

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق و العلوم السياسية

الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور
كحلولة محمد

من إعداد الطالبة:
داودي صحراء

لجنة المناقشة

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة	مكان العمل
أ.د بن عمار محمد	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان
أ.د كحلولة محمد	أستاذ التعليم العالي	مشرفا و مقرا	جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان
أ.د يقاش فراس	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا	جامعة وهران
د هديلي أحمد	أستاذ محاضر أ	عضوا مناقشا	جامعة سيدي بلعباس

السنة الجامعية: 2016/2015

إهداء

إلى روح الوالد الطاهرة

إلى والدي

إلى عائلتي الصغيرة مع خالص المحبة

إلى كل طالب علم مجتهد.

شكر و تقدير

الحمد و الشكر لله أولا و أخيرا.

ثم الشكر و التقدير للأستاذ الدكتور محمد كحلولة الذي تفضل علي
بجهد و توجيهاته القيمة أثناء كل مراحل إعداد الرسالة، حتى وصلت
لي ماهي عليه الآن فله مني كل الإحترام و التقدير و العرفان.
كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر و التقدير لي السادة الأساتذة
الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على تكريمهم بالجهد و الوقت لقراءة هذه
الرسالة و قبول مناقشتها.

مقدمة

شهد النصف الثاني من القرن العشرين تحقق أهم الإنجازات العلمية و الطبية في تاريخ البشرية ، و لعل أعظم هذه الإنجازات ما تحقق بالنسبة لحياة الإنسان و صحته، ففي السنوات الأخيرة ظهرت وسائل طبية فنية حديثة أثارت -ومازالت تثير- كثيرا من النقاش و الجدل لدى رجال القانون و الطب حول مدى مشروعيتها.

و بظهور هذه الوسائل تجاوز الطب الحديث حدود الأعمال الطبية التقليدية ، حيث أصبح أكثر فاعلية في معالجة الأمراض المزمنة و المستعصية ، و في إنقاذ آلاف البشر من الموت المحقق ، إلا أنه أصبح في ذات الوقت أكثر خطورة و تأثيرا نظرا لخروجه على القواعد القانونية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في الحياة و في سلامة جسمه.¹

و من أبرز الأمثلة للأساليب الطبية الفنية الحديثة و التي هي نتاج تقدم العلوم الطبية والبيولوجية نجد عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، التجارب الطبية ، الجراحة التجميلية، تغيير الجنس...إلخ.

و تعتبر عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية من أهم الإنجازات العلمية لما تلعبه من دور كبير في إنقاذ المرضى المهددة حياتهم بالموت المؤكد حيث تفترض وجود مريض لم تعد وسائل العلاج التقليدية تجدي معه و لم يبق له أمل في الحياة إلا بزرع عضو له عوضا عن العضو التالف في جسده ينقل إليه من جسم شخص سليم أو من جثة إنسان متوفى. بالتالي فهي تتضمن ثلاث عمليات جراحية مرتبطة أسبابها و أهدافها مع بعضها البعض و هي إستئصال العضو السليم من المنقول منه و عملية استئصال العضو التالف من المنقول إليه ، و عملية زرع العضو السليم محل العضو التالف ، و هذه العمليات تستلزم الحصول على الأعضاء اللازمة من مصدرها و هو الإنسان سواء أكان حيا أم ميتا ، كما تستلزم وجود الطبيب المختص الذي يقوم بإجراء عمليات النقل و الزرع ، و على الرغم من

¹ -أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، 2007، ص5.

إهتمام الكثير من دول العالم بهذه العمليات و سنها للتشريعات المنظمة لها ، إلا أنها ما زالت تثير العديد من المشاكل القانونية التي لم تعالجها النصوص الحالية.¹

لقد تثير التجربة الطبية على الإنسان مشكلة التآرجح بين إعتبارين مختلفين فهناك من جهة حرية البحث العلمي و ما تحتمه من إطلاق حرية العالم و الطبيب في إجراء التجارب الطبية العلمية و العلاجية على الإنسان ، فنحن نعيش عصر الاكتشافات العلمية الكبيرة ، و هناك من جهة أخرى الحرية الفردية و ما تقتضيه من احترام السلامة البدنية للإنسان وعدم المساس بها إلا تحقيقا لمصلحة عليا يقرها القانون . بالتالي يثور التساؤل حول التوفيق بين هذين الاعتبارين أو كيفية الوصول إلى نظام قانوني يمكن التوفيق بين حرية الفرد و تحقيق التقدم العلمي للإنسان.²

إن التجارب الطبية على الإنسان تعد ضرورة لا سبيل إلى إنكارها لتقدم الطب و الجراحة ،فبفضل هذه التجارب إستطاع العلماء الحد من كثير من الأمراض التي كانت منتشرة منذ فترة طويلة كما تعتبر هذه التجارب الطبية صاحبة الفضل في اتساع آفاق المعرفة أمام علم الطب الذي ما زال كل يوم يأتي بجديد و يترك باب الأمل مفتوحا أمام كثير من المرضى الذين عجز الطب القديم عن شفائهم يتطلعون إلى ما يأتيهم به الغد من علاج لما أصابهم من أمراض و إن أهم الإنجازات العلمية في المجال الطبي التي كانت لها الفضل في إنقاذ البشر من موت محقق لم تكن إلا بفضل المثابرة على إجراء التجارب الطبية .³

كما أن التشدد في مسؤولية الأطباء لم يمنع الطب من أن يسير قدما في تحقيق الإنجازات العلمية الكبيرة غازيا مجالات كانت محظورة عليه لأمد بعيد وأهمها مجال الجراحة التجميلية التي فرضها الواقع و الممارسة خاصة بعد الحربين العالميتين وما نتج عنهما من مشوهين كان أملهم الأكبر هو إزالة تشوهاتهم لمواجهة الآخرين بشكل أفضل وأجمل، إذ أنه

¹ - صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة،عمان، الأردن،2011،ص286.

² -محمد سامي الشواء، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ،القااهرة،2003،ص124.

³ -صفوان محمد شديفات ،المرجع السابق،ص263-264.

ورغم التطور الطبي الكبير فقد بقيت الجراحة التجميلية حبيسة النظرة العدائية ومحل جدل فقهي وقضائي كبير خاصة على مستوى القانون المقارن.

كما تكتسب مشكلة تغيير الجنس أهمية خاصة و ذلك لأسباب عديدة منها أن هذه المشكلة تمس حالة الشخص و التي تتأسس عليها كثير من القواعد القانونية المرتبطة بالاسم أو نوع الجنس المثبت في شهادة الميلاد أو الصلاحية للزواج ، كما أن قصد الشفاء في هذا النوع من العمليات الجراحية محل ريبية و شك .

يثير تغيير الجنس مسألة التوفيق بين المبادئ المستقرة في القانون و الاكتشافات الطبية الحديثة و التي لو تركت و شأنها بدون ضابط لهدمت كثير من المبادئ و من ثم وجب البحث عن نظام قانوني يصلح للتوفيق بينهما بما يحقق مصلحة الفرد و المجتمع في صعيد واحد.¹

من هنا تبرز أهمية البحث في أن الأطباء الذين يباشرون عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، التجارب الطبية ، الجراحة التجميلية و تغيير الجنس في حاجة ماسة لمعرفة مدى مشروعية هذه الوسائل و الأساليب الطبية الفنية الحديثة و الشروط الواجب توافرها حتى لا تقوم مسؤوليتهم ، كما أن هذه العمليات تثير مشكلة بالنسبة للشخص الخاضع لها لأنه هو الآخر في حاجة ماسة لمعرفة الحدود التي يستطيع فيها أن يتصرف في سلامة جسمه و إمكانية السماح للطبيب الجراح بالمساس بجسده و الضمانات الكفيلة بحماية حرته و تكامله الجسدي.

كما تبرز أهمية هذا البحث في الدراسة المقارنة بين التشريعات التي أباحت هذه الأساليب و محاولة إيجاد الحلول للعديد من المشاكل القانونية التي يثيرها موضوع هذا البحث .

¹- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 180-181.

و يشهد على أهمية هذه الدراسة انعقاد العديد من المؤتمرات من أجل الوقوف على مدى مشروعيتها من الناحية القانونية و الشرعية.

و حتى يتسنى لنا الإمام بمحاور هذا البحث إماما كافيا اجتهدنا - قدر المستطاع- أن نتوخى الدقة العلمية و التحليل المنطقي فقد استعنا بالمنهج الوصفي أولا في نقل قواعد زراعة الأعضاء البشرية ، التجارب الطبية ، الجراحة التجميلية ، تغيير الجنس، ثم المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية و الأحكام القضائية خاصة في القانونين الفرنسي و المصري و بالتالي كان المنهج المقارن هو الآخر حاضرا بقوة في هذه الدراسة و ذلك لإبراز التفاوت بين القوانين في معالجة هذه الأساليب مع التركيز على القانون الجزائري.

ولقد تتمحور الإشكالية الرئيسية حول معرفة مدى مشروعية الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة في التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري ؟ وماهو موقف الشريعة الإسلامية منها؟ وماهي شروط مشروعية هذه الأساليب؟

لمناقشة هذه الإشكالية سنحاول في مرحلة أولى من بحثنا أن نتعرف عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة المنصوص عليها في التشريع الجزائري والتي تتمثل في نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية (الباب الأول).

لنوجه بحثنا في مرحلة ثانية نحو دراسة الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة الغير منصوص عليها في التشريع الجزائري والتي تتمثل في الجراحة التجميلية وتغيير الجنس (الباب الثاني).

الباب الأول
نقل فرع الأعضاء البشرية و التجارب
الطبية

الباب الأول

نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية

تتطلب دراسة الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة التعرف من جهة عن النظام القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من خلال موقف بعض القوانين الأجنبية والقانون الجزائري وكذا الشريعة الإسلامية من مشروعيتها (الفصل الأول) ومن جهة ثانية عن النظام القانوني للتجارب الطبية مع إبراز موقف كل من القانون الدولي وبعض القوانين الأجنبية وكذا موقف القانون الجزائري والشريعة الإسلامية من مشروعيتها (الفصل الثاني).

الفصل الأول نقل و زرع الأعضاء البشرية

تعد زراعة الأعضاء البشرية من أهم الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة بل ومن أقدمها، حيث كثيرا ما تتصل بأسباب علاجية جعلت الكثير من التشريعات تواكب هذا التطور الجراحي وتفصل في مدى مشروعيتها، و إن كان الأمر يختلف ولو جزئيا بين حالتين بارزتين هما نقل الأعضاء البشرية من جسم إنسان حي حيث تثار إشكاليات عدة حول الأساس القانوني لمثل هذه العمليات خاصة بالنظر إلى الآثار الصحية و الإجتماعية التي قد ترتبها مثل هذه العمليات على المتنازل وهو ما جعل التشريعات التي تبيح مثل هذه العمليات تحيطها بمجموعة من الشروط المشددة إنطلاقا من الأصل الذي هو حرمة المساس بجسم الإنسان (المبحث الاول).

أما الحالة الثانية فهي نقل الأعضاء البشرية من جسم إنسان ميت أو ما صار يصطلح عليه بنقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى، وهي حالة تخضع لأحكام خاصة قد تتصل بصاحب الجثة قبل وفاته ، وقد تتصل بذوي الميت (أي صاحب الجثة) بعد مماته . وهي أحكام في مجملها و إن كانت أكثر تساهلا مع سابقتها إلا أنها تظل متعلقة بجسم الإنسان وحرمة و وجوب إكرامه ميتا أو حيا ومن ثمة فهي الأخرى أحيطت بمجموعة من الشروط القانونية التي يجب مراعاتها وإلا كانت هذه العمليات غير مشروعة (المبحث الثاني).

المبحث الأول نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

أهم ما تثيره مسألة نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء البحث في أساس مشروعيتها(المطلب الأول) وهو ما يقودنا إلى البحث في الشروط التي تضيء المشروعية على عمل طالما ما ظل محل تردد (المطلب الثاني).

المطلب الأول أساس مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء

لا تتفق القوانين في أساس مشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء وهو ما يدفعنا إلى تفصي أساس مشروعية نقل الأعضاء في القانون المقارن (الفرع الأول) ثم القانون الجزائري (الفرع الثاني) ثم الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث).

الفرع الأول نقل الأعضاء البشرية في القانون المقارن

من بين القوانين المقارنة التي أثير فيها البحث حول مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء نجد القانون الفرنسي كمثل على التشريعات الغربية (أولا) و القانون المصري كمثل على التشريعات العربية (ثانيا).

أولاً - نقل الأعضاء البشرية في القانون الفرنسي

أ/نقل الأعضاء البشرية في الفقه الفرنسي

لقد وضع الفقه الفرنسي أول اللبنة في بناء نظرية الإباحة للتصرف في أعضاء الجسم البشري أو استقطاعها بقصد زرعها في جسم الغير، وذلك بالرغم من غياب النصوص التشريعية التي تجيز هذه العمليات الماسة بعناصر الحق في سلامة الجسم.

وقد بدأ الفقه الفرنسي بوضع أول لبنة في مشروعية استقطاع الأعضاء بإجازة إبرام العقود التي محلها أجزاء جسم الإنسان، والتي يمكن فصلها دون إصابته بضرر نهائي كأخذ طبقة من الجلد أو من العظام، واشترط في ذلك رضا الطرفين وأن يكون الهدف من ذلك علاجياً.¹

غير أن الجدل قام بين الفقهاء الفرنسيين بخصوص مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء التي لا يمكن تعويضها مثل الكلى، وقد سلم الفقه في بادئ الأمر بعدم مشروعيتها لما تنطوي عليه هذه العمليات من مساس خطير ودائم بسلامة الجسم ولعدم التأكد من صحة النتائج المترتبة عليها.²

وبعد أن شهدت عمليات نقل الأعضاء تقدماً ملحوظاً من الناحية الطبية حاول الفقه الفرنسي الدفاع عنها وخلق أساساً لمشروعيتها بدءاً بنظرية السبب المشروع ومروراً بفكرة المصلحة الاجتماعية إنتهاءً بنظرية الضرورة.

¹-Savatier ,Auby, Pequingnot, traité de droit médical, Paris ,librairies technique,1985,p247.

²- مروك نصر الدين، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة، بحث لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ،جامعة الجزائر، 1992-1993، ص40.

1 - نظرية السبب المشروع

يعتبر "Dequoc" من أوائل الفقهاء الفرنسيين الذين بادروا إلى الإقرار بمشروعية عمليات نقل الأعضاء، واستند في ذلك إلى نظرية السبب المشروع.

ويرجع الفضل فيما توصل إليه "Dequoc" إلى جهود سلفه من الفقهاء الفرنسيين الذين أزاحوا عقبة قانونية كانت تعوق الإقرار بمشروعيته لهذه العمليات ، فقد ظل مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان إبان فترة زمنية طويلة أحد المبادئ الأساسية التي تهيمن على القانون المدني الفرنسي وما نتج عنه من عدم جواز إخضاع جسم الإنسان لأي اتفاقات قانونية فهو يخرج عن دائرة التعامل، ولكن الواقع أثبت عدم الأخذ بمبدأ حرمة جسم الإنسان بصفة مطلقة فقد تفهقر أمام متطلبات الحياة العملية للإنسان حتى غدت بعض الحقوق الشخصية كالاتفاقات المتعلقة بحضانة الطفل وتعليمه وعقود العمل داخلة في نطاق التعامل بل لا يستطيع أحد أن يجادل في مشروعية الاتفاقات الخاصة بقص الشعر وممارسة الألعاب الرياضية وغيرها.¹

ونقطة البداية عند "Dequoc" قوله أنه مادامنا قد سلمنا بإجازة الاتفاقات التي يكون محلها جسم الإنسان فكيف يمكن التفرقة بين عمليات نقل الأعضاء المشروعة وتلك غير المشروعة ؟

ذهب جانب من الفقه الفرنسي وكان في مقدمته العميد "Savatier" و "Auby" إلى أن مناط التفرقة يكمن فيما يتخلف عن هذه العمليات من ضرر يسير يمكن تعويضه أو ضرر جسيم غير قابل للإصلاح . ففي الحالة الأولى تعتبر هذه العمليات مشروعة وفي الثانية تصير غير مشروعة، وعلى سبيل المثال فإن تنازل شخص عن طبقة سطحية من جلده لعلاج آخر مصاب بحروق يعد تصرفا مشروعاً وبصير غير مشروع إذا كان محل التنازل إحدى كليتيه حتى ولو اقترن ذلك برضا المتنازل.²

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 302.

² - Savatier, Auby, Pequingnot, op cit, p.247

ويستند هؤلاء الفقهاء إلى ما ورد في أعمال لجنة إصلاح القانون المدني الفرنسي والتي تبنت نصا مشابها للمادة الخامسة من القانون المدني الإيطالي التي تقرر بعدم مشروعية الاتفاقات التي يترتب عليها انتقاص دائم في الكيان البدني للشخص.¹

وقد أنتقد "Dequoc" هذا الاتجاه مقررًا أن نصوص قانون العقوبات الفرنسي تجرم كل مساس بسلامة الجسم سواء كان مساسا يسيرًا أو جسيمًا، ومن ثم فلا وجه للاحتجاج بمدى جسامته النتيجة المترتبة على عمليات نقل الأعضاء للاعتراف بمشروعيتها فلا مناص من أن يعتد القاضي بالسبب الدافع للتعاقد وهو بصدد تقدير هذه المسألة.²

ويقرر "Dequoc" أن الحقوق التي تترتب على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة إلا إذا كان هدفها تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو للغير أيضا، ومن ثم فلا يسمح بالمساس بالجسم إلا إذا كانت المزايا والمنافع التي تترتب على ذلك تفوق الأضرار الناشئة عنه، فإذا إختل هذا التوازن فيصير المساس غير مشروع ومنافيا للأخلاق.³

وينتهي "Dequoc" إلى الإقرار بمشروعية الاتفاقات التي تنطوي على المساس بجسم قابل للإصلاح مثل استئصال جزء من جلد شخص لترقيعه لآخر متى اقتضت ذلك المصلحة العلاجية لهذا الأخير، بل ويقرر أيضا صحة التصرفات التي ترد على جسم الإنسان وتؤدي إلى مساس مستديم به بشرط أن يكون سبب التصرف مشروعًا ويتحقق ذلك إذا كان يرمي لتحقيق مصلحة علاجية للغير، كأن تكون المزايا التي تعود عليه أكبر من الأضرار التي سيعاني منها المتنازل، ومثال ذلك تنازل عن إحدى قرنيته العين لآخر مصاب بالعمى.⁴

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 303.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 42.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 302.

