وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـة محمد خيضر-بسكرة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية **فرع قانون عـــــــام**

قسـم العلوم القانونية والإدارية **تخصص قانون جنائي**

الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان أمام الممارسات الطبية (أعمال الطبيب)

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي

إعداد الطالبة: **إشراف الدكتور:**

نبيلة أقوجيل **بارش سليمان**

لجنة المناقشـــة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د محمد محده	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	**رئيســـا**
د بارش سليمان	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	**مشرفا ومقررا**
د مصطفى بخوش	أستاذ محاضر	جامعة بسكرة	**عضوا مناقشا**

د عزري الزين	أستاذ محاضر	جامعة بسكرة	**عضو مناقشا**

السنة الجامعية : 2004/2005.

مقدمـة

لقد كان للطفرة التي شهدتها العلوم الطبية آثارا واضحة في تغير العديد من المفاهيم والقواعد الأصولية المستقر عليها في علمي الطب والقانون، فعلى الصعيد الطبي لم يعد الطبيب هو ذلك الدكتاتور الذي ينفرد في اتخاذ كافة القرارات التي تستلزمها عملية علاج المريض، الذي كانت سلطته على كيانه المادي تنتهي منذ اللحظة التي يوضع فيها ذلك الكيان بين يدي الطبيب، الذي له أن يتخذ من القرارات ما يراه مناسبا للحالة المرضية دونما حاجة إلى استمزاج ذلك المريض أو التحقق من سبق موافقته على ما يخضع له كيانه المادي من ممارسات طبية مختلفة. فهذه السلطة المطلقة للطبيب لم تعد تتواءم والمستحدثات العلمية التي بدأ صبحا ينبلج مع بدايات القرن الماضي، خاصة باكتشاف الأهمية العلاجية للجسم البشري، وإمكانية الاستعانة بعناصره ومكوناته لعلاج ما استعصي من الأمراض على الوسائل العلاجية التقليدية،فأخذ مبدأ السلطة للطبيب في الانحسار لمصلحة مبادئ جديدة منها مبدأ استقلالية المريض، وحق المريض في تقرير مصير كيانه المادي [1].

وعلى الصعيد القانوني فإن أفول نجم مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، يعد واحدا من أقوى التحولات التي عرفها علم القانون وبصفة خاصة ما تعلق بتنظيم الحق في سلامة الجسد وتكامله والحق في الحياة.

والواقع أن هذا الأفول لمبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان قد تراجعت إطلاقيته بظهور الممارسات الطبية الحديثة، فبات هذا الجسم يشكل مخزونا لقطع الغيار الآدمية،فخرج الجسد البشري

---

[1] (1) مهنـد صلاح أحمد فتحي العزة: **الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية لحديثة،** الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص 02.

من قدسيته وحرمته، ليتخذ منه مسرحا للتجارب الطبية والعلمية،وأمام هذه الهجمة العلمية الشرسة، التي أطاحت بأعتى المبادئ القانونية والأخلاقية التي كان فيها ضمانة تحول بين حرمة الجسد ،وما يترصدها من ممارسات واعتداءات طبية تنتهكه وتهدر كرامته، فرضت على رجال القانون وعلماء أخلاقيات الطب الاعتكاف في البحث عن مفهوم، وتقييم جديد للمبادئ المنادية باحترام سلامة الجسم وقدسيته، وبقائه خارجا عن سوق المعاملات والتقديرات المالية، ورفعها عن كل تلاعب وإهمال طبي، فيؤكد على مساءلة الأطباء عن أخطائهم، ووجوب بذل عناية التبصر والرجل الحريص في معالجة مرضاهم، وهذا لا يتأتى إلا بمعرفة الطبيب للقيود القانونية والمبادئ والأحكام التي تحكم علاقته مع المريض أو الجسم المتعامل فيه، وهي قيود متواجدة في القانون الجنائي وقوانين أخلاقيات وآداب مهنة الطب،وأخلاقيات علوم الأحياء.

ومن هنا تبرز أهمية الموضوع في معرفة موقف رجل القانون من التقنيات الطبية الحديثة وانعكاساتها في تضييق الحماية الجنائية لجسم الإنسان، وزيادة وعي المرضى على وجه الخصوص لحقوقهم وممارستها في مواجهة الأطباء المخالفين للشروط والقواعد المحكمة لأعمالهم، وتجاوزهم لمعيار الحيطة والحذر وبالتالي مدى استجابة هذه النقاط في تحديد نطاق الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان.

وكما تتجلى أهمية الموضوع في أن دراسة جسم الإنسان لم يحظ بالاهتمام الكافي من قبل الفقه بالقدر الذي يفي إلى إبراز حقيقته، وربط أحكامه في تنظيم قانوني متكامل على ضوء ما

توصل إليه العلم الحديث من اكتشافات، والتي إذا تركت دون ضابط ستقضي حتما على حرمة الجسد وكرامته.

وتظهر أهمية هذا البحث من مضمون الإعلانات العالمية والاتفاقيات الدولية والإقليمية، التي تجعله الحق الثاني بعد الحق في الحياة وانعقاد العديد من المؤتمرات الدولية، من أجل الوقوف على مدى الحماية المقررة له على ضوء التطورات العلمية المكتشفة، من الناحية القانونية والشرعية قصد توفير حماية فعالة للحق في سلامة الجسم وجعله بمنأى عن أي مساس. فضلا على أن أهميته تظهر من اعتباره أحد موضوعات السياسة الجنائية، وذلك لما له من دور في مدها بأفكار جديدة.

أهـــداف الدراسة:

تعد المساهمة في ترسيخ وتبيان ضوابط ومعايير تتفق وما تقتضيه مرحلة الانتقال من النظام الذي يتراجع فيه دور المريض إلى النظام الذي يتزايد فيه وعيه واتجاهه نحو المطالبة بحقوقه في مواجهة الطبيب من أهم أهداف الدراسة، زيادة على هدف إبراز حتمية الترابط بين ممارسة مهنة الطب والتشجيع على الابتكار والتقدم العلمي، وإلزامية الاسترشاد والالتزام القانوني، لتوفير قدر من الاطمئنان والثقة في عمل الطبيب، نظرا لما وصلت إليه الممارسات والتقنيات الطبية الحديثة من خطورة في انعكاساتها وأغراضها ما يزعزع البشرية،ويتوسع على حساب نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان خصوصا مع بروز الأهمية العلمية واستهدافها من جانب الممارسات الطبية والأبحاث العلمية.

كما تهدف الدراسة إلى تبيان أثر الممارسات الطبية على نطاق الحماية الجنائية لحق الإنسان في سلامة جسمه ومعرفة

ضمانات الحماية ومدى فعاليتها للحد من تضييق نطاق الحماية الجنائية للجسم.

أسباب الدراسة: هناك أسباب موضوعية وأخرى علمية وتتمثل في:

الأسباب الموضوعية:

نظرا لكثرة الاعتداءات الواقعة على حرمة الكيان الجسدي عند الممارسات الطبية والحط من قدسيته وتخلي الطبيب عن المبادئ وأخلاقيات الطب وانبهاره بعوامل الإغراء واستعماله لجسد الإنسان الذي وضع بين يديه لأغراض مالية وتحقيق أرباح بدلا من أداء واجبه بنزاهة ونبل.

وكما يضاف إلى هذا السبب مسألة كثرة النزاعات بين المرضى والأطباء في هذا المجال، وتغليب حقوق الطبيب بشكل أوسع مقارنة مع حقوق المرضى خاصة مع جهل هؤلاء المرضى لجميع حقوقهم وما تتضمنه أخلاقيات الطب، ليتمكنوا من مواجهة أي اعتداء عمدي على سلامة أجسادهم، أو أخطاء بسبب الإهمال وعدم الحيطة والحذر وهذا الأخير الذي وجدناه منتشر، بل يطغي على كافة المستشفيات العمومية التابعة للدولة خاصة في الجزائر، وكذا الدول النامية، للجوء الأفراد خاصة منهم الفقراء إليها بحثا عن مجانية العلاج. مع اعتبار عامل قلة السوابق القضائية المتعلقة بخطأ الطبيب لصعوبة تحديد ذلك وهذا ما زاد في الهوة بين الطبيب والمريض.

معـــايير علميــة:

لسد الفراغ في المكتبة القانونية الجزائرية، بإيجاد دراسة متخصصة تبحث الجوانب المختلفة في موضوع الإجراءات القانونية وضمانات الحماية الجنائية ، للحق في سلامة الجسم

البشري ومواجهة الأطباء، فهي تجمع شتات مسائل منثورة في كتب وأبحاث ودراسات سابقة ومتعددة.

كما أنه لاحظت بأن جميع الدراسات وأغلبها ترتكز فقط في مسألة مشروعية نقل الأعضاء دون التطرق إلى المسائل الأخرى المكونة لجسم الإنسان، التي تعد هي الأخرى محل اعتداء، وبالتالي إلزامية حمايتها للوصول إلى الحفاظ على تكامل جسم الإنسان والسير الطبيعي لوظائف أعضائه.

منهج الدراســـة:

ارتأيت أن يكون المنهج المتبع في هذه الدراسة كما يلي:

وصفي تحليلي وهذا من خلال وصف مجموع أشكال الانتهاكات الواقعة على حرمة الكيان الجسدي وكذلك آليات الحماية مع تحليل النصوص القانونية التي جاءت متضمنة لهذه المسائل وكيفية تنظيمها، ومدى حدها لتضييق الحماية على الجسم البشري.

إشكالية الموضـوع:

إن الإشكالية التي يثيرها الموضوع سواء قانونيا (من الناحية الجنائية) وأخلاقيا (من ناحية أخلاقيات الطب والعلوم الاحيائية) تتمثل في حقيقة تأثير الممارسات الطبية على نطاق الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري، وما مدى فعالية المبادئ القانونية والتنظيمات القانونية للحد من غلواء هذه الممارسات التي تستهدف سلامة الجسم البشري.

تتفرع عن الإشكالية الجوهرية مجموعة من التساؤلات الفرعية وهي:

-ما المقصود بالجسم البشري والحق في سلامته؟ ولمن تعود صيانة الجسم؟

-ماذا نعني بالممارسات والأعمال الطبية؟

ما هي القيود أو الشروط التي على الطبيب احترامها والتمسك بما في أعماله الواردة على جسم الإنسان؟

ما موقف قانون العقوبات والشريعة الإسلامية وقانون أخلاقيات الطب وقانون أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسي والأنجلوأمريكي من الممارسات الطبية للأبحاث العلمية الماسة والمستهدفة لجسم الإنسان وقدسيته؟

كيف تدارك وسيتدارك رجل القانون الموقف ويكفل الحماية لهذا الحق للإنسان؟

تقسيم الدراسة:

من خلال الإشكاليات المطروحة والمسائل المتشابكة والأهداف المتضاربة التي تحتاج إلى قدر كبير من الموازنة وللاحاطة بذلك قسمت الدراسة إلى فصل تمهيدي وفصلين رئيسيين، يتناول كل فصل موضوعات رئيسية معينة وهي موضحة وفقا للخطة التالية:

فصل تمهيدي: مدخل إلى الحق في سلامة جسم الإنسان والأعمال الطبية المنتهكة له.

المبحث الأول: المقصود بجسم الإنسان والحق في سلامته.

المطلب الأول: مكونات الجسم البشري بين قانون العقوبات الجزائري وتشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسية الأنجلوأمريكية.

المطلب الثاني: تحديد لحظة وجود الجسم البشري ونهايته.

المطلب الثالث: مفهوم الحق في سلامة الجسم البشري.

المبحث الثاني: الأعمال الطبية ومدى تكاملها مع مبدأ حماية جسم الإنسان.

المطلب الأول: أساس إباحة الأعمال الطبية.

المطلب الثاني: شروط ممارسة العمل الطبي.

الفصل الأول: أثر الممارسات الطبية على نطاق الحماية الجنائية لسلامة جسم الإنسان.

المبحث الأول: الممارسات الطبية الموصوفة جرائم اعتداء عمدية على سلامة جسم الإنسان.

المطلب الأول: استقطاع و بيع الأعضاء والأنسجة البشرية

المطلب الثاني: التجارب والأبحاث الطبية

المطلب الثالث:التلقيح الصناعي وعمليات تحول الجنس

المطلب الرابع: جريمة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج

المبحث الثاني: الأعمال الطبية الموصوفة أخطاء والماسة بسلامة الجسم.

المطلب الأول: الخطأ في التشخيص

المطلب الثاني: الخطأ في العلاج وتنفيذه

المطلب الثالث: الخطأ في تحرير الوصفة الطبية.

الفصل الثاني: ضمانات الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم

المبحث الأول: ضمانات الحماية الدولية والدستورية

المطلب الأول: ضمانات الحمايات الدولية بين المواثيق والمعاهدات الدولية

المطلب الثاني:الضمانات الدستورية لحماية الحق في سلامة الجسم

المطلب الثالث: الجهود الدولية لحماية الحق في السلامة الجسدية

المبحث الثاني:تنظيم الممارسات الطبية الحديثة المستهدفة للجسد

المطلب الأول: تنظيم عمليات نقل و زراعة الأعضاء والأنسجة البشرية

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للبحث الطبي

المطلب الثالث: **مدى فعالية قيد الرضاء ومبدأ مجانية التصرف ومساءلة الأطباء في الحد من تضييق نطاق الحماية الجنائية للجسم.**

إن الأساس التقليدي في للفقه الفرنسي كان يقوم حسب تأكيد ***J.P-BAND*** «على أن قدسية الجسم هي نتيجة تشبيهها للإنسان، إذا يعادل القول أنها تفقد قدسيتها عندما يتوارى هذا الشخص،وهي في اللحظة التي تبدأ فيها طقوس الجنازة»[(2)]

وإثبات الفقه الحديث عكس ذلك بتقسيم الحقائق بين الأشخاص والأشياء، وإن جسم الإنسان يحدد الكائن البشري، فإنه استبعد بشدة أن يكون هذا الجسم مرتبطا بالأشياء كالبضائع، فحسب تقرير مجلس الدولة الفرنسي المعنون« علوم الحياة من الأخلاق إلى القانون الصادر في **1976 في الصفحة 16** أن

[(2)] *.ABOIF DAVID: **«Structure de la Personne Humaine »**, thèse, paris,dalloz ,1978*

جسم الإنسان غير قابل للتصرف به وليس محل للتصرف باعتباره ليس شيئا».

وجسم الإنسان هو المحل المادي في جرائم الاعتداء البدني، وعلى ذلك اختلف الفقه بشأن الحماية المقررة لجسم الإنسان ، فهل هي قاصرة على مادة الجسم في حد ذاتها، أم أنها تشمل قدرة أعضاء الجسم على أداء وظائفها؟

وانطلاقا من ذلك تتطلب دراسة الحق في سلامة جسم الإنسان، الذي يعد محور اهتمام الدراسات القانونية، إلى التعرض لمدلول هذا الحق من الوجهة القانونية، ولا يتم ذلك إلا ببيان دلالة لفظ الجسم باعتباره محل الحماية الجنائية وتحليله إلى عناصره الأساسية المكونة له، كما أن تحديد ماهية الحق في سلامة الجسم أمر لا بد منه وذلك لتحديد نطاق الحماية الذي يحيطه القانون بها، مع وجوب بيان اتساع وانحسار ذلك النطاق عند انصباب الأعمال الطبية عليه وذلك ببيان أساس إباحتها، وعملها على صيانة الجسم في ذلك النطاق مع وجوب عدم الخروج عنه وإلا اعتبر العمل الطبي غير مشروع استوجب مساءلة الطبيب عليه لانتهاكه حرمة ذلك الجسد، وخروجه عن دائرة الإباحة لما فيها من محاذير ومخاطر على الجسد.

وهذا الأمر الذي يفرض علينا تقسيم الدراسة إلى مبحثين نتناول في كل منها ما يلي: في **المبحث الأول**: المقصود بجسم الإنسان والحق في سلامته، أما **المبحث الثاني** الأعمال الطبية اتساعا وانحسارا مع مبدأ حماية سلامة جسم الإنسان.

المبحث الأول: المقصود بجسم الإنسان والحق في سلامته

لا يعدو مفهوم الجسم لدى الفقه الجنائي أن يكون ذلك البنيان البشري الذي تم انفصاله عن رحم الأم ولا يشوبه مسخ يخرجه عن الصورة التقليدية لبني البشر، كما أنه من المسائل الأولية اللازمة لبيان عناصر الركن المادي في جرائم القتل والإيذاء[3]

أما التشريعات القانونية فلم تضع تعريفا لجسم الإنسان، رغم أن التحديد الاصطلاحي الفقهي للجسم يبدو كافيا لبيان الأحكام الخاصة لجرائم القتل والإيذاء؛ إلا أن قصورا كبيرا يلاحظ فيه إذا ما انصرف الحديث إلى الممارسات الطبية، خاصة المستحدثــة منها، إذ أنه لم يميز بين مكونات الجسم سواء كانت طبيعيــة أواصطناعية،اندمجت بجسم الإنسان، أو كانت ثابتة أم لا،وهل كانت تؤمن وظيفة حيوية أم لا ؟ وبالتالي بقى السؤال مطروحا ما هي حدود جسم الإنسان؟

وانطلاقا من ذلك فإن تحديد المقصود بالجسم البشري بوصفه محلا للممارسات الطبية، ومناطا للحماية الجنائية استلزم التصدي لمسألتين في غاية الأهمية، إذا أن الأولى تتعلق بدراسة مكونات الجسم وضرورة التمييز بين ما يعتبر من الأعضاء الآدمية، وما يعد داخلا في زمرة المشتقات والمنتجات البشرية والتي يرتب الاعتداء عليها آثار قانونية تختلف في تلك الخاصة بالأعضاء، ناهيك

---

[3] ( ) فتوح عبد الله الشاذلي: **جرائم الأشخاص والأموال**،الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،1989،ص 131.

عن القيود التي تحكم عمليات النقل وإجراءا التجارب والأبحاث الطبية[4].

وتتطلب هذه المسألة ضرورة تحديد لخطتي وجود ونهاية الجسم البشري فلهما أهمية كبرى في تحديد نطاق الحماية، أما المسألة الثانية فتتعلق بمضمون الحق في سلامة جسم الإنسان وذلك بمعرفته بين الاتجاهات الفقهية.

ولكي يتسنى لنا دراسة هاتين المسألتين بشكل مستفيض فإنه ينبغي تناول كل منهما على حدة في مطلب مستقل فنعالج في **الأول**: مكونات الجسم البشري بين قانون العقوبات الجزائري وتشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسية والأنجلو أمريكية.

وفي **الثاني**: مفهوم الحق في سلامة جسم الإنسان.

المطلب الأول: مكونات الجسم البشري بين قانون العقوبات الجزائري وتشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسية الأنجلو أمريكية

تتشكل مادة الجسم من مجموعة مترابطة، ومتناغمة من الأنسجة، والعناصر الحية والتي أبدعها الخالق سبحانه في صورة تدل على العظمة والاقتدار، إذ يقول العزيز في كتابه الكريم « **لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ** »[5].

والواقع أن مادة الجسم وبتفريعاتها المتناهية في الدقة تتكون من قسمين رئيسيين لا يقتصر التفاوت والتباين فيما بينهما على الناحية الطبية والعلمية فحسب، بل يبدو الأثر الأكبر في

---

4 () مهند صلاح أحمد فتحي العزة: **الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، الإسكندرية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص 03.

5 ( ) سورة التين، الآية 4.

اختلافهما في ترتيب الآثار القانونية، وتكييف أفعال الانتهاك التي تقع على كل منهما، وهذان القسمان هما الأعضاء البشرية بمعناها الدقيق، ومشتقات الجسم ومنتجاته التي أولتها تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية اهتماما كبيرا كنا سيأتي لاحقا[6].

وفيما يلي نبين المقصود بكل من هذين القسمين وذلك في فرعين متتاليين مبينين خلالهما مفهوم العضو البشري والمشتقات والمنتجات البشرية بين اللغة والطب والفقه الإسلامي والقانون الجزائري وتشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسية الأنجلوأمريكية وسيتم ذلك كما يلي:

الفرع الأول : مفهوم الأعضاء الآدمية:

لا يبدو من المغالاة القول أنها قليلة جدا تلك الكتابات التي تصدت لتحديد المقصود بالعضو البشري،على نحو دقيق وصحيح، لأن وضع التعريف من الناحية الطبية أمر لا يتسم بالأهمية والضرورة التي يتسم بها من الناحية القانونية، فرجال القانون أكثر احتياجا من رجال الطب، لوضع تعريف محدد ومنضبط للمقصود بالعضو البشري لتسهيل وتيسير تكييف المسؤولية الجنائية عن أفعال الاعتداء التي تقع على أحد أعضاء الجسم، وإتاحة بناء الأحكام وترتيب الآثار الدقيقة على كل ما يشتمله المصطلح ويدخل في نطاقه[7].

تعريـف العضو البشري لغـــة:

العضو بضم العين:واحد الأعضاء، وهو: كل عظم وافر بلحمه[8] وهو كذلك جزء من جسد الإنسان، كاليد والرجل والأنف[9] .

ويقال عضيت الشاة تعضية، إذا جزأتها أعضاء، وقد يطلق العضو على الأطراف [10].

---

6 ( ) مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 11.

7 () هيثم حامد المصاورة: **تقل الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة، (دراسة مقارنة)**، الاسكندرية دار المطبوعات الجامعية، 2003، ص 9.

8 () جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: **لسان العرب**، المجلد الخامس عشر، بيروت، دار بيروت، 1956، ص 68.

9 ( ) عبد الله البستاني: **الوافي معجم الوسيط اللغة العربية**، بيروت، مكتبة لبنان، 1980، 413.

10 ( ) دار المشرق**: المنجد في اللغة**، الطبعة السابعة والعشرون، بيروت، دار المشرق، 1984، ص 512.

تعريفه فـــي الطب:

هو عبارة عن مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة،مثل: المعدة تحوي الطعام وتهضمه، القلب لضخ الدم، الكلية لتصفية الدم،البنكرياس لإنتاج الأنسولين،....الخ.

فإذا كان العضو البشري مجموعة من الأنسجة فإن هذه الأخيرة تتكون من مجموعة كخلايا متحدة مع بعضها البعض تؤدي وظيفة معينة، أما الخلية فهي أصغر وحدة في المواد الحية [11].

تعريفــه في الفقه الإسلامــي:

تناول قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، على أنه «أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرينة العين سواء أكان متصلا به، أم انفصل عنه».

كما عرفه فريق من الفقه على أنه:«**أي جزء من أجزاء الإنسان: سواء أكان عضوا مستقلا كاليد والكلية ونحو ذلك، أو جزءا من عضو كالقرينة والأنسجة والخلايا وسواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر، ومالا يستخلف، ومنها الجامد والسائل كالدم والبن، وسواء كان ذلك متصلا به أم انفصل عنه**» ويماثل هذا التعريف تعريف أخر أعطي لأعضاء جسم الإنسان، وهو:«**أنها كل مكونات بدن الإنسان، وما يتولد منها**»[12].

إن أبرز ما يميز هذه التعريفات هو اتساعها وشمولها لجميع أعضاء الإنسان وأجزائه فهذا ما يعيب عليها، مع العلم أن الكثير منها لا يعد عضوا الدم، واللبن والخلايا كلها ليست أعضاء طبقا للوجهة اللغوية والطبية الدقيقة، وبه اتجه البعض من الفقه ليعرف العضو البشري على انه «كل جزء إذا نزع لم ينبت» [13] فصحيح هذا التعريف أصاب في جانب تضمنه على أغلب الأعضاء المكونة للجسد البشري،واستبعاده الأجزاء الأخرى التي لا تعد أعضاء، مثل الدم، بالمقابل فإن هذا التعريف أخطأ حين اعتبر الجلد ليس بعضو في حين أنه كذلك على الرغم أنه إذا نزع من جسم الإنسان الحي عاد لينبت .

تعريفه في قانون العقوبات الجزائري وتشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسية الانجلو أمريكية:

تنص **المادة 264** في فقرتها **الثالثة من قانون العقوبات الجزائري** على أنه:«**إذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أوبتر إحدى الأعضاء أو الحرمان مـــن استعماله أو فقد البصر أو فقد أبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى، يعاقب الجاني**

---

11 () *CHRISTIAN BYK,**La Recherche sur l'Embryontlumain**, J.C,.PN029-17 Juillie 1996 .*

12 () عارف علي عارف:«**مدى شرعية التصرف بالأعضاء البشرية**»، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، بجامعة بغداد،1991، ص 11.

13 () هيثم حامد المصاورة: المرجع السابق، ص 12.

بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات» وبتمعننا لنص المادة فطبعا أو تساؤل يتبادر في أذهاننا يدور حول حقيقة المقصود بالعضو الذي تتحقق الجريمة بفقده أو بتره أو الحرمان من عدم استعماله، إذ لا يخفى مدى أهمية تحديد ذلك لكونه يشكل محل الجريمة المتمثلة في إحداث عاهة مستديمة، وبالرجوع إلى نص المادة السابق فإن صياغته تنم عن عدم وضوح مفهوم اصطلاح العضو في ذهن المشرع الجزائري، فهو يضيف ألفاظ مترادفة تؤدي جميعها لنتيجة واحدة مثل الفقد والبتر والحرمان من استعماله ناهيك عن فقد البصر الذي لا يعدو أن يكون فقد لمنفعة العضو في حيـن فقد إحدى العينين لا يخرج عن كونه انفصال لأحد الأعضاء أو قطع له.

وبرجوعنا إلى المشرع العراقي، والليبي والمصري، كل منهم لم يعرف العضو البشري عدا المشرع الأردني فقد عرفه في قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم(**23 –1977**) فـي مادته الثانية على أنه«**أي عضو مـن أعضـاء جسم الإنسان أو جزء منه**»[14] فهذا النص لم يأتي بشيء جديد، فعرف الشيء بنفسه، ناهيك عن شموله لجميع أجزاء جسم الإنسان واعتبارها أعضاء، وهذا مالا يعد صواب كما سبق ذكره، ولعل الحكمة من ذلك تكمن في محاولة إخضاع كل مكونات جسم الإنسان لهذا القانون[15].

أما في القانون الفرنسي فإن المشرع الجنائي والمدني لم يتطرقا إلى تعريف العضو البشري إلا انه أدرك مؤخرا في قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية***(BIOETHICS)*** الصادرة عام **1994** [16] الفارق الجوهري بين أعضاء الجسم وسائر المشتقات والمكونات البشرية الأخرى،وهذا بأفرادها قسما مستقلا خاص بالأعضاء البشرية،وأقسام نصوص مستقلة متعلقة بمشتقات الجسم ومنتجاته [17].

وبالرجوع على موقف التشريعات الأنجلو أمريكية نجد القانون البريطاني الخاص بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء الصادر في **1989**، من التشريعات الرائدة في وضع تعريف منضبط ودقيق للمقصود للعضو البشري، ونصت على ذلك المادة السابعة في فقرتها الثانية منه على |أن «يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم، يتكون من مجموعة مركبة

---

14 ( ) هيثم حامد المصاورة:المرجع السابق ، ص 15.

15 ( ) عارف علي عارف: المرجع السابق، ص 16.

16 ( ) *. Loi, No : 94-653 du 29 juillet 1994-relative au respect du corps P6 humain Loi, No : 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 an diagnostic prénatal, -J.C.P, No: 39,28Septembre 1994, Textes 66973-66974,P361,365*

17 ( ) مهند صلاح أحمد فتحي:المرجع السابق ، ص 15.

ومتناغمة من الأنسجة، والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي، إذا ما تم استئصاله بالكامل»[18]، وهذا التعريف لا تقتصر ملاءمته على سهولة تحديد وتكييف الآثار القانونية الناشئة عن أفعال الاعتداء،وانتهاك حرمة سلامة الأعضاء فحسب، بل تتعدى فعاليته أكثر عند البحث في الجوانب القانونية لجل الممارسات الطبية المنصبة على جسم الإنسان.

أما في التشريع الأمريكي فنصت فالمادة **301** من قانون(*Public health .Service ACT*) والمعدلة بالقانون القومي لزراعات الأعضاء(*The National Organ Transplant Act*) (**19 أكتوبر 1984**) لم تضع تعريفا منضبطا للعضو البشري بل اكتفت في فقرتها(C) على أن يقصد باصطلاح العضو البشري في تطبيق أحكام هذا القانون: الكلية، الكبد، القلب الرئة،البنكرياس، النخاع العظمي، القرينة، العين، ...، أو كل ما تضفي عليه اللوائح الصادرة من وزارة الصحة هذا الوصف».

واضح إلى مدى أهمية تحديد المقصود بالعضو البشري، من ذلك يبرز حتمية التصدي للمسألة في الفقه الجنائي الذي يعد وضع التعريف بالدرجة الأولى من اختصاصه، فعرفه جانب من الفقه على أنه «جزء حي من المكونات الطبيعية للجسم،بحيث لا يتوقف على نقله تعريض حياة الإنسان للخطر» [19].

كما عرفه *TERFVE* «**بأن العضو لا يقتصر فقط على القلب، الكلى، الرئة الكبد، الأعضاء التناسلية، وإنما أصبح يشمل أيضا لتقدم العلوم الحديثة والمكتشفات الطبية: الدم، المني، قرنية العين، الجينات،**

---

[18] () *www.Orgonet.CO.UK/body/hot.«Human Organ Transplants Act27 July 1989»3.9.2005*

[19] () منذر الفضل: **التصرف القانوني في الأعضاء البشرية**، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2002 ص 51.

والهورمونات»[20] ومن خلال التعريفات نجد أن جانب من الفقه ميز بين ما يجوز نقله من الأعضاء والتنازل عنه، وما لا يجوز المساس به، إذ أن الفيصل في هذه المسألة، لا يمكن بحال رده إلى معيار لزوم استمرار الحياة، بل يجب إعمال الضوابط والشروط المحكمة للممارسات الطبية، لكي لا يفضي حتما إلى انحسار نطاق الحماية الجنائية انحسارا كبيرا عن غالبية مكونات الجسم، إذ ما عساه أن يكون من الأعضاء وجوده ضروريا لاستمرار الحياة، سوى القلب والكبد والدماغ .

الأمر الذي يبين أن هناك صلة الوثيقة بين حق الإنسان في الحياة وحقه في تكامله بناءه الجسدي، فما الأخر سوى الحصن والدرع الواقي للأول، إذا لن يكون أساس بسلامة الجسم وتكامله من نتيجة، إلا الإخلال بالحق في الحياة دون اشتراط كون العضو محل الاعتداء أساسي ومركزي في استمرار الحياة مادام ذلك العضو يؤدي إحدى الوظائف الحيوية في الجسم[21].

الفرع الثاني : مفهوم المشتقات والمنتجات البشرية

عرفنا المقصود باصطلاح العضو، فمن خلال ذلك يمكن تعريف مصطلح المشتقات والمنتجات البشرية، الذي استخدمه العديد من تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الحديثة،وذلك وفقا لمفهوم المخالفة، بأنه يشمل كافة العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة ولا يترتب على

---

20 ( ) أحمد شوقي عمر أبو خطوة: **القانون الجنائي والطب الحديث**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999، ص 51.

21 ( ) أحمد غانم عطية:« **حق الإنسان في الحياة والموت قانونا وشرعا**» راجع الموقع.

www.yafoz..com/ARAic/Mabjala elhoukouk. Htm. 26/01/2005. h:10.22

استئصالها فقدانها للأبد،بل يمكن تجددها وتعويضها واستبدالها من طرف الجسم نفسه، دون حاجة إلى زراعتها كما هو الحال في الأعضاء[22].

ولا يخفى ما تتمتع به بعض هذه المشتقات والمنتجات البشرية بخاصية التجدد المستمر مما يتيح التبرع بكميات معينة منها، ولا أدل على ذلك استمرار تدفق الدم،والسائل المنوي، في إنتاج الهرمونات والنخاع العظمي...الخ، كما يجب الإشارة إلى أن المشتقات والمنتجات البشرية، لا تخضع لنفس القواعد، إذ أن القانون استبعد من نصوصه بعض الأنسجة والخلايا ومنتوجات جسم الإنسان بسبب طبيعتها وظروف الحصول عليها كمخلفات وبقايا العمليات الجراحية، الشعر، حليب الأم،...الخ [23].

وقد اختلفت التعاريف لإبراز المقصود بهذه العناصر البشرية فنجد ما يلي:

---

22 ( ) مهند صلاح أحمد فتحي العزة:المرجع السابق، ص 16.

23 () محمد عبد المقصود،حسن داود:**مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه**،الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة ، 1999، ص 26.

في الفقه الجنائـــــي:

الواقع أن الفقه الجنائي المصري لما حاول توسيع نطاق الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم كما يقول محمود نجيب حسني لا تبدوا وافية في شمول المنتجات والمشتقات البشرية ضمن ذلك الحق، فبين أنواع الانتهاكات الواقعة على سلامة التكامل البشري دون إبراز عناصر محل الاعتداء، فلم يشترط تحقق جرائم الإيذاء الماسة بالسلامة الجسدية أن يتخذ السلوك الإجرامي صورة الجرح أو الضرب أو المواد الضارة، بل وسع ذلك ليشمل صورا أخرى كتسليط إشاعات ضارة على المجني عليه أو نقل عدوى ميكروبية... الخ [24].

رغم إدراك هذا الفقه لقصور القوانين في إبراز السلوكات التي تمثل عناصر الركن المادي للجريمة إلا أن الصورة غير مكتملة بعدم تبيانه عناصر المحل الواقع عليه الاعتداء فيرى محمود نجيب حسني أن الفقه ذهب إلى أن إبراز صور الاعتداء ليشمل جميع عناصر الحق في سلامة الجسد بما في ذلك مشتقات الجسم ومنتجاته دون ضرورة إضفاء حماية عليها والتي لم تتمكن القواعد التقليدية العامة على كفالتها،ناهيك عما أفرزته التطورات الحديثة والأبحاث العلمية من شأنها استغلال تلك المشتقات على نحو غير أخلاقي ولا شرعي.

في قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسية والأنجلو أمريكية:

بداية في التشريعات الفرنسية التي يعود لها الفضل والأسبقية في إبراز أهمية التفريق في النظام القانوني وقواعد الحماية للمشتقات والمنتجات البشرية عن الحماية المقررة

---

24 () محمود نجيب حسني: **شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978، ص 202.

للأعضاء، حيث عمل التشريعان **(653و 654)** سنة **1994** على تنظيم الأحكام الخاصة بنقل واستغلال مشتقات ومنتجات الجسم وضمان الحماية القانونية لها فقد خصص قانون الصحة العامة المعدل بالقانون رقم:**654/1994** فصلا خاصا عنونه "الأنسجة والخلايا والمنتجة"[25].

أما في التشريعات الأنجلوأمريكية فهي لم تهتم بالتأصيل ولم تسهب وتفصل في هذا الموضوع فرغم أن المشرع البريطاني جاء بتعريف جامع ومانع لاصطلاح العضو البشري في قانون زراعة الأعضاء **1989** إلا انه لم يبين أي مدلول للمشتقات والمنتجات البشرية التي لا تقل أهمية عن العناصر الأخرى، لكن على هدى تعريف المشرع البريطاني للعضو البشري، فإنها كل جزء يمكن للجسم استبداله من تلقاء نفسه،إذا ما تم استئصاله بالكامل لا يعد مما ينطبق عليه وصف العضو البشري فيدرج ضمن فئة المشتقات والمنتجات الآدمية[26]، أما المشرع الأمريكي فقد اخذ يسرد ويعدد ما يدخل في فئة الأعضاء، حيث أقحم بعض المكونات البشرية التي تعتبر من المشتقات والمنتجات البشرية في زمرة الأعضاء، مثل الجلد والنخاع العظمي.

المطلب الثاني : تحديد لحظة وجود الجسم البشري ونهايته:

إذا كان الإنسان هو الكائن الحي، المتمثل في اتحاد البويضة الأنثوية مع الحيوان المنوي الذكري، وعندما تبدأ الخلية في الانقسام يبدأ الجنين في التكوين، فإن الجسم البشري هو مجموع

---

25 () *Art Loi: 94-654, Art G72 du code de la sonté publique .*

26 ( ) مهند صلاح أحمد فتحي العزة:المرجع السابق، ص 21.

الخلايا والأنسجة المنسقة المشكلة للأعضاء والمشتقات البشرية كافة، مع إلزامية لقيام هذه العناصر المكونة للجسم بوظائفها الطبيعية والحيوية وجوب سريان الحياة في هذا الأخير.

ولتحديد لحظة وجود الجسم ونهايته، يقتضي منا الوقوف على حقيقة ضابطين هما الفيصل والمرجع لتحديد اصطلاح الجسم البشري بصفة عامة وهما:

الأول: لحظة وجود الجسم البشري، و**الثاني**: تحديد لحظة الوفاة ونهاية وجود الجسم.

الفرع الأول:لحظة وجود الجسم البشري:

قبل البدأ في هذا الحديث لابد من الاعتراف بادئ ذي بدء للشريعة الإسلامية أسبقيتها في بحث هذه المسألة باستفاضة حيث تقول بأن الجسم البشري لا يكتمل في صورته النهائية، فالحمل في المرحلة الممتدة إلى **120 يوم** منذ بداية الحمل مرورا باتحاد البويضة بالنطفة لتتشكل العلقة ثم المضغة ففيها لا تنفخ الروح والاعتداء عليه لا يشكل جناية بل يستوجب فقط الغرة (نصف عشر الدية) وارى بأنه قررت له هذه الغرة أي نوع من الحماية النسبية لأن الجنين هنا مهيأ لتدب فيه الحياة وقابلا لها لو ترك لينمو حتى تنفخ فيه الروح. أما المرحلة التي تلي **120 يوما** بعد نفخ الروح حتى تمام الولادة فيحرم الإسقاط مطلقا ما تلم تكن ضرورة لذلك، لأن خلال هذه الفترة تبدأ عملية التخلف وبروز معالم الجسمانية وتشكلها[27].

إن الجسم البشري لا يكتمل في صورته النهائية بالنسبة لتكوينه إلا إذا مر على عدة مراحل وقد بينت **الآيات من 12 إلى**

---

[27] () عمر بن محمد بن إبراهيم غانم: **أحكام الجنين في الفقه الإسلام**، ط 1، بيروت، دار الأندلس، الخضراء للنشر،2001 ص 21.

14 من سورة المؤمنون ذلك حيث يقول عز وجل: «***وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ(12)ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ(13)ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ***».

أما قانونا فإن الجنين إذا كان مازال في بطن أمه فهو يخضع لحماية القانون كجنين بالنصوص التي تعاقب على الإجهاض.[28] حيث يوجد تباين كبير بين القوانين التي تحكم هذه الجريمة خاصة في الأمر المتعلق بتحديد محل الجريمة من حيث بداية وجوده،فهل يتحقق بمجرد اكتمال عملية التلقيح أم انه يتراخى إلى مراحل التكوين الأخرى؟،كما أن محل الجريمة يندرج في بند المنتجات البشرية لكل من الذكر والأنثى إذا ما تمت عملية الإخصاب داخل أنبوب وخارج نطاق جسم الإنسان، وبذلك فأي اعتداء على هذه المنتجات البشرية، فهو مساس بالسلامة الجسمانية لصاحب تلك المنتجات داخل في نطاق التجريم، مكيف على انه جريمة إجهاض ولكن السؤال المطروح أيضا هو متى يزول هذا الوصف عن محل الجريمة ليدخل في نطاق محل جريمة أخرى، الذي يمكن أن يغير من محل المساس فبدلا من الحق في سلامة الجسم ليتعدى إلى الحق في الحياة ؟[29].

فبادئ ذي بدء نجد أنه لم يتعرض قانون العقوبات الجزائري والتشريع المصري وهما بصدد تنظيم الجرائم الماسة بالحياة أو

---

[28] () هدى حامد قشقوش:**جرائم الاعتداء على الأشخاص (الاعتداء على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم)**،القاهرة، دار الثقافة الجامعية، 1994، ص 19.

[29] () عبد العزيز محمد محسن:**الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامية والقانون الوضعي دراسة مقارنة**، القاهرة،دار النهضة العربية ، 1998، 78.

المتعلقة بالإجهاض إلى بيان ماهية محل الجرائم تلك، كما نشير إلى القانون العقوبات الكويتي في مادته **155** يعتبر المولود إنسانا يمكن قتله متى نزل حيا من بطن أمه سواء تنفس أو لم يتنفس وسواء كان حبل سرته قطع أم لا[30]، ومنه يرى هذا القانون أن ميلاد الجنين هو بداية الحياة ولا يكون إنسان إلا إذا ولد ونزل وخرج من بطن أمه، وإذا لم يخرج أي لم يولد فيعتبر جزء من الأم ويخضع لأحكام أخرى.

وعلى أي حال فإن الفقه الجنائي المصري اختلف في تحددي هذه المسألة، فذهب جانب منه إلى أن اكتساب الكيان المادي للإنسان وصف الجسم، يتحقق مع بداية عملية الولادة والانفصال عن الرحم وذلك ببروز جزء فقط من جسم الجنين دون لزوم الانفصال التام في الأم فيشمل بالحماية الجنائية المقررة لجسم الإنسان فيشكل الاعتداء عليه جريمة قتل أو إيذاء [31].ونقد هذا الرأي بأنه يسوى في مساءلة الجاني المعتدي على الجنين المكتمل نموه وعلى أهبة النزول دون بروز جزء منه، وبين المعتدي على جنين لا زال في طور تكوينه الأول.

والاتجاه الثاني يرى أن الجنين ينتقل كيانه المادي من نطاق الحماية الجنائية المقرر في جرائم الإجهاض إلى نطاق حماية الحق في الحياة وسلامة الجسد، بمجرد اكتمال نموه وبداية عملية الولادة دون شرط بروز جزء من أجزائه ولا الانفصال التام[32].
وارى بأن علة تقرير الحماية الجنائية للإنسان في هذه المرحلة تكمن في أن الجنين غدا كيانه المادي مكتملا ومتخذا لصورته

---

30 ( ) هدى حامد قشقوش: المرجع السابق، ص 21.

31 ( ) عبد الفتاح مصطفى الصيفي: **قانون العقوبات، القسم الخاص**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000، ص 326.

32 ( ) جلال ثروت: **نظم القسم الخاص في قانون العقوبات،** الجزء I ،الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000، ص 44.

النهائية التي سيولد عليها فلا فرق بينها وبين الصورة بعد الانفصال عن الرحم، ويضاف إلى ذلك إلى أن أفعال الاعتداء لا تؤدي على الموت دائما ومنه لا محل للحديث عن جريمة الإجهاض كاستقطاع الطبيب خلايا أو أنسجة من ذلك الجنين واستخدامها في الأبحاث، وكذلك في حاله أن النتيجة لم تظهر بل تراخت إلى ما بعد الولادة ليولد بعاهدة مستديمة نتيجة السلوك الإجرامي ما قبل الولادة.

وبالرجوع إلى تشريعات فرنسا، فقد أباح المشرع إنهاء حياة الحمل في خلال العشرة أسابيع الأولى منذ بدايته، مع اشتراط موافقة الأم الحامل وهذا طبقا للمادة **223** من قانون العقوبات[33]،ومنه فالوجود القانوني للإنسان، واكتساب كيانه المادي وصف الجسم، وبالتالي تقرير له الحماية الجنائية لا تكون إلا بمرور **10 أسابيع**.

لكن القضاء الفرنسي أدرك الفجوة التشريعية الكبيرة في نطاق الحماية الجنائية لسلامة الجسد خاصة في نهاية مراحل تكوين الجنين، فاعتنقت المحاكم معيار القابلية للحياة (***Notion de survie Potentielle***) القاضي بأن الجنين القابل للحياة والولادة بمثابة شخص متمتع بكيان جسدي مستقل وتشكل أفعال الاعتداء فيه جريمة قتل عمـــدي أو بإهمال أو جريمة أحداث عاهة مستديمة في حال عدم الوفاة[34] .

وقد استقر القضاء الفرنسي على أن الفترة من **20 إلى 24** أسبوع من بداية الحمل يتغير وصف الجرم الواقع على الجنين من الإجهاض إلى القتل والإيذاء، فذلك ضابط يحدد وجود الكيان الجسدي للإنسان.

---

33 ( ) رقم 684 الصادر في 22 جويلية 1992.

34 () *Méchel laure Rasst :**Droit Penal Splcial Infractions Des contre les Particule** .Dalloz.2eme Edition, P274*

الفرع الثاني: تحديد لحظة الوفاة ونهاية وجود الجسم البشري

إذا كان تحديد لحظة بدأ الحياة، أو الوجود للجسم البشري، هو الإعلان عن دخول الكيان المادي للإنسان إلى نطاق الحماية الجنائية بتدرج منذ طور النشوء، فإن الوقوف على لحظة حدوث لوفاة، يعد الفيصل في انتهاء نطاق الحماية هذا بمفهومه الواسع، فبتحقق الموت ينتهي وصف الجسم عن الكيان المادي للإنسان ليدخل إلى باب الأحكام الخاصة بحماية حرمة الجثث وشتان بين النطاقين، فليس الميت كالحي، وليس نقض الجثة والمساس بها كانتهاك حرمة جسم إنسان لازال على قيد الحياة.

فبغدو كل جزء جسم الإنسان موضوع علم ناهيك عن استخدامه كقطع غيار لعمليات نقل وزرع الأعضاء،احتدم الجدل بين رجال الطب والقانون حول تحديد لحظة تحقق الوفاة، فيرى هذه الأخيرة مسألة يحسمها القانون؟ أم هي مسألة سيسيولوجية يقررها الطب؟

فأولا فبارجاء المسألة على الجانب القانوني نجد أن رجال القانون تأخذهم الريبة في ترك الأمر بتفاصيله في أيدي الأطباء، خشية إعطائهم تقرير وفاة لشخص معين تحت تأثير الرغبة في إحراز سبق علمي في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأبحاث العلمية، فيسحبون أجهزة الإنعاش الصناعي من المرضى الخاضعين لهذا النظام (*des appareils de réanimation*) التي قد تؤدي إلى الإطالة الظاهرية للحياة [35] لذلك يتوجب من المشرع التدخل بإصدار قانون يتضمن تعريف دقيق للموت وينظم

---

[35] ( ) أحمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق، ص 167.

إجراءات التثبت من تحققه مستندا إلى القواعد العلمية الطبية لكي تكون أمام معيار قانوني موضوعي ففي ظل هذا المعيار العلمي لتحديد لحظة الوفاة ومفهوم الموت الحقيقي نشأ معيارين الأول تقليدي والثاني علمي حيث :

فالأول: أي المعيار التقليدي يرى أن الوفاة تتحقق عند توقف الدورة الدموية والتنفسية للجهاز العصبي لفترة قصيرة، وبالتالي معناه توقف القلب والرئتان عن العمل،لكن انتقد هذا المعيار بأنه غير واقعي مع التقدم العلمي الحالي[36] فتوقف القلب مؤقت عن العمل لا يمكن اعتباره دليلا قاطعا على حدوث الوفاة، لأنه يمكن إعادته إلى وظيفته عن طريق الصدمة الكهربائية[37]، ولعدم دقة هذا المعيار وجد معيار علمي حديث،أكد على أن العبرة في تحديد لحظة الوفاة هي بالموت النهائي لخلايا المخ،فموت هذه الأخيرة معناه نهاية الحياة ويصبح الشخص في حالة غيبوبة ***(Coma de passé)***،وهي الحالة مختلفة تماما عما يعرف بالغيبوبة العميقة ***(Coma Prolongé)*** أي حالة فقدان القدرة على إدراك المحسوسات بالعالم الخارجي إلا أن خلايا المخ تبقى حية فالعبرة بموت خلايا جذع المخ التي لا يمكن أن تعود إلى الحياة ثانية، وقد تبنى المشرع الفرنسي هذا المعيار وذلك في المرسوم رقم:**1041** سنة **1996** المعدل لقانون الصحة العامة،أيد ذلك غالبية شراح القانون الجنائي مع وجوب التأكد من توقف باقي أعضاء الجسم وأجهزته عن وظائفها الحيوية وهم بصدد تعريف الموت قانونيا، بوصفه أحد عناصر الركن المادي في جرائم القتل[38].حيث أوجدوا ثلاث معايير لابد من توافرها لاعتبار الشخص ميتا وهي:

---

36 () هدى حامد قسوش: المرجع السابق، ص 26.

37 () أحمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق، ص 117.

38 () عبد الفتاح الصيفي: المرجع السابق، ص 378، محمد عوض: **جرائم الأشخاص والأموال، القسم الخاص**، الإسكندرية،دار المطبوعات الجامعية، 1984، ص 12.

1-الغياب التام والكامل عن الوعي وانعدام الحركة التلقائية للجسم.

2-توقف كافة ردود أفعال الجذع المخي.

3-انقطاع التنفس التلقائي أي عدم إمكانية ذلك بدون أجهزة التنفس الصناعي.

ورأي في هذا المعيار، أرى أنه يأفل عن الجسم الحماية بتحوله إلى جثة بمجرد توقف المخ عن العمل مع أنه لا تزال أعضاء الجسم الأخرى تؤدي وظائفها الحيوية على نحو طبيعي، بمعنى أن المخ هو الذي يستأثر على الحماية الجنائية المقررة للجسم دون سائر مكوناته الأخرى التي قد يستمر فيها الحياة مدة طويلة، وحيث أنه على صعيد الشريعة الإسلامية يرى فضيلة الشيخ جاد الحق في فتواه الخاصة بموت الدماغ المنشورة في مجلة الأزهر عدد نوفمبر **1992** وهذا ما توافق مع رأي حاشية ابن عابدين بأن الحكم بالبداية أو العلامة على الموت النهائي فيه مجازفة، وللشريعة فيه مخالفة مستندين لقوله جل وعلا «**وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ**»[39] وكذلك في الآية 145 من سورة آل عمران «**وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ**» فالموت من مفاتيح الغيب الخمس، إستأثر المولى بعلمها [40].

ونخلص إلى أن موت جذع المخ ليس كافيا في القطع بموت الإنسان، ولا ينهض أن يكون حقيقة علمية ثابتة يعتد بها لتعريف الموت وتحديد لحظة الوفاة.

---

39 ( ) سورة لقمان: الآية 34 .

40 ( ) مصطفى محمد الذهبي: المرجع السابق، ص 112.

المطلب الثالث : مفهوم الحق في سلامة الجسم البشري:

بعد أن وضحنا المقصود بالجسم البشري في ضوء استعراضنا لمكوناته وتحديد لحظة وجوده ونهايته، فإن التساؤل الذي يثور حول مدى توفر هذه العناصر من احترام وعدم قابلية للمساس بها، وذلك في ضوء ما تقرره مبادئ وعناصر الحق في سلامة الجسد، فهذا الحق هو محل الاعتداء وبالتالي يعد محل للحماية الجنائية، بتجريم كل فعل اعتداء يترتب عليه إصابة الجسم بالأذى, وفيما يلي نستوضح هذه النقاط بادئين بعرض الاتجاهات المختلفة التي تبين تعريف الحق في سلامة الجسد ثم صور وأشكال أفعال الاعتداء على هذا الحق.

الفرع الأول: مضمون الحق في سلامة الجسم البشري بين الاتجاهات المختلفة:

لم يتفق فقهاء القانون المدني والجنائي على تعريف محدد ومنضبط للحق في سلامة جسم الإنسان، فسادت اتجاهات مختلفة حول مضمون وجوهر ذلك الحق. والواقع أن تفسير هذا التفاوت في الاهتمام بهذه المسألة بين الفقه الجنائي والفقه المدني[41] . مرده إلى أن الكيان المادي للإنسان لم يكن مثارا لاهتمام القواعد التنظيمية في القانون المدني، حيث أنه كان يعتبر قانون الأموال والمعاملات دون غيرها، إلا أن الفقهاء حينما فسروا المسألة من الوجهة المدنية فإنهم يعتبرونها من مقتضيات أوليات التصنيف والتقسيم الفقهي لأنواع الحقوق المختلفة، كما أن

---

41 () محمود نجيب حسني: **الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات**، مجلة القانون والاقتصاد،(العدد الثالث، سبتمبر 1959)، رقم 6-7، ص 542.

مناقشتهم لمضمون الحق في سلامة الجسد، يكون باعتباره إحدى الصور البارزة لطائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية ومنه يخضعونه للقواعد العامة التي تحكم هذه الأخيرة من حيث كونه حقا يتعلق بالشخص وغير قابل للتصرف فيه نظرا لما للمجتمع من نصيب فيه [42].

أما عند إرجاء المسالة إلى الفقه الجنائي، فنجدها قد استأثرت باهتمام كبير ودراسة مسهبة، فهي العنصر البارز في الركن المادي في جرائم الاعتداء على الأشخاص إذ أن الاعتداء على الحق في سلامة الجسم، ليس من شأنه تعطيل وظائف الحياة كلية، وإنما يؤدي إلى تعطيل بعض هـذه الوظائف فحسب سواء كان مؤقتــا أو أبديا[43].

وانطلاقا من أشكال وما يتصور كفعل اعتداء ماس بالكيان المادي للإنسان الحي الذي يكون صالحا لممارسة وظائفه الحيوية، فنخرج بذلك من مجال كل جسم انتفت عنه صفة الحياة، نجد من خلال ذلك اتجاهين رئيسيين يتنازعان في تعريف مسالة الحق في سلامة جسم الإنسان وهما تباعا:

-**الاتجاه الأول:** ويرى بأن تجسيد مضمون الحق في سلامة الجسد يرتكز على نقطة سامية تتمثل في السير الطبيعي لأعضاء الجسم في أداء وظائفها[44]، معنى ذلك أن الإنسان له حق ثابت لا يمكن التنازل عنه أو المساس به، ويتمثل في تأدية أعضاء جسمه ما أنيط بها من وظائف طبيعية وحيوية دونما إخلال في السير الطبيعي لهذا الآداء.

---

42 () توفيق حسن فرج: **المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للحق**، القاهرة، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1978، ص 42.

43 () فتوح عبد الله الشاذلي: **جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص،ص 131، 132.

44 () أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 182.

