ لأن التغيير لأسباب نفسية وليس دواعي طبية. ومن بين الأحكام الصادرة في هذا الصدد قرار لها في 03/03/ 1987 [5]حيث رفضت تغيير جنس الطاعن من ذكر لأنثى، وأيدت قضاة الموضوع بحجة أن الانتماء إلى جنس معين لا يكون من خلال الشعور النفسي أو الصفات الجنسية الثانوية كالصوت.

ث. **المرحلة الرابعة** فقد عرفت محكمة النقض الفرنسية منعرجا حاسما بتاريخ 1992/12/11 حينما أصدرت قرارا بدوائرها مجتمعة قبلت بمقتضاه دعوى تغيير الجنس وركزت على حرية الفرد في تغيير جنسه وفقا قناعته، وأن دور القضاء ينحصر دوره في احترام اختيار وحرية الفرد[6].

---

[1]مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص. .465

حكم محكمة باريس الصادر في 1968/12/8. مقتبس عن الشهابي ابراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس وآثاره-دراسة مقارنه- دكتوراه في الحقوق، [2]جامعة القاهرة، 2002،.250.

[3]-الشهابي الشرقاوي، المرجع السابق، ص250.

[4]- حكم محكمة تولوز الصادر في1987/3/3. مقتبس عن: الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق،ص.252.

[5]حكم محكمة ديجون الصادر في 5/12/ 1977. مقبس عن: الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 253.

[6] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص252-253.

وما نلاحظه من خلال هذه الأحكام القضائية تذبذب أحكام وقرارات المحاكم الفرنسية فيما يتعلق بمشروعية تغيير الجنس، وإننا نشيد بما وصل إليه القضاء الفرنسي في المرحلة الأولى والثالثة حيث منع هذه الأعمال الطبية المسخية للجسم البشري، لكن سرعان ما استجاب لنداءات الشواذّ والمنحرفين جنسيا لقضاء نزواتهم النفسية الجنسية وفي ذلك إباحة وتلبية لرغبة اللوطيين والسحاقيين.

II. موقف القضاء البلجيكي: قضت محكمة جنح بروكسل في حكمها الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 1969 [1] ببراءة عدد من الأطباء من تهمة القتل الخطأ في محاولة لتغيير جنس شخص. وكانت النيابة العامة قد وجهت تهمة القتل الخطأ للأطباء لمباشرة عملية ليس لها ما يبررها من الناحية الطبية، إلا أن المحكمة قضت ببراءتهم استنادا إلى توافر قصد العلاج. وفي حكم آخر قضت محكمة استئناف بروكسل بقبول دعوى تصحيح شهادة ميلاد امرأة تحولت إلى رجل على إثر خضوعها لعملية جراحية ثم العلاج الهرموني[2] .وهذا ما يفيد جواز أو مشروعية تحول الجنس من الناحية القضائية في بلجيكا بحجة توافر قصد العلاج اعتمادا على الجنس النفسي في تقدير الأطباء وهو سبب كافي لدرء المسؤولية الجنائية للطبيب، وهو الأمر الذي يقتضي تغييرا في الأوراق الثبوتية.

III. موقف القضاء الانجليزي: صدر في انجلترا حكما بتاريخ 2 فبراير 1970[3] في قضية (جوربات) Gorbett وأقر بمشروعية تغيير الجنس، مستندا بذلك إلى اللائحة الخاصة بالجرائم الجنسية والصادرة عام 1967 التي لا تعترض على أي عمل طبي أو تدخل جراحي يهدف إلى تحقيق غرض علاجي.[4]

ومن هنا يتبين بأن هذه الأحكام القضائية تبيح عمليات تغيير الجنس (المسخ) مع تباين الحجج فتارة الغرض العلاج، وتارة احترام الحرية الفردية، وتارة تحقيق التوازن النفسي، وتارة أخرى الضرورة وتجنب الانتحار من راغبي التغيير، وإذا كان هذا الاتجاه يبيح هذا التدخل الطبي فقد تصدى اتجاه آخر لهذه العملية وحسم موقفه المانع لها بالتفصيل التالي.

الفرع الثاني: عدم مشروعية التدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس

لم تلق آراء الموقف الأول المبيح للتدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس ترحيبا لدى أغلب المواقف الفقهية القانونية منها والشرعية (أولا) والقانونية (ثانيا) والقضائية (ثالثا) وعليه يتوجب علينا بيان هذه المواقف والحجج التي اعتمدوا عليها.

أولا: الموقف الفقهي المحرم لتغيير الجنس

نتناول فيما يلي إلى الموقف الفقهي القانوني المحرم لتغيير الجنس، ثم الموقف الفقهي الشرعي، وما استندوا في تحريمهم لهذه العليات الطبية من أدلة نقلية وعقلية.

I. الموقف الفقهي القانوني المحرم لتعيير الجنس

حكم محكمة بروكسل الصادر بتاريخ 1969/9/27. مقتبس عن: محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص 545.

مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم....، المرجع السابق، ص 467.

حكم انجليزي الصادر بتاريخ 2/ 4/ 197. مقتبس عن: محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص 544.

- محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص 544.

تحفظ اتجاه آخر [1] بشأن التدخل الجراحي لتغيير الجنس بسبب الغموض الذي يحيط بمفهوم الغرض العلاجي الذي يصعب الاعتماد عليه لإقرار مشروعية التدخل الطبي في حالة الازدواج الجنسي النفسي.

ورد الاتجاه الفقهي القانوني على القائلين بالمشروعية ما يلي:

1. إن تغيير الجنس يعد مساسا بالسلامة الجسدية وإخلالا بمبدأ المحافظة على مادة الجسم وتكامله، فكل فعل يخل بوظائف واعضاء الجسم على النحو الذي ولد به الإنسان، ويجعلها تنحرف عن آدائها لوظائفها يعتبر غير مشروع يؤدي إلى إلى تعطيل وإخلال بوظائف الجسم، لأن الرجل الذي يوافق على إزالة مظاهر الذكورية واستخلافها بأعضاء أنثوية يكون قد حقق مبتغاه الشكلي أو الخارجي، لكنه يفقد دوره كرجل ولن يكون شريكا مثاليا فيما يتعلق بالزواج والإنجاب، ونفس الأمر بالنسبة للمرأة.[2]

2. لا يصح الاستناد إلى الضرورة العلاجية للقول بمشروعية هذه الجراحة حتى في المراحل المتأخرة من المرض النفسي التي يهدد فيها المريض بالانتحار أو تشويه نفسه بقطع أعضائه، إذ أن بعض أطباء الأمراض العقلية والنفسية يعتبرونه مظهرا من مظاهر الانحراف وأثرا من آثار الاضطراب الأوديبي وهي مرحلة من مراحل التطور النفسي للشخص فمن الصعوبة بمكان تحديد الغرض العلاجي من هذه الجراح، لأن ما يعانيه المريض لا يمثل تشوها في الجسم أو المظهر أو الإمكانيات البشرية[3].

3. إن رضاء المجني عليه لا يصلح الاستناد عليه في هذه الحالة كمبرر يبيح فعل التحول الجنسي، ويعفي فاعله من العقاب، تأسيسا على أن الحق في سلامة الجسم ليس حقا خالصا للشخص نفسه يتصرف فيه كيفما يشاء دون ضابط أو دون مراجعة وإنما هو حق يتحمل مجموعة الارتقاءات الاجتماعية التي تعطي للمجتمع حقا موازيا لحق الشخص في سلامة جسمه.

4. إن تغيير الجنس ينطوي على خرق كبير بالنظام العام والآداب العامة، وإن صح القول على أن النظام العام ليس واحد في جميع المجتمعات البشرية وأنه ليس مبدأ يعتبر في حد ذاته قيمة مصونة ومقدسة ولا يجوز خرق قوانينها، ويعتبر تغيير الجنس لون من العبث بهندسة الكائن البشري[4].

5. إن تشجيع الأطباء على غزو الجسم الإنساني يجب أن يكون في حدود الأعمال المشروعة ولا يتعداها إلى الأعمال المحظورة، وإلا أصبح جسد الإنسان حقلا للتجارب وهو ما يأباه الشرع والقانون[5].

من كل ما سبق نرى بأن الطبيب إذا قام بإجراء جراحة تغير الجنس لدواعي نفسية، بأن كان رجلا كامل الذكورة إلى أنثى، أو أنثى كاملة الأنوثة إلى ذكر بناء على رغبته في التغيير، فإن الطبيب يكون قد خالف مهنته وتترتب عليه المسؤولية القانونية الناجمة عن التعدي على الحق في السلامة الجسدية، وتتنوع هذه المسؤولية كالآتي:

يمثل هذا الاتجاه الفقه الفرنسي، مقتبس عن: محمد سامي الشواء، المرجع السابق، ص. 547. الهامش-1-3

- محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص213.

-الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 242.

- جيلالي تشوار، "الاحكام الاسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المرجع السابق، ص.31.

- الشهاب ي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.283.

أ. مسؤولية جنائي إذا كان الفعل يشكل جريمة (جرح أو بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة). ولزم تطبيق العقوبة الجنائية التي تتناسب مع التكييف الجنائي للفعل في غياب النصوص الخاصة، أو تطبيق هذه الأخيرة في حالة النص عليها صراحة.

ب. المسؤولية المدنية وتترتب هذه الأخيرة على الشخص القائم بهذه العملية على أثر الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المجني عليه.

ت. المسؤولية التأديبية والإدارية ويتعرض لها الطبيب العامل لدى المصالح الاستشفائية الحكومية، حيث يمكن للسلطات التأديبية النظر في الخطأ الطبي متى كان هذا العمل خارج إطار الأصول والقواعد التي تقتضيها المهنة كما في حالة الجراحة المسخية –تغيير الجنس–

ث. المسؤولية التأديبية النقابية وذلك بإحالة الطبيب القائم بهذه العملية على المجالس التأديبية لنقابة الأطباء والتي تقرر بمعاقبة بإسقاط عضويته إذا كان عضوا فيها أو منعه من مزاولة المهنة...

II. الموقف الفقهي الشرعي المحرم لتغيير الجنس

أثارت مشكلة تغيير الجنس جدلا كبيرا في الأوساط الفقهية الإسلامية فقد أعار الجانب المحرم –على كثرتهم– اهتماما بالغا ودعا إلى الأعراض عنها على أساس أن التعبير الاتفاق للجنس يتنافى مع الأحكام الشرعية، ومن ثم مع مبدأ عدم التصرف في حالة الأشخاص[1].

وقد استدل الفقهاء تحريم هذه الأفعال وذلك للأدلة التالية:

1. قوله تعالى:"... ولأمرنهم فليبتكن ءاذان الأنعام ولأمرنهم فليغيرن خلق الله..."[2]. ووجه الدلالة في هذه الآية حرمة تغيير خلق الله بدافع العبث الشهوة، وتغيير الأنثى إلى ذكر عن طريق الجراحة باستئصال الثديين وإلغاء القناة التناسلية الأنثوية لديها، وبناء عضو ذكري فيه تغيير لخلق الله دون حاجة معتبرة[3].