⁴ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 42.

وقد وجهت عدة انتقادات لهذه النظرية منها افتقارها إلى المعيار الدقيق، فهي وإن كانت تقوم على أساس الموازنة بين المصالح المختلفة إلا أنها لا تقتضي حتماً أن يتم ذلك في نطاق الضرورة، ولذلك فقد اضطر أنصارها إلى إضافة شرط مؤداه أن يكون الاستئصال هو الوسيلة الوحيدة.¹

كما أن هذه النظرية بحاجة إلى الإقناع، فقياس المساس بالجسد بوجه عام على بعض صور التعامل في الحقوق الشخصية كالحضانة و التعليم هو قياس مع الفارق.²

2 - نظرية المصلحة الإجتماعية

تقوم نظرية المصلحة الاجتماعية على أساس فكرة التضامن الاجتماعي والتي تقتضي بضرورة أن يتنازل الفرد عن عضو من أعضائه لشخص آخر يعاني من مرض جسيم يفقده وظيفته الاجتماعية، فهذا واجب يحتمه مبدأ التضامن الإنساني ذاته.³

لا يصير هذا التنازل مشروعاً إلا من خلال ترجيح المزايا التي تعود على المتلقي مقارنة مع الأضرار التي تلحق المتنازل، بحيث يجري هذا التقدير من ناحية المصلحة الاجتماعية. ومثال ذلك من يتنازل عن إحدى كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يهدده بموت محقق فإن النفع الاجتماعي يزيد في جملته عما كان قبل إجراء عملية نقل الكلية، فقد انتقص من المعطي بقدر محدود، وزاد في النفع الاجتماعي لمن أنقذت حياته على نحو واضح وغير عادي بحيث تصبح المصلحة النهائية هي فائدة اجتماعية محققة.⁴

¹ - حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين الشمس، 1965، ص 60.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 43.

³ - Ahmed Charafeddine, droit de la transplantation d'organes, études comparatives, université de droit d'économie et de sciences sociales de Paris, 1975, P48.

⁴ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 305.

يعاب على هذا النظرية ارتكازها على فكرة غامضة يمكن أن تترتب عليها آثار خطيرة تتجلى في إمكانية إجراء عمليات نقل الأعضاء عنوة تحت شعار المصلحة الاجتماعية، ولاسيما في الأنظمة الشمولية ذات الطابع الاستبدادي ، ومثال ذلك أن يجبر عامل يدوي غير فني على التنازل على إحدى كليتيه لعالم في الذرة أو الفضاء يعاني من فشل كلوي، فالمساس الذي يمس هذا العامل يقدر بنسبة مئوية منخفضة مقابل النفع العام الذي يعود على عالم الذرة والذي يقدر بنسبة مئوية عالية، ومن جهة أخرى فإن هذه النظرية تتجاهل مشاكل وآثار الجراحة على المستوى الفردي.¹

3- نظرية الضرورة

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن حالة الضرورة هي أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإذا توافرت شروطها عند استئصال جزء من جسد شخص سليم لزراعته في جسد مريض إنقاذاً لحياته من موت محقق فلا مسؤولية على الطبيب لا من الناحية الجنائية ولا من الناحية المدنية.²

وتقوم حالة الضرورة عند أصحاب هذا الاتجاه على المقارنة والموازنة بين المخاطر المراد تفاديها والأضرار التي وقعت بالفعل، فلا تتوافر حالة الضرورة إلا إذا كان الخطر المراد تفاديه متناسباً مع الضرر الذي وقع، أي ألا يفوق الخطر في جسامته الضرر الحاصل. فاستئصال جزء من جسد شخص سليم لزراعته في جسد مريض ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة للمتنازل، إلا أن هذه المخاطر أقل بكثير من المخاطر التي يتعرض لها المريض لو لم ينقل إليه العضو، ومن هذا يتضح أن الطبيب في مجال زرع الأعضاء يقوم بعمل الموازنة بين المخاطر والمزايا بالنسبة للشخص المريض والمتنازل السليم، فيقارن بين

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية ، ص 43.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 35.

المخاطر التي يتعرض لها كل من المريض و الشخص السليم من جهة، و المزايا التي يحتمل أن يستفيد منها المريض من جهة أخرى¹.

ولهذا فإن الموازنة طبقاً لحالة الضرورة لا بد وأن تتم وفق الشروط التالية:

- أن يكون هناك خطر محقق بالمتلقي بحيث يؤدي عدم نقل عضو جديد له إلى وفاته.

- أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من ذلك الضرر الذي سيلحق المتنازل. فمثلاً إذا كان استئصال كلية شخص سليم ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة له وأن هذه المخاطر أقل بكثير من المخاطر التي يتعرض لها المريض لو لم ينقل إليه الكلية فإن الخطر أقل من الضرر، فالمتنازل يظل على قيد الحياة ويظل جسمه مؤدياً لكافة وظائفه ولا يصاب إلا ببعض النقص في الصفة التشريحية لجسمه، أما المريض فإنه يتعرض لخطر الموت الحال، وبموازنة هذه المخاطر مع الضرر نجد أن الضرر الذي يصيب المتنازل من استئصال جزء من جسمه أقل من المخاطر المراد تفاديتها بالنسبة للمريض أي ضرر جسيم لتفادي خطر جسيم.

- يجب أن يكون زرع الأعضاء الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها إنقاذ المريض وأن يهيأ لها كافة العناصر اللازمة لنجاحها من حيث مراعاة صلاحية العضو المنقول وخلوه من الأمراض ويجب أيضاً مراعاة تجانس خلايا الأجسام مما يمنع ظاهرة الرفض.

- يجب ألا يؤدي الاستئصال إلى هلاك المتنازل أو إلى إصابته بنقص خطير ودائم في وظائف جسمه، فالتضامن الإنساني يستلزم الإبقاء على حياة الشخص في ظل أفضل

¹ - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 48.

الظروف الصحية، فإذا كان الشخص مصاباً بمرض في كليته فلا يجوز له التنازل عن الأخرى لأن هذا يهدد حياته أو وظائف جسمه على الأقل.¹

وإذا كانت غالبية الفقه الفرنسي تميل إلى نظرية الضرورة، إلا أنهم يرون مع ذلك عدم كفايتها وحدها للقول بمشروعية نقل الأعضاء، و أن مسابرة منطق هذه النظرية إلى نهايته يؤدي إلى تحكم الطبيب وإجباره مثلاً على إخضاع أي شخص لعملية استقطاع إحدى كليتيه لمجرد تطابق أنسجته وأنسجة شخص مريض مصاب بفشل كلوي، لذا فهم يضيفون شرطاً آخر وهو رضا المتنازل.²

وقد طبقت حالة الضرورة حيث قام طبيب بنقل إحدى كليتي شاب سليم إلى شقيقه التوأم الذي كان يعاني من فشل كلوي مزمن وعند إثارة الموضوع جنائياً أمر النائب العام بحفظ الدعوى على أساس أن الطبيب الذي أجرى له العملية كان تحت ضغط أدبي نشأت عنه حالة الضرورة مما دفعه إلى ارتكاب فعل معاقب عليه من الناحية الجنائية.³

وهذه النظرية بدورها لم تسلم من النقد فوجهت لها عدة انتقادات منها:

- أن نجاح عمليات نقل الأعضاء ليس مؤكداً دائماً وبالتالي فلا يمكن قبول تدخل الجراح بزعم تجنيب المريض خطرأحالا، فظاهرة لفظ العضو الغريب مازالت مهيمنة على هذه العمليات.⁴

- في مجال نقل القرنية مثلاً فإن فكرة الضرورة تفترض بذاتها وجود قيمة حقيقية مهددة بخطر وشيك الوقوع فأين ذلك من شخص فاقد للبصر أساساً بل على العكس فإنه

¹- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن،، الطبعة الأولى، 1999، ص 76-77.

²- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 45.

3-Ahmed Charafeddine ,op.cit, p46.

⁴- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 309.

يترتب على مثل هذه العملية اكتساب قيمة جديدة لا حماية قيمة كانت موجودة من قبل.¹

- إن منطق هذه النظرية يؤدي حتما إلى رفض عمليات استقطاع الأعضاء من جثث الموتى لحفظها في بنوك الأعضاء البشرية، حيث ينتفي الخطر الحال في مثل هذه الفروض.²

- في مجال عمليات نقل الكلى والتي من أجلها بلورت هذه الفكرة، فقد سبق أن ذكرنا أن من بين شروط حالة الضرورة أن عملية النقل هي الوسيلة الوحيدة لتجنب الخطر الحال، وقد انتفى هذا الشرط باستحداث أجهزة الكلى الصناعية باعتبارها وسيلة علاجية بديلة لهذه العمليات.³

ب /نقل الأعضاء البشرية في التشريع الفرنسي

صدرت عن المشرع الفرنسي عدة نصوص قانونية في مجال نقل الأعضاء البشرية أهمها القانون رقم 76-1181 بتاريخ 22 ديسمبر 1976 المتعلق بنزع الأعضاء، وقد تناول هذا القانون نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء في المادة الأولى تم تناول في المادة الثانية عمليات نقل الأعضاء من الجثة ، واستبعد في المادة الثالثة المقابل المالي واعتبر أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا يمكن أن تكون محلا للمعاملات المالية والتجارية.⁴

وما يلاحظ على هذه النصوص أنها تناولت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دون تحديد لعضو معين، غير أن الأعمال التحضيرية أشارت بوضوح إلى أن القانون المذكور قد تناول بصفة أساسية عمليات نقل الكلى وذلك لنجاح هذه العمليات.⁵

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية ، ص45.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 310.

³ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 45 - 46.

⁴ - Loi 76-1181 du 22 Décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes. Jorf du 23 Decembre 1976.

⁵ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص46.

من أجل تنفيذ القانون المذكور أعلاه صدر المرسوم التنفيذي رقم 501-78 بتاريخ 31 مارس 1978 الذي أشرط أن يكون المتنازل بالغ سن الرشد أي 18 سنة ومتمتعاً بقواه العقلية أما إذا كان المتنازل قاصراً فإن الاستئصال لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيقه أو شقيقته وفي هذه الحالة يتم الاستئصال برضا الممثل القانوني أو موافقة لجنة الخبراء، ولم يشترط المرسوم أن يكون المتلقي قاصراً فيمكن استئصال كلية من قاصر وزرعها لشقيقه البالغ الذي يعاني من فشل كلوي يهدده بموت محقق.

كما اشترط هذا المرسوم في حالة استئصال عضو غير متجدد أن يصرح المتنازل برضاه أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن المتنازل أو أمام قاض يعينه رئيس هذه المحكمة، على أن يثبت هذا الرضا في شكل كتابي موقعا عليه من القاضي والمتنازل، وتعطي صورة منه للمستشفى الذي سيتم به الاستئصال و تحفظ النسخة الأصلية لدى قلم كتاب المحكمة، أما إذا كان العضو المراد استئصاله متجدد فيكفي رضا المتنازل في شكل كتابي موقعا منه ومن شاهد يعينه لذلك.¹

غير أنه وبتاريخ 29 جويلية 1994 تم إلغاء القانون 1181-76 المتعلق بنزع الأعضاء واستبداله بالقانون 654-94 المتعلق بمتبرع وباستعمال عناصر و منتوجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة .²

أضاف هذا القانون لإجراء عملية نقل الأعضاء البشرية شرطا آخر يتمثل في السرية، ومفاده أنه لا يمكن للمتبرع معرفة شخصية المستفيد وكذلك المستفيد لا يمكنه معرفة شخصية المتبرع ومن ثم لا يجوز أن تعطي أية معلومات خاصة بكل منهما للآخر ويستثنى من هذه

¹-Décret exécutif de la loi 76-1181 n°78-501,du 31 Mars 1978, jorf du04 Avril 1978.

²-Loi N°94-654 du 29 juillet 1994,relative au don et à l' utilisation des éléments et produits du corps humain , et à l' assistance médicale, à la procréation au diagnostic prénatal .jorf du30 Juillet 1994.

القاعدة الطبيب الذي يجوز له الحصول على هذه المعلومات إذا تطلبت ذلك الضرورة العلاجية.¹

والغرض من شرط السرية الذي فرضه التشريع الفرنسي هو منع الإتجار في الأعضاء من جهة وعدم إعطاء المتنازل فرصة ابتزاز المريض أو أهله ماليا بحكم حاجة المريض الماسة للعضو.²

ويهدف هذا القانون من جهة إلى وضع عمليات نقل الأعضاء البشرية في إطار قانوني متكامل يخلق جو من الثقة اللازمة لتطورها وازدهارها فأبعد هذه العمليات عن الصفة التجارية الغير أخلاقية ، كما ضمن من جهة أخرى الأمن الصحي لهذه الممارسات في مواجهة العدوى وانتقال الأمراض و تنظيم ممارسات الزرع على أسس موضوعية تضمن بقدر الإمكان المساواة بين المتلقين.³

بهذه النصوص القانونية التي تلتها مراسيم⁴، منشورات⁵، ومقررات⁶، تكون عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في فرنسا قد وجدت أساسها القانوني الذي يجيزها ويحدد ضوابطها ومشروعيتها.

¹ - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 448-449.

² - أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص112 وما بعدها.

³ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص449-450.

⁴ - Décret n° 94-870 du 10-10-1994 relatif a l'établissement français des greffes jorf du 11-10-1994.

Décret n° 95-467 du 27-04-1995 complétant le code de la santé publique et relatif aux organes visés par l'art 671/15 du dit code.

⁵ - Circulaire du 03-04-1978 concernant le décret exécutif n 78-501 du 31-03-1978.

Circulaire du 21-01-1991 relative à l' application du décret n° 90-844 du 24-09-1990 modifiant le décret exécutif n°78-501 du 31-03-1978.

Circulaire DGS/ DH n°31 du 31-07-1992 relative aux prélèvements et aux greffes de cornée.

⁶ - Arrêté du 21-09-1992 relatif aux greffes de cornée.

ثانيا- نقل الأعضاء البشرية في القانون المصري

أ/ نقل الأعضاء البشرية في الفقه المصري

1-استناد الفقه إلى طبيعة نقل الأعضاء(مشروعيتها أو عدم مشروعيتها)

يرى أنصار الاتجاه الأول أنه إذا كان الواقع قد سبق القانون وفرض نفسه في مجال عمليات نقل الأعضاء إلا أن النظام القانوني في وضعه الراهن لا يسمح بإقرار مشروعيتها وأنه لا مناص من صدور قانون ينظم هذه المسألة والتي بحكم خطورتها تتطلب قدرا أكبر من الانضباط .

وعلى ذلك فلا يستطيع الجراح الذي قام بإجراء عملية استقطاع كلية من شخص سليم لنقلها إلى آخر مريض أن يدفع بحالة الضرورة أو أن يحتج برضا المريض وبالتالي تتعدد مسؤوليته الجنائية عن هذا الفعل.¹

أما أنصار الاتجاه الثاني فهم يقرن بمشروعية عمليات نقل الأعضاء وإن كانوا يختلفون في الأساس القانوني لتبرير هذه المشروعية فالبعض منهم يستند إلى حالة الضرورة والبعض الآخر يستند إلى فكرة المصلحة الاجتماعية وقد سبق عرض هاتين الفكرتين بصددها معالجة الفقه الفرنسي، وهناك من يجيز هذه العمليات استنادا للقانون الخاص بنقل الدم، وهناك من يبيحها استنادا للقانون الخاص بنقل قرونيات العيون وهناك من يقر بمشروعيتها استناداً للفتاوى الشرعية.

Arrêté du 23-10-1992 relatif au comité de transparence compétent en matière de prélèvement et d' utilisation thérapeutique des organes des tissus et des cellules d'origine humaine Jorf du 31-10-1992.

Arrêté du 18-08-1994 fixant les modalités de prise en charge des transplantations d'organes Jorf du 27-08-1994.

Arrêté du 24-11-1994 précisant les règles d'inscription dans une liste d' attente des patients en attente de transplantation JORF du 25-11-1994.

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 311.

2-استناد الفقه إلى بعض القوانين الخاصة

لقد استند جانب من الفقه للقول بمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى بعض القوانين الخاصة من بينها القانون رقم 178 لسنة 1960 المنظم لعمليات جمع ، تخزين وتوزيع الدم ومركباته¹ ، والقانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون.²

فيما يخص القانون رقم 178 لسنة 1960 فهو أجاز لبنوك الدم الحصول على الدم عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي ، كما أجاز لها بيع هذا الدم إلى الجمهور. قياساً على هذا القانون ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باعتبار أن الدم ليس هو إلا عنصر من العناصر التي تكون الجسم. إلا أن هناك من يرى بأنه لا يمكن الاستناد إلى القانون المذكور أعلاه للقول بمشروعية نقل وزرع الأعضاء باعتبار أن الدم يتجدد تلقائياً في الجسم بحيث لا يترتب على نقل جزء منه إصابة الجسم بضرر جسيم كما هو الحال في حالة نقل عضو من الأعضاء كالكلية مثلاً.³

أما القانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون فهو نص في مادته الثانية على مايلي: "يتلقى بنك العيون رصيده من مصدرين هما:
- عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها.
- عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبيياً".⁴

¹ - القانون رقم 178 لسنة 1960 بتاريخ 5 يوليو 1960 الخاص بجمع تخزين وتوزيع الدم ومركباته ، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية الصادرة في 21 يوليو 1960 ، عدد 130.

² - القانون 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون.

³ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 56.

⁴ - المادة الثانية من القانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون.

إن الفقرة الثانية من هذه المادة فإنها لا تثير أي شك في جواز الحصول على عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبيا حيث يمكن استخدام الأجزاء التي مازالت صالحة لإجراء عمليات الترقيع لمصلحة المرضى.¹

أما الفقرة الأولى فهي التي أثارت الجدل في الفقه حيث أشارت إلى عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها ، فهل يجوز لشخص سليم العينين أن يتبرع بأحديهما لمريض أعمى أو مهدد بالعمى ؟

من خلال تفسيره لهذه الفقرة ذهب الفقه إلى القول بجواز التبرع بالعين حال الحياة. فالقانون نص في مادته الثانية على عبارة "يوصون أو يتبرعون بها"، و الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، والهبة تصرف حال الحياة. والمشرع قصد الهبة حين أضاف تعبير "أو يتبرعون بها" بعد أن تعرض للوصية، وبالتالي فلا يمكن تفسير عبارة النص إلا على أساس أنها تجيز التبرع بالعين حال الحياة.²

تبدو أهمية هذا الرأي في أنه يتخذ من التفسير السابق أساسا لإباحة عمليات نقل الأعضاء في القانون المصري ففي تقديره أن القانون المذكور يقرر سببا من أسباب الإباحة و يجوز بالتالي القياس عليه، والحكمة التي تجيز القياس هي المصلحة الإنسانية المؤكدة التي تعود على الغير من استبدال العضو التالف بالعضو الصالح، والتضامن الإنساني يفرض على البشر التعاون من أجل مصلحة البشرية فالحكمة من السماح بالتبرع بالعين تتوافر أيضا في حالة التنازل عن إحدى الكليتين أو إحدى الرئتتين.

¹ - أحمد محمود سعد، ، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى، 1986، ص

38.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 313 - 314.

يضيف هذا الرأي أن العين من أهم أجزاء الجسم وإذا كان المشرع قد سمح باستئصالها فإنه يسمح من باب أولى باستئصال الأعضاء الأخرى الأقل أهمية.¹

وتأييداً لهذا المعنى أشار هذا الفقه إلى أن الدستور الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 1962 أجاز في المادة 43 إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان بشرط الحصول على موافقته، و المصلحة في التجارب الطبية احتمالية أما في عمليات نقل الأعضاء فهي مؤكدة ولا مانع من إباحتها بل ويكون ذلك من باب أولى.²

غير أن هناك من يرى أن لفظ التبرع الذي جاء بالفقرة الأولى من المادة الثانية "أو يتبرعون بها" لا يقصد به المعنى الفني للهبة، لأن التبرع ليس تصرفاً وإنما وصف يلحق بالتصرفات القانونية. أما الهبة فتعتبر كالوصية من التصرفات التبرعية التي تتم بدون مقابل، فالقانون المدني لا يعرف إذ تصرفاً محددًا يسمى بالتبرع.³

وإذا كان المشرع قد استخدم في الفقرة الأولى تعبير "أو يتبرعون بها" بعد استخدام تعبير الوصية، فقد أراد بذلك أن يؤكد أن الوصية تكون بدون مقابل، ولكنه أساء التعبير فجاءت صياغته لهذه الفقرة ركيكة تثير الشك والغموض حول حقيقة المقصود بتعبير التبرع مما يسمح معه بالاجتهاد.⁴

ومن ناحية أخرى فإن الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 103 لسنة 1962 تتحدث عن عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبيًا، في حين تتحدث الفقرة الأولى عن عيون الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها، ولو سايرنا منطق الرأي السابق في أن المقصود بالفقرة الأولى الهبة أي التصرف التبرعي حال الحياة لما كان من الضروري أن

¹ - أحمد محمود سعد، المرجع السابق، زرع الأعضاء بين الحظر والاباحة، ص 40-41.
² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 314.
³ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 58.
⁴ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 315.

تضاف أصلا الفقرة الثانية، لأن من يملك التبرع بعين سليمة حال حياته، يملك - من باب أولى - أن يتبرع بعين تقرر استئصالها لعدم صلاحيتها طبيا.¹

هذا بالإضافة إلى أن إباحة التبرع لبنك العيون بعين سليمة أمرًا مخالفًا للنظام العام، لأن العين من أهم أجزاء الجسم، فالقانون رقم 103 لسنة 1962 ينظم حصول البنك على العيون المستأصلة لكي يحافظ عليها ويحتفظ بها مدة معينة لحين استخدامها في الأغراض العلاجية، فلو سايرنا منطق الرأي السابق لكان معنى ذلك إباحة التبرع بعين سليمة لبنك العيون دون أن يحتاج إليها طبيا ، ويترتب على ذلك نتيجة خطيرة وهي فقد الشخص لعينه السليمة التي يتبرع بها لبنك العيون دون وجود مصلحة علاجية أكيدة للغير وهذه النتيجة لا يمكن التسليم بها.²

كما أن اللائحة التنفيذية للقانون رقم 103 لسنة 1962 تلزم الطبيب الذي يستأصل العين أن يحدد سبب الاستئصال أي السبب الطبي للاستئصال ومعنى ذلك أن المشرع لا يجيز التصرف في عيون الأحياء إلا في حالة العين التي يتقرر استئصالها لعدم صلاحيتها طبيا، فالاتفاق على نقل عين من شخص على قيد الحياة إلى شخص مريض يعتبر باطلا لأنه يصيب الجسم بعجز جسيم ودائم.³

وفيما يتعلق بالقياس على نص المادة 43 من الدستور فهو في غير موضعه، فالدستور حينما تعرض للتجارب الطبية إنما وضع لإباحتها شرطا مبدئيا وهو شرط الموافقة ولكن هذا الشرط لا يغني عن ضرورة توافر شروط أخرى لابد من مراعاتها من جهة النظر الطبية والقانونية.⁴

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 64.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص 315-316.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 65.

⁴ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 316.

أخيراً ذهب الرأي السابق إلى أن القانون رقم 103 لسنة 1962 يقرر سبب من أسباب الإباحة التي يجوز القياس عليها، ومن ثم فإن حكمه يمتد إلى جميع حالات التنازل عن الأعضاء البشرية للغير، إلا أن جانباً من الفقه يرى غير ذلك لأنه لا يكفي الاستناد إلى القانون الذي يسمح بزراعة قرونيات العيون لإثبات مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فهذا القانون يمثل استثناءً على الأصل العام وهو عدم جواز التعامل في جسم الإنسان، فلا يجوز القياس عليه، كما أنه لا ينشئ سبب إباحة بل يقرر مجرد مانع مسؤولية.¹

ب/ نقل الأعضاء في التشريع المصري

بتاريخ 5 مارس 2010 أصدر المشرع المصري القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم

زرع الأعضاء البشرية، وقد أباح المشرع المصري بموجب هذا القانون عمليات نقل زرع الأعضاء البشرية من جسم الإنسان الحي على أساس مبادئ وشروط محددة.²

1- المبادئ القانونية لنقل الأعضاء البشرية من جسم إنسان حي

- الغرض العلاجي للزرع:

نصت المادة الثانية فقرة أولى من القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على ما يلي: "لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي قصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته"³.

فحسب هذه المادة فإنه يشترط لإباحة نقل العضو من جسم الإنسان الحي إلى جسم إنسان آخر لابد أن يكون لعلاجه وأن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لعلاجه، كما اشترطت

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 66.

² - من المحاولات التي اهتمت بضرورة إصدار تشريع ينظم عمليات التصرف في جسم الإنسان مشروع قانون استقطاع وزرع الأعضاء جوان 2001 الذي لم ير النور إلا بصدر القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والذي نشر بالجريدة الرسمية العدد 9 مكرر في 6 مارس 2010 وتم العمل به بعد شهر من تاريخ نشره.

³ - المادة الثانية من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

هذه المادة لإباحة نقل الأعضاء بين الأحياء ألا يكون من شأن النقل تعريض حياة المتبرع أو صحته للخطر¹.

- حظر التصرف في الأعضاء والأنسجة والخلايا التناسلية:

نصت المادة الثانية من القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على ما يلي: "يحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب"².

تضمن نص الفقرة حظر نقل وزرع الأعضاء التناسلية كالخصية والمبيض وآلات الإخصاب لدى الرجال والنساء والمسئولة عن إنتاج الحيوانات المنوية والبويضات والتي يترتب على نقلها وزرعها اختلاط الأنساب ، كما تضمن نص الفقرة حظر نقل أي جزء من الأعضاء التناسلية أو الأنسجة و الخلايا التناسلية التي يؤدي نقلها إلى اختلاط الأنساب³.

-حظر نقل الأعضاء البشرية من مصريين إلى أجانب:

تنص المادة الثالثة من القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على ما يلي: "... يحظر الزرع من مصريين إلى أجانب عدا الزوجين إذا كان أحدهما مصرياً والآخر أجنبياً، على أن يكون قد مضى على هذا الزواج ثلاث سنوات على الأقل، ويعقد موثق على النحو المقرر قانوناً لتوثيق عقود الزواج، ويجوز الزرع بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبي فيما بينهم جميعاً، كما يجوز الزرع فيما بين الأجانب من جنسية واحدة بناء على طلب الدولة التي ينتمي إليها المتبرع والمتلقى على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون⁴."

¹ - عبد الله بشري، مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي والشرائع السماوية، دار محمود، القاهرة، 2013، ص 216.

² - المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

³ - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 217.

⁴ - المادة الثالثة من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

حظر المشرع نقل الأعضاء البشرية من إنسان مصري حي إلى إنسان أجنبي، واستثنى من ذلك النقل والزرع ما بين الزوجين إذا كان أحدهما مصرياً والآخر أجنبياً، فأباح النقل في هذه الحالة ولكن بشروط وهي أن يكون قد مضى على الزواج ثلاث سنوات على الأقل وأن يكون الزواج بعقد موثق على النحو المقرر قانوناً لتوثيق عقود الزواج، والعلّة من هذين القيدتين منع حالات التحايل على القانون لصالح الأجنبي، فقد تبرم أجنبية عقد الزواج بمصري وبغرض الحصول على عضو من أعضاء جسده فقط وبعد العملية يحدث الانفصال تحايلاً على القانون، لذلك رأى المشرع أن توثيق عقد الزواج ومرور ثلاثة سنوات أنها كافية لعلاج حالات التحايل على القانون، كذلك أباح المشرع الزرع بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبي فيجوز لهم جميعاً التبرع بعضهم لبعض، أما في حالة الأب المصري والأم الأجنبية فإن الأبناء يكتسبون بقوة القانون الجنسية المصرية، ويكونوا جميعاً مصريين ومن ثم يجوز لهم التصرف دون حاجة إلى النص على ذلك في القانون، أما في حالة كون المتبرع والمتلقي أجنبيان من جنسية واحدة فيجوز لهما التبرع بناءً على طلب الدولة التي ينتمي إليها المتبرع والمتلقي¹.

2- الشروط القانونية لنقل الأعضاء البشرية من جسم إنسان حي -التصرف في الأعضاء البشرية على سبيل التبرع:

نصت المادة الرابعة من القانون رقم 05 لسنة 2010 على ما يلي: "مع مراعاة أحكام المادتين الثانية والثالثة من هذا القانون، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزرعه في جسم إنسان آخر إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المصريين، ويجوز التبرع لغير الأقارب إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع بشرط موافقة اللجنة الخاصة التي تشكل لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة وفقاً للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون."²

¹ - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 234 - 235.

² - المادة الرابعة من قانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وعليه فإن المشرع قد أجاز التصرف في أعضاء جسم الإنسان الحي بشرط أن يكون ذلك على سبيل التبرع، وأن يكون لأحد الأقارب من المصريين، غير أنه يجوز التصرف لغير الأقارب في الحالات الإستعجالية وبشرط الحصول على موافقة اللجنة الخاصة المعدة لهذا الغرض¹.

وتكريسا لهذا المبدأ حظر المشرع المصري التعامل في أعضاء جسم إنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء بمقابل أيا كانت طبيعته حيث نصت المادة السادسة من القانون 05 لسنة 2010 السالف الذكر على ما يلي: "يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته.

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته..."²

- أن يكون رضا المتبرع حرا و متبصرا:

وهذا ما تضمنته المادة الخامسة من القانون 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية حيث نصت على مايلي " في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا، وثابتا بالكتابة وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون..."³

-الالتزام بتبصير المعطي والمتلقي:

¹- عبد الله بشري، المرجع السابق، ص235.

²-المادة السادسة من القانون رقم05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

³-المادة الخامسة من القانون رقم 05 لسنة2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

اشترط المشرع المصري بنص المادة السابعة من القانون 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية ضرورة تبصير كلا من المعطي والمتلقي بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرها حيث نصت على ما يلي: "لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي -إذا كان مدركا- بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة 13 من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرها المحتملة على المدى القريب أو البعيد والحصول على موافقة المتبرع والمتلقي أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني... وتحرر اللجنة محضرا بذلك يوقع عليه المتبرع والمتلقي ما لم يكن غائبا عن الوعي أو الإدراك أو نائبه أو ممثله القانوني".¹

-ضرورة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في المنشآت الطبية المرخص لها قانونا:

وهذا ما نصت عليه المادة 12 من القانون رقم 05 لسنة 2010 السالف الذكر حيث نصت على ما يلي: "يصدر الترخيص للمنشأة بمزاولة عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين في شأن ما تم إجراؤه من عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة ومدى الالتزام لمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن وما يجب أن يتسم به تنظيم عمليات التبرع والزرع من شفافية، فإذا أثبت توافر الالتزام بالاشتراطات والمعايير المشار إليها يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات...".²

هذه أهم المبادئ و الشروط الذي جاء بها القانون رقم 05 لسنة 2010. وبهذا القانون فإن المشرع المصري أباح عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء وحسم الخلافات الفقهية بشأن مشروعيتها ولو كان متأخرا.

¹ -المادة السابعة من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

² -المادة 12 من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

الفرع الثاني

نقل الأعضاء البشرية في القانون الجزائري

أباح المشرع الجزائري عمليات نقل الأعضاء بموجب القانون 85-05 المؤرخ في 16 أبريل 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها¹ وبالتحديد في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان الأخلاقيات الطبية من المواد 161-168/1 من قانون حماية الصحة وترقيتها.²

تطرق لنقل الأعضاء بين الأحياء في المواد 161-162-163-167 الفقرة الأولى و الثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها، يستخلص من نصوص هذه المواد أنها أباحت نقل الأعضاء بين الأحياء ولكن بشروط أهمها: أن يكون زرع الأعضاء لقصد العلاج، انعدام المقابل المالي، عدم تعريض عملية النقل المتنازل للخطر، التزام الطبيب بإعلام المريض بمخاطر العملية، إجراء عملية الزرع في المستشفيات المرخص لها من قبل وزير الصحة، رضا المتنازل، و سنأتي على التفصيل في هذه الشروط لاحقا.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم الخلاف القائم بين فقهاء القانون حول شرعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء وهذا يعد تقدم تشريعي في الجزائر على بقية التشريعات العربية الأخرى.

1- القانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق ل 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، العدد الثامن، السنة 22.

²- ولتنفيذ هذا القانون أصدر المشرع الجزائري مجموعة من المراسيم التنفيذية والقرارات كالتالي:

- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق ل 06 جويلية 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجريدة الرسمية، العدد 52، السنة 29.

- المرسوم التنفيذي رقم 96-122 المؤرخ في 18 ذوالقعدة 1416 الموافق ل 06 أبريل 1996 يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة تنظيمه وعمله. الجريدة الرسمية العدد 22، السنة 33.

- القرار الوزاري صادر بتاريخ 02 أكتوبر 2002 يتضمن الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بانتزاع وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية.

الفرع الثالث موقف الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مشروعية نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، فمنهم من يجيز هذه العمليات ومنهم من لا يجيزها ولكلا الاتجاهين حججه وأدلته.

أولاً- الاتجاه القائل بعدم مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

يرى هؤلاء الفقهاء بأنه لا يجوز قطع جزء من الآدمي لآخر ولو في حالة الضرورة، و استدلوا بأدلة من القرآن والسنة.

أ/الأدلة المستمدة من القرآن الكريم

وَقَوْلَهُ تَعَالَى بَأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ¹.

وهذه الآية تدل على تحريم إلقاء النفس في مضان التهلكة بتلف، أو إضعاف من غير مصلحة مقصودة شرعا غير موجودة، ونزع جزء من بدن الحي لزرعه في غيره قد يؤدي إلى إتلاف المتبرع أو إضعافه لا محالة ولو في المستقبل البعيد.²

- وَيَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى لَوْلَا جَلُّ فَلْيُضَاكُمُ³ " إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا³ .

ووجه الدلالة أن الله قد نهى عن قتل النفس، وبتر العضو منها لغير مصلحتها قد يؤول إلى قتلها.⁴

¹ - سورة البقرة، الآية 195.

² - سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 95.

³ - سورة النساء، الآية 29.

⁴ - سمير عايد الديات، المرجع السابق، ص 95.