فهذه الركيزة تعلو الركائز الأخرى التي يقوم عليها الحق في سلامة جسم الإنسان بالتكامل الجسماني أو عدم إحداث آلام جسدية أو نفسية، وكل نقض وانتهاك لهذين العنصرين يعد مشروعا وفقا لرأي هذا الفقه، مادام وقع لتحقيق مصلحة متعلقة بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء، فهي العنصر الرئيسي والمصلحة الممثلة لحق الإنسان في سلامة جسده والتي تتعلق بالدرجة الأولى بركن الصحة[45] .

-**الاتجاه الثاني:** ونراه أنه الاتجاه الراجح، فهو ينظر إلى الحق في سلامة الجسد انه يقوم على ثلاث ركائز أساسية متساوية مع بعضها البعض من حيث الأهمية بالنسبة لهذا الحق فكل اعتداء على إحداها يعد انتهاك للحق في سلامة الجسد ويعد ذلك الفعل مجرم[46].

وأول هذه الركائز تتمثل في الحق في السير الطبيعي للأعضاء عند تأديتها لوظائفها الحيوية فكل فعل يمس أحد الأعضاء أو يخل بوظيفته يعد اعتداء وانتهاك للحق في سلامة الجسد، مع العلم وأن الإخلال بالسير الطبيعي للوظائف قد يكون فسيولوجي يبتر أحد الأعضاء أو تعطيل وظائفها وكذلك وظائف الأنسجة ومشتقات الجسم (كالأنزيمات والهرمونات والجينات...) [47].

بالإضافة للإخلال الفسيولوجي قد يكون الإخلال سيكولوجيا وقد أكد ذلك الدكتور سامي الشواحيث قال بأنه يتخذ صور إضعاف الذاكرة أو إحداث تشويش ذهني للأفكار والدوافع والانفعالات والاهتمامات والاتجاهات إلى ما شابه ذلك من صور الإيذاء النفسي التي تدخل في تكوين الشخصية بما في ذلك الخصائص الجسمية.

---

45 ( ) محمود نجيب حسني: المقالة السابقة، ص 563.
46 ( ) محمد عوض:المرجع السابق، ص 135.
47 ( ) محمد عوض:المرجع المرجع، ص 136

وبذلك ننتقل إلى الركيزة الثانية وهي الحق في التكامل الجسماني، فلا يجوز نقض التكامل النسيجي والبنيوي للجسم البشري، فكل اعتداء عليه يعد إنهتاك للحق في السلامة الجسدية في أحد أركانه وهو لا ريب في نظر القانون فعلا غير مشروع يساءل عليه جنائيا أو مدنيا حتى وإن اتخذ صور الوخز الخفيف أو الخدوش البسيطة [48].

وأخيرا بالنسبة للركيزة الثالثة فتتمثل في الحق في التحرر من الآلام البدنية، فكل ما يحدث آلاما يستشعرها المجني عليه يعد اعتداء على حقه في سلامة جسمه، حتى وإن لم ينقض تكامله الجسماني فهو فعل غير مشروع.

هذه هي الركائز التي تبناها غالبية الفقه الجنائي وهي دعائم الحق في سلامة جسم الإنسان ولا يمكن أن يقوم بدونها ولا يعلو أحدها عن الآخر أو يتقدمها.

الفرع الثاني: الصور الأصلية لفعال الاعتداء على الحق في سلامة الجسم:

إن المشرع قد عبر عن أفعال الاعتداء المحققة للركن المادي لجرائم الاعتداء على سلامة الجسم بألفاظ لها دلالة لغوية معينة والتي قد تكون عمدية أو غير عمدية فتتخذ صورة الجرح أو الضرب أو إعطاء المواد الضارة.وإن المشرع عندما تناول هذه الأفعال نوعا ما قد أحاط بجل صور المساس بجسم الإنسان فيحقق له بذلك حماية فعالة وسوف نتناول كل جريمة على حدى بشيء منه الشرح كما يلي:

الجـــرح:

---

48 ( ) محمد عوض:المرجع الأخير.

ونقصد به كل مساس بجسم الإنسان يؤدي إلى إحداث قطع فيه أو تمزيق لأنسجته و يجب أن لا يخرج الاعتداء عن هاتين الصورتين[49]،و القطع يكون سطحيا على مستوى الجسم، أما التمزيق فهو عميق يقع على مادة الأنسجة وخاصة الداخلية التي يكسوها الجسم، بذلك يكون الجرح على صورتين: ظاهرية تبدو على خارج الجسم، وداخلية لا تكون لها علامة خارجية بالجسم، بل التمزق هنا يكون في الداخل كأن تقع على مستوى الكلى أو الكبد، كما يرى عوض محمد أن الجرح يدخل في مفهومه كسر العظام والتسلخات والرضوض والحروق والكدمات والوخز، كما أن كسر الأسنان يعد من قبيل الجروح[50].

والمشرع لم يشترط في إحداث الجروح استخدام آلة معينة فالطبيب قد يستخدم آلة قاطعة بالسكين، أو واخزة كالإبرة،وقد ينشأ الجرح من استعمال التيار الكهربائي الذي يوصله الجاني إلى جسم المجني عليه. مؤدي ذلك انه متى ثبت حصول الجرح تحققت الجريمة، ولو لم تتمكن المحكمة من معرفة الآلة المستخدمة من قبل الجاني ولا يعاب حكمها إن صدر وأخطأ في تحديد الآلة المستخدمة.

الضــرب:

فيعني به كل ضغط مادي على الجسم لا يؤدي إلى أحداث قطع فيه أو تمزيق لأنسجته[51]، وهنا كذلك لا يشترط الفقه والقانون استعمال أداة معينة لإتمام فعل الاعتداء،ولا يتطلب قدرا معينا من الجسامة فالعقاب واجب على فعل الضرب مهما كان بسيطا أو زادت درجته تاركا للأثر أو لم يترك.

---

49 ( ) قتوح عبد الله الشاذلي: المرجع السابق، ص 134.

50 ( ) عوض محمد: المرجع السابق، ص 137.

51 ( ) *Patrick Comin :**Droit Penal Général**, Paris. Hachotte Superier livre,2001, P 105.*

لكن القضاء المصري توسع في مفهوم الضرب وصرفه إلى كل اعتداء مادي يقع على سلامة جسم الإنسان، ولو حصل بغير ضغط عليه، فعرفته محكمة النقض المصرية على انه «كل فعل مادي يقع على جسم الإنسان عمدا بقصد الإيذاء»[52]، ولكن يؤخذ على هذا التعريف أنه يدخل أنواع أخرى من أفعال الاعتداء لا تعد من قبيل الضرب، فهي أشد جسامة من أفعال التعدي والإيذاء الماسة بسلامة الجسم، ومثال ذلك كتم نفس شخص،لوي ذراعه، جره من ساقه أو جذبه من شعره، أو الضغط على عنقه ...الخ.

ولكن ودون شك أن وسائل الإيذاء النفسي يمكن أن تؤدي إلى مساس غير مباشر بجسم المجني عليه على الرغم من عدم انطباق وصف الضرب أو الجرح عليها[53]، ولكن مادامت هناك علاقة السببية بين الفعل والإيذاء و يمس بسلامة جسم الإنسان فيستوجب النص على العقاب عليه ونرى أن على المشرع تدارك ذلك العيب في التشريع.

إعطاء المواد الضارة:

يقصد بها تناولها فعلا، سواء عن طريق الفم أو الأنف أو بأي وسيلة أخرى كوضع المادة على جلد المجني عليه لتتسرب عبر مسامه إلى داخل الجسم أو بطريق الحقن، ولا يشترط أن يسلم الجاني المادة الضارة للمجني عليه بنفسه، بل يكفي أن توضع المادة الضارة في متناوله على نحو يؤدي إلى وصولها إليه كأن يمزج الطبيب المادة الضارة بدواء المريض أو بشراب معد له، أو يسلمها إلى شخص استعان به لتوصيلها إلى المجني عليه[54].

فالإعطاء هو تعبير ينصرف إلى كل نشاط للجاني تكون نتيجته وصول المادة الضارة إلى جسم المجني عليه كي تباشر تأثيرها الضار بسلامته البدنية أو النفسية.

---

52 ( ) رمسيس بهنام**:النظرية العامة للقانون الجنائي**، الطبعة 3، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997، ص 341.

53 ()علي عبد القادر القهوجي و فتوح عبد الله الشاذلي: **شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية ، 2003، ص 201.

54 ( ) مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 192.

والمادة الضارة جاءت بصفـة عامة فلم تعدد ماهيتها، فقد تكون سائلـة أوغازية أو صلبة، بل وقد تكون فيروس أو ميكروب يحقنه الجاني للمجني عليه بقصد الأضـرار به دون قصد القتل، كثقل الطبيب لمريض، دما ملوثا بفيروس الإيـدز[55]،أو يروس الكبد (C)، فيعد ذلك إعطاء لمادة ضارة بالصحة فيعاقب بفعله على جريمة إعطاء المواد الضارة وليس جريمة التسميم، هذا إذا كان الجاني يعتقد أنها مادة ضارة فقط بصحة الإنسان وليست قاتلة ولكن أدت بفعل ذلك إلى وفاة المجني عليه.

[55] () محمد عبد المقصود حسن داود:المرجع السابق، ص 351.

المبحث الثاني: الأعمال الطبية مع مبدأ حماية جسم الإنسان اتساعا وانحسارا:

إن الأعمال الطبية التي يمارسها الطبيب كما هو معلوم تعد جرائم، إذا مارسها أوأتاها شخص غيره، فهو يتعرض لجسم المريض ويسبب له آلاما، ويصيبه بجروح نتيجة للعمليات الجراحية التي يجريها له، إذ تصل إلى حد استئصال بعض الأعضاء من الجسم إضافة على أنه إلى اتصال بالمواد المخدرة التي قد يصفها له لضرورات العلاج.

ولا شك أن إباحة جملة هذه الأفعال يشكل خروجا استثنائيا على قواعد العقاب المحددة لإتيانها من قبل الأشخاص العاديين وذلك لوجود مصلحة أقوى من المصلحة التي دفعت إلى تجريمها[56] وتتمثل في الترخيص لبعض الأشخاص بمباشرة نشاط اتفق المجتمع على مشروعيته، بل ضرورته لصيانة مصالح الأفراد، رغم اتسامه بمقومات تشكل جريمة، وهي المساس بالسلامة الجسدية ومنه فالأعمال الطبية التي يمارسها الطبيب مباحة بحكم وظيفته وما تحتمها طبيعة مهنته الإنسانية[57]، الأمر الذي يرتب عنه تمتعه بحصانة جنائية منوطة بالتزامه بأصول المهنة.

وانسجاما مع ما تقدم، فإن انتفاء المسؤولية الجنائية عن استعمال هذا الترخيص رغم مساسه بجسم الإنسان، كان على أساس استند عليه لإباحة هذه الأعمال فما هو هذا الأساس؟ ورغم انتفاء المسؤولية الجنائية فإنه لا يعني إباحة ممارسة هذه الأعمال إباحة مطلقة دون شروط وقيود، بل إن ذات النصوص التي تبيح ممارسة هذا الحق تقوم بتحديد بعض قواعدها وضوابط المحكمة لها تاركة التفاصيل للقوانين والأنظمة المتخصصة[58].

وسيتم تبيان ذلك ضمن المطالبين التابين حيث نتناول في الأول أساس إباحة الأعمال الطبية وفي الثاني نستعرض شروط ممارسة مهنة الطب.

---

56 ( ) ممدوح عزمي: **دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب**، القاهرة، دار الفكر العربي، 2000، ص 86.

57 ( ) بابكر الشيخ: **المسؤولية القانونية للطبيب**، ط 1، الأردن، دار الحامد للنشر، 2002، ص 54.

58 ( ) مأمون سلامة: **القانون العقوبات (القسم العام)**، القاهرة، دار الفكر العربي، 1989، ص 187.

المطلب الأول: أساس إباحة الأعمال الطبية

اعترف المشرع بالأعمال الطبية ونظمها في قوانين خاصة منها قانون أخلاقيات مهنة الطب والقانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجزائري رقم **85-05** الصادر في:**16/02/1985** وإنه لم يقم بذلك إلا لإحساسه بحاجة الناس إليها وما تحققه من مصلحة اجتماعية، رغم كون هذا النشاط يفضي إلى إصابة جسم الغير وإمكانية إسقاطه على النصوص القانونية المعاقبة على المساس بسلامة الجسد.

والمتفق عليه أن الأعمال الطبية واردة على قسمين، الأول تؤتى الأعمال لمجرد الكشف عن أسباب الصحة والوقاية من الأمراض فيحسن الظروف الصحية للمريض ولا يكون أي مساس بجسده فهذا القسم لا يندرج تحت إطار من نصوص القانون الجنائي فالإشكالية تظهر في القسم الثاني أين يقوم الأطباء الجراحون بأعمال تمس بالجسم فتؤلم المريض وتصيبه بجروح قد تصل إلى وفاته أو إصابته بعاهة مستديمة[59].

ولكن جوز كل ذلك للطبيب ما دام مقصده الأساسي هو شفاء وحماية المريض لا الاعتداء على سلامة جسده والسؤال المطروح هو ما هو أساس وتجويز هذه الأعمال الطبية؟

ما هي الحالات التي تتحقق فيها الإباحة في مجال الأعمال الطبية؟ وسنجيب على هذه الاستفسارات تباعا:

الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية حول مرد تجويز الأعمال الطبية

تنازع العديد من الفقهاء حول فكرة الإذن والتجويز للأعمال الطبية، فذهب البعض منها إلى أن مرد هذا الإذن هو رضاء المجني عليه بتلك العمليات الجراحية.[60] أما البعض الآخر فيرى أنه يعود أساس ذلك إلى انعدام القصد الجنائي لدى الطبيب،وانتهى البعض الثالث إلى القول بأن أساس ذلك كله هو إذن القانون والترخيص

---

59 () محمد صبحي محمد: **رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية**، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983، ص 178.

60 () بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص 80.

بمثل هذه الأعمال[61]، وبالتالي سنتناول هذه الاتجاهات بشيء من التفصيل كما يلي:

-**الرأي الأول**: وهو الاتجاه القائل أن:

أن أساس إباحة الأعمال الطبية هو رضاء المجني عليه، وقد ساد هذا الرأي لدى الفقه والقضاء الإنجليزي حيث يسمح بإجراء التجارب العلمية والأبحاث الطبية على جسم المريض برضائه الحر وبقصد العلاج، بشرط أن لا يصيب هذا المريض خطر جسيم في بدنه، كما حذا حذوه الفقه الألماني والذي أجاز التجارب العلمية والأبحاث الطبية واتساع أعمال الطب برضاء المريض ما دام الهدف نبيلا وهو إعلان الحرب على المرض وبقوة وتحقيق فائدة اجتماعية إنسانية [62].

ولقد رد على هذا الرأي على أساس أن الحق في سلامة الجسد ليس حقا خالصا للفرد فقط حتى يملك التنازل عليه أو يكون رضاه أساسا في إباحة الأعمال الطبية، بل إن سلامة الجسد يستأثر بها جانبان الأول هو اجتماعي والثاني فهو فردي، فلو نظرنا إلى مسألة الرضاء لوجدناها مقتصرة على الجانب الفردي دون الجانب الاجتماعي (المجتمع) الذي يتقاسم هو أيضا الحق على المحافظة على سلامة الجسد لكي يتمكن من أداء وظيفته الاجتماعية التي يفرضها عليه النظام الاجتماعي وعلى أكمل وجه. (63)

---

61 () بارش سليمان: **شرح قانون العقوبات الجزائري(شرعية التجريم)**، الجزء الأول، باتنة، مطبعة قرفي، 1992، ص ص، 103-104.

62 () محمد صبحي نجم: **رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية**، المرجع السابق، ص 219.

63 () محمد يوسف ياسين: **المسؤولية الطبية**، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 98.

ومنه متى رضي الفرد بتلك الأعمال يبقى حق المجتمع فهذا الأخير لم يبين رضاءه ولم يتنازل عن حقه [64]. وهذا ما جعل هذا الأساس غير مقبول.

ورد أيضا على هذا الرأي بأن رضاء المجني عليه ليس موجودا دائما، لأن في بعض الأحوال يتعذر الحصول عليه ككون المريض في غيبوبة أو أنه أصلا لا عقل ولا إرادة له أو كونه صغيرا لا يميز ولا يوجد من يقوم مقامه في إعلان الرضا،فيكون الطبيب أمام حالة الضرورة والاستعجال، فيتجاوز عن هذا الرضاء أصلا فلا يعتد لا بالرفض ولا بالموافقة، إذا كان التدخل الطبي ضروريا لحماية الصحة العامة كإجراء الفحوص والتطعيم الإجباري وفي حالة تفشي الأوبئة وكذلك الفحوصات التي تسبق مباشرة أعمالا معينة [65].

وهذا يفيد إلى أن رضاء المجني عليه ليس سببا للإباحة، وإنما هو شرط لممارسة الأعمال الطبية، فهناك فرق شاسع بين علة وسبب إباحة عمل وبين شرط القيام به.

كما تجدر الإشارة إلى أنه لو سلمنا وقبلنا هذا الأساس لأدى بنا إلى نتائج يجرمها القانون مثل تجويز الإجهاض متى رضيت المرأة بذلك ولو لغير ضرورة ولأجزنا بيع الأعضاء وهي كلها أمور مخالفة للقانون ويعاقب عليها.

-الرأي الثاني: القائل بأن سبب الإباحة هو انعدام القصد الجنائي لدى الجاني:

لأن إرادة هذا الأخير اتجهت إلى إشفاء وتخفيف آلام المجني عليه لا إلى الإضرار به أو مسه بالأذى.

---

64 () أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 119.

65 ((*Xavier Lesegretian et Stéphanie Chassany, **La Protection Juridique de l'Hôpital**, Paris Berger – Levrault, 1999, P 141*.

انتقد هذا الرأي ورد على أساس أن القصد من العمل الشفاء أو العلاج، يعد من قبيل البواعث وليس من مكونات القصد الجنائي. [66] لو اعتمدنا البواعث كأساس للإباحة لجوزنا القتل بدافع الرحمة، والتجارب العلمية التي يجريها الأطباء على الأفراد لنبل باعثها وعموم مصلحتها، ولكن هذه الأفعال مجرمة قانونا ومنه فانتفاء القصد الجنائي أوشرف الباعث لا يصلح كأساس لإباحة هذه الأعمال [67].

-**الرأي الثالث**: المستند إلى أن سبب الإباحة هو إذن القانون:

ونجد أن الفقه الحديث يكاد يجمع على هذا الأساس، ذلك لأن الطبيب عندما يقوم بالمساس بالجسد يكون قد مارس حقا قرره له القانون، ومن ثم لا يكون مرتكبا لأي عمل مجرم، ولكن بالتبصر في العلة والسبب الذي من أجله جوز للطبيب القيام بهذا العمل نجد أن المصلحة المتوخاة من وراء هذه الأعمال أشد وأكثر حماية للجسد وصيانة له من هذا المساس الذي حصل، فالجراحة التي يزيل بها الجراح عن المريض مرضا، لا تحقق في الأصل الركن المادي المكون لجريمة الجرح، بل زال عنها وصف الجريمة واعتبرت أصلا من قبيل النشاط المتلائم مع طبيعة الحياة الاجتماعية لأن الركن المادي في جريمة الجرح يفترض فيها إنزال المرض لا رفعه، أي عكس العمل الطبي، فمثلا في العملية الجراحية المنقضة لإنسان من الموت باستئصال خلية سرطانية، لا يمكن الكلام عن مظهر مادي للجريمة، بل هذا سلوك متلائم مع طبيعة العلاقة الاجتماعية [68].

---

66 () فتوح عبد الله الشاذلي: المرجع السابق، ص، ص 146- 148.

67 () محمد صبحي نجم: **الجرائم الواقعة على الأشخاص**،عَمان، دار الثقافة للنشر، 1999، ص 87.

68 () رمسيس بهنام: المرجع السابق، ص 34.

لكن المشرع لم يجز هذه الأعمال الطبية ويرخص بها لكل من يدعي التطبيب،وإنما قيد ذلك بشروط نص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها و قانون أخلاقيات الطب أضف إلى ذلك أنه أباح هذه الأعمال في حالات معينة سنعرف عليها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: نطاق الإذن القانوني للأعمال الطبية

إذا كان الأصل في جسم الإنسان أنه معصوم من كل اعتداء عليه، حتى ولو كان هذا المساس برضائه، فهو مجرم ومعاقب عليه؛ ولكن هناك حالات يتم فيها هذا المساس ويذيل الفعل وصف التجريم وذلك لأنه قد تم في ظل الفعل المباح. وأهم حالات الإباحة وتطبيقاتها، ممارسة الأعمال الطبية، ويعود ذلك إلى أنها وسيلة لتحقيق غاية سامية وهي إمتاع الإنسان بسلامته الجسدية الكاملة، أو تقليل معاناته وآلامه بقصد الشفاء ورفع المرض. [69] فالإنسان بحكم اتصاله اليومي بالأمراض يعد من التفاعلات الطبيعية التي لا دخل لإرادة الإنسان فيها فبرزت فكرة التطبيب وعلاقة المريض بالطبيب بقصد واحد وهو تحقيق سلامة جسم الإنسان والحفاظ عليها وترقية صحة المجتمع، وبالتالي هذا عكس ما يراه أفلاطون إذ عامل الأطباء باستخفاف، فيرى أن الحاجة إلى وجود الأطباء دلالة على اعتلال المجتمع جسمانيا أو نفسيا [70].

وإذا كان القدر الذي كان مسموحا به فيما مضى هو القدر الذي يؤدي إلى العلاج فقط، فإنه في الوقت الحاضر لم تصبح الأعمال الطبية قاصرة على ذلك بل أصبحت تتدخل في حالات

---

69 () حسن سعد سند:**الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية**، الطبعة الثانية،، القاهرة،دار النهضة العربية ص: 324.

70 () بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص: 02.

ليست بقصد الشفاء من مرض بدني بالمعنى الدقيق، بل لتخليص الجسم من عارض غير طبيعي فيه، المشكل للشخص مرضا نفسيا، فتكون تلك الأعمال الطبية لازمة للعلاج النفسي لا العلاج الجسدي. فالمصاب بتشويه أو بتر أحد أعضائه أو وجدت زيادة فيه، فإن هذا يؤثر فيه، ويكون له مرضا نفسيا يلازمه مدى حياته، سينعكس على سلامته الجسدية، لأنه ستنجم عنه أمراض بدنية أخرى كمرض القلب أو الضغط في الدم أو داء السكري...إلخ. ومنه فإجراء العمليات الجراحية التجميلية يزيل عنه ذلك ويضع حدا لكل الآلام والمعاناة النفسية، مما جعل القوانين تأذن بها وتجيزها، وقد أكد ذلك الدكتور محمد صبحي نجم إذ قال بأنه تتفق معظم التشريعات الأجنبية والعربية فقها وقضاء، على شرعية العمليات التجميلية، إذا لم يترتب عليها أضرار وأخطار جسيمة على سلامة جسم المريض، ولم يكن هناك مانع يتعلق بالصحة العامة في أداء واجب اجتماعي ما يمنع من إجرائها.[71] فهناك فائدة شخصية وفائدة اجتماعية.

وهي كثيرة أحوال إباحة عمليات التجميل ومتعددة صورها لا يمكن حصرها،ومن هنا يمكننا القول أن حصر الأعمال الطبية المأذون بها ضرب من المستحيل أمام التطورات العلمية المذهلة يوميا، وهذا ما جعل الفقهاء يؤكدون على أن كل فعل يأتيه الطبيب يأتي طبقا للقواعد الطبية السائدة في وقت معين أنه ضروري وملائم لمباشرة الطبيب مهنته، يعتبر فعلا مشروعا ومباحا أتاه الطبيب استعمالا لحق مقرر له بمقتضى القانون، لأن أول حد قيد به في ذلك هو وجود علة جسمية أو نفسية يراد منها بالعلاج إزالتها أو في القليل التهوين من شدتها، فأي فعل تنعدم فيه هذه العلة

---

[71] () محمد صبحي نجم: **رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية**، المرجع السابق، ص 194.

وتلك الغاية يفقد العمل الطبي مبرره ويصبح مكونا للجريمة، كنقل ميكروب إلى شخص سليم لمجرد معرفة ما إذا كان هذا الميكروب معديا، أو قتل المريض تخليصا له من آلام مبرحة غير قابلة للعلاج، لأن هذا خارج عن روح و مقصد مهنة الطب، وهذا ما يبرر أن النشاط الطبي ممارسته ليس حق، بل استخدام رخصة، على اعتبار الحق أنه يفترض وجود علاقة معينة بين صاحبه وبين مدين معين به، وهذا لا يصدق على العلاج الطبي، فليس للطبيب حق إعمال مبضعة في شخص معين، وإنما الطبيب يرخص له بأن يباشر أعماله مع كل مريض يلجأ إليه طالبا العلاج. [72]

المطلب الثاني: شروط ممارسة العمل الطبي

لقد أشرنا في السابق إلى أن للتطبيب غاية سامية هي إمتاع الإنسان بسلامته الجسدية ومنع أو تقليل معاناته وآلامه، لكن لا يمكن تحقيق هذه الغاية إلا إذا بوشر المساس بجسم الإنسان في النطاق المباح به، ومن ثم أحاط القانون هذا الفعل الذي يمس بالجسد والمتمثل في العمل الطبي بسياج من الحدود والقيود، لضمان استعماله في سبيل تحقيق هذه الغاية فحسب، وألا يتم العبث بجسم المريض وانتهاك حرمته، وهو الذي وضع ثقته في ذلك الطبيب وسلم جسده ووضعه بين يديه لإزالة الآلام ورفع المرض عن جسمه. فكانت تلك القيود هي الحد الفاصل بين الفعل المباح والجريمة، لذلك سارع المشرع لفرضها على الطبيب وكما نعتبر أنه ذكي لما فرض قيودا وشروطا أخرى على من يقع عليه، فعل التطبيب لأنه قد يحدث وأن يكون هذا الأخير راض بالفعل الإجرامي الواقع عليه إلا أن هذا الرضا لا يعتد به، وليس له

---

[72] () رمسيس بهنام: المرجع السابق، ص: 342.

أثر في إخراج ذلك الفعل الماس بسلامة جسم الإنسان من دائرة المحضورات إلى دائرة الإباحة فهو يبقى دائما فعلا غير مشروع ومعاقب عليه وهذا ما سنوضحه في الفرعين التاليين مبينين الشروط أو القيود الواقعة على القائم بالأعمال الطبية في فرع أول وفي الثاني سنوضح فيه القيود الموضوعة على من يقع عليه فعل التطبيب وهذا على الوجه الآتي:

الفرع الأول: القيود الواردة على القائم بعمل التطبيب

رغم أن التشريع قد أباح ممارسة العمل الطبي على الجسم البشري وانتفاء المسؤولية الجنائية في ذلك، لكنه لا يعني إباحة لها استعمال الحق في التطبيب استعمالا مطلقا وكما ذكرنا آنفا أن تلك الممارسات وضعت لها قيود وشروط، فعلى الطبيب الالتزام بها وكل مخالفة لذلك يعد الفعل غير مشروع مما يستوجب العقاب. وهذا ما سنوضحه على الوجه الآتي:

-وجود ترخيص قانوني بمزاولة مهنة الطب

من البديهي أن يكون أولى الشروط التي يتوجب توافرها لإباحة عمل الطبيب هو الترخيص له بمزاولة مهنة الطب، فلقد نص المشرع في المادتين **197** و **198** من القانـون الجزائري لحماية الصحة وترقيتها[73] على هذا الشرط، فبالرغم من حصول الشخـص على شهادة الاختصاص الطبي فإنه لا يستطيع أن يمارس مهنـة التطبيب أو الأعمال الجراحية إذا لم يرخص له ذلك. وهذا الترخيص يسلم له من قبل الوزير المكلف بالصحة، ويعتبر

---

[73] () وزارة العدل: **قانون حماية الصحة وترقيتها**، رقم 05، 85 الصادر في 1985.

الإذن الحقيقي القانوني الذي يضفي على كل عمل يقوم به في ذلك المجال صبغة الإباحة.

فإذا تولى العلاج شخص ليس من المرخص لهم به، وأحدث جرحا بجسم الغير،كما لو أجرى له عملية جراحية، أو أعطاه حقنة، كان ذلك الشخص مسؤولا جنائيا عن جريمة الجرح العمد إن نجم عن ذلك ضرر للمريض، حتى وإن كانت مداخلته بنية العلاج لا الإضرار، ولا يغير من الأمر شيئا في التكييف القانوني للمسؤولية[74] حتى وإن جاء تدخله بناء على طلب من المريض أو بموافقته التامة، وكما يضاف إلى ذلك أنه سيساءل على جريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص.

ويعد الترخيص شرطا لممارسة المهنة، القصد من ورائه هو التثبت من استيفاء الطبيب أو الجراح كل الشروط التنظيمية اللازمة للقيام بهذه الأعمال، ومن ثم فإنه لا يبرر القيام بهذه الأعمال الحصول على الشهادة فقط.بل الحصول على الأخيرة أي المؤهل الدراسي المعد لهذه المهنة هو شرط أساسي ولعله أهم ما يتطلبه القانون حتى يمنح هذا الترخيص، و أن المشرع لا يثق في غير من لم رخص له بالعلاج، إذ في تقديره هم الذين يستطيعون القيام بعمل طبي يطابق الأصول العلمية [75].

والحكمة من ذلك هي الحفاظ على صحة المواطنين وصونها من حيث الدخلاء على مهنة الطب، إذ ليس لهم من مقومات الإعداد الفني ما يؤهلهم لمباشرة تلك المهنة وإن وفقوا في العلاج مرة يخفقون مرات [76].إضافة إلى المؤهلات العلمية للحصول

---

74 () رمسيس بهنام: المرجع السابق، ص: 345.
75 () بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص ص: 56-57.
76 () رمسيس بهنام: المرجع السابق، ص 345.

على الترخيص القانوني، توجد شروط أخرى منصوص عليها في المادة **197** من قانون الصحة الجزائري وهي:

- أن لا يكون مصابا بعاهة أو علة مرضية منافية لممارسة المهنة.
- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.
- أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة.

وقد أضافت المادة **199** من نفس القانون على وجوب أداء اليمين حيث جاء فيها:«**يؤدي الطبيب وجراح الأسنان أو الصيدل، المرخص له بممارسة مهنته، اليمين أمام زملائه،حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم**».

-التقييد في السجل الدائم والتقيد بالاختصاص

يتم قيد طلبة الطب في كشف تمهيدي عند قضاء فترة التدريب فقط وأشارت إلى المادة **200** من قانون الصحة وترقيتها **(85-05)** وأنهم يمارسون فترة التدريب في المؤسسات الصحية العمومية وتحت مسؤولية رؤساء الهياكل الممارسين [77].

ثم يقيد في السجل الدائم كل شخص تم قيد اسمه في الكشف التمهيدي.

ويتوجب على الطبيب الالتزام بممارسة مهنته ضمن إطار الاختصاص المحدد في الترخيص الممنوح له، فإذا كان الترخيص محدد بمزاولة أعمال التخدير، وقام بإجراء عملية جراحية في

---

77)(*Patrick Faugerolas: **Le Directeur de l'Hôpital Face Aux Juges**, Paris, Ellipses, 1998, P,P: 171, 172.*

القلب، فيكون هنا متجاوزا حدود الترخيص الممنوح له فيسأل جنائيا حتى وإن أجرى العملية بناء على رضا المريض وطلبه [78].

-انصراف نية الطبيب للعلاج ومراعاة القواعد الطبية:

وهذا شرط أساسي لإباحة عمل الطبيب، وبالتالي يجب أن تنصرف النية في كل الممارسات الطبية إلى علاج المريض أو التخفيف من آلامه، حيث أن هذا الهدف إذا لم يجسد، وجاءت الأعمال الطبية لغير هذا الغرض وتلك الغاية انتفى هذا الحق، وقامت المسؤولية الجنائية على هذا الطبيب، حيث لا يعتد برضا المريض ولا بشرف الباعث فالجريمة قائمة ولا يدخلان في عناصرها، بل يمكن اعتبارها من الظروف المخففة لا غير عند تقرير العقوبة.

وقد وضح المشرع الجزائري في المادة 161 من قانون الصحة وترقيتها **(85-05)** أن يكون العلاج هو الغرض من ممارسة الأعمال الطبية، فإذا انتفى هذا القصد صار عمل الطبيب مجرم واستحق العقاب.

كما يجب مراعاة القواعد الطبية المعترف بها علميا لإضفاء المشروعية على عمل الطبيب، وهذا الأخير مطالب أن يبذل جهودا صادقة يقظة، ومتفقة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية المقررة.[79] ، ومعيار العناية والحيطة في مجال العمل الطبي يتحدد بالقدر المتوسط من الدراية والمهارة، والرعاية في تطبيق المعلومات العلمية والفنية على الحالة الواقعية بما يتفق ومصلحة وحماية سلامة جسم المريض [80].

---

78 () محمد يوسف ياسين: المرجع السابق، ص 18.

79 () بارش سليمان: المرجع السابق، ص 103.

80 () أبو اليزيد علي المتيت: **جرائم الإهمال**، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار الجامعة للنشر، 1975، ص 219.

الفرع الثاني: القيود الواردة على من يقع عليه العمل الطبي

أشرنا في السابق على أن المشرع وضع قيودا لإباحة العمل الطبي وإعطائه صبغة المشروعية، وقد تطرقنا في الفرع الأول إلى تلك القيود الواقعة على القائم بالعمل الطبي وسنوضح في هذا الفرع الشروط الواقعة على المستهدف بهذه الأعمال التي تتمثل في قيد الرضا أي رضاء من يراد المساس بسلامة جسده[81]، ولكن هذا الشخص المستهدف سندرس رضاه في حالتين، الأولى إذا كان المستهدف شخصا مريضا والحالة الثانية هي كون هذا الشخص صحيحا متبرعا، وسنعرض للحالتين بشيء من الشرح وفقا لما يلي:

-رضاء المريض بهذه الأعمال:

لقد نص المشرع الجزائري في **المادة 154** من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن العلاج لا يقدم إلا بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذاك، وإذا تعذرت هذه الموافقة لكون المراد علاجه في غيبوبة أصلا، أو صغيرا، أو لا عقل له، وغيب من له الحق في ذلك، أو لم يكن موجودا أصلا، واستدعت حالته الاستعجال، فإن على الطبيب أن يقوم بهذه الأعمال تحت مسؤوليته الخاصة.

وإذا رفض الشخص المراد علاجه العلاج الطبي، فإنه يشترط لعدم القيام بهذه الأعمال تصريح كتابي لهذا الغرض، وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء هذه الموافقة بعواقب رفض العلاج[82].

---

81 () أحمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق، ص 119.

82 () هدى حامد قسقوش:«**القتل بدافع الشفقة، دراسة مقارنة**» رسالة دكتوراه، جامعة عين شمي بمصر، 1994، ص 42.

وإن اشتراط المشرع الرضاء المجني عليه يعد شرطا بديهيا، لأن هذه الأعمال تتعلق بحق محمي قانونا ألا وهو حق الإنسان في سلامة جسده وعدم المساس به، وأن أي مباشرة لهذه الأعمال دون رضاء المريض يعاقب مرتكبها متى لم تأت مطابقة للقانون.

فالرضاء هو حرية المريض في اختيار التدخل الطبي أو الجراحي أو رفضه فهو وحده الذي يملك تحديد ما تستوجبه مصلحته [83].

فبناء على ذلك أصبحت الثقة التي تتوافر في الطبيب والتي كانت تقوم عليها أساس العلاقة بين المريض والطبيب لا تكفي لكي ينفرد الطبيب باتخاذ القرارات المتعلقة بالرعاية الصحية في مواجهة المريض، بل أصبح من الضروري مشاركة المريض من خلال موافقته في حالة تنفيذ أي عمل طبي فيه مساس بسلامة الجسد أيا كان قدر أو طبيعة هذا المساس.

---

[83] () أحمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق، ص 119.

-رضاء الصحيح المتبرع بأعضائه

لقد اشترط المشرع في المادة **162** من قانون الجزائري حماية الصحة وترقيتها لانتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، و لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، اشترط الموافقة الكتابية من المتبرع وتحرير هذه الأخيرة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.

ولكي تكون هذه الموافقة قانونية، ومنتجة لآثارها، وبالتالي إباحة أفعال القائم بها استلزم المشرع طبقا للفقرة الثانية من المادة **162** على الطبيب إخبار المتبرع بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع.

كما قد قرر المشرع للمتبرع حق العدول والتراجع عن موافقته السابقة في أي وقت كان حتى وإن كان في آخر لحظة لإدخاله إلى غرفة التخدير، وذلك طبعا باعتباره صاحب أصل وحق، فالأصل فيه سلامة جسمه وتكامله الجسدي، وحقه في حمايته.

ويجـدر بنا معرفة نوع الرضاء المقبول قانونا والذي يعتد به، فإن شابه لــبس أو عيب رفض، على الطبيب عدم المساس بجسد من صدر عنه ذلك الرضاء المعيب،فالرضاء المعتد به هو الصادر عن إرادة كاملة وقانونية عن شخص كامل الأهلية قانونا.

حتى وإن كان الرضاء صادرا عن شخص كامل الأهلية وإرادة سليمة لكن الانتزاع الذي سيقع على أحد أعضائه سيضر بصحته، ومنه لا يمكن قبول ذلك الرضاء من المتبرع، والحكمة من ذلك أن جسد الإنسان ليس ملكا مطلقا له، وإنما يتوقف عليه وفاء الإنسان بواجباته نحو أسرته ومجتمعه، ومنه يتعين أن يشمل الخطر كل مساس بالجسد من شأنه أن ينال على قدر كبير من قيمة صاحبه

الاجتماعية وقدرته على النهوض بما يضعه المجتمع على عاتقه من الالتزامات [84].

[84] () رمسيس بهنام: نفس المرجع السابق، ص 351.

ملخص الفصل التمهيدي

تطرقنا أثناء دراسة هذا الفصل التمهيدي إلى عدة نقاط، تعد جد أساسية كمدخل للحق في سلامة جسم الإنسان، الذي يعدو محور اهتمام الدراسات القانونية، فتطلب منا وجوب التعرض لمدلوله القانوني، وذلك لتحديد نطاق الحماية الذي محيطه القانون به،ومادامت الأعمال الطبية واحدة من الممارسات المستهدفة والمنهكة لهذا الجسد،فتوجب تبيان مدى اتساع وانحسار ذلك النطاق.

ومادام أن الجسم يمثل محل الاعتداء وهو من المسائل الأولية اللازمة لبيان عناصر الركن المادي لكل من جرائم القتل والإيذاء، وبناء على هذه الأخيرة حدد المفهوم الاصطلاحي للجسم إلا أن قصورا كبيرا يلاحظ فيه إذا، ما انصرف الأمر إلى الأعمال الطبية المستحدثة خاصة. فتم تحديد المقصود بجسم الإنسان بالتصدي لدراسة مكوناته الممثلة في الأعضاء وكل ما يدخل في زمرة المشتقات والمنتجات البشرية وفقا لما جاد في قانون العقوبات الجزائري وتشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسية والأنجلو أمريكية. وقد تطلبت هذه المسألة ضرورة تحديد لحظتي وجود الجسم البشري ولحظة نهايته فبهما يحدد نطاق الحماية للجسم،وبناء على ما سبق عرفنا أنه رغم المساس بجسم الإنسان بانصباب الأعمال الطبية عليه واستهدفها له، فإنه تنتمي المسؤولية الجنائية عن استعمال هذا الترخيص من قبل الأطباء، وهو الأساس الذي استند عليه لاباحة هذه الأعمال بعد تنازع الفقه حول فكرة تجويز الأعمال الطبية، فقيل بأنه يعود لأساس رضاء المجني عليه واتجاه رده إلى انعدام القصد الجنائي وقد كاد يجمع الفقه على سبب الإذن القانوني. لكن التشريع لم يرخص هذه،

الأعمال لكل من يدعي التطبيب بل قيد ممارسته بشروط قانونية وفي حالات معينة، وإن هذه القيود ترد على نوعين، فالأولى يشترط توفرها على القائم بالعمل الطبي والثانية ترد على من يقع عليه العمل الطبي، والحكمة من ذلك هي الحفاظ على صحة المواطنين وصونها من عبث الدخلاء على الطب. فكانت تك القيود هي الحد الفاصل بين الفعل المباح والجريمة وضمان استعمال العمل الطبي في سبيل تحقيق غاية إمتاع الإنسان بسلامته الجسدية والتخفيف من معاناته وآلامه وألا يتم العبث بجس المريض وانتهاك حرمته.

لعل خروج الأعمال الطبية عن مألوف أغراضها ومقاصدها، التي تشكل المصلحة العلاجية والمحافظة على سلامة الشخص ركيزة وجودها وأساس مشروعيتها،ما دفع بنا إلى تناول أنواع الممارسات الطبية الموصوفة أفعال عمدية والموصوفة أخطاء، وهما نموذجين تستبين من خلاله آثار انعكاسات هذه الممارسات على نطاق الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان، وذلك أن غالبية الأعمال الطبية تفترض وجود طرفين رئيسيين هما المريض والطبيب،وأحيانا يضاف لها طرف ثالث وهو المانح المنقول منه العضو في عمليات نقل وزراعة الأعضاء.

وفي هذه الممارسات يبرز عمل الطبيب بشكل فعالا في ترتيب العديد من الآثار القانونية والمتعلقة بنطاق الحماية الجنائية للجسم كما أنه إذا كان من المسلم به توافر المصلحة العلاجية في الأعمال الطبية لما تحققه من فائدة للأشخاص، فإن الأمر يشوبه الكثير من الغلط والغموض بالنسبة لأعمال يتم فيها استئصال العضو من جسم سليم أوإجراء تجارب وأبحاث علمية، دون أن يكون في ذلك تحقيقا لأي مصلحة علاجية له،وقد يحتج بنبل وشرف الباعث،ولكن لا مكانة لتلك الحجج أمام ما ترتبه تلك التصرفات من أضرار و لا مفر من الإقرار بوجودها، مهما اختلفت الآراء حول ضآلة تلك الأضرار وتفاوتها من شخص لآخر، وذلك وفقا للحالة الصحية ونوعية الخطأ الطبي المرتكب [85].

لذلك يثور التساؤل في ضوء هذه الممارسات وتلك الإشكالات حول أشكال وأنواع هذه الممارسات تعدادا وتكييفا من الناحية الجنائية؟

---

[85] () مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 57 .

وللإجابة على هذا التساؤل يقتضي منا دراسة أشكال الممارسات الطبية الموصوفة أفعال عمدية الماسة بالتكامل والسلامة الجسدية وهذا في المبحث الأول وفي المبحث الثاني نستعرض تلك الممارسات الطبية الموصوفة أخطاء.

المبحث الأول: الممارسات الطبية الموصوفة أفعال عمدية الماسة بسلامة وتكامل جسم الإنسان

إن الأصل في الناس التساوي في حق السلامة الجسدية، فهو حق قرر لكل إنسان على السواء، بيد أن المساس به يتولد عنه آثار تنطوي على أضرار تختلف من شخص لآخر كل بحسب ظروفه من حيث سنة وصحته، فهي متصلة بالجانب الشخصي أو الذاتي للشخص، إلا أن المساس بسلامة الجسم أو الحياة للشخص يتعلق بالجانب الموضوعي وهذا متحد بين الناس، فأي مساس يعتبر ضرر في جميع الأحوال[86].

مع العلم أن هذه الأضرار تتوقف وتتحدد حسب درجة جسامة الفعل الضار الذي قام به الطبيب ونفذه على محل الاعتداء، ذلك أعضائه فحسب، بل قد يصل المساس قد لا يتعدى إلى إلحاق الأذى بالجسم وإصابة عضو من أعضائه فحسب، بل قد يصل المساس إلى درجة الخطورة حيث ينهدم الجسم كله، وعندئذ يكون الضرر قد وصل إلى أقصى مداه وهو فقد المضرور لحياته، وفي كلتا الحالتين تعد الممارسات الطبية أفعال إعتدائية على التكامل والسلامة الجسدية، كل بدرجة جسامتها.وبناء على ما سبق سنبين أنواع هذه الممارسات الموصوفة أفعال عمدية الصادرة عن الأطباء وسندرسها ضمن أربعة مطالب نتناول في الأول استقطاع وبيع الأعضاء والأنسجة البشرية، وفي الثاني سنستعرض فيه التجارب والأبحاث العلمية الواقعة على جسم

---

86 () طه عبد المولى إبراهيم: **مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني فيا ضوء الفقه والقضاء**، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر والقانون ،2000 ، ص 68.

الإنسان، أما في المطلب الثالث سنتطرق إلى التلقيح الصناعي الغير المشروع، وأخيرا سنتناول جريمة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج والمساعدة للمريض،وهذا ما سنراه تباعا.

المطلب الأول: استقطاع بيع الأعضاء والأنسجة البشرية

لقد أظهرت التطورات العلمية الهائلة وما ترتب عليها من مخاطر كبيرة باتت تهدد الإنسان، أهمية مبدأ حرمة الجسد وفاعليته في مواجهتها، فحذا ببعض الفقه إلى معارضة عمليات استقطاع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية وحظرها بوصفها خرقا لذلك المبدأ، لما يترتب عليها من مخاطر وأضرار على الإنسان، لاسيما الشخص المعطي[87]، فالحق في سلامة الجسد يكون في مصلحة الفرد في أن يظل جسده مؤديا وظائف الحياة على النحو الطبيعي المرسوم بالقوانين، والاحتفاظ الجسدي[88].

وإن عمليات النقل والزرع للأعضاء والأنسجة لم تلق القبول والاستحسان المتوقع لأنها وإن كانت انتصارا أو معجزة علمية لطالما حلم بها الأطباء إلا أنها كما قلنا تصطدم بحرمة الجسد، هذا الأخير الذي له أهمية وقدسية في مختلف الدساتير [89]،والتشريعات الجزائية والمدنية وكذلك الاتفاقيات الدولية، فالحق في التكامل الجسدي لا يقتصر على إسدال الحماية القانونية على الجسد الحي بأعضائه وأجزائه المختلفة فحسب، بل يمتد ليقرر إلى ما هو أبعد وأعمق من ذلك فيشمل جثث الموتى ولكن تتساءل هنا على قيمة هذا الحق بعد وفاة؟ وما هي الشروط التي تسمح للطبيب بالاعتداء على جسم الشخص الذي عهد إليه لحمايته ضد الموت، للاستفادة من وفاته باقتطاع أنسجة وأعضاء من جسده لأهداف قد تكون علاجية أو علمية بل يمكن أن تتعدى

---

87 () هيثم حامد المصاروة: المرجع السابق، ص 45 .

88 () محمود نجيب حسني: نفس المقالة السابقة، ص 530 .

89 () محمد صبحي نجم:" **الجرائم الواقعة على الأشخاص**" الطبعة الأولى ، عمان ، دار الثقافة 1994، ص 9.

إلى ما هو أخطر من ذلك وهو بيعها؟ وللإجابة على هذه الاستفسارات سنتعرض إلى الأساس القانوني لنقل الأنسجة والأعضاء في الفرع الأول ثم نليه بموقف الشريعة الإسلامية والتشريعات المعاصرة بين الحظر والإباحة ثم سنتطرق إلى بيع الأعضاء والأنسجة البشرية في فرع ثالث وأخير.

الفرع الأول: الأساس القانوني لنقل الأعضاء والأنسجة البشرية

نجد من بين المكتسبات الطبية الحديثة اقتطاع الأعضاء والأنسجة من جثة ميت أو شخص حي، ثم زرعها عند شخص مريض بهدف علاجه، فيسمى الأول بالمعطي والأخير بالمتلقي. فإذا قابلنا بين المصالح التي يتضمنها حق كل من المعطي والمتلقي في سلامة الجسم، لوجدنا كفة استقطاع عضو أو أي جزء من جسم المعطي أو جثته لزراعتها في جسم المتلقي، ترجح كفة مصلحة المعطي في عدم المساس بجسده، لأنه يجنب المتلقي ضررا أعظم من الضرر المترتب على هذا المساس، بحيث تكون المصلحة النهائية للعملية حماية مصلحة اجتماعية[90].

فهذه النظرية والتي يجب أن تقترن برضاء المانح اعتبرت مسوغا قانونيا يبيح عمليات استئصال الأعضاء والأنسجة من الناحية القانونية والأخلاقية وقد زاحمتها نظريات أخرى أبرزها نظرية الضرورة المقرنة برضاء المعطي[91].

وبداية فنظرية الضرورة يرى أنصارها أنها أساسا صالحا لإصباغ صفة المشروعية على عمليات نقل الأعضاء والأنسجة، فتحول دون قيام أية تبعة جنائية على الطبيب، فهذا الأخير يقوم بإجراء العملية إنما لدفع خطر جسيم يهدد المريض، وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على جسم المانح، فالطبيب هو المرجع في الموازنة بين الخطر المهدد للمريض والضرر الملحق بالمانح[92] والجدير بالذكر أن مؤتمر بيروجيا المنعقد من(**3-17**) سبتمبر

---

90 () بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص 207.

91 () *GHRISTIANE BYK : la recherche sur l'Embryon, aumain paris , JCP, 1996 ,p76.*

92 () مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 63.

1969 والخاص بزراعة القلب والتصرف بالأعضاء تبنى هذا الاتجاه القائم على نظرية حالة الضرورة [93].

ولكن إدراكا لما ترتبه هذه النتيجة من انتهاك صارخ المانح في سلامة وتكامل جسده والمتعارض مع المبادئ الأخلاقية والقانونية، فعمد أنصار النظرية، إلى اشتراط اقترانها بالرضاء الحر للمانح المستنير المجرد من أي ضغط مادي أو معنوي وأي تأثير عاطفي، ويجب أن تكون الموافقة بعد تبصير المانح وإعلامه مما قد سيلحقه من أضرار على تلك العملية نسبة نجاحها.

نقدت هذه النظرية من معارضيها على أنها تهدر كثيرا بالحق في سلامة الجسد إذ يمكن انتزاع الأعضاء والأنسجة جبرا، خاصة وأن رضاء المانح ليس عنصرا في حالة الضرورة وإنما هو شرط يمكن للطبيب استخدامه والتعلل به، كما أن هذه النظرية لا تجد تطبيقا في العديد من العمليات لفقدها أهم شروط تطبيقها، وهو ألا تكون ثمة وسيلة أخرى لدفع الخطر إلا بإيقاع الضرر على شخص آخر وأن يكون ذلك الضرر أخف، فلا يمكن تصور الأمر في عمليات نقل ونزع الكلي، فالمريض من الفشل الكلوي يمكن أن يعيش لفترة طويلة على جهاز الكلي الصناعية أو بالغسل الكلوي ، فلا نستطيع القول أن نقل كلية شخص سليم لهذا المريض الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر الذي يهدده[94].

وقد نازعت هذه النظرية، نظرية أخرى أيدها جانب كبير من الفقه فوجد في الرضاء المقترن بالمنفعة الاجتماعية ضالته المنشودة كأساس قانوني سليم لهذه الممارسة،فارتكن هذا الفقه

---

93 () رياض الخاني،« **مقررات و توصيات مؤتمر بيروحيا** » ،ص 08 .
www..ELMOSTAKBAL .htm/web.krol.com.2/4/2005.

94)) *J.B grenouilleur:* ***commentaire de la loi no 76.1181 du 22/12/1976 relative aux prélèvements d'organes****, Paris Dalloz, sirez 1977 ,p 213.*
أحمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق، ص 41.

إلى الرضاء الصادر من المانح بوصفه أساس يباح بمقتضاه انتزاع جزء من جسمه وفقا للشروط والضوابط المحكمة لعمليات نقل وزراعة الأنسجة والأعضاء[95].

وإدراكا من هذا الفقه لحساسية إباحة نقض التكامل الجسماني بمقتضى الرضاء المجرد،وأنه لم يعتبر سببا عاما للإباحة في العديد من الدول من بينها الجزائر، مما عمد إلى اشتراط اقتران رضاء المانح بمنفعة اجتماعية تنجم من العملية فكانتا الركيزتين الأساسيتين لإباحة ومشروعية هذه الأخيرة.

مع العلم أن جانب من الفقه الفرنسي يرى بأن عدم إعطاء للرضاء أي أثر مبيح كلما كان الحق المعتدي عليه تأبى طبيعته أن يكون محلا للتصرف من جانب صاحبه ويتجسد في الحقوق اللصيقة بالشخصية ومنها حق سلامة الجسد وتكامله لما يمثله من مصلحة اجتماعية تعلو على خصوصية ومصلحة صاحب الحق، لأن المجتمع له مصلحة في سلامة وتكامل أجساد أفراده تجعل من كل مساس من شأنه إهدار هذه القيمة فعلا، ولا ينفي عنه رضاء صاحبه صفة عدم المشروعية[96].

فإذا كان الجانب الاجتماعي يهدف إلى تكامل الأفراد والرقي بالمجتمع كوحدة واحدة بأداء كل فرد لوظيفته الاجتماعية فإنه يستلزم الرجوع إلى المحصلة النهائية لسلامة الأفراد دون اللجوء إلى تقييم الأفراد على حدى، فما يفقده المانح، في هذا الصدد يساوي نسبة ضئيلة مع ما سيرفع من مستوى أداء المتلقي لوظيفته الاجتماعية بعد علاجه، فالحاصل النهائي للمنفعة الاجتماعية لطرفي العملية سوف يكون أكبر[97].

---

95 () أحمد عبد الدائم:المرجع السابق، ص 250.

96 ((*Gaston Stefani et Georges Levasseur:,**droit pénal général** , 14 édition , paris , 1992, p294.*

97 ((أحمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق ، ص 42.

ولكي تتحقق المعادلة، أورد أنصار النظرية قيود واجب الالتزام بها لتحقيق الغرض الأسمى لعملية النقل والزرع ،وهي ألا يؤدي انتزاع العضو من المانح إلى انتقاص دائم وجسيم في صحته ، فيجب أن يظل ما سيلحق من أضرار أقل مما سيصيب المتلقي إن لم يزرع له العضو أو النسيج.