2. حديث عبد الله بن مسعود –رضي الله عنه– قال: "لعن الله الواشمات، والمستوشمات، والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات لخلق الله"[4]. يتبين أن فعل هذه الجراحة فيه تغيير لخلق الله على سبيل التعدي والعبث، فكانت محرمة[5].

3. حديث عبد الله بن عباس –رضي الله عنهما– أنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال"، عن أنس قال: لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المخنثين من

- جيلالي تشوار، "الأحكام الاسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المرجع السابق، ص.31.
- سورة النساء، الآية. 32.
محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
-رواه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب في لعن الواشمات والمتفلجات، الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.367.
- محمد خالد منصور، المراجع السابق، ص. 204.

الرجال والمترجلات من النساء. وقال: أخرجوهم من بيوتهم، فأخرج النبي صلى الله عليه وسلم فلانا، وأخرج عمر فلانا"[1]

4. حديث عائشة رضي الله عنها قالت: كان يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مخنث فكان يعدونه من غير أولي الإربة، ووجه الدلالة في هذه الأحاديث لعن كل من تشبه من الجنسين بالآخر بصوته ومشيته ولبس، وبعض عاداته فكيف بمن تحدى الفطرة وقوانين الطبيعة ونواميسها[2].

5. وفي هذه الآيات توجيه من الله سبحانه وتعالى وتحذير من التمادي في الاستهتار والتجرؤ على العبث بمتقن صنعه، فكيف يتجرأ الإنسان على أحسن الخالقين ليعبث بالخلق وما خلق. فعمل التغيير في الجنس في الحقيقة جريمة منكرة وإثم عظيم[3].

6. أن هذا النوع من الجريمة ترتكب بسببه محظورات شرعية ككشف العورة والاطلاع عليها واطلاع الرجال على النساء والعكس دون مبرر شرعي؛ لأن الفقهاء اتفقوا على إباحة النظر للضرورة والحاجة، وحيث لا ضرورة ولا حاجة في التغيير إلى جنس آخر فلا يجوز النظر إلى بدن المرأة الأجنبية[4].

7. روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنهم قال: كنا نغزو مع رسول الله عليه الصلاة وإسلام وليس لنا شيء فقلنا ألا تستخصي؟ فنهانا عن ذلك[5].فإذا كان هذا التحريم متعلقا بالخصاء الذي فيه تغيير لشيء من مهمة العضو فكيف بالتغيير الكامل لا شك أنه أولى وأحرى بالتحريم[6].

8. إن القيام بعملية تغيير الجنس تتضمن الغش والتدليس، وقد جاء تحريم الغش في عموم التعامل بين الناس. ويدل هذا النهي ما رواه أبو هريرة –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" من حمل علينا السلاح فليس منا ومن غشنا فليس منا"[7].

9. أن الأضرار المترتبة على إجراء العملية أكبر من الأضرار المترتبة على إبقاء المريض على حالته وان فعل المحظور مباح عند الضرورة لإزالة الضرر. وبتطبيق ما سبق على حالة المصاب بمرض الترانسكس نجد أن إجرائه للعملية فيه ضرر كبير عليه سواء من الحالة النفسية أو الجسدية أو الاجتماعية.

وفي خلاصة هذا الاتجاه الشرعي المحرم لعمليات تغيير الجنس فإننا نرى من جانبا أن هذه المسألة ويجب التفرقة فيها بين ثلاثة فروض:

- رواه البخاري ، كتاب اللباس، باب إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت، محمد ناصر الدين الألباني، مختصر صحيح الامام البخاري، الطبعة الأولى، المجلد الرابع، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية،2002، ص.47-48.
- عبد الله ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص.233.

جيلالي تشوار، :الأحكام الاسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المرجع السابق، ص35.

- علي محي الدين القرة داعي، علي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص.525.
- رواه البخاري، كتاب النكاح، باب ما يكره من التبتل والخصا، أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بردبزة البخاري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008، ص.343.

رواه مسلم ، كتاب الايمان، الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشري النيسابوري، الجامع الصحيح، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 69.

- بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس – دراسة فقهية مقارنة- دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2011، ص.43-44.

7

الأول: وهي حالة وجود تشوهات خلقية معينة لدى الشخص، كأجزاء مطمورة أو مغمورة في الجهاز التناسلي، فالتدخل الجراحي من خلال العملية التي تكشف عن الجنس الحقيقي يكون واجبا لابد منه لما فيه من تقرير للواقع وإظهاره، فإذا كان الإنسان جامعا بين عضوي الذكورة والأنوثة فإن المرجع لحاله يجعل العضو الآخر من قبيل الخلقة الزائدة، وفي إزالته تحقيق لمصلحة معتبرة شرعا.

الثاني: وجود خلل واضطراب في خلايا وهرمونات جسم الإنسان، وفي هذه الحالة يكون التدخل الطبي بواسطة العلاج الهرموني مشروعا؛ لأنه يهدف إلى التنسيق بين الخلايا المحددة للذكورة أو الأنوثة في الجسم وبين الأعضاء التناسلية، ولا شك أن في مثل هذه الحالة مصلحة شرعية معتبرة.

الثالث: وهي حالة الشخص الذي يبدي رغبة نفسية في التحول دون أن تكون له مشكلة صحية بدنية، بل لمجرد تحقيق هذه الرغبة، في هذه الحالة يعتبر التدخل الجراحي الذي يهدف لتغيير الجنس خروجا عن الفطرة السوية التي فطر الناس عليها، وتبديلا لخلق الله –كما سبق ذكره–

III.الموقف القانوني المحرم لتغيير الجنس

هناك تشريعات قد التزمت الصمت حيال هذا الموضوع، فلا هي نظمته بنصوص تشريعية صريحة، ولا هي نصت على ترتيب بعض الآثار بصدده، ولا هي أخيرا نصت على تجريمه ولا صدر عنها ما يدل على ذلك. ولكنها تركت معالجة هذا الموضوع برمته للفقه والقضاء. وهو الأمر الذي اتبعته حتى هذه اللحظة كافة تشريعات الدول الاسلامية[1]. وعليه نتعرض إلى التشريعات التي التزمت الصمت ثم موقف التشريع الجزائري.

ثانيا:التشريعات التي التزمت الصمت

التزمت هذه التشريعات الصمت التام بالنسبة لإقرار أو عدم إقرار مشروعية تحول الجنس. ويمثل هذا الاتجاه:

1 الفقه الفرنسي :

لا يجيز الفقه الفرنسي من حيث المبدأ عمليات التحول الجنسي، فمن الناحية الجنائية والتي يقصد بها استئصال كل عضو ضروري من أجل الإنجاب. ولا يعفى رضاء صاحب المصلحة الطبيب من أي مسؤولية جنائية في هذا المجال.

ومن الناحية المدنية فهناك مبدأ حرمة الجسم الذي يضع الإنسان فوق الاتفاقيات القانونية. ومن ثم فلا يجوز تعريضه لعمليات جراحية غير مأمونة النتائج وتنطوي في الوقت نفسه على قدر كبير من المخاطر[2].

2- موقف التشريع الجزائري

في البداية يجب أن نبين أن التشريعات الجزائرية لم تشر صراحة إلى موضوع التحول أو تغيير الجنس، ولكن يمكن استخلاص الموقف القانوني من القوانين ذات الصلة:

أ. في قانون الأسرة

1الشهابي ابراهيم الشرقاوي ، المرجع السابق، ص.233

2 محمد سامي السيد الشوا، الرجع السابق، ص.548

يعتبر الزواج المبرم بين شخصين من نفس الجنس أي بين رجلين أو امرأتين لا أثر له[1] طبقا لنص المادة 32[2]من قانون الأسرة الجزائري، ولم ينص قانون الأسرة صراحة على حالة التغيير الجنسي وإنما اكتفى بالتنصيص في المادة 4[3]من قانون الأسرة عند تعريفه لعقد الزواج أن هذا العقد لا يتم إلا بين رجل وامرأة. فالمرأة هي التي ولدت على أساس جنس أنثى والرجل و الذي ولد على أساس جنس ذكر ومن ثم فما على المرأة إلا أن تتحمل أنوثتها وما على الرجل إلا أن يتحمل ذكورته، قال تعالى: " ولا تتمنوا ما فضّل الله به بعضكم على بعض للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن"[4]

ومن ثم فالمشرع الجزائري لا يعترف بالتغيير الجنسي ولا يجوز لأي ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج لرجل أو امرأة قاما بالتغيير الجنسي.

ب. في قانون العقوبات

إذا علم أن الركن البيولوجي في عقد الزواج هو الاختلاف في الجنس، فغن خلاف ذلك يعد جريمة يعاقب القانون عليها القانون لمل يؤدي ذلك إلى انتشار اللواط والسحاقيات باعتباره شذوذ جنسي[5]، وهو ما أشارت إليه المادة 338 من قانون العقوبات بقولها: "كل من ارتكب فعلا من افعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار..."

ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 264 من قانون العقوبات الجزائري التي جاء في مضمونها أن كل من أحدث جروحا للغير... وترتب عليه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو حرمان من استعماله... يعرض مرتكبوه لعقوبة السجن المؤقت من 05 إلى 10 سنوات.

ويمكن تكييف الفعل المؤدي إلى بتر الأعضاء الجنسية في جراحات التغيير الجنسي جريمة خصاء، ذلك أن القوانين اعتبرت الخصاء كظرف مشدد بوصفه فقدا او بترا أو فقدان استعمال أحد الأعضاء، والخصاء استئصال أو قطع أو بتر عضو ضروري للفعل الجنسي (النسل). ولا يميز القانون في ذلك بين الرجل والرجل، ولقد جرم المشرع الجزائري هذه الجريمة باعتبارها مظهر من مظاهر العقم الماس بسلامة الجسم في المادة 274 من قانون العقوبات الجزائري : "كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذ أدت إلى الوفاة"

ت. في القانون الطبي

من الثابت قانونا أنه لكي يكون عمل الطبيب المرخص له بالعلاج مكتمل الإباحة يجب أن يتسق مع الأصول الفنية المرعية في الحقل الطبي، وتطبيقا لذلك يسأل الطبيب عن نتائج فعله إذا ثبت أن الطبيب قد خرج على الأصول

المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري:"يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"

- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص 10.

- المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري :" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وانرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أسسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الانساب".

سورة النساء، الآية. 32.

[5]تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديث...، المرجع السابق، ص.11.

الفنية. ولقد نصت المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية على أنه "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة...".

ونصت المادة 31 من نفس المدونة " لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجا أو طريقة وهمية او غير مؤكدة...". وقد اثبتت الدراسات الطبية على عدم جدوى التدخل الجراحي لمريدي التغيير الجنسي، والنتيجة فإن القانون الجزائري لا يجيز مثل هذه التدخلات الطبية لعدم اتساقها مع الاصول الطبية.