- وقوله تعالى: "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص".¹ وقوله أيضاً "لِذَلِكَ كَتَبْنَا لِي بَنِي

فَسَادًا بَغَائِدًا تَرَفِينِ آيَاتِهِ فَسَادَ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أُدْيَاهُمْ أَفْكَأَنَّمَا أُدْيَا الدَّاسِ جَمِيعًا".²

ودلالاتها أن الآيتين الكريمتين أعطت لجوارح الإنسان من الحرمة ما أعطته لنفسه فكما لا يجوز المساس بحرمة النفس لا يجوز المساس بأي عضو من أعضائها.³

وَوَقَفَهُ تَعْلَى. "مَنْ ذَا بَنِي آدَمَ".⁴

وهو ما يدل على تكريم الله عز وجل للإنسان مما يستوجب عليه المحافظة على جسمه على النحو الذي أمر به الشرع، وعليه فإن نقل الأعضاء يتنافى مع هذا التكريم، إذ لا يجوز تحويل أعضاء الإنسان الذي كرمه الله عز وجل إلى سلعة تباع وتشتري كما يقع في الكثير من البلدان.⁵

- قوله تعالى: "نَنْبُذُكُمْ فِي الْأَرْضِ بِأَعْيُنِنَا ذُرِّيَّتَكَ وَإِن لِّلْعُقُوبِ لِيَوْمَئِذٍ".⁶

ففي رأي هؤلاء الفقهاء أن في نقل الأعضاء تبديل لنعمة الله لأن المتبرع بالعضو يتنازل عن نعمة التمتع بالعضو الذي منحه الله إياه، وقد توعد الله عز وجل جلالة من يبذل نعمته بالعقاب الشديد، ولا يكون ذلك إلا إذا كان الفعل محرماً.⁷

- قوله **أَتَعْلَى تَرِيَهُ هُ** لُونِ أَدَانِي بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ".⁸

¹ - سورة المائدة، الآية 45.

² - سورة المائدة، الآية 32.

³ - سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 95.

⁴ - سورة الإسراء، الآية 70.

⁵ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 369.

⁶ - سورة البقرة، الآية 211.

⁷ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 370.

⁸ - سورة البقرة، الآية 61.

حيث أن التبرع بالأعضاء هو استبدال للذي هو أدنى بالذي هو خير، واختيار لما هو دون الأكمل والأأنفع، وإذا كان الله عز وجل قد عاتب بني اسرائيل على تبديل وقع منهم في أمور مباحة فمن باب أولى عدم إجازة التبديل بنزع الأعضاء الذي ينقل صاحبه من الكمال إلى النقص.¹

- وقوله جل جلاله: "ثم لتسألن يومئذ عن النعيم".²

وقيل أن النعيم هو الأمن والصحة والعافية، وهذه النعم مما يسأل الإنسان عن شكرها يوم القيامة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن أول ما يحاسب العبد عنه يوم القيامة من النعيم فيقول له: ألم نصح لك جسديك؟" فصحة الإنسان وعافيته من نعم الله التي تستوجب الشكر لا الكفر والمحافظة لا التضییع بالتبرع أو البيع.³

ب / الأدلة المستمدة من السنة النبوية

من الأحاديث النبوية الشريفة التي استند إليها هذا الاتجاه في عدم إباحة نقل وزرع الأعضاء مايلي:

- ما رواه البخاري في صحيحه بسند عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يا عبد الله ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار قلت بلى يا رسول الله. قال فإنك إن فعلت ذلك هجمت عينك ونفخت نفسك، وإن لنفسك حقا، ولأهلك حقا فصم و أفطر، وقم و نم".⁴

وهو ما يفيد وجوب الاعتناء بالجسد والعمل على راحته وإعطائه ما يحتاجه من ضرورات الحياة ليكون صاحبه أقدر على عبادة ربه، فإذا أهمله صاحبه و اعتدى عليه كما في حالة التبرع بالأعضاء فإن من شأن ذلك أن يضعفه عن أداء واجباته

¹ -مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 370.

² - سورة التكاثر، الآية 08.

³ - سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 94.

⁴ - صحيح البخاري، الجزء الثالث، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1970، ص 178.

نحو نفسه وأسرته، لذلك شدد العلماء على حرمة الجسم البشري بمنع التدخلات الماسة بسلامته إلا ما كان منها لغرض علاجي.¹

- ما رواه أبو داود بسنده إلى عمرة بنت عبد الرحمان عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "كسر عظم الميت ككسره حيا".²
- ووجه الدلالة من هدف هذا الحديث أن حرمة الإنسان قائمة سواء كان حيا أو ميتا ومن ثم فإن سماح الشخص لنفسه بأن يفتطح الطبيب جزءا منه لغيره فيه اعتداء على هذه الحرمة وانتهاك للكرامة التي خص الله بها بني آدم.³
- ما رواه ابن العباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".⁴

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن قطع العضو من شخص سليم للتبرع به لآخر مريض فيه إضرار محقق بالشخص المقطوع منه، وشرط إزالة الإضرار ألا يكون بأضرار أخرى والضرر محرم شرعا، وهو أمر لا يقره الشرع ولا العقل، لأنه لا يجوز للشخص أن يتلف نفسه لإبقاء غيره، والإنسان ليس مكلفا بمشقة زائدة على ما كلفه الله به.⁵

- ما رواه البخاري بسنده إلى ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذ رضي الله عنه إلى اليمن قال: "لأنك تقدم على قوم من أهل الكتاب، فليكن أول ما تدعوهم إليه عبادة الله، فإذا عرفوا الله، فأخبرهم أن الله فرض عليهم خمس صلوات في يومهم وليلتهم، فإذا فعلوا الصلاة، فأخبرهم أن الله فرض

¹ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 373.

³ - الإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السحستاني، سنن أبو داود، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1983، ص 212.

³ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 373-374.

⁴ - نيل الأوطار، الشوكاني، الجزء الخامس، ص 385.

⁵ - محمود السيد عبد المعطي خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، جامعة حلوان، كلية الحقوق، ص 21.

عليهم زكاة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم، فإذا أطاعوا فخذ منهم، وتوقى كرائم أموال الناس".¹

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الشريعة الإسلامية قد صانت كرائم أموال الناس في تشريع الزكاة، أفلا تصون حرمة الإنسان الذي استخلفه الله وعلبه مسيطراً على كل الأشياء.²

- ما رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من قتل نفسه بحديدة، فحديدته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبداً، ومن قتل نفسه بسهم، فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبداً، ومن تردى من جبل فقتل نفسه، فهو يتردى في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبداً".³

وهذا يعني أن الرسول صلى الله عليه وسلم أُنذر من ينتحر بحرمانه من رحمة الله واستحقاقه غضبه لأنه لا يملك نفسه إنما هي أمانة من عند الله والإنسان الذي لا يملك ذاته لا يملك أجزاء هذه الذات، ولا يملك التبرع بها، لأن التبرع بالشيء نزع للملكية له، فتبرعه يقع باطلاً أو موقوفاً حتى يأذن به المالك، والمالك هو الله تعالى، ولم يأذن بذلك التصرف بأمر بالمحافظة على الجسد والعناية به.⁴

- ما رواه جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل: "ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلاهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا".⁵

¹ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء الثالث، رقم 1458، ص 377-378. يقصد بكرائم أموال الناس ما يملكه الفرد من حلي ذهبية أو أحجار كريمة وتكون لها مكانة خاصة في قلب صاحبها كالقلائد أو الأفراس النسوية وما شابهها.

² - محمود خيال، المرجع السابق، ص 21.

³ - صحيح مسلم، الجزء الأول، ص 103 - 104.

⁴ - محمود خيال، المرجع السابق، ص 20.

⁵ - صحيح مسلم، الجزء الثالث، ص 136 - 137.

ومعنى هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم وضع أساس الترتيب في النفقة، فأرشد إلى أن يبدأ الإنسان بنفسه، ثم زوجه و أولاده ثم قرابته فلا يجب أن يؤثر أحدًا على نفسه وبناءً عليه يجب ألا يتلف الشخص نفسه لإحياء غيره.¹

هذه بعض الأدلة التي استند إليها أنصار هذا الرأي للقول بعدم إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية، إلا أن الرأي الراجح يبيح نقل وزرع الأعضاء البشرية.

ثانيا- الاتجاه القائل بمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

إتجه الرأي الغالب في الفقه المعاصر إلى جواز التبرع بأجزاء من جسم الإنسان لإنقاذ حياة أو صحة إنسان آخر ، وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى أدلة عديدة من القرآن الكريم والسنة النبوية.

أ/الأدلة المستمدة من القرآن الكريم

- قوله تعالى: "نَأْجِدْ لِمَا كَفَرْنَا بِهِ نَدْمًا عَلَيْهِ لَأَيْدِيَنَا إِلَيْهَا نَخْتَلِفُ فِيهَا بِلَاغٍ مُّبِينٍ فَسَوِّءَ مَا قَدَّمْتُمْ لِأَنفُسِكُمْ بِإِذْنِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ وَاسِعٌ عَلِيمٌ"²

ومعنى هذا أن إحياء النفس يكون بحفظها من هلاك أشرفت عليه، سواء بنهي قاتلها عن قتلها أو إنقاذها من سائر أسباب الهلاك ومنها المرض الميئوس من شفائه، ولا يكون ذلك إلا بنقل عضو مما يحفظ لها الحياة.³

- وقوله أيضا: "يُدَالِلُ بِكَلِمَةٍ سَدْرٍ يُولَا بِكَلِمَةٍ سَدْرٍ"⁴

يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُؤَلِّخَ عَوْفُوجَلَعًا ذُكْمًا وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا"⁵

¹ - محمود خيال، المرجع السابق، ص 23.

² - سورة المائدة، الآية 32.

³ - محمود خيال، المرجع السابق، ص 29.

⁴ - سورة البقرة، الآية 185.

⁵ - سورة النساء، الآية 28.

- وقوله أيضا: "مَجَّاهَ لَيْكُمُ فِي الدِّينِ رَجٍ"¹.

ومعنى هذا أن مقصود الشارع التيسير على العباد لا التعسير عليهم، ورفع الحرج عنهم وفي إجازة نقل الأعضاء الأدمية تيسير على العباد ورحمة بالمصابين وتخفيف الألم، وهو موافق لمقصود الشرع، بخلاف تحريم النقل فيه حرج ومشقة، الأمر الذي يتنافى مع ما دلت عليه هذه النصوص الشرعية.²

- وقوله تعالى: "فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه"³.

- وقوله أيضا: "فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم"⁴.

- وقوله أيضا: "وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"⁵.

وتشير هذه الآيات إلى قاعدة كلية مفادها أن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها فإذا كان الشارع قد أباح أكل المحرمات في حالات الاضطرار فإنه يكون بذلك قد أباح العلاج بها، فضرورة العلاج كضرورة الغذاء تبيح المحظورات.⁶

- وقوله تعالى: "ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة"⁷.

ومعنى هذا أن التبرع بالأعضاء نوع من إيثار الغير على النفس ، بل أنه ذروة الإيثار الذي إمتدحه الله في القرآن الكريم، فالإسلام يحث على أن يؤثر الشخص أخاه المسلم على نفسه، أو أن يبذل الكثير من أجل الغير.⁸

¹ - سورة الحج، الآية 78.

² - محمود خيال: المرجع السابق، ص 29.

³ - سورة البقرة، الآية 173.

⁴ - سورة الأنعام، الآية 145.

⁵ - سورة الأنعام، الآية 119.

⁶ - أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية ، 1987، ص 119.

⁷ - الحشر، الآية 09.

⁸ - محمود خيال، المرجع السابق، ص 30.

ب /الأدلة المستمدة من السنة النبوية

أما أدلتهم من السنة فقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: "المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً"¹، وقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج على مسلم كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه بها كربة من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة"²، كما ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "خير الناس أنفعهم للناس"³، وقوله أيضاً: "من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل"⁴.

كما استدل المجيزون لنقل الأعضاء بما فهموه من عموم قواعد الشريعة مثل الضرورات تبيح المحظورات، الضرر يزال، المشقة تجلب التيسير، تحقيق أعلى المصلحتين، ارتكاب أخف الضررين، وإذا تعارضت مفسدتان تدرأ أعظمها ضرراً بارتكابأخفهما ضرراً⁵.

المطلب الثاني

شروط مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

وضعت مختلف التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مجموعة من الضوابط لإباحة هذه العمليات فيما بين الأحياء منها رضا المتنازل (الفرع الأول) رضا المريض (الفرع الثاني) ، قصد العلاج ،انتفاء المقابل المالي ،عدم تعريض حياة المتنازل

¹-رواه الترمذي في سننه، الجزء الرابع ، ص 325.

²- صحيح مسلم، الجزء الرابع، ص 1996.

³- صحيح مسلم، الجزء الرابع، ص 1726 .

⁴- صحيح مسلم، الجزء الرابع، ص 1726.

⁵- سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 98.

للخطر، حفظ العضو المنقول ، توافق أنسجة المتبرع والمستقبل للعضو، إجراء العمليات في المستشفيات المرخص لها قانونا (الفرع الثالث).

الفرع الأول رضا المتنازل

يجب على الطبيب في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الحصول على رضا المتنازل فرضاؤه شرط أساسي لإباحة هذه العمليات وسنتناول هذا الشرط من حيث كيفية التعبير عنه (أولا)، المحل الذي يرد عليه (ثانيا)، مميزاته (ثالثا) وجواز العدول عنه (رابعا).

أولا- شكل الرضا

أجمعت التشريعات القانونية المقارنة على ضرورة أن يكون رضالمتنازل كتابة نظرًا لما تنطوي عليه هذه العمليات من خطورة.

والمشروع الجزائري ساير هذه التشريعات فنص في المادة 162 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: "... وتشتتر الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة."¹

يتضح من هذه الفقرة أن المشروع الجزائري اشترط على من يتنازل عن عضو من أعضائه أن تتم موافقته في شكل كتابي وأراد المشروع بهذا النص أن ينبه المتنازل إلى خطورة التصرف الذي سيقدم عليه.² كما أن هذا الشرط يعطي للمتنازل الوقت الكافي للتعبير عن رضائه بعد تفكير و تروي بما يكفل حمايته من التعرض لأي ضغط أو إكراه.³

¹ - المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 108.

³ - محمود خيال، المرجع السابق، ص 105.

لم يكتف المشرع الجزائري بالشكل الكتابي للرضا بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث اشترط أن يكون التعبير عن الرضا بحضور شاهدين، وهذه ضمانات أخرى للمتنازل توفر له المزيد من الحماية حيث أن الشخص بمفرده يمكن أن يتأثر وينساق وراء أهوائه ويتسرع في اتخاذ القرار ولكن إذا وجد معه الغير فإنه يحاول أن يبدو بمظهر العاقل المدرك لما يفعل، ومن ثم فللشاهدين في نظر المشرع دور كبير في تبصير المتنازل، كما أن المشرع اشترط أن تودع هذه الموافقة الكتابية لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، وهذه ضمانات أخرى للمتنازل حتى إذا ما أراد أن يعدل رضائه فله ذلك.¹

وليس التشريع الجزائري فحسب الذي اشترط الموافقة الكتابية بل أن معظم التشريعات التي تناولت هذا الموضوع اشترطتها.

فقد اشترط المشرع المصري في القانون رقم 103 لسنة 1962 والخاص بينك العيون على ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتنازليين وهم كاملو الأهلية، وإذا كان المتنازل قاصرًا أو ناقص الأهلية فيلزم الحصول على إقرار كتابي من وليه.²

فتحرير الرضا كتابة في هذه الحالات من شأنه أن يضمن سلامة رضا المتنازل، كما يحمي الطبيب الجراح الذي يجري عملية الإستئصال ويجنبه المسؤولية الجنائية والمدنية.³

ثانيا- محل الرضا

ويقصد بمحل الرضا بيان العضو الذي يرد عليه التنازل، فقد اختلفت التشريعات في هذا الصدد، فمنها من اقتصر على تنظيم عمليات استئصال الكلى ونقلها باعتبارها قد تخطت مرحلة التجربة وحققت نتائج ملموسة بالمقارنة بغيرها من عمليات نقل الأعضاء بفضل السيطرة على ظاهرة لفظ الأجسام الغريبة منها وإحراز تقدم ملموس أيضا في مجال توافق

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 108-109.

² - المادة الثالثة من القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 71.

الأنسجة بين المتنازل عن الكلية ومتلقيها، ومن هذه التشريعات القانون الكويتي رقم 07 لسنة 1983 و القانون الإيطالي الصادر في 26 جوان 1967.¹

في حين ذهبت بعض التشريعات إلى إباحة التنازل عن الأعضاء المزدوجة التي لا يؤثر استئصال إحداها إلى إلحاق أضرار جسيمة بالمتنازل بحيث يقوم العضو الثاني بنفس الإداء الذي يقوم به العضو المنزوع، والأعضاء المزدوجة في جسم الإنسان والتي يمكن أن تكون محلا للتنازل حددها الأطباء بالأعضاء الآتية: الكلية، الرئة، قرنية العين، وبعض الجينات، ومن هذه التشريعات التشريع البرازيلي رقم 5/479 الصادر في 10-08-1968 المادة 10، القانون الأرجنتيني رقم 21541 لسنة 1977 المادة 12.²

وهناك بعض التشريعات التي وردت بصيغة عامة ولم تحدد أعضاء بذاتها لكي تكون محلا للاستقطاع، ومع ذلك أوردت بعض القيود الخاصة التي تقتضي ضرورة المحافظة على حياة المتنازل وعدم تعريضه لأي خطر جسيم، ومن أمثلة هذه التشريعات القانون الفرنسي³ والقانون الجزائري .

ثالثا-خصائص الرضا

لكي يكون رضا المتنازل صحيحا ومنتجا لآثاره يجب أن تتوافر فيه خصائص معينة وهي أن يكون الرضا متبصرًا وحرًا أو صادرًا عن ذي أهلية.

أ/أيكون الرضا متبصرًا

نصت المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي:

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 325.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 112.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 326.

"ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقة إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتراع....." ¹.

يتضح من هذه الفقرة أنه يجب على الطبيب تبصير المتنازل تبصيرا كاملا وشاملا بجميع المخاطر والنتائج المحتملة والممكنة المترتبة على عملية الاستقطاع الحالة منها والمستقبلية ².

فالالتزام بتبصير المتنازل لا يقتصر فقط على المخاطر الطبية التي قد تترتب على عملية الاستئصال، وإنما يشمل أيضا النواحي الاجتماعية والاقتصادية التي تترتب على هذا الاستئصال، وعلى ذلك فيجب على الطبيب الجراح أن يحيط المتنازل علما بما قد ينجم على استئصال عضو منه من عدم قدرته على ممارسة عمل معين ³.