وثمة قيد آخر وهو توافر القصد العلاجي في عملية النقل والزرع وأن لا تكون وسيلة علاجية أخرى يمكن اللجوء إليها عوضا عن هذه العملية[98].

ورغم اجتهاد أنصار النظرية في إيجاد الحجج المنطقية وتمسكهم بفكرة التكافل الاجتماعي لإثبات سلامة منطقهم، إلا أنهم انتقدوا في رأيهم على أساس أن النظرية في تقديرها للمنفعة التي ستعود على المجتمع، سيكون منوطا بالأهمية الاجتماعية للشخص وما يشغله من مركز علمي أو قيادي فإذا كان المانح شخص عادي بسيط والمتلقي شخص ذو مركز أو أحد السادة أو العلماء هنا ستحقق منفعة اجتماعية كبيرة والعكس غير صحيح، كما انتقدت على أساس أن معيار المنفعة الاجتماعية غامض ومطاط بحيث سينزل بالصحة العامة للأفراد منزلة الشيوع فالنزع والنقل سيكون حسب عائد المنفعة الاجتماعية كما أن المنفعة ستكون دائما للمتلقي الذي سترفع كفاءة أداء جسمه لوظائفه وسيزيد من العائد الاجتماعي المنتظر منه، ولا يبدو الأمر كذلك للمانح على العكس سنتقص منه ذالك [99].

الفرع الثاني:موقف الشريعة الإسلامية والتشريعات المعاصرة من استقطاع الأعضاء والأنسجة البشرية

---

98 () مأمون محمد سلامة: **قانون العقوبات**، القسم العام،القاهرة، دار الفكر العربي، 1989، ص 237.

99 () مهند صلاح أحمد فتحي العزة:المرجع السابق، ص 79.

رغم حداثة ظهور عمليات نقل وزراعة الأنسجة والأعضاء إلا أننا نتلمس صدى هذه الممارسات من جوانبها القانونية والأخلاقية في آراء فقهاء الشريعة الإسلامية الأوائل، وليس من اليسير البت في ترجيح أحد الآراء على الآخر في مدى إباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء لأن لكل فريق نهجه في تفسير المرجعية التي يرتكز إليها.

وكتأصيل هو إجماع فقهاء المسلمين متأخرين ومحدثين على ضرورة التداوي من الأمراض، أيا ما كان كنهها، استنادا إلى الأحاديث النبوية الشريفة فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن البني صلى الله عليه وسلم قال:«**ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء**» فأمر النبي بالتداوي، لما رواه بن مسعود عنه صلى الله عليه وسلم:« **إن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء فتداووا**»[100].

وإذا كانت عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة تعد في أصلها من الوسائل العلاجية التي تحقق الشفاء العاجز عنه العلاج التقليدي، فهي منسجمة مع أغراض الشريعة الغراء، الأمر بالتداوي وضع له الشارع الحكيم ضوابط وشروط فإذا ما تخلف أحدها انتفت صفة المشروعية عن وسيلة العلاج المتبعة.

فالتعامل في جسم الإنسان، نجد الرأي الغالب لدى الفقه الإسلامي يرى عدم الجواز، لأن المبدأ هو أن التصرف يرد على كلما تثبت ملكيته لصاحبه، إلا أن الإنسان حقه على جسمه هو حق انتفاع والملكية تعود لبارئه سبحانه وتعالى، ومنه كل تصرف في الجسم أو جزء منه فهو خارج عن نطاق المشروعية[101].

---

100 () محمود حرز الله ومها أبو ياسين: **علم الأمراض والطب الشرعي**، عمان، دار زهران للنشر والتوزيع، 1999، ص 19.

101 () مهند صلاح أحمد فتحي العزة: نفس المرجع السابق، ص 98.

كمـا ينعقد إجماع الفقهاء على عدم اعتبار جسم الإنسان من الأموال فلا يجوز التعامل فيه ولـو كان بالهبة أو التبرع سواء كان هذا الجزء من جسـد الإنسان متصل أو منفصل [102].

ومن ناحية اعتبار أجزاء الآدمي من المحرمات لا يجوز التداوي بها، فنقطة الخلاف تدور هنا حول مدى توافر شرط الطهارة في أعضاء الجسم التي تنفصل عنه،ففريق يعتبرها من النجاسات لا يجوز استخدامها كدواء ويحظر ذلك، فما رواه عبد الله بن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:« إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم» وما رواه أبو الدرداء عن البني عليه الصلاة والسلام قال:«**إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بحرام**» [103].

وثمة اتجاه آخر لا يرى في الأجزاء المنفصلة عن الجسم اعتبارها من النجاسات فرغم وجوب الحفاظ على كرامة الإنسان وعدم الانتفاع بجسمه، إلا أنه في حالة الضرورة يجعل التداوي بما حرم مرخصا به لدفع الضرر وتجنب الهلاك، وتعد القاعدة الأصولية**(الضرورات تبيح المحضورات والضرورة تقدر بقدرها)** [104] الأساس الشرعي لعمليات نقل زراعة الأعضاء والأنسجة البشرية وهي مستنبطة من مواضع متعددة في القرآن الكريم، كقوله تعالى في الآية 145 من سورة الأنعام« ***قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ***

---

102 () مصطفى محمد الذهبي: المرجع السابق، ص 32.

103 () أحمد شرف الدين:« **زرع الأعضاء، الإنعاش الصناعي إطالة للموت**» مؤتمر القاهرة، للقانون العالمي، **مجلة الحقوق والشريعة** ،(العدد الثاني عشر، 1990)،، ص 15.

104 () نصر فريد واصل: "**الحكم الشرعي في نقل الأعضاء البشرية**"، 9 ذو الحجة 1417هـ ، دار الافتاء المصرية، *20.02.2005 www.yafouz/elkawmia/darelifta./com*

فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» وقد صدرت في ذلك عدة فتاوى تنفي عدم المشروعية عن هذه الممارسات منها الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية في **18 مارس 1997** وجاء فيها «**أللا يؤدي نقل العضو إلى ضرر بالمنقول منه..... ويكفي في ذلك المصلحة الغالبة، والضرر القليل المحتمل عادة وشرعا لا يمنع هذا الجواز في الترخيص إذا تم العلم به مسبقا وأمكن تحمله أو الوقاية منه بالنسبة للمنقول منه ويحدد ذلك أهل الخبرة الطبية العدول**»[105]

وبطرح المسألة على القوانين الوضعية، نجد أنه بسبب المشكلات الأخلاقية التي تكتنف مسألة نقل وزراعة الأعضاء، حال دون ظهور تشريعات تنظيمية خاصة ولم يجد الفقهاء المؤيدون لإباحة النقل والزرع فيما بين الأحياء بدا من اللجوء إلى القواعد العامة وبعض التشريعات الخاصة المتناثرة، تعالج في طياتها تنظيم عمليات استقطاع الأعضاء وتحكم عمليات نقل الدم، لإصباغ المشروعية على هذه الممارسات [106].

وحيث نظمت المملكة المتحدة هذه المسألة في أول قانون خاص بزراعة القرنية الصادر عام ***1952*** ***The Corneal Grafthig*** إلا أنه مقتصر على نقل نوع واحد وهو قرنيات الموتى، وباتت الحاجة إلى تشريع شامل فصدر قانون الأنسجة البشرية[107] وبعده قانون زراعة الأعضاء الجديد سنة 1989 المكمل لقانون **1961** والذي جاء مجرما للعديد من الأفعال منها عمليات الاتجار بالأعضاء

---

105 () محمود حرز الله ومها أبو ياسين:المرجع السابق، 1999، ص 19.

106 () مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 104.

107 () *the human tissue act 27th july 1961 , web : http://www Organet, co uk/ body /HTA26/04/2005*

والإعلانات ذات الصبغة التجارية وأعمال الوساطة الداعية للتبرع [108].

وفي الولايات المتحدة الأمريكية نجدها صاحبة الريادة في هذا مجال من حيث ممارسته وتطويره وكذلك تنظيمه في تشريعات تتسم بالعمومية والشمول، فظهر أول تشريع يتناول نقل الأعضاء من الجثث **سنة 1969**، وعرف بقانون الهبة التشريحية الاتحادي[109]، ثم واكب المشرع الأمريكي التطور، فصدر قانون ينظم شروط وضوابط نقل الأعضاء من الجثث الأحياء سنة 1984[110]، وهو القانون القومي لنقل وزراعة الأعضاء

وعند بحث المسألة في ظل تشريعات فرنسا نجد أول ما صدر لينظم عمليات نقل الأعضاء بشكل عام هو قانون 22 ديسمبر لسنة 1976(1181-76)relative aux prélèvements d'organes. [111] فقد ذهبت المادة الأولى منه إلى أن زرع الأعضاء لا يكون إلا بقصد العلاج، ولا يجرى القطع إلا على حي ومتمتع بقواه العقلية ورضاه الصريح.

-أما إذا كان المانع قاصرا فالقطع لا يمكن أن ينفذ إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيق أو شقيقة، وفي هذه الحالة لا يجري القطع إلا برضاء ممثله الشرعي،وبعد موافقة اللجنة المنصوص عليها والمؤلفة من 3 خبراء على الأقل، اثنين من الأطباء الذين كان لهم حق ممارسة مهنة الطب منذ 20 عاما، وهذه اللجنة تعلن قرارها بعد فحص كل النتائج المحتملة للقطع من الناحية

---

108 () the human organ transplants act27th : july 1989,web:http://www.orgonet.co.UK/body/HT.A.26/04/2005.

109 () the Uniform anatomical gift act 1969

110 () *the national organ transplant ACT 1984*

111 () حسني عودة زعال: **التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، الأردن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، 2001، ص 39.

التشريعية والنفسية، وإذا كان القاصر يستطيع أن يعبر عن رأيه فيجب احترامه في حالة الرفض»[112].

وبعد هذا صدرت عدة قوانين تنظم إلى غاية سنة **1994** وفيها أصدر المشرع الفرنسي قوانين **29** يوليو المتعلقة بأخلاقيات العلوم الاحيائية.

Loi n°: 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.
Loi n°: 94-654 du 29 juillet 1994 relative au do net à l'utilisation des éléments et prodinitys du corps humain ,à l'assista,ce médical, à la procréation au diagnostic prénatal.

كما أن المبدأ العام الذي يقوم عليه قانون آداب مهنة الطب *déontologie médical* والقانون المدني الفرنسي المعدل، على أن جسم الإنسان لا يجوز انتهاكه أو المساس به دون وجود ضرورة علاجية، ويجب احترام حرمة ذاك الجسد بما يحفظ له كرامته وقدسيته.

رغم أن هذا المبدأ يعد من مسلمات أخلاقيات العمل الطبي وآدابه، إلا أنه ليس منتجا، لان الضرورة العلاجية لا تثبت لنا أركان مشروعية عمليات النقل والزرع الماسة بالجسد بل يرى بعض رجال القانون على أن فهم المبدأ تأكيد على ضرورة موافقة المانح وحظر المساس بجسمه واستئصال أي جزء أو مشتق من مشتقاته دون رضاءه[113].

أما في الجزائر فقد وضعت ضمانات وضوابط لعلميات نقل الأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها بموجب قانون الصحة وترقيتها

---

112 () *Georges Viala ,Jean Michel:**Respecte la santé publique**, 18 édition, paris, Dalloz 2004.p209.*

art 1: en vue d'une greffe ayant but thérapeutique sur un être humin , un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jousant de son intégrité nantale ayant librement et expressément consenti si le dommeur potentiel est un mineur le prélèvement ne peut être effectu" que s'il s'agit d'une sœur du receveur ….»

113 () *Christian Byk: op cit , p 247.*

رقم 5 الصادر في:**16/02/1985** فقد نص في المادة **158** «**على أن التنازل عن الدم لا يكون إلا هبة عن طريق التبرع،لأنه يخرج لاعن دائرة التعامل ،ويتم في الوحدات المتخصصة الموضوع تحت مسؤوليتهم جمع الدم، ويمنع منعا باتا جمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية**» وأضافت المادة **161** من نفس القانون أنه« **لا يجوز أن يكون انتزاع أو الأنسجة الأدمية ولا زرعها موضوع معاملة مالية**».

الفرع الثالث:بيع الأعضاء البشرية

إن إشكالية بيع الأعضاء البشرية تثور بشكل قوي على وجه الخصوص في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء، فالدافع المالي، قد يكون أساس الموافقة من قبل المتبرع، الأمر الذي يؤثر على سلامة إرادته، لذلك اتجهت كثير من التشريعات المنظمة لإجراءات نقل وزرع الأعضاء ومشتقات جسم الإنسان إلى منع الاتجار بها،فقد أوصى المجلس الأوروبي في **1978** في مجال التنسيق بين تشريعات دول الأعضاء، التي تتناول نقل وزرع الأعضاء ومنتجات الجسم البشري بتحريم الاتجار في هذا المجال[114] ، ومن بينها التشريع الفرنسي الذي حرص على عدم ترك مسألة التنازل بمقابل مادي رهينة للاجتهادات الفقهية وتقديرات المذاهب الفلسفية والأخلاقية،لذلك قام أول قانون عام وشامل ينظم المسألة، بإرساء مبدأ المجانية بشكل جلي لا يدع مجالا للشك في حقيقته من حيث خطر الاتجار بالأعضاء والأنسجة الآدمية فقد نصت *l'art 03 de loi N°:76 1181 du 22 décembre 1976,*

---

[114] () بابكر الشيخ:المرجع السابق، ص 238.

relative aux prélèvements d'organes على عدم جواز أن يكون التنازل عن الأعضاء نظير مقابل مادي، وذلك مع عدم الإخلال بالتكاليف الخاصة بالعملية[115] .

ثم جاءت تشريعات أخلاقيات العلوم الاحيائية الصادرة في **29 يوليو 1994** لتؤكد على ذات المبدأ مرارا، وزادت على ما سبقها من قوانين أن فرضت عقوبات جنائية صارمة توقع على كل خرق وانتهاك للمبدأ، وبقدر أكبر من التخصيص فقد نصت المادة **665 فقرة 13** من **قانون الصحة العامة** 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 ونفقاتها».

وإذا كان مبدأ الكتمان(***l'anonymat***) والذي يقضي بإخفاء هوية كل من المانح والمتلقي في عمليات النقل والزرع، يهدف إلى جعل الرضاء الصادر من المانح بإجراء عملية النقل حرا بعيدا عن أي ضغوط،وبالتالي دوره وقائي في درء شبهة الاتجار بالأعضاء والمنتجات الآدمية فله فعالية في هذا المجال[116].

أما بالنسبة للإعلانات التجارية الرامية للتبرع فقد أورد قانون الصحة العامة الجديد حظر ذلك، لما تهدره هذه الإعلانات لحرمة الكيان الجسدي للإنسان وقدسيته فتنزل به إلى هاوية الاتجار والإبتزال.

l'art 02 loi N°94-654 ducode de la santé publique :est interdite
Publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'un personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminée.

---

115 ()*Georges Viala ,Jean Michel: op cit , p 207.*

116 () *Christian BYK: opcit, p249.*

وكما قام المشرع الفرنسي على فرض عقوبات جنائية وإدارية، صارمة، تدعيما لاحترام المبدأ فقررت ذلك **المادة 511 فقرة 02** من قانون العقوبات، المعدل،بالقانون رقم **94-653** وكذلك **المادة 674 فقرة 02** من قانون الصحة العامة، على عقوبة الحبس مدة سبع سنوات وغرامة قدرها **700** فرنك على فعل أو الشروع على الحصول على أعضاء أو مشتقات جسم الإنسان بمقابل مادي أيا كان، ونفس الشيء لأعمال الوساطة على ذلك، وتطبق ذات العقوبة حتى وإن كان جلب العضو تم من خارج فرنسا[117].

و الشروع في الاتجار بالأعضاء نصت على العقاب عليه المادة **511** فله ذات العقوبة كما لو كانت الجريمة تامة وإلى ذات العقوبة التكميلية، وهي حرمان الجاني من مزاولة نشاطه المهني الذي كان يمارسه أثناء ارتكابه لجرمه مدة أقصاها **10 سنوات**[118].

أما في المملكة المتحدة فقد صدر قانون نقل وزرع الأعضاء **عام 1989**،إثر فضيحة أثارت سخط الرأي العام، أين أدين أربعة أطباء من قبل المجلس الطبي العام،حيث توافرت الأدلة ضدهم ، لقيامهم بدفع أموال لبعض المواطنين الأتراك الفقراء للحضور إلى لندن، وفيها تم استئصال كليات منهم وزرعها لمرضى يتمتعون بقدر من الثراء؛ توبع الأطباء أمام القضاء، وفيه تقررت المسؤولية الجنائية في حقهم عن جريمة الجرح العمد، وإثرها وافق البرلمان على القانون الذي جرم كل فعل يتعلق ببيع الأعضاء والمنتجات البشرية بالنسبة للأحياء أو الموتى، ويتعلق الأمر بتنفيذ الاتجار، أو التحريض أو المساعدة والإنفاق وأفعال الدعاية والنشر لهذا

---

117 () مهند صلاح أحمد فتحي العزة:المرجع السابق، ص:162.

118 () *Art 511 code pénal , art 9 loi n°94-653.*

الغرض،و**المادة 07** من هذا القانون حددت مجال التجريم على العناصر الغير متجددة فقط كالكلية كالطلية والقلب والبنكرياس والرئة أما العناصر المتجددة فلا تخضع للتجريم[119].

ونلاحظ أن العقوبة المقررة في **المادة 5 من هذا القانون** على ما يقترف من جرائم في مجال الاتجار بالأعضاء قد قدرت بثلاثة أشهر حبس وغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى المستوى الخامس، مع أن جريمة الإعلان فقد اكتفى المشرع فيها بفرض الغرامة فقط فلا ريب يلحظ بيسر وسهولة، وعدم كفاية عقوبة الحبس والغرامة في هذا النوع من الجرائم إذ أن المشرع بذل مجهودا كبيرا في سرد قسم كامل يعالج كافة أشكال وصور الاتجار بالأعضاء وعناصر جسم الإنسان،إلا أنه في النهاية تخضع لعقوبة غير منسجمة مع ما فصله من أحكام.

وعند طرح المسألة على المشرع الجزائري نجده قد تناولها في **المادة 161 من قانون الصحة العامة** وترقيتها رقم: **05-85** حيث جاء فيها:أنه لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية.

وكما حرص على ألا يقوم يكون بالانتزاع والزرع للأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا الأطباء، ولا يتم إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة، وهذا طبعا لتفادي والقضاء على جرائم الاتجار بالأعضاء المتحصل عليها من عمليات أجريت خارج الوحدات الغير متخصصة والغير مرخص لها وألا يكون جسد الإنسان عرضة للخارجين عن القانون والمساومات والمعاملات المالية، فأراد حماية التكامل الجسدي للأفراد ودرء

---

[119] () بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص 239.

شيوع النشاط التجاري الذي تشكل أجساد الفقراء وذوي الحاجة وغير المميزين عماد قيامها.

وكما أكد على وجوب وجود لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ولها وحدها أن تقرر في إلزامية الانتزاع والزرع ،وتأذن بإجراء العملية وهذا طبقا للمادة **167** من نفس القانون.

وفي واقع الأمر نجد عدم الجزم والتجريم الكامل لعمليات الاتجار بالأعضاء والأنسجة الآدمية، وذلك من خلال المرونة الكبيرة التي اتسمت بها عبارات تجريم الاتجار، وكذلك عموميتها، فالمشرع الجزائري لم يفرد نصوصا تجرم أو على الأقل تدين الإعلانات ذات الصبغة التجارية، والداعية إلى التنازل عن الأعضاء والأنسجــة؛ أو عن توافرها وهي للبيع، وكما لا نجد في هذا القانون نصا يتحدث عن أعمال السمسرة والوساطة والاتفاق التي تتضمنها عادة نشاطات الاتجار بمكونات جسم الإنسان.

وبعد تناولنا لموضوع التصرف بالبيع في أجزاء جسم الإنسان في القوانين الوضعية، رأينا ألا نترك الموضوع إلا وأن نطرحه في الفقه الإسلامي، فهو بحق أهم الموضوعات في الحديث عن الحماية الشرعية لسلامة جسد الإنسان مقارنة مع ما هو عليه الحال في التشريعات الوضعية وتباينها فأغلبية الفقه يحرم بيع الأعضاء والأجزاء لجسم الإنسان مطلقا، أخذا من حرمة بيع الإنسان الحر وبذلك قال جمهور العلماء رحمهم الله [120] فنقل الأئمة بن قدامة وبن حجر والنووي على منع بيع الحر وإذا وقع فهو بالإجماع باطل، ومن ذلك نصوا على عدم بيع أجزاء الجسم سواء

---

[120] () سطحي سعاد:**نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة فقهية و طبية وقانونية**، قسنطينة، دار الهدى،2003 ص 48.

كان لحر أم لعبد وهذا لكرامة الإنسان، وهذا ما قال به علماء عصرنا ،وأخذت به فتاوى وقرارات الهيئات والمجامع الفقهية[121].

وقد ورد في حاشية ابن عابدين:«والآدمي مكرم شرعا حتى وإن كان كافرا فإيراد العقد عليه، وابتذاله، وإلحاقه بالجمادات إذلال له...وهو غير جائز وبعضه في حكمه» وكذا في فتوى الشيخ جاء الحق علي جاد الحق لما كان مفتيا للديار المصرية سنة 5/12/1979 تحت رقـــم 1323 أنه:« **يحرم اقتضاء مقابل للعضو المنقول أو جزئه..لأن بيع الآدمي الحر باطل شرعا لكرامته**»[122] .

فهيئات الإفتاء في العالم الإسلامي لما أجازت نقل الأعضاء إلى المرضى، لم يكن إلا في الظروف والشروط المقررة شرعا، والحصول عليها يكون ثمرة التراحم بين الناس بالتبرع من الموتى بالوصية أو موافقة الورثة أو المجهول الأهل ،وإذا كان حيا فيجب أن يكون بموافقته وأللا يضربه[123]، لأن الاستقطاع لم يبح إلا بقدر الضرورة التي أوجبته من رعاية المصلحة العلاجية. دون زيادة ، ولما قرره الشرع من كرامة للإنسان فهو أمارة القدرة،ودليل الإبداع الإلهي، فلم يخلق عبثا، فكيف يعلق المانح رضاه بالاستقطاع من جسمه أو جثته على قبضة الثمن؟ و إلا فإن أجزاء الإنسان لا يمكن بيعها أو شراؤها والشرع ولم يقم بالتقدير المالي لأجزاء الجسم إلا في حالة الاعتداء الغير عليها، بل إن الدية لا تقابل الأعضاء، بل عوضا عن الحق الأصلي للمجني عليه وهو القصاص[124].

---

121 () بلحاج العربي بن أحمد: **حكم الشريعة في أعمال الطب والجراحة المستحدثة**، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، (العدد 18/71، 1993)، ص 83.

122 () مصطفى محمد الذهبي: المرجع السابق، ص 84.

123 () بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص 242.

124 () أحمد شرف الدين: المرجع السابق، ص 94.

المطلب الثاني: التجارب والأبحاث العلمية

تقدمت العلوم الطبية وطرق العلاج، متجاوزة حدود الأعمال الطبية (الحديثة) التقليدية بفضل تطور الأجهزة والآلات المستخدمة، ومعرفة الأمراض المختلفة ومسبباتها وكيفية معالجتها، واكتشاف الأدوية الناجعة لها، ولم يكن ذلك يتم لولا الأبحاث والتجارب العلمية المستمرة التي يقوم بها الأطباء، لكن هذا انعكس سلبا على نطاق الحماية لسلامة جسم الإنسان، فتعرض هذا الأخير إلى الانتهاكات والاعتداءات[125]، خاصة في مجال التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان السليم الصحة بغرض البحث العلمي، وهذا الأمر طرح مشكلة تتأرجح بين مصلحتين أولاهما هي مصلحة عامة تتعلق بحرية البحث العلمي، وما تحتمه من إطلاق حرية الطبيب في إجراء التجارب العلمية والعلاجية على الإنسان، والثانية مصلحة خاصة تتعلق بحرية الفرد وحرمة جسمه وما تقتضيه من احترام لسلامته وعدم المساس به إلا تحقيقا لمصلحته[126].

وبهذا سنبحث موضوع التجارب الطبية والعلمية من حيث مفهومها وموقعها في التشريعات المقارنة وبعدها من حيث المسؤولية الطبيب عن التجارب الطبية والعلمية.

---

125 () باكر الشيخ:المرجع السابق، ص 301.

126 () مروك نصر الدين: **الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى ، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 295.

الفرع الأول:مفهوم التجربة والبحث الطبيين

إن كلمة التجربة أو البحث الطبي يفيد إلى أكثر من دلالة الأمر من المؤدي لغموضها وسنوضح ذلك تباعا.

فعرف أشرف جابر في كتابه:« **التأمين من المسؤولية المدنية**» البحث الطبي بأنه:« كل بحث أو اختبار يقع على الكائن البشري في ضوء تطور المعطيات البيولوجية أو الطبية، ولا تنحصر التجربة الطبية في نطاق اختبار العقاقير الطبية، بل أنه يشمل الأبحاث التطبيقية والبيولوجية، وهي المتعلقة بدراسة الهندسة الوراثية ودراسة الأمراض سواء كانت وراثية أو مكتسبة أو جراحية»[127].

وقد نشر مجلس الأبحاث الطبية في كندا تقرير عام **1987** بعنوان:«آداب وقواعد التجربة على الإنسان»، فجاء في الفصل الثاني من هذا التقرير تعريفا للبحث الطبي على أنه:«البحث المباشر وفقا للقواعد والأصول الصحيحة علميا، يخضع لمقتضيات الكائن الإنساني لطرق وأساليب دون ضرورة تمليها حالته، سواء في مجال الوقاية من الأمراض أو المعالجة، وقد يمثل هذا البحث تدخلا في الحياة الخاصة».

كما عرفتها **المادة 102/46** من اللائحة الفيدرالية الصادرة عن الإدارة الصحية الأمريكية بالقول:«**التجربة العلمية هي كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم أو المساهمة فيها بطريق مباشر**»[128] ويخرج من نطاق التجربة الطبية على الإنسان المتوفى، إلا أن بعض القوانين قد استثنت إجراء التجارب على الإنسان في حال الموت المخي،

---

127 () أشرف جابر: **التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء**، بيروت، منشورات الحلبي 1999، ص 416.

128 () مروك نصر الدين :المرجع السابق، ص:297.

وذلك حين تتوقف الحياة في المخ بينما يستمر قلب الإنسان في أداء وظائفه[129].

وإن الأبحاث والدراسات الطبية التي تتعلق بمسؤولية الطبيب هي التي تقتضي المساس بسلامة الجسم أيا كان الأسلوب أو الوسيلة المستخدمة، و أيا كانت درجة الخطورة التي يمكن أن يتعرض لها الفرد محل البحث.لكـن أسلــوب العلاج الطبـي أو التشخيص يكون له الصفة التجريبية، إذا كان حديث التجربة، بمعنى ألا يكون قد استخدم إلا في أحوال محددة[130] أو إن كان لم يصل إلى حد القبول العام من طرف المزاولين للمهنة الطبية أو لأغلبيتهم، أو لم يزل محل خلاف بين المختصين[131].

هذا وتجرى عادة التفرقة بين نوعين من التجارب الطبية على الإنسان:

-الأولى علاجية وهي التي يجريها الطبيب بهدف علاج المريض باستخدام الوسائل الحديثة، وذلك في حالة ما إذا كانت الطرق والوسائل المعروفة علميا أخفقت في تحقيق الشفاء له، فبعد تجريبها في المعمل أو على الحيوان تستخدم على الإنسان المريض، فيسميها الأطباء:«التجريب العلاجي أو التشخيصي»[132].

وتعتبر في الأصل التجارب على الإنسان فعل غير مشروع إلا أنه يجاز القيام بذلك في حدود فقط وهذا ضمن الشروط التالية ويجب عدم الخروج عنها وهي:

---

129 () أشرف جبار: المرجع السابق، ص 417.

130 () أحمد شوقي، عمر أبو خطوة: المرجع السابق، ص:6.

131 () أحمد شوقي، عمر أبو خطوة: المرجع الأخير، ص:7.

132 () مروك نصر الدين: المرجع السابق، 297 نقلا عن *Gisen.D La responsabilité par rapport aux nouveaux traitements et aux expérimentation » présent dans le séminaire européen qui organisé par le conseil de l'Europe, layon, 3-5 juin 1973.*

1-أن يكون الطبيب ذا خبرة وكفاءة طبية وافرة ، مع عدم جواز تجاوز اختصاصه.

2-أن يكون الهدف من العلاج التجريبي، تحقيق شفاء المريض أو تخفيف آلامه.

3-ألا يتم هذا العمل قبل الحصول على رضاء المريض، وهو الرضاء المتبصر.

4-أن يكون احتمال نجاح التجربة أكبر من احتمال فشلها[133].

وخروج الطبيب عن هذه الضوابط والشروط يسأل جنائيا على أساس مساسه بجسم الإنسان منتهكا حرمته وقداسته فيعاقب على ذلك.

-الثانية وهي التجارب العلمية التي تجرى لهدف البحث العلمي، فلها غايات غير علاجية، وفيها تستخدم وسائل أو طرق جديدة على إنسان سليم بغرض بحث علمي وإذا كان مريضا، وليس بحاجة إليها فيطلق عليها الأطباء التجريب بهدف البحث الطبي، إذ يجريها الطبيب ليكتشف مدى فاعلية وسيلة معينة من طبيعة علمية بحتة،ومدى المخاطر المتوقعة في هذه الحالات، فالقصد منها تحقيق كشف إكلينيكـي» أو تجربة مستحضر،طبي وتجرى على أشخاص أصحاء أو مرضى ليس لهم مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة[134].

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري من التجارب الطبية والعلمية

---

[133] () محمد حسين منصور: **المسؤولية الطبية** ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1999، ص 51.

[134] () *OBERDORFF HENRI: ,**Droit de l'Homme et Libertés Fondamentales,** paris, Armand colin , 2003, p240.*

سنتطرق في هذا الصدد إلى كل من القانون الإيطالي والبلجيكي، والفرنسي ثم في الأخير إلى موقف القانون الجزائري. سيتم تباعا. بداية بعرض المسألة على القانون الإيطالي، نجد أن الرأي السائد في الفقه الإيطالي يجمع على عدم مشروعية التجارب غير العلاجية على الإنسان، بناء على النص الصريح للمادة **05** من القانون المدني الإيطالي وهي تؤكد على أنه:«**لا يجوز للشخص أن يتصرف في جسمه تصرفا يؤدي إلى نقص مستديم في كيانه الجسدي، أو أن يكون مخالفا للقانون أو النظـــام العام، أو حسن الآداب**» منه كل اتفاق من شأنه أن يخضع شخص جسمه للغير، طبقا لمبدأ الرضا كسبب من أسباب الإباحة المنصوص عليه في المادة **50** من قانون العقوبات الإيطالي،التي تبرر الجرائم الماسة بالحقوق الشخصية، والتصرف فيها متى رضي صاحبها بذلك لكن الرضاء في هذا الالتزام الذي يترك المريض يجرى على جسمه تجربة علمية ابتغاء تحقيق كشف إكلينيكي، أو تجريب مفعول مستحضر طبي،لا يعتد به، وكل فعل من ذلك الاتفاق يعد غير مشروع ،ولو لم يحدث ذلك الالتزام نقص دائم في الكيان الجسدي للشخص[135].

أما في التشريع البلجيكي فقد تباين موقفه من التجارب العلاجية وغير العلاجية وذلك كما يلي:

فبخصوص التجارب العلاجية جاء ترخيصها بموجب المادة **43** من القرار الصادر في:**06/07/1960** الخاص بشروط تحضير الأدوية فنصت على أنه:«**عندما يتعلق الأمر بدواء جديد لتجارب علاجية يجوز للوزير بناء على طلب صاحب الشأن وتحت مسؤوليته وإعفاء هذا الأخير من كل أو**

---

135 () مروك نصر الدين: المرجع السابق، 306 نقلا عن
Fahmi Abdow: le Consantement de la Victime de la Thése , Paris, 1960, p396.

بعض الالتزامات والضمانات التي تستلزم ترخيصا خاصا مكتوبا من وزير الصحة».

ويضاف إلى ذلك أن قانون واجبات المهنة الطبية لسنة **1975** في بلجيكا، تناول تنظيم التجارب العلمية، وذلك في فصله الثامن في **المواد من 84 إلى 94.**

وأما بالنسبة للتجارب غير العلاجية لم ينظمها التشريع البلجيكي، الأمر الذي يتعين معه القول أن هذا الأخير لا يقر إجراء التجارب غير العلاجية على الإنسان[136].

وبطرح المسألة على القانون الفرنسي، نجد غالبية الفقه في الفرنسي يجمع على أن كل تجربة غير علاجية على الإنسان تعتبر غير مشروعة، متحججين في ذلك بموقف القضاء الفرنسي الذي أكد في أحكامه أن التدخل الطبي الممارس على الشخص يعد مخالفا للنظام العام حتى ولو تم برضائه، إذا ما انتفى قصد العلاج، ولا يكفي الرضاء المريض المتبصر الحر للمريض من إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية[137].

فإذا كان تدخله بقصد البحث العلمي، فإنه يعد مخطئ، وتستوجب مساءلته في حالة إحداث ضرر للمريض ،ولو كان الباعث نبيلا، والضرر هنا يتمثل في المساس بسلامة جسم الإنسان ولا عبرة بنتيجة تدخله.

هذا وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي توجيهات المجلس الأوروبي الصادرة في:**20/05/1975**، ثم صدر القانون الخاص بآداب المهنة الطبية[138] *code de déontologie*

---

136)(*Oberdorff Henri : op cit , p 242.*

137)(*Delmas Sanit Hilaire :«La responsabilité" médical en matière de thérapeutique médicamenteuse dace au droit pénal , web htm://www Ksaln .or K.r resourve icco 18 décembre 2004».*

138)(*loi N°: 881138 du 20/12/1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales .*

وأخيرا عالج المشرع الفرنسي مسألة إجراء الأبحاث والتجارب العلمية على الإنسان في قانون رقم **1138** الصادر في:**20/12/1988**. وفي هذا القانون أشير إلى الأبحاث البيوطبية التي تجرى على المرأة الحامل، إلا أن المشرع ضيق نطاق الحماية الجنائية للقائح الأدمية داخل الرحم، وذلك من خلال استقراء نص الفقرة الرابعة من المادة **209** من قانون الصحة العامة والمضافة بمقتضى **المادة الأولى من قانون(1138-1988)** أين أباحت إجراء الأبحاث البيوطبية على المرأة الحامل ومنه على الأمشاج المحمول بها- ولو لم يكن البحث المزعوم القيام به منطويا على هدف علاجي مباشر،طالما لم يكن هناك خطر متوقع على الأم الحامل، لأن عمليات نقل الأمشاج قد تستهدف تحقيق أغراض غير علاجية تحت ستار المصلحة العلاجية للقيحة التي تجرى عليها أنماط معينة من التجارب الطبية[139].

وقد ميز المشرع الفرنسي بين نموذجين جرميين رئيسيين يحكمان إجراء التجارب والأبحاث العلمية على اللقائح الآدمية، بالمخالفة للقيود الواردة في المادة **152 من قانون الصحة العامة**، وهما تجريم تخليق لقائح آدمية في بيئة صناعية لأغراض البحث والتجريب العلمي، أما النموذج الثاني فيتعلق بإجراء التجارب والأبحاث العلمية على اللقائح المحفوظة والتي تم تخليفها لأغراض الإنجاب الصناعي فيما بين الزوجين أو بمساهمة الغير.

هذا ونجد كل من القانون الأمريكي والنمساوي والألماني والكندي وكذلك المصري يبيح إجراء التجارب والبحوث الطبية

---

139)(*CHRISTIAN BYK :**Le Recherche sur l'Embryon Human** ,Paris , J.C.P , 1996.293..*

على الإنسان السليم الصحة[140] متى رضي بذلك، مع وجوب توفير أكبر قدر من الحماية للحق في سلامة الجسم وذلك بوضع بعض الشروط المسبقة لإجراء تلك التجارب.وقد ألغت ولاية«أوهايو» في **و.م.أ** تلك الشروط في حال إجراء التجربة على المحكوم عليهم بالإعدام، فإذا تمت التجربة ولم يمت المحكوم عليه،استبدلت عقوبة الإعدام بعقوبة سالبة للحرية وذلك للتوفيق بين مقتضيات التقدم العلمي من جهة،والتكفير عن خطأ المحكوم عليه[141].

أما القانون الجزائري فنجد موقفه يظهر في المادة **168** التي استحدثها المشرع بالقانون رقم **90-17** المؤرخ في **31 يوليو 1990**، ونصت على أنه:«**يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية، أثناء القيام بالتحريب على الإنسان في إطار البحث العلمي**» فالمشرع الجزائري أباح التجارب العلمية ولكنه انفرد عن بقية التشريعات المقارنة بقراره الصريح وبنص خاص للتجارب،لكن بضمان وحيد وهو احترام المبادئ والأخلاق العلمية، لحماية جسم الإنسان من أي عبث طبي.

وكما ألزمت **المادة 168/3** أن يحاط علما المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بالتجربة التي ستقام، ويطلب فيها رأيه.

ويذهب رأي لتفسير اعتراف تلك القوانين بشرعية التجارب غير العلاجية على الإنسان لا يقتضي مطلقا المساس بحق الإنسان في سلامة الجسم، وإنما يقتضي التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين، مصلحة الشخص في حماية جسمه والمصلحة، في

---

140)(*CHRISTIAN BYK: Ibid , p295..*

141 ((مروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 311.

تقدم العلوم الطبية، بصورة تحقق في النهاية مصلحة المجتمع [142].

الفرع الثاني:مسؤولية الطبيب عن التجارب الطبية والعلمية

نفرق هنا بين مسؤولية الطبيب عن التجارب العلاجية، التي يقصد منها تحقيق الشفاء للمريض أو التخفيف من آلامه، ومسؤوليته عن التجارب العلمية التي يقصد من ورائها اكتشاف مرض جديد أو دواء جديد.

فأولا بالنسبة للمسؤولية الطبية الناشئة عن التجارب الطبية العلاجية، تشمل المسؤولية الناشئة عن عدم إتباع قواعد وأصول ممارسة الفن التجريبي، والمسؤولية الناشئة عن إجراء العلاج الحديث، والمسؤولية عن إهمال الطبيب بواجب الالتزام برضاء المريض.

فالنموذج الأول للمسؤولية يكون بخروج الطبيب عن قواعد وأصول ممارسة الفن التجريبي المتعارف عليها في علم الطب، ومن ذلك استخدام طريقة حديثة لم تثبت بعد كفاءتها في التجريب المعملي على الحيوان، وهو خطأ يستوجب المساءلة عنه لأحداثه ضررا بالمريض ومساسه بجسمه [143] لأن الطبيب بخروجه عن حدود الإباحة يكون قد أسقط عن نفسه الحماية التي يسبغها القانون على فعله.

كما يساءل الطبيب عن استخدامه لطرق حديثة رغم وجود طرق تقليدية لها نفس النتائج مع مخاطر أقل، وكذلك عن عدم

---

142 () *OBERDORFF HENRI :op cit, p:241*

143 ((محمد حسين منصورة: المرجع السابق، ص 65.

التزامه بواجب الحيطة والحذر في استخدام العلاجات الحديثة، التي تفرضها نصوص قانون العقوبات الجزائري مثلا في المادتين **288** و **189**وهنا الطبيب يسأل عن جريمة الإهمال وأن الجريمة هي نفسها في حالة عدم تطبيقه لطرق العلاج الحديثة والأدوية الجدية الملائمة التي تثبت فعاليتها.

والنموذج الآخر هو مسؤولية الطبيب عن إجراء العلاج التجريبي دون رضاء المريض فيكون ذلك بدون أن يأخذ موافقة المرضى أو أن يبصرهم، وهنا يساءل الطبيب جنائيا عن الخطأ العمدي، لأن كل أسلوب علاج جديد، أو تجريب أدوية جديدة تفرض حتمية أخذ رضاء المريض وتبصيره بمخاطر العملية، طبقا لنص المادة **168/3** من قانون الصحة وترقيتها[144].

والمظهر الثاني وهو قيام مسؤولية الطبيب عن التجارب العلمية،التي تجرى على الشخص السليم دون ضرورة تمليها حالة المريض، طبقا لما استقر عليه الفقه والقضاء كجريمة عمدية لانتقاء قصد العلاج أو الشفاء، ولا ينفي توافر رضاء من أجريت عليه التجربة، ولا إتباع الطبيب للأصول العلمية في إجرائها [145].

وانطلاقا من هذا المبدأ، حكم القضاء الفرنسي على طبيبين بالعقوبة المنصوص عليها في المادة **311** من قانون العقوبات في واقعه حقن طفل بفيروس مرض الزهري لمعرفة مبلغ العدوى في هذا المرض، فأصيب ذلك الطفل به[146].

وعلى هذا المنهج سار المشرع الجزائري، بحيث أقر مسؤولية الطبيب في المادة **168 /4** من قانون حماية الصحة وترقيتها التي نصت على أنه:« **لا تبرئ موافقة الشخص**

---

144 ((مروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 334.

145 () *Delmas Sanit hilaire :op cit, p:032.*

146 ((محمد سامي، الشوا: **الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي ، دراسة مقارنة** ، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993،ص 44.

موضوع التجريب رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من المسؤولية المدنية» وبهذا النص أقر المشرع مسؤولية الطبيب في مجال التجارب العلمية.

وبذلك لا يكون التجريب على الإنسان مشروعا أبدا، إذ يجب أن تسبقه تجارب معملية على الحيوان، وأن يكون القصد منه حماية الصحة العامة، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة **18** من مدونة أخلاقيات مهنة الطب والتي جاءت بموجب المرسوم التنفيذي رقم **92/276** وتنص المادة على أنه:« **لا يجوز النظر في استعمال العلاج الجديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة للمريض**».

المطلب الثالث:التلقيح الصناعي وعمليات تحول الجنس

توصل العلم الحديث إلى أساليب فنية طبية، تساعد الفرد على ممارسة حقه في الإنجاب، إذا كان يعاني من مرض العقم، أو غيره من الحالات المرضية التي تصيب سلامة الجسم وتحول دون أن يتمكن من الإنجاب بالطرق الطبيعية، كما اكتشفت وسائل حديثة تساعد على ضبط الإنجاب ومنها التلقيح الصناعي بطرقه المختلفة.

إلا أن التقدم العلمي في المجال البيولوجي، وعلم الوراثة، والجينات أثار الكثير من المخاوف والعديد من التساؤلات، حول

إمكانية التحكم في الجنس، ومحاولة تخليق أجناس ذات مواصفات معينة وما يترتب على ذلك من نتائج اجتماعية وأخلاقية تنعكس بدورها حول الفكر القانوني وسبل مواجهتها هذا كله بسبب انتشار بنوك حفظ المني،وانتشار ظاهرة التلقيح الصناعي وميلاد ما يسمى بأطفال الأنابيب، فكله آثار الجدل حول مشروعية النظام وكيفية مواجهة النتائج الناجمة عنه مثلا بالنسبة للنسب والميراث والمسؤولية وبعض المعاملات.

والسؤال المطروح هنا هو هل يمكن اعتبار التلقيح الصناعي باعتباره نوعا من زراعة الأنسجة والمنتجات البشرية(المني والبويضة فهما من مشتقات جسم الإنسان)؟ وإذا كان كذلك فهل يعتبر مخالفا للنظم القانونية والنظام العام؟

وبهذا تقتضي الدراسة تناول أنواع التلقيح الصناعي الغير مشروع في فرع ثم الالتزامات القانونية للطبيب لإجراء عملية التلقيح الصناعي في فرع ثالث وأخيرا عمليات تحول الجنس وموقف المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية منها في فرع ثالث.

الفرع الأول: أنواع التلقيح الصناعي الغير مشروع

إن العقم مرض يصيب الزوج أو الزوجة على حد سواء، وهناك أساليب لمعالجته في الحالتين، مثل استخدام العقاقير الطبية أوالتدخل الجراحي، وقد تفشل بل ويمكن أن ترتب خطورة تهدد سلامة جسم الزوج أو الزوجة، أو الجنين فيما بعد،ولذلك يلجأ إلى أسلوب الإخصاب الصناعي، باستخراج الحيوانات المنوية من الزوج واختيار الصالح منها والعمل على إدخالها في قناة فالوب للزوجة، أو بانتزاع بويضة صالحة للإخصاب من مبيض إمرأة

(الزوجة) ثم تلقح بمني الزوج، فتوضع في أنبوبة مهيـأة حتى تتم عملية الإخصاب، وتتكون النطفة الملحقة وتزرع بعد ذلك في رحم الزوجة.

ولإجراء عملية الإخصاب الصناعي يجب على الطبيب الجراح الحصول على رضاء الزوج والزوجة فالرضاء المتبادل للزوجين هو الذي يبيح تدخل الطبيب ويجب الحصول على موافقة كتابية[147] وفي غياب رضائهما يسأل الطبيب عن فعله ويعتبر قد مس بسلامة جسم الشخصين سواء بنزع أنسجة منهما(**البويضة، والحيوانات المنوية**) فهي عناصر من جسم الإنسان ومن مشتقاته، ولا يمكن له المساس بهـا أو نزعها إلا برضائهما، وهذا قد رأيناه في المطلب السابق الخاص بانتزاع الأعضاء ومشتقات جسم الإنسان. ويضاف إلى ذلك أنه تعدى على تلك المشتقات التي هي جزء من جسم كل أحدهما(الزوج والزوجة) وبدون رضائهما لغرض إجراء عليها عملية التلقيح، والتي يمكن أن تنتهي بإتلاف تلك المشتقات، وحتى وإن تمت العلمية بنجاح فالمساءلة الجنائية تبقى قائمة في حق ذلك الطبيب.

والنوع الثاني من التلقيح الصناعي الذي يعد جريمة تمس بسلامة الجسم، هو الذي يجري على الزوجة رغم عدم موافقتها، إلا أنه تتوافر موافقة الزوج ولكن هذا لا يكفي،وسواء كان ذلك التلقيح بمني الزوج أو بمني رجل آخر متبرع، وتأسيسا على ما سبق فإنه بعدم وبغياب رضاء الزوجة فإن الطبيب يساءل عن جريمته، طالما يعلم ما يرتكب في حق الزوجة ولم يمتنع عن إجراء العلمية ويسأل معه الزوج ويكون الطبيب فاعلا للجريمة في هذه الحالة والزوج شريكا فيها، إذا اقتصر دوره على مجرد

---

147 ((بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص 275.

الاتفاق مع الطبيب على هذا الفعل، وما دام قد مكن الطبيب بالمساس بجسم زوجته والاعتداء بالنزع لعناصر منه وبدون رضاها، فهذا هتك لسلامة وحصانة جسم الزوجة[148].

والنوع الثالث من التلقيح الصناعي الغير مشروع هو التلقيح خارج الجسم بالاستعانة بالأم البديلة، ويتلخص الإجراء وفقا لتعريف لجنة(warnock) في إنجلترا في:« أن الأم الحاضنة هي التي تقوم بمهمة حمل الجنين ووضعه، على أن يتم تسليمه بعد ذلك للزوجة التي يتم الإجراء لصالحها»[149].

فالعقد ليست له صفة ملزمة في مواجهة أي طرف، إذ تحيط به ضغوط أدبية،وبواعث مالية ومخاطر نفسية وجسدية تهدد الطفل والأم البديلة، فالعقد يتضمن التزامات لمصلحة الطفل، فيخضع الأم البديلة للكشف الطبي الدوري وضرورة استخدام غذاء معين أو القيام بأعمال تقتضي منها بذل مجهودا بدنيا، فهذا كله يمس بسلامة جسدها بعد أن كانت في غنى عن ذلك في حياتها السابقة العادية(قبل الحمل)، كما أن الحمل بطبيعته يؤثر على نفسيتها ويعكر صفوها خاصة وهي تعلم أن الجنين ليس لها وبأنه ستسلمه للزوجين المتعاقدين معها بعد الولادة، وبالتالي سيؤثر هذا وينعكس على الجنين في رحم الأم البديلة وقد يحدث خللا في نموه ويتعرض لأضرار بسبب مشاعر الأم البديلة، إذ يصعب عليها تحمل المتاعب المترتبة على الحمل والمرتبطة بالوضع متذكرة دائما أن الطفل سيسلم للغير، وهذا ما يتعارض مع طبيعة الإنجاب.

فالأم البديلة هنا تفقد دورها الطبيعي، وتتحول إلى جهاز مهمته حمل الجنين ووضعه وتتحول العملية في النهاية إلى ما

---

148 ((صلاح أحمد فتحي العزة:المرجع السابق، ص 327.

149 ((مروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 410.

يشبه عارية الاستهلاك، إذ يتم في هذه الحالة استعارة جسم أنثى من أجل إشباع رغبات أشخاص آخرين، ويصبح الأمر في غاية الخطورة إذا تمت العلمية مقابل أجر، إذ يحول الأمر إلى استثمار جسم المرأة تجاريا[150].

وذهبت أغلبية الآراء إلى عدم تأييد مسالة الأم البديلة على أساس أن حق الإنسان في التصرف في سلامة جسمه ليس مطلقا، بل يخضع لقيود تنظيمية تحقيقا للصالح العام،دون أن تنال هذه الضوابط والقيود من طبيعة الحق ممارسته [151].

فالوسيلة مقتضاها استعمال قدرة الأم البديلة على الحمل والوضع، وظائف طبيعية لتحقيق أغراض تجارية أو غيرها من الأغراض المتعارضة مع طبيعة الوظيفة وأهدافها.

وقد أصدرت لجنة *warnock* في انجلترا تقريرا أوصت فيه بتحريم إنشاء هيئات لممارسة هذه الإجراءات سواء بغرض الربح أم لا، وبتوقيع الجزاءات الجنائية على كل طبيب أو كل من يشارك في إجراءات تهدف إلى تنفيذ الإنجاب بواسطة الأم البديلة، وبعد نشر هذا التقرير عام **1985،** ولد أول طفل نتيجة للوسيلة محل البحث وهو:*(Bady catton)* وكما أعلنت الحكومة الهولندية في **14 سبتمبر 1988** رأيــها مؤيدة رأي الخبراء هناك، والذي يؤكد أن الوسيلة غير مرغوب فيها، وأنه لأوجه لتنظيمها أو الرقابة على تنفيذها، كما فعلت بريطانيا، لأن ذلك يعني الاعتراف بها والتشجيع عليها، وكما حذرت الأطباء من الالتجاء إليها[152].

---

150 ((بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص 297.

151 ((مروك نصر الدين:**la mère porteuse ، بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية": المجلة الجزائرية للعلوم والقانونية والاقتصادية** (العدد 73،1999)، ص 04.

152 ((ا لمرجع الأخير، ص 06.

أما النوع الأخير من أنواع التلقيح الصناعي الغير مشروع والذي يدخل في مجال المساس بسلامة جسم الإنسان، وهو:« **زراعة الجنين الآدمي في رحم حيوان**» وفيه اتجهت أغلب الآراء في الندوة التحضيرية للمؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات، الذي عقد في هامبورج في ألمانيا(**21 إلى 23 سبتمبر 1987**) إلى تأكيد اعتراضها على وسيلة زرع الجنين الآدمي في رحم حيوان، أو العكس، وهذا لأسباب عديدة متعلقة بالجوانب الأخلاقية والاجتماعية وحقوق الإنسان وكرامته، هذا فضلا عن الجوانب الصحية الأخرى التي يمكن أن تصيب الأم والجنين حسب الأحوال وهي تهمنا في بحثنا[153].

وقد انتهت الجمعية في توصياتها إلى ضرورة تدخل المشرع لتجريم تلك الوسائل،وأكد ذلك أيضا المؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات [154].

وحرمت بعض التشريعات هذه الوسيلة صراحة مثل القانون الصادر في ولاية فيكتوريا باستراليا عام 1984[155].

فلما كان التلقيح بين بويضة الزوجة ونطفة زوجها، ثم الجمع بينهما في رحم أنثى حيوان، فإن هذه البويضة الملحقة ستمر بمراحل نمو تكتسب فيها صفات تلك الأنثى التي يتغذى بدمها في رحمها، وائتلاف المخلوق الناشئ، معها حتى يصير جزءا منها فإذا تم خروجه كان مخلوق آخر، فهو يخرج على غير طابع الإنسان، لأن وراثة الصفات والطباع أمر ثابت بين السلالات الحيوانية تتنقل من الوليد إلى الحفيد، وبالتالي قد يكون مشوها وعليه صفات الحيوان الذي ترعرع في رحمه، وذلك فيعد مفسدة لخليقة الله .

---

153 () *Delmas Sanit –hilaire:op cit ,p07.*

154 ()*Christian BYK : op cit , p102.*

155 () مروك نصر الدين:المرجع السابق، ص 416.

وإذا كان التلقيح بهذه الصورة مفسدة، فإنه يحرم فعله، ومن يفعل يكون قد مفسد لخليفة الله، في أرضه، وهذا ما تناولته الفتوى رقم **63** الصادرة عن دار الإفتاء في **23 مارس 1980** لبيان حكم الشريعة الإسلامية في هذه المسألة[156].

وبالتالي يجب تأييد هذا الرأي المعارض لاستخدام الوسيلة محل البحث في مجال الإنجاب الصناعي الخارجي،وإذا كانت الوسيلة محلا للتجارب في مختلف الدول، ولم تظهر اتجاهات لتنفيذها، فيجب أن يتدخل المشرع لتجريم تلك الأفعال، بحيث يخضع الطبيب للعقاب إذا لجأ إلى تطبيقها أيا كانت الظروف والأهداف التي يقصدها.

---

156 () توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص 32.

الفرع الثاني:عمليات تحول الجنس

يتمثل العمل الطبي في مجال التدخل الجراحي، قصد تغير جنس شخص ما وتحويله إلى الجنس المخالف، في تغيير الجنس الذي ينتمي إليه ماديا إلى الجنس الذي يشعر بالانتماء إليه بإجراء عملية جراحية على جهازه التناسلي، مما ينجر عنه المساس بسلامة جسم الشخص، فهل يمكن تبرير هذا المساس بالعلاج الطبي، الذي يهدف إلى تحقيق عملية تغيير الجنس؟

وبذلك أصبحت لعمليات *TRANSEXUALISME* من نوع لآخر أهمية بالغة في الوقت الحاضر، لأنها تمس حالة الشخص، والتي تقوم عليها الكثير من القواعد القانونية،وخاصة ما تشكله من أخطار تهدد سلامة جسم الإنسان وتثير إشكالية التوفيق بين المبادئ المستقرة في القانون والدين و بين الاكتشافات الطبية الحديثة، والتي لو تركت لفتكت بجسم الإنسان الذي يقع بين أيدي أي طبيب.

وقد أصيبت شخصيات تاريخية بهذا المرض، مثل الإمبراطور الروماني *coligerla* والملك الإنجليزي هنري الثالث، والإمبراطور السويدي *cothering* وفي مقاطعة *naplos* الإيطالية خصصت عقوبة الخصاء في قانونها.وحاليا ظهرت حركة تدعى *Unisese* تنادي برفض كل تفرقة بين الجنسين وبإباحة الحرية الجنسية[157].

ويعد مصطلح *transsexualisme* الأكثر شيوعا للتدليل على عمليات تحول الجنس، ويتميز من ناحية عن بعض الظواهر مثل: *homosexualité* التي تتسم بميل الشخص إلى نفس الجنس الخاص به، فتعنى اللواط بالنسبة للذكور والسحاق بالنسبة للإناث، ولا يبدي الشخص في هذه الظاهرة الرغبة في الخضوع لعلمية

---

157 ( ) مروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 438.

جراحية بغرض تغير نوع الجنس، ولا يحس بأي نفور تجاه أعضائه التناسلية، أما ظاهرة *hermaphrodisme* تعني التخنث ، يجمع فيها الشخص بين الأعضاء التناسلية الخاصة بالتذكير والتأنيث في آن واحد، ويعارض في نفس الوقت عملية الفصل بينهما[158].

والمريض بـ *transsexualisme* تكون له الرغبة في التخلص من أعضائه التناسلية والمطالبة بإجراء عملية جراحية، وإذا لم يتم له ما أراد فإنه يلجأ إحداث تشويه بنفسه أو الانتحار، فنكون دائما أمام اعتداء على سلامة جسم الإنسان، هذا ما دفع بالفقه إلى التعرض لهذا الموضوع وكذا بعض القوانين المقارنة، حيث تباينت مواقفهم.

فالفقه الأنجلوسكسوني والبلجيكي يبيحون عمليات تحول الجنس مستندين لأساس الرغبة في تحقيق قصد العلاج، ويشترط الفقه الكندي لإجراء العملية أن يكون المريض في حالة نفسية سيئة، وتكون هذه العملية الوسيلة الوحيدة للقضاء على الاضطرابات النفسية التي يعاني منها، مع ضرورة الحصول على رضائه الحر المتبصر، ويعاقب الطبيب الذي يمارس عملية تحول الجنس- بدون أدنى ضرورة علاجية –وفقا المادتين **228و 245** من قانون العقوبات الكندي، بالحبس الذي تصل مدته **14** سنة لكل شخص تسبب في إيذاء الغير بدنيا[159] والفقه الأمريكي يبيح هذه العمليات إلا أنه بالرغم من قوانينه لا تبيح الأعضاء.

أما الفقهين الإيطالي والفرنسي يحرمان عمليات تحول الجنس جنائيا ومدنيا،فيرون أنه لا يتوافر قصد العلاج في هذا النوع من العمليات الجراحية، فيسند الفقه الإيطالي إلى **المادة 55**

---

158 ()*Petit jeulian:* ***L'ambihuité de Droit Face Syndrome Transexuel*** *, paris dalloz, 1964p:09*

159 () *petit .J: op cit, P:267.*

من قانون العقوبات التي تعاقب بالحبس كل شخص اقترف أفعالا تفقد الشخص الذي وجهت إليه القدرة على الإنجاب، حتى ولو كان برضائه...» أما الفقه الفرنسي فإنه يحرم ذلك قياسا على جريمة الاخصاء المنصوص عليها في المادة **316** من قانون العقوبات الفرنسي والتي تتم باستئصال كل عضو ضروري للإنجاب، ولا يعفي الطبيب من المسؤولية نتيجة رضاء المريض وهذا طبعا للحفاظ دوما على سلامة الجسم. وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي، وكان حكمه واضحا في القضيتين اللتين عرضتا عليه في مسألة تحول الجنس، الأولى في **1975** والثانية في **1987**[160] حيث أنه في القضية الأولى كان المدعو **M.A** قد ولد ذكر وقيد في سجل الحالة المدنية بصفته ذكرا، ولم يكن شك في ذلك ولم يكن خنثى، ولما كبر أخذ يتناول الهرمونات الأنثوية، لميوله إلى الانتماء إلى هذا الجنس، فأجرى عملية جراحية في جسمه صار أنثى ظاهريا، طلب من محكمة bourdeux الابتدائية تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى في سجل الحالة المدنية، مستندا إلى تقارير خبراء تشهد أنه ليس متمتعا بالميول النفسية التي يتمتع بها الذكر،وكل نواحي سلوكه تدل على أنه أنثى ورفضت المحكمة طلبه، وأيدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي في: 13/06/1972 كما وأبدت محكمة النقض الحكم المطعون فيه، مؤكدة على أن مبدأ إثبات حالة الإنسان الجنسية واستقرارها يهم النظام العام، ولا يجوز أن تتغير هذه الحالة على إثر عمليات جراحية أجريت على جسم وغيرت معالمه تغيرا اصطناعيا(artificiel)، وأن هذه الحالة تتحدد منذ الميلاد ويسجل في الحالة

---

160 () علي علي سليمان: **نظريات قانونية مختلفة**، الطبعة الأولى ، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 259.

المدنية ولا يمكن أن يطلب تغيير جنسه فيما بعد نتيجة تدخل جراحي.

ونفس الحكم الذي حكمت به المحكمة بالنسبة للقضية الثانية الخاصة بالمدعو nerbort، الذي أراد تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى في سجل الحالة المدنية وتغيير اسمه إلى lyne ،فرفضت المحكمة طلبه، وانتهى القضاء الفرنسي إلى أن جنس الإنسان يتحدد منذ الميلاد، وأنه من النظام العام بحيث لا يجوز تغييره اصطناعيا مهما كانت هناك ظواهر أخرى[161].

أما المشرع الجزائري اتخذ موقفـا واضحا في حمايته للحق في سلامة الجسم وتجلى ذلك في **المادة 34** من مدونة أخلاقيات مهنة الطب حيث أنه:

«**لا يجوز إجراء عملية بتر واستئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، وما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته**» يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري أضفى حماية على أعضاء جسم الإنسان، ومن ذلك تغيير الشخص لجنسه، فإذا قام الطبيب بعملية جراحية لذلك عد مجرما لقيامه بعمل لا تستدعيه ضرورة طبية،والطبيب يقع تحت طائلة المادة **264** وما يليها من قانون العقوبات المتعلقة بالجرح العمدي والعاهة المستديمة ،وبهذا حرم المشرع الجزائري عمليات تحول الجنس تحريما مطلقا[162] .

أما حالة الخنثى *hermaphrodite* المسجل في الحالة المدنية كذكر أو كأنثى يجوز له إجراء عملية جراحية ، ليصبح أنثى أو ذكر حسب الأحول، وهنا لا يعتبر الشخص غير جنسه، وإنما

---

161 () علي علي سليمان : المرجع الأخير، ص 260.

162 () مروك نصر الدين : المرجع السابق، ص 474.

حدده تحديدا نهائيا بعد أن كان مشكوكا فيهومبهما(لما كان خنثى مشكل)، فأوضحه، فلا يجوز رفض طلبه بتغيير جنسه المسجل في الحالة المدنية[163].

أما أحكام الشريعة الإسلامية تحرم تحريما قطعيا عمليات تحول الجنس، وتعده تغييرا في خلق الله سبحانه وتعالى، فيقول سبحانه وتعالى في محكم تنزيله:« *وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ*» [164]. مفهوم هذه الآية ينصرف إلى التحريم القاطع لعمليات تحول الجنس المجردة من أي هدف علاجي، سوى مجرد هواجس نفسية تخيم على تفكير المريض.

وقد عد النبي صلى الله عليه وسلم ممن لعنوا في الدنيا والآخرة رجل جعله الله ذكر فأنث نفسه وتشبه بالنساء، وإمراة جعلها الله أنثى فتنكرت وتشبهت بالرجال، فعن ابن عباس رضى الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:« لعن الله المتشبهين بالنساء والمشتبهات من للنساء بالرجال» رواه أحمد وأبو داوود والنسائي وابن ماجه وابن حيان في صحيحه[165].

ويرى أن ما دام من المسلم أن العلاج يكون من مرض عضوي، فأيضا يمكن تصوره بصدد مرض نفسي، هذا الأخير قد يمكن الخلاص منه بطريق العلاج النفسي أوبطريق العلاج الجراحي، شريطة أن يقرر ذلك طبيب ثقة. وهذا ما اتفق عليه الفقه الإسلامي المعاصر.

المطلب الرابع: جريمة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج

---

163 () علي علي سليمان:المرجع السابق، ص 266.

164 () سورة النساء: الآية 117.

165 () يوسف القرضاوي:**الحلال والحرام**، لبنان ، دار البعث، 1989 ، ص 75.

لم يتخلف قانون العقوبات الجزائري، وكذلك القانون رقم **92-276** المؤرخ في **1992** المتضمن لمدونة أخلاقيات الطب، للنص على معاقبة الطبيب الذي يمتنع عن تقديم المساعدة إلى شخص في خطر حال وحقيقي، وكذلك امتناع المستشفى عن استقبال المرضى أو إسعافهم، نتيجة لعدم قدرتهم على دفع تكاليف العلاج أو الجراحة وقد نصت المادة 52 من المدونة السابق ذكرها على أنه "**يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أن يقدم العلاج الضروري للمريض....**".

والمـادة **44** «**...على الطـبيب أو جـراح الأسـنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غيــر قابل على الإدلاء بموافقته**» وكما نصت المادة **09** من نفس القانون على أنه «**يجب على الطـبيب أو جـراح الأسـنان أن يسعف مريضا يواجه خطر وشيكا، أو أن يتأكد من تقـديم العلاج الضروري له**».

ويضاف إلى هذه النصـوص مـا جـاء فـي **المادة 182 مـن قـانون العقوبـات الجزائـري** حيـث نصـت علـى أن "يعـاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من **500** إلـى **15.000 دينار** أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يستطيع بفعـل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو علـى الغيـر أن يمنـع وقـوع فعـل موصوف بأنه جنايـة أو ووقـوع جنحـة ضـد سـلامة جسـم الإنسـان وامتنع عن القيام بذلك، بغير إخلال، في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عليها هذا القانون أو القوانين الخاصة.

ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له، وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير..."

يعد القانون الفرنسي المصدر التاريخي لهذه المادة، وإن كان له السبق في مجال تجريم الامتناع في حالة وجود خطر على حياة الإنسان، فكان أول تشريع ينص على ذلك هو قانون **25 أكتوبر 1941**، وأضيفت جريمة الامتناع بالمادة **63 من قانون العقوبات الفرنسي** الصادر في **25 يناير 1945**، والتي نصت على أنه «**يعاقب كل شخص يمتنع إراديا عن مساعدة شخص في خطر دون وجود خطر يقع عليه أو على غيره، وكان في إمكانه تقديم المساعدة له أو طلب مساعدته من الغير**».

والتأمل في نص المادة **63/2** فهي نفسها المادة **182** من قانون العقوبات الجزائري، فالمشرع الجزائري نقل المادة **63/2** عقوبات فرنسي حرفيا ولم يغير فيها شيء عدا الغرامة المقررة كعقوبة مالية، أما العقوبة السالبة للحرية فهي نفسها.

إن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة جريمة عمدية يتطلب المشرع لقيامها توافر ركنيين أحدهما مادي والآخر معنوي لذا سنقسم الدراسة في هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: الركن المادي في جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة.

الفرع الثاني: الركن المعنوي في جريمة امتناع عن تقديم المساعدة.

الفرع الأول: الركن المادي في جريمة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج

الركن المادي في هذه الجريمة يتحقق في وجود شخص فـي حالة خطر مع إلزامية أن يكـون هـذا الخطـر حـالا، وثابتـا وحقيقيـا بحيث يستوجب ضرورة التدخل المباشر[166]،لذلك تتطلـب دراسـة الركن المادي في هـذه الجريمـة أن نـبين مفهـوم الخطـر ومعنـى وجود شخص في خطر مع إمكانية تقديم المساعدة وأخيرا إلزامية تقديم المساعدة.

فنعني بالخطر الذي تقوم به المسؤولية الجنائية للطبيب في جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة، وفقا لما استقر عليه القضاء الفرنسي، كل خطر حال، وهو الوشيك الوقوع والذي يقتضي ضرورة التدخل المباشر، وتطبيقا لذلك قضى القضاء الفرنسي بإدانة طبيب لرفضه تقديم المساعدة إلى المريض دون أن يتأكد من طبيعة الخطر[167].

بينما يقصد بالخطر الثابت، ذلك الخطر الذي يثبت بواسطة المتهم أو يثبت من قبل المعني عليه أو احد أقاربه، في حين يقصد بالخطر الحقيقي ألا يكون هذا الخطر محتملا،أو مفترضا أو وهميا[168]، هذا ولم يحدد المشرع الفرنسي مصدر الخطر الذي يوجب تقديم المساعدة، ومن ثم يمكن أن يتمثل هذا الخطر في مجال بحثنا دون الخروج على ذلك في حدوث عاهة مستميدة، أو

---

166 () بوسقيعة أحسن:**الوجيز في القانون الجزائري العام**، دار هومة، 2003، ص: 83.

167 () *François Chabas : **L'obligation Médicale D'information En Danger**, Pris Juin-Data, 2000,P :12*

168 ()*François Chabas : op cit, P :12*

جرح خطير، أو فقدان الصحة، أو تحول المرض البسيط إلى مرض خطير يهدد الجسم كله، أو تسبب في مرض داخلي نتيجة حادث خارجي لم يلقى العلاج الفوري بسب الامتناع.

والامتناع هو إحجام شخص عن إتيان فعل إيجابي معين كان المشرع ينتظره منه في ظروف معينة، مع شرط وجود واجب قانوني يلزمه بهذا الفعل، وبشرط أن يكون الممتنع في استطاعته القيام به [169]، والامتناع ليس إحجاما مجردا، وإنما هو موقف سلبي بالقياس إلى فعل إيجابي معين، ومن هذا الفعل يستمد الامتناع كيانه،والقانون هو الذي يحدد هذا الفعل.

كما أن الامتناع يستمد أهميته القانونية من الأهمية التي يسبغها القانون على الفعل الإيجابي، فلا وجود للامتناع إلا إذا كان الفعل الإيجابي قد فرض فرضا قانونينا على من امتنع عنه[170].

وحسب **المادة 63/2 من قانون العقوبات** الفرنسيين و**المادة 182من قانون العقوبات الجزائري**، أن الإنسان يكون في خطر سواء كانت حياتهم نفسها في خطرا أوتكامله الجسدي (سلامة جسمه)، والإنسان يكون حي ولو كان فاقدا الإدراك والتمييز،وتطبيقا لذلك قضى بإدانة طبيب امتنع عن إجراء عملية قيصرية لأم توفيت،وكان الطفل لا يزال حيا بناء على طلب الزوج، وتصرف الطبيب هنا يدخل في نطاق المادتين السابق ذكرهما[171].

---

169 () رضا فرج: **شرح قانون العقوبات الجزائري،القسم العام**، الكتاب الأول، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1976، ص:212.

170 () رضا فرج: المرجع السابق، ص 212.

171 ()*Denis Dendanker:* ***faute Médical de Naturc à Engager la Responsabilité de l'Administration****, Paris, Classeur, 1998, P :19*

واستقر القضاء الفرنسي على أن التزام الطبيب بتقديم المساعدة واجب عليه في حالة وجود الشخص في خطر أي كان نوعه، فإذا امتنع عد مرتكبا لجريمة الامتناع المنصوص عليهما في المادة **63/2**، في حين تنتفي مسؤوليته عن هذه الجريمة في حالة وجود خطر عليه من إنقاذه، أو وجود قوة قاهرة كانعدام المواصلات مع بعد مكان المريضة، وتطبيقا لذلك قضى بإدانة طبيب رفض تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر،واستدعائه للطبيب المعالج الذي يقيم على مسافة بعيدة من محل المريض، وكذلك مساءلته لما رفض مثول المريض على أساس أنه ميت من وجهة نظره دون أن يقوم بفحصه أو التأكد من وفاته[172].

الفرع الثاني: الركن المعنوي في جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة

تعتبر جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة من الجرائم العمدية يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي، وهو يتحقق بتوافر علم الجاني بأركان الجريمة واتجاه إرادته إلى اقترافها[173] ويتحقق هذا الركن بمجرد علم الطبيب بالخطر واتجاه إرادته إلى الامتناع عن تقديم المساعدة. فالإرادة هي مصدر الامتناع، فإذا انعدمت الإرادة لا يمكن أن ينسب إليه الامتناع، فمن أصيب بإغماء أو تعرض لإكراه مادي حال بينه وبين القيـام بالفعل الإيجابي (الواجب القانوني)، لا ينسب إليه من خلال فتـــرة الإغماء أو الإكراه أي امتناع[174].وبالتالي يكفي توافر القصد الجنائي العام

---

[172] *Cass.Crim 23 mars 1958.J.C.P.N0 10805.69.*

[173] محمود القبلاوي:المسؤولية الجنائية للطبيب، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص:.72

[174] رضا فرج: المرجع السابق، ص 212

لدى الطبيب، بمعنى أنه يعلم بوجود شخص في خطر يتطلب تقديم مساعدة مباشرة وضرورية لإنقاذه،ولكنه يتمتع في مساعدته[175] في حين تتطلب جانب من الفقه توافر القصد الجنائي الخاص في هذه الجريمة[176].

ويرى جانب من الفقه المصري أنه إذا كانت محكمة النقض الفرنسية كان لها الفضل في وضع حدود هذه الجريمة وإظهار معالمها، فإنه يهيب بالمشرع المصري أن يتضمن التشريع الجنائي نص يقضي بمعاقبة الطبيب الذي يمتنع عن تقديم المساعدة إلى مريض في خطر حال وحقيقي، وأن تنهج نقابة الأطباء المصرية، نهج نقابة الأطباء الفرنسية لا في حماية الأطباء، وإنما في حماية الأشخاص من إهمال، بتقرير العقوبات التأديبية للأطباء الذين يمتنعون عن أداء واجبهم في إنقاذ مريض في خطر، أيا كان السبب وعن سلوكهم غير الأخلاقي والذي يتنافى وأخلاقيات المهنة[177] فإذا كان الأمر كذلك فما هو الموقف إذا رفض الطبيب علاج المريض، هل يكون محل مساءلة جنائية عن جريمة الامتناع عن علاج مريض دون مبرر مقبول أم لا؟

بادئا ذي بدء قد ساد الرأي قديما بحرية الطبيب في ممارسة مهنته، إذ له الحق في قبول أو رفض الدعوة للعلاج، ومن ثم لا يلزم بطلب المريض على أساس أن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية تستلزم رضاء كل من الطرفين، لكن أخذ هذا المبدأ يتراجع، لأنه يعتبر أحد التطبيقات الهامة لنظرية التعسف في استعمال الحق؛ويعتبر الطبيب سيء النية، فمتى كان طالب

---

175 ((*Denis dendanker : op.cit, P :32*

176 () معوض عبد التواب: المرجع السابق، ص: 457.

177 () محمود القبلاوي:المرجع السابق، ص 73.

الإغاثة في خطر وكان الطبيب في حال يمكنه من مديد العون، فامتناعه يعتبر إساءة ويسأل على ذلك [178].

ولكن يمكن القول بأنه يعد تعد على حرمة الإنسان، وحقه في تقديم خدماته وعلمه،لكن يرد على ذلك، بأن ظهور الاتجاهات الحديثة في تقييد حريات الأفراد، ومن أجل تحقيق المصلحة العامة، كان له أثر في تقييد حرية الطبيب، فهناك واجب مهني وأدبي وقبلهما الواجب الإنساني عليه اتجاه المرضى، والذي تفرضه أصول مهنته. فنصت بذلك الأنظمة والقوانين على معاقبة الطبيب الذي لا يلتزم بأحكام هذا الواجب ومثال ذلك المادة **29/6** من قانون مزاولة مهنة الطب السعودي[179] «**ولا يجوز للطبيب الذي يعمل في مستشفى سواء عام أو خاص، أن يمتنع عن علاج أحد المرضى ممن يدخلون في اختصاصه، وحتى المستشفى لا يمكن له عدم قبول تقديم العلاج لأحد العاملين في مؤسسة تعاقد معها**».

إن أهم الشروط لترتيب المسؤولية على الطبيب عن جريمة الامتناع إثبات أنه قد نشأ ضرر عن هذا الامتناع، وإثبات العلاقة السببية بين الامتناع والضرر [180].

إلا،أن هناك حالات يجد الطبيب لنفسه فيها مبررا لترك المريض والامتناع عن علاجه، وهي: إهمال المريض في إتباع تعليمات الطبيب، أو تعمد ذلك استعانة المريض بطبيب آخر خفية عن الطبيب الذي يعالجه، وأخيرا حالة امتناع المريض عن دفع أجر الطبيب في مواعيده، ففي هذه الحالات يمكن للطبيب الامتناع

---

178 () بسام محتسب بالله:**المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق**، الطبعة الأولى، لبنان، دار الإيمان، 1984، ص:133.

179 () محمود القبلاوي: المرجع السابق، ص 74.

180 ()بسام محتسب بالله:المرجع السابق، ص:135.

عن علاج المريض وتركه،لكن بشرط ألا يكون هذا في ظروف غير لائقة وغير مناسبة للمريض مثل حالة الخطر السابق شرحها.

المبحث الثاني: الأعمال الطبية الموصوفة أخطاء والماسة بسلامة الجسم

ذكرنا في السابق بأنه يقع على عاتق الطبيب التزام في مواجهة المريض بأن يبذل ما في استطاعته لتوفير أقصى قدر من الرعاية الصحية، طبقا لمعطيات العلم،والتجارب والخبرات، فلا يلتزم كقاعدة عامة بتحقيق الشفاء، لأن مهنة الطب احتمالية، تتدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرته، فالتشخيص الذي يقوم به الطبيب مثلا هو نتيجة للاستخلاص العقلي والمنطقي، على ضوء ما توفر من معلومات كافية بناء على نتائج فحوص، وهذه الأخيرة احتمالية يمكن للطبيب أن يخطئ فيها،وإذا انتهى الطبيب إلى تشخيص ما، وصف علاجا ملائما متفقا مع ما توصل إليه علمه؛ ففي مراحل عمله يجب أن يكون يقظا وأن يبذل جهودا صادقة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة، فيسأل عن كل تقصير وإهمال في مسلكه لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المسؤول[181]، لأن رسالة الطبيب يجب أن تصاحبها مشاعر الرحمة والرعاية الإنسانية، فهي رسالة اجتماعية تنصب على جسم الإنسان، فالخطأ قد يترتب عليه أضرار تمس سلامة الجسم وتهدد تكامله ومن الصعب تعويضه وتلافيه.

ولعل الطريقة الفعالة للتعرف على مفهوم وطبيعة الخطأ الطبي والذي لم يتطرق إليه المشرع، تتمثل في تقصي أنواعه وتطبيقاته في مجالات العمل الطبي المختلفة وهذا سيتم تباعا:

---

[181] () باكر الشيخ: المرجع السابق، ص:182

المطلب الأول: الخطأ في التشخيص

إذا كان الاتفاق قد انعقد حول معيار الخطأ الطبي لتحديد مسؤولية الطبيب عن الخطأ في التشخيص، إلا أن تطبيق ذلك من الناحية الواقعية على العمل الطبي ذي الصبغة الفنية يختلف من زاوية لأخرى، خاصة وأن المعيار الأساسي الذي توصل إليه فقه القضاء المقارن ما أطلقوا عليه اختبار "**بولام**"، والمتمثل في القدر المتوسط من المهارة والدارية الذي يتوافر لدى ممارس عام يتمتع بالقدر المتوسط من العناية والحيطة والحذر والدراية، إذا أقدم على تنفيذ الإجراء المشار إليه[182]، لكن جرى التساؤل حول متى يتوافر الخطأ الموجب لمسؤولية الطبيب في العديد من التطبيقات؟ لاسيما أن الطبيب كما رأينا غير ملزم بتحقيق نتيجة إلا في حالة ضيقة، ولكن ملزم دائما بمراعاة الحيطة والحذر وإتباع أصول فن المهنة المتطورة[183].

ومن المعروف أن الطبيب يبدأ تدخله لمباشرة مهنته بعد الفحص بتشخيص المرض، وهي لا شك مرحلة على جانب كبير من الدقة والأهمية حيث يترتب عليها حكم الطبيب وقراره في المراحل التالية كتقرير ونوع المرض، واختيار العلاج. وبناء على ذلك سنقسم الدراسة في هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول في الأول: مفهوم التشخيص الطبي وفي الثاني شروط التشخيص وأخيرا استعرض لحالات أخطاء الطبيب في التشخيص والمستوجبة المساءلة الجنائية لما فيها مساس بسلامة جسم الإنسان وعدم احترام لقديسته وحرمته، وسيتم ذلك تباعا.

---

182 () باكر الشيخ: المرجع السابق، ص:185.

183() محمد حسين منصور:المرجع السابق، ص: 28.

الفرع الأول: مفهوم التشخيص

التشخيص من الناحية القانونية ما هو إلا استنتاج عقلي، منطقي لنتيجة معينة،حول الحالة الصحية للمريض، من خلال التقويم الفني لأعراض، وعوامل وحقائق بشأن حالة المريض الصحية، وما يؤثر فيها من جوانب اجتماعية، أو طبيعية وغيرها، ويقع على الطبيب التزام استخدام القدر المتوسط من العناية و الحيطة والكفاءة في مجال التشخيص[184].

وبذلك فالتشخيص يعني تحديد طبيعة الحالة الصحية التي يشكو منها المريض وما إذا كان مرضا أم لا، تمهيدا لتحديد العلاج المناسب، وقد يكون التشخيص للأغراض غير العلاجية كما إذا كان الهدف بيان مدى سلامة الفرد من الناحية الصحية لأسباب تتعلق بممارسة أعمال معينة أو للتأمين الصحي إلى غير ذلك من الأسباب[185].

كما يتسم التشخيص الطبي ببعض الخصائص، فهو لا يرتكز إلى العلم فقط ولكن أيضا إلى الخبرة والفطنة معا، وبديهيا أن جميع الأطباء لا يملكون في آن واحد هذه الصفات وبمقدار متماثل، لذا فهم عرضة لارتكاب الأخطاء[186].

وفي شأن ذلك يجمع الفقهاء والقضاء على أن مجرد الغلط البسيط في التشخيص لا يمثل من حيث المبدأ خطأ طبيا مادام بسيطا، ويظل الطبيب في هذا الفرض بمنأى عن أي مسؤولية ناشئة عن هذا الغلط، أما إذا كان الغلط في التشخيص ناتـج عن جهـل فاضح أو إهمال جسيم كعدم إجراء أي فحص للمريض، أو

---

184 () بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص:187

185 () مروك نصر الدين:**الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد**-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 281.

186 () محمد سامي الشوا: المرجع السابق، ص 08.

مباشرة فحص ناقص ومتعجل إلى غير ذلك فهنا يكون الخطأ في التشخيص معيبا، ويدان الطبيب في هذه الحالة [187].

وهذا ما نصت عليه المادة **16** من مدونة أخلاقيات الطب بالقول على أنه:«**يخول الطبيب القيام بكل أعمال التشخيص .....**».

والتشخيص يؤدي إلى التحقق من وجود مرض معين، وهذا يتم بترجمة الدلائل والمعطيات الناجمة عن الفحص وهو شرط ضروري للتشخيص وهذا ما سنراه في الفرع الثاني؛ ومنه له أول عمل يقوم به الطبيب، ويستلزم القيام بأعمال أولية يحــاول إثبات أو التحقق من وجود دلائل وظواهر معينة، فيترجم تلك الدلائل لاستخلاص نتائج منها،فيتعرف على ماهية المرض، ودرجة خطورته، وتاريخه وتطوره مع جميع ما يؤثر فيه من ظروف المريض من حيث حالته الصحية العامة وسوابقه المرضية وأثر الوراثة فيه[188].

على ضوء ذلك يتحد التعامل مع المريض وطريقة علاجه، وإن أي خطأ في تلك المرحلة بالذات يستتبع نتائج قد لا تحمد عقباها محلها سلامة جسم الإنسان الذي سيكون عرضة لتلك الأخطاء، وعليه فإن أي تسرع في البت وتقرير حالة المريض قد يوقع الطبيب في خطأ التشخيص، ولتفادي ذلك يستوجب استفاء شروط التشخيص والتي سنعرفها في العنصر الموالي[189].

---

187 () محمد سامي الشوا: المرجع الأخير، ص 12.

188() شريف الطباخ:**جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء**، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي للنشر، 2003، ص 38.
عبد الحميد الشواربي:**مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات**، الإسكندرية، منشأ المعارف، 1998، ص 219.

189 () بسام محتسب بالله:المرجع السابق، ص 137.

الفرع الثاني: شروط التشخيص السليم

بعد أن تطرقنا إلى مفهوم التشخيص،إتضح أنه يتطلب هذا الأخير لإجرائه وإتمامه على أحسن وجه،اقتضاء يقتضي توفر شروطا معينة وهي:

-بادئا ذي بدء تتوقف سلامة التشخيص إلى حد كبير على نوعية وكمية الحقائق الثابتة، اللازمة لإجراء التشخيص كأول عمل، وترجمة لاستنتاج سليم وهذا ما يسمى بالفحص، فيتم الوصول إلى تلك الحقائق من خلال الملاحظة والكشف الخارجي والمعلومات التي يدلي بها المريض[190] وهذه الأخيرة تكون بطرح الأسئلة اللازمة ولا يجب أن ينتظر من المريض بأن يمده بالمعلومات تلقائيا، وعلى المريض أن يكون صادقا ويذكر الحقيقة بأكملها.

ولكن يمكن أن يكون الطبيب أمام حقائق غير ظاهرة ويصعب التحقق منها دون الالتجاء إلى الفحوص المعملية، وأجهزة الأشعة، وغيرها من المستحدثات التي أوجدها التطور والعلمي كالمناظر الطبيعية، والموجات فوق الصوتية، والكهرباء، ومولد الخلايا وذلك لتشخيص سوء التغذية[191]، واستخدام هذه الأجهزة لا يكون إلا في حالة الشك في التشخيص للتحقق من الحالة المرضية وصحة التشخيص قبل الإقدام على العلاج.

-والشرط الثاني يتمثل في المعرفة العلمية وهو شرط نصت عليه المادة **36** من قانون أخلاقيات الطب في فرنسا، والتي أوجبت على الطبيب أن يجري التشخيص بعناية أكثر دقة وتخصيصا[192].

---

190 () بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص 188.
191 () مروك نصر الدين: المرجع السابق ص 286.
192 ()بسام محتسب بالله: المرجع السابق، ص 137.

هذا ما يجب أن يكون بالنسبة لكافة الأطباء الممارسين، أما بالنسبة للأطباء الأخصائيين فالتخصص المهني من المبادئ المعروفة في طب اليوم، فيجب أن تكون عنايتهم أكثر دقة، لأن عملهم ومعرفتهم يجب أن تكون أكثر دقة من غيرهم ومثال ذلك حالة أخصائي الأشعة. المادة **36** من مدونة أخلاقيات مهنة الطب «**على الطبيب دائما أن يعد تشخيصه كاملا بكل دقة، وأن يخصص له الوقت المناسب، وأن يستعين في سبيل ذلك بكل وسيلة ممكنة، والطرق العلمية المناسبة، وأن يحتاط لنفسه عند اللزوم بالمساعدات الأكثر تبصرا**» والفقرة الأخيرة تؤكد على أنه إذا استلزم الأمر الاستعانة بأخصائي أو زميل آخر يستكمل فحصه الدقيق فيجب أن يقوم بذلك وهذا ما نستوضحه كشرط آخر.

والشرط الثالث يتمثل في التشاور الطبي والاستعانة بزميل آخر أو أخصائي وهذا لاستكمال الفحص الدقيق، فقد أوجبت المادة **69** من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري، على الطبيب ضرورة التشاور مع زملائه والإخصائيين في الحالات المستعصية وذلك بقولها« **يجب على الطيب.... أن يقترح استشارة طبية مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقتضي الحاجة ذلك...**»[193] .

ومنـه إذا اقتضى الأمر لدقة الفحص على الطبيب أن يستعيــن بزميــل آخر أو أخصائي إزاء ظهور عوارض محيرة، وقد سار القضاء الفرنسي على هذا النهج فأوجب ضرورة إجراء

---

193 () طاهري حسين:**الخط الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة**، الجزائر دار هومة، 2004، ص ص 25-166.

الطبيب التشاور الطبي مع زملائه والأخصائيين في الحالات المستعصية وخاصة إذا كان يقوم بالعلاج ممارسا عاما[194].

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك ، فقضى بمساءلة طبيب كان قد استعان بممارس عام بدلا من أخصائي،وقد أبدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الصادر بإدانة طبيب والذي استعان بصديق له في توليد سيدة،وقد أجمع كل من الطبيبين على قرار يقضي بمباشرة عملية التوليد بواسطة ***forceps*** مما ألحق أضرارا جسيمة بالوليد وهذا من باب الاعتداء على سلامته،وقد ذكر الخبراء في تقريرهم أن استعمال ***forceps*** **كا**ن نتيجة خطأ في التشخيص يتعلق بالمكان الحقيق لرأس الوليد ،وأن وجود أخصائي في مثل هذه الحالة، كان من شأنه تجنيب مثل هذا الخطأ[195].

ويضاف إلى شروط التشخيص أنه عند استعمال أدوات التشخيص، فإنه يستوجب ألا تلحق هذه الأخيرة ضررا بالمريض في حالة استعمالها،وأن يتم التشخيص في الوقت المناسب، لا في وقت سابق أو لاحق، مما يقلل من نسبة احتمال الشفاء وأن يأخذ في اعتباره أعراض معينة أو مرضا، أو اضطربا أو حادثا سبق أن تعرض له المريض ، أو علاجا سابق أجرى معه ،ويجب أن يتم الفحص واقعيا ولا يتم التشخيص بناءا على محادثات هاتفية أو معلومات نظرية نقلت له[196] ففي هذه الحالات من الممكن أن توافر مسؤولية الطبيب القانونية إذا كان هذا الخطأ يتعارض مع معيار العناية والحيطة والحذر.

---

194 () مروك نصر الدين:"**الخطأ الطبي في مجال القانون الجنائي،الطب الشرعي والمسؤولية الطبية**"، اليوم الدراسي الثاني المنعقد ببومرداس، **مجلة المورد الإعلامي لوزارة العدل**، (العدد 2، سنة 1997)، ص 43.

195 () سامي الشورا**:** المرجع السابق، ص 16.

196 () مروك نصر الدين:"**الخطأ الطبي في مجال القانون الجنائي،الطب الشرعي والمسؤولية الطبية**"، المرجع السابق ص 42.

الفرع الثالث: حالات أخطاء التشخيص الماسة بسلامة الجسم

إن الخطأ في التشخيص مصادره متعددة، فيمكن أن يكون مرجعه غياب عنصــر أو أكثر من العناصر العلمية الأساسية ويمكن أن ينشأ عن عدم إجراءا أي فحص للمريض، أو مباشرة فحص ناقص ومتعجل، أو مصدره جهل الطبيب غير المقبول بالأصول الأولية لعلم الطب، أو عدم استعمال الوسائل الاستكشافية التي وضعها العلم تحت تصرف رجل المهنة.

والخطأ المعيب المستوجب المساءلة عنه، هو الخطأ الجسيم وكما يطلق عليه الفقه الخطأ الفاحش(*ERREUR GROSSIERE*) ويصفه القضاء بأنه«**الغلط الذي يتم في جهل أو إهمال غير مقبول**»**أو**«**الطبيب الذي يبرهن عنه جهله الفاحش بمهنته**»وهو أيضا«**الجهل الذي لا يعذر**»[197].

ويتوافر خطأ الطبيب في حالة إخضاع المريض لوسائل التشخيص مثل الفحوص المعملية والأشعة والمناظير وخلافه، في حالة مخالفة قواعد العناية والحذر في التنفيذ، مما يعرض مريض الأضرار معينة، خاصة إذا كانت حالته لا تستلزم ذلك[198]، كالظروف التي يوجد بها هذا المريض، ويسأل الطبيب في هذا المجال دائما إذا أخطأ في التشخيص لعدم استعماله الوسائل العلمية الحديثة واستخدامه لوسائل مهجورة وطرق لم يعد معترفا بها عمليا وعلميا في هذا المجال[199]، كما يتوافر الخطأ في التشخيص إذا لجأ الطبيب إلى استخدام وسيلة تتطلب معرفة

---

197 () طاهري حسين: المرجع السابق، ص 50.
198 () بابكر الشيخ:المرجع السابق ص، 189
199 () شريف الطباخ:المرجع السابق، ص 40

ودراية خاصة لاستعمالها، أو تخصصا آخر لا يتوافر له وذلك ما لضمان صحة النتائج أو لحماية المريض من التعرض للأخطار والأضرار أيا كانت طبيعتها؛ ومن الحالات التي اعتبرها القضاء خطأ ارتكبه الطبيب ، هي الخطأ في تنفيذ الوسيلة مثل الخطأ في صورة الأشعة لعدم سلامة وضع المريض أثناء التصوير لعدم توجيه التعليمات اللازمة مما يؤدي إلى حركة المريض وبالتالي تغير الصورة؛ وقد يحدث في استخلاص النتائج أو في استبدال تقرير بآخر إلى غير ذلك من الأخطاء التي لا تقع من طبيب متمتع بالقدر المتوسط من العناية والحيطة والكفاءة في ذات الظروف[200].

ومن الحالات الهامة لأخطاء التشخيص، هي الإهمال في التشخيص، وتنشأ كلما أسرع الطبيب في تكوين رأيه عن حالة مرضية دون إحاطة مدلولات، وقرائن وكشوف وفحوص تكون ضمانات تبعده عن أي زلل في التشخيص، وهذا ما أكدته محكمة السين في قرارها الصادر **13/01/1934** بأنه«في حالة الشك في التشخيص يجب الالتجاء إلى الطرق العلمية للتحقق من الحالة المرضية و إلا كان الطبيب مهملا إهمالا تحاسب عليه»[201].

وأول شيء تبحث فيه المحكمة عندما يمثل أمامها طبيب بدعوى مسؤولية عن خطأ تسبب فيه بالاعتداء على سلامة جسم المريض، وترتب ضرر،هو فيما إذا كان تشخيصه سليما أم معيبا.

ويضاف إلى حالات الخطأ في التشخيص، إذا كان راجع إلى عدم استشارته لزملائه له الأكثر تخصصا في المسائل الأولية اللازمة، حتى يتبين له طبيعة الحالة المعروضة عليه وكذلك إذا أصر على رأيه رغم تنبهه من خلال آراء زملائه لطبيعة خطئه في

---

200 () محمد حسين منصور:المرجع السابق ، ص 52.

201 () بسام محتسب بالله:المرجع السابق، ص 138.

التشخيص[202]، فقد أدانت المحكمة الطبيب الذي سافر بعد إجرائه لعملية وترك المريض في رعاية زملائه له تبين لهم خطأ التشخيص وعند عودته لم يشاطر الزملاء رأيهم وأصر على تشخيصه رغم وضوح العلامات الظاهرة التي تشير إلى غير ذلك[203].

وخلاصة ما تقدم أن القضاء الفرنسي في مجال الغلط في التشخيص، قد برهن على إدراكه العميق لطبيعة العمل الطبي ولكن تشدده بخصوص استعمال أساليب فحص مستحدثة، يبررها النتائج الجسيمة والمحزنة التي يمكن تجنبها في هذا المجال،فالمريض ونتيجة لغلط في التشخيص، سوف يعاني من مرض لم يكن لديه على الإطلاق سوف تجـرى له عملية جراحية بدون أدنى فائدة، ويمكن أن يترتب عليها أضـرار أوعاهات أو وفاة أيضا وكلها اعتداء على سلامة الجسم وانتهاك له بدون ضرورة وكان المريض الذي المسلم جسمه لذلك الطبيب في غنى عن ذلك.

وفي نفس الوقت، فإن المرض الحقيق يظل قائما ويتضاعف من سيء إلى أسوأ مما يؤدي في نهاية الأمر إلى تدهور صحة المريض ما دام الطبيب قد أهمل ذلك[204] .

وكما يثير بعض أخطاء التشخيص مشكلة الوصف القانوني، أي أنه إذا كانت وفاة المريض مردها الغلط في التشخيص أو بتر أحد أعضائه فما هو الوصف القانوني الذي يمكن إسناده إلى

---

202 () محمد حسين منصور: المرجع السابق ، ص 52

203 () *Sylvie Foarnel* **:**« ***la faute médical et ses homologues hudicires : la faute pénal»*** *l'essore de L'obligation d'information médical, paris, **ENM-AER**, 2001,p09*

204 ((*sylivie fournel : op ibid ,p11.*

الطبيب؟ هل هو الامتناع عن تقديــم مساعدة أو القتل الخطـأ أو بإهمال أو الجرح الخطأ أو بإهمال؟

وقد برهن القضاء الفرنسي إلى وجود فرق بين جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة التي تناولناها في المبحث السابق وجريمة القتل بإهمال،وهما متقاربتان إلى حد كبير ،ويمكن للقضاء أن ينتقل من أحدهما إلى الأخرى في بعض الحالات.

عندما ينتهي فعل التشخيص ، يبدأ الطبيب في ممارسة حقه في اختيار العلاج وضعه موضع التنفيذ وهذا ما سنتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:الخطأ في العلاج وتنفيذه

بعد انتهاء الطبيب من تشخيص المرض ينتقل مباشرة إلى المرحلة الموالية وهي مرحلة العلاج، وفيها يحدد الطبيب وسائل العلاج الملائمة لنوعية المرض وطبيعته،وإن كان من الصعب فصل مرحلة التشخيص عن العلاج لأن الهدف من وضع التشخيص هو الإعداد للعلاج ،وهذا الأخير يتصل بالتشخيص بسبب تتبع حالة المريض ،وما يطرأ عليها من تحسين أو سوء يقتضي التشخيص المتتابع والذي يقابل الاستمرار في العلاج أو تغييره.

وإذا اعتبرنا(التشخيص +العلاج= الشفاء) معادلة رياضية، أو عملية حسابية وتلك أطرافها أو حدودها الثلاث هذا فيما إذا تحققت النتيجة بالإيجاب، أو كان متوقعا نجاحها بنسبة منطقية، ويسعى لها بتعامل صحيح، بذلك تكون مرحلة العلاج في موقع الوسط ومنه المسببات الرئيسية في تحقيق النتيجة (الشفاء)[205].

---

[205] () بسام محتسب بالله: المرجع السابق، ص 150

ولما تطور وتقدم العلم وظهور مكتشفات خاصة في مجال الطب وعلوم الكيمياء، وتنوعت العلاجات وتشعبت طرق استعمالها، مما أدى إلى الوقوع في أخطاء كثيرة سواء عند اختيار العلاج أو عند مباشرته وتنفيذه ولتوضيح ذلك سنتناول كل في ثلاثة فروع وفقا لما يلي:

في الفرع الأول مفهوم العلاج والخطأ فيه وفي الفرع الثاني: الخطأ في اختيار العلاج،وأخيرا نتناول الخطأ في تنفيذ العلاج.

الفرع الأول: مفهوم العلاج والخطأ فيه

العلاج هو المرحلة التالية للتشخيص مباشرة، وفيها يحدد الطبيب وسائل العلاج الملائمة وإن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف للعلاج لا في قانون حماية الصحة، ولا في قانون أخلاقيات مهنة الطب، وإن كان قد نص في المادة **08** من قانون حماية الصحة على أهداف العلاج وحددها في الوقاية الصحية، تشخيص المرض، إعادة تكييف المرضى، التربية الصحية.

كما نص المشرع الجزائري على اصطلاح العلاج في المادة **16** من مدونة أخلاقيات الطب بالقول«**يخول الطبيب القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج...**»

إلا أن هناك جانب من الفقه عرف العلاج بالقول:«**العلاج هو الوسيلة التي تؤدي إلى الشفاء من المرض، أو الحد من أخطاره، أو التخفيف من آلامه الناتجة عنه سواء بتسكينها أو بالقضاء عليها**».

إن ما يتضح من هذا التعريف هو أن غاية العلاج هو تحقيق الشفاء أو الحد من آلام المرض أو تخفيفها، وكان يجب أن يتضمن

هذا التعريف صفة القائم بالعلاج وتوافر رضاء المريض وان يكون العلاج وفقا للأصول الطبية[206].

كما لم نعثر في أحكام القضاء الجزائري والمصري على تعريف للعلاج،وهذا عكس القضاء الفرنسي، حيث عرفت محكمة باريس العلاج بأنه« **كل إجراء أيا كان يؤدي إلى الشفاء من المرض أو تخفيف الحالة المرضية**»[207]، ويلاحظ على هذا التعريف أنه عرف العلاج بالهدف منه، وهو تحقيق شفاء أو تخفيف آلام المرض،دون أن يشير إلى أن الغاية من العلاج كذلك الحد من آلام المرض ومنع تفاقمه، أو الوقاية منه.وهذا يكون واضحا بالنسبة للأمراض المستعصية الشفاء مثل مرض الإيدز، الذي ذاع انتشاره في الآونة الأخيرة، فقد لا يستطيع شفاء المريض منه أو تخفيف آلامه أو الحد منه.

وبهذا يتضح أنه لا يوجد اتفاق بين الفقهاء لإعطاء تعريف معين وسليم للعلاج،إلا أنه على الطبيب عندما يتدخل علاجيا أن يلتزم في أداء عمله، وأن يبذل جهودا صادقة يقظة تتفق مع الأصول العلمية الثابتة.

ويقصد بالخطأ في العلاج قانونا اختيار الطبيب أسلوبا للعلاج غير ملائم لحالة المريض، ولا يحقق الشفاء أو تخليص المريض من الآلام والمتاعب الصحية بصفة كلية أو جزئية[208].

ويعرفه البعض بأنه وسيلة العلاج التي استخدمها الطبيب ترتب عليها أضرار ومخاطر، أشد من تلك المتعلقة بالحالة الصحية التي يعاني منها المريض[209].

---

206 () مروك نصر الدين:"**الخطأ الطبي في مجال القانون الجنائي،الطب الشرعي والمسؤولية الطبية**"، المرجع السابق،ص 45.

207 () *Sylvie Fournel: Opcit:P23.*

208() *CHabas François op cit,p15.*

209 () *Sylvie Fournel: Opcit:P23.*

الفرع الثاني:الخطأ في اختيار العلاج

يحكم اختيار الطبيب للعلاج مبدأ الحرية، وهو أحد المبادئ الأساسية في ممارسة مهنة الطب[210]، فهو القاضي والمقرر الوحيد في هذا المجال وعليه الالتزام بمعالجة مرضاه ، فهو المختص باختيار العلاج الأنسب، وقد اعترف المشرع الفرنسي بـ *le principe de liberté des prescription médicales* وأشار إليه في قانون آداب مهنة الطب في(1893/92) المادة **9** حيث أن:« **احترام حرية الممارسة والاستقلال المهني والأدبي للأطباء مصونة وفقا لمبادئ آداب المهنة..ومن بينها حرية الطبيب في وصف العلاج**»[211].

إن هذا المبدأ مقيد بتحقيق مصلحة المريض، وما تقضي به القوانين واللوائح المنظمة لمهنة الطب لذا يجب على الطبيب أن يراع عند اختياره للعلاج الحالة الصحية للمريض، وسنه، ومدى مقاومته، ودرجة احتماله للمواد التي سيتناولها، والوسائل العلاجية التي تطبق عليه[212]، حيث يسأل الطبيب إذا أعطى المريض دواء من الأدوية المعروفة بسميتها نتيجة زيادة حساسية المريض لها، ولم يبصر المريض بذلك، ويحدث للمريض تسمم نتيجتها،وهذا يعتبر من باب الخطأ في العلاج واعتداء على جسم المريض؛ ومنه على الطبيب عند تقديم العلاج مراقبة المريض عن كثب لتوجيهه مع الأمر بوقف العلاج إذا كانت مضاعفات.

وبذلك يعتبر من قبيل الخطأ تقديم الطبيب العلاج مباشرة للمريض دون القيام بعملية اختبار الحساسية للتأكد من وجودها

---

210 () محمد سامي الشواء: المرجع السابق ، ص 37 نقلا عن
Memetear, essai su la liberte thérapeutique du médecin .Th Poitiers, 1973,p52

211 () طاهري حسين: المرجع السابق ، ص 30.

212 () محمود القبلاوي: المرجع السابق ، ص 86

لدى المريض من عدمه وهذا ليحميه من وقوع صدمة إستهدافية قد تؤدي إلى الوفاة أو الإصابة بعاهة مستديمة(شلل كلي) [213].

فيجب على الطبيب أن لا يعرض مريضه لخطر لا تدعوا إليه حالته، أو لا يتناسب مع الفائدة التي يمكن أن تنجم عنه،حتى وإن كان برضائه،فمن واجب الطبيب أن يوازن بين أخطار المرض وأخطار العلاج، فإذا كان المرض لا يهدد سلامة المريض ، فلا يكون محل لتعريض المريض لعلاج من شأنه أن يؤديه أن يرديه[214].

ويعتبر خطأ في العلاج إذا كان ذلك يدل على إهمال أو جهل بالمعارف الأولية والقواعد الأساسية للطب،ويقع الخطأ عادة إذا كان منطويا على جهل لعدم إتباع القواعد المتفق عليها في العلاج، ومخالفة الأصول العلمية الثابتة التي يتحتم على كل طبيب الإلمام بها، أو إعطاء جرعة أكبر أو أقل من اللازم، لذا على الأطباء التدقيق في اختيار العلاج والتأكد من أنه مطابق للمرض ولحالة المريض، وعليه الالتزام دائما بمعرفة حالة المريض، وبنيته، وسنه ومقاومته، ودرجة احتماله للمواد التي يحتويها الدواء[215] ،وقد عرضت في محكمة الروبية قضية فتاة أصيبت بالقراع ، نسب فيها إلى الطبيب أنه أخطأ بعلاجها بالباليوم،وهو عقار خطير، بدلا من الأشعة وهي أقل خطرا فأصيب المريضة بسرطان الجلد [216].

ومنه حرية اختيار العلاج ليست مطلقة وهذا واضح من نص المادة **17** من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري **(92/276)** بقولها«**يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن**

---

213 () شريف الطباخ: المرجع السابق، ص ص، 50-51

214 () معوض عبد التواب:**الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ**، ط 4، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية ،1998، ص 463.

215() بسام محتسب بالله: المرجع السابق، ص 154**.**

216 () مروك نصر الدين**: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد،دراسة مقارنة** ، المرجع السابق، ص 46.

تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه».

فمثلا يعتبر خطأ علاجيا عندما يلجأ الطبيب إلى تجبير كسر المريض، بوضعه في حجر جيري، قبل اللجوء إلى إجراءات وفحوص وتحقيقات،واجب اللجوء إليها قبل عمل التجبير(كالتحقيق بالأشعة) إذ تتسبب في مضاعفات خطرة، لأنها قد تحتاج إلى إعادة كسر المكان المصاب مرة أخرى لتسوية وتقويم الحالة لوضعها الصحيح، ومنه يكون الطبيب العظمي المعالج قد ارتكب خطأ علاجيا[217].

وتمنح حرية اختيار العلاج للطبيب إمكانية تبنيه لآراء ونظريات علمية في العلاج بشرط أن يكون الخطر المعرض له المريض بسبب العلاج أقل جسامة من المرض،ويعد ذلك مبدأ أساسيا في اختيار العلاج، بدون إغفال أن الفعل الجراحى ذاته ينطوي على خطر، وأن كل علاج دوائي يعد من السموم الموجهة للجسم البشري ، فقد أدانت محكمة ***Montpellier*** طبيب لإتباعه وسيلة علاجية غير مطابقة للمعطيات المستقرة لعلم الطب، فاستعاض عن علاج تقليدي وفضل بدلا منه استخدام علاج آلي بواسطة منظار لتوسيع بلعوم(*Oesophage*) أصيب بحروف متبنيا في ذلك رأيا طبيا متطرفا[218].

ويجب على الطبيب أن يستعين بزملائه أو بأخصائي إذا وجد نفسه أمام حالة فوق مستوى عمله وكفاءته، وعليه أن يتبع رأي الأخصائيين الذين شاركوه، ويجب إخطار أهل المريض بالنتيجة، وموافقته أو عدم موافقته على العلاج؛ وإذا كانت حالة المريض لا تسمح بعلاجه في المنزل إلا أن الطبيب أبقاه وتابع علاجه هناك

---

217 () شريف الطباخ: المرجع السابق،ص، 50.

218 () سامي الشواء: المرجع السابق، ص 42.

دون أن يطلب إرساله إلى المستشفى،أين يتلقى العناية الدقيقة والمركزة فيه فيتعرض جسم المريض إلى مضاعفات وأضرار أكثر، يعتبر خطأ علاجيا يستوجب مساءلته، حتى وإن أبدى وبذل جهودا صادقة ويقظة إلا أن ذلك لا يحول دون المساءلة [219].

ويعتبر خطأ طبيا، في حالة تخلف قصد العلاج خلال مباشرته لأفعال من شأنها تعريض السلامة البدنية للغير للخطر فتعاقب المادة 301 عقوبات فرنسي بوصفه فاعلا أوشريكا في جريمة قتل بالسم، الطبيب الذي ينهي حياة مريض ميئوس من شفائه بناء على رغبته(*Euthanasie*) وأيضا الطبيب الذي يمارس بدون ضرورة طبية عمليات العقم(*Stérilisation*) للرجال أو النساء[220].

وفي الأخير فقد بين المشرع الجزائري المسألة بوضوح في المادة **45** من مدونة أخلاقيات مهنة الطب والتي جاء فيها أنه«**يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين**» فالمادة جاءت واضحة وملمة بالمسألة محل الدراسة.

وبعد اختيار الأسلوب العلاجي الملائم والمطابق لأصول العلم يشرع في تنفيذ العلاج ،الذي يكون هو الآخر محلا للخطأ وتجاوزات الأطباء وفيه انتهاكات للسلامة البدنية للغير، في الفرع الموالي.

الفرع الثالث:الخطأ في تنفيذ العلاج

---

219 () معوض عبد التواب: المرجع السابق، ص 464.

220 ()سامي الشواء: المرجع السابق، ص 45

بعد اختيار العلاج وتقريره للمريض تأتي مرحلة تنفيذ العلاج، ففي الحالات الخطرة، يتسع نطاق الواجبات الملقاة على عاتق الطبيب، فيتطلب أن يتولى بنفسه أمر تنفيذ العلاج والإشراف عليه.

وإن تنفيذ العلاج يكون بوسيلة جراحية أو وسيلة علاجية غير جراحية وعدم الدقة والحرص في استعمال هذه الوسائل تنشأ عنه أخطاء وبالتالي نتائج خطرة تمس بسلامة جسم المريض، أو حتى حياته وتفصيل ذلك كما يلي:

فبداية بالوسائل غير الجراحية وغالبا ما تكون أدوية جلها عبارة عن سموم فيتمثل الخطأ فيها عندما يتولى الطبيب تقديم الدواء للمريض ولم يلتزم بالأصول الطبية، حيث أنه نظرا للحالة الخطرة للمريض،زاد في الجرعات المقدمة من الدواء اعتقادا منه أن ذلك سيقلل من حدة الخطورة وتخفف اللآلام، إلا أن ذلك مخالف لقواعد وأصول العلاج، فأدى ذلك إلى حدوث مضاعفات للمريض ومثال ذلك تأييد الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية، حكما بإدانة طبيب بتهمة قتل بإهمال حيث في أن طفلا أصيب بجرح في أحد أصابعه بمسمار ملوث، ولمعالجته وصف له الطبيب حقنة من المصل المضاد للتيتانوس،تؤخذ على فترتين متعاقبتين، حيث أن الثانية تعتبر احتياطية تعطى في حال عدم الاستجابة للحقنة الأولى، توفى الطفل إثر تناوله الحقنة الثانية؛ وهنا نسبت المحكمة للطبيب ارتكابه خطأ جسيم عند تنفيذ العلاج لعدم مراعاته ظواهر وردود فعل المريض بعد أخذ الحقنة الأولى، كوجود نسخة في الحلق«*Chatouillement A La Gorge*» وظهور طفح جلدي ،والتي تدفعه إلى عدم إعطاء المصاب الحقنة الثانية[221].

---

[221] ()سامي الشواء: المرجع السابق، ص 56.

وكما يعد خطأ فـي تنفيذ العلاج لو استعمل الطبيب لأجـل ذلك العلاج النمطي« *La Therapeuteque A La Chaîne*» المستوجب المساءلة فأدانت محكمة *BLOIS* طبيبا باشر بعلاج المجني عليه باستخدام الصدمات الكهربائية(*Electrochocs*)، في حين كان المجني عليه يعاني من انهيار عصبي وإلى جانب ذلك فإن العملية تمت على أربعة من المرضى في أقل من ساعة واحدة وتبرهن أننا أمام نوع من العلاج النمطي الذي يبغي استثمار مهنة الطب على نحو يضر بسلامة المريض، وفي خلال العملية أصيب المريض بأزمة قلبية[222].

ومن بين الوسائل العلاجية الغير جراحية استخدام الأشعة، ويلقى على الطبيب التزاما بالحرص والحيطة في إجرائها ومسؤولية الأخصائي في ذلك أشد من مسؤولية الطبيب العادي- فيعد الطبيب مرتكبا لخطأ في العلاج لو تجاوز المدة اللازمة الموصوفة لأن ذلك يعرض المريض إلى الإصابة بالقرحة(*Lulsseret*) ،وكما يقوم الخطأ في تنفيذ العلاج إذا كرر الطبيب استعمال الأشعة في موضع واحد، فهذا يؤدي إلى الإصابة بالقرحة لا محالة ،ومضاعفات قد تصل إلى سرطان الجلد، وسرطان الدم[223]. كما تؤدي دائما إلى الحروق خاصة بسبب وضع المريض في وضع خاطئ تحت جهاز الأشعة،استعمال أجهزة قديمة غير صالحة وكذلك الخطأ في تقدير الجرعة، فقد أدانت المحكمة طبيبا استخدم علاج الأشعة بأجهزة قديمة مما أدى إلى إصدارها على درجة من القوة تفوق طاقة المرضى حيث كانوا أطفالا، وكان من الصعب التحكم فيها[224].

---

222 () محمود حسين منصور: المرجع السابق، ص 58.

223 ()معوض عبد التواب: المرجع السابق، ص 456.

224 () محمود حسين منصور: المرجع السابق ، ص 58 نقلا عن *savatier , la responsabilité médical,p47*

والاتجاه الغالب في القضاء هو افتراض خطأ الطبيب بمجرد حدوث الضرر نتيجة استعمال الأشعة،وذلك بالنظر إلى التقدم الفني الكبير الذي أحدثه العلم في هذا المجال عن طريق تحسين أجهزة الأشعة وضمان كفاءتها وتزويدها بالإمكانيات اللازمة لمنع المضار لجسم الإنسان[225].

-إضافة إلى الوسائل العلاجية الغير جراحية، هناك وسائل أخرى يستعملها الطبيب إذا تبين عدم جدوى الأولى وتتمثل في الجراحة، إلا أنه يستوجب أن يكون الحذر والرعاية والحيطة أكثر تشددا ودقة والمزيد من المهارة في هذا المجال، بسبب جسامة الأخطار والأضرار التي يمكن أن تلحق بجسم المريض وسلامته نتيجة أخطاء الجراح[226].

ويعتبر الجراح مرتكبا لأخطاء أثناء تنفيذ العلاج بواسطة الجراحة في الحالات التالية:

01-إذا لم يراعى القواعد الطبية المعترف بها، أي الأصول التي يعرفها أهل العلم من الجراحين فلا يتسامح مع من يجهلها ويتخطاها، لأن جسم الإنسان ليس ميدانا للاختبار إلا إذا كانت الطريقة الجديدة المتبعة مقبولة علميا وطبيا.

02-إذا أجرى عملية جراحية، ولم يكن مبرر صحي أو طبي لإجرائها، وإن وافق المريض عليها، لأن العملية الجراحية تمس بجسم الإنسان، وأحيانا تنتقص منه وبالتالي لا يجوز اللجوء إليها إلا للضرورة واقتضت حالة المريض ذلك وأنها الوسيلة الوحيدة لتحقيق العلاج وأن الوسائل الأخرى غير مجدية.

03-في حالة إتيان الجراح أي خطأ من الأخطاء الظاهرة، التي لا تحتمل نقاشا فنيا يختلف وتتباين فيه الآراء.

---

225 () عبد الحميد الشورابي: المرجع السابق، ص 222.

226 () _بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 193.

04-إذا تجاهل أصول الفن الطبي بإهماله تنظيف جرح أو غسله وإزالة ما به من أجسام غريبة، وفيما يخص الجروح فعلى كل طبيب أن ينتبه إلى احتمال تلوث الجرح بالتيتانوس،وسيكلف ذلك المريض الكثير من سلامته البدنية، وبالتالي يعتبر الطبيب مخطئا إذا لم يحقن المريض بمصل الواقي ضد التيتانوس.

05-ومن أكثر الأخطاء شيوعا في الجراحة ترك شاشة وآلة جراحية أو قطعة قطن في البطن بعد أي عملية،وتؤدي إلى التهاب موضعي أو تقيح داخل البطن،أوتمزقات داخل البطن[227].

ويرتبط بالجراحة إجراءات التخدير، ويقع على الجراح وطبيب التحذير واجبات التأكد من الحالة الصحية للمريض لبيان قدرته على تحمل تخدير من طبيعة معينة، كما يكون طبيب التخدير مسؤولا عن ضبط كمية المخدر بما يتفق وظروف الحالة، فالزيادة في الكمية قد تؤدي إلا الإضرار بالمريض وذلك بظهور أعراض على الجهاز العصبي والجهاز الدوري والحساسية الإستهدافية[228].

هذا إلى جانب ضرورة تواجده(طبيب التخدير) أثناء إجراء العملية لمتابعة الحالة فتغيب طبيب التخدير أو إهماله في المتابعة أثناء العملية وبعدها، وحتى عند تمام الإفاقة، قد تؤدي إلى توافر الخطأ لو تعرض المريض لمضاعفات تتطلب التدخل السريع من جانبه[229].

المطلب الثالث: الخطأ في تحرير الوصفة الطبية

ذكرنا في المطلب السابق أن الطبيب له الحرية في اختيار وسائل العلاج وهي متعددة، منها علاج جراحي أو علاج غير جراحي

227 () شريف الطباخ: المرجع السابق، ص ص 54-56.
228 () شريف الطباخ: المرجع الأخير، ص 65.
229 () بابكر الشيخ: المرجع السابق ، ص 194.

فقد يختار من أجل قهر المرض ووفقا لحالة المريض ، العلاج الغير جراحى لأنه يعد الوسيلة الملائمة لتلك الحالة، ويصف الطبيب ذلك العلاج في الوصفة الطبية(*Ordonnance*) على أن يتم في شكل دقيق ومقروء وكامل، ويعد تحرير التذكرة الطبية من أهم المراحل في العمل الطبي الغير جراحي، وتعد المستند أو الوثيقة الوحيدة التي تثبت وجود العلاقة بين الطبيب والمريض.

وكل إهمال أو عدم احتياط في تحريرها، يعتبر إخلال بالتزام قانوني يستوجب عقاب مرتكبه والسؤال المطروح هو كيف يكون هذا الإخلال؟ ما هي شروط الوصفة الصحيحة والتي تحجب المساءلة لمحررها حتى وإن لم يحصل شفاء للمريض ؟ وما المقصود بالوصفة أصلا؟ وما هي أخطاء تحريرها؟ والتي ستنعكس دون شك على سلامة جسم المريض الذي حررت له ونفذ ما جاء فيها وسنجيب على هذه الأسئلة كلها ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول:سنبين فيه مفهوم الوصفة الطبية.

الفرع الثاني:سنتطرق إلى شروط تحرير الوصفة الطبية.

الفرع الثالث:حالات الخطأ في تحرير الوصفة الطبية.

الفرع الأول: مفهوم الوصفة الطبية

يقصد بالوصفة الطبية التذكرة التي يثبت فيها الطبيب ما انتهى إليه بعد الفحص والتشخيص، وقد أطلقت عليها مدونة أخلاقيات مهنة الطب في الجزائر هذا المصطلح،المادة **11** حيث أنه:«**يكون الطبيب..حر في تقديم الوصفة الطبية التي يراها أكثر ملاءمة للحالة**» وتتميز الوصفة الطبية عن غيرها من الأوراق التي تثبت فيها أنواع مختلفة من الأعمال الطبية

كالتحاليل والأشعة وتعتبر الوصفة الطبية كدليل إثبات العلاقة بين الطبيب والمريض[230]

وعرفت في القانون المصري بالتذكرة الطبية ،وفي السودان الأبريشة وفي الفرنسي بـ *ORDONNANCE* أو *Prescriptions* مع أنه لم ينص صراحة المشرع الفرنسي على ضرورة تحرير الوصفة الطبية،ومع ذلك نصت **المادة 372** من قانون مزاولة مهنة الطب على وجوب إثبات التشخيص والعلاج كتابة، ثم نصت في **المادة 3** من لائحة الأعمال المهنية على أنه« **يجب على الطبيب أن يبين في الوصفة الطبية طبيعة ونوعية العمل الطبي ووصفه من قام بتنفيذه ومباشرته وفقا لما نصت عليه اللائحة**»[231]، وكما نصت **المادة 37**[232] من قانون أخلاقيات مهنة الطب في الباب الخاص بواجبات الطبيب نحو مريضه على ضرورة التزام الطبيب بوصف الأدوية بوضوح حتى يستطيع المريض فهمها وتنفيذ العلاج. وجرى في سياق نص **المادة 47** من ذات القانون على أن ممارسة الطب تشمل تحرير الشهادات الطبية والأوراق الصادرة بناء على النصوص التشريعية والائحية.

بناء على النصوص السابق ذكرها يتضح أن المشرع الفرنسي تطلب من الطبيب ضرورة كتابة العلاج للمريض، حتى يمكن المريض من معرفته وكيفية استعماله ، كما اشترط أن تكون كتابة هذه الوصفة بلغة يفهمها المريض وهذا بالتالي يقتضي بالضرورة تحرير التذكرة الطبية.

---

230 () مروك نصر الدين: **الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم دراسة مقارنة**، المرجع السابق، ص 288

231 () ***Article 03: la praticien***

232 () *Article 37 « le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté nécessaire il doit veiller à la bonne compréhension de celles-ci par le malade iltourage il s'efforces d'obtour la bonne exécution du traitement»*

أما في **القانون المصري**، فنجد المشرع المصري لم ينص أيضا في قانون مزاولة مهنة الطب أو في لائحة أخلاقيات الطب على ضرورة تحرير التذكرة الطبية،وإن كان قد أشار في المادة الأولى من قانون مزاولة مهنة الطب إلى وصف الأدوية ، إلا أنه لم يحدد الشكل الذي يجب أن يكون عليه هذا الوصف [233].

الفرع الثاني:شروط تحرير الوصفة الطبية

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه يجب أن يكون تحرير الوصفة الطبية في ورقة على ألا تتجاوز مساحتها **25/30** سم[234]، كما يجب أن يكون مدون بها تاريخ تحرير الوصفة، واسم الطبيب وتخصصه، وعنوانه، ويجب أن يوقع عليها بنفسه.

وكما يشترط أن يكون التحرير للتذكرة بصورة واضحة ومقروءة، خاصة من طرف الصيدلي، لكي لا يجد فيها إشكالات وألا يقع في الخلط حال قراءتها.ومنه يجب أن تكون ألفاظها دقيقة ومحددة[235] وتحديد الأدوية الموصوفة يجب أن يتم بشكل دقيق وليس هذا فحسب ، بل يجب أن يشمل طرق الاستعمال بالتفصيل ومدة استعمالها.

وإن **المشرع الجزائري** قد سار مع هذا الجانب الفقهي وتجلى ذلك في المادة **47** من مدونة أخلاقيات مهنة الطب التي نصت على أنه« **يجب على الطبيب... أن يقوم تحرير وصفاته بكل وضوح، وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج**»

---

233 () محمود القبلاوي: المرجع السابق ، ص 58.

234 () *Sylvie Fournel : op cit , p:21.*

235 ((*Sylvie Founel : Ibiem-*

هذا وبعد المشرع الجزائري الرائد الأول في توضيحه لهذه الإشكالية، حيث بين ذلك في المادة **77** من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري**(92/276)** إذ جاء في نصها ما يلي:«**لا يسوغ للطبيب أو لجراح الأسنان...أن يثبت على الورق المخصص للوصفات ،والبطاقات الشخصية، أو الدليل المهني إلا البيانات التالي:**

01-الاسم واللقب ،والعنوان ورقم الهاتف وساعة الاستشارة الطبية

02-أسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة مشتركة.

03-الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها»

فمن هذه المادة نستنتج أن كل وصفة تخلو من هذه البيانات الأساسية والرئيسية لا يمكن لمن حررت له(المريض) أن يحتج بها كدليل أمام القضاء أو ضد الطبيب المحرر في حالة ما إذا كان غلط في وصف الدواء وترتب على ذلك ضرر بسلامة جسد المريض وحصلت له مضاعفات جراء تناوله للدواء المكتوب في تلك الوصفة خاصة إذا كانت الوصفة غير موقعة أو غير موجود فيها ختم الطبيب ،وكذلك تاريخ تحرير الوصفة ، فأي وصفة بهذا الشكل لا يعتد بها، فالصيدلي يجب عليه عدم إعطاء ذلك الشخص الأدوية المكتوبة فيها، خاصة إذا كانت عبارة عن مواد مهدئة فهي تعد مخدرات مسموح للصيادلة حيازتها،ولا يمكن لهم بيعها لطالبيها بــدون وصفة طبية أو أن تكون هذه الأخيرة ناقصة وغير صحيحة، فذلك مجرم ومعاقب عليه، هذا بالنسبة للصيدلي أما إذا اعتبرها الشخص كدليل يحتج بها في مواجهة الطبيب الذي ارتكب خطأ فيها وتضرر منها مستعملها؛ فإنه لا يمكنه ذلك إلا إذا أثبت سوء نية

الطبيب وأنه تعمد فعل ذلك، خاصة إذا كان يمارس المهنة بصفة غير شرعية(موقوف ،أو غير مقيد في سجل نقابة الأطباء...).

وكما أن بعض الأشخاص يحصلون على أوراق الوصفات بصورة غير شرعية ويستعملونها للحصول على بعض الأدوية من الصيدليات،وبالأخص المواد المخدرة دون أن تحرر تلك الوصفات من الأطباء وتوصف كعلاج لهم. وبالتالي على الصيادلة قبل قراءة الدواء الوارد في التذكرة يجب التأكد أولا من ورود البيانات الأساسية فيها لتبين مدى مشروعيتها وصحتها، وذلك طبعا حماية وحفاظا له وللمريض من الوقوع في إشكالات لا مخرج منها.

بعد التأكد من البيانات الأساسية في الوصفة ، يجب قراءة الوصفة بشكل دقيق وبتمعن و بصورة صحيحة وعلى الطبيب أن يتأكد من أثناء قراءته للوصفة التي حررها أنه كتب الجرعات والمقادير المستعملة بشكل صحيح ودقيق ومحدد ،وطبعا هنا في الجزائر والسائد العمل به هو كتابة الوصفة بالفرنسية(يشترط ذلك عند كتابة الأدوية والجرعات بصفة أخص).

رغم الحيطة والحذر من طرف الطبيب عند تحريره للوصفة الطبية إلا أنه نظرا لرعونته وإهماله أحيانا قد يرتكب أخطأ أثناء قيامه بذلك العمل الطبي، وهذا لا محال سينعكس على سلامة جسم المريض عند استخدامه لتلك التذكرة ، فيستوجب مساءلته على ذلك. وهذا ما سنستعرضه في الفرع الموالي فتبين فيه أخطاء الطبيب في تحريره للتذكرة الطبية.

الفرع الثالث: حالات الخطأ في تحرير الوصفة

واجب على الطبيب أن يحرر تذكرته الطبية(*Ordonnance*) على نحو دقيق ومقروء وكامل، وأن يراعي الإحتياطات اللازمة؛

والأخطاء المرتكبة في تحريرها ليست بالكثيرة، إلا أنه مثلت أمام القضاء قضايا مواضيعها تحركت العقول وحيرتها منها ما كيف بالقتل الخطأ ،ومنها الجرح الخطأ المفضي للموت أو المؤدي لمــرض أو عاهة مستديمة....الخ فكلها نهايات حزينة ولا يستهان بها، إذ هي نتائج لأخطاء الأطباء سببها الإهمال والرعونة أو الجهل العلمي الغير مقبول[236].

فمن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب عند تحريره لتذكرة طبية، عدم الذكر التام أوذكره ولكن بصورة غير واضحة لمقدار الدواء الموصوف وطريقة استعماله، وقد قضى مجلس قضاء باتنة بمسؤولية الطبيب بسبب خطأ طبي في قرارها المؤرخ: **15/09/1990** وذلك بسبب تسببه في وفاة شخص، لعدم إيضاحه له مقدار وكيفية استعمال دواء خطير في التذكرة الطبية التي حررها.

كما قضى مجلس قضاء الرويبة بإدانة طبيب أطفال بالحبس لمدة **08** أشهر نافذة لإهماله وعدم حيطته عند تحرير الوصفة الطبية أن يوضح كيفية الاستعمال للأدوية حيث وصف له دواءين. أحدهما منشط للأعصاب والآخر مهدئ لها ويرخيها، مما يجعل الشخص عند تناوله له الرغبة في النعاس، وبما أن الدواءين متضادان لا يمكن تناولهما في آن واحد، حيث يجب تناول تناول أحدهما حتى الاكتمال دون تناول الآخر، ثم ينتظرا يوما كاملا ويبدأ في الدواء الثاني، ولعدم تبيان هذه الطريقة للمسؤول عن الطفل (أمه) في الوصفة فراح طفلها ضحية لذلك الخطأ، وإذ ناولته الدواءين مع معظمها دون التفريق بينهما،فأصيب بنوبات عصبية وتشنجت جميع عضلاته فمات ذلك الطفل.

---

[236] () سامي الشوا: المرجع السابق، ص 46.

وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي نجده قد طبق المادة **319 من قانون العقوبات** على طبيب حرر لمريضه تذكرة طبية كتبت بخط سيء ،أين أراد أن يصف **25 قطرة** من مادة *laudanum* *Sysdenham* كعلاج شرابي إلا أنه قد أخطأ في كتابته لكلمة قطرات مختصرا إياها إلى حرفين وبخط رديء«*GT*» وهذا ما أوقع الصيدلي في خطأ جعله يقرأها على أنها تعني غرامات فأعطى المريض **254** غراما من الدواء الموصوف،وبتناول المريضة جرعة منه سقطت في غيبوبة ثم توفيت بعد ذلك لتسممها من الجرعة القاتلة من مادة «*Laudanum*»[237].

كما قضت محكمة *Blois* على طبيب أطفال بإدانته بالقتل الخطأ لسهوه في تحرير التذكرة الطبية وكتابة اسم دواء محل آخر، فكتب *TINDOCIED* بدلا من *INDUSIL* لطفل يبلغ خمسة أسابيع،ونتيجة لتأثيره الضار،وصرار الطبيب على استخدامه، وعدم شكه في وصف الدواء رغم المضاعفات التي ظهرت على المريض والمؤدية لوفاته، رغم قدرته لتفادي الخطأ لو راجع الوصفة[238].

ويصبح الخطأ في تحرير التذكرة الطبية غير مغتفر عندما يتم عن جهل علمي في تحديد المقدار الموصوف كإعطاء جرعة أكبر خاصة بالنسبة للأدوية المعروفة بسميتها،فيصاب المريض بالتسمم نتيجتها [239]وكما أدانت محكمة ***Grenoble*** بتهمة الجرح الخطأ وإحداث تشوهات بجسم المريض، وتتلخص وقائع القضية في إدانة طبيب أخصائي بالأمراض الجلدية حيث قام بوصف علاج بواسطة أشعة(x) لمريض يعاني من مرض جلدي وهو«*lichen plan*»،

---

237 () سامي الشواء:المرجع السابق، ص 47.

238 () منير رياض حنا: **المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية 1989، ص 79.

239 () شريف الطباخ: المرجع السابق، ص 50

فارتكب خطأ جسيما لما وصف للمريض مقدار من الأشعة **(x)** وذلك بحوالي **1200** وحدة **R** في الجلسة الواحدة متجاورا المقدار العادي والذي يبلغ **425** وحدة **R**، فأصيب المريض بحروق بالغة، تسببت بإصابته بمرض النخر الإشعاعي(*Radionécrose*) مما أدى إلى استئصال الأنسجة المصابة بالمرض فأحدثت تشوهات بجسم المريض[240].

وفي الأخير يجب في حالة تقديم وصفة طبية لصيدلي من شأنها أنها غير مقروءة أو تحتوي على خطأ في مقدار العلاج الموصوف، أن يراجع الطبيب المعالج كي يتبين أغراضه قبل صرف التذكرة، ومخالفته هذا الالتزام تستوجب مساءلته، لأنه بذلك يعرض جسم الإنسان للخطر أكثر فأكثر، فيعتدي على سلامته وتكامله بحدوث المضاعفات للمريض أو تكون مرض آخر نتيجة الدواء الموصوف بشكل خاطئ.

---

240 Ω *Patrick Faugerolas op cit, P:73.*

ملخـــص الفصل الأول:

تناولنا في هذا الفصل دارسة أثر الممارسات الطبية على نطاق الحماية الجنائية لسلامة جسم الإنسان، فاتجهنا في هذه الدراسة إلى تقسيمها لمبحثين خصصنا الأول لدراسة الممارسات الطبية الموصوفة أفعال عمدية الماسة بسلامة وتكامل جسم الإنسان فتناولنا في ذلك عدة مظاهر لها صارخ لسلامة الجسم وتكامله، وانحسار لنطاق الحماية لهذا الأخير وذلك أمام مناصري مبدأ حرية وحق الإنسان في التصرف في جسمه،لذلك كان من الضروري لوضع حد لذلك، و إلزامية إيجاد أساس قانوني لإباحته وبخلاف ذلك يعد الفعل مجرم وغير مشروع لان فيه مساس بالوظيفة الاجتماعية للجسم ،ونفس الشيء يظهر على المظهرين التاليين وهما التجارب والأبحاث العلمية و التقليح الصناعي وتحول الجنس.

فهذه الجرائم العمدية هي أعمال طبية مستحدثة، حيث تخرج بطبيعتها عن الأطر التقليدية لممارسة العمل الطبي والإشكالية فيها أنها تنصب مباشرة على جسم الإنسان مع خروجها عن القواعد المستقرة،وتمسه حقا من الحقوق المرتبطة بشخصية الإنسان وهو التكامل الجسدي.

وقد طرحنا جل هذه الممارسات الطبية على القوانين الوضعية خاصة منها التشريعات الفرنسية والأنجلو أمريكية والقوانين المصرية والجزائرية، ثم وضعنا المسألة في ضوء قواعد التشريعة الإسلامية كلها قد انتهت كاشفة على أن الشخص المعطي أي المتبرع الذي سيكون محل لتلك الممارسات ليس بأداة يستعملها الطبيب والجراح كيفما يشاء،وإنما هو إنسان له كرامته والحق في سلامة جسمه وتكامله الجسدي ، فلا يجوز

استئصال أي جزء من جسده ولا إجراء التجارب فيه فهو ليس بمخبر للتجارب ، فلا يتم ذلك إلا بعد موافقته الصريحة مع تبصيره تبصيرا كاملا بكافة النتائج المؤكدة والمحتملة المترتبة عن تلك الممارسات ، على أن القصد دائما هو تحقيق غرض مشروع وهو العلاج وبذلك تكون هذه التشريعات تستبعد كلها فكرة المقابل المادي والاتجار في جسم الإنسان ،وفي هذا السياق وضحت الحكم في مسألة التلقيح الصناعي، حيث أكدت إباحة التلقيح الذي يتم عن طريق نقل مني الزوج إلى رحم زوجته ويجب اتخاذ واجب الحيطة والحذر في هذا النوع من العمليات لتفادي الوقوع في الاختلاط، أما التلقيح الذي يتم عن غير هذا الطريق فيعتبر عمل غير أخلاقي وغير مشروع لتعارضه مع النظام العام والآداب العامة.

وكما تناولنا إلى جانب هذه الأفعال العمدية جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة لمريض في حالة حرجة وخطيرة، وقد ساند المشرع الجزائري هذا الرأي صراحة في قانون العقوبات وقانون أخلاقيات مزاولة مهنة الطب.

أما في المبحث الثاني فقد خصصناه لدراسة الأعمال الطبية الموصوفة بأخطاء مع أنها تشكل اعتداء على سلامة جسم الإنسان وتفتك به؛ وتبرر في المظاهر التالية:

-الخطأ في التشخيص الطبي باعتباره أول أعمال الطبيب وفيه بينا مفهومه أي المقصود به وشروط صحته ثم حالات الخطأ في التشخيص والذي ينجر عنه انتهاك حرمة الجسد والإخلال بتكامله والاعتداء على سلامة جسم المريض الذي سلم نفسه وجسمه للطبيب والمظهر الثاني يتمثل في الخطأ في العلاج سواء عند اختياره أو عند تنفيذه إذا يرد على عدة حالات كخطأ في اختيار

علاج الجراحة بدلا من العلاج غير الجراحي كالأدوية الذي يعد هو الآخر مناسبا وليس فيه خطورة مقانة مع الجراحة.

وكذلك الخطأ في تنفيذ العلاج بالأشعة كالإطالة في تسليطها على مكان دون فترات للراحة مما يسبب في حروق إلى غير ذلك من الحالات وفي الأخير تناولنا مظاهر آخر هو الخطأ في تحرير الوصفة الطبية، وهذا الأخير يرد عندما يكون العلاج الذي اختاره الطبيب غير جراحي.

إن كل هذه الأخطاء تنصب على جسم المريض فتهدد سلامته وتفتك به، مما يستوجب مساءلة الطبيب عليها وعقابه عليها سواء كانت أخطاء بسيطة أو جسيمة، لأن عدم التشديد في ذلك والتساهل معهم سينعكس بذل جهده لعلاج المريض ، لكن لتسرعه أمام الحالة الاستعجالية التي أمامه وخطورتها لم يتخذ الحيطة والحذر كأن يستعلم عن حالة المريض السابقة، ومدى قدره جسمه لتحمل العلاج الذي اختاره ،وكما لا يقوم بإجراء الفحوصات الأولية،ولسرعته ورعونته قد يخطئ في تقدير الجرعات أو يختار علاج لسوء علم ومعرفة بأصول وأسس المهنة.

فكل هذه الأخطاء تنشأ حتما نتيجة لإهمال أو رعونة أو عن جهل علمي غير مقبول وهكذا لا تعفى الممارسات الطبية من الاحتياطات التي تقتضي الحذر، لاسيما إذا كانت حياة وجسم الإنسان في خطر ،ومنه للقضاء سلطة مراقبتها وله أن يرفض كل ما هو مخالف للقانون ويشكل اعتداء لحرمة وسلامة جسم الإنسان وذلك لتعزيز وتوسيع من نطاق الحماية الجنائية لسلامة الجسد، لكن هذا لا يكفي لتقرير الحماية بل يجب توفر وسائل أخرى تمكن من ترسيخ مبدأ حرمة الجسد وتضع حدا للاعتداءات عليه ،وهذا ما سنراه في الفصل الموالي إن شاء الله.

ترك التطور العلمي بصماته على جميع حقوق الإنسان وعلى أساليب المساس بها بصفة عامة، وعلى الحق في سلامة الجسم بصفة خاصة، فبالمقابل كان من اللازم مواكبة سبل مكافحة الجريمة وسبل ارتكابها، حيث أن السياسة الجنائية التقليدية التي مدت المشرع الوضعي بموضوعات معينة، أصبحت غير قادرة على استيعاب هذه التطورات،مما لزم أن تتدخلا السياسة الجنائية الحديثة لتمد المشرع بالموضوعات التي اقتحمتها التطورات التكنولوجية والطبية خاصة الحق في سلامة الجسم [241].

فقد مست أساليب التقدم العلمي الحديث كل عناصر الحق في سلامة الجسم،فكان ولا بد من قياس الدور الفعال للنصوص الجنائية التي تحمي هذا الحق، فإذا ما كانت هذه النصوص قاصرة كان لا بد من وضع الحلول المناسبة وأفضل الصيغ للنصوص التي تحمي عناصر هذا الحق، وهذه العملية تسمى بالحماية الجنائية.

ويقصد بالحماية الجنائية اصطلاحا وبصفة عامة،أن يدفع قانون العقوبات عن الحقوق والمصالح المحمية جميع الأفعال غير المشروعة التي تؤدي إلى النيل منها عن طريق ما يقرره من عقوبات. أما بالنسبة للحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد في نطاق بحثنا، أن يدفع قانون العقوبات، والقوانين الخاصة، وبدعم من المواثيق الدولية جميع الأفعال غير المشروعة عن الحق في سلامة الجسد والتي تؤدي إلى انتهاكه والحط من قداسته وكرامته وإقحامه في دائرة الآلام، وأحيانا إلى إعدامه [242].

وتثير الحماية الجنائية المقررة لجسم الإنسان إشكالات قانونية وشرعية ذات طبيعة حديثة، ذلك أن الجسم حضي في

---

241 ( ) مروك نصر الدين: **الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم**، المرجع السابق، ص 345.

242 ( ) عبد العزيز محمد محسن: **الحماية الجنائية للجنين (دراسة مقارنة)**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص 13.

الوقت الحاضر بأهمية بالغة، لا سيما بعد ازدياد الأخطار الناجمة عن الممارسات الطبية الحديثة. وقد أدركت التشريعات المعاصرة هذه الحقيقة، فسعت إلى إحاطة سلامة جسم الإنسان بحماية قانونية فعالة رغم اختلافها في تحديد نطاق هذه الحماية، وذلك بعدم اجتماعها على صيغة واحدة حول التعبير عن الأفعال الماسة بسلامة الجسم؛ رغم أن القصد واحد وهو فرض الحماية وسنبين تلك الجهود المبذولة وأساليب توسيع نطاق الحماية الجناسية للجسد ضمن الخطة التالية:

-في المبحث الأول نتناول ضمانات الحماية الدولية والدستورية والجهود المبذولة لذلك، إذ في المطلب الأول سنتناول الضمانات في الإعلانات والمواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية، وفي الثاني ضمانات الحماية في الدساتير، وأما أخيرا الجهود الدولية.

-أما في المبحث الثاني نستعرض فيه تنظيم الممارسات الطبية الحديثة المستهدفة للجسد، وفيه سنتناول كمطلب أول تنظيم عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، وفي المطلب الثاني التنظيم القانوني للبحث الطبي، وفي المبحث الأخير نتناول مدى فاعلية قيد الرضا ومبدأ مجانية التصرف ومساءلة الأطباء في الحد من تضييق نطاق الحماية.

المبحث الأول: ضمانات الحماية الدولية والدستورية

قد حضيت فكرة حقوق الإنسان بالاهتمام الواضح، وقطعت أشواطا واسعة ترتب عليها صدور المجموعة الدولية لحقوق الإنسان، فضلا عن المجموعة الدولية للقانون الإنساني هذا على المستوى الدولي، إلى جانب ذلك اهتمام المنظمات الإقليمية بهذه الفكرة،فما بذلته من مجهودات للتحكم في التطورات البيولوجية والطبية الحديثة وذلك بجعلها في خدمة الإنسان وليس العكس.

ويأتي في مقدمة هذه الحقوق حق الإنسان في سلامة جسمه، الأمر الذي جعل المواثيق والاتفاقيات الدولية تحرص على إيجاد الضمانات الكفيلة بحماية هذا الحق وذلك على ضوء ما أسفرت عنه التطورات العلمية والتكنولوجية المعاصرة، وترتيبا على ذلك جاءت الدساتير المعاصرة بدورها لتؤكد على كفالة الحق في سلامة الجسم وإحاطته بالحماية اللازمة، وسنبين ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول:ضمانات الحماية الدولية بين المواثيق والمعاهدات الدولية.

المطلب الثاني:الضمانات الدستورية لحماية الحق في سلامة الجسم.

المطلب الثالث: الجهود الدولية لحماية الحق في السلامة الجسدية.

المطلب الأول: ضمانات الحماية الدولية بين المواثيق والمعاهدات الدولية

إذا كانت الحقوق تختلف من مجتمع لآخر وذلك على ضوء الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية الخاصة به، فإن المجتمع الدولي ممثلا عن الأمم المتحدة قد عمل على تحديد هذه الحقوق الأساسية وأبرزها كقيم مشتركة بين المجتمعات جميعا[243].

ومن بينها الحق في سلامة جسم الإنسان، والذي يعد أحد أهم الحقوق الهامة اللصيقة بالشخصية، لذلك سعت جاهدة لوضع ضمانات لحمايته، وذلك في ضوء كل من الاتفاقيات الدولية والإقليمية، والمواثيق الدولية، وعليه سنقسم الدراسة إلى ما يلي:

1- في المواثيق الدولية.
2- في الاتفاقيات الدولية.
3- في الاتفاقيات الإقليمية.

الفرع الأول: في المواثيق والإعلانات الدولية

تعد المواثيق والإعلانات الدولية الصادرة من هيئة الأمم المتحدة من أهم المصادر بالنسبة لحماية حق الإنسان في سلامة جسمه، في مواجهة الممارسات الطبية خاصة الحديثة، لظهور التطورات البيولوجية والطبية المستهدفة لجسم الإنسان، فيقع على عاتق الدول الأعضاء الالتزام باحترام القواعد والمبادئ التي تضعها نصوصا وتتمثل هذه المواثيق والإعلانات في ما يلي:

-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في:**10/12/1948**، فكان وثيقة تاريخية تحدد معايير تحقيق حقوق الإنسان، فأظهر تأثيره في مختلف أنحاء

---

243 ((*JEAN ROCHE ET ANDRE POUILLE, **Libertés Publiques Et Droit De L'homme**, 13 édition, Paris, Dalloz, 1999, P 12*.

العالم، وكان مصدرا تشريعيا لعدد من الدساتير،[244] فقد ورد بنص صريح في المادة الثالثة من هذا الإعلان التأكيد على حق كل فرد في الحياة والحرية والسلامة الشخصية وذلك بقولها:«لكل فرد الحق في الحرية والحياة وسلامة شخصه» وكما نصت المادة الخامسة منه على أنه «لا يعرض أي إنسان للتعذيب، ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية، أو الحاطة بالكرامة» وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن لجنة حقوق الإنسان التي شكلت لصياغة النصوص النهائية لهذا الإعلان، اعتبرت أن نص المادة 5 المذكور أعلاه ينطبق على حالات إجراء التجارب الطبية على الإنسان[245].

-العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في: **16/12/1966** بعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،إذ اتجهت إلى مهمة أكثر صعوبة وهي تحويل المبادئ إلى مواد اتفاقية، تقرر التزامات قانونية من جانب كل دولة مصدقة عليها.

وقد انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم **(89-67)**،[246] فقد أبرزت هذه الاتفاقية حق الفرد في السلامة الجسدية وتعتبر أول تقنين عالمي يؤكد حماية جسم الإنسان في مواجهة التجارب الطبية والعلمية، فنصت في المادة السادسة في فقرتها الأولى على أن:«**لكل إنسان حق طبيعي في الحياة ويحمي القانون هذا الحق، ولا يجوز حرمان أي فرد من حياته بشكل تعسفي**» وبضمها للمادة السابعة التي تنص على

---

244 ( ) عمران الشافعي: «**آليات حماية ورقابة حقوق الإنسان**»، **حقوق الإنسان**، المجلد الثاني، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002، ص 21.

245 ( ) وائل أحمد علام: «**الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان**»، **حقوق الإنسان**، المرجع السابق، ص 56.

246 ( ) المرسوم الرئاسي 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989 المتضمن الإنضمام إلى العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

أنه«**لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملـــة، أو العقوبة القاسيـــة أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة، وعلى وجه الخصوص لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر**»، فتعتبران ضمانا حقيقيا لحماية حق الفرد في سلامته الجسدية خاصة أمام الممارسات الطبية.

ونصت **المادة 28** من ذات الاتفاقية على إنشاء لجنة دولية، تسمى لجنة حقوق الإنسان للإشراف على تطبيق نصوصها، وتنحصر مهمتها في التوسط بين الدول في المنازعات والشكاوي المتعلقة بالحقوق والحريات الواردة في الاتفاقية، ويلاحظ أن حق اللجوء إلى هذه اللجنة قاصرة على الدول دون الأفراد[247].

هذا وتتمتع هذه الاتفاقية بأهمية قانونية بالغة، فلها واقع باعتبارها حارسا دوليا لحقوق الإنسان، وهي من هذا الجانب تفوق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث تلتزم الدول التي تصادق على أحكامها باحترامها وتنفيذها، لأنها تعهدت بموجب تصديقها عليه، على حماية الأشخاص المقيمين على إقليمها والتابعين لولايتها،حماية قانونية ضد كل المعاملات والخروقات المستهدفة للحق في السلامة الجسدية، الذي أقره وأكده العهد لجميع الأشخاص بموجب المواد السالف ذكرها[248].

الفرع الثاني: في الاتفاقيات الدولية

بعد أن تطرقنا إلى الضمانات الدولية لحماية الحق في سلامة الجسم في الإعلانات والمواثيق الدولية سنستعرضها الآن في الاتفاقيات الدولية، وهي اتفاقية إبادة الجنس البشري،

---

247 ( ) وائل أحمد علام:المرجع السابق، ص 62.

248 ( ) حسين عودة زعال: المرجع السابق، ص 20.

واتفاقيات جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب، إضافة إلى بروتوكولاتها وسيتم توضيح ذلك تباعا:

-بداية باتفاقية ابادة الجنس البشري، حيث أصدرت الجمعية العامة لمنظمة للأمم المتحدة بتاريخ: **09/12/1948** هذه الاتفاقية التي تحرم إبادة الجنس البشري، وقد أولتها الجمعية عناية خاصة، نظرا لما ألحقته هذه الجرائم اللانسانية من خسائر جسيمة في جميع فترات التاريخ[249] .

وقد أشارت هذه الاتفاقية في المادة الثانية منها إلى مجموعة من الأفعال تتكون منها جريمة إبادة الجنس البشري، والتي تدخل في نطاق بحثنا، أي أن تلك الأفعال يؤتيها الأطباء، فاعتبرتها مجرمة وتدخل في مجال جريمة الإبادة، ومن هذه الأفعال ما يلي:

1-الاعتداء الجسيم على السلامة الجسدية أو العقلية(لأعضاء المجموعة)، فقد يتمثل هذا الاعتداء في تعريض أفراد المجموعة بأمراض معدية، كالامتناع عن تقديم المساعدة والعلاج من طرف الأطباء، أو إجبارهم على التلقيح بالفيروسات المعدية وإجبارهم في المؤسسات والمشافي على تناول طعام فاسد، أو تعذيبهم لأن التعذيب في مفهوم هذه المادة هو جريمة ضد سلامة جسم الشخص والذي يفضي إلى إحداث عاهات مستديمة كإجراء عليهم بعض التجارب العلمية خاصة غير العلاجية.

ولا شك أن مثل هذه الأفعال تؤدي إلى فقد قدرة أفراد الجماعة على ممارسة وظائف حياتهم الاجتماعية وإخضاعهم لظروف قاسية تفضي إلى القضاء عليهم[250].

---

249 ( ) مروك نصر الدين: **الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم**، المرجع السابق، ص 301.

250 ( ) مروك نصر الدين:«**نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة**» ، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنون

2-فرض إجراءات بقصد منع التوالد ضمن المجموعة، وتعتبر هذه الوسيلة من قبيل الإبادة البيولوجية، وذلك بقيام الأطباء بعمليات إخصاء الرجال ليس لغرض علاجي بل غير علاجي ولا أخلاقي وهو منع التوالد وإعاقة التناسل، ونفس الشيء بالنسبة للنساء حيث يقوم الأطباء بتعقيمهن بعقاقير تفقدهن القدرة على الحمل.

ويلاحظ أن هذه الاتفاقية الدولية الخاصة بإبادة الجنس البشري، قد قررت حقا في سلامة الجسم لجميع أفراد المجتمع الدولي، يتمثل في حماية الحق في السلامة من الإبادة المادية المتمثلة في الاعتداء الجسماني، أو إعاقة التناسل بتعطيل عضو من أعضاء الجسم عن سيره الطبيعي المعتاد؛ وحمايته من الإبادة المعنوية في الاعتداء النفسي، أو إخضاع أفراد الجماعات لظروف معيشية قاسية وذلك لإجراء عليهم تجارب ليتبين للأطباء مدى علاقة تلك الظروف بنتيجة التجربة، كوضعهم في معسكرات خاصة، أو التأثير عليهم بعقاقير ومواد مخدرة، وهذا طبعا يكون دون رضاهم[251].

-اتفاقيات جنيف الأربع الخاصة بحماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب، هي الأخرى تعد من المصادر الدولية الأساسية لحماية الحق في سلامة الجسم ليس في زمن السلم مثلما اقتصرت عليه الاتفاقيات الدولية الأخرى، بل تجاوزت ذلك إلى وقت الحرب أيضا، حيث أبرمت هذه الاتفاقية في جنيف بتاريخ **12 أغسطس 1949** لتحمي الأشخاص الذين لا دور لهم في العمليات الحربية (المدنيين) أو الذين هم ليسوا بقادرين على ذلك

،الجزائر، 1993، ص 75.

[251] ( ) مروك نصر الدين:**«نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة»** المرجع الأخير، ص 75.

(الجرحى والمرضى والسجناء) وتنص على العناية الواجب تقديمها لمثل أولئك الأشخاص[252].

وتظم هذه الاتفاقية، **اتفاقية الصليب الأحمر الدولي** وبعض القواعد الخاصة بتحسين ظروف الجرحى والمرضى من الجيوش البرية، وكذلك بعض المبادئ كوجوب الاعتراف بحياد سيارات الإسعاف، والمستشفيات العسكرية التي يجب أن تحترم وتصان من قبل المتحاربين طالما كان بها مريض أو جريح، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى، وأضافت المادة الرابعة بسط هذه الحماية لتشمل المدنيين الذين يقدمون المساعدة لهؤلاء الجرحى، وأن تقدم تلك المساعدات بغض النظر عن جنسيات المقدم إليهم، فإذا كان الطبيب من جنسية العدو والمريض من جنسية غريمه فيجب عليه ألا يمتنع عن تقديم المساعدة، أو ألا يتقاعس أو يتعمد تعذيب المريض، ويشكل خطرا على سلامته، فقد أكدت المادة 147 من الاتفاقية على أن لا يستعمل في هذا السياق الأطباء التعذيب أو المعاملة البعيدة عن الإنسانية، بما في ذلك التجارب الخاصة بعلم الحياة وجميع الأعمال الطبية التي تسبب عمدا آلاما شديدة أو إصابة خطيرة للجسم والصحة[253].

وقد حظرت هذه الاتفاقيات إجراء التجارب البيولوجية، التي تجرى لمعرفة آثار دواء جديد على أبناء البلاد المحتلة، أو العدوة، أو أسرى الحرب، وقد أكدت الاتفاقيات الأربع أن إجراء التجارب يعد من الجرائم الخطيرة التي إلتزمت الدول الموقعة عليها بسن تشريعات لمعاقبتها[254].

---

252 ( ) حسن عودة زعال: المرجع السابق، ص 20.

253 ( ) عبد الله سليمان: **المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي**، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 29.

254 ( ) نصت المادة 49 من الاتفاقية الأولى، والمادة 50 من الاتفاقية الثانية والمادة 129 من الاتفاقية الثالثة والمادة 146 من الاتفاقية الرابعة على أن يتعهد الأطراف المتعاقدون بسن تشريع ملزم يفرض عقوبات فعالة على الأشخاص الذين يخرقون

ونص كذلك البروتوكول الثالث في المادة 25 على أنه «**لا يجوز إخضاع الأشخاص المنصوص عليهم في هذه المادة لعمل طبي لا تبرره حالتهم الصحية ولا يكون مطابقا للقواعد الطبية المعترف بها بصفة عامة**»[255].

وما تجدر الإشارة إليه، هو أن هذه الاتفاقيات الأربعة وبروتوكولاتها جاءت لضمان الحقوق الإنسانية في فترات الحرب فقط، فمنع إجراء التجارب الطبية على أبناء البلاد المحتلة، أو العدوة، أو أسرى الحرب، يكون لمواجهة المخاطر والنكبات التي يتعرض لها المحاربون والمدنيون ممن ليس لهم دور في الحرب، فهذا الحظر لا يمتد إلى غير تلك الفترة[256].

الفرع الثالث: في المواثيق الإقليمية

لقد كان للمواثيق الإقليمية وقع في استحداث ضمانات في مجال حماية سلامة جسم الإنسان وبرز في ذلك كل من الاتفاقية الأوربية، والأمريكية، وكذلك الميثاق العربي، والميثاق الإفريقي.

فبادئ ذي بدء تم التوقيع على الاتفاقية الأوربية من طرف الدول الأعضاء في المجلس الأوربي في: **04/11/1950**، فهي أهم خطوة إيجابية في سبيل حماية حقوق الإنسان، حيث أكدت وجوب احترام الإعلان العالمي لحقوق الإنسان **(1948)**، ومؤكدة تدوين الحقوق الأساسية للإنسان، وذلك بإتاحة الفرصة للأفراد ليشكلوا دولهم أمام هيئة دولية؛ فحرصت هذه الاتفاقية على إبراز الحق في الحياة وما يرتبط به من سلامة الجسم،حيث نصت في المادة الثانية في فقرتها الأولى على أنه «**...حق كل شخص في الحياة مكفول بمقتضى القانون، والموت لا يمكن**

الاتفاقيات أو يأمرون بمخالفتها.

255 ( ) مروك نصر الدين: **الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان- دراسة مقارنة-** المرجع السابق، ص 300.

256 ( ) عبد الله سليمان: المرجع السابق، ص 28.

أن يوقع عمدا على أحد إلا تنفيذا لحكم الإعدام الصادر من المحكمة، وفي الحالة التي تكون الجريمة معاقبا عليها بالإعدام بمقتضى القانون» [257].

كما قررت الاتفاقية في مادتها الثالثة تحريم التعذيب، أو العقوبات أو المعاملات غير الإنسانية وتحمي هذه المادة حق الأفراد في سلامة الجسم سواء من الناحية المادية أو المعنوية.

ومع أنه صحيح ما أجازته **المادة 15** من مخالفة وانتهاك بعض الحقوق المنصوص عليها في الظروف الاستثنائية، كحالة الحرب، أو الخطر العام إلا أن هذه المادة لا يمكن أن تشمل وتمس المادة الثانية المتعلقة بالحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية، فالمادة 15 لن تجرأ بأي حال من الأحوال أو تحت أي ظرف مخالفة أحكام **المادة 02.**

أما بالنسبة للاتفاقية الأمريكية[258] حيث تميزت هذه الاتفاقية بتحديدها لحظة ميلاد الشخص وبكفالة حماية حقه في الحياة، وحقه في سلامة جسمه، حيث نصت في المادة الرابعة على أنه:«**لكل إنسان الحق في أن تكون سلامته الجسدية والعقلية والمعنوية محترمة، ولا يجوز إخضاع أحد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسية أو غير إنسانية أو مذلة،...**»وهذا تعبير صريح عن قداسة وقيمة الحق في السلامة الجسدية، لذلك يستوجب احترامه وعدم التعدي عليه، فهو حق يحميه القانون، و مقرر لكل شخص منذ لحظة ولادته.

أما في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب فقد أقر بحرمة وحماية حق الإنسان في السلامة الجسدية وذلك في نص

---

257 ( ) مروك نصر الدين: **نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية**، المرجع السابق، ص:80.

258 ( ) وقع عليها في عام 1969 ودخلت حيز التنفيذ عام 1978.

صريح للمادة الرابعة، وهي تقول بأنه:«**لا يجوز انتهاك حرمة الإنسان، ومن حقه احترام حياته وسلامة شخصه البدنية والمعنوية، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفا**».وكما أكدت بتعهدها على اتخاذ الإجراءات التشريعية وغيرها من أجل تطبيقها[259].

وأخيرا في الميثاق العربي لحقوق الإنسان المعد في إطار جامعة الدول العربية وكما يعتبر مشروعا فقط ومازال لم يدخل حيز التنفيذ، إلا أنه وضع في بنوده بعض المبادئ والقواعد لضمان حماية هذا الحق، حيث نص في المادة الثالثة على أنه لكل فرد الحق في الحياة وفي الحرية وفي سلامة شخصه، ويحمي القانون هذه الحقوق. وأضافت في المادة الرابعة أنه تحمي الدول الأطراف كل إنسان على إقليمها من أن يعذب بدنيا أو نفسيا، أو أن يعامل معاملة قاسية، أو لا إنسانية أو مهينة أو حاطة للكرامة، وتتخذ التدابير الفعالة في منع ذلك وتعتبر ممارسة هذه التصرفات أو الإسهام فيها جريمة يعاقب عليها.

وكما نص على منع إجراء التجارب الطبية على الإنسان خارج الشروط المقررة حيث بينت الفقرة الثانية للمادة (04) على أنه لا يجــوز إجراء التجارب الطبيــة أو لعلمية على الإنسان دون أخذ رضاء هذا الأخير[260].

---

259 ( ) وائل أحمد علام: المرجع السابق، ص 66.
260 ( ) عمران الشافعي: المرجع السابق، ص 28.

المطلب الثاني: الضمانات الدستورية لحماية الحق في سلامة الجسم

ما من شك أن المعاهدات تشكل اليوم أفضل أسلوب تعتمده المنظمات الدولية لإقرار حقوق الإنسان وتعزيز حمايتها داخل الدول، فتدعو إلى إبرام معاهدات، أو إلى تطوير معاهدات سابقة، وتحث الدول الالتزام بها، وتضمنها بإجراءات للإشراف ومتابعة التنفيذ دوليا.

إلا أن المعاهدات تبقى عموما مقيدة بما يرد في دستور كل دولة من أحكام تنظم نفس الحقوق تتضمنها المعاهدة، فتساعد على حماية العديد من الحقوق الأساسية للإنسان بغض النظر عن الالتزام بالمعاهدة[261].

وجدير بنا أن نقرر أن حقوق الإنسان تمثل فكرة يشترك في تنظيمها وتحديد نطاقها كل من القانون الدستوري الداخلي والقانون الدولي، ويتبلور مضمون هذه الفكرة في الحماية بطريقة نظامية لحقوق الشخص ضد التعسف والانتهاك، خاصة أمام التطور التكنولوجي الملحوظ، والترقية الغير متوازنة لظروف الحياة الإنسانية، وتنمية جوانبها بالاكتشافات العلمية الحديثة والمنصبة خاصة على الحق في سلامة الجسم؛ مما جعل هذه الإعلانات والاتفاقية تجد صداها لدى كل الدول الحديثة، الأمر لذي جعل الدساتير المعاصرة تحيط هذا الحق بحماية دستورية فعالة ضد أي اعتداء يقع عليه وبناء على ما تقدم نقسم هذا المطلب إلى ما يلي:

في **الفرع الأول** نتناول حماية سلامة جسم الإنسان في الدساتير الغربية.

---

261 () *Jean Roche et André Pouille : OP.Cit, P 36.*

وفي **الفرع الثاني** نخصص فيه حماية سلامة الجسم في الدساتير العربية.

الفرع الأول: حماية سلامة الجسم في الدساتير الغربية

حرصت الدساتير الغربية على إحاطة الحق في سلامة الجسم بحماية فعالة حيث تعتبر الدول الغربية مهد هذه الكشوف العلمية، وهذه الأخيرة هي مصدر الخطر على السلامة الجسدية، فهي تلعب دورا سلبيا في حياة الأفراد وتهدد سلامة شخصهم، وبذلك صار من المحتم على الدول أن تباشر نشاطا إيجابيا يهتم بحياة الأفراد ويعمل على أمن سلامتهم الجسدية، ومن خلال ما سبق سنتطرق إلى بعض الدساتير الغربية على سبيل المثال لا الحصر تبين جهودها على توفير وضمان تلك الحماية وهذا تباعا.

-**الدستور الإيطالي**:والذي صدر في: **27/12/1947** تناول حماية الجسم في المادة **32** بالقول «**تحمي الجمهورية الصحة باعتبارها حقا أساسيا للفرد، ومصلحة للجماعة**». وهنا اعترف المشرع بالحق في السلامة الجسدية أي صحة الجسم، فهي قاسم مشترك بين الفرد والمجتمع، وعلى الدولة حمايتها والسهر على توفيرها وتأمينها كما لا يمكن لأحد من الطرفين أن يتصرف في هذا الحق بمفرده دون اتفاق بين الطرفين ودون توافر مصلحة لكليهما في آن واحد.

-الدستور الياباني: تناول الدستور الياباني الصادر بتاريخ: **03/09/1963** حماية الحق في سلامة الجسم في **مادته 25** والتي نصت على أنه «**لكل مواطن الحق في التمتع بحياة تكفل فيها الحد الأدنى من الصحة... وواجب الشعب أن**

يبذل الجهد للنهوض واستكمال التأمين، والأمل الاجتماعي، والصحة العامة في شتى مجالات الحياة».

-**الدستور البلجيكي**: الصادر في: **10 فبراير 1971** حيث تضمن مسألة حماية سلامة الجسم في **مادته السابعة** أين وضح وبشكل صريح أن سلامة الشخص مكفولة أي أنه تقع على عاتق الدولة إلزامية توفيرها، وحمايتها من أي اعتداء وانتهاك، وهي التي تتكفل بتوفير ما يجعلها قائمة ودائمة، وألا يخدشها أي ألم، كما أكدت المادة السابق ذكرها أن حرمة الفرد الشخصية والعائلية مضمونة لا تمس.

-دستور ألمانيا الاتحادية:نص دستور ألمانيا الاتحادية سابقا والصادر في:**19 مارس 1956** من خلال مادته الثانية على أنه «**لكل فرد الحق في الحياة وفي المحافظة على سلامته، وحرية الفرد مضمونة لا تمس إلا بناء على القانون»** [262].

---

262 ( ) مجلس الأمة: **الموسوعة العربية للدساتير العالمية،** مجلس الأمة، القاهرة، 1966.

فالدستور الألماني بتمعن مادته الثانية تجدها قد ألمت بالحقوق الأساسية للإنسان في نصها الصريح، وهي الحق في الحياة، والحق في السلامة الجسدية، والحق في الحرية.

وقد أجاز المشرع الألماني المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وخروجا عن القاعدة العامة-هي عدم جواز المساس بها ويجب ضمانها وحمايتها-، ولكن استثناء يمكن أن يمس بها إلا بناء على القانون فيدخل ذلك في دائرة أسباب الإباحة، فإذا جرح الطبيب المريض لإزالة الخلايا العفنة أو لإخراج الميكروب، أو قام ببتر عضو لإصابة هذا الأخير بمرض السرطان وذلك لتفادي حدوث تطورات وازدياد الخلايا السرطانية، فيعتبر ذلك الطبيب غير مرتكب جريمة الجرح العمد، أو التسبب في إحداث عاهة مستديمة للمريض ومنه لا يعاقب على فعله ذلك. بل يعتبر ذلك من باب بذل الجهد للمحافظة على سلامة الجسد والسهر على ذلك بتوفير الصحة عن طريق التضحية بجزء في سبيل الكل، فللمحافظة على سلامة الجسد كله يتطلب بتر عضو أو إحداث جرح... إلخ.

ومنه كفالة الحد الأدنى من الصحة للمريض في سبيل التمتع بالحق في السلامة الجسدية، واجب على الدولة والمجتمع وقد أكدت ذلك جميع الدساتير الغربية، مع إلزامية بذل جميع الجهود لتوفير الأمن والصحة والسلامة للجسد، فهو حق للفرد وفيه مصلحة للمجتمع.

الفرع الثاني: حماية سلامة الجسم في الدساتير العربية

أحاطت الدساتير العربية المعاصرة حماية سلامة الجسم بحماية دستورية فعالة ضد أي مساس أو اعتداء، ومن هذه الدساتير التي سنتناولها: دستور جمهورية مصر والدستور العراقي، ثم الكويتي، فالبحريني فالصومالي ثم التونسي؛ فحرصت كل هذه الدساتير على ضمان الحماية والصحة للأفراد وتجريم كل عمل يمس بسلامة الجسم وتشديدها في ذلك، وهذا يعود إلى ما ذاقته شعوب العالم العربي من صنوف التعذيب وأشكال الانتهاكات لهذا الحق، إبان فترة الاستعمار.

وقد تناولت هذه الدساتير حماية سلامة الجسد في نصوصها على أشكال مختلفة كل حسب وجهة نظرها فقد ترى بأنها تتمثل الحماية له بتحريم أشكال المساس به وأخرى بتوفير وسائل الوقاية، وأحيانا تكتفي بالاعتراف بهذا الحق فقط، وسنبين ذلك كما يلي:

-دستور جمهورية مصر: نص الدستور المصري الصادر سنة **1971** على الاعتراف أو تقرير الحق في سلامة الجسم، وإبراز مضمونه وعناصره في الباب الثالث الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة. فقد نص على الحق في السلامة البدنية للإنسان بصريح نص **المادة 42** منه قائلة على أن «**لكل مواطـن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأي قيد، تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز إيذاؤه بدنيا أو معنويا، كما لا يجوز حجزه أو حبسه في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون**» [263].

---

[263] ( ) الجامعة العربية: **الدساتير العربية**، الجامعة العربية، القاهرة، 1975، ص 62.

كما لا يجوز طبقا لأحكام **المادة 43** من ذات الدستور إجـراء أي تجربة طبية أو علمية على الإنسان بغير رضاه الحر، وأكدت **المادة 57** من نفس الدستور على أن هذه الأعمال غير مشروعة ومجرمة، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك فقررت عدم سقوط الدعوى الجنائية وكذلك المدنية بالتقادم في هذا النوع من الجرائم، فتناولت ذلك بالقول على أنه «**كل اعتداء... وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء...**» [264].

ويرجع الفقه الأهمية التي أعطاها المشرع المصري في دستور **1971** لضمانات السلامة الشخصية جاءت كرد فعل لمعانات المواطنين المصريين في حياتهم وأجسادهم لصور وأشكال التعذيب والإيذاء في الفترة السابقة على صدوره [265].

---

264 ( ) الدساتير العربية: المرجع السابق،1975، ص 63.

265 ( ) حسن سعد سند: المرجع السابق، ص 157.

-الدستور العراقي: تناول الدستور العراقي الصادر في: **16/07/1980** والمعدل في **مادته 22** الحق في سلامة الجسم بالقول:«**أن كرامة الإنسان مصونة وتحرم ممارسة التعذيب الجسدي أو النفسي...**» فالطبيب الذي يجري عملية جراحية لمريض دون أن تستدعـي الضرورة لذلك، أو أن يقوم بإجراء تجارب غير علاجيـة أو حتى علاجية على جسد دون رضاء صاحبه، إلى غير ذلك من أنواع الممارسات فيعتبر ذلك من باب التعذيب سواء كان جسديا لأن العمل سينصب على جسد المريض أو كان نفسيا نتيجة للآلام التي يتعرض لها وما ينشأ عنه من مضاعفات نفسية قد يريد الطبيب التأكد من حدوثها، ومدى تأثر المريض من تلك الأوضاع أو تلك الممارسات فذلك يعتبره المشرع العراقي من قبيل الاعتداءات على سلامة الجسد وبالتالي على كرامة الإنسان، وهذا محرم ويستوجب العقاب عليه[266].

-الدستور الكويتي:

تضمنت **المادة 15** من الدستور الكويتي الصادر في **11/11/1962** مسألة حماية سلامة الجسم، وذلك بالقول أنه:«**تعتـنى الدولة بالصحة العامة وبوسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة...**» فيرى المشرع الكويتي أن كفالة الحماية لهذا الحق موكول للدولة ويتم ذلك بالعناية بالصحة العمة ووسائل الوقاية والعلاج من كل ما يهدد السلامة الجسدية.

-دستور البحرين:

جاء أيضا دستور دولة البحرين ناصا على فكرة الحماية للحق في سلامة جسم الإنسان بصريح نص **المادة 24 فقرة (د)**. فكان واضحا في ذلك بقوله على أنه «**حضر إيذاء الإنسان**

---

266 ( ) حسين عودة زعال: المرجع السابق، ص 21.

جسمانيا أو معنويا» فالحماية هنا تكون بحضر كل عمل يؤذي الإنسان في بدنه وعقله وكل ما يمسه معنويا[267].

-دستور الصومال:

نص دستور الصومال الصادر في **01/07/1970**في **المادة 16** منه على حماية سلامة الجسم بالقول: «**أن لكل شخص الحق في الحياة وفي سلامته الشخصية...**» [268].

-الدستور التونسي:

جاء الدستور التونسي ناصا على الحماية للسلامة الجسدية، في الفصل الخامس من الدستور الصادر في:**25/06/1957** وذلك في الأحكام العامة حيث أكد على إلزامية ضمان حرمة الفرد وحمايتها بما في ذلك السلامة البدنية[269].

الفرع الثالث: حماية السلامة الجسدية في الدستور الجزائري

رغم حداثة استقلال الجزائر إلا أنها عرفت تطبيق أربعة دساتير، وهي **دستور 1963** ودستور **1976**، ثم دستور **1989**، وأخيرا دستور **1996**، وعلى تعاقبها تناولت كلها مبدأ حرمة الكيان لمادي والمعنوي للإنسان، وحرمة إساءة معاملة المسجونين بدنيا ومعنويا، كما كفلت الحماية القضائية للاعتداء على الحق في سلامة الجسم. [270] فنصت المادة 10 من دستور 1963 في فقراتها 1،5،8 على ما يلي: «**إن الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية هي...**

- **الــدفاع عــن الحريــة والاحــترام لكرامــة الكــائن**

---

267 ( ) الدساتير العربية: المرجع السابق، ص 36.

268 ( ) الدساتير العربية: المرجع السابق، ص 125.

269 ( ) مروك نصر الدين: **نقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)**، المرجع السابق، ص 93.

270 ( ) مروك نصر الدين: **نقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)**، المرجع الأخير، ص 94.

البشري...

- **إدانة التعذيب وكل مساس مـادي أو معنـوي لكامـل كيان الكائن الآدمي...»**

ونص دستور **1976**[271] في الفصل **الرابع** المعنون الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن في **المادة 71** على ما يلي: «**يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل مساس بالسلامة البدنية للإنسان...»**

كما أفرد دستور **1989**[272] **الفصل الرابع للحقوق والحريات**، ونص في مواده على تقرير الحق في سلامة الجسم، وأبرز فيها مضمونه وعناصره، فنصت **المادة 33** على ما يلي «**تضمن الدولة عـــدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدنـــي أو معنوي**». وتلتها **المادة 34** منه بالتأكيد على أن «**يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية**». وكما اعترف هذا الدستور بوجوب ضمان وحماية هذا الحق حيث جاء في نص **المادة 31** بأن «**الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة...**».

وتنص **المادة 32** على أنه«يعد الدفاع الفردي عن طريق الجمعية، عن الحقوق الأساسية للإنسان، وعن الحريات الفردية والجماعية مضمونة».

---

271 ( ) أمر رقم 76/97 مؤرخ في 30 ذي القعدة 1396 الموافق لـ 22 نوفمبر 1976، المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

272 ( ) مرسوم رئاسي رقم 89/18 مؤرخ في 22 رجب 1409 الموافق لـ 28فبراير 1989، متعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 22 فبراير 1989.

أما دستور **1996**.[273]، فقد تضمن في **الفصل الثالث الحقوق والحريات** وذلك في المواد من **29** إلى **59**، حيث أكدت المادة **32** بأن الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة، وهي نفسها **المادة 31 في دستور 1989**، وكذلك نجد ما تضمنته المادة 34 من **دستور 1996** هو نفسه مضمون **المادة 33 في دستور 1989** مع تغيير طفيف فقط وقد جاء فيها ما يلي: «**تضمن الدولة عدم إنتهاك حرية الإنسان، و يحضر أي عنف بدني أو معنوي ، أو أي مساس بالكرامة**»

وكما وضحت **المادة 35** أن القانون يعاقب كل من ينتهك الحقوق و الحريات بصفة عامة، وعلى كل المخالفات التي تمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية بصفة خاصة، وهذا تعبير صريح على أن الحق في السلامة الجسد له حرمته وكرامته يستوجـب إحترامه ،فكل مساس به يعد تعد على كرامة الإنسان و تقليل من قيمتــه و شأنه ألأّي فضله سبحانه و تعالى و خيره على بقية خلقه فلا يمكن أن تجر عليه التجارب، أو أن يتهاون و يهمل في علاجه، أو أن يترك و يمتنع عن تقديم العلاج لـه وهو في أمس الحاجة إليه.

فبناء على هذه المواد الدستورية المختلفة يتضح أن الدولة الجزائرية ومنذ الوهلة الأولى للاستقلال أولت أهمية بالغة لحماية الحق في سلامة الجسم،ومرد ذلك في اعتقادنا يعود لمعاناة الشعب الجزائري من أجل حريته و ما سلط عليه من أصناف التعذيب و الإيذاء إبان فترة الاحتلال الفرنسي .

يستخلص من كل ما تقدم أن مسألة حماية حقوق الإنسان و خاصة حقه في سلامة جسمه في مواجهة التطورات والاكتشافات

---

273 ( ) تم الاستفتاء عليه في 28/11/1996.

العلمية الحديثة، قد أصبحت تشغل بال الهيئات الدولية، باعتبار أن الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي، ومن ثم وجب توفير الحماية الضرورية لوجوده واستمرار تقدمه في المجتمع.

و تهدف الحماية المقررة لسلامة جسم الإنسان إلى إقامة التوازن بين مصلحتين متعارضتين هما:

مصلحة عامة تتمثل في تقدم العلوم بمختلف أنواعها من أجل فائدة الإنسانية بأسرها،ومصلحة الشخص الذي تنعكس علية التطورات العلمية بالسلب و تشكل خطر على سلامته البدنية و تهدر بها وبهذا استوجب البحث عن الأساليب الأنجع لإتباعها لجعل التطورات العلمية في خدمة الإنسان و ليس العكس أي يجب أن تكون تحمي جسم الإنسان و تحافظ عليه وألا تكون مصدر خطر عليه[274].

المطلب الثالث : الجهود الدولية لحماية الحق في السلامة الجسدية

هناك مجهودات دولية تبذل للمحافظة على الحق في سلامة الجسم،على ضوء ما أسفرت عنه الإنجازات المحققة في مجال التقدم العلمي والتكنولوجي خاصة فيما يدخل في ممارسات الأطباء، فبقدر ما ساهمت هذه الإنجازات في تحقيق التقدم والرفاهية للبشرية،إلا أنها في ذات الوقت أصبحت لها أثارا خطيرة بالنسبة لانتهاك حقوق الأفراد و حرياتهم.

و عليه آثار تقدم العلوم الطبية و البيولوجية مشكلة التوازن بين إعتبارين متناقضين فهناك كما سبق و قلنا مصلحة عامة تفرض تقدم العلوم الطبية، والتي تتطلب فسح المجال للأطباء

---

[274] مروك نصر الدين: **نقل و زرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة** – المرجع السابق، ص 95.

للعمل و الإستفادة منها والابتكار و إجراء التجارب الطبية، وذلك حتى يتسنى لهم مواكبة التطورات الحديثة والإستفادة منها، وهناك من جهة أخرى مصلحة الأفراد الذين سيخضعون لتجارب مازالت محل خلاف عند أهل العلوم الطبية وبالتالي ستعرض حياتهم و سلامة أجسامهم للخطر.

من أجل كل هذا بذلت عدة مجهودات من أجل مراعاة هذا التوازن، ووضع الضمانات الكفيلة بحماية الحق في سلامة الجسم، و توجهت هذه المجهودات بما يلي:

-قواعد محكمة **نورمبورغ 1948** و مبادئها المتعلقة بالتجارب الطبية.

-مبادئ و قواعد الجمعية الطبية العالمية.

-توصيات المؤتمرات الدولية الخاصة بحماية سلامة الجسم.

الفرع الأول : قواعد محكمة نورمبورغ 1948 المتعلقة بالتجارب الطبية

بعد الحرب العالمية الثانية أنشئت محكمة عسكرية دولية قصد محاكمة و معاقبة كبار مجرمي الحرب، وقد أحيل إلى هذه المحكمة **23 متهما بينهم مدير مؤسسات صحية كبرى في الادارة و الجيش، وأساتذة جامعات، وأطباء في معسكرات الاعتقال الألمانية**،وقد اتهموا بأنهم أجروا تجارب على أسرى الحرب من ديانة أخرى، دون النقد بالشروط القانون[275].

---

[275] *http://www .aljazeera.net/programs/hot point /articles/2000-12-12.H-Mey grow*,la reprissions des crimes centre, humanitie par les tribunaux allemand p : 02*

ومن هذه التجارب, التجارب البحث عن معرفة آثار المرتفعات العالية و التجمد بالبرودة، وأثر الكيماويات والسموم والمصل المضاد للغنفرينات, والهرمونات الاصطناعية, وأثر السلفاميد على الجروح الملوثة, و العمليات الجراحية في الأعصاب و العضلات و العظام و التعقيم, و ابادة المجانين الميؤوس من شفاءهم[276]

و بمناسبة هذه المحاكمة، وضعت المحكمة بعض القواعد بشأن التجارب التي تجرى على الإنسان، واعتبرتها أساسا لشرعية التجارب الطبية غير العلاجية على الإنسان,وهذه القواعد هي:

-**القاعدة الأولى**: تمثلت في ضرورة الحصول على رضاء الشخص الذي تجري عليه التجربة، وأن يكون هذا الرضاء حرا، بمعنى عدم وقوعه تحت أي إكراه أو خداع أو غلط كما يتعين إعلام الشخص الذي تجرى عليه التجربة بطبيعة و مدة وهدف التجربة،و كذلك الطرق و الوسائل المستعملة، والأضرار و المخاطر المؤكدة والمحتمل أن يتعرض لها هذا الشخص, والنتائج التي ستؤذي إليها مشاركته في تلك التجربة. و يلتزم القائم بالتجربة بتقدير الظروف التي يعطى فيها الشخص موافقته، وإلا يعد مسؤولا.

-**القاعدة الثانية**: مبينة على إجراء التجارب يستلزم استناده على نتائج تجارب سابقة أجريت على الحيوان، وفي إطار المعرفة بعناصر تكوين المرض أو مشكلة محل الدراسة بصورة تبرير النتائج المتوقعة[277].

---

[276] *JEAN ROCHET ANDRE ,POUILLI: Opcit116*

[277] *H –Mey growitz ,pp :6.7*

-القاعدة الثالثة: تؤكد على وجوب إجراء التجارب بطريقة يتجنب معها كل ألم أو ضرر جسمي أو عقلي غير ضروري.

-القاعدة الرابعة: و تمثلت في وجوب تجنب الشخص الذي تجرى عليه التجربة من كل احتمال، و لو كان قليلا يؤدي إلى إحداث جروح، أو عجز، أو موت.

-القاعدة الخامسة: وتتمثل في عدم إجازة إجراء التجربة إذا توافر ما يدعو إلى الاعتقاد في أنها تؤدي إلى الموت، أو إلى العجز الخاضع لها، باستثناء الحالات التي يكون فيها الأطباء الذي يجرون الأبحاث يستخدمون أنفسهم موضوعا للتجربة.

القاعدة السادسة: تؤكد على أنه يجب أن يقوم بإجراء التجربة أشخاص أكفاء ويتعين على كل من يجري أو يشارك في إجراء التجربة ،مراعاة وجبات الحيطة واليقظة طوال فترة التجربة.

و يستخلص من بعض هذه القواعد التي و ضعتها المحكمة أنها أقرت شرعية التجارب غير العلاجية التي تجرى على الإنسان، إلا أنها استلزمت أن تكون للتجربة نتائج علمية، من أجل فائدة إنسانية يستحيل الحصول عليها بطريقة أخرى، وأن تكون طريقة ممارسة التجربة محددة و تميلها الضرورة[278].

القاعدة السابعة: دلت على أن للشخص الذي تجرى عليه التجربة، الحق في طلب وقف التجربة في أي وقت يرى فيه أنه قد وصل إلى درجة من المقاومة العقلية أو الجسمية تفوق إمكانيته.

---

[278] مروك نصر الدين:**الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم –دراسة مقارنة**– المرجع السابق، ص 303.

القاعدة الثامنة والأخيرة: تنص على جواز القائم بالتجربة ،وقف إجراء التجربة في أي وقت إذا توافر لديه سببا للاعتقاد في أن استمراره فيها يمكن أن يؤدي إلى إحداث جروح أو عجز أو موت للشخص الذي تجرى عليه التجربة[279] .

الفرع الثاني: مبادئ وقواعد الجمعية الطبية العالمية

تعد مبادئ وقواعد الجمعية الطبية العالمية من أهم المجهودات على المستوى العالمي لحماية حق الإنسان في سلامة جسمه في مواجهة التجارب الطبية ، لما أصدرتها في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي عام 1964 ،وأكدتها في اجتماعها التاسع والعشرين في طوكيو عام 1975وإن هذه القواعد صارت تعرف باسم إعلان هلسنكي،ويعتبر القانون الأخلاقي لجمعية الطبية العالمية، بحيث يتعين على من يقوم بإجراء التجارب على الإنسان ، احترامها سواء عند إجراء التجارب العلاجية أو غير العلاجية وسنتعرض لها على النحو التالي:

التجارب العلاجيـــة:

إذ ترك القانون السالف الذكر الحرية للطبيب في اختيار أفضل الوسائل والطرق العلاجية التي يعتقد أنها أفضل من غيرها لصالح مريضه، فمن حقه أن يطبق طريقة تشخيصية جديدة أو علاجية، وهو في هذا يعالج المريض لإنقاذ حياته، أو إعادة الصحة إليه ، أو تخفيف آلام المرض[280] غير أن هذه الحرية مقيدة بالشروط التالية:

---

[279] *H.MEY GROURITY ,opcit , p:08* ( )

1-يتعين على الطبيب الموازنة بين الفوائد والأخطار والإضرار المحتملة لاستخدام الوسائل الحديثة بالنسبة للطرق والوسائل المعروفة والمستقرة علميا للتشخيص والعلاج الأفضل[281] ويتعين أن يستفيد المريض بأفضل الوسائل المتوافرة في التشخيص أو العلاج.

2-يجب الحصول على رضاء الشخص الخاضع للتجربة وتزويده بكافة المعلومات المتعلقة بالتجربة، وفي جميع الأحوال ، من حق المعالج رفض الإشتراك في البحث، ولا يمس ذلك العلاقات بين المريض والطبيب[282].

3-وجوب مراعاة المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تبرر البحث في مجال الطب الإنساني،وأن ترتكز التجربة على فحوص معملية وعلى محاولات سابقة تم إجراؤها على الحيوانات ،وأن تكون قائمة على أسس علمية راسخة[283].

4-يجب توافر الكفاءة العلمية والخبرة في الطبيب القائم بالتجربة.

5-يجب على الطبيب القائم بالتجربة التذرع بالصبر في مواجهة التغيرات التي تطرأ على حياة الشخص الخاضع للتجربة وإيقافها على الفور في حالة تعرضه لأي خطر يهدد حياته، ولا يجوز

---

[280] مروك نصر الدين ،**الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم –دراسة مقارنة** – المرجع السابق، ص 304.

[281] *DELMAS SAINT-HILAIN:Rapport précité , P:09.*

[282] مروك نصر الدين :**الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم –دراسة مقارنة** – ،المرجع السابق، ص 83.

[283] مروك نصر الدين:المرجع الأخير، ص 83.

أن يمتزج البحث الطبي مع الرعاية الطبية بغرض اكتشاف معرفة طبية جديدة، إلا إذا كان الهدف من هذا البحث إجراء التشخيص أوالعلاج المحتمل للمريض[284].

التجارب غير العلاجية:

لقد أجاز ذات القانون **(إعلان هلسنكي)** إجراء التجارب غير العلاجية، ولكن بشروط محددة تحديد على سبيل الحصر ولا يمكن الخروج عنها وهي كالتالي:

1-على الطبيب القائم بالتجربة أن يكفل حماية حياة وصحة وسلامة جسم الخاضع للتجربة.

2-يجب أن يكون الخاضع للتجربة متطوعا وبصحة جيدة، فالتجربة التي ستقام على شخص مكرها وبدون أن يعلم بذلك أو على أشخاص قصر غير بالغين فتلك التجارب تعد غير مشروعة.

3-يتعين على القائم بالتجربة إيقافها ، إذا رأى أن الاستمرار فيها يمثل خطرا على الفرد الخاضع لها.

4-لا يجوز أن تفوق فوائد البحث العلمي مصلحة ومنفعة الفرد، إذا يجب عمل موازنة دقيقة بينهما وبالتالي إلزامية التوافق بينهما[285].

يتضح من كل ما تقدم أن هذا القانون وضع تمييزا بين التجارب العلاجية، وغير العلاجية، أكد رجحان مصلحة الفرد على

---

[284] *DELMAS SAINT –HILAINS , opcit , p:04.*

[285] مروك نصر الدين :**الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم –دراسة مقارنة** –، المرجع السابق، ص 83.

العلم والجماعة، كما أخضع شرعية التجربة لمراعاة التناسب بين أهمية الغرض الذي تهدف إليه، والأخطار المتوقعة بالنسبة للشخص الذي يجرى عليه التجربة، كما استلزم ضرورة توافر الرضا إلا في حالة التجربة العلاجية، حيث وضع لها استثناء بقوله:«**إذ رأى الطبيب أنه ليس من الضروري طلب رضاء المريض المستنير يتعين أن يتضمن بروتوكول التجربة على الأسباب العلمية لهذا الاقتراح ،ويبلغ من البداية إلى لجنة مستقلة وفقا للمبادئ التي سبق بيانها**»[286] .

ونرى بأن مسألة حماية الحق في سلامة الجسم في مواجهة الممارسات الطبية خاصة الحديثة منها، قد أضحت تشغل بال الهيئات والمؤتمرات الدولية ، باعتبار أن للإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي،ومن ثم وجب توفير الحماية الضرورية لوجوده واستمرار تقدمه، وهذا ما سنعرفه في الفرع الموالي بتبيان دور المؤتمرات وأثرها في إرساء بعض الضمانات لحماية هذا الحق.

الفرع الثالث :توصيات المؤتمرات الدولية المتعلقة بحماية الحق في سلامة الجسم

لقد لعبت الإتفاقيات الدولية و الإعلانات الدولية دورا فعالا في وضع ضمانات لحماية الحق في سلامة الجسم خاصة أمام الإنجازات في مجال العلوم الطبية، إلا أن المؤتمرات الدولية هي الأخرى وضعت هذه المسألة نصب أعينها، و جعلتها إحدى مواضيعها الهامة التى تحضى بانشغال الكثير من الدول, لتضع حدا للحكومات المعاصرة التي تلجأ و تستعين بالتجارب الطبية في

---

[286] ( ) *DELMAS SAINT , HILAINS , op cit , p09.*

مجال تسابق الحروب الكيميائية أوالبيولوجية من أجل تحقيق أغراض علمية بحتة على حساب مصلحة الفرد الذي تنتهك حرمته و قدسية جسمه فتهدر كرامته.

و كمثال يستعمله الفقه على برامج التجارب الطبية غير المشروعة تلك التى أجريت على جرح الحرب العالمية الثانية بواسطة الأطباء الألمان[287]

من هذا المنطلق حرص مؤتمر **مانيلا** من **13 إلى 16 سبتمبر عام 1981** بتجريم مثل هذه التجارب، و تبنيه مشروع مشترك بين المنظمة العالمية للصحة ومجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية بخصوص وضع أسس البحث الطبي و تنظيم التجارب الطبية على الإنسان[288].

كما جرم مشروع قانون العقوبات الدولي هذه التجارب، واعتبرها جريمة دولية,فوفقا **للمادة التاسعة** من هذا المشروع يعتبر تجربة طبية غير شرعية «**إحداث كل أذى بدني أو نفسي لشخص ناشئ عن عملية جراحية أو حقن أو تناول أواستنشاق لمنتجات قام بتوزيعها موظف عام أو شخص عن طريق وسيط, ولم يتم الحصول على رضاء الشخص الخاضع للتجربة وأن يكون رضاه على النحو ما تقتضي به الفقرة الثانية من هذه المادة...**» .

و تنص الفقرة الثانية من ذات المادة السالفة الذكر على ضرورة توافر الأهلية في الشخص الخاضع للتجربة, و أن يكون رضاه مجردا من كل غش أو إكراه, وأن يكون على علم بطبيعة

---

[287] *H MEY GROUITZ, op,.cit,p:o2*

[288] *DELMAS SAINT-HILAINS, op.cit,p4*

التجربة و نتائجها المحتملة, كما أشارت أيضا إلى إمكانية الشخص الخاضع للتجربة من الانسحاب منها في أي لحظة يريد [289].

وقد سبق هذا المشروع (Projet de code pénal international 1981) مؤتمرات عديدة منها المؤتمر الذي انعقد بطهران عاصمة إيران عام 1968, تحت رعاية الأمم المتحدة [290].

وأصدر توصيات عديدة نذكر منها ما يلي: [291].

1-حماية الشخص في سلامته البدنية و العقلية في ضوء الإنجازات المتحققة في علوم الطب و البيولوجيا و الكمياء الحيوية.

2- لاستخدامات المتصلة بالإكترونات و التي تمس بحقوق الشخص، والقيود التي يجب أن تفرض على استخدامها.

3-و بصفة عامة يجب أن يقام توازن بين التقدم العلمي و التكنولوجي من ناحية و بين التقدم العقلي و الروحي و الثقافي و الصحي للإنسان من ناحية أخرى.

و في عام **1970** ببروكسل عاصمة النمسا انعقد مؤتمر , خصص لدراسة مشكلة حقوق الإنسان على ضوء الاتفاقيات الأوربيةو قد أصدرت توصيات عديدة أهمها ما يلي:

-حماية الأفراد ضد الاعتداءات البدنية و العقلية و كذا احترام حرمتهم الآدمية

-حماية الأفراد في كرامتهم و كل ما يمس سلامتهم الشخصية في ضوء الإنجازات المتحققة في علوم الطب [292].

289( ) مروك مصر الدين: **نقل الأعضاء البشرية - دراسة مقارنة-** , المرجع السابق, ص 84.

290( ) *Découverts scientifiques et l'évolutions de la technique ont récemment ouvert de Sihes Vastes perspectives ou développement économique, social, culturel, ces progrès peuvent néanmoins mettre en danger les droits de l'individu et requièrent donc une attention .*

291( ) حسين عودة زعال: المرجع السابق. ص 21.

292( ) *DELMAS SAINT-HILAINS*: Opcit , P,02

المبحث الثاني : تنظيم الممارسات الطبية الحديثة المستهدفة للجسد

لقد حظيت مسألة حماية سلامة جسم الإنسان باهتمام القوانين البيوأخلاقية الحديثة من حيث ضبط الممارسات الطبية الحديثة العلاجية منها وغير العلاجية الماسة بها, وهي في ذلك(سلامة جسم الإنسان) قد اكتسبت حماية مزدوجة, إذ هي بوصفها العام تدخل ضمن نطاق الحماية الجنائية المقررة لسلامة الجسد أو للسلامة البدنية أوالشخصية بوجه عام, و من جهة أخرى لم ينقسم الجسم إلى أعضاء و منتجات ومشتقات بشرية,ولأهميتها الخاصة أفرد لها المشرع البيوأخلاقي مثلا في فرنسا وبعض الدول الإنجلوأمريكية وكذلك العربية نصوصا خاصة تؤكد هذه الأهمية، وتوطد من دعائم نطاق الحماية الجنائية الذي يلف هذه العناصر و المكونات الجسمانية و يحيط بها.

وقد يغري المرء ذلك التنظيم القانوني البراق للممارسات الطبية و العلمية المستحدثة خاصة منها, والتي يشكل جسم الانسان موضوع إجرائها, و منتها غايتها[293] يدفعه إلى التسليم المطلق بفعالية هذا التنظيم, خصوصا معا وجود ذلك الفراغ التشريعي الذي يسود أنظمتنا القانونية في هذا الصدد, إلى أنه لا يمكن إغفال ما قد ينطوي عليه النظام القانوني الذي يحكم جسم الإنسان بصفة عامة في التشريعات البيوأخلاقية من أوجه قصور و مثالب يصعب غض الطرف عنها, سواء أكان ذلك على صعيد الضوابط والشروط القانونية التي تحكم الممارسات الماسة بهذه العناصر والمكونات الآدمية أي جسم الإنسان بصفة عامة, أوعلى

---

[293]( ) مهند صلاح أحمد فتحي العزة:المرجع السابق، ص 299.

صعيد المسؤولية الجنائية الناشئة عن خرق هذه الشروط و تلك الضوابط.

رغم التقاء المشرعين البيواخلاقين عند نقطة مؤداها أنه لابد من وجود نظام قانوني خاص و مستقل يحكم كافة الممارسات الماسة بجسم الإنسان, إلا أن مواقف هؤلاء المشرعين لم تتطابق فيما يخص وضع الأحكام التفصيلية, التي ارتأى كل منهم وضعها ملائمة و مناسبة لانتماءهم المذهبي و هذا التباين المفاهيم الأخلاقية التي تسود أنظمتهم الأخلاقية [294].

وللوقوف على مجمل التنظيمات و الضوابط و الأحكام و ما تفرضه من عقوبات جنائية على كل من يخالفها, وذلك في نطاق الممارسات المستحدثة بنوعيها العلاجية الطبية و العلمية, المخبرية, فإننا سنتناول المسألة ضمن التقسيم التالي:

-في المطلب الأول: سنتناول تنظيم عمليات نقل و زراعة الأعضاء و الأنسجة البشرية.

-في المطلب الثاني: نتطرق إلى التنظيم القانوني للبحث و التجريب الطبي.

- في المطلب الثالث: نخصص إلى تبيان مدى فعالية قيد الرضاء و مبدأ مجانية التصرف و مسألة الأطباء في الحد من تضيق الحماية الجنائية للجسم.

المطلب الأول : تنظيم عمليات نقل و زراعة الأعضاء و الأنسجة البشرية

---

[294] مروك نصر الدين: **الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان- دراسة مقارنة**-، المرجع السابق،ص 295.

لقد دفع الإحساس المتعاظم لدى رجال القانون و الباحثين في أخلاقيات العلوم الاحيائية, بخطورة عمليات نقل مكونات جسم الإنسان, و ما تمثله من انتهاك للسلامة الجسمانية للمانح, إلى القيام بتسليط الأضواء على الشروط و الضوبط القانونية التي لابد من توافرها, كما يكتمل لهذه الممارسات إطار مشروعيتها مع محاولة التركيز دائما على الدور الذي يمكن أن تلعبه هذه القيود في الحد من تضيق نطاق الحماية الجنائية لسلامة الجسم, فانحساره يعد نتيجة طبيعية لإباحة عمليات التنازل في المكونات الجسدية وإستقطاعها دون وجود مسوغ طبي يدعو لذلك.

وللوقوف على حقيقة هذه القيود و الشروط و ما توفره من حماية لسلامة جسم الإنسان و ضمانات لها, تجعل هذه الممارسات التي تنصب على مكونات الجسد لا تنحرف عن مسارها الصحيح, فإننا نفرد لكل مكون شروطه و القيود الخاصة به في فرع مستقل, فنعالج في الأول الضوابط القانونية المحكمة لنقل و زراعة الأعضاء.

و في الثاني القيود القانونية المحكمة لمسألة نقل الدم.

و في الثالث نخصصه لدراسة الشروط القانونية لعمليات نقل الأمشاج و اللقائح الآدمية.

الفرع الأول: الضوابط القانونية المحكمة لنقل زراعة الأعضاء

إن المعطي ليس أداة يستعملها الطبيب كيفما يشاء, وكذلك المتلقي, فكل منهما يعد انسان حر له حق في سلامة جسمه و هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية والمتعلقة بالنظام العام, فلا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي لكل أحد منهما بغير رضاه هذا

من ناحية ومن ناحية أخرى يجب أن لا يعتد بهذا الرضاء إذا كان هناك مساس بالتكامل الجسدي مع انتقاص عن مقدرته الوظيفية [295] . يضاف إلى ذلك أن هذا التنازل يجب إلا يقرن بمقابل مادي ويعد هذين الشرطين من أبرز الضوابط و القيود القانونية لعمليات لنقل و زرع الأعضاء إضافة إلى ضوابط و قيود أخرى سنستعرضها وفقا لما يلي:

-يرى غالبية الفقه المؤيد لإباحة عمليات نقل الأعضاء أن أول ما يبرز لدراسة قيود هذه العمليات، هو شرط الرضاء ملحقا بكافة عناصره التي تشكل قوام فاعلية الموافقة الصادرة من المانح و كذلك المتلقي و يرتب انعدام احدها و تخلفه, انعدام الرضاء كلية, فهي تعد مصدر فاعلية.

و استقرت جميع التشريعات المنظمة لعمليات نقل و زراعة الأعضاء أن تلك العناصر تدخل في مسألتين رئيسيتين هما: شكل الرضاء و خصائص الرضاء [296].

فبادئا ذي بدئ بالنسبة للرضاء الصادر من المعطي لم يشترط فيه صورة معينة يفرغ فيها فقد يصد ضمنيا أو صريح بالقول أو الكتابة و هذه الأخيرة قد تكون بخط أومطبوعة بعبارات تدل بذاتها على الرضاء. لكن غالبية التشريعات تتطلب إفراغ الرضاء في شكل كتابي يوفر المزيد من الحماية للمعطي مع إلزامية توقيعه عليه منه نظرا لخطورة التصرف, فمثلا المشرع الجزائري بين ذلك في **المادة 162** من قانون حماية الصحة و ترقيتها **(1985/05)** و التي تقول « **... و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين و تودع لدى مدير المؤسسة و**

---

[295] ( ) احمد شوقي أبو خطوة: المرجع السابق, ص 68.

[296] ( ) مهند صلاح احمد فتحي العزة: المرجع السابق, ص 132.

طبيب رئيس المصلحة» أما المشرع **الفرنسي** فقد اشترط في **المادة 2 من المرسوم (501– 1978)** أن يكون رضاء المعطي البالغ – في حالة استئصال عضو غير متجدد منه – أمام رئيس المحكمة الابتدائية الذي يقع في دائرته موطن المعطي أو أمام قاض يعينه رئيس هده المحكمة، مع إثبات هذا الرضاء في شكل كتابي موقع عليه من القاضي و المعطي، وتعطى صورة منه إلى المستشفى الذي سيتم به الاستئصال، وتحفظ الصورة الأصلية لدى قلم كتابة المحكمة [297]**.**

أما خصائص الرضاء، فيشترط لصحته أن يكون صادر عن إرادة حرة بعيد عن أي مؤثرات وعوارض نفسية أياً ما كان كنهها، ويجب أن يستمر هذا الرضاء حتى لحظة الاستئصال [298] وبذلك تكون خصوصية هذا الرضاء في إلزامية صدوره عن شخص بالغ عاقل أي ذا لأهلية كاملة فلا يقبل رضاء بالغ عاقل مقيد كالسجين، فأهليته معيبة و ناقصة و قد وضحت **المادة 163** من قانون الصحة الجزائري **(1985-05)** ذلك حيث نصت على أنه «**يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز**»، أما بالنسبة للمستقبل فيجوز الرضاء فيه أن يكون صادر عن ناقص الأهلية والموافقة يعطيها الأب أو الأم أو الولي الشرعي (**م 166من القانون السابق**).

و يشترط في الرضاء أن يكون مستنيرا و متبصرا, فيجب على الطبيب أن يلتزم بتبصير مريضه حول حقيقة حالته الصحية ومدى ما يكتنف الوسيلة العلاجية المتبعة من مخاطر محتملة, مع أنه اختلفت الآراء حول وجوب ذلك. فالأمر لا يشوبه خلاف بالنسبة لتبصير المانح المنقول منه العضو بكافة الأضرار والمخاطر

---

[297] *Georges Viala ,Jean Michel: op.cit, p 406.*

[298] مهند صلاح أحمد فتحي العزة:المرجع السابق، ص:133

المصاحبة لإجراء العملية [299]وقد بينت تلك الفقرة الأخيرة من **المادة 162** و الفقرة الرابعة من **المادة 164** و كذلك الفقرتين **5** و **6** من المادة **166** من القانون الجزائري لصحة **(1985-05)** .

-أما بالنسبة لشرط الثاني الرئيسي في صحة و مشروعية عمليات زرع و نقل الأعضاء هو الذي نصت عليه **المادة 161 فقرة 2** حيث أكدت على عدم جواز كون انتزاع الأعضاء و لا زرعها موضوع معاملة مالية, مما يستتبع مجانية هذه العمليات وعدم مشروعية وجود أي مقابل مادي لقاء العضو المتضرع به, لأن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات التجارية و المالية, فالقيم الإنسانية تسمو على المال **(300)**.

فالدافع لتنازل يكون دائما التضامن الإنساني و التراحم و الإيثار كما أقر القانون الفرنسي(**1952-854**) الخاص بنقل الدم و تشريعات العلوم الإحيائية الأربع(**1994**) هذا المبدأ أكدت عليه.

-و يضاف إلى هذه الشروط ما يلي:

-أن يكون الشخص الواهب في حالة صحية تسمح بنزع العضو أو لا يشكل نقل العضو خطرا على حياة المانح و تبين ذلك و تقرره لجنة طبية مكونة من أطباء واختصاصين, إذ تفحص المتبرع فيزيولوجيا، و نفسيا, مع اشتراط كون هذه اللجنة الطبية المقررة من غير الأطباء الذين سيقومون بعملية النقل و الزرع**(301)**.

كما يجب أن تقوم لجنة طبية مؤلفة من أطباء مختصين تنشأ في الهيكل الإستشفائي و هؤلاء الأطباء يجب أن يكونوا من غير

---

[299] *CHRISTION BYK: Op Cit, P 249*

[300] احمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق ص 82.

[301] بسام محتسب بالله: المرجع السابق, ص 428.

الذين يتولون عملية الزرع فتقرر تلك اللجنة مدى حاجة المستفيد لعملية النقل و ضرورة الزرع و تأذن بإجراء العملية وهذا ما أقره المشرع الجزائري في **المادة 167** من قانون الصحة العامة السالف ذكره[302].

-و يجب على الأطباء اللاينتزعوا الأعضاء البشرية و لا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة**(المادة 167 ق.الجزائري).**

و بذلك يجب أن تتوافر لدى تلك المؤسسات الصحية التي تجري فيها العملية الخدمات المعملية اللازمة لتلك العملية, وكذلك الفريق الطبي الكامل والمتمرس على القيام بالعمليات تلك و يجب توافر العناية الطبية اللازمة التي تعقب العملية لإحراز النتائج الطبية المرجوة[303]. ويستلزم إجراء العمليات في غرفة مجهزة عمليا و فنيا.

- وبالنسبة لإقتطاع الأعضاء من المتوفين قصد زرعها فلا يتم إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في **المادة 167 من قانون الصحة(1985/05)** وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف لصحة العمومية.

و كما أنه لا يتم النزع إلا إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله ذلك أو أحد أعضاء الأسرة الأقربين جدا للمتوفي, والموافقة يجب أن تكون كتابيا؛ و يمنع النزع إذا عبر الشخص قبل وافته كتابيا عن عدم موافقته على ذلك وكذلك إذا كان الاقتطاع يعيق التشريح الطبي.

---

[302] بابكر الشيخ:المرجع السابق , ص 232.

[303] بابكر الشيخ: المرجع السابق, ص 233

و يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد, مع العلم أنه يجب إثبات الوفاة بالنسبة للمتبرع يتولاه طبيبان على الأقل-عضوان في اللجنة المقررة إمكانية النزع- و طبيب شرعي و تدون خلاصتهم الاثباتية في سجيل خاص, في حالة طبعا الانتزاع أشخاص متوفين[304].

-ومن قيود تنظيم عمليات تقل و زرع الأعضاء هو أن يكون زرع العضو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر و للمحافظة على سلامته البدنية. ويجب أن تكون فوائد الزرع أعظم من مخاطره عند المتلقي، فلا يجوز الاقتطاع من أجل البحث العلمي فهذا الأخير في مثل هذه الحالة لا يعتبر مصلحة مشروعة[305].

هذه تعتبر مجمل القيود التي يجب مراعاتها كلها لإجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء بصورة مشروعة وكان لا بد على المشرع الجزائري لما نص على تلك القيود أن يضفي عليها إلزامية و قوة قانونية أكثر و ذلك بوضعه نص يتناول عقوبة كل مخالفة لهذه القيود المنصوص عليها في قانون الصحة وترقيتها, والذي كان عليه أن يصدر تشريعا أو قانونا خاصا بنقل و زراعة الأعضاء مستقل، و ينظم كل هذه العمليات و بصورة دقيقة وهذا طبعا ضمانة لحماية جسم الإنسان و درء عليه جميع الانتهاكات.

الفرع الثاني: القيود القانونية المحكمة لمسألة نقل الدم.

---

[304] احمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق, ص 176

[305] بسام محتسب بالله: المرجع السابق , ص 429 .

يعرف الدم بأنه« **السائل الأحمر الذي يملئ الشاريين و الأوردة, و يجري في عروق بعض الكائنات الحية منها الإنسان, ويجمع على دماء**»[306].

و يلعب الدم دورا كبيرا في جسم الإنسان الحي و في المجال الطبي, لاسيما في العمليات الجراحية, و تتوقف عليه حياة الشخص المريض المحتاج إليه أو المريض به،وكذلك من دواعي نقله باعتباره أحد مكونات الجسم البشري(مشتقات و منتجات الجسم) هي:

حالات النزيف سواء أكان داخلياً وخارجياً، و كذلك في حالات العمليات الجراحية،وفي أنواع الأنيميا الإنحلالية والتي فيها يحتاج المصاب إلى نقل كرات الدم حمراء نظراً لتحطم هذه الأخيرة داخل الأوعية الدموية دون وجود نزيف ظاهر[307].

ويضاف إلى أسباب نقل الدم, حالات فقر الدم الشديد التي يتسببها **نقص الحديد** أو نقص **حامض الفوليك** أو فيتامين **B12** أو نزيف داخلي مستور. وكذلك يستلزم نقل الدم في حالة نقص صفائح الدم و عناصر التجلط الأخرى, وكذلك في حالات الفشل الكلوي التي تستدعي **الديالیز**.

و بالنسبة للقيود القانونية المحكمة لعمليات نقل الدم, اجتمعت غالبية قوانين الصحة في العالم ومنها القانون الجزائري, على إجازة عمليات نقل الدم من شخص إلى أخر و لكن ضمن قيود و شروط معينة .فبادئا ذي بدء يشترط في المتبرع بالدم ما يلي[308].

306( ) أمين مصطفى محمد : المرجع السابق, ص 12.

307( ) محمد حسين منصور:المرجع السابق, ص 60

308( ) مروك نصر الدين: **نقل و زراعة الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة-**، المرجع السابق , ص 198

-اللا يكون قاصرا أو راشدا محروما من قدرة التمييز و هذا طبعا لمنع استغلال هؤلاء الأشخاص.

-أن يكون المتبرع بالدم مصابا بالتهاب الكبد الفيروسي نوع «B» أو نوع «C».

-أن لا يكون مصابا بفيروس الأيدز أي فقدان المناعة المكتسبة.

-أن لا يكون الشخص المتبرع بالدم مصابا بالزهري أو الملاريا أو فقر الدم.

-أن لا يكون مصابا بالمرض في القلب أو الكبد أو السرطان.

-أن لا يكون مصابا بالصرع أو أمراض النزيف.

- إذا كان الشخص المتبرع سيدة فيشترط فيها اللا تكون حاملا.

أما بالنسبة لشروط عمليات النقل أو كيفيات النقل ومن يتولى ذلك فهي كما يلي:

-لقد بين المشرع الجزائري صراحة في **المادة 158 من قانون الصحة** وترقيتها **(1985/05)** على أن منح الدم يكون عن طريق التبرع, و يفهم من هذه العبارة أنه لا يجوز بيع الدم, و بمعنى آخر حرم بيع الدم, و جعل الهدف من عمليات التبرع بالدم ونقله بين الأشخاص لأغراض علاجية فقط, ولكن هذا عكس ما شرعه القانون المصري بموجب القانون **(1960/178)** الخاص بتنظيم نقل الدم, فقد أجاز هذا القانون لبنوك الدم الحصول عليه عن طريق التبرع أو عن طريق البيع و نظرا لأن نقل الدم يعتبر من قبيل نقل عنصر من عناصر الجسم, و بما أن إعطاء الدم طبقا للقانون المصري يكون بمقابل فقد ذهب جانب من الفقه إلى

القول أن المشرع المصري يبيع بذلك التصرف في أجزاء الجسم[309].

-وإن جمع الدم قد أوكل لأطباء, أو المستخدمون المختصون بهذا الموضوع والمكلفون بذلك و قد نص المشرع الجزائري في المادة **158** من قانون حماية الصحة وترقيتها« **... يتولى الأطباء أو المستخدمون الموضوعون تحت مسؤوليتهم جمع الدم ...**» ويفهم من هذا أنه لا يجوز لأي كان أن يقوم بجمع الدم من الأشخاص تحت أي ظرف كان, وإنما هذه المهمة يتولاها الأشخاص المبينون في المادة المرخص لهم قانون من وزارة الصحة.

-ومن بين الشروط الأساسية لعمليات نقل الدم هي اتخاذ كل الإجراءات الضرورية واللازمة لحماية الشخص المتبرع من الأضرار التي يمكن أن تصيبه،سواء من الوسائل التي تستعمل في عملية جمع الدم-إلزامية أن تكون معقمة-ويضاف إلى ذلك أنه إذا كان الشخص المتبرع لا تسمح له بنيته الجسمية أن يتبرع بالدم لأن في ذلك ضرر على صحته و سلامة جسمه، فعلى القائمون بجمع الدم عدم القيام بذلك في مثل هذه الحالات وذلا حماية لهؤلاء الأشخاص. [310].

-كما ينبغي أن تحدد فصيلة الدم بكل دقة و يكتب على الكيس نوع الفصيلة وتاريخ أخذ الدم و خلوه من الأمراض المعدية، لأنه يستوجب حفظ الدم في أكياس بلاستيكية تحتوي على مواد مانعة للتخثر مثل ستران الفوسفات السكرية، ويجب حفظ هذه الأكياس في مدة لا تتجاوز **21 يوما** في درجة حرارة **4 درجة**

309( ) هيثم حامد المصاروة: المرجع السابق, ص 30.

310( ) مروك نصر الدين: **نقل و زراعة الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة-**، المرجع السابق , ص 198

مئوية، وهذا يعود إلى تحطم كرات الدم الحمراء بطول الحفظ وكذلك الصفائح وعناصر منع التجلط (**التخثر**) وبالمقابل تزداد كمية البوتاسيوم ولهذا فإن الدم المنقول ينبغي أن يكون جديدا خاصة في حالات نقص الصفائح و عناصر منع التجلط و حالات الأنيمياء الشديدة [311].

-يجب على الطبيب الذي سيجري عملية النقل يقع عليه عبء التأكد من فصائلا دم المتبرع والمريض، ومدى خلو الدم من الأمراض لأن نقل الـدم الملوث للمريض،أو نقل الدم من فصيلة مختلفة يعرض الطبيب للمسألة الجنائي بما فيه من إنتهاك لسلامة جسم الإنسان برعونته وإهماله و خطئه الجسيم[312] .

الفرع الثالث: القيود القانونية المحكمة لنقل الأمشاج و القائح الآدمية:

لقد حظيت الأمشاج الآدمية باهتمام القوانين الفرنسية و الإنجلوأمريكية البيواخلاقية، فكانت هي السابقة والمبادرة إلى تنظيم و ضبط العديد من الممارسات العلاجية والغير علاجية الماسة بهذه العناصر من جسم الإنسان، خاصة منها تشريعات أخلاقيات العلوم الاحيائية الفرنسية الصادرة في **1994** و التشريع البريطاني الصادر في **1990** الخاص بعمليات الإخصاب و علم الأجنة البشرية؛ فأحدثا ثورة تشريعية في مجال التقنية للممارسات البيوطبية الحديثة لوجه عام و ما تعلق منها بالأمشاج واللقائح الآدمية على وجه الخصوص، وإن هذه الثورة جاءت وليدة للمناقشات الفقهية التي سادت الأوساط القانونية، والدائرة حول مدى ضرورة مواكبة المشرع لما استحدث من ممارسات طبية وعلمية تنصب على جسم الإنسان وتنال منه في أدق مكوناه و

311( ) مروك نصر الدين:المرجع الأخير، ص 198.

312( ) أمين مصطفى محمد: المرجع السابق ، ص 26.

أرقى عناصره[313] وهكذا أستجيب لهذه النداءات فوضعت الضوابط و الشروط كيما يباح المساس بالأمشاج الآدمية الملقحة منها وغير ملقحة، ومن خلالها نستبين حقيقة نطاق الحماية الجنائية الذي كفلته النصوص لهذه المنتجات الجسمانية. والواقع أنه يمكن رد مجموع الضوابط و القيود إلى طائفتين رئيسيتين هما:

-طائفة القيود التي يحكم أطراف الممارسة وهم المانح ، المتلقي، و الممارس (الطبيب).

-طائفة القيود المتعلقة بأغراض الممارسة التي قد تكون علاجية، أو علمية تجريبية،أو صناعية تجارية. و فيما يلي نتعرض بالقدر اللازم لهاتين الطائفتين كل على حدى.

-طائفة الضوابط و القيود التي تحكم أطراف الممارسة:

تختلف و تتباين القيود و الضوابط القانونية التي تتضمنها هذه الطائفة خصوصا ما تعلق منها بالمانح والمتلقي وذلك فيما إذا كانت هذه الممارسة تنحصر فيما بين الزوجين(الإنجاب الصناعي دون مساهمة الغير)، أو أنما تتسع لتشمل طرفا ثالث خارج عن نطاق علاقة الزوجية يساهم بأمشاجه الملقحة أو غير الملقحة، تنقل إلى أحدهما وذلك في حالة العقم المستعصي علاجه (الإنجاب الصناعي بمساهمة الغير) [314].

و في ضوء هاتين الصورتين من عمليات نقل الأمشاج فإن ثمة قيود تظل ثابتة،وأولها يتعلق بقيد الموافقة على إجراء العملية، فإننا نجد أن **المشرع الفرنسي** لم يزد في إشتراط سبق موافقة الأطراف المساهمين في هذه الممارسة على ما إستقر عليه العمل في شأن شرط الرضاء المتبصر من جانب

313( ) *Christian, BYK:OPCit, P,26.*

314( ) مروك نصر الدين:**<u>الأم البديلة بين القانون المقارن و الشريعة الإسلامية</u>**، المرجع السابق، ص:03

المريض و سبق موافقته على ما يخضع له من ممارسات و إجراءات طبية[315].

وفي مجال الإنجاب الصناعي دون مساهمة الغير فقد ورد لمشرع الفرنسي قيد آخر يتمثل في إجراء عملية التخصيب أثناء كون الراغبين في إجراء العملية على قيد الحياة، وأن يكون كذلك كل منها في مرحلة عمرية تسمح عادة للشخص بالإنجاب،بحيث يحظر إجراء الإخصاب إذا ما كان الرجل والمرأة أو أحدهما طاعنا في السن، و مغزى هذا القيد هو تأويله بما يوائم مصلحة الطفل المنتظر ولادته، والذي يكون معرض غالبا للإعاقة الجسدية أو العقلية (التأخر العقلي) [316].

أما إذا إنتقلنا إلى عمليات نقل الأمشاج من الغير، أي بمساهمة طرف ثالث خارج نطاق العلاقة الزوجية أو المعاشرة التي لا يقل حدها الأدنى عن سنتين لأن القانون الفرنسي يبيح هذا النوع من العلاقات في هذه الحالة، فإننا نجد هذا المشرع قد أحاط موافقة كل من الزوجين أو العشرين المتلقيين أو المانح المتبرع بإجراءات و قيود تنبيء وتؤكد أن هذا النوع الممارس غير مستساغة وخارجة عن نطاق المألوف وهي عمل شاذ،يجب توخي الحذر عند اللجوء إليه. وقد نصت **المادة 10** من القانون **(1994/654)** على قيود هي:

-أن يكون المتبرع بالأمشاج وافق كتابة على التبرع، وأن يكون متزوجا أوعشيرا (رجلا كان أم امراة)، وأن يكون قد سبق له الإنجاب، وبالتالي استبعاد طائفة العزاب والأرامل والمنفصلين (بالطلاق أو بالانفصال الجسدي).

---

[315] مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص:302

[316] مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع الأخير، ص:302

-وأن تكون موافقة المانح موافقة حرة و مستنيرة [317].

-أن تكون موافقة الزوجين العشيرين المتلقيين لأمشاج الغير موافقة سرية ويتم إبدائها أمام قاض و موثق عقود. كما أوجب على الطبيب أن يبصر هذان المتلقيان لأمشاج الغير لكافة العواقب و الأخطار و النتائج القانونية التي ستترتب على إنجاب طفل ليس من أصل أحدهما أو كليهما. وعرض البدائل القانونية المتاحة لتعويضهما كنظام التبني،المعمول به والمشروع في فرنسا[318].

وقد أضاف على ذلك المشرع البريطاني في **المادة 13 من قانون 1990** قيد متعلق بخطر تقديم الخدمات العلاجية للمرأة دون الرجل طالما كانت موافقتها لا تزال قيد التقييم والدراسة، أي أن موافقتها غير مستوفية للشروط القانونية لتجعلها منتجة للأثر المبيح.

كما نص المشرع البريطاني في الفقرة الثالثة من **المادة 14 من القانون 1990** على أن المدة القانونية التي يمكن خلالها حفظ و تخزين الأمشاج الآدمية المجردة يجب ألا يتجاوز حدها الأقصى العشر سنوات، وأما مدة حفظ اللقائح الآدمية يجب ألا يتجاوز حدها الأقصى خمس سنوات فقط[319].

ونشير أخيرا إلى أن القيود العامة التي تحكم عمليات نقل الأعضاء و الأنسجة والمنتجات الآدمية بوجه عام هي من شأنها أن تحكم و تنطبق على عمليات نقل الأمشاج ومن ذلك القيد الخاص بعدم جواز تلقي الطبيب الممارس لعملية لأي مقابل مادي لقاء

317( ) مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص : 307

318( ) عامر أحمد القيسي: **مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الصناعي**،الطبعة الأولى، عمان، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة،2001 ص: 65

319( ) أحمد شوقي أبو خطوة: المرجع السابق،ص:148

قيامه بإجراء هذه العملية.وكذلك قيد الكتمان فلا يجوز للطبيب الكشف عن هوية المانح والمتلقي لبعضهما البعض.

-طائفة الضوابط المتعلقة بأغراض الممارسة:

لقد أنشأ المشرع الفرنسي بموجب نص **المادة 11** من قانون(**1994/654**) لجنة قومية تختص بمراقبة كل ما يتعلق بتكنولوجيا الإنجاب الصناعي ونقل الامشاج واللقائح الآدمية[320]، وهذا ما يؤدي بهذه اللجنة و بشكل شبه مباشر إلى مراقبة الأغراض التي تنطوي عليها عمليات نقل الأمشاج بوجه عام و ما يطرأ عليهم من تطورات و نقص وعيوب؛ و في إطار الضوابط التي تحكم أهداف الممارسة, فإنه نميز ثلاثة أغراض في القانون الفرنسي وهي تحقيق المصلحة العلاجية والتجريب والبحث العلمي, الاستخدام التقني الصناعي وتحقيق الربح التجاري؛ وأما البريطاني فقصرها في الغرضين الأولين فقط حيث أنه في نص **المادة 12** من **قانون 1990** وضع قيد خاص بذلك يتمثل في:

-عدم جواز ممارسة نشاط طبي أو عملي من غير ما نصت عليه و صدرت به الرخصة الممنوحة والمؤلهة لممارسة نشاطات نقل الأمشاج, فإن كان النشاط المرخص به مثلا علاجيا فيجب أن يكون كذلك ولا يجوز تغييره إلى علمي و كل مخالفة لهذا القيد سيفضي حتما إلى سحب الترخيص أو إلغائه[321].

-وبالنسبة للقيود التي تحكم الفرض العلاجي فقد أكد المشرعين الفرنسي والبريطاني أنها يجب أن لا تخرج عن المصلحتين التاليتين و هما: أولا المصلحة العلاجية العلاجية الأساسية التي وجدت هذه الممارسة أصلا من أجل تحقيقها، وهي التغلب على مشكلة العقم عند أحد الزوجين أو كليهما والذي استعص على وسائل العلاج التقليدية وتحقيق رغبة الزوجين أو

320() *la commission nationale de mide ciare et de biologie de la reproduction et du diagnostic présental*

321() مهند صلاح احمد فتحي العزة: المرجع السابق, ص 342

العشرين في الحصول على طفل, فهو الهدف الرئيس الذي ترمي إليه عمليات المساعدة الطبية في الحمل.

والمصلحة الثانية تعود على اللقيحة في ذاتها وقبل اكتمال نضوجها داخل الرحم,[322] إذ يخشى انتقال مرض معين من أحد الزوجين إلى الجنين المنتظر, فيغدو إذ ذاك استجلاب الأمشاج من الغير عملا مشروعا تسانده مصلحة علاجية ذات طابع وقائي تمنع ولادة طفل من أصلهما البيولوجي مصابا بمرض قد يفتك بحياته أو يكدر صفوه, كتدارك احتمالات انتقال تشوهات أو الأمراض الجينية إلى الجنين, فبذلك أجيز للطبيب القيام ببعض الممارسات على اللقيحة خارج الرحم, لتشخيص المرض الذي يحتمل اصابة اللقيحة به[323].

-وإذا انتقلنا إلى أغراض البحث العلمي والتجريب العلمي و التجريب والتى تأتي تحت ستار المصلحة العلاجية التى تجري عليها أنماط معينة من التجارب والأبحاث العلمية, فنجد المادة الأولى من قانون **(1138-1988)** أباحت إجراء الأبحاث البيوطبية على المرأة الحامل, و بالتالي على الأمشاج التى بها, و لو لم يكن البحث المزعم القيام به منطويا على هدف علاجي مباشر، طالما لم يكن هناك خطر متوقع على الأم الحامل أو على اللقيح المحمول بها[324].

و في إطار الأبحاث و التجارب العلمية التي تجري على اللقائح الأدمية خارج الرحم, فقد نصت **المادة 152** من قانون الصحة العامة صراحة على عدم جواز تخليق أجنة(**تلقيح**

322( ) مروك نصر الدين:**الأم البديلة بين القانون المقارن و الشريعة الإسلامية**, المرجع السابق, ص 05.

323( ) بابكن الشيخ: المرجع السابق, ص 295

324( ) *Georges Viala ,Jean Michel : OPcit , P2181*

الأمشاج في الأنبوب) إذا كان الهدف من ذلك هو إجراء الأبحاث والتجارب الطبية، وخروجاً على هذا المبدأ أجاز إجراء أنماط معينة من الدراسات الطبية العلمية على اللقاح, شريطة أن يكون الهدف منها طبيا وتحقيق مصلحة علاجية،مع وجوب موافقة الرجل والمرأة صاحبي اللقيحة موافقة صريحة ومكتوبة، مع وجوب عدم المساس باللقيحة موضوع الدراسة. وتتم الدراسة في تشخيص الأمراض التي تحملها اللقيحة وكذلك عدم تلقيح الأمشاج المصابة بالأمراض، ثم يقوم الأطباء بالعلاج اللازم و تخليص اللقيحة من أي ألم بها[325] (**م 162من نفس القانون السابق**).

[325] *Christian BYK: OPcit,p 42* ( )

-وأخيراً بالنسبة للغرض الصناعي و تحقيق الربح التجاري فإن الأمشاج الآدمية تعد الأكثر دخولا في دائرة ***Biotechnologie*** لما تمتازه الأمشاج من سهولة الحصول عليها و حفظها وتجميدها مدة طويلة، ناهيك عن غناها العالي بعناصر لتستخدم في الصناعات الدوائية، ولدرء شبه الاتجار بالعناصر الآدمية فقد نص القانون البريطانـي على حظر تخليق الأجنة في المعامل أو المختبرات لأغراض تجارية أوصناعية. و قد استبعد المشرع الفرنسي الأمشاج من تطبيق نصوص المرسوم **(2000/156)** الخاص بتنظيم عمليات إستيراد وتصدير المكونات الآدمية (**أعضاء ،أنسجة، مشتقات و منتجات**) وهذا طبعاً توطيد لدعائم نطاق الحماية الجنائية لهذه العناصر الآدمية وذلك بتحصينها و إبعادها من شبهة الاتجار وتحقيق الربح المادي،رغم أن عمليات الإستيراد و التصدير التي أجازها المشرع للعناصر الآدمية قد تمت عن طريق التبرع أي ذات طابع تبرعي، فيلزم المشرع مستورد أعضاء ومشتقات ومنتجات الجسم البشري ، التثبت من أن عملية التبرع التي تمت خارج الأراضي الفرنسية قد توافر فيها شرطي الرضاء المستنير من المتبرع، و عدم تلقي هذا الأخير لأي مقابل مادي لقاء تبرعه بأحد عناصر جسمه[326].

لكن أمام تكالب رجال الأعمال و السماسرة و التجار و العاملين في حقل الصناعات البيولوجية، يصعب جداً القطع بيقين أن عمليات التبرع و الجمع و التصدير والإستيراد تمت في كامل مراحلها خالية من وجود مقابل مادي مدفوع إذ ما جدوى لمثل هذه العمليات القائمين بها، إن لم تعود عليهم بربح مادي وفير، لذلك فقد أحسن المشرع الفرنسي صنعا باستثنائه للأمشاج من تطبيق

---

[326] سعاد سطحي: المرجع السابق ، ص : 64

أحكام المرسوم (**2002/156**) واستبعدها من دائرة المعمالات الغير حدودية.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للبحث الطبي

إن غاية الطبيب من وراء تدخله تلعب دورا كبيرا في إضفاء وصف الشرعية من عدمه على سلوكه, فإذا كان يهدف أساسا إلى شفاء المريض, تعتبر التجارب التي يجريها عليه, بهدف الاستقرار على الوسيلة الأكثر تناسبا مع حالته والأنسب في تحقيق الغاية المنشودة مشروعة، ولا تكون محلا لإثارة مسؤولية الطبية على أساس مساسه بحرمة وسلامة جسم الإنسان, طالما أنه اتبع في ذلك مسلك الطبيب المماثل له و جميع القواعد والضوابط التي تحكم التجارب و البحث الطبي؛ إذ أن المجال العلمي على درجة الاتساع و التغيير الذي يقتضي المحاولة و التجربة المستمرة حتى يتقدم و يتلاءم مع الحالات المتطورة، لكن هذا كله لا يمكن أن يكون على حساب جسم الإنسان الذي له حرمته و قداسته وبالتالي خروج الطبيب عن الغاية المفروضة عليه[327] إذ يتدخل بهدف البحث العلمي, البحث تحت ظل تطوير وسائل العلاج و تحسين النسل والسلالات و تغير الجنس و الوصول إلى الإنجاب و محاولت وضع حد للأمراض الوراثية عند بداية تكوينه في اللقائح الآدمية . لكن كل هذا رغم نبل الغاية و هي تطوير العلم إلا أنه له انعكاسات سلبية لا تتفق مع أخلاقيات المجتمع و لا فكره القانوني ولا معتقادته الدينية بل تتضارب معه في جميع النتائج.

و بالتالي لتفادي ذلك, وضع رجال القانون ضوابط و قيود تحكم أعمال البحث الطبي فتنظمه بكل ما يساير المبادئ وأخلاقيات المجتمع و كل حسب احتياجاته دون التعدي على سلامة الفرد و بالتالي تعطيل مصلحة المجتمع إذ كلاهما يكمل الأخر, ولا

---

[327] ( ) العمل على إشفاء المريض محل العلاج.

عبرة بنتيجة تدخل الطبيب إذا ما تم العمل مخالفا لتلك الضوابط و يا ترى ما هي هذه الضوابط وتلك القيود التي تحكم و ينظم بها البحث الطبي؟ للإجابة على هذه السؤال أي للتعرف على تلك الشروط سنقوم بدراسة أولا شروط إجراء التجارب و البحوث الطبية ثم يليها حظر الاستنساخ الذي يدخل في بحوث تحسين السلالات, و أخيرا سنتطرق إلى شروط التلقيح الصناعي و عمليات تحول الجنس وسوف يتم شرح ذلك تباعا.

الفرع الأول : الضوابط القانونية لإجراء التجارب و البحوث الطبية

سبق القول أن حماية الإنسان في كيانه المادي من أساسيات النظم القانونية المقارنة,فحصرت هذه على إضفاء حماية شاملة جسم الإنسان تحول دون المساس به في مواجهة التجارب الطبية والعلمية, لذلك قامت هذه النظم بتقييد إجراء التجارب والأبحاث الطبية على جسم الإنسان لكي تأخذ الصورة المشروعية، بمجموعة من الشروط.

و باستقــراء ما سبق ذكره في إعلان هلسنكي و قواعد نورمبرغ المتضمنين قواعد مرشدة للطبيب ومبادئ يجب عليه إتباعها وعدم الخروج عنها و خرقها، يتضح أن أهم الشروط الواجب توافرها في إجراء التجارب الطبية قد سبق وأن وضحناها في المطلب الثالث من المبحث السابق و لا داعي لتكرارها و إعادة عرضها, بل سنركز على أهمها و هي الرضاء, والأهلية, و الأخطار المقبولة في التجارب الطبية و العلمية وسيأتي ذلك تباعا:

<u>الرضـــــاء:</u>

و يعد أهم الضوابط القانونية, حيث أجمعت الإعلانات و التوصيات الدولية،وكذا التشريعات المقارنة على اختلافها على

تطلب رضاء الشخص الخاضع للتجربة؛ فنجد القاعدة الأولى من قواعد محكمة نورمبرغ وكذلك المادة السابعة من الحقوق المدنية والسياسية, والمبدأ الرابع من إعلان هلسنكي (**1964**) كلها تشترط الرضاء الحر المستنير للشخص الذي يكون محلا للتجربة؛ وقد ساير المشرع الجزائري هذا الإتجاه حيث نص في **المادة 2/186** من قانون حماية الصحة وترقيتها بالقول «**... يخضع التجريب للموافقة الحرة و المنيرة للشخص موضوع التجريب, و عند عدمه لممثله الشرعي, و تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة ...**».

و لزوم شرط الرضاء لكل تجربة, حماية للحرية في اتخاذ القرار, فلكل إنسان حقوقا مقدسة على جسمه [328]. لا يجوز المساس بها بغير رضاه, و بناء على ذلك فكل تجربة طبية أو علمية تجري على الانسان دون موافقته تعد غير شرعية, وتشكل اعتداء على سلامة جسم الانسان من الناحية الجنائية وتطبق بشأنها **المادة 264** من قانون العقوبات الجزائري, و خطأ من الناحية المدنية يخول الحق في المطالبة بالتعويض طبقا للمادة **47** من **القانون المدني الجزائري** «**لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لتشخصيه أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر**»[329] .

هذا و يستوجب أن يستمر الرضاء حتى لحظة التجربة, و له أن يعدل عن رضائه في أي وقت شاء, لأن موافقته ضرورية في

---

[328] بابكر الشيخ: المرجع السابق, ص 308

[329] مروك نصر الدين: **الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم الإنسان- دراسة مقارنة-**، المرجع السابق, ص 321.

كل لحظة وله أن يعدل بين لحظة وأخرى دون أن يتحمل أية مسؤولية.

و يشترط إفراغ هذا الرضاء في الشكل الكتابي, وكذلك للعدول عنه, و ذلك تقديمها كدليل من و جودها[330].

و يجب أن يكون الرضاء الصادر حرا أي سليما و خال من العيوب كالغش والتدليس و الإكراه، مع وجوب أن يكون كذلك رضاء مستنيرا و متبصرا, و هذا الشرط يفرض على الطبيب القائم بالتجربة التزام تبصير الخاضع للتجربة عن طبيعتها وأهدافها ومدتها, والطرق المستخدمة فيها, و جميع المخاطر المحتملة لها. ويجب التأكد من أنه فهم استوعب المعلومات المعطاة له حتى يكون في حالة تسمح له بالتعبير عن رضائه.

وقد استحدث المشرع الجزائري مادة جديدة بموجب التعديل الأخير وهي المادة **3/183** والتي لا يوجد مثيلها في التشريعات المقارنة, و تنص على أنه:«**تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168**».

فأخذ رأي المجلس الوطني يمنح للطبيب و للمريض الوقت للتفكير في عواقب التجربة, كما أن الأعضاء المجلس بصفتهم أطباء متخصصين الدراية و الخبرة الكافية بواسطتها يمكن توجيه الطبيب القائم بالتجربة للوجهة السليمة.

الأهليـــــة:

تعد الأهلية شرط هام لشرعية التجربة, لأنه بتوافر الأهلية يمكن للشخص فهم طبيعة ما يرضى به من تدخل جراحي عليه, و

330( ) بابكر الشيخ: المرجع السابق, ص 312.

تقدير أثاره, و يقال حينئذ أن الرضاء صادر عن ذي أهلية[331]و إبعاد عديم الأهلية لعدم قدرته على طبيعة التجربة التي يرضى بها, فرضاؤه معيب و بالتالي يستوجب حمايته من ذلك[332] .

و لكن الإشكالية المطروحة هي عدم تبيان سن الأهلية ليعتد به كأهلية للشخص الخاضع للتجربة, وبما أن التجارب الطبية والعلمية من المسائل الخطيرة التي تمس بجسم الإنسان, و إن تركت بدون ضابط, فإنها ستنحرف عن هدفها الأصلي الذي وجدت من أجله. فيرى جانب من الفقه بأن رضاء القاصر في مجال التجارب الطبية والعلمية ليس تصرفا قانونيا, بل هو مسلك إداري له فعاليته القانونية, ولا تطبق عليه القواعد المتعلقة بأهلية الأداء في القانون المدني, فالرضاء هنا هومظهر لحق الحرية,ومباشرة لنشاط مشروع يكفي فيه الإدراك و إرادة الشخص أي الأهلية الطبيعية لا القانونية, وتطبيقا لذلك فمعيار توافر الأهلية هو مدى فهم القاصر لطبيعة ما يرضى به من تجارب وتقدير أثارها, و رضاء عديم التمييز ليس له أية قيمة و لا يعتمد به في هذا الجانب[333].

و هذا ما يستوجب التأكد و الكشف ما إذا كان القاصر مدركا لطبيعة الفعل الذي رضي به, فإن كان كذلك اعتد برضائه دون التعقيد بسن معينة. على أن لا ينتج عن التجربة خطر جدي يمس بجسم القاصر, إذ ويختلف الأمر بالنسبة للبالغ إذ يتعين أن يكون الخطر متناسبا مع المنفعة المتوقعة؛ فالتجربة على القاصر تكون غير مشروعة إذا كانت المنفعة من أجل العلم متوقعة, لكن فيها خطر جدي عليه[334].

331( ) محمد حسين منصور: المرجع السابق,ص 38

332( ) أشرف جابر: المرجع السابق,ص 440

333( ) مروك نصر الدين: **الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم الإنسان- دراسة مقارنة**-, المرجع السابق, ص 326.

334( ) *DELMAS SAINT – HILAINS, OpCit, P 09.*

-الأخطار المقبولة في مجال التجارب الطبية و العلمية:

مفاد هذا الشرط أن تكون الأخطار المتوقعة على الشخص الخاضع للتجربة مقبولة ***(Risque acceptable)*** بالمقارنة مع المنفعة المنتظرة من التجربة, أي يجب أن يكون هناك توازن و تناسب بينهما.

و قد نص إعلان **طوكيو في المادة 2/5** من الفصل الأول على ما يلي « **يتعين قبل إجراء التجربة تقدير الأخطار و الفوائد المحتملة تقدير جديا, سواء من اجل الخاضع للتجربة أو من الأخرين, و يتعين أن تتجاوز مصالح الخاضع للتجربة مصالح الخاضع للتجربة مصالح العلم أو المجتمع**».

كما أكد ذلك القانون الأخلاقية للجمعية الطبية العالمية بالقول «**أن الطبيب عند علاج مريض ، يعد حر في إختيار أفضل الوسائل و الطرق العلاجية التي يعتقد أنها أفضل من غيرها لصالح مريضيه، فمن حقه أن يطبق طريقة تشخيصية جديدة أوعلاجية**»،وهو في هذه الحالة يعالج المريض لانقاض حياته أو تخفيف آلامه، غير أن هذه الحرية مقيدة بما يلي :

-يتعين على الطبيب الموازنة بين الفوائد والأخطار و الأضرار المحتملة لاستخدام الوسائل الحديثة مقارنة بالطرق و الوسائل المعروفة و المستقر عليها للتشخيص و للعلاج الأفضل.

- يتعين أن يستفيد المريض بأفضل الوسائل في التشخيص أو العلاج المتوافرة.

هذا بالنسبة للأخطار المقبولة في مجال التجارب الطبية العلاجية[335] .

أما بالنسبة للأخطار المقبولة في مجال التجارب العلمية فيرى جانب من الفقه أنه يتعين أن يكون الخطر معدوما و منتقيا بالنسبة للخاضع للتجربة, مهما كانت المصلحة سواء للبحث الطبي أو للمجتمع, فيجب ألا يترتب و ألا تؤدي هذه التجربة إلى تلف أو بتر أي عضو من أعضائه[336].

بمعنى أن الطبيب عليه أن يؤكد كل فرص النجاح استناد إلى الدراسات السابقةوالبحوث و التجارب المعملية و في سبيل ذلك يجب أن يوضع الشخص محل التجربة تحت الملاحظة المستمرة و الإشراف الدقيق, مع التحقق أنها تتم وفقا للأصول العلمية[337],بفرض الرقابة السابقة لتقدير الأخطار, و تقليل احتمال حدوثها علميا على مستوى قواعد البحث.

و فكرة الخطر في هذا المجال لا يمكن القصد به المعنى الضيق للخطر الجسماني,بل يتعين أن يأخذ في الاعتبار نتائج التجربة النفسية و العاطفية و كذلك الاجتماعية, حيث تنص **المادة 2/168** و الصحة الجزائري على أنه يجب احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي[338].

الفرع الثاني: حظر عمليات الإستنساخ.

---

[335] حسن سعد سند: المرجع السابق ، ص: 235

[336] بابكر الشيخ: المرجع السابق, ص 310

[337] اشرف جابر: المرجع السابق, ص 438

[338] مروك نصر الدين: **الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم - دراسة مقارنة**, المرجع السابق, ص 330.

تعد عمليات الإستنساخ البشري (***Human Cloaning Prohibition)*** واحدة من أشد خطورة و أكثرها إثارة للجدل, فقد اتجه البعض إلى إباحة مثل هذه العمليات أي الإستنساخ, في حين ذهب البعض الأخر إلى حظر الإستنساخ و رفضه جملة وتفصيلا[339].

وتعد الولايات المتحدة الأمريكية أول من وضعت قانون مستقلا خاصا بحظر عمليات الإستنساخ البشري, وذلك للجدل المحموم بين الفقهاء الأمريكيين من حيث الطبيعة القانونية للقيحة الآدمية و مدى مشروعية بعض أنماط الممارسات العملية الماسة بها؛ فكان لإصدار الكونجرس الأمريكي لقانون خطر عمليات الإستنساخ في **31 جويلية 2001** وإعلان الرئيس (***George W.Bush***) في **9 أوت من نفس العام** عن عزم إرادته القيام بتمويل أنماط محددة من الأبحاث العلمية المنصبة على اللقائح الآدمية, أثرا واضحا و زاد في حدة الجدل والنقاش حول مسألة الإستنساخ, مع تأكيد الرئيس أنه يهدف من وراء هذا التمويل إلى تطوير علاجات جينية و خلوية من شأنها القضاء على العديد من الأمراض المستعصية الشفاء كمرض **الزهايمر و الشلل الرعاش**, مع وجوب إنشاء مجلة خاص يراقب هذه الأبحاث من حيث قانونيتها وأخلاقيتها[340].

و قد نصت **المادة 301** من الباب السادس عشر من التقنيين الفيدرالي الأمريكي والمضافة بمقتضى المادة الثانية من قانون خطر الإستنساخ البشري **2001** في فقرتها **الأولى**، على

---

[339] محمد سيد سلامة « **الاستنساخ البيولوجي و حماية حقوق الإنسان**»، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** المغرب,(العدد 1998/10), ص 161.

[340] *George W.Bush, «alegal perspective on the control of technology genetic engineerin», 9 August 2001, web: http:// WWW.whitehouse.gov/news/releases/2005/08/20,P1*

أنه يقصد بالإستنساخ البشري إعادة إنتاج الجنس أو التفصيل الآدمي عن طريق وضع نواة الخلية المستأصلة من شخص أو أكثر في البويضة الأنثوية مخصبة كانت أو غير مخصبة، وذلك بعد انتزاع نواتها و تثبيطها بغرض إنتاج كائن عضوي حي في أي مرحلة من مراحل تطوره مطابقا تماما لكائن بشري موجود أو سبق وجوده، وكما بينت المادة ذاتها مفهوم الخلية الجزئية (***SOMATIC CELL***) والتي تستخدم في عمليات الإستنساخ وهي تلك الخلايا الصبغية المحتوية على مجموعة متكاملة من الكروموزومات سواء تم تحصيلها من جسد إنسان حي أو جثة متوفى وبغض النظر عن مرحلة التطور والنمو التي كان عليها الكيان المادي المستأصل منته الخلية[341].

وبوضع المشرع الأمريكي هذه التعريفات المنضبطة ذات الطابع العلمي المحظ،لا يمكن إنكار ما ينطوي عليه هذا النهج من مزايا كبيرة تصب في مصلحة ضبط و تقنين هذا النمط من الممارسات العلمية المستحدثة ذي الأبعاد الخطيرة، مما يضمن نطاقا أوسع من الحماية الجنائية للأمشاج و اللقائح الآدمية.

وفي صدد تعداد وحصر صور السلوك غير المشروع الذي تتضمنه عمليات الإستنساخ البشري عادة نجد ما يلي:

-تعمد قيام الشخص الطبيعي أو المعنوي-عاما أو خاصا- بإجراء أو محاولة إجراء عملية الإستنساخ البشري أو الاشتراك في مثل هذه المحاولة.

-القيام بإعطاء أو تسليم لقيحة آدمية أو أي منتجاتها متى كانت هذه اللقيحة قد تم تخليقها بواسطة عملية استنساخ بشري (لقيحة مستنسخة) [342].

---

[341] *Human coaning prohibition.Aot2001/2505,http://thomas.loc.gov//cgi-bin/dcp,10*

[342] محمد سيد سلامة: المرجع السابق،ص:164

-حضر استيراد لقائح آدمية مستنسخة أو أي من منتجاتها سواء كان المستورد شخص طبيعي أو معنوي، عاما أو خاصا.

ويلاحظ أن المشرع الأمريكي نص على ذات الأفعال و الصور المجرمة وذلك بمقتضى **المادة 302** من القانون السالف ذكره، إذ استعمل عبارات واضحة و بسيطة وقاطعة الدلالة، وأيضا مرنة وعامة مما يجعل مدلولها يتسع ليشمل كافة النشاطات والأعمال التحضيرية التي تتضمنها عملية الإستنساخ البشري، الأمر الذي يحقق ولا ريب الحماية اللازمة للأمشاج و اللقائح الآدمية في مواجهة واحدة من أخطر الممارسات العلمية المستحدثة، وما يدعم أركان هذه الحماية هو الحكم الوارد في الفقرة الأولى من **المادة 302** المتعلق بتجريم و حضر أفعال الاشتراك في محاولة إجراء عمليات الإستنساخ البشري(*Participat in an attemps to perform human cloaning*)[343].

وقد وضع المشرع الأمريكي عقوبات جازرة على كل فعل مخالف و منتهك لأحكام المادة **302** من قانون حضر الإستنساخ، حيث يعاقب بالغرامة وبالحبس لمدة لا تتجاوز عشر سنوات كل شخص ينتهك المادة السالف ذكرها، و يضاف إلى ذلك عقوبة مالية(مدنية) تقدر بما لا يقل عن مليون دولار وما لا يزيد عن ضعف المبلغ الإجمالي للأرباح المتحصل عليها من ارتكاب الجريمة المنطوية على تحقيق مكاسب مالية، متى كانت هذه الأخيرة متجاوزة المليون دولار(**Subsec (c)-(302)** و لعله واضح تماما مدى الزجر الذي تنطوي عليه هذه العقوبات على الصعيدين الجنائي و المدني، وحسنا فعل المشرع الأمريكي بتنبهه لمسألة المكاسب المالية التي يمكن أن تدرها ممارسة الاستنساخ البشري، وما

---

[343] مروك نصر الدين: «**استنساخ الإنسان بين العلم و القانون** »،**مجلة موسوعة الفكر القانوني**، الجزائر،(الجزء الثاني/2003)ص 71.

يتفرع عنها من نشاطات اتجار غير مشرع باللقائح الآدمية المستنسخة أو أي منتجاتها[344].

وبالرجوع إلى التشريعات البريطانية نجد عكس ما قرره القانون الأمريكي إذ أكد المشرع البريطاني مؤخرا اتجاهه الليبيرالي إزاء استخدام واستغلال اللقائح الآدمية في عمليات الإستنساخ،حيث أقر مجلس اللوردات في **22 جانفي 2001** التعديل الذي أدخل على قانون الإخصاب وعلم الأجنة **(1990)** فأصبح هذا الأخير يجيز ممارسة الإستنساخ**(cloaning)** على اللقيحة الآدمية التي لم يتجاوز عمرها **14يوم** من تاريخ الإخصاب، شرط أن يكون الهدف منه تحقيق مصلحة علاجية و غاية طبية[345]**،** وتحقق هذه الأخيرة بعمل علماء الجينات والهندسة الوراثية على استنساخ أعضاء و أجزاء جسمانية متكاملة، بواسطة هذه التقنية البيولوجية الحديثة (نسخ الخلية العصبية فقط) وذلك بغية استخدامها في زراعة الأعضاء مثلا[346].

مهما قيل عن فوائد الاستنساخ البشري العلاجي، فإنه يبقى السؤال مطروحا ومتكررا دائما وهو **هل يكفي وجود فوائد طبية و علمية متوقعة لإباحة المساس بالأمشاج الآدمية بذرة التكون الأولى ومهد التشكل الإنساني؟**

ومن أي قانون يستطيع المرء ويمكنه أن يستمد سلطة منع أو وقف تكون وتشكل الكيان البشري، الذي ظهر بداية على هيئة لقيحة تحمل في خلاياها كافة

---

[344] مروك نصر الدين: المرجع السابق، ص: 73

[345] *Grégor Puppinck,humancloaning regulationin Europe,ACLJ, web: http: //w ww.eclj.org/coloaning-efgd-Europe/2005-03-09*

[346] مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص:347.

خواص الحياة، التي تؤهلها لأن تتطور، كيما تصبح إنسانا حيا ذا كيان جسدي سوي و متكامل؟

ولماذا نحرم اللقيحة الآدمية مكنة الاختيار،ونجعل الأمر منوطاً فقط بالفوائد والمنافع العلمية ولا يستمزج أحد سوى مصدري اللقيحة اللذين قد يحترفا تكوين اللقائح وبيعها لمراكز البحث والتجريب العلمي؟.

الفرع الثالث: شروط التلقيح الصناعي وعمليات تحول الجنس

إنّ واجب الحيطة والعناية يتطلب أن يتوافر لدى الطبيب القدر الكافي من الخبرة والدراية، في بيان مدى جواز تطبيق الوسيلة محل البحث في كل حالة على حده، وفي كيفية التنفيذ بحيث يجنب صاحب الشأن المخاطر والمضاعفات بقدر الإمكان، فإذا كانت الحالة لا تستوجب الالتجاء إلى التلقيح الصناعي، بمعنى أنه يتوافر بشأنهما احتمال كبير في أن وسائل العلاج الأخرى يمكن أن تحقق الغرض وهو الإنجاب وكان الطبيب على علم بذلك، ولكنه قرر تنفيذ التلقيح الصناعي وذلك لأغـــراض مالية أو لمزيد من الخبرة والبحث، فإنه يسأل على جريمة عمدية من جرائم المساس بسلامة الجسم[347].

وبالتالي لحماية الإنسان في حقد لسلامة جسمه أمام ممارسات الطبيب في مجال التلقيح الصناعي، استوجب الالتزام بمجموعة من القواعد ومراعاة هذه الضوابط:

-يجب بذل كل الجهد اللازم والعناية الكافية من قبل الطبيب حتى يمكن الزوجان من الإنجاب بالطرق الطبيعية وذلك بإجراء

---

[347] بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص: 284

الفحوصات اللازمة والتشخيص الدقيق. وفي حالة اللجوء إلى التلقيح الصناعي يلتزم الطبيب بالتوضيح للزوجين، كافة المخاطر المرتبطة بالعملية سواء خارج الجسم أو داخله، وبنسبة النجاح المتوقع، وصحة الطفل وما يمكن أن يهددها من مخاطر، وتعدد الأجنة وغير ذلك من المعلومات المتعلقة بتنفيذ العملية[348].

-يشترط أن تكون ثمة ضرورة تقضي بإجراء التلقيح الصناعي من ظروف مرضية،أو خلقية خاصة، لا تسمح بإتمام الحمل بالطرق الطبيعية في أي من الزوجين أو فيهما معا، وكما سبق أن ذكرناه في الفصل السابق لا يسمح التلقيح للأغراض العلمية والبحث والتجريب، فيحظر تلقيح الامشاج الآدمية بغيرها من الامشاج الحيوانية بويضات كانت هذه الامشاج أو حيوانات منوية[349]، وإذا كان هناك من دلالة ما يمكن للمرء ملاحظته من خلال استقراء هذا القيد وهذا الشرط فإنه يتلخص في حقيقة وجود هذه الأنماط من الممارسات والتجارب العلمية المحضة ذات الأبعاد الخطرة على أرض الواقع، إذ لم تعد تصورات تهجين الإنسان بالحيوان وتخليق كائنات خرافية تحمل ملامح الجنين من قبيل موضوعات قصص الخيال العلمي، بل باتت واقعا ملموسا يمارس في المعامل والمختبرات البيولوجية على نحو بالغ من الجدية والخطورة.

والنمط الثاني من السلوك المجرم الداخل في هذا الشرط هو إجراء التلقيح الصناعي الخارجي (خارج رحم الزوجة) ثم نقل اللقيحة بعد الإخصاب إلى رحم أم أخرى غير الزوجة (الأم البديلة) أي إيجار رحم امرأة لكي ينمو فيه الجنين حتى يولد ثم يرجع على أمه الأصلية صاحبة اللقيحة وهذا لكي تتفادى هذه الأخيرة آلام

348( ) محمد سيد سلامة: المرجع السابق، ص 298

349( ) مهند صلاح احمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 349

الولادة أوعدم حدوث تغييرات في جسمها بسبب الحمل والولادة خاصة بالنسبة للفنانات.

-ألا تجرى هذه العملية إلا بين زوجين فحسب، ولمصلحتهما دون غيرها وبشرط موافقتهما معا، وقد تكون الكتابة شرط لإثبات هذه الموافقة، وبالتالي وجوب التأكد من رضا كل من الزوجين قبل إجراء العملية، وعلى الأخص الزوجة عند التقاط البويضة منها وموافقتها على هذا الإجراء، وبعلمها بالغرض المرتجى منه، فيسبق العملية الموافقة الصريحة والجدية من الأطراف المعنية[350].

-وجوب إجراء عمليات التلقيح الصناعي بواسطة طبيب على مستوى عال من الخبرة في وحدات، أو مراكز للإخصاب متخصصة في المستشفيات العامة، وإخضاعها لنوع من الإشراف الجاد والرقابة المستمرة من جانب أجهزة الدولة، وأن تقيد هذه العمليات في سجلات خاصة، يثبت فيها شخصية كل من الزوجين وكافة البيانات الخاصة بهما، مع وثيقة تثبت فيها موافقتهما مع بيان وجه الضرورة الملجئة إليها،ولذلك يقع على عاتق الطبيب التزام الأمانة التامة والنزاهة والتحقق من توافر حالة الضرورة التي تقتضيها العملية.

-يجب على الطبيب إتباع الدقة الكاملة في كل مراحل العملية خاصة عند الحصول على بويضة الزوجة، واستخلاص السائل المنوي من الزوج والمحافظة عليهما خاصة عند تخزين اللقيحة وتجميدها وعدم إساءة استخدامها مما يؤثر على صحة الجنين عند نموه فيما بعد، كما يجب التأكد من عدم اختلاطهما بغيرهما،

---

[350] ( ) مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 266

وخاصة عند إعادة البويضة المخصبة على رحم الزوجة بغير شبهة أو شك في استبدالها أو خلطها بغيرها في حضور الزوج نفسه.

-يجب ألا تتجاوز الغاية من التلقيح الصناعي مشروعيتها، فتنحرف عن ذلك لتصبح لتحقيق أمور أخرى، كالتحكم في جنس الجنين أو تحسين النسل من خلال تغيير الصفات الوراثية، لأن في ذلك إصرار للأجيال القادمة، ويتعارض مع حق الفرد في الذاتية باحتفاظه بصفاته الوراثية[351].

وطبعا لتأخذ هذه الضوابط صورتها الإلزامية، يستوجبوضعها في نصوص تشريعية ملزمة، تتضمن تنظيما لعملية التلقيح الصناعي المشروع والقانوني في كافة المراحل،وحظر إجراؤها في غير النطاق الجائز شرعا، مع تجريم كل عمل يؤتى مخالفا لهذه القيود وتلك الضوابط، وفرض جزاء جنائي على كل مخالف لهذه القيود سواء عمدا أو إهمالا وخطأ لما فيه من عدم سلامة العملية وما يؤثر على صحة نتائجها وبالتالي ترتيب آثار تنعكس سلبا على سلامة جسم وصحة كل من الجنين والأم.

وبخصوص **مسألة تغيير الجنس** فتحكمها شروط وضوابط لا يمكن الخروج عنها أو خرقها وهي:

-إذا كان الشخص خنثى ولديه أعضاء مزدوجة ذكرية وأنثوية، سواء كان رجلا أوامرأة، فإذا أمكن رده إلى حالة يستقر عليها فمن الجائز أن يقوم الطبيب بهذه المحاولة،وبشرط إتباع الأصول الطبية.

-وشخصية الخنثى لها جانبان من حيث تركيبها، مظهر خارجي، وتركيب وراثي **(الكروموزومات أي الصبغيات)** وتدخل في تركيب مورثات الإنسان، فإذا كان تنافر بين التركيبين والمورثي،

---

[351] ( ) محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 67

ففي هذه الحالة يجوز للطبيب وبرضاء المريض أو وليه أن يرد حالته بما يتفق مع التركيب المورثي كما هو الأصل[352].

وإن الحالة التي تحتاج على دقة التعامل معها، وهي الخنثى الكاذبة ولها حالات كثيرة، ومنها أن يكون العضو الذكري دون خصيتين، ويلقب الطفل باسم الذكر، وعند البلوغ والفحص بالأشعة يتبين أن للطفل مبيض ورحم، وهذه الحالة فيها اختلاف في التركيب الداخلي والخارجي، فإذا اجتمعت فيها أصول المهنة ورضاء المريض أو وليه يجوز إجراء العملية لرده على أصله السوي، وهذا حسب ما يتفق مع التركيب المورثي وهو المقياس الحقيقي لشخصيته وتحديد جنسه (INTESIX) [353].

-إذا كان الشخص تركيبه الخارجي متفق مع تركيبه الداخلي المورثي أي إذا كان ذكرا كامل الذكورة، ثم فيما بعد يعلن رغبته في التحول إلى أنثى، وهذا يعرف بالحالة المرضية النفسية، إذ تكون له ميول في الانتماء إلى الجنس الآخر، هنا القاعدة العامة لا تجوز تحويل الجنس لأن الجسم في هذه الحالة مستقر سواء كان ذكرا أو أنثى والمشكلة تبقى نفسية تستوجب علاجه نفسيا في المستشفيات النفسية والأمراض العقلية[354].

وفي الأخير نجد غالبية الدول العربية تحرم عمليات تحول الجنس لتعارضه مع قيم المجتمع الدينية والأخلاقية والقانونية بينما نجد الدول الغربية على خلاف في ذلك فمنها من أجازت ذلك إذا لم ينتهي العلاج النفسي إلى نتيجة وكان العلاج الجراحي هو المجدي لكن نجد فرنسا انتهى قضاؤها على أن جنس الإنسان

---

[352] مروك نصر الدين: **الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم-دراسة مقارنة**-، المرجع السابق، ص 472.

[353] بابكر الشيخ:المرجع السابق، ص 295.

[354] المرجع الأخير، ص: 298.

يتحدد منذ ميلاده، وأنه من النظام العام، ولا يجوز تغييره اصطناعيا مهما كانت الحالة النفسية للشخص مؤزمة. عدا حالة الخنثى وبالتالي إذا ولد ذكرا كامل الذكورة سجل في الحالة المدنية ذكرا، فلا يمكن أن يطلب تغيير جنسه فيما بعد نتيجة تدخل جراحي.

المطلب الثالث: مدى فاعلية قيد الرضاء ومبدأ التصرف ومساءلة الأطباء في الحد من تضييق نطاق الحماية الجنائية للجسم.

لما كانت عمليات الطب المستحدثة بما فيها نقل الأعضاء والمنتجات البشرية وكذلك التجارب الطبية والعلمية، والتلقيح الصناعي إلى غير ذلك من الأعمال، لها من الخصوصية ما يجعلها تعد من الممارسات غير المألوفة، وذلك لما تنطوي عليه من مساس بسلامة وتكامل جسم الإنسان خاصة بالنسبة للمتبرع الذي يعد سليم الجسم، كان لابد من توخي الحيطة والحذر في الموافقة على إجراء هذا النوع من الأعمال الطبية،وذلك لطبيعة هذه الأخيرة التي قد تنحرف من مسارها الصحيح وعن هدفها السوي لتصبح نقمة على ذلك الجسد ومصدر خطر يهدده، ويفتك به، ويهدر قدسيته وكرامته وحرمته، لذلك دفع الإحساس الكبير والشعور لدى رجال القانون والباحثين في أخلاقيات العلوم الاحيائية بخطورة هذه الممارسات، بوضع قيود يستلزم توافرها لتضمن عدم انحراف العمليات الطبية عن مسارها الذي أبيح لها، ولفت الأنظار إلى الدور الذي يمكن أن تلعبه تلك القيود في الحد من تضييق نطاق الحماية الجنائية لسلامة الجسم والذي يعد

انحساره نتيجة طبيعية لإباحة عمليات التبرع والتنازل في التصرف في جسم الإنسان.

لعل أهم هذه القيود القانونية التي لها أثر في توفير الحد الأدنى من الحماية للمتنازل أي المانح وضمان شرعية الممارسات هي كل من قيد الرضاء الحر المستنير من المانح وشرط خلوه من أي مقابل مادي، مع شرط مساءلة الطبيب في حال انحرافه بهذه الممارسة في مسارها الشرعي.وللوقوف على حقيقة أثر كل قيد سنفرد لكل قيد فرعا مستقلا وذلك كما يلي:

-مدى فاعلية قيد الرضاء في حماية المانح.

-أثر مبدأ مجانية التصرف على نطاق الحماية.

- اثر مساءلة الأطباء في الحد من تضييق الحماية الجنائية للجسم البشري.

الفرع الأول: مدى فاعلية قيد الرضاء في حماية الجسد

يلزم لقيام الطبيب بالعلاج أو بالعمليات الجراحية الحصول على إرضاء الشخص محل العمل الطبي وتخلف هذه الرضاء يجعل الطبيب مخطئا ومسئولا ويحمله تبعة المخاطر الناشئة عن العلاج حتى ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته[355].وتزداد أهمية الحصول على رضاء من تقع عليه الأعمال الطبية أو من يمثله قانونا، إذا كانت العملية المراد إجراؤها من العمليات التي استحدثت في الطب والجراحة، كما في حالة نقل وزرع الأعضاء والأبحاث العلمية، نظرا لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر تهدد سلامة جسم الشخص مستقبلا، مما يستلزم مشاركة

---

[355] محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 38.

الشخص محل الممارسات مشاركة فعالة في اتخاذ القرار بإجراءها[356].

ويرى غالبية الفقه المؤيد للممارسات الطبية المستحدثة إباحتها في توافر شرط الرضاء بكافة عناصره ضمانة تحقق التوازن بين توفير القدر اللازم من الحماية الجنائية لذلك الشخص الواقع عليه الممارسات الطبية المستحدثة، وبين الاستفادة من هذه الأخيرة بوصفها واحدة من الطرق العلاجية الناجعة أو التأكد من ذلك[357].وللتثبت من حقيقة الدور الذي يلعبه الرضاء في تحقيق هذه الموازنة سنستشفه من خلال قيوده العامة التي تعتبر شرطا لصحته، وتحقق له هذه الفاعلية.

فرغم تعدد الكتابات حول طبيعة شروط الرضاء المبيع للممارسات الطبية، إلا أنه يمكن ردها على شرطين أساسيين:

-الرضاء الحر حيث أنه لانطواء الممارسات الطبية خاصة الحديثة، على مخاطر وانتهاكات تمس بسلامة وتكامل جسم المانع أي المتبرع بجسمه أو بجزء منه، كان لابد من توخي كل الحذر والحيطة في الموافقة على إجراء هذا النوع من الأعمال الطبية والتأكد بما لا يدع الشك أن هذه الموافقة جاءت بعيدا عن أي مؤثر وضغط مادي أوعوارض نفسية.

لذلك يجمع رجال القانون في جميع دول العالم على ضرورة أن يكون المتبرع بالغا عاقلا ليكون أهلا لاتخاذ القرار بالسماح بالتصرف في جسمه أثناء حياته أو بعد وفاته[358].

ولا يرى جانب من الفقه في توافر شرط البلوغ وكمال الأهلية قرينة كافية على أن المانع قد قام بالتبرع عن رضاء واع

356( ) بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص 383.

357( ) مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق ص 132.

358( ) أحمد شوقي أبو خطوة: المرجع السابق، ص 78.

منه وحر، بل يلزم التثبت أن موافقته جاءت مجردة من أي ضغط نفسي أو انفعال عاطفي، فهذه الأخيرة تلعب دورا كبيرا ومؤثرا في اتخاذ القرار بالتبرع، لذلك يرى هذا الفقه ضرورة إخضاع المانع لاختبارات نفسية تبين مدى سلامة ورجحان قراره بالتبرع وتجرده من الضغوط المعنوية والانفعالات اللحظية[359].

لكن احتدم الجدال ولا يزال بين الفقهاء حول مشروعية نقل الأعضاء من القاصر الصغير أو من في حكمه فقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يجب أن يكون هنـاك ثمة استثناء في حظر انتهاك والمساس بجسم الصغير كنقل جزء من جسمه أوبإجراء تجارب عليه ولو كان ذلك لمصلحة أحد إخوته وبقصد علاجه. ويرى جانب آخر عكس ذلك وهذا بإباحة التصرف في جسم القصر ومن في حكمهم بشروط وضوابط محددة ويشكل الاتجاه الراجح وإن هذه الضوابط لا تدع مجال للمخاطر والمخاوف من هذه الممارسات الطبية،وترد هذه الشروط إلى:

-أن يكون التبرع لمصلحة الأخ أو الأخت دون غيرهما وهذا لتضييق هذه الممارسات في أضيق الحدود، مع إحاطتها برقابة ولي الأمر، لضمان نبل الباعث،ناهيك عن فرص النجاح الكبيرة للعمليات وذلك للتقارب الجيني بين الإخوة وتماثل أنسجتهم خاصة في مجال زراعة الأعضاء[360].

-وبالنسبة لنقل الأعضاء فلا يجوز نقلها من القصر عدا النخاع العظمي وهو الاستثناء الوحيد ولا يتم إلا بعد موافقة الوالدين أو الممثل القانوني له وتتم أمام القاضي،ويعد رفض الصغير حائلا دون إجراء العملية. وهذا الحظر يسري على المنتجات ومشتقات الجسم مطلقا لتوسيع نطاق الحماية لمثل هؤلاء الأشخاص الذين

359( ) أحمد عبد الدائم: المرجع السابق، ص 311

360( ) أحمد عبد الدائم: المرجع السابق، ص، ص 313، 321.

يسهل استغلالهم لتحقيق أغراض تجارية أو إحراز سبق علمي من خلال الأبحاث والتجارب الطبية والعلمية.

-إن السن الذي يباح عندها نقل الأعضاء من القصر يجب ألا تقل عن **15** سنة،وهناك جانب من الفقه يرى ضرورة ربط قدرة الشخص على التصرف في جسمه بالسن التي يستطيع عند بلوغها تفهم وإدراك الأمور[361].

-ومن القواعد التي تحكم الرضاء وتوفر الحماية لسلامة الجسم، هي ضرورة أن يكون الرضاء مستنيرا، لكن هذه القاعدة كانت محل خلاف في إلزاميتها بالنسبة للطبيب الذي يبصر مريضه بحقيقة حالته الصحية، ومدى ما يكتنف الوسيلة العلاجية من مخاطر محتملة، لكن الأمر لا يشوبه خلاف بالنسبة للمتبرعين في عمليات نقل الأعضاء والأمشاج في التلقيح الصناعي والتجارب العلمية إذ يستوجب تبصير المتبرع أي الشخص الواقع عليه الممارسات، بكافة الأضرار والمخاطر المصاحبة لإجراء العملية، والتي ستترتب مستقبلا وعليه أن يبين له نسبة نجاح العملية، لأن الهدف الرئيسي الذي يدفع شخصا ما للتنازل بالتصرف في جسمه هو الرغبة في إنقاذ من تكون له مصلحة في هذه العمليات[362].

ولا يمكن إرضاء المانع في كل صوره وحالاته أن ينهض سببا لإباحة للشخص التنازل والتصرف في أدق وأخطر مكونات جسمه وهي الأمشاج، ويستتبع ذلك عدم جواز تأجير منفعة الجسم خاصة الرحم للمساهمة لحساب الغير، وذلك أن هذه المرأة الوعاء ما كان لرضائها وموافقتها أن يبيحا لها تأجير منفعة جزء من جسمها[363].

361( ) أحمد شوقي عمر أبو خطرة: المرجع السابق ص 81.

362( ) أحمد عبد الدائم: المرجع السابق، ص 309.

363( ) أحمد عبد الدائم: المرجع الأخير، ص 309.

وقد بين المشرع الفرنسي في قانون العقوبات المعدل بمقتضى المادة التاسعة من قانون **(653/94)** المسؤولية الجنائية المترتبة على مخالفة قيد الرضاء أو أحد شروطه،مبتكرا نموذجا جديدا لجرائم الاعتداء على سلامة الجسم وتكامله وهو ما يمكن تسميته«**جريمة نقل عضو من شخص على قيد الحياة، دون موافقته**» وفقا لتعبير المشروع الفرنسي، ولا يشترط لتحقق هذه الجريمة انعدام الرضاء كلية، بل يكفي أن يكون قد صار معيبا، بتخلف أحد شروطه، وهذا لتوطيد أركان الحماية الجنائية لأعضاء الجسم البشري[364].

الفرع الثاني: اثر مجانية التصرف على نطاق الحماية للجسد البشري

إذا كان الإجماع ينعقد لدى رجال الفقه والباحثين في أخلاقيات العلوم الاحيائية على إدانة وتجريم الإتجار بجسم الإنسان بوجه عام، إلا أن الخلاف يحتدم بين هؤلاء حول تحديد مفهوم إصلاح الاتجار في هذا المجال من ناحية، وحول حقيقة أثر وجود مقابل مادي معقول يتقاضاه المتبرع، وتقتضيه مبادئ العدالة على نطاق الحماية الجنائية لسلامة الجسم وتكامله، وضرورة أن تكون عمليات نقل الأعضاء متشحة دائما برداء العمل الخيري النبيل، مما يستتبع مجانية هذه العمليات وعدم مشروعية وجود أي مقابل مادي لقاء التبرع بالتصرف في الجسد بكافة عناصره ومكوناته من ناحية أخرى[365].

---

[364] *Georges Viala ,Jean Michel: OPCit, P,2073*

[365] مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 151

ولما كانت هذه المسألة من الأهمية بمكان يجعل من العسير غض الطرف عنها من قبل أي جهة تهتم بالصحة العامة، وتعمل على احترام جسم الإنسان وحماية سلامته وتكامله، فقد سارعت العديد من الهيئات والمنظمات الدولية والإقليمية إلى تجريم وحظر الاتجار بمكونات الإنسان، وعملت على تحديد سمات المقابل المادي الذي لا يخرج هذه الممارسات عن إطار مشروعيتها، وأصدرت قرارات وتوصيات تؤكد مجانية التصرف بجسم الإنسان مبدأ يضمن عدم انحراف الممارسات الطبية عن أهدافها وتبقي الجسم البشري داخل إطار متين من الحماية القانونية والأخلاقية[366].والعكس من ذلك فوجود المقابل المادي لقاء التبرع بالتصرف في الجسد يعد أمرا منافيا للمبادئ الأخلاقية والدينية والقانونية.

فمن ناحية أولى يقتضي الحفاظ على كرامة الإنسان وحرمة كيانه الجسدي أن يظل ذلك الكيان بكافة أجزائه ومكوناته وسلامته بمنأى عن أي تعامل مالي، بحيث يجب احاطته دائما بقدسية تجعله غير قابل لأن يكون محلا للحقوق والتصرفات المالية،وإلا غدا جسم الإنسان سلعة مقومة بمال يمكن تداولها لمن يدفع أكثر، الأمر الذي يضيق من نطاق الحماية الواجب توافرها لضمان سلامة الجسم[367].

وكذلك فإن وجود المقابل المادي في عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة والمنتجات البشرية، وكذلك عمليات التجارب الطبية والعلمية عن دائرة التراحم وروح التضحية التي تتسم بها، فيصبح هدف تحقيق الربح المادي هو الغالب في هذه الممارسات

366() بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص ص 238، 239.

367() منذر الفضل: **التصرف القانوني في الأعضاء البشرية**، الطبعة الثانية، عمان مكتبة دار الثقافة للنشر، 1992، ص 61.

والصفقات التجارية هي الفيصل في قبول التصرف في الجسد، ولا سلطان على الشخص بعد ذلك في اتخاذ قرار التنازل سوى مدى احتياجه المادي، والباعث لقبول بيع جسده أوجزء منه لسد رمقه، الأمر الذي سيفضي حتما على انحار نطاق الحماية الجنائية عن طائفة الفقراء، الذين سيرضخون تحت وطأة الحاجة وتصبح أجسادهم محلا لاستثمار سماسرة تجارة الأعضاء والأجساد البشرية والأثرياء من المرضى والأطباء الذين يحتاجون لعمليات الزرع، أو إجراء التجارب عليهم[368].

ومن ناحية أخرى نجد أن معارضة وجود مقابل مادي في عمليات التجارب الطبية والعلمية وعمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، فإن لا يغفل أهمية تعويض من تبرع بجسمه أو بأحد أجزائه وذلك معنويا بمنحه شهادة تقدير على سبيل المثال أو نشر اسمه وصورته في وسائل الإعلام، وذلك للإشادة بما قام به من عمل نبيل؛ بل وأكثر فلا غضاضة في تعويض المتبرع ماديا لجبر ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة، دون أن يشكل هذا التعويض ثمنا مدفوعا مقابل العضو المتبرع به،كمنحه تأمين على حياته لمدة معينة أو تخصيص مكافآت تشجيعية تصرف له[369].

ومما تجدر ملاحظته والتركيز عليه هو أنه من المبادئ التي تحكم قاعدة مجانية التصرف بجسم الإنسان كإضافة لما سبق، هو عدم جواز تخصيص أي مبلغ مالي أيا كان كنهه لمصلحة من قام بالتنازل ليتصرف في جسمه كمتبرع، لكن هذا بشرط ألا يحول ذلك بدفع تكاليف عملية الاستئصال، وما يتكبده المتبرع من نفقات لازمة لإجراء هذه العملية[370].

368( ) أحمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق، ص 83.

369( ) أحمد شوقي عمر أبو خطوة: المرجع السابق،ص 84.

370( ) مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 161

وفيما يتعلق بالإعلانات التجارية الداعية إلى التبرع بالأعضاء ومكونات الجسد البشري أو إجراء التجارب عليه فقد أوردت القوانين نصوصا تحظر القيام بمثل هذه الإعلانات، وذلك لما تؤدي هذه الأخيرة من إهدار لحرمة الكيان الجسدي للإنسان والنزول به من مصاف التقديس والاحترام إلى هاوية الاتجار والابتزال[371].

وكخطوة لتفعيل مبدأ المجانية خاصة في أعمال نقل وزراعة الأعضاء، يجب أن تحظر القوانين على الأطباء والممارسين لهذه العمليات تقاضي أي أجر عن قيامهم بإجراء أي من عمليتي النقل أو الزرع، وذلك للوصول إلى حد اليقين من هذه الممارسة لن تشوبها شائبة إتجار أيا ما كانت صورته.

وقد تواترت إدانة المنظمات والهيئات الدولية لفكرة وجود مقابل مادي، والتوصية بحظر أي إعلانات تنطوي على صبغة تجارية تدعو إلى التصرف في جسم الإنسان ويسري ذلك على شخص حي أو جثث الموتى. ومن بين هذه القرارات، القرار الصادر عن لجنة الأخلاق التابعة لجمعية زراعة الأعضاء الدولية المنعقدة في **1970**،وتوصيات مجلس جمعية زراعة الأعضاء ***(The consil of the Transplantation Society)*** المنعقد في **1986**، وكذلك القرارات الصادرة في اجتماعات الجمعية الطبية العالمية ***(World Medical Association)*** وذلك في الاجتماع **السابع والثلاثين** (**أكتوبر 1986**) في بروكسل، والاجتماع **التاسع والثلاثين** (**أكتوبر 1988**) في مدريد وفيه أكدت وجوب حماية شعوب الدولة النامية الذين تشكل أجسادهم (**الفقراء**) موردا رئيسيا للحصول على الأعضاء لطائفة الأثرياء من المرضى[372].

---

[371] *Christian BYK, OP. Cit, P,17*

[372] سعاد سطحي: المرجع السابق، ص 67

ويضاف إلى ذلك قرار وزراء الصحة العرب الصادر في اجتماعهم **الثاني عشر** (**14-16 مارس 1987**) في **الخرطوم** والمعنون «**بالإجراءات الوقائية للمتبرعين بالكلى من الأحياء**» وفيه لا يجوز الضغط عليهم ولا إغوائهم بالوسائل المادية[373].

الفرع الثالث: أثر مساءلة الأطباء في الحد من تضييق الحماية الجنائية للجسم البشري

تهدف الممارسات الطبية في المحافظة على صحة الإنسان الجسدية والنفسية،وقائيا وعلاجيا والتخفيف من آلامه، ورفع المستوى الصحي العام. غير أن العلم الطبي تقدم كثيرا، واتسعت أمامه آفاق المعرفة، فوصل الفن الجراحي إلى أعماق القلب وثنايا الدماغ،وتعدى إلى استقطاع وزرع الأعضاء والأنسجة من الأحياء والأموات، والقضاء على مشكل العقم المستعصي علاجه بالتلقيح الصناعي، إلى غير ذلك من الممارسات الطبية التي توصل إليها التقدم الطبي المذهل[374].ولقد عبر عن ذلك الأستاذ الدكتور **برنارد** بقوله:(**إن الطب تقدم في ثلاثين سنة أكثر مما تقدم في ثلاثين قرنا**) [375]، لكن هذا التقدم الطبي لاستهدافه جسم الإنسان أصبح يشكل خطرا كبيرا يهدده، خاصة في حال عدم ضبط هذه الممارسات الطبية وتنظيمها بقواعد إلزامية،يجدر بالأطباء احترامها وذلك للحفاظ على قداسة وحرمة الجسد الذي كرمه الله سبحانه وتعالى. وبما أن الطبيب باعتباره

---

[373] منذر الفضل: المرجع السابق، ص 230.

[374] رائد كامل خير: **شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية**، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2004، ص 08.

[375] *JEAN , BERNARD: **Grandeur et tantation de la médecine**, Paris, Buchet, 1973.*

إنسانا، ليس معصوما من الخطأ، فإنه حتما سيرتكب أخطاء طبية في معرض ممارسته لمهنته خاصة وأن عمله يتوقف في بعض الحالات على سلطته التقديرية في اختيار أسلوب التشخيص أو العلاج وهو ما يخضع في النهاية إلى درايته الفنية وخبرته وضميره، ودرجة ما يبذله من عناية ودقة للوصول إلى القرار السليم، لكن إهماله ورعونته، وأحيانا قله خبرته أو عدم اختصاصه، يجعل الشخص الذي سلمه جسده لإنقاذه والتخفيف من آلامه ضحية لهذا العمل الطبي، بل ضحية الخطأ الطبي الجسيم الذي فتك وأهدر بتكامل وسلامة جسمه.

وما زاد على ذلك، قلة المتابعات القضائية المتعلقة بخطأ الطبيب خاصة منها المتعلقة بمخالفته لالتزامات غير محددة ويصعب إثباتها، كما هو الشأن في تجاوز الطبيب في عمله معيار الحيطة والحذر المرتبط بالممارسات الطبية المعتادة[376] والوسائل الطبية الحديثة، واختيار الأسلوب الذي يحقق أفضل مصلحة للمريض،ويجنبه الأخطاء والأضرار. وعلى الرغم من ذلك فإن الأطباء يكرهون ويستغربون هذه الملاحقات،معتبرين أن مهنة الطب لا ترتقي ولا تتقدم وعلى رأسها سيف المساءلة (**الجنائية والمدنية**) [377].طبعا مما لا شك فيه أن الأطباء أنفسهم لا يقرون مطلقا بعدم مساءلتهم إذا ما أساؤا إلى مرضاهم بأخطائهم، إذ أنه ليس من المتصور بأن تقوم مهنة الطب مع ما تبيحه للطبيب من التصرف في أجساد الناس وعقولهم وأرواحهم دون تقييدها بمسؤولية، يخشاها كل من تسول له نفسه المساس بجسم الإنسان وانتهاك حرمته خطأ أو عمدا، وهذا لضمان عدم استهتار

376( ) بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص 4

377( ) محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 07.

الأطباء في توفير العناية الطبية اليقضة لمرضاهم وللأجساد التي بين أيديهم، ولن يتأتى ذلك إلا بتأكيد مسؤوليتهم[378].

[378] رائد كامل خير: المرجع السابق، ص 11

فالطب يقدم الأمل المرتجى للمرضى، وإقرار مبدأ مساءلة الطبيب يؤمن لهم الحماية لحقهم في سلامة أجسامهم. فأقر القضاء مبدأ مسؤولية الطبيب عن أخطائه الطبية، ووضع لها قواعدا وشروطا، تتلاءم مع طبيعة المهمة الإنسانية المضطلع بها الطبيب، ومع الأصول العلمية التي تحكم العمل الطبي.

وبفضل قواعد المسؤولية الطبية، تلاشت فكرة تمتع الطبيب بحصانة مهنية مطلقة عن أخطاءه الطبية وأصبح انحراف الطبيب عن السلوك الفني الصحيح والأصول والقواعد الطبية المستقرة، أثناء قيامه بمعالجة مريضه، يكون خطأ مهنيا من قبله يستوجب مسؤوليته.

ولتوسيع نطاق الحماية أكثر لسلامة الجسد عن طريق مبدأ المسؤولية الطبية،طورت قواعد هذا المبدأ فبعد أن كانت مسؤولية الطبيب تثور عن الأخطاء العمدية، أصبحت تنهض في حالة الإهمال والخطأ الجسيم[379].

الأمر الذي أصبح معه التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، باستثناء بعض الحالات التي يكون الالتزام فيها بتحقيق نتيجة، ألا وهي صحة المريض وسلامة العمل الطبي الذي يقوم به، ويتحقق ذلك في الحالات التي تمثل أدنى صعوبة بالنسبة للطبيب العادي، ونظرا للتقدم العلمي الذي أحرزه الطب في هذا المجال، ومن أمثلة ذلك عمليات نقل الدم، وإجراء التحاليل[380].

---

[379] محمد القبلاوي: المرجع السابق، ص 02

[380] محمود حسين منصور: المرجع السابق، ص:09

ملخص الفصل الثاني:

للحق في سلامة الجسم أهمية واضحة فهو بالنسبة للفرد أهم حق يتمتع به بعد حقه في الحياة، وهو بالنسبة للمجتمع حق أساسي لا يستطيع أن يحتفظ بوجوده ولا بمستواه الراقي، إلا إذا كان هذا الحق محاطا بحماية كاملة وقد ارتقت به هذه الأهمية إلى مرتبة الحقوق التي يؤثرها الشارع الجنائي بحمايته، وجعلت الجزاء الذي يستعين به لكفالة هذه الحماية جزائر خطير في بعض الأحيان، خاصة لمواجهة استخدام الطرق والأساليب الطبية الحديثة التي وصل إليها التقدم العلمي والاكتشافات التي من شأنها أن تنتهك وتهدر بالحق في سلامة الجسم، وبالقيم والمبادئ التي يعيشها المجتمع.

ويحظى كيان الإنسان المادي والمعنوي (**النفسي والعقلي**) بحماية قانونية بالغة الأهمية، تبدو جلية حين لا يكتفي المشرع بالجزاء المدني ويقرر الجزاء الجنائي،بغية-عدم المساس به- وهذه هي أقصى مراتب الحماية القانونية.

هذا وقد أدركت الدول والتشريعات المعاصرة هذه الحقيقة، فسعت إلى احاطة سلامة جسم الإنسان بحماية قانونية فعالة، رغم اختلافها في تحديد نطاق هذه الحماية،بعدم إجماعها على صيغة واحدة عند التعبير عن الأفعال الماسة بسلامة الجسم وهذا ما بيناه في هذا الفصل، حيث بينا كيف سعت جاهدة في وضع ضمانات لحماية هذا الحق.

وتجلت جهود الدول ومساعيها التي قطعت أشواطا لتقرير حقوق الإنسان بصفة عامة وتأكيد حماية الحق في سلامة الجسد بصفة خاصة، بوضع ضمانات لحماية هذا الأخير، وذلك بجعل الدساتير والاتفاقيات الدولية بشتى أنواعها تعتبر أهم المصادر

بالنسبة لحماية حق الإنسان في سلامة جسمه في مواجهة الاعتداءات.فبداية وضحنا تلك الضمانات الدولية بين المواثيق الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، ثم بينا هذه الضمانات في الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية تحريم ابادة الجنس البشري،وفي اتفاقيات جنيف الأربع الخاصة بحماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب أما بالنسبة للمواثيق والاتفاقيات الإقليمية فقد توجت جهود الدول في وضع ضمانات الحماية بإصدار الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وكذلك الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان و الميثاقين الإفريقي و العربي لحقوق الإنسان فكلها بينت أوجه الحماية والضمانات المكفولة لذلك خاصة لمواجهة الثورة البيولوجية والطبية وما أسفرته من انتهاكات خطيرة تمس سلامة الجسد وبصورة أخص في مجال التجارب الطبية والعلمية فعملت هذه الاتفاقيات على وضع قواعد وبنود ومبادئ يستوجب على الدول مراعاتها وعدم الخروج منها أو مخالفتها، كما حاولت وضع التوازن بين ما تحققه هذه الإنجازات من تقدم ورقي للبشرية وتقدم للعلوم الطبية وبين ما تسفره من آثار خطيرة تهدد سلامة جسم الإنسان ووضع الضمانات الكفيلة بحمايته.

ولم تكتفي الدول بهذا فقط، فإلى جانب الاتفاقيات الدولية والإقليمية والمواثيق العالمية هناك مجهودات دولية تبذل للمحافظة على سلامة الجسد، على ضوء نتائج التقدم العلمي في مجال العلوم الطبية والبيولوجية، فعقدت اجتماعات ومؤتمرات دولية،وشكلت جمعيات تنادي بوضع ضمانات لحماية السلامة الجسدية، وحل مشكل التوازن بين اعتبارين متناقضين هما: المصلحة العامة التي تفرض تقدم العلوم الطبية التي تطلب فسح

المجال للأطباء للعمل والابتكار وإجراء التجارب الطبية؛ ومصلحة الأفراد الذين سيخضعون لتجارب مازلت محل خلاف عند أهل العلوم الطبية ،ومنه ستعرض سلامة أجسامهم للخطر.ومنه اجل ذلك وضعت تلك الضمانات الكفيلة بالحماية، منها إعلان هلسنكي لعام 1964 والذي تضمن 12 مبدأ يستوجبه العمل بها عند إجراء التجارب الطبية.

بالإضافة إلى ذلك الإعلان الذي وضعته الجمعية الطبية العالمية والذي يعتبر القانون الأخلاقي لها فقد سبقها في ذلك قواعد محكمة نورمبورغ (1948) والتي تتضمن الشروط القانونية والواجب مراعاتها عند إجراء التجارب على الإنسان،واعتبارها أساسا لشرعية التجارب الطبية غير العلاجية عليه.

كان هذا بالنسبة أو على المستوى الخارجي أما على المستوى الداخلي فقد بينا ما قامت به الدول كمطلب ثان من وضع ضمانات للحماية لذلك الحق في الدساتير والتي تعتبر الوثيقة العليا والمصدر الرئيسي والأول للحماية والواجب على كل فرد ينتمي إلى تلك الدولة مراعاة ما جاء فيه والتقيد بقواعده التي تعتبر ملزمة ،ويعاقب كل من يخالفها فبدأنا بتبيان الضمانات التي وضعت على مستوى الدساتير الغربية ثم على مستوى الدساتير العربية وأخير وبصفة خاصة بينا ضمانات الحماية التي كفلها الدستور الجزائري لحرمة الكيان المادي والمعنوي للإنسان.

أما في المبحث الثاني فقد أكدنا فيه وجوب تنظيم الممارسات الطبية الحديثة المستهدفة لجسد الإنسان، لأنه بوجود القواعد والشروط التي تحكم أي عمل طبي،والإصباغ عليها صفة الإلزامية لا تباعها، مع تقرير العقاب والجزء الجنائي على كل من يخالفها، أو الخروج عن مقصدها وعدم العطل بها، طبعا سيحقق

حماية واسعة للجسد. وتتجلى هذه التنظيمات في وجوب تنظيم عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية والتي تعتبر إحدى أخطر الممارسات الطبية الحديثة، ولا يتم تنظيمها وجعلها في مصلحة الفرد والمجتمع، دون التعدي على سلامة الجسد، فهذه العمليات الخطيرة رغم تبرير إباحتها على أساس الضرورة المقترنة بالرضاء، إلا أنها تحمل في طياتها صورة الانتهاك الصارخ لرحمة الجسد والتعدي على سلامته وتكامله خاصة بالنسبة للمتبرع فهو الذي سيتقطع من جسمه، وسوف تعطل نسبيا الوظيفة التي كان يؤديها ذلك العضو، وبالتالي سينجم عنه خلل ولو أنه بسيط لمصلحة المجتمع، وبناء على ذلك سارع المشرع بوضع القيود والضوابط لتحكم هذه الممارسات، وكان أبرزها قيد الرضاء، وقيد مجانية التصرف أي عدم اقتران الرضاء بمقابل مادي، وقيد المصلحة العلاجية وهذا الأخير يتوفر بداهة في جانب المتلقي فقط، ويبدو بجلاء أن إيراد هذا الشروط القصد منها تجنيب عمليات انتزاع الأعضاء والأنسجة وجميع المنتجات البشرية، الدخول في دائرة الاتجار، وفي الأغراض الغير علاجية.

ولا يخفى أن تلك القيود العامة هي ذات الضوابط العامة التي تحكم إجراء التجارب والبحث الطبي بما فيها عمليات التلقيح الصناعي ونقل الأمشاج واللقائح الآدمية لأهداف التجريب والبحث الطبي إضافة إلى القيود والشروط الخاصة بكل عملية وذلك لغرض تنظيمها وعدم الخروج من دائرة المشروعية وما أبيح به في هذا المجال وغلق باب استغلال جسم الإنسان كقطع غيار والاتجار به كالسلع والأشياء والحط من قيمته وحرمته وقداسته، بعد أن منحه الله مرتبة وقداسة وكرمه على سائر المخلوقات وهذا ما بيناه في الفروع الثلاثة من المطلب الثاني من هذا الفصل

إذ أكدنا وجوب حظر الاستنساخ وعمليات تحسين النسل،وكذلك حظر عمليات تحول الجنس، ما عدا في الحالات الخاصة بالخنثى فذلك جائز وبشروط وغير تلك الحالات والشروط يعد مخالف للقانون والمبادئ وأخلاق المجتمع وفيه مساس بالنظام العام وإخلال به ويستوجب تقرير العقاب ومساءلة كل من يقم بذلك وكذلك الشركاء،وذلك لمن يقوم بحملات الدعاية، ونشر الإعلانات الخاصة ببيع مكونات جسم الإنسان أو الحصول عليها بمقابل مادي لحساب شخص معين أو لمؤسسات خاصة معينة، ونفس الشيء بالنسبة للشخص الذي هب جسمه للتجريب خاصة الغير علاجي؛ وهذا عملا على توسيع نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان.

وكما وجدنا وخلصنا إليه من مدى فاعلية قيد الرضاء ومبدأ المجانية وكذلك مساءلة الأطباء عند مخالفة شرط من شروط القانون الأخلاقي لممارسة تلك الأعمال وغيرها من الممارسات العادية التقليدية والتي تطلب عناية الطبيب العادي؛ قلنا فاعليتها في الحد من تضييق نطاق الحماية الجنائية لحسم الإنسان، فاقتطاع عضو حيوي كالقلب، أو الكبد، أو أي عضو لا يوجد مثيله في الجسم بدون رضاء المريض ويؤدي ذلك إلى موته أو نفس الشيء بالنسبة للتجارب التي تجري دون رضاء الشخص وتحمل خطورة فتؤدي إلى وفاته، فهنا تستوجب مساءلة الطبيب مسؤولية عمدية لارتكابه جريمة قتل عمد، إلى غير ذلك من الأخطاء التي تستوجب لمساءلة وبذلك بمعرفة المريض أن كل خطأ ولو بسيط، لما فيه تهديد للسلامة الجسدية وتكاملها فإنه سيطمئن على جسمه لما سلمه للطبيب، وهذا الأخير عليه الحفاظ على ذلك الجسم وعلى كرامته واحترام جميع القيود والشروط الموضوعة لتنظيم الممارسات الطبية،والتي تقتضي عدم جواز

ابتذاله، بجعل مادته بمثابة السلعة،والمادة الخام للأبحاث العلمية والصناعات البيوتقنية.

الخاتـــــــــــمة

تناولنا في هذه المذكرة موضوع الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان، من حيث هو محل اهتمام القوانين المقارنة والقانون الجزائري ، فاشتمل البحث على مختلف الاتجاهات الفقهية والقانونية والفضائية، كما إشتمل على نظرة الشريعة لمسائل تستلزم ذلك.

وقد سلكنا لغرض هذه المذكرة مسلكا يتفق والهدف منها، حيث بادئا ذي بدء تطرقنا كمدخل للحق في سلامة الجسد أين بينا مفهوم هذا الأخير، وحرمة المساس به، مع الإذن بممارسة الأعمال الطبية الواقعة عليه، ثم تعرضنا لأفعال الاعتداء الماسة بسلامة الجسم التي يأتيها الأطباء، وفي الأخير تطرقنا لأهم الضمانات القانونية لحماية جسم الإنسان من الممارسات التي تتم باسم الطب وستار العلاج.

ولعله قد تبين من خلال هذه الدراسة أن عملية الإخلال والتجديد التي تتعرض لها المبادئ القانونية والأخلاقية التقليدية التي تحكم أعمال الطبيب وكذلك التنظيم القانوني للحق في سلامة الجسد وتكامله، قد أدت إلى اتساع الهوة الفاصلة بين التطور العلمي في مجال الطب والبيولوجيا، وما يستتبعه ذلك من مساس بمادة الجسم البشري ،وبين حرمة هذا الجسم وضرورة الحفاظ على كرامته التي تقتضي عدم جواز ابتذاله والتعامل فيه، بجعل مادته بمثابة السلعة أو المادة الخام للأبحاث العلمية والصناعات البيوتقنية، وهذا طبعا ما سيعرض الجسد إلى أخطر الممارسات، أين سيتعرض الجسم إلى السرقة والاقتطاع لبعض

أجزائه دون رضاء صاحبه ودون علمه، وهذا هو واقع المجتمعات حاليا خاصة في الدول النامية،وكما يكون عرضة للاتجار والتنازل بمقابل ذلك لصالح أثرياء الدول المتقدمة بمساعدة شركات ومنظمات إجرامية عالمية.

وإذا كان علم أخلاقيات العلوم الاحيائية وقوانين أخلاقيات مهنة الطب ، قد حاولوا الكبح من جماع الممارسات الطبية والعلمية التي تنتهك جسم الإنسان، خاصة تلك التي أفرزتها الثورة البيولوجية الحديثة، وذلك عن طريق ضبط هذه الممارسات ضمن أطراف قانونية وأخلاقية، مثل حق الشخص في تقرير مصير جسده ومبدأ الاستقلالية، وتفعيل الأثر المبيح للرضاء ركيزتها الرئيسية؛ فإن مثل هذا التوجه لم يفلح حقيقة في جسر تلك الهوة السعيقة التي تفصل بين جوهر هذه المبادئ ومضمون تلك الممارسات من جهة ومقتضيات الحماية الواقعية التي يجب توفيرها للجسم البشري بكافة مشتملاته وعناصره من جهة أخرى.

وفي المقابل فإنه من غير الملائم ترك مسألة تنظيم وضبط الممارسات الطبية الماسة بمادة الجسم البشري، ورسم حدود نطاق الحماية الجنائية لذلك الجسم، وهنا بما تتضمنه القواعد الأصولية والمبادئ العامة التقليدية المستقر عليها في القانون الجنائي بصفة خاصة،ذلك أن من شأن هذا النهج غير السديد أن يزيد المسألة تعقيدا ويؤدي إلى نتائج عكسية، تتمثل في تعاظم انحسار نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري،وهذا لقصور تلك المبادئ والقواعد، وعجزها التام عن استيعاب العديد من أنماط السلوك الطبي والعلمي الماس بأدق المكونات الجسمانية،وخاصة

أمام التطور العلمي الحديث من اكتشافات بيولوجية ومستحدثات علاجية.

ولقد رأينا أن المشرع الجزائري رغم اهتمامه بالقواعد القانونية التي وضعتها القوانين المقارنة في الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ومحاولة مواكبتها في تطورها، بل سبق محققا خطوة في ثورة التشريع المتعلقة بموضوع البحث غير أنه ثمة تأكيد على القصور وتلك الفجوة التي تعتري قواعده، خاصة في مجال الحماية الجنائية لجسم الإنسان ومن جهة متطلبات تقدم العلوم الطبية، وكذلك حرية الأطباء في ممارسة أعمالهم دون خوف من هاجس وسيف المساءلة الطبية الذي يلاحقهم من جهة أخرى، إنما يتأتى بوضع تعديلات على قانون العقوبات وإصدار قوانين جديدة تنظم وتحظر بعض الممارسات، وذلك وفق الاقتراحات المتوصل إليها من خلال البحث كما يلي:

1-وضع نصوص ضمن قانون العقوبات تحمي حق سلامة الجسم من التلقيح الصناعي، لان هذا الموضوع على درجة كبيرة من الأهمية، وإذا ترك دون ضوابط تحكمه، فسيخرج عن هدفه الأصلي وهو المساعدة على الإنجاب.

2-إصدار قانون خاص يقنن استخدامات الهندسة الوراثية وفق القيم الأخلاقية والدينية والاجتماعية التي تحكم المجتمع الجزائري.

3-إصدار قانون خاص يمنع استنساخ الإنسان إلى نماذج، وجعل الإنسان بمنآى عن هذه الممارسات.

4-إصدار قانون خاص بنقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية كما هو الشأن في معظم دول العالم التي أخذت بهذا الموضوع، وما دام هذا الأخير ذو أهمية خاصة وخطيرة،فإنه يتطلب شروط

على قدر من الدقة قلما نجدها في بقية القوانين العامة وهذا لتوسيع نطاق الحماية للجسد، ما دام أن هذه الممارسات مباحة في القانون الجزائري.

5-استعباد ومنع نقل الأعضاء من الأحياء مسايرة لبعض القوانين المقارنة التي تراجعت عن عمليات نقل الأعضاء من الأحياء.

6-وضع تنظيم بيوأخلاقي عام وشامل يعالج بين دفتيه كافة الجوانب القانونية والأخلاقية والاجتماعية وسائر الاعتبارات العلمية والعملية للممارسات الطبية خاصة منها المستحدثة المراد تقنينها وضبطها، ويبنى هذا التنظيم على أسس هي:

- أن يكون الرضاء الحر و المستنير للشخص محل الممارسة موضوع التنظيم يشكل الركيزة الرئيسية والقاعدة الأصلية التي لا تقبل أي استثناء، وينصرف هذا الحكم إلى المانحين الأحياء والموتى على السواء.
- اعتبار شرط عدم مخالفة الممارسات الطبية في ميكانيزم أدائها، وغاياتها لمبادئ النظام العام والآداب العامة الأخلاقية والإطار القانوني العام لمثل هذا التنظيم البيوأخلاقي، والنظام العام يختلف من مجتمع لاحق لذلك لا يجوز الاندفاع وراء محاكاة القوانين البيوأخلاقية الأوروبية مثلا دونما إلتفات إلى المبادئ والأفكار الاجتماعية والعقائدية المستقرة في ضمير أمتنا، والتي قد تأبى طبيعتها تقبل بعض أنماط الممارسات.

يجب الأخذ بعين الاعتبار التمييز بين مكونات الجسم، إذ أن حيوية الجزء وأهميته وطبيعة ذلك العنصر الآدمي المستهدف في الممارسات، هو الذي سيساهم في تقييم وتقدير نوع ومقدار

العقوبة الواجبة التطبيق على أفعال المساس المرتكبة بالمخالفة للقيود والضوابط القانونية التي يضعها المشرع البيوأخلاقي.

تلك هي أهم الركائز التي يجب أن يقوم عليها أي تنظيم بيوأخلاقي والتي يجب على المشرع الجزائري أن يتناولها بالضبط والتنظيم للممارسات الطبية الماسة بمادة الجسم البشري وحبذا لو أخذ بهذه الاقتراحات والتوصيات السابقة وهذا لتوفير حماية أكبر للجسد وتوسيع نطاقها والحد من انحسارها.

وأخيرا فإن بحثنا هذا يعد مساهمة علمية، وبمثابة منارة لأبحاث أخرى إن شاء العلى القدير، تنصب حول التطبيقات الطبية والإشكالات القانونية والأخلاقية التي يثيرها حماية الحق في سلامة الجسم.

I-المراجع باللغة العربية:

أولا: المراجع العامة:

أ-الكتب:

01-أبو اليزيد علي المتيت: **جرائم الإهمال**، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار الجامعة للنشر 1975.

02-بارش سليمان: **شرح قانون العقوبات الجزائري(شرعية التجريم)**، الجزء الأول باتنة مطبعة قرفي، 1992.

03-بوسقيعة أحسن:**الوجيز في القانون الجزائري العام**، دار هومة، 2003.

04-توفيق حسن فرج:**المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للحق**، القاهرة، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1978.

05-جلال ثروت: **نظم القسم الخاص في قانون العقوبات،** الجزء I ،الإسكندرية،منشأة المعارف، 2000.

06-جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: **لسان العرب**، المجلد الخامس عشر،بيروت دار بيروت، 1956.

07-دار المشرق**: المنجد في اللغة**، الطبعة السابعة والعشرون، بيروت، دار المشرق 1984.

08-رضا فرج: **شرح قانون العقوبات الجزائري،القسم العام**، الكتاب الأول، الجزائر الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1976.

09-رمسيس بهنام**:النظرية العامة للقانون الجنائي**، الطبعة 3، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997.

10-عبد الله البستاني: **الوافي معجم الوسيط اللغة العربية،** بيروت، مكتبة لبنان،1980.

11-عبد الفتاح مصطفى الصيفي: **قانون العقوبات، القسم الخاص**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000.

12-عبد الله سليمان:**المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي**، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.

13-علي عبد القادر القهوجي و فتوح عبد الله الشاذلي: **شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية ، 2003.

14-علي علي سليمان: **نظريات قانونية مختلفة**، الطبعة الأولى ، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.

15-فتوح عبد الله الشاذلي:**جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002.

16-مأمون سلامة:**القانون العقوبات (القسم العام)،** القاهرة، دار الفكر العربي،1989.

17-محمد صبحي محمد نجم: **رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية** الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، 1983.

18----------: **الجرائم الواقعة على الأشخاص**،عَمان، دار الثقافة للنشر، 1999.

19-محمد عوض: **جرائم الأشخاص والأموال، القسم الخاص**، الإسكندرية،دار المطبوعات الجامعية، 1984.

20- محمود حرز الله ومها أبو ياسين: **علم الأمراض والطب الشرعي**، عمان، دار زهران للنشر والتوزيع، 1999.

21-محمود نجيب حسني: **شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978.

22-معوض عبد التواب:**الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ**، ط 4 الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998.

23-ممدوح عزمي:**دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب**، القاهرة، دار الفكر العربي، 2000.

24-يوسف القرضاوي:**الحلال والحرام**، لبنان ، دار البعث، 1989.

ب-المقالات:

01-عمران الشافعي: «آ**ليات حماية ورقابة حقوق الإنسان**»، **حقوق الإنسان**، المجلد الثاني، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002.

02-وائل أحمد علام:«**الإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان»، حقوق الإنسان**، المجلد الثاني، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002.

ثانيا المراجع المتخصصة:

أ- الكتب:

01-أحمد شوقي عمر أبو خطوة: **القانون الجنائي والطب الحديث**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999.

02-أحمد شوقي محمد عبد الرحمن:**مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية**

المدنية العقدية والتقصيرية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000.

03-أشرف جابر: **التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء**، بيروت، منشورات الحلبي 1999.

04-أمين مصطفى محمد: **الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز والالتهاب الكبدي الوبائي**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 1999.

05-بابكر الشيخ:**المسؤولية القانونية للطبيب**،ط 1، الأردن، دار الحامد للنشر، 2002.

06-بسام محتسب بالله:**المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق** الطبعة الأولى، لبنان، دار الإيمان، 1984.

07-حسن سعد سند:**الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية**، الطبعة الثانية القاهرة،دار النهضة العربية.

08-حسني عودة زعال: **التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة** الطبعة الأولى، الأردن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، 2001.

09-رائد كامل خير: **شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية**، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2004.

10-سطحي سعاد:**نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة فقهية و طبية وقانونية** قسنطينة، دار الهدى،2003.

11-شريف الطباخ:**جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء** الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي للنشر، 2003.

12- طاهري حسين:**الخط الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة**، الجزائر،دار هومة، 2004.

13-طه عبد المولى إبراهيم: **مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء،** الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر والقانون 2000.

14-عامر أحمد القيسي: **مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الصناعي**،الطبعة الأولى، عمان، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة،2001.

15-عبد الحميد الشواربي:**مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات**،الإسكندرية،منشأ المعارف، 1998.

16-عبد العزيز محمد محسن: **الحماية الجنائية للجنين (دراسة مقارنة)**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.

17-عمر بن محمد بن إبراهيم غانم: **أحكام الجنين في الفقه الإسلام**،ط 1، بيروت، دار الأندلس، الخضراء للنشر،2001.

18-محمد حسين منصور: **المسؤولية الطبية** ، الإسكندرية ، منشأة المعارف، 1999.

19-محمد سامي، الشوا: **الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي ، دراسة مقارنة**،القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.

20-محمد عبد المقصود،حسن داود:**مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه** ،الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة ، 1999.

21-محمد يوسف ياسين: **المسؤولية الطبية**، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية 2003.

22-محمود القبلاوي:المسؤولية الجنائية للطبيب، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي 2004.

23-مصطفى محمد الذهبي: **نقل الأعضاء بين الطب والدين**، الطبعة الأولى، القاهرة دار الحديث،1993.

24-منذر الفضل: **التصرف القانوني في الأعضاء البشرية**، الطبعة الأولى، الأردن دار الثقافة للنشر والتوزيع،2002.

25-منير رياض حنا: **المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية 1989.

26-مهند صلاح أحمد فتحي العزة: **الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، الإسكندرية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002.

27-هدى حامد قشقوش:**جرائم الاعتداء على الأشخاص (الاعتداء على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم)**،القاهرة، دار الثقافة الجامعية، 1994.

28-هيثم حامد المصاورة: **تقل الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة، (دراسة مقارنة)** الإسكندرية دار المطبوعات الجامعية، 2003.

ب- الرسائل:

01-أحمد عبد الدائم:« **أعضاء جسم الإنسان، ضمن التعامل القانوني**»، رسالة دكتوراه، جامعة روبير شومان، استراسبورغ، 1995.

02-عارف علي عارف:«**مدى شرعية التصرف بالأعضاء البشرية»،** رسالة دكتوراه كلية العلوم الإسلامية، بجامعة بغداد،1991.

03-مروك نصر الدين:« **الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة»** رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة بن عكنون ،الجزائر، 1998.

04----------:«**نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة»** ، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنون ،الجزائر، 1993.

05-هدى حامد قسقوش:«**القتل بدافع الشفقة، دراسة مقارنة»** رسالة دكتوراه، جامعة عين شمي بمصر، 1994.

ج- المقالات

01-أحمد شرف الدين:« **زرع الأعضاء، الإنعاش الصناعي إطالة للموت**» مؤتمر القاهرة، للقانون العالمي**، مجلة الحقوق والشريعة** ،(العدد الثاني عشر، 1990).

02-أحمد غانم عطية:« **حق الإنسان في الحياة والموت قانونا وشرعا»** راجع الموقع.

www.yafoz.com/ARAic/Mabjala elhoukouk. Htm. 26/01/2005.

03-بلحاج العربي بن أحمد: **حكم الشريعة في أعمال الطب والجراحة المستحدثة** مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، (العدد 18/71، 1993).

04-رياض الخاني،« **مقررات و توصيات مؤتمر بيروجيا»** *.www..ELMOSTAKBAL .htm/web.krol.com.2/4/2005*

05-محمد سيد سلامة « **الاستنساخ البيولوجي و حماية حقوق الإنسان»**، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** المغرب, (العدد 1998/10).

06-محمود نجيب حسني: **الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات**، مجلة القانون والاقتصاد،(العدد الثالث، سبتمبر 1959)، رقم 6-7.

07-مروك نصر الدين:"**الخطأ الطبي في مجال القانون الجنائي،الطب الشرعي والمسؤولية الطبية**"، اليوم الدراسي الثاني المنعقد ببومرداس، **مجلة المورد الإعلامي لوزارة العدل** (العدد 2، سنة 1997).

08----------: «**استنساخ الإنسان بين العلم و القانون** »**،مجلة موسوعة الفكر القانوني**، الجزائر،(الجزء الثاني/ 2003).

09----------:**la mère porteuse ، بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية": المجلة الجزائرية للعلوم والقانونية والاقتصادية** (العدد 73،1999).

10-نصر فريد واصل: "**الحكم الشرعي في نقل الأعضاء البشرية"**، 9 ذو الحجة 1417 هـ، دار الإفتاء المصرية *www.yafouz/elkawmia/darelifta./com 20.02.2005*

II - المراجع باللغة الأجنبية:

A-LES OUVRAGES GENERAUX:

01- Gaston Stefani et Georges Levasseur:**,droit pénal général,**14 .édition,paris 1992

02- Jean Roche ET Andre Pouille, **Libertés Publiques Et Droit De .L'homme**, 13 édition, Paris, Dalloz, 1999

03- Oberdorff Henri:,**Droit de l'Homme et Libertés .Fondamentales,** paris, Armand colin , 2003

04- Patrick Conin :**Droit Penal Général**, Paris. Hachotte Superier .livre,2001

05- Méchel laure Rasst :**Droit Penal Splcial Infractions Des .contre les Particule** Dalloz.2eme Edition

B- LES OUVRAGE SPECIALISE

a-Les Livre

Aboif David: **«Structure de la Personne Humaine »**, thèse,-**01**
.paris,dalloz,1978

Denis Dendanker:**faute Médical de Naturc à Engager la**-**02**
.**Responsabilité de l'Administration**, Paris, Classeur, 1998

Christian BYK,**La Recherche sur l'Embryontlumain**,-**03**
. J.C.PN029-17 Juillet 1996

François Chabas : **L'obligation Médicale D'information En**-**04**
.**Danger**, Pris Juin-Data, 2000

Georges Viala ,Jean Michel:**Respecte la santé**-**05**
.**publique**,18,édition , paris, Dalloz 2004

James .B grenouilleur: **commentaire de la loi no 76.1181 du**-**06**
22/12/1976 relative aux prélèvements d'organes, Paris
. Dalloz, sirez 1977

.Jean,Bernard:**Grandeur et tantation de la médecine**, Paris, Buchet, 1973-**07**

Patrick Faugerolas:**Le Directeur de l'Hôpital Face Aux Juges**,-**08**
.Paris, Ellipses, 1998

Petit jeulian: **L'ambihuité de Droit Face Syndrome**-**09**
.**Transexuel** , paris dalloz, 1964

Sylvie Foarnel **:**« **la faute médical et ses homologues**-**10**
hudicires: la faute pénal»l'essore de L'obligation
d'information médical, paris, **ENM-AER**, 2001

Xavier Lesegretian etStéphanie Chassany,**La Protection**-**11**
.**Juridique de l'Hôpital**, Paris Berger – Levrault, 1999

b-LES ARTICLE

Delmas Sanit Hilians :«**La responsabilité" médical en**-**01**
matière de thérapeutique médicamenteuse dace au droit
pénal» , web htm://www Ksaln .or K.r resourve icco 18
.décembre 2004

George W.Bush, «**Alegal perspective on the control of technology**-**02**
genetic engineerin», 9 August 2001, web: http:// WWW. Whitehouse
.gov/news/releases/2005/08/20,P1

Grégor Puppinck,«**humancloaning regulationin Europe,ACLJ**»,web:-**03**
http://w ww.eclj.org/coloaning-efgd-Europe/2005-03-09
Human coaning prohibition» ,http://thomas.loc.gov//cgi-bin/d? CA07 JJ-»-**04**
.2001-05-25
Hilda-Mey Grow,«**la reprissions des crimes centre, humanitie par les**-**05**
tribunaux allemand» -http://www .aljazeera.net/programs/hot
.point/articles/2000-12-12

III- *القوانين:*

01-الجامعة العربية**: <u>الدساتير العربية</u>**، الجامعة العربية، القاهرة، 1975.

02-مجلس الأمة: **<u>الموسوعة العربية للدساتير العالمية،</u>** مجلس الأمة، القاهرة،1966.

03-وزارة العدل، الدستور الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية نوفمبر 1996.

04-وزارة العدل، قانون العقوبات الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية،2002.

05-القانون الجزائري رقم (85-05) الصادر في:16-02-1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

06-القانون رقم(90-17) المؤرخ في 31 يوليو 1990 المتمم لنصوص قانون حماية الصحة وترقيتها.

07-المرسوم الرئاسي (89-18) المؤرخ في 22 رجب 1409 الموافق لـ 28/04/1997 المتضمن تعديل دستور 1976.

08-المرسوم الرئاسي (89-67) المؤرخ في 16 ماي 1989 المتضمن الانضمام إلى العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

09-الجريدة الرسمية، المرسوم التنفيذي رقم(92/276) المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، (العدد 52، السنة 29).

10-أمر رقم (76-97) مؤرخ في 30 ذي العقدة 1396 الموافق لـ 22-11-1976 المتضمن لدستور الجمهورية.

11-Dalloz , code penal française, N°(684-92) du 22 juillet 1992

12-Dalloz , code déontologie médical française, du 8 septembre 1995.

13-Loi N°: 881138 du 20/12/1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales .

14- Loi, No : 94-653 du 29 juillet 1994-relative au respect du corps humain .

15-Loi, No : 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 an diagnostic prénatal.

16-ACT N°: (84-123) of 19th October,1984 relative of the national American organ transplant Act.

IV- مواقع الأنترنيت

01-web:http//www: thomas .loc gor/cgi lin/d?CH7jj,human coming prohibition .ACT2001-05-25

02-web:http://www. Whitehouse .gov/news/releases/2005/08/20,P1

03-web:http://www Aldjazira .net/programs/not pont articles,200.12.12

04-.web:http://www.orgonet.co.UK/body/HT.A.26/04/2005

05-web:http://www.Ecli:org/colooming-sfkd-europe/2005-30-09

06-web:http://www.yafouz/elkawmia/darelifta./com 20.02.2005

07-web:http://www.Orgonet.CO.UK/body/hot.«Human.OrganTranspla nts Act27July 1989»3.9.2005 .

08-web:htTp://www.yafoz.com/ARAic/Mabjala elhoukouk. Htm. .26/01/2005

09-web:http://www.ELMOSTAKBAL .htm/web.krol.com.2/4/2005

مقدمة:.....أ

فصل تمهيدي: مدخل إلى الحق في سلامة جسم الإنسان والأعمال الطبية المنتهكة له.

المبحث الأول: المقصود بجسم الإنسان والحق في سلامته :.....09

المطلب *الأول*: مكونات الجسم البشري بين قانون العقوبات الجزائري

وتشريعات أخلاقيات العلوم الاحيائية الفرنسية والأنجلوا أمريكية:.....10

الفرع الأول:مفهوم الأعضاء الآدمية:.....10

الفرع الثاني:مفهوم المشتقات والمنتجات البشرية:.....15

المطلب الثاني:تحديد لحظة الوجود البشري ونهايته:.....17

الفرع الأول:لحظة وجود الجسم البشري:.....17

الفرع الثاني: تحديد لحظة الوفاة ونهاية وجود الجسم البشري:..... 20

***المطلب الثالث*:** مفهوم الحق في سلامة الجسم البشري:.....23

***الفرع الأول*:** مضمون الحق في سلامة الجسم البشري بين الاتجاهات المختلفة:.....23

الفرع الثاني: الصور الأصلية لأفعال الاعتداء على الحق في سلامة الجسم::.....25

المبحث الثاني:الأعمال الطبية اتساعا وانحسارا مع مبدأ حماية جسم الإنسان:.....29

المطلب الأول: أساس إباحة الأعمال الطبية:.....30

الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية حول مرد تجويز الأعمال الطبية:.....30

الفرع الثاني:نطاق الإذن القانوني للأعمال الطبية:.....33
المطلب الثاني:شروط ممارسة العمل الطبي:.....35
الفرع الأول: القيود الواردة على القائم بعمل طبي:.....35
الفرع الثاني: القيود الواردة على من يقع عليه العمل الطبي.....
38
ملخص الفصل التمهيدي:.....40

الفصل الأول: أثر الممارسات الطبية على نطاق الحماية الجنائية لسلامة جسم الإنسان.

المبحث الأول: الممارسات الطبية الموصوفة أفعال عمدية الماسة بسلامة وتكامل جسم الإنسان:.....43

المطلب الأول: استقطاع و بيع الأعضاء والأنسجة البشرية:.....44

الفرع الأول:الأساس القانوني لنقل الأعضاء والأنسجة البشرية:..... 45

الفرع الثاني: موقف الشريعة والتشريعات المعاصرة من استقطاع الأعضاء والأنسجة البشرية:.....48

الفرع الثالث: بيع الأعضاء البشرية:.....52

المطلب الثاني: التجارب والأبحاث الطبية:.....57

الفرع الأول:مفهوم التجربة والبحث الطبيين:.....58

الفرع الثاني:موقف التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري من التجارب الطبيـــة والعلمية:.....60

الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب عن التجارب الطبية والعلمية:..... 63

المطلب الثالث:التلقيح الصناعي وعمليات تحول الجنس:.....65

الفرع الأول:أنواع التقليح الصناعي الغير مشروع:.....66

الفرع الثاني:عمليات تحول الجنس:.....70

المطلب الرابع: جريمة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج:.....74

الفرع الأول:الركن المادي للجريمة:.....75

الفرع الثاني:الركن المعنوي للجريمة:.....77

***المبحث الثاني: الأعمال الطبية الموصوفة أخطاء والماسة بسلامة الجسم:*.....80**
المطلب الأول: الخطأ في التشخيص:.....80
الفرع الأول:مفهوم التشخيص:.....81
الفرع الثاني: شروط التشخيص السليم:.....83
الفرع الثالث: حالات أخطاء التشخيص الماسة بسلامة الجسم:..... 85
المطلب الثاني: الخطأ في العلاج وتنفيذه:.....88
الفرع الأول:مفهوم العلاج والخطأ فيه:.....83
الفرع الثاني:الخطأ في اختيار العلاج:.....90
الفرع الثالث:الخطأ في تنفيذ العلاج:.....93
المطلب الثالث: الخطأ في تحرير الوصفة الطبية:.....97
الفرع الأول: مفهوم الوصفة الطبية:.....97
الفرع الثاني:شروط تحرير الوصفة الطبية:.....99
الفرع الثالث: حالات الخطأ في تحرير الوصفة الطبية:.....101
***ملخص الفصل الأول:*.....104**
الفصل الثاني: ضمانات الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم
***المبحث الأول: ضمانات الحماية الدولية والدستورية*..... 110**
المطلب الأول:ضمانات الحمايات الدولية بين المواثيق والمعاهدات الدوليـة.....110
الفرع الأول:في المواثيق والإعلانات الدولية.....111
الفرع الثاني:في الاتفاقيات الدولية.....113
الفرع الثالث: في المواثيق الإقليمية.....116

المطلب الثاني:الضمانات الدستورية لحماية الحق في سلامة الجسم.....118
الفرع الأول:حماية سلامة الجسم في الدساتير الغربية.....118
الفرع الثاني: حماية سلامة الجسم في الدساتير العربية.....120
الفرع الثالث: حماية السلامة الجسدية في الدساتير الجزائري..... 123
المطلب الثالث: الجهود الدولية لحماية الحق في السلامة الجسدية.....125
الفرع الأول: قواعد محكمة نور مبورغ 1948 المتعلقة بالتجارب الطبية:.....126
الفرع الثاني:مبادئ و قواعد الجمعية الطبية العالمية:.....128
الفرع الثالث: توصيات المؤتمرات الدولية المتعلقة بحماية الحق في سلامة الجسم:.....131

المبحث الثاني:تنظيم الممارسات الطبية الحديثة
المستهدفة للجسد:.....134
المطلب الأول: تنظيم عمليات نقل و زراعة الأعضاء والأنسجة البشرية:.....135
الفرع الأول: الضوابط القانونية المحكمة لنقل و زراعة الأعضاء:.....136
الفرع الثاني:القيود القانونية المحكمة لمسألة نقل الدم:.....140
الفرع الثالث:القيود القانونية المحكمة لنقل الأمشاج واللقائح الآدمية:.....143
المطلب الثاني: التنظيم القانوني للبحث الطبي:.....149
الفرع الأول: الضوابط القانونية لإجراء التجارب والبحوث الطبية:.....150
الفرع الثاني:حظر عمليات الاستنساخ:.....154
الفرع الثالث:شروط التلقيح الصناعي وعمليات تحول الجنس:..... 158
المطلب الثالث: مدى فعالية قيد الرضاء ومبدأ مجانية التصرف ومساءلة الأطباء في الحد من تضييق نطاق الحماية الجنائية للجسم:.....162
الفرع الأول:مدى فاعلية قيد الرضاء في حماية الجسد:.....163
الفرع الثاني:أثر مجانية التصرف على نطاق الحماية للجسد البشري: 166
الفرع الثالث: أثر مساءلة الأطباء في الحد من تضييق الحماية الجنائية للجسم البشري:.....169
ملخص الفصل الثاني.....172

خاتمــة:**.....177**

قائمة المراجع:**.....**182

فهرس الموضوعات

ملخص باللغة الفرنسية