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن عمليات تغيير الجنس تدخل ضمن جراحات التعقيم ولقد حظر المشرع على الأطباء إجراء عمليات التعقيم سواء للرجال أو النساء، لأن إجراءها في غير الحالات المستوجبة قانونا يعد اعتداء صارخا على الحق في سلامة الجسم. وفي ذلك تشير المادة 33 من ذات المدونة على أنه "لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون"، وتضيف المادة 34 على أنه "لا يجوز للطبيب بتر عضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة...".

ومن هنا نصل إلى نتيجة مؤداها أن القوانين الجزائرية ذات الصلة بموضوع جراحة تغيير الجنس اتخذت موقفا بحظر هذه الجراحة تحت طائلة العقاب، وإذا كان موقف القانون على نحو ما ذكره فقد عرضت على القضاء قضايا بما نحن بصدده وأدلي بدلوه فيها، ومزيدا من التفصيل فيما يلي.

ثالثا: الموقف القضائي المحرم لتغيير الجنس

من بين المواقف القضائية المحرمة لعمليات تغيير الجنس نأخذ، موقف القضاء السوري، والقضاء الكويتي، والقضاء التونسي، ثم القضاء المصري.

I موقف القضاء السوري

وفقا لأحكام القضاء السوري يجوز للخنثى أن يطلب تعديل القيد المتعلق بجنسه والقيد المتعلق باسمه بشكل يتفق مع وضعه الجديد الناجم عن التدخلات الجراحية التي خضع لها، فقد اجازت محكمة الأحوال المدنية في الزبداني لفتاة أجريت لها عملية جراحية، تبديل جنسها من أنثى إلى ذكر وكذلك تبديل إسمها بما يتفق مع جنسها الجديد.

أكدت الخبرة الطبية أن المدعية هي ذكر وليست أنثى وذلك بسبب عدم وجود أعضاء تناسلية أنثوية حوضية، وكذلك فإن صيغتها الصبغية الوراثية هي صيغة ذكرية.

وبناءا على ذلك ألزمت المحكمة أمين السجل المدني في الزبداني بتدوين ذلك في سجلات. وهذا ما ذهبت إليه أيضا محكمة الأحوال المدنية بدمشق في حكم صادر عنها في العام 2002 حيث أجلزت فيه لشاب تصحيح جنسه واسمه في قيود السجل المدني نتيجة للعملية الجراحية النبي أجريت له، واستندت هذه المحكمة في حكمها إلى خبرة طبية

جماعية اثبتت أن المدعي يأخذ الصفة الأنثوية وألزمت المحكمة أمين السجل المدني بإجراء ذلك التصحيح في سجلاته[1].

ومن هنا فالحكم لا ينطوي أساسا على مسألة تغيير الجنس وإنما تصحيح الاسم أو تثبيته والفرق بين التصحيح والتغيير الاسمي واضح جدا حيث يكون التصحيح نتيجة خطأ في قيود سجل الحالة المدنية، أما تغيير الاسم فيكون نتيجة رغبة الشخص في تبديل اسمه والاستعاضة عنه باسم آخر، ويختلف تغيير الجنس عن تصحيح الجنس من حيث أن الأول عملية جراحية يتم بها تغيير الأعضاء الأنثوية بالذكورية أو العكس، أما تصحيحه فهو تغليب للجنس الراجح نظرا لاشتراك الأعضاء الذكورية والأنثوية مع تغيير القيد في سجلات الحالة المدنية.

II.موقف القضاء الكويتي

شغل الشارع الكويتي قضية تداولها أجهزة الإعلام وهي قضية "أحمد" وقد مرت هذه القضية على جميع درجات التقاضي (رقم القضية 2003/861 تجاري مدني كلي حكومة /1) وعليه نتعرض إلى ملخص للقضية، ثم رأي الطب الشرعي، ثم القضية على كافة درجات التقاضي:

- وتتلخص وقائع القضية في قيام أحمد برفع دعوى ضد وكيل وزارة الصحة ووكيل وزارة الداخلية ووكيل وزارة التربية ووكيل وزارة العدل ووكيل وزارة الدفاع ومدير الهيئة العامة للمعلومات المدنية بصفتهم طلب في ختامها الحكم بندب إدارة الطب الشرعي التابعة لوزارة الداخلية، لتوقيع الكشف الطبي عليه الاطلاع على كافة ما تحت يده من تقارير وفحوص طبية، وذلك لفحص حالته وتحديد نوع الجنس الذي حمله حاليا، ومدى أحقيته في تعديل وتصحيح اسم ونوع جنسه بما يتفق مع حالته الراهنة من عدمه. ولما كانت القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار" وقد أصبح بعد العملية أنثى عقيم ويمارس حياته اليومية يعايش المجتمع كأنثى إلا أن حمله لاسم "أحمد" ونوع جنسه ذكر في جميع أوراقه الثبوتية اللصقية به لا تستقيم مع هويته الأنثوية مما الحق به ضرر، لذا أقام دعواه بطلباته السالفة الذكر.

- **رأي الطب الشرعي**

بجلسة 2003/06/28 أصدرت محكمة أول درجة حكما بندب إدارة الطب الكشف على حالة المدعي وابداء رأيها في حالة المدعى وكان رأي الطب الشرعي في الحالة ما يلي:

يتخلص رأي الطب الشرعي في أن أحمد من الوجه الجينية –الصبغية– ذكر يحمل الصفات الجينية الذكرية، إلا أنه من الناحية النفسية وبعد العلاج الهرموني والتداخلات الجراحية واستئصال الأعضاء الذكورية الرئيسية المميزة، واستبدالها بأعضاء خارجية أنثوية النمط فقد الصفات الذكورية الجسمية الخارجية وكذا الإحساس الجنسي الرجولي وإمكانية

[1] - قرار رقم 20 أساس 20 بتاريخ 1999/10/30 واكتسب الحكم الدرجة القطعية نظرا لعدم استئنافه بتاريخ 1999/11/20. مقتبس عن/ فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري،نفس المرجع السابق، ص.70.

الإنجاب، بينما طغت المواصفات الأنثوية خاصة الخارجية منها على مظهره الجسماني بالإضافة إلى ما يعاينه من هم في مثل حالته من ميل جارف للسلوك الأنثوي.

- **حكم محكمة أول درجة والأسباب التي استندت عليها**

حكمت المحكمة بأحقية المدعي في تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى، وألزمت المدعي عليهم بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة، وللأسباب التالية:

السبب الأول: وردت آيات عديدة تبين أن تصوير الانسان على صورته من ذكر أو أنثى هو أمر لله تعالى، مثل قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْناكم مِّن ذكر وأنثى"[1] ويستدل بالآيات أن تغييرالجنس لا يجوز شرعا لانه متضمن تغيير لخلق الله إلا إذا توافرت شروط الضرورة فهنا يكون تغيير الجنس مباحا عملا للقاعدة الشرعية "الضرورات تبيح المحضورات".

وبما أنه ورد في تقرير الطب الشرعي أن الأعراض التي بالمدعى أعراض اضطراب الهوية الجنسية وأنه بذل جهدا للتكيف مع حالته الجنسية من هذه الأعراض، وبالتالي إن شروط الضرورة قد توافرت في حقه وإجراء العملية جائز شرعا ولا يعتبر تغيير لخلق الله.

السبب الثاني

إن المدعي بحالته الراهنة وهو حبيس جنس ينفر منه ويكون تحت ضغط رغبة في التحول للجنس الآخر. كما أن ما يعانيه من هم في مثل حالته قد يدفعه إلى أن يسلك مسلكا جنسيا غير سوي في حالة السماح له بمخالطة الذكور مدفوعا برغباته الأنثوية، الامر الذي يبين معه إجابه المدعي لطلباته وذلك لمصلحته ومصلحة المجتمع.

- **حكم محكمة الاستئناف**

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف، وبرفض الدعوى وألزمت المستأنف ضده (المدعي) بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة عن درجتي التقاضي، للأسباب التالية:

السبب الاول

ذكرت المحكمة معايير التمييز بين النوعين الذكر والأنثى والتي يعتمد عليها أهل الطب، ثم أسقطت هذه المعايير على أحمد ووجدت أن ما ثبت بالتقارير الطبية أن أحمد ولد ذكر من الناحية الجينية الصبغية كما في الذكور، كذلك ثبت أن أحمد لا يحمل أي عضو أنثوي حتى يمكن القول بأنه خنثى حقيقية أو كاذبة لتطبيق أحكام الخنثى عليه وتبرر التدخل الجراحي لتصحيح جنسه وتثبيته، وهو الأمر الذي ترى معه المحكمة أن ما قام به احمد من إجراء عملية تغيير الجنس مخالفة للشريعة الإسلامية، ذكرت فتاوى تنص على حرمة تغيير الجنس لمجرد دواعي نفسية، بل لا بد من وجود دواعي جسدية غالبة.

السبب الثاني

[1] - سورة الحجرات، الآية 13.

ترى المحكمة أن ما جاء من حقائق علمية عن اضطرابات الهوية الجنسية تبين أنها أعراض تظهر في مرحلة مبكرة وفي سن الطفولة ومع السنوات الأولى من الدراسة، وتكمن في رغبة الطفل الجامحة في أن يكون من الجنس الآخر مع الكراهية الشديدة لجنسه العضوي. وبمطابقة هذه الحقيقة العلمية على أحمد وجدت أنها لا تنطبق عليه، وذلك لأنه ثبت أنه من مواليد 1975/10/03 ولم يعاني من أي اضطرابات نفسية حتى دخوله المستشفى النفسي، وكان قد بلغ ما يقارب عشرون عاما وذلك لمحاولته الانتحار ولم يثبت سبب ذلك وغادر المستشفى على مسؤوليته. ولم يرد في ملفه ما يشير إلى اضطرابات في الهوية الجنسية في فترة دخوله ولم يراجع المستشفى إلا بتاريخ 2002/12/11 بعد العملية التي تمت بتاريخ 2000/06/29 أي بعد سنة ونصف.

السبب الثالث

ترى المحكمة أن أحمد لم يعرض نفسه على طب نفسي لاستشارته في موضوع اضطراب الهوية الجنسية، ولم يتلق أي علاج لفترة زمنية حسب الأعراف الطبية.

السبب الرابع

إن اضطرابات الهوية الجنسية ما هي إلا نظرية نظرية لازالت توجه لها سهام النقد وينكرها البعض. ومما يوجه إليها ماذا لو تغيرت رغبة من تحول إلى جنس اللآخر ورغب كل مرة أخرى بالعودة إلى جنسه الأصلي، كونها خاضعة لعوامل نفسية وتتغير بتغير الأهواء النفسية؟ ففي ذلك عبث بهوية الإنسان الذي أكرمه الله سبحانه وتعالى بأن خلقه بأحسن صورة.