وإذا كان الطبيب الجراح لا يلتزم بإطلاع المريض على جميع المخاطر التي تترتب على العملية الجراحية التي تجرى له مراعاة لحالته النفسية، فإن الوضع يختلف بالنسبة للمتنازل لأن إطلاعهم على الحقيقة الكاملة بجميع المخاطر التي سيتعرض لها من العملية لن يؤثر على حالته النفسية لأنه ليس بمريض، فالعملية ليست لمصلحته وإنما لمصلحة شخص آخر ⁴.

والالتزام بالتبصير الذي يقع على عاتق الطبيب فضلا عن أن يكون كاملا وشاملا، يجب أن يكون بسيطا مفهوما وأمينا ⁵.

ولكن يثور التساؤل عما إذا كان إخطار المتنازل بحالة المريض الصحية واحتمالات نجاح عملية زرع العضو بالنسبة له يعتبر من قبيل إفشاء سر المهنة الطبية المعاقب عليه؟

¹ - المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها.

² - محمود خيال، المرجع السابق، ص 106.

³ - محمود خيال، المرجع السابق، ص 106-107.

⁴ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 73-74.

⁵ - محمود خيال، المرجع السابق، ص 107.

ذهب البعض إلى تطبيق القواعد العامة في إفشاء سر المهنة، فالطبيب الذي يفشي للمتنازل بعض ما يعرفه - بحكم مهنته - عن حالة المريض يكون قد ارتكب جريمة إفشاء سر المهنة الطبية ويخضع تحت طائلة العقاب.¹

و الواقع أنه وإن كانت المحافظة على سر المهنة واجب مفروض على الأطباء في مجال الأعمال الطبية والجراحية التقليدية، إلا أن أغلب الفقهاء يرون بأنه لا يعتبر من قبيل إفشاء سر المهنة الطبية قيام الطبيب الجراح - في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية - بإطلاع المتنازل على الحالة الصحية للمريض و احتمالات نجاح عملية زرع عضو له، ذلك لأن المتنازل طرف ثالث في هذه العملية، فمن حقه أن يعرف حالة المريض الصحية الذي سيتنازل عن عضو من جسده لإنقاذ حياته من الموت.²

ب/ أن يكون الرضطر^أ

يشترط لصحة رضا المتنازل اتصال عضو من جسمه أن يكون حر^أ أي صادر^أ عن شخص يتمتع بقدرات عقلية ونفسية سليمة قادرا على أن يكون رأيا صحيحا عن موضوع الرضا، فأى إكراه أو ضغط نفسي يخضع له المتنازل من شأنه أن يعيب رضائه.³

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 120-121.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 75.

³ - Nathalie Nefussy-Ieroy , organes humains prélèvements ,dons transplantations ,édition eska,1999,p125.

وحتى يعبر المتنازل عن رضائه الحر أوجبت بعض التشريعات ضرورة إخضاعه لفحص طبي شامل من الناحيتين البدنية و النفسية للتأكد من عدم وجود ضغوط تعيب إرادته ، وأن حالته النفسية و العقلية سليمة تماما عند تنازله عن عضو من أعضائه.¹

وإذا كان المتنازل من أقارب المريض، فيجب التأكد من عدم خضوعه لضغوطات عائلية لذا يفضل إعطاء المتنازل وقتا كافيا للتفكير مع تبصيره بكافة النتائج الناجمة عن استئصال عضو من جسده، كما يجب إخطار عائلته بنتائج الضغوط التي تمارسها عليه.²

و يثور التساؤل حول الأخذ بالرضا الصادر من المحبوس أو المحكوم عليه بالإعدام باستئصال جزء من جسمه رغبة منه في تخفيض عقوبته؟

أعرب البروفيسور R.P.Riquet في المؤتمر الخاص بحياد الطب الذي عقد في روما في شهر أبريل 1968 عن خشيته من أنه لو سمح للسجين باستقطاع عضو من أعضائه فإن بعض الجهات التي يتبعها هذا السجين ستقوم بإنشاء بنوك للأعضاء البشرية.³

وفي هذه الحالة لا يعتد بالرضا الصادر عن السجين لأنه وإن كان يتمتع قانونا بالإرادة الحرة، إلا أنه لا يملك الأهلية الكاملة، فالسجن يعد في حد ذاته سببا في نقصان إرادة السجين الحرة، كما أن الحالة النفسية التي تصاحبه داخل السجن من شأنها أن تعيب إرادته، ومن ثم فلا يملك حرية التصرف في جسمه.⁴

¹ - محمود خيال، المرجع السابق، ص 106.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 76 .

³ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 125.

⁴ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 77.

ج/ أهلية المتنازل

حتى يكون الرضا صحيحا يجب أن يكون صادرا عن شخص كامل الأهلية أي أن يكون بالغ سن الرشد ومتمتعا بقواه العقلية.¹

ويطرح التساؤل حول مدى الاعتداد برضا القاصر ؟

اختلفت التشريعات الخاصة بتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بشأن مدى إمكانية خضوع القاصر لعمليات الاستئصال بين رافض ومؤيد بشروط.

1- عدم جواز إخضاع جسم القاصر لأي عملية استقطاع

يرى هذا الاتجاه بأنه لا يجوز بأي حال من الأحوال قبول رضا القاصر بشأن التنازل عن جزء من جسده، ويستند هذا الرأي إلى حجة مؤداها أنه إذ كانت التصرفات المالية للصبي المميز يعترف بصحتها متى كانت نافعة نفعا محضا وتكون باطلة متى كانت ضارة ضررا محضا، فما هو الحال بالنسبة لتنازل القاصر عن جزء من جسده لا يترتب عليه أي مصلحة بل بالعكس يمكن أن يعرضه مثل هذا التصرف لمخاطر جسيمة قد تؤثر على حياته أو صحته، كما أنه لا يجوز أن يعتد في مثل هذه الحالات برضا ممثله الشرعي ففكره النيابة القانونية للولي تقوم على أساس مراعاة مصلحة القاصر واستئصال جزء من جسم القاصر لا ينطوي على أدنى منفعة له ومن ثم يخرج تماما عن حدود هذه الولاية، كما تظل هذه الحجة صحيحة ولو كان المنتفع بالتنازل أختا أو أختا للقاصر، فمن الصعب تصور أن يمارس أحد الوالدين سلطته لحماية أحد أبنائه على حساب صحة ابن آخر له.²

¹ - تنص المادة 40 من القانون المدني على مايلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد 19 سنة كاملة". لم يحدد قانون حماية الصحة وترقيتها سن الرشد بالنسبة لزراعة الأعضاء بخلاف بعض التشريعات التي حددت سن الرشد في مجال زراعة الأعضاء البشرية 18 سنة بنصوص خاصة مثل القانون الفرنسي، اللبناني، الكويتي.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 328.

ويأخذ بهذا الاتجاه العديد من القوانين منها القانون الكويتي حيث نصت المادة الثالثة من القانون رقم 7 لسنة 1983 المنظم لعمليات زراعة الكلى للمرضى على مايلي .." وفي جميع الأحوال يشترط ألا يقل سن المتبرع أو الموصى عن ثماني عشرة سنة ميلادية"¹ وأوجب القانون اللبناني في المادة الأولى من المرسوم الاشتراكي رقم 83/109 أن يكون الواهب أتم 18 سنة.²

2-امكانية إخضاع القاصر لعملية الاستقطاع بشروط.

ينادي هذا الاتجاه بضرورة الاعتراف للقاصر المدرك بأهلية مدنية أكثر اتساعا من تلك الممنوحة له في إطار القانون بصفة عامة، فأصبح القصر في العصر الحديث يتحملون الكثير من المسؤوليات وغدت ملكاتهم وقدراتهم على التمييز متقدمة بالنظر لأساليب الحياة الحديثة المتطورة.³

وقد أخذ بهذا الاتجاه بعض القوانين منها القانون الفرنسي حيث نص في القانون رقم 654-94 المؤرخ في 29 جويلية 1994 والمتعلق بمتبرع وباستعمال عناصر و منتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة على ضمانات معينة لإمكان استئصال عضو من جسد القاصر وهذه الضمانات هي:

- تتنازل المعطي القاصر عن جزء من جسمه لا يكون إلا لعلاج شقيقه أو شقيقته.
- توافر رضا الممثل القانوني للقاصر، على أن يكون هذا الرضا مكتوبا وموقعا عليه منه ومن شاهد يعينه لذلك.
- تشكل لجنة من الخبراء تؤلف من ثلاثة أعضاء معينين لمدة ثلاث سنوات بموجب قرار من وزير الصحة، تتكون اللجنة من طبيبين أحدهما مختص في طب الأطفال وعضو ثالث لا ينتمي لسلك الأطباء.
- قرار اللجنة غير قابل للطعن.

¹ - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 213.

² - سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 144.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 330.

- تسمع هذه اللجنة للقاصر إذا كان قادرا على التعبير عن نفسه ومدركا النتائج المترتبة على عملية الاستئصال.
- إذا كان القاصر مميزا واقترب سنه من سن الرشد وهي في القانون الفرنسي ثمانية عشر سنة فإنه يعتد بالرضا الصادر منه وحده، ولا يكون رضا الممثل القانوني إلا على سبيل الاحتياط.¹

كما أجاز القانون المدني الكندي لمقاطعة كيبيك للصبي المميز إمكانية قبوله للتنازل عن جزء من جسده بغرض نقله لشخص آخر وذلك بشروط منها موافقة الممثل الشرعي والحصول على إذن من قاض المحكمة التابع لها محل إقامة الصبي المميز وألا يترتب على عملية الاستئصال إلحاق ضرر جسيم بصحته.²

3- موقف القانون الجزائري

تنص المادة 163 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر....."³.

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه الأول الذي يمنع خضوع القاصر لعمليات استئصال الأعضاء من جسمه، ولا يعتد بالرضا الصادر منه ولا ممن يمثله قانونا.

والملاحظ أن إتباع المشرع للاتجاه الأول يكون قد اختار الاتجاه الملائم لأن القاصر ليس لديه الملكات الذهنية الكاملة لإدراك عواقب ما هو مقبل عليه، كما أن القاصر يكون سريع الانفعال والتأثير فيكون رضائه في هذه الحالة معيبا.

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 80-81.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص 332.

³ - المادة 163 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

كما استبعد المشرع الجزائري الولي والوصي والقيم من مجال تمثيل القاصر في مثل هذه التصرفات ومرد ذلك اعتبار التعامل بجسم القاصر خارجا عن دائرة المعاملات المالية.¹

وكان الأجدر بالمشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي أن يورد استثناء على هذا الأصل يتعلق بجواز إخضاع القاصر لعمليات الاستقطاع إذا تعلق الأمر بالنخاع الشوكي وأن يحدد الضوابط القانونية اللازمة لمثل هذه العمليات كاشتراط رابطة الأخوة بين المتنازل والمستفيد، تحديد سن معين للمتنازل وكذا الحصول على الموافقة الكتابية أمام جهة مختصة.²

وإلى جانب استبعاد القاصر من عمليات نقل الأعضاء نص المشرع في نفس الفقرة من المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها على فئة أخرى بقوله: "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز...."³.

لم يستبعد المشرع الجزائري القصر من عمليات استقطاع الأعضاء فحسب وإنما استبعد أيضا الأشخاص الراشدين والمحرومين من قدرة التمييز.

والملاحظ أن المشرع لم يحدد لنا من هم الأشخاص الراشدون المحرومون من قدرة التمييز. وبالرجوع إلى القانون المدني نجد المادة 42 تنص على مايلي: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر السن أو عته أو جنون"

كما نجد المادة 43 من نفس القانون تنص على مايلي: "...كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقره القانون".

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 161.

² - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 576.

³ - المادة 163 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

وبالتالي إذا كان المتنازل بالغاً لسن الرشد وكان لا يقدر الأمور تقديراً سليماً كالمجنون أو المعنوه أو السفیه أو ذا الغفلة فإنه يمنع استقطاع الأعضاء منه.

رابعاً- العدول عن الرضا

أشارت غالبية التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزراع الأعضاء البشرية إلى حرية المتنازل في العدول عن رضائه في أي وقت قبل القيام بإجراء عملية الاستئصال، ودون أدنى مسؤولية ولو أدبية نحو المريض وأهله.¹

هذا ما تضمنته المادة 162 الفقرة الثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها : "..... ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة".²

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أعطى للمتنازل الحق أن يعدل عن رضائه، وحق العدول عن الرضا هو من الحقوق المتعلقة بالنظام العام لتعلقه بالكرامة الإنسانية، فكرامة الإنسان تقتضي عدم جواز إجبار الشخص على الموافقة على استقطاع جزء من جسمه، ولصاحب هذا الحق أن يمارسه في أي وقت قبل إجراء العملية الجراحية، فلا يجوز طلب استرجاع العضو بعد زرعه لدى المستقبل.³

إدراكاً لأهمية الرضا في عمليات نقل الأعضاء إشتترطت بعض التشريعات أن تمضي فترة زمنية لا تقل عن أربع وعشرين ساعة بين توقيع وثيقة التنازل ومباشرة عملية الاستقطاع، ويكون للمتنازل حرية العدول في أي لحظة قبل إجراء العملية.⁴

¹ - محمود خيال، المرجع السابق، ص 111.

² - المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 594.

⁴ - المادة الرابعة من المرسوم الملكي الإسباني أشار إليها محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 327.

متى كان العدول جائزا فإن المتنازل لا يلتزم بدفع تعويض جراء العدول، وإنما يلتزم بدفع المصاريف الفعلية التي تكلفها المتلقي نتيجة العدول.¹

الفرع الثاني

رضا المريض

من المبادئ المستقرة في الأعمال الطبية التقليدية ضرورة الحصول على رضا المريض بمباشرة العلاج على جسمه، وفي مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية فإن الحصول على هذا الرضا يعد أمراً ضرورياً لما تتطوي عليه هذه العمليات من مخاطر وهو ما سنتطرق له (أولاً) لننتقل إلى البحث في شكل رضا المريض (ثانياً) ثم خصائص هذا الرضا (ثالثاً).

أولاً - ضرورة الحصول على رضا المريض

إذا كان رضا المريض يعد التزاماً تفرضه القواعد العامة في القانون الطبي، فإن الحصول على هذا الرضا يعد أمراً ضرورياً لا غنى عنه في مجال زرع الأعضاء البشرية، لأن عملية الزرع تعتبر من العمليات الجراحية الخطيرة لما تتطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلاً، وعلى ذلك فليس صحيحاً القول بأن مجرد دخول المريض المستشفى يعد رضا مقدماً بكل أنواع العلاج أو التدخل الجراحي التي يراها الطبيب لازمة لحالته الصحية.²

وقد تناول المشرع الجزائري هذا الالتزام بموجب المادة 166 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها حيث تنص على مايلي: "لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، ويعد أن يعرب المستقبل عن رضاه...".³

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 116.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 98-99.

³ - المادة 166 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

فطبقاً لهذه المادة يشترط لإجراء عملية زرع الأعضاء البشرية رضا المريض، فالجراح الذي يجري هذه العملية دون الحصول على رضا المريض أو رضا من يمثله قانوناً يسأل، لأن المريض إنسان حر له حق في سلامة جسمه لا يجوز المساس به إلا برضائه، واعتداء الجراح على هذا الحق هو اعتداء على حرية المريض وشعوره وكرامته الإنسانية، مما يترتب عليه ضرر أدبي يختلف على الضرر المادي الذي ينشأ عن فشل العملية.¹

ولكن رضا المريض أو من يمثله قانوناً لا يعني إعفاء الجراح من المسؤولية التي تنشأ عن أخطائه المهنية، ذلك لأن مسؤولية الجراح عن خطئه في الحصول مقدماً على رضا المريض بإجراء عملية الزرع مستقلة تماماً عن المسؤولية التي تنشأ بسبب الخطأ في إجراء هذه العملية، إذ أن محل هذه المسؤولية الأخيرة سلامة جسم الإنسان وتكامله الجسدي، أما عدم حصول الجراح على رضا المريض يجعل إجراء هذه العملية عملاً غير مشروع، ومن ثم يكون مسؤولاً عنها مسؤولية عمدية.²

غير أنه إذا ما تم الحصول على رضا المريض وهو عالم بمدى المخاطر التي يعرض نفسه لها من جراء إجراء عملية خطيرة كعملية زرع عضو له، وبدون أي تدليس أو احتيال فإن هذا الرضا يعفي الجراح من المسؤولية عن الأضرار و المخاطر الناجمة عن هذه العملية خاصة إذا كانت هذه المخاطر عادية و متوقعة.³

وإن كانت عملية الزرع ضرورية وعلى درجة كبيرة من الأهمية بالنسبة لحالة المريض الصحية، يجب على الطبيب إقناع المريض بالمنفعة التي ستعود عليه من جراء هذه العملية وأن يعمل على تشجيعه على اتخاذ قراره دون أي ضغوط على إرادته في هذا الشأن، كما

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 99-100.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 137.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 100-101.

يفضل تدخل الوالدين أو الأقارب المقربين تدخلا موضوعيا لعمل المريض على اتخاذ قراره بالرفض أو القبول.¹

وإذا كان الأصل العام لإجراء عملية الزرع هو الحصول على رضا المريض فإنه يرد على هذا الأصل استثناء أوردته المادة 166 فقرة أخيرة بنصها على مايلي "... ويجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى و الثانية أعلاه، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته، في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل. ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين".²

فطبقا لهذا النص يمكن الاستغناء عن رضا المريض إذا كانت حياة المريض معرضة للخطر الحقيقي الحال وكون عملية الزرع تهدف إلى إنقاذ حياته وهو في حالة نفسية وعضوية لا تسمح له بمناقشة ضرورة هذه العملية من عدمها.³

ثانيا - شكل رضا المريض

نصت المادة 166 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: "لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضائه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين".⁴

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اشترط أن تكون موافقة المستقبل للعضو كتابة وأمام رئيس المصلحة الصحية الموجود بها وبحضور شاهدين اثنين، لأن هذا النوع من

¹ - Ahmed Charafeddine, op cit, p179-180.

² - المادة 166 فقرة أخيرة من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 103.

⁴ - المادة 166 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

العمليات ينطوي على كثير من المخاطر مما يستلزم معه مشاركة المريض مشاركة فعالة في اتخاذ القرار بإجراء هذا النوع من العمليات، كما أن الحصول على رضا المستقبل بهذه الكيفية يقضي على الكثير من المشاكل التي يمكن أن تنثور مستقبلا في حالة عدم نجاح العملية.¹

كما نصت المادة 166 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي:
وإذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه، أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا".²

وهذا يعني أنه إذا كانت الحالة الصحية للمريض لا تسمح له بالتعبير عن إرادته يجوز الحصول على الموافقة الكتابية بشأن عملية الزرع من أحد أقربائه حسب الترتيب الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 164 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها والذي جاء كالتالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت.³

ثالثا - خصائص رضا المريض

لكي يكون رضا المريض صحيحا ومنتجا لآثاره يجب أن يكون متبصرا و صادرًا عن ذي أهلية.

أ/ أن يكون رضا المريض متبصرا

نصت المادة 166 فقرة خامسة من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي :
"لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك".⁴

¹ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 547.

² - المادة 166 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 547.

⁴ - المادة 166 فقرة خامسة من قانون حماية الصحة وترقيتها.

يتضح من هذه الفقرة أنه يقع على عاتق الجراح التزام بإخطار المريض بطبيعة عملية الزرع التي ستجرى له ومخاطرها ونتائجها المحتملة، كما يجب أن يوضح له أنه لا سبيل لإنقاذ حياته سوى استخدام وسائل علاجية جديدة تتمثل في إجراء عملية زرع عضو له، وذلك لعجز الوسائل العلاجية التقليدية وعدم فعاليتها في مثل حالته الصحية.¹

وتبصير المريض يعني أن يفهم تماما طبيعة العلاج المقترح فوائده وأخطاره حتى يستطيع أن يختار ويقرر، يقبل أو يرفض عملية الزرع، فالمريض هو صاحب حق اختيار طريقة العلاج من بين الطرق العلاجية الممكنة، وقد قضى بأن مسؤولية الجراح تتعدّد إذا لم يخطر المريض بطبيعة العملية الجراحية التي ستجرى له و لا بنتائجها الممكنة ولا بتمكينه من اختيار طريقة من طرق العلاج المختلفة.²

هذا وقد اتخذ القضاء الفرنسي موقفاً متشدداً بالنسبة للالتزام بتبصير المريض في مجال عمليات زرع الأعضاء عندما لا يحقق التدخل الجراحي الهدف العلاجي منه مثل عمليات زرع الجلد التي يكون الهدف منها هو علاج تشويه جسدي بسيط،³ وبالتالي يجب على الطبيب الجراح في هذه الحالة أن يخطر المريض بطريقة محددة وتفصيلية بالمخاطر غير المتوقعة والنادرة للعملية.⁴

أما إذا كان الهدف من عملية الزرع هو العلاج فلا يلزم الجراح بإخطار المريض بالنتائج غير المتوقعة و المخاطر النادرة والبعيدة الاحتمال للعملية،⁵ بل يلزم فقط بتبصيره بالمخاطر الممكنة والمتوقعة، ولهذا يجب رفض فكرة الإحتكار الطبي التي تقوم على أساس حرية الجراح

¹ -Ahmed Charafeddine,op cit,p203.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 115-116.

³ -Dierkens,les droits sur le corps et le cadavre de l homme , Paris,1966, ,p54.

⁴ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 116.

⁵ -. Savatier ,Auby, Pequigont,op cit,p229

في إجراء التدخل الجراحي دون الإلتزام بتبصير المريض¹، فالمريض لا يمكن أن يعطي للجراح مطلق الحرية في المساس بسلامة جسمه دون تبصيره².

وعلى ذلك يجب على الجراح أن يطلع المريض على الخطوط العريضة لمرضه وطبيعة التدخل الجراحي، دون الدخول في التفاصيل الفنية الدقيقة، وأن يمهده بمعلومات وبيانات مبسطة وواضحة يسهل فهمها بحيث يستطيع على ضوءها أن يتخذ قراره بقبول العملية أو رفضها عن بينة وتبصر وعلم تام بحقيقة الأمور³.

كما يجب على الجراح أن يخاطر المريض بالتضحيات والمخاطر التي سيتحملها المتنازل من جراء استئصال جزء من جسمه و الفوائد التي ستعود عليه من جراء عملية الزرع ، حتى يستطيع أن يقرر بعد هذه المقارنة، وحتى لا يشعر بالذنب تجاه المتنازل بأنه هو السبب في حرمانه من جزء من جسمه⁴.

ويتضح مما سبق أن الإلتزام بتبصير المريض في مجال زرع الأعضاء يتطلب التوافق بين إحترام إرادة وحرية المريض وبين المحافظة على صحته⁵.

فاحترام إرادة المريض في التصرف في تكامله الجسدي يتطلب إخطاره وإطلاع على المخاطر المتوقعة لعملية الزرع، وعلى العكس من ذلك فإن المحافظة على صحته تقيد من نطاق الإلتزام بالإعلام، فالجراح لا يجب أن يدخل الخوف في نفس المريض بتبصيره بالمخاطر والنتائج المحتملة والنادرة لعملية الزرع، وبالتالي فلا توجد صعوبة إذا ما توافقت وتطابقت إرادة المريض ومصالحته، كما يمكن إعتبار سكوت المريض قرينه على تطابق إرادته

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 117.

² -Savatier ,Auby, Pequignot,op cit,p270.

³ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 549.

⁴ - أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص 117.

⁵ -Ahmed Charafeddine,op cit,p209 et s..

ومصلحته، أما إذا رغب المريض في معرفة الحقيقة كاملة وأيا كان تأثيرها على صحته فيتعين على الجراح إعلامه بها.¹

بأن/ يكون رضا المريض حرّاً

يجب أن يحتفظ المريض بحريته الكاملة في اختيار التدخل الجراحي أو رفضه، فهو وحده الذي يملك الاختيار بين المحافظة على صحته وتكامله الجسدي وبين المساس بسلامة جسمه، وإذا كان المريض يعتبر في مواجهة الأطباء والجراحين شخصا غير قادر على تقدير الأمور تقديرا سليما، إلا أنه يظل قانونا الحكم الوحيد الذي يقدر ضرورة التضحية بسلامة جسمه طالما أنه يملك حرية الاختيار.²

فالمريض هو الذي يملك تحديد ما تستوجبه مصلحته، ومن ثم فلا يستطيع الجراح أن يحل محل المريض في اتخاذ القرارات الطبية أو الجراحية، أو أن يفرض على المريض علاجا أو تدخلا جراحيا حتى ولو أدى ذلك إلى تحسين حالته الصحية متى رفض المريض هذا التدخل.³

كما أن حرية المريض في اتخاذ قراره بقبول عملية زرع عضو له يفترض استبعاد كل إكراه في هذا الشأن، ولكن يجب ملاحظة أن هناك اعتبارات وضغوط عائلية قد تؤثر على حرية المريض في اتخاذ القرار، فإذا كانت الضغوط الأسرية تعد أمرا مقبولا في مجال العمل الطبي العادي، فإنها لا تعد كذلك في مجال عمليات زرع الأعضاء، لأن هذه العمليات تنطوي على كثير من المخاطر التي لا يجب أن يترك تقديرها لإرادة الوالدين أو إرادة المريض إذا تم التعبير عنها تحت تأثير ضغط عائلي وعلى ذلك يجب أن يكون رضا المريض بإجراء عملية الزرع رضا شخصيا.⁴

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 118.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 147-148.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 119.

⁴ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 148.

كما يمنع اللجوء إلى التدليس لحمل المريض على الموافقة، ومثاله إيهام المريض بضرورة خضوعه لعملية نقل عضو من الأعضاء لأغراض مالية بحتة، أو كأن يكون المريض فعلاً بحاجة لنقل العضو إليه، إلا أن الطبيب يحجب عنه المعلومات الضرورية خاصة ما يتعلق منها بالمخاطر.¹

فاحترام حرية المريض في اختيار عملية زرع عضو له أو رفضها إنما هو تأكيد وتجسيد لمبدأ احترام إرادته، وهو من المبادئ العامة المستقرة التي تعترف للمريض بحقه على جسده وصحته، فالجراح لا يستطيع أن يفرض على المريض إجراء عملية الزرع دون الحصول على رضائه، حتى ولو كان محققاً تماماً بأن حالة المريض الصحية تتطلب مثل هذا التدخل الجراحي، لأن عملية زرع الأعضاء تتكلف نفقات باهظة بحيث يستحيل على المريض - غير القادر - تحمل مصاريفها.²

ج/أهلية المريض

إن الرضا لا يكون صحيحاً إلا إذا صدر عن شخص قادر على التعبير عن إرادته قانوناً، فموافقة المريض على إجراء عملية زرع عضو له تعني مشاركته في تحمل مخاطرها، والمشاركة في تحمل المخاطر تفترض أهلية قانونية كاملة أي أن يكون بالغاً راشداً متمتعاً بكامل قواه العقلية.

أما إذا كان المريض غير قادر على التعبير عن إرادته إما بسبب حالته الصحية المتدهورة أو صغر السن أو بسبب إصابته بعارض من عوارض الأهلية فإن المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها حددت الأشخاص المخول لهم صلاحية الموافقة على عمليات الزرع.

¹ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 555.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 120-121.

- قد يكون المريض المستقبل للعضو كامل الأهلية و متمتعا بكامل قواه العقلية غير أن حالته الصحية تمنعه من التعبير عن إرادته بشأن عملية الزرع، كأن تكون صحته متدهورة إلى حد كبير أو يكون فاقد الوعي¹، ففي هذه الحالة حددت المادة 166 فقرة ثانية الأشخاص الذين يمكنهم النيابة عنه في إعطاء هذه الموافقة حيث نصت على مايلي: وأذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا².

وقد رتبت المادة 164 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها أعضاء الأسرة الذين يجوز لهم الموافقة مكان المريض وهم كالتالي الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت.³

ومن الطبيعي أن يمنح المشرع الجزائري أقرباء المريض حق الموافقة على العمليات الخطيرة التي يحتاج إليها قريبهم باعتبارهم المعنيين الأوائل بصحة هذا الأخير والأدرى بمصلحته، وهو نوع من الحماية المقدرة للشخص عندما تمنعه ظروفه الصحية من إتخاذ القرارات الخاصة بنفسه.⁴

كما تنص المادة 166 الفقرة الأخيرة من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه "يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الإتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين".⁵

¹ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 559.

² - المادة 166 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ - المادة 164 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁴ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 560.

⁵ - المادة 166 فقرة أخيرة من قانون حماية الصحة وترقيتها.

يتضح من هذه الفقرة أنه إذا كانت حالة المريض خطيرة تستدعي تدخلا جراحيا سريعا فإنه يجوز للجراح إجراء عملية الزرع دون موافقة المريض أو أسرته بشرط تأكيد هذه الحالة من قبل الطبيب رئيس المصلحة وبحضور شاهدين.

- قد يكون المريض عديم الأهلية إما لصغر السن أو إصابته بعارض من العوارض ففي هذه الحالة إنتقل حق الموافقة على عملية الزرع إلى الأب أو الأم، أو الولي الشرعي وهذا ما نصت عليه المادة 166 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها¹ وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة".¹

كما تناولت المادة 166 فقرة رابعة من قانون حماية الصحة وترقيتها المتلقي القاصر حيث نصت على مايلي: "أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي".²

وهذا يعني أن عمليات الزرع التي تباشر على القاصر يشترط فيها موافقة الأب أو الولي الشرعي وهو تكرار لحكم المادة 166 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها وكان من الأفضل عدم إدراجها.³

الفرع الثالث

شروط أخرى لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

لم تكثف التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية برضا كل من المتنازل والمريض ، بل استلزمت شروطا أخرى لإجازة هذه العمليات من هذه الشروط مايلي:

¹ - المادة 166 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها .والملاحظ هو إفتقار العبارة (الولي الشرعي حسب الحالة) للدقة، فلم يحدد المشرع المقصود بالولي الشرعي من جهة، ولم يحدد الحالات التي يؤول فيها الموافقة على عمليات الزرع للأب أو الأم أو الولي الشرعي، وكان من الأفضل إدراج عبارة الممثل القانوني.

² - المادة 166 فقرة رابعة من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 559.

أولاً- الشروط العامة

يشترط لإجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أن تتم هذه العمليات قصد العلاج ، أن ينعدم المقابل المالي و ألا تعرض حياة المريض للخطر.

أ/الغرض العلاجي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تنص المادة 161 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: "لا يجوز إنتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة..... إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية....."¹

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اشترط لإباحة عمليات نقل الأعضاء وزرعها أن يكون الغرض منها علاج المريض أو إنقاذه من الموت، أما إذا كان الاستقطاع لغرض التهرب من بعض الواجبات كالبتز الذي يكون لغرض التهرب من الخدمة الوطنية فإنه مخالف للنظام العام وفيه تحايل على أحكام القانون ، أو إجراء الطبيب الجراح لعملية استئصال عضو من شخص سليم قصد إجراء تجربة علمية.²

ونقل العضو من نفس الشخص لصالحه لا يثير أية مشكلة من الناحية القانونية كاستقطاع أحد أوردة الساق لمعالجة إنسداد شريان القلب، ولكن قد يكون الشخص المعالج شخصا آخر وهنا يصعب تحديد توافر قصد العلاج، لأن قصد العلاج يتوافر للمريض دون المتنازل وفي هذا الصدد ظهر إتجاهان، الإتجاه الأول ذهب إلى القول بأن قصد العلاج لا يتوافر في عمليات نقل الأعضاء إلا في حالة ما إذا كان المتنازل قد أصيب بمرض خطير في إحدى عينيه فاستوجب استئصالها، فالاستئصال في هذه الحالة يعتبر علاجي، ولا يوجد ما يمنع من استعمال بعض أجزاء العين المستأصلة لنقلها إلى شخص لإنقاذ نور العينين، ومن ثم فإن قصد العلاج متوافر للشخصين الأول بنزع العين الفاسدة منه والثاني باستفادته من أجزائها السليمة.

¹ - المادة 161 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

² - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 474-475.

أما الإتجاه الثاني ذهب أنصاره إلى تلمس قصد العلاج في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من صلة القرابة التي تربط المتنازل بالمريض معتبرين أن المتنازل يؤدي مصلحة حقيقية للمريض متى كانت هناك صلة وثيقة بينهما تجعل المتنازل يحرص حرصا على إنقاذ حياته ولو عن طريق التضحية بجزء من جسمه، وهذا لا يتأتى إلا في حالة ما إذا كانت هناك صلة قرابة مثل صلة الدم أو العاطفة بين المتنازل والمريض وفي هذه الحالة لا يمكن رفض الرغبة الكريمة التي يبديها أحد الوالدين في التنازل عن إحدى كليتيه إلى ابنه المصاب بمرض عضال في كليته، فالباعث هنا يحقق قصد العلاج للمتنازل والمريض معا.¹

من خلال ما تقدم يمكن القول أن المشرع لجزائري قد تلمس قصد العلاج من الرأي الثاني وذلك لأن معظم العمليات الجراحية الخاصة بنقل وزرع الأعضاء التي تمت في الجزائر كانت من الأقارب كتنازل الأم لإبنتها، أو الأب لابنه أو الأخت لأخيها أو الإبن لأبيه... إلخ.

ب/انعدام المقابل المالي في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

إذا كانت المصلحة العلاجية للمريض تبرر استقطاع عضو من جسم المتنازل فيزرع له، فإن ذلك لا يباح إلا بقدر هذه المصلحة بحيث لا يخرج هذا العمل عن إطار الكرامة الإنسانية، ومما يعترض وهذه الكرامة أن يعلق المتنازل رضاه على قبض الثمن.²

ومن هذا المنطلق أجمعت كل التشريعات المقارنة التي تناولت نقل وزرع الأعضاء البشرية على منع المقابل المالي ويجب أن يكون التنازل بدون مقابل، وهذا ما جعل معظم التشريعات تصف المتنازل بالمتبرع، ويعود سبب استبعاد المقابل المالي إلى أن جسم الإنسان وأعضائه لا يمكن أن تكون محلا للمعاملات المالية والتجارية.³

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 67-68.

² - Dierkens, op cit, p 62.

³ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 126-127.

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 161 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها حيث نصت على مايلي: "و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية."¹

بالتالي استبعد المشرع الجزائري المقابل المالي بالنسبة لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، وعلى هذا يجب أن يكون الدافع للنتازل هو التضامن الإنساني والتراحم والتضحية والإيثار وليس الربح أو المقابل المالي.²

النتازل بدون مقابل مالي لا يعني أن المريض هو الذي سيستفيد من ذلك وإنما ترجع أيضا الفائدة على المنتازل لأنه سوف يحقق ميزة وإنما هي ذات طابع معنوي وخلقى، فهو يشعر بسعادة و ارتياح لأنه استطاع أن ينقذ الغير من الموت المحقق، والفائدة الخلقية والنفسية للمنتازل تعتبران من الشروط الأساسية التي لا يجب الفصل بينهما لصحة النتازل عن أعضاء الجسم.³

متى استهدف المنتازل الحصول على ميزة مالية فإنه مجرد عمله من كل قيمة معنوية، تلك القيمة المعنوية هي التي تبرر الخروج عن مبدأ عام وهو حرمة الكيان الجسدي للإنسان، فقيام المنتازل ببيع كليته أو نسيج من جسمه يطوي عليه إنكار وإهدار الكرامة الإنسانية من أجل حفنة من المال، تلك الكرامة التي يجب أن يحافظ عليها ولا يقبل أن يضحى بسلامة جسمه أو حياته من أجل مصلحة مالية.⁴

أكد هذا المبدأ القانون الفرنسي رقم 654-94 الصادر في 29 جويلية 1994 المتعلق بلبتبرع وباستعمال عناصر و منتوجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص

¹ - المادة 161 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 127.

³ - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 130.

⁴ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 128.

قبل الولادة فتتص المادة الثالثة منه على ضرورة أن يكون التنازل عن أعضاء الجسم دون مقابل مالي، كما أكد القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 و الخاص بينك العيون على ضرورة أن يكون التنازل عن العين بدون مقابل، كذلك تنص المادة 18 من القرار الوزاري رقم 654 لسنة 1963 الذي يضع اللائحة التنفيذية للقانون المذكور على أن إعطاء العيون للأطباء لا يكون إلا بصفة مجانية.¹

وفي هذا الصدد تم تنظيم العديد من المؤتمرات الدولية لمحاربة الإتجار بالأعضاء البشرية ف جاء في توصيات مؤتمر بيروجيا أن هبة الأعضاء سواء من قبل إنسان حي إلى إنسان آخر أو نقلها من الأموات إلى الأحياء يجب ألا يكون بدافع الطمع أو الربح بل بدافع إنساني وبشكل مجاني.²

وتوالت المؤتمرات في هذا الشأن حيث نظم المجلس الأوربي في 16 و 17 نوفمبر 1988 مؤتمر وزراء الصحة الأوروبيين أكد أن يكون التنازل عن الأعضاء البشرية بدون مقابل، كما تبنت الجمعية الطبية العالمية للصحة في العديد من الإجتماعات قرارا منعت بموجبه كل بيع أو شراء للأعضاء البشرية، كما أوصت الجمعية الدولية لقانون العقوبات بتدخل المشرع في مختلف الدول لأجل تجريم كافة صور الإتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية مع وجوب إتخاذ كافة الإجراءات اللازمة على المستوى المحلي أو الدولي لمنع نقل الأعضاء أو الأنسجة التي تم استئصالها من فئات محدودة الدخل.³

كما أدانت جمعية الشرق الأوسط لزراعة الأعضاء بيع الأعضاء وحذرت بإيقاف أي طبيب قام بزراعة عضو تم شراؤه.⁴

¹ - أحمد شوقي عمربو خطوة، المرجع السابق، ص 86، الهامش الأول .

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 86، الهامش الأول. مارك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 129-130.

³ - لمزيد من التفصيل أنظر مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 504-505 .

⁴ - مارك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 131.

والتنازل بدون مقابل لا يتعارض مع تعويض المتنازل عما أصابه من أضرار مثل مصاريف الانتقال والعملية الجراحية والإقامة بالمستشفى وتعطله عن ممارسة نشاطه المهني أثناء العملية، أو ما أصاب قوته الجسدية من ضعف ونقص.¹

وفي هذا الصدد أكدت توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي التي نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين التي عقدت في 23-24 نوفمبر 1993 بجامعة القاهرة على وجوب حصول المتبرع على التعويضات المناسبة من جراء عملية الإقتطاع يلتزم بدفعها المستقبل للعضو، بحيث يجب أن تتكفل الدولة بالنفقات اللازمة لعلاج المتبرع من جميع المضاعفات الناجمة عن عملية النقل.²

قد يتخذ التعويض صورة بعض المزايا الإجتماعية التي تمنح للمعطي تقديرا وتشجيعا و عرفانا له على العمل الإنساني الذي قام به والذي كان من شأنه إنقاذ حياة شخص آخر، وذلك مثل منحه ميدالية أو نيشان أو دبلوم أو شهادة تقدير أو شعار، بل وليس هناك ما يمنع من منحه معونة مالية لتحسين نظامه الغذائي، وتقديم هذه المزايا للمتنازل لا يكون إلا على سبيل التشجيع والتقدير وليس على سبيل المكافئة أو المعاوضة.³

كما يكون تعويض المعطي عن الأخطار الناشئة عن استئصال عضو من أعضاء جسمه بإبرام وثيقة تأمين لصالحه أو لصالح أسرته وذلك على غرار ما هو متبع في نقل الدم.⁴

ج/عدم تعريض حياة المتنازل للخطر

تنص المادة 162 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي:

-
- ¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 87.
 - ² - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 505، الهامش الخامس.
 - ³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 87.
 - ⁴ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 130.

"لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا كانت هذه العملية لا تعرض حياة المتبرع للخطر."¹

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اشترط لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء عدم تعريض حياة المتنازل وسلامته البدنية للخطر، فيعتبر استئصال العضو مخالفا للنظام العام إذا كان يسبب ضررا جسيما بالمتنازل كأن يعوقه عن أداء وظائفه الإجتماعية مثل أداء العمل أو الإعتناء بالأسرة، ومثاله قيام الطبيب بنقل كلية من شخص حي وهو يعلم أن الكلية الأخرى تالفة ولا يستطيع المتنازل أن يعيش بها سوى لأشهر أو سنوات معدودة، أيضا قيام الطبيب بنقل العين السليمة الوحيدة من شخص أحول أو أعور إلى شخص مريض، فلا شك أن في ذلك ضرر جسيم للمتنازل الذي سوف يعيش بقية حياته كفيفا، وهو ما يترتب عنه إعاقة دائمة تحرمه من أداء واجباته الاجتماعية، كما يعتبر استئصال العضو مخالفا للنظام العام إذا كان ذلك يؤدي بحياة المتنازل كاستئصال القلب مثلا.²

ثانيا - الشروط الخاصة

إضافة للشروط السالفة الذكر يجب توافر شروط أخرى لإمكان مباشرة عمليات زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء بعضها خاص بالمريض و المتنازل و منها خاص بحفظ العضو المنقول ذاته و بعضها يتعلق بالتوافق بين أنسجة المتنازل و المتلقي و الآخر يتعلق بمكان إجراء العملية .

¹ - المادة 162 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

² - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 477 - 478.

أ/الحالة الصحية للمتنازل والمتلقي

لقد أثبتت الإحصاءات في مجال نقل الأعضاء أن نسبة نجاح هذه العمليات تزداد وتتقص بالنظر إلى سن الأطراف المعنية بالعملية، وعلى هذا الأساس يشترط الأطباء المتخصصون ألا يتجاوز سنهم الخمسين سنة وألا يقل عن العشر سنوات¹. غير أن ذلك لا يجب أن يكون حائذاً دون إمكانية مباشرة هذه العمليات لدى المرضى الذين يقل أو يزيد سنهم عن هذا الحد، وإنما كل ما في الأمر أن نسبة النجاح تزداد أو تتقص بالنظر إلى الظروف الصحية للأطراف المعنية².

كما يشترط أن يكون كل من المتنازل والمتلقي وقت إجراء العملية خالياً من الإلتهابات البكتيرية والفيروسية والفطرية، ويجب تصحيح أي عيب خلقي في المسالك البولية قبل مباشرة عملية نقل الكلية، ويستبعد من عمليات نقل الأعضاء الأشخاص الذين يسهل إصابتهم ببعض الأمراض مثل الالتهاب الرئوي أو قرحة المعدة نتيجة لتناولهم الأدوية المثبطة لجهاز المناعة، كما يشترط أيضاً أن تكون حالة المتلقي والمتنازل النفسية جيدة³.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 163 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها حيث جاء فيها: "...كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل⁴."

وعلى هذا الأساس يلتزم الطبيب قبل مباشرة عملية نقل العضو بإجراء كافة الفحوص الطبية بمدة زمنية كافية للتأكد من مدى إمكانية الانتفاع بالعضو المراد نقله، وكذا خلو المتنازل من كافة الأمراض المعدية التي من شأنها أن تؤثر على صحة المريض، ومن ثم لا

1- حيث نجح الأطباء الأمريكيون حديثاً في زرع ثماني أعضاء لطفلة ايطالية تبلغ من العمر ستة أشهر، حيث شملت العملية زرع كبد، معدة، بنكرياس، أمعاء دقيقة وغلظية، طحال وكليتين. وفي حالة أخرى تبرع الأب ب25 بالمئة من كبده لطفله البالغ من العمر عشرة أشهر. أشار إلى هذه الإحصاءات مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 507، الهامش الثاني.

2- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 507.

3- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 208.

4- المادة 163 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

يجوز نقل الدم من مصاب بالسيدا أو من الشخص الذي لا يتحمل جسمه الاستغناء عن الكمية من الدم المراد أخذها منه ¹.

ب/حالة حفظ العضو المنقول

يتفاوت مقدار المدة اللازمة للمحافظة على صلاحية العضو المراد نقله إلى جسم المتلقي حسب تكوينه التشريحي، ومن الحقائق العلمية الثابتة في هذا الصدد أن بعض الأنسجة كالشرايين والأنسجة العظمية يمكن أن تبقى لمدة ساعات طويلة محرومة من كمية الدم اللازمة لها بدون أن يصيبها أدنى تلف، أما بالنسبة للأعضاء المركبة كالكبد والكلية فهي تتلف في فترة زمنية قصيرة لا تتعدى بضعة دقائق إذا ما تعرضت لنقص الدم اللازم لها ².

لذلك حاول الأطباء التغلب على هذه المشكلة باستعمال بعض الأساليب الخاصة منها حفظ الكبد في درجة حرارة منخفضة تتراوح ما بين 15 إلى 20 درجة مئوية، وهو ما يسمح بإطالة فترة تحمله لنقص الدم لمدة تزيد عن ساعة واحدة ³.

بالنسبة للكلية، فهناك عدة طرق لحفظها منها طريقة "collins" وتتمثل في غسيل الكلية بمحلول بارد ووضعها في درجة حرارة منخفضة تصل إلى أربع درجات مئوية، وبذلك يمكن حفظها صالحة للنقل لمدة أربع وعشرين ساعة، كما يمكن حفظ الكلية عن طريق حقنها بمادة كيميائية وحفظها في درجة حرارة أربع درجات مئوية وهي تسمح بحفظ الكلية من التلف لمدة تتراوح ما بين 24 إلى 37 ساعة ⁴.

¹ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 508.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 208.

³ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 72.

⁴ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 208-209.

ج/توافق أنسجة المتنازل والمتلقي للعضو

من بين الشروط التي يجب التحقق منها قبل مباشرة عملية نقل العضو التحقق من مدى توافق أنسجة المتنازل عن العضو والمتلقي له، ذلك أنه من أهم المخاطر التي ترهن نجاح عملية النقل هي ظاهرة لفظ الأجسام الغريبة فمن غير المنطقي اقتطاع عضو سليم من إنسان حي إذا كانت نسبة نجاح العملية ضئيلة بسبب لفظ العضو من قبل جسم المريض المتلقي.¹

وقد حاول الأطباء التقليل من ظاهرة اللفظ وذلك باستخدام أسلوبين أولهما بتعريض جسم المريض المراد نقل العضو إليه لأشعة إكس وثانيهما إعطاء بعض العقاقير المثبطة لجهاز المناعة مثل سيكلوسبورين وهو عبارة عن مادة كيميائية يفرزها أحد الطحالب الموجودة في التربة ويعتبر هذا العقار من أكثر العقاقير كفاءة في إيقاف ظاهرة لفظ الأجسام المنقولة، وعلى أي حال فإن عملية تثبيط الجهاز للمناعي للجسم لها آثارها الجانبية الخطيرة، فهي تجعل المريض أكثر عرضة للإصابة بالميكروبات والفيروسات والفطريات المختلفة وقد يحدث عن ذلك تسمم دموي ينتهي بالوفاة.²

د/إجراء عمليات الزرع في المستشفيات المرخص لها قانوناً

تنص المادة 167 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: "لا يئززع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة".³

يستخلص من هذا النص أنه لا يجوز مباشرة عمليات استئصال الأنسجة و الأعضاء ولا زرعها إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها من طرف وزير الصحة ، والهدف من ذلك هو توفير حماية أكبر للمتنازل والمتلقي في آن واحد.

¹ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 508-509.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 210.

³ - المادة 167 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

وتطبيقا لهذه المادة أصدر وزير الصحّة قرارا بتاريخ 23 مارس 1991¹ تضمن قائمة المستشفيات المرخص لها قانونا بإجراء عمليات نقل الأعضاء وزرعها.² غير أنه وبتاريخ 02 أكتوبر 2002³ تم الغاؤه واستبداله بقرار جديد وسع القائمة إلى مؤسسات صحية أخرى كل حسب تخصصها.⁴

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سائر الإتجاه السائد لدى أغلبية الدول من خلال تحديد المؤسسات التي يمكنها مباشرة هذا النوع من التدخلات الجراحية والتي تكون عادة خاضعة لرقابة الدولة.⁵

والجدير بالذكر أنه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-167 الصادر بتاريخ 05 أبريل 2012 تم انشاء وكالة وطنية لزراعة الأعضاء وتنظيمها وسيرها من بين مهامها مايلي:⁶

-تسجيل المرضى في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا ضمن القائمة الوطنية المحددة لهذا الغرض انطلاقا من مجموعة المعطيات الاستشفائية.

-القرار الوزاري رقم 19 بتاريخ 23-03-1991 المتضمن المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عمليات نقل الأعضاء وزرعها.¹

² - المستشفى الجامعي بالجزائر الوسطى- المستشفى الجامعي بالجزائر الشرقية- المستشفى الجامعي بالجزائر الغربية - المستشفى الجامعي باب الوادي- المستشفى المركزي العسكري عين النعجة- العيادة المتعددة الخدمات بقسنطينة.

1-القرار الوزاري رقم بتاريخ 02-10-2002 المتضمن المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

-عمليات زرع القرنية:المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا،المركز الاستشفائي الجامعي بني مسوس،المركز الاستشفائي الجامعي باب الواد (الجزائر العاصمة)-المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة-المؤسسة الاستشفائية المتخصصة في طب العيون بوهران.

عمليات زرع الكلى:المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا(الجزائر العاصمة)-المؤسسة الاستشفائية المتخصصة(قسنطينة).

⁴ عمليات زرع الكبد:مركز بيارماري كوري.

⁵ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 512.

-المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 12-167 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1433 الموافق ل 5 أبريل 2012 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء وتنظيمها وسيرها.الجريدة الرسمية ، العدد 22، السنة 49.

-إعداد واقتراح قواعد الممارسات الحسنة لانتزاع وحفظ وتحويل ونقل واستعمال الأعضاء والأنسجة والخلايا ومراقبة احترامها بصرامة.

-اعداد واقتراح قواعد توزيع ومنح الأعضاء المنزوعة طبقا لمبادئ الانصاف والقواعد الطبية والأخلاقية حسب الطابع الاستعجالي الذي يمكن أن تكتسبه بعض دلائل الزرع.

-مراقبة مطابقة تسيير المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بانتزاع وزرع الأعضاء للمقاييس المعمول بها في هذا المجال.

-السهر على مطابقة قرارات وآراء وتوصيات الوكالة مع معطيات العلم والطب وأخلاقيات الصحة.

-ترقية و تشجيع البحث العلمي والتكوين في مجال انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية.

المبحث الثاني نقل الأعضاء البشرية من الجثة

أهم ما تثيره مسألة نقل و زرع الأعضاء من الجثة البحث في أساس مشروعيتها(المطلب الأول) وهو ما يقودنا إلى البحث في الشروط التي تضيء المشروعية على عمل طالما ما ظل محل تردد (المطلب الثاني).

المطلب الأول أساس مشروعية نقل الأعضاء البشرية من الجثة

لا تتفق القوانين في أساس مشروعية عمليات نقل الأعضاء من الجثة وهو ما يدفعنا إلى تقصي أساس مشروعية نقل الأعضاء في القانون المقارن (الفرع الأول) ثم القانون الجزائري (الفرع الثاني) ثم الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث).

الفرع الأول نقل الأعضاء البشرية من الجثة في القانون المقارن

من بين القوانين المقارنة التي أثير فيها البحث حول مشروعية نقل الأعضاء من الجثة نجد القانون الفرنسي كمثال على التشريعات الغربية (أولا) والقانون المصري كمثال على التشريعات العربية (ثانيا).

أولاً- نقل الأعضاء البشرية من الجثة في القانون الفرنسي

مرت عملية التصرف في الجثة بثلاث مراحل، عرفت المرحلة الأولى الخروج عن مبدأ حرمة الجثة حيث قضت محكمة النقض الفرنسية أن كل شخص يستطيع أن يتصرف في جثته كما يستطيع أن يتصرف في أمواله، كل ذلك دون أن تدخل الجثة في التجارة أو المعاملات، فالتصرف في الجثة لا يكون إلا لأغراض صحية أو علمية.¹

أما المرحلة الثانية تزامنت مع صدور مرسوم 20 أكتوبر 1947 الذي سمح باقتطاع العينين من الجثة دون الموافقة السابقة من المتوفي (الوصية) ودون الحصول على موافقة الأسرة، وبتاريخ 07 جويلية 1949 صدر قانون يسمح بالاستقطاع من عيون المتوفى ولكن بشرط الإيصال بها قبل الوفاة، وقد انتقد هذا القانون من الفقهاء الفرنسيين حيث طالب هؤلاء الفقهاء بالعودة إلى القانون الذي لا يشترط الحصول على موافقة المتوفي أو حتى موافقة أسرته وذلك لأن اشتراط الحصول على الموافقة يتعارض مع حتمية التقنية الطبية لزراعة الأعضاء ومع وجوب إجراء مثل هذه العمليات في أسرع وقت حتى لا يتلف العضو المراد استقطاعه نتيجة الحصول على الموافقة.²

المرحلة الثالثة تميزت بإباحة المشرع الفرنسي استئصال الأعضاء من الجثة دون تحديد عضو معين³ وذلك بمقتضى القانون رقم 1181-76 المتعلق بنزع الأعضاء البشرية و الذي نص في مادته الثانية على ما يلي: "... إذا كان الشخص بالغاً أشداً فإنه يجوز استئصال أجزاء من جثته بعد الوفاة لأغراض علاجية أو علمية بشرط ألا يكون الشخص قد أبدى أثناء

¹ -قرار محكمة النقض الفرنسية أشار إليه: حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص160.

² عبد الله بشري، المرجع السابق، ص380. وما تجدر الإشارة إليه أن القانون رقم 890-49 المؤرخ في 07 جويلية 1949 المتعلق بزراعة القرنية من المتبرعين بالأعين تم إلغاؤه بموجب القانون 654-94 المتعلق بالتبرع وباستعمال عناصر و منتوجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة.

1-Grenouilleau ,commentaire de la loi n 1181-76 du 22 Decembre 1976,Dalloz, Paris ;1977,p 213.

حياته رفضه لذلك، ولا يجوز استئصال الأعضاء من قاصر غير المأذون له بإدارة أمواله إلا بعد الحصول على موافقة ممثله القانوني " ¹.

كذلك حرص المشرع الفرنسي على النص في المادة الثالثة من نفس القانون على أن تكون عمليات النقل من الجثة بدون مقابل مادي. ²

وقد نصت المواد 12-19 من هذا القانون على شروطاً إجراءات الترخيص للمستشفيات التي تقوم باستئصال الأعضاء بعد الوفاة و اشترط المشرع توافر إمكانيات عالية وأجهزة حديثة وأطباء أكفاء ووسائل لازمة لحفظ الجثث.

كما تضمن القانون النص على طرقها إجراءات التحقق من الوفاة، فاشتترطت المادة 20 عدم اجراء أي عملية استئصال للأعضاء من الجثث سواء لأغراض علاجية أو علمية ما لم يتم التأكد من الوفاة، وذلك بواسطة طبيبين يكون أحدهما بدرجة رئيس قسم أو من يحل محله، كما اشتترطت هذه المادة في حالة إجراء عملية الاستئصال لأغراض علاجية أنه لا يجوز للأطباء اللذين سيجرون عملية الإستئصال الاشتراك في إثبات حالة الوفاة. ³

ونظرا للتطور العلمي والطبي الهائل في نهاية القرن العشرين كان المشرع الفرنسي سريع الاستجابة لمواكبة هذا التطور، وسارع في إصدار القانون 654 - 94 الخاص بالتبرع وباستعمال عناصر و منتوجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة - والذي بدوره ألغى القانون 1181-76 المتعلق بنزع الأعضاء البشرية -وقد أرسى المشرع الفرنسي فيه المبادئ الآتية: ⁴

¹-المادة الثانية من القانون رقم 1181-76 بتاريخ 22 ديسمبر 1976 المتعلق بنزع الأعضاء البشرية.

²-المادة الثالثة من القانون رقم 1181-76 بتاريخ 22 ديسمبر 1976 المتعلق بنزع الأعضاء البشرية.

³-المواد 12-20 من القانون رقم 1181-76 بتاريخ 22 ديسمبر 1976 المتعلق بنزع الأعضاء البشرية.

⁴-القانون 654 - 94 المتعلق بالتبرع وباستعمال عناصر و منتوجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص

قبل الولادة .

- لا يجوز ممارسة استئصال الأعضاء من شخص ميت إلا لأهداف علاجية أو علمية (المادة 671-07).

- الموافقة المفترضة: يمكن إجراء الاستئصال مادام الشخص المتوفي لم يبد رفضه أثناء حياته على استئصال أيا من أعضائه، ويكون التعبير عن الرفض في سجل قومي خاص لعمليات استئصال الأعضاء وإذا لم يكن الطبيب عالما برغبة المتوفي في التبرع أو الرفض فعليته الحصول على شهادة من عائلة المتوفي قبل الحصول على الأعضاء من الجثة (المادة 671-07).

- لا يجوز الحصول على الأعضاء من جثة المتوفي القاصر إلا بموافقة كتابية من وليه أو ممثله القانوني (المادة 671-08).

- الاستئصال من الجثة يكون على سبيل التبرع (المادة 672-07).

- لا تتم عمليات الاستئصال إلا في مؤسسات صحية حاصلة على ترخيص من السلطة الإدارية لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد (المادة 671-12).

ثانيا-نقل الأعضاء من الجثة في القانون المصري

لقد عنى المشرع المصري كثيرا بحماية جسم الإنسان وحرمته، ووضع من النصوص القانونية ما تكفل حرمة وحمايته، وامتدت هذه الحماية أيضا لتشمل الجثة بعد الوفاة، فقد نص المشرع في المادة 03/160 من قانون العقوبات على ما يلي: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز الخمسين جنيها مصريا... كل من انتهك حرمة القبور أو الجبانات أو دنسها"¹.

كما نص في المادة 239 من نفس القانون على ما يلي: "كل من أخفى جثة قتيل أو دفنها بدون إخبار جهات الاقتضاء وقبل الكشف عليها وتحقيق حالة الموت وأسبابه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها مصريا"².

¹-المادة 03/160 من قانون العقوبات المصري.

²- المادة 239 من قانون العقوبات المصري.

لقد استقر لدى المجتمع في مصر مبدأ احترام جثة المتوفي وحرمتها وعدم جواز التمثيل بها أو ابتذالها نظرا للوازع الديني القوي لدى المصريين، فجثة الميت محرمة كحرمة جسم الإنسان الحي، ويجب تغسيلها وتكفينها والصلاة عليها ثم دفنها بكل وقار واحترام.¹

غير أن ذلك لم يمنع المشرع المصري من إصدار تشريعات تسمح بالمساس بالجثة من أجل تحقيق مصلحة الإنسانية فهو مساس ليس فيه تمثيل ولا ابتذال لجثة المتوفي²، ومن بين هذه التشريعات القانون رقم 130 لسنة 1946 الخاص بالمواليد والوفيات، القانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون، القانون رقم 05 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

الإباحة نقل الأعضاء من الجثة استنادا للقانون رقم 130 لسنة 1946 الخاص بالمواليد والوفيات

نصت المادة 26 من القانون رقم 130 لسنة 1946 الخاص بالمواليد والوفيات على ما يلي:
"يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للاحتفاظ بها لأغراض علمية وذلك بعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفي"³.

وهذا النص صريح وواضح في الدلالة على السماح بالمساس بالجثة من أجل تحقيق أغراض علمية، أي لإجراء بعض التجارب الطبية عليها، وهو الأمر الذي دفع البعض إلى القول بأنه يمكن أن يستفاد من هذا النص السماح بالتنازل عن جزء من الجثة من أجل تحقيق مصلحة طبية حيوية للغير ولإنقاذ حياة ملايين المرضى، فيجوز للأقارب أن يوافقوا على التنازل عن جزء من الجثة من أجل مصلحة علاجية للغير فمن يجوز له التنازل عن الكل يجوز له أن يتنازل عن الجزء، وأن التنازل عن جزء من الجثة لإنقاذ حياة مريض أسمى من

¹ - عبد الله بشرى، المرجع السابق، ص 384.

² أحمد محمود سعد، المرجع السابق، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، ص 116.

³ المادة 26 من القانون رقم 130 لسنة 1946 الخاص بالمواليد والوفيات.

التنازل من أجل إجراء تجربة طبية أو علمية لا سيما أن التنازل في الحالة الأولى فيه مصلحة حقيقية مؤكدة، أما التنازل في الحالة الثانية فالمصلحة فيه احتمالية، فيكون من باب أولى التنازل عن عضو من الجثة لإنقاذ حياة مريض الموشك على الموت.¹

وهناك من الفقهاء من يذهب إلى أبعد من ذلك حيث يقول: ".....ومن جانبنا نرى تجويز المساس بالجثة بصدد أغراض علمية أو في حالة حاجة مريض لعضو من أعضائها دون التعويل على رضا ذوي الشأن، إذ أن أعضاء الجسم يمكن أن يستفيد منها صاحبها وغيره من الناس".²

وعليه فيجوز المساس بالجثة واستقطاع عضو من أعضائها دون الحصول على موافقة ورثة المتوفي وذلك لأن الاستقطاع من الجثة لأغراض علاجية لا يتضمن إهانة للميت بل على العكس من ذلك فإنه خير للميت أن يزرع العضو في جسد غيره المريض ويستمر ينبض الحياة من أن يترك ليلى في التراب.³

ب/إباحة نقل الأعضاء من الجثة استنادا للقانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون

أجازت المادة الثانية من القانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون الحصول على عيون الموتى الذين يوصون بها، وكذلك عيون قتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم.⁴ ومن ثم أباح المشرع المصري التصرف في الجثة بعد الوفاة في صورة التصرف في العين.

ج/إباحة نقل الأعضاء من الجثة استنادا للقانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

¹ عبد الله بشر ي، المرجع السابق، ص 385-386.

² -أحمد محمود سعد، المرجع السابق، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، ص 137.

³ عبد الله بشر ي، المرجع السابق، ص 386.

⁴ -المادة الثانية من القانون 103-1962 الخاص بتنظيم بنك العيون.

أجاز المشرع المصري في المادة الثامنة من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عمليات التصرف في الجثة عن طريق الوصية وذلك فيما بين المصريين فقط، واشترط المشرع أن تكون الوصية موثقة أو مثبتة في ورقة رسمية، أو أن يكون الموصي قد أقر بها وفقا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون.¹

الفرع الثاني

نقل الأعضاء البشرية من الجثة في القانون الجزائري

إذا كان المشرع الجزائري قد أباح إستئصال الأعضاء من الجثة بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها إلا أنه حدد بعض الشروط التي يجب مراعاتها في عمليات نزع الأعضاء من الجثة بغرض زرعها في جسم حي وهي:²

- التأكد من حالة الوفاة.³

- أن تكون عملية الاستئصال لأغراض علاجية أو تشخيصية دون سواها مما يدل أن المشرع استبعد عمليات الاستئصال من الجثة التي يكون غرضها تجميل.⁴

- يجب ألا تكون مثل هذه العمليات محلا لمعاملة مالية.⁵

موافقة الشخص قبل وفاته أو موافقة الأسرة بعد الوفاة وفق الترتيب التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفي أسرة.

غير أن المشرع الجزائري استبعد شرط الموافقة إذا تعلق الأمر باستئصال القرنية أو الكلية وذلك إذا لم يكن هناك وقت كافي للاتصال بأعضاء الأسرة مما يؤدي إلى تلف العضو موضوع الانتزاع.⁶

¹-المادة الثامنة من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

²-أنظر المواد 161-164-165-167 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³-المادة 164 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁴-المادة 161 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁵-المادة 161 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁶-المادة 164 فقرة ثانية ثالثة رابعة من قانون حماية الصحة وترقيتها.

- لا يجوز استئصال الأعضاء من الجثة إذا رفض الشخص أثناء حياته التبرع بأعضائه بعد الوفاة كما لا يجوز الاستئصال إذا كان يعيق عملية التشريح الطبي.¹

- لا يجوز للطبيب أن يكشف هوية المتنازل للمتلقي و كذلك الأمر بالنسبة للمتلقي فلا يجوز له معرفة المتنازل عن العضو.²

- لا يجوز إجراء عمليات الاقتطاع من الجثة إلا في المستشفيات المعتمدة والمرخص لها من طرف وزارة الصحة وبعد أن تأذن بذلك اللجنة الطبية التابعة للمستشفيات المعتمدة.³

وسنأتي على تفصيل هذه الشروط لاحقاً.

الفرع الثالث

موقف الشريعة الإسلامية

انقسم الفقهاء المسلمون إلى اتجاهين، اتجاه يقول بعدم مشروعية التصرف في الجثة (أولاً)، واتجاه يقول بمشروعية التصرف في الجثة ولكل حججه وأدلته (ثانياً).

أولاً- الرأي القائل بعدم مشروعية التصرف في الجثة

يحرم هذا الاتجاه التصرف في الجثة ويستدل على ذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية والأدلة العقلية.

أ/الأدلة المستمدة من القرآن الكريم

يقول تعالى في محكم التنزيل: "ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً"⁴.

¹-المادة 165 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

²-المادة 165 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³-المادة 167 فقرة أولى وثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁴-سورة الإسراء، الآية 70.

ويستدلون بهذه الآية أن الله سبحانه تعالى خلق الإنسان وكرمه وفضله و أحسن صورته، ومن ثم فإن نزع عضو منه بعد موته يتنافى وهذه الكرامة حتى ولو كان المنزوع منه العضو كافراً، لأن كرامته مع كفره تكون من جهة خلقه وليس من جهة إسلامه وتقواه.¹

ب/الأدلة المستمدة من السنة النبوية

عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "كسر عظم الميت ككسر ه حيا".²

ويستدل أصحاب هذا الرأي بهذا الحديث على حرمة الجثة ، ذلك أن الاعتداء على الجثة هو بمثابة الاعتداء على الإنسان الحي فكما لا يجوز كسر عنق إنسان حي أو شق بطنه أو كسر عظامه كذلك لا يجوز شق بطن الميت أو كسر عظامه.³

كذلك فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المثلة، وأخذ الأعضاء من جثة الميت هو نوع من المثلة وتشويه الجثة التي خلقها الله في أحسن تقويم.⁴

ج/الأدلة العقلية

يستدل أصحاب هذا الرأي على صحة رأيهم بأن الإنسان لا يملك جسده لا حيا ولا ميتا ومن لا يملك لا يستطيع التصرف، كذلك ليس من حق الورثة التصرف في الجثة و لا يمكن

¹ - عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دار المنار، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988، ص37.

² - البيهقي، السنن الكبرى، الجزء الرابع، كتاب الجنائز، مطبعة دار المعارف العثمانية، الطبعة الأولى، ص 58 .

³ - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص360.

⁴ - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص360-361.

أن يقاس تصرف الجثة على حالة الإضرار في المخصصة التي تجيز للإنسان أكل لحم الميت و الخنزير إذا أصبحت حياته مهددة بالخطر، و ذلك لاختلاف العلة في الحالتين.¹

د/الأدلة من نصوص الفقهاء القدامى²

- منع جمهور المالكية والحنابلة شق بطن المرأة الميتة إذا علم أن في بطنها جنينا ولو رجي حياته على المعتمد لأن سلامته مشكوك فيها فلا تنتهك حرمة مؤكدة لحياة موهومة.
 - وقال علماء الحنابلة: ولو مات الميت وله أنف من الذهب لم يقلع الذهب لما فيه من المثلة.
 - وقال الإمام الشافعي فإن عجل أحد بحفر قبر ليدفن ميتا أو بعضه أعيد عليه التراب وإن خرج من عظامه شيء أعيد إلى القبر.
 - جاء في الفتوى الهندية أنه يحرم استخدام الأعضاء الآدمية في التداوي والمعالجات.
- هذه بعض الأدلة التي تحرم انتهاك حرمة الميت وتنادي بمعصومية جسد الإنسان حيا وميتا.

ثانيا - الرأي القائل بمشروعية التصرف في الجثة

أجمع الفقهاء المسلمون المعاصرون على جواز التصرف في الجثة وذلك في حالة الضرورة التي تبيح المساس بالجثة فقد روى الإمام أحمد وابن ماجة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " لا ضرر و لا ضرار"³، وهذا الحديث الشريف من أبرز النصوص التي تقوم عليها حالة الضرورة.

ولهذا ذهب بعض المالكية إلى أنه يجوز للمضطر أن يأكل لحم الآدمي الميت، لأن العلة في تحريم أكل الميتة ليست تعبدية بل لكرامة الآدمي وشرفه وهذا لا يمنع في حالة الاضرار،

¹ - عبد السلام عبد الرحيم السكري، المرجع السابق، ص154.

² - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص361-362.

³ - البيهقي، الجزء السادس، كتاب الصلح، ص69.

ولقد أجاز الشافعية وبعض المالكية أكل لحم الميت المعصوم في حالة الضرورة لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت، ويقولون أيضا أنه إذا وجد المضطر آدميا ميتا جاز له بل وجب عليه الأكل إذا توافرت شروط ثلاث: الأول ألا يجد غيره فإن وجد غيره ولو ميتة مغلظة كالخنزير حرم عليه الأكل من الآدمي الميت ولو كان غير معصوم الدم، والثاني أن يكون المضطر معصوما فلو كان مهدر الدم لم يجز له الأكل من لحم الآدمي الميت ولو اضطر، والثالث ألا يكون المضطر ذميا أو معاهدا أو مستأمنا إذا كان الآدمي الميت مسلما.¹

فالقاعدة الشرعية أن الضرورات تبيح المحظورات، والفرض أن المريض لا بد وأن يموت إذا لم ينقل إليه جزء من الجثة والإنسان الحي أفضل من الميت ولهذا لا يوجد ما يمنع من أخذ جزء من جثة الميت لإنقاذ شخص حي.²

كذلك أجاز هؤلاء الفقهاء أخذ عضو من أعضاء الجثة أو جزء منها لزرعه في جسم شخص آخر حي مريض تغلب على ظن الطبيب استفادة الحي بالجزء المنقول إليه رعاية للمصلحة الراجحة التي ارتأها الفقهاء القائلون بجواز شق بطن الحامل التي ماتت والجنين يتحرك في أحشائها وترجى حياته بعد إخراجها إعمالا بقاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، فإن من تطبيقها جاز أخذ بعض جسم الآدمي الميت للآخر الحي صونا لحياته متى رجحت فائدته وحاجته للجزء المنقول إليه.³

هذا وقد صدرت العديد من الفتاوى عن دار الإفتاء بالمملكة العربية السعودية وعن دار الإفتاء المصرية وعن مشايخة الأزهر الشريف بجمهورية مصر العربية وعن المجلس الإسلامي الأعلى والتي تفيد جميعها جواز التصرف في الجثة عن طريق الوصية أو تبرع ورثة المتوفي بجثته في حالة عدم وجود وصية ومن بين هذه الفتاوى ما يلي:

¹ - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 362-363.

² - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 154-155.

³ - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 363-364.

- قرر مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بالأكثرية ما يلي:
جواز نقل قرنية من إنسان بعد التأكد من موته وزرعها في عين إنسان مسلم مضطر إليها
وغلب على الظن نجاح عملية زرعها ما لم يمنع أولياؤه ذلك بناء على قاعدة تحقيق أعلى
المصلحتين وارتكاب أخف الضررين وإثار مصلحة الحي على مصلحة الميت فإنه يرجى
للحي الإبصار بعد عدمه، والانتفاع بذلك في نفسه ونفع الأمة به، ولا يفوت على الميت
الذي أخذت قرنية عينه بشيء ويأن عينه إلى الضمار والتحول إلى رفات وليس في أخذ قرنية
عينه مثلة ظاهرة فإن عينه قد أغمضت وطبق جفناها أعلاها على الأسفