

جامعة أبو بكر بلقايد

تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا - دراسة مقارنة -

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:

- أ.د. تشوار جيلالي

من إعداد الطالب:

- بوشي يوسف

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بوعزة ديدن
مقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. تشوار جيلالي
مناقشا	جامعة وهران	أستاذ التعليم العالي	أ.د. مروان محمد
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بوسندة عباس

السنة الجامعية: 2012/2013 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

﴿ رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى والديّ وأن أعمل صالحاً ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين ﴾

سورة النمل، الآية: 19.

إلى الأم الحنون التي أمدتني من نور قلبها وغزير فيضها عطفاً وحناناً.

إلى الأب الكريم الذي طعم عقلي بالعلم والإيمان، وتفاني في تغذية جسمي بالحلال.

إلى الإخوة والأخوات وجميع أفراد أسرتي، وثق الله رباطها وأدامها بنيانا مرصوصاً، جسداً واحداً إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى.

إلى الزوجة الكريمة

إلى جميع الأحبة والأصدقاء ورفقاء الدرب، الذين ساهموا في إتمام هذا البحث، سواء بجهودهم المباركة، أو برأيهم السديد، أو بدعواتهم الخالصة.

إلى هؤلاء الذين أهتدي بهم في ظلمات البرّ والبحر أهدي هذا العمل

شكر وتقدير

لا يسعني بعد إتمام هذا البحث إلا أن أحمد الله تبارك وتعالى، وأشكره على عظيم نعمه وجيل منته، فهو مبدأ الحمد ومنتهاه لا أحصي ثناء عليه هو كما أثنى على نفسه، حباي بنعمة طلب العلم وسهل لي طريقه.

ويسرني أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان، عرفانا بالجميل إلى أستاذي الدكتور تشوار جيلالي (عميد كلية الحقوق جامعة تلمسان) لقبوله الإشراف على هذه الرسالة رغم مشاغله الكثيرة، فلم يبخل عليّ بعلمه ووقته.

«اللهم جازه بأحسن مما جازيت به عبادك الصالحين»

ولا يمكنني بعد رد الفضل لله إلا أن أرده على جميع الأشخاص الذين قدموا لي يد المساعدة (الدكتور ورديان توفيق) وجميع أساتذة الطب في جامعة وهران، كما أشكر الهيئات التي مكنتني من إعداد هذا البحث.

قائمة أهم المختصرات

ص. الصفحة.

Art. ou art. Article.

Chr. Chronique.

D. Dalloz.

Doc. doctrine.

éd. Edition.

G. P. La Gazette du palais.

IDHL. International. Digest of Health Legislation.

J.O. Journal Officiel.

N°. Numéro.

Op. cit. Ouvrage précité.

P. Page (s).

Rev. Crit. Reuve critique de législation et de jurisprudence.

Rev. Int. De pol

Rev. Trim. dr. civ. Revue trimestrielle de droit civil.

Sub. Subsec.

T. Tome.

Trib. ou trib. Tribunal.

مقدمة

لقد ترتب على التطورات العلمية آثاراً بالغة الأهمية في نواحي الحياة المختلفة، ويصدق القول على الفترة التي أعقبت الثورة الصناعية في العالم الغربي ولكنها أكثر صدقاً على المرحلة التي شهدتها المنتصف الثاني من القرن العشرين، حيث شهدت طفرة هائلة في مجال التقنيات الحديثة، فتوسعت معارف الإنسان واكتشافاته في حل ألغاز الكون وأسواره وقوانينه ما أتاح مجال الاختيار والحرية أمامه. والعبرة في اتساع هذه المعارف ليس بكميتها وإنما بكيفية توظيفها واستثمارها وتسيير الحياة مع دفع المحاذير في التعامل مع هذه المعطيات. وهذا ما دعا إلى إيجاد نظام قانوني يحكم سبيل توظيف المكتسبات في القوانين ووضع الضوابط وإخضاعها لمنهج سليم. وأخطر المجالات التي اكتسحتها الإنسان وأخضعها لبحثه وتجاربه ما تعلق منها بالكيان الجسدي الإنساني بوصفه مركز التنظيم الاجتماعي وغايته، ومحل القضايا التي تستحق العناية بالبحث والتأصيل فيما أسفر عنه التقدم العلمي في مجال الطب الحديث ضيقاً واتساعاً في نطاق حماية الجسم البشري.

ولقد كان الجسم البشري محل اهتمام النظم القانونية والدينية بوجهات مختلفة ومتفاوتة، ذلك أن المجتمع المنظم قبل نشأته وظهور القوانين لم يعرف خلاله الجسم البشري حماية تذكر أو على نطاق ضيق، حيث اتخذت المجتمعات البشرية البدائية¹ من القوة والسلب والقتل والتنكيل وسيلة لتنفيذ أغراضها انتقاماً فردياً أو جماعياً. وبعد حقبة من الزمن ظهر مبدأ "حق الإنسان في سلامة جسمه" الذي يعتبر من أهم الأمور في كل نظام وهو أمر يواكب الحماية الجنائية للوجود الإنساني بحسبان أن هذه الحماية مظهر من مظاهر المدنية، تنضوي في إطار فكرة "معصومية الجسد، الحصانة الجسدية المطلقة التي تستغرقه حال حياته وبعد فناءه، وحظر التعامل في جسم الإنسان".

¹ - لم يكن الجسم البشري يحظى بحماية تذكر في المرحلة التي سادت فيها فكرة النفاوت والاختلاف في المراكز الاجتماعية تشريفاً وتدنياً فجعلت الجسم يخضع لقيود وبالخصوص طبقة الفلاحين حيث تشدد عليه العقوبات كالجلد، أما العبيد ففي الحضارة المصرية القديمة كانوا كالسلعة قابلة للبيع والشراء، باعتبار أن مركزهم متدنٍ. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص. 239.

وسمح قانون الألواح الإثنا عشر لمن صدر له الحكم لصالحه بالتنفيذ على جسم المدين. فكان يجوز للدائن المحكوم له إلقاء القبض على المدين لمدة ستون يوماً واصطحابه ثلاث مرات إلى السوق موثقاً بالأغلال مع بيان المبلغ المحكوم به. وفي حالة عدم تقدم أي شخص للدفع عنه، جاز للدائن قتل مدينه أو بيعه واسترقاقه، وإذا تعدد الدائنون فللكا واحد منهم الحق في قتله وتقسيمه على بقية الدائنين. عباس العبودي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1989، ص. 180.

وفي العصور الوسطى وبالأخص في عصور الإسلام الأولى شهدت حقوق الإنسان ازدهاراً كبيراً ومنها الحق في الحياة والسلامة البدنية، ويصور لنا هذا الازدهار والتغيير الجذري ما جاء من أخبار العرب قبل الإسلام وبعده. قال جعفر بن أبي طالب -رضي الله عنه- حين سأله النحاشي في الحبشة عن هذا الدين الذي فارقوا به قومهم: "كنا قوم جاهلية... يأكل القوي منا الضعيف... حتى بعث الله إلينا رسولاً... أمرنا... بالكف عن المحارم والدماء...". هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الأولى، دار الشروق، عمان، الأردن، 2003، ص. 52.

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

فمن الأسباب الذاتية مزية الخوض في الجديد والسعي إليه وهي سمة طالب العلم وجميع الباحثين، ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع المرتبط بقضايا طبية، لتقوية الجانب المعرفي في مجال القانون الطبي وربط هذه المسائل بالقواعد القانونية والمبادئ والقيم الأخلاقية والاجتماعية والجوانب الشرعية واصطفاء ما تلائم منها ووافق هذه المبادئ وردُّ في مقابل ذلك ما خالفها، وفي ذلك إقامة لنظام قانوني يحكم التعامل في الجسم البشري.

أما الدوافع والأسباب الموضوعية، فإن سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فالجسد مهبط الروح ومصدر جميع الأنشطة الحياتية فوجب أن يصرح ويعصم من جميع الانحرافات التقنية الحديثة وذلك بتأطير التكنولوجيا الحديثة. وفي هذا الصدد يقول "محمد بجاوي" أن استعمال المعرفة بلا إسناد أو مرجعية قد يؤدي إلى الانحراف والضلال لذا فلا بد من وضع معالم تمكن من تأطير المعرفة¹.

وهو ما أشارت إليه الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي والمنعقدة في إطار مجلس أوروبا واللجنة الأوروبية في 4 أبريل 1997 والمسماة باتفاقية "Ovedo"² من أجل صيانة حقوق

¹ - محمد بجاوي، كلمة ألقاها أمام المجلس الدولي لعلم الحياة، في س-أي-ب اليونيسكو (باريس) 1995. مقتبس عن: مصطفى خياطي، الإسلام والأخلاقيات الحياتية ضرورة تفكير وتأمّل، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني (عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب) سنة 1999، ص.140.

² - تم التوقيع على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري في مواجهة تطبيقات البيولوجيا والطب ابتداء من أبريل 1997 ووصل العدد إلى 22 دولة من بينها عشر دول في المجلس الأوروبي ودخلت حيز التنفيذ في يونيو 1998. رضا عبد الحليم عبد المجيد، فلسفة القواعد الدولية في حماية جسد الإنسان، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة، العدد الأول، السنة الثانية والأربعون، يناير، 2000، ص.03؛ عمر أبو الفتوح الحامي، الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 2010-2011، ص.42.

الإنسان وكرامته في مواجهة العلوم الطبية وذلك في المادة الثانية منها بقولها إن "مصلحة الإنسان ومنفعته يجب أن ترجح على مجرد مصلحة المجتمع أو العلم"¹.

ورغم اتساع رقعة الدراسات القانونية والشرعية² في مجال التدخلات الطبية التي تطل جسم الإنسان وجنته في الآونة الأخيرة والتي اجتهدت في بيان المواقف القانونية والأحكام الشرعية لها سواء بصفة عامة، أو بصفة خاصة أي الاقتصار على نوع من الأعمال الطبية وشملها بالدراسة والتحليل ثم بيان الضوابط القانونية والشرعية التي تحكمها، فإننا سنحاول في دراستنا بيان القواعد العامة التي تحكم التعامل في الجسم البشري في الإطار الطبي القانوني، وبيان أثر التدخل الطبي الحديث على هذه القواعد سلباً وإيجاباً، وذلك باختيار تطبيقات طبية حديثة، لننظر كيف تعمل هذه الأخيرة في التأثير على القواعد المرعية التي تحكم الجسم البشري وعلى نطاق حمايته جنائياً.

إن هذه الدراسة هي محاولة لحصر التدخلات الطبية الحديثة الأشد خطورة على كيان الإنسان وحرمة، وأكثرها استنهاضاً للضمير الاجتماعي، وأعظمها أثراً في اضطراب النصوص القانونية بمجافاتها للقواعد الثابتة والأصول المرعية في إطار التعامل مع الجسم البشري بحسبان أن الحق في سلامة الجسم يعتبر من بين مصافي الحقوق الدستورية³.

يمكننا تحديد نطاق البحث بدائرة ثلاثية يُكوّن إحدى جوانبها "محل الحماية" والآخرى "موضوع الحماية" ثم "وسيلة الحماية". فمن حيث محل الحماية يمكن القول إن التعريف القانوني

¹ - « L'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société et la science » Art 2, La convention pour la protection Des droits de l'homme et de la dig Humain a l'égard des applications de la biologie Et de nité de l'être la médecine.

² - هناك العديد من الدراسات أهمها رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه بعنوان "أعضاء الإنسان ضمن التعامل القانوني" للدكتور "أحمد عبد الدائم". واعتمد الباحث في إقامة نظام قانوني على شرح القانون الفرنسي رقم 94-653 بتاريخ 29 جويلية 1994 الذي جاء ليضع نظاماً خاصاً بجسم الإنسان ضمن التعامل القانوني المدني. وتساءل الباحث على طبيعة سلطات الشخص على جسمه؟ وحلّص إلى أن مبدأ حصانة جسم الإنسان على الصعيد القانوني جُسد من خلال صورتين، منع الغير من الاعتداء عليه، وحظر التصرف بجسم الإنسان. إلا أنه بتطور الطب وافق الكل على الطرح القائل بأن هذا المبدأ يحمل استثناءات في كلا مجاليه، لمصلحة القانون، والعدالة، والصحة العامة، وعلاج الشخص لجسمه، وللتضامن الاجتماعي. أحمد عبد الدائم، أعضاء الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة روبر شومان في ستراسبورغ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.

والدراسة الثانية هي رسالة دكتوراه لـ "حبيبة سيف سالم راشد الشامسي" بعنوان "النظام القانوني لحماية جسم الإنسان" وتناولت الباحثة إشكالية حماية جسم الإنسان بالتساؤل عن مدى إمكانية القواعد القانونية العامة في معالجة التصرفات والتي ترد على صحة الإنسان؟ وهل الاستعانة بنظرية الالتزام بصفة عامة تستجيب وتتماشى مع تنظيم التعامل في جسم الإنسان؟ انطلاقاً من ازدياد الحاجة لجسم الإنسان في مواجهة الشخص نفسه، ومواجهة التطور الطبي الذي زرع الثقة في القواعد والمبادئ القانونية التي كان التسليم بإطلاقها كمبدأ الحرمة المطلقة لمصلحة الجسم.

³ - تنص المادة 34 من دستور 1996 الجزائري بأنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرية الإنسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

للشخصية لا يمنح لجسم الإنسان لذاته ولكن إلى شخص أهل للخضوع إلى القانون. فجسم الإنسان ليس إلا " الغلاف للشخصية " أو " المميز للشخص ". وإذا كان جسم الإنسان ليس شيئاً فإنه مع ذلك لا يعتبر بمفرده شخصاً؛ لأنه بالنسبة لرجل القانون وكذلك بالنسبة لعالم الأخلاق الذي يُكوّن الشخص هو الاندماج الذي لا يقبل الانقسام لكل من الجسم والروح؛ لأن جسم الإنسان الذي يعتبر غطاء الروح يندمج مع ذلك بالشخص¹. وفي ذلك تنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته... "2.

ولقد ثار الخلاف في الفقه بخصوص مناطق الحماية الجنائية لجسم الإنسان فهل هي قاصرة على مادة الجسد ذاتها أم أن مناطقها قدرة أعضاء الجسم على أداء وظائفها. وهذا الأخير رأي يسانده بعض الفقه والقضاء³. إلا أن الرأي⁴ الذي نؤيده هو الذي يذهب إلى القول بان مناطق الحماية الجنائية المقررة لجسم الإنسان تحدد بمدى انتمائها إلى مادة الجسم؛ لأن جسم الإنسان في ذاته حرمة يتعين عدم المساس به حتى ولو كان هذا المساس بجزء لا وظيفة له كشحمة الأذن حيث لا تؤدي في مجال السمع وظيفة وإنما هي مجرد حلية.

واستناداً إلى التعريف اللغوي لجسم الإنسان فقد أشار " ابن منظور " إلى أن جسمان الرجل وجثمانه واحد، رجل جسماني وجثماني إذا كان ضخماً الجثة، والجسم بمعنى الجسد⁵. وبالنظر إلى التطورات الطبية فإن التعامل مع جسم الإنسان آخذ في التغيير، فلم يعد قاصر على اعتبار الجسم الحامل المؤقت للروح ككتلة واحدة، وإنما أضحت التعامل مع جسم الإنسان عن طريق تحليله إلى عناصر أعضاء وأنسجة ومشتقات ومنتجات بشرية.

ولم تعد تلك النظرة الكلية إلى الحياة أو الروح باعتبارها الحد الفاصل بين ما يصطلح عليه جسمان وجثمان، وإنما أصبح ينظر إلى الحياة متجزأة كالحياة الخلوية التي تدب في الخلية، الحياة النسيجية، الحياة العضوية... الخ. ولذلك يعتبر جثمان الإنسان بعد خروج الروح بفترة وجيزة حياً حياة

¹ - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه في الحقوق، الطبعة الأولى، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2006، ص. 18-19.

² - المادة 25 المعدلة بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 40. المعدل والمتمم للأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

³ - محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، الحقوق، جامعة الزقازيق، 1986، ص. 72؛ محكمة النقض المصرية 1966/11/1 مجموعة أحكام النقض س17، رقم 199 ص. 1061. مقتبس عن: محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص. 73.

⁴ - محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص. 73؛ عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1984، ص. 137.

⁵ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني عشر، دار صادر بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص. 99.

عضوية. يقول الدكتور فيصل عبد الرحيم شاهين، مدير المركز السعودي لزراعة الأعضاء- الرياض-، أنه لمن المسلمات والحقائق الطبية والفقهية أن "الجسد الميت لا يختلف كيميائياً عن الجسد الحي على الإطلاق لا من الناحية الشكلية أو التشريحية أو حتى من خلال فحص الأنسجة (خزعة قبل الموت وخزعة بعده) والفرق بينهما فقط في تأدية الوظائف"¹. فالغالبية العظمى من خلايا جسد الإنسان وكذلك أعضاؤه لها حياتها المستقلة عن حياة الإنسان كفرد، وكحقيقة مطلقة لا ترتبط أحداها بالأخرى. ومثال ذلك يمكن زراعة بعض الخلايا أو الأعضاء خارج جسم الإنسان أو دراستها بالمعمل ولا تفقد هذه الخلايا حياتها ولكنها تستمر في حياتها الذاتية من هدم وبناء ونماء طالما توافرت لها إمكانية الغذاء المناسب. وهذا ما يبرر من الناحية المنهجية الإحاطة بأثر التطور الطبي على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري، سواء جسم الإنسان حال حياته أو بعد موته (الجثة) من التدخلات الطبية المتسارعة. أما موضوع الحماية فإن القانون يقرر حق الإنسان في سلامة جسمه مما يتهدهده من مخاطر يقذف بها التقدم التكنولوجي الذي زحف بآثاره السلبية على كيانه المادي، والمرتبطة زمنياً بالنصف الأخير من القرن العشرين (النطاق الزمني). ولذلك استشعرت القوانين ضرورة المواجهة التشريعية لحماية الجسم البشري، وتوجهت أنظار الباحثين إلى تناول هذه الموضوعات، فمنهم² من سعى إلى دراسة النظرية العامة للحق في سلامة الجسم ليكون القانون الجزائي بما يحمله من عقوبات وسيلة لمواجهة العنف والتعدي بكافة الوسائل والطرق. ومنهم³ من اتخذ من حماية البيئة موضوعاً لحماية مباشرة فأوصى بإعداد لسياسية جنائية تكفل حق الإنسان في بيئة نظيفة وحقه في سلامة الجسم من مخاطر التلوث كزيادة الأمراض الصدرية، وأمراض القلب، ونسبة ارتفاع الوفيات... ومن الباحثين⁴ من قرن بين حماية الجسم البشري وبين استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الكشف عن الجرائم (الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي) مما يعتبر اعتداء على الكيان المادي أو النفسي... الخ. إلا أننا آثرنا البحث في آثار التطورات

¹ فيصل عبد الرحيم شاهين، تعريف الموت ص:01. بحث مستخرج من الإنترنت الموقع: <http://www.islamset.conu.arabic/abioethics/aieath/moot/fesal.html>

² عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الأول والثاني، دار الفكر والقانون بالمنصورة، مصر، 2008.

³ موفق حمدان الشرعة، المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة "دراسة مقارنة" رسالة أعدت لنيل شهادة دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بيروت، 2003، ص.129؛ عبد الرحمن محمود كساب، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة، الأردن، 2006، ص.68؛ بوشي يوسف، بن الطبي مبارك، حماية الجسم البشري من التلوث البيئي في القانون والاتفاقيات الدولية، مداخلة في الملتقى الوطني حول آليات التغلب والتخفيف من حدة المشكلات البيئية، جامعة أمّ خلدون تيارت، يومي 23-24-2011.

⁴ أحمد شعبان القصاب، تحليل الآثار البيولوجية في حوادث الاعتداء الجنسي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2009، ص.16؛ لالو رايح، أدلة الإثبات الجزائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص.37-42.

الطبية الحديثة على نطاق حماية الجسم البشري والتي فتحت مجالا خصباً للجدل العلمي المثير، لخروجها عن القواعد المستقرة، ومساسها بحق من الحقوق الشخصية المرتبطة بالإنسان، وهو حقه في التكامل الجسدي الذي يتقاسمه مناصفة الفرد والمجتمع. ومن أهم هذه التدخلات الطبية نقل وزرع الأعضاء، التلقيح الاصطناعي، تغيير الجنس، الاستنساخ، التجارب الطبية على الأجنة المجهضة...

ومن حيث وسيلة الحماية فلا شك أن الاهتمام المتزايد بالجسم البشري جعل وسائل الحماية تتعدد، شرعية وقانونية دستورية ومدنية وجنائية واجتماعية (قانون العمل، قانون التأمينات الاجتماعية) ودولية... - ولا غنى عن هذه الجوانب كلها- لكننا اخترنا أن تكون الحماية الجنائية وسيلة الحماية - وبالضبط في القانون الجزائري - مراعاة لأهميتها وفعاليتها في احترام نصوصها ودفع كافة أوجه الإضرار والانحرافات التي تعصف بحصانة الجسم.

وتتحلى أهمية الموضوع ما بين ارتباطه بالجسم البشري، وتعلقه بالشؤون الطبية، ثم الحاجة إلى بناء سياسة جديدة. فيجب الاعتراف بحقيقة مهمة وهي أن هذا الكيان العظيم الذي وصفه الخالق عز وجل بأنه خلقه في أحسن تقويم يجب أن يحترم، فهو مناط الحماية والمسؤولية. لقوله تعالى " يوم تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم بما كانوا يعملون"¹. وقوله " ثم لتسئلن يومئذ عن النعيم"². أيضاً قوله عز وجل " ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولاً"³.

كما أن حق الإنسان في سلامته البدنية من المصالح التي يحرص القانون الجنائي على حمايتها ليظل مؤدياً ووظائفه الأساسية الحيوية لغرض فردي وآخر اجتماعي وأي تعطيل في هذه الوظائف بسبب غير مشروع ينهض المسؤولية الجنائية.

كما أن ارتباط الموضوع بالأساليب الطبية المستجدة أو المستحدثة أهمية لما تثيره من قضايا شائكة وأهمية عملية في حياتنا اليومية وساحات القضاء. خاصة أن بعض هذه الأساليب يتصف بالغموض وسرعة التغيير واختلاف النتائج مما يجعل أمر قبولها صعب، وبعضها الآخر لا زالت موضوعات خلافية بين المهتمين في هذا المجال بين الأطباء والمختصين وعلماء الدين والقانونيين وعلماء الاجتماع والأخلاق.

تأتي أهمية البحث كذلك في إبراز السياسة الجنائية التي تولدت نظير التطور الطبي، ذلك أن السياسة الجنائية لحماية جسم الإنسان - التي تحدد ما يجب أن تكون عليه الصيغ القانونية في أفضل

¹ - سورة النور، الآية.24.

² - سورة التكاثر، الآية.8.

³ - سورة الإسراء، الآية.36.

صورها- يجب أن تتلاءم مع ما استحدثته الطب في النصوص الجنائية أو التشريع بشكل عام، فيجب أن يراعى حجم التطور، وملائمة النصوص لأغراض الجماعة في الحد من التعامل في الجسم بشكل غير مشروع، ومدى فاعلية هذه النصوص في حماية المحل المراد حمايته.

هذا وأن البحث يعتبر دراسة تقييمية للقواعد الجنائية، ومدى تطابقها مع تطور الظاهرة الإجرامية وحجم التطور الطبي.

ومن هنا يمكن طرح الإشكالية التي يتناولها البحث والمتمثلة في ما هو أثر التطورات الطبية الحديثة على نطاق حماية الجسم البشري في القانون الجنائي؟ وتتفرع عنها مجموعة من التساؤلات التالية:

➤ كيف يمكن الموازنة بين تخطي الضرورات الطبية وحماية الجسم البشري؟

➤ وهل نجحت القوانين في إسباغ حماية فعالة من زحف ومخاطر التدخلات الطبية؟

يتلاءم موضوع الدراسة مع منهجين، المنهج الاستقرائي التحليلي الذي يعتمد على جمع المادة العلمية وبيان الحقائق والمعارف التفصيلية المتفرعة عنه وتحليلها، وهو المنهج القانوني الذي يعتمد على بيان الأحكام القانونية وتحليلها بالاعتماد على الآراء الفقهية والأحكام القضائية التي تؤازره، ويفيد في بيان الأحكام الشرعية نظراً لخصوبة الموضوعات وعدم اجتماعها على رأي واحد، فيقتضي بيان الآراء واختيار ما ترجح منها وذلك إيماناً منا بشمولية أحكام الشريعة وتناسبها مع هذه المستجدات.

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

ورغم توافر المراجع المتعلقة بتفاصيل الموضوع بشكل عام، إلا أن إطار الدراسات الجنائية تبدو ضئيلة بالمقارنة مع الدراسات التي تؤسس لنظام قانوني في إطار القانون المدني، وهذا ما يشكل إحدى صعوبات البحث بالإضافة إلى صعوبة أخرى تتعلق بارتباط الموضوع بشؤون طبية حديثة يشق على النفس فهمها في أغلب الأحيان مما يبعث على التقرب من أهل الاختصاص. وعليه سيتم تقسيم هذه الدراسة وفق خطة ثنائية في باين:

الباب الأول: أثر التطور الطبي على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان.

أما الباب الثاني : أثر التطور الطبي على نطاق الحماية الجنائية لجثة الإنسان.

الباب الأول

أثر التطور الطبي على نطاق الحماية
الجنائية لجسم الإنسان

إن من أجلى مظاهر التكريم الرباني للإنسان أن خلقه في أحسن تقويم وأجمل صورة، واعتبر جسمه ملكاً لله تعالى وحده، فلا يجوز لأحد أن يتصرف فيه بما يسوءه أو يرديه، ولو كان صادر من صاحب الجسم نفسه، ولذا حرّمت الأديان السماوية والقوانين الوضعية إتلاف البدن وإزهاق الروح عن طريق الانتحار أو ما يؤدي إليه.

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

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

الفصل الأول

المبادئ العامة للحماية الجنائية لجسم الإنسان

لكل مجتمع نظام قانوني يستند إلى قيم وتقاليد في صورة مجموعة من القواعد المستقرة الآمرة وعدد ثابت من المبادئ العامة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. وعلى اعتبار نسبية فكرة النظام العام تختلف هذه المبادئ وتلك القيم تبعاً لاختلاف الزمان والمكان والأشخاص، وتتمايز في مقابل ذلك القواعد القانونية مستجيبة لسنة فطرت عليها وهي خضوعها لسنة التطور الاجتماعي.

ومن بين القيم والمصالح المرعية التي عنيت التشريعات أو النظم القانونية والدينية بحمايتها الكيان المادي للإنسان أو الجسم البشري. ذلك أن الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي والاعتداء على سلامة

الجسم يؤدي إلى اهتزاز الثقة بالنظام الأمني للدولة. ومن ثم يتعين تحديد مفهوم الحماية الجنائية لجسم الإنسان (المبحث الأول).

ولقد استقر المبدأ العام وصمد في وجه رياح التغيير زمنياً طويلاً وهو مبدأ "حصانة جسم الإنسان" أو "مبدأ حظر التعامل القانوني في الجسد" أو "الأشياء خارج نطاق التعامل"... واستقر بذلك الحق في سلامة الجسم ضمن أولويات الحقوق التي لا يمكن التنازل عنها (المبحث الثاني). إلا أن التطورات الطبية احتزلت بعض هذه القدسية خدمة لهذا المبدأ ورعاية له بإقرار مشروعية التدخل الطبي (المبحث الثالث).

المبحث الأول

مفهوم الحماية الجنائية لجسم الإنسان

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

وبالرغم من أن القانون المدني³ يتضمن جزاء إلا أن الجزء الجنائي يدعو إلى القول بجدارته في ضمان حماية الجسم البشري نظراً للطابع الردعي خصوصاً مع تسارع حركة التطورات التقنية في مجال العلوم الطبية الإحيائية. ولما كان مفهوم الحماية الجنائية على نحو ما ذكر فإن بيان محلها مما تقتضيه هذه الحماية. فالجسم البشري هو المهبط المادي للحياة ومهبط الروح التي تجري في أعضائه مؤدية وظائفها

¹ - مروك نصر الدين، تطور مفهوم الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004، ص.5.

² - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، الجزء الجنائي، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.406؛ محمد علي السالم عياد الحلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص.230.

³ - يضع القانون المدني مبادئ حماية الجسم البشري من بينها:

- أن كل اتفاق على إعفاء من يعتدي على جسم غيره من المسؤولية يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً.
- ليس للدائن استعمال الدعوى غير المباشرة لينوب عن مدنيه في المطالبة بحق متصل بشخص المدين، ومن بين هذه الحقوق ما يتصل بجسمه.
- ليس للمؤمن أن يحل محل المؤمن له في مطالبة المسؤول بما يدفعه للمؤمن له من تأمين عن الأضرار التي أصابت جسم المؤمن له. يوسف فاطمة، الحماية الجنائية لجسم الإنسان في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، المركز الجامعي بشار، 2005-2006، ص.6.

الحيوية، فسيولوجية أو عقلية أو نفسية. وممارسة الحياة في صورتها المثالية يحتم كمال ممارسة هذا الجسد لوظائفه على نحو تام فإذا تعطل عضو عن وظيفته " اشتكى " سائر جسده في مقابل ذلك. ولهذا يتعين بيان مفهوم جسم الإنسان (المطلب الأول)، ثم بداية وجوده (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم جسم الإنسان

يُقصد بالإنسان ابن آدم الذي خلقه الله تعالى وأوجده من هذه الأرض ليعمرها، قال تعالى في أول ما نزل من القرآن في سورة العلق. ﴿ اقرأ باسم ربك الذي خلقَ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ¹ . ولقد احتار العلماء والفلاسفة في معرفة حقيقة وطبيعة الإنسان لشدة تعقيدها ولكون المناهج التي اتبعوها في دراسة هذه الطبيعة مناهج غير سليمة، لغلبة التزعة الفلسفية عليها ولاقتصار كل منهم على جانب من جوانب الطبيعة الإنسانية وبناء على الفلسفة التي يتبعها ذلك المنهج² . وجميع هذه النظريات والمناهج أو المذاهب مبني على التخمين والظن³؛ لأن الأساس الذي بنيت عليه غير صالح للمناقشة والبحث كونه فاسداً رأساً¹ .

¹ - سورة العلق، الآية. 1- 2.

² - هاني سليمان الطعيقات، المرجع السابق، ص. 16.

³ - ومثال ذلك " أرسطو" و"ابن عربي الحلوي" و"ابن سينا" و"ابن رشد"، وكذا عدم الخوض في معنى " هل " في قوله تعالى "هل أتى على الإنسان حين من الدهر لم يكن شيئاً مذكوراً" فبعض المتصوفة يقولون أنها جاءت للاستفهام الإنكاري؛ إذ المعنى (ما أتى على الإنسان زمن كان فيه معدوماً) ويريدون بذلك إثبات القدم النوعي للإنسان، وأنه ليس بمحدث مع أن لجمهور الصحابة والتابعين يرون أن " هل " للتقرير الإيجابي. وتكون بمعنى؛ (أتى على الإنسان حين من الدهر لم يكن شيئاً مذكوراً؛ أي لم ين شيئاً يذكر فيه). سعيد منصور موفعة، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، الجزء الأول، دار الإيمان، الإسكندرية، مصر، 2005، ص. 53. الهامش 1. ومن النظريات التي سادت عن تطور الإنسان قبل نزول القرآن:

يذكر التاريخ أن بعض الدراسات عن تطور أجنة الفراخ كانت سائدة قبل عهد أرسطو طاليس (384-322) قبل الميلاد. وفي عهده سادت نظريتان تفسر نمو الجنين:

1. الأولى: أن تكوين الجنين يبدأ في سائل الرجل أو سائل المرأة حيث توجد مخلوقات صغيرة جدا تنمو فيما بعد داخل الرحم.

2. الثانية: أن الخلق الحقيقي والتكوين يحدث من دم حيض المرأة. وقد أيد أرسطو طاليس هذه النظرية، وأضاف أن أهمية سائل الرجل تكمن في أنه يساعد على عملية التجلط، وقد ذكر أن عملية خلق الجنين من دم حيض المرأة تشبه عملية التجين.

ولم يعارض هذه النظرية أحد حوالي 2000 عام حتى جاء العالم (Redi) عام 1668 وكذلك (Pastrur) عام 1864 وشرحوا

آراءهم الحديثة حول عملية الخلق.

وكتب العالم (Galen) الذي عاش في القرن الثاني الميلادي كتاباً عن علم الأجنة تحت عنوان (تكوين الجنين) وقد كان رأيه في الكتاب مطابقاً لرأي أرسطو طاليس. وفي القرون الوسطى كان القرآن الكريم والرسول صلى الله عليه وسلم هما الوحيان اللذان أوردوا حقائق غاية في الدقة والغرابة عن خلق الإنسان. وأورد العالم (Keith Moore) في كتابه نحو الإنسان الطبعة الثالثة القليل عما جاء به القرآن الكريم. وحتى القرن الثاني عشر كانت الاعتقادات السائدة عامة أنه يوجد داخل البويضة مخلوقات صغيرة جداً وتحتاج فقط للتنبه بواسطة الحيوان المنوي حتى تنشط عملية التكوين والنمو.

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

الفرع الأول

أبعاد الطبيعة البشرية

الإنسان كائن يتميز عن سائر الكائنات بوجود " الشخصية " إلى جانب التكوين المادي العضوي، ولديه قدرات عقلية وميول روحية ومشاعر انفعالية عاطفية، الأمر الذي جعل هذا الكائن ينفصل عن أبعاد حدتها أي القرآن، وهي البعد البشري (أولاً) ثم البعد العقلي (ثانياً) والبعد المتعلق بالبيئة البشرية والطبيعية (ثالثاً) فالبعد الروحي (رابعاً).

أولاً: البعد البشري

يعتبر الإنسان مخلوق حي مفضل في سلم المخلوقات يقوله تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾²؛ خلقه الله من المواد الأرضية في البيئة الطبيعية التي سخرها له ﴿فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ﴾³؛ ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ صَلْصَالٍ مِنْ حَمَإٍ مَسْنُونٍ﴾⁴؛ ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا﴾⁵.

كما وصف العالم (Wolff) في نظريته التي وضعها في منتصف القرن الثامن عشر أن كتلة من الخلايا داخل البويضة والتي يتم خلق الإنسان بالتدرج خطوة بخطوة، ابتداء من الكتلة غير الحادة، حتى مرحلة الجنين الإنساني معقد التكوين، وأطلق على هذه الظاهرة (Epigenesis) وفي عام 1817 وصف العالم (Pander) الطبقات الخلوية الثلاث التي يتكون منها جنين الفراخ. أما العالم (Van Baer) عام 1830 فقد شرح ووسع هذه النظرية لتشمل جميع الحيوانات، وهو أول من وصف الحيوان المنوي، لذلك يطلق (Van Baer) " أب علم الأجنة الحديث " وأول وصف للبويضة على أنها وحدة البناء في الجسم الجنين أطلق العالمان (Prevost , Dumas) عام 1824 ولم يتم فهمها جيدا إلا عن طريق (Schwann , and , Schleiden) عام 1839 والذين شرحا كيف أن الخلية هي الوحدة البيولوجية والتي يتكون منها كل جسم إنسان ونبات. أما العالم (Hertwig) عام 1875 فهو الذي وصف علميا عملية الإخصاب بين الحيوان المنوي والبويضة. وأكد العالم (VanBenden) عام 1883 أن خلايا الجنس في الذكر والأنثى تحمل عدد متساو من الكروموزومات (الجينات). وهنا يقف الإنسان خاشعاً أمام المعلومات التي أثبتتها القرآن من 14 قرناً وهي:

- أن الذكر والأنثى يشاركان بالتساوي في تكوين الجنين.
- أن الجنين لا يكون مخلوقاً قبل التلقيح ولكنه يتكون بعد التلقيح في أطوار متعاقبة. قال تعالى: " مالكم لا ترجون لله وقاراً وقد خلقكم أطواراً". سورة نوح، الآية. 14.13. نبيه عبد الرحمان عثمان، معجزة خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مطابع رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة،

السعودية، لا توجد سنة النشر، ص. 33-36.

¹ - سعيد منصور موفعة، المرجع السابق، ص. 53.

² - سورة الإسراء، الآية. 70.

³ - سورة الحج، الآية. 5.

⁴ - سورة الحجر، الآية. 26.

⁵ - سورة الفرقان، الآية. 54.

لقد حدد لنا القرآن الكريم في أكثر من آية مادة خلق الإنسان بأنه خلق من تراب. ثم بين بأن هذه المادة مرت بمراحل وصور تختلف هيئاتها وصفاتها من مرحلة إلى أخرى، حيث تلي مرحلة التراب مرحلة الطين، ذلك أن الله سبحانه وتعالى عجن هذا التراب فصار طينا ثم وصف هذا الطين باللازب؛ أي اللاصق و الثابت الشديد التماسك، ثم مرحلة الحمأ المسنون أو الصلصال الحمأ وهو الطين اليابس الذي يصوّت إذا ضربه شيء، والمسنون المصور من سنة الوجه وهي صورته ثم مرحلة الصلصال الفخار وهو الطين المطبوخ بالنار وهو الخزف¹.

ثانيا: البعد العقلي

وهو البعد الذي ارتقى به الإنسان وساد على الأرض، ويتمثل في القدرة الفكرية لاكتساب العلم الذي يجمع بين المعرفة لقوانين الكون والطبيعة والإبداع في كشف وتسخير الطاقات الطبيعية². قال تعالى ﴿ علم الإنسان ما لم يعلم ﴾³. ومن ثم فالبعد العقلي هو البعد الأسمى في مصافي الأبعاد البشرية، وهو ما تبين من تلك المنازلة والامتحان الراقي الذي جعله الله بين الملائكة وآدم، وهو أعظم الامتحانات؛ لأن المصحح هو الله جل وعلا، والممتحنين الملائكة وآدم أبو البشر، وقد جعله الله خليفة في الأرض وفضّله بالعلم والعقل ليرتقي به على سائر المخلوقات، وصوره فأحسن صورته، فالأولى أن يرتفع ويسمو ويتزهر عن كل ما يعيبه ويشينه ويغيّر قطره، بمنع كل التصرفات التي تخفض من مقامه بالمحافظة على حياته وسلامة جسمه، خصوصا في ظل التقدم الطبي الحديث.

ثالثا: البعد الذي يتعلق بالبيئة البشرية والطبيعية

وتتمثل في الروابط الحيوية المتبادلة بين الإنسان والبيئة الاجتماعية وبين الإنسان والبيئة الطبيعية بما فيها من كائنات حية وبما فيها من جماد مسخر للحياة⁴. قال تعالى: ﴿ وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ إِلَّا أُمَمٌ أَمْثَلُكُمْ ﴾⁵. ومن ثم فالإنسان ليس كائناً مجرداً ولا ثابتاً مستقلاً، بل تربطه بمحيطه علاقة سببية، وهي العلاقة بين المثير والمثار، والسبب والنتيجة، فيتأثر الإنسان بما حوله من طبيعة جغرافية واجتماعية وثقافية، فيأخذ منها ما يصلح لنموه وتطوره على ضوء ما تسخره الطبيعة من موارد

¹ - سعيد منصور موفعة، المرجع السابق، ص.58.

² - أحمد عروة، آفاق إسلامية لفلسفة وسياسة الصحة، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع 28-01-2008 الموقع:

<http://www.islamset.com/arabic/ahip/immunity/weqaya.html>

³ - سورة العلق، الآية.05.

⁴ - أحمد عروة، المرجع السابق، ص.01.

⁵ - سورة الأنعام، الآية.38.

في إطار المشروعية والنظام العام، ويستفيد مما تقذف به الحياة من تطور مفيد ونافع، ودفع في غير ذلك ما يضر بحياته وسلامته البدنية.

رابعاً: البعد الروحي

يتعلق بالبعد الروحي الذي تتحقق به وتتسم به وظيفة الإنسان الوجودية. والصحة لا تعتبر كاملة إذا فقدت بعدها الروحي. وبهذا البعد كرمه الله وفضّله فنفخ فيه الروح الإلهية¹. ويرى البعض² أن الإنسان يتكون من عنصرين أساسيين:

I. تكوين أرضي (عنصر مادي)

ويتمثل في التراب والماء³ أو ما يتركب منهما، وهو الطين وقد نتج عن ذلك التكوين البيولوجي للإنسان المشتمل على أجهزته وحواسه وأعضائه وحاجاته الأساسية. قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ

¹ - أحمد عروة، نفس البحث، ص. 01.

² - يرى الدكتور نبيه عبد الرحمن عثمان، أنه بدلالة قوله تعالى: "إذ قال ربك للملائكة إني خالق بشرا من طين فإذا سويته ونفخت فيه من روحي فقعوا له ساجدين" سورة، ص، الآية. 72.71. أن خلق الإنسان قد تم على النحو التالي:

1. الطين ويمثل مادة الأرض.

2. عملية التسوية والتكوين.

3. نفخة من روح الله.

فالطين يمثل إحدى مراحل التكوين المادي للأرضي للإنسان، وقد ورد في القرآن الكريم مراحل التكوين والتجمع المادي العضوي، فالأرض هي منشأ الإنسان فمنها ينبت وإليها ينتهي بعد الموت، وفي عناصرها يتكون الإنسان في جوانبه المادية العضوية، ثم نفخة من روح الله يبعث فيه الروح والحياة، ومن هنا كان الإيمان قريباً للنفس، فالتراب يتمثل في مطالب الجسد العضوية والدافع لذلك الجوع والعطش ابتغاء الأكل والشرب، والجانب الروحي يتمثل في مطالب الروحية والخلقية والحرية والإرادة. والجانبان (الأرضي والروحي) يتفاعلان دائماً ولا ينفصلان لبناء الحياة النفسية الإنسانية المتكاملة. نبيه عبد الرحمن عثمان، المرجع السابق، ص. 24.

³ - إنه لو أرجعنا الإنسان إلى عناصره الأولية، لوجدناه أشبه بمنجم صغير، يشترك في تركيبه حوالي (22) عنصراً، تتوزع بشكل رئيسي على: - أكسجين (O) - هيدروجين (H) على شكل ماء بنسبة 65% - 70% من وزن الجسم. والماء وهو مهم جداً في تكوين جس الإنسان، ويساوي 1/3 وزنه، ويساعد الماء على إذابة الغذاء وإيصاله إلى جميع أجزاء الجسم، ويساعد على عملية التخلص من الفضلات، ويدخل في تركيب الخلية، فإما أن يكون متحداً اتحاداً كيميائياً كما في السيتوبلازم أو منتشراً بجزئياتها... - كربون (C)، وهيدروجين (H) وأكسجين (O) وتشكل أساس المركبات العضوية من سكريات ودسم، و بروتينات وفيتامينات، وهرمونات أو خمائر .

- مواد جافة يمكن تقسيمها إلى:

أ . سبع مواد هي : الكلور (CL)، الكبريت (S)، الفسفور (P)، والمنغيزيوم (MG) والكالسيوم (Ca) والبوتاسيوم (K)، والصوديوم (Na)، وهي تشكل 60 - 80 % من المواد الجافة .

ب . سبع مواد بنسبة أقل هي: الحديد (Fe)، والنحاس (Cu) واليود (I) والمنغيزيوم (MN) والكوبالت (Co)، والتوتياء (Zn) والمولبيديوم (Mo).

ج . ستة عناصر بشكل زهيد هي : الفلور (F)، والألمنيوم (AL)، والبور (B)، والسيليونيوم (Se)، الكادميوم (Cd) والكروم (Cr) . نبيه عبد الرحمن عثمان، المرجع السابق، ص. 26.25؛ عبد الحميد دياب، أحمد قرقوز، مع الطب في القرآن الكريم، الطبعة الثانية، مؤسسة علوم القرآن، دمشق، سوريا، 1982، ص. 72-73.

أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ ﴿١﴾؛ وقال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾².

ففي الآية الأولى إشارة على خلق الإنسان من تراب وفي الثانية من الماء، ثم في آية ثالثة من طين³. ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ﴾⁴. وما الطين سوى مزيج من التراب والماء. وفي هذه الآيات السابقة إشارة إلى أن أصل الإنسان ومعدنه الأساسي هو من طينة هذه الأرض ومن معدنها، وبشكل أدق؛ خلاصة من هذه الأرض.

II. تكوين سماوي روحي

ويتمثل في التكوين السيكولوجي للإنسان أو الجانب المعنوي والنتائج عن تلك اللطيفة الربانية التي هي سر الحياة (الروح) وما يستتبعها من عواطف وأشواق علوية، ومن صفات معينة خاصة بالطبيعة الإنسانية⁵.

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

الفرع الثاني

الجوانب المكونة لجسم الإنسان

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

أولاً: الجانب المادي لجسم الإنسان

في واقع الأمر عندما يتعلق الحديث عن الجسم البشري فإن السيادة تكون للطب، أما رجال القانون فلا يملكون إلا الخضوع لنتائج وتفسيرات العلم، ثم محاولة تكييف القانون ضمن الوسائل الممكنة مع الحقائق العلمية الطبية والتكنولوجية الحديثة لدمجها ضمن نظام قانوني مع الأخذ في الاعتبار

¹ - سورة الروم، الآية 20.

² - سورة الفرقان، الآية 54.

³ - عبد الحميد دياب، أحمد قرقوز، المرجع السابق، ص. 72.

⁴ - سورة المؤمنون، الآية 12.

⁵ - هاني سليمان الطعيمات، المرجع السابق، ص. 18.

التوازنات الضرورية لمصلحة الفرد والمجتمع. ولهذا نحاول أن نتعرض للتقسيم العلمي للجسم البشري وفقاً للحقائق العلمية ثم للتقسيم القانوني.

I. التقسيم العلمي لجسم الإنسان

الجسم في اللغة: جماعة البدن أو الأعضاء من الناس والإبل والدواب وغيرهم من الأنواع العظيمة الخلق، والجمع أجسام وجسوم، والجثمان: جماعة الجسم، والجثمان: جسم الرجل. ويقال أنه لنحيف الجسمان، وجسمان الرجل وجثمانه واحد، ورجل جسماني وجثمانني إذا كان ضخ الجثة؛ والجسم الجسد وكذلك الجسمان، والجثمان الشخص؛ وقد جُسم الشيء؛ أي عظم، فهو جسيم وجُسام¹. يقصد بالجسم ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة وهو مجموعة من الأعضاء التي تتكون بدورها من أنسجة متباينة، وقوام هذه الأنسجة خلايا نوعية مميزة لكل نسيج. والإنسان من الناحية المادية " جسد يحتوي على خلايا وأعضاء حية تعمل بوحي ذاتي على مستوى الخلية الواحدة وعلى مستوى العضو"².

تعد الخلية الواحدة الأساسية في تكوين جسم الإنسان، حيث أن تجمعها وارتباط بعضها ببعض يكون أنسجة مختلفة. فجسم الإنسان الحي تعمل جميع أجزائه على كافة المستويات، والخلية فيه تعمل وتدرّك أنها ليست وحدها ولكن ليس إدراك الوعي العاقل، بل إدراك برمجة بما تحويه نواتها من مورثات. وبعض هذه الخلايا تتجدد وبعضها لا تتجدد وحتى هذه الأخيرة تتغير مكوناتها باستمرار³.

يتكون الجسم البشري من الهيكل العظمي، والجهاز الدوري والجهاز التنفسي والجهاز العصبي، والجهاز الهضمي، والجهاز التناسلي. وهذه هي الأجهزة الأساسية وثمة أجهزة أخرى، كالعضلي، واللمفاوي، والبولي وجهاز الإفراز وأجهزة السمع والبصر والشم⁴.

فالجهاز الهيكلي هو الهيكل العظمي الذي يعطي جسم الإنسان شكله الخاص وقوامه الذي يتميز به عن جميع الحيوانات، ويبلغ مجمع العظام مائتين وستة عظمات. والجهاز الدوري وهو المسؤول ضخّ الدم في كافة أنحاء الجسم ويتكون من القلب والأوعية الدموية والدم.

والجهاز الهضمي وهو مجموعة الأعضاء التي تشترك في عملية هضم الطعام من أول دخوله الفم إلى أن تخرج فضلاته من الدبر ويشمل القناة الهضمية، الغدد الهضمية، الأسنان البطن. والجهاز العصبي هو الذي يضطلع بجمع وتحويل ومعالجة المعلومات بالدماغ والأعصاب. ويتكون من الجهاز العصبي

¹ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني عشر، دار صادر بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص.99.

² - نبيه عبد الرحمن عثمان، المرجع السابق، ص.15.

³ - نفس المرجع، ص.19-20.

⁴ - عبد الله إبراهيم موسى، المسؤولية الجسدية في الإسلام، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، 1995، ص.26.

المركزي وهو المخ والمخيخ والنخاع المستطيل والنخاع الشوكي، ثم الجهاز العصبي الفرعي، ويتكون من الأعصاب التي تصل جميع أجزاء الجسم؛ ويخرج من الجسم اثنا عشر زوجاً من الأعصاب؛ ويخرج من النخاع الشوكي واحد وثلاثون زوجاً من الأعصاب وهي المهيمنة على عضلات الجسم وحركتها وعلى جميع الحواس¹.

ويتكون الجهاز التنفسي من الأعضاء المستعملة للتنفس، الأنف والبلعوم والحنجرة والقصبية الهوائية والرئتين. وأخيراً الجهاز التناسلي يعتبر الفارق الحاسم بين الذكر والأنثى، لقيام التزاوج بينهما ويتكون الجهاز التناسلي عند الذكر من الخصيتان، الصفن، القناة الناقلة للمني، الحويصلتان المنويتان، البربخ، القضيب. أما جهاز الأنثى التناسلي فهو متكون من المبيضان، القناة الرحمية، الرحم، المهبل الفرج².

من الملاحظ أن الجسم البشري وفق علماء الطب ينحصر في الجانب الفني العلمي، فبيان الجسم كأجهزة وصف مجمل وكلي، إذ يحتوي كل جهاز على العديد من الأعضاء، والعضو خلاصة من الأنسجة والخلايا، فحماية جسم الإنسان في الجانب العلمي الطبي يقتضي البحث والصراع المستمر لكشف أسرار الأمراض المستعصية التي تطاله. ومن ثم يتيح لهم القانون والشرع التداوي والتطبيب بكافة الأساليب لخلاصه من الأدواء، إلا أن هذه التدخلات الطبية تصطدم بمبدأ عظيم وهو " مشروعية التعامل". وإذا كانت نظرة الطب والعلم فنية وعلمية بحتة، فما هو رأي القانون من تقسيم الجسم البشري؟

II. التقسيم القانوني لجسم الإنسان

لا يجد الفقه القانوني الجنائي صعوبة وهو بصدد تحديد المقصود باصطلاح الجسم البشري بوصفه من المسائل الأولوية لبيان عناصر الركن المادي في جرائم القتل والإيذاء، إذ لا يعدو مفهوم هذا الجسم أن يكون قد تم انفصاله عن رحم أمه لا يشوبه مسخ يخرج عن الصورة التقليدية للبشر. وإن كان هذا المفهوم يبدو واضحاً على صورته البسيطة وكافياً لبيان الأحكام الخاصة بجرائم القتل والإيذاء. فإن الأمر سيشهد قصوراً كبيراً خاصة إذا عرفنا أن هذا البيان المادي محاصرٌ بأنواع عديدة من الممارسات الطبية بوجه عام والمستحدث منها بوجه خاص، حيث أفرزت الطفرة الطبية الهائلة في الآونة الأخيرة قلبه شرسة على عناصر الجسم، خاصة بعد الاكتشاف العلاجات الجينية وظهور الصناعات البيولوجية والتكنولوجيا الإحيائية والتي تعد مشتقات ومنتجات الجسم من أبرز الخامات

¹ - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 26-37.

² - نفس المرجع، ص. 37.

الأولية لنشاط هذه الصناعة. وهذا ما يجعل من محاولة ضبط وتحديد نطاق هذه الممارسات وجوانبها القانونية أمراً لا يدركه المرء إلا بشق الأنفس.

نحاول في هذا الصدد التأسيس لفكرة مفادها أن الجسم البشري لم يعد ينظر إليه كما في السابق بصفة كلية، بل أصبح ينظر إليه بصورة متجزئة، أعضاء، مشتقات، منتجات، كما لم يعد ينظر إلى الروح بأنها مغادرة الروح للجسد بصفة يقينية وكلية، بل أضحى ينظر إلى الروح على أنواع متعددة، حياة خلوية، حياة نسيجية، حياة عضوية... ومن ثم نرى أن يستتبع نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري المراحل التالية لموت الإنسان مادامت أعضائه وخلاياه ومنتجاته تتمتع بهذه الحياة الجزئية. ويتوافق هذا الكلام مع ما جد في الطب الحديث عن استعمالات الجسم البشري واستخداماته في إطار التقنيات الطبية الحديثة، نقل الأعضاء، الاستنساخ، الهندسة الوراثية واستخداماتها كالتحكم في الجنس... وغيرها.

ونستند في هذا المعنى بالتركيز على المعنى اللغوي للجسم كما سبق ذكره¹، وكذا المعنى "الشخص" في القانون أو معنى الشخصية تطبيقاً لنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري، ودلالة معنى الجسم ومحاولة المقارنة بينهما، كما أن زوال الشخصية القانونية وترتيب الآثار القانونية عليها يبدو مستقلاً عن التعامل في الجسم البشري في الإطار الطبي، خصوصاً بعد اكتشاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي، التي تحافظ على الحياة الجزئية للجسم البشري لمدة زمنية طويلة رغم مفارقة الروح للجسد. ولهذا الغاية نحاول أن نبين مكونات الجسم البشري بالنظر إلى أهمية التقسيم في القانون والطب، لأن تحديد مكونات الجسم البشري تحديداً دقيقاً ينقل المسألة من واقعها التقليدي في القانون الجنائي إلى خصوصية تستلزمها دراسة أثر هذه التدخلات الطبية الحديثة على الجسم البشري. وهذا ما يبرر من الناحية المنهجية الإحاطة بمكونات الجسم في نظر القانون، ويمكن الجزم أن الجسم يقسم في الإطار القانوني إلى أعضاء(1) ومشتقات ومنتجات (2) كما يلي:

1- الأعضاء البشرية

العضو في اللغة كل لحم وافر بعظمه. وقيل كل عظم وافر من الجسد بلحمه أو هو جزء من مجموع الجسد. وقد عرفه جماعة بأنه جسم متولد من أول مزاج الأخلاط. والأعضاء الرئيسية هي التي تكون مبادئ للقوى محتاجا إليها في بقاء الشخص، وهي القلب والدماغ والكبد أو في بقاء النوع².

¹ - أنظر الصفحتين 4 و5 من هذه الرسالة.

² - المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، 1979، ص. 610.

والعضو عند الأطباء " مجموعة أنسجة تعمل مع بعضها البعض كي تؤدي وظيفة معينة كالمعدة والكبد والكلية والدماغ والأعضاء التناسلية والقلب وغيرها". والأنسجة التي يتكون منها العضو هي " مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة والخلية هي أصغر وحدة في المواد الحية"¹.

أما تعريف العضو في الفقه الإسلامي فهو كما عرفه مجمع الفقه الإسلامي² على أنه: " أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين سواء كان متصلاً به أم انفصل عنه. إلا أن هذا التعريف يشمل بعض أجزاء الجسم غير واردة في التعريف كالشعر والدم واللبن فهذه ليست أعضاء، وعليه فالتعريف المختار أن يقال بأن العضو البشري هو: " كل جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا لا يتجدد بعد نزعها أو يتجدد وليس من شأنه الترع". ذلك أن الشعر والأظافر من ملحقات الجلد، والجلد عضو بشري، وهو أكبر الأعضاء الظاهرة. ولذلك ينطبق لفظ العضو عليها، غير أنهما ليس بحد ذاتهما أعضاء بشرية. أما بالنسبة لحليب الأم فهو لا يتكون من أنسجة ولا من خلايا، فهو إذن ليس عضواً بشرياً³.

وتبدو حاجة رجل القانون إلى إيجاد تعريف منضبط لمصطلح العضو أكثر من رجل الطب ذلك أن الاختلاف في بيان المقصود بالعضو يؤدي بالضرورة إلى اختلاف الآثار القانونية وتكييف أفعال الانتهاك الواقعة على الجسم البشري.

فلقد نصت المادة 264 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات الجزائري على جريمة وعقوبة العنف المؤدي إلى عاهة مستديمة كفقده أو بتر أحد الأعضاء أو المنع من استعمال عضو أو فقد البصر أو إبطار أحد العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى، فيأتي بيان مصطلح العضو كضرورة لتحديد الركن المادي في جرائم الإيذاء أو العنف والتعدي.

وتنص المادة 161 من قانون 85-05⁴ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها: " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون". ولم تحدد هذه المادة ما المقصود بالعضو ولا المواد التالية لها، غير أنها ذكرت بعض الأعضاء وأجهزة الجسم كالقرنية والكلية لتعلقها بأحكام خاصة.

¹ - محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.09.

² - قرار مجلس الجمع الإسلامي المنعقد بمكة في المملكة العربية السعودية من 18-23 جمادى الآخرة 1408هـ، الموافق 6 - 11 فبراير 1988 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم الإنسان آخر حياً أو ميتاً.

³ - محمد المدني بوساق، المرجع السابق، ص.10-11.

⁴ - قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990.

إن كتابات الفقه الجنائي لا تقدم لنا إجابات وافية في هذا الصدد، وإن كانت تعطي بعض الأمثلة كاليد والساق والرأس. ويرى البعض¹ التمييز بين الأعضاء الضرورية، وبين الأعضاء غير الضرورية التي تبقى الشخص على قيد الحياة. إلا أن هذا التقسيم يشقّ على النفس التسليم به؛ لأنه يؤدي إلى انحسار الحماية الجنائية للجسم، ذلك أن مفهوم الحق في الحياة لا يتحدد نطاقه بالنقطة التي تقابل الموت بل يتسع ليشمل حق الإنسان في أن تسير الوظائف الحيوية. فهناك صلة وثيقة بين الحق في الحياة والحق في التكامل الجسدي إذ أن هذا الأخير يعتبر الدرع الواقي للأول.

وإذا ما اتجهنا إلى القوانين الطبية، فإننا نجد أن المشرع الجنائي والمدني الفرنسي قد أدرك في قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية الصادر في 1994 فائدة ذلك وإن كان لا يعرف العضو البشري، ولكنه في المادة 671 من القانون 94-654 الصادر في 29 جويلية 1994 المعدل لقانون الصحة العامة في الفقرة الأولى أشار إلى تعريف النخاع العظمي بأنه: "يعد بمثابة العضو في تطبيق أحكام القسم الخاص بنقل الأعضاء البشرية"².

أما المشرع الأمريكي فنجده في المادة 301 من قانون الصحة العامة المعدل بالقانون القومي لزراعات الأعضاء الصادر في 19 أكتوبر عام 1984³ لا يعرف العضو البشري وإنما يعدد بعض الأعضاء، حيث أشار إلى الكبد، القلب، الرئة البنكرياس النخاع العظمي، القرنية العظم، الجلد، أو كل ما تضيف عليه اللوائح الصادرة من وزارة الصحة هذا الوصف، ولا يخفى لما لهذا السرد من لغط كبير⁴. وبالنسبة للقانون البريطاني، فإنه وبحق يعتبر من التشريعات الرائدة في وضع تعريف منضبط للعضو، حيث نص في القانون الخاص بتنظيم ونقل وزرع الأعضاء الصادر عام 1989⁵ في المادة 7-02 على أنه: "يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومنتظمة من الأنسجة، والتي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي، إذا ما تم استئصاله بالكامل"⁶.

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002، ص.11؛ محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي وأحكامه القانونية وحدوده الشرعية (دراسة مقارنة)، لا توجد دار النشر، 1990، ص.385.

² - « La moelle osseuse est considérée comme un organe pour l'application des dispositions du présent livre ». Art L. 671. Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. J. O. 30 juillet 1994.

³ - The National Organ Transplant Act (Public Law N° 98-507) 19 October 1984(US code congressional and Administrative News, December, 1984, N° 10 ? pp 2339-2348) , International Digest of Health Legislation (IDHL) 1985-36(3) p.604.

⁴ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.16.

⁵ - Human Organ Transplants Act 27th July 1989, Web-http// www. Organet. Co. Uk/ body/ Hot. See also, International Digest of Health Legislation(IDHL) 1989, 40 (4), p840.

⁶ - In This Act « " Organ" means any part of a human body consisting of a structured arrangement of tissues wholly removed, can not be replicated by the body », Subsec (2). Sec (7), Human Organ Transplants Act 1989.

وتضمن القرار الصادر عن المملكة العربية السعودية لتنظيم عمليات نقل الأعضاء معنى العضو البشري، فجاء في مطلع القرار " يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين. سواء أكان متصلاً به أم انفصل عنه"¹.

وتنص المادة الثانية من قانون المملكة المغربية رقم 98-16² المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها على المقصود باصطلاح العضو بقولها " لأجل تطبيق هذا القانون، يراد بعبارة " عضو بشري" كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلاً للخلفة أم لا والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد".

إن ما يمكن التنبيه إليه في هذا المقام، هو أن التشريعات وإن لم تكن محلاً للتعريف - باعتباره من مهمة الفقه - إلا أنها لم تراع ضابطاً معيناً في التفرقة بين العضو وغيره من أجزاء الجسم. فمنها من أدمجت الأنسجة والخلايا والدماء وكافة السوائل ضمن مفهوم العضو أخذاً بمعيار عدم اشتراط القابلية للخلفة، ومنها من لم تشترط ضرورة انفصاله عن الجسم أو اتصاله، ويبدو تعريف المشرع البريطاني أكثر ملائمة من حيث وضوحه وتحديد المعيار يتمثل في:

- العضو مجموعة متناغمة من الأنسجة.
- عدم إمكانية استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل.

وكل أعضاء الإنسان سواء في نظر القانون داخلية كانت أو خارجية، إذ تحظى جميعها بقدر واحد من الحماية الجنائية. ولهذا يتساوى العدوان عليها جميعاً كالرأس والوجه العين والسن والظهر والبطن والساق والملكات العقلية والذهنية أو العصبية. كما يتساوى العدوان على العضو السليم وغير السليم، بل حتى لو وقع الاعتداء على عضو عاجز تماماً عن القيام بوظيفته كالشلل بالنسبة للقدم واليد، والعمى بالنسب للعينين³.

ويدخل ضمن أعضاء جسم إنسان كذلك كل عضو يكون قد اقتضت الظروف الصحية نقله إليه من الأعضاء البشرية أو غير البشرية كالقلب والكلى أو الرئة وقرنية العين وغيرها من الأعضاء التي أمكن للتقدم العلمي زرعها أيأ كانت درجة قبول الجسم لها⁴.

¹ - قرار من المملكة العربية السعودية رقم (1) 88/08/4 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً.

² - ظهير شريف رقم 208-1.99 الصادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999) بتنفيذ القانون رقم 98-16 عن المملكة المغربية المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

³ - عبد القادر القهوجي، "فتوح عبد الله الشاذلي"، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص.134.

⁴ - نفس المرجع، ص. 134.

أما الأعضاء الصناعية التي يستعين بها الإنسان فلا تصلح لأن تكون محلاً لجرائم الإيذاء، سواء كان استخدامها ضرورياً كالأطراف الصناعية، أو على سبيل الزينة واستكمالاً للهيئة كالعيون الزجاجية والشعر المستعار؛ لأن هذه في نظر القانون والفقه تعتبر في حكم الأشياء التي يتعامل معها معاملة المنقول وتقع عليها جرائم الأموال المنقولة كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة¹.

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

2- المشتقات والمنتجات البشرية

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

ومن أمثلة هذه المشتقات بعض المواد السائلة الداخلة في تكوين الجسم كالدم وكافة المواد السائلة التي تفرزها الغدد على اختلاف أنواعها كاللعاب ولبن الأدمية والسائل المنوي والهرمونات... إلخ².

فبالنسبة للدم فهو عبارة عن " نسيج يتكون من سائل يسمى البلازما (المصل) Plasma تسبح فيه الخلايا الدموية"³. والهرمون " مادة كيميائية تفرزها الغدد الصماء في الدم مباشرة لأداء وظيفة معينة". وعلى ذلك فوظيفة الهرمونات بصفة عامة تنسيق عمل أعضاء الجسم، وفاعلاته، وتحويل الغذاء إلى طاقة، وهي تتكون داخل خلايا متخصصة في هذه الغدد، ثم تفرز إلى الدم مباشرة، حيث تصب

¹ - عبد القادر القهوجي، المرجع، ص. 134.

² - مهدي صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 16-17.

³ - نبيه عبد الرحمان عثمان، المرجع السابق، ص. 135.

وظائف الدم كثيرة ويصعب حصرها. فهو يقوم بنقل الأكسجين وتخليص الجسم من ثاني أكسيد الكربون، ويقوم بالدفاع عن الجسم ونقل المواد الغذائية بعد تحويلها إلى أبسط صورها إلى جميع خلايا الجسم حتى تغذى عليها وتستمر في تأدية عملها المنوط بها. ويعطى الجسم الحيوية والجمال في اللون والمظهر، فإذا نقص الدم أصبح الإنسان شاحباً أصفر. نبيه عبد الرحمان عثمان، المرجع السابق، ص. 138.

الغدد هرموناتها المختلفة في الأوعية الدموية التي تمر بها، فتنقلها إلى الأنسجة المختلفة، فتحصل الأعضاء على احتياجاتها الهرمونية¹.

والهرمونات تختلف في تركيبها الكيميائي، فمنها ما يركب من الأحماض الأمينية، ومنها ما يتركب من الدهون، ومنها ما يتركب من البروتينات. وتتميز الغدد الصماء² بأن إنتاجها من الهرمونات ينتقل إلى الدم، دون أن يمر بقنوات خاصة بها، وهذا بخلاف الغدد اللعابية، والدمعية، والعرقية التي تنتقل إفرازاتها في قنوات خاصة³.

أما السائل المنوي هو " لفظ يطلق على الإفرازات التناسلية للرجل والتي تفرزها الخصية والبروستاتا والحويصلة المنوية...". وباعتبار الخصية هي الغدة التناسلية للذكر، الناتج عن الإفرازات التناسلية للذكر، فهي المسؤولة عن صنع النطف (الحيوانات المنوية)، كما أنها مسؤولة عن إفراز هرمونات الذكورة التي تميز الرجل عن المرأة⁴. وكل يوم ينتج الرجل السليم ملايين من الحيوانات المنوية في خصيته، ويقوم الهرمون المحفز للحويصلات ببدء عملية إنتاج الحيوانات المنوية، بينما يقوم هرمون اللوتنة⁵ بتحفيز هرمون التستوستيرون الذي يساعد بدوره على إنضاج الخلية المنوية، ويصبح الأولاد

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، أحكام الهندسة الوراثية، الطبعة الأولى، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2007، ص.519.

² - وقد أمكن معرفة الغدد الصماء الموجودة في جسم الإنسان، وهي على النحو التالي:

أ. الغدة النخامية.

ب. الغدة الدرقية.

ج. الغدة جار الدرقية.

د. الغدة فوق الكلية.

ه. غدة البنكرياس.

و. غدتان جنسيتان، وهما الخصيتان في الرجل، والمبيضان في المرأة.

والغدة النخامية هي أهم الغدد الصماء؛ لأنها تفرز هرمونات تنظم عمل باقي الغدد، وجميع الغدد تقوم بوظيفتها في إفراز الهرمونات من ولادة الإنسان حتى وفاته، غير الغدد الجنسية فهي لا تبدأ بوظيفتها إلا عند البلوغ، وكل غدة تختص بإفراز هرمونات معينة. سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص.520-521.

³ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص.520.

⁴ - محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والدين، الطبعة الرابعة، مزينة ومنقحة، دار السعودية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1983، ص.110.

⁵ - هرمون اللوتنة: هو الهرمون الذي يفرز من الجزء الأمامي للغدة النخامية، والذي يقوم بدوره بتحفيز هرمون التستوستيرون. طارق عبد المنعم محمد خلف، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص.30.

قادرين على إنتاج الحيوانات المنوية عند البلوغ الذي يبدأ عادة ما بين سن العاشرة والرابعة عشر¹. والمني مكون من شقين:

الأول: وهو " الحيوانات المنوية التي تتكون في القنوات المنوية في الخصية ... وهي المسماة بالنطفة".

الثاني: " هو السائل المنوي الذي يحمل هذه الحيوانات ويغذيها والتي تسبح فيه حتى تصل إلى الرحم". ولقد ورد لفظ المني في القرآن الكريم في ثلاث مواضع، وهي قوله تعالى: ﴿ألم يك نطفة من مني يمنى﴾²؛ وقوله تعالى: ﴿وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى من نطفة إذا تمنى﴾³؛ وقوله: ﴿أفأنتم ما تمنون أن أنتم تخلقونه أم نحن الخالقون﴾⁴.

ومحتويات الحيوان المنوي الذكري، أن له رأساً مصفحاً مديبا وعنقا صغيراً، وذيلًا طويلاً، بواسطته يتحرك وينطلق، حتى يصل إلى البويضة، فيلقحها أو يموت، ورأس الحيوان المنوي يحتوي على أسرار الوراثة كاملة ينقلها من الأب إلى الابن أو البنت على هيئة 23 جسيماً ملوناً (كروموسوماً). أما العنق القصير ففيه مصدر الطاقة لهذه القذيفة الموجهة، وتسمى " الميتوكوندريا" وهي تحول السكر إلى طاقة حتى تمد هذه القذيفة بواجبها أثناء رحلتها الطويلة، ويبقى الذيل موجهها لحركة هذه القذيفة ومساعدتها على السباحة⁵.

إن هذه السوائل - على سبيل المثال لا الحصر - لا يؤدي سحب كميات معينة منها من نفاذها، فالسائل المنوي يستمر تدفقه رغم تكرار خروجه من الجسم. وكذلك الأمر بالنسبة للنخاع العظمي الذي يمكن للمرء أن يتبرع بكمية منه دون أدنى ضرر أو تأثير، حيث تقوم خلايا الجسم بإفرازه من جديد. وهناك مكونات أخرى نسيجية لا تعد من قبيل الأعضاء وإنما من مشتقات الجسم ومنتجاته وقابلة دوماً لتجديد، كبويضة الأنثى وبعض الخلايا العصبية وخلايا الجلد.

لقد أدركت التشريعات مدى إبراز أهمية هذه العناصر البشرية على نحو متفاوت، وذلك في ترتيب الآثار القانونية وتكليف المسؤولية الجنائية الناشئة عن الاعتداء أو المساس بأحد المشتقات والمنتجات البشرية.

¹ - طارق عبد المنعم محمد حلف، المرجع السابق، ص.31.

² - سورة القيامة، الآية.37.

³ - سورة النجم، الآية.45-46.

⁴ - سورة الواقعة، الآية.58-59.

⁵ - محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والدين، المرجع السابق، ص.160.

في مجال التكييف القانوني لهذه العناصر الجسدية اختلاف. فبالنسبة للدم البشري اعتبره البعض عضواً من أعضاء الإنسان، وليس منتجاً من منتجاته، وفي هذا يرى مجمع الفقه الإسلامي¹ في شأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم الإنسان آخر حياً أو ميتاً، بأن العضو: "جزء من الإنسان سواء كان أنسجة أو خلايا أو دماء ونحوها كقرنية العين، سواء أكان متصلاً به أو منفصلاً عنه" والبعض² اعتبره نسيجاً والنسيج مجموعة من الخلايا لكل خلية وظيفة معينة. فهو "عبارة عن نسيج وهو سائل من أشكال النسيج الضام، يجري داخل الجسم البشري في الشرايين والأوردة والأوعية الدموية، ويتكون من مادة سائلة يسمى بالبلازما وتسبح فيه الكريات الدموية البيضاء"³ ويرى جانب آخر أن الدم ومشتقاته يقع بين وصف العلاج ووصف الدواء؛ لأنه ضروري للعلاج، إلا أن هذا الرأي يؤخذ عليه أنه شبه الدم البشري بمنتج دوائي. وقد ذهب إليه القانون الفرنسي الصادر في 21 جويلية 1952؛ ثم صدر القانون الفرنسي الخاص بنقل الدم والأدوية الصادر في 4 يناير 1993 وجاء متغير النظرة، فلم يعتبر الدم منتج دوائي بل أدخله في نطاق عناصر الجسم البشري المشار إليها في القانون 29 جويلية 1994 في المواد (10/665) إلى (16/665)⁴.

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

وقد استهل القانون السابق الذكر في المادة 1-1221 على إمكانية نقل الدم وفق المصالح والمبادئ الأخلاقية الطبية، وأضفى الطابع التبرعي من شخص دون الإعلان عن هويته⁵، وتشير المادة 3-1221 بأنه يمكن أخذ عينات الدم بموافقة المانح من قبل الطبيب أو تحت إشرافه ومسؤوليته، ولا يمكن تخصيص إي تعويض إلى المانح دون المساس بسداد المصروفات المتكبدة في الحالات التي تحدد

¹ - قرار مجلس المجمع الإسلامي المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية من 18-23 جمادى الآخرة 1408هـ، الموافق 6-11 فبراير 1988 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم الإنسان آخر حياً أو ميتاً.

² - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، التطبيقات العملية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الجزء الأول، الكتاب الثاني، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2003، ص.107؛ خطوى عبد المجيد، المسؤولية المدنية عن نقل الدم، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012 ص.15.

³ - خطوى عبد المجيد، المرجع السابق، ص.15.

⁴ - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.99-101.

⁵ - « La transfusion sanguine s'effectue dans l'intérêt du receveur et relève des principes éthiques du bénévolat et de l'anonymat du don, et de l'absence de profit, dans les conditions définies par le présent livre ». Article L1221-1. Code de la santé publique.

مرسوم¹. كما لا يمكن نقل الدم ومكوناته ومشتقاته دون استخدام الاختبارات المعملية والكشف عن الأمراض المتقلة عن طريق الدم².

ولا يمكن نقل الدم ومكوناته للاستخدام العلاجي للأشخاص القصر أو الأشخاص المشمولين بالحماية القانونية - عديمي الأهلية - ومع ذلك ففي حالة القصر يمكن أخذ العينات في الحالات الاستثنائية وبموافقة الوالدين بالشكل الكتابي³. وأضفى المشرع الفرنسي حماية جنائية خاصة وتمييزة للدم البشري بفرض عقوبات عند مخالفة الضوابط القانونية بداية من نص المادة 1-1271 إلى المادة 8-1271 من ذات القانون - نرجى الكلام عنها في حينه⁴.

أما القانون الأمريكي الخاص بزراعة الأعضاء الصادر في 19 أكتوبر 1984 فقد انتهج منهج السرد. ولم يعطي للدم البشري تصنيفاً معيناً كبقية أجزاء الجسم.

ورغم تحديد المشرع البريطاني لمصطلح العضو في القانون الخاص بتنظيم ونقل وزرع الأعضاء الصادر عام 1989 لم تشر القوانين البريطانية لتعريف محدد للمنتجات والمشتقات البشرية. وبمفهوم المخالفة يمكن اعتبار أن ما دون الأعضاء البشرية من دم وهرمونات ... يدخل في إطار المشتقات والمنتجات البشرية⁵.

الأصل أن تدخل عمليات نقل الدم في إطار العلاج في مجمله وبالتالي يخضع للقاعدة العامة في المسؤولية الطبية، أي أنها تقوم على الالتزام ببذل عناية، وقد يتحول التزام الطبيب إلى الالتزام بتحقيق نتيجة؛ بمعنى أنه يلتزم بأن ينقل للمريض دمًا نقيًا خاليًا من الجراثيم، متفقًا مع فصيلة دمه وإن أحلّ بهذه

¹ -« Le prélèvement ne peut être fait qu'avec le consentement du donneur par un médecin ou sous sa direction et sa responsabilité.

Aucune rémunération ne peut être allouée au donneur, sans préjudice du remboursement des frais exposés, dans des conditions fixées par décret». Art L1221-3. Code de la santé publique.

² -« Le sang, ses composants et leurs dérivés ne peuvent pas être distribués, délivrés, utilisés sans qu'aient été faits des examens biologiques et des tests de dépistage de maladies transmissibles.

Le sang, ses composants et leurs dérivés peuvent être distribués et utilisés à des fins de recherche, de contrôle des examens de biologie médicale ou de contrôle des dispositifs médicaux de diagnostic in vitro, à l'exclusion de toute administration à l'homme, avant l'obtention des résultats des examens biologiques et des tests de dépistage prévus au premier alinéa. Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret ». Art L1221-4. Code de la santé publique.

³ -« Aucun prélèvement de sang ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui ne peut avoir lieu sur une personne mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

Toutefois, s'agissant des mineurs, un prélèvement peut être effectué à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible.

Le prélèvement ne peut alors être opéré qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale y consente expressément par écrit. Le refus de la personne mineure fait obstacle au prélèvement. ». Art L1221-5. Code de la santé publique.

⁴ - أنظر الصفحة 153 من هذه الرسالة.

⁵ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 20-21.

المقتضيات أو بأحدها قامت مسؤوليته دون حاجة إلى إثبات إهماله أو رعونته. وقد قضت محكمة باريس سنة 1940 بأن الطبيب يرتكب خطأً لنقله إلى المريض دمًا ملوثًا بمرض الزهري¹.

وإذا لجأ الطبيب المعالج إلى جهة متخصصة لتزويده بالدم كمرکز للدم فيمكن للمريض أن يرجع على الطبيب على ضوء ما ذكر سابقاً. ويمكن له الرجوع على المركز على أساس المسؤولية التصيرية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات، حيث لا تتوفر علاقة تعاقدية بين المريض والمركز، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قالت عكس ذلك² فقد أشارت إلى إمكانية الرجوع على المركز على أساس المسؤولية العقدية، ذلك أن العقد المبرم بين الطبيب المعالج والمركز يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير، فيستطيع أن يرفع دعوى المسؤولية على المركز دون حاجة إلى إثبات خطئه؛ لأن المركز ملزم في صدد ما يقدمه من دماء بتحقيق نتيجة وهي سلامة المرضى³.

ولقد نص قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري⁴ في المادة 158 على أنه: "تتم في الوحدات الصحية المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية وتحضير مصل الدم ومشتقاته والمحافظة على ذلك.

يتولى الأطباء أو المستخدمون الموضوعون تحت مسؤوليتهم جمع الدم، وتحضير المتبرعين الفعال وتحليل مصل الدم وكذلك العلاج بواسطة مصله «البلازما» ومشتقاته. يمنع القيام بجمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية".

ومن خلال هذا النص يتبين مشروعية التبرع بالدم لأغراض علاجية، لقطع الطريق أمام الجدل القائم بشأن هذه العمليات، من حيث الأساس القانوني، والطابع التبرعي؛ أي المجاني، والغرض العلاجي، واشترط جمعه - أي الدم - من طرف الأطباء المستخدمين المكلفون لمنع أي شخص آخر مهما

¹ - محكمة باريس 25 أبريل 1940 دالوز - قضاء - 1946 ص. 191. مقتبس عن: حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، مجلة العلوم

القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الأول والثاني، السنة الثانية والعشرون، يناير ويوليو 1980 ص. 16.

² - نقض فرنسي 17 ديسمبر 1954 دالوز - 1954 - قضاء - 269. مقتبس عن: حمدي عبد الرحمن، بحث سابق، ص. 17.

³ - حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 16-17.

⁴ - إن التنظيم الجزائري بالنسبة لعمليات نقل الدم هو تنظيم موروث عن النموذج الفرنسي لسنة 1952 والذي كان مطبقاً في الجزائر إلى غاية

1968 بموجب قانون ديسمبر 1962 وبعد صدور الأمر رقم 68-133 بتاريخ 1968/6/25 والذي نظم عملية نقل الدم من حيث الهياكل

المكلفة بذلك. ويصدر أول قانون متعلق بالصحة في الجزائر بموجب الأمر 76-79 المؤرخ في 1976/6/23 وركز في المادتين 354، 355

على المبادئ الواجب احترامها عند إجراء عملية نقل الدم وهي مبدأ: المراقبة الطبية لاستعمالات الدم. غياب الربح في كل العمليات المتعلقة بجمع

التبرعات. ثم أخيراً صدر القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

- OSSOUKINE Abdel hafid, Léthique biomédicale, 2^{ème} édition, Dar el gharb 2000, p.228.

كان، وتحت أي ظرف من القيام بتلك المهمة. وألزم المشرع اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية للتكفل بالمتبرع خوفاً من الإضرار بصحته، ومنع صراحة جمع الدم من القصر أو عديمي الأهلية.

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

أما في مصر فقد صدر القانون رقم 178 لسنة 1960¹ الخاص بنقل الدم ونظم عمليات جمعه وتخزينه وأجاز لبنوك الدم الحصول على الدم عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي، ومنح لهذه البنوك الحق في بيع الدم للجمهور. ولا يخفى على كل ذي بصيرة لما لهذا الحكم من ذريعة لاستغلال الدم في المضاربة عند الحاجة.

وتترتب مسؤولية المرفق الطبي في حالة نقل دم ملوث بفيروسات كفيروس السيدا، ويلاحظ أن القضاء الفرنسي كان يأخذ قبل سنة 1991 بفكرة الخطأ الجسيم لمسائلة المرفق الطبي، ويظهر ذلك من خلال بعض الأحكام الصادرة في هذا الصدد كقرار المحكمة الإدارية لمدينة باريس في قضية السيد Ojarle² بتاريخ 1988/5/4. ونظراً للفضيحة التي وقعت فيها الحكومة الفرنسية بسبب قيام المركز لنقل الدم بباريس سنة 1883 إلى أوت 1985 والتي أودت بحياة الكثيرين نتيجة الإصابة بفيروس السيدا عن طريق نقل دم ملوث بالفيروس، أصدر المشرع الفرنسي قانوناً لحماية المتضررين سنة 1991 خاص بالتعويض عن الإصابة بفيروس السيدا بسبب نقل الدم. وترك هذا القانون الخيار للمتضررين اللجوء القضاء أو الصندوق للمطالبة بالتعويض. ومن أجل ذلك يكون المشرع الفرنسي قد أحلّ بهذا القانون فكرة الخطر (Le risque) محل فكرة الخطأ (La Faute) التي تعتبر محور القواعد العامة للمسؤولية الإدارية³.

¹ - القانون رقم 178 لسنة 1960، نشر في الجريدة الرسمية في 12/06/1960 العدد 130. النشرة التشريعية. ص. 1770.

² - تلخص وقائع القضية أن السيد Ojarle رفع دعوى أمام المحكمة دعوى أمام المحكمة الإدارية بباريس يطالب فيها بالتعويض عن الضرر الذي أصابه هو وأولاده القصر من جراء وفاة زوجته بسبب نقل الدم الملوث بفيروس السيدا الذي أجري لها بالمستشفى " ROTSCCHILD " إلا أنه لم يتقدم بدليل سوى شهادة طبية تفيد أن زوجته لم تكن مصابة بأي مرض سهل الانتقال قبل دخولها المستشفى. ورأت المحكمة أن افتراض نقل الدم هو سبب الإصابة بمرض السيدا ولم تكن هناك وسائل كشف السيدا من المتبرعين بالدم، ومن ثم فلا خطأ ينسب للإدارة العامة بباريس فرضت الدعوى على أساس ذلك.

³ - عيساني رفيقة، المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،

2007-2008 ص. 168-169.

أما بالنسبة للبن الآدمية فهو يظل غذاء الطفل الرئيسي، به ينمو جسمه ويقوى، لما يحتويه هذا الحليب من عناصر غذائية عالية القيمة¹. لا يمكن أن يعوضه أي نوع آخر من الألبان، ولا أدل من ذلك من أنه غني بالزنك الذي يقوي الجهاز المناعي للطفل الذي لا يكتمل إلا بعد عامين، وهي المدة بالذات التي قررها الشرع لإرضاع الصغير حتى يكتمل بنائه ومناعته. قال تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾².

ومن هذه الآيات عُلِمَ أن الأصل هو إرضاع الأم لولدها - المرضع - ويمكن لوالده أن يستأجر امرأة - المرضعة - لكي ترضعه فيما يسمى بإجارة الظئر، ومنه اتفق العلماء على مبدأ الانتفاع بلبن الآدمية.

اختلف العلماء حول مدى جواز بيع لبن الآدمية لتضارب آرائهم حول طبيعة اللبن هل هو مال أم أنه ليس كذلك، إلا أن الراجح لدى جمهور الفقهاء هو جواز الانتفاع بلبن المرأة؛ لأن إجارة الظئر جواز على سبيل المنافع لا على سبيل الأموال، وأن ثمن الإجارة هو أجر المرضعة لا ثمن اللبن³. قال تعالى: ﴿فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف﴾⁴.

¹ - عندما يخرج الطفل من الجو المقدم الخالي من الجراثيم في بطن أمه إلى العام الخارجي يضطر على الصراع مع العديد من الجراثيم الموجودة في هذا العالم، ومن أهم ميزات وخواص حليب الأم قيامه بصيانة الطفل وحفظه من أخطار هذه الجراثيم. وتقوم الأجسام المضادة التي تنتقل من حليب الأم إلى الطفل بالصراع مع هذه الجراثيم (التي لم يعتدها الطفل، ولم يعرفها من قبل) وكأما تعرف هذه الجراثيم عن قرب وفي الأيام الأولى خاصة تفرز الأم حليباً خاصاً يسمى اللبأ توجد فيه نسبة عالية من هذه الأجسام المضادة التي سرعان ما تكشف عن صفات الصيانة والحفظ التي تتمتع بها. وهذه الصيانة التي تحفظ الطفل من التأثيرات السلبية الخفيفة والخطيرة للجراثيم تكتسب أهمية كبيرة ولا سيما في الأشهر الأولى من حياة الطفل، وتزداد هذه الصيانة قوة وتأثيراً طول فترة الإرضاع. التركي هارون يحيى، معجزة خلق الإنسان - حليب الأم أول غذاء في الحياة، موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن والسنة، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع 25-02-2008 الموقع:

<http://www.55a.net/firas/arabic>

في دراسات طبية أجريت لإحصائية بمعهد الصحة العالمية بجامعة (جون هويكتر) بالولايات المتحدة الأمريكية وجد أن (04%) من الأطفال الذين يعتمدون على الرضاعة الصناعية يصابون بتشويه في عظام الفك، نتيجة عادة امتصاص الأصابع ودفع حلمة الزجاج، ومحاولة امتصاصها مرات أخرى.

ومن نتائج إحدى الدراسات التي أجريت بكلية الطب بجامعة (كاليفورنيا) وجد أن نسبة الإصابة بسرطان الثدي تكاد تكون منعدمة لدى الأمهات اللاتي يرضعن أولادهن رضاعة طبيعية، بينما كانت نسبة الإصابة بهذا المرض الخطير مرتفعة عند السيدات اللاتي يرضعن أولادهن رضاعة صناعية. عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص: 313.

² - سورة البقرة، الآية: 233.

³ - حبيبة سيف سالم راشد الشامي، المرجع السابق، ص: 80 - 86.

⁴ - سورة الطلاق، الآية: 6.

لقد اعتبرت القوانين الفرنسية المتعلقة بالأخلاق الحيوية¹ حليب الأم من المنتجات المتجددة لجسم الإنسان فهو منتج غدد ذات إفراز خارجي يهدف لاستخدامه من قبل الغير. ويمكن أن يخضع هذا المنتج لعقد الإرضاع وهو عقد مشروع من وجهتين:

- أنه لا يؤثر على التكامل الجسدي لجسم المرأة.
- أنه يحافظ على صحة أو على حياة الغير.

تنص المواد 170-175 من قانون الصحة العامة الفرنسي على عقد الإرضاع بأنه يمكن للمرأة التي لديها طفل لم يتم الستة أشهر إرضاع طفل آخر إذا شهدت وثيقة طبية على استطاعتها أداء هذه الوظيفة المزدوجة وكذلك في حالة حدوث نقص فجائي لحليب امرأة أخرى. وهناك شروط أخرى متعلقة بصحة المرضعات².

وقد ظهرت إشكالية متعلقة ببنوك الحليب، فأصدر فيها مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي فتوى أشار فيها إلى منع إنشاء بنوك حليب الأمهات في العالم الإسلامي وحرمة الرضاع منها³.

إن ما يصدق على الدم ولبن المرأة يصدق كذلك على كافة السوائل الأخرى كالسائل المنوي والنخاع العظمي الذي يمكن للمرء أن ينتزع كمية منه دونما أدنى ضرر حيث يقوم الجسم بإفرازه وتجديده. وهناك أجزاء لا تعد كذلك من قبيل الأعضاء وإنما هي من مشتقات الجسم ومنتجاته كبويضة

¹ - لقد تبني البرلمان الفرنسي في جويلية 1994 ثلاثة قوانين سميت قوانين الأخلاق الحيوية:

أ - القانون رقم 94-548 تاريخ 1 جويلية 1994 المتعلق بمعالجة المعطيات المعيارية وذلك للبحث ضمن مجالات الصحة.

ب - القانون رقم 94-653 تاريخ 29 جويلية 1994 المتعلق باحترام جسم الإنسان . الجريدة الرسمية 30 جويلية 1994.

ج - قرار المجلس الدستوري رقم 94-343 تاريخ 27 جويلية 1994 الجريدة الرسمية 29 جويلية 1994. مقتبس عن: أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 13-14.

² - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 63.

³ - قرار رقم 6 بشأن بنوك الحليب، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 16-18 ربيع الثاني 1406هـ / 22-28 ديسمبر 1985م.

ولقد اعتمد مجمع الفقه الإسلامي هذا القرار على أدلة نبينها فيما يلي:

أن بنوك الحليب تجرّبة قامت بها الأمم الغربية. ثم ظهرت مع التجربة بعض السلبيات الفنية والعلمية فيها فانكشفت وقل الاهتمام بها. أن الإسلام يعتبر الرضاع لحمه كالحمة النسب يحرم به ما يحرم من النسب بإجماع المسلمين. ومن مقاصد الشريعة الكلية المحافظة على النسب، وبنوك الحليب مؤدية إلى الاختلاط أو الرية.

إن العلاقات الاجتماعية في العالم الإسلامي توفر للمولود الخداج أو ناقصي الوزن أو المحتاج إلى اللين البشري في الحالات الخاصة ما يحتاج إليه من الاسترضاع الطبيعي، الأمر الذي يعني عن بنوك الحليب. وبناء على ذلك قرر:

أولاً: منع إنشاء بنوك حليب الأمهات في العالم الإسلامي

ثانياً: حرمة الرضاع منها.

الأنتى وبعض الخلايا العصبية وخلايا الجلد ... لا يتسع المجال للحديث عنها إلا أننا ندرك - من خلال تقسيم القانون لجسم الإنسان ومحاولة الفقه الجنائي - رغبة القانون في إضفاء حماية واسعة على الجسم البشري. هذه الحماية التي تغطي كافة عناصر الجسم وتمنع أي صورة لنقص في التكامل الجسماني أو الإخلال بالأداء الوظيفي للأعضاء، ولا يغني تماماً وجود حماية جنائية خاصة لمنتجات ومشتقات الجسم. يمكننا تأييد مسعى القوانين الطبية لهذه التفرقة التي توافقت مع التطور السريع التي أحرزته التجارب والأبحاث الطبية، وذلك لضبط إطار حمائي في القانون الجنائي. بيد أن هذه التدخلات الطبية أمدت المشرع الجنائي بموضوعات طبية حديثة فتباينت نصوصه وأصبح عاجزاً عن مواجهة هذه التدخلات، خاصة إذا عرفنا أن تلك القواعد العامة في قوانين العقوبات لم تعد تفي بالعرض وعجزت عن توفير القدر اللازم لحماية جسم الإنسان.

وإذا كان الإنسان بما يحتويه من أعضاء بشرية بنماذج مختلفة، منتجات ومشتقات بشرية متعددة تؤدي كل منها وظائف معينة، فإنه أيضاً حالات نفسية وحوادث عقلية تعطي تفسيرات لكل ما يصدر عن جسمه من حركات وتغيرات طبقاً لقوانين علوم الطبيعة والكيمياء والإحياء وعلم وظائف الأعضاء¹. وحينئذ يمكن القول أن الإنسان ليس مجرد جسم فحسب بل هو جسم ونفس وهو ما يستدعي بيان الجانب النفسي للإنسان.

ثانياً: الجانب النفسي لجسم الإنسان

إذا كان من الضروري بيان الجانب المادي للإنسان باعتباره محلاً للحماية الجنائية، فإن ذلك لا يغني من التعرض للجوانب النفسية لحماية الجسم البشري، نظراً للارتباط الوثيق بين الجسم والنفس. وعلى ضوء ما سبق نبين نظرة علماء النفس وعلماء الطب وموقف القانون إلى العلاقة بين الجسم والنفس (I) ثم نتطرق إلى مكونات الجهاز النفسي (II) ونتناول أخيراً مظاهر المساس الجرمي بالجانب النفسي (III).

I. الصلة بين النفس والجسم

إن الدارس لعلم النفس يدرك أن النظرة الثنائية أو الانفصالية بين النفس والجسم تؤدي في كثير من الأحيان إلى صعوبات في فهم الظواهر النفسية والجسمية معاً. ولذلك يفضل تبني الاتجاه الكلي في النظرة إلى الإنسان، ويستخدم مصطلح (الاضطرابات النفسجسمية) للإشارة إلى أمراض جسمية مثل قرح المعدة أو القرحة الهضمية والتي تلعب فيها العوامل الانفعالية دوراً مهماً في نشأتها واستمرارها².

¹ - محمود فهمي زيدان، في النفس والجسد، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1980، ص.13.

² - محمد عبد الرحمن العيسوي، موسوعة علم النفس الحديث، المجلد السادس، الاضطرابات النفسجسمية، دار الراتب الجامعية، 2001، ص.17.

إن الأحاسيس والمشاعر تنعكس في الدماغ على شكل أنشطة كيميائية وكهربائية في بعض الأماكن المحددة فيه، ويبدو أن نقل النيورونات، أي إرسال خلايا الأعصاب، يلعب دوراً هاماً في بيولوجية المشاعر حيث يعتبر المسؤول عن إثارة الضحك والأحزان والمخاوف. فأمام أي ظروف تثير لدينا أحاسيس نعبر عنها من خلال أجسادنا قبل أن تظهر على ملامحنا، إذا تبدأ الأحاسيس في الدماغ، مع أنها غالباً ما تستقر لدينا عبر محفزات خارجية¹.

فمثلاً، حين يشاهد المرء مشهداً مضحكاً، تنتقل هذه المعلومات إلى عدة أجزاء من قشرة دماغه فتشير هذه المعلومات نبضات عصبية محددة في القشرة. تحمل هذه النبضات محل أخرى في النظام الرئيسي فتتشكل مجموعة من الهيكليات في جانب الدماغ الخاص بانفعالات المشاعر، فتؤدي إلى دفع إحساس من السعادة والسرور.

أما الظروف المؤلمة بالنسبة للذاكرة في المقابل، فقد تأتي بإحساس من الحزن ينمو في نواة الدماغ، وتتفاعل في القشرة الأمامية العليا للدماغ إشارات النواة الرئيسية التي تتلقاها فينجم عن ذلك تعبير الحزن، فتلعب هذه المنطقة من القشرة الأمامية للدماغ دوراً هاماً في السيطرة على هذه المشاعر، سواء كانت أحاسيس الحزن أو السعادة².

ونعبر عن علامات خارجية أخرى حين نكون في خطر بترافق هذا الإحساس بالخوف وتسارع في دقات القلب، حيث يضخ القلب مزيداً من الأكسجين والغلو كوز إلى العضلات فتتوقف الدائرة الدموية مؤقتاً عن تمويلها للجهاز الهضمي، لتضاعف من تغذية العضلات فيصبح التنفس أقصر وأسرع لدفع مزيد من الأكسجين في الدم، تتوتر الملامح من الخوف كما تتوتر العضلات أيضاً تحضيراً للعراك أو الدفاع عن النفس³.

إن الملاحظة العفوية تكفي للدلالة على الصلة بين النفس والجسد، فالصحة تنتج أفعالاً نفسية من نوع خاص. وبالمقابل يعمل المرض على إظهار النفس بمظهر مغاير فالمنبهات كالكوتين قادرة على إحداث حالات نفسية قد تؤدي للوقوع في أعمال إجرامية، ومن ثم لم يعد الدارس لحماية الإنسان يقبل الإثنية والانفصالية. فلا يمكن الإطلاع على وظائف النفس وسلوكها إلا بالإطلاع على وظائف

¹ - نبيل خليل، علم النفس والأعصاب، بحث منشور على الإنترنت، ص: 2 تاريخ الإطلاع 16-3-2008 الموقع:

<http://www.nabilkhalil.org/nabil.html>

² - نبيل خليل، المرجع السابق. ص: 2

³ - نفس المرجع، ص: 3.

الأعضاء، فالغضب لا معنى له بل لا وجود له إذا لم يصاحبه تغير في الدورة الدموية والتنفس وضربات القلب... وغيرها من الحوادث الناتجة عن بعض الرسل الكيماوية المسماة بالهرمونات¹.
ويُعتبر الجانب النفسي لدى أصحاب مدرسة التحليل النفسي عند تفسيرهم لأسباب الجريمة بزعماءة "فرويد" السبب الوحيد في السلوك الإجرامي؛ أي أن التكوين النفسي لدى المجرم هو السبب في تحرك التزعة الجُرمية، وأهملوا عامل الوراثة في تكوين سلوك المجرم. فالشعور بالدونية والحرمان العاطفي في الطفولة يشعر المرء بالنقص فيبعثه إلى الإدمان وتعاطي المخدرات ولعب القمار وكلها أفعال مجرمة قانوناً² أو يؤدي به إلى نمو استعدادات إجرامية قد تنشأ عن اتجاهات وميول وعقد نفسية.
من الملاحظ أن عيادات النفس التي تُعنى بالنواحي النفسية والطبية للفرد تعتمد على ثلاث خبرات، خبرة اختصاصي نفسي، واختصاصي اجتماعي، وبالضرورة طبيب الجسم الذي يقوم بالفحص السريري³.

وليست نظرة علماء النفس ببعيدة عن الموقف القانوني ذلك أن هذا الأخير تعامل مع الجسم البشري في مجال ترتيب المسؤولية على أساس الضرر بشقيه الضرر المادي (الجسدي) والضرر المعنوي. فالأضرار الجسدية هي " تلك الأضرار التي تصيب جسد الإنسان الناجمة عن فعل غير مشروع". وهذه الأفعال ليست ذات طبيعة واحدة بل هي متعددة ومتنوعة حسب جسامة الفعل المرتكب. فقد يقتصر الضرر الجسدي على مجرد المساس بسلامة الجسم فيصيبه في عضو من أعضائه دون أن يؤدي ذلك إلى وفاته، ولكن يؤدي إلى التعجيل بوفاته. وقد يكون الفعل من الجسامة بحيث يؤدي إلى وفاة المضرور⁴.
والضرر المعنوي هو " الذي لا يصيب الجسم أو المال، وإنما يصيب الشعور والعاطفة أو الكرامة أو الشرف ". فهذا الضرر يلحق بما يسمّى الجانب الاجتماعي أو المعنوي للشخصية الإنسانية⁵. وهذا ما يؤكد ضرورة بحث أوجه حماية الجانب النفسي في الإنسان. ولتحقيق هذه الغاية تتناول دراسة مكونات الجهاز النفسي، ثم مظاهر المساس بالجانب النفسي للإنسان.

¹ - فاحر عاقل، علم النفس، الطبعة التاسعة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1984، ص. 41-42.

² - عمر محيي الدين حوري، الجريمة أسبابها، مكافحتها، دراسة مقارنة في القانون والعلوم الاجتماعية، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سورية، 2003، ص. 123.

³ - محمد توفيق خضير، مبادئ في الصحة والسلامة العامة، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص. 89.

⁴ - طه عبد المولى إبراهيم، مشكلات التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 2000، ص. 64-65.

⁵ - عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص. 156.

II. مكونات الجهاز النفسي للإنسان

يميل الطبيب النمساوي "سيجمند فرويد" إلى التقسيم الهرمي للجهاز النفسي حيث يرى أن هنالك ثلاثة أنظمة مكونة للجهاز النفسي، تعمل هذه الأنظمة في تناغم وتعاون وبمقدار انسجامها يكون استواء السلوك. وأول هذه الأنظمة هو Id وهو "المجهول الذي نعلم عنه فقط من خلال تأثيراته ويعني الماضي"؛ وهو "ميراث الأجداد وما نولد به من مكونات نفسية وراثية"¹.

النظام الثاني من الجهاز النفسي هو الأنا Ego وهو "الذي يواجه الناس والمجتمع ويتدبر الأمور ويرسم الخطط وتتحقق به الصورة الذهنية والأحلام"؛ والأنا جزء من الهو يتخرج عنه ويعيش بطاقة الهو. وإذا كان الهو لا منطقي فإن الأنا منطقي، يميز بين الأشياء كفكرة ويدركها كعيان ويدرك الأشياء بالحواس، وهو جهاز أو نظام إداري منظم؛ لأنه ينسق بين مطالب الهو ومطالب الأنا الأعلى، فهو يقوم بإضفاء الشرعية على مطالب الهو فيقننها ويجعلها في مُصرفات اجتماعية يرضى عنها المجتمع².

أما النظام الثالث فهو الأنا الأعلى Superego ووظيفته الأخلاق، وهو يتخرج عن الأنا الذي هو جزء منه، "ويتمثل في الأوامر الوالدية والنواهي والقيم الاجتماعية والمثل الدينية". ولذلك سمي بالضمير، ويسمى أيضا بالأنا المثالي، فهو يحث الأنا على أن تكون له أهداف أخلاقية³.

III. مظاهر المساس بالجانب النفسي للإنسان

لقد ذكرنا فيما سبق أن الإنسان كما يتركب من أجزاء وأعضاء هو أيضاً حالات نفسية وحوادث عقلية. ويمكن تفسير كل ما يصدر عن جسمه من حركات وتغيرات طبقاً لقوانين العلوم الطبيعية والكيمياء والإحياء وعلم وظائف الأعضاء، واستنتجنا كذلك ذلك الترابط المحكم بين النفس والجسم. ومن هذا المنطلق نؤكد على وحادية التأثير والتأثير، فالاعتداء بالضرب والجرح والتعدي المنصوص عليه في قانون العقوبات هو مساس بالجسم، لكنّه يؤدي بصورة غير مباشرة للاعتداء على الجانب النفسي، وحينئذ يمكننا القول أن للاعتداء على الجانب النفسي من الإنسان مظهران، مظهر مباشر وغير مباشر.

¹ - فيصل عباس، التحليل النفسي والاتجاهات الفرويدية - المقارنة العبادية - الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1996، ص.33.

² - فيصل عباس، المرجع السابق، ص.33-34.

³ - نفس المرجع، ص.34.

للنفس في الإسلام دلالة خُلُقِيَّة إذ تميز بين ثلاث درجات:

النفس الأمارة بالسوء واللومة والمطمئنة، فأما النفس الأمارة بالسوء فإنها تعبر عن الغرائز الشريرة والشهوات الحيوانية وما يصاحبها من انفعالات وعواطف جامحة وعلى الإنسان جهادها.

وتعبر النفس اللومة عن الضمير أو الوازع الذي يغذيه، فإذا ما تخلصت النفس من سلطان الرغبات الجامحة والإسراف في إشباع غرائزها صارت نفس مطمئنة. محمود فهمي زيدان، في النفس والجسد، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1980، ص.13.

إن من مظاهر الاعتداء على النفس - بصورته المباشرة - التخويف. فلقد ثبت أن إحدى التفسيرات التي وضعت لشرح أسباب مرض الربو الخوف اللاشعوري عن الانفصال عن الأم ويتأتى ذلك من قمع الطفل عن الرغبة في البكاء، نتيجة لخطأ في العلاقة بين الطفل والأم¹. وهناك صور أخرى للاعتداء على النفس، فقد يلجأ الجاني إلى إبلاغ المجني عليه بأخبار سيئة أو إحداث رعب وقلق في نفسيته مما يسبب له تخیلات وأوهام تخلف آلاماً نفسية.

ويعتبر التهديد جريمة من الجرائم الواقعة على الحرية²، والتي تعد بدورها من الجرائم الواقعة على الجانب المعنوي من الشخصية الإنسانية؛ إذ أن الحالة النفسية أو المعنوية تمثل إحدى عناصر الحق في سلامة الجسم.

يتفق التهديد مع الإكراه المعنوي كمانع من موانع المسؤولية من حيث أن كليهما ينال الحالة النفسية للمجني عليه فكلاهما قوة معنوية تنطبق على هذه الحالة. ولكن ليس كل تهديد يشكل إكراهاً معنوياً، أي مانعاً من موانع المسؤولية وإن كان العكس صحيحاً³.

وقد يستخدم الجاني إكراهاً وضغوطاً نفسية مثيرة تتعلق بشخص المختطف - بالنسبة لجريمة الاختطاف⁴ - فتظهر آثارها على المجني عليه كالبرد الشديد والحرارة الشديدة والمعانات من قرحة المعدة، وهي ردود أفعال تستدعي التصدي لهذا الخطر (رد الفعل الإنذاري). كما أن الاعتداءات كالحرق أو القطع أو العدوان تأثر على جزء من الجسم أكثر من بقية الأعضاء ويقوم الجزء المختص في الجسم بعمل رد الفعل (التكيف اللازم)⁵.

¹ - محمد عبد الرحمن العيسوي، في الصحة النفسية والعقلية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1992، ص.190.

² - تنص المادة 284 من قانون العقوبات الجزائري: "كل من هدد بارتكاب جرائم القتل أو السجن أو أي اعتداء آخر على الأشخاص مما يعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد وكان ذلك بمحرر موقع أو غير موقع عليه، أو بصور أو رموز أو شعارات يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج، إذا كان التهديد مصحوباً بأمر بإيداع مبلغ من النقود في مكان معين أو بتنفيذ أي شرط آخر. ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر".

³ - كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الشرف والحرية، الدار العلمية الدولية للنشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، لا توجد سنة النشر، ص.170.

⁴ - تنص المادة 291 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من احتطف أو قبض أو حبس أو حجز أي شخص بدون أمر من السلطات المختصة وخارج الحالات التي يجيز أو يأمر فيها بالقبض على الأفراد. وتطبق ذات العقوبة على من أعار مكاناً لحبس أو لحجز هذا الشخص. إذا استمر الحبس أو الحجز لمدة أكثر من شهر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة".

⁵ - محمد عبد الرحمن العيسوي، في الصحة النفسية والعقلية، المرجع السابق، ص.186.

أضف إلى ذلك أن هناك علم يسمى "علم الطب النفسي" وهو فرع من فروع الطب البشري يهتم أساساً بالأمراض العقلية أو الاضطرابات العقلية ذات الأصل العضوي أو العصبي وما يتعلق بها من مشكلات التوافق الشخصي¹.

وهناك ما يسمى "علم النفس القضائي" وهو يدرس العوامل النفسية التي تؤثر في جميع المشتركين في الدعوى الجنائية، كالقاضي والمتهم والمحامي والشهود والمبلغ والجمهور عامة ويستهدف مراعاة الظروف النفسية للمجرم. ويدرس قدرة الشهود على التذكر والعوامل التي تؤثر في الشهادة. كما يدرس أثر الإيحاء في نفسية المشتركين في الدعوى².

إن العاملين في مهنة الطب النفسي والعصبي يشيرون أن الدور النفسي كثيراً ما يكون سبباً في الاعتداء عليهم فيقعون ضحية للنوازع الإجرامية التي تعترى مرضاهم. كما أن كثيراً من الأطباء المشتغلون في حقل الأمراض النفسية العصبية تعرضوا لمخاطر جرائم القتل والإيذاء من قبل مرضاهم³.

لقد تعرض فقهاء القانون الجنائي إلى إمكانية القول بوقوع القتل بوسائل معنوية كترويع طفل ضعيف الأعصاب بطريقة متتابعة ومتصاعدة حتى ينهار فيموت. فيرى جانب من الفقه الجنائي⁴ أن القتل لا يقع بالوسائل المعنوية. وينبعث هذا الرأي من اعتبارات عملية هي استحالة إثبات رابطة السببية وهو عنصر لازم لقيام الجريمة. غير أن ما استقر عليه هو التسوية بين الوسائل المعنوية ذات الأثر النفسي وبين الوسائل المادية في إحداث القتل. وكما يمنع القانون القتل بالضرب يمنعه كذلك بالترويع. وهذا الأخير كالضرب يمس سلامة الجسم، غاية ما في الأمر أن الضرب يحدث تأثيره على المحيط المادي لجسم الإنسان بينما يحدث الترويع آثاره داخل هذا الجسم نفسه فيهدر سلامته⁵.

ولا يغير من القول صعوبة إثبات العلاقة السببية بين الوسيلة النفسية وبين الوفاة أو إذابة الجسم؛ لأنها مشكلة تدخل في القانون القضائي أو الإثبات وتلك مشكلة أهل الخبرة وعليهم حلها، وهي مسألة موضوعية يقع عبء التحقيق فيها على قاضي الموضوع وإذا تعذر إثبات العمد فلن يصعب إثبات الخطأ⁶.

¹ - مصطفى خليل الشرفاوي، علم الصحة النفسية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص. 54.

² - محمد عبد الرحمن العيسوي، موسوعة علم النفس الحديث، المجلد الثاني، تصميم البحوث النفسية والاجتماعية والتربوية، دار الراتب الجامعية، 2001-2002، ص. 17.

³ - أحمد عبد اللطيف الفقي، الجاني والمجني عليه وحقوق وضحايا الجريمة، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2003، ص. 25.

⁴ - حسن محمد أبو السعود، قانون العقوبات المصري، الطبعة الأولى، القسم الخاص، 1951، ص. 13. ؛ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، 1978، ص. 416.

⁵ - محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص. 415-416.

⁶ - نفس المرجع، ص. 416.

وهناك اعتداءات غير مباشرة على النفس وذلك عن طريق الاعتداء على الجسم فتختلف آثاراً نفسية، وترتبط العلاقة بين الدماغ والسلوك الإنساني؛ لأن الجهاز العصبي المتكون من الدماغ والحبل الشوكي قد يؤدي إلى تقلصات عضلية عندما تستقبل هذه العضلات مثيرات عصبية آتية من الجهاز العصبي المركزي في الإنسان. وينتج عن ذلك أن أي خلل في وظيفة الدماغ أو الحبل الشوكي لا بد أن يؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى بعض مظاهر الخلل والانحراف السلوكي أو الجنوح¹.

كما أن الرضوض أو الجروح الفيزيائية التي يحدثها الجناة نتيجة الاعتداء بالأعيرة النارية أو الناتجة من حوادث السيارات أو غير ذلك مما يعد ضمن السلوك المادي لجرائم الإيذاء قد تؤدي إلى تدمير في خلايا المخ - مع العلم بعدم قابليتها للتجدد والتوالد - وقد تؤدي إلى الإضرار بالنفس. وفي حماية هذه الأخيرة حماية غير مباشرة للجسم البشري.

ومن الثابت علمياً أن العاهات والنقائص الجسدية تؤثر بشكل كبير في تكوين الشخصية الإنسانية، وتؤدي أحياناً إلى سلوكيات إجرامية تعويضاً عن النقص². وقد دلت أبحاث أجريت في مصحات عقلية أن 20% من نزلائها سبق الحكم عليهم بجرائم. وأكدت دراسة أخرى أن نسبة المصابين بأمراض عقلية من نزلاء السجون تقدر بحوالي 1.50% من مجموع النزلاء³.

أثبتت أبحاث - أجراها العالمان " ديتيليو Ditullio " و"فيرفاك Vervack" - بوجود علاقة بين مرض السل والسلوك الإجرامي. حيث أكدوا أن هذا المرض هو عامل مهيب للإجرام وهو يضاعف من حساسية الاختلال النفسي. ويؤكد علماء الإجرام أن هذا المرض يؤثر على الغريزة الجنسية مما يجعل المصاب به يقدم على ارتكاب جرائم جنسية وجرائم العنف⁴.

تهدف بعض الوسائل الحديثة في الإثبات إلى التأثير النفسي للشخص ودفعه إلى قول الحقيقة مهما حاول تغييرها أو التخلص منها، وذلك باستخدام اختبارات بقصد الوصول إلى اكتشاف الجرائم ومعرفة مرتكبيها والأسباب والدوافع والوقائع عن طريق الاستجواب اللاشعوري. ومن بين هذه الوسائل العقاقير المخدرة وهي مواد يتعاطاها الإنسان فتؤدي إلى حالة نوم عميق تستمر فترة لا تتجاوز العشرين دقيقة ثم تتبعها فترة اليقظة، ويبقى الجانب الإدراكي سليماً فترة التخدير على الرغم من فقد

¹ - محمد عبد الرحمن العيسوي، في الصحة النفسية والعقلية، المرجع السابق، ص.184.

² - علي محمد جعفر، الأحداث المنحرفون، الطبعة الثالثة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996، ص.36.

³ - عبد الرحمن محمد أبو توتة، علم الإجرام، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 1998، ص.186.

⁴ - نفس المرجع، ص.178.

الإنسان القدرة على الاختيار والتحكم الإرادي مما يجعله أكثر قابلية للإيحاء ورغبة في المصارحة والتعبير عن مشاعره الداخلية. وتسمى هذه الطريقة من التخدير بالتحليل العقاري أو (مصل الحقيقة)¹.

إذن فطريقة التحليل العقاري أو مصطلح الحقيقة هي " نمط خاص من التحليل النفسي تستخدم فيه العقاقير المخدرة في سبيل اكتشاف العالم الذاتي الفردي للحصول على بيانات تطابق الحقيقة ما كان الشخص المستجوب ليدي بها أو يقررها لو لم يستعمل معه المخدر"². ولقد ثار خلاف في الفقه حول مشروعية استعمال العقاقير المخدرة في التحقيق الجنائي بين مؤيد ومعارض لاستعماله.

فالاتجاه المؤيد³ يرى إمكانية استعماله في حالات معينة خاصة، إذ أن تحقيق العدالة يعد من أهم المسائل التي تهدف إليها الدعوى العمومية. كما يؤكدون على أن هذا الإجراء لا يترتب عليه دائماً المساس بحرية الشخص إذا ما قورن بالضغط النفسي الذي يوقعه المحقق على المتهم عادة ابتداء من القبض عليه إلى حين إحالته على جهات الحكم. ولا يعتبر استخدام المخدر وسيلة إدانة فحسب، بل هو أساساً وسيلة دفاع. وله أهمية بالنسبة للمتهم للكشف عن الاضطرابات النفسية والعضوية الأمر الذي يؤدي إلى معرفة الدوافع والبواعث على ارتكاب الجرم.

ونظراً لخطورة هذا الإجراء فقد حدده أنصاره بحالات للجوء إليه كحالة الجرائم الخطيرة كجرائم الاغتيل والقتل والحريق. ولا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة، ولا يكون الهدف منه الحصول على الاعتراف بالإدانة وهو تحت تأثير المخدر. كما يجب ألا يطلق يد القضاء في استعماله فيلزم أن يصرح بذلك بمقتضى قرار مسبب يقبل الطعن فيه أمام جهة قضائية، وأن يقوم به خبير متخصص بحضور قاضي التحقيق أو عضو النيابة العامة أو محامي المتهم⁴.

وأتيج للقضاء الفرنسي فرصة ليعلن عن رأيه في مدى مشروعية استخدام التحليل التخديري، وذلك أثناء نظره لقضية البنتوتال الشهيرة (Penthotal) والتي أصدرت فيها محكمة السين⁵ ببراءة الخبراء الذين قاموا بحقن المتهم بحقنة المخدر بقصد تسهيل استجوابه من تهمتي إحداث جرح وانتهاك سر المهنة. وفي حكم آخر للقضاء الفرنسي أصدر قاضي التحقيق لمقاطعة أكس آن بروفنس قراراً في يناير

¹ - علي أحمد عبد الزعي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب ناشرون، طرابلس، لبنان، 2006، ص522.

² - علي أحمد عبد الزعي، المرجع السابق، ص522.

³ - عدنان عبد الحميد زيدان، ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة، رسالة دكتوراه، حقوق، القاهرة، مصر، 1983، ص145-148؛ محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص180-181؛ سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، مصر، 1969، ص180.

⁴ - علي أحمد عبد الزعي، المرجع السابق، ص523-524.

⁵ - محكمة السين، 28 فبراير 1949. مقتبس عن: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص183.

1961 يرفض الطلب المقدم من المتهم باستجوابه تحت تأثير العقاقير المخدرة عن الجريمة المنسوبة إليه. على أساس أن هذا الأسلوب لا يندرج تحت طرق الإثبات المقبولة في القانون الفرنسي¹.

أما الاتجاه المعارض² فيرى استخدام المخدر في مجال الإثبات إجراء غير مشروع؛ لأنه غير قانوني حتى ولو تم برضاء المتهم؛ لأن الشرعية لا تكتسب من رضاء المتهم وإنما من نص القانون. كما يعتبر ضرباً من ضروب الإكراه المادي، وهو ما لا يتلاءم وحقوق الدفاع مع ما ينطوي عليه وفقاً للأبحاث الطبية الحديثة التي أكدت على خطورة هذه المواد على جسم الإنسان. ولا جدال على عدم مشروعيتها طبقاً للنصوص الدولية والدساتير التي تقرر حق الفرد في الحياة والحرية والأمن وعدم إخضاعه للتعذيب، وأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته. لكن يمكن استخدام المخدر بوصفه وسيلة علاجية مشروعة تساعد على التشخيص الطبي الفني لمعرفة ما إذا كان المتهم يخفي مرضاً نفسياً أو عقلياً أم لا³.

وفي اعتقادنا أن تقنية استعمال المخدر في مجال الإثبات الجنائي غير مشروعة للأسباب التي ذكرناها، لأنها منافية لحقوق الإنسان وحرياته وإضراراً بالمصلحة الفردية وهي حماية السلامة الجسدية، في جانبها المادي والنفسي معاً، فضلاً عن عدم مشروعية الدليل الجنائي في الإثبات بمخالفته لقرينة البراءة.

وهناك طريقة أخرى تتمثل في جهاز كشف الكذب وهو جهاز خاص بقياس التغيرات الفجائية التي تحدث للمتهم، وذلك عن طريق قياس تنفسه ونبضه وضغط دمه في وقت واحد. وبذلك يتبين منها مدى علاقته بالجريمة في أثناء استجوابه عن تفصيلاتها⁴.

وهناك وسائل أخرى كالتنويم المغناطيسي⁵ - إذا استعمل في إطار غير قانوني - والذي يقصد به عملية افتعال لحالة نوم غير طبيعي، يصاحبه تغيير في حالة النائم نفسياً وجسمانياً فتنتظم الذات الشعورية للنائم، وتبقى ذات لاشعورية تحت سيطرة ذات خارجية هي ذات التنويم المغناطيسي¹.

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 183. 184.

² - Donnedieu de VABRES, La justice française et L'emploi du penthotal, Rev.int. de pol. 1949, p. 2 ; S. D, La nario-analyse devant la justice, G.P. , 1949, I, Doc, pp. 37-38.

مقتبس عن: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 180. الهامش 1؛ سامي صادق الملا، المرجع السابق، ص. 181؛ محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 191. 192.

³ - علي أحمد عبد الزعي، المرجع السابق، ص. 526-527.

⁴ - علي أحمد عبد الزعي، المرجع السابق، ص. 529.

⁵ - فوائد العلاج بالتنويم الإيحائي :

يعد العلاج بالتنويم الإيحائي واحد من أكثر الوسائل العلاجية سلامة وفعالية لعلاج معظم حالات الأمراض النفسية و يعزز العلاج بالتنويم الإيحائي القدرة على الاستقلال و القدرة على مواجهة المشاكل، بالإضافة إلى زيادة التغلب على العديد من المشاكل النفسية والتعامل معها بصورة صحية... =

تستخدم هذه التقنية في معالجة العديد من الأمراض أو في التخفيف من بعض الآثار الجانبية للعمليات كالتزف أو الصدمات أو الخوف. كما يعتمد التنويم المغناطيسي في تخفيض درجة الألم الجسدي إلى أبعد الحدود، وبالتالي فهو يوفر استخدام المسكنات لما فيها من آثار جانبية رهيبية على المدى البعيد.

ويرى بعض الباحثين والمعالجين بهذه التقنية بأنه لا تؤدي هذه التقنيات آثار سلبية على صحة الإنسان ولكن هناك مخدور أخلاقي واحد مهم وحاسم ألا وهو أن لا يساء استعمال التنويم المغناطيسي لإعادة برمجة العقل الباطن بشكل سلبي، وبالتالي إيقاع الشخص الذي نُوم في مطبات جنائية أو إجرامية أو الإساءة إليه واستعباده جسدياً ونفسياً، أو زرع أوهام ومخاوف معينة في داخله يمكن أن تتلف حياته بالكامل².

وفي اعتقادنا أن استخدام تقنية التنويم المغناطيسي يعتبر عملاً غير مشروع في الإثبات ولا يمكن الاعتداد بالدليل الجنائي المأخوذ بهذه الطريقة، كما أنه يعتبر اعتداء صارخ على السلامة الجسدية والصحية للإنسان إذ يتسبب في أرق شديد، وهو يدخل ضمن وسائل الضغط النفسي والوسائل التعسفية في مجال التحقيق الجنائي لذا يجب حظرها.

كما أنه مخالف لمبدأ قرينة البراءة المنصوص عليها في المادة 45 من الدستور الجزائري " كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية إدانته". فضلاً عن أن هذه الطرق تؤدي إلى الإخلال بحق الإنسان في حياته الخاصة. كما تنص المادة 39 من ذات الدستور بأنه " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميها القانون". وبالتالي لا بد من منع هذه الأساليب في كل مراحل التحقيق والمحكمة ولو كان برضا المتهم، حماية للجانب النفسي للجسم البشري، وأكثر من ذلك تجريم استعماله مع كافة الوسائل والطرق المؤدية إليه.

وإذا كان الجسم البشري بوصفه محلاً للممارسات الطبية الحديثة، ومناطقاً لحماية القانون الجنائي يتفرع عن عناصر مادية ونفسية، فهل يكفي لإضفاء وصف الجسم عليه واستحقاقه للحماية اكتمال

... وتشمل المميزات الايجابية للعلاج بالتنويم الإيجابي إلى درجة عالية من الاسترخاء وتقليل من مستوى التوتر والشد العصبي، ويوصي العديد من الأطباء و المعالجين النفسيين بأهمية استخدام العلاج بالتنويم الإيجابي كوسيلة علاجية فعالة لحياة أفضل. د. زهير بن حسن خشيم، معالج بالتنويم المغناطيسي بالسعودية، كيف يعمل العقل تحت تأثير التنويم المغناطيسي - الإيجابي؟ بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الاطلاع: 18-3-2008

الموقع: <http://www.almarsaa.net/newreply.php?do=newreply&p=25649>

¹ - ممدوح خليل بجز، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ص. 522

² - زهير بن حسن خشيم، معالج بالتنويم المغناطيسي بالسعودية، كيف يعمل العقل تحت تأثير التنويم المغناطيسي الإيجابي؟ بحث منشور على

الإنترنت، تاريخ الاطلاع: 18-3-2008، ص. 1 الموقع: <http://www.almarsaa.net/newreply.php?do=newreply&p=25649>

جميع عناصره المادية (الجانِب المادي) وعناصره النفسية (الجانِب النفسي) أم أن هناك شرط آخر لا بد من توافره ؟ وهو ما نَجيب عنه تباعاً.

المطلب الثاني

بداية وجود جسم الإنسان (الجانِب الروحي)

إذا كان الإنسان تبعاً لما تقدم جسد يحتوي على خلايا وأعضاء حية تعمل على وحي ذاتي على مستوى الخلية الواحدة، وعلى مستوى العضو، فإن هناك شرط لازم لا بد منه وهو توفر أسباب هذه الحياة مادياً بالإضافة إلى روح قد نسميها نفساً أو ذاتاً إنسانية، وبها يتم تحديد شخصية هذا الإنسان وفرديته¹.

ذكرنا سابقاً أن القانون الجنائي لا يجد صعوبة في تحديد اصطلاح الجسم البشري حيث أن مفهوم الجسم البشري في فقه القانون الجنائي، لا يعدو أن يكون هذا الكيان البشري الذي انفصل عن رحم أمه حياً لا يشوبه مسخاً يخرجُه عن الصفة التقليدية للبشر².

ولما كان وجود الجسم ينحصر بين نقطتي البداية والنهاية، فإن الوقوف عند حقيقة هذه البداية يعد الفيصل في تحديد وجود الجسم البشري، لما لهذا الأمر من أهمية تتمثل في شرط اكتساب هذا الكيان وصف الجسم - لحظة وجوده - وهو سريان الحياة فيه بشكل يتيح لجميع أجزائه القيام بوظائفها الطبيعية والحيوية المنوطة بها. بالإضافة إلى دوره في بيان الإطار الزمني الذي تستغرقه الحماية الجنائية للجسم البشري بتحديد البداية. وعليه نتعرض للحظة الوجود الإنساني (الفرع الأول) وذلك ببيان مجمل الآراء، ثم مدى استجابة هذه الآراء للحماية الجنائية لجسم الإنسان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

لحظة الوجود الإنساني

ما زال الكثير من المصطلحات والمفردات في حاجة إلى تحديد، حتى بعد ظهور الموسوعات المختلفة التي أماطت اللثام عن بعضها، ومن المصطلحات التي يكتنفها الغموض إلى حد ما مصطلح الحياة. ولعظم الآثار التي تترتب على حياة الإنسان، كان عظم أهمية تحديد مفهوم الحياة، لبيان متى يعد الإنسان حياً، ولتعلّم عند نقيض ذلك الوقت الذي يعد فيه من عداد الأموات. ومن هذا المنطلق يتعين علينا بيان تعريف الحياة، أو الروح (أولاً) ثم أطوار الكائن البشري وما يستتبع كل مرحلة من حماية جنائية (ثانياً).

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 02.

² - نفس المرجع، ص. 09.

أولاً: تعريف الحياة (الروح).

يمكن تعريف الحياة بأنها " مجموعة من الوظائف الموجودة عند الكائن الحي التي تجعله يتغذى ويطرح وينمو ويتكاثر ويتفاعل مع مختلف المؤثرات التي تحيط به". وهو " مجموع ما يشاهد في الحيوانات والنباتات من مميزات تفرق بينها وبين الجمادات مثل: التغذية والنمو والتناسل وغير ذلك"¹. وهي أنواع كثيرة:

- الحياة الخلوية وهي " التي تدب في خلية واحدة مستقلة كحال البويضة المخصبة".
- الحياة النسيجية وهي " التي توصف بها مجموعة من الخلايا الحية غالباً ما تكون في مزرعة مختبر ما كحال البويضة المخصبة بعد انقسامها وتكاثرها وانتشارها ووصولها إلى طور العلقة والمضغة".
- الحياة العضوية " وهي ما تبقى من حياة في بعض الأعضاء عند استئصالها حية من جسم لزرعتها في جسم آخر".
- الحياة الجسدية وهي " حياة الإنسان في حالة النوم أو التخدير وفقد الوعي وهي حياة ليس بها وعي ولا حركة".
- الحياة الإنسانية اليقظة " وهي التي تشتمل على الحس والوعي والحركة"².

قال الله سبحانه تعالى: "ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين، ثم جعلناه نطفةً في قرارٍ مكين ثم خلقنا النطفة علقةً فخلقنا العلقة مضغةً فخلقنا المضغة عظماً فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين"³؛ وقال وتعالى: "يا أيها الناس إن كنتم في ريبٍ من البعث فإننا خلقناكم من ترابٍ ثم من نطفةٍ ثم من علقةٍ ثم من مضغةٍ مخلقةٍ وغير مخلقة"⁴.

ولقد شاع فهم بين كثير من علماء المسلمين السابقين والمعاصرين على أن زمن أطوار الجنين الأولى: النطفة والعلقة، والمضغة، مدته مائة وعشرون يوماً، بناء على فهم منطوق حديث جمع الخلق الذي رواه الإمام مسلم وغيره؛ عن عبد الله بن مسعود قال: حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " إن أحدكم يُجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك، ثم يكون في ذلك

1 - أحمد القاسمي الحسني، علامات الحياة والمات بين الفقه والطب، دار الخلدونية، الجزائر، 2001، ص.25.

2 - نفس المرجع، ص.26.

3 - سورة المؤمنون، الآية.12-14.

4 - سورة الحج، الآية. 5.

مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الله الملك، فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات: بكتب رزقه، وأجله، وعمله، وسقي أو سعيد...¹.

لكن هذا المفهوم - وفقاً لبعض العلماء- لزم أطوار الجنين الأولى وأنها تقع في ثلاثة أربعينات،² يتعارض مع الحقائق العلمية المعتمدة في علم الأجنة الحديث.³

إنه وبدلالة نصوص الوحي من الكتاب والسنة وعلم الأجنة القديم والحديث يتبين وبما لا مجال للشك فيه أن الأطوار الثلاثة الأولى؛ النطفة والعلقة والمضغة تكون في ستة أسابيع وليس أربعة أشهر. وأن نفخ الروح يكون بعد اكتمال التسوية والتعديل والتصوير بخلق العظام وكسوتها باللحم والجلد وخلق السمع والبصر في نهاية الأسبوع الثامن من الحمل. ولا نود مناقشة هذا الموضوع - الآن على الأقل - ونرجئ الكلام عنه في معرض الحديث عن "إجراء التجارب على الأجنة المجهضة" المبحث الثالث من الفصل الثاني من الباب الثاني⁴.

¹ - رواه مسلم، كتاب القدر، باب الخلق يخلق والشقاوة والسعادة. الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري دمشقي، مختصر صحيح مسلم للإمام ابن الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، الجزء الثاني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1987، ص. 488.

² - وهناك بحوث إسلامية عديدة في هذا المجال جاءت مدعمة لهذا الرأي منها بحث الدكتور زغلول النجار حيث يقول:
" لقد أثبتت دراسات علم الأجنة أن تكون عظام الجنين يبدأ بعد الأسبوع السادس مباشرة أي في بداية الأسبوع السابع من بدء الحمل وهنا تتضح ومضة الإعجاز العلمي في قول المصطفى (صلى الله عليه وسلم) إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها..."

وبالفعل أثبتت دراسات علم الأجنة أنه مع بداية الأسبوع الثامن تبدأ مرحلة تكون العضلات وكسوة العظام باللحم والجنين يتراوح طوله بين 2 سم و3 سم. ثم تبدأ مرحلة النشأة الآخرة من بداية الأسبوع التاسع إلى الأسبوع الثامن والثلاثين من حياة الجنين وتبدأ الخواص البشرية بالظهور التدريجي عليه، ويتم ذلك ببطء حتى بداية الأسبوع الثاني عشر، ثم يتسارع حتى لحظة الميلاد". زغلول النجار، من الإعجاز العلمي في السنة النبوية، نفخ الروح بعد ستة أسابيع من عمر الجنين، ص: 1 بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 25-3-2008 الموقع:

<http://www.ahram.org.eg/archive/2003/11/5/RAMA4.HTM>

ومن الأبحاث كذلك بحث أولكول هاسكول- باحث تركي- : يرى بأن بداية الحياة الحقيقية تتم حينما يصل الجنين إلى الأسبوع التاسع، أي بعد اليوم السابع والخمسين، بعد أن تتشكل العظام وتتكون العضلات وقبل تشكل السمع والبصر؛ في هذا الحين فقط يتكون لدينا كائن متعدد الخلايا وليس فقط مجرد كتلة من الخلايا الحية المتلاصقة بعضها إلى بعض. فالروح تتطلب وجود مادة فردية. ولا يوجد مثل هذا كائن بشري له أعضاء؛ فالحيوان المنوي أو البويضة اللذان يعيشان مستقلين في عزلة عن بعضهما البعض لديهما القدرة على إنتاج كائن، كما أن الجنين الذي هو عبارة عن مادة حيوية تحتوي على الحامض النووي إل "DNA" له قابلية التحول إلى إنسان، وهو ما يعني أنه لم يصبح إنساناً حقيقياً بعد، لذا يقال إن الجنين أقرب إلى أن يكون كائناً حياً من مجرد الحيوان المنوي والبويضة. من هنا يمكننا القول إن القدرة المعلوماتية للبويضة الملقحة (Zygote) والجنين في مراحلها الأولى لا تكفي لتوجيه أي شيء خاص بالكائنات الحية ولا تكفي كمادة جينية ثابتة لكائن حي. أولكول هاسكول، الترجمة عن الإنكليزية: بهاء الدين إبراهيم، نفخ الروح ... متى تبدأ الحياة، بحث منشور على الإنترنت، في مجلة هيراما قرين، مجلة علمية ثقافية، العدد: 8 (يوليو - سبتمبر) 2007 تاريخ الإطلاع: 25-3-2008، الموقع:

<http://www.hiramagazine.com/index.php>

³ - عبد الجواد الصاوي، أطوار الجنين ونفخ الروح، ص: 1 بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 25-3-2008 الموقع:

<http://themanomaktoobblog.com/527198>

⁴ - أنظر من الصفحة 505 وما بعدها من هذه الرسالة.

وعلى كل فإن الكائن البشري يمر بالعديد من الأطوار منذ التقاء الحيوان المنوي بالبويضة وحتى اكتمال التكوين ووجود الجنين في صورته النهائية، وتستتبع كل مرحلة حماية جنائية متميزة وهو ما سندرسه تباعاً.

ثانياً: أطوار الكائن البشري

يمكننا التمييز بين طورين أساسيين في تكوين الجسم البشري لما يترتب عليها من أحكام قانونية مختلفة وتباين كبير في مجال الحماية الجنائية لهذا الجسم، فالطور الأول، مرحلة البويضة المخصبة والعلقة فالمضغة واكمال الخلقة، والطور الثاني، وهو مرحلة ما بعد اكتمال الخلقة والتأهب للترول.

I. مرحلة البويضة المخصبة والعلقة فالمضغة واكمال الخلقة

وهي مرحلة ما قبل اكتمال الجنين في صورته النهائية ويبدأ من الحيوان المنوي والبويضة والتقاؤها مروراً بالنطفة فالعلقة- وذلك وفقاً للترتيب القرآني والعلمي - وحتى بداية نهاية اكتمال تكوين الإنسان على الصورة التي يولد عليها. وتكمن أهمية هذا الطور من الناحية القانونية في أن المواد والعناصر البشرية التي يتشكل منها الجنين تظل مندرجة تحت بند المنتجات الجسمانية لكل من الذكر والأنثى الذي نشأ عن التقائهما بداية مراحل تكوين الجنين، وذلك إذا ما تمت عملية الإخصاب سواء إخصاب طبيعي أو اصطناعي؛ أي داخل أنبوب وخارج نطاق الجسم البشري¹.

أفرد المشرع الفرنسي تنظيمياً خاصاً لدراسة الأحكام الخاصة بالأجنة البشرية في مراحل تكوينها الأولى. وتؤكد أن الحد الزمني الفاصل بين الانتقال من الأجنة من نطاق الحماية الجنائية المقررة للأمشاج والمنتجات البشرية إلى نطاق الجنين بمعناه الدقيق، وبوصفه محلاً في جرائم الإجهاض، إنما يتمثل بمرور فترة العشرة أسابيع منذ بداية الحمل والتي نص عليها قانون الصحة العامة الفرنسي في المادة 162. فيعد المساس بالجنين بعد هذه الفترة مشكلاً لجريمة إجهاض في إحدى صورها المنصوص عليها في قانون العقوبات².

والنتيجة أن أي مساس بالحيوان المنوي أو البويضة في هذه الحالة يعد مساساً مباشراً بالسلامة الجسدية لأي من الرجل والمرأة هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن نطاق الحماية الجنائية التي تحكم هذه المرحلة تخضع لجريمة الإجهاض التي تضمنتها قوانين العقوبات.

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 24.

² - نفس المرجع، ص. 33.

ويعرف الإجهاض عند رجال القانون " بأنه إنهاء حياة الجنين أو إعدامه قبل أن تكتمل الحلقة وينفصل عن جسم أمه"¹، وهو " إنهاء لحالة حمل قصداً قبل موعد الولادة الطبيعية"².

يتضح من هذين التعريفين أن الإجهاض يتحقق عندما تنتهي حالة الحمل قبل موعدها الطبيعي سواء بإخراج الجنين من رحم أمه قبل موعد الولادة الطبيعي حتى ولو خرج حياً، أو بقتل الجنين داخل رحم أمه. ولا شك أن إخراج الجنين حياً قبل موعد الولادة الطبيعي يؤدي غالباً إلى موته بعد فترة. كما أن قتل الجنين داخل الرحم يفضي إلى خروجه حفاظاً على صحة الأم³.

ويفترض في الإجهاض وجود الحمل إذ لا يقع الإسقاط إلا على امرأة حامل، فإذا كانت المرأة المعتدى عليها غير حبلية، فإن جريمة الإجهاض لا تقوم حتى في صورة الشروع⁴. على عكس ما كان المشرع الفرنسي يأخذ به - قبل التعديل - إذ كان يعاقب على من يحاول إجهاض امرأة ولو كانت غير حامل إذا كان يعتقد بوجود الحمل.

أما المشرع الجزائري فقد عاقب على الإجهاض في المواد من 304 إلى 313 سواء كانت امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية⁵ أو باستعمال طرق وأعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى، وسواء وافقت المرأة على ذلك أم لم توافق، كما عاقب المشرع على مجرد الشروع.

ويفهم من هذا أن المشرع الجزائري قد أسس قيام جريمة الإجهاض⁶ على مجرد وجود الحمل فعلاً وافتراساً؛ أي عند وجود البويضة الملقحة منذ التلقيح حتى تمام عملية الولادة الطبيعي⁷. ويعني هذا

¹ - أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1986، ص.171.

² - محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار العلمية الدولية، 2002، ص.144.

³ - محمد سعيد نور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الأولى، الجزء الأول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص.177.

⁴ - نفس المرجع، ص.180.

⁵ - من الأدوية التي يستخدمها الطبيب لإجهاض الجنين:

- الحقن المضادة لمادة (البرجسترون) المسؤولة عن تثبيت الحمل.

* - استخدام مادة (البروستاجلاندين) القاتلة للجنين من طريق الحقن في الوريد أو العضل أو الرحم أو الكبسول المهبلية. عباس شومان، إجهاض الحمل وما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الدار الثقافية للنشر، القاهرة، مصر، 1999، ص.41.

⁶ - يستعمل المشرع الجنائي المصري لفظ الإسقاط، وهذا يعني أن المشرع المصري افترض بقاء الأم على قيد الحياة ولكن لا ينفي قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الأوان ولو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الأم. (نقض مصري: 1976/6/6 أحكام النقض س 27 ق 132 ص:596، 1970/12/27 س 21 ق 302، ص.125) حسن صادق المرصفاوي، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1994، ص.1064.

⁷ - أعطى المشرع الجزائري مركزاً قانونياً للمضغة والحمل، واعتبرهما صاحبي حق، فقد جاء في المادة 25 من القانون المدني أن: "... الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حياً". وتنص المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري على قضية صحة الوصية للجنين بقولها: "... تصح... =

أن الجريمة تتوافر بصرف النظر عن مراحل تطور الجنين سواء كان بويضة ملقحة في الأيام الأولى من الحمل، نفخت فيه الروح أم لم تنفخ¹. ولا يسعنا إذ ذاك إلا التسليم بهذا الرأي حفاظاً على حماية الجنين واستغراقها لكافة مراحل تخلقه.

يتحقق الشروع مثلاً في الإجهاض متى ثبت أن الضحية رفضت من تلقاء نفسها شرب المادة المسقطة المقدمة لها من طرف المتهم².

وهناك حالات الضرورة المنصوص عليها في المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري والتي تبيح الإجهاض³ إذا استوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر، بشرط أن تتم هذه العملية من طرف طبيب أو جراح وفي غير خفاء بالإضافة إلى شرط إبلاغ السلطة الإدارية.

تنص المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها⁴ على أنه: "يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروري لإنقاذ حياة الأم من الخطر، أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بمخطر بالغ، يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجرى بمعرفة طبيب اختصاصي".

وعاقبت المادة 309 من قانون العقوبات المرأة التي تجهض نفسها أو تحاول ذلك، وليس ذلك فحسب بل عاقب المشرع على مجرد التحريض ولو لم يؤد هذا التحريض إلى نتيجة. (المادة 310)⁵.

...=الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً". وتنص المادة 128 من نفس القانون: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث ... حملاً وقت افتتاح التركة" وتضيف المادة 134 على شرط واقف بقولها: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حياً، ويعتبر حياً إذا استهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة". الأمر 02-05 المؤرخ في 27 يوليو 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 الصادر في 11/6/1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

¹ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.77.

² جنائي 15 ماي 1990 رقم 450 مقتبس عن: أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة الثالثة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص.119.

³ يسمح القانون التشيكوسلوفاكي والسويدي بالإجهاض في حالة إصابة الجنين نفسه بمرض وراثي حسيماً. وسمح القانون الإيطالي والبولندي والبرازيلي بالإجهاض إذا كان ناتجاً عن جريمة اغتصاب أو فسق بين المحارم.

أما في الصين فقد أصبح اللجوء إلى الإجهاض إجبارياً وتمارسه الأم مكرهة محاولة من المشرع الصيني للحد من النمو الديمغرافي، ويعتبر هذا التشريع استثناء من القاعدة العامة، وأمام مشكلة النمو السكاني في الهند لجأت الحكومة إلى القيام بحملة واسعة من أجل التعقيم والإجهاض، مما أدى إلى نقمة شعبية ضد الحكومة وساهمت هذه المشكلة إلى حد كبير في طرد "أندير غاندي" من الحكم. مفتاح محمد أفريط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، 2004، ص. 228، 229.

⁴ القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 08 سنة 1985. المعدل والمتمم.

⁵ المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الإجهاض ولو لم يؤدي تحريضه إلى نتيجة ما وذلك بأن:

- ألقى خطاباً في أماكن أو اجتماعات عمومية،

تبدأ حماية المشرع لحياة الجنين منذ لحظة الإخصاب؛ أي عند تلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة. ويستمر الجنين بهذا الوصف طوال فترة الحمل، وحين تبدأ عملية الولادة تنتهي حالة الحمل وينتهي الحديث عن جريمة الإجهاض. وكما أنه لا إجهاض قبل عملية الإخصاب فلا يعد من قبيل الإجهاض الأفعال التي تستهدف الحيلولة دون الحمل¹.

ويثور التساؤل عن تدمير اللقيحة في الإخصاب خارج الرحم عندما يتم التلقيح بالتحام الحيوان المنوي بالبويضة وحصل منها لقيحة كاملة وشرعت هذه اللقيحة في الانقسام إلى عدة خلايا، ويتكون منه جنين أو بداية أولى للجنين، فهل يعتبر ذلك إجهاضاً أو تدميراً لمنتجات الجسم قبل نقلها؟

في الحقيقة لم تتطرق التشريعات إلى مثل هذه المسألة ويرى الدكتور "محمد أفريط" أنه لا يجوز تدمير اللقيحة² ويجب على المشرع الجنائي أن يتناولها بالعقاب كالإجهاض لحماية للأجنة³.

وحفاظاً على صحة الجنين فقد نصت العديد من التشريعات على وقف تنفيذ الأحكام الجنائية. كما جاء في المادة 155 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري⁴ التي نصت على تأجيل تنفيذ عقوبة الإعدام المحكوم بها على المرأة الحبلية بعد أن تضع حملها، أو كانت مرضعة لطفل تقل سنه عن 24 شهراً⁵.

- أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو في غير علانية أو عرض أو ألق أو وزع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية أو وزع في المنازل كتباً أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسوماً أو صوراً رمزية أو سلم شيئاً من ذلك مغلفاً بشرائط موضوعاً في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل،
- أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة".

¹ - محمد سعيد نور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص. 181.

² - في مقابل هذا الرأي يرى الدكتور سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ "والذي يظهر - والله أعلم- هو وجوب إتلاف اللقائح المجمدة الزائدة، وذلك بتركها دون عناية طبية بحيث تموت في الحال... ولا شك أن مفسدة بقاء اللقائح أعظم من مفسدة تركها دون عناية طبية حتى تموت في الحال، لأنه قد يترتب على بقائها استغلالها في حمل غير مشروع...". سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي (أطفال الأنابيب)، الطبعة الأولى، المجلد الثاني، كنوز أشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2009، ص. 613.

³ - مفتاح محمد أفريط، المرجع السابق، ص. 229، 228.

⁴ - القانون رقم 04-05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي.

⁵ - تسجّم هذه المادة انسجاماً كبيراً مع الشريعة الإسلامية والتي عاملت المرأة الحامل المحكومة بالإعدام معاملة إنسانية رحمة بها وبولدها بعد ولادته، حيث أن النبي عليه الصلاة والسلام قد رد المرأة الغامدية التي أقرت بالزنى حتى تلد، فلما رجعت إليه بعد الميلاد قال لها اذهبي فأرضعيه حتى تطفميه، فلما طفمته أته بالصبي في يده كسرة خبز فقالت هذا يا نبي الله قد طفمته وقد أكل الطعام فأمر برجمها. - مفتاح محمد أفريط، المرجع السابق، ص. 167.

أما في الشريعة الإسلامية فقد تعرض الفقهاء إلى تعريف الإسقاط بأنه " كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه طفل "ولد أو بنت". كما عرّف الجنين بأنه الحمل أو ما يعبر عنه عند الحنفية¹ بالجنينة على ما هو نفس من وجهه دون وجهه؛ لأن الجنين من ناحية يعتبر نفساً؛ لأنه أدمي، ولا يعتبر نفساً من ناحية ثانية؛ لأنه لم ينفصل عن رحم أمه وهو جزء منها.

أما جمهور الفقهاء فإن الإجهاض لديهم يعد جنائية على الجنين محلها إسقاط الجنين أو إجهاض الحامل والاعتداء على حياة الجنين وهو كل ما يترتب عليه انفصال الجنين عن أمه². ولقد قسم الفقهاء الجنائية في مفهومها الخاص بحسب خطورتها إلى ثلاث أنواع:

1. جنائية على النفس وهي القتل.
 2. جنائية على ما دون النفس وهي الضرب والجرح.
 3. جنائية على ما هو نفس من وجهه دون وجهه وهي الجنائية على الجنين.³
- والجنين عند مالك وأصحابه⁴ هو " كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه ولد سواء كان تام الخلقة أو كان مضغه أو علقه أو دمماً ". ومن ثم يرى مالك مسؤولية الجنائي عن كل ما ألقته المرأة سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو علقة أو دمماً.
- أما الجنين عند الشافعية⁵ وأبو حنيفة⁶ "هو ما فارق العلقة والمضغة وبدأت عليها دلائل التخلق وكذا إذا كانت المضغة ولم يتبين فيها شيء من خلق فشهد ثقاة بأنه مبدأ خلق أدمي لو بقى لتصور ويعني أن مسؤولية الجنائي تثبت عما تطرحه المرأة إذا استبان بعض خلقه⁷. وانقسم رأي العلماء في الإجهاض أو الإسقاط قبل نفخ الروح إلى رأيين:

¹ - الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1982، ص.325.

² - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الطبعة السابعة، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، 1986، ص.292.

³ - عائشة سعيد، جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع 25-3-2008 الموقع: <http://aichasa3id.maktoobblog.com/764848>

⁴ - أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، الجزء السابع، دار الفكر العربي، ص.80؛ التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، دار الرشد الحديثة، الدار البيضاء، المغرب، 1991، ص.718؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص.22.

⁵ - الماوردى، الحاوي الكبير، تحقيق: علي معوض و عادل عبد الموجود، الطبعة الأولى، الجزء الثاني عشر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.385.

⁶ - الكساني، الجزء السابع، المرجع السابق، ص.325.

⁷ - عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص.295.

أولاً: يقول بمنع الإجهاض قبل نفخ الروح¹ وهم الأمام مالك وبعض الحنفية ودليلهم أن العلقه والمضغة ابتداء خلق آدمى له حرمة ولا يحل انتهاكها.

ثانياً: يقول الرأي الثاني بالإباحة² وهم جمهور الشافعية والحنفية والظاهر من كلام الحنابلة ودليلهم أن محصول الحمل قبل نفخ الروح قطعة لحم قد لا تكون جنيناً، أما الإجهاض بعد نفخ الروح فهو حرام إطلاقاً ولم يخالف في ذلك أحد³.

ويرجع هذا الانقسام إلى اختلاف الفهم في حديث نفخ الروح في الجنين، لاعتقاد البعض أن نفخ الروح يحدث بعد انتهاء زمن طور المضغة الذي ينتهي بنهاية الأربعين الثالثة. وعليه أفى العلماء بجواز إجهاض الجنين وإسقاطه خلال الشهور الأربعة الأولى من عمره، بلا ضرورة ملجئة؛ لأن حياته في هذه الفترة حسب فهمهم حياة نباتية، لم تنفخ فيها الروح الإنسانية بعد⁴.

والمهم من كل ذلك أن الإجهاض بعد نفخ الروح حرام بالإجماع بدون عذر، فإن كان هناك عذر قاهر كتحقق موت الأم إذا بقي الجنين في بطنها فقد أجاز العلماء ذلك.

وأما في الإجهاض قبل نفخ الروح فمنهم من حرم ذلك بإطلاق أو كرهه، ومنهم من حرمه بعد الأربعين يوماً وهو رأى أقوى. وقد أجاز بعض العلماء إسقاط الجنين قبل الأربعين وقبل التخلق لبعض الأعدار منها: الخوف على حياة الأم ومنها كون النطفة من زني، ومنها التأكد من تشويه الجنين⁵.

ولقد أقيمت في ما نحن بصدد الحديث عنه عدة ندوات " ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام " و" ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها " وحاول فيها الفقهاء إعطاء حماية أكبر للمنتجات البشرية في صورة البويضة المخصبة أو المضغة أو العلقه إلى غاية اكتمال الجنين، فالحياة تبدأ من وقت نفخ الروح في الجنين، وتستمر ملازمة له إلى أن تفارق الروح بدنه، قبل ولادته أو بعدها. ومن ثم لا يجوز الاعتداء عليه في أي مرحلة يكون فيها، سواء نفخت فيه الروح أو لم تنفخ. إذ جاء في توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المنعقدة بالكويت سنة 1983 ما نصه: " استأنست الندوة بمعطيات الحقائق العلمية

¹ - ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، أحكام النساء، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1993، ص. 273؛ ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، الطبعة الأولى، الجزء الحادي عشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1988، ص. 236.

² - مالك ابن انس، المدونة، الجزء الرابع، دار الفكر، لا توجد بلد النشر وسنة النشر، ص. 481؛ الرملي، نهاية المحتاج، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 380. 381؛ العسقلاني، فتح الباري لشرح صحيح بخاري، المجلد التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1989، ص. 254؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء السادس عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1983، ص. 24.

³ - توفيق الواعي، الإجهاض وحكمه في الإسلام، بحث مستخرج من الإنترنت، تاريخ الاطلاع: 25-3-2008، الموقع

⁴ - عبد الجواد الصاوي، أطوار الجنين ونفخ الروح، ص: 1 بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 25-3-2008 الموقع:

<http://themano.maktoobblog.com/527198>

⁵ - توفيق الواعي، المرجع السابق، ص. 2.

الطبية المعاصرة، والتي بينتها الأبحاث الطبية والتقنية الحديثة، فخلصت إلى أن الجنين حي من بداية الحمل، وأن حياته محترمة¹ في كافة أدوارها، خاصة بعد نفخ الروح فيه، وأنه لا يجوز العدوان عليها بالإسقاط إلا للضرورة الطبية القصوى".

واستمراراً لتأثير المشاركين في مثل هذه الندوات، بأقوال الأطباء، صدرت عن ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها² توصية جاء فيها:

أولاً: بداية الحياة تكون منذ التحام حيوان منوي ببويضة، ليكونا البويضة الملقحة، التي تحتوي الحقيبة الوراثية الكاملة للجنس البشري عامة، وللکائن الفرد بذاته المتميز عن كل كائن حي - على مدى الأزمنة - وتشرع في الانقسام، لتعطي الجنين النامي المتطور المتجه خلال مراحل الحمل إلى الميلاد.

ثانياً: منذ يستقر الحمل في بدن المرأة فله احترام متفق عليه، ويترتب عليه أحكام شرعية معلومة. ثالثاً: إذا بلغ الجنين مرحلة نفخ الروح (على خلاف في توقيته، فيما مائة وعشرون يوماً، وإما أربعون يوماً) تعاضمت حرمة باتفاق، وترتبت على ذلك أحكام شرعية أخرى.

¹ - لا يجوز إجراء التجارب الطبية على الأجنة البشرية، حال وجودها داخل الرحم، إلا إذا كانت الغاية من التجربة العلمية هي الحفاظ على صحة الجنين، أو الزيادة من فرص إبقائه على قيد الحياة، بأن لا تنطوي مثل هذه التجارب على مخاطر من شأنها إلحاق الأذى بالجنين أو إصابته بجروح أو القضاء على حياته. الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في الفقه الإسلامي، بحث منشور من طرف شركة مفكرة الإسلام، منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 1-4-2008 ص. 3 الموقع: <http://www.islammemo.cc/default.aspx> ويقول الدكتور نظمي خليل أبو العطا أن للجنين حقوق في الإسلام .

- الحق في النسب الثابت الموثق.
- الحق في بيئة رحيمة طاهرة.
- الحق في الأصل الوراثي القوي.
- الحق في المساواة مع باقي الأجنة.
- الحق في عقيدة صحيحة.
- حقه في حياة اجتماعية سوية.
- الحق في الحفاظ على حياته.
- حقه في حياة رحيمة صحية.
- الحرص على مصلحته وما ينفعه.
- وقف العقوبة للحامل لصالح الجنين.

نظمي خليل أبو العطا، حقوق الجنين في الإسلام، بحث منشور في موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن والسنة، تاريخ الإطلاع: 1-4-

2008 الموقع: <http://www.55a.net/firas/arabic/index.php>

² - عقدت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالاشتراك مع وزارة الصحة بدولة الكويت ندوتها الثانية من سلسلة ندواتها حول (الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة)، وذلك تحت عنوان "الحياة الإنسانية: بداياتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي". في الفترة ما بين 24-26 ربيع الآخر 1405 هـ التي توافقت الفترة من 15-17 يناير 1985 بفندق هيلتون بدولة الكويت. منشورة على الإنترنت، تاريخ الإطلاع 31-3-2008 الموقع:

<http://www.islamset.com/arabic/abioethics/hayat.html>

رابعاً: من أهم تلك الأحكام، أحكام الإجهاض التي وردت في توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام".

وللعقوبة المقررة للاعتداء على الجنين أوجه عديدة، فإذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً فالعقوبة هي دية الجنين، ودية الجنين غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل. وإذا انفصل الجنين عن أمه حياً ثم مات بسبب فعل الجاني فالعقوبة القصاص أو الدية على اختلاف بين الفقهاء. والدية الكاملة تختلف باختلاف نوع الجنين، فدية الذكر دية رجل ودية الأنثى دية امرأة؛ أي نصف دية الرجل. أما إذا انفصل الجنين بعد وفاة الأم أو لم ينفصل فالعقوبة التعزير، وإذا أدى فعل الفاعل إلى إجهاض الجنين ووفاة الأم فعلى الجاني ديتان - دية المرأة ودية الجنين¹.

II. مرحلة ما بعد اكتمال الخلق والتأهب للتزول

وهو الطور الثاني من مراحل تكون الجنين وهذا الطور يؤدي إلى جدل كبير من حيث تكييف الأفعال الماسة بالسلامة الجسمانية التي تقع عليه. فيرى جانب من الفقه² أنه يشترط لبدء حياة الإنسان أن يخرج الوليد بأكمله من رحم أمه، إذ بمجرد أن يفارق الرحم أصبح له كيان ملموس في الحقيقة والواقع، ومن ثم فهو إنسان سواء قطع الحبل السري أم لم يقطع؛ لأن هذا السبيل هو في حقيقة الأمر طريقة إلى التغذية في تلك الفترة من حياته، وسبيل الغذاء لا يغير من حقيقة كونه إنسان، وسواء ثبت أنه تنفس عقب الولادة أم لم يتبين ذلك³.

وبصفة عامة أن الاعتداء على الجنين في هذا الفرض يشكل جريمة إجهاض لا قتل. ومبرر ذلك بأن موت الوليد المكون لجريمة القتل يجب أن يتم بفعل يقع من الجاني على الوليد لا على أمه. ولا يتحقق هذا إلا إذا كان الوليد قد استقل تمام الاستقلال عن أمه سواء من حيث الدورة الدموية أم من حيث وسيلة التنفس⁴. وعلى ذلك يعتبر إعدام الوليد ارتكاباً لجريمة قتل. أما الجنين الحي في رحم أمه أو في طريق ولادته وإن كان قد تنفس فلا يعتبر في كلا الحالتين إنساناً حياً، ويصح إذ ذاك تكييفه بجريمة إجهاض⁵.

¹ - عبد القادر عودة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 299-301.

² - كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص. 34؛ محمد

صبيح نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، المرجع السابق، ص. 13.

³ - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، لا توجد دار النشر، 2002-2003، ص. 585.

⁴ - عبد الفتاح مصطفى الصفي، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص: 325.

⁵ - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 586.

ولو أخطأ الطبيب أثناء عملية الولادة خطأ جسيماً وترتب عليه هلاك المولود قبل تمام الولادة فلا تلحق بالطبيب مسؤولية جنائية؛ ولا تتحقق عندئذ جريمة الإجهاض؛ لأن هذه الأخيرة لا تقع إلا إذا حصل ذلك عمداً¹. إلا أن هذا الرأي لم يعد مقبولاً في العصر الحديث لذلك توجه الفقهاء إلى اقتفاء أثر آخر يوفر حماية أكبر، خصوصاً مع التطور الطبي الذي مكن من إجراء التجارب على الأجنة وتدخلات أخرى مشروعة وغير مشروعة.

وهناك جانب من الفقه² يشير إلى أن الجسم يتواجد مع بداية عملية الولادة والانفصال عن الرحم، مع اشتراط بروز جزء منه³.

يلاحظ أن قانون العقوبات السوداني يأخذ صراحة بهذا الرأي، فقد جاء في الشرح الثالث للمادة 246 أن: "تسبب موت جنين في رحم أمه لا يعتبر قتلاً ولكن تسبب موت جنين حي قد يبلغ حد القتل إذا كان أي جزء من أجزاء هذا الجنين قد برز إلى الخارج وإن لم يكن الجنين قد تنفس أو ولد وولادة تامة"⁴.

ولقد وُجّهت لهذا الاتجاه انتقادات كثيرة لعل من أبرزها أن هذا الاتجاه يؤدي إلى انحسار الحماية الجنائية عن الوليد الذي يشق طريقه إلى الحياة وهو مكتمل النمو وقبل بروز جزء منه، وتبقى مسائله الجاني عن جرمته في بداية الحمل - بويضة مخصبة بالاعتداء عليها وإسقاطها - واكتمال تخلق الجنين وبداية الولادة سواء⁵.

وهناك رأي آخر يرى أن جريمة الإجهاض تفقد وجودها بداية من بدء عملية الولادة⁶. ويعني هذا أن وجود الإنسان يحصل ببداية عملية الولادة لا بتمام الولادة فعلاً؛ أي ولو لم يخرج الوليد بأكمله من رحم أمه وينفصل عنها انفصلاً تاماً. وانقسم هذا الرأي إلى قسمين، فذهب البعض⁷ إلى أن عملية الولادة تبدأ ولو لم يتم خروج الجنين كله. والبعض الآخر لا يشترط الانفصال أصلاً ويكفي في ذلك أن

¹ محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 586.

² محمد سعيد غور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص. 19؛ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص. 378. وأنظر: محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 586.

³ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، المرجع السابق، ص. 325.

⁴ محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 587 الهامش 2

⁵ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 26.

⁶ علي محمد جعفر، قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2006، ص. 133.

⁷ جلال ثروت، نظم القانون الخاص في قانون العقوبات، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2000، ص. 44؛ حسني إبراهيم عبيد، الوجيز في قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص. 13؛ حسني صادق المرصفاوي، قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1978، ص. 148؛ عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977، ص. 543.

تبدأ الأم الوضع. ويستوي في ذلك أيضاً أن يخرج بعض الجنين أو لم يخرج وسواء خرج في مواعده الطبيعي أم تأخر بسبب عسر في الولادة أو ضيق في الرحم أو انحراف في وضع الجنين الطبيعي¹. ويتفق هذا الرأي مع من يقول بأن حياة الإنسان تبدأ لا بالولادة بل بالوقت الذي يتوقف فيه التنفس المشيمي للطفل ويصبح تنفسه من رئتيه ممكناً ولو لم يحصل التنفس فعلاً².

أن تأهب الوليد للزول يعتبر الضابط الذي تتحدد بمقتضاه لحظة ميلاد الشخصية القانونية للإنسان، من حيث اعتبار كيانه المادي جسماً بشرياً ترتب أفعال الاعتداء عليه ذات الآثار القانونية الناشئة عما يرتكب من جرائم ضد النفس والسلامة الجسدية. ويؤيد الدكتور " محمد عيد الغريب " هذا المنحى بقوله: " ونرى أن هذا الرأي الأخير هو الأولى بالاعتبار؛ لأنه باكتمال نضج الجنين واستعداده للخروج للحياة يصبح وليداً لا جنيناً، وبذلك يكون خارج نطاق جريمة الإجهاض، ومشمولاً بحماية النصوص التي تعاقب على القتل عموماً"³.

أما المعيار الثاني وهو المعيار الذي اتجه إليه أحدث الفقه الجنائي، كونه يعطي أكثر حماية، خاصة وأن الجنين وقد غدا كيانه المادي مكتملاً ومتخذاً صورته النهائية التي سيولد عليها.

ولقد اتجه إليه القضاء الفرنسي حيث أخذ بمعيار " القابلية للحياة " وهو معيار يعتبر وبحق الرائد في هذا المجال. ويعني أن الحماية الجنائية للجسم البشري تتخلل نهاية تكوين الجنين وحتى بداية عملية الولادة. فيشكل الاعتداء على حياة الجنين القابل للحياة والولادة على نحو طبيعي جريمة قتل عمدي أو بالإهمال، إذا أفضى الاعتداء إلى الوفاة.

أن الطفل يكون قابلاً للحياة إذا بلغ درجة من النمو داخل الرحم بحيث يمكن القول أنه قد يولد حياً ثم يعيش. ونجد أنه من النادر أن يعيش الطفل الذي يولد حياً قبل مضي سبعة أشهر رحمية. بيد أنه توجد حالات لأطفال ولدوا إلى أقل من سبعة أشهر رحمية أحياء ثم عاشوا كأن حدثت في الشهر السادس الرحمي مثلاً. إلا أن هذه الأحوال نادرة ولا يعيش فيها الطفل إلا تحت الرعاية والعناية وظروف خاصة. ومن ثم فإن الطفل يعتبر في نظر القانون الجنائي قابلاً للحياة إذا دل نموه داخل الرحم على أنه قد قضى في الحياة الرحمية أكثر من سبعة أشهر على الأقل وصاعداً حتى الأشهر الرحمية بتمامها⁴.

¹ - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 586-587

² - نفس المرجع، ص. 587 الهامش 2.

³ - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 587.

⁴ - أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض والاعتداء على العرض والشرف والاعتبار والحياء العام والإخلال بالأداب العامة من الوجهة القانونية والفنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 1997، ص. 620.

وكثيراً ما تموت من الناحية الطبية الأطفال القابلة للحياة؛ أي التي تولد بين الأشهر السابع أو الشهر التاسع من الحمل، وذلك بعد ميلادهم لمدة قصيرة من غير أي مرض أو علة اللهم إلا عدم بلوغهم سن النضوج. وأنه كلما قرب العمر الرحمي للطفل إلى التسعة كان الإنذار عن الاستمرار حياً أكثر. ولذلك فإن الطفل التام الأشهر الرحمية عند أكبر الفروض في أن يعيش إذا ما ولد حياً على شريطة تساوي الظروف الأخرى¹.

ويتوافر شرط القابلية للحياة عندما يقرر الطبيب المرافق الملازم للأم أن هناك إمكانية معقولة بقاء الجنين حياً خارج الرحم بمساعدة أو بدون مساعدة صناعية. وبالرغم من جهود المحكمة لتحديد تاريخ هذه القابلية إلا أن هذا القرار يبقى من أكثر القرارات صعوبة بالنسبة للطبيب، واعتقاد الطبيب المستند على حسن النية أن الجنين سابق للقابلية قد لا يجديه نفعاً في حماية من المسؤولية الجنائية إذا كان غير صحيح².

كما أن هذا القرار ليس من وظيفة المشرع أو حتى المحاكم تقرير القابلية للحياة؛ لأن هذه القابلية هي بالضرورة مفهوم طبي فهي تتغير وفق كل حالة على حدة. ولهذا يجب أن تترك هذه المسألة لما يتوصل إليه الطبيب بعد محاكمة عقلية يجريها الطبيب المرافق المسؤول، فتحدد تاريخ للقابلية حياة بدلاً من تركها للطبيب فوق سلطات المشرع³.

ويقضي هذا المعيار أيضاً باعتبار الجنين قابلاً للحياة وللولادة على نحو طبيعي بمثابة شخص متمتع بكيان جسدي مستقل بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى وما ترتبه من آثار قانونية، بحيث تشكل أفعال الاعتداء عليه جريمة قتل عمدي أو بالإهمال وذلك إذا أفضى الاعتداء إلى الوفاة، أو قد يشكل الاعتداء جريمة إحداث عاهة مستديمة أو أي صورة أخرى من صور المساس بالتكامل الجسماني⁴. وأخذ بهذا المنحى القانون الإنجليزي الخاص بحماية الطفل والصادر عام 1929 الذي عرف جريمة "نقض حياة الطفل" في المادة الأولى منه بأنه "يعد مرتكباً لهذه الجريمة كل من تعمد نقض حياة الطفل القابل لأن يولد حياً وأفضى ذلك إلى موته قبل انفصاله عن الأم، يعاقب مرتكب هذه الجريمة بالسجن مدى الحياة"⁵.

¹ - أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص. 621.

² - كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الإنسان، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1991، ص. 276.

³ - نفس المرجع، ص. 276.

⁴ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 34.

⁵ - « Subject as hereinafter in this subsection provided, any person who, with intent to destroy the life of a child capable of being born alive, by any wilful act causes a child to die before it has an existence independent of its

استقر القضاء الفرنسي على أن الفترة من 20 إلى 24 أسبوع منذ بداية الحمل بمثابة الحد الذي يتغير عنده نطاق الحماية الجنائية للجنين من جريمة الإجهاض إلى جريمة القتل والإيذاء. إن أفعال الاعتداء على حياة الجنين كما تشير التطبيقات القضائية الفرنسية¹ في مراحل تكوينه النهائية وقبل عملية الولادة ترتب ذات الأثر وذات الحماية المقررة للإنسان الحي. فمن يرتكب حادث مرور ينشأ عنه موت الجنين القابل للحياة من 20 إلى 24 أسبوع يكون مسؤولاً عن جريمة قتل خطأ².

واستقر القضاء الفرنسي أنه في جميع الأحوال متى ثبتت العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة والتي يتأخر ظهورها إلى ما بعد تمام الولادة، يعد ذلك كافياً لمسائلة الشخص عن جريمة إيذاء طالما كان فعل الجنين متجاوزاً فترة العشرة أسابيع المنصوص عليها في قانون الصحة العامة الفرنسي. في قضية عرضت على مجلس الدولة الفرنسي عام 1989³ قضى بمسؤولية أحد المراكز الاستشفائية التي أجرى الطبيب فيها عملية إجهاض لسيدة بعد مرور فترة العشرة أسابيع المنصوص عليها في قانون الصحة العامة وأثناء باضطراد نمو الجنين، مما أدى إلى ولادة الطفل مصاباً بعاهة وتشوه تمثل في فقدانه للجزء السفلي الأيمن من جسده نتيجة للخلل الجيني والوراثي الذي أحدثه التدخل الخاطيء للطبيب، وبناء على ذلك ألزم المجلس هذا المركز بدفع تعويض عن الأضرار التي لحقت بالطفل بما في ذلك ألزم القرار هذا المركز بدفع تعويض عن الأضرار التي لحقت بالطفل بما في ذلك نفقات الأجهزة التعويضية التي سوف يستخدمها على مدار حياته بالإضافة إلى تعويض الأم عما لحقها من أضرار جسدية وآلام نفسية نتيجة إصابة وليدها بهذه الإعاقة⁴.

وإذا بحثنا في التكييف الشرعي للحماية على الجنين في الشريعة الإسلامية نجد ما يشابه هذا الرأي أو ما يطابقه. فيرى فقهاء الحنفية وجمهور المالكية والشافعية والراجح من أقوال الحنابلة أنه إذا تعمد الجناني قتل الجنين في بطن أمه بأن ضرب بطنها أو ظهرها قاصداً قتله فانفصل الجنين حياً ثم مات من إثر

mother, shall be guilty of an offence. To wit, of child destruction, and shall be liable on conviction thereof on indictment of imprisonment for life...) subsec (1) Sec (1) Infant Life Preservation Act.1929.

¹ - Cour de Douai-6 ch. Corr, 2 Juin 1987. مقتبس عن: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.34.

- Gérard MEMETAU, Le prélèvement des fins thérapeutiques sur le fœtus De Lege Franda, Gaz. Pal, N° 4,

Juillet, Aout, 1983, p.322. مقتبس عن: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.34.

² - نفس المرجع، ص. 34.

³ - Conseil d'Etat, 27 Septembre 1989, Gaz. Pal, No. (4), Juillet, Aout, 1990, p.421.

مقتبس عن: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.34 الهامش.3.

⁴ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.34 الهامش.3.

الاعتداء، فإن ذلك يوجب الدية الكاملة المقررة في القتل بصفة عامة. ويرى ابن القاسم من المالكية أن القاتل في هذه الحالة يعاقب بالقصاص طالما انفصل الجنين عن أمه حياً ما لم يعف أولياء الجنين عنه¹. ويرى فقهاء الظاهرية أن الجاني متى تعمد الاعتداء على الجنين، فإنه يعاقب بالقصاص ولو انفصل الجنين عن بطن أمه ميتاً، ولا يشترط انفصاله حياً ثم موته بعد ذلك طالما أن الاعتداء وقع بعد نفخ الروح². ويستفاد من هذه الآراء أنها تعاملت مع الجنين بعد نفخ الروح فيه باعتباره كائناً بشرياً له مطلق المعصومية، ويثور التساؤل حول مدى استجابة هذه الآراء لحماية جسم الإنسان من حيث جدارتها وأعظمها في ضمان الحماية الأمثل بحسبان ما أسفرت عليه التطورات الطبية؟

الفرع الثاني

مدى استجابة هذه الآراء للحماية الجنائية لجسم الإنسان

إذا كان معيار بداية الولادة يعتبر عند عديد الفقه الجنائي المعيار المنضبط، باعتباره أكثر حماية من الانفصال التام عن الرحم أو اشتراط بروز جزء منه، فإن هذا المعيار - بداية الولادة - لم ينل ذات التقدير بالنسبة للآراء المستجدة في هذا الصدد والتي تتناسب إلى حد بعيد مع مقتضيات الحماية الجنائية لسلامة الجسم في ضوء تطور العلوم الطبية، حيث لم تعد تلك السياسة الجنائية التقليدية تفي بالغرض في سبيل إيجاد حماية أوسع نطاقاً. ولا شك أن قصور تلك الآراء يرجع إلى الأسباب التالية:

1. أن الهدف من تحديد لحظة وجود الجسم البشري لدى تلك الآراء هو البحث عن لحظة بداية وجود الإنسان باعتبارها من العناصر الأولية لتفرقة بين جرائم القتل والإجهاض.
2. إغفال المستحدث من التطورات الطبية التي قد تطال الجنين في مراحل تخلقه.

فمن التجارب والتدخلات الطبية التي أحدثتها ثورة الهندسة الوراثية مجموعة التجارب العلمية على المورثات في الكائن الحي، مثل تجارب التحكم في المورثات، وإعادة تركيب الحمض النووي ADN مما يؤثر في الصفات الوراثية للجنين. فاكتشاف الصبغيات الوراثية " الكروموسومات " وهي التي تحمل المادة الوراثية على أجسام صغيرة تعرف بالجينات (المورثات)، حيث يحتوي تركيب كل صبغي على مادة أساسية هي الحمض النووي وهو المسؤول عن نقل المادة الوراثية. ويمكن التعرف على هوية كل مورثة فيه والوظيفة التي تؤديها في الصورة الطبيعية. وإذا حدث أن تحركت أي مورثة من مكانها، معنى هذا سيحدث خلل في وظيفتها المنوطة بها. ومن هنا يمكن إجراء اختبارات وراثية على

¹ - مقتبس عن: عباس شومان، إجهاض الحمل وما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الدار الثقافية للنشر، القاهرة مصر، 1999، ص.97.

² - نفس المرجع، ص.98.

الأجنة في العائلات التي تنتشر عندها بعض الأمراض الوراثية، فمثل هذه التجارب ستقع على الجنين وقد تؤدي إلى أضرار بالنسبة للجنين أو للحامل¹.

ومن التدخلات الطبية التي يمكن أن تطبق على الجنين فصل الحيوان المنوي المؤنث عن المذكر والتحكم في جنس الجنين. وواضح من هذه الطريقة تعتمد على فصل النطف، أو إثراء السائل المنوي بأحد نوعي النطف التي ينتمي إليها جنس الجنين المرغوب فيه، فيؤخذ السائل المنوي من الرجل ليتم عزل النطف التي تحتوي الصبغي X عن تلك التي تحوي الصبغي Y في أنبوب اختبار، ثم يستعمل هذا النوع من النطف أو ذاك - حسب رغبة الزوجين - لتلقيح بويضة الزوجة ومن ثم تنقل لقيحة الجنس المطلوب لتزرع في رحم الأم².

ومن بين التدخلات الطبية على الجنين كذلك عمليات الاستنساخ الولادي³؛ وكل هذه التدخلات من الممكن أن تحدث تغيير البناء الفسيولوجي وهو في مراحل تكوينه مما قد يؤدي إلى تشوهات خلقية وتغيير في الصفات الوراثية.

لهذه التدخلات وغيرها يتبين قصور النصوص القانونية المتعلقة بجرائم الإجهاض والقتل معاً حيث أن هذه التدخلات لا تؤدي في الغالب إلى موت الجنين ولكنها تؤدي إلى نقص فيه أو تشويه أو تغيير في الصفات الوراثية. فلا يمكن إذ ذاك تطبيق نصوص الإجهاض، لأن هذه الأفعال لم تؤدي للإجهاض، كما أنها تصيب الجنين في مراحل تكوينه النهائية وقبل عملية الولادة. ولا يمكن تطبيق نصوص القتل أو الإيذاء، لأن هذه الأفعال يشترط فيها عنصر المحل المتمثل في الإنسان الحي أو الجسم البشري المكتمل البنيان لا جنين، فضلاً عما يستند عليه بعض الفقه⁴ من أن العبرة في تحديد المركز القانوني للمتهم هي بوقت ارتكابه السلوك الإجرامي لا بوقت تحقق نتيجته.

¹ - سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص. 173-174.

² - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 129.

³ - الاستنساخ الولادي (التكاثري): وهو الذي يهدف لاستزراع جنين مستنسخ في رحم امرأة باستخدام جينوم احد الأبوين فقط دون الآخر وذلك باستخدام تقنية النقل النووي باستخدام إبرة دقيقة لسحب المادة الوراثية من البويضة الناضجة ثم حقن نواة الخلية المانحة ثنائية المجموعة الكروموسومية داخل البويضة وتحضن تحت ظروف خاصة تحثها على الانقسام والنمو ثم تنقل إلى رحم الأم لاكتمال نمو الجنين. الاستنساخ، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 8-4-2008 الموقع: <http://www.qalqilia.edu.ps>

⁴ - يرى الفقيه المصري " عبد الفتاح مصطفى الصيفي " أنه من يعتدي على الجنين وهو ما زال في الرحم وذلك يقصد إيذاء أمه، فيحدث أن يولد الجنين في هذه المحاولة حياً، ثم يموت بعد هذا متأثراً بما استخدمه الجنائي من وسائل الإجهاض يشكل جريمة إجهاض تأسيساً على أن العبرة في تحديد المركز القانوني للمتهم هي بوقت ارتكابه السلوك الإجرامي لا بوقت تحقق نتيجة السلوك. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، المرجع السابق، ص. 327.

ولتفادي هذا الفراغ التشريعي في مجال حماية الجنين اتجهت التشريعات السائدة في إنجلترا - والتي تعتبر بمثابة السبق التشريعي في مجال حماية الجنين والتمييز بين مختلف مراحل تكوينه - فقد جاء في المادة الأولى الفقرة الأولى من القانون الخاص بحماية الطفل والصادر في 1929 ينص على جريمة نقض حياة الطفل بأنه: " يعد مرتكباً لهذه الجريمة كل من تعمد نقض حياة الطفل القابل لأن يولد حياً وأفضى ذلك إلى موته قبل انفصاله عن الأم، يعاقب مرتكب هذه الجريمة بالسجن مدى الحياة"¹.

كما أن المشرع الإنجليزي قام بتعديل القانون 1967 المتعلق بالإجهاض وذلك بمقتضى القانون الخاص بعمليات الإحصاب وممارسته على الأجنة البشرية الصادر عام 1990 و حدد فيه الفترة التي يجوز فيها نقض أو إسقاط الجنين الذي لم يجاوز 24 أسبوع إذا كان الحمل ينطوي على مخاطر جسدية أو عقلية². ومن هنا اعتبر المشرع الفترة التي تعقب 24 أسبوع تخرج من إطار جريمة الإجهاض. حيث وصف الجنين بوصف الطفل القابل لأن يولد حياً وهذا ولا شك رغبة منه في إضفاء أكبر قدر من الحماية للجنين، كما يتناسب ذلك مع حجم التدخلات الطبية التي تواجه الجنين.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية صدرت بعض القوانين المتعلقة بحماية الجنين في مواجهة الأبحاث والتجارب العلمية، ففي ولاية "ماشاشوستس" صدر قانون عام 1974 وحرّم المساس بالجنين داخل الرحم لأغراض علمية ومخبرية وذلك مع عدم الإخلال بالإجراءات الطبية التي تستهدف دراسة الجنين³.

وقد ذهبت جماعات مناهضة للإجهاض والدفاع عن حياة الطفل ما قبل الولادة إلى أن مقتضيات القانونية والأخلاقية والإنسانية تدعو إلى اعتبار الجنين منذ اللحظة الأولى من الحمل بمثابة إنسان له حق ثابت في أن يولد سوي البنية وعلى قيد الحياة، ولا يغير ذلك في الأمر القول أن حقه هذا يعد احتمالياً.

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 36.

² - « For Paragraphs (a) and (b) of Section 1 (1) of the (1967 c. 87) Abortion Act 1967 (grounds for medical termination of pregnancy) there is substituted...

(a) That the pregnancy has not exceeded its twenty-Fourth week and that the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family ; or

(b) That the termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman ; or

(c) That the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated ; or

(d) That there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped ». Subsec (1) Sec (37) Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

³ - « ... A fetus is a live fetus for purposes of this section when, in the best medical judgment of a physician, it shows evidence of life as determined by the same medical standards as are used in determining evidence of life in a spontaneously aborted fetus at approximately the same stage of gestational development... » Massachusetts General Laws, ch- 112, 12 j.(Adopted June 26, 1974)

مقتبس عن: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 40، الهامش، 4.

ولقد عرضت الحكومة الفدرالية السويسرية في سبتمبر 2002 مشروع قانون لحماية الجنين من العبث خاصة من إمكانية حسم مصير الجنين على أساس الجنس. وقد عكف خبراء الحكومة الفدرالية منذ ما يقرب من خمس سنوات على هذا المشروع على وجه التحديد لحماية المعلومات عن الجنين كي لا يتعرض لأي تمييز. ويوصي الخبراء بعدم البوح بجنس الجنين، لحمايته من الخيار على أساس جنسه، ذكر أو أنثى.

وكمقابل لحرية الإجهاض في سويسرا، لا يرغب خبراء الحكومة الفدرالية أن يكون سبب هذا الإجهاض على حساب جنس الجنين، تحت شعار "لا لسوء التصرف بالمعلومات الجنينية" أي لصالح إمكانية الاختيار بين طفل وطفلة¹.

ويخشى الخبراء الذين يدافعون عن سرية المعلومات عن الجنين، وضع الأمهات الحوامل بجنين معوق في مأزق نفساني عسير بين خيار الاحتفاظ بالجنين أو إجهاضه. ولهذا يرغبون بتعديل المادة القانونية الحادية عشرة التي تتعلق بالأبحاث على الجنين، بطريقة تمنع الأطباء وأطباء النساء والتوليد على وجه الخصوص، من البوح بمعلومات عن الجنين أثناء الفحوصات الطبية، ما عدا تلك الضرورية للحفاظ على حياة الجنين وصحته².

أضف إلى ذلك أن هناك من المؤيدين للإجهاض، والذين يرون فيه مخرج لتفادي الانفجار السكاني وأنه يخفف عن المرأة متاعب الحياة، ويوفر لها القدرة على الانصراف إلى عملها، والحرية التامة في اختيارها للأبوة، بالإضافة إلى استحالة منع عمليات الإجهاض مطلقاً، كما أن مثل هذه العمليات قد تتم بعيداً عن رقابة القانون³.

لهذه المخاوف التي قد تنجر عن التدخلات الطبية الحديثة نهيب بالتشريعات أن تغير من نظرتها اتجاه الجنين في سبيل ضمان حماية أكبر في جميع مراحل تخلقه وتكوينه إلى غاية وضعه، وننوه إلى تبني معيار القابلية للحياة الذي أخذ به القضاء الفرنسي والتشريع البريطاني وعديد الفقه خاصة مع الحملة المتسارعة التي تقوم بها الجهات المؤيدة للإجهاض، فضلاً عن بعض الاتفاقيات المشجعة عليه كاتفاقية

¹ - جورج انضوني - سويس إنفو، حماية الجنين، مشروع قانون جديد لمنع أي تلاعب بالجنين، سواء بسبب جنسه أو وضعه الصحي (Keystone)، بحث منشور على الإنترنت، ص: 1 تاريخ الإطلاع: 13-4-2008 الموقع:

<http://Swiss.info.org/ara/index.html>

² - جورج انضوني، المرجع السابق، ص. 3-4.

³ - محسن عبد المقصود، الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الغربية، مقال مستخرج من الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 24-02-2009 الموقع: <http://www.shareah.com-index.php-default>

(سيداو cedaw)¹ " اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة " عام (1979) وبعدها مؤتمر الأمم المتحدة للمرأة " بكين " 10 " 28 فبراير 2005.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإننا نفضل أن تحسم هذه المسألة بوضع تشريعات أو نصوص صريحة في المسائل الخاصة ببدء الحمل وبداية الحياة الإنسانية، حتى لا تترك أمور يترتب عليها أخطر النتائج وتجعلها نهياً للصراع بين الآراء والاجتهادات الفقهية المختلفة.

وبعد المرحلة الرحمة الجنينية وما يستتبعها من حماية جنائية نستقبل مرحلة أخرى يستحق فيها الإنسان وصف " الشخص " أي بداية الشخصية القانونية من جانب، كما يوصف الكائن الإنساني أو البعد المادي منه بالجسم البشري، مما يقتضي تميزه بحماية جنائية أخرى كحقه في الحياة وحقه في السلامة الجسدية وهذا الأخير هو ما يهمننا على وجه التحديد.

المبحث الثاني

الحق في سلامة الجسم

إن حق الإنسان في الحياة هو حق مقرر منذ القدم ومن أجل مظهره هو حق الإنسان في سلامة جسده. ومن مبدأ حرمة الشخص يستخلص مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان، والتي تعني أن كل شخص له أن يعترض على أي مساس بسلامة جسمه، ويرفض الخضوع لإجراء تحاليل طبية أو عمليات جراحية، فلكل شخص حق على جسمه يدخل ضمن الحقوق الشخصية².

¹ - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة - والتي تعرف اختصاراً باسم (اتفاقية سيداو) (1) - بدأت فكرتها بمعاهدة حقوق المرأة السياسية، التي أعدتها مفوضية مركز المرأة بالأمم المتحدة، ثم تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، فأعدت إعلاناً خاصاً بإزالة التمييز ضد المرأة، ثم أجازت ذلك الإعلان عام 1967، دعا ذلك الإعلان إلى تغيير المفاهيم وإلغاء القوانين الظالمة والعادات السائدة التي تفرق بين الرجل والمرأة، مع الاعتراف بأن المنظمات النسائية غير الحكومية هي القادرة على إحداث هذا التغيير.

بعد إجازة الإعلان بدأت مفوضية مركز المرأة بالأمم المتحدة في إعداد معاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في عام 1973م، وأكملت إعدادها في عام 1979م، واعتمدها الأمم المتحدة في 1979/12/28م، وأصبحت سارية المفعول بعد توقيع خمسين دولة عليها في 1981/12/3. نزار محمد عثمان، سيداو في الميزان، بحث منشور على الإنترنت على شبكة المشكاة الإسلامية، تاريخ الإطلاع: 14-4-

الموقع: <http://meshkat.net/new/home.php> 2008

لمزيد من التفصيل يرجى الإطلاع على المواقع التالية: موقع الشيخ الأمين الحاج محمد، اتفاقية سيداو وخطرها على الأسرة وفقهها في الإسلام، الموقع: <http://www.islamadvice.com/index.htm>. واتصل بموقع الإسلام اليوم: إبراهيم الناصر، الحركة النسوية الغربية ومحاوله العولمة، الموقع: <http://www.islamtoday.net> واتصل بموقع: يونسيف الأردن، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو CEDAW" الموقع: http://www.unicef.org/jordan/arabic/resources_1568.html

² - جلال علي عدوي، رمضان أبو السعود، محمد حسن قاسم، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996، ص.334.

وكما يحمي القانون حق الإنسان في الحياة وفق نصوص القتل يحمي حقه في سلامة جسمه لما لهذين الحقيين من علاقة وثيقة الصلة. فلا يكفي أن يحمي القانون الحق في الحياة، بل ينبغي أن يضمن كذلك حق ممارسة الحياة¹.

ولهذا الغرض يجرم المشرع جميع الأفعال التي يأتيها شخص على شخص آخر والتي من شأنها أن تمس سلامة جسمه للقيام بالوظائف. فكل عمل مهما كانت صورته سواء أدى الاعتداء إلى ترك جروح، أو رضوض معينة، أو إحداث عاهة ما. ومهما كانت الوسيلة مادية أو معنوية يعتبرها القانون غير مشروعة يخوله حق التدخل لترتيب المسؤولية الجزائية على فاعله التي يتحدد مقدارها بمدى الضرر والأذى الذي لحق بالجني عليه، ويعتبر مساساً بالحق في سلامة الجسم. وعليه نتعرض إلى مفهوم الحق في سلامة الجسم (المطلب الأول)، تم طبيعة هذا الحق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الحق في سلامة الجسم

يتعين علينا إزاء هذا أن نتعرض لمفهوم الحق في سلامة الجسم، ذلك أن مدلول الحق في سلامة الجسم يختلف بين رجال الطب (الفرع الأول) ويختلف تعريفه أيضاً بين رجال القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الحق في سلامة الجسم في الطب

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

1. الصحة هي الخلو من الأمراض.
2. الصحة هي العمل الصامت للأعضاء.
3. وتعرفه المنظمة العالمية للصحة. بأن الصحة: "هي حالة من الرفاهة الكلية: البدنية والنفسية والاجتماعية"².

إن قراءة بسيطة لهذه المحاولات تبين لنا أسباب عدم حدوث الوفاق، وعن صعوبة تعريف ما يبدو لنا مفهوماً بديهياً. فالقول بأن الصحة هي عدم وجود الأمراض، كالقول بأن الجمال هو انعدام القبح والنظام انعدام الفوضى³، وهو ما يسمح لنا بتعريف المرض بأنه انعدام الصحة والفوضى بأنها

¹ - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 841.

² - منصف المرزوقي، (دروس) المدخل إلى الطب المدمج، الدرس الرابع (تعريف الصحة) بحث منشور على الإنترنت، ص. 32 تاريخ الإطلاع: 19-4-2008 الموقع: <http://www.MoncefMarzouki.net/IMG/doc.madkhal2.doc>.

³ - منصف المرزوقي، المرجع السابق، ص. 34.

انعدام النظام الخ... فالمطابقة المعكوسة ليست تعريفاً بقدر ما هي هروباً منه؛ لأن الشيء لا يوصف بنقيضه وإنما بخصائصه الذاتية.

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

وتعرّف الصحة كذلك بأنها: "قدرة الجسم على استغلال إيجابيات المحيط وتطويق سلبياته بفضل برنامج جيني سليم واستراتيجيات فردية ملائمة وذلك لتحقيق جزء أو كل من الأهداف الحياتية و/أو حالة الرضى عن درجة فعالية هذا الجسم".

أما المرض فهو عجز مؤقت أو نهائي للجسم عن تحقيق كلّ أو جزء من أهدافه الحياتية لخلل في البرنامج الجيني و/أو الاستراتيجيات الفردية و/أو لضغط كبير في المحيط و/أو حالة من القلق تجاه فعالية هذا الجسم".¹

وهناك إطار عملي يختص به الطب الإكلينيكي حيث يتحقق المساس بأجزاء الجسم بإحداث جروح سواء كانت جروح بسيطة أو خطيرة. وتتميز الصحة بخاصية النسبية فهي تختلف من شخص لآخر وفي فترات زمنية معينة وتتباين بين فترة الشيخوخة والشباب.²

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

- 1- حق الشخص في حماية صحته ضد الأخطار الخارجية كالأدوية وتلوث البيئة
- 2- حق الإنسان في وجود تنظيم يعنى بالمسائل الصحية وذلك بتهيئة خدمات الصحية كافية تستوعب مجالات الصحة للنهوض بصحة المجتمع عن طرق العناية الطبية الكاملة.
- 3- حق الأفراد في التأمين الصحي من الأخطار المهنية³. وللقيام بهذا الدور لابد من تبني سياسة صحة متمثلة في توزيع الموارد الطبية، وتوفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية.

ولحماية هذا الحق تنشأ العلاقة ما بين الطبيب والمريض وهي علاقة إنسانية، وقانونية توجب على الطبيب الاهتمام بالمريض وبذل العناية التي تقتضيها أصول مهنة الطب، والتزام الطبيب في هذا

¹ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الجنائي، 1996-1997، ص.32.

² - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.32.

³ - نفس المرجع، ص.33.

المجال هو التزام يبذل عناية والاهتمام بتقديم العلاج المناسب للمريض. وقد أصبح من الممكن مساءلة الأطباء عن الأخطاء التي تصدر عنهم أثناء مزاولتهم لمهنة الطب، ومن المتصور مساءلتهم عن مثل هذه الأخطاء. وقد أدى زيادة الوعي لدى الأفراد إلى رفع دعاوى على الأطباء لمطالبتهم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة الأخطاء التي صدرت منهم أثناء قيامهم ومزاولتهم المهنة¹. وإذا كان تعريف الحق في سلامة الجسم عند الأطباء ينفصل عن مفهوم الصحة الجسدية فما مفهومه عند رجال القانون؟

الفرع الثاني

تعريف الحق في سلامة الجسم في القانون

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

أولاً: الحق في سلامة الجسم من الحريات الأساسية

إن مدلول الحرية يعبر عن " حركة الإرادة الإنسانية وتحررها من العوامل المقيدة أو المعدمة لها في أن تتخذ من المواقف ما تريد". والحريات أتماط مختلفة تتكون من رغبات الإنسان في أن يأتي ما يشاء من أعمال دون أن يمنعه القانون من إتيانها. وقد ذهب البعض² في تحديده لماهية الحق وفي سلامة الجسم إلى اعتباره من الحريات الأساسية التي يتمتع بها الإنسان ويرخص له بها. وفي ذلك حماية للإنسان في ماديته جسده ومعنوياته وصولاً لتحقيق إطار من الحماية تستهدف تحقيق الأمان التام للكائن البشري.³

ويستند هذا الرأي إلى ما ساقته المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصادر 1789 في تحديده لمفهوم الحرية بأنها " قدرة الإنسان على إتيان عمل لا يضر بالآخرين". كما أدمج الإعلان بين مفهوم الحرية والحق في المادة الثانية منه: " أن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في

¹ - نادر شافسي، الطبيب بين الرسالة والمساءلة، بحث منشور على مجلة الجيش اللبنانية، العدد 235 في 1-1-2005 منشور على الإنترنت، ص:1 تاريخ الإطلاع: 2008-4-17 الموقع: <http://www.lebarmy.gov.lb/PrintArticle.asp?id=6814>

² - Garbonnier, J, Droit civile- Part 1- Paris 1936, p.235.

مقتبس عن: عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الأول، دار الفكر والقانون بالمنصورة، مصر، 2008، ص.85 الهامش.1.

³ - نفس المرجع، ص.85.

هذا الإعلان " مما مفاده وحدة الأصل بين الحق والحرية، وذلك أن الحرية هي الأصل العام لكل الحقوق¹.

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

ثانياً: الحق في سلامة الجسم رابطة قانونية

ذهب رأي آخر في الفقه² إلى القول بأن تحديد مفهوم الحق بصفة عامة يقتضي تحليل عناصره؛ وبيانها درءاً لكل اختلاط بين هذا المفهوم وغيره من الأوضاع المتماثلة أو المتشابهة. فالحق في مفهوم أنصار هذا الرأي " رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستثثار التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر". فالحق في سلامة الجسم - بمنطق هذا الاتجاه - عبارة عن رابطة مفترضة بين الشخص وكيانه الجسدي يحكمها القانون ويعترف بوجودها النظام القانوني ومن هنا تسبغ على الرابطة صفة المشروعية³.

كما أن هذه الرابطة القانونية تخول صاحبها سلطة الاستثثار والتسلط على سبيل الاختصاص والانفراد. يؤخذ على هذا الرأي إهداره لمفهوم فكرة الحق وإنكارها على طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية، كما أن افتراض الرابطة القانونية بين الشخص وكيانه الجسدي حيلة قانونية غير مقبولة في هذا الإطار⁴.

وتفريعاً عن التعريف - السابق الذكر - فقد خول أنصار هذا الاتجاه لصاحب الحق على وجه الانفراد والتسلط سلطة الاستثثار بجسده والتسلط عليه. وبالتالي يكون للشخص بناء على هذه السلطة الحق في التصرف في كيانه الجسدي على النحو الذي يراه، ومن ثم فالشخص الذي يقدم على

¹ - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.88.

² - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، بدون دار النشر، الإسكندرية، 1971، ص. 437.

³ - نفس المرجع، ص. 437.

⁴ - نفس المرجع، ص. 437.

الانتحار أو يقوم ببتتر عضو من أعضائه تخلصاً من أداء الخدمة الوطنية أو يعوق أداء دوره الاجتماعي المنوط به؛ لا يمكن متابعته بالجزاء على تلك الأفعال¹. وعليه لا يمكن التسليم كذلك بهذا الرأي فحسم الإنسان هبة ربانية من الواجب حمايتها، ودليلنا في ذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ومن قتل نفسه بجديدة، فحديده في يده يتوجأ به في بطنه في نار جهنم خالداً فيها أبداً، ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم، خالداً مخلداً فيها أبداً ومن تردى من جبل فقتل نفسه، فهو مترد في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً"².

فالواجب على الإنسان المحافظة على كرامته الجسدية والنفسية ويحرم عليه تغيير هيكل جسده القويم، ولا يجوز له التصرف فيه إلا بما أذن له، لمصلحة فردية هو الشخص في حد ذاته ولمصلحته الاجتماعية التي تتمثل في الالتزامات المنوطة به، وكلتا المصلحين يقررهما القانون ويحميهما.

ثالثاً: الحق في سلامة الجسم مصلحة يحميها القانون

ذهب البعض إلى القول بأن الحق بصفة عامة - والحق في سلامة الجسم بصفة خاصة - "مصلحة يعترف بها القانون"³. والمصلحة فكرة غائية وهي السبب المؤدي إلى جلب المنفعة بالنسبة لصاحبها، ولذلك قيل بأن المصالح هي المصدر المادي للقواعد القانونية التي تنشئ الحقوق وتبدو مصدراً غير مباشر لها⁴.

وإذا كانت المنافع تعد مصالح للأفراد فليست كل المصالح تعد حقوقاً بالتحديد سالف البيان؛ ذلك أن المصلحة قد تحقق لصاحبها من خلال وجهة نظر شخصية، ولكنها لا ترقى إلى مرتبة الحق المعترف به من قبل النظام القانوني. وعليه فالمصلحة شيء يحقق منفعة للإنسان وحق الإنسان فيها هو تقرير المجتمع حمايته لتلك المنفعة؛ ذلك أن الحق يحمي الموضوع الذي يحقق منفعة الإنسان، ولكن الحق يختلف عن المنفعة؛ إذ ليست كل المصالح تشكل حقوقاً؛ لأن فلسفة القانون هي التي تحدد أيّاً من المصالح يجب أن تنالها الحماية القانونية، وغالباً ما تكون المصلحة قيمة تحدد من خلال نظرة المجتمع في زمان ومكان معينين. ولذلك فإن المحافظة على الصحة وسلامة جسم الإنسان تشكل قيمة لا بد للقانون من احترامها؛ والنص عليها كحق يحمي منفعة في إطار المحافظة على مصلحة عامة جوهرها الصفة الاجتماعية؛ لأنها تتعلق بعضو في البنيان الاجتماعي للمجتمع والقول بغير تلك الحماية يقوض بناء

¹ - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.100.

² - رواه البخاري، كتاب الطب، باب شرب السم والدواء به وما يخاف منه، الجزء السابع، المرجع السابق ص.181.

³ - عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1978، ص.10.

⁴ - حسان حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1971، ص.2204.

المجتمع، وإذا كانت مصلحة الشخص تتعلق بسلامة جسمه، إلا أن هذه المصلحة لا بد وأن ينظر إليها من زاوية تحقيقها للمصلحة الاجتماعية وذلك في مجتمع متحضر وقواعد قانونية مثالية¹.

لقد اتجه الفقه الحديث² إلى تحديد مفهوم الحق بصفة عامة - والحق في سلامة الجسم على الخصوص - على أنه "استثثار بقيمة معينة يمنحها القانون لشخص ويعترف له بها في مواجهة الغير ويقرر لها الحماية القانونية".

والعنصر الأول للحق في هذا الرأي هو "الاستثثار ومفاده الاختصاص بقيمة معينة دون سائر الناس". ويتفرع عن هذا العنصر شعب ثلاث: أولها الاختصاص والانفراد بميزة على شيء والذود والدفاع عنها، وهنا المصلحة تكون نتاج هذا الانفراد، وهي غير مرتبطة بالإرادة ومن ثم فالانفراد بالميزة التي يمنحها القانون تثبت لفاقدي التمييز. وثانيها محل هذا الاختصاص وهي قيمة معينة؛ قد تكون قيمة مالية أو غير مالية وقد تتعدد، وقد ترد على الكيان المادي أو المعنوي للإنسان كسلامة الجسم والحياة والحرية. وثالثها صاحب هذا الاختصاص وهو الذي يتمتع بمزايا تلك القيمة، وغالبا هو الإنسان³.

أما العنصر الثاني للحق هو حماية القانون فبدون هذه الحماية لا يعد اختصاص الإنسان بميزة معينة حقاً؛ ذلك أن إسباغ الحماية القانونية على تلك الميزة تقلب مكنة الاستثثار بها من حالة واقعية إلى حالة قانونية ولا تسبغ تلك الحماية إلا لجدارة هذا الاستثثار والاختصاص بحماية المشرع. وضابط إسباغ حماية المشرع لتلك الميزة بالحماية القانونية هو مصلحة المجتمع، فإن توافقت تلك الحماية مع صالح المجتمع أسبغ المشرع حمايته. ووسيلة حماية المجتمع لتلك الميزات هي الدعوى القضائية⁴.

ومن هنا فإن مدلول الحق في سلامة الجسم من وجهة نظرة رجل القانون تنطلق أساساً من فكرة الحق الذي يعرف بأنه المصلحة التي يحميها القانون... وعلى ضوء ذلك يعرف الدكتور "محمد عيد الغريب" الحق في سلامة الجسم بأنه: "المصلحة القانونية التي يحميها القانون في أن يظل الجسم مؤدياً كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي، حتى لا تتعطل إحدى الوظائف ولو كانت أقلها أهمية، أو كان التعطيل وقتياً، وفي ألا تنحرف في كيفية الأداء على النحو الذي حددته القوانين الطبيعية"⁵. ويعرفه الدكتور "عصام أحمد محمد" "مركز قانوني يخول شاغله - في حدود القانون - الاستثثار بتكامله

¹ - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.90.

² - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية الحق في القانون، القاهرة، 1950، ص.7؛ عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، لا توجد دار النشر،

القاهرة، 1951، ص.15؛ عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.92.

³ - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.92.

⁴ - نفس المرجع، ص.93.

⁵ - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص.842.

الجسدي، والمستوى الصحي الذي يعايشه، وبسكينة البدنية والنفسية". ويتمثل الحق في سلامة الجسم في " أن يحتفظ الإنسان بمستوى من الصحة وبالتكامل الجسدي وأي فعل ينقص من هذه السلامة يعتبر اعتداءً عليه". كما أن سلامة الجسم تعني أيضاً " أن يتحرر صاحبه من كل ألم لم يكن موجوداً من قبل أو الزيادة من مقدار ألم كان المحني عليه يعايشه". لذا يمكن القول بأن حق الإنسان في سلامة جسمه له جوانب ثلاثة:

I. حقه في الاحتفاظ بمستواه الصحي.

II. حقه في الاحتفاظ بمادة جسده.

III. حقه في التحرر من الآم البدن.¹

أن الحق في سلامة الجسم لم يعد - وفق التعريفات التي ذكرنا - مشتملاً على الجانب الفردي أو على قيمة فردية فحسب، وإنما يعتبر قيمة اجتماعية كذلك، فالحق في سلامة الجسم هو مصلحة ذات طبيعة مزدوجة يحميها المشرع ويعترف بها للفرد، كما يعترف بها في نفس الوقت للمجتمع الذي يعيش فيه، لذلك نقترح أن يعرف الحق في سلامة الجسم بأنه: "مصلحة يحميها القانون في أن يستمر الجسم مؤدياً ووظائف الحياة على نحو طبيعي، وأن يحتفظ بمادته الجسدية، وأن يتحرر من جميع الآلام البدنية والنفسية، والنهوض بالوظيفة الاجتماعية المنوطة به." ومن خلال هذا التعريف يتبين أن للحق في سلامة الجسم البشري طبيعة يتصف بها ويتميز بها عن غيره من المصالح القانونية. وهو ما سنتناوله فيما يلي:

المطلب الثاني

طبيعة الحق في سلامة الجسم

اختلف الفقه في تحديد طبيعة الحق في سلامة الجسم فهل يتصف بوصف الفردية أم الاجتماعية؟ ذلك أن الحق في سلامة الجسم من طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية، ما يجعله يتميز بالطابع الفردي. غير أن الإنسان بالنظر إلى كونه إنساناً يعيش في المجتمع مع غيره ويتبادل معهم الالتزامات الاجتماعية ويقوم بوظائف يهتم اقتضاؤها من شخص معافى يتمتع بكامل عناصر السلامة الجسدية ضمن هذه المجموعة.²

¹ - عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976، ص. 288.

² - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص. 38.

ولهذا فإن المساس بسلامة الجسم يؤدي إلى انهيار البنيان الاجتماعي بالإضرار بأحد أعضائه ومن هنا يجدر التعرض إلى الطابع الفردي (الفرع الأول) ثم الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم (الفرع الثاني) فيما يلي:

الفرع الأول

الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم

إن الحفاظ على مادة الجسم واستمراره في أداء وظائفه على نحو طبيعي هي مصلحة فردية بالدرجة الأولى لصاحب الاختصاص؛ أي الفرد باعتباره حقاً شخصياً مترتب عن الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم. وعليه ينبغي دراسة خصائص الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم (أولاً) ثم مضمون الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم (ثانياً) فيما يلي:

أولاً: خصائص الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم

يعتبر الحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية¹. وهذه الأخيرة تتميز بطابع فريد بأن ليس لها محل خارج صاحب الحق نفسه. وهذه الحقوق على العموم تنصب على مقومات وعناصر الشخصية ذاتها، في مظاهرها المختلفة، وهي تثبت لكل شخص لكونه إنساناً. وبذلك فإن هذه الحقوق يتمتع بها المواطنين والأجانب على حد سواء².

ونظراً لارتباط هذه الحقوق بمقومات وعناصر الشخصية سميت بالحقوق اللصيقة بالشخصية أو الحقوق الشخصية، وتقرر للمحافظة على الكيان المادي والمعنوي وبدونها لا يكون الإنسان آمناً على حرياته ونشاطه، على أن هذه الحقوق لا يمكن حصر ما يتفرق عنها، إلا أن أهمها المساس بالكيان المادي والمعنوي للشخصية³.

¹ - يرى البعض أن الطبيعة القانونية لحق الإنسان على جسمه هو حق ملكية ويقرون أنصار هذا الاتجاه على أهمية مسعاهم في كون هذا الحق تتضح آثاره الإيجابية في حظر العبودية والاسترقاق والسخرة المقتعة، كما يكسب الشخص حقاً في منع الغير من المساس بجسده وذلك بموجب النصوص التي تمنع استعمال القسوة والإكراه والتعذيب.

أما موقف الفقه الإسلامي بالنسبة للملكية للإنسان لجسمه فهو لا يعترف للإنسان بهذه الملكية ويؤكد على حقيقة لا تقبل الجدل أو النقاش بأن جسم الإنسان هو ملك لخالقه، ولا يملك الإنسان التصرف فيه إلا للضرورة ستكون محل دراسة فيما بعد.

ويرى البعض أن حق الإنسان على جسمه هو حق انتفاع، ذلك أن الجسم يعتبر بمثابة الوديعة التي استودعها الله لدى الإنسان، ومن ثم عليه أن يردها إليه بالحالة التي كان عليها.

غير أن هذا الرأي يعني وجود مالك رقية على الجسم الإنساني، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون حق الإنسان على جسمه حقاً مالياً، لأنه بسلطة لا يمكن أن يوصف الجسم بأنه شيء كبقية الأشياء. حبيبة سيف سالم راشد الشامي، المرجع السابق، ص. 52 - 61.

² - نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص. 40.

³ - نفس المرجع، ص. 41.

كما أنه من أحد الحقوق اللصيقة بالشخصية الحقوق التي ترمي إلى حماية الجانب المعنوي كالشرف والكرامة وهي لا تقل أهمية إن لم تزد عن المقومات المادية. ولهذا استقرت القوانين في معظم الدول على كفالة احترام هذه المقومات عن طريق رصد العديد من الحقوق التي لا يمكن حصرها في سبيل تحقيق هذه الغاية ومن ذلك الحق في الاسم والحق في الخصوصية¹.

فالحق في الخصوصية أو كما يطلق عليه "الحق في السيرة" ويعني أن الشخص له الحق في أن يحدد كيفية معيشته كما يروق له ويمكن هذا الحق المحافظة على سير خصوصيات الشخص وعدم جعلها عرضة لألسنة الناس أو أن تكون موضوعاً لصفحات الجرائد، ومن بين الحقوق الحق في الصورة على اعتبار أن نشر الصورة مأخوذة بكاميرا الفيديو في شقة منزل يعد خرقاً لسرية الحياة الخاصة، وتدخل ضمن هذه الحقوق الحق في حرمة المسكن والحق في السرية والحق المعنوي للمؤلف على إنتاجه الفكري...². ويتميز الحق في سلامة الجسم بما تتميز به الحقوق الشخصية كما يلي:

I. حقوق أساسية

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

II. حقوق مستمدة من الشخص

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

III. حقوق مطلقة

تعتبر حقوق الشخصية حقوقاً مطلقة؛ لأنه يحتج بها على الجميع ويتمتع الأفراد بهذه الحقوق على قدم المساواة.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.47.

² - جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، محمد قاسم، الحقوق وغيرها من الحقوق القانونية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1996، ص.

IV. حقوق ملازمة للشخصية

تعتبر حقوق الشخصية حقوق ملازمة لشخصية كل إنسان لأنها لا تنفصل عنها¹ في وجودها من بدء الحياة وحتى نهايتها وقد تمتد إلى الجثة بعد الوفاة². ويؤدي هذا المبدأ إلى النتائج التالية:

إن الحق في سلامة الجسم باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية يستتبع الشخص وتنقضي بوفاته وانقضاء الشخصية. ومن هذا المبدأ تأكد بأن هذه الحقوق كقاعدة هامة لا تنتقل بعد موت الشخص عن طريق الميراث إلى الورثة.

1. ما دام أن هذه الحقوق تكتسب صفات الشخصية فهي تدخل ضمن مفهوم الحقوق غير المالية لأنها لا تقوم بالمال ابتداء.

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

3. إن هذه الحقوق وإن كانت بحسب الأصل لا تقوم بالمال إلا أنه في بعض الأحيان تستتبع هذه الحقوق آثاراً مالية إذ أن الاعتداء عليها يولد لأصحابها حقاً مالياً في التعويض³.

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

ثانياً: مضمون الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم

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

- استمرار الأداء الطبيعي لوظائف الأعضاء.
- التكامل الجسدي.

¹ - تنص المادة 47 من القانون المدني الجزائري: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة للشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد يكون قد لحقه من ضرر".

² - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 69-70.

³ - نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 55.

• التحرر من الآلام البدنية.

I. استمرار الأداء الطبيعي لوظائف الأعضاء

تؤدي أعضاء الجسم ووظائفها أداءً طبيعياً إذا كان الشخص يتمتع بالصحة، وتختل إذا ألم بالشخص "المرض" ولكل شخص الحق في أن يحتفظ بالمستوى الصحي الذي يتمتع به ومن أجل ذلك فإن كل فعل يترتب عليه نقصان في هذا المستوى يعد مساساً بالحق في سلامة الجسم سواء تحقق عن طريق إحداث مرض لم يكن موجوداً من قبل أو الزيادة في مقدار مرض كان المجني عليه يعانيه من قبل ولا أهمية للوسيلة التي تنال من الصحة. فكل وسيلة تؤدي إلى تعطيل بعض أعضاء الجسم أو أجهزته الداخلية عن أداء وظيفتها الطبيعية تعطلاً تاماً أو مؤقتاً يتوافر بها المساس بسلامة الجسم ولو لم يترتب على استعمالها آثار ظاهرة¹.

ومن هنا فإن معنى الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء ينسحب من نقطتين أساسيتين هما الصحة والمرض.

الصحة كما يعرفها العالم "بركتر" Perkins على أنها حالة التوازن النسبي لوظائف الجسم وأن هذه الحالة تنتج من تكييف الجسم مع العوامل الضارة التي يتعرض لها.

فالصحة كما تعرفها منظمة الصحة العالمية عام 1948 في ديباجة الدستور "حالة من اكتمال السلامة بدنياً وعقلياً واجتماعياً، لا مجرد انعدام المرض أو العجز"².

إن الصحة في مفهوم المنظمة الصحية العالمية ليست مجرد الخلو من المرض أو العاهة ولكنها تعني الصحة الإيجابية وهي أن يتمتع الفرد برصيد من القوة في وظائفه أعضائه تجعله يتحمل ما قد يتعرض له من مسببات كثير من الأمراض. وتحقيق الصحة الإيجابية يستلزم أن يكون نظام الحياة الشخصية والظروف البيئية والعوامل السائدة في المجتمع عوامل تساعد على تحسين الصحة³.

يؤكد هذا التعريف الارتباط والعلاقة الوثيقة بين الجوانب الثلاث البدنية والعقلية والاجتماعية للصحة وأن أي خلل من أحدهما يؤثر سلباً في الجانبين الآخرين وبالتالي يؤدي إلى خلل في حالة الصحة⁴.

¹ - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 844.

² - ديفيد ألبيدا، روبرت برلين، دليل دراسي "الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه" مركز حقوق الإنسان بجامعة منيسوتا، 2002، دليل منشور على الإنترنت تاريخ الإطلاع: 1-5-2008، الموقع:

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic>

³ - إبراهيم الصياد، النظرية الطبية الإسلامية في الوقاية والعلاج، بحث منشور على الإنترنت، ص: 1 تاريخ الإطلاع 28-01-2008 الموقع:

<http://www.islamset.com/arabic/ahip/immunity/weqaya.html>

⁴ - محمد توفيق خضير، المرجع السابق، ص. 19.

ويتفق هذا المفهوم الحديث للصحة مع مفهوم الصحة في الإسلام التي تنبثق من معنى الاستخلاف، ذلك أن خلافة الإنسان في الأرض تتحقق بعمارتها وحمايتها وإصلاحها والمؤهلات التي منحها الله للإنسان لتمكنه من أداء وظيفة الخلافة هي العقل والإرادة الحرة وقوة البدن، وهذه نعم من الله عز وجل لا بد من توظيفها فيما يرضي الله تعالى حتى تكون حياة الفرد عبادة، فالصحة والعافية نعمة تلي نعمة الهداية إلى الإيمان. ونظرة الإسلام للصحة في ضوء الاستخلاف تتكون من ثلاثة مستويات:

- المستوى الأول: هو بناء الجسم وتحسين الصحة.

- المستوى الثاني: حماية الصحة من الضعف والأمراض وهو ما يعرف بالطب الوقائي.

- المستوى الثالث: إصلاح البدن من الأمراض والعجز وهو ما يعرف بالطب العلاجي والتأهيل¹.

أما المرض - على اعتبار أنه إحدى الاثنتين المكونين لمعنى الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء- فهو نقيض الصحة. وهو "خلل يعترى بعض أعضاء الجسم فيعطلها تماماً أو يعوقها عن مباشرة وظيفتها على الوجه الأكمل ويتحقق في الخلل معنى المرض سواء كان دائماً أو عارضاً"². ويعرّف المرض³ أيضاً بأنه "حالة اختلال التوازن النسبي لوظائف الجسم وأنه حالة دون السلامة والكفاية المتوسطة، كما أنه قد يكون ظاهراً أو غير ظاهر".

فالمرض الظاهر فهو الأعراض التي يشكو منها المريض ويشعر وتبدو عليه علاماتها للعين المجردة مثل: الضعف العام، البثور الجلدية...

والمرض غير الظاهر يكون عندما يشكو المريض من أعراض غير واضحة ولكن يمكن للطبيب اكتشاف المرض بعلامات سريرية وبالفحوصات الحيوية: الدم، البول، البصاق، الأشعة التشخيصية...⁴.

¹ - إبراهيم الصياد، المرجع السابق، ص.1.

² - أن هذا التعريف يوصف بأنه شامل على عكس من يقول بأن الصحة سواء كانت نفسية أو عقلية أو بدنية هي الخلو من المرض، حيث يوصف هذا التعريف بالضيق والمحدودية، ذلك أن الخلو من الاضطرابات النفسية أو البدنية أي كانت لا تعني الصحة، فالمعروف أن المرض الجسمي أو النفسي لا يأتي فجأة كما يتوهم البعض ولكن ينمو وقد لا يحس به الفرد به ويزداد الاضطراب البدني من الناحية الكمية حتى يصل إلى مرحلة التغيير الكيفي (المرض) وهنا فقط يتضح الخلل أو المرض، فهناك العديد من الأشخاص الخاليين من أعراض المرض ولكنهم غير قادرين على تحقيق العلاقات الاجتماعية الطبيعية مع غيرهم من الناس سواء في العمل أو الحياة الاجتماعية. أشرف محمد عبد الغني، أميمة محمود الشريبي، الصحة النفسية بين النظرية والتطبيق، لا توجد دار النشر، 2003، ص.15-16.

³ - يعتقد العاملون في مجال الصحة العامة بمصداقية النظرية الحديثة أو نظرية الأسباب والمؤثرات المتعددة للمرض (multiples causes) والتي تقول أن حدوث المرض أو درجة الحالة الصحية للفرد أو المجتمع هي نتيجة تفاعل عدة عوامل أو مؤثرات أو أسباب تعمل كل منها في اتجاه معين قد يكون إيجابياً ليمنع حدوث المرض أو سلبياً ليساعد على حدوث المرض.

وبذلك تدحض هذه النظرية الحديثة ما ورد في نظرية السبب الواحد (single cause) القديمة التي كانت تفترض أن المرض ينتج عن

سبب عامل أو مؤثر واحد هو السبب النوعي. محمد توفيق خضير، المرجع السابق، ص. 21.

⁴ - محمد توفيق خضير، المرجع السابق، ص.21.

والمرض في المفهوم القانوني يتسع ليشمل كل ضرر يصيب الجسم كله أو في جزء منه. فالكدمات والسحجات والالتهابات الخارجية وغير ذلك من الأضرار تعتبر مرضاً وفقاً لأحكام المادة 264 وما يليها من قانون العقوبات الجزائري.

أما العجز عن العمل فيقصد به " ما يصيب جسم الإنسان أو أحد أعضائه من خلل واضطراب في وظائفه بحيث يحول دون الممارسة الطبيعية"¹.

ويراد به أيضاً العجز عن النشاط الجسمي العادي لدى كل فرد لا نشاط المهنة و الوظيفة، وإلا لتوقف قيام الجريمة على متزلة المحني عليه في المجتمع، ولا تنفي وجود جريمة الإيذاء حيث لا تكون له مهنة أو وظيفة يترتب على الضرب والجرح عجزه عن القيام بأعمالها وهو ما لا يسوغ².

ولا يشترط أن يكون العجز مطلقاً إذ يمكن أن يوجد عجز حتى ولو كانت الحالة الصحية تستطيع القيام بعمل غير متعب وغير خطير ما دامت عاجزة عن القيام بعمل جسدي ويجب أن يكون المرض أو العجز عن العمل قد دام لمدة تتجاوز خمسة عشر يوماً³.

يستدل على خطورة المرض بالإجراءات غير العادية التي يستلزمها مواجهته سواء تمثلت في العلاج أو الاحتياط أو الرعاية الصحية. فليس مجرد إحداث تغييرات عضوية أو فسيولوجية كافية لتحقيق معنى المرض، فالعبرة بما يترتب عن المرض من سلوكات معينة كالعلاج والرعاية الصحية⁴.

فالعلاج حق في مقدمة الحقوق يشمل بصفة عامة جميع المرضى الذين يتوجهون للرعاية الصحية بما فيها فحص وتشخيص وعلاج بالعقاقير أو بإجراء العمليات الجراحية⁵.

أما الرعاية الصحية فهي الإجراءات أو الخدمات الصحية والطبية الضرورية للوقاية من الأمراض ومنع حدوثها والاكتشاف المبكر والعلاج الفوري. بما يحدث منها ومكافحتها للحد من انتشارها، وبعد ذلك علاج المضاعفات الناتجة عن الإصابة بها وتأهيل الفرد أو أفراد المجتمع بعد الشفاء الجسدي ليصبح قادراً على العمل والإنتاج معتمداً على نفسه⁶.

¹ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ...، المرجع السابق، ص. 42.

² - رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1999، ص. 862.

³ - بن الشيخ حسين، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، 2000، ص. 70.

⁴ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ...، المرجع السابق، ص. 42-43.

⁵ - لطفى الشريبي، الطب النفسي والقانون، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2001، ص. 50.

⁶ - محمد توفيق خضير، المرجع السابق، ص. 26.

II. التكامل الجسدي

وهو ما يعني حق الإنسان في الاحتفاظ بمادة جسده كاملة غير منقوصة ويترتب على ذلك أن كل مساس بمادة الجسد يعد اعتداء على التكامل الجسدي سواء كان بإنقاص جزء منها كبتتر عضو من جسم المجني عليه أو استنزاف كمية من دمه أو مجرد العبث بتماسك الخلايا والأنسجة أو إحداث إي تغيير على مادة الجسم كإحداث ثغرة في الجلد أو طعنه بألة حادة أو إحداث أي تغيير بمادة الجسم يترتب عليه تغيير صورته العادية المألوفة كقص شعر المجني¹.

والمحافظة على مادة الجسم تقتضي أن يحتفظ الشخص بكل جزئية من هذه المادة وتتساوى في ذلك جميع أجهزة الجسم وأعضائه من حيث أهميتها، وباحتفاظ الإنسان بكل جزئية من مادة الجسم يمكن القول بأن جزئيات هذا الجسم متكاملة على النحو الذي خلق عليه الإنسان، ويكون بذلك أمام تكامل تلك الأعضاء والأجهزة من الناحية المادية².

ولقد بين قانون العقوبات صور عديدة للمساس بالتكامل الجسدي كالضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة والعاهة المستديمة، فالضرب هو الاعتداء على سلامة الجسم عن طريق الضغط على أنسجة الجسم أو مصادمتها بصورة لا تؤدي إلى تمزيقها. ولا يشترط لتوافر الضرب أن يحدث الاعتداء آثاراً على الجسم ككدمات أو رضوض أو احمرار بالجلد أو أن يسبب ألاماً للمجني عليه أو أن ينشأ عنه مرض أو عجز³.

ولا يقيم القانون أهمية من حيث التجريم بين الوسائل التي يمكن أن يتحقق بها الضرب، فلا فرق في أن يستعمل عضو من أعضاء جسمه كالركل بالقدم أو بقبضة اليد أو أن يستخدم آلة منفصلة عن جسمه، كعصا أو كعب السلاح الناري. ولا فرق كذلك عما إذا كان الجاني قام مباشرة بالاعتداء على المجني عليه أو أعد الوسيلة اللازمة لذلك تاركاً حدوثها رهن الظروف كتهيئة حفرة مغطاة بمواد هشة تحضيراً لإيقاع المجني عليه⁴. أما الجرح في الاصطلاح الطبي عموماً هو تفرقة بين اتصال أي نسيج من أنسجة الجسم سواء كان الجلد أو الأنسجة أو الأغشية الداخلية أو الباطنية أو العضلات أو العظام نتيجة عنف خارجي⁵.

¹ - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 845.

² - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص. 44.

³ - طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الطبعة الأولى، لا توجد دار النشر، 2000، ص. 126.

⁴ - نفس المرجع، ص. 127.

⁵ - عبد الحميد المنشاوي، الطب ودره الفني في البحث عن الجريمة، دار الفكر الجامعي مصر، لا توجد سنة النشر، ص. 107.

ويعرّف الجرح أيضاً بأنه كل ما ترك أثراً على جسم المجني عليه ظاهرياً كان أم باطنياً مع قطع الأنسجة أو وخز أو تسلخ أو سحج أو كدم أو شرخ في العظام أو كسر¹. ولكل نوع من الجروح أسم خاص به فجرح الجلد يسمى "جرح" أما جرح الغشاء المخاطي يمكن تسميته "تشقق"، ويسمى جرح الأحشاء والعضلات "التمزق العضلي" أو التهتك أما جرح العظام يسمى الكسر. وتقسم الجروح من الوجهة الطبية الشرعية إلى الأنواع التالية:

- الجروح الطبية التشريحية: وتشمل التسلخات، الكدمات، الجروح الرضية، القطعية، الوخزية، النارية، الكسور...
 - الحروق النارية والسلقية والكيماوية: وهي الناشئة عن أشعة أكس وعن الراديوم.
 - الموت من الحرارة المرتفعة: ضربة شمس والحرارة المنخفضة أو البرد.
 - الموت من الجوع والإهمال.
 - الأسفيسيكيا الميكانيكية، العرضية، والمرضية والأسفيسيكيا العنيفة.
 - حالة التسمم وهي تعتبر جروحا من الوجهة الطبية الشرعية
 - الأمراض الإصابية كالدرن والالتهابات الرئوية والبول السكري وغيرها من الأمراض الإصابية.²
- ولقد قسم قانون العقوبات الجروح من الوجهة الطبية الشرعية حسب مدة علاجها إلى ثلاثة درجات يختلف العقاب فيها تبعاً لمدة العلاج. فهناك الجروح البسيطة وهي السجحات والتسلخات والكدمات وهي تشفى عادة في بضعة أيام ما لم يطرأ عليها أي مضاعفات والجروح البسيطة هي التي تشفى عادة بالعلاج في مدة أقل من عشرين يوماً.
- ثم الجروح التي يحتاج علاجها أكثر من عشرين يوماً وهي عادة تكون مصحوبة بالكسور وعقوبتها أشد من الأولى.
- والنوع الثالث من الجروح هي غير قابلة لشفاء الكامل وتترك عادة بعد التئامها عاهات مختلفة³.
- ومن صور المساس بجسم الإنسان كما حددها قانون العقوبات إعطاء المواد الضارة وتحقق هذه الصورة بإعطاء المجني عليه مواد ضارة بأي وسيلة كانت تؤثر على صحته وتلحق بها ضرراً، ولا عبءة بشكل المادة الضارة أكانت صلبة أو سائلة أم غازية وأياً كان مصدرها حيواني أو نباتي أو معدني⁴.

¹ - معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، الطبعة الرابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 1998، ص.26.

² - عبد الحميد المنشاوي، الطب ودره الفني في البحث عن الجريمة، المرجع السابق، ص.107.

³ - نفس المرجع، ص.108.

⁴ - طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص.129.

ويقصد بكلمة "الإعطاء" كل سلوك يقيم به الجاني الصلة بين المادة الضارة وجسم المجني عليه سواء تناولها المجني عليه رغما عنه أو بإرادته بعد أن يوهمه الجاني بفائدتها، أو أن يقوم أي شخص آخر بحسن النية بمزجها بدوائه أو شرابه أو بدسها في طعامه.

ولا أهمية لطريقة تناولها سواء عن طريق الفم أو الأنف أو الأذن أو عن طريق حقنها أو وضعها على الجلد لتمتصها مسامات الجسم¹.

أما العاهة المستديمة وإن كان القانون لم يعرف العاهة المستديمة وإنما اقتصر على مجرد ذكر بعض صورها على سبيل المثال. وقد جرى تعريف قضاء النقص المصري على العاهة المستديمة بأنها فقد أحد أعضاء الجسم أو أحد أجزائه أو فقد منفعة أو تقليلها بصفة مستديمة فالعاهة المستديمة تتحقق بفقد أو بعجز عضو أو جزء من الجسم أو منفعته كانت سليمة قبل الإصابة².

إن كل ما من شأنه نقص قوة أحد الأعضاء أو تقليل قوة مقاومتها الطبيعية يعتبر مساساً بالجسم البشري، ولم يحدد القانون نسبة معينة للنقص الذي يمكن وقوعه لتكوين العاهة المستديمة، بل ترك الأمر في ذلك لتقدير قاضي الموضوع يثبت فيه بما يتبينه من حالة المصاب وما يستخلصه من تقرير الطبيب. ومتى أثبت الحكم أن منفعة أحد الأعضاء أو وظيفته فقدت ولو قدرها جزئياً بصفة مستديمة فذلك كاف³.

وفي قانون العقوبات الجزائري عندما ينتج عن العنف عاهة دائمة تتحول الجريمة إلى جناية طبقاً للمادة 264 في فقرتها الثانية أو يكون الاختصاص في فصل النزاع لمحكمة الجنايات⁴.

وتحدد عناصر الجريمة وفق لهذه المادة ما يلي:

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

¹ - طارق سرور، المرجع السابق، ص. 129.

² - طعن مصري رقم 1199 لسنة 36 ق جلسة 1966/1/1 س 17 ص 1061. مقتبس عن: معوض عبد التواب، قانون العقوبات، لا توجد دار النشر، 2000، ص. 868.

³ - طعن مصري جلسة 1938/5/23 طعن رقم 1577 سنة 8 ق. مقتبس عن: معوض عبد التواب، قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 867.

⁴ - بن الشيخ حسين، المرجع السابق، ص. 71.

يستخلص مما سبق أن أبعاد التكامل الجسدي أن يحتفظ الجسم بمادته كاملة غير منقوصة، ويعتبر ما يخالف ذلك اعتداء على استواءه وتكامله ويرتب المسؤولية الجنائية، ولا يغير من هذه المسؤولية رضاء المجني عليه، كما أن التكامل الجسدي يقتضي ألا يُنال من مادته دون تفرقة بين أعضائه ومنتجاته ومشتقاته ضمن ترتيب معين بحسب الأولويات، بل أن مكونات الجسم كلها على قدم المساواة سواء كان العضو داخلياً أو ظاهراً وبغض النظر عن انتمائه لأحد الأجهزة، العصبي، العظمي، التنفسي، وبعض النظر عن وظيفته.

III. التحرر من الآلام البدنية

وهذا يعني حق الإنسان في التحرر من آلام البدن ويتحقق الإيلام البدني لما يلق الشخص من أذى في شعور بالارتياح. وعلى ذلك فإن كل فعل يسبب للمجني عليه ألم لم يكن موجوداً من قبل أو الزيادة من مقدار ألم كان المجني عليه يعانيه يعتبر اعتداء على سلامة الجسم، سواء ترتب على هذا الفعل المساس بصحة المجني عليه أو المساس بمادة جسده أم لم يترتب عليه شيء من ذلك مثال ذلك لوي ذراع المجني عليه أو الضغط على عنقه أو صفعه على وجهه¹.

ويتمثل هذا العنصر أيضاً في المحافظة على الهدوء والسكينة التي يتمتع بها الجسم. فالإنسان حينما يشعر بالسكينة في بدنه، فإنه يحس بالراحة البدنية والاستمتاع بما فطر عليه من الصحة، فضلاً عن عدم إحساسه بالآم التي قد يكابدها في غياب هذه السكينة، وتتحقق حينما يكون الجسم محتفظاً بمادته وتكامله الجسدي وبالمستوى الصحي الذي يتمتع به، يتلقى صاحبه من خلاله شعوراً بالراحة والاستقرار الجسدي².

وتطبيقاً لذلك يعد اعتداء على السكينة البدنية إجبار الشخص على تناول مادة كريهة المذاق ولكنها غير ضارة بصحته وكذلك قذف المجني عليه بكمية من الماء سواء كان نظيفاً أو قذراً أو البصق في وجهه أو فتح تيار هوائي أمام جسمه فكلها أفعال تمس بالراحة النفسية رغم تفاهة الفعل³. ولقد ثار خلاف فقهي حول اعتبار الأفعال البسيطة التي تحدث آلاماً بدنية لدى الشخص هل تدخل ضمن أفعال المساس بسلامة الجسم، أم أنها تعتبر في نظر القانون من الإباحة؟ ومثال هذه الأفعال الحجامة والكي والوشم وخرق الأذن لدى الإناث لوضع الحلي للزينة.

¹ - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 845.

² - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص. 46.

³ - نفس المرجع، ص. 47.

القول الأول¹ في هذه القضية يرى بأن تحمل الشخص لتلك الآلام ينفصل عن لائحة صدرت تطبيقاً لقانون العقوبات المصري.

ويرى آخرون² بأن عدم متابعة الجناة عن هذه الأفعال يستند إلى أنها أفعال بسيطة وتافهة وقليلة الأهمية وخاصة أنها تحدث بين الأقارب. كما أنها من الطباع والعادات التي تخرج من دائرة أفعال المساس السكنية البدنية والقانون لا يلقي بالاً للتوافه³. والمشرع الجزائري شأنه شأن مشرعي الدول العربية والإسلامية التي تسود فيها معتقدات خاصة وأعراف دائمة والتي تجعل من أفعال الوشم وخرق الأذن من أمور الزينة وليست أفعالاً من شأنها الإيذاء والإضرار بالسكنية العامة.

ولا نود أن نغفل جانب السكنية النفسية إلى جانب السكنية البدنية على نحو ما بيناه حينما تعرضنا إلى مظاهر المساس بالجانب النفسي. فمناولة المحمي عليه مادة مسكرة أو مخدرة أو إطلاق عيار ناري بجانبه أو إخباره بنيا مفزع، أو تهديده باستخدام القوة ضده وغيرها من الأفعال، تنال بصورة مباشرة بالسكنية النفسية للمحمي عليه وتحدث خللاً بالطمأنينة النفسية لتنجر عنها آلاما بدنية. كما أن الاعتداء على الجسم تخلف آثاراً نفسية، فهناك علاقة بين الدماغ والسلوك الإنساني. فقد يؤدي الاعتداء إلى تقلصات عضلية عندما تستقبل هذه العضلات مثيرات عصبية آتية من الجهاز العصبي المركزي في الإنسان، مما يضر بالسكنية النفسية بصورة غير مباشرة كنتيجة لبعض الجروح الفيزيائية أو الاعتداء بالأعيرة النارية... وإذا كان بيان الطبع الفردي للحق في سلامة الجسم يتحدد بالعناصر الثلاث (استمرار الأداء الطبيعي للوظائف، التكامل الجسدي، والتحرر من الآلام) فإن تمام الحق في السلامة الجسدية لا يستوي إلا ببيان الطابع الاجتماعي لهذا الحق، وتفصيل ذلك ما يلي.

الفرع الثاني

الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم

إن الحق في سلامة الجسم على النحو السابق يمثل المحل القانوني؛ أي المصلحة القانونية لمحل جرائم الإيذاء. فمن مصلحة الإنسان أن تسيروا وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي، وأن يظل محتفظاً بتكامله الجسدي متحرراً من الآلام البدنية. وإلى جانب مصلحة الإنسان في سلامة جسمه التي لا

¹ - GRANDMOULIN, Le droit Egyptien indègne, 1908. T2, p.8.

مقتبس عن: مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.47. الهامش.2.

² - علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، الجزء الأول، الجريمة، لا توجد دار النشر، 1988، ص.419.

³ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.47.

تحتاج إلى بيان فإن للمجتمع مصلحة في سلامة أجسام أعضائه حتى يتمكن كل منهم من النهوض بالوظيفة الاجتماعية المطلوبة منه¹.

ويتضح الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم من طبيعة القواعد التي تنظم الأفراد داخل مجتمع معين، حيث تلقى على عاتق كل فرد مسؤولية يضطلع بها بشخصه لتشكيل واجباً معيناً ومن مجموع هذه الواجبات تنشأ للمجتمع حقوق مقابلة لها.

تقرر للدولة مسؤولية اتجاه الحق في سلامة الجسم شأن باقي الحقوق فيثور التساؤل عن طبيعة هذه المسؤولية من حيث هي، فهل تعتبر التزام بتحقيق نتيجة أم أنها التزام ببذل عناية وهل الأمر سيان بالنسبة لجميع الدول؟ وما هي التزامات الدولة فيما يخص الرعاية الصحية لأغراض الصحة والسلامة العامة (أولاً). ثم علينا أن نتعرض إلى بعض تطبيقات الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم (ثانياً).

أولاً: مسؤولية الدولة تجاه الحق في سلامة الجسم

لا شك أن الدور الذي يقوم به الفرد داخل مجتمعه يؤثر كماً وكيفاً فيما يحصل عليه من حقوق بوصفه عضواً في المجتمع وبالتالي تقرر مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان باعتباره عضو في المجتمع، وتحدد هذه المسؤولية على مستويات ثلاثة:

- واجب الاحترام.
- واجب الحماية.
- واجب تنفيذها بالفعل².

وإذا كانت مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان المحمية بوصفه إنساناً تعتبر من قبيل الالتزام بتحقيق غاية تحقيقاً غير منقوص، فإن طبيعة مسؤولية الدولة تجاه الحقوق المحمية للإنسان بوصفه عضواً في المجتمع حالة كون تحقيقها يحتاج إلى وجود إمكانيات ومقومات لدى الدولة. فإن طبيعة هذه الحقوق باعتبارها على الوجه الغالب حقوق اقتصادية واجتماعية ثقافية يستعصى تحقيقها للكافة تكون الدولة مسؤولة ببذل عناية، إلا أنه إذا كانت الدولة لها مقومات وإمكانيات في حقوق ما تتحول المسؤولية إلى تحقيق غاية، ومن ثم فإن مسؤولية الدولة تتحدد وفقاً لظروف كل مجتمع³.

¹ - عبد القادر القهوجي "فتوح عبد الله الشاذلي"، المرجع السابق، ص. 131.

² - خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 2002، ص. 81.

³ - نفس المرجع، ص. 82.

ولقد اعترف المجتمع الدولي بالتعاون الدولي فيما بين الدول حتى يمكن حماية الحقوق ومنها الحق في السلامة الجسدية ولو تدريجياً وقطع بما لا يدع مجالاً للشك بأن أقصى ما تسمح به موارد الدولة المتوافرة بالفعل هي المعيار في تحديد نطاق المسؤولية¹. كما تنص المادة الثانية في فقرتها الأولى من المعاهدة الدولية لحماية حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على: " أن تتعهد كل دولة طرف في العهد الحالي أن تقدم منفردة ومن خلال المساعدة والتعاون الدوليين باتخاذ الخطوات خاصة الاقتصادية والفنية لأقصى ما تسمح به مواردها المتوافرة من أجل التوصل تدريجياً للحماية الكافية للحقوق المعترف بها في العهد الحالي بكافة الطرق المناسبة..."

I. توزيع الموارد الطبية المحدودة

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

II. توفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية

على الأطباء العمل على اقتراح سياسات ترمي إلى تحقيق العدالة في توفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية لجميع أفراد المجتمع.

ويلتزم الأطباء بمراعاة الاعتبارات الأخلاقية الآتية، عند اختيار الإجراءات والطرق الوقائية العلاجية التي تضمن تحقيق مستوى ملائم للرعاية الصحية:

- أ. مدى استفادة المريض من البرنامج العلاجي.
- ب. احتمال استفادة المريض من العلاج.
- ج. مدة هذه الاستفادة.
- د. تكلفة العلاج.
- هـ. عدد المرضى الذين سيستفيدون من العلاج².

¹ - خيرى أحمد الكباش، المرجع السابق، ص. 83.

² - عبد الخطاب، الوثيقة الإسلامية لأخلاقيات الطب والصحة، بحث منشور على الإنترنت، ص. 12-13 تاريخ لإطلاع: 17-4-2008

الموقع: <http://www.islamset.com/arabic/alwseka/word/Abdul%20Hattab.doc>

III. الرعاية الصحية الاجتماعية

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

1. الرعاية الصحية الأولية

وهذه الإجراءات تهدف إلى ترقية الصحة وتقويتها والوقاية الخاصة أو النوعية للفرد من خلال المبادعة بين الإنسان والعوامل أو المسببات النوعية المباشرة للمرض في ظل بيئة صحية سليمة. وقد أشارت منظمة الصحة العالمية كذلك الإعلان الذي تم في مدينة آلماتا في كازاخستان عام 1978 على أنها تلك الرعاية التي تعتمد على وسائل وتقنيات صالحة علمياً وسليمة عملياً ومقبولة اجتماعياً وميسرة لجميع أفراد الأسرة في المجتمع من خلال مشاركتهم التامة بتكاليف يمكن للبلد توفيرها، وهي المستوى الأول لاتصال الأفراد والأسر والمجتمع بالنظام الصحي الوطني، وهي تقرب الرعاية الصحية بقدر الإمكان إلى حيث يعيش الناس ويعملون وتشمل على الأقل العناصر التالية:

- التثقيف بشأن المشاكل الصحية السائدة وطرق الوقاية منها والسيطرة عليها.
- توفير الغذاء وتعزيز التغذية الصحية.
- الإمداد الكافي بالمياه النقية للشرب والإصحاح الأساسي (تصريف الفضلات الصلبة والسائلة والغازية).
- رعاية الأم والطفل بما في ذلك تنظيم الأسرة.
- التحصين ضد الأمراض المعدية الرئيسية (المطاعيم والأمصال).
- الوقاية من الأمراض المتوطنة محلياً ومكافحتها.
- العلاج الملائم للأمراض والإصابات الشائعة.
- توفير العقاقير الأساسية¹.

وتتطلب هذه المهمة القطاع الصحي والذي يقوم بدوره من خلال الفريق الصحي من أطباء، صيادلة، تمريض، قبالة، ومهن صحية مساعدة كالعيادات والمراكز الصحية وأقسام الإسعاف والطوارئ والفرق الصحية المتجولة. وهناك قطاعات أخرى مساندة كقطاع المياه والري والزراعة وخدمات

¹ - محمد توفيق خضير، المرجع السابق، ص. 27.

البلديات والبيئة والتموين والدفاع المدني والتخطيط والإدارة في الدولة وقادة المجتمع المحلي، مما يعني أن الرعاية الصحية الأولية مسؤولة مشتركة بين جهات رسمية وشعبية¹.

2. الرعاية الصحية في المستويين الثاني والثالث

ونعني بها تقديم العلاج للحالات المرضية والإصابات الجسدية التي تحتاج لرعاية طبية غير متوافرة أو غير كافية في المستوى الأول. وفي هذه الحالة تقع المسؤولية كاملة على كامل القطاع الصحي الذي يقدم خدماته من خلال أفراد الفريق الطبي في المراكز الصحية الشاملة والمستشفيات العامة (لكل الأمراض) والمستشفيات التخصصية.

وتهدف الرعاية في هذين المستويين للاكتشاف المبكر والعلاج الكافي والمناسب للمرضى لاستعادة صحتهم والشفاء والحد من المضاعفات الجسدية والعقلية للمريض مثل منع قصر أو ضمور الأعضاء نتيجة الشلل الدماغي².

3. الرعاية الصحية التأهيلية في المستوى الرابع

وهي الرعاية التي يحتاجها المصاب بعد ثبات واستقرار الحالة الصحية (الجسدية والعقلية) عند مستوى معين من درجات الصحة من الناحية التشريحية والناحية الوظيفية وتهدف للحد من المضاعفات الجسدية والعقلية (العجز أو العاهة التي تركها المرض). وتشتمل الرعاية الطبية والنفسية والاجتماعية والمهنية بغرض أن يتمكن من الاعتماد على نفسه في معيشته وأن لا يظل عالمة على غيره من أفراد أسرته ويصبح فرداً منتجاً في مجتمعه. وتتم هذه الرعاية في المؤسسات الصحية والتعليمية والاجتماعية والمهنية المتخصصة...³.

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

¹ - محمد توفيق خضير، المرجع السابق، ص.28.

² - نفس المرجع، ص.28.

³ - نفس المرجع، ص.28.

ثانياً: تطبيقات الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم

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

تقتضي الضرورة الحديث عن التطعيم أو التلقيح ضد الأمراض باعتباره المرحلة التي تعقب فترة الجنين وما يترصده من حماية جنائية تتمثل في جرائم الإجهاض ثم جريمة قتل الوليد حديث العهد بالولادة وجرائم القتل والإيذاء بشكل عام. فيأتي الحديث عن هذه التطعيمات باعتبارها أحد الإجراءات الوقائية والعلاجية في حال المرض والتي تدخل ضمن تطبيقات الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم في مرحلة يوصف بها الكائن البشري بالوليد الجديد.

إن المولود ساعة ينتقل فجأة إلى بيئة جديدة لا تؤمن له نفس الراحة والحماية التي كان ينعم بها وهو في داخل الرحم، يأتي إلى هذا العالم مسلحاً بمناعة شبيهة بمناعة أمه. وهذه المناعة الطبيعية التي انتقلت إليه من أمه بواسطة المشيمة لا تقيه من الأمراض إلا لفترة من الزمن لأنها تزول خلال الأشهر الأولى من حياته ويصبح بدون مناعة وعرضة للأمراض¹.

ومن المسلم به أنه إذا توفر للطفل التلقيح المبكر، فإنه يستطيع أن ينتج أجسام مضادة ومع أن الأجسام المضادة المنتقلة من الأم إلى المولود تحدث مفعولاً جزئياً مانعاً يؤثر على تشكيل الأجسام المضادة الناتجة عن التلقيح، فإن هذا المفعول الجزئي لا يمنع جهاز الطفل نفسه من إنتاج الكفاية من الأجسام المضادة الفاعلة².

إن مناعة الوليد الجديد الذاتية ضعيفة بشكل عام، لأن أجهزة المناعة لا تتطور في جسمه بعد الولادة. أمّا المناعة التي وصلته مما في دم أمه من العناصر المناعية فهي غير كافية، ولا تقيه إلا من بعض الأمراض البسيطة. وهذا يوضح أهمية اعتناء الأم بنظافة مكان الطفل وكل ما يحيط به من سريره، وغرفته، وشرافه، وثيابه وغيرها³.

¹ - التطعيمات Immunization بحث منشور على الإنترنت على موقع صحة sehha.com ص: 1 تاريخ الإطلاع 26-2-2008 الموقع: <http://www..sehha.com/index.shtml>

² - نفس المرجع، ص. 1.

³ - مركز الأخبار العالمي، صحة الطفل، بحث منشور على الإنترنت، ص: 1 تاريخ الإطلاع 26-6-2008 الموقع: www.al-shia.info

وقد مرّ معنا أن أفضل وسيلة لتطوير مناعة الطفل هي إرضاعه، أي مدّه بالعناصر الوقائية المنتقلة إليه عبر حليب أمه. لذلك يعتبر الاختصاصيون أن امتناع الأم عن الإرضاع هو خطأ كبير إلا إذا كان السبب طبيّاً.

أما الوسيلة الثانية لزيادة هذه المناعة وحماية الوليد من الأمراض الخطيرة التي تهدّد حياته فهي اللقاح. وتعتبر مرحلة اللقاحات إحدى أهم المحطات الصحيّة في حياة الطفل والولد، وعلى الأم توقع مسؤوليّة حصول الطفل على اللقاحات اللازمة في الوقت المناسب، فتوفّر عليه مخاطر قد تجعله معوقاً طوال عمره، أو تؤدي بحياته إلى الهلاك.

وإننا إذ نتكلم عن التطعيم من جانب الأهمية فإن التشريعات أدركت ذلك وسارعت إلى سن القوانين المتعلقة به متتبعاً أطوار نمو الطفل، وجعلته أمراً إجبارياً تحت طائلة العقاب، بالإضافة إلى اختياريته في مراحل أخرى. وقبل الحديث عن تفاصيل هذه النصوص القانونية نتعرض إلى معنى التطعيم فأنواعه ومواعيده ثم نبين تنظيم أو معالجة القوانين والقانون الجزائري على وجه الخصوص فيما يخص هذه التطعيمات.

I. معنى التطعيم أو التلقيح ضد الأمراض

التطعيم أو التلقيح يعني حقن الجسم على تشكيل مناعة ذاتية ضد العناصر الممرضة والأمراض التي قد تصيب الطفل، وصنّفت كالاتي : شديدة الخطر، وخطرة. والشديدة الخطر كالسلّ والتيتانس (كزاز)، وشلل الأطفال، والجذري، والشاهوق، والحميراء، والخناق، ويعتبر اللقاح ضد هذه كلّها إجبارياً .

أما الأمراض الخطرة كالتهاب السحايا، والكوليرا، والتيفوئيد، والحمى الصفراء، والكلب، فيتم تلقيح الطفل ضدّها في حال الضرورة، أي في حال انتشار وبائي في البيئة المحيطة، أو إصابة واحد من المقرّبين، أو في حال السفر والانتقال إلى مناطق قد تكون موبوءة¹.

واللقاح قد يعطي الجسم جراثيم مضعفة مخبرياً، أو ميتة، أو سموم الجراثيم، وكلها تحت جهاز المناعة على تكوين العناصر المناعية الذاتية الجاهزة والقادرة على مهاجمة أسباب المرض لدى دخولها الجسم. ويستغرق تكوّن المناعة نتيجة للقاح الجرثومي أسبوعين أو ثلاثة بحسب كل لقاح، وقد يعطى الجسم أمصالاً تحوي مواد مانعة يتمّ الحصول عليها من دم الحيوانات، كالحصان مثلاً، فيلقح الحصان بالجرثيم، وتؤخذ العناصر المناعية من دمه، ونتيجة للقاح المصل تحصل المناعة على الفور².

¹ - مركز الأخبار العالمي، صحة الطفل، المرجع السابق، ص.2.

² - نفس المرجع، ص.2.

II. أنواع التطعيم

أ- اللقاح ضد شلل الأطفال (OPV): وهو لقاح يحتوي على فيروس شلل الأطفال الذي يتم إضعافه. ويجب عند إعطائه إلى الطفل يجب أن يكون صائماً من 1_2 ساعة قبل التلقيح وبعده. ولا يتم تلقيح الطفل بهذا اللقاح إذا كان مصاباً بالإسهال أو ارتفاع درجة الحرارة¹.

ب- السل - الدرن - (BCG): يحمي هذا التطعيم من مرض السل و هو مرض مزمن وخطير ويمكن أن يكون مميتاً عند الأطفال خاصةً. يُعطى هذا التطعيم بعد الولادة في الحضانة في منطقة الذراع اليسرى و قد يتسبب في حدوث احمرار و تقرح عابر بعد ثلاث أسابيع من التطعيم.

ج - اللقاح الثلاثي البكتيري (DPT) : وهو لقاح ضد ثلاثة أمراض وهي (الدفتيريا والسعال الديكي والتيتانوس (الكزاز)) حيث يتم إعطائه بالعضلة. ويحدث غالباً بعد اللقاح تدرن عند موضع حقن اللقاح مع ارتفاع درجة الحرارة ويستمر هذا غالباً لمدة 24-36 ساعة.

د - اللقاح ضد التهابات الكبد (ب) Hepatitis (B) : وهو لقاح مجهز بالهندسة الوراثية ويحتوي على الحامض النووي لفيروس الكبد (ب). ويتم اللقاح به عن طريق الحقن بالعضلة وغالباً ما يحدث رد فعل في صورة تدرن عند موضع الحقن وارتفاع درجة الحرارة².

هـ - اللقاح ضد التهاب الكبد الوبائي (أ) Hepatitis (A): يحمي هذا التطعيم من التهاب الكبد الوبائي الذي ينتقل عن طريق الأكل الملوث بالفيروس المسبب ويتظاهر بتعب عام مع ارتفاع في الحرارة يتبعه يرقان وإقياءات و ضعف في الشهية. تستمر الأعراض حوالي أسبوع ثم يتحسن المريض تدريجياً.

و - اللقاح ضد الحصبة (بوحمرون): وهو لقاح يحتوي على الفيروس المضعف المسبب للحصبة ويمكن أن يصاب الطفل الملقح ضد الحصبة بمرض الحصبة إذا تعرض للعدوى. ولكن أعراض المرض تكون اقل بكثير من الحالات التي لم يتم تلقيحها وبعد التلقيح بـ (6-10) أيام قد يحدث ارتفاع في درجة حرارة المصاب وأعراضه كأعراض (نزلة البرد).

¹ - زينب الشمري، من أجل وعي صحي يدفع عنا المخاطر .. الحلقة الرابعة، اللقاح. أداة يسيرة تناول تبعد عن أطفالنا مخاطر حمة، بحث منشور

على الإنترنت على موقع بنت الرافدين، ص: 1 تاريخ الاطلاع: 26-6-2008 الموقع: <http://www-brob.org>

² - نفس المرجع، ص.1.

ز - اللقاح الثلاثي الفيروسي (MMR): وهو لقاح ضد ثلاثة أمراض وهي (الحصبة والحصبة الألمانية والغدة النكفية) ويحتوي المصل على الفيروسات المضعفة لهذه الأمراض. ويمكن حدوثه عن إعطائه ارتفاع في درجات الحرارة وتكون أعراضه كأعراض نزلة البرد بعد 6-10 أيام¹.

ح - اللقاح الثنائي (DT): وهو لقاح ضد مرض الدفتيريا والتيتانوس حيث يعطى بالعضلة جرعة واحدة ويعتبر جرعة منشطة لللقاح الثلاثي (DPT)².

III. مواعيد اللقاح

لقد صدر عن وزارة الصحة والسكان (مديرية الوقاية) الرزنامة الجديد للتلقيح الجزائري كما

يلي:

مواعيد اللقاح	اللقاحات
عند الولادة	السل + الشلل + التهاب الكبد الفيروسي ب(1)
1 أشهر	إلتهاب الكبد الفيروسي ب(2)
3 أشهر	دفتيريا، كزاز، سعل ديكي + الشلل
4 أشهر	دفتيريا، كزاز، سعل ديكي + الشلل
5 أشهر	دفتيريا، كزاز، سعل ديكي + الشلل + التهاب الكبد الفيروسي ب(3)
9 أشهر	الحصبة (بوحمرون)
18 أشهر	دفتيريا، كزاز، سعل ديكي + الشلل
6 سنوات	دفتيريا، كزاز للأطفال، الشلل + الحصبة (بوحمرون)
11-13 سنوات	دفتيريا، كزاز للبالغين + الشلل
16-18 سنوات	دفتيريا، كزاز للبالغين + الشلل
كل 10 سنوات اعتباراً من 18 سنة	دفتيريا، كزاز للبالغين

ثالثاً: التنظيم القانوني للتطعيم أو التلقيح ضد الأمراض.

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

¹ - زينب الشمري، المرجع السابق، ص.1.

² - نفس المرجع، ص.1.

I. التطعيم في القانون الفرنسي والمصري

صدرت في فرنسا مجموعة من القوانين خاصة بوقاية الأشخاص من الأمراض حيث أضع قانون رقم 15 فبراير 1902 التطعيم بصفة إجبارية ضد مرض الجدري ويتم التطعيم في مراحل ثلاثة، عند بلوغ سنة كاملة، إحدى عشر سنة، إحدى وعشرون سنة، ويسأل الولي أو الوصي عن عدم تنفيذ هذا الالتزام وتطبق عليه المادة 1-471 من قانون العقوبات الفرنسي ثم صدر قانون رقم 7 سبتمبر 1915، وبعده المنشور الصادر عن وزارة الداخلية في 10 يوليو 1916 بخصوص مرض الجدري.

ثم صدر القانون رقم 24 نوفمبر 1940 - الذي أصبح فيما بعد المادة السابعة من قانون الصحة العامة- وفرض التطعيم الإجباري ضد مرض التيتانوس.

وصدر قانون رقم 48-1363 في 27 جويلية 1948 ليلزم كل شخص يعمل في مؤسسة تفتقر للوقاية والعلاج بالخضوع للتلقيحات الإجبارية (الجدري التيفويد والباراتيفود والدفتريرا التيتانوس).

وأجرى القانون رقم 48-1397 الصادر في 7- سبتمبر 1948 الخضوع للتطعيم ضد مرض الدفتريرا بالنسبة للأطفال الذين تتراوح أعمارهم بين اثني عشرة شهراً إلى ثمانية عشرة شهراً.

وللوقاية من مرض الدرن- السل - صدر القانون رقم 50-7 في يناير 1950 والذي أصبح فيما بعد المادة 15 من قانون الصحة العامة. وفيما يتعلق بالناحية الفنية للتطعيم ضد الدرن صدر المرسوم 9 جوان 1951 ليحدد كيفية التطبيق وحالات إعادة التطعيم ومراقبة آثاره الطبية.

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

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

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

ثم صدرت قوانين عديدة تتعلق بمجال الوقاية، وما يلاحظ عليها أنها أردفت ذلك بجزئات جنائية حيث صدر قانون رقم 9 لسنة 1917 الذي فرض التلقيح الإجباري ضد الجدري بخصوص المولودين وذلك في ظرف ثلاثة أشهر من يوم الولادة ونص على مخالفة ذلك بالغرامة من 10 قروش إلى 100 قرش. وبالنسبة لمرض الدفتريرا صدر قانون 24 لسنة 1940 وفرض التحصين الواقعي من هذا

المرض خلال شهرين تبدأ منذ أن يكمل الطفل شهرين وعاقب القانون بالغرامة التي لا تقل عن 10 قروش ولا تتجاوز 100 قرش مع جواز الحكم بالحبس في حالة رفع دعوى جديدة عن المخالفة ذاتها. ووفقاً للقانون 58-1941 المتعلق بمكافحة البلهارسياً يعتبر الشخص مخالفاً لإحكام هذا القانون إذ امتنع عن تطبيق أحكامه ويعاقب بالحبس لمدة لا تتجاوز 15 يوم وبغرامة لا تزيد عن 5 جنيهات أو بإحدى هاتين العقوبتين. وبالقانون رقم 131 لسنة 1946 المتعلق بمكافحة الجذام فرض الفحص والعلاج الجديين على المجدومين ويعاقب على مخالفة أحكام القانون بعقوبة الحبس تصل إلى ثلاثة شهور أو الغرامة التي تصل إلى 20 جنيه أو بهاتين العقوبتين معاً. وأصدر المشرع المصري أيضاً القانون 153 لسنة 1947 الخاص بالوقاية من وباء الكوليرا أو الطاعون ونص على وجوب التبليغ عن الإصابة أو الاشتباه بالإصابة خلال 12 ساعة بالنسبة لوباء الكوليرا و24 بالنسبة لوباء الطاعون.

من خلال ما ذكر يتبين أن مراعاة المصلحة الاجتماعية يحتم المساس بحق الأفراد في السلامة البدنية، وهو يشكل مظهراً من مظاهر الحق في سلامة الجسم في جانبه الاجتماعي، حيث يراعى الموازنة بين المصالح فتغلب المصلحة التي يرى المشرع أولى بالحماية أو أقوى نسبياً، والتلقيح الإجباري يعد من تطبيقات الطابع الاجتماعي لذلك الحق بهدف الحفاظ على الصحة العامة بمقابل التضحية بالمصلحة الفردية، وهو المبرر الذي جعل التشريعات قاطبة ومنها القانون الفرنسي والقانون المصري يعتبره التزاماً تضطلع به الدولة، ويرتب الإخلال به المسؤولية الجزائية للأشخاص المخاطبين به والقائمين عليه.

II. التطعيم في القانون الجزائري

لقد نصت المادة 25 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن أهداف الصحة العمومية تعني مجموعة التدابير الوقائية والعلاجية والتربوية والاجتماعية، التي تستهدف المحافظة على صحة الفرد والجماعة وتحسينها". ومن ثم فإن التطعيم له غاية وقائية وأخرى علاجية. ففي مجال الوقاية، فقد أجبر القانون التعرض لبعض التطعيمات بسبب خطورة العدوى حيث جاء المرسوم رقم 69-88 الصادر بتاريخ 17 جويلية 1969¹ تعداد هذه التطعيمات في المادة الأولى والثانية والثالثة.

فأما المادة الأولى فلقد نصت: "إن الوقاية الصحية للطفل بواسطة التلقيح ضد الشلل والخنثاق والكرزاز والشهاق وشلل الأطفال والجذري تكون إجبارية". وأجازت المادة الثانية على أنه: "يجوز الأمر

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

بالتلقيح الإجباري ضد الحمى التيفية ونظيرة التيفية والحمى النمشية في حالة الوباء أو خطر حصوله أو انتشار أمراض معدية أخرى...".

وأضافت المادة الثالثة أمراً بضرورة التلقيح لبعض الفئات مثل العاملين في السلك الطبي والشبه الطبي للمستشفيات أو في التشكيلات الثابتة أو المتنقلة لمرة واحدة أو أكثر ضد بعض الأمراض المعدية التي من الممكن أن تنتقل بواسطة الأفراد المعالجين.

وعاقبت المادة 14 من ذات المرسوم بالغرامة التي تتراوح بين 30 إلى 500 دينار لكل من يخالف أحكام هذا المرسوم.

وبصدور الأمر رقم 76-79 المتعلق بقانون الصحة أصبح التلقيح أو التطعيم كمظهر من مظاهر الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم حيث نص على التلقيحات التالية:

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

أما من حيث العلاج فقد نص القانون على اتخاذ العلاج الإجباري بالنسبة للأمراض المعدية والفحوص الإجبارية بالنسبة في الأمراض العقلية حيث تنص المادة 53 من قانون حماية الصحة بأنه: "يتلقى الأشخاص المصابون بأمراض معدية والذين يشكلون مصدر عدوى علاجاً إستشفائياً أو حراً ويخضع الأشخاص المتصلون بالمرض لمراقبة طبية..." وأوجب المشرع الجزائري على كل طبيب يعلم بوجود مرض معدى بتبليغ السلطات المحلية فوراً تحت طائلة العقاب.

وتنص المادة 111 من ذات القانون على وجوب اتخاذ تدابير الفحص الإجباري في الأمراض العقلية من طرف السلطات العمومية ولو بغير إرادة الشخص المريض لتقوية مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد وهو خروج عن القاعدة العامة في شروط التطبيب. ومن هنا فإن التطعيمات الإجبارية واحدة من الالتزامات التي تتحملها الدولة في إطار حماية الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم، وما يجدر التنويه عليه أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات قد رصد عقوبات في حالة الإخلال بهذا الالتزام.

رابعاً: المسؤولية الطبية في التطعيم أو التلقيح

بالإضافة إلى المسؤولية الجنائية المترتبة عن الإحلال بالأحكام التي أشارت إليها القوانين السابقة سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر فإنه من الواجب أن نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أغفل الإشارة إلى الآثار التي تترتب على الأضرار التي قد يتعرض لها الشخص الذي خضع لعملية التلقيح الإلزامي، ذلك أن التلقيح مهما أحيط بضمانات وقيود مشددة من أجل سلامة الطفل، فإن ذلك لا يمنع من وقوع تبعات وأضرار جسيمة قد تصيب الطفل الذي خضع للعملية. وعلى الرغم من عدم وجود اجتهاد قضائي إداري جزائري في مجال مسؤولية المرافق الطبية عن عمليات التلقيح الإلزامي، والقائمة على أساس الخطأ، فإنه يمكن الاعتماد على موقف القضاء الإداري من نظام المسؤولية للمرفق الطبي بشكل عام، والقول بترتيب المسؤولية إما على أساس الخطأ الجسيم، ويمكن تطبيق مسؤولية المرفق بصفة عامة على أساس الخطأ البسيط عندما يكون الضرر ناجماً عن سوء تنظيم أو تسيير إدارة المرفق لخلو اجتهاد قضائي جزائري¹.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي² فقد تراجع في مجال التلقيح عن موقفه - الذي كان يتطلب لإقرار المسؤولية عن التبعات الضارة لأعمال التلقيحات الإلزامية بضرورة إثبات الخطأ الجسيم لمرفق التلقيح- حيث أصبح يأخذ بنظام مسؤولية الدولة بدون خطأ عن الأضرار الناجمة عن التلقيحات الإلزامية. وبصدور القانون الصحة الفرنسي 1964/07/01 أقر تلقائياً مسؤولية المرفق بدون خطأ عن عمليات التلقيح الإلزامي.

وعليه فإن هذا أنسب وأحوط وأرفع للغبن على المضرور في إثبات الخطأ الجسيم أو البسيط، نظراً للطابع الإلزامي للتلقيح³.

ومن هنا تقع المسؤولية الطبية في مجال التلقيح على حسب نوعه؛ أي إجباري وتقرره الدول من خلال الصحة العامة، والأضرار التي تترتب عليها تؤدي إلى قيام مسؤولية الدولة بصرف النظر عن الجهة الموزعة لها. أما التلقيح الاختياري وهو الذي يطلبه المريض ويصفه الطبيب وتطبق عليه القواعد العامة مع التزام بنتيجة تقع على كاهل القائم بعملية التطعيم ويبقى أيضاً التزام الطبيب المعالج التزاماً بعناية إذا تعلق الأمر بفاعلية المصل من عدمه في الشفاء من المرض الأصلي، إذ أن التزامه بتحقيق

¹ - مراد بدران، أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن التلقيح الإلزامي، بحث مقدم إلى الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة تيزو وزو، كلية الحقوق، يومي 23-24 جانفي، 2008، ص. 3-6.

² - محكمة ديجون Dijon في 1964/05/20. مقتبس عن: طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص. 53.

³ - مراد بدران، البحث السابق، ص. 6.

نتيجة يقتصر على عدم الإضرار بالمريض من صلاحية جسم المريض لاستقبال المصل. ومن الممكن أن يتوجه أولياء الأمور لوحدهم لتطعيم أطفالهم من الأمراض السارية قبل وقوعها وذلك في عيادات خاصة، وهذا يجري العمل به في العديد من الدول¹.

وإذا كان الأصل أن الجسم البشري يعد قيمة في حد ذاته فلا يجوز المساس به بأي حال من الأحوال فان مقتضيات حماية هذا الجسم وقيامه بالوظيفة الفردية والجماعية المنوطة به يخول القانون بعض التدخلات المشروعة في مجال أسباب التبرير أو الإباحة - إذن القانون - أو استعمال الحق، وهو حق ممارسة الأعمال الطبية، مما ينبغي التعرف على مشروعية التدخل الطبي.

المبحث الثالث

مشروعية التدخل الطبي

من الواضح أن القانون يعاقب عند ارتكاب الفعل المجرم بالعقوبة الجزائية؛ لأن مفهوم الجرم ينفصل عن خرق القاعدة الجنائية المشكلة للجرم، سواء كان الجرم مدنياً أو جنائياً².

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

إن القاعدة الجنائية المعبرة عن الجرم والمعاقبة عليه، يمكن أن تبيح فعلاً مجرماً حال كون هذا الفعل يعد حقاً للفاعل في القيام به، أو موجباً القيام به،³ لتحقيق مصلحة من المصالح التي يعترف بها القانون، أو لحماية الصحة العامة، أو لمصلحة أولى بالرعاية.

ويسمي الفقهاء هذه القاعدة بالقاعدة المبيحة، أو بالأفعال المبررة، أو أسباب الإباحة، ومعنى ذلك أن القاعدة التي تسمح أو تأمر بالإضرار بمصلحة محمية قانوناً بموجب القاعدة المجرمة يمكن أن تزيل الطابع الجرمي للفعل.⁴

¹ - وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية - كلية الدراسات العليا - نابلس، فلسطين، 2008، ص. 56.

² - لين صلاح، موسوعة قانون العقوبات العام والخاص - للعلامة روني غارو - المجلد الثاني، في الجريمة والعقوبة الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص. 263.

³ - لين صلاح، المرجع السابق، ص. 263.

⁴ - نفس المرجع، ص. 318.

إن مباشرة الأعمال من كشف وتشخيص وعلاج، تستلزم المساس بأجسام المرضى مباشرة مثل المساس بما يعد من العورات، أو العمليات التجميلية أو الجراحية العلاجية أو التحليل، أو بصورة غير مباشرة، كتقديم الدواء والعقاقير التي قد تسبب ألاماً أو تغيرات في أجهزة الجسم، أو وظائف الأعضاء، وهذه الأفعال من حيث شكلها يطلق عليها جرائم الإيذاء أو القتل، بحسب النتيجة المترتبة عنها.¹

إلا أن هذه الصفة غير المشروعة لهذه الأفعال وغيرها، من تقطيع وتمزيق لجسم الإنسان نزول متى توافرت شروط استعمال أو مباشرة هذه الأعمال (حق التطبيب) وبالتالي لا تتقرر المسؤولية الجنائية. وعليه سوف نتعرض إلى إباحة بعض أفعال الاعتداء على جسم الإنسان (المطلب الأول) ثم إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان ضمن القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية (المطلب الثاني) ثم أثر التدخل الطبي الحديث على هذه القواعد العامة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

إباحة بعض أفعال الاعتداء على جسم الإنسان

يتضمن قانون العقوبات نصوص التجريم التي تجرم وتعاقب. ويتضمن في نفس الوقت نصوص الإباحة التي تترع صفة التجريم عن الفعل وتجعله مباحاً بعد إن كان مجرماً. وتنحصر أسباب الإباحة في استعمال الحق، واستعمال السلطة، ورضاء المجني عليه، واستعمال حق الدفاع الشرعي. وقد حددت القوانين العقابية شروط وضوابط هذه الأسباب إلا أننا سنقتصر - في بيانها ما يفيد الغاية من بحثنا - على الإباحة في استعمال الحق، والذي يعني تحويل صاحب الحق عدداً من المزايا. فحق الملكية يخول صاحبه مزايا الاستعمال والاستغلال والتصرف في الشيء المملوك. وحق ممارسة الألعاب الرياضية يشمل حق التدريب وحق الاشتراك في المباريات وحق استعمال العنف. وكذلك حق التطبيب والعلاج المخول لكل طبيب مرخص له بمزاولة مهنة التطبيب قانوناً الذي يشمل على سبيل المثال حق الكشف على جسم المريض بكافة أجزائه وملاستها وحق وصف الدواء وحق إجراء الجراحة.² وعليه نتعرض إلى سند استعمال الحق (الفرع الأول) ثم شروط استعمال الحق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سند استعمال الحق

يستند استعمال الحق كسبب مبيح إلى سنيين إحداهما عقلي (أولاً) والآخر قانوني (ثانياً)

نأتي على بيانها:

¹ - عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص.272.

² - إسحاق إبراهيم منصور، الأصول العامة في قانون العقوبات، الجنائي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979، ص.57.

أولاً: السند العقلي لاستعمال الحق

طالما أن الحق الذي في ذاته مشروع فإن الوسيلة أيضاً مشروعة، ذلك أنه من غير المنطقي أن يقرر الشارع حقاً ثم يعاقب على الأفعال التي يستعمل بها. وإذا فعل المشرع ذلك فقد وقع التناقض والتضارب مما يقوض أركان النظام القانوني للدولة وهو القائم على أساس التناسق والتكامل بين أحكامه¹.

ثانياً: السند القانوني لاستعمال الحق

سند هذا السبب من أسباب الإباحة الذي نجده في المادتين 60 و 7 من قانون العقوبات المصري. فطبقاً للمادة 60 منه: "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة". وتنص المادة 7 على أنه: "لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء".

وبالرجوع إلى الصياغة الفرنسية للمادة 60 يتبين أن "الشريعة" في النص العربي هي ترجمة لكلمة القانون في الأصل الفرنسي، وما تقرره المادتان 7 و 60 من أحكام إنما تملية القواعد العامة وهو ثمرة التناسق بين قواعد القانون مما يكفل وحدة النظام القانوني للدولة. وإذا كانت المادتان تردد أن الحق بمقتضى الشريعة. فإن تفسير ذلك لا يجب أن يقتصر على الحقوق المقررة بمقتضى الشريعة وحدها بل يمتد لكل الحقوق أياً كان مصدرها القانوني².

وإذن فأبي فرع من فروع القانون يصلح في ظرف خاص مصدرراً للحق في إثبات سلوك مما نص عليه قانون العقوبات على تجريمه، ويكون في شأن ذلك الفرع أن يرفع على هذا السلوك في ذلك الظرف الحظر القانوني المانع من الإقدام عليه فيرتفع هذا الحظر في نظر كافة الفروع الأخرى ومنها قانون العقوبات. ويمكن أن تكون الشريعة الإسلامية مصدرراً لمثل هذا الحق كما هو الحال في حق تأديب الزوجة بالضرب الذي لا يترك آثاراً. فهذا الضرب يعتبر استخداماً لحق رغم كون هذا الفعل في الأصل مكون لجريمة، وعديدة هي فروع القانون التي تجعل من إثبات سلوك ما في ظرف معين استخداماً لحق رغم أن ذلك السلوك في غير هذه الظروف يعتبر جريمة³.

فقد يكون القانون العام مصدر ذلك الحق، وقد يكون مصدره القانون الخاص وقد تكون القاعدة القانونية مصدر الحق عرفية لا مكتوبة. ومثال الحق الذي يقرره القانون العام ما يمنحه القانون

¹ - جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، لا توجد دار النشر وبلد النشر، 1999، ص. 231

² - نفس المرجع، ص. 232.

³ - رمسيس مهنم، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1997، ص. 323.

الدستوري لعضو المجلس النيابي من حرية التفوه في المناقشات بعبارات مما يعتبر في الأصل مكوناً للجريمة قذف¹. لكن يشترط في العرف أن يكون عرفاً مستقراً ثابتاً لا يتعارض مع قواعد قانونية مكتوبة ويتعلق الأمر بالصالح العام ولا يتعارض مع قواعد الأخلاق والآداب².

وفي القانون الخاص يميز القانون التجاري لساحب الشيك أن يعارض في صرف قيمته عند ضياعه أو سرقة رغم أن هذه المعارضة تكون أصلاً لجريمة. وقد يكون مصدر الحق قاعدة قانونية عرفية هي من حيث شكلها تكون سلوك المادي لجريمة إيذاء مقصود كما هو الحال لخرق الأذن لوضح الحلية أو إجراء ختان³.

أما العادة لا يجوز أن تكون مصدرراً للحق، ولا يجوز أن تكون قاعد من قواعد التجريم. فالعادة لا تنشئ حقاً ولا تبرر بالتالي جريمة فإذا جرت العادة بالغناء والتطيل أثناء الأفراح، فإن ذلك لا يبرر مخالفة الإزعاج على صورة تسلب راحة الآهليين وأن العادة لا تكون عرفاً إلا بالشروط التالية:

- أن تكون عامة يراعيها معظم الناس في وسط اجتماعي أو مهني أو محلي.
- أن يكون قد انقضى على نشوئها زمن كاف.
- أن تكون متبعة بانتظام واطراد⁴.

الفرع الثاني

شروط استعمال الحق

القاعدة العامة أن تقرير الحق الشخصي أياً كان مصدره يستهدف تحقيق مصلحة أولي مصلحة فردية قريبة لصاحب الحق والثانية مصلحة اجتماعية بعيدة للمجتمع ككل. ولا ينتج هذا السبب - استعمال الحق - أثره المبيح إلا إذا اكتملت شروطه من ثبوت الحق (أولاً) واستعماله بمعرفة صاحبه (ثانياً) والتزام حدوده (ثالثاً) وحسن نية من يستعمله (رابعاً).

أولاً: ثبوت الحق (وجود الحق)

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

ويقصد بهذا الشرط أن يكون النشاط أو العمل الذي يقوم به الشخص استعمالاً لحق مقرر في أحد المصادر المعترف بها، وأن يكون قائماً وثابتاً واستعماله ضرورياً وبالقدر اللازم لتحقيق المصلحة التي

¹ - رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص. 324.

² - محمد علي السالم عياد الحلبي، المرجع السابق، ص. 111.

³ - رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص. 328.

⁴ - محمد علي السالم عياد الحلبي، المرجع السابق، ص. 112.

من أجلها تقرر الحق. ومعنى ذلك أن الحق إذا لم يكن مقرراً أصلاً أو زال لأي سبب أو كان متنازعا عليه أي غير ثابت فإن استعماله يكون غير مشروع¹.

ثانياً: واستعمال الحق بمعرفة صاحبه

لا يعتبر استعمال الحق سبباً للإباحة إلا إذا وقع الاستعمال من صاحب الحق أي ممن يخوله القانون مباشرة. ويترتب على ذلك أن استعمال الحق إذا لم يتم ممن لا تتوافر فيه صفة صاحب الحق فلا يعتد به كسبب للإباحة ويبقى فعله جريمة. فالحق في تأديب الزوجة لا يثبت إلا للزوج وحده دون سواه. والراجح في انتقال حق تأديب الصغار المقرر للأب على ابنه إلى من يتولى رقبته كالمعلم في المدرسة والمشرف في الحرفة والمخدوم بالنسبة لخادمه².

ويثور التساؤل لمعرفة ما إذا كان استعمال الحق كسبب للإباحة يمكن أن ينتقل من الأصيل إلى النائب أو الفضولي باعتبار أن كلا منهما ينوب من الناحية القانونية وعلى نحو ما عن الأصيل؟ الراجح فقها هو جواز ذلك أن الإنابة سواء بطريق القانون أو بالاتفاق تخول للنائب في حدود ما وبشروط معينة ممارسة حقوق وبالتالي لا يعتبر الوكيل مرتكباً لجريمة³.

ثالثاً: التزام حدود الحق

يشترط في استعمال الحق أن يلتزم ممن هو أهلاً لممارسته التزام الحدود المقررة للحق، وهو ما يعبر عنه بعدم جسامة العدوان الناشئ عن استعمال الحق أو القيد الموضوعي لاستعمال الحق. فاستعمال حق التأديب المقرر للأب على ابنه لا يجيز سوى الضرب البسيط لا الضرب الجسيم. كما أن حق تأديب الزوجة لا يصلح سبباً للإباحة ما لم يثبت قيام الزوج باستنفاد وسائل الوعظ والهجر في المضجع التي توجبها الشريعة قبل اللجوء للتأديب البدني وإلا انتفى سبب الإباحة في حقه لعدم تناسب الجرم مع مقتضيات استعمال الحق⁴.

رابعاً: حسن نية من يستعمل الحق

لا يكفي لاعتبار الفعل مباحاً تأسيساً على أنه ارتكب استعمالاً لحق أن يكون هناك حق مقرر بمقتضى القانون وأن يكون قد التزم حدوده على النحو المتقدم، وإنما يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يكون الفاعل حسن النية.

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص. 58.

² - سليمان عبد المعظم، النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص: 369-370.

³ - نفس المرجع، ص. 370.

⁴ - نفس المرجع، ص. 371-372.

والمقصود بحسن النية هنا التقييد بالغرض الذي من أجله تقرر الحق، ذلك أن لكل حق وظيفة اجتماعية لا يؤديها إلا إذا استهدف صاحبه باستعماله غرضاً معيناً. فإذا سعى به إلى تحقيق غرض آخر انتفى لديه حسن النية ولم يكن له أن يحتج باستعمال الحق لإباحة فعله ويدخل في عدم المشروعية كأن يقصد إلحاق الضرر والأذى بالغير أو كانت المصلحة المرجوة من استعمال الحق غير مشروع كمن يؤجر منزلاً له للعب القمار¹.

فإذا كانت القواعد العامة المتعلقة باستعمال الحق - كما ذكر - فإن له تطبيقات عديدة تقتصر منها على إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان كتطبيق لها فيما يلي:

المطلب الثاني

إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان

كتطبيق لاستعمال الحق

يقصد بهذا الحق مزاولة كل عمل يمس بجسم الإنسان إما بهدف علاجه مما يعتره من المرض أو تخفيف آلامه أو الوقاية من المرض أو مجرد الكشف عما يشوبه من خلل. كما يشمل بالإضافة لهذا كافة الأعمال المرتبطة بذلك والمعتبرة ضرورية لتنفيذ هذه الأفعال. وفي ضوء هذا فلا يعتبر الطبيب مرتكباً لجريمة جرح إذا هو أجرى عملية جراحية لمريضه ولا عن جريمة إحداث عاهة إن ترتب على استئصال عضو أو حرمانه من منفعة متى التزم بحسن نية الأصول والقواعد المرعية في هذا الفن، ولا عن جريمة إعطاء المواد الضارة لو أدخل مواد تعتبر من المواد الضارة ولا عن جريمة كشف عورة مريضه بسبب أدائه لهذا العمل².

وقد تعددت الآراء حول تعريف العمل الطبي، فيعرفه الأستاذ "سافتيه" في شرحه للقانون الطبي بأنه "ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، طالما كان هذا العمل يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في عالم الطب"³.

كما ويعرفه الأستاذ الدكتور محمد نجيب حسني "بأنه ذلك النشاط الذي يتفق بكيفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته، أي وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجياً أي يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته أو

¹ - محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص.153.

² - سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.373-374.

³ - René SAVATIER, Traité de droit médical, op.cit, pp.11.12.

بمجرد تخفيف آلامه، يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض¹.

وبتدقيق النظر في التعريفين السابقين، يلاحظ أنهما قصرتا نطاق العمل الطبي على العلاج فقط دون ذكر الأعمال التي تكون غايتها المحافظة على صحة الإنسان أو تنظيم حياته. وبالتالي فإن مفهوم العمل الطبي أوسع من ذلك بكثير، ذلك أن دور الطبيب لم يعد مقصوراً على شفاء المريض فقط أو وقايته من الأمراض، وإنما أصبح يقوم بتوجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان بالنظر إلى ظروف حياته المهنية والعملية. ويمكن القول أن العمل الطبي هو "ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض الجسمانية والنفسية، ومحاولة تخليص الإنسان من كل ما يلم به من آلام جسمانية ومعنوية و نفسية"².

وقد تطور مفهوم العمل الطبي تطوراً ملحوظاً فقد كان مقصوراً على التشخيص والعلاج، ثم تغير مفهوم العمل الطبي فشمل إلى جانب العلاج التشخيص الفحوص المخبرية والتحليل الطبية، وعمليات نقل الدم ووصف الأدوية، وإعطاء الاستشارات الطبية والعقاقير³. وهو ما يبين قصور التعريف السابق فضلاً عن أنه لم يتعرض لبعض العناصر كالأساس القانوني لمباشرة العمل الطبي، وكذا مراحله واتساقه مع الأصول الفنية المتعارف عليها في الحقل الطبي.

ونرى أن نعرّف العمل الطبي بأنه "ذلك النشاط الذي يقوم به شخص مرخص له قانوناً، وينسجم نظرياً مع الأصول الطبية المتعلقة بموضوع الشفاء فحصاً وتشخيصاً وعلاجاً، أو تخفيف المرض أو وقاية الناس من الأمراض الجسمانية والنفسية، بشرط رضا الشخص الخاضع له، لمصلحة مشروعية فردية أو جماعية". وفي تقديرنا أن هذا التعريف احتوى على كل العناصر التي يقتضيها العمل الطبي على النحو التالي:

- حدد هذا التعريف أن العمل الطبي نشاط يقوم به شخص مختص، حيث يبين الأساس القانوني للعمل الطبي على الرأي الراجح كما سنوضحه لاحقاً.
- وقولنا أنه يتسم نظرياً مع الأصول العلمية المتعارف عليها، بيان واضح أن العمل الطبي يجب أن ينساق مع القواعد النظرية والتطبيقية الفنية المرعية في عالم الطبي تمييزاً لها عن بعض الممارسات التقليدية في إطار ما يسمى بالطب الشعبي.

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، مصر، 1989، ص.174.

² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2007، ص.323.

³ - محمد القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص.09.

- ثم تعرض التعريف إلى مضمون العمل الطبي الذي اتسع ليشمل الشفاء أو تخفيف الآلام أو الوقاية في الجانب المادي الجسماني والنفسي.
- ثم حدد الشرط الموضوعي وهو رضاء المريض بالتدخل الطبي حيث يشكل مبرراً لاستعمال حق التطبيب.
- وبيّن التعريف كذلك مراحل العمل الطبي - فحصاً وتشخيصاً وعلاجاً-. ثم وضح الغاية من العمل الطبي أو لمصلحة أو الحق المحمي قانوناً بصفة مشروعة، وهي أما مصلحة فردية متعلقة بالشخص الخاضع له، وفي ذلك بيان للجانب الفردي للحق في سلامة الجسم، أو جماعية وهو الإطار الخاص بالطابع الاجتماعي لهذا الحق.
- وقد أجازت التشريعات الأعمال الطبية باعتبارها أعمال تحقق للمجتمع مصلحة عليا، هي علاج المرضى، وهي مصلحة تجاوز في أهميتها العقاب على أساس الذي يتعرض له المريض في صحته الجسدية. الأمر الذي يترع عنه الصفة الجرمية باعتباره فعلاً خالياً من عنصر العدوان أو البغي وملائماً بالتالي للضمير الاجتماعي على نحو يجعله مباحاً ومشروعاً لا تقوم به أية مسؤولية جنائية أو مدنية أو تأديبية.

نص قانون العقوبات المصري في المادة 176 بند 2 " لا يعتبر جريمة... العملية الجراحية والعلاجات الطبية المنضبطة على أصول الفن شرط أن تجرى برضا العليل، أو رأي ممثليه الشرعيين، أو حالات الضرورة الماسة"¹.

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

الفرع الأول

أساس إباحة الأعمال الطبية

لكل عمل طبي هدف ذاتي، وهو ما يبرره، فإذا انفصم عن عمله واستهدف غيره أصبح عملاً غير مشروعاً جنائياً. فالتشخيص هدفه الكشف عن المرض، وأعمال الوقاية هدفها تحصين المريض ضد

¹ - عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 273.

² - محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص. 200.

مرض معين، والعلاج هدفه شفاء المريض أو تخفيف آلامه أو تسكينها، فإذا استهدف الطبيب هدفاً آخر غير الهدف المحدد طبيياً لكل من هذه الأعمال سئل جنائياً.

هذا والسائد إخضاع جميع الأعمال الطبية لحكم واحد هو الإباحة، إلا أن البعض¹ يؤثر تقسيم هذه الأعمال إلى خمس فئات لكل منها حكمها الخاص. وذلك على النحو التالي:

أولاً: أعمال طبية مباحة إباحة أصلية لعدم تطابقها مع النموذج القانوني للجرائم المقالة لها من هذه الأعمال. فالجراحة الأصل فيها أنها إذا باشرها طبيب فإنها تؤدي إلى شفاء المريض أو تحسين صحته، وبهذا فإنها تتجرد من المساس أو الانتقاص من سلامة جسمه².

ثانياً: العلة الثانية تتمثل في رضا المريض فهناك إجماع على أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا برضاه، فيما عدا حالات الإسعاف التي يكون فيها المصاب فاقد الوعي، ولا بد أن يكون هذا الرضا حراً دون أي ضغط أو إكراه مادي أو معنوي³.

وإن كان البعض⁴ يقصر الأساس القانوني على مجرد الترخيص القانوني بمزاولة العمل الطبي إلا أنه في نظر البعض ومنهم الدكتور " سليمان عبد المنعم " يري أن الترخيص القانوني هو مبرر قانوني بينما رضا المريض هو علة الحقيقية. ولهذا فمباشرة العمل الطبي دون رضا المريض لا تصلح سبباً للإباحة إلا إذا تعلق الأمر بحالة ضرورة التي تكون مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية.

ثالثاً: ترخيص القانون لمزاولة هذه المهنة وتنظيمها إنما يعطي لمن يزاولها حقاً، ويقتضي الاعتراف بمثل هذا الحق إضفاء الصفة المشروعة على وسائل استعماله ولو كانت تشكل بحسب الأصل جريمة⁵.

¹ - عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات، النظرية العامة، دار المطبوعات، مصر، الإسكندرية، لا توجد سنة النشر، ص.464.

² - نفس المرجع، ص.464.

³ - سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.374.

⁴ - أنظر في عرض هذا الرأي: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 1985، ص.598.

ومن الأحكام القضائية المصرية ما يلي:

- نقض جنائي مصري 20 فبراير 1968، مجموعة أحكام النقض، س19. ق46، ص.204.
- نقض جنائي مصري 25 جوان 1937، مجموعة القواعد القانونية، ج3، ق1، ص.860.
- نقض جنائي مصري 4 يناير 1981، مجموعة أحكام النقض، س32، ق31، ص.196. مقتبس عن: سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.375 الهامش 3.2.1.

ومن الفقه الفرنسي:

Pierre BOUZAT et: Traité de droit pénal et de criminologie, T.I, Paris 1963, No. 309, p.289 ; HEMARD (J.), le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures, Rev. Crit, 1939, No. 27, p.3505.

مقتبس عن أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.28 الهامش 2.

⁵ - سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص.374.

رابعاً: أعمال طبية لا عقاب عليها لمباشرتها في حالات الضرورة، ومن ذلك إجراء عملية جراحية لإنقاذ حياة مغمى عليه مهدد بالموت، متى توافرت شروط حالات الضرورة.
خامساً: أعمال طبية تستمد من إجازة القانون، ومن أمثلتها استئصال عضو من أعضاء الجسم لإنقاذ حياة مريض بعد الحصول على رضائه¹. وذلك نظراً لخروج مثل هذا العمل الطبي من نطاق الرضاء المباح، وعدم دخوله نطاق حالة الضرورة بشروطها القانونية فقد استمد شرعية العمل من إجازة القانون.

وفي نظرنا أن علة وأساس إباحة العمل الطبي يقتصر على شرط حصول الترخيص. بمزاولة العمل الطبي، وهو موقف المشرع الجزائري كذلك بدليل المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها: "تتوقف ممارسة مهنة الطب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة...". ومن خلال هذا الترخيص يستطيع الطبيب ممارسة العمل الطبي وفي مقابل ذلك يعد مرتكباً لجريمة نصت عليها المادة 234 من ذات القانون. ويعتبر هذا الأساس شرط في حد ذاته، ويعبر عنه وفق شروط استعمال الحق " ممارسة الحق بمعرفة صاحبه" كما سلف ذكره، وهو شرط شكلي يتضمن الحصول على رخصة من زير الصحة. وبالتالي لا يعتبر الحصول على الشهادة المؤهلة كدكتوراه في الطب أو الجراحة مرخصاً له ما لم يحصل على هذا الترخيص. وفي اعتقادنا أن المشرع أحاط بقدر من المعرفة بصعوبة الأعمال الطبية وآثارها في ترتيب الالتزامات لذا فرض الطابع الرسمي لضمان الرقابة، ولعل الأمر أوجب وأكد خاصة في ظل التطور الطبي الحديث وحجم التدخلات الطبية المخالفة للقواعد التقليدية الثابتة في العرف الطبي ومخلفاتها على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري.

الفرع الثاني

القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية والجراحية

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

- الترخيص بمزاولة مهنة الطب (أولاً).
- رضاء المريض (ثانياً).
- قصد العلاج (ثالثاً).
- مراعاة الأصول المهنية المرعية لمزاولة العمل الطبي (رابعاً). وعليه يجدر التعرض لهذه الشروط بالشرح والتحليل على التوالي:

¹ - عبد الفتاح مصطفى الصبغى، قانون العقوبات، النظرية العامة، المرجع السابق، ص. 465.

أولاً: الترخيص بمزاولة مهنة الطب

أشارت القوانين إلى هذا الشرط ومن بين القوانين القانون اللبناني للصحة العامة الأردني رقم 21 لعام 1971 في المادة 49 فقرة 4 بأنه لا يجوز لأي شخص ممارسة أية مهنة طبية أو صحية أو أية حرفة أخرى مرتبطة بها ما لم يحصل على ترخيص بذلك تحت طائلة العقوبة بالحبس من أسبوع إلى سنة أو بالغرامة من عشرة دنانير إلى مائتي دينار أو بكلا هاتين العقوبتين. ويظل المخالف مسؤولاً مدنياً وجزائياً من الأضرار التي سببها للمريض حتى ولو نجح في شفاء المريض وعلاجه¹.

وحدد نفس القانون في المادة 52 فقرة 2- أ المهن الطبية التي يلزمها الترخيص وهي الطب وطب الأسنان، والصيدلة، والمختبرات الصحية، وفحص البصر، وتجهيز النظرات الطبية، والقبالة، والتمريض، والتخدير، واستعمال الأشعة السينية وأجهزة التشخيص والمعالجة الحكيمة، واللياقة البدنية والصحية، وأية مهنة أو حرفة طبية أو صحية².

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

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزاً، حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترفاً بمعادلتها.
 - أن لا يكون مصاباً بعاهة أو بعللة مرضية منافية لممارسة المهنة.
 - أن لا يكون قد تعرض لعقوبة محملة بالشرف.
 - أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة".
- وبالإضافة إلى هذا لا يجوز ممارسة مهنة طبيب اختصاصي أو جراح مختص أو صيدلي مختص ما لم يكن حائزاً للشهادة الدالة على التخصص أو شهادة معادلة وبدون إغفال الشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة 197 سابقة الذكر. (المادة 198 من القانون سالف الذكر).
- وتضيف المادة شرط أداء اليمين بالنسبة للحاصلين على رخصة ممارسة المهن الطبية المنصوص عليها في المادة 197 وبذات الشروط كما تنص المادة 199 منه.

¹ - محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص.200.

² - نفس المرجع، ص.201.

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

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

- أن يكون قد تلقى تكويناً مطابقاً للبرامج المقرر عن طريق التنظيم وحصل على شهادة اختتام هذا التكوين أم على شهادة معترف بمعادلتها.
- أن لا يكون مصاباً بعاهة أو بعللة مرضية منافية لممارسة المهنة.
- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.
- أن يكون جزائري الجنسية.

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

ومن هنا أن القانون لا يرخص كقاعدة عامة إلا للأطباء بممارسة العمل الطبي الذي أجراه. فصلاحيته مزاوله مهنة الطب مستمدة من الدرجة العلمية. فإذا أجاز القانون استثناء لطائفة معينة من غير الأطباء كالممرضات والقابلات بممارسة بعض الأعمال الطبية البسيطة كان حكمهم في ذلك حكم الطبيب بالنسبة للأعمال المرخص لهم بمزاومتها، فإن فقد من مارسها هذه الصفة فإنه يتحمل المسؤولية الجزائية المترتبة عن فعله مسؤولية قصديه.

وتقوم هذه المسؤولية ولو كان العمل بناء على طلب المريض وإلحاحه وتوفرت لديه نية العلاج، ولا تمتنع مسؤوليته إلا عند قيام حالة الضرورة. والحكمة من ذلك هو قصر العمل الطبي على أصحابه وحمايته من المشعوذين والدجالين والدخلاء¹.

ثانياً: رضاء المريض

الرضاء هو الاتجاه الإرادة ممن له الحق في إصدارها اتجاهها صحيحاً، يعبر عن قبوله للفعل المتراضى عليه في النطاق والوسيلة اللذين يحددهما القانون، وإذنه لمن انصرف إليه الرضاء بأن يفعل أو يترك ذلك شريطة ألا يكون فيه مساس بالمصلحة العامة².

¹ - محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص. 201.

² - علي أحمد عبد الزعي، المرجع السابق، ص. 411.

يتعين لاعتبار العمل الطبي سبباً لتبرير أو إباحة أن يكون المريض قد رضی به، وهذا شرط يقتضيه الجسم البشري لما له من حرمة تمنع المساس به دون رضاه صاحبه رغم ما يستهدفه هذا المساس في نهاية الأمر من ضمان رعاية الجسم وسيره سيراً طبيعياً¹. وتختلف رضا المريض يجعل الطبيب مخطئاً ويحمله تبعه المخاطر الناشئة عن العلاج حتى ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته². وقد يكون الرضا صادراً من المريض نفسه أو ممن يمثله قانوناً. وقد يكون الرضا صريحاً أو ضمناً، ويستفاد الرضا الضمني من دخول المريض إلى غرفة العمليات لإخضاعه لعملية جراحية. ولكن الرضا لا يستخلص بالضرورة من مجرد ذهاب المريض إلى المستشفى أو عيادة الطبيب إذ أن المريض قد يرضى ببعض الأعمال الطبية دون الأخرى.

ويمكن الاستغناء عن رضا المريض في الحالات التي يكون فيها في وضع لا يسمح له بإبداء ذلك الرضا لكونه في غيبوبة أو ناقص الأهلية أو عديمها. فهنا يلزم رضا ممثليه القانونيين أو أقربائه، ولا يلزم الرضا كذلك في الوضع الذي تقتضي فيه حالة المريض التدخل السريع وعدم انتظار أخذ رأيه أو رأي ممثليه أو أقربائه كمن هو في حادث. ويثور الأمر أيضاً عند إجراء العمليات الجراحية حيث تقتضي الضرورة أحياناً إجراء عملية جراحية أخرى ملازمة ولا تحتل الانتظار³.

ومن أمثلة ذلك ما قضت به المحاكم الفرنسية من أن الجراح أثناء قيامه بعملية استئصال الزائدة الدودية قد لاحظ أن مريضه ملتهبة فاستأصلها دون أخذ رضائها⁴.

ولا شك أن رضا المريض يستفاد بحكم الواقع حالة إخضاع نفسه للطبيب بشأن أعمال طبية عادية كعملية جراحية مألوفة وشائعة. فإذا تعلق الأمر بعملية جراحية حديثة غير مألوفة، فلا يكفي التصريح الضمني بل لا بد أن يكون الرضا صريحاً، وذلك قبل البدء بالعلاج⁵ وأن يستمر إلى وقت التدخل العلاجي من الطبيب. وفي حالة إذا ما عدل المريض عن رضاه، فإن الطبيب يسأل في حالة قيامه بالعلاج دون الحصول على رضا المريض⁶.

¹ - سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 376.

² - أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص. 37.

³ - نفس المرجع، ص. 39.

⁴ - قرار محكمة باريس بتاريخ 1946/2/20. مقتبس عن: نادبة محمد قزمار، الجراحة التجميلية - الجوانب القانونية والشرعية - دراسة مقارنة،

الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص. 100 الهامش. 1.

⁵ - سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص: 376.

⁶ - منير رياض حنا، المرجع السابق، ص: 323.

بالإضافة إلى ذلك يلتزم الطبيب بإحاطة المريض علماً بطبيعة العلاج ومخاطر العملية من جراء تدخله ويكون مسؤولاً عن النتائج الضارة ولو لم يرتكب خطأ باعتبار أنه لم يحيط المريض علماً بمدى خطورة العملية أو المادة المستعملة،¹ إلا هذا الالتزام يجب أن يؤخذ في حدود التحفظات التالية:

- يقتصر إعلام الطبيب بالنتائج الضارة التي يمكن أن تنشأ من جراء تدخله لا المخاطر قليلة الاحتمال ويصعب توقعها طبقاً للمعطيات العلمية القائمة.
- يجب أن يقدر التزام الطبيب على ضوء الحالة النفسية للمريض فقد يخفي الطبيب بعض النتائج أو تهوين بعضها أو ذكرها أو سردها بطريقة عامة.
- لا يلتزم الطبيب بإعطاء المريض كل التفاصيل الفنية التي لا يستطيع استيعابها علمياً.
- لا يؤخذ الطبيب في حالات الضرورة التي يصعب على الطبيب أن يفهم بالتزامه بإعلام المريض.
- أن يأخذ القاضي في الاعتبار - عند تقدير مسؤولية الطبيب في إعلام المريض - مدى حسن نية الطبيب ورغبته في إنقاذ المريض وحالته الصحية.²

وهناك أسئلة تثار في قضية الرضا وذلك في حالة رفض الطبيب العلاج أو رفض المريض العلاج. ففي الحالة الأولى - امتناع الطبيب عن معالجة المريض - أن دعوة الطبيب لعلاج المريض هي أولى مراحل العلاقة بين الطبيب والمريض، ويثور في هذا الصدد مجموعة من التساؤلات، فهل الطبيب ملزم بتلبية دعوة المريض؟ وهل له رفض التعاقد مع المريض؟ وهل تترتب عليه أية مسؤولية في حال رفض تلبية الدعوة؟

الأصل أن الطبيب كسائر المواطنين له كامل الحرية في ممارسة مهنته وبالطريقة التي يجذب، إذ له الحق في قبول أو رفض الدعوة للعلاج طبقاً للمذهب الفردي. فالعلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية يلزم فيها رضا كل من الطرفين، ولا يوجد ما يلزم الطبيب بتقديم العلاج للمرضى الذين يطلبون المساعدة، ولا يعد الشخص مخطئاً إلا إذا اخل بواجب يفرضه عليه القانون أو الاتفاق.³ وهذا ما كان مستقر عليه في الفقه⁴ والقضاء⁵، حيث أن الطبيب غير ملزم بتلبية دعوة المريض لمعالجته إذ له الحرية في

¹ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص. 24.

² - أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 43-46.

³ - أحمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، محاضرة منشورة في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الطبعة الثانية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص. 440.

⁴ - OSSOUKINE. A., Traité de droit médical, Publications du laboratoire de droit et des nouvelles technologies, université. Oran, Imprimé à Dar El Gharb, Oran, 2003, pp.263 et s.

عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص. 182؛ أحمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المحاضرة السابقة، ص. 440.

⁵ - محكمة لاسين 1938/1/4. مقتبس عن: أحمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المحاضرة السابقة، ص. 440.

قبول العلاج أو رفضه. ولا يترتب على امتناعه أي مسؤولية وذلك لانعدام الرابطة السببية بين الضرر والخطأ. علاوة على أن هناك مبدأ هام في التشريعات الجنائية مفاده أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وان مجرد الامتناع لا يترتب مسؤولية ما لم يوجد نص أو عقد يوجب العمل¹.

وتطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد يمكن للطبيب الاتفاق على العلاج وتقديم خدماته مع ما يشاء من الأفراد، ويلزم بضمنان تقديم العلاج للمريض بمجرد موافقته على أي طلب معالجة. ووفقاً لذات المبدأ، فإنه يجوز للطبيب رفض العلاج². كما هو منصوص عليه في مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية في المادة 9 بقولها: "...ويمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة المادة 9 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج".

والقول بغير ذلك يتنافى مع مبدأ الحرية التي يتمتع بها الطبيب. فكما أن رضا المريض شرط لازم، فإن الطبيب كذلك لا يعتبر ملزماً بالعلاج إلا بعد قبوله. وعليه لا يعد امتناعه سبباً لإقامة المسؤولية عن هذا الامتناع، حتى أن القضاء والى عهد قريب كان يقضي بأن من حق الطبيب أن يمتنع عن إجابة دعوة المريض دون أي مسؤولية، حتى ولو لم يوجد طبيب آخر يمكن أن يكون بديلاً عنه. وكان اجتهاد محكمة شاتورو الفرنسية عام 1908³ " أن من حق الطبيب أن يمتنع عن إجابة دعوة المريض دون أن يتعرض إلى أي جزاء جنائي أو مدني لان مهنة الطب هي مهنة حرة، وله مطلق الحرية في اختيار عملائه ". وقد كان لهذا الاتجاه آثار سلبية لاسيما في الأرياف حيث لا يوجد في كثير من الأحيان إلا طبيب واحد فإذا رفض معالجة المريض فإنه يجرم هذا المريض من العناية الطبية التي يمكن أن تنقذه من الموت. لذلك تراجع الفقه والقضاء عن المبدأ السابق والمتمثل في حرية الطبيب بالامتناع.

وظهرت اتجاهات حديثة⁴ تنادي في نسبة الحقوق ووظيفتها الاجتماعية، مما كان له اثر فعال في تقييد الحرية المطلقة للطبيب، حيث أن هناك واجب إنساني وأدبي على الطبيب اتجاه المرضى والمجتمع الذي يحيا فيه، تفرضه عليه أصول ومقتضيات العمل الطبي⁵.

فرغم التسليم في حرية الطبيب في مزاولته مهنته إلا انه يجب ألا يستعملها إلا في حدود الغرض الاجتماعي الذي اعترف له بها وإلا يعتبر متعسفا في استعمال حقه. ويبدو الالتزام واضحاً في الحالة التي يوجد فيها الطبيب في مركز المحتكر.

¹ - منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 307.

² - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص. 179.

³ - محكمة شاتورو الفرنسية عام 1908. مقتبس عن: عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص. 179.

⁴ - محكمة السين الفرنسية 1938/1/4. مقتبس عن: أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 34 الهامش. 2.

⁵ - محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المرجع السابق، ص. 441.

بمعنى أنه في الظروف القائمة لا يوجد سواه لإسعاف وعلاج المريض سواء أكان ذلك راجعاً لمكان وزمان العمل أم للظروف الملحة التي يوجد فيها المريض أم لطبيعة العمل، وذلك كوجود المريض في مكان ناء ولا يوجد سوى طبيب معين لإنقاذه وعلاجه، أو إذا طلب المريض العلاج في ساعة متأخرة من الليل ولا يوجد في هذه الساعة غيره. كذلك وجود المريض في حالة خطيرة تستدعي التدخل السريع والفوري من الطبيب الحاضر.¹

اعتبر الفقه والقضاء² أن مجرد امتناع الطبيب في مثل هذه الحالات يشكل خطأ يستوجب المسؤولية وتطبق بشأن هذا الخطأ قواعد المسؤولية التقديرية التي من شروطها ثبوت وجود ضرر نشأ من هذا الامتناع واثبات العلاقة السببية بين الامتناع والضرر.³

ومن الجدير بالذكر أن الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام أو مصلحة حكومية ليس له أن يرفض معالجة المرضى الذين ينبغي عليه معالجتهم⁴. ونفس الحكم بالنسبة للطبيب الذي يتعاقد مع مؤسسة أو رب عمل على علاج العاملين. فامتناع الطبيب عن العلاج هنا يثير مسؤوليته التعاقدية، على أساس الاشتراط لمصلحة الغير؛ لأن العقد المبرم بين الطبيب وإدارة المؤسسة وإن تم بدون إشراك العمال، إلا أنه تم لمصلحتهم وبالتالي يخول للعمال حقاً مباشراً يمكنهم من مطالبة الطبيب بالعناية اللازمة⁵.

لأن جرائم الامتناع يفترض فيها أن يكون الممتنع ملتزماً بالتدخل للحيلولة دون حصول النتيجة. وهذا الالتزام بالتدخل يجب أن يكون سابقاً للواقعة، وأن يكون مصدره إما القانون أو الاتفاق؛ لأنه لا مسؤولية ولا عقاب إذا كان الممتنع غير مكلف بالعمل قانوناً أو بمقتضى التزام شخصي⁶.

تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية إذا كان الترك أو الامتناع عن تقديم العلاج يشكل خطأً جنائياً. فالطبيب في المستشفى يكون ملزماً قانوناً بالتدخل لإنقاذ المصاب الذي هو على وشك الموت. وكذلك

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 441.

² - محكمة بوردو 1953/10/28. مقتبس عن: أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 35. الهامش. 1.

³ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص. 183.

⁴ - وهو النهج الذي سار عليه القضاء الجزائري في القرارات التالية:

- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 88/01/29، قضية الشاب (ب) ضد المركز لأستشفائي مصطفى باشا الجامعي. أين قررت الغرفة مسؤولية المستشفى على أساس إهمال الطاقم الطبي في علاج الشاب (ب)؛ قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 93/10/10، قضية (ن) ف) ضد مستشفى سكيكدة؛ قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 95/12/03 ضد مستشفى سيدي بلعباس. مقتبس عن: عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص. 181، الهامش. 2.

⁵ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص. 180. 182.

⁶ - جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، عقوبة - قتل وضرب وجرح - الجزء الخامس، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص. 691.

المرضة والشخص المكلف بحكم الاتفاق برعاية الضير ملزمين بالتدخل لإنقاذ المريض أو الضير¹، رغم أن المشرع الجزائري لم يشترط سبق وجود الالتزام بالتدخل، لأنه بقراءة المادة 182 الفقرتين 01 و02 من قانون العقوبات نجد أنها تنص صراحة على أنه: "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 15000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عليها القانون أو القوانين الخاصة، ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمداً عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان بإمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير...".

وتُجبر المادة 9 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية الطبيب إسعاف المريض في حالة الخطر الوشيك. وتضيف المادة 5 من ذات المدونة بأنه: "يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض" بتوجيه المريض إلى زميل آخر أو إلى طبيب اختصاصي.

ومن هنا يتبين أن المشرع قد أخذ بحرية الطبيب في تدخلاته الطبية واختيار زبائنه كأصل عام، لكن بشرط أن يقوم بتوجيه المريض إلى اختصاصي أو طبيب آخر وفي ذلك مصلحة للمريض. إلا أن المشرع أجبر الطبيب على القيام بالعمل الطبي وإسعاف المريض وذلك في حالة الضرورة والتي يعبر عنها المشرع بـ "الحظر الوشيك" تحت طائلة العقاب. لكن يثور التساؤل حول التدخلات الطبية الحديثة. هل يمكن إسقاط هذه الحكام عليها؟ إن الذي يبدو لنا أنه لا بد من دراسة كل تدخل طبي على حدا وقياسه ضمن ميزان الضرورة لمعرفة مدى حرية الطبيب أو إلزاميته بالتدخل.

وإن كان الرضاء يبيح أعمالاً فلا يجوز تعميمه لأن الرضى لا يعتبر سبباً عاماً للتبرير. فهناك بعض الجرائم التي تنال بالاعتداء حقوقاً ذات الأهمية الاجتماعية ولولا هذه الأهمية ما قامت الحاجة إلى حمايتها بالجزاء الجنائية. وتطبيقاً لذلك، فإن جرائم الاعتداء على أمن الدولة وتزييف العملة وجرائم القتل والجرح والضرب على الجسم لا يعتد فيها برضاء المجني عليه لأن الرضاء لا يدخل ضمن أركان هذه الجريمة.

¹ - بلعدي فريد، مسؤولية الطبيب الممتنع جنائياً في التشريع الجزائري، بحث مقدم للملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة تيزو وزو، كلية الحقوق يومي 23 و 24 جانفي 2008، ص.04.

فمثلاً تتوافر أركان القتل حتى ولو رضي المحني عليه بل ولو طلب¹ ذلك صراحة².

وفي الفقه الإسلامي، لا يجوز كذلك للطبيب أن يتدخل تدخلًا علاجياً إلا بعد موافقة المريض إذا كان أهلاً بأن يكون بالغاً عاقلاً مدركاً لما يأذن به (أو وليه إذا كان ناقص الأهلية) بعد أن يبين له الطبيب تشخيص مرضه ومدى خطورته وأثر الإجراء الطبي. عن عائشة رضي الله عنها قالت: " لدونا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأشار أن لا تلدوني فقلنا: كراهية المريض للدواء، فلما أفاق قال: ألم أنحكم أن لا تلدوني، لا يبقى أحد منكم إلا لُدَّ"³.

ويستثنى من ضرورة الحصول على إذن المريض الحالات العاجلة (أو الخطرة)؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات والخوف على النفس ضرورة تبيح للطبيب ترك الاستئذان. أما لو امتنع المريض عن العلاج ولم يأذن به، فإنه ليس على الطبيب مسؤولية إذا ترك علاجه متى كان امتناع المريض عن أهلية وإدراك تام لأثره⁴.

ثالثاً: قصد العلاج

لا يباح عمل الطبيب إلا إذا كان القصد منه علاج المريض وصيانة جسده والعمل على سيره سيراً طبيعياً منتظماً. فإذا استهدف به غرضاً آخر كإجراء تجربة علمية أو إعانة امرأة على منع الإنجاب دون ضرورة صحية لا يقبل منه الاحتجاج باستعمال الحق في مزاوله مهنة الطب ويكون فعله غير مشروع قانوناً، ولو وقع برضاء أو إلحاح المحني عليه؛ لأنه لا يباح المساس بالجسم البشري أو التدخل الطبي على الجسم لإشباع شهوة علمية⁵.

¹ - ويثير هذا الموضوع مسألتين شائكتين في الفقه والقضاء هما مدى إباحة ما يعرف بالقتل الرحيم أو القتل إشفاقاً ومدى جواز العقاب على الانتحار والراجح فقهاً وقضاءً هو أن القتل الرحيم أو القتل بدافع الشفقة يعتبر جريمة قتل متكاملة الأركان ولا يعتد بالباعث على ارتكابها لأن هذه البواعث لا وزن لها في قيام الجريمة أو انتفائها. فمتى توافرت أركان القتل من ركن مادي ومعنوي وانصب على روح إنسان حي قامت الجريمة. أما فيما يتعلق الأمر بالانتحار فهي لا تتور بالنسبة لمن يقوم بقتل نفسه إذ ليس ثمة شخص يمكن توقيع العقاب عليه بفرض القول بالمسؤولية، ولكن تدق الإشكالية بالنسبة لمن يساعد شخصاً في الانتحار فقد عاقبت عليه التشريعات واعتبرته مساهمة في الانتحار كما هو بالنسبة للقانون اللبناني في المادة 553 والتي تعاقب على حناية المساهمة في الانتحار بإحدى طرق المساهمة المنصوص عليها قانوناً كما تعاقب نفس المادة في فقرتها الثانية على حنحة المساعدة في الشروع في الانتحار إذا نجم عنه عجز دائم. سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص: 450 الهامش. 2.

² - محمد صبيح نجم، قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص: 194.

³ - رواه مسلم، كتاب المرض والطب، التداوي باللدود. الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص: 388.

⁴ - هاني بن عبد الله الجبير، الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، بحث مستخرج من الإنترنت، تاريخ الاطلاع: 3-3-2009، ص: 1 الموقع:

<http://majles.alukah.net/showthread.php?t=969>

⁵ - محمد صبيح نجم، المرجع السابق، ص: 203.

ومن صور إجراء العمل الطبي لغرض غير علاجي التدخل الطبي قصد تحقيق الربح في الحالة التي يكون الهدف أو الدافع الوحيد وراء تدخله مما يترتب عليه من انتفاء الطبيب لوسيلة العلاج الأكثر ربحاً بالنسبة له وليست تلك الأكثر ملائمة لصحة المريض¹.

ولقد أيد القضاء² مسؤولية الطبيب الذي يقنع مريضه بإجراء عملية جراحية وحمله عليها بواسطة الكذب مدعياً خطورة الحالة رغم أنها لا تستدعي التدخل الجراحي، وذلك طمعاً في العائد الربحي التي تدره العملية على الطبيب³.

كما تصبح مسؤولية الطبيب محل بحث إذا خرج عن الهدف والغاية المفروضة عليه - شفاء المريض محل العلاج - لغاية أخرى كالبحت العلمي، فإن ذلك يعد خطأً يستوجب مسؤوليته متى أحدث ضرراً بالمريض⁴.

رابعاً: مراعاة الأصول المهنية المرعية لمزاولة العمل الطبي

ومؤدى ذلك أن إباحة العمل الطبي تظل مرهونة بإتباع الأصول الطبية المتعارف عليها في مجال مهنة الطب والتقييد بالقواعد العلمية التي توجبها ممارسة المهنة. فإذا التزم الطبيب بهذه الأصول والقواعد، فإن ما يقع منه من عمل يعتبر مشمولاً بالإباحة أياً كانت نتائجه متى توافرت باقي الشروط الأخرى⁵. وبالتالي يخرج العمل الطبي من دائرة الإباحة إن أخطأ الطبيب خطأً عادياً أو مهنياً (الخطأ الفني)⁶.

¹ - أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.63.

² - محكمة باريس 1925 /03/7 مقتبس عن: أحمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المرجع السابق، ص.452 الهامش.1 و2.

³ - أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.63.

⁴ - أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.65.

⁵ - سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.375.

⁶ - في المملكة العربية السعودية أوجدت مؤسسات قضائية هي (اللجنة الطبية الشرعية). والتي تتولى التحقيق والمحاكمة في الشكاوى الناتجة عن الممارسات الطبية وتحقيق مدى المسؤولية فيها.

حيث صدر نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان بالمرسوم الملكي رقم م/3 في 1409/2/21هـ وقد تناول في الفصل الرابع منه تشكيل هذه اللجنة والتي يكون مقرها الرياض وتنشأ لجان أخرى في المناطق، وهي مكونة من قاضٍ شرعي لا تقل درجته عن قاضي أ يعينه وزير العدل رئيساً ومستشاراً نظامياً وطبيباً من ذوي الكفاءة يعينهم وزير الصحة، وعضو هيئة تدريس من إحدى كليات الطب يعينه وزير التعليم العالي.

وتصدر قراراتها بالأغلبية بشرط أن يكون القاضي منها، ويحضر فيها المدعي على حسابه الخاص، أما الطبيب المدعى عليه فإنه ينقل إليها على حساب مرجعه وهذا إذا لم يكن لديهم فرع للجنة الطبية الشرعية.

وإذا تقدم شخص للجنة الطبية الشرعية فإن اللجنة تنظر في دعواه وبعدها تسمع جواب الطبيب على دعوى المدعي وقد تطلب ملف المريض للتحقق من الإجراءات وتناقش الطبيب في موضوع الدعوى ثم تصدر قرارها. وتفهم الطبيب أن من حقه أن يعترض على قرارها ويستظلم منه أمام ديوان المظالم ليتولى تدقيق الحكم والبت فيه بإقراره ليكون قطعياً واجب التنفيذ أو نقضه كله أو بعضه. وفي بعض الأحوال يدعي المدعي العام فيما ليس فيه حق خاص... =

فالخطأ العادي هو ما يصدر من الطبيب كغيره من الناس أي كفعل مادي يكون بارتكابه مخالفة لواجب الحرص المفروض على الناس كافة، كإجراء العملية الجراحية في حالة سكر أو إهمال في تخدير المريض قبل العملية¹.

والخطأ الفني هو الخطأ الذي يقع فيه الطبيب لدى مخالفته القواعد الفنية التي توجهها عليه مهنته التي يجب عليه مراعاتها والإلمام بها. وهذا الخطأ على درجة من الغموض فمن الصعب معرفته، لذلك يستعين القاضي بأهل الخبرة من أعلام مهنة الطب. ومن أمثلة الخطأ المهني الخطأ في التشخيص إذ يتعين على الطبيب إن يشخص داء المريض بكل حكمة وتبصر وعلى أساس من العلم والفن وأصول المهنة وليس برعونة وطيش أو عدم التسلح بالمعلومات الضرورية المفيدة التي تساعد على تكوين رأيه².

وفكرة الأصول المهنية والقواعد العلمية فكرة دقيقة لأنها لا تعني مساءلة الطبيب لمجرد أنه أجرى عملية جراحية حديثة بأسلوب حديث متى كان الأمر مقبولاً علمياً، ولو لدى البعض. إذا كان هدف الطبيب شفاء المريض، ولا يسأل الطبيب بكونه قد أهمل وسيلة علاج واتباع أخرى باعتبار أن الخلاف العلمي وارد على ألا تكون الطريقة المتبعة مهجورة تماماً ومتفق على هجرها في الحقل الطبي. ومن أمثلة ذلك عدم مراعاة الأصول العلمية ممن يجري العملية بأدوات غير معقمة أو في ظروف غير مواتية بالمرّة كأن يكون سكراناً أو يستعين بمن لا يجوز له الاستعانة بهم في العمليات الجراحية؛ أو يصدر عنه سلوك كاشف عن الإهمال غير المغتفر كأن ينسى أداة جراحية في جسم المريض.

ومن هنا فإن عدم إتباع الأصول المهنية والقواعد العلمية في مجال مهنة الطب يعتبر الطبيب مخطئاً وهذا يكفي لمسائلته عن جريمة غير عمدية. وقوام هذه المسؤولية الإهمال أو عدم الاحتياط لكن توافر الخطأ أو عدمه لا يكون بمجرد الارتكان إلى القواعد العامة للمسؤولية الجنائية عن الجرائم غير العمدية بل يتم الاستهداء بقواعد المسؤولية المهنية التي تحكم العمل الطبي باعتباره عمل له أصوله وقواعده المهنية ويفرض على أربابها من الواجبات والاحتياطات ما لا يفرض على الأشخاص العاديين. ولما كان الشفاء لا يخضع دائماً لسلطان الطبيب أو الجراح، كمناعة الجسم ودرجة استهدافه للمرض، وحالته من حيث الوراثة، والمناعة، وإصابته بأمراض أخرى، وقصور العلوم الطبية التي قد تقف عاجزة عن علاج كثير من

...والأصل أن يحضر الطبيب بنفسه إذ اللجنة تتولى التحقيق والمحاكمة وليس في النظام ما يمنع توكيل محام في المرافعة ما لم يستدع الحال

حضور الطبيب بنفسه. هاني بن عبد الله الجبير، نفس البحث، ص.2.

¹ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص.17.

² - إبراهيم علي حمادي الحلبوسى، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص.22.

الأمراض وفي كثير من الحالات لا يفعل الطبيب أكثر من تخفيف الألم، فإنه يثور التساؤل عن مدى التزام الطبيب في التدخل الطبي؟ وهو ما نحاول دراسته فيما يلي:

الفرع الثالث

مدى التزام الطبيب

إن الصبغة الفنية لها تأثير مهم في معرفة الالتزام الذي يقع على الطبيب، وسواء كانت العلاقة بين الطبيب والمريض محكومة بالعقد أم خاضعة للقواعد العامة. فإن المرجع في تحديد مداها هو قواعد المهنة الطبية، وإن كان الخطأ العادي لا يحتاج فيه لأجل التعرف عليه الاسترشاد الخبرة الطبية، فإنه في الخطأ الطبي يعد الطبيب مخطئاً كلما خالف القواعد التي تفرضها عليه أصول مهنته. وأن التمييز التقليدي بين الالتزام بنتيجة والالتزام ببذل عناية إنما يستند إلى معيارين رئيسيين، وهو إرادة الدائن عندما تشترط تحقق نتيجة، أو معيار الاحتمال عندما تتعلق هذه الإرادة باحتمال تحقق نتيجة¹.

إن عقد العلاج ليس عقداً للشفاء وإنما هو عقد ببذل أقصى درجة ممكنة في الرعاية والعناية (أولاً) أو بمعنى آخر يكون التزام الطبيب في الأصل التزاماً بتحقيق نتيجة استثناء من الأصل (ثانياً). وهذا ما سنبينه تباعاً:

أولاً: التزام الطبيب ببذل عناية

من المتفق عليه أن التزام الطبيب يوجب عليه سلامة المريض، وليس المقصود بهذا ولا شك أن يلتزم الطبيب التزاماً محددًا بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، ذلك أن الطبيب معالج وليس تاجر لأن شفاء المريض يتوقف على حالات عديدة منها مناعة الجسم وقوة أمعان المرض فيه والوراثة والسن. فالمرضى الطاعن في السن أو الهرم يكون معرضاً للمرض بصورة أكثر بكثير من الشباب. كما يتوقف الأمر على مدى التطور العلمي. فالقصور العلمي يسد الطريق أمام الشفاء من العديد من الأمراض. وثمة آفات مرضية ما زالت مستعصية نظراً للطبيعة الغامضة للجسم البشري. وهذا يجعل من غير المعقول إلزام الطبيب بشفاء المريض، فهو في مثل هذه الأحوال وغيرها يصعب التنبؤ أو الجزم بالنتيجة التي يفرضي إليها التدخل الطبي².

¹ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص. 48.

² - نفس المرجع، ص. 49-50.

وقد سار القضاء والمصري¹ والأردني² والفرنسي على نهج اعتبار التزام الطبيب التزام ببذل عناية. ومثال ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية³ الشهير الصادر في 1936/5/20 التي أشارت فيه إلى أن مسؤولية الطبيب بما هو عليه عقدية، وأن مضمون التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، وأن شفاء المريض هو أمر لا يمكن فرضه على الطبيب إذا لم يكن الشفاء بمقدوره⁴.

إذا أدى التدخل الطبي إلى نتيجة عكسية كأن يجيب العلاج أو تسوء حالة المريض الصحية، فلا يعد الطبيب مخطئاً ما لم يقيم الدليل على ذلك باعتماد على معيار موضوعي، وهو معيار الطبيب المعتاد المجرد من ظروفه الخاصة والمحاط بذات الظروف التي أحاطت بالطبيب المعالج، وذلك بمقارنة ما فعله هذا الطبيب بما كان سيفعله الأول بفرض تساوي المرتبة من حيث الشهادة والاختصاص ونحوهما، كظرفي الزمان والمكان لأنه؛ من غير العدل محاسبة طبيب أجرى عملية في ظل شح الأجهزة الطبية اللازمة. ويعتمد على عنصر الزمن كذلك ليثبت خطأ الطبيب الذي يلجأ إلى استخدام طرق مهجورة بالاستناد إلى خبرة ذوي الاختصاص، وما يجري العمل به بما يتماشى والحياة العصرية ويواكب التطور العلمي الحديث⁵. فإذا كان الأصل التزام الطبيب ببذل عناية، فما هي حالات التي يتحول فيها التزام الطبيب إلى تحقيق نتيجة؟

ثانياً: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

إن فكرة الاحتمال تحول دون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة ولكن إذا زال هذا الاحتمال كانت مسؤولية الطبيب بتحقيق نتيجة كما في استعمال الأدوات والأجهزة الطبية وعمليات نقل الدم والتحليل الطبية وعمل التركيبات الطبية وكذلك الالتزام بضمان سلامة المريض⁶. لقد كان للتطور العلمي والفني وزيادة استخدام الآلات الحديثة وما ينطوي عليه ذلك من مخاطر للإنسان أثره الواضح على اتجاه القضاء المتزايد في التوسع في تفسير أحكام المسؤولية عن حراسة الأشياء،

¹ - أكدت على هذا محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1969/6/3 والذي تبنت فيه المسؤولية العقدية للطبيب حيث قررت بأن الطبيب لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين المريض بشفاؤه أو بنجاح العملية التي يجريها له؛ لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، إنما هو التزام ببذل عناية. الطعن رقم 248 س 3 ق جلسة 1969/6/3. والطعن رقم 464 س 26 ق جلسة 1971/12/21. مقتبس عن: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 426. الهامش. 2.

² - قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم 1990/1246 تاريخ 1991/5/12. مقتبس عن: نادية محمد قرمار، المرجع السابق، ص. 85. الهامش. 1.

³ - قرار محكمة النقض الفرنسية 1936/5/20. مقتبس عن: أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 204.

⁴ - أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 204.

⁵ - إبراهيم علي حمادي الحلوسى، الخطأ المهني والخطأ العادي...، المرجع السابق، ص. 52.

⁶ - نفس المرجع، ص. 54.

والتي تؤدي إلى الإضرار بالغير، بإسقاط ذات الأحكام على نطاق المسؤولية الطبية من جراء استخدام هذه الأدوات الطبية في عمليات العلاج والجراحة¹.

والأضرار المقصودة ليست تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة فحسب، بل يقع الالتزام على الطبيب حتى باستخدام الآلات السليمة التي تحدث أضرار بالمريض. وهذا الالتزام بتحقيق نتيجة، فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى ولو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه. إلا أنه يستطیع التخلص من المسؤولية طبقاً للقواعد العامة بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه².

وفي عمليات نقل الدم يجب أن يعطى المريض دم من فصيلة دمه ذاتها وأن يكون الدم خالياً من الأمراض لكي لا يصاب بأضرار جسدية. ويؤخذ الدم من المتبرع مباشرة أو من مصرف الدم فيلتزم الطبيب والمصرف حالة تقديم دم متعفن أو حامل لبعض الأمراض، لأن تقديم دم سليم من الطبيب والمصرف هو التزام بتحقيق نتيجة³. وكما قضت محكمة النقض الفرنسية⁴ بأن العقد المبرم بين إحدى المستشفيات (المشترط) ومركز نقل الدم (المتعهد) يتضمن في ثناياه اشتراطاً لمصلحة المريض (المستفيد) إعمالاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير حقاً مباشراً يستمد من عقد لم يكن طرفاً فيه⁵.

أما في التحاليل الطبية تعتبر هذه التحاليل من العمليات التي تقع على محل محدد تحديداً دقيقاً، لذا فإن التزام الطبيب بالنسبة للتحاليل العادية التزاماً بتحقيق نتيجة وهي سلامة التحليل ودقته. وتقوم مسؤولية الطبيب بمجرد حصول ضرر للمريض، ولا يستطيع الطبيب دفع المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.

ويستثنى من ذلك التحاليل الدقيقة، كالتحاليل الخاصة بمرض السرطان، حيث يعتبر التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، والسبب في ذلك أن النتيجة احتمالية، ولا توجد فيها أصول علمية مستقرة ثابتة، كون هذه التحاليل دقيقة ولا يمكن الكشف عنها بسهولة⁶.

¹ - أحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 212.

² - نفس المرجع، ص. 213.

³ - طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي...، المرجع السابق، ص. 27.

⁴ - Civ 3 Avr 1939. D 1939-307.

مقتبس عن: طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي...، المرجع السابق، ص. 27.

⁵ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص. 55.

⁶ - منير رضا حنا، المرجع السابق، ص. 218.

أما بخصوص التحصين، فقد مر معنا¹ - عند الحديث عن المسؤولية الطبية في التطعيم أو التلقيح - أنه التزام محدد يتمثل في سلامة المادة التي تقدم، بحيث يجب أن لا تؤدي إلى إلحاق الضرر بالشخص الذي تقدم له. وهذا يعني أنه يجب أن يتأكد الطبيب من سلامة المصل وخلوه من الجراثيم وان يعطى بصورة صحيحة. أما عن مدى فاعلية هذا المصل، فهو التزام ببذل عناية. وبالنسبة للتحصين الإجباري الذي تقوم به الدولة، فهي مكلفة بضمان سلامة المواطنين وتساءل الدولة عن ذلك باعتبارها متبوع.

أما بالنسبة لتركيبات الأعضاء الصناعية فنتيجة للتقدم العلمي بدأ الإنسان باستخدام الأعضاء الصناعية كوسيلة لتعويضه عما يفقده من أعضائه الطبيعية وما يصاب منها بعجز أو ضعف. وتشير عملية تركيب الأعضاء الصناعية المسؤولية الطبية من جانبين، جانب طبي يتمثل في مدى فاعلية العضو الصناعي وتناسبه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص الموجود لديه؛ وهنا يلتزم الطبيب ببذل عناية ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا ثبت تقصير من جانبه. والجانب الآخر هو مدى سلامة العضو الصناعي وجودته وهذه مسألة تقنية يكون التزام الطبيب فيها بتحقيق نتيجة، وهي ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته ومناسبته لجسم المريض. وعليه تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان العضو رديء الصنع أو لا يتفق مع مقياس الجسم أو سبب أضرار للمريض².

وإلى جانب ذلك يضمن الطبيب سلامة المريض ويكون التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة، وتضمن هذه السلامة داخل المستشفى. فإذا أمر الطبيب بإدخال مريض إلى المستشفى أو إلى صالة العمليات فعليه أن يتوخى سلامته من الأمراض المعدية³.

إن القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية لم تعد كافية بالنظر للتطورات الطبية الحديثة. الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن أثر التطور الطبي على القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية؟ وهذا ما نحاول الإجابة عنه فيما يلي:

¹ - أنظر الصفحة 89 من هذه الرسالة.

² - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص. 56.

³ - نفس المرجع، ص. 59.

المطلب الثالث

أثر الطب الحديث على القواعد العامة

التي تحكم الأعمال الطبية

أثار التطور الحديث للعلوم الطبية وطرق العلاج مشكلات قانونية لم تكن مثارة من قبل، تجاوز بها الطب حدوده التقليدية في الأعمال الطبية مما حدا بالتشريعات والاتفاقيات الدولية¹ إلى التوجه صوب العمل الطبي لوضعه ضمن قواعد جديدة أو تغيير تفاصيل القواعد الطبية العامة التقليدية حفاظاً على حرمة الجسم البشري من الاعتداءات الخطيرة التي من المحتمل أن تطاله.

ويتعلق الأمر بظهور التجارب الطبية العلمية التي تجرى على الإنسان خصوصاً تلك التجارب التي تجرى على الإنسان السليم وبغرض البحث العلمي، حيث يتأرجح الأمر بين الحفاظ على مصلحتين: مصلحة عامة متعلقة بالبحث العلمي أو إجراء التجارب العلمية والعلاجية لما فيها من مصلحة عامة متمثلة في تنمية المعرفة العلمية في الجوانب الطبية. ومصلحة خاصة تتعلق بحرية الفرد وما يتعلق بها من حقوق خصوصاً الحقوق المرتبطة بالشخصية كاحترام سلامة جسمه وعدم المساس بها². وعليه يتعين

¹ - تم الإعلان عن الاتفاقية الدولية الأولى بشأن آداب المهنة في مجال البحوث الطبية، أو ما يعرف بـ مجموعة قواعد نورمبرج، في عام 1947 عقب محاكمة الأطباء الذين قاموا بتجارب مروعة على السجناء والمعتقلين الذين لم يعطوا موافقتهم على مثل هذه التجارب خلال الحرب العالمية الثانية، وقد وضعت هذه القواعد التي تم تصميمها للحفاظ على سلامة حالة البحث، شروطاً للسلوك الأخلاقي في البحوث المتضمنة لحالات دراسة بشرية وأكدت على موافقتهم على إجراء البحث بمحض إرادتهم.

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في عام 1948 وإعطاء الإعلان مزيد من القوة القانونية والأخلاقية، أقرت الجمعية العامة في عام 1966 الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية. وتنص المادة السابعة من الاتفاقية على عدم تعرض أي شخص للتعذيب أو المعاملة أو العقاب القاسي أو غير الإنساني أو الموهين، وبصفة خاصة عدم خضوع أي شخص للتجارب الطبية أو العلمية دون موافقته الحرة، ومن خلال هذا البيان، يعبر المجتمع عن القيمة الإنسانية الأساسية التي من شأنها أن تحكم جميع الأبحاث المتضمنة لحالات -- دراسة بشرية - وهي حماية حقوق مصلحة جميع حالات الدراسة البشرية الخاضعة للتجارب العلمية.

إن إعلان هلسنكي الذي أصدرته الجمعية العالمية الطبية 1964 يعد الوثيقة الأساسية في مجال آداب المهنة الطبية فيما يتعلق ببحوث الطب الإحيائي، وقد كان له الأثر في صياغة التشريعات وقواعد السلوك الدولية والإقليمية والوطنية، وقد عدل عدة تعديلات آخرها في عام 2000.

وأصدر مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية في عام 1993 قواعد إرشادية لآداب المهنة فيما يخص التجارب الطبية وهو ما أدى بالعديد من المنظمات الدولية لإصدار إرشادات أو قواعد أو توجيهات للمهنة الطبية، ومنها منظمة الصحة العالمية في عام 1995.

وفي عام 2001 أقر مجلس وزراء الاتحاد الأوروبي توجيهات تتعلق بالتجارب الطبية القائمة على الملاحظة المباشرة والتي ستكون ملزمة لأعضاء بدءاً من 2004. " مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية CIOMS " بالتعاون مع " منظمة الصحة العالمية WHO " و " المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية CIOMS " بحث معد بعنوان " القواعد الإرشادية الأخلاقية العالمية لأبحاث الطب الحيوي المتعلقة بالجوانب الإنسانية " رؤية إسلامية"، جنيف 2002 المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية 2004. ص. 14.13.

² - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص. 303.

بحث موضوع التجارب العلمية بداية بتعريف التجربة الطبية (الفرع الأول) ثم مشروعية التجارب الطبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التجربة الطبية

مصطلح التجربة يوحي إلى أكثر من معنى الأمر الذي جعل البعض يرى أنه من المناسب استخدام عبارة "أبحاث طبية". وقد عرفها القانون الفرنسي رقم 88/1138 الصادر في 20 ديسمبر 1988 الخاص بحماية الأشخاص الذين يخضعون للأبحاث الطبية الحيوية بأنهما: "الأبحاث والدراسات التي تجرى على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية والطبية"¹.

يشير مصطلح "بحث" وفق للقواعد الإرشادية المحددة من مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية إلى "طبقة من النشاط مصممة لتطوير المعارف العامة أو المساهمة فيها، وتتألف المعارف العامة من نظريات، ومبادئ أو علاقات، أو تراكم المعلومات التي تعتمد عليها هذه الأشياء والتي يمكن الربط بينها بواسطة أساليب الملاحظة والاستدلال العلمي". وفي السياق الذي نحن بصدده فإن "البحث" يشمل كل من الدراسات الطبية والسلوكية المرتبطة بالصحة الإنسانية وعادة ما يقترن "البحث" بصفة "الطب الإحيائي" للدلالة على علاقته بالصحة².

ويهدف البحث العلمي بشكل أساسي إلى إجراء الدراسات المبتكرة لأغراض الكشف عن حقائق جديدة أو / وإعادة النظر في حقائق وتطبيقات قائمة بهدف إثراء المخزون المعرفي النظري والتجريبي التطبيقي للمجتمع³.

ويعتمد التقدم في الرعاية الطبية ومكافحة المرض على تفهم العمليات النفسية وتلك المتعلقة بعلم الأمراض أو النتائج المرتبطة بعلم الأوبئة، ويتطلب في بعض الأحيان إجراء أبحاث تتضمن حالات دراسة بشرية، ويساهم جمع وتحليل وتفسير المعلومات التي يتم الحصول عليها من الأبحاث المتضمنة لحالات دراسة بشرية في تحسين الصحة البشرية بدرجة كبيرة.

¹ - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 290-291.

² - "مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية CIOMS" بالتعاون مع "منظمة الصحة العالمية WHO" و "المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية CIOMS"، المرجع السابق، ص. 17.

3 - محمد أمين عواد، أخلاقيات البحث العلمي، الملتقى الحواري لمجلس الاعتماد / وزارة التعليم العالي (التعليم العالي والعولمة - نحو ميثاق عمل أخلاقي) جامعة فيلادلفيا عمان - المملكة الأردنية الهاشمية - الثلاثاء/11/2005، ص. 1.

الفرع الثاني

مشروعية التجارب الطبية

بدا في أول الأمر المعارضة لهذه التجارب الطبية على الإنسان، غير أن القول بهذا يودي بصورة واضحة إلى جمود العلم وعدم تطوره واستفادة الإنسان منه، مع ما ينبغي من اتخاذ الحيطة أو اتخاذ قدر كبير من الضمانات لحماية الإنسان وسلامته البدنية من التجارب الطبية. وعلى إثر ذلك يتعين بيان معنى التجربة الطبية المباحة والتجربة الطبية المرفوضة.

التجارب المرفوضة هي تلك التي تعني أن وسيلة علمية أو فنية معينة مازالت في طور التجربة بالمعنى الكامل، بمعنى أن الاحتمالات السيئة أو غير المحمّدة ما زالت غير محكومة. وباختصار التجارب المرفوضة التي لم يثبت نجاحها بعد.

ويتفرع عن هذا أن رضاء المريض بإجراء تجربة غير مأمونة العواقب لا يصلح بذاته سبباً لإعفاء الطبيب من المسؤولية¹.

أما **التجارب المفيدة** فهي التجارب التي يقرر القضاء مشروعيتها والمقيدة بالأحكام العامة التي تحكم الأعمال الطبية.

في الغالب عندما تثار مسألة مشروعية التجارب الطبية فإن القوانين واللوائح وجموع الفقهاء يبحثون هذه المسألة بالتمييز بين نوعين من التجارب الطبية بحسب الغرض أو الهدف.

فالنوع الأول: ويطلق عليها التجربة العلمية المحضة لغاية " البحث العلمي الصرف الذي لا تُرجى منه فائدة تشخيصية أو علاجية مباشرة تعود على الشخص الذي أُخضع له"².

أما النوع الثاني: ويطلق عليه التجربة العلاجية ويقصد بها التجربة التي تهدف إلى تحقيق غاية علاجية، فهذا النوع يهدف إلى تحقيق مصلحة ومنفعة للشخص الخاضع لها، وذلك من خلال إيجاد أفضل طريقة معالجة للمريض، فالطبيب هنا يعالج المريض لشفائه وليس لأنه يريد التعرف على ما سوف يحدث، وهنا تحقيق المصلحة الفردية أولى بالاعتبار من غاية البحث العلمي أو المصلحة العامة عند المقارنة³.

لقد درجت القوانين على الاتفاق بشأن **التجارب الطبية العلاجية** واعتبرتها مشروعاً لتوافر قصد العلاج. وهذا يعني أنه يجب أن يكون تدخل الطبيب ينصرف إلى العلاج لا إلى غاية أخرى. فيتعين

¹ - حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 47.

² - فوزي بن عمران، الأخلاق الطبية، نظرات في الطب الشرعي، بحث منشور على الإنترنت بتاريخ: 25-4-2008 ص. 3، تاريخ الإطلاع: 21-7-2009 الموقع: <http://www.ibnosinahealth.org/modules/AMS/article.php?storyid=27>

³ - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 296.

أن غرضه فيما يقوم به من أعمال المهنة سواء كان تقرير دواء أو استعمال أشعة أو إجراء عملية جراحية الوصول إلى شفاء المريض من مرضه. فإذا انصرف تدخله لغرض آخر يكون قد خرج عن وظائف المهنة وتوافرت في فعله عناصر المسؤولية وفقاً للمبادئ العامة وتبعاً لما يقضي إليه تدخله من نتائج في جسم المريض ولو كان برضائه أو رجائه¹.

غير أن انصراف قصد الطبيب إلى العلاج لا يكفي في حد ذاته، بل لا بد من أخذ الاحتياطات اللازمة لعدم إيذاء المريض باستخدام أجهزة حديثة أدت إلى حوادث قاتلة اعتبرت أخطاء طبية رغم توافر قصد العلاج.

ومن القرائن على خروج الطبيب عن سلامة القصد أن تكون الوسائل العلاجية العادية كافية لشفاء المريض على اعتبار أن استخدام الأجهزة الحديثة غير مؤكدة النتائج أو أن في استخدامها مخاطر عديدة. ولقد قضت محكمة السين الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 16/5/1935 " أن الطبيب الذي يمارس تجربة طبية لغير ضرورة بالنسبة للمريض يرتكب خطأ مهنيًا مؤكداً"².

أما بالنسبة للتجارب العلمية المحضة أو التجارب غير العلاجية والتي تتم غالباً على شخص سليم بهدف اكتساب أنواع جديدة من المعرفة والعلوم فهذه التجارب لم تلق إجماعاً يؤيد مشروعيتها، فذهب بعض القوانين إلى إباحتها، وذلك استناداً إلى المصلحة الاجتماعية المقترنة برضا الشخص كما هو الحال في القوانين الأنجلو أمريكية³. وفي المقابل توجد بعض القوانين التي لا تعترف بمشروعية تلك التجارب، ومن ثم تحظر إجراء التجارب غير العلاجية على الإنسان، ويتزعم هذا الاتجاه بعض القوانين الأوروبية كالقانون الفرنسي⁴. وعليه يجدر بنا التطرق إلى هذين الاتجاهين وفق ما يلي:

¹ سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، مدنياً، وجنائياً، وإدارياً، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2004، ص.16.

² محكمة السين الفرنسية. Le Seine, 16 mai 1935. مقتبس عن: حمدي عبد الرحمن، البحث السابق، ص. 48.

³ نصت بعض قوانين الولايات المتحدة الأمريكية عليه ومنها قانون "أوهيو" على جواز إجراء التجارب الطبية على المحكوم عليه بالإعدام بحيث إذا لم يمت بسبب التجربة، استبدلت بعقوبة الإعدام عقوبة مقيدة للحرية، ونظمت اللائحة الفيدرالية الصادر عن الصحة الأمريكية بتاريخ 26 يناير 1981 الشروط والضمانات التي وفقاً لها يمكن إجراء مثل هذه التجارب حيث نصت المادة 46/102 من هذه اللائحة أن المقصود بالتجربة في هذا الشأن " هو كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم أو المساهمة فيها بطريق مباشر". محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص.489.

⁴ لم يعترف المشرع الفرنسي بمشروعية التجارب غير العلاجية، ويمكن أن يتعرض القائم بالتجربة عند وقوع الضرر للمسؤولية المدنية والجنائية، كما تنص المادة 4/16 من القانون رقم 94-653 الصادر 29 جويلية 1994 والمتعلق ببعض أحكام جسم الإنسان على أنه: " لا يجوز المساس بتكامل الإنسان، ويمنع أي اختبار من شأنه أن يؤدي إلى اختبار جنس الطفل أو تحسين النسل بيولوجياً، ودون التأثير على الأبحاث والتجارب التي تهدف للعلاج أو الوقاية من الأمراض الجينية، فإن أي تغيير في الصفات الوراثية بغرض التعديل أو التغيير في التركيب الجيني للخلف معاقب عليه ". علاء علي حسين نصر، النظام القانوني للاستنساخ البشري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2006، ص.105.

- أولاً: الاتجاه المنكر لمشروعية التجارب غير العلاجية على الإنسان.
- ثانياً: الاتجاه المؤيد لمشروعية التجارب غير العلاجية على الإنسان.

أولاً: الاتجاه المنكر لمشروعية التجارب غير العلاجية على الإنسان

لم يعترف البعض بشرعية التجارب الطبية غير العلاجية؛ لأن البشرية عاشت أصنافاً كبيرة من العنصرية الطبية والتجاوزات غير الأخلاقية، ويمكن في هذا الصدد بالعديد من الأمثلة ومن بينها ما يلي:

قام أطباء ألمانيا بإجراء التجارب الطبية على أسرى من الروس والبولنديين والغجر بالآلاف وبضع مئات من اليهود، وفضحت هذه الجرائم في محاكمات نورمبرج الشهيرة التي أقيمت بعد الحرب العالمية الثانية.

ومنها تجربة **توسكاجي** في الولايات المتحدة على السود المصابين بالزهري والذين تُركوا دون علاج حتى مات أكثرهم بزعم أن ذلك سيؤدي إلى معرفة سير المرض. واستمرت تلك التجربة البشعة حتى عام 1972 عندما فضحتها بعض الأطباء على الجمهور والإعلام واضطرت الإدارات إلى إيقافها عام 1973.

أجريت هذه التجربة على 400 مصاب بمرض الزهري من السود في منطقة ريفية تدعى (توسكاجي) في (ألاباما) لدراسة تطور هذا المرض بين السود. بدأت هذه التجربة سنة 1932 وتم اختيار المرضى من السود الأميين الفقراء الجهلة وبالرغم من ظهور عقار البنسلين واستخدامه على نطاق واسع لمعالجة الزهري منذ عام 1952، فإن الإدارات الطبية المتعاقبة رفضت رفضاً باتاً أن تعطيههم هذا العلاج الذي أثبت جدواه ونجاعته، بزعم الحاجة إلى معرفة تطور المرض، بالرغم من أن المعلومات عن تطور مرض الزهري كانت متوافرة من دراسة الحالات المختلفة، ولم تكن للتجربة أي فوائد علمية على الإطلاق. وقد مات غالبية من أجريت عليهم هذه التجربة بويلات الزهري بالرغم من توافر علاجه¹.

ويؤسس أنصار هذا الاتجاه رأيهم على عدم الاعتداد بالرضا لإباحة التجارب العلمية المحضنة على اعتبار أنها أعمال لا مبرر لها في القانون الجنائي في مجال أسباب الإباحة، فكيف يؤسس على إباحة تدخل جراحي على شخص سليم لا يشتكي كيانه المادي من أي علة².

¹ - حسان شمسي باشا، تجارب علاجية بلا أخلاق، بحث منشور على الإنترنت في مجلة العربي، العدد 579 في 1 فبراير 2007 على موقع الدكتور حسان شمسي باشا، تاريخ الاطلاع: 18-7-2009 الموقع:

http://www.drchamsipasha.com/ar/index.php?art=show_articles&id=58

² - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 61.

وأكد القضاء¹ بدورة في مناسبات عديدة هذا التوجه، حيث أكد أن التدخل الطبي الممارس يعتبر مخالف للنظام العام ولو برضا الشخص - ولو كان مستوفيا للشروط القانونية - في حالة انعدام الباعث العلاجي، ويؤدي بالضرورة إلى المسؤولية الجنائية.

ثانياً: الاتجاه المؤيد لمشروعية التجارب غير العلاجية على الإنسان

يتزعم هذا الاتجاه الفقه الأنجلوسكسوني²، حيث يميل هذا الفقه إلى الإقرار بمشروعية التجارب والأبحاث العلمية التي تهدف إلى تحقيق مزيد من التقدم في مجال صحة الإنسان، ذلك أن المبدأ السائد في القانون الأنجلوأمريكي هو حق الشخص في تقرير مصيره، ويعني هذا أنه يجوز كل فرد حر ومسئول أن يخضع نفسه اختياريًا للتجارب غير العلاجية إذا كانت تلك التجارب ضرورية لصالح المجتمع³. ولقد وافق هذا المبدأ العديد من المواثيق الدولية كما يلي:

من الوثائق الدولية الاتفاقية الدولية بشأن آداب المهنة في مجال البحوث الطبية، أو ما يعرف بمجموعة "قواعد نورمبرج" 1947 عقب محاكمة الأطباء الذين قاموا بتجارب مروعة على السجناء والمعتقلين الذين لم يعطوا موافقتهم على مثل هذه التجارب خلال الحرب العالمية الثانية. وقد وضعت هذه القواعد التي تم تصميمها للحفاظ على سلامة حالة البحث شروطاً للسلوك الأخلاقي في البحوث المتضمنة لحالات دراسة بشرية، وأكدت على موافقتهم على إجراء البحث بمحض إرادتهم⁴.

ومن الوثائق كذلك إعلان هلسنكي الذي أصدرته "الجمعية الطبية العالمية" وعدل عدة مرات آخرها في 2000 وأكد على ما يلي:

1. لا تُجرى هذه التجارب إلا على المتطوعين؛ سواء أكانوا أصحاء أم مرضى لا علاقة لمرضهم بطبيعة التجربة.
2. يجب على الباحث أو فريق البحث إنهاء التجربة فوراً إذا تبين أن الاستمرار فيها قد يضر بالشخص عند إجراء الأبحاث الطبية.

¹ - محكمة السين الفرنسية. Le Seine, 16 mai 1935

² - Bishop, On criminal Law 9 ed., Chicago 1923, P.183, H. Gour, The penal of British India 5 ed. 1936, P.725. Donnelly and Goldstern, Criminal Law, N.Y. 1962, P.69.

مقتبس عن: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص.488. الهامش.1.

³ - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.305.

⁴ - مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية CIOMS " بالتعاون مع " منظمة الصحة العالمية WHO " و " المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية CIOMS"، المرجع السابق، ص.13.

3. يجب ألا يُفَرِّط في المصلحة الصحيّة للفرد مهما كانت الفائدة العلمية المرجوة أو المصلحة التي تعود على المجتمع¹.

إذا كان القانون قد أخضع من خلال تطبيقه لمبدأ حصانة الجسم البشري، شرعية الاعتداء على تكامل جسم الإنسان إلى شرطين: الضرورة العلاجية للشخص الذي سيقع الاعتداء عليه والموافقة المسبقة والواضحة لصاحب الشأن فإن الواقع أدى إلى تخفيف حدة هذه القواعد حيث سمح القانون الفرنسي 20 ديسمبر 1988 - سابق الذكر - بإجراء التجارب الطبية الحيوية على الكائن البشري لأهداف غير علاجية بالضرورة. لا بل أن القوانين المتعلقة باحترام جسم الإنسان والاستفادة من عناصره المختلفة ومن منتجاته تستثنى ضمن مجالات محددة. كما أن الموافقة المسبقة للشخص ليست ضرورية وذلك عندما تفرض حالة الشخص إجراء عمل جراحي لا يستطيع هذا الشخص إعطاء موافقته عليه بنفسه لكونه غائب الإدراك².

ولقد أعد مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية في 2002 القواعد الإرشادية الدولية لآداب المهنة في مجال بحوث الطب الإحيائي المتضمنة لحالات دراسة بشرية وتضمنت القاعدة الإرشادية الأولى " التبرير الأخلاقي والصلاحية العلمية لأبحاث الطب الإحيائي المتضمنة لحالات دراسة بشرية " كما يلي:

"يتمثل التبرير الأخلاقي لأبحاث الطب الإحيائي المتضمنة لحالات دراسة بشرية في الأمل في اكتشاف وسائل جديدة تعود بالفائدة على صحة البشر. ومثل هذه الأبحاث يمكن تبريرها من منظور آداب المهنة فقط إذا تم تنفيذها بطرق تحترم وتصون حالات تلك الأبحاث وتوفر العدل لها. وتكون مقبولة من الناحية الأخلاقية داخل المجتمعات التي تُجرى فيها هذه الأبحاث.

علاوة على ذلك، ونظرًا لأن الأبحاث غير السليمة من الناحية العلمية تعتبر غير ملتزمة بآداب المهنة من حيث تعريفها لحالات البحث لمخاطر دون الفوائد المحتملة، فإنه يجب على الباحثين والكفلاء أن يضمنوا أن الدراسات المتضمنة لحالات دراسة بشرية تتوافق مع المبادئ العلمية المقبولة بصفة عامة، وتستند إلى معرفة كافية من المؤلفات العلمية ذات الصلة الوثيقة بالموضوع"³.

وعلقت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية على هذه القاعدة الإرشادية لتبرير أبحاث الطب بأنه يتوقف التسويغ والتبرير لهذه الأبحاث في النظر الفقهي على مراعاة الأمور الآتية:

¹ - فوزي بن عمران، المرجع البحث السابق، ص. 3.

² - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 52-53.

³ - مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية CIOMS " بالتعاون مع " منظمة الصحة العالمية WHO " و " المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية CIOMS"، المرجع السابق، ص. 25.

1- أن يكون القصد والهدف من إجرائها جلب مصلحة محضة، تعود بالنفع على صحة البشر، أو درء مفسدة محضة تعود بالضرر عليها، أو تقديم المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة إذا لم يكن هناك بد من الوقوع أو تحصيل إحداهما، حيث أجمعت الأمة على أن المفسدة المرجوحة مغتفرة مع المصلحة الراجحة.

قال " ابن تيمية": " الشريعة مبناها على تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها ومطلوبها ترجيح خير الخيرين بتفويت أدناهما، ودفع شر الشرين وإن حصل أدناهما"¹.

2- أن تكون المصلحة - المحضة أو الراجحة - حقيقة وذلك بأن لا تخالف نصاً تشريعياً من نصوص الكتاب أو السنة، ولا تناقض شيئاً من المبادئ أو الأحكام الفقهية القطعية الثابتة.

3- أن تكون الوسيلة إلى الهدف - البحث - سائغة شرعاً إذ الغاية لا تبرر الوسيلة، ولا بد من كون كل من الغاية والوسيلة مأذون بها شرعاً.

4- أن يكون تصميم البحث سليماً من الناحية العلمية، بحيث يغلب علي الظن إقضاؤه أو تحقيقه للغرض الصحيح المرجو منه، وإلا كان عبثاً، ويكرّم الإنسان ويصان عن أن يكون حقلاً لتجاربه. حيث قال سبحانه: " ولقد كرّمنا بني آدم"². وقد جاء في القواعد الفقهية: " كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل"³.

5- أن يتوفر في طاقم البحث الأهلية والكفاءة اللازمة لإجرائه بنجاح، وذلك لتوقف حصول المطلوب على تحقيق هذا الأمر، إذ القاعدة الشرعية أن " ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"⁴. وان يراعوا الأمانة العلمية المطلوبة في أدائه، لقوله تعالى: " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها"⁵.

وبعد فراغنا من الحديث عن القواعد العامة التي تحكم الحق في سلامة الجسم البشري، والتي تحكم الأعمال الطبية بصورتها التقليدية، والضوابط العامة التي تحكم التجريب فإنه ينبغي إسقاط هذه الأحكام على بعض التطبيقات الحديثة لبعض الأعمال الطبية وبيان ما يترتب عنها من آثار على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري.

¹ مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية CIOMS " بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية WHO " و " المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية CIOMS"، المرجع السابق، ص. 27.

² سورة الإسراء، الآية. 70.

³ مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية CIOMS " بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية WHO " و " المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية CIOMS"، المرجع السابق، ص. 27.

⁴ نفس المرجع، ص، ص. 28.

⁵ سورة النساء، الآية. 85.

الفصل الثاني

التدخل الطبي الحديث على جسم الإنسان

وأثره على نطاق الحماية الجنائية

أن التطور المتميز للعلم قلب بشدة الأوضاع التي كان يزعم القانون تنظيمها وكذلك قلب القواعد القانونية، حيث زعزت التقنيات الطبية الحيوية والتي سمحت باستخدام مواد الجسم أسس التطور القانوني، مما أجبر رجال القانون التفكير وإعادة صياغة هيئاته التحليلية ومراجعته.

ودائماً ما تلتقي المستجدات الطبية صعباً شرعية من جهة اعتمادها في مصافّ المباحات شرعاً، حيث أنها تؤثر في الحياة الاجتماعية حركة تبادلية، الأمر الذي يجعل اتخاذ تنظيم تشريعي يضبط هذا التأثير بما يحقق العدالة وبما يحتكم إليه المجتمع من مرجعيات قانونية، دينية أمراً لازماً... ليلاً يترك التجريب والبحث العلمي في أيدي العلماء المختصين وحدهم.

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

المبحث الأول

نقل الأعضاء من الأحياء وزرعها

وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان

يشير موضوع استقطاع أعضاء الجسم البشري إعادة زرعها في جسم آخر كثير التساؤلات في فقه القانون في الوقت الراهن. فموضوع استقطاع الأعضاء وزرعها يعد من بين أحدث ما توصل إليه الإنسان في القرن العشرين بخبرته¹، من خلال صراعه المستمر مع الصحة والموت. فالإنسان الذي تفوق

¹ - لقد تركزت التجارب على زرع الأعضاء مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، نتيجة تأثير "d'exis carrel" الذي نجح تقنياً في 1902 بزرع كلية عند حيوان، ثم أخذ نقل الأعضاء انطلاقته المدهشة بعد الحرب العالمية الثانية.

ثم نجح البروفسور "J.Pmerrill" عام 1904 في الولايات المتحدة بإجراء أول نقل للكلى بين توأمين، حقيقيين وقد كان المتبرع حياً. وفي عام 1936 حقق "voronov" أول نقل للكلى عند الإنسان، ولكن أعقبها فشل سريع، وفي عام 1948 قدم ثلاثة أطباء عيون فرنسيين تقريراً للجمعية الفرنسية لطب العيون، أشاروا فيه لإجراء 172 عملية لزراعة القرنية بعد اقتطاعها من جثث الموتى، وبذلك عمق ترقيع القرنية اقتطاع الأعضاء بعد الوفاة. وقد سمح تطور علم المناعة والعلاج ضد رد العضو المزروع للبروفسور "J.Ham-burger" بتنظيم أول نقل للكلى تم الحصول عليها من جثة شخص ميت، وفتحت هذه البداية الطريق لاقتطاع أعضاء أخرى من جثث الموتى لزرعها عند مرضى آخرين. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 90-91... =

بجبرته في إرسال المراكب الفضائية والهبوط على سطح القمر، قد توصل بأساليب العلم الحديثة إلى مواصلة الحياة في إنسان فقد أو كاد يفقد حياته؛ لمرض أصاب أحد أعضاء جسده. وبرغم ما ينال عناصر الحق في سلامة الجسم من مساس في هذه الحالة فقد أثبتت التجارب الطبية نجاحها حيث أصبح هذا الأسلوب ضرورة طبية.

وقبل التفصيل في ذلك وجب علينا تحديد مفهوم نقل الأعضاء خاصة مع ظهور العديد من الاصطلاحات، وتذبذب الآراء حول إيجاد الاصطلاح الأحسن والأصوب للوصول إلى تعريف لنقل الأعضاء (المطلب الأول). كما أن حادثة الموضوع أثارت عدة إشكاليات من أوجه طبية وقانونية ودينية، لإيجاد القالب الطبي والقانوني والشرعي في إطار بحث مشروعية هذا التدخل الطبي (المطلب الثاني). في حين تجاوز البعض¹ البحث في إطار المشروعية التي أصبحت محسومة في نظرهم، ولذلك فالبحوث أصبحت تعنى في المقام الأول ببحث الضوابط والشروط، ومعالجة الآثار والتداعيات المترتبة عن هذه العمليات وما توفره من حماية جنائية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم نقل الأعضاء من جسم الإنسان وزرعها

نحاول في هذا المطلب التعرف على مفهوم عمليات نقل وزراعة الأعضاء، بداية بتمييز هذه التسمية عما يشابهها من المصطلحات لفرز المصطلح الأنسب، لأن معرفة الشيء معرفة لما يشابهه، باستجلاء مضمونه وجعله شاملاً لكل ما يطلق عليه، ومانعاً للالتباس بينه وبين غيره (الفرع الأول) ثم علينا أن نعرف نقل وزرع الأعضاء (الفرع الثاني) فالمشاكل القانونية التي تثيرها هذه العمليات (الفرع الثالث).

...= وأجرى الدكتور "د. ب والشن" في أواخر عام 1964 أول عملية زرع كبد في جسم الإنسان، وعاش بعدها المريض 16 يوماً، ثم توالى بعد ذلك إجراء عمليات نقل وزرع الكبد، وفي أواخر عام 1987 أعلن الدكتور "كريستيان برنارد" عن نجاح أول عملية نقل وزرع قلب بين البشر، وقد تمت هذه العملية في إحدى مستشفيات جنوب إفريقيا. محمد حماد مرهج الهبيتي، التكنولوجيا الحديثة والطب الجنائي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص.09.

¹ - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية - دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000، ص.8.

الفرع الأول

تمييز نقل الأعضاء عن غيره من المصطلحات المشابهة

في البداية نود أن نبين أن العديد من الاصطلاحات ظهرت في إطار هذه العمليات، فظهر مصطلح الزرع والغرس، وأصبحت مصطلحين علميين، غير أن البعض لم يطمئن إلى مصطلح "زرع الأعضاء" وارتأى استعمال مصطلح "غرس الأعضاء" اعتباراً للدلالة اللغوية التي تؤيد ذلك¹.

وفي ذلك يعترض الدكتور "محمد أيمن صافي"² على كلمة زرع ويعتقد أن الكلمة الأصوب هي كلمة غرس الأعضاء من الناحيتين اللغوية والعلمية؛ لأن غرس الأعضاء أدق وأدل على المعنى المقصود، فالزرع معناه "طرح البذر أو الزراعة في الأرض، أو معناه إلقاء الحب في الأرض لينبت، يقال: زرع الفلاح الأرض والشعير إذا طرحه في الأرض لينبت، وزرعه الله يزرعه: أي؛ أنبته³. كقوله تعالى: ﴿أفأنتم ما تخرثون أنتم تزرعون أم نحن الزارعون﴾⁴.

أما الغرس فمعناه إثبات الشيء في الأرض، يقال: غرس فلان الشجر في الأرض يغرسه فيها؛ أي أنبته وأدخله أو غرزه⁵. وفرق كبير بين إثبات الشيء وطرحه في الأرض. كما أن الأحاديث النبوية تشير إلى ذلك، قال صلى الله عليه وسلم أن ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فياًكل منه إنسان أو طير فيكون له به صدقة⁶. فالأصل في اللغة أن الغرس غير الزرع، وأن الزرع لا يدل على الغرس دلالة دقيقة⁷.

إن هذا الكلام وجد من يعارضه، إذ يعارض بعض الفقهاء هذه المفاضلة، فيرون أن زرع وغرس الأعضاء تعبيران مترادفان يشيران لمعنى واحد⁸.

فيرى الدكتور "منذر الفضل" أن بين المصطلحات "نقل" و "زرع" و "غرس" ترادف بقوله: "إننا نرى أن هناك ترادف في اللغة بين كلمة "زرع الأعضاء" وكلمة "غرس الأعضاء" ومفهوم "نقل

¹ - محمد فارح، حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغرسة الأعضاء أو ترقيعها، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني 1419هـ، 1999م ص.104.

² - محمد أيمن صافي، غرس الأعضاء في جسم الإنسان، لا توجد دار النشر، 1987، ص.9.

³ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص.141.

⁴ - سورة الواقعة، الآية. 64.

⁵ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، المرجع السابق، ص.154.

⁶ - رواه مسلم في كتابه المساقاة والمزارعة، باب فضل الغرس والزرع، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص.215.

⁷ - محمد فارح، المرجع السابق، ص.104 - 105.

⁸ - محمد حماد مرهج الهيبي، المرجع السابق، ص.14.

الأعضاء"، بدليل أن الفقه المدني والمنظمات الإقليمية والقوانين الوضعية تستخدم مصطلحي زرع الأعضاء ونقل الأعضاء للدلالة على معنى واحد هو غرس الأعضاء في الجسد¹.

غير أن هناك من يعارض هذا الترادف؛ لأنه وإن كان الترادف بين كلمتي "زرع وغرس" فإنه لا يمكن أن يمتد ليشمل عملية نقل الأعضاء؛ لأن نقل الأعضاء يشير إلى عملية مستقلة عن عملية الغرس أو الزرع، سواء في أصول أو أسباب تبريرها، أو في محلها الذي ترد عليه. فالزرع لا يمكن أن يعني النقل وإن كان النقل جزءاً من عملية الزرع؛ لأن عملية النقل يمكن ألا تستتبعها عملية الزرع، وإنما يتم نقل العضو وعلى الخصوص إذا كان العضو المنقول من جثة الإنسان من أجل حفظه، وذلك بإيداعه بالبنك الخاص بحفظ الأعضاء².

إن وجه الاستقلال بين عملية النقل والزرع من حيث المحل الذي ترد عليه، وهو أن عملية النقل محلها صاحب العضو السليم، الذي يصطلح على تسميته "المعطي" أو "الواهب" أو "المتبرع" والذي إما أن يكون إنساناً - حياً أو ميتاً - أو حيواناً³.

أما عملية الزرع فمحلها جسد شخص مريض يصطلح عليه "المتلقي" أو "المستقبل" أو "المتبرع له" الذي يعاني من تلف أو عطب في عضو من أعضائه، أو توقف عن أداء وظيفته.

يقال: "قانون نقل وزرع الأعضاء" فلو لم تكن هناك مفارقة بين الكلمتين لما استخدمت التشريعات تعبير كلمة نقل بجانب كلمة زرع، ولو كان هناك ترادف بين هاتين الكلمتين لما استخدم المشرع "واو العطف" بدلا من "أو التخيرية" في عناوين القوانين⁴.

وعلى صعيد المؤتمرات الدولية، فقد عقدت جمعية زراعة الأعضاء البشرية مؤتمرها في لاهاي 1986. كما اعتمدت اللجنة الفنية لمجلس وزراء الصحة العرب الخاصة بنقل وزراعة الأعضاء الجسمية، مشروع القانون العربي الموحد لعمليات نقل وزراعة الأعضاء⁵. ومن هنا يتبين تبني القوانين والمنظمات الدولية لمصطلح "نقل وزراعة الأعضاء" ولما كان النقل والزرع عمليتين مختلفتين وجب تعريفهما فيما يلي:

¹ - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص.13، الهامش 1.

² - محمد حماد مرهج الهيبي، مرجع سابق، ص.14.

³ - نفس المرجع، ص.16.

⁴ - نفس المرجع، ص.16.

⁵ - نفس المرجع، ص.18.

الفرع الثاني

تعريف نقل الأعضاء من جسم الإنسان وزرعها

يمكن أن نعرف عملية نقل الأعضاء بأنها: "العملية التي بها يتم استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسد المعطي، وحفظه تمهيداً لزراعته في جسد المتلقي في الحال أو المآل"¹. ويعني "نقل عضو سليم أو مجموعة الأنسجة من شخص المتبرع ليزرع في جسم شخص المستقبل - المريض - ليقوم هذا العضو المزروع مقام العضو التالف"².

من هذين التعريفين يمكن استخلاص نقاط عديدة من بينها القابلية للنقل، أو بعبارة أخرى أنه ليس كل عضو قابل للنقل أو ليس كل أعضاء جسم المعطي قابلة للنقل من الناحية الفنية والقانونية، وعلى ذلك لا يجوز إجراء عملية نقل عضو ما لم يكن قابلاً للنقل من الناحيتين.

ويكون العضو قابلاً للنقل من الناحية الفنية إذا كان العضو سليماً، وإلا انتفت العلة من نقله، وإذا كانت حالة المعطي تسمح بذلك بحيث أن نقل العضو لا يؤثر على حالة المعطي الصحية. أما قابلية العضو للنقل من الناحية القانونية فيعني أن يسمح المشرع بنقله³.

المستخلصة الثانية هي أطراف عملية النقل حيث أن عملية نقل العضو هي عملية يتم بها استئصال عضو سليم قابل للنقل أو يسمح بنقله قانوناً من جسد المعطي لزرعه في جسد المستقبل أو المتلقي في الحال أو المستقبل، وبالتالي فإن أطراف العملية طرفان.

المعطي أو الواهب وهو ذلك الشخص الذي يقدم عضواً من أعضائه بغير مقابل من أجل علاج شخص آخر يحتاج إلى العضو الذي تنازل عنه.

ونظراً للتقدم العلمي الذي حصل في نطاق عمليات نقل وزرع الأعضاء على وجه الخصوص وما أظهرته التجارب من إمكانية نقل بعض أعضاء الحيوانات، إلا أننا في هذا المقام نستثني نقل أعضاء الحيوانات - إن صح نقلها - مما تقضيه المنهجية ونطاق البحث الذي يدرس حماية الجسم البشري من التدخلات الطبية الحديثة.

ونشير كذلك إلى أن النقل يمكن أن يكون من إنسان حي أو ميت وهذا الأخير سنتولى دراسته بالتفصيل في الباب الثاني - الفصل الثاني - من هذه الرسالة⁴.

¹ - محمد حماد مرهج الهبيتي، المرجع السابق، ص. 31.

² - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2003، ص. 03.

³ - محمد حماد مرهج الهبيتي، المرجع السابق، ص. 31.

⁴ - أنظر الصفحة 458 وما بعدها من هذه الرسالة.

الطبيب وهو الذي يقوم بعملية الاستئصال باعتباره المسؤول عن تحديد العضو القابل للنقل من الناحية الفنية¹.

المستخلصة الثالثة **محل النقل** وهو إما عضو أو نسيج فالعضو مجموعة العناصر الخلوية المختلفة والمتوافقة والقادرة على أداء وظيفة معينة، أما النسيج فهو خليط محدد من مركبات عضوية كالحايات والألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعملية كالنسيج الضام والعضلي والعصبي².

أما **عملية زرع الأعضاء** فيمكن تعريفها بأنها: " تثبيت العضو المنقول في جسد المتلقي بعد استئصال العضو المريض أو التالف لكي يقوم الأول مقام الثاني في أداء وظائفه".

يكشف هذا التعريف عن أن عملية زرع أي عضو في حقيقتها عمليتين مترابطتين هما (عملية استئصال العضو التالف أو المريض والعاجز عن أداء وظيفته من جسم المتلقي أو المستقبل) (عملية تثبيت العضو المنقول)، غير أن هذين العمليتين محلها واحد هو جسم المتلقي أو المستقبل³.

فالمتلقي شخص يعاني من تلف أو عطب في عضو من أعضائه أو توقف في أداء وظيفة أحد أعضاء جسمه⁴. وإذا كان لا يمكننا إنكار أهمية هذه العمليات لصحة الإنسان المتلقي، فإنه كذلك لا يمكن إنكار المشاكل القانونية التي تثيرها وبخاصة أنها تتعلق بعناصر الحق في سلامة الجسم في نطاقها الفردي والاجتماعي بالنسبة للمعطي. وعليه ينبغي التفصيل في المشاكل القانونية التي تثيرها عملية نقل الأعضاء وزرعها بين الأحياء فيما يلي:

الفرع الثالث

المشاكل القانونية التي تثيرها عملية نقل الأعضاء بين الأحياء وزرعها

يجدر التوضيح أنه في عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء لا يجوز قانوناً أن يتنازل الشخص السليم المعافي من الأمراض عن عضو من أعضائه الهامة التي تؤثر على حياته وتهددها بالانقراض. ولا يجوز من باب أولى التصرف في عضو ليس له بديل في الجسم كالقلب مثلاً ومن ثم يسأل الطبيب الجراح الذي يستأصل عضواً حيواً مدنياً وجنائياً ولا يعتد برضا المجني عليه.

1 - محمد حماد مرهج الهيتي، مرجع سابق، ص.31.

2 - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة، عمان الأردن، 2001، ص.51.

3 - محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص.103.

4 - نفس المرجع، ص.16.

هذا ورغم النجاح الذي حققته هذه العمليات وصدور القوانين التي تنظم هذه العمليات أصبح من اللازم الوقوف عند حدود هذه العمليات والحكم عليها، ذلك أن الموضوع يتطلب الموازنة بين مصالح متعارضة، وفي سبيل التوفيق بينها تثار العديد من المشاكل القانونية بين الأطراف المتدخلين في العملية.

نحاول أن نضع أيدينا على هذه المشاكل القانونية التي تثار بمناسبة عملية نقل وزع الأعضاء، ويمكن حصر هذه المشاكل في المشكل المتعلق بالعضو المراد زرعه (أولاً) والمشكل المتعلق بالمتبرع (ثانياً) والمشكل المتعلق بالطبيب (ثالثاً) والمشكل المتعلق بالمقابل المالي (رابعاً) والمشكل المتعلق بموضوع وشكل الموافقة (خامساً) ثم المشكل المتعلق بالشهود (سادساً) فالمشكل المتعلق بأهلية التصرف (سابعاً).

أولاً: المشكل المتعلق بالعضو المراد زرعه

يثار هذا الإشكال بمناسبة تنازل الشخص المتبرع عن عضو من أعضاءه، كلية، كبد، جزء من الجلد... غير أنه ولأسباب قد تتعلق بجسم المريض فيرفض العضو أو بالتدخل الطبي فقد يخطأ الطبيب في عملية الزرع وهنا السؤال الذي يطرح ما هو مصير العضو المتزوع؟¹.

ثانياً: المشكل المتعلق بالمتبرع (المتنازل)

إن المتصرف بعضو من أعضاءه إنما يقدم خدمة جلييلة من أجل هدف نبيل وهو الغرض العلاجي لإنقاذ مريض. إلا أن الأمر لا يتعلق بمجرد التبرع بالعضو ومدى المصلحة المحققة، وإنما بالنتيجة المترتبة عن التبرع بالنسبة للمتبرع حالة أدى تبرعه إلى ضرر يقعه عن العمل لقاء هذا العمل الجليل. وربما هذا هو المشكل الذي جعل عمليات التبرع بالأعضاء منحصرة في التبرعات بين العائلات أو الأسر². فكيف يمكن التعامل مع الأضرار التي قد تلحق بالمتبرع؟

ثالثاً: المشكل المتعلق بعمل الطبيب (السر الطبي)

يوجب التدخل الطبي الجراحي إخبار المتنازل (المتبرع) بجميع المخاطر الناجمة عن عملية استئصال العضو. كما يجب على الطبيب إعلام المريض المتنازل له العملية حتى يكون على بينة من أمره، هذا الواجب يقابله واجب آخر وهو عدم إفشاء السر الطبي³. وبين هذا وذاك يثار التساؤل وهو كيف يمكن

¹ - مروك نصر الدين، نقل وزع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، التطبيقات العملية...، المرجع السابق ص.325.

² - نفس المرجع، ص.236.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، 1999، ص.74-75.

التوفيق بين أحكام القانون التي تحرم إفشاء السر الطبي وبين واجب إخبار المتنازل أو المعطي والمتنازل له بأدق مخاطر التدخل الطبي؟

رابعاً: المشكل المتعلق بالمقابل المالي

من بين العمليات الطبية التي أوجدت ميداناً خصباً للجدل العلمي - بين رجال القانون والطب وعلماء الاجتماع والأخلاق والدين - هي عمليات نقل وزرع الأعضاء وعلى وجه التحديد ما يطلق عليه بالتصرف القانوني في الأعضاء البشرية سواء بالبيع أو المفاضلة ... وبالعموم المقابل المالي. فهل يمكن أن يكون عضو من أعضاء الإنسان محلاً مشروعاً لهذه التعاملات؟

خامساً: المشكل المتعلق بشكل وموضوع الموافقة

نظراً للواجب الطبي والقانوني الذي يفرض على الطبيب في مجال التدخل الطبي والمتعلق بالرضا أو إبداء الموافقة الحرة والمستنيرة، فإن الشرط يعد مثاراً للعديد من الإشكاليات في شكلها وموضوعها. والقاعدة العامة أن الرضاء يكون بكافة الأشكال فقد يكون ضمناً وقد يصدر صريحاً بالقول أو الكتابة عرفية كانت أو رسمية. غير أن خطورة هذه العمليات تفرض على حد قول البعض إضفاء حماية للمتنازل بإبداء موافقته بصفة رسمية وموقعاً عليها مع بيان موضوع الموافقة أو محل الموافقة¹ - العضو المتبرع به - على وجه التحديد، فيثار التساؤل عن موقف التشريعات من كل هذا؟

سادساً: المشكل المتعلق بالشهود

توجب بعض القوانين الإشهاد عن الموافقة الحرة والمستنيرة بالنسبة لأطراف العملية إلا أن تحرير الموافقة بحضور الشهود تثير إشكالات قانونية متمثلة في من يحضر هؤلاء الشهود هل المتبرع أم المريض أم الطبيب الجراح أو المستشفى أم من؟ كما يثار أشكال آخر متعلق بشكل الشهادة لأن الأمر يتعلق بإثبات الشهادة والاحتجاج بها تجاه المتبرع أو الغير².

سابعاً: المشكل المتعلق بأهلية التصرف

إن التصرف القانوني أياً كان يشترط فيه الأهلية الكاملة للمتصرف. وفي عمليات نقل وزرع الأعضاء يشترط أن يكون المعطي بالغاً رشيداً متمتعاً بقواه العقلية. ومن ثم هل يتصور أن يكون المعطي

¹ - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، التطبيقات العملية ...، المرجع السابق، ص.332.

² - نفس المرجع، ص.334.

عديم الأهلية ؟ وما هو حكم نقل الأعضاء من الشخص القاصر، وما هي الأهلية القانونية المطلوبة في شخص المعطي ؟

المطلب الثاني

مشروعية نقل الأعضاء من الأحياء وزرعها

في القانون وفي الفقه الإسلامي

إن السؤال الذي يطرح دائماً عند مناقشة موضوع مستجد لم تعرفه الشرائع والقوانين القديمة، هو ما مدى مشروعية هذا العمل ؟

ومن الأمور المستجدة قضية نقل الأعضاء من الإنسان، باعتبارها وسيلة علاجية حديثة، فكان لابد من توجيه الأنظار نحو دراسة هذا السبيل العلاجي، وحث رجال القانون على الاجتهاد لبحث مشروعية هذه الممارسة الطبية، إباحة أو تحريماً (الفرع الأول).

إن مناقشة موضوع نقل الأعضاء لم يكن ليقصر على الجانب القانوني، بل أن الشريعة الإسلامية تقدم منهاجاً متكاملًا للحياة في البلاد الإسلامية، وتعتبر المصدر الرئيسي للقوانين والأحكام التي تمارس في المعاملات اليومية، لذلك فمن المستحيل فصل الدين عن مناقشة القوانين المستجدة التي تحكم الحياة اليومية للجمهور، لذلك كان من الأهمية بمكان أخذ هذا في الاعتبار عند مناقشة موضوع نقل الأعضاء.¹ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مشروعية نقل الأعضاء من الأحياء وزرعها في القانون

إذا اقتضى مبدأ معصومية الجسد والحصانة الجسدية، إن جسم الإنسان يخرج عن نطاق المعاملات أو اعتباره من الأشياء الخارجة عن نطاق التعامل القانوني. فإن المبدأ في صورته المخففة النسبية يجنح إلى دخول الاعتبارات الإنسانية والضرورات العلاجية لإباحة التدخلات على جسم الإنسان.² هذا وأن تطور العلوم الطبية لم يعد يقف عند تلك الاعتبارات السابقة التي انفصلت عن مبدأ المعصومية أو الحصانة الجسدية، بل أصبح يقدم اعتبارات متناقضة في إطار التدخلات على جسم الإنسان، فكان لابد من إعادة النظر في هذه المبادئ التقليدية.

¹ عبد المنعم حسب الله، الإسلام والطب ونقل الأعضاء، مقالات نشرتها الجمعية العربية لأمراض وزرع الكلى مستخرج من الإنترنت ص. 01

الموقع: <http://www.ASNRT.org.articl.arasp>

² حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 71.

وتبدو المشكلة حساسة فيما يتعلق بنقل الأعضاء من جسم الإنسان، باعتبار أن القوانين تقرر حماية لجسم الإنسان، وتستتبعها بنصوص جزائية، فكيف يجوز أن يهب شخص جزءاً من جسمه وهو في الأصل ممنوع؟ وما هو موقف القانون من هذه العمليات الطبية؟ (أولاً) وما هو الأساس القانوني لهذه التدخلات الطبية؟ (ثانياً)

أولاً: موقف القانون من عمليات نقل الأعضاء من الأحياء وزعها

في البداية يجب أن نبين أن الموقف القانوني من عمليات نقل وزع الأعضاء كان محل جدل كبير في الأوساط القانونية بحيث يرى اتجاه بعدم مشروعية هذه العمليات في حين يرى اتجاه آخر أن هذه العمليات تجر مشروعيتها من عديد الاعتبارات القانونية، وفيما يلي نبين ذلك.

I. الاتجاه القانوني المعارض لعمليات نقل الأعضاء من الأحياء وزعها

لم يكن جسم الإنسان يحظى بقدسية في السابق، فلم يكن بمنأى عن التعامل القانوني، ولا أدل من ذلك على ما نص عليه قانون الألواح الإثنا عشر الذي كان يعتبر جسم المدين ضامناً لديونه أو التزاماته، فيحق للدائن قتل المدين إذا لم يتم التوصل بينهما إلى اتفاق، أو عجز المدين عن سداد ما عليه من ديون خلال ستين يوماً، وإذا تعدد الدائون واختلفوا في مسألة بيع مدينهم المشترك حول لهم القانون الحق في تقطيعه إلى أجزاء¹.

ولم يكن الجسم البشري يحظى بحماية تذكر في المرحلة التي سادت فيها فكرة التفاوت والاختلاف في المراكز الاجتماعية تشريفاً وتدنياً، فجعلت الجسم يخضع لقيود وبالخصوص طبقة الفلاحين حيث تشدد عليه العقوبات كالجلد. أما العبيد ففي الحضارة المصرية القديمة كانوا كالسلعة قابلة للبيع والشراء، باعتبار أن مركزهم متدني².

وهذا يدل على أن الإنسان كان محلاً للتعامل أو محلاً للملكية الخاصة، فالعبد يدخل في ملك سيده، له أن يتصرف فيه كما يشاء، يملك يبيعه ويتحكم في مصير أفراد أسرته من نساء وأولاد قصر. إلا أن نضج الحس القانوني الذي هذبته الأخلاق فرض واجب احترام الإنسان في حياته وجسمه، وأقر مبدأ استبعاد جسم الإنسان عن مجال الاتفاقيات القانونية، أو ما يسمى "جسم الإنسان ومبدأ الأشياء خارج التعامل القانوني". وهو المبدأ الذي نادى به الكنيسة وأفرزته الثورة الفرنسية ويهدف إلى تعيين الأشياء غير القابلة لتملك الفردي أو التصرف بها. واستخدم الرومان هذا التعبير لوصف الأشياء المقدسة والأشياء الخاضعة للانتفاع العام كالهواء أو أملاك الدولة. ويستخدم البعض هذا التعبير لتحديد

¹ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 44-45.

² - أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص. 239.

الأشياء التي لا يمكن تغيير مالكتها. فحق الملكية هنا غير قابل للنقل ويعبر البعض عن الأشياء الخارجة ضمن نطاق العامل هي "الأشياء التي لا يمكن أن تكون محلا للاتفاقيات القانونية"¹.

أما من الناحية القانونية، فإن من الدول من نظمت هذه العمليات، وأقرتها بنصوص قانونية، ورسمت لها حدوداً ثابتة. إلا أن هناك من أغفل هذا التنظيم. وهذا الأخير لا يميز نقل الأعضاء البشرية، على اعتبار أنه لم يرد تنظيم خاص بهذه العمليات وبالتالي وجب الالتزام بالمبدأ العام الذي ينص على حرمة جسم الإنسان، ذلك أن نقل الأعضاء هو أمر مخالف للنظام العام، وحق الإنسان في أعضاء جسمه من الحقوق التي تخرج عن نطاق الاتفاقيات والعقود².

فإذا كان هذا هو المبدأ العام، فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في جسمه تصرفاً يؤدي إلى نقص دائم في كيانه الجسماني. وفي هذا نصت المادة 5 من القانون المدني الإيطالي: "لا يجوز للشخص أن يتصرف في جسمه تصرفاً يؤدي إلى نقص دائم في كيانه الجسماني، أو يكون مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب"³.

ليس هذا فحسب، بل أن القانون يشترط لصحة التصرفات القانونية، مشروعية المحل وهذه المشروعية لا تتحقق إلا إذا كان المحل يدخل ضمن الأشياء القابلة للتعامل فيها بنص القانون أو بطبيعتها. ولقد ثبت عدم مشروعية المحل في التصرفات القانونية إذا كان موضوع هذا المحل الجسم الإنساني. لقد نادى الإعلانات والاتفاقيات الدولية بحظر استرقاق الإنسان، والمتاجرة بالبشر حفاظاً على كرامة الإنسان، ومن ثم لا يمكن إخضاع الإنسان للتصرفات القانونية كباقي الأشياء الأخرى.

ومن خلال ما ذكر فإنه بتحليلنا لجوهر الحق في سلامة الجسم والذي يتماشى مع طائفة الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، والذي لا يسوغ المساس بها إلا في الأحوال التي يبيح فيها القانون المساس به، فإن هذا الحق مصان من عدة أوجه، الأمر الذي يؤدي إلى نتيجة مفادها عدم جواز الاتجار بالأعضاء البشرية ولا التصرف في الجسم البشري بوجه يؤدي إلى الانتقاص من التكامل الجسدي لانتفاء الملكية. وإذا كان لهذا الحق نطاقه الفردي الذي يبيح به القانون التصرف لأسباب مشروع ومصلحة، فإن لهذا الحق نطاقه الاجتماعي كذلك الذي لا يخول للشخص التصرف فيه بإرادته الفردية؛ لأنه يحمل مجموعة من الارتفاقات الاجتماعية يهتم المجتمع بأدائها. ومن خلال هذا فإن الاتجاه المعارض لاقتطاع

¹ حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 43-44.

² سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة فقهية طبية قانونية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2003، ص. 126-127.

³ سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1999، ص. 102-105.

الأعضاء يأخذ بمبدأ الحق في سلامة الجسم في صورته التقليدية التي لا تقبل الاستثناء في إطار فكرة النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته، غير أن هذا الأمر لم يصمد طويلاً في ما يستجد في عالم الطب من تقنيات حديثة أمكن فيها للفقهاء في مجال الطب والقانون والشريعة من إيجاد مخرج لإباحة هذه التصرفات. كما يلي:

II. الاتجاه القانوني المؤيد لعمليات نقل الأعضاء من الأحياء وزعها

وجد الاتجاه المعارض من يناقض مسعاه، فمن خلال القرن العشرين وبسبب تطور الطب وعلوم الحياة وضع مبدأ الأشياء خارج نطاق التعامل القانوني موضع الشك أو الارتياب حيث أصبح من الممكن أن ينقل الفرد ملكية أحد أجزاء جسمه أو أحد أعضائه لمصلحة الغير. بما أن هذه العمليات لا تسبب ضرراً فعلياً ولكنها بالمقابل تشكل فائدة حقيقية للطب وللمرضى، فقد تم تشجيع هذا النوع من التعامل القانوني¹.

لقد ظهر ما يعرف بالتبرع بالأعضاء، فأصبح الإنسان يتبرع بأعضائه لفائدة المرضى. وقبل الحديث عن مشروعية هذه العمليات، نؤثر الحديث عن الطبيعة القانونية لهذه التدخلات الطبية في إطار القانون الجنائي.

فمن المعلوم أنه إذا ارتكب شخص طبيعى خطأ جزائياً عن قصد أو عن غير قصد وأسند له هذا الخطأ، فإنه يتحمل مبدئياً المسؤولية الجزائية المترتبة عليه، ومن ثم يمكن إدانته والحكم عليه قضائياً بعقوبة جزائية. إلا أن الأمر خلاف ذلك في الحالات التي ينص القانون على إباحتها،² طبقاً لأمر القانون أو إذنه، أو كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحائلة للدفاع المشروع.

ومن هنا، فإن الأعمال الطبية تدخل ضمن الأفعال المبررة - ما أذن به القانون-. فالقانون يعترف بمهنة الطب، وينظمها ويأذن للطبيب معالجة المرضى، لتخليصهم من الأمراض التي تحل بهم، بشرط الاختصاص في العمل، وموافقة المريض وتحقيق الغايات العلاجية³.

ولما كان نقل الأعضاء من الأعمال الطبية، فقد أبدى القانون إذنه في ذلك، حيث أباح هذه الأعمال بنصوص صريحة. وفي هذا نصت المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها: "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر...".

¹ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.50.

² - أحسن بوسقبة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، 2000، ص.114.

³ - عبد الله سليمان سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص.127-

كما أن القوانين المقارنة أبحاث عمليات نقل الأعضاء وعلى سبيل المثال لا الحصر القانون الفرنسي رقم 1181 لسنة 1976¹ وذلك في المادة الأولى². والتي تشير إلى أن عمليات انتزاع الأعضاء يجب أن يكون الغرض منها تحقيق غاية علاجية ولا بد أن يكون من ينتزع منه العضو بالغاً وعاقلاً...

ولقد نصت المادة 1-16 الفقرة 2 من القانون المدني الفرنسي على أن: "... جسم الإنسان وعناصره ومنتوجاته لا يمكن أن تكون محلاً لأية حقوق مالية"³ والمعنى السطحي لمبدأ حظر التصرف بجسم الإنسان هو منعه من أي اتفاق قانوني سواء بشكل مجاني أو بعوض. غير أن هذا المفهوم ضيق ليعني حظر التعامل المادي فقط، وهو ما صرحت به المادة 5-16 من نفس القانون على أنه: "الاتفاقيات التي تهدف لإضفاء طابع مالي على جسم الإنسان وعناصره ومنتوجاته باطلة"⁴.

ونص القانون المغربي رقم 16.98 الصادر 25 أوت 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة وأخذها وزرعها في المادة الأولى على أنه: "لا يجوز التبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها إلا وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي نصوص الصادرة لتطبيقه". والملاحظة الأولى التي يمكن إدراكها من خلال القانون المغربي أن هذا القانون يعتبر من النصوص المتأخرة في إصدار نصوص متعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء، وقد استفاد المشرع المغربي من ذلك بالنظر إلى أنه ترك المسألة إلى اكتمال النظرية العامة لهذه العمليات وبيان تفصيلاتها ولهذا تميز بما يلي:

- جاء القانون واضح من حيث الصياغة.
- تعرضه لكل تفاصيل عمليات نقل الأعضاء.
- وضع حماية لشروط نقل الأعضاء بوضع جزاءات جنائية ملائمة لتطور الظاهرة الإجرامية.
- ولعله الأمر الذي حفز التشريعات العربية على وجه الخصوص بسن نصوص جزائية كالقانون الجزائري في قانون العقوبات والقانون المصري لمحاربة ظاهرة الاتجار بالأعضاء.
- وأخيراً نص المشرع المصري على جواز التبرع بالأعضاء مستجيباً لنداءات رجال القانون والفقهاء والطب، من ضرورة تدخله بإصدار قانون ينظم نقل وزرع الأعضاء البشرية، وبذلك ينهي الجدل القائم

¹ -Loi n° 76, 1181, du 22 Décembre 1976 Relative aux prélèvements d'organes (J.O. 23 Décembre 1976)- G .P – No (1) Janvier- Février, 1977, Législation – p.31.

² -« En Vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivant majeure et jouissant de son intégrité mentale ayant librement et expressément consenti... » Art (1), loi n° 76-1181 du 22 Décembre 1976.

³ - « ... Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Art 16-1-2, code civil.

⁴ - « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ». Art 16-5. Code civil.

حول مشروعيتها، حيث لم يقبل العديد من الفقهاء¹ القياس على القانون 178 لسنة 1960 الذي يبيح نقل الدم البشري لأغراض علاجية، والقانون رقم 103 لسنة 1962 الذي يسمح بنقل قرنيات العيون، لكونه الاستثناء من الأصل العام وهو عدم جواز التعامل في الجسم البشري وإعمالاً للقاعدة " الاستثناء يعمل به ولا يقاس عليه". غير أن بعض الفقهاء² يتوسع في تفسير القوانين السابقة لتشمل إباحة نقل كافة أعضاء الجسم الأعضاء تطبيقاً لفكرة جواز التوسع في أسباب الإباحة مع ما يؤيدون من إصدار تشريع خاص بهذه العمليات وهو ما نراه عملاً سديداً. وهو ما حصل بالفعل حيث أصدر المشرع المصري القانون رقم 5 لسنة 2010 المتضمن قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: " لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو إجزائها أو الأنسجة بنقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي أو من جسد إنسان ميت بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا طبقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له".

ثانياً: الأساس القانوني لنقل الأعضاء من الأحياء وزعها

ينبغي معرفة التبرير الذي استندت إليه النصوص القانونية لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء. ولقد أشار الفقهاء إلى أن الأساس القانوني المعتمد يرجع إلى فكرتين إما فكرة الضرورة العلاجية، أو فكرة الرضا. فهل تسعفنا هذين الفكرتين في استجلاء هذا السند القانوني؟

I. فكرة الضرورات العلاجية

يقصد بحالة الضرورة حالة الشخص الذي يجد نفسه أمام خطر وشيك الوقوع، ولا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب الفعل المحظور المعاقب عليه. يعرف "سافيتيه"³ حالة الضرورة بأنها "حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة لتفادي الضرر المحدق به أو بغيره أن يسبب ضرراً أقل للغير". ويقرر " أن في كل عمل طبي لا بد من قيام الطبيب بعمل مقارنة بين الخطر الذي يحدق بالمريض والأمل في شفائه". وفيما يتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء يشترط لتوافر حالة الضرورة:

1. أن يكون هناك خطر محدد بالمريض، ويكون عدم الزرع من شأنه أن يؤدي بالمريض إلى الموت.
2. أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي وقع.

¹ - أحمد شرف الدين، زراعة الأعضاء والقانون، مجلة القانون والشريعة، الكويت، السنة الأولى، العدد الثاني، يونيو 1977، ص.161.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.65؛ حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.263.

³ - René SAVATIER, Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, J.C.P, 1969, 2247.

مقتبس عن: أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.33.

3. أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها إنقاذ المريض¹.

الظاهر أن هذه الشروط يمكن أن تتوفر في نقل الأعضاء من جسم الإنسان، خاصة الشرط الثاني، الذي يعتبر أكبر إشكالية في عمليات نقل الأعضاء من الأحياء، إذ يصطدم بإشكالية الضرر الذي يصيب الشخص الواهب (الحي).

وبإلقاء نظرة على القوانين نجد القانون الفرنسي قد خصص للضرورة العلاجية مجالاً واسعاً، واعتبرها شرطاً من شروط نقل وزرع الأعضاء. ففي القانون رقم 1181 لسنة 1976 في المادة الأولى منه - سابقة الذكر - نص على أن عملية انتزاع الأعضاء يجب أن يكون الهدف من ورائها تحقيق غاية علاجية، ونص في قانون 1994 على شرط الضرورة العلاجية كذلك². وتشير المادة 3-16 من القانون المدني الفرنسي على أنه " لا يمكن أن يتعرض شخص للأذى على سلامة جسمه إلا في حالة الضرورة الطبية للشخص أو بصفة استثنائية لفائدة علاجية للآخرين"³.

أما التشريع الإنجليزي ففي قانون أخذ الأنسجة البشرية الصادر في 27 جويلية 1961 والذي اقتصر على انتزاع الأعضاء ومشتقات الجسم من الموتى، نص على شرط الضرورة العلاجية أو الهدف العلاجي⁴.

ونص قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري على مسألة استئصال الأعضاء والأنسجة في المادة 161 ونص على شرط الضرورة العلاجية، حيث جاء في هذه المادة: " لا يجوز انتزاع الأعضاء ... إلا لأغراض علاجية...". ويتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد وضع قاعدة عامة في مجال نقل وزرع الأعضاء، حيث جعل من قصد العلاج أسمى ما يمكن التضحية به. كما أن الخروج على مبدأ الحصانة، لا يكون إلا من أجل تحقيق مصلحة إنسانية علاجية لا غير.

غير أن هذا الهدف العلاجي لا يصلح بهذه الصورة كمبرر للمساس بجسم الإنسان، بل لابد أن يكون هذا المساس هو الوسيلة الوحيدة للعلاج. وعليه نصت المادة 166 من نفس القانون بقولها: " لا تزرع الأنسجة والأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية".

¹ - سميرة عايد الديات، المرجع السابق ص.76،77.

² - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.117 و119.

³ - « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». Art 16-3, code civil.

⁴ - « If any person, either in writing at any time or orally in The presence of two more witnesses during his last illness, has expressed a request that his body or any specified part of his body be used after his death for therapeutic purposes or for purposes of medical education or research,... ». Subsec (1), Human Tissue Act 1961.

ونص القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم الأعضاء البشرية¹ في المادة الثامنة " لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة المحددة لمواجهة هذه الضرورة... "

وبالتالي، فإن تواجد البديل العلاجي يؤدي إلى عدم إباحة نقل الأعضاء، وهذا ما نعني به الضرورة العلاجية. فالضرورة تتمثل في كونه العلاج الوحيد، أما الهدف العلاجي هو أن يقصد بنقل الأعضاء علاج المريض. ولكن هل يكفي توافر فكرة الضرورة العلاجية لتبرير نقل وزراعة الأعضاء؟

II. فكرة الرضا المقترن بالضرورة العلاجية

لقد أشرنا فيما سبق إلى فكرة الضرورة العلاجية، وفي رأينا أنها لا تفي بالغرض وهو تبرير المساس بجسم الإنسان، ذلك أن الهدف العلاجي هدف عام تنطوي عليه جميع الممارسات الطبية، ولكننا لا نقصي هذا الهدف. لذلك فإن الأساس القانوني أو المبرر القانوني لإباحة نقل وزرع الأعضاء من جسم الإنسان، هو الرضا الصادر من الشخص المعطي أو الواهب المقترن بالضرورة العلاجية.²

يبدو جلياً أن رضا المانح هو العنصر الواقعي المؤثر في عمليات نقل وزرع الأعضاء من الناحية العملية بحيث لا يتصور أن تقوم لهذه العمليات قائمة دون وجود ذلك. وإن كان صحيحاً أن رضا المجني عليه لا يعتبر سبباً عاماً للإباحة إلا أن المشرع اعترف له ببعض الفاعلية في توصيف بعض الأفعال وفي قيام المسؤولية الجنائية، حيث يعد الرضا نافعاً لأحد أركان الجريمة كما هو الحال في جريمة الاغتصاب. ويعد كذلك عاملاً مؤثراً في تحريك الدعوى العمومية، في الجرائم التي يتطلب فيها المشرع إجراءً لتحريك الدعوى كتقديم شكوى³. ومثال ذلك ما يلي:

في جريمة الزنا المنصوص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات قيد المشرع تحريك الدعوى بشأنها ضرورة تقديم شكوى من الزوج المضرور مراعاة في ذلك المصلحة الأسرية. كما أن التنازل عن الشكوى بعد تحريك الدعوى العمومية يضع حداً للمتابعة. فإن حصل التنازل عن الشكوى أثناء مرحلة التحقيق القضائي أمر بالألا وجه للمتابعة، وإن حصل أثناء المحاكمة صدر حكم بانقضاء الدعوى العمومية، أما إذا حصل بعد صدور الحكم النهائي فإنه يوقف تنفيذ الحكم.⁴

¹ - قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري رقم 5 لسنة 2010 الجريدة الرسمية العدد (9 مكرر) في 2010/3/16.

² - ويرى الدكتور "عصام أحمد محمد" أن السند الوحيد الذي يمكن أن تستند إليه هذه الأفعال الماسة بسلامة الجسم هو إذن المجتمع، والمتمثل في إقراره لمشروعية هذه الأفعال وإباحة مقارفتها من خلال النصوص القانونية الصريحة. عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص. 1059.

³ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 87.

⁴ - محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص. 12.

وإذا كان إعطاء المشرع الجنائي القيمة القانونية للرضاء مرده موائمة المتغيرات الاجتماعية وتحقيق المصالح والموازنة بينها، فإن العلة ذاتها تجعل من المتصور أن يتسع مداها للممارسات الطبية التي من شأنها تحقيق مصالح اجتماعية¹.

ومتى كان التصرف يمس مصلحة المجتمع فإنه يعتبر غير صحيح ويكون مخالف للنظام العام والآداب العامة، كأن يهدر حق المجتمع في سلامة جسم فرد من أفراد، مثل بتر عضو لتخليص الشخص من الخدمة الوطنية، أو بتر عضو من الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية أو زرع مادة من مواد الجسم لشخص آخر يشترط القانون في نقله توافر صفة معينة في أطراف العملية كالزوجية في نقل المني في حالات المساعدة الطبية للإنباب (التلقيح الاصطناعي)².

وإذا كان القانون الفرنسي قد أقر فكرة الضرورة العلاجية، فإن هذا الشرط عام في كل عمل طبي، حيث ينعقد إجماع على ضرورة توافرها في كافة الممارسات الطبية الماسة بجسم الإنسان. فهو شيء بديهي وقصد به المشرع تجنيب عمليات انتزاع الأعضاء وزراعتها الدخول في دائرة الاتجار، أو التنازل بأي عضو من أعضاء الإنسان بغير الغرض العلاجي³.

ونص القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجزائري في المادة 161 بأنه: " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية... ". ورغم وضوح الفكرة العلاجية إلا أن المشرع جاء في المادة 162 من ذات القانون ليشير إلى أنه: "... وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه...". ونصت المادة الخامسة من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بأنه: " في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا، وثابتة بالكتابة وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون... " وإذا كان القول في القانون - على نحو ما ذكر - هو الإقرار بمشروعية هذه العمليات متى كان النظام القانوني ينص على مشروعيتها، فيثور التساؤل في إطار هذه الأفكار عن مشروعية استقطاع أعضاء الجسم البشري في نطاق أحكام الفقه الإسلامي؟

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 117.

² - يعتبر العديد من الفقهاء أن خضوع عملية نقل وزرع الأعضاء للنظام العام والآداب العامة هو شرط من شروط هذه العملية، لكن البعض يرى بأنه الأساس القانوني لتبرير عملية نقل وزرع الأعضاء، وهذا الذي نؤيده ولنا كلام مطول عن عملية التلقيح الاصطناعي في المبحث الثاني من هذا الفصل.

³ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 117.

الفرع الثاني

مشروعية نقل الأعضاء من الأحياء وزرعها في الفقه الإسلامي

بالرغم من أن الشريعة الإسلامية حرمت المساس بالجسد، وألزمت العباد بالحفاظ على عناصره، فقد أبحاث العديد من الأعمال الطبية، والتي تنال من هذه العناصر وسلامتها، ولكنها تحقق الغاية المقصودة شرعاً، "فالعمل الطبي من أشرف الصناعات وشرف الصناعة على قدر ما يترتب عليها من نفع الناس، وحماية صحتهم وتقويم حياتهم لذا رفع الإسلام من شأن الطب"¹.

ويقال: "الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية، ولدرد مفسد العطب والأسقام"². وللدواء أشكال وأنواع كثيرة، ازدهر منها في العصر الحديث العلاج عن طريق نقل الأعضاء وزرعها في جسم إنسان آخر محتاج إليها.

إنه من القضايا التي تحتاج إلى اجتهاد، قضية زرع الأعضاء "فكم من متبرع يأتي يتبرع بإحدى أعضائه لزراعتها لشخص محبوب لديه، فهل كل هذا تسوعه الشريعة الإسلامية بحكم أن الإنسان لا يملك نفسه؟ أم أن للضرورة أحكام كما يقولون؟"³.

تعددت الآراء حول الحكم الشرعي، فحاول البعض ضبط إطار شرعي يمنع نقل الأعضاء (أولاً). في حين حاول البعض الآخر ضبط إطار شرعي آخر يبيح نقل الأعضاء من جسم الإنسان (ثانياً).

أولاً: الاتجاه الشرعي المانع لنقل وزرع الأعضاء من الأحياء

في إطار المناظرة الواقعة بشأن شرعية نقل الأعضاء من جسم الإنسان أو عدم شرعيتها، تصدر الاتجاه المانع مقررراً ومنهدداً بجرمتها، وكان له صدى بين الأوساط العلمية والفقهية، حيث جنح إلى هذا الرأي الكثير من علماء الشريعة الإسلامية، ويرون أن نقل الأعضاء غير جائز شرعي في أي صورة من صورته. وقد ساق هذا الاتجاه للاستدلال على قولهم بالمانع إلى مسائل يتعين الحديث عنها في النقاط التالية:

I. مسألة الكرامة الإنسانية

كرم الله الإنسان بعدة مزايا، وسجل هذا التكريم في كتابه العزيز حيث قال: ﴿ ولقد كرمنا بني آدم ﴾⁴. ومن تلك المزايا التكريمية، أن وهب الله سبحانه وتعالى نعمة العقل وخلقه في أحسن صورة،

¹ - عبد القادر عثمان، هل تتقدم أخلاقيات الطب كما تقدمت تقنياته، بحث منشور في مجلة المجلس الأعلى، العدد الثاني، 1419هـ / 1999 ص. 238.

² - أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص. 254.

³ - مصري مبروك، تأملات في الاجتهاد والتقليد، دار الغرب، الجزائر، 2004، ص. 165.

⁴ - سورة الإسراء، الآية. 70.

قال تعالى: ﴿لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم﴾¹. ونفخ فيه من روحه وجعله خليفة في الأرض، قال تعالى: ﴿وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة﴾². وحمله برسالة العلم والتبليغ، وأعلى شأنه بذلك على غيره من المخلوقات فاستحق الاحترام وتعالى على الإضرار به وبجسمه³، وانتزاع بعض أعضائه يشوه صورته ويتنافى مع مبدأ التكريم ومن ثم وجب تحريمه.

II. مسألة ملكية الإنسان

إن جسم الإنسان ليس ملكاً خالصاً له، إنما هو أمانة الله عنده، فلا يجوز له أن يتصرف فيه كما يشاء، ولا يحق له أن يتبرع بأحد أعضائه أو يتلف غيره، بل يجب أن يحافظ على الأمانة ويصون الجسد والأعضاء⁴.

إن من شروط التبرع بشيء أن يكون المتبرع مالكاً للشيء المتبرع به، أو مفوضاً من صاحبه المالك الحقيقي⁵، والإنسان ليس مالكاً لجسده فيكون تبرعه بعضو من جسده باطلاً لاختلال شرط الملكية ومن ثم لا يجوز التبرع بالأعضاء لفقد الملك.

III. مسألة التداوي بالمحرم

إن من المسائل التي احتج بها أنصار هذا الاتجاه، هي تلك المتعلقة بمدى اعتبار أجزاء الجسم المنفصلة منه من المحرمات التي لا يجوز التداوي بها، وهي نقطة الخلاف الجوهرية. فلقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم من الأحاديث ما يقطع بحظر التداوي بالمحرمات، ومن ذلك أن النبي ﷺ قال بأن الله لم يجعل الشفاء بما هو حرام، ومن ذلك ما أبين من جسم الإنسان. فقد روى أبو الدرداء عن النبي ﷺ أنه قال: "إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء، فتداواوا ولا تتداواوا بحرام"⁶. والنتيجة أن أعضاء الجسم البشري مما لا يجوز التداوي به لأن الشرع قد حدد مجال الدواء ووسائل التداوي المشروعة.

IV. مسألة "قاعدة سد الذرائع"

إن أنصار الرأي المانع المعارض لنقل الأعضاء من جسم الإنسان يرمون ذلك، ويحرصون على حرمة وكرامة الميت، فهم يعتبرونه أولى بالاحترام. كما أنهم يحتاطون مما يمكن أن توصل إليه هذه

¹ - سورة التين، الآية. 04.

² - سورة البقرة، الآية. 30.

³ - محمد فارح، المرجع السابق، ص. 170.

⁴ - نفس المرجع، ص. 107.

⁵ - محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، لا توجد سنة النشر، ص. 56.

⁶ - رواه أبو داود، كتاب الطب، باب في الأدوية المكروهة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 365.

العمليات من الاتجار بالأعضاء، وهو ما يجعل الامتناع عنه واجب وأكد. كما أن إطار المنع يتلاءم إلى حد كبير، مع ما تستلزمه الحماية الجنائية لجثة الإنسان، من جراء الأعمال الطبية بحيث يوفر هذا الإطار أكبر حماية.

ثانياً: الاتجاه الشرعي المميز لنقل وزع الأعضاء من الأحياء

لم تسلم الأسانيد التي ساقها الاتجاه المانع لنقل الأعضاء من جسم الإنسان، ولم تستطع إقناع العديد من الفقهاء والعلماء الذين أباحوا هذه العمليات، واعتبروها عمليات مشروعة دلت عليها أدلة عديدة، تستخلص من روح الشريعة وقواعدها العامة. وبذلك أصدرت الفتاوى الجماعية والفردية¹، وصنفوها حسب الحالات والأوضاع، وصرّحوا بذلك عن نضج الفقه الإسلامي المعاصر ومواكبته التطور. ويعتمد الاتجاه المميز على العديد من القواعد نبينها في النقاط التالية:

I. مبدأ إنقاذ النفوس وإزالة الضرر

التبرع عمل يدخل ضمن أنواع التداوي الذي حث عليه الشارع الحكيم وفيه إنقاذ للنفوس من التهلكة، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾². يفهم من هذا أن نهي الشارع عن قتل النفس وعدم إلقائها إلى التهلكة، نهيًا عامًا على أن يقتل الناس بعضهم بعضاً بكل صور القتل.³

¹ - ومن بين الفتاوى:

أ- قرار من هيئة كبار العلماء بالمملكة السعودية رقم 99 بتاريخ 1402/11/6 هـ فقد رأى أكثرية المجتمعين كما في البند (2) جواز تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه أو جزء منه إلى مسلم مضطر إلى ذلك.

ب- قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بتاريخ 1405/4/28 هـ بمكة المكرمة، ومما جاء فيه: "إن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته... هو عمل جائز لا يتناقض مع الكرامة الإنسانية".

ج- قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة في دورته الرابعة بتاريخ 1408/06/18 هـ بجدة غير أنه قصر الجواز على التبرع بالأعضاء المتجددة كالجلد.

د- وقال بالجواز من الفقهاء والباحثين الشيخ عبد الرحمن السعدي، فضيلة الشيخ ابن حبرين، والشيخ يوسف القرضاوي، والشيخ عبد الله البسام، والشيخ بكر أبو زيد، والدكتور محمد سعيد البوطي، والشيخ جاد الحق علي جاد الحق، ومحمد خاطر، وحسن مأمون، وأحمد هريدي، واشترط محمد الشنيطي أن يكون المنقول منه كافراً، وقال خليل الميس "ويجوز للحي التبرع بجزء منه على أن لا يقطع منه إلا بعد موته وأجاز الشيخ فهمي وأبو سنة التبرع بما يتحدد من الأعضاء كالدم والجلد فقط". مقتبس عن: محمد المدني بوساق، المرجع السابق، ص. 31.

² - سورة النساء، الآية 29.

ومن الأحاديث ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ومن قتل نفسه بجديدة، فحديده في يده يتوجأ به في بطنه في نار جهنم خالداً فيها أبداً، ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم، خالداً مخلداً فيها أبداً ومن تردى من جبل فقتل نفسه، فهو مترد في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً". رواه البخاري، كتاب الطب، باب شرب السم والدواء به وما يخاف منه، الجزء السابع، المرجع السابق ص. 181؛ ورواه مسلم كتاب الإيمان باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 118.

³ - ومن الأحاديث ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ومن قتل نفسه بجديدة، فحديده في يده يتوجأ به في بطنه في نار جهنم خالداً فيها أبداً، ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم، خالداً مخلداً فيها أبداً ومن تردى من جبل فقتل نفسه،

بل لا يجوز لمسلم أن يرى ضرراً يقدر على إزالته فلا يزيله، أو لا يسعى في إزالته بحسب وسعه، ومن أجل هذا شرع إغاثة المضطر، وإسعاف الجريح، وإطعام الجائع، ومداواة المريض، وإنقاذ كل مشرف على هلاك في النفس أو دونها¹. قال تعالى: "ومن أحيائها فكأنما أحياء الناس جميعاً"². ويستفاد من هذه الآية أن كل إنقاذ للنفس، وهو أصل عام يشمل كل إحياء وتفادٍ للتهلكة، والتبرع بالأعضاء إحياء وإنقاذ فيدخل في عموم الآية.

II. تحصيل أعظم المصلحتين ودرء أعظم المفسدتين

تحرص الشريعة على أن تقضى مصالح الإنسان في يسر دون مشقة، وترفع عنه الغبن حال تعذر أو تعسر أمر من الأمور، فالمشقة تجلب التيسير. كما أن التيسير ينجر عن ضرورة قد تحمل بالإنسان. وليست كل ضرورة موجبة للتيسير، إنما الضرورة التي اعتبرها المشرع سبباً للتيسير كالمريض والنسيان والجهل والعسر وعموم البلوى. وما يهمننا من هذه الأسباب المرض، فقد أباح الشارع للشخص أن يتداوى ولو بالنجاسات، وإساعة اللقمة بالخمير إذا غص بإجماع الفقهاء.³

قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾⁴. وقال: "بشروا ولا تنفروا ويسروا ولا تعسروا"⁵. ووجه الاستدلال بهذا أن في إجازة نقل الأعضاء الآدمية تيسير على العباد ورحمة بالمصابين والمنكوبين، وكل ذلك موافق لمقصود الشرع⁶. ومن هنا فإن إباحة هذه العمليات ينطلق من فكرة الضرورة العلاجية، وتحصيل المصلحة في التداوي من الأسقام، وفي ذلك تيسير على العباد من جراء الاستفادة من التقدم الطبي الحديث.

III. مبدأ التعاون والتضامن بين الناس

ويعني تعاون الناس على مجابهة مشكلات الحياة، وعمدة هذا المبدأ قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁷. وقوله ﷺ: "المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً"⁸. وقوله ﷺ في حديث رواه أبو سعيد الخدري: "من كان معه فضل ظهر،

فهو مترد في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً". رواه البخاري، كتاب الطب، باب شرب السم والدواء به وما يخاف منه، الجزء السابع، المرجع السابق ص. 181؛ ورواه مسلم كتاب الإيمان باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه، الجزء الثاني، المرجع السابق ص. 118.

¹ - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 17.

² - سورة المائدة، الآية، 32.

³ - عامر سعيد الزبياري، التحرير في قاعدة المشقة تجلب التيسير، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت لبنان، 1994، ص. 60 و70.

⁴ - سورة البقرة، الآية: 185.

⁵ - رواه مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعث، الجزء الثاني عشر، المرجع السابق، ص. 40.

⁶ - سعد سطحي، المرجع السابق، ص. 34.

⁷ - سورة المائدة، الآية. 02.

⁸ - رواه مسلم، كتاب البر و الصلة والآداب، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، الجزء السادس عشر، المرجع السابق ص. 139.

فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان له فضل زاد، فليعد به من لا زاد له"¹. وقوله ﷺ: " لا تهاجروا ولا تدابروا ولا تجسوسوا ولا يبيع بعضكم على بيع بعض وكونوا عباد الله إخواناً"². وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول ﷺ قال: " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدع له"³.

يقول فضيلة الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي: " والإسلام لم يقصر الصدقة على المال، بل جعل كل معروف صدقة، فيدخل التبرع ببعض البدن لنفع الغير .. من أعلى أنواع الصدقة وأفضلها"⁴.

IV. الإيثار

من معاني الإيثار تقديم الغير على النفس، وأن يجود الإنسان بالمال وما في حكمه مع شدة حاجته، كما يجود ببعض جسمه لإنقاذ حياة مريض، وأصل هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿ ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ﴾⁵. " والإيثار تقديم الغير على النفس وحظوظها الدنيوية، ورغبة في الحظوظ الدنيوية ". والخصاصة تعني " شدة الحاجة ". وهنا تتمثل في أجزاء البدن.

وربما يعترض بعضهم فيقول كما قال المفسرون بأن الآية صريحة في الإيثار بالمال، وليست ظاهرة في الإيثار بالنفس، ولم تكن في التبرع بعضو من أعضاء الإنسان، غير أنه يرد على ذلك، بأن المدلول العام للآية لا يناقض الإيثار بالنفس، ولا التبرع بجزء من الجسم⁶.

V. الإنسان يملك نفسه

يرى البعض⁷ بأن الإنسان يملك نفسه ويستدلون على ذلك بقوله تعالى: ﴿ إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم بأن لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله فيقتلون ويقتلون ﴾⁸. فيمكن أن يقال أن الإنسان يملك نفسه على سبيل المجاز، فإذا ملك التصرف فيها بالجهد لمصلحة الدين، فإن التصرف فيها لما فيه مصلحة المسلمين أمر جائز، كأن يتبرع ببعض أجزاء جسمه⁹. ومن هنا يجوز التبرع بالأعضاء باستعمال

¹ - رواه مسلم، كتاب اللقطة، استحباب المواساة بفضول المال، الجزء الثاني عشر، المرجع السابق ص.33.

² - رواه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظن والتجسس والتنافس والتناجش ونحوها، الجزء السادس عشر، المرجع السابق، ص.119.

³ - مسلم، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، الجزء الحادي عشر، المرجع السابق، ص.85.

⁴ - يوسف القرضاوي، رأي في موضوع زرع الأعضاء، مجلة الفكر الإسلامي، العدد 12 لسنة 18 سنة 1989، ص.14.

⁵ - سورة الحشر، الآية.09.

⁶ - مقتبس عن: محمد فارح، المرجع السابق ص.111.

⁷ - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص.195.

⁸ - سورة التوبة، الآية.111.

⁹ - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق ص.195-196.

القياس فيقاس تضحية الإنسان بعضو من أعضائه لإنقاذ حياة المؤمن، وهي تضحية أقل من التضحية بالنفس في الجهاد والدفاع، فإذا جاز التضحية بالأعظم فمن باب أولى بالأقل.

وبعد عرض أدلة إباحة نقل الأعضاء من جسم الإنسان، وعرض الفتاوى والآراء في ذات الشأن، يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية¹ بقواعدها تبيح هذه العمليات في إطار الضرورة العلاجية وإنقاذ النفس البشرية، كما لا تؤثر هذه التدخلات الطبية على صعيد الحماية الجنائية، بدليل تقييد ذلك بضوابط وأحكام أو شروط مع ما يستتبعها من حماية جنائية (المطلب الثالث) بالتفصيل التالي.

المطلب الثالث

شروط نقل وزع الأعضاء من الأحياء وما توفره من حماية جنائية

بعد ظهور عمليات نقل وزراعة الأعضاء، تسارعت الدول في بيان مشروعيتها ومدى جواز أن يتصرف الإنسان في جسده من الناحية القانونية بشكل يؤدي إلى نقص فيه. إلا أنه مع ازدهار هذه العمليات ووضوح مشروعيتها، والأسس والمبررات القانونية التي انبنت عليها، لم تعد البحوث تبحث في مشروعيتها وأساسها القانوني، بل تجاوزت هذا الإطار الذي أصبح محسوماً قانونياً.

ولذلك فالبحوث المعاصرة اهتمت في المقام الأول إلى بحث الضوابط والشروط القانونية. ليس هذا فحسب بل أصبحت تدرس على مقدار من الأهمية، التداعيات والآثار القانونية والأخلاقية والاجتماعية، لانتشار هذه العمليات الطبية على صعيد الحماية الجنائية للجسم البشري. وعليه نتعرض إلى الشروط أو الضوابط التي تحكم هذه العمليات وما توفره هذه الضوابط من حماية جنائية، بداية بشرط الرضا (الفرع الأول) ثم شرط انعدام المقابل المالي (الفرع الثاني) فشرط التخصص الطبي والميكلي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

شرط الرضاء وما يوفره من حماية جنائية

نتناول بداية شرط الرضاء على اعتبار أنه من المبادئ المستقرة في القانون الطبي ضرورة الحصول على موافقة المريض على العلاج الذي يقترحه الطبيب. وفي مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، فإن الرضاء ضروري بالنسبة للمعطي (مانح العضو السليم)، وبالنسبة للمستقبل وللوقوف على حقيقة هذا

¹ - وكذلك بالنسبة للديانة المسيحية حيث أباح بابا روما صراحة عمليات ترقيع القرنية، وسمح بأخذها من جسم شخص متوفي، وأعلن أن نقل القرنية يعتبر وسيلة شفاء مرتقبة للكثير من المرضى، أو على الأقل تخفف من مرضهم وتحسن نظرهم. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق ص. 179. أما اليهودية فقد قرر البابا الحاحام الأكبر Kaplan أن اليهودية لا تعارض اقتطاع الأعضاء عندما يتعلق الأمر بإنقاذ حياة البشر. أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص. 179.

الشرط نتعرض في البداية إلى القواعد العامة للرضاء في عمليات زرع ونقل الأعضاء (أولاً) ثم إلى ما يوفره هذا الرضاء من حماية جنائية. (ثانياً)

أولاً: القواعد العامة للرضاء في عملية نقل الأعضاء وزرعها

إن المعطي ليس أداة في يد الطبيب يستعملها كما يشاء إنما هو إنسان حر له حق في سلامة جسمه وهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي تتعلق بالنظام العام وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع. ومن ثم فلا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي للمعطي بغير رضاه، وحتى هذا الرضاء لا يعتد به حال كون الاستئصال يمس بالحق في الحياة؛ لأن الرضاء لا ينصرف مداه إلى تعريض الشخص نفسه للخطر، أو لسلامة جسمه. كما أن رضاء المريض المستقبل يعد ضروري لأن الأصل "حرية المريض في العلاج". وعليه فإن الطبيب الجراح الذي يجري عملية الزرع للمريض دون الحصول على رضائه أو من يمثله قانوناً يسأل جنائياً. ولا يعنى إبداء الرضاء إعفاء الطبيب الجراح من مسؤوليته عن الخطأ المهني. وثار جدل بشأن الاستغناء عن الرضاء في حالة الضرورة وحالة فقدان الوعي، حيث رفضه البعض¹؛ لأن الرضاء في هذه العمليات قاعدة لا تحمل أي استثناء. في حين يرى البعض الآخر² جواز الاستغناء عن الرضاء حالة كون حياة المريض معرضة لخطر حقيقي وحالته لا تسمح بضرورة هذه العملية أو عدمها³. وللرضاء قواعد عامة تحكمه هي على التوالي:

I. شكل الرضاء

الأصل أن الرضاء الصادر من المعطي ليس له صورة معينة يفرغ فيها، إلا أن بعض التشريعات تتطلب لصحته أن يكون الرضاء مكتوباً وموقعاً عليه لما في الشكل الكتابي من حماية لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر. فاشتراط القانون الفرنسي رقم 94-654 الصادر في 29 جويلية 1994 في المادة 671 الفقرة 3 وهو نفس ما تضمنته المادة 1-1231-4 فقرة 4 من قانون الصحة العامة أن يكون رضاء المعطي البالغ أمام رئيس المحكمة الابتدائية الذي يقع في دائرته موطن المعطي أو أمام قاضي يعينه رئيس المحكمة وأن يثبت في شكل كتابي⁴.

¹ - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.998؛ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.98؛ أحمد محمد البدوي، المرجع السابق، ص.54.53.

² - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص.999؛ سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.376.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.98-103.

⁴ - «...Le donneur, préalablement informé de risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen par le procureur de la République. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment ». Art L1231-1-4 du Code de la Santé Publique ; Art. 5-11, Loi n° 94-654.

ومن القوانين التي اشترطت الموافقة الكتابية كذلك قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري في النصوص المنظمة لانتزاع أعضاء الإنسان وزرعها في المادة 162 بقولها: "... وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة ". وفي رأينا أن الكتابة أمر مهم ومفيد في مثل هذه الحالات بالنظر إلى:

- أن الكتابة تتلاءم مع المبدأ العام في عدم المساس بالجسم البشري وتجاوز الأصل يتعلق على شروط إضافية لحمايته كالكتابة.
- أن الكتابة مهمة في مجال الإثبات خصوصاً مع هذه التدخلات الطبية المخفية للطرق التقليدية في الأعمال الطبية.
- أن في الكتابة حماية للمتنازل في موافقته بعد تبصيره بالمخاطر، وحماية للطبيب في إطار ترتيب المسؤولية الجنائية.

وفي القانون المصري نصت المادة الخامسة من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 " في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع ... وثابتا بالكتابة وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون...".

غير أن ما يؤخذ على هذه القوانين أنها لم تبين من الشخص الملزم بإحضار الشهود، هل هو المتبرع أم المستقبل، وهل يمكن أن يكون من أقاربهما أم من الغير، ويعتبر هذا الأمر مهم في حال الاحتجاج به في الإثبات، ولذلك لا بد على المشرع بيان هذه الإشكاليات.

وبالنسبة للمستقبل لم يشترط المشرع الجزائري شكلية معينة حيث نصت المادة 166 بأنه: " لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا... بعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين " ويقع عبء إثبات الرضاء على الطبيب الجراح. وفي اعتقادنا أن التبرع بالعضو يكون في مصلحة المستقبل أي الموهوب له لأجل إنقاذ حياته، ولذلك فلا نرى ضرورة للشكل الكتابي خاصة مع تبصير المريض بالمخاطر المحتملة لهذه العملية كما سنوضحه تباعاً.

II. الرضاء الحر المستنير

لما كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء من العمليات غير المألوفة كان لا بد من توخي الحذر في الموافقة والتأكد من أنها صدرت بعيدة عن أي مؤثرات وعوارض نفسية. وتعني الموافقة ما يلي:

- أن تكون عنصراً منشئاً للعقد، ضرورياً لتكوينه، فمثلاً في عقد البيع يأذن البائع بالتخلي عن ملكية العقار، ويأذن المشتري بدفع الثمن.

• ولها معنى آخر وهو السماح أو الترخيص الذي يعطيه الغير لإنجاز أحد التصرفات القانونية، كإعطاء الأبوين موافقتهم من أجل زواج ابنهم القاصر¹.

وتقترب الموافقة على التصرف الطبي مع هذا المعنى الثاني، إلا أنه يتعد عنه في كون الموافقة في المعنى الطبي، تنبعث من نفس الشخص الذي سيوجه الاعتداء ضده بشكل مباشر وليس على الغير².

قد يتعرض المعطي لضغوط نفسية وعائلية واجتماعية فتشكل دافعاً للتبرع. وفي هذا أقرت التشريعات وجوب أن يكون المعطي في حالة نفسية تتيح له التنازل بحرية كاملة عن عضو من أعضائه³.

فيذا اختلت إرادة الشخص أو عيبت بإحدى العيوب، وهي الغلط أو التدليس أو الخداع أو وقع تحت تأثير الخوف، أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب أو يعدم الاختيار، اعتبر الرضا غير صحيح، لأنه ليس حراً. ولقد نص القانون المدني الجزائري على عيوب الإرادة، فالغلط في المادة 82 والتدليس في المادة 86 والإكراه في المادة 88.

وصاغت لائحة قسم الصحة التعليمية والرفاهية، في الولايات المتحدة الأمريكية في هذا المقام ما يلي: "ينبغي أن يصدر الرضا من شخص في حالة تسمح له بالتعبير عن إرادته الحرة، في ألا يكون ضحية تخريض مؤثر، أو أي شكل من أشكال القوة أو التدليس أو الغش أو الإكراه، أو أي شكل من أشكال الضغط"⁴.

ويشترط كذلك أن يكون الرضاء متبصراً وهو أن يطلع الطبيب الجراح المعطي على طبيعة عملية استئصال عضو من جسمه، فيخبره بجميع المخاطر التي تنطوي عليها عملية انتزاع العضو الحالية والمستقبلية ومن جميع النواحي نفسياً وأسريراً ومهنياً والفوائد التي قد تعود على مستقبل العضو⁵.

تنص المادة 671-3 المشار إليها سابقاً من قانون 29 جويلية 1994 الفرنسي على ضرورة إعلام المتبرع مسبقاً بالأخطار التي يتعرض لها والنتائج المتوقعة لاقطاع الأعضاء. وتنص المادة السابعة من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية بأنه "لا يجوز البدء في عملية الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي - إذا كان مدركا- بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة 13 من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرها المحتملة على المدى القريب أو البعيد

¹ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 242-243.

² - نفس المرجع، ص. 242-243.

³ - نفس المرجع، ص. 77.

⁴ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص. 333.

⁵ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 72.

والحصول على موافقة المترع والمتلقي... " وتنص المادة 162-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ذلك بقولها: "... ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، ويستطيع المترع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة". أما بالنسبة للمريض فقد ثار جدل فيما يتعلق بتبصيره بين ثلاث اتجاهات:

- اتجاه موسع¹ يفرض على الطبيب الالتزام بتبصير المريض بطبيعة ونوع التدخل الجراحي ومخاطره.
- اتجاه منكر² يرى عدم الالتزام بتبصير المريض، ويرى أن يوضع المريض تحت وصاية الطبيب.
- اتجاه وسط³ يميز كذب الطبيب على المريض في حدود معينة، وإن يخفي عليه حقيقة التدخل الجراحي وطبيعة مرضه.⁴

والرأي الذي نعتقد جدارته هو التزام الطبيب بإطلاع المريض بالمخاطر المتوقعة من عملية الزرع، وعدم التزامه بتبصير المريض بالمخاطر النادرة المحتملة وذلك لمصلحة المريض في عدم ترويعه وإخافته. تنص المادة 166 فقرة 5 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري بأنه: " لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك". ويمكن الإشارة إلى أن المشرع أراد التفريق بين تبصير المترع المعطي التي اشترط فيها التبصير بالأخطار المحتملة، وبين تبصير المستقبل والذي أخذ فيه بالاتجاه الموسع. أما المشرع المصري فلم يفرق في النص سابق الذكر بين تبصير المعطي أو المتلقي للعضو فكلاهما يشترط تبصيرهما بطبيعة عمليتي النقل والزرع وبالمخاطر على المدى القريب والبعيد.

¹ - محمد نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العالمية القاهرة، 1962. نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية 1972، ص: 217. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 105-109. عبد الكريم مامون، المرجع السابق، ص. 108.

René SAVATIER, Impérialisme médical sur le terrain du droit, le permis d'opérer et les pratiques américaines, D,chr, 1952 p. 157.

مقتبس عن: أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 107.

² - Dierkens, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, collection, éd., Masson, et Cie, Paris, 1966, p. 51.

مقتبس عن أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 110؛ إبراهيم الصياد، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق و الشريعة السنة الخامسة، العدد الثاني، الكويت، جوان 1981، ص. 31؛ جاسم جاريو، نظام إسلامي في آداب الطب، تقرير مقدم إلى المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، الكويت، 1981، ص. 415-416.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 112.

⁴ - نفس المرجع، ص. 107.

وهنا يجدر بنا الإجابة عن إشكالية: كيف يمكن التوفيق بين أحكام القانون التي تجرم إفشاء السر الطبي¹ وبين واجب إخبار المتنازل أو المعطي والمتنازل له بأدق مخاطر التدخل الطبي؟ خاصة وأن إخبار المعطي بمخاطر العملية قد يؤدي إلى تراجع المعطي عن موافقته.

في هذا يرى البعض² أن هذا ليس من قبيل الإفشاء للسر الطبي؛ لأن المعطي شخص ثالث في العملية ومن حقه أن يبصر بشكل دقيق بحالة المريض الصحية التي يرغب في التنازل له عن عضو من جسده. ويخالف هذا قانون رقم 654-94 في المادة 665 فقرة 14³ الذي اشترط عدم جواز إفشاء أي معلومة من شأنها تعريف المانح بهوية المتلقي. وفي رأينا أن هذا الرأي الأخير ينطوي على فوائد:

- أنه يخدم الرضاء بحيث يجعله حراً مستقلاً.
 - أنه يبعد عملية التبرع عن فكرة المقابل المالي.
- غير أن ما يجدر التنبيه إليه ههنا أن المشرع رغم أنه منع نقل عضو يعرض حياة المتبرع للخطر، فإن احتمال إصابة المتبرع بمرض يقعه عن ممارسة العمل وارد جداً، وبالتالي يحتاج الأمر إلى تدخل المشرع وقد يكون الحل بتغطية المصاريف العلاج والدواء وتبني المتبرعين طبيياً.

III. أهلية المعطي والمستقبل

أن الموافقة أو الرضا الصادر من المانح المعطي أو المستقبل، يجب أن يصدر دون ضغط أو إكراه أو وعد أو وعيد أو تهديد. وأن يصدر من شخص يتمتع بملكات عقلية سليمة، فسلامة الملكات الذهنية تؤدي إلى القدرة على تكوين رأي صحيح باتجاه معين، ويكون منتج لآثاره القانونية. ومن فقد هذه الملكات، أصبح ناقص الأهلية ويعد تصرفه غير منتجاً لآثاره القانونية⁴.

وبشأن التنازل من طرف القاصر يوجد ثلاثة اتجاهات، فالاتجاه الأول يرى بالسماح للقاصر منفرداً بالتصرف في جسمه، وقد أخذ بهذا الاتجاه بعض المحاكم الأمريكية⁵.

¹ - " السر خبر يجب أن يظل في طي الكتمان عن كل الأشخاص، فيما عدا الأشخاص الذين تتوفر فيهم صفات معينة". عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998، ص.303

² - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية... التطبيقات...، المرجع السابق، ص.330.

³ - « Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur in le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un element ou d'un produit de son corps et celui qui l'a recue ne peut être divulguée... » Art. L. 665-14, Loi no 94-654.

⁴ - محمد حماد مرهج الهبي، المرجع السابق ص.75.

⁵ - في هذا أجازت محكمة واشنطن (Washington) عام 1963 إجراء عملية نقل أجزاء من جلد طفل يبلغ من العمر ثلاث سنوات إلى أخيه التوأم والذي أصيب بحروق شديدة ورأت المحكمة أن الترخيص بإجراء العملية يحقق مصلحة الأسرة ككل وذلك بالحفاظ على وحدتها وترابطها، هذا بخلاف الفوائد النفسية التي ستعود على التوأمين. Washington Court, 1963. مقتبس عن: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.142.

ويرى الاتجاه الثاني¹ ضرورة التفرقة بين الصغير المدرك وغير المدرك، فرفض الولي لا يحل محل رضا القاصر إلا إذا كان هذا الأخير غير مميز على اعتبار أن القاصر المميز يتحمل الكثير من المسؤوليات. وبناء على هذا الرأي، فإن رفض القاصر المميز التصرف يمنع قيام التصرف من وليه ولو كان لأخيه التوأم. ويرى الاتجاه الآخر² عدم جواز التصرف في جسم القاصر، ولو برضي الولي؛ لأن منح هذه السلطة للوالد يجعل له حق على الأولاد في الحياة والموت. كما أن النيابة القانونية تقوم على فكرة مراعاة مصلحة القاصر أي فيما ينفع لا فيما يضر³، وهذا الرأي الأخير الأجدر بالتأييد.

ومنع القانون الفرنسي تبرع القاصر واستثنى منه حالة واحدة في المادة الأولى فقرة الثانية من القانون رقم 22 لسنة 1976 على أنه إذا كان المعطي قاصراً فلا يجوز إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيقه أو شقيقته. ولا يعتد برضاه بل يتوجب أن يعبر عن هذا الرضاء وليه أو ممثله القانوني مقترن بموافقة لجنة من الخبراء⁴. ولا تؤيد مسعى القانون الفرنسي ولو مع هذا الاستثناء- إذا تعلق بشقيقة أو شقيقته- لأن ذلك منافي للمقصد التشريعي سواء في القانون المدني التي تقتضي مراعاة مصلحة القاصر فيما هو نافع، وكذا في القانون الجنائي الذي يغلب مصلحة القاصر، وبالتالي يجب منع التبرع من القصر ولو مع موافقة أبويه أو من يمثله قانوناً. وعلى خلاف هذا القانون جاء تشريع أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسي 29 جويلية 1994 - سابق الذكر- أكثر حماية لقصر حيث حظر قانون زراعة الأعضاء 654 لسنة 1994 نقل الأعضاء من القصر أو من في حكمهم كمبدأ عام أياً كانت درجة القرابة، وذلك في المادة 4-671 والتي تقابلها المادة 2-1231 من قانون الصحة العامة⁵ والاستثناء

¹ - وقد أخذ بهذا الرأي المشرع البريطاني في قانون الأسرة الصادر عام 1969 (Family Law) في المادة الثامنة منه: باعتبار الممارسة الطبية والجراحية والمتعلقة بالإنسان من قبيل أفعال الاعتداء متى تم القيام بها في مواجهة القاصر البالغ من العمر (16) سنة دون موافقة، وفي كل الأحوال يعتبر الرضاء الصادر من القاصر مسوغاً قانونياً للقيام بهذه الممارسات دون حاجة لأخذ موافقة الأبوين. مقتبس عن: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.140.

² - حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، يناير، 1975، ص.121؛ أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.46.

³ - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.45-47.

⁴ - «... Si le donneur potentiel est un mineur, le prélèvement ne peut être effectué que s'il s'agit d'un frère ou d'une soeur du receveur. Dans ce cas, le prélèvement ne pourra être pratiqué qu'avec le consentement de son représentant légal et après autorisation donnée par un comité composé de trois experts au moins et comprenant deux médecins dont l'un doit justifier de vingt années d'exercice de la profession médicale. Ce comité se prononce après avoir examiné toutes les conséquences prévisibles du prélèvement tant au plan physique qu'au plan psychologique. Si l'avis du mineur peut être recueilli, son refus d'accepter le prélèvement sera toujours respecté». Art 1-2. Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

⁵ - «Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale» Art. L. 1231-2, du Code de la santé Publique ; Art. 671-4, Loi no 94-654.

الوحيد يتمثل في إباحة نقل النخاع العظمي من القصر في المادة 5-671 من القانون 94-654¹. أما فيما يتعلق بالمشتقات وبقية عناصر الجسم فقد حظر المشرع الفرنسي أخذها من القصر مطلقاً². والواقع أن هذا الموقف الأخير للقانون الفرنسي أولى بالتأييد لما يحققه من توسيع نطاق الحماية الجنائية، وذلك إمعاناً منه على أن هذه الفئة يمكن استغلال أجسامهم لتحقيق أغراض تجارية أو سبق علمي من خلال الأبحاث العلمية والتجارب الطبية.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد منع تبرع القصر والراشد غير القادر على التمييز كما منع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل، وذلك فحوى المادة 163 من حماية الصحة وترقيتها، ومن خلال هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري يريد حماية القصر وعديمي الأهلية وإبعادهم عن دائرة هذه التصرفات الطبية ويؤازره في هذا الموقف القانون المغربي رقم 98. 16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، وذلك في المادة 11 على أنه: "لا يجوز أخذ عضو لأجل زرعه من شخص حي قاصر أو من شخص حي راشد يخضع لإجراء الحماية القانونية".

وإذا كان المشرع الجزائري والمغربي متفقان من حيث المبدأ في عمليات النقل من القصر بعدم جواز ذلك فإن ما يميز المشرع المغربي عن القانون الجزائري وغيره من التشريعات أنه قصر عمليات التبرع بالأعضاء البشرية وأخذها من الأحياء بين الأقارب مع وجوب إثبات علاقة القرابة، وهو ما تشير إليه المادة 9 منه بأنه: "لا يجوز أخذ عضو بشري من شخص حي للتبرع به إلا... للمتبرع معين يكون إما أصول المتبرع أو فروعه أو إخوانه أو أعمامه أو عماته أو أحواله أو حالاته أو أبناءهم كما يمكن الأخذ لفائدة زوج أو زوجة المتبرع شريطة مرور سنة على زواجهما. يجب إثبات علاقة القرابة بين المتبرع والمتبرع له...". ولا ندري ما الحكمة من ذلك لكن يفترض أن المشرع المغربي قد قصر هذه العمليات بين الأقارب للمحافظة على الجانب التبرعي المبني على التراحم والمحبة والإيثار وهو الأمر المؤكد في ما بين الأقارب وتجنب الاتجار. غير أن هذا الحكم قد يؤدي إلى نتيجة عكسية، ويجعل هذه العمليات على نطاق ضيق فضلاً عن أن هذا الحكم لا يتلاءم مع الحاجة المتزايدة للأعضاء.

¹ - « Art. L. 671-5. - Par dérogation aux dispositions de l'article L. 671-4, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa soeur.

Ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur. Le consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui ». Art. 671-5, Loi no 94-654.

² - « Aucan prélèvement de tissus ou cellules, aucune collecte de produits du corps humain ne peut avoir lieu sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ». Art. 671-5, Loi no 94-654.

ويؤيد هذا المنحى القانون المصري إلى حد ما في المادة 3 و4 من القانون رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بزراعة الأعضاء، وهو ما يؤكد تأثر القانون المصري بالقانون المغربي. حيث نص - أي القانون المصري - في القانون سالف الذكر، في المادة 4 منه على أنه: "مع مراعاة أحكام المادتين (2،3) من هذا القانون، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزرعه في جسم إنسان آخر، إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المصريين، ويجوز التبرع لغير الأقارب إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة...".

أما بالنسبة للمستقبل، فنص المشرع الجزائري في القانون سالف الذكر في المادة 166 بأنه إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء الأسرة بالترتيب التالي - الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت - أن يوافق على ذلك كتابياً. وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي. وبالنسبة للقصر فيعطي الموافقة عنهم الأب وإذا تعذر فالولي الشرعي. والحكمة ظاهرة من هذا الحكم على اعتبار أن الموافقة على الزرع أهون من حيث الخطورة على عملية النقل، لأن الأولى لا تؤدي إلى الانتقاص من الجسم بل بالعكس، ويمكن تطبيق فكرة "الأعمال النافعة نفعاً محضاً" على سبيل المقاربة. وما يلاحظ على المشرع الجزائري وغيره من التشريعات كالقانون المصري أنهما لم يحددا الأهلية القانونية. هل هي الأهلية المشار إليها ضمن أحكام القانون المدني الجزائري كما تشير المادة 40 منه، أم هي الأهلية الجنائية كما تنص المادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية؟

وتنص المادة الخامسة من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010. "... ولا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو من يمثله قانوناً.

ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها.

وفي جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء العملية".

من خلال هذا النص يتبين أن المشرع المصري كأصل عام منع التبرع بالأعضاء من الطفل ولو مع موافقة أبويه، لأن الولاية أو الوصاية على ما هو نافع له لا فيما هو ضار، ألا أنه خرج عن القاعدة

الأصلية باستثناء إلى جواز نقل وزرع الخلايا الأم من وإلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة وبشرط الموافقة الكتابية من أبوي الطفل. ويبدو أن المشرع المصري قد فرق بين التبرع بالأعضاء والتبرع بالخلايا، حيث لا يشكل نقل هذه الأخيرة خطورة بالمقارنة مع العضو البشري.

ثانياً: ما يوفره شرط الرضاء من حماية جنائية

رغم أن التشريعات أفردت في معظم تشريعاتها لنقل وزراعة الأعضاء نصوصاً عديدة، تنظم وتبين أحكام الرضاء الصادر من المانح، إلا أن غالبية التشريعات آثرت عدم النص في قوانينها على العقوبات المترتبة عن تخلف شرط الرضاء، تاركة الأمر للقواعد العامة في قانون العقوبات.

إلا أن البعض من القوانين آثرت أفراد نصوص جزائية خاصة في قوانينها ومنها القانون الفرنسي، فيعد من القوانين التي وضعت ضوابط وقيود قانونية تحكم عمليات نقل وزراعة الأعضاء، وحددت المسؤولية الجنائية دون مراعاة هذه الشروط، حيث بين القانون الفرنسي المسؤولية عن مخالفة شرط الرضاء في المادة 3-674 من القانون 654 لسنة 1994 والتي بمقتضاها عدل قانون العقوبات الفرنسي بإضافة عنوان جديد يتعلق بجرائم الصحة العامة، وقد عاقب المشرع على جريمة نقل عضو من جسم شخص على قيد الحياة دون رضاه بعقوبة الحبس مدة سبع سنوات وغرامة 100000 أورو وتسري هذه العقوبة سواء كان المحني عليه بالغاً كامل الأهلية أو قاصراً أو من في حكمه، وهم الأشخاص الخاضعين لأي نوع من أنواع الوصاية أو الحماية¹، وسواء كانت المادة الجسمية عضو أو أحد عناصر الجسم كالأنسجة أو خلايا الجسم.

ومن تطبيقات الأنسجة عمليات نقل الدم فقد عاقب المشرع على أخذ عينات الدم أو مكوناته بدون مراعاة موافقة أو محاولة ذلك، أو أخذ العينات من القاصر أو عديمي الأهلية وذلك بالحبس لخمس سنوات والغرامة 150000 أورو².

¹ - « Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue aux deuxième et sixième alinéas du même article ait été délivrée est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale, hormis les cas prévus aux articles L. 1241-3 et L. 1241-4 du code de la santé publique.» Art. 511-3, de Code Pénale ; Art. L 674-3, Loi no 94-654.

² - « Le fait de prélever ou de tenter de prélever du sang sur une personne vivante sans qu'elle ait exprimé son consentement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de prélever ou de tenter de prélever du sang en violation des dispositions de l'article L. 1221-5 sur une personne mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ». Article L1271-2 du code de la santé publique.

وإذا تم أخذ العينات دون مراعاة إجراء التحاليل والاختبارات البيولوجية والكشف عن الأمراض المتنتقلة عن طريق الدم فإنه يعاقب بالحبس سنتين والغرامة 75000 أورو¹.

أما القانون المغربي رقم 98. 16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، فيعتبر وبحق من أوضح القوانين من ناحية الصياغة، وكذلك من ناحية تناوله الموضوع من جميع جوانبه، وكذلك من ناحية الجزاء حيث أورد الشروط وافرد لكل شرط جزاء.

ففي شرط الرضا فيبعد أن أشار إلى ضوابط الرضا في المواد من 13 إلى 15 جرمت المادة 34 من هذا القانون أخذ الأعضاء من شخص راشد على قيد الحياة دون موافقته أو رضاه، وعاقب المخالف بالحبس من خمس إلى عشر سنوات، وإذا كان الشخص قاصراً أو موضع إجراء حماية قانونية وإن بموافقته أو موافقة ممثله القانوني يعاقب الجنائي بالسجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة. (المادة 35). لذلك نهي بالتشريعات الغربية والعربية اقتفاء هذا الأثر خاصة وإن هذه العقوبات لها من الشدة ما يمكن حماية جسم الإنسان بالتوازي مع خطر هذه الجرائم.

أما القانون المصري فقد عاقب في المادة 17 من قانون رقم 5 لسنة 2010 يقولها: " يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد عن مائة ألف جنيه كل من نقل عضو بشري أو جزء منه بقصد الزرع بمخالفة لأي من أحكام المواد 5... من هذا القانون، فإذا وقع هذا الفعل على نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على سبع سنوات.

وإذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع تكون لعقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه".

وتنص المادة 19 بأنه " يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه كل من قصد الزرع بطريق التحايل أو الإكراه أي عضو أو جزء من عضو إنسان حي، فإذا وقع الفعل على نسيج بشري تكون العقوبة السجن المشدد لمن لا تزيد على سبع سنوات.

ويعاقب بالعقوبة المقررة في الفقرة السابقة كل من زرع عضواً أو جزءاً منه أو نسيجاً تم نقله بطريقة التحايل أو الإكراه مع علمه بذلك.

وتكون العقوبة السجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه إذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرتين السابقتين وفاة المنقول".

1-« Est punie de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende la distribution, la délivrance ou l'utilisation du sang, de ses composants ou de leurs dérivés, sans qu'il ait été procédé aux analyses biologiques et aux tests de dépistage de maladies transmissibles requis en application de l'article L. 1221-4 ». Article L1271-4 du code de la santé publique.

أما القوانين التي لم تضع نصوصاً جزائية، أو كلت المهمة للقواعد العامة في قانون العقوبات من أمثلتها القانون الانجليزي، ففي إنجلترا رغم وجود تشريعين يتضمنان عمليات نقل وزراعة الأعضاء، إلا أن نصوص هذين التشريعين، جاءت خالية من تحديد المسؤولية الجنائية عن مخالفة شرط الرضا، ومثله قانون الولايات المتحدة الأمريكية الخاص بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء ونفس الأمر بنسبة للقانون التونسي¹. وفي اعتقادنا أنه ينبغي وضع أحكام جزائية في ذات القوانين أو في قوانين الصحة تعالج هذه الظواهر الإجرامية حيث لا تكفي الأحكام العامة، والتي تبقى محاولة اجتهادية في تكييف الأفعال، وقد يوقف القاضي في ذلك وقد يخفق فضلاً عن منافاته لمبدأ الشرعية، الذي يقتضي التفسير الضيق للنصوص الجنائية.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فوفقاً للتعديل الجديد لقانون العقوبات بالقانون رقم 09-01² المعدل والمتمم تغيرت نظرة المشرع إلى فرض حماية متميزة لحماية الجسم البشري من عمليات نقل وزراعة الأعضاء بإفراده لنصوص جديدة تتمم الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث من الجزء الثاني وذلك بالإضافة قسم خامس مكرر سماه "الاتجار بالأعضاء" ونص على الجزاء المترتب عن اقتطاع الأعضاء أو الأنسجة من الجسم البشري دون إبداء موافقة.

وقبل بيان هذه العقوبات يجدر بنا أن نوضح أن المشرع لم يكن موفقاً في اختيار عنوان القسم الخامس المكرر لأن هذا القسم لم يتضمن المسؤولية الجنائية عن الاتجار بالأعضاء فقط، وإنما يبيّن بالإضافة إلى ذلك المسؤولية الجنائية عن تخلق شرط الرضا. وتحسب للمشرع نقطة عن المنهجية المحكمة في معالجة هذا الموضوع حيث قرر مسؤولية جنائية للشخص الطبيعي والمعنوي وبين العقوبات الأصلية والتكميلية وميز بين اقتطاع الأعضاء من جهة وانتزاع الأنسجة أو الخلايا وجميع مواد الجسم من جهة أخرى، وبين الجريمة في صورتها البسيطة والمشددة، كما عاقب على الشروع وبين حالات الإعفاء والتخفيف من العقاب. وتفصيل ذلك ما يلي:

I. المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي عن تخلف شرط الرضا

وفقاً للمنهجية سابقة الذكر نحاول التعرض للمسؤولية اجنائية للشخص الطبيعي الناتجة عن الاخلال بشرط الرضا، بداية بالعقوبات الأصلية، ثم العقوبات التكميلية.

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 147

² - قانون رقم 09-01 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15 الصادرة بتاريخ 8 مارس 2009.

1- العقوبات الأصلية

تتمثل العقوبات الأصلية في الجزاء المقرر لجريمة انتزاع العضو البشري مع الإخلال بشرط الرضا، ثم عقوبة انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم، وأخيراً انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم.

أ. انتزاع العضو البشري مع الإخلال بشرط الرضا

عاقبت المادة 303 مكرر 17 من قانون على انتزاع العضو البشري من شخص على قيد الحياة دون إبداء الموافقة وفقاً للتشريع المعمول به بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات والغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.

وتشدد الجريمة إلى جنائية في الحالات التالية:

- إذا كان المجني عليه قاصراً أو مصاباً بإعاقة ذهنية.
- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.
- إذا ارتكبت الجريمة من أكثر من شخص.
- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح والتهديد باستعماله.
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية (المادة 303 مكرر 20 فقرة 2).

يتبين من خلال تجريم المشرع لانتزاع الأعضاء دون الموافقة المسبقة أن المشرع رتب المسؤولية الجنائية للطبيب لقيامه بذلك دون رضا المجني عليه أو إعطاءه معلومات مغلوطة شكلت عيباً لإرادته، وبالتالي يكون قد توافر الركن المادي والمعنوي بتوافر العلم والإرادة وتوافر ركن البغي والعدوان بانتفاء الموافقة التي تنفي عن الممارسة الطبية سبب الإباحة، مهما كان الدافع الباعث لذلك.

ولقد شدد المشرع الجزائري العقوبة في حالة كون الجاني قاصراً أو مصاباً بإعاقة ذهنية، ذلك أن هذه الفئة مما يسهل الاحتيال عليها ويدل ذلك على دنائة الجاني وانتهازيته، كما في حالة استغلاله لوظيفته، وتشدد أيضاً في حالة الاشتراك الإجرامي أو استعمال القوة والتهديد وتعدي الجريمة الحدود الجغرافية الأمر الذي يوحى بخطورة إجرامية للجنة وجسارتهم على تحدي النظم والقوانين. ألا أننا نلاحظ عدم اهتمام المشرع بالنتيجة المؤدية إلى انتزاع العضو البشري. ويمكننا أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: ألا تؤدي العملية إلى موت المجني عليه ففي هذه الحالة لا تسعفنا النصوص الخاصة لحماية الجسم البشري من انتزاع الأعضاء بدون موافقة مسبقة، فهنا يمكن الاعتماد على الأحكام والقواعد العامة التي تشير إلى تكييفها على أساس جريمة إحداث عاهة مستديمة بتوافر جميع أركانها.

الحالة الثانية: أما إذا أدت العملية إلى موت المحني عليه فنكون بصدد جريمة جرح أدى إلى الموت أو جريمة قتل بحسب الأحوال إذا كان العضو المستأصل من الأعضاء المزدوجة أو من الأعضاء المنفردة.

ب. انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم مع الإخلال بشرط الرضا

في حالة انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون موافقة بالتفصيل المقرر قانوناً في قانون حماية الصحة وترقيتها يعاقب المشرع بعقوبة الحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات والغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج .

وتشدد الجريمة إلى جنحة مغلظة بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشر (15) سنة والغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج في الظروف المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20 الفقرة الأولى.

يتبين من خلال تجريم المشرع انتزاع الأنسجة والخلايا أو جمع مواد من الجسم مع الإخلال بشرط الرضا أنه فرق بين انتزاع العضو وانتزاع الأنسجة والخلايا، ويبدو من البديهي أن استئصال العضو أكثر خطورة من انتزاع الأنسجة التي تتجدد باستمرار ولا يؤدي أخذ جزء منها إلى الانتقاص من الجسم أو فقدانها إلى الأبد إذ يتمكن الجسم من استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه.

ونحن نؤيد هذه التفرقة لإضفاء حماية واسعة على الجسم خصوصاً مع التطور الطبي الذي أدى إلى استخدامها بوجه ينافي الشرع والقانون، كاختلاط الأنساب باستخدام الخلايا الجنسية، الذي يتزامن مع انتشار بنوك الأجنة والأمشاج وبنوك المني، وظهور المستحضرات الدوائية ذات الأصل الآدمي.

ج. جريمة التستر على انتزاع الأعضاء أو الأنسجة... مع الإخلال بشرط الرضا

حرم المشرع مجرد التستر على انتزاع الأعضاء من جسم إنسان حي مع الإخلال بشرط الرضا وفق الأشكال المقررة قانوناً، ولو كان المتستر من الأشخاص الملمزمين بكتمان السر المهني، بحيث لم يبلغ السلطات المختصة فيعاقب بالحبس من 1 سنة إلى 5 خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج واستثنت المادة من العقاب إذا كان المتستر من أقارب الفاعل بشرطين اثنين:

➤ أن يكون الشخص من أقارب الفاعل أو حواشيه أو أصهاره إلى غاية الدرجة الرابعة

➤ ألا يكون المحني عليه قاصر لم يبلغ سنه 13 ثلاثة عشر سنة. (المادة 303 مكرر 25).

يستخلص من مما ذكر أن المشرع يحاول أن يسد الطرق أمام الجناة المتسترين عن الجريمة بالعقوبة الزاجرة، واستثنى منهم المتستر من أقارب الجاني بتوافر درجة القرابة وعدم صغر سن المحني عليه (أقل من 13 سنة) وبمفهوم المخالفة أن المتستر من أقارب الجاني يسأل عن تستره جنائياً بعدم توافر الشرطين حماية للقاصر من استغلاله.

نود في هذا الصدد أن نبحث في القواعد العامة في جريمة " التستر على الجريمة " في قانون العقوبات للمقارنة، وبالرجوع إلى نص المادة 181 من قانون العقوبات نجد أنها تنص على أنه: " فيما عد الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 91 يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 10.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يعلم بالشروع في جنائية أو بوقوعها فعلاً ولم يخبر السلطات فوراً". والملاحظة المبدئية أن المشرع في جريمة التستر على جريمة - القاعدة العامة- وجريمة التستر على جريمة نقل الأعضاء قد حافظ على نفس العقوبة ونفس الوصف الجنائي " الجنح"، بينما رفع من قيمة الغرامة، ويبدو أن الغاية منها هو ابتزاز الجاني خاصة مع إمكانية حصوله على منافع مالية في إطار الاتجار بالأعضاء. هذا فيما يتعلق بالتستر على الجريمة أما التستر على الجنائي فقد وافقت المادة 180 من قانون العقوبات -باعتبارها القاعدة العامة في التستر على الجنحة- عقوبة جريمة التستر على الجاني في نقل الأعضاء مع الإخلال بشرط الرضا، ووضعت المادة نفس القاعدة في إعفاء المتستر من العقاب حال كون الجاني من أقارب المتستر إلى غاية الدرجة الرابعة، إلا أن ما يلاحظ عليهما اختلافهما في الغرامة.

2- العقوبات التكميلية

نصت المادة 303 مكرر 22 من قانون العقوبات على تطبيق عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات. وتنص المادة 303 مكرر 23 منه بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب هذه الجرائم من الإقامة في التراب الوطني إما نهائياً أو لمدة 10 عشر سنوات على الأكثر.

II. المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن الإخلال بشرط الرضا

تحيلنا نص المادة 303 مكرر 26 من قانون 09-01 إلى العقوبات المنصوص عليها في المادة 15 مكرر من قانون العقوبات المتعلقة بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وتطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر، على اعتبار أن المشرع الجزائري لم يكن يعترف بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي إلا مؤخراً حيث نص على ذلك في المادة 51 مكرر من القانون رقم 04-15¹ المعدل والمتمم للقانون العقوبات. ونص في المادة 18 مكرر على العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي في مواد الجنح

¹ - القانون رقم 04-15 المؤرخ في 27 رمضان عام 1425 الموافق لـ 10 نوفمبر سنة 2004 المعدل للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 71 لسنة 2004.

وفي مواد المخالفات نصت المادة 18 المكرر 1 على بعض العقوبات مثل المنع من تحرير الصكوك مع مراعاة حقوق الغير، المنع من ممارسة بعض الأنشطة المهنية أو الاجتماعية المتعلقة بمجال الجريمة.

والجنايات مثل الغرامة والحل والإغلاق، المنع من إبرام الصفقات، المنع المؤقت أو النهائي من ممارسة أي نشاط مهني أو اجتماعي، والمصادرة، نشر الحكم، الوضع تحت المراقبة القضائية.

وإذا كان قيام الإنسان بالتبرع بعضو من أعضائه لمريض حال حياته بضابط الرضاء الحر المستنير، لا ينطوي على مساس بالكرامة الإنسانية باعتباره نوعاً من إنقاذ حياة البشر وما يترتب عليه من إشاعة الترابط. فهل تمتد سلطة الشخص على جسده إلى قيامه ببيع عضو من أعضائه؟

الفرع الثاني

شروط انعدام المقابل المالي

وما يوفره من حماية جنائية

يجب أن يكون تنازل المعطي عن عضو من أعضائه بغير مقابل؛ لأن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلاً للمعاملات التجارية والمالية¹. فالقيم الإنسانية تسمو على المال ولما كان التضامن الإنساني هو الدافع في التضحية والإيثار، فلا يجوز أن يكون الربح أو الدوافع المالية هي الهدف من التبرع، وفيما يلي نبين الموقف من شرط انعدام المقابل المالي (أولاً) ثم ما يوفره شرط هذا الشرط من حماية جنائية (ثانياً).

أولاً: الموقف من شرط انعدام المقابل المالي

ما يجدر ملاحظته هو أن موضوع المجانية في القانون كان محل جدل فقهي وقانوني وشرعي. بين من يميز المقابل المالي (I)، وبين من يعارض المقابل المالي (II).

I. الاتجاه المميز للمقابل المالي

يرى هذا الاتجاه² أنه لا تعارض بين استقطاع الأعضاء بمقابل مادي معين، وبين الحماية الجنائية للجسم، ذلك أن إباحة الشخص التنازل عن عضو من أعضائه لتحقيق مصلحة علاجية لشخص آخر، وتقاضيه لقيمة مادية لا يضيف ولا ينقص من أمر اجتراء العضو من الجسد، لا من الناحية الطبية ولا من الناحية القانونية³. واستند هذا الاتجاه على الحجج التالية:

- إن القانون المدني يقر بمشروعية البيع، وينظم كافة جوانبه وآثاره، فلا محل بعد ذلك للقول أن هذا ينصرف إلى الأموال فقط، ولا يمكن أن تدخل الأشياء ومنها أعضاء الجسد في نطاق

¹ - Kornprobst L, La responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française, ed, Flammarion, Paris, 1956, p.754

² - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص.138؛ أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربي، 1986، ص.50.

³ - مهدي صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.153.

العقود¹. وإذا كان بإمكان الشخص أن يتصرف في جثته بالإيضاء، فإنه يجوز له أن يبيعها؛ لأنه من يملك الإيضاء يملك التصرف بمقابل، والباعث دائماً هو خدمة الناس والعلم، وأما المقابل فهو أمر ثانوي².

- كما أن أجزاء الإنسان يمكن تقويمها بالمال، ولا أدل على ذلك من التعويض الذي يحكم به القاضي في الجرائم الماسة بسلامة الجسد، والتي ينتج عنها فقد منفعة عضو معين أو بتره، كما أن قوانين التأمينات الاجتماعية توحى بذلك عند تقدير التعويض، أو العجز الكلي والجزئي³.
- يجب أن يفصل بين أمرين، مشروعية تلقي المانح مقابل مادي عن العضو الذي تنازل عنه، وبين الشهامة والنبيل من ناحية أخرى. إذ ليس هناك تنافر بين نقل الأعضاء وتلقي المقابل المادي للأخلاق والمبادئ، بالإضافة إلى أن مفهوم الكرامة الآدمية لا يبدو مفهوماً وواضحاً؛ لأن البيع تصرف قانوني لا يغيّر على الإطلاق من وصف الشيء المباع بحيث يجعله مبتدلاً بعدما كان كريماً⁴.

- إن البعض⁵ من أنصار هذا الاتجاه يقدم اقتراحات لتنظيم وتسهيل هذه الأعمال القانونية الطبية، فاقترح على الدولة إصدار تشريع تذكر فيه أثمان أعضاء الإنسان، وشروط البيع في الحالتين (البيع بالجملة والمفرد!!) لأن وضع الدولة تسعيرات جبرية لا يغير من طبيعة الإنسان⁶.

أما الموقف التشريعي من هذا الاتجاه، فقد أخذت به قوانين كولومبيا في المادة 7 من لقانون رقم 73 المكمل لقانون 9 لسنة 1979 والأكوادور في القانون رقم 64 بتاريخ 1987/02/29⁷.

وتعتبر إيران من بين الدول التي أباحت تجارة الأعضاء ولا تدخل هذه التجارة ضمن نطاق التجريم، إذ تتم مبيعات وعمليات نقل وزراعة الأعضاء تحت إشراف الجمعية الخيرية لدعم مرضى الكلى المعروفة باختصار "CASKP" والمؤسسة الخيرية للأمراض الخاصة والمعروفة باختصار "CFSD" اللتان تسيطران على تجارة الأعضاء بدعم من الحكومة. ويختلف المبلغ حسب نوع العضو وأهميته فعلى سبيل المثال فإن سعر الكلية الواحدة تتراوح ما بين 5000 إلى 6000 دولار أمريكي. وأهم فوائد التنظيم الحكومي لبيع الأعضاء هو التقليل من عدد المرضى الموجودين على قوائم الانتظار. ولقد

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 154.

² - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص. 48.

³ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 154.

⁴ - نفس المرجع ص. 154.

⁵ - حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية...، المرجع السابق، ص. 139.

⁶ - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص. 47-48.

⁷ - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 49 الهامش. 01.

خصصت الحكومة الإيرانية 137 وكالة و 23 عيادة طبية للزرع بشكل قانوني. وفي دراسة نشرتها منظمة الصحة العالمية على موقع المركز الوطني لمعلومات التكنولوجيا الحيوية سنة 2008 أفادت أن جنس بائعي الأعضاء في إيران هي بواقع 71 من الذكور، و 29 من الإناث¹. ومن القوانين العربية القانون المصري الخاص بنقل الدم لسنة 1960². حيث أجاز ذلك بطريقة تبرعية أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي³.

أما الموقف الشرعي المؤيد للمقابل المالي في التصرف بالأعضاء، فقد قال ابن حزم وابن قدامة وسيد سابق. وذكر ابن حزم أنه: "يجوز بيع شعر وعذرة وبول الآدمي"⁴. قال الإمام موفق الدين ابن قدامة - رحمه الله -: "وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها فإنه يجوز بيع العبد والأمة، وإنما حرم بيع الحر، لأنه ليس مملوكاً، وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه..."⁵. واستدل هذا الاتجاه بما يلي:

- قياس بيع الأعضاء البشري على جواز بيع العبد والأمة.
- دفع مبلغ من المال في مقابل شراء العضو يدخل في مصاريف العلاج⁶.
- من حق الإنسان أن يأخذ الدية والأرش، عما يصيبه من ضرر أو المساس بنفسه.
- إن زرع العضو فيه منفعة مباحة، فيجوز للمتنازل عن عضوه أخذ العوض؛ لأن المنفعة تجوز أن تقابل بثمن.
- بيع عضو الآدمي كالدم والجلد واللبن مما يعد من الأعضاء المتجددة، لا ينافي حرمة الإنسان ولا يقود إلى الهلاك⁷.

II. الاتجاه المعارض للمقابل المالي

إذا رجعنا إلى قواعد وأحكام القانون المدني⁸ باعتبار أن عقد البيع من العقود التي ينظمها هذا القانون وأن لم ينص صراحة على حظر بيع الأعضاء البشرية، وإنما طبقاً للقواعد العامة التي تحكم عقد

¹ - مقتبس عن: عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص. 162-163.

² - القانون رقم 178 لسنة 1960 والخاص بتنظيم وجمع وتوزيع الدم ومركباته، منشور في الجريدة الرسمية في 21 جويلية سنة 1960، العدد، 130.

³ - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص. 98.

⁴ - مقتبس عن: سعاد سطحي، المرجع السابق، ص. 68-69.

⁵ - سعاد سطحي، المرجع السابق، ص. 69-70.

⁶ - نفس المرجع ص. 71.

⁷ - نفس المرجع، ص. 71-72.

⁸ - تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً". وتنص المادة 97 من نفس القانون: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً". الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

البيع باعتباره من عقود المعاوضة، يشترط لصحة العقد أن يكون محله وسببه مشروعين. أي أن يكون محل العقد مما يجوز التعاقد عليه شرعاً، وأن يكون لغاية مشروعة. ومن ثم يكون بيع العضو البشري غير مشروع، فإذا تعاقد شخصان على بيع عضو بشري يكون العقد في هذه الحالة غير قانوني والجزاء المترتب على ذلك هو بطلان العقد بطلاناً مطلقاً¹.

أن اشتراط المجانية يحقق في المرتبة الأولى ضماناً كبيرة لحماية جسم الإنسان، وبإسقاط شرط المجانية، يعني التنازل عن حمايته بشكل مناف للمبادئ القانونية والأخلاقية؛ لأن كرامة الإنسان وحرمة كيانه الجسدي يجب أن يظل بمنأى عن أي تعامل مالي، بحيث يحاط بقدسية تجعله غير قابل لأن يكون محلاً للحقوق والتصرفات المالية وإلا أصبح جسم الإنسان سلعة متقومة بمال يمكن تداولها².

كما أن وجود المقابل المادي، يخرج عمليات نقل وزراعة الأعضاء من دائرة التراحم والإيثار والقيم الإنسانية إلى تحقيق الربح. وتصبح الصفقات التجارية هي الفيصل في قبول اجتزاء أي عضو من الجسد، ويترتب على هذا أن يصبح جسم الإنسان محلاً للاستثمار وانتشار ظاهرة تجارة الأعضاء³.

¹ - محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الاتجار بالأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة في الشريعة والقانون، بحث مقدم لكلية الملك فهد الأمنية، الرياض، فعاليات جلسات ندوة المجتمع والأمن، الاتجاهات المعاصرة للجريمة، الجلسة الأولى، الجريمة المعاصرة، المنظور الشرعي، الورقة الأولى في 26 سبتمبر 2005، ص.22.

² - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص.152.

³ - في بعض الدول مثل هندوراس على سبيل المثال يعتبر الخطف جريمة رائجة وهي تمثل إحدى الدول التي تعج بالفقر، وحيث يختطف مئات الأطفال كل عام بهدف بيع أعضائهم، حتى قيل بحق أن هندوراس "سوبر ماركت عملاق" تسوده الفوضى، أما الضحايا فهم الأطفال الأبرياء. سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.182.

في المؤتمر الدولي لأخلاقيات زراعة الأعضاء بمدينة أوتو بكندا في الفترة ما بين 24/20 أغسطس 1989 قدمت اللجنة العالمية للمهنيين الصحيين تقريراً ينص على أن بعض العصابات تستخدم الأطفال والقصر المصابين بتخلف عقلي، كمصدر لزراع الأعضاء، وأن هناك تجارة عالمية في هذا الصدد تدور في الخفاء، وما يدل على صدق ذلك وجود حالات كثيرة من تزوير شهادة الميلاد، وتزوير جوازات ووثائق السفر ووجود مراكز لهؤلاء الأطفال المخطوفين، تعرف ببيوت التسمين. حيث ينمي الأطفال الرضع حتى تنمو أعضائهم وتؤخذ منهم تلك الأعضاء، وفي بعض الأحيان عن طريق قتلهم، وقد يحدث ذلك بالمساهمة أو الاتفاق مع بعض المستشفيات، كما يؤكد ذلك وجود أطفال مقبورين، وعند فحص جثثهم تبين عدم وجود بعض الأعضاء الهامة، فيدل على أنها نزعت منهم بعد وفاتهم، وقد أطلق على هذه التجارة اسم "التجارة القذرة". سعاد سطحي، المرجع السابق، ص.63-64.

أكتشف عمدة مرسيليا عام 1984 حالة نشرتها الصحف الفرنسية والجزائرية تتمثل في بيع الأجنة الساقطة والموليد الحديثة الميته، حيث تقوم بعض المصانع المختصة في إنتاج مساحيق الجميل في جنوب فرنسا بشرائها من المستشفيات الإيطالية. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق ص.62 الهامش.06.

بتاريخ 1988/06/30 نشرت جريدة الثورة البغدادية في الصفحة 12 حبراً تحت عنوان "سماسة للمتاجرة بأعضاء الجسم وما فيا لتهديب قطع الغيار البشرية" جاء فيه: إن أحد أساتذة جامعة سيئول في كوريا الجنوبية كان يقوم بإجراء العمليات القيصرية للحوامل لم يكملن بعد الشهر الثامن من الحمل، بحجة وجود المضاعفات الولادية، لغرض الاستفادة من أعضاء الجسم. مقتبس عن: منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.62 الهامش.06.

ولذلك جعلت القوانين إلى جانب هذا الشرط شرطاً إضافياً وهو سرية التبرع، حيث أن السرية تعتبر أمراً جوهرياً ضمن قوانين الأخلاق الطبية الحيوية.

وفي عمليات نقل وزرع الأعضاء يعتبر مبدأ السرية، ضماناً أساسية للحفاظ على شرط المجانية، وذلك بعدم إعلان اسم المتنازل أو المعطي للمتلقي أو لأسرته، حيث يمنع ذلك أي ابتزاز مادي يقع على المريض، الذي ينتظر الزرع أو على أسرته¹.

ولقد أبدت القوانين الغربية والعربية إقرارها لمبدأ المجانية وتأكيداً عليها، ومن القوانين الغربية القانون الفرنسي الصادر في 22 ديسمبر 1976 في المادة الثالثة منه². وقد أرسى القانون المدني الفرنسي هذا المبدأ حينما أقر في المادة 16 منه والمعدلة بالقانون الخاص باحترام جسد الإنسان رقم 653 لسنة 1994 أن هذا الجسم غير قابل لأن يكون محلاً للحقوق المالية³ وبقدر من التخصيص جاء القانون رقم 654 لسنة 1994 والخاص بالتبرع بعناصر الجسم البشري ومشتقاته ليعالج مبدأ مجانية التنازل عن أعضاء وعناصر ومشتقات الجسم البشري حيث نص في المادة 665-13 منه على أنه: "لا يجوز على الإطلاق تخصيص أي مبلغ مالي وأيا ما كان كنهه لمصلحة من قام وارتضى إجراء عملية نقل عنصر أو مكون من مكونات جسمه، دون أن يحول ذلك من دفع تكاليف عملية الاستئصال وما تكبده المانح من نفقات لازمة لإجراء هذه العملية"⁴. كما يحظر القيام بالإعلانات سواء أكانت الدعوة لصالح فرد من الافراد أو لإحدى المؤسسات أو الهيئات العاملة في هذا المجال⁵.

أما القانون البريطاني المنظم لعمليات نقل وزرع الأعضاء الصادر سنة 1989 عالج في القسم الأول منه، جرائم الاتجار بالأعضاء والإعلانات التجارية⁶. فقد نصت المادة الولي في الفقرة الأولى بأنه يعد الشخص مرتكب لجريمة من يدفع أو يتلقى مبلغ مالي نظير قيامه بتحصيل عضو بشري أو يسعى

¹ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق ص.112.

² - « Sans préjudice du remboursement de tous les frais qu'ils peuvent occasionner, les prélèvements visés aux articles précédents ne peuvent donner lieu à aucune contrepartie pécuniaire ». Art 3. Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes

³ - « ...Le corps humain ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » Art- 16-2, Code Civil.

⁴ - « Aucun paiement, quelle qu' en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collect de ses produits. Seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixées par décret en conseil d'Etat ». Art. L. 665-13, Loi no. 94-654.

⁵ - « Est interdite la publicité en faveur d'une don éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminé ou au profit: d'un établissement ou organisme détermine » Art. L. 665-12, Loi no 94-654.

⁶ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.164.

لذلك سواء من شخص، وجرمت نفس المادة كافة الوساطات في عمليات البيع والشراء للأعضاء أياً كان مصدرها، كما أن بيع الشخص لأعضائه أو مجرد عرضها للبيع يعد مجرماً¹.

ومن القوانين أيضاً قانون زراعة الأعضاء رقم 98-507 لسنة 1984 الصادر في الولايات المتحدة الأمريكية، وقانون الصحة العامة الأمريكي، فقد أفرد نصوصاً تنظم أحكاماً خاصة لبيع الأعضاء في المادة 301 منه والمعدلة بقانون زراعة الأعضاء، فجاء في الفقرة أ من هذه المادة أنه لا يجوز شراء الأعضاء أو الحصول عليها عمداً بمقابل مادي ذات قيمة مرتفعة، متى كان ذلك يقصد استعمالها في عمليات زراعة الأعضاء². وما يلاحظ على المشرع الأمريكي عدم حزمه في تناول الموضوع، ذلك أن اشتراط المقابل المادي المرتفع يعني في مقابل ذلك جواز الاتجار بالأعضاء إذا كانت القيمة منخفضة ولا شك أن هذا الحكم يشكل ذريعة سائجة لرواج تجارة الأعضاء كما أن لم يتعرض لتجريم الإعلانات ذات الصبغة التجارية الداعية إلى التنازل عن الأعضاء، ولم يتطرق لتجريم أعمال الوساطة والسمسرة في هذا المجال.

أما على صعيد التشريعات العربية نص القانون العراقي الخاص بزراعة الأعضاء البشرية على منع بيع الأعضاء ومنع الطبيب الاختصاصي من إجراء العملية، عند العلم بذلك ومثله القانون المصري المتعلق بتنظيم بنوك العيون.

ونص القانون المغربي رقم 98. 16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها في المادة الخامسة الذي اشترط لصحة رضاء الشخص بالتبرع بعضو من أعضائه لآخر مريض، أن يكون مجاناً وبدون مقابل، بحيث يمنع أن يتقاضى المتبرع أي أجر، أو أن يكون تنازله عن العضو محل معالجة تجارية، مع جواز قبول المتبرع لنفقات العملية الجراحية، وكذا مصاريف العلاج والإقامة بالمستشفى. أما القانون الجزائري فقد وضع هو الآخر شرط انتفاء المقابل المالي في عملية التبرع بالأعضاء، وذلك لتقوية الشعور الإنساني، وحتى تتم هذه العملية في جو من التضامن بعيد عن الجشع والدوافع المادية، التي تفتح باباً خطيراً للاتجار بالأعضاء وسرقتها حيث أشارت إلى ذلك المادة 161

1 -« A person is guilty of an offence if in great Britain he :

a) makes or receives any payment for the supply of, or for an offer to supply, an organ which has been or is to be removed from a dead or living person and is intended to be transplanted into another person whether in great Britain or else where ;

b) Seeks to find a person willing to supply for payment such an organ as is mentioned in paragraph (a) above or offers to supply such an organ for payment ». Subsec (1). Sec (1), Human organ Transplant ; Act, 1989.

2 -« It is unlawful for any person to knowingly acquire, receive or otherwise transfer any human organ for valuable consideration for use in human transplantation if the transfer affects interstate commerce ».Subsec (a)- Sec (301) Public Health Service Act Title III the National organ Transplant Act 1984.

الفقرة 1 من القانون المتعلق بنقل وزرع الأعضاء بقولها: "ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية".

وقد استند علماء الشرع إلى العديد من الأدلة في تحريم المقابل المالي في التصرف في الأعضاء، حيث ورد التحريم المطلق من جمهور العلماء، أخذاً من حرمة بيع الإنسان، يقول ابن قدامه: "ولا يجوز بيع الحر ولا ما ليس بمملوك، كالمباحات قبل حيازتها وملكها، ولا نعلم في ذلك خلافاً"¹.

ويشير ابن قدامه إلى بيع لبن الآدمية فيقول: "وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك؛ لأنه مائع خارج من آدمية، فلم يجز بيعه كالعرق ولأنه من آدمي، فأشبهه سائر أجزاءه"². ولما كان جسم الإنسان ليس ملكاً له بل ملك لله تعالى، فلا يجوز التصرف فيه بالبيع؛ لأنه إذا باعه يعتبر قد باع ما لا يملكه، وصحة البيوع تستوجب ملكية عين المبيع. قال ابن عابدين: من البيوع الفاسدة "بيع ما ليس في ملكه"³. وقال صلى الله عليه وسلم: "ليس على رجل بيع فيما لا يملك"⁴.

وجاء في رد المختار لابن عابدين، تعريف المال: "المال اسم لغير الآدمي، خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه، والتصرف فيه على وجه الاختيار، والعبد وإن كان فيه معنى المالية، ولكنه ليس بمال حقيقة، حتى لا يجوز قتله وإهلاكه"⁵. وورد في حاشية ابن عابدين: "الآدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً، فيراد العقد عليه غير جائز"⁶. وقد أخذ علماء عصرنا ما قال به العلماء القدامى، وأخذت به قرارات الهيئات والجامع الفقهي.

قال الشيخ وهبه الزحيلي بأنه لاشك بأن المعاوضة ممنوعة بأعضاء الإنسان؛ لأنه مكرم ولا يصح بالإجماع أن يكون الإنسان أو بعضه كالأمتعة المادية، التي تخضع للمعاملات التجارية أو المبادلات المالية.

وقال محمد سيد طنطاوي: "التجارة الأعضاء عن طريق البيع، وعن طريق التعامل ممنوعة، وحرام قطعاً؛ لأن جسم الإنسان لا يصلح أن يكون محلاً للمتاجرة..."⁷.

1 - شمس الدين أبو قدامي، الشرح الكبير، المجلد الرابع، المرجع السابق، ص.302.

2 - نفس المرجع، ص.340.

3 - ابن عابدين، رد المختار، الطبعة الثانية، المجلد السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص.264.

4 - رواه النسائي، كتاب البيوع، بيع ما ليس عندك، الجزء السابع، المجلد الرابع، المرجع السابق، ص.288.

5 - ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، ص.10.

6 - نفس المرجع، ص.245.

7 - مقبس عن: سعاد سطحي، المرجع السابق، ص.53-54.

ثانياً: ما يوفره شرط انعدام المقابل المالي من حماية جنائية

لقد انجرّ عن كثرة المرضى الذين هم في انتظار دائم، وحاجة لأعضاء بشرية وكثرة الطلب للحصول عليها، ومع ندرة التبرعات بالأعضاء، ولو عن طريق دفع المقابل المادي الذي يعتبر أمراً محظوراً تكاد القوانين والقرارات تجمع على تحريمه وضرورة محاربتها. ومع ندرة الأعضاء، وجد بعض عديمي الضمير مصدراً مربحاً لجني الأموال عن طريق تكوين عصابات، وفتح أسواق تجارة الأعضاء، فكان لا بد من مواجهة تشريعية جنائية لهذه الظاهرة.

ولقد أدركت القوانين خطورة هذه الظاهرة، فاهتدت إلى محاربتها عن طريق فرض عقوبات توقع على كل من انتهك مبدأ المجانية. ففي القانون الفرنسي لم تكنف نصوصه على وضع القواعد العامة والتي تحكم المجانية أو شرط انعدام المقابل المالي، وإنما فرض عقوبات جنائية¹ فجاءت المادة 511 - 2 من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 653 لسنة 1994 وكذلك المادة 674 فقرة 2² لتنص على أن العقوبة هي الحبس لمدة سبع سنوات وغرامة 100000 أورو على فعل الحصول على الأعضاء بمقابل مادي أيا كان كنهه. وفرضت نفس المادة العقوبة ذاتها على أعمال الوساطة، سواء لصالح الغير للمتنازل أو لفائدة المتلقي. وحرصا من المشرع الفرنسي على الحد من نفوذ سماسرة الاتجار بالأعضاء، أوجب العقوبة نفسها حتى ولو كان العضو مستورداً من بلد خارج الأراضي الفرنسية.

وفيما يتعلق بعمليات أخذ الدم ومكوناته ومشتقاته دون احترام الطابع التبرعي عاقب المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة على الحصول أو محاولة الحصول على عينات الدم بمقابل مهما كان شكله، كما عاقب على كافة أفعال الوساطة أو تسهيل أخذ العينات الدموية وذلك بالحبس لمدة خمس سنوات والغرامة 150000 أورو³.

وتبدو الحكمة واضحة من اختلاف العقوبة الماسة بالحرية في عمليات نقل الدم تخفيفاً وعمليات نقل الأعضاء تشديداً، على اعتبار أن الدم منتج أو نسيج متجدد وأقل خطورة -عند أخذه- من الأعضاء البشرية خاصة الأعضاء المنفردة، لكن الاختلاف في الغرامة لا يبدو رفعها في نقل عينات الدم

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق ص. 162-163.

² - « Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende. Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger». Art 511-2, Code pénale; Art. L. 1272-1, du Code de la santé Publique; Art. L. 674-2, Loi no 94-654.

³ - « Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'une personne le prélèvement de son sang contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'apporter ou de tenter d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention du sang contre un paiement, quelle qu'en soit la forme ». Article L1271-3 du Code de la santé Publique.

واضح، وإن كان يحتل في ذلك أن هذه العمليات من الأعمال الروتينية اليومية بالمقارنة مع استئصال الأعضاء.

وفي بريطانيا جرم القانون الصادر في 1989 الخاص بنقل الأعضاء والأنسجة الاتجار بالأعضاء، فنص في المادة الأولى منه، على أنه يعاقب كل فعل يتعلق ببيع الأعضاء سواء كان الغرض إجراء العملية داخل المملكة المتحدة أو خارجها¹.

ويتمدد التجريم إلى الأعمال السابقة التي تهدف إلى تنفيذ الاتجار، مثل التحريض والاتفاق والمساعدة، ولو لم يقع فعل الاتجار. كما يشمل التجريم أفعال الدعاية والإشهار ويستوي أن يكون ذلك بالنشر للجمهور عامة، أو لفئة معينة أو لأشخاص محددين، وذلك بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر أو الغرامة المبينة في القانون أو كلتا العقوبتين وتكون العقوبة بالغرامة في حالة النشر بكافة صورته².

وبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية، فإن التشريعات لم تحظر عمليات الاتجار بالأعضاء، إلى غاية صدور القانون الوطني لغرس الأعضاء لسنة 1984. غير أنه على المستوى الواقعي، ظل الاتجار بالجسم تجارة مربحة³.

وما يلاحظ على هذه القوانين السابقة الذكر أن السمة البارزة للقانون الفرنسي هو حزمه في معالجة الظاهرة الإجرامية المتمثلة في الاتجار بالأعضاء، وغلق كافة الأبواب المؤدية إليها، من وساطة، وسمسرة، ونشر وإشهار... إذ سخر عقوبة سبع سنوات والغرامة، وهي عقوبة ولا شك تؤدي دورها المنوط بها. أما التشريع الإيطالي رقم 592 لسنة 1967 والتشريع البريطاني الصادر في 1989 ومثله القانون الأمريكي فيلاحظ عليهم عدم الحزم في محاربة الظاهرة الإجرامية وذلك من خلال:

✓ عقوبة جنحية بسيطة تتمثل في الحبس من 3 أشهر إلى 12 أشهر.

✓ استعمال " أو " التخيرية في العقوبة بين الحبس والغرامة. وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى النتائج

التالية:

- عدم فعالية العقوبة وعدم تحقيقها للردع العام والخاص.
- إن هذه العقوبة البسيطة تؤدي دور سلبي عكسي في انتشار الظاهرة الإجرامية.

¹ - محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الجراحة، الطبعة الأولى، دراسة مقارنة، لا توجد دار النشر، 1994، ص.193.

² - « A person guilty of an offence under subsection (1) above is liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding three months or a fine not exceeding level (5) on the standard scale or both and a person guilty of an offence under subsection (2) above is liable on summary conviction to a fine not exceeding level (5) on that scale » Subsec (5) Sec (1) Human Organ Transplant Act, 1989.

³ - محمد حماد مرهج الهبيتي، المرجع السابق، ص.90-91.

• تفتشي ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية بدلالة الواقع الأمريكي والبريطاني وانتشار المنظمات الإجرامية الفاعلة في حقل المتاجرة بالإنسان وأعضائه.

أما قوانين الدول العربية فكذلك جرمت الاتجار بالأعضاء، فلقد نص القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 الخاص بتنظيم زرع الأعضاء البشرية في المادة 20 بأنه يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه كل من خالف أياً من أحكام المادة 6 بالإضافة إلى مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية المتحصلة من الجريمة أو الحكم بقيمته في حالة عدم ضبطه، وتشير الفقرة الثانية بأنه لا تزيد عقوبة السجن على سبع سنوات لكل من نقل أو زرع نسيجاً بالمخالفة لأحكام هذه المادة.

وتضيف الفقرة الثالثة بأن هذه الجريمة تكون من الجرائم الأصلية التي يعاقب على غسل الأموال المتحصلة منها وفقاً لأحكام قانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم 80 لسنة 2002. ويبدو جلياً أن المشرع المصري قد أدرك أخيراً خطورة ظاهرة الاتجار بالأعضاء فقد حظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو أنسجته على سبيل البيع والشراء، وهذا يدل على أن المشرع المصري يعاقب سواء بائع العضو أو المشتري، بالإضافة إلى مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية في حالة عدم ضبطها، وهو أو محمود من جانب التشريع المصري، ونظراً لما يتولد عن هذه التجارة غير المشروعة من مكاسب طائلة لمحترفيها مع إمكانية غسلها أو تبييضها، ولذا رصد المشرع لها أحكام قانون غسيل الأموال المصري الصادر بالقانون 80 لسنة 2002.

وعاقب القانون العراقي رقم 85 لسنة 1986 حيث نص في المادة الثالثة منه على تحريم بيع الأعضاء، وعاقبت المادة الرابعة بقولها: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة واحدة وبغرامة لا تزيد عن 1000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام هذا القانون.

كما عاقب المشرع الكويتي في المادة الخامسة من القانون رقم 7 لسنة 1983 في شأن عمليات نقل الكلى للمرضى "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى يعاقب كل مخالف لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، وبغرامة مالية لا تزيد عن ثلاث آلاف دينار كويتي أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وما يلاحظ على القانون العراقي والكويتي عدم جديتهما في معالجة الإخلال بالضوابط القانونية لعمليات زراعة الأعضاء، حيث يبينان الأحكام والشروط ثم يردفان ذلك بمادة واحدة شاملة لكل تلك المخالفات دون مراعاة الفوارق بين تلك الأحكام ودرجة خطورة كل منهما.

كما يؤخذ عليهما عدم دقة الأحكام الجزائية، وهذا ما يتعارض مع مبدأ الشرعية الذي يقتضي بيان الجرائم والعقوبات بشكل مفصل لتجنب القياس والتفسير الموسع. ومن هنا لزم بيان عقوبة مخالفة شرط المجانية، وقطع كافة أشكال الوساطة ووسائل الإشهار والنشر والدعاية للاتجار، وبيان العقوبات بشكل يتلاءم مع خطورة الظاهرة...

أما القانون المغربي المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها سابق الذكر فقد أورد نصوصاً جزائية لكل مخالفة حيث عاقبت المادة 30 على الاتجار بالأعضاء البشرية، أو التشهير لها بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 100000 درهم كما نص على عقوبات تكميلية وهي المنع عن ممارسة المهنة أو نشاط في الميدان الصحي لمدة من خمس وعشر سنوات أو مدى الحياة. ولم تبين قوانين المملكة الأردنية ولا الجمهورية التونسية عقوبات جزائية على مخالفة شرط المجانية، ويمكن عندئذ الرجوع إلى الأحكام العامة في قانون العقوبات كما هو الحال في مخالفة شرط الرضا.

وفي رأينا أن القواعد العامة لحماية الجسم البشري المتعلقة بجرائم الضرب والجرح والعاهة المستديمة وبتز الأعضاء والخصاء وغيرها لم تعد تفي بالغرض في مواجهة الزحف الذي نتج عن التطور الطبي، واستحل جميع عناصر الجسم، وأصبح وسيلة مادية تتقاذفه الأيدي وبضاعة رخيصة يباع ويشترى، لذلك فهيب بالقوانين الطبية تغطية هذا المجال ومواجهة جميع المخالفات التي استوت وأجمعت القوانين على حظرها وتزريمها وسد باب الاتجار بالأعضاء.

ولقد تفتن المشرع الجزائري لخطورة هذه الظاهرة عند التعديل الأخير لقانون العقوبات بالقانون 09-01 المعدل والمتمم. ومن خلال استقراء هذه النصوص يتبين أن المشرع وضع لمواجهة هذه الجريمة عقوبات وفق المنهجية - سابقة الذكر- عند الحديث عن العقوبات المقررة للحصول على الأعضاء أو الخلايا أو الخلايا دون موافقة مسبقة...- وقد قرر المشرع عقوبات للاتجار بالعضو، وعقوبات للاتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم- عقوبات أصلية وتكميلية- وقسمها أيضاً إلى عقوبات للشخص الطبيعي ثم عقوبات تطبق على الشخص المعنوي وبيان ذلك ما يلي:

I. مسؤولية الشخص الطبيعي عن الاتجار بالأعضاء نيين فيما يلي العقوبات الأصلية ثم العقوبات التكميلية.

1. العقوبات الأصلية

نظراً لاستفحال هذه الجرائم أخذ المشرع الجزائري خطة في تجريم ومعاقة الاتجار بالأعضاء، بداية بالعضو البشري ثم عقوبة الاتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم، وكذا التستر على ذلك.

أ. الخاصة بالالتجار بالعضو البشري

يعاقب المشرع على الاتجار بالعضو البشري بالعقوبة الحبس من (3) ثلاثة سنوات إلى عشرة سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج وذلك لكل من يحصل على العضو البشري مقابل منفعة مالية أو أي منفعة مهما كانت طبيعتها. وتطبق ذات العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على العضو البشري من جسم شخص¹.

أ- وتشدّد الجريمة إلى جنائية إذا كان المجني عليه قاصراً أو مصاباً بإعاقة ذهنية.

أ- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.

ب- إذا ارتكبت الجريمة من أكثر من شخص.

ت- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح والتهديد باستعماله.

ث- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية².

ب. العقوبات الأصلية الخاصة بالالتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم

يعاقب المشرع على انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو بجمع مواد الجسم بعقوبة الحبس من 1 سنة إلى 5 خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل قام بهذا العمل بمقابل مالي أو مقابل أي منفعة مهما كانت طبيعتها ويعاقب كذلك على مجر التسهيل أو التشجيع على انتزاعها بذات العقوبة³.

وتشدّد العقوبة إلى جنحة مغلظة بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشر (15) سنة والغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج في حالة توافر الظروف المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20 فقرة 2.

ويعاقب المشرع على الشروع في هذه الجريمة وهو ما يؤخذ من نص المادة 303 مكرر 27 حيث أشارت إلى أنه يعاقب على الشروع في الجرح المنصوص عليها في هذا القسم، على اعتبار أن الشروع معاقب عليه في الجنايات بصورة تلقائية أما الجرح فنص صريح ولا يعاقب عليه في المخالفات.

¹ - المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري

² - المادة 303 مكرر 20 فقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري

³ - المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات الجزائري.

ج. العقوبات الأصلية الخاصة بجريمة التستر على الاتجار بالأعضاء

جرم المشرع مجرد التستر على الاتجار بالأعضاء ولو كان المتستر من الأشخاص المزمين بكتمان السر المهني،¹ بحيث لم يبلغ السلطات المختصة فيعاقب بالحبس من 1 سنة إلى 5 خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج واستثنت المادة من العقاب إذا كان المتستر من أقارب الفاعل بشرطين اثنين:

- أن يكون الشخص من أقارب الفاعل أو حواشيه أو أصهاره إلى غاية الدرجة الرابعة
- ألا يكون المحني عليه قاصر لم يبلغ سنه 13 ثلاثة عشر سنة.²

وباستقراء هذه النصوص والتي تعطي انطبعا أولياً بأن المشرع يسلك مسلكا لا هوادة ولا لين فيه لمحاربة الاتجار بالأعضاء سواء عن طريق البيع أو الشراء أو مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، أو السعي لذلك أو الغرض بكافة أشكاله وكذلك أعمال الوساطة قصد التشجيع أو التسهيل، وكافة صور النشاطات أو الممارسات غير المشروعة لسد كل ثغرة أمام الاتجار بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم. كما أن النصوص تبدو ملائمة للمقصد التشريعي حيث قرر عقوبات جنحية مغلظة، من 3 إلى 10 سنوات في الاتجار بالعضو مع الغرامة دون نسيان حالات التشديد التي تتحول فيها العقوبة إلى جنائية، والعقوبة من 1 سنة إلى 5 سنوات في الاتجار بالأنسجة والخلايا وفي حالات التشديد من 5 إلى 15 سنة مع الغرامة. كما عاقب المشرع على مجرد التستر على مثل هذه الجرائم.

د. حالات الإعفاء والتخفيف

من فحوى المادة 303 مكرر 24 التي جاءت تنص على حالات الإعفاء من العقوبة بقولها: "يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الاتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها". وبمفهوم المخالفة فأن البدء في التنفيذ أو الشروع معاقب عليه. وتشير المادة التي بعدها على تخفيف العقوبة إلى النصف في حالة التبليغ عن الجريمة بعد انتهاء تنفيذها أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية، أو إذا مكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة.

¹ - نص المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب في المواد من 36 إلى 41 على السر المهني:

المادة 36: "يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك" المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 6 يوليوز سنة 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

² - المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات الجزائري.

ويثار التساؤل حول تطبيق حالات الإعفاء والتخفيف على جريمة انتزاع الأعضاء أو الأنسجة... مع الإخلال بشرط الرضاء.

إن المشرع عندما سمى هذا القسم بالاتجار بالأعضاء قصد به جميع النصوص المتعلقة بهذا القسم ومن ضمنها جريمة انتزاع الأعضاء أو الأنسجة بدون إبداء الموافقة المقررة قانوناً، وبالتالي تطبق حالات الإعفاء والتخفيف عليها.

2. العقوبات التكميلية

نصت المادة 303 مكرر 22 على تطبيق عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات.

وتنص المادة 303 مكرر 23 بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب هذه الجرائم من الإقامة في التراب الوطني إما نهائياً أو لمدة 10 عشر سنوات على الأكثر.

II. المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن الاتجار بالأعضاء

تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات المقررة للشخص المعنوي. هذا ويشترط في مثل هذه العمليات الطبية ضرورة توافر التخصص الطبي إضافة إلى التخصص الهيكلي لما يوفره هذا الشرط من ضمانات قانونية.

الفرع الثالث

التخصص الطبي والهيكلي وما يوفره من حماية جنائية

من الشروط التي يستوجبها قانون نقل الأعضاء شرط التخصص الطبي وضرورة حصول الهياكل الاستشفائية على الترخيص، وعليه نتناول فيما يلي شرط التخصص الطبي والهيكلي (أولاً) وما يوفره هذا الشرط من حماية جنائية (ثانياً).

أولاً: التخصص الطبي والهيكلي

يحول القانون ممارسة بعض الأعمال لفئة خاصة لها تكوين خاص، وفي مجال العمل الطبي بشكل عام، يشترط أن يكون الشخص القائم بالعمل الطبي، محول له قانوناً ممارسة هذا العمل. حيث نص القانون المصري رقم 415 لسنة 1954 المتعلق بمزاولة مهنة الطب المعدل، على أنه لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية، أو عيادة مرضية أو إجراء عملية جراحية... وبوجه عام مزاولة مهنة الطب، إلا لمن كان طبيباً مقيداً اسمه بسجل أطباء بوزارة الصحة¹.

¹ - سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص.15.

وفي مجال نقل وزرع الأعضاء نص المشرع المصري في القانون المتعلق بإعادة تنظيم بنوك العيون في المادة السادسة على الأطباء المرخص لهم بإجراء عمليات ترقيع القرنية، وبين الشروط والمؤهلات العلمية التي ينبغي أن تتوفر فيهم. ومثله القانون الجزائري حيث نص في المادة 197-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن يكون الطبيب حاصلاً لدبلوم العلوم الطبية، سواء من جامعات الجزائر أو من جامعات أجنبية معترف بها في الجزائر. وأضافت الفقرة الثانية لذات المادة بأنه يشترط عدم إصابة الممارس المرخص له قانوناً بمزاولة مهنة الطب بمرض أو عاهة لا تتفق ومزاولة المهنة، وألا يكون قد حكم عليه بعقوبة.

وبالإطلاع على المرسوم التنفيذي المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب،¹ الذي نص في المادة الأولى منه بأن أخلاقيات الطب تتضمن المبادئ والقواعد والأعراف التي يتعين على كل طبيب أو جراح مراعاتها في ممارسة مهنته. ويعني هذا أن الطبيب عند قيامه بنقل القرنية أو الكلى، عليه أن يكون مختصاً في طب الكلى أو طب العيون.

أما بنسبة للتخصص الهيكلي تنص القوانين على أن إجراء عملية اقتطاع الأعضاء يشترط أن يتم في مؤسسات مرخص لها بإجراء عمليات نقل الأعضاء. وبين القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 29 جويلية 1994 أن ممارسة نشاط زرع الأعضاء في المؤسسات الصحية المرخصة لهذه الغاية يكون ضمن الشروط المنصوص عليها بقانون المشافي في 31 جويلية 1991 حيث وضع هذا القانون نظام التراخيص لمزاولة نشاطات زرع الأعضاء.²

وتقتصر نشاطات زرع الأعضاء من الناحية العملية، وعلى الأقل بشكل رئيسي في مراكز المشافي الجامعية، ولكن يمكن لمؤسسات الصحة العامة أو الخاصة التي وقعت اتفاقاً مع هذه المشافي الحصول على ترخيص.³

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق 06 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقية الطب.

² - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 137.

³ - « Les transplantations d'organes sont effectuées dans les établissements de santé autorisés à cet effet dans des conditions prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII du présent code. Peuvent recevoir l'autorisation d'effectuer des transplantations d'organes les établissements qui sont autorisés à effectuer des prélèvements d'organes en application de l'article L. 671-12 et qui, en outre, assurent des activités d'enseignement médical et de recherche médicale dans les conditions prévues par les dispositions de l'ordonnance n° 58-1373 du 30 décembre 1958 relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale, ainsi que les établissements de santé liés par convention aux précédents dans le cadre du service public hospitalier ». Art L 671-16 Loi no 94-654.

وتشير المادة 1-1233 من قانون الصحة العامة على أن نزع الأعضاء لأغراض علاجية لا يمكن أن يكون إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها من السلطة الإدارية بعد إشعار وكالة الطب الحيوي لمدة 5 سنوات قابلة للتجديد¹.

ومن قوانين الدول العربية القانون اللبناني في المرسوم الإشتراعي 1984 المتعلق بأخذ الأنسجة والأعضاء في المادة الثالثة، بأنه لا يسمح بأخذ الكلية لغرض علاجي، إلا في مستشفيات أو المراكز الطبية التي يصنفها وزير الصحة والشؤون الاجتماعية من الفئة الأولى، بقرار يصدر بناء على اقتراح مدير عام الصحة.

ومن القوانين كذلك القانون المغربي رقم 98. 16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها في المادة 25. أما بالنسبة للقانون الجزائري لقد نص في المادة 167 من قانون الصحة على انه: "لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعوها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة".

وتطبيقاً لهذه المادة صدر القرار رقم 19 بتاريخ 19 مارس 1991 يتضمن أسماء المستشفيات المرخص لها قانوناً. وقد الغي هذا القرار عام 2002 وأصدر وزير الصحة قراراً جديداً في 2002/10/02 نص على أن انتزاع القرنية يكون في المراكز التالية:

- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى (الجزائر).
- المؤسسة الاستشفائية المخصصة للطب العيون (وهران).
- المركز الإستشفائي الجامعي ببني مسوس (الجزائر).
- المركز الإستشفائي الجامعي باب الوادي (الجزائر).
- المركز الإستشفائي الجامعي (عنابة).

أما بنسبة لزراع الكلى يتم انتزاعها وزرعها في:

- المؤسسة الاستشفائية المخصصة عيادة دقسي (قسنطينة).
- وبنسبة لزراع الكبد، فيتم في مركز بيار وماري كوري².

وتنص المادة 12 من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بأن التراخيص للمنشآت الخاصة بعمليات نقل الأعضاء البشرية، يستوجب ترخيص يصدر بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة

¹ - « Les prélèvements d'organes en vue de don à des fins thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative après avis de l'Agence de la biomédecine.

L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable ». Art, 1233-1. Code de la santé publique.

² - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، التطبيقات العملية...، المرجع السابق، ص. 231-232.

العليا لزرع الأعضاء. ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين في شأن ما تم إجراؤه من عمليات ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن، وما تستوجهه هذه العمليات من شفافية، فإذا توافرت هذه الاشتراطات تجدد التراخيص كل ثلاث سنوات مقابل رسم لا يجاوز عشرين ألف جنيه لكل ترخيص أو تجديد.

ثانياً: ما يوفره شرط التخصص الطبي والهيكلية من حماية جنائية

لا شك أن الطبيب يسأل جنائياً عن الأفعال التي يقوم بها ويحدث على أضرار نتيجة عدم اختصاصه، فترتب المسؤولية الجنائية عن عملية نقل الدم مثلاً حال كون الطبيب المسئول عن بنك الدم أو كل مهمة القيام بالفحص وهو يعلم أنها غير مجازة علمياً حيث أصيب الضحية بمرض الصغيرة المنقل إليه من المتبرعين فتكون بذلك قلة احتراز ونتيجة لمخالفة القوانين والأنظمة الطبية¹.

فمثلاً نصت المادة 24 من المرسوم اللبناني رقم 1658 تاريخ 1979/01/17 المعدلة بموجب القانون رقم 204 تاريخ 1994/03/02 في الفقرة الثانية منه بأن كل طبيب يدعي اختصاصاً معيناً غير مجاز له يحمل لقبه يعاقب بغرامة مالية من عشرة أضعاف إلى عشرين ضعف رسم الاشتراك السنوي في النقابة، وعند التكرار تضاعف العقوبة². وفي الفقرة الثالثة ذكرت المادة أن كل من يمارس مهنة الطب وهو غير طبيب يعاقب بغرامة مالية من عشرين ضعف إلى خمسين ضعف رسم الاشتراك السنوي في النقابة، وبالحبس من سنة إلى خمس سنوات وعند التكرار تضاعف هذه العقوبات، ولا يجوز منح الأسباب المخففة³.

كما تسأل المؤسسة عن مخالفة الضوابط القانونية في مجال نقل وزرع الأعضاء ولكن هل يعقل أن تترتب هذه المسؤولية والمؤسسة شخص معنوي مع العلم أن هذا يتعارض مع فكرة شخصية العقوبات؟

في الحقيقة بدت هذه الفكرة في البداية غريبة، ولكن اعترفت بها القوانين، فلم يكن قانون العقوبات الفرنسي ينص على ذلك في قانون 1810 أي لم يكن يعترف بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، ولم تجد لها مكاناً إلا في ظل قانون العقوبات، الصادر في 23 جويليه 1993 والذي دخل حيز التنفيذ في أول مارس 1994 في المادة 121 فقرة⁴.

¹ - (قرار لبناني رقم 96-96 تاريخ 1999/07/06 تمييز جزائي غرفة سادسة) مقتبس عن: محمد يوسف ياسين، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى قانوناً فقهاً واجتهاداً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص. 24.

² - محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص. 260.

³ - محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص. 260.

⁴ - طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص. 478.

ونص قانون العقوبات الأردني على المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، وذلك في المادة 74 فقرة 2 على أن الهيئات المعنوية مسئولة جزائياً عن أعمال مديريها وأعضاء إدارتها وممثليها وعمالها عندما يأتون أعمالاً باسمها أو باستعمال وسائلها. وتضيف الفقرة 3 على أن العقوبة لا تكون إلا بالغرامة أو المصادرة، وإذا كان القانون ينص على عقوبة أصلية غير الغرامة، أستعيض بالغرامة عن العقوبة المذكورة¹.

وفي إطار المسؤولية الجنائية عن مخالفة شرط التخصص الهيكلي، لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء، فإن المؤسسات غير المرخص لها قانوناً بإجراء هذه العمليات تعاقب بعقوبات جزائية وإدارية ومهنية.

فبالنسبة للقانون الفرنسي 29 جويلية 1994 عاقب الطبيب عن إجراء اقتطاع أو زرع الأعضاء في مؤسسات لم تحصل على تراخيص. وكذلك عند خرق شروط التراخيص بالحبس مدة سنتين والغرامة 30000 أورو².

وبالإضافة إلى ذلك يتعرض الطبيب للحظر المهني الذي يمكن أن تصل إلى عشر سنوات، ضد الأشخاص الذين يقومون باقتطاع الأعضاء في مؤسسات لم يمنحها القانون الحق في إجراء هذه العمليات.

أما بالنسبة للمؤسسات الاستشفائية، فهي باعتبارها أشخاص معنوية تترتب عليها المسؤولية الجنائية، حال مخالفتها الضوابط المتعلقة بنقل الأعضاء، بما في ذلك عمليات النقل والزرع بدون ترخيص³.

¹ - موفق علي عبيد، المسؤولية الجنائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص.22.

² - «Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des greffes d'organes, à des prélèvements de tissus ou de cellules, à des greffes de tissus ou à des administrations de préparations de thérapie cellulaire, à la conservation ou à la transformation de tissus ou de préparations de thérapie cellulaire dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 1233-1, L. 1234-2, L. 1242-1, L. 1243-2 ou L. 1243-6 du code de la santé publique, ou après le retrait ou la suspension de cette autorisation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende». Art. 511-7 code pénale ; L 674-6 Loi no 94-654.

³ - « Toute violation constatée dans un établissement ou un organisme, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives. et réglementaires relatives aux prélèvements et aux transplantations d'organes, aux prélèvements, à la conservation et à l'utilisation de tissus ou aux greffes de tissus ou de cellules du corps humain entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues aux articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10, L. 672-13 et L673-5.

Le retrait de l'autorisation est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation. Le retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou l'organisme concerné et précisant les griefs. En cas d'urgence tenant à la sécurité des personnes faisant l'objet des activités en cause, une suspension provisoire peut être prononcée à titre conservatoire.

La décision de retrait est publiée au journal officiel de la République française.

ومن القوانين العربية التي أولت حماية جنائية لضمان احترام شرط إجراء هذه العمليات في مستشفيات مرخص لها، القانون المغربي رقم 98. 16 سابق الذكر، حيث جاء في المادة 31 من قانون المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعقوبات، تتمثل في الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 500.000 درهم لكل من يقوم بعملية أخذ عضو بشري في مكان غير المستشفيات العمومية المعتمدة خرقاً لأحكام المادة 16 ويعاقب بنفس العقوبة لو قام بعملية الزرع في غير المستشفيات العمومية المعتمدة وبالنسبة لعمليات القرنية أو أعضاء قابلة للخلفة بشكل طبيعي، يعاقب القائم بذلك، حال قيامه بالعملية في مراكز استشفائية خاصة غير مختصة.

هذا وأن المشرع المغربي سابق الذكر اقر نفس العقوبة للطبيب مدير المؤسسة إذا تم ارتكاب المخالفة داخل مصلحة أو مركز استشفائي خاص.

أما القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 سابق الذكر فقد نص في المادة 18 " دون الإخلال بالعقوبات المقررة في المادتين 17، 19 من هذا القانون يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه كل من أجرى عملية من عمليات النقل أو الزرع في غير المنشآت الطبية المرخص لها مع علمه بذلك، فإذا ترتب على الفعل وفاة المتبرع أو المتلقي تكون العقوبة السجن المؤبد.

ويعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة المدير المسئول عن الإدارة الفعلية للمنشأة الطبية في الأماكن غير المرخص لها التي تجرى فيها أية عملية من عمليات نقل الأعضاء البشرية أو جزء منها أو نسيج بشري مع علمه بذلك ".

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على شرط التخصص الطبي في المادة 214 من قانون حماية الصحة وترقيتها بأنه: " يعد ممارسة الطب وجراحة الأسنان والصيدلة ممارسة غير مشروعة... كل شخص يمارس عمل الطبيب أو جراح أسنان دون أن تتوفر فيه الشروط المحددة في المادة 197 من هذا القانون أو خلال مدة المنع... " تحت طائلة العقاب بالإحالة لنص المادة 243 من قانون العقوبات بقولها: " كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية... يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ".

En cas de retrait de l'autorisation prévue à l'article L. 673-5, la décision est prise après avis motivé de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prenatal ». Art. L 674-1 Loi no 94-654.

ونص المشرع الجزائري أخيراً على المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في المادة 51 مكرر من القانون رقم 04-15¹ المعدل للقانون العقوبات، ونص في المادة 18 مكرر على العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي في مواد الجنايات مثل الغرامة والحل والإغلاق، المنع من إبرام الصفقات، المنع المؤقت أو النهائي من ممارسة أي نشاط مهني أو اجتماعي، والمصادرة، نشر الحكم، الوضع تحت المراقبة القضائية، أما في مواد المخالفات نصت المادة 18 المكرر 1 على بعض العقوبات مثل المنع من تحرير الصكوك مع مراعاة حقوق الغير، المنع من ممارسة بعض الأنشطة المهنية أو الاجتماعية المتعلقة بمجال الجريمة.

كما نصت المادة 303 مكرر 26 " يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزئياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون. وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون".

ولم تقتصر تطبيقات التدخلات الطبية على عمليات نقل وزراعة الأعضاء فحسب بل أصبح يقدم الطب حلاً في مجال الإنجاب، عن طريق التلقيح الاصطناعي، ومن ثم ينبغي بيان هذا التدخل الطبي وأثره على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري.

المبحث الثاني

التلقيح الاصطناعي وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان

لما كان الإنجاب غريزة فطرية لا يمكن الاستغناء عنها كونه يحقق استمرار الأسرة و يحافظ عليها كمؤسسة اجتماعية، تتشكل وفقاً لطبيعتها من الزوجين والأولاد بصفة أساسية، فإن فشل الأزواج في تحصيل الذرية لمانع في أحد الزوجين - سواء الرجل أو المرأة - أو كلاهما يؤدي بالضرورة إلى مشاكل وهواجس تهدد الحياة الزوجية واستقرارها، ويلقي بظلاله وأثاره النفسية والصحية والاجتماعية عليها. ويعد في بعض المجتمعات خاصة النامية وجه من أوجه النقص التي تلحق بالشخصية سواء بالنسبة للرجل أو المرأة. وقد أتى في نصوص القرآن تسمية هذا المانع بالعقم، قال تعالى: ﴿لله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور، أو يزوجهم ذكراً وإناثاً ويجعل من يشاء عقيماً إنه عليم قدير﴾².

¹ - القانون رقم 04-15 المؤرخ في 27 رمضان عام 1425 الموافق لـ 10 نوفمبر سنة 2004 المعدل للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 71 لسنة 2004.

² - سورة الشورى، الآيتان 49-50.

ويختلف العقم عن التعقيم فالتعقيم هو "عملية جراحية ترمي إلى جعل الشخص ذكراً أو أنثى غير صالح للإنجاب". وكقاعدة عامة منع المشرع الجزائري التعقيم إذا تم اللجوء إليه بدون سبب مشروع، حيث تنص المادة 33 من مدونة أخلاقيات الطب بالمرسوم 92-276 على أنه: "لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون". أما العقم هو "عدم القدرة على الإنجاب بالطرق الطبيعية"¹.

ونظراً لهذه المشكلة العويصة بدأ الطب يساعد على حل المشكلة بجدارة وجددية، ولم تقف عجلته عن التقدم في هذا المجال كما في غيره من المجالات الأخرى. فقد شهد تطوراً كبيراً في التشخيص ووسائله، وفي العلاج وطرقه وموادّه، سواء كان العلاج تدخلاً جراحياً لإزالة العقبة أو معالجة وضع أو مرض كان يحول دون أتمام عملية الإخصاب، أو كان هذا العلاج دواءً ينشط ويساعد على الإخصاب أو يعالج التهاباً أو عقبة طبيعية غير عادية تحول دونه.

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

إلا أنه ومنذ عام 1791 دخلت المساعدة الطبية على الإنجاب منعطفاً مهماً عندما ظهرت أولى عمليات ما يسمى (بالإخصاب الصناعي) كوسيلة فعالة لتكوين الجنين في حالة فشل الطرق العادية الأخرى للمساعدة الطبية، فكانت فاتحة عهد جديد من التدخل الطبي الحديث².

¹ - مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن والشرعية الإسلامية، بحث منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى "عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب" العدد الثاني، السنة، 1419 هـ - 1999 م ص. 177 و 181.

² - بحث الأقدمون احتمال وقوع حمل المرأة بغير ملامسة الرجال و في عام 1932م تنبأ الكاتب الإنجليزي هسكلي بميلاد طفل الأنبوب مؤكداً إمكانية الحفاظ على البويضة الملقحة "الأمشاج" خارج جسم الأم بفضل تقنية حديثة في درجة حرارة مثلى. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2007، ص. 118.

أما التلقيح الاصطناعي المستخدم في الحيوانات فموجود منذ القدم فيروى أن العرب عرفوه في القرن 14م إذ كان هناك شيخان يتنافسان في اقتناء الخيول الأصيلة، وكان أحدهما يفوق خصمه في كل سباق، فاغتاظ منافسه، فأوعز إلى بعض رجاله أن يلقحوا في جنح الليل فراس خصمه بالحيوان المنوي حصان من صعايبك الخيل. أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 52، 53.

وانتقلت إلى أوروبا في القرن 18م فكانت أولى المحاولات في التلقيح على الحيوانات في عام 1781م عن طريق البيولوجي الإيطالي Spallan Zoni أما التلقيح الاصطناعي للإنسان فلم يتوصل إليه العلماء إلا حديثاً وقد صدر تقرير عام 1941م تم فيه عمل إحصاء للأطفال المولودين بهذه الطريقة جاء فيه أن عددهم 3649 طفلاً... =

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

المطلب الأول

مفهوم التلقيح الاصطناعي

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

الفرع الأول

تعريف التلقيح الاصطناعي

التلقيح في اللغة من لقحت الناقة لقاحاً، وكذا الشجرة ولقح الفحل الناقة، ولقاحاً، قبلت اللقاح فهي لاقح، من لواقح وإلقاح النخلة تلقيحها لقحاً¹. واللواقح من الرياح التي تحمل الندى ثم تمجُّه في السحاب فإذا اجتمع في السحاب صار مطراً. قال تعالى: ﴿وَأرسلنا الرياح لواقح﴾². وأصل اللقاح في الإبل ثم استعير في النساء فيقال لقحت المرأة إذا حملت³.

يطلق التلقيح الاصطناعي اصطلاحياً على التقاء الحيوان المنوي ببويضة المرأة بطريقة صناعية أي بغير الاتصال الجنسي المباشر بغرض الحمل. وبناء على ذلك يطلق على وضع الحيوانات المنوية في الجهاز التناسلي للمرأة، أو إخصاب بويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي⁴. ويعرف بأنه: "إدخال مني رجل في رحم امرأة بطريقة آلية". والمراد بالإدخال أخذ السائل المنوي وإيصاله إلى الرحم سواء كان يتوسط ذلك وضعه في وعاء مختبري تلقح فيه بويضة المرأة بماء الرجل ثم إدخالها في رحم المرأة، أو قذف مني

...=كما ذكر الدكتور محمد علي البار أنه يوجد في مصر ما لا يقل عن 125 طفل ولدوا بهذه الطريقة حتى عام 1992م ودخلت

هذه التطبيقات حيز التنفيذ في مصر ابتداء من عام 1986. مقتبس عن: أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص. 55.

¹ - الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروزبادي الشيرازي الشافعي، "القاموس المحيط"، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار

الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ-1995م، ص. 232.

² - سورة الحجر، الآية. 22.

³ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 579.

⁴ - أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص. 59.

مباشرة في رحم امرأة بواسطة حقنة أو نحوها. ولفظ "الرجل" بالتنكير ليشمل الزوج بالنسبة لزوجته وغير الزوج بالنسبة لامرأة أخرى وكذلك لفظ "امرأة" فهو شامل للزوجة بالنسبة للزوج أو لغيرها.¹ أما الموقف التشريعي من تعريف التلقيح الاصطناعي فهناك من أعطى تعريفاً له وآثر البعض ترك هذه المهمة للفقهاء باعتباره أولى بالاختصاص، واقتصر البعض الآخر على ذكر الشروط.

ولم يضع المشرع المصري تعريفاً عاماً للإنجاب الاصطناعي، وعلى نهجه سارت غالبية التشريعات العربية وذلك لتخوفه من الوقوع في أحد الأمرين:

- عدم وضع تشريع دقيق منضبط للإنجاب الاصطناعي.
- حداثة هذه المسألة مما أدى إلى عدم اكتمالها لدى الفقهاء.

ونظراً لعدم وجود تعريف جامع اجتهد الفقهاء في مصر وقام بوضع تعريفات متعددة له حيث ينظر كل فقيه إلى الإنجاب الاصطناعي من زاوية خاصة به ومن أهم هذه التعريفات: "الإنجاب الاصطناعي" هو "عملية تجرى لعلاج حالات العقم عند المرأة وذلك بالتحقق من إدخال الحيوان المنوي الزوج إلى زوجته أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي"². ويرى البعض³ أن التلقيح الاصطناعي هو "وسيلة يتمكن الطبيب بمقتضاها من أخذ الحيوانات المنوية حية من الرجل وتوصيلها إلى بويضة الزوجة، حتى تتم عملية التلقيح والحمل داخل رحم الزوجة، و بعد اكتمال نمو الجنين تتم الولادة".

أما **أطفال الأنابيب**، فهي أن يأخذ الطبيب عينة من الحيوانات المنوية للرجل، كما تؤخذ بويضة من الزوجة، ويضعها في مكان يشبه الرحم تماماً في درجة الحرارة وجميع ظروفه، و بعد التأكد من إتمام عملية التلقيح، تزرع البويضة الملقحة داخل رحم هذه الزوجة حتى يكتمل نمو الجنين وتتم عملية الولادة⁴. ونجد البعض⁵ عند تعريفه للتلقيح الاصطناعي يصف العملية التي يتم بها هذا الأخير فهو أن تأخذ الحيوان المنوي وتزرع في مهبل الزوجة، وهو نفس الذي يحصل في حالة المباشرة الطبيعية بين

¹ - علي محي الدين القره داغي، علي يوسف الحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2006، ص.564.565.

² - De Gooman - van Kan (A.M), L'insémination artificielle, Recommandation du conseil de l'Europe et perspectives de réglementation belge, (étude de droit comparé), J.T. 1981, pp.369-381.

مقتبس عن: أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.138.

³ - سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، دار شنتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص.18.

⁴ - حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الآفاق العربية، لا توجد بلد النشر، 2001، ص.374.

⁵ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي، (أطفال الأنابيب)، الطبعة الأولى، المجلد الأول، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009، ص.41؛ سعدي إسماعيل البرزنجي، المرجع السابق، ص.18.

الزوجين لا فرق سوى الاستعاضة عن عضو الذكورة بمزرققة تزرع بها نطفة الزوج في الموقع المناسب من مهبل الزوجة أمام العنق¹.

ولم يتخوف المشرع الفرنسي من وضع تعريف للتلقيح الاصطناعي وإن كان اللفظ مختلف حيث استخدم لفظ "المساعدة الطبية" وذلك في القانون المتعلق باستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية للإنجاب الاصطناعي الصادر في 29 جويلية 1994 المعدل لقانون الصحة العامة حيث تنص المادة 1-152 منه بأن " المساعدة الطبية على الإنجاب كل تصرف سريري أو حيوي يسمح بالحمل ضمن مخبر، نقل الجنين، التلقيح الاصطناعي وكذلك كل وسيلة تتمتع بنفس الأثر وتسمح بالإنجاب خارج السياق الطبيعي"².

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد عبر عنه في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة³ بلفظ التلقيح الاصطناعي ولم يأت على تعريفه بل اكتفى ببيان شروطه التي سنأتي على بيانها لاحقا⁴. ومن خلال تعديل قانون الأسرة تبين أن المشرع قد اختار أن يساير العصر وأن يستفيد من التقنيات الجديدة المعاصرة، وأن يجد حلا لمعضلة عسر الإنجاب لدى عدد لا بأس به من الأزواج فقرر اعتماد التلقيح الاصطناعي كوسيلة من وسائل وطرق إثبات النسب كلما توفرت الشروط⁵. ولاستجلاء التعريف أكثر يجدر بنا التعرف على أنواعه.

الفرع الثاني

أنواع التلقيح الاصطناعي

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

¹ - حسيبي هيكال، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2007، ص.118.

² - « L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel ». Art. L. 152-1. Loi no 94-654.

³ - الأمر 02-05 المؤرخ في 27 يوليو 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 الصادر في 11/11/1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

⁴ - أنظر الصفحة 207 وما بعدها من هذه الرسالة.

⁵ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص.103.

أولاً: التلقيح الاصطناعي الداخلي

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

I. المقصود بالتلقيح الاصطناعي الداخلي.

يقصد بالتلقيح الداخلي عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها أو لأحد الأغيار في المكان المناسب في المهبل، يستوي أن يكون السائل المنوي طازج Fraïس أو مجمد¹ Congelé و إن كان النوع الأول يفضله الأطباء عملاً لأن معدل نجاحه يكون أعلى مما لو استخدم سائل منوي مجمد. كما أن استخدامه يثير قانوناً و عملاً بعض المشاكل².

II. صور التلقيح الاصطناعي الداخلي

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

¹ - وهي عملية حفظ و خزن للأجنة والأحياء التناسلية الأخرى تحت درجة تقرب من 100 درجة مئوية تحت الصفر، وغاز النيتروجين المسيل، يضمن حفظ الجنين و بدورها تحفظ الحياة لبويضة مخصبة لأشهر بل لسنوات تكون خلالها محفوظة بأمان لتزرع في وقت لاحق في رحم الوالدة فينمو طفلاً بعد إن كان خلية مجمدة، وبالفعل فقد تحققت عدة ولادات طبيعية لأجنة كانت مجمدة لفترات متباينة ففي عام 1984 أعلن في مدينة ملبرون باستراليا عن مولد طفل أنابيب في العالم بعد أن كان جنيناً مجمداً لمدة شهرين وذلك بمساعدة المركز الطبي للمدينة، ولم تقتصر عمليات التجميد على مجرد الأجنة بل تعدى ذلك إلى باقي الخلايا التناسلية كالحيمين والبويضة بصورة منفصلة، ففي استراليا نفسها، تم في سنة 1985 بمدينة أدوليد إخصاب بويضة بعد أن تم تجميدها سابقاً. سعدى اسماعيل البرزنجي، المرجع السابق، ص.81.80.

² - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الاصطناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2008، ص. 21.

الأسباب الداعية إلى التلقيح الاصطناعي الداخلي:

أ- ضعف الحيوانات المنوية لدى الزوج فيجمع المني ويركز ويتم إدخاله إلى داخل الرحم في فترة الإخصاب لدى الزوجة.

ب- إذا كانت حموضة المهبل تقتل الحيوانات المنوية للزوج بصورة غير اعتيادية.

ج- إذا كان هناك تضاد مناعي بين خلايا الزوج والزوجة.

د- إذا أصيب الزوج بالإنزال السريع أو العنة (عدم القدرة على الإيلاج).

هـ- إذا كانت إفرازات عنق الرحم تعيق ولوج الحيوانات المنوية.

و- إذا أصيب الزوج بمرض حبيث (سرطان) ويستدعي ذلك العلاج بالأشعة والعقاقير التي تؤدي إلى العقم، فتؤخذ دفعات من المني وتُحفظ ثم تلقح الزوجة في الوقت المناسب. التلقيح الاصطناعي، بحث منشور على الإنترنت على موقع دار الغزالي، تاريخ الاطلاع:

<http://www.alghazali.ps/?page> 2009/8/27 الموقع:

1. الصورة الأولى: التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين

هو التلقيح عن طريق نقل الحيوان المنوي الزوج إلى زوجته وهو عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق نقل السائل المنوي لزوجها إلى رحمها. ويساعد هذا النوع من التلقيح على الإتحاد الطبيعي بين البويضة والسائل المنوي، ويمكن تشبيه هذا النوع بالتلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين¹ ويتخذ التلقيح الداخلي بين الزوجين ثلاث حالات هي:

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

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

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

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

ج. الحالة الثالثة: التلقيح الاصطناعي الداخلي للزوج المسافر والمسجون.

يتم الالتجاء إلى التلقيح الاصطناعي إذا كان الزوج محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدى مما يجعل معه أن يفقد المحكوم عليه أو زوجته القدرة على الإنجاب. فالإنجاب من الحقوق الشخصية التي نصت عليها المواثيق الدولية، وبعض الدساتير والقوانين الحديثة فلا يجوز حرمان المحكوم عليه من حقه في الإنجاب؛ لأن ذلك يؤدي إلى الزيادة في جسامه هذه العقوبة، وهو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات².

2. الصورة الثانية: التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير

يقصد به استدخال ماء رجل إلى بوق رحم امرأة أجنبية عنه قد تكون زوجة أو أرملة لرجل آخر، وقد تكون مطلقة صاحب الماء، وقد تكون بكرة، أو باستعمال بويضة غير الزوجة أو بويضة ملقحة من متبرعين. وسنبين هذه الحالات بالتفصيل.

¹ - ياسر حسين عطيبة، نقل و زراعة الأعضاء بين التجريم والإباحة، دراسة مقارنة، بين الشريعة الإسلامية و القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ص.250.

² - مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.196.

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

في هذه الحالة يؤخذ الحيوان المنوي من مانح بمقابل مادي أو بغير مقابل، ويحفظ في ثلاجات خاصة بواسطة التروحين السائل عند درجة 180° مئوية تحت الصفر وذلك بعد فحص المانح، للتأكد من خلوه من الأمراض الجنسية كالإيدز والزهري وغيرها ويعطى ذلك الحيوان المنوي بعد تصفيته وتبويبه للنساء اللائي يرغبن في الإنجاب¹.

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

يتم بتلقيح ماء رجل غريب عنها، وفي اليوم الخامس يتم غسل الرحم، وإذا تم العثور على البويضة الملقحة تأخذ وتغرز في رحم الزوجة العاقر².

ت- الحالة الثالثة: التلقيح الاصطناعي الداخلي بالحيوان المنوي رجل و بويضة امرأة غير الزوج و الزوجة

يتم بتلقيح امرأة متبرعة بماء رجل متبرع، وفي اليوم الخامس يتم غسل الرحم، وتأخذ البويضة الملقحة وتغرز في رحم الزوجة العاقر³.

ث- الحالة الرابعة: التلقيح الاصطناعي الداخلي لامرأة غير متزوجة

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

ثانياً: التلقيح الاصطناعي الخارجي "طفل الأنبوب"

يتعين بيان المقصود بالتلقيح الصناعي الخارجي، أو كما يسمى " أطفال الأنبوب " ثم بيان صورته

فيما يلي:

I. المقصود بالتلقيح الاصطناعي الخارجي

هو الذي يتم فيه تلقيح بويضة المرأة بماء الذكر خارج جهازها التناسلي فإذا ما تم التلقيح أعيدت البيضات الملقحة إلى رحم المرأة⁴.

¹ - حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.135.

² - حسيني محمود عبد الدائم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر و الإباحة، درا الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.14.

³ - نفس المرجع، ص.18.

⁴ - أحمد محمد لطفى أحمد، المرجع السابق، ص. 113.

الأسباب الداعية إلى التلقيح الاصطناعي الخارجي:

أ - قفل أو إصابة الأنبوب في الجهتين وفشل محاولة إصلاحها جراحياً، وهذا أهم الأسباب.

ب - حدوث انتباز في بطانة الرحم.

ج - حدوث تضاد مناعي في جهاز المرأة التناسلي (الزوجة).

وظهرت أول النتائج والآثار عن استخدام هذه الطريقة بنجاح هذه العملية وظهور الطفلة البريطانية لوزا براون يوم 25 جويلية 1978 في مستشفى أولد هام بواسطة الطبيب باتريك ستيتو و الفزيولوجي روبرت ادواردز¹.

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

1. الصورة الأولى: التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين

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

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

وهنا يكون الحيوان المنوي للزوج والبويضات الأنثوية لزوجته ويتم تركهما معاً في وسط ملائم حتى يتم الإخصاب، ثم تزرع البويضة المخصبة داخل رحم الزوجة لتعلق في جداره و تنمو².

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

هو استخدام الحيوانات المنوية للزوج بعد وفاته، إذ توصلت الدراسات العلمية إلى إمكانية تحميد تلك الخلايا الإنسانية لفترة معينة تسبق تحللها، وتبقى خلالها صالحة للإخصاب وهناك حالات يتم فيها التلقيح الخارجي ومن ثم الحمل بعد وفاة الزوج³.

2. الصورة الثانية: التلقيح الاصطناعي الخارجي بتدخل الغير

تقنية الإخصاب الخارجي خارج إطار العلاقة الزوجية لها حالات متعددة، والقاسم المشترك بين هذه الحالات جميعها هو عدم وجود عقد زواج يربط بين الرجل صاحب الحيوان المنوي والزوجة صاحبة البويضات. فالإخصاب هنا يكون بواسطة ماء أحد الأغيار متبرع للزوجين⁴، وتتمثل هذه الحالات في:

د - حدوث تضاد مناعي في جهاز الرجل التناسلي (الزوج).

هـ - عيوب شديدة في مني الزوج (قلة المني - قلة الحركة - كثرة الحيوانات المنوية الميتة... الخ).

و - أسباب مجهولة لدى الرجل أو لدى المرأة تسبب قلة الخصوبة.

ز - إفرازات عنق الرحم المعادية للحيوانات المنوية. التلقيح الاصطناعي، بحث منشور على الإنترنت على موقع دار الغزالي، تاريخ

الاطلاع 2009/8/27 الموقع: <http://www.alghazali.ps/?page>

¹ - مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي ...، المرجع السابق، ص. 201.

² - حسيني هيكل، المرجع السابق، ص. 263.

³ - مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي ...، المرجع السابق ص. 194.

⁴ - ياسر حسين عطيبة، المرجع السابق، ص. 262.

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

تم هذه الطريقة بالتلقيح خارج الرحم بويضة امرأة بالحيوان المنوي لشخص آخر غير زوجها يسمى المانح، يتم اختياره بناء على خصائص عضوية ونفسية معينة. فالزوج ليس لديه القدرة على الإخصاب، والولد في هذه الحالة يكون ابن حقيقي للأم فقط دون الأب الذي يقتصر دوره على إعطاء اسمه للولد، ليكون بذلك أباً اجتماعياً¹.

ب- الحالة الثانية: التلقيح الاصطناعي الخارجي ببويضة امرأة غير الزوجة

وهي أن يتم نقل نطفة الزوج ونقل بويضة من امرأة أجنبية أي ليست بزوجه، ثم يتم التلقيح الخارجي وبعدها تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة، وذلك لإصابة الزوجة بعاهة في المبيض فلا يقوم بتكوين البويضة.

ت- الحالة الثالثة: التلقيح الاصطناعي الخارجي بالحيوان المنوي رجل و بويضة امرأة غير الزوج و الزوجة

وتستخدم هذه الطريقة في حالة عقم الزوجين تماماً وهي تعتمد على انتزاع بويضة صالحة الإخصاب من مبيض امرأة غير الزوجة ثم تلقيح بالحيوان المنوي رجل آخر غير الزوج وتوضع في أنبوبة حتى تتم عملية التخصيب وتزرع بعد ذلك البويضة الملقحة في رحم الزوجة².

ث- الحالة الرابعة: التلقيح الاصطناعي الخارجي لامرأة غير متزوجة

والفرض هنا أن المرأة راغبة الإنجاب غير متزوجة، فتأخذ منها بويضة وحيوان منوي من متبرع ويتم تلقيحهما خارجياً وتزرع البويضة الملقحة في رحمها. وقد يكون المتبرع (الرجل) معلوم للمرأة غير المتزوجة أو غير معلوم لها، وترجع هذه الحالة إلى رغبة المرأة في الإنجاب مع عدم رغبتها في الزواج³.

ج- الحالة الخامسة: التلقيح الاصطناعي الخارجي في صورة استئجار الأرحام

يعتبر استئجار الأرحام أو ما يسمى الأم البديلة من ضمن التقنيات والوسائل المستحدثة في مجال الإنجاب الصناعي. فالرحم المستأجر يعني استخدام رحم امرأة لحمل لقيحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة أخرى- وغالباً ما يكونا زوجين- فتحمل الجنين ثم تلده ثم يتولى الزوجان رعاية ذلك المولود، ويكون ولداً قانونياً لهما⁴، ويمكن إجمال صور استئجار الأرحام⁵ في حالتين:

¹ - مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي ...، المرجع السابق، ص. 202.

² - حسيني هيكال، المرجع السابق، ص. 259.

³ - نفس المرجع، ص. 261.

⁴ - حسيني هيكال، المرجع السابق، ص. 341.

⁵ - ودوافع التلقيح الاصطناعي في صورة استئجار الأرحام ما يلي:

- تكون الزوجة غير قادرة على إنتاج البويضة ولا على حدوث الحمل في رحمها. لذا يلجأ إلى أخذ البويضة من المرأة ليتم تلقيحها صناعياً. بمبي الزوج ثم ترد اللقيحة إلى رحم المرأة وفي هذه الحالة تسمى المرأة المستأجرة **منتجة للبويضة** وحاملة لها حتى تلد الطفل الذي تعهدت بتسليمه إلى الزوجين المتعاقدين معها على الحمل لحسابها¹.
 - تكون فيها الزوجة قادرة على إنتاج البويضة ولكنها غير قادرة على حمل الجنين داخل رحمها لذا يتم تلقيح بويضتها بمبي الزوج خارج الرحم، وبعد تمام التلقيح تحقن داخل رحم الأم المستأجرة لتحمله وتلده ثم تتعهد بتسليمه إلى الزوجين المتعاقدين معها على الحمل لحسابهما وتعتبر المرأة المستأجرة في هذه الحالة **حاملة فقط**².
- وحاول فقهاء القانون تكييف العقد بين الأم المستأجرة والزوجين لأنه يقترب إلى حد ما مع عقود كثيرة من بينها عقد البيع وعقد الإيجار وعقد المقاولة إلا أن الاختلاف بين عقد استئجار الرحم وهذه العقود تنطلق من فكرة أن الإنسان لا يمكن أن يكون ضمن قائمة الأشياء كما هو في محل عقد البيع (شيء أو حق مالي آخر) وفي عقد الإيجار (الانتفاع بشيء لقاء أجر معلوم) وفي عقد المقاولة (صنع شيء أو القيام بعمل)³. وبعد بيان أنواع التلقيح وصوره وحالاته يثور التساؤل عن مدى مشروعية هذا التدخل الطبي؟

المطلب الثاني

مشروعية التلقيح الاصطناعي

تعد البويضة الملقحة من أهم المنتجات البشرية على الإطلاق وأكثرها خطورة وحساسية إذا ما أصبحت محلاً للممارسات الطبية والعلمية المستحدثة. فإن دراسة عمليات نقل هذه العناصر الآدمية بغرض التغلب على مشكلة العقم ربما لأغراض علمية وتجارية محضة ما يحقق الغاية من استعراض أهم الجوانب و المشكلات القانونية والأخلاقية التي تثيرها ولعل ذلك يرجع إلى ما تنطوي عليه هذه

- عقم المرأة لعدم خلق رحم فيها أو استئصاله أوبه عيوب أو نحو ذلك.
- لا يثبت الحمل حتى نهايته لمرض بها.
- الترفه بأن تفضل أن تبقى رشاقتها وحيويتها.

الحفاظ على مكائنها في المجتمع، كأن تكون صاحبة منصب مهم في المجتمع وغير ذلك من الأسباب. نايف بن عمار آل وقيان، استئجار الرحم- حقيقته- دوافعه- حكمه، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الاطلاع: 2009/8/31 ص. 20/5 الموقع:

<http://faculty.ksu.edu.sa/26616/DocLib1/%D8.doc>

¹ - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 353.

² - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 354.

³ - نفس المرجع، ص. 346-349.

الممارسات من اصطدام ومساس بأكثر الأمور حرمة وأشدّها حساسية لدى الفرد والمجتمع على حد سواء، وهي تلك التي تتعلق بالأعراض وقدسيّتها والأنساب وحرمتها وعدم جواز اختلاطها¹. ومن ثم يتوجب علينا التعرف على مشروعية مثل هذه التدخلات الطبية الحديثة قضاءاً وقانوناً (الفرع الأول) ومشروعيتها في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مشروعية التلقيح الاصطناعي في القضاء والقانون

نحاول في هذا الفرع بيان موقف كل القضاء والقانون المقارن (أولاً) ثم موقف المشرع الجزائري (ثانياً).

أولاً: موقف القضاء والقانون المقارنين

ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى القول بأن التلقيح الاصطناعي يعتبر إجراء غير أخلاقي يعطي للزوج حق طلب الانفصال الجسماني *La divorce* فقد قضت محكمة "بوردو" في سنة 1883² في قضية تتلخص وقائعها أن طبيباً رفع دعوى للمطالبة بأتعبه مقابل قيامه بإجراء عملية تلقيح صناعي عن طريق نقل مني الزوج إلى العضو التناسلي لزوجته، وكان الزوجان قد أقاما دعوى تعويض فرعية على أساس أن هذا التدخل لم يسفر عنه أي نتيجة. ورفضت المحكمة طلب الطبيب وقضت بعدم مشروعية هذه العملية لأنها تشكل خطراً اجتماعياً³.

وفي 28 ماي 1956 صدر قراراً من محكمة استئناف "ليون"⁴ أكدت فيه كراهة هذه الوسيلة للإنجاب، وقالت: "إن عجز الزوج جنسياً، لا يبرر إلحاح زوجته عليه باللجوء إلى تلقيحها منه صناعياً لإشباع غريزة الأمومة فيها؛ لأن موافقته على ذلك ضعف في طبعه، نشأ عنه قبوله بهذه الوسيلة المهينة لكرامته...".

ولقد أدانت أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية الفرنسية سائر الصور ومختلف الوسائل التي توصل إلى التلقيح، غير تلك الصورة الجائزة والمقبولة شرعاً وهي صورة تلقيح بويضة الزوجة والحيوان المنوي لزوجها، وكان ذلك بالقرار الذي اتخذته في مارس 1949 والذي جاء فيه: "إن هذا النوع من

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 233-234.

² - Trib. Civ. Bordeaux 27out 1983 Rev. Hest.Medfevrlre, 1955.p37

مقتبس عن: حسني هيكل، المرجع السابق، ص. 152 الهامش.2.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 139-140.

⁴ - Lyon, 28-5-1956, D.1956 p.646, note Berton.

مقتبس عن: حسني هيكل، المرجع السابق، ص. 152 الهامش.2.

التلقيح لمعالجة عقم الرجل يثير في الأسرة عقبات كبرى من النواحي الأخلاقية والاجتماعية، من شأنها أن تجعلنا نوصي بعدم اللجوء إليه، ولحاذيره النفسية العاجلة والآجلة...¹.

كما أدانه عدد كبير من الفقهاء لأسباب قانونية. لأن مثل هذا لإخصاب، عملية تزوير في صك الولادة وأن هذا التزوير سوف يستمر تحت غطاء قرينة شرعية.²

لقد جاءت تشريعات العلوم الإحيائية الفرنسية الصادرة عام 1994³ - سابقة الذكر- لتحدث ثورة تشريعية في مجال تقنين الممارسات البيوطبية الحديثة بالوجه عام، وما تعلق منها بالبويضات الملقحة على وجه الخصوص. والواقع أن هذه الثورة لم تأت وليدة العدم بل هي نتاج للمناقشات الفقهية الدعوية التي سادت الأوساط القانونية الفرنسية بكافة مستوياتها على مختلف أصعدتها وذلك منذ مطلع الثمانينات حيث ما انفك الفقه الفرنسي منذ ذلك الوقت يناقش ويجادل في مدى ضرورة مواكبة المشرع ما استحدثت من ممارسات طبية وعلمية تجرى ممارستها على أرض الواقع وتنال الجسم البشري في أدق مكوناته وأرقى عناصره.⁴

ولحسم النقاش نص المشرع الفرنسي على الإنجاب المساعد صحياً. وذلك بالقانون رقم 94-654 بتاريخ 29 جويلية 1994 والمتعلق بالتبرع والاستفادة من عناصر ومنتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية على الإنجاب والتشخيص قبل الولادة، في المواد 1-152 وما بعدها.⁵

ولقد منع القضاء الفرنسي فكرة استئجار البطون أو استئجار الأرحام في القضية عرضت على قضاء الدرجة الأولى والتي رفعتها مؤسسة Les Gigognes التي تأسست في ستراسبورغ عام 1985 وكانت تنشط في التوسط بين الأزواج الذين يعانون من العقم وبين النساء لديهن استعداد

¹ - مقتبس عن: منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 471.

² - نفس المرجع، ص. 471.

³ - Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal

⁴ - مهند صلاح أحمد فتحى العزة، المرجع السابق، ص. 300 - 303

⁵ - ومثال ذلك تشير المادة 152-2 من قانون 94-654 بأنه يمكن الاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب إذا تحققت الأهداف الطبية وباحترام الشروط المفروضة في القانون، ولا يمكن قبول الطلب العائلي لإحدى الأسر للاستفادة من المساعدة الطبية للإنجاب إلا إذا كانت تهدف لعلاج العقم، الذي تأكد طابعه المرضي، أو تجنب نقل مريض خطير جداً إلى الطفل.

ولا يمكن الاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب إلا لأسرة مؤلفة من رجل وامرأة على قيد الحياة، وفي سن الإنجاب وأن يتم إثبات العقم المرضي طبياً، ويجب أن يكونا متزوجين أو بإمكانهم إحضار الدليل على حياتهم المشتركة لمدة لا تقل عن سنتين.

« L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'entant d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination » Art. L 152-2. Loi no 94-654.

لتأجير أرحامهن، وقد أيدت محكمة الدرجة الأولى هذه المؤسسة وقضت بمشروعية عملها لكن محكمة الاستئناف Aix-En Provence قضت بعدم مشروعية نشاط التوسط لتأجير الأرحام¹. وفي قضية أخرى حاولت محكمة استئناف باريس في قررها صادر بتاريخ 15/5/1990² الاقرار بصحة تبني أطفال مولودين بهذه الطريقة (تأجير الرحم) مخالفة بذلك حكم محكمة باريس. وأسست محكمة الاستئناف قرارها على أن " الأمومة بالنيابة باعتبارها تعبيراً حراً عن الإرادة والمسؤولية الفردية للذين يتفقون عليها دون أية اهتمامات نفعية، يجب اعتبارها مشروعاً". ولكن محكمة النقض الفرنسية (C-Cassation) (الهيئة العامة) نقضت قرار محكمة استئناف باريس في قرار صادر لها في 31/5/1991³ وجاء في حيثياته " أن العقد الذي بواسطته تلتزم امرأة ولو تبرعاً أن يزرع في رحمها وأن تحمل جنيناً لأجل أن تتنازل عنه منذ ولادته يخالف مبدأ معصومية جسم الإنسان ومبدأ عدم إمكان المساس بالأحوال الشخصية". وتضيف أن هذا الإجراء يعتبر تحايلاً على نظام التبني. وأسست المحكمة قرارها على المواد (6، 1128، 353) من القانون المدني.

وفي قضية أخرى قضت محكمة استئناف بواتيه بالتبني البسيط لزوجة الأب من طفلة الناتجة عن الحمل بالإناثة وذلك في عام 1992، وطعن في القرار أمام محكمة النقض سنة 1994 الذي أكدت فيه على ما سبق أن قضت به من عدم شرعية الحمل بالإناثة، على أساس مخالفة للمواد السابقة الذكر من القانون المدني الفرنسي⁴.

وحسم القانون الفرنسي المسألة بنص المادة 16-7 من القانون المدني الفرنسي والمضافة بالقانون 94-653 التي نصت على عدم مشروعية استئجار الأرحام استناداً إلى عدم مشروعية المحل⁵، فأى اتفاق حول الإنجاب أو الحمل لصالح الغير يكون مرفوضاً.

وعلى نقيض توافر التنظيم السابق لوسائل الإخصاب الاصطناعي في التشريعات الفرنسية فقد بدأ القانون المصري حالياً كلية من أية نصوص تعالج تلك المستجدات الإنجابية، رغم أنها تشكل موضوعاً حيويًا وخطيراً لمساسها بقيم المجتمع الإسلامي ومفاهيمه الدينية، مما يستلزم تحديد ضوابطها، وتنوير أحكامها. وإلى أن يجيء الوقت الذي يصدر فيه المشرع المصري قانوناً ينظمها، وقيام هذا التشريع بإحاطة كل الجوانب المتعلقة بها، فإنه يعتد بأحكام الشريعة الإسلامية والقواعد العامة للقانون المصري لمواجهة

¹ - محكمة استئناف Aix-En Provence عام 1985. مقتبس عن: حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 366، 369.

² - قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 15/5/1990. مقتبس عن: سعدي إسماعيل البرزنجي، المرجع السابق، ص. 157.

³ - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 31/5/1991. مقتبس عن: سعدي إسماعيل البرزنجي، المرجع السابق، ص. 157.

⁴ - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1994. مقتبس عن: حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص. 192.

⁵ - « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Art 16-7, code civil.

هذا النقص التشريعي والتي لن يعتد بها من الناحية العملية؛ لأنه لا يمكن توقيع أية إجراءات جنائية بها لردع محاولة حرقها من جانب الطبيب، أو المريض على السواء. ونستشف موقف القانون المصري من حالات التلقيح الاصطناعي في ما يلي.

في إطار العلاقة بين الزوجين فالقانون لا يعول على اتصال الجنسي في حد ذاته، وإنما على نتيجة هذا الاتصال وهو الحمل. فمتى تم إدخال الحيوان المنوي للزوج في العضو التناسلي للزوجة بقصد علاجها، فإن التلقيح الاصطناعي الذي يحقق ذلك يعتبر مشروعاً، ويمكن تشبيهه بالتلقيح الناتج عن علاقة جنسية عادية بين الزوج وزوجته¹.

ولا بد من النص على ضوابط ونصوص معينة تحكم هذه التقنية، مع فرض عقوبة معينة يراها المشرع لمخالفة هذه الضوابط. فمختلف التجاوزات والرغبات لا يمكن تتبع مرتكبيها بالجزاءات الجنائية نظراً للفراغ التشريعي السابق، ولا يبقى سوى الجزء المدني الذي يمكن توقيعه على المسؤول الذي ألحق ضرراً بالغير تأسيساً على الاتفاق المبرم بينهما أو اعتماداً على مخالفة الواجبات القانونية السابقة. لذا فإنه يشترط للجوء إليها من وجهة نظر القانون المصري وفي ظل افتقاده لتنظيمها ذات شروط وضوابط المعتمدة شرعاً في سبيل تلك التقنيات التناسلية.

أما بالنسبة لموقف فقهاء القانون المصريين فأغلبهم يقولون بالمشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين، وأن الطفل المولود من هذه الطريقة، هو طفل شرعي مثله مثل أي طفل جاء نتيجة علاقة جنسية عادية بين الزوجين، ويكون له ما للأبناء الشرعيين من حقوق وواجبات².

وأكد جانب من الفقه المصري³ أنه إذا أخذ الحيوان المنوي للزوج برضاه الثابت قبل وفاته، ومات مصرراً على رغبته في الإنجاب، فإنه يكون للزوجة (الأرملة) الحق في إتمام مشروع الإنجاب، وذلك بأن يتم تلقيحها، دون موافقة ورثة زوجها؛ لأنها في هذه الحالة تكمل مشروع الإنجاب الذي بدأته برفقة زوجها قبل وفاته، وبالتالي ينسب المولود إليه، إذا تم العمل بالنجاح.

أما الاتجاه الرابع⁴ فيقول بعد الجواز لانقضاء عقد الزواج بوفاة الزوج، فلا يحق للزوجة - ولو وافق زوجها قبل وفاته على عملية التلقيح الصناعي - بمنيه عقب وفاته - أن تلحق نفسها بعد الوفاة؛ لأن

¹ - ياسر حسين حسين عطية، المرجع السابق، ص. 252-259.

² - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 60.

³ - توفيق حسن فرج، التنظيم القانوني لطفل الأنابيب، ندوة الجمعية المصرية للطب والقانون حول أطفال الأنابيب، الإسكندرية، مصر، 1985، ص. 95؛ شوقي زكريا الصالح، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة، لا توجد دار النشر، 2001، ص. 57؛ حسيني هيكل، المرجع السابق، ص. 210-211.

⁴ - حسيني هيكل، المرجع السابق، ص. 212؛ أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص. 105؛ طارق عبد المنعم محمد خلف، المرجع السابق، ص. 82.

العلاقة الزوجية قد انقضت بالوفاة، ولم يعد الزوج المتوفى صاحب حق أو صفة. وإقراره أو موافقته ليس لها أدنى أثر شأنه في ذلك مكن طلق زوجته طلاقاً بائناً فليس له أن يوافق على أن تحمل طليقته بمنية؛ إذ يعد هذا في حكم الزنا¹. ولم تعرض على قضاء المصري حالة صريحة بمناسبة الإخصاب الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير بين الزوجين، فذلك أمر مرفوض دينياً وأخلاقياً، ولم يقر الفقه المصري وسيلة التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير، حتى ولو كان الغرض منه علاجي، كما لا يعتد برضا الزوجين بإجراء هذا النوع من التلقيح لأنه رضاء غير صحيح.

ولقد أصدرت الندوة العلمية حول الأساليب العلمية والطبية الحديثة والقانون الجنائي التي عقدت بكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1994 توصيات تدين هذا النوع من التلقيح، وتطالب المشرع بسرعة التدخل التشريعي والنص على تجريمه حيث جاء بها "يعد غير مشروع التلقيح الذي يجري خارج نطاق العلاقة بين الزوجين أياً كان الأسلوب الذي أستعمل في إجراءاته، ويحدد القانون العقوبة المقررة، وتوقع هذه العقوبة على كل من اشترك في إجراءه، والطفل الذي يولد من التلقيح الاصطناعي الذي جرى في غير نطاق العلاقة بين الزوجين، يعتبر طفلاً غير شرعي، وتطبق عليه الأحكام التي يقرها القانون للأبناء غير الشرعيين". وبعد التعرف على موقف القضاء والقانون المقارنين يثور التساؤل عن موقف المشرع الجزائري إزاء التطور الحاصل في هذا التدخل الطبي؟

ثانياً: موقف القانون الجزائري

لقد اعترف المشرع الجزائري بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية للإنباب مؤخراً في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 بتاريخ 2005/2/27 وسوف نتطرق إلى موقف أو مسلك المشرع قبل تعديل 05-02 ثم بمقتضى هذا التعديل فيما يلي:

I. مسلك المشرع الجزائري قبل تعديل 05-02.

أن التطور الطبي لم يشمل تأثيره اختلافه عن الأطر التقليدية للممارسة العمل الطبي فحسب بل أن هذا التطور لم يكن بمعزل عن الإطار القانوني نظراً لتشعب المواد القانونية، فإنه يمكن حصر هذا التأثير على القوانين الأشد تأثراً وهو قانون الأسرة. على اعتبار أن لعمليات التلقيح الاصطناعي أثر بشكل مباشر على مسألة الزواج والبنوة³.

¹ - حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.212.

² - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 15 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

³ - ماروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.214.

يعتبر الزواج هو الوسيلة الطبيعية للإنجاب، وهو أساس النظام الاجتماعي كما جاء في المادة 04 من قانون الأسرة، كما نظم قانون الأسرة ثبوت النسب الشرعي بناءً على وجود الزوجية بنص المادة 40 و 41 من قانون الأسرة، حيث جاء في المادة 40 في فقرتها الأولى: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون". وتنص المادة 41 على أنه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

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

II. مسلك القانون الجزائري بمقتضى تعديل 05-02

إن المشرع الجزائري أورد عبارة " أمكن الاتصال " في المادة 41 من قانون الأسرة، ولا يعني ذلك أن المشرع اشترط حدوث الاتصال الجنسي بل هي طريقة من طرق استلحاق نسب الولد بأبيه، وهي لا تنفي وجود وسائل أخرى للحمل في غير التلقيح الطبيعي كالوسائل الحديثة. ولا يشترط القانون ولا الفقه الإسلامي ضرورة الاتصال الجنسي حتى يستطيع الابن التمتع بنسب أبيه فالعبرة هي بحمل المرأة من مبي زوجها بصرف النظر عن الطريقة التي تم بها الحمل والذي على أساسه أبيحت بعض أساليب التلقيح الاصطناعي الذي أحازه المشرع الجزائري صراحة بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".

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

وهل أنه يتم إجراؤه بمجرد تأمين المبلغ المطلوب والاتفاق مع الطبيب أم لابد من إجراءات تتبع في ذلك كضرورة المرور على لجنة طبية الأمر الذي يضمن حقوق المواطنين وتفادي التلاعب والنصب عليهم كما في حالة انعدام الحيوانات المنوية لدى الزوج تماماً لاسيما أنهم ملزمون ببذل عناية لا بتحقيق

نتائجه وهي حصول الحمل ؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى السهر على ضمان احترام الشروط الشرعية فلا تلقح المرأة بماء رجل أجنبي عنها.

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

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

الفرع الثاني

مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي

إن موضوع التلقيح الاصطناعي موضوع جديد ولم يطرقه أحد من فقهاء السلف ولهذا كان من الصعوبة بمكان البت فيه بحكم قاطع جازم، إلا أن الخوض في البحث فيه بالاعتماد على مصادر الشريعة وقواعدها أمر مطلوب، بل إن الخوض فيه أصبح واجباً بعدما تم إحرازه من تقدم كبير في بحوثه لدى الطب الحديث، والحل الأمثل أن يجري البحث فيه من قبل جماعة من أصحاب الاختصاص في الطب والشرع من المأمونين في دينهم، ثم يعمل فيه بما ينتهون إليه من الحكم¹.

إن الحديث عن الحكم الشرعي لهذا الموضوع يأتي كضرورة؛ لأن الاكتشافات والتجارب العلمية الحديثة جعلت مسؤولية المرء عن جهازه التناسلي تتسع يوماً بعد يوم، متجاوزة دائرة الوطاء الحلال، وعدم الوقوع في الفاحشة. وأضحى الرجل مسؤولاً عن قطرة المني التي تخرج منه وكذلك المرأة عن البويضة التي تخرج منها. أين يوضعان ؟ وما مصيرهما ؟ وهل التسامح وحسن النية أمر يرضاه الشرع لمن يذهب إلى مختبر التحاليل لتحليل مائه، ثم يخرج دون معرفة مصير ذلك².

ولهذه المخاذير يجدر بنا البحث في الحكم الشرعي لهذا الموضوع وفق المنهجية التي اخترناها عند تقسيم صور التلقيح الاصطناعي أو أنواعه. لأن حكمه ليس على وتيرة واحدة إذ تتعدد الأحكام بالنظر

¹ - ماهر حامد الحولي، الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي في أطفال الأنابيب، بحث مقدم في اليوم الدراسي المنعقد في الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة والقانون المعنون بعنوان " التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب بين العلم والفقه" المنعقد بتاريخ الثلاثاء 21 ديسمبر 2004 ص. 158-159.

² - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 127.

لتعدد الصور وما تؤدي إليه كل صورة من نتائج مختلفة قد توافق القواعد الكلية للشريعة الإسلامية و مقاصدها أو تخالفها. والبداية بمشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي (أولاً) ثم مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي (ثانياً).

أولاً: مشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي

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

I. مشروعية التلقيح الداخلي بين الزوجين

اختلف الفقهاء إلى اتجاهين، حيث يرى الاتجاه الأول بالمنع وذلك للحجج التالية:

1. قيل إن التلقيح الصناعي يعتبر حرقاً لقوانين الطبيعة ويتعارض مع نصوص القرآن وقدره الله ومشيئته استناداً إلى قول الحق سبحانه وتعالى " الله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا وإناثاً ويجعل من يشاء عقيماً إنه عليم قدير"¹.
2. يرى بعض الفقهاء² أن التلقيح الداخلي لا يجوز ولا يعتبر وطئاً ولا تترتب عليه أحكام الوطء.
3. أن تعاطي الزوجة للحيوان المنوي أو الحيوان المنوي عن طريق آلي بوصول الحيوان المنوي إلى رحمها من زوجها يتنافى مع الدين واستدل على ذلك بما يلي:

أن هذا الأسلوب يتنافى مع ما شرعه الله ورضيه للبشرية. فقد قال تعالى: ﴿ فلما تغشاها حملت حملاً خفيفاً³ ﴾؛ وقوله تعالى: ﴿ نسائكم حرث لكم فاتوا حرثكم أنى شئتم⁴ ﴾. وقد ورد في السنة عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي صلى الله عليه وسلم " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد"⁵. وهذا الأسلوب ليس عليه أمرنا.

والمعنى أن نساءكم مكان زرعكم وموضع نسلكم وفي أرحامهن يتكون الولد فأتوهن في موضع النسل والذرية ولا تتعدوه إلى غيره. كما أن التلقيح بين البويضة والحيوان المنوي للزوجين إنما يتم عن طريق الجماع.

¹ - التلقيح الاصطناعي... ومسؤولية الطبيب، بحث منشور على الإنترنت على موقع منتديات بيت حواء، تاريخ الإطلاع: 25 أوت 2009
الموقع: <http://forum.hawahome.com/newreply.php?do=newreply&p=2460803>

² - وهو قول ابن قدامي والبهوتي والشيخ مصطفى الزرقا. حسيني هيكمل، المرجع السابق، ص. 164.

³ - سورة الأعراف، الآية. 189.

⁴ - سورة البقرة، الآية. 223.

⁵ - رواه مسلم، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور. الإمام بن الحسين مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشري النيسابوري، الجامع الصحيح، الجزء الخامس، لا توجد دار النشر وسنة النشر، ص. 132.

والتلقيح الذي يتم عن طريق آخر مخالفة لنص الآية الكريمة وللشريعة الإسلامية¹.

4. كما يرون بالمنع نظراً للمحاذير الشرعية التالية:

- لا يؤمن أن يناله رائحة من الآلات التي ينقل فيها، وقد تكون تلك الرائحة رائحة الحيوان المنوي أجنبي، أو أن تؤخذ عينة من شخص وتنسب لشخص آخر، فإذا استبدل عمداً أو خطأ ماء رجل أو بويضة امرأة بآخر تحقق هدم المحافظة على النسب وحفظه من ضروريات الشرع².
- ليس هناك طريقة أوثق وأمن من الطريقة الشرعية. قال تعالى: ﴿ألم نخلقكم من ماء مهين فجعلناه في قرار مكين﴾³. كما يترتب على ذلك من نظر للعورات المحرمة من غير ضرورة معتبرة شرعاً.
- إن التجميع الآلي يؤدي إلى تقليل الزواج الشرعي وإلى تقليل النسل لاسيما مع شدة الحب بين الزوجين مع عقم أحدهما.
- إذا أخذ الماء من المرأة (بويضة) وماء من الرجل على انفصال كان ذلك بعيداً عن مقصود الشارع وتعاليمه.
- كم من إشارة ستكون حول هذه المواليد الصناعية وكم من تساؤل واستفهام؟ وقد هيا الزوجات مجالاً واسعاً للخدش بالقذف والتجريح؟ وماذا سيكون وضع أمة مشكوك في أصل بنيتها وتكوينها؟
- إن الشرع المطهر يوصد كل باب يوصل إلى هذه المحاذير سد للذريعة⁴. قال الله تعالى: "وَاحْذَرَهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ"⁵.
- إن الرابطة التي تربط بين الطفل والوالدين تفتقد بعض قدسيته إذا ما انحدر الطفل بغير الأسلوب الطبيعي، مع احتمال حصول بعض المشاكل النفسية والصحية من جراء هذه العمليات وتأثيرها بالتالي على مستقبل الطفل والعائلة⁶.

¹ - الشيخ رجب بيوض التميمي، أطفال الأنابيب، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي جدة، المجلد الثاني العدد الثاني، ص. 309-310

مستخرج من الإنترنت، تاريخ الإطلاع 2009/8/30 الموقع:

<http://www.biblioislam.net/ar/Elibrary/Search.aspx>

² - بكر بن عبد الله أبو زيد، طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع : 2009/8/31

ص: 29/24 الموقع: <http://saaid.net/book/10/3148.doc>

³ - سورة المراسلات، الآية 20-21.

⁴ - بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص. 10.

⁵ - سورة المائدة، الآية 49.

⁶ - سعدى اسماعيل البرزنجي، المرجع السابق، ص. 24.

- غير أن القائلون بالجواز، وما هو عليه جمهور الفقهاء وأكدت على ذلك المجامع الفقهية ودور الإفتاء، واعتمدوا في إباحة هذا النوع من التلقيح على العديد من الأدلة:
1. أن العقم لا يعدو عن كونه مرضاً وقد حثت الشريعة الإسلامية على التداوي، فالجسم يتصف بصفات عضوية وحالات فسيولوجية، والخروج عنها يعد مرضاً. وبناء عليه إذا وجد في شخص مانع يمنعه من الإنجاب وكان من الممكن معالجته فإن ذلك يعد حالة مرضية تحتاج إلى علاج - باعتباره مرضاً كغيره من الأمراض - مع ضرورة التسليم بأن العلاج إنما هو أخذ بالأسباب، والاعتقاد الجازم أن الأمر بقضاء الله¹.
 2. إن العقم من المشاكل الاجتماعية والصحية في مختلف المجتمعات، والأولاد نعمة وزينة فالتداوي من العقم واجباً إذا ترتب عليه حفظ النفس في أي من الزوجين².
 3. العقم يقلل من عدد المسلمين ودين الإسلام يحث على الإنجاب والتكاثر.
 4. الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي وفق شروطه الشرعية - سنفصل فيها في حينه - يثبت للولد النسب الشرعي ويترتب عليه جميع الحقوق الشرعية بين الولد وأبويه.
 5. إن فيه دوام الألفة بين الزوجين لارتباطهما بعري وثيقة تبقي على استمرار الزواج خاصة إذا عرفنا أن عدم الإنجاب قد يؤدي إلى الطلاق أو التطليق أو تعدد الزوجات³.
 6. وفيما يتعلق بانكشاف المرأة على غير زوجها فكما يقول الفقهاء أن في هذه الحالة لزوم انكشاف عورة المرأة لغير زوجها. فإذا احتاج الزوجان إلى التلقيح الاصطناعي ورغبوا فيه معاً، أو أراد الزوج فيمكن القول باغتفار هذا الانكشاف الضروري الخاص رعاية لهذه المصلحة.
- ويقول الشيخ **مصطفى الزرقا**: "وإذا قلنا بالجواز يجب أن يلحظ عندئذ أن الضرورة تقدر بقدرها، وأنه إذا أمكن أن تقوم بهذه العملية امرأة (طبيبة) أو متمرنة، لا يجوز أن يقوم بها رجل (طبيب أو متمرن) لأن فقهاء الشريعة يقررون أن انكشاف الجنس على جنسه عند الضرورة أخف محذوراً من انكشافه على الجنس الآخر"⁴.

¹ - ليني محمد جبر، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 1428هـ - 2007، ص. 28.

² - مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص. 177.

³ - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 130-131.

⁴ - مصطفى الزرقا، حكم التلقيح الاصطناعي، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الاطلاع: 2009/8/13 الموقع:

7. أصدرت دار الإفتاء المصرية فتوى بتاريخ 23 مارس 1980: " أن تلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في استبداله واختلاطه بمني غيره جائز شرعاً ويثبت النسب..."¹.
8. وقرر مجلس الجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلام إن حاجة المرأة المتزوجة التي تحمل وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالأساليب المباحة من التلقيح الاصطناعي، وأن الأسلوب الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعاً بعد أن ثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل².
- وعلى هدي ما تقدم يتضح لنا جلياً أن الاتصال الجنسي وإن كان هو الطريقة الفطرية لإيصال ماء الزوج لمهبل الزوجة لحصول الإنجاب، إلا أنه ليس هو الطريقة الوحيدة للإخصاب يمكن أن يحدث أيضاً بطرق اصطناعية معملية، ويترتب عليه نفس آثار الاتصال الجنسي في حالة الاستدخال والإخصاب الطبي، وهو في كلتا الحالتين يكون شرعاً ما دام أن الماء المستدخل هو ماء الزوج وليس ماء غيره.

II. مشروعية التلقيح الداخلي بين الزوجين بعد الوفاة

كانت هذه المسألة محل جدل فقهي بين فقهاء الشريعة بخصوص جوازها أو عدمه و انقسموا على قولين، حيث يرى القول الأول بجواز إجراء عملية التلقيح الداخلي بعد الوفاة وأثناء العدة الشرعية بشرط أن تكون متأكدة أنه الحيوان المنوي لزوجها ولم يستبدل أو يخلط بغيره. ويقول الدكتور عبد العزيز الحياط ما يلي: "وقد يلجأ الرجل إلى حفظ الحيوان المنوي في بنك لحفظ السائل المنوي لحسابه الخاص ثم يتوفى، وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقح داخلياً بنطفة منه وتحمل، والحكم في هذا الولد ولده وأن العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعاً، ويستهدي في ذلك بما قرره الفقهاء من أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها، كانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر وشهد بولادتها امرأة واحدة عند الجمهور ورجلان أو رجل وامرأتان عند أبي حنيفة فإن الولد يثبت نسبه؛ لأن الفراش قائم بقيام العدة..."³.

¹ - فتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ 23 مارس 1980. مقتبس عن: أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.144.

² - قرار مجلس الجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة في دورته الثامنة خلال النصف الثاني من شهر يناير سنة 1985 القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب. مقتبس عن: أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.144.

³ - عبد العزيز الحياط، حكم العقم في الإسلام، وزارة الشؤون والأوقاف الأردن، الأردن، 1981، ص30؛ أحمد عمراني، التلقيح الاصطناعي

بعد الوفاة مخاطره و محاذيره، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، العدد 1 ديسمبر 2004، ص. 54؛ حسني هيكال، المرجع السابق، ص.133.

أما القول الثاني فيرى حرمة إجراء عملية التلقيح الداخلي بعد الوفاة و هو قول جمهور الفقهاء وهو القول الأجدد بالتأييد، حيث يرى أنه لا يجوز تلقيح المرأة بعد وفاة زوجها ولو بحيوانه المنوي، ولو كان ذلك قبل انقضاء العدة إذ يحرم التلقيح قبل العدة وبعدها. وحرمة ذلك بعد انقضاء العدة هي انقطاع الصلة بينهما وجواز زواجها من غيره. وحرمة قبل انقضاء العدة إنما تعتبر كالمطلقة بائناً إذ لا يمكن حدوث المراجعة بينهما إلا بعقد جديد، والعقد هنا غير ممكن لوفاة الرجل فيصبح الزوج الميت عنها كالغريب تماماً، فلو لقحت نفسها بنطفته فهو كالزنا حيث لا فراش¹.

ونظراً لما يثيره التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج من مشاكل قانونية " التيمم المسبق " الحمل غير المشروع بانقطاع الحياة الزوجية " الحرمان من النسب " الحرمان من الميراث ". فإننا نؤيد الموقف الثاني الذي يحرم ممارسة التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، ولهذا يعتبر كل اتفاق مبرم بين الأرملة ومركز حفظ المني باطلاً حتى وإن صرح الزوج المتوفى برضاه قبل وفاته، ويتعين على المراكز " بنوك المني " إهدار الحيوانات المنوية للرجل المتوفى وعدم تسليمها إلى أرملة، وعلى الطبيب رفض إجراء مثل هذا الأسلوب من التلقيح من أجل غلق باب التخوف من الجهول وعدم برجة أطفال يتامى مسبقاً.

III. مشروعية التلقيح الداخلي بين الزوجين للزوج المسافر والمسجون.

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

1. أن تكون العلاقة الزوجية قائمة.
2. أن يتم برضى الزوجين.
3. أن تكون اللقيحة متكونة من الزوجين.
4. أن يتم نقل اللقيحة في رحم الزوجة صاحبة البويضة.
5. أن تكون هناك ضرورة لإجراء العملية، بالنسبة لحال السفر.
6. أن يكون سفر الزوجة لزوجها متعذراً أو تكون عودة الزوج صعبة كأن يكون ممنوعاً أمنياً. أما بالنسبة لسجن الزوج أن تكون مدة حبسه طويلة لا يستطيع الخروج كما هو الحال مع المساجين الفلسطينيين داخل السجون الصهيونية.
7. أخذ الضمانات والاحتياطات اللازمة دفعاً للشبهة ومراعاة للدقة².

¹ - أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص. 103-104.

² - لبنى محمد جبر، شعبان الصفدي، المرجع السابق، ص. 84.

IV. مشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير

تلقيح الزوجة بالحيوان المنوي رجل آخر غير زوجها محرم شرعاً، باتفاق جميع الفقهاء لما يترتب عليه من الاختلاط في الأنساب، بل ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من مائه. وفوق هذا أن في هذه الطريقة من التلقيح - إذا حدث بها حمل - معنى الزنا ونتائجه، والزنا محرم قطعاً بنصوص القرآن والسنة¹. فمن القرآن قوله تعالى: "نساؤكم حرث لكم" ووجه الدلالة أن كل ما تحمله المرأة يجب أن يكون نتيجة الصلة المشروعة بين الزوجين وخلاف ذلك فلا حرث. ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره" وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أبما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليس من الله في شيء ولن يدخلها الجنة". ومن المعقول أن هذا التلقيح يؤدي ما يؤديه الزنا من اختلاط الأنساب وضياع الذرية وهو أفظع جرمًا وأشد نكرًا من التبني؛ لأن الولد المتبنى المغروف أنه لغير متبنيه، أما ولد التلقيح فهو يجمع بين سيئتين، إدخال عنصر أجنبي في النسب، والتقاؤه مع الزنا في إطار واحد ولذلك فهو محرم. والتحریم يشمل:

- الطبيب القائم بالعملية.
- الزوجين أو أحدهما عند الإقدام على هذه العملية.
- الرجل الأجنبي العالم بما آل إليه ماؤه أو لم يعلم ولكنه تهاون بإعطائه دون معرفة مصيره².

وبناء على ما سبق من الأدلة النقلية والعقلية ونظراً لما يتضمنه هذا النوع من التلقيح من اختلاط الأنساب، فإنه يجرم فعله، والإقدام عليه من قبل الزوجين والمعالج ولا شك أن في هذا الحكم محافظة على النسل الذي يعد من الكليات الخمس.

ثانياً: مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي

نتطرق لبيان مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي بكافة صورته؛ أي في صورة التلقيح الخارجي بين الزوجين، وتدخل الغير، ثم في صورة استئجار الأرحام.

¹ - الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، التلقيح الاصطناعي في الإنسان، فتوى منشورة على إسلام أون لاين، أسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون، تاريخ الفتوى 23 مارس 1980 تاريخ الاطلاع: 2009/8/13 الموقع:

<http://www.islamonline.net/Arabic/index.shtml>

² - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 133.

I. مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين

كانت هذه الصورة محل خلاف بين مؤيد ومعارض بين الفقهاء ولأن أدلة المنع هي ذاتها التي سيقت لمنع التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين فإننا نحاول عرض أدلة القائلون بالجواز وهو الرأي الذي نؤيده لما سنذكره من الأدلة:.

- إباحة الفقهاء القدامى للاستدخال بين الزوجين دليل على أنه لا يشترط الاتصال المباشر بين الزوجين لينتج الولد. فقد ينتج عن طريق إدخال الحيوان منوي إلى رحم المرأة بغير اتصال في حدود علاقة زوجية بينهما كالاستدخال. ويمكن سحب ذلك الحكم على الإخصاب خارج الجسم بالتقاء النطفة من الزوجين في "طبق بيتري" ضمن ظروف وأحوال تضمن لها البقاء والنمو بشكل سليم دون وجود مؤثرات خارجية¹.
- إن هذه العملية تتم وفق السنة الطبيعية لتكوين الجنين، وذلك أن النطفة تتكون من مني الزوج وبويضة الزوجة حيث يتم تلقيحهما في أنبوب اختبار، ومن ثم توضع اللقيحة في رحم الزوجة، فيمر الجنين بجميع مراحل التطور ويأخذ دورته الطبيعية كالإخصاب الطبيعي. فيدخل ذلك ضمن العلاج الحديث الذي يساهم في الحصول على الذرية الشرعية التي تدخل الطمأنينة في نفس الأسر التي تعاني من العقم، وتكتمل سعادة الزوجين الاجتماعية والنفسية².
- يمنع القائلون بتحريم التلقيح الاصطناعي الخارجي هذه العميلة لتدخل طرف ثالث إلا أن المقصود بالطرف الثالث، الذي لا يجوز في العملية، ليس الطبيب - كما ذكروا - وإنما بويضة غير الزوجة أو مني غير الزوج أو زرع الأجنة في رحم غير الزوجة. أما هنا فالعملية تتم بطريقة طبيعية، فلا يتم استنبات الطفل خارج الرحم وإنما تؤخذ البويضة والحيوان المنوي من الزوجين ثم يتم التلقيح في طبق مخبري، ومن ثم تزرع اللقيحة داخل الرحم وتأخذ دورتها الطبيعية وهذا ما أثبتته الطب الحديث³.
- أما بالنسبة لاختلاط الأنساب واحتمال الخطأ، فقد وضع العلماء شروطاً وضوابط تقتضي الحرص الشديد والمتناهي.

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

¹ - لبي محمد حبر، شعبان الصفدي، المرجع السابق، ص.33.

² - نفس المرجع، ص.33.

³ - نفس المرجع، ص.33.

II. مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي بتدخل الغير

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

ويلتقي مع الاستبضاع بمضمونه، حيث يرسل الرجل زوجته إلى رجل آخر له صفات معينة من شجاعة وإقدام لتحمل منه، وليكون المولود له صفات ذلك الرجل، ثم إذا شاء الزوج رجع إلى وطئها. ولقد حرم الإسلام الاستدخال في حال كونه بين غير الزوجين، وبما أن الاستدخال كالوطء فإنه يكون بمعنى الزنا والاستبضاع وكل أنواع الأنكحة الأخرى التي كانت في الجاهلية، وأباح النكاح الذي يربط الرجل والمرأة بعقد له مواصفات خاصة. وذلك أن عقد النكاح فيه أنواع من المصالح، والتي من ضمنها صيانة النفس عن الزنا وحفظ النسل وإلا لأمكن إنجاب الأولاد بطرق غير مشروعة، والتي منها الإخصاب خارج الجسم من غير أحد الزوجين أو من غير الزوجين¹. قال صلى الله عليه وسلم "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره". وقوله عليه السلام دليل على حرمة أن يطأ الرجل امرأة حبلى من غيره. والوطء هو وسيلة لإدخال المادة المنوية إلى الرحم؛ أي يحرم عليه إدخال مادته إلى امرأة غيره؛ لأن المرأة التي يحرم للرجل وطؤها يحرم عليه أن يضع مادته فيها بأي شكل من هذه الأشكال والصور السابقة.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حينما نزلت آية الملاعنة: "أبما امرأة أدخلت على قوم نسباً ليس منهم، فليس من الله في شيء، ولن يدخلها الله الجنة...". ونرى من جانبنا أن التعامل في الجسم البشري بتنازل شخص عن عنصري حيوي ومهم من جسمه كالمني لامرأة أجنبية عنه يتعارض تماماً مع القواعد الكلية للشريعة الإسلامية والنظم القانونية ويتعارض مع نظام الأسرة، ولذلك لا بد من منع هذه التصرفات والتعاملات في العناصر البشرية بهذه الصورة الحيوانية، بالإضافة إلى تعزيز أو معاقبة الفاعلين من مانحين ومتلقين وجميع الأطراف الفاعلة في العملية، ومراقبة ما تؤول إليه النطف المحمودة في بنوك المني.

III. التلقيح الاصطناعي الخارجي في صورة تأجير الأرحام

اختلف العلماء المعاصرون في حكم إجارة الأرحام على ثلاثة أقوال، حيث يرى القول الأول بجواز إجارة الأرحام مطلقاً، سواء كانت صاحبة الرحم زوجة أخرى أم لا. وقال به بعض المعاصرين واستدل هؤلاء على ذلك بما يلي:

¹ - لبنى محمد جبر، شعبان الصفدي، المرجع السابق، ص. 37.

1. دليل من القياس حيث قاسوا الأم صاحبة الرحم على الأم من الرضاع من عدة وجوه : أن الله - سبحانه وتعالى - جمع بين الحمل والرضاع في المدة اللازمة لهما في قوله تعالى: " وحمله وفصاله ثلاثون شهرا"¹.
 2. وجود العلاقة الطردية بين نمو الثدي للحامل وبين نمو الجنين، فالثدي مرتبط بنمو الجنين حتى يكون مستعداً للإحلال محل الرحم في التغذية. فإذا كان يجوز استئجار مرضعة بل ويسند إليها حضانتها وتربيته وما يلحق ذلك من أثر واضح عليه، ففي الحمل لا يوجد أثر كبير يلحق به².
 3. أن كلا من الرحم والثدي يتغذى منه الطفل، فالتغذية في الرحم عن طريق الحبل السري وهذه التغذية تتم بمواد مستخلصة من الطعام المهضوم في أحشاء الأم. وهذه المواد في الأصل غير مساعة المذاق فتتغير في الحليب لأنه يلامس حاسية اللسان، بينما لا تتغير في الرحم³.
 4. عدم وجود زنا أو شبهته في هذه العملية، فالزنا إيلاج حشفة أو قدرها في فرج محرم مشتهى بلا شبهة⁴.
 5. قد تدفع الضرورة إلى القيام بهذه العملية على اعتبار أن الأمومة حاجة للمرأة والنسل مقصداً من مقاصد الشرع. كما أن استئجار الرحم أفضل من نظام التبني الذي يؤدي إلى إلحاق نسب الطفل لغير أبيه⁵.
 6. من الأدلة العلمية التي سيقت في هذا المجال هو أن الطب أجمع على أن الرحم ليس له دور في نقل الصفات الوراثية وبالتالي فهو لا يسهم في التكوين الجيني للطفل وإنما يقتصر دوره كحاضنة يحمي الجنين خلال نموه وإمداده بالأكسجين والغذاء. فالابن في هذه الحالة هو نتاج وراثي للزوجة صاحبة البويضة والزوج صاحب الحيوان المنوي. ومن ثم فلا يوجد احتمال لوجود شبهة اختلاط الأنساب، ضف إلى ذلك أن نسبة نجاح هذه العملية أضمن من نقل الرحم من سيدة أخرى⁶.
- أما القول الثاني فيرى بضرورة التفريق بين أن تكون المرأة صاحبة الرحم زوجة أخرى للرجل صاحب الحيوان المنوي، فإن كانت زوجة أخرى جاز إجارة رحمها وإلا فلا يجوز. وقد كان المجمع الفقهي قد أجاز هذه الصورة في دورته السابعة 1404هـ، بشرط الحيطة الكاملة في عدم اختلاط

¹ - سورة الأحقاف، الآية. 15.

² - نايف بن عمار آل وقيان، المرجع السابق، ص. 20/9.

³ - نفس المرجع، ص. 20/9.

⁴ - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 363.

⁵ - نفس المرجع، ص: 362.

⁶ - نفس المرجع، ص. 362.

النطف، وأن لا يتم ذلك إلا عند قيام الحاجة، ولكن عاد المجمع وألغى هذا القرار في دورته الثامنة 1405هـ¹.

وعلة الأمر أنه لا يتضح نسبه من جهة الأم هل هي صاحبة البويضة أم التي حملته؟ فصاحبة البويضة تكون عنصراً من عنصري اللقيحة التي يخلق منها الولد، وصاحبة الرحم هي التي تم الاستنابات في رحمها وتغذى بدمها وتحملت آلام الحمل والمخاض. فهنا يتضارب ثبوت النسب بين المرأتين، وهذه الوسيلة فضلاً عن كونها ذريعة لاختلاط الأنساب نتيجة للازدواج في التكوين والنشأة والخلقة فإنها وسيلة إلى الشر والفساد والقول بغير ذلك سوف يفتح باباً لا تؤمن عواقبه².

ويرى القول الثالث أنه لا تجوز إحارة الأرحام مطلقاً ولا فرق بين أن تكون صاحبة الرحم البديل زوجة أخرى للرجل صاحب الحيوان المنوي أم لا.

وذهب إلى هذا القول جماهير العلماء المعاصرين حيث صدر قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر، وقرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بعدم الجواز. واستدلوا بما يلي:

1. عدم وجود زوجية بين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة الرحم البديلة فإنه يشترط في الإنجاب بين رجل وامرأة، أن يتم ذلك في ظل عقد زواج مستوفي الأركان والشروط، والتي بينها أدلة الشرع. وفي الصورة التي معنا الآن لا توجد صلة زوجية، بين هذه الأم البديلة والرجل صاحب الحيوان المنوي فيكون حملها للبويضة الأجنبية عنها الملقحة من زوج المرأة الأولى حملاً غير مشروع³. لقوله تعالى "ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية"⁴.

2. وجود ارتباط شرعي بين حق الإنجاب من رحم معينة وجواز الاستمتاع الجنسي بصاحبة هذه الرحم والقاعدة أن من له حق الاستمتاع الجنسي بامرأة له حق شغل رحمها بالحمل منه، ومن ليس له حق الاستمتاع الجنسي بامرأة ليس له حق شغل رحمها بالحمل منه.

3. إن إباحة الاستتجار للرضاع إنما شرع للضرورة المتمثلة في الحفاظ على حياة الطفل وما جاز للضرورة لا يقاس عليه غيره. فلا تقاس الأم البديلة على الأم من الرضاع؛ لأن الضرورة لا تكون في

¹ - نايف بن عمار آل وقيان، المرجع السابق، ص. 20/15.

² - أماني عبد القادر، الشريعة والإخصاب الصناعي، مقال منشور على الإنترنت موقع لواء الشريعة، محور نوازل ومنازلات، بتاريخ: 19-6-

2008 تاريخ الاطلاع: 2009/8/31 الموقع: <http://www.shareah.com/index.php?records/list/id/1>

³ - استتجار الأرحام، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الاطلاع: 2009/8/31 الموقع:

http://www.bab.com/persons/88/personal_page.cfm?cat_id=58

⁴ - سورة الرعد، الآية، 38.

- استجلاب هذا الطفل، وإنما تكون في رفع الضرر عنه بعد وجوده. والإنجاب لا يعتبر ضمن الضرورات؛ لأنه هبة الله وهبه لمن يشاء وحرمه من يشاء لحكمة¹.
4. ثبت علمياً أن الرحم المستأجر ليس مجرد وعاء ولكنه عامل مؤثر فيه سواء من ناحية الغذاء أو من ناحية التأثير الوراثي؛ لأن الدم الذي يصل إلى الجنين من أمه الحاضنة له دوراً كبيراً حيث أنه يحمل كل مكوناته الوراثية.
5. إن احتمال وجود اختلاط الأنساب وارد جداً في الحمل لحساب الغير كأن يحدث جماع بين الرجل وزوجته الحاضنة ويحدث الحمل فيقع نزاع بين المرأة الحاضنة وزوجها، وبين الزوجة صاحبة البويضة وزوجها في نسب الطفل².
6. إن التعاقد بين الزوجين والأجنبية باطل شرعاً؛ لأنه إيجار على منفعة محرمة. قال ابن رشد "فمما اجتمعوا على إبطال إيجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين"³. والرحم محرم العين.
7. أن عملية من هذا النوع، قد تؤدي إلى الاستغناء عن الزواج، والإنجاب خارج هذه الرابطة بالالتجاء إلى الأم البديلة، سواء من طرف الرجل أو المرأة، إذ أن الأمر قد يؤدي إلى ما يسمى بالأسر الواحدية الأب. بمعنى أن تلجأ بعض النساء للإحصاب الاصطناعي دون الارتباط بزوجة، أو أن يلجأ الرجل إلى طريقة الأم البديلة أيضاً، لنفس الهدف. وبالغ البعض في تخوفهم إلى حد القول أنه يمكن للأشخاص الشاذين جنسياً أن يلجأوا إلى مثل هذه العملية لتكوين أسرة شاذة في تركيبها. كذلك يعتقد الكثيرون أن عملية كهذه ستسعد النساء الداعيات إلى تحرير المرأة⁴.
8. يقول شيخ الأزهر الأسبق محمود شلتوت أن التلقيح الاصطناعي غير المشروع أفضح جرماً من التبني فهو يجمع بين نتيجة التبني وهو إدخال عنصر غريب في النسب وبين حسنة أخرى وهي التقاؤه مع الزنا في إطار واحد⁵.
- ومن خلال هذه الأدلة يتبين لنا أن الشرع قد حرم هذا التعامل في جسم الإنسان لصون مجموعة من الأهداف منها حماية الأسرة وحفظ الأنساب. وبعد فراغنا من بيان مشروعية التلقيح الاصطناعي

¹ - نايف بن عمار آل وقيان، المرجع السابق، ص. 11-20/12.

² - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 374.

³ - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 136.

⁴ - محمد برادة غزبول، الإحصاب الاصطناعي من منظور إسلامي، بحث منشور على الإنترنت، الفقرة 17. تاريخ الإطلاع: 2009/8/31 الموقع <http://membres.lycos.fr/berradarz/m3.htm>

⁵ - محمود شلتوت، التلقيح الاصطناعي، فتوى منشورة على إسلام أون لاين، بنك الفتاوى "اسألوا أهل الذكر أن كنتم لا تعلمون"، بتاريخ:

2006/6/29 تاريخ الإطلاع: 2009/8/31. الموقع:

بكافة صورته وحالاته، واستجلاء من يحل منها وما يحرم، فإننا يجب أن ننوه إلى أن التلقيح الاصطناعي بصورته الداخلي والخارجي وجد كحل للقضاء على مشكلة العقم لدى المرأة، إلا أنه أفرز العديد من المشاكل القانونية، لذا كان حرياً أن يحاط بسياج منيع حتى لا تخرج هذه العمليات عن المنحى الذي وجدت من أجله، ومن ثم ينبغي دراسة الشروط أو الضوابط المقيدة لهذا الشأن الطبي وما توفره هذه الشروط من حماية جنائية. وتفصيل ذلك ما يلي:

المطلب الثالث

شروط التلقيح الاصطناعي وما توفره من حماية جنائية

اتضح لنا مما سبق مشروعية بعض صور عمليات التلقيح الاصطناعي، إلا أن هذه المشروعية محكومة بمجموعة من الضوابط أو الشروط ولقد نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

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

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

الفرع الأول

شرط وجود العلاقة الشرعية وما يوفره من حماية جنائية

نحاول أن نبين في هذا الفرع شرط وجود العلاقة الزوجية (أولاً) ثم ما يوفره هذا الشرط من حماية جنائية (ثانياً).

أولاً: شرط وجود العلاقة الزوجية الشرعية

العلاقة الشرعية هي الزواج باعتباره "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي. من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" (المادة 4 من قانون الأسرة).

فالزواج هو الوسيلة الطبيعية للنسل، وهو من أسس النظام الاجتماعي، وإنجاب الأطفال خارج نطاق الزواج يهدد النظام الاجتماعي المستقر وهو الأسرة. فالطفل يحتاج إلى أب ليس بالمعنى البيولوجي

ولكن بالمعنى الاجتماعي. لهذا يجب رفض عمليات التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية لما له من مخاطر سيئة بالنسبة للطفل والمجتمع¹.

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

وينشئ عقد الزواج عدة التزامات أهمها الامتناع عن القيام بأي علاقة جنسية خارج نطاق الزواج، لذلك فإن التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية يشكل إخلالاً بواجب الإخلاص على الزوجين بصفة متساوية نتيجة تدخل طرف ثالث - غير الطبيب وكل متدخل في العملية مما يستلزمه الشأن الطبي - في عملية التلقيح³.

ولقد نصت المادة 36 من قانون الأسرة على أنه: "يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة". ونص القانون الفرنسي 94-654 المتعلق بالتبرع واستخدام عناصر ومنتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص على أنه لا يمكن الاستفادة من المساعدة الطبية للإنجاب إلا للأسرة مؤلفة من رجل وامرأة، ويجب أن يكونا متزوجين وبإمكانهم إحضار الدليل على حياتهم المشتركة لمدة لا تقل عن سنتين وذلك في المادة 152-2 الفقرة الأخيرة⁴، ويستبعد هذا الشرط العائلات اللوطية أو السحاقية أو ما يسمى مشتهي المماثل⁵.

ثانياً: ما يوفره شرط العلاقة الزوجية الشرعية من حماية جنائية

بهدف تأمين احترام الحدود الموضوعية لتطور التقنيات الطبية وضع المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة عقوبات لمخالفة شروط المساعدة الطبية على الإنجاب، وبالنسبة لمخالفة شرط العلاقة

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.145.

² - وتضيف المواد التالية ما يلي:

المادة 33 يبطل الزواج إذا احتل ركن الرضا.

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

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

المادة 35 إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينفيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً

³ - مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.215.

⁴ - «... L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination». Art. L 152-2 Loi no 94-654.

⁵ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.75.

المشروعة فقد يجري الطبيب العملية للزوجة معتقدا أنه قام بتلقيحها. بمني زوجها وهنا تنعدم المسؤولية في حقه بجعله الحقيقة، وقد يجري هذه العملية بعد أن يوهمها أن السائل المنوي هو لزوجها وهو في هذه الحالة يعد مسؤولاً، ولقد عاقب المشرع الفرنسي على ذلك في المادة 511-6 من قانون العقوبات عليها بالحبس لخمسة (5) سنوات والغرامة 75000 أورو¹.

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

وتثور إشكالية الإجهاض في حالة علم المرأة أنها لقحت بمني غير ميني زوجها، فقد أشار المشرع الفرنسي في القانون 17 جانفي 1975 المتعلق بالقطع الإرادي للحمل ونص على حالتين يسمح فيها:

1. إذا تبين بعد خضوعها للفحوص الطبية أن الحمل يشكل خطرا على حياتها.
2. إذا شكل الحمل " ضيق " بشرط أن يكون قبل مدة 12 أسبوعا. وبالتالي يعتبر الحمل بعير ميني الزوج ضيقاً لأنه يثير آلاما نفسية وخيمة على المرأة². أما المشرع الجزائري فعلى اعتبار أنه لا يجيز صورة التلقيح بغير نطفة الزوج مهما كانت الدواعي تحت طائلة العقاب، فإنه لا يجوز للمرأة أن تجهض نفسها حماية للجنين، ولأن المشرع لا يبيح الإجهاض إلا في حالة الضرورة المتمثلة في إنقاذ حياة الأم من الخطر وإلا تعاقب بنصوص الإجهاض.

وفي الشريعة الإسلامية يقول الدكتور محمود شلتوت " أن التلقيح الصناعي إذا كان بماء الرجل لزوجها لا إثم فيه ولا حرج، أما إذا كان بماء رجلٍ أجنبيٍّ عن المرأة لا يربط بينهما عقد زواج فإنه جريمةٌ

¹ - « Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ». Art, 511-6 du code pénale ; L 675-9 Loi no 94-654.

² - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2006-2007، ص. 115.

مُنكرةً، وإثم عظيم يلتقي مع "الزنا" في إطار واحد، ولولا قُصور في صورة الجريمة لكان حُكم التلقيح في تلك الحالة هو حُكم الزنا الذي حدّدته الشرائع الإلهية، ونزلت به كتب السماء¹.

الفرع الثاني

شرط رضا الزوجين أثناء الحياة وما يوفره من حماية جنائية

هناك إجماع على أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا برضاه باستثناء حالات خاصة، ولا بد أن يكون هذا الرضا حراً أي دون ضغط ولا إكراه مادي أو معنوي ويجب أن يستمر الرضا حتى وقت التدخل الطبي². لكن يثور التساؤل عن الرضا في عمليات التلقيح الاصطناعي فهل يشترط موافقة كلا الزوجين؟ وماذا عن امتناع أحد الزوجين وإلحاح الآخر في إجراء هذه العملية؟ وما هو شكل الموافقة؟ (أولاً) وما هو أثر الرضا في الحماية الجنائية لجسم الإنسان (ثانياً).

أولاً: شرط رضا الزوجين أثناء الحياة

لكي يكون التلقيح الاصطناعي أمراً مشروعاً لا بد من الحصول على رضا متبادل من الزوجين، هذا الاتفاق المشترك هو الشرط الأساسي لمشروعية هذا الأسلوب الطبي. فكل زوج له أن يقدر تماماً ما إذا كان التلقيح الاصطناعي يتفق مع عقيدته الدينية ومعتقداته الفلسفية، وما إذا كان يرغب حقيقة في إنجاب الأطفال عن هذه الطريقة. فالقرار الذي يصدر عنه في هذا الشأن هو قرار شخصي، ولا يعتبر التلقيح الاصطناعي الذي يجري برضا الزوجين سبباً للطلاق؛ لأن الوليد طفل شرعي ولا صعوبة فيما يتعلق بالبنوة³.

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

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

تختلف الإجابة عن هذا بحسب ما إذا كان الأمر اشترط في عقد الزواج أو لم يشترط حيث أن نص المادة 19 من قانون الأسرة تخول للزوجين أن يشترطوا في عقد الزواج كل الشروط التي يراها

¹ - محمود شلتوت، التلقيح الاصطناعي، فتوى منشورة على إسلام أون لاين، بنك الفتاوى " اسألوا أهل الذكر أن كنتم لا تعلمون"، بتاريخ:

2006/6/29 تاريخ الإطلاع: 2009/8/31. الموقع:

http://www.islamonline.net/Arabic/shariah_corner/index.shtml

² - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 27.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 140-141.

ضرورية ما لم تتنافى مقتضى العقد. فإذا نص على هذا شرط وهو التلقيح الاصطناعي، فإن رفض أحد الزوجين يخول للآخر حل الرابطة الزوجية على أساس خرق أحد الواجبات الزوجية لكن عدم اشتراط ذلك يخول لأي من الزوجين رفض هذا التدخل الطبي ويمكن أن يكون ذلك سبباً لفك الرابطة الزوجية¹، يستند فيها الزوج لنص المادة 48 من قانون الأسرة؛ لأن الزوج صاحب العصمة وله أن يستعملها متى شاء- الطلاق- أما الزوجة فتعتمد في طلب التطليق على نص المادة 53 الفقرة والعاشرة بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

10- كل ضرر معتبر شرعاً."

وعدم الإنجاب ضرر يحرم أحد الزوجين أو كلاهما من الشعور بالأبوة والأمومة. ولم يوضح القانون شكلاً معيناً في الرضا وحينئذ يمكن الرجوع إلى الشريعة العامة في القانون المدني² للبحث عن وسائل التعبير. فنجد عندئذ أن التعبير يكون بكافة الأساليب، بالكتابة أو بالإشارة المتداوله عرفاً أو اتخاذ أي موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالة على مقصود صاحبه وقد يكون التعبير ضمناً. إلا أننا نرى أن المنطق يقتضي أن يجرى الرضاء في الشكل الكتابي ليكون أكثر ضماناً وحجة على الأطراف الزوجين أو أحدهما أو الطبيب في مجال الإثبات.

كما يجب أن يكون التغيير منجزاً غير معلقاً على شرط معين، كأن يوافق الزوج على خضوع زوجته للتلقيح شريطة أن تنجب ذكراً، أو يتخلى عن الطفل إذا ولد مشوهاً، لأن هذه الشروط تجعل الاتفاق باطلاً³.

ولقد نص القانون الفرنسي 94-654 المتعلق بالتبرع واستخدام عناصر ومنتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص أنه لا يمكن الاستفادة من المساعدة الطبية للإنجاب إلا بعد موافقة الأسرة الراغبة في الاستفادة منها. ويسبق ذلك إجراء مقابلة خاصة للراغبين بالاستفادة منها مع الفريق الطبي، وذلك لاختيار دوافعهم وإعلامهم خصوصاً بإمكانية الفشل وبمشقة وصعوبة هذه الطريقة، ويعطى للأسرة مدة شهر للتفكير ويمكن أن تمدد هذه الفترة بقرار طبي⁴.

¹ - مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص. 216-217.

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

³ - خدام هجيرة، المرجع السابق، ص. 23.

⁴ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 75.

ويختلف شكل الموافقة بحسب ما إذا كان التلقيح سيتم بخلايا ملقحة من شخص ثالث أو أنهما ملقحة بخلايا الأسرة ذاتها. ففي الفرض الأول يجب على الرجل والمرأة المكونتين للأسرة إعطاء موافقتهم أمام قاض أو أمام كاتب بالعدل مع ضمان السرية. وفي الفرض الثاني تلتزم الأسرة الراغبة في الاستفادة من هذا الإجراء بتأكيد طلبها أمام طبيب بشكل كتابي، وذلك بعد نهاية فترة التفكير¹.

هذا ويشترط بالإضافة إلى الرضا بين الزوجين أن يكون أثناء حياة الزوجين؛ لأن التلقيح بعد وفاة الزوج يؤدي إلى الخلافات والصراعات بين الورثة. وقد أوضح المشرع الانجليزي في المادة 285 من قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر عام 1990 أن الزوج إذا توفي وبعد ذلك استخدمت خلاياه التناسلية في تكوين الجنين وإحداث الحمل فلا يعد والد الطفل².

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

إن رضا الزوجين بعملية التلقيح الاصطناعي هو الذي يبيح للطبيب إجراء هذا التدخل الطبي، فإذا تخلف رضائهما فإن الطبيب يسأل مسؤولية جنائية. ولقد فرض قانون العقوبات الفرنسي عقوبة الحبس لخمس سنوات والغرامة 75 ألف أورو على الطبيب الذي يجري عملية التلقيح الصناعي دون الحصول على رضا أحد الزوجين³.

¹ - « - La mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale.

Il doivent notamment:

1° Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption; .

2° Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, ainsi que de leur pénibilité;

3° Leur remettre un dossier-guide comportant notamment:

a) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation;

b) Un descriptif de ces techniques;c) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet.

La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien.

La confirmation de la demande est faite par écrit.»

La mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'Etat.

L'assistance médicale à la procréation ne peut être mise en oeuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent chapitre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître.

Les époux ou les concubins qui, pour procréer recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire». Art L 152-10. Loi no 94-654.

² - مقتبس عن: ماروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي...، المرجع السابق، ص.195.

³ - « Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ». Art 511-6 du code pénale.

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

فيثور التساؤل عما إذا كان الطبيب الذي يجري عملية التلقيح الاصطناعي دون الحصول على رضا كل من الزوجين يعد مرتكباً لجريمة الاغتصاب؟ وفي الواقع أنه لا يمكن اعتباره كذلك؛ لأن الاغتصاب يتطلب اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضا صحيح منها بذلك. ويعني الاتصال الجنسي الكامل التقاء الأعضاء التناسلية للجانبي والمخني عليها التقاء طبيعياً تاماً، ويتحقق ذلك بإيلاج الجاني عضوه التناسلي في فرج المخني عليها، فإذا تحقق الإيلاج كان ذلك كافياً لتمام الجريمة¹.

ويجب أن يكون هذا الاتصال الجنسي غير مشروع وبغير إرادة الأنثى، ويتأتى ذلك إذا كانت المرأة معدومة الإرادة أو فاقدة القدرة على المقاومة أو كان رضاؤها نتيجة لمكر أو خديعة أو انعدام القدرة إذا وقع على المرأة إكراه مادي أو معنوي².

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

ويثور التساؤل كذلك لو أمكن تكييف هذا الفعل على أنه جريمة هتك العرض³ الذي يعني " كل فعل محل بالحياء يستطيل إلى جسم المخني عليه وعوراته ويخدش عاطفة الحياء" والأفعال التي تعد هتكاً للعرض قد تقع على عورة من العورات مباشرة سواء كشف عن العورة أو لم يكشف، وقد لا تمس العورات مباشرة ولكنها تصل إلى درجة من الفحش تمس الحياء العرضي⁴.

ومن خلال إسقاط هذه الشروط يمكن القول بأن الطبيب الذي يجري هذه العملية لامرأة دون الحصول على موافقتها يعد مرتكباً لجريمة هتك عرض بالقوة؛ لأن بإجرائه هذه العملية فقد أحل إخلالاً بحياء المرأة؛ فقد قام بإجراء العمل على عورة المرأة فأدى إلى المساس بشرفها وحصانة جسمها.

¹ - محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص. 125-126.

² - محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص. 132.

³ - تنص المادة 334 قانون العقوبات الجزائري بأنه: " يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلاً محلاً بالحياء ضد قاصر لم يكمل السادسة عشرة ذكراً كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك...".

وتنص المادة 335: " يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلاً محلاً بالحياء ضد إنسان ذكراً كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك، وإذا وقعت الجريمة على قاصر لم يكمل السادسة عشرة يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

⁴ - محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص. 146.

ولا يسأل الطبيب فحسب بل يسأل الزوج كذلك باعتباره شريكاً لعلمه بما حدث بحق زوجته وسكت عن ذلك.

كما يكون مرتكباً للجريمة **فعل فاضح علني** إذا أجرى هذه العملية - حتى ولو برضا المرأة - في حضور الغير، لأن الفعل الفاضح العلني كما عرفته محكمة النقض المصرية¹ بأنه: "الفعل العمد المخل بالحياء الذي يחדش من المحني عليه حياء العين أو الأذن ليس إلا". ويشترط في ركنه المادي ما يلي:

• فعل مادي يחדش في المرء حياء العين أو الأذن، سواء وقع الفعل على جسم الغير أو أوقعه الجاني على نفسه.

• شرط العلانية وهو مشاهدة الغير عمل الجاني فعلاً أو أن تكون المشاهدة محتملة². وهذا ما ينطبق على هذه الحالة شرط إجراء التلقيح الاصطناعي في حضور الغير.

وقد يبدو لأول وهلة أن المرأة التي استدخلت ميني رجل آخر غير زوجها برضاها عن طريق التلقيح الاصطناعي وبغير موافقة زوجها أنها مرتكبة **لجريمة زنا فيثور التساؤل**: هل تتطابق أحكام هذه الجريمة مع هذه الصورة؟

تنص المادة 339 قانون العقوبات الجزائري: "يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة، ثبت ارتكابها لجريمة الزنى. وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنى بالحبس من ستة أشهر إلى سنة. وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته ولا تتخذ إجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور".

ويسمي الفقهاء هذه الجريمة بالخيانة الزوجية، ولا تقوم هذه الأخيرة إلا إذا تم إيلاج العضو التناسلي لرجل في قبل امرأة برضاها حالة كونهما ليسا زوجين وكون أحدهما أو كلاهما متزوجا مع شخص ثالث³. ومن خلال هذا يتبين أن الشروط الموضوعية لهذه الجريمة ما يلي:

○ الاتصال الجنسي الكامل بغير الزوج.

○ قيام رابطة الزوجية.

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

وهبته نفسها.

¹ - نقض مصري، جلسة 22 نوفمبر 1928. مقتبس عن: محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص.165.

² - محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص:165 و168.

³ - نفس المرجع، ص.16.

ويرى البعض¹ أن الاتصال البيولوجي عن طريق نقل اللقاح يعد بمثابة الوقاع أو الاتصال الجنسي الحكمي وهو يقوم مقام الاتصال الجنسي الفعلي². واستدخال ميني رجل غير الزوج في فرج امرأة برضاها يقترب من الزنى، إلا أنه لا يمكن اعتباره كذلك لأن هذه الجريمة تشترط الاتصال الجنسي الكامل.

كما أن حصول المرأة غير المتزوجة على حيوانات منوية محمية من أحد البنوك من أجل إنجاب الأطفال لا يتناسب مع جريمة الزنا في القانون الذي قصر العقاب على الأزواج. ونستنتج مما سبق أنه لا يمكن إسقاط أحكام جريمة الزنا على مسألة الإخلال بضابط أو شرط الرضا بين الزوجين. ولذلك لا بد من صدور تشريع خاص يجرم الإخلال بضوابط التلقيح الاصطناعي على مستوى قانون العقوبات أو في قانون الصحة وترقيتها.

الفرع الثالث

شرط أن لا يكون هناك مجال للاختلاط الأنساب

وما يوفره من حماية جنائية

إن عملية التلقيح تخضع إلى القاعدة العامة التي تحكم النسب "الولد للفرش وللعاهر الحجر". بمعنى الولد للزوج وللعاهر - وهو الزاني - الرجم عقوبة على جرمته ذلك إن عقد الزواج الشرعي يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين. لذا من اللازم دائماً في هذه الحالات أن تلتح بويضة الزوجة بذات ميني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بميني غيره. وعليه نبين شرط عدم اختلاط الأنساب (أولاً) وما يوفره من حماية جنائية (ثانياً).

أولاً: شرط أن لا يكون هناك مجال للاختلاط الأنساب

إن عمليات التلقيح الاصطناعي تلتقي مع عمليات نقل الأعضاء الجنسية أو التناسلية من حيث المحاذير الشرعية المتعلقة باختلاط الأنساب في نقل الأعضاء الحاملة للصفات الوراثية كالخصية والمبيض، لأن البذرة الناتجة عن ذلك ستكون منسوبة للمصدر وهو الشخص المنقول منه. وهذا ما يؤدي إلى مشكلات من جهة النسب والنفقة والميراث والعلاقات الأسرية بين الوليد وأسرته المصدر والمتلقي³.

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 272؛ حسنين إبراهيم عبيد، تقرير حول التلقيح الصناعي من الوجهة القانونية، ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، من 23 إلى 24 نوفمبر 1994، مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق جامعة القاهرة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 1994، ص. 143.

² - نفس المرجع، ص. 272.

³ - محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي "نقل وزراعة الأعضاء التناسلية" الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2001، ص. 133.

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

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

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

ثانياً: ما يوفره شرط أن لا يكون هناك مجال للاختلاط الأنساب من حماية جنائية

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

- يجب على الطبيب أن يتأكد من أن طالبي علاج العقم بالتلقيح الصناعي زوجان كل منهما للآخر وأن يحصل على موافقتهم معاً ورضائهما بالعملية، وفي حضور الزوج، ويحظر عليه إجراء هذه العملية بين غير الزوجين أو بغير موافقتهم ورضائهما معاً أو بغير ضرورة.
- يجب على الطبيب أن يتأكد من سلامة عملية استخلاص البويضة من الزوجة والسائل المنوي من زوجها. ويحظر عليه تلقيح بويضة من امرأة بسائل منوي مستخلص من غير زوجها، أو أن يضع للزوجة بويضة امرأة أخرى ملقحة بالحيوان المنوي لزوج الأولى أو من غير زوج صاحبة البويضة¹.

¹ - منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.475.

• كما يحظر على الطبيب وضع بويضة امرأة ملقحة بالحيوان المنوي لزوجها في رحم امرأة أخرى، تحمل نيابة عنها أو ما تسمى بالحاضنة أو الحمل بالنيابة لما يتضمنه هذا من معنى الزنا وتترتب عليه نتائجه. ويجب ألا تنتفي مسؤولية الطبيب حتى مع ثبوت موافقة الزوجين عليها¹.

يحظر إنشاء أو الاشتراك في إنشاء ما يسمى " بنوك الأجنة " والتي تعتمد على تجميع البويضات المأخوذة من النساء وتلقيحها بالحيوان المنوي المستخلص من رجال آخرين غير أزواجهن، ثم الاحتفاظ بها مجمدة لفترة لحين الحاجة إليها لاستخدامها في نساء أخريات من راغبات الإنجاب. وهذا يعني أن النطفة المجمدة تنتقل لسيدة لا ترجع لها أصلاً، ولا إلى زوجها. وطبيعي أن هذه الطريقة لا تبين أصل النطفة الحقيقي، أو النسب الحقيقي لها، والجنين الذي يخرج بهذه الطريقة سيواجه الحياة كأبي لقيط².

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

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

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

¹ - منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.475.

² - نفس المرجع، ص.475.

الفرع الرابع

شرط الغرض العلاجي

إن الغرض من التلقيح الاصطناعي هدف نبيل وهو الإنجاب، ومعالجة العقم وهو ما يسمى بالغرض العلاجي في العمل الطبي، هذا الشرط الذي اعتبر في نظر بعض القوانين مبرراً للتدخل الطبي في حين تغاضت عنه بعض القوانين. ومن ثم نبين شرط الغرض العلاجي (أولاً) وما يوفره من حماية جنائية (ثانياً).

أولاً: شرط الغرض العلاجي

أكد المشرع الفرنسي على ضرورة تحقيق المساعدة الطبية على الإنجاب الأهداف الطبية وأن تحترم الشروط المفروضة في القانون، ولا يمكن قبول الطلب العائلي لإحدى الأسر إلا إذا كانت تهدف لتغطية الأغراض التالية:

1. علاج العقم الذي تأكد طابعه المرضي مما يؤدي لاستبعاد الأمومة المتأخرة كمبرر للمساعدة الطبية على الإنجاب. والطبيب هو وحده الذي يبين إذا كان العقم طبيعياً أو مرضياً.
2. تجنب نقل مرض خطير جداً إلى الطفل، وقد فرض القانون مبدئياً أن يكون المرض المراد الوقاية منه غير قابل للعلاج. ولكن الجمعية الوطنية الفرنسية حذف هذه الصفة أثناء مناقشة مشروع القانون للمرة الثانية. ولم يتم معارضة هذا الحذف لا من قبل مجلس الشيوخ ولا من قبل اللجنة المختلطة المتوازية التمثيل. وقد نتج عن ذلك توسيع الأعراض حيث أن المساعدة الطبية للإنجاب قد أصبحت وسيلة قانونية للوقاية من نقل مرض خطير حتى وإن كان قابلاً للعلاج¹. وهو ما أشارت إليه المادة 152-2 من القانون رقم 94-654 سابق الذكر.

ولم يبين المشرع الجزائري في النصوص المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي شرط الغرض العلاجي. ولكن يمكن القول أن شرط الغرض العلاجي شرط عام يتعلق بالقواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية.

ثانياً: ما يوفره شرط الغرض العلاجي من حماية جنائية

إن المسؤولية هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخظة. فإذا كان الأمر مخالفاً لقواعد الأخلاق وصفت مسؤوليته بأنها مسؤولية أدبية كمن يتخلف عن عودة مريض في مستشفى، إذ تقتصر مسؤوليته على استنكار المجتمع لتصرفه. وإذا كان هذا الأمر مخالفاً لقواعد القانون وصفت

¹ - « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'entant d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ». Art. L 152-2, loi 94-654.

مسؤوليته بأنها قانونية كطبيب أجرى عملية جراحية لمريض، وخرج في عملة عن الأصول الفنية المرعية. وهذه المسؤولية الأخيرة على نوعين مسؤولية مدنية وأخرى جنائية.

في عمليات التلقيح الاصطناعي على الطبيب توحي الحذر والحيطه في العمل الطبي تجنباً لأي خطأ في مرحلة الفحص ليتعرف الطبيب على ماهية المرض - العقم - درجته وخطورته وإجراء التحاليل الطبية. فإذا أهمل ذلك وتسرع في تكوين رأيه أعتبر مسؤولاً عن جميع الأضرار المترتبة على خطئه. كما عليه أن يبذل العناية في تشخيص المرض بكل الوسائل العلمية المتاحة لديه. ومن أجل ذلك يسأل الطبيب في حالة التشخيص الخاطئ، كأن يعرض المرأة للخطر بعد أن اتضح أنها لا تعاني من مرض العقم.

ويسأل الطبيب عن خطئه في إجراء العملية إذا لم يراع الحيطه والحذر والدقة في إجرائها ولم يبذل العناية المطلوبة التي تتفق مع الأصول الفنية المتعارف عليها بين الأطباء وأهل الاختصاص. ومن ذلك عدم القيام بالاختبارات اللازمة على البويضة والنطفة لقياس صلاحيتهما وقدرتهما على تحقيق الغرض. فإذا ثبت أن الطبيب كان بإمكانه أن يجنب الطفل كل التشوهات التي يمكن أن تحدث مستقبلاً حقت عليه المسؤولية المدنية والإدارية حسب الأحوال.

ولقد نص المشرع الفرنسي بموجب المادة 152-14 من 94-654، وهي نفس المادة 511-24 من قانون العقوبات على معاقبة كل شخص قام بإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي في غياب الغرض العلاجي وذلك بالحبس من خمس سنوات والغرامة 75.000 أورو¹. أما المشرع الجزائري فلم يشترط الغرض العلاجي وبالتالي خلت نصوصه من أحكام جزائية لمخالفة هذا الشرط والشروط الأخرى. ومن ثم يتعين على المشرع القيام بما يلي:

- يتعين تجريم ما يجريه الطبيب من عمليات إخصاب، بغير مراعاة تلك الضوابط وتأثير ما يأتيه منها خارج النطاق الشرعي، أي بالصورة غير المشروعة أو المحرمة، أو كان مشوباً بغش أو خديعة للزوجين أو لأحدهما، إذا لم يكن مسؤولاً بوصفه مساهماً مع أيهما في إدخال الغش على الآخر، كأن يلتقط بويضة الزوجة بعد تخديرها، أو إيهامها بأنه يجري محضاً عملية أخرى.
- ومع مراعاة ما تقضي به القواعد العامة في صدد مسؤولية الطبيب جنائياً ومدنياً، عما يقع منه من إهمال أو خطأ في أثناء ممارسته مهنته وأعمال العلاج فيكون واجباً تجريم إهماله أو خطئه في المحافظة

¹ - «Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende». Art. L 152-14.Loi no 94-654 ; 511-24 du code pénale.

على السائل المنوي أو البويضة، بما يضمن عدم اختلاط ما يخص زوجين بغيره، وحماية الأنايب بمحتوياتها من استبدال، ويكفل حماية قانونية لعملية الإخصاب في مراحلها المختلفة. وكذلك يكون من الملائم تقرير المسؤولية الطبية بالنسبة للطبيب من الناحية الجنائية إذا تسبب بخطئه أو إهماله في إتلاف أو إفساد البويضة الملقحة، قبل استقرارها في رحم الزوجة. ومن باب أولى إذا كان الإتلاف عمداً بقصد عدم إتمام الحمل والوصول به إلى نتيجته المرجحة، عن طريق تدمير الموطن الطبيعي لها.

وأخيراً يمكن القول أن المشرع من خلال النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري حاول مواكبة التطور الحاصل في مجال الطب وإتاحة الفرصة للراغبين في الإنجاب من جهة وإحاطة هذه العمليات بشيء من المشروعية بعيداً عن الاجتهادات الفقهية، ومن جهة أخرى رفع الحرج على الأطباء في هذا المجال، وحثهم على احترام النصوص في حفظ الأنساب وتجنب محاذير هذه العمليات، غير أن النوازل التي تمطر علينا جعلت المشرع في حيرة من أمره ومن بين هذه النوازل مسألة تغيير الجنس التي تعتبر من بين المواضيع التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بنظام الأسرة، فضلاً عن أنها من التدخلات الطبية التي تطال الجسم البشري. فنتساءل عن أثر هذه التدخلات على نطاق حمايته.

المبحث الثالث

تغيير الجنس وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان

أدى التقدم العلمي في مجال العلوم الطبية إلى إمكانية تحول بعض الأشخاص من جنس الذكر إلى جنس الإناث، والعكس. وهذا ما جعل صحيفة "ديلي نيوز" تنشر في عددها الصادر في أول ديسمبر 1952 نبأ تحول أحد الرجال المشهور عنهم حب المغامرة والمخاطرة إلى امرأة على قدر من الجمال¹. ولا يعد مرض الرغبة في التحول الجنسي من قبيل الأمراض العصرية بل أن أعراضه وظواهره قديمة قدم التاريخ. فقد روى عنها حكايات في أساطير الآلهة اليونانية القديمة. وكان هناك آلهة خاصة بطائفة الهندوس مسئولة عن وفرة هرمونات الذكورة، بل قد أصيبت شخصيات تاريخية بهذا المرض مثل الإمبراطور الروماني "كاليغولا" والملك الإنجليزي "هنري الثالث" والإمبراطورة السويدية "كاترين". وفي مقاطعة نابلس الإيطالية خصصت عقوبة الإخصاء للأشخاص الذين يميلون إلى نفس جنسهم. وظهرت في العصر الحالي حركة تدعى Unisex وهي تنادي برفض كل تفرقة بين الجنسين وإباحة الحرية الجنسية².

¹ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص. 444.

² - نفس المرجع، ص. 445.

ويرجع تطور الدراسات في هذا المرض إلى الطبيب (Cauld Well) عندما نشر مقال له سنة 1952 تعرض فيه إلى الإفصاح عن ذاتية هذا المرض ودراسة أسبابه، كما ساهم في تطور الدراسات المخصصة له التطور الكبير في مجال علم النفس والمعرفة بالغدد الصماء وفن الجراحة¹.
 ويتمثل العمل الطبي في مجال التدخل الجراحي قصد تغيير جنس شخص ما وتحويله إلى جنس آخر أنثوي أو ذكري؛ تغيير الجنس الذي ينتمي إليه مادياً بالجنس الذي يشعر بالانتماء إليه²، وذلك بإجراء عملية جراحية على جهازه التناسلي. الأمر الذي يؤدي إلى الاصطدام مع المبادئ المكرسة في مجال الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم، وهو أمر يؤدي إلى إشكاليات من نواحي عدة. ففي الأوساط القانونية يثور الجدل حول قانونية هذا الحدث³. فهل يعتبر أمراً جائزاً قانوناً أم لا؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة عنه؟ وفي الأوساط الطبية يثور التساؤل حول ما إذا كان يحق للطبيب إجراء هذه العملية؟ وما هي الضوابط والأصول الطبية التي يجب عليه إتباعها في مثل هذه الحالة؟ ومدى مساءلته فنياً وجنائياً إذا ما خالف هذه الأصول...؟

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

المطلب الأول

مفهوم تغيير الجنس

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

الفرع الأول

تعريف تغيير الجنس

إن مصطلح تغيير الجنس يتكون من مصطلحين هما "الجنس" و "تغيير" ويقضي بيان دلالة مجموع المصطلحين تحديد معنى المصطلحين كل على حدى؛ لأن بيان الشيء بيان لأجزائه.

¹ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.456.

² - نفس المرجع، ص.454.

³ - جميل صحي برسوم "التحول الجنسي وما يثيره من مشاكل قانونية"، بحث منشور في مجلة الميادين مجلة الدراسات العلمية في حقول المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية، تصدرها جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، المغرب، العدد السابع، 1412 هـ - 1991، ص.47.

أولاً: دلالة كلمة جنس

يقال في اللغة جانسه: شاكله، وتجانساً؛ أي اتحدا في الجنس، والجنس، الأصل والنوع؛ والجنس أيضاً هو الضرب من كل شيء، من الناس والطيور وغير ذلك. والجنس في علم الأحياء هو أحد الأقسام التصنيفية، فهو أعلى من النوع، وأدنى من الفصيلة، ويطلق الجنس على أحد شطري الأحياء المتعضية؛ أي ذات الأعضاء مميزاً بالذكورة أو الأنوثة.¹

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

I. **العنصر الوراثي الكروموزومي** وهو يعتبر لمرآة العاكسة للطبيعة البيولوجية منذ التخليق الجيني بنموذج ثابت للذكر $46 xy$ وللأنثى $46 xx$. ولكن بالرغم من هذا الثبات قد يصاب الشخص في بعض الأحيان باختلال فيؤدي إلى لبس أو غموض في تحديد الجنس.²

II. **العنصر الشكلي أو التشريحي** وهو الذي يحدد انتماء الفرد إلى جنس الأنوثة من خلال الشكل الخارجي للجسم. ويتم التعويل على هذا المعيار لتحديد حالة الفرد المدنية لسهولة ووضوحه.³

III. **العنصر الهرموني** حيث تنتج الغدد الجنسية هرمونات معينة تتحكم في تحديد جنس الفرد، وتحديد صفاته وخصائصه الوراثية وتكوين هويته النفسية نموه الجسمي.

IV. **العنصر النفسي** وهو يعتبر حالياً أحد العناصر الأساسية؛ لأن الحقيقة - كما دلت عليها الخبرات الطبية والنفسية - أن العناصر البيولوجية تحتوي على عناصر نفسية وفسولوجية لتكوين الهوية الجنسية.

ويقصد بالعنصر النفسي ذلك الإحساس الذي يجعل الفرد يعتقد بانتمائه إلى جنس معين، ومن ثم قيامه بدوره الوظيفي المطلوب منه في شتى مناحي حياته.⁴

ثانياً: دلالة كلمة تغيير

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

الآتي:

¹ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، المرجع السابق، ص. 43.

² - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 171-172.

³ - نفس المرجع، ص. 172.

⁴ - نفس المرجع، ص. 173.

الاختلاف والتغيير فيقال غيرت الشيء فتغير، وتغايرت الأشياء؛ أي اختلفت، والتغيير انتقال الشيء من حالة لأخرى، ويأتي بمعنى التبدل وهو استبدال الشيء بغيره، وتغيير الصورة إلى صورة أخرى، والجوهرة بعينها، والإبدال تنحية الجوهرة، ويأتي بمعنى إصلاح الشأن والهيئة، والتحويل وهو تغير حال الشيء، ويعني تغير الأحوال وانتقالها¹. أما لفظ التحول أو التحويل فيعني الانتقال من حال إلى حال أو من مكان إلى مكان². ولذلك يعتبر لفظ التغيير أوسع وأشمل للدلالة على المراد من عمليات تغيير الجنس.

ثالثاً: معنى تغيير الجنس

هو استبدال جنس الشخص بجنس آخر أي تغيير الجنس الطبيعي للشخص بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي³. ويشار إليه بالفرنسية **Transsexualisme** وينطبق على الأشخاص الذين يرغبون في استبدال جنسهم من الناحية الطبية، ثم تغيير حالتهم المدنية من الناحية القانونية، ليستطيعوا التكيف في مجتمعهم كنساء أو رجال وفقاً لجنسهم النفسي بعد ترجيحه على الجنس البيولوجي والتشريحي⁴.

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

I. ذكر يريد أن يكون أنثى **Male Transsexual** أو يشعر أنه أنثى، وهو رجل مكتمل الرجولة ولكنه يشعر بداخله أنه أنثى ويرفض أن يكون ذكر بل ويتصرف على أنه أنثى مع الناس مع حدوث اضطراب نفسي وكره شديد لأعضائه التناسلية الذكورية وشكله الجسدي الذكوري. وقد يلجأ المريض إلى محاولة التخلص من أعضائه التناسلية الذكورية ويتعاطى هرمونات أنوثة ويتعامل مع المجتمع على أنه أنثى⁵.

¹ ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص. 40-41.

² نفس المرجع، ص. 186.

³ جيلالي تشوار، " الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلة فصلية يصدرها معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، العدد 36، 1998، ص. 29.

⁴ حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 187.

⁵ طه عبد الناصر، تغيير الجنس - تصحيح أو تأكيد الجنس أم ماذا؟، بحث منشور في الإنترنت على موقع النقابة العامة لأطباء مصر،

Egyptian Medical Syndicate تاريخ الإطلاع: 2009/12/12 ص. 1/1 الموقع: http://www.ems.org.eg/site_map.htm

II. أنثى تشعر أنها ذكر Female Transsexual وهي أنثى مكتملة الأنوثة عضويًا ولديها دورة شهرية ولكنها تشعر في داخلها أنها رجل وتتمنى التخلص من أعضائها الأنثوية كالثدي. وقد تلجأ إلى تعاطي هرمونات ذكورة وترغب بشدة في إجراء جراحات للتحويل إلى ذكر¹. وهي عملية جراحية يتم فيها تغيير الأعضاء الظاهرية للذكر لتشبه الأعضاء الظاهرية للأنثى أو العكس، حيث يقوم الجراح بإزالة الشخص المراد تبديل جنسه، إن كان رجلاً كاملاً الذكورة من الناحية الخلوية والجنينية بقطع القضيب والخصيتين، وإحداث شق ببقايا كيس الصفن أشبه بفرج المرأة، ويعطي هرمونات الأنوثة لينمو الصدر، وربما اضطر إلى زراعته. وتأثير الهرمونات يتحول الصوت ليشبه صوت الأنثى، ويتغير توزيع الدهون في الجسم على هيئة توزيعها في جسم الأنثى². وإن كان الشخص المراد تبديل جنسه امرأة كاملة الأنوثة، من الناحية الخلوية والجنينية، فإن الجراح يقوم باستئصال الثديين والرحم والمبيض، ويقفل المهبل ويصنع لها قضيباً اصطناعياً، يمكن أن ينتصب بواسطة تيار كهربائي من بطارية مزروعة في الفخذ عند الحاجة. وتعطي المرأة هرمونات الذكورة بكمية كبيرة لتغير الصوت إلى طابع الحشونة، ونتيجة لذلك ينبت شعر الوجه واللحية³. والتغيير هنا إنما هو تغيير ظاهري بحت في الأعضاء، لا يحصل معه أي تغيير في الوظائف، فالرجل إذا تم تبديل بعض أعضائه إلى أعضاء الأنثى، فإنه لا يمكن أن يبيض أو يحمل؛ لعدم وجود مبيض أو رحم؛ وبقطع ذكره وخصيته يكون قد فقد الإنجاب إلى الأبد. والمرأة إذا تم تبديل بعض أعضائها ذكراً في الظاهر، فإنها لا تقذف منياً، ولا يكون لها ولد من صلبها⁴. وليتجلى التعريف أكثر نحاول تمييز تعبير الجنس عن بعض مظاهر السلوك الجنسي المنحرف فيما يلي:

الفرع الثاني

تمييز تغيير الجنس عن بعض مظاهر الانحراف الجنسي

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

¹ - طه عبد الناصر، المرجع السابق، ص. 1/1.

² - الشيخ عمر عبد الله حسن الشهابي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية، بحث منشور في الإنترنت بتاريخ 1428/10/11 على

موقع المسلم نت، تاريخ الاطلاع: 2009/12/12 ص: 9/1 الموقع: <http://almoslim.net/node>

³ - محمد علي البار، لوثة تحويل الجنس، بحث منشور على الإنترنت على موقع الدكتور محمد البار، تاريخ الاطلاع: 2009/12/12 ص. 2/1

الموقع: <http://www.khayma.com/maalbar>

⁴ - محمد علي البار، لوثة تحويل الجنس، المرجع السابق، ص. 2/1.

أولاً: تغيير الجنس والشذوذ الجنسي

تتميز حالة الشذوذ الجنسي بخصوصية معينة، كما أن أغراضها تختلف عن ظاهرة التحول الجنسي. فالشذوذ الجنسي هو سلوك ناشئ عن التزوة المختارة أو التفضيلية لدى شخص بالنسبة للأفراد من نفس نوعه، أو هو ضغط جنسي موجه نحو الأفراد من نفس النوع¹. ويمتد - عند رأي البعض² - هذا الشذوذ إلى الأفعال الجنسية الشاذة كاللواط والسحاق وإتيان الحيوانات والاستمناء³. والمراد من كل ذلك تمرد على النظام الطبيعي للحياة الجنسية⁴.

ثانياً: تغيير الجنس والخنوثة

"التخنث بمختلف أصنافه⁵ يختلف عن التغيير الجنسي، فالتخنث أساسه إهمام جنسي أصلي أي أن الخنثى ضحية الطبيعة!! وذلك ما يبرر شرعاً إجراء مختلف العمليات الجراحية عليه لتحديد الجنس الراجح. وعليه فإن الشخص محل التغيير هو جنس مورفولوجي مميز ومحدد تماماً إلا أنه يشعر نفسياً بأنه ينتمي إلى الجنس المضاد لجنسه الطبيعي؛ والمعنى شعور بالذات الأنثوية في جسم رجولي وذات رجولية في جسم أنثوي"⁶.

إذن الأمر ليس مسألة تصحيح الجنس وإنما تغييره مما يفترض عدم وجود أي خلط في الجنس؛ لأن المغير جنسياً لم يكن في أي وقت ضحية خلل مورفولوجي بل يشعر بأنه ضحية قدر!! " يهب لمن

¹ - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.187.

² - وهو الرأي الذي أشار إليه الدكتور محمد رشاد متولي في كتابه جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، وأشار إليه الأستاذ عبد الله إبراهيم موسى بشكل مفصل فعرف الشذوذ بمخالفة الفطرة السليمة السوية- التي تقتضي ميل الرجل إلى الأنثى والأنثى إلى الرجل- بإتيان سلوك منحرف في تحصيل الشهوة، ومثل لهذا الشذوذ بعدد الأصناف: اشتهاؤ الشبيه (هوموسكوا)، التخنث، الرجل من النساء، الاختلاسية، السادية والماسوشية، اشتهاؤ الأطفال، الاستمناء. عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص.101-104.

³ - محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص.4.

⁴ - وهذا الشذوذ والانحراف هو الذي بدأه قوم لوط -عليه السلام- ولم يسبقهم من أحد من العالمين، فاستحبوا إتيان الذكور على الإناث، وقد قال لهم رسولهم: "أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ" (سورة الشعراء، الآية. 165-166). وقال لهم: "وَلَوْ طَأَّ إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ" (سورة الأعراف، الآية.80). وقال لهم: "أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ وَأَنْتُمْ تُبْصِرُونَ" (النمل: من الآية. 54) وكان ردهم أنهم قد فعلوا هذا واستمرؤوه وأحبوه، مع ما يعلمون من نجاسته، وبعده عن الطهارة؛ ومن أجل ذلك قالوا: "أَخْرِجُوا آلَ لُوطٍ مِنْ قَرْيَتِكُمْ إِنَّهُمْ أَنَاسٌ يَبْغِضُونَ" (سورة النمل. من الآية.56).

وبانحراف الناس عن الفطرة وقع منهم في هذا الباب أنواع كثيرة من الشذوذ والانحراف، كإتيان الذكور شهوة مع الإناث، وكذا الاقتصار على الذكور مع النكور من الإناث، وقد يكون الشاذ مفعولاً به فقط، أو يكون فاعلاً ومفعولاً به والأنثى التي تكره جنسها، ولا تهوى إلا أنثى مثلها وهو السَّحَاقُ، وللسحاقيات أحوال من الشذوذ، فمنهن من تمثل دور الفاعل، ومنهن من تمثل دور المفعول به، ومنهن من تستمتع بكل ذلك مع استمتاعها بالذكور. ومن الذكور من لا يستمتع بشهوته إلا مع الحيوانات، ومن النساء من لا تستمتع إلا بالكلاب والقرود. الشيخ عمر عبد الله حسن الشهابي، المرجع السابق، ص.9/2.

⁵ - سيأتي بيان أنواع الخنثى في معرض الحديث عن مشروعية تغيير الجنس في الصفحة 235 من هذه الرسالة.

⁶ - جيلالي تشوار، "الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المرجع السابق، ص.29.

يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور" أي ضحية جنسه الفعلي أو الحقيقي. والمبتغى من ذلك جنس سيكولوجي يخيم على مشاعره بنكران جنسه الحقيقي، فيحرص على تغيير ظاهرته الجنسية بواسطة عدة عمليات جراحية جد صعبة¹.

والخنثى في الفقه الإسلامي " آدمي تظهر فيه علامات تدل على الأنوثة وعلامات أخرى تدل على الذكورة ". فإذا غلبت عليه علامات الذكورة حكم بأنه ذكر، وإذا تبين أن علامات الأنوثة أغلب وأبين حكم بأنه أنثى. وفي بعض الحالات لا يتبين أغلبها فينتظر إلى البلوغ فإذا بلغ ولم يتبين أغلبها نكون أمام خنثى مشكل².

ثالثاً: تغيير الجنس والتشبه بالجنس الآخر

يكون التشبه بالجنس الآخر حينما تبدو النساء في المظهر الخارجي كالرجال في ملابسهم وسلوكهم، أما تشبه الرجال بالنساء عندما يبدو الرجال كالنساء في هئيتهم الخارجية كارتداء ملابسهن والتزين بزينةهن والتميع في الحديث، وإن غلب الظن على أن التغيير الجنسي يشبهه مع هذه الصورة إلا أن الفروق واضحة كما يلي:

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

II. إن التشبه بالجنس الآخر يعي هويته الجنسية البيولوجية ولا يرغب في التخلص منها بينما حالة تغيير الجنس فإن الشخص لا يقتنع بوضعه ولديه شعور لا يقاوم بانتمائه للجنس الآخر وإحساس بالظلم والقهر يدفعه لإنكار جنسه والتخلص من أعضائه التناسلية. ورغم هذه الاختلافات إلا التشبه بالجنس الآخر تعتبر مرحلة ممهدة لصورة تغيير الجنس³. كما يدل الواقع على أن الرغبة في تغيير الجنس تمر بمراحل:

1. وهي مرحلة ارتداء الملابس المخالفة لجنسه أو التشبه بالجنس الآخر عموماً.
 2. الشعور بالرغبة في تملكه للأعضاء التناسلية الخاصة بالجنس الآخر.
 3. الرغبة في التخلص من أعضائه التناسلية والمطالبة بإجراء عملية جراحية.
- وفي حالة رفض الاستجابة لطلبة فقد يلجأ إلى إحداث تشويه بنفسه أو الانتحار⁴. وأكثر طالبي التحول الجنسي هم من الرجال بنسبة تصل إلى ثلاثة أضعاف من يطلبون التحول من النساء. والسبب

¹ - جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص.30.

² - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.189.

³ - نفس المرجع، ص.191-192.

⁴ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.457.

في ذلك هو أن الجنين في الأصل يكون أنثى، ثم يحدث التغير في الرحم بسبب التعرض لهرمونات الذكورة في مرحلة من مراحل النمو¹. وبعد تعريف تغيير الجنس واستجلائه عن غيره من المصطلحات أو صور الانحراف السلوكي، يتعين بيان ما يثيره هذا التغير من مشاكل قانونية فيما يلي:

المطلب الثاني

ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل قانونية

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

الفرع الأول

ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل المدنية

لا تخصص معظم القوانين لظاهرة تغيير الجنس أو حتى الخنوثة تشريعاً خاصاً ولكن من خلال نصوص متفرقة يتبين أن تغيير الجنس يؤدي لا محالة لاضطراب النصوص القانونية المشكلة لأحكام الخاصة بجنس الذكورة والأنوثة. وذلك في المسائل المدنية (أولاً) وفي قانون الأحوال المدنية وقانون الأسرة (ثانياً).

أولاً: في قانون الأحوال المدنية

يلعب نوع الإنسان من حيث الذكورة والأنوثة دوراً هاماً إذ به تتحدد حالة الإنسان من حيث الإسم والجنس... إلخ. فإذا غير هذا النوع وتحول الشخص من ذكر لأنثى أو العكس كان من المحتتم تغيير جميع بيانات الشخص المتحول بعد لإجرائه عملية التحول لتناسب مع حالته الجديدة². تنص المادة 28 من قانون الحالة المدنية بأنه: "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده.

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

يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية".

¹ محمد المهدي، التحول الجنسي... بين موقف الطب ورأي الدين، بحث منشور في الإنترنت بتاريخ: 5 مارس 2008 على موقع إسلام أون لاين، تاريخ الاطلاع: 2009/12/12 ص: 1/1 الموقع: <http://www.islamonline.net/Arabic/index.shtml>

² جميل صبحي برسوم، المرجع السابق، ص: 57.

ثانياً: في قانون الأسرة

خصصت قوانين الأسرة في البلاد الإسلامية أحكاماً خاصة بكل من الذكر والأنثى في مواطن عديدة من بينها:

في مجال الزواج جعلت قوانين الأسرة الزواج بوصفه ميثاقاً غليظاً عقد بين ذكر وأنثى، رجل وامرأة بهدف تكوين أسرة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب. فقد نصت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري أن الزواج " هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ". وبالتالي تتباين الأحكام المترتبة عن الخطبة باعتبارها وعد بالزواج، فمن المقرر شرعاً وقانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً ما أهداه إذا كان العدول منه، كما يترتب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.

ووجد القانون بعد التعديل الجديد بشأن أهلية الزوجين بسن 19 تسعة عشرة سنة. وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، وكانت فيما قبل 21 سنة بالنسبة للرجل و18 سنة بالنسبة للمرأة. ويتبين الاختلاف فيما بين الذكر والأنثى من حيث تعدد الزوجات فهو حق للرجل بشروط ذكرتها المادة 8 من قانون الأسرة بالإضافة إلى ما هو مقرر لكل منهما للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات وذلك من المادة 36 إلى المادة 39 من نفس القانون. ويعتبر الطلاق من أسباب فك الرابطة الزوجية فهو يتم بإرادة الزوج أو بإرادة الزوجين وللمرأة التطليق وفقاً للأسباب المنصوص عليها في المادة 53 كما لها أن تخالع نفسها بمال تقدمه باتفاق الزوجين وفي حالة عدم الاتفاق يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل مقدر وقت الحكم¹. (المادة 54 من قانون الأسرة).

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

كما تختلف في حالة جراحة الخنوثة وتطبيق هذه الأحكام على الخنثى الذي خضع لعمل جراحي يختلف تبعاً لما إذا كان الجنس الراجح لديه ذكراً أم أنثى².
ويؤكد الأطباء الجراحون أن الخنثى الذي يرجح فيه جانب الأنوثة يمكن أن تنجب أطفالاً بشكل طبيعي. في حين أن الخنثى الذي يرجح فيه جانب الذكورة يبقى في معظم الأحيان عقيماً. فإذا

¹ - المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

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

خضع الخنثى لعملية جراحية أدت إلى ترجيح جانب الذكورة فيه، واستطاع بعد ذلك أن يتزوج، يمكن للزوجة - في مثل هذه الحالة - أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها للعلل¹.

وفي مجال الحضانة، فإن قانون الأسرة كغيره من قوانين الأحوال الشخصية الأخرى رتب حضانة الأبناء - مع بعض الاختلافات - بإسنادها إلى الأم ثم الأب ثم الجددة لأب، ثم الحالة، ثم العممة ثم الأقربون درجة². وتنقضي الحضانة باختلاف بين الذكر والأنثى بمضي 10 عشر سنوات بالنسبة للذكر وبلوغ الأنثى سن الزواج، وللقاضي إذا كانت الحاضنة أمماً لم تتزوج ثانية أن يمدد حضانة الذكر إلى 16 ستة عشر سنة مع مراعاة مصلحة المحضون³.

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

وفي مجال النفقة فإنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال باختلاف بين الذكور والإناث، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً لدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب⁴. وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة⁵.

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

وفي مجال الإرث تتباين أحكام الذكر عن الأنثى لقوله تعالى " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"⁶. ونصت المادة 155 من قانون الأسرة المتعلقة بالعاصب بغيره، وهي كل أنثى عصبها ذكر، فجاء في الفقرة الأخيرة " وفي كل الأحوال، يكون الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين".

¹ - فواز صالح، المرجع السابق، ص. 67.

² - المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري.

⁴ - جاء في قرار صادر من المحكمة العليا بشأن سقوط النفقة عند الاستغناء عنها: " ولما ثبت في قضية الحال أن قضية الموضوع لما قضاها بالإنفاق على من لا يستحق النفقة كالبنت المتوفية أو البنات اللواتي يعملن ولهن كسب فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". قرار رقم 138958 بتاريخ 1996/07/09 قضية (ح م) ضد (ط ف) منشور في المجلة القضائية العدد الأول لسنة 1998، ص. 123.

⁵ - المادة 75 و 76 من قانون الأسرة الجزائري.

⁶ - سورة النساء، الآية. 11.

ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على أحكام الإرث الخاص بالخنثى، ولكن المادة 222 منه تنص بأنه كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية. وتجدر الإشارة إلى أن المذاهب الفقهية الأربعة اختلفت في بيان الحصة التي يستحقها الخنثى من الإرث. وهذا الخلاف يثور فقط بالنسبة للخنثى المشكل الذي لا يمكن أن ترجح فيه لا الذكورة ولا الأنوثة.

ففي المذهب الشافعي يستحق الخنثى أقل الحظين، باعتباره ذكراً أو أنثى، وكذلك الحال بالنسبة لبقية الورثة، ويوقف الباقي إلى ظهور حاله، فإذا لم يظهر، يوزع الباقي بين الورثة بالاتفاق، أما بالنسبة للمذهب الحنبلي، فقد أخذوا بنفس الحكم، ولكنهم ذهبوا إلى أنه إذا كان ميؤوساً من كشف حال الخنثى، عندئذ يستحق نصف النصيبين¹. وذهب المالكية إلى أن الخنثى المشكل يستحق في جميع الأحوال الوسط بين نصيب الذكر والأنثى. أما في المذهب الحنفي، يستحق الخنثى أدنى حظيه، باعتباره ذكراً أو أنثى ويستحق باقي الورثة أفضل الحظين، وذلك عندما يتأثر نصيبه ونصيب بقية الورثة بجنسه². ومن هنا يتبين أثر تغيير الجنس في اضطراب الأحكام القانونية سواء لمغيري الجنس أو الخنثى.

الفرع الثاني

ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل الجنائية

بصرف النظر عما يتعرض له الشخص المغير جنسياً من مخاطر طبية، فإن التحول الجنسي يثير بعض المشاكل أيضاً من الناحية الجنائية، إذ أن إجراء عملية التحول في حد ذاتها تعد من الأعمال الماسة بعناصر الحق في سلامة الجسم لإخلالها بعناصر التكامل الجسدي للمتحول. فهذه العملية تقتضي إجراء بعض الجراحات بالجهاز التناسلي للمتحول كإزالة الخصية لدى الذكر المغير وإزالة عضو التذكير لديه. ومن هنا يثور التساؤل عما إذا كان الفعل الذي يمس حق الإنسان في سلامة جسمه يعد مباحاً لا ينال فاعله أية عقوبة، أم أنه يظل مؤثماً بمقتضى نصوص القانون الجنائي؟

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

¹ - فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق، ص. 65.

² - مقتبس عن: فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق، ص. 65.

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

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

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

تستند بعض الوظائف الاجتماعية التي يضطلع بها الإنسان من خلال نوعه ذكر أو أنثى ومن المفروض أنه لا يملك بإرادته المنفردة الانتقاص من مقدرته على القيام أو الإخلال بها. ومن الأمثلة على هذه الوظائف الاجتماعية، أن الذكور يكلفون بأداء الخدمة العسكرية. فإذا ما تغير الشخص برضاه فإن المجتمع لا يستطيع اقتضاء هذه الوظيفة الاجتماعية منه، فهل يعتبر هذا إهدار لمصلحة المجتمع في البقاء والدفاع عن سلامة أراضيه؟

وبفرض أن هذه العمليات الطبية لا يمكن تبريرها بالحق في ممارسة مهنة الطب أو برضاء المجني عليه، فهل يمكن تبريرها وفقاً لحالة الضرورة، سواء لضرورة طبية أو نفسية أو اجتماعية؟ وما هي موقف النصوص الجنائية المتعلقة بحماية الجسم البشري من كل هذا؟ ومن خلال هذا العرض يتبين حجم الاضطراب التي تحدثه هذه العمليات في إطار الحماية الجنائية للجسم البشري، مما يعني ضرورة بحث مشروعية تغيير الجنس من كافة الجوانب. وتفصيل ذلك ما يلي.

المطلب الثالث

مشروعية تغيير الجنس

قبل الحديث عن مشروعية التغيير الجنسي لا بد من استبعاد حالة الشخص الذي اجتمعت فيه ظاهرياً علامات الذكورة والأنوثة، واستلزمت حالته الصحية ضرورة التدخل الطبي الجراحي لإظهار أو

الكشف عن الجنس الحقيقي المظهور، وهي حالة الخنثى التي تكون بصدد علاج عضوي لا يمكن وصفه بتغيير الجنس، والخنثى نوعين:

النوع الأول: الخنثى غير المشكل: وهو الشخص الذي يرجح فيه إما جانب الذكورة وإما جانب الأنوثة.

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

ولا تثير حالة الخنثى غير المشكل أية مشكلة، حيث إنّه يمكن أن يخضع للمعالجة، وأن استدعى الأمر، لإجراء عمليات جراحية تؤدي إلى ترجيح الجانب الغالب فيه بشكل نهائي، وتدخل هذه المعالجات الدوائية والجراحية في باب التداوي والتطبيب¹.

أما بالنسبة للخنثى المشكل، فالأمر ليس بهذه السهولة، لكن مع التقدم الطبي الهائل والثورة البيولوجية الجزيئية والهندسة الوراثية التي طبعت أواخر القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين، أجاز علماء الشريعة الرجوع إلى الخبرة الطبية لتحديد الصفة الغالبة لدى الخنثى، فإذا أشكل الأمر، يجب أن نراعى أولاً الجهاز التناسلي الداخلي فهو الأساس في تكوين الإنسان، ولا يعول على الأجهزة الخارجية، ويجب أيضاً مراعاة الأحوال النفسية عند الولد، كذلك عند والديه قبل البلوغ. وإذا أقرت الخبرة الطبية ضرورة إجراء عمليات جراحية، فلا مانع من ذلك².

ولقد بحث مجلس كبار العلماء³ وقرار مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي⁴ الذي أصدره في دورته الحادية عشر وقرر فيه ما يلي: "أنه من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، ينظر فيه إلى الغالب في الحالة، فإن غلبت عليه علامات الذكورة جاز علاجه طبيّاً بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيّاً بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء كان العلاج بالجراحة أو بالهرمونات لما في ذلك من مصلحة عظيمة ودرء لمفسدة "

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

¹ - فواز صالح، جراحة الخنثوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق، ص.57.

² - نفس المرجع، ص.57.

³ - قرار مجلس كبار العلماء في دورته التاسعة والثلاثين المنعقدة في مدينة الطائف في الفترة من 1413/2/24 إلى 1431/3/18. مقتبس عن: حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.195.

⁴ - وقرار المجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي رقم 176 بتاريخ 1413/3/17. مقتبس عن: حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.195.

مدى مشروعية التدخل الطبي للتغيير الجنسي. تجدر الإشارة إلى أن المواقف تضاربت بين من يرى بمشروعية مثل هذا التدخل الجراحي (الفرع الأول) وبين من يرى عدم مشروعيته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مشروعية التدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس

تجدر الملاحظة أن الأنظمة القانونية قد تباينت في وضع الأساس القانوني لهذه الأعمال، ففي إطار الأنظمة التي أقرت بمشروعية التحول الجنسي، استندت إلى إباحتها والمساس بعناصر السلامة الجسدية على نصوص قانونية صريحة، بينما اختلف الفقهاء في البحث حول سند مشروعية هذه الأعمال في غياب النصوص القانونية التي تقرها. وعليه نتطرق إلى المواقف الفقهي القانوني والشرعي المبيح (أولاً) ثم الموقف القانوني المبيح (ثانياً) فالموقف القضائي المبيح (ثالثاً).

أولاً: الموقف الفقهي القانوني والشرعي المبيح

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

I. الموقف الفقهي القانوني المبيح

يرى جانب من الفقه القانوني¹ أن عمليات تغيير الجنس تعد عملاً مشروعاً لما تحققه من توازن في الهوية الجنسية؛ لأن الأسباب النفسية ضرورة ملحة. خاصة إذا علمنا أن هذه الجراحة هي المنفذ الوحيد بعد فشل العلاج الهرموني والكيميائي والنفسي، مما يرفع الحرج في التسليم بضرورة إجراء العملية لإحداث التوافق بين الجنس التشريحي ونفسي ويجنب المريض محاولات الانتحار والتشويه الذاتي فضلاً عن المعاناة اليومية والضغوط النفسية². ولقد وجد هذا الجانب أساساً لدعواهم بنقاط عدة:

¹ - ومن الفقه الذي يقر بمشروعية تغيير الجنس الكندي معتمداً على نص المادة 45 من قانون العقوبات التي يقضي بإعفاء كل شخص لم يحصل على رخصة بمزاولة مهنة الطب من أي مسؤولية جنائية في حالة مباشرة أي عملية جراحية من أجل مصلحة آخر وبتوافر شرطين: أولهما أن تجرى بعناية ومهارة معقولين. وثانيهما أن يكون هناك ما يدعو إلى الاعتقاد بضرورة إجراء العملية بالنظر إلى جميع الظروف الأخرى المحيطة به. ومن الفقه الكندي أنظر:

E. CROFFIER, De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit quebecois, Trav. De l'ass. Henri Capitant T. XXVI, Dalloz, 1975, p.204.

مقتبس عن: محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص. 543. الهامش 1.

ومن الفقه المقر لتغيير الجنس البلجيكي إذا كان لها غرض علاجي حقيقي مؤداه تحسين أكيد في صحة المريض. وبشرط الحصول على إذن الطب الشرعي قبل إجراء العملية. ومن الفقه البلجيكي أنظر:

M. KLEIN, Le corps humain, responsabilité juridique et famille en droit belge, Travaux de L'Association, Henri Capitant, T. XXVI, D 1975, p.44.

مقتبس عن: محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص. 545. الهامش 1.

² - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 198.

1. إن القول بمشروعية التدخل الطبي الجراحي لعمليات تغيير الجنس يعتبر انعكاساً للحرية التي يتمتع بها الإنسان على جسمه. " فالإنسان موهوب بالإرادة وهو مالكها ". كما لا يمكن الاحتجاج بحجم المضرة بالسلامة الجسدية؛ لأن صاحب الجسد أدرى بمصلحته.
 2. لا يجوز الاستناد إلى مبدأ الحرمة الجسدية المطلقة؛ لأن هذا المبدأ المقدس لم يصمد في مواجهة المد الطبيعي للتطور الطبي، حيث اعترف الفقه أن هذا المبدأ قد نزل من برجه العاجي. وبالتالي فتغيير الإنسان لجنسه يدخل ضمن التعامل المشروع في الجسم البشري، وليس فيه ما يتعارض مع الحماية الجنائية له¹.
 3. أن القول بمشروعية تغيير الجنس من شأنه أن يشجع الأطباء في لكشف عن كثير من الأمراض ومعرفة أسبابها. ولقد عبر الأستاذ hamburger عن ذلك بقوله: " أن الامتناع عن ممارسة أي تقدم في المجال الطبي، بحجة المخاطر التي من الممكن أن تتعرض لها البشرية، من شأنه أن يؤخر الطب خمسين عاماً"².
 4. إن التدخل الطبي بخصوص هذا التصرف أيا كان نوعه سواء بتعاطي الهرمونات أو بإجراء الجراحة لا يمكن أن يجرى قسراً، بل أنه يستمد مشروعيته من الرضاء الحر المستنير الصادر عن الشخص، فضلاً عن الشروط الجوهرية في العمل الطبي المتمثلة في قصد الشفاء وذلك بتخليص المريض من الألم وإعادة التوازن النفسي والعضوي؛ لأن مفهوم الصحة لم يعد يقف عند حدود الصحة البدنية فحسب بل الصحة النفسية باعتبارها الوجه الثاني للعملة الواحدة³.
- من خلال الأسانيد التي اعتمد عليها هذا الاتجاه يمكن تلخيص المزايم الموهومة التي اعتمد عليها هذا الاتجاه، حيث تقتصر على ما يلي:
- أ- إن تغيير الجني تطبيق للحرية الفردية التي يتمتع بها الشخص على جسده.
 - ب- وجوب تشجيع الأطباء على غزو الجسم البشري ليلاً يكون عكس ذلك عائق على التطور الطبي والإفادة من منفعه.
 - ت- رضا الشخص بالإيذاء مبرر كاف لانعدام مسؤولية المعتدي.
 - ث- توافر قصد الشفاء في هذا العمل الطبي الجراحي.
- ولنا حديث آخر عند التعليق والنقد الموجه لهذه المزايم والأسانيد في معرض الحديث عن الموقف الفقهي القانوني المحرم لجراحة تغيير الجنس.

¹ - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.199.

² - نفس المرجع، ص.199.

³ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.460.

II. الموقف الفقهي الشرعي المبيح

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

وقد استند الرأي الشرعي المبيح لهذه العمليات على التحقيقات العلمية الموسعة واستناداً إلى الخبرة الطبية. وفي بيان الأسانيد الشرعية التي اعتمد عليها الرأي المبيح فإننا نعتمد على فتوى سماحة الشيخ فيصل المولوي (المنشورة على موقعه) حينما سئل¹ عن تغيير الجنس.

1. أنه ثبت برأي جمهور الأطباء وجود حالة مرضية عند بعض الناس سموها (الترانسكس) وهي انفصام حاد في الحالة الجنسية بحيث تكون مظاهر الجسد باتجاه جنس معين، بينما تكون مشاعر النفس بالاتجاه الجنسي المعاكس، وأن هذه الحالة المرضية قد تشتد بحيث تصبح حياة صاحبها جحيماً وقد يفكر بالانتحار، وأنه قد تفشل كل وسائل العلاج النفسي، ولا يبقى أمام الطبيب إلا إجراء جراحة التحول الجنسي².

2. في مثل هذه الحالة تتحقق شروط الضرورية الشرعية التي تبيح المحظور بإجماع العلماء، إذ الخلاف بينهم محصور في تشخيص حالة الضرورة أو عدمها. أما إذا اتفقوا على وجودها، فهم حتماً متفقون على أنها تبيح المحظور. أما وأن الضرورة متحققة في هذه الحالة؛ فلأن المحافظة على الحياة تعتبر من الضرورات الشرعية الخمسة بلا جدال، فتعتبر هذه العمليات مباحة شرعاً استناداً إلى جواز التداوي بالحرّم عند وجود الضرورة³.

¹ - كان نص السؤال: ما ترى في عمليات تغيير الجنس لمرضى اضطراب الهوية الجنسية الذين يجرون عمليات لتغيير جنسهم للتخلص من معاناتهم النفسية، هل يجوز لهم ذلك، والمرأة المتحولة أو الرجل المتحول، هل تنطبق عليهما الأحكام الشرعية للجنس المتحول إليه؟ وهل يحاسبهم الله على ما فعلوا أم يغفر لهم لأنهم مرضى نفسيين؟ وهل ذلك يشمل اللعن للذين يتشبهون بالجنس الآخر والمغيرين لخلق الله؟ علماً بأن هناك علماء حرّموا هذه العمليات تحريماً قطعياً وهناك علماء أباحوها للضرورة. ماذا ترى فضيلة الشيخ وكيف يتبع المريض الفتوى التي يريد معرفتها في حالة رغبته بعمل هذه العمليات لضرر نفسي لحق به؟ أرجو منكم التوضيح والإجابة على استفساري حول تناقض واحتلاف العلماء في جميع الدول حول هذه الفتوى؟ والرجاء الرد بسرعة لأهمية الموضوع.

² - فيصل مولوي، حكم عمليات تغيير الجنس، رقم الفتوى: 311 تاريخ الفتوى: 2002/22/4 منشورة على موقع سماحة الشيخ فيصل المولوي، تاريخ الاطلاع: 2010/2/22. ص: 1/1. الموقع: <http://www.mawlawi.net/default.asp>

³ - فيصل مولوي، المرجع السابق، ص: 1/1

3. ورداً على من يرون في تغيير الجنس تغييراً لخلق الله لقوله تعالى حكاية عن الشيطان (ولأمرتهم فليغيّرُنَّ خلق الله)¹. وكما لا يجوز لمن خلق بإصبع زائدة أو عضو زائد، قطعه ولا نزرعه، لأنه من تغيير خلق الله تعالى إلا أن تكون هذه الزوائد تؤلمه، فإن تغيير الجنس يدخل ضمن هذا الاستثناء؛ لأن التغيير المنهي عنه، هو ما كان لأجل التغيير أو لأجل التجميل، أما إذا كان ضرورياً من باب التداوي فهو جائز جمعاً بين الدليلين، دليل تحريم تغيير خلق الله، ودليل وجوب التداوي على المريض. وفي حالة مرضى التحوّل الجنسي يمكن القول أن الأعضاء الجنسية الظاهرة هي أعضاء زائدة؛ لأنها لا تتناسق مع مشاعر الجنس النفسية المعاكسة، وبالتالي فإن تحويلها إلى أعضاء جنسية متوافقة مع الحالة النفسية هو معالجة للألم الموجود والذي ليس له علاج آخر. على أن القرطبي في تفسيره (أحكام القرآن) ذكر عن ابن عباس أن (تغيير خلق الله) المقصود في الآية هو تغيير دينه، فقد خلق الله الشمس والقمر والأحجار والنار لينتفع بها، فغيّر ذلك الكفار وجعلوها آلهة معبودة. وبذلك يتبين أن مسألة (تغيير خلق الله) لا تصلح سبباً للتحريم في مثل حالة الضرورة المذكورة آنفاً².

4. إن التحوّل الجنسي على الأرجح لا يدخل تحت مسألة التشبه، التي حصرها العلماء باللباس والزينة والكلام والمشى. كما أن إباحة عمليات التحوّل الجنسي ليست على إطلاقها، بل ضمن الضوابط الشرعية، وهي أن يبذل المريض نفسه جهداً كبيراً للتكيف مع حالته الجسدية، فربما كانت أحاسيسه أو هماً لا أصل لها. وربما استطاع بمساعدة طبيبه ومن يحيط به أن يكشف نفسه من جديد، وأن يسعى الطبيب المعالج من خلال استعمال كل وسائل الطب النفسي الحديثة إلى معالجته كمريض نفسي، وأن يستمر على ذلك مدة طويلة - لا تقل عن سنتين - وإذا لم يفلح بعدها في العلاج، وظل المريض يشكو من حالة الانفصام، وطلب إجراء هذه العملية الجراحية، فإن شروط الضرورة تكون قد تحققت³.

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

¹ - سورة النساء، الآية. 119.

² - مقتبس عن: فيصل مولوي، المرجع السابق، ص. 1/1.

³ - فيصل مولوي، المرجع السابق، ص. 1/1.

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

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

ج- هل الأعضاء التناسلية ذكورية كانت أم أنثوية تعتبر أعضاء زائدة بفرض رفضها لأسباب نفسية؟

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

ثانياً: الموقف القانوني المبيح لتغيير الجنس

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

I. القانون السويدي الصادر بتاريخ 21 أبريل 1972 والذي أجاز في المادة الأولى من هذا القانون -

بشروط معينة تحت طائلة العقاب - هذه العمليات. وتتمثل هذه الشروط في الرضا والعمر 18 سنة كاملة على الأقل. وألا يكون الشخص متزوجاً وأن يكون متمتعاً بالجنسية السويدية (المادة الثالثة من نفس القانون). وأضافت المادة الرابعة شرط الحصول على ترخيص بإجراء العملية من جهة إدارية معينة للتأكد من توافر الشروط القانونية والقيام بالفحص لتقدير مدى الحاجة لتغيير الجنس تم تصدر موافقتها أو عدم موافقتها بذلك. ويترتب على مخالفة هذه الشروط جزاءات جنائية منصوص عليها في المادتين السابعة والثامنة من نفس القانون.²

II. القانون الألماني الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1980 الذي أجاز عمليات التغيير الجنسي في المادة

الثامنة والتي تضمن ما يقارب الشروط الواردة في القانون السويدي، حيث اشترطت الرضا بطلب كتابي يقدمه للجهات الحكومية، والعمر 25 سنة، وألا يكون قد سبق له الزواج، فقدان القدرة تماماً على الإنجاب³. ومن خلال هذا تبين أن أساس إباحة هذه العمليات هو رضا المحني عليه بإجراء

¹ - سورة الإسراء، الآية.36.

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

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

العملية وإذن القانون. ويتبين كذلك انسياب هذه الدول وراء التطور الطبي غير مراعية للخلقة البشرية التي فطر الله الناس عليها.

III.

القوانين التي أباحت الإخصاء أو العقم حيث تعتبر هذه القوانين من بين القوانين المبيحة لعمليات تغيير الجنس استناداً إلى النصوص المبيحة للإخصاء أو العقم. كقانون الدنمارك الصادر في 11 ماي 1925 وفق شروط معينة في حالة الإصابة بالشذوذ الجنسي بسبب عيب في التكوين الفسيولوجي أو نتيجة الاخطاط الخلقي الذي يدفعهم إلى الجريمة. وكذلك القانون النرويجي الصادر في 1 جوان 1934 الذي يبيح العقم لسبب خطير ينفرد الطبيب بتقديره واستناداً لرضا المريض. ومثلهما القانون السويسري الذي يعترف بعمليات العقم والإخصاء¹.

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

ثالثاً: الموقف القضائي المبيح لتغيير الجنس

أعترف قضاء بعض الدول بعمليات تغيير الجنس، كالقضاء الفرنسي والبلجيكي والقضاء الإنجليزي كما يلي:

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

أ- المرحلة الأولى ولم يعترف فيها القضاء الفرنسي إلا بالجنس الذي ولد عليه الشخص عند الميلاد. ولذا لم يعترف إلا بالجراحة التي تكشف عن الجنس الحقيقي للشخص الذي ولد عليه؛ أي تصحيح للجنس أو تثبيت للجنس وليس تغييراً له. وانتهج في هذه المرحلة نهجاً مؤداه أنه لا يمكن تغيير الحالة المدنية لمن أجرى هذه الجراحة إلا إذا كان البيان الذي دون قد شابه غلط عند الميلاد وليس هناك ما يمنع من اكتشاف هذا الغلط بعد عدة سنوات. ويترتب على اكتشاف هذا الغلط تصحيح البيان تصحيحاً يرجع أثره إلى يوم الميلاد. وقد سارت العديد من الأحكام على هذا النهج، كحكم محكمة باريس في 8 ديسمبر سنة 1968². ويتعلق الأمر بشباب شعر بازدواج في وغموض في هويته الجنسية، وفي أثناء جراحة أجريت له كشف له عن عضو تناسلي لأنثى، أكد الخبراء توافر غلط، وعلى إثر هذه الشهادة

¹ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.466.

² - حكم محكمة بلريس الصادر في 1968/12/8. مقتبس عن: الشهابي إبراهيم الشرفاوي، تثبيت الجنس وآثاره - دراسة مقارنة - دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 2002، ص.250.

حصلت الفتاة على حكم بتغيير حالتها المدنية. وفي الحالات التي لا يثبت فيها مثل هذا الغلط لم يتردد القضاء في رفض تغيير الجنس ومن ثم يرفض تغيير بيانات الحالة المدنية¹.

ب- المرحلة الثانية واعترف فيها القضاء الفرنسي بمشروعية تغيير الجنس اعتماداً على الجنس النفسي للشخص. وقد انتهى إلى الاعتراف بجراحات التغير الجنسي في حكم محكمة تولوز الصادر سنة 1977² بخصوص فتاة شعرت بشرارة التذكير تسري في كيانها فأمرت بتعديل جنسها القانوني واسمها الشخصي، وأصبح القضاء يبرر عدم التوازن النفسي - عندما يصل إلى مرحلة خطيرة- بإجراء التدخل الجراحي لتغيير الجنس. وهو ما بدا واضحاً في حكم محكمة ديجون في 12/5/1977³ بخصوص الشاب "انتوان" الذي كان يتمتع بأعضاء تناسلية خارجية لذكر، إلا أنها كانت ضامرة إلى حد كبير فاستؤصلت بعملية جراحية وغرس مكانها فرج كاذب، ووافقت المحكمة على تغيير جنسه في حكمها " إن من يعاني في شخصه تغيراً وتحولاً عميقاً في اتجاه واحد يمكن أن يطالب بتعديل الحالة المدنية"⁴.

ج- المرحلة الثالثة وقضت فيه محكمة النقض الفرنسية نسبياً برفض تغيير الجنس وعدم ترتيب آثاره؛ لأن التغيير لأسباب نفسية وليس دواعي طبية. ومن بين الأحكام الصادرة في هذا الصدد قرار لها في 3/3/1987⁵ حيث رفضت تغيير جنس الطاعن من ذكر لأنثى، وأيدت قضاة الموضوع بحجة أن الانتماء إلى جنس معين لا يكون من خلال الشعور النفسي أو الصفات الجنسية الثانوية كالصوت.

د- أما المرحلة الرابعة فقد عرفت محكمة النقض الفرنسية منعرجاً حاسماً بتاريخ 11/12/1992 حينما أصدرت قراراً بدوائرها مجتمعة قبلت بمقتضاه دعوى تغيير الجنس وركزت على حرية الفرد في تغيير جنسه وفق قناعاته، وأن دور القضاء ينحصر دوره في احترام اختيار وحرية الفرد⁶.

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

¹ - الشهابي إبراهيم الشرفاوي، المرجع السابق، ص.250

² - حكم محكمة تولوز الصادر في 3/3/1987. مقتبس عن: الشهابي إبراهيم الشرفاوي، المرجع السابق، ص.252

³ - حكم محكمة ديجون الصادر في 12/5/1977. مقتبس عن: الشهابي إبراهيم الشرفاوي، المرجع السابق، ص.253.

⁴ - الشهابي إبراهيم الشرفاوي، المرجع السابق، ص.252-253.

⁵ - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر 3/3/1987. الشهابي إبراهيم الشرفاوي، المرجع السابق، ص.255.

⁶ - الشهابي إبراهيم الشرفاوي، المرجع السابق، ص.255.

II. موقف القضاء البلجيكي: قضت محكمة جنح بروكسل في حكمها الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 1969¹ ببراءة عدد من الأطباء من تهمة القتل الخطأ في محاولة لتغيير جنس شخص. وكانت النيابة العامة قد وجهت تهمة القتل الخطأ للأطباء لمباشرة عملية ليس لها ما يبررها من الناحية الطبية، إلا أن المحكمة قضت ببراءتهم استناداً إلى توافر قصد العلاج. وفي حكم آخر قضت محكمة استئناف بروكسل بقبول دعوى تصحيح شهادة الميلاد امرأة تحولت إلى رجل على إثر خضوعها لعملية جراحية ثم العلاج الهرموني². وهذا يفيد جواز أو مشروعية تحول الجنس من الناحية القضائية في بلجيكا بحجة توافر قصد العلاج اعتماداً على الجنس النفسي في تقدير الأطباء وهو سبب كافٍ لدرء المسؤولية الجنائية للطبيب، وهو الأمر الذي يقتضي تغييراً في الأوراق الثبوتية.

III. موقف القضاء الإنجليزي: صدر في إنجلترا حكماً بتاريخ 2 فبراير 1970³ في قضية (جوربات) Gorbett وأقر بمشروعية تغيير الجنس، مستنداً بذلك إلى اللائحة الخاصة بالجرائم الجنسية والصادرة عام 1967 التي لا تعترض على أي عمل طبي أو تدخل جراحي يهدف إلى تحقيق غرض علاجي⁴. ومن هنا يتبين بأن هذه الأحكام القضائية تبيح عمليات تغيير الجنس (المسخ) مع تباين الحجج فتارة الغرض العلاج، وتارة احترام الحرية الفردية، وتارة تحقيق التوازن النفسي، وتارة أخرى الضرورة وتجنب الانتحار من راغبي التغيير. وإذا كان هذا الاتجاه يبيح هذا التدخل الطبي فقد تصدى اتجاه آخر لهذه العملية وحسم موقفه المانع لها بالتفصيل التالي.

الفرع الثاني

عدم مشروعية التدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس

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

أولاً: الموقف الفقهي المحرم لتغيير الجنس

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

¹ - حكم محكمة بروكسل الصادر بتاريخ 1969/9/27. مقتبس عن: محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص.545.

² - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص:467.

³ - حكم الإنجليزي الصادر بتاريخ 1970/4/2. مقتبس عن: محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص.544.

⁴ - محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص.544.

I. الموقف الفقهي القانوني المحرم لتغيير الجنس

تَحْفَظ اتجاه آخر¹ بشأن التدخل الجراحي لتغيير الجنس بسبب الغموض الذي يحيط بمفهوم الغرض العلاجي الذي يصعب الاعتماد عليه لإقرار مشروعية التدخل الطبي في حلة الازدواج الجنسي النفسي، بالإضافة إلى أن هذه العمليات تعتبر انتهاكاً صريحاً للنظام العام والآداب العامة، وإخلالاً بمبدأ حرمة جسم الإنسان وحالته المدنية². ورد الاتجاه الفقهي القانوني على القائلين بالمشروعية بما يلي:

1. إن تغيير الجنس يعد مساساً بالسلامة الجسدية وإخلالاً بمبدأ المحافظة على مادة الجسم وتكامله، فكل فعل يخل بوظائف وأعضاء الجسم على النحو الذي ولد به الإنسان، ويجعلها تنحرف عن أدائها لوظائفها يعتبر غير مشروع. ولا شك أن في عمليات تغيير الجنس إزالة لأعضاء الجنس غير مرغوب فيها، وتعويضها بأعضاء أخرى، وفي كل الأحيان يؤدي إلى تعطيل وإخلال بوظائف الجسم؛ لأن الرجل الذي يوافق على إزالة المظاهر الذكورية واستبدالها بأعضاء أنثوية يكون قد حقق مبتغاه الشكلي أو الخارجي، لكنه يفقد دورة كرجل ولن يكون شريكاً مثالياً فيما يتعلق بالزواج والإنجاب، ونفس الأمر بالنسبة للمرأة³.

2. لا يصح الاستناد إلى الضرورة العلاجية للقول بمشروعية هذه الجراحة حتى في المراحل المتأخرة من المرض النفسي التي يهدد فيها المريض بالانتحار أو تشويه نفسه بقطع أعضائه؛ لأن الحديث عن نظرية الضرورة ينبغي أن يدور في فلك النشاط الجراحي الذي يستهدف العلاج، ومن ثم إذا كان نشاط الجراح لا يستهدف العلاج فإن الحديث عن حالة الضرورة للقول بإباحة مساسه بجسم المريض يكون من قبيل اللغو، وحيث إننا بصدد نشاط جراحي يصعب تحديد الهدف العلاجي منه فإنه لا يصح الاستناد إلى نظرية الضرورة للقول بإباحة هذا العمل الجراحي، إذ أن بعض أطباء الأمراض العقلية والنفسية يعتبرونه مظهراً من مظاهر الانحراف وأثراً من آثار الاضطراب الأوديبي وهي مرحلة من مراحل التطور النفسي للشخص فمن الصعوبة بمكان تحديد الغرض العلاجي من هذه الجراحة؛ لأن ما يعانيه المريض لا يمثل تشوهاً في الجسم أو المظهر أو الإمكانات البشرية⁴.

3. إن رضا المجني عليه لا يصلح الاستناد عليه في هذه الحالة كمبرر يبيح فعل التحول الجنسي، ويعفي فاعله من العقاب، تأسيساً على أن لحق في سلامة الجسم ليس حقاً خالصاً للشخص نفسه يتصرف فيه

¹ - يمثل هذا الاتجاه كل من الفقهاء الفرنسيين، وفي عرض هذه الآراء أنظر في الفقه الفرنسي:

J. Petit, L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel, Rev. Trim. dr. Civ. 1976, P.275.

مقتبس عن: محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص. 547. الهامش 1-3.

² - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 213.

³ - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 214.

⁴ - الشهابي إبراهيم الشرفاوي، المرجع السابق، ص. 242.

كيفما يشاء دون ضابط أو دون مراجعة، وإنما هو حق يتحمل مجموعة الارتفاقات الاجتماعية التي تعطي للمجتمع حقاً موازياً لحق الشخص في سلامة جسمه، كالتكليف بأداء الخدمة الوطنية والذود عن الوطن ومن ثم ليس له الحق في الانتقاص من مقدرته لعدم القيام بهذه الوظائف¹.

4. إن تغيير الجنس ينطوي على خرق كبير بالنظام العام والآداب العامة، وإن صح القول على أن النظام العام ليس واحداً في جميع المجتمعات البشرية وأنه ليس مبدأ يعتبر في حد ذاته قيمة مصنونة، وهو مبدأ إرادي قابل لتغيير والتطور ويختلف باختلاف الزمن والجماعات الإنسانية ونماذجه الدينية والثقافية والسياسية، فإن هذا لا ينطبق على نظام الطبيعة؛ لأنها مصنونة ومقدسة ولا يجوز خرق قوانينها، ويعتبر تغيير الجنس لون من العبث بهندسة الكائن البشري².

5. إن تشجيع الأطباء على غزو الجسم الإنساني يجب أن يكون في حدود الأعمال المشروعة ولا يتعداها إلى الأعمال المحظورة، وإلا أصبح جسد الإنسان حقلاً للتجارب وهو ما ياباه الشرع والقانون³. من كل ما سبق نرى بأن الطبيب إذا قام بإجراء جراحة تغيير الجنس لدواعي نفسية، بأن كان رجلاً كامل الذكورة إلى أنثى، أو أنثى كاملة الأنوثة إلى ذكر بناء على رغبته في التغيير، فإن الطبيب يكون قد خالف مهنته وتترتب عليه المسؤولية القانونية الناجمة عن التعدي على الحق في السلامة الجسدية، وتتنوع هذه المسؤولية إلى الآتي:

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

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

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

د- المسؤولية التأديبية النقابية وذلك بإحالة الطبيب القائم بهذه العملية على المجالس التأديبية لنقابة الأطباء والتي تقرر معاقبته بإسقاط عضويته إذا كان عضواً فيها أو منعه من مزاوله المهنة ...

1 - جميل صبحي برسوم، المرجع السابق، ص.58.

2 - جيلالي تشوار، " الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري "، المرجع السابق، ص.31.

3 - الشهابي إبراهيم الشرفاوي، المرجع السابق، ص. 238.

II. الموقف الفقهي الشرعي المحرم لتغيير الجنس

أثارت مشكلة تغيير الجنس جدلاً كبيراً في الأوساط الفقهية الإسلامية فقد أعار الجانب المحرم - على كثرتهم - اهتماماً بالغاً ودعا إلى الإعراض عنها على أساس أن التغيير الاتفاقي للجنس يتنافى مع الأحكام الشرعية، ومن ثم مع مبدأ عدم التصرف في حالة الأشخاص¹.

يشير الدكتور سيد طنطاوي - مفتي الديار المصرية - " إن حكمة الله سبحانه وتعالى قد اقتضت أن يعمر هذا الكون عن طريق وجود الرجل والمرأة، وحكمة الله سبحانه وتعالى أن يجعل للرجل مميزات تميزه عن المرأة وأن يجعل المرأة أيضاً مميزات عن الرجل وإن كان الله قد خلقهما من نفس واحدة ". ولا يجوز للرجل أن يتمنى شيئاً من خصائص المرأة والعكس². لقوله تعالى: " و لا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن"³. وقد استدل الفقهاء في تحريم هذه الأفعال وذلك للأدلة التالية:

1. قوله تعالى: "... ولأمرهم فليبتكن ءاذان الانعام ولأمرهم فليغيرن خلق الله..."⁴. ووجه الدلالة في هذه الآية حرمة تغيير خلق الله بدافع العبث الشهوة، وتغيير الأنثى إلى ذكر عن طريق الجراحة باستئصال الثديين وإلغاء القناة التناسلية الأنثوية لديها، وبناء عضو ذكري فيه تغيير لخلق الله دون حاجة معتبرة⁵.

2. حديث عبد الله بن مسعود - رضي الله - عنه قال: " لعن الله الواشمات، والمستوشمات، والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات لخلق الله"⁶. ووجه الدلالة في الحديث أن اللعن يقتضي تحريم الفعل الملعون، وفعل هذه الجراحة فيه تغيير لخلق الله على سبيل التعدي والعبث، فكانت محرمة⁷.

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

¹ - جيلالي تشوار، " الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المرجع السابق، ص.31.

² - سيد طنطاوي، تعديل جنس الإنسان، بحث منشور بجريدة المسلمون السنة الرابعة، العدد 173. مقتبس عن: مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.483-484.

³ - سورة النساء، الآية.32.

⁴ - سورة النساء، الآية.119.

⁵ - محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الفرائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص:204.

⁶ - رواه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب في لعن الواشمات والمتفلجات، الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.367.

⁷ - محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص.204.

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

4. حديث عائشة رضي الله عنها قالت: كان يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مخنث فكانوا يعدونه من غير أولي الإربة، قال فدخل النبي صلى الله عليه وسلم يوماً عند بعض نساءه وهو ينعت امرأة، قال: إذا أقبلت بأربع، وإذا أدبرت بأربع، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "ألا، أرى هذا يعرف ما ههنا، لا يدخلن عليكن" قالت: فحججوه². ووجه الدلالة في هذه الأحاديث لعن من تشبه بالجنس الآخر بأي صورة من صور التشبه. ويقتضي اللعن التحريم، وإذا كان اللعن منصباً على من تشبه من الجنسين بالآخر بصوته ومشيته ولبسه، وبعض عاداته فكيف بمن تحدى الفطرة وقوانين الطبيعة ونواميسها³. قال ابن حجر: "والحكمة في لعن من تشبه إخراج الشيء عن الصفة التي وضعها عليه أحكم الحاكمين"⁴. قال تعالى: "فطرت الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله"⁵. وقال: "فلن تجد لسنة الله تبديلاً ولن تجد لسنة الله تحويلاً"⁶.

5. وفي هذه الآيات توجيه من الله سبحانه وتعالى وتحذير من التمادي في الاستهتار والتجرؤ على العبث بمتقن صنعه، فكيف يتجرأ الإنسان على أحسن الخالقين ليعبث بالخلق وما خلق. فعمل التغيير في الجنس في الحقيقة جريمة منكرة وإثم عظيم⁷.

6. أن هذا النوع من الجراحة ترتكب بسببه محظورات شرعية ككشف العورة والاطلاع عليها واطلاع الرجال على النساء والعكس دون مبرر شرعي؛ لأن الفقهاء اتفقوا على إباحة النظر للضرورة والحاجة، وحيث لا ضرورة أو حاجة في التغيير إلى جنس آخر فلا يجوز النظر إلى بدن المرأة الأجنبية⁸.

¹ - رواه البخاري، كتاب اللباس، باب إخراج المشبهين بالنساء من البيوت، محمد ناصر الدين الألباني، مختصر صحيح الأمام البخاري، الطبعة الأولى، المجلد الرابع، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2002، ص. 47-48.

² - رواه مسلم، كتاب الأدب، باب الزجر عن دخول المخنثين على النساء. الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 379.

³ - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 233.

⁴ - مقتبس عن: محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص. 205.

⁵ - سورة الروم، الآية. 30.

⁶ - سورة فاطر، الآية. 43.

⁷ - جيلالي تشوار، "الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المرجع السابق، ص. 35.

⁸ - علي محي الدين القره داغي، علي يوسف الحمدي، المرجع السابق، ص. 525.

7. روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنهم قال: كنا نغزو مع رسول الله عليه الصلاة والسلام وليس لنا شئ فقلنا ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك¹. وقال الإمام القرطبي رحمه الله: "لا يختلف فقهاء الحجاز وفقهاء الكوفيين أن خصاء بني آدم لا يحل، ولا يجوز لأنه مثله". فإذا كان هذا التحريم متعلقا بالخصاء الذي فيه تغيير لشئ من مهمة العضو فكيف بالتغيير الكامل لا شك أنه أولى وأحرى بالتحريم².

8. إن القيام بعملية تغيير الجنس تتضمن الغش والتدليس، وقد جاء تحريم الغش في عموم التعامل بين الناس. ويدل على هذا النهي ما رواه أبو هريرة- رضي الله عنه قال- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من حمل علينا السلاح فليس منا ومن غشنا فليس منا"³. ووجه الدلالة من هذا الحديث تحريم الغش والتدليس في الحلقة بالتغيير والتحويل، فمثلا في مرحلة الخطبة والزواج قد يغير الرجل جنسه إلى امرأة ثم يتقدم لخطبته ممن لا يعرف حقيقته، وفي ذلك غش وتدليس خاصة مع عدم القدرة في الإنجاب. ومثل ذلك لو غيرت المرأة جنسها⁴.

9. أن الأضرار المترتبة على إجراء العملية أكبر من الأضرار المترتبة على إبقاء المريض على حالته وأن فعل المحظور مباح عند الضرورة لإزالة الضرر. والقاعدة الشرعية "الضرر يزال" تنص على وجوب إزالة الضرر. وبتطبيق ما سبق على حالة المصاب بمرض الترانسكس نجد أن إجرائه للعملية فيه ضرر كبير عليه سواء من الحالة النفسية أو الجسدية أو الاجتماعية.

أ- فمن الأضرار الصحية حدوث تغيير في التركيب العضوي للإنسان السوي مما يسبب خللا في بنية أعضاء جسده الأصلية، فأعضاء الذكر تختلف عن أعضاء الأنثى خاصة الأعضاء التناسلية ووظائفها⁵.
ب- ومن الأضرار الصحية كذلك إحداث خلل في بعض أو معظم أعضاء الجسم الأخرى، وذلك نتيجة للهرمونات والأدوية التي يتم إعطاؤها للشخص قبل وبعد الجراحة.

¹ - رواه البخاري، كتاب النكاح، باب ما يكره من التبتل والخصاء. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبه البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص. 343. ورواه مسلم، كتاب النكاح، باب في نكاح المتعة. الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري دمشقي، مختصر صحيح مسلم، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 210-211.

² - مقتبس عن: نادية محمد قزمار، الجراحة التجميلية الجوانب القانونية والشرعية - دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص. 312.

³ - رواه مسلم، كتاب الأيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: "من غشنا فليس منا". الأمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 69.

⁴ - بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس- دراسة فقهية مقارنة- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص. 43-44.

⁵ - بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص. 46.

ت- وتكمن الأضرار النفسية في أن الجراحة تحدث خلل في نفس الشخص وتغيراً في الطباع والسلوكيات، وهذا الأمر لن يتم بصورة سريعة ولكن بعد اضطرابات وتناقضات بين الحالة الأولى (الجنس الأصلي) والحالة الثانية (الجنس الطارئ) مما يحدث به آلام نفسية شديدة¹.

ث- ومن الأضرار الاجتماعية أن هذه الجراحة إذا فتح بابها ستخلق نوعاً من الفوضى والاضطراب في المجتمع. وتكمن الفوضى والاضطراب فيما يحدث في السجلات والوثائق الرسمية التي قيد فيها الشخص منذ ولادته من حيث الأسماء والمهن وما يتعلق بها مما لا يخص الشخص فقط ولكن يرتبط بأهله وذويه². وفي خلاصة هذا الاتجاه الشرعي المحرم لعمليات تغيير الجنس فإننا نرى من جانبنا أن هذه المسألة يجب التفرقة فيها بين ثلاثة فروض:

الأول: وهي حالة وجود تشوهات خلقية معينة لدى الشخص، كأجزاء مطمورة أو مغمورة في الجهاز التناسلي، وفي هذا الفرض تكون أعضاء وأجهزة الراغب في تثبيت جنسه - الخنثى - أقرب ما تكون لأعضاء الجنس المراد تصحيحه. فالتدخل الجراحي من خلال العملية التي تكشف عن الجنس الحقيقي يكون واجباً لا بد منه لما فيه من تقرير للواقع وإظهاره، فإذا كان الإنسان جامعاً بين عضوي الذكورة والأنوثة فإن المرجح لحاله يجعل العضو الآخر من قبيل الخلقة الزائدة، وفي إزالته تحقيق لمصلحة معتبرة شرعاً.

الثاني: وجود خلل واضطراب في خلايااً وهرمونات جسم الإنسان، وفي هذه الحالة يكون التدخل الطبي بواسطة العلاج الهرموني مشروعاً؛ لأنه يهدف إلى التنسيق بين الخلايا المحددة للذكورة أو الأنوثة في الجسم وبين الأعضاء التناسلية، ولا شك أن في مثل هذه الحالة مصلحة شرعية معتبرة.

الثالث: وهي حالة الشخص الذي يبدي رغبة نفسية في التحول دون أن تكون له مشكلة صحية بدنية، بل مجرد تحقيق هذه الرغبة، في هذه الحالة يعتبر التدخل الجراحي الذي يهدف لتغيير الجنس خروجاً عن الفطرة السوية التي فطر الناس عليها، وتديلاً لخلق الله - كما سبق ذكره -.

III. الموقف القانوني المحرم لتغيير الجنس

إذا كان قد تبين من العرض السابق أن هناك تشريعات قد نظمت صراحة ما تسميه "تغيير الجنس" وأخرى قد اعترفت ضمناً بمشروعيتها، فإنه بالمقابل هناك تشريعات قد التزمت الصمت حيال هذا الموضوع، فلا هي نظمته بنصوص تشريعية صريحة، ولا هي نصت على ترتيب بعض الآثار بصدده، ولا هي أخيراً نصت على تجريمه ولا صدر عنها ما يدل على ذلك. ولكنها تركت معالجة هذا الموضوع

¹ - بدیعة علی أحمد، المرجع السابق، ص. 46.

² - نفس المرجع، ص. 46.

برمته للفقهاء والقضاء، وهو الأمر الذي اتبعته حتى هذه اللحظة كافة تشريعات الدول الإسلامية¹. وعليه نتعرض إلى التشريعات التي التزمت الصمت ثم موقف التشريع الجزائري.

1. التشريعات التي التزمت الصمت

التزمت هذه التشريعات الصمت التام بالنسبة لإقرار أو عدم إقرار مشروعية عمليات تحول الجنس. وعليه تصدى الفقه لإبداء رأيه إعمالاً للنصوص العامة ذات الشأن الطبي ويمثل هذا الاتجاه الفقه الفرنسي.

لا يجيز الفقه الفرنسي من حيث المبدأ عمليات التحول الجنسي، فمن الناحية الجنائية تقاس هذه العمليات على جريمة الإحصاء المنصوص عليها في المادة 312 من قانون العقوبات الفرنسي والتي يقصد بها استئصال كل عضو ضروري من أجل الإنجاب. ولا يعفى رضاه صاحب المصلحة الطبيب من أي مسؤولية جنائية في هذا المجال.

ومن الناحية المدنية فهناك مبدأ حرمة الجسم الذي يضع الإنسان فوق الاتفاقيات القانونية. ومن ثم فلا يجوز تعريضه لعمليات جراحية غير مأمونة النتائج وتنطوي في الوقت نفسه على قدر كبير من المخاطر².

2. موقف التشريع الجزائري

في البداية يجب أن نبين أن التشريعات الجزائرية لم تشر صراحة إلى موضوع التحول أو تغيير الجنس، ولكن يمكن استخلاص الموقف القانوني من القوانين ذات الصلة، ويتعلق الأمر بقانون الأسرة (أ) وقانون العقوبات (ب) والقانون الطبي (ت). وذلك فيما يلي:

أ- في قانون الأسرة

خلق الله الإنسان ليكون خليفته في الأرض يعمرها ويستثمرها، وخلق له ما في الأرض جميعاً، وسخر له الشمس والقمر والنجوم والشجر والدواب لخدمة النوع الإنساني، وخلق الإنسان زوجين رجل وامرأة، وجعل لكل منهما صفات جسدية تلائم دوره في الحياة وغرائزه وحاجاته العضوية تجعل كل منهما بحاجة إلى الآخر ومكماً له. قال تعالى: "وهو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منهما زوجها ليسكن إليها"³؛ وقال: "يأبها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء"⁴.

¹ - الشهابي إبراهيم الشراقوي، المرجع السابق، ص. 233.

² - محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص. 548.

³ - سورة الأعراف، الآية. 189.

⁴ - سورة النحل، الآية. 12.

ولما كان بقاء النوع الإنساني وسيلة اتصال الرجل بالمرأة اتصالاً حسناً للتناسل والتوالد فقد شرع الزواج وعده من نعم الله على عباده في تكوين أسرة. وهي اللبنة الأساسية للمجتمع تحفظ الأنساب من الاختلاط وتصون الأعراض¹.

أن الاختلاف الجنسي من الأركان الجوهرية في عقد الزواج، لا يمكن أن يقوم بدونه ولا يمكن أن يجل محله أي نوع آخر، ذلك أن مسألة الفارق الجنسي مسألة جوهرية لا تبني الرابطة الزوجية بدونه. ومن هذا المنطلق لا يعترف إلا بالزواج القائم بين شخصين من جنس مختلف؛ أي رجل وامرأة. وعلى ذلك يعتبر الزواج المبرم بين شخصين من نفس الجنس أي بين رجلين أو امرأتين لا أثر له² طبقاً لنص المادة 32³ من قانون الأسرة الجزائري.

ولم ينص قانون الأسرة صراحة على حالة التغيير الجنسي وإنما اكتفى بالتنصيص في المادة 4⁴ من قانون الأسرة عند تعريفه لعقد الزواج أن هذا العقد لا يتم إلا بين رجل وامرأة. فالمرأة هي التي ولدت على أساس جنس أنثى والرجل هو الذي ولد على أساس جنس ذكر ومن ثم فما على المرأة إلا أن تتحمل أنوثتها وما على الرجل إلا أن يتحمل ذكورته. قال تعالى: "ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن"⁵.

ومن ثم فالمشرع الجزائري لا يعترف بالتغيير الجنسي ولا يجوز لأي ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج لرجل أو امرأة قاما بالتغيير الجنسي.

ب- في قانون العقوبات

إذا علم أن الركن البيولوجي في عقد الزواج هو الاختلاف في الجنس، فإن خلاف ذلك يعد جريمة يعاقب القانون عليها القانون لما يؤدي ذلك إلى انتشار اللواط والسحاقيات باعتباره شذوذ جنسي⁶، وهو ما أشارت إليه المادة 338 من قانون العقوبات بقولها: "كل من ارتكب فعلاً من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار...".

¹ - عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص.32.

² - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص.10.

³ - المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

⁴ - المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أسلسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين المحافظة على الأنساب".

⁵ - سورة النساء، الآية.32.

⁶ - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة...، المرجع السابق، ص.11.

إن عمليات تغيير الجنس تشكل انتهاكاً صريحاً لمادة الجسم والتي اتفقت جميع الشرائع والنظم القانونية على وجوب المحافظة عليها، وذلك بالمحافظة على التكامل الجسماني وسلامة أداء تلك الأجهزة والأعضاء لوظائفها المقررة لها. ومن هذه الأجهزة الأعضاء التناسلية وأي تغيير يطرأ بعد ذلك على جنس الشخص إثر إجراء عمليات جراحية يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 264 قانون العقوبات الجزائري التي جاء في مضمونها أن كل من أحدث جروحاً للغير... وترتب عليه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو حرمان من استعماله... يعرض مرتكبوه لعقوبة السجن المؤقت من 05 إلى 10 سنوات.

أن التدخل الجراحي لتغيير الجنس يقتضي بتر أعضاء الذكورة في الذكر وإيجاد ما يشبه الفرج للأنثى فيه، والتغيير في الأنثى يكون بتر كل عضو يكون مميزاً لها عن الذكر، من الثديين والرحم والمبيض وقفل المهبل، ويجعل لها ما يشبه العضو الذكري. ومن الملاحظ أن التغيير الذي يتم في هذه الحالة إنما هو تعبير ظاهري لا يحصل معه أي تغيير في الوظائف، فالرجل إذا تم تبديل بعض أعضائه إلى أعضاء الأنثى، فإنه لا يمكن أن يجيض أو يحمل لعدم وجود مبيض أو رحم وبقطع ذكره وخصتيه يكون قد فقد الإنجاب إلى الأبد. والمرأة إذا تم تبديل بعض أعضائها ذكراً في الظاهر فإنها لا تقذف منياً، ولا يكون لها ولد من صلبها¹. ومن خلال ذلك يمكن اعتبار بتر الأعضاء التناسلية وقدان الخاصية الإنجابية للمرأة والرجل عاهة مستديمة. والمقصود بها " الفقدان النهائي (كلياً) كان أو (جزئياً) لمنفعة أحد أعضاء الجسم سواء بقطع العضو أو بتره أو استئصاله أو تعطيل وظيفته بصورة نهائية"². وقد نصت المادة 264 على الصور المعتررة عاهة مستديمة:

- فقد أو بتر أحد الأعضاء.
- المنع من استعمال العضو.
- فقد البصر.
- فقد إبصار أحد العينين دون أخرى.
- أو أية عاهة أخرى دائمة.

ويمكن تكييف الفعل المؤدي إلى بتر الأعضاء الجنسية في جراحات التغيير الجنسي جريمة خصاء، ذلك أن القوانين اعتبرت الخصاء كظرف مشدد بوصفه فقداً أو بتراً أو فقدان استعمال أحد الأعضاء. والخصاء استئصال أو قطع أو بتر عضو ضروري للفعل الجنسي (النسل). ولا يميز القانون في ذلك بين

¹ - شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2011، ص.155.

² - محمد صبحي نجم، الجرائم والواقعة على الأشخاص، المرجع السابق، ص.133.

الرجل والمرأة. ولقد جرم المشرع الجزائري هذه الجريمة باعتبارها مظهر من مظاهر العقم الماس بسلامة الجسم في المادة 274 من قانون العقوبات الجزائري: "كل من ارتكب جنایة الخشاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة".

ت- في القانون الطبي

من الثابت قانوناً أنه لكي يكون عمل الطبيب المرخص له بالعلاج مكتمل الإباحة يجب أن يتسق مع الأصول الفنية المرعية في الحقل الطبي، وهي الأصول التي يعترف بها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يتجاهلها ممن يحسب على المهنة. وتطبيقاً لذلك يسأل الطبيب عن نتائج فعله إذا ثبت أن الطبيب قد خرج على الأصول الفنية. ولقد نصت المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية على أنه "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة...".

ونصت المادة 31 من نفس المدونة "لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجاً أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة...". وقد أثبتت الدراسات الطبية على عدم جدوى التدخل الجراحي لمريدي التغيير الجنسي، والنتيجة فإن القانون الجزائري لا يجيز مثل هذه التدخلات الطبية لعدم اتساقها مع الأصول الطبية.

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن عمليات تغيير الجنس تدخل ضمن جراحات التعقيم ولقد حظر المشرع على الأطباء إجراء عمليات التعقيم سواء للرجال أو النساء؛ لأن إجراءاتها في غير الحالات المستوجبة قانوناً يعد اعتداء صارخاً على الحق في سلامة الجسم. وفي ذلك تشير المادة 33 من ذات المدونة أنه "لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون". وتضيف المادة 34 أنه "لا يجوز للطبيب بتر عضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة...". ومن هنا نصل إلى نتيجة مؤداها أن القوانين الجزائرية ذات الصلة بموضوع جراحة تغيير الجنس اتخذت موقفاً يحظر هذه الجراحة تحت طائلة العقاب. وإذا كان موقف القانون على نحو ما ذكر فقد عرضت على القضاء قضايا بما نحن بصددده وأدلي بدلوه فيها. ومزیداً من التفصيل فيما يلي.

ثالثاً: الموقف القضائي المحرم لتغيير الجنس

من بين المواقف القضائية المحرمة لعمليات تغيير الجنس نأخذ، موقف القضاء السوري، والقضاء الكويتي، والقضاء التونسي، ثم القضاء المصري.

I. موقف القضاء السوري

وفقاً لأحكام القضاء السوري يجوز للخنثى أن يطلب تعديل القيد المتعلق بجنسه والقيد المتعلق باسمه بشكل يتفق مع وضعه الجديد الناجم عن التدخلات الجراحية التي خضع لها. فقد أجازت

محكمة الأحوال المدنية في الزبداني لفتاة أجريت لها عملية جراحية، تبديل جنسها من أنثى إلى ذكر وكذلك تبديل اسمها بما يتفق مع جنسها الجديد.

وجاء في حكم هذه المحكمة " لما كان قد تبين من نتيجة التحليل الصادر عن هيئة الطاقة الذرية ... أنه بعد معاينة دم الأنسة... وذلك بإجراء زراعة خلوية للدم لفترة / 72 / ساعة ودراسة فهي ذكر من XY تبين أن لها صبغة ذكرية R G الاتقانات الخلوية باستعمال العصاب من الناحية الوراثية. وكانت المحكمة قد نذبت طبيًا، كخبير، لإجراء الكشف والخبرة الطبية على المدعية لبيان مدى تطابق تقرير الهيئة الذرية مع وضع المدعية. وكذلك بيان فيما إذا كانت فعلا قد أصبحت ذكرًا أم لا¹.

أكدت الخبرة الطبية أن المدعية هي ذكر وليست أنثى وذلك بسبب عدم وجود أعضاء تناسلية أنثوية حوضية، وكذلك فإن صبغتها الصبغية الوراثية هي صبغة ذكرية.

وبناء على ذلك ألزمت المحكمة أمين السجل المدني في الزبداني بتدوين ذلك في سجلات. وهذا ما ذهبت إليه أيضاً محكمة الأحوال المدنية بدمشق في حكم صادر عنها في العام 2002 حيث أجازت فيه لشاب تصحيح جنسه واسمه في قيود السجل المدني نتيجة للعملية الجراحية التي أجريت له. واستندت هذه المحكمة في حكمها إلى خبرة طبية جماعية أثبتت أن المدعي يأخذ الصفة الأنثوية وألزمت المحكمة أمين السجل المدني بإجراء ذلك التصحيح في سجلاته².

واستخدمت محكمة الأحوال المدنية بدمشق في حكمها عبارة " تصحيح "، في حين أن محكمة الأحوال المدنية في الزبداني استخدمت عبارة " تبديل " وفي اعتقادنا أن محكمة دمشق كانت على حق عندما أجازت تصحيح الجنس والاسم، ولم تستخدم عبارة تبديل أو تغيير. وذلك لأن التصحيح كان ناتجاً عن خطأ لم يكن بالإمكان اكتشافه عندما تم تسجيل المولود في سجل الأحوال المدنية، فلم يكن بالإمكان آنذاك معرفة أن الصبغة الصبغية الوراثية للمولود وأثبتت الخبرة الطبية بعد ذلك الصبغة الصبغية الصحيحة XX أو أنثوية XY هي ذكرية ومن ثم الجنس الراجح. واستناداً إلى تلك الخبرة قررت المحكمة تصحيح الخطأ الذي وقع فيه أمين السجل المدني عند الولادة، وأجازت تصحيح القيد المتعلق بالجنس وكذلك تصحيح القيد المتعلق بالاسم. وتجدر الإشارة إلى أن تغيير الاسم أمر جائز، في الفقه الإسلامي، وخاصة إذا كان الاسم قبيحاً أو مكروهاً³.

¹ - قرار رقم 20 أساس 20 بتاريخ 1999/10/30 واكتسب الحكم الدرجة القطعية نظراً لعدم استئنافه بتاريخ 1999/11/20. مقتبس

عن: فواز صالح، جراحة الخنثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق، ص.70.

² - نفس المرجع، ص.70.

³ - فواز صالح، جراحة الخنثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق، ص.71.

ومن هنا فالحكم لا ينطوي أساساً على مسألة تغيير الجنس وإنما تصحيح الاسم أو تثبيته والفرق بين التصحيح والتغيير الإسمي واضح جداً حيث يكون التصحيح نتيجة خطأ في قيود سجل الحالة المدنية، أما تغيير الاسم فيكون نتيجة رغبة الشخص في تبديل اسمه والاستعاضة عنه باسم آخر. ويختلف تغيير الجنس عن تصحيح الجنس من حيث أن الأول عملية جراحية يتم بها تغيير الأعضاء الأنثوية بالذكورية أو العكس، أما تصحيحه فهو تغليب للجنس الراجح نظراً لاشتراك الأعضاء الذكورية والأنثوية مع تغيير القيد في سجلات الحالة المدنية.

II. موقف القضاء الكويتي¹

شغل الشارع الكويتي قضية تداولتها أجهزة الإعلام وهي قضية " أحمد " وقد مرت هذه القضية على جميع درجات التقاضي (رقم القضية 2003/861 تجاري مدني كلي حكومة / 1) وعليه نتعرض إلى ملخص للقضية، ثم رأي الطب الشرعي، ثم القضية على كافة درجات التقاضي:

1. ملخص القضية

تتلخص وقائع القضية في قيام أحمد برفع دعوى ضد وكيل وزارة الصحة ووكيل وزارة الداخلية ووكيل وزارة التربية ووكيل وزارة العدل ووكيل وزارة الدفاع ومدير عام الهيئة العامة للمعلومات المدنية بصفتهم طلب في ختامها الحكم بنذب إدارة الطب الشرعي التابعة لوزارة الداخلية، لتوقيع الكشف الطبي عليه والإطلاع على كافة ما تحت يده من تقارير وفحوص طبية، وذلك لفحص حالته وتحديد نوع الجنس الذي يحمله حالياً ومدى ملائمة ذلك مع ما هو ثابت بالأوراق الثبوتية الخاصة به من عدمه، ومدى أحقيته في تعديل وتصحيح اسم ونوع جنسه بما يتفق مع حالته الراهنة من عدمه، وذلك تمهيداً لعرض الأمر على اللجنة المختصة قانوناً بتصحيح الأسماء بغية الحكم للمدعي بتعديل اسم ونوع جنسه في مواجهة المدعي عليهم، مع إلزام المدعي عليهم بكافة المصروفات القضائية، وعلى ضوء تقرير الطب الشرعي قام بتعديل طلباته وهي كالآتي:

- الحكم بأحقيته في تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى.
- حفظ كافة حقوقه في سلوك الطريق الذي رسمه القانون للوصول إلى تغيير البيانات الخاصة باسمه وجنسه بكافة الأوراق الرسمية. وقد أسس دعواه على أنه ولد بتاريخ 1975/10/3 ولديه شعور نفسي وطبيعي بالانتماء للجنس الآخر؛ أي هويته الجنسية أنثوية وتم استخراج جميع الأوراق الثبوتية الخاصة به على أن نوع جنسه ذكر، مما ألحق به أضراراً نفسية خاصة شعوره بعدم تعايشه مع نوع الجنس الذي يحمله؛ إذ تغلبت عليه رغبة الانتماء إلى الجنس الآخر الذي تطبّع

¹ - القضية رقم 2003/861 تجاري مدني كلي حكومة / 1

بطباعه مما تحتم عليه إجراء عملية جراحية بتحويل جنسه من ذكر إلى أنثى. ولما كانت القاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار " وقد أصبح بعد العملية أنثى عقيم ويمارس حياته اليومية يعايش المجتمع كأنثى إلا أن حملها باسم " أحمد " ونوع جنسه ذكر في جميع أوراقه الثبوتية اللصيقة به لا تستقيم مع هويته الأنثوية مما ألحق به ضرر. لذا أقام دعواه بطلباته سالفة الذكر.

2. رأي الطب الشرعي

بجلسة 2003/6/28 أصدرت محكمة أول درجة حكماً بنذب إدارة الطب الشرعي للكشف على حالة المدعي وإبداء رأيها في حالة المدعى وكان رأي الطب الشرعي في الحالة ما يلي:

يتخلص رأي الطب الشرعي في أن أحمد من الوجه الجينية- الصبغية - ذكر يحمل الصفات الجينية الذكورية، إلا أنه من الناحية النفسية وبعد العلاج الهرموني والتدخلات الجراحية واستئصال الأعضاء الذكورية الرئيسية المميزة، واستبدالها بأعضاء خارجية أنثوية النمط فقد الصفات الذكورية الجسمية الخارجية وكذا الإحساس الجنسي الرجولي وإمكانية الإنجاب، بينما طغت المواصفات الأنثوية خاصة الخارجية منها على مظهره الجسماني بالإضافة إلى ما يعاينه من هم في مثل حالته من ميل جارف للسلوك الأنثوي.

3. حكم محكمة أول درجة والأسباب التي استندت عليها

حكمت المحكمة بأحقية المدعي في تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى. وألزمت المدعي عليهم بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة، وللأسباب التالية:

السبب الأول:

وورد آيات عديدة تبين أن تصوير الإنسان على صورته من ذكر أو أنثى هو أمر لله تعالى مثل قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى " ¹. وقوله: " لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ " ². ويستدل بالآيات أن تغيير الجنس لا يجوز شرعاً لأنه متضمن تغيير لخلق الله إلا إذا توافرت شروط الضرورة فهنا يكون تغيير الجنس مباحاً عملاً للقاعدة الشرعية " الضرورات تبيح المحظورات ". إذا الأمر لا يصبح تغييراً لخلق الله بل هو تغيير لحالة مرضية، حيث يصبح الإنسان أكثر قدرة على القيام بمسئوليته التي خلق من أجلها .

وبما أنه ورد في تقرير الطب الشرعي أن الأعراض التي بالمدعى أعراض اضطراب الهوية الجنسية وأنه بذل جهداً للتكيف مع حالته الجنسية من هذه الأعراض. وبالتالي فإن شروط الضرورة قد توافرت في

¹ - سورة الحجرات، الآية.13.

² - سورة الشورى، الآية.49.

حقه وإجراء العملية جائز شرعاً ولا يعتبر تغيير لخلق الله وينتفي في حقه التشبه بالجنس الآخر؛ لأن المريض يعود لجنسه الغالب فالجنس ليس هو مجرد أعضاء جنسية ظاهرة بل هو أيضاً مشاعر نفسه. ومما سبق يتبين أن السبب التي أقيمت من أجله الدعوى مشروعاً.

السبب الثاني:

إن المدعي بحالته الراهنة وهو حبيس جنس ينفر منه ويكون تحت ضغط رغبة في التحول للجنس الآخر. كما أن ما يعانیه من هم في مثل حالته قد يدفعه إلى أن يسلك مسلكاً جنسياً غير سوي في حالة السماح له بمخالطة الذكور مدفوعاً برغباته الأنثوية، الأمر الذي يبين معه إجابة المدعي لطلباته وذلك لمصلحته ومصلحة المجتمع.

4. حكم محكمة الاستئناف

حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف، ورفض الدعوى وألزمت المستأنف ضده (المدعي) بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة عن درجتي التقاضي. للأسباب التالية:

السبب الأول:

ذكرت المحكمة معايير التمييز بين النوعين الذكر والأنثى والتي يعتمد عليها أهل الطب، ثم أسقطت هذه المعايير على أحمد ووجدت أن ما ثبت بالتقارير الطبية أن أحمد ولد ذكر من الناحية الجينية الصبغية كما في الذكور، ويحمل جميع الأعضاء التناسلية الذكرية الخارجية منها أو الداخلية وبالتالي استنتجت أنه مخلوق ولد ذكراً مصداقاً لقوله تعالى " وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى"¹. وكذلك ثبت أن أحمد لا يحمل أي عضو أنثوي حتى يمكن القول بأنه خنثى حقيقية أو كاذبة لتطبيق أحكام الخنثى عليه وتبرر التدخل الجراحي لتصحيح جنسه وتثبيته، وهو الأمر الذي ترى معه المحكمة أن ما قام به أحمد من إجراء عملية تغيير الجنس مخالف للشريعة الإسلامية. وذكرت فتاوى تنص على حرمة تغيير الجنس بمجرد دواعي نفسية، بل لا بد من وجود دواعي جسدية غالبية.

السبب الثاني:

ترى المحكمة أن ما جاء من حقائق علمية عن اضطرابات الهوية الجنسية تبين أنها أعراض تظهر في مرحلة مبكرة وفي سن الطفولة ومع السنوات الأولى من الدراسة، وتكمن في رغبة الطفل الجائحة في أن يكون من الجنس الآخر مع الكراهية الشديدة لجنسه العضوي. وبمطابقة هذه الحقيقة العلمية على أحمد وجدت أنها لا تنطبق عليه، وذلك لأنه ثبت أنه من مواليد 1975/10/3 ولم يعاني من أي

¹ - سورة النجم، الآية.45.

اضطرابات نفسية حتى دخوله المستشفى النفسي، وكان قد بلغ ما يقارب عشرون عاماً وذلك لمحاولته الانتحار ولم يثبت سبب ذلك وغادر المستشفى على مسؤوليته. ولم يرد في ملفه ما يشير إلى اضطرابات في الهوية الجنسية في فترة دخوله ولم يراجع المستشفى إلا بتاريخ 2002/12/11 بعد العملية التي تمت بتاريخ 2000/6/29 أي بعد سنة ونصف.

السبب الثالث:

ترى المحكمة أن أحمد لم يعرض نفسه على طبيب نفسي لاستشارته في موضوع اضطراب الهوية الجنسية، ولم يتلق أي علاج لفترة زمنية حسب الأعراف الطبية.

السبب الرابع:

إن اضطرابات الهوية الجنسية ما هي إلا نظرية لازالت توجه لها سهام النقد وينكرها البعض. ومما يوجه إليها ماذا لو تغيرت رغبة من تحول إلى الجنس الآخر ورغب مرة أخرى بالعودة إلى جنسه الأصلي، كونها خاضعة لعوامل نفسية وتغير بتغير الأهواء النفسية؟ ففي ذلك عبث بهوية الإنسان الذي أكرمه الله سبحانه وتعالى بأن خلقه بأحسن صورة.

السبب الخامس:

ترى المحكمة أن تغيير الجنس مجرد دواعي نفسية فيه وقوع بالرديلة والحرام. وذلك أن الرجل بتحوله إلى أنثى فإن تحوله ظاهرياً فقط دون أعضاءه الداخلية، إذا فالجنس يبقى على خلقته الأصلية دون تغيير، مما يعني استمتاع الرجل بالرجل المبدل جنسه من قبيل عمل قوم لوط المستحق لعنة الله وغضبه. وكذلك يحدث معايشرة النساء لبعضهن البعض وبالتالي انتشار الفاحشة.

5. حكم محكمة التمييز

حكمت محكمة التمييز بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه وألزمت الطاعن المصروفات مقابل أتعاب المحاماة عن درجتي التقاضي وقررت ما يلي في الموضوع:

"ومن الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية حرمة تحويل الجنس من ذكر إلى أنثى وبالعكس على وجه العبث. وقد جرى قضاء — هذه المحكمة — على أن لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير ما يقدم إليها من الأدلة والمستندات، ولها الأخذ بتقرير الخبر المقدم في الدعوى محمولاً على أسبابه متى رأت فيه ما يكفي لتكوين عقيدتها واطمأننت إلى سلامة الأسس التي قام عليها، وأنه وإن كانت الضرورات تبيح المحظورات والتي تعني أن الممنوع شرعاً مباح عند الضرورة.

ومن شروطها أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على سند مما

ثبت من التقرير الطبي الشرعي، الذي أطمأن إليه من أن الطاعن قد أجرى عملية جراحية حوّل على أثره أعضائه التناسلية الخارجية لأنثى دون أعضائه الداخلية، وأنه يحمل التركيب الصبغي الذكري والجنس الذي نشأ عليه بينما الجنس النفسي أنثوي. وبعرضه على لجنة أخصائي الطب النفسي أفادت بأن الطاعن دخل العيادة النفسية لأول مرة في 15/1/1994 لوضعه تحت الملاحظة الطبية، إلا أنه خرج في ذات اليوم ولم يرد في تقريرها أية اضطرابات في هويته الجنسية في فترة دخوله، ولم يراجع المستشفى بعد ذلك إلا بتاريخ 11/12/2002 إلا بعد إجرائه العملية الجراحية بتاريخ 29/6/2000، ولم يتبين من ملفه بالمستشفى أنه تم عرضه على طبيب نفسي، كما لم يتلقى أي علاج أو إرشادات معينة لفترة زمنية حسب الأعراف الطبية قبل إجراء العملية، وأن اللجنة الطبية لا تستطيع الجزم بوجود رغبة قهرية للطاعن في تغيير جنسه في الفترة السابقة على إجراء العملية.

كما أن التقرير الطبي الشرعي لم يقطع بأنه مصاب باضطراب الهوية الجنسية ونفى الحكم تبعاً لذلك حالة الضرورة لدى الطاعن التي تبيح له المحذور، واعتبر أن إجرائه للعملية بتره لأعضاء الذكورة التي خلق عليها وتحويل جنسه هو مخالف للشريعة الإسلامية ورتب على ذلك قضاءه سالف البيان. وكان هذا الذي خلص إليه الحكم المطعون فيه سائغاً وله أصله الثابت بالأوراق، ويكفي لحمله قضاءه وفيه الرد الضمني المسقط لما أثاره الطاعن ويضحى النعي على غير أساس¹. (الطعن بالتميز رقم 2004/674 مدني / 2).

يمكننا التعليق على هذه القضية من خلال أطوارها بأن المدعو "أحمد" يعاني من اضطراب في الهوية الجنسية، وهو شعوره بعدم انتمائه لجنسه المورفولوجي، وبدل الاستعانة بطبيب نفسي يعينه على استقامة هويته الجنسية - على اعتبار أن المرض شعور نفسي - أجرى عملية تغيير الجنس وطلب تغيير أوراقه الثبوتية. وهو الأمر الذي أجابه إليه حكم محكمة أول درجة باعتماده على حالة الضرورة، ومنعاً لانحرافه. ولا شك أن هذا الحكم قد جانب الصواب لعدم توافر شروط الضرورة بمجافاتها لقواعد النظام العام ومخالفتها للشريعة الإسلامية. ولحسن الحظ أن محكمة الاستئناف تداركت الأمر بإلغاء الحكم المستأنف لسبب أن "أحمد" لا يحمل أي عضو أنثوي حتى يمكن القول بتطبيق أحكام الخنثى الحقيقية أو الكاذبة الذي يبرر التدخل الجراحي لتصحيح الجنس وتثبيتته، وهي إشارة واضحة إلى محض التفرقة بين تصحيح أو تثبيت الجنس وتغييره، فشتان بيه هذا وذاك. بالإضافة إلى أن اضطراب الهوية الجنسية لا يعدو أن تكون فكرة نظرية لم تلقى الترحاب بين الأوساط الطبية، ولم تجدي حالات التدخل الطبي

¹ - (الطعن بالتميز رقم 2004/674 مدني / 2).

الجراحي، ومن هنا نؤيد ما وصل إليه القضاء الكويتي من دقة وصواب موقفه الذي يستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

III. موقف القضاء التونسي¹

أتيح للقضاء التونسي أن يقول كلمته بخصوص ضوابط مشروعية جراحة تثبيت الجنس. وذلك بصدد القضية محل القرار الصادر تحت عدد /10298 من محكمة استئناف تونس بتاريخ 22 ديسمبر 1993. واشتهر القرار باسم " قرار سامي " وتناول فيما يلي ملخص للقضية ثم القضية على كافة درجات التقاضي:

1. ملخص القضية

أثير الموضوع أمام القضاء بدعوى رفعها شاب تونسي يدعى/سامي بن عمر بن محمد ابن حسن، أمام المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 1992/5/2 وقيدت تحت عدد/5984. وطلب فيها الحكم باعتبار أنه أنثى لا ذكر والإذن له بحمل اسم " سامية ". والإذن لضابط الحالة المدنية بالتنصيص على ذلك بدفاتره، وبحسب ادعاءه تغيرت بعض أعضائه بصفة طبيعية وصارت له خاصيات أنثوية، نمو النهدين، الشعر في العانة بشكل أنثوي بالإضافة إلى كون الأعضاء التناسلية تثبت أنوثته، كوجود شفرين كبيرين ومهبل بعمق طبيعي الأمر الذي اضطره إلى القيام بعملية جراحية بإسبانيا لتغيير أعضائه التناسلية إلى الشكل الأنثوي. وقدم تدعيما لدعواه:

أ- شهادة طبية معربة صادرة عن الجراح الإسباني الذي أجرى عملية جراحية لتغيير الأعضاء التناسلية خارجية وتقويم مهبلي في مايو/1989. وأصبح له أعضاء تناسلية خارجية تامة وفرج بأشفار، وعمق فرجي يشابه ما لدى الإناث.

ب- تقرير طبي صادر عن الحكيم/عبد الحميد قوبعه، المختص في أمراض النساء بمستشفى شارل نيكول، أكد فيه أن المذكور له خاصيات أنثوية ولا يمكن أن يكون إلا من جنس الإناث.

2. موقف المحكمة الابتدائية بتونس

قضت المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 2/8 /1993² برفض الدعوى وإبقاء مصاريفها على القائم بها، بناء على أن التغيير الجنسي كان بفعل فاعل بصورة اصطناعية وهو مخالف لمقتضى القانون الجزائي والديانات السماوية.

¹ - محكمة استئناف تونس القرار الصادر تحت عدد /10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993 . مقتبس عن: الشهابي إبراهيم الشراوي، المرجع السابق، ص.259.

² - حكم المحكمة الابتدائية بتاريخ 2/8/1993. مقتبس عن: الشهابي إبراهيم الشراوي، المرجع السابق، ص.260.

ويدعم هذا الحكم تقرير الحكيم " رفيق بوخريص " الذي أكد أن الاضطراب النفسي كان سبب في طلب تغيير الجنس، الأمر الذي كان بالإمكان تلافيه بالعلاج النفسي، وأن هذه العمليات لا تؤدي إلى اكتساب المظاهر المورفولوجية للجنس المعاكس مع الإبقاء على المقومات البيولوجية لجنس منذ الولادة.¹

3. موقف محكمة الاستئناف

استأنف المذكور الحكم الابتدائي أمام محكمة الاستئناف بتونس بطلب استئناف مقدم بتاريخ 1993. تأسيساً على أن حكم البداية جاء مخالفاً للقانون والواقع لعدة أسباب، منها:

- أ- إن حكم البداية اعتمد على تقرير طبيب غير مختص رغم دقة الحالة المطروحة.
- ب- لم تجب محكمة البداية على ما وقع التمسك به من تقسيم بين الأحكام المنشئة للحق والأحكام المقررة له، وقضية الحال تندرج ضمن الصنف الثاني.
- ت- أن تغيير المدعي لجنسه لم يكن نتيجة الاضطرابات النفسية، بل دليل أنه رغم المساءة ونمو الخصائص الأنثوية لم يمل لتغيير جنسه إلى حد بلوغ سن 26 سنة بعد أن يئس من حاله. وبالتالي لا يشكل طلبه مساس بالنظام العام، ولا هو مخالف لأحكام الشرع الإسلامي، بل دليل فتوى الجمهورية بوجاهة الطلب وحسن الاستجابة إليه. كما لا يعتبر مخالف للقانون الجزائري لعدم تتبع المدعي ومقاضاته.²
- ث- أن وضعية المدعي لا يمكن تداركها إلا بالتدخل الجراحي لتسوية الوضعية القانونية والاجتماعية، ونقيض ذلك تعكر الحالة النفسية المؤدية إلى مصير خطير. واستند وكيل المستأنف فيه إلى موقف القضاء الفرنسي الذي ظل لمدة طويلة يرفض إجراء مثل هذه الجراحات، ثم تراجع في 1992/12/11 بقرارين ركز فيهما على حرية الشخص في تغيير جنسه إرضاء لقناعاته، وكون دور القضاء يقتصر في احترام اختيار الفرد وحرية. وعليه طلب نقض حكم المحكمة الابتدائية والقضاء لصالح الدعوى. وقيدت القضية بمحكمة الاستئناف تحت عدد 10298 وصدر حكم محكمة الاستئناف بتاريخ 1993/12/22³ مقررًا ما يلي:

- ✓ أن القانون التونسي لم يتعرض إلى إشكالية جواز، من عدم جواز، تغيير شخص جنسه من ذكر إلى أنثى بالأسلوب الجراحي، وبالتالي يتحتم الرجوع للفقهاء الإسلاميين والقانون المقارن.
- ✓ إن المستأنف ولد ذكر مثلما أقر بذلك أمام محكمة البداية، ولا يمكن أن يوصلنا الفقه الإسلامي إلى حل ثابت ومعلوم باعتباره ختني. ونظراً لأن القضية مستحدثة في الطب ووجب رد

¹ - الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 260.

² - نفس المرجع، ص. 261.

³ - حكم محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 1993/12/22. عدد (10298). مقتبس عن: الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 260.

المشكلة وحلها عبر القرآن الذي نجد فيه أن الله جعل توازناً في الكون: "الله يعلم ما تحمل كل أنثى وما تغيض الأرحام وما تزداد وكل شيء عنده بمقدار"¹. وبالرجوع إلى الأحاديث النبوية. قال صلى الله عليه وسلم: "لعن الله المتشبهات من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال". وبالرجوع إلى آراء الفقهاء لاستخلاص أركان الضرورة وهي حسامة الضرر، وأن يكون حالاً وأن يكون الوسيلة الوحيدة لرفع الضرر علاوة على أن الضرر لا يزال بالضرر...

✓ بالرجوع إلى التقارير الطبية لمعرفة توافر أركان حالات الضرورة، وبالاطلاع على التقرير المحرر بواسطة الحكيم الإسباني الذي أجرى العملية، وتأكيد الحكيم عبد الحميد قوابعة الذي أكد على توافر الخصائص الأثوية، في حين أن الحكيم "رفيق بوخريص" الذي أكد أن الاضطرابات النفسية السبب في القيام بالعملية. فإن العمل إرادي وبموجبه وقع تغيير اصطناعي كان بالإمكان تلافيه بالعلاج النفسي.

وحيث والحالة تلك فإن ما قام به المستأنف لا يدخل ضمن حالات الضرورة بشرائطها، أما والأمر بخلاف ذلك وتسرع لإجراء العملية يكون قد خالف الموروث الحضاري والأخلاقي.

✓ إن الاستناد إلى القرارات القضائية الفرنسية التي ركزت على حرية الفرد في تغيير جنسه دون تعليل علمي وقانوني مقنع وهي موازية للاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان، لا يمكن مجاراته لاختلاف المخزون الثقافي والحضاري والديني.

✓ إن إقرار الحق لا يكون بصفة مطلقة بل مطابق للقانون والنظام العام. وبالتالي فإن تغيير الجنس بصفة تلقائية إرادية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام، وما استقر عليه العلم حالياً. ولهذا قضت محكمة الاستئناف بقبول الدعوى شكلاً ورفضه أصلاً، وتقرير الحكم الابتدائي وتخطئة المستأنف بالمال المؤمن، وتحميل المستأنف المصاريف القانونية.

ومن خلال استقراء مراحل الفضية يتبين لنا بوضوح اتفاق القضاء التونسي مع مجمل أحكام الشريعة الإسلامية رغم عدم النص على أحكام الجراحة الطبية "تغيير الجنس في القانون التونسي" حيث تم وضع المسألة ضمن ترتيب القواعد القانونية وفكرة النظام العام، وكذلك بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الزاخرة بالأدلة النقلية من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية، لضحد الأسانيد الواهية التي اعتمد عليها الشاب "سامي". ويكفي في ذلك أن هذه الجراحات مخالفة لقوانين الكون وقواعده الثابتة المتوازنة، كما لا يمكن الارتكان لحالة الضرورة لعدم توافر شرائطها، وما يدل على أن طالبي التغيير يجرون وراء نزواتهم وأهواءهم مجاراتهم لكل ما هو أجنبي مع اختلاف الموروث الثقافي والأخلاقي

¹ - سورة الرعد، الآية.8.

والديني. ولذلك فند القضاء التونسي تلك الأسانيد التي تركز للقضاء الأجنبي وحسبنا أن نشيد بموقف القضاء التونسي وقطعه الطريق أمام الشواذ والمنحرفين.

IV. موقف القضاء المصري

فجرت الجراحة التي أجراها طالب طب الأزهر " سيد محمد عبد الله مرسى " في سنة 1988 والتي أصبح بعدها " سالي ". وترجع هذه القضية إلى سنة 1980 بمتابعة اختصاصية في الطب النفسي للطلاب لشعوره بميول أنثوية جارفة، واستمرت في جلسات معه لمدة سنة كاملة بمعدل مرة كل أسبوع، لكن تأكدت من فشل هذه المحاولة، وكان المريض يستعين بالهرمونات الأنثوية بمعرفة طبيب الغدد، فالتحذت الطبية النفسية قرارا بإجراء الجراحة للطلاب 1985¹. وتمهيدا للجراحة بدأ الطالب وهو في السنة الخامسة من دراسته بالكلية (المرسم الجامعي 1987-1988) يتصرف تصرفات غير طبيعية وضحت على مظهره الخارجي. من حيث تشبهه بالأنثى في مشيته وصوته وتجمله في وجهه وارتداء ملابس النساء. مما استدعى إحالته إلى مجلس التأديب، وبناء على تقرير الكشف الطبي الظاهري أنهى المجلس التحقيق مع الطالب في 1988/1/5 بإصدار قرار يفصله لمدة شهرين مع إعطائه فرصة إعادة مظهره الخارجي وتصرفاته وملابسه إلى وضعه الطبيعي كطالب أزهرى. إلا أنه بدلاً من ذلك وبتاريخ 1988/1/29 فاجأ الجميع بإجراء عملية جراحية في مستشفى خاص تم فيها استئصال القضيب والخصيتين، واستحدثت له فتحة صناعية خلف فتحة مجرى البول الخارجية².

تم على الفور تشكيل لجنة طبية تأديبية لمعاقبة الطالب، وعليه قامت اللجنة - بعد موافقة الطالب - بفحصه ظاهرياً وموضوعياً، وانتهى المجلس بقرار في الجلسة المنعقدة في 1988/6/8 فصل الطالب نهائياً من كلية طب الأزهر، وإبلاغ القرار إلى جميع الجامعات المصرية، وإبلاغ ولي أمر الطالب... ورفع الأمر لرئيس جامعة الأزهر لاتخاذ الإجراءات القانونية بإحالة الأمر للنيابة العامة.

وأصدر مجلس نقابة الأطباء " الجيزة " القرار رقم 3 لسنة 1988 بإحالة كل من الطبيب الذي أجرى الجراحة وطبيب التخدير إلى هيئة التأديب الابتدائية بالنقابة العامة للأطباء، التي قررت بتاريخ 1988/11/8 معاقبة الطبيب الأول بشطبه وإسقاط عضويته من النقابة، ومنعه من مزاوله المهنة في أي صورة، ومعاقبة طبيب التخدير بمائتي جنيه³. من خلال ردة الفعل الأولى للعملية التي أجراها الطالب " سيد " يتبين اتساق الأزهر الشريف مع الأحكام الشرعية لهذه العمليات المسخية، وكذلك رأي نقابة الأطباء إذ ينسجم مع مجمل الفتاوى الشرعية التي تبيح التدخل الجراحي في حالة ازدواج الأجهزة

¹ - جميل صبحي برسوم، المرجع السابق، ص. 51.

² - الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 260.

³ - نفس المرجع، ص. 268.

التناسلية الذكورية والأنثوية وتغليب أحدهما على الآخر، ولا تبيح هذه الجراحات. ومن ثم لا بد من الإشادة بهذا الموقف وليت المسألة وقفت عند هذا الحد لجنبنا تناقض الأحكام في هذه القضية. نتناول لفائدة البحث موقف القضاء الإداري المصري تجاه تلك القضية من خلال أربع مراحل على النحو التالي:

1. المرحلة الأولى: حكم محكمة القضاء الإداري رقم (42/5432 ق جلسة 1991/7/2)

أقام المدعي " سيد محمد عبد الله مرسى " دعوى ضد رئيس جامعة الأزهر يطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بفضله وما يترتب عليه من آثار، وفي الموضوع بإلغاء القرار مع ما يترتب على ذلك من آثار مع إلزام جامعة الأزهر بالمصروفات. وبجلسة 1989/11/13 قضت المحكمة في الشق الاستعجالي بقبول الدعوى شكلاً، وبرفض وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت المدعي بمصروفات الطلب، وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لتقديم تقرير الرأي القانوني في طلب الإلغاء. أما في الشق الموضوعي ففي جلسة 1991/7/2 أصدرت المحكمة حكمها بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية طب الأزهر لوقوعه على غير محل، ورفض ما عدا ذلك من طلبات وألزمت المدعية وجامعة الأزهر بالمصروفات مناصفة بينهما¹. وأسست المحكمة على قرار مصلحة الطب الشرعي " إن الطالب بعد إجراء هذه العملية الجراحية له أنثى رغم عدم وجود رحم أو مبايض أو حدوث دورة شهرية، وعاملته الجهات الرسمية فعلاً على اعتبار أنه أنثى، حيث صدر بيان تصحيح وإبطال قيد ... بإعادة اسم المولود من سيد ... إلى سالي... والنوع من ذكر إلى أنثى..."².

2. المرحلة الثانية: حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 4019 / 50 ق، بجلسة 1999/9/28

بصدور قرار جامعة الأزهر رقم 622 بفرص البقاء المقررة لطلاب الجامعة تقدم الطالب/ سيد محمد عبد الله " سالي " بطلب إلى رئيس الجامعة في 1999/1/22 طالباً قيده بكلية الطب بنات بالجامعة بالفرقة النهائية في السنة الجامعية 1995-1996. إلا أن رئيس الجامعة وعميد الكلية امتنعا عن إصدار القرار بذلك، مما حدا بالطالب إلى رفع الدعوى المشار إليها ضدها بتاريخ 1996/2/10 مطالباً بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السليبي من قبل الجامعة بالامتناع عن قيدها. وبجلسة 1999/9/28 قضت المحكمة برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، ورفض الدفع بعدم قبول

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري رقم (42/5432 ق جلسة 1991/7/2) مقتبس عن: الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص.280-283.

² - بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص.144.

الدعوى لانتفاء القرار الإداري، وقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار¹. واستندت المحكمة في حكمها إلى المادة 18 من الدستور المصري "التعليم حق تكفله الدولة".

من خلال المرحلة الأولى والثانية لموقف المحكمة الإدارية يتبين تخبط القضاء وفساد رأيه، وذلك لبنائها الحكم على استدلال مرفوض من الزوايا التالية:

أ- إن الحكم المعتمد على رأي الفنيين بتقديم صورة وصفية عن حالة الطالب الظاهرية الشكلية، واعتبارها سند لمشروعية التدخل الجراحي للتغيير الجنسي المبني على دواع نفسية بجثة لا تبرر التدخل الجراحي.

ب- اعتماد القضاء على الشهادات الرسمية التي استخرجها عن حالته الجديدة، ورغم القول بحجيتها، إلا أنها تضحد بتزوير لحالة جسدية حقيقية.

ج- إن حق التعليم مكفول قانوناً، وهو أمر نقره، لكن لا يعني ذلك مشروعية العملية الجراحية الرامية إلى تغيير الجنس من أي وجه. وفي رأينا أن البحث في جزئية وترك المسألة الأصلية يدخل ضمن فكرة "المصادرة على المطلوب". وهو ما وقع فيه القضاء الإداري.

3. المرحلة الثالثة: حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 54/1487 ق، بجلسة 2000/6/20

بدأت هذه المرحلة بالتماس بإعادة النظر أقامه رئيس جامعة الأزهر ضد "سالي" بتاريخ 1999/11/14 طالباً الحكم بقبول الالتماس وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه (رقم 50/4019 ق، بجلسة 1999/9/28) وفي الموضوع إلغاء هذا الحكم والقضاء مجدداً برفض الدعوى وإلزام الملتمس ضدها المصروفات. وأسست الجامعة التماسها على سببين، الأول: أن الملتمس ضدها أدخلت غشا على المحكمة حيث لم توضح صحيفة دعواها أنها تتخذ من الرقص في الملاهي حرفة ونشاط. والثاني: أن الجامعة قد تحصلت بعد صدور الحكم الملتمس فيه على أوراق قاطعة في الدعوى وهي المحضر رقم 96/2527 جنح الأزيكوية المحرر ضد الملتمس ضدها بمعرفة ضابط الآداب إتيانها أفعالاً مخلة بالآداب. وعليه صدر الحكم في 2000/6/20² بقبول الإشكال. وفي الموضوع بعدم جواز

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 50/4019 ق، بجلسة 1999/9/28. مقتبس عن: الشهاهي إبراهيم الشراقوي، المرجع السابق، ص. 291-293.

² - حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 54/1487 ق، بجلسة 2000/6/20. مقتبس عن: الشهاهي إبراهيم الشراقوي، المرجع السابق، ص. 293-295.

تنفيذ الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بجلسة 1999/9/28 وألزمت المستشكل ضدها المصروفات.

يمكن التعليق على هذه المرحلة من مراحل القضية بأن القضاء المصري قد نجح في عدم قبول الطالب ضمن الجامعة نظراً لتصرفات الطالب الشنيعة التي لا تتوافق مع النظام العام والأخلاق والآداب العامة. وما يمكن استخلاصه منها:

أ- أن عمليات التغيير الجنسي دعوة لهوى النفس وللجرائم الأخلاقية وانتشار للرذيلة والفحش.

ب- أنها ليست حلاً في استواء حلقة المغيّر جنسياً، بل هي تغييراً للفطرة السوية، وزيادة في رفض الذات والتهرب من خطر إلى أخطر منه.

4. المرحلة الرابعة: الطعن في الحكم السابق" والصادر من محكمة القضاء الإداري بتاريخ 2000/6/20 " أمام المحكمة الإدارية العليا.

في انتظار العثور على المصادر والنتيجة المتوصل إليها في ختام هذه القضية نأمل، أن يصدر القرار القاطع الذي يعيد القضاء المصري إلى الطريق الصحيح ويقطع الشك باليقين في عدم إباحة هذه التصرفات الطبية بإقرار عدم مشروعية التدخل الطبي لعمليات تغيير الجنس بعد إعادة القضية لمحكمة الموضوع، وما دام الواقع المصري قد شهد أمراً كهذا فلا مبرر من عدم صدور قانوناً يجرّم هذه العمليات ويجرمها. تأسيساً بتجريمه لعمليات الخصاء والتعقيم، وترتيب المسؤولية الجنائية على الأطباء وكل الفاعلين في هذا المجال بالإضافة إلى مسؤولية المراكز الطبية التي تجرى فيها، حماية للجسم البشري. وهو الأمر الذي يسد الباب أمام الآراء والاجتهادات الفقهية والتناقضات القضائية.

ولم تنتهي من فاجعة التغيير الجنسي وماله من تغيير في خلق الله ومنافاته وتضييقه في نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري، حتى نفاجاً بخبر تخليق كائنات حية حيوانية عن طريق الاستنساخ الحيواني، وإمكانية استمراره للوصول لتخليق نسخة عن كائن بشري بخلية جسدية أو جنينية، وهو ما نحاول التعرض له وبيان أثره على نطاق حماية الجسم البشري فيما يلي.

المبحث الرابع

الاستنساخ البشري وأثره على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري

زفت وكالات الأنباء في الثالث والعشرين من شهر فبراير سنة 1997 خبراً علمياً تم الإعلان عنه من معهد " روزلين " بأدنبرة باسكتلندا عن ميلاد أول حيوان ثديي عن طريق التكاثر الجسدي أو اللاجنسي مما يعني الاستغناء عن الحيوان المنوي أو الرجل في عملية التكاثر البشري فيما لو نجح استخدام تقنية الاستنساخ وتطبيقها على الجنس البشري.

وقد أثار هذا الموضوع جدلاً كبيراً في مختلف الأوساط العلمية والطبية، بل وعلى المستوى الرسمي والشعبي في مختلف بلدان العالم عبر قارته الخمس¹. فما معنى الاستنساخ وما هي أنواعه وما هو موقف النظم القانونية والدينية منه؟ وما أثر هذا التدخل على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري؟

المطلب الأول

مفهوم الاستنساخ

ينبغي في البداية التعرض لتعريف الاستنساخ (الفرع الأول) ثم بيان أنواعه أو صوره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الاستنساخ

بما أن الاستنساخ معنى في ذاته، ومعان أخرى تتصل به سواء من جهة اللغة أو الاصطلاح، فإننا سنتعرض لهذا الأمر بشيء من البسط لبيان معاني الاستنساخ اللغوية (أولاً) والاصطلاحية (ثانياً) وكذا المعاني المتصلة به أو المشابهة له (ثالثاً).

أولاً: التعريف اللغوي للاستنساخ

تدور مادة الفعل " نسخ " حول معاني النقل والإزالة والإلغاء، يقال نسخت الكتاب إذا نقلته، وانتسخته كذلك، وكتاب منسوخ ومستنسخ؛ أي منقول، ونسخ: (نسخاً) الشيء، أزاله، أبطله، مسخه. جاء في اللسان نسخ الشيء ينسخه نسخاً، وانتسخه، اكتتبه عن معارضة، النسخ: اكتتابك كتاباً عن كتاب حرفاً بحرف، والأصل نُسخه؛ لأنه قام مقام، والكاتب ناسخ ومنتسخ.

والاستنساخ كتبُ كتاب من كتاب، وفي التزئيل: " إنا كنا نستنسخ ما كنتم تعملون"²؛ أي نستنسخ ما كتبه الحفظة فيثبت عند الله³.

¹ - علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص. 12.

² - سورة الجاثية، الآية. 29.

³ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 61.

وتناسخ الورثة: ماتوا بعضهم بعد بعض والميراث قائم لم يقسم، استنسخ الشيء: بمعنى نسخه، طاب نسخه، والتناسخ: مصدر، انتقال النفس الناطقة من بدن إلى بدن آخر، ويعرف بالتقمص. والذين يعتقدون بذلك يسمون التناسخية. ويقال نسخت الشمس الظل وانتسخته؛ أي أزالته.

ويأتي اللفظ بمعنى النسخ ويراد به إبطال الشيء وإقامة آخر مقامه، أو استبداله بآخر¹، ومنه قوله تعالى: " ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير"².

والاستنساخ هي الكلمة العربية التي وضعت لتقابل كلمة cloning الإنجليزية clonage الفرنسية المأخوذة من clone والتي تعني: الواحد من مجموعة الأحياء التي أنتجت من غير تلقيح جنسي. وأصل الكلمة من klon اليونانية التي تعني البرعم الوليد.

ومن هنا يتبين أن الاستنساخ يكون من شيء قد فرغ منه، والناظر إلى ما توصل إليه العلماء من الاستنساخ بأنواعه لا يخرج عن هذا المضمون، وأنهم يستنسخون شيئاً قد فرغ منه، سواء على مستوى الخلية الجرثومية أو الخلية الجسدية.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للاستنساخ

الاستنساخ عموماً هو " إيجاد نسخة طبق الأصل عن شيء ما من الكائنات الحية، نباتاً أو حيواناً أو إنساناً". أما الاستنساخ الإنساني فهو " إيجاد نسخة طبق الأصل عن الإنسان نفسه". ويتم إيجاد نسخة طبق الأصل عن الإنسان نفسه بأخذ خلية جسدية من جسم ذلك الإنسان، ثم أخذ نواة هذه الخلية وزرعها في بويضة امرأة بعد إفراغ هذه البويضة من نواتها بعملية تشبه التلقيح الاصطناعي³. وهو " توليد كائن حي أو أكثر، إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة متزوجة النواة، وأما بتشطير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء، أو تحويل خلية جسدية غير تناسلية إلى خلية تناسلية"⁴.

وهو كذلك " عبارة عن زرع خلية إنسانية أو حيوانية، تحتوي على المحتوى الوراثي في رحم طبيعي أو صناعي، بغرض إنتاج كائن حي طبق الأصل من نظير صاحب الخلية الأولى"⁵.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 61.

² - سورة البقرة، الآية. 106.

³ - سعيد بن منصور موفعة، المرجع السابق، ص. 258.

⁴ - علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص. 15.

⁵ - سعيد بن منصور موفعة، المرجع السابق، ص. 258.

ويعرف بأنه " عملية لا جنسية لتكثير كائنات متطابقة وراثياً". وهو " الحصول على عدد من النسخ طبق الأصل من نبات أو حيوان أو إنسان بدون حاجة إلى تلاقح خلايا جنسية ذكورية وأثوية"¹. ومن معاني الاستنساخ ما جاء في مشروع بيان الاستنساخ البشري لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر قولهم " والتعريف الطبي للاستنساخ عملية يقصد منها استحداث كائن حي مشابه للكائن الذي أخذت منه الخلية الحية".

أما التعريف الذي نختاره والذي يتداوله الباحثون من الكتاب المختصين وغير المختصين، هو أن الاستنساخ عبارة عن " أخذ خلية جسدية من المراد استنساخه ودمجها في بويضة مفرغة للحصول على صورة مطابقة للأصل شكلاً"².

1. " أخذ خلية " فالمقصود بالخلية " الجسدية" التي تحمل كامل الخريطة الوراثية لصاحبها أيأ كان إنساناً أو حيواناً، أي أن تكون مشتملة على مجموع الجينات 46 الخاصة بالإنسان.

2. " جسدية " لتخرج بها الخلية الجنسية، أو الهرمونية، فإنها ليست جسدية، وهي لا تنتج نسخاً متطابقة، وإنما تنتج كائناً مستقلاً قد يشبه صاحب الخلية المذكورة "والده". وقد يشبه صاحبة الخلية المؤنثة "والدته" وقد يشبههما معاً، وقد يترع إلى أحد أجداده البعيدين وقد يستقل بشخصه فلا يشبه أحداً؛ لأن النتائج تخضع لقانون الصفات الوراثية السائدة، والمتنحية³.

3. " حية " لأن الخلايا الميتة لا يمكن الاستنساخ منها بحال.

4. " من المراد استنساخه " ويعني به صاحب الخلية الذي نريد الاستلال نسخة منه.

5. " ودمجها في بويضة مفرغة "؛ أي أن هذه الخلية الجسدية تدمج في البويضة المؤنثة المتروعة النواة⁴.

6. " بقصد الحصول على نسخة مطابقة للأصل شكلاً"؛ أي أن هذه العملية التقنية تتم بغرض تكرار النسخ من الخلية الأصل صورة لا معنى، فالمستنسخ مطابق للمستنسخ منه شكلاً فقط؛ لأن معنى الاستنساخ يعني نسخة طبق الأصل من حيث المضمون، وهذا غير معلوم في " النعجة دولي " فهي شبيهة أمها من حيث الشكل واللون وغيرها من الصفات الظاهرية، وهذا ما يؤدي إلى طمس حقيقة مهمة وهي أن الإنسان ليس تركيباً جسدياً فحسب، بل تتحكم فيه مجموعة كبيرة من

¹ - سعد بن عبد العزيز عبد الله الشيبورخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص. 358.

² - نفس المرجع، ص. 261.

³ - نفس المرجع، ص. 261.

⁴ - نفس المرجع، ص. 261.

المشاعر والسلوكيات والعقائد والوجدان والثقافة والفكر وهذا ما يفهم من أن صحة إطلاق اسم الاستنساخ يكون صحيحاً من حيث الظاهر، المبنى دون المعنى¹.

ثالثاً: المعاني المتصلة أو المشابهة للاستنساخ

تقدم وأن تم تعريف الاستنساخ في اللغة، إلا أن هناك طائفة من المعاني القريبة منه، والمشابهة معه، كالخلق والإبداع، والاستنسال، والتوائم الحقيقية، والتلقيح الاصطناعي. وعليه نبين هذه المعاني القريبة بشيء من التوضيح؛ لنبين ما بينه وبين الاستنساخ من نقاط اتفاق أو افتراق فيما يلي:

I. الاستنساخ والخلق

لقد التبس موضوع الاستنساخ على البعض بكلمتي الخلق والإبداع، فأما الاستنساخ وقد انتهينا إلى أنه أخذ خلية جسدية من المراد استنساخه ودمجها في بويضة مفرغة للحصول على صورة مطابقة للأصل شكلاً². أما الخلق فقد قال ابن منظور في لسان العرب أن لكلمة "خلق" في اللغة العربية معنيان:

1. الخلق بمعنى التقدير وقد قالت العرب (خلقت الأديم أحلقه، خلقاً، والأديم الجلد، ومعناه: قدرته لما أريد، قبل القطع، وقسته لأقطع منه مزاده أو القربة أو خفاً؛ أي أقدره).
2. الخلق بمعنى الإيجاد من عدم على غير مثال سابق بل على مثال أبداعه الخالق. فالخلق بالمعنى الثاني هو الخاص بالله تعالى. أما بالمعنى الأول فهو مشترك، يصدق على أفعال الله تعالى، وقد يصدق على أفعال غيره².

فالله تعالى هو الذي أوجد المخلوقات جميعها من العدم، وجعل كلا منهما على الوضع الذي أراد، على غير مثال سابق فأوجد كل جنس من الأحياء بخصائصه التي هو عليها. قال تعالى: "أفأرى ما تمنون، إنتم تخلقونه أم نحن الخالقون نحن قدرنا بينكم الموت وما نحن بمسبوقين على أن نبدل أمثلكم وننشئكم فيما لا تعلمون ولقد علمتم النشأة الأولى فلولا تذكرون"³؛ أي أنه سبحانه قادر على أن يحوّل خلقكم في صور لا تعلمونها، كما أنه هو الذي صوركم أولاً⁴.

والمعنى الأول لكلمة خلق محاولة التشكيل لمادة موجودة فعلاً، وإعطاؤها شكلاً معيناً دون أن تنفخ فيها الروح، أو تتحرك فيها الحياة. وقد ورد هذا في القرآن الكريم على لسان عيسى ابن مريم عليه

¹ - سعد بن عبد العزيز عبد الله الشيبورخ، المرجع السابق، ص. 261.

² - ابن منظور، لسان العرب، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص. 75-76.

³ - سورة الواقعة، الآية. 58-62.

⁴ - محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 18.

السلام: "إني أخلق لكم من الطين كهيئة الطير فأنفخ فيه فيكون طيراً بإذن الله"¹. وكلمة خلق في معناها الاعتقادي لها أمران:

أ- هو إبراز الأشياء من العدم دون ما سابقة ودون زمان ودون آلة، وهذا هو الإبداع الكامل مما انفرد به الله سبحانه وتعالى.

ب- وهو بث الروح في المادة، وهو أيضاً مما استقلت به قدرة الله تعالى ولا يمكن للقدرة البشرية المحدودة أن تزاحم قدرة الله المطلقة مهما بلغ حجمها.

وهناك فرق جوهري بين الخلق الذي يصدر عن الله تعالى وبين الخلق الذي ينسب للإنسان، فالأخير هو تخليق، وتخليق الإنسان لشيء إنما هو عمل يؤديه الإنسان باستعمال خلايا حية، وهيئة الظروف المناسبة لتوجيهها وجهة معينة في الانقسام والشكل، وجهة جديدة لم يعرفها الإنسان من قبل.² وعليه فالاستنساخ كما هو مشاهد وملموس ليس إيجاداً من عدم، بل إن المكونات الأساسية مخلوقة وموجودة، فالشخص الذي تؤخذ منه الخلية مخلوق وخليته موجودة، والمرأة التي تؤخذ بويضتها مخلوقة والبويضة موجودة كذلك. وعليه فكلمة "الاستنساخ خلق جديد" لا معنى لها، والأعجب من ذلك أن بذرة صغيرة يابسة كبذرة القمح توضع في تراب ميت وتسقى بالماء فتدب فيها الحياة لتكون شجرة عظيمة تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها، ثم لا يمكن الادعاء أن الذي استنبت تلك البذرة هو خالق تلك الشجرة.³ قال تعالى: "أفرأيتم ما ترحثون أنتم تزرعونه أم نحن الزارعون"⁴.

فإذا كان علماء معهد "روزلين" للبحوث البيطرية باسكتلنده قد جاءوا بعد معجزة المسيح وأنتجوا نعاجاً من أم بدون أب فهم بذلك يتوهمون أنهم يتحدون المشيئة الإلهية، والحقيقة ليس في هذا تحدياً للقدرة الإلهية، فإن ولادة بعض الكائنات دون حاجة إلى آباء موجودة في بعض الكائنات كالحشرات، فالأمهات تلد صغاراً دون تلقيح الذكور لها، فالتحدي لا يتحقق إلا بالخلق ابتداءً.⁵ قال تعالى: "أفمن يخلق كمن لا يخلق أفلا تذكرون"⁶. وقال: "إن الذين تدعون من دون الله لن يخلقوا ذباباً ولو اجتمعوا له..."⁷.

¹ - سورة آل عمران، الآية. 49.

² - سعيد بن منصور موفعة، المرجع السابق، ص. 270.

³ - رياض أحمد عودة، الاستنساخ في ميزان الإسلام، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص. 149-150.

⁴ - سورة الواقعة، الآية. 64.

⁵ - سعيد بن منصور موفعة، المرجع السابق، ص. 270.

⁶ - سورة النحل، الآية. 17.

⁷ - سورة الحج، الآية. 73.

ولا تزال معجزة خلق عيسى عليه السلام آية بنص القرآن الكريم: "وجعلنا ابن مريم وأمه آية وآوينهما إلى ربوة ذات قرار ومعين". فقد جاء على خلاف الاستنساخ فأمه أنثى، وهو ذكر، أما الاستنساخ فإنه لا ينتج إلا نفس المستنسخ منه جنساً وصفة¹.

II. الاستنساخ والتلقيح الاصطناعي

قد يبدو للبعض من الوهلة الأولى أن كلا من تقنيتي التلقيح الاصطناعي والاستنساخ مترادفان، ولكن المدقق يجد اختلافات كثيرة وأن كان ذلك لا يمنع من وجود تشابه بينهما.

ومن أبرز أوجه التشابه، أنه من الناحية الشكلية يعتبر كل من التلقيح الصناعي بنوعيه (الداخلي والخارجي) والاستنساخ أسلوبان حديثان للتغلب على مشكلة عدم القدرة على الإنجاب "العقم النسبي". بينما تكمن أوجه الاختلاف بينهما في الآتي:

1. من حيث الكيفية يتم إجراء تقنية التلقيح الصناعي الداخلي عن طريق الحصول على الحيوان المنوي للرجل بوسيلة طبية ثم زرعه في المكان المخصص له في مهبل الزوجة، ويتم التلقيح الخارجي عن طريق أخذ الحيوان المنوي للرجل والبويضة الأنثوية للزوجة وتلقيحهما خارجياً في بيئة مصطنعة بوسيلة معينة حتى يتم الإخصاب، ثم تنقل البويضة الأمشاج إلى رحم المرأة وتزرع في جدار البطن ثم تترك لتنمو، بينما يتم الاستنساخ عن طريق أخذ خلية جسدية من الأب العقيم وزرعها في بويضة الزوجة بهدف الوصول إلى استنساخ البشر. ومفاد هذا أن الاستنساخ يتم من خلال الحصول على خلية جسدية بالاستنساخ اللاجنسي، أما التلقيح بنوعيه فيتم من خلال الحصول على خلية جنسية (الحيوان المنوي والبويضة)².

2. تحمل الخلية اللاجنسية في الاستنساخ عدد 46 كروموسوم، بينما الخلية في التلقيح الصناعي يكون فيها الحيوان المنوي حاملاً لعدد 23 كروموسوم، والبويضة الأنثوية حاملة لعدد 23 كروموسوم حال تلقيحهما. وحسب المعطيات أن تقنية الاستنساخ نجحت في النبات والحيوان ولم تنجح في الإنسان، بينما نجحت تقنية التلقيح الصناعي في الحيوان والإنسان معاً³.

3. أن الجنين يكون من حيث الصورة والهيئة مجهول الملامح والمعالم في التلقيح الصناعي فقد يتزع إلى أبيه أو أمه أو أخواله أو أجداده مهما علت درجاتهم، بينما الجنين المستنسخ معروف الهيئة والصفات الظاهرة التي سيحملها، فهو صورة مطابقة لصاحب الخلية كائناً من كان⁴.

¹ - محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 21.

² - حسيني هيكل، المرجع السابق، 242.

³ - نفس المرجع، ص. 242.

⁴ - سعيد بن منصور موفعة، المرجع السابق، ص. 279.

4. كما أن الجنين من حيث الذكورة والأنوثة غير معلوم قبل خروجه، أو إجراء الفحوصات الإشعاعية عليه لمعرفة جنسه، إذا كان قد تجاوز الأربعة أشهر الأولى، أما الجنين المستنسخ فإن جنسه معلوماً مسبقاً فمستنسخ الذكر ذكر، ومستنسخ الأنثى أنثى يقيناً¹.
5. إن الاستنساخ "تكوين كائن مشابه للأصل من خلية جسدية" فيكون الكائن مشابه للأصل الذي أخذت منه الخلية في جميع الصفات الوراثية بحيث لا يمكن الفصل بين الأصل والفرع².

III. الاستنساخ والاستنسال

كلمة نسل الشيء: انفصل عن غيره وسقط، ونسل فلان كثر نسله، وانتسل الشيء: نسل. يقال نسله فانتسل. وتناسلوا؛ أي ولد بعضهم من بعض ونسلت الناقة بولد كثير؛ تنسل³. قال تعالى: "إلى ربهم ينسلون"⁴. وقوله تعالى: "وإذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد"⁵.

إن تسمية التدخل الطبي "الاستنساخ" من حيث المصطلح البيولوجي هو اصطلاح محتفظ به لشهرته، لأن هذه الكلمة طرحت من خلال وسائل الإعلام كترجمة حرفية لكلمة **cloning** بالإنجليزية **clonage** بالفرنسية، مع أن المعنى الحرفي العلمي هو "الاستنسال" أو "التنسيل" أو الكائن الناتج عن هذه العملية فهو "نسيلة" وليس "نسخة" ولكننا نستخدم هذا المصطلح لسببين:

1. شيوعه وانتشاره في مختلف الأوساط العلمية، والاجتماعية، والثقافية.
 2. كونه يحمل بعض الدلالات العلمية للفظ الأصلي.
- إن الذي يظهر من معنى الاصطلاحين وجود بعض الاتفاق، ولعل أقرب معنى يتشابهان فيه هو أن الاستنساخ في واحد معانيه يفيد إيجاد صورة أخرى مستنسخة ومستخرجة عن النسخة الأصلية ومستفادة منها.

كما أن الاستنسال يفيد استخراج أفراد جدد منه، غير أنه لا يلزم التطابق هنا بين الأصل والفرع، فليس المستنسل كالمستنسخ، فالمستنسخ يفيد التطابق، والمستنسل لا يفيد سوى الاستخراج من الأصل رغم إمكانية التشابه في الغالب، فالشبه من وجه دون وجه⁶.

¹ - سعيد بن منصور موفعة، المرجع السابق، ص: 279.

² - سعد بن عبد العزيز عبد الله الشيبورخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص: 359.

³ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء الحادي عشر، المرجع السابق، ص: 661.

⁴ - سورة يس، الآية. 51.

⁵ - سورة البقرة، الآية. 205.

⁶ - سعيد بن منصور موفعة، المرجع السابق، ص: 266.

IV. الاستنساخ والتوائم الحقيقية

تتم عملية تكون النطفة الأمشاج والتي تعرف بالإخصاب بدخول إحدى الحيوانات المنوية إلى داخل البويضة، مما يؤدي إلى اختلاط نواتي الحيوان المنوي والبويضة، وامتزاج الصبغيات في كل من الأب والأم، مما يتكون بعد ذلك ما يعرف بالنطفة " الأمشاج "، وهي البويضة الملقحة وهي " الزيغوت ". وتصبح هذه الخلية ثنائية المجموعة الصبغية، حيث يكتمل عدد الصبغيات لحده المعلوم وهو 46 كروموسوماً (23 من الأب و 23 من الأم) ثم تتحرك النطفة الأمشاج عبر قناة المبيض، وتأخذ في الانقسام الفتيلي إلى خلايا أصغر فأصغر¹.

ويؤدي الإخصاب في الغالب إلى إنتاج فرد واحد من البشر وقد توجد حالات تسفر عن ولادة طفلين أو أكثر، وهو ما يعرف بالتوائم، وقد تنشأ التوائم من بويضتين منفصلتين، ويسمى هذا بالتوائم غير المتطابقة أو غير الحقيقية، كما أنها قد تنشأ من بويضة واحدة، وتسمى بالتوائم المتطابقة أو الحقيقية ولا يقتصر هذا التطابق والتشابه على الصفات الجسدية أو النوعية " ذكوراً أو إناثاً " بل يشمل الصفات الوراثية والسمات النفسية والمزاجية².

ومن هنا يمكن القول أن ما يقال عن الاستنساخ ليس أكثر من عملية توائم متطابقة في الشكل والمظهر الخارجي، كما أن التوائم المتطابقة جنينية وتلك الأخرى المتولدة من عن الاستنساخ توائم جسدية لا جنينية، ويمكن تسمية هذا بالاستنساخ بـ " الطبيعي الإلهي"، والآخر بالاستنساخ " المعلمي الصناعي ".

إن التوائم المتطابقة تتشارك في الرحم نفسه، أما " دوللي " وأمها فقد تم حملها في رحمين مختلفين. كما تتشارك التوائم المتماثلة في الزمان والتربية نفسها، أما نسيج الخلية البالغة فينضج في عالم مختلف. وتتشابه التوائم المتماثلة في أوجه عديدة في المظهر الخارجي وفي الخصائص التفصيلية في الشخصية، عكس ما في الاستنساخ، ولكنه رغم التقارب في التوائم المتماثلة فإن التفرد مسألة حتمية ولعل هذا يقدم دليلاً ثابتاً على أن ما يوجد من اختلافات حتمية في التربية تضمن فردية وتميز شخصية كل كائن³.

1- طارق عبد المنعم محمد خلف، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، العبدلي، الأردن، الطبعة الأولى، 2010، ص. 47-48.

2- سعيد بن منصور موفعة، المرجع السابق، ص. 277.

3- علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص. 29.

الفرع الثاني

أنواع الاستنساخ

الاستنساخ على أنواع مختلفة، ويمكننا تقسيم هذه الأنواع إلى طوائف، استنساخ من حيث الكائن المستنسخ (أولاً) واستنساخ من حيث المواد البشرية المستعملة (ثانياً) واستنساخ من حيث المادة المراد استنساخها (ثالثاً) واستنساخ من حيث أغراضه (رابعاً).

أولاً: الاستنساخ من حيث الكائن المستنسخ

ينقسم الاستنساخ من حيث الكائن المستنسخ إلى استنساخ نباتي، واستنساخ حيواني ثم استنساخ بشري.

I. الاستنساخ النباتي

تكاثر الكائنات الأولية عن طريق الاستنساخ، تتكاثر تكاثراً لا جنسياً؛ أي دون تزاوج جنسي، بل تعتمد على استنساخ نفسها عن طريق انقسامها إلى نصفين والاثنين إلى أربعة وهكذا مكونة مستعمرة بكتيرية متطابقة مع الأصل، الذي استنسخت منه. كما أن بعض النباتات تتكاثر بهذه الطريقة مثل الدرنات في البطاطا وفسائل النخل وغيرها، وقد يحدث هذا بصورة طبيعية أو بتدخل الإنسان فيها، حيث قام الإنسان منذ القدم بإنتاج نباتات ماثلة لأصلها من النخيل والموز والفراولة وغيرها، حيث يمكن تكوين نبات بالغ بدءاً من فرع شجري أو من ورقة نباتية وسويقها.

تمتاز النباتات بتكاثرها الخضري، ويعتبر التكاثر الخضري استنساخاً في حد ذاته - كما سبق ذكره - لكن العلماء طوروا طريقة تكاثر النباتات عن طريق زرع خلايا من نسيج نباتي في ظروف معقمة على وسط مغذ، مما يؤدي إلى نمو هذه الخلايا (لا جنسياً) منتجة نباتات يمكن تقسيمها واستنساخها مرات عديدة، وعندما تعالج هذه النباتات المهجنة المتماثلة بهرمونات نباتية معينة، تتمايز إلى نباتات كاملة تحمل خصائص النبات الأصلي كلها، وبهذه الطريقة استطاع العلماء الحصول في فترة مدتها ثمانية أشهر على ملياري درنة بطاطا مشتقة من درنة واحدة، ويمثل ذلك معدل تكاثر يفوق معدل التكاثر الجنسي مئة ألف مرة¹.

II. الاستنساخ الحيواني

الحيوانات لا يمكن أن تتكاثر إلا من خلايا جنسية فإذا تم الإخصاب اتحدت نواتي الحيوان المنوي والبويضة، وتكونت خلية ملقحة تحتوي نواتها على كامل الصفات الوراثية، فتبدأ في الانقسام

¹ - أياد أحمد محمد إبراهيم، الهندسة الوراثية بين المعطيات العلمية والضوابط الشرعية، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2001، ص. 130-131.

لإنتاج خلايا مشابهة لها تماما في المحتوى الوراثي، وتتميز هذه الخلايا أنها غير متخصصة. تتحول بعد ذلك في مرحلة من تكوين الجنين إلى خلايا متخصصة تقوم بوظيفة واحدة مثل خلايا الكبد، والجلد، والعظام، وتكون نواة الخلية المتخصصة حاملة لصفات الكائن الحي، ويكون جزءا من المحتوى الجيني الموجود في النواة هو الذي يعمل ويحدد الوظيفة التي تقوم بها، أما بقية المحتوى الجيني فإنه لا يعمل أي في حالة توقف¹.

إذا تخصصت الخلية يصنع الحامض النووي الموجود في نواتها شفرة معينة تجعل الخلية لا تستطيع أن تغير تخصصها، غير أن العلماء بعد إجراء التجارب والقيام بالدراسات المستفيضة وجدوا أن الخلية الجسدية المتخصصة إذا وضعت في وسط كيميائي تنقصه المواد الغذائية اللازمة لنموها، فإن الحامض يدخل في حالة توقف مما يؤدي إلى إعادة صياغة الحامض النووي فيفك الشفرة التي تجعله يتخصص ويحولها إلى شفرة غير متخصصة².

ولقد فتح هذا الاكتشاف الطريق أمام الباحثين حول إمكانية الحصول على حيوان ثدي من نواة خلية جسدية وليست جنسية، وهو البحث الذي قاده معهد روزلين في منطقة أدنبرة الاسكتلندية عام 1996 حيث أمكن استنساخ النعجة دولي³. وفيما يلي نوضح الخطوات التي تم بها استنساخ الحيوان:

1. يتم أخذ خلية جسدية من ضرع أو ثدي الحيوان المراد استنساخه، وهذه الخلية تحتوي على البرنامج أو البصمة الوراثية الكاملة اللازمة لعمل نسخة طبق الأصل.
2. تجويع هذه الخلية الجسدية بتوفير 5% فقط من الحاجات الغذائية لها؛ أي 1/20 من الحاجات الغذائية المعتادة، وذلك بغرض إجبارها على التوقف عن الانقسام والنمو لفترة حتى يتمكن العلماء من التدخل في بنيتها الوراثية، وإعادة برمجتها حتى تعود الخلية إلى بداية الدورة الخلوية.
3. يتم الحصول على البويضة الحية غير مخضبة من ذات الحيوان المراد استنساخه أو من حيوان آخر من نفس نوعه بواسطة إبرة خاصة.
4. تفرغ البويضة من نواتها بسحب ما بها من مواد جينية للتخلص من البرنامج أو البصمة الوراثية الكاملة، ولا يتبقى من البويضة سوى مادة السيتوبلازم.

¹ - سعد بن عبد العزيز عبد الله الشويبرخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص.364.

² - نفس المرجع، ص.365.

³ - محمد واصل، الاستنساخ في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، 2002، ص.33.

5. تقريب نواة الخلية الثديية من البويضة ثم دمجها معها معا بواسطة الحقن الكهربائي وذلك بإدخال في البويضة لتعتبر وكأنها نواة جديدة.
6. التجمع الخلوي للجنين ينمو.
7. تنقل الكتلة الخلوية الجينية إلى رحم حيوان آخر.
8. وبعد مرحلة من الحمل يولد الجنين عبارة عن نسخة طبق الأصل من الحيوان المانح للخلية الثديية¹.

III. الاستنساخ البشري

إن إمكانية الاستنساخ الحيوان ثدي التي تحققت مؤخراً، جعلت علماء الوراثة يثقون بإمكانية التوصل في مدى قصير إلى استنساخ البشر من خلايا جنينية، وأيضاً من خلايا جسدية، هذا من الناحية التقنية الصرفة، وقد قدر بعضهم المدة اللازمة لذلك بعشر سنوات، وقدرها آخرون بسبع لكن تأخر الأمر. ويرجع هذا التأخير إلى أن طبيعة الانقسام في الخلايا الجنينية البشرية، تختلف نوعاً ما عن طبيعة انقسام الخلايا الجنينية للغنم وسائر الحيوانات، ويحتاج التغلب على هذا العائق إلى مزيد من التقدم في تكنولوجيا الاستنساخ البشري². ومن خلال ما سبق حاول بعض العلماء التقدم بفكرة معملية لاستنساخ الإنسان عن طريق خطوات علمية - سنذكرها - إلا أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تكهنات علمية حتى الآن. وتتم هذه الخطوات على النحو التالي:

1. تؤخذ خلية من أي إنسان يراد أن يستنسخ من إنسان آخر من الجسم أو الدماغ وهذه الخلية تحمل الصفات التشريحية الوراثية لهذا الإنسان.
2. يتم عزل النواة تلك الخلية الحاملة للصفات الوراثية، وفق طرق علمية معينة، وتخضع تلك العملية لتطورات الهندسة الوراثية.
3. يتم في المقابل سحب نواة خلية حية من بويضة امرأة سليمة ويتم الكشف على هذه البويضة معملاً.
4. بعد التأكد من سلامة هذه البويضة وفق الخطوة السابقة يتم زرع نواة الخلية الوراثية للإنسان الأصلي في هذه البويضة.
5. وفق عملية الزرع تنتج خلية جديدة مكونة من خلية البويضة والخلية الوراثية للإنسان الأصل.
6. يتم إجراء بعض اختبارات الهندسة الوراثية على الخلية، ثم يتم تعريضها لتيار كهربائي وفق درجات معينة وطرق محدودة.

¹ محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية (دراسة مقارنة) دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2010، ص.289.

² - محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.15.

7. ينتج من الخطوة السابقة تحقيق اندماج كامل بين العناصر الخلية الجديدة وذلك للتأكد من حملها لكل الصفات الوراثية للإنسان الأصلي.
8. تتشكل بعد ذلك بويضة جينية تحمل كل الصفات الوراثية للإنسان الأصلي.
9. بعد التأكد من إنتاج هذه البويضة الجينية يتم زرعها من جديد في رحم امرأة أخرى غير الأولى.
10. يأخذ الجنين في رحم المرأة دورته العادية، ثم يولد بصرة طبق الأصل للإنسان المأخوذ الخلية¹.

ثانياً: الاستنساخ من حيث المواد البشرية المستعملة

يستعمل في الاستنساخ مواد بشرية، فإما أن تكون خلية جسدية (الاستنساخ الجسدي) وإما أن تكون خلية جنسية أو ما يسمى بشطر الأجنة (الاستنساخ الجنيني).

I. الاستنساخ الجسدي

الاستنساخ الجسد أو " اللاجنسي " ويطلق عليه كذلك " الاستنساخ الحيوي" أو " الاستنساخ النووي" وهو الذي نستغني فيه عن الحيوانات المنوية للرجل، وربما كانت الفائدة منه إمكانية استخدامه في حالة الزوج العقيم غير القابل للعلاج وتريد زوجته أن تنجب، فيمكن أخذ خلية من ثديها وتلقح بها بويضة منها لكي تنجب أنثى مشابهة لها تماماً، وإذا كانت تريد ذكراً فيمكن أن نأخذ خلية من زوجها وتلقح البويضة فيأتي الجنين ذكراً مشابهاً تماماً للزوج².

والاستنساخ النووي هي الطريقة التي تم بموجبها استنساخ النعجة دوللي. ويقوم الاستنساخ عن طريق النقل النووي على اقتطاع خلية جسدية من الكائن الذي يراد استنساخه ومن ثم نزع نواتها، وبعد ذلك زرع هذه النواة في بويضة غير ملقحة متروعة النواة مقتطعة من كائن آخر. وفي حال ما إذا تم الاندماج بين النواة والبويضة بنجاح سيؤدي ذلك إلى تكوين جنين. بعد ذلك يتم زرع هذا الجنين، لفترة زمنية معينة في المخبر، ثم يبدأ هذا الجنين بالنمو. وعندما يصل إلى طور البلاستوسيست blastocyste يزرع في رحم أم حاضنة.

وتجدر الإشارة إلى أن البويضة تؤدي دوراً أساسياً في هذه الطريقة، وذلك أنها الخلية الوحيدة التي يحتوي فيها السيتوبلازما على العناصر القادرة على إعادة تأسيس النواة، أي إعطائها القدرة على استخدام كامل مخزونها الوراثي كي تشكل خلية قادرة على التمايز وتعد أصلاً لكائن جديد³.

¹ - محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.290.

² - نفس المرجع، ص.293.

³ - فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد، 20، العدد الأول، لا توجد سنة النشر، ص.79.

يحتوي الإنسان على 60 تريليون خلية بشرية جسدية كل منها بداخلها نواة تحتوي على 46 كروموسوما يوجد بها الحامض النووي، الذي يحمل الجينات الوراثية التي تكسب الإنسان كل ما هو عليه من صفات ظاهرة وخفية تميزه عن غيره، وتحتوي الخلية على حوالي مئة ألف جين وراثي يعمل منها حوالي 10-15% منهم، والباقي في حالة سكون¹. تنتقل هذه الجينات الوراثية بما تحمله من معلومات دون أي تغير من خلية إلى أخرى أثناء انقسام الخلية، لكنه إذا حدث أي خلل في عملية الانقسام نتيجة التعرض لأشعة معينة أو عقاقير أو مواد كيميائية فإن هذا يؤدي إلى انقسام غير طبيعي في الخلية مما ينشأ عنه ما يسمى بالطفرة الوراثية التي قد تسبب أمراضاً وراثية أو تشوهات خلقية أو سرطانية. فالجينات " المورثات " هي الجزئيات المكونة للصبغيات والتي تحمل الخصائص الوراثية للكائن الحي². وعلى ضوء ما سبق فإن استعمال الخلايا الجسدية الحاملة للجينات الوراثية إذا كانت معيبة يمكن أن يؤدي عند الاستنساخ إلى نسخة مشوهة أو غير مألوفة، وهو ما يطرح تساؤلات حول كيفية بدأ حياة كائن منسوخ من خلية فقدت الكثير من مقومات حياتها، وكم سيعيش هذا الكائن خاصة مع ظهور بعض الشكوك حول الكائنات المستنسخة من زيادة في الوزن وظهور أعراض الشيخوخة المبكرة³.

II. الاستنساخ الجنسي (الجيني)

الاستنساخ الجيني " تقنية شطر الأجنة "؛ أي توأمتها، وهو إنتاج نسخة طبق الأصل من الجنين المتكون في رحم المرأة، وبه يستطيع الإنسان أن يستنسخ من أطفاله أثناء المرحلة الجنينية، ففي بداية تكون الجنين في رحم الأم يستطيع الطب أن يقسم هذا الجنين إلى خليتين، ثم إلى أكثر من ذلك، وبالتالي إنتاج أكثر من خلية جنينية متطابقة مع الجنين، فتولد التوائم المكونة من هذا الاستنساخ الجيني متطابقة تطابقاً كلياً مع الجنين الذي نسخت عنه⁴. ومما يذكر في هذا المقام أن العلماء بجامعة جورج واشنطن قاموا عام 1993 باستنساخ أجنة بشرية، فأخذوا 17 جنيناً غير مكتملة النمو" في مرحلة الانقسام المبكر" وفصلوا الخلايا وهبّئوا لها الظروف المعملية فنمت إلى 24 أربعة وعشرين جنينا قابلة للغرس في أرحام النساء، إلا أن هذا الأمل لم يتحقق بعد...؟⁵.

¹ - محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.293.

² - أياد أحمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.13.

³ - محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.295.

⁴ - عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة

الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص.382.

⁵ - سعيد بن منصور موفعة، المرجع السابق، ص.267.

ثالثاً: الاستنساخ من حيث المادة المراد استنساخها

قد يراد من الاستنساخ استنساخ الخلايا الجذعية الجنينية، أو استنساخ الجينات، أو استنساخ الأعضاء البشرية.

I. استنساخ الخلايا الجذعية الجنينية

الجذعية، مصدر جذع، وهو ساق النخل والجمع أجذاع وجذوع. وفيه لا يبين لها جذع حتى يبين ساقها. وجذع الشيء يجذعه جذعاً: عفسه ودكه، وجذع الرجل يجذعه جذعاً: حبسه، والمجدوع الذي يجبس على غير مرعى، وجذع الرجل عياله؛ إذا حبس عنهم خيراً. وفي النوادر جذعت بين البعيرين إذا قرنتهما في قرن؛ أي في حبل. ويقال ذهب القوم جذع مذع؛ إذا تفرقوا في كل وجه. وجذعان الجبال: صغارها¹.

ووصفت الخلايا الجذعية هذه بكونها جذعية؛ لأن الجذع هو أصل الشجرة التي تنبت وتنمو منها الأغصان والفروع؛ ولأن الخلايا الجذعية تتفرع وتنقسم منها كثير من الخلايا في الجسم، ولهذا تسمى "الخلايا الأم" أو "سيدة الخلايا"².

تعرف الخلايا الجذعية في الاصطلاح بأنها "خلايا غير متميزة؛ أي غير متخصصة، لها إمكانات مثيرة لأن تتحول إلى أي خلية في الجسم". وكل ما تحتاجه هو التعليمات الصحيحة، ومن ثم تتحول إلى صفيحة دموية أو نسيج عضلي حسب الحاجة لأي منها، وهي موجودة في الجنين الباكر وتؤخذ من بين خلايا الكتلة الخلوية الداخلية في الأرومة، وتوصف بأنها جنينية لما يلي:

1. عامل زمني وهو عمر وزمن إخراجها من الجنين، إذ أن الخلية الجنينية توجد في زمن مبكر جدا من حياة الجنين وبالضبط في اليوم الرابع إلى الخامس من الإخصاب.

2. عامل مكاني؛ أي نسبة إلى المكان الذي أخذت منه وهو الجنين في مرحلة الأرومة.

3. عامل قدرة هذه الخلايا على الانقسام المستمر، وإلى جميع أنواع خلايا الجسم³.

ويشير الدكتور "محمد علي البار" إلى كيفية استنساخ الخلايا الجذعية بقوله: "تؤخذ أي خلية جسدية من إنسان بالغ وتوضع في محلول خاص وتتم إيجاعها حتى تعود إلى حالة الهمود، ومن ثم تستخرج النواة في بويضة إنسانية مفرغة من نواتها بواسطة صعق كهربائي معين فإذا تم الدمج تبدأ هذه الخلية المدجة بالانقسام وكأنها لقيحة (زيجوت) مكونة من حيوان منوي وبويضة... وتتوالى انقسامها

¹ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص.44.

² - نفس المرجع، ص.44.

³ - طارق عبد المنعم محمد خلف، المرجع السابق، ص.195.

حتى تصل مرحلة الكرة الجرثومية (الأرومة أو البلاستولا) التي تحتوي على كتلة خلايا الداخلية، وتفك البلاستولا للحصول على الخلايا الجذعية الجنينية المتعددة القوى الفاعلة، ومن ثم يمكن زرعها واستنباتها في مزارع خاصة للحصول على النسيج المطلوب مثل خلايا القلب أو الكلية أو البنكرياس أو الجهاز العصبي...¹.

II. استنساخ الجينات

يعد ظهور علم الهندسة الوراثية- الذي يعنى " التعرف على الجينات (المورثات) وعلى تركيبها والتحكم فيها من خلال حذف بعضها، أو دمج بعضها في بعض، أو إضافة جينات أخرى إليها، وذلك بغرض تغيير الصفات الوراثية الخلقية ما يمكن أن يكون وسيلة وقاية من الأمراض أو تشوهات أو وسيلة علاج تزيل الداء أو تخفف ضرره"- . ولصغر الجين المتناهي بحيث لا يمكن رؤيته بالمجهر العادي، فإنه من الضروري حين يريد العلماء صنع نسخة من الجين المسئول عن إفراز الأنسولين مثلاً لعلاج مرض السكر أن يصنعوا نسخاً كثيرة من الجين حتى تتوفر الكمية المناسبة لعلاج مرض السكر ويقاس على ذلك سائر الجينات أو الهرمونات المراد تصنيعها².

والمثال الآخر لاستخدام استنساخ الجينات، هو تحضير التطعيمات والأمصال الواقية من الأمراض المعدية، مثل تطعيمات الكبد الوبائي من النوع (ب). فبدلاً من الأسلوب القديم الذي يعتمد على حقن الإنسان بالمكروب المسبب للمرض كاملاً سواء كان مضعفاً أو باستخدام جزء منه، أصبح من المتاح الآن تحديد الجين المحدد في الفيروس الذي يشعر به الجهاز المناعي ويتحفز ضده والمسمى بـ (الأتجين). وبالتالي يقوم الجهاز المناعي بإفراز الأجسام المضادة التي تبقى في الدم لتدافع عن الجسم في حالة تعرضه لعدوى مرة أخرى، وبذلك نقي الناس من خطر مضاعفات التطعيم ببكتيريا أو فيروسات حية أو مضعفة التي كانت تؤدي في بعض الأحيان إلى الإصابة بالمرض نفسه³.

أما طرق استنساخ الجينات فيمكن ذلك بأساليب عدة، عن طريق تقطيع الجينات إلى قطع صغيرة تحتوي على المادة الوراثية وإدخالها إلى المادة الوراثية الخاصة ببعض الفيروسات غير الضارة التي تتم عدوى البكتيريا بها، فيتكاثر الجين في المادة الوراثية للفيروس داخل البكتيريا. ويتم عمل عدد كبير

¹ - محمد علي البار، الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية والفقهاء، الطبعة الأولى، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، 2002، ص.66.

² - محمد بن دغليب العتيبي، الاستنساخ البشري بين الإباحة والتجريم في ضوء الشريعة مع بيان مواقف الهيئات الدولية المعاصرة، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، 2005، ص.66.

³ - عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني استنساخ الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، مصر، 1999، ص.87.

من النسخ من هذا الجين بهذه الطريقة. ويمكن استنساخ الجينات عن طريق تقطيع الجينات إلى حلقات دائرية صغيرة داخل الحمض النووي للبكتيريا الذي سمي (البلازميد) وكلما تكاثرت هذه البكتيريا فإن البلازميد الذي يحتوي على الحمض النووي للجين يتكاثر فيها، ويستطيع العلماء بعد ذلك بفصل النسخ من الجينات عن الحامض النووي للبكتيريا، وبفضل هذه التقنية تم تحضير تطعيمات مختلفة، ثم تم استخدام الفيروسات لحمل الجين المراد استنساخه وإدخاله الخلية المنشودة لكي يتكاثر بداخلها ويصنع نسخاً من هذا الجين¹.

III. استنساخ الأعضاء البشرية

تجدر الإشارة إلى أنه من أهم مشاكل زرع الأعضاء هو إمكانية رفض الجهاز المناعي للمتلقى (Donneur) العضو الذي تم زرعه على جسده، والمقتطع من شخص متبرع (Receveur) وذلك نتيجة عدم الانسجام بينهما. فيستطيع الاستنساخ التغلب على هذه المشكلة؛ لأن المخزون الوراثي للمعطي هو المخزون الوراثي ذاته للمتلقى².

إن عملية استنساخ الأعضاء وتحويل الخلية الجسدية الناضجة إلى خلايا جنينية يمكن أن تعطي أعضاء الجسم المختلفة، وتمكن العلماء من توجيه الحامض النووي بداخلها لاستنساخ أعضاء معينة واستخدامها كقطع غيار بشرية مثل: القلب والكبد والكلية دون الحاجة إلى استنساخ الإنسان الكامل، وزرعها في الإنسان الذي يحتاج إليها، وهو أمر بلا شك إنجاز خطير ستكون له نتائج مذهلة في علاج الملايين حتى وإن سبقته في البداية بعض التجارب التي لن يستطيع أحد أن يقف أمامها³.

رابعاً: الاستنساخ من حيث أغراضه

للاستنساخ أغراض معينة، فقد يكون الهدف علاجي، وقد يكون الهدف علمي بحث، باختلاف التجارب العلمية العلاجية أو غير العلاجية، وقد يكون الغرض إنجابي تكاثري.

I. الاستنساخ لغرض البحث العلمي المخض

نتيجة للتقدم البيوتكنولوجي في العصر الحاضر ظهرت الأبحاث المتعلقة بالجينات (المورثات) وما استتبعها من تجارب على الأجنة والنطاف، وقد ساهمت الهندسة الوراثية في تطوير هذه الأبحاث وظهر الاستنساخ كأحد تطبيقاتها.

¹ - فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية...، المرجع السابق، ص. 87-88.

² - نفس المرجع، ص. 82.

³ - محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص. 301.

وقد مر معنا معنى التجربة الطبية بنوعيتها، **علاجية** والتي تتم بقصد علاج أحد الأمراض ومحاولة إيجاد عقار ناجح يؤدي إلى الشفاء من المرض أو محاولة استخدام عقار طبي معين يستخدم في علاج مرض ما، ومحاولة تجربة فعاليته على مرض آخر، باستخدام وسائل علاجية حديثة بعد فشل الوسائل التقليدية بعد تجربتها في المعمل على الحيوانات وثبوت صلاحيتها لاستخدامها على الإنسان المريض. وتجربة طبية غير **علاجية**؛ أي التي تتم على أشخاص أصحاء أو على مرضى دون ضرورة تملئها حالتهم، وذلك باستخدام وسائل أو طرق جديدة لأغراض البحث الطبي المحض، أو لمجرد شهوة علمية أو فضول علمي والخطأ في هذا النوع من التجارب موجب للمسائلة الجنائية لانتفاء قصد الشفاء والعلاج¹.

II. الاستنساخ لغرض علاجي

الاستنساخ العلاجي إما أن يكون لإنتاج عضو كامل، أو يكون من أجل معالجة الخلايا، وهو " أن تؤخذ خلية من جسم الإنسان البالغ، وتدمج بخلية بويضة فارغة، وبوجود الحافز المناسب يمكن إقناع الخلية بالتطور إلى جنين". وفي النوع الأول - إنتاج عضو - يطمح العلماء إلى تثبيط عمل جميع الخلايا قي هذا النسيج الجنيني - الجنين الباكر - باستثناء العضو المراد إنتاجه كالقلب أو الكبد... أما النوع الآخر وهو **معالجة الخلايا** فيبدأ بتنمية بويضة مخصبة في المختبر إلى كتلة نسيج جنيني مبكر. ثم يغرز جنين فعال في الخلايا الجنينية بواسطة فيروسات مصممة خصيصاً لذلك، أو بواسطة نواقل أخرى، ويغرز تسلسل واسم يسم الجينات يمكن التعرف من خلال هذه الواسمات على الخلايا التي التقطت الجين بشكل صحيح. ومن ثم يمكن غرس ADN إحدى تلك الخلايا في بويضة جديدة تؤخذ من الأم نفسها، لتبدأ الحمل من جديد. وفي الخطوة الأخيرة تحل عملياً نسخة صحيحة من الجين نفسه محل الجين الأصل المعيب².

وبعد دراسة التركيب الجزيئي للجينات ومعرفة قدرتها وأسلوب عملها ونموها وتأثيرها في الوقاية من الأمراض استطاعت مراكز البحث العالمية تطوير استراتيجيات متعددة وتطبيقات متنوعة لعلاج الأمراض العارضة والمزمنة. وقد استفاد مئات الملايين من البشر أكثر من 155 دواء ولقاح تم اعتمادها من قبل منظمة الغذاء والزراعة والدواء التابعة للأمم المتحدة (FDA) بالإضافة إلى أكثر من 370 دواء ولقاح في مرحلة الاختبارات السريرية تستهدف 200 من الأمراض³.

1 - علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص.82.

2 - محمد بن دغيب العتيبي، المرجع السابق، ص.108 - 109.

3 - نفس المرجع، ص.109.

III. الاستنساخ التكاثري (الإنجابي أو الولادي)

يقوم الاستنساخ التكاثري على اقتطاع نواة خلية بالغة، وتحتوي على الكروموزومات التي يتموضع عليها الحمض النووي منقوص الأوكسجين ADN بالفرنسية DNA بالإنكليزية مثلا خلية من الجلد أو من الكبد... ومن ثم حقنها في بويضة متروعة النواة بصورة مسبقة. تقتطع هذه البويضة من الأم الحاضنة وهي تختلف عن الشخص الذي اقتطع منه الخلية الجسدية والذي يتم استنساخه، وبعد ذلك يتم الاندماج بين الخليتين عن طريق نبضات كهربائية. وفي حال نجاح التجربة سيؤدي ذلك إلى تكوين جنين الذي سيبدأ بالنمو¹.

ومن ثم يزرع الجنين لبعض الوقت (مدة ثمانية أيام تقريباً) في المختبر، وذلك قبل زرعه في طور البلاستوسيسست في رحم الأم الحاضنة. وبعد عملية الولادة يكون للطفل المخزون الوراثي؛ أي ADN النووي ذاته بالنسبة لمعطي الخلية الجسدية.

ومن المعلوم أن كل خلية من خلايا الجسد تحتوي على كامل البرنامج الوراثي للشخص ويترتب على ذلك أنه في خلية جلدية مثلا لا يوجد فقط برنامج صنع خلية جلدية وإنما أيضاً برنامج صنع خلية دماغية أيضاً أو قلبية... ولكن في زمن معين لا تظهر المعلومات الضرورية، الجينات Les genes واللازمة لصنع خلية عصبية في خلايا الجلد، وكذلك الحال بالنسبة لبقية الخلايا. ومعنى آخر يمكن القول إن الجينات العصبية في خلايا الجلد تزول لتفسح المجال لظهور الجينات الضرورية للجلد وكذلك الحال بالنسبة للعصب. neurone حيث تبقى الجينات الضرورية اللازمة، لصنع خلية جلدية صامته كي تفسح المجال لظهور الجينات الضرورية للعصب².

واستناداً إلى ذلك يمكن في الاستنساخ التكاثري، انطلاقاً من خلية جلدية صنع ليس فقط خلايا جلدية أخرى مشابهة للأولى ومطابقة لها، وإنما يمكن أيضاً صنع خلايا عصبية، وكذلك الحال بالنسبة لمجموع خلايا الجسم حتى يتم الحصول على كائن بشري كامل الذي سيكون وراثياً مطابقاً للشخص الذي أخذت منه الخلية الجلدية. ومن هنا يتضح أن الغاية من الاستنساخ التكاثري هي الإنجاب³.

يتبين مما سبق أن التمييز بين الاستنساخ العلاجي والاستنساخ التكاثري لا يقوم على أساس من الإجراءات العلمية التي يتطلبها كل منهما. وإنما يكمن أساس هذا التمييز في الغاية من الاستنساخ. فإذا

¹ - فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية...، المرجع السابق، ص.80.

² - نفس المرجع، ص.80.

³ - نفس المرجع، ص.80.

كانت الغاية منه هي الإنجاب بحيث تتم زراعة الجنين المستنسخ في رحم امرأة حاضنة، فالاستنساخ هو تكاثري.

أمّا إذا كانت الغاية من الاستنساخ هي إتلاف الجنين المستنسخ في المرحلة الأولى من نموه (بعد فترة ثمانية أيام تقريباً من النمو) وذلك لاستعمال خلاياه بهدف معالجة بعض الأمراض الخطيرة فهنا يتعلق الأمر بالاستنساخ العلاجي.

المطلب الثاني:

مشروعية الاستنساخ البشري

قبل الحديث عن مشروعية الاستنساخ البشري نحاول فرز بعض صورته التي لا تدخل ضمن الإطار الخاص بالبحث، وهي الاستنساخ في النبات، فالاستنساخ يحدث في بعض الكائنات دون تدخل الإنسان، وهي طريقة تكاثر الكائنات الحية وحيدة الخلية الغالبة في النبات، حيث ينفصل جزء من النبات سواء كان خلية واحدة أو عدة خلايا أو أنسجة ونموها في نبات جديد شبيه بالأصل، والحكم الشرعي في استنساخ النبات هو الجواز بشروط، وقد صدر بذلك القرار من الجهات العلمية الآتية:

1. المجمع الفقهي الإسلامي¹.

2. المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية².

3. جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية.

4. مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر³. وشروط الجواز ما يلي:

أ- الأمن من الضرر حيث لا يجب أن يؤدي استنساخ النبات إلى ضرر بنشوء أمراض جديدة أو طفرة مغيرة لبعض الصفات من النفع إلى الضرر.

ب- أن لا يتخذ من هدف العملية العبث وتغيير خلق الله حسب الأهواء والشهوات دون أن يترتب عليها مصلحة شرعية.

ج- عدم استخدامها للإغراض المحرمة كنبته الحشيش وغيرها.

ومن بين الصور الأخرى المستثناة من الدراسة استنساخ الحيوان. وحكمه الشرعي الجواز بشروط على قول جمهور العلماء ورأي الجهات سابقة الذكر، وشروطه:

أ- تحقيق المصلحة الشرعية المعترية.

¹ - قرار مجمع الفقهي الإسلامي رقم 2/100 د 15 بشأن الاستنساخ البشري، الدورة العاشرة عام 1417، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي، العدد العاشر، الجزء الثالث، ص. 422.

² - توصية ندوة رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة، صفر عام 1417هـ، مجلة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، العدد 2، ص. 522.

³ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص. 382.

ب- أن لا يتخذ للعبث وتغيير خلق الله.

ج- ألا يترتب عليه ضرر يزيد عن المصلحة.

د- ألا يترتب عليه إيذاء الحيوان أو تعذيبه¹.

وبعد فرز ما لا يعتبر داخلياً في موضوعنا نحاول بيان مشروعية الاستنساخ البشري في الفقه الإسلامي (الفرع الأول) ثم في القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مشروعية الاستنساخ في الفقه الإسلامي

لقد احتدم الخلاف حول مشروعية الاستنساخ الفقه الإسلامي بين فقهاء الشريعة بين من يؤيد عمليات الاستنساخ ومن يعارضها. وبالتالي وجب التعرض لهما بداية بالآراء التي تؤيد الاستنساخ البشري (أولاً) ثم الآراء التي تعارضه (ثانياً).

أولاً: الآراء المؤيدة للاستنساخ البشري

يجمع الفقهاء والباحثين على تحريم الاستنساخ الجسدي والاستنساخ الجنيني التي تكون من ماء غير الزوجين وبهذا صدرت قرارات المجامع الفقهية:

- قرار مجمع الفقه الإسلامي حيث تضمن: ثالثاً: " تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء أكان رحماً، أم بيضة، أم حيواناً منوياً أم خلية جسدية للاستنساخ"².

- توصية الندوة الفقهية الطبية التاسعة حيث جاء فيها: أولاً: " تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء أكان رحماً أو بويضة، أم حيواناً منوياً..."³. واختلفوا في فصل خلايا اللقيحة - الاستنساخ الجنيني - التي تكونت من ماء الزوجين على قولين قول بالتحريم وقول بالجواز. وهذا الأخير هو الذي يمثل الاتجاه المؤيد حيث يرى هذا الاتجاه أن عمليات الاستنساخ يدخل ضمن الأعمال الطبية المباحة واستدلوا بعدد الأدلة النقلية والعقلية.

فمن الأدلة النقلية ما ورد من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه وسلم: " ما أنزل الله داء إلا أنزل الله شفاء"⁴. ووجه الدلالة في هذا الحديث دلت على مشروعية التداوي، ويدخل عموماً في علاج حالة العقم عند بعض النساء التي تعاني من نقص في إنتاج البويضات،

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع السابق، ص.382.

² - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 2/100 د 15 بشأن الاستنساخ البشري مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.422.

³ - توصية ندوة رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة، مجلة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المرجع السابق، ص.512.

⁴ - حديث سبق نخرجه.

فلا يفرز مبيضها إلا بويضة واحدة¹. فمن الأفضل تلقيح البويضة بحيوان منوي خارج الجسد، ثم تفصل اللقيحة في بداية انقسامها إلى خليتين، لأن نسبة نجاح علق اللقائح في جدار الرحم تزيد بنقل لقيحتين، الأمر الذي يتطلب فصل الخلايا للحصول على عدد كاف من اللقائح، فينقل منها اثنان إلى الرحم ويترك الزائد مجمداً في البنوك ينقل للزوجة حال فشل الأولى². ويمكن مناقشة هذا من ثلاثة أوجه:

- إن فصل الخلايا بعد تلقيح البويضة بالحيوان المنوي في بداية تكوينها ثم تجميدها تقتل بعد حصول الإنجاب، وهو محرم لأن اللقيحة لها حياة منذ لحظة التلقيح.
- أن النصوص دلت على مشروعية التداوي بالطرق المباحة دون الطرق المحرمة، لقوله صلى الله عليه وسلم "... فتداووا ولا تتداووا بحرام"³. والاستنساخ الجيني يعد من الطرق المحرمة.
- إن مبيض المرأة إن كان لا يفرز إلا بويضة واحدة مع أعطائها بعض العقاقير التي تقوم بتنشيط مبيضها حالة نادرة والأحكام لا تبني على النادر وإنما على الغالب⁴.

ومن الأدلة العقلية القياس من عدة أوجه:

1- قياس هذه الطريقة على أطفال الأنابيب بجامع أن التلقيح في كل منها يكون خارج الجسد، وحينئذ تأخذ حكمه وهو الجواز⁵. ويمكن مناقشة هذا القياس بأنه قياس مع الفارق فيكون فاسداً، وذلك أن اللقيحة في التلقيح خارج الجسد لم تفصل خلاياها بعضها عن بعض، ولا يؤدي لحصول التشابه لاستقلال كل مولود بلقيحة. أما الاستنساخ تكون المواليد متشابهة في الصفات الوراثية والشكل، لأنهم نشأوا عن لقيحة واحدة⁶.

2- القياس على ما يحصل في أرحام النساء في التوأم المتشابهة⁷. لكن يناقش على أن ذلك ليس بتدخل أحد، بخلاف الاستنساخ فلا يمكن الفصل إلا بتدخل الأطباء ولا يخلوا من مفسد مترتبة عليه من حفظ اللقائح وإتلافها.

¹ - محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.26.

² - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص.400.

³ - رواه أبو داود، كتاب الطب، باب في الأدوية المكروهة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.365.

⁴ - نفس المرجع، ص. 401.

⁵ - رياض أحمد عودة، الاستنساخ في ميزان الإسلام، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص.182.

⁶ - سعيد منصور موفعة، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.279.

⁷ - عارف علي عارف، قضايا فقهية في الجينات البشرية، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار الفنائس، عمان، الأردن، 2001، ص. 754.

3- أن هناك مصالِح تترتب على فصل الخلايا، وهي تشخيص الأمراض الوراثية، وذلك لأجل استبعاد الخلية التي يثبت إصابتها بمرض وراثي واستخدام السليمة، والنتيجة الحصول على ذرية سليمة¹. لكن يناقش أن محل النقاش هي طريقة تحقيق الإنجاب، لا في تشخيص الأمراض الوراثية المخصصة للبحوث والتي لا تنقل إلى الرحم، بخلاف الخلية التي تفصل في الإنجاب والتي تنقل للرحم.

4- استخدام الخلية المفصولة لمعالجة ما قد يحتاج إليه المولود من الخلية الأخرى من عضو أو نسيج، وبهذا يمكن استبداله دون احتمال رفض الجسم له مناعياً للتطابق بينهما². ويناقش أن الفقهاء أجمعوا على أن المضطر أن لم يجد إلا آدمياً معصوماً فإنه لا يجوز له الإقدام على قتله. والخلية بعد مرورها بأطوار النمو حتى تتشكل الأعضاء والأنسجة بعد جنيناً والجنين نفس معصومة، لا سيما بعد نفخ الروح، وحفظ النفس يعتبر من مقاصد الشريعة³. وإذا كان هذا موقف الرأي المؤيد للاستنساخ فيثور التساؤل حول أدلة الرأي المعارض ووضع المسألة في ميزان الشرع على سبيل المقارنة.

ثانياً: الآراء المعارضة الاستنساخ البشري

يرى هذا الاتجاه أن الاستنساخ البشري حرام ومخالف للشريعة الإسلامية في صورته الاستنساخ الجسدي والجنيني بكل حالاته. وأستدل القائلون بالتحريم بأدلة من المنقول والمعقول والقواعد الشرعية. **فدليلهم من الكتاب**، قوله تعالى: "ومن آياته خلق السموات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم إن في ذلك لآيات للعالمين"⁴؛ وأيضاً قوله عز وجل: "ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء فأخرجنا به ثمرات مختلفاً ألوانها ومن الجبال جدد بيض وحمر مختلف ألوانها وغرابيب سود ومن الناس والدواب والأنعام مختلف ألوانه كذلك إنما يخشى الله من عباده العلماء أن الله عزيز غفور"⁵. ووجه الدلالة أن سنة الله في الخلق مبنية على اختلاف الناس في صفاتهم وطبائعهم ورغباتهم، والاستنساخ يخالف هذه السن الربانية، لأنه يأتي بنسخ متكررة وبهذا يحصل الإخلال بالمصالح المبنية على التمايز⁶. ولا يمكن الاحتجاج بالتوأم المتطابقة لأتهما من خلية جنسية من أبويه بغير تدخل من الغير، أما الاستنساخ فمن خلية جسدية، أو جنسية بتدخل الطبيب.

¹ - أياد أحمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.143.

² - محمد واصل، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، 2002، ص.37.

³ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص.404.

⁴ - سورة الروم، الآية، ص.22.

⁵ - سورة فاطر، الآية.27.28.

⁶ - علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص.226.

وقال تعالى: " ولقد كرمنا بني آدم ¹. ووجه الدلالة في ذلك أن الله كرم الإنسان ورفع قدره والاستنساخ امتهان لكرامته بتسويته بالحيوان والنبات في طريقة التكاثر وجهله حلاً للتجارب التي لا تعرف نتائجها ولا تؤمن عواقبها.

وقال جل وعلا: " يائيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منها رجالاً كثيراً ونساءً ²؛ وأيضاً: " ومن كل شيء خلقنا زوجين اثنين لعلكم تذكرون ³. ووجه الدلالة أن سنة الله في تكاثر الإنسان أن يكون من ذكر وأنثى، والاستنساخ يعد اعتداء على سنة الله في خلق الإنسان، لأن المولود الحاصل بهذه الطريقة تكون من خلية الذكر، ولا علاقة للأنثى عدا كونها وعاء حاضناً ⁴. " فالاستنساخ يقوم على الاستغناء عن أحد الجنسين، والاكتفاء بجنس واحد، وهذا ضد الفطرة، التي فطر الناس عليها فالإنسان بفطرته محتاج لغيره من الجنس الآخر، ليس مجرد النسل بل ليكمل كل منهما الآخر. " كما قال تعالى: " ذرية بعضها من بعض ⁵. ولهذا حينما خلق الله آدم وأسكنه جنته لم يبقه وحده بل خلق له من نفسه زوجاً ليسكن إليها كما تسكن إليه ⁶.

وقال تعالى: " ألم يك نطفة من مني تمى ⁷؛ وأيضاً قوله " فلينظر الإنسان مم خلق خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب ⁸. ووجه الدلالة أن الله خلق الإنسان من ماء دفق من بين الصلب والترائب، يحث يحصل تلقيح بويضة المرأة بماء الرجل، فينشأ عن ذلك الولد، والاستنساخ مخالف لهذه السنة، لأن الولد من خلية جسدية من الزوج دون اختلاط لنطفتي الزوجتين ⁹.

وقال عز من قائل: " يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا وإناثاً ويجعل من يشاء عقيماً إنه عليم قدير ¹⁰. ووجه الدلالة أن الله جعل الله على أربعة أقسام، من مكن له البنات، ومن مكن له البنين، ومن أعطاه بنين وبنات، ومن جعله عقيماً، فإذا كان بالإمكان الإنجاب بالخلية الجسدية، فلن يكون من بين الناس عقيماً وهو ما يناقض الآية ¹¹.

¹ - سورة الإسراء، الآية.70.

² - سورة النساء، الآية.1.

³ - سورة الذاريات، الآية.49.

⁴ - محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.25.

⁵ - سورة آل عمران، الآية.34.

⁶ - علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص.230.

⁷ - سورة القيامة، الآية.37.

⁸ - سورة، الأعلى، الآية.5-7.

⁹ - محمد واصل، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.39.

¹⁰ - سورة الشورى، الآية.49-50.

¹¹ - رياض أحمد عودة، المرجع السابق، ص.200.

ومن الآيات قوله تعالى: "ولأمرهم فليغيرن خلق الله"¹. ووجه الدلالة أن الاستنساخ مخالف للطريق الفطري الذي قدره الله والعدول عنه تغيير لخلق الله؛ لأن التدخل في الخلية الجنسية بترع نواتها منها، ووضع نواة جسدية مكانها، يعد إزالة للصفات الوراثية الموجودة في البويضة، والتي لها تأثير عظيم في صفات المولود، بجعلها من الزوج فقط وهذا مخالف لسنة الله في كونها تنتقل من الزوجين².

أما دليلهم من السنة ما ورد عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال صلى عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار". ووجه الدلالة في الحديث حرمة الضرر وهو موجود في الاستنساخ، لأن الخلية الجسدية المأخوذ من المستنسخ منه لا يدخل ضمن عملية انتقاء طبيعي الذي تلقح فيه البويضة بملايين الحيوانات وينجح واحد منها وهو أقواها وأصحها. وعليه فالمولود بالاستنساخ لا يكون صحيحاً فقد تكون من خلية غير منتقاة، بغير اتحاد لنواتي الحيوان المنوي والبويضة، والخلية الجسدية يزداد فيها الجينات المريضة ما يتسبب في تشوهات خلقية، وأمراض سرطانية وغيرها³.

وعن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - قال: "لعن الله الواشمات، والمستوشمات، والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات لخلق الله"⁴. ووجه الدلالة أن الاستنساخ تغيير لخلق الله، لأنه تغيير الحلقة في أصل الخلية الإنسانية، وذلك بالاستنساخ الذي وضع الخلية الجسدية موضع الخلية الجنسية في الإنجاب.

أما دليلهم من المعقول، فقد استدلوا بعدد الأدلة العقلية كما يلي:

1. أن المولود المتصل بأبويه شرعاً وطبعاً، وتترتب عليه جميع الأحكام الشرعية التي رتبها الله على ذلك، فالأبوة والأمومة الشرعية هي التي تكونت بماء أبويه على فراش الزوجية، فحملت به أمه في بطنها، مستقراً في رحمها، وهاتان الصلتان منقطعتان في المولود الحاصل بالاستنساخ، إذ ليس هناك حيوان منوي من الأب، ولا نواة بويضة من الأم⁵.

2. أن الاستنساخ فيه اضطراب في تحديد النسب، وذلك من جهة تحديد علاقة المستنسخ بمن أخذت منه الخلية الجسدية، هل هو ولد للزوج باعتبار أنه ولد للفراش، أم أنه أخ له باعتبار التطابق معه،

¹ - سورة النساء، الآية. 119.

² - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص. 424.

³ - نفس المرجع، ص. 424.

⁴ - رواه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب في لعن الواشمات والمتفلجات. الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم،

الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 367.

⁵ - سعيد منصور موفعة، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 475.

- كما أن من أخذت منها البويضة لا يصدق عليها أنها أم له، لأن المولود لم يكتسب من صفاتها شيئاً بسبب إزالة نواة بويضتها¹.
3. الإخلال بنسبة الذكور والإناث في المجتمع، لأن الخلايا الجسدية في الاستنساخ المأخوذة من الذكر يكون المولود بها ذكراً، والخلايا الجسدية المأخوذة من الإناث يكون مولودها أنثى، وحينئذ يختل التوازن الموجود بين الذكور والإناث.
4. إن عمر الخلية التي ينشأ عنها المولود هو عمر من أخذت منه الخلية الجسدية، فيكون المولود ابتداءً عمره بخلايا مضى عليها مدة من الزمن مما يجعله يعاني من الكبر والشيخوخة المبكرة².
5. أن الاستنساخ مساس بجزء من الإنسان، وهو البويضة والخلية الجسدية، وهذا محرم، لأن الإنسان لا يملك جسده ولا يجوز المساس به إلا لسبب موجب كضرورة أو حاجة ملحة وهو منتفي في الاستنساخ³.
- ومن القواعد الشرعية، قاعدة: "درء المفسد أولى من جلب المصالح". ووجه الاستشهاد بهذه القاعدة أن الشريعة تقدم درء المفسد على جلب المصالح في الاعتبار، ولا شك أن النسخ إذا تكاثرت مع انتشار هذه الطريقة في معالجة العقم، ستؤدي إلى عدم التمييز بين النسخ في إجراء العقود، ووقوع الجرائم، وغيرها مما يترتب عليه حقوق أو واجبات.
- وقاعدة: "ما أدى إلى الحرام فهو حرام". أن إجراء تجارب الاستنساخ على الخلايا الجسدية الإنسانية سيؤدي إلى ولادة أجنة مشوهين يقتلون فيما بعد، نظراً لتعرض البويضة والنواة الجسدية لبعض التغييرات الخارجية.
- وبالإضافة إلى ما ذكر من آراء الجامع الفقهي في تحريم الاستنساخ فقد حرمه غالبية علماء الأمة الإسلامية، ومنهم الدكتور "يوسف القرضاوي" بقوله: "إن الله خلق هذا الكون على قاعدة "التنوع" الاستنساخ يناقض التنوع لأنه يقوم على تخليق نسخة مكررة من الشخص الواحد، وهذا يترتب عليه مفسد كثيرة في الحياة البشرية والاجتماعية، بعضها ندرکه وبعضها لا ندرکه إلا بعد حين". وقال " الاستنساخ لا يحقق سكن كل من الزوجين إلى الآخر، كما لا يحقق الأسرة التي يحتاج الطفل البشري إلى العيش في ظلها وحماها، واكتمال نموه تحت رعايتها ومسؤوليتها فكل من الأب والأم راع في الأسرة ومسؤول عن رعيته"⁴.

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص.427.

² - نفس المرجع، ص.429.

³ - رياض أحمد عودة، المرجع السابق، ص.194.

⁴ - يوسف القرضاوي، مجل الوعي الإسلامي، الكويت، العدد 448، سنة 39، 1423، ص. 17-20.

وأكد شيخ الأزهر الدكتور محمد سيد طنطاوي " أن الاستنساخ بهذه الطريقة حرام وعمل ضد القواعد الشرعية الإنسانية التي قررها الخالق في التكاثر والإنجاب"¹.

ومما سبق يتبين أن الآراء الفقهية الشرعية تحرم الاستنساخ البشري بكافة صورته باعتباره عبث ينافي القيم الإنسانية والأخلاقية والاجتماعية، فهو لهو بقوانين الكونية والفطر الإنسانية السليمة. والواجب ألا يُتوقف في الحكم على تحريمه، بل لا بد من قطع الطريق برصد الأبواب على الأبحاث الرامية إليه والدعاوى المغرضة الداعية إليه لكونه واجب شرعي مع ما يمكن من الزجر والردع بتعزيز من يقدم عليه ويدعو إليه.

إن الاستنساخ هو إتباع لهوى النفس بما تزينه له من المصالح الهابطة، فالاحتجاج بالتداوي يجب أن لا يخالف الشرع والطبع وتتبع الهوى بإسقاط القوانين الكونية كالنسب والوراثة. قال تعالى: " ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن"².

إن الشريعة جاءت للمحافظة على الكليات الست وحفظ الأنساب أحدها وكل ما من شأنه أن يمس به ويؤدي إلى اختلاطه ولو على وجه الشبهة فيه فإنه يوجب تحريمه. والاستنساخ يقضي على مؤسسة الأسرة الركن الركين في الحفاظ عليه، حيث لا يعرف بالاستنساخ أصل النسخ. كما أن الحاجة للإنجاب - وإن كان مطلباً شرعياً- يجب أن يؤطر بما وصل إليه الطب من وسائل علاجية والتي تعتبر فتحاً عظيماً على البشرية، فلا يتخلى عنه إلى ما هو أقرب بالتعامل مع النباتات أو الحيوانات، وفي ذلك امتهان لكرامة الإنسان، فلا بد من تحريمه صوتاً للنوع البشري من الآفات كالتشويه والتغيير في الفطر البشرية.

كما أن الخلل الاجتماعي الناتج عن الاستنساخ ليس بالأمر الهين بالنظر إلى أن الله خلق الناس بجانب من التفرد المظهري الذي يعطي الإنسان هويته المتفردة يتعين بها في معاملاته المدنية والجنائية والاجتماعية فيضمن حقوقه ويتحمل التزاماته، وبالأستنساخ تضطرب معاملات الناس في مقابل ذلك لتطابق النسخ مع الأصل.

وبالتوازي مع ما تطرقنا إليه من موقف الشريعة الإسلامية من عمليات الاستنساخ سارعت بعض الدول إلى وضع نصوص صريحة لبيان موقفها من هذا الشأن الطبي. وعليه يجدر بنا معرفة مشروعية الاستنساخ في القانون، وهو ما نحاول التفصيل فيه فيما يلي.

¹ - رأي الدكتور محمد سيد طنطاوي في الاستنساخ، جريدة الأسبوع المصرية، العدد 305، تاريخ 2003/1/6، ص.12. مقتبس عن: علاء

علي حسين نصر، المرجع السابق، ص.227.

² - سورة المومنون، الآية.71.

الفرع الثاني

مشروعية الاستنساخ في القانون

لخطورة تقنيات الاستنساخ سارعت العديد من الدول لتنظيم التعامل معها وبيان انعكاساتها وآثارها. وعليه نتناول في هذا الفرع موقف القوانين الوضعية المقارنة في بعض الدول من الاستنساخ البشري بصفة عامة (أولاً) ثم بيان موقف المشرع الجزائري من الاستنساخ (ثانياً).

أولاً: موقف التشريعات المقارنة من الاستنساخ البشري

تعتبر فرنسا من أكثر الدول معارضة لتكنولوجيا الاستنساخ، حيث تقدمت فرنسا وألمانيا بطلب إلى الأمم المتحدة لإجراء مفاوضات بشأن مشروع معاهدة تحظر الاستنساخ البشري، كما طلب الرئيس الفرنسي " جاك شيراك " من الجمعية الأخلاقية الوطنية أن تُعد تقريراً كاملاً عن النظم الموجودة فعلاً في القوانين الأخلاقية الحيوية والتنظيمات التي يحتاجها استنساخ البشر. وقد ردت اللجنة عن سؤال للرئيس في أبريل عام 1997 حيث أعلنت اللجنة الاستشارية لوطنية للأخلاق -وهي لجنة ليس لها اختصاص قانوني- في مجال علوم الحياة والصحة - رفضها الاستنساخ البشري، وحذرت من الاضطرابات التي من الممكن أن يسببها من الناحية البيولوجية والثقافية¹.

وقد استجاب المشرع الفرنسي لرأي مجلس لدولة بشأن الحظر الصريح للاستنساخ البشري، حيث نصت المادة 25 من القانون 800 الصادر في 6 أغسطس 2004 على إضافة فقرة جديدة لمادة 4/16 من التقنين المدني، تنص على أنه " يحظر أي تدخل يستهدف إنجاب طفل مماثل جينياً لشخص آخر حي أو ميت"².

أما الاستنساخ العلاجي، فتتص المادة 25 من نفس القانون على أنه " يحظر أي تخليق لجنين بشري عن طريق الإخصاب أو الاستنساخ لأغراض البحث، كما يحظر تخليق جنين بشري عن طريق الإخصاب لأغراض تجارية أو صناعية، وبالمثل يحظر أي تخليق عن طريق الإنجاب لأغراض علاجية"³. وقد رأى مجلس الدولة الفرنسي أن المادة 4/16 تتضمن حظراً للاستنساخ البشري الإنجابي لأنه يتضمن اعتداءً على سلامة الجنس البشري، ويؤدي إلى تعديل الجينات بهدف تعديل نسل الشخص، وهي أمور محظورة قطعياً. وقد أيدت هذا الرأي أيضاً اللجنة القومية للأخلاقيات في 22 أبريل

¹ - علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص. 135.

² - « Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique a une autre personne vivante ou décédée ». Art 16-4 code civil.

³ - تنص المادة 25 على ما يلي:

« any creation of a human embryo fertilization or by cloning research purposes is prohibited. for commercial or industrial purposes is prohibited. Equally any creation of a human embryo by cloning for therapeutic purposes is prohibited ».

1997، غير أن مجلس الدولة الفرنسي رأى إدخال تعديل صريح على المادة 4/16 من التقنين المدني يتضمن حظرا صريحا للاستنساخ البشري¹.

وفي إنجلترا صدر قانون الاستنساخ الإنجابي في ديسمبر سنة 2001، ويحظر هذا القانون صراحة الاستنساخ الإنجابي بقوله إن " الشخص الذي يضع في امرأة جنينا بشريا تم تخليقه بطريقة أخرى غير الإخصاب يعتبر مذنبا بارتكابه جنائية".

وتنفرد الولايات المتحدة الأمريكية بإصدار قانون خاص بالاستنساخ البشري، والذي صدر في 31 جويلية 2001، وقد جاء النص في الفقرة الثانية من المادة 301 على " منع كافة العمليات التي لا تقوم على فكرة الاندماج بين الحيوان المنوي والبويضة، مثل تقنية النقل النووي للخلايا (الاستنساخ الجسدي)، وتركت الباب مفتوحا قليلا أمام الاستنساخ الجيني كطريق للعودة في ظل نجاح مثل هذه التقنيات، وحظرت المادة 302 إجراء أو محاولة إجراء عملية الاستنساخ البشري أو الاشتراك فيها، كما حظرت تداول اللقائح التي يتم تخليقها بواسطة الاستنساخ البشري².

أما بالنسبة للقانون الأسباني فقد قصر مجال إجراء الأبحاث البيولوجية على الخلايا التناسلية في الأغراض العلاجية المتعلقة بتجنب انتقال الأمراض الوراثية أو علاجها بشكل مبكر، كما يصنف القانون الأسباني رقم 35 الصادر في 24 نوفمبر 1988 في الفصل السادس الاستنساخ على أنه مخالفة خطيرة جدا، ويحظر صراحة استنساخ الأجنة والبويضات المخصبة مع توقيع عقوبات جنائية³، ويعاقب على " إنشاء عناصر بشرية ماثلة عن طريق الاستنساخ بأي وسيلة من الوسائل بهدف تحسين العنصر البشري أو النسل⁴.

¹ - محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.62.

² - « It shall be unlawful for any person or entity, public or private, in or affecting interstate commerce, knowingly...

1) to perform or attempt to perform human cloning ;
2) to participate in an attempt to perform human cloning ; or
3) to ship or receive for any purpose an embryo produced by human cloning or any product derived from such embryo ». Subsec (a), 1 Sec (302).

« It shall be unlawful for any person or entity, public or private, knowingly to import for any purpose an embryo produced by human cloning, or any product derived from such embryo ». Subsec (b), Sec (302) Chapter (16), Title (18), u.s. Code; Subsec (a) Sec (2) Human Cloning Prohibition Act. 2001(An Act to amend title 18, United States Code, to prohibit human cloning), HR 2505 EH, 107th congress, 1st Session, H.R. 2505, In July 31, 2001, Web: <http://thomas.10c.gov/cgi-bin/query>.

مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 370-371.

¹ - أحمد حسام طه تمام، الحماية القانونية لاستخدام تقنيات الهندسة الوراثية في الجنس البشري في التشريع الفرنسي، بحث قدم لمؤتمر " الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية، كلية الحقوق جامعة المنصورة في الفترة من 2-3 أبريل 2006، القاهرة، ص.38، 39.

⁴ - Jean-Baptiste « le clonage et le droit penal pour l'obtention DEA de Sciences criminales, Anne 2000 - 2001,p.73 مقتبس عن: محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.356.

كما أوجب القانون الاسباني الحصول على ترخيص مسبق لإجراء أي بحث أو تجربة تتعلق بالذمة الجينية من الجهات المختصة ، على أن يحدد الترخيص موضوع البحث أو التجربة، ومدتها ومكان إجرائها، والعناصر البيولوجية المستخدمة فيها، وأوجبت في المادة الثامنة منه على ألا تخرج أهداف البحث أو التجربة عن الوقاية والعلاج ، ودراسة الحمض النووي، وحظر ما يهدف إلى غير ذلك من التجارب والأبحاث¹.

وفي القانون الألماني ورد بالمادة الثالثة وإلى السابعة من القانون صدر في 13 مارس 1990 والمتعلق بمعالم الحماية القانونية للبويضة الأثوية المخصبة²، حظر وتجرىم الأفعال التالية:

1. حظر جميع التجارب الرامية إلى اختيار جنس الجنين.
 2. حظر نسخ الجنس البشري
 3. حظر التعديل العلمي في الخصائص الوراثية للنوع الإنساني أو استعمال الخلايا الآدمية المعدلة وراثياً.
 4. حظر تلخيص إنسان عملاق أو تخليق كائن مختلط من جنس الإنسان والحيوان³.
- وعلى الرغم من أن ألمانيا كانت من الدول السبّاقة في حظر الاستنساخ في التكاثر العلاجي، إلا أن البرلمان الألماني قد سمح في سنة 2002 باستيراد الخلايا الجذعية من الخارج لأهداف علمية. واستمرار للمعارضة المبكرة لاستنساخ البشر صوتّ البرلمان الأوروبي على قرار ضد الاستنساخ البشر في مارس 1997 ومضمونه أن الاستنساخ يسبب مشاكل مزعجة للرأي العام، وأنه يجب منعه، ويجب أن يكون هناك حظر في التشريعات الوطنية⁴.

وقد أصدرت منظمة الصحة العالمية WHO وثيقة عن المكتب الإقليمي للشرق الأوسط، في سبتمبر 2004 بعنوان " اتخاذ موقف إقليمي من الاستنساخ البشري"، ودعت الوثيقة في توصيات لتحريم الاستنساخ، وتمثل هذه التوصيات في:

1. " إعادة تأييد الإجماع العالمي على حظر استنساخ البشر.

¹ - مقتبس عن: محمود عبد الرحيم مهران مهران، أحكام تقنيات الوراثة الهادفة إلى تعديل الخصائص الوراثية في الإنسان ، المجلد الأول، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون بالإمارات، 5-7 مايو 2002، ص. 277.

² - أحمد حسام طه، المرجع السابق، ص. 38.

د- مقتبس عن: رضا عبد الحليم عبد الحميد، حماية الجينوم البشري دولياً ووطنياً، المجلد الرابع، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بالإمارات، 5-7 مايو 2002، ص. 1232؛ محمود عبد الرحيم مهران ، البحث السابق، ص. 276.

⁴ - قرار البرلمان الأوروبي بشأن الإخصاب الصناعي والاستنساخ في مارس 1997، وتم التصويت عليه من بين 489 عضواً، رفض 458 عضواً رفض الاستنساخ، وعدد المعارضين 6 أعضاء، والباقي وعددهم 25 عضواً امتنعوا عن التصويت. مقتبس عن: محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص. 360.

2. قيام البلدان الإسلامية بتنظيم نقاش على الصعيد الوطني حول الاستنساخ لأغراض علاجية، على أن يشارك في النقاش جميع المعنيين من العلماء، والفقهاء، ورجال الدين، وأصحاب القرار السياسي، ومؤسسات المجتمع، سعياً إلى التوصل إلى اتفاق في الرأي على الصعيد الوطني، والعمل على تحسين المعارف والمهارات والخبرات في هذا المجال.

3. إعداد القواعد والأنظمة والدلائل الإرشادية اللازمة لضمان تطوير الاستنساخ للأغراض العلاجية، من جهة، ولردع ومراقبة أي استخدام لهذه التكنولوجيا لا يرضى الحرمات، أو أي إساءة لاستخدامها، من جهة أخرى¹.

ونفس الأمر ما صرحت به رابطة العالم الإسلامي في رسالتها حيث اعتبرت الاستنساخ إعلاناً للخصومة مع الله الذي خلق الإنسان من نطفة، واعتبرته من الفتن الكبرى، التي توجب على المؤمنين بالله التصدي لها ومنعها².

أما في القانون المصري فمع عدم وجود نصوص صريحة فقد حاول بعض الفقه المصري³ تبرير وإباحة عمليات الاستنساخ من منطلق التجارب العلمية البحتة؛ أي غير العلاجية، باعتماد التفسير الموسع لنص المادة 43 من الدستور المصري 1971 التي تشير إلى أنه: "لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر". ويرى الدكتور "علاء علي حسين نصر" أن الاستنساخ يدخل ضمن التجارب العلاجية؛ لأنه يجب أن يكون بغرض علاج العقم، وعلى ذلك فإنه يشترط فيه ذات الشروط التي تتطلبها التجارب الطبية من الرضاء الحر الصريح، والالتزام بالتبصير والموافقة المكتوبة من الخاضعين للتجربة، إلا أن هناك شروطاً خاصة تتميز بها عملية الاستنساخ مثل وجود علاقة قانونية بين الطرفين، وأن يتم اللجوء للاستنساخ بعد استنفاد جميع طرق التغلب على العقم، وإن لا يكون الغرض بهدف الربح ويجب ضمان عدم تعرض المولود لأي ضرر وأن يقتصر على استنساخ طفل واحد للأسرة وأن يتم في مركز متخصص⁴.

¹ - منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، اتخاذ موقف من الاستنساخ البشري، وثيقة إعلامية - ش م / ل 51 وثيقة إعلامية / 11-، سبتمبر 2004، ص.12.

² - رسالة رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة بشأن الاستنساخ البشري، حملت توقيع الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الأمين العام للرابطة. مقتبس عن: محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.230.

³ - محمد عيد الغريب، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، مطبعة وهبة، القاهرة، مصر، 1989، ص.12؛ علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص. 115.

⁴ - علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص.119.

إلا أن البعض¹ يرى أن الاستنساخ يتعارض من نصوص الدستور التي تقضي بحظر التفرقة بين الأفراد بناء على أي اعتبارات، فهم في نظر القانون سواء، وبالتالي فالاستنساخ يتعارض وفقاً لقواعد الحالة المدنية للفرد². ومن هنا فإن القانون المصري يرفض هذه العمليات بالركون للقواعد العامة التي تحكم التجريب على الإنسان بحيث لا يقر التجارب العلمية المحضة، كما أن الاستنساخ يؤدي إلى المساس بالقواعد القانونية للنسب ويؤدي على ضياع حقوق الطفل، والذي يوجب العمل على تهيئة الظروف المناسبة للتنشئة السليمة من كافة النواحي في إطار الحرية والكرامة الإنسانية، من منطلق تلك النصوص القانونية القائمة في القانون والدستور المصري.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الاستنساخ

إن أهم مميزات الأعمال الطبية المستحدثة هو خروجها عن الأطر التقليدية للممارسة العمل الطبي وهذا الاختلال كانت له آثار على نواحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية وعلى الجوانب الشرعية القانونية، وهذه الأخيرة ما يهمننا حيث فتحت زوايا النقاش القانوني بتأثر عدد من فروع القانون، ومن بين هذه الأعمال الطبية الاستنساخ، وفي ظل تعطل الماكينة التشريعية في هذا المجال في الجزائر فعزائنا الاهتداء إلى القوانين ذات الصلة بالموضوع لمعرفة الموقف القانوني، ومن بين هذه القوانين الأشد تأثراً الدستور أحد أسمى القوانين في جانب الحقوق والحريات، والقوانين الطبية، وقوانين الأحوال الشخصية - قانون الأسرة في القانون الجزائري-.

I. في الدستور الجزائري

لقد أورد الدستور الجزائري عدداً من النصوص القانونية التي تأثرت بموضوع الاستنساخ وخاطره في مجال حرمة الحياة الخاصة، وما يرتبط بها من قرارات شخصية متعلقة بالأسرة، كالزواج والإنجاب. وقد أشار الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996 في المادة 39 بقولها: "لا يجوز انتهاك حرمة الحياة الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون...". واتخاذ قرار الاستنساخ يتعلق بنظام الأسرة، لأن الإنسان رغم اجتماعيته إلا أن ذلك لا يعني أن يتخلى عن حقه في الخصوصية تنسجم مع حالة العموم التي ينبغي أن يحيا فيها فله الحق في الاحتفاظ لنفسه ما ينبغي إحاطته بالسرية والكتمان، الأمر الذي يضمن له الطمأنينة على حفظ عرضه، ولذلك يعتبر الاستنساخ منافي لذلك حيث يجعل قرارات الإنسان الشخصية عارية وحديث القيل والقال وبهذا ينتهك حقه في التحفظ على داخلته.

¹ - محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص. 373؛ عبد العال صديقي، الاستنساخ من منظور حرية الإنسان في كيانه البشري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2007، ص. 244؛ طارق عبد الله محمد أبو حوة، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2005، ص. 148.

² - محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص. 374.

II. في القانون الطبي

يثور التساؤل حول قانونية العمل الطبي للاستنساخ فهل يعتبر عملاً طبياً بالمعنى الحقيقي؟ يجب على ذلك أن قانون حماية الصحة وترقيتها يشير إلى شروط ممارسة العمل الطبي وذلك المادة 197 بقولها: "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب الصيدلي وجراح الإنسان على رخص يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب الرخصة حائزاً حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها...". وتنص المادة 3 من نفس القانون "ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية حياة الإنسان من الأمراض والأخطار وتحسين ظروف المعيشة...". ومن خلال هذين المادتين يتبين أن رسالة الطبيب هي حماية الصحة من الأمراض والأخطار وتحسين ظروف المعيشة، فالدافع الأساسي هو الوقاية والعلاج وهذا يتعارض مع عمليات الاستنساخ التي يؤدي أضراراً كبيرة على المستوى الصحي وتغيير في الفطر الإنسانية.

- ونصت المادة 7 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية على أنه: "تتمثل رسالة الطبيب... في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة فرد وكرامته الإنسانية دون تمييز...". ونصت المادة 31 من نفس المدونة على أنه "لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقرين إليهم علاجاً أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة...".

إن عمليات الاستنساخ تدخل في الإطار البحثي - التجارب الطبية - وقد مر معنا أن التجارب الطبية غير العلاجية أو البحثية المحضة يشترط فيها شروط وأهمها عدم استخدام وسيلة طبية جديدة غير متعارف عليها طبياً وبعد دراسة بيولوجية ملائمة بشرط الرضا والحرص على حياة وصحة الخاضع لها وموافقة المجلس الوطني لأخلاقيات الطب مع الاحترام المتوجب للكيان الجسدي مع التأكد من توافر الشروط الأمنية للسلامة الجسدية والعقلية والنفسية بحيث لا تنفذ التجربة إلا إذا تحققت الظروف المواتية. وبإسقاط هذه الشروط نجد أن الاستنساخ من الأعمال الطبية المغايرة للعرف الطبي المحافية لرسالة الطبيب، بالنظر لمفاسده ومضاره كتغيير طبيعة العلاقات داخل الأسرة. وبالتالي يمكن الجزم بعدم جوازه في القانون الجزائري.

III. في قانون الأسرة الجزائري

يعتبر قانون الأسرة من أهم القوانين التي ترتبط العمليات الاستنساخ وأكثرها تأثيراً واضطراباً على نصوصه لأنه ينظم الزواج والبنوة والأبوة، فالزواج الوسيلة الطبيعية للإنجاب حسب مفهوم المادة 4 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه

تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". ومن خلال المادة فإن الزواج يعتبر الرابطة الشرعية بين الزوجين، وفي مقابل ذلك نجد الاستنساخ يقضي على هذه الوجهة الشرعية، فالاستنساخ الجيني بالإضافة إلى ما أشير إليه من محاذير قد يتم بين أطراف في غير الإطار الشرعي، وبالتالي يمكن أن يدخل في حكم التبني الذي يمنعه الشرع. تنص المادة 40 من نفس القانون بأنه: "يمنع التبني شرعاً وقانوناً".

كما أن الاستنساخ يقضي على نظام الأبوة والبنوة أو النسب، وهي العلاقة التي تربط بين الطفل ووالديه، بحيث يحدث اضطراباً في تحديد أو في بيان علاقة المستنسخ بمن أخذت منه الخلية هل هو ولد للزوج، أم أخ له بما أنه يحمل نفس صفاته وانتفاء صفات الأم نظراً لحذف نواة الخلية الجنسية الأثوية - البويضة - ومن ثم يجهل نسبه وعلاقته، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاط وانتهاك الأنساب. تنص المادة 41 من ذات القانون بأنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم تنفقه بالطرق الشرعية". فقد يقترن الرجل بامرأة تحرم عليه من أخواته أو بنات أخيه أو بنات أخته وهذا تجاوز للقيم الأخلاقية والانحطاط إلى دركات الحيوانية. تشير المادة 25 من القانون سالف الذكر بأن: "موانع النكاح المؤبدة هي: القرابة - المصاهرة - الرضاع".

إن الحظر القانوني لهذه العمليات لا يمكن أن يكفي لرصد هذه الظاهرة ومكافحتها ولذلك لا بد من جانب جزائي يكفل احترام النصوص عن طرق ترتيب المسؤولية الجزائية، وهو ما نبينه تباعاً. وفي الأخير نود أن نبين أن الاستنساخ وفق ما ذكر في القانون الجزائري لا يتلاءم مع العمل الطبي بالمعنى الدقيق لتعارضه مع القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية، وقد يكفي في ذلك القول بعدم مشروعيتها، وعلى اعتبار أن الواقع في الجزائر لا تزال الأعمال الطبية الحديثة تراوح مكانها ولم تصل إلى ركب الحضارة فلا خوف من استفحال هذه التصرفات، لكننا نؤيد السعي إلى منعها بنصوص صريحة وذلك فيما يلي:

1. إصدار قوانين تحكم التعامل في مجال الجينات والهندسة الوراثية واستعمالاتها والنص على عدم التوسع فيها، كالتحكم في الإنجاب، اختيار الجنس، البحث في المورثات التي قد تشكل إضراراً مفنية للعنصر البشري.
2. حظر التجارب المتعلقة باستنساخ النوع البشري وتجريم كافة صورته، ومعاقبة الأطراف الداخلة في هذا التصرف إذا ثبت علمهم بذلك، مع منع كافة صور الدعاية والإشهار الرامية لتشجيع هذه الأعمال.

3. مصادرة كافة وسائل الدعم المادية وتغريم مرتكبيها، ومنع المؤسسات والمراكز الراحية لهذه الأبحاث وتجريم وعقاب كل المنشغلين والنشطاء من أشخاص طبيعية ومعنوية.
4. الحرمان من مزاولة المهنة وغلق المنشآت الطبية غير المرخص لها ووضع رقابة على المنشآت الخاصة بهذه الأبحاث وسحب الرخص في حال مخالفتها.

المطلب الثالث

المسؤولية الجنائية عن الاستنساخ البشري

بداية يمكن القول أن الاستنساخ البشري يشهد رفضاً شبه مطلق لدى العديد من الدول ورغم ذلك فقد أضافت بعض الدول نصوص قانونية مجرمة لهذه الممارسات الطبية، ومن بين هذه القوانين القانون الفرنسي، حيث نص قانون العقوبات الفرنسي في المادة 214-2 من القانون رقم 2004-800 على أن " القيام بالتدخل بهدف تخليق طفل متماثل جينياً مع شخص آخر حي أو ميت يعاقب بالسجن المشدد لمدة ثلاثين عاماً وغرامة قدرها 7500000 يورو"¹.

ونصت المادة 214-3 من ذات القانون على أن يكون العقاب على الجنايات المنصوص عليها في المادتين 214-1 و 214-2 السجن المؤبد وغرامة قدرها 7500000 يورو إذا ارتكبت الجريمة بواسطة عصابة منظمة"².

ونصت المادة من نفس القانون 214-4 على أن " الاشتراك في مجموعة مشكلة أو في اتفاق مقرر على مشاهدة الإعداد، المميز في عمل أو أعمال مادية أو في إحدى الجرائم المحددة في المادتين 214-1 والمادة 214-2 يعاقب بالسجن المؤبد وغرامة قدرها 7500000 يورو"³.

وما يجدر ملاحظته أن القانون الفرنسي يود القضاء على كافة أشكال التجارب الطبية التي يراد من خلالها تخليق إنسان عن طريق تقنية الاستنساخ، أو شخص مماثل جينياً وذلك برصد عقوبات ماسة بالحرية تصل لثلاثين سنة والغرامة، وهي في نظرنا عقوبات من شأنها أن تقطع الطريق أمام كل من تسول له نفسه مخالفة الحظر القانوني.

¹ - « Le fait de procéder a une intervention ayant pour but de faire enfant génétiquement identique a une autre personne vivante ou décédée et puni de trente ans de réclusion criminelle et 7500000 Euros d'amende » Art 214-2. code pénale.

² - « Les infractions prévues par les articles 214-1 et 214-2 sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7 500 000 Euros d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée. Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux infractions réévues par le présent article ». Art 214-3. code pénale.

³ - « La participation a un groupement forme ou a un entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de l'un des crimes définies par les articles 214-1 et 124-2 est punie de la réclusion criminelle et 7500000 Euros d'amende ». Art 214-4. code pénale.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية نصت المادة 302 في الفقرة الثانية من القانون الصادر في 31 جويلية 2001 - سابق الذكر - على عقوبة الغرامة والحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات أو بكلا العقوبتين لمن يمارس هذه العمليات، سواء كان شخص معنوي أو طبيعي، وهي عقوبة لا ترقى إلى خطورة وحجم هذا العمل، ولا يمثل الاستنساخ خطراً في هذا القانون إلا إذا كان يهدف إلى الربح والتجارة، عندها تصبح العقوبة مدنية وتقدر بما لا تقل عن مليون دولار وبما لا يزيد عن الضعف إذا تجاوزت هذه الأرباح مبلغ المليون دولار¹.

وقد استخدم القانون الألماني الصادر 13 مارس 1990 والمتعلق بمعالم الحماية القانونية للبيوضة الأنثوية المخصصة الأداة القمعية الجزائية لردع من يرتكب عملية نسخ الجنس البشري بالغرامة أو بالسجن لمدة خمس سنوات كحد أقصى².

هذا وقد دعى البرلمان الأوروبي في قراره الصادر في مارس 1997 - سابق الذكر - إلى تطبيق عقوبات ضد المنتهكين لهذا القرار، وتحديد أكثر يطالب القرار اللجنة الأوروبية بتكوين جمعية أخلاقية، تفحص أخلاقيات تطبيق التقنية الوراثية ومستقبل تنميتها، ويجب أن تسترشد الجمعية بالمبادئ الشفافة والديمقراطية التي تمثل كل الجماعات الهامة³.

وأشارت رسالة رابطة العالم الإسلامي بشأن الاستنساخ - سابقة الذكر - في البند الخامس: " حظر التجارب المتعلقة باستنساخ البشر، وإصدار قوانين عالمية تجرم كل صورة، وتجرم المنشغلين فيه، والمشجعين عليه، وتوقع عليهم عقوبات مناسبة"⁴.

وإذا كانت التطورات الطبية التي طالت الجسم البشري حال الحياة قد أحدثت انقلاباً على المبادئ التقليدية التي تحكم التعامل فيه، فإن خروج الروح يعطي وصفاً آخر لهذا الجسم " الجثة " ولا يعني ذلك زوال أي حماية خاصة في حالة محافظة الجسم على الحياة الجزئية في مرحلة قريبة من حلول الموت، حيث يتمتع هذا الجسد بحماية متميزة نحاول بيانها في الباب الثاني.

¹ - « Any person or entity that violates this section shall be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both ».

Subsec (c)- 1 Sec (302) « Any person or entity that violates any provision of this section shall be subject to, in the case of aviolation that involves the derivation of a pecuniary gain, a civil penalty of not less than \$ 1.000.000 and not more than an amount equal to the amount of the gross gain multiplied by 2, if that amount is greater than \$ 1.000.000 ». Subsec (c)- 2 Sec (302) Chapter (16), Title (18), u.s. Code; Subsec (a), Sec (2) Human Cloning Prohibition Act. 2001.

³ - محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.360.

⁴ - علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص.234.

الباب الثاني

أثر التطور الطبي على نطاق الحماية

الجناية لجثة الإنسان

إن سلامة الجسم على نحو ما سبق ذكره مصلحة للمجتمع والفرد يقرها الشارع ويحميها في أن تسيروا وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي وفي أن يحتفظ بتكامله وأن يتحرر من الآمة، ويقتضي ذلك عدم المساس به تحت طائلة العقاب؛ إلا أنه لزم تلطيف هذا المبدأ خاصة في ظل التطورات الطبية التي تترصد للجسم البشري والتي أوجدت ميداناً خصباً للجدل العلمي المثير بين رجال القانون والطب، وعلماء الاجتماع، والأخلاق، والدين بشأن مدى انسجامها مع القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي، والقواعد الأخلاقية، والأعراف الاجتماعية، بل وحتى الشرائع السماوية الأخرى.

يظهر هذا الجسم كأنه الحامل المؤقت للروح، وهو الوسيلة التي تحمل إرادة الشخص ومعنوياته وتصرفاته، فاقضى الأمر أن يكون مقدساً ومحترماً من قبل الآخرين، بل من الشخص الذي يحمل الروح في حد ذاته. وبعد المرحلة التي تدب فيها الحياة، وبعد أن يعيش الإنسان في إطار نظام متميز من الحماية، يصير بعد التكامل المادي والمعنوي؛ أي الروحي إلى عنصر مادي يسمى "الجثة". مجرد جثة!! وهذا التعبير الأخير يتسم بنوع من الدركية في المركز الترتيبي لجثة الإنسان؛ بمعنى الدرجة التي تتبوأها الجثة عن بقية المصالح¹.

وفي إطار من الجدلية الفكرية يختار أحد الاتجاهات² فكرة أن هذه الجثة ببساطة محضة، مجرد شيء منقول!! بينما يتجه الرأي الآخر³ إلى اعتبار أن هذه الجسم الحامل المؤقت للروح وأن بقاياه؛ أي بقايا التكامل الجسماني الروحي، يحمل قدسية اخترلها من معاني الإنسانية؛ لأنها ترمز إلى ذلك الشخص الذي كان كائناً بشرياً محترماً، ولا يمكن التعامل معها باعتبارها كأى شيء مادي؛ لأن حمايتها تخضع لاعتبارات اجتماعية في صون كرامة جسد الإنسان الآدمي من العبث بها ومراعاة لشعور أقرباء الميت. واختار هذا الاتجاه نظاماً حمائياً جنائياً لجثة الإنسان، بتركيز النظر على الطابع الذي اصطبغت به الحماية في إطار القانون الجنائي⁴. وإن كان الجسم البشري وما يواجهه من تدخلات طبية أمكن في العديد من الأحيان تبريرها من الجوانب القانونية وأن توجد لها مخارج من النواحي الشرعية، فإن الجثة لم تسلم من هذه التدخلات الطبية، الأمر الذي يدعو إلى التساؤلات التالية: ما هو أثر التطورات الطبية الحديثة على جثة الإنسان في القانون الجنائي؟ أو ما هو نطاق الحماية الجنائية لجثة الإنسان في ظل التطورات الطبية الحديثة؟ نحاول الإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها في فصلين، مفهوم الحماية الجنائية

¹ - بوشي يوسف، الحماية الجنائية لجثة الإنسان في الشريعة الإسلامية والقانون - دراسة مقارنة - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في

القانون الجنائي والعلوم الجنائية، المركز الجامعي بشار، 2005-2006 ص.02

² - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.19؛ أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.40.

³ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.3.

⁴ - بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.02.

لجثة الإنسان (الفصل الأول) التدخل الطبي الحديث على جثة الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

مفهوم الحماية الجنائية لجثة الإنسان

لما كانت الحماية الجنائية تشمل أكبر حقوق الإنسان وهو الحق في الحياة والسلامة الجسدية، فإن القوانين وفّرت قدراً من الحماية، شأنها في ذلك شأن كل الحقوق التي ارتقت في نظر القانون إلى القيمة التي بمقتضاها تستحق الحماية القانونية.

وقد تعدد الحماية للجسم البشري فتكون الحماية مدنية إذ يقرها القانون المدني في إطار المسؤولية المدنية¹. وقد تكون الحماية جنائية بواسطة القانون الجنائي، إلا أن مجال الحماية الجنائية لجسم الإنسان يدعو إلى القول بقوتها نظراً للجانب الردعي الذي تقتضيه، فهي حماية زجرية وواقعية، ذلك أن الذات البشرية لا تعرف المثالية، بل تخترق الحواجز للوصول إلى رغبات أو أغراض قد تسيء إلى الآخرين وتسلبهم حقوقهم.

وإذا كان مفهوم الحماية الجنائية للجسم البشري يتقيد بالمرحلة التي تدب فيها الحياة، فما مفهوم هذه الحماية عندما تفارق الروح الجسد؟ أو ما هو مفهوم الحماية الجنائية لجثة الإنسان؟ ومن ثمة يتعين الحديث عن مفهوم الحماية الجنائية لجثة الإنسان وفرزها عن أي حماية أخرى قد تحتويها القوانين (المبحث الأول).

إن الجثة بعد مفارقة الروح للجسد تستوي من حيث القيمة التشريحية مع الجسم البشري خصوصاً بعد خروج الروح ببرهة زمنية قد تقصر أو تطول باختلاف الأعضاء، حيث فُسح المجال للعديد التدخلات الطبية، وهذا ما يبرر من الناحية المنهجية تتبع صور الحماية الجنائية للجثة من زحف التطور الطبي، فرغم قصر هذه الفترة - فترة بين خروج الروح وزوال كل صور الحياة - من حيث مدتها فقد كثرت استعمالاتها الطبية.

إن الوقوف عند الجثة وما يجب أن تحظى به من حماية، يستلزم الوقوف على إشكالية تعتبر من أهم الإشكاليات التي تستلزمها هذه الحماية، وهي إشكالية تعريف الموت وتحديد لحظة حدوثه، لما لهذا

¹ - تنص المادة 124 من قانون المدني الجزائري بأنه: "كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلتزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض". وتشير المادة 140 مكرر 1 بأنه: "إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر".

الأمر من أهمية خاصة في بيان الإطار الزمني الذي تستغرقه الحماية بتحديد البداية، حيث يعتبر الموت الحد الفاصل بين نوعين من الحماية، تنتهي أحدهما أين تبدأ الأخرى. (المبحث الثاني)

ثم علينا أن نبين موقف الشريعة الإسلامية والقانون من تحديد لحظة الموت، لما لهذا التحديد الزمني من اضطراب في المسؤولية الجنائية (المبحث الثالث).

المبحث الأول

المقصود بالحماية الجنائية لجثة الإنسان

مما يقتضيه بيان المقصود بالحماية الجنائية لجثة الإنسان طرح التساؤل التالي: ما هي الجثة؟ حيث لا يسوغ وضع تعريف أو مفهوم للحماية الجنائية لجثة الإنسان، دون التعرض لمصطلح الجثة بوصفها محلاً للحماية الجنائية، ونقطة الانطلاق التي تبدأ عندها مرحلة البحث (المطلب الأول). ثم علينا أن نبيّن إمكانية شمول هذه الجثة بالحماية الجنائية. (المطلب الثاني) وفرزها من أي حماية أخرى قد تحتويها القوانين (المطلب الثالث).

المطلب الأول

المقصود بالجثة محل الحماية

في كثير من الأحيان يطلق مصطلح "جثة" وإلى جانبه مصطلحات أخرى للتعبير عن نفس الدلالات اللغوية للفظ الجثة فنسمع جثة، جسم الميت، البدن، جسد الميت، جثمان، الرميم، والرفات. وقد نقرأ ذلك في كتب طبية وعلمية متخصصة، فهل تصلح كل هذه الألفاظ للتعبير عن الجثة بذات المعنى؟

نحاول فيما يلي أن نبين الدلالة اللغوية لمصطلح "جثة" وما يمكن أن تترادف معها في المعنى (الفرع الأول) ثم نتعرض تباعاً إلى التعريف الاصطلاحي لجثة الإنسان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف اللغوي لجثة الإنسان

الجثة.¹ (Cadavre/ Carcasse) والجثة من أجت الرجل يجث جثاً فزع. والنحل رفعت دويها والشجر قطعه وأنتزعه وأقتلعه من أصله، وأجتث الشجر بمعنى جثه. وجاء في سورة إبراهيم قوله تعالى: ﴿ومثل كلمة خبيثة كشجرة خبيثة أجتث من فوق الأرض ما لها من قرار﴾²؛ أي استؤصلت³.

¹ - يوسف شلالة، المجمع العلمي، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، لا توجد سنة النشر، ص. 71

² - سورة إبراهيم، الآية. 62.

³ - المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1998، ص. 92

وقال ابن منظور: الجث القطع، وقيل قطع الشيء من أصله، وقيل انتزع الشجر من أصوله، وشجرة مجتثة؛ أي ليس لها أصل في الأرض.

والجثة شخص الإنسان، قاعداً أو نائماً، وقيل جثة الإنسان شخصه، متكئاً أو مضطجعاً، وقيل لا يقال له جثة إلا أن يكون قاعداً أو نائماً، فأما القائم فلا يقال له جثته وإنما يقال له قمته.

وفي حديث أنس: اللهم جاني الأرض عن جثته؛ أي جسده والجث من مات من النحل في العسل¹. والجثمان الجسم والشخص، وقيل: الجثمان الشخص والجسمان الجسم².

وتأتي الجثة بمعنى الجسد: فالجسد مصدر جسد وجسم الإنسان. قيل الجن والملائكة وفي سورة طه: ﴿فأخرج لهم عجلاً جسداً له خوار﴾³. وفي الكليات الجسد الجسم ذا لون كالإنسان والملك

والجن، وفي الصحاح الجسد البدن. وبدن الإنسان جسده ما سوى الرأس والأطراف من الجسم والدرع، والبدن من الجسد والجمع أبدان، وجاءت لفظة البدن في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿فاليوم

ننجيك ببدنك لتكون لمن خلقك آية﴾⁴. قال المفسرون أن معنى ننجيك ببدنك أي نخرجك من البحر بعد الغرق بجسدك الذي لا روح فيه. والرمة بالكسر العظام البالية والجمع رمم ورمام، وقد رم العظم

يرم رمة بكسر الراء فيها إذا بلى فهو رميم. قال تعالى: ﴿يجي العظام وهر رميم﴾⁵. والرفات من رفت العظم يرفت رفتاً. قال تعالى: ﴿أءذا كنا عظاماً ورفاتاً﴾⁶، أي دقاً. والمقصود العظم الذي أصبح

رفاتاً؛ أي فثاتاً أو ناعماً ومطحوناً. وفي سورة الأعراف: ﴿وأخذ قوم موسى من بعدهم من حليهم عجلاً جسداً له خوار﴾⁷. أي؛ ذا لحم ودم أو جسد من الذهب خالياً من الروح⁸.

وفي سورة الأنبياء: ﴿وما جعلناهم جسداً لا ياكلون الطعام﴾⁹ يقول الشوكاني في تفسيره: "لم نجعلهم جسداً ليس يأكلون الطعام، إنما جعلناهم جسداً ياكلون الطعام".

1 - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 127

2 - المعلم بطرس البستاني، المرجع السابق، ص. 92.

3 --سورة طه، الآية.88.

4 - سورة يونس، الآية. 92.

5 سورة يس، الآية.78.

6 - سورة الإسراء، الآية.49.

7 - سورة الأعراف، الآية. 148.

8 - المعلم بطرس البستاني، المرجع السابق، ص. 92.

9 - سورة الأنبياء، الآية. 08.

والجسد جسم الإنسان. قال الزجاج هو واحد: يعني الجسد ينبي عن جماعة؛ أي وما جعلناهم ذوي أجساد لا ياكلون الطعام، فجملة لا ياكلون الطعام صفة الجسد؛ أي وما جعلناهم جسدا مستغنيا عن الأكل، بل هو محتاج إلى ذلك¹.

قال مجاهد: الجسد ما لا يأكل ولا يشرب، فعلى مقتضى ذلك، يعد ما يأكل وما يشرب نفساً².

قال ابن الجزري في تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَأَتَّخِذُ قَوْمَ مُوسَى مِنْ بَعْدِهِمْ مِنْ حَلِيهِمْ عَجَلًا جَسَدًا﴾؛ أي جسماً بدون روح³.

أما ابن منظور في مادة جسد يقول: الجسد جسم الإنسان، ولا يقال لغيره من الأجسام المتغذية، ولا يقال لغير الإنسان من خلق الأرض، والجسد البدن، تقول منه تجسد كما تقول من الجسم تجسم.

وقد يقال للملائكة والجن جسد وكل خلق لا يأكل ولا يشرب من نحو الملائكة والجن. قال ابن إسحاق في تفسير الآية: ﴿وما جعلناهم جسدا لا ياكلون الطعام﴾ الجسد هو الذي لا يعقل ولا يميز، إنما معنى الجسد معنى الجثة فقط⁴، فالجسد اسم يطلق على الجثة غير العاقلة بالنسبة للإنسان وما تعلق بها من أجهزة داخلية⁵. وإذا كان هذا شأن تعريف الجثة في اللغة فما المعنى الاصطلاحي لها؟

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي لجثة الإنسان

لم تتعرض كتابات الفقه إلى تعريف الجثة في الاصطلاح إلا أن لفظ الميت ورد لدى الفقهاء في معرض حديثهم عن الموت وبعض أحكام الميت. قال "ابن عابدين" في معرض حديثه عن السيد يغسل أمته أن السيد لا يغسل أمته، ولا أم ولده، "لأن الجثة الميتة لا تقبل الملك". ويعني ذلك أن السيد يملك رقبة الأمة حية لكن لا يملكها ميتة⁶. وقال "الشريبي" في مقتضى حديثه عن تعذر غسله بأنه ييمم ولا يغسل للمحافظة على جثته لتدفن بحالها⁷.

1 - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، الطبعة الثالثة، الجزء الثالث، دار المعرفة بيروت، 1997، ص. 499-450.

2 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد السادس، دار الكتاب العربي، لا توجد سنة النشر، ص. 272.

3 - محمد بن أحمد بن جزري اللبي، تفسير ابن جزري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983، ص. 222.

4 - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص. 120.

5 - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 26.

6 - ابن عابدين، حاشية رد المختار، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 221.

7 - الشريبي محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص. 358.

وقال " القيرواني " في حديثه عن النفس الروح: " إن النفس جسد مخلق مركب عليه خلق... يسئل من الجسد عند الوفاة بخلقها وصورتها، ويبقى الجسد جثة "1. وقال " المقدسي " عن أذية جسم الميت: " والميت كالحَي في الحرمة بدليل أن من قصد جثة ميت ليأخذها من أوليائه فينالها بسوء من حرق وإتلاف جاز أن يماموا عنها بالسلاح "2. ولذلك يمكن تعريف الجثة بأنها: " جسد الإنسان بعد مفارقة الروح الجسد التي يمر بها الإنسان نتيجة الحكم بوفاته في عرف الطب والشرع "3.

وفي الفقه القانوني توجد جثة الإنسان من اللحظة التي يتوقف فيها جسمه عن الوجود بسبب فقدان أحد عناصره التكوينية " الحياة "4.

وتعرف الجثة بأنها مجموعة بقايا الميتة للإنسان بأي شكل كان، وللموت مفهوم عاطفي أكثر منه قانوني، لأنه يهدف إلى حماية ذكريات الإنسان أو الشخص الحي بعد الموت، والموت لا يضع حداً لحماية الإنسان، فحماية الإنسان تبقى مستمرة حتى بعد وفاته. ويقترح الفقهاء بأن كلمة الموت يجب أن تستعمل بشكل خاص لتحديد نهاية الحياة البيولوجية للإنسان أو الحيوان. أما بالنسبة إلى عضو فإننا نستعمل مصطلحاً آخر كالإتلاف⁵. والجثة تعني كل شخص غير حي وتشمل حتى الأجنة والجهييز.

ويعرف الدكتور بلحاج العربي الجثة بأنها: " جثة شخص ميت، ثبت بناء على الخبرة الطبية توقف جميع مظاهر الحياة في جسمه، وتختص بالتحقيق من ذلك لجنة طبية مختصة لا يكون بين أعضائها الطبيب أو الأطباء الذين يعهد إليهم إجراء عملية النقل "6.

ولا يهتم الطب الشرعي بتعريف الجثة، بقدر ما يتعرض لها فيما يتعلق بعملية فحص الجثة والقيام بالتشريح حيث يتم فحص الجثة من قبل المحقق أو الباحث الجنائي والطبيب الشرعي. وفحص الجثة يتم ظاهرياً وداخلياً، وهذا الأخير يتم من قبل الطبيب العدلي - الشرعي - في المشرحة بعد موافقة الجهات القضائية.

1- أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، الطبعة الأولى، المجلد الأول، كتاب الجنائز، دار العربي الإسلامي، 1999، ص.659.658.

2- المقدسي، الفروع وتصحيح الفروع، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418 هـ - ص.97.98.

3- رقية أسعد صالح غرار، أحكام التصرف في الجثة في الفقه الإسلامي، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير والفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص.10.09.

4- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.188.

5- AbdElhafid Ossoukin. « Ethique Biomédical ». Edition. Dar El Charb 2000. p 1.

6 - بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القانون الطبي الجزائري والفتاوى الطبية المعاصرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.70.69.

والجسد الميت لا يختلف نهائياً عن الجسد الحي على الإطلاق، لا من الناحية الشكلية أو التشريحية أو حتى من خلال فحص الأنسجة (خزعة قبل الموت وخزعة بعده) والخلاف ببعض النقاط كتأدية الوظائف¹. وكذلك من حيث نطاق الحماية لارتباط هذه الأخيرة بالحق في الحياة. إنها الحياة؛ فإذا كانت هذه الأخيرة من شأنها الإعلان عن دخول الكائن الحي البشري في نطاق الحماية القانونية وبالتحديد الحماية الجنائية، واستحقاق هذا الكيان وصف الجسم البشري، فإن الموت التي تصيب هذا الجسم البشري وتشمل جميع الوظائف العضوية والحيوية فيه، هي وسيلة الإعلان عن ميلاد كائن آخر، ويسمى هذا الكائن " بالجثة ". وبالتالي ندخل في نطاق آخر من الحماية الجنائية هي الحماية الجنائية لجثة الإنسان.

إن ما يمكن ملاحظته أن توقف جميع مظاهر الحياة في الجسم البشري يحول وصفها إلى جثة على وجه الحقيقة، خاصة إذا دلت الخبرة الطبية على ذلك، ونقيض ذلك أن وجود مظاهر الحياة ولو كانت حياة جزئية كبقاء الخلايا والأنسجة حية بعد مفارقة الروح الجسد - برهة بعده - يصدق عليها وصف الجثة بصفة حكمية، لأن مظاهر الجسم البشري وهي الحياة لا تزال موجودة، وهذه المرحلة يمكن أن تمتد إلى زمن طويل مع استعمال أجهزة الإنعاش الاصطناعي التي تحافظ على التروية الدموية، ومن ثم الحياة الخلوية والنسيجية، وهذه الفترة هي أكثر ما يهتمنا من حماية الجثة، لأنها المورد الأساسي والمهم والموفر لأكثر الحلول في مجال التدخلات الطبية الحديثة، فضلاً عن الجانب المعنوي - ذكرى المتوفى - التي تعتبر مبرراً لحصانة جثة الإنسان.

ولكن نتساءل عن إمكانية استحقاق الجثة للمبادئ القانونية لحماية الجسم البشري والمتعلقة بالحصانة الجسمانية أو المعصومية الجسدية؟ ونتساءل أيضاً عن إمكانية وجدارة الحماية لهذه الجثة، أم أن خروج الروح التي تجمع كل معاني الإنسان تؤدي إلى زوال كل حماية قانونية؟

المطلب الثاني

شمول الجثة بالحماية الجنائية

بعد التطرق إلى المقصود بالجثة من حيث تعريفها اللغوي والاصطلاحي وفرزها عن بقية المصطلحات التي قد تتشابه معها، أمكننا التعرض إلى شمول هذا الكيان المادي بالحماية الجنائية. وعلى ذكر الحماية الجنائية، فإن القوانين مهما كانت، تراعي المحافظة على بعض المصالح بعد فرزها وترتيبها في

¹ - فيصل عبد الرحيم شاهين، المرجع السابق، ص. 01.

سلم المصالح والقيم الاجتماعية. غير أن الحماية القانونية لبعض المصالح تحتاج إلى إطار آخر يكفل لها الحماية الأفضل، بواسطة عنصر الجزاء أو العقاب¹. وهذا ما تعني به الحماية الجنائية.

فالحماية الجنائية بتعبير أدق هي " أحد أنواع الحماية القانونية بل وأهمها قاطبة وأخطرها على كيان الإنسان وحياته، ووسيلتها القانون الجنائي الذي قد تنفرد قواعده ونصوصه تارة بتحقيق هذه الحماية، وقد يشترك معها في ذلك فرع من فروع القانون تارة أخرى"².

فطبيعة القانون الجنائي إذن ذو طبيعة حمائية، إذ يحمي قيماً ومصالحاً أو حقوقاً بلغت من الأهمية ما لا يمكن لقوانين أخرى أن تضمن لها الحد المطلوب من الحماية، لذلك يقال أن القانون الجنائي بمثابة " رجل الشرطة"³. ومن بين المصالح التي حظيت باعتراف المشرع الجنائي " جثة الإنسان " بالنظر إلى التداخلات الطبية والإجرامية التي جعلت منها مصدراً أو مادة أولية، فغدت الحماية القانونية قاصرة لوحدها في غياب الجانب الجزائي.

نحاول في هذا المطلب أن نبين حرمة الجثة أو حصانتها في كل من القانون (الفرع الأول) ثم في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حصانة جثة الإنسان في القانون

يعتبر مبدأ حصانة الكيان الجسدي أو معصومية الجسد من أعنى المبادئ التي استقرت عليها القوانين؛ لأنه نابع من الحق الجوهري المتمثل في الحق في السلامة الجسدية. وهذا منصوص عليه في التشريعات القديمة، لاسيما ما يخص مسؤولية الأطباء عن أخطائهم المدنية، فلم يغفل المصريون القدامى مبدأ التكافل الجسدي، ولا الشرائع العراقية وخصوصاً شريعة حمورابي، وكذلك الحال عند الإغريق⁴.

غير أنها لم تكف لإقرار هذا المبدأ على وجهه الأفضل، حيث سمح قانون الألواح الإثني عشر بجواز للدائن القيام بممارسات قد تصل إلى قتل المدين أو بيعه أو استرقاقه، وإن كان هناك عدد من الدائنين ولم يتفقوا على بيع مدينهم فإن القانون ينص على تقطيعه إلى أجزاء.

¹ - ذلك أن فروع القانون الأخرى كالقانون المدني مثلاً يقرر جزاء غير أنه يختلف عن الجزاء الجنائي، الذي يتميز بالشدة والقوة وهو جزاء ينال الفرد في حياته فيهدرها أو في حرياته فيسلبها، أما الجزاء المدني ينحصر أثره على الذمة المالية للفرد. خيرى أحمد الكباش، المرجع السابق، ص. 08.

² - خيرى أحمد الكباش، المرجع السابق ص. 07.

³ - نفس المرجع، ص. 07.

⁴ - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية...، المرجع السابق، ص. 20 الهامش 7.

غير أن نضج الحس القانوني الذي هذبته الأخلاق أظهر واجب احترام الكيان الجسدي وغدا الإنسان محترماً في كيانه الجسدي بعد القضاء على العبودية والتعذيب¹، وبالتالي تقرر مبدأ الحق في سلامة الجسم الذي رسمت أبعاده وحدوده الشرائع السماوية. فالشريعة الإسلامية حريصة على مبدأ التكامل الجسدي إذ حرمت الزنا والإجهاض والاعتداء على الإنسان بالقتل أو الضرب أو الجرح، وجعلت الإنسان مكرماً على جميع المخلوقات، قال تعالى: ﴿ ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً ﴾².

وتوجهت القوانين إلى إقرار هذا المبدأ، حيث نصت الدساتير الغربية والعربية³ على مبدأ حصانة الكيان الجسدي، ومن بينها الدستور الجزائري عام 1996 حيث جاء في المادة 32 منه: " تضمنت الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة ". ونصت المادة 35 منه على أنه: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات على كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية ".

وأزدهر مبدأ حصانة الكيان الجسدي على مستوى الاتفاقيات الدولية وعلى سبيل المثال في السنوات الأخيرة انعقدت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وكرامة الكيان البشري في مواجهة تطبيقات البيولوجيا (علم الأحياء) والطب،⁴ والتي جاءت بالتوازي مع الحملة المتسارعة للعلوم الطبية، حيث نصت في المادة الأولى بأنه: " يلتزم الأعضاء في الاتفاقية بحماية الكيان الإنساني وكرامته وهويته، وأن تضمن لكل شخص وبدون تمييز احترام تكامله وحقوقه وحرياته في مواجهة تطبيقات البيولوجية والطب ".

¹ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 44-45.

² - سورة الإسراء، الآية. 70.

³ - من الدساتير الغربية الدستور الإيطالي الصادر في 1947/12/27 في المادة 32 بالقول: " تحمي الجمهورية الصحة باعتبارها حقاً أساسياً للفرد ومصصلحة الجماعة ". ودستور ألمانيا الاتحادية سابقاً في 1956/3/9 في مادته الثانية بقولها: " لكل فرد الحق في الحياة وفي المحافظة على سلامته وحرية الفرد مضمونة لا تمس إلا بناء على القانون ".

ومن الدساتير العربية دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام 1971 في المادة 57 بقولها: " كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن يقع عليه الاعتداء ". والدستور الكويتي الصادر في 1962/11/11 في المادة 15 منه بأنه: " تعنى الدولة بالصحة العامة وبوسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة... الخ. مارك نصر الدين، نقل وزع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، التطبيقات العملية...، المرجع السابق، ص. 91-92-93.

⁴ - تم التوقيع على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري في مواجهة تطبيقات البيولوجيا والطب ابتداء من أبريل 1997 ووصل العدد إلى 22 دولة من بينها عشر دول في المجلس الأوروبي ودخلت حيز التنفيذ في يونيو 1998. رضا عبد الحليم عبد الحميد، فلسفة القواعد الدولية في حماية جسد الإنسان، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة، العدد الأول، السنة الثانية والأربعون، يناير، 2000، ص. 03.

وكذا الإعلان العالمي للجين البشري وحقوق الإنسان¹، الذي نص في المادة الثانية بأنه: "أ- لكل فرد الحق في احترام كرامته وحقوقه، وبصرف النظر عن خصائصه وصفاته الجينية.
ب- هذه الكرامة التي تفرض على الجميع عدم التقليل من شأن الأفراد طبقاً لصفاتهم الجينية، وأن تحترم صفاتهم المنفردة وتنوعهم"². وهي قاعدة جوهرية ولا شك حيث تقطع كل محاولة للتمييز بين الأفراد على حسب خصائصهم وصفاتهم الجينية، وبالتالي فمن غير الممكن لرب العمل أن يرفض تشغيل عامل لوجود بعض العيوب الوراثية، أو ترفض شركة التأمين إبرام عقود التأمين على الحياة لبعض الأشخاص ذوي الأمراض الجينية.

والتساؤل الذي يطرح هل يقتصر تطبيق هذا المبدأ على الإنسان حال حياته أم يمتد إلى جثته بعد وفاته؟ أم أن غياب الجوهر " الحياة " يؤدي إلى اختلاف الحكم؟
في الواقع أن احترام جثة الإنسان فكرة وعقيدة سادت منذ القدم بصفة مطلقة، غير أن تقدم العلوم اختزلت بعضاً منها، فأصبحت نسبية لتتلاءم مع العصر، وفيما يلي نبين مبدأ الحصانة المطلقة لجثة الإنسان (أولاً) ثم الحصانة النسبية لجثة الإنسان (ثانياً) وذلك فيما يلي:

أولاً: الحصانة المطلقة لجثة الإنسان

تظهر حماية جسم الإنسان كأنها إحدى المزايا الجوهرية للشخص، ويستمر هذا الحق بعد وفاته، وللشخص الحق في احترام جثته باعتبارها من بقاياها الجسدية، وأيضاً كاحترام لذكراه ومشاعره وقيمه الروحية والثقافية.

وهذه الجثة وإن لم تكن لها الإرادة في التعبير عن عمل قانوني معين، لكنها تحتفظ ببعض الأشياء من كرامة الجسم، لأن الجثة ترمز لجسم الإنسان الذي لا يمكنه أن يعامل كأبي شيء عادي أو كأبي شيء مادي، حيث أن كل الإجراءات التي تتخذ ضده في الفترة التي لن يكون موجوداً فيها تعاقب عليها القوانين الجزائية³.

¹ - دفعت أبحاث الاستنساخ الأمم المتحدة ممثلة في اليونسكو لأن تدعو لعقد اتفاقية دولية لحماية الجين البشري من خطر التقدم العلمي في هذا الاتجاه، هذه الدعوة هي التي بناء عليها قامت (اللجنة الدولية للأخلاق الطبية والبيولوجية) والتي أنشأها اليونسكو في عام 1993 بمتابعة الدراسات والأبحاث في هذا المجال وسبل توجيهها بعمل الدراسات اللازمة للسيطرة على هذه التقنيات وخصصت دورتها الثالثة المنعقدة بتاريخ 27-28-29 سبتمبر 1995 لدراسة المشروع المزمع إصداره عن الإعلان العالمي لحماية الجين البشري، وبالفعل صدر هذا المشروع في 1996 لعرضه على الدول الأعضاء في المجموعة الدولية لإبداء الرأي والملاحظات حوله، وفي الدورة التاسعة والعشرون لليونسكو والمنعقدة في باريس بتاريخ 11 نوفمبر 1997 تبنت اليونسكو هذا المشروع وأصبح نهائياً. رضا عبد الحليم عبد المجيد، المرجع السابق، ص 04.

² - « B- Cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter leur caractère unique et leur diversité » Art 2-B. La déclaration universelle sur Le génome humain et Le droits de L'homme.

³ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 18.

هذا وإن جثة الإنسان كانت تحظى بالقدسية المطلقة؛ لأنها قيمة معنوية، على أساس أن حصانة جثة الإنسان تقوم على أساس احترام القيم الأخلاقية والمعنوية؛ أي تقوم على احترام ذكرى المتوفى¹. واستلهمت الجثة هذه القدسية والحصانة المطلقة من الشعائر الدينية عبر الحضارات، حيث يوجد إحساس عند كل الحضارات أن الموت ليس نهاية، وإنما هي مرحلة أو اختبار يجب أن يجتازه الكائن المكون من جسد وروح عند وجوده على قيد الحياة². ثم إن مفهوم الأمور المقدسة كالجنائزات و قدسية القبر وفكرة الاحترام الواجب للموت، فكرة موجودة عند كل الحضارات³.

وتأصيلاً لما استند إليه القانون الروماني عندما قسم الأشياء إلى أشياء تدخل نطاق التعامل القانوني، وأشياء تخرج عن نطاق التعامل القانوني، فإن هذه الأخيرة لا يستطيع الأشخاص إبرام الاتفاقيات القانونية بصددتها، لأنها خارج نطاق التعامل، إما لأن طبيعتها تتعارض مع التعامل فيها؛ وإما لأن الغرض الذي خصصت له يتنافى مع هذا التعامل، أو لأن حظر التعامل يرجع إلى تعليق هذه الأشياء بالحقوق الإلهية، أو ما يسمى بالأشياء المقدسة، والمقصود بها في القانون الروماني المقابر والجنائزات، وذلك يرجع إلى الحرمة التي يتمتع بها الكيان الإنساني عموماً والجثة بشكل خاص⁴. واستمرت هذه القدسية في القوانين حيث جرمت القوانين جميع الانتهاكات الواقعة على جثة الإنسان بصورة مباشرة أو الجرائم الواقعة على المقابر. فالجرائم الواقعة على الجثة بشكل مباشر هي جميع الأعمال التي يرتكبها الجاني على الجثة المخلة بالاحترام المتوجب لها، كأفعال التشويه أو التدنيس والأعمال الوحشية والفحش، وإخفاء الجثث والتي يهدف من خلالها التنكيل والتمثيل، بدافع الحقد المكنون من طرف الجاني أو لأغراض منفعية كأخذ الأعضاء لأغراض الاتجار بها، أو للأغراض الطبية، أو استعمالها في حالات الشعوذة والسحر أو أي عمل ينافي الشرع والقانون.

وأما الجرائم الواقعة على القبور أو المدافن فإن الجثة بعد أن تنتهي إل مثاها الأخير - القبر - تظل الحماية الجنائية لهذه الجثة، فيعاقب القانون على بعض الانتهاكات لا لكونها واقعة على الجثة مباشرة

¹ - Diekens,R,les droit sur-le corps et le cadavre collaction de medecine légale et de toxicologie medicale ed,masson, et Ge, paris,1966.p184.

2 - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 187.

3 - نفس المرجع، ص. 187.

4 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص. 15.

وإنما لكونها تخل بالاحترام الواجب للموتى كهدم أو تخريب أو تدنيس القبور، ودفن أو إخراج جثة خفية، أو جميع الأعمال التي يأبى النظام العام والآداب العامة أن تكون المدافن محلاً لها¹.

وأشار القانون المدني الفرنسي في المادة 1-1-16 إلى أن الاحترام المتوجب للجسم البشري لا ينتهي بموت الشخص بل ينبغي أن تعامل جثته أو رمادها الذي أسفر عن حرقها باحترام وتقدير².

وفي والاتفاقيات الدولية، نصت اتفاقية جنيف الأولى بشأن تحسين حال الجرحى والمرضى من أفراد القوات المسلحة بأن من واجبات الدول نحو القتلى أو الموتى وبالأخص بعد الاشتباك في القتال، القيام بإجراءات من شأنها التمكن من البحث عن القتلى، ومنع كل سبل الانتهاك التي يمكن أن تقع عليهم من تقطيع وسلب أو أي صورة من المعاملة غير الإنسانية.

وأقرت هذه الاتفاقية أنه على الأطراف المتنازعة أن يتفقوا على عقد هدنة أو وقف لإطلاق النار، وبالتالي يصبح لكل من الأطراف المتنازعة فرصة لجمع الجثث³.

وأضافت اتفاقية جنيف أنه قبل دفن الجثث لا بد من فحصها من طرف أشخاص يمتازون بمهارات طبية بقصد إثبات الوفاة، لأنه قد يراود الشك في إساءة معاملة الجثث أو إخضاعهم للتجارب الطبية الخاصة بعلم الإحياء.

وتضمن البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقية جنيف في مادته 34 فقرة أولى أنه يجب عدم انتهاك رفات الأشخاص الذين توفوا بسبب الاحتلال أو أثناء الاعتقال، وكذلك رفات الأشخاص الذين توفوا بسبب الأعمال العدائية في بلد ليسوا من رعاياه، كما يجب المحافظة على مدافن هؤلاء الأشخاص⁴.

¹ - المواد 150 إلى 154 والمادة 160. قانون العقوبات الجزائري، ونص عليها قانون العقوبات اللبناني في المواد 478 إلى 482 وقانون

العقوبات الأردني في المادة 277 وقانون العقوبات العراقي 374 وقانون العقوبات السوري في المادة 460.

² - «Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence». 16-1-1. du Code civil

³ - « Toute Partie au conflit pourra, soit directement, soit par l'entremise d'un Etat neutre ou d'un organisme humanitaire, proposer à la Partie adverse la création, dans les régions où ont lieu des combats, de zones neutralisées destinées à mettre à l'abri des dangers des combats, sans aucune distinction, les personnes suivantes: a) les blessés et les malades, combattants ou non-combattants; b) les personnes civiles qui ne participent pas aux hostilités et qui ne se livrent à aucun travail de caractère militaire pendant leur séjour dans ces zones ». Article 15 du Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre Adoptée par la Conférence Diplomatique pour l'élaboration de Conventions internationales destinées à protéger les victimes de la guerre, réunie à Genève du 21 avril au 12 août 1949

⁴ - « RESTES DES PERSONNES DÉCÉDÉES. 1. Les restes des personnes qui sont décédées pour des raisons liées à une occupation ou lors d'une détention résultant d'une occupation ou d'hostilités, et ceux des personnes qui n'étaient pas les ressortissants du pays dans lequel elles sont décédées en raison d'hostilités doivent être respectés, et les sépultures de toutes ces personnes doivent être respectées, en tretenues et marquées comme il est prévu à l'article 130 de la IVe Convention, pour autant que lesdits restes ou sépultures ne relèvent pas d'un régime plus favorable en vertu des Conventions et du présent Protocole ». Article 34. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)

والأصل العام يقتضي أن تدفن الجثث في قبور فردية، إلا أنه قد يجعل الجو والنظافة والصحة الدفن الجماعي العمل الملائم الوحيد. وفي كل الأحوال يجب أن يبقى أحد نصفي إسطوانة تحقيق الشخصية. والأصل كذلك أن حرق الجثث محظور في القانون الدولي، لكن اتفاقية جنيف وضعت استثناءات يمكن على إثرها حرق الجثث لسببين:

- توافر أسباب قهرية.
- أسباب تتعلق بديانة المتوفى¹.

لقد نصت المادة 11 الفقرة 1 من ذات البروتوكول على الحظر المطلق لإجراء التجارب الخاصة بعلم الأحياء، على الأشخاص المحميين (الأسرى الجرحى القتلى...) ومن ذلك إزالة الأعضاء والأنسجة البشرية، ولو بموافقتهم².

وتنص المادة الثامنة الفقرة 2/ب (10) من نظام روما الأساسي، على أنه من الانتهاكات الجسيمة الخطيرة للقوانين والأعراف السارية في المنازعات الدولية المسلحة، وفي النطاق الثابت للقانون الدولي، أن يخضع الأشخاص الموجودين تحت سلطة طرف معاد للتشويه البدني، أو إلى أي نوع من التجارب العلمية أو الطبية التي لا تبررها المعالجة الطبية³.

ومن خلال ذلك كانت جثة الإنسان محل احترام وتقدير كبيرين، وبصفة مطلقة وساد على إثر ذلك الاتجاه الفكري الذي يقوم على أساس الحصانة المطلقة لجثة الإنسان.

ثانياً: الحصانة النسبية لجثة الإنسان

أحدثت التطورات العلمية الحديثة ذات الأهمية البالغة قلبه شرسة على أعنى المبادئ القانونية والأخلاقية، وهو مبدأ حصانة الكيان الجسدي للإنسان. ويصدق هذا الكلام على المرحلة التي أعقبت الثورة الصناعية في العالم الغربي، بتطور التقنيات الطبية في النصف الثاني من القرن العشرين⁴.

¹ - المادة 17 من اتفاقية جنيف الأولى.

² - « Article 11. PROTECTION DE LA PERSONNE. 1. La santé et l'intégrité physiques ou mentales des personnes au pouvoir de la Partie adverse ou internées, détenues ou d'une autre manière privées de liberté en raison d'une situation visée a l'article premier ne doivent être compromises par aucun acte ni par aucune omission injustifiés. En conséquence, il est interdit de soumettre les personnes visées au présent article à un acte médical qui ne serait pas motivé par leur état de santé et qui ne serait pas conforme aux normes médicales généralement reconnues que la Partie responsable de l'acte appliquerait dans des circonstances médicales analogues à ses propres ressortissants jouissant de leur liberté.

2. Il est en particulier interdit de pratiquer sur ces personnes, même avec leur consentement :

a) Des mutilations physiques;
b) Des expériences médicales ou scientifiques;
c) Des prélèvements de tissus ou d'organes pour des transplantations, sauf si ces actes sont justifiés dans les conditions prévues au paragraphe 1. » Article 11. Protocole additionnel aux Conventions de Genève.

³ - علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص.365.

⁴ - حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.01.

لقد أدى هذا الأمر إلى أفول نجم مبدأ حصانة الكيان الجسدي بصورته المطلقة الجامدة، ذلك أن مبدأ عدم التنازل عن أي من مكونات الجسم لم يكن ليتلاءم مع التطور السريع في المجال الطبي والأبحاث العلمية. فكانت الضرورة تقتضي توفير الحد الأدنى من الالتزام الواجب للكيان المادي البشري، والحفاظ على القدر اليسير من الكرامة الآدمية، بالتوازي مع ما يوائم هذه التقنيات الحديثة من تطور.

فبعدهما ساد مبدأ حصانة الكيان الجسدي واعتبار الجثة بشكل خاص خارج نطاق التعامل القانوني، كان لا بد من تلطيف هذا المبدأ، ذلك أن غياب العنصر الجوهرى المتمثل في الحياة، جعل معاملة الجثة تختلف عن معاملة الجسم البشري؛ لأنها أصبحت مجرد كيان مادي أقرب إلى الأشياء. إن ما يلحق بالجثة من حماية، إنما يعود لارتباطها السابق بالكيان المعنوي، ومن ثم لم يكن بالبعيد على البعض أن يتصور أن تكون الجثة من ضمن الأشياء الدائرة في نطاق التعامل، بحيث يجوز بيعها لأغراض طبية¹.

في حين لم يذهب البعض الآخر إلى الحد السابق، ويكتفي بجواز هبة الجثة للمعاهد العلمية فقط، وأن مثل هذه الهبة لا تتعارض مع كرامة الإنسان، أو ما بقي منها².

غير أن الفقه الحديث انتهى في أغلبه إلى الاعتراف بحقوق الإنسان على جثته، فالإنسان سيد جسمه حتى بعد الموت. ولذلك فإن الفرد له أن يرتب أوضاع ما بعد مماته حسب ما تمليه عليه رغبته بل ومصالحه³.

كتب الفقيه " R.Savatier " يسمح قانوننا أن يكون الشخص سيد على جسمه حتى بعد الموت ويمكنه أن يحدد مصير جثته بشكل مطلق، بحيث يمكنه فرض ذلك قانوناً فيما بعد على أقاربه وعلى المجتمع⁴. وأعلنت محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر في 3 جويلية 1889: " يستطيع الشخص الذي كان سيد جسمه خلال حياته التصرف بحرية بجثته في الفترة التي لن يكون موجوداً فيها"⁵.

لقد نصت المادة الثالثة من قانون 15 تشرين الثاني 1899 الفرنسي على مبدأ " حرية الجنازة بقولها: يستطيع كل شخص بالغاً كان أم قاصراً مأذون له إذا كان في حالة تسمح له بالوصية

1 - حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.85.

2 - نفس المرجع، ص.85.

3 - نفس المرجع، ص. 85.

4 - R. Savatier زرع الأعضاء البشرية، مشاكل قانونية، Cah. Laennec، 1956، رقم، 1، ص.24. مقتبس عن: أحمد عبد الدائم،

المرجع السابق، ص.191.

5 - محكمة النقض البلجيكية في 3 جويلية 1889. مقتبس عن: أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 191.

تنظيم شكل جنازته، خاصة ما يتعلق منها بإضفاء الطابع المدني أو الديني عليها، وكذلك شكل الدفن".
فيجب على الناس أن يحترموا رغبته ضمن الحدود التقليدية والنظام العام والأخلاق الحميدة، وفي ضوء
المصلحة الاجتماعية¹.

فالشخص هو السيد المطلق في إدارة حياته حسب اعتباراته الأخلاقية والدينية والفلسفية
ويستطيع حتى بعد وفاته أن يفرض على الآخرين احترام رغبته المتعلقة بجثته، ويجب أن يتحول الاحترام
الواجب للشخص إلى الالتزام بالشكل الذي يعطيه كل شخص للموت وملحقاته.

ولكن لو نفترض أن الشخص تعهد بإعطاء جثته كطعام للحيوانات، أو أكرم عقد بيع لبقايا
جسمه، فإن الأمر سيكون مختلفاً بالتأكيد ويجب اعتبار هذه الرغبة مخالفة للنظام العام والأخلاق العامة.
كتب الفقيه الفرنسي B.Dubo في أطروحته: "لا يستطيع المرء أن يطلب استعمال جسمه أو جثته
بشكل مخالف لكرامة الإنسان؛ لأن حقوق الشخص على جثته سوف تفقد كل قوتها إذا سمح للفرد
إبرام عقد لبيع جثته"².

قد تؤدي الضرورة إلى التعامل مع الجثة تعاملًا يظهر نوع من الامتهان لكرامة الميت؛ إلا أن
ذلك يعتبر مشروعاً في ظل الظروف الحرجة، وهو ما تقرره الأعراف البحرية من إمكانية غطس جثمان
البحار في البحر حالة تعذر دفنه وإعادة جثمانه إلى وطنه. تنص المادة 431 من القانون البحري
الجزائري³: "يتحمل المجهز مصاريف جنازة البحار وإعادة جثمانه إلى وطنه إذا توفي على متن السفينة
أو البر أو الخارج إذا كانت الوفاة على عاتق المجهز.

وفي حالة وفاة البحار على متن السفينة خلال الرحلة ولم يمكن دفنه وإعادة جثمانه إلى وطنه،
وجب على الربان، الأمر بتغطيس جثمانه في البحر مع مراعاة جميع الأعراف البحرية في هذا المجال".

لقد أبحاث القوانين عمليات التشريح بمختلف أنواعه، ونشير في هذا إلى القانون الجزائري
الذي أجاز تشريح جثة الإنسان فيما يتعلق بالخبرة الطبية، وذلك بالاستعانة بالأطباء المحلفين؛ لأجل
تشريح جثث المشتبه في موتهم، ونصت المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها بصراحة على جواز
تشريح الجثث في الهياكل الإستشفائية، بناء على طلب من السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي.

1 - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 191.

²-B. DUBO, La transplantation d'organes, étude de droit privé, thèse. Lille, 1978.

مقتبس عن: أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 192.

³- الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23/10/1976 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05/98 المؤرخ في 25/06/1998 المتضمن القانون البحري
الجزائري.

وللضرورة العلاجية أجازت القوانين عمليات استقطاع الأعضاء من جثة الإنسان حيث نصت المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها: " لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي الشرعي للوفاة...". كما أن القوانين المقارنة أباحَت عمليات نقل الأعضاء من الجثث، وعلى سبيل المثال لا الحصر القانون الفرنسي رقم 94-654 في المادة 671-17.

ومن هنا يتبين أن الأصل أن الجثة خارج نطاق التعامل القانوني، فهي شيء غير مالي ولا يستطيع الشخص أن يبيعها أثناء وجوده على قيد الحياة. غير أن مبدأ عدم المساس بجثة الإنسان يتراجع مع حالة الضرورة والفائدة الاجتماعية المتمثلة في إنقاذ شخص، لأن الاعتداء على الجثة يكون أقل أهمية من تلك الناجمة عن فقدان شخص حي أو تلف في جسمه أو صحته. وبعد تبيان هذه الحصانة في القانون يبقى لنا أن نتناول ذلك في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني

حصانة الجثة في الفقه الإسلامي

في الشريعة الإسلامية عُرف مبدأ حصانة جثة الإنسان في صورة حرمة جثة الإنسان ويقصد بجرمة الجثة، أن الإنسان إذا مات فإنه مكرم عند الله تعالى كما كان مكرماً عنده سبحانه وتعالى حال حياته في الدنيا، ومن أجل ذلك أوجب الله سبحانه وتعالى على المسلمين تكريم بدن الميت بغسله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه².

وقد أشارت لجنة الفتوى في المملكة الأردنية إلى ما يفيد المقصود من حرمة الميت بقولها: " هو تكريم الميت وعدم إهانته أو التمثيل به"³. ومن مظاهر تكريم جثة الإنسان في الفقه الإسلامي تفضيله على سائر الخلق (أولاً)، رعاية الشريعة للمحتضر (ثانياً)، شرع تكفين وتغسيل ودفن الميت (ثالثاً)، النهي عن التمثيل (رابعاً)، احترام الميت في قبره (خامساً)، طهارة الميت (سادساً) وذلك فيما يلي:

أولاً: التفضيل على سائر الخلق

كرم الله الإنسان بعدة مزايا، وسجل هذا التكريم في القرآن الكريم حيث قال: " ولقد كرّمنا بني آدم"⁴. ومن تلك المزايا التكريمة أن وهب الله سبحانه وتعالى نعمة العقل وخلق في أحسن صورة، قال

¹ - « Le prélèvement d'organes sur une personne décédée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et après que le constat de la mort a été établi dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat ». Art. L 671-7, Loi 94-654.

2 - حسن رمضان فحلة، الحكم الجائر في تشييع الجناز، دار الهدى الجزائر، 1989، ص. 12.

3 - عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1999، ص. 87.

4 - سورة الإسراء، الآية. 70.

تعالى: "لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم"¹، ونفخ فيه من روحه وجعلناه خليفة في الأرض، وجعله برسالة العلم والتبليغ، وأعلى شأنه بذلك عن جميع المخلوقات، فاستحق الاحترام وتعالى عن الإضرار به والتشويه.

ثانياً: رعاية الشريعة للمحتضر

راعت الشريعة حق الميت وحرمته في احتضاره، أمرة بالإحسان إليه ومعاملته بما ينفعه في قبره بعد موته، وأول ذلك تعهده في مرضه وتذكيره بالآخرة وأمره بالوصية والتوبة وأمر من حضره بتلقينه كلمة التوحيد. كما أن إنفاذ وصيته من أعظم الحقوق التي جعلها الله عز وجل للميت وانتهاكها انتهاك لحرمة، والأصل منها قوله تعالى: "فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم"²؛ وقوله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين"³.

ثالثاً: شرع تكفين وتغسيل ودفن الميت

أوجبت الشريعة الإسلامية تكفين وتغسيل ودفن الميت فلا يجوز تأخير ذلك أو تطويله حفظاً لكرامته دلت على ذلك العديد المصادر.

جاء في التسهيل: "ويجب كفنه ودفنه"؛ أي إدراجه في الكفن ومواراته التراب اتفاقاً فيهما⁴. وفي الشرح الكبير "ويستحب المسارعة إلى تجهيزه إذا تيقن موته؛ لأنه أصون له وأحفظ له من التغيير"⁵.

كما أن كرامة الميت تعجيله؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إني لأرى طلحة قد حدث فيه الموت، فأذنوني به وعجلوا، فإنه لا ينبغي لجيفة مسلم أن تحبس بين ظهرائي أهله"⁶. وجاء في منظومة البهجة الوردية "وغسله فرض على الكفاية، ولو غريقاً كالصلاة والدفن"⁷، ويجب المبادرة بهذه الفروض على الفور بعد العلم بموته.

1 - سورة التين، الآية. 04.

2- سورة البقرة، الآية. 181.

3 - سورة البقرة، الآية. 180.

4 - الشيخ مبارك علي بن أحمد التميمي، التسهيل، الطبعة الأولى، المجلد الثالث، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية للكتاب، دار ابن حزم، 2001، ص. 642.

5 - شمس الدين ابن قدامة المقدسي، والشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983، ص. 308.

6- رواه أبو داود، كتاب الجنائز، باب التعجيل بالجنائز، وكرامية حسنها، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 196.

7- الإمام الشيخ زكريا بن محمد الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997. ص. 215-216.

في خبر الصحيحين: "أسرعوا بالجنائزة، فإن تكن صالحة فخبر تقدمونها إليه وإن تك سوى ذلك فشر تضعونه على رقابكم"¹. وفي كتاب السيل الجرار قوله: "وتعجيل التجهيز إلا لغريق أو نحوه"². وقال الكساني في بدائعه: "والكلام في الدفن في بيان وجوبه، فالدليل على وجوبه توارث الناس من لدن آدم صلوات الله عليه إلى يومنا هذا، مع النكير على تاركه"³. ومن الأدلة على حرمة الميت وتخليد ذكره القيام للجنائزة إذا مرت لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا رأيتم الجنائزة فقوموا لها حتى تخلفكم أو توضع". وعن جابر رضي الله عنه قال: مررنا بجنائزة، فقام لها النبي صلى الله عليه وسلم وقمنا به، فقلنا يا رسول الله: إنها جنازة يهودي فقال: "إذا رأيتم الجنائزة فقوموا"⁴. ومن خلال تشريع هذه الفروض وأحكام التعامل مع الجثة بعد الموت يتبين التكريم والاحترام المتوجب للميت وللجثة في ذاتها.

رابعاً: النهي عن التمثيل

تناولت الشريعة الإسلامية مسألة المساس بجرمة الموتى ضمن أحكام الجهاد وما يجب في الحروب وما يحرم كالتمثيل بالقتلى أو تشويه جثثهم بتغيير مظهرها أو مواصفاتها. فقد جاء في تسهيل المسالك أن المثلة: "أن يمثّل بالعدو بعد الظفر به والقدرة عليه، ولا يجوز أن يعبث به ولا أن يقطع وسطه بالسيف أو يديه..."⁵. وفي البناية شرح الهداية؛ المثلة من مثلت بالرجل أمثّل به مثلاً، ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت أنفه أو ما شابه ذلك⁶.

وقد جاءت النصوص بتحريم كسر عظم الميت والنهي عن إيذائه، والنهي عن وطء قبره⁷. فعن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "كسر عظم الميت ككسر عظم الحي"⁸.

1 - رواه النسائي، كتاب الجنائز والسرعة بالجنائزة، المجلد الثاني، الجزء الرابع، المرجع السابق ص. 42.

2 - الشوكاني، كتاب السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص. 337.

3 - الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، الجزء الخامس، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982، ص. 318.

4 - رواه البخاري، كتاب الجنائز، باب من قام لجنائزة يهودي، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 441.

5 - الشيخ مبارك علي أحمد التميمي، التسهيل، المجلد الرابع، المرجع السابق، ص. 1106.

6 - محمود بن أحمد بن موسى بن الحسين، البناية شرح الهداية، الطبعة الأولى، المجلد السابع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2000، ص. 109.

7 - بكر بن عبد الله أبو زيد، التشريح الجثامي والنقل والتعويض الإنساني، بحث منشور على الانترنت موقع ملتقى البحث العلمي، ص. 19 تاريخ الاطلاع: 12/10/ الموقع: <http://www.rsscra.info/vb/downloads.php?do=file&id=8672010>

8 - رواه أبو داود، كتاب الجنائز، باب الحفار يجد العظم هل يتكف ذلك المكان. أبي داود، سنن أبي داود، الجزء الثاني، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، مصر، 2003، ص. 208.

ولأجل هذا أمر الرسول صلى الله عليه وسلم أن يوارى كل ميت التراب وحتى قتلى الكفار، ونهى عن المثلة؛ أي عن التمثيل بجثة ميت أو قتيل ولو قتل قصاصاً أو قتل في صفوف الكفار.¹

ولا اعتبار في الإسلام للعمر في حرمة الجثة ولا مكان للوظيفة الاجتماعية؛ لأن الإسلام يكرم جثة الشاب اليافع والشيخ الطاعن في السن، بل أنه يكرم حتى جثة الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح لكونه أصل الآدمي ومادته. وبالتالي لا يجوز العبث والتلاعب أو التجارة بالأجنة بما ينافي مقاصد الشرع والكرامة الآدمية الإنسانية.²

وحكم التمثيل بالقتلى ينفصل عن مسألتين، الأصل فيها عدم الجواز. فعن بريدة عن أبيه قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: "أغزوا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله أغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا"³. والاستثناء جواز التمثيل إذا كان من قبيل المعاملة بالمثل، وهو أمر ثابت في القصاص؛ أي معاقبة المجرم بمثل ما فعل، ولقوله تعالى: "وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتهم به ولئن صيرتم لهو خير للصابرين"⁴، وأيضاً قوله تعالى: "وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لا يجب الظالمين"⁵. وقد نزلت الآية الأولى عندما مثل المشركون بجثة حمزة رضي الله عنه، وأقسم الرسول أن يمثل بسبعين من المشركين انتقاماً له، فنزلت الآية تبيح له العقوبة بالمماثلة فقط؛ أي التمثيل بواحد من المشركين، ثم تبين أن الصبر وعدم التمثيل أفضل عند الله فصبر الرسول ولم يمثل بأحد.

وكما تحرم المثلة بالإنسان تحرم بكل ذي روح. روى الإمام أحمد: "من مثل بذي روح ثم لم يتب مثل الله به يوم القيامة"⁶. وقال صلى الله عليه وسلم: "لعن الله من مثل بالحيوان"⁷.

ويتبين من هذه الأحكام والتي تدخل ضمن أخلاقيات التعامل في الحروب مقدار حرمة الجسد البشري، حيث يُنهى عن التمثيل بها، رغم أن القتل من مقتضيات الحروب، فإذا كان يمنع التكيل

1 - بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص:106.

2 - نفس المرجع، ص.106.

3 - رواه مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الأمراء على البعث ووصيته إياهم بأداب الغزو وغيرها، الجزء الثاني عشر، المرجع السابق، ص.73.

4 - سورة النحل، الآية.126.

5 - سورة الشورى، الآية.40.

6 - أبو هاجر محمد السعيد بن بسويي زغلول، فهارس أحداث وآثار مسند أحمد بن حنبل، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص.1042.

7 - رواه الدارمي، كتاب الأضاحي، باب النهي عن المثلة بالحيوان. الدارمي، سنن الدارمي، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، لا توجد سنة النشر، ص.83.

بالمقتلى في الحروب فمن باب أولى لا يجوز في حالة السلم، كما نهدت الشريعة عن المثلة بالحيوان، فمن باب أولى لا تجوز المثلة بالإنسان.

خامساً: احترام الميت في قبره

تضفي الشريعة الإسلامية على قبور الموتى حرمة بالغة، إذ تمنع كل فعل مهما كانت درجة بساطته يؤدي إلى انتهاك حرمتها، فيشمل النهي اقتعاد القبور ووطؤها ونحوها، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لأن يجلس أحدكم على جمرة، فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلده، خير له من أن يجلس على قبر"¹.

وأما وطأ القبور فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لأن أطأ على جمرة أحب إلي من أن أطأ على قبر"². وروى الترمذي عن جابر قال "نهى الرسول صلى الله عليه وسلم أن تخصص القبور وأن يكتب عليها... وأن توطأ"³، والمشى على القبور بالنعال ممنوع فازدراثهما وتغيير رسمهما وإذهاب قرارها ممنوع من باب أولى⁴.

جاء في منظومة البهجة الوردية "وليحترم كهو"؛ أي القبر ندبا "كهو"؛ أي كالميت ولو كان حياً احتراماً له. ويحرم نبش القبر إلا لضرورة شرعية⁵.

- إذا ضاق مسجد وأريد توسيعه وكان إلى جانبه قبر، يجوز نقل الميت إلى قبر آخر.
- إذا ضاق المكان لدفن ميت آخر واضطر لدفنه في قبر آخر⁶.
- وجاء في المعني "وإن تيقن أن الميت قد بلى وصار رميمًا جاز نبش قبره ودفن غيره فيه"⁷.
- ويمكن نبش القبر إذا كان في ملك الغير، إذا أراد مالك الأرض إخراجه من القبر. وإذا كان قد كفن بمال الغير من غير إذنه، وإذا دفن مع الميت مالا له قيمة⁸.

¹ - رواه النسائي، كتاب الجنائز، التشديد في الجلوس على القبر، المجلد الثاني، الجزء الرابع ص.59. ورواه أبو داود، كتاب الجنائز، باب في كراهية القعود على القبر، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.213.

² - محمد بن طاهر المقدسي، ذخيرة الحفاظ المخرج على الحروف والألفاظ، الطبعة الأولى، المجلد الرابع، دار السلف، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1996، ص.1929.

³ - رواه الترمذي، كتاب الجنائز، باب ما جاء في كراهية تخصيص القبور والكتابة عليها، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.368.

⁴ - الشوكاني، كتاب السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.370-371.

⁵ - زكريا بن محمد الأنصاري، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ص.317.

⁶ - حسن رمضان فحلة، الحكم الجائز في تشييع الجنائز، دار الهدى، الجزائر، 1989، ص.85.

⁷ - موفق الدين بن قدامي، المعني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.391.

⁸ - حسن رمضان فحلة، المرجع السابق، ص.85.

والخلاصة أن القبر هو المثلوى الأخير للإنسان، وهو مأواه وموطنه، فاقترضى أن يكون مصاناً من كل عبث وعدوان وإهانة، حيث لا يرضى الإنسان في حال حياته أن تنتهك حرمة منزله، فإن الميت عند وضعه في قبره يكون قد استقل في بيت آخر فوجب احترامه ولو مع الفارق بينهما.

سادساً: طهارة الميت

بالنسبة لجثة الإنسان فالراجح في المذاهب الفقهية أنها طاهرة خلافاً لبقية الميتات. جاء في التسهيل: "والطاهر ميتة الآدمي" على المشهور كما استظهره ابن رشد، وعبر عنه في بيانه بالصحيح، واختاره عياض وجماعة من العراقيين؛ لأن تغسيله وإكرامه كما في آية "ولقد كرمنا بني آدم" تأبى تنجيسه. فعن أبي عباس رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "المسلم لا ينجس لا حياً ولا ميتاً" وفي رواية أخرى: "سبحان الله المسلم لا ينجس"¹.

وفي التوضيح ذكر عياض عن بعض المتأخرين التفرقة، فينجس الكافر ولا ينجس المسلم وقصر بعضهم الخلاف على المسلم، قال وأما الكافر فلا خلاف في نجاسته. والأظهر في الفقه المالكي أن الميت ولو كان كافراً طاهر، وأن ما انفصل عنه حياً أو ميتاً طاهر كذلك، وفي الصحيح عند الحنابلة أن الآدمي طاهر حي أو ميت، ومقابل الصحيح أنه ينجس بالموت ويطهر بالغسل².

وأما قوله تعالى "إنما المشركون نجس"³ لا يراد به النجاسة الحسية المادية التي تتصل بالأبدان، بل النجاسة المعنوية الروحية التي تتعلق بالقلوب والعقول⁴، وهذا لقوله تعالى "لهم قلوب لا يفقهون بها"⁵. وعلى الرغم من هذه الأحكام إلا أن حجم الإضرار بالجثة وبالخصوص مع اكتشاف التدخلات الطبية التي تطالها كبير، لذا وجب تقييد الأمر وإقرانه بمواجهة جنائية لمواجهة كافة الانتهاكات ولحمل الناس على احترام هذه النصوص بالتفصيل التالي.

¹ - رواه البخاري، كتاب الجنائز، باب غسل الميت ووضوئه، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 93. ورواه مسلم، كتاب الحيض، الدليل على أن المسلم لا ينجس، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص. 67.

² - الشيخ مبارك علي ابن أحمد التميمي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 65-66.

³ - سورة التوبة، الآية. 28.

⁴ - بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص. 174.

⁵ - سورة الأعراف، الآية. 179.

المطلب الثالث

المواجهة الجنائية لمخالفة حظر القانوني لمبدأ حصانة جثة الإنسان

بصرف النظر عن الحماية المدنية التي تنجر عن انتهاك حصانة جثة الإنسان، نتيجة للأضرار المعنوية التي تصيب عائلة أو أسرة المتوفى¹، فإن هناك حماية جنائية لهذا الجسد الخالي من الروح، حيث اعتنى المشرع بجثة الإنسان، عناية بالغة في القانون الجنائي في إطار حماية حرمة الموتى أو جثة الإنسان من التشويه والتدنيس، وقبل بيان أو التفصيل في ذلك ينبغي الإجابة على التساؤلات التالية: ما هو محل الحماية الجنائية في الاعتداء على الجثث؟ (الفرع الأول). وضمن أي تقسيم صنف المشرع الجريمة الواقعة على جثة الإنسان؟ وبعبارة أوضح هل تصنف الجريمة الواقعة على جثة الإنسان ضمن جرائم الأشخاص أم جريمة من جرائم الأموال؟ أم أنها جريمة خاصة؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

محل الحماية الجنائية في الاعتداء على جثة الإنسان

أن المشرع في الغالب عندنا يتوجه إلى الكافة بتكليف ويعززه بجزاء إنما يقصد بذلك الموازنة بين مصلحتين فيضفي على إحداها الحماية ويخلع عن سواها هذه الحماية، ومرد ذلك أن القانون الجنائي قانون معياري، لأن قاعدة التجريم ليست إلا نتيجة لصراع القيم الاجتماعية من أجل احتلال المرتبة التي تحظى بعناية المشرع².

فقاعدة التجريم في شق الحكم منها ترسم السلوك الإجرامي وتبين الجني عليه المباشر. أما الجني عليه غير المباشر في كل جريمة هو المجتمع صاحب الحق العام في المحافظة على المصلحة العامة، وهو مالا تشير إليه قاعدة التجريم صراحة وإنما يستشف من روح النص³. وبإسقاط هذه الأحكام على قاعدة التجريم المتعلقة بجثة الإنسان، فإن في سطورها - أي قاعدة التجريم - تبين الجني عليه المباشر، الذي هو

1 - الضرر الذي يصيب أسرة المتوفى هو الضرر المعنوي، والضرر المعنوي؛ هو الذي لا يصيب المال، وإنما يصيب الشعور والعاطفة أو الكرامة أو الشرف، فهذا الضرر يلحق بما يسمى الجانب الاجتماعي أو المعنوي للشخصية الإنسانية. عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص. 156.

يرى البعض أن الأضرار المعنوية المترتبة على الاعتداء على كرامة وذكرى الميت لا توجب التعويض، لأن الإنسان يفنى بالموت وتنتهي شخصيته قانوناً، ومن ثم لا تلحقه أضرار موجبة للتعويض، إلا أن هذا الرأي أُنقذ، ذلك أن الأموات وإن كانوا لا يشعرون بالاعتداء، فلا يبرر ذلك رفض التعويض للأحياء من أهلهم وأقاربهم ما داموا قادرين على إثبات الضرر، ونظراً لخطورة الاعتداءات على الأموات سايرت أحكام القضاء الرأي القائل بالتعويض عن الأضرار المعنوية. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الأضرار المعنوية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص. 163.

نصت المحكمة الإدارية في باريس في 11 يناير 1962 بتعويض سيدة عما لحق بها من أضرار معنوية، نتيجة عرض جثة زوجها بعد تشريحه بطريقة غير لائقة، حيث عرضت بغير غطاء كامل. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 84 الهامش. 174.

2 - أحمد مجحود، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2000، ص. 50.

3 - رمسيس هنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، ص. 44.

حرمة الموتى لما يحدثه من أضرار خاصة، باعتباره اعتداء على ذكرى الميت، والاحترام المتوجب للموتى. أما المحني عليه غير المباشر هو المجتمع حيث أن الجريمة الواقعة على جثة الإنسان تؤدي دائماً إلى الاستنكار والرفض الشديدين من طرف المجتمع، الذي يضارّ من المساس بإحدى عناصره.

ويعتبر البعض أن الجرائم الماسة والمخلّة بمبدأ حصانة جثة الإنسان، تشكل في الأساس جرائم اجتماعية¹؛ لأن المجتمع يضارّ من هذا الاعتداء بشكل كبير.

وما يدعم هذا الرأي ما يشير إليه " عبد القادر عودة " - صاحب التشريع الجنائي الإسلامي - بأن الاعتداء على رفات الأموات أو جثثهم لا يعتبر جريمة واقعة على الميت، ولا يعتبر المحني عليه، وإنما يحرم الاعتداء على رفات الأموات باعتبارها شيئاً محترماً لدى الجماعة، وتعاقب الشريعة الإسلامية مرتكبها باعتباره معتدياً على حرمة الأموات أو حرمة المقابر².

يميز القانون بين الجرائم الواقعة على جثة الإنسان بصورة مباشرة، وبين الجرائم الواقعة على المقابر، وباستقراء النصوص المتعلقة بالجرائم الواقعة على الموتى والمقابر، يتبين الفارق بينهما، حيث يمكننا تعريف الجرائم الواقعة على الجثة بأنها: جميع الأعمال التي يرتكبها الجاني على جثة الإنسان، والمنصوص عليها في القانون كأفعال التشويه أو التدنيس، والأعمال الوحشية والفحش، وإخفاء الجثث والتي يهدف من خلالها إما التنكيل والتمثيل، بدافع الحقد المكنون من طرف الجاني للميت، أو لأغراض منفعية كأخذ الأعضاء لأغراض الاتجار، أو استعمالها في حالات الشعوذة والسحر، أو أي عمل يتم بشكل ينافي الشرع والقانون.

أما الجرائم الواقعة على القبور أو المدافن، فإن الجثة بعد أن تنتهي إلى مئوذا الأخير - القبر - تظل الحماية الجنائية لهذه الجثة من أي اعتداء، سواء الاعتداء على القبر، أم على الجثة بأي شكل كانت، فيعاقب القانون على هذه الجريمة باعتبارها ماسة بالمدفن، لا لكونها واقعة على الجثة مباشرة، وإنما لكونها تخل بالاحترام الواجب للموتى، وأحياناً يؤدي ارتكابها إلى الإضرار بالجثة، كهدم القبور أو تحريها، أو القيام بدفن الجثة أو إخراجها خفية.

إن أكثرية القوانين تصنف هذه الجرائم ضمن انتهاك الجثث، وهو تعبير أدق من تعبير بعض التشريعات، كالقانون الفرنسي الذي يستعمل تعبير انتهاك القبر والجثث والقانون المصري الذي يستعمل مصطلح انتهاك حرمة القبور والجبانات أو تدنيسها؛ لأنه قد ينتج في الواقع من هذه المصطلحات، أن القانون لم يرد أن يحمي سوى القبر بالذات.

¹ - مندر الفصل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص. 69.

² - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الطبعة الثانية، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1986 ص.

إلا أن شراح القانون الفرنسي - رونييه غارو - قالوا بعدم قبول هذا التفسير، لأن بقايا الإنسان هي بالتأكيد ما أراد القانون أن يحميها من كل انتهاك؛ لأن انتهاك الجثمان يمكن أن يرتكب ليس فقط بعد الدفن، بل أيضاً بمجرد لف الجثة بالكفن وقبل وضعها في الكفن¹.

تختلف الجرائم الواقعة على جثة الإنسان عن الجريمة الواقعة على الإنسان الحي، على اعتبار أن هذه الأخيرة تدخل ضمن جرائم الأشخاص؛ لأن جريمة القتل يشترط فيها أن يكون الإنسان حياً، وبالتالي فإن نصوص القتل تنحسر إذا كان الشخص ميتاً، ما لم نعتبر الشروع المستحيل قبي القتل جريمة أشخاص (لاستحالة المحل). وكذلك الأمر في جرائم الإيذاء الواقعة على السلامة البدنية. وتجدر الملاحظة أن الأعمال الواقعة على الجثة، قد تكون مرادفة لجريمة القتل أو قد تكون هذه الأفعال في غير ما جريمة، فيتعين علينا التفرقة بين جريمة تدنيس أو تشويه جثة الإنسان، والتمثيل بالجثة بعد القتل.

إن التمثيل بالجثة بعد القتل يتشابه إلى حد بعيد من حيث السلوك الإجرامي الواقع على الجثة أو الأعمال الوحشية التي تقع عليها، حيث يمكن تصوره في تقطيع بعض الأجزاء أو الأعضاء من الجثة، أو عرضها بصورة مهيبة، أو بطريقة تحط من قدر صاحبها أو تشويهها.

كما أن كل من الجريمتين تكشف عن مدى ما تنطوي عليه نفسية الجاني من وحشية وقسوة يستحق بسببها تشديد العقوبة.

وتشير كذلك إلى الرغبة الجامحة للجناة، بالتشهير بالجني عليه، بالاستهزاء به وبأسرته وذوي قريبه وأصدقائه، عن طريق تقطيع الجثة، والعبث بها تنكيلاً واحتقاراً¹. غير أن جريمة تشويه أو تدنيس الجثة، تختلف عن التمثيل بالجثة بعد القتل في النقاط التالية:

1- يعتبر التمثيل بعد القتل ظرفاً مشدداً لجريمة القتل، إلا أن هذا الشرط لا يتوافر إلا إذا تدخل

الجاني (القاتل) بسلوك إجرامي إيجابي بعد القتل، أو إزهاق روح الجني عليه. وليس هذا فحسب، بل يجب توافر نية الجاني؛ أي أن تنصرف إلى التمثيل بالجثة².

2- في جريمة التدنيس أو التشويه لجثة الإنسان، لا فرق بين أن تكون الجثة لمقتول أو لشخص ميت موتاً طبيعياً، وفي الحالة التي تكون الجثة لمقتول، يجب أن تتم أفعال التدنيس والتشويه أو الأفعال الوحشية من طرف شخص آخر غير الجاني أو شريك في هذه الجريمة. فإذا ارتكب الجاني فعل القتل ومثل بالجني عليه بعد القتل، فإنه يسأل عن جريمة قتل بصورتها المشددة. بينما لو وقعت الأفعال

¹ - لين صلاح مطر، موسوعة قانون العقوبات العام والخاص - للعلامة رونييه غارو - المرجع السابق، ص. 287.

¹ - نفس المرجع، ص. 330.

² - علي عبد القادر الفهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص. 330-331.

المشار إليها سابقاً من طرف شخص آخر غير القاتل، فإنه يسأل عن جريمة تدنيس أو تشويه جثة الإنسان.

وفيما يتعلق بالتمثيل بالجثة، يجب أن يتم ذلك بعد القتل، فإذا كانت الأفعال المطابقة للتمثيل قبل القتل كنا بصدد جريمة قتل، باستعمال الطرق الوحشية. وأمام هذه التفرقة نود أن نبن تصنيف الجريمة الواقعة على جثة الإنسان في إطار تقسيمات الجرائم فيما يلي:

الفرع الثاني

تصنيف الجريمة الواقعة على جثة الإنسان

يشور التساؤل عن التصنيف¹ الذي يمكن تضمينه للجريمة الواقعة على جثة الإنسان، أو إشكالية التكييف القانوني للتصرفات غير المشروعة الواقعة عليها، فهل يمكن تصور الجريمة الواقعة عليها ضمن جرائم الأموال؟ (أولاً) أم أن الجريمة الواقعة على جثة الإنسان جريمة خاصة؟ (ثانياً) أولاً: تصنيف الاعتداء على جثة الإنسان ضمن جرائم الأموال نحاول فيما يلي أن نبين إمكانية تصنيف الجريمة الواقعة على جثة الإنسان ضمن جرائم الأموال في كل من القانون والشريعة الإسلامية.

1 - فضلا عن تصنيف الجريمة الواقعة على الجثة في القوانين الجنائية، فإنه في مجال القانون الدولي يمكن تصنيف الجريمة الدولية الواقعة على جثة الإنسان، حيث تكيف وفق عديد الفقهاء إلى جريمة حرب ذلك أن من نتائج أو آثار الحرب وفاة بعض الذين يقعون في براثنها، فإنه من المتصور أن تقع انتهاكات خطيرة ضد القتلى، التشويه، التنكيل، الحرق، التقطيع... الخ وبالتالي تعتبر الجريمة الواقعة على جثة الإنسان جريمة حرب، حال مخالفة القواعد المنظمة للمعاملة السلمية للقتلى.

تنص المادة 15 من اتفاقية جنيف: " في جميع الأوقات وعلى الأخص بعد الاشتباك في القتال، يقوم أطراف النزاع دون تأخير بجميع الإجراءات الممكنة، للبحث عن الجرحى والمرضى وجمعهم وحميتهم من السلب وسوء المعاملة، وضمان العناية المناسبة بهم، والبحث عن جثث القتلى ومنع تلفها".

عبر فقهاء القانون الدولي على أن الجريمة الدولية الواقعة على جثة الإنسان تعتبر جريمة حرب، فقد ذكر "إتش وين أليوت" " مقدم في الجيش الأمريكي " أنه في سنة 1967 وقف رقيب من الجيش الأمريكي أمام الكاميرا للتشهير بجثتين لعدوين، حيث شوهد وهو يحمل رأسين قطعاً من جثتين، وأظهرت التقارير أن الجنود الأمريكيين يقطعون الأذان وأصابع الموتى، فاعتبر العمل هذا نقياً لكل سياسة، وأدين من المعايير الدنيا للأخلاق، وانتهاكاً لقوانين وعادات الحرب، وحرقاً صارحاً لاتفاقيات جنيف.

ويشير الدكتور "منذر الفضل" أن النظام العراقي بالإضافة إلى قيامه بأعمال الإبادة الجماعية، واستعمال السلاح الكيماوي ضد أبناء الجنوب العراق، وتسبب في تسميم الأهوار وتجفيفها، قام أيضا عام 1991 بجريمة انتهاك حرمة الموتى، حيث ارتكب جريمة تخزين السلاح الكيماوي في قبور النجف و كربلا، وهي من الجرائم الدولية التي يجب محاسبة المسؤولين عنها.

ولقد نشرت BBC ARABIC مقالا بعنوان " الكشف عن الجرائم الروسية في الشيشان"، حيث يواجه الجيش الروسي اتهامات بارتكاب جرائم حرب في الشيشان حيث أظهرت بعض الصور، أن المقاتلين الشيشان ارتكبوا جرائم على جثث المقاتلين وأوضحت أن الكثير من الجثث مثل بها، فبعضها قطعت آذانها، والبعض الآخر ربطت في أسلاك شائكة. منذر الفضل، إبادة الجنس البشري والجرائم الدولية في كردستان وجنوب العراق بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي عن إبادة الجنس البشري في العراق المنعقد في جامعة لندن بتاريخ 2002/07/26. مستخرج من الإنترنت

الموقع: <http://www.9neesan.com/docs/doc.13.html>

I. اعتبار الجثة محل لجرائم الأموال في القانون

إن الأصل أن الجثة لا يمكن أن تكون مشمولة بالحماية الجنائية بالنصوص الخاصة بجرائم الأموال، وذلك للأسباب التالية:

1- إن الإنسان حياً أو ميتاً لا يمكن أن يكون محلاً ممكناً ومشروعاً للمعاملات المالية، فالإنسان ليس مالاً لا في الشرع ولا في الطبع ولا في العقل، وجرائم الأموال يجب فيها أن يكون المحل الذي تقع عليه الجريمة مالاً، كما في جريمة السرقة، والنصب والاحتيال، وخيانة الأمانة¹.

2- إن الإنسان لا يصلح أن يكون محلاً للسرقة، لأن الإنسان بعد إلغاء نظام الرق لم يعد يصلح لأن يكون محلاً للسرقة؛ فهو ليس شيئاً، بل هو صاحب الأشياء. وعليه فإن خطف طفل أو اختطاف فتاة لا يعتبر سرقة، كما أن حقوقه المرتبطة بشخصيته كحرية وعرضه وشرفه، لا تصلح أن تكون موضوعاً للسرقة².

ويرى البعض³ أن الجثة تعتبر من الأشياء؛ لأن تجردها من الحياة يجعل لها حكم الأشياء، ولكن وصف السرقة لا يمكن أن يطلق عليها لانتهاء عنصر آخر، وهو أن تكون الجثة مملوكة لأحد، والجثة ليست مملوكة لأحد - على نحو ما سنبينه لاحقاً - وبالتالي ليست من الأموال التي يتوارثها الأقارب؛ أي فليس لأقارب المتوفى أي حق من الحقوق، سوى الحقوق المعنوية، أما الجثة ذاتها فهي ليست من الأشياء التي ترد عليها الحقوق المالية، ولذلك تبقى خارج نطاق الحماية الجنائية بواسطة نصوص جرائم الاعتداء على الأموال⁴.

3- يرر نفر آخر من الفقهاء عدم إمكانية حماية جثة الإنسان بالجرائم المختصة لحماية الأموال، على أساس أنها غير قابلة للتملك. لذا يعتبر التصرف بالجثة بالبيع أو نحوه أمراً مخالفاً للنظام العام والآداب العامة. فلا يحق للشخص أن يطلب مقابلاً مالياً لجسده أو لحياته، من أجل مصلحة مادية أثناء حياته أو بعد مماته. ولا يجوز للشخص أن يضحّي بجسده أو حياته من أجل مصلحة مادية أثناء حياته أو بعد مماته، سواء منه شخصياً أو من قبل أسرته؛ لأن هذا يتنافى والنظام العام والآداب العامة⁵.

¹ - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق ص. 32.

² - محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1978، ص. 641.

³ - علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص. 672.

⁴ - حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 160 - 161.

⁵ - نفس المرجع، ص. 161.

ولقد أيد القضاء المصري¹ هذا الاتجاه، حيث يرى بعدم اعتبار الجثة مالاً، فقد ذهب في إحدى قراراته إلى عدم إمكانية وقوع السرقة على الجثة، فلا يمكن أن تكون محلاً يرد عليها الاختلاس في جريمة السرقة، وإنما يعاقب على جريمة انتهاك القبور أو جريمة إخفاء جثة القتيل، حسب التكييف القانوني للفعل الذي قام به الجاني.²

أما الأكفان والحلي الذهبية وغيرها من الأشياء التي اعتاد الناس سابقاً على وضعها مع الموتى لغرض إكرامهم، فلا يجوز العبث بهذه الأشياء، ولا يجوز الاستيلاء عليها، ويشكل ذلك جريمة الاعتداء على الأموال (سرقة الأكفان).³

فإذا كان الأصل أن الجثة رغم كونها من الأشياء، لا يمكن أن ترد كمحل لجريمة الاعتداء على الأموال، للأسباب السابقة الذكر، فإن الفقهاء أوردوا استثناء لذلك، حيث يمكن أن تصير الجثة محمية جنائياً ضمن النصوص الخاصة بجرائم الأموال، ويكون ذلك إذا أودعت الجثة في متحف، أو احتفظ بها لدى هيئة لتجري عليها التجارب العلمية، أو احتفظت بها إحدى المؤسسات التعليمية؛ لأن الجثة في هذه الحالة أصبحت مملوكة لجهة أو مؤسسة، قياساً على حيازة الحيوانات المتوحشة أو المستأنسة التي يجوزها أي شخص، فتعتبر من الأموال المباحة.⁴

أن الجثة بحسب الأصل يمكن أن تكون محلاً لجرائم الاعتداء على الأموال، نظراً لمنقولية الجثة، إلا أن السبب الذي يجعل القانون لا يعاقب بعقوبة السرقة على الجثث المدفونة في المقابر، هو أن هذا الشيء المنقول ليس مملوكاً، فإذا أودعت الجثة في متحف، يمكن أن تكون محلاً لجرائم الاعتداء على الأموال كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة.⁵

فتكون جريمة سرقة إذا كان أخذ الجثة اختلاساً على غير إرادة المجني عليه وتكون جريمة نصب وخيانة أمانة، إذا كان تسليم الجثة إلى الجاني بإرادة المجني عليه، غير أن التسليم يكون نتيجة الاحتيال في جريمة النصب، أو إذا كان تنفيذاً لعقد من عقود الأمانة كالوديعة والعارية في حالة خيانة الأمانة. وترى بعض التشريعات بإمكانية الحماية الجنائية للجثة من السرقة، أو التلف أو الاستعمال ولو لغرض علمي دون الموافقة المشروطة ممن له الحق في إبدائها، أو كان الشخص القائم بالتشريح أو نقل الأعضاء غير مصرح له بالقيام بهذه العمليات.

¹ - نقض مصري سنة 1936. مقتبس عن: حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 161.

² - حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 161.

³ - نفس المرجع، ص. 161.

⁴ - نفس المرجع، ص. 162.

⁵ - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 302.

ومن هذه التشريعات قانون العقوبات اللبناني، حيث جاء في المادة 478 على أنه: "من سرق أو أتلف جثة كلها أو بعضها عوقب بالحبس من شهر إلى سنة إذا حصلت السرقة بقصد إخفاء الموت أو الولادة فمن شهرين إلى سنتين".

ونصت المادة 480 منه بأنه "يعاقب كل من أقدم لغرض علمي أو تعليمي دون موافقة من له الحق على أخذ الجثة أو تشريحها أو على استعمالها بأي وجه آخر".

ومن بين التشريعات كذلك قانون العقوبات السوري، حيث ذهب في المادة 460 منه إلى حماية الجثة من السرقة بقولها: "من سرق أو تلف جثة كلها أو بعضها عوقب بالحبس من شهر إلى سنة وإذا حصلت السرقة بقصد إخفاء الموت أو الولادة فمن شهرين إلى سنتين".

ويبدو أن سرقة الجثة هي جريمة خاصة، تختلف عن جريمة السرقة التي تقع على الأموال، ويرى البعض أن إطلاق لفظ السرقة على الجثة لا يعني إمكانية أن تكون الجثة محلاً للسرقة، بالرغم من كونها من الأشياء¹. ولم يشر القانون الجزائري إلى لفظ السرقة فيما يتعلق بالجرائم الماسة بالجثة أو المدافن.

ومهما يكن فإننا في هذا الصدد علينا أن نبين أن الجثة كأصل عام لا يمكن أن تكون محلاً لجرائم الأموال كالسرقة، إلا إذا أودعت لدى متحف أو مؤسسة لأغراض علمية أو تعليمية، حيث تتلاءم في هذه الحالة مع الشروط الواجبة في جريمة السرقة وحيث تعتبر الجثة إذ ذاك شيئاً منقولاً مملوكاً للدولة أو لجهة خاصة. وبالتالي يصح أن يقع عليها وصف قانوني آخر لجرائم الأموال، كالنصب بتوفر عنصر الاحتيال وجريمة خيانة الأمانة، بتوافر الشروط الخاصة بهذه الجريمة. وحال كون الجثة لا يمكن أن تشمل بهذه الحماية _ فيما عدا الاستثناء المذكور _ فيثور التساؤل عن إمكانية شمول الجثة بالحماية الخاصة بالأموال في الفقه الإسلامي.

II. اعتبار الجثة محل لجرائم الأموال في الفقه الإسلامي

تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى إمكانية شمول الجثة بالحماية الجنائية ضمن جرائم الأموال، واستنكروا فظاعة الجرم الواقع على الجثة، ورغم أن سرقة جثة الإنسان من البشاعة، إلا أن الفقهاء قالوا بمنع القطع لمن يسرقها. وقد يبدو الأمر محيراً، إذ يتعجب الإنسان لأول وهلة، إذ كيف يقال بقطع اليد في ربع دينار أو ثلاثة، أي بقليل من المال، ولا يقال بسرقة جثة الإنسان، مع أنها أعزّ وأعلى من أنفس الجواهر وأغلاها؟ فهل يا ترى لا تساوي جثة الإنسان أي شيء في نظر الإسلام؟²

¹ - حسني عودة زعال، المرجع السابق ص. 164 الهامش. 05

² - عبد الفتاح محمد أبو العينين، عقوبة السرقة في الفقه الإسلامي، دار الكتب، مصر، 1982، ص. 40.

يتعين علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للإجابة عن هذه الأسئلة، لنبحث عن نور يبين لنا حكم هذه القضية:

1- لو كانت الجثة لا تساوي شيئاً في نظر الإسلام كما قد يتصور، لما أمر بتغسيلها ولا تكفينها ولا الصلاة عليها، بل ولا دفنها، فهذا إن دل على شيء، إنما يدل على تكريم الإنسان ميتاً مثلما هو مكرم حياً.

2- إن عقوبة السرقة وهي قطع اليد تكون عند سرقة مال، وجثة الإنسان ليست بمال ولا هي مقومة بالمال، وهو السبب الرئيسي في منع القطع.

ولقد أكد الفقهاء منع القطع لسرقة الإنسان الحر، سواء كان صغيراً أم كبيراً ماعداً المالكية¹، إذ قالوا بإيجاب القطع لسرقة الصبي غير المميز، ووافقوا الجمهور في منع سرقة البالغ والصبي المميز، وتعليل الفقهاء منع القطع بسرقة الإنسان الحر الذي يتمتع بالحياة، نفس تعليلهم بمنع القطع لسرقة جثة الميت². ومن هنا يتبين أن منع القطع لسرقة جثة الإنسان، لا ينبعث عن تقليل من شأن هذه الجثة، وإنما هو في الحقيقة ينبعث من تكريم، فلو قلنا بإيجاب القطع لاقتضى الأمر أن تكون الجثة مقومة بالمال، والتقويم المالي للجثة ينافي الكرامة الإنسانية. قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾³.

وعلى كل فإن الحكم بمنع القطع لا يلغي سلطة الحاكم بإنزال أشد العقاب بالجاني وذلك عن طريق التعزير، الذي يمكن أن يصل إلى القتل؛ لأن الحاكم مطالب بمنع الفساد، فإن لم يزل الفساد إلا بالقتل، وجب القتل شرعاً⁴.

و اختلف فقهاء الشريعة في جريمة سرقة الكفن، حيث أنكر البعض أن يكون سرقة موجبة للحد، واعتبره البعض الآخر سرقة موجبة للحد، ويجب القطع فيها متى توافرت الشروط فأما الرأي الأول فهو رأي أبو حنيفة ومحمد، حيث قال بتعزير من سرق الأكفان أدباً، ولا شيء عليه غير هذا، واستدلوا بالأدلة التالية:

1- يقول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا قطع على المختفي ".

¹ - قال مالك في الصبي والأعجمي الذي لا يفصح، أنهما إذا سرقا من حرزهما أو غلقهما فعلى من سرقهما القطع، وإن خرجا من حرزهما وغلقهما فليس على من سرقهما قطع. جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر الخضير السيوطي الشافعي، تنوير الحولك شرح على موطأ الإمام مالك، المرجع السابق، ص. 672.

² - عبد الفتاح محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص. 41.

³ - سورة الإسراء، الآية. 70.

⁴ - عبد الفتاح محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص. 33. 34.

- 2- قالوا أن السرقة مشتقة من المسارقة، ومن ثم فلا يكون الفعل سرقة، إلا بمسارقة عين المسروق، وهذا ما لا يتوفر في سرقة الكفن¹.
- 3- إن الكفن مال تافه؛ لأن الطبايع السليمة تنفر من ذلك؛ ولأنه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحي. كما أن في مالية الكفن قصور، والقصور فوق الشبهة، والشبهة تدرأ الحد، ومن ثم فالقصور أولى بالقول بعدم جواز القطع².
- 4- إن الكفن ليس مملوكاً لأحد، فهو ليس مملوكاً للميت؛ لأن الميت لا ملك له؛ وهو ليس ملكاً للورثة؛ لأن تكفين الميت وتجهيزه مقدم على حق الورثة³.
- 5- قالوا أن الكفن ليس فيه حرز، فهو ليس حرزاً بنفسه، فلا يحفظ فيه الأموات عادة⁴.
- 6- استندوا كذلك بما رواه عيسى بن يونس عن معمر عن الزهري قال: "أتى مروان يقوم يختفون - أي ينبشون القبر - فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون"⁵.
- وأما الرأي الثاني فهو رأي الأئمة مالك وأحمد والشافعي، ومعهم ابن يونس من أصحاب أبي حنيفة، فيرون قطع سارق الكفن، وهو مذهب الحسن والشعبي والنخعي وداود وحماد وعمر ابن عبد العزيز⁶. قال صلى الله عليه وسلم: "من نبش قطعناه".
- ويرى هذا الفريق أن سبب القطع، هو أنه سرق مالاً متقوماً بالمال، في حرز مثله⁷، فوجب القطع به اعتباراً بسائر أنواع الحرز⁸. فكل ما يباع ويشترى فهو مال متقوم بالمال، يقطع بسرقة، وعليه فالكفن مال مسروق، وهو في حرز مثله (القبر) باعتبار أن القبر هو المكان المعد للموتى.

1 - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تحقيق أحمد عزو عناية، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، الطبعة الأولى، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص.32.

2 - الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المجلد السابع، المرجع السابق، ص.69.

3 - عبد القادر عودة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 602-603.

4 - محمود بن أحمد بن موسى بن الحين، البناية شرح الهداية، الطبعة الأولى، المجلد السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص.27.

5 - الكساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص.69.

6 - مقتبس عن: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، المرجع السابق، ص.27.

7 - حرز المثل: هو المعد للشيء بذاته دون سواه، فالخطيرة تعتبر حرز مثل للشاة، واصطبل يعتبر حرز مثل للدابة، والبيت يعتبر حرز مثل للنقود والأثاث.

أما حرز النوع: فهو ما يعتبر حرز لأي شيء كالإسطبل حتى يعتبر حرز الدابة والشاة أو الأثاث واحتلف الفقهاء في القطع فيه، فالراجح ما قال به الأئمة الثلاثة، مالك والشافعي وأحمد وبعض فقهاء الحنفية من العبرة بالعرف. عبد الخالق النوي، جرائم السرقة، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص.16-17.

8 - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ص.32.

أما ملكية الكفن، فإنه على ملك الميت، إذا كان له أو ملك للورثة؛ لأن الأصل أن الميت لا يزول ملكه، إلا على ما لم يعد في حاجة إليه، أما الكفن فهو في حاجة إليه¹.

والكفن الشرعي هو ما مرّ في الجنائز، فإنه محرز بالقبر للعادة، فيقطع سارقه لعموم الآية " والسارق والسارقة"². أما الزائد عن الكفن الشرعي بأن زاد على خمسة أثواب، أو دفن معه غير الكفن، فليس محرزاً بالكفن³.

ويمكن أن يكون الكفن الزائد محلاً للسرقه، ومحرزاً بالقبر إذا كان القبر في بيت، فإنه يكون محرزاً به. ويقال أن الكفن يقطع منه ما كان مشروعاً، فإذا كان أكثر من كفن السنة، أو ترك في تابوت، فسرق التابوت أو ترك معه طيب أو ذهب أو فضة أو جواهر لم يقطع بأخذ شيء منه؛ لأنه ليس بكفن مشروع، فالترك فيه تضييع وسفه، فلا يكون حرزاً ولا يقطع سارقه⁴.

رابعاً: تصنيف الاعتداء على جثة الإنسان ضمن الجرائم الخاصة

إذا كانت الجثة في نظر الشريعة الإسلامية والقانون، لا يمكن أن تنفصل عن الجرائم المتعلقة بجرائم الأشخاص بشكل بديهي؛ لأن هذه الجرائم يكون المحل شخصاً حياً، إما أن تزهد روحه أو يمس في سلامته البدنية. وإذا كانت الجثة لا يمكن أن تدخل - بحسب الأصل - ضمن جرائم الأموال عنصراً للاعتبارات السابقة الذكر، والمتعلقة بمنقولية الجثة، وماليتها وملكيته.

كما أن الشريعة الإسلامية تأبي نصوصها أن تكون الجثة ضمن الجرائم الواقعة على الأموال محمية، فإن هذه الجثة تتميز بحماية خاصة، وبواسطة نصوص خاصة.

والجدير بالذكر أن التشريعات اختلفت في مواقفها من الاعتداء على الجثة، فالبعض منها اعتبرها جريمة خاصة، والبعض الآخر لم يحم الجثة بأية نص قانوني، إلا في حدود معينة.

فمن التشريعات التي اعتبرتها جريمة خاصة، القانون الجزائري، ونعني بالجرائم الخاصة، الجرائم التي أقرتها قوانين العقوبات لحماية الجثة، والتي نص عليها قانون العقوبات الجزائري في القسم الثاني من الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الثاني من الجزء الثاني تحت عنوان الجرائم المتعلقة بجريمة الموتى والمدافن في أربعة مواد من المادة 150 إلى 154 بالإضافة إلى المادة 160 مكرر 6 والتي تعتبر جرائم خاصة بالاعتداء على رفات الشهداء ومقابرهم.

¹ - مقتبس عن: عبد القادر عودة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 603.

² - سورة المائدة، الآية 38.

³ - زكرياء بن محمد الأنصاري، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص. 248-249.

⁴ - محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، المرجع السابق، ص. 29.

ومثال ذلك نصت المادة 153 قانون العقوبات الجزائري بأنه: " كل من دنس أو شوه جثة أو وقع منه عليه أي من أعمال الوحشية أو الفحش يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دج ".

ومن التشريعات كذلك قانون العقوبات الأردني، حيث عاقبت في المادة 277 منه على جريمة انتهاك حرمة الميت بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد عن عشرين ديناراً. أما البعض الآخر فقد انسحب تماماً تاركاً هذه الجثة دون حماية. ويمثل هذا الاتجاه نصوص قانون العقوبات المصري الذي يعاقب على انتهاك حرمة المقابر، ولم يراع الجثة ولم يعطها حماية من لحظة موته إلى لحظة دخوله القبر، وعند دخولها القبر تعود لها الحماية لا على أساس حماية الجثة في ذاتها؛ بل لأن هذا الاعتداء يشكل جريمة انتهاك حرمة القبور¹.

نحاول في هذا البند أن نبين الجرائم الخاصة الواقعة على جثة الإنسان، وباستقراء النصوص المتعلقة بجريمة الموتى والمدافن في قانون العقوبات الجزائري يتبين أن هذه الجرائم تتمثل في جرائم واقعة على الجثة، ثم جرائم واقعة على المدافن.

I. الجرائم الواقعة على الجثة

وهي الجريمتين المنصوص عليهما في المادتين 153 و 154 من قانون العقوبات الجزائري وهي على التوالي جريمة تدنيس أو تشويه جثة الإنسان، وجريمة إخفاء الجثة.

1. جريمة تدنيس أو تشويه جثة الإنسان

وهي الجريمة المنصوص عليها في المادة 153 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: " كل من دنس أو شوه الجثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشية أو الفحش...".

ويتمثل الركن المادي لهذه الجريمة، في الأفعال المنصوص عليها في قانون العقوبات وهي أفعال التدنيس والتشويه والأعمال الوحشية والفحش.

فالتدنيس يشمل كل الأعمال التي تؤدي إلى تلويث الجثة، وجعلها في صورة تدل على عدم الاحترام. فالتدنيس لا يصل إلى درجة التشويه، والقيام بأفعال الوحشية حيث يتم ذلك بتقطيع الجثة أو بعض أعضائها، أو عرضها بصورة مهينة.

¹ - محمد زكي أبو عامر، عبد القادر القهوجي، القانون الجنائي، القسم الخاص، الدار الجامعية، مصر، 1988، ص.30.

أما أفعال الفحش وهي الأفعال المادية التي تشترط في جرائم الاعتداء على العرض لإشباع الرغبات الجنسية¹. غير أن هذه الأفعال يشترط فيها أن يكون من تقع عليه حياً، فإن جامع الجاني امرأة توفيت منذ وقت يسير، وحصوله بذلك على إشباع جنسي كامل، لا يعد مرتكباً جريمة اعتداء على العرض، وإنما هو اعتداء على حرمة الميت؛ لأن الحياة الجنسية لا تكون إلا للأحياء².

ولقد تناول فقهاء الشريعة مسألة وطء الأموات، فهناك من يرى بأن وطء الأموات يعتبر زنا، ويطبق عليه كافة نصوص جريمة الزنا، فإذا وطئ شخص ميتة، فعليه الحد من أحد الوجهين، وهو رأي الأوزاعي ويستدل هذا الفريق بما يلي:

أ- يعتبر وطء الأموات زناً؛ لأنه وطء في فرج آدمية ميتة، ووطء آدمية ميتة كوطء آدمية حية.
ب- إنه أعظم ذنباً وأكثر إثماً، ذلك أن وطء آدمية الميتة، يشتمل على فعلين أو جريمتين، ارتكاب الفاحشة بالإضافة إلى هتك حرمة الميتة³.

ت- يرى مالك أن إتيان ميتة في قبلها أو دبرها حال كونهما غير زوج، يحد واطئها لالتذاذه بذلك. غير أن مالك يستثني حالة وطء الزوج وزوجته الميتة، فإنه لا حد عليه، كذلك إدخال امرأة ذكر ميت غير زوجها، فلا تحد فيما يظهر لعدم اللذة كالصبي، ولا يجب عليها الغسل، وإن كان يجب عليها الغسل في وطء البهيمة، مع أنها لا حد عليها، فإذا كان بعض ما يوجب الغسل، لا يوجب حداً، فأولى ما لا يوجب ذلك⁴.

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن وطء الأموات لا يعتبر جريمة زنا، فقد جاء في "الشرح الكبير" الوجه الثاني لا حد عليه، وهو قول الحسن وقول أبو بكر، وبهذا أقول لأن وطء الميتة كلا ووطء، ويستدل أنصار هذا الرأي بما يلي:

- إن عضو الميتة مستهلك، وبالتالي فإن وطء الميتة كلا ووطء.
- إن وطء الميتة أمر تعافه النفس ولا تشتهيه عادة، وبالتالي فلا حاجة إلى الزجر بالحد عن الوطء؛ ولأن الحدود شرعت للزجر⁵.

¹ - واقعة الموتى يمثل شذوذاً جنسياً لأنه إرضاء الشهوة الجنسية بطريقة تخالف الطبيعة. محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص. 181.

² - محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص. 02.

³ - شمس الدين ابن قدامي المقدسي، الشرح الكبير، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص. 186.

⁴ - عبد الباقي ابن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص. 126.

⁵ - شمس الدين ابن قدامي المقدسي، الشرح الكبير، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص. 186.

غير أن أنصار هذا الرأي، لا يتركون الفعل دون عقاب ليفر منه الجاني، بل يوجبون في ذلك التعزير¹.

والتعزير هي عقوبات غير محددة، تأتي فيما لم يشرع فيه الحد أو القصاص لتتلاءم مع ظروف كل جاني، وهو ما يتناسب مع مبدأ تفريد العقاب. وتؤدي هذه العقوبة وظيفتها في الحد من جريمة وطء الأموات، لأنها يمكن أن تصل إلى القتل.

وإذا كان القانون قد تولى تجريم تدنيس الجثث، وحرقتها في غير ما استثني، أو تشويهها وتمزيقها، فإن الشريعة الإسلامية اهتمت بجثة الإنسان وحرمت تقطيعها لغير غرض صحيح ولا مصلحة راجحة. ولقد أكدت الشريعة الإسلامية مبدأ حرمة جثة الإنسان حياً أو ميتاً، وهي الحرمة ذاتها التي جعلت البعض يستنكر أشد الاستنكار أخذ الأعضاء منها أو تشريحها لأي غرض كان سداً لذريعة أن تصبح الجثة مرتعاً للأهواء، فيستخدم جلد الميت بعد سلخه ودبغه وتسوي من جماجمهم التحف، وتعرض في المعاهد في التحف الزجاجية ليراها الطلبة وكل هذا يرفضه العقل الإنساني.

واستنكر الفقهاء التساؤل عن إمكانية طهر جلد الآدمي بالدبغ؛ أي هل يطهر جلد الآدمي بالدبغ أم لا؟ فاستنكر أشد الاستنكار أن يدبغ جلد الآدمي أصلاً.

فإذا كان الداعي إلي تجريم البعض أي عمل من شأنه المساس بالجثة، ولو كان ذلك لأغراض صحيحة فإنه من باب أولى يحرم تقطيع الجثث أو تشويهها لغير ذلك. وتحرم هذه الأعمال مراعاة لمشاعر الأحياء من أقاربه وذويه فلا يتعدى عليه بشق أو كسر أو غير ذلك. ويلزم من ينتهك حرمة الميت بضمان حق أسرته في حرمة. وقال بعض الفقهاء "بوجوب القصاص على من جرح ميتاً أو كسر عظمه دون مسوغ شرعي لعدم تعلق أحكام القصاص بالحي، في حين ذهب البعض الآخر إلى أن كسر عظم الميت لا يوجب القصاص، لأن القصاص إنما هو بين الأحياء"².

أما في الجانب القانوني فلم يحاول القانون الفرنسي تعريف الأفعال المادية التي تمس بالاحترام المتوجب للموتى، ويرى بعض شرّاح القانون الفرنسي (رونبيه غارو) أن الجرم يرتكب بعدة طرق عبر نزع الجثث من مكانها.

○ عبر تعرية الجثث من أجل سرقة الملابس.

○ عن طريق الضرب أو قطع أيّ من أعضاء الميت³.

¹ - عبد القادر عودة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 354.

² - بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص. 103.

³ - لين صلاح مطر، موسوعة قانون العقوبات العام والخاص - للعلامة رونيه غارو - المجلد السابع، المرجع السابق، ص. 288-289.

إن كل الأفعال هذه بالإضافة إلى أفعال أخرى- لا يمكن تعدادها- يجب أن تكون ككونها مشكلة للجرم. ومن صور التشويه حرق جثة الإنسان، حيث يعتبر حرقها مخالفاً للنظام العام. غير أن هذا الحرق يختلف حسب الأعراف والأديان، ذلك أن النظام العام لا يمكن تحديده بصفة مطلقة في كل زمان ومكان؛ لأنه أمر نسبي¹، وينطبق الأمر على حرق جثة الإنسان. فهل يعتبر حرقها في نظر القانون مخالفاً للنظام العام؟

بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري، يتبين أن حرق الجثة يعني تشويهها وهو أمر معاقب عليه بنص القانون، غير أن بعض الديانات تتخذ من الحرق بديلاً لدفن الجثة، وبالتالي يصير الأمر متوافقاً مع النظام العام أو الآداب العامة عند إحراق الجثة ويكون مخالفاً للنظام العام، إذا لم يتطابق الحرق مع ديانة المتوفى.

نص قرار وزير الصحة المصري رقم 418 لسنة 1970² باللائحة التنفيذية للقانون رقم 5 لسنة 1966 في شأن الجبانات في المادة 19 منه بأنه لا يصرح بإحراق الجثة إلا إذا كان المتوفى قد أبدى رغبته في ذلك كتابة، وكانت ديانته تجيزه، ويقدم طلب الترخيص في هذه الحالة من ينفذ الوصية، أو زوج المتوفى، أو أقاربه الأقربين، ويرفق بالطلب مستخرج رسمي من شهادة الوفاة، وتصريح من النيابة العامة بحرق الجثة، على أن تخطر الجهات الإدارية بالوقت المحدد لذلك. ومن خلال هذه المادة يتبين أن حرق الجثة يكون أمراً مشروعاً بالشروط التالية:

✚ إبداء رغبة المتوفى رغبته كتابة مع جواز الحرق في ديانته.

✚ تقديم طلب الترخيص من منفذ الوصية أو الزوج أو الأقارب الأقربين.

✚ أن يرفق الطلب بشهادة الوفاة.

✚ تصريح النيابة بالحرق بعد إخطار الجهات الإدارية.

أما النتيجة الإجرامية من الاعتداء على الجثة، تشمل جميع التغيرات والآثار التي يحدثها الجاني على الجثة، نتيجة لاقتراه السلوك الإجرامي. وتمثل العلاقة السببية بأن تكون السلوكات الإجرامية هي المتسببة فيما لحق الجثة من تشوهات وتغيرات.

1 - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الثانية، الجزء الأول والثاني، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 1998، ص.81.

2 - مصطفى هرجة، الموسوعات القضائية الحديثة في التشريعات الجنائية الخاصة، الجزء الرابع، دار محمود للنشر والتوزيع، 2001، ص.398.
- يقام لحرق الجثث فرن، ويشترط للتخصيص للإقامة الفرن أن يقدم طلب إلى المجلس المحلي المختص مرفقاً بخريطة مساحية، تبين موقعه وثلاث صور تفصيلية للفرن لبيان أجزاء الفرن ومقاساتها، وطريقة التخلص من بقايا العملية، مع توافر شرط المساحة في اختيار موقع الجبنة وألا يقع في نهب الرياح السائدة بالنسبة للمدينة أو القرية. المادة 20 من نفس القرار.

ويتوافر العنصر المعنوي بامتهان جثة الإنسان، بالأفعال المادية سابقة الذكر بشكل إرادي، ولا عبرة بأن يكون الدافع الذي حث الفاعل على ارتكاب الفعل قليل الأهمية أو غير ضروري؛ لأن ما يجرمه القانون ليس هو الهدف الذي أراده الجاني أو الفاعل، بل الفعل المرتكب بصفة إرادية¹.

ولقد نص قانون العقوبات الجزائري على أن عقوبة تدنيس أو تشويه جثة الإنسان أو القيام بأفعال الفحش أو الوحشية، هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دج.

وتعاقب المادة 350 من قانون العقوبات الفرنسي، بالحبس المتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة والغرامة المتروحة 16 فرنك و200 فرنك، مع الاحتفاظ بالعقوبات في ما يخص الجنايات والجنح التي قد تضاف إلى هذا الفعل.

إن تجريم الأفعال الماسة بجرمة الموتى أو الجثة، تظهر بجلاء نية المشرع في إضفاء الحماية الجنائية على الجثة، إلا أننا نسجل عدم تناسب هذه العقوبات المقررة من طرف المشرع خصوصاً مع تطور العلوم البيولوجية الطبية، وظهور الممارسات الطبية التي من الممكن أن تنال من الجثة، عن طريق التدخلات للأعراض العلاجية الطبية، أو للأهداف العلمية، أو حتى لغاية تحقيق العدالة، وهذا ما يقتضي إعادة النظر في هذه العقوبات، والتي تبدو أنها بسيطة بما لا يتلاءم وحجم الظاهرة الإجرامية، كانتشار تجارة الأعضاء وأعمال السحر والشعوذة.

إننا إذا أجرينا مقارنة بسيطة بين هذه العقوبات، وعقوبات أخرى مقررة لجرائم أخرى أقل شأنًا؛ أولاً يصل خطرهما إلى خطورة الجريمة محل البحث، نجد أن المشرع أعطى لها عقوبات أشد. ولنأخذ على سبيل المثال نص المادة 361 في الفقرة الأولى من قانون العقوبات الجزائري حيث تنص على ما يلي: "كل من سرق خيولاً أو دواباً للحمل أو للجر أو الركوب أو مواشي كبيرة أو صغيرة أو أدوات الزراعة أو شرع في شيء من ذلك يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 10.000 دج. فمتى كانت الدواب والخيول وأدوات الزراعة أولى بالرعاية من جثة الإنسان!

2. جريمة إخفاء جثة الإنسان

نصت المادة 154 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "كل من أخفي جثة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة بين 150 إلى 1000 دج.

¹ - لين صلاح مطر، المجلد السابع، المرجع السابق، ص. 289.

وإذا كان المخفي يعلم أن الجثة لشخص مقتول أو متوفى نتيجة ضرب أو جرح فإن العقوبة تكون الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج".

ونصت المادة 309 من القانون العقوبات الفرنسي على تجريم فعل إخفاء جثة شخص متوفى نتيجة ضرب أو جرح.

ونصت المادة 239 من قانون العقوبات المصري على إخفاء جثة القتل بقولها: " كل من أخفي جثة قتيل أو دفنها... يعاقب.. ".

وتنص المادة 478 من قانون العقوبات اللبناني على أنه: " من سرق أو أتلف جثة... وإذا حصلت السرقة بقصد إخفاء الموت أو الولادة.. ".

إنه من الجرائم الواقعة على جثة الإنسان، جريمة إخفاء الجثة، لما في الإخفاء من إجماع بنية إجرامية تعدد احتمالاتها. فقد تخفى الجثة لغرض تشريحها؛ وقد يحدث أن يستعين الطبيب بمهنته للاستيلاء على الجثة لأغراض علمية أو علاجية، أو لأسباب إجرامية، لذا عاقبت القوانين على إخفاء الجثة حماية لها من الانتهاك.

والملاحظة الأولى من استقراء هذه المواد هي أن المشرع الجزائري عاقب على جريمة إخفاء الجثة مهما كانت الجثة، سواء كانت جثة قتيل (الموت الجنائي) أم جثة شخص مات موتاً طبيعياً، مع وجود الفارق في العقوبة تخفيفاً وتشديداً.

أما بالنسبة للمشرع المصري، فقد عاقب على جريمة إخفاء جثة القتل، وعندها يطرح السؤال التالي: هل جرم المشرع المصري إخفاء جثة الإنسان حال كونها لغير شخص قتيل؟ في هذا الشأن يعتبر المشرع المصري منسحباً، تاركاً هذه الجثة دون حماية إلى لحظة دخولها القبر، باعتبارها جريمة انتهاك حرمة المقابر.

وتبدو أهمية تجريم هذه الجريمة في ما استحدثه العلم أو الطب الحديث من تقنيات جديدة في معالجة الأمراض، فلم تصبح تلك الطريقة التقليدية للتداوي أو معالجة الأمراض، بل اتجهت الأنظار إلى جثة الإنسان كونها المورد الذي يوفر قطع الغيار البشرية بغزارة، وفي إخفاء جثة القتل تمهيداً لمرحلة أخرى، قد تكون هي أخذ الأعضاء من الجثة أو تشريحها أو العبث بها. أما بالنسبة لجثة القتل، بالإضافة إلى ما سبق فإن في إخفاء جثة القتل طمس معالم الجريمة، وعرقلة لجهود سلطات التحقيق أو السلطات العامة دون الوصول إليها¹.

¹ - طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص. 117.

ويتوافر الركن المادي للجريمة في فعل الإخفاء والذي يعني " كل تصرف في الجثة، يراد بها سترها عن الأعين، وقد يكون الإخفاء بتحليل الجثة في مواد كيميائية أضافها الجاني إليها، أو بإحراقها أو تقطيعها ودفنها في أماكن مختلفة. ويتوافر أيضا بعدم إخبار جهات الاقتضاء قبل الدفن، ويعني هذا الشرط عدم تمكين السلطات العامة من العلم بأمر الجثة، لتتخذ الإجراءات بشأنها، حيث تستمد الأدلة الدالة على القتل، وهوية مرتكب الجريمة".

بالرجوع إلى المادة 82 من قانون الحالة المدنية الجزائري نجد أنه قد أشار إلى أنه في الحالات التي يثور الشك لحدوث الوفاة بسبب جنائي، يمنع الدفن إلا بعد أن يقوم ضابط الشرطة القضائية بمعاينة جثة المتوفى، وبحضور طبيب ويجوز محضراً على الجثة والظروف المتعلقة بالوفاة.

ويستنتج من هذا الكلام، أن المشرع لم يحدد أفعال الإخفاء أو تحبئة الجثة بشكل حصري، ومن ثم فهو يشمل كل ما يمكن الجاني بأن يجعل الجثة في ستر عن أعين الناس، أو السلطات المختصة بالتحقيق. وللعقوبة إخفاء جثة الإنسان في قانون العقوبات الجزائري صورتان، صورة مخففة وأخرى مشددة، فالصورة المخففة نصت عليها المادة 154 في الفقرة الأولى حيث عاقبت على إخفاء الجثة بالحبس مدة من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000 دج.

أما الصورة المشددة نصت عليها الفقرة الثانية من نفس المادة بقولها: "إذا كان الخفي يعلم أن الجثة لشخص مقتول أو متوفى نتيجة ضرب أو جرح فإن العقوبة تكون من سنتين إلى خمس وبغرامة من 1500 إلى 5000 دج.

وعاقب المشرع الفرنسي على هذه الجريمة بالسجن من ستة أشهر إلى سنتين وبالغرامة المتراوحة بين 50 فرنك و400 فرنك بالاحتفاظ بالعقوبات الأشد في حالة المساهمة الجنائية. أما المشرع المصري فقد عاقب في المادة 239 من قانون العقوبات على هذه الجريمة بالحبس مدة لا تزيد عن سنة.

والذي يظهر لي أن إرادة المشرع الجزائري وكذا المشرعين الفرنسي والمصري في تجريم هذا الفعل غير المشروع والعقاب عليه غير جاد بدليل رصد عقوبة خفيفة أو بسيطة لا سيما مع تطور الطب وظهور استعمالات الجثة في مجال التشريح الطبي ونقل الأعضاء منها وإجراء التجارب الطبية. فضلا عن عدم تخصيص نصوص جزائية لمحاربة مظاهر السلوك الإجرامي التي تطال الجثة في إطار التدخلات الطبية كما سنبينه لاحقاً¹.

¹ - أنظر الفصل الثاني من هذا الباب 403 وما بعدها من هذه الرسالة.

II. الجرائم الواقعة على المدافن

يقصد بجرائم الاعتداء على المدافن، جملة الأفعال التي تخل بالاحترام الواجب للقبور، كهدم القبور أو تخريبها وتدنيسها، أو القيام بدفن جثة أو إخراجها خفية ويمكن أن تقع الأفعال على المدفن أو الجبانة، أو أن تطال القبر بصورة مباشرة.

ويقصد بالجبانات أو المدافن، كل مكان مخصص لدفن الموتى. ولقد نص القانون المصري رقم 5 لسنة 1966 في شأن الجبانات في المادة الأولى بأنه تعتبر جبانة عامة كل مكان مخصص لدفن الموتى، وكذلك كل مكان يخصص لهذا الغرض بقرار من السلطة المختصة.

لقد نص قانون العقوبات الجزائري على هذه الجريمة من المادة 150 إلى المادة 152. ونص عليها قانون العقوبات الفرنسي في المادة 350 كما نص قانون العقوبات المصري في المادة 160 في الفقرة الأولى مقطوع 2 على جريمة انتهاك حرمة القبور أو الجبانات أو تدنيسها، واعتبرها المشرع المصري من الجناح المتعلقة بالأديان.

ومن خلال استقراء النصوص السابقة في القانون الجزائري يمكن حصر الجرائم المتعلقة بالمدافن كالآتي:

1. جريمة هدم القبور أو تخريبها أو تدنيسها

إن اهتمام التشريعات بالقبور أو المدافن بشكل عام ينطلق من الحرص على المشاعر الإنسانية والدينية من الاعتداء الناتج عن إهانة هذه القبور أو القيام بأفعال تمس بالاحترام المتوجب للموتى. فيمنع القانون هدم القبور، أو تخريبها أو تدنيسها ويعاقب على هذه الأفعال باعتبارها جريمة من الجرائم الاجتماعية، لما تخلفه من استياء واستنكار اجتماعي.

ومن خلال نص المادة 150 من قانون العقوبات الجزائري يتبين أن السلوك المادي في هذه الجريمة، يتوافر متى قام الجاني بأفعال الهدم أو التخريب أو التدنيس، ولم يشترط الوسيلة المستعملة في ذلك ويتوافر الهدم أو التخريب بتغير الشكل الخارجي عن طريق التكسير أو تحطيم القبر أو تغيير شكله كلية، مما قد يمس بالجثة أو رفات الأدمي الميت، أما التدنيس فهو القيام بتلوين أو توسيح القبر، بأي وسيلة تؤدي إلى الحط من قدر القبور وقيمتها.

وبالإضافة إلى هذه الأفعال ذكرت المادة 160 مكرر 6 من ذات القانون حالة الاعتداء على مقابر الشهداء على أنه: "كل من قام عمداً بتدنيس أو تخريب أو تشويه أو إتلاف أو حرق مقابر الشهداء أو رفاتهم..".

ويرتب المشرع الجزائري عقوبات جنائية على الأفعال الماسة بالمدافن وذلك بالتفصيل التالي:

➤ - حالة قيام الجاني بهدم أو تخريب أو تدنيس القبور لأشخاص غير الشهداء فيخضع الجاني لعقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000 دج وهذا ما نصت عليه المادة 150.

➤ - حالة قيام الجاني بتخريب أو تدنيس أو تشويه أو إتلاف أو حرق مقابر الشهداء تطبق عليه عقوبة الحبس من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من 10000 إلى 50000 دج وذلك طبقاً لنص المادة 160 مكرر 6.

والملاحظ أن مشرعنا قد تشدد في العقوبة المترتبة عن أفعال التدنيس أو التخريب... الواقعة على قبور الشهداء، وهذا بدون شك يرجع إلى ما يحظى به الشهيد من مكانة واعتراف بتضحياته اتجاه الوطن.

أما المشرع المصري فقد عاقب في المادة 160 من قانون العقوبات على جريمة انتهاك حرمة القبور أو تدنيسها بالحبس والغرامة أو بإحدى هذين العقوبتين.

من خلال عرض هذه العقوبات المقررة لجريمة هدم أو تخريب أو تدنيس القبور فإننا نلاحظ عدم تناسب العقوبات مع الأفعال الإجرامية، إذ أن هذه الأخيرة تبدو أنها بسيطة ولا تحقق الجانب الردعي للعقوبة، وأنها لا تتلاءم مع تطور الظاهرة الإجرامية وانتشار أفعال السحر والشعوذة، والأشخاص الذين يستعملون رفات الآدميين أو أعضاء الإنسان لأغراض دنيئة يجرمها القانون. ويتضح ذلك إذا ما قارناها بعقوبات مقررة لجرائم أخرى أقل أهمية.

فمثلاً ما نصت عليه المادة 160 مكرر 4 على أنه: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دج كل من قام عمداً بإتلاف أو هدم أو تشويه أو تخريب: نصب أو تماثيل أو لوحات أو أشياء أخرى مخصصة للمنفعة العامة العمومية أو تزيين الأماكن العمومية، ومقامة أو منصوبة من طرف السلطات العمومية، أو بواسطة ترخيص منها. نصب أو تماثيل أو لوحات أو أشياء فنية موضوعة في المناطق أو في المباني المفتوحة للجمهور". فمتى كانت التماثيل والنصب أو اللوحات الفنية أكثر قدراً من حرمة الموتى!

2. جريمة دفن أو إخراج جثة خفية

لقد تعرض المشرع الجزائري في المادة 152 من قانون العقوبات إلى جريمة دفن جثة خفية واعتبرها من بين الجرائم الماسة بجرمة المدافن بقوله: "كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية يعاقب...".

إن هذه الجريمة وضعتها المشرع لمراعاة شروط دفن وإخراج الجثث، ذلك أن هذه الأخيرة تخضع في إخراجها ودفنها لإجراءات خاصة، ولا يتصور دفن جثة خفية في الحالات العادية، إنما يتم عن وجود ملابس في وفاة صاحب الجثة.

وعليه يتوافر الركن المادي لهذه الجريمة، بانتهاك حرمة مدفن عن طريق دفن جثة أو إخراجها خفية.

إن عملية إخراج الجثث تتطلب شروطا نص عليها المرسوم رقم 75-152¹ المتعلق بتحديد قواعد حفظ الصحة، فيما يخص الدفن ونقل الجثث، وإخراج الموتى من القبور وإعادة دفنها، حيث نصت المادة 14 منه، بأن طلب إخراج جثمان ميت من القبر يقدم إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي التابع لمكان الدفن من قبل أقرب أقرباء المتوفى.

ويجب على الطالب إثبات الصفة التي تؤهله للقيام بإخراج الجثمان، حيث يجب أن يبين اسمه ولقبه، وسنه ومهنته ومحل إقامته، وكذلك السبب الذي من أجله يطلب إخراج جثمان الميت من القبر. ويشترط أن يرفق الطلب بشهادة الوفاة، يثبت فيها الطبيب المعالج أن المتوفى لم يمت بسبب الأمراض التالية: الكوليرا والجذام والطاعون، ولكن رخصة إخراج الجثمان يجب أن تمنح في حالة مرور ثلاث سنوات من الوفاة².

وتنص المادة 16 بأنه في غير الأمراض السالفة، يمنح رخصة إخراج الجثمان من القبر بعد أجل عام ابتداء من تاريخ الوفاة.

ولقد نص قرار وزير الصحة المصري رقم 418 لسنة 1970 باللائحة التنفيذية لقانون 1966 بشأن الجبانات، في المادة 18 بأنه يتبع في إخراج الجثث أو الرفات لنقلها ما يأتي:

1- أن يقدم الطلب للجهة المختصة مسبقاً بشهادة إدارية مثبتة بموافقة الورثة الشرعيين على النقل، وشهادة رسمية بتاريخ الوفاة.

2- لا يجوز إخراج الجثث لإعادة دفنها في ذات الجبنة أو أي جبنة أخرى داخل الجمهورية قبل مضي ستة أشهر على الأقل من تاريخ دفنها، أو كانت الوفاة بسبب الحمرة الخبيثة، أو بإحدى الأمراض الكورنتينية في أجل سنة، في غير حالة تحنيط الجثة ودفنها في صندوق مبطن من الداخل بألواح من الزنك الملحوم الفواصل، فإنه يجوز في أي وقت.

¹ - مرسوم رقم 75-152 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1395 الموافق 15 ديسمبر 1975 يتضمن تحديد قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة دفنها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 103 لسنة 1975.

² - المادة 15 من المرسوم 75-152 سالف الذكر.

وإذا كان المشرع الجزائري يشترط شرط العلانية¹ في بعض الجرائم، فإنه في جريمة دفن وإخراج جثة الإنسان يشترط أن تتم الأفعال خفية، ذلك أن فعل الدفن وإخراج الجثة يجب أن يكون بصورة علنية. ففي إخراج الجثة مثلاً نصت المادة 21 من المرسوم 75-152 سالف الذكر على أنه: "تفخذ كل عملية إخراج جثمان من القبر بمحضر أقرب الأقرباء أو الوكيل المبلغ بصفة قانونية، وإذا كان غائباً في الوقت المحدد لا تجرى العملية، ولكن الأتعاب تمنح للموظفين المعنيين كأن العملية قد نفذت بتمامها".

ونصت المادة 22 منه على الموظفين الذين يحضرون بالإحالة إلى الأمر رقم 75-152. وقد تتطلب الخبرة الطبية استخراج الجثة، فيطلب ذلك من الطبيب ولا بد من حضوره شخصياً لعملية إخراج الجثة من تحت التراب وفتحها أمام الجميع².

وغنى عن البيان، فإنه في هذه الجريمة، يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى القيام بالأفعال المؤدية إلى الدفن وإخراج الجثة من القبر، مع علمه بعناصر الجريمة، حيث يعلم أنه يفتح قبراً أو أنه يدفن جثة بصورة خفية، فإذا انتفى القصد الجنائي تجاوزت عناصر هذه الجريمة.

في كثير من الأحيان تتجه أفعال الحفر لإنجاز بعض المشاريع، إلى العثور على بعض القبور ويتم نبشها وإعادة دفنها، ففي هذه الحالة لا يترتب عليها مسؤولية جزائية لانتهاء العلم والإرادة.

وتعاقب المادة 152 من قانون العقوبات الجزائري على جريمة دفن الجثة أو إخراجها خفية بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 2000 دج.

3. جريمة القيام بأفعال تمس حرمة الموتى في المقابر

بالإضافة إلى الأفعال الواقعة على القبور، والتي تتمثل في أفعال التدنيس أو الهدم أو التخريب، نص المشرع الجزائري على جريمة أخرى، تتمثل في القيام بأفعال تمس حرمة الموتى في المقابر، ولقد نصت عليها المادة 152 من قانون العقوبات الجزائري بأنه: "كل من يرتكب فعلاً يمس بالحرمة الواجبة للموتى في المقابر أو غيرها من أماكن الدفن يعاقب...".

وهكذا تولي الدولة اهتماماً بجرمة الموتى وحرمة المدافن أهمية كبيرة، وتهدف إلى حمايتها وصيانتها من النهب والآفات، وتدعو إلى احترامها وإبقاء طابعها الجمالي أكثر، فلقد أصدرت الجزائر نصوصاً قانونية في صور أوامر تتعلق بما نحن بصدد، حيث صدر الأمر 75-78 المتعلق بالجنازات،³

¹ - كما هو في بعض الجرائم حيث يشترط القانون العلنية، كجريمة الفعل الفاضح العلني المحل بالحياة في المادة 333 وجريمة القذف المادة 296 وجريمة السب 297 و 299.

² - يحيى بن لعل، الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قربي، لا توجد سنة النشر، ص. 81.

³ - الأمر رقم 75-78 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1395 الموافق 15 ديسمبر 1975 المتعلق بالجنازات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 103 لسنة 1975

والذي يبين الأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة بجفلات المآتم مهما كان طابع الجنازة، ويبين الشروط المطبقة على مختلف أنواع الدفن والجنازة، تحت طائلة العقوبات لمن يخالف هذه الأحكام التنظيمية.

ونص الأمر 75-79 المتعلق بدفن الموتى¹ في مادته الأولى على أنه: "لا يجوز دفن الموتى في المساجد والكنائس والمعابد والكنائس اليهودية، وبصفة عامة كل بناية مغلقة أو مغلقة يجتمع فيها المواطنون لتأدية عباداتهم، وكذلك داخل المدن والقرى".

ونص في المادة الثانية منه بأنه: "لا يجوز بناء مسكن وحفر آبار على بعد يقل عن خمسة وثلاثين متراً من المقابر" وفي هذه الأحكام حماية أو ضمانات للمحافظة على الشكل المظهري للمدافن.

هذا ونص القانون المصري رقم 5 لسنة 1966 المتعلق بالجبانات على الأماكن المخصصة للدفن، وتبعيتها من حيث ملكيتها، بالإضافة إلى توكيل جهات لإنشاء الجبانات وصيانتها وعمليات نقل الجثث...". كما صدر قرار وزير الصحة رقم 418 لسنة 1976 السابق الذكر، ولا شك أن هذه القوانين والأوامر تهدف إلى وضع نظام شامل للقبور والجبانات، لأجل المحافظة عليها، وصيانتها من الأفعال الإجرامية التي تقع عليها، غير أن الواقع يدل على عدم الاحترام اللائق للمدافن، لذا تصدت القوانين بنصوص الجزائية لمواجهة هذه الأفعال الإجرامية².

ويتوافر الركن المادي لهذه الجريمة بالقيام بأفعال سواء كانت هذه الأفعال غير مشروعة أو مجرمة بنص القانون، أو كانت مشروعة ويأبي العرف أن تكون المدافن محلاً لها.

لقد نص قرار وزير الصحة المصري سابق الذكر في المادة الثامنة منه بأنه: "يكون للمجلس المحلي الإشراف على حراسة الجبانة ونظافتها، وعليه توفير الجهاز اللازم لذلك. ويحظر ذبح الذبائح داخل الجبانة وإلقاء القاذورات والمتخلفات في طرفاتها وبجوار القبور"³.

ويتوافر الركن المعنوي بوجود العلم والإرادة في الفعل المؤدي إلى انتهاك الحرمة الواجبة للموتى وإن لم يقصد الانتهاك. فمثلاً في التسول يشترط القصد لذي التسول في اعتياد ممارسة التسول، مع وجود وسائل التعايش، فإذا مارس التسول في مقبرة، كان انتهاك حرمة القبور، وإن لم يقصد من تسوله انتهاكها. وكذلك الأمر لذبح الذبائح في مقبرة، فإن القصد الجنائي في انتهاك حرمة القبور يكون حال كون الجاني لديه العلم والإرادة بذبح الذبائح في المقبرة، ثم لا يهم بعد ذلك أن قصد انتهاك حرمة القبور أو لم يقصد.

¹ - الأمر رقم 75-79 المؤرخ في ذي الحجة 1395 الموافق 15 ديسمبر 1975 المتعلق بدفن الموتى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 103 لسنة 1975.

² - حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص. 599.

³ - نفس المرجع، ص. 599.

لقد دلّ القضاء المصري على ذلك، حيث أشار إلى أن القصد الجنائي ليس ضرورياً في تهمّة انتهاك حرمة القبور أو تدنيسها، ويكفي أن الفعل المادي المسبب لانتهاكها، يكون قد حصل بإرادة الفاعل ورغبته.¹

إلا أن المشرع الأردني في المادة 277 من قانون العقوبات جاء صريحاً²، حيث أوجب توافر القصد الجنائي، العلم والإرادة في الفعل، وأن يقصد بهذا الفعل إهانة الميت، أو يقصد بذلك أن يطغى أي شخص على عواطفه أو يهين دينه، كما لو سبب إزعاجاً لأشخاص يقومون بمراسيم الجنائز. ويعاقب المشرع الجزائري على ارتكاب هذه الجريمة بنص المادة 151 من قانون العقوبات الجزائري بقولها "كل من يرتكب فعلاً يمس بالحرمة الواجبة للموتى في المقابر... يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000 دج".

إلا أن هذه الجريمة قد تشترك معها جرائم أخرى، كجريمة التسول والسب أو غيرها من الجرائم، فتؤدي إلى تعدد في الوصف القانوني للفعل، حيث أن تعدداً لجرائم قد يكون تعدداً حقيقياً، عندما يقوم الجاني بعدد الأفعال المكونة لعدة جرائم قبل أن يحكم عليه نهائياً في واحدة منها.

وقد يكون التعدد صورياً، وهو أن يرتكب الشخص فعلاً واحداً يقبل عدة أوصاف، ويخضع من حيث الجزاء لأكثر من نص³، وهذا ما ينطبق على جريمة القيام بأفعال تمس بحرمة الموتى في المقابر. ولقد نصت المادة 32 من قانون العقوبات على أنه: "يجب أن يوصف الفعل الواحد الذي يحتل عدة أوصاف بالوصف الأشد من بينها". مثلاً لو اغتصب شخص فتاة في مقبرة، فإنه يعاقب عقوبة جريمة الاغتصاب التي عاقب عليها المشرع في المادة 337 عقوبات بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، والسجن المؤبد إذا كانت المحني عليها قاصراً، لم تبلغ سن الخامسة عشرة سنة، وفي حالة وقوع الفعل من أحدي أصول المحني عليها، فتكون العقوبة من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

أما إذا ارتكب التسول في المقابر بتوافر شروط هذه الجريمة - التسول - فإنه يعاقب باعتباره قائماً بفعل يمس حرمة الموتى لكونها العقوبة الأشد.

¹ - طعن مصري 1905 / 19 / 30 المجموعة الرسمية س 7 ق 125 ص: 31 مقتبس عن: حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص. 599.
² - تنص المادة 277 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: كل من اعتدى على مكان يستعمل لدفن الموتى، أو مكان مخصص لإقامة مراسيم الجنائز قاصداً بذلك جرح عواطف أي شخص أو إهانة دينه، أو كان يعلم أن فعله هذا يحتمل أن يجرح عواطف أي شخص، أو أن يؤدي إلى إهانة دينه يعاقب...".
³ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة السابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 261.

ولو سب في مقبرة وأخل بجرمة الموتى، فإنه كذلك يعاقب بعقوبة الجريمة الأخيرة، ذلك أن المشرع عاقب على عقوبة السب في المادة 297 عقوبات بالحبس من ستة أيام إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 150 إلى 1500 دج أو بإحدى هذين العقوبتين وهذه العقوبة ولا شك أقل من العقوبة المقررة في المادة 151 وبالتالي يتعين تطبيق هذه الأخيرة باعتبارها العقوبة الأشد.

لقد عاقب قانون العقوبات الفرنسي الصادر عام 1887 على الاعتداء على ذكرى الأموات بالسب¹. وعاقب المشرع المصري في المادة 160 من قانون العقوبات بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، لانتهاك حرمة القبور والجبانات أو تدنيسها².

وفي جانب الشريعة الإسلامية أشار الفقهاء إلى إمكانية مخاصمة من يقذف ميتاً؛ لأن ذلك يؤدي إلى الإضرار بالأحياء من أقربائه، فجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة يبيحون رفع الدعوى على القاذف، بناء على شكوى ممن يملك حق المخاصمة³.

جاء في المدونة أنه من قذف ميتاً، كأن يقول له ليس فلان لأبيه، وأبو الميت حي فقام الأب بالحد وقال: قطع نسبي مني أيكون ذلك أم لا؟ قال نعم عليه الحد، ولو قال له على وجه السباب والغضب: أنت ابن فلان ونسبه لغير أبيه أيضرب الحد، قال مالك: نعم يضرب الحد، إلا أن يكون أستخيره، أو قال له ذلك على وجه السؤال⁴.

فإن كان قذف الميت موجباً للحد، فإن ذلك يرجع لكون القذف هو إلحاق العار بالمقذوف، والميت ليس بمحل لإلحاق العار به، فلم يكن معني القذف راجعاً إليه بل إلى فروعه وأصوله؛ لأنه يلحقهم العار بقذف الميت، لوجود الجزئية والبعضية وقذف الإنسان يكون قذفاً لأجزائه، فكان القذف بهم من حيث المعنى، فيثبت لهم حق المخاصمة لدفع العار عن أنفسهم⁵.

هذا وإن كان الفقهاء اتفقوا بأنه إن كان المقذوف ميتاً، يجوز رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى من يملك المخاصمة، فقد اختلفوا في من يملك حق المخاصمة. فيرى مالك " أن أصول المقذوف وفروعه الذكور يملكون حق المخاصمة، وإن أجداد المقذوف من أمه يملكون هذا الحق، فإن لم يكن أحد

1 - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص. 164.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، لا توجد بلد النشر، 1999، ص. 160.

3 - مقتبس عن: عبد القادر عودة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 481.

4 الإمام ملك ابن أنس، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون، الطبعة الأولى، المجلد السابع، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، لبنان، 1999، ص. 2431.

5 - الكساني، بدائع الصنائع، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 55.

من هؤلاء، كان حق المخاصمة للعصبة وللبنات والأخوات والجدات"¹. ويرى أبو حنيفة أنه لو قال: "يا ابن الزانية وأمه ميتة، طلب الوالد أو الولد أو ولده أي ولد الولد الحد، ويرى محمد لا يثبت المطالبة لولد البنت؛ لأنه منسوب إلى أبيه لا إلى أمه، فلا يلحقه الشين بزنا أبي أمه"².

وقال الشافعي "إن كان الميت محصناً فلوليه المطالبة، وينقسم بانقسام الميراث، وإن لم يكن محصناً فلا حد على قاذفه؛ لأنه ليس بمحصن فلا يجب الحد، كما لو كان حياً وأكثر أهل العلم لا يرون الحد على من لم يقذف محصناً حياً أو ميتاً؛ لأنه لا يجد غير المحصن إذا كان حياً، ومن باب أولى إذا كان ميتاً"³.

ويرجع اختلاف الفقهاء على من يملك حق المخاصمة، إلى أن الاختلاف في تقدير من يلحقهم عار القذف، فالبعض يرى أنه يلحق الورثة، والبعض يرى أنه يلحق الورثة إلا من يرث بالزوجية، والبعض يرى أنه يلحق إلا العصباء، والبعض يرى أنه لا يلحق إلا من يعتبر القذف نفيًا لنسبه، ولكنهم متفقون على أن من له حق المخاصمة يستطيع أن يخاصم، دون توقف على غيره ممن له نفس الحق، ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت.⁴

ومن خلال هذا العرض، وبعد بيان الجثة محل الحماية الجنائية وشمولها بهذه الحماية، أمكننا الوصول إلى المقصود بالحماية الجنائية لجثة الإنسان بأنها: إحدى أنواع الحماية التي يقرها القانون لجثة الإنسان إكراماً لمشاعر وقيم وذكري المتوفى، الذي أثبتت الخبرة الطبية توقف جميع مظاهر الحياة في جسمه، ووسيلة هذه الحماية القانون الجنائي، عن طريق تجريم الأفعال الماسة بجثتها وحصانتها ووضع الجزاء الرادع لحماية المصلحة الاجتماعية والقيم الجوهرية للجماعة.

ومن خلال بيان مفهوم الحماية الجنائية لجثة الإنسان، وما يمكن أن يشتمل عليها، وجب معرفة الميعاد الذي بحلوله يستوي مفهوم الجثة ومرحلة استغراقها، ألا وهو لحظة حدوث الموت.

المبحث الثاني

تعريف الموت وتحديد لحظة حدوثه

من خلال التعريف الذي وصلنا إليه والمقصود بالحماية الجنائية لجثة الإنسان نستخلص أن عناصر الحماية تتمثل في تقرير القانون الجنائي لحماية محل - الجثة - وصل في نظره إلى الأهمية التي ينبغي

¹ - عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص. 481-482.

² - الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 622-623.

³ - شمس الدين ابن قدامي المقدسي، الشرح الكبير، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص. 230.

⁴ - عبد القادر عودة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 482-483.

مراعاتها عن طريق تقرير الجزاء الجنائي. ومما ينبغي بيانه عند معرض الحديث عن هذه الحماية الحد الفاصل بين حماية الجسم البشري وجثة الإنسان، لذلك يعد شرطاً مهماً ذكر اللحظة الفاصلة بينهما، بحيث يفقد الجسم جميع مظاهر الحياة بإثبات خيرة طبية.

ولذا تعتبر أهم إشكالية تثيرها الحماية الجنائية لجثة الإنسان هي قضية تعريف الموت وتحديد لحظة حدوثه، إذ هي الفيصل بين مرحلتين، مرحلة تدب فيها الحياة يكتسب معها العنصر المادي للإنسان وصف الجسم البشري، فيعيش في ظل حماية جنائية تقتضي حفظ الحياة الإنسانية والحرمة الجسدية. فإذا كان استحقاق الجسم البشري لهذه الحماية؛ يعني أن تتعلق الروح بالبدن بناء على أمر قد قدر، فإن انتهاء الحياة الإنسانية بمفارقة هذا المخلوق - الروح - للجسد، باعتبارها نتيجة منطقية أصلها قاعدة السببية المتحكمة في الوجود¹، يؤدي حتماً إلى انتهاء وصف الجسم البشري، ليحل وصف آخر يعني جثة الإنسان، فتتحسر عندها الحماية المتعلقة بالجسم البشري، لتعوضها حماية أخرى لجثة الإنسان. ومن خلال هذا يتضح أن تعريف الموت وتحديد لحظة حدوثه أمر تستلزمه الحماية الجنائية لجثة الإنسان، لتحديد الإطار الزمني الذي تلعب فيه هذه الحماية دورها وتبسط فيه حمايتها، كما أن تحديد لحظة حدوث الموت يعتبر من بين الإشكالات المهمة، ذلك أن الإطار العلمي لتحديد لحظة حدوث الموت يشهد اختلافات كبيرة بين معايير مختلفة، ومن ثم يتعين بيان تعريف الموت (المطلب الأول) ثم تحديد لحظة حدوث الموت (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الموت

إن تعريف الموت مثل تعريف الحياة أمر تكتنفه كثير من الصعوبات، رغم أن العلامات الفارقة بين الموت والحياة أو بين الكائن الحي والكائن الميت، يدركها الإنسان بفطرته كما يدركها بمعارفه، فالكائن الحي يتنفس وينمو ويتكاثر ويتحرك، ثم تختلف بعد ذلك طرق التنفس والغذاء والتكاثر والحركة بأشكالها المتعددة.

إن جسم الكائن الحي متعدد الخلايا²، مثل الإنسان والحيوان والنبات تموت ملايين الملايين من الخلايا كل يوم، ويخلق الله سبحانه وتعالى بدلاً عنها ملايين أخرى، ويبقى الكائن الحي على قيد

¹ - فيصل عبد الرحيم شاهين، البحث السابق، ص. 06.

² - الغالبية العظمى من خلايا جسد الإنسان، وكذلك أعضائه التي يحتويها الجسد، لها حياتها المستقلة عن حياة الإنسان كفرد وكحقيقة مطلقة لا ترتبط إحداها بالأخرى، مثلاً يمكن زراعة بعض الخلايا أو الأعضاء خارج الجسم ودراستها بالمعمل، ولا تفقد هذه الخلايا حياتها، ولكنها تستمر في حياتها الذاتية من هدم وبناء ونماء، طالما توافرت لها إمكانية الغذاء المناسب. فيصل عبد الرحيم شاهين، المرجع السابق، ص. 01-02.

الحياة مادامت عملية البدء والإعادة مستمرة فيه حتى يتوفاها الله بالموت¹.
ومهما يكن فإن تعريف الموت يقتضي منا التعرض إلى التعريف اللغوي لبيان الدلالة اللغوية
لكلمة " الموت " (الفرع الأول) ثم نتعرض تباعاً للتعريف الاصطلاحي الطبي (الفرع الثاني). فالتعريف
الاصطلاحي للموت في الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث) ثم التعريف الاصطلاحي القانوني للموت
(الفرع الرابع).

الفرع الأول

التعريف اللغوي للموت

أصل كلمة الموت من الموتان والموات، أي ضد الحياة من فعل مات يموت ورجل ميّت وقوم
موتى وأموات، وقيل الميت الذي مات أو الميت، والمات الذي لم يمّت بعد، وحكى الجوهري عن
الفرّاء: يقال لمن سيموت مائت عن قريب² لقوله تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِثْمٌ مَيِّتُونَ﴾³. ويأتي الموت
بمعاني متعددة.

يأتي الموت بمعنى السكون، وكل من سكن فقد مات، ماتت النار موتاً؛ برد رمادها ولم يبق من
الجمر شيء، وماتت الريح ركّدت وسكنت⁴.

ويأتي الموت بمعنى ذهاب القوة النامية الموجودة في الحيوان والنبات، كقوله تعالى: ﴿فِيحْيِي
الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا﴾⁵. ويأتي أيضاً بمعنى زوال القوة الحسية كقوله تعالى: ﴿يَا لَيْتَنِي مِتُّ قَبْلَ هَذَا﴾⁶.
قال ابن كثير " فإنها عرفت أنها ستبتلى وتمتحن بهذا المولود الذي لا يحمل الناس أمرها فيه على
السداد"⁷.

ويطلق على زوال القوة العاقلة وهي الجهالة، لقوله تعالى: ﴿أَوْ مِنْ كَانَ مَيِّتاً فَأَحْيَيْنَاهُ﴾⁸. وقوله
تعالى: ﴿فَإِنَّكَ لَا تَسْمَعُ الْمَوْتَى﴾⁹.

¹ - محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ.... الموت... تعريفه وعلاماته وتشخيصه، بحث منشور في مجلة الإعجاز العلمي التي تصدرها
رابطة العالم الإسلامي، العدد 15 ص. 03. مستخرج من الإنترنت الموقع <http://www.nooran.org/95.htm>

² - ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الخامس، المرجع السابق، ص: 564.

³ - سورة الزمر، الآية. 30.

⁴ - ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الخامس، المرجع السابق، ص. 564.

⁵ - سورة الروم، الآية. 40.

⁶ - سورة مريم، الآية. 22.

⁷ - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، دار الهدى، 1988، ص. 118.

⁸ - سورة الأنعام الآية. 122.

⁹ - سورة الروم، الآية. 52.

ويذكر الصابوني في تفسيره لقوله تعالى « إنما يستجيب الذين يسمعون»¹، أي؛ إنما يستجيب الذين يسمعون سماع قبول وإصغاء، وفي قوله تعالى ﴿والموتى يعثهم الله﴾². قال ابن كثير: يعني بذلك الكفار، لأنهم موتى القلوب، فشبهم الله بأموات الأجساد من باب التهكم والازدراء عليهم³. وتأتي الموت بمعنى النوم كقوله تعالى ﴿والتي لم تمت في منامها﴾⁴؛ وبمعنى الحزن والخوف المكر للحياة كقوله تعالى: ﴿ويأتيه الموت من كل مكان وما هو بميت﴾⁵، وتأتي بمعنى فقدان الحياة ومغادرة الروح قال تعالى: ﴿أينما تكونوا يدرككم الموت لو كنتم في بروج مشيدة﴾⁶. ويأتي لفظ الموت بمعنى الوفاة فلا فرق بين الموت والوفاة، ولكن هناك اختلاف في التعبير عن الموت بمعنى الوفاة. فمن حيث تساوي المعنى فالموت كما يقول ابن منظور: الوفاة هي المنيّة، والوفاة الموت، وتوفي فلان توفاه الله إذا قبض نفسه⁷. أما من حيث اختلاف التعبير، فقد ورد لفظ الوفاة في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿والتي يأتين الفاحشة من نسائكم فأشهدوا عليهن أربعة منكم، فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سيلاً﴾⁸. وقال تعالى: ﴿حتى إذا جاء أحدهم الموت توفته رسلنا وهم لا يفرطون﴾⁹. وقال تعالى: ﴿الله يتوفى الأنفس حين موتها والتي لم تمت في منامها فيمسك التي قضى عليها الموت﴾¹⁰. ومن خلال هذه الآيات يتبين أن الموت وسيلة الوفاة، أي قبض الروح بالموت فلفظ الموت أكثر دقة وشمولية من لفظ الوفاة، لأن الموت مفارقة الروح الجسد بحيث لا يبقى جهاز من الأجهزة في صفة حياتية، أما الوفاة تحصل إلى النفس، فهي تفارق الجسد ويكون ذلك عند حصول الموت. وبعد وقوفنا على التعريف اللغوي للموت وانتقاء أشمل الألفاظ وأدقها، وجب بيان مجمل التعاريف الاصطلاحية وذلك في الآتي.

1 - سورة الأنعام، الآية. 36.

2 - سورة الأنعام، الآية. 36.

3 - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، شركة شهاب، الجزائر، 1990، ص. 389.

4 - سورة الزمر، الآية. 39.

5 - سورة إبراهيم، الآية. 20.

6 - سورة النساء، الآية. 77.

7 - ابن منظور، المجلد الخامس، المرجع السابق، ص. 961.

8 - سورة النساء، الآية. 15.

9 - سورة الأنعام، الآية. 61.

10 - سورة الزمر، الآية. 42.

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي الطبي للموت

أبدى الجانب الطبي اهتماماً بمسألة تعريف الموت، واستخدم وسائل متعددة للتعرف عليه باعتبارهم ذوي الخبرة. كما أن مسألة تعريف الموت تلعب دوراً هاماً بالنسبة للأطباء، خصوصاً في مجال المسؤولية الطبية (التخوف من التشخيص الخاطئ للموت والدفن المبكر). وسوف نتعرض في هذا الفرع إلى نوعين من التعاريف الاصطلاحية الطبية، التعريف الاصطلاحى للموت عند علماء الأحياء (أولاً) ثم التعريف الاصطلاحى للموت في الطب الشرعي (ثانياً).

أولاً: التعريف الاصطلاحى للموت عند علماء الأحياء

يعرف الأطباء الموت بأنه التوقف الكامل والقطعي لكل الخلايا، العمليات الفعالة للتبادل والتغير السريري والذي يسميه المرء " قوة التجديد والدثور (البناء والهدم) في الكائن الحي "، ولكن يتكون جسم الإنسان من عدد كبير ومتنوع من الخلايا التي تتجمع ضمن أنسجة للقيام بوظائف متعددة، حيث نشاطات التبادل والتغير السريري وهياكل الكيمياء مختلفة جداً، الواحدة عن الأخرى¹.

ومعنى ذلك، وجود فئات كبيرة لحساسية الخلايا اتجاه الأكسجين فخلايا الدماغ تموت خلال ثلاثة دقائق من نقص الأكسجين، وخلايا الكبد خلال عشر دقائق، أما الكلية تموت خلاياها خلال عشرين دقيقة، وتطول خلايا القلب لتموت خلال خمسين أو ستين دقيقة، وأطول من ذلك خلايا الجلد إذ تموت بعد عدة أيام².

ويعرّف الموت بأنه " عملية في اتجاه واحد أي غير قابل للشفاء ويتكون من التوقف المتلاحق لعدة أنواع من الحياة، تؤمن كل واحدة منه عمل عضو أو أنسجة أو خلايا"³.

ويشير العلماء إلى أن الفوضى يمكن أن تؤثر أو تشوش على الوظائف فتوقف مقاومتها، سواء متلازمة لكل الوظائف أو متلاحقة بسرعة⁴.

ولا يعرف الطبيب الموت وإنما يكشف عن إشاراته وعن أسبابه الظاهرة، وهو يتعرف عن الآلية المرضية أو الطبية التي تؤدي إلى الموت، دون أن يستطيع السيطرة عليه. ويجدر التمييز بين الموت الطبيعي

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية... التطبيقات العملية...، المرجع السابق، ص.244.

2 - نفس المرجع، ص.244.

3 - نفس المرجع، ص. 245.

4 - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 205.

والموت الناتج عن حادث، فالإنسان يملك وسائل الكفاح الطبيعي ضد الأمراض المتعددة، بالإضافة إلى أن الإنسان أصطنع وسائل صناعية للتغلب عليه بشكل فعال وعلى كل الاعتداءات التي يتعرض لها¹.

أما المقصود بالموت الطبيعي والموت الناتج عن حادث " الموت هو أولاً: ظاهرة طبيعية للحياة ... وبالدرجة الأولى " إذ أن الحادث الذي يصيب جميع الكائنات الحية بدون استثناء، أعتبر قانون وليس مجرد حادث، غير أن الزمن الذي يمضي بين الولادة وبين الحادث يختلف من كائن لآخر". ومن ثم يبدو الموت " النتيجة الحياتية الطبيعية لولادة شخص " وكل ما هو غير ذلك ينشئ الموت الناتج عن حادث الذي يحدث قبل وقته، مثل مرض طفل، مرض بالغ أو مرض شخص طاعن في السن قبل الساعة المحددة تبعاً للمجرى الطبيعي للأمور².

والخلاصة أن الموت " ظاهرة مستمرة لا يتم التأكد من طابعه القطعي غير المعكوس، فهو نتيجة لعدة أنواع من الموت الجزئي، موت وظيفي، موت ظاهري موت الأنسجة، ويجب على الطبيب أن يعرف من بينها نقطة عدم الرجوع إلى الحياة.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للموت في الطب الشرعي

يعرّف الموت في الطب الشرعي بأنه "انقطاع الحياة سواء من الإنسان أو الحيوان نتيجة توقف واحد أو أكثر من أجهزته الحيوية عن العمل وهي: الجهاز الدوري، الجهاز التنفسي، الجهاز العصبي على أن يكون لمدة خمس دقائق متصلة، ويتبع ذلك تدريجياً تغيرات تطراً على الجثة خارجياً وداخلياً، وتنتهي بتعطل الجسم ليقى الهيكل العظمي"³.

كما يعرف بأنه " ما يحل بالجسم البشري نتيجة التوقف الدائم اللاعكسي للأجهزة الحيوية الثلاث " العصبي والدوران والتنفسي ".

غير أنه يندر في الأحوال الاعتيادية أن تتوقف الأجهزة الثلاثة في لحظة واحدة ويمكن أن يتوقف أحدهم أولاً يتلوه - إن عاجلاً أو آجلاً - توقف الجهازين، ففي الشنق القضائي يتوقف القلب عن النبض بعد بضعة دقائق عن التنفس، ثم يتوقف الدماغ بعد توقف القلب بيسير من الوقت⁴.

1 - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 206.

2 - نفس المرجع، ص. 206.

3 - معوض عبد التواب، سنوت حلّيم دوس، الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية، الطبعة الثانية، لا توجد دار النشر، 1999، ص. 408.

4 - ضياء نوري حسن، الطب القضائي وآداب المهنة الطبية، دار الكتب لطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، 1986، ص. 277.

كما يمكن تعريف الموت بأنه " توقف للنشاطات الحيوية والتفاعلات الحيوية في الجسم كنتيجة لتوقف عمل الجهاز العصبي، وجهاز الدوران، وبالأخص الجهاز التنفسي " ¹.

ويعرّف الموت في الطب الشرعي أيضاً بأنه " انتهاء الحياة بسبب توقف الجهاز التنفسي والدورة الدموية والجهاز العصبي توقفاً تاماً لبضع دقائق، وما يستتبع ذلك من ظهور علامات وتغيرات بمظاهر الجثة تنتهي بتحلل الجسم تحللاً كاملاً " ².

من خلال هذه التعاريف يتبين لنا أن تعريف الموت في الطب الشرعي يستند إلى توقف أجهزة الجسم، ولكنه يستتبع ذلك تغيرات في الجثة وهي التغيرات الرموية التي تحدث عقب الوفاة، التيبس الرمي، الرسوب الرمي أو (الزرقة الرموية)، التعفن الرمي التصبن الرمي.

إن هذه العلامات هي محل اهتمام عدد كبير من الأطباء الشرعيين، لذلك يختلفون في تعريف الموت، حيث أن الشك والريبة في توقف الجهازين، يوجب توقف الدفن عند الأطباء الشرعيين، ريثما تبدى التغيرات الرموية في الظهور، فتميط اللثام على حقيقة التشخيص.

والملاحظة الأخرى التي يمكن إبداءها هو أن التعاريف الطبية للموت تقترن بالتحري لمعرفة سبب الوفاة، كالشنق، التسمم، التي يفترضها الأطباء على أنها بسبب إجرامي. ويجدر بنا بعد هذا الحديث عن موقف الفقه الإسلامي من تعريف الموت في الاصطلاح.

الفرع الثالث

التعريف الاصطلاحي للموت في الفقه الاسلامي

تقرر معظم الأديان والفلسفات الأدبية أن موت الإنسان هو خروج الروح من بدنه إلى حيث لا يعلم ³، وفي الإسلام يعد الموت خروج الروح من الجسد، وقد وكلّ الله ملائكة يقومون بإخراج الروح ⁴. ومن هذا قوله تعالى: ﴿الذين توفاهم الملائكة طيبين يقولون سلام عليكم﴾ ⁵؛ وقال عز وجل:

¹ - يحيى بن علي، المرجع السابق، ص.72.

² - أحمد أبو الروس، التحقيق الجنائي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 1998، ص.415.

³ - وهذا المفهوم كان موجوداً لدى الأمم القديمة مثل المصريين القدامى والبابليين والآشوريين والصينيين والهنود والإغريق، كما هو موجود لدى اليهود والنصارى والهنداكة والبوذيين وعقائد الشنتو (اليابان).

ويتعتقد البوذيين والهنداكة والشنتو أن الروح تظل حبيسة بالجسد وبالذات في الجمجمة، وأنها لا تنطلق الأبعد حرق الجثة وانفجار الجمجمة. ثم إن الهندوس والبوذيين تعتقدون بتناسخ الأرواح، وأن الأرواح الشريرة تعاد في جسد حقير مثل الكلب أو الخنزير وتظل في الدوران حتى تنطهر، وأن الروح الخيرة والصالحة تظل تنتقل في الأجساد الخيرة، حتى تصل مرحلة النرفانا، وهي السعادة الأبدية المطلقة في الروح الطليقة المتصلة بالأزل والأبد. محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، المرجع السابق، ص.03.

⁴ - محمد علي البار، المرجع السابق، ص.04.

⁵ - سورة النحل، الآية.32.

﴿ ولو ترى إذ يتوفى الذين كفروا الملائكة يضربون وجوههم وأدبارهم ﴾¹؛ وقال أيضاً: ﴿ قل يتوفاكم ملك الموت الذي وكل بكم ﴾²؛ وقال: ﴿ إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم ﴾³؛ وقال جل وعلا: ﴿ ولو ترى إذ الظالمون في غمرات الموت والملائكة باسطو أيديهم أخرجوا أنفسهم ﴾⁴؛ وذكر ابن الجوزي في تفسيره لقوله تعالى: ﴿ الذي خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملاً ﴾ تعريف الموت أنه المزيل للحياة⁵. ويقال " إن موت النفوس هو مفارقتها لأجسادها وخروجها منها، فإن أريد بموته هذا القدر فهي ذائقة الموت، وإن أريد أنها تعدم وتضمحل وتصير عدماً محضاً فهي لا تموت بهذا الاعتبار "

ويعرف الأصوليون الموت على أنه " عجز ظاهر كلي أي ليس فيه جهة القدرة بوجه من الوجوه، وهو أمر وجودي عند أهل السنة "⁶. ويعرف الموت " بمفارقة الروح للجسد على وجه الحقيقة واليقين "⁷.

والروح كما يقول صاحب الإحياء- أبي حامد الغزالي- تطلق لمعنيين أحدهما " جسم لطيف منبعه تجويف القلب الجسماني، فينتشر بواسطة العروق الضواري، إلى سائر أجزاء البدن، وجريانه في البدن وفيضان أنوار الحياة والحس والبصر والسمع والشم منها على أعضائها... ". ومعنى آخر يراد به " اللطيفة العاملة المدركة في الإنسان " ويعني به القلب⁸. وقد يعرف الموت من عدة نواحي:

من الناحية التصويرية يعرف بأنه صفة وجودية ضد الحياة؛ ومن ناحية علاماته يعرف باسترخاء العينين، وانخساف الصدغين واعوجاج الأنف وامتداد جلدة الجبهة؛ ومن ناحية آثاره في مجال الديون والحقوق يعرف بأنه زوال التكاليف بالموت، وسقوط العبادات، وزوال أهلية الوجوب أو الشخصية⁹.

فإذا كان الموت خروج الروح من الجسد، فما حقيقة الموت في الشريعة الإسلامية ؟

1 - سورة الأنفال، الآية.50.

2 - سورة السجدة، الآية. 11.

3 - سورة النساء، الآية.97.

4 - سورة الأنعام، الآية.93.

5 - ابن الجوزي، زاد المسير، الطبعة الرابعة، المجلد الثاني، المكتب الإسلامي، بيروت، 1987، ص.319.

6 - حسن خلف الجبوري، عوارض الأهلية، الطبعة الأولى، مكة للطباعة والإعلام، جامعة أم القرى، 1988، ص.312.

7 - نفس المرجع، ص.364.

8 - أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، المجلد الثالث، دار المعرفة، بيروت لبنان، لا توجد سنة النشر، ص.3 - 4.

9 - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.379.

الموت هو الحق الذي لا بد منه، وما رؤي حق أشبهه باطل منه، فالله عز وجل قضى بالموت على جميع خلقه، وكتب الدوام والبقاء له هو وحده لا شريك له¹. قال تعالى: ﴿كل من عليها فان ويبقى وجه ربك ذو الجلال والإكرام﴾²؛ وقال تعالى: ﴿فإذا جاء أجلهم لا يستأخرون عنه ساعة ولا يستقدمون﴾³.

والموت هو المصيبة العظمى والبلية الكبرى⁴ قال تعالى: ﴿فأصابكم مصيبة الموت﴾⁵. قال القرطبي في كتابه - التذكرة في أحوال الموتى وأمور الآخرة - بأن "الموت هو الخطب الأفظع والأمر الأشنع، والكأس التي طعمها أكره وأبشع، وأنه الحارث الأهدم للذات، والأقطع للراحات والأجلب للكريهات، فإن أمرا يقطع أوصالك، ويفرق أعضائك ويهدم أركانك، هو الأمر العظيم والخطب الجسيم، وإن يومه هو اليوم العظيم"⁶.

ويقال "إن الموت ليس بعدم محض ولا فناء صرف، وإنما هو انقطاع تعلق الروح بالبدن ومفارقته وحيلولة بينهما، وتبدل حال، وانتقال من دار إلى دار"⁷؛ أي "انتقال الإنسان من دار التكليف والعمل إلى دار البرزخ والسؤال"، فقد ورد عن الخليفة عمر بن عبد العزيز أنه قال: "إنما خلقتم للأبد والبقاء، ولكنكم تنقلون من دار الفناء إلى دار البقاء"⁸.

ولا يمكن الكشف عن كنه الموت، غير أن الموت الذي يحل بالإنسان ويعتبر الإنسان به ميتاً، هو أمر نسبي، لأنه ميت بالنسبة لعلم البشر في حدود تكليفهم، وهو ميت بالنسبة لدار الدنيا لا لدار البرزخ، فإذا مات الإنسان انتهت حياته الدنيوية، ودخل إلى دار لا يعلم حقيقتها⁹. ثم للنفس أربعة دور، كل دار أعظم من التي قبلها:

➤ الدار الأولى: هو بطن الأم وهو محل الضيق والحصر والغم والظلمات الثلاث.

➤ الدار الثانية: وهي الدار التي أنشأها وأفتها واكتسبت فيها الخير والشر.

1 - محمد القاسمي الحسني، علامات الحياة والمات في الفقه والطب "رسالة ماجستير"، دار الخلدونية، الجزائر، 2001، ص.50.

2 - سورة الرحمان، الآيتين. 24 - 25

3 - سورة النحل، الآية. 61.

4 - مصطفى محمد الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب والدين، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1993، ص.102.

5 - سورة المائدة، الآية. 106.

6 - القرطبي، التذكرة في أحوال الموت وأمور الآخرة، المجلد الأول، دار الجيل، بيروت لبنان، 1999، ص.36.

7 - أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص.52.

8 - مصطفى محمد الذهبي، المرجع السابق، ص.103.

9 - نفس المرجع، ص.103.

➤ الدار الثالثة: وهي دار البرزخ وهي أوسع وأعظم من هذه الدار، ونسبة هذه الدار إليها كنسبة البطن إلى هذه.

➤ الدار الرابعة: هي دار القرار الجنة أو النار¹.

وعلى هذا الأساس فإن الموت هو "تبدل حال فقط، وأن الروح باقية بعد مفارقة الجسد، إما منعمة وإما معذبة حسب أعمال صاحبها"، فالميت يجلس في قبره وتعاد روحه في جسده ويسأل ويجيب. وقد قرر القرآن بأن الروح باقية بعد مفارقة الجسد، وما يؤكد ذلك بقاء حياة الشهداء، مع أن أجسامهم دفنت². إذ قال تعالى: "ولا تحسبن الذين قتلوا في سبيل الله أمواتاً بل أحياء عند ربهم يرزقون"³. وبعد فراعنا من تعريف الموت في الشريعة نتساءل عن وقف القانون من تعريف الموت.

الفرع الرابع

التعريف الاصطلاحي القانوني للموت

الوفاة ليست ظاهرة بيولوجية فقط، وإنما واقعة قانونية ولها آثارها المتنوعة وهو ما عبرت عنه المادة 25 من القانون المدني الجزائري⁴ في فقرتها الأولى على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته" وهي المادة المقابلة للمادة 29 من القانون المدني المصري القائلة: "تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بموته، ولا يعتبر بالموت في نظر القانون إنسانا". غير أن المشرعين- الجزائري والمصري- لم يتطرقا إلى تعريف الموت، والأمر سواء بالنسبة للقوانين الجنائية، وإن كانت مسألة التعاريف هي من اختصاص الفقه.

ويشير فقهاء القانون إلى "أن الموت يتحقق بتوقف القلب والرئتين عن العمل توقفا دائما ومستمرًا" ومعنى آخر أنه يكفي لاعتبار الإنسان ميتاً، أن يتوقف قلبه ورئتيه عن وظيفتيهما⁵.

ونص قانون ولاية كانساس الأمريكية الصادر عام 1980 على تعريف الموت بأنه "توقف جميع الوظائف الحيوية دون أدنى إمكانية لعودتها مرة أخرى"⁶.

1 - مصطفى محمد الذهبي، المرجع السابق، ص.103.

2 - بلحاج العربي، معصومية الجنة في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص.16.

3 - سورة آل عمران، الآية.169.

4 - الأمر رقم 75-158 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري

5 - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.219.

6 - مقتبس عن: حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص.602.

وعلى كل فإن الموت يعتبر ظاهرة مخيفة لا يمكن تجنبه، أحدث عدة ملاحظات لم تؤدي رغم ذلك إلى تعريف قانوني للموت. ولقد كانت الظواهر التي تسمح بتشخيص الموت محلاً للتطور الطويل، ويبقى إنجاز ذلك بعيداً جداً، ولقد أعلن في العبارات التالية عبر السنين " يتوقف الجسم عن الوجود عندما ينجز الموت عمله، أي عندما تسحب الحياة من الجسم. ففي هذه اللحظة يتحول الجسم إلى جثة، ويتوافق موت الجسم إذاً مع ميلاد الجثة " فتوجد الجثة - بقايا الشخص الميت - منذ اللحظة التي يتوقف فيها الجسم عن الوجود بفقدانه أحد عناصره التكوينية وهي الحياة"¹.

ولقد عرف أنصار النظرية اللاهوتية الموت بأنه " انفصال الروح عن الجسد ". لكن رجل القانون والطبيب لا يمكن أن يتبين الموت بهذا التعريف، فالروح غير منظورة ولا يمكن إدراكها باللمس. ويعرف الموت بأنه " لحظة انعدام الشخصية " الذي يسبقها انعدام جسم الإنسان نفسه"².

فالموت إذاً هو تلاشي الشخصية ويترتب على ذلك عدة نتائج مهمة، كتغير الحالة المدنية، وتوقف المرء عن كونه شخصاً حيث لم يعد من أشخاص القانون. فالموت بالنسبة للقانون هو اللحظة التي يختفي فيها الشخص من الوجود، لحظة مجردة يتوقف فيها المرء عن الحياة. وتثير هذه الظاهرة خلال لحظة واحدة تغيرات جوهرية على الصعيد القانوني، ويهتم القانون بوضع إجراءات للتحقق من الموت، وإن كان لا يعطي تعريفاً قانونياً. ولما كان جسم الإنسان لا يموت في لحظة واحدة بل على فترات متتالية؛ موت إكلينيكي؛ موت الخلايا؛ موت الأنسجة، كانت الحاجة ماسة لمعرفة لحظة الموت على وجه التحديد بما يحفظ القيمة التشريحية للأعضاء وهو ما نحاول التفصيل فيه تباعاً.

المطلب الثاني

تحديد لحظة حدوث الموت

بعد تعريف الموت من النواحي اللغوية والطبية والشرعية والقانونية، أمكننا أن نتعرض إلى تحديد لحظة حدوثه، لما لها من أهمية تتعلق بالإعلان عن دخول الكيان المادي للإنسان نطاق متميز من الحماية الجنائية، بحيث يعتبر الموت الفيصل بين نطاقين من الحماية، الحماية الجنائية للجسم البشري، والحماية الجنائية للجثة للإنسان وشتان بين النطاقين.

¹ - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية،.. التطبيقات العملية... المرجع السابق، ص. 285.

² - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 201-202.

أن مشكلة تحديد الموت والتخوف من الدفن المبكر الناتج عن التشخيص الخاطئ للموت، لم تكن وليدة العصر الحاضر، بل هو أمر موروث من القدم، دلّت عليه العديد من الروايات القديمة¹، لذا منعت العديد من القوانين الدفن المبكر².

لم يمكن تحديد لحظة الموت في القدم بالصعوبة ذاتها، فقد كانت هناك علامات وإمارات يستشف من خلالها حدوث الموت، إلا أن التقدم التكنولوجي الطبي جعل أمر تحديد لحظة الموت من الأمور الصعبة، وأصبح يشكل عبئاً يلقى التقدم الطبي على عاتق العلماء في الجانب الطبي والشرعي والقانوني.

هناك معنى بديهي للموت لا ينكره أحداً طبيياً كان أو رجل دين أو رجل قانون ألا وهو مغادرة الروح الجسد، حيث يتماشى هذا المفهوم مع التعريف القانوني للقتل " هو إزهاق روح الإنسان عمداً ". كما يتماشى مع القاعدة السببية التي جعلها الله عز وجل متحكمة في الوجود فكل شيء جعله سبحانه متوقف على سبب لا وجود له إلا بتوافره، فجعل لبداية الحياة سبباً هو اقتران الروح بالجسد، فإن نهايتها ينبغي أن تكون عند فراقها للجسد، فحياة الإنسان تنتهي بعكس ما بدأت به، ورغم بديهية المقصود بالموت إلا أن تحديده أثار جدلاً كبيراً، ليس فقط من طرف علماء الطب والشرع والقانون على اختلافهم بل بين كل طائفة معينة من هؤلاء.

وانطلاقاً من أن الروح غير محسوس " معنوي "، فإن إثبات مغادرتها للجسد يقتضي تحديد علامات مادية، وإذا ثبت توافرها اعتبر الإنسان قد مات وهذه العلامات هي محل الخلاف والجدل ويمكن رد الصعوبة إلى عدة أسباب منها:

- عدم انقطاع التبادل الكيميائي بغتة.

- عدم الاستقلال المطلق بين الأفعال الحياتية وبين الأنسجة وتوقف الوظائف العضوية خلال الحياة³.

¹ - في القديم لم يكن هناك حاجة إلى طبيب لتشخيص الموت، لذا فإن كثيراً من الحالات تم تشخيص الموت خطأ، مما أدى ذلك إلى الدفن المبكر للأحياء، ثم تبين أن هؤلاء لم يموتوا بعد، وقد كتب ابن أبي الدنيا كتاباً فيمن عاش بعد الموت. وكتب "أبحار الان بو" مجموعة من القصص تحكي حوادث لأشخاص دفنوا وهم أحياء، وكتب الكونت " كارنيس كارنيكي" مجموعة من الاقتراحات والتوصيات، مثل أن توضع في النعش أعلام وأجراس وتفتح كوة من القبر بحيث يستخدمها الشخص إذا دفن أثناء غيبوبته وهو لم يموت بعد. محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، المرجع السابق، ص.01.

وقال "MOLIERE" لـ "ANSELME" في الفصل الثاني من مسرحية الطائش في القرن السابع عشر الذي يدفن هو غالباً مقتول، وقد أمر واشنطن ألا يدفن إلا بعد ثلاث أيام من موته. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.188.

² - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.188.

³ - محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف العربية للعلم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، 2001، ص.14.13.

ورغم الاعتراف بهذه الصعوبات التي تكتنف تحديد لحظة الموت إلا أنه ينبغي التصدي لهذه المسألة بالبحث للوصول إلى اللحظة التي يغلب عليها الظن بأنها لحظة الموت، واستخدام لفظ "غلب عليها الظن" نظراً للطابع المعنوي للروح التي لا يمكن القطع يقيناً بلحظة خروجها. وعليه سوف نبحت في هذا المطلب إشكالية تحديد لحظة الموت بداية ببيان أهمية تحديد لحظة الموت (الفرع الأول) ثم معايير تحديد لحظة الموت (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أهمية تحديد لحظة الموت

إن أمر الحياة والموت بيد الله سبحانه وتعالى قال تعالى: ﴿الذي خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملاً﴾¹. وبما أن الحياة سر من أسرار الله تعالى فكذلك الموت، فهو الذي كل شيء عنده بمقدار.

إن الجسد هو وسيلة الروح التي تستقر بداخله وبه توصف الحياة للكائن البشري فإذا انصرفت الروح من الجسد صار الإنسان أو الكائن البشري من كيان مادي ومعنوي إلى كيان مادي خالي من الروح ولا يعرف ذلك إلا بتحديد لحظة الموت. كما أن تحديد لحظة الموت يعتبر الحد الفاصل بين الحياة والموت، فينبغي على الطبيب أن يبذل كل جهده لإنقاذ مريضه ومعاونته بكافة الوسائل². ومن المؤكد من الناحية الشرعية والنظامية، أن تحديد وقت الموت له أهمية بالغة لكثير من المسائل: كالعقود، والمسئولية، وحقوق الملكية، وقوانين الضرائب، وتنفيذ التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وغيرها...

ومن أهم الآثار الشرعية والقانونية للموت في مجال الحقوق والديون: "سقوط العبادات. (كالصلاة والصيام والزكاة والإحرام بالحج والعمرة...)، وزوال أهلية الوجوب وانتهاء الشخصية القانونية والشرعية، وزوال التكاليف الشرعية كسقوط النفقات التي تجب عليه حال حياته، ونهاية الوكالة، وانفساخ بعض العقود التي أبرمها الميت كالوكالة والقراض ونحوهما، ونهاية سريان الأحكام الصادرة عليه قبل موته...)، وسقوط المسئولية الجنائية بالموت، وسقوط الحدود الشرعية بموت المعتدى عليه كالمقذوف. ولا تفسخ بالموت عقود المعاوضات والمنافع المرتبطة بأجل (كالإجازات ونحوها). وبالموت يتم ارتفاع النكاح وبدء العدة على الزوجة من لحظة وفاة زوجها حقيقة أو حكماً، وهي عدة الوفاة، أي أربعة أشهر وعشرة أيام. وعدم وجوب حد الزنا بوطء الميتة. وإباحة خروج المعتكف لاتباع

¹ - سورة الملك، الآية. 02.

² - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 183.

الجنزة، فإذا كان موته بسبب جنائية وجب شرعاً القصاص أو الدية حسب نوعية الجنائية، وتحديد القاتل عند اشتراك الجناة على التابع¹.

كما أنه بالوفاة تنتقل ملكية أموال وحقوق الميت إلى ورثته الشرعيين، لقوله عليه الصلاة والسلام: "من ترك مالا فهو لورثته". إن موت المورث هو شرط شرعي لتوزيع أمواله، وتنفيذ وصاياه الصحيحة والنافذة، إذ إنه في هذا الوقت يتحدد عدد الورثة وصفاتهم وصلاتهم بالميت. وبالوفاة أيضاً، تصبح جميع الديون مطلقة كانت أم مؤجلة، مستحقة الأداء من التركة؛ لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون ورد الأمانات إلى أهلها² لقوله تعالى "مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ"³.

وللموت آثار قانونية إذ تلعب دوراً مهماً في مجال الإرث،⁴ بالإضافة إلى دورها من وجهة القانون الجنائي، حيث أن جريمة القتل كما هو منصوص عليها في المادة 254 من قانون العقوبات الجزائري "القتل هو إزهاق روح إنسان عمداً".

فتحقق الجريمة بوقوعها على إنسان حي، ولا تقع الجريمة على معتدى عليه قد فارق الحياة قبل وقوع الاعتداء عليه، على أنه يكفي أن يكون الإنسان حياً ولو كان وليداً حديث العهد بالولادة، بل ولو كان وليداً لم يتم وضعه نهائياً مادام قد بدأ الانفصال عن الرحم الأم ودبت فيه أنفاس الحياة⁵. فإذا تخلف هذا الشرط، بأن كان الإنسان فارق الحياة وقد ارتكب الفعل لا تقع جريمة القتل، ولا يتصور حتى الشروع نظراً للاستحالة القانونية⁶.

فإذا كانت هذه الضرورات مهمة من حيث معرفة لحظة الموت، فإن تطور تكنولوجيا الطب أدى إلى إيجاد بعض المعايير المحددة للحظة الموت، اقتضتها ضرورة المصلحة العامة وحفظ النفس وارتقاء

¹ - بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص.71.

² - نفس المرجع، ص.71.72.

³ - سورة النساء، الآية.11.

⁴ - من شروط الإرث:

أ- موت المورث وقد يكون ذلك موتاً حقيقياً وقد يكون موتاً حكماً، وهو الذي يصدر من القاضي بناء على اجتهاد منه واستناده إلى قرائن ويدخل في هذا الحكم الأسير الذي يجهل أمره، والمرتد إذا لحق بدار الحرب وهو على رده، ويعتبر ميتاً من وقت صدور الحكم.

ويعتبر تحديد لحظة الموت ضرورية في هذا المجال خصوصاً عند الحديث عن الشرط الثاني وهو:

ب- حياة الوارث قبل موت المورث: إنه في حالة جهل التقدم أو التأخر في الموت تأتي ضرورة البحث عن أسبقية أو تأخر الموت. فرج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1998، ص.76 - 79.

ولقد جاء في المادة 127 من قانون الأسرة الجزائري: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو حكماً أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي". قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم

⁵ - رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص.793.

⁶ - طارق سرور، المرجع السابق، ص.08.

الحياة البشرية، وذلك بظهور إمكانية استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي (أولاً) استخدام الأعضاء المستأصلة من جثة الإنسان (ثانياً) وبالنتيجة فإن هذين الأمرين يعتبران العاملين المحفزان لمعرفة لحظة الموت بدقة.

أولاً: استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي

نظراً لتقدم العلوم البيولوجية، وتطور المكتشفات الطبية ظهرت طرق وتقنيات جديدة في مجال الطب والجراحة بقدر استفحال الأمراض¹.

وقد لجأ الأطباء في صراعهم هذا إلى استعمال وسائل متعددة وجديدة تستهدف حياة الإنسان المريض الذي توقف قلبه وأجهزته الأخرى عن القيام بواجباتها، بحيث يؤدي ذلك إلى استعادة الإنسان وعيه كاملاً وإعادة وظائفه الأساسية والحوية، ومن هذه الوسائل ما يسمى الإنعاش الصناعي الذي تساعد على استمرار الحياة من حيث الظاهر².

تستهدف استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي إلى إطالة الحياة ظاهرياً، فقد تصل الإنسان إلى مرحلة يوصف فيها بأنه (ميت حي) فتواجه توقف التنفس بجهاز يسمى الكمامة، "Ventilator" ولكي يستأنف القلب نبضاته الاعتيادية أو جد جهاز يسمى موفق الذبذبات Defibrillator وجهاز منظم ضربات القلب الدائم والمؤقت حسب الحاجة Palemake³.

في كثير من الأحيان يتوقف الدماغ عن العمل نهائياً، وتبقى أجهزة القلب والرئتين في العمل بواسطة الوسائل الصناعية، فيتجلى أمر تحديد لحظة أو وقت نزع الأجهزة في إطار المسؤولية الجنائية الطبية الناتجة عن نزع هذه الأجهزة حال كون أعضائه تعمل، سواء كان الأمر قبل موت الدماغ أو بعد موته وبقاء التنفس والقلب يعملان.

ثانياً: استخدام الأعضاء المستأصلة من جثة الإنسان

إن تحديد لحظة الموت له أهمية كبيرة، خاصة إذا عرفنا أن نتائج التطور التكنولوجي الذي عرفته الإنسانية الحديثة، سجلت تطورات مذهلة في مجال العلوم الطبية، أصبح معها في الإمكان تحقيق عمليات كانت في الأمس القريب من باب المستحيل، والتي من بينها عمليات استئصال الأعضاء البشرية ونقلها من إنسان لآخر⁴. وكما أن الموت يطرح مسائل أساسية ومتصلة من وجهة النظر الطبية الشرعية، فإنه يثير إشكالية عند استئصال أعضاء الأموات إلى الأحياء، فلكي يتمكن الطبيب الجراح من القيام بعملية

¹ - مروك نصر الدين، الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية، بحث منشور في المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص.37.

² - نفس المرجع، ص.37-38.

³ - سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.281.

⁴ - يحيى بن لعل، المرجع السابق، ص.38.

نقل العضو من جثة شخص ميت إلى جسم إنسان حي، لا بد من التأكد من الوفاة¹. فتحدد لحظة الموت لها ارتباط بأمرين:

1- بالوقت الذي يسمح فيه بالتدخل الجراحي لترع العضو الموصى به.

2- بمدى صلاحية الأعضاء الأساسية لزرعها في المريض المستفيد، خاصة وأنه في حالة استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي أمكننا الحفاظ على بعض الأعضاء القابلة للضياع بسرعة، والإبقاء على قيمتها البيولوجية التشريحية لإعادة زراعتها².

كما أن الأعضاء لو تركت بعد الموت، فستحلل وتتعفن وبالتالي تصبح الأعضاء غير قابلة للزرع³، وأن نقل العضو البشري لا يكون ناجحاً إلا إذا كان حياً، أي أن خلايا العضو المراد نقله من الجثة تكون حية لحصولها على التروية الدموية. وتتوقف الاستفادة من هذه المتطلبات من الجثة بتحديد المعيار الذي يعتمد عليه في تحديد لحظة الموت. ومن ثم يثور التساؤل عن معايير تحديد لحظة الموت؟

الفرع الثاني

معايير تحديد لحظة الموت

تنتهي الحياة ب وفاة الإنسان عند لفظه أنفاسه الأخيرة، وتسقط بذلك الحماية القانونية المقررة لسلامة الجسم والحق في الحياة، وقبل الموت يستمر الإنسان متمتعاً بهذه الحماية مهما اشتد مرضه واستعصى، وإن كان يعاني من مرض ميئوس من الشفاء منه⁴. وعليه يثور التساؤل التالي: ما هي اللحظة بالتحديد التي يحدث فيها الموت؟

كان الأطباء في تحديد لحظة الموت يعتمدون على علامات تقليدية، فالتعريف الطبي للموت كان يعتمد على توقف أجهزة الجسم كالتنفس وفقدان الوعي، وتوقف القلب والدورة الدموية، وهذا المعيار اعتمد في تحديد الملايين من الوفيات التي تحدث سنوياً⁵.

ومع تقدم الطب في السنوات الأخيرة وتطور العلوم التجريبية، تم الوقوف على كثير من دقائق الحياة وأسرار الممات، وكذا تطور أجهزة الإنعاش الصناعي في أقسام العناية الطبية، بدرجة مكنت

¹ - يحيى بن لعل، المرجع السابق، ص.72.

² - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص.41.

³ - مروك نصر الدين، المشاكل التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، بحث منشور في المجلة القضائية، العدد الثاني، 2000، ص.3.

⁴ - هدى حامد قشقوش، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1994، ص.25.

⁵ - أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص.227.

الأطباء من إيقاف القلب أثناء عمليات القلب المفتوح واستبداله بمضخة تقوم مقام القلب والرئتين لعدة ساعات، كما مكنتهم حتى من استبدال القلب بقلب إنسان آخر أو قلب صناعي¹.
ومنه لم يعد مفهوم الموت مرتبطاً بالقلب في كثير من الحالات، وخاصة في الحالات التي يصاب فيها الدماغ بإصابات بالغة، نتيجة حوادث أو نزيف داخلي أو وجود ورم في الدماغ².
ولهذا السبب ظهر معيار جديد لتحديد الموت يسمى بموت الدماغ، وعلى ضوء ذلك نناقش مسألة تحديد لحظة الموت وفقاً للاعتبارات العلمية، بالاعتماد على معيارين معيار تقليدي لتحديد لحظة الموت (أولاً) ومعيار حديث (ثانياً). ثم بيان أثر ذلك في اضطراب المسؤولية الجنائية (ثالثاً).
أولاً: المعيار التقليدي لتحديد لحظة الموت

لا ينطوي المعيار التقليدي لتحديد لحظة الموت على تعريف دقيق، بقدر ما تضمنه من وصف لبعض المظاهر الدالة على حدوثه، والتي يستدل بها على الموت خلال بعض الفحوصات الطبية التقليدية³.

من أبرز مظاهر الوفاة وفقاً لهذا المعيار، "توقف الدورة الدموية والتنفسية لفترة قصيرة، وهذا يعني توقف القلب والرئتين عن العمل ليعتبر الشخص ميتاً"⁴.
ومن الوسائل التي يستعان بها للثبوت عند حدوث الموت، طريقة الوخز الوريدي وطريقة ريكارد وعلامة الأيثر، وهذه الوسائل جميعها تقوم على فكرة واحدة، وهي التأكد من توقف الدورة الدموية داخل الجسم.

فطريقة الوخز الوريدي "تستهدف إحداث قطع في الوريد المركزي، ثم ملاحظة إذا أدى هذا إلى نزيف دموي، فيكون ذلك دليلاً عن استمرار الدورة الدموية، ويعني ذلك بالنتيجة استمرار الحياة، أما إذا لم يؤد ذلك إلى نزيف دموي، دل ذلك على توقف الدورة الدموية، وبالتالي توقف الحياة"⁵.
أما طريقة ريكارد وعلامة الأيثر "يعتمدان على حقن الشخص ببعض المواد الكيميائية⁶. ونظر ما يفضي إليه من علامات على الجسم يتمكن الأطباء من خلالها الجزم باستمرار الحياة أو انقطاعها"¹.

¹ - أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص.227.

² - نفس المرجع، ص.228.

³ - مهدي صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.51.

⁴-Raymodis (LM), Problemes juridique d'une définition de la mort a propos, des grefes d'organes, Rev,Trim.dr.civ,1969, p 29.

⁵ - مهدي صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.51.

⁶ - وتسمى هذه الطريقة "باختيار الفلورستين (مادة ملونة صفراء): وتتألف من حقن ماء مضاف إليه فلور نشادري أو الصوديوم ضمن الوريد، فإذا كان الموت ظاهرياً فإن غشاء العين يتلون بلون أصفر ضارب إلى الخضرة بعد حوالي نصف ساعة، ويصبح جلد الإنسان أصفر بشكل متأخر وكذلك البول بعد ساعة أو ساعتين من الحقن الوريدي، أما إذا لم يحدث هذا فيمكن إعلان الموت". ... =

ومن الوسائل المعتمدة في معرفة توقف القلب عدم سماع صوت القلب بالسماعة الطبية، ويجب أن يستمر ذلك لمدة خمس دقائق على الأقل².

ومن علامات توقف التنفس توقف حركة الصدر والبطن وعدم سماع أصوات التنفس بالسماعة الطبية وخصوصاً عند وضعها على القصبة الهوائية.

كما أنه من المسائل التقليدية لمعرفة توقف التنفس، أن توضع مرآة نظيفة أمام الأنف أو الفم، فعند وجود التنفس يتكاثف بخار الماء، وفي حالة الوفاة لا يحدث ذلك، أو وضع ريشة أو قطعة من القطن أمام الأنف، فإذا تحركت دل ذلك على التنفس، وإن لم تتحرك دل على عدم وجوده³. كما يمكن استعمال حوض صغير فيه ماء على الصدر أو النبض، ونلاحظ سطح الماء فإذا لم يتحرك دل على توقف التنفس⁴.

إن فكرة انسجام الموت مع توقف القلب كانت فكرة مقبولة في عصر لم يكن أي علاج يسمح بالحلول محل قصور القلب، حيث أن كل المراحل المتعددة من عملية الموت تتم خلال فترة قصيرة، توقف القلب، توقف التنفس، توقف دوران الدماغ الذي يخرب الخلايا العصبية بسرعة كبيرة⁵.

إن تعريف الموت على نحو توقف القلب والرئتين عن العمل لا يوائم مقتضيات التطور العلمي أسباب التالية:

1- إن الوفاة الحقيقية لا تحدث إلا بتوقف الأجهزة الثلاثة: القلب والرئتين والمخ، وهو ما لا يحدث في لحظة واحدة. إذ يستغرق توقف المخ عن العمل متأثراً بتوقف التنفس والدورة الدموية بضع دقائق من توقف وصول الدم المحمل بالأكسجين إليه⁶.

2- إن توقف القلب عن العمل لا يعني الموت دائماً، بحيث يمكن إعادة الدورة الدموية خلال فترة وجيزة من التي يجرم فيها الدماغ من الدورة الدموية. ويمكن إنقاذ حياة الإنسان بطريقة الإنعاش القلبي الرئوي،

= أما علامة الأثير (سائل شديد التبخر والاشتعال) والتي يمكن أن تحل محل الفلوروستين حيث يجوز حقن الأثير تحت الجلد فينتشر السائل ضمن أنسجة الجسم إذا كان موت الشخص ظاهرياً، أما إذا كان الموت حقيقياً فإن السائل يخرج بمجرد سحب الإبرة من جسمه، وتعتبر هذه الطريقة أسهل من اختيار الفلوروستين، إلا أنها أقل تأكيداً لذلك يجب أن يضاف إليها إجبارياً استئصال الشريان. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 215-216.

1 - مهدي صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 51.

2 - حسين شحرور، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، لا توجد دار النشر وسنة النشر، ص. 27.

3 - أحمد القاسمي الحسيني، المرجع السابق، ص. 48-49.

4 - نفس المرجع، ص. 49.

5 - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 216.

6 - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص. 30.

حيث أن هناك حالات عديدة عاد فيها القلب والجهاز باستخدام أجهزة الإنعاش الصناعي¹، عن طريق نقل الدم إليه باستخدام جهاز منظم القلب الكهربائي أو بحقنه بمنبهات القلب ومقوياته سواء تحت الجلد أو بالقلب نفسه، وإيقاظ مراكز الإحساس عن طريق الصدمات الكهربائية وبمهيجات الجلد والأغشية المخاطية وأعضاء الحواس المختلفة، وبذلك نجح الأطباء في الحيلولة دون توقف المخ عن العمل تأثراً بتوقف القلب نتيجة للتدخل السريع لإيقاظ القلب وإعادته للعمل من جديد. وأصبح من الممكن استمرار التنفس وتدفق الدم والتغذية بصورة اصطناعية تلقائية لفترة طويلة تمتد لبضعة أشهر. كما يمكن إيقاف القلب والتنفس عن العمل لمدة ساعة أو أكثر وإعادة العمل مرة أخرى، وذلك عن طريق خفض درجة الجسم إلى حوالي 100° درجة ثم رفعها من جديد². وتسمى المرحلة الأولى والأعراض التي يتوقف فيها القلب والتنفس بالموت الظاهري أو الموت الكاذب. ولقد دلت الوقائع³، على أن معيار توقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي لم يعد كافياً لوقوع الموت⁴.

3- كما أن هذا المعيار أصبح غير كافياً لتحديد لحظة الموت حينما يكون الإنسان بين الحياة والموت، فقد يحدث أن يظل القلب والجهاز التنفسي أحياء، بينما خلايا المخ قد ماتت لأي سبب من الأسباب، وهنا يدخل الشخص في غيبوبة كبرى وهي التوقف النهائي لوظائف المراكز العصبية العليا، نتيجة إصابة المخ بتلف كبير غير قابل للإصلاح حتى ولو بقيت وظائف القلب والجهاز التنفسي تؤدي وظائفها صناعياً⁵.

4- إن هذا المعيار لا يعول عليه لنقل الأعضاء البشرية من الجثة، فإذا أخذنا بهذا المعيار لا يمكن الاستفادة من كثير من أجهزة الجسم التي يمكن نقلها، فالقلب مثلاً وفقاً لهذا المعيار يكون قد توقف عن العمل وماتت خلاياه، فلا يمكن في الحالة هذه الاستفادة منه في عمليات زرع الأعضاء البشرية⁶.

ومع عدم تطابق هذا المعيار مع المقتضيات العلمية أمكن إيجاد معيار جديد وهو المعيار الحديث لتحديد لحظة الموت. فيثور التساؤل عن تفاصيل هذا المعيار فيما يلي.

¹ - فيصل عبد الرحيم شاهين، المرجع السابق، ص. 03.

² - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص. 31.30.

³ - من بين الوقائع يذكر منذر الفضل أن صحيفة الجمهورية نشرت خبراً يوم 1989/12/5 تحت عنوان "تعود الحياة بعد موتها" مفاد ذلك أن عجزاً تدعى "كالينين بالابال" توفيت يوم 1989/12/31 إلا أنها نهضت وجاءت إليها الحياة مجدداً.

وفي واقعة أخرى نشرت صحيفة الثورة في أواخر ديسمبر 1988 تحت عنوان "عاد من الموت ثلاث مرات" ونشرت صورة الشخص المذكور الذي أعلن عن وفاته أكثر من مرة وفي كل مرة يتم فحص دماغه وجهاز التنفس ويظهر أنهما قد توقفا عن العمل ثم تعود له الحياة الأمر الذي ولد حيرة لدى الأطباء في سر الحياة. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء لبشرية، المرجع السابق، ص. 121-122.

⁴ - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء لبشرية، المرجع السابق، ص. 121.

⁵ - أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 172.

⁶ - حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص. 115.

ثانياً: المعيار الحديث لتحديد لحظة الموت

لما كان جسم الإنسان لا يموت في لحظة واحدة، بل يموت على فترات - فهناك الموت الإكلينيكي وهناك موت الخلايا والأنسجة وهو يحدث بعد ساعات من الموت الإكلينيكي، فإن الحاجة دعت إلى معيار حديث، يضمن احترام الحياة الإنسانية، ويحافظ على القيمة التشريحية للأعضاء المراد استئصالها، وهو ما يعرف بموت الدماغ، ومن هنا سنتعرض إلى مضمون موت الدماغ وتاريخه وتشخيصه ثم إلى تقدير موت الدماغ فيما يلي:

I. مضمون موت الدماغ

تتجه أغلب الآراء في الوقت الحاضر إلى الربط بين حدوث الوفاة وموت خلايا الجسم، بما فيها جذع الدماغ، حتى لو ظلت خلايا القلب والرئتين حية، فمتى ماتت خلايا الجسم بصفة نهائية فإنه يستحيل عودتها إلى الحياة، وبالتالي يستحيل عودة الإنسان إلى حياته الطبيعية¹.

كما أن تنفس الشخص أو نبض القلب في حالة استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي، ليس إلا مظهرًا للحياة الصناعية. فمهما كانت الوسائل المستخدمة لإطالة فترة الحياة الصناعية فهذا لن يؤدي إلى عودته إلى الحياة مرة أخرى، لأن توقف المخ بصفة نهائية لا يمكن الرجوع فيه، أو مواجهته بأي أسلوب علاجي².

ومن ثم لم يعد مفهوم الموت مرتبط بموت القلب³، فإذا أصيب الدماغ وبالأخص جذع المخ إصابة بالغة ودائمة فإن مركز التنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية ستصاب تبعاً لها، الأمر الذي ينتج عنه حتماً تدهور نشاط هذه الأجهزة، وبالتالي يؤدي في النهاية إلى الموت⁴.

ويعرّف موت الدماغ بأنه " تلف دائم في الدماغ يؤدي إلى توقف دائم لجميع وظائفه بما فيها وظائف جذع الدماغ"⁵.

1 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 173 - 174.

2 - محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الجراحة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بدون دار النشر، 1994، ص. 225.

3 لا يزال المعيار التقليدي سارياً بالنسبة لملايين الوفيات التي تحدث سنوياً، فعلى سبيل المثال يتوفى في بريطانيا في كل عام نصف مليون شخص حسب التعريف القديم للموت وهو توقف القلب والدورة الدموية. محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، المرجع السابق ص. 08. ويذكر البعض أن في بريطانيا يعتبر موت القلب والدورة الدموية هو الأصل في تشخيص 99% من جميع الوفيات، ومثل هذه النسبة أو ما يقاربها في دول أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية وكندا. أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص. 227 الهامش. 03.

4 - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء لبشرية، المرجع السابق، ص. 124.

5 - أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص. 230.

وعرفته لجنة تعريف الموت التابعة لنقابة الأطباء الأردنيين بأنه: "تعطل وظائف الدماغ تعطلاً نهائياً لا عودة فيه، وحكم الأطباء ذوو الاختصاص بذلك". وصرّح وزير الصحة الفرنسي في قراره رقم 1986/76 "أن الوفاة تحدث عند توقف وظائف المخ بانعدام التام لأي رد فعل تلقائي واسترخاء العضلات وانعدام العدسات الخلقية"¹.

إن دماغ الإنسان يتكون من المكونات التالية:

- **الدماغ = المخ + المخيخ + جذع الدماغ + البصلة السيسائية.**
 - **المخ:** على نصفين وهو مركز الذاكرة والتفكير والإحساس.
 - **المخيخ:** وهو يقع أسفل المخ ومن الجهة الخلفية لدماغ الإنسان، ويتولى حفظ توازن جسم الإنسان
 - **جذع المخ:** وهو نسيج شبكي يتولى التحكم بالمراكز العصبية والقلب والجهاز التنفسي².
- إن جميع الأحاسيس الواردة للمخ³ والأفعال الصادرة منه تمر في جذع الدماغ وعلى الأذق النسيج الشبكي الذي بداخله، وهو الذي أثبتت الدراسات أنه مسئول عن وعي الإنسان، وهو المسئول عن نوم الإنسان ويقظته. وإذا تعرض جذع الدماغ ونسيجه الشبكي للرضوض أو السموم أو الأمراض أو الأدوية المخدرة، فإن ذلك يؤثر على وعي الإنسان، وعليه فإن الدماغ في الغالب هو مكن النفس الإنسانية⁴.

II. تاريخ موت الدماغ

لقد اتجهت السلطات الطبية في كثير من دول العالم إلى الأخذ بموت الدماغ وكان الرائد في ذلك المدرسة الفرنسية عام 1959 إذ بدأ الفرنسيون يحددون بعض المعالم لموت الدماغ فيما أسمته مرحلة ما بعد الإغماء (Coma depasse) بينما القلب يعمل والدورة الدموية لا تزال سارية إلى جميع أجزاء الجسم ما عدا الدماغ.

وعلامات موت الدماغ التي وضعت مواصفاتها المدرسة الأمريكية "اللجنة الخاصة من جامعة هارفارد 1986" تتمثل في:

¹ - سمر الأشقر، المركز القانوني للميت دماغياً، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الاطلاع: 2011/1/23 ص.36. النشر الإلكتروني "ناشري" الموقع: <http://www.nashiri.net>

² - فيصل عبد الرحيم شاهين، المرجع السابق، ص.01.

³ - يستقبل الدماغ جميع الحواس من السمع والبصر والشم والذوق واللمس، لاحتوائه على مخازن الذاكرة، ومكان التفكير والابتكار ومكان تواجد الغرائز الموروثة والطباع والعادات والمثل المكتسبة، كما أن مصدر الأفعال المترتبة على ما يستقبله من معلومات فإذا أتلفت أجزاء محددة من المخ ينتج عنها فقدان قدرات معينة. فيصل عبد الرحيم شاهين، المرجع السابق، ص.02.

⁴ - فيصل عبد الرحيم شاهين، المرجع السابق، ص.02.

1- " الإغماء الكامل وعدم الاستجابة لأي مؤثرات.

2- عدم الحركة (تلاحظ الجثة لمدة ساعة على الأقل).

3- عدم التنفس.

4- عدم وجود أي من الأفعال المنعكسة.

رسم مخ كهربائي لا يوجد به أي نشاط"¹.

ثم أعقبها مجموعة أخصائي جامعة مينيسوتا عام 1971، فوضعت مواصفات مشابهة تختلف في التفاصيل وهي كالتالي:

1. " أن يكون السبب المؤدي إلى موت الدماغ معلوماً.

2. عدم وجود أي حركة ذاتية.

3. توقف التنفس بعد إيقاف المنفسة لمدة أربع دقائق بالشروط المذكورة سابقاً.

4. عدم وجود أي أفعال منعكسة من منطقة جذع الدماغ.

5. رسم المخ غير ضروري"².

ثم قامت الكليات البريطانية للأطباء بتقديم مقترحاتها وتعريفها لموت الدماغ وذلك عام 1976-1979 وقد أكدت هذه التعاريف على موت جذع الدماغ وجعلته مساوياً للموت، وفصلت ذلك بالنقاط التالية:

1. " إن فقدان وظائف الدماغ فقداناً تاماً لا رجعة فيه يساوي توقف القلب وموته بالتعريف القديم.

2. إن فقدان وظائف جذع الدماغ يمكن معرفتها سريرياً دون الحاجة إلى فحوصات معقدة مثل

رسم المخ الكهربائي أو حقن شرايين الدماغ الأربعة أو المواد المشعة.

3. إن معرفة فقدان هذه الوظائف بصفة دائمة أو مؤقتة يرجع إلى:

أ- " إبعاد كل الأسباب التي تؤدي إلى التوقف في وظائف جذع الدماغ مثل العقاقير المنومة والمهدئة ونقص الأكسجين.

ب- وجود سبب مادي واضح لإصابة الدماغ إصابة مميتة"³.

¹ - محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، المرجع السابق، ص.09.

² - نفس المرجع، ص.09.

³ - محمد بشير فلفلي، الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2008، ص.40.

وبهذه النتائج البحثية اتضح لدى المدرسة البريطانية أن مفهوم الموت قد تحول من موت القلب إلى موت الدماغ ومن موت كل الدماغ إلى موت جذع الدماغ، وأصبح مقرر عند الأطباء أن موت الإنسان يكون عند وفاة جذع المخ، سواء نتج ذلك توقف القلب أو لا. ولكن هناك أسباب يجب التأكد منها؛ لأنها قد تسبب توقفاً مؤقتاً لجذع الدماغ وتمثل كالاتي:

- " العقاقير: مثل الكحول والمنومات والمهدئات...
 - برودة الجسم: وهذا قد يحدث في الجو البارد برودة عالية حيث يصاب الإنسان بنوبة أو إغماء وتوقف التنفس وانخفاض الحرارة، فلا يعلن موت الدماغ إلا بعد رفع الحرارة إلى درجتها الطبيعية.
 - التسمم نتيجة الغازات السامة وغاز أكسيد الكربون.
 - زيادة البولينيا في الدم وهذا يحدث في حالات الفشل الكلوي، فلا يحكم بموت المصاب دماغياً إلا بخفض البولينيا في الدم بواسطة الديليزة قبل إعلان الموت دماغياً.
 - نقص السكر أو زيادة في الدم.
 - نقص الهرمونات أو زيادتها في الدم، ونقصها قد يؤدي إلى توقف وظائف جذع الدماغ، فلا بد من إعادة هذه الهرمونات إلى وضعها الطبيعي قبل إعلان موت الدماغ.
 - حالات الغرق وتوقف القلب الفجائي¹.
- ومن هنا فإن لحظة وفاة المخ يعتبر الإنسان ميتاً حتى ولو بقي القلب والرئتان محتفظين بعملهما ونشاطهما؛ لأن الشخص يكون في حالة غيبوبة، تسمى بالغيوبة النهائية الكبرى، وهي تختلف عن الغيبوبة العميقة، وهي بدورها تختلف عن الغيبوبة المؤقتة. وفيما يلي نبين درجات الغيبوبة:

أ- الغيبوبة المؤقتة

تحدث الغيبوبة المؤقتة أحياناً إثر الدهشة والذهول الشديدين ويصعب تعقب تطور مراحلها، وأهم مظاهرها عدم الاستجابة العضوية والتي يمكن علاجها تحت تأثير المؤثرات الشديدة والمتكررة، وباختصار هي عبارة عن تعطل مؤقت لوظائف المخ، وسرعان ما يسترد المصاب وعيه ثانية ويستعيد نشاطه العادي².

1 - محمد بشير فلفلي، المرجع السابق، ص. 41.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص. 333.

ب- الغيبوبة العميقة

وهي عندما تتجاوز ثلاثة أسابيع ولا يعطي المريض أي دلائل عن الوعي، ويحرم من الحركة والشعور ورد الفعل، ولكن يبقى عودة الوعي ممكناً.¹ حتى بعد تجاوز الغيبوبة عدة شهور، ويبقى المريض خلال هذا الوقت محتفظاً بحياته الإنعاشية، والتي تتميز بالتنفس ودوران الدم والتنظيم الحراري.²

ج- الغيبوبة النهائية (المتجاوزة، المستديمة)

نقصد بها توقف المخ نهائياً بما في ذلك المراكز العصبية العامة، التي تتحكم في الوعي والكلام والحركة والذاكرة والتنفس والسمع والبصر والدورة الدموية، والسيطرة على الغدة وعلى درجة الحرارة، وتنظيم وظائف الأعضاء الهامة.³

وأهم ما يميز هذه الغيبوبة وفاة خلايا المخ، التي يستحيل عودتها للحياة ثانية؛ لأن المخ الجهاز الذي يتحكم في المراكز العصبية العليا في الإنسان، وبالتالي في إدراكه وفي تناسق وظائف أعضاء الجسم، وبوفاة المخ عند الإنسان يفقد كل الموصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية الطبيعية، حتى ولو أمكن الإبقاء على تنفسه أو دورته الدموية بأساليب الإنعاش الصناعي.⁴

فإذا كان الاتجاه المعاصر يشير إلى أن موت الدماغ يعتبر بحق الموت الحقيقي فكيف يمكننا التحقق منه؟

III. تشخيص موت الدماغ

تمر عملية تشخيص الموت الدماغي بمراحل متعددة نوردتها كما يلي:

1. موت الدماغ ويعني "توقف وظائف الدماغ بصورة نهائية عن العمل لا رجعة عنه". ويجب

أن تتوفر الشروط التالية لهذا التشخيص:

➤ "المريض في غيبوبة لا يستجيب لأي تحريض.

¹ - ونذكر في هذا الصدد حالة الفتاة الأمريكية "Karen Ann Quinlan" التي دخلت في غيبوبة امتدت عدة شهور وتضمنت حياة نباتية فقط فقد اقتصر على رد فعل محدد للجهاز العصبي بدون وجود أي علامة للوعي، وعندما شاهد والديها ملامح الموت طلبوا من الأطباء وقف أجهزة الإنعاش الصناعي فرفضوا ذلك، عندها قاموا برفع دعوى أمام القضاء ووافقت المحكمة العليا في "نيوجرسي" في آذار 1976 على طلب الأهل، فتم نزع الأجهزة تدريجياً وإذا بكارين تنفس طبيعياً ولم تعد تحصل إلا على غذاء ذو قدرة عالية، ماء صوديوم، بوتاسيوم وحقن مضادة للالتهاب لحمايتها من الإصابة ببعض الأمراض المحتملة.

ويؤكد البروفيسور "Govlan" الأول بأن كارين كانت على قيد الحياة، لأن دماغها لم يمت قطعياً. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص: 227.

² - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص: 227.

³ - أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص: 174.

⁴ - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص: 333.

➤ المريض موضوع على جهاز التنفس الاصطناعي.

➤ المريض مصاب بتلف دماغي بنيوي لا يمكن شفاؤه".

ويجب فضلاً من ذلك إجراء مراجعة دقيقة من أن ما أعطي من أدوية للمريض في المستشفى وخارجه ليست سبباً في تعطل وظائف الدماغ وعلى الأخص التنفس ومنعكسات جذع الدماغ¹.

2. استبعاد جميع الأسباب الأخرى للغيوبة

➤ " العقاقير والأدوية والمواد الكيماوية.

➤ نقص حرارة الجسم إلى درجة أقل 35°.

➤ الاضطرابات الناجمة عن التغير في الاستقلاب كحالات الغيوبة الناجمة عن القصور في

وظائف الأعضاء كالكلبي أو الكبد، واضطرابات الغدد الصماء مثل غيوبة هبوط السكر

أو ارتفاعه، أو الغيوبة الناجمة عن اضطرابات غازات الدم (نقص الأكسجين والتسمم

بأول أكسيد الفحم CO والغازات السامة الأخرى).

➤ استبعاد الغيوبة عند الأطفال².

3. غياب منعكسات جذع الدماغ التالية:

➤ " رد فعل الحدقة للضوء.

➤ المنعكس القرني.

➤ المنعكس العيني.

➤ المنعكس الدهليزي العيني.

➤ الاستجابات الحركية لأي تحريض ضمن منطقة توزيع الأعصاب القحفية لأي تحريض

مناسب من أي منطقة في الجسم وخاصة الوجه.

➤ المنعكسات التنفسية³.

4. إثبات وقف التنفس

ولإثبات ذلك يجب اتباع الطريقة التالية لضمان عدم نقص الأكسجين وعدم ارتفاع معدل ثاني

أكسيد الفحم في الدرجة عالية تضر بدماغ المريض:

1 - سمر الأشقر، المرجع السابق، ص.38.

2 - أحمد العمر، موت الدماغ، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص.11.

3 - سمر الأشقر، المرجع السابق، ص.39.

- يجب إجراء فحوص للغازات في دم المريض وهو على الجهاز التنفس للتأكد من فعالية التنفس الاصطناعي.
- يعطى المريض أكسجين 100% على الجهاز لمدة عشر دقائق.
- يوقف جهاز التنفس الاصطناعي ويعطى المريض الأكسجين من أنبوب مطاطي رفيع داخل الأنبوب الموجود في القصبة الهوائية بمعدل 6 لترات في الدقيقة.
- يجرى تحليل غازات الدم 3 دقائق.
- يبقى المريض بعيداً عن جهاز التنفس الاصطناعي لمدة عشر دقائق، على أن لا ينقص ضغط الأكسجين في الدم عن 60 مم زئبق أو يزيد تركيز غاز أكسيد الفحم في الدم عن نفس النسبة.
- إذا لم يتنفس المريض بعد مرور عشر دقائق فإن التنفس يعتبر متوقفاً¹.

5. السكون الكهربائي في تخطيط الدماغ

من أهم الوسائل للتحقق من موت الخلايا المخ استخدام رسم المخ الكهربائي التدريجي بواسطة تسجيل إرسال أو استقبال أي ذبذبات كهربائية، وتعتبر هذه الوسيلة من أهم وسائل إثبات حالة المخ وكيفية أدائه لوظائفه، واختلفت الآراء حول مدى أهمية استخدام هذا الجهاز، والاختلاف يرجع إلى جوانب فكرية وليس فنية، فالأجته المؤيد² يرى أن الجهاز يساعد على اكتشاف ما إذا كانت خلايا المخ قد ماتت أم لا؛ أي إثبات تحقق الموت من الوجهة البيولوجية.

وذهب الرأي الأخر³ إلى أن جهاز رسم المخ الكهربائي لا يصلح كوسيلة وحيدة للتحقق من حدوث الموت؛ لأنه لا يعكس إلا النشاط القريب للمراكز العصبية؛ وأنه لا يعطي معلومات كافية عن نشاط المراكز العصبية العميقة؛ بالإضافة إلى أنه يحتتمل ألا يعطي إي إشارات لمدة محددة، مع أن المراكز العصبية تكون دائماً في حالة حياة؛ كما أنه توجد حالات عضوية بيولوجية - درجة الحرارة - تؤثر على جهاز رسم المخ الكهربائي⁴.

ولذلك فمن الضروري التحقق من حدوث الموت، والتأكد من عدم إمكانية إعادة الشخص إلى حياته الإنسانية الطبيعية مدة محددة؛ لأن هناك بعض الحالات الاستثنائية مثل حالات السمع الغامض،

1 - سمر الأشقر، المرجع السابق، ص.39.

2 - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.233.

3 - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.114؛ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.179.

4 - نفس المرجع، ص.114-115.

وانخفاض درجة الحرارة الجسم إلى دون معدل الحرارة الطبيعية، فإن جهاز رسم المخ الكهربائي الذي لم يقدم إي إشارات يستطيع ملاحظة هذه الحالات دون أن يعني ذلك موت المخ.¹

ولهذا يقترح ضرورة الانتظار فترة تتراوح بين 24 ساعة و72 ساعة، بين عدم إعطاء الجهاز لأي إشارات، وبين إعلان الوفاة رسمياً، مع وجوب مراعاة الاستعانة بالوسائل الأخرى الإكلينيكية للتحقق من الموت، مثل الاسترخاء التام للعضلات، وانعدام رد فعل للجسم، وانخفاض الضغط الشرياني، وانعدام التنفس التلقائي.²

IV. تقدير موت الدماغ

إن البعض³ لازال يرفض فكرة الأخذ بالمعيار الحديث لتحديد لحظة الموت ويستندون في ذلك إلى حالات الغيبوبة العميقة وتوقف المخ عن العمل، أو أن موت المخ لا يتحقق به الموت الحقيقي، ويحتجون فضلاً عن ذلك بالاعتماد على العديد من الوقائع الطبية.

كما يتخوفون من الآثار الناجمة عن تبني المعيار الحديث، سواء كانت آثار اجتماعية أو نفسية أو أمنية، ذلك أن موت الدماغ ينسجم إلى حد كبير مع عمليات نقل الأعضاء من الجثة، خاصة عمليات نقل القلب والكبد، بحيث يمكن الحفاظ على هذه الأعضاء حية من الناحية الخلوية بواسطة أجهزة الإنعاش الصناعي، وبالتالي قد يؤدي الاستئصال إلى الإضرار بمشاعر أسرة المتوفى.⁴

وقد يؤدي إلى انتهاء الأشخاص عن اللجوء إلى المستشفيات، وقد يؤثر على الثقة التي يجب أن تتوفر لدى الطبيب والتي تعتبر من مقومات تحقيق الشفاء؛ لأنه من الممكن أن تنقل الأعضاء قبل التحقق من موت الحقيقي. فضلاً على ذلك يؤدي الأخذ بفكرة موت الدماغ إلى الاتجار بالأعضاء.⁵ ولكن يمكن الرد على هذه الانتقادات بأن الموت الدماغى وعلاماته واضحة، وأنها تعادل الوفاة، وأنه لم يرجع أحد استوفى شروط التشخيص إلى الحياة، وقد كانت الدراسات واضحة في مصداقية هذا المبدأ سواء الدراسات على الحيوان أو الإنسان.⁶ ويجب أيضاً الالتزام بكافة الشروط في تشخيص موت الدماغ

1 - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.115.

2 - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.233.

3 - إبراهيم صادق الجندي، الموت الدماغى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية 2001 ص.14؛ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.171؛ محمد إبراهيم سعد النادى، موت الدماغ وموقف الفقه الإسلامى منه - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، مصر، 2010، ص.54.

4 - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.232.

5 - نفس المرجع ص.232.

6 - فيصل عبد الرحيم شاهين، المرجع السابق، ص.08.

واستيفائها جميعها بالضرورة، وعدم إطلاق الوفاة الدماغية بتساهل على حالة فقدان الوعي، حتى لا نقع في أخطاء¹.

كما أن الوقائع المحتج بها يمكن الرد عليها في أن أصحابها كانوا في غيبوبة عميقة والمقصود بالغيبوبة التي على إثرها يتحقق الموت، هي الغيبوبة الكبرى النهائية، وهي بلا شك أو جدال تؤدي حتماً إلى الموت، أما فكرة التسرع في إعلان الموت، فإنه لا بد من إيجاد الضوابط والمعايير للتأكد من تحقق الموت، عن طريق فريق من المهرة المختصين من الأطباء وذوي الخبرة².

يتبين مما سبق أن آثار الجمل القائم بين المعيار القديم والحديث لا يزال محتدماً، وأن تبني موقفاً واضحاً في هذا الإطار يتعارض بين أمرين أما إهدار حماية الجسم البشري أو حماية الحق في الحياة، فنتهم بالتفريط فيها، وإما تناسي الاعتبارات الطبية الحديثة ومخالفة الركب التقدمي الحديث فنتهم بالرجعية والتخلف، وعلى كل فإننا قبل أن نبين صدى هذا بالنسبة للاعتبارات الشرعية والقانونية وبيان رأينا، فإنه يجدر بنا أن نتعرض إلى أثر تحديد لحظة الموت في المجال الطبي في اضطراب المسؤولية الجنائية.

ثالثاً: أثر تحديد لحظة الموت في اضطراب المسؤولية الجنائية

لما كانت لحظة الموت تشهد اضطراباً في التحديد بين المعايير السابقة الذكر، فإن المسؤولية الجنائية تضطرب باختلاف المعيار المتبع في تحديد لحظة الموت. ومن ثم وجب أن نقوم بجولة حول النصوص الجزائية لننظر أيها أكثر تأثراً بالمعايير المحددة للموت. ففي المسائل الجنائية يكون الوصف القانوني للفعل - النشاط الإجرامي الذي يقوم به الجاني - متغيراً ومضطرباً تبعاً لمحل الجريمة، والضابط في ذلك توافر الحياة أو انعدامها للقول بالاعتداء على الحياة أو السلامة الجسدية.

تضطرب نصوص جرائم القتل باختلاف المعيار المتبع في تحديد لحظة الموت وهي الصورة البسيطة في الموضوع، لكن تتعدد صورة القتل باكتشاف أجهزة الإنعاش الصناعي واستعمالها فيثور التساؤل عن وقت رفع أجهزة الإنعاش، ومدى التزام الطبيب بالإبقاء على هذه الأجهزة، والمسؤولية الجزائية عن رفعها.

1. اختلاف التكييف القانوني لجرائم القتل

الحياة تكييف يخلع على الجسم إذا كان يباشر مجموعة من الوظائف العضوية على النحو الذي تحدده قوانين طبيعة معينة³، وكل عمل يقصر حياة الإنسان ولو للحظة معينة يعد قتلًا، فلا يقبل من

¹ - فيصل عبد الرحيم شاهين، المرجع السابق، ص. 09.

² - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 233.

³ - محمد سعيد نمور، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني، الطبعة الثالثة، دار عمار، 2000، ص. 16.

الجاني اعتذار بأن المجني عليه كان مصاباً بمرض قاتل ولأنه محكوم عليه بالإعدام، ويعد الطبيب الذي يقدم جرعة من السم ليعجل الوفاة قاتلاً¹.

وبوفاة الإنسان تنحسر نصوص القتل عن حماية الميت باعتباره صار شيئاً لا إنساناً وإن كان لا بد في القتل من وجود إنسان على قيد الحياة. فالفقهاء الذين يأخذون بنظرية الجريمة المستحيلة² يرون أنه لا عقاب على الشروع في القتل متى كان محل الجريمة غير موجود، طبقاً للنظرية الموضوعية.

أما أصحاب النظرية الشخصية³، فيعتبرون هذا النوع من القتل شروعا في قتل خاب أثره⁴، وما يهمنا من هذه الأفعال التي تقع على الجسد بعد الموت أنها تأخذ أحكاماً عدة وتكبيفات قانونية مختلفة، خاصة إذا عرفنا أن معيار الوفاة وانتهاء الحياة يشهد اختلافاً كبيراً بين معيار تقليدي ومعيار حديث.

تحدد المسؤولية الجنائية التي تقع على الشخص طبقاً للمعيار المتبع، فإذا تقرر لدى الأطباء أو القوانين التي تحدد معياراً للموت بأن الشخص يعتبر ميتاً حال توقف قلبه وتنفسه، فإن الشخص الذي يرتكب جريمة القتل بعد توقف هذين العضوين، يعد فعلة واقع على ميت ولو كان المخ لا يزال سليماً، وتنتفي المسؤولية الجنائية المحددة بنصوص القتل، طبقاً للنظرية الموضوعية، وقد يعتبر مرتكباً للشروع في جريمة القتل طبقاً للنظرية الشخصية، أما إذا تقرر لدى الأطباء صدق الموت الدماغى فالإنسان يعتبر حياً بين مرحلتى توقف القلب والرئتين وتوقف الدماغ توقفاً نهائياً، ويترتب على الشخص المسؤولية الجنائية المحددة بنصوص القتل.

أما الأفعال المطابقة للركن المادي في جريمة القتل الواقعة في المرحلة التالية لموت الدماغ، تعتبر أفعال واقعة على جثة ميت، ويختل شرط الإنسان الحي وتهاوى نصوص القتل عن الحماية وتنحسر. إن أهمية تبني أحد المعايير يبدو أكثر أثر، خاصة بعد التطور الهائل في العلوم الطبية، ويتعلق الأمر بتشريح الجثة لأغراض معينة ونقل وزرع الأعضاء لأغراض علاجية، فإذا اعتبرنا أن الموت الحقيقي هو موت الدماغ، فإن الفترة بين توقف القلب والرئتين وموت الدماغ تعتبر مرحلة تدب فيها الحياة، ويلزم على الطبيب القيام بالتزاماته اتجاه المريض.

1 - عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص. 591.

2 - عبر الفقيه "قازو" بقوله "طبقاً للأراء الفقهية التي سادت رداً من الزمن، فإنه في الجنابة أو الجنحة المستحيلة، سواء في طبيعتها أو بسبب الوسائل المستعملة لارتكابها، كان يحكم بأنه لا يمكن أن يوجد هناك شروع في الجريمة وأن الأفعال لا تقع تحت طائلة العقاب" بن الشيخ لحسين، مبادئ القانون الجزائري الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 75.

3 - يرى أنصار هذا الاتجاه وجوب معاقبة مرتكب الجريمة المستحيلة، إذ الأخيرة لا تعدو أن تكون صورة من صور الشروع المعاقب عليه، وثمة حجتان لهذا الرأي، الأولى أن الشروع لا يتطلب سوى البدء في تنفيذ فعل أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل بها. والثانية أن الجاني في حالة الجريمة المستحيلة لا يقل خطورة عن الجناة في صور الشروع الأخرى. سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 616-617.

4 - حندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص. 684.

ومسؤولية الطبيب اتجاه المريض هي مسؤولية المهارة في المعرفة الطبية المتيسرة مع العناية اللازمة، بحيث يعتني بالمريض العناية اللازمة وأن يصف له من وسائل العلاج ما يرجى شفاؤه من مرضه¹. فعلى الطبيب أن يحترم هذه الالتزامات ويخضع للمسؤولية المدنية والجنائية عن مخالفة ذلك، والنتيجة التي يمكن استخلاصها من هذا العرض هو أن تبني أحد المعايير له أثره القانوني على النصوص الجزائية المتعلقة بالقتل، إذ يجزنا معيار نحو نصوص القتل، فتكون هي وسيلة الحماية، ويعدنا معيار آخر إلى نصوص أخرى، لتتغير بذلك الحماية الجنائية.

II. رفع أجهزة الإنعاش الصناعي وأثره على نصوص القتل

إن أجهزة الإنعاش الصناعي وسائل يستخدمها الطبيب يستهدف بها إنقاذ شخص في غيبوبة مستديمة، ومن الصعوبة بمكان استمرار الحياة بدونها، فإذا امتنع الطبيب عن استعمال هذه الوسائل يسأل عن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة². لقد نصت المادة 182 من قانون العقوبات الجزائي بأنه يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات والغرامة من 500 إلى 1500 أو بإحدى هاتين العقوبتين... من امتنع عن مساعدة شخص في خطر كان في إمكانه تقديمها إليه.

كما أن إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي يثير إشكالية أخرى تتمثل في اعتبار هذا الإيقاف جريمة القتل بدافع الشفقة³. وتعرف هذه الأخيرة بأنه "نوع من القتل يرتكبه شخص قد يكون طبيبا وقد يكون شخصاً آخرًا لتخليص مريض لا يرجى شفاؤه ولم يعد يتحمل ألامه"⁴.

إن القتل بدافع الشفقة يعتبر جريمة معاقب عليها بالنسبة لأغلب التشريعات الجزائية كقانون العقوبات الفرنسي وقانون العقوبات المصري وقانون العقوبات الجزائري. وهناك تشريعات تعفي من العقاب، فلقد صادق مجلس النواب الهولندي على منشور يبيح القتل إشفاقاً حال كون المريض يعاني ألاماً لا تحتمل ولا تطاق وذلك بتاريخ 2000/11/18 كما صادق مجلس نواب بلجيكا على قانون يبيح القتل إشفاقاً فكانت بلجيكا البلد الثاني بعد أستراليا غير أن مجلس الشيوخ ألغى هذا القانون في

¹ - بدوي علي، الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، موسوعة الفكر القانوني، ملف المسؤولية الطبية، مقال منشور في مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، لا توجد سنة النشر، ص.22.

² - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق ص.294.

³ - عرضت هذه القضية لأول مرة منذ بداية القرن العشرين، وهكذا إلى سنة 1912 قتل أحد وكلاء النيابة زوجته المصابة بشلل نصفي ناشئ عن إصابة دماغية، وعند استفساره صرح أمام المحكمة أنه قد قام بواجبه اتجاه زوجته التي تعاني ألاماً لا تطاق. وفي سنة 1921 قتل طبيب بلجيكي طفلة كانت مصابة بتشوّه فظيع عند ولادتها، بسبب انقباض والدتها حينما رأت ابنتها على تلك الهيئة، وتوسلاتها بأن ينقذها من تلك المأساة الإنسانية. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والأموال، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2000، ص.16.

⁴ - سميرة عايد الديات، المرجع السابق ص.285.

مارس 1997 كما صادقت ولاية اوريفان في الولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ 1993/10/27 على قانون يتعلق بـ "الموت في كرامة" وهو قانون يبيح المساعدة الطبية للانتحار¹.

يمكننا القول أن استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي هو التزام يقع على عاتق الطبيب ويسأل مسؤولية جنائية عن نزعها، حال كونها ضرورية للإبقاء على الحياة إلا أن الحكم ليس بهذه البساطة، فإن تبني أحد المعايير التي تحدد الموت يؤدي حتماً إلى اختلاف الأحكام، فيثير التساؤل حول مسؤولية الشخص عن نزع هذه الأجهزة، وإذا كان لزاماً على الطبيب وضعها في أي مدى يستمر ذلك؟ وما هو موقف الشريعة الإسلامية والقانون من كل ذلك؟ فالقول بالمعيار التقليدي يدعو إلى القول بأنه لا يحق للطبيب وقف عمل أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض إلا بعد التوقف التام لجميع أعضاء الجسم بما فيها القلب والتنفس، لأنهم يعتبرون موت المخ ليس وحده آية للموت بل يستمر عمل القلب والرئتين في العمل ولو بمساعدة الأجهزة، لأن ذلك دليل على وجود الحياة. وبالتالي فإن نزع هذه الأجهزة هو ارتكاب للأمر المنهي عنه شرعاً وهو تعجيل النفوس قبل موتها، والطبيب يجهز على المريض الذي لا يزال قلبه وتنفسه يعملان، ويعد قاتلاً للنفوس عمداً جزأه القصاص في الدنيا والعذاب في الآخرة². فالشخص الذي لم تمت خلايا مخه يعتبر حياً في نظر القانون، وتترتب المسؤولية حتى ولو كان الدافع هو استحالة الشفاء³، ولو كان ذلك برضا المجني عليه⁴.

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص. 18-19.

² - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 295.

³ - قرر أفلاطون في كتابه الجمهورية على أنه "كل مواطن في دولة متمدنة واجباً يتعين أن يقوم به لأنه لا يحق لأحد أن يقضي حياته بين الأمراض والأدوية، وعليك يا غلكون أن تضع قانوناً واجتهاداً كما نفهمه نحن مؤداه وجوب تقديم كل عناية للمواطنين الأصحاء جسماً وعقلاً أما الذين تنقصهم سلامة الأجساد فيجب أن يتركوا للموت".

- وقال القس الإنجليزي "بيكون" إن على الأطباء أن يعملوا على إعادة الصحة للمرضى وتخفيف ألامهم، ولكن أن وجدوا أن شفاءهم لا أمل فيه وجب عليهم أن يهيؤوا لهم موتاً هادئاً وسهلاً" محمد زكي أبو عامر، على عبد القادر القهوجي، القانون الجنائي، المرجع السابق، ص. 35. الهامش. 01.

وقال "ديماس" لا معنى لأن نرفض مريض غير قابل للشفاء أو رجل في طريق الموت أن نجيبه إلى رغبته في تسهيل وفاته طالما في ذلك تخلصاً له من الألام التي يعانها، وإنه لمن السخف أن نرفض على المريض عذاباً لا جدوى فيه كما لا شيء أكثر مشروعية من تخليصه من هذا العذاب "سميرة عايد الديبات، المرجع السابق، ص. 290. الهامش.

⁴ - جاء في القانون الإنجليزي طبقاً للشريعة العامة **common law** حياة الإنسان ليست ملكه وحده بل ملك للمجتمع، ومن هما لا يحق لأي أن ينهي حياته برضائه، أو أن يطلب من شخص آخر أن يجهز عليه ليرجيه من البؤس الذي يعيش به، فالقاتل برضاء المجني عليه أو بناء على توسلاته يعتبر أنه ارتكب جريمة معاقباً عليها ولا يشفع للقاتل كون المجني عليه هو الذي سمح له بارتكاب القتل أو طلب منه ذلك. محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص. 125-126.

أما القول بالعيار الحديث يمنح رخصة للطبيب في رفع أجهزة الإنعاش الصناعي إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً كاملاً، وحكم الأطباء الاختصاصيين أن هذا التعطل لا رجعة فيه دون الخوف من خطر المسؤولية الجنائية.

ومن هنا يتبين أثر تبني أحد المعيارين، إذ أن نصوص القتل تجد نفسها هي وسيلة الحماية الجنائية نظراً لاعتبار رفع أجهزة الإنعاش جريمة قتل معاقب عليها غير أن نصوص القتل تنسحب عند اعتبار معيار الموت هو موت الدماغ.

III. اثر تحديد لحظة الموت على جرائم الإيذاء

لقد ذكرنا فيما سبق أن تحديد لحظة الموت وفق إحدى المعيارين يؤدي إلى الاختلاف في التكييفات القانونية واضطراب في المسؤولية الجنائية لبعض الجرائم، وإن كان هذا يظهر بجلاء بالنسبة لجرائم القتل فإنه كذلك في جرائم الإيذاء.

يجرم المشرع جميع الأفعال التي يأتيها الشخص على شخص آخر من شأنه المساس بسلامة جسمه أو بالوظائف الطبيعية لأعضائه، وهي مصلحة يحميها القانون بتجريمه جميع أفعال الإيذاء والضرب والجرح¹. وجرائم الإيذاء المقصود تشترك في ثلاثة أمور، محل الاعتداء (إنسان حي) والركن المادي والركن المعنوي، غير أن ما يهمننا هو ركن المحل، لأن الاعتداء والمتمثل في إلحاق الأذى أو الضرب أو الجرح يجب أن تقع على إنسان حي، فإذا وقع على إنسان ميت فإنه لا يعد من جرائم الإيذاء، وحماية الإنسان من الأذى له جوانب ثلاثة:

1- الحق في الاحتفاظ بالمستوى الصحي.

2- الاحتفاظ بمادة جسمه.

3- الحق في التحلل من آلام البدن².

يحدث الاختلاف في تحديد لحظة الموت إحصائياً بالنصوص الجزائية فقد نحكم على جميع أنواع الإيذاء من ضرب أو جرح بأنها أفعال إيذاء، وفي موضوع آخر يمكن الحكم عليها بأنها أفعال انتهاك لحرمة الميت.

¹ - محمد سعيد نمور، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني، المرجع السابق، ص. 59.

² - نفس المرجع، ص. 59.

إن هذا الاضطراب في المسؤولية الجزائية يثور عند تبني أحد المعيارين، فالمعيار التقليدي الذي يأخذ بتوقف القلب والرئتين، لا تعتبر لديه أعمال العنف أو الإيذاء الواقعة على الجسد بين توقف هذين الجهازين وموت جذع المخ من قبيل جرائم الإيذاء، لأنها واقعة على جثة إنسان، فتكيف بأنها انتهاك لحرمة الموتى.

أما بالنسبة للمعيار الحديث الذي يأخذ بموت الدماغ، فإن الأعمال التي ترد على الجسم من ضرب أو جرح في المرحلة بين توقف القلب والرئتين وموت الدماغ تعتبر جرائم واقعة على جسم إنسان حي، ويكون التكليف لهذه الجرائم هو جرائم الإيذاء أو جرائم الضرب والجرح. ونتيجة لما سبق يتبين أن حجم الاضطراب في المسؤولية الجنائية في تبني أحد المعايير التقليدي أو الحديث، فيثور التساؤل حينئذ موقف الاعتبارات الدينية وعلى وجه الحصر الشريعة الإسلامية، والاعتبارات القانونية من تحديد لحظة الموت.

المبحث الثالث

تحديد لحظة الموت في الفقه الإسلامي والقانون

لم تكن الاعتبارات العلمية وتطور تكنولوجيا الطب الحديث محدودة الأثر، بل وصل صدى هذا التقدم إلى الأوساط الفقهية الشرعية والقانونية، فكما تعتبر لحظة الموت واقعة بيولوجية تحدث على مراحل متعددة، وتستغرق فترة زمنية قد تطول وقد تقصر فإن الوفاة كحدث في ذاته مبعث لانعكاسات من الناحية الشرعية والقانونية، وبالأخص القانون الجنائي، بكيفية تضطرب فيها المسؤولية الجنائية بما يتوافق مع المعيار المتبع في تحديد لحظة الموت.

كما ينعكس تحديد لحظة الموت من الناحية الشرعية على الأحكام الفقهية، فعلى سبيل المثال، تعرض الفقهاء المسلمين إلى مسألة وجدوا أنفسهم مضطرين للبحث عن الزمن الدقيق الذي حصلت فيه الموت، وهي مسألة الاشتراك في القتل على التتابع¹.

وبالتالي سوف ندرس موضوع تحديد لحظة الموت في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول) ثم في القانون (المطلب الثاني).

¹ - فيصل عبد الرحيم شاهين، المرجع السابق، ص. 07.

المطلب الأول

تحديد لحظة الموت في الفقه الإسلامي

بدأت الحياة الإنسانية بنفخة وتنتهي بنفخة، فسبحان الحي القدير، بدأت بنفخة ينفخها إسرافيل في الصور، قال تعالى: ﴿ وَنَفَخَ فِي الصُّورِ فَمَضَعُ مِنَ فِي السَّمَاوَاتِ وَمَنْ فِي الْأَرْضِ ﴾¹؛ أي في الحال، وأما الواحد من بني البشر فقد يطول احتضاره ومعاناته لسكرات الموت الذي منه كان يجيد².

ولقد تحدث القرآن الكريم في آيات كثيرة عن خلق الإنسان كما تحدث عن موته قبي آيات أخرى، ومنها قوله تعالى: ﴿ الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا وَهُوَ الْعَزِيزُ الْغَفُورُ ﴾³. وقال تعالى: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ وَإِنَّمَا تُوَفَّوْنَ أَجُورَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ﴾⁴. وقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ كِتَابًا مُؤَجَّلًا ﴾⁵.

غير أن هذه الآيات لم تبين متى يكون الإنسان ميتاً، ولا شك أن هذه الآيات تعتبر إعجازاً علمياً طيباً عظيماً، حيث أنها لم تتعارض مع الحقائق العلمية، وقد جاءت مجملة لتتسجم مع هدف القرآن الكريم، باعتباره كتاب هداية وإرشاد جاء بهذه الحقائق ليلفت نظر المشركين إلى عظمة الله وتفرد به بالتصرف في الكون والخلق، وإثبات ألوهيته وإقامة الحجة عليهم⁶.

كما أن الله سبحانه وتعالى يريد من الناس أن يعملوا لتطبيق أحكامه حسب إمكانياتهم وما تستسيغهم عقولهم، فلو حدد لهم أمراً مخالفاً لما يدركونه ويلمسونه، أثار لهم ردة وتشكيكاً، ومن رحمة الله وحكمته أنه لم يحجر على العقول التفكير، وجعل الشريعة محققة للمصالح والحوائج⁷، وما يقال عن القرآن الكريم من عدم تبينه للحظة الموت ينطبق على السنة النبوية الشريفة⁸.

أما بالنسبة لعلماء المسلمين فلقد كان في البداية الاعتماد الكبير يندرج ضمن قوله تعالى: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾⁹. فوقفوا عن البحث فيه بأي صورة من الصور¹⁰.

1 - سورة الزمر، الآية. 68.

2 - محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 80.

3 - سورة الملك، الآية. 02.

4 - سورة آل عمران، الآية. 85.

5 - سورة آل عمران، الآية. 145.

6 - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص. 377-378.

7 - نفس المرجع ص: 278.

8 - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 238.

9 - سورة الإسراء الآية. 85.

10 - فيصل عبد الرحيم شاهين، المرجع السابق، ص. 06.

ورغم ذلك فقد بحث كثيراً من العلماء المسلمين القدامى والمعاصرين في الروح وألّفوا حولها المؤلفات وتكلموا عن صفاتها ونشاطها وأثرها في الجسم الإنساني¹. إلا أن العلماء القدامى لم يتعرضوا إلى تحديد لحظة الموت، وإن كانوا قد حاولوا تعريفها من الناحية التصويرية ومن ناحية علاماتها، ومن ثم وجب التعرض بشكل مفصل لمعيار الموت لدى علماء الشريعة القدامى (الفرع الأول). أما العلماء المعاصرين فقد أبدوا رأيهم بشكل يتوافق مع الاعتبارات العلمية الحديثة، فاختلف رأيهم بين من يلتزم بالمعيار التقليدي ومن ينكره ويلتزم بالمعيار الحديث (الفرع الثاني).

الفرع الأول

معيار الموت لدى علماء الشريعة القدامى

لم يتعرض العلماء القدامى إلى مسألة تحديد لحظة الموت، لكنهم ذكروا علاماته في مؤلفاتهم باعتبارها علامات تدل على نهاية الحياة، وقد ذكروا أمارات وصلت إليها معرفتهم من منطلق التجربة البشرية²، ولا بد للحكم بموته من انعدمت فيه كل إمارات الحياة، كاستهلال المولود³. فبعد أن قرر الفقهاء حقيقة الموت وماهيته، نبهوا على الأمارات التي يستدل بها على مفارقة الروح للبدن، إذ إدراك كنه الموت متعذر فتأتي الأمارات دلالة عليه، ومن ثم تترتب عليه الآثار الشرعية. ومن الأمارات الدالة على مفارقة الروح للبدن، وهي شحوص البصر؛ ففي حديث أم سلمة رضي الله عنها، يقول عليه الصلاة والسلام: "إن الروح إذا قبض تبعه البصر"⁴. ففي هذا الحديث دلالة واضحة على أن شحوص البصر ناتج عن خروج الروح؛ لأنها إذا خرجت تبعها البصر⁵.

1 - فيصل عبد الرحيم شاهين، المرجع السابق، ص. 06.

2 - محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 81.

3 - يذكر العلماء الأقدمين رأيهم في المولود الذي لم يستهل صارخاً يقول خليل ابن إسحاق: "ولا سقط ما لم يستهل صارخاً ولو تحرك أو بال أو رضع".

إن هذه الفكرة تجعل مقياس الحياة هي الصوت، وقد فصل اللخمي ما يكون به الحياة فقال اختلف في الحركة والرضاع، والعطاس، فقال مالك لا يكون بذلك حكم الحياة، قال ابن حبيب: وإن قام يوماً يتنفس ويفتح عينيه ويتحرك حتى يسمع له صوت ولو خفياً، قال إسماعيل: وحركته كحركته في البطن لا يحكم فيها بحياة.

ومن هنا كان العلماء يعدون الطفل المولود ميتاً ما لم يستهل صارخاً، وهذا كله يدل على أن الطب كان متأخراً في تلك الأزمنة. مقتبس عن: محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، المرجع السابق، ص. 02.

4 - رواه مسلم، كتاب الجنائز، باب إغماض الموت والدعاء له إذا حضر، الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم للإمام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 124.

5 - أحمد عبد الوهاب سالم محمد، علامة الموت بين الفقهاء والأطباء، وهل يعتبر موت الدماغ موجباً للحكم بموت صحبه أو لا؟، بحث منشور على الانترنت، ص. 14/6 تاريخ الاطلاع: 2011/1/14 الموقع:

ويذكر الفقهاء أمارات أخرى في كتاب الجنائز من مصنفاتهم، وقفوا عليها من خلال التجربة واستقراء الحوادث، فهي ليست من قبيل القطعية واليقين، ولكنها من قبيل الأمور الظاهرة التي تدرك بالحس والمشاهدة، ولذا نبهوا رحمهم الله على ضرورة التيقن من تحقق الموت، وإلا فالأصل فيه الحياة؛ يقول ابن قدامة: "وإذا تيقن الموت وُجِّه إلى القبلة، وأُغمضت عيناه"¹. ويقول الإمام النووي رحمه الله: "فإن شك بأن لا يكون به علة، واحتمل أن يكون به سكتته، أو ظهرت أمارات فزع، أو غيره، أُخِّر إلى اليقين بتغير الرائحة أو غيره"².

هكذا نجد أن الفقهاء رحمهم الله ينصُّون على ضرورة تيقن الموت، وأنه لا يعتبر في ذلك الشك، أو غلبة الظن. وفيما يلي مجمل ما ذكره الفقهاء من أمارات للموت:

- "توقف النفس.
 - استرخاء القدمين مع عدم انقباضهما وانتصابهما. ومن عجيب ما ذكره ابن القيم رحمه الله في ذلك: أن طبيباً كان واقفاً عند بابه فمرَّ عليه بجنزة يحملونها إلى المقبرة، فسأل عن شأنها، ف قيل له: إنهم يحملونها إلى المقبرة، فقال الطبيب: إن هذا الشخص لم يمِت، واستدل على ذلك بأن قدميه لا تزالان منتصبتين، فأرجع هذا الميت، وفكَّ من أكفانه فأفاق بإذن الله.
 - انفصال الكفَّين عن الذراعين، فإنها في حال الحياة متمسكة بالذراع، لكن إذا مات الميت انفصل كفه عن ذراعه فينفصل زنده.
 - انحساف صدغيه إلى الداخل.
 - ميل الأنف واعوجاجه.
 - امتداد جلدة الوجه.
 - تقلص خصيتيه إلى الأعلى مع تدلى الجلدة.
 - برودة البدن.
 - انفراج شفثيه فلا ينطبقان"³. إلى غير ذلك من الأمارات التي يستدل بها على خروج الروح.
- من المفيد أن نقول أن اكتفاء الفقهاء الأوائل بالكلام عن العلامات الواضحة للموت والمعروفة لدى جميع الناس، وعدم التعرض لحقيقة نهاية الحياة الإنسانية يعود إلى سببين.

¹ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، 1405، ص.98.

² - موفق ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.307.

³ - بكر بن عبد الله أبو زيد، أجهزة الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والأطباء، بحث منشور على الانترنت ص.14/9 تاريخ الاطلاع:

2011/01/14 الموقع: <http://saaaid.net/book/10/3143.doc>.

أولاً: إن المسائل التي كانت تعرض عليهم كانت منصبة حول أحكام ما قبل الوفاة، أو ما بعدها خاصة، ولم يكن هناك ما يدعوهم إلى الاجتهاد وإعمال النظر في هذا الموضوع.

ثانياً: لم يكن لديهم الوسائل الدالة على الموت إلا العلامات الظاهرة التي تلاحظ على جسد الميت.

إن علامة توقف القلب وانعدام النبض في العروق لم يرد لها ذكر في علامات الموت المتقدمة، ولعل سبب ذلك يرجع إلى أن اكتشاف الدورة الدموية كان متأخراً جداً حيث أكتشفها " ابن النفيس " الذي توفي في القرن السابع الهجري، وكان قد اكتمل بناء الفقه الإسلامي، وأخذ من أتى بعد هذا العصر يكتفي بالنقل من المتقدمين إلا ما ندر. ولما اكتشفت الدورة الدموية أخذ الأطباء وتبعهم الفقهاء في ذلك يركزون على توقف القلب عن النبض، بالإضافة إلى العلامات التي سبق ذكرها كعلامة للموت¹. ومن هنا يجدر بنا البحث عن أثر التطور الطبي على فقهاء الشريعة المعاصرين في تبني معيار الموت وفقاً لما جد في الطب الحديث.

الفرع الثاني

معيار الموت لدى علماء الشريعة المعاصرين

نظراً لأهمية تحديد لحظة الموت وأهمية الالتزام بمعيار محدد تنصرف على إثره آثار شرعية، فقد كثر الحديث عن الموت واختلقت الآراء حول تعريف الموت بالمعايير الطبية والعلمية والفقهية. فمع تزايد حوادث السير² وإصابات المخ البالغة والمتعددة وحالات الغيبوبة الشديدة، يواجه الطبيب المسلم بعض العضلات الطبية والفقهية في تحديد معنى الموت، نتيجة للتقدم العلمي والتقني في المجالات الطبية العديدة³.

فلم تعد تلك العلامات التقليدية - استرخاء الأطراف والأعصاب، سكون الحركة في البدن، وتغير لون البدن، شحوص البصر، وانخساف الصدغ وميل الأنف، وانفراج الشفتين... وغيرها - توحى بالموت الحقيقي.

1 - أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص. 60 - 61.

2 تعد حوادث المرور السبب الرئيسي للوفاة للذكور في مقتبل العمر في معظم بلدان العالم ولقد انخفضت حوادث المرور في الولايات المتحدة الأمريكية بنسبة 20% خلال عشر سنوات (1970-1980) وكذا انخفضت نسبتها في بريطانيا وكندا ومعظم دول العالم الصناعي انخفاضاً كبيراً بسبب التشدد في العقوبة على السياقة في حالة سكر، بينما ازدادت الحوادث في الدول العربية ففي المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات زادت النسبة بـ 250% في الفترة (1971-1976) وازدادت نسبته في البحرين بـ 90% وفي الكويت 50% في نفس الفترة. محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، المرجع السابق، ص. 11.

3 - حسين محمد مليباري، نحو تعريف الموت في المفهوم الطبي والشرعي، ص. 10. بحث مستخرج من الأنترنت، الموقع: [http://www.Islamset.com/arabic/abioethics/death/not word. Molaare.doc](http://www.Islamset.com/arabic/abioethics/death/not%20word.Molaare.doc)

كما أن توقف القلب والتنفس توقف لا رجعة فيه، لم يعد يشكل دليلاً قاطعاً على مفارقة الحياة لجسم الإنسان، حيث ظهرت مدلولات جديدة دفعت الأطباء المعنيين وفقهاء الشريعة الإسلامية إلى مراجعة تعريف الموت، هل هو الموت الكامل وتوقف سائر أعضاء الجسم بما في ذلك القلب؟ المعيار التقليدي. أم هو موت الدماغ أو موت جذع المخ الذي يحتوي على مراكز الصحو والتنفس؟ المعيار الحديث.

في هذا المجال انقسم علماء الشريعة المعاصرين إلى اتجاهين، اتجاه يقول بالالتزام بالمعيار التقليدي لتحديد لحظة الموت (أولاً) واتجاه آخر يقول بالالتزام بالمعيار الحديث (ثانياً).

أولاً: الاتجاه القائل بالالتزام بالمعيار التقليدي لتحديد لحظة الموت

يذهب هذا الرأي إلى القول بوجوب الالتزام بالمعيار التقليدي للوفاة، والذي أعتنقه الفقه الإسلامي بشئى مذاهبه، كمذهب الإمام مالك، حيث جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل " إن الموت كيفية وجودية تضاد الحياة فلا يعرى الجسم الحيواني عنهما ولا يجتمعان فيه، وعلاماته أربع: انقطاع نفسه وإحداد بصره وانفراج شفثيه فلا ينطبقان وسقوط قدميه فلا ينتصبان"¹.

ويضيف أنصار هذا الاتجاه إلى أن الموت التي تنبني عليها الأحكام شرعية من إرث وقصاص ودية وبينونة وانتهاء العقود، لا تتحقق إلا بمفارقة الروح الجسد، وأن موت الجهاز العصبي ليس وحده آية للموت، بل أن استمرار التنفس وعمل القلب والنبض دليل على استمرار الحياة في الجسد، وأن دلت الأجهزة على فقدان الجهاز العصبي والمخ لخواصه الوظيفية².

قال تعالى: " الله يتوفى الأنفس حين موتها والتي لم تمت في منامها فيمسك التي قضى عليها الموت ويرسل الأخرى إلى أجل مسمى إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"³. ووجه الدلالة أن الله علق الموت على إمساك النفس وهي الروح. فإذا كان حكم الموت معلقاً بإمساك الروح فلا عبرة بغير ذلك ولا يلزم من موت عضو من أعضاء الجسم خروج الروح من كامل الجسم، فمن أيننت يده أو رجله؛ يعني قطعت، فإن الروح تنحاز إلى باقي الجسد، وإن الحكم بموت على موت الدماغ الذي هو عضو من أعضاء الإنسان تعليقاً لحكم الموت بما لم يعلقه الشرع⁴.

¹ - الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، الطبعة الأولى، الجزء الثاني المطبعة العامرية الشرقية، مصر، 1316، ص. 122..

² - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 237.

³ - سورة الزمر، الآية. 42.

⁴ - وسيم فتح الله، تهافت موت الدماغ، المرجع السابق، ص. 09.

ومن الأدلة كذلك قوله تعالى: "فلولا إذا بلغت الحلقوم"¹. وقوله: "كلا إذا بلغت التراقي"². ووجه الدلالة في قوله تعالى (فلولا إذا بلغت)، "أي الروح الحلقوم، وهو الحلق حين الاحتضار فعلق الموت على خروج الروح من الجسد لا غير"، وهو رد على من يورد شبهة تعلق الحياة بالدماغ دون غيره من الأعضاء³.

ومن الأدلة قوله تعالى: "وليس التوبة للذين يعملون السيئات حتى إذا حضر أحدهم الموت قال إنني تبت الآن"⁴. وقوله تعالى: "حتى إذا جاء أحدكم الموت توفته رسلنا"⁵، أي قبضت روحه، والتوفي استيفاء النفس وهي الروح، وهو أن يقبضها كلها لا يترك منها شيئاً، من قولك توفيت حقي من فلان؛ أي استوفيته وافياً كاملاً من غير نقصان⁶.

ورد في الفتاوى المنشورة على "إسلام أون لاين" بعنوان "موت الدماغ من منظور إسلامي"⁷ ما يفيد هذا الرأي، فقد أجاب المفتي الأستاذ الدكتور "عبد الفتاح إدريس" إنني أرى بقناعة تامة أن مرضى الغيبوبة الدماغية، أو من شخصت حالتهم بأنه موت لجذع الدماغ أحياء على وجه الحقيقة، ما دامت فيهم مظاهر الحياة... ومن ثم فإن نزع الأعضاء عنهم في هذه الحالة من قبل اليأس من شفائهم يعد قتلًا عمدًا عدواناً عند جمهور الفقهاء؛ لأن هذه الأجهزة المساعدة هي من وسائل مداواتهم وعلاجهم وقيام الأطباء بجرمان هؤلاء المرضى من وسائل العلاج يعد محققاً لجريمة القتل العمد⁸.

"لقد ذهب المحققون من أهل العلم إلى اعتبار الموت الدماغية نهاية للحياة الإنسانية، بتوافر العلامات الظاهرة للموت، وهي توقف القلب والتنفس لا رجعة فيه، وبذلك لا يجوز الحكم بالموت الذي تترتب عليه الأحكام الشرعية بمجرد تقرير الأطباء أنه مات موتاً دماغياً، حتى يعلم أنه مات موتاً لا شبهة فيه من توقف دقات القلب والتنفس مع ظهور الأمارات الأخرى الدالة على موته يقيناً. فجعل موت الدماغ أو جذع الدماغ دليلاً على تحقق الوفاة، مع نبض قلبه ولو آلياً لا يعتبر موتاً، ولكنه نذير

1 - سورة، الواقعة، الآية.78.

2 - سورة القيامة، الآية.26.

3 - نفس البحث، ص.11.10.

4 - سورة النساء، الآية.18.

5 - سورة الأنعام، الآية.61.

6 - بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.19.

7 كان نص سؤال الفتوى: "نريد معرفة حكم الشرع في مسألة موت الدماغ، هل يعتبر موتاً شرعياً ويترتب عليه أحكام الموت المختلفة بما في ذلك نقل الأعضاء للغير؟ نرجو توضيح رأي الفقهاء في ذلك وبيان الرأي الصحيح؟".

8 - عبد الفتاح إدريس، موت الدماغ من منظور إسلامي ص.04 فتوى منشورة على إسلام أون لاين نت "اسألوا أهل الذكر إن كنتم لا

تعلمون" تاريخ الفتوى 2004/11/10. الموقع: www.islamonline.net.fatawa.

يسير للموت، فله حكم الأحياء حتى يتم انفصال الروح عن البدن". ولا بد أن يراعى عند الترجيح قاعدة فقهية قررها الفقهاء وهي: "الخروج من الخلاف مستحب" والمقصود إثبات ما هو أحوط في مسألة اختلفت فيها أنظار الفقهاء واجتهاداتهم¹.

يرى الدكتور "بكر بن عبد الله أبو زيد" "فكما لا يسوغ إعلان الوفاة بمجرد سكوت القلب - كما حرره النووي - لوجود الشك فكذلك لا يسوغ إعلان الوفاة بموت الدماغ مع نبض القلب وتردد التنفس تحت الآلات.

وكما أن مجرد توقف القلب ليس حقيقة للوفاة بل هو من علاماته إذ من الجائز جداً توقف القلب ثم تعود الحياة بواسطة الإنعاش أو بدون بذل أي سبب، ومن هنا ندرك معنى ما ألف فيه بعض علماء الإسلام: باسم من عاش بعد الموت، لابن أبي الدنيا. وما يذكره العلماء عَرَضاً في بعض التراجم من أن فلاناً عاش بعد الموت أو تكلم بعد الموت"².

وكذلك يقال أيضاً: إن موت الدماغ علامة وأمارة على الوفاة وليس هو كل الوفاة بدليل وجود حالات ووقائع متعددة يقرر الأطباء فيها موت الدماغ ثم يحيا ذلك الإنسان. فيعود الأمر إذن إلى ما قرره العلماء من أن حقيقة الوفاة هي: مفارقة الروح البدن.

ومن الفقهاء الذين لم يؤيدوا فكرة موت الدماغ شيخ الأزهر السابق **جاء الحق** - رحمه الله - إذ يقول: "إذا أصدر قرار الموت إنما هو في انقطاع الحياة عن الجسد كله، بما في ذلك العقل، وإن الشخص المصاب بموت الدماغ فاقد للحياة العقلية والحسية دون الحياة الجسدية، ومن ثم فإقرار الموت الدماغية لا يعني الموت الجسدي الكامل"³.

ويرى الدكتور "إبراهيم صادق الجندي" "أن المريض من الناحية الطبية يدخل في سكرات الموت وحالة الاحتضار إذا توقفت الأعمال الحيوية في جسده نتيجة توقف الأجهزة الحيوية (القلب، التنفس، الدماغ). فإذا كان توقف الوظائف توقفاً تاماً لا رجعة فيه حدثت تغيرات بالجسم تمنعه من العودة إلى الحياة، وبذلك يصبح الشخص غير قابل للإنعاش الصناعي. وهذا يعني أن توقف وظائف أحد هذه الأجهزة الحيوية كتوقف وظيفة المخ مثلاً أو توقف وظيفة القلب أو تعطل التنفس فقط يمثل مرحلة الاحتضار ولا يجب اعتباره موتاً، حتى وإن كان الشخص سيموت، ولا يجب بناء الأحكام عليه؛ لأن دفع الضرر عن المريض الذي توقف دماغه أو قلبه أو تنفسه بمحاولة علاجه أولى من جلب المنفعة لمريض

1 - محمد بشير فلفلي، المرجع السابق، ص. 42. 43.

2 - بكر بن عبد الله أبو زيد، أجهزة الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والأطباء، المرجع السابق، ص. 13.

3 - مقتبس عن: محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية، القسم الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة الفرابي، دمشق، لبنان، 1999، ص. 138.

آخر بمعالجته بأعضاء هذا المريض الذي يعد في مرحلة الاحتضار. وعليه فإن فقدان الدماغ لخواص الوظيفة الأساسية مع استمرار نبض القلب والتنفس اصطناعياً بوسائل الإنعاش ليس موتاً حقيقياً؛ لأن موت الدماغ لا يعدو أن يكون أحد مظاهر الموت، وليس الموت على وجه اليقين، واليقين لا يزول بالظن بل يزول بيقين مثله"¹.

ويقول الدكتور " توفيق الواعي ": إن العلماء قد استطاعوا أن يوجدوا بديلاً للمخ في إدارة الحركة الدموية والجهاز التنفسي والجهاز الهضمي، والإبقاء على صلاحية الجسد والحياة فيه، فلم يعتبر الإنسان ميتاً والبديل يعمل؟"².

قرر أنصار الموت الدماغى تطبيق بعض أحكام الموت بمجرد موت الدماغ " استئصال الأعضاء" وتأجيل بقية أحكام الموت على من مات دماغياً حتى تتوقف الأجهزة الرئيسية للجسم؛ أليس ذلك دليلاً على عدم اطمئنان أنصار هذا الاتجاه أنفسهم إلى حقيقة الموت الدماغى"³.

وإضافة إلى ذلك فقد نهانا الله عز وجل عن اليأس من رحمته بقوله: " ولا تيأسوا من رحمة الله إنه لا يائس من روح الله إلا القوم الكافرون"⁴. وما ذلك إلا لأن قدرة الله ليس لها حدود، فسبحانه قادر على شفاء خلقه من أي داء مهما كان جسيماً. فإذا كان الطب الآن يقف عاجزاً عن إيجاد علاج لتوقف المخ، فإن قدرة الله لا حدود لها، ورحمة الله وسعت كل شيء. فقد يأتي يوماً يتقدم فيه الطب أضعافاً مضاعفة عما هو عليه اليوم ويكتشف أن العلامات التي يقرها الطب اليوم لموت المخ ليست نهائية قاطعة، وأنه من الممكن علاج موت المخ وإعادةه للعمل مثلما حدث مع توقف القلب والرئتين (الموت الظاهري) وعندما اكتشف علاجاً يعيد الحياة للقلب والرئتين هجر هذا المعيار"⁵.

إن تقرير الوفاة استناداً إلى علامات موت الدماغ - إن صح - يحتاج إلى فريق طبي متخصص على أدق مستوى، وفحوصات دقيقة وأجهزة مكلفة وهذا لا يتوافر في كثير من المستشفيات، وإن فتح الباب على مصراعيه اعتبار بموت الدماغ كعلامة للحكم بالوفاة سيؤدي إلى خطر عظيم فينبغي قفله صيانة للأرواح التي يعتبر حفظها مقصداً ضرورياً من مقاصد الشريعة الإسلامية"⁶.

ومن الأسباب التي جعلت العلماء يتمسكون بالمعيار التقليدي للحظة الموت تعود إلى ما يلي:

1 - إبراهيم صادق الجندي، المرجع السابق، ص.14.

2 - مقتبس عن: أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص.237.

3 - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص.47.

4 - سورة يوسف، الآية.87.

5 - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص.48.

6 - أحمد العمر، المرجع السابق، ص.14.

1- التثبت بالعلامات التي حددها الفقهاء الأوائل للموت، والتخوف من الاستعجال بإصدار حكم بالغ الخطورة يتعلق بالحياة أو الممات، خاصة وأن العلوم تتطور فقد يكون ما وصل إليه العلم في هذا الزمان من أن العلامات المعتبرة اليوم قد يأتي المستقبل على إلغائها¹.

2- من الحقائق الثابتة أن النمو مظهر من مظاهر الحياة، وأبدان المرضى بالغيوبة نامية، إذ تم تسجيل كثير من حالات الغيوبة التي شخصت على أنها موت لجذع المخ وكانت النساء المريضات حوامل، وجرت متابعة الحمل لأكثر من خمسة أشهر نمت فيها الأجنة نمواً طبيعياً، حتى تمت الولادة بعملية جراحية، ولا يتحقق نمو الأجنة في داخل الجسم الميت لانعدام الحياة فيه، وهذا دليل على استمرار الحياة في أبدان هؤلاء المرضى².

وبالتالي فإن حكم من يتعدى على شخص في حالة موت الدماغ فأهمل حياته فإن عليه القصاص؛ لأنه أنهى حياة مستقرة وإن كان على سبيل الخطأ ففيه الدية والكفارة. وإن كان التعدي على عضو من أعضائه ففيه القصاص إذا كان عامداً، أو الدية إذا كان لا يمكن القصاص أو كان على سبيل الخطأ.

ثانياً: الاتجاه القائل بالالتزام بالمعيار الحديث لتحديد لحظة الموت

يأخذ هذا الاتجاه بالمعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة، حيث أن صدى موضوع موت الدماغ ما كاد ينتهي في الغرب - حيث بدأت معالمه تتضح ومفهوماته تتحدد في نهاية السبعينيات وبداية الثمانينيات - حتى بدأت في العالم الإسلامي، واتجهت المحافل والجامع الفقهي لمناقشة هذه القضية الحيوية باجتماعات مطولة مشتركة بين الأطباء والفقهاء³.

وكانت أول مبادرات هذه القضية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث عقدت ندوة الحياة الإنسانية، بدايتها ونهايتها في 1985 بمدينة الكويت باشتراك مجموعة من الأطباء والفقهاء، وكانت خلاصة ما انتهت إليه الندوة في شقها الثاني "نهاية الحياة" تأسيساً على عرض من الأطباء، إلى أن الإنسان الذي يصل إلى مرحلة مستيقنة هي موت الدماغ، يعتبر قد استدبر الحياة، وأصبح صالحاً لأن تجرى عليه بعض أحكام الموت..."⁴.

1 - أحمد العمر، المرجع السابق، ص.237.

2 - عبد الفتاح إدريس، المرجع السابق، ص.03.

3 - محمد علي البار، وموت القلب وموت الدماغ، المرجع السابق، ص.14.

4- ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي، انعقدت من طرف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالاشتراك مع وزارة الصحة بدولة الكويت، الندوة الثانية من سلسلة ندواتها حول الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، في الفترة ما بين 24-26 ربيع الآخر 1405هـ الموافق 15-17 يناير 1985 بفندق هيلتون بدولة الكويت، مستخرج من الأنترنت، الموقع: [www. Islam set.com.arabic/abioithics/hayat.html](http://www.Islam set.com.arabic/abioithics/hayat.html).

إن المتفق عليه في كثير من الأوساط الطبية أن موت المخ بما في ذلك جذع المخ يعد موتاً للجسم كله، إذا تم تشخيص ذلك حسب الشروط المعروفة في كل المستشفيات وخاصة في أقسام العناية الطبية المركزة. وإذا تم تشخيص موت المخ أو الوفاة الدماغية، فقد اتفق المختصون على أنه لا جدوى من الاستمرار في الوسائل الإنعاشية وخاصة في الجهاز التنفسي. وأن استمرار القلب في النبض لا يعني أن الإنسان لا يزال حياً، حيث أن القلب يمكن أن ينبض خارج جسم الإنسان، وموت المخ يؤدي إلى موت القلب آجلاً أو عاجلاً¹.

ومن بين المبادرات في العالم الإسلامي كذلك مبادرة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية المنعقدة في جدة (10-6 ربيع الثاني 1406هـ — 22-28 ديسمبر 1986).

وبعد مناقشات عديدة تقرر تأجيل البث في الموضوع إلى الندوة الثانية والتي عقدت في عمان الأردن (18-13 صفر 1407هـ — 11-16 أكتوبر 1986)². وخلال هذه الندوة صدر القرار التاريخي رقم 5 بشأن أجهزة الإنعاش حيث قرر المجمع بأنه " يعتبر الشخص ميتاً وتترتب عليه الأحكام الموت المقررة شرعاً، إذا تبينت إحدى العلامتين التاليتين:

- 1- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
- 2- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ قلبه في التحلل.

وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء لا يزال يعمل آلياً بفعل الأجهزة المركبة"³.

وأفتى فضيلة الشيخ عبد الله المشد - رحمه الله - رئيس لجنة الفتوى بالأزهر سنة 1985 عن موضوع التشريح، فقال على " أن يكون ذلك بعد تحقق وفاة الميت بتوقف مخه عن أداء وظيفته لا بتوقف قلبه؛ لأن قلبه قد يتوقف والمخ لا يزال قائماً بوظيفته فلا تتحقق الوفاة حينئذ"⁴.

1 - حسين محمد مليباري، المرجع السابق، ص. 02.

2 - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 5 بشأن أجهزة الإنعاش، الندوة الثانية والتي عقدت في عمان الأردن (18-13 صفر 1407هـ — 11-16 أكتوبر 1986). مقتبس عن: محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، المرجع السابق، ص. 14.

3 - محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، المرجع السابق، ص. 14.

4 - مقتبس عن: عبد المنعم حسب الله، الإسلام والطب ونقل الأعضاء، مقالات نشرتها الجمعية العربية لأمراض وزرع الكلى ص. 04 مستخرج

من الإنترنت الموقع: [http:// www. ASNRT.org. articl.arasp](http://www.ASNRT.org.articl.arasp).

ويرى فضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي - رحمه الله - بأن " الإنسان يتكون من أجهزة متعددة، وسيد هذه الأجهزة هو المخ، فإذا ماتت خلايا المخ فإن كل شيء انتهى في جسم الإنسان، والحقيقة العلمية هي أن الحياة لا تغادر جسم الإنسان إلا إذا توقف مخه عن العمل، فقد يتوقف القلب عن العمل ويعالجه الأطباء بصدمة كهربائية تعيد تشغيله، أما إذا ماتت خلايا المخ عن العمل فهذا هو الموت الحقيقي؛ لأن أجهزة الجسم لا تعيش بدون هذا السيد لحظة واحدة"¹.

ويرى الداعية الإسلامي الدكتور عبد الله شحاتة - رحمه الله - " بعد الحكم بموت الدماغ، فإن الإنسان يصبح في حكم الميت، وتصبح ضربات القلب هذه موقوتة تقارب الوفاة، وما قارب الشيء يعطى حكمه".

ويقول الدكتور يوسف القرضاوي في ندوة عقدت في أبو ظبي 1998 " لقد أصبحت مسألة الوفاة قضية محسومة من الناحية العلمية والفقهية، وهي فعلا تلف جذع الدماغ تلفاً لا رجعة فيه"².
غير إن نخوف العلماء المناصرين لتحديد لحظة الموت وفقاً للمعيار التقليدي يمكن الرد عليهم بما يلي:

أولاً: إن تخوفهم من فتح الباب أمام من يمتنهن الطب يوقع الأخطاء في تشخيص حالات الموت، يرد عليه بأن تحديد الموت شأن فني فلا يفصل فيه غير قول المهرة من ذوي الخبرة الطويلة، ولا يقل عددهم على ثلاثة اختصاصيين يجمعون على رأي واحد³.

ثانياً: ويرد على قولهم في أن العلم قد يقبل إلغاء علامة الدماغ بعلامات أخرى، هو أن الأحكام العلمية في الشريعة الإسلامية تبنى على غلبة الظن المحصلة بالأمارات والدلالات، فكثير من حقائق الحياة لا تعرف إلا بغلبة الظن لا بالقطع واليقين والاقتصار في بناء الأحكام على تحصيل اليقين فيه تعطيل لكثير من المصالح الخطيرة⁴.

ثالثاً: أما عن قولهم أن العديد ممن أصيب بالغيوبة الطويلة استفاقوا بعد مدة، يرد عليه بأن الحديث عن موت الدماغ يقتصر على تلف المخ كلية بم في ذلك جذع المخ، فقد تصاب قشرة المخ بتلف دائم ويبقى جذع المخ سليماً، فأصحاب هذه الحالة هم أحياء أما أصحاب موت الدماغ، يكون

1 - مقتبس عن: عبد المنعم حسب الله، المرجع السابق، ص.05.

2 - مقتبس عن: عبد المنعم حسب الله، الإسلام والطب ونقل الأعضاء، المرجع السابق، ص.50.

3 - نفس المرجع، ص.241.

4 - ينكر البعض استخدام مفهوم موت الدماغ، في أي بلد لم تكن لديها الإمكانيات الطبية المتوفرة، والخبرات الطبية الجيدة، بالإضافة إلى أنه لا بد من وجود رقابة صارمة ونظام وبروتوكول معين. محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، المرجع السابق، ص.15.

عندما يصاب المخ بتلف دائم لجميع وظائفه بما فيه جذع المخ، الأمر الذي يجعله فاقداً لأي شكل من أشكال الاتصال بالعالم الخارجي وجميع مقومات الحياة البيولوجية¹.

رابعاً: أن هذه الأحداث والوقائع التي أصبحت أمثلة يتخوف منها، ومن ثم ينكرون موت الدماغ، ليست من مصادر علمية وبالتالي يصعب مناقشتها، حيث يصعب التأكد من أن تشخيص الموت الدماغى تم حسب البروتوكولات المعترف بها، وهم في الأرجح أن هؤلاء المصابين كانوا في حالة غيبوبة شديدة².

ومن هنا يمكن استخلاص نتيجة مفادها أن تطور العلوم بما فيه العلوم الطبية وتقنياته أثمرت عن اتخاذ المعيار الحديث لتحديد لحظة الموت، وفي غياب نص شرعى كان لابد أن تسخر الاجتهادات الفقهية، بما يتوازى مع المعرفة الطبية ويثبت استدبار الكائن البشرى الحياة. وإذا كان تحديد لحظة الموت - ميلاد الجثة - يشهد تضارباً فقهيًا، بين الفقهاء قدامى ومعاصرين، وبين المعاصرين أنفسهم. فما صدق هذا التضارب في مجال القانوني؟

المطلب الثاني

تحديد لحظة الموت في القانون

بعد تعرضنا إلى تحديد الموت في الشريعة الإسلامية نأتى على بيان هذا التحديد في القانون، بإلقاء نظرة على القوانين وكيف تعاملت مع هذا الشأن الذي شهد مناظرة من الناحية العلمية والشرعية.

في البداية يثور التساؤل التالي: هل تحديد لحظة الموت شأن من الشؤون القانونية يتعين على القوانين أن تضع معياراً محدداً؟ أم يعتبر شأن من الشؤون الطبية ينفرد الأطباء ببيان لحظة حدوثه؟ ومن ثم يتعين التطرق إلى مدى ملاءمة التحديد القانوني للحظة الموت (الفرع الأول).

ولبيان ذلك نلقي نظرة على القوانين المقارنة وكذا الشريعة الإسلامية لنرى كيف تعاملت مع هذا الموضوع بالإضافة إلى بيان موقف المشرع الجزائري من كل ذلك (الفرع الثاني).

ولما كانت القوانين في أغلبها ترتبط بشكليات معينة فإن الموت مهما ظهرت علاماته فإن القوانين تفرض إجراءات تتعلق بإثبات الموت بشكل رسمي، عن طريق تحرير صك الوفاة أو شهادة الوفاة، ومن ثم يتعين بيان الإثبات القانوني للموت (الفرع الثالث).

1 - أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص.246.

2 - حسين مليباري، المرجع السابق، ص.02.

الفرع الأول

مدى ملاءمة التحديد القانوني للحظة الموت

يشكل التنازع بين الاعتبارات العلمية الحديثة في مجال العلوم الطبية والاعتبارات القانونية التي نتجت عن أصداء هذا التطور العلمي لب المشكلة الجوهرية في مجال تحديد لحظة الموت، هل يعتبر هذا الشأن من الشؤون القانونية أم من الشؤون الطبية؟

هناك جانب يرى أن الموت ليست ظاهرة بيولوجية فحسب، بل هي واقعة قانونية لها آثارها القانونية، ومن ثم وجب على المشرع أن يتدخل بإيجاد تعريف لها، وتحديد معيار مقبول.

ولكي يتضح لنا جوهر الصراع القانوني الطبي، يجب علينا أن نجري مناظرة بين اتجاهين، اتجاه يرى أن تحديد لحظة الموت مسألة قانونية (أولاً) ويؤكد على ضرورة أن يصدر تشريع يحدد لحظة الموت، واتجاه يرى بأنها مسألة فنية تترك لضمير الطبيب (ثانياً).

أولاً: تحديد لحظة الموت مسألة قانونية

يرى هذا الاتجاه¹ أنه يجب أن يصدر تشريع ينظم مفهوم الموت، وهذا المفهوم ينطلق أساساً لطمأنينة الرأي العام والأطباء معاً، بحيث يقوم الطبيب بعمله وفقاً للأسس التي أرساها القانون².

وقد تمسك أصحاب هذا الرأي بضرورة وضع تعريف للموت بعد أن شاعت عمليات زرع الأعضاء البشرية كوسائل علاجية، خصوصاً بعد أن قام الطبيب " بونارد " بأول عملية زرع للقلب من جثة شخص متوفى إلى جسد شخص حي. وتبرير هذا الرأي هو أن الغريزة الإنسانية المحبة للشهرة وتحقيق السبق العلمي الطبي، قد يؤديان إلى استئصال أعضاء من أشخاص تدب فيهم الحياة، ولذا فإن وضع تشريع يشيخ نوعاً من الاطمئنان، ذلك أن الطبيب من حقه أن يحتمي بالقانون في حالة تعرضه للمسؤولية القانونية والأخلاقية³.

إن قواعد مهنة الطب لا تفي بالغرض، ولا تلقى نفس التقدير لدى الجمهور أو أفراد المجتمع، فالذي يلقي قبولاً لدى رجال الطب، قد يقابله رفضاً من طرف القضاء والرأي العام⁴.

¹ - حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص.107؛ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.49؛ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.167.

² - سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.272.

³ - نفس المرجع، ص.272.

⁴ - حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص.107.

إن مسألة الموت تهم الجماعة، لذا بات من الضروري مناقشتها من طرف ممثلي الشعب- البرلمان- بوضع قانون مستوحى من الضمير الاجتماعي والإنساني والاعتبارات الطبية¹.
إن الآثار القانونية الخطيرة المترتبة عن الإعلان عن وفاة شخص على الصعيدين المدني والجنائي، تؤدي حتماً إلى انحسار الحماية الجنائية عن الكيان المادي للإنسان أو الجسم البشري، لذا يبدو جلياً أن التحقق من الموت لا بد أن يضطلع عليه رجال القانون بالدور الأساسي في ضبطه وإصباح وصف المشروعية عليه².

ثانياً: تحديد لحظة الموت مسألة طبية

يرى أنصار هذا الاتجاه³ أنه لا يجوز للقانون أن يتدخل في مسألة تحديد الموت، إذ تعتبر من اختصاص الطب، لأنه لا يثير مسألة قانونية إنما يثير مسألة فنية بحتة تدخل في اختصاص الطب. كما أن تحديد لحظة الموت إذا تعرضت للنصوص القانونية تؤدي إلى خطورة، خاصة إذ علمنا أن العلوم الطبية البيولوجية تتقدم بصورة مستمرة عكس ما يشهده التطور التشريعي من اضطراب السلوك وبطء⁴.
ولقد كان فيما مضى يعتبر توقف القلب عن العمل هو الحد الفاصل بين الحياة والوفاة، ثم اتجه إلى تحديد لحظة الموت بموت الدماغ. وعليه فإن وضع تعريف قانوني سوف يكون محالاً لتعديلات متلاحقة، وهذا الأمر وإن كان يتفق مع تطور العلم إلا أنه لا يتفق مع ما يلزم أن تكون عليه القواعد القانونية من استقرار نسبي⁵.

في الكثير من الأحيان تعرض مسائل لها جانب طبي وجانب قانوني فيترك القاضي الجانب الطبي لأصحاب الخبرة والاختصاص، ويستعين برأيهم في تكوين عقيدته لأجل الوصول إلى تطبيقات للجانب القانوني⁶.

إن المنطق وقواعد التخصص توجب ترك مسألة تحديد الوفاة للأطباء، بوصفهم الجهة الوحيدة الأقدر على البث في هذا الأمر من الناحية العلمية. ويقتضي ذلك عدم تقييدهم بنصوص قانونية جامدة، تأبي طبيعة التحقق من الموت الخضوع لها، وكل ما يمكن أن يفعله القانون هو وضع بعض الأسس والقواعد الاسترشادية، دون الدخول في التفاصيل الفنية للتأكد من الوفاة⁷.

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.323.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.49.

3 - محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص.598؛ مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.323.

4 - مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.324.

5 - نفس المرجع، ص.324.

6 - سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.280.

7 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.48.

تستهدف هذه المعايير توفير الطمأنينة للمرضى من جهة، وحماية الأطباء من جهة أخرى. فيترك للطبيب حرية التقدير في إثبات الوفاة من عدمه، فهذه المسألة طبية بطبيعتها ولكن نظراً لخطورتها وجسامتها، فإن الطبيب نفسه يناشد القانون في معاونته بوضع بعض القواعد السلوكية التي يسترشد بها لتحديد الوفاة، مع إبقاء كامل الحرية للطبيب للتأكد منها وفقاً للأساليب العلمية¹.

ولقد أوصى مؤتمر بروجيا المنعقد في عام 1968 بأنه " لا يقع رجال القانون - مع الأخذ بعين الاعتبار التقدم الملحوظ الذي تمر به مهنة الطب - وضع تعريف قانوني للموت، أو تحديد الطرق والوسائل التي يمكن بها التأكد من الوفاة، بل أن الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصهم ودراساتهم ونشاطهم الفني، ورائدهم في ذلك شرف المهنة وعلى أن يكون الطبيب ملماً بأحدث معطيات العلم في هذا المجال"².

لكن يضاف إلى هذا أن تحديد لحظة الموت عن طريق الطبيب، أمر يجب أن يكون وفقاً للتقدير، ويلتمس الطبيب في ذلك الأمور الفنية التي تظهر في مجال التقدم العلمي الحاصل. غير أنه يجب أن توضع معلومات قانونية كحد أدنى من اللوائح وفقاً للتطورات العلمية في هذا الميدان، وهذا ما تؤيده وهو الذي اتجهت إليه معظم الآراء الفقهية والقانونية. السؤال الذي يثار ما موقف التشريعات المقارنة من تحديد لحظة الموت وما موقف المشرع الجزائري، وهو ما نحاول الإجابة عنه فيما يلي.

الفرع الثاني

تحديد لحظة الموت في التشريعات المقارنة والقانون الجزائري

لبيان موقف القانوني من تحديد لحظة الموت، لا بد من إلقاء نظرة حول التشريعات المقارنة، فلقد تنوع الموقف القانوني فيما يخص تحديد لحظة الموت بين فريقين، فريق لم يقدم معياراً للموت (أولاً) وفريق آخر أعطى معياراً قانونياً للموت (ثانياً) ثم وجب بيان موقف المشرع الجزائري (ثالثاً).

أولاً: القوانين التي لم تحدد معياراً للموت

لم تهتم بعض القوانين بمسألة تحديد لحظة الموت، واعتبرتها مسألة طبية، ومن ثم جاءت نصوصها خالية من نص يحدد زمن الموت ومنها:

I. القانون الفرنسي

من بين القوانين التي لم تحدد معياراً للموت القانون الفرنسي، فلقد صدر المرسوم 501-78 بتاريخ 31 مارس 1978 لتطبيق قانون 22 ديسمبر 1976 والخاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية،

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 203.

² - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص. 325.

ونص في الفصل الرابع منه على طرق وإجراءات التحقق من الموت، في المادة 21 على أن التثبت من الموت يستند إلى تطابق الأدلة الإكلينيكية، بحيث تسمح للأطباء بالقول بموت الشخص ويجب تحديد الوسائل المستخدمة لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة بعد أخذ رأي الأكاديمية الوطنية للطب ونقابة الأطباء¹.

II. القانون البلجيكي

لم يرد في القانون البلجيكي نص يحدد معياراً لموت الدماغ، فقد نص في المادة 77 من القانون المدني أن التأكد من حدوث الوفاة يقع على عاتق ضابط الأحوال المدنية الذي يتعين عليه اللجوء إلى الأطباء في ذلك حتى يمكنه التصريح بدفن الجثة. وحتى قانون العقوبات لم يتعرض هو الآخر لهذه المسألة، واقتصر فقط على تجريم من يدفن الجثة دون الحصول على ترخيص من ضابط الحالة المدنية وفقاً لنص المادة 77 من القانون المدني.

ونشير في الأخير إلى المشروع الذي قدم للبرلمان في 16/1/1969 والذي نص على أن التأكيد من الوفاة لا يتم إلا من خلال القيام بثلاث مخططات دماغية كهربائية مسطحة بشرط صدور هذا التقرير من لجنة طبية مشكولة من طبيين على الأقل. وعلى ضوء ما سبق يتضح التزام المشرع البلجيكي الصمت إزاء تحديد لحظة الوفاة، وما سبق ذكره عن المشروع الذي أخذ بمفهوم الموت الدماغية، فلم يتعد كونه مجرد مشروع قانون لم ير النور².

III. القانون السوري

اشترط المشرع السوري لدى تنظيمه لنقل العيون بالمرسوم رقم 204 لعام 1963 في المادة الثانية منه بأنه كي يتم نقل عين متوفى ضرورة قيام طبيين على الأقل بجميع الإجراءات اللازمة للتأكد من صحة الوفاة وتنظيمها (عمل محضر) يثبتان فيه قيامهما بهذه الإجراءات ويؤكدان حصول الوفاة مع ذكر الأسباب الداعية لهذا التأكد.

وفي نفس النهج أشارت المادة الخامسة من القانون رقم 31 لعام 1972 والمتعلق بنقل الأعضاء غرسها " لا يجوز فتح الجثة ول نقل أعضاء منها إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير أصولي من ثلاثة أطباء وفقاً للتعليمات التي تصدرها وزارة الصحة". ومسايرة لهذه المادة أصدرت وزارة الصحة بتاريخ

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.194.

² - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص.24.

1973/8/7 توصيتها في هذا المجال والتي تنص على أن " يعتبر الشخص متوفى من قبل ثلاثة أطباء بالاستناد إلى توقف الظواهر الحياتية الآتية مجتمعة لمدة خمس دقائق:

- (1) انعدام النبض.
- (2) انعدام دقات القلب.
- (3) توقف التنفس.
- (4) انعدام الضغط الشرياني¹.

والواقع أن هذه التوصية الصادرة من وزارة الصحة، وإن كانت قد أوضحت للأطباء كيفية التأكد من الوفاة، فإنها لا تعدو أن تكون مجرد توصية، فضلاً عن كونها غير كافية لا سيما في وقتنا الراهن للتأكد من حدوث الوفاة خاصة بعد تدخل وسائل الإنعاش الحديثة والتي أثبتت عدم صحة تشخيص الوفاة على مجرد توقف القلب والرئتان، وهو ما يعرق بالموت الظاهري².

IV. القانون المصري

لم يتضمن القانون المدني المصري أي نص بشأن تعريف الوفاة وقد أشار القانون رقم 260 لسنة 1960 في شأن الأحوال المدنية والمعدل بالقانون رقم 11 لسنة 1965 في المادة 29 على ضرورة الإبلاغ عن الوفاة في خلال 24 ساعة من حدوثها. وقد استلزمت المادة 1/32 من هذا القانون بعض البيانات التي يجب أن يشتمل عليها التبليغ ومنها يوم الوفاة وتاريخها وساعتها ومحلها. ولا يتم القيد في دفتر الوفاة إلا بعد تقديم شهادة الوفاة وسببها وأن تكون صادرة من طبيب مصرح له بمزاولة الطب. وفي حالة عدم وجود شهادة طبية يقوم طبيب الصحة في المدن التي بها مكاتب الصحة أو مندوب الصحة في القرى بإجراء الكشف على الجثة.

وهكذا ترك القانون المصري للطبيب سلطة التحقق من تاريخ الوفاة وسببها ولم يحدد له وسائل معينة يستطيع بواسطتها التحقق من الوفاة. فهذه مسألة وقائع متروكة لمطلق تقدير الطبيب والذي عليه أن يراعي في ذلك الأصول المهنية.

1 - المادة الخامسة من القانون السوري رقم 31 تاريخ 1972/8/23 المتعلق بنقل وغرس أعضاء الإنسان.

2 - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص. 23.

ولم يتعرض القانون المصري في القوانين المتعلقة بتنظيم بنوك العيون¹. إلى تحديد لحظة الوفاة ولم يلزم الطبيب بإيضاح ساعة وسبب الوفاة قبل استئصال العين ولم يحدد له أيضاً أساليب التحقق من الوفاة².

ونصت المادة 14 من قانون تنظيم وزرع الأعضاء البشرية على أنه: " لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت يقيناً تستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء...". وحددت المادة أساليب التحقق من الموت بإجراء الاختبارات الإكلينيكية.

V. القانون الأردني

لم تحدد القوانين الأردنية معياراً لتحديد الوفاة حيث لم يشر القانون المدني رقم 43 لسنة 1976 على تاريخ الوفاة بمعيار منضبط يتم اعتماده من الناحية القانونية لتقرير واقعة الوفاة. كما لم يشر قانون الصحة العامة رقم 21 لسنة 1971 في الأحكام المتعلقة بدفن الموتى في المواد 6-7-8. كما لم يتبن نظام المقابر ودفن الموتى ونقل الجثث ونبش القبور رقم 22 لسنة 1970 معياراً لتحديد لحظة الموت حيث نصت المادة 9 فقرة ج منه على المدة التي يجب مراعاتها قبل الدفن وهي مدة لا تقل عن 3 ساعات ولا تزيد عن 24 ساعة ما لم يصرح طبيب الصحة بخلاف ذلك مع مراعاة حفظ الجثة دون تفسخ. كما لم يشر قانون الأحوال المدنية رقم 32 لسنة 1966 والقوانين المعدلة له معياراً معيناً مكتفياً بمسائل الإجرائية كإخطار بالوفاة وتقديم الشهادات... ولم يصل قانون الانتفاع بأعضاء الإنسان رقم 23 لسنة 1977 والقانون المعدل له رقم 17 لسنة 1980 إلى معيار معين³. ونشير في الأخير إلى الجهود التي قامت بها لجنة تعريف الموت في نقابة الأطباء الأردنية في سبيل تعديل نصوص قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان، حيث تولت تعريف الموت وبيان طرق تشخيصه، ولكن رغم هذه الجهود إلا أن المشرع الأردني بدا مصمماً على عدم تبني معيار منضبط لتحديد لحظة الموت.

1- القوانين والقرارات المصرية:

قانون تنظيم بنوك العيون، قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم 103 لسنة 1962 في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون.

- قرار وزاري رقم 654 لسنة 1963 باللائحة التنفيذية للقانون رقم 103 لسنة 1962 في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون.

- قرار وزاري رقم 760 لسنة 1964 بتعديل المادة التاسعة من القرار رقم 654 لسنة 1963 باللائحة التنفيذية للقانون رقم 103 لسنة 1962

في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون.

- قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 5 لسنة 2010 الجريدة الرسمية العدد (9 مكرر) في 2010/3/12.

2 - محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص. 609-610.

3 - سمر الأشقر، المرجع السابق، ص. 91.

ثانياً: القوانين التي حددت معياراً للموت

لقد اتجهت العديد من القوانين (القوانين المتعلقة بزراعة الأعضاء) إلى وضع معيار محدد للموت، وتبنت بذلك المعيار الحديث، ومن بين هذه القوانين:

I. القانون الأمريكي

في الولايات المتحدة الأمريكية أقرت لجنة ADHOC موت الدماغ معياراً لتحديد لحظة الموت عند توافر شروط معينة. كما وضعت لجنة من كبار الأطباء في جويلية عام 1981 اقتراح تعريف جديد للموت، وهو التوقف التام لجميع وظائف المخ. وعلى الصعيد العلمي، فإن معظم الأطباء في الولايات المتحدة الأمريكية في الوقت الحاضر يعرفون الموت بأنه التوقف في فعالية المخ. وقد أشارت الفقرة "ب" من المادة السابعة من مشروع القانون الموحد U.A.G.A إلى أن " الطبيب هو الذي يتولى تحديد لحظة الموت ويجب على الطبيب الذي يتحقق من الموت ويثبت عدم المشاركة في عملية الزرع" وعلق الأستاذ E.blythe Stason رئيس لجنة وضع المشروع بأن " المشروع لم يحاول التضييق على القرارات الطبية في هذا الميدان المعقد".

II. القانون الأسباني

أخذ المرسوم الملكي الإسباني رقم 1980/2/22 والخاص بعمليات نقل الأعضاء بموت خلايا المخ كمعيار لتحديد لحظة الموت وذلك في المادة 10 منه: " ولا يمكن استقطاع الأعضاء الحية من جسم الإنسان المتوفى لاستخدامها في أغراض النقل إلا بعد التأكد من من وفاة المخ والملاحظة الفورية للعلامات الآتية:

- انعدام أي استجابة محيية وفقدان الإحساس التام.
- انعدام التنفس التلقائي.
- انعدام المنعكسات المخية المقترنة بالتبليس العضلي واتساع حدقتي العين
- عدم تلقي جهاز رسام المخ أي إشارة".

III. ومن القوانين العربية، القانون العراقي المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة

1985، فلقد اتجه المشرع العراقي إلى هذا المنحى عندما أقر لأول مرة في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986 حيث نص في المادة الثانية على جواز أخذ الأعضاء من المصابين بموت الدماغ حسب الأدلة العلمية الحديثة والتي تصدر بتعليمات، وقد صدرت التعليمات بهذا الخصوص برقم 3 لسنة 1987 التي تعرف الموت الدماغى بكونه " حالة الفقدان اللاعائد للوعي المصحوب بالفقدان اللاعائد لقابلية التنفس التلقائي والانعقاد التام للأفعال الانعكاسية لعرق

الدماغ"¹. وكذا القانون التونسي² بالقرار من وزير الصحة التونسي المحدد لتعريف الموت بالرقم 1048 المؤرخ في 1991/8/1. حيث تحدد موقف التشريع التونسي من قضية الموت إذ يتم بالتوقف التام لعمل المخ. ومن القوانين القانون اللبناني³ حيث أشار المرسوم الإشتراعي الصادر في 1984 - لتطبيق المرسوم الإشتراعي المتعلق بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية - في المادة الأولى منه على أن الإنسان يعتبر ميتاً إذا توقفت جميع وظائف الدماغ بما فيه جسر المخيخ والنخاع المستطيل. وكذا القانون المغربي⁴ الصادر بتاريخ 25 أوت عام 1991 المتعلق بزرع الأعضاء الذي نص في المادة 21 منع على أنه " لا يجوز القيام بعمليات أخذ الأعضاء إلا بعد وضع محضر معاينة طبية يثبت وفاة المتبرع دماغياً...".

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الموت

لقد تعرضنا إلى تحديد لحظة الموت في القوانين المقارنة والتي كانت بين قوانين وضعت معياراً محدداً للموت بين أخرى لم تأبه لهذا التحديد، غير أن ما استقر عليه الطب الحديث أن موت خلايا المخ هو الموت الحقيقي، غير أن التساؤل الذي يطرح ههنا؛ ما هو موقف المشرع الجزائري من كل ذلك؟ إذا رجعنا إلى قانون العقوبات الجزائري في النصوص المتعلقة بجرمة بالموتى والمدافن من المواد 150 إلى 154 نجده وأن كان يجرم المساس بالموتى لا يضع تعريفاً للموت. وإذا رجعنا كذلك إلى قانون الحالة المدنية⁵ وبالخصوص المادتين 78 المتعلقة بالترخيص بالدفن والمادة 81 التي تبين حالة حدوث الموت في المستشفيات أو في المؤسسات العمومية والإجراءات لتحرير شهادة الوفاة لا نجده كذلك ينص على لحظة حدوث الموت.

¹ - حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص.120.

² - صدر القانون التونسي عدد 22 لسنة 1991 مؤرخ في 25 مارس 1991 يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها. ثم صدر قرار من وزير الصحة المحدد لتعريف الموت بالرقم 1048 المؤرخ في 1991/8/1.

³ - في لبنان صدر المرسوم الإشتراعي رقم 109 في 1983/09/16 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية، ثم صدر مرسوم اشتراعي رقم 1442 في 1984/01/20 لتطبيق أحكام المرسوم الإشتراعي رقم 109 في 1983/09/16 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية.

⁴ - صدر ظهير شريف رقم 1.99.208 في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999) بتنفيذ القانون رقم 16.98 المتعلق بالمتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

⁵ - قانون الحالة المدنية الجزائري بموجب الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1653 ذي الحجة عام 1389هـ الموافق 1970/02/19 المتعلق بقانون الحالة المدنية.

وفي قانون حماية الصحة وترقيتها¹ جاءت نصوص تعرض مسألة الوفاة وبالضبط في المادة 164 الفقرة الأولى: " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي الشرعي للوفاة حسب المعايير العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية..".
غير أن المشرع لم يضع ما يشير إلى تحديد الموت وفق معيار من المعايير، وأمام هذا الفراغ التشريعي كان الأطباء يلجئون في الحياة العملية إلى تحديد الوفاة كل حسب إمكانياته. أمام النقص في الوسائل المادية التي يتطلبها العمل الطبي الحديث، فكان الأطباء وحتى الآن يعتمدون على العلامات التقليدية في تحديد الوفاة. غير أنه في سنة 1989 أصدر قرار من وزير الصحة تحت رقم 89-39 في 1989/03/26 المتعلق بنقل وزرع الأنسجة الأعضاء البشرية، وقد نص هذا القرار أن الموت المعتمد به هو موت المخ².

ومن خلال ما ذكر يتبين أن المشرع الجزائري في إطار تعريف الموت وتحديد لحظة حدوثه إزاء مواكبة التطور الطبي بالنظر للحاجة إلى الأعضاء البشرية وما توفره الجثة من أعضاء قد أخذ بالمعيار الحديث معتمداً في ذلك على ما ترجح لدى العلماء في مجال الطب والشريعة.

وفي رأينا أن معيار موت الدماغ وإن استقرت عليه عديد الآراء الطبية والفقهية الشرعية والقانونية إلا أننا نتوقف في الحكم عليه للاعتبارات التالية:

1. رغم أن الطب الحديث يشير إلى أن الغيبوبة العميقة هي أحسن أحوال التي يمكن الاستفادة فيها من الجثة بصورة جيدة في إطار البحث الطبي أو العلاجي بالنظر إلى إمكانية المحافظة على القيمة التشريحية للجثة للتروية الدموية عن طريق أجهزة الإنعاش الاصطناعي، وحتى لا تتعفن الجثة وتحلل دون الاستفادة منها إلا أن حالات الغيبوبة العميقة محدودة ولا يتعرض إليها كل المرضى.
2. إن استعمال حالة الغيبوبة قد يوصلنا إلى الاستعجال في الحكم على المريض حتى ولو كان ميؤساً من شفاؤه أو أن حالته آيلة إلى الموت لا محالة وهو منافي لقوله تعالى: " ولا تاتيسوا من روح الله إنه لا ياتيس من روح الله ألا القوم الكافرون"³.
3. إن مسألة موت الدماغ لا تشهد إجماعاً كبيراً على في الأوساط الطبية والشرعية والقانونية فلذلك ندعو لمواصلة البحث لحصول الإجماع على المعيار الحقيقي.

¹ - قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 المؤرخ في 16 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985. الجريدة الرسمية العدد 8 المعدل والمتمم.

² - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشرعية الإسلامية، المرجع السابق، ص. 371.

³ - سورة يوسف، الآية. 87.

4. إن معيار موت الدماغ لا يحقق الهدف المنشود من استغراق الحماية الجنائية للجسم البشري إلى غاية التثبيت من انتهاء الشخصية الإنسانية بوجه اليقين.

5. إن الوضع الراهن في الجزائر خصوصاً لا يدعو إلى إعمال معيار موت الدماغ في ظل عدم انتشار هذه المتطلبات الطبية على نطاق واسع وضعف وسائل إثبات الموت في العديد من نواحي البلاد خاصة في الأماكن البعيدة عن الحضارة.

وإذا كانت النتيجة المتوخاة من رأي المشرع الجزائري أن الموت الحقيقي هو تخريب الدماغ بحيث لا يمكنه العودة للحياة مجدداً فإن الحدود بين الحياة والموت تؤدي بالضرورة لبحث مسألة الإثبات القانوني لهذه الواقعة. ومن هنا وجب بحث كيف نظم المشرع مشكلة التحقق من الموت أو إثباته.

الفرع الثالث

الإثبات القانوني للموت

الإثبات بمعناه العام هو " محاولة الوصول إلى الحقيقة المجردة وذلك كإثبات العلمي أو التاريخي، حيث ينشد الإنسان التحقق من واقعة غير معروفة أو متنازع علمي بأي وسيلة كانت"¹. أما الإثبات قانوناً " هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق أو التثبيت". والدليل القانوني جوهرى بالنسبة للحق وإن كان جزء منه أو ركناً من أركانه، ذلك أن الحق بدون عدم؛ إذ الدليل وحده هو الذي يظهره ويجعل صاحبه يفيد منه"². وما يهمننا من الإثبات بمعناه القانوني من أجل التحقق من واقعة بيولوجية وقانونية وهي لحظة الموت التي لها دور أساسي في تكييف الأفعال أو الاعتداءات على الإنسان وتحديد المسؤولية الجنائية. وإثبات زمن الموت يختلف باختلاف المكان الذي وقعت فيه، فقد تحصل الوفاة في المراكز الصحية (أولاً) وقد تحصل خارجها وبوجود أشخاص أثناء الموت (ثانياً) كما يمكن أن تحدث في أماكن لا يتواجد فيها إنسان مع الميت فيعثر على الجثة دون معرفة الزمن الذي حدث فيه الموت (ثانياً).

أولاً: حالة حدوث الموت في المراكز الصحية

غالباً ما يصاب الميت قبل موته بمرض يستدعي نقله إلى المستشفى لغرض العلاج والرعاية الصحية، فتحدث الوفاة داخل المراكز الصحية، وفي هذه الحالة يقوم الطبيب بفحصه والتأكد من تحقق الوفاة، وفي حالة ثبوته، عليه أن يجرر شهادة طبية تثبت وفاته. وتحتوي هذه الشهادة على البيانات

¹ - محمد حسين منصور، قانون الإثبات وطرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص. 07.

² - أحمد شتات، رسالة الإثبات، الطبعة السابعة، الجزء الأول، لا توجد دار النشر وسنة النشر، ص. 29.

الخاصة بالميت، هوية الشخص ومكان إقامته وزمن الوفاة، والأسباب المؤدية إلى الوفاة لمعرفة ما إذا كانت الموت طبيعية أم جنائية أو مشتبه فيها.

يعد الزمن المحرر في الوثيقة من قبل الطبيب، هو الزمن الذي حدثت فيه الوفاة وتلعب هذه الوثيقة دوراً هاماً، إذ أنه لا يسوغ استخراج وثيقة الترخيص بالدفن إلا بتقديم هذه الشهادة الطبية، كما ورد في نص المادة 78 من قانون الحالة المدنية الجزائري¹. ونص القانون المدني الفرنسي في المادة 80 منه بأنه يجب على المدراء الإداريين أو مدراء المشافي الالتزام بإعطاء إشعار بالوفاة لمأمور الأحوال المدنية إلى المستشفى وإنما يتم تحرير صكوك الوفاة، استناداً إلى شهادة الوفاة التي يمنحها الطبيب رئيس القسم في المستشفى، فيتم الاعتماد على شهادة الطبيب².

ثانياً: حالة حدوث الموت خارج المراكز الصحية مع تواجد أشخاص

في الحالة التي يحدث الموت في غير المراكز الصحية بحضور أشخاص، يجب على هؤلاء الأشخاص بمقتضى نص المادة 75 من قانون الحالة المدنية أن يصرحوا بالوفاة إلى ضابط الحالة المدنية ويبلغوه بها، وعليه أن يحرر وثيقة الوفاة معتمداً على تصريحات الأقارب أو الأشخاص الذين تتوفر لديهم معلومات مؤكدة بقدر الإمكان.

ولقد حددت المادة المهلة التي يجب أن يتم التصريح خلالها بحيث يجب أن تكون خلال أربع وعشرين ساعة ابتداء من وقت الوفاة. وتضيف المادة أن التصريح بالوفاة يقبل مهما كان متأخراً وتحرر وثيقة الوفاة تبعاً له في حالة إجراء فحص الجثة، مهما كانت المدة المنقضية ما بين حدوث الوفاة وإنهاء الفحص والتحقيق.

إن عدم احترام الأشخاص الذين حصلت الموت عندهم لهذا الأجل، أي لم يقوموا بإبلاغ الوفاة إلى ضابط الحالة المدنية يعاقبون بالمادة 441 من قانون العقوبات، فقد حددت المادة عقوبة الحبس من عشرة أيام إلى شهرين وعقوبة مالية من 100 إلى 1000 دينار جزائري.

ثالثاً: حالة حدوث الموت في الخلاء

في حالة العثور على الجثة في الخلاء، أو في الأماكن غير الآهلة كالكهوف والصحاري، ويجهل زمن حدوث الموت فيكون السبيل الوحيد لمعرفة الزمن الذي مضى من الوفاة، هو وضع الجثة بين يدي الطبيب الشرعي لإثبات زمن الموت بالاعتماد، على العلامات والتغيرات التي تطرأ على الجثة. وتمثل هذه التغيرات فيما يلي:

¹ - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 1995، ص.175.

² - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.213.

I. برودة الجثة:

تعد برودة الجسم دليلاً على موت الإنسان، إذ أن الشخص يحتفظ بدرجة حرارة ثابتة (37°م) صيفاً وشتاءً نتيجة عمليات الأكسدة ووجود الدورة الدموية، الأمر الذي يؤدي إلى هبوط حرارة الجثة تدريجياً حتى تصل إلى درجة الحرارة المحيطة بها. وعموماً فإن الجسم يفقد 5°ف كل ساعة من خلال ثلاث ساعات التي تعقب الوفاة ويستمر انخفاض الحرارة التالية 1°ف حتى تصير حرارة الجثة كدرجة حرارة الجو بعد مضي 24-36 ساعة في الشتاء ونصف هذه المدة في الصيف¹.

وتتأثر سرعة برودة الجثة بعوامل كثيرة بعضها في الجسم نفسه مثل سبب الوفاة ودرجة حرارة الجسم عند الوفاة²، وحجم الجسم وحالته الغذائية، وبعضها خارج الجسم كدرجة حرارة الجو، ووجود أغطية أو ملابس حول الجثة، وحالة ما يحيط بها من هواء أو ماء وهكذا. وعلى هذا فالأجسام العارية في الماء أو الموضوعه فوق أسطح معدنية، تبرد أسرع من الأجسام المغطاة في الهواء أو الموضوعه فوق أسطح رديئة³.

II. فقد لمعان العينين

ويكون بتكون طبقة من المخاط على العينين تذهب لمعانها، ولكن قد يتأخر حدوثه إذا أقيمت العينان عقب الوفاة مباشرة، أو كانت الوفاة بالتسمم بأول أكسيد الكربون أو حمض السيانيدريك أو في حالات الأسفيسكسيا، كما يجب الأخذ في عين الاعتبار حالة المرض الذي تفقد فيها العين لمعانها⁴.

III. ارتخاء العضلات

يقصد به "الارتخاء الأولي الذي يحدث عقب الوفاة، بسبب انقطاع التنبيه العصبي ويؤدي ارتخاء العضلات إلى تفرطح الأجزاء المنخفضة الملاصقة للمستوى الذي وقعت عليه الجثة، بسبب انضغاط العضلات في الأجزاء المرتكزة عليها"⁵.

¹ - معوض عبد التواب، سينوت حليم دوس، المرجع السابق، ص.414.

² - قد يكون سبب احتفاظ الجثة بدرجة حرارة أطول للجسم ذاته كالتسمم الميكروبي، نظراً لتكاثر الميكروبات في الجسم، الوفاة أثناء التشنجات كما في حالة التسمم بالإستراكتين أو مرض التيتانوس نظراً لتوالد حرارة كبيرة أثناء التشنجات، كذلك حالة حدوث خلل في المركز المنظم لدرجة حرارة الجسم، كحالة التزيف في المخ أو نتيجة ضربة شمس، كما أن العمر في الأطفال تختلف درجة فقد الحرارة الجثة عند البالغين. معوض عبد التواب، سينوت حليم دوس، المرجع السابق، ص.415.

³ - شريف الطباخ، أحمد جلال، موسوعة الفقه والقضاء في الطب الشرعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، لا توجد سنة النشر، ص.229.

⁴ - مديحة فؤاد الخضري، أحمد أبو الروس، الطب الشرعي ومسرح الجريمة، المكتبة الجامعية الحديثة، لا توجد سنة النشر، ص.16.

⁵ - مديحة فؤاد الخضري، أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص.16.

IV. زرقة الجثة

عند حدوث الموت يتوقف الدم عن الدوران، وتخضع حركة الدم لقوانين الجاذبية فيميل الدم إلى الترسيب في الأوردة أو الأوعية الشعرية في الأجزاء السفلى من الجسم وامتلاء الأوعية الدموية تحت الجلد يعطيه لونا أرجوانياً، ويكفي أن نوجه ضغطاً حقيقياً لكي يمنع حصول هذا الترسيب. فعندما تكون الجثة ممددة على الظهر، فإن الأماكن التي تتركز عليها الجثة كلوحي الكتف والردفين، وعضلات مؤخرة السيقان تكون منضغطة، فلا تمتلئ عندها الأوعية الدموية وتظهر بها شحوب، نفس الأمر في الأماكن تحت الأحزمة المشدودة وربطات العنق والجوارب¹.

ويأخذ الترسيب في الجثة في الهواء الطلق، وكذا حالات التسمم بغاز أكسيد الكربون والجثث المحفوظة في الثلاجات داخل المشرحة لونا زهرياً.

إن قيمة ازرقاق الجثة تساعد شدته على احتساب زمن الوفاة، ويعطي دليلاً على الوضعية التي كان فيها الجسم عند الوفاة، كما في حالة التسمم، أما عن الزمن فإن الأزرقاق الجيفي يحصل غالباً بين النصف ساعة والساعتين بعد الوفاة، ويكمل تشكيله بين ست وعشر ساعات، فهو يبدأ على شكل بقع مرقشة في الجلد تتسع تدريجياً وتندمج لتشكل بقعة واحدة واسعة².

V. تيبس الجثة

يبدأ عادة مع حصول زرقة في الجثة، حيث تتصلب العضلات بعد أن تكون قد ارتخت عقب الوفاة مباشرة في حدود ساعتين من موت الشخص³. ويبدأ بجفني العينين والفك الأسفل والعنق، ثم يمتد إلى الصدر بالتدرج، ثم البطن ثم الأطراف العليا ثم السفلى، ويتم التيبس في حوالي إثني عشرة ساعة، ثم يظل كذلك حتى يبدأ التعفن بعد حوالي يوم في الصيف ويومين في الشتاء تقريباً، ويزول التيبس مبتدئاً أو سائراً للزوال.

وعند انتهاء التيبس ترتخي العضلات بسبب تحلل المواد الزلائية المتجمدة بفعل النشادر وخمائر التعفن وبانتهاء التيبس تبدأ عملية التعفن⁴.

¹ - حسن شحرور، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، لا توجد دار النشر سنة النشر، ص. 29-30.

² - نفس المرجع، ص. 30.

³ - مديحة فؤاد الخضري، أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص. 21.

⁴ - نفس المرجع، ص. 24.

VI. تعفن الجثة

وهي " المرحلة النهائية للتغيرات التي تطرأ على الجثة، نتيجة خمائر البكتيرية التي تحلل الأنسجة تدريجياً إلى غازات وسوائل وأملاح"¹. والتعفن الرمي لا يتبين للحواس إلا بعد مرور يومين أو ثلاثة على الوفاة في فصل الشتاء، أو مرور يوم واحد في فصل الصيف، مع أنه يتبدئ وقت الوفاة فتبدأ التغيرات التي طرأت على الأعضاء الباطنية في الوضوح للنظر بما يشاهد من البقع، كما أنه يتميز للشم بما ينبعث من روائح كريهة².

¹ - شريف الطباخ، أحمد جلال، المرجع السابق، ص.239.

² - معوض عبد التواب، سينوت حليم دوس، المرجع السابق، ص.239.

² - نفس المرجع، ص.420-421.

الفصل الثاني

التدخل الطبي الحديث على جثة الإنسان

وأثره على نطاق الحماية الجنائية

نتناول في هذا الفصل مجمل التصرفات أو التدخلات الطبية الواردة على جثة الإنسان، وهي من الموضوعات التي تطرق إليها الفقه القانوني لما تمثله هذه التصرفات من مساس أكيد ومضمون بالحق في سلامة الجسم وجثته، ومصصلحة الفرد التي يكفلها القانون ليظل الجسم البشري محتفظاً بتكامله، كما أكدته معظم النظم القانونية المعاصرة. لكنه لاعتبارات تستوجبها المصلحة العامة تقرر الحد من المغالاة في مبدأ المعصومية الجسدية ووقدسية الجثة والتزول به لمقتضيات المصالح الفردية والجماعية، فأبيحت العديد من التدخلات الطبية نظراً لانصراف المحاذير والعقبات المتمثلة في حماية الجسم البشري مما يهدد حياته، بوصف أن التدخل الطبي يرد على جثة. ومع هذا فإن هذه التصرفات التي ترد عليها ليست طليقة من كل قيد، وإنما يجب التقيد بضوابط وشروط محددة سيما وأن هذه التدخلات الطبية ليست على قدم المساواة في إطار المشروعية وتحقيق المصالح المرعية إذ أن هذه التدخلات تستدعي بيان أساس إباحة التدخل الطبي، ومعرفة كيفية التصرف، ولمن يعقد الإذن بالمساس...؟! وما حدود سلطة الشخص في التصرف في جثته؟

إن التشريعات الوضعية التي تنظم مسألة المساس بالجثة آثرت في التصرفات الواقعة على جثة الإنسان تقديم خدمة علاجية تارة، أو الهدف العلمي وزيادة في البحث والتعرف على معطيات الجسم من أجل التوصل إلى التركيب التشريحي تارة والكشف عن الأمراض وأسبابها أو لدواعي قانونية جنائية تارة أخرى.

حسبنا في دراسة هذا الفصل الاستعانة بما تستوعبه الشريعة الإسلامية من تراث جليل، لمعالجة هذه التدخلات الطبية ضمن قواعد الموازنة بين المصالح والمفاسد وما تتوفر عليه القوانين من أحكام قانونية زاجرة وراذعة في إطار القانون الجنائي. ومن خلال اطلاعنا على الكتب الطبية ذات الهدف العلمي والشرعي والقانوني نجد أن الجثة أصبحت الهدف الأساسي والمصدر الرئيسي لمنصدة التشريع (المبحث الأول) وقطع غيار الأعضاء (المبحث الثاني)، سواء كانت الجثة مكتملة العناصر أو كانت في شكل أجنة مجهضة للهدف العلمي أو العلاجي (المبحث الثالث).

المبحث الأول

التشريح الطبي وأثره على نطاق الحماية

الجنائية لجثة الإنسان

من بين العمليات الطبية التي أطاحت بأعتى المبادئ الكلاسيكية، " مبدأ حصانة الجسم البشري أو حصانة جثة الإنسان "، عمليات التشريح الطبي، الذي يعتبر من العلوم الطبية التي لا يمكن لمجتمع من المجتمعات أن يكون في غنى عنه، ذلك أن تقدم العلوم الطبية أصبح يشكل آفاقاً صحية، وراحة نفسية للمرضى على صعيد الحرب المعلنة ضد الأمراض وانتشارها.

فمن جانب الشريعة الإسلامية، فإنها احتفت باحتفاء كبيراً بالإنسان، عن طريق التفضيل والتكريم، فالله سبحانه وتعالى فضل الإنسان وكرّمه وأودع فيه سر خلقه ما يحميه إلى حين، لقوله تعالى ﴿ ولقد كرّمنا بني آدم ﴾¹؛ وقوله ﴿ لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم ﴾²، وكانت علامة التقويم والتفضيل وجود العقل، ليكشف به ما أخفته الحياة من أسرار. ومن أهم الوسائل التي دفعت الإنسان في إطار هذه الحرب، دراسة الجسم البشري والتجريب والتطبيق عليه بواسطة التشريح.

ولقد أدرك فقهاء الشريعة ورجال القانون الخطر الذي يمكن أن ينجر عن هذا التقدم في العلوم الطبية، نتيجة فتح الباب على مصراعيه، على صعيد الحماية الجنائية لجسم الإنسان أو جثته، مما أدى بالنتيجة إلى دراسة ومناقشة موضوع التشريح ووضع في الإطار المحدد، حتى لا يطغى الاستثناء على الأصل، الذي يستند إلى مبدأ قدسية الجسم البشري، ويستتكر المساس به بأي حال من الأحوال.

لقد اعتنى فقهاء الشريعة بدراسة ومناقشة عمليات تشريح الجثة، باعتبارها من الأمور المستجدة، أو من النوازل، عن طريق المجاميع الفقهية، أو أقوال وفتاوى الفقهاء.

وفي مجال القانون فإن التشريعات اهتمت بعمليات التشريح بمختلف أنواعه، وذلك عن طريق وضع القوانين المقترنة بالنصوص الجزائية.

وللخوض في ذلك يتعين علينا أن نبحث في موضوع التشريح، بدءاً بمفهومه (المطلب الأول) ثم إلى مشروعية التشريح في الفقه الإسلامي والقانون (المطلب الثاني) ثم التعرض إلى شروط تشريح جثة الإنسان في الفقه الإسلامي، وما توفره هذه الشروط من حماية جنائية (المطلب الثالث).

¹ - سورة الإسراء، الآية.70.

² - سورة التين، الآية.4.

المطلب الأول

مفهوم تشريح جثة الإنسان

ارتبط تطور التشريح مع تطور الطب في شتى العصور¹، باعتباره من العلوم الطبية التي أوجبتها ضرورات الحياة وانتشار الأمراض، حيث فتح مجالاً كبيراً لمعرفة الأمراض وأسرار الخلق وتحقيق العدالة. وقبل الحديث عن موقف الشريعة الإسلامية والقانون من تشريح جثة الإنسان، يتعين علينا تعريف التشريح (الفرع الأول) والتعرض إلى أنواعه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التشريح

سوف نتعرض إلى تعريف التشريح، ويجدر بنا التطرق إلى تعريفه اللغوي لمعرفة الدلالة اللغوية لكلمة "التشريح" (أولاً) ثم التطرق إلى تعريفه الاصطلاحي وفرزه عن بعض المصطلحات الأخرى المرتبطة به (ثانياً).

أولاً: التعريف اللغوي للتشريح

التشريح مصدر من شَرَّح بتشديد الراء، أما شَرَّح بتخفيف الراء فمصدرها "شرح" أي الكشف والإبانة والتفسير، فلقد جاء في تاج العروس شرح: "كشف" يقال شرح فلان أمره، أي وضَّحه، وشرح مسألة مشكلة؛ أي بيَّنها، وشرح الشيء ويشرِّحه شرحاً؛ "فتح" ويبيِّن وكشف وكل ما فتح من الجواهر قد شرح، أيضاً تقول: شرحت الغامض إذا فسَّرتَه².

¹ - لقد تقدم الطب عند قدماء المصريين، وجمعوا قوانين الطب، نتج عنها استطاعتهم إيجاد مادة تحافظ على عدم تحلل جسم المتوفى لقرون طويلة ووضع البابليون قوانين صارمة لمزاولة مهنة الطب، وتشددوا في محاسبة الأطباء، مما نتج عنه عزوفهم عن ممارسة الطب، واختلط الطب بالشعوذة والسحر في عصر الإغريق وعصر الرومان، حتى جاء الإسلام وأصل مهنة الطب، وأبعده عن السحر والشعوذة. عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1999، ص. 19-20.

وفيما يتعلق بالتشريح فهو فرع من فروع الطب اهتم به العلماء المسلمون، وكان لهم الأثر البالغ حيث ترجموا في البداية كتب التشريح القديمة، كترجمة كتاب التشريح لـ "جالينوس" الذي ترجمه حنين بن إسحاق، ولم يقتصر عمل العلماء على الترجمة، بل أبدعوا وابتكروا حيث أضاف العلماء المسلمون أموراً كثيرة في القرن العاشر الميلادي، كابن علي الحسين بن عبد الله بن سينا، وعلي بن سهل ريان الصبري، والرازي، وعلي بن عباس الجوسي. محمد كريم، أثر الطب الإسلامي في علوم التشريح، بحث مستخرج من الأنترنت، ص. 02.

الموقع: <http://www.Islamset.com/arabic/aislam/civil/turat/tashrih/karem.html>.

فالرازي مثلاً أفرد فصلاً خاصة للتشريح، وأفرد كتابه "المنصوري" للتشريح، وجاء مستوعباً لجميع مسائله، مما دفع بترجمته من طرف المهتمين في أوروبا...

أما بن عباس الجوسي، صاحب كتاب "الصناعة الطبية"، يعتبر المرجع الأول في كتب الطب قبل صدور كتاب "القانون" لابن سينا. وعمل عبد اللطيف البغدادي في تشريح العظام، وله عدة مؤلفات، ومن أبرز الأطباء "ابن النفيس" الذي شرح التشريح القانون "لابن سينا". عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص. 23-24.

² - السيد محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، دار صادر، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص. 171.

وفي سورة النحل، قال تعالى: ﴿ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهِ غضب من الله﴾¹ قال القرطبي في معنى الآية؛ أي وسعه لقبول الكفر، ولا يقدر على ذلك إلا الله فهو يرد على القدرية.² وفي سورة طه قوله تعالى: ﴿قال ربي اشرح لي صدري﴾³، أي "فإنك كلفتني بأمر عظيم لا يقوى عليه إلا من شرحت صدره وقويته"⁴. أما شرح بتشديد الراء، فمعناها شرح الشيء قطعه وفصل بعضه عن بعض. التشريح، قطع اللحم عن العضو قطعاً، وقيل قطع اللحم عن العظم قطعاً. والقطعة منه شرحة وشريحة، وقيل الشريحة، القطعة من اللحم المرققة⁵. والشرحة من الأطباء التي يُجاء به يابساً كما هو لم يقدد.

يقال خذ له شرحة من الأطباء، وهو لحم مشروح، وقد شرحته وشرحته والتصنيف نحو من التشريح، وهو ترقيق القطعة من اللحم، حتى يشق من رفته ثم يلقي على الجمر⁶. وشرح الجثة فصل بعضها عن بعض للفحص العلمي، والمشرحة منضدة تهيأ للتشريح.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للتشريح

معنى التشريح في اصطلاح الأطباء، تقطيع جثة الميت، وتحليلها إلى دقائق شتى للوقوف على مواطن الأعضاء، وهيئاتها وكيفية تركيبها، وحقيقة أجزائها ومشتملاتها⁷. ويطلق على العلم الذي يبحث في تركيب الأجسام العضوية، وتقطيعها للفحص الطبي.

جاء في موسوعة مصطلحات أجد العلوم، أن علم التشريح "هو علم باحث في كيفية أجزاء البدن، وترتيبها من العروق والأعصاب والغضاريف والعظام واللحم وغير ذلك من أحوال كل عضو عضو منه، وموضوعه أعضاء بدن الإنسان"⁸. ويقال: "هو علم بتفاصيل أعضاء الحيوان وكيفية نضدها، ولما أودع فيها من عجائب الفطرة وآثار القدرة". ولهذا قيل: "من لم يعرف الهيئة والتشريح فهو عتّين عن معرفة الله تعالى"⁹.

1 - سورة النحل، الآية. 106.

2 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الخامس، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص. 191.

3 - سورة طه، الآية. 25.

4 - العلامة الصاوي، حاشية العلامة الصاوي على تفسير الجلالين، الجزء الرابع، دار الجيل، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص. 49.

5 - المعلم بطرس البستاني، المرجع السابق، ص. 459.

6 - ابن منظور، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 479.

7 - المعلم بطرس البستاني، المرجع السابق، ص. 459.

8 - محمد صديق بن حسن القنوجي، موسوعة مصطلحات أجد العلوم، الطبعة الأولى، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 2001، ص. 361.

9 - نفس المرجع، ص. 361.

وهناك ألفاظ لها صلة بالتشريح، منها الجراحة **Chirurgie**¹، فالجرح هو شق في جلد البدن، أو في السطح الخارجي أو الداخلي لأحد أعضائه. ويجمع على جروح وجراح، ويقال: جرحه يجرحه جرحاً؛ أي إذا أثر فيه السلاح.

والجراحة عند الأطباء، تعرف في انفصال اللحم من غير قيح، فإن تقيح سمي قرحة، والجراحي الذي يعالج الجراح وصنعتة الجراحة².

وعلم الجراحة: "علم باحث عن أحوال الجراحات العارضة لبدن الإنسان، وكيفية برئها وعلاجها، ومعرفة أنواعها، وكيفية القطع إن احتيج إليه، ومعرفة كيفية المراهم والضمدات وأنواعها، ومعرفة الأدوات اللازمة، وهذا العلم جزء من علم الطب"³.

وقد ارتبط لفظ الجراحة بالتشريح، ويعود ذلك إلى أن كلاهما مشتمل على الشق والقطع والتوسيع. ومهما يكن فإن التشريح ليس على نوع واحد بل أنواع متعددة، والمقتضى أن تتغير الأحكام بتغير الأغراض والأهداف في إطار المشروعية، ومن ثم يثور التساؤل عن أنواع التشريح.

الفرع الثاني

أنواع التشريح

تعدد أنواع التشريح بالنظر إلى الغرض المتوخى من العملية التشريحية، ويتفق المؤلفون على أنواع ثلاثة للتشريح، رغم الاختلاف في التسميات الناتجة عن الترادف في معاني المصطلحات، ومهما يكن فإن هذه العمليات، لا يمكن أن تخرج عن الأوصاف التالية:

- 1- تشريح لمعرفة أسباب الوفاة، عند الاشتباه في وجود جريمة، ويسمى بالتشريح الجنائي (أولاً).
- 2- تشريح لمعرفة أسباب الوفاة عموماً، ويصطلح عليه التشريح المرضي (ثانياً).
- 3- تشريح لمعرفة تركيبية الجسم وأعضائه، ويمكننا الاصطلاح عليه التشريح التعليمي (ثالثاً)⁴.

أولاً: التشريح الجنائي

ويعني بهذا النوع الطب الشرعي: "وهو فرع من فروع علم الطب البشري، وعلم من العلوم المساعدة لعلم الإجرام، الذي يهتم بتسبيب الجريمة عن طريق العلوم الإنسانية، فهو إذاً بين السلطات الإجرامية للدعوى الجنائية، وعلم الطب البشري".

1 - يوسف شلالة، المعجم العلمي، المرجع السابق، ص.72.

2 - المعلم بطرس البستاني، المرجع السابق، ص.100.

3 - محمد صديق بن حسن القنوجي، المرجع السابق، ص.521.

4 - سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.277.

ومن بين اختصاصات¹ الطب الشرعي أيضاً، انتقال أفرادهم بمعاينة مسرح الجريمة، ذلك أن هذا الأخير يُعرّف بأنه "الشاهد الصامت" الذي يقع عليه الفعل المادي المؤدي إلى نتيجة إجرامية يعاقب عليها القانون².

واختصاصه في مجال التشريح، يتمثل في تشريح جثث المتوفين، إذ اقتضت ذلك مصلحة التحقيق الجنائي، في حالة وجود شبهة جنائية وراء الوفاة³، ويتم ذلك عن طريق البحث عن الوسائل المستخدمة في القتل، وفحص الجثة للوقوف على التغيرات التي تطرأ على الجثة بعد الوفاة، بالإضافة إلى تحديد كيفية حدوث الموت وتاريخها، والمدة التي انقضت من تمام الجريمة إلى تاريخ الكشف⁴. وبالنتيجة فإن التشريح وفقاً لأغراض التحقيق الجنائي، أصبح يقدم عملاً نبيلاً للعدالة، التي قد يجتهد الجرم في إخفائها، فهو وسيلة لكبح الظاهرة الإجرامية، لردع من تسول له نفسه أن يقتل خفية، بوسائل يرى فيها الخلاص من القبض عليه ومعاقبته.

ثانياً: التشريح المرضي

ويسمى أيضاً بالتشريح السريري، وهو الذي يتم من قبل الطبيب المعالج أو تحت رقابته، ويأخذ هذا التشريح صفة علمية، ويهدف لمواجهة الملاحظات السريرية التي تمت أثناء المرض⁵. ويسمى بالتشريح المرضي، لأنه يعتبر مدخلاً عاماً لتشخيص الأمراض، عن طريق الكشف الحقيقي للوفاة، لمعرفة العلة والأسقام، وحدة انتشارها وتأثيرها لاتخاذ ما يلزم لإزالتها بطرق شتى. والتشريح المرضي يساعد الأطباء على التعرف على المرض الذي أدى إلى الوفاة وقد تكثر الوفاة بسبب هذا المرض، ويخشى أن ينتشر في المجتمع، لذا يتعين على الأطباء أن يوجهوا عناية المسؤولين إلى

¹ - ومن بين اختصاصاته كذلك:

أ- فحص المتهمين والكشف عليهم لبيان حالهم العقلية، وتقدير أعمارهم، حالة ادعائهم بعدم مسؤوليتهم الجنائية الراجعة إلى عدم البلوغ أو الجنون أو العته.

ب- فحص المضبوطات والمواد الضارة والأدوات والأسلحة النارية والمقدوفات وعلاقتها بالجريمة.

ج- الكشف على الجاني عليهم لتحديد وسيلة الإصابة، ومدى خطورتها عليهم.

د- الحضور أمام المحاكم في حالة استدعائه من المحكمة بطلب الشهود، لتوضيح أمر من الأمور الواردة في التقرير الطبي. شريف طباط، أحمد

جلال، المرجع السابق، ص. 11-12.

² - شريف طباط، أحمد جلال، المرجع السابق، ص. 11-12.

³ - طارق صلاح الدين محمد، تشريح الجثث الأدمية، بحث منشور في مجلة الصحة، مجلة تصدر عن وزارة الصحة العامة، ومؤسسة حمد الطبية، قطر، العدد 26 "الصحة أمراض الصيف والإجازات"، مستخرج من الانترنت، ص. 01.

الموقع: <http://www.hmc.org.ga/hmc/health/26th/cover.html>

⁴ - عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص. 13.

⁵ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 193.

الخطر المحدق، ليتخذوا ما يلزم من الإجراءات للحد من انتشاره¹. ومن ثم فإن هذا النوع من التشريع، يدخل ضمن الأسباب الاحتياطية لمعرفة الأوبئة والأمراض التي تهدد صحة وحياة الإنسان، وذلك هو العمل الطبي، إذ يركز على الأساليب الوقائية، ومكافحة الأمراض قبل استفحالتها.

ثالثاً: التشريع التعليمي

يهدف هذا النوع من التشريع إلى معرفة تركيبية الجسم وأعضائه لتعلم الطب عموماً، ويكون تشريع الجثث تحت إشراف الأطباء لمعرفة الأجزاء الظاهرة والأجهزة الباطنة للجسد، ومعرفة وظيفة كل جهاز ومقاسه صحيحاً أو مريضاً وكيفية علاجه، وكل هذا يحتاجه طلاب كلية الطب في مراحل الدراسة².

يشكل هذا النوع من التشريع، الركيزة الأساسية لتقدم العلوم الطبية، بحيث يؤدي تجاهله إلى حرف الطب عن مساره، فكلما امتلك الطب معرفة تشريحية أوفر، كان نصيبه من النجاح في معالجة الأمراض أكبر، مثله في ذلك مثل سائر العلوم السريرية، فهو يقوم بأدوار أساسية³ نلخصها فيما يلي:

1- **التعليم:** ففي التشريع التعليمي تجرى دراسات دقيقة لتركيبات أعضاء البدن ووظائفها والعلاقات بينهما.

2- **التأهيل:** أدى التطور التقني في العصر الحالي، إلى إيجاد ثورة عظيمة في علم الطب، فالتعليم الطبي مدين في تقدمه إلى التأهيل الذي يعتمد أساساً على التشريح، بصفته أقصر السبل وأنجعها في تشخيص المرض⁴. ولما كان التشريح بأبعاده المعاصرة وفوائده الطبية مسألة مستجدة كان لا بد من الدخول في الموضوع ووضعه فوق ميزان المشروعية لمعرفة مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون وهو ما نحاول بيانه.

¹ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، المرجع السابق، ص.348.

² - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص.215.

³ - حميد رضا شاكرين، ترجمة علي البغدادي، التشريح من منظور الفقه والطب، بحث منشور في مجلة الفكر الإسلامي، العددان 13 و14 السنة الرابعة، محرم الحرام، جمادى الأخير 1417هـ، مستخرج من الانترنت، ص.02، الموقع:

[http:// alshia. Com/ html/ara books/ magazine alfikr/20 alaislami/13109html](http://alshia.Com/html/ara books/ magazine alfikr/20 alaislami/13109html).

⁴ - نفس المرجع، ص.02.

المطلب الثاني

مشروعية التشريع في الفقه الإسلامي والقانون

إن تقدم علوم الطب وبخاصة علم التشريح - الذي أصبح مرهوناً بتقدم الطب وازدهاره، ونظراً لدوره المؤثر في الدراسات والمعرفة الطبية - استوجب من فقهاء الشريعة وفقهاء القانون البحث لمعرفة شرعية مثل هذه الأعمال الطبية؛ ذلك أن هذه الأخيرة من القضايا المعاصرة التي تحتاج إلى أحكام فقهية، تبين حكم الشريعة الإسلامية، مثلما هي بحاجة إلى قواعد قانونية تنظم شأنها، بما يحقق المصلحة العامة دون المساس بحريات الأشخاص وممتلكاتهم.

لقد كثر الكلام والجدل في المحافل العلمية والقانونية والدينية - على اختلاف مللها ومعتقداتها، وحتى في البلدان التي لا تدين بدين سماوي - على حكم التشريح من الناحية الشرعية والقانونية والأخلاقية.

فعلى صعيد العالم الإسلامي رأينا عدة فتاوى فردية وجماعية، تناولت هذا الموضوع بالدراسة والتقرير، وفي الجانب القانوني أوجدت نصوص قانونية متعلقة بالتدخلات الطبية على جثة الإنسان، ومن بينها النصوص المتعلقة بالعمليات التشريحية. فيتعين إذ ذاك بيان موقف الفقه الإسلامي من التشريح بمختلف أنواعه (الفرع الأول) وموقف القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مشروعية التشريع في الفقه الإسلامي

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن تعلم الطب فرض من فروض الكفاية، وأنه واجب حتمي على كل شخص أن يتعلمه، ولا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره¹.

وحت الإسلام على التداوي فقد روى مسلم في صحيحه من حديث أبي الزبير، عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لكل داء دواء فإذا أصيب دواء داء برأ بإذن الله"².

¹ - عبد القادر عودة، المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 520-521.

² - رواه مسلم، كتاب السلام، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي. النووي، صحيح مسلم، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1972، ص. 191.

وروى مسلم في صحيحه عن أسامة بن شريك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تداووا فإن الله لم ينزل داء إلا وقد أنزل له شفاء"¹.

وباعتبار التشريح من العلوم الطبية، فهل ينساق حكمه إلى ما ورد من فرض الطب وتعلمه؟

لقد ذكر "بولس غليوجي" في معرض حديثه عن الدور القاصر للعرب في علم التشريح، حيث أكد بأن العرب في تطوير هذا العلم، لم تكن مساهمتهم بنفس الدرجة التي ساهموا فيها في تطوير العلوم الأخرى، ويرى أن الأسباب ترجع إلى أسباب دينية وإنسانية واجتماعية.

كما أن ما ذكره ابن النفيس في كتابه "شرح تشريح القانون"، يحاكي ما ذكره "بولس غليوجي"، فقد ذكر ابن النفيس: "وقد صدنا عن مباشرة التشريح، رادع الشريعة، وما في أخلاقنا من الرحمة"².

وفي جانب آخر من الآراء، فقد جعل الأطباء من الآية القرآنية ﴿ وفي أنفسكم أفلا تبصرون ﴾³ والآية ﴿ سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق ﴾⁴ مدخلا لمباشرة التشريح. فقد جعل ابن رشد من التشريح وسيلة للتقرب إلى الله. فقال " من اشتغل بالتشريح إزداد إيماناً"⁵. والحقيقة الثابتة أن عملية التشريح لم تنتشر في أوساط المسلمين في الصدر الأول، وفي عصر الأئمة الأربعة، بل هي وليدة التقدم لذا لم يوجد للمتقدمين أقوالا تبين حكم التشريح.

إن غايتنا في هذا الصدد ليس هو الاحتجاج ومناظرة الآراء والأدلة - الآن على الأقل - وإنما لنبين أن الموقف من التشريح كان محل جدل، قبولاً واعتراضاً، وعليه يتحتم علينا عرض الآراء المختلفة ومناقشتها، بداية بعرض الاتجاه المانع (أولاً) ثم الاتجاه المبيح (ثانياً).

أولاً: التشريح عند المانعين

في مجال بحث الحكم الشرعي من عمليات تشريح جثة الإنسان، انبرى اتجاه مانع لهذه العمليات ومنكر لها بأي صورة كانت، ولم يكن استنكارهم واعتراضهم مما يصح أن نطلق عليه "قول بالهوى"، بل استندوا إلى العديد من الأدلة، وانحاز إلى هذا الاتجاه العديد من العلماء، وبعد محاكمتهم العلمية

¹ - رواه البخاري، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء الا وأنزل له شفاء. الإمام البخاري، صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص.158.

² - مقتبس عن: محمد عيسى صالحية، التشريح بين اللغة والطب، الكويت، بحث منشور على الانترنت، ص.01، الموقع: <http://www.Islam set. Com/ arabic/ aislam/civil/ turath/tashrih/aysa. Html>

³ - سورة الذاريات، الآية.21.

⁴ - سورة فصلت، الآية.53.

⁵ - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، الكليات في الطب، الطبعة السابعة، الجزء الثالث، دار القلم، 1984، ص.1267.

والدقيقة للأدلة، خرجوا برأي موضوعه، أن ما دل على احترام الإنسان ميت يقتضي حرمة التشريح، وليبان ذلك نتطرق فيما يلي إلى أدلة حرمة التشريح في النقاط التالية:

I. استلزامه محط بالكرامة الإنسانية

لقد منّ الله على الإنسان وفضله على سائر المخلوقات، وكرّمه أيما تكريم منذ بدأ خلقه، فعرف به الملائكة، وبين لهم مكانته وما قدره له من علم وإدراك¹.

قال تعالى: ﴿وَإِذ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ۗ﴾²؛ وقوله: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ۗ﴾³؛ وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوْحِهِ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ ۗ﴾⁴؛ وقوله أيضاً: ﴿يَأَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَّلَكَ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ ۗ﴾⁵.

وبعد هذا التكريم فهل يشكر الإنسان هذه النعم، أم يعيث بها ويتركها لهوى النفس والشيطان ليأخذ بها ذات اليمين وذات الشمال؟ إن هذا ما يقتضي منع تقطيع الجسم الإنساني أو جثته. ومن ثم فإن التشريح يعتبر صورة من هذا النكران.

هذا وأن أخلاقيات الطب تقتضي أن هذا الكائن الذي حمل مسؤولية خلافية الأرض لا يمكن أن يصنف ضمن جملة الكائنات البيولوجية الصامتة. ومن ثم لا بد للعالم بالعلوم الطبية أن يذكر هذه الكرامة، ولا يتناسى أبعادها الروحية في كل تدخلاته⁶.

وموضوع الكرامة الإنسانية المنحطة حال استلزام التشريح، يدعو إلى موضوع آخر، يعنى بانتهاك حرمة الميت.

فالحرمة للميت ثابتة، والتشريح مخالف لهذه الحرمة وهاتك لها؛ لأن معنى الحرمة من الاحترام، مثل الفرقة من الافتراق. والثابت أن حرمة الحي كحرمة الميت، فمن حقوقه في الحياة أن لا يتعرض له في جسده، بقطع أو حرق أو خدش بل أو حلق شعره؛ لأن ذلك موجب للقصاص والدية، فكذلك الأمر بعد الوفاة⁷. والدليل على هذا الكلام ما ورد في الأحاديث التالية:

¹ - محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، لا توجد سنة النشر، ص.10.

² - سورة البقرة، الآية.30.

³ - سورة البقرة، الآية.31.

⁴ - سورة السجدة، الآية.09.

⁵ - سورة الانفطار، الآيات.06-08.

⁶ - عبد المجيد مزيان، الأصول الروحية في أخلاقيات الطب عند المسلمين، بحث منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، السنة،

1419هـ-1999، ص.10.

⁷ - آية الله الشيخ محمد المؤمن، التشريح في التعليم الطبي، بحث منشور على الإنترنت، ص.02، الموقع:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " كسر عظم الميت ككسره حياً"¹. وفي رواية عن مالك أنه بلغه أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تقول: " كسر عظم الميت ككسره وهو حي يعني في الإثم"². وروى الترمذي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا تجلسوا على القبور ولا تصلوا إليها"³. وروى الترمذي أيضاً: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " لا تسبوا الأموات فتؤذى الأحياء"⁴.

والخلاصة التي يمكن أن تؤخذ مما تقدم، هي إن استنكار التشريح وحرمته، يبرر عدم العبث وانتهاك حرمة الإنسان، وفي إباحة هذا النوع من الأعمال يعني أن جثث الموتى لا تعدو أن تكون من الأحجار المنفرقة في البراري والصحاري، وهذا ما يقتضي حرمتها، مثل حرمة الإنسان في حياته. وكما لا يجوز التعدي عليه بالقطع أو الجرح أو الكسر حال الحياة؛ فلا يجوز بالضرورة بعد الممات.

II. استلزامه يعني المثلة

إن تشريح البدن يعني التمثيل به، وهو " قطع الأنوف والآذان ونحو ذلك من الحي والميت"، والمثلة نقمة تترل بالإنسان، فتجعله مثلاً يرتدع به غيره، وذلك كالنكال"⁵. ومن الأحاديث التي يستدل بها.

1- عن قتادة قال: " بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحث عن الصدقة وينهى عن المثلة"⁶.

يذكر "حميد رضا شاكرين" أن هذا ما يدل على أن تشريح الميت، يعني تجاهل حقوقه، ولذلك يجب دفع الدية لتعويض ذلك، أما إذا كانت حرمة حكمها تكليفاً مستقلاً ومن الحقوق الإلهية الخاصة، فيجب الحد أو التعزير بدلا من الدية، أو الاكتفاء بالعذاب الأخرى. حميد رضا شاكرين، المرجع السابق، ص. 05.

¹ - رواه أبو داود، كتاب الجنائز، باب الحفار يجد العظم هل ينتكب ذلك المكان. أبي داود، سنن أبي داود، الجزء الثاني، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، مصر، ص. 208. ورواه أحمد، الجزء السادس، ص. 464.

² - رواه مالك في الموطأ، كتاب الجنائز، باب ما جاء في الاحتفاء، مقتبس عن: السيوطي، تنوير الحوالك شرح موطأ الإمام مالك، مكتبة دار الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، 2003، ص. 306.

³ - رواه الترمذي في كتاب الجنائز، باب ما جاء في كراهية المشي على القبور والجلوس عليها والصلاة إليها. الترمذي، الجامع الصحيح، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص. 367. ورواه مسلم، كتاب الجنائز، باب النهي عن تخصيص القبور والبناء عليه والجلوس عليه، الجزء السابع، المرجع السابق، ص: 37. ورواه أبو داود، كتاب الجنائز، باب كراهية القعود على القبر، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 213.

⁴ - رواه الترمذي في البر والصلة، باب ما جاء في الشتم، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص. 310.

⁵ - الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، بحوث فقهية مهمة " حكم التشريح في الشريعة الإسلامية " مكتبة الفقه ص. 317 بحث مستخرج من الانترنت

الموقع: http://www.alhameh.com/arabic.mktaba_fqh/bokth/b20.tml.h

⁶ - رواه النسائي، كتاب تحريم الدم، النهي عن المثلة. السيوطي، سنن النسائي، شرح السيوطي، حاشية الإمام السندي، الجزء السابع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص. 101. ورواه البخاري، كتاب المظالم، باب النهي عن النهي والمثلة، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 178.

2- عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرت به جنازة يهودي فقام، فقيل له أنه يهودي فقال: " أليست نفسا " ¹.

3- عن بريدة رضي الله عنه قال: قال صلى الله عليه وسلم: "... لا تغدروا، ولا تمثلوا " ².

ووجه الاستدلال من هذه الأحاديث أن التشريح مشتمل على المثلة، للحاجة فيه إلى تقطيع الأعضاء، وإذا كان النهي صريحاً في تحريم تشويه جثث الأعداء فإن تشريح جثة المسلم أولى بالنهي والتحريم.

III. استلزامه تأخير الدفن

إن تشريح جثة الإنسان فيه فوات لدفنه، وهذا يتنافى مع ما أوجبه الفقهاء من إلزامية دفنه، فلا يجوز تأخيره لمدة طويلة، ولما كان التشريح يتسبب في تأخير الدفن أو عدمه فهو حرام. ³ ومن الأحاديث الواردة في دفن الميت ما يلي:

1- " عن مالك أنه بلغه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي يوم الاثنين ودفن يوم الثلاثاء وصلى الناس عليه أفضاً لا يؤمهم أحد " ⁴.

2- " عن مالك أنه بلغه، أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تقول: ما صدقت بموت النبي صلى الله عليه وسلم حتى سمعت وقع الكرازين " ⁵.

3- " عن مالك، عن غير واحد ممن يثق به، أن سعد بن أبي وقاص، وسعيد بن يزيد ابن عمر بن نفيل توفيا بالعقيق، وحملوا إلى المدينة ودفن بها " ⁶.

وجاء في التسهيل: " ويجب كفنه ودفنه "؛ أي إدراجه في الكفن ومواراته التراب اتفاقاً فيهما ⁷.

¹ - رواه البخاري، كتاب الجنائز، باب من قام لجنازة يهودي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.108. ورواه النسائي، كتاب الجنائز، القيام لجنازة أهل الشرك، الجزء الرابع، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 45.

² - رواه مسلم، كتاب الجهاد والسير، بابا تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بأدب الغزو وغيرها، الجزء الثاني عشر، المرجع السابق ص.37. ورواه الدارمي، كتاب السير، باب وصية الإمام في السرايا. الدارمي، سنن الدارمي، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، لا توجد بلد النشر وسنة النشر، ص.215.

³ - حميد رضا شاكرين، المرجع السابق، ص.07.

⁴ رواه مالك في الموطأ، كتاب الجنائز، باب ما جاء في دفن الميت، مأخوذ من تنوير الحوالك، المرجع السابق، ص.298.

⁵ - نفس المرجع، ص.300.

⁶ - نفس المرجع، ص.301.

⁷ - الشيخ مبارك علي بن أحمد التميمي، التسهيل، الطبعة الثانية، الطبعة الأولى لدار ابن حزم، المجلد الثالث، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2001، ص.642.

وفي الشرح الكبير " ويستحب المسارعة إلى تجهيزه إذا تيقن موته، لأنه أصون له وأحفظ له من التغيير"¹. كما أن كرامة الميت تعجيله؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " إني لأرى طلحة قد حدث فيه الموت، فأذنوني به وعجلوا، فإنه لا ينبغي لجيفة مسلم أن تحبس بين ظهراي أهله"².

وجاء في منظومة البهجة الوردية " وغسله فرض على الكفاية، ولو غريقا كالصلاة والدفن"³، ويجب المبادرة بهذه الفروض على الفور بعد العلم بموته.

وفي خبر الصحيحين: " أسرعوا بالجنائز، فإن تكن صالحة فخير تقدمونها إليه وإن تك سوى ذلك فشر تضعونه على رقابكم"⁴. وفي كتاب السيل الجرار قوله: " وتعجيل التجهيز إلا لغريق أو نحوه"⁵. وقال الكساني في بدائه: " والكلام في الدفن في بيان وجوبه، فالدليل على وجوبه توارث الناس من لدن آدم صلوات الله عليه إلى يومنا هذا، مع النكير على تاركه"⁶.

ومن خلال هذا العرض، يتبين أن استلزام التشريح يؤدي إلى تأخير الدفن، وقد دللنا على وجوبه واستحباب تعجيله، ومن ثم فإن التشريح محرم.

IV. الاحتجاج بعدم جواز شق بطن المرأة الميتة بإخراج الولد أو شق بطن الإنسان الميت لإخراج

مال ابتلعه

إن ما يؤيد حرمة التشريح، ما أدلى به بعض الفقهاء من تحريم شق بطن المرأة الميتة وفي بطنها حمل يتحرك، كذا عدم جواز شق بطن الإنسان الميت لاستخراج مال ابتلعه.

1- عدم جواز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الولد.

في هذه المسألة قال بن قدامة: " والمرأة إذا ماتت وفي بطنها ولد يتحرك فلا يشق بطنها، ويسطو القوابل فيخرجنه، ومعنى يسطو القوابل، أن يدخلن أيديهن في فرجها فيخرجن الولد من مخرجه، والمذهب أنه لا يشق بطن الميتة لإخراج ولد مسلمة كانت أو ذمية، وتخرجه القوابل إن علمت حياته بحركة، وإن لم يوجد نساء لم يسطُ الرجال عليه وجاز الشق إذا خرج بعضه حياً ولم يمكن خروج بقيته"⁷.

¹ - شمس الدين ابن قدامى المقدسي، والشرح الكبير، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.308.

² - رواه أبو داود، كتاب الجنائز، باب التعجيل بالجنائز، وكرامية حسها، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.196.

³ - الإمام الشيخ زكريا بن محمد الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ص.215-216.

⁴ - رواه النسائي، كتاب الجنائز والسرعة بالجنائز، المجلد الثاني، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص.42.

⁵ - الشوكاني، كتاب السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص.337.

⁶ - الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص.318.

⁷ - موفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص.413.

وخلاصة القول في هذا أن ابن قدامة يمنع شق بطن المرأة الميت وفي بطنها الحمل، لأن فيه مثلة، فضلاً عن أن حياته مظنونة، ولا يجوز هتك حرمة الميت لأمر موهوم إلا في حالة خرج بعض الحمل حياً وتعذر إخراجه إلا بشق المخرج، فإذا كان الأمر كذلك، فإن التشريح مشتمل على الشق، ومن ثم وجب الامتناع عنه.

2- شق بطن الإنسان الميت لإخراج مال ابتلعه

يمنع بعض الفقهاء شق بطن الميتة لإخراج مال ابتلعه، وفي ذلك يقول الكساني في بدائع: " رجل ابتلع درة رجل فمات المبتلع، فإن ترك مالا كان قيمة الدرّة في تركته، وإن لم يترك مالا لا يشق بطنه؛ لأن الشق حرام، وحرمة النفس أعظم من حرمة المال، وعليه قيمة الدرّة؛ لأنه استهلكها"¹.

V. الاحتجاج بقاعدة " الضرر لا يزال بالضرر "

وهي قاعدة مشهورة في الشريعة الإسلامية، ومعدودة من قواعدها العامة، وتعني ألا يدفع المرء الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره². ولقد دلت القاعدة المذكورة أن مفسدة الضرر ينبغي ألا تزال بمثلها، والتشريح مشتمل على إزالة الضرر بمثله، فلا يجوز التشريح لاشتماله على الضرر.

VI. توافر ما يعني عن التشريح لمعرفة وظائف الأعضاء

يرفض أنصار الاتجاه المانع للتشريح، تشريح الجثث الآدمية لتوافر ما يعني عن تشريحها لمعرفة وظائف الأعضاء، ويكون ذلك عن طريق تشريح الحيوانات، لما عرف بأن وظائف الحيوانات متساوية في وظائف أعضاء الإنسان.

ويمكن الاستغناء عن التشريح بخبرة السابقين في هذا العلم، أو الاكتفاء بما كتبوا³ عنه من أبحاث ونتائج علمية مستفيضة⁴.

¹ - الكساني، بدائع الصنائع، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص.130.

ومن الأمثلة أنه لا يجوز للمضطر أن يأكل مضطراً آخر، ولا يجير السيد على تزويج عبده أو أمته، لأن دفع الضرر عنهما إضرار به. علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997 ص.270.

² - علي حسب الله، المرجع السابق، ص.270.

³ - من استقرأ ما كتبوا في مؤلفاتهم خاصة العرب، نستفيد من وصف أعضاء الجسم الداخلية والخارجية، كما يفعل الأصمعي الذي سمى أعضاء الإنسان من الرأس حتى القدم، على وجه الاستقصاء ظاهرياً، وكثيراً مما أن داخل الجسم، وقد يأتي وصف الأعضاء بعد تسميتها والحديث عنها، فمثلاً وصف ابن سيدة "الصاقورة" وهي باطن القحف فوق الدماغ وقال عنها "كأنها قعر قصعة" وبأنها فلقة من الجمجمة إذ انشقت وبانت. ووصف أيضاً "السمحاق" و"الفراش" (قشور تكون على العظم دون اللحم).

وجعل "الزجاجي" (310هـ، 922م)، الجزء الثالث من كتابه في الوصف التشريحي لجسم الإنسان، حيث يعرض جسم الإنسان عرضاً تفصيلياً من جلدة الإنسان الخارجية عامة حتى البشرة. محمد عيسى صالحية، المرجع السابق، ص.01.

⁴ - مصطفى محمد الذهبي، المرجع السابق، ص.11-12.

ويمكن الاستغناء في تشريح بدن الإنسان للتعلم، عن طريق المشاهدة المباشرة، إما مشاهدة دوائر التلفاز والفيديو. كما أن هناك جسم مركب يعطي خصائص جسم الإنسان وعلى نمطه، مصنوع من مواد خاصة لتعليم الطلاب تشريح الجسم الإنساني.

ويمكن التعلم عن طريق المشاهدة المباشرة، بمساعدة ومباشرة التشريح عند القيام بالعمليات الجراحية المختلفة كما هو الواقع الملموس¹.

إن ما يجري في غرف التشريح الخاصة بالمستشفيات الجامعية، أو المستشفيات العامة، وكذلك مشارح (مجازر)؟؟ الدروس الخصوصية، جعل بعض العلماء يقولون بتحريم التشريح، عملاً بقاعدة "سد الذرائع مقدم على جلب المصالح"². فالذريعة في الاصطلاح: هو الموصل إلى الشيء الممنوع³.

ومن العلماء الذين أفتوا بعدم جواز التشريح التعليمي، فضيلة الشيخ " خالد بن عبد الله المصلح " حيث جاء في فتواه التي نشرها على موقعه: " والذي يظهر لي أنه لا يجوز التشريح لأجل التعليم، لما يتضمنه التشريح من إهانة للميت، وهو خلاف ما يجعله الله لبني آدم من التكريم..؛ ولأنه لا ريب أن تشريح الميت تشويه له، وتغيير لصورته، وفيه انتهاك لحرمة حفظها له الشرع بعد موته في بدنه وقبره "⁴.

ثانياً: التشريح عند المبيحين

إذا كان الاتجاه الأول يمنع التشريح، ويستدل على ذلك بما لا يستهان من الأدلة فإن هذه الأخيرة لم تسلم من الانتقاد. فهناك رأي آخر يبيح هذه العمليات، حيث انطلق من فكرة تعتمد في أساسها على ضرورة هذا العلم، سيما مع المشاهدة، إذ له أثر بالغ في معرفة أعضاء الإنسان، كما أن هذا العلم أصبح من مقدمات علم الطب الضرورية، والتي يتوقف عليها معرفة المرض وإنقاذ المرضى من الهلاك.

ولقد استند الاتجاه المبيح للتشريح على العديد من الأدلة، واتفق على إباحته العديد من العلماء والفقهاء، فضلاً عن الفتاوى الجماعية عن طريق المجامع الفقهية والفتاوى الفردية. ومن ثم يتعين علينا عرض أدلة إباحة التشريح، ثم الرد على أدلة التحريم، ثم بيان إباحة التشريح بالنظر إلى أنواعه.

¹ - مصطفى محمد الذهبي، المرجع السابق، ص.12.

² - نفس المرجع، ص.12.

³ - بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، لا توجد سنة النشر، ص.241.

⁴ - الشيخ خالد ابن عبد الله المصلح، فتاوى الجنائز "حكم تشريح الأموات للعلم"، تاريخ الفتوى: 1424/09/11 هـ - 2003، فتوى منشورة

على موقع الشيخ: <http://www.almosleh.com/publish/article303shtml>.

I. أدلة إباحة التشريح

اعتمد الفريق المبيح لعمليات التشريح، في عرض أدلته على نوعين من الأدلة.

أولاً: القياس على أمرين:

➤ جواز شق بطن المرأة الحامل الميتة لإخراج الولد.

➤ جواز شق بطن ميتة الإنسان لإخراج مال ابتلعه.

ثانياً: استدلووا بالنظر إلى قواعد الشريعة. وتفصيل ذلك ما يلي:

1. جواز شق بطن المرأة الحامل الميتة لإخراج الولد، وجواز شق بطن ميتة الإنسان لإخراج مال

ابتلعه

استدل الفقهاء على جواز التشريح بجواز شق بطن المرأة الحامل وفي بطنها جنين يتحرك، كذا جواز الشق لإخراج مال ابتلعه.

أ- جواز شق بطن المرأة الحامل الميتة لإخراج الولد

وردت هذه القضية على خلاف بين الفقهاء، بالنسبة للمالكية فقد سئل مالك أيقرب بطن الميتة إذا كان جنينها يضطرب في بطنها؟ قال لا. قال سحنون وسمعت أن الجنين إذا تيقنت حياته فلا بأس أن يقرب بطنها ويستخرج الولد¹. قال خليل: " لا عن جنين وتؤولت أيضا على البقر أن رجي وإن قدر على إخراجها من محله فعل"².

أما مذهب الشافعية فيرى بجواز الشق أو البقر، وإن لم يرد نص في الموضوع عن الإمام الشافعي. قال ابن سريج: " وإن ماتت امرأة وفي بطنها جنين حي شقّ جوفها وأخرج"³.

أما الحنفية فكذلك يجيزون بقر المرأة الحامل الميتة لاستخراج الولد، لأن شق بطن الأم أهون من إهلاك الولد الحي⁴.

¹ - الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التوحجي، تحقيق حمدي الدمرداش، الطبعة الأولى، المجلد الأول، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، 1999، ص.318.

² - عبد الباقي ابن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، الطبعة الأولى، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص.202.

³ - أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، الجزء الثاني، منشورات قصر الكتاب، الجزائر، لا توجد سنة النشر، ص.403.

⁴ - الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص.130.

وعلى هذا يرى الاتجاه المبيح بجواز الشق؛ لأن إنقاذ الحياة الإنسانية أمر ضروري رغم ما يؤديه من انتهاك في حرمة الميت، فإذا كان الأمر كذلك، فيجوز إذ ذاك تشريح جسم الإنسان لذات العلة أو لعل أخرى صحيحة.

ب- جواز شق بطن ميتة الإنسان لإخراج مال ابتلعه:

ذهب الفقهاء إلى أن من بلع مال غيره ثم توفي والمال في بطنه، شق جوفه ليعاد المال إلى صاحبه، بالنسبة للمالكية، جاء في شرح الزرقاني، قال خليل: " وبُقر عن مال كثير " ¹. أما بالنسبة للحنابلة، جاء في " المغني " إن الميت إذا بلع مالاً فهو إما أن يكون له أو لغيره، فإن كان له لم يشق بطنه؛ لأنه استهلكه في حياته. أما إذا كان المال لغيره، فإن كان بإذن هذا الأخير فهو كماله، وإن ابتلعه غصباً خفية ففيه وجهان، إما ألا يشق ويخرج من تركته، وإما أن يشق إذا كان المال كثيراً ². فإذا كان القول بجواز شق بطن الميتة لأغراض فيها مصلحة للميت ولورثته، فإنه يجوز التشريح متى كانت المصلحة متحققة.

2. الاستدلال بقواعد الشريعة الإسلامية

استدل الاتجاه المبيح للتشريح، ببعض قواعد الشريعة الإسلامية لبيان وجه الإباحة أو أساس شرعية التشريح، تتمثل في القاعدتين التاليتين:

أ- إذا تعارضت المصلحتان قدم أقواها، وإذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفهما تفادياً لأشدّهما

تتلخص هذه القاعدة في أنه إذا تعارضت مفسدتان، روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، ونظراً لأن التشريح من الحاجات التي تتعلق به مصلحة العامة، فإن رعاية هذه المصالح تقتضي القول بجواز التشريح ³.

ولما كان الضرر الذي يلحق الجماعة من الامتناع عن التشريح أشد، بمقارنته مع الضرر الذي ينتج عن تشريح الجثة، فإن التشريح يعتبر من باب تقديم المصالح القوية إذا تعارضت مع غيرها من المصالح، واستبعاد للمضار الشديدة الضرر، حال تعارضها مع المفاسد الأخرى.

¹ - عبد الباقي ابن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني، المرجع السابق، ص. 201-202.

² - موفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 114.

³ - مصطفى محمد الذهبي، المرجع السابق، ص. 13.

ب- ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب

يتوقف وجوب الواجب على أسباب وشروط، كتوقف وجوب الصلاة على دلوك الشمس، وعلى بلوغ المكلف وعقله، وتوقف وجوب الزكاة على بلوغ النصاب وحوالان الحول. ويتوجب على من أراد مزاولة الطب وإجراء العمليات الجراحية، أن يكون عارفا بالأعضاء وأماكنها، علمياً وعملياً وواقعياً عن طريق دراسة علم التشريح، وعليه فإن التشريح لا غنى عنه ولا بديل إليه، فهو مشروع أو بالأحرى واجب.

II. الرد على أدلة تحريم التشريح

لقد سبق أن أوردنا أدلة حرمة التشريح، فرغم اعتمادهم على غير واحد من الأدلة واستشهادهم بغير قليل من الأدلة النقلية والعقلية، إلا أن هذه الأدلة انتقدت، وسنأتي على مناقشتها فيما يلي:

1. إذا كان أنصار الاتجاه يرون بأن في عمليات التشريح حط بكرامة الإنسان، وأن في استلزامه يعني المثلة، فإن أنصار الاتجاه المبيح يرون أنه لدحض هذا الدليل يكفي فيه القول بأن الدوافع النفسية والانعكاسات الاجتماعية المتفاوتة لعلم التشريح لا تدخله ضمن عنوان المثلة، لأن المثلة تعني الانتقام والحقد على الأعداء، وهو أحد أشكال الحرب النفسية¹. وليس هذا الأمر متحققاً في التشريح، لأنه من الأمور القصدية²، فهو يستهدف أغراضاً عقلانية³.
2. يمكن الرد على القول باستلزام التشريح - يؤدي إلى تأخير الدفن - بأن الواجب ألا يهان الميت ويستخف به، فالتعجيل مستحب والإهانة حرام⁴.

وبخصوص قول المانعين لعدم شق بطن المرأة الحامل لاستخراج الولد، وشق بطن الميت لاستخراج مال ابتلعه، فقد ورد رجحان أقوال المحيذين على النحو السابق الذكر.

1 - حميد رضا شاكرين، المرجع السابق، ص. 07.

2 - من القواعد المعروفة في الشريعة الإسلامية أن "الأمر بمقاصدها" وتعني هذه القاعدة: أن الفعل يعد حيراً أو شراً بحسب نية فاعله، والأصل في هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"، وقد نبى على هذه القاعدة كثيراً من الأحكام، ومن ذلك أن ذبح حيوان للأكل حلال وذبحه لغير الله حرام، وبيع سلاح لمن يعرف أنه سيقتل معصوماً حرام، وبيعه لغيره حلال، بل قرينة يثاب عليها إذا كان لمن يجاهد في سبيل الله. علي حسب الله، المرجع السابق، ص. 275.

3 - الشيخ مكارم الشيرازي، المرجع السابق، ص. 318.

4 - آية الله محمد المؤمن، المرجع السابق، ص. 04-05.

III. بيان إباحة التشريح بالنظر إلى أنواعه

إن أنواع التشريح - كما سبق أن ذكر - تتمثل في التشريح الجنائي والتشريح المرضي والتشريح التعليمي، وإن كانت هذه الأنواع بيّنة من حيث مفهومها أو تعريفها فإن حكم التشريح ينصرف إليها، ويختلف بحسب كل نوع نظراً لاختلاف العلة أو الأهداف.

1. حكم التشريح الجنائي

في هذا النوع من التشريح الذي يهدف إلى كشف الجريمة ومعرفة ملبساتها لمعرفة الجاني من البريء، لا يسع للمفتي إلا أن يجيزه، لما فيها من مصلحة راجحة على المفسدة المرجوحة.

قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾¹. وقال أيضاً: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾². فالآيات التي تحت على العدل وتدعوا إليه كثيرة، فكان العدل واجباً، حيث يكون به إدانة المجرم، وبراءة البريء ورفع الظلم عنه.

لقد قرر مجلس مجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بشأن موضوع "تشريح جثث الموتى" بأنه يجب تشريح جثث الموتى لغرض التحقيق في دعوى جنائية، لمعرفة أسباب الموت أو الجهة المرتكبة لها، عندما يشكل على القاضي معرفة أسباب الوفاة³.

وصدر قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، جاء فيه بأن المجلس يرى في إجازته - أي التشريح الجنائي - تحقيقاً لمصالح كثيرة في مجالات الأمن والعدل، ويرى المجلس أن التشريح لهذا الغرض مباح، سواء كانت الجثة لمعصوم الدم أم لا⁴.

وجاء في فتوى دار الإفتاء المصرية - -: "والذي يقتضيه النظر الدقيق في قواعد الشريعة وروحها، أنه إذا كانت هناك مصلحة راجحة في شق البطن وتشريح الجثة في إثبات حق القتل قبل المتهم، أو تبرئة هذا المتهم من تهمة القتل بالسم مثلاً، فإنه يجوز الشق والتشريح"⁵.

¹ - سورة النحل، الآية.90.

² - سورة النساء، الآية.58.

³ قرار مجلس المجمع الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة في مكة المكرمة، الفترة من يوم: السبت 24 صفر 1408هـ الموافق 17 أكتوبر 1987 إلى يوم: الأربعاء 28 صفر 1408 الموافق 21 أكتوبر 1987، نظر في موضوع "تشريح جثث الموتى" مستخرج من الانترنت منشور على شبكة البلسم للمعلومات الطبية والتتقيف الصحي "فتاوى الطبيب المسلم"،

الموقع: <http://www.Alblsem.info/html doctor 28html>

⁴ - قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم 47، الدورة التاسعة المنعقدة في مدينة الطائف، بتاريخ 1396/08/20 هـ. مقتبس عن: عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص.81.

⁵ - فتوى الشيخ عبد الحميد سليم، (مفتي الديار المصرية) حول التشريح 31 أكتوبر 1937م/ 26 شعبان 1356. مقتبس عن: عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص.84.

وجاء في فتوى الشيخ حماني - رحمه الله -: " قد أمر الإسلام بالتزام العدل، ودرء الحدود بالشبهات، ونهى عن اعتماد الظن في الحكم، فإذا حقق التشريح مثل هذه المصلحة فهو مقدم على مفسدة انتهاك حرمة الميت وجائر الإقدام عليه"¹.

2. : حكم التشريح المرضي

تؤكد العديد من الأبحاث، وتدعمهم قرارات الهيئات العلمية الفقهية وفتاوى العلماء على إباحة هذا النوع من التشريح، الذي يعنى بالبحث عن أسباب الوفاة لاكتشاف أمراض وبائية، يخشى عدم البحث عنها وتشخيصها وإيجاد الدواء المناسب لها، أن تصاب الأمة بسوء. ولقد أكد قرار المجلس العلمي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي على إباحة هذا النوع حيث ذكر بأنه يجوز تشريح جثث الموتى لغرض التحقق من الأمراض، ليتخذ على ضوءه الاحتياطات الواقية والعلاجات المناسبة لتلك الأمراض. كما أكد على ذلك قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية نظراً للمصلحة المتحققة.

3. : حكم التشريح التعليمي

لما كان تعلم الأطباء للجراحة الطبية، يحتاج إلى تدريب عملي يتمكنون بواسطته من الإلمام نظرياً وعملياً بعلم الجراحة، فإن العديد من الهيئات والفقهاء يرون بجوازه. لقد ذكر الشيخ " محمد بن محمد المختار الشنقيطي " في كتابه - أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها- هذه المسألة ويرى بجواز تشريح جثة الكافر دون المسلم، وذلك كما يلي:

➤ إن الأصل عدم جواز التصرف في جثة المسلم إلا في الحدود الشرعية المأذون بها، والتشريح ليس منها.

➤ إن الحاجة إلى التشريح يمكن سدها ببحث الكفار، فلا يجوز العدول عنها إلى جثث المسلمين، لعظيم حرمة المسلم².

¹ - أحمد حماني، المرجع السابق، ص.474.

² - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، ملخص من الصفحة (161-172) مستخرج من الإنترنت بعنوان: ما حكم شراء الميت وتشريحه للعلم؟ ص.01. الموقع: www.saaaid.net.Dotal/zugail.html.

يقول الأستاذ الخوئي بجواز تشريح جثة المسلم إذا توقف عليها حياة مسلم حي، ولكن يجب على من يقطعه الدية. ويقول سماحة الشيخ آصف الحسيني: "في كل بلد يوجد بما جثة غير مسلم يكتفى بها لقضاء الحاجة، وإذا فرضنا عدم وجود ذلك، ولم يتيسر له إلا الميت المسلم، وفرضنا توقف حياة المسلمين في المستقبل على وجود الاختصاصيين الذين لا يتيسر لهم العلم إلا بالتشريح. لا يبعد جواز تقطيع الميت المسلم". الشيخ محمد آصف الحسيني، الفقه والمسائل الطبية ص.193، مستخرج من الإنترنت، الموقع: www.rafed.Net/books/fiqh.

➤ إن أدلة المنع يمكن تخصيصها بالمسلم دون الكافر، فلا حرج في إهانتته؛ لأنه أهان نفسه بالكفر. قال تعالى: ﴿ومن يهن الله فما له من مكرم﴾¹.

➤ إن تشريح جثة المسلم يعطل أموراً كثيرة من الفروض المتعلقة بها بعد الوفاة من تغسيل وتكفين والصلاة عليه والدفن.

وذكر الشيخ "خالد بن عبد الله المصلح": أنه إذا بلغ الأمر حد الضرورة، فإن تشريح جثة الكافر أهون من جثة المسلم. وهذا الرأي أشير إليه من قبل الهيئات والجامع الفقهي².

وبعد هذا العرض نرى أن نبين الرد على قول الفريق المانع لهذا النوع من التشريح، بحجة توافر ما يعني لمعرفة وظائف الأعضاء، والاكتفاء بالتشريح السابق الذي باشره الأطباء، والاكتفاء بالمشاهدة المباشرة وذلك فيما يلي:

- رغم البحوث النظرية لمعرفة بدن الإنسان، بالاعتماد على الكتاب والصورة والمجسم والكمبيوتر، إلا أن الأغلبية الساحقة من المتخصصين لا يعتبرون هذه الوسائل كافية، بصفتها لا توفر للطالب الممارسة العملية.

- إن بعض بلدان العالم الثالث يعانون بسبب المنهج المتبع في إعداد الأطباء والجراحين، ومن نقص خطير لافتقارهم إلى المعرفة التشريحية، مما يدفع بهم إلى إرسال مرضاهم في كثير من الأحيان إلى الدول المتقدمة لالتماس العلاج³.

ومن ثم بات من الضروري القيام بتشريح جثث الموتى الآدميين لتخطي هذه العقبات، وخلاصة القول أن التشريح لازم وضروري في أي صورة كانت، نظراً للمصالح الراجحة في مقابل المضار المرجوحة. وأخيراً يثور التساؤل عن موقف القانون من تشريح جثة الإنسان، فهل تستوي معايير وموازين الدراسة في بيان مشروعيتها أم أن للقانون حكم مغاير؟

¹ - سورة الحج، الآية 18.

² - ومنها هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية حيث تقرر بأنه "وأما بالنسبة للتشريح التعليمي فنظراً إلى أن الشريعة الإسلامية قد جاءت بتحصيل المصالح وتكثيرها... وحيث أن تشريح غير الإنسان من الحيوان لا يعني عن تشريح الإنسان، وحيث أن في التشريح مصالح كثيرة ظهرت في التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة فأن المجلس يرى جواز تشريح جثة الآدمي...". وكذا لجنة الإفتاء بالملكة الأردنية الهامشية بتاريخ 20 جمادى الأولى 1397 هـ الموافق 1977/5/18 والتي رأت أن التشريح... من الأمور الجائزة شرعاً...". مقتبس عن: جمال مهدي محمود الأكشنة، تشريح جثة الإنسان بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص. 141.

³ - حميد رضا شاكرين، المرجع السابق، ص. 02.

الفرع الثاني

مشروعية التشريع في القانون

في إطار النظرة القانونية للعمليات التشريحية، أو بيان موقف القانون من تشريح جثة الإنسان، يتعين أن نذكر أن هذه الأعمال تعتبر تطبيقاً للتدخلات على جثة الإنسان ضمن الأعمال الطبية، كما أنهما موضوع من المواضيع الحادة التي نشأت بين أنصار الحصانة المطلقة، والحصانة النسبية لجثة الإنسان. ومن ثم يتعين بيان الموقف القانوني من هذه العمليات، فهل انحازت القوانين إلى تحريم هذه الأعمال، عملاً بمبدأ الحصانة المطلقة لجثة الإنسان؟ أم أبحاثها عملاً بمبدأ الحصانة النسبية لجثة الإنسان؟ إن القانون الجنائي في إطار دراسة النظريات العامة له، تجري تقسيماً محكماً للقواعد القانونية الجنائية، تنبني على أثرها طبيعة الأفعال والسلوكات المقترفة سواء كانت مجرمة أو مباحة. ومن ثم يجدر البحث عن الطبيعة القانونية لتشريح جثة الإنسان (أولاً) كما أنه لتمييز الأفعال القانونية من غيرها، يتعين البحث عن الأساس القانوني لها، أو مصدر قانونيتها، إباحتها أو تأميمها. ومن ثم وجب البحث عن الأساس القانوني لمختلف أنواع التشريع (ثانياً).

أولاً: الطبيعة القانونية لتشريح جثة الإنسان

المقصود بالطبيعة القانونية لعملية التشريح هو تحديد ما إذا كان الفعل المشتمل على تشريح بدن الإنسان أو تقطيعه، يعد في نظر القانون مجرماً، وبالتالي يترتب عليه الجزاء أو المسؤولية الجزائية، أم يعد مباحاً وحينئذ تنتفي المسؤولية الجزائية.

من الواضح أن القانون يعاقب عند ارتكاب الفعل المجرم بالعقوبة الجزائية، لأن مفهوم الجرم ينفصل عن خرق القاعدة الجنائية المشكلة للجرم، سواء كان الجرم مدنياً أو جنائياً¹.

ومن بين القواعد المجرمة، القواعد الجنائية التي تنطوي على مساس بمبدأ الحصانة القانونية للجسم البشري، ومن أمثلتها في قانون العقوبات الجزائري، المادة 264 بقولها: "كل من أحدث عمداً جروحاً بالغير أو ارتكب أي عمل من أعمال العنف أو التعدي يعاقب بالحبس من شهر إلى خمس سنوات، وبغرامة من 500 إلى 10000 دج...". فيثور حينئذ التساؤل عن الطبيعة القانونية لتشريح جثة الإنسان، أو بدن الإنسان، لأن التشريح مشتمل على الجرح والقطع والتعدي.

¹ - لين صلاح، موسوعة قانون العقوبات العام والخاص - للعلامة رونية غارو - المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 263.

إن القاعدة الجنائية المعبرة عن الجرم والمعاقبة عليه، يمكن أن تبيح فعلاً مجرماً حال كون هذا الفعل يعد حقاً للفاعل في القيام به، أو موجبا القيام به¹، لتحقيق مصلحة من المصالح التي يعترف بها القانون، أو لحماية الصحة العامة، أو لمصلحة أولى بالرعاية.

ويسمي الفقهاء هذه القاعدة بالقاعدة المبيحة، أو بالأفعال المبررة، أو أسباب الإباحة ومعنى ذلك أن القاعدة التي تسمح أو تأمر بالإضرار بمصلحة محمية قانوناً - بموجب القاعدة المجرمة - تزيل الطابع الجرمي للفعل². ولقد نصت المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري على أنه:

" لا جريمة إذا كان الفعل أمر أو أذن به القانون... ". ومن بين الأفعال المبررة أو أسباب الإباحة، حق مباشرة الأعمال الطبية.

إن مباشرة الأعمال من كشف وتشخيص وعلاج، تستلزم المساس بأجسام المرضى مباشرة، مثل المساس بما يعد من العورات، أو العمليات التجميلية أو الجراحية العلاجية أو التحليل، أو بصورة غير مباشرة، كتقديم الدواء والعقاقير التي قد تسبب ألاماً أو تغيرات في أجهزة الجسم، أو وظائف الأعضاء، وهذه الأفعال من حيث شكلها يطلق عليها جرائم الإيذاء أو القتل، بحسب النتيجة المترتبة عنها³.

إلا أن هذه الصفة غير المشروعة لهذه الأفعال وغيرها، من تقطيع وتشريح لجسم الإنسان أو لجثته، تزول متى توافرت شروط استعمال أو مباشرة هذه الأعمال (حق التطبيب) وبالتالي لا تقر المسؤولية الجنائية⁴. نص قانون العقوبات المصري في المادة 176 بند 2 على أنه " لا يعتبر جريمة... 2- العملية الجراحية والعلاجات الطبية المنضبطة على أصول الفن شرط أن تجرى برضا العليل، أو رأي ممثليه الشرعيين، أو حالات الضرورة الماسة ".

وليستفيد ممارس العمل الطبي من سبب التبرير، ويصبح عمله مشروعاً، يجب توافر شروط معينة وهي:

- 1- صفة الطبيب.
- 2- رضا المريض ومن يمثله شرعاً.
- 3- مراعاة الطبيب أصول الفن أو المهنة.
- 4- التدخل بقصد العلاج⁵.

¹ - لين صلاح، المرجع السابق، ص. 263.

² - نفس المرجع، ص. 318.

³ - عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 272.

⁴ - نفس المرجع، ص. 272.

⁵ - عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 273.

ولما كان التشريح من العمليات الطبية، فإنه يدخل ضمن ما أذن به القانون أو ما أمر به القانون، فينطبق حينئذ عليه الأحكام المتعلقة بأسباب الإباحة، المدرجة ضمن العمليات الجراحية والعلاجات الطبية، ومن ثم يصير الطبيب المشرح مستفيداً من هذه الأحكام، لترتفع عنه المسؤولية الجنائية.

ثانياً: الأساس القانوني لتشريح جثة الإنسان

نعني بالأساس القانوني لتشريح جثة الإنسان، السند القانوني أو النص القانوني الذي على أساسه يمكن القول أن هذا العمل يكتسي صبغة قانونية - حيث يجد له مكاناً ضمن النصوص القانونية. ولقد جرى تقسيم التشريح إلى أنواع ثلاثة: التشريح الجنائي، التشريح المرضي التشريح التعليمي، فيحدر عندئذ التعرض إلى السند أو الأساس القانوني لكل نوع من هذه الأنواع فيما يلي:

I. الأساس القانوني لتشريح الجنائي

إن الوفاة إما طبيعية أو مرضية أو جنائية، ففي حالة الموت الطبيعية والمرضية تتولى الجهة الخاصة بالمواليد والوفيات بتنظيم إجراءاتها كالترخيص بالدفن.

أما إذا كانت الوفاة جنائية، أو كان في أمر الوفاة شبهة، كما في حالة الموت الفجائية، حيث يتبادر إلى الذهن أن في الأمر جنائية، لا سيما إذا كان المتوفى قد سبق أن تشاجر مع آخر قبل مفارقتة الحياة¹، فإن الأمر يختلف ههنا، حيث تتولى النيابة العامة مهمة كشف الجرم وتحقيق العدالة، عن طريق رفع الدعوى العمومية على المتهمين.

لقد نصت المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه: "تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون".

وما يهمنا من وظيفة النيابة العامة وظيفتها المتعلقة بكشف الجرم - كشفه عن طريق التشريح - ولكن كيف يمكن الاستدلال على قانونية التشريح؟

بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري، نصت المادة 441 منه في فقرتها الثانية، بأنه وتنادياً إلى الاحتمالات التي تؤدي إلى القول بأن الوفاة غير طبيعية، يمنع القانون إجراء عملية الدفن، إلا بعد الحصول على إذن كتابي من ضابط الحالة المدنية.

يمنح هذا الإذن استناداً إلى شهادة يجرها الطبيب، وإلى محضر يجره ضابط شرطة قضائية، يكلفه بالقيام بالتأكد من الوفاة والتحقيق في ظروفها.

¹ - عبد الحميد المناوي، الطب الشرعي ودوره في البحث عن الجريمة، الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، لا توجد سنة النشر، ص. 07.

كما يمكن بالرجوع إلى قانون الحالة المدنية الجزائري، الذي ينص في مادته 82 بأنه فيما يتعلق بالوفاة بطريقة العنف، أو ظهرت آثار على الجثة فلا يمكن إجراء الدفن إلا بعد تحرير محضر من ضابط شرطة يساعده طبيب يبين له ظروف الوفاة.

هذا وأن في حالة الوفاة الفجائية لا بد من الكشف الطبي، وفي كثير من الأحيان لا يمكن الكشف على الجرم، إلا بتشريح الجثث من طرف الطبيب الشرعي (الخبير).

وبالرجوع إلى نصوص الخبرة في القانون - قانون الإجراءات الجزائية - نجد أنه يخول لبعض الأشخاص أو الهيئات إجراء الخبرة الطبية الشرعية وهم:

- النيابة العامة.
- قاضي التحقيق.
- الضبطية القضائية.
- الأحكام والقرارات الصادرة من أي جهة قضائية كانت¹.

وسند النيابة العامة لوضع الجثة بين يدي الخبير ينطلق من نص المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بقولها: " لكل جهة قضائية تتولى التحقيق أو تجلس للحكم تعرض لها مسألة ذات طابع فني، أن تأمر بندب خبير، إما بناء على طلب النيابة العامة أو الخصوم، أو من تلقاء نفسها ". ونصت المادة 143 من نفس القانون على أنه: " يجوز لقاضي التحقيق ندب خبير أو خبراء ".

أما المادة 148 منه فجاءت تنص على أنه يجب على الخبراء في القيام بمهمتهم أن يكونوا على اتصال بقاضي التحقيق أو القاضي المنتدب، وأن يحيطوه علماً بتطورات الأعمال التي يقومون بها.

وبالإطلاع على قانون حماية الصحة وترقيتها، فيما يتعلق بالنصوص الخاصة بانتزاع الأعضاء نجد المادة 165 منه تمنع انتزاع الأعضاء البشرية، في الحالة التي تؤدي إلى إعاقة عملية التشريح.

فالمادة جعلت التشريح مقصداً وبالتالي منعت انتزاع العضو الذي يعيق انتزاعه عملية التشريح، وبالتالي لا تصل عملية التشريح إلى الغاية المرجوة منها، ورغم هذا المنع، إلا أن هذه المادة لا يمكن اعتبارها السند القانوني، إذ لم تنص بصراحة على جواز التشريح لأغراض الطب الشرعي.

¹ - يحيى بن علي، المرجع السابق، ص.10.

الخبرة وسيلة للتحري في جميع فروع القضاء، سواء منها المدني أو الجنائي أو التجاري أو الإداري. محمد توفيق أسكندر، الخبرة القضائية دار هومة، الجزائر، 2002، ص.07.

وميادين الخبرة عديدة في الجانب الجنائي، في الطب الشرعي، الطب العقلي، ميادين البيولوجيا والكيمياء والتسمم وغيرها. أحسن بوصفيعة، التحقيق القضائي، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص.114.

ونصت المادة 207 من نفس القانون، بأنه يجب على السلطة القضائية أن تعين أطباء أو جراحين أسنان، أو صيادلة مختصين في الطب الشرعي للقيام بالأعمال الطبية الشرعية. ثم جاءت المادة 168 من نفس القانون والمعدلة بموجب القانون رقم 90-17 لتكون الأساس القانوني الفاصل والصريح، حيث نصت بصراحة على جواز تشريح الجثث في الهياكل الإستشفائية، بناء على طلب من السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي.

ومن هنا يمكن القول أن المشرع الجزائري أشار إلى تشريح جثة الإنسان بشكل غير مباشر في معرض حديثه عن الخبرة، فلفظ الخبرة يتناول الاستعانة بالأطباء المحلفين، لأجل تشريح جثث المشتبه في موتهم، ثم نص بشكل صريح على ذلك بنص المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

إن ما يفهم من هذه النصوص، أن المشرع الجزائري استوجب إجراء التشريح بحيث لا يتوقف ذلك على موافقة المتوفى أو أسرته، لأن هناك مصلحة عليا، وهي الكشف عن الحقيقة وتحديد سبب الوفاة لتحقيق العدالة. فإذا كان أمر التشريح يندرج ضمن الطبيعة القانونية تحت أسباب الإباحة، فإنه بالنسبة للتشريح الجنائي بصفة خاصة أو بشكل أدق، يدخل ضمن ما أمر به القانون. وبعد عرض السند القانوني للتشريح في الجزائر، نلقي نظرة حول القوانين المقارنة.

ففي القانون الفرنسي بالنسبة للتشريح الذي تأمر به السلطة القانونية عند وجود جريمة أو موت مشكوك فيه، أو موت نتيجة لحادث، يمكن أن تمثل السلطة القضائية بمدعي الجمهورية أو أحد نوابه أو قاضي التحقيق.

ويوجد الطبيب المعين بشكل عام على لائحة الخبراء المختصين في الطب الشرعي ويمكن تعيين خبيرين بعد تعليل قرار التعيين¹. وأشارت المادة 671-9 ضمناً إلى جواز التشريح للبحث عن أسباب الوفاة بدون شرط الموافقة².

ومن خلال هذه الحكام يتبين أن وجود الحق في الإثبات يجعل الاعتداء على الجثة مشروعاً لسيادة المصلحة الاجتماعية في إثبات الجرم، والأكد أن أسرة المقتول أو الضحية سيكونون أكثر حرصاً على السعي لمعرفة الجاني وتنفيذ الجزاء الجنائي وهو يمثل أحد أهم أغراض العقوبة وهي الوظيفة المعنوية والتي يعبر عنها " إرضاء الشعور الاجتماعي بالعدالة". بالإضافة إلى الوظيفة النفعية المعبر عنها " تحقيق الردع العام والردع الخاص".

¹ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 194.

² - « Aucun prélèvement à des fins scientifiques autres que celles ayant pour but de rechercher les causes du décès ne peut être effectué sans le consentement du défunt exprimé directement ou par le témoignage de sa famille... ». Aer 671-9. Loi n° 94-654.

أما بالنسبة للقانون المصري، فبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجنائية في المادة 85 نجدتها تقول بأنه إذا استلزم إثبات حالة الاستعانة بطبيب أو غيره من الخبراء، يجب على قاضي التحقيق الحضور وقت العمل وملاحظته¹.

ونص القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 المتعلق بالحصول على عيون الموتى في المادة الثانية منه، على جواز الحصول على عيون الموتى، وقتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم. كما صدرت التعليمات عن النيابة العامة المصرية بشأن الطب الشرعي والكشوف الطبية لتنص على إمكانية انتداب الأطباء الشرعيين، وذلك في المادة 429 بقولها: "يندب الأطباء الشرعيون في الأعمال التالية:

- تشريح جثث المتوفين في القضايا الجنائية، وفي حالة الاشتباه في الوفاة لمعرفة سبب الوفاة، وكيفية حدوثها ومدى علاقة الوفاة بالإصابات التي توجد بالجثة.
 - استخراج جثث المتوفين المشتبه في وفاتهم وتشريحها².
- وبالنسبة للقانون اللبناني، نصت المادة 39 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "إذا مات شخص قتيلاً، أو بأسباب مجهولة باعثة على الشبهة، فيستعين المدعي العام بطبيب أو أكثر لتنظيم تقرير بأسباب الوفاة وبجالة جثة الميت"³.
- ونص القانون الأردني في المادة 39 من قانون أصول المحاكمات الجزائية بأنه: "إذا توقف تمييز ماهية الجرم وأحواله على معرفة بعض الفنون والصنائع، فعلى المدعي العام أن يستصحب واحداً أو أكثر من أرباب الفن والصناعة"⁴.

ويستند القانون الكويتي لإجراء التشريح على اللجنة في الحالات الجنائية إلى القانون رقم 17 لسنة 1967 في الإجراءات الجزائية الذي أجاز ندب خبير للمساعدة في كشف ملابسات الوفاة، وذلك في المواد (100-101). حيث نصت المادة 100 أن للمحقق أن يطلب من أي شخص له خبرة فنية تتطلب إبداء الرأي في مسألة متعلقة بالتحقيق بعد حلف اليمين. كما نصت المادة 101 منه يجب أن يقدم الخبير رأيه كتابة، ولكل من الخصوم أن يقدم تقريراً من خبير آخر بصفة استشارية⁵.

¹ - معوض عبد التواب، سينوت حلـيم دوس، المرجع السابق، ص.125.

² - نفس المرجع، ص.126.

³ - حسين علي شحور، المرجع السابق، ص.11.

⁴ - محمد علي سالم عباد الحلبي، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1996، ص.65.

⁵ - عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص.67.

ومن هنا فإن النيابة العامة أو المحكمة، في واقعة معينة غابت ملابسها لها أن تندب خبيراً في مجال الطب الشرعي لفحص جثة المتوفي، وتقديم الصفة التشريحية.

ومن خلال هذه الأحكام يتبين أن الأساس القانوني بالنسبة للتشريح الجنائي ينفصل عن أحكام الخبرة، وهي الأحكام المنصوص عليها في القوانين الإجرائية في المجال الجنائي، وفي رأينا أنها تكفي للتدليل على ذلك بالنظر للضرورة الملحة، ففيه أثبات حق القتل عند الموت في ظروف غامضة، ويتيقن فيه القاضي أو يغلب على ظنه أن تشريح الجثة من شأنه أن يكشف عن الجريمة.

II. الأساس القانوني للتشريح المرضي

يعتبر التشريح المرضي مدخلاً هاماً لتشخيص الأمراض، وطريقة يتم الكشف بها عن السبب الحقيقي للوفاة، أو معرفة أسباب الأوبئة والأمراض واتخاذ الإجراءات اللازمة لإنقاذ أفراد المجتمع منها. ولأهمية هذا النوع من التشريح ودوره الاجتماعي والصحي، اتجهت القوانين إلى إباحته، وأقرته القوانين في نصوصها، فيتعين البحث عن السند أو الأساس القانوني لهذا النوع من التشريح.

ففي القانون الجزائري نص قانون حماية الصحة وترقيتها في المادة 161 وهي من النصوص المتعلقة بتزع الأعضاء بقولها: " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان، ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ".

فكلمة " تشخيصية " تشمل التشريح الذي يكون الغرض منه الكشف عن الأمراض أو الأوبئة، فيعمد الطبيب المشرح إلى تشريح الجثة وإجراء التحاليل عليها، وملاحظة العلامات السريرية التي تمت أثناء المرض. ولقد نصت القوانين المقارنة على جواز هذا النوع من التشريح كما يلي:

في القانون الفرنسي، يعني هذا النوع من التشريح، التشريح الذي يرصد للبحث الطبي، فقد أشار قانون 49-654 في المادة 665-15 التي أشارت لجواز الاقتطاع من الجثة لاختبار الأمراض المعدية¹.

ونص القانون السوري رقم 31-72 المتعلق بنقل وغرس أعضاء الإنسان في المادة 03 على جواز المساس بالجثة، وأخذ الأعضاء أو فتح الجثة لغاية التأكد من مرض أو وباء أصيب به المتوفي بقولها: " لا يعتد باعتراض الأقرباء إذا كان فتح الجثة للضرورات العلمية أو للتأكد من الإصابة بمرض وبائي ".

وما يلاحظ أن التشريح المرضي وسابقه- التشريح الجنائي- أن الضرورة الملحة تقتضي السماح بمساس بالجثة للأغراض الصحية والعدالة، في غير حاجة لرضاء المتوفي ولا إذن عائلته.

¹ - «Le prélèvement d'éléments et la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques sont soumis à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'Etat. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies transmissibles ». Art. L 665-15. Loi 94-654.

III. الأساس القانوني للتشريح التعليمي

في إطار دراسة الأساس القانوني للمساس بجثة الإنسان للأهداف العلمية والتعليمية وقع تضارب كبير بين القوانين، إحداهما أن الجثة لا يمكن المساس بها إلا إذا كان الهدف علاجياً، ويرى الاتجاه الثاني، أنه بالإضافة إلى الهدف العلاجي يمكن المساس بالجثة لغاية تجريبية - أي بقصد البحث العلمي - وهو ما يقصد به التشريح العلمي أو التعليمي، ومن ثم يتعين علينا بيان ذلك:

1. الاتجاه العلاجي

يذهب هذا الاتجاه إلى أنه لا يمكن المساس بالجثة إلا لأسباب علاجية، باستئصال عضو منها لشخص بقصد العلاج، ويأخذ بهذا الرأي القانون اليوغسلافي الصادر عام 1982 والقانون البرتغالي الصادر عام 1980 وقانون ألمانيا الديمقراطية وفقاً للمرسوم الصادر في 1975/07/04¹.

2. الاتجاه العلاجي التجريبي

ويقصد بهذا الاتجاه أنه بالإضافة إلى الأغراض العلاجية للجثة، يمكن الاستئصال لأغراض تجريبية، بتشريح الجثث للبحث العلمي، ذلك أن التشريح أصبح أمراً لا غنى عنه في الحياة العلمية والعملية. قد أخذ بهذا الاتجاه العديد من القوانين، القانون الفرنسي الصادر في 22 ديسمبر 1976 وذلك في المادة الثانية الفقرة الأولى إذا لم يعارض أثناء حياته الاقتران المخصص لتحقيق الأهداف العلمية² وأخضع مرسوم 31 ديسمبر 1941 شرعية التشريح لاحترام مهلة أربعة وعشرين ساعة بعد التصريح عن الوفاة في البلدية وبعد الحصول على موافقة مسبقة من المحافظ أو من مدير الشرطة، ولكن هذه القواعد لا تطبق على العمليات التي تجرى في المشافي، ولا تطبق كذلك على قاعات التشريح المسموح به قانوناً³، وهو إشارة إلى جواز التشريح العلمي في قاعات التشريح والدروس العلمية، وأشار

¹ - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.403.

² - « Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement ... ». Art 2-1, Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes

³ - أنظر المواد 25-26-27 من المرسوم الفرنسي 1941/12/31:

Art 25. « Sauf dans le cas de l'article suivant, il est interdit de faire procéder au moulage ou à l'autopsie d'un cadavre avant qu'il ne se soit écoulé un délai de vingt-quatre heures depuis la déclaration du décès à la mairie et sans avoir, au préalable, obtenu l'autorisation du maire de la commune où a eu lieu le décès ou du préfet de police si le décès s'est produit dans le ressort de sa prefecture ».

Art 26. « Si le moulage ou l'autopsie d'un cadavre est nécessaire avant l'expiration du délai de vingt-quatre heures, la demande d'autorisation doit être accompagnée d'un certificat de médecin, légalisé constatant que des signes de décomposition rendent l'opération nécessaire avant les délais prescrits ».

Art 27 « Les dispositions des art. 25 et 26 ne sont pas applicables aux opérations pratiquées dans les hôpitaux, ni dans les amphithéâtres de dissection légalement établis ». 31 décembre 1941 - Inhumation et sépulture - Hygiène et santé publique - Décret codifiant les textes relatifs aux opérations d'inhumation, d'exhumation, d'incinération et de transport de corps.

قانون الصحة الفرنسي صراحة إلى جواز الاقتطاع لأسباب علمية في المادة 1232-1 الفقرة الأولى ووفقاً للأصول الثابتة¹. ومن القوانين كذلك القانون المغربي رقم 16.98 الصادر بتاريخ 25 أوت 1999 وكذا القانون الجزائري في النصوص المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء، في قانون حماية الصحة وترقيتها.

ولما كان هذا الاتجاه الغالب يقضي بالجمع بين الأغراض العلاجية - التي ستكون محل دراسة مفصلة فيما بعد² - والأغراض التجريبية التعليمية، فإنه يتحتم علينا البحث عن الأساس القانوني لهذا النوع من التشريح.

في القانون الجزائري نص المشرع صراحة على عمليات التشريح لأغراض تجريبية، وذلك في المادة 168 فقرة 2 بند 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بقولها: "يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الإستشفائية بناء على ما يلي:

- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي.

ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 3-2 من المادة 164 من نفس القانون "

ومن هنا يتبين أن السند القانوني للتشريح التعليمي هو نص المادة 168 ولما كان هذا النوع يشترط فيه الإذن فإنه يندرج ضمن ما أذن به القانون.

أما بالنسبة للقانون المصري، بالرجوع إلى نص المادة 12 من القرار الوزاري رقم 654 لسنة 1963 بشأن إعادة تنظيم بنك العيون بقولها: "لا يجوز استعمال عيون مستأصلة في أغراض تجريبية، إلا إذا كانت العين غير مطلوبة لأغراض طبية وقارب ميعاد انتهاء استعمالها "

وبالتالي فإنه وبمفهوم المخالفة أن المادة تجيز التشريح لأغراض تجريبية، حال كون هذه العيون غير مطلوبة طبياً، وقارب ميعاد انتهاء استعمالها.

وبالنسبة للقانون التونسي المتعلق بأخذ الأعضاء وزرعها سابق الذكر، فقد نص على إمكانية أخذ الأعضاء لأغراض علمية، حيث جاء في الفصل الثالث: "يجوز أخذ عضو من جثة شخص ميت لغاية علاجية أو علمية...".

ونص الأمر المحدد لواجبات الطبيب 496 لسنة 1973 في الفصل 57 على أنه يمكن إجراء التجارب على البشر.

¹ - « Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques ». Art 1232-1. Code de la santé publique.

² - أنظر الصفحة 458 وما بعدها من هذه الرسالة.

ونص المشرع المغربي في القانون المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها- سالف الذكر- أنه يمكن أخذ الأعضاء لأغراض علمية، حيث نصت المادة 3 منه بقولها: " لا يجوز أن يتم التبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها إلا لغرض علاجي أو علمي ". ويفهم من لفظ " علمي أو تجربي" المشار إليه في قوانين نقل وزراعة الأعضاء أنه يجوز المساس بالجنة لغرض التشريح العلمي الذي يهدف إلى زيادة المعارف الفنية لتركيب الجسم البشري والإفادة في تعلم الطب، ونفس الأمر بالنسبة لكلمة تجريبية، فإذا كان الأمر مباحاً في نظر الشريعة الإسلامية والقانون فإن هذه العمليات قيدت بشروط أو ضوابط حتى لا تخرج عن الدائرة المرسومة لها وهو ما نحاول تفصيله تباعاً.

المطلب الثالث

شروط تشريح جثة الإنسان وما توفره من حماية جنائية

بعد أن تعرضنا إلى موقف الشريعة الإسلامية والقانون من تشريح جثة الإنسان يتبين أن كل من الشريعة والقانون يبيح هذه العمليات بمختلف أنواعها، غير أن التساؤل يثور حول محددات إباحة هذه العمليات وضوابطها؛ لأن هذه العمليات - كما سبق ذكره- تعتبر من المستجدات فينبغي مراعاة عند الحكم عليها قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

وفي مجال العمليات التشريحية بمختلف أنواعها، لم يكن مدى إباحة هذه العمليات الإطلاق، بل أحاطته الشريعة بشروط حتى لا تكون الجثة عرضة للعبث والانتهاكات بغير دوافع جدية شرعية. وإذا نظرنا إلى الجانب القانوني في المسألة، نجد القانون مثله والشريعة الإسلامية يضع شروطاً وتدابيراً ينبغي مراعاتها للقيام بتشريح جثة الإنسان.

ورغم هذه الشروط إلا أن احتمال وقوع الانتهاكات واردة لطغيان الأغراض المادية، أو الرغبة في إحراز السبق العلمي أو لأي غرض آخر فكان انبراء الجانب الوقائي الردعي واجب وأكد، لتعزيز هذه الشروط بقوة جزائية عن طريق العقوبات التي وضعتها كل من الشريعة والقانون، وبالتالي سندرس في هذا المبحث شروط تشريح جثة الإنسان في الفقه الإسلامي وما توفره من حماية جنائية (الفرع الأول) ثم في القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط تشريح جثة الإنسان في الفقه الإسلامي وما توفره من حماية جنائية

على ضوء ما سبق نتعرض إلى بيان الشروط - التي يتوجب مراعاتها والأثر الجنائي الذي تلعبه في إطار حماية جثة الإنسان- في جانب الشريعة الإسلامية. وهذه الغاية نقسم هذا الفرع إلى نقطتين، الأولى تتضمن الشروط (أولاً) والثانية تتناول ما توفره هذه الشروط من حماية جنائية (ثانياً).

أولاً: شروط تشريح جثة الإنسان في الفقه الإسلامي

لبيان شروط تشريح جثة الإنسان للأغراض المشروعة، يحدد بعض الفقهاء شروطاً عامة تشترك فيها جميع أنواع التشريح، ويضعون إلى جانب هذه الشروط، شروطاً إضافية خاصة بتشريح جثة المرأة، وبالتالي يلزم بيان هذه الشروط.

I. الشروط العامة لتشريح جثة الإنسان في الفقه الإسلامي

تتمثل الشروط العامة لتشريح جثة الإنسان في الشريعة الإسلامية فيما يلي:

1. أن تكون الجثة لغير معصوم الدم

ويعني هذا أن لا يجوز تشريح جثة المسلم إلا إذا تعذر الحصول على جثث أموات غير معصومين، كالمرتد والحربي فإذا أوجدت جثث لغير معصومي الدم فلا يجوز العدول إلى غيرها من جثث المسلمين. والتفريق بين المسلم والكافر في الأحكام سائغ في الفقه الإسلامي ومنها التشريح¹. كما أن القدر المتيقن فيما ذكر من حرمة الشق والتقطيع لبدن الميت هو المسلم، وأما الكافر فلا دليل على حرمة تشريح جسده وتقطيعه لأغراض علمية².

إلا أن التحفظ وعدم التعرض لجثث الأموات معصومين عن طريق التشريح فيه نظر، ذلك أن الحصول على جثة معصوم الدم شبه مؤكدة، أما الحصول على جثة غير معصوم الدم في زماننا ليست ميسرة، بل هي نادرة، ولا يبنى حكم على النادر ومن ثم فإن هذا الشرط يسقط حينئذ³.

فإذا اقتضت ضرورة الحصول على جزء من الميت، ولم يكن ثمة متبرع أو وريث يأذن، فثمّة

حالتان:

¹ - عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص. 53.

² - آية الله الشيخ محمد المؤمن، المرجع السابق، ص. 10.

³ - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 219.

أ. يمكن الاستفادة من جثث الذين يؤول أمر تجهيزهم ودفنهم إلى الولي العام، ممن لا يوجد لهم ورثة من الأقارب أو ذوي الأرحام، لأن حق الإرث يؤول إلى الولي العام، وهذا ما يتفق تماماً مع القاعدة الأصولية: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة العامة"¹.

ب. وهي طريقة يلجأ إليها عند عدم تحقق الحالة الأولى، وذلك بإجراء قرعة تجريها الدولة لتحقيق الواجب الكفائي، فيسقط بذلك حق الورثة الذين خرجت القرعة لميتهم، ويتوافق هذا الكلام مع قاعدة ارتكاب أخف الضررين؛ لأن تشريح الجثة فيها ضرر، ولكن ثمة ضرر أكبر هو الجهل الذي يلحق بأبناء المجتمع إذا لم يتعلموا الطب².

2. أن تكون هناك ضرورة فعلية للتشريح

لتشريح جثة الإنسان لا بد من توافر ضرورة تستدعي تشريحها، والحقيقة أن هذه الضرورة هي علة الحكم بإباحة التشريح، فيدور معها وجوداً وعدمياً، فإذا وجدت الضرورة وجدت علة التشريح، وإن انتفت أو انعدمت انعدم الغرض أو الأساس الذي على إثره أبيض العمل³.

وتقتضي الضرورة أن المكلف إذا وصل إلى درجة الاضطرار، كان ارتكاب المحظور رخصة شرعية⁴، فيرخص إذ ذاك تقطيع بدن الميت وتشريحه لمعرفة سبب الوفاة، لتبرئة متهم من جنائية قتل. كما يرخص ذلك أيضاً لمعرفة سبب الوفاة رعاية لمصلحة دفع ضرر وباء يوشك أن يستفحل في المجتمع وقد يؤدي إلى إهلاكه.

وما يلاحظ على هذا النوع من التشريح عدم اشتراط الرضا وهو أحد العاصر الموضوعية لإباحة التدخل الطبي، والحكمة تبدو واضحة على اعتبار أن المساس بالجثة لهذه الأغراض بوجود حالة الضرورة تبيح المساس بالجثة، كما سنوضحه لاحقاً.

3. التأكد من موت الشخص المراد تشريحه

إن الحديث عن الجثة لا يتصور إلا بعد التحقق من الوفاة، غير أن تطور العلم جعل الاختلاف والجدل الشرعي والطبي والقانوني محتدماً بشأن تحديد لحظة الوفاة، وكيفية التأكد من حدوثها بالشكل السابق الذكر⁵.

¹ - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص.220.

² - نفس المرجع، ص.220.

³ - أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1987، ص.73.

⁴ - محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص.44.

⁵ - لمزيد من التفصيل راجع، بحث محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ. بحث فيصل عبد الرحيم شاهين، تعريف الموت.

وعليه لا بد من التأكد من وفاة من يراد تشريحه، لأن تشريح الإنسان قبل موته إيذاء وتمثيل بالحلي، محرم ولو كان الشخص كافراً، وبالافتصار على رأي أحد الجهات العلمية (بجمع الفقه الإسلامي)¹ يمكن القول أنه لا يجوز تشريح جثة الإنسان إلا إذا تبينت إحدى العلامتين التاليتين:

أ- إذا توقف قلب الشخص المراد تشريحه وتنفسه توقفاً تاماً، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

ب- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل فيجوز تشريح جثته، ولو كان بعض الأعضاء كالقلب مثلاً يعمل بفعل أجهزة الإنعاش المركبة.

4. موافقة ذوي الشأن

ويقصد بموافقة ذوي الشأن، أن تصدر الموافقة من الميت المراد تشريح جثته قبل موته²، وقد يكون بناء على وصية من قبل المتوفى، حيث أن إرادته تعلق من هذه الناحية على جميع الإرادات الأخرى³.

فإذا أعلم في حياته أنه يرفض أن يشرح بعد موته، أو أوصى أن لا يعبث بجثته بأي شكل من الأشكال، فلا يجوز التعرض لجثته ولو كان كافراً، حريباً أو مرتداً⁴.

ومن ذوي الشأن كذلك، ورثة المتوفى، والتحقق من موافقتهم يكون لازماً عند عدم وجود وصية من الميت قبل وفاته⁵. ويرجع أساس اشتراط ورثة المتوفى إلى أن أهل الميت هم الذين لهم الحق بل من واجبهم بخدمة وتكريم الميت⁶.

فإذا كان الأصل العام أن موافقة المتوفى أو ورثته واجبة، فإنه ستثنى من ذلك حالة التشريح الجنائي، حيث لا حاجة لرضا المتوفى قبل موته، ولا لأهل الميت لإبداء موافقتهم، لأن هذا النوع من التشريح يتعلق به ظهور الحق وتحقيق العدالة.

ويلحق بهذا الاستثناء كذلك التشريح المرضي، لأن التشريح في حالة الكشف عن الأمراض الوبائية متعلق بالمصلحة العامة.

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 5 بشأن أجهزة الإنعاش، الندوة الثانية والتي عقدت في عمان الأردن (18-13 صفر 1407هـ - 11-16 أكتوبر 1986). مقتبس عن: محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ، المرجع السابق، ص.14.

² - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.73.

³ - حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص.137.

⁴ - عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص.54.

⁵ - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص.48.

⁶ - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.73.

5. عدم التمثيل بالجثة

يجب أن يقتصر المساس بالجثة على الحدود الذي يستلزمها تحقيق الغرض الذي يجرى التشريح من أجله، كما يجب أن تعامل الجثة باحترام، ومن ثم يجب تجميع أجزاء الجثة بعد الفراغ من عملية التشريح ودفنها، ذلك أن الأصل هو وجوب دفن الموتى، وأن الضرورات تقدر بقدرها¹. ومن ثمة تقرر مراعاة تكريم الميت، فلا يساء التصرف بجسده، بما لا يخدم البحث العلمي والغرض التعليمي، فلا تلقى الجثة مقطعة الأجزاء على منصات التشريح تتقاذفها أيادي الطلبة، دون رادع أو زاجر، بل لا بد من احترام إنسانيته، حيث يجب الاقتصار على مواضع الحاجة أو الضرورة.

6. عدم الحصول على الجثث ببيع أو شراء

لا يجوز لأقارب الميت الذي يراد تشريح جثته أن يأخذوا مالاً في مقابل جثة ميتهم؛ لأنه لا يجوز بيع جثة الإنسان، لأجل التعلم أو التعليم. فالعقد على الإنسان محرم ومن شروط المبيع في البيع الصحيح أن يكون مملوكاً للبائع إما أصالة أو نيابة. والجثة ليست مملوكة للبائع سواء أكان البائع هو الميت قبل موته، أو أولياءه².

قال ابن عابدين من البيوع الفاسدة: "بيع ما ليس في ملكه"، وقال: "الآدمي مكرم شرع وإن كان كافراً فأيراد العقل عليه وابتذاله به وإلحاقه بالجمادات إذلال به... وهو غير جائز وبعضه في حكمه"³.

ولما كان جسم الإنسان ليس ملك له بل هو ملك لله تعالى، فلا يجوز التصرف فيه بالبيع واشترائه من أجل تشريجه لأي غرض كان، لأنه إهانة وإذلال له ويتنافى والكرامة.

II. الشروط الخاصة لتشريح جثة الإنسان في الفقه الإسلامي

بالإضافة إلى الشروط العامة المتعلقة بتشريح بدن الإنسان، فإن هناك ضوابط وشروط أخرى خاصة بتشريح المرأة، في حالة عدم وجود طبيبات يقمن بهذا العمل أو لضيق الوقت أو لوجود ضرورة تستدعي ذلك.

إن معظم كتابات الفقه المعاصرة لم تفرق بين تشريح المرأة خصوصاً في التشريح الجنائي والمرضي، لكونه لا يوجد فرق، لأن دواعي التشريح المرضي والجنائي خاصة، لا يغني فيها تشريح جثة أخرى لمعرفة سبب الوفاة أو لمعرفة المرض الباثي.

1 - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.74.

2 - نفس المرجع، ص.55.

3 - ابن عابدين، رد المختار، الطبعة الثانية، المجلد السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص.245-246.

وفي التشريح التعليمي لا يعني تشريح جثة الرجل نظراً للاختلاف في تركيبه الرجل في بعض الأعضاء ووظائفها¹، وعليه يشترط في تشريح جثة المرأة ما يلي:

1. أن تتولى طبيبات تشريح جثة المرأة

إذا كان التشريح لأجل الجناية أو المرض فلا يتولى الرجل تشريح جثة المرأة، بل يتولى ذلك طبيبات وذلك لحرمة المرأة على الأجانب، ولما في التشريح من لمس للمرأة المتوفاة الأجنبية وهو أمر محرم.

قال بعض الفقهاء: "يمنع الأجانب غسل الأجنبية إذا ماتت بجوارهم ولم توجد امرأة ولا محرم لها، بل يلجأ إلى صب الماء على جسدها على ثوب كثيف دون مباشرة اليد"².

وفي التشريح التعليمي، يجب أن يتعلم النساء الطب ليتمكن من الذهاب إلى طبيبات حتى لا يضطرون إلى كشف عوراتهن أمام الأطباء الرجال، بل يجوز إجبار المتعلمات على تعلم الأمراض النسائية بمقدار حاجة النساء في هذا العصر، ويتعلم الطبيبات علم التشريح على جثث النساء؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف.

2. عدم الخلوة بجثة المرأة

إذا لم يوجد طبيبات يقمن بتشريح جثة المرأة، فلا سبيل من إجراء تلك العمليات التشريحية من قبل الرجال، ويكون الأمر هنا بسبب الضرورة، سواء أكان الأمر في التشريح لغرض الكشف عن الجرم، أو في حالة التشريح المرضي أو التعليمي، ومن ثم يتعين عدم خلوة الرجل بجثة المرأة، لأن الخلوة بالمرأة الأجنبية منهي عنه حال الحياة، فيستمر الحكم إلى ما بعد الوفاة، وفي التشريح التعليمي لا بد من وجود جمع من الطلبة حتى تنتفي الخلوة³.

ونستدل على ذلك بأحاديث النهي عن الخلوة بالمرأة الأجنبية لأي سبب كانت مهما كانت قرابة الرجل منها، قال صلى الله عليه وسلم: "لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم"⁴.

وقال أيضاً: "لا يخل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفراً يكون ثلاثة أيام فصاعداً إلا ومعها أبوها أو ابنها أو زوجها أو أخوها أو ذو محرم منها"⁵.

¹ - عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص. 57.

² - نفس المرجع، ص. 58.

³ - نفس المرجع، ص. 59.

⁴ - رواه مسلم، كتاب الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى الحج وغيره، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص. 109.

⁵ - رواه مسلم، كتاب الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى الحج أو غيره، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص. 108.

ولم يتساهل الشرع الإسلامي عما قد يتساهل فيه الناس عادة، كعدم احتجاب المرأة عن أخ زوجها - الحمو - فجاء التحذير عاماً وشاملاً. قال صلى الله عليه وسلم: "إياكم والدخول على النساء" فقال رجل من الأنصار: أفرأيت الحمو؟ قال: "الحمو الموت".¹

3. أن يقتصر النظر واللمس على مواضع الضرورة

من الثابت أنه يجوز النظر إلى عورة الميت عند التشريح إذا كان داخلاً تحت عنوان الضرورة، ولكن لا بد من الاكتفاء بالمقدار الواجب منه، ويعني أن يقتصر كشف الجثة عن المكان المراد دراسته ويستمر ما بقي منه.²

كما يجوز اللمس مع الاقتصار على مقدار الضرورة، وإن كان لا بد من اللمس فليكن بقفازين، حرصاً على وجود حائل بين البشريتين.³

ثانياً: ما توفره هذه الشروط من حماية جنائية

إن الشريعة الإسلامية في مجال تكريم الإنسان وتفضيله أو جدت نظاماً زجرياً رديعاً، توفر للإنسان إنسانيته وحماية لجسمه، لدحض طرق الاعتداء بالضرب أو القطع أو التشويه أو غير ذلك. ومما يؤكد هذه الحماية تشريع العقوبات لجرائم الاعتداء على الجسم، حيث تصنفها ضمن الجرائم أو الجنایات ما دون النفس⁴، وتعاقب عليها الشريعة الإسلامية بعقوبات أصلية وهي القصاص، وفي حال تعذر ذلك لعدم توافر شروط القصاص، يُصار إلى عقوبة الدية أو التعزير.⁵

ومن تطبيقات القصاص أن من فقع عيناً لشخص فقعت عينه بنفس الطريقة، ومن قطع أذنماً لشخص قطعت أذنه بالأسلوب ذاته، طالما يمكن المماثلة بين الفعلين.⁶

إن هذا الكلام يمكن الحديث عنه مطولاً عند الحديث عن الحماية الجنائية لجسم الإنسان في حالة الحياة. ولكن ما شأن الجثة إذ تشرح وتقطع ويمثل بها؟

1 - رواه مسلم، كتاب السلام، تحريم الخلو بالأجنبية، الجزء الرابع عشر، المرجع السابق، ص.153.

2 - ناصر مكارم الشيرازي، المرجع السابق، ص.325.

3 - عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص.59.

4 - وفي الجنایة على النفس، أي في القتل العمد، وقد يتصور الحديث عن ذلك إذا تم تشريح الجثة، مع العلم بعدم تحقق الموت، لأن تشريح جسم الحي إزهاق لروحه.

5 - حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص.87.

6 - أحمد فتحي مهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الخامسة، دار الشروق، بيروت، لبنان، 1983، ص.144.

لا شك أن الشريعة الإسلامية حينما أجازت عمليات تشريح جثة الإنسان، وضعت لذلك قيوداً آثرت في كل ذلك الحماية لهذا الجسد، لأن الأصل النهي ومراعاة كرامة الميت. فإذا تعدى العمل حدود الإباحة واخترق الشروط، شكل ذلك اعتداء على هذه الحرمة.

ويتصور أن تكون الجثة محل اعتداء وخرق لكرامة الميت في مجال التشريح فيما يلي:

I. الاعتداء على الجثة بالتشريح حال كون التشريح غير منجر عن ضرورة فعلية وهو ما يوصف بأنه تمثيل بالجثة، ويضاهي ذلك تشريح الجثة مع عدم الإذن أو الموافقة من ذوي الشأن؛ لأن الشق أو التقطيع إذلال للمؤمن. وقد نهي عن إذلال النفس حال الحياة، فإذا أوصى أو أذن الميت في حياته بتشريح جثته أو وافقت أسرته بذلك انتفى الإذلال، وإلا فهو اعتداء على حرمة الميت.

II. الاعتداء على الجثة حال كون الجثة المشرحة قد أخذت بعوض مالي، أو عن طريق البيع أو الشراء، لأن الإنسان حياً أو ميتاً لا يمكن أن يكون محلاً للمعاملات التجارية، لانقضاء الملكية والمالية لهذا الجسد، فإذا صارت الجثة تباع وتشتري لاستعمالها ولو لأغراض صحيحة، أعتبر اعتداء على الجثة، ومن ثم يتقرر الجزاء على هذه الانتهاكات.

ولكن يثور التساؤل التالي: ما هو التكييف الشرعي العقابي لهذا الاعتداءات في مجال الشريعة

الإسلامية؟

لما كان التشريح من الأمور المستحجة التي لم ترد بها نصوص قطعية في إباحتها فكذلك لم تتعرض الشريعة الإسلامية للجزاءات الناتجة عن مخالفة ضوابط أو شروط التشريح التي وضعها الفقهاء. غير أن النهي عن التمثيل بالجثة وارد، وإن لم تشر الشريعة لأجل ذلك على عقوبة محددة، وهي بحسب ذلك لا تدخل ضمن الجرائم المقدرة والمحددة كالحذود والقصاص، على الرأي الغالب في الفقه الإسلامي¹.

والنتيجة من كل ذلك يعتبر الاعتداء على الجثة بالشكل المخالف لشروط التشريح داخلاً ضمن جرائم التعزير؛ لأن القاعدة العامة في العقوبات الشرعية، أنه متى انعدم نص يقضي بتطبيق القصاص أو

¹ - يقول علماء الشيعة إن قطع رأس ميت موجب للدية.

قال السيد المرتضى في الانتصار: "ومما انفردت به الإمامية بأن من قطع رأس ميت فعليه مائة دينار لبيت المال".

وقال شيخ الطائفة في الخلاف: "إن قطع رأس ميت أو شيئاً من جوارحه، يجب فيه الدية كاملة لو كان حياً كان عليه مائة دينار دية الجنين".

وقال المحقق في الشرائع: "قطع رأس الميت الحر مائة دينار، وفي قطع جوارحه بحساب دية، وكذا في شجاعة وجراحة ولا يورث وارثه منها شيئاً

بل تصرف في وجوه القرب عليه". آية الله الشيخ محمد المؤمن، المرجع السابق، ص. 01.

الحد أو الدية أو الكفارة على الفعل، فإن هذا الفعل يخضع لعقوبة التعزير التي يقصد بها العقوبة عن الجريمة التي لم ترد فيها عقوبة من العقوبات المقدرة في الشرع، فيفوض أمر تقديرها إلى الإمام¹. قال الشيخ حماني في فتاواه: "إذا كان تشريح جثة الميت بتمزيق لحمه وكسر عظامه بغير غرض صحيح ولا ضرورة لازمة، فهو حرام يلزم فاعله إثم عظيم وعلى ولي الأمر منع من إرادته ومعاقبته عن فعله بتعزيره"². ومثل ما سعت الشريعة الإسلامية من تقييد عمليات التشريح دعت القوانين للالتزام جملة من الشروط مقترنة بجزاءات جنائية ردعاً لمخالفتها كما يلي.

الفرع الثاني

شروط تشريح جثة الإنسان في القانون وما توفره من حماية جنائية

لقد دفع الإحساس المتعاظم لدى رجال القانون والباحثين في مجال أخلاقيات العلوم الإحيائية بخطورة العمليات الطبية- المتمثلة في تشريح الجثث الآدمية، وما يمثله من انتهاك للحصانة الجسمانية لجثة الإنسان- إلى القيام بتسليط الأضواء على الشروط أو القيود القانونية التي يجب توافرها، كيما يحفظ لهذه الممارسة الطبية مشروعيتها.

ونظراً لما تتضمنه هذه الشروط من حماية لجثة الإنسان، نحاول توجيه الأنظار إلى ما توفره هذه الشروط من حماية.

وما يمكن ملاحظته من خلال استقراء النصوص القانونية والتعليمات التي اشتملت عليها كتب الطب الشرعي، أن هذه الشروط تنقسم إلى شروط موضوعية تتعلق بموضوع التشريح ذاته (أولاً) وشروط تديرية مرعية في مسار العملية التشريحية (ثانياً). لما توفره من حماية جنائية (ثالثاً).

أولاً: الشروط الموضوعية لتشريح جثة الإنسان في القانون

حتى لا تكون الجثة عرضة للعبث دون دوافع جدية أحاطت التشريعات عملية التشريح بشروط قانونية، موضوعية لتحقيق الغاية التي شرعت من أجلها. ومن خلال استقراء هذه النصوص نلاحظ أن القوانين في معظمها تميز بين الشروط الخاصة بالتشريح التعليمي، والشروط القانونية للتشريح الجنائي، والشروط القانونية للتشريح المرضي.

I. الشروط القانونية للتشريح التعليمي

يعتبر التشريح من قبيل التجارب العلمية التي يجريها الأطباء، وبالتالي يجب توفر شروط التجارب الطبية المقننة، وبالأخص شرط الموافقة أو الرضا، لما يمثله من أساس قانوني أو مبرر قانوني لإباحة هذه

¹ - السيد صادق المهدي، العقوبات الشرعية، الطبعة الأولى، الزهراء للإعلام، 1987، ص.109.

² - أحمد حماني، المرجع السابق، ص.436.

العمليات، بالإضافة إلى شرط التحقق من موت الشخص المراد تشريحه جثته، وتوافر الغرض العلمي وعدم الحصول على الجثث بواسطة بيع أو شراء.

1. الرضا

من المعلوم لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا برضاه، فيما عدا حالات الإسعاف التي يكون فيها المصاب فاقد الوعي. ولا بد أن يكون هذا الرضا حراً دون أي ضغط أو إكراه مادي أو معنوي. ويقتضي ذلك أنه لا يعتبر برضا المحبوس أو السجين أو أسرى الحرب، لأن هذا الأمر يشكل قيداً على الحرية¹، فلا يمكن بأي حال من الأحوال للطبيب أن يستغني عن رضا صاحب الجثة، لأنها ليست أداة بيده يفعل بها ما يشاء، إنما هو إنسان له الحق في سلامة جسمه، وذلك الحق يعد من الحقوق اللصيقة بشخصه ومن مصلحة المجتمع. وينساق الأمر كذلك إلى جثة الإنسان.

وفي هذا السياق، نصت المادة 168-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "ويتم تشريح الجثث من أجل هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2، 3 من المادة 164 من هذا القانون. وتشير هذه الأخيرة بقولها: "وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله ذلك، وإذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب التالي: الأب الأم - الزوج أو الزوجة - الابن أو البنت - الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفى أسرة".

أما بالنسبة للقوانين المقارنة نجد القانون الفرنسي الصادر في 22 ديسمبر 1976 نص في المادة الأولى فقرة الأولى -سابقة الذكر - بأنه "فيما يتعلق بإمكانية اقتطاع الأعضاء لأهداف علمية من جثة شخص لم يظهر أثناء حياته رفضه لهذا الاقتطاع". وهو نفس ما أشارت إليه المادة 671-7² من قانون 94-654 السابق الذكر.

ومن القوانين كذلك القانون التونسي رقم 22 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية للسنة 1991 في المادة 3 بقولها: "يجوز أخذ عضو من جثة شخص ميت لغاية علاجية أو علمية ما لم تحصل ممانعة من الهالك في حياته أو بعد وفاته من الأشخاص كاملي الأهلية".

¹ - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص. 27.

² - « Ce prélèvement peut être effectué dès lors que la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement.

Ce refus peut être exprimé par l'indication de sa volonté sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révoquant à tout moment. Les conditions de fonctionnement et de gestion du registre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille ». Art 671-7. Loi n° 94-654.

غير أن بعض القوانين تشترط أن يفرغ الرضا في قالب شكلي، في شكل موافقة كتابية يحررها الشخص قبل وفاته، ويرجع اشتراط الشكلية في الموافقة إلى التأكد من وجود الرضا حقيقة، خاصة في التجارب غير العلاجية. ومن بين هذه القوانين، القانون المصري الخاص بتنظيم بنوك العيون، رقم 103 لسنة 1962 حيث جاء في المادة 3 منه: "يمكن الحصول على العيون من الأشخاص الذين يوصون بها". والقانون المصري رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية في المادة 8 بقولها "يجوز... إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في أية ورقة رسمية".

ولم يشترط القانون الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها بعد تعديل¹ المادة 164 على شكلاً معيناً ومن ثم يجوز أن تكون الموافقة شفوية أو كتابية في صورة إقرار كتابي أو وصية، وتكون الموافقة ولو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو بالأحرى بكافة طرق التعبير عن الإرادة². ويحتاج الرضا إلى شروط صحة تحقق فاعليته حيث يجب أن يكون حراً، متبصراً.

أ. أن يكون الرضا حراً

لكي يكون الرضا صحيحاً يجب أن تكون إرادة الشخص حرة وخالية من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس، التي من شأنها أن تعطل الرضا، وبالتالي لا يكون للرضا أي قيمة قانونية، إذا كان ضحية أحد هذه العيوب³. وفي هذا نص المشرع الجزائري من القانون سالف الذكر على هذه الصفة في المادة 168-2 بقولها: "... ويخضع التجريب للموافقة الحرة...".

ولا يكفي أن يصدر الرضا دون ضغط أو إكراه أو وعد أو وعيد أو تهديد، إنما لا بد أن يكون قد صدر من شخص يتمتع بملكات عقلية سليمة، فسلامة الملكات العقلية تؤدي إلى القدرة على ذلك التصرف⁴.

ويلزم جانب من الفقه فوق هذا، التحقق من أن الموافقة جاءت مجردة عن أي ضغط نفسي أو انفعال عاطفي، لأن هذه العوامل من المتصور أن تؤثر على موافقة الشخص المراد تشريح جثته⁵. هذا وإن لم تتوفر موافقة المتوفى، ولم يوجد ما يدل على اعتراضه، يجوز أن تصدر الموافقة من أعضاء أسرته، وبعض التشريعات أجازت إيباء القاصر بجثته بشروط معينة، فقد جاء المشرع الفرنسي

¹ - قبل تعديل المادة 164 كانت تنص على أنه: "لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع بناءً على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة".

² - عدلت المادة بموجب القانون رقم: 90-17 في 31 يونيو 1990 الجريدة الرسمية العدد 35 لسنة 1990.

³ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص.333.

⁴ - محمد حماد مرهج الهيبي، المرجع السابق، ص.75.

⁵ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.134.

بالمرسوم 31 مارس 1978 في المادة 11 ينص على ذلك، حيث يمكن الاقتطاع من جثة القاصر لأغراض علمية أو من عديم الأهلية، ويخضع ذلك لموافقة ممثله الشرعي بالشكل الكتابي ثم تسجيلها في سجل موجود لهذه الغاية في كل المؤسسات الصحية المرخصة بممارسة اقتطاع الأعضاء¹.

ونص القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 المتعلق بتنظيم بنك العيون في المادة 3 فقرة 2 على جواز أخذ عيون القصر بشرط الحصول على إقرار كتابي من وليه.

أما المشرع الجزائري فرق بين موافقة فاقد الأهلية و القاصر، فبالنسبة لفاقد الأهلية يعطي موافقته الأب أو الأم أو الولي الشرعي، أما القاصر يعطي الموافقة عنه الأب أو الولي الشرعي إذا تعذرت موافقة الأب.

ومن التشريعات من تأخذ بنظام تأميم الجثة، الذي يعتبر الجثة ملكاً للدولة تتصرف فيها كما تشاء ضمن إطار المصلحة العامة، فالجثة ليست مملوكة للشخص أو لأسرته لأن حقوق المجتمع يجب أن تكون لها الأولوية².

ومن هذه التشريعات القانون الفرنسي حيث صدر وزير الصحة في 20 أكتوبر 1947 الذي يقضي بأنه " يجوز لرئيس القسم في المستشفيات العامة التي يصدر بها قرار من الوزير متى تراءى له أن هناك مصلحة علمية أو علاجية، تلزم تشريح الجثة أو استئصال أجزاء منها" كاستثناء في حالة عدم وجود عائلة المتوفى. وأخذ بذلك التشريع السوري رقم 31 بتاريخ 1972/8/23 في المادة 3 مقطع 3 و 4 حالات الموت نتيجة الإعدام والمتوفى المجهول الشخصية، أو إذا تقرر منح الجثة لأغراض علمية، أو التأكد من الإصابة بمرض وبائي، ونص على ذلك المشرع المصري في قانون تنظيم بنوك العيون رقم 103 لسنة 1962 في المادة 2 مقطع 4 و 5 في حالة الحصول على عيون قتلى الحوادث، والمنفذ فيهم حكم الإعدام ومجهولي الشخصية. ونعتقد أن نظلم تأميم الجثث فيه نوع من الاهانة للجثة، ويذكرنا بمرحلة تأميم المحروقات في الجزائر، وبالتالي لا بد من مراعاة الأصل وهو حرمة جثة الإنسان، ولا يبرر التدخل إلا بمراعاة الشرط الموضوعي وهو رضاء المتوفى.

ب. أن يكون الرضا مستتيراً

حتى يكون الرضا صحيحاً وينتج آثاره القانونية بالنسبة لعملية التشريح، يجب أن يبصر الشخص بأبعاده، وجميع المعلومات التي من شأنها أن تجعل الشخص يصدر موافقته على بينة من أمره، وذلك ببيان الهدف من التشريح، والطرق المستخدمة في ذلك.

¹ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 261.

² - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 275.

وقد أكد المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها: "يخضع التجريب للموافقة... المنيرة للشخص".

وتقتضي هذه الصفة كذلك أن الشخص يمكن أن يرجع عن وصيته وتعتبر كأن لم تكن، حيث نصت المادة 168-2 من ذات القانون على أنه: "تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة" فيستفاد من هذا النص، أن الموافقة يمكن العدول عنها في أي وقت.

2. موت الشخص المراد تشريح جثته

لقد سبق أن ذكرنا أن مسألة تحديد لحظة الموت كان محل خلاف كبير بين الأوساط الفقهية الشرعية وبين رجل القانون والطبيب، واختلف فيه بين معيارين، معيار تقليدي يعتمد في تحديد لحظة الموت على التوقف النهائي للدورة الدموية والجهاز التنفسي.

ثم ظهر معيار آخر يعتمد على موت خلايا الدماغ، ويتم التحقق من ذلك عن طريق الرسام الكهربائي للمخ، فإذا انعدمت الإشارات فيعني ذلك توقف خلايا المخ، وإن كان القلب والرئتان يعملان بواسطة الإنعاش الصناعي.

وعليه فإن تشريح جثة الإنسان لا يمكن قبل التوقف النهائي للمخ وفقاً للمعيار الحديث وظهور هذه العلامات واستمرارها مدة كافية، فعلى الطبيب قبل ذلك أن يبذل كل ما في وسعه لإنقاذ المريض، ولا يتعين عليه تشريح الجثة، لأنه إيذاء للحَي أو إزهاق لروحه بحسب الحال، سواء كان ذلك للبحث عن مرض وبائي، أو البحث العلمي.

3. توافر الغرض التعليمي أو العلمي

في التشريح التعليمي والمرضي يشترط القانون أن ترصد العمليات التشريحية لغايات ضرورية، تهدف إلى الفائدة الاجتماعية. ففي التشريح التعليمي لا بد أن يكون الغرض من تحليل وتشريح جثة الإنسان هو تعليم طلبة الطب، حيث يعتبر ذلك ضرورياً لأجل تكوين أطباء المستقبل، ومن أجل تطوير العلوم الطبية بشكل عام. وفي التشريح المرضي يقوم الطبيب بتشريح الجثة لتحقيق الأهداف العلمية والاجتماعية للكشف عن مرض وبائي في المنطقة.

لقد نصت المادة 168-1 مقطع 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة على جواز تشريح جثة الإنسان في الهياكل الإستشفائية بطلب من الطبيب المختص بغية الأهداف العلمية، وذلك بقولها: "يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الإستشفائية بناء على ما يلي:

- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي".

4. عدم الحصول على الجثث بواسطة بيع أو شراء

يلزم المشرع على الطبيب الامتثال للأصول العلمية والأخلاق المهنية، لأن مخالفة الأصول العلمية قد يؤدي إلى تفويت الغرض من القيام بالتشريح، ومن أمثلتها كتمان السر وعدم إفشائه، إلا إذا كان من باب ضرورة البحث العلمي. فلقد نصت المادة 162-2 من القانون سالف الذكر بأنه: " يجب احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي".

ومن بين الأصول القانونية الأخلاقية، عدم الحصول على الجثة المراد تشريحها بواسطة معاوضة مالية أو مقابل مالي؛ لأنه أمر مخالف للنظام العام والآداب العامة. كما أن صيرورة الجثة ضمن المعاملات المالية مناف للكرامة الإنسانية، بالإضافة إلى ما يمكن أن ينجر عنها من ظهور عصابات الاتجار بالأعضاء، عن طريق السطو والقتل والتهديد واستخدام الأطفال المعوقين كمصدر سهل لحيوية هذه التجارة¹.

لقد نصت القوانين على هذا الشرط، حيث جاءت المادة 16-1 الفقرة الثانية من قانون المدني الفرنسي تبين أنه: " الجسد البشري، أعضاؤه ومكوناته لا يمكن أن تكون محلاً لحق مالي"². هذا وأن جميع الاتفاقيات التي يكون الغرض منها منح قيمة للجسد البشري أو حتى أعضاؤه ومكوناته تعد باطلة، كما تنص المادة 16-5 من نفس القانون³.

ونص القانون الجزائري على ذلك في المادة 161-2 في قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها " ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية". ونص عليه القانون المصري المتعلق بتنظيم بنوك العيون في المادة الثانية بقولها " تحصل هذه البنوك على العيون من المصادر التالية: 1- عيون الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها". والقانون المصري رقم 5 لسنة 2010 في المادة 6 على أنه " يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أياً كانت طبيعته".

¹ - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص.32.

² - « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » Art 16-1-2.Loi civil,

³ - « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulls ». Art 16-5.code civil,

وينفصل هذا الحكم من الاستثناء المتعلق بمبدأ حظر التعامل في جسم الإنسان وجثته، فإذا كان لا يجوز التعامل مع جسم الإنسان بحسب الأصل، فإن الاستثناء جواز ذلك في إطار المجانية، والإخلال بذلك يعتبر انتهاك صريح لحرمة الجثة.

II. الشروط القانونية للتشريع الجنائي

يحكم عمل الطبيب الشرعي القائم بتشريح الجثث لغاية الكشف عن الجريمة شروط قانونية يجب توافرها وهي:

1. توافر الشبهة الجنائية

عند الاشتباه في وجود جريمة، يقوم الطبيب الشرعي بتشريح الجثث للتعرف ما إذا كانت الوفاة نتيجة اعتداء بخلق أو ضرب أو سم، لأن الجثة تعتبر في هذه الحالة حاملة للأدلة الخفية، فلا بد من الكشف عليها، والبحث عن الإشارات التي تدل على حصول الجريمة، وينتهي البحث بنتيجة إثبات الحالة الجنائية للواقعة، أو إثبات حالة الوفاة بسبب عادي، أو باعتداء من الشخص نفسه¹. وهناك حالات لا يمكن إجراء التشريح فيها مطلقاً وهي:

- أ. حالات الأشخاص الذين يدخلون المستشفيات العامة أو الخصوصية، أو يدخلون إليها لإسعافهم أو لعلاجهم من حالة مرضية، مزمنة أو مفاجئة، كذبحة صدرية أو لإجراء جراحة، بشرط ألا تقدم شكوى من أقرباء المتوفين موضوعها الإهمال الطبي في العلاج أو الاشتباه في الوفاة.
- ب. حالة السقوط من علو إذا دلت ظروف الواقعة أن الحادث قضاء وقدر.
- ت. حالة لدغ العقارب أو عض الثعابين، وعقر الكلاب وغيرها من الحيوانات².
- ث. حالة سقوط طائرة بركابها واحتراقها، وأنت النيران عليها وتوفوا متأثرين بذلك³.

ويلاحظ أنه متى أمكن القطع بسبب الوفاة من مجرد الكشف الظاهري كما هو في حال الحوادث كاصطدام سيارة بأخرى ووفاة بعض الركاب نتيجة ما حدث بهم من إصابات انقلاب قطار سكة حديدية أو سقوط طائرة بركابها فإنه لا داعي للتشريح في هذه الحالات. وكذلك الحال إذا لم يكشف التحقيق أو الكشف الظاهري عن وجوب شبهة جنائية، فلا محل لإجراء التشريح حتى ولو قرر الطبيب الشرعي أنه لا يستطيع معرفة الوفاة إلا بالتشريح، لأنه لا موجب له وبالتالي لا بد من الإسراع في دفن الجثة خشية التعفن.

¹ - سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص. 227.

² - محمد أحمد عابدين، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، لا توجد سنة النشر، ص. 42.

³ - نفس المرجع، ص. 43.

وبالعكس من هذا هناك حالات يتعين فيها إجراء التشريح بشكل إلزامي وهذه الحالات تتمثل في:

- حالات المتوفين في حادث جنائي، سواء أكانت الجريمة عمدية أو غير عمدية، إلا إذا أمكن في الحالة الأخيرة القطع بسبب الوفاة من مجرد الكشف الظاهري¹، كما هو الحال في حوادث الغرق أو اصطدام سيارة بأخرى.
- الحالات التي يعثر فيها على جثث طافية على سطح البحر أو النهر سواء أكانت مجهولة الشخصية أم معلومة، خصوصا إذا كان المتوفى مرتديا ملابسه كاملة، وذلك لمعرفة سبب الوفاة، إلا إذا تبين أن في السقوط أو الغرق ملابسات أو ظروف تؤكد بأن الحادث قضاء وقدر.
- جميع الحالات التي يظهر فيها من التحقيق أو من الكشف عن الجثة ظاهرياً وجود شبهة جنائية في الوفاة².

2. صفة الطبيب الشرعي

ليس كل طبيب يمكنه القيام بتشريح الجثة وتقديم الخبرة إلى الجهات القضائية المختصة، بل لا بد أن يكون معيناً من طرف السلطة القضائية، وإن كان مبدئياً يمكن للجهة القضائية أن تسخر كل طبيب مؤهل لممارسة المهنة، وخاصة في الحالات الإستعجالية، أو في غياب الطبيب الشرعي المقيد لدى هذه الجهات. وفي القانون الجزائري، نص قانون حماية الصحة وترقيتها في المادة 207 على شروط وهي:

- أن يكون الشخص طبيبا أو جراحاً للأسنان أو صيدلياً مختصاً في الطب الشرعي، ولكن هذا الشرط يرد عليه استثناء في حالة عدم وجود طبيب شرعي مختص، فيمكن أن تسند المهمة إلى طبيب أو جراح أسنان عادي في حدود اختصاصه، وتسند إليه مهمة الخبرة الطبية بطريق الكتابة.

¹ - قبل تشريح الجثة على الطبيب أن يقوم بالفحص الظاهري للجثة، فيتبع الخطوات التالية:

- أ- فحص ملابس المحي عليه المتوفي.
- ب- فحص جلد المتوفي، وقد يتطلب ذلك قص الشعر مثلاً لبيان مكان الإصابات الموجودة بالجسد، لأن الشعر قد يحجب علامات أو إصابات موجودة بالجلد.
- ج- فحص ظاهر الجثة.
- د- وصف حالة الجثة من حيث البيان الجثمي.
- هـ- تشريح الجثة بطريقة تدرجية. عبد العزيز سليم، دحض الأدلة الفنية، النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 1998، ص. 156-

² - محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص: 42.

- أن يكون من بين الخبراء الواردة أسمائهم في الجدول المعد سنويا من قبل المجلس الوطني لآداب الطبية.
 - ويشترط كذلك ألا يكون الطبيب في حالة قصور¹، حيث تتحقق حالة القصور إذا كانت المسائل المطروحة عليه لا تدخل ضمن اختصاصه، أو أجنبية عن التقنيات الطبية، وألا يكون الشخص المراد تشريح حثته من أقارب الطبيب.
- ويلاحظ أن شرط صفة الطبيب الشرعي هو شرط عام في كل التدخلات الطبية وقد أشرنا سابقاً إلى أن هذا الشرط هو الأساس القانوني للممارسة العمل الطبي، وهو الشرط الشكلي. وبالتالي لا يمكن إجراء التشريح الجنائي إلا لمن حوله القانون ذلك.

3. الطلب من الجهات المختصة

تتمتع الجثة بالحماية الكاملة عن طريق تحريم العبث بها وتمزيقها لغرض من الأغراض، وفي صورة التحقيق الجنائي لا يجوز لأي شخص أن يتعرض للجثة بأي عمل مهما كانت درجة قرابته، فإذا اقتضى الأمر في مسألة فنية لتحديد سبب الوفاة يتم اللجوء إلى الخبرة القضائية عن طريق تشريح الجثة، ولكن لا يمكن ذلك إلا بتكليف من الجهات التي حولها القانون سلطة انتداب الخبراء، ولا بد أن يكون طلب التشريح صادراً عن النيابة العامة بناء على ما يخولها القانون من صلاحيات واختصاصات في مجال التحقيق².

كما يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بندب خبير أو أكثر لإبداء رأيه في مسألة فنية، إما من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد الخصوم³. ويجوز لضابط الشرطة القضائية أن يندب الأطباء والخبراء لفحص جسد المتهم أو المجني عليه لبيان ما عليه من أثار⁴، وذلك تطبيقاً لنص المادة 49 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بقولها: "إذا اقتضى الأمر إجراء معاينات لا يمكن تأخيرها فلضابط الشرطة القضائية أن يستعين بأشخاص مؤهلين لذلك".

¹ - في الحقيقة أن الطبيب مجبر على الامتثال للتكليف القضائي بأداء خبرة كأصل عام، ما عدا بعض الاستثناءات في الحالة القوة القاهرة التي يكون فيها الطبيب مريضاً، ويثبت ذلك بشهادة طبية، وفي حالة الغياب الطارئ، وفي حالة التعارض كالتقاربة، وكونه الطبيب المعالج، ومهما يكن فإن إخبار الطبيب وإرغامه على القيام بالمهمة لا يمارس إلا بصفة استثنائية، كما في الحالات الاستعجالية. يجي بن لعلی، المرجع السابق، ص. 10-11.

² - إسحاق إبراهيم منصور، المبادئ الأساسية في الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص. 138.

³ - المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

⁴ - إسحاق إبراهيم منصور، المبادئ الأساسية في الإجراءات الجزائية الجزائري، المرجع السابق، ص. 70.

كما يمكن لأي جهة قضائية تتولى التحقيق الحق في تعيين خبير من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب النيابة العامة أو الخصوم¹.

III. الشروط القانونية للتشريح المرضي

إن التحقق من أسباب الوفيات التي تحدث دون معرفة مسبباتها، تقتضي تشريح بعض الجثث التي كانت محل الإصابة بأمراض وبائية محتملة للقيام بإجراءات كفيلة لحفظ الصحة، والقضاء على هذه الأمراض قبل استفحالها.

إنه التشريح المرضي، فإذا كانت مدى شرعية هذا النوع من العمليات واضحة في الجانب القانوني، إلا أن البحث عن شروط هذا النوع من التشريح يثير صعوبة، خصوصاً ما تعلق بشرط الموافقة من الميت وذويه للقيام بتشريح جثته للأغراض الطبية التشخيصية، أو لغرض التشريح المرضي.

في دولة قطر رغم الفتاوى الفقهية التي تجيز التشريح، إلا أن الممارسة العملية لدى العاملين في المجال الطبي اصطدمت بمعارضة ذوي المتوفين، نظراً لاحتجاج الأهالي بعدم قانونية مثل هذا الإجراء، فسعت وزارة الصحة العامة إلى إصدار تشريع يميز للمختصين تشريح جثث الموتى دون الرجوع إلى ذوي المتوفى لمعرفة سبب الوفاة في الحالات التي لا يمكن فيها التوصل إلى هذه الأسباب إلا بالتشريح².

نص قانون الفرنسي رقم 94-654 سابق الذكر في المادة 671-9 بأن اقتطاع الأعضاء الذي يهدف إلى البحث عن أسباب الوفاة، أي الذي يهدف لإجراء التشريح السريري، تستبعد فيه موافقة المتوفى أو أقربائه الذين لا تتجاوز درجة قرابتهم الدرجة الثالثة، واستثناء من ذلك عدم الاعتداد باعتراض الأقرباء، إذا كان التشريح أو الاقتطاع بغرض التأكد من الإصابة بمرض وبائي³.

ومن هنا يبدو تغليب المصلحة العامة المتمثلة في القضاء على الأمراض الوبائية لضمان صحة المجتمع.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فالأمر يحتاج إلى توضيح، فالمشرع ذكر أن التشريح للغرض العلمي يجب توافر الرضا أو الموافقة كأهم شرط، إلا أنه يجب أن نبين بأن التشريح الذي يقوم به الطبيب المعالج عند وفاة المريض ينقسم إلى نوعين:

¹ - المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

² - طارق صلاح الدين محمد، المرجع السابق، ص. 02.

³ - « Aucun prélèvement à des fins scientifiques autres que celles ayant pour but de rechercher les causes du décès ne peut être effectué sans le consentement du défunt exprimé directement ou par le témoignage de sa famille.

Toutefois, lorsque le défunt est un mineur, ce consentement est exprimé par un des titulaires de l'autorité parentale.

La famille est informée des prélèvements effectués en vue de rechercher les causes du décès ». Art 671-9, Loi 49-654

1. تشريع لغاية البحث العلمي المحض، وهو الذي يشترط فيه القانون الموافقة لحماية لحقوق الميت وأقربائه على جثته، ويدخل ضمن هذا التشريع التعليمي لطلبة الطب.

2. تشريع لغرض البحث العلمي العملي للبحث عن أسباب الوفاة نظراً لظهور وفيات مفاجئة ومماثلة، حيث يثور الشك بانتشار مرض وبائي، فإن هذا النوع نرى أنه لا يشترط فيه الموافقة. وما يمكن اشتراطه في هذا الصدد هو ما يلي:

أ- توافر ضرورة التشريح المرضي، حيث يجب أن يكون هناك شك بانتشار أمراض وبائية لأخذ الاحتياطات الطبية.

ب- الطلب من الجهات المختصة كما هو الحال في قطر إذ يكون التشريح في هذه الحالة بقرار من الوزير بعد أخذ إذن المحكمة، وأن يقوم به طبيب استشاري في أمراض الأنسجة¹.

ثانياً: الشروط التنفيذية لتشريح جثة الإنسان في القانون

في مسار العملية التشريحية لجثة الإنسان ينبغي مراعاة تدابير في إطار الطب الشرعي، لضمان السير الحسن للعملية التشريحية، واحترام جثة الإنسان بالقدر اللازم الذي تتطلبه ضرورة التشريح. وقد أصدرت النيابة العامة المصرية تعليمات لمصلحة الطب الشرعي، وتعتبر هذه التعليمات دستوراً لعمل الأطباء الشرعيين. وما يلاحظ أن هذه التدابير تنقسم إلى ثلاثة أقسام نبينها في النقاط التالية:

I. التدابير المتخذة قبل إجراء التشريح

يسبق إجراء تشريح الجثة الاستعراف عليها قبل استخراجها، ثم القيام بالفحص الظاهري قبل تشريحها.

1. الاستعراف على الجثة

وهو أول مراحل الفحص الخارجي، ويتم عادة عند نقل الجثة، إلا أنه يستحسن التحقق من الأمر مرة أخرى عند إنجاز المهمة².

إنه من صميم عمل الطبيب الشرعي التعرف على الموتى المجهولين، فقد تكون هناك جثث طازجة ومحتفظة بكل المظاهر المميزة لها، وقد تكون الجثث متعفنة ضاعت بعض مميزاتهما، وقد تكون الجثة عبارة عن أشلاء، كما في حالة الجثث المتقطعة الأوصال، التي يمكن العثور عليها في منبع مائي على فترات متعاقبة، أو تكون متناثرة أو مشوهة في شلال، أو في قفف مرمية في مناطق مهجورة، حيث يجب

¹ - طارق صلاح الدين محمد، المرجع السابق، ص. 01.

² - يحيى بن لعل، المرجع السابق، ص. 81.

على الطبيب إعادة تكوين الجثة، ويمكن أن تكون الجثة عبارة عن عظام لمخلفات جثث الموتى المجهولين¹.

2. استخراج الجثث

وهي الحالة التي تكون فيها الجثث قد دفنت، فعلى أعضاء النيابة العامة أو مندوبيهم أن يطلبوا استخراج الجثث، حيث يقتصر ذلك على أمر من النيابة العامة أو المحاكم بعد أخذ رأي الطبيب الشرعي وموافقته².

وتفحص الجثة ويسمى هذا الفحص "الفحص الأنتروبولوجي" - فحص علم السلالات - حيث يعطى أكبر قدر وعناية للإجابة عن الأسئلة التالية:

- هل البقايا البشرية ؟
- هل البقايا لشخص واحد أم لعدة أشخاص ؟
- ماذا كان جنس المتوفى، وعنصره وقامته، ووزن جسمه ويدويته (أيمن أو أيسر)، وبنيته ؟
- هل هناك أية خواص طبيعية أو أوجه شذوذ في الهيكل العظمي يمكن أن تساعد على تحديد هوية المتوفى تحديداً قاطعاً؟³

وما يجدر ذكره في هذا الصدد، أن استخراج الجثث يصير بكيفية محترمة، وأثناء حملها إذا كانت الجثة متعفنة أو متحللة يستحسن إخراجها من القبر على حصيرة⁴، ويلزم تركها في الهواء المطلق برهة لتخفيف الروائح المنبعثة منها، ويمكن استعمال المطهرات إذا شاء الطبيب، اللهم إذا كان الشك في الوفاة نتيجة للتسمم⁵.

في الحالة التي تكون الجثث محفوظة على مميزاتها، يمكن وضعها في كيس للجثث أو ما يقوم مقام ذلك، ويحتفظ بالكيس بعد إخراج الجثة منه، وتحفظ الجثة في مكان بارد ومأمون لا يدع مجالاً للعبث بها وبأدلتها الإثباتية⁶.

¹ - عبد الحميد المشاوي، المرجع السابق، ص. 63-64.

² - عبد الحكم فودة، الموسوعة الجنائية الحديثة، المجلد الثاني، دار الفكر والقانون، دار المنصورة، 2002، ص. 134.

³ - جلال الجابري، الطب الشرعي القضائي، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، الدار العلمية، 2000، ص. 135-136.

⁴ - مديحة فؤاد الخضري، أحمد بسيوني أبو الروس، المرجع السابق، ص. 451.

⁵ - عبد الحميد المشاوي، المرجع السابق، ص. 41.

⁶ - جلال الجابري، المرجع السابق، ص. 104.

3. الفحص الظاهري للجثة

إذا كان التشريح لغرض الطب الشرعي من حيث شرعيته لا يشترط الموافقة أو الرضا من صاحب الجثة أو لأسرته، نظراً للمصلحة العامة المتمثلة في تحقيق العدالة، فإن تشريح جثة الإنسان لذات الغرض، لا يسوغ للمشرح إلا إذا كان الفحص الظاهري لا يمكن من تحديد سبب الوفاة ومعرفة ملامساتها.

II. التدابير المتخذة أثناء إجراء التشريح

من أهم إجراءات التشريح أثناء القيام بالعملية التشريحية، التدرج في عملية التشريح فيبدأ بتشريح الرأس، والبحث عن ما يكون بأنسجة الفروة من تكدمات وتبين حالة السجايا، وحالة أنسجة المخ الإصابية والمرضية، وعظام الرأس ووصف ما به من كسور، والبدء بتشريح الرأس لا يسمح بظهور علامات مضللة بأنسجة العنق، ثم بحث إصابات الرقبة، وفحص الصدر والبطن، وجميع إصابات الجسم¹.

ولا نريد أن نفصل في هذه الأمور الفنية، ولكن من خلال مسار العملية التشريحية يتبين أن هناك تدابير ينبغي مراعاتها لتشريح الجثة، توحى بضرورة احترام الجثة والاعتناء بها، وتمثل هذه التدابير بالإسراع في عملية الفحص، وعدم القيام بأي تشويه غير ضروري.

1. الإسراع في عملية الفحص

يتعين على الطبيب المشرح فحص الجثة بأسرع ما يمكن، خصوصاً في فصل الصيف، حتى لا تؤثر التغيرات التي تطرأ على الجثة، وبالتالي تمزق الجثة دون تحقيق الغاية².

2. عدم القيام بأي تشويه غير ضروري

ومرد هذا التدبير أن التشريح دفعت إليه الضرورة والمصلحة الاجتماعية، فينبغي التقيد بحسب ما اقتضته هذه الضرورة، وما تتحقق به الغاية، فيكتفي الطبيب بالأماكن المعينة دون غيرها وخاصة الوجه، كما يجب أن تكون القطوع من الجلد بالقدر المطلوب للوصول إلى النتيجة. ويتعين على الطبيب أيضاً ألا يستعمل العنف أو الشدة مثلاً في تخليص الأحشاء المتصقة ببعضها، ويجب الامتناع عن الضغط والتناوب والتبادل بشدة، حتى لا يؤثر ذلك على بعض العلامات المرضية³.

1 - عبد العزيز سليم، المرجع السابق، ص. 158.

2 - عبد الحكم فودة، حسين الرضيري، المرجع السابق، ص. 129.

3 - عبد الحميد المشاوي، المرجع السابق، ص. 1047.

III. التدابير المتخذة بعد إنهاء التشريح

من التدابير المعتمدة بعد إنهاء العملية التشريحية، خياطة الجثة ونظافتها ثم إرجاعها إلى القبر، وكتابة تقرير الصفة التشريحية.

1. خياطة الجثة

بعد انتهاء الطبيب من التشريح يقوم بخياطة الجثة خياطة جيدة، حتى لا ينفذ منها السوائل كالدّم، ولكي ترجع إلى شكلها قبل التشريح¹.

ويعتبر هذا الأمر التزاماً قانونياً، بحيث يجب على الأطباء ترميم الجسم بعد تشريحه في حالة أخذ الأعضاء منه لغايات علمية أو علاجية. ويكتسب هذا الإجراء طابعاً اجتماعياً ودينياً، ولا يعتبر احتراماً للجثة فحسب، بل كذلك لأسرة المتوفى التي قد تستاء من رؤية فقيدهم بهذه الصورة. وفي هذا نص القانون الفرنسي 94-654 الصادر في 29 جويلية 1994 أنه يلزم على الأطباء الذين يقومون باقتطاع الأعضاء من الشخص الميت التأكد من الترميم الحسن والمحتشم للجسد².

وهناك حالات يجب على الطبيب، كحالات الاشتباه في حصول التسمم من الطعام الفاسد، أن يأخذ خلاف الأجزاء المعتاد أخذها لبحثها من السموم بمعامل المصلحة جزءاً من المعدة ومحتوياتها والكبد والطحال، وقطرميزات منفصلة، ويجب حفظ القطع التشريحية بشكل طبيعي، وعند خياطة الجثة يجب أن ترجع هذه الأعضاء إلى الجثة بعد الانتهاء³.

وبعد خياطة الجثة يجب تنظيفها حتى يزول ما تعلق بها عند التشريح، كالدّم وجميع السوائل الخارجة منها لتعود إلى صورتها الطبيعية⁴.

2. إرجاع الجثة إلى القبر

يتوجب في هذه الحالة على أعضاء النيابة أن يأذنوا بدفن الجثة في أقرب وقت مستطاع، حتى لا يتأخر دفنها من غير مبرر، ومن أجل ذلك عليهم أن يشفعوا أمر ندب الطبيب بتصريح بالدفن بعد إتمام التشريح⁵.

¹ - مديحة فؤاد الخضري، أحمد بسيوني أبو الروس، المرجع السابق، ص.452.

² - « Les médecins ayant procédé à un prélèvement sur une personne décédée sont tenus de s'assurer de la restauration décente de son corps ». Art. L 671-11, Loi N°: L94-654

³ - عبد الحميد المشاوي، المرجع السابق، ص.1049.

⁴ - مديحة فؤاد الخضري، أحمد بسيوني أبو الروس، المرجع السابق، ص.452.

⁵ - نفس المرجع، ص.464.

3. كتابة تقرير الصفة التشريحية

يقوم الطبيب الشرعي بصفته نائباً عن مصلحة الطب الشرعي، وكأحد الأجهزة التابعة لوزارة العدل بكتابة التقرير الطبي، في القضية أو الدعوى المنتدبة لعمل الخبرة الطبية، كما في قضايا القتل¹.

ثالثاً: ما توفره هذه الشروط من حماية جنائية

بعد أن تعرضنا إلى الشروط القانونية لكل أنواع التشريح، يتعين علينا عرض ما توفره هذه الشروط من حماية جنائية.

الحقيقة أن هذه الشروط المنصوص عليها في القوانين، توفر قدراً من الحماية الجنائية، ذلك أنه لا يمكن تشريح جثة الإنسان إلا بالالتزام بالشروط المحددة بالقانون. كما أن الإخلال بهذه الشروط يعرض الأطباء إلى المسؤولية الجزائية، وخصوصاً ما تعلق منها بشرط الرضا في التشريح لغاية البحث العلمي أو التشريح التعليمي، وشرط المجانية في الحصول على الجثث أو الأعضاء من الجثة لنفس الغاية.

لقد أشارت المادة 1-1-16 من القانون المدني الفرنسي أن الاحترام الواجب لجسم الإنسان لا يتوقف مع الموت. فينبغي أن يعامل رفات الموتى، بما في ذلك رماد جثته الذي أسفر عن حرقها، باحترام وكرامة².

ومن جهتها أعطت المادة 2-16 من ذات القانون للقاضي صلاحية استخدام جميع الوسائل لمنع المساس غير المشروع على الجسد البشري³.

ولقد نص قانون الصحة العامة الفرنسي في المادة 2-1272 على أن الاعتداء على جسم الإنسان المتوفى باستعمال جثته للأغراض العلمية دون احترام شرط الموافقة المنصوص على في المادة 2-1231 الفقرة الثانية - سابقة الذكر - يعاقب عليه بالحبس 7 سنوات والغرامة 100000 أورو. ونص القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء في المادة 16 منه على أن تشريح الجثة وأخذ الأعضاء منها لغايات علمية، لا بد من توافر الموافقة الصادرة من المتوفى أو أسرته، وكل مخالفة لهذا الشرط يؤدي إلى العقوبة بالسجن من عام إلى خمسة أعوام، وبخطية تتراوح بين 1000 دينار و 2000 دينار.

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 151.

² - «Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence». Art 16-1-1, code civil.

³ « Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort ». Art 16-2, code civil.

ونص القانون المغربي رقم 16.98 الصادر 25 أوت 1999 المتعلق بزراعة الأعضاء في المادة 36 منه على أنه بأنه يعاقب بالحبس مدة سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 30000 إلى 300000 درهم كل من أخذ أعضاء المتوفى لأغراض علمية غير التي يكون الهدف منها تحديد سبب الوفاة دون موافقة الشخص المتوفى، أو رغم اعتراض الأشخاص من أسرة المتوفى الذين حددتهم المادة 16 من ذات القانون أو دون ترخيص من الممثل القانوني للمتوفى القاصر أو فاقد الأهلية.

ونص قانون العقوبات اللبناني في المادة 480 على أن أخذ الجثة وتشريحها لغاية علمية وتعليمية دون موافقة من له الحق في الموافقة يعرض الفاعل إلى العقوبة الجنائية بقولها: "يعاقب بالغرامة من 50000 إلى 500000 ليرة والحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بإحدى العقوبات".

ومن خلال هذه النصوص يتبين جدية القانون الفرنسي المغربي في تجريمه وسد الطرق أمام الانتهاكات القانونية للجنة وذلك بتشريح الجثة دون الموافقة المسبقة من الميت وذلك برصد عقوبات تبدو ملائمة بالنظر لخطورة الظاهرة الإجرامية، على عكس المشرع اللبناني حيث يتبين أن هذه العقوبات بسيطة لا تكفي لتحقيق الردع العام والخاص وتحقيق أغراض الجزاء الجزائي.

أما بالنسبة لخرق قاعدة المجانية في الحصول على الجثث قصد تشريحها لأهداف علمية، أو الحصول على الجثث بطريق البيع أو الشراء، فلقد استنكرت هذه العمليات القوانين بأجملها؛ لأنها تتنافى مع النظام العام والأخلاق العامة، ولم تكتف بحظر أن تكون الجثة من الأشياء التي تدخل ضمن المعاملات التجارية، بل حرمت كل ما يدعو إلى هذا عن طريق الإعلانات التجارية، كذا فرضت عقوبات جنائية لدحض هذه الظاهرة.

ففي فرنسا نص قانون الصحة الفرنسي في المادة 1272-1-1 فقرة 2 وقانون العقوبات في المادة 511-2 على خرق مبدأ المجانية وعاقب عليه بالحبس من سبع سنوات والغرامة 100000 أورو¹. ونص القانون التونسي المتعلق بأخذ الأعضاء سابق الذكر على خرق مبدأ المجانية في أخذ أو تشريح الجثة لأهداف علمية، وعاقب على ذلك بالسجن من عامين إلى خمسة أعوام، وبخفية تتراوح بين 2000 دينار و5000 دينار في المادة 17 التي تحيل إلى الفصل 221 من القانون الجنائي.

¹ -« Comme il est dit à l'article 511-2 du code pénal ci-après reproduit :

" Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger. " Art L1272-1. Code de la santé ; Art 511-2 code pénale.

نص القانون المغربي سابق الذكر في المادة 30 من قانون المتعلق بزراعة الأعضاء على أن الحصول على الأعضاء لتشريحها بواسطة البيع أو الشراء، يكون جريمة يعاقب عليها القانون بعقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50000 إلى 100000 درهم.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فإنه لم ينص على نصوص خاصة جزائية تتعلق بمخالفة الضوابط القانونية لتشريح جثة الإنسان للأغراض المختلفة، ورغم أنه نص على أحكام جزائية خاصة بمخالفة الأحكام المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء في قانون العقوبات، إلا أنه لا يمكن إعمالها إلا إذا كان متعلقة بعضو مراد تشريحه لأغراض علمية أو علاجية، وفي ذلك تطبيق لمبدأ الشرعية الذي يقوم على التفسير الضيق وحظر القياس. لذا يتعين الرجوع إلى النصوص الجزائية العامة في قانون العقوبات، والمعنونة بالجرائم المتعلقة بالمدافن وبجريمة الموتى وهي المواد من 150 إلى 154 السابقة الذكر. ونحن من جانبنا لا نؤيد الركون إلى القواعد العامة في قانون العقوبات لإصباح حماية جنائية على الجثة في مخالفة الضوابط القانونية للتشريح لذا يتعين على المشرع ما يلي:

1. استكمال أحكام التشريح في قانون حماية الصحة وترقيتها بشيء من التفصيل ببيان مختلف أنواعه وشرائطه.
 2. إضافة أحكام جزائية لمخالفة ضوابط أو شروط التشريح، بتحريم القيام بالتشريح في غير الموافقة وشروطها، أو مجافاة الأغراض المشروعة للتشريح العلمية والعلاجية.
 3. تجريم كافة صور الحصول على الجثث البشرية عم طرق البيع وسد طرق المتاجرة بها، ومنع كافة سائل الدعاية والإشهار الرامية لذلك، وقطع الطريق أما السماسرة وكافة أعمال الوساطة.
 4. فرض العقوبات التكميلية تستهدف حرمان القائم بهذه العمليات في غير ما أحازه القانون من مزاوله النشاط المهني المرتبط بالجريمة.
 5. توقيع العقوبة على الأشخاص المعنوية حال مساهمتهم وفقاً للقواعد العامة للأشخاص المعنوية.
- وفي إطار حماية الجثة من التدخلات الطبية لم تقتصر هذه التدخلات على حدود التشريح لإغراض مشروعية بل أصبحت الجثة مرتعاً لتدخلات طبية أخرى كنقل الأعضاء منها بغرض زرعها للأحياء لما توفره من أمل في الحياة. وعليه ينبغي دراسة هذا الشأن الطبي بما يفرزه من مشكلات قانونية في إطار نطاق الحماية الجنائية لجثة الإنسان.

المبحث الثاني

نقل الأعضاء من جثة الإنسان

وأثره على نطاق الحماية الجنائية

من العمليات الطبية التي أطاحت بأعتى المبادئ القانونية والأخلاقية، وهي حضانة الجسم البشري أو المعصومية الجسدية، تلك المتعلقة بنقل الأعضاء من جثة الإنسان، التي أدت إلى تحول مادة ومخلفات الجسم البشري إلى وسيلة علاجية، حيث تجاوز الطب دوره التقليدي في العلاج وأصبح أكثر فاعلية في علاج الأمراض المزمنة والمستعصية، وغدا قادراً على إنقاذ البشر من الموت المحقق. خصوصاً من الأمراض المنتشرة وبنسب عالية:

1. الفشل الكلوي: ونسبته مرتفعة لعدة أسباب من بينها انتشار مرض البلهارسيا¹. ويوجد ما سمي بالغسيل الكلوي حيث يجلس المريض سبع ساعات مرتين أو ثلاثة في الأسبوع وتشير الإحصائيات أن 50% من هؤلاء المرضى يتوفون في السنة الأولى من الغسيل، و25% يستطيعون الإنتاج والباقي لا يستطيع الإنتاج.

2. الفشل الكبدي: نتيجة انتشار مرض البلهارسيا، والالتهابات الفيروسية التي تصيب الكبد وتؤدي إلى تليفه وفشله.

3. أمراض القلب، فيوجد روماتيزم القلب، وهو يؤدي إلى ضعف عضلة القلب، ومرض شرايين القلب نتيجة التدخين وتلوث البيئة².

لقد توجهت الأنظار بالدرجة الأولى إلى جثة الإنسان كمصدر ومستودع لعملية نقل الأعضاء البشرية، على اعتبار أن الاستئصال من جثة الإنسان لا يثير ذات الإشكاليات التي تعترض هذه العمليات

¹ - في الجزائر أكد البروفسور " ريان الطاهر" رئيس الجمعية الجزائرية لأمراض تصفية وزرع الكلى أن أكثر من 7000 مريض بالقصور الكلوي ينتظرون زرعاً للكلى، مضيفاً أن أقل من 20% منهم لهم متبرع من عائلاتهم، وأوضح البروفسور أن احتياجات الجزائر السنوية فيما يخص زرع الكلى تقدر بـ 500 كلية، بينما لا تتعدى العدد المزروع منها 100 كلية سنوياً.

ولقد نشط البروفسور " ريان الطاهر" ندوة صحفية مع البروفسور " بن عباحي" رئيس مصلحة الأمراض الكلى بمستشفى بني مسوس، يوم الأحد 16 أكتوبر 2011 بـ " فورم المجاهد" بغرض تحسيس الرأي العام بأهمية التبرع بالكلى، نظراً لوجود قائمة طويلة للمحتاجين لزرع الكلى. وعن ذلك أوضح البروفسور ريان أن نسبة رفض فكرة التبرع بكلية وسط المجتمع الجزائري من الميت إلى شخص حي بلغت 90% في حين بلغت 70% في تونس و 30% في فرنسا، حيث أن عائلات الشخص المتوفى ترفض فكرة التبرع بأعضاء فقدها، ولقد تم زرع 8 كلى فقط من ميت إلى حي طوال 26 سنة، ليبقى التبرع محصوراً من شخص حي إلى آخر حي بنسبة 99% ما أدى إلى تزايد عدد طالبي عملية زرع كلية، والذين تضاعف عددهم في ظرف عشر سنوات مرتفعاً من 3000 إلى 7000 شخص يحتاج لزرع الكلية. ص. بورويل، الجزائر تعرف نقصاً ملحوظاً في التبرع بالأعضاء، 7 آلاف مريض في حاجة لزرع الكلى، مقال نشر بجريدة الخبر ليوم الاثنين 17 أكتوبر 2011 العدد 6508 السنة الواحد والعشرون، ص.24.

2 - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.15.

حال نقل العضو من إنسان حي. ومنه فإن نقل الأعضاء من جثة الإنسان يتميز بمميزات تختلف عن النقل من الأحياء.

كذلك تبرز الصعوبة في ارتباط هذه العمليات بمدى حق الشخص على جثته، وكذلك حق أسرته من بعده، وأيضاً مدى تعارض تلك الرغبات أو الحقوق مع متطلبات العلم وخدمة الإنسانية، لا سيما أن التشريعات الجنائية قررت حماية الجسم البشري، إذ هو الوعاء المادي والمعنوي الذي ينتهي بوفاته. كما أن المتوفى تنقطع أعماله وتتوقف تصرفاته، والقانون يعتبر الإنسان مقدساً حياً أو ميتاً، ولا يجوز المساس به إلا بموافقة فالحى يستأذن، ولكن الميت كيف يستأذن؟¹

ليس هذا فحسب، بل نجد الشريعة الإسلامية قد أولت عنايتها للجسم البشري بعد وفاته وحمايته من العابثين، فجاءت الأحاديث تنص على تحريم كسر عظم الميت ونهت عن إيذائه.

وهنا تتور التساؤلات التالية: هل يملك الإنسان التصرف بأعضائه بعد الموت؟ وما حكم نقل الأعضاء من جثة الإنسان؟ فإذا كان الأمر جائزاً فما هي شرائطه وضمانته؟ وما هو تأثير هذه العمليات على صعيد الحماية الجنائية لجثة الإنسان؟ وللإجابة عن هذه الإشكالات نتناول مفهوم نقل الأعضاء من جثة الإنسان (المطلب الأول) ثم مشروعية نقل الأعضاء من جثة الإنسان في الفقه الإسلامي والقانون من (المطلب الثاني) وأخيراً شروط نقل الأعضاء من جثة الإنسان في الفقه الإسلامي والقانون وما توفره هذه الشروط من حماية جنائية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم نقل الأعضاء من جثة الإنسان

نحاول في هذا المطلب أن نتطرق إلى تعريف نقل الأعضاء من جثة الإنسان ومميزاته (الفرع الأول) ثم المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل الأعضاء من جثة الإنسان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف نقل الأعضاء من جثة الإنسان ومميزاته

ينبغي تعريف نقل الأعضاء من جثة الإنسان (أولاً) ثم ما يميز نقل وزرع الأعضاء من الأحياء عن نقل الأعضاء من الأموات (ثانياً).

أولاً: تعريف نقل الأعضاء من جثة الإنسان

لقد تناولنا عند دراسة نقل وزراعة الأعضاء من الأحياء وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان - الفصل الثاني من الباب الأول - إشكالية المصطلح الأصوب بين مصطلحي غرس وزرع،

¹ - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص.308.

وفكرة الترادف بين عمليتي نقل وزرع، وخلصنا إلى القول بعدم الترادف بين لفظي النقل والزرع لاستعمال "واو" العطف بدل "أو" التخييرية، فضلاً عن انفصال كل منهما بعمليتين مستقلتين.

غير أننا سنقتصر في دراستنا لهذا المبحث على مصطلح "نقل" لأنه يفني بالغاية من الفصل الذي ينطوي على أثر التطور الطبي على نطاق الحماية الجنائية لجثة الإنسان، على اعتبار أن محل النقل، هو إما إنسان حي أو ميت، وهذا المحل الأخير هو ما يهمننا على وجه التحديد في هذا المبحث.

وعليه يمكننا أن نأخذ تعريفاً لنقل الأعضاء من جثة الإنسان بأنه العملية التي يتم بها استئصال العضو السليم القابل للنقل من جثة الإنسان حصراً تمهيداً لزرعه في جسم المتلقي في الحال أو المآل.

ثانياً: مميزات نقل الأعضاء من جثة الإنسان

تتميز عمليات نقل الأعضاء من جثة الإنسان بمميزات تجعلها تختلف عن النقل بين الأحياء، من حيث انتفاء المحاذير الطبية، الاستفادة من الأعضاء المنفردة، وفرة الأعضاء البشرية ونبين فيما يلي هذه المميزات بشيء من التفصيل:

I. انتفاء المحاذير الطبية

مما يجدر التنبيه إليه على سبيل المقارنة بين نقل الأعضاء من الإحياء ونقل الأعضاء من الأموات، أنه لا يجوز قانوناً أن يتنازل الشخص السليم المعافي من الأمراض عن عضو من أعضاء جسمه، يؤدي وظائف هامة تؤثر على حياته وتهددها بالانقراض. كما يثور التساؤل عن مشروعية النقل من الأحياء أو من متنازل لا يشكو ضرراً في جسمه لزرعه إلى غيره؟ وأن كانت القوانين تجاوزت البحث عن هذا التساؤل بإقرار مشروعية النقل من الأحياء فإن المشكل لا يثار أصلاً في نقل الأعضاء من الأموات. فلا توجد محاذير من الناحية الطبية بالنسبة للمتبرع الميت، إذ لا ضرر عليه فهو قد أفضى لما هو فيه. وباعتبار أن الجثة محلها إلى التحلل والفناء، وأن ما يؤخذ من الأعضاء لن يغير الموت ولن يؤلمه بل فيه إحياء لنفس شارفت على الهلاك.

II. الاستفادة من الأعضاء المنفردة

النقل من الحي يقتضي عدم تنازل الشخص عن جزء من جسمه يترتب على ذلك مساس مستديم بالسلامة الجسدية، أو الأعضاء التي يترتب على استئصالها المساس بالحياة الإنسانية في جسم الإنسان الحي من الكلى والرئة. وعلى هذا يعتبر غير مشروع التصرف الذي يترتب عليه المساس بالحياة الإنسانية مثل أن يتنازل الشخص عن قلبه، لأن هذا التنازل هو تنازل عن الحياة ذاتها، وعليه فالطبيب

الجراح الذي يستأصل عضواً حيوياً من جسم المعطي كالقلب مثلاً لزرعه في شخص آخر يسأل جنائياً ومدنياً، ولا يعتد برضا المجني عليه فرضائه لا يمنع من قيام العمد ولا يحول دون مساءلة مرتكبها¹. فإذا كان هذا شأن النقل من الأحياء فإن النقل من الميت يوفر أعضاء يستحيل توفرها من المتبرع الحي، مثل القلب والرئتين والبنكرياس والكبد.

III. وفرة الأعضاء البشرية

الزرع من الميت يوفر أعضاء عديدة من وإلى المرضى في وقت واحد، كما يحدث في المراكز المتقدمة، حيث يؤخذ القلب والكبد والكلية والرئتان في آن واحد من ذات الشخص الميت². وترتبط هذه المزايا زمنياً مع عدم توافر الكمية المطلوبة من الأعضاء والأنسجة البشرية، لتلبية رغبة الأعداد المتزايدة من المرضى، خاصة مع تطور عمليات نقل الأعضاء، وزيادة احتمال النجاح وانخفاض حالات الفشل، والتعرض للمخاطر الجسدية بوجه عام³. ويردف ذلك تضاؤل عمليات النقل من الأحياء، الراجع إلى الخشية من المخاطر الجسدية، وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن هذه العمليات تكاد تنعدم من الناحية العملية اللهم بعض التبرعات بالأعضاء التي تتم داخل الأسرة الواحدة، ولمصلحة فرد من أفرادها لا غير⁴. وعطفاً على هذا فإن نقل الأعضاء من جثة الإنسان رغم المزايا التي يوفرها إلا أنه تثير العديد من المشاكل القانونية التي نرى ضرورة تفصيلها فيما يلي.

الفرع الثاني

المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل الأعضاء من جثة الإنسان

أن الحقيقة الثابتة في مجال نقل وزراعة الأعضاء هي أن النقل من الجثة لا يصطدم بكثير من المشاكل القانونية التي واجهتها عمليات النقل من الأحياء، ومع ذلك فإن نقل الأعضاء من الجثة يثير العديد من المشاكل خاصة منها ما تعلق بتحديد لحظة الوفاة وتلك التي تتعلق بهوية الأطراف وتلك المتعلقة بالعمل الطبي.

أولاً: المشكل المتعلق بتحديد لحظة الموت

في عمليات نقل للأعضاء من جثة الميت إلى شخص حي لا بد من التأكد من لوفاة، وتحديد لحظة الوفاة يعتبر ذا أهمية كبيرة في عمليات نقل القلب بالذات، والموت مفارقة الروح للجسد، وهو

¹ - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.15.

² - أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص.260، الهامش 1.

³ - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.221.

⁴ - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية...، التطبيقات...، المرجع السابق، ص.327.

يوضح الحد الفاصل بين الحياة والموت وبالتالي الواجبات التي تفرض على الطبيب. فقبل الموت نكون بصدد إنسان حي يجب على الطبيب أن يبذل ما في جهده لإنقاذه ومعاونته، وأي مساس بالجسد قبل لحظة الموت يترتب المسؤولية الجنائية والمدنية¹. وقد اجتهد العلماء لمعرفة الحد الفاصل بين الحياة والموت بين المعيار التقليدي والحديث - على النحو السابق الذكر - ومشكلة تحديد لحظة الموت يثير بعض النقاط المثيرة للجدل.

I. المسألة المتعلقة بالتشريع

يثور التساؤل حول الخلاف الفقهي بين القانونيين والأطباء حول إمكانية إخضاع مسألة الموت للتشريع، بمعنى هل الموت مسألة قانونية ومن ثم يجب على المشرع أن يتدخل بخصوصها ويضع لها نصوص قانونية كما هو الشأن بالنسبة للتشريعات المقارنة، أم أنه مسألة طبية بحتة تترك لأهل الفن والاختصاص وهم الأطباء ليتولوا تعريفها دون معقب عليهم، والأمر لا يزال يشكل خلاف بين التشريعات بين من ينظم الوفاة بنصوص قانونية ومن أوكلها للأطباء ومن ترك فراغ أو دون إشارة، وبين من يأخذ بالمعيار التقليدي وبين من يرى بالمعيار الحديث².

II. المسألة المتعلقة بالطبيب المعين للوفاة

لقد نصت المادة 165 الفقرة الثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري على أنه: "... ولا يمكن للطبيب الذي عاين وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع...". وهذا النص تقابله المادة 2 فقرة 3 من القانون المدني لمقاطعة كوكب بكندا والغاية من هذا النص استبعاد شبهة التلاعب بجسم الإنسان، ولكن مجال أعمال هذا النص - وإن كان متاحا في المستشفيات العامة التي تتوفر على فرق طبية وأجهزة - غير ممكن في ظل شح الفرق الطبية وكذا التجهيزات اللازمة في مستشفيات أخرى³.

ثانياً: المشكل المتعلق بهوية الطرفين (المتنازل والمريض)

من الشروط العامة المطلوبة في مجال زراعة الأعضاء أنه لا يوجد إعلان اسم المتبرع للمريض ولا لأسرته، والعكس صحيح. وقد نص على هذا الشرط المشرع الجزائري في المادة 165 الفقرة الثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها بالقول "... كما يمنع كشف هوية المتبرع المستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع...".

¹ - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 19.

² - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية...، التطبيقات...، المرجع السابق، ص. 340.

³ - نفس المرجع، ص. 340.

والهدف من هذا الحفاظ على الطابع الإنساني، ومبدأ المجانية، وتفادي الإعلان المبكر للموت بدافع الاستفادة من الأعضاء الحيوية أو تحقيق سبق العلمي¹، إلا أننا نجد هذه العمليات تتم في أغلبها بين الأقارب ممن يعرف بعضهم البعض، وقد لا يتنازل لشخص إلا لمن به صلة فما مصير هذا النص إذا كان أطراف العملية يعرف بعضهم البعض؟ كما أن التصرف في جثة الإنسان عن طريق نقل الأعضاء منها لشخص حي يثير إشكالية في إطار بحث مشروعية هذه التدخلات وهو ما يجدر بنا بحثه فيما يلي.

المطلب الثاني

مشروعية نقل الأعضاء من جثة الإنسان

يثير موضوع استقطاع الأعضاء لإعادة زرعها في جسم آخر كثير من التساؤلات في فقه القانون خصوصاً عندما أثبتت التجارب الطبية نجاحها في هذا المضمار، بحيث أصبح الأسلوب ضرورة علاجية لبعض المرضى. وبالتالي لم يعد للباحث القانوني بدا من إنكارها وإلا وصف بعدم مسابته للركب الحضاري في استخدام الوسائل الفنية الحديثة لتحقيق مصالح وسلامة الإنسان، فنجد عمليات ترقيع الجلد عن طريق نقل قطعة من النسيج السليم بجسم الإنسان إلى موضع آخر تالف، وذلك بغية علاج بعض التشوهات والحروق التي تصيب الجسم. كما نجد العدد الهائل من عمليات نقل الكلى التي يباشرها الأطباء في الوقت الحالي وتصادف نجاحاً وبخاصة في عدم رفض الجسم لها².

والملاحظ أن الأنظمة القانونية قد اختلفت بصدد مشروعية هذه التدخلات حيث أنكر البعض صفة المشروعية واعتبرها بالرغم من تحقق مقتضيات التضامن الاجتماعي تنال من عناصر الحق في السلامة الجسدية مما يقتضي تجريمه وتأييم السلوك المادي له³.

ولمثل هذا أمر نعمل على إيجاد القالب القانوني لهذه العمليات (الفرع الأول) ثم مشروعية نقل الأعضاء من جثة الإنسان في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مشروعية نقل الأعضاء من جثة الإنسان في القانون

إن معايير الحياة السامية يقتضي منا معرفة المصالح ذات القيمة الحياتية التي تخلقها حتمية التقدم والتطور، فكثير ما تستجد لنا الأمور فتتلقاها بالمعارضة، خاصة إذا كان هذا التقدم يمس عقيدة أو فكرة أو نظرية استقرت زمناً طويلاً، كتقديس مبدأ حصانة جثة الإنسان بشكل مطلق، فيؤدي بنا إلى التراجع

¹ - محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص. 581.

² - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص. 1052.

³ - نفس المرجع، ص. 1054.

والبعد عن الحركة، ثم لا نلبث قليلاً حتى نعترف بمصلحتها وضرورة مسايرة ذلك التقدم، فترجع عن ذلك التقديس المطلق.

وقد استحق الأمر من رجل القانون إظهار التعامل مع العاملين في الطب، حتى توضع هذه العمليات في الإطار القانوني السليم، وذلك بأن يقدم الطبيب الوسيلة الفنية، ويقوم رجل القانون بتقديم القالب القانوني، وبذلك لا يطغى التقدم العلمي على مصالح البشرية، فالتنظيم القانوني يحمي الحرية والكرامة الإنسانية في إطار التقدم العلمي، وهذا ما دفع إلى أن تسن القوانين الطبية.

ولقد تولّت القوانين دراسة موضوع نقل الأعضاء وما يهمننا على وجه الخصوص شطره الثاني المتعلق بنقل الأعضاء من الجثة حصراً. وعليه نبحت الاتجاهات القانونية لمشروعية نقل الأعضاء من جثة الإنسان (أولاً) ثم الأساس القانوني لنقل الأعضاء من جثة الإنسان (ثانياً).

أولاً: الاتجاهات القانونية لمشروعية نقل الأعضاء من جثة الإنسان

تتنازع المواقف القانونية لمشروعية نقل الأعضاء من جثة الإنسان، بين من يمنع هذه العمليات الطبية، وبين من يبيح هذه العمليات، وفيما يلي نتعرض لهذه المواقف بشيء من التفصيل.

I. الاتجاه القانوني المانع لنقل الأعضاء من جثة الإنسان

إن مبدأ معصومية الجسد أي حرمة الكيان المادي لجسم الإنسان، لم يقتصر أثره على الإنسان الحي، بل يمتد إلى حماية جثة الإنسان، فنجد التشريعات الوضعية كالعقائد الدينية تحرم المساس بجثة المتوفى.

فقد جاء في قانون العقوبات المصري في المادة 160 فقرة 3 بتحريم انتهاك القبور أو تحريم أي عمل من شأنه المساس بجرمة الجثة سواء كان هذا العبث قبل الدفن أو بعده، وأفرد عقوبة جنائية لمخالفة هذه الأفعال الإجرامية¹.

ونصت المادة 374 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين وبغرامة لا تزيد عن مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من انتهاك عمدا حرمة جثة أو جزء منها أو رفات آدمية أو حسر عنها الكفن وإذا وقع الفعل انتقاماً من الميت أو تشهيراً به فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات"².

في الواقع هناك اتجاه فطري مقتضاه أنه لا يمكن المساس بجثة الإنسان لأي سبب كان، وقد ظهر هذا الجسم كأنه شيء مقدس، ونتج عن هذه القدسية الاهتمام الدائم بالقيم الأخلاقية التي يمثلها، ومن

1 - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 119.

2 - نفس المرجع، ص. 119، الهامش 1.

ثم تقرر الحظر القانوني للتدخل على جثة الإنسان. ولأنه لا يمكن اعتبار هذه الجثة ببساطة محضة أنها شيء منقول، فإنها أكثر بكثير من مجرد شيء، لأنها تمثل ذلك الشخص الذي كان كائناً بشرياً، كما أنها تعبر عن مشاعر عديدة.

كتب البروفيسور جون سافيتيه منذ عام 1966 " ليست الجثة إلا شيء ولكن الوفاء لذكرى الشخص الذي تمثله يفرض احترام هذه الجثة " ¹.

إن حرمة الجثة تقتضي الحماية القانونية؛ لأنها من النظام العام، ويتبع الطابع المقدس الذي يرتبط بالشخص، قياساً على وجود الحماية للجنين الذي في بطن أمه، إذ يقرر القانون حقوقاً له، ولا يمكن أن تعامل الجثة التي تعتبر غطاءً جسدياً للروح ². ولهذا الحرمة انحاز اتجاه يمنع نقل الأعضاء.

II. الاتجاه القانوني المبيح لنقل الأعضاء من جثة الإنسان

إن حاجة المرضى من الأحياء إلى أعضاء بشرية بدلا من أعضائهم التالفة لإنقاذ حياتهم من الموت جعلت الفقه القانوني يتجه نحو البحث عن مدى مشروعية الحصول على قطع الغيار الآدمية المطلوبة لهؤلاء المرضى من جثث الموتى، وبناء على ذلك وإزاء قدسية الجسد فإنه لا بد من التحلل ولو جزئياً بالقدر الذي يحقق ضرورات التعاون والتضامن الإنساني لأمر يعلو بكثير من الحرص على مبدأ حرمة المساس بالجثة ³.

ونتساءل في هذا المقام أيهما أكرم للإنسان؟ أن يموت ويدفن قلبه في التراب، أم أن يظل قلبه حياً يدق ويعطي الحياة للغير؟

يجيب الدكتور برنارد الرائد في نقل الأعضاء بمستشفى "جوهان سبورغ" في جنوب إفريقيا أنه لا يجب أن يسمح بموت القلب السليم في شخص متوفى - ويقصد بذلك الموت البيولوجي بعد انقطاع التروية الدموية - وإنما يجب الاحتفاظ به خفياً يتلقى جريانه كمية كافية من الدم المؤكسد حتى بعد أن تتوقف في الجسم كل مظاهر الحياة، كما يجب أن تعمل تسهيلات لاختزان هذه القلوب فترة من الزمن ⁴.

¹ - J. Savatier. : زرع الأعضاء أمام القانون. مقتبس عن: أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 180.

² - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 183.

³ - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 119.

⁴ - مقتبس عن: مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص. 400.

يقول العميد "رونيه سافتييه" يسمح قانوناً أن يكون الشخص سيد جسمه حتى بعد الموت، ويمكنه أن يحدد مصير جثته بشكل مطلق، بحيث يمكنه فرض ذلك قانوناً فيما بعد على أقاربه، وعلى جميع أفراد المجتمع¹.

وأعلنت محكمة النقض البلجيكية في قرارها الصادر في 03 جويلية 1889: "يستطيع الشخص الذي كان سيد جسمه خلال حياته، التصرف بحرية بجثته في الفترة التي لن يكون فيها موجوداً"². فالإنسان هو سيد جسده بعد الوفاة، ولهذا فمن حقه أن يحدد كيفية التصرف في جثته وإرادته تلزم أقاربه والمجتمع، والتصرف الذي بمقتضاه يتصرف الشخص في جثته أو في أي جزء منها يعد مشروعاً ومقبولاً وملزماً للآخرين، طالما أن الغرض من التصرف هو توجيه الجثة إلى غرض مشروع³.

وقد اختلفت التشريعات في معالجة هذا الأمر، فمنها من نظم الحصول على بعض الأعضاء دون بقية الجثة، ومنها من التزم الصمت ومنها من أباح بالإيضاء إلى ما بعد الوفاة. وكثير من التشريعات الأجنبية تعرضت بالنص صراحة على جواز استئصال جزء من جثة المتوفى وزرعها في جسم آخر حي، وهي أسبق في تاريخها من تلك التي تعرضت للتصرف في جزء من جسم الإنسان الحي⁴.

ففي فرنسا أدخلت استثناءات كثيرة من أجل مصلحة البشرية وأجاز العديد من التصرفات في جثة الشخص بشروط مختلفة حيث صدر في فرنسا قانون 1949/7/7 الخاص بإباحة التصرف في قرنية العين، ومن ثم يعتبر هذا القانون من التطبيقات التشريعية لمبدأ الاستئصال من جثة الإنسان، وفي أكتوبر 1947 صدر قرار وزير الصحة الفرنسي الذي يجيز لرئيسي القسم بالمستشفيات أن يصدر قرار - دون انتظار موافقة أحد- بتشريح الجثة أو استئصال أجزاء منها إذا تحققت المصلحة العلمية أو العلاجية⁵.

ثم صدر القانون رقم 1181 لسنة 1976 بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية نصت مادته الثانية على أنه: "يجوز استئصال أجزاء من جثة شخص وذلك لأغراض علاجية أو علمية". ثم المادة 671-7 من 94-654 الصادر في 29 جويلية 1994 والتي أشارت إلى نفس الحكم⁶.

¹ - R. Savatier : زرع الاعضاء البشرية، مشاكل قانونية، Cah. Laennec، 1956. مقتبس عن: أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.190.

² - محكمة النقض البلجيكية، 30 جويلية 1886. مقتبس عن: أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.190.

³ - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.121.

⁴ - نفس المرجع، ص.120.

⁵ - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص.120.121.122.

⁶ « Art. L 671-7. - Le prélèvement d'organes sur une personne décédée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et après que le constat de la mort a été établi dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat ». Art 671-7, loi 49-654.

وتطور الوضع في القانون الأمريكي، ووضع أول قانون في 1968/7/30 وهو يبيح نقل الأعضاء من جثة شخص ميت¹.

ومن التشريعات العربية نص القانون اللبناني رقم 109 الصادر في 1983/9/16 المتعلق بأخذ الأعضاء في المادة الثانية من المرسوم الإشتراعي على الاستئصال من الجثة وذلك بقولها: "يمكن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من جسد شخص ميت...".

أما القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء فقد أجاز المساس بالجثة حيث نص في الفصل الثالث على أنه يجوز أخذ العضو من جثة شخص ميت لغايات محددة.

كما نص القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 المتعلق بإعادة تنظيم بنوك العيون على جواز المساس بالجثة لغرض الاستئصال، حيث قرر في المادة الثانية جواز أخذ العيون من الموتى وقتلى الحوادث. وفي القانون رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية نص في المادة الأولى "لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بنقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي أو من جسد إنسان ميت بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا طبقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له". وأخيراً فُضَّ الجدل الفقهي المصري فيما يتعلق بإباحة نقل الأعضاء من جثة الإنسان بعدما حاول البعض² تفسير القانون 103 الخاص ببنك العيون وزرع القرنية وامتداد إباحتهما لغيره من الأعضاء بالاعتماد على القياس لكونه مشروعاً فيما يتعلق بأسباب الإباحة، وبذلك يكون المشرع المصري قد نهج منهج القوانين في النص صراحة على جواز نقل من الجثة منعاً للاجتهادات الفقهية الطبية والقانونية والدينية ورفعاً للمسؤولية الجزائية على الأطراف المتدخلين في العملية.

ونص القانون المغربي رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية في الفصل الثالث على أخذ الأعضاء من الأموات فجاء في المادة 16 منه: يمكن إجراء عمليات أخذ الأعضاء... من أشخاص متوفين...".

¹ -« ... The following persons may become donees of gift of bodies or parts thereof for the purposes stated: -
(1) any hospital, surgeon, or physician, for medical or dental education, research advancement of medical or dental science therapy, or transplantation or.
(2) any accredited medical or dental school, college or university for education...etc.
(3) any banker or storage facility, for medical or dental education...ect.
(4) any specified individual for the therapy or transplantation needed by him » Sec (3). The Uniform Anatomical Gift Act 1968.

² - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، المرجع السابق، ص.266؛ مهند صلاح أحمد فتحى العزة، المرجع السابق، ص.105؛ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.59-66.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها على السند القانوني لإباحة الاستئصال الأعضاء من الجثة بقولها " 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... " ومن خلال هذه النصوص يتبين إباحة التصرف في الجثة البشرية لأغراض علاجية (نقل الأعضاء) وهو الطابع العام لكل القوانين سواء التي نصت صراحة على إباحة عمليات الأعضاء بصفة عامة لكل الأعضاء أو بصفة خاصة لبعض الأعضاء.

ثانياً: الأساس القانوني لنقل الأعضاء من جثة الإنسان

يكتفي العديد من الفقهاء الذين آثروا دراسة موضوع نقل وزرع الأعضاء في بحثهم بعرض القوانين الغربية والعربية لإباحة نقل الأعضاء وبيان مشروعيتها، فضلاً عن دراسة الأساس القانوني لنقل الأعضاء بين الأحياء، على اعتبار أن هذا النوع من النقل كان محل بحث وجدل فقهي، فيتعين علينا بحث الأساس أو التبرير القانوني لعمليات نقل الأعضاء من جثة الإنسان، وذلك بالاعتماد على فكرة الضرورة العلاجية، لبحث ما إذا كانت تصلح كأساس أو مبرر لهذه العمليات، فهل يمكن اعتبار فكرة الضرورة العلاجية الأساس القانوني لنقل الأعضاء من الإنسان؟ أم أنها لا بد أن تقترن بفكرة الرضا؟ وهو ما سنتناوله في النقطتين التاليتين:

I. فكرة الضرورات العلاجية

تهدف عملية استئصال أجزاء من جثث الموتى إلى تحقيق هدفين مشروعين: أولهما علاجي، فلقد غدت الجثة لا تقل قيمة عن جسد الإنسان الحي، وذلك بسبب تطور العلوم البيولوجية وصارت لها أهمية كبرى في عالم الأحياء، فهي مصدر غني لقطع الغيار اللازمة للبشرية من أعضاء أو أنسجة أو شرايين أو هرمونات؛ وثانيهما علمي فلا يستطيع أحد أن يجادل في أهمية الفحص البكتريولوجي للجثث للوقوف على العديد من أسباب الوفاة وكذلك في مجال علم الأوبئة للاحتراز والوقاية من الأمراض وأيضاً في مجال التشريح الجنائي - كما مر معنا- باعتباره من العلوم الأساسية لطالب الطب لكي يقف على تركيب الجسم ومعرفة مواطن الأعضاء ووظائفها¹.

وعلى هذا لا يجوز استعمال الجثث البشرية من أجل تحقيق أغراض أخرى مثلما حدث في ألمانيا النازية عند استعمال جثث الموتى من أجل إنتاج بعض أنواع من الأسمدة والكيماويات².

1 - محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص. 701-702.

2 - نفس المرجع، ص. 702.

واختلفت القوانين المقارنة بين الاقتصار على الأغراض العلاجية كالقانون اليوغسلافي 1982 والبرتغالي 1976 والاسباني 1980 وبين الجمع الأغراض العلاجية والعلمية كالقانون الفرنسي 1976 والأرجنتيني 1977، وكذا القانون الجزائري بنص المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها " لا يجوز انتزاع الأعضاء ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية...".

ولكن الهدف العلاجي لا يصلح هكذا مبرراً للمساس بالجثة، بل لا بد وأن يكون المساس بالجثة هي الوسيلة الوحيدة للعلاج، فإذا كان من الممكن مثلاً علاج المريض بأنه وسيلة فعّالة أخرى فإنه لا يجوز المساس بالجثة إطلاقاً فالمساس بالجثة يجب أن يكون الوسيلة الأولى والأخيرة للعلاج، ومثل هذا نصت المادة 166 بقوله " لا تزرع الأنسجة والأعضاء البشرية إلا إذا كان يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية".

تنص المادة الثامنة من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بزراعة الأعضاء السابق الذكر بأنه " يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت ...".

II. فكرة الرضا المقترن بالضرورات العلاجية

يجب أن يحترم الناس رغبة المتوفى ضمن الحدود التقليدية للقانون والنظام العام والأخلاق العامة، فيستطيع الشخص أن يوصي بكل أو جزء من جثته، لأنها تمثل فائدة اجتماعية لا تقبل الشك. غير أنه إذا فرض المتوفى إعطاء جثته كطعام للحيوانات مثلاً أو إذا أبرم عقداً لبيع بقايا جسمه، فإن الأمر سوف يكون مخالفاً للنظام العام، فلا بد من تقييد رضاه بضرورة علاجية، وهذا ما يفيد فكرة الرضا المقترنة بالضرورة العلاجية¹.

كما أن القانون الإنجليزي سالف الذكر، رغم إقراره الهدف العلاجي، إلا أن ذلك لا يفيد تبرير نقل الأعضاء، بل أن الأساس الصحيح هو الرضا الصادر من الشخص قبل وفاته؛ لأنه لا يغني توافر الهدف العلاجي عن رضا الشخص المتوفى أو أسرته².

وبالنسبة للمشرع الجزائري فرغم وضوحه، وتبينه لفكرة الضرورة العلاجية، إلا أنه لا يمكن أن تكون وحدها كأساس لإباحة هذه العمليات، حيث نصت المادة 164 على أنه: "... وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك...". وكذا المادة الثامنة من القانون

¹ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 190.

² - نفس المرجع، ص. 122.

المصري رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بزراعة الأعضاء " يجوز لضرورة ... إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون". وبعد بيان مشروعية نقل الأعضاء من جثة في القانون ينبغي بيان مشروعية ذلك في الشريعة الإسلامية كما يلي.

الفرع الثاني

مشروعية نقل الأعضاء من جثة الإنسان في الفقه الإسلامي

ذهب بعض العلماء والفقهاء سواء القدامى أو المعاصرين إلى أنه لا يجوز التبرع بالأعضاء، واستندوا في التذليل على آرائهم الرافضة للتبرع على عدد من الحجج والأدلة ويمثل هؤلاء الاتجاه المانع لنقل الأعضاء من جثة الإنسان (أولاً) في حين يرى آخرون بجوار ذلك ويمثل هذا الاتجاه المبيح لنقل الأعضاء من جثة الإنسان (ثانياً) وسوف نورد آراءهم والأدلة التي استندوا عليها في هذا الشأن.

أولاً: الاتجاه المانع لنقل الأعضاء من جثة الإنسان

يمنع هذا الاتجاه عمليات نقل الأعضاء من جثة الإنسان بالاعتماد على المسائل التالية، مسألة الكرامة الإنسانية، ومسألة ملكية الإنسان لجسده، ومسألة التداوي بالحرم، ومسألة " قاعدة سد الذرائع".

I. مسألة الكرامة الإنسانية

لا جدال في أن الله سبحانه وتعالى كرم الإنسان وفضله على كثير من خلقه، فنهى عن ابتذاله والتعدي على حرّماته حياً أو ميتاً، ولا أدل على تكريم الله للموتى من بني البشر، ما شرع من التكفين والدفن، وتحريم نبش القبور إلا لضرورة¹.

وإذا كان الإسلام يوجب تغسيل الميت والدفن، وتحريم نبش القبور، وتحريم كسر عظام الميت وتهشيمها، فإن الاعتداء على الجسد بالقطع والتمثيل والإتلاف ممنوع كتأخير الدفن، ونقل الأعضاء يستلزم كل هذه الموانع فمن ثم فهو ممنوع من باب أولى.

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى عليه وسلم: " لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلده، خير له من أن يجلس على قبر "². وقال الإمام النووي: القعود على القبر حرام وكذا الاستناد إليه والاتكاء عليه، فاحترام الميت في قبره بمثله احترامه في داره.³

¹ - عبد القادر عثمان، المرجع السابق، ص. 238.

² - رواه النسائي، كتاب الجنائز، التشديد في الجلوس على القبر، المجلد الثاني، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص. 95.

³ - مقتبس عن: أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص. 255.

ومن الحجج التي استندوا عليها ليؤكدوا رأيهم ما جاء في السنة المطهرة من نهي الرسول عن المثلة، واستئصال عضو من جثة المتوفى فيه شيء من المثلة. وأيضاً ما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "كسر عظم الميت ككسره حياً"¹. عن جابر رضي الله عنه أنهم خرجوا في جنازة فأخرج الحفار عظماً ساقاً أو عضداً فذهب ليكسرهما، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم لا تكسرهما، كسر عظم الميت ككسره حياً في الإثم"². عن جابر رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم مرت به جنازة يهودي فقام فقيل له: إنه يهودي، قال أليست نفساً؟"³. ووجه الاستدلال في هذه الأحاديث أن حرمة الميت كحرمة الحي، فلا يجوز الاعتداء عليه، ونزع العضو من الإنسان الميت لزرعه في جسم الإنسان الحي يعتبر اعتداء على حرمة.

II. مسألة ملكية الإنسان لجسده

إن من أهم شروط الانعقاد في عقود التمليك "الملكية"، وإن تخلف هذا الشرط ترتب عن تخلفه عدم الانعقاد؛ أي البطلان، ولا حاجة لتصحيح العقد؛ لأنه لم ينعقد أصلاً، والإنسان ليس مالكا لجسده، فلا يباح التصرف فيه⁴.

قال فضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي - رحمه الله - : "إن ما يقال عن جواز التبرع بأجزاء الجسد في حالة الوفاة، فإننا نقول: إذا كان هذا يحرم على إنسان وهو حي، فإنه من باب أولى أن يكون حراماً إذا مات، ذلك إن الإنسان إذا كان لا يملك جسده وهو حي فمن باب أولى لا يملكه ورثته وهو ميت"⁵.

III. مسألة التداوي بالحرث

إن ما أبين من حي هو شبيهة بميتة الطهارة والنجاسة، والإنسان الكافر نجس، وما أبين منه حياً أو ميتاً نجس، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾⁶، والأمر باغتساله إذا أسلم والمسلم ميتته نجسة، وما أبين منه وهو حي نجس بدليل غسله بعد موته، لذا كان ترقيع المسلم الحي بما هو نجس إخلالاً بواجبات

¹ - حديث سبق تخريجه، ص. 413.

² - حديث سبق تخريجه، ص. 413.

³ - حديث سبق تخريجه، ص. 413.

⁴ - سعاد سطحي، المرجع السابق، ص. 57.

⁵ - هذا الرأي منشور في تقرير لجنة الشؤون الصحية والبيئة. مجلس الشعب المصري، مجلة اللواء الإسلامي، العدد 266، ص. 11. مقتبس عن:

أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 169.

⁶ - سورة التوبة، الآية. 28.

الشريعة وآدابها¹. ووجه الدلالة أن الحث على التداوي يقيد بما هو حلال ولما كان الأمر بخلاف ذلك فهو محرم ومن ثم لا يجوز التداوي بالأعضاء.

IV. مسألة " قاعدة سد الذرائع "

من الأدلة التي استند إليها أنصار الرأي المانع لنقل الأعضاء من جثة الإنسان "قاعدة سد الذرائع" وقاية مما يمكن أن توصل إليه هذه العمليات الطبية من أضرار.

أن عملية نقل الأعضاء هذه كالتبرع بالكلية أو القرنية، لن يقف عند مجرد التبرع بها، بل يمكن أن تثبت أن أعضاء الإنسان الأخرى مجدية لغيره من الناس. وقد تظهر استخدامات ومنافع أخرى، فإذا فتح هذا الباب فإن المسلم سوف توزع أعضائه ذات اليمين وذات الشمال، وبصورة كلية، وحينئذ لن يبقى منه شيء يدفن في القبر.²

يمكننا القول أن أنصار الرأي المانع المعارض لنقل الأعضاء من جثة الإنسان يجرمون ذلك، ويحرصون على حرمة وكرامة الميت، فهم يعتبرونه أولى بالاحترام كما أنهم يحتاطون مما يمكن أن توصل إليه هذه العمليات من الاتجار بالأعضاء، وهو ما يجعل الامتناع عنه واجب وأكد، كما أن إطار المنع يتلاءم إلى حد كبير، مع ما تستلزمه الحماية الجنائية لجثة الإنسان، من جراء الأعمال الطبية بحيث يوفر هذا الإطار أكبر حماية.

ثانياً: الاتجاه المبيح لنقل الأعضاء من جثة الإنسان

يبیح اتجاه آخر عمليات نقل الأعضاء من الجثة استناداً إلى إن حفظ النفس البشرية من الكليات المتفق عليها بين الشرائع السماوية، وهي من أهم أهداف الشريعة الإسلامية، حيث أن قتلها موجب لغضب الله سبحانه وتعالى وبالمقابل فإن إحيائها من أجل الأعمال ومن أعظم القربات³. قال تعالى: ﴿من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾⁴. وعليه تتعرض إلى الأدلة التي اعتمد عليها هذا الاتجاه وفتاوى وآراء الفقهاء والمجامع الفقهية فيما يلي:

I. أدلة إباحة نقل الأعضاء من جثة الإنسان

من خلال البحوث والدراسات التي صدرت في هذا الموضوع، نجد أن عناصر الإطار الشرعي المحيز لنقل الأعضاء، يعتمد على العديد من قواعد الشريعة الإسلامية تتمثل فيما يلي:

1 - محمد فارح، المرجع السابق، ص. 108.

2 - مصطفى محمد الذهبي، المرجع السابق، ص. 124-125.

3 - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 189.

4 - سورة المائدة، الآية. 32.

1. مبدأ إنقاذ النفوس وإزالة الضرر

اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بإرساء مبدأ حرمة جسد الإنسان على أساس من الآيات القرآنية والأحاديث التي حرمت قتل النفس، وحرمت المساس بجسده، سواء أكان حياً أو ميتاً¹.

قال تعالى: ﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق﴾²؛ وقوله: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً﴾³؛ وقال أيضاً: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين﴾⁴؛ وقال تعالى: ﴿ومن أحيائها فكأنما أحييا الناس جميعاً﴾⁵.

ومن الأحاديث ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ومن قتل نفسه مجديدة، فحديده في يده يتوجأ به في بطنه في نار جهنم خالداً فيها أبداً، ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم، خالداً مخلداً فيها أبداً ومن تردى من جبل فقتل نفسه، فهو مترد في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً"⁶.

ولما كان حفظ النفس من التهلكة وحماتها من الضياع، مقصد من مقاصد الشريعة كما أوردتها الآيات والأحاديث السابقة بالمعنى العام، فإن حفظ النفس البشرية بنقل عضو من شخص ميت إلى شخص حي لحفظ حياة هذا الأخير، يدخل ضمن المعنى العام لهذه الآيات.

2. : تحصيل أعظم المصلحتين ودرء أعظم المفسدتين

لقد أباح الشرع للمضطر أكل المحرمات في آيات كثيرة، قال تعالى: ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾⁷؛ وقال تعالى: ﴿فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم...﴾⁸.

استمد الفقهاء من هذه الآيات وغيرها القاعدة الكلية التي تقضي بأن الضرورات تبيح المحظورات، وأن الضرورات تقدر بقدرها. فإذا كان أكل المحرم مباحاً في حالات الضرورة، فإنه يكون

¹ - جاسم علي الشامسي، نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، 1419هـ - 1999، ص.25.

² - سورة الإسراء، الآية.31.

³ - سورة النساء، الآية.29.

⁴ - سورة البقرة، الآية.95.

⁵ - سورة المائدة، الآية.32.

⁶ - رواه البخاري، كتاب الطب، باب شرب السم والدواء به وما يخاف منه، الجزء السابع، المرجع السابق ص.181. ورواه مسلم كتاب الإيمان باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.118.

⁷ - سورة البقرة، الآية.173.

⁸ - سورة المائدة، الآية.03.

كذلك في حالات العلاج. فضرورة العلاج كضرورة الغذاء تبيح المحظور، لأن الهلاك الذي يمكن أن يعود على الإنسان من عدم التغذية، يمكن أن يصيبه من عدم التداوي¹.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية حرمت التمثيل بالجسد البشري، فإن هذا لا يقارن بالتمثيل في الحروب، تجديع الأنوف، وصلم الأذان، وبقر البطون، لأن الدافع إلى التمثيل في الحروب هو الانتقام، أما هنا فالدافع الرحمة والعطف والشفقة من شخص يريد لإنقاذ شخص مهددة حياته بالتلف².

إن علماء المسلمين أجازوا شق بطن المرأة الميتة في حال وجود مصلحة محققة أو راجحة، وذلك في الحامل إذا ماتت وفي بطنها جنين حي، فإنه يشق بطن أمه لإخراجه حيا. والتمثيل في الميت كالتمثيل في الحي من حيث الحرمة، ومع ذلك أجاز العلماء ذلك، وهذا ما يفيد أعمال الضرورات تفيد المحظورات³. كما أجاز فقهاء الشريعة شق بطن الميت لاستخراج ما يكون قد ابتلعه من مال.

فإذا وجب الشق لاستخراج الجنين لإنقاذ نفس بشرية، واستخراج المال ليستفيد منه الأحياء، فإنه يجوز أخذ الأعضاء من الميت وزرعها في جسم الإنسان الحي إنقاذاً لحياته.

3. المسلم لا ينجس لا حيا ولا ميتاً

إن المسلم لا ينجس لا حيا ولا ميتاً. فقد جاء في التسهيل: "و"الطاهر" ميتة الآدمي" على المشهور كما استظهره ابن رشد وعبر عنه في بيانه بالصحيح، واختاره عياض وجماعة من العراقيين؛ لأن تغسيله وإكرامه كما في آية ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ تأتي تنجيسه. فعن أبي العباس رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "المسلم لا ينجس لا حياً ولا ميتاً"، وفي رواية أخرى: "سبحان الله المؤمن لا ينجس"⁴. والأظهر في الفقه المالكي أن الميت ولو كافراً طاهر، وأن ما انفصل منه حياً أو ميتاً طاهر كذلك، وفي الصحيح عند الحنابلة أن الآدمي طاهر حي أو ميت، ومقابل الصحيح أنه ينجس بالموت ويطهر بالغسل⁵.

4. مبدأ التعاون والتضامن بين الناس

إن جسم الإنسان وإن كان وديعة من الله تعالى فقد مكن الإنسان من الانتفاع به والتصرف فيه، ولذلك يجوز الوصية بالأعضاء بعد الوفاة؛ لأن ذلك يمثل منفعة خالصة للغير دون احتمال وجود

¹ - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 254.

² - نفس المرجع، ص. 198-199.

³ - نفس المرجع، ص. 199.

⁴ - رواه البخاري، كتاب الجنائز، باب غسل الميت ووضوئه، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 93. ورواه مسلم، كتاب الحيض، الدليل على أن

المسلم لا ينجس، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص. 67.

⁵ - الشيخ مبارك علي ابن أحمد التميمي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 65-66.

ضرر؛ ولأن هذه الأعضاء سوف تتحلل بعد أيام ويأكلها التراب، فإذا أوصى ببذلها للغير قربة إلى الله تعالى فهو مثاب ومأجور. واستند هذا الرأي فيما ذهب إليه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه " شيء ينفع أخاك ولا يضرك، فلماذا تمنعه". وهذا لا يتنافى مع حرمة الميت، لأن حرمة الميت مصونة غير منتهكة، وعملية النقل تجرى للميت كما تجرى للحى بكل عناية واحترام دون المساس بجرمة جسده¹. ووجه الاستدلال في هذا أن إبقاء أعضاء الميت لشخص حي ينتفع بها تعتبر من باب الصدقة الجارية، وهذا أمر مندوب إليه، خاصة إذا أوصى صاحبها بذلك محتسبا الأجر عند الله عز وجل².

5. الإيثار

إن استئصال أجزاء من الجثة لتحقيق الأغراض العلاجية يتضمن معنى من معاني التضامن الإنساني في أسمى صورته، ولا يخفى أن رعاية مصلحة الأحياء أولى من ترك الجزء المنتفع به يبلى في التراب³.

6. الإنسان يملك نفسه

إن جميع الأعمال والتصرفات والمواقف يرجعها علماء الأصول والشريعة إلى حق واحد من أربعة حقوق، إما أن تكون حقاً خالصاً لله تعالى، كالعبادات والحدود والنسب والأمن العام، وإما أن تكون حقاً خالصاً للعباد، كضمان الدين، وحرمة مال الغير وتعويض التالف، وإما أن تكون جامعة بين حقوق الله وحقوق العباد، وحقوق العباد فيها غالبية، كالقصاص والدية في الجنايات على الأبدان، وإما أن تكون جامعة بين حقوق الله وحقوق العباد، أن حقوق الله تنطوي على المصلحة العامة، أما حقوق العباد خاصة بفرد معين، وفي هذا جاز له أن يتصرف فيه ويتبرع به، أما إذا كان حق من حقوق الله الخالصة أو الغالبة كالحياة، فلا يجوز له أن يتصرف فيه⁴.

II. فتاوى وأراء الفقهاء والمجامع الفقهية

بعد عرض أدلة إباحتها نقل الأعضاء من جثة الإنسان، تأتي على بيان الفتاوى الصادرة في هذا المجال، وهي كثيرة سواء منها الفتاوى الفردية أو الجماعية، وقد أفتوا بجواز هذه الأعمال، وأكدوا على أن

1 - عمر أبو الفتوح الحمامي، الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.2011، ص:90.

2 - سعاد سطحي، المرجع السابق، ص.39.

3 - أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص.107.

4 نفس المرجع، ص.111-112.

الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وقادرة على استيعاب كل المستجدات والمتطورات، عن طريق قواعدها التي تتميز بالمرونة وفيما يلي نبين هذه الفتاوى:

- 1- فتوى فضيلة الشيخ محمد خاطر في 03 ذي الحجة 1392هـ الموافق فبراير 1973م بإباحة جلد الميت لعلاج حروق الأحياء، الفتوى 1039.
- 2- فتوى الشيخ حسن مأموم في 06 شوال 1378هـ الموافق 04 أبريل 1959 برقم 1087 في إباحة نقل عيون الموتى إلى الأحياء¹.
- 3- فتوى الشيخ أحمد حماني بعنوان: "زرع القلب في جسم مريض" حيث يقول إذا كان الطب قد بلغ تقدمه إلى درجة زرع القلب من جسم حديث الوفاة، في جسم حي، ويجعل حياته تستمر، فلا حرج في ذلك، ما دام أن صاحب القلب توفي وتحققت وفاته، فلو كان لا يزال حياً ولو ميؤوساً لم يجز².
- 4- فتوى الشيخ أحمد هريدي في 23 أكتوبر 1966 برقم 993 بجواز أخذ قرنية العين من ميت وزرعها للحي.
- 5- فتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق في 15 محرم 1400هـ، الموافق 05 ديسمبر 1979 برقم 1323، بإباحة نقل الأعضاء من إنسان لآخر³.
- 6- الفتوى الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت وتعرضت هذه الفتوى إلى النقل من أعضاء الموتى، جاء فيها: "إذا كان المنقول منه ميتاً جاز النقل... لأن الضرورة في إنقاذ حي تبيح المحظور..."⁴.
- 7- الفتوى الصادرة من مفتي جمهورية مصر العربية، جاء فيها: "نرى مع جمهور الفقهاء أنه يجوز نقل عضو من أعضاء الميت إلى إنسان حي، لو كان في ذلك منفعة ضرورية للمنقول إليه لا بديل لها"⁵.
- 8- فتوى هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بقرار رقم: 99 في 06 ذي القعدة 1402هـ الذي أباح نقل الأعضاء من المتبرع الحي أو الميت⁶.

¹ - مقتبس عن: بلقاسم شتوان، فتاوى شرعية حول زرع الأعضاء، دورية المعيار تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد السادس، ربيع الثاني، السنة، 1424هـ - جوان، 2003، ص. 134.

² - أحمد حماني، المرجع السابق ص. 447-448.

³ - مقتبس عن: بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص. 135.

⁴ - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 257.

⁵ - نفس المرجع، ص. 257.

⁶ - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص. 136.

وبعد عرض أدلة إباحة نقل الأعضاء من جثة الإنسان، وعرض الفتاوى والآراء في ذات الشأن، يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية¹ بقواعدها تبيح هذه العمليات في إطار الضرورة العلاجية وإنقاذ النفس البشرية، كما لا تؤثر هذه التدخلات الطبية على صعيد الحماية الجنائية، بدليل تقييد ذلك بضوابط وأحكام - سنفصل فيها في حينه -

كما أن القول بإباحة هذه الأعمال، يقودنا نحو الممارسات الوحشية والهمجية ضد الموتى، وإن دل الواقع عليه إلا أن الحماية الجنائية عن طريق ما أقرته الشريعة من أحكام عقابية جديرة بأن تكفل الحماية لجثة الإنسان، نتيجة الإخلال بهذه الضوابط، فالخلل إذا في الابتعاد عن أحكام الشريعة ومخافة الشروط والضوابط، وليس العيب في الأحكام ذاتها، والتي تبقى هادفة لجلب المصالح ودفع المفاسد، فضلاً عن شموليتها وصلاحتها لكل زمان ومكان. وعليه نتناول شروط نقل الأعضاء من جثة الإنسان مع ما توفره هذه الشروط من حماية جنائية.

المطلب الثالث

شروط نقل الأعضاء من جثة الإنسان وما توفره من حماية جنائية

لقد رأينا فيما سبق، أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجازوا الانتفاع بأعضاء الميت، في مجال الضرورات العلاجية، غير أن هذا الجواز لم يرد على الإطلاق، بل ثمة شروط وضعها الفقهاء من أجل حماية الجثة، وتحقيق المصلحة التي من أجلها أجازت هذه العمليات الطبية.

كما أدرك رجال القانون خطورة نقل الأعضاء وزرعها على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان، خاصة وأن هذه العمليات الطبية كان لها الدور الأساسي في أفول نجم مبدأ الحصانة الجسدية المطلقة. فغدت هذه العمليات استثناءات من هذا المبدأ، على أن لا يستغرق الاستثناء الأصل بكامله، لذا أقر القانون ضوابط أو شروط، حتى لا تخرج هذه التدخلات الطبية عن نطاقها المشروع وحيزها القانوني، ليس هذا فحسب، بل أوجدت إلى جانب هذه الشروط نصوص جزائية تكفل لها التطبيق الإلزامي على أكمل وجه، وتؤدي الدور الوقائي الذي تهدف إليه النصوص الجزائية.

ولقد اشترط القانون جملة من الشروط فقد اشترط القانون شرط الإذن حال استئصال (الفرع الأول) وموت المتبرع (الفرع الثاني) وشرط مجانية التبرع (الفرع الثالث) الذي يعني التجرد عن نية الكسب، بالإضافة إلى شرط التخصص الطبي والميكلي. غير أننا سنقتصر على بيان الشرطين الأولين، أم

¹ - وكذلك بالنسبة للديانة المسيحية حيث أباح بابا روما صراحة عمليات ترقيع القرنية، وسمح بأخذها من جسم شخص متوفى، وأعلن أن نقل القرنية يعتبر وسيلة شفاء مرتقبة للكثير من المرضى، أو على الأقل تخفف من مرضهم وتحسن نظرهم. أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 179. أما اليهودية فقد قرر البابا الحاخام الأكبر Kaplan أن اليهودية لا تعارض اقتطاع الأعضاء عندما يتعلق الأمر بإنقاذ حياة البشر.

شروط التخصص الطبي والهيكلية فليس فيه زيادة على ما تُطرق إليه سابقاً- عند شرح شروط نقل الأعضاء من الأحياء- فيتعين علينا إبراز هذين الشرطين وما يوفران من حماية جنائية، وذلك في الفرعين التالية:

الفرع الأول

الإذن بالاستئصال وما يوفره من حماية جنائية

نتناول في هذا الفرع شرط الإذن بالاستئصال سواء في حالة الموافقة أو في حالة الرفض، وإمكانية النقل من الأشخاص المنفذ عليهم حكم الإعدام ثم إذن أسرة المتوفى، والاستئصال من الجثة دون موافقة أحد (أولاً) وما يوفره هذا الشرط من حماية جنائية (ثانياً).

أولاً: الإذن بالاستئصال

لا يجوز استئصال الأعضاء من الجثة إلا بعد الإذن بذلك، ويتخذ هذا الأخير صور عدة، فقد يأذن الشخص المتوفى في حياته بالاستئصال من جثته لغرض إنساني¹ وقد لا يصرح بهذا الأذن. وفي هذا اختلفت التشريعات، فمنها من أقرت شرط إذن المتوفى وأفترض البعض هذه الموافقة، ومنها من استغنت عن هذا الإذن والموافقة، وهذا ما سنبينه تباعاً.

I. إذن المتوفى

يقصد بالرضا شرط إذن الميت قبل موته، وموافقته على أخذ عضو من أعضائه، أو موافقة ورثته أو وليه الشرعي، لأن رعاية كرامته حق مقرر له في الشرع، لا ينتهك إلا بإذنه أو إذن ورثته أو وليه الشرعي²، وبالتالي فإن الشخص قد يتنازل وييدي موافقته في الاستئصال من جثته غير أنه قد يرفض ذلك، فهناك حالتين، حالة قبول الاستئصال من الجثة، وحالة رفض الاستئصال من الجثة. ومن ثم فإن استعمال عضو من أعضائه يكون على أحوال ثلاثة.

1. حالة قبول الاستئصال من الجثة

لكي يستطيع الطبيب استقطاع أعضاء الموتى، لابد من إبداء الشخص موافقته أو قبوله والموافقة لها معاني عديدة:

- أن تكون عنصراً منشئاً للعقد، ضرورياً لتكوينه، فمثلاً في عقد البيع يأذن البائع بالتخلي عن ملكية العقار، ويأذن المشتري بدفع الثمن.

¹ - Dierkens, op.cit, p.156.

² - بكر بن عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص: 47.

- ولها معنى آخر وهو السماح أو الترخيص الذي يعطيه الغير لإنجاز أحد التصرفات القانونية، كإعطاء الأبوين موافقتهم من أجل زواج ابنهم القاصر.

وتقترب الموافقة على التصرف الطبي مع هذا المعنى الثاني، إلا أنه يتعد عنه في كون الموافقة في المعنى الطبي، تنبعث من نفس الشخص الذي سيوجه الاعتداء ضده بشكل مباشر وليس على الغير¹.

هذا وأن الموافقة أو الرضا الصادر من المانح، يجب أن يصدر دون ضغط أو إكراه أو وعد أو وعيد أو تهديد، وأن يصدر من شخص يتمتع بملكات عقلية سليمة، فسلامة الملكات الذهنية تؤدي إلى القدرة على تكوين رأي صحيح باتجاه معين، ويكون منتج لآثاره القانونية، ومن فقد هذه الملكات، أصبح ناقص الأهلية ويعد تصرفه غير منتجاً لآثاره القانونية².

ولقد حرصت بعض التشريعات في شكل التعبير عن إرادة المتوفي، فذهب البعض إلى تحديد شكل معين، ولم يستلزم البعض الآخر شكلية معينة، ويكون التعبير إذ ذاك بأي وسيلة، كالكتابة أو بطريقة شفوية أو بالوصية.

ومن التشريعات التي اشترطت شكلية معينة، القانون الفرنسي حيث سمح القانون الصادر في 07 جويلية 1949 باستئصال قرنية العين بشرط الإيذاء بما قبل الوفاة. ثم نص قانون الصحة العامة الفرنسي إفراغ الرضاء الصريح والمكتوب من كل من له ولاية على القاصر أو من نائب قانوني. وفي القانون الإنجليزي الصادر 1961 الذي نص على إمكانية صدور الرضا كتابة أثناء حياة المعطي، باستئصال أعضاء من جثته لأغراض علاجية أو علمية، وأن يتم هذا في حضور شاهدين أو أكثر أثناء المرض الذي سبب الوفاة³.

أما القوانين العربية التي اشترطت شكلاً معيناً، في مقدمتها القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 المتعلق بتنظيم بنك العيون، الذي اختار الشكل الإيصائي حيث نص في المادة الثالثة منه على ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرعين أو الموصين وهم كاملوا الأهلية. وتنص المادة الخامسة من قانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية بأنه " في جميع الأحوال يجب أن يكون

¹ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 242-243.

² - محمد حماد مرهج الهيني، المرجع السابق، ص. 75.

³ - « If any person, either in writing at any time or orally in the presence of two or more witnesses during his last illness, has expressed a request that his body or any specified part of his body be used after his death for therapeutic purposes or for purposes of medical education or research, The person lawfully in possession of his body after his death may, unless he has reason to believe that the request was subsequently withdrawn, authorise the removal from the body of any part or, as the case may be the specified part, for use in accordance with the request ». Subsec (1), sec (1) Human Tissue Act 1961.

الترع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء وثابتا بالكتابة...". ويبدو أن شرط الشكلية أمر يتناسب مع الأصل وهو حماية الجثة من كل الانتهاكات.

وهذا واستلزم بعض القوانين أخذ شكل جديد وهو حمل بطاقة المتبرع. ومنها مشروع القانون البلجيكي الصادر في 19 يناير 1969 والخاص باستتصال الأعضاء بعد الوفاة، حيث يستطيع كل شخص أن يطلب من الجهة المختصة، أن يدون في بطاقته الشخصية موافقته على التصرف في جثته في حالة تعرضه لحادث ميت¹.

إن أخذ بطاقة التبرع تعتبر خطوة هامة، حيث يؤدي إلى السرعة وتفاذي المناقشات مع الأسرة في التصرف في الجثة، لذلك نهب بالتشريعات للأخذ بهذه الطريقة، نظراً لإيجابياتها وتوافقها مع الحاجة للأعضاء، مع العلم أن صلاحية الأعضاء، مرهون بوقت محدد عقب الوفاة.

أما القوانين التي لم تفرض شكلية معينة لإبراز موافقة المتوفى أو رضائه للاستقطاع من جثته، فمن بينها المرسوم الملكي الأسباني رقم 426 لسنة 1983 الذي أشار إلى إمكانية التعبير عن رضاء الشخص بكافة الطرق، سواء بالإشارة أو بالكلام أو بالكتابة، كما يستطيع الشخص أن يجدد أعضاء بذاتها ويجرم أعضاء أخرى مع تحديد هدف الاستتصال سواء علاجي أو علمي².

أما موقف القانون الجزائري من كل هذا، فلقد كان قانون حماية الصحة وترقيتها في النصوص المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء، ينص على أن تكون الموافقة أو الرضا بالشكل الكتابي، حيث نصت المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها قبل تعديلها على شرط الكتابة، إلا أن هذه المادة عدلت بموجب القانون 90-17 فنصت على ما يلي: "...وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله بذلك...".

ومن ثم ظهرت نية المشرع الجزائري في عدم اتخاذ التعبير عن إرادة المتوفى شكلية معينة، وحينئذ يمكن الرجوع إلى الشريعة العامة في القانون المدني³ للبحث عن وسائل التعبير، فنجد عندئذ أن التعبير يكون بكافة الأساليب، بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً أو اتخاذ أي موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالة على مقصود صاحبه وقد يكون التعبير ضمناً كذلك.

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 215-216.

² - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص. 410.

³ - تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً" الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975. يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 1999.

ولقد تعرض فقهاء الشريعة لهذا الشرط، بأن يتبرع الميت بعضو حال حياته، بحيث يوصي أن يأخذ منه بعد وفاته،¹ ولقد ذهب الفقهاء في الشريعة الإسلامية إلى تعريف الوصية بتعريفات متعددة. عرفها الأحناف بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع". وذهب الشافعية، إلى أن الوصية يجب أن تكون بتخصيص بالتبرع المضاف إلى ما بعد الموت أما المالكية يقولون أن الوصية: "هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أم لم يصرح به"، وعرف الحنابلة الوصية بأنها هي التبرع بعد الموت. وقال آخرون "تمليك عين أو منفعة بعد الموت".² ومن ثم لا مانع أن يوصي الإنسان بعضو بعد موته؛ لأن في ذلك منفعة خالصة للغير، دون احتمال أي ضرر عليه، فإن هذه الأعضاء تتحلل بعد أيام، وتأكلها التراب، فإذا أوصى ببذلها للغير، فذلك قرينة إلى الله تعالى، وهو مثاب ومأجور.³

2. حالة رفض الاستئصال من الجثة

كما أن الشخص قد يوافق على استعمال جثته لغرض علاجي، عن طريق نقل الأعضاء من جثته، فكذلك يمكنه الاعتراض على ذلك. إلا أن شكل الاعتراض اختلفت حوله التشريعات، فمنها من يستلزم شكلية معينة، ومنها من لم يفترض أي شكلية خاصة. ومن التشريعات التي لم تستلزم شكلية القانون التشيكي رقم 20 لسنة 1966 في المادة الثامنة منه بحيث نص على أن اعتراض المتوفى يجب أن يكون بطريق الكتابة⁴، ونفس الاتجاه سار القانون التونسي الصادر في 25 مارس 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية في المادة العاشرة والقانون المغربي في المادة 15 من القانون المتعلق بزراعة الأعضاء. وأخذ هذا المنحى القانون الجزائري، حيث نص في المادة 165 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: "يمنع انتزاع الأنسجة أو الأعضاء قصد زرعها، إذا كان الشخص المعني قد رفض ذلك كتابيا وهو على قيد الحياة...".

ومن ثم ظهرت نية المشرع في أن الاعتراض يستلزم فيه الشكل الكتابي، ولا ندري ما هو قصد هذه التشريعات من اشتراط الكتابة في هذا الصدد وعدم افتراضه لأي شكلية في حالة قبول الاستئصال، خاصة وأن قبول الاستئصال يتنافى مع مبدأ الحصانة الجسدية وكان من باب أولى تدعيمه بأكثر حماية باشتراط الشكلية، أما الرفض فهو لا يحتاج إلى شكلية معينة؛ لأن الأصل عدم المساس بالجثة.

1 - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 204.

2 - الكساني، بدائع الصنائع، الجزء السابع، ص. 1910؛ محمد مصطفى شليبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982، ص. 22.

3 - مقتبس عن: أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص. 262.

4 - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص. 414.

في حين لم تستلزم بعض التشريعات أي شكلية خاصة لإثبات رفض المتوفى، ومن بينها القانون الملكي الأسباني سالف الذكر الخاص باستقطاع الأعضاء¹، والمرسوم الفرنسي الصادر في مارس 1978 الخاص بإثبات رفض المتوفى المساس بجثته². وكذا قانون رقم 94-654 الفرنسي المتعلق بالتبرع واستخدام عناصر ومنتجات للجسم البشري في المادة 671-7 ما دام أن الشخص المتوفى لم يعرف عنه أثناء حياته رفضه للتبرع بأعضائه³، وهو نفس ما أشارت إليه المادة 1-1232 من قانون الصحة العامة. وفي رأينا أن رفض التصرف في الجسم البشري لا يحتاج إلى شكلية معينة عكس الموافقة ذلك أن الموافقة على المساس بالجسم البشري يعتبر خروجاً على المبدأ العام في إطار التعامل في الجسم البشري - حظر التعامل - كما أن سكوت الشخص يجب أن يفسر على سبيل الاعتراض لا على سبيل الإذن بالنقل.

II. إمكانية الاستئصال من المحكوم عليهم بالإعدام بعد تنفيذ الحكم

عقوبة الإعدام هي أقدم العقوبات وأشدّها على الإطلاق، وتعني إزهاق روح المحكوم عليه بالإعدام، فهي في جوهرها عقوبة استئصاليه⁴. وما يهمننا من عقوبة الإعدام، أنها تخلف جثة بعد توقيع العقوبة، ومن ثم يجدر التعرف على إمكانية استغلال هذه الجثة لغرض علاجي.

الحقيقة أن هذه المسألة تار بصدها جدل كبير متعلق بشرط الرضا، فظهر اتجاه يميز استئصال من جثة الإنسان بعد تنفيذ حكم الإعدام، واتجاه آخر يرفض ذلك.

1. جواز الاستئصال من جثة المنفذ فيه حكم الإعدام

يرى بعض الفقهاء⁵ بإمكانية استئصال الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام بعد تنفيذ الحكم؛ لأن مصلحة الإنسانية تتطلب الاستفادة من هذه الأعضاء المستأصلة لزرعها في جسد أشخاص آخرين لإنقاذ حياتهم.

¹ - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص. 415.

² - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 130 الهامش 01.

³ - « Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révoquant à tout moment». Art. L 671-7. Loi 94-654; Art 1232-1. Code de la santé publique.

⁴ - عبد الله سليمان سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 438.

⁵ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 217.

ومصلحة الإنسانية تقتضي إهدار إذنه أو رضائه، لا سيما إذا كان قاتلاً، فيكون تبرعه بجسمه بدلاً عن الإنسان الذي قتله¹، وبالتالي فإن تبرعه هو تعويض للمجتمع عن الضرر الذي أصابه، من جراء ارتكاب المنفذ فيه حكم الإعدام لجريمته².

ويؤيد هذا الاتجاه التشريع المصري الخاص المتعلقة بتنظيم بنوك العيون، حيث نص في المادة الثالثة على أن استئصال القرنية من الأشخاص المحكوم عليهم بالإعدام دون الحصول على إقرار كتابي، ويأخذ بهذا الاتجاه القانون العراقي في قانون مصارف العيون.

2. عدم جواز الاستئصال من جثة المنفذ فيه حكم الإعدام

ذهب هذا الاتجاه إلى القول بعدم جواز نقل الأعضاء من المحكوم عليه بالإعدام إلا بعد إذنه، بأن أوصى به قبل موته، أو يشهد بذلك ورثته وهو المسعى الذي تؤيده لأن استئلاب أعضائه دون رضاه يتنافى وكرامته، فإذا كانت حياته قد أهدرت فإن أدميته باقية، فلا يجوز إجباره على التنازل عن جزء من جسده، ولا يجوز تعذيبه أو التمثيل به، أو استخدامه في التجارب العلمية والطبية

كما يرد على الاتجاه المحيز بأن المجتمع قد استوفى حقه بتنفيذ عقوبة الإعدام وليس للمجتمع من حق له على جثته، هذا بالإضافة إلى أن القوانين لم تجز هذا الإجراء³، حيث لا تنور الإشكالية أصلاً في القانون الفرنسي، حيث ألغيت عقوبة الإعدام بالقانون رقم 81-908 الصادر في 09/10/1981⁴. أما في ما يتعلق بالقانون الجزائري، فبالإطلاع على قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين⁵، نص على تنفيذ عقوبة الإعدام في المواد من 151 إلى 157.

نصت المادة 152 على المؤسسات التي يجب أن ينقل إليها المحكوم عليه بالإعدام ونصت المادة 155 على عدم إمكانية تنفيذ عقوبة الإعدام إذا صدر عفو، وتنص المادة 157 على كيفية تنفيذ عقوبة الإعدام على المحكوم عليه.

ومن خلال هذه النصوص فإن واقع سرية تنفيذ عقوبة الإعدام، يسري على موارد التراب لهذه الجثة ومن ثم لا يمكن أخذ الأعضاء منها⁶.

1 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 217.

2 - عارف علي عارف، مدى الاعتداد برضا المحكوم عليه بالإعدام في نقل الأعضاء منه، رؤية إسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، السنة، 1419هـ - 1999، ص. 84.

3 - محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص. 13.

4 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 218.

5 - القانون 04-05 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425هـ الموافق 6 فبراير 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين، منشورات وزارة العدل، الجزائر 1990.

6 - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص. 426.

وبالإضافة إلى ذلك فإن واقع عقوبة الإعدام في الجزائر يتجه نحو الإلغاء¹، ذلك أن عقوبة الإعدام والى غاية 1992 لم تكن المحاكم الجزائرية تصدر أحكاماً بالإعدام، إلا في حالات نادرة. كما إن عدد الأحكام التي نفذت والمتعلقة بالإعدام كان جد ضئيل وارتفع عدد الأحكام المنفذة مع حلول سنة 1992 المصادفة لانتشار ظاهرة الإرهاب وأستمر هذا الوضع، إلى أن تم توقيف تنفيذ مثل هذه الأحكام في سنة 1994 بأمر من رئيس الدولة²، وبالتالي فإن إلغاء هذه العقوبة، يعني أنه لا مجال للحديث عن اقتطاع الأعضاء من جثة المحكوم عليهم، والمنفذ فيهم حكم الإعدام في الجزائر.

III. إذن أسرة المتوفى

في الواقع قد يحدث أن لا يعبر الشخص عن إرادته في الاستئصال بوضوح وبالتالي تنور إشكالية التعرف على إرادة المتوفى، فيجب على العائلة أن تقرر ذلك ضمن الإطار العام لحقوق العائلة على جثة قريبهم، لأن أسرة المتوفى من المفترض أن تعرف بشكل أفضل رغبات فقيدهم.

وفي هذا الصدد يجب التنويه إلى أن حقوق الأسرة على الجثة، ليست حق ملكية وليست حقاً مالياً، بل يجد أساسه ضمن روابط الدم والعاطفة، فيمكن لأسرة المتوفى أن تقوم بإجراءات مصير الجثة، من دفن ويمكنها التبرع بها، على أن لا يعترض المتوفى أثناء حياته على التبرع، لأن دور الأسرة هو كشف وتفسير رغبة المتوفى، أي معرفة القرار الذي كان سيتخذه لو كان الموضوع قد طرح أمامه³.

في القانون المقارن، يشترط تشريع لو كسمبورج الخاص باستئصال الأعضاء من جثث الموتى في مادته الثانية الحصول على موافقة أقارب المتوفى، وذلك بحسب ترتيب في استحقاق التركة حتى الدرجة الثانية، والموافقة الصادرة من المتوفى، تعني عن موافقة الأسرة، وفي التشريع الإيطالي الخاص باستئصال الأعضاء، أشرت موافقة أقارب المتوفى حتى الدرجة الثانية وأستبعد موافقة الزوج⁴. وفي رأينا أن استعمال بعض التشريعات بشأن تحديد الأقارب بدرجة استحقاق التركة أو عبارة الورثة يدل على أن علاقة الأقارب بالميت علاقة مالية فهم يخلفونه في أمواله (الولاية على المال)، ولذلك يستعمل تعبير الأقارب لبيان أن العلاقة تقوم على أساس صلة الدم أي أن حق الأسرة على الجثة من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فهو

¹ - في الولايات المتحدة الأمريكية توجد هناك ولايات ألغت هذا الحكم وهي عموماً، ولايات الشمال وولايات أبقت عليه وهي عموماً ولايات الجنوب.

أما في أوروبا الغربية فهناك شبه إجماع بين بلدانها على إلغاء حكم الإعدام، أما في الدول العربية الإسلامية فهي تجمع على الإبقاء على هذا الحكم. أحسن بوسقيعة، القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص.200.

² - أحسن بوسقيعة، القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص.200.

³ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.251.

⁴ - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص.429.

حق معنوي يتمثل في المحافظة على جثته، وبالتالي فالتغاضي عن موافقة الأقارب يعتبر اعتداء على الحقوق المعنوية للأقارب والاحترام المستوجب للميت.

أما بالنسبة للقوانين العربية اشترط القانون الكويتي رقم 7 لسنة 1983 بشأن عمليات زراعة الكلى ضرورة موافقة اقرب الأفراد الموجودين من أسرة المتوفى وذلك في المادة الثانية. ولم يحدد القانون السوري رقم 31 الصادر بتاريخ 1972/8/23 أفراد العائلة الذين تجب موافقتهم، ومثله القانون الأردني.

وأشار القانون التونسي الصادر في 25 مارس 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية في المادة الثالثة إلى أنه يجوز أخذ الأعضاء ما لم تحصل الممانعة من الشخص المتوفى أو الأسرة حسب الترتيب التالي: الأبناء، الأب، الأم، الزوج الأخوات، الولي الشرعي، ولا يجوز أخذ الأعضاء، إذا عارض شخص من بينهم يحتل مرتبة أقرب، أو يكون أكبر سناً بالنسبة للأبناء والإخوة أو الأخوات.

وسار على هذا المنوال القانون الجزائري حيث نص في المادة 164 منه على إنه: "...إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة احد أفراد الأسرة حسب الترتيب الأولي: الأب، الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفى أسرة...". ويبدو على المشرع الجزائري والتونسي أنهما أخذ في ترتيب الأقارب بحسب الأولوية أي قاعدة الأقرب فالأقرب.

هذا وإن كانت في موافقة الأسرة حفظ لحقوقهم على جثة فقيدهم، إلا أنه يعلق إلى حد كبير عمليات نقل الأعضاء، والتي تحتاج إلى السرعة، كالقلب والكلية بالإضافة إلى أن الأسرة تكون في وضع صعب يخيم عليه الحزن، فيتعذر الحصول على موافقة الأسرة¹ لذلك أقرت بعض القوانين الرضا المفترض للمتوفى ولأسرته. ويعني ذلك إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته عن اعتراضه، ولم يعبر أقاربه عن الرفض بعد إخطارهم في الوقت المناسب، أعتبر عدم الاعتراض رضا مفترض، يخول للطبيب الاستئصال من الجثة.

لقد جاء في مؤتمر بيروجيا "... يجب تبصير الرأي العام لكي يدرك أن قرينة الرضا بالنسبة لعملية الاستئصال الأعضاء، تشبع مصلحة عامة، ويستجيب لإغراض إنسانية ولفكرة التضامن بين البشر، وأنها لا تنطوي على أي مساس بالشعور بالرحمة أو الاحترام الواجب لجثة المتوفى، أو النيل من كرامته..."².

ولقد أخذت بمبدأ الرضا المفترض للمتوفى وأسرته القانون الفرنسي رقم 1181 الصادر في 1976/12/22 والخاص بنقل الأعضاء، حيث نجد المادة الثانية تقرر بأنه يمكن إجراء لأغراض علاجية

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص. 431.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 225.

أو علمية على جثة المتوفى، الذي لم يعرف أنه قد اعترض أثناء حياته على هذا استئصال¹، وهو فحوى المادة 671-7 من قانون الصحة الفرنسي سابقة الذكر، إلا أن الرضا المفترض في اعتقادنا لا يتمشى والأصل الذي هو حصانة الجسم وحظر التعامل فيه. وعلى أثر هذا لا نؤيد مسعى القوانين التي تأخذ بفكرة الموافقة المفترضة، والذي يعتبرونه حلاً جيداً لتتافي الدخول في مناقشات حول التدخل على جثة مورثهم. لأن لأسرة المتوفى حقوق معنوية على جثة فقيدهم.

ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية بجواز أن يتبرع بعضو في حال عدم إبداء موقفه أن يصدر الرضا من وصيه أو ورثته أو يأذنوا بذلك، فلقد قال العلماء بأنه ما كان حقاً للعبد يورث بالموت عيناً كان أو معنوياً، ويمكن التذليل على ذلك بالاستئناس بعمل فعله أحد الصحابة الكرام، وأقره من كان معه - رضوان الله عليهم - ففي فتوح الشام كان عمرو بن العاص رضي الله عنه يقود المجاهدين، واستشهد أخوه هشام بن العاص - رضي الله عنه - وسقط في مكان ضيق يمر به الجيش فسده، وتهيب المسلمون أن يدوسوه بخيلهم وأعجلهم مطاردة العدو، فأمرهم قائدهم عمرو أن يدوسوا جثته ويستمروا في القتال ففعلوا. وبعد الانتصار وانتهاء المعركة جمع أشلاء أخيه ودفنه وأقره الصحابة على ذلك، وهذا يفيدنا في أن المصلحة تستدعي الإذن فيما لا يجوز في الرخاء والوسع.²

يرى فضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، أنه يجوز أخذ جزء من إنسان ميت إذا أوصى بذلك في حياته، أو بموافقة عصبته بترتيب الميراث.³

وأفتى الشيخ أحمد حماني بذلك كذلك، في فتواه المتعلقة بنقل القرنية والقلب بالنسبة لزرع القلب لمريض، يقول: "فإن لم يأذن الميت قبل وفاته فلوليه الخاص أن يأذن في ذلك".

IV. الحصول على الأعضاء دون موافقة أحد

إذا كان نقل الأعضاء من الجثة يشترط موافقة المتوفى أثناء حياته، أو موافقة أفراد أسرته، سواء موافقة صريحة أو ضمنية أو مفترضة، فإن هناك اتجاه لا يتطلب أي موافقة، ومؤدى هذا الاتجاه اعتبار الجثة ملك للدولة، تتصرف فيها كما تشاء في إطار من المصلحة العامة. لأن الجثة ليست ملكاً للشخص ولا لأسرته، وحقوق المجتمع تتقدم من حيث ترتيب الأولويات على المتوفى، وبالنسبة لحقوق أسرته المعنوية، وهذا ما يسمى بنظام بتأميم الجثة.

ويقوم هذا الاتجاه على ضرورة مسايرة التقدم العلمي، وترجيح المصلحة العامة على مصلحة الأسرة، ذلك أن شفاء الملايين من الناس، أو توفير الأمل في الحياة عن طريق نقل الأعضاء، يعلوا على

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 225-226.

² - عبد الله إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 205.

³ - مقتبس عن: أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص. 262.

التمسك برضا الأقارب، ولهذا يستطيع الطبيب بمفرده ودون حاجة للحصول على موافقة أقارب المتوفى، عن طريق تقدير وموازنة ملائمة إجراء الاستئصال من الجثة، لزرعها في جسم شخص آخر، فالطبيب هنا يتصرف باسم المجتمع¹.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، القانون اليوغسلافي في المرسوم المتعلق باستئصال الأعضاء ونقلها الصادر سنة 1982 الذي لم يتضمن أي نص يتعلق بموافقة الشخص المتوفى أو أسرته من أجل الاستئصال من الجثة².

ويلاحظ أن اللائحة الفرنسية الصادرة في 1947/10/20 تقرر بأنه بالنسبة للمستشفيات التي يحددها وزير الصحة، يجوز لرئيس أحد الأقسام، عندما يظهر له أن هناك مصلحة علمية أو علاجية تستلزم تشريح الجثة أو اقتطاع الأعضاء منها، له أن يقرر ذلك بالرغم من عدم وجود الإذن من المتوفى أو أسرته، وهذا يفيد اتفاق اللائحة لنظام تأميم الجثة تحت شعار المصلحة الطبية أو العلمية³.

وفيما يخص موقف القانون الجزائري من هذا النظام، فكما سبق إن رأينا أن المشرع في نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها، المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء نص على ضرورة موافقة المتنازل حال حياته أو موافقة أسرته من بعده. غير أن المشرع الجزائري أضاف فقرتين لنص المادة 164 في تعديل القانون رقم 90-17 ففي الفقرة الثالثة لهذه المادة "غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلى دون الموافقة المشار إليها أعلاه إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه، أو كان تأخير أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع، إذا قضت الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون".

ويتبين من نص هذه المادة أن أخذ القرنية أو الكلى يكون بدون موافقة أحد من أسرة المتوفى أو ممثليه

في الحالات التالية:

1- تعذر الاتصال بأسرة أو ممثل الشخص المتوفى.

2- إذا كان التأخير يؤدي إلى إتلاف العضو (الكلى أو القرنية).

3- الضرورة العلاجية الإستعجالية للمريض إما المستفيد من الكلى أو القرنية.

ويمكن تسمية هذه البنود بمبررات نقل هذين العضوين دون موافقة أحد، غير أن هذه المادة تشترط شرطاً لازماً، وهو معاينة اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 للحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد.

1 - أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص. 138-139.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص. 441.

3 - نفس المرجع، ص. 441.

وبذلك فإن المشرع الجزائري فيما يتعلق بنقل القرنية والكلية، خرج عن الأصل وهو موافقة المتوفى أو أسرته، إلى الاستثناء الذي يقضي على هذه الموافقة في الحالات الإستعجالية، التي يتعين على اللجنة الطبية معاينتها.

فإذا كان الأساس القانوني لإباحة نقل الأعضاء من الجثة، يقضي بأنه الرضا المقترن بالضرورة العلاجية، فإن الأساس القانوني في حال نقل القرنية أو الكلية هي الضرورة العلاجية الإستعجالية، ذلك أن إنقاذ شخص في الحالة الإستعجالية واحتياج شديد يقدم على ضرورة الحصول على موافقة المتوفى أو أسرته، لأن هذا العمل لا ينقص من كرامته؛ بل يؤدي إلى غايات إنسانية.

ومن هنا يتضح أن المشرع أخذ بالاتجاه الذي ينص على الحصول على الأعضاء دون موافقة أحد في أخذ القرنية أو الكلية، ولكن ليس بصفة مطلقة بل بشروط كما ذكر ولم يأخذ بنظام تأميم الجثث الذي يقضي باعتبار الجثة مملوكة للمجتمع يتصرف فيها كما يشاء.

أما في الفقه الإسلامي فإنه في حالة انتفاء إذن الميت في حياته، ولم يأذن وليه، ورفضه فالظاهر المنع، فإن لم يكن للميت ولي فإن السلطان ولي من لا ولي له، فيمكن الانتفاع بأعضائه إذا اقتضت الضرورة أو المصلحة الراجحة، وهذا ما يعبر عنه بالإذن العام¹.

والإذن العام كما يقول الشيخ حماني، هو لرئيس الدولة الذي له أن يأذن في جثث مجهولين، فإنه ولي من لا ولي له².

ثانياً: ما يوفره شرط الرضا من حماية جنائية

لقد سبق القول أن جسم الإنسان حياً أو ميتاً لا يجوز المساس به، إلا بعد الحصول على الموافقة الصريحة سواء من الشخص أو أقاربه، فيجب مراعاة رضا المتبرع واحترام الحقوق المعنوية لإفراد الأسرة على جثة قريبتهم؛ لأن استئصال عضو دون موافقة أسرته يؤدي إلى آثار نفسية سيئة على شعور الأسرة.

ولما كان رضا الشخص المتوفى يشكل الأساس القانوني حالة اقترانه بضرورة علاجية أو غاية اجتماعية، فإن استئصال أي عضو من جسده بعد وفاته، يشكل انتهاكاً صريحاً له، لذا يعاقب القانون على عدم احترام إرادة المتوفى ويرتب المسؤولية الجزائية.

وقد أشار قانون الصحة العامة الفرنسي في المادة 1272-2 إلى عقوبة الحبس مدة سبع سنوات وغرامة 100.000 أورو.

¹ - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، التطبيقات العملية...، المرجع السابق، ص.214.

² - أحمد حماني، المرجع السابق، ص.448.

ويتمدد التجريم سواء ارتكبت الجريمة تامة أو شرع فيها¹، وتفرض عقوبات تكميلية في هذا الصدد تتمثل في الحرمان من مزاولة النشاط المهني والاجتماعي²، بالإضافة المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي حال مساهمتهم في هذه الجرائم تطبيقاً للمادة 511-28 من قانون العقوبات الفرنسي³.

ولقد نص القانون المغربي رقم 16.98 الصادر بتاريخ 25 أوت 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء في المادة 36 على تجريم أخذ الأعضاء من جثث الموتى دون موافقة أصحابها أثناء حياتهم، وعاقبت المخالف بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 30.000 درهم.

أما المشرع المصري فرغم أنه أقر أحكاماً جزائية للإخلال بشرط الرضا أو موافقة الحي - وفقاً للضوابط المذكورة - فإنه لم يشمل القانون مادة تنص على جزاء الإخلال بشرط للإذن بالاستئصال من الميت قبل وفاته بالشروط السابقة، وإن كان القانون نص على جزاء الإخلال بشرط الرضا في الاقتطاع من الجسم الحي، ولا يمكن التوسع في تفسير نص المادة 17 من القانون رقم 5 لسنة 2010 أو استعمال القياس تطبيقاً لمبدأ الشرعية.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فوفقاً للتعديل الجديد لقانون العقوبات الأخير بالقانون 09-01⁴ المعدل والمتمم اختار المشرع فرض حماية جنائية لحماية لجثة الإنسان عن طريق وضع أحكام جزائية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء بإفراده لنصوص جديدة تتمم الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث من الجزء الثاني وذلك بالإضافة قسم خامس مكرر سماه "الاتجار بالأعضاء" ونص على الجزاء المترتب عن اقتطاع الأعضاء أو الأنسجة من جثة الإنسان دون الإذن بالاستئصال وفق ما يلي:

¹ - « La tentative des délits prévus par les articles 511-2, 511-3, 511-4, 511-5, 511-5-1,

511-5-2, 511-6, 511-9, 511-15, 511-16 et 511-19 est punie des mêmes peines ». Art 511-26. Code pénal.

² - « Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourtent également la peine complémentaire d'interdiction pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ». Art 511-27. Code pénal

³ - « Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies au présent chapitre encourtent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par l'article 131-39 L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ». Art, 511-28 code pénal.

⁴ - قانون رقم 90-01 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15 الصادرة بتاريخ 8 مارس 2009.

I. المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي عن تخلف شرط الرضا

1- العقوبات الأصلية

أ. انتزاع العضو البشري مع الإخلال بشرط الرضا

عاقب المشرع في المادة 303 مكرر 17 الفقرة الثانية على انتزاع عضو من شخص ميت، بمثل ما عاقب على انتزاع عضو من شخص حي، بالحبس من 5 خمس سنوات إلى 10 عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج وذلك بقولها: "وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".

وتشدد الجريمة إلى جنائية في الحالات التالية:

- إذا كان المجني عليه قاصراً أو مصاباً بإعاقة ذهنية.
- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.
- إذا ارتكبت الجريمة من أكثر من شخص.
- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح والتهديد باستعماله.
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

المادة 303 مكرر 20 فقرة 2.

من خلال ما ذكر يتبين استجابة المشرع للنداءات الرامية إلى إضفاء حماية جنائية على الجسم البشري في مجال نقل الأعضاء من جثة الإنسان بتقرير المسؤولية الجنائية حال القيام بهذه العملية في غير إطار الموافقة المسبقة من الميت أو من العائلة - بالتفصيل السابق - فأقر عقوبة جنحية مغلظة (الحبس والغرامة) للإخلال بشرط الرضا والظاهر أن المشرع لا يفرق بين الحصانة الجسدية سواء بين شخص حي أو ميت في مجال العقوبة إذ أفرد نفس العقوبة، على أن تتحول الجريمة إلى جنائية بتوافر الظروف المشددة.

ب. انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد شخص ميت مع الإخلال بشرط الرضا

يعاقب المشرع بعقوبة الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 19 وهي الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج حيث تنص الفقرة الثانية من نفس المادة " وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".

يفرق المشرع في مجال نقل الأعضاء في إطار المسؤولية الجزائية بين نقل عضو وبين انتزاع الأنسجة والخلايا أو جمع مواد شخص ميت أخذاً بمعيار الضرر أو التشويه اللاحق بالجثة، ولذلك أقر

عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات، وتبدو العقوبة ملائمة للمقصد التشريعي في القضاء على هذه الجرائم.

ت- جريمة التستر على انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الجثة مع الإخلال بشرط الرضا

جرم المشرع مجرد التستر على انتزاع الأعضاء من جثة الإنسان ولو كان المتستر من الأشخاص المزمين بكتمان السر المهني، بحيث لم يبلغ السلطات المختصة فيعاقب بالحبس من 1 سنة إلى 5 خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج واستثنت المادة من العقاب إذا كان المتستر من أقارب الفاعل أو حواشيه أو أصهاره إلى غاية الدرجة الرابعة، ما لم يكن المجني عليه قاصراً لم يبلغ 13 سنة فإنه يسأل حنائياً ولو كان المتستر من الأقارب أو الأصهار... ورغبة من المشرع في إضفاء طابع المشروعية على هذه التدخلات الطبية عاقب على مجرد التستر على هذه الجرائم إعمالاً للقواعد العامة في المادة 180 والمادة 181 من قانون العقوبات. واستثنى من ذلك حالة كون المتستر من أقارب الفاعل أو حواشيه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة لاعتبارات القرابة والحفاظ على الروابط الأسرية التي قد تمتع فضح هذه الجرائم، ولا يشفع اعتبار القرابة لو أن المجني عليه قاصر لأن وضع القاصر وحمايته أولى بالرعاية.

2. العقوبات التكميلية

نصت المادة 303 مكرر 22 على تطبيق عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات.

وتنص المادة 303 مكرر 23. يمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب هذه الجرائم من الإقامة في التراب الوطني إما نهائياً أو لمدة 10 عشر سنوات على الأكثر.

II. المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن الإخلال بشرط الرضا

تنص المادة 303 مكرر 26 " يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون.

وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون". ويشترط تلقائياً بالإضافة إلى ما سبق - شرط الموافقة المسبقة- التأكد من موت المتبرع في إطار حماية الحق في الحياة، ومن ثم وجب بيان هذا الشرط ومعرفة ما يوفره من حماية جنائية وذلك فيما يلي.

الفرع الثاني

التحقق من موت المتبرع وما يوفره من حماية جنائية

من الشروط البديهية التي يشترطها القانون لنقل الأعضاء من جثة الإنسان التحقق من موت المتبرع، ولقد سبق القول حول ما أثير عن هذه المسألة من مناقشات حادة بين رجال الطب والقانون، وعليه نتناول هذا شرط التحقق من موت المتبرع (أولاً) وما يوفره من حماية جنائية (ثانياً).

أولاً: التحقق من موت المتبرع

بعد أن أصبحت الجثة المورد الأساسي والوفير للأعضاء الآدمية لقلة التبرع بين الأحياء، أثرت إشكالية تحديد لحظة الموت، ذلك أن الطبيب لكي يتسنى له القيام بعملية انتزاع الأعضاء من جثة الإنسان لا بد من التحقق من موت المتبرع. وقد تعرضنا فيما سبق إلى الجدل القانوني في تبني إحدى المعايير المحددة للموت، بين المعيار التقليدي والمعيار الحديث (الموت الدماغى).

أن ما يمكننا أن نضيفه إلى هذا الشرط، هو أنه لا يجب مشاركة الفريق الطبي الذي قام بالتحقق من الوفاة في عملية استئصال الأعضاء من جثة المتوفى، وهذا الشرط نصت عليه المادة 165 الفقرة الثالثة¹: "ولا يمكن الطبيب الذي عاين وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع". ونص على هذا الشرط الإضايفي قانون ألمانيا الديمقراطية في المادة الخامسة الفقرة الثانية من قانون 1975 المتعلق بزراعة الأعضاء²، كما نص عليه القانون التونسي 1991 في الفصل 15 الفقرة أ، والقانون المغربي رقم 98. 16 المتعلق بالمتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها في المادة 21.

ويشترط فقهاء الشريعة حتى يتمكن الطبيب من استئصال العضو المراد زراعته، لا بد من التحقق من موت المتبرع.

إن بعض من أنكروا موت الدماغ، قالوا بأن الهدف من تشخيص موت الدماغ، هو جني الأعضاء من الموتى، فلذلك يرون أن الذين تتزع عنهم أجهزة الإنعاش الطبية أحياء على وجه الحقيقة، مادامت فيهم مظاهر الحياة، وقيام الأطباء بجرمان هؤلاء المرضى من وسائل علاجهم، يعد محققاً لجريمة القتل العمد أو العدوان³.

¹ - هذه المادة استحدثها المشرع الجزائري بموجب التعديل الجديد رقم 90 - 17 وبذلك يعتبر قد ساير في هذا القوانين المقارنة التي تناولت عمليات نقل وزراعة الأعضاء.

² - مروك نصر الدين، نقل وزراع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.405.

³ - عبد الفتاح إدريس، المرجع السابق، ص.04.

ثانياً: ما يوفره شرط التحقق من موت التبرع من حماية جنائية

تحدد المسؤولية الجنائية التي تقع على الشخص طبقاً للمعيار المتبع في تحديد لحظة الموت فإذا تقرر لدى الأطباء أو القوانين التي تحدد معياراً للموت بأن الشخص يعتبر ميتاً حال توقف قلبه وتنفسه، فإن الشخص الذي يرتكب جريمة بعد توقف هذين العضوين، يعد فعلة واقع على ميت ولو كان المخ لا يزال سليماً، وتتفني المسؤولية الجنائية المحددة بنصوص القتل، طبقاً للنظرية الموضوعية، وقد يعتبر مرتكباً للشروع في جريمة القتل طبقاً للنظرية الشخصية.

أما إذا تقرر لدى الأطباء أو القوانين التي تأخذ بالمعيار الحديث لتحديد لحظة الموت - الموت الدماغى - فالإنسان يعتبر حياً بين مرحلتي توقف القلب والرئتين وتوقف الدماغ توقفاً نهائياً، ويترتب على الشخص المسؤولية الجنائية المحددة بنصوص القتل.

أما الأفعال المطابقة للركن المادي في جريمة القتل الواقعة في المرحلة التالية لموت الدماغ، تعتبر أفعال واقعة على جثة ميت، ويحتل شرط الإنسان الحي وتهاوى نصوص القتل عن الحماية وتنحسر. إن أهمية تبني أحد المعايير يبدو أكثر أثر، خاصة بعد التطور الهائل في العلوم الطبية، ويتعلق الأمر بتشريح الجثة لأغراض معينة ونقل وزرع الأعضاء لأغراض علاجية. فإذا اعتبرنا أن الموت الحقيقي هو موت الدماغ، فإن الفترة بين توقف القلب والرئتين وموت الدماغ تعتبر مرحلة تدب فيها الحياة، ويلزم على الطبيب بالالتزامات اتجاه المريض.

ومسؤولية الطبيب اتجاه المريض هي مسؤولية المهارة في المعرفة الطبية المتيسرة مع العناية اللازمة، بحيث يعتني بالمريض العناية اللازمة وأن يصف له من وسائل العلاج ما يرجى شفاؤه من مرضه¹. فعلى الطبيب أن يحترم هذه الالتزامات ويخضع للمسؤولية المدنية والجنائية عن مخالفة ذلك.

وفي مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء يكون الطبيب الذي يجري عملية النقل من الجثة قبل التأكد من موت المتبرع مرتكباً لجريمة تختلف باختلاف النتيجة التي تسفر عنها عملية الاستئصال. ولم ينص المشرع الجزائري على جزاء في أحكام القسم الخامس مكرر "الاتجار بالأعضاء" على عقوبة معينة وبالتالي يجب الرجوع للأحكام العامة المتعلقة بجريمة القتل أو أعمال العنف العمدية تنص المادة 264 فقرة 3.4: "وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من

¹ - بدوي علي، الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، موسوعة الفكر القانوني، ملف المسؤولية الطبية، مقال منشور في مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، ص.32.

- هناك حالات استثنائية يكون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة كاستعمال الأدوات والأجهزة الطبية، فيسأل الطبيب مثلاً عن الوفاة الناتجة عن انفجار الناتج عن الشرارة المتطايرة من جهاز التخدير، وكسر الحقنة بالعضلات، وكذلك بالنسبة للصيدلي إذ عليه أن يقدم أدوية صالحة. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.159.

استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات

وإذا أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمدا إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

أما المشرع المغربي فقد وضع عقوبة محددة في القانون المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها - سابق الذكر - عن طريق الإحالة إلى قانون العقوبات المغربي حيث جرمت المادة 39 منه أخذ عضو من شخص متبرع لم تعلن وفاته. بمحضر قانوني وعاقبت المخالف بحسب أحكام المادة 392 من قانون العقوبات.

ولقد أحسن المشرع المصري - وكذا المشرع المغربي - حينما نص في المادة 21 من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري سابق الذكر على جريمة نقل عضو أو جزءا منه أو نسيج دون ثبوت موته يقيناً وذلك بقولها: "يعاقب بعقوبة القتل العمد مع سبق الإصرار المنصوص عليها في المادة 230 من قانون العقوبات من نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان دون ثبوت موته يقيناً وفقاً لما نصت عليه المادة (14) من هذا القانون مما أدى إلى وفاته مع علمه بذلك، وتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن لكل من شارك في إصدار قرار التثبيت من الموت دون إجراء الاختبارات المنصوص عليها في المادة (14) من هذا القانون". لكن ما يؤخذ عليه أن هذا العقوبة تتلاءم حالة أدى النقل إلى وفاة المنقول منه، لكن إذا لم يترتب على النقل الوفاة فهل يعتبر شروعاً في القتل أم عملية بتر عضو بشري؟

إن من أهم إفرازات عمليات نقل الأعضاء وزراعتها ظاهرة الاتجار بالأعضاء مما دعى القوانين إلى اشتراط خاصية التبرعية أو المجانية في إطار بعث التراحم بين البشر ومنع المصالح المادية. فيتور التساؤل عن مضمون هذا الشرط وما يوفره من حماية جنائية.

الفرع الثالث

شرط مجانية التبرع وما يوفره من حماية جنائية

كان نتيجة كثرة الأمراض التي أدت إلى تلف بعض الأعضاء من ناحية، واكتشاف عقار "السيكلوسبرين" والذي يساعد الجسم في عدم رفضه للعضو المزروع فيه من ناحية أخرى عاملاً في تسابق المرضى نحو زراعة الأعضاء بالطرق الشرعية وغير الشرعية عن طريق البحث في السوق القدر للاتجار بالأعضاء، الأمر الذي أدى إلى تدخل المشرع في معظم دول العالم نحو تنظيم عملية نقل وزراعة الأعضاء وتضمن هذه التشريعات بمواد عقابية لمواجهة ظاهرة الاتجار بالأعضاء، لهذا كان من الضروري

استقراء بعض التشريعات لبيان موقفها من شرط مجانية التبرع (أولاً) وما ترصده من حماية جنائية (ثانياً).

أولاً: شرط مجانية التبرع

اختلفت الآراء القانونية والآراء الفقهية في مسألة التبرع بالأعضاء، فيما يتعلق بشرط المجانية بين اتجاه مؤيد لشرط المجانية، واتجاه معارض بها. وفيما يلي نتناول بالتفصيل عرض هذه الآراء في النقاط التالية:

I. الاتجاه المؤيد لشرط المجانية

ذهب جانب من الفقه القانوني¹ إلى قبول فكرة أن يكون تنازل المتبرع عن جزء من جسده أو أعضائه نظير مقابل، سواء تمثل هذا المقابل في صورة مالية أو عينية - سيارة أو بيت -... الخ ومن ثم يجوز بيع الجثة؛ لأن من يملك الإيضاء يملك التصرف بمقابل وان الباعث الدافع الرئيسي هو خدمة الناس والعلم وما المقابل إلا مسألة ثانوية حتى ولو كان الأمر يضر بمشاعر الناس لاصطدامه بكل جديد حتى يعود لإيمانه الصحيح واقتناعه بأن الجثة ستتحول إلى ذكرى في فترة وجيزة جداً، استناداً لقول أسماء بنت أبي بكر حين قالت " لن يضر سلخ الشاة بعد ذبحها"².

ويرى الدكتور "عمر أبو الفتوح الحمامي" "ومن جانبنا... نجد أن وضع المريض والمعرض للخطر الموت هو وضع شائك، وخصوصاً إذا لم يجد قريب يتبرع له بأحد أعضائه فلا سبيل أمامه إلا اللجوء إلى شراء عضو لإنقاذ حياته. ونرى أنه لا إثم عليه في هذه الحالة وإنما الإثم يقع على البائع، فالمشتري - إن جاز القول - هنا يحاول الحفاظ على أهم شيء لديه وهو حياته..."³.

أن تحريم الفقهاء الشريعة القدامى - كما سبق ذكره - من بيع الأعضاء البشرية وأن كان موقفاً له من الحجة والقوة ما يبرر ما ذهبوا إليه وفقاً لما كان سائداً في عصرهم، فلم يكن بمخيلتهم أنه يمكن الانتفاع بأي عضو آدمي مفصول عن الجسم فيه مصلحة معتبرة، كما لم يكن في تصورهم الانتفاع على وجه غير منافي للكرامة الإنسانية، وذلك كله في ضوء المستجدات الطبية الكبيرة الموجودة في عالمنا المعاصر⁴، وانتهى هذا الرأي أن بيع الأعضاء البشرية وفقاً لضوابط وهي:

¹- DOLL Paul-Julien, Transplantation d'organes, rapport présenté au colloque de Besançon 1974 « Les droits de l'homme devant la vie et la mort», Rev. Dr. De l'homme, p.418.

حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص.138؛ أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،

1986، ص.50؛ عمر أبو الفتوح، المرجع السابق، ص.101.

² - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.48.

³ - عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.101.

⁴ - نفس المرجع، ص.96.95.

1. ألا يكون فيها تعارض مع الكرامة الإنسانية بحيث لا تكون الغرض الربح والتجارة والتداول.
2. أن يكون بيعها من أجل الانتفاع بها لمثل ما خلقت له، وأن لا تباع إلا لمن يعلم أنه يستتبعها في ذلك.
3. أن يدفع البائع بيع العضو مفسدة أعظم من مفسدة الإضرار بجرمة الميت.
4. أن لا يكون بيع العضو متعارضاً مع نص شرعي خاص مثل الشعر، لما روته أسماء بنت أبي بكر أنها قالت: جاءت امرأته إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، أن لي ابنة عريساً أصابها حصبة فتمزق شعرها، أفأصله؟ فقال صلى الله عليه وسلم " لعن الله الواصلة والمستوصلة " ¹. وكذلك يجب ألا يكون بيع العضو متعارضاً مع مبدأ شرعي آخر كمنى الرجل، لأنه لا شك في حرمة بيعه وبطلانه لان استعماله يؤدي إلى اختلاط الأنساب وهو حرام بلا خلاف.
5. أن لا يكون هناك أية بدائل صناعية للأعضاء الآدمية تقوم مقامها وتغني عنها.
6. أن يكون البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة رسمية موثوقة للتحقق من توافر الشروط السابقة ².

إن الأعضاء يسلك فيها مسلك الأموال " إنما دون النفس له حكم الأموال؛ لأنه خلق وقيامة للنفس كالأموال ألا ترى أنه يستوفى في الحل والحرم كما يستوفى الأموال، وكذلك الوصي يلي استيفاء ما دون النفس للصغير كما يلي استيفاء ماله فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر في إتلاف الأموال". ويمكن الاستشهاد بقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات" ووجه الدلالة أنه يجوز للإنسان أن يتصرف في جسده عند الضرورة ³.

II. الاتجاه الرافض لشرط المجانية

ذهب جانب آخر من الفقه ⁴ إلى معارضة بيع الأعضاء فيجب أن يكون التنازل عن العضو مجانياً ودون مقابل مادي، ويمثل هذا الاتجاه الرأي الغالب في الفقه، إذ أنه ليس من المقبول التعامل في جسم الإنسان وأعضائه على أنها سلعة تباع وتشتري، فجسم الإنسان - وكذا أعضائه - ليست من الأشياء التي تدخل في دائرة التعامل وكل عقد يرد عليها يعتبر باطلاً لعدم مشروعية الحل والسبب. وإن كانت فكرة

¹ - حديث سبق تخريجه.

² - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص.48.49.

³ - محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص.18.

⁴ - Doll (P-J), L'aspect moral, religieux et Juridique des transplantations d'organes, Gaz. Pal 1974, p.821؛ Memeteau. (G), France, rapport national présenté au colloque « Droit pénal et techniques Biomédicales Modernes », Rev. Int. dr. Pén. 1988, p.896.

عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.106.

النظام العام مرنة أدت إلى تغليب المصلحة المحمية الأولى بالرعاية وأبيح على إثر ذلك أن يكون جسم الإنسان محلاً للتصرفات القانونية كاستئصال عضو أو الخضوع للتجربة فإن النظام العام يفرض أن تبقى الدوافع الإنسانية أساس كل تصرف قانوني¹.

يذكر الفقيه Savatier.R " أن القيم الإنسانية تسمو عن المال، ويأتي على رأس هذه القيم الحب، فالإنسان بالحب يستطيع أن يقدم - ليس فقط أعضائه - بل حياته"².

كما يحقق التنازل عن الأعضاء والأنسجة من جثة الإنسان المجاني يحقق المزايا الطبية، فالإغراءات المالية قد تدفع بالمتنازل إلى إخفاء الأمراض الوراثية والمشاكل الصحية باعتبارها العامل في ملائمة العضو³.

إن من شأن الاتجار بالأعضاء فتح مجال استغلال الغني للفقير⁴ ويترتب على هذا أن قرار التنازل عن أخذ الأعضاء سوف يكون معيباً، إذ لا سلطان للشخص في قراره، حيث يكون احتياجه المادي الباعث الدافع على قبوله، لسد رمقه ومن يعول من أولاده، فيؤدي بالنتيجة إلى انحسار الحماية القانونية عن الطبقة الفقيرة في المجتمع⁵.

¹ - عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.106.107.

² - Savatier (R), Les problèmes juridiques des transplants d'organes humains, J.C.P, 1969-1-2247,no.4.

مقتبس عن: عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.107.

³ - عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.107.

⁴ - يرى أحد الباحثين الأوربيين بالسويد ويدعى Bengt Domeij في تقرير له تحت عنوان المظاهر الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية لاستعمال البنوك الحيوية الإنسانية لمنع نقل الأنسجة عن طريق البيع من أجل الربح المادي، أن الجسد البشري هو من أكثر القيم التي تتطلب حماية وقدسية في كل المجتمعات المتحضرة فهو محمي من زوايا مختلفة قانونية ودينية وثقافية، وأحد أبرز ملامح حماية هذا الجسد هي الحماية القانونية التي تعني تجريم الاتجار في الأعضاء البشرية لخوف المجتمع من استغلال الفقراء كقطع غيار بشرية للمرضى الأغنياء. مقتبس عن: عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.107.

يتم الحصول على الأعضاء البشرية من المتوفين بما يعرف بوفاة جذع المخ، وبدون موافقة المتوفى على ذلك حيال حياته، أو بدون موافقة أسرته بعد الوفاة، فقد كشف المجلس الطبي بتايلاند عن عصابة إجرامية للاتجار في الأعضاء البشرية تضم ثلاثة أطباء ومدير مستشفى Vachira Prakarn عن اتهامهم بتعمده إعلان وفاة مريض. بموت الدماغ بهدف الحصول على الأعضاء وذلك ما بين 1996 و1997 حيث تم استئصال أكثر من مائة كلية وكبد للزراعة بطريق الاتجار في المرضى. والأكثر من ذلك قيام الجراحون بإعطاء المرضى بعض العقاقير المخدرة التي من شأنها إفقاد الوعي لمدة طويلة، وهو الأمر المعروف طبياً بحالات الغيبوبة العميقة، لوصفها بعد ذلك بأنها تدخل في حالات الوفاة بجذع المخ وهو ما يقع بالفعل في البرازيل والأرجنتين وروسيا. عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.107.

وفي الصين بالرغم من وجود قانون صيني يسمح بالتبرع بالأعضاء بطريق النقل من الحي أو من الميت بعد الوفاة مباشرة. بموافقة الميت حال حياته، إلا أن الواقع يشير إلى أن عمليات نقل وزراعة الأعضاء تعتمد في المقام الأول على سوق الاتجار بالأعضاء البشرية المزدهر في الصين، ويقوم على أساس مصدرين للأعضاء، الأول عن طريق بيع الأعضاء من جانب الأحياء ويمثل هذا المصدر نسبة 10% من هذا السوق، والمصدر الثاني يعتمد على الأعضاء المستأصلة من المسجونين الصينيين المنفذ فيهم أحكام الإعدام، ويمثل هذا المصدر نسبة 90%. عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.169.

⁵ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق ص:152.

ولقد حرص المشرع الفرنسي على عدم ترك مسألة التنازل عن الأعضاء بقابل مادي رهينة الاجتهادات الفقهية وتقديرات المذاهب الفلسفية والأخلاقية. لذلك أرسى بما لا يدع مجالاً للشك في حقيقته من حيث حظر الاتجار بالأعضاء البشرية. فلقد نصت المادة الثالثة من قانون 22 ديسمبر 1976 أنه لا يمكن أن يعطي الاقتطاع في أي حال من الأحوال الحق بالحصول على تعويض مادي، سواء تم الاقتطاع من شخص حي أو من شخص ميت¹.

وأرسى القانون المدني الفرنسي في المادة 16² منه والمعدلة بالقانون الخاص باحترام جسد الإنسان رقم 653 لسنة 1994 مبدأ عاماً ينطبق على كافة أشكال التبرع سواء أكان بعضو من الأعضاء أو بأحد مشتقات الجسم وعناصره وخلاياه.

وبقدر من التخصيص جاء القانون رقم 654 لسنة 1994 والخاص بالتبرع بعناصر الجسم ومشتقاته ليعالج مبدأ المجانية وفقاً للتعديلات التي أدخلها على قانون الصحة العامة والذي نص في المادة 665 فقرة 13 أنه " لا يجوز على الإطلاق تخصيص أي مبلغ مالي وأيا كان كنهه لمصلحة من قام وارتضى إجراء عملية نقل عنصر أو مكون من مكونات جسمه، دون أن يحول ذلك من دفع تكاليف عملية الاستئصال وما يتكبده المانح من نفقات لازمة لإجراء هذه العملية"³. كما أقر المشرع مبدأ " الكتمان" الذي يقضي بإخفاء هوية أطراف العملية⁴، لما يحققه من دور وقائي في درء شبهة الاتجار بالأعضاء، بالإضافة حظر القيام بالإعلانات التجارية سواء كانت موجهة للفرد أو لإحدى المؤسسات أو الهيئات العامة.

وفي التشريع الانجليزي يمثل قانون 1953 بشأن استقطاع القرنية من عيون الموتى وزرعتهما في عيون الأحياء أول تشريع في إنجلترا ينظم استقطاع عضو بشري من إنسان وزرعه في آخر. وقد صدر قانون الأنسجة البشرية الانجليزي في سنة 1961 لبيح عملية استقطاع الأعضاء من المتوفين في حالة

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص: 106-107.

² - « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Art, 16 du code civil.

- « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial». Art, 16-1 du code civil.

- « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence». 16-1-1, du code civil.

³ - « Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. Seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat ». Art. L. 665-13, Loi 94-654.

⁴ - « Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur. ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.

Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique » Art. L 665-14, loi 94-654.

عدم وجود اعتراض الأقارب حسبما أوردته المادة الثانية من هذا القانون¹. ثم صدر القانون 1989 ليتوسع في إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء للأحياء. وقد عالج هذا القانون الاتجار بالأعضاء والإعلانات التجارية التي من شأنها التشجيع على التنازل عن الأعضاء بمقابل مادي².

أما واقعية التبرع بالأعضاء في إنجلترا فقد أشار البروفسور الجراح البريطاني الشهير " كريس روجر" والمتخصص في زراعة الكلى أن المشكلة في بريطانيا هي مشكلة الندرة، لأن من يحملون البطاقات قليلون جداً، ومع أن الدراسات تشير إلى 90% من البريطانيين لا يرفضون التبرع بأعضائهم فإن أسرهم ترفض ذلك، ففي سنة 2008 انتهت إلى أن قرابة نصف أقرباء المتوفين رفضوا التبرع بأعضاء موتاهم³.

وفي التشريع الإسباني صدر القانون مارس سنة 1996 والخاص باستقطاع واستعمال الأنسجة البشرية وأجازها بالنسبة للمتوفين مكثفياً بالرضاء المفترض، واعتمد هذا القانون في تنظيم هذه العمليات على مبادئ الفاعلية والعدالة والشفافية، حيث تجرى العمليات بإشراف منظمين، الهيئة القومية لنقل الأعضاء، مكتب كاتالان لنقل الأعضاء Officana Catalane Transplantement⁴. ونتيجة لهذا تعتبر إسبانيا الرائدة في الدول الأوروبية في مجال نقل الأعضاء من المتوفين، فمعدل التبرع يتراوح ما بين 20% و 25% من جملة عدد السكان، ويثق الشعب الإسباني في هذه العمليات المحاطة بسياج من الحماية القانونية التي تقضي على كل شبهة للاتجار بالأعضاء البشرية⁵.

وقد فتح المشرع الألماني الباب لاستقطاع الأعضاء من المتوفين بصدور قانون 5 نوفمبر 1997 مشدداً على توافر الرضاء المستنير للمتبرع وعدم وجود أي مقابل مادي.

ولقد أفرد قانون الصحة العامة الأمريكي (Public Health Service Act) في المادة 301 الفقرة (a) والمعدلة بالقانون القومي لزراعة الأعضاء تبين أنه " لا يجوز شراء الأعضاء أو الحصول عليها عمداً بمقابل مادي ذات قيمة مرتفعة متى كان ذلك بقصد استخدامها في عمليات زراعة الأعضاء، ومتى كان من شأن ذلك التأثير على النشاطات التجارية فيما بين الولايات". ومن خلال هذه المادة يتبين عدم

¹-« Without prejudice to the foregoing subsection, the person lawfully in possession of the body of a deceased person may authorise the removal of any part from the body for use for the said purposes if, having made such reasonable Enquiry as may be practicable, he has no reason to believe.

(a) That the deceased had expressed an objection to his body being so dealt with after his death, and had not withdrawn it: or

(b) That the surviving spouse or any surviving relative of the deceased objects to the body being so dealt with ». Subsec (2), Sec (1), Human Tissue Act-1961.

² - طارق فتحي سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001، ص.26.

³ - عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.153.

⁴ - طارق فتحي سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، المرجع السابق، ص.29.

⁵ - عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.157.

الحزم في تحريم عمليات الاتجار بالأعضاء، لأن تعريف المشرع للمقابل في الفقرة a بأنه القيمة المرتفعة يعني ببساطة متى كان المقابل منخفضاً يكون التصرف غير مؤثماً.

لعل مرونة هذه النصوص جعلت تجارة الأعضاء في الولايات المتحدة الأمريكية رائجة ففي تسجيل سري مع أحد عملاء مكتب التحقيقات الفيدرالية الأمريكي FBI مع متهم يدعى " ليفي إسحاق روزنهام" أنه كان يشتري الكلية الواحدة بمبلغ 10000 دولار أمريكي من الفقراء وبييعها بنحو 160000 دولار أمريكي للمرضى الأغنياء في أمريكا.

أما على صعيد التشريعات العربية، فلقد نصت المادة السادسة من قانون تنظيم زرع الأعضاء المصري رقم 5 لسنة 2010 بأنه " يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته.

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته.

كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين". ومن هنا يتبين أن المشرع المصري أرصد كل الأبواب على كل عملية اتجار أو مجرد شبهة مهما كانت صفة المقابل أو مناسبته.

ونص المشرع الجزائري في المادة 161 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه "... ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية".

ولا يتصور الحديث عن التعويض في حالة النقل من الأموات، حيث لا يشكل النقل ضرراً صحياً لدى المتبرع وإن كان من الممكن أن تتكبد الأسرة تكاليف لنقل جثة فقيدهم، حال كونهم أذنوا باستئصال أعضاء منها أو أذن المتوفى في حياته. ومن ثم فلا يتصور الحديث عن تعويض الضرر الصحي.

ويرى فقهاء الشريعة إن الإنسان حياً كان أو ميتاً ليس محلاً ممكناً ولا مشروعاً لمعاملات لا في الشرع ولا في الطبع ولا في العقل، ولأجل ذلك وجب دفن الإنسان وأجزائه احتراماً له.

قال الكساني في بدائعه: " إن أجزاء الميت لا تصلح للبيع؛ لأنها ليست مالاً متقوماً بدليل أن الإنسان لا يضمه بالإتلاف¹.

قال النبي صلى الله عليه وسلم: قال الله عز وجل: " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجنبياً فاستوفى منه ولم يعط أجره"².

¹ - الكساني، بدائع الصنائع، المجلد الخامس، المرجع السابق، ص.142.

² - رواه البخاري، كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً، الجزء الثالث، المرجع السابق ص.108.

ولقد صدرت فتوى منع البيع في المؤتمر الدولي المنعقد بماليزيا في شهر أبريل 1969¹. ومجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة في فبراير 1988 الذي نص على أن الاتفاق على جواز نقل العضو من الميت، مشروط بأن لا يتم ذلك عن طريق بيع العضو².

كما أصدر قرار هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية، ولجنة الفتوى في المملكة الأردنية الهاشمية، ولجنة الإفتاء بالمجلس الأعلى بالجزائر 1972³. ونصت جميع الفتاوى على أنه يحرم اقتضاء مقابل للعضو المنقول، أو جزئه كما يحرم اقتضاء مقابل للدم، لأن بيع الآدمي الحر باطل شرعاً لكرامته. أما شعر الآدمي فلا يجوز بيعه كذلك، يقول الكسانسي: "وأما عظم الآدمي وشعره فلا يجوز بيعه، لا لنجاسته؛ لأنه طاهر في الصحيح من الرواية، لكن احتراماً له، والابتدال بالبيع يشعر بالإهانة"⁴. أما دم الآدمي فلا يجوز بيعه، عن عون بن أبي خليفة عن أبيه أنه قال: "أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم، وثن الكلب، وكسب البغي"⁵. وهو حرام إجماعاً؛ أي بيع الدم وأخذ ثمنه⁶.

ولقد انتشرت ظاهرة الاتجار بالأعضاء بشكل كبير، حيث أصبحت عملية الشراء والبيع تتم بين السماسرة والمستشفيات، وسداً لكل ذريعة أن يصبح الإنسان وسيلة أو بضاعة يباع ويشترى، فإنه يحرم ذلك؛ لأنه يوحى بالرجوع إلى العهد الذي انتشرت فيه تجارة العبيد، واستغلال الإنسان عن طريق الرّق⁷، ومن ثم فإن ضرورة الحماية لجثة الإنسان أو للجسم البشري، تقتضي منع هذه التصرفات وزجر مرتكبيها، وقاية للمبادئ الأساسية، وعلى رأسها مبدأ الحصانة الجسدية.

ثانياً: ما يوفره شرط المجانية من حماية جنائية

لم تكتف بعض التشريعات بوضع المبادئ العامة التي تقرر وتؤكد على مبدأ مجانية التنازل عن الأعضاء وإنما فرض عقوبات جزائية صارمة. ومن ذلك القانون الفرنسي حيث جاءت المادة 511 - 2 من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 653 لسنة 1994 الخاص باحترام جسد الإنسان، وكذلك المادة 674 فقرة 2 من قانون رقم 654 لسنة 1994 - وهي نفس المادة 1-1272 الفقرة 2 من قانون الصحة العامة- لتنصان على عقوبة الحبس مدة سبع سنوات وغرامة 100 ألف أورو على فعل

¹ - سعاد سطحي، المرجع السابق ص.50.

² - بن داود عبد القادر، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، ملف المسؤولية الطبية، الجزء الأول، لا يوجد عدد وسنة النشر، ص.109.

³ - سعاد سطحي، المرجع السابق، ص.51.

⁴ - الكسانسي، بدائع الصنائع، المجلد الخامس، المرجع السابق، ص.142.

⁵ - رواه البخاري، كتاب البيوع، باب ثمن الكلب، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.111.

⁶ - مصطفى محمد الذهبي، المرجع السابق، ص.34.

⁷ - سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص.172.

الحصول على الأعضاء بمقابل مادي أيا كان كنهه¹. وكذلك فرضت المادة العقوبة سواء كان العضو لمصلحة المتلقي، أو دفع الغير للتنازل عن عضو نظير مقابل مادي ويستوي الأمر ولو كان العضو من خارج الأراضي الفرنسية.

ولما كانت المؤسسات والهيئات العامة في مجال نقل وزراعة الأعضاء لها من الثقل المالي والمهني ما قد يجعل منها مراكز تمارس من خلالها نشاطات الاتجار بالأعضاء بيعاً وشراءً وتوسطاً، فقد فرض المشرع الفرنسي على كل خرق ترتكبه هذه المؤسسات والهيئات للشروط والضوابط التشريعية التي تحكم عمليات نقل الأعضاء عقوبات جنائية وإدارية رادعة تبدأ من الغرامة وسحب الترخيص المؤقت، وحتى عقوبة الإلغاء والوقف النهائي عن ممارسة النشاط الذي ارتكبت الجريمة خلاله².

والملاحظ أن المشرع الفرنسي حريص على حماية الكرامة الإنسانية للإنسان، من خلال حرصه على حماية جميع أعضاء جسمه والبعد والارتقاء بها عن مصاف السلع التي تباع وتشتري مؤكداً أن مبدأ المجانية مبدأ عام ومهيمن على قواعد نقل الأعضاء وزرعها، كما أن المشرع الفرنسي يسوي بين لفاعل الأصلي والشريك في العقاب مثله والقانون الجزائري، إلا أنه لم يبين حالات الإعفاء وعقاب المتستر على الجناة، ويمكن الرجوع في ذلك للقواعد العامة في قانون العقوبات الفرنسي.

ولقد جرم المشرع الإنجليزي الصادر في 17 جويلية 1989 الخاص بالأعضاء البشرية الاتجار بالأعضاء والإعلانات التجارية التي من شأنها التشجيع على التنازل عن الأعضاء بمقابل مادي بشكل مستفيضة، فجاءت الفقرة الأولى من المادة الأولى لتقرر أنه "يعد الشخص مرتكباً لجنحة إذا قام يدفع أو تلقي مبلغ مالي نظير قيامه بتحصيل عضو بشري أو إذا سعى لذلك، سواء أكان ذلك من شخص متوفى أو على قيد الحياة، وسواء كان العضو محل الجريمة مستأصلاً بالفعل أو سيتم استئصاله وذلك بغرض زراعتها لشخص آخر، كما يعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالأعضاء كل من يتلقى أو يدفع مبلغ معين بغرض العثور على مانح يرتضي استقطاع عضو من جسمه بمقابل مادي أو أن يقوم الشخص بغرض الإمداد بأحد الأعضاء نظير ما يدفع له من نقود"³.

¹ - « Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui. Les êmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger. Art 511-2, code pénal ; Art 1272-1-2. Code de la santé publique.

² - « Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies au présent chapitre encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par l'article 131-39 L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ». Art 511-28. Code pénale.

³ - A person is guilty of an great Britain he:

ومما تجدر الإشارة إليه أن عبارات الفقرة (b – a) من المادة الأولى تدلان بشكل قاطع تحريم كافة أشكال الوساطة في عمليات بيع وشراء الأعضاء أياً كان ولو كان المريض نفسه المحتاج لإجراء العملية. أما الفقرة (d – c) من نفس المادة يقضي بتجريم مجرد الإعداد لترتيبات أو الاشتراك في مفاوضات يكون موضوعها الحصول على عضو من الأعضاء البشرية أو السعي لذلك بمقابل مادي، أو الاشتراك في تشكيل وإدارة جماعة للاتجار بالأعضاء¹.

وجرم التشريع الانجليزي الإعلانات التجارية المتضمنة دعوة أو عرض لبيع الأعضاء البشرية في المادة الثانية من القسم الأول من قانون سابق الذكر. ولا يشترط القانون شكلاً معيناً في الإشهار حيث نصت المادة الرابعة " يتحقق الإعلان بأي شكل من أشكال الإعلان وسواء أكان موجهاً إلى العامة أو إلى طائفة من الأفراد أو لشخص أو أشخاص بذواتهم"².

أما العقوبة الواجبة التطبيق على ما يقترف من جرائم في مجال الاتجار بالأعضاء فإن المادة الخامسة من قانون 1989 سالف الذكر قد ميز بين جريمة الاتجار بالأعضاء سواء أكان ذلك بالبيع أو الشراء أو السعي لذلك وكذلك أعمال الوساطة التي تتضمنها عمليات البيع والشراء. ويبيّن جريمة الإعلان المنطوي على أحد هذه النشاطات، فنصت على عقوبة الحبس مدة تتجاوز ثلاثة أشهر وغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى المستوى الخامس وفقاً للتقدير القانوني أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك بالنسبة للجريمة الأولى، أما جريمة الإعلان فقد اكتفى المشرع يفرض عقوبة الغرامة على مرتكبها بحد أقصى لا يتجاوز المستوى الخامس³.

وما يلاحظه المرء من خلال تفصيل التشريع الانجليزي عدم كفاية عقوبة الحبس والغرامة المقررة لجريمة الاتجار بالأعضاء النصوص عليها في المادة الخامسة، وكان أولى أن ينص على عقوبة أشد تنسجم على الأقل وما فصله من أحكام بداية بالمادة (1) إلى (4) من القسم الأول والتي تعطي انطباعاً طيباً

A) Makes or receives any payment for the supply of or an offer to supply an organ which has been or is to be removed from a dead or living person and is intended to be transplanted into another person whether in grate britain or else where.

b) Seeks to find a person willing to supply for payment such an organ as is mentioned in paragraph (a) above or offers to supply such an organ for payment ». Subsec (1). Sec (1), Human Organ Transplants Act, 1989.

¹ - عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.148.

² - « In this section (advertisement) includes any form of advertising whether to the public generally to any section of the public or individually to selected person ». Subsec (4). Sec (1), Human Organ Transplants Act, 1989.

³ - « A person guilty of an offence under subsection (1) above is liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding three months or a fine not exceeding level (5) on the standard scale or both and a person guilty of an offence under subsection (2) above is libe on summary conviction to a fine not exceeding level (5) on that scale ». Subsec (5). Sec (1), Human Organ Transplants Act, 1989.

لمسلك لا هوادة فيه في تجريم كافة الحالات، إذ فصلّ صور ونشاطات الاتجار بالأعضاء رغبة في سد كل ثغرة تدعو للإفلات من العقاب، فكانت النتيجة المنطقية تقضي بعقوبات صارمة موافقة لحجم الظاهرة الإجرامية إلا أن ما حدث العكس.

أما من التشريعات العربية نص المشرع اللبناني بالمرسوم الإشتراعي رقم 109 الصادر في 1983/9/16 في المادة السابعة على عقوبة الحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 8000 إلى 80000 ليرة لبنانية، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

أما التشريع المصري فقد نص في المادة 20 من قانون رقم 5 لسنة 2010 بأنه "يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه كل من خالف أياً من أحكام المادة (6) من هذا القانون، وذلك فضلاً عن مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية المتحصلة من الجريمة أو الحكم بقيمة في حالة عدم ضبطه.

ولا تزيد عقوبة الحبس عن سبع سنوات لكل من نقل أو زرع نسيجاً بالمخالفة لحكم المادة (6) من هذا القانون.

وتكون الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة من الجرائم الأصلية التي يعاقب على غسل الأموال المتحصلة منها وفقاً لأحكام قانون مكافحة غسيل الأموال الصادر بالقانون رقم 80 لسنة 2002 " . وما يلاحظ على المشرع المصري بالإضافة إلى فعالية العقوبات وبيانه لكافة الصور، تميز فضلاً عن مصادرة الأموال أو الفوائد المادية المتحصل عليها، الحكم بقيمة المال في حالة عدم ضبطه تغريباً وهو أمر محمود من جانبه، كما قد تتبع آثار هذه الجرائم وعوائدها المالية في إطار جرائم غسيل الأموال وذلك لرواج هذه التجارة وما تدره من أرباح، وما يصاحبها من استغلال للفقراء والضعفاء.

ونصت المادة 30 من القانون المغربي رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها الذي أورد نصوصاً جزائية لكل مخالفة حيث عاقبت على الاتجار بالأعضاء البشرية، أو التشهير لها بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم كما نص على عقوبات تكميلية وهي المنع عن ممارسة المهنة أو نشاط في الميدان الصحي لمدة من خمس وعشر سنوات أو مدى الحياة.

وأخيراً نص المشرع الجزائري على جرائم الاتجار بالأعضاء وعنونها القسم الخامس مكرر بالقانون 09-01 المعدل لقانون العقوبات.

عاقبت المادة 303 مكرر 16 بعقوبة الحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة 300.000 دج إلى 1.000.000 دج لمن يحصل على عضو من أعضائه قابل منفعة مالية أو أية منفعة

أخرى مهما كانت طبيعتها، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص.

أما بالنسبة للنسيج فعاقبت المادة 303 مكرر 18 بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج

وتشدد العقوبة إلى جنحة مغلظة بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشر (15) سنة والغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 في الحالات المنصوص عليهم في المادة 303 مكرر 20 وتشدد العقوبة كذلك في حالة الحصول على عضو بمقابل منفعة مالية بالسجن من 10 إلى عشرين سنة والغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 بتوافر الظروف المنصوص عليهم في المادة 303 مكرر 20 ويعاقب المشرع على الشروع.

وعاقبت المادة 303 مكرر 25 على مجرد التستر على مثل هذه الجرائم، وأضاف عقوبات تكميلية إعمالاً لنص المادة التاسعة من قانون العقوبات، ونص على حالات الإعفاء وكذا المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.¹

إن حماية جثة جنائياً من التدخلات لم يقتصر على الجثة المتكاملة بل طالت الأعمال الطبية الأجنة المجهضة في إطار إجراء التجارب الطبية لأغراض علمية أو علاجية فينبغي إذ ذاك وضع المسألة على طاولة البحث والدراسة وبيان أثرها على نطاق الحماية الجنائية لجثة الإنسان فيما يلي.

المبحث الثالث

إجراء التجارب الطبية على الأجنة المجهضة

أثارت الأبحاث العلمية والتجارب الطبية والبيولوجية الحديثة على الإنسان والمتعلقة بالجنين الآدمي، والأبحاث الطبية الحيوية ذات الصبغة العلمية خارج نطاق العلاج أو غير الإكلينيكية؛ وكذا العمليات الجراحية التجريبية غير المسبوقة؛ أو المغايرة للعرف الطبي المتعارف عليه، إشكالية الموازنة بين المتطلبات العلمية المعاصرة في مجالات الطب والجراحة والبيولوجية، وبين توفير الحد الأدنى من الاحترام الواجب للجسم البشري والحفاظ على الكرامة الإنسانية الآدمية، وحقوق وضمائمات الإنسان الشرعية والقانونية التي لا يجوز انتهاكها ولا المساس بها.²

¹ - راجع القسم الخامس مكرر "الاتجار بالأعضاء" القانون رقم. 01.09. المورخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري

² - بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص. 8.7.

ولا يمكن توفير ذلك إلا بسن القوانين البيوأخلاقية لتنظيم الأخلاقيات الطبية (Médical Ethics) لتحديد القواعد القانونية والأخلاقية الأساسية التي تحكم التجارب الطبية والعلمية على الإنسان في مجال الأدوية المستجدة وطرق العلاج المستحدثة، وكذا الممارسات الجديدة الناجمة على التقدم العلمي في ميادين الطب والبيولوجيا وعلوم الأحياء¹.

ولقد مر معنا في الفصل الأول من الباب الأول أثر الطب الحديث على القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية²، وتوصلنا إلى فكرة مفادها أن تطور التدخلات الطبية العلاجية وغير العلاجية؛ أي ذات الأبعاد العلمية المحضة التي لا تقتضيها ضرورة علاجية، أدت إلى تغيير تفاصيل القواعد الطبية العامة التقليدية. وعليه نحاول في هذا المبحث معالجة تأثير التطورات الطبية المتمثلة في التجارب الطبية التي تطال الجثة. وفكرة التجارب الطبية أو البحث العلمي على الجثة في مجال حمايتها من التدخلات الطبية لا تشمل الجثة الواضحة المعالم بعد وفاة الشخص سواء كان صغيراً أو كبيراً، وقد يكفي في دراسته موضوع التشريح العلمي، بل تعني الجثة كل شخص متوفي وتشمل الأجنة والجهيز. وعليه نتناول في هذا المبحث إجراء التجارب الطبية على الأجنة المجهضة حيث يثير هذا الموضوع العديد من الإشكاليات المتمثلة في اعتبار الأجنة المجهضة أو الجنين الميت أو المسقط محلاً للتجارب العلمية³ (المطلب

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.8.

² - أنظر الفصل الأول من الباب الأول من الصفحة 114 وما بعدها من هذه الرسالة.

³ - مع تطور تقنيات الطب وعلم الأجنة استطاع الأطباء في العصر الحديث الوصول إلى طرق وأساليب حديثة تساعدهم على اختيار جنس الجنين المرغوب فيه لدى الأبوين:

الطريقة الأولى: فصل الحيوانات المنوية عن بعضها البعض؛ لأن طبيعة الحيوانات المنوية إما مسؤولة عن إنجاب الذكور (Y) وإما مسؤولة عن إنجاب الإناث (X) ويختلفان من حيث السرعة والاستجابة لتيار كهربائي ضعيف/ وفي مقاومة الحموضة أو القلوية، وفي القدرة على لزوجة اختراق إفراز عنق الرحم، وعليه يتم التحكم بمحاولات الفصل بين الحيوانات المنوية حاملة الذكورة والمنويات حاملة الأنوثة.

الطريقة الثانية: استعمال نوع من الأغذية كزيادة كمية ملح الطعام في الأغذية التي تتناولها الزوجة، إن كانت الرغبة في الذكر، وهذه الدراسة تشير إلى أن نسبة النجاح 84% وإن كان الأساس العلمي غير مثبت بعد.

الطريقة الثالثة: تغيير الحالة الكيميائية للمهبل بالعمل على زيادة أو تقليل درجة الحموضة في الرحم، بحيث تتكيف مع حياة أحد النوعين، بينما تحد أو توقف من نشاط الآخر، والوسط المفضل في قناة المرأة التناسلية حامضي للأنتي وهو قاعدي للذكر، فإذا كان قاعدي فهو يشجع على إنجاب الذكور، وإذا كان حامضي فهو يشجع على إنجاب الإناث.

الطريقة الرابعة: العمل على فحص خلايا الجنين بعد الإخصاب لمعرفة ما إذا كانت خلايا ذكورية أو أنثوية ثم بعد ذلك يتم إرجاع الجنين المرغوب فيه إلى رحم الزوجة. طارق عبد المنعم محمد خلف الله، المرجع السابق، ص.128. 129. 130. 131.

أما الحكم الشرعي فإنه من المتفق عليه جواز اختيار جنس الجنين إذا كان اللقحة مرض أو تشوه خطير، أما خلاف ذلك فلا يوجد دليل يدل على حرمة فيبقى الحال على أصله " والأصل في الأشياء الإباحة" ولكن بشروط:

1. أن تكون عملية الاختيار تابعة لعملية التلقيح الضروري أو الحاجة لمن لا يستطيع الإنجاب إلا بهذه الوسيلة، فلا يجوز القيام بها لمن يقدر

على الإنجاب، لأن الرغبة في جنس معين لا يبيح كشف العورة للقيام بعملية التلقيح الصناعي.

2. أن تقتصر هذه العملية على الحالات الفردية ولا تكون سياسة عامة للدولة أو على نطاق جماعي.

الأول)، وكذا مشروعية إجراء التجارب عليها (المطلب الثاني) ثم شروطها وأثر هذه التدخلات الطبية على نطاق حمايتها جنائياً (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الجنين المجهض كمحل للتجارب الطبية

أن موضوع البحث في حقيقة التصرف في الأجنة في مجال التجارب العلمية لا يمكن تحديدها إلا بمعرفة حقيقة المحل الذي يقع عليه ذلك التصرف وهو الجنين ذاته. فهل يعتبر في نظر الشرع والقانون آدمي من أول لحظة يتكون فيها أم أنه ليس كذلك؟ أم أنه يكون آدمياً في مرحلة الاجتنان ولا يكون كذلك في مرحلة أخرى؟ ليعلم إذ ذاك بعد إجهاضه بأنه جنين مجهض فيسوغ من الناحية المنهجية إدخاله ضمن موضوع حماية جثة الإنسان من التدخلات الطبية. وعليه يتوجب التعرض إلى معنى الجنين (الفرع الأول) ثم إجهاض الجنين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

معنى الجنين

يتعين علينا في هذا الصدد بيان المعاني اللغوية للفظ "جنين" (أولاً) ثم التعريف الاصطلاحي سواء في عرف الفقه الإسلامي أو الطبي وعلماء الأجنة (ثانياً).

أولاً: معنى الجنين في اللغة

الجنين في اللغة الولد في البطن، والجمع أجنة وأجنن، وهو مشتق من جن؛ أي استتر، وسمي جنينا لاستتاره في بطن أمه. وجنين الآدمي هو المخلوق الذي يتكون في رحم المرأة نتيجة تلاقح بيضتها مع الحيوان المنوي الذي يحتوي عليه ماء الرجل. ويطلق أسم جنين على هذا المخلوق ما دام في رحم أمه، لتحقق استتاره فيه، فيشمل جميع مراحلها من حين تكونه إلى وقت ولادته.

وجاء في تاج العروس: "وأجن عنه واستجن واستتر، والجنين الولد مادام في البطن لاستتاره فيه. وهو من فعيل بمعنى مفعول جمعه أجنة، ومنه قوله تعالى: "وإذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم"¹. وأجنن بإظهار التضعيف"².

3. ضرورة كون القائمين على عمليات التلقيح الصناعي ممن يتقون الله عز وجل ويتوحدون الحذر والدقة في هذه العمليات احتياطاً للانساب الواقعة في رتبة الضرورات في شريعتنا الإسلامية. إياهم أحمد محمد إبراهيم، الهندسة الوراثية بين المعطيات العلمية والضوابط الشرعية، بحث مقدم استملاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات الإسلامية، الجامعة الأردنية، 2001، ص.126.

¹ - سورة النجم، الآية.32.

2 - الزبيدي، تاج العروس، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص.163.

وفي لسان العرب: "الجنين الولد مادام في البطن... والجنة بالضم ما وراك من السلاح واستترت به منه، والجنة الستر، يقال استجن بجنة؛ أي استتر بستره. وقيل كل مستور جنين حتى أنهم ليقولون حقدًا جنينًا، وضغنٌ جنينًا... وفي الحديث الإمام جنة؛ لأنه يقى المأموم من الزلل والسهو"¹. ومن هنا يمكن القول أن معاني مادة جنين لها معنيان في اللغة:

المعنى الأول: معنى عام يطلق على كل مستور، ومن ذلك إطلاق الجنة على البستان؛ لأنها مستورة بورق الشجر، وإطلاق الجن على الجان؛ لأنهم مستورون عن أعين الخلق، وإطلاق الجنون على زائل العقل؛ لأنه يغطي العقل وإطلاق الجنة على ما يصير إليه المسلمون في الآخرة؛ لأنه ثواب مستور عنهم اليوم، فمعاني كلمة جن تدور حول الستر والتستر.

المعنى الثاني: وهو معنى خاص، وهو الولد ما دام في بطن أمه. قال تعالى: "وإذا أنتم في بطون أمهاتكم"². وهو المعنى الذي نقصده من جملة المعاني اللغوية سواء استتر الجنين أم أسقط لأي سبب كان.

ثانياً: معنى الجنين في الاصطلاح

لا يكاد استعمال كلمة الجنين تختلف عما هو في الاستعمال اللغوي فهو يطلق على الولد الموجود في بطن أمه.

ف عند الحنفية قال ابن عابدين: "الجنين هو الحمل ما دام مضغة أو علقة"³. وقال الإمام الكسائي: "وان لم يستبن شيء من خلقه فلا شيء فيه؛ لأنه ليس بجنين وإنما هو مضغة"⁴. أما عند المالكية فيشمل لفظ الجنين عندهم: "كل ما تحمله المرأة في رحمها". فقَالوا هو: "كل ما تحمله المرأة مما يعرف أنه ولد وإن لم يكن مخلّقاً"⁵. وقالوا: "إنه الدم المجتمع الذي إذا صب عليه الماء الحار لم يذب"⁶. ولذا فالجنين عند المالكية: "كل ما طرحت المرأة مما يعلم أنه ولد، سواء كان تام الحلقة أو كان

1 - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، المرجع السابق، ص. 93-95.

2 - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي (أطفال الأنابيب) المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 556.

3 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار المشهور بمحاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، 1992، ص. 587.

4 - الكسائي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 325.

5 - أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، الجزء السابع، دار الفكر العربي لا توجد سنة النشر، ص. 80.

6 - التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، دار الرشد الحديثة، الدار البيضاء، المغرب، 1991، ص. 718.

مضغة أو علقة أو دمًا"¹. وأما الشافعية فقالوا: "الجنين أقل ما يكون به جنينًا أن يفارق المضغة والعلقة حتى يتبين منه خلق آدمي إصبع أو أظفر أو عين أو ما أشبه ذلك"².

بينما يرى الإمام الغزالي "أن الجنين يطلق على النطفة منذ لحظة التلقيح الأولى لأن أول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة"³.

فيما يذهب الحنابلة: إلى أن الحمل يسمى جنينًا، منذ بداية تكوين صورة الآدمي فيه. وقال ابن قدامة: "الجنين ما فيه صورة خلق آدمي، أو لم تكن فيه صورة خلق آدمي، أو لم تكن فيه صورة آدمي إلا أنه شهد ثقات بأن فيه صورة خفية لآدمي وأنه لو بقي يتصور"⁴.

أما ابن رجب الحنبلي فيخالف المذهب ويرى أن بداية الجنين وتصوره منذ كونه علقة، أما النطفة فأنها لم تنعقد بعد، وقد لا تنعقد"⁵.

وعند مذهب أهل الظاهر قال ابن حزم: "إن الجنين ما استكن في رحم الأم منذ بدء تخلقه وهي مرحلة العلقة، سواء كان قبل تمام الأربعة أشهر من الحمل أو كان بعد تمامها"⁶.

ومنشأ الخلاف الفقهي في تحديد معنى "الجنين" مرده أن بعض الفقهاء يقصر لفظ الجنين على الحمل الذي استبان منه شيء من خلق الآدمي ولا يطلقه على ما دون ذلك وتكون هذه الفترة من بداية الشهر السابع إلى وقت الولادة."

بينما ذهب المالكية وابن حزم إلى إطلاقه على ما استكن في الرحم ولو لم تكن له صورة الآدمي، وغيرهم - كما سبق - يرون أن الجنين يطلق على ما استكن في الرحم وكانت له صورة ظاهرة أو خفية لآدمي، ويكون ذلك فيما بين الشهر الثالث من الحمل إلى حين الولادة.

أما في الاصطلاح الطبي يطلق الأطباء لفظ الجنين على الولد في بطن أمه عندما يظهر عليه الطابع الإنساني بتكون الأجهزة المعروفة للإنسان، ويكون ذلك فيما بين الشهر الثالث من الحمل إلى حين الولادة. ويطلق على الولد في بطن أمه إذا اكتملت بنيته، وكان بإمكانه أن يعيش إذا نزل حيا من بطن

1 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص. 22.

2 - الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: علي معوض و عادل عبد الموجود، الطبعة الأولى، الجزء الثاني عشر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص. 385.

3 - أبو حامد الغزالي، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 51.

4 - ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص. 532.

5 - ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر، ص. 46.

6 ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، الطبعة الأولى، الجزء الحادي عشر دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص.

أمه، ويكون هذا في الفترة الواقعة بين بداية الشهر السابع إلى وقت الولادة¹. ويطلق أيضاً على الفترة الواقعة بين انغراز البيضة الملقحة في جدار الرحم ونهاية الأسبوع الثامن، ثم يطلقون عليه بعد ذلك اسم "حميل" إلى أن يولد².

ثالثاً: حقيقة الجنين

تتعلق مسألة حقيقة الجنين بمسألة بداية الحياة في اللقائح (الأجنة) لإجراء التجارب العلمية عليها وهي مسألة ثار حولها نقاش كبير بين الفقهاء والباحثين من جهة، وبين الأطباء من جهة أخرى، وذلك أن إجراء التجارب على الأجنة بعد حدوث التلقيح إذا قيل بأنها حية من بداية التلقيح يعتبر إتلاف لها، وإذا قيل بعدم حياتها انتفى الإتلاف وتغير على ضوئه الحكم الشرعي. واختلف الفقهاء بين قولين:

I. أن الحياة تبدأ من تلقيح الحيوان المنوي للبيضة في رحم المرأة أو خارجه واستدل هؤلاء بأدلة من الكتاب والسنة ومن المعقول:

من الكتاب قوله تعالى: "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن"³. ووجه الدلالة أن الشارع رتب على وجود اللقيحة أو الجنين في الرحم أحكاماً شرعية كإنقضاء عدة الحامل بوضع حملها ولا شك أن من تحمل لقيحة هي من أولات الأحمال، ولا فرق بين قصر مدة الحمل أو طوله. ومن السنة حديث بريدة رضي الله عنه قال: "جاءت الغامدية إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إني قد زويت فطهرني، وأنه ردها، فلما كان الغد، قالت: يا رسول الله: لم تردني؟ لعلك أن تردني كما رددت معازاً، فوالله إني لحبلى، قال: "إما لا، فاذهي حتى تلدي" فلما ولدت أتنه بالصبي في خرقة، قالت: هذا قد ولدته، قال: "اذهي فارضيه حتى تفضميه" فلما فطمته، أتنه بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته، وقد أكل الطعام، فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها، فحفر إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها"⁴.

ووجه الدلالة أن الحامل إذا زنت لا ترجم حتى تضع ولدها وترضعه وتفضمه دون اشتراط أن يكون الحمل قد بلغ مرحلة معينة كأربعين يوماً، أو مائة وعشرين يوماً⁵.

¹ - محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، الطبعة الرابعة، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص.52.

² - نفس المرجع، ص.52.

³ - سورة الطلاق، الآية.4.

⁴ - رواه مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.1323.

⁵ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي (أطفال الأنابيب) المجلد الثاني، المرجع السابق، ص.582.

ومن العقل اتفاق الفقهاء على أن المرأة إذا كانت حاملاً فإنه يثبت لهذا الحمل حق الإرث والوصية إن ولد حياً وهذا يعني أن الحياة لها اعتبارها من حين العلق؛ ومن العقل أيضاً أن الحيوان المنوي إذا لقح البويضة نتج عن ذلك خلية واحدة تبدأ بالنمو، والنمو صفة أساسية من صفات الحياة¹.
كما أن الحياة الإنسانية يحكم بدايتها في الكائن الحي متى توافرت الشروط الخمسة: القدرة على النمو ما لم تحرم الأسباب؛ البداية الواضحة والمعروفة؛ إفشاء النمو لتكون الإنسان؛ وأن ما سبق تكوينه لا يمكن أن ينمو فيفضي إلى إنسان؛ واكتمال الحصيلا الوراثية لجنس الإنسان؛ وهذه الشروط توجد في اللقيحة فيحكم بحياتها.

II. أن الحياة تبدأ بعد نفخ الروح في اللقيحة وذلك بمضي أربعة أشهر رحمة. واستدلوا بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول.

من الكتاب قوله تعالى: "كيف تكفرون بالله وكنتم أمواتاً فأحياكم ثم يميتكم ثم يحييكم ثم إليه ترجعون" وأيضاً قوله تعالى: "قالوا ربنا أمتنا اثنتين وأحييتنا اثنتين..."². ووجه الدلالة أن الآيتين نصتا على وجود حياتين وموتتين، والمراد بالموتة الأولى هي الحالة التي سبقت الروح في الجنين، وهي من وقت تلقيح البويضة إلى أربعة أشهر رحمة. أي: "كانوا أمواتاً في أصلاب آبائهم، فأحياهم الله وخلقهم، ثم أماتهم الموتة التي لا بد منها، ثم أحياهم للبعث يوم القيامة، فهي حياتان وموتتان"³.

وقال تعالى: "ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظماً فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين"⁴. ووجه الدلالة أن أطوار النطفة والعلقة والمضغة يكون الإنسان فاقداً لأهم عنصر لإنسانيته وهو الروح، فإذا نفخت صار خلقاً، وهذا معنى قوله "ثم أنشأناه خلقاً آخر"⁵.

ومن السنة حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين ليلة ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك، ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك، ثم يرسل إليه الملك، فينفخ فيه الروح..."⁶.

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع السابق، ص. 583.

² - سورة البقرة، الآية: 28.

³ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي (أطفال الأنابيب) المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 572.

⁴ - سورة المؤمنون، الآية: 14.

⁵ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي (أطفال الأنابيب) المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 574.

⁶ - حديث سبق تخريجه، ص. 44.

ووجه الدلالة أن الحديث دل على أن نفخ الروح إنما يكون يعد مرور مائة وعشرون يوماً من وجود اللقيحة في الرحم.

ومن المعقول أن الطب قرر أن حياة الإنسان تنتهي بنهاية حياة المخ فكذاك بداية الحياة تكون باكتمال نمو المخ، ويكتمل نمو المخ في اللقيحة بعد مرور أربعة أشهر رحمية.

ومما جاء في كلام المتقدمين كقول ابن القيم: "فإن قيل: الجنين قبل نفخ الروح فيه، هل كان فيه حركة وإحساس أم لا؟ قيل: كان فيه حركة النمو والاعتداء كالنبات ولم تكن حركة نموه واعتدائه بالإرادة فلما نفخت انضمت حركة حسيته وإرادته إلى حركة نموه واعتدائه"¹. وقال ابن حجر: "ولا حاجة له أي الجنين حينئذ إلى حس، ولا حرة إرادية؛ لأنه حينئذ بمرتلة النبات، وإنما يكون له قوة الحس والإرادة عند تعلق النفس به"². وهذا يبين أن اللقيحة أو الجنين يمر بمرحلتين حسب مراحل نموها:

المرحلة الأولى: حياة نباتية وتكون قبل نفخ الروح فيها، وهذه تتميز بالنمو والاعتداء.

المرحلة الثانية: حياة إنسانية، وتكون بعد نفخ الروح فيها، وهذه تتميز بقوة الحس والإرادة؛ أي بتكون الجهاز العصبي³. واستكمالاً لمفهوم الأجنة المجهضة نتناول فيما يلي إجهاض الجنين.

الفرع الثاني

إجهاض الجنين

نحاول في هذا الفرع التعرض لمعنى الإجهاض في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي ثم في الاصطلاح القانوني، وفي الاصطلاح الطبي (أولاً) ثم التعرض لمعنى الجهيـض - كمستخلصة لما ذكر - (ثانياً) وأخيراً مشروعية الإجهاض في كل من الفقه الإسلامي والقانون (ثالثاً).

أولاً: معنى الإجهاض والجهيـض

الإجهاض لغة " من فعل جهض؛ يقال أجهض إجهاضاً أو جهض، بمعنى المرأة أسقطت حملها. ويأتي بمعنى زوال الشيء عن مكانه بسرعة، ومنه أجهضت الناقة إذا ألقت ولدها فهي مجهض. وأجهضت المرأة ولدها إذا أسقطته ناقص الخلق"⁴.

¹ - ابن قيم الجوزية، التبيان في أقسام القرآن، تحقيق: طه يوسف شاهين، دار الكتاب العربي، بدون سنة النشر، ص. 221.

² - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الطبعة الثالثة، الجزء الحادي عشر، تحقيق: الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، المكتبة السلفية، مصر، 1407، ص. 491.

³ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي (أطفال الأنابيب) المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 577.578.

⁴ - ابن زكريا، أبي الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، الجزء الأول، دار الجليل، بيروت، لا توجد سنة النشر، ص. 489.

والإجهاض في الاصطلاح الفقهي بين الألفاظ، إسقاط وإلقاء، وزلق، وطرح وإنزال وإخراج وملص، بمعنى الإجهاض. والإسقاط من السقط "بفتح السين وكسرها" ومعناه "الولد الذي يسقط من بطن أمه قبل تمامه"¹.

والزلق من "أزلفت الحامل أي أسقطت الجنين فهي مزلقة ومزلق والمزلاق الحامل الكثيرة".² والإجهاض. والطرح من طرح الشيء إذا رماه بعيداً³. و"الملص" بفتححتين؛ الزلق، ومنه ملص الشيء من يدي وانملص إذا افلت⁴. قال أبو عبيد عن عمر- رضي الله عنه- "أنه سأل عن إملاص المرأة، فقال المغيرة بن شعبه: قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة"⁵.

ويرى فقهاء القانون أن الإجهاض هو "إنهاء حالة الحمل قصداً قبل موعد ولادته الطبيعية سواء بإخراج الجنين من رحم أمه قبل موعد ولادته الطبيعي حتى لو خرج حياً، أو بقتل الجنين داخل رحم أمه، لأن إخرجه قبل موعد ولادته حياً يؤدي غالباً إلى موته"⁶. ويستبعد هذا التعريف من نطاق الإجهاض حالة ما إذا خرج الجنين من الرحم بوسيلة تلقائية؛ "أي نتيجة التقلصات الطبيعية لعضلات الرحم، حياً أو ميتاً وهو ما يعرف بالولادة "المبتسرة"⁷. ويصدق هذا التعريف على جرائم الإجهاض المتنوعة، فقد ترتكب الحامل الإجهاض وقد يرتكبه غيرها.⁸

عرّف الأطباء الإجهاض أنه انقذاف محصول الحمل قبل أن يكون قابلاً للحياة⁹. أما علماء الطب الشرعي فقد عرفوا الإجهاض بأنه "لفظ محتويات الرحم قبل الأوان، إذا تم تفرغها قبل تمام الشهر السادس الرحمي وهو السن الذي يحدد قابلية الجنين للحياة المنفصلة، وهو ما يعبر عنه بالقابلية للحياة، ويعد تفرغ محتويات الرحم بعد ذلك وقبل إتمام شهور الحمل بأنه ولادة قبل الأوان"¹⁰.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، المرجع السابق، ص. 293 .

² - مصطفى إبراهيم ورفاقه، المعجم الوسيط، الجزء العاشر، دار الدعوة، لا توجد سنة وبلد النشر، ص. 398 .

³ - ابن منظور، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص. 137 .

⁴ - ابن منظور، المجلد الثالث عشر، المرجع السابق، ص. 177 .

⁵ - رواه مسلم، باب القسامة، المجلد الحادي عشر، المرجع السابق، ص. 179 .

⁶ - محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الأشخاص، المرجع السابق، ص. 177 .

⁷ - محمود مجيت حسني، شرح قانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص. 298-299 .

⁸ - كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الإنسان، المرجع السابق، ص. 161-162 .

⁹ - منى فايز اللوزي، الإجهاض طبيًا، قانونيًا، فقهيًا، الطبعة الأولى، لا توجد دار النشر، عمان، 1996، ص. 7 .

¹⁰ - يحيى شريف وآخرون، الطب الشرعي والبوليس الفني الجنائي، الطبعة الأولى، الجزء الأول، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، مصر،

ويعرف " الدليل الطبي لتقديم الخدمات الصحية الإنجابية والجنسية " الإجهاض¹ بأنه " الحمل " وهذا يمكن أن يكون تلقائياً يسمى أيضا إسقاطاً أو يكون مستحثاً. والإجهاض المستحث " يمكن أن يكون جراحياً مثلاً عن طريق الشفط الهوائي أو التوسيع والكحت أو يكون عن طريق العقاقير مثلاً باستخدام مضاد للبروجستين و/أو البروستاجلاندينات بطريقة آمنة أو غير آمنة". ولقد تم تعريف "الإجهاض غير الآمن" بواسطة منظمة الصحة العالمية بأنه " إجراء لإنهاء حمل غير مرغوب بواسطة شخص يفتقر للمهارات اللازمة أو بإجرائه في بيئة تفتقر للحد الأدنى من المقاييس الطبية أو لكليهما"². ومن خلال هذا يمكننا تعريف **الجهيـض الميت** بأنه " الجنين إذا انفصل عن رحم أمه، إما بنفسه أو بفعل فاعل، سواء تم في أول مدة الحمل أم في آخرها".

ويستثنى من تلك المدة مرحلتا النطفة والعلقة؛ لأنهما ليستا بشيء، ولا يتعلق بهما شيء من الأحكام إجماعاً؛ لأن إطلاق لفظ الجنين على المراحل الأولى من الحمل قبل ظهور شيء من خلق الإنسان إطلاق مجازي وأنه مقدمة للجنين الحقيقي³.

وللجنين بعد خروجه من بطن أمه حالات ينسب عليها القول بأنه جنين ميت، أو جثة وبالتالي تبني عليه الأحكام من تغسيل وتكفين وصلاة. فهل يعتبر جثة قبل نفخ الروح بالاعتماد على ما ذكر واستشهد به سابقاً في قوله تعالى: " كيف تكفرون بالله وكنتم أمواتاً فأحياكم ثم يميتكم ثم يحييكم ثم إليه

¹ - في كل دول العالم تقريباً، يتم إجراء عملية الإجهاض بصورة قانونية في الحالات التي تتطلب إنقاذ حياة المرأة، وهناك أسباب أخرى تبيح إجراء عملية الإجهاض في العديد من الدول وتتضمن:

- المحافظة على الصحة الجسدية والعقلية للمرأة.
- حدوث حمل نتيجة للاغتصاب أو زنى المحارم.
- ضعف تلف أو موت الجنين.
- أسباب اقتصادية واجتماعية.
- عند الطلب.

وعندما تسمح القوانين بإجراء عملية الإجهاض، يجب على الدولة أن توفر خدمة آمنة ومتاحة للسيدات اللاتي يرغبن في إجراء عملية الإجهاض. ويجب على مقدمي الخدمة الطبية بذل كل جهد للاستفادة من القوانين وترجمتها إلى واقع عملي بتقديم الخدمة للفئات اللاتي يسمح لهن القانون باستخدام عملية الإجهاض. فتبيح تركي، أوشا ماهوترا، مراجعة مارك بولسون، الدليل الطبي لتقديم خدمات الصحة الإنجابية والجنسية، الاتحاد الدولي لتنظيم الأسرة، الطبعة الثالثة، 2004، ص.281.

² - فتبيح تركي، أوشا ماهوترا، مراجعة مارك بولسون، الدليل الطبي لتقديم خدمات الصحة الإنجابية والجنسية، الاتحاد الدولي لتنظيم الأسرة، الطبعة الثالثة، 2004، ص.280.

³ - إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سلسلة إصدارات مجلة الحكمة، المدينة المنورة، السعودية، 2002، ص.627.

ترجعون¹. وأيضاً قوله تعالى: " قالوا ربنا أمتنا اثنتين وأحييتنا اثنتين...²". باعتبار هذين الآيتين تدلان على وجود حياتين وموتتين، الأولى هي الحالة التي سبقت الروح في الجنين، وهي من وقت تلقيح البويضة إلى أربعة أشهر رحمية.

ويرى الدكتور بلحاج العربي في بحثه الأحكام الشرعية للمتوفى في الفقه الإسلامي أن الجنين الميت هو " الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح، إذا كان ميتاً حقيقة أو حكماً، أي بمعنى صيرورة خلايا جسده عاجزة عن النمو والتطور والانقسام". ومن علامات وفاة الجنين في بطن أمه توقف حركته تماماً، أي عدم شعور الأم بالحركة، داخل بطنها مطلقاً، ويمكن الاستعانة بالأجهزة الطبية للتأكد من ذلك.

مع العلم أن قول البعض إن الجنين قبل أربعة أشهر هو بدون روح وإنه إذاً ميت، فهذا غير صحيح من الناحية الشرعية والعلمية؛ لأن الروح غير الحياة، والجنين فيه الحياة من أول دقيقة من عمره، ونحن لا نعلم عن الروح شيئاً فهي من أمر الله عز وجل³. لقوله تعالى: "وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي"⁴.

ويجاب على هذا التساؤل على أن المرحلة الأولى ليست ميتة بالمعنى الحقيقي لعدم ترتيب الأحكام من تغسل وتكفين - على تفصيل يعرف في موضعه- ويرى الدكتور محمد نعيم ياسين: " في هذه الفترة لا يكون آدمياً، ولا يوصف بالإنسانية، ولا يكون حياً بالحياة الإنسانية (المتميزة عن جميع أنواع الحياة في هذا الوجود). وكذلك لا يوصف بأنه آدمي ميت، لأن هذا الوصف لا يطلق إلا على الجسد الذي حلت الروح فيه في وقت ما ثم فارقت، وهذا لم تحل فيه الروح أصلاً... فهو أصلاً للآدمي الذي تنفخ فيه الروح"⁵.

وبالنظر إلى الأحكام التي ذكرها الفقهاء في الصلاة على المجهض، وتغسيله وتكفينه نجد أن الأمر لا يخلو من ثلاث حالات

1 - سورة البقرة، الآية. 28.

2 - سورة غافر، الآية. 11.

3 - بلحاج العربي، الأحكام الشرعية للمتوفى في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 42، السنة 11، ص8-160، ومنشور على الانترنت: تاريخ الاطلاع: 2011/11/24 ص: 145/53 الموقع:

http://www.alukah.net/Articles/Article.aspx?ArticleID=467#_ftn1

4 - سورة الكهف، الآية. 85.

5 - محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، المرجع السابق، ص. 88.

1. أن تجهض الحامل الجنين يعد نفخ الروح فيه وقد ظهرت فيه علامة تدل على الحياة، بحيث يخرج حياً، وتثبت حياته بعلامة تدل عليها من الاستهلال- من رفع الصوت أو الرضاع أو تنفس أو حركة كثيرة على الراجح ثم يموت بعد ذلك.
2. أن تجهض بعد نفخ الروح فيه، ولم تظهر عليه علامة تدل على حياته، وذلك بأن تجهضه ميتاً، أو تظهر عليه علامة حياة مستقرة كحركة الاختلاج- وهو الخروج من مكان ضيق ونحوه- وتكون المدة التي تجهض فيها قد تجاوزت الأربعة أشهر، لأن الروح تنفخ بعد أربعة أشهر والروح هي سبب الحياة الإنسانية المتكاملة، وبها تكون الحركة الإرادية والحس.
3. أن تجهض قبل نفخ الروح فيه؛ أي قبل أن يبلغ أربعة أشهر، ولا شك أنه ميت في هذه المرحلة، سواء كان الجنين قد تخلق أم لا، لكن لا بد أن يكون قد جاوز مرحلة النطفة والعلقة¹.

ثانياً: مشروعية الإجهاض

انقسمت التشريعات الجزائية المختلفة بخصوص موقفها من تجريم الإجهاض إلى اتجاهين، اتجاه إلغائي وآخر إبقائي². كما اختلف الأمر لدى الفقهاء المسلمين بشأن الاعتداء على الجنين ومتى يجوز الإسقاط ومتى يمنع، وعليه نتطرق إلى مشروعية الإجهاض في كل من الفقه الإسلامي والقانون فيما يلي:

I. مشروعية الإجهاض في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في الحكم الشرعي من الإجهاض بين مرحلتين، مرحلة ما قبل نفخ الروح، ومرحلة بعد نفخ الروح وفق ما يلي:

¹ - إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص. 628. 629.

² - الاتجاه الإلغائي: يقوم هذا الاتجاه على عدم التجريم، وقد أخذ هذا الاتجاه بالنمو في التشريع المقارن اعتماداً على مبادئ الحركة المناهضة بتنظيم النسل، توصلاً لحل العقبات الاقتصادية والاجتماعية، متبينة فكرة الاقتصادي الإنجليزي "ماليتوس" والتي مفادها أن عدد السكان يتزايد بنسبة أعظم من تزايد المنتجات الغذائية، وبعد الوضع القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية أكثر الاتجاهات الإلغائية تطرفاً فالمسؤولية الجنائية التي تنهض قبل الأطباء تعد انتهاكاً لحقوق المرأة في الإجهاض على حد تعبير المحكمة العليا في الولايات المتحدة، فقد أصدرت المحكمة قرارها الشهير عام 1972 في قضية "رو" ضد "ويد" وأسست فيه حق المرأة في الإجهاض واعتبرته داخلاً ضمن نطاق الكفالة الخاصة للتعديل الرابع عشر. الاتجاه الإبقائي: ويقوم على ضرورة إبقاء الإجهاض مجزماً، بمقولة أنه يتكون في الحقيقة من تدمير وتحطيم كائن بشري قد بدأت فيه الحياة، فضلاً عن المشكلات التي يثيرها الإجهاض من الناحية الأخلاقية والصحية والاجتماعية والقانونية. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الإنسان، المرجع السابق، ص. 382. 386.

1. الإجهاض قبل نفخ الروح

لم تستقر المذاهب الفقهية المعتمدة على حكم الاعتداء على الجنين وإسقاطه قبل نفخ الروح، بل وظهر في المذهب الواحد عدة آراء مختلفة، ولذا سيكون بيان هذه الاتجاهات كالاتي:

الاتجاه الأول:

ذهب بعض الحنفية¹ والإمام الغزالي² شافعي وابن تيمية وابن رجب الحنبلي، وابن الجوزي الحنبلي³ وأكثر المالكية، وهو أحد أقوال الظاهرية⁴ إلى القول بجرمة الاعتداء على الجنين وإسقاطه منذ وقوع النطفة في الرحم.

قال الإمام الغزالي: "الإجهاض جنابة على موجود حاصل، فأول مراتب الوجود وضع النطفة في الرحم فتختلط بماء المرأة، وتستعد بقبول الحياة بإفسادها جنابة، فإن صارت علقة أو مضغة فالجنابة أفحش، فإن نفخت الروح واستقرت الخلقة زادت الجنابة فحشاً" فيقوى التحريم كلما قرب من زمن النفخ لأنه جريمة⁵. واستدلوا بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن امرأتين من هذيل، رمت إحدهما الأخرى، فطرحت جنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو أمة. ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الغرة على المرأة التي أسقطت حمل المرأة الأخرى لإثمها، وهذا يدل على عدم جواز الإسقاط مطلقاً. والإسقاط يشبه الوأد، لعله اشتراكهما في القتل، فالإسقاط قتل للنفس والوَأد كذلك فكلاهما حرام⁶.

ومن الأدلة قياس حرمة الاعتداء على الجنين في بداية تخلقه، على حرمة الاعتداء على بيض الصيد للمحرم بالحج، فلما كان المتعرض للبيض - الذي هو أصل الصيد - مؤاخذاً عليه، فكذلك الجنين منذ بداية تخلقه لا يجوز التعرض له، لأنه أصل الإنسان وهو مستعد للحياة قبل إنزاله⁷.

1 - ابن عابدين، رد المختار، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 590 .

2 - الغزالي، إحياء علوم الدين، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 51 .

3 - ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، أحكام النساء، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1993، ص. 273 .

4 - ابن حزم، المحلى، الجزء الحادي عشر، المرجع السابق، ص. 236 .

5 - الغزالي، إحياء علوم الدين، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 51 .

6 - الزين يعقوب الزبير، موقف الشريعة الإسلامية في تنظيم النسل، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، 1991، ص. 314 .

7 - ابن عابدين، رد المختار، الجزء السادس، المرجع السابق، ص. 591 .

إن اختلاط ماء الرجل بماء المرأة بمنزلة العقد الذي اجتمعت فيه إرادة الرجل وإرادة المرأة الإيجاب والقبول وأن الرجوع في العقد يكون فسخاً ورفعاً، وإلغاء العقد دون إرادة وموافقة الطرفين غير جائز. لهذا فإنه يحرم الإسقاط، والسقط أحد الأطراف التي يتعذر أخذ موافقته¹.
وعللوا ذلك أن الماء إذا وقع في الرحم فإن مآله الحياة وإذا لم يفسد فهو معد للحياة كالآدمي. فيكون له حكم الحياة في إيجاب الضمان بإتلافه، وإسقاطه يسبب قطع النسل وتقليله فهو حرام².

الاتجاه الثاني:

ذهب بعض المالكية³ وبعض الحنفية⁴ والراجح عند الحنابلة وهو مذهب الشافعية⁵ إلى جواز الإسقاط كراهة في النطفة قبل الأربعين يوماً الأولى من بداية الحمل، وأنها حرام بعدها أي بعد البدء بالتخلق. واستدل أصحاب هذا الاتجاه بما يأتي:

1. إن النطفة ليست شيئاً، ولذا لا يتعلق بها حكم حال إلقائها مثلها كما لو كانت في صلب الرجل، لأنها لم تنعقد وقد لا تنعقد⁶.
2. قياس الإسقاط في هذه المرحلة على العزل، فقالوا، كما يجوز للرجل العزل فيجوز له الإسقاط. قال ابن حجر العسقلاني: "وينتزع من حكم العزل، حكم معالجة المرأة إسقاط النطفة قبل نفخ الروح، فمن قال بالمنع، ففي هذه أولى، ومن قال بالجواز فيمكن أن يلحق بهذا"⁷. وما رواه عبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظمها"⁸. ووجه الدلالة في الحديث يرشد أن تصوير الجنين واكتمال خلقه يكون في أول الأربعين الثانية، وقبل هذه المدة لا يتكون، ولذا كان الإسقاط في هذه الحالة جائزاً⁹.

¹ - الغزالي، إحياء علوم الدين، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 51.

² - الزين يعقوب الزبير، المرجع السابق، ص. 314.

³ - مالك ابن انس، المدونة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص. 481.

⁴ - ابن عابدين، رد المختار، الجزء السادس، المرجع السابق، ص. 588.

⁵ - الرملي، نهاية المحتاج، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 380. 381.

⁶ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثاني عشر، المرجع السابق، ص. 8.

⁷ - العسقلاني، فتح الباري لشرح صحيح بخاري، المجلد التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1989، ص. 254.

⁸ - حديث سبق تخريجه.

⁹ - البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء السادس عالم الكتب، بيروت، 1983، ص. 24.

الاتجاه الثالث:

ذهب بعض الحنفية¹ وبعض الحنابلة² إلى جواز الإسقاط في جميع المراحل قبل نفخ الروح في الجنين. واشترط الحنفية إذن الزوج والزوجة سواء كان لعذر أو لغير عذر. قال ابن عابدين: "قال هل يباح الإسقاط بعد الحمل؟ نعم يباح ما لم يتخلق فيه شيء. لن يكون ذلك إلا بعد مرور مئة وعشرين يوماً³. وقال ابن قدامة: "المرأة إذا تعمدت إسقاط ما ليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه لأننا لا نعلم أنه جنين الآدمي"⁴. وظاهر هذا الكلام أنه يجوز إسقاطه قبل أن تنفخ فيه الروح⁵. واستدلوا بما يأتي:

1. إن الجنين ما لم يتخلق فليس بآدمي، ولا تثبت له أحكام الآدمي، من وجوب صيانتة وحرمة الاعتداء عليه، فيجوز إسقاطه ولا إثم حينئذ
 2. إن الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح لا يكون إسقاطه وأدًا، لأن الوأد يكون لبدن حلت فيه الروح. قال تعال: "وإذا المؤودة سئلت بأي ذنب قتلت". والمؤودة تسأل حال البعث، ولا بعث إلا من حلت فيه الروح، ولذا لا يكون الاعتداء عليه وأدًا ولا يجرم إسقاطه.
 3. واستدلوا أيضًا بما استدل به أصحاب الاتجاه الثاني بجواز الإسقاط قياسًا على العزل⁶.
- أن الإجهاض قبل نفخ الروح يشمله حكم التحريم مطلقًا؛ أي منذ لحظة التلقيح العلق أو الحمل. وذلك للمبررات الآتية:

أ- "إن الجنين كائن حي وإجهاضه إنهاء لحياته، ذلك أن حياة الجنين تمر بمرحلتين، ولا يمنح وصف الآدمية إلا في المرحلة الثانية منهما، وتحديد حقيقة الجنين قبل النفخ هو الذي يحدد مناهج الحكم، ذلك أن إجهاض الجنين في المرحلة الأولى إفساد وإتلاف، والإتلاف يختلف حكمه باختلاف الشيء المتلف، فقد يكون الإتلاف واجبًا إذا كان المتلف محرم الاستعمال أو ضارًا، أو كان ضرره أكثر من نفعه. فليس للمسلم أن يتلف عضوًا من أعضائه لغير حاجة، وليس له أن يتلف

1 الكسائي، بدائع الصنائع، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 325.

2 ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص. 539

3 - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء السادس، المرجع السابق، ص. 429.

4 - ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، الجزء التاسع، ص. 539 .

5 - المرادوي، الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حسن الشافعي، الطبعة الأولى، الجزء العاشر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص. 68 .

6 - محمد أحمد الرواشدة، عقوبة الاعتداء على الجنين بالإجهاض "دراسة فقهية موازنة"، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23 العدد الأول، 2007، ص. 439.

أملأه، ولا شك أن الجنين الذي يتكون في بطن الأم، ويصبح بالعلوق والانعقاد مؤهلاً لاستقبال الروح بعد فترة من الزمن لا يمكن إلا أن يصنف في الأشياء النافعة، ولا يمكن أن يصنف في الأشياء الضارة، فيكون إسقاطه لغير حاجة محرماً¹.

ب- ويمكن مناقشة الذين قاسوا جواز إسقاط الجنين على العزل "أن هذا ممتنع لأن العزل يمنع دخول الحيوان المنوي إلى البويضة والجنين بعد التلقيح تكون حياته مستمرة ونامية. "إذ ليس العزل كالإجهاض والوآد؛ لأن ذلك جنائية على موجود حاصل، ولا يلزم من ذلك هذا، فالعزل منع، ولا يمثل اعتداء على الجنين؛ لأن مبدأ التخلق هي النطفة الأمشاج، ولا توصف بالأمشاج إلا بعد أن يتم تلقيحها للبويضة، ومنعها من التلقيح بالعزل لا يكون كإفساد البويضة الملقحة"².

ج- الإجهاض قبل النفخ فيه اعتراض على إرادة الله. وفيه ضرراً للمرأة، ويورثها الأمراض العصبية والقلق والخوف، وكذا فإنه يثير مشكلات اجتماعية وقانونية. وفي تحريمه حماية للأسرة وصيانة للأخلاق، فرمما يتخذ الناس الإجهاض وسيلة لتسهيل الزنا وإخفاء آثار جريمة الزنا، فسداً للذريعة، يحكم بجرمة الإجهاض في هذه المرحلة إلا للضرورة.

د- إن القول بإباحة الإسقاط في هذه المرحلة، وبلا ضوابط أو قيود شرعية تقتضيها الضرورة، مفضلاً إلى مفسدة عظيمة ودرء المفسد أولى من جلب المصالح. ولا تدرأ هذه المفسد المترتبة عليه إلا بإثبات حرمة في هذه المرحلة³.

2. الإجهاض بعد نفخ الروح

اتفق الفقهاء على عدم جواز الاعتداء على الجنين بعد نفخ الروح فيه، وقالوا إن هذا الفعل يعد قتلًا للجنين؛ لأنه أصبح بعد نفخ الروح فيه إنساناً ونفساً مكرمة لقوله تعالى: "ولقد كرمتنا بني آدم"⁴. قال ابن جزري المالكي: "وإذا قبض الرحم المني لم يجوز التعرض له، وأشد من ذلك إذا تخلق، وأشد من ذلك إذا نفخ الروح فيه، فإنه قتل نفس إجماعاً"⁵. وقال الإمام الغزالي: "وإن نفخ الروح فيه واستوت الخلقه ازدادت الجناية تفاحشاً"⁶.

1 - محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية، المرجع السابق، ص. 221.

2 - محمد أحمد الرواشدة، المرجع السابق، ص. 440.

3 - نفس المرجع، ص. 440.

4 - محمد علي البار، مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهية، الطبعة الأولى، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، 1985، ص. 39.

5 - ابن جزري، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 217.

6 - الغزالي، إحياء علوم الدين، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص. 51.

وقال الإمام الرملي: "ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ؛ لأنه جريمة، ثم إن تشكّل في صورة آدمي وأدركته القوابل وجبت الغرة؛ لذا فإن الإجهاض بعد نفخ الروح جريمة توجب العقوبة إلا للضرورة، فالله حرم قتل النفس بغير سبب شرعي، والجنين الذي نفخ فيه الروح صار نفساً آدمية، فيحرم قتله". وفيه تعريض نفس الأم لمخاطر كثيرة أقلها الالتهابات المزمنة والأمراض العصبية والنفسية التي تؤدي إلى فقدانها طمأنينة القلب، واختلال التوازن العقلي وآخرها الموت¹.

II. مشروعية الإجهاض في القانون

كفلت النظم القانونية حماية جنائية للجنين² فجرمت أفعال الاعتداء التي تمس بحياته أو يترتب عليها إسقاطه سواء كانت من الغير سواء اعتداءً أو برضاء الحامل أو بدلالاتها عليها. وكذلك عاقب الحامل بذات العقوبة إذا مكنت غيرها من استعمالها وتسبب ذلك في إسقاطها، وشدّد العقاب إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة.

تنص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دينار.

وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وفي جميع الحالات يجوز الحكم على ذلك بالمنع من الإقامة".

وتنص المادة 305 من ذات القانون: "وإذا ثبت أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة 304 فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى".

¹ - الرملي، نهاية المحتاج، المجلد السابع، المرجع السابق، ص. 380. 381.

² - لا يعتبر الإجهاض عملاً لائقاً منذ الأزمنة الغابرة وقد تشدّد قانون الإمبراطورية الرومانية بقمع الإجهاض ومنعه ونص على معاقبة الفاعل بقوة وأكثر من ذلك فقد طالب "بوليوس" قيصر في القرن الأول قبل المسيح بأن يشمل العقاب حتى الأم التي تقبل بعملية إجهاض؛ لأنها تكون بذلك قد حرمت الإمبراطورية مواطنها الجديد المرتقب.

كما أن شريعة حمورابي التي تعتبر أقدم الشرائع كانت تمنع الإجهاض وتعاقب عليه، ولما جاءت المسيحية ساعدت بتعاليمها على الحد من إجراء الإجهاض في القرون الأولى وأما في المجتمع الغربي الجاهلي فقد كان متوغلاً فيما هو أشد من الإجهاض، إذ كان الإنسان الجاهلي يقوم بوأد ابنته أو ابنه بعد أن يرى كل منهما النور خوفاً من شبح الفقر أو مبالغة في الغيرة على الغرض. ولما جاء الإسلام حرم عليهم قتل النفس إلا بالحق وحرّم الإجهاض لأنه يعتبر قتلاً لنفس بريئة. مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2002، ص. 227.

وتعاقب المادة 306 من نفس القانون الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والمرضون والمرضات والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و 305 على حسب الأحوال.

ويجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليه في المادة 23 فضلاً عن جواز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة"

وتنص المادة 308 منه على حالة إباحة الإجهاض بقولها: " لا جريمة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورته إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطات الإدارية". وتعاقب المادة 309 منه المرأة التي تجهض نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض. بينما تعاقب المادة 310 على التحريض على الإجهاض باستعمال الطرق المنصوص عليها.

وجريمة الإجهاض تستوجب وجود عناصر أو أركان منها الركن المفترض وهو وجود الحمل أو افتراض وجوده والركن المادي والمعنوي.

1. وجود الحمل أو افتراض وجوده.

اختلف الفقهاء في بداية الحمل بين رأيين: أولهما يرى أن الحمل يبدأ مع التلقيح، ويستمر إلى أن تتم الولادة الطبيعية، فالحمل هو البويضة الملقحة منذ التلقيح، وذلك هو الرأي الغالب في الفقه والطب. ولكن هناك رأياً آخر يعتبر أن الحمل يبدأ بتمام زراعة البويضة الملقحة في جدار الرحم، والمسافة الزمنية بين التلقيح والزراعة حوالي اثني عشر أو ثلاثة عشر يوماً، ذلك أن البويضة الملقحة تبقى ثلاثة أيام في قناة الرحم بعد التلقيح، وتثبت بعد ذلك إلى الرحم فتمكث فيه عشرة أيام وبعد انتهاء هذه المدة تقوم بالالتصاق بجدار الرحم وتسمى هذه العملية بعملية الزراعة¹.

ولم يحدد المشرع الجزائري الزمن الذي يبدأ فيه الحمل، والذي يعتبر الفعل من بعده إجهاضاً بالرغم من أن تبني أية وجهة نظر مما ذكر تؤدي إلى نتائج خطيرة.

فإذا قلنا أن الحمل يبدأ مع التلقيح كان معنى ذلك أن اللولب والكثير من الأدوية التي تروجها هيئات تنظيم الأسرة والتي تعمل على منع البويضة الملقحة من الالتصاق بجدار الرحم، تعتبر وسائل

¹ - مصطفى عبد الفتاح لبنة، جريمة إجهاض الحوامل، دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة، الطبعة الأولى، دار أولي النهي للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1996، ص. 502.

إجهاض وليست وسائل لتحديد النسل؛ لأنها تؤدي إلى إنهاء حمل موجود فعلاً وبالتالي يعاقب بعقوبة الإجهاض. أما لو قلنا بالرأي الثاني الذي يبدأ مع تعلق البويضة بجدار الرحم فإن الوسائل السابقة لهذه المرحلة وسائل خاصة بمنع الحمل؛ ولأنه لا توجد نصوص تمنع من استعمال هذه الوسائل فلا مسؤولية جنائية. أما نهاية الحمل فيرجح الفقه أنها لا تبدأ بالولادة التامة أو بانفصال الجنين تماماً وإنما تبدأ مع عملية الوضع التي تبدأ بآلام الوضع¹.

وتشترط غالبية التشريعات وجود الحمل كشرط أساسي لقيام جريمة الإجهاض، فإذا لم يكن هناك حمل فلا مجال للحديث عن قيام هذه الجريمة حتى ولو اعتقد المتهم خطأ بوجوده². وفي ذلك نصت المادة 260 من قانون العقوبات المصري على أن " كل من أسقط عمداً امرأة حبلية بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالسجن المشدد ". إلا أن بعض التشريعات كالقانون الانجليزي الصادر عام 1861 حمى الجنين الوهمي الذي لا وجود له إلا في مخيلة الجاني، حيث يعاقب كل شخص بالعقوبة المقررة لجريمة الإجهاض إذا قام بالأعمال اللازمة لإجهاض امرأة حتى ولو ثبت بعد ذلك أنه لم يكن هناك حمل³، وهو ما يقرره المشرع الجزائري حيث يقرر عقاب من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها. وهو الموقف الذي نؤيده لاعتبارات عدة بالنظر إلى فكرة الخطورة الإجرامية من جانب ومن جانب آخر الحماية المزدوجة لكل من الأم والحمل، حيث يُحمى حق الجنين وذلك باستمرار الحمل وتطوره من الاعتداء عليه بغرض الإسقاط، وفي نفس الوقت حماية الأم في حماية جنينها وصحتها ضد مجرد التفكير في الاعتداء على هذا الحق والعمل على إنجائه.

2. الركن المادي في جريمة الإجهاض

جريمة الإجهاض من الجرائم الايجابية التي يسعى الجاني فيها للتخلص من الحمل، وإسقاطه من الرحم. فيتخذ من الوسائل ما هو لازم لتحقيق ذلك وباستعماله لتلك الوسائل تتحقق نتيجة ملموسة لها كيان مادي في العالم الخارجي وتتمثل في إنهاء الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي. ولم تجر التشريعات الجزائية على وثيرة واحدة بخصوص الألفاظ المستعملة للدلالة على الفعل المادي المكون لهذه الجريمة، فبعضها استعمل لفظ " أجهض"⁴ كما بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري وقانون العقوبات الأردني حيث نص هذا الأخير في المادة 322: " من أقدم بأية وسيلة كانت على إجهاض امرأة برضاها، عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاثة سنوات ". وبعضها استخدم لفظ " أسقط" وهو مصطلح

¹ - مصطفى عبد الفتاح لبنة، المرجع السابق، ص. 203.

² - كامل السعيد، شرح قانون العقوبات - الجرائم الواقعة على الإنسان، المرجع السابق، ص. 351.

³ - مصطفى عبد الفتاح لبنة، المرجع السابق، ص. 508.507.

⁴ - محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، المرجع السابق، ص. 142.

معيب تأسيساً على أنه لا تحيط بجميع صور إنهاء الحمل، ففي حالات استثنائية يتم إنهاء الحمل ولا يترتب على ذلك سقوطه وانفصاله عن الحامل بل يبقى فترة قد تطول في رحم الأم، وقد يبقى نتيجة وفاة الأم فلا يحدث الإسقاط رغم أن ذلك لا يحدث إلا نادراً¹.

ولم تهتم التشريعات بالوسيلة التي يلجأ إليها الجاني في سلوكه الإجرامي فيصح أن يكون نشاط الجاني فعلاً مادياً كالضرب أو الركل أو الضغط على البطن، والرياضة البدنية العنيفة التي تمارسها الحامل أو الرقص العنيف وارتداء الملابس الضيقة أو الأحزمة الضاغطة. كما يصح أن يلجأ الجاني إلى استخدام الأدوية الطبية في شراب أو طعام أو بالحقن. ويصح أن يحصل النشاط باستخدام القسطرة أو إبرة لثقب الأغشية الجنينية فينقبض الرحم فيؤدي إلى الإجهاض². وكما يمكن أن يكون نشاط الجاني مادياً يصح أن يكون معنوياً كالترجيع والتخويف أو التهديد بالقتل... وإضافة "أو بأية وسيلة أخرى" يفهم منه أن ما ذكر من وسائل ليست على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال، وأن أية وسيلة أخرى كافية لقيام الجريمة طالما أدت إلى إنهاء الحمل قبل موعده الطبيعي³.

ولا يفرق المشرع الجزائري بين الوسائل العنيفة في الإجهاض وغير العنيفة؛ وبين رضی المرأة بالإجهاض أو عدم رضاها "سواء وافقت على ذلك أو لم توافق" أو ما يسمى بالإجهاض الإجباري والاختياري.

ولم يعتن المشرع بالمكان الذي تجرى فيه عملية الإجهاض فتقوم الجريمة أياً كان المكان الذي تمت فيه عملية الإجهاض، وسواء كان ذلك المكان مستشفى عاماً أو عيادة طبيب متخصص أو غير متخصص أو مكاناً خاصاً ولا أثر لذلك من حيث تخفيف أو تشديد العقوبة. وإن كان من الأجدر تشديد العقاب حالة إجراء عملية الإجهاض بعيداً عن الجهات المتخصصة وعلى أيدي غير المتخصصين لردع أولئك الذين يتخذون من عمليات الإجهاض تجارة وحرقة لهم⁴.

وكما تتم الجريمة بفعل إيجابي يمكن أن تتحقق بالترك طالما هناك التزام قانوني على الشخص بمنع حدوث النتيجة. وتتحقق هذه الأخيرة بإنهاء الحمل أو إسقاطه قبل موعد الولادة الطبيعي ويتصور الأمر في الحالات التالية:

أ- أن لا يلحق بالحمل إي أذى أو ضرر كأن تكون الوسيلة التي استعملها ليست بالفاعلية.

ب- أن يصاب الجنين بأذى نتيجة فعل الجاني، وقد يصل إلى حد التشوه.

¹ - مصطفى عبد الفتاح لبنة، المرجع السابق، ص. 513.

² - محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثامنة، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1983، ص. 277.

³ - كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الإنسان، المرجع السابق، ص. 359.

⁴ - مصطفى عبد الفتاح لبنة، المرجع السابق، ص. 523.

ج- أن يخرج الجنين حياً قبل مواعده الطبيعي للولادة نتيجة سلوك الجنائي.

د- أن يخرج الجنين ميتاً.

ه- أن تنتهي حياة الجنين بسبب وفاة أمه ولكنه يبقى داخل الرحم¹.

وتعتبر جريمة الإجهاض من جرائم الضرر² - كأصل عام- التي يتطلب فيها القانون ضرورة حدوث ضرر معين. والضرر هنا يتمثل في " إنهاء الحمل قبل الأوان". كما أنها جريمة من جرائم الخطر حيث جرم المشرع بعض صور السلوك بغض النظر عن النتيجة الضارة أو عدم تحقيقها تأسيساً على أن هذا السلوك ينشأ عنه حالة تنذر بإحداث الضرر كما في المادة 310 من قانون العقوبات الجزائري بأنه: " يعاقب ... من حرض على الإجهاض ولو لم يؤد تحريضه إلى نتيجة ما...".

ويتعين توافر علاقة سببية بين فعل الإسقاط وموت الجنين أو خروجه قبل الموعد الطبيعي للولادة، وذلك بأن يكون سلوك الجنائي هو السبب الملائم لحصول النتيجة وفقاً للمجرى العادي للأمر. ومن بين صور الركن المادي " الشروع في جريمة الإجهاض" حيث سلك المشرع الجزائري وغيره من التشريعات المعاصرة إلى تجريم الشروع أو المحاولة إمعاناً منها في حماية الجنين والمرأة فقررت العقاب على أفعال الإجهاض التي يقوم بها أي شخص بغرض إسقاط الحمل حتى ولو لم تكن المرأة حاملاً، إذ يكفي أن يعتقد الجنائي بوجود حمل وأن يقوم بأعمال يهدف من ورائها إسقاط ذلك الحمل. وهذا ما أشار إليه المشرع الفرنسي في المادة 317 من قانون العقوبات -بعبارة لا تحتمل التأويل- إلى عقاب من يحاول إجهاض امرأة افترض أنها حامل. وكذلك قانون العقوبات اللبناني في المادة 542 بقولها " من أقدم بأي وسيلة على تطريح (إجهاض) امرأة أو محاولة تطريحها برضاها يعاقب... ". ولم يأخذ المشرع المصري حذو التشريعات المعاصرة حيث أوضح صراحة عن موقفه في المادة 264 من قانون العقوبات بأنه " لا يعاقب على الشروع في الإسقاط...".

3. الركن المعنوي في جريمة الإجهاض

جريمة الإجهاض جريمة عمدية حيث تتجه الإرادة إلى تحقيق الجريمة التي يعاقب عليها القانون مع العلم بأركانها فضلاً عن نية تحقيق نتيجة معينة بذاتها وهي طرد الجنين قبل الميعاد أو إنهاء الحمل قبل الأوان. ولا تشير عبارات النص الجزائري إلى ذلك، في المادة 304 و 305 و 306 بينما نصت المادة 309 على أنه: " تعاقب بالحبس... المرأة التي أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على

¹ - مصطفى عبد الفتاح لبنة، المرجع السابق، ص. 532.

² - جرائم الضرر هي تلك التي يترتب على السلوك فيها عدوان فعلي حال على الحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية، بينما جرائم الخطر هي تلك التي يترتب على السلوك فيها مجرد احتمال العدوان على الحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية. سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 477.

استعمال الطرق...". أما قانون العقوبات المصري فقد نص صراحة على توافر القصد الجنائي حيث جاء في المادة 260 بأنه "... كل من أسقط عمداً امرأة حبلى...".

وبناء عليه فلا يسأل الشخص عن جريمة إذا باشر نشاطه تحت تأثير إكراه مادي، كما لو وقع بسبب هذا الإكراه على حامل فتسبب في إنهاء حالة الحمل لديها. فإرادة الفعل شرط جوهري لازم في جميع الجرائم على حد سواء، مقصودة كانت أم غير مقصودة. ويتطلب القصد الجرمي أيضاً أن تنصرف إرادة الجاني إلى إحداث الإجهاض، فما لو لم تتوفر هذه الإرادة لا مجال للقول بقيامها¹.

فإذا فرضنا أن شخصاً صدم بسيارته امرأة حاملاً دون عمد من جانبه وأحدث بها إصابات أدت إلى إجهاضها فإننا نكون بصدد إصابة خطأ ولا يمكن مساءلة هذا الشخص عن جريمة إجهاض بأي حال من الأحوال. وكذلك لو قام شخص بضرب امرأة حامل قاصداً إيلاها ولم تتجه إرادته إلى إجهاضها إلا أنه ونتيجة لهذا الاعتداء أسقطت المرأة حملها، فإن الجاني هنا يسأل عن جنحة الضرب ولا يجوز مسألته عن جريمة الإجهاض لعدم توافر العمد أو عدم توافر نية تحقيق نتيجة معينة بذاتها وهي طرد الجنين قبل الميعاد².

وقد اعترض جانب من الفقه - مصطفى عبد الفتاح - على عدم العقاب على الإجهاض الذي يقع بإهمال أو نتيجة للخطأ أو نتيجة لأفعال العنف الواقعة على جسم المرأة دون أن يكون هناك قصد لإجهاضها، ففي جميع الصور لا يسأل الجاني عن جريمة الإجهاض التي تقع إلا عمداً ومع توافر نية معينة بذاتها وهي إنهاء الحمل. وهذا فيه إهدار لحق الجنين في الحماية وإهدار لحق الأم في الحفاظ على جنينها الأمر الذي يعد أوجه الضعف في التجريم والعقاب الخاصة بهذه الجريمة، فلذلك يرى ضرورة العقاب على الإجهاض غير العمدي حتى توفر للجنين وللمرأة الحامل الحماية الجنائية المناسبة³. وبعد بيان إجهاض الجنين ومشروعيته وجب بحث إجراء التجارب الطبية عليها، فهل يدخل الأمر ضمن الإطار العام للتجارب الطبية بشرائطها المختلفة، أم أن اختلاف مجل التجربة يؤدي إلى تغير الحكم؟ وعليه نحاول أن نزيل اللثام على هذا التساؤل فيما يلي.

¹ - كامل السعيد، شرح قانون العقوبات - الجرائم الواقعة على الإنسان، المرجع السابق، ص. 366.

² - مصطفى عبد الفتاح لينة، المرجع السابق، ص. 578.

³ - نفس المرجع، ص. 579.

المطلب الثاني

مشروعية إجراء التجارب على الأجنة المجهضة

أن الأبحاث التجريبية على الإنسان في مجالات الطب والجراحة والبيولوجية، سواء كانت علاجية أم علمية محضة تتطور بسرعة، لذا تطلب من الأنظمة الطبية العربية والإسلامية، ضرورة مسايرتها ومواكبتها، وذلك بصياغة قوانين طبية بيو أخلاقية لتنظيم كيفية إجراء هذه الأبحاث التي تمس جسم الإنسان حياً أو ميتاً بشكل عام والجنين بوجه خاص، والتي تكفل تحقيق التوازن بين حرية البحث العلمي وعدم الحد من التقدم الإنساني في المجالات الطبية والبيولوجية والوراثة والأخلاقيات الحيوية، وبين حقوق الإنسان وحرياته الأساسية بضمن احترام الجسم البشري وعدم المساس بسلامته البدنية والنفسية والحفاظ على كرامته.

كما أن مسألة التجارب على الأجنة المجهضة من النوازل التي لم يرد بها نص من المتقدمين ولا المتأخرين، مما دعى الفقهاء المعاصرين إلى البحث في التراث الإسلامي بأحكامه العامة وقواعده الأصولية العامة لدراسة هذه المسألة، فصدرت العديد من الأبحاث الفقهية والفتاوى الفردية والجماعية في المؤتمرات والجامع الفقهية. وعليه نبين موقف كل من الفقه الإسلامي في إجراء التجارب على الأجنة المجهضة (الفرع الأول). ثم موقف والقانون من ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مشروعية التجارب على الأجنة المجهضة في الفقه الإسلامي

يتركز الحديث في هذا الموضوع على مجالين:

أولها: الاستفادة من الأجنة بأخذ أجزاء أو أعضاء منها، لمصلحة آدمي آخر أو لعلاج بعض الأمراض المستعصية.

ثانيها: الاستفادة من الأجنة بإجراء التجارب والأبحاث عليها لمعرفة بعض الأمراض الوراثية، أو بعض المعارف والعلوم الطبية المتعلقة بالتشريح ووظائف الأعضاء وغيرها.

والحكم الشرعي في الاستفادة ينبنى على المصدر الذي أخذ منه الجنين، والوسيلة التي استخدمت في إجهاضه، والمرحلة التي أجهض فيها الجنين، ويختلف باختلاف الأغراض التي يستخدم فيها الجنين. فمن حيث مصادر الأجنة فهي:

1. جنين أخذ في النمو، حسب سنن الله في الخلق، وسليم من الأعراض، ويراد إجهاضه لإجراء التجارب عليه، أو الاستفادة منه.

2. جنين سليم أيضاً وأجهض بفعل فاعل، لدافع أخلاقي أو اجتماعي أو عدواني.

3. جنين سقط تلقائياً بدون تدخل أحد، بسبب مرض أو عارض سبب إجهاضه.
4. جنين خشي منه على صحة أمه وسلامتها، وكان الإجهاض ضرورة لإنقاذ أمه.
5. جنين غلب على الظن إصابته بتشوهات، أو أصيب بمرض وراثي فأجهض لذلك¹.

ومن حيث الوسيلة فقد ذكر الأطباء أن الاستفادة من الجنين لا يمكن إلا إذا كانت الخلايا والأنسجة حية، وهذا يتطلب أن يجهض الجنين بوسيلة لا يموت بها، إما شفط الجنين بألة مخصصة لهذا الغرض، أو دواء يجهض المرأة، عملية جراحية تتطلب فتح بطن الحامل وأخذ الجنين قبل موته، فشفطه يتلف الجنين فلا يستفاد منه إلا في العلاج بل في التجارب، وكذلك إجهاضه بدواء؛ لأنه سوف يخرج ميتاً.

ومن حيث المرحلة التي يجهض فيها الجنين، إما أن يجهض قبل نفخ الروح أو بعده وهو غير قابل للحياة لعدم وصوله إلى المرحلة التي يمكن أن يعيش فيها، أو لعدم وجود الآلات والأجهزة التي تنفذ حياته، أو يجهض بعد نفخ الروح وفيه حياة وبالإمكان إنقاذ حياته.

والأغراض التي يستخدم فيها الجنين إما أن تكون ضرورية، أو حاجية، أو تحسينية، أو زينية².

ومن خلال هذا التقسيم نقصر دراسة مشروعية التجارب الطبية على الجنين المجهض الميت أي بعد نفخ الروح لأمر تقتضيه المنهجية ونطاق دراسة هذا المبحث. ومن خلال الاطلاع على الموضوع يمكن بيان الحكم من هذه التجارب بين موقفين، من يبيح إجراء التجارب (أولاً) ومن يحرمها (ثانياً).

أولاً: الاتجاه المحرم لإجراء التجارب على الأجنة المجهضة

إذا كان الجنين الذي نفخت فيه الروح قد نزل ميتاً، أو أنه أسقط حياً وتعذر إنقاذ حياته، إما لصغره، أو عدم توفر وسيلة ينقذ بها حياته، فحاله كحال الآدمي الذي فاقتة الحياة وحقه في الشرع أن يكرم. واستدلوا بأدلة عديدة

فمن الكتاب استدلوا بقوله تعالى: ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً³. ووجه الدلالة في هذه الآية قول ابن كثير في تفسيرها " يخبر تعالى عن تشريفه لبني آدم وتكريمه إياهم في خلقه لهم على أحسن الهيئات وأكملها". وهذه الآية تدل على تحريم إهانة الإنسان حال حياته وكذلك بعد موته، وإجراء التجارب على الأجنة المجهضة أمر

¹ - إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص.608.609.

² - نفس المرجع، ص.610.

³ - سورة الإسراء، الآية.70.

شبيهه بالتعامل مع الجمادات والحيوانات؟؟ وفيه إهانة واضحة ومن ثم يحرم استعمال الأجنة المجهضة في التجارب الطبية.

ومن السنة استدلوا بما رواه مسلم عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال: " كان رسول الله صلى الله عليه وسلم - إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً -، ثم قال: " اغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، أغزوا ولا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا... "1.

وأيضاً بحديث عائشة -رضي الله عنها- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " كسر عظم الميت ككسره حياً "2.

وأيضاً بما رواه البخاري عن عدي بن ثابت قال سمعت عبد الله بن زيد الأنصاري قال: نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على النهي والمثلة "3. وإجراء التجارب على الأجنة المجهضة فيه تمثيل واقتراف للأمر المنهي عنه، لاشتمال التجريب على الشق والتعامل في العناصر والأعضاء ومشتقات ومنتجات الجهيض مما يدعوا إلى تحريمه.

ومن المعقول فقد كرمت الشريعة الإسلامية الإنسان حياً وميتاً جنيناً مجهضاً أو سقطاً ومن مظاهر تكريم الميت أوجبت على المسلمين على سبيل الكفاية، غسله وتكفينه ودفنه والصلاة عليه إن كان مسلماً، والأمر ينصرف للجنين المجهض، والتجريب يعطل هذه الواجبات، والصلاة على المجهض الميت يتفرع حكمها على التفصيل التالي:

1. أن يخرج الجنين من بطن أمه حياً، وذلك بأن تجهضه بعد نفخ الروح فيه وتظهر فيه علامة تدل على حياته، ثم يموت بعد ذلك والحكم في هذه الحالة انه تجب الصلاة عليه بإجماع العلماء: قال الكساني: " فأما إذا استهل بأن حصل منه ما يدل على حياته من بكاء أو تحريك عضو، أو طرف أو غير ذلك فإنه يغسل بالإجماع "4.

2. أن تجهضه بعد نفخ الروح فيه - أي بمضي أربعة أشهر من الحمل به - ولم تظهر فيه عند خروجه علامة تدل على حياته، أو ظهرت ولكنها لا تدل على الحياة، كحركة الاختلاج. وقد اختلف في الصلاة عليه، وسبب الخلاف تعارض المطلق والمقيد. فالطلق حديث المغيرة -رضي الله عنه- أن

1 - حديث سبق تخريجه، ص. 414.

2 - حديث سبق تخريجه، ص. 413.

3 - حديث سبق تخريجه، ص. 413.

4 - الكساني، بدائع الصنائع، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 302.

النبى صلى الله عليه وسلم قال " والسقط يصلى عليه". والمقيد حديث جابر -رضي الله عنه-: "والطفل لا يصلى عليه، ولا يرث ولا يورث حتى يستهل". إلا أن الرأي الراجح أن الصلاة تجب على المجهض إذا نفخت فيه الروح.

والكلام عن تغسيل المجهض وتكفينه يتفرع على الصلاة عليه، فكل من شرعت الصلاة عليه شرع غسله وتكفينه، والتلازم بينهما تام يطرد فكل من شرعت الصلاة عليه شرع غسله وتكفينه¹ ومن هنا فكل ما يستلزم فوات هذه الفروض يحرم، فإذا كان التجريب يعطل هذه الواجبات الشرعية للمجهض أو السقط فإنه يحرم تبعاً لذلك.

ومن القواعد الفقهية استدلووا على القول بعدم جواز التجريب على الأجنة المجهضة ببعض القواعد، ومنها: قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" و"لا ضرر ولا ضرار". ودلت هذه القاعدة على أن مفسدة الضرر يجب ألا يزال بمثله، والتجريب على الأجنة المجهضة وإن كان موجباً للتعلم وإزالة الأسقام ومعرفة طرق مداواتها، إلا أنه يرتب ضرراً آخر يتعلق بالجنين الميت الذي اقتطعت أجزائه، وضرر أدبي معنوي لأهله، فيكون من باب إزالة الضرر بمثله فيحرم. ولقد أشار الفقهاء إلى مفسد التجريب على الأجنة المجهضة:

1. المفسدة الأولى: إن استخدام الأجنة المجهضة في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية فيه مفسد عظيم من جانب إتلاف الجنين، بمعنى أن ذلك يمنع من تمام إعداده ليكون مركباً صالحاً للروح.
2. المفسدة الثانية: المعانات التي تصيب أم الجنين من جراء إسقاطه، وتناوله بالتجريب؛ أي التقطيع والتجريب والتحليل.
3. المفسدة الثالثة: إن في إجهاض المرأة للتجريب على الأجنة المجهضة عمل ينافي الشرع لتعرضه لمخاطر شرعي وهو كشف عورة المرأة التي يؤخذ منها الجنين.
4. المفسدة الرابعة: هي المساس بكرامة الآدمي من عدة أوجه، نقتصر على ذكر وجهين:
 - أ- جعل مادة جسده محلاً للقطع والتشريح والتجارب
 - ب- إن تلك التصرفات يمكن أن تتخذ ذريعة للمتاجرة بأعضاء الأجنة واستعمالها لأغراض لا تليق بكرامة الإنسان².

واستدلوا بقاعدة "سد الذرائع"، حيث يذكر الفقهاء أن بعض الأجنة المجهضة قد تستعمل لتحصيل منافع تقل في قيمتها، وربما كانت من التحسينات، أو أقل منها وربما كانت من باب التوسع في

¹ - إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص. 647.

² - محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص. 106.105.

تلبية الشهوة العلمية أو البحث العلمي، وربما كانت من قبل التوسع في طلب مشتبهات الإنسان، كاستخراج بعض مستحضرات التجميل من الأجنة، فهذه ولا شك قيم هابطة القيمة ومصالح ملغاة ولا يستحق أن توضع في كفة الميزان. وسد ذريعة الوصول إلى محظور أولى بالاعتبار، فيكون التجريب بهذه الصفة محرماً قطعاً¹.

إن إجراء التجارب والأبحاث العلمية أمر غير مقبول من الناحية الشرعية؛ لأن الإنسان لا يجوز - بأي حال من الأحوال - أن يكون محلاً لإجراء تجارب وأبحاث علمية حتى ولو صدرت الموافقة على ذلك، لأنه ليس ملكاً لنفسه وجسده فكيف والأجنة لا يؤخذ منها قبولاً أو رفضاً².

ويشير الدكتور "عبد الله حسن باسلامه" ولا أحد أن إجراء التجارب العلمية في الأجنة مقبول لدي .. فإنه وإن كان سوف يساعد العلم والعلماء على اكتشافات طبية .. إلا أن حرمة الإنسان يجب أن تصان !! حتى وإن كان عبارة عن خلية واحدة. وفي بريطانيا أصدرت لجنة شكلت لهذا الموضوع تسمى لجنة Warnack سمحت بإجراء التجارب على الأجنة في الـ 18 يوماً الأولى من الحمل، أي قبل ظهور الميزاب العصبي ... وعلى الرغم من ذلك فإنه لا تزال هناك - في بريطانيا - معارضة كبيرة لإجراء التجارب على الأجنة الآدمية³.

لقد دلت الوقائع أن محاذير الفساد والمتاجرة وتأجير الأرحام اشترك فيها أطباء يعالجون بأنسجة الأجنة وأطباء يجهضون، ونساء بائعات لأجنتهن، فيحرم مثل هذه التصرفات سدا للذريعة ودرءاً للفساد⁴.

إن من بين صور التجريب على الأجنة ما يسمى "الاستنساخ الجنيني" أو "شطر الأجنة" الذي يمكن أن يؤدي إلى استنساخ الأجنة من أجل إعدامها واستغلالها في هذه الأبحاث المحرمة شرعاً - بتفصيل سبق ذكره - كأن تطلب المرأة نقل الجنين المحمد في البنوك بعد وفاة زوجها، أو تحقيق الحمل لامرأة أجنبية⁵. كما يشير الفقهاء إلى إمكانية استنساخ الميت بالحصول على نواة خلية جسدية حية على اعتبار أن الخلايا تموت شيئاً فشيئاً، وحرموها هذا التصرف واستدلوا على ذلك بما يلي:

1 - محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص. 112.

2 - حسيني هيكمل، المرجع السابق، ص. 420.

3 - عبد الله حسن باسلامه، مصير الأجنة ... في البنوك، بحث منشور على الانترنت، تاريخ الاطلاع: 2011/11/30 ص. 6/5 الموقع:

<http://www.islamset.com/arabic/abioethics/ndwat/baslama.htm>

4 - إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص. 619.

5 - لقد أوضحت دراسة متعلقة ببنوك المني والأجنة المحمودة، نشرتها جريدة "نيوزويك" الأمريكية بتاريخ 1985/03/18 وجود أكثر من ربع مليون طفل أمريكي لا يعرف لهم أب أصلاً ولا أم من ناحية النسب، وإنما الذي حملته امرأة مستعارة استخدمت رحماً مؤجراً، مقابل المال ولو بعد

✓ بحديث عائشة رضي الله عنها الذي دل على أن حرمة الميت كحرمة الحي، فلا يجوز الإقدام على كسر عظمه، والاستنساخ مشتمل على ذلك باستئصال خلية جنينية ومن ثم لا يجوز فعله.
✓ عدم توافر الغرض العلاجي أو الوقاية من المرض، فهو يدخل من باب العبث بالإنسان الذي كرمه الله ورفع شأنه¹.

ومن هنا فالالاتجاه المحرم لإجراء التجارب على الأجنة المجهضة، يستنكر هذه التجارب بدلالة النصوص القرآنية التي تفصح عن الكرامة الإنسانية، ولاشتماله على معنى المثلة كما دلت الأحاديث النبوية، وما يستلزمه ذلك من تعطيل الفروض من تغسيل وتكفين وصلاة، فضلا عن جملة المحاذير والمفاسد، وإعمالاً لقاعدة " سد الذرائع " وجب منعها خشية الوصول إلى المحذور.

ثانياً: الاتجاه المبيح لإجراء التجارب على الأجنة المجهضة

سبق أن ذكرنا أن مسألة التجريب على الأجنة المجهضة لم يرد فيه ذكر للفقهاء المتقدمين ولا للفقهاء المتأخرين بالمعنى المعروف في العصر الحديث، ولكنهم قاموا ببيان الحكم الشرعي لبعض الأعمال التي تجري على جثة الميت، مثل شق بطن الميتة الحامل لإخراج جنينها إذا كانت ترجى حياته، وكذلك شق بطن الميت لإخراج مال ابتلعه حال حياته. وهو واحد من الأدلة التي اعتمد عليها الفقهاء المعاصرين لإباحة التجريب على الأجنة المجهضة باستعمال القياس بالإضافة إلى أدلة من السنة ومن العقل والقواعد الفقهية.

فمن السنة استدلوا بأحاديث كثيرة منها:

1. ما رواه البخاري وغيره عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"².
2. وما رواه مسلم وأحمد والحاكم عن جابر - رضي الله عنه - عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لكل داء دواء، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل"³.

وفاة الأبوين. ومن جهة أعلن مكتب الإحصاء الحكومي الرسمي في فرنسا، أن 380 ألف مولود في فرنسا عام 2006 هم الأبوين غير متزوجين، أي بمعدل 50.5 بالمائة وقد كانت سنة 1997 38 بالمائة فقط.

ومن المعلوم أن القانون الفرنسي المؤرخ في 1975/7/11 الذي عدل أحكام التطبيق في فرنسا يقضي بأن ابن الزنا (الطفل الطبيعي) يتمتع بحقه في الاسم والجنسية والنفقة القانونية وكذا الميراث التي تكون عموماً للطفل الشرعي فقط. بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب...، المرجع السابق، ص.66.67.

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص.441.440.

² - حديث سبق تخريجه، ص. 411.

³ - حديث سبق تخريجه، ص. 411.

ووجه الاستدلال بهذه الأحاديث تؤكد أن النبي صلى الله عليه وسلم حث على التداوي؛ لأن المولى عز وجل لم يضع داء إلا له دواء. والتداوي لا يكون إلا بتعلم الطب ومباشرته، ومقتضى ذلك التجريب على العموم لمعرفة الداء وموضع العلة للتشخيص والعلاج النافع بالقدر المستطاع. والتجريب على وجه الخصوص على الأجنة المجهضة من الضرورة لما يهتدي إليه الطبيب من معرفة أسباب الإجهاض أو لدراسة تكوين الأجنة وكشف العلل ومداواتها.

ومن القياس أجازوا إجراء التجارب على الأجنة المجهضة قياساً على أمرين اثنين:

1. جواز شق بطن الميتة لإخراج جنينها الذي يضطرب في بطنها إذا كانت ترجى حياته. فكما يجوز شق بطن الميتة لإخراج الجنين الذي ترجى حياته، لحفظ النفس وحفظ الحياة وهي مصلحة معتبرة، فكذلك يجوز إجراء التجارب على الأجنة المجهضة لدواعي التعرف على المرض وآثاره.
2. جواز شق بطن الميتة لإخراج مال ابتلعه حال حياته، فكما يجوز ذلك فإنه يجوز إجراء التجارب على الأجنة تحقيقاً لمصلحة البحث العلمي.

أما من المعقول فالتجارب الطبية دور رئيسي وأساسي في تطور علم الطب والأدوية، والعلوم التجريبية بشكل عام، كما أن التجارب على جسم الإنسان تعتبر من العماد في تطور الطب، إذ لولاها لما وصل الطب إلى ما وصل إليه الآن، ولمكث متحجراً، ولاقتصرت المعرفة الطبية على الصدفة وحدها؛ لأن الطب عالم متطور لا يتقدم إلا نتيجة تجارب ومبادرات وفشل ونجاح ولو أغلق هذا الباب لخسرت البشرية الكثير، ولجُهلّت الكثير من الأدوية التي أنقذت البشرية من مهالك خطيرة. فالتجارب الطبية تحقق مصالح راجحة للمرضى عن طريق اكتساب معارف مهمة، بعضها لا تقل عن مرتبة الحاجات، وقد تنزل منزلة الضرورات؛ بسبب اتصافها بصفة الشمول وعموم نفعها لجنس آخر. وتاريخ استخدام الأجنة البشرية في الأبحاث والتجارب يرجع إلى العهد اليوناني حيث كان "جالينوس وأبقراط" يشرحان الأجنة المجهضة لمعرفة تركيبها وبنية تطورها، وقد أدت هذه الدراسات في مجال التطور العلمي وفي مجال التقنيات إلى معرفة تكوين الأجنة ومراحل نموها¹. وعليه فإن التجارب الطبية على الأجنة المجهضة لا غنى عنها لمعرفة الأمراض الجنينية وطرق مداواتها.

أما من القواعد الفقهية فقد استدل الفقهاء في جواز إجراء التجارب على الأجنة المجهضة على عديد القواعد الفقهية:

¹ - محمد علي القضاة، أحكام الجثة البشرية في الفقه الإسلامي، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه من قسم الفقه وأصوله - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة اليرموك، 2005، ص. 163.

أ- قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات". فإذا كان التصرف في الجنين الميت لأمر ضروري، بحيث يكون بالإمكان الاستفادة منه لإنقاذ حياة مريض أو علاج مرض ميؤوس منه، ويكون هذا العلاج ضروري فإنه يمكن تخريج هذا الحكم على ما ذكره الفقهاء في أكل الميت من لحم الإنسان الميت.

ب- قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" و"إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما". ولا شك أن هاتين القاعدتين هما وجهان لعملة واحدة، والمقتضى تقديم المصلحة الأعلى. فقواعد الشريعة مبنية على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يترتب على تفويتها ضرراً أشد من هذا الضرر، فالتجريب من الحاجات التي تتعلق بها المصلحة العامة للناس، ففيه إحياء لنفوسهم وعلاجهم وتحديد لأمراضهم¹. ويتوجب علينا للتوضيح أكثر بيان المصالح الراجحة في استعمال الأجنة في التجارب الطبية.

✓ لقد أصبحت النسيج والأعضاء الجنينية المختلفة، كالدماع والكبد والطحال... تستعمل لدراسة فروع مختلفة من العلوم الطبية، ولاكتشاف تأثير الأدوية الكيماوية والإشعاعية على النسيج البشري، ومحاولة التوصل إلى إيجاد علاجات جديدة. فمثلاً في مجال السرطان تستخدم هذه النسيج لدراسة الأورام الخبيثة وكيفية نشوئها، وتأثيرها على الإنسان، وكيفية تكاثر الخلايا السرطانية وغزوها للنسيج السليمة. وفي مجال الأمراض المعدية، تزرع الفيروسات في النسيج الجنينية لمعرفة تأثيرها وإنتاج اللقاحات المختلفة واختبارها. كم تستعمل في مجالات علم الوراثة والكيمياء الحيوية وغيرها².

✓ توجهت الأنظار نحو الأجنة عندما اكتشف لبعض أنسجتها فوائدها علاجية، ومن ذلك، زرع خلايا الكبد الجنيني في كبد المصاب ببعض الأمراض المناعية، فتعمل الخلايا المزروعة على تصنيع البروتين المناعي المطلوب، زرع خلايا البنكرياس لمرض السكري، زرع النخاع العظمي للمرضى المصابين بالرمارم الإشعاعي لنخاع العظم. ويعد معالجة ضد السرطان، وضع النسيج العصبي الذي يكون الغدة الكظرية للجنين في مكان معين من مخ المريض بمرض الشلل الرعاش (باركينوس) فتجبر المادة التي يفرزها النسيج المزروع النقص وتصلح الخلل³.

¹ - جمال مهدي محمود الأكشة، المرجع السابق، ص. 77.

² - محمد علي القضاة، المرجع السابق، ص. 163.

³ - نفس المرجع، ص. 164.

✓ الوقاية من الإجهاض التلقائي ومن بعض العيوب والأمراض الوراثية. وعلى وجه العموم الوصول إلى معارف تشريحية عن الإنسان بصورة فعالة في اكتشاف كثير من الأمراض وعلاجها¹.

ومن هنا تقتضي عملية الموازنة - بين مفاصد تصرف ما ومصالحه- نصب ميزان له كفتان، يوضع في إحدى كفتيه ما يراد وزنه من مفاصد أو مصالح، ويوضع في الكفة الأخرى المعايير التي توزن بها تلك المفاصد والمصالح، ثم يقارن بين النتائج. وأحكام الشرع يرحى في تحقيقها مقاصد الشارع في الخلق وحمائتها، وأن هذه المقاصد إما ضرورية وإما حاجية، وإما تحسينية.

ولا شك أن إجراء التجربة على الأجنة المجهضة يؤدي إلى مفسدة المساس بكرامة الآدمي إلا أن الأمر يتوقف وجوده على القصد من الأفعال التي تفعل بالآدمي؛ حتى أن الفعل قد يوصف بأنه مهين للإنسان ومسيء إلى كرامته، وقد لا يوصف بذلك تبعاً لقصد فاعله وغايته من فعله؛ فإن كان قصده التمثيل والتشنيع والإهانة كان عملاً مسيئاً للكرامة الآدمية، وإن تجرد قصده واتجه لتحقيق مصالح معتبرة لبني آدم، كان عملاً أولى بالاعتبار. ألا يرى أن الاجتهاد المعاصر قد استقر على جواز التبرع ببعض الأعضاء الآدمية وإجراء التجارب على الجثث لأغراض علمية ولم يقف معنى الكرامة حائلاً دون ذلك.

أما مفسدة فتح الباب أمام استغلال وإساءة التصرف في أجزاء الأجنة فيرد عليه إن هذه التصرفات لا تنشأ عن العمل في ذاته، وإنما عن الانحراف في ممارسته فكل مباح يمكن أن يساء استعماله، فلا يكون سبباً للتحريم وإنما يكون حافزاً لأخذ الاحتياطات العملية، فالنساء يلدن في المستشفيات والاحتمال قائم في اختلاط المواليد، والمرأة قد تحتاج لعملية جراحية واحتمال أخذ بويضات منها قائم أيضاً، لذا فالمخرج هو تقييد المباحات التي تحتمل الاستغلال والاحتياط بالقيود التنفيذية والمراقبة الفعالة والأخذ على يد الفاعل بالعقاب².

إن المصالح التي يذكرها الأطباء لاستخدام الأجنة في زراعة الأعضاء وفي التجارب العلمية والتي سبقت الإشارة إليها يقع بعضها في رتبة الضرورات وبعضها في رتبة الحاجيات وأقلها في رتبة التحسينات، وعليه فاستخدام الأجنة - على نحو ما ذكر- ينبغي أن ينظر إلى كل حالة بخصوصها وإلى قيمة المصلحة. ولذلك فالحكم الشرعي يجب أن يتخذ هذا المنحى، فيقال بجواز استخدام الأجنة المجهضة في التجارب الطبية في الضرورات والحاجيات واستبعاد نطاق الجواز في الحالات التي تقتصر على مصالح تحسينية أو أقل منها.

¹ - محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص. 106.

² - نفس المرجع، ص. 108. 109.

وتناول مجلس مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة بمكة المكرمة سنة 2003 موضوع " نقل وزراعة الخلايا الجذعية" الإسلامي بتاريخ 17/12/2003: ويمكن الحصول على هذه الخلايا من مصادر عديدة منها: - 2. الأجنة السقط في أي مرحلة من مراحل الحمل. أولاً: يجوز الحصول على الخلايا الجذعية وتنميتها واستخدامها بهدف العلاج أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة، إذا كان مصدرها مباحاً، ومن ذلك - على سبيل المثال - المصادر الآتية: الجنين السقط تلقائياً أو لسبب علاجي يجيزه الشرع، وبإذن الوالدين. مع التذكير بما ورد في القرار السابع من دورة المجمع الثانية عشرة، بشأن الحالات التي يجوز فيها إسقاط الحمل.

وفي نظرنا أن استخدام الأجنة المجهضة يجوز مادام أن ذلك لأغراض مشروعة، باعتباره من الحاجات التي تقتضيها المصلحة العامة في معرفة الأمراض التي تصيب الأجنة وطرق مداواتها، ومعرفة الأسباب المؤدية للإسقاط، بالإضافة إلى الأعراض العلاجية والبحثية الرامية لتطوير الطب وزيادة المعرفة. وإذا كان الموقف الشرعي من إجراء التجارب على الأجنة المجهضة ما ذكر فيثور التساؤل عن آثار هذا الأمر على الجانب القانوني. ومن ثم يثور التساؤل عن موقف القانون من إجراءاتها على الأجنة المجهضة وهو ما نحاول التعرض له فيما يلي.

الفرع الثاني

مشروعية إجراء التجارب على الأجنة المجهضة في القانون

يكاد يتفق كل من له بصيرة على أن الطب من أرقى وأهم المهن الإنسانية، حيث تتعلق به سلامة وصحة وحياة الفرد والمجتمع. وإدراكاً بأن مهنة الطب مهنة إنسانية وأخلاقية تقوم أساساً على العلم والاحترام، فقد أوجب القانون على كل من يمارس هذه المهنة أن يكون ملماً أو مدرباً تدريباً كافياً على ممارستها، وأن يحترم الشخصية الإنسانية، وأن ينحصر عمله على استهداف المصلحة العلاجية المطلقة.

ولا شك أن التقدم الذي يشهده الطب لم يكن إلا نتاجاً للبحوث العلمية والتجارب المتواصلة، والتي تعتبر النواة الأساسية وحجر الزاوية في تقدم كل علم وبالأخص في المجال الطبي، فعن طريق التجارب الطبية نعرف ما قد يتهددنا من مشاكل صحية، وكيف يكون لنا معرفة مدى فعالية وكفاءة ما نتعلمه.

فالتجربة " تلك الأعمال العلمية أو الفنية الطبية التي تُعمل دون ضرورة تملئها حالة المريض ذاته، إشباع شهوة علمية، أو خدمة الطب والإنسانية". أو بتعريف أشمل " سلسلة الأعمال التي ينفذها المختص في مجال الطب على الإنسان الحي أو الميت (الميت ككل أو عضو أو الأجنة) بهدف خدمة

الإنسانية". وموضوع الأجنة المجهضة هو ما يهمننا في هذا الصدد فقد اختلفت الآراء القانونية بين من يميز هذه التجارب بشرط الضرورة علاجية (أولاً) ومن يبيحها سواء كانت علاجية أو علمية محضة (ثانياً).

أولاً: جواز التجارب العلاجية على الأجنة المجهضة

لم يجد الفقه أي صعوبة في إيجاد المبرر القانوني لإجراء التجارب العلاجية؛ لأنها تجربة قصد العلاج كأساس لمشروعيتها، بمعنى أن التجربة تكون في إطار محاولة علاجية للمريض، فالمبدأ العام وفقاً لقواعد القانون وما استقر عليه الفقه¹ أن الطبيب يملك الحرية الكاملة في اختيار طريقة المعالجة التي يعتقد أنها أفضل الطلاق لعلاج مريضه، غير أن تلك الحرية يجب أن تكون مقيدة بطبيعة الحال بعدم تجاوز الأصول العلمية لمهنة الطب، وكذلك عدم تخطي الحدود التي يرسمها القانون لإباحة العمل الطبي².

أما التجارب العلمية غير العلاجية فهي تجارب الهدف منها تحقيق كشف مرض بعينه، ومن ثم فقد تجرى على متطوع سليم البدن لا تكون له مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة، ويطلق عليها الأطباء التجريب للبحث العلمي. ولا تبدو فائدة التفرقة السابقة من حيث النتائج بل من حيث القصد العام الذي يثار فيه العمل، فإذا كان القصد أو الغرض شفاء أو علاج الفرد فالعمل يتعلق بالعلاج التقليدي، أما إذا كان الهدف هو ملاحظة النتائج أو الآثار التي يؤدي إليها العمل من أجل مصلحة شخصية مباشرة للشخص فإننا نكون أمام تجربة محضة؛ أي تجربة غير علاجية³.

ومن هذا المنطلق فإن مباشرة التجارب على الأجنة يختلف حكمها وفقاً للمقصد العام من التجربة، وعلى اعتبار أن الأجنة المجهضة تعتبر في نظر القانون جثة إنسان فلا مراء أن استعمال الجثة لأغراض علاجية أمر يتماشى والنصوص القانونية.

يميل أغلب الفقه⁴ إلى الاعتراف بجرية الإنسان للتصرف في جثته، فالإنسان سيد جسده حتى فيما بعد الحياة ومن حق الإنسان أن يرتب أوضاع ما بعد مماته حسب ما تمليه عليه رغباته بل ومصالحه أيضاً. وقد تبلور هذا الاتجاه أيضاً في القانون المقارن، فصار للفرد رغبة في استئصال بعض أعضاء أو أنسجة من جثته من أجل نقلها لشخص آخر على قيد الحياة أو الاعتراض التام على أي مساس بجثته.

¹ - محمد عبد الغريب، التجارب الطبية وحرمة الكيان الجسدي الإنساني، المرجع السابق، ص.62؛ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص.77؛ محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.370.

² - محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.370.

³ - نفس المرجع، ص.371.670.

⁴ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص.191؛ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.208.

غير أن بعض التشريعات تكتفي بالأغراض العلاجية بخصوص التصرف في جثث الموتى أو الجهيض ومن بينها التشريع اليوغسلافي لعام 1986 والبرتغالي 1976 والاسباني 1980 وألمانيا الديمقراطية وفقاً للمرسوم الصادر في 4 جويلية 1975. ولا تجيز التصرف في الجثث أو الأجنة الميتة لأغراض علمية¹.

ويؤيد ذلك ما أشار إليه بعض الفقه الأنجلو أمريكي² إلى انتفاء المبررات القانونية للتجارب العلمية غير العلاجية على جسم الإنسان لعدم وجود قصد العلاج، وكذا استناداً إلى أن رضا الشخص الذي تجرى عليه التجربة لا يعد سبباً قانونياً لإباحة المساس بسلامة الجسم، فلا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا لتحقيق غرض علاجي أو مصلحة علاجية له³.

يشترط في الطبيب المعالج عدم خروجه عن المعطيات العلمية وعدم تجاوز الأصول المهنية التي يرسمها القانون في إباحة العمل الطبي. وبالتالي فإن في إجراء مثل هذه التجارب بدون ترخيص قانوني هو عمل غير مشروع يكون خطأً يستوجب مسؤولية الطبيب عن جريمة عمدية أو متجاوزة القصد بحسب الأحوال⁴.

ونلاحظ أن هناك تجارة مغرية قائمة في الولايات المتحدة ودول أمريكا اللاتينية للتجار بالأجنة (التي تجهض طبيعياً أو التي يتم إجهاضها عمداً) حيث تباع هذه الأجنة لإجراء التجارب عليها، واستخدامها في زرع الأعضاء، أو استخراج بعض العقاقير والأدوية منها⁵. وقد أثبتت الوقائع أن هذه الجرائم اشترك فيها أطباء يعالجون بأنسجة الجنين، وأطباء يجهضون، ونساء بائعات لجنتهن⁶.

من خلال استقرار هذه الأحكام يجوز التدخل الطبي العلاجي على الأجنة المجهضة في حدود التي يرسمها القانون، أما التجارب غير العلاجية فلا يجوز ولو مع الرضا لأنه لا يعد سبباً للإباحة ويرتب ذلك المسؤولية المدنية والجزائية.

¹ - محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص.703.

² - CF. DECOCQ (A), Essai d'une thérapie générale des droits sur la personne, thèse ; paris, 1960, pp.76-82.

مقتبس عن: بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص:44.

³ - بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان ...، المرجع السابق، ص.44.45.

⁴ - نفس المرجع، ص.45.

⁵ - بلحاج العربي، الأحكام الشرعية للمتوفى في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.54.

⁶ - إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص.618.

ثانياً: الجمع بين الأغراض العلاجية والعلمية للتجارب على الأجنة المجهضة.

على العكس من الاتجاه الأول ظهر اتجاه آخر يجمع بين الأغراض العلاجية والعلمية لإجراء التجارب على الأجنة المجهضة الميتة، حيث غدت لهذه الأجنة قيمة علاجية وعلمية في شتى مجالات الطب. ويمكن حصر استخداماتها العلمية فيما يلي:

1. أبحاث متعلقة بنمو الأجنة وتركيبها ومعرفة وظائفها ومن أجل العلم ومعرفة تركيب الإنسان.
2. أبحاث تجرى على الأنسجة والأجنة لمختلف فروع العلم المتعلقة بالفيروسات وعلم المناعة، وكذا الفحص الوراثي للجنين¹.
3. أبحاث المتعلقة بعلم الجينات والهندسة الوراثية وكما تجرى على الأجنة الحية تجرى على الأجنة الميتة.
4. أبحاث متعلقة باستخدام عقاقير وأدوية من المشيمة وكيس السلى واستخداماتها لعلاج الحروق.
5. أبحاث تتعلق بزراعة الأعضاء والأنسجة من الأجنة الميتة².

ويأخذ بهذا الاتجاه التشريع الفرنسي الصادر في 22 ديسمبر 1976 الذي نص صراحة على جواز تشريح الجثث لغرض البحث العلمي³؛ وتشريع لكسمبورغ الصادر في نوفمبر 1958 والقانون الأرجنتيني الصادر في مارس 1977. وتحرص هذه التشريعات على ضرورة عدم تحول عمليات الاستفادة من الأجنة المجهضة إلى نوع من التمثيل والإهانة⁴.

ولقد رفض المشرع الفرنسي - بحسب الأصل - في القانون رقم 94-654 المؤرخ 29 جويلية 1994 بشأن التبرع واستخدام عناصر ومنتجات للجسم البشري والإنجاب بمساعدة طبية والتشخيص

¹ - وبالرغم مما اتسمت به الوسائل العلمية الحديثة - وسائل الفحص الوراثي - من مزية الاكتشاف المبكر للأمراض مما يمكن من العلاج من هذه الأمراض، أو يساعد في اتخاذ قرار إسقاط الجنين إذا كان علاجه مستحيل في هذا الوقت أو يترتب عليه إضراراً للطفل أو خطورة على حياته وحتى لا يأتي الطفل إلى الدنيا وهو مشوه أو يعاني من أمراض لا يمكن علاجها ويستحيل البرء منها أو يأتي معوقاً. إلا أنه من المتفق عليه علمياً وفقهياً أن لاستخدام الوسائل العلمية الحديثة إيجابيات وسلبيات إذا ما أسيء استخدام هذه الوسائل العلمية الحديثة في الاكتشاف المبكر لنوع الجنين وشكله ودرجة ذكائه، ودرجة إعاقته والتفكير في إجهاضه بالفعل إذا كان الوالدين لا يرغبان في الجنين لأنه أنثى ويرغبان في أنه يكون ولد للمحافظة على التركة أو الحكم أو أن شكله مشوه أو ذكائه أقل، وهل يمكن التحكم في ذلك أم لا.

ولقد واكب التشريع الفرنسي التقدم الحديث في وسائل الفحص الوراثي للجنين بوضع الضوابط القانونية التي تحول دون إساءة استخدام هذه الوسائل في غير الهدف والغرض المشروع منها أو الانحراف بها عن الطريق السليم للفحص الوراثي وهي علاج الأمراض وحق الطفل في أن يولد سليماً معافاً - كما أقرت ذلك الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والطفل - ولذلك قضى المشرع الفرنسي في القانون رقم 94-654 الصادر في 29 جويلية 1994 في المادة 8-152 منه على هذه الضوابط. محمد أسامة عبد الله قايد، الضوابط القانونية للفحص الوراثي، ملتقى الجينات البشرية، جامعة بني سويف، مصر، ص. 115.

² - إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص. 608، الهامش. 1.

³ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص. 193.

⁴ - محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص. 703.

قبل الولادة إجراء التجارب على اللجنة البشرية في المادة 152-8 بأنه "يحظر تصميم الأجنة البشرية لأغراض البحث والدراسة والتجريب، يحظر جميع التجارب على الأجنة. غير أنه استثناء يجوز للرجل والمرأة المتزوجين أن يوافقا على إجراء دراسات على جنينهم بشرط الموافقة الكتابية..."¹.

ويشير الفقه المصري² إلى شرعية التجارب العلاجية أما التجارب غير العلاجية بشكل عام فإن القانون المصري لم يرد فيه نص صريح بشأن حظر التجارب غير العلاجية. إلا أن الرأي المتفق عليه في فقهاً أن إجراء هذه التجارب هو أمر "غير مشروع" وأنها تكون خطأً يستوجب مسؤولية الطبيب عن جريمة عمدية؛ ذلك أن الرضا ليس سبباً مبيحاً للمس بسلامة الجسم، حيث تعتبر هذه الأخيرة من النظام العام.³

ويتجه بعض الفقه ومنهم "الدكتور محمد عيد الغريب" إلى تأييد التفسير الموسع لنص المادة 43 من الدستور المصري 1971: "لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر" ليشمل مدلوله التجارب العلاجية وغير العلاجية بشرط الموافقة، ولأنه من العسير وضع حدود فاصلة بين التجربة العلاجية وغير العلاجية. ومن جهة أخرى لو حصرنا نص المادة 43 من الدستور في نطاق التجارب العلاجية لفقد النص الحكمة التي استهدفها الدستور، لأن التجربة العلاجية أمر لا يحتاج أن ينبّه عليه فلا يستلزم الأمر تدخلاً بشأنها، فالأصل العام - المقرر بغير حاجة للنص الدستوري - هو شرعية التجارب العلاجية ما يؤكد عمومية لفظ التجارب الوارد في النص ليشمل إباحة التجارب العلاجية وغير العلاجية على السواء، بشرط أن يكون هناك رضا حر لمن تجرى عليه التجربة.⁴

لقد صدرت في مصر لائحة آداب المهنة الطبية وفقاً لقرار وزير الصحة تحت رقم 238 لسنة 2002 ونصت المادة 52 منها على أنه: "يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعايير والضوابط الأخلاقية والقيم الاجتماعية والدينية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء البحوث الطبية على آدميين". وبالنسبة للتجريب على الأجنة المجهضة فإن المشرع المصري أجاز التشريع للإغراض التعليمية والعلاجية بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية وبعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى وذلك بنص المادة (26) من القانون رقم (130) لسنة 1946 الخاص بالمواليد والوفيات.

¹ -«La conception In vitro d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite. Toute expérimentation sur l'embryon est interdite.

A titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons. Leur décision est exprimée par écrit » Art 152-8. Loi n°94-654.

² - محمد عيد الغريب، التجارب الطبية...، المرجع السابق، ص.12؛ علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص. 115.

³ - محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.372.

⁴ - محمد عيد الغريب، التجارب الطبية...، المرجع السابق، ص.12.

ونصت المادة 12 من القرار الوزاري رقم 654 لسنة 1963 بشأن إعادة تنظيم بنك العيون بقولها: " لا يجوز استعمال عيون مستأصلة في أغراض تجريبية، إلا إذا كانت العين غير مطلوبة لأغراض طبية وقارب ميعاد انتهاء استعمالها ". وبمفهوم المخالفة جواز التجريب حال كون العيون غير مطلوبة لأغراض طبية.

وقد أجاز المشرع الجزائري التجارب الطبية بنص المادة 168 مكرر فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: " يجب احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي ". وتشير الفقرة الثانية من نفس المادة " تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية... ". ويجيز القانون عمليات التشريح لأغراض تجريبية، وذلك في المادة 168 فقرة 2 بند 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بقولها: " يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية بناء على ما يلي:

- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي.
- ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2-3 من المادة 164 من نفس القانون ". ويثور التساؤل عن مدى أو نطاق هذه التجارب الطبية فهل يؤخذ الأمر على إطلاقه أم لا بد من تقييده بشروط؟ وهو ما نتناوله في ما يلي.

المطلب الثالث

شروط إجراء التجارب على الأجنة المجهضة وما توفره من حماية جنائية

يتضح من خلال ما تطرقنا إليه - مشروعية التجارب على الأجنة المجهضة - قدرة الشريعة على مساندة العلوم الطبية وصور التقدم المختلفة لما فيه خير للبشرية جميعها وبما يحقق المحافظة على النفس البشرية وخدمتها. ولهذا نجد أحكام الشريعة عندما تجيز الخروج على المبدأ العام الذي يقتضي الحفاظ على الإنسان حياً وجثته بعد الممات، وبخاصة في ظل الفتاوى الحديثة، فإن الأمر لا يؤخذ على إطلاقه وإنما يباح ذلك وفقاً للقيود الشرعية التي أوردتها تلك الفتاوى.

وفي الإطار القانوني فقد أشارت المواثيق العالمية والاتفاقيات الدولية الإقليمية وقوانين الدول على مشروعية إجراء التجارب الطبية، وقيدوا ذلك بضوابط وشروط قانونية حتى لا تخرج عن الإطار التي أبيحت من أجله. وعليه يمكن إسقاط هذه الشروط عموماً على إجراء التجارب على الأجنة المجهضة وما توفره هذه الشروط من حماية جنائية.

ومن خلال استقراء النصوص القانونية يتبين أن شروط إجراء التجارب هي شرط الرضا (الفرع الأول) ثم شرط المصدر المشروع للأجنة المجهضة (الفرع الثاني) فشرط الغاية العلاجية أو التجريبية (الفرع الثالث) وشرط تحقيق مصلحة مشروعة (الفرع الثالث) وأخيراً شرط التخصص الطبي والمهيكلي والرقابي (الفرع الخامس). وعليه نتناول كل شرط وما يوفره من حماية جنائية.

الفرع الأول

شرط الرضا وما يوفره من حماية جنائية

يشترط بداية في عمليات التجريب على الأجنة المجهضة، توافر الرضا؛ أي لا يجوز إجراء هذه العمليات إلا بعد الحصول على الموافقة الصريحة الحرة المستنيرة، ولالالتزام بهذا الشرط فقد وضعت التشريعات نصوص جنائية لحماية هذه الأجنة من التلاعب بها. لذلك نتطرق إلى شرط الرضا (أولاً) وما يوفره هذا الشرط من حماية جنائية (ثانياً).

أولاً: شرط الرضا

لا يجوز قانوناً إجراء التجارب الطبية على الإنسان لأغراض علاجية، أو بهدف البحث العلمي المحض إلا بعد الرضا المستنير والمتبصر للشخص الخاضع للتجربة أو البحث. وهو الالتزام بالتبصير الملقى على عاتق الطبيب أو الفريق الطبي، وبأن يكون لهذا الشخص الرجوع عن رضائه وقف التجريب في أي وقت شاء إذا طلب ذلك. ومن ثم لا يعتد بالرضا الصادر منه إذا تعرض لأي إكراه أو ضغط مهما كان نوعه، فالرضاء المستنير أو المتبصر للشخص الخاضع للتجربة أو البحث هو أحد اللوازم المبدئية الأساسية أو الجوهرية للدخول في مجال هذه التجارب الطبية والبحثية التي تقف في الحقيقة على حدود حساسة جدا من مبدأ المعصومية الجسدية¹.

وقد نصت المادة 9 من إعلان ميثاق هلسنكي لرابطة الأطباء العالمية لعام 1964 المعدل في صيغته الحالية 2000 بأنه لا يسمح في الأبحاث والتجارب الطبية على الإنسان إلا بعد أخذ الموافقة كتابة من الشخص وهو حر في إرادته، وله الحق في سحب موافقته متى شاء. ونصت المادة 5 من اتفاقية حقوق الإنسان والطب البيولوجي، المنعقد في مدينة ستراسبورغ بشرق فرنسا في شهر يناير 1997 على أنه: "أن تكون موافقة الشخص الخاضع للتجربة موافقة حرة ومحددة ومحرة كتابياً"².

وأشارت المادة 152-8 الفقرة الثانية بأنه "... غير أنه استثناء يجوز للرجل والمرأة المتزوجين أن يوافقا على إجراء دراسات على جنينهم بشرط الموافقة الكتابية، ولا تكون هذه الدراسات مشروعة إلا إذا

¹ - خالد عبد الرحمن، التجارب الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص.29.30.

² - بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب...، المرجع السابق، ص.110.

وافقت اللجنة المشار إليها في المادة 184-3 أدناه بالشروط المحددة بالشروط الصادرة من مجلس الدولة¹.

وأشارت المادة 184-3 أن اللجنة الوطنية للطب والبيولوجيا والاستنساخ التشخيص قبل الولادة هي المسؤولة عن تقديم المشورة بشأن طلبات الحصول على إذن لإجراء أنشطة الإنجاب بمساعدة طبية والتشخيص قبل الولادة، وكذلك قرارات سحب الترخيص. وتشارك في رصد وتقييم أداء المؤسسات والمختبرات معتمد. وتقدم اللجنة إلى وزير الصحة تقريرا عن تطور الطب والبيولوجيا والاستنساخ التشخيص قبل الولادة².

وأكد المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها: "يخضع التحريب للموافقة... المستنيرة للشخص".

وتقتضي هذه الصفة كذلك أن الشخص يمكن أن يرجع عن وصيته وتعتبر كأن لم تكن. وقد نص القانون الجزائري في المادة 168-2 من نفس القانون بأنه: "تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة". ومن الثابت أن الشخص متى كان بالغاً عاقلاً يمكنه أن يوصي - قبل وفاته - بجثته أو بأجزاء منها للأغراض العلمية³، إلا أن الجهيـض لا يمكن له إبداء هذه الموافقة وبالتالي يلزم الحصول على الموافقة من وليه.

ونصت المادة 164 من ذات القانون على أنه: "... إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة احد أفراد الأسرة حسب الترتيب الأولي: الأب، الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفى أسرة...".

ويشترط في الشرع الإسلامي الاستئذان في استخدام الجنين في مجال التجارب الطبية والعلمية إذ يشترط رضاء أبويه، وذلك لأن الجنين إذا كان في بطن أمه استلزم استخدامه الإضرار بها، وإن كان

¹ - « A titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons. Leur décision est exprimée par écrit.

Ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon. Elles ne peuvent être entreprises qu'après avis conforme de la commission mentionnée à l'article L. 184-3 ci-dessous dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

La commission rend publique chaque année la liste des établissements où s'effectuent ces études, ainsi que leur objet ». Art 152-8-2. Loi n°94-654.

² - « La Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal est chargée de donner un avis sur les demandes d'autorisation d'exercice des activités d'assistance médicale à la procréation et de diagnostic prénatal, sur les demandes d'agrément des centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal ainsi que sur les décisions de retrait d'autorisation. Elle participe au suivi et à l'évaluation du fonctionnement des établissements et laboratoires autorisés ». Art 184-3. Loi n°94-654.

3 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 108.

ضرراً يمكن استدراكه فلا بد من إذنها، ثم لا بد من إذن والد الجنين أيضاً، لأن ضياع الولد فيه أثر على الأب كذلك، خاصة إن كانت حاجته للولد من الضروريات.¹

وقد أشار إلى هذا قرار المجمع الفقهي الإسلامي بجواز استخدام هذه الأجنة في التجارب العلمية، أو الأبحاث العلمية، أو بوصفها مصدراً مهماً لزراعة الأعضاء (خاصة في زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي) واستوجب احترام الضوابط الشرعية التي قررها الفقهاء. ووافق عليها المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة في جدة من 14 إلى 20 مارس 1990 وهي أن يكون استخدام الجنين بإذن أبويه أو رضاهما.

وتناول مجلس مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة بمكة المكرمة سنة 2003 موضوع " نقل وزراعة الخلايا الجذعية " بتفصيل مصادر تلك الخلايا وبما يتفق مع توصيات المنظمة في ندوتها السادسة سنة 1989 فقد جاء في هذا القرار بتاريخ 2003/12/17 مصدر هذه الخلايا الأجنة المجهضة (السقط) واشترط إذن والديه.

ثانياً: ما يوفره شرط الرضا من حماية جنائية

تجرم التشريعات جميع الأفعال المخالفة للضوابط القانونية المتعلقة بممارسة التجريب على الأجنة البشرية، وعلى اعتبار أن الجنين الميت هو في حكم الجثة فيمكن القول بانسحاب الأحكام الجزائية عليها حال مخالفة الضوابط القانونية.

نص القانون المغربي رقم 16.98 الصادر 25 أوت 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة وأخذها وزرعها في المادة 36 على تجريم أخذ الأعضاء من جثث الموتى دون موافقة أصحابها أثناء حياتهم، وعاقبت المخالف بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 30.000 درهم. ولقد عاقب المشرع الفرنسي على مخالفة الضوابط القانونية للتجريب على الأجنة فعاقب على مخالفة شرط موافقة الزوجين عن إجراء التجارب على الجنين وذلك في المادة 152-17 من القانون 94-654 وهي نفس المادة 511-19 من قانون العقوبات الفرنسي التي تعاقب بالحبس سبع سنوات والغرامة 100000 أورو، وإذا كانت التجارب المتعلقة بالخلايا الجذعية بمخالفة شرط الموافقة فيعاقب بسنتين حبساً مع والغرامة 30000 أورو.²

¹ - محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص. 121.

² - « Le fait de procéder à une étude ou une recherche sur l'embryon humain : 1° Sans avoir préalablement obtenu le consentement écrit et l'autorisation visés à l'article L. 2151-5 du code de la santé publique, ou alors que cette autorisation est retirée, suspendue, ou que le consentement est révoqué ; 2° Sans se conformer aux prescriptions législatives et réglementaires ou à celles fixées par cette autorisation, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende. II. - Le fait de procéder à une étude ou une recherche sur des cellules souches embryonnaires : 1° Sans avoir préalablement obtenu le consentement écrit et l'autorisation visés à l'article L. 2151-5 du code de la santé publique, ou alors que cette autorisation est retirée, suspendue, ou que le

أما بالنسبة للقانون الجزائري فوفقاً للتعديل الجديد لقانون العقوبات الأخير بالقانون 90-01 المعدل والمتمم اختار المشرع فرض حماية جنائية لحماية لجثة الإنسان عن طريق وضع أحكام جزائية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء بإفراده لنصوص جديدة تتمم الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث من الجزء الثاني وذلك بالإضافة قسم خامس مكرر سماه "الاتجار بالأعضاء" ونص على الجزاء المترتب عن اقتطاع الأعضاء أو الأنسجة من جثة الإنسان دون الإذن بالاستئصال. وتجنباً للتكرار فإننا نحيل إلى الأحكام التي تم تفصيلها فيما يتعلق بما يوفره شرط الرضا في نقل الأعضاء من الجثة من حماية قانونية. وبالإضافة إلى شرط الرضا يشترط تلقائياً الحصول على الأجنة بصفة مشروعة كما سنبينه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

شرط المصدر المشروع للأجنة المجهضة وما يوفره من حماية جنائية

يشترط في القيام بالتجارب العلمية على الأجنة المجهضة أن يكون مصدرها مشروعاً، ولأغراض مشروعة، ويجب الحصول عليها بصفة تبرعية مجانية، وإلا فإن المشرع يوجب مسؤولية جنائية. وعليه نتناول المصادر المشروعة للتجريب على الأجنة المجهضة (أولاً) ثم عدم الحصول على الأجنة عن طريق الاتجار (ثانياً). ثم ما يوفره ذلك حماية جنائية (ثالثاً).

أولاً: المصادر المشروعة للتجريب على الأجنة المجهضة

إن الجنين إذا كان حياً في بطن أمه أو أجهض لإنقاذ أمه وهو حي، وأمكن إنقاذ حياته بوسيلة صناعية ونحوها، فإنه لا يجوز إجراء التجارب عليه، ولا الانتفاع به لصالح آدمي آخر، ذلك أن الجنين إذا مضت عليه أربعة أشهر ونفخت فيه الروح منه، فيكون قتلاً له بالمعنى الدقيق. ولا عبرة بكونه سقط في وقت لا يعيش فيه، لأن العبرة بوجود الروح في الجسد وبالتالي يدخل في عموم النهي عن القتل، ولا يسوغ إجهاضه وإزهاق روحه كونه سبباً في إحياء روح آدمي، لأن احترام الأنفس والأرواح فوق اعتبار الضرورات.

ومن ثم يشترط في إجراء التجارب على الأجنة عدم لزوم إجهاضها لهذا الغرض، وبالتالي لا يكون الاستفادة من الأجنة المجهضة إلا حينما يكون الجنين قد سقط تلقائياً¹، أو أجهض لضرورة إنقاذ

consentement est révoqué ; 2° Sans se conformer aux prescriptions législatives et réglementaires ou à celles fixées par cette autorisation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende». Art 511-19 I. code de la santé publique..

¹ - إن الجنين الذي سقط تلقائياً لا يمكن استخدامه في العلاج لأمرين:

أ- أن نسبة الأخطاء الكروموسومية عالية في حالات الإجهاض التلقائي، وإليها يغزى الإجهاض، وهي تصيب 50% من الأجنة.

أمه، ولم يمكن إنقاذه بالوسائل الصناعية، فمثل هذه الأجنة فهي ميتة حقيقة أو حكماً، ويمكن الاستفادة منها في زراعة الأعضاء إذا أسرع الطبيب بنقل ما يريد منها بعد موته بدقائق قبل موت الخلايا، وكذا يمكن الاستفادة منها في البحث العلمي. أما الأجنة التي تجهض ميتة فلا يستفاد منها إلا في الأبحاث التي تجرى لمعرفة أسباب الإجهاض أو لدراسة تكوين الأجنة أو لاستخراج بعض العقاقير الطبية¹. وقد ذهبت الندوة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إلى جواز هذا التصرف، وكذلك في الدورة السادسة لجمع الفقه الإسلامي كما ورد في القرار رقم 2/5/56- الفقرة الثانية بشأن زراعة المخ والجهاز العصبي بما يلي: "إذا كان المصدر للحصول على الأنسجة هو خلايا حية من مخ جنين باكر فيختلف الحكم على النحو التالي:

الطريقة الأولى: أخذها من الجنين الإنساني في بطن أمه، بفتح الرحم جراحياً وتستتبع هذه الطريقة إماتة الجنين بمجرد أخذ الخلايا من مخه، ويحرم ذلك شرعاً إلا إذا كان بعد إجهاض طبيعي غير متعمد، أو إجهاض مشروع لإنقاذ حياة الأم وتحقق موت الجنين".

وكذا القرار رقم 6/5/58 بشأن استخدام الأجنة مصدراً لزراعة الأعضاء: "لا يجوز استخدام الأجنة مصدراً للأعضاء المطلوب زرعها في الإنسان آخر إلا في الحالات بضوابط لا بد من توافرها: أ- لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المتعمد، والإجهاض لعذر شرعي، ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لاستخراج الجنين، إلا إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم".

وقد أشار المشرع الفرنسي إلى منع الإجهاض بعد التشخيص بالولادة مخالفاً بذلك أحكام القانون، وذلك في المادة 162-19 من القانون 94-654 السابق الذكر والتي تقابلها المادة 511-19 من قانون العقوبات².

ولقد نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على جواز الإجهاض في حالات تقتضيها الحالة الصحية للام في المادة 308 منه: "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغ السلطات الإدارية".

ب- أنها مصحوبة بنسبة عالية من التلوثات الجرثومية، التي يجرم لأجلها أن تستعمل في العلاج، وأن تودع أنسجتها في أبدان مرضى، بالإضافة إلى أنها ميتة والمطلوب أنسجة حية. إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص. 611.

¹ - إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص. 623.

² - « Le fait, à l'issue d'une interruption de grossesse, de prélever, conserver ou utiliser des tissus ou cellules embryonnaires ou foetaux dans des conditions non conformes à celles prévues par les premier, deuxième et quatrième alinéas de l'article L. 1241-5 du code de la santé publique ou pour des finalités autres que diagnostiques, thérapeutiques ou scientifiques est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende ». Art 511-19-1. Code pénal.

ثانياً: عدم الحصول على الأجنة عن طريق الاتجار

إن الجسد البشري هو أحد أكثر القيم التي تتطلب حماية وقدسية في كل المجتمعات المتحضرة، فهو محمي من زوايا متعددة، القانونية والدينية والثقافية، وأحد ملامح هذه الحماية هي الحماية القانونية التي تعني تجريم الاتجار في الأعضاء والأنسجة البشرية والعقاب على ذلك، لخوف المجتمع من استغلال الفقراء والضعفاء والتعامل معهم كقطع غيار بشرية.

فإذا كان يجوز التصرف لغايات مشروعة علاجية أو تجريبية بهدف البحث العلمي المشروع في الأجنة البشرية فإن ذلك لا يمكن أن يتم إلا وفق الضوابط القانونية التي يحكم هذه العمليات والتجريب بشكل عام. فلا يجوز أن يتعدى الصفة التبرعية المجانية لهذه العمليات خدمة للأغراض المشروعة؛ ورغم الجدل القائم شرعياً وقانونياً في مسألة التصرف في الأعضاء عن طريق البيع - وفق ما ذكر - إلا أن الرأي الراجح عند فقهاء الشريعة هو عدم الجواز؛ لأن الإنسان مكرم عند الله ولا يحل التصرف فيه ببيعه أو بيع عضو من أعضائه سواء كان حياً أو ميتاً ولا ينفذ هذا البيع، بل هو باطل يلزم نقضه ولا يقبل الإجازة ولا تسري عليه أحكام التقادم ولا يلزم بالقبض ولا بالشروط، ولا يترتب عليه حكم من الأحكام التي تترتب على العقد الصحيح. واستدلوا على ذلك بعدم مالية الجسم البشري؛ إذ من شروط صحة عقد البيع بالإجماع أن يكون محله قابلاً للتعاقد، بأن يكون مالا متقوماً مملوكاً جائزاً الانتفاع به وهو ما لا يتوفر في بيع الأعضاء.

ويكفي في هذا المقام نص المادة 93 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً" والمادة 97 من ذات القانون: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً". ومن ثم فإنه يشترط - وفقاً للقواعد العامة - التي تحكم عقد البيع فإنه يشترط لصحة هذا العقد أن يكون محله وسببه مشروعين والعضو البشري مما يخرج من دائرة التعامل، كما أن السبب غير مشروع للحصول على الثمن لقاء العضو أو أنسجة الجسم.

لقد نصت القوانين على هذا الشرط، حيث جاءت المادة 16-2 من قانون 29 جويلية 1994 الفرنسي تنص على أنه: "لا يمكن منح أي تعويض لذلك الشخص الذي يقبل إجراء التجارب على جسمه..."¹.

¹ - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق ص. 107.

وتشير المادة 152-7 من القانون 94-654 سابق الذكر على عدم جواز إنشاء الحمل أغراض تجارية أو صناعية¹.

ونص القانون الجزائري المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على ذلك في المادة 161-2. ونص عليه القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 المتعلق بتنظيم بنوك العيون في المادة الثانية، وكذا القانون رقم 5 لسنة 2010 سابق الذكر في المادة 6 فقرة أولى. وكذلك القانون السوري رقم 31 الصادر في 1972/8/23 بشأن نقل وغرس أعضاء جسم الإنسان في المادة 2-ب (6).

ورغم هذه النصوص إلا أن الوقائع دلت على وجود تجارة رائجة ومدرة لأرباح كبيرة في الاتجار بالأجنة البشرية، فقد لجأت بعض شركات الأدوية والتجميل العالمية سعياً وراء الأرباح الطائلة إلى إنتاج مساحيق وعقاقير من أصل بشري، ثم يتم تداولها في أسواق العالم بأسعار مرتفعة، ويتم إنتاج هذه المواد من سحق بقايا الأجزاء البشرية التي لا تحتاج إليها بنوك الأعضاء البشرية بعد حفظ وفصل ما سوف يستخدم من أعضاء.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل تلجأ هذه الشركات إلى شراء الأجنة البشرية التي يحصلون عليها عن طريق الإجهاض في فترات مختلفة من الحمل لتحضير مستحضرات التجميل، وقد تم إنشاء العديد من بنوك الأجنة في الدول الأوروبية وأمريكا لاستيراد آلاف الأجنة من الدول الفقيرة حيث يتم تجميدها لنقلها حية بين الدول، وتفضل هذه الشركات الأجنة تامة النمو في سن 21 أسبوعاً فأكثر لاستخدامها في تصنيع المستحضرات².

ثالثاً: ما يوفره شرط المصدر المشروع للأجنة من حماية جنائية

يتبين مما ذكر أن التشريع لا يميز إجهاض الجنين من دون عذر أو مبرر قانوني من أجل استخدام أعضائه أو أنسجته أو خلاياه، في عمليات زرع الأعضاء أو استخراج بعض العقاقير منه، أو استثماره تجارياً تحت طائلة العقاب.

فيما يتعلق بالإجهاض غير المشروع عاقب قانون العقوبات الجزائري في المادة 304 بقولها: "كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دينار.

¹ -« Un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles ». Art. L 152-7. Loi n°94-654.

² - عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص.342.

وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وفي جميع الحالات يجوز الحكم على ذلك بالمنع من الإقامة".

وتنص المادة 305 من ذات القانون: "وإذا ثبت أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة 304 فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى".

ونفس العقوبات تطبق وفقاً للأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين على الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والمرضات والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به.

أما ما يتعلق بالتجار بالأجنة البشرية فقد نصت التشريعات على جزاءات جنائية لمحاربة هذه الظاهرة المتفشية. ومن ذلك القانون الفرنسي حيث جاءت المادة 511 فقرة 2 من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 653 لسنة 1994 الخاص باحترام جسد الإنسان.

وكذلك المادة 674 فقرة 2 من قانون رقم 654 لسنة 1994 المعدل لقانون الصحة العامة لتنص على عقوبة الحبس مدة سبع سنوات وغرامة 100000 أورو على فعل الحصول على الأعضاء بمقابل مادي.

وبشيء من التخصيص عاقبت المادة 511-17 من قانون العقوبات على إجراء الحمل في المختبر من أجنة بشرية لأغراض صناعية أو تجارية بعقوبة الحبس سبع سنوات والغرامة 100000 أورو¹.

والقانون الإنجليزي سنة 1989 في المادة الخامسة، وكذا التشريع المصري في المادة 20 من قانون رقم 5 لسنة 2010 والقانون المغربي رقم 16.98 الصادر 25 أوت 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة وأخذها وزرعها في المادة 30.

¹« Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ».Art 511-17. Code pénal.

وأخيراً نص المشرع الجزائري على جرائم الاتجار بالأعضاء وعنونها القسم الخامس مكرر بالقانون 09-01. المعدل لقانون العقوبات، بداية من المادة 303 مكرر 16 وما بعدها بالتفصيل السابق الذكر.

ولما كان الغرض العلاجي أو التحريبي هو عنصر هام وهدف عام في كافة التجارب الطبية على الإنسان فيثور التساؤل عن نصيب هذا الشرط في مجال التجارب على الأجنة المجهضة.

الفرع الثالث

شرط الغاية العلاجية أو التجريبية

يشترط في التجارب الطبية على الأجنة المجهضة أن تكون فوائد التجربة أكثر من مضارها، ويقصد بذلك أن تكون المزايا المنتظرة أكثر من المخاطر التي ستحدثها التجربة، على اعتبار أن هذه التجارب هي استثناء من الأصل. وبالتالي يجب أن يكون الغاية منها هي العلاج؛ لأن في نجاح مثل هذه التجارب فائدة عامة للبشرية جمعاء، فهي في مرتبة المصالح التي لا ينكرها الشرع فالقاعدة "حيثما وجدت المصلحة فتم شرع الله"¹.

ويقول الدكتور بلحاج العربي "أنه إذا احتيج إلى مثل هذا الجنين في التجارب العلمية والأبحاث الطبية، فإنه لا يوجد شرعاً ما يمنع الاستفادة منه. ولا يشترط الفقهاء لذلك إلا أن يرجح النفع من البحث العلمي في خلاياه وأعضائه وأنسجته، وأن لا يكون عبثاً، وأن يحترم هذا الجنين بوصفه أصل الآدمي ومادته"².

ومن بين الأغراض العلاجية أو التجريبية ما يذكره الأطباء - في استخدام الأجنة المجهضة - من علاج بعض الأمراض المستعصية الخطيرة، كالأزمات العصبية، كالشلل الرعاشي (الباركنسونزم) ومرض الخوف المبكر (الزهايمر) ومرض رقص هنتختون، ومعالجة الأمراض التي تصيب جهاز المناعة في الصغار وبعض أنواع السكري وبعض أنواع الحروق، فهذه المعارف التي يتحصل عليها العلماء وفي إجراء هذه التجارب سبباً في الوقاية من الأمراض.

وكذلك ما يُذكر من تحصيل العلماء المعارف المؤدية للوقاية من الإجهاض التلقائي، وبعض أنواع العقم عند الرجال وبعض المعارف التي توصل إلى طرق لتعجيل اكتشاف الأمراض الوراثية

¹ - حسني هيكل، المرجع السابق، ص. 421.

² - بلحاج العربي، الأحكام الشرعية للمتوفى في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 53.

والتشوهات الخلقية الخطيرة وكل هذه الآفات لا بد لها من تجريب وبحث، والتمكن من اكتشافها يعود بالفائدة التي ترجى من التجريب والبحث العلمي¹.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 168 مكرر من قانون حماية الصحة وترقيتها في فقرتها الأولى بأنه يجب احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم التجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي. ومن ثم فإن المشرع يقر بمشروعية التجريب ويشترط التحلي بأخلاقيات البحث الطبي التجريبي. ونصت المادة 168-1 مقطع 1 من ذات القانون المعدلة على جواز تشريح جثة الإنسان في الهياكل الاستشفائية بطلب من الطبيب المختص بغية الأهداف العلمية، وذلك بقولها: "يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية بناء على ما يلي:
- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي".

الفرع الرابع

شرط تحقيق مصلحة مشروعة

إنه من المبادئ المستقرة لدى فقه القانون بصفة عامة والقانون المدني بصفة خاصة هو مبدأ حرمة الجسد بشقيه، عدم جواز التصرف، وعدم جواز المساس بالجسد الإنساني، إلا أن الفقه قرر مجموعة من الاستثناءات على هذا المبدأ من أهمها إجراء التجارب والأبحاث العلمية بما يخدم الكيان البشري في إطار المشروعية، ولذلك يشترط أن تكون الأبحاث والتجارب العلمية الواقعة على الأجنة مشروعة؛ أي عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة².

فإنه لا يجوز أخذ خصية الجنين أو مبيضه لزراعته في شخص آخر؛ لأن الحيوانات المنوية ستكون من خلايا تلك الخصية المنقولة، فتكون نسبتها إلى الجنين صاحب الخصية، وكذلك الحال في المبيض؛ لأن هذا يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

ولا يجوز شرعاً استنساخ الجنين الميت، سواء بواسطة استئصال نواة من خلية حية مجمدة محتفظ بها قبل وفاة الجنين، أو بواسطة استئصال نواة من إحدى خلايا الجنين بعد وفاته، بوصفه عبثاً وتلاعباً وتغييراً في خلق الله عز وجل ومنافياً للفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها، زيادة على شبهات المفاسد واختلاط الأنساب³.

¹ - محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص. 109. 110.

² - حسني هيكل، المرجع السابق، ص. 424.

³ - بلحاج العربي، الأحكام الشرعية للمتوفى في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 53.

والنتيجة أنه يحرم الاستنساخ وبالتالي يحرم على الطبيب القيام بالتجارب على الخلايا المأخوذة من الميت كاملاً أو جهيضاً، وكذلك من يعينه في هذه العملية من فني المخبر والأشعة وغيرهم، لأن ذلك كله من باب التعاون على الإثم والعدوان، كما أنه يحرم إجراء التجارب، إذ يعتبر ذلك من باب العبث وتضييع للمال وصرف الأوقات وبذل الجهود فيما لا نفع فيه¹.

وقد منع المشرع الفرنسي بحوث الاستنساخ الجيني في المادة 16-4 من القانون المدني فلا يجوز تقويض سلامة الجنس البشري، ويحظر أي ممارسة تهدف إلى تحسين النسل وتنظيم مجموعة من الأشخاص بهدف تخليق طفل مطابق وراثياً لآخر حياً أو ميتاً².

ويعاقب المشرع الفرنسي في المادة 511-1 من قانون العقوبات على أخذ الخلايا أو الأمشاج من أجل تخليق طفل مطابق وراثياً لآخر حي أو ميت، وذلك بالحبس 10 سنوات وغرامة 150000 أورو.

وتضيف المادة 511-1-1 على تطبيق نفس العقوبة المشار إليها في المادة السابقة ولو كان الجريمة مرتكبة في الخارج من قبل مواطن فرنسي يقيم عادة في الأراضي الفرنسية³.

وكشرط إضافي يشترط القانون -لإضفاء سباج المصلحة والمشروعية على هذه التجارب- شرط إجرائها من أطباء مختصين وفي حرم استشفائي أو هيكل قانوني تحقيقاً للرقابة وترتيباً للمسؤولية حال مخالفتها كما يلي.

الفرع الخامس

شرط التخصص الطبي والهيكل والرقابي

من الشروط التي يشترطها القانون لإجراء التجارب على الأجنة المجهض والتجارب الطبية العلمية المحضة كفاءة القائم بالتجربة؛ أي حاصلاً على المؤهل العلمي الذي يناسب القيام بالتجربة، فضلاً عن توافر الخبرة والدراية في هذا المجال واشتراط كونه متخصصاً كي لا يؤدي ممارسته التجربة إلى أضرار وأضرار تفوق المنفعة التي تعود على الخاضع للتجربة من إجرائها.

¹ - سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص.442.

² - «Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée.

Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne ». Art 16-4 code civil.

³ - « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée ». Art 511-1 code pénal.

« Dans le cas où le délit prévu à l'article 511-1 est commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article ». Art 511-1-1 code pénal.

وقد أشار القانون لهذه الكفاءة العلمية في الطبيب الباحث المشرف في المادة 168 فقرة 1 مقطوع 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها بأنه: "يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية بناء على ما يلي:

- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي

ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2،3 من المادة 164 من هذا القانون".

ويشترط في إجراء التجارب موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المادة 168 مكرر فقرة 2 من نفس القانون: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه". وتضيف المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية على أنه: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، وبعد التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

وتشير لائحة آداب المهنة الطبية في المادة 52 من ذات المدونة على أنه: "يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعايير والضوابط الأخلاقية والقيم الاجتماعية والدينية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء البحوث الطبية على الآدميين". وتضيف المادة 53 من نفس المدونة أنه "يحظر على الطبيب إجراء تجارب الأدوية والتقنيات قبل إقرارها من الجهة المختصة".

خاتمة

في ختام هذه الدراسة يتبين لنا أن للتعامل في الجسم البشري مبادئ عامة تتضمن قواعد مستقرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بحسب الأصل، ولنسبية فكرة النظام العام تختلف تلك القيم باختلاف الأزمنة والأمكنة. وعليه تقرر وضع نظام قانوني حمائي يحكم التعامل في الجسم البشري؛ لأنه غاية التنظيم الاجتماعي وفي حمايته رعاية وضمان لاستقرار المجتمع. وتكرس مبدأ عدم التعامل في جسم الإنسان إلا فيما يخدم المبادئ الأساسية بشرط الرضائية والتبرعية والمشروعية.

إن الحماية الجنائية للجسم البشري باعتبارها أحد أهم أنواع الحماية بالنظر للأثر الاجتماعي المترتب عن الإخلال بالقواعد الجنائية - الجزء الجنائي - توفر قدراً من الحماية بإشراك بقية فروع القانون الأخرى خصوصاً مع تسارع الحركة التقنية الطبية في مجال العلوم الإحيائية في جميع الجوانب المادية بتأدية الوظائف العضوية بشكل مستدام والنفسية الفسيولوجية للممارسة الحياة بصورتها المثالية.

لذا استغرق الإحاطة بجوانب الحماية كافة الأبعاد الطبيعية للإنسان المحيطة بمهيمته سواء البعد المادي والروحي الذين إذا استويا اكتملت الشخصية القانونية وهو المعنى الواضح الذي يتفق عليه كل من رجل الطب والقانون والشرع.

إنه وبالنظر للتدخلات الطبية لزم علينا أن نجزأ الحماية الجنائية ونغير من نظرتنا لهذا الجسم المستقبل للروح في مقابل تغير النظرة إلى الجسم البشري أعضاء ومنتجات ومشتقات، فنضفي على كل عناصره حماية متميزة كما وجب أن نمدد في الحماية سواء عند بداية وجود الجسم البشري، - فكرة القالية للحياة- أو عند انتهائه باستغراق وصف الجسم مرحلة قريبة بعد الموت ما دامت الأعضاء والخلايا والمنتجات متمتعة بحياة جزئية، وتتوافق هذه المساعي مع التطور السريع الذي أحرزته الأبحاث الطبية باستغلال كل جزئيات الجسم. واستغراق الحماية الجنائية للجسم البشري لا يشمل الجانب المادي فحسب بل أن النظرة الاثنينية أو الانفصالية بين النفس والجسم لم تعد مقبولة، لذا نؤكد على وحادية التأثير والتأثر المباشر وغير المباشر بمصادر الاعتداءات النفسية سواء لأغراض إجرامية واضحة كالتهديد أو لأغراض قد تبدو مشروعة للوهلة الأولى لغاية التحقيق الجنائي المرهقة للجسم والتي دللنا على عدم مشروعيتها مع التوصية بتجريمها كاستخدام العقار المخدر أو التنويم المغناطيسي وغيرها.

إن الحق في سلامة الجسم وإن تعددت تعاريفه ينبغي أن يتناول الإطار الطبيعي للمصلحة الحمية قانوناً بجانبها الفردي أو الجماعي، فالجانب الفردي يقتضي استمرار الوظائف على النحو الطبيعي - مادي ونفسي- والجانب الاجتماعي هو النهوض بالوظيفة الاجتماعية المنوطة بها، وباختلال أحد الجانبين ينهار البنيان القانوني الذي يتهدد هذا المركز القانوني في إحدى عناصره ويختل الإطار العام للحماية الجنائية.

وإذا كان المبدأ العام عدم مشروعية المساس بالتنازل عن المادة الجسمية والنفسية بالضرر، فإن ما يخدم سلامة الجسم ويحافظ على استواء حلقة البشر مشروعاً في المقابل، ولذلك يشرع للطبيب وإن اشتمل عمله الشق والقطع والتمزيق ما دام يدخل في الإطار العام لاستعمال الحق بشرائطه الشكلية والموضوعية. ونستنتج

من خلال الأعمال الطبية أن غايات التدخل الطبي يجب أن تراعي المصلحة الفردية والجماعية كما ذكر وضمن القواعد العامة الرضائية وترخيص القانون والغاية العلاجية ...

واعتباراً لما تثيره فكرة أو قاعدة العلاجية من مشكلات قانونية لتجاوز الطب حدوده التقليدية في العلاج لزم التعامل مع هذه القاعدة بمبدأ المرونة التي تعتبر ميزة جوهرية ينبغي أن تتصل بالقانون. لذلك تتغير هذه القاعدة حفاظاً على المبدأ العام وهو السلامة الجسدية بزيادة المعرفة الطبية عن طريق التجارب العلمية. ومن ثم تتغير فكرة الرضا بشرط الإخطار بالمخاطر الآتية والمحتملة وغير المحتملة أو البعيدة وعدم التفريط في المصلحة الصحية للفرد مهما كانت الفائدة العلمية وتغليب المصلحة المحضة والراححة.

وبعد إسقاطنا لهذا المبادئ العامة - التي تحكم الحق في سلامة الجسم والتي تحكم الأعمال الطبية بصورتها التقليدية والحديثة - على تطبيقاتها للجسم البشري فإننا نستنتج:

أن الملاحظة الأولى لهذه التطورات الطبية التي شملت باستخدام مواد الجسم قلبت بشدة الأوضاع القانونية المنظمة لأسس التعامل مع الجسم البشري وأدت إلى اختلال الأحكام وإعادة صياغتها خاصة في إطار مشروعيتها.

ففي مجال نقل الأعضاء والأنسجة وزرعها من الأحياء اصطدمت هذه العمليات بمشاكل، إذ لا يعقل بدهاءة أن يتنازل الشخص المعافي عن جزء من جسمه خاصة مع رجحان مصلحته وإمكانية إصابته بأضرار متعددة. وهنا عوائق أحر كالمعلقة بالسر المهني وشكل الموافقة والشهود وأهلية المتصرف. ولذلك لم يستسغ اتجاه معارض مزاعم القابلين لها، إلا أن الفقهاء وفي الجانبين القانوني والشرعي وجدوا مخرج شرعية لإباحة هذه التصرفات في إطار النزاع ومبدأ إنقاذ النفوس وترجيح المصالح في مقابل درء المفسد وغيرها. أما في المجال القانوني فإنه بوجود السند القانوني يفرض الإشكال وتبتعد المسألة عن آراء الفقهاء وتأويلاتهم في إطار الرضا المقترن بالضرورة العلاجية.

ومن حيث شروط هذه العمليات فيعتبر الرضا وهو الشرط الموضوعي من أهم الشروط، لأن الحق في السلامة الجسدية من الحقوق اللصيقة بالشخصية وليس للطبيب أن يتصرف فيه كأداة يستعملها كما يشاء، ويستوي الرضا بالنسبة للمعطي والمستقبل تطبيقاً لفكرة " حرية المريض في العلاج " كل هذا تحت طائلة العقاب.

ومن متطلبات الرضا الشكل الكتابي الذي تؤيده باعتباره من الشروط الإضافية لتجاوز الأصل -عدم المساس- ونافية للمسؤولية الجنائية وكل المتدخلين في العملية. على أننا نوصي بما يلي:

- بيان أحكام الشهود ببيان الشخص المزم بإحضارهم المتلقي أو المعطي، وإمكانية الاحتجاج بشهادة الأقارب إلى غير ذلك.

- إن شرط الكتابة للمستقبل يجافي الأصل وهو عدم المساس بالسلامة الجسم، لأن التبرع يكون لمصلحته فلا ضرورة للشرط الكتابي مع التأكيد على ضرورته بالنسبة للمعطي.

- ضرورة تبصير المريض بالمخاطر المتوقعة كما فعل المشرع الجزائري الذي يناقضه المشرع المصري حيث اشترط التبصير بالمخاطر القريبة والبعيدة لكل من المعطي والمستقبل، وضرورة تبصير المعطي بجميع المخاطر أخذا بالاتجاه الموسع.
- إبعاد الأشخاص القصر - المتبرعين- في مجال نقل الأعضاء ولو كان التبرع بين الإخوة أو الأقرباء مراعاة لمصلحة القاصر فيا ينفع لا فيما يضر.
- توسيع دائرة التبرع بالأعضاء من الأحياء وزرعها وعدم قصرها بين الأقارب كما فعل المشرع المصري والمغربي بالنظر للحاجة المتزايدة للأعضاء فضلا عن بعث أواصر التراحم بين كافة أفراد المجتمع.
- إضفاء حماية جنائية لمخالفة شرط الرضائية أسوة بالمشرع الجزائري والمصري والفرنسي ورصد عقوبات صارمة لكل المتدخلين في العملية وعدم ترك الأمر للقواعد العامة في القانون الجنائي، ويجب التفرقة بين العقوبات للأشخاص الطبيعية والمعنوية، وبين عقوبات أخذ الأعضاء والمشتقات، وبيان العقوبات بحسب ما تؤدي إليه عملية النقل كوفاة المحني عليه أسوة بالمشرع المغربي والمصري، وتجريم التستر على هذه الجرائم وبيان حالات الإعفاء والتخفيف.
- أما بالنسبة لشرط المجانية، فالمبدأ هو عدم تخصيص أي مبلغ مالي مهما كان شكله لمصلحة من ارتضى إجراء عملية نقل الأعضاء أو منتجات جسمية. غير أن الواقع يخبرنا عن انتشار ظاهرة الاتجار بالأعضاء الشيء الذي دعى القوانين إلى رصد عقوبات لمكافحة هذه الظاهرة كالقانون الفرنسي والمصري والجزائري والمغربي. وما نوصي به في هذا الصدد بوجه عام:
- يتعين على الدول تشديد العقوبات لمخالفة الضوابط القانونية لعمليات نقل الأعضاء وزرعها وبيان المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية والمتمثلة في المستشفيات والأشخاص القائمين عليها عن طريق رصد الغرامات والعقوبات الإدارية لتجميد الرخص والحظر المهني.
- يجب بذل الجهود اللازمة لتوعية الجمهور وحثهم على المشاركة في برامج عمليات نقل الأعضاء بتنسيق الحملات الإعلامية عن طريق وسائل الإعلام المختلفة، كما يجب تبادل الخبرات والمهارات بين الدول خاصة الدول الرائدة في هذا المجال.
- أما فيما يتعلق بالمبحث الثاني من الفصل الثاني والمتعلق بالتلقيح الاصطناعي وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان، فيمكن القول أن التلقيح الاصطناعي من الحلول المحققة للغريزة الفطرية - الإنجاب - ويحقق الاستقرار للزوجين لما يلقي بآثاره على الجانب النفسي في حالة فشل الطرق الطبيعية للمساعدة الطبية على الإنجاب باعتباره أسلوب علاجي لحالات العقم. وما نستنتج من خلال داستنا لهذا المبحث، أن التلقيح الاصطناعي صور مختلفة غير أن الصور المشروعة لهذه التدخلات الطبية ينحصر فيما بين الزوجين في ظل الحياة الزوجية ويمنع كل تدخل من الغير. بمعي غير الزوج أو بويضة غير الزوجة. وتُمنع هذه التدخلات باختلاف أنواع التلقيح داخلي أو خارجي، كما يمنع التلقيح الاصطناعي الخارجي في صورة استئجار الأرحام " الأم

البديلة". وهو الأمر الذي منعه القانون الفرنسي، ولذلك يعتبر هذا الأخير نموذج للقوانين إلى حد ما إذ تناول جميع مسائله وأقرنه بعقوبات عكس المشرع المصري إلى تخلو تشريعاته من أي تنظيم مما دعى إلى احتدام الاجتهادات الفقهية أخذوا وردا. أما المشرع الجزائري فقد حسم النقاش بتعديل قانون الأسرة بمقتضى القانون 02-05 في المادة 45 مكرر.

أما في الشريعة الإسلامية فلا شك أن هذه الطريق يفتح آفاقاً عظيمة لتحقيق أغراض الأزواج ومن ثم يباح باعتباره ليس خرقاً لقوانين الطبيعة ولم يتعارض مع نصوص الوحي، وهي تتم وفق السنن الطبيعية لتكوين الجنين ما دام أنها تتم في إطار العلاقة الزوجية حال حياتهما وهو ما دلت عليه دور الإفتاء والجامع الفقهية في إطار الشروط والضمانات الشرعية والقانونية.

ففي شرط العلاقة الزوجية وأثناء حياتهما نظم المشرع الفرنسي والجزائري هذه المسألة، غير أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع الفرنسي لم يضع عقوبات صارمة حال الإخلال بهذا الشرط، مما يؤدي إلى الاستهزاء بالقواعد العامة الأمر الذي جعل المسألة تخضع لعديد التكييفات بين جريمة الاغتصاب، وجريمة هتك العرض، فعل فاضح علني، جريمة الزنا، كما حظر استخدام تقنية الأم البديلة. وانفرد المشرع الفرنسي بشرط الغرض العلاجي وأن كان من الممكن أن يعد بالنسبة للمشرع الجزائري شرط عام تخضع له الأعمال الطبية. غير أننا من خلال هذه الاستنتاجات نوصي بما يلي:

- يجب تجريم ما يجريه الطبيب من عمليات إخصاب بغير مراعاة تلك الضوابط وتأييم ما يأتيه منها خارج الإطار الشرعي، بصورة غير مشروعة أو المحرمة أو مشوبة بالغش للزوجين.
- فرض حماية جزائية عند التلاعب بالبويضات المخصبة داخل الأنبوب، وسن نصوص تجرم أسلوب التلقيح الاصطناعي بواسطة الغير وبواسطة الأم البديلة مع فرض عقوبات صارمة على كل الأطراف المتدخلين في العملية.
- فرض عقوبات صارمة على كل من يلجأ إلى التلقيح الاصطناعي دون رضا الطرف الآخر والتشديد عند استعمال طرق الغش والاحتتيال.

وفي المبحث الثالث من نفس الفصل المتعلق بتغيير الجنس، فإن هذا الأخير يعتبر استبدال لجنس الشخص بجنس آخر مغاير للجنس الطبيعي أو الأصلي. وهو الذي يختلف عن بعض مظاهر الانحراف الجنسي كالشدوذ والخنوثة، والتشبه بالجنس الآخر، حيث أن هذا التغيير عملية جراحية يتم تغيير الأعضاء الظاهرية للذكر بالأعضاء الظاهرية للإناث والعكس، فهو تغيير ظاهري فحسب.

ورغم عدم تخصص القوانين كالقانون الجزائري لنصوص متعلقة بهذه المسألة، إلا أننا من خلال دراسة هذه المبحث يتبين أن تغيير الجنس مصدر إثارة لعديد من المشاكل المدنية في مجال قانون الحالة المدنية لما يطرأ من تغيير في البيانات. وفي مسائل الأسرة لإخلاله بالشرط البيولوجي وما ينجر عن ذلك من اضطراب في أمور كثيرة كأحكام الخطبة والعدول عنها، وحق تعدد الزوجات، والطلاق، والتطليق والخلع والحضانة والنفقة

والإرث... والشأن سواء بالنسبة للمسائل التي يثيرها في المجال الجنائي في إطار المسؤولية الجنائية على المساس بالجسم البشري، ويتعارض مع شروط ممارسة الأعمال الطبية، وفكرة النظام العام.

ونستنتج أن مجال دراسة هذا العنصر يستبعد مشكلة الخنثى المشكل أو غير المشكل، ذلك أن التدخل الجراحي لترجيح الجانب الغالب يخضع لمعالجة مشروعة وهذا يسمى تثبيت الجنس. أما تغييره بفرض عدم اختلاط عناصر الذكورة والأنوثة فهي الجراحة المعنية بموضوع الدراسة. فمن حيث مشروعيتها فالمسألة من الناحية القانونية مرفوضة وتعتبر مساساً بالسلامة الجسدية وإخلالاً بمبدأ المحافظة عليه. ولا يمكن الاستناد إلى حالة الضرورة ولا إلى رضا الجاني عليه لمخالفة هذه الجراحات للنظام العام ومحافاتها لشرط الغرض العلاجي. كما أنها مرفوضة من الجانب الشرعي لأنه تغيير في خلق الله بدافع الشهوة والعبث ونفي للفطرة وقوانين الطبيعة ونواميسها، وممارسة للمحظور كالخصاء والنظر للأضرار الصحية والجسدية والنفسية والاجتماعية وغيرها.

أما في القانون الجزائري على وجه التحديد فبالرغم من عدم وجود نصوص صريحة فإنه يمكن الركون لأحكام قانون الأسرة التي تعتبر الاختلاف في الجنس من أحد الأركان الجوهرية لبناء الرابطة الزوجية، ومن ثم فلا يتصور علاقة زوجية في غير ذلك، والقول بخلاف ذلك يعد جريمة يمكن تكييفها على أنها شذوذاً جنسياً، أو جريمة خصاء أو بتر لأحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله. ويمكن استنتاج تجريم هذه العمليات من القانون الطبي الذي يجرم عمليات التعقيم.

أما فيما يتعلق بالاجتهادات القضائي فقد تذبذب القانون الفرنسي في أحكامه غير أنه انتهى في الأخير إلى إباحتها تلبية لرغبة الشواذ ومثله القضاء البلجيكي والإنجليزي، بحجة الغرض العلاجي واحترام الحرية الفردية، وتحقيق التوازن النفسي. غير أن الرأي الغالب لدى القضاء هو تجريم هذه التدخلات الطبية خصوصاً الدول التي تدين بالإسلام حيث تتميز هذه الأنظمة بموافقتها لمحمل الشريعة الإسلامية رغم عدم وجود نصوص صريحة، وذلك بوضع المسألة ضمن القواعد العامة وفكرة النظام العام واختلال فكرة الضرورة. غير أننا نوصي في هذا المجال بأنه:

- ينبغي إقرار المسؤولية الجنائية بنصوص صريحة مجرمة ومعاقبة على هذه العمليات الطبية ومعاقبة كل الفاعلين من المستفيدين منها والأطباء الفاعلين الأصليين الشركاء والوسطاء والداعين إليها.
- إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية من مؤسسات استشفائية القائم بهذه الأفعال المسخية، وتطبيق العقوبات الجنائية والإدارية كالمنع من مزاوله المهنة وتجميد الرخص...

أما في المبحث المتعلق بالاستنساخ وأثره على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري، فقد ذكرنا أن الاستنساخ في النبات والحيوان جائز بشروط، وهما صورتان مستثنتان من الدراسة. أما الاستنساخ البشري فهناك شبه إجماع شرعي على عدم جواز الاستنساخ في الإنسان في الفقه الإسلامي، غير أن الصورة التي اختلف فيها الفقه هي حالة فصل خلايا اللقيحة.... حيث وجدت هذه الأخيرة من يؤيدها، لكن الراجح أن

الاستنساخ بكافة صورته محرم لمخالفته لسنة الله في خلقه في تباين صفاتهم وطباعهم وورغباتهم، وفيه إهانة وتسوية للإنسان بالحيوانات والنبات في تكاثرها، وهو مناقض لسنة الزوجية ويفتح طوام في مجال ترتيب الأحكام المتعلقة بالأبوة والأمومة، وتحديد النسب واضطراب العقود وإثبات الجرائم، وقتل الأجنة المشوهة...

كما أن هناك شبه إجماع على منع هذه التدخلات الطبية في المجال القانوني حيث حظرت القوانين تخليق البشر عن طريق الإحصاب أو شخص مماثل للآخر سواء كان حياً أو ميتاً. وهو الأمر الذي دعت إليه القوانين - القانون الفرنسي والأمريكي... - بنصوص صريحة مشتملة على نصوص جزائية لمخالفة هذا الحظر. ورغم عدم وجود نصوص صريحة في القانون الجزائري إلا أن الاحتكام للدستور والقانون الطبي ووفقاً لأحكام الأسرة يكفي في التدليل على عدم مشروعيتها بالتفصيل السابق، غير أننا نوصي بأنه:

- ينبغي صدور نصوص صريحة تجرم هذه الأبحاث وتحكم التعامل في الجينات والهندسة الوراثية واستعمالاتها، ومنع التجارب المتعلقة بالاستنساخ وتجريم كافة صورته ومعاينة الأطراف الداخلة فيه، وكافة صور الدعاية والإشهار الداعية لذلك.

- تجريم كافة الوسائل الداعمة وتغريم المؤسسات وغلقها ومعاينة كل المنشغلين والنشطاء، والمنع من ممارسة المهنة ووضع رقابة على المنشآت الخاصة بالأبحاث الطبية وسحب الرخص عند مخالفتها. ولقد تطرقنا في الباب الثاني من هذه الرسالة إلى ما يستتبع الحماية الجنائية للجسم البشري، وقد أشرنا إلى أن الجثة في مراحلها الأولى تستتبع مرحلة الجسم البشري لوجود حياة جزئية عضوية خلوية ونسيجية، فالجثة بمحافظتها على هذه الحياة الجزئية تفسح مجالاً خصباً لاستعمالات طبية حديثة.

نستخلص في البداية إلى أن الجثة تتمتع بحصانة واحترام كبيرين، كونها قيمة معنوية ترمز لذكرى ومشاعر أسرة المتوفى، وتنبأ عن مرحلة كانت تحظى بقديسية استلهمتها من النظم الدينية، وتأثرت بها القوانين والاتفاقيات الدولية كاتفاقية جنيف. غير أن مبدأ الحصانة المطلقة أقل مع التطور السريع للطب للضرورات العلاجية كاستقطاع الأعضاء والتشريح وغيرها.

وعرفت الشريعة الإسلامية مبدأ حصانة جثة الإنسان، إذا أن الإنسان إذا مات فإنه مكرم عند الله كما كان مكرم عنده سبحانه وتعالى حال حياته، فوجب تغسيله وتكفينه والصلاة عليه ودفته، ونهى عن التمثيل به واحتقاره بأي وجه. كما نستخلص أن الجرائم الواقعة على الجثة تعتبر جرائم خاصة، حيث تأتي الجثة أن تكون ضمن جرائم الأموال محمية، لا في القانون ولا في الشرع ولا في الطبع، لأن القول بغير هذا يجعل الجثة في حكم الأشياء المملوكة أو قابلة للتملك ومتقومة بالمال، وهو الأمر المهيمن للمتوفى، ولذلك لم يتقرر قطع اليد في لشرع لمن يسرقها. كما أن أعمال الفحش على الجثة تدخل ضمن تدنيس الجثة فيقرر التعزير في الشرع، ويعاقب عليه قانوناً ضمن الجرائم الماسة بجرمة الموتى.

ونستخلص أن مشتملات الحماية الجنائية لجثة الإنسان تقتضي توفر القانون الجنائي لهذه الحماية إكراما لمشاعر وقيم وذكرى المتوفى، وثبوت الخبرة الطبية المثبتة لزوال مظاهر الحياة في جسمه، بتجريم الأفعال الماسة بجرمتها ووضع الجزاء الرادع.

وتحديد المشتملة المتعلقة بتحديد لحظة الموت - اللفظ الذي آثرناه على مصطلح الوفاة - حاسمة في بيان هذه الحماية الجنائية. فلهذه اللحظة أهمية بالغة من الناحية الشرعية والقانونية وفي الشأن الطبي بظهور أجهزة الإنعاش الاصطناعي وعمليات نقل الأعضاء ومشتملات الجثة في الأعمال الطبية العلاجية والبحثية.

إن مصطلح الموت يختلف مفهومه عند علماء الإحياء التي يتكون من التوقف لعدة أنواع من الموت الجزئي. ويرتبط تعريف الأطباء الشرعيين للموت بظهور العلامات التقليدية ويقرنونه بالتغيرات الرميّة وبالأسباب الجنائية كالشنق والتسميم. أما الموت في القانون فهو معرّف بالآثار القانونية المترتبة عليه؛ أي تلاشي الشخصية الذي يرتب تغييراً على الصعيد القانوني كالتغيير في الحالة المدنية وغيرها.

إن تضارب الآراء حول تحديد لحظة الموت من النواحي الطبية والشرعية والقانونية يفسر لنا أن الموت ظاهرة غيبية لأنها متعلقة بالروح. ومن خلال عرضنا لتلك الآراء سواء منها العلمية والقانونية والشرعية، أنه لا يزال الجدل قائماً بين معيار قديم وحديث، وأن تبني موقفاً واضحاً في هذا الإطار يتعارض مع أمرين؛ حماية الجسم البشري والحق في الحياة؛ وتناسيا للاعتبارات الطبية الحديثة. ورغم تأقلم الرأي الحديث مع ما يستسيغه الطب واستعمالات الجثة كملأتمته للحاجة للأعضاء البشرية صالحة متمتعة بالحياة الجزئية، فإننا كما أسلفنا لا نؤيد اعتماد هذا المعيار لأن حالات الغيبوبة لا يتعرض إليها كل شخص وبالنظر للوضع في الجزائر الذي يشهد ضعفاً في الوسائل والمعدات الطبية والكفاءات البشرية المثبتة للموت في العديد من النواحي.

وفي الفصل الثاني من هذا الباب فقد تطرقنا إلى تطبيقات الأعمال الطبية الواردة على جثة الإنسان، وهي عمليات التشريح الطبي الذي يعتبر من العلوم الطبية التي لا يمكن لمجتمع من المجتمعات أن يكون في غنى عنه. ولقد أحازه علماء الشرع بمختلف أنواعه، التشريح الجنائي الذي يهدف إلى كشف الجريمة ومعرفة ملابساتها ومعرفة الجاني من البريء، حيث يجمع الكل على إباحته لما فيه من مصلحة راجحة على المفسدة المرجوحة. أما الترشح المرضي فيباح لعدة التحقق من الأمراض لاتخاذ الاحتياطات الوقائية والعلاجات المناسبة. ويجوز التشريح التعليمي زيادة للمعرفة الطبية.

وفي المجال القانوني فإن القوانين نصت على جوازه، ويمكن الاستناد إلى النصوص العامة المتعلقة بالخبرة الطبية في القوانين الإجرائية، كما يمكن الاستناد إلى نصوص خاصة كالنصوص المتعلقة بعمليات الاستقطاع الأعضاء لأغراض تشخيصية فيما يتعلق بالتشريح المرضي. غير أن بعض التشريعات نصت صراحة على جواز التشريح بمختلف أنواعه صراحة بنصوص كما فعل المشرع الجزائري والفرنسي.

وإن كانت الإباحة موضوع إجماع فإن ذلك لم يمنع من وضع ضوابط شروط مشتملة على عقوبات، وعلى اعتبار أن مخالفة تلك الشروط في الشريعة لا يعتبر من الحدود أو القصاص فإنها تخضع لعقوبات التعازير

وهي عقوبات تتلاءم مع تطور الظاهرة الإجرامية وخطورة الجاني (مبدأ تفريد العقاب) ومثل هذا عمل القانون على وضع الشروط، إلا أن معظم القوانين لم تعزز ذلك بجزاءات كالقانون الجزائري ولذلك ننصح بما يلي:

- يجب أن تفرد قوانين لتنظيم العمليات التشريحية وبيان أحكامها الخاصة بكل نوع وبيان شروط كل نوع بشيء من التوضيح وفصل النصوص المتعلقة بالعمليات التشريحية عن النصوص المنظمة لاستقطاع الأعضاء نظرا للاختلاف في بعض الأحكام باختلاف أنواع التشريح.
- يجب أن توضع نصوص جزائية تتلاءم وتطور الظاهرة الإجرامية خصوصاً ما تعلق منها بشرط الرضا وانتفاء العوض المالي في الحصول على الجثث، ولا يجب الاكتفاء بالنصوص العامة في قانون العقوبات.
- رصد رقابة صارمة فيما يخص التشريح التعليمي حتى لا يساء استعمال هذه الجثث، ومراقبة الجثث وتنظيم عملية دخولها والتساؤل عن مصيرها.

أما المبحث الثاني من ذات الفصل المتعلق بنقل الأعضاء من جثة الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية فإن الجثة تحولت إلى مادة ووسيلة علاجية إذ يمتاز النقل من الجثة بخصائص مهمة جعلت الأنظار تتجه إليها كانتفاء المحاذير الطبية، والاستفادة من الأعضاء المنفردة، وفرة الأعضاء البشرية.

ولقد أباح فقهاء الشريعة هذا التدخل الطبي وكذا القوانين لأغراض علاجية بشروط كشرط إذن المتوفى إذ لا يجوز التصرف في الجثة إلا بإذنه. ويستخلص أن اشتراط شكلية في ذلك ضماناً لحماية جثة الإنسان خاصة الأسلوب الجديد المتعلق بأخذ بطاقة التبرع وهو الأمر الذي عدل عنه المشرع الجزائري، أما في حالة الرفض فلا يحتاج إلى شكلية لتوافقه مع الأصل عكس ما أقرته التشريعات. أما الاستئصال من المحكوم عليهم بالإعدام بعد تنفيذ الحكم فالراجح في ذلك أن ارتكاب الجريمة لا يبرر إهدار حقه في إذنه، ولعل توجه التشريعات إلى إلغاء هذه العقوبة يفضي الإشكال مطلقاً.

أما بالنسبة لموافقة أسرة المتوفى فهي موافقة كاشفة ومفسرة لرغبة المتوفى، غير أن تحديد الأقارب بدرجة استحقاق التركة يوحى بالعلاقة المالية بين الأسرة والمتوفى، وعليه يفضل تحديد الأقارب بحسب قاعدة الأقرب فالأقرب كما فعل المشرع الجزائري. ويعتبر فكرة الرضا المفترض انتهاك صريح للجنة وحقوق الأسرة عل جثة فقيدهم. أما شرط التحقق من موت المتبرع فإن هذا الشرط جوهرى يعزز حق الإنسان في الحياة ولو مع اليأس في شفائه، وما يمكن التنويه إليه هو ضرورة النص على عقوبات جزائية محددة كما فعل المشرع المغربي والمصري حيث اعتبرها هذا الأخير جريمة قتل مع سبق الإصرار.

وبالنسبة لشرط المجانية فلا شك أن الطبيعة القانونية لجثة الإنسان تخرجها من دائرة التعاملات المالية، ومن ثم ينبغي رصد العقوبات الجنائية والإدارية لمواجهة ظاهرة الاتجار بالأعضاء اعتباراً للواقع الذي يخبرنا عن تفشي هذه الجرائم وانتشار عصابات تجارة الأعضاء.

وفي المبحث الأخير من هذه الرسالة والمتعلق بإجراء التجارب الطبية على الأجنة المجهضة ذات الطبيعة العلمية، فإن ما يمكن استخلاصه أن الجنين المجهض - أي الذي انفصل عن رحم أمه بنفسه أو بفعل فاعل في أول الحمل أو آخره- يأخذ حكم الجثة، وبالتالي تطبق عليه أحكام الجثة من تغسيل وتكفين والصلاة عليه ودفنه. أما مشروعية التجارب عليه فإن عملية الموازنة بين المفاسد والمصالح تقتضي جواز استخدام الأجنة المجهضة ما دام لأغراض مشروع كـمعرفة الأمراض التي تصيب الأجنة وطرق مداواتها ومعرفة الأسباب المؤدية للإسقاط. والشأن في القانون يتفق مع ما ذكر، فالمرجع الفرنسي وأن كان - بحسب الأصل - لا يجيز إجراء التجارب على الأجنة بشكل عام فإنه يبيحها بشرط موافقة الزوجين.

ورغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه التجارب إلا أنه وفقاً لقانون الصحة وترقيتها أجاز المشرع التجارب الطبية مع احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتحريب على الإنسان في إطار البحث العلمي، والركون للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية. كما يمكن الاستناد في إباحتها بالقياس على التشريع التعليمي، على أنه لا يجوز إحداث الإجهاض من أجل استخدام الجنين في الأبحاث الطبية، كما يحظر الحصول على الأجنة عن طريق الاتجار أو استعمالها لأغراض غير مشروع كـتخليق أجنة عن طريق خلية جنينية. وما يمكن أن نوصي به:

- أفراد نصوص خاصة متعلقة بالتجارب على الأجنة الميتة وإفرادها بنصوص جزائية.

- تجريم التجارب على الأجنة المجهضة بدون الموافقة الكتابية من الزوجين، أو القيام بها لأغراض غير مشروع.

- تجريم الحصول على الأجنة بالطرق التجارية أو السعي للإلحاح لغاية الإسقاط ثم إجراء التجارب عليها، ومعاينة الأشخاص القائمين بها ومصادرة الوسائل وتجريم طرق الوساطة والدعاية والإشهار لهذه الأغراض.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر والمراجع الشرعية

I. القرآن وتفسيره

1. القرآن الكريم.
2. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، الجزء الثالث، دار الهدى، الطبعة الأولى، 1988.
3. الصاوي، حاشية العلامة الصاوي على تفسير الجلالين، الجزء الرابع، دار الجيل، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
4. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد السادس، دار الكتاب العربي، لا توجد سنة النشر.
5. محمد بن أحمد بن جزري اللبي، تفسير ابن جزري، دار الكتاب العربي بيروت، لبنان، 1983.
6. محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، شركة شهاب، الجزائر، 1990.

II. الحديث وعلومه

1. أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول، فهارس أحاديث وآثار مسند أحمد بن حنبل، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
2. أبي داود، سنن أبي داود، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، مصر، لا توجد سنة النشر.
3. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبه البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
4. البخاري، صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر. العسقلاني، فتح الباري لشرح صحيح البخاري، المجلد التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1989.
5. الترمذي، الجامع الصحيح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
6. الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم للإمام ابن الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، الجزء الثاني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1987.
7. الدارمي، سنن الدارمي، دار الكتب العلمية، لا توجد بلد النشر وسنة النشر.
8. السيوطي، تنوير الحوالك شرح موطأ الإمام مالك، مكتبة دار الثقافة الدينية، القاهرة، مصر 2003.
9. السيوطي، سنن النسائي، شرح السيوطي، حاشية الإمام السندي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
10. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التلوخي، تحقيق حمدي الدمرداش، الطبعة الأولى، المجلد الأول، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، 1999.

قائمة المراجع

11. محمد بن طاهر المقدسي، ذخيرة الحفاظ المخرج على الحروف والألفاظ، الطبعة الأولى، المجلد الرابع، دار السلف، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1996.
 12. محمد ناصر الدين الألباني، مختصر صحيح الإمام البخاري، الطبعة الأولى، المجلد الرابع، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2002.
 13. مسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، الجزء الخامس، لا توجد دار النشر وسنة النشر.
 14. النووي، صحيح مسلم، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1972.
- ثانياً: المراجع القانونية والشرعية والمقارنة
- I. المؤلفات العامة
1. ابن الجزري، زاد المسير، الطبعة الرابعة، المجلد الثاني، المكتب الإسلامي، بيروت، 1987.
 2. ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، أحكام النساء، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1993.
 3. ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.
 4. ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
 5. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار المشهور بمحاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، 1992.
 6. ابن عابدين، رد المختار، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
 7. أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، المجلد الثالث، دار المعرفة، بيروت لبنان، لا توجد سنة النشر.
 8. أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، الجزء السابع، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
 9. أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، الطبعة الأولى، المجلد الأول، كتاب الجنائز، دار العربي الإسلامي، 1999.
 10. أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
 11. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، 2000.
 12. أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة الثالثة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
 13. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.

قائمة المراجع

14. أحمد أبو الروس، التحقيق الجنائي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 1998.
15. أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض والاعتداء على العرض والشرف والاعتبار والحياء العام والإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية والفنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 1997.
16. أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1986.
17. أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، الجزء الثاني، منشورات قصر الكتاب، الجزائر، لا توجد سنة النشر
18. أحمد شتات، رسالة الإثبات، الطبعة السابعة، الجزء الأول، لا توجد دار النشر، لا توجد سنة النشر.
19. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1987.
20. أحمد عبد اللطيف الفقي، الجاني والمجني عليه وحقوق وضحايا الجريمة، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2003.
21. أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الخامسة، دار الشروق، بيروت، لبنان، 1983.
22. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 1985.
23. أحمد مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2000.
24. إسحاق إبراهيم منصور، الأصول العامة في قانون العقوبات، الجنائي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979.
25. إسحاق إبراهيم منصور، المبادئ الأساسية في الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982.
26. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
27. أشرف محمد عبد الغني، أميمة محمود الشريبي، الصحة النفسية بين النظرية والتطبيق، لا توجد دار النشر، 2003.
28. بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، لا توجد سنة النشر.
29. بن الشيخ لحسين، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، 2000.
30. التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، المغرب، 1991.
31. جلال الجابري، الطب الشرعي القضائي، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، الدار العلمية، 2000.

قائمة المراجع

32. جلال ثروت، نظم القانون الخاص في قانون العقوبات، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2000.
33. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، لا توجد دار النشر وبلد النشر، 1999.
34. جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، محمد قاسم، الحقوق وغيرها من الحقوق القانونية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1996.
35. جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، عقوبة- قتل وضرب وجرح- الجزء الخامس، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
36. حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الآفاق العربية، 2001.
37. حسن خلف الجبوري، عوارض الأهلية، الطبعة الأولى، مكة للطباعة والإعلام، جامعة أم القرى، 1988.
38. حسن رمضان فحلة، الحكم الجائز في تشييع الجنائز، دار الهدى، الجزائر، 1989.
39. حسن محمد أبو السعود، قانون العقوبات المصري، القسم الخاص، الطبعة الأولى، 1951.
40. حسني إبراهيم عبيد، الوجيز في قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.
41. حسني صادق المرصفاوي، قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1978.
42. حسين شحرور، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، لا توجد دار النشر وسنة النشر.
43. خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 2002.
44. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996.
45. رعوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، مصر، 1966.
46. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1997.
47. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1999.
48. رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996.
49. زكريا بن محمد الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
50. الزين يعقوب الزبير، موقف الشريعة الإسلامية في تنظيم النسل، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، 1991.

قائمة المراجع

51. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
52. السيد صادق المهدي، العقوبات الشرعية، الطبعة الأولى، الزهراء للإعلام، 1987.
53. الشريبي محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
54. شريف الطباخ، أحمد جلال، موسوعة الفقه والقضاء في الطب الشرعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، لا توجد سنة النشر.
55. شمس الدين ابن قدامه المقدسي، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983.
56. الشوكاني، كتاب السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
57. ضياء نوري حسن، الطب القضائي وآداب المهنة الطبية، دار الكتب لطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، 1986.
58. طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
59. طه عبد المولى إبراهيم، مشكلات التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 2000.
60. عامر سعيد الزبياري، التحرير في قاعدة المشقة تجلب التيسير، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت لبنان، 1994.
61. عباس شومان، إجهاض الحمل وما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الدار الثقافية للنشر، القاهرة مصر، 1999.
62. عبد الباقي ابن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، الطبعة الأولى، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
63. عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي ودوره في البحث عن الجريمة، الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، لا توجد سنة النشر.
64. عبد الحميد دياب، أحمد قرقوز، مع الطب في القرآن الكريم، الطبعة الثانية، مؤسسة علوم القرآن، دمشق، سوريا، 1982.
65. عبد الخالق النووي، جرائم السرقة، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.
66. عبد الرحمن محمد أبو توته، علم الإجرام، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 1998.

قائمة المراجع

67. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الثانية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 1998.
68. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
69. عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 1995.
70. عبد العزيز سليم، دحض الأدلة الفنية، النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 1998.
71. عبد الفتاح محمد أبو العينين، عقوبة السرقة في الفقه الإسلامي، دار الكتب، مصر، 1982.
72. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
73. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات، النظرية العامة، دار المطبوعات، مصر، الإسكندرية، لا توجد سنة النشر.
74. عبد القادر القهوجي، "فتوح عبد الله الشاذلي"، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.
75. عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2002.
76. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الطبعة الثانية، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1986.
77. عبد الله سليمان سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
78. عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977.
79. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.
80. عدنان عبد الحميد زيدان، ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة، رسالة دكتوراه، حقوق، القاهرة، مصر، 1983.
81. علي أحمد عبد الزعي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب ناشرون، طرابلس، لبنان، 2006.
82. علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، الجزء الأول، الجريمة، لا توجد دار النشر، 1988.
83. علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997.

قائمة المراجع

84. علي محمد جعفر، الأحداث المنحرفون، الطبعة الثالثة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996.
85. علي محمد جعفر، قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2006.
86. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976.
87. عمر محيي الدين حوري، الجريمة أسبابها، مكافحتها، دراسة مقارنة في القانون والعلوم الاجتماعية، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق سورية، 2003.
88. فاخر عاقل، علم النفس، الطبعة التاسعة، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، 1984.
89. فخر الدين عثمان بن علي الزيلغي الحنفي، تحقيق أحمد عزو عناية، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، الطبعة الأولى، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2000.
90. فرج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1998.
91. فيصل عباس، التحليل النفسي والاتجاهات الفرويدية - المقارنة العيادية - الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1996.
92. القرطبي، التذكرة في أحوال الموت وأمور الآخرة، المجلد الأول، دار الجيل، بيروت لبنان 1999.
93. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الإنسان، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1991.
94. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات - الجرائم الواقعة على الإنسان - الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
95. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الشرف والحرية، الدار العلمية الدولية للنشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
96. الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، الجزء الخامس، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982.
97. لطفي الشريبي، الطب النفسي والقانون، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2001.
98. لين صلاح، موسوعة قانون العقوبات العام والخاص - للعلامة روني غارو - المجلد الثاني، في الجريمة والعقوبة الجزائرية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
99. مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون، الطبعة الأولى، المجلد السابع، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، لبنان، 1999.

قائمة المراجع

100. الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: علي معوض و عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994.
101. مبارك علي بن أحمد التميمي، التسهيل، المجلد الثالث، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية للكتاب، الطبعة الأولى لدار ابن حزم، 2001.
102. محمد أحمد عابدين، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، لا توجد سنة النشر.
103. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، الطبعة الثالثة، الجزء الثالث، دار المعرفة بيروت، 1997.
104. محمد توفيق خضير، مبادئ في الصحة والسلامة العامة، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
105. محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
106. محمد حسين منصور، قانون الإثبات وطرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2002.
107. محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
108. محمد زكي أبو عامر، عبد القادر القهوجي، القانون الجنائي، القسم الخاص، الدار الجامعية، مصر، 1988.
109. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، 1978.
110. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الأشخاص، الطبعة الأولى، الدار العلمية للنشر و التوزيع، ودار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2002.
111. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الأولى، الجزء الأول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2002.
112. محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
113. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
114. محمد عبد الرحمن العيسوي، في الصحة النفسية والعقلية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان 1992.
115. محمد عبد الرحمن العيسوي، موسوعة علم النفس الحديث، المجلد الثاني، تصميم البحوث النفسية والاجتماعية والتربوية، دار الراتب الجامعية 2001-2002.

قائمة المراجع

116. محمد عبد الرحمن العيسوي، موسوعة علم النفس الحديث، المجلد السادس، الاضطرابات النفسجسمية، دار الراتب الجامعية، 2001.
117. محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.
118. محمد علي سالم عياد الحلبي، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1996.
119. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، لا توجد دار النشر، 2002-2003.
120. محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982.
121. محمود بن أحمد بن موسى بن الحسين، البناية شرح الهداية، الطبعة الأولى، المجلد السابع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2000.
122. محمود فهمي زيدان، في النفس والجسد، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1980.
123. محمود فهمي زيدان، في النفس والجسد، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1980.
124. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثامنة، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1983.
125. محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العالمية القاهرة، 1962.
126. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978.
127. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، مصر، 1989.
128. مديحة فؤاد الخضري، أحمد أبو الروس، الطب الشرعي ومسرح الجريمة، المكتبة الجامعية الحديثة، لا توجد سنة النشر.
129. المرادوي، الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حسن الشافعي، الطبعة الأولى، الجزء العاشر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
130. مصري ميروك، تأملات في الاجتهاد والتقليد، دار الغرب، الجزائر، 2004.
131. مصطفى إبراهيم ورفاقه، المعجم الوسيط، الجزء العاشر، دار الدعوة، لا توجد سنة وبلد النشر.
132. مصطفى خليل الشرفاوي، علم الصحة النفسية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.

قائمة المراجع

133. مصطفى عبد الفتاح لبنة، جريمة إجهاض الحوامل، دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة، الطبعة الأولى، دار أولي النهى للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1996.
134. مصطفى هرجة الموسوعات القضائية الحديثة في التشريعات الجنائية الخاصة، الجزء الرابع، دار محمود للنشر والتوزيع، 2001.
135. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، الطبعة الرابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 1998.
136. معوض عبد التواب، سينوت حلـيم دوس، الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية، الطبعة الثانية، لا توجد دار النشر، 1999.
137. معوض عبد التواب، قانون العقوبات، لا توجد دار النشر، 2000.
138. مفتاح محمد أقریط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، 2004.
139. مفتاح محمد أقریط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2002.
140. المقدسي، الفروع وتصحيح الفروع، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418.
141. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الأضرار المعنوية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
142. ممدوح خليل بمرت، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.
143. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب بيروت، 1983.
144. منى فايز اللوزي، الإجهاض طبيًا، قانونيًا، فقهيًا، الطبعة الأولى، لا توجد دار النشر، عمان، 1996.
145. موفق الدين بن قدامه المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983.
146. نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
147. نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، 1972.
148. هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان الأردن، 2003.

149. هدى حامد قشقوش، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1994.

150. يحيى بن لعل، الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قرني، لا توجد سنة النشر.

151. يحيى شريف وآخرون، الطب الشرعي والبوليس الفني الجنائي، الطبعة الأولى، الجزء الأول، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1969.

II. المؤلفات الخاصة باللغة العربية

1. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

2. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، مصر، 1999.

3. أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

4. أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1986.

5. بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس - دراسة فقهية مقارنة - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.

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

7. بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القانون الطبي الجزائري والفتاوى الطبية المعاصرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

8. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001.

9. توفيق حسن فرج، التنظيم القانوني لطفل الأنابيب، ندوة الجمعية المصرية للطب والقانون حول أطفال الأنابيب، الإسكندرية، مصر، 1985.

10. جمال مهدي محمود الأكنة، تشريح جثة الإنسان بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.

11. حسيني محمود عبد الدائم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، درا الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

12. حسيني هيكل، النظام القانوني للإلنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2007.

13. رياض أحمد عودة، الاستنساخ في ميزان الإسلام، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
14. سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة فقهية طبية قانونية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2003.
15. سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي - أطفال الأنابيب - الطبعة الأولى، المجلد الأول، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009.
16. سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، الطبعة الأولى، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2007.
17. سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
18. سعيد بن منصور موفعة، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، دار اليمان، الإسكندرية، مصر، 2005.
19. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
20. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، 1999.
21. شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2011.
22. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة، لا توجد دار النشر، 2001.
23. طارق عبد المنعم محمد خلف، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، العبدلي، الأردن، 2010.
24. طارق فتحي سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001.
25. طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، بوزريعة الجزائر، 2002.
26. عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2001.

قائمة المراجع

27. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي القاهرة، مصر، 2000.
28. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998.
29. عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1999.
30. عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
31. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
32. عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني استنساخ الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، مصر، 1999.
33. عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الأول، دار الفكر والقانون بالمنصورة، مصر، 2008.
34. علاء علي حسين نصر، النظام القانوني للاستنساخ البشري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
35. علي محي الدين القره داعي، علي يوسف الحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 2006.
36. عمر أبو الفتوح الحمامي، الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010. 2011.
37. محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
38. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الاصطناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2008.
39. محمد أيمن صافي، غرس الأعضاء في جسم الإنسان، لا توجد دار النشر، 1987.
40. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
41. محمد حماد مرهج الهبتي، التكنولوجيا الحديثة والطب الجنائي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004.

قائمة المراجع

42. محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
43. محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية الطبعة الأولى، القسم الثاني، مكتبة الفرابي، دمشق، لبنان، 1999.
44. محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطيبي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2001.
45. محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الجراحة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بدون دار النشر، 1994.
46. محمد علي البار، الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية والفقهية، الطبعة الأولى، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، 2002.
47. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والدين، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الرابعة، مزيدة ومنقحة، 1983.
48. محمد علي البار، مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهية، الطبعة الأولى، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، 1985.
49. محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية (دراسة مقارنة) دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2010.
50. محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، لا توجد سنة النشر.
51. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، الطبعة الرابعة، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008.
52. محمد يوسف ياسين، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى قانوناً فقهاً واجتهاداً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
53. مروك نصر الدين، تطور مفهوم الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004.
54. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2003.
55. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، التطبيقات العملية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الجزء الأول، الكتاب الثاني، دار هومه، للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2003.

قائمة المراجع

56. مصطفى محمد الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب والدين، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1993.
57. مفتاح محمد أقريط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، 2004.
58. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
59. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2007.
60. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002.
61. موفق علي عبيد، المسؤولية الجنائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.
62. نادية محمد قزمار، الجراحة التجميلية - الجوانب القانونية والشرعية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
63. نبيه عبد الرحمان عثمان، معجزة خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مطابع رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية، لا توجد سنة النشر.

III. الرسائل والمذكرات

• رسائل الدكتوراه

1. أحمد عبد الدائم، أعضاء الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة روبر شومان في ستراسبورغ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
2. حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه في الحقوق، الطبعة الأولى، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2006.
3. حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة، عمان الأردن، 2001.
4. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، مصر، 1969.
5. الشهابي إبراهيم الشرفاوي، تثبيت الجنس وآثاره - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 2002.
6. محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 1986.

7. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الجنائي، 1996-1997.
 8. ياسر حسين حسين عطية، نقل و زراعة الأعضاء بين التجريم و الإباحة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون المصري، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية، لا توجد سنة النشر.
- مذكرات الماجستير
1. إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، سلسلة إصدارات مجلة الحكمة، المدينة المنورة، السعودية، 2002.
 2. أحمد القاسمي الحسني، علامات الحياة والمات بين الفقه والطب، " مذكرة ماجستير" دار الخلدونية، الجزائر، 2001.
 3. بوشي يوسف، الحماية الجنائية لجثة الإنسان في الشريعة الإسلامية والقانون - دراسة مقارنة-مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، المركز الجامعي بشار، 2005-2006.
 4. خطوى عبد المجيد، المسؤولية المدنية عن نقل الدم، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
 5. عبد الله إبراهيم موسى، المسؤولية الجسدية في الإسلام، " رسالة ماجستير" دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1995.
 6. عيساني رفيقة، المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.
 7. يوسف فاطمة، الحماية الجنائية لجسم الإنسان في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، المركز الجامعي بشار، 2005-2006.

IV. بحوث ومقالات

1. إبراهيم الصياد، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق و الشريعة السنة الخامسة، العدد الثاني، الكويت، جوان، السنة، 1981.
2. إبراهيم صادق الجندي، الموت الدماغى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، السنة، 2001.
3. أحمد العمر، موت الدماغ، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، السنة، 2008.

قائمة المراجع

4. أحمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، محاضرة منشورة في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، السنة، 2004.
5. أحمد عمراني، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة مخاطره و محاذيره، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، العدد الأول، السنة، 2004.
6. أياد أحمد محمد إبراهيم، الهندسة الوراثية بين المعطيات العلمية والضوابط الشرعية، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2001.
7. بدوي علي، الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، موسوعة الفكر القانوني، ملف المسؤولية الطبية، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد، السنة، 1998.
8. بلعدي فريد، مسؤولية الطبيب الممتنع جنائياً في التشريع الجزائري، بحث مقدم للملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة تيزو وزو، كلية الحقوق يومي 23 و 24 جانفي 2008.
9. بلقاسم شتوان، فتاوى شرعية حول زرع الأعضاء، دورية المعيار تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد السادس، ربيع الثاني، السنة، 1424هـ - 2003م.
10. بن داود عبد القادر، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا ، مجلة الموسوعة القضائية الجزائر، ملف المسؤولية الطبية، الجزء الأول، لا يوجد العدد والسنة.
11. تشوار جيلالي ، " الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلة فصلية يصدرها معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، العدد 36 السنة، 1998.
12. جاسم جاريبو، نظام إسلامي في آداب الطب، تقرير مقدم إلى المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، الكويت، السنة، 1981.
13. جاسم علي الشامسي، نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، السنة، 1419هـ - 1999م.
14. جميل صبحي برسوم، "التحول الجنسي وما يثيره من مشاكل قانونية"، بحث منشور في مجلة الميادين مجلة الدراسات العلمية في حقول المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية، تصدرها جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية)، وجدة، المغرب، العدد السابع، السنة، 1412 هـ - 1991م.

قائمة المراجع

15. حسنين إبراهيم عبيد، تقرير حول التلقيح الصناعي من الواجهة القانونية، ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، من 23 إلى 24 نوفمبر 1994، مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق جامعة القاهرة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 1994.
16. حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة، مصر، العدد الأول والثاني، السنة الثانية والعشرون، يناير ويوليو، 1980.
17. رضا عبد الحليم عبد المجيد، فلسفة القواعد الدولية في حماية جسد الإنسان، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة، العدد الأول، السنة الثانية والأربعون، يناير، 2000.
18. رقية أسعد صالح غرار، أحكام التصرف في الجثة في الفقه الإسلامي، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير والفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.
19. عارف علي عارف، مدى الاعتداد برضا المحكوم عليه بالإعدام في نقل الأعضاء منه، رؤية إسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، العدد الثاني، السنة، 1419هـ - 1999م.
20. عبد القادر عثمان، هل تتقدم أخلاقيات الطب كما تقدمت تقنياته، بحث منشور في مجلة المجلس الأعلى، الجزائر، العدد الثاني، السنة، 1419هـ - 1999م.
21. عبد المجيد مزيان، الأصول الروحية في أخلاقيات الطب عند المسلمين، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، الجزائر، السنة، 1419هـ - 1999م.
22. فتيحة تركي، أوشا ماهوترا، مراجعة مارك بولسون، الدليل الطبي لتقديم خدمات الصحة الإنجابية والجنسية، الاتحاد الدولي لتنظيم الأسرة، الطبعة الثالثة، السنة، 2004.
23. فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد، 20، العدد الأول، السنة، 2004.
24. فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، تصدر عن قسم القانون الخاص كلية الحقوق جامعة دمشق، سوريا، المجلد 19 العدد الثاني، السنة، 2003.
25. لبني محمد جبر، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1428هـ

26. ماهر حامد الحولي، الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي في أطفال الأنابيب، بحث مقدم في اليوم الدراسي المنعقد في الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة والقانون المعنون بعنوان " التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب بين العلم والفقہ" المنعقد بتاريخ الثلاثاء 21 ديسمبر 2004.
27. مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية CIOMS " بالتعاون مع" منظمة الصحة العالمية WHO " و" المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية CIOMS " بحث معد بعنوان " القواعد الإرشادية الأخلاقية العالمية لأبحاث الطب الحيوي المتعلقة بالجوانب الإنسانية " رؤية إسلامية"، جنيف 2002 المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، السنة، 2004.
28. محمد أحمد الرواشدة، عقوبة الاعتداء على الجنين بالإجهاض "دراسة فقهية موازنة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 23 العدد الأول، السنة، 2007.
29. محمد أسامة عبد الله فايد، الضوابط القانونية للفحص الوراثي، ملتقى الجينات البشرية، جامعة بني سويف، مصر.
30. محمد أمين عواد، أخلاقيات البحث العلمي، الملتقى الحواري لمجلس الاعتماد / وزارة التعليم العالي (التعليم العالي والعولمة - نحو ميثاق عمل أخلاقي) جامعة فيلادلفيا عمان - المملكة الأردنية الهاشمية - الثلاثاء/11/2005.
31. محمد بشير فلفلي، الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2008.
32. محمد بن دغليب العتيبي، الاستنساخ البشري بين الإباحة والتجريم في ضوء الشريعة مع بيان مواقف الهيئات الدولية المعاصرة، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، السعودية، 2005.
33. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإتجار بالأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة في الشريعة والقانون، بحث مقدم لكلية الملك فهد الأمنية، الرياض، فعاليات جلسات ندوة المجتمع والأمن، الاتجاهات المعاصرة للجريمة، الجلسة الأولى: الجريمة المعاصرة: المنظور الشرعي، الورقة الأولى في 26 سبتمبر 2005.
34. محمد علي القضاة، أحكام الجثة البشرية في الفقه الإسلامي، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه من قسم الفقه وأصوله - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة اليرموك، الأردن، 2005.
35. محمد فارح، حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغرسة الأعضاء أو ترقيعها، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، العدد الثاني، السنة، 1419هـ - 1999م.

قائمة المراجع

36. محمد واصل، الاستنساخ في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، سوريا، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، السنة، 2002.
37. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف العربية للعلم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، السعودية، السنة، 2001.
38. مراد بدران، أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن التلقيح الإجباري، بحث مقدم إلى الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة تيزو وزو، كلية الحقوق، يومي 23-24 جانفي، السنة، 2008.
39. مروك نصر الدين، الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية، بحث منشور في المجلة القضائية، العدد الأول، السنة، 1998.
40. مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى "عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب" العدد الثاني، السنة 1419 هـ - 1999م
41. مروك نصر الدين، المشاكل التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، بحث منشور في المجلة القضائية، العدد الثاني، السنة، 2000.
42. وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية- كلية الدراسات العليا- نابلس، فلسطين، 2008.

V. المؤلفات القانونية الخاصة باللغة الأجنبية

1. Ossoukine Abdel hafid, L éthique biomédicale, Dar el Gharb, 2^{ème} édition 2000.
2. Ossoukine Abdel hafid, Traité de droit médical, Publications du laboratoire de droit et des nouvelles technologies, université. Oran, Imprimé à Dar El Gharb, Oran, 2003.
3. Diekens R, Les droit sur le corps et le cadavre collection de medecine légale et de toxicologie médicale ed, Masson, et Ge, Paris, 1966.
4. Kornprobst L, La responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française, ed, Flammarion, Paris, 1956.
5. Raymodis (LM), Problemes juridique d'une définition de la mort à propos, des greffes d'organes, Rev. T. D. Civ; 1969.

ثالثاً: قواميس ومعاجم

1. ابن زكريا، أبي الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، الجزء الأول، دار الجيل، بيروت لا توجد سنة النشر.
2. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، بيروت للطباعة والنشر، لبنان، لا توجد سنة النشر.
3. السيد محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، دار صادر، بيروت، لبنان، لا توجد سنة النشر.

قائمة المراجع

4. مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروزبادي الشيرازي الشافعي، "القاموس المحيط"، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الأول، 1415هـ-1995م.
5. محمد صديق بن حسن القنوجي، موسوعة مصطلحات أجد العلوم، الطبعة الأولى، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت لبنان، 2001.
6. يوسف شلالة، الجمع العلمي، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، لا توجد سنة النشر المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1998.

رابعاً: بحوث الانترنت

1. إبراهيم الصياد، النظرية الطبية الإسلامية في الوقاية والعلاج، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع 28-01-2008 الموقع:

<http://www.islamset.com/arabic/ahip/immunity/weqaya.html>

2. أحمد عبد الوهاب سالم محمد، علامة الموت بين الفقهاء والأطباء، وهل يعتبر موت الدماغ موجباً للحكم بموت صحبه أو لا؟، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 14/1/2011 الموقع:

<http://www.islam.gov.kw/eftaa/admin/softs/topics>

3. أحمد عروة، آفاق إسلامية لفلسفة وسياسة الصحة، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع 28-01-2008 الموقع:

<http://www.islamset.com/arabic/ahip/immunity/weqaya.html>

4. استئجار الأرحام، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 31/8/2009 الموقع:

http://www.bab.com/persons/88/personal_page.cfm?cat_id=5

5. -الاستنساخ، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 8-4-2008 الموقع:

<http://www.qalqilia.edu.ps>

- التركي هارون يحيى، معجزة خلق الإنسان — حليب الأم أول غذاء في الحياة، موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن و السنة، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع 25-02-2008 الموقع:

<http://www.55a.net/firas/arabic>

6. التطعيمات Immunization بحث منشور على الإنترنت على موقع صحة [sehha.com](http://www.sehha.com) تاريخ الإطلاع

<http://www..sehha.com/index.shtml> الموقع: 26-2-2008

7. -التلقيح الاصطناعي... ومسؤولية الطبيب، بحث منشور على الإنترنت على موقع منتديات بيت حواء،

تاريخ الإطلاع: 25 أوت 2009 الموقع: <http://forum.hawahome.com>

8. التلقيح الاصطناعي، بحث منشور على الإنترنت على موقع دار الغزالي، تاريخ الإطلاع: الموقع:

<http://www.alghazali.ps/?page>

قائمة المراجع

9. الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في الفقه الإسلامي، بحث منشور من طرف شركة مفكرة الإسلام، منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 1-4-2008 الموقع:
<http://www.islammemo.cc/default.aspx>
10. الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، التلقيح الاصطناعي في الإنسان، فتوى منشورة على إسلام أون لاين، أسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون، تاريخ الفتوى 23 / 3 / 1980 تاريخ الاطلاع: الموقع:
<http://www.islamonline.net/Arabic/index.shtml>
11. الشيخ خالد ابن عبد الله المصلح، فتاوى الجناز "حكم تشريح الأموات للعلم"، تاريخ الفتوى: 11/09/1424هـ—2003، فتوى منشورة على موقع الشيخ:
<http://www.almosleh.com/publish/article303shtml>
12. الشيخ رجب بيوض التميمي، أطفال الأنابيب، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي حدة، المجلد الثاني العدد الثاني، مستخرج من الإنترنت، تاريخ الإطلاع 30/8/2009 الموقع:
<http://www.biblioislam.net/ar/Elibrary/Search.aspx>
13. الشيخ عمر عبد الله حسن الشهائي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية، بحث منشور في الإنترنت بتاريخ 11/10/1428 على موقع المسلم نت، تاريخ الإطلاع: 12/12/2009 الموقع:
<http://almoslim.net/node>
14. الشيخ محمد آصف المحسني، الفقه والمسائل الطبية، بحث مستخرج من الإنترنت، الموقع:
15. الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، بحوث فقهية مهمة " حكم التشريح في الشريعة الإسلامية " مكتبة الفقه، بحث مستخرج من الإنترنت الموقع: [www.rafed. Net/books/ fiqh](http://www.rafed.Net/books/fiqh)
16. أماني عبد القادر، الشريعة والإحصاب الصناعي، مقال منشور على الإنترنت موقع لواء الشريعة، محور نوازل ومنازلات، بتاريخ: 19-6-2008 تاريخ الاطلاع: 31/8/2009 الموقع:
<http://www.shareah.com/index.php?records/list/id/1>
17. أولكول هاسكول، الترجمة عن الإنكليزية: بهاء الدين إبراهيم، نفخ الروح .. متى تبدأ الحياة، بحث منشور على الإنترنت، في مجلة هيراما قرين، العدد: 8 (يوليو - سبتمبر) 2007 تاريخ الإطلاع: 25-3-2008، الموقع: <http://www.hiramagazine.com/index.php>
- آية الله الشيخ محمد المؤمن، التشريح في التعليم الطبي، بحث منشور على الإنترنت، الموقع:
<http://www.elminhaj.org/magazines/feqh/tashrih/html>
18. بكر بن عبد الله أبو زيد، أجهزة الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والأطباء، بحث منشور على الإنترنت تاريخ الاطلاع: 14/01/2011 الموقع: <http://saaid.net/book>
19. بكر بن عبد الله أبو زيد، التشريح الجثامي والنقل والتعويض الإنساني، بحث منشور على الإنترنت موقع ملتقى البحث العلمي، تاريخ الاطلاع: 10/12/2011 الموقع:
<http://www.rsscrrs.info/vb/downloads.php?do=file&id=867>

20. بكر بن عبد الله أبو زيد، طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع : <http://saaaid.net/book/10/3148.doc>
21. بلحاج العربي، الأحكام الشرعية للمتوفى في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 42، السنة 11، ومنشور على الإنترنت: تاريخ الإطلاع: 2011/11/24 الموقع: <http://www.alukah.net/Articles/Article.aspx?>
22. جورج انضوي - سويس إنفو، حماية الجنين، مشروع قانون جديد لمنع أي تلاعب بالجنين، سواء بسبب جنسه أو وضعه الصحي (Keystone)، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 13-4-2008 الموقع: <http://www.Swiss.info.org/ara/index.html>
23. حسان شمسي باشا، تجارب علاجية بلا أخلاق، بحث منشور على الإنترنت في مجلة العربي، العدد 579 في 1 فبراير 2007 على موقع الدكتور حسان شمسي باشا، تاريخ الإطلاع: 18-7-2009 الموقع: <http://www.drchamsipasha.com/ar/index.php>
24. حسين محمد مليباري، نحو تعريف الموت في المفهوم الطبي والشرعي، بحث مستخرج من الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 25 أوت 2005 الموقع: <http://www.Islamset.com/arabic/abioethics/deoth/not word. Molaare.doc>
25. حميد رضا شاكرين، ترجمة علي البغدادي، التشريح من منظور الفقه والطب، بحث منشور في مجلة الفكر الإسلامي، العددان 13 و14 السنة الرابعة، محرم الحرام، جمادى الأخير 1417هـ، مستخرج من الإنترنت، الموقع: http://alshia.Com/html/ara_books/magazine_alfikr/20alaislami/13109html
26. ديفيد أمبيدا، روبرت برلين، دليل دراسي "الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه" مركز حقوق الإنسان بجامعة منيسوتا، 2002، دليل منشور على الإنترنت تاريخ الإطلاع: 1-5-2008، الموقع: <http://www1.umn.edu/humanrts/arabic>
27. زغلول النجار، من الإعجاز العلمي في السنة النبوية، نفخ الروح بعد ستة أسابيع من عمر الجنين، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 25-3-2008 الموقع: <http://www.ahram.org.eg/archive/2003/11/5/RAMA4.HTM>
28. زهير بن حسن خشيم، معالج بالتنويم المغناطيسي بالسعودية، كيف يعمل العقل تحت تأثير التنويم المغناطيسي- الإيحائي-؟ بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 18-3-2008 الموقع: <http://www.almarsaa.net>
29. زينب الشمري، من أجل وعي صحي يدفع عنا المخاطر .. الحلقة الرابعة، اللقاح. أداة يسيرة التناول تبعد عن أطفالنا مخاطر حمّة، بحث منشور على الإنترنت على موقع بنت الرافدين، تاريخ الإطلاع: 26-6-2008 الموقع: <http://www-brob.org>

قائمة المراجع

30. سمر الأشقر، المركز القانوني للميت دماغياً، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 2011/1/23 النشر الإلكتروني " ناشري " الموقع: <http://www.nashiri.net>
31. صحة الطفل، بحث منشور على الإنترنت على مركز الأخبار العالمي، Aalulbayt ص:1 تاريخ الإطلاع 2008-6-26 الموقع: [www. http\ al- shia. Info.](http://www.al-shia.info)
32. طارق صلاح الدين محمد، تشريح الجثث الآدمية، بحث منشور في مجلة الصحة، مجلة تصدر عن وزارة الصحة العامة، ومؤسسة حمد الطبية، قطر، العدد 26"، مستخرج من الانترنت، الموقع: [http://www.hmc.org.ga/hmc/health/26th/cover. Html](http://www.hmc.org.ga/hmc/health/26th/cover.Html)
33. طه عبد الناصر، تغيير الجنس - تصحيح أو تأكيد الجنس أم ماذا؟، بحث منشور في الإنترنت على موقع النقابة العامة لأطباء مصر، Egyptian Medical Syndicate تاريخ الإطلاع: 2009/12/12 الموقع: http://www.ems.org.eg/site_map.htm
34. عائشة سعيد، جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع 2008-3-25 الموقع: <http://aichasa3id.maktoobblog.com/764848>
35. عبد الجواد الصاوي، أطوار الجنين ونفخ الروح، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 2008-3-25 الموقع: <http://themano.maktoobblog.com/527198>
36. عبد الخطاب، الوثيقة الإسلامية لأخلاقيات الطب والصحة، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 2008-4-17 الموقع: <http://www.islamset.com/arabic/alwseka/word/Abdul%20Hattab.doc>
37. عبد الفتاح إدريس، موت الدماغ من منظور إسلامي فتوى منشورة على إسلام أون لاين نت " أسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون" تاريخ الفتوى 2004/11/10. الموقع: www.islamonline.net.fatawa
38. عبد الله حسن باسلامة، مصير الأجنة في البنوك، بحث منشور على الانترنت، تاريخ الإطلاع: 2011/11/30، الموقع: <http://www.islamset.com/arabic/abioethics/ndwat/baslama.htm>
39. عبد المنعم حسب الله، الإسلام والطب ونقل الأعضاء، مقالات نشرتها الجمعية العربية لأمراض وزرع الكلى مستخرج من الإنترنت الموقع: [http/ ASNRT.org. articl.arasp.](http://ASNRT.org.articl.arasp)
40. فوزي بن عمران، الأخلاق الطبية، نظرات في الطب الشرعي، بحث منشور على الإنترنت: تاريخ الإطلاع: 2009-7-21 الموقع: <http://www.ibnosinahealth.org/modules/AMS/article.php?storyid>
41. فيصل عبد الرحيم شاهين، تعريف الموت، بحث مستخرج من الإنترنت الموقع: [http www.islamset.conu arabic/abioelhics/ aieath/ moot/ fesal.](http://www.islamset.conu.arabic/abioelhics/aieath/moot/fesal)

42. فيصل مولوي، حكم عمليات تغيير الجنس، رقم الفتوى: 311 تاريخ الفتوى: 2002/22/4 منشورة على موقع سماحة الشيخ فيصل المولوي، تاريخ الإطلاع: 2010/2/22 الموقع: <http://www.mawlawi.net/default.asp>
43. محسن عبد المقصود، الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الغربية، مقال مستخرج من الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 2009-02-24 الموقع: <http--www.shareah.com-index.php>
44. محمد المهدي، التحول الجنسي... بين موقف الطب ورأي الدين، بحث منشور في الإنترنت على موقع إسلام أون لاين، تاريخ الإطلاع: 2009/12/12 الموقع: <http://www.islamonline.net/Arabic/index.shtml>
45. محمد برادة غزبول، الإخصاب الاصطناعي من منظور إسلامي، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: <http://membres.lycos.fr/berradarz/m3.htm>
46. محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، بحث مستخرج من الإنترنت بعنوان: ما حكم شراء الميت وتشريحه للعلم؟ الموقع: www.saaid.net.Dotal/zugail.html
47. محمد علي البار، لوثة تحويل الجنس، بحث منشور على الإنترنت على موقع الدكتور محمد البار، تاريخ الإطلاع: 2009/12/12 الموقع: <http://www.khayma.com/maalbar>
48. محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ.... الموت.... تعريفه وعلاماته وتشخيصه، بحث منشور في مجلة الإعجاز العلمي التي تصدرها رابطة العالم الإسلامي، العدد 15 مستخرج من الإنترنت الموقع: <http // www. nooran .arg /95.htm>
49. محمد عيسى صالحية، التشريح بين اللغة والطب، الكويت، بحث منشور على الانترنت، الموقع: <http://www.Islam set. Com/ arabic/ aislam/civil/ turath/tashrih/aysa>
50. محمد كريم، أثر الطب الإسلامي في علوم التشريح، بحث مستخرج من الأنترن، الموقع: <http://Islamset.com/arabic/aislam/civil/turat/tashrih/karem ht>
51. محمود شلتوت، التلقيح الاصطناعي، فتوى منشورة على إسلام أون لاين، بنك الفتاوى " اسألوا أهل الذكر أن كنتم لا تعلمون"، بتاريخ: 2006/6/29 تاريخ الإطلاع: 2009/8/31. الموقع:
52. مصطفى الزرقا، حكم التلقيح الاصطناعي، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع 19-4-2008 الموقع: <http://www.islamonline.net/Arabic/index.shtml>
53. منصف المرزوقي، (دروس) المدخل إلى الطب المندمج، الدرس الرابع (تعريف الصحة) بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 2008-4-19 الموقع: <http://www.Moncef Marzouki.net /IMG/ doc.madkhal2 .doc>
54. نادر شافعي، الطبيب بين الرسالة والمسألة، بحث منشور على مجلة الجيش اللبنانية، العدد 235 في منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 2008-4-17 الموقع: <http://www.lebarmy.gov.lb/PrintArticle.asp?id=6814>

55. نايف بن عمار آل وقيان، استتجار الرحم- حقيقته- دوافعه- حكمه، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 2009/8/31 الموقع: <http://faculty.ksu.edu.sa/26616>
56. نبيل خليل، علم النفس والأعصاب، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ الإطلاع 2008-3-16 الموقع: <http://www.nabilkhalil.org/nabil.html>
57. نزار محمد عثمان، سيداو في الميزان، بحث منشور على الإنترنت على شبكة المشكاة الإسلامية، تاريخ الإطلاع: 2008-4-14 الموقع: <http://meshkat.net/new/home.php>
58. نظمي خليل أبو العطا، حقوق الجنين في الإسلام، بحث منشور في موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن والسنة، تاريخ الإطلاع: 2008-4-1 الموقع: <http://www.55a.net/firas/arabic/index.php>
59. هاني بن عبد الله الجبير، الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، بحث مستخرج من الإنترنت، تاريخ الإطلاع: 2009-3-3 الموقع: <http://majles.alukah.net/showthread.php>
- خامساً: القوانين والأوامر والمراسيم

I. القوانين والأوامر

1. قانون الحالة المدنية الجزائري بموجب الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1653 ذي الحجة عام 1389هـ الموافق 1970/02/19 المتعلق بقانون الحالة المدنية.
2. الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
3. الأمر رقم 75-78 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1395 الموافق 15 ديسمبر 1975 المتعلق بالجنازات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 103 لسنة 1975.
4. الأمر رقم 75-79 المؤرخ في 79 ذي الحجة 1395 الموافق 15 ديسمبر 1975 المتعلق بدفن الموتى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 103 لسنة 1975.
5. الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23/10/1976 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05/98 المؤرخ في 1998/06/25 المتضمن القانون البحري الجزائري.
6. القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 الموافق لـ جمادى الأول عام 1405 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 08 سنة 1985. المعدل والمتمم.
7. القانون رقم 04-15 المؤرخ في 27 رمضان عام 1425 الموافق لـ 10 نوفمبر سنة 2004 المعدل للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 71 لسنة 2004.
8. الأمر 05-02 المؤرخ في 27 يوليو 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 الصادر في 1984/6/11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

قائمة المراجع

1. القانون رقم 05-04 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425هـ الموافق 6 فبراير 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين، منشورات وزارة العدل، الجزائر 1990.
2. قانون رقم 09-01 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15 الصادرة بتاريخ 8 مارس 2009.

II. المراسيم

1. المرسوم رقم 72-02 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1391هـ الموافق 10/02/1972، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين، منشورات وزارة العدل، الجزائر 1990.
2. المرسوم رقم 75-152 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1395 الموافق 15 ديسمبر 1975 يتضمن تحديد قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة دفنها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 103 لسنة 1975.
3. المرسوم رقم 69-88 المؤرخ في 2 ربيع الثاني 1389 الموافق 18 يونيو 1969 يتعلق بالتلقيح الإجباري، الجريدة الرسمية العدد 53 لسنة 1969
4. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 6 يوليو سنة 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

IV. قوانين الدول العربية

1. قانون تنظيم بنوك العيون، قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم 103 لسنة 1962 في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون.
2. قرار وزاري رقم 654 لسنة 1963 باللائحة التنفيذية للقانون رقم 103 لسنة 1962 في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون.
3. قرار وزاري رقم 760 لسنة 1964 بتعديل المادة التاسعة من القرار رقم 654 لسنة 1963 باللائحة التنفيذية للقانون رقم 103 لسنة 1962 في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون.
4. قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 5 لسنة 2010 الجريدة الرسمية العدد (9 مكرر) في 2010/3/12.
5. القانون التونسي عدد 22 لسنة 1991 مؤرخ في 25 مارس 1991 يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها. ثم صدر قرار من وزير الصحة المحدد لتعريف الموت بالرقم 1048 المؤرخ في 1/8/1991.
6. المرسوم الإشتراعي اللبناني رقم 109 في 16/09/1983 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية

قائمة المراجع

7. المرسوم الإشتراعي رقم 1442 في 1984/01/20 لتطبيق أحكام المرسوم الإشتراعي رقم 109 في 1983/09/16 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية.
8. القانون المغربي (ظهير شريف) رقم 1.99.208 في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أوت 1999) بتنفيذ القانون رقم 16.98 المتعلق بالترع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.
9. دليل إجراءات زراعة الأعضاء السعودي بموجب قرار من وزير الصحة في 1981/01/29 الموافق 1414/106/18هـ.
10. القانون السوري رقم 31 بتاريخ 1972/8/23 المتعلق بنقل وغرس أعضاء الإنسان.

V. القوانين الأجنبية

1. Human Organ Transplants Act 27 th July 1989, Web-http// www. Organet. Co. Uk/ body/ Hot. See also, International Digest of Health Legislation(IDHL) 1989.
2. Human Tissue Act 27th July 1961 Web: http// www. Orgonet. Co. Uk/ body/ hot.
3. Loi n° 76, 1181, Du 22 Décembre 1976 Relative aux Prélèvements d'organes (J.O.R.F 23 Décembre 1976)- Gazette du Palais –No (1) Janvier- Février, 1977, Législation – p.31.
4. Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. J. O.R.F 30 juillet 1994.
5. The National Organ Transplant Act (Public Law N° 98-507) 19 October 1984(US code congressional and Administrative News, December, 1984, N° 10 ? pp 2339-2348) , International Digest of Health Legislation (IDHL) 1985-36(3) p.604.
6. Human Cloning Prohibition Act. 2001(An Act to amend title 18, United States Code, to prohibit human cloning), HR 2505 EH, 107th congress, 1st Session, H.R. 2505, In july 31, 2001, Web: http: // thomas. 10c. gov/cgi- bin/query.
7. Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre Adoptée par la Conférence Diplomatique pour l'élaboration de Conventions internationales destinées à protéger les victimes de la guerre, réunie à Genève du 21 avril au 12 août 1949.
8. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I).
9. Décret du 31 décembre 1941 - Inhumation et sépulture -Hygiène et santé publique - Décret codifiant les textes relatifs aux opérations d'inhumation, d'exhumation, d'incinération et de transport de corps. J.O. 27 janvier 1942.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

كلمة شكر

- 1..... مقدمة
- الباب الأول: أثر التطور الطبي على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان
- 8..... الفصل الأول: المبادئ العامة للحماية الجنائية لجسم الإنسان
- 9..... المبحث الأول: مفهوم الحماية الجنائية لجسم الإنسان
- 10..... المطلب الأول: مفهوم جسم الإنسان
- 11..... الفرع الأول: أبعاد الطبيعة البشرية
- 14..... الفرع الثاني : الجوانب المكونة لجسم الإنسان
- 40..... المطلب الثاني: بداية وجود جسم الإنسان (الجانب الروحي)
- 40..... الفرع الأول: لحظة الوجود الإنساني
- 55..... الفرع الثاني: مدى استجابة هذه الآراء للحماية الجنائية لجسم الإنسان
- 59..... المبحث الثاني: الحق في سلامة الجسم
- 60..... المطلب الأول: مفهوم الحق في سلامة الجسم
- 60..... الفرع الأول: تعريف الحق في سلامة الجسم في الطب
- 62..... الفرع الثاني: تعريف الحق في سلامة الجسم في القانون
- 66..... المطلب الثاني: طبيعة الحق في سلامة الجسم
- 67..... الفرع الأول: الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم
- 77..... الفرع الثاني: الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم
- 90..... المبحث الثالث: مشروعية التدخل الطبي
- 91..... المطلب الأول: إباحة بعض أفعال الاعتداء على جسم الإنسان
- 91..... الفرع الأول: سند استعمال الحق
- 93..... الفرع الثاني: شروط استعمال الحق

المطلب الثاني:إباحة الأعمال الطبية والجراحية على جسم الإنسان كتطبيق لاستعمال الحق ..	95
الفرع الأول: أساس إباحة الأعمال الطبية	97
الفرع الثاني: القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية والجراحية	99
الفرع الثالث: مدى التزام الطبيب	110
المطلب الثالث: أثر الطب الحديث على القواعد العامة التي تحكم الأعمال الطبية	114
الفرع الأول: تعريف التجربة الطبية	115
الفرع الثاني: مشروعية التجارب الطبية	116
الفصل الثاني: التدخل الطبي الحديث على جسم الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية	122
المبحث الأول: نقل الأعضاء من الأحياء وزعها وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان ..	122
المطلب الأول: مفهوم نقل الأعضاء من جسم الإنسان وزعها	123
الفرع الأول: تمييز نقل الأعضاء عن غيره من المصطلحات المشابهة	124
الفرع الثاني: تعريف نقل الأعضاء من جسم الإنسان وزعها	126
الفرع الثالث: المشاكل القانونية التي تثيرها عملية نقل الأعضاء بين الأحياء وزعها	127
المطلب الثاني: مشروعية نقل الأعضاء من الأحياء وزرعها	130
الفرع الأول: مشروعية نقل الأعضاء من الأحياء وزعها في القانون	130
الفرع الثاني: مشروعية نقل الأعضاء من الأحياء وزعها في الفقه الإسلامي ...	139
المطلب الثالث: شروط نقل وزع الأعضاء من الأحياء وما توفره من حماية جنائية	144
الفرع الأول: شرط الرضاء وما يوفره من حماية جنائية	144
الفرع الثاني: شرط انعدام المقابل المالي وما يوفره من حماية جنائية	159
الفرع الثالث: التخصص الطبي والهيكلي وما يوفره من حماية جنائية	172
المبحث الثاني: التلقيح الاصطناعي وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان	178
المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي	180
الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي	180
الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي	182

188	المطلب الثاني: مشروعية التلقيح الاصطناعي
189	الفرع الأول: مشروعية التلقيح الاصطناعي في القضاء والقانون
195	الفرع الثاني: مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي
207	المطلب الثالث: شروط التلقيح الاصطناعي وما توفره من حماية جنائية
207	الفرع الأول: شرط وجود العلاقة الشرعية وما يوفره من حماية جنائية
210	الفرع الثاني: شرط رضا الزوجين أثناء الحياة وما يوفره من حماية جنائية
	الفرع الثالث: شرط أن لا يكون هناك مجال للاختلاط الأنساب وما
215	يوفره من حماية جنائية
218	الفرع الرابع: شرط الغرض العلاجي
220	المبحث الثالث: تغيير الجنس وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان
221	المطلب الأول: مفهوم تغيير الجنس
221	الفرع الأول: تعريف تغيير الجنس
224	الفرع الثاني: تمييز تغيير الجنس عن بعض مظاهر الانحراف الجنسي
227	المطلب الثاني: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل قانونية
227	الفرع الأول: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل المدنية
230	الفرع الثاني: ما يثيره تغيير الجنس من مشاكل في المسائل الجنائية
231	المطلب الثالث: مشروعية تغيير الجنس
233	الفرع الأول: مشروعية التدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس
240	الفرع الثاني: عدم مشروعية التدخل الطبي الجراحي لتغيير الجنس
264	المبحث الرابع: الاستنساخ البشري وأثره على نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري
264	المطلب الأول: مفهوم الاستنساخ
264	الفرع الأول: تعريف الاستنساخ
272	الفرع الثاني: أنواع الاستنساخ
282	المطلب الثاني: مشروعية الاستنساخ البشري

283	الفرع الأول: مشروعية الاستنساخ في الفقه الإسلامي
290	الفرع الثاني: مشروعية الاستنساخ في القانون
297	المطلب الثالث: المسؤولية الجنائية عن الاستنساخ البشري
الباب الثاني: أثر التطور الطبي على نطاق الحماية الجنائية لجثة الإنسان	
300	الفصل الأول: مفهوم الحماية الجنائية لجثة الإنسان
301	المبحث الأول: المقصود بالحماية الجنائية لجثة الإنسان
301	المطلب الأول: المقصود بالجثة محل الحماية
301	الفرع الأول: التعريف اللغوي لجثة الإنسان
303	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لجثة الإنسان
305	المطلب الثاني: شمول الجثة بالحماية الجنائية
306	الفرع الأول: حصانة جثة الإنسان في القانون
314	الفرع الثاني: حصانة الجثة في الفقه الإسلامي
320	المطلب الثالث: المواجهة الجنائية لمخالفة الحظر القانوني لمبدأ حصانة جثة الإنسان
320	الفرع الأول: محل الحماية الجنائية في الاعتداء على جثة الإنسان
323	الفرع الثاني: تصنيف الجريمة الواقعة على جثة الإنسان
344	المبحث الثاني: تعريف الموت وتحديد لحظة حدوثه
345	المطلب الأول: تعريف الموت
346	الفرع الأول: التعريف اللغوي للموت
348	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي الطبي للموت
350	الفرع الثالث: التعريف الاصطلاحي للموت في الفقه الإسلامي
353	الفرع الرابع: التعريف الاصطلاحي القانوني للموت
354	المطلب الثاني: تحديد لحظة حدوث الموت
356	الفرع الأول: أهمية تحديد لحظة الموت
359	الفرع الثاني: معايير تحديد لحظة الموت

- المبحث الثالث :تحديد لحظة الموت في الفقه الإسلامي والقانون 376
- المطلب الأول: تحديد لحظة الموت في الفقه الإسلامي 377
- الفرع الأول: معيار الموت لدى علماء الشريعة القدامى 378
- الفرع الثاني : معيار الموت لدى علماء الشريعة المعاصرين 380
- المطلب الثاني: تحديد لحظة الموت في القانون 388
- الفرع الأول: مدى ملاءمة التحديد القانوني للحظة الموت 389.
- الفرع الثاني: تحديد لحظة الموت في التشريعات المقارنة والقانون الجزائري 391
- الفرع الثالث: الإثبات القانوني للموت 398
- الفصل الثاني: التدخل الطبي الحديث على جثة الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية . 403
- المبحث الأول: التشريح الطبي وأثره على نطاق الحماية الجنائية لجثة الإنسان 404
- المطلب الأول: مفهوم تشريح جثة الإنسان 405
- الفرع الأول: تعريف التشريح 405
- الفرع الثاني: أنواع التشريح 407
- المطلب الثاني: مشروعية التشريح في الفقه الإسلامي والقانون 410
- الفرع الأول: مشروعية التشريح في الفقه الإسلامي 410
- الفرع الثاني: مشروعية التشريح في القانون 424
- المطلب الثالث: شروط تشريح جثة الإنسان وما توفره من حماية جنائية 433
- الفرع الأول:شروط تشريح جثة الإنسان في الفقه الإسلامي
- وما توفره من حماية جنائية 434
- الفرع الثاني: شروط تشريح جثة الإنسان في القانون وما توفره
- من حماية جنائية..... 441
- المبحث الثاني: نقل الأعضاء من جثة الإنسان وأثره على نطاق الحماية الجنائية 458
- المطلب الأول: مفهوم نقل الأعضاء من جثة الإنسان 459
- الفرع الأول: تعريف نقل الأعضاء من جثة الإنسان ومميزاته 459

461	الفرع الثاني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل الأعضاء من جثة الإنسان
463	المطلب الثاني: مشروعية نقل الأعضاء من جثة الإنسان
463	الفرع الأول: مشروعية نقل الأعضاء من جثة الإنسان في القانون
470	الفرع الثاني: مشروعية نقل الأعضاء من جثة الإنسان في الفقه الإسلامي
477	المطلب الثالث: شروط نقل الأعضاء من جثة الإنسان وما توفره من حماية جنائية
478	الفرع الأول: الإذن بالاستئصال وما يوفره من حماية جنائية
492	الفرع الثاني: التحقق من موت المتبرع وما يوفره من حماية جنائية
494	الفرع الثالث: شرط مجانية التبرع وما يوفره من حماية جنائية
505	المبحث الثالث: إجراء التجارب الطبية على الأجنة المجهضة
507	المطلب الأول: الجنين المجهض كمحل للتجارب الطبية
507	الفرع الأول: معنى الجنين
512	الفرع الثاني: إجهاض الجنين
527	المطلب الثاني: مشروعية إجراء التجارب على الأجنة المجهضة
527	الفرع الأول: مشروعية التجارب على الأجنة المجهضة في الفقه الإسلامي
536	الفرع الثاني: مشروعية إجراء التجارب على الأجنة المجهضة في القانون
541	المطلب الثالث: شروط إجراء التجارب على الأجنة المجهضة وما توفره من حماية جنائية ..
542	الفرع الأول: شرط الرضا وما يوفره من حماية جنائية
545	الفرع الثاني: شرط المصدر المشروع للأجنة المجهضة وما يوفره من حماية جنائية
550	الفرع الثالث: شرط الغاية العلاجية أو التجريبية
551	الفرع الرابع: شرط تحقيق مصلحة مشروعة
552	الفرع الخامس: شرط التخصص الطبي والهيكلي والرقابي
554	خاتمة
563	قائمة المراجع

ملخص:

شهد المنتصف الثاني من القرن العشرين طفرة هائلة في مجال التقنيات الحديثة، فتوسعت معارف الإنسان واكتشافاته في حل ألغاز الكون وأسراره وقوانينه، وأخطر المجالات التي اكتسحها الإنسان وأخضعها لبحته وتجاربه ما تعلق منها بالكيان الجسدي الإنساني بوصفه مركز التنظيم الاجتماعي وغايته، ومع تقدم العلوم الطبية جعلت موضوع هذه الأفكار مادة للبحث المتجدد فاقترب الجسم من مشروط الجراح تتقاذفه أيادي الأطباء تارة تحت مقتضيات العلاج وتارة أخرى تحت مقتضيات البحث العلمي. ومن أمثلة هذه التدخلات الطبية عمليات نقل الأعضاء وزرعها، التلقيح الاصطناعي، وتغيير الجنس، وعمليات الاستنساخ، وتشريح الجثث لأغراض جنائية أو علمية، والتجارب على الأجنة المجهضة... وغيرها، فاختار المشرع الجنائي في التعامل معها، ومن ثم تعتبر هذه الدراسة محاولة لحصر التدخلات الطبية الحديثة الأشد خطورة على كيان الإنسان وحرمة، وأعظمها أثراً في اضطراب النصوص القانونية بمحافظتها للقواعد الثابتة في إطار التعامل مع الجسم البشري، ويعالج الموضوع إشكالية أثر التطورات الطبية الحديثة على نطاق حماية الجسم بالبشري في القانون الجنائي.

الكلمات المفتاحية:

–الجسم البشري – التطور الطبي – الحماية الجنائية – التلقيح الاصطناعي – زراعة الأعضاء – التجارب الطبية.

Résumé

La deuxième moitié du XXe siècle a rencontré un boom dans le domaine des technologies modernes, ce qui a permis à l'être humain d'élargir ces connaissances et ces découvertes dans la résolution des énigmes de l'univers et la mise en évidence de ces lois. Parmi ces domaines de recherche et de développement on trouve les expériences et les recherches réalisées sur le corps humain étant considéré comme l'unité fonctionnelle fondamentale de la société.

Avec le développement de la recherche scientifique notamment dans le domaine médicale il est devenu possible de traiter des cas qui nécessitent même un greffe d'organe, ou même le traitement de la fertilité et la sélection génétique via l'insémination artificielle, le clonage et la transgénèse. Outre ces techniques de recherche on trouve l'autopsie du corps humain que le législateur a trouvé des difficultés de la mettre dans un cadre juridique clair. La présente étude a pour objectif de mettre en évidence, du point de vue législatif, les principales interventions réalisées sur l'être humain qui touche sa vie privée et sa dignité.

Mot clé:

Corps humain- développement médicale – insémination artificielle – greffe d'organe – expérience médicale.

Summary

The second half of the twentieth century has registered a boom in the field of modern technology, which has permitted to human to broaden knowledge and discovery in the resolution of the enigmas of the universe and his laws. Among these areas of research and development, we find the experiences and research that has been done on the human body being the fundamental unit of society.

With the development of scientific research, particularly in the medical field, it has become possible to treat cases that need organ transplant, or even the treatment of fertility and genetic selection via artificial insemination, cloning and transgenesis. Besides these research techniques are found autopsy of the human body that the legislature has found a huge difficult to put it a clear juridical context. the aim of the present study is to highlight, in legislative context, the main interventions realized on the human body which touches his private life and dignity.

Key words:

- Human body – medical development – artificial insemination – organ transplantation – medical fields