السبب الخامس

ترى المحكمة أن تغير الجنس لمجرد دواعي نفسية فيه وقوع في الرذيلة والحرام. وذلك أن الرجل بتحوله إلى أنثى فإن تحوله ظاهريا فقط دون أعضاءه الداخلية، إذا فالجنس يبقى على خلقته الأصلية دون تغيير، مما يعني استمتاع الرجل بالرجل المبدل جنسه من قبيل عمل قوم لوط المستحق للعنة الله وغضبه. وكذلك يحدث معاشرة النساء لبعضهن البعض وبالتالي انتشار الفاحشة.

- **حكم محكمة التمييز**

حكمت محكمة التمييز بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع برفضه وألزمت الطاعن المصروفات مقابل أتعاب المحاماة عن درجتي التقاضي وقررت ما يلي في الموضوع:

" ومن الأول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية حرمة تحويل الجنس من ذكر إلى أنثى وبالعكس على وجه العبث. وقد جرى قضاء –هذه المحكمة– على أن لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير ما يقدم إليها من الأدلة والمستندات، ولها الأخذ بتقرير الخبير المقدم في الدعوى محمولا على أسبابه متى رأت فيه ما يكفي لتكوين عقيدتها واطمأنت إلى سلامة الأسس التي قام عليها، وانه وإن كانت الضرورات تبيح المحضورات والتي تعني أن الممنوع شرعا مباح عند الضرورة.

وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على سند مما ثبت من التقرير الطبي الشرعي، الذي اطمأن غليه أن الطاعن قد أجرى عملية جراحية حوّل على أثره أعضاءه التناسلية الخارجية لأنثى دون أعضاءه الداخلية، وأنه يحمل التركيب الصبغي الذكري والجنس الذي نشأ عليه بينما الجنس النفسي أنثوي.

- يمكننا التعليق على هذه القضية من خلال أطوارها بأن المدعو "أحمد" يعاني من اضطراب في الهوية الجنسية، وهو شعوره بعدم انتمائه لجنسه المورفولوجي، وبدل الاستعانة بطبيب نفسي يعينه على استقامة هويته الجنسية —على اعتبار أن المرض شعور نفسي– أجرى عملية تغيير الجنس وطلب تغيير أوراقه الثبوتية. وهو الأمر الذي أجابه إليه حكم محكمة أول درجة باعتماده على حالة الضرورة بمجافاتها لقواعد النظام العام ومخالفتها للشريعة الإسلامية، ولحسن الحظ أن محكمة الاستئناف تداركت الأمر بإلغاء الحكم المستأنف لسبب أن "أحمد" لا يحمل أي عضو أنثوي حتى يمكن القول بتطبيق أحكام الخنثى الحقيقية أو الكاذبة الذي يبرر التدخل الجراحي لتصحيح الجنس وتثبيته، وهي إشارة واضحة إلى محض التفرقة بين تصحيح أو تثبيت الجنس وتغييره، فشتان بين هذا وذاك. بالإضافة إلى اضطراب الهوية الجنسية لا يعدو أن تكون فكرة نظرية لم تلقى الترحاب بين الأوساط الطبية، ولم تجدي حالات التدخل الطبي الجراحي، ومن هنا نؤيد ما وصل إليه القضاء الكويتي من دقة وصواب موقفه الذي يستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

III. موقف القضاء التونسي[1]

أتيح للقضاء التونسي ان يقول كلمته بخصوص ضوابط مشروعية جراحة تثبيت الجنس. وذلك بصدد القضية محل القرار الصادر تحت عدد /10298 من محكمة استئناف تونس بتاريخ 22 ديسمبر 1993. واشتهر القرار باسم "قرار سامي" ونتناول فيما يلي ملخص للقضية ثم القضية على كافة درجات التقاضي:

- ملخص القضية

أثير الموضوع أمام القضاء بدعوى رفعها شاب تونسي يدعى "سامي بن عمر بن محمد ابن حين، أمام المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 1992/5/2 وقيدت تحت عدد / 5984. وطلب فيها الحكم باعتبار أنه أنثى لا ذكر والإذن له بحمل اسم "سامية". والإذن لضابط الحالة المدنية بالتنصيص على ذلك بدفاتره، وبحسب ادعائه تغيرت أعضائه بصفة طبيعية وصارت له خاصيات أنثوية ولا يمكن أن يكون إلا من جنس الإناث.

- **موقف المحكمة الابتدائية بتونس**

قضت المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 1993/2/8 [2] برفض الدعوى وإبقاء مصاريفها على القائم بها، بناء على التغير الجنسي كان بفعل فاعل بصورة اصطناعية وهو مخالف لمقتضى القانون الجزائي والديانات السماوية.

1- محكمة استئناف تونس القرار الصادر تحت عدد /10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993. مقتبس عن: الشهاب ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 259.

2- حكم المحكمة الابتدائية 8/2/ 1993. مقتبس عن: الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 260

ويدعم هذا الحكم تقرير الحكيم "رفيق بوخريص" الذي أكد أن الاضطراب النفسي كان سبب في طلب تغيير الجنس، الأمر الذي كان بالمكان تلاقيه بالعلاج النفسي، وأن هذه العمليات لا تؤدي إلى اكتساب المظاهر المورفولوجية للجنس المعاكس مع الإبقاء على المقومات البيولوجية للجنس منذ الولادة.[1]

- **موقف محكمة الاستئناف**

استأنف المذكور الحكم الابتدائي أمام محكمة الاستئناف بتونس بطلب استئناف مقدم عام 1993. تأسيسا على أن حكم البداية جاء مخالفا للقانون والواقع لعدة أسباب، منها:

أ- إن حكم البداية اعتمد على تقرير طبيب غير مختص رغم دقة الحالة المطروحة.

ب- لم تجب محكمة البداية على ما وقع التمسك به من تقسيم بين الأحكام المنشئة للحق والأحكام المقررة له، وقضية الحال تندرج ضمن الصنف الثاني.

ت- أن تغيير المدعي لجنسه لم يكن نتيجة الاضطرابات النفسية، بدليل انه رغم المأساة ونمو الخصائص الأنثوية لم يمل لتغيير جنسه إلى حد بلوغ سن 26 سنة بعد أن يأس من حاله. وبالتالي لا يشكل طلبه مساس بالنظام العام ولا هو مخالف لأحكام الشرع الإسلامي بدليل فتوى الجمهورية.كما لا يعتبر مخالف للقانون الجزائي لعدم تتبع المدعي ومقاضاته.[2]

ث- أن وضعية المدعي لا يمكن إلا بالتدخل الجراحي لتسوية الوضعية القانونية والاجتماعية، ونقيض ذلك تعكر الحالة النفسية المؤدية إلى مصير خطير.

وقيدت القضية بمحكمة الاستئناف تحت عدد 10298 وصدر حكم محكمة الاستئناف بتاريخ 1993/12/22[3] مقررا ما يلي:

✓ أن القانون التونسي لم يتعرض غلى إشكالية جواز، من عدم جواز، تغيير شخص جنسه من ذكر إلى أنثى بالأسلوب الجراحي، وبالتالي يتحتم الرجوع للفقه الإسلامي والقانون المقارن.

✓ إن المستأنف ولد ذكر مثلما أقر بذلك أمام محكمة البداية، ولا يمكن أن يوصلنا الفقه الإسلامي إلى حل ثابت ومعلوم باعتباره خنثى. ونظرا لأن القضية مستحدثة في الطب وجب رد المشكلة وحلها عبر القرآن الذي نجد فيه أن الله جعل توازنا في الكون :" الله يعلم ما تحمل أنثى وما تغيض الأرحام وما تزداد وكل شيء عنده بمقدار"[4]

✓ بالرجوع إلى التقارير الطبية لمعرفة توافر أركان حالات الضرورة، وبالاطلاع على التقرير المحرر بواسطة الحكيم الاسباني الذي أجرى العملية، وتأكيد الحكيم عبد الحميد قوابعة الذي أكد على توافر الخصائص الأنثوية، في حين

[1]- الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 260.
[2]-الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 261.
[3]- حكم محكمة الاستئناف تونس بتاريخ 1993/12/22. عدد (10298). مقتبس عن: الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 260.
[4]- سورة الرعد، الآية. 8.

أن الحكيم "رفيق بوخريص" الذي أكد أن الاضطرابات النفسية السبب في القيام بالعملية. فإن العمل إرادي وبموجبه وقع تغيير اصطناعي كان بالإمكان تلافيه بالعلاج النفسي.

وحيث والحالة تلك فعن ما قام به المستأنف لا يدخل ضمن حالات الضرورة بشروطها، أما والأمر بخلاف ذلك وتسرع لإجراء العملية يكون قد خالف الموروث الحضاري والأخلاقي.

✓ إن الاستناد إلى القرارات القضائية الفرنسية التي ركزت على حرية الفرد في تغيير جنسه دون تعليل علمي وقانوني مقنع وهي موازية للاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان، لا يمكن مجاراته لاختلاف المخزون الثقافي والحضاري والديني.

✓ إن إقرار الحق لا يكون بصفة مطلقة بل مطابق للقانون والنظام العام، و بالتالي فإن تغيير الجنس بصفة تلقائية إرادية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام، ولهذا قضت محكمة الاستئناف بقبول الدعوى شكلا ورفضه أصلا، وتقرير الحكم الابتدائي وتخطئة المستأنف بالمال المؤمن، وتحميل المستأنف المصاريف القانونية.

IV. ومن خلال استقراء مراحل القضية يتبين لنا بوضوح اتفاق للقضاء التونسي مع مجمل أحكام الشريعة الإسلامية رغم عدم النص على أحكام الجراحة الطبية "تغيير الجنس في القانون التونسي" حيث تم وضع المسألة ضمن ترتيب القواعد القانونية وفكرة النظام العام، وكذلك بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الزاخرة بالأدلة النقلية من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية ضد الأسانيد الواهية التي اعتمد عليها الشاب "سامي". ويكفي في ذلك ضأن هذه الجراحات مخالفة لقوانين الكون وقواعده الثابتة المتوازنة، كما لا يمكن الارتكان لحالة الضرورة لعدم توافر شرائطها، وما يدل على أن طالبي التغيير يجرون وراء نزواتهم وأهوائهم مجاراتهم لكل ما هو أجنبي مع اختلاف الموروث الثقافي والأخلاقي والديني، ولذلك فنّد القضاء التونسي تلك الأسانيد التي تركن للقضاء الأجنبي وتجدر الإشادة بموقف القضاء التونسي وقطعه الطريق أمام الشواذ والمنحرفين.

V. موقف القضاء المصري :

فجرت الجراحة التي أجراها طالب طب الأزهر " سيد محمد عبد الله مرسى " في سنة 1980 بمتابعة اختصاصية في الطب النفسي للطالب لشعوره بميول أنثوية جارفة ،واستمرت في جلسات معه لمدة كاملة بمعدل مرة في كل أسبوع ،لكن تأكدت من فشل هذه المحاولة ،وكان المريض يستعين بالهرمونات الأنثوية بمعرفة طبيب الغدد ،فاتخذت الطبيبة النفسية قرارا بإجراء الجراحة للطالب 1985 [1]، وتمهيدا للجراحة بدأ الطالب وهو في السنة الخامسة من دراسته بالكلية (المرسم الجامعي 1987 – 1988) يتصرف تصرفات غير طبيعية وضحت على مظهره الخارجي، من حيث تشبهه بالأنثى في مشيته وصوته وتجمله في وجهه وارتداء ملابس النساء، مما استدعى إحالته إلى مجلس التأديب، وبناء على تقرير الكشف الطبي الظاهري أنهى المجلس التحقيق مع الطالب في 1988/01/05 بإصدار

[1]/جميل صبحي برسوم ،المرجع السابق ،ص51

قرار بفصله لمدة شهرين مع إعطائه فرصة إعادة مظهره الخارجي وتصرفاته وملابسه إلى وضعه الطبيعي كطالب أزهري، إلا أنه بدلا من ذلك وبتاريخ 1988/01/29 فاجأ الجميع بإجراء عملية جراحية في مستشفى خاص تم فيها استئصال القضيب والخصيتين ، واستحدثت له فتحة صناعية خلف فتحة مجرى البول الخارجية [1].

تم على الفور تشكيل لجنة طبية تأديبية لمعاقبة الطالب ،وعليه قامت اللجنة ،بعد موافقة الطالب ،بفحصه ظاهريا وموضعيا ،وانتهى المجلس بقرار في الجلسة المنعقدة في 1988/06/08 فصل الطالب نهائيا من كلية طب الأزهر ،وإبلاغ القرار إلى جميع الجامعات المصرية، وإبلاغ ولي أمر الطالب .... ورفع الأمر لرئيس جامعة الأزهر لاتخاذ الإجراءات القانونية بإحالة الأمر للنيابة العامة.

و أصدر مجلس نقابة الأطباء "الجيزة " القرار رقم 3 لسنة 1988 بإحالة كل من الطبيب الذي أجرى الجراحة وطبيب التخدير إلى هيئة التأديب الابتدائية بالنقابة العامة للأطباء، التي قررت بتاريخ 1988/11/08 معاقبة الطبيب الأول بشطبه وإسقاط عضويته من النقابة، ومنعه من مزاولة المهنة في أي صورة، ومعاقبة طبيب التخدير بمائتي جنية [2]، من خلال ردة الفعل الأولى للعملية التي أجراها الطالب "سيد" يتبين اتساق الأزهر الشريف مع الأحكام الشرعية لهذه العمليات المسخية، وكذلك رأي نقابة الأطباء إذ ينسجم مع مجمل الفتاوى الشرعية التي تبيح التدخل الجراحي في حالة ازدواج الأجهزة التناسلية الذكورية والأنثوية وتغليب أحدهما على الآخر، ولا تبيح هذه الجراحات، ومن ثم لا بد من الإشادة بهذا الموقف وليت المسألة وقفت عند هذا الحد لجنبنا تناقض الأحكام في هذه القضية ،نتناول لفائدة البحث موقف القضاء الإداري المصري تجاه تلك القضية من خلال أربع مراحل على النحو التالي :

1.**المرحلة الأولى** : حكم محكمة القضاء الإداري رقم (42/5432 ق جلسة 1991/07/02)

أقام المدعي "سيد محمد عبد الله مرسى " دعوى ضد رئيس جامعة الأزهر يطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بفضله وما يترتب عليه من آثار ،وفي الموضوع بإلغاء القرار مع ما يترتب على ذلك من آثار مع إلزام جامعة الأزهر بالمصروفات، وبجلسة 1989/11/13 قضت المحكمة في الشق الإستعجالي بقبول الدعوى شكلا ،وبرفض وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ألزمت المدعي مصروفات الطلب ،وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لتقديم تقرير الرأي القانوني في طلب الإلغاء، أما في الشق الموضوعي ففي جلسة 1991/07/02 أصدرت المحكمة حكمها بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية طب الأزهر لوقوعه على غير محل، ورفض ما عدا ذلك من طلبات وألزمت المدعية وجامعة الأزهر المصرفات مناصفة بينهما [3]، وأسست المحكمة على قرار مصلحة الطب الشرعي " إن الطالب بعد إجراء هذه العملية الجراحية له أنثى رغم عدم وجود رحم أو مبايض أو حدوث دورة شهرية ،وعاملته

[1]/ الشهابي إبراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق ،ص260

[2]/ نفس المرجع ،ص268

[3]/ حكم محكمة القضاء الإداري رقم (42/5432 ق جلسة 1991/07/02) مقتبس عن الشهابي ابراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق ،ص280 ،283

الجهات الرسمية فعلا على اعتبار أنه أنثى ،حيث صدر بيان تصحيح وإبطال قيد ... بإعادة اسم المولود من سيد... إلى سالي ... والنوع من ذكر إلى أنثى ..." [1]

2.**المرحلة الثانية** : حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 50/4019 ق بجلسة 1999/09/28 .

بصدور قرار جامعة الأزهر رقم 622 بفرص البقاء المقررة لطلاب الجامعة تقدم الطالب / سيد محمد عبد الله " سالي " بطلب إلى رئيس الجامعة في 1999/01/22 طالبا قيده بكلية الطب بنات بالجامعة بالفرقة النهائية في السنة الجامعية 1995 – 1996، إلا أن رئيس الجامعة وعميد الكلية امتنعا عن إصدار القرار بذلك، مما حدا بالطالب إلى رفع الدعوى المشار إليها ضدها بتاريخ 1996/02/10 مطالبا بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلبي من قبل الجامعة بالامتناع عن قيدها، وبجلسة 1999/09/28 قضت المحكمة برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ،وبرفض الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري ،وقبول الدعوى شكلا وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار [2]،واستندت المحكمة في حكمها إلى المادة 18 من الدستور المصري " التعليم حق تكفله الدولة ".

من خلال المرحلة الأولى والثانية لموقف المحكمة الإدارية يتبين تخبط القضاء وفساد رأيه، وذلك لبنائها الحكم على استدلال مرفوض من الزوايا التالية :

أ- إن الحكم المعتمد على رأي الفنيين بتقديم صورة وصفية عن حالة الطالب الظاهرية الشكلية ،واعتبارها سند لمشروعية التدخل الجراحي للتغيير الجنسي على دواع نفسية بحتة لا تبرر التدخل الجراحي .

ب- اعتماد القضاء على الشهادات الرسمية التي استخرجها عن حالته الجديدة ،ورغم القول بحجيتها ،إلا أنها تضحد بتزوير لحالة جسدية حقيقية .

ج-إن حق التعليم مكفول قانونا ،وهو أمر نقره ،لكن لا يعني ذلك مشروعية العملية الجراحية الرامية إلى تغيير الجنس من أي وجه ،وفي رأينا أن البحث في جزئية وترك المسألة الأصلية يدخل ضمن فكرة " المصادرة على المطلوب " وهو ما وقع فيه القضاء الإداري .

3- **المرحلة الثالثة** : حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 54/1487 ق ،بجلسة 2000/06/20 .

بدأت هذه المرحلة بالتماس إعادة النظر أقامه رئيس جامعة الأزهر ضد " سالي " بتاريخ 1999/11/14 طالبا الحكم بقبول الالتماس وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه (رقم 50/4019 ق ، بجلسة 1999/09/28) وفي الموضوع إلغاء هذا الحكم والقضاء مجدد برفض الدعوى وإلزام الملتمس ضدها المصروفات ،وأسست الجامعة التماسها على سببين ،الأول :أن الملتمس ضدها أدخلت غشا على المحكمة

[1]/ بديعة على أحمد ،المرجع السابق ،ص144

[2]/ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 50/4019 ق ،بجلسة 1999/09/28 .مقتبس عن : الشهابي ابراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق ،ص291.293

حيث لم توضح صحيفة دعواها أنها تتخذ من الرقص في الملاهي حرفة ونشاط ،والثاني : أن الجامعة قد تحصلت بعد صدور الحكم الملتمس فيه على أوراق قاطعة في الدعوى وهي المحضر رقم 96/2527 جنح الأزبكية المحرر ضد الملتمس ضدها بمعرفة ضابط الآداب إتيانها أفعالا مخلة بالآداب ،وعليه صدر الحكم في 2000/06/20 [1] بقبول الإشكال، و في الموضوع بعدم جواز تنفيذ الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بجلسة 1999/09/28 وألزمت المستشكل ضدها المصروفات.

يمكن التعليق على هذه المرحلة من مراحل القضية بأن القضاء المصري قد نجح في عدم قبول الطالب ضمن الجامعة نظرا لتصرفات الطالب الشنيعة التي لا تتوافق مع النظام العام والأخلاق والآداب العامة وما يمكن استخلاصه منها:

أن عمليات التغيير الجنسي دعوة لهوى النفس وللجرائم الأخلاقية وانتشار للرذيلة والفحش.

أ. أنها ليست حلا في استواء خلقة المغير جنسيا، بل هي تغييرا للفطرة السوية، وزيادة في رفض الذات والتهرب من خطر إلى أخطر منه.

4- المرحلة الرابعة : الطعن في الحكم السابق والصادر من محكمة القضاء الإداري بتاريخ 2000/06/20 أمام المحكمة الإدارية العليا.

في انتظار العثور على المصادر والنتيجة المتوصل إليها في ختام هذه القضية نأمل، أن يصدر القرار القاطع الذي يعيد القضاء المصري إلى الطريق الصحيح ويقطع الشك باليقين في عدم إباحة هذه التصرفات الطبية بإقرار عدم مشروعية التدخل الطبي لعمليات تغيير الجنس بعد إعادة القضية لمحكمة الموضوع، وما دام الواقع المصري قد شهد أمراكهذا فلا مبرر من عدم صدور قانونا يحرم هذه العمليات ويجرمها ،تأسيا بتجريمه لعمليات الخصاء والتعقيم، وترتيب المسؤولية الجنائية على الأطباء وكل الفاعلين في هذا المجال بالإضافة إلى مسؤولية المراكز الطبية التي تجري فيها، حماية للجسم البشري وهو الأمر الذي يسد الباب أمام الآراء والاجتهادات الفقهية والتناقضات القضائية.

1/ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 50/4019 ق ،جلسة 1999/09/28 .مقتبس عن : الشهابي ابراهيم الشرقاوي ،المرجع السابق ص293-295

خـــــاتمة

يعد التعامل مع الجسم البشري من المبادئ العامة التي تتضمن قواعد مستقرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بحسب الأصل، و لنسبية فكرة النظام العام تختلف تلك القيم باختلاف الأزمنة و الأمكنة و عليه تقرر وضع نظام قانوني حمائي يحكم التعامل مع الجسم البشري، لأنه غاية التنظيم الاجتماعي توفير الحماية والرعاية وضمان لإستقرار المجتمع و تكرس مبدأ عدم التعامل في جسد الإنسان إلا فيما يخدم المبادئ الأساسية بشرط الرضائية و التبرعية والمشروعية.

إن الحماية الجنائية للجسم البشري بإعتبارها أحد أهم أنواع الحماية بالنظر للأثر الإجتماعي المترتب عن الإخلال بالقواعد الجنائية – الجزء الجنائي – توفر قدرا من الحماية بإشتراك بقية فروع القانون الأخرى خصوصا مع تسارع الحركة التقنية الطبية في مجال العلوم الإحيائية في جميع الجوانب المادية بتأدية الوظائف العضوية بشكل مستدام و النفسية الفيسيولوجية لممارسة الحياة بصورتها المثالية.

لذا إستغرق الإحاطة بجوانب الحماية كافة الأبعاد الطبيعية للإنسان المحيطة بماهيته سواء البعد المادي و الروحي الذين إذا إستويا إكتملت الشخصية القانونية و هو المعنى الواضح الذي يتفق عليه كل من رجل الطب و القانون و الشرع.

إنه و بالنظر للتدخلات الطبية لزم علينا أن نجزأ الحماية الجنائية و نغير من نظرتنا لهذا الجسم المستقل للروح في مقابل تغير النظرة إلى الجسم البشري أعضاء و منتجات و مشتقات، فنضفي على كل عناصره حماية متميزة كما وجب أن نمدد في الحماية سواء عند بداية وجود الجسم البشري، - فكرة القالية للحياة – أو عند إنتهائه بإستغراق وصف الجسم مرحلة قريبة بعد الموت ما دامت الأعضاء و الخلايا و المنتجات متمتعة بحياة جزئية، و تتوافق هذه المساعي مع التطور السريع الذي أحرزته الأبحاث الطبية بإستغلال كل جزيئات الجسم.

و إستغراق الحماية الجنائية للجسم البشري لا يشمل الجانب المادي فحسب بل أن النظرة الاثنينية أو الإنفصالية بين النفس و الجسم لم تعد مقبولة، لذا نؤكد على وحادية التأثير و التأثير المباشر و غير المباشر بمصادر الإعتداءات النفسية سواء لأغراض إجرامية واضحة كالتهديد أو لأغراض قد تبدو مشروعة للوهلة الأولى لغاية التحقيق الجنائي المرهقة للجسم و التي دللنا على عدم مشروعيتها مع التوصية بتجريمها كإستخدام العقار المخدر أو التنويم المغناطيسي و غيرها.

إن الحق في سلامة الجسم و إن تعددت تعاريفه ينبغي أن يتناول الإطار الطبيعي للمصلحة المحمية قانونا بجانبها الفردي أو الإجتماعي، فالجانب الفردي يقتضي إستمرار الوظائف على النحو الطبيعي – مادي و نفسي – و الجانب الإجتماعي هو النهوض بالوظيفة الإجتماعية المنوطة بها، و بإختلال أحد الجانبين ينهار البنيان القانوني الذي يتهدد هذا المركز القانوني في إحدى عناصره و يختل الإطار العام للحماية الجنائية.

و إذا كان المبدأ عدم مشروعية المساس بالتنازل عن المادة الجسمية و النفسية بالضرر، فإن ما يخدم سلامة الجسم و يحافظ على إستواء خلقة البشر مشروعا في المقابل، و لذلك يشرع للطبيب و إن إشتمل عمله الشق و القطع و التمزيق ما دام يدخل في الإطار العام لإستعمال الحق بشروطه الشكلية و الموضوعية، و نستنتج من خلال الأعمال الطبية أن غايات التدخل الطبي يجب أن تراعي المصلحة الفردية كما ذكر و ضمن القواعد العامة الرضائية و ترخيص القانون و الغاية العلاجية ...

و إعتبارا لما تثيره فكرة أو قاعدة علاجية من مشكلات قانونية لتجاوز الطب حدوده التقليدية في العلاج لزم التعامل مع هذه القاعدة بمبدأ المرونة التي تعتبر ميزة جوهرية ينبغي أن تتصل بالقانون، لذلك تتغير هذه القاعدة حفاظا على المبدأ العام و هو السلامة الجسدية بزيادة المعرفة الطبية عن طريق التجارب العلمية، و من ثم تتغير فكرة الرضا بشرط الإخطار بالمخاطر الآنية و المحتملة و غير المحتملة أو البعيدة و عدم التفريط في المصلحة الصحية للفرد مهما كانت الفائدة العلمية و تغليب المصلحة المحضة و الراجحة.

و بعد إسقاطنا لهذه المبادئ العامة – التي تحكم الحق في سلامة الجسم و التي تحكم الأعمال الطبية بصورتها التقليدية و الحديثة – على تطبيقاتها للجسم البشري فإننا نستنتج:

-أن هذه التطورات الطبية التي شملت مواد الجسم قلبت بشدة الأوضاع القانونية المنظمة لأسس التعامل مع الجسم البشري و أدت إلى إختلال الأحكام و إعادة صياغتها خاصة في إطار مشروعيتها.

ففي مجال التلقيح الإصطناعي و أثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان فيمكن القول أن التلقيح الإصطناعي من الحلول المحققة للغريزة الفطرية – الإنجاب – و يحقق الإستقرار للزوجين لما يلقي بآثاره على الجانب النفسي في حالة فشل الطرق الطبيعية للمساعدة الطبية على الإنجاب بإعتباره أسلوب علاجي لحالات العقم، و ما نستنتجه من خلال دراستنا لهذا المبحث أن التلقيح الإصطناعي صورة مختلفة غير أن الصور المشروعة لهذه التدخلات الطبية ينحصر فيما بين الزوجين في ظل الحياة الزوجية و يمنع كل تدخل من الغير غير الزوج أو بويضة غير الزوجة، و تمنع هذه التدخلات بإختلاف أنواع التلقيح داخلي أو خارجي، كما يمنع التلقيح الإصطناعي الخارجي في صورة إستئجار الأرحام ' الأم البديلة ' و هو الأمر الذي منعه القانون الفرنسي، و لذلك يعتبر هذا الأخير نموذج للقوانين إلى حد ما إذا تناول جميع مسائله و أقرنه بعقوبات عكس المشرع المصري الذي تخلوا تشريعاته من أي تنظيم مما دعوى إلى إحتدام الإجتهادات الفقهية أخذا و ردا، أما المشرع الجزائري فقد حسم النقاش بتعديل قانون الأسرة بمقتضى القانون 05-02 في المادة 45 مكرر.

أما في الشريعة الإسلامية فلا شك أن هذا الطريق يفتح آفاقا عظيمة لتحقيق أغراض الأزواج و من ثم يباح بإعتباره ليس خرقا لقوانين الطبيعة و لم يتعارض مع نصوص الوحي، و هي تتم وفق السنن الطبيعية لتكوين الجنين ما دام أنها تتم في إطار العلاقة الزوجية حال حياتهما و هو ما دامت عليه دون الإفتاء و المجامع الفقهية في إطار الشروط و الضمانات الشرعية و القانونية.

ففي شرط العلاقة الزوجية و أثناء حياتهما نظم المشرع الفرنسي و الجزائري هذه المسألة، غير أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع الفرنسي لم يضع عقوبات صارمة حال الإخلال بهذا الشرط، مما يؤدي إلى الإستهداء بالقواعد العامة الأمر الذي جعل المسألة تخضع لعديد التكييفات بين جريمة الإغتصاب، و جريمة هتك العرض، فعل فاضح علني، جريمة الزنا، كما حظر إستخدام تقنية الأم البديلة، و إنفرد المشرع الفرنسي بشرط الغرض العلاجي و إن كان من الممكن أن يعد بالنسبة للمشرع الجزائري شرط عام تخضع له الأعمال الطبية غير أننا من خلال هذه الإستنتاجات نوصي بمايلي:

أولا: يجب تجريم ما يجريه الطبيب من عمليات إخصاب بغير مراعاة تلك الضوابط و تأثيم ما يأتيه منها خارج الإطار الشرعي بصورة غير مشروعة أو المحرمة أو مشوبة بالغش للزوجين.

ثانيا: فرض حماية جزائية عند التلاعب بالبويضات المخصبة داخل الأنبوب، و سن نصوص تجرم أسلوبي التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير و بواسطة الأم البديلة مع فرض عقوبات صارمة على كل الأطراف المتدخلين في العملية.

ثالثا: فرض عقوبات صارمة على كل من يلجأ إلى التلقيح الإصطناعي دون رضا الطرف الآخر و التشديد عند إستعمال طرق الغش و الإحتيال.

أما في المبحث الثاني والمتعلق بتغيير الجنس، فإن هذا الأخير يعتبر إستبدال لجنس الشخص بجنس آخر مغاير للجنس الطبيعي أو الأصلي، و هو التغيير عملية جراحية يتم تغيير الأعضاء الظاهرية للذكر بالأعضاء الظاهرية للأنثى و العكس، فهو تغيير ظاهري فحسب.

و رغم عدم تخصص القوانين كالقانون الجزائري لنصوص متعلقة بهذه المسألة، إلا أننا من خلال دراسة هذا المبحث يتبين أن تغيير الجنس مصدر إثارة لعديد من المشاكل المدنية في مجال قانون الحالة المدنية لما يطرأ من تغيير في البيانات، و في مسائل الأسرة لإخلاله بالشرط البيولوجي و ما ينجر عن ذلك من إضطراب في أمور كثيرة كأحكام الخطبة و العدول عنها، و حق الزوجات، و التطليق و الخلع و الحضانة و النفقة و الإرث ... و الشأن سواء بالنسبة للمسائل التي يثيرها في المجال الجنائي في إطار المسؤولية الجنائية على المساس بالجسم البشري، و يتعارض مع شروط ممارسة الأعمال الطبية، و فكرة النظام العام.

– نستنتج أن مجال دراسة هذا العنصر يستبعد مشكلة الخنثى المشكل أو غير المشكل، ذلك أن التدخل الجراحي لترجيح الجانب الغالب يخضع لمعالجة مشروعة و هذا يسمى تثبيت الجنس، أما تغييره بفرض عدم إختلاط عناصر الذكورة و الأنوثة فهي الجراحة المعنية بموضوع الدراسة، فمن حيث مشروعيتها فالمسألة من الناحية القانونية مرفوضة و تعتبر مساسا بالسلامة الجسدية و إخلالا بمبدأ المحافظة عليه، ولا يمكن الإستناد إلى حالة الضرورة و لا إلى رضا المجني عليه لمخالفة هذه الجراحات للنظام العام و لمجافاتها لشرط الغر ض العلاجي، كما أنها مرفوضة من

الجانب الشرعي لأنه تغيير في خلق الله بدافع الشهوة و العبث و نفي للفطرة و قوانين الطبيعة و نواميسها، و ممارسة للمحظور كالإخصاء و بالنظر للأضرار الصحية و الجسدية و النفسية و الإجتماعية و غيرها.

أما في القانون الجزائري على وجه التحديد فبالرغم من عدم وجود نصوص صريحة فإنه يمكن الركون لأحكام قانون الأسرة التي تعتبر الإختلاف في الجنس من أحد الأركان الجوهرية لبناء الرابطة الزوجية، و من ثم فلا يتصور علاقة زوجية في غير ذلك، و القول بخلاف ذلك يعد جريمة يمكن تكييفها على أنها شذوذا جنسيا، أو جريمة إخصاء أو بتر لأحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله، و يمكن إستنتاج تجريم هذه العمليات من القانون الطبي الذي يجرم عمليات التعقيم.

أما فيما يتعلق بالإجتهادات القضائية فقد تذبذب القانون الفرنسي في أحكامه غير أنه إنتهى في الأخير إلى إباحتها تلبية لرغبة الشواذ و مثله القضاء البلجيكي و الإنجليزي، بحجة الغرض العلاجي و إحترام الحرية الفردية، و تحقيق التوازن النفسي، غير أن الرأي الغالب لدى القضاء هو تجريم هذه التدخلات الطبية خصوصا الدول التي تدين بالإسلام، حيث تتميز هذه الأنظمة بموافقتها لمجمل الشريعة الإسلامية رغم عدم وجود نصوص صريحة، و ذلك بوضع المسألة ضمن القواعد العامة و فكرة النظام العام و اختلال فكرة الضرورة، غير أننا نوصي في هذا المجال بأنه:

أولا: ينبغي إقرار المسؤولية الجنائية بنصوص صريحة مجرمة و معاقبة على هذه العمليات الطبية و معاقبة كل الفاعلين من المستفيدين منها و الأطباء الفاعلين الأصليين الشركاء و الوسطاء و الداعيين إليها.

ثانيا: إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية من مؤسسات إستشفائية القائم بهذه الأفعال المسخية.

ثالثا: تطبيق العقوبات الجنائية و الإدارية كالمنع من مزاولة المهنة و تجميد الرخص.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصـادرو المراجع

I. -المصادر

1- القرآن الكريم.
2- أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بردبزة البخاري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008.
3- الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشري النيسابوري، كتاب الايمان الجامع الصحيح لا توجد دار النشر و لا سنة النشر.
4- الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم، لاتوجد دار النشر ولا سنة النشر .
5- سعيد منصور موقعة، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، الجزء الأول، دار الإيمان الإسكندرية، مصر، 2005.
6- الشيخ محمد ناصر الألباني، مختصر البخاري مكتبة المعارف للنشرو التوزيع، الرياض الطبعة الأولى المجلد الرابع– المملكة العربية السعودية 2002 .
7- محمد عبد الرحمان العيساوي، موسوعة علم النفس الحديث، المجلد الثاني، تصميم البحوث النفسية والاجتماعية والتربوية، دار الراتب الجامعية،2000-2001.
8- محمد عبد المجيد العيسوي، موسوعة علم النفس الحدي، لمجلد السادس، الاضطرابات النفسية، دار الراتب الجامعية، 2001.

II. المراجع :

1) **المؤلفـات العامــة**

1. ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني عشر، دار صادر بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
2. أحمد إبراهيم حسن ،تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ،مصر ،1999 .
3. أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ،لا توجد دار النشر و سنة النشر.
4. أحمد عبد اللطيف الفقي، الجاني والمجني عليه، وحقوق وضحايا الجريمة، دار الفجر للنشر والتوزيع، سنة 2003.
5. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، النظرية العامة.
6. اسحاق ابراهيم منصور، الأصول العامة في قانون العقوبات، الجنائي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1979.
7. تشوار الجيلالي، الزواج و الطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبيعية والحديثة ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون – الجزائر 2001.
8. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، لا توجد دار النشر سنة 1999.
9. جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، محمد قاسم، الحقوق وغيرها من الحقوق القانونية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، سنة 1996.

10. جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، عقوبة، قتل وضرب وجرح ،دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
11. حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الأفاق العربية، لا توجد بلد النشر، سنة 2001.
12. حسن محمد أبو السعود، قانون العقوبات المصري، الطبعة الأولى، القسم الخاص،محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية 1978.
13. سعدي اسماعيل البرنجي، لاتوجد دار النشر و لا سنة النشر.
14. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، سنة 2003.
15. طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص،الطبعة الأولى، لا توجد دار النشر، 2000.
16. طه عبد المولى ابراهيم، مشكلات التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني، الطبعة الأولى /دار الفكر والقانون، مصر 2000.
17. عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، لا توجد دار النشر، القاهرة، سنة 1951.
18. عبد الرحمان محمد أبو توتة، علم الإجرام، المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية،مصر، 1998.
19. عبد العزيز سعد ،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ،سنة 2007 .
20. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات، النظرية العامة، دار المطبوعات،مصر، الإسكندرية، لا توجد سنة النشر.
21. عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، سنة 2002.
22. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، الجزاء الجنائي، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.
23. عبد الله موسى، المسؤولية الجسدية في الإسلام، الطبعة الأولى، دار بن حم، 1995.
24. عبد المنعم فرج الصدة ،نظرية الحق في القانون ،القاهرة ،سنة 1950.
25. علي أحمد عبد الزعبي ،حق الخصوصية في القانون الجنائي، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006.
26. علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، الجزء الأول، الجريمة، سنة 1988.
27. علي محمد جعفر، الأحداث المنحرفون، ط3، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996.
28. علي محي الدين القره ،علي يوسف المحمدي ،فقه القضايا الطبية المعاصرة ،الطبعة الثانية ،دار البشائر الإسلامية ،بيروت ،لبنان ،2006.

29. علي محي الدين القره، علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، سنة 2006.
30. عمر محي الدين خوري، الجريمة وأسبابها، مكافحتها، دراسة مقارنة في القانون والعلوم الإجتماعية، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2003.
31. عن محمد سامي السيد الشوى، لا توجد سنة النشر و لا دار النشر.
32. فاخر عاقل، علم النفس، الطبعة التاسعة، دار العلم الملايين، بيروت، لبنان، 1984.
33. فيصل عباس، التحليل النفسي والاتجاهات الفردوية، المقارنة العيادية، الطبعة الأولى ،دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1996.
34. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الشرف والحرية، دار العلمية الدولية للنشر، دار الشفافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، لا توجد سنة النشر.
35. لين صلاح ،موسوعة قانون العقوبات العام والخاص ،للعلامة رونيه غارو ،المجلد الثاني ،في الجريمة والعقوبة الجزائية ،منشورات الحلي الحقوقية ،بيروت ،لبنان.
36. محمد القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر،سنة 2004.
37. محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ،2004.
38. محمد المرسي زهرة ،الإنجاب الاصطناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية ،دراسة مقارنة ،الناشر دار النهضة العربية ،القاهرة مصر ،2008 .
39. محمد توفيق خضير، مبادئ في الصحة والسلامة العمة، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
40. محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي " نقل وزراعة الأعضاء التناسلية " الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2001.
41. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2006.
42. محمد عبد الرحمان العسيوي، في الصحة النفسية والعقلية دار النهضة العربية ،بيروت لبنان، 1992.
43. محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الأولى،دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2005.
44. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات.
45. محمد كي أبو عامر، قانون العقوبات، قسم خاص
46. محمود فهمي زيدان، في النفس والجسد، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 198.
47. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1989.
48. مصطفى خليل الشرقاوي، علم الصحة النفسية، دار النهضة العربية، بيروت، لاتوجد سنة النشر.
49. المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، 1979.

50. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والاصابة الخطأ، ط4، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 1998.
51. منير رياض حنا ،المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ،الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،مصر ،سنة 2007.
52. نادية محمد قزمار، الجراحة التجميلية، الجوانب القانونية والشرعية، دراسة مقارنة،طبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
53. نبيل ابراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، منشورات الحلي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004.
54. هاني سليمان التطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الشروق للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى، عمان الأردن ،2003.

2) **المؤلفـات الخاصـة**

1. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، منشورات الحلي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
2. أحمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، محاضرة منشورة في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الطبعة الثانية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004.
3. أحمد حسين منصور، الخطأ الطبي، لا توجد دار النشر و لا توجد سنة النشر .
4. أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية مصر،سنة 2001.
5. أحمد لطفي أحمد، التلقيح الإصطناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2006.
6. أحمد محمد لطفي أحمد ،التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2006 .
7. بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دراسة فقهية مقارنة،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
8. حسين ابراهيم عبيد، تقرير حول التلقيح الاصطناعي من الوجهة القانونية، ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، من 2 نوفمبر 1994، مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق جامعة القاهرة،المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 1994.
9. سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشيويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، الطبعة الأولى ،كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية،2007.
10. الشهابي إبراهيم الشرقاوي حول تغيير الجنس لا توجد دار النشر و سنة النشر .
11. طاهري حسين، الخطأ الطبي، والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة،دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، 2002.

12. عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤوليات الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
13. عبد الحميد المنشاوي ،الطب ودوره الفني في البحث عن الجريمة ،دار الفكر الجامعي، مصر، لا توجد سنة النشر.
14. فواز الصالح جراحة الخنوثة و تغيير الجنس في القانون السوريلا توجد دار النشرو لا سنة النشر.
15. مروك نصر الدين، تطور مفهوم الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2004.
16. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، التطبيقات العملية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ج1، الكتاب الثاني دار هومة للطباعة والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، سنة 2003.

3) **المذكرات و الرسائل**:

أ- رسائل الدكتوراه:

1. عدنان عبد الحميد يدان، ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة،رسالة دكتوراه، القاهرة، مصر، 1983.
2. عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة 1978.
3. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون الالمقارن والشريعة الاسلامية، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الجنائي، 1996 -1997.
4. حبيبة سيف سالم راشد الشامسي ،النظام القانوني لحماية جسم الإنسان ،رسالة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2006.
5. حسان حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه القاهرة،سنة 1971.
6. ياسر حسين عطية، نقل وزراعة الأعضاء بين التجريم والإباحة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية.
7. أحمد عبد الدائم ،أعضاء الإنسان ضمن التعامل القانوني ،رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ،في الحقوق ،جامعة روبير شومان في ستراسبورغ ،كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
8. سامي صادق الملة، إعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، مصر 1969.

ب-مذكرات الماجستر:
1. خطوة عبد المجيد، المسؤولية المدنية عن نقل الدم، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، جامعة بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص15.
2. يوسفاوي فاطمة ،الحماية الجنائية لجسم الإنسان في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية ،المركز الجامعي بشار سنة 2005.
3. عيساني رفيقة المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2007 ،2008 .

ت- البحوث المنشورة على الأنترنت:
1. الشيخ عمر عبد الله حسن الشهابي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية،بحث منشور في الانترنت بتاريخ 1428/11/11 على موقع المسلم نت، تاريخ الاطلاع: 2009/12/12.
الموقع: http://almoslim.net/node
2. - طه عبد الناصر، تغيير الجنس- تصحيح أو تأكيد الجنس أم ماذا؟ بحث منشور في الانترت على موقع النقابة العامة لأطباء تاريخ الاطلاع: 2009/12/12
الموقع: http://www.ems.org.eg/site-map.htm
3. - محمد المهدي، التحول الجنسي بين موقف الطب ورأي الدين، بحث منشور الأنترنت في موقع اسلام أون_لاين .
الموقع: http://www.islqñonline.net/Arabic/index.shtml
4. - محمد علي البار، لوثة تحويل الجنس، بحث منشور على الانترت على موقع الدكتورمحمدالبار.
الموقع: http://www.khayma.com/maalbar
5. ديفيدا ألميدا، روبرت بارلين، دليل دراسي، الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه، مركز حقوق الإنسان بجامعة مينيسوتا، سنة 2002، منشور على الأنترنت تاريخ الإطلاع 2008/05/01 . الموقع
https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/SGrighttohealth.html
6. زهير بن حسن خشيم، معالج بالتنويم المغناطيسي بالسعودية، كيف يعمل العقل تحت تأثير التنويم المغناطيسي الإحائي؟ بحث منشور على الأنترنت تاريخ الإطلاع 18-03- 2008، الموقع: http://www.damasgate.com/vb/t79348
7. عبد الحطاب، الوثيقة الاسلامية لأخلاقيات الطب والصحة، بحث منشور على الأنترنت تاريخ الإطلاع 17-04-2008.

8. فيصل مولوي، حكم عمليات تغيير الجنس، الموقع:
http://www.mawlawi.net

9. نادر شافي الطبيب بين الرسالة والمساءلة، بحث منشور على مجلة الجيش اللبنانية، العدد 235 في 2005/01/01 منشور على الأنترنت ص1 تاريخ الاطلاع 17-04-2008 حسن كيرة، المدخل إلى القانون، بدون دار النشر، الاسكندرية، 1971.
10. منصف المرزوقي، دروس المدخل إلى الطب المندمج، الدرس الرابع، تعريف الصحة، بحث منشور على الأنترنت.
الموقع:
http://www.moncefmarzouki.net/media/download/46

4) **المقالات و المداخلات**:
1. مراد بدران، أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن التلقيح الإجباري،بحث مقدم إلى الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة تيزي وزوا، كلية الحقوق، يومي،23-24 جانفي، 2008.
2. بلعيدي فريد، مسؤولية الطبيب الممتنع جنائيا في التشريع الجزائري، بحث مقدم للملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق يومي 23 و24 جانفي 2008.
3. ماهر حمود الحولي، الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي في أطفال الأنابيب،بحث مقدم في اليوم الدراسي المنعقد في الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة و القانون، المعنون " التلقيح الإصطناعي و أطفال الأنابيب بين العلم و الفقه " المنعقد بتاريخ الثلاثاء 2004/12/21.
4. حسيني محمود عبد الدايم، عقد إجاة الأرحام بين الحظر والإباحة ،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.

5) **المجلات**:
1- تشوار الجيلالي " الأحكام الاسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، "المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلة فصلية يصدرها معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عنكون، جامعة الجزائر، العدد36.
2- جميل صبحي برسوم "التحول الجنسي وما يثيره من مشاكل قانونية"، بحث منشور في مجلة الميادين مجلة الدراسات العلمية في حقوق المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية، تصدرها جامعة محمد الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية)، وجدة، المغرب، العدد السابع لا توجدد سنة النشر.
3- مروك نصر الدين، التلقيح الإصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى " عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب العدد الثاني سنة 1999.
4- مصطفى خياطي، الإسلام والأخلاقيات الحياتية ضرورة تفكير وتأمل، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، (عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب سنة1999)

6) **القوانين و المراسيم:**

أ- القوانين

1. قانون الحالة المدنية الجزائري بموجب الأمر رقم 70-20 المؤرخ في: 16 ذي الحجة عام 1399هـ الموافق لـ: 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية.
2. الأمر 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني.
3. قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90 -17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 الجريدة الرسمية عددها 8 صادرة في: 17 فبراير.
4. القانون 04-15 المؤرخ في: 27 رمضان 1425 الموافق لـ: 10 نوفمبر 2004 المعدل للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ج رقم: 71 لسنة 2004.
5. الأمر 05-02 المؤرخ في: 27 يوليو 2005 المعدل و المتمم للقانون 11/84 الصادر في: 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة.
6. قانون رقم 08-13 المؤرخ في: 18 رجب عام 1429 الموافق لـ: 20 يوليو سنة 2008 المعدل و المتمم لقانون 05/85 الجريدة الرسمية.

ب- المراسيم

1. مرسوم 69-88 مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1389 الموافق 18 يونيو 1969 يتعلق بالتلقيح الإجباري، الجريدة الرسمية العدد 53 لسنة 1969.
2. مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في: 05 محرم 1413 الموافق لـ: 06 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب ج ر رقم 52 المؤرخة في: 08 يوليو 1992.

فهرس
الموضوعات

فهرس الموضوعات

فهرس الصفحة

بسملة و آية قرآنية
شكر وتقدير
اهداء
مقدمة.....1-4
تمهيد.
الفصل الأول: المبادئ العامة للحماية الجنائية للجسم البشري.....5
المبحث الأول: مفهوم الحماية الجنائية للجسم البشري 5
المطلب الأول: مفهوم الجسم البشري.....6
الفرع الأول: أبعاد الطبيعة البشرية.....7
أولا: البعد العقلي.....7
ثانيا: البعد الذي يتعلق بالبيئة البشرية و الطبيعية.....7
ثالثا: البعد الروحي.....8
الفرع الثاني: أبعاد الطبيعة البشرية.....8
أولا: الجانب المادي للجسم البشري.....8-15
ثانيا: الجانب النفسي للجسم البشري.....15-21
المطلب الثاني: الحق في سلامة جسم الإنسان.....21
الفرع الأول: مفهوم الحق في سلامة جسم الإنسان.....21
أولا: تعريف الحق في سلامة الجسم الإنساني.....21-23
ثانيا: تعريف الحق في سلامة الجسم في القانون.....23-26
الفرع الثاني: طبيعة الحق في سلامة جسم الإنسان.....26
أولا: الطابع الفردي.....27-33
ثانيا: العلاج الاجتماعي.....33-41
المبحث الثاني: مشروعية التدخل الطبي.....41-42
المطلب الأول: إباحة بعض أفعال الإعتداء على الجسم البشري.....42

الفرع الأول: سند إستعمال الحق.....43
أولا: السند العقلي لإستعمال الحق.....43
ثانيا: السند القانوني لإستعمال الحق.....43-44
الفرع الثاني: شروط إستعمال الحق.....44
أولا: ثبوت إستعمال الحق.....44
ثانيا: إستعمال الحق بمعرفة صاحبه.....44-45
ثالثا: إلتزام حدود الحق.....45
رابعا: حسن النية في إستعمال الحق.....45
المطلب الثاني: إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان كتطبيق لإستعمال الحق.....45-47
الفرع الأول: أساس إباحة الأعمال الطبية.....47-48
أولا: أعمال طبية مباحة إباحة أصلية.....48
ثانيا: رضا المريض كأساس لإباحة التدخل الطبي.....48
ثالثا: تريص القانون لمزاولة هذه المهمة.....48
رابعا: أعمال طبية لا عقاب لها.....48
خامسا: أعمال طبية تستمد من إجازة القانون.....48-49
الفرع الثاني: القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية والجراحية.....49
أولا: الترخيص بمزاولة مهنة طبية.....49-50
ثانيا: رضا المريض.....50-54
ثالثا: قصد العلاج.....54-55
رابعا: مراعاة أصول المهنة لمزاولة العمل الطبي.....55-56
الفرع الثالث: مدى إلتزام الطبيب 56
أولا: إلتزام الطبيب ببذل عناية.....56-57
ثانيا: إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة.....57-58
الفصل الثاني: التدخل الطبي الحديث على جسم الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية.....59
تمهيد.....59

المبحث الأول: التلقيح وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان.....59-60
المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي.....60
الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي.....60-61
الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي.....61
أولا: التلقيح الإصطناعي الداخلي.....62-63
ثانيا: التلقيح الإصطناعي الخارجي طفل أنبوب.....63-64
المطلب الثاني: مشروعية التلقيح الاصطناعي.....64
الفرع الأول: مشروعية التلقيح الاصطناعي في القضاء والقانون.....64
أولا: موقف القضاء و القانون المقارنيين.....64-66
ثانيا: موقف القانون الجزائري.....66-67
الفرع الثاني:مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه لإسلامي.....68
أولا: مشروعية التلقيح الإصطناعي الداخلي.....68-69
ثانيا: مشروعية التلقيح الإصطناعي الخارجي.....69-71
المطلب الثالث: شروط التلقيح وما توفره حماية جنائية.....71
الفرع الأول: شروط وجود العلاقة الشرعية وما يوفره من حماية جنائية.....71
أولا: شروط وجود العلاقة الزوجية الشرعية.....72
ثانيا: ما يوفره شرط وجود العلاقة الشرعية من حماية جنائية.....72-73
الفرع الثاني: شرط رضا الزوجين أثناء الحياة وما يوفره من حماية جنائية.....73
أولا: شرط الزوجين أثناء الحياة..... ...73-74
ثانيا: ما يوفره شرط رضا الزوجين أثناء الحياة من حماية جنائية.....74-75
الفرع الثالث : أن لايكون هناك مجال لاختلاط الأنساب وما يوفره من الحماية الجنائية
جنائية.....75
أولا: شرط أن لا يكون هناك إختلاط الأنساب.....75-76
ثانيا: ما يوفره شرط أن لا يكون هناك مجال لإختلاط الأنساب من حماية
جنائية.....76-77
المبحث الثاني: تغير الجنس وأثره على نطاق الحماية الجنائية.....77-78

المطلب الأول: مفهوم تغير الجنس.....78
الفرع الأول: تعريف تغير الجنس.....78
أولا: دلالة كلمة جنس.....79
ثانيا: دلالة كلمة تغيير.....79
ثالثا: معنى تغيير الجنس.....79-80
الفرع الثاني: تمييز تغير الجنس عن بعض مظاهر الانحراف الجنسي.....80
أولا: تغيير الجنس و الشذوذ.....81
ثانيا: تغيير الجنس و الخنثى.....81
ثالثا: تغيير الجنس و التشبه بالآخر.....81-82
المطلب الثاني: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل قانونية.....82
الفرع الأول: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل الدينية.....82
أولا: في قانون الحالة المدنية.....82
ثانيا: في قانون الأسرة.....82-84
الفرع الثاني: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل الجنائية.....84-85
المطلب الثالث: مشروعية تغيير الجنس.....85-86
الفرع الأول: مشروعية التدخل الطبي لتغيير الجنس.....86
أولا: الموقف الفقهي القانوني و الشرعي المبيح.....86-89
ثانيا: الموقف القانوني المبيح لتغيير الجنس.....89-90
ثالثا: الموقف القضائي المبيح لتعيير الجنس.....90-92
الفرع الثاني: عدم مشروعية التدخل الطبي لتغيير الجنس.....92
أولا: عدم التدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس.....92-96
ثانيا: التشريعات التي التزمت الصمت.....96-98
ثالثا : الموقف القضائي المحرم لتغيير الجنس.....98-107
خاتمة.....108-111
المصادر و المراجع.....112-119
فهرس الموضوعات