وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المرجع:.....

قسم : القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

حرية التصرف في جسم الإنسان

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: حقوق

التخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائية

من إعداد الطالب(ة): حشلاف نورالدين

تحت إشراف الدكتور:

زواتين خالد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	بوسحبة جيلالي	رئيسا
الأستاذ(ة)	زواتين خالد	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	بن عوالي	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت يوم : 04 جوان 2023

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر

الحمد لله الذي وفقنا و سدد خطانا في إنجاز هذا العمل المتواضع نحمده و نستعينه و نثني عليه.

نتقدم بشكرنا الجزيل إلى الأستاذ المشرف الدكتور **زواتين خالد** إلى أساتذتنا الكرام لما أنفقوه من وقتهم الثمين في تكويننا طيلة مدة الدراسة.

كما نتقدم بشكرنا إلى كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل المتواضع و إلى من كان لهم بالغ الفضل بعد فضل الله تعالى على ما بذلوه من جهد عظيم في توجيهنا و إرشادنا في هذا العمل.

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى:

أحب الناس إلى قلبي و أحسن الناس بحسن صحبتي

إلى التي انحنت الجنة تحت قدميها و قال فيها ربي: واخفض لهما جناح الذل من الرحمة و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا"

إلى حبيبتي ....

♥ أمـــي♥

الخـــطة

مقدمة

الفصل الأول: ماهية جسم الإنسان

المبحث الأول: مكونات الجسم البشري

المطلب الأول: الجانب المادي للجسم

الفرع الأول: الأعضاء الآدمية

الفرع الثاني: المنتجات البشرية

المطلب الثاني : الجانب النفسي للجسم

الفرع الأول: تكوين الجهاز النفسي

الفرع الثاني: علاقة النفس بجسم الإنسان

المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري من مكونات الجسم البشري

الفرع الأول : موقف المشرع الجزائري في قانون العقوبات

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري في قانون الصحة

المبحث الثاني: حياة الجسم البشري

المطلب الأول: صعوبة تحديد لحظة بداية الجسم

الفرع الأول: مراحل تكون الجسم

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من بداية الجسم البشري

المطلب الثاني : صعوبة تحديد لحظة نهاية الجسم

الفرع الأول: تعريف الوفاة

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من نهاية الجسم البشري

الفصل الثاني: التصرفات الواردة على جسم الإنسان وتأثيرها على نطاق الحماية القانونية للجسم

المبحث الأول: التصرفات القانونية الواردة على جسم الإنسان

المطلب الأول : الأعضاء البشرية موضوع عقد ملزم لجانبين

الفرع الأول : موقف التشريعات المقارنة المعارضة لبيع الأعضاء البشرية.

الفرع الثاني : موقف التشريعات المقارنة المؤيدة لبيع الأعضاء البشرية.

المطلب الثاني : الأعضاء البشرية موضوع عقد ملزم لجانب واحد.

الفرع الأول: هبة الأعضاء البشرية

الفرع الثاني : الوصية بالأعضاء البشرية

المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري من التصرف في الأعضاء البشرية.

الفرع الأول: عدم جواز جعل الأعضاء البشرية محلا للمعاملات المالية.

الفرع الثاني : جواز جعل الأعضاء البشرية محلا للتبرع.

المبحث الثاني: التصرفات الطبية الحديثة و تأثيرها على نطاق الحماية الجنائية للجسم

المطلب الأول : عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية

الفرع الأول : أسباب إباحة نقل الأعضاء البشرية.

الفرع الثاني : ضرورة تنظيم اقتطاع الأعضاء البشرية بما يحقق الحماية الجنائية للجسم

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية

المطلب الثاني : عمليات التلقيح الاصطناعي

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي الداخلي

الفرع الثاني : التلقيح الاصطناعي الخارجي

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من عمليات التلقيح الاصطناعي

المطلب الثالث : عمليات الاستنساخ البشري

الفرع الأول : مخاطر الاستنساخ البشري

الفرع الثاني : الاستنساخ البشري و البحث العلمي

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري

خاتمة

تعتبر حرمة الإنسان وسلامته من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع على حد سواء، إذ لا يمكن للمجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار إلا إذا كان هذا الحق محاطا بحماية كاملة.

ونظرا لهذا كان جسم الإنسان يشكل وبحق المحور الأساسي لهذه الحماية، لذلك أردنا جلب الرؤى إلى هذا الموضوع الذي رغم أنه كان محلا لاهتمام الكثير من التشريعات القديمة إلا انه مازال يتداول في الخفاء وفي الأوساط الطبية ذاتها. ولهذا فإن اهتمامنا في هذا الموضوع ينصب حول حرية التصرف في جسم الإنسان الذي تظله الحرمة و القداسة لرسم حدود التصرف فيه ضمن أطرها القانونية. ومما لا يخفى أن هذا الجسم كان ومنذ وضع أولى لبنات التقنين لدى البشر محل اهتمام كتابات فلاسفة العصور القديمة إذ سطر القانون الطبيعي حقوقا هامة كحق الإنسان في المحافظة على جسده ودفع الضرر عنه في حال وجود أي خطر يتهدده. [1]

وأنه لا ريب في أن أول تشريع جنائي نظم مبدأ حرمة الكيان الجسدي، وأعطاه الحماية هو قانون حامورابي، الذي كان أول قانون يعرف تطورا في الميدان الجزائي ففي سنة 1792 – 1850 وضع حمورابي قانون الشهير وأورد فيه فصلا كاملا تحدث فيه عن الجرائم ضد الأشخاص فأورد جريمة القتل في المواد 197 –2001 وجريمة الضرب والجرح في المواد 206 – 214 وأقر بحماية جسم الإنسان، إذ يعاقب هذا القانون الطبيب الذي يخطأ في علاج رجل حر فيموت أو يفقآ له عينه بقطع يده بينما إذا كان عبدا فإنه يلتزم بتعويض قيمة النقص منه كما أقر عقوبة القصاص في حال قتل إنسان عمدا. والدية في الجرائم غير العمدية إلى أن المجتمع المصري القديم بدأ يعرف القيمة الخاصة للجسم البشري كعامل من عوامل نمو الدولة. وهو ما نلمسه من خلال التخفيف من حدة المعاملات القاسية للجسد، ويظهر ذلك من خلال

1– د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية 2: 190، الكتاب الثاني، الحق.

قانون بوخوريوس الذي ألغى قانونا ظالم ا وخطيرا جدا على الحريات الفردية الجسدية لأفراد المجتمع ألا وهو القانون الذي جعل جسم الإنسان المدين ضمانا للوفاء بديونه، إذ أصبحت أموال المدين لا جسمه هي ضمان الوفاء بدينه دون المساس بكيانه المادي. [1]

وتجدر الإشارة إلى أن الحضارات الغربية القديمة لم تكن بمنأى عن هذا الموضوع، ففي التشريع اليوناني نجد نفس الخصوصية الموجودة في المجتمع الفرعوني إذ أن كلا التشريعيين يوفران حماية هامة للجسد فيرتب الجزاء الجنائي في حال ما إذا أخطأ الطبيب المعالج في العلاج أو وصف الدواء فأنتج ذلك الخطأ ضررا.

كما صدر قانون الألواح الإثنى عشر بمدينة روما عام 450 ق .م تضمنت من خلاله الألواح 8–9–10 نظام الجرائم والعقوبات، إذ كان يعاقب على الجرائم الماسة بالجسم بشكل أقرب ما يكون إلى الانتقام منه إلى تطبيق جزاء عادل ذلك أن تطبيق العقاب كان مخولا إلى المجني عليه أو عشيرته.

غير أن ما يمكن قوله، أن في ظل هذه التشريعات ورغم مالها من مساوئ ولا عدل في تطبيقها وأحيانا القساوة والتمييز، فإن ذلك لا يمنع من القول أن الجسم البشري بدأ يعرف نوعا من الكرامة والحرمة هذه الأخيرة لم تتجسد أواصرها إلا بمجيء الإسلام الذي أعطى للجسد مكانة، واعتبر أن المحافظة على النفس البشرية جسدا وروحا من المصالح الخمس الواجب مراعاتها انطلاقا من قوله تعالى:((ولقد كرمنا بني آدم)) و ((لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم)) وانطلاقا من ذلك فقد قومت الشريعة الإسلامية حماية الجسد على فكرتين أساسيتين، هما عدم جواز الاعتداء على الجسم، مقسمة هذه الاعتداءات إلى الجنايات على النفس، والجنايات على مادون النفس، والفكرة الثانية هي وجوب حفظ النفس من الاعتداء عليها وعدم تعريضها للمخاطر والأمراض المستعصية. إذ منع سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه

[1] – مهند صلاح أحمد فتحي العزة ،الحماية الجنائية للجسم البشري ، في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية 2002 ، ص 2 .

الجيش الإسلامي الفاتح بقيادة الأشم أبا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه من دخول الشام لأجل طاعون عمواس[1] أما القوانين المقارنة فقد عنيت بهذا الموضوع أيما عناية إذ أوجدت دول العالم الكثير من التشريعات لحماية الجسم من خلال نصوص القوانين والدساتير وهو نفسه ما تظمنته المعاهدات الدولية والبروتوكولات المتعلقة بحقوق الإنسان.

غير أنه ونتيجة للتطورات الاجتماعية السياسية والعلمية التي طرأت على المجتمعات بصفة عامة، فإن التصرف في جسم الإنسان أخد منحي آخر، أكثر تقنية وعلمية، لذلك فقد كان هدفنا من وراء هذا الطرح تناول هذه التصرفات التي ترد على الجسم البشري أيا كانت طبيعتها، سواء التصرفات القانونية أو التصرفات الطبية، سيما بعدما توصل البحث العلمي لإمكانية إزالة أمراض العقم بواسطة عمليات التلقيح الاصطناعي، وكذا إلى استنساخ البشر والذي يعد قفزة نوعية في مجال هذه التصرفات، ومعرفة ما مدى حرية التصرف في هذا الجسم وهل القيام بهذه التصرفات يرد بشكل مطلق، سيما إذا علمنا ما للجسد من حرمة وقدسية، أم هناك ضوابط وقيود ترد على المساس بهذا الجسم تحكم القائم بهذا التصرف وحتى الشخص المتصرف في جسده، وهل هذا الشخص يملك الحرية المطلقة في التصرف في جسمه كيفما يشاء على أساس أن هذا الجسد هو ملك له أم أن جسده ملك للمجتمع، وأي تصرف يقره الشخص على جسده يجب أن لا يمس بحق المجتمع فيه، لذلك نحاول تناول هذا الموضوع من خلال الفصلين التاليين:

الفصل الأول: ماهية جسم الإنسان، ونتناول فيه معنى الجسم ومكوناته، وبداية حياة هذا الجسم، ونهايته مشيرين بدلك إلى مسألة صعوبة تحديد لحظة بداية الجسم ونهايته.

[1] - جاء في الصحيحين عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه أنه سمعه يسأل أسامة بن زيد ماذا سمعت من رسول الله (ص) في الطاعون قال أسامة : قال رسول الله (ص) ((الطاعون رجزا أرسل على طائفة من بني إسرائيل كان قبلكم فإذا سمعتم به بأرض فلا تدخلوا عليه ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه)).

الفصل الثاني: التصرفات الواردة على جسم الإنسان، ونتناول فيه التصرفات القانونية الواردة على الجسم من بيع وهبة ووصية، تم التصرفات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، ومدى تأثيرها على نطاق الحماية القانونية للجسم.

الفصل الأول

ماهية جسم الإنسان

الفصل الأول: ماهية جسم الإنسان.

يجمع كل من رجال العلم وفقهاء القانون على أن المقصود بالإنسان هو الشخص الطبيعي أو الذات الناطقة المتكونة من عنصرين هما الجسد و الروح, ولا مجال للكلام عن أحدهما دون الآخر. ولا مفر من الإدراك أن جسم الإنسان الذي هو محل لمختلف التصرفات ومناط للحماية الجنائية ما هو إلا عبارة عن جسم مركب مادي بما يحمله من أعضاء وخلايا, وهو جسم معنوي يمثل النفس بما تحمله من عواطف وأحاسيس وميول, ولهذا ارتأينا في هذا الفصل أن نتناول ماهية جسم الإنسان بدءا من مكوناته ثم إلى حياة هذا الجسم عبر مختلف أطواره.[1]

المبحث الأول: مكونات الجسم البشري

–يحاول الكثير من الفقهاء إلى يومنا هذا معرفة مكونات الجسم البشري، فمنهم من قسمه إلى أعضاء يابسة وسائلة وشعر، ومنهم من قسمه بالنظر إلى مناط الحماية الجنائية له إلى أعضاء ضرورية وأعضاء غير ضرورية، والحقيقة أن جسم الإنسان يتشكل من عناصر حية مترابطة ومتناغمة من الأنسجة والخلايا أبدعها الخالق سبحانه وتعالى في صورة تدل على العظمة لقوله تعالى " ولقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم" [2] ولهذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين فنتناول في مطلب أول تحديد مكونات الجسم البشري في شقه المادي، وفي مطلب ثاني الشق النفسي من الجسم.

1- أحمد عروة ،أفاق إسلامية لفلسفة وسياسة الصحة ،بحث منشور على الانترنت ،تاريخ الإطلاع/ 01-282008-

2-سورة التين ,الآية الرابعة.

المطلب الأول : الجانب المادي لجسم الإنسان:

يقصد بالجانب المادي للجسم الكيان الذي تصب فيه الحياة [1]، وطبقا لهذا التعريف فإن الجسم يتكون من خلية ونسيج وعضو، وتعتبر الخلية الوحدة الأساسية في تكوين جسم الإنسان بتجميعها وارتباط بعضها ببعض تتكون الأنسجة المادية المختلفة، والنسيج هو عبارة عن خليط من المركبات العضوية كالخلايا والألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمله كالنسيج الصام العضلي العصبي. أما العضو فهو مجموعة العناصر الخلوية المختلفة والمتشابكة للجسم والمقسمة إلى أعضاء آدمية ومنتجات بشرية.

الفرع الأول: الأعضاء الآدمية

لقد طرأ على مفهوم فكرة العضو بالنظر للتطور الهائل والسريع للعلوم الطبيعية تغيير كبير في مفهومه. فكلمة عضو يرجع أصلها البيولوجي إلى القرن الخامس عشر وهي كلمة مشتقة أساسا من كلمة organon ومعناها الأداة أو الآلة التي تستخدم في العمل[1].

فمادة الجسم هي عبارة عن أنسجة وعناصر حية (خلايا) تتميز بترابط وانسجام وتكامل أبدعها الخالق سبحانه وتعالى، وتعد الخلية الوحدة الأساسية في تكوين الجسم الإنساني، وعليه فإن اجتماع وارتباط مجموع خلايا الجسم والتحام بعضها ببعض تكون كل الأنسجة المختلفة. أما العضو فهو عبارة عن مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة والمتشابكة والقادرة على أداء وظيفة[1].

وما يزال الغموض يكتنف أركان جسم الإنسان، وجل التشريعات العالمية وبما فيها التشريع الجزائري كل ما وصلت إليه هو تعريف الأعضاء من خلال ذكر عناصر ومكونات الجسم، ولذلك فإن مفهوم الأعضاء في هذه التشريعات لا يعدو أن يكون أحد العناصر مثل

[1]– أليكس كاريل, الإنسان ذلك المجهول, تعريب شفيق أسعد فريد , مؤسسة المعارف بيروت بدون سنة طبع, ص 140.

[2] – د/ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للجسم، المرجع السابق،ص 14.

الكبد، القلب والرئة والبنكرياس والنخاع العظمي و العين والقرنية والجلد، أو بمفهوم آخر كل ما تضفي عليه لوائح وزارات الصحة وصف العضو غير أن تعريف العضو من خلال تعداد مكونات الجسم أمر خطير يثير الكثير من المشاكل القانونية لأنه قد يجعل مثلا سرقة شريحة جلدية صغيرة كسرقة إحدى الكليتين أو قرنيات العين.

ويذكر الأستاذ كاريل في هذا الخصوص أن فكرة العضو أي عضو جسم الإنسان لا تتحدد بمحدودية كيانه المادي فقط بل يشمل كل ما يفرزه، أما تكوين العضو وأداءه لوظائفه فيعتمد إلى حد كبير على سرعة الأعضاء الأخرى في امتصاص المواد التي يفرزها هذا العضو.

والعضو في المفهوم الطبي هو الجزء المحدد في جسم الإنسان، والذي يقوم بتأدية وظيفة محددة أو عدة وظائف في نفس الوقت، وتقوم الأعضاء والأنسجة، بأداء الوظائف الحيوية بالنسبة لبقاء الإنسان سواء كانت هذه الأعضاء من النوع الفيزيولوجي، أو السيكولوجي.

ويعتبر التعريف الذي جاء به المشرع الإنجليزي هو فقط التعريف الذي يمكن الأخذ به، إذ نص في المادة 07 فقرة02 من قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء لعام 1989" يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل[2].

وتبدو أهمية هذا التعريف الرائد أنه يسهل لنا عملية التكييف وتحديد المسؤولية الجنائية في جرائم الاعتداء على سلامة الجسم أو المساس أو التصرف فيه.

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك أعضاء اصطناعية يمكن وزرعها في الجسم في حالة فقدان الإنسان لأحد أعضائه التي تؤدي وظيفة صعبة، قد تكون هامة أحيانا فلابد من تعويضها بعضو صناعي لأداء وظائفها، والأعضاء الصناعية نوعان نوع يوضع على سبيل

[1]– عبد المالك شفيق, علم تشريح جسم الإنسان , الجزء الأول, القاهرة بدون سنة, ص 1 وما يليها.

الزينة واستكمال الهيئة كالعيون الزجاجية والشعر المستعار ونوع ثاني يستعمل لأداء وظيفة مفقودة، كالمفاصل الصناعية والأسنان، فهو عبارة عن إحلال عضو أو جزء من عضو طبيعي تالف بعضو صناعي آخر مصنوع من معدن أو بلاستيك، لأداء وظيفة جمالية أو عضوية، وإن كان هناك اختلاف في تقرير الحماية الجنائية للأعضاء الصناعية فالفقه الألماني جعل لها حماية شاملة كالأعضاء الطبيعية، باعتبارها تؤدي نفس الوظيفة، في حين ذهب البعض الآخر إلى انتفاء ذلك طالما أن العضو الصناعي ليس خاضعا لسلطات الجهاز المركزي، وإنما يقوم بوظيفة اجتماعية لا بيولوجية.

وهذا ما يدعونا إلى تنبيه المشرع الجزائري حول ضرورة إيجاد نصوص جنائية خاصة تحكم هذا النوع من الاعتداءات، لأنها بطبيعة الحال تختلف في طبيعتها عن اعتداءات الضرب والجرح وإعطاء مواد ضارة التي أوردها في قانون العقوبات المواد 264 وما يليها، لان هذه الأعضاء تلعب دورا مهما في التكامل الجسدي البشري، واتصالها بالجسم يعني حاجة الجسم لها بشكل يدل على عدم قدرته الاستغناء عنها وبالتالي لا بد أن يكفل لها المشرع نفس الحماية المقررة لسائر أعضاء الجسم البشري[1].

الفرع الثاني: المشتقات والمنتجات البشرية:

لقد استعملت الكثير من تشريعات العلوم الإحيائية اصطلاح المشتقات والمنتجات البشرية ويمكن تعريف هذه المشتقات بأنها كل العناصر التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة ولا يترتب عن استئصالها فقدانها للأبد بل يقدر الجسم على إنتاجها دونما الحاجة لزرعها من جديد ويأتي على رأس هذه العناصر والمنتجات النخاع العظمي الذي هو العنصر المسؤول عن إنتاج خلايا الدم والذي يعد واحدا من مشتقات الجسم وليس أحد أعضائه[2].

[1] –د محمود نجيب حسني, شرح قانون العقوبات القسم الخاص, مطبعة جامعة القاهرة 1984 رقم 173.

[2] –د/مروك نصر الدين , لحماية الجنائية لجسم الإنسان , المرجع السابق, ص 16.

وبهذا المفهوم نجد أن هناك العديد من العناصر التي يصدق عليها وصف التجدد في الجسم مثل الدم والشعر وحليب الأم وخلايا الجلد وكل السوائل المنتجة داخليا ويصدق القول أيضا بالنسبة لمكونات نسيجية أخرى،والتي لا تعد من قبيل الأعضاء مثل بويضة الأنثى، وبعض خلايا العصبية فأخذ كمية من هذه الأعضاء لا يعود بالضرر على الجسم باعتبار أنها عناصر متجددة ولا يمكن تصنيفها على أنها أعضاء.

ونجد أن بعض التشريعات في مجال تكييف المسؤولية الجنائية وترتيب الآثار القانونية الناتجة عن جرائم الاعتداء على سلامة الجسم قد أظهرت الفرق بين المساس بأحد الأعضاء والاعتداء على بعض المشتقات [3] وعلى رأسها المشرع الجنائي الفرنسي والذي بمناسبة القانون الجديد 94/654 المؤرخ في 1994/03/29 قد أدرك وجوب وضرورة التمييز بين أعضاء الجسم وسائر المشتقات والمكونات البشرية وذلك من خلال إفراده تشريع مستقل خاص بنقل الأعضاء ونصوص قانونية خاصة تتعلق بمشتقات الجسم و منتجاته [4]ولعل وجود المادة 671 من قانون الصحة الفرنسي، يدل على اعتراف المشرع الفرنسي بوجود اختلاف كبير بين الأعضاء ومنتجات الجسم الأخرى وذلك من خلال إفراد تشريع مستقل خاص بنقل الأعضاء، ونصوص قانونية خاصة تتعلق بمشتقات الجسم ومنتجاته.

وفي هذا الإطار فإن المادة الأولى والوحيدة التي أوردها المرسوم رقم 904 الصادر بتاريخ 04أوت 1995 والخاص ببيان منتجات الجسد البشري غير خاضعة لأحكام نصوص العنوان الأول من الكتاب السادس من قانون الصحة العامة والذي يبين الأحكام العامة التي تحكم التبرع واستخدام عناصر جسم الإنسان المتنوعة و تنص على أنه تسري أحكام العنوان

1 - guillaume cousin, la protection du corps humain .www.espace-ethique.org/dossier-theme@biothique. P01.of.p 18.le 26/10/02.

2 – Jean lorenzi.Le regain juridique des produits issus du corps .www.3 arteb.com.info/actualité/lorenzi présentation.htm. Colloque du 26/04/01.

الأول من الكتاب السادس من قانون الصحة العامة على منتجات الجسم الإنسان الآتية الشعر، الرأس الأظافر، اللبن، الأسنان[1].

والحقيقة أن هذا المرسوم يعتبر استثناء من القانون 654 لسنة 1994 المتعلق بتنظيم استئصال وزراعة الأعضاء مما يؤكد خضوع المنتجات إلى نظم قانونية أخرى خاصة[2].

وتجدر الإشارة إلى شريعتنا الإسلامية الغراء جعلت من جسم الإنسان كله محلا للحماية في مفهومها فهي تنبسط على كل أعضائه ظاهرة أو باطنية.ذلك أن لكل عضو وظيفة أساسية يؤديها ولا وجود لعضو لا قيمة له أو لا يؤدي أي دور أو نفع فربما تتفاوت المنافع غير أنها جميعا بدون استثناء تحظى بنفس الحماية لذلك يتساوى الاعتداء على كافة الأعضاء[3].

وتكون الشريعة الإسلامية السباقة إلى التفريق بين الأعضاء البشرية في المفهوم الحديث السابق الإشارة إليه وبين منتجات الجسم الأخرى كالدم والجلد والشعر وحليب الأم. وغيرها غير أن إيجاد تعريف للعضو البشري عند فقهاء الإسلام القدامى لم يتعدى حد التفريق بين الأعضاء الجامدة والأعضاء السائلة وبين أعضاء ضرورية وأخرى غير ضرورية.ولهذا حاولنا إيراد بعض التعاريف الحديثة في مفهوم فقهاء الشريعة الإسلامية.

فقد عرف مجمع الفقه الإسلامي العضو بأنه أي جزء من جسم الإنسان سواء أنسجة أو خلايا أو دماء ونحوها كقرنية العين سواء كان متصلا أو منفصلا.

كما عرف أيضا أنه " أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضو كاليد أو العين أو الكلية أو جزء من العضو كالقرنية أو الأنسجة والخلايا وسواء منها ما يستخلف كالشعر، الظفر وما لا يستخلف وسواء جامد أو سائل كالدم واللبن و سواء كان متصلا أو منفصلا.

[1] –ne sont pas sou misons disposition de titre 1 du livre 06 du code de la santé publiques du corps humain dé.

[2] –مهند فتحي العزة, الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة , دار الجامعة الجديدة للنشر, ص 11 .ص212.

[3] –محمد نعيم ياسين , حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية , مجلة الحقوق , ص 11 وما يليها.

كما عرفت الأعضاء بأنها مكونات بدن الإنسان وما يتولد منها، وهناك من عرفه كل جزء إذا نزع لم يعد لينبت.

لكن ورغم أهمية هذه التعاريف إلا أنها غير دقيقة في المفهوم الطبي الحديث فمثلا هذه التعاريف تعتبر الدم عضو بشريا وهذا غير صحيح وغير معقول من الوجهة اللغوية أو الطبية، كما أن الجلد لا يعد عضو من الأعضاء، مع أنه إذا نزع من جسم الإنسان الحي عاد لينبت من جديد وفي هذا يقول الإمام القرطبي" لا خلاف بين أهل العلم في وجوب رد مهجة المسلم عند خوف الهلاك أو التلف بالشيء الذي لا مضرة فيه على صاحبه ويؤدي إلى بلوغ المرام وهو واجب يقع على الجماعة فرض كفاية [1].

والحقيقة أن الشريعة الإسلامية عالجت مشاكل التبرع ببعض المشتقات ومنتجات الجسم، ولكن نظرا للتعارض بين المصالح المتوقعة والمفاسد الواقعة فإن فقهاء الشريعة الإسلامية أباحوا ادخار الدم بعد التبرع به في المجتمعات خاصة لحفظه واستعماله لدواعي الحاجة ومقتضيات الضرورة.

المطلب الثاني: الجانب النفسي لجسم البشري

الإنسان هو مجموع عواطف باعتباره يحس ويشعر وله رغبات و اهتمامات كما يدرك ما حوله من أشياء وأشخاص يتصور ويتخيل وكل هذه هي مظاهر ذاتية للإنسان[2].

وذهب أفلاطون إلى أن النفس لا تعتبر مادية بخلاف الجسم المادي الذي يحتويها واعتبر أن النفس والأفكار وجدت قبل الإنسان وهي مستقلة عنه تسكن الجسد خلال الحياة [3].

وعلى هذا ارتأينا في هذا المطلب أن نتناول تكوين جهاز النفسي, وعلاقة النفس بجسم الانسان.

[1] – القرطبي , الجامع لأحكام القرآن, مكتبة الرحاب المجلد الأول الطبعة الرابعة 1990, ص 22.

[2] –الدكتور مروك نصر الدين , الحماية الجنائية للجسم البشري, ص 31.

[3] – فاخر عاقل , علم النفس , دار العلم للملايين بيروت, بدون طبعة, ص 11.

الفرع الأول: تكوين الجهاز النفسي.

ينقسم الجهاز النفسي حسب سيجموند فرويد إلى 03 أقسام لكل قسم وظيفة يؤديها ودور في سير الحياة النفسية للإنسان وهي:

1- الهو: وهو الوعاء الحاوي لكافة الغرائز والميول والنزعات الفطرية لدى الإنسان والذي يميل إلى إشباع الرغبات دون أي اعتبار للمثل والقيم المعروفة.

2- الأنا: وهو الجانب الذي يواجه العالم الخارجي, فيتأثر به ويشرف على الحركة الإرادية في جسم الكائن الحي.

3- الأنا الأعلى: وهو الوعاء الحاوي للقيم والمثل العليا التي تكتسب من التعاليم والقواعد الأخلاقية والذي يمثل الجانب المعنوي أو الروحي للطبيعة البشرية وهو ما يسمى بالضمير.

الفرع الثاني: العلاقة بين النفس وجسم الإنسان

في الحقيقة أن علاقة النفس بالجسد ليست علاقة احتواء أو مجرد مكون لهذا الجسم على نحو ما سبق ذكره، وإنما قد تكون هذه النفس مناط للحماية كما هو الشأن بالنسبة لحماية الجانب المادي من جسم الإنسان بأعضائه ومشتقاته البشرية، وإذا نظرنا من الناحية العقلية للشخص نجد أن هناك بعض التصرفات الماسة به والتي تشكل في أحيان كثيرة اعتداء مثل الاعتداء على المخ، باعتباره مركز توجيه، مما يؤدي إلى خلل في الصحة العقلية, وفي نفس الوقت الاعتداء الواقع على الجهاز العصبي ويكون له تأثير كبير على شخصية الإنسان في حد ذاتها[4].

كما توجد وسائل أخرى كالتنويم المغناطيسي و يستند عليه للتأثير المباشر في العقل الباطن ومعرفة أسباب الأعراض النفسية التي يشكو منها المريض ويقصد به عملية افتعال

[1] – الدكتور مروك نصر الدين ,الحماية الجنائية للجسم البشري, المرجع السابق, ص 38.

لحالة نوم غير طبيعي، يصاحبه تغيير في حالة النائم نفسيا و جسمانيا و انطماس الذات الشعورية للنائم وبقاء ذاته اللاشعورية تحت سيطرة ذات خارجية هي ذات التنويم المغناطيسي [1].

وكذلك جهاز كشف الكذب الذي يستخدم لكشف الحقائق و دلك بالتأثير على إرادة الفرد في الإفصاح عما لا يريد قوله ودلك عن طريق ملاحظة التغيرات الفيزيولوجية و التي تمكن من معرفة كذب الشخص ويتم طرح أسئلة معدة إعدادا خاصا ويقوم الجهاز برصد نبضات الضغط والتنفس وضربات القلب ومعدل إفراز العرق [2]. وكل هده التصرفات تمس بنفسية الإنسان وتؤثر على إرادته وتجعله واقعا تحت تأثير إرادة خارجية تضعف من قدرته على التحكم فيما يفصح عنه وهو ما يشكل حقيقة إكراه معنوي, وبالتالي فان علاقة النفس بالجسد وطيدة والاعتداء على النفس يعني الاعتداء على الجسم والعكس،فالنفس هي الروح ولا وجود للجسم من دون روح.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من مكونات الجسم البشري.

إن المشرع الجزائري وإن حاول تبين مكونات جسم الإنسان فإنه لم يصل إلى الدقة والوضوح اللازمين سواء في قانون العقوبات الذي يتضمن الحماية القانونية والجنائية للجسم، أو قانون الصحة الذي يعالج جسم الإنسان من الناحية الطبية البحتة لذلك نحاول التطرق إلى قانون العقوبات في فرع أول، ثم قانون الصحة في فرع ثاني.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري في قانون العقوبات

تنص المادة 264 من الأمر 156/66 من قانون العقوبات لسنة 1966 على ما يلي " كل من أحدث عمدا جروحا بالغير أو ضربه أو ارتكب أي من أعمال العنف أو التعدي يعاقب

[1] – ممدوح خليل بحرت , حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي , دراسة مقارنة مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع, بدون طبعة 1969, ص 522.

[2] – ممدوح خليل بحرت, المرجع السابق, ص 524.

بالحبس من شهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج أو إذا نشأ عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز لمدة تزيد عن 10 أيام ...."[3].

"– يجوز علاوة على ذلك أن يحرم الفاعل من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات من سنة على الأقل إلى 5سنوات على الأكثر.

وإذا ترتب عن أعمال العنف الموضحة أعلاه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من 05إلى 10 سنوات"

من خلال قراءة هذه المادة نجد أن المقصود بالعضو في مفهوم المشرع الجزائري لا يخرج عن نطاق الأعضاء التي يدرج الإنسان على استعمالها في حياته اليومية كاليد الساق والرأس والعينين.

وبالتالي فإن المادة 264 غير واضحة في تحديد ما المقصود بالعضو، وما اعتماد المشرع الجزائري على المترادفات إلا دليل على عدم الوضوح، لأنه لا يوجد فرق بين بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله لأنه في كلتا الحالتين فإن حياة العضو تكون قد انتهت ورغم كل هذا فإن المشرع وفي التعديلات اللاحقة لم يعمل على مسايرة التطورات في ميدان العلوم الطبية، وخاصة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وما يمكن استخلاصه بأن هذه المادة لا تخلو من العمومية وعدم الدقة، فهي لا تفرق بين الأعضاء وبين مشتقات الجسم ومنتجاته الأخرى وعليه فإن مفهوم الجروح الذي جاء في المادة هو مفهوم غير دقيق، فالجروح قد يتعرض لها العضو ولا يمكن تصور وقوع جروح على مادة الدم أو الحليب الأم أو البول. وبذلك فإن المشرع لا يفرق بين عضو له دور أساسي في حياة الجسم، وسير الوظائف العادي وعضو له دور ثانوي ويمكن الاستغناء عنه.

[1] –صدر الأمر 156/66 المؤرخ في 18صفر 1386 الموافق ل 10يونيو عام 1966 المتضمن قانون العقوبات منشور في الجريدة الرسمية العدد 1966/49.

وكما يبدو فإن قانون العقوبات الجزائري من خلال تصفح المواد 264ومايليها نجد بأنه ينظر إلى مكونات الجسم دون تفرقة بين الأعضاء والمنتجات الأخرى ويرى أن أي اعتداء على أي عضو في مفهومه هو اعتداء على الحق في سلامة الجسد

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري في قانون الصحة:

من خلال تفحص نص المادة 165 من قانون حماية الصحة لسنة 1990 التي تنص " يمنع القيام بانتزاع الأنسجة أو أعضاء بهدف الزرع...."نجد أن قانون الصحة الجزائري لم يأتي بالشيء الكثير حول مدلول مكونات جسم الإنسان، كون المادة 165السابقة الذكر لم تحدد المكونات المادية للجسم ولم تعطي مدلول واضح لتعريف العضو، وإنما نلمس أن مكونات الجسم ليست كلها أعضاء.

إضافة إلى هذا نجد وجود ارتباك لدى المشرع في هذا الخصوص بين نص المادة 264 من قانون العقوبات ونص المادة 165 من قانون الصحة لسنة 1990 إذ أن مفهوم هذه الأخيرة تؤكد عدم انحصار مكونات جسم الإنسان في الأعضاء فقط سيما بذكر مصطلح الأنسجة في حين أن نص المادة 264 يحصر هذه المكونات والتي تعد محلا للحماية في الأعضاء فقط، وهو ما يجعلنا نقول بان القانون ينظر إلى سلامة الجسم من خلال قيام الحياة بواسطة السير الطبيعي لأداء الوظائف الحيوية وعليه فإن أي تصرف يؤدي إلى شل حركية قدرة العضو على أداء الوظيفة، هو اعتداء على الحق في سلامة الجسم ولو لم ينتج عن ذلك الاعتداء أي أثر مادي. [1]

ولعل سبب هذا النقص والدقة في توضيح مفهوم العضو يرجع حسب اعتقادنا إلى أن المشرع الجزائري لا يرى الجسم هدفا للحماية بل هو مجرد وسيلة لحماية وظائف يؤديها.

1–د. حسن إسلامي، «شبيه سازي إنسان أز ديدگاه فقهاي »، أي «الاستنساخ الإنساني من وجهة نظر الفقهاء الشيعة»، مجله فقه، العدد 44: 37، سنة 1384هـ.

المبحث الثاني: حياة الجسم البشري

إن جسم الإنسان إذا اعتبرناه عبارة عن بنيان يتكون من مجموعة منسجمة أو متناسقة من الأنسجة والخلايا والمكونات البشرية المتنوعة تشكل في مجموعها الأعضاء الخارجية والداخلية وكافة المشتقات و المنتجات الآدمية. وطالما فانه بدلك محل للتصرف فيه، فلا بد من معرفة متى نكون بصدد تصرف في جسم حي ومتى نكون بصدد التصرف في جثة، وعليه نحاول معالجة ذلك بالتطرق إلى صعوبة تحديد لحظة بداية الجسم، ونهايته.

المطلب الأول: صعوبة تحديد لحظة بداية الجسم.

يقول الله تبارك وتعالى " ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين، ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة، فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين"[1].

يتضح من هذه الآية أن مراحل تكوين الإنسان عديدة تبدأ بالتقاء الحيوان المنوي بالبويضة مرورا بالنطفة فالعلقة، فالمضغة حتى بداية نهاية اكتمال تكوين الجسم على الصورة التي يولد عليها الإنسان.

والواقع أنه يجب التفريق بين مرحلتين أساسيتين في تكوين الجنين بحيث تتميز كل مرحلة بترتيبها لآثار قانونية مختلفة عن المرحلة الأولى[2].

[1] – سورة المؤمنين الآية 12و13.

[2] – أحمد القاسمي الحسني , علامات الحياة والممات بين الفقه والطب, دار الخلدونية ط 2001, ص 75.

الفرع الأول: مراحل تكون الجسم.

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل اكتمال الجنين:

هذه المرحلة تتميز بأحكام خاصة إلا أن هناك جريمة واحدة قد نتصورها في هذه المرحلة مبدئيا وهي جريمة الإجهاض، التي قد تتعرض لها المرأة بالقوة أو لأسباب صحية تتعلق بها أو بمولودها.

ولعل الإشكال الذي يثور هنا والذي كان محل خلاف هو متى يبدأ تحديد محل الجريمة هل بمجرد عملية التلقيح أم يتراخى إلى ما بعد ذلك، ومتى نكون بصدد جريمة إجهاض ومتى نكون أمام جريمة المساس بالجسم البشري [3].

غير انه في هذا المجال ليس من المعقول إهمال مرحلة الإخصاب قبل تكوين الجنين أصلا وذلك لما توصل إليه العلم الحديث، أين نجد إمكانية حدوث الإخصاب خارج رحم الام بداخل أنبوب وهو ما يؤدي بصورة آلية إلى التساؤل هل يمكن اعتبار المساس والتصرف بعناصر هذا الإخصاب تعديا مباشرا على السلامة الجسمية لكل من الرجل والمرأة ؟.

لذلك وجب التفريق بين الإجهاض والاعتداء على الجسم البشري بمعناه الواسع ولا يتأتى ذلك إلا من خلال التحديد الزمني لكلا الجريمتين وبداية كلا منهما.

المرحلة الثانية: مرحلة اكتمال تكوين الجنين:

في هذه المرحلة نحن بصدد التكلم عن ميلاد جسم بشري في صورته المكتملة داخل الرحم وتأهبه للانفصال، وهذا الطور بدوره يثير الكثير من التساؤلات خاصة من حيث تكييف أفعال الاعتداء والتصرف بالجسم البشري.

[1] – عرف الإجهاض عند رجال القانون بأنه إخراج الجنين عمدا من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته بأية وسيلة من الوسائل في غير الحالات التي يسمح بها القانون , إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم, أحكام الإجهاض في فقه الإسلامي, الطبعة الأولى، سنة 2000, ص 68.

فهناك من يرى وجوب اعتبار الاعتداء الواقع على جسم الجنين في هذه المرحلة مجرد جريمة إجهاض، لأن الجنين لم ينفصل عن أمه [1]، وهناك من يرى بأن الجنين الكامل مثله مثل الإنسان العادي وهم سواء، بحيث يتمتع الجنين في هذه المرحلة بنفس الحماية الجنائية وأي اعتداء أو مساس مضر بسلامة جسمه يخضع في تكييفه لجرائم الاعتداء والجرح والضرب وكذا القتل.

ومن خلال ما سبق يتضح ما للحظة وجود الجسم البشري من أهمية خاصة وأن هذه اللحظة هي التي يتقرر بموجبها نطاق الحماية الجنائية المقررة ضد المساس بالسلامة الجسمانية، خاصة في تكييف أفعال الاعتداء على الحياة للتمييز بين القتل والإجهاض وما ينتج عن ذلك من آثار قانونية مختلفة خاصة من حيث العقوبة [2]، لأن أغلب القوانين الجنائية في الدول خاصة التي تجرم الإجهاض مستقلا عن القتل وتعاقب على قتل المولود أو الإنسان الحي المكتمل النمو والمنفصل عن أمه بعقوبة أشد من عقوبة قتل الجنين.

كما أن تحديد لحظة وجود الجسم أخذت نصيبا وافرا من شريعتنا الغراء ومن اجتهاد فقهائنا الذين ميزوا بين مرحلتين من مراحل تكوين الجنين يترتب عن كل مرحلة أثار هامة.

المرحلة الأولى : مرور 120 يوما من الإخصاب وفي هذه المرحلة يجمع فقهاء الشريعة على أن الروح لم تنفخ بعد في الجنين، مما يجعل الحماية الجنائية تتقلص إلى حد الانعدام. غير أن الشريعة أقرت عقوبة على الاعتداء على الجنين في هذه المرحلة وهي نصف الغرة [3] تؤدى من الجاني إلى أم الجنين المعتدي عليه.والمشرع الإسلامي أقر هذه العقوبة مما ينبئ عن تبنيه معيار القابلية للحياة وذلك لمواجهة كل شكل من أشكال الإجهاض وفي أي مرحلة [4].

---

[1] – أحمد فتحي الهر يري, الإجهاض الوقائي في الدين والطب , مجلة نهج الإسلام السنة الخامسة العدد 20 آذار, ص 158.

[2] – أحمد فتحي العزة, المرجع السابق, ص 24.

[3] – الغرة هي نصف عشر الدية وهي اسم لضمان المالي الذي يجب بالجناية باعتبار أن الأم تعتبر غير بالنسبة لجنينها لأنه نفس لا يجوز اقتله.

[4] – ورد عن الرسول (ص) أنه قضى بالغرة على مسقط الجنين فقد ورد في صحيح مسلم عن المغيرة بن شعبة أن امرأة قتلت ضرتها وهي حامل بعمود وقسطاط فأتى فيه إلى الرسول فقضى على عائلتها بالدية وقضى في الجنين بالغرة.

*وهو نفس المعيار الذي تبناه المشرع الفرنسي وكذا القانون الانجليزي في مواجهة مشكلة تحديد لحظة وجود الجسم.

المرحلة الثانية: بعد 120 يوما من الحمل إلى بداية عملية الولادة ويجمع فقهاء الأمة على أنه بعد مرور هذه المدة تنفخ الروح في الجنين وتبدأ عملية تخلقه وتظهر معالم جسمه الصغير و تتشكل،ومن تم فإن إسقاطه أو الاعتداء عليه محرم إطلاقا ما لم يكن هناك داعيا لذلك كمراعاة صحة الأم والخوف عليها من الحمل.

ولما كان الحمل هو أساس وجود الإجهاض فإنه يفترض وجود الحمل على وجه اليقين فلا يكفي التوهم بوجوده والحمل طبعا هو الجنين وهدا الأخير هو محل الاعتداء في جريمة الإجهاض.

وتحديد بداية خلق الكائن البشري في القرآن الكريم يكون بالتقاء النطفة الذكرية والبويضة الأنثوية في الثلث الوحشي من قناة الرحم ليندمجا أثناء عملية الإلقاح، لتتشكل خلية واحدة مخصبة تسمى البويضة الملقحة أطلق عليها في القرآن الكريم لفظ الأمشاج يقول الله تبارك وتعالى" هل أتى على الإنسان حين من الدهر لم يكن شيئا مذكورا، إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج لنبتليه فجعلناه سميعا بصيرا" [1].وهذا التحديد الوارد في القرآن الكريم لم تعرفه العلوم الطبية الحديثة إلا في القرن 19 ولم يتأكد إلا في القرن 20 [2].

وعليه فإن الشريعة الإسلامية تكون قد سعت نوعا ما إلى تحديد لحظة بداية الجسم البشري وساعدت على التفرقة بين حالة الإجهاض وحالة القتل، واعتبرت أن حياة الجنين تبدأ بالإخصاب وباندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة كي يتكون الجنين وتبسط عليه الحماية القانونية، وأنه ببداية عملية الولادة تنتهي حياة الجنين وتبدأ حياته العادية، وعليه فإن مجال الإجهاض وتحققه ينحصر في الفترة الممتدة إلى الإخصاب وبداية عملية الولادة فلا إجهاض قبل الإخصاب، ولا إجهاض بعد بداية عملية الولادة ولو كانت متعسرة ولم تنتهي بعد.

[1] – سورة الإنسان الآية 02.

[2] – ابن عابدين، حاشية الرد المختار على الدر المختار، دار احياء التراث بيروت،الجزء الأول، ص 602. جاء في تفسير ابن كثير.قال ابن عباس رضي الله عنه في قوله تعالى " من نطفة أمشاج" ماء الرجل وماء المرأة إذا اجتمعا ويذكر القرطبي معنى الأمشاج : اخلاط ماء الرجل وماء المرأة ،انظر ابن كثير تفسير القرآن العظيم،الجزء السابع، الطبعة الأولى، ص 99

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري بصدد نصه على جرائم الجرح والضرب والاعتداء وكل الجرائم الماسة بالحياة وبالسلامة الجسمانية وكذا جريمة الإجهاض إلى بيان ماهية المحل الذي تقع عليه صور السلوك ولا نلمس في أي مادة تحديد بداية الجسم وترك الأمر للاجتهادات [3] القضائية وآراء شراح القانون الجنائي الذين تفرقت بهم السبل في تحديد لحظة وجود الجسم البشري، فمنهم من ذهب إلى القول بتحقق وجود الجسم مع بداية بروزه بناءا على أن الكيان المادي لوصف الجسم لا يتحقق إلا بالولادة مهما كان الانفصال عن الأم كلي أو جزئي، فبمجرد خروج جزء من أجزاء جسم الجنين يكتسب صفته الجديدة كإنسان حي وأي مساس به يجعله مناط للحماية الجنائية.

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بتحقق وجود الجسم باكتمال النمو والتأهب للنزول وثبوت وجوده القانوني، إذ يرون أنه بمجرد اكتمال النمو الجسماني للجنين بتأهبه لانفصال عن رحم أمه تبدأ نقطة بداية اكتساب صفة الجسم وعليه نضفي على الجنين الشخصية القانونية وبالتالي أي اعتداء أو مساس بجسمه يرتب نفس النتائج المترتبة عن الاعتداءات التي محلها إنسان حي بمفهومه القانوني عموما، وهو ما ذهب إليه الدكتور العميد محمود نجيب حسني الذي أورد " إذا كانت الولادة طبيعية تبدأ لحظة حياة الإنسان مند بداية عملية الولادة أي مند إحساس الأم بالآلام الوضع وإذا كانت الولادة غير طبيعية فتكون لحظة بدايتها تطبيق الأساليب الطبية جراحية أو غير جراحية على جسم الحامل .[1]

[1] – عبد الفتاح مصطفى الصيفي , قانون العقوبات القسم الخاص, منشأة المعارف الإسكندرية 2001, ص 362 .

[2] – محمد نجيب حسن , شرح قانون العقوبات القسم العام, الطبعة 04،القاهرة 1979, ص 325/324.

وما يمكن قوله إن هذا الاختلاف بين ما يسود التشريعات و على رأسها التشريع الجزائري من ارتباك مرده الممارسات العلمية المستحدثة، إذ أصبح الفقه الجنائي يبحث عن عناصر الركن المادي ولو أدت هذه الممارسات العلمية المستحدثة إلى جرائم [2].

غير انه بالرجوع إلى القانون المدني في مادته 25 والتي تنص على " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته" [3]. فإننا نجد أن المشرع الجزائري يحدد بداية الشخصية القانونية والتي يكتسب من خلالها الشخص كافة حقوقه ويترتب عليها التزاماته، والتي تبدأ بتمام ولادته حيا غير انه ولما كان الحق في سلامة الجسم من أي اعتداء هو من ألزم الحقوق اللصيقة بالشخصية فإنه يدور معها وجودا وعدما فيثبت حال وجودها ويسقط حال انعدامها، غير أن شروط اكتساب الشخصية في مفهوم هذه المادة يثير الكثير من الجدل فأولى الشرطين هو الولادة والولادة هي انفصال الجنين عن جسم أمه انفصالا تاما بقطع الحبل السري ليصبح مولودا إذ لا يكفي في مفهوم هذه المادة خروج جزء من المولود لإضفاء الشخصية القانونية عليه، ويبدو أن المشرع الجزائري ساير المشرع الإنجليزي الذي يجرم الاعتداء على الجنين معتبرا إياها قتلا بعد انفصاله عن أمه انفصالا تاما، كما يبدو أن هذه المادة [4] لا تساير مقتضيات العصر العلمية لأنها وكما قلنا سابقا فان العلم قد توصل إلى إمكانية المحافظة على تطور نمو الجنين بتوفير كل مقتضيات النمو له حتى خارج رحم الأم عن طريق الأنبوب أو إجراء عمليات الاستنساخ البشري.

[1] – قضية عرضت على مجلس الدولة الفرنسي قضى فيها بمسؤولية احد المراكز الاستشفائية التي أجرى فيها الطبيب عملية إجهاض لسيدة بعد مرور فترة العشر أسابيع المنصوص عليها في قانون الصحة العامة وأثناء باضطراد نمو الجنين مما أدى إلى ولادة الطفل مصابا بعاهة وتشوه تمثل في فقدانه الجزء السفلي الأيمن من جسده نتيجة الخلل الجيني والوراثي الدي أحدثه التدخل الخاطئ للطبيب و بناءا على دلك الزم مجلس الدولة هدا المركز بدفع 2–تعويض عن الاضرار التي لحقت بالطفل بما في دلك نفقات الاجهزة التعويضية التي سوف يستخدمها الطفل على مدار حياته و تعويض الام عما لحقها من اضرار جسدية والام نفسية .

[3] – نص هذه المادة مأخوذ من إجماع الأئمة الثلاث مال، الشافعي، وأحمد رضي الله عنهم جميعا إذ تثبث شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا.أما المذهب الحنفي فلا يشترط لثبوت الشخصية للمولود سوى خروجه وأكثره حيا ولو قبل انفصاله عن أمه.

[4] – هيثم حامد المصاورة , التنظيم القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء, الطبعة الاولى، سنة 2000, ص59 وما يليها.

المطلب الثاني: صعوبة تحديد الخطة نهاية الجسم.

نحاول في هذا المطلب معالجة مشكلة تحديد لحظة نهاية الجسم التي ما زالت إلى يومنا هذا تثير العديد من الإشكالات خاصة في ظل التطور العلمي، ذلك أن مبدأ حرمة الكيان الجسدي ليس مبدأ جامد وإنما هو مبدأ مرن جدا يتعامل مع كل حالة على حدى خاصة إذا علمنا أن جل التشريعات المقارنة تبيح نقل الأعضاء من الموتى ففي فرنسا أصبح الأمر مباح بموجب القانون رقم 1181-76.كما أجاز القانون رقم 130 سنة 1946 تسليم الجثة للجهات العلمية لإجراء الدراسات التشريحية والتطبيقية عليها [1] .

إضافة إلى أن هذا المبدأ لا يفرق بين الجسم ككائن مادي حي وبين الجثة ككائن ميت لهذا نجد الكثير من الفقهاء يرون بأن الاعتداء على الجثة للمحافظة على الجسم وصيانته هي مصلحة أولى بالرعاية من المحافظة على مبدأ الحرمة على إطلاقه وهذه المصلحة هي إنقاذ الأنفس من الهلاك وحفظ بقاءها لحفظ استمرارية بقاء النسل البشري[2]. ولهذا قسمنا هدا المبحث إلى فرعين نتناول في فرع أول تعريف الوفاة باعتبارها الفاصل بين حياة الإنسان ونهايته وفي فرع ثاني نتناول موقف المشرع الجزائي من نهاية الجسم البشري.

الفرع الأول: تعريف الوفاة.

اختلفت المفاهيم حول إعطاء الوفاة تعريف موحد فعرفت حسب منظور كل اتجاه فهناك من أعطاها تعريفا قانونيا، وهناك من عرفها من المفهوم الطبي البحت وعليه سنتطرق إلي المفهومين معا

[1] – أحمد عمر أبو خطوة , القانون الجنائي الحديث , دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية, دار النهضة العربية 1995, المرجع السابق ص59 وما يليها.

[2] Voir Ahmed abdeldaym opcit p 210 –Yonne lambert.opcit. p 06 -

1-التعريف القانوني للوفاة:

إن أغلبية التعاريف التي أعطت تعريفا للوفاة وصلت إلى أن الوفاة تعني توقف مظاهر الحياة في الجسم غير أن أغلبية الدراسات القديمة ربطت هذا التعريف بالاعتماد على المبادئ الدينية والفلسفية[3].

لهذا فتعريف الوفاة من الناحية القانونية كان دائما مرتبطا بالشخصية القانونية التي يكتسبها الشخص منذ ولادته،ذلك أن الوفاة هي انتهاء الشخصية القانونية، غير أن انتهاءها ما هو في حقيقته إلا أثر من آثار الوفاة. لذلك فإن لحظة الوفاة هي لحظة مجردة وتحديدها هو أمر جوهري باعتبار أن الشخصية القانونية للكائن تزول وبالتالي فإن هذه اللحظة هي لحظة رسم للحدود بين مرحلة سابقة لوفاة الجسم يتوجب احترامه فيها والعمل على شفائه ومرحلة لاحقة تسمى الجثة التي لها من الحرمة الكثير .

2-التعريف الطبي للوفاة :

الموت هو ظاهرة طبيعية ذات اتجاه واحد غير قابلة للشفاء ويتكون من التوقف المتلاحق لعدة وظائف حيوية في الجسم نتيجة فقدان الأكسجين اللازم لسير الأعضاء وتأديتها لوظائفها، [4] وعليه فالموت هو عملية تصيب الوظائف المختلفة للجسم بشكل متتابع فلا تموت مباشرة كل الأعضاء وكل خلايا الجسم، ولا تموت مع بعضها بنفس الوقت ويترجم هذا كما قلنا الحساسية الكبيرة جدا لخلايا الجسم اتجاه فقدانها لمصدر حياتها وهو الأكسجين.

ولقد حاول الكثير إيجاد تعاريف للموت دون جدوى، لذلك أصبح الأطباء لا يهتمون بإيجاد هذا التعريف وإنما ينصب اهتمامهم إلى الكشف عن أسباب هذه الظاهرة وشروطها، وهذا ما هو عليه الحال في التشريعات الجزائية التي تعرف الموت من خلال العلامات الدالة

[1]-نجد أصحاب النظرية اللاهوتية يعرفون الوفاة بأنها "انفصال الروح عن الجسد".

[2] – خلايا الدماغ تموت خلال 30 دقيقة من غياب الأكسجين، وخلايا الكبد خلال 10دقائق من ذلك، وخلايا الكلية خلال 20 دقيقة من ذلك، وخلايا القلب من 4إلى 60دقيقة، أما الخلايا الجلد فبعد عدة أيام.

على انتهاء الجسم البشري[1] والانتقال من الحياة إلى الوفاة وهو ظاهرة عملية دائمة تسيطر في الغالب على المراكز الدفاعية الحيوية و التنفسية و القلبية لتشمل على التوالي كل الجسم بأعضائه وأنسجته، وفي هذا المجال هناك من يرى بأن انتهاء جسم الإنسان يمر ب 03 حالات:

1-حالة الموت السريري: وهو موت وظيفي يصيب جريان الدم فيفقده الوعي وانعدام التنفس فتتوقف الأعضاء الحيوية في الجسم وعلى رأسها القلب الذي يتوقف عن الخفقان، غير ان المعلوم لدى الأطباء أن هذه المرحلة هي مرحلة أمل بالنسبة للمريض ويمكن إنقاذه بإتباع معايير العلمية لهذه الحالة.

2-الموت الظاهري: وهو موت كلي ومفاجئ لجميع الجسم لبضع دقائق فقط، مما يفقد الأعضاء وظائفها ويمكن في هذه الحالة اللجوء إلى تقنية الإنعاش الصناعي.

3-الموت الحقيقي: وهي مرحلة تحقق الموت بفقدان خلايا الجسم وأنسجته للأكسجين وهو ما يسمى بالموت النسيجي الحقيقي[2].

غير أن هناك من يعتمد على المعايير التقليدية لتحديد لحظة الوفاة باللجوء إلى الطرق الثلاثة الشائعة، وهي طريقة الوخز بالإبر والوخز الوريدي" Eartrériotomie"، فيتعرض الجسم بالوخز الوريدي الكبير المركزي من الخارج وملاحظة ما يؤدي إليه ذلك الوخز، فإذا خرج الدم من الجسم فيعني أن الدم في حالة سير طبيعي مما ينبأ باستمرار الحياة. وأيضا طريقة إيكارد la méthode d'accard وهي مثلها مثل علامة الإيثر، بحيث أن الجسم يتعرض للحقن ببعض المواد الكيميائية ويبقى تحت ملاحظة طبيب في انتظار رد فعل الجسم.

[1] – مروك نصر الدين, زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية, دراسة مقارنة رسالة ماجيستير بن عكنون الجزائر 1993, ص 196.

[2] – مروك نصر الدين, زراعة الأعضاء البشرية,المرجع السابق, ص 196.

غير أن هذه الطرق التقليدية أثبتت فشلها لأن توقف الدورة الدموية وإنعدام التنفس علامات لا تدل بالضرورة على انتهاء الجسم وتحقق الموت بالشكل اليقين، ولذلك نرى أن معيار الحديث الذي يقوم على الموازنة بين المقتضيات العلمية والحق في سلامة الجسد هو الأسلم، لأن الموت قد تغير وأصبح يمتد عبر الوقت ويصيب أعضاء الجسم الواحد تلوى الآخر. والسؤال الذي يطرح هنا هل يجب الانتظار حتى يموت الجسم بموت أعضاءه كلها وبالتالي موت كل خلايا الجسم للقول بحدوث الوفاة أم يكفي موت عضو مهم في الجسد وتتوقف عليه الحياة ؟.

الحل في الإجابة على هذه الإشكالية و هو اللجوء إلى المعايير الحديثة للموت، والتي تتمثل فيما يعبر عنه بموت الدماغ ويعد الشخص ميتا وفقا لهذا المعيار إذا أصيبت خلايا الدماغ بتلف أدى إلى توقف وظائف المخ نهائيا ولو بقيت بعض مظاهر الحياة كنبض القلب والتنفس وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي وفقا للمرسوم رقم 1041/96 في سنة 1996 قانون الصحة [1].

أما شريعتنا الإسلامية فقد تناولت الموضوع من خلال ما ورد في عدة فتاوى وضحت مسألة نهاية الجسم، فقد أقر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة بالمملكة العربية السعودية سنة 1988 بالأخذ بالمعيار العالمي الحديث وهو موت الدماغ، حيث أورد " أن الوفاة تتحقق عندما يتعطل كل وظائف الدماغ نهائيا وبلا رجعة وتوقف القلب والتنفس." ورغم أن هذا المفهوم يجمع بين المعيارين معا إلى أننا نعتقد بأن الصياغة التي أعقبت الدورة الخامسة والعشرين لمجمع الفقه الإسلامي كانت أدق وأصوب وذلك لعدم الخلط بين أي من المعيارين فاستبدلت الدماغ بجذع الدماغ.

ويجدر بنا الذكر أنه توجد بعض الفتاوى الصادرة في الجزائر التي تحث على إباحة استئصال الأعضاء والأنسجة والخلايا من الموتى وزرعها للأحياء ومنها فتوى أصدرتها لجنة

[1] -وقد نص هذا الأخير بعد تعديله على ثلاث معايير هي: الغياب التام عن الوعي ، وانعدام الحركة التلقائية

الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 1972/04/20 تحت عنوان نقل الدم وزرع الأعضاء وجاء فيها " أن حفظ النفوس من الكليات المتفق عليها بين القوانين الوضعية والشرائع السماوية، ومن أغراض الشريعة حفظ النفس والمال والعرض والدين والعقل، إذ يجب إنقاذ الأنفس من الهلاك وذلك من فروض الكفاية على من استطاع." [2] وتابعت فتوى المجلس تقول أن استعمال أعضاء من مات لا تخلو من أحوال ثلاث أوردتها في تبرع المنقول منه بعضو حيال حياته، أو تبرع بعضو ميت من طرف وليه الشرعي كأبيه وأمه وزوجه، أو إذا لم يأذن الميت بذلك حال حياته أو يأذن وليه أو السلطان فإنه يمكن أن يأذن في تشريح الجثة وأخذ الأعضاء منها إذ اقتضت ذلك المصلحة الراجحة وهذا هو الإذن العام.

كما نجد فتوى الشيخ أحمد حماني التي أصدرها في 1985/02/14 والتي أفتى فيها بجواز استعمال أعضاء المتوفين معتبرا إياها استحسان تبيحه الضرورات، غير أن مجمل هذه الفتاوى تذكر عبارة الشخص الميت دون أن تحدد معيارا لمعرفة لحظة هذه الوفاة والتي في حقيقة الأمر تثير إشكاليات كبيرة خاصة في قضايا الميراث المادة 126 من قانون الأسرة، ذلك أن المشرع الإسلامي الجزائري لا يتعامل معها بشكل جدي فهو لم يأخذ بمعيار موت الدماغ الذي سبق وأن أقره مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة كما سبق القول، ولعل سبب ذلك يرجع إلى أن الأخذ بهذا المعيار يحتاج على إمكانية طبية وعلمية وهو الأمر المفتقد في معظم الدول الإسلامية

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

إن المشرع الجزائري ورغم أنه يحاول دائما مواكبة التطورات العلمية إلا أنه لم يأخذ بأي معيار علمي لتحديد لحظة الوفاة،حتى أنه في التعديل الأخير للقانون المتعلق بحماية الصحة

[1] الشيخ أحمد حماني, الجزء الأول، منشورات وزارة الشؤون الدينية الجزائر, طبعة 1993, ص436

جاءت فتواه كمايلي " وكما هو الشأن في القلب ينزع من الميت حديث الولادة ويزرع في صدر حي لاستمرار الحياة كذلك الأمر في نزع البصر من الميت حديث الوفاة لينتفع به في إعادة البصر لمن فقده من الأحياء، فذلك جائز فعله ومقبول في الشرع ولا يعتبر إهانة للميت ولا مثلة به وللحي أن يتبرع بنفسه حيال حياته بأن تنتزع عينه بعد وفاته و تدخر في بنوك العيون للانتفاع بها و لوليه أن يتبرع بذلك، فإن لم يكن له ولي فإن السلطان ولي من لا ولي له.

وترقيتها 70/90 المؤرخ في 31 يوليو 1990 المعدل و الممتم للقانون 05/85 الصادر بتاريخ 16 فبراير 1985 لم يتكلم عن أي معيار، وإنما عدل المادة 164 من القانون 05/85 على النحو التالي " لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية".[1]

إلا أن هذه المادة غير دقيقة في صياغتها ولم تأتي بأي جديد فالمشرع أحال بخصوص تحديد لحظة الوفاة وتعريفها إلى وزير الصحة، هذا الأخير الذي لم يصدر عنه أي شيء ينظم هذا الموضوع لذلك فإن إضافة المادة 168 فقرة أولى لا فائدة منه إضافة إلى أن هذه المادة تنص على إنشاء مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية والذي كان ينتظر منه أن يتطرق في توصياته إلى مسألة تحديد لحظة الوفاة نظرا لأهميتها البالغة سواء من الناحية القانونية أو من الناحية الطبية إلا أنه لم يبدأ عمله إلا بعد 08 سنوات منذ صدور القانون 1998.[2]

لذلك وفي ظل هذا الفراغ التشريعي لنص المادة 164 من قانون الصحة، وفي انتظار إصدار وزير الصحة لمعايير والمقاييس العلمية يبقى المعيار التقليدي هو الغالب وتبقى المسألة بيد الأطباء يحددون

لحظة الوفاة كما يحلو لهم وبأي معيار كان.

1- .د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام: 170، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969م

2- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ،فتح الباري بشرح صحيح البخاري ،دار المعارف بيروت الجزء الرابع.

الفصل الثاني

التصرفات الواردة على جسم الإنسان و تأثيرها على نطاق الحماية القانونية للجسم

الفصل الثاني: التصرفات الواردة على جسم الإنسان وتأثيرها على نطاق الحماية القانونية للجسم.

ليس هناك أدنى شك أن التصرف في جسم الإنسان يثير جدلا كبيرا حول مشروعيته وصحته سيما وأن محل هذه التصرفات محاط بحماية كبيرة من طرف كل التشريعات والشرائع السموية، والتصرف في جسم الإنسان قد يكون تصرفا قانونيا إراديا بالبيع، أو الهبة، أو الوصية، وبذلك فإنه يدخل ضمن الالتزامات المدنية، التي تتجه الإرادة بشأنه إلى إحداث أثر قانوني معين، وقد يكون تصرف مادي طبي والذي ما يزال يثير الكثير من النقاش، وأبرز ساحة هذه المناقشات ما يعرف بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، نظرا لحساسيتها لأنها تتصل بالأحياء والأموات على حد سواء، لذلك ارتأينا في هذا الفصل تناول التصرفات الواردة على جسم الإنسان وتأثيرها على نطاق الحماية القانونية للجسم،مقسمين هذا الفصل إلى مبحثين، فنتناول في مبحث أول التصرفات القانونية الواردة على الجسم ومدى القول بصحتها ومشروعيتها، فنتطرق إلى عقد البيع، ثم عقد الهبة والوصية باعتبار هذه العقود هي الغالبة والسائدة، ثم نتناول التصرفات الطبية الحديثة سيما إقتطاع الأعضاء البشرية وعمليات التلقيح الاصطناعي ثم الاستنساخ البشري، وماهي الحماية المقررة للجسم في خضم هذه التصرفات في مبحث ثاني. [1]

المبحث الأول: التصرفات القانونية الواردة على جسم الإنسان.

يراد بالتصرف القانوني الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين سواء ثم التصرف بإرادتين أو بالإرادة منفردة, و بذلك فهو يختلف عن العمل المادي الذي هو واقعة قانونية يرتب عليها القانون أثرا. [2]

1-.د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام: 170، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969م

2- الشيخ أحمد حماني،فتاوى الشيخ أحمد حماني،منشورات وزارة الشؤون الدينية،الجزائر،الجزء الأول،طبعة1993. ص550

و لعل الحديث عن هذه التصرفات القانونية , ادا ما تعلق الأمر بجسم الإنسان يكون مجالها الخصب الأعضاء البشرية, لأن الجسم ما هو إلا الوعاء الحاوي لهذه الأعضاء, التي تمثل حياته و نهايته لذلك ارتأينا في هذا المبحث, التطرق إلى أهم التصرفات القانونية فنتناول في مطلب أول الأعضاء البشرية موضوع عقد ملزم لجانين مركزين في ذلك على عقد البيع باعتباره من أهم العقود المتصور ورودها على الأعضا ء الأدمية, ثم نتناول في مطلب ثان الأعضاء البشرية موضوع عقد ملزم لجانب واحد, سيما عقد الهبة و الوصية, ثم نخلص في مطلب ثالث إلى موقف المشرع الجزائري من فكرة التصرف القانوني في الأعضاء البشرية. [1]

المطلب الأول: الأعضاء البشرية موضوع عقد ملزم لجانبين (معاوضة)

إن الأصل في العقود هو سيادة مبدأ الرضائية, إذ يكفي لانعقاد العقد وجود التراضي الصحيح و المحل و السبب, و يعتبر عقد البيع أهم تصرف يمكن وروده على جسم الإنسان, و يخضع هذا العقد شأنه شأن باقي العقود إلى نفس هذا المبدأ, و لعل التعاقد على بيع الأعضاء الآدمية يطرح الكثير من التساؤلات حول شروط محل العقد كالوجود و التعيين و المشروعية و الطبيعة. و هل يخضع هذا الجزء الآدمي إلى هذه النظرية العامة؟ و بالنتيجة هل يجوز قانونا بيع الأعضاء الآدمية؟ سنخوض في هذا المطلب من خلال تقييمنا لمختلف التشريعات المقارنة التي تناولت هذا العقد. فنتناول في فرع أول موقف القوانين المؤيدة لبيع الأعضاء البشرية, ثم موقف المعارضين لبيع الأعضاء البشرية في فرع ثان. [2]

الفرع الأول: موقف القوانين المعارضة لبيع الأعضاء البشرية

إن مسالة بيع الأعضا ء البشرية لقيت اهتماما كبيرا لدى القوانين و التشريعات المقارنة فاتجهت الآراء بشأنها إلى معارض و مؤيد. و الحقيقة أن أغلب التشريعات العالمية تحرم بيع

1- .د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام: 170، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969م

2- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي و الطب الحديث،دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية،دار النهضة ،العربية،القاهرة، 1995.(عص263

الأعضاء البشرية و تختلف هذه التشريعات في رفضها لهذا العقد حول أساس التبرير أو الحجة, فهناك من يحرمه من منظور قانوني بحث، و هناك من يحرمها من منظور شرعي، و لهذا سنتناول كلا الحجتين.

أ – الأساس القانوني لتحريم بيع الأعضاء البشرية

ينطلق هذا الرأي من النظرية العامة للالتزامات, و على الخصوص نظرية العقد, فطبقا للقواعد العامة و التي تتفق بشأنها جل التشريعات, فإن عقد البيع هو عقد ملزم لجانبين يلتزم فيه البائع بنقل ملكية شيء و حق مالي آخر للمشتري مقابل ثمن نقدي.

و انطلاقا من هذا فإنه يشترط لصحة عقد البيع قيام الأركان التالية:

1– التراضي: و الذي يعبر من خلاله المتعاقدين هم البائع و المشتري عن إرادتهما في إبرام العقد و هو ما يعبر عنه بلفظ الإيجاب و القبول, و يشترط أن يصدر هذا الرضا عن كامل أهلية, و أن تكون إرادته خالية من أي عيب من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال.

2– المحل: و يقصد به ما يقع عليه التعاقد أو هو الشيء أو الحق المالي الذي يلتزم المدين بأدائه للدائن [1]. و يشترط في هذا المحل أن يكون ممكنا و غير مستحيل, و أن يكون معينا أو قابلا للتعيين و مشروع و غير مخالف للنظام العام.

و معنى ذلك أنه يشترط في محل العقد أن يكون ذو قيمة مالية أي قابل للتقييم المالي و متى كان غير ذلك فإنه يعتبر غير قابل للتصرف فيه إما بحكم طبيعته و أما بنص القانون.

3– السبب : و يقصد به الغاية أو الدافع من وراء التعاقد, و يشترط القانون أن يكون هذا السبب غايته مشروعة و أن لا يمس بالنظام العام , و من أهم الأركان التي تترتب حيال تخلفه أو عدم مشروعيته البطلان المطلق لعقد البيع.

[1] الأستاذ السنهوري: نظرية العقد, دار احياء التراث العربي, طبعة 1935, ص 137.

و ما ينبني على ذلك, أو بالنظر على هذا الأركان هل يمكن القول بصحة عقد الوارد على الأعضاء البشرية؟.

إن معظم التشريعات تحرم بيع الأعضا ء البشرية و تعتبر أن العقد في هذه الحالة و بالنظر إلى أركانه يكون غير قانوني أو بالأحرى غير موجود أصلا, ذلك أنه حتى و إن توافر ركن رضا كلا المتعاقدين فإن باقي الأركان تقع باطلة, لأن محل عقد البيع هو العضو البشري, و بيعه غير مشروع لعدم جواز التعامل فيه أصلا, ذلك أن محل عقد البيع هو الأموال و ليس النفس.

و أن جسم الإنسان و أعضاءه ليست مالا كما أن محل عقد البيع قد يكون شيء ذو قيمة مالية في حين أن العضو البشري ليس بشيء يقيم ماليا.

و في هذا الصدد نصت المادة 01 فقرة 04 من المرسوم الاشتراعي اللبنان ي على أن يكون إعطاء الأنسجة و الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة, و رتبت هذه المادة على مخالفة هذا عقوبة الحبس من شهر إلى سنة و الغرامة إلى عشرة آلاف ليرة أو إحدى هاتين العقوبتين [1]. كما نصت المادة 03 من قانون الصحة الكويتي على أنه " لا يجوز بيع الأعضاء البشرية أو الجسم أو شراءها بأية وسيلة, "و إن كان هذا القانون لم يتطرق إلى هذه المسألة عندما نظم عملية زراعة الكلية, و إنما كان يعتمد في تحريم ذلك على قياس الفقه المدني لمحل الالتزام العقدي بمحل الالتزام عموما و الذي يلزم أن لا يخالف النظام العام و الآداب العامة بمحل عقد بيع الأعضاء البشرية و الذي يفتقد لهذه الشروط, و بذلك فإن هذا الالتزام لا يرتكز على قاعدة أخلاقية و من تمة فهو باطل و غير جائز [2].

أما التشريع العراقي فإنه نظم المسألة ضمن قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 80 لسنة 1987, إذ نصت المادة 03 منه على " يمنع بيع و شراء الأعضاء بأي وسيلة, و

[1] الدكتورة: سميرة عايد الديات, عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون, مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع, الطبعة الأولى 1999, ص 186.

[2] الدكتور منذر الفصل, التصرف القانوني في الأعضاء البشرية, مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع, الطبعة الأولى, عام 2002, ص 21.

يمنع الطبيب الاختصاصي من إجراء العملية عند العلم بذلك". و قد رتب المشروع العراقي الجزاء على مخالفة هذا الحكم, إذ نصت المادة 04 منه "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة واحدة, و بغرامة لا تزيد عن ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام هذا القانون".

و للعلم فإن القانون العراقي لم ينص على هذا الحكم سابقا, على الرغم أنه و منذ 1960 و ضمن قانون مصارف العيون رقم 113 نص على حظر أي تصرف بالقرنية الواحدة, إن كانت للشخص قرنية, لأن العين الواحدة تكون في حكم العضو المنفرد الذي يؤدي استئصاله إلى عاهة مستديمة[3].

أما التشريعات الغربية فإن مسألة بيع الأعضاء البشرية هي موضوع دقيق تناولته معظم القوانين بصرامة كبيرة، إذ نجد التشريع الإنجليزي Commun Low ينص على أن " الشخص لا يملك حرية التصرف القانوني بجسده، ويحظر التصرف في جثة الشخص أو العضو الجسدي أثناء الحياة".

غير أن المشرع الفرنسي ورغم غزارة منظومته التشريعية إلا أننا لم نعثر على أي نص يحرم بيع الأعضاء البشرية، إلا أن الفقه الفرنسي أخضع هذا التصرف إلى الأعمال الطبية و التي تخضع بدورها إلى النظرية العامة للالتزامات المدنية، الواردة في قانون نابليون 1804 وقانون العقوبات، فعند حصول ضرر بسلامة الكيان البدني فإنه وطبقا للمادة 07 من القانون المدني الفرنسي يقع باطلا كل اتفاق يخالف النظام العام والآداب العامة.

كما نصت المادة 1128منه على أنه " لا يمكن أن يكون محلا لا تفاق مشروع إلا الأشياء الداخلة في المعاملات المالية".

[1] د. منذر الفصل, المرجع السابق, ص 22.

وهو نفس ما ذهب إليه التشريع الإيطالي إذ نص في المادة 04 من القانون المدني على " يمنع القيام بأي عمل يمس بسلامة الحياة والبدن لتعارضه مع مبدأ التكامل الجسدي إذا كان يصعب تداركه"[1] .

وقد اتجهت بعض التشريعات إلى تحريم عقد بيع الأعضاء البشرية على أساس أن السبب الذي يعد ركن ركين في صحة عقد البيع غير مشروع، وهو ما ذهب إليه التشريع الأمريكي ضمن القانون الوطني لغرس الأعضاء لعام 1984، إذ نص على أن البيع الوارد على الأعضاء البشرية يعد باطلا لبطلان محله وسببه[2].

ونلاحظ من استقراءنا لهذه التشريعات والأحكام الواردة فيها فيما يتعلق بمسألة بيع الأعضاء البشرية أنها تحرم هذا التصرف على أساس بطلان أركان العقد وبالتالي فإن أي تصرف في هذه الحالة يعد غير قانوني، و الجزاء المترتب عن ذلك هو البطلان المطلق وبالتالي ينعدم العقد، ويصبح لا وجود له سواء في مواجهة المتعاقدين أو حتى في مواجهة الغير، وحتى بالنسبة للآثار المترتبة عن ذلك وهو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فيلتزم البائع برد المبلغ الذي تقاضا همن المشتري، ويلتزم هذا الأخير برد العضو الذي تسلمه إلى البائع، إذ استحال التنفيذ العيني فإنه يلزم بالتعويض النقدي.

غير أننا نتساءل عن المقصود بالتعويض النقدي الممنوح للبائع، هل يقصد به تعويض قيمة العضو أم التعويض عن الضرر؟.

الحقيقة أن اتجاه هذا الرأي إلى تحريم بيع الأعضاء البشرية على أساس بطلان أركانه سيما ركن المحل يجعلنا نقول أن التعويض المقصود هنا يكون عن الضرر اللاحق بالبائع

[1]– الدكتور أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، طبعة 1983، ص116.

[2]– البند 02 و06 من جدول الأعمال المؤقت للمجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية، ص11(بالرغم من وجود هذا المنع الواضح إلا ان جسم الإنسان هو مادة تجارية رابحة بيد السماسرة الأمريكيين بحيث بدأت المتاجرة بأجساد الأطفال ففي 1986/04/10 كشف النقاب في غواتيمالا عن تصدير 12 طفلا يتراوح أعمارهم بين خمسة أشهر إلى 11 سنة إلى الولايات المتحدة الامريكية وانتزعت أعضائهم وبيعت بأثمان باهضة لغرسها في أجساد المرضى الأثرياء(وثم كشف هذه الواقعة من طرف مسؤول الشرطة الوطنية (بودلير هيشو) انظر في ذلك منذر الفضل، المرجع السابق ص60.

جراء عدم إمكانية إرجاع العضو، وليس قيمة العضو كون هذا الأخير غير قابل أصلا للتقييم المالي.

ب- الأساس الشرعي لتحريم بيع الأعضاء البشرية:

لقد اعتمدت بعض التشريعات في تحريمها لعقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية على أساس شرعي، ونهجت مجمل الآراء المعارضة لمسألة بيع الأعضاء ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية التي منعت بيع الأعضاء البشرية، على الرغم من أنه وإلى يومنا هذا لم يتم العثور في أدلة الأحكام الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية ما يشير صراحة إلى مسألة بيع الأعضاء البشرية، إلا أن هذا لا يعني عجز الشريعة عن مواجهة التطورات الجديدة، بل يمكن الوقوف على القواعد الكلية الفقهية وما ورد فيها من حالات وأسس للوصول إلى الحكم الشرعي في ضوء الأدلة العقلية لقوله تعالى " ولقد درأنا لجهنم كثيرا من الجن و الإنس لهم قلوب لا يفقهون بها ولهم أعين لا يبصرون بها ولهم آذان لا يسمعون بها أولئك كالأنعام بل هم أضل وأولئك هم الغافلون".[1]

إذ من الثابت شرعا أن الإنسان الحر لا يجوز التصرف فيه بأي شكلا من أشكال التصرفات الشرعية، لأنه ليس مالا، ولا يصح محلا للتعامل المالي أو الأشياء المتقومة لأن الإسلام كرم بني آدم حين قال "ولقد كرمنا بني آدم" .إذ أن المال الذي يصلح التعاقد عليه هو المال المتقوم، وما له قيمة في نظر الشرع، ويضمن قيمته في حالة إتلافه كما قد يصلح محلا للتعاقد الشيء، وهنا وجب توضيح معنى الشيء من الناحي ة الشرعية فهو كل موجود حسا كالأجسام أو الأقوال بعد سماعها وهو أعم من المال وعند رجال القانون هو كل ماله كيان مادي مستقل يجعله صالحا لأن يكون محل لحقوق الأشخاص.[2]

[1] – سورة الأعراف الآية 169

[2] – الدكتور منذر الفضل، المرجع السابق، ص41

وبناءا عليه فإن جسم الإنسان ليس مالا ولا شيئا والإنسان خلق مالكا للمال وليس مالا يخضع للتملك، لأن بينهما منافاة ذلك أن بيع عضو من الجسد باطل لاتحاد العلة التي تدور مع المعلول وهو المساس بالحق في سلامة الصحة والحياة ومبدأ التكامل الجسدي.[3]

وقد نحى في هذا الاتجاه جانب كبير من فقهاء القانون في العراق إذ يرون أن شراء عضو إنسان عند الاختيار أمر غير جائز، لأن كثيرا من فقهاء الدين كأبي حنيفة ومالك وأحمد في رواية وبعض أصحاب الشافعي ذهبوا إلى عدم جواز بيع لبن المرأة وشعر الإنسان [4].

وفي هذا الصدد قطعت الهيئة العامة للفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية دابر الخلاف بإصدارها فتوى 85/455 حول موضوع بيع الأعضاء بقولها أن شراء المريض لكلية شخص آخر فالأصل أن ذلك محرم، لأن الله كرم الإنسان فلا يجوز قطع بعض أعضائه وبيعها بثمن ما مهما كان، ماعدا حالة الضرورة التي يجوز فيها وذلك وفقا لشروط محددة.[5]

أما الفقه المدني الفرنسي الحديث فقد حرم عقد البيع الواردة على الأعضاء وعلى رأسه الأستاذ سافاتيه الذي يقول، "إن جسد الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، ولما كان الحب أسمى من هذه القيم فالإنسان يمكن أن يتنازل عن جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال". وهذا الاتجاه العام في الفقه المدني الفرنسي في بطلان أي اتفاق يتعارض و حق الإنسان في تكامل جسده، و اعتباره باطلا لمساسه بمبدأ حرمة وقداسة الكيان البشري الذي كرمه الله وجعل هذا الجسم ليس ملكا للفرد وحده وإنما هو ملك لله فكيف يمكن جعل هذا الجسم محلا للتصرف بالبيع وإخضاعه لقوانين التجارة والعرض والطلب.

[1] – منذر الفضل، المرجع السابق،ص41

[2] – أحمد شرف الدين، زراعة الأعضاء البشرية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الاولى، العدد 01 و02، الطبعة الثانية، يناير 1977، ص118.

[3] – الأستاذ محمد يحي أبو الفتوح، المستشار القانوني لوزارة الصحة الكويتية، محاضرة ألقيت جامعة الكويت سنة 2004.

وهذا الاتجاهھو نفسه ما أقره رجال الدين والكنيسة الذين يرون أن تحريم بيع الأعضاء مرده أن جسم الإنسان ملك الله وحده ولا يجوز للإنسان أن يتصرف فيه وفقا للقاعدة الفقهية المعروفة "فاقد الشيء لا يعطيه"[1].

وانطلاقا من هذا نخلص إلى أن كلمة أغلبية رجال القانون وفقهاء الدين سواء فقهاء الشريعة الإسلامية أو الديانات الأخرى متحدة حول تحريم عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية لبطلان أركانه و تنافيه مع المبادئ والقيم.2

الفرع الثاني: موقف القوانين المقارنة المؤيدة لبيع الأعضاء البشرية.

على الرغم من كل الحجج القانونية والشرعية التي أتى بها المعارضون لعقد البيع الوارد على جسم الإنسان، إلا أن هناك رأي آخر وإن كانوا الأقلية القليلة من نحى في اتجاه إباحة بيع الأعضاء الآدمية معتمدين في ذلك على أسس قانونية وأخرى شرعية.

أ -الأساس القانوني لإباحة عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية.

في الحقيقة لم نجد أي تشريع سواء في الدول الأجنبية أو الدول العربية من يجعل الأعضاء الآدمية محلا للتجارة، ولكن الفكرة المراد طرحها من طرف بعض الفقهاء الذين ذهبوا إلى القول بصحة عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية هو صحة أركان هذا العقد فيرون أنه متى تطابق إيجاب البائع وقبول المشتري أو العكس وكان محل العقد موجودا وقت إبرام العقد ومعين، وكان السبب من وراء هذا العقد هو مساعدة شخص على إنقاذ حياته من الهلاك فإن السبب مشروع وإنساني, وله أهداف نبيلة, وبذلك فالعقد يقع صحيحا مرتبا لكافة أثاره القانونية فيلتزم البائع بتسليم العضو محل العقد بصورة تصلح لزرعه والانتفاع به, ويلتزم المشتري بدفع الثمن, وفي هذا اتجه المشرع المصري في قانون رقم 168 لسنة 1970 إلى القول أن أحد مصادر الحصول على الدم من البشر يكون عن طريق الشراء، وحسب تسعيرة محددة قانونا هي 50 قرشا للجنيه الواحدة، كما لم يحضر القانون رقم 264 لسنة 1959التعامل المالي على

[1] – الأستاذ محمد يحي أبو الفتوح، المرجع السابق

العيون البشرية وبما أن المشرع المصري لم ينظم عملية زرع الأعضاء البشرية فيمكن القول أن هذا القانون يسري على جميع التصرفات الواردة على باقي الأعضاء وهو ما يرتب الحقيقة نتائج خطيرة.

ويرى جانب من الفقه المدني المصري أنه يمكن القياس في عمليات غرس الأعضاء البشرية ذلك لا يتعارض مع نص المادة 05 من القانون المدني والمادة 43 من الدستور في جواز إجراء التجربة الطبية بعد الحصول على موافقة الشخص[2] .

لكن السؤال يثور حول ما إذا كان الدم الذي هو محل لعقد البيع في التشريع المصري هو عضو من الأعضاء الآدمية، وتسري عليه نفس الأحكام والحماية المقررة لها؟.

إن مجمل القوانين العالمية لم تميز في مكونات الجسم البشري بين الأعضاء الآدمية والمشتقات والمنتجات البشرية والتي يعتبر الدم من ضمنها، ولكن هذا لا يمنع من إصباغ الحماية القانونية عليه على أساس أن حماية الأعضاء البشرية هي حماية مقررة لكامل الجسم والذي من بين مكوناته المنتجات البشرية ومن بينها الدم، وبالتالي فإن اتجاه التشريع المصري إلى جعل الدم محلا لعقد البيع وإعطاءه تسعيرة مالية لبيعه في رأينا فيه مساس بحرمة الكيان البشري، وجعله محلا للتجارة ولا يمكن الاحتجاج أن الدم ليس عضو فالحماية والحرمة تطال الجسم البشري كله وليس عضو أو مشتق منه فقط.

وفي هذا الصدد ذهب بعض أصحاب هذا الرأي في سويسرا إلى اقتراح على الدولة إصدار تشريع خاص يحدد تسعيرة لأجزاء الإنسان وشروط البيع بالجملة، لأن تسعيرة الأعضاء لن تغير من طبيعة الإنسان أو تهدر كرامته، ولا اعتراض على وجود مقابل كونه تقريبا السبيل الوحيد للحصول على قطع الغيار اللازمة.

[1] – د سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص132

كما تقدم هؤلاء بمشروع قانون يقضي بإنشاء بنوك للصمامات والشرايين الآدمية لاستخدامها للمرضى، وتكون حصيلة هذه البنوك من جثث الموتى الذين انقضوا في الحوادث أو مجهولي الهوية أو ممن ينفد ضدهم حكم الإعدام وحجتهم في ذلك هي مسايرة الثورة العلمية.[1]

غير انه يجدر القول أن عبارة قطع الغيار هي عبارة إن لم نقل غريبة فهي مساس صارخ بالجسم وكرامة الإنسان إذ كيف يعقل تشبيه العضو الآدمي وطهارته وقداسته بقطع الغيار وكيف نجعلها محلا للتجارة ونخضعها للمعاملات التقنية بوضعها في البنوك مثلما توضع الودائع لجلبها وقت الحاجة على أساس أنها قطع غيار، إنه تصرف غير جائز لا أخلاقيا ولا قانونيا.

ب -الأساس الشرعي لإباحة عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية:

ينطلق أنصار هذا الرأي في إباحة عقد بيع الأعضاء البشرية من فكرة أنه إذا كان لا يجوز بيع الإنسان فعلى أساس أن جسمه لا يدخل تحت الملك لأنه ليس مالا يخضع للتملك، فإن عدم جواز بيع الأعضاء أو أجزاء الجسم يرجع إلى عدم الانتفاع بها، في حين أنه إذا أمكن الانتفاع بها جاز بيعها وأنه لا أثر لوجود الثمن على انعقاد العقد صحيحا إذ أن بيع أي عضو لا يتنافى و مقاصد الشرع في حفظ الكرامة الإنسانية، وإنما على العكس يتضمن معاني إنسانية أولها حماية إنسان للآخر من خطر الموت, كما أن بيع الإنسان لأحد أعضاءه المتجددة كالجلد و الدم لا يتنافى مع حرمته و لا يقوده إلى الهلاك.

و قد أجاز الأحناف البيع الوارد على الأعضاء البشرية إذا ما ورد على منافع الأشياء كونه استحسان تبرره الضرورة, و أن هذه الضرورة أو الحاجة هي التي تبرر جريان التصرف على بعض أجزاء الآدمي كلبن المرضعة, فأجزاء الجسم و أعضائه كالقلب و الكلية مادامت

[1] – د. سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 104.

غير منفصلة عنه فإنها لا تعد من الأشياء إلا إذا انفصلت عنه و أصبح لها كيان مستقل فهنا أمكن أن تعد من الأشياء فالشيء لا يكون إلا ماديا [1].

و أن ما تناقلته كتب الفقه الإسلامي في هذا المجال لا يتعدى حالتين هما: حالة الانتفاع بلبن المرضعة وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة جواز التعاقد عليه, و ثانيها ما يخص التعاقد على الشعر و استخدامه للزينة و الذي لم يجزه الرسول صلى الله عليه و سلم و حرمه الأحناف كابن نجيم و الذي لم يجز التعاقد على شعر الآدمي و عظمه [2].

و قد سبق الذكر أن هيئة الفتاوى بوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف الكويتية في فتواها رقم85/455 السابقة الذكر أجازت عقد بيع الأعضاء في حالة الضرورة, انطلاقا من قوله تعالى "وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه" و ذلك مع مراعاة شروط التبرع و المتمثلة في الإرادة السليمة, وبلوغ الشخص سن الرشد, و ضرورة سلامة العضو المراد بيعه.

و تجدر الإشارة على أنه قد يقع لبس في كثير من الأحيان حول تكييف تصرف ما بأنه بيع أو تبرع, كما لو أعطى شخص آخر عضو بشري لشخص في حاجة إليه دون مقابل, و أراد المتلقي أن يرد الجميل فقدم للمعطي هدية عرفانا بهذا الجميل فهل يكون هذا التصرف بيعا أم تبرعا؟.

لمعرفة ذلك نبحث في أمرين:

الأمر الأول : هو قيمة الهدية و موازاتها بقيمة الانتفاع بالعضو البشري, فإذا تساوت القيمتان أو تجاوزت قيمة الهدية فإن التصرف هنا يعد بيعا و ما التبرع إلا تصرف مقنع للبيع.

الأمر الثاني : هو البحث في نية المتعاقدين, فإذا كانت نيتهما خالصة للتبرع فإن العقد يكون تبرعا بصرف النظر عن قيمة الهدية.

[1] الدكتور أحمد شرف الدين, الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 116.
[2]-أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 116.

و يجدر بنا القول أن أصحاب هذا الرأي حجتهم نوعا ما ضعيفة و أن اعتمادهم على صحة أركان عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية هو رأي غير سديد و ذلك أنه و كما سبق القول فإن عقد البيع يكون محله قابلا للتقييم المالي, في حين أن الأعضاء الآدمية لا يمكن وضعها ضمن خانة الأشياء القابلة للتقييم المالي و أن مشروعية السبب الذي هو انقاد حياة المريض ليس مبرر كافي ذلك أن عقد البيع ضمن النظرية العامة للعقود يقوم على الأركان الثلاثة متلازمة (التراضي–المحل–السبب) و أن غياب ركن ضمنها يبطل العقد و يعدمه, و عقد البيع الوارد على الأعضاء محله باطل بطلانا مطلقا و بالتالي فالعقد باطل برمته. [1]

بالإضافة إلى ذلك فإن حالة الضرورة التي ينطلق منها أصحاب هذا الرأي و التي بناءا عليها يجيزون بيع الأعضاء البشرية تقدر بقدرها, فوجود الشخص في حالة هلاك و تقديم شخص آخر له مساعدة بمنحه كلية مقابل عوض, لا يعني أنه ثمن للمبيع وإنما هو عون للمتنازل عن مواجهة المخاطر الصحية و المضاعفات التي يمكن أن تحدث له مستقبلا, و لا ينبغي أن يكون الدافع الرئيسي على التعاقد هو الحصول على الثمن النقدي, ذلك أن كل التزام مدني يرتكز بالضرورة على قاعدة أخلاقية وصولا إلى النتيجة القانونية, فلو طبقنا هذه القاعدة على التزام الشخص في بيع أعضائه لوجدنا أن النتيجة غير صحيحة و الالتزام باطل و سبب ذلك أن محل الالتزام غير مشروع التعامل فيه أصلا. [2]

المطلب الثاني: الأعضاء البشرية موضوع عقد ملزم لجانب واحد

يقصد بالعقود الملزمة لجانب واحد هي العقود التي تنشئ التزامات من جانب واحد فقط من طرفيه, فيكون أحدهما دائن غير مدين و المتعاقد الآخر مدينا غير دائن.

1–عبد المنعم الصرة، المصدر السابق: 409.

2– حسنين عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية 1973.

و أغلب العقود الملزمة بجانب واحد هي عقود تبرع, لأن المتعاقد لا يأخذ مقابلا لما يعطي مثال ذلك عقد الهبة و العارية و الكفالة بدون أجر, و عقد الوديعة بدون مقابل. و يعرف الأستاذ السنهوري عقد التبرع بأنه العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه[1]. و بناءا عليه فإن مسالة جعل الأعضاء البشرية محل لأحد عقود التبرع يجعلنا نتصور عقدين فقط يمكن ورودهما على الأعضاء البشرية و هما عقد الهبة و عقد الوصية وهو ما سنتناوله في هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: هبة الأعضاء البشرية

إن المقصود بالهبة عموما هي تمليك بلا عوض, و قد عرفها الأستا ذ السنهوري بأنها "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال دون عوض"[2].

و يخضع عقد الهبة شأنه شأن باقي العقود إلى نفس الأركان المتطلبة لقيامه و صحته, المتمثلة في الرضا المحل السبب إضافة على شروط أخرى متطلبة بصورة خاصة في عقد الهبة و يرى الأستاذ السنهوري أن عقد الهبة يقوم على 04 مقومات هي:[3]

1 الهبة عقد ما بن الأحياء.
2 بموجبه يتصرف الواهب في ماله
3 دون عوض
4 بنية التبرع

و عقد الهبة يتكون من عنصرين:

1- عنصر مادي يتمثل في تصرف الواهب في ماله دون عوض

2- عنصر معنوي هو نية التبرع

[1] د. عبد الرزاق السنهوري –نظرية العقد، المرجع السابق، ص 137.
[2] د. عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني و العقود التي تقع على الملكية (الهبة-الشركة, الجزء الخامس, دار أحياء التراث العربي, ص 05.
[3] د. عبد الرزاق السنهوري-المرجع السابق ص 06.

و بالتالي فالواهب يتصرف في مال و تخصص بين عقود التبرع بوجه خاص ذلك أن الهبة تدخل في عموم عقود التبرع, و يكون محلها دائما إعطاء شيء عكس العقود الأخرى التي يمكن أن يلتزم فيها المتعاقد بالقيام بعمل أو الإمتناع عن العمل.

و انطلاقا من هذا و بالنظر إلى أركان عقد الهبة الواردة ضمن التشريعات المدنية نطرح السؤال التالي: هل يمكن أن تكون الأعضاء البشرية محلا لعقد الهبة وفق هذه الأركان؟.

هناك العديد من الاتجاهات من أقرت أن الهبة الواردة على الأعضا ء هي عقد بمفهوم القانون المدني, و الذي هو تصرف قانوني تتجه فيه إرادة المتعاقد إلى التبرع بأعضائه متى توافرت جميع أركان عقد الهبة و كانت قائمة على التضحية و نكران الذات, فإنها تعتبر من الأخلاق الفردية و الاجتماعية التي تصلح سببا للالتزامات المدنية, و كانت نية الواهب هي التبرع فإن هذا التصرف ينتج أثره القانوني.

و الأساس في ذلك أن القاعدة في هذا المجال أي التزام مدني يلزم أن يكون له قاعدة أخلاقية يرتكز عليها, حتى تحدث النتيجة القانونية المطلوبة أثرها فالأم التي تهب كليتها لأبنها مثلا لانقاد حياته فإن عقد الهبة هنا هو التزام مدني يقوم على قاعدة أخلاقية جوهرها الحب و التضحية و هي معاني إنسانية نبيلة مما يجعل العقد صحيحا. كما أنه إذا كانت الهبة ترد على الأموال من المنقولات أو العقارات حين يعقد الواهب تصرفا قانونيا مع إرادة الموهوب له في هبة عين أو حق أو دين, فإنها ترد على أجزاء و أعضاء جسد الإنسان و أن التشريعات التي تذكر مصطلح التبرع يقصد بها الهبة حال الحياة بالأجزاء أو الأعضاء البشرية[1].

و تجدر الإشارة أن الفقه المدني الفرنسي, و على رأسه الأستاذ سافاتيه يرى أن الهبة الواردة على الجسم البشري يكون على سبيل التبرع و يقصد بها الهبة المجانية, و هو نفس الرأي الذي

[1] د. منذر الفضل, المرجع السابق, ص 84.

أخذ به المشرع اللبناني الذي يجيز عقد الهبة و ذلك بأخذ الأنسجة و الأعضاء البرية من جسم أحد الأحياء لمعالجة مرض أو جروح شخص آخر[2].

كما أن مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية المقترح من قبل اللجنة الفنية لمجلس وزراء الصحة العرب و بجلسته المنعقدة عام 1986 نص في مادته الثانية على جواز إبرام عقد هبة على الجسم أو أحد الأعضاء شريطة أن تتم صحيحة الأركان و الشروط تكون على سبيل التبرع أو الإيصاء و أن يكون المتبرع كامل الهلية قانونا و أن يتم التبرع بموجب قرار كتابي موقع فيه.

نستنتج أن كل هذه الآراء تتجه إلى إباحة عقد الهبة الوارد على الأعضاء البشرية انطلاقا من توافر أركان عقد الهبة المتطلبة قانونا, لكن في رأينا أن هذا القول غير سديد بالمرة لأن التبرع الوارد على الأعضاء لا يمكن أن يكون عقد مطلقا و هو ما سنتناوله في نهاية الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الوصية بالأعضاء البشرية

تعرف الوصية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت, و هي من التصرفات التي تنشأ بالإرادة المنفردة و بذلك فالوصية هي عقد ملزم بجانب واحد و تجمع جل من التشريعات على هذا التعريف و تعتبره جامع و مانع يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته.

و قد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الوصية بتعريفات متعددة, فعرفها الأحناف أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع [1]. و عرفها الكاساني بأنها اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت كما عرفها الدكتور علي علي سليمان بأنها "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"[2].

[1] د. عبد الحميد الأنصاري, ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية في الشريعة و التشريعات العربية, دراسة مقارنة, دار الفكر العربي, الطبعة الأولى 2000, ص 70.
[2] د.منذر الفضل, المرجع السابق, ص 114.
[3] الدكتور علي علي سليمان, ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, ص 90

و تقوم الوصية على الأركان التالية:

1- **الصيغة** : و الأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزة و لا يخرج عن هذه القائمة إلا الوصية و بالتالي فإن صيغتها لا تكون إلا مضافة إلى اجل [3]. و قد اختلفت المذاهب في وسائل التعبير عن هذه الصيغة فقد تكون عبارة أو كتابة أو إشارة[4].

2- **الموصي:** و الذي يشترط فيه أن يكون سليم العقل و بالغ سن الرشد.

3- **الموصي له:** و يشترط فيه أن يكون معلوما, و أهل لتملك الشيء الموصي له به.

4- **الموصي به :** و يشترط فيه أن كون مالا قابلا للتوارث و أن يكون متقوما بمال و قابلا للتملك و أن يكون موجود عند الوصية و غير مستغرق بدين و معين بالذات أو بالنوع.

وعلى ضوء ما سبق ذكره وبالنظر إلى أركان الوصية نتساءل هل تدخل أعضاء الإنسان ضمن تركه الموصى بعد وفاته، وهل يصح أن تكون محلا للوصية؟.

في الحقيقة أن معظم التشريعات التي تجيز التصرف في الأعضاء البشرية نذكر مصطلح التبرع، وانه يجوز للشخص أن يتبرع بأعضائه حيال حياته، وله أن يوصي بها بعد وفاته لكن لا يوجد أي نص تشريعي في القوانين المقارنة يذكر بصراحة أن التصرف الوارد على الأعضاء يقصد به الوصية بمفهوم أحكام القانون المدني، ومع ذلك اتجهت بعض آراء شراح القوانين وكذا الفقهاء إلى القول بصحة الوصية الواردة على الأعضاء البشرية و حجتهم في ذلك أن الوصية باحثة للأغراض العلمية والطبية من المصادر المهمة التي تساعد في العمليات الطبية وفي نقل وزرع الأعضاء وبالتالي فإن الوصية متى كانت صادرة من شخص عبر عن إرادته السليمة الخالية من أي عيب في الأعضاء بجسمه أو بأحد أعضائه فإنها تكون قائمة و صحيحة.

[1] حمدي باشا عمر, عقود التبرعات, الهبة, الوصية, الوقف, دار هومة, الجزائر 2000, ص47.
[2] محمد أبو زهرة, شرح قانون الوصية, دار الفكر العربي, مصر 1988 ص 12.

زيادة على ذلك فإن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت و هو ما لا يشكل خطر على حياة الموصي لأن حياته انتهت و انتزاع أحد أعضاءه بغرض زرعها في جسم مريض أو تشريح جثته لغرض البحث العلمي لا يشكل اعتداء عليه, انطلاقا من قاعدة مصلحة الحي أولى من مصلحة الميت و يجوز قطع عضو من الجثة لديمومة الحياة في شخص محتاج إلى كلية مثلا.

و قد جاءت قرارات و توصيات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الصادرة سنة 1988 مؤكدة على جواز الوصية بالأعضاء معتبرة أياها من الخصال الحميدة.

كما يؤكد المشرع المصري بموجب القانون 103 لسنة 1992 أن الوصية هي الوسيلة الوحيدة للتبرع المضاف إلى ما بعد الموت, على أن لا يتم الإيصاء لشخص معين بالذات [1].

كما اعتمدت أغلب الآراء في إباحة الوصية بالأعضاء البشرية على حجتين الأولى أن تشريح الجسد جائز شرعا وقانونا بعد وفاة الشخص ولا يعد ذلك تمثيلا بالجثة, لأن التشريح علم قائم بذاته تظهر أهميته في معرفة أسباب العلل وطريقة عمل الجسد ووظائف الأعضاء وصولا لمعرفة سبب الوفاة وهو أمر مستقر على جوازه فقها وقانونا لما فيه من المصلحة فإن انتفت المصلحة فلا يجوز التشريح، أما الثانية فهي الجانب الأخلاقي و الإنساني و ترجيح الضرورات و تكريس روح التضامن لمساعدة المرضى على الاستمرار في الحياة.

لكن وحسب رأينا فإن كلا الرأيين سواء القائلين بصحة عقد الهبة الوارد على الأعضاء البشرية أو القائلين بعقد الوصية، هي آراء غير قانونية إن لم نقل أنها غير منطقية، إذ أن أغلب الآراء المتجهة إلى ذلك تقوم هذين العقدين على وجود ركن دون آخر، وفي هذا لاحظنا ونحن بصدد تفحصنا لبعض المراجع المعتمد عليها في هذا العمل لاحظنا أنها لا تتوانى في الجزم بقيام عقد الهبة وعقد الوصية على الأعضاء البشرية وفقا لأحكام القوانين المدنية، وذلك بالاعتماد على بعض نصوص القوانين والتشريعات المقارنة والتي في الحقيقة لم تجز وبصريح

[1] – د منذر الفضل، المرجع السابق، ص 116

العبارة لهذه العقود بهذا المعنى ولم يرد في ذلك سوى مصطلح التبرع وإن ورد في بعض الأحيان مصطلح الهبة فإن ذلك لا يقصد به عقد الهبة المنظم بأحكام القانون المدني وهو ما نعتبره تحميلا لنصوص القوانين ما لا تطيق.

إذ كيف يعقل التسليم بوجود عقد الهبة والذي كما سبق القول وبالنظر إلى أركانه ومقوماته أنه لا يكون إلا على محل مقوم بمال وصورته الوحيدة هي الالتزام بأداء، فهل الأعضاء الآدمية هي أموال قابلة للتصرف فيها، وهل إيصاء الشخص بأعضائه بعد وفاته يعني قيام عقد الوصية بمفهوم القانون المدني؟ إن هذا الأمر لا يعقل وهو مما يدفعنا إلى القول أن مفهوم التبرع أو الهبة المراد هنا ليس تصرف مدني وإنما تصرف من نوع خاص.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من التصرفات القانونية الواردة على الأعضاء البشرية.

في الحقيقة أن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة التصرف في الأعضاء البشرية ضمن أحكام القانون المدني، وإنما نص على ذلك ضمن قانون الصحة رقم 85-05 المتمم بالقانون 98-09 فتناول ضمن المادة 161 منه حظرا مطلقا لجعل الأعضاء البشرية موضوع معاملة مالية، وبالمقابل نص صراحة على جواز التبرع بالأعضاء البشرية ولكن السؤال المطروح، ماذا يقصد المشرع الجزائري بمصطلح المعاملة المالية، هل يقصد بها البيع وبالتالي نستشف أنه يحظر عقد البيع المبرم على الأعضاء الآدمية، وماذا يقصد بمصطلح التبرع هل هي ذلك العقد الذي تتجه فيه إرادة المتعاقد إلى إحداث أثر قانوني معين بدون عوض وبالتالي وبحسب المتصور فهي عقد الهبة والوصية أم أن المشرع الجزائري يهدف من وراء ذلك معنى آخر أبعد من هذا التحليل.

وعلى ضوء هذا سنحاول مناقشة ماورد ضمن قانون الصحة وإسقاطه على أحكام عقد البيع المنظم في القانون المدني وكذا عقود التبرع سيما الهبة والوصية والقول ما إذا كان الحكم الوارد في قانون الصحة مطابق لما ورد في القانون المدني بشأن هذه العقود فنتناول في فرع

أول عدم جواز جعل الأعضاء البشرية محل معاملة مالية وفي فرع ثاني جواز جعل الأعضاء البشرية موضوع تبرع.

الفرع الأول: عدم جواز جعل الأعضاء البشرية محلا لأي معاملة مالية.

تنص المادة 161 فقرة 02 من قانون الصحة " لا يجوز أن يكون إنتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية " [1].

يتجلى من خلال دراسة المادة أعلاه أن المشرع الجزائري يحظر أي تعامل مالي على الأعضاء البشرية بصورة قاطعة، لكن يبدو أن مصطلح معاملة مالية غريب في المجال القانوني ناهيك عن انعدام أي استعمال لهذا المصطلح لدى مختلف التشريعات أو أراء الفقهاء كون أن هذا المصطلح له طابع تقني أكثر منه قانوني وكان من باب الأولى أن يكون المشرع الجزائري دقيقا إلى حد يجعل من المصطلح القانوني أكثر دقة ليرتب الأثر القانوني المراد من وراء ذلك.

ولكن باستقرائنا للمبادئ العامة للقانون نجد أن المشرع كان يقصد التصرف القانوني ليس إلا هذا الأخير الذي هو اتجاه الإرادة إلى أحداث أثر قانوني معين و يشترط القانون لقيامه أركان محددة والتي أوردتها النظرية العامة للعقد، إذ بالرجوع إلى المادة 54 من القانون المدني[2] والتي تنص "العقد اتفاق يلتزم بموجب شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

باستقرار المادة أعلاه نستخلص أن التصرف القانوني المتمثل في العقد يتطلب لقيامه الأركان التالية:

[1] – قانون الصحة رقم 85-05 المعدل والمتمم بالقانون 88-05 والقانون 96-17 والمرسوم التنفيذي رقم 99-236 المؤرخ في 09 رجب عام 1420 الموافق ل 19 أكتوبر 1999 المتعلق بقانون الصحة.

[2] – قانون القانون المدني رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للأمر 75-58.

1-التراضي: ويقصد به التعبير عن إرادة كل الطرفين والذي يتجسد في تطابق الإيجاب والقبول استنادا إلى المادة 59 والتي تنص " أنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

وبناءا عليه فإن ما تصورنا الأعضاء البشرية موضوع اتفاق يرقى إلى درجة العقد فإنه ينجسم مع القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة كونه يجد صعوبة في تطبيق باقي أحكام التراضي، فبالرجوع إلى نص المادة 60 نستشف أن التعبير عن الإرادة يأخذ صورتين فهناك التعبير الصريح الذي يكون عن طريق اللفظ وإما موقف لا يدع شكا في بالكتابة ناهيك عن الإشارة المتداولة عرفا، وإما ضمنيا باتخاذ المتعاقد دلالته على مقصوده، فهل يمكننا تصور تعبير ضمني عن إرادة الطرفين حين تعاملهما بالعضو البشري؟ إنه الأمر الذي لا يستسيغه المنطق القانوني، ذلك أن حساسية محل التعاقد الذي هو العضو البشري تفرض أن يكون التعبير صريحا فهل يمكن أن نتصور شخص يتصرف في أحد أعضاءه كالكلى مثلا دون أن يعبر عن إرادته في ذلك، خاصة إذا علمنا أنه يحظر على الأطباء القيام بأي عملية اقتطاع أو نقل أو زرع لعضو من دون التأكد من الموافقة الصريحة للمتصرف. [1]

ضف إلى ذلك أن المشرع الجزائري يشترط لصحة التراضي أن تكون الإرادة خالية من العيوب الواردة بأحكام المواد 81-86 88-90 والمتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال فهل يمكن تصور وقوع إرادة المتصرف في العضو البشري في إحدى هذه العيوب المذكورة آنفا؟ إن المسألة غير معقولة إذ كيف يقع من اشترى كلية مثلا في غلط سيما إذا علمنا أنه يشترط لقيام عيب غلط أن يكون جوهريا وأن يكون البائع هو نفسه وقع فيه، وإن كان يمكن تصور الإكراه الواقع على إرادة صاحب العضو والاستغلال كون هذا الأخير يتعلق بالهوى

1 - د. سميرة عايدويات، المصدر السابق: 50.

الجامح والطيش البين كمن يغري شخص ذو طيش لينزع عضو له بثمن بخس.

لكن حتى ولو سلمنا بوجود هذه العيوب فكيف نتصور الأثر المترتب على اكتشاف هذه العيوب، فهل تخضع لنفس أحكام العقد الواردة في القانون المدني والتي ترتب قابلية العقد للإبطال وفي حال الإبطال ترجع الحال إلى ما كانت عليه في مواجهة المتعاقدين، فهل العضو البشري بخصوصيته وحساسيته يقبل هذه الآثار!.

إضافة إلى ذلك فإذا ما تم إكتشاف هذه العيوب بعد وفاة أحد المتعاقدين، فهل يحق للخلف العام (الورثة) أن يدفعوا بالإبطال لوجود العيوب السابقة الذكر؟ نقول إذا كان الدفع ممكنا فإن تحقيق الأثر مستحيل. [1]

2- المحل: إن المشرع الجزائري وعلى غرار التشريع الفرنكفوني مسايرا للتشريع الأنجلوفوني لم يعمد إلى تكريس مفهوم المحل في التقنين المدني، وراح يعرفه من حيث شروط محل الالتزام وشروط صحة المحل، إذ يجب أن يكون هذا المحل شيء لكن السؤال يثور حول ماهية الشيء، فما هو الشيء؟ ومتى يكون قابلا للتصرف فيه عن طريق العقد؟.

كل هذه التساؤلات لم نجد لها أثرا ولا جوابا في التقنين المدني، وهو الأمر الذي استدعى بنا التوجه نحو الفقه فيعرف أنه كل موجود حسا وله كيان مادي مستقل يجعله صالحا لأن يكون محلا لحقوق الأشخاص، وبالتالي فإن الشيء هنا قد يكون ماديا وقد يكون معنويا كالابتكارات وحقوق المؤلفين، ولكي يكون هذا الشيء قابلا للتصرف فيه يجب أن يكون بطبيعته يقبل التصرف وهذه الطبيعة هي ان يكون مقوم بمال إذن فالشيء من المال، لكن هناك أشياء تخرج من دائرة الأموال وبالنتيجة تخرج من دائرة التصرف.و هو الأمر الذي يدعونا إلى القول أن ليس لكل شيء هو مال فهناك الكثير من الأشياء تخرج عن هذه الدائرة وبالتالي فالشيء أعم من المال.

1- رياض منير حنا،المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيادلة،دار المطبوعات الجامعية 1989.

وبناءا عليه نطرح السؤال هل الأعضاء البشرية هي شيء يمكن تقييمه بمال وبالنتيجة قابليتها للتصرف فيها وجعلها محلا لعقد؟.

إن الأعضاء البشرية ليست شيء بالنظر إلى معنى الشيء، فالعضو البشري ليس كيان مادي مستقل عن الجسم بل متصل به، بل إنها تمثل الجسم، هذا الأخير ماهو إلا الوعاء الحاوي لها ولا وجود للجسم بدون أعضاء. ضف إلى ذلك حتى ولو انطلقنا من مسلمة أن الأعضاء البشرية هي شيء قابل للتصرف فيه وبالنتيجة يمكن تقيمه ماليا فإن ملكيتها تؤول بالضرورة إلى صاحبها، فهل يمكن إخضاعها إلى أحكام الملكية الواردة في القانون المدني، خاصة إذا علمنا أن حق الملكية هو حق عيني أصلي تتفرع عنه مجموعة من الحقوق مثل حق الإرتفاق وحق الانتفاع وحق الاستغلال ... كما أن للمالك في كل هذا الحق في التنازل عن حق الانتفاع والاحتفاظ بملكية الرقبة فهل يعقل هذا في الأعضاء البشرية؟.[1]

زيادة على ذلك وإذا سلمنا مرة أخرى بأن الأعضاء البشرية هي محل قابل للتصرف فيه بشكل إرادي وبالتالي فهي تدخل ضمن أموال المتعاقد، ونحن نعلم أن جميع أموال المدين ضامنة لديونه ومفهوم الأموال هنا أوسع من حصرها في النقود وإنما هي كل مايملكه المدين من منقولات وعقارات وحقوق مالية أخرى فهل يمكن أن تدخل الأعضاء البشرية وفق هذه المسلمة ضمن الضمان العام للدائن؟.

و لو افترضنا أيضا بقيام وصحة عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية، وسلمنا بصحة أركانه فهل يخضع هذا العقد إلى الآثار المترتبة عليه والمتمثلة في إلتزامات البائع والمشتري، فإذا قلنا بإمكانية ذلك في بعض منها فإن الأمر يستحيل في البعض الآخر فمثلا هل يضمن البائع العيوب الخفية في العضو و لو حدث و أن ضمن ذلك و كان العضو فيه عيب فيه خفي فهل يبطل العقد، وكيف نرجع الحال إلى ما كانت عليه؟.

1- د. محمد سعد خليفة، الاستنساخ البشري: 57، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.

إن كل هذه النتائج توصلنا إلى معنى واحد هو أن الأعضاء البشرية لا يمكن أن تكون محلا لعقد البيع وفق لأحكام القانون المدني.

3- السبب : إن المشرع الجزائري وكما هو الحال في المحل لم يعرف السبب مكتفيا بتعداد شروط صحته، ولهذا نرجع إلى الفقه الذي يعرفه أنه الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء رضائه و التحمل بالإلتزام, وبمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة إلتزامه، ففي عقد البيع مثلا يرتضي البائع التحمل بالإلتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه إياه، بهدف الحصول على الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه، ومن ناحية أخرى يرتضي المشتري تحمل دفع الثمن رغبة منه في الحصول على المبيع[1] .

وقد اشترط المشرع لصحة السبب حسب المادة 97 من القانون المدني أن يكون موجودا وصحيحا، ومشروعا وغير مخالف للنظام العام. فهل يمكن أن تسري هذه الشروط في عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية ؟ وهل يمكن الجزم بمشروعية السبب الوارد على التصرف في الأعضاء البشرية؟ الحقيقة أنه يمكن أن يكون السبب مشروعا إذا كان بهدف إنساني يتمثل في شفاء المرضى إلا أن مسألة ليست على إطلاقها، فقد يكون العقد مبرم بغرض جعل الأعضاء البشرية محلا للتداول والتجارة والربح وهو الامر غير الجائز، وبالنتيجة غير مشروع وبالتالي فالعقد باطل بطلان مطلق.

ونخلص في الأخير أن المشرع الجزائري بإستعماله لمصطلح معاملة مالية كان يقصد مفهوم أوسع يتضمن عقد البيع و أي تصرف آخر ذو طبيعة مالية، وقد أحسن صنعا عندما حظر أي تعامل مالي على الأعضاء وبالنتيجة إبطال أي عقد بيع يرد على جسم الإنسان ذلك أنه وكما سبق القول وبالرجوع إلى الإسقاط الذي حاولنا القيام به بين عقد البيع المنظم بأحكام القانون المدني وعقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية فإن الاختلاف كبير وذلك أن الأعضاء

[1] – الدكتور، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري مصادر الإلتزام، التصرف القانوني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2004، الجزء الأول، ص222

البشرية غير قابلة أصلا لجعلها محلا لأي تصرف بهذا الشكل ولا مجال للقول بوجود أية مقاربة أو مقارنة بينهما.

الفرع الثاني: جواز جعل الأعضاء البشرية موضوع تبرع

تنص المادة 162 من قانون الصحة "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة، ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة".

من خلال قرءاتنا الأولية لنص المادة أعلاه يتبين وان المشرع أجاز التعامل في الأعضاء البشرية عن طريق ما أسماه بالتبرع لكن ماذا يقصد المشرع بمصطلح التبرع؟ علما وأنه قد حسم في موضوع التعامل في الأعضاء البشرية بواسطة التصرفات المالية وحظرها حظرا مطلقا، ضف إلى ذلك ان التبرع ليس إلا جزء لا يتجزأ ويندرج ضمن التصرفات المالية.

فيا ترى هل المشرع الجزائري تناقض إلى حد أنه يورد مادتين متتاليتي ن تحت فصل واحد بعنوان انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها فيمنع في المادة 161 فقرة 02 أي معاملة مالية ترد على الأعضاء البشرية وبالنتيجة حظر أي تصرف قانوني ثم يجيز التبرع بهذه الأعضاء في المادة الموالية 162 علما أن التبرع هو أيضا تصرف قانوني وفق المعادلة الآتية

فكل تبرع لا يخلو من أن يكون تصرف قانوني ←سبق القول أن المشرع حسم في التصرف القانوني في الأعضاء البشرية بمنعه ←أن التبرع تصرف مالي لا يرد على الأعضاء البشرية

هذا الأمر يدعو بنا إلى تصور فرضيتن لا ثالث لهما

1- الفرضية الأولى ، وقوع المشرع الجزائري في تناقض صارخ بين المواد 161 و 162 من قانون الصحة.

2- الفرضية الثانية : أنه يقصد من رواء ذلك إقامة نظام خاص بالتعامل في الأعضاء البشرية.

إن المشرع لا يعقل أن يتناقص في أن يورد مادتين متتاليتين يصيب في الاولى إلى حد كبير ليخطئ في الثانية، إلا أن الشيء الذي يؤخذ على المشرع إستعماله لمصطلح لم يؤد به الغرض المقصود وأوقعه في اللبس فلكل مصطلح قانوني مفهوم واحد وموحد ومحدد.

كما ان المتفحص من 161 إلى 168 من قانون الصحة يستقرأ ان المشرع لم يعطي أي وصف لهذا التبرع إن كان هبة أو وصية و لو أنه كان بإمكانه أن يكون دقيقا لرفع اللبس، وبالنتيجة نخلص إلى دحض الفرضية الأولى و إقامة الفرضية الثانية و الخوض في هذا النظام الخاص لنحدد طبيعة هذا التبرع و أحكامه.

أ- طبيعة التبرع : بعد أن جزمنا في كون أن الأعضاء البشرية لا يمكن بأي حال من الاحوال أن تكون محلا أو موضوع تصرف مالي وهذا ما يدعونا إلى القول أن ماورد في قانون الصحة هو نظام خاص يتمثل في منح أعضاء بشرية إلى شخص في حاجة إليها بدون عوض بهدف إنساني بحت.

ب- أحكام التبرع : إن هذا الحكم الخاص في التعامل بالأعضاء البشرية له أركان ويرتب أثار نجملها فيما يلي:

1- أركان التبرع : باستقراء قانون الصحة توصلنا إلى قيام التبرع بالأعضاء الآدمية على الأركان التالية:

أ-التراضي: ويختلف الأمر هنا بين ما إذا كان الأمر يتعلق بتبرع إنسان حي أو بتبرع إنسان قبل وفاته.

* **تبرع إنسان حي** : بالرجوع إلى نص المادة 162 نستخلص أن المشرع يشترط في هذا النوع من التبرع الموافقة الصريحة للشخص الواهب أو المتبرع، كما يشترط ضمن المادة 166 الموافقة الصريحة للمتبرع له أو المستقبل كما تذكر المادة، وهو ما يجعلنا نقول بإقتراب هذا التصرف من عقد الهبة المنظم بأحكام المواد 202 إلى 212 إذ تنص المادة 206 على أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول ومعناه التراضي، فهنا بمجرد حصول تراضي بين الطرفين فإنه يجوز نزع العضو البشري من صاحبه وزرعه في جسم الإنسان الآخر.

* **تبرع الإنسان الميت أثناء حياته:** وهذا النوع من التبرع يختلف عن التبرع الوارد على أعضاء إنسان حي ذلك أنه يأخذ ثلاث حالات:

الحالة الأولى : حالة ما إذا أبدى المتبرع موافقته أثناء حياته على قبوله التبرع فهنا يجوز إنتزاع أعضاءه بعد وفاته طبقا للمادة 167 فقرة 02 وهنا التبرع يكون أشبه إلى الوصية التي هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.

الحالة الثانية: حالة ما إذا توفى الشخص دون أن يبدي موافقته، في هذه الحالة فالأصل أنه لا يجوز انتزاع أعضاءه لكن يجوز استثناءا إذا تمت موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوية التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفي أسرة وذلك حسب ما تنص عليه المادة 167 فقرة 02، كما تنص نفس المادة فقرة 03 على أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة المتبرع قبل وفاته، إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين أو كان تأخير الأجل يؤدي إلى عدم صلاحية العضو. [1]

1-عبد الحميد اسماعيل الأنصاري،ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية في الشريعة و التشريعات العربية،دراسة مقارنة،دار الفكر العربي،الطبعة الأولى، 2000.(عص70(

الحالة الثالثة : حالة ما إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على انتزاع أعضاءه، في هذه الحالة فإن المادة 165 تمنع القيام باقتطاع أعضاءه منعا باتا.

وفي كل هذا فإنه وسواء تعلق الأمر بالتبرع الصادر من إنسان حي أو الصادر من إنسان ميت فإنه وطبقا للمادة 163 فإنه لا يعتد بإرادة القصر والراشدين المحرومين من قدرة التميز، أو المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل.

ب-المحل: بالرجوع إلى قانون الصحة فإن محل هذا التبرع لا ينحصر في الأعضاء البشرية فقط وإنما تذكر مصطلح أنسجة لكن يبقى أي تصرف من هذا القبيل هو تصرف وارد على الجسم ولا يختلف الأمر بين العضو والنسيج فكلها تشكل مكونات لجسم الإنسان، هذا المحل وحسب ما سبق ذكره فإنه يتسم بحساسية خاصة، تختلف تماما عن عقود التبرع.

ج-السبب: و هو الدافع من التعاقد و الذي يتجسد بنية التبرع بهدف إنساني يكون القصد من ورائه مساعد شخص على إنقاذ حياته و هو في حقيقته سبب مشروع سيما و أن هذا التصرف يقوم أساسا على انتفاء العوض أو المقابل المالي.

د- الشكلية والاجراءات: إن التصرف الوارد على الأعضاء البشرية يشترط لقيامه شكليات وإجراءات معينة وهو يختلف أيضا حسب كل حالة.

الحالة الأولى: التبرع الصادر من إنسان حي : إن المشرع الجزائري اشترط وبصورة صريحة وطبقا للمادة 162 من قانون الصحة أن تتم موافقة المتبرع كتابة. وإن كان لم يحدد لنا ماذا يقصد بالكتابة هل هي الكتابة الرسمية أم يكفي أن يحرر محضر بموافقة المتبرع وتتم هذه الكتابة وفق الإجراءات التالية:

1- حضور شاهدين اثنين.

2- إيداعها لدى المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.

3- ضرورة اخبار الطبيب للمتبرع بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتزاع.

الحالة الثانية: التبرع الصادر من إنسان متوفى أثناء حياته.

اشترط في الشخص المتوفى الذي لم يرغب أثناء حياته في انتزاع أعضاءه بعد وفاته أن يعبر عن هذا الرفض كتابة ولكن نفس الإشكال المطروح سابقا حول كيف تتم هذه الكتابة ؟.

إلا أنه لم يشترط في المتوفى الذي عبر عن موافقته في التبرع بأعضاءه بعد وفاته أن تصدر الموافقة في شكل مكتوب و هو ما نلمسه من سكوت المادة 164 من قانون الصحة التي أوجبت شرط الموافقة فقط ونفس الشيء في موافقة الأقارب المذكورين بالمادة 164 قانون الصحة لم يذكر المشرع أي شكلية أو اجراء معين لإبداء هذه الموافقة. [1]

وهذه الشكلية لم تشترط في المتبرع فقط وإنما اشترطت حتى في المستقبل إذ نصت المادة 166 على أنه لا تزرع الأنسجة والأعضاء البشرية إلا بعد أن يعرب المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي قبل بها وحضور شاهدين إثنين، ونصت الفقرة الثانية على أنه إذا لم يكن المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الوارد بالمادة 164 أن يوافق على ذلك كتابيا، وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو للأم أو للوالي الشرعي حسب الحالة، وأما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب و إن تعذر ذلك فالوالي الشرعي ويتم التعبير عن الموافقة وفق الإجراءات التالية:

- إعلان الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك.

1-عبد الله أوهايبية ،رضا المجني عليه و أثره في المسؤولية الجنائية، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق بن عكنون ،الجزائر. 1979 .(عص147(

غير أن المشرع رتب على ذلك استثناءا في المادة 166 فقرة 04 يجوز فيه نزع الأنسجة والأعضاء دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 166 في حالتين:

– إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية.

– إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل.

– ويشترط في كل ذلك أن يؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين إثنين.

إن كل هذه الأحكام تؤكد لنا ما سبق قوله ومن أن التبرع المقصود هنا ليس تبرع بمفهوم القانون المدني إذ بالرجوع إلى المادة 206 من قانون الأسرة فإنها لا تشترط لقيام عقد الهبة سوى التراضي الذي يتم بالإيجاب والقبول دون أية شكليات أخرى ما عدا إذا ما تعلق الأمر بهبة العقارات فإن التصرف لا بد من شهرة وكذلك الحال في الوصية إذ بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن ركن انعقادها هو الايجاب دون اشتراط أي شكلية وإن كان قد حصر طرق إثباتها ضمن المادة 191 في تصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، أو بموجب حكم مؤشر به على هامش أصل الملكية، غير أن هذه الأحكام تختلف تماما عما ورد في قانون الصحة فيما يتعلق بالتبرع الوارد على الأعضاء البشرية. [1]

أثار التبرع : ترتب موافقة المتبرع إلتزام اتجاه المستقبل بتسليمه العضو البشري, غير أن هذه الموافقة ليست لها قوة ملزمة إذ يجوز رجوع المتبرع عن موافقته في أي وقت شاء طبقا لما نصت عليه المادة 162, وهذا الحكم الذي يختلف عما ورد في نص المادة 211 قانون الأسرة التي لا تجيز للواهب الرجوع عن هبته إلا في حالات محددة حصرا في حين لا يجوز الرجوع عن الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة المادة 212.

1– هيثم حامد المصاورة،التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون،دار المناهج للنشر و التوزيع،الطبعة الأولى 2000.(عص235)

نستخلص من كل ما سبق أنه ورغم أن المشرع الجزائري لم يكن دقيقا في نصوصه الواردة في قانون الصحة فيما يتعلق بالتصرف في الأعضاء البشرية إلى درجة أنه خلق لبس في فهم النصوص ومعانيها، لكن وفي حقيقة الأمر وبالرجوع إلى المادة 01 من القانون المدني وباعتباره الشريعة العامة والتي تنص على "أن يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها" وأنه وبتفحص فحوى المواد المدرجة في قانون الصحة وتفحص معانيها نستخلص أن نية المشرع الجزائري كانت واضحة في اخراج جسم الانسان من مجال التصرفات المالية و الاتجاه نحو وضع نظام خاص بعمليات التصرف في الأعضاء البشرية.

المبحث الثاني: التصرفات الطبية الحديثة الواردة على جس م الإنسان وتأثيرها على نطاق الحماية الجنائية للجسم

إن معالجة تأثير التصرفات الطبية الحديثة ومدى حرية إعمالها على جسم الإنسان يتعلق أساسا بنطاق الحماية الجنائية للجسم البشري وبالرجوع إلى معظم التشريعات الوضعية وكذا أحكام الشريعة الإسلامية فإننا نجد أنها تحاول الحد من حرية التصرف في جسم الإنسان بوضع هذه التصرفات ضمن أطرها الشرعية، وذلك بإقرار بعض هذه التصرفات مثل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وعمليات التلقيح الاصطناعي من جهة، ووضع قيود وضوابط للقيام بها من جهة أخرى، لذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب فنتناول في المطلب الأول عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وفي مطلب ثاني عمليات التلقيح الاصطناعي، ونلخص في الأخير إلى عمليات الاستنساخ البشري في مطلب ثالث.

المطلب الأول: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعد هذه العمليات من بين أهم التصرفات الطبية التي توصل إليها العلم الحديث والتي لا تزال تنال اهتمام رجال القانون، خاصة إذا ما تعلق الأمر بمدى حرية الأطباء في إعمالها وهل هناك قيود تنظيمية وقانونية مفروضة للقيام بها، سيما إذا علمنا أن معظم التشريعات

الحديثة تبيح هذه العمليات. لذلك ارتأينا تناول هذا ضمن ثلاث فروع أولها أسباب إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في فرع أول، ثم ضرورة تنظيم عمليات اقتطاع الأعضاء البشرية بما يوفر الحماية الجنائية للجسم في فرع ثاني، ثم نخلص إلى موقف المشرع الجزائري من ذلك في الفرع الثالث.

الفرع الأول: أسباب إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء

إن الأصل في الأفعال الإباحة، ما لم يوجد نص قانوني يجرم الفعل ويفرض له جزاءا معينا لمنفعة تخص شخص بعينه كتحريم بعض الأفعال للمصلحة العامة كحفظ السكينة العامة، أو النظام العام، غير أن المصلحة التي يرى المشرع أنها جديرة بالحماية عن طريق تجريم بعض الأفعال قد تزول بسبب ظهور أسباب وظروف جديدة تعدم تجريم الفعل، فيصبح الفعل ليس مجرد مباح فقط بل ضروري القيام به، وعليه تنتفي المسؤولية المدنية والجنائية، وقد يقتضي الأمر إخضاع جسم الإنسان لعمليات اقتطاع لأعضائه تؤدي إلى المساس بجسمه، ومع ذلك تخرج عن دائرة التجريم بسبب النص على إباحتها وفي هذا الصدد اختلف فقهاء القانون وكذا التشريعات العالمية حول سبب إباحة اقتطاع الأعضاء فمنهم من قسمها إلى أسباب خاصة بالمريض، ومنهم من قسمها إلى أسباب خاصة بالطبيب.

أ-**الأسباب الخاصة بالمريض:** وتتمثل في:

1-رضاء المريض: يرى جانب من التشريعات وكذا الفقه أن رضاء المريض هو سبب خروج عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من دائرة التجريم، سواء كان رضاء صريح أو ضمني يفهم من ظروف الحال، غير أنه ما يمكن قوله عن هذا الرأي أن الحق في سلامة الجسد هو من الحقوق غير القابلة للتصرف فيها لأن مصلحة المجتمع فيها هي الغالبة على مصلحة الفرد، وما ينبني على هذا القول أن هذا الرأي يتناسى أن حق الفرد على جسمه ليس حق فردي وإنما هو حق للمجتمع له حق إرتفاق على الجسم، وبالتالي فالشخص لا يحق له

التصرف في جسده على الوج ه الذي يمس إرتفاق المجتمع، ولذلك فإن رضاء المريض متى كان واردا على تصرف قد يمس سلامة جسده فإنه ليس سببا للإباحة.

غير أنه لا يختلف اثنان أن سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحماية هذا الجسم تستدعيه مصلحة المجتمع، غير أنه ورغم ذلك فإنه لا يمكن الاعتداد بالمساس والتصرف في جسم الإنسان بدون رضا هذا المريض.

2-حالة الضرورة: والضرورة هي الحالة التي يكون عليها الشخص عندما يواجه خطر ولا يستطيع إبعاده أو تلافيه إلا بارتكاب أفعال مجرمة بموجب نصوص القانون، أما في مجال إباحة أفعال التصرف في جسم الإنسان بنزع أعضاءه فالضرورة هي حالة الموازنة بين أخف الضررين إذ يجد الطبيب نفسه في حالة اختيار بين ترك الإنسان يموت أو اعتداء على سلام ة جسمه لإنقاذه، فالطبيب هنا يكون واقعا تحت تأثير أكراه معنوي أنشأته حالة الضرورة ودفعته إلى إتيان فعل مجرم من أجل إنقاذ حياة المريض، وهو ما حدث فعلا في فرنسا حين قام طبيب باستعمال كليتي فتاة لزرعها لشقيقها التوأم الذي كان يعاني من فشل كلوي حاد وقاتل، غير أن الدعوى المرفوعة ضد الطبيب حفظت على أساس أنه غير مسئول جزائيا لأنه كان واقع تحت تأثير حالة الضرورة التي دفعته إلى مخالفة نصوص القانون، على الرغم من أن قانون العقوبات الفرنسي لم يتضمن أي نص عام لبيان مفهوم حالة الضرورة وتحديد شروطها[1].

وتجدر الإشارة أن هناك اتجاهين في تحديد الطبيعة القانونية لحالة الضرورة، فمنهم من اعتبرها سبب من أسباب الإباحة على أساس أنها لا تكون ضغط أو تأثير على إرادة الجراح، ومنهم من اعتبرها مانع من موانع المسؤولية كونها تعدم إرادة الشخص وتضعه في موقف يفقد فيه الاختيار إلى حد كبير.

غير أنه وما يمكن قوله أنه لا يجب تجاهل الشخص المتنازل أو المأخوذ منه العضو، والذي يظل إنسان سليم ولا يمكن التصرف في جسمه على الصورة التي يمكن أن تسبب له عجزا أو

[1] pallard –r .l'exception de nécessité en droit civil paris savetier des problèmes juridiques article précite1969-.

قد تؤدي حتى إلى وفاته، لذلك فإن مسؤولية الجراح تظل قائمة بحسب احتمالات النجاح أو الفشل، فإذا كانت نسبة النجاح في الحالات العادية عالية ومع ذلك فشل الطبيب فإنه يسأل على ذلك. ولهذا فإن تبني حالة الضرورة كأساس لإباحة اقتطاع الأعضاء يخضع لشرط الموازنة بين ما يتعرض له المعطي من مخاطر مجهولة في حالة التصرف بإحداث التعديل أو التغيير على جسمه، وبين ما قد يصيب المريض. لذلك وجب توافر الشروط الآتية للقول بوجود حالة الضرورة.

-وجود خطر محدق يتطلب استئصال العضو.
-أن يكون نقل ذلك العضو هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض.
-أن لا يؤدي الاستئصال إلى موت المعطي أو إصابته بضرر بالغ.
-مراعاة مدى تجانس خلايا المعطي والمزروع له حتى لا يتم طرد هذه الخلايا[2].

ب-الأسباب الخاصة بالطبيب: ويتمثل في:

1- انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب: يعتبر هذا الاتجاه أن انتفاء القصد الجنائي لدى الجراح هو سبب إباحة اقتطاع الأعضاء البشرية ، على اعتبار أن إرادة الطبيب يفترض أن لا تتجه إلى الإضرار بصحة المريض وسلامة تكامله الجسدي، وإنما تهدف إلى تخليصه من آلامه ومعاناته وبذلك فهو يدرك مسبقا نتائج عمله ومع ذلك فإن قصده في شفاء المرض يوقعه في مغبة سوء التقدير[3].

غير أن ما يمكن قوله حول هذا الرأي أنه لا يفرق بين القصد والباعث، هذا الأخير الذي مهما كان شريفا ونبيلا فهو ليس ركن في الجريمة أو عنصر من عناصرها. فأمل الطبيب في شفاء المريض لا يمنع من مساءلته طالما أدى تصرفه بالمساس بحرمة الكيان الجسدي، لأن المسؤولية الجنائية تقوم على عاملي العلم والإرادة لذلك فإنه ورغم انتفاء قصد الجراح في

[1] – الدكتور سعيد عبد السلام , مشروعية التصرف في الجسم البشري, مجلة المصرية, العدد الأول المجلد 14 أذار 1971 , ص 112.
[2] –الدكتور مروك نصر الدين ,الحماية الجنائية للجسم,المرجع السابق, ص 120.

أذية المريض فإن مسؤوليته قائمة[4] إضافة إلى أن قصد الشفاء هو مبرر عام قد يستفيد منه أي إنسان حتى من لا صلة له بالطب.

2- الترخيص القانوني: يستند هذا الاتجاه إلى أن أساس إباحة التصرف في الجسم الإنسان هو ترخيص القانون، فعدم مساءلة الطبيب عما يسببه من أضرار أثناء أدائه لأعماله مرده القوانين التي تنظم مهنته، والتي خولت للأطباء إجراء ما يرونه مناسبا ويؤدي غرضه العلاجي وأزاح عنهم عبء المسؤولية ما يمكن أن يعد من هذه الأعمال لو قام به غيره داخلا حيز الإجرام والاعتداء[1].

وترى أغلبية التشريعات أن الأطباء بصفتهم هاته يستمدون من الدولة الحق في استعمال جميع الإمكانيات والوسائل الجاري العمل بها للعناية بالمريض.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن الشريعة الإسلامية اتجهت إلى أن أسباب إباحة الأعمال الطبية هي توافر شروط معينة، تتمثل في أن يكون من يقوم بها أي المعالج بصيرا متعاطيا لأمور الطب، والمراد بالبصير هو من يعرف العلة ودوائها، ويكون قد تلقى ومارس أعمال الطب مرتين على الأقل فأصاب، ولا يكفي الأخذ من الكتب كما في سائر العلوم الطبية، والطبيب الحاذق يجب فضلا عن معرفته علاج الأبدان أن يكون له خبرة باعتلال القلوب والأرواح[2].

وبذلك فالغالب أن الشريعة الإسلامية هو أخذها بإذن الشارع الذي يعادل ترخيص القانون بالإضافة إلى إذن المريض، إذ لا يكفي أحدهما لتبرير الآخر وإنما وجب توافر الاثنين معا.[3]

[1] – د–مروك نصر الدين , الحماية الجنائية لجسم الإنسان ,المرجع السابق, ص 265.

[2] –د محمود نجيب حسني, شرح قانون العقوبات , ص 185.ود. رؤوف عبيد, شرح قانون العقوبات القسم العام, طبعة 1979, ص 505.

[3] –د– عبد القادر عودة,الموسوعة العصرية في الفقه الإسلامي, دار الشروق ,الجزء الأول الطبعة الأولى, سنة2001, ص195 وما يليها والشيخ احمد حماني, الجزء الأول منشورات وزارة الشؤون الدينية الجزائر, طبعة 1993 , ص436

والعلة من ربط إذن المريض بإذن الشارع هو فرض بعض القيود والضمانات على المعالج، والتي مفادها حماية المريض في صحته وجسمه، والتي من بينها قصد العلاج فلا يجوز أن تتجه إرادة المعالج إلى غرض آخر وإلا قامت مسؤوليته الجزائية، هذه الأخيرة التي لا تجد لها أساس في حالة توافر الإذنين معا، وهذا تطبيقا للقاعدة الشرعية الكلية والتي مفادها بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان فإذا فعل الشخص ما يجوز شرعا فلا يسأل عما نتج عن قيامه بأعماله وإن سبب ضررا [3]. وفي هذا يقر فضيلة الشيخ الصاوي كبير الوعاظ بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف بدولة الإمارات العربية المتحدة [4].بأن مشروعية نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء بقصد علاجهم مرجعه قواعد فقهية ثابتة جاء بها الشرع تتمثل في جلب المصالحة أولى من درء المفاسد، والحي أولى من الميت والضرورات تبيح المحظورات.

الفرع الثاني: ضرورة تنظيم اقتطاع الأعضاء البشرية بما يحقق الحماية الجنائية للجسم

إن اقتطاع ونقل الأعضاء أصبح اليوم أمر مشروعا لا ريب فيه باعتراف علماء الإسلام وتأكيد القوانين الوضعية لمجمل دول العالم، محددة بذلك الشروط المطلوبة من المؤسسات الصحية استيفائها للسماح لها باقتطاع الأعضاء من المتبرعين، وأغلب هذه الشروط تعتبر قيود تتعلق بالطاقم الطبي والتقنيات والتجهيزات اللازمة لحفظ الجسم وحفظ الأعضاء، وهذه القيود قد تكون تنظيمية تتعلق بالمؤسسات الصحية وقد تكون متعلقة بالأطباء، وقد تكون قيود قانونية لمنع التعامل التجاري بالأعضاء.

أ-**القيود التنظيمية المتعلقة بالمؤسسات الصحية:** يرخص القانون بإباحة الأعمال الطبية لأنها لا تنتج اعتداء على الحق في سلامة الجسم، لذلك نجد أن معظم الدول دأبت على وضع قيود على المؤسسات الصحية المختصة بعمليات اقتطاع الأعضاء البشرية، ونعطي في ذلك مثالا عن التجربة السعودية والتي تعتبر أولى الدول العربية الإسلامية التي كان لها قانون

[1]- الشخص محمد أبو زهرة , الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي , دار الفكر العربي 1998 ,المرجع السابق, ص50.

[2] - السيد الصاوي , نقل الأعضاء مباح شرعا ولكن بشروط, مجلة الشرطة العدد 283 السنة24 يوليو 1994 ,ص 24-25.

خاص بالأعضاء منذ1960 والذي من خلاله نجد قيود تنظيمية كثيرة مفروضة على المؤسسات الصحية الهدف منها هو تحقيق الحماية المشروعة للجسم البشري، إذ ومند 1985 إلى يومنا هذا نجد أكثر من 1500عملية زراعة كلى تمت في مؤسسات صحية يقدر عددها ب 37 مركز منها أربعة مراكز لزراعة القلب وأربعة لزراعة الكبد و 16 لزراعة قرنية العيون[1]، أنشأت المملكة على رأس هذه المؤسسات الصحية المركز السعودي لزراعة الأعضاء الذي يعتبر المركز المشرف على كل عمليات نقل وزراعة الأعضاء، وهو السلطة الإدارية الوحيدة إذ يتابع كل الحالات، و يتمتع بسلطة إيقاف أي مؤسسة قليلة الفاعلية، كما تفرض على هذه المؤسسات أن يوجد مركز متحكم في جميع الزراعات على مستوى المؤسسات الصحية يتولى مسؤولية الإبلاغ بحصول الوفاة الدماغية، وهو الوحيد الذي ينقل الأعضاء إضافة إلى ذلك وفي إطار القيود التنظيمية المفروضة على المؤسسات الصحية فإن فرنسا تعد أكبر الدول التي تضع هذه القيود ضمن المرسوم رقم 90/845 الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 1990 [2] الذي يشترط توفير الإمكانيات المادية لهذه المؤسسات مع وجود إطار إداري متخصص وحصول ترخيص لهذه المؤسسات لممارسة نشاطاتها، ويتم التأكد من وجود هذا الترخيص من طرف المؤسسة الفرنسية لزرع الأعضاء France Transplanent[3]، هذا الترخيص الذي يشترط أن لا يتجدد ضمنيا والملاحظ أن معظم التشريعا ت العالمية تضع قيود تنظيمية على مؤسساتها الصحية الخاصة بزراعة الأعضاء كل حسب نظامها وقوانينها .

ب- القيود التنظيمية المتعلقة بالأطباء: ويتعلق الأمر خاصة بالأطباء القائمين بهذه العمليات هم بصفة عامة أطباء جراحين حسب الاختصاص، مع ضرورة تضافر الجهود لتتم عمليات زرع الأعضاء وعلى أحسن وجه، وتتمثل هذه القيود في الترخيص الممنوح للأطباء

[1] -د- محمد على الباز, الموقف الفقهي الأخلاقي في قضية زرع الأعضاء , دار القلم دمشق , الطبعة الأولى 1994, ص 101.

[2] - المرسوم رقم 90/845 , الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 1990, الجريدة الرسمية 25 أيلول 1990.

[3] -France Transplanent هي مصلحة عامة أنشأت في 23 سبتمبر 1969 ومنحت لها الصفة في 18 كانون الأول 1978 مقرها المستشفى saint louis في باريس أنشأت بعدها المؤسسة الفرنسية لزرع الأعضاء فتم إنشاؤها بنص القانون رقم 94/43 بتاريخ 1994/01/18 المتعلق بالصحة العمومية تحت وصاية وزارة الصحة.

والذي بدونه لا يمكنهم القيام بأي عملية، وفي هذا الصدد يقرر المشرع الفرنس ي جزاء لكل طبيب خرق شرط الترخيص بعقوبة حبس سنتين وغرامة قدرها 200.000 فرنك فرنسي[4].

إضافة إلى منع الأطباء من الموافقة على قيام بعمليات اقتطاع للأعضاء مع علمهم بوجود مقابل مالي، لذلك كما تجمع جل التشريعات على منع الأطباء الذين يعاينون ويثبتون وفاة المتبرع من أن يكونوا من بين المجموعة التي تقوم بعملية زرع العضو للمريض، كما يحظر عليهم القيام بهذه العمليات دون احترام رغبة المتبرع أو احترام أهداف الاقتطاع.

ولعل الحكمة من وضع هذه القيود هو توفير أحسن الظروف للقيام بعمليات اقتطاع الأعضاء داخل هذه المؤسسات.

ج- القيود القانونية لمنع التعامل التجاري بالأعضاء: هناك أيضا بعض الشروط والقيود القانونية التي لا بد من توافرها للسماح بإجراء عمليات اقتطاع الأعضاء، وتجمع جل التشريعات على اعتبارها مبادئ وتتمثل في:

1- مبدأ مجانية التصرف: إذ تجمع كل التشريعات على تجريم الاتجار بالأعضاء بوجه عام حسب ما فصلناه في المبحث الأول، من هذا الفصل إضافة إلى التوصيات والقرارات الصادرة عن المنظمات والهيئات الدولية التي تستنكر وتدين كل أشكال الاتجار بالأعضاء والتي تؤكد ضرورة اتسام هذه التصرفات بالطابع الخيري الإنساني، وإن وقع خلاف حول مبدأ مجانية التصرف إذ يرى هذا الاتجاه أن وجود المقابل المادي لا يعني بالضرورة خروج الجسم إلى عالم الاتجار ولا يهدد القيم الإنسانية[1].

[1] – المادة 664 الفقرة 06 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

[2] – د- أحمد شرف الدين ,الأحكام الشرعية للأعمال لطبية، المرجع السابق، ص 140.

ونحن نذهب مع أصحاب الرأي الثاني وهو ضرورة تخصيص مقابل مالي رمزي في شكل مكافأة تشجيعية لتشجيع الجمهور على التبرع [2].

2- مبدأ سرية التصرف: ويعتبر هذا المبدأ من أهم ضمانات المبدأ السابق، ذلك أن مبدأ السرية يعمل على منع التفكير في الاتجار بالأعضاء البشرية أو أي ابتزاز مادي قد يقع على المرضى أو أهاليهم.

غير أن مبدأ السرية محدود المجال خاصة في مجال نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء خاصة بين أفراد نفس العائلة، وبذلك فيمكن وضع هذا المبدأ ضمن خانة الاستثناء.

ومع ذلك يبقى في رأينا مبدأ السرية الوسيلة الأنجع للحماية من الاتفاقات التي قد تقع على الجسم، سيما وأن جل دول العالم خاصة الجزائر تعاني من نقص كبير في الأعضاء القابلة للزرع لذلك نجد بأنه وفي دول كثيرة خاصة آسيا وضعت لنفسها أسواقا وشبكات لاستغلال الطبقات الضعيفة[3].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بعمليات اقتطاع الأعضاء البشرية

ساير المشرع الجزائري جل التشريعات العالمية فيما يتعلق بإباحة التصرف في الأعضاء البشرية، مستندا في إباحة هذه التصرفات إلى ترخيص القانون فقط، إذ تنص المادة 197 من قانون الصحة وترقيتها على أنه تتوقف ممارسة مهنة الطبيب وجراح الأسنان على رخص يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناءا على الشروط التالية.

[1] – يقر فضيلة الشيخ الدكتور القرضاوي وفضيلة الشيخ الأزهر الدكتور محمد سيد طنطاوي بأن إعطاء الهدايا التشجيعية والمكافآت التقديرية للمتبرع أمر جائز شرعا, وفي ذلك يقول القرضاوي " وهذا عمل جائز ومحمود ومن أحكام الأخلاق ونظير المقرض عند رد القرض وقد فعله الرسول (ص) حيث رد أفضل مما أخذ وقال إن " خياركم أحسنكم قضاءا" كما يؤكد الشيخ الطنطاوي بقوله" إذا كان المتبرع له قدم هدية للمتبرع فهذا لا بأس به بدليل قوله تعالى " وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها" .

[2] – لتفصيل أكثر أنظر/عبد الحميد إسماعيل الأنصاري, ضوابط وزرع الأعضاء البشرية, د- مروك نصر الدين , المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء زراعة الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 41.

– يلزم على الطالب لهذه الرخص أن يكون حاصلا على شهادة دكتوراه في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها، وتنص المادة الثانية من مدونة أخلاقيات الطب أنه تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة مرخص له ممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما"

يتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الجزائري يستند إلي إباحة نقل وزرع الأعضاء إلى الترخيص القانوني الذي يصدره وزير الصحة، وعليه فإن هذا السند يدخل فيما يأذن به القانون فالترخيص القانوني هو الأساس الوحيد الذي يستطيع الطبيب بواسطته تبرير كل التطبيقات والتصرفات الماسة بجسم الإنسان كإحدى تطبيقات الإباحة استعمالا للحق [1] .

وقد يقوم بعمله بدون أدنى خطأ مادي أو تقني أو فني ومع ذلك يسأل بموجب المواد 266 264 وما يليها من قانون العقوبات التي تعاقب على جرائم الضرب، ذلك لأن فعل الطبيب في هذه الحالة قد وقع باطلا من بدايته وما بني على باطل فهو باطل.

كما نصت المادة 198 من قانون الصحة وترقيتها " لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب أو اختصاصي أو جراح أو صيدلي اختصاصي إذا لم يكن حائزا لشهادة الاختصاص الطبي أو بشهادة معترف بها. " ويعتبر كل شخص يمارس هذه المهنة بدون ترخيص فإن كل أعماله غير مشروعة طبقا للمادة 214 [2]، وتكون عقوبته طبقا للمادة 234 من نفس القانون التي تحيلنا إلى المادة 243 من قانون العقوبات[3].

[1] – مروك نصر الدين, زرع الكلية في القانون الجزائري , حوليات جامعة الجزائر العدد 12 , محاضرة ألقيت على طلبة ما بعد التخرج بإدارة أعمال المؤسسات الاستشفائية يوم1998/05/04 , بالمدرسة الوطنية للأعمال الطبية , ص145 , وما يليها.

[2] – المادة 214 " أن ممارسة الطب وجراحة الأسنان والصيدلية غير شرعية كل شخص يمارس عمل الطبيب أو جراح أسنان دون أن تتوفر فيه الشروط المحددة بالمادة 197 من هذا القانون أو خلال مدة المنع"

[3] – تنص 243 عقوبات " كل من استعمل لقبا متصلا بمهنة منظمة قانونا أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروطها تعتبر أن ستوفي الشروط المطلوبة لحملها يعاقب من 03 أشهر حبس 'إلى سنتين وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج .

نخلص إلى أن المشرع الجزائري يستند إلى ترخيص القانون وفي إباحة تنظيم عمليات اقتطاع الأعضاء، آخذا في ذلك بما نصت عليه جل التشريعات المقارنة[4] .

ويجدر القول أيضا أن المشرع الجزائري شأنه شأن باقي التشريعات إذ نظم عمليات اقتطاع الأعضاء بفرض قيود تنظيمية على المؤسسات الصحية، وكذا على الأطباء القائمين بهذه العمليات وأخرى قانونية لتجنب التعامل التجاري بالأعضاء.

وتتمثل القيود التنظيمي ة المفروضة على المؤسسات الصحية في حصر قانون الصحة المراكز الصحية المرخصة لممارسة نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المستشفيات التي سيصدر بتحديدها قرار من وزير الصحة، ويبين هذا القرار الصادر الشروط الواجب توافرها في المستشفيات[1] "لا ينزع الأطباء الأنسجة البشرية ولا يزرعها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك وزير الصحة...." وطبقا لهذه المادة أصدر وزير الصحة قرار رقم 19 المؤرخ في 1991/03/23 تضمن هذا القرار كيفية تطبيق المادة 167 السابق الإشارة إليها وحدد فيه المستشفيات المرخص لها بممارسة عمليات نقل الأعضاء وهذا المستشفيات هي:

- المستشفى الجامعي الجزائر الوسطى.
- المستشفى الجامعي الجزائر الشرقية.
- المستشفى الجامعي الجزائر الغربية.
- المستشفى الجامعي الجزائر باب الواد.
- المستشفى المركزي العسكري عين النعجة.
- العيادة المتعددة الخدمات بقسنطينة.

ونعتقد بأن النص يمكن أن يضم لاحقا مؤسسات صحية تابعة للقطاع الخاص، لأن عمليات نقل الأعضاء متعلقة بالوقت وغير قابلة للانتظار، إضافة إلى أن المؤسسات الخاصة

[1] –مروك نصر الدين، زراعة الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ص 76.

[2] – د– مروك نصر الدين , زراعة الأعضاء البشرية , المرجع السابق,ص 77.

تكفل الحماية وتوفر أكثر ضمانات للمنقول منه والمنزوع له، والحفاظ على السلامة الجسدية والفيزيولوجيا والنفسية لهم .نظرا لفارق الإمكانيات التقنية والتكنولوجيا بين القطاع العام والخاص

إضافة إلى ذلك فقد فرض قانون الصحة على المؤسسات الصحية الحصول على الترخيص لممارسة عمليات نقل الأعضاء البشرية، إذ وجب على هذه المؤسسات أن تتمتع بـ:

– اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من القانون 05/85 والمكلفة بإثبات حالة الوفاة للشخص المعرض للاستئصال أعضاءه ضمن الشروط المذكورة بالنصوص القانونية وكذا التأكد من عمليات إعادة ترميم الجثة، ويشترط تمتع هذه اللجنة بكفاءة خاصة ووسائل تقنية وتكنولوجيا والتي تمكن من التحقق من حدوث الموت على وجه اليقين كما اشترط ضرورة تبرير هذه المؤسسات لعمليات الاستئصال بما يوفر السلامة للمتبرع والمتلقي، بمعنى أن يكون الهدف علاجي وفتح سجل خاص تدون فيه اللجنة ما قامت به من أعمال وما توصلت إليه من نتائج .[1]

أما القيود المفروضة على الأطبا ء فإن الأمر يتعلق بالقائمين بهذه العمليات حتى تتوفر الاستقلالية لتحديد لحظة الوفاة، وحماية المتبرع لذلك تضمن القانون 17/90 لسنة 1990 حظرا على الأطباء الذين يعاينون ويثبتون وفاة المتبرع من أن يكونوا من بين المجموعة التي تقوم بزرع العضو للمريض، إذ نصت المادة 165 فقرة أخيرة من قانون الصحة "لا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع.

كما يفرض عليهم احترام أهداف الاقتطاع ورغبة المتوفي وإلا عد ذلك اعتداء ا على حرمة التكامل الجسدي وحرمة الجثة، إذ نصت المادة 164 من قانون الصحة " ويجوز النقل إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبول ذلك.غير أنه يمنع على الأطباء الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته كتابيا عن عدم رغبته في زرع أعضاءه ما عدا في حالتين أوردتهما المادة

[1] – المادة 164 من القانون05/85 المعدل بالقانون 17/90 ل 13 يوليو 1990 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها " لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين... إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قل اللجنة الطبية المنصوص عليها بالمادة 167 من هذا القانون.

164 المعدلة يجوز لهم دون موافقة المتوفى ولا أفراد عائلته إذ نصت " غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة الثانية إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى وممثليه الشرعيين أو إذا كان التأخر في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الزرع" [2].

كما يمنع على الأطباء انتزاع الأعضاء من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز ومن هم مصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحتهم مستقبلا.

كما فرض عليهم القانون ضرورة تحرير محضر بالعملية يحمل في طياته تقريرا مفصلا كلي وشامل عن العملية وملاحظات الأطباء عن حالة الجسم وعن الأعضاء المقتطعة ويخطر به الطبيب الشرعي لدى المحكمة بصفة مباشرة لضمان عدم تزويره فيما لو حصل نزاع بعد ذلك.

أما القيود القانونية لمنع التعامل التجاري بالأعضاء فقد ساير المشرع الجزائري أغلب التشريعات آخذا بالمبدأين السابقي الذكر والمتمثلين في:

-**مبدأ مجانية التصرف:** وهو المبدأ المكرس بنص المادة 165 فقرة01 من قانون الصحة التي تنص على أن نقل الأعضاء لا يكون إلا على سبيل التبرع" أي أن الشخص يتنازل عن العضو من أعضائه بدون مقابل مادي على وجه الهبة وقد اعتبر المشرع الجزائري هذا المبدأ هو الوحيد والأوحد لعدم خروج هذه العمليات عن غرضها العلاجي.

-**مبدأ سرية التصرف:** وهو المبدأ المنصوص عليه بالمادة 165 فقرة 02 التي تنص " يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع"

[1] – المادة 167 من القانون 05/85 فقرة 02 " تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع ....ويجب أن تثبت الوفاة طبيبا على الأقل عضوان في اللجنة".

غير أنه وما ينبني على أن المشرع الجزائري ورغم نصه على كل هذه الأحكام المتعلقة بزرع ونقل الأعضاء البشرية إلا أنه لم ينص على الجزاء المترتب على المخالفة أحكام هذه النصوص وهو الأمر الذي يدفع القاضي الجزائري في حالة ما إذا واجهته قضايا دقيقة من هذا النوع إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات المتعلقة بجرائم التعدي والتي تتسم بالعمومية ولا تحقق الحماية القانونية الكافية للضحايا.

المطلب الثاني: عمليات التلقيح الاصطناعي

من المسلم به أن معظم التشريعات الجنائية تتفق على جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في حالة فشل وسائل العلاج لحالات العقم عن طريق العلاج العادي، غير أن هذه العمليا ت تطرح إشكالات خاصة من منظور الشريعة الإسلامية سيما إذا تعلق الأمر بالتلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقات الشرعية إضافة إلى المشاكل إلي تطرحها مسألة تأجير الأرحام والأم البديلة ، لذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى 03 فروع فنتناول التلقيح الاصطناعي الداخلي في فرع أول، ثم التلقيح الاصطناعي في الخارجي في الفرع الثاني، ثم موقف المشرع الجزائري من ذلك في فرع الثالث.

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي الداخلي

إن من أهم أغراض الزواج هو حفظ النسل الذي هو من الكليات الخمس، التي لا تتحقق إلا بالإنجاب، غير أن العقم يعد أمرا استثنائيا يخضع تفسيره إلى كثير من التأويلات العلمية فقد يكون نتيجة لوجود خلل بيولوجي على مستوى قناة الرحم، أو يتعلق بالرجل كخلل بيولوجي أيضا في الخصيتين يؤدي إلى ضعف الخصوبة[1], غير أن العلوم الإحيائية والطبية لم تتوانى في إيجاد الحلول والعلاج لكل الأعراض المرضية، والتلقيح الاصطناعي الداخلي يعد من أهم الابتكارات الحديثة والذي يأخذ الصور التالية.

[1] – د– مروك نصر الدين , التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية مجلة المجلس الإسلامي السنة الثانية العدد 02 جانفي 1999 ص 191.

أ- التلقيح الاصطناعي من الزوج لزوجته: ويتم هذا التلقيح حسب العلماء عن طريق استخلاص الحيوانات المنوية من الزوج واختيار الصالح منها للإخصاب، وإدخالها في قناة فالوب الخاصة بالزوجة ويكون ذلك بسبب ضعف قدرة الخصية على إنتاج الحيوانات المنوية بالنسبة للرجل، أو وجود انسداد في قناة فالوب الخاصة بالمرأة، مما يحول دون اتصال المائين وتذهب كل التشريعات وكذا الفقهاء إلى إجازة القيام بمثل هذه العملية إذا توافرت شروطها، ذلك لأنها لا تثير أية مشكلة أخلاقية أو دينية ولا حتى قانونية غير أنه يشترط لإجراء هذه العملية ضرورة الحصول على رضا الزوج والزوجة وهناك من يشترط أن يكون هذا الرضا مكتوبا وليس شفويا[2].

وما يمكن طرحه كسؤال هنا. هو ما مدى قيام جريم ة الاغتصاب إذا قام الطبيب بعملية التلقيح بدون رضا الزوجين؟.

الحقيقة أنه لا يمكن أن يكون هذا الفعل مكونا لجريمة اغتصاب، لأن فعل الاغتصاب هو سلوك مادي بمعنى اتصال الرجل بالمرأة اتصالا تاما دون رضاها أي هو الوطء الطبيعي بإيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى، ومع ذلك فيمكن قيام جريمة أخرى كالفعل المخل بالحياء مثلا، وهو نفس ما ذهب إليه الدكتور محمد نجيب حسني[1].

ب- التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج: توصل العلم الحديث في مجال التلقيح الاصطناعي إلى إمكانية وجود بنوك لحفظ الحيوانات المنوية للزوج بعد وفاته، والدليل على ذلك وجود الكثير من حالات الإخصاب ثم الحمل لكثير من السيدات بعد وفاة أزواجهم[2].

وقد ظهر هذا النوع من التلقي ح في فرنسا وأثار بخصوصه جدل في الأوساط الفقهية حول مشروعيته فهناك من دعا إلى تجريمه نظرا لتعارضه مع القيم الإنسانية إلى حد كبير [3]، بالإضافة إلى أن عملية تجميد الأجنة نتج عنها مخاطر كثيرة لما فيه من امتهان لكرامة

[1]- Dieter cigenoptic p 96.

[2]- د- محمد نجيب حسني -شرح قانون العقوبات القسم الخاص .طبعة 1979 رقم 345 ص 339.

[3] - د- مروك نصر الدين -التلقيح الاصطناعي مجلة المجلس الإسلامي الأعلى العدد02 سنة02 عام 1999 ص 194

الإنسان وتشبيهه بالشيء، كما أن حفظ الأجنة المجمدة في الآزوت هو أمر بالغ الخطورة ذلك أنه يجعل الأزواج الذين يحصلون على أول مولود بطريقة طبيعية يهملون الأجنة الموضوعة على مستوى بنوك الأجنة، والحقيقة أن النطفة الأمشاج في حقيقتها تعد إنسانا بحسب المآل ولهذا فإن إتلافها لا يمكن أن يوصف إلا حالة إجهاض[3].

في حين هناك من أجاز هذا النوع من التلقيح على شرط أن يكن الزوج قد رضي بإجراء هذه العملية بعد وفاته كتابيا حال حياته [4].

وفي هذا الصدد تثور إشكالية التلقي ح الاصطناعي في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة الحرية ؟ .

انقسم الفقه في هذا الخصوص إلى اتجاهين الأول يرى أن الإنجاب من الحقوق الشخصية التي تصر عليها المواثيق الدولية وبعض الدساتير، والقوانين الحديثة، فلا يجوز حرمان المحكوم من هذا الحق، أما الاتجاه الثاني فيرى أن المحكوم عليه إذا كان ليس على درجة من الخطورة أو كانت العقوبات المسلطة عليه قصيرة المدى حيث يمكن له التردد على أسرته ومتابعة شؤونه الخاصة ومنها الإنجاب بالطرق الطبيعية، وهذا عكس الجرائم الشديدة الجسامة التي تقتضي توقيع عقوبات طويلة الأمد حيث لا يجوز للمحكوم عليه مغادرة مقر إقامته في السجن حتى نهاية مدة العقوبة، و بالتالي لا يمكن إجراء عمليات تلقيح اصطناعي عليه أيا كانت صورته.

الفرع الثاني: التلقيح الاصطناعي الخارجي

يتم باقتران ماء الرجل وماء المرأة خارج الرحم في وسط مخبري، في حالة التلقي ح الاصطناعي الخارجي أو حتى داخل رحم أخرى للأسباب التالية:

[1] – د– مروك نصر الدين , الأم البديلة ,المجلة الجزائرية للعلوم القانونية 37 رقم04 لسنة 1999, ص 14والدكتور محمد نعيم ياسين , أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة , ص 96 وما يليها دار النفائس للطباعة والنشر ,الطبعة الثانيۃ 1994.

[2] –د– سميرة عايد الديات , المرجع السابق, ص 193.

- مرض بطانية الرحمية Endométrioses
- عدم انتظام عملية التبويض عند المرأة PC.O.S
- وجود خلل في السائل المنوي
- وجود مشاكل في عنق الرحم كتكون أجسام مضادة للسائل المنوي.[1]

لهذه الأسباب فإن التصرفا ت الواردة على الجسم البشري بهذا الشكل أثارت الكثير من الجدل لدى الأوساط الفقهية والدينية والقانونية [2] حول مدى حرية القيام بها ولهذا التلقيح صور تتمثل في :

أ- **حالة أطفال الأنابيب:** إن اللجوء إلى التلقيح عن طريق الأنبوب يستعمل في حالة ما إذا كان الزوجين عقيمين أو سليمين، ولكن الزوجة لا تحمل لإصابتها بمرض خطير يحول دون حملها وتتم هذه العملية بإعطاء المرأة حقنة **برجونال** بعد ابتداء الدورة موعد التبويض، ثم يجري تحليل الدم لمعرفة نسبة زيادة هرمون الأستروجين [3].غير أنه يشترط في جميع الأحوال موافقة الزوجين وإلا عد ذلك اعتداء على الحقوق.

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص أن العلم في مجال التلقيح الاصطناع ي عن طريق الأنبوب قد تمكن من القدرة على التحكم في جنس المولود حسب رغبة الزوجين قبل عملية التلقيح بين الحيوان المنوي والبويضة، عن طريق عزل الجينات الأنثوية عن الجينات الذكرية بداخل الأنبوب.

وتجمع أغلب القوانين على إباحة التلقي ح بهذه الطريق، ما دام يتم بوسائل إخصاب الخاصة بالزوجين الشرعيين.

[1] –هناك طرق مختلفة لعلاج العقم طريقة حقن الرحم (iiv) وهو طريقة الرحم وقناتي فالوب fsp وطريقة zi.f t وطريقة bi.f.i وطريقة tvifi.

[2] –د– مروك نصر الدين , التلقيح الاصطناعي , المرجع السابق, ص 197.

[3] –د– عباس الباز, اختيار جنس المولود وتحديده قبل تخلقه وولادته بين الطب والفقه, مجلة الدراسات الأردنية المجلة 26كانون الأول 1994, ص686.

أما شريعتنا الإسلامية فإنه وفي البداية لا بد من بيان الفتاوى الصادرة عن الفقهاء حول هذه المسألة، إذ أن الشريعة أجازت التلقي ح الصناعي ولكن ليس بجميع صوره واعتبرت أن التلقيح يفترض له حالتين:

- أن يتم بين الزوج وزوجته.
- أن يتم ذلك ضمن الحدود الشريعة، التي لا تنشأ عنها اختلاط الأنساب ولا فقدان أواصر القرابة.

وبذلك فالصورة الوحيدة للتلقيح الاصطناعي إلي تجيزها الشريعة الإسلامية هي تقنية التلقيح الذي يتم بين الزوج و زوجته أي ببويضة المرأة ومني الزوج. وبذلك فإنها تجيز اللجوء إلى تلقيح الاصطناعي عن طريق أطفال الأنابيب.

وفي هذا الخصوص فقد صدرت عن بعض العلماء المسلمين في كل من مصر والكويت والأردن فتاوى شرعية تجيز هذه الصور بشرط اتخاذ كل موجبات الحيطة والحذر لعدم الوقوع في المحظور.

ب-الأم البديلة ومسألة تأجير الأرحام: يدعونا الكلام في هذه النقطة إلى تحديد الأم البديلة أو تأجير الرحم، فهذا المصطلح يعبر عن عدة تعابير أهمها الأم البديلة -إجارة الرحم- الأم بالواسطة.

وهذه الصورة تتمثل في إعادة زرع البويضة الملقحة أو النطفة الأمشاج فقد يتعذر أحيانا إعادة زرعها في رحم المرأة صاحبتها مما يقتضي زرعها في رحم امرأة أخرى عن طريق ما يسمى بالرحم المستأجرة أو الأم البديلة، ذلك أن الإخصاب في الأنبوب ونقل الجنين ينطوي عادة على قتل كائنات بشرية وهو نوع من الإجهاض ولدا فإن الأم البديلة تعتبر بح ق كحل لهذه المشكلة الناتجة عن عدم القدرة على إرجاع البويضة المخصبة إلى الرحم المستخلصة منه [1].

[1] - د- مروك نصر الدين , الأم البديلة بين القانون والشريعة الإسلامية, المرجع السابق, ص12.

ومن ثمة يمكن تعري ف الأم البديلة أنها المرأة التي تحمل بويضة مخصبة في رحمها لامرأة أخرى مجانا أو بمقابل، فتقوم بمهمة حمل الجنين ووضعه على أن يتم ذلك للزوجة التي تسلمه لها بعد الإنجاب.

وقد تكون الزوجة هي الأم البيولوجية وتستخرج منها البويضة بعد إخصابها بنطفة الزوج ثم تدخل في رحم الأم البديلة.

غير أن مسألة تأجير الأرحام لا تكون مشروعة حتما إذا كان الزوج لا تربطه أي علاقة بالأم البديلة أي علاقة زواج شرعية أما إذا كانت الأم البديلة زوجة للزوج فتنتفي عدم المشروعية عند بعض لأن إدخال نطفة الزوج إلى رحمها لا يتعارض مع القواعد الشرعية لإباحة الإنجاب بتلك الوسائل الصناعية حتى ولو كانت نطفة الزوج تم إخصابها ببويضة الأولى، فالعبرة بالخلايا التناسلية للرجل في هذه الحالة ولا يؤثر في مشروعية هذا الإجراء القول أن الجنين يتغذى من دم الأم البديلة وقد شبه ذلك بحالة الأم المرضعة. إذا فالعبرة بالخلايا الأصلية إلي تشكل نواة لنشأة الطفل[2] .

وعلى الرغم من هذا فإن هذا الموضوع لقي اتجاهين فهناك من أباح هذا التصرف على أساس أنها تساعد الفرد على الإنجاب أي كانت الطريقة لأن الأمومة والأبوة لا ترتبط فقط بالاتصال الجنسي بل كذلك بالجانب السيكولوجي [3]، وهناك من عارض هذا التصرف على أساس أنها عملية تجارية لها مخاطر على الطف ل الذي يولد ويوضع من أم ثم يسلم إلى أم أخرى وهو ما يشكل ازدواجية الأمومة وبالتالي تفقد الأم البديلة دورها الطبيعي فالأمومة لها وظيفة اجتماعية [4].

وهو نفس الاتجاه الذي أقرته الشريعة الإسلامية التي لا تعترف إلا بالإنجاب عن طريق التلقيح الذي يتم بين الرجل وزوجته بالخلايا التناسلية لكل واحد منهما، وذلك تجنبا لأي اختلاط

[2] - د- مروك نصر الدين , الأم البديلة بين القانون والشريعة الإسلامية,المرجع السابق, ص26.
[2] --Dieter cigenoptic p101.
[3] - د- مروك نصر الدين ,الأم البديلة بين القانون والشريعة الإسلامية, المرجع السابق, ص28.

في الأنساب وتجنبا للآثار القانونية السلبية التي تظهر فيها بعد، سيما إذا ما تعلق الأمر بالميراث مثلا من يرث الطفل الذي يكون من أم بيولوجية وأصله من بويضة امرأة أخرى هل يرث أمه صاحبة البويضة أم الأم البديلة، كون أن الأمومة تعني الحمل. كل هذه الإشكالات التي يمكن أن تنتج دفعت علما ء الشريعة إلى رفض كل عملية تلقيح يمكن أن تؤدي إلى تفريق الأسر وضياع مصير الأبناء

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من عمليات التلقيح الاصطناعي

قبل تعديل قانون الأسرة بموجب القانون 05/02 لم يكن المشرع الجزائري يتطرق للأحكام القانونية المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، رغم أن هذه العملية كانت تجري في بلادنا حتى قبل صدور هذا القانون وتبعا لذلك كان يعتمد على المادة 41 من قانون الأسرة التي تعتبر الزواج هو الوسيلة الطبيعية للإنجاب، ولكن ومع التعديل الجديد لقانون الأسرة فقد جاء النص عليه صراحة بنص المادة 45 مكرر التي أجازت صراحة لجوء الزوجين إلى عمليات التلقيح الاصطناعي ضمن الشروط التالية.

1- وجود علاقة شرعية وهي الزواج الذي يبرم برضا الزوجين على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب[1].

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين إذ لا يمكن إرغام أحد الزوجين على القيام بهذه العمليات وإلا عد ذلك اعتداء على سلامة الجسم وبالتالي يخرج هذا التصرف عن نطاقه المشروع مشكلا بذلك جريمة يعاقب عليها القانون.

3- أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيره وهو ما يعبر على أن المشرع الجزائري يعترف ضمنيا بكل صور التلقيح الاصطناعي ما دامت تتم بمني الزوج وبويضة الزوجة على الوجه الشرعي ما عدا التلقيح الذي يتم باستعمال الأم البديلة أو تأخير الأرحام فقد

[1]- القانون 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجريدة الرسمية 15 ص 21.

نص صراحة في الفقرة الأخيرة من نفس المادة على أنه لا يجوز استعمال الأم البديلة مطلقا كوسيلة للإنجاب" وبالتالي فإن هذا النص هو شرط ومنع في نفس الوقت، فالشرط هو أن يتم الإخصاب بمني الزوج وبويضة الزوجة أما المنع فهو عدم جواز اللجوء إلى الأم البديلة أو تأجير الأرحام، لأن المشرع الجزائري الذي يأخذ أغلب أحكامه من الشريعة الإسلامية، والتي تجيز التلقيح الاصطناعي الذي يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما لا يعترف إلا بالأمومة الكاملة ويمنع ازدواجها. [1]

ومن كل هذا نخلص أن عمليات التلقيح الاصطناعي ليست من مطلق حرية الأطباء ولا حرية الأفراد أنفسهم، وإنما تخضع لضوابط قانونية وشرعية تحكمها لضمان عدم خروجها عن المقاصد الشريعة.

ومع ذلك فإن نص المادة 45 مكرر يبقى يشوبه القصور، لأنه يعطي حكما بصيغة الوجوب باعتباره قاعدة آمرة في حين لا يرتب أي جزاء عن مخالفة هذه الأحكام. [2]

المطلب الثالث: الاستنساخ البشري

عرف علم الوراثة أو ما يسمى بالهندسة الوراثية خطوات عملاقة في إطار البحوث الجارية على جسم الإنسان، والجدير الذكر وبعدما تناولنا عمليات زرع الأعضاء البشرية، وكذا التلقيح الاصطناعي وخلصنا إلى أن هذه العمليات لا تتم بحرية مطلقة وإنما تتم بضوابط وشروط أن نتناول في هذا المطلب عمليات الاستنساخ البشري، لذلك قسمنا هذا المطلب إلى 03 فروع فتناول الاستنساخ ومخاطره في فرع أول، ثم الاستنساخ والبحث العلمي في الفرع الثاني، ثم نخلص إلى موقف المشرع الجزائري.

---

1 -سعيد عبد السلام ،مشروعية التصرف في الجسم البشري ،مجلة المحاماة المصرية السنة 70،العدد الرابع، مارس1990

2 - مروك نصر الدين ، زرع الكلية في القانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر، العدد 12 سنة 1998.

الفرع الأول: مفهوم الاستنساخ ومخاطره

يعرف الاستنساخ لغة [1] أنه أخذ صورة الأصل بحيث يكون هناك توافق في جميع الحركات والسكنات، وبذلك فهو الإكثار من الأصل أما اصطلاحا فإنه معرفة المعلومات الوراثية للخلايا الجسدية وزرعها في بويضة مفرغة من مورثاتها لتكون جنين بشري له نفس الصفات الوراثية للكائن الأول الذي استخلص منه الخلية.

ومن خلال البحوث العلمية المجرات في مجال الهندسة الوراثية اكتشف العلماء أن هناك خلية واحدة تتميز عن غيرها من الخلايا باحتوائها في نواتها على كافة الصفات الوراثية لتكوين كائن كامل الصفات، والمعلوم أن أول عملية استنساخ تمت في 27 فبراير 1997 أين تمكن فريق من الباحثين يرأسهم العالم الاسكتلندي آيان ويلموت بنجاح من استنساخ النعجة دولي.

ومع ذلك ورغم ما للاستنساخ من مخاطر لأنه يشكل بحق جريمة لا إنسانية لأن الشخص المستنسخ له كامل الحقوق في كفالة حقه في الحياة وهو ما لا يمكن توفيره لعدم إحاطة هذا التصرف بقيود صارمة، فإن هناك من أيد هذا التصرف واعتبره مشروعا. على أساس أنه يساهم في تسهيل وتحسين حياة الأجيال لسيطرته على انتشار الخلايا السرطانية في الجسم باستعمال تقنية الاستنساخ بالتخصيب المخبري، عن طريق عزل عناصر وراثية DAN من أحد الأجنة المستنسخة مع استعمال طريقة الاختيار الوراثي القياسي لمعرفة ما إذا كان الجنين يحمل مرضا وراثيا.

لكن ما يمكن قوله هو إجماع كل دول العالم والمنظمات الدولية على حظر الاستنساخ إذ لقي الاستنساخ ردود فعل معارضة له إذ هناك إجماع تشريعي دولي على تجريمه، إذ بمجرد الإعلان عن بلوغ النعجة دولي شهرها السابع انتشرت صورها في أرجاء العالم، حتى أصدر البرلمان النرويجي قرار يمنع منعا باتا الاستنساخ كما دعا رئيس الجمهورية الفرنسي في نفس

[1] - الاستنساخ klon كلمة يونانية تعني التوالد والنتاج الوليد وهي تستخدم في علم الأحياء للتدليل على حصول تكاثر لدى بعض أنواع المخلوقات الحية بانتشار الخلية دون اتصال جنسي لها لهذه الكلمة استنساخ هي مرادف لعملية التكاثر الخلوي والتكاثر الجيني –انظر في ذلك د- سميرة عايد الديات, المرجع السابق, ص 203.

اليوم المجلس الاستشاري القومي للأخلاق إلى دراسة القانون الفرنسي للتأكد من عدم وجود ثغرات فيه تمكن العلماء الفرنسيين من القيام بهذه التصرفات [2]، كما حضرت ايطاليا ذلك ودعا وزير الصحة الحكومة إلى منع إجراء مثل هذه العميلات، سواء على الحيوان، أو على الإنسان، وهو نفسه ما اقترحه الرئيس الأمريكي بيل كلينتون حول حظر الاستنساخ لمدة 15 سنة قائلا أن ذلك غير مقبول أخلاقيا[3].

أما شريعتنا الغراء فعلى الرغم من أنه لا يوجد أي دليل في الشريعة ينص على حصر إنتاج الكائن البشري في الإنجاب الطبيعي، فإن موقفها كان المنع البات على أساس أن الاستنساخ إيجاد شيء موجود أصلا، وبالتالي فهو ليس خلقا لأن المختص بالخلق هو الله سبحانه وتعالى والاستنساخ يتم من أصل خلقه الله ويحتاج إلى بويضة أودعها الله في رحم الأم بواسطة شفرات وراثية أوجدها الله وخص بها كل شخص لذاته وفي هذا يقول تبارك وتعالى " يا أيها الناس ضرب مثل فاستمعوا له إن الذين تدعون من دون الله لن يخلقوا ذبابا ولو اجتمعوا له ".[1]

ويحتج علماء الشريعة بذريعة سد الذرائع لتحريم الاستنساخ فهم مجمعون عليها بمعنى أنه إذا كان الاستنساخ مباحا ونتائجه خطيرة على البشرية فإقراره يؤدي إلى مفاسد في السنن ومنعه هو سد للفساد، لأن أول مقاصد الشريعة هو حفظ النسل الذي هو الحد الفاصل بين الحلال والحرام.

وفي هذا أصدر مجمع الفقه الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة في 1998 مجموعة من التوصيات دعا من خلالها علماء الإسلام إلى الاستعانة بالعلم لتحقيق الأغراض المشروعة، لأن الاستنساخ يمس بخصوصية دقيقة في حرمة الكيان البشري وهي حق الإنسان في التحفظ على ذاتيته.

[1] - د- سميرة عايق الديات, المرجع السابق, 210.
[2] -مقال نشر بجريدة الخبر الجزائرية بتاريخ 1998/08/11.

الفرع الثاني: الاستنساخ والبحث العلمي

إذا كان الاستنساخ يثير العديد المشاكل الدينية والأخلاقية إلا أنه لا يمكن إنكار دور الدراسات العلمية في مجالات التخصيب المعملي والبحوث الوراثية، سيما وأنها تعمل على مكافحة الأمراض وإيجاد الأدوية للأمراض المستعصية مما يعطي نفعا في مجال الطب، وفي اكتشاف معالجات الحروق التي يتعرض لها الجلد أو زراعة النخاع العظمي لعلاج أمراض السرطان، وفقدان الدم الناتج عن التلف الجيني وكذا معالجة مشاكل العقم، غير أنه من الضروري احترام قدسية الجسم خاصة وأن هذه البحوث لا تخلو من النظرية والتجريب.

غير أن هناك رأي لبعض علماء الطب يبيح الاستنساخ في مفهوم آخر، يتمثل في استنساخ إنسان كامل وذلك إما بأخذ خلية من عضو الكبد أو الكلية أو غيرها، ثم إعادة زرعها في بويضة إذ يتوقع أن يكون المستنسخ هو العضو الذي أخذت منه الخلية أو بزرع بعض الجينات الخلوية للأعضاء البشرية في رحم بعض الحيوانات مثل الخنازير والأغنام وذلك أثناء نموها الجنيني تتكون حيوانات حاملة لأعضاء يمكن استئصالها وزرعا، للإنسان لأغراض علاجية.

غير أن النتيجة التي يمكن أن نخلص إليها أنه ومهما كان للاستنساخ من فوائد، فهو محظور ويشكل تعديا الذي يدخل في دائرة الإجرام الغير متعارف عليه، سواء كان علاجي أو تناسلي و إن كانت أغراضه هي البحث العلمي فإنه لا يمكن أن يدخل في دائرة التصرفات الطبية المشروعة على جسم الإنسان، نظرا للمشاكل الاجتماعية إلي يطرحها بتوسيع الإجرام وكذا المشاكل القانونية وحتى الدينية.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من عمليات الاستنساخ البشري

على الرغ م من أن المشرع الجزائري لم ينص أبدا على موقفه من هذا التصرف في جميع القوانين الجزائرية، ولم تصدر بهذا الشأن أي قرار أو تعليمية أو توصية عن وزارة الصحة تمنع

الأطباء من إجراء مثل هذه العمليا ت، وربما يرجع ذلك إلى استبعاد حدوث مثل هذا العمليات في بلادنا نظرا للنقص الهائل في الإمكانيات الطبية، ومع ذلك يمكن استخلاص رفض المشرع لأي تصرف يمس بذاتية الفرد بالرجوع إلى الدستور الجزائري وكذا مدونة أخلاقيات الطب وقانون الصحة وكذا قانون الأسرة.

في الدستور الجزائري: نصت المادة 31 من الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996 على أنه " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميهما القانون".

وبذلك فالمشرع الجزائري يميل إلى حظر الاستنساخ، لأن حق الفرد في الحياة وفي التحفظ على داخليته محمي قانونا وحقه في تكوين أسرة لا مفر منه وتكوين هذه الأسرة برباط غير الزواج الشرعي الطبيعي أمر يهدد استقرار مشاعر الأمة والانتما ء ووحدة المجتمع وينمي مشاعر الفرقة والغيرة والحقد، وبهذا فإن المنطق يدعو إلى رفض كل الوسائل خارج نطاق العلاقة الزوجية الشرعية للإنجاب[1].

في قانون الأسرة الجزائري: إن الاستنساخ البشري يتعارض مع الكثير من المفاهيم والمبادئ الهامة في قانون الأسرة الجزائري وعلى رأسها مسألة الزواج التي تنص عليها المادة 04[2] من قانون الأسرة ومسألة النسب كذلك فقانون الأسرة الجزائري يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية التي لا تعترف إلا بصورة واحدة للنسب التي جاءت بها المادة 40 ومن قانون الأسرة " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه قبل الدخول " كما تنص المادة 41 منه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة".

[1] - د- مروك نصر الدين, استنساخ الإنسان بين الحظر والإباحة, المجلة الجزائرية للعلوم القانونية4 سنة 1999, ص 57.
[2] - المادة 04 عقد يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجية والمحافظة على الأنساب.

في قانون الصحة ومدونة أخلاقيات مهنة الطب: يتعارض مفهوم الاستنساخ مع نص المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب [3] التي تحث الطبيب على الدفاع عن صحة الأفراد البدنية والعقلية، ذلك أن العمل الطبي هو كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه يتفق في طبيعته أو كيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا.

إضافة إلى أن الاستنساخ يتعارض أيضا مع نص المادة 03 من قانون حماية الصحة وترقيتها، التي تنص " ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية حياة الإنسان من الأمراض والأخطار وتحسين ظروف المعيشة والعمل على توفير العلاج".

وم ن ثمة فلا يمكن أن يكون الاستنساخ عمل طبي غرضه العلاج كونه يهدم كل القيم الإنسانية فيعدم الأبوة والبنوة ويشتت الأواصر وتختلط الحرمات[1].

وما يمكن استخلاصه أن المشرع الجزائري يحمي حق الفرد في داخليته مسايرا بذلك المواثيق الدولية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 11، على اعتبار أن هذا الحق وثيق الصلة بالكثير

من الأمور الخاصة بالأفراد كالإنجاب والميراث...الخ.

[1]- تنص المادة 07 " تمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية وفي التحقق من المعاناة فهي احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية.

[2] - د- مروك نصر الدين- المرجع السابق ص65 وما يليها.

الخاتمة

لقد حاولنا من خلال هذه الدراسة, بحث حرية التصرف في جسم الإنسان و الذي يعد واحدا من أهم و أحدث الدراسات سواء في الفقه القانوني أو أحكام الشريعة الإسلامية, و هذا بالنظر إلى التطورات الطبية الحديثة التي تثير بدورها الكثير من الجدل حول مدى حرية التصرف في جسم الإنسان, هذا الأخير الذي يحظى بقدسية و حرمة خاصة، و خلصنا من خلال هذا البحث إلى نتيجة مهمة هي الإجابة عن السؤال الذي سبق طرحه في مقدمة هذا البحث و هو ما مدى حرية التصرف في جسم الإنسان؟ و الذي من خلاله توصلنا إلى أن التصرف في هذا الجسم بأي شكل من الإشكال سواء القانوني أو الطبي ليس من مطلق حرية الفرد و لا المجتمع, ذلك أن حق الفرد على جسده ليس ملك له وحده, و إنما ملك للمجتمع و لا يمكن له أن يتصرف فيه بما يضر هذا المجتمع, و بالمقابل فإن هذا الأخير لا يمكنه أيضا التصرف في جسم الفرد بما يمس كيانه أو يشكل اعتداء على ذاتيته و خصوصيته, و إنما و في جميع الأحوال فان التصرف في الجسم البشري مقرون بضوابط و قيود قد تفرضها أحيانا التشريعات بصورة آمرة, و قد تفرضها الشرائع السماوية سيما إذا ما تعلق الأمر بحماية الكيان البشري من أي اعتداء و حفظ النفس, أو ما يتعلق بالبنيان الأساسي في المجتمع و هو نظام الأسرة و الإنجاب و النسل .[1]

كما خلصنا إلى أن معظم التشريعات العالمية وكذا الشرائع الدينية السماوية, تتفق في أحكام واحدة هي أن التصرفات الماسة بالكيان البشري أي كانت طبيعتها أو صورتها منظمة بقواعد قانونية, و مدونات تنظيمية تضع ضوابط و شروط إجراء هذه التصرفات, بالنظر إلى عمليات اقتطاع الأعضاء البشرية فان جل الدول تحضر حضرا تاما أن تكون هذه الأعضاء محلا للمعاملات المالية, و تجيزها فقط على سبيل الهبة المجانية في حين يقع الاختلاف إذا ما تعلق الأمر بعمليات التلقيح الصناعي خاصة ما تعلق بصور التلقيح بمختلف صوره, و مع

1- نائل عبد الرحمان،المسؤولية الجزائية للطبيب في القانون الأردني ،مجلة الدراسات، المجلد26 ،علوم الشريعة و القانون،عدد01 آيار1999. ص151ص165

ذلك فكل تشريع يضع تنظيم معين لإجراء هذه العمليات, و كل الدول و لاسيما منها الدول

المتطورة توفر إمكانيات كبيرة و تسعى إلى توفير الأكثر لإجراء هذه العمليات في أحسن الظروف و بأكثر مصدقيه و مشروعية ضمانا لحماية الكيان البشري، و هو الأمر المفتقد بشكل واضح في الدول العربية, نظرا لما تعانيه من ثغرات تشريعية لتنظيم هذه العمليات ما عدا السعودية و الكويت و العراق الذين تعرف تشريعاتهم تنظيما مهما في هذا المجال.

أما المشرع الجزائري فتجدر الإشارة إلى أن هناك نقص كبير سواء من الناحية التشريعية أو التنظيمية أو المادية في هذا المجال, إذ أن المشرع الجزائري لم ينظم التصرفات الواردة على جسم الإنسان إلا ما تعلق منها بنقل و زراعة الأعضاء البشرية ضمن قانون الصحة رقم 90 /17, و مع ذاك فان معظم الأحكام الواردة ضمن هذا القانون لم تطبق و لم تنفذ بشكل كبير إلى يومنا هذا, كما هو حال مجلس الأعلى لأخلاقيات مهنة الطب الذي كانت بنود وضعه جدا مهمة و مع ذاك فإنه لم يعمل إلى يومنا هذا.

و كذلك عمليات التلقيح الصناعي التي لم ينص عليها المشرع الجزائري إلا ضمن تعديل قانون الأسرة الجديد 02/ 05 و بشكل وجيز جدا لا يتناول كل صور التلقيح و آثار هذه التصرفات, مشيرا فقط إلى شروط إجراء هذه العمليات بشكل ضيق جدا, و هو ما لا يساير التطورات العلمية الحديثة.

إضافة إلى هذا و في كل هذه الحالات و سواء في قانون الصحة أو قانون الأسرة, أو حتى في قانون العقوبات لا نجد أي نص يضع الجزاءات الجنائية عن مخالفة هذه الأحكام, و هو ما يجعل القاضي الجزائري في وضع صعب إذا ما واجهته جرائم تتعلق بمخالفة أحكام هذه التصرفات, و التي تشكل اعتداءات على جسم الإنسان فيجد نفسه مجبرا على اللجوء إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات المتعلقة بجرائم الاعتداء, التي تتسم بالعمومية و عدم الدقة, و هو ما لا يوفر الحماية الكاملة للجسم لذلك ارتأينا وضع مجموعة من التوصيات هي:

التوصيات

1 نقترح توفير حماية أكثر للجسم البشري خاصة في ظل التطورات الحاصلة اليوم و نعتقد أن ذلك لا يتأتى إلا بإصدار قانون خاص بنقل و زرع الأعضاء البشرية كما هو الشأن في كثير من دول العالم, على أن يأخذ فيه بكل المقاييس العلمية خاصة ما تعلق منها بتحديد لحظة الوفاة لضمان أكثر حماية للجسم

2 ندعو المشرع إلى اعتماد معيار الموت الدماغي الذي يمكن من الاستفادة من الأعضاء الأساسية والتي هي سريعة التلف مباشرة بعد الوفاة, و هو المعيار الذي أقرته الفتاوى الشرعية و التشريعات المعاصرة

3 نقترح توسيع أماكن إجراء عمليات نقل الكلى و قرانيات العيون و إعادة زرعها لتشمل بالإضافة لمستشفيات الدولة عيادات الخواص.

4 يجب على وزارة الصحة أن تلعب دورها في تفعيل المراقبة على المستشفيات لمتابعة الأطباء المهملين و المقصرين, و كذا كيفيات إجراء العمليات الواردة على الجسم و ذلك بوضع لجان مختصة تسند لها مهمة ذلك.

5 كما نقترح أيضا و على غرار عمليات اقتطاع الأعضاء وضع تشريع خاص بعمليات التلقيح الصناعي مع تفاصيل أكثر, و كذا وضع إطار قانوني دقيق لأنها عملية لها أبعاد جد خطيرة إذا لم يحترم فيها القانون و الأخلاق و الدين بالدرجة الأولى.

6 نقترح تحديد مراكز متخصصة تجرى فيه هذه العمليات مع تحسين مستوى التقنيات لحفظ النطف مع تحديد الحد الأقصى لحفظها, من أجل إتلافها أو استعمالها لأغراض البحث العلمي, و دراسة مشاكل عقم كلا الزوجين, و تطوير مجال الأبحاث العلمية و العلاجية على أن تقام في مخابر علمية مخصصة لهذا المجال تحت إشراف متخصصين ذوي كفاءة علمية و ذلك بعد عرض مشروع البحث على اللجنة الوطنية المتخصصة.

7 على المشرع الجزائري وضع نصوص تعاقب على الجرائم المرتكبة في حال مخالفة النصوص المتعلقة بتنظيم عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية أو مخالفة شروط التلقيح الصناعي, حتى لا يكون القاضي الجزائري مقيد بقاعدة لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص و حتى لا يلجا إلى القياس الذي لا يصلح في المسائل الجنائية, فيطبق القواعد المنظمة

لجرائم الاعتداء الواردة في قانون العقوبات على هذه الحالات و التي لا توفر حماية كافية لجسم الإنسان.

قائمة المصادر

و المراجع

المراجع باللغة العربية

أ- الكتب:

1- أحمد القاسمي الحسني- علامات الحياة و الممات بين الفقه والطب- دار الخلدونية 2001.

2-أنور سلطان الموجز في مصادر الالتزام – الإسكندرية 1970.

3- أحمد مصطفى شلبي أحكام الوصايا و الأوقاف- الطبعة الرابعة – الدار الجامعية للطباعة و النشر بيروت 1982.

4- احمد شوقي أبو خطوة – القانون و الطب الحديث دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية-دار النهضة العربية – القاهرة 1985.

5- القرطبي – الجامع لأحكام القرآن – مكتبة رحاب المجلة الأول – الطبعة الرابعة 1990.

6- أليكس كارل – الإنسان ذلك المجهول- تعريب شفيق أسعد فريد – مؤسسة المعارف بيروت بدون سنة طبع.

7- الشيخ أحمد حماني – فتاوى الشيخ أحمد الحماني منشورات وزارة الشؤون الدينية – الجزائر – الجزء الأول- طبعة 1963.

8- ابن عابدين حاشية رد المختار على الدار المختار طبعة 03 القاهرة 1323.

9- جميل عبد الباقي – القانون الجنائي و الإيذار – دار النهضة العربية 1995.

10 – حمدي باشا عمر- عقود التبرعات- الهبة – الوصية –الوقف دار اهومة للطباعة والنشر طبعة 2004.

11- رمضان أبو السعود- النظرية العامة لحق- دار المطبوعات الجامعية 1999.

12- رؤوف عبيد شرح قانون العقوبات القسم العام طبعة 1979.

13- سميرة عايد الديات عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع الطبعة الأولى – الإصدار الأول 1999.

14- عبد الفتاح مصطفى الصيفي – قانون العقوبات القسم الخاص –منشأة المعارف- الإسكندرية رقم 251 سنة 2000.

15- علي علي سليمان- ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري- ديوان المطبوعات الجامعية.

16- عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد- دار إحياء التراث العربي – طبعة 1935

17- عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني- العقود التي تقع على الملكية- الجزء الخامس – دار إحياء التراث العربي.

18- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري – ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية- دراسة مقارنة دار الفكر العربية – الطبعة الأولى 2000.

19- عبد المالك شفيق- علم تشريح جسم الإنسان – الجزء الأول – القاهرة 1959 بدون سنة طبع.

20- عمر سعيد رمضان- شرح قانون العقوبات القسم الخاص رقم 216 الطبعة الرابعة سنة 1975 1976.

21- عبد القادر عودة –الموسوعة العصرية في الفقه الإسلامي دار الشروق- الجزء الأول الطبعة الأولى سنة 2001.

22- محمود نجيب حسني – أسباب الإباحة في التشريعات العربية – القاهرة 1962.

23- منذر الفضل- التصرف القانوني في الأعضاء البشرية دار الثقافة – الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع الطبعة الأولى – الإصدار الأول 2002.

24- محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات القسم الخاص – دار النهضة العربية- الطبعة الرابعة القاهرة 1977.

25- مروك نصر الدين – زراعة الأعضاء البشرية في قانون الجزائري و الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة – رسالة ماجيستر – كلية الحقوق بن عكنون الجزائر- طبعة 2003.

26- مروك نصر الدين – الحماية الجنائية للجسم البشري بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري رسالة دكتوراه نوقشت بمعهد الحقوق بن عكنون 1988 طبعة 2003.

27-مهند أحمد فتحي العزة –الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة دار الجامعة الجديدة للنشر 2002.

28- محمد أبو زهرة – الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي دار الفكر العربي 1998.

29- ممدوح خليل بحرت الحماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي دراسة مقارنة مكتبة دار الثقافة والنشر التوزيع بدون طبعة .

30- فاخر عاقل – علم النفس- دار العلم للملايين بيروت بدون طبعة.

31- يوسف القرضاوي – فتاوى معاصرة- دار الوفاء للطباعة الجزء 02 الطبعة الأولى 1993.

32-هيثم حامد المصاورة – التنظيم القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون المناهج للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 2000.

ب- المقالات و المجلات:

1- أحمد شرف الدين- الحدود الإنسانية و الشريعة و القانونية للإنعاش الصناعي مجلة الحقوق- السنة الخامسة العدد الأول 1981.

2- أحمد شرف الدين- زراعة الأعضاء البشرية-مجلة الحقوق و الشريعة-جامعة الكويت السنة الأولى العدد الأول و الثاني الطبعة الثانية يناير 1977.

3- أحمد فتحي الهريري- الإجهاض الوقائي في الدين والطب- مجلة نهج الإسلام السنة الخامسة العدد 20 أذار 1985.

4- تجارة الأعضاء البشرية- مجلة الشرطة العدد 283 السنة 24 تموز 1994.

5- حسن علي- حق الجني في الحياة في الشريعة الإسلامية- مجلة الحقوق العدد 1و2- 1979 طبعة 1994 جامعة الكويت.

6- سعيد عبد السلام- مشروعية التصرف في الجسم البشري- مجلة المحاماة المصرية السنة 70، العدد 4 مارس 1990.

7- عباس الباز- إختيار جسم المولود وتحديده قبل تخلقه وولادته بين الطب والفقه- مجلة الدراسات علوم الشريعة والقانون- الجامعة الأردنية المجلد 26- كانون الأول 1999.

8- محمد نجيب حسني-الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات- مجلة القانون والاقتصاد السنة 27 عام 1959.

9- محمد نعيم ياسين- حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية- مجلة الحقوق والشريعة دار النفائس الأردن- السنة 12 العدد الأول 1988.

10- محمد نعيم ياسين- بيع الأعضاء الآدمية- مجلة الحقوق السنة 11 العدد 1 و4 مارس 1987.

11– مروك نصر الدين– التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية– مجلة المجلس الإسلامي الأعلى– العدد 2 السنة 2 عام 1999.

12– مروك نصر الدين– زرع الكلية في القانون الجزائري– حوليات جامعة الجزائر العدد 12 سنة 1998

13– مروك نصر الدين الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية– المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الجزء 37 رقم 4 سنة 1999.

14– مروك نصر الدين المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية العدد2 سنة 2002.

15– مروك نصر الدين استنساخ الإنسان بين الحظر و الإباحة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية 4 سنة 1999.

16– جريدة حوادث الساعة مقال بعنوان اختطفوها ليبيعوا أعضاء جسدها، العدد 51 2 1995/09/11.

17– جريدة الخبر مقال بعنوان الاستنساخ البشري أفظع ما توصل إليه العلم الحديث سنة 1998/08/11.

جـ–النصوص القانونية والتنظيمية

أ–القوانين:

1_الدستور الجزائري الصادر في 28 فبراير 1996 (ج ر العدد 35).

2القانون 66 /156 المؤرخ في 18 فبراير 1368 هـ الموافق ل 08 يوليو 1966 المتضمن

قانون العقوبات المنشور في الجريدة الرسمية العدد 46 /1966. المعدل بالأمر رقم 75 /47 المؤرخ في 17 يونيو 1975 .

3 قانون رقم 90 /17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المتعلق بحماية و ترقية الصحة (ج ر عدد35) سنة 1990.

4 – الأمر 11/84المؤرخ في 1984/06/09 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05المؤرخ في 2005/02/27

5 . القانون المدنى الصادر بموجب الأمر 58/75المؤرخ في 1975/09/26المعدل والمتمم بموجب القانون رقم10/05المؤرخ في 2005/06/20.

ب . المراسيم التنفيذية:

1 . المرسوم التنفيذي رقم 91 /106 المؤرخ في 27 فبراير 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين و المتخصصين في الصحة العمومية (ج ر عدد 22).

2 المرسوم التنفيذي رقم 92 /276 المؤرخ في 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب (ج ر العدد 52لسنة 1992).

3 المرسوم التنفيذي رقم 467.97 المؤرخ في 02 ديسمبر 1997 المحدد لقواعد إنشاء المراكز الاستشفائية الجامعية و تنظيمها وسيرها (ج ر العدد 81).

4 – المرسوم التنفيذي رقم 97 .465 المؤرخ في 02 ديسمبر 1997 المحدد لقواعد إنشاء المراكز الاستشفائية المتخصصة و تنظيمها و سيرها (ج ر العدد 81).

د- المراجع باللغة الفرنسية.

1-Imbert – jean – la pien de mort – presses unievrsitaire de France paf 1972

www.espace**2**-Cousin cruillaume – la protection du corp humain

ethique. org/dossiers.

3- Lames jean pierre – saint hilaire – la mort la grande absente par le de la décision rendu dans l'affaire du sang contaminé tribunal correctionnel de paris gazzette de palais 113 année n'e du 9 mars

4- Lorenzi jean - le régime juridique des produit issu du cops humain

www.arteb.com (impo) Actualité / lorenzi résentation . htn-collaque du 26/04 /2001

5- Humain organ transplants act 26 th july 1989 veb http.//www.orgonet.ca.uk/body /hot-see also.m.international.digert of art legislation (t d h 1) 1989 m 404

ملخص مذكرة الماستر

حرية التصرف في جسم الإنسان

إذا فسَّرنا وجهة النظر الفقهية بأنها تستند إلى كون الإنسان ملكاً لله، وأن الإنسان لا يستطيع أن يتصرَّف في نفسه كما يشاء، بل يجب أن لا تنتهي تصرفات الإنسان إلى إتلاف نفسه، فإنه لن يكون لدينا تفاوت بين وجهة النظر الفقهية الشرعية والقانونية. والحقيقة أننا لو نظرنا إلى الروح الحاكمة على التفكير الفقهي والحقوقي، من حيث ضرورة احترام حق سلامة الجسم لدى الإنسان، فلن نجد تفاوتاً هاماً بين النظرتين. والواقع أن الفقهاء والقانونيّين يتمتعون برؤية مشتركة في هذا الصدد، حيث يقولون جميعاً: إنه لو أدى تصرف الإنسان في جسمه إلى إتلاف نفسه كان هذا التصرف ممنوعاً ومحرماً. ولذلك فقد وضعوا جميعاً ضوابط لتصرُّفات الإنسان، تضمن حقّ سلامة جسمه.

وفي كلّ الأحوال فإنّ حق الشخص على كيانه المادي لا يعني حرية الشخص في التصرُّف بحياته وجسده كيفما اتفق. فالقتل بدافع الشفقة، وبرضا المجنيّ عليه، غير مشروع. وينطبق الأمر كذلك على الانتحار. ومن الملاحظ أن حرمة الكيان المادي تجد أساسها في حرمة الجسد، باعتباره الحيّز المادي الذي تتجسَّد فيه الشخصية

وقد تكفّلت القواعد الجزائية والمدنية بحماية هذا الكيان، وإيقاع العقاب على مَنْ تسوِّل له نفسه الاعتداء عليه.

Abstract of The master thesis

Freedom of action in the human body

If we interpret the jurisprudential point of view as being based on the fact that man is God’s property, and that man cannot dispose of himself as he wishes, rather man’s actions must not end in his own destruction, then we will not have a discrepancy between the legal and jurisprudential point of view. The truth is that if we look at the ruling spirit over jurisprudential and legal thinking, in terms of the necessity of respecting the right to the integrity of the human body, we will not find a significant discrepancy between the two views. In fact, jurists and jurists have a common vision in this regard, as they all say: If a person's behavior in his body leads to self-destruction, then this behavior is forbidden and forbidden. Therefore, they all set controls for human behavior, which guarantee the right to safety of his body.

In any case, a person's right over his material entity does not mean a person's freedom to dispose of his life and body as agreed. Killing out of pity, with the consent of the victim, is illegal. The same applies to suicide. It is noticeable that the sanctity of the physical entity finds its basis in the sanctity of the body, as it is the physical space in which the personality is embodied.

The penal and civil rules ensured the protection of this entity, and the imposition of punishment on those who begged to attack it.

الفهرس	الصفحة
العنوان	
المقدمة	أ
الفصل الأول: ماهية جسم الإنسان	01
المبحث الأول: مكونات جسم الإنسان	01
المطلب الأول: الجانب المادي من جسم الإنسان	02
الفرع الأول: الأعضاء الآدمية	02
الفرع الثاني: المشتقات البشرية	04
المطلب الثاني: الجانب النفسي من جسم الإنسان	07
الفرع الأول: تكوين الجهاز النفسي	08
الفرع الثاني: علاقة النفس بجسم الإنسان	08
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من مكونات الجسم البشري	09
الفرع الأول: موقفه في قانون العقوبات	09
الفرع الثاني: موقفه في قانون الصحة	11
المبحث الثاني: حياة الجسم البشري	12
المطلب الأول: صعوبة تحديد لحظة بداية الجسم البشري	12
الفرع الأول: مراحل تكون الجسم البشري	13
– مرحلة ما قبل اكتمال الجنين	13
– مرحلة اكتمال نمو الجنين	13
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري	16
المطلب الثاني: صعوبة تحديد الخطة نهاية الجسم البشري	18
الفرع الأول: تعريف الوفاة	18
– التعريف القانوني للوفاة	19
– التعريف الطبي للوفاة	19
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري	22
الفصل الثاني: التصرفات الواردة على جسم الإنسان و تأثيرها على نطاق الحماية القانونية للجسم	24
المبحث الأول: التصرفات القانونية الواردة على جسم الإنسان	24

الفهرس	الصفحة
المطلب الأول: الأعضاء البشرية موضوع عقد ملزم لجانبين	25
الفرع الأول: موقف القوانين المقارنة المعارضة لبيع الأعضاء البشرية	25
– الأساس القانوني لتحريم بيع الأعضاء البشرية	26
– الأساس الشرعي لتحريم بيع الأعضاء البشرية	30
الفرع الثاني: موقف القوانين المقارنة المؤيدة لبيع الأعضاء البشرية	32
– الأساس القانوني لإباحة بيع الأعضاء البشرية	32
– الأساس الشرعي لإباحة بيع الأعضاء البشرية	34
المطلب الثاني: الأعضاء البشرية موضوع عقد ملزم لجانب واحد	36
الفرع الأول: هبة الأعضاء البشرية	37
الفرع الثاني: الوصية بالأعضاء البشرية	39
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من التصرف القانوني في الأعضاء البشرية	42
الفرع الأول: منع جعل الأعضاء البشرية محلا لأي معاملة مالية	43
الفرع الثاني: جواز جعل الأعضاء البشرية محلا للتبرع	48
المبحث الثاني: التصرفات الطبية الحديثة الواردة على الجسم و تأثيرها على نطاق الحماية الجنائية للجسم	54
المطلب الأول: عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية	54
الفرع الأول: أسباب إباحة نقل و زرع الأعضاء البشرية	55
1– الأسباب الخاصة بالمريض	55
– رضاء المريض	55
– حالة الضرورة	56
2– الأسباب الخاصة بالطبيب	57
– انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب	57
– ترخيص القانون	58
الفرع الثاني: ضرورة تنظيم اقتطاع الأعضاء البشرية بما يحقق الحماية الجنائية للجسم	59
1– القيود التنظيمية المفروضة على المؤسسات الصحية	59
2– القيود التنظيمية المفروضة على الأطباء	60
3– القيود القانونية لمنع التعامل التجاري بالأعضاء البشرية	61
– مبدأ مجانية التصرف	61
– مبدأ سرية التصرف	62

الفهرس	الصفحة
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية	62
المطلب الثاني: عمليات التلقيح الصناعي	67
الفرع الأول: التلقيح الصناعي الداخلي	67
– التلقيح الصناعي من الزوج لزوجته	68
– التلقيح الصناعي بعد وفاة الزوج	68
الفرع الثاني: التلقيح الخارجي	69
– حالة أطفال الأنابيب	70
– مسألة الرحم المستأجرة أو الأم البديلة	71
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من عمليات التلقيح الصناعي	73
المطلب الثالث: الاستنساخ البشري	74
الفرع الأول: الاستنساخ و مخاطره	75
الفرع الثاني: الاستنساخ و البحث العلمي	77
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري	77
– في الدستور الجزائري	78
– في قانون الأسرة	78
– في قانون الصحة و مدونة أخلاقيات مهنة الطب	79
الخاتمة	80
المراجع	
الفهرس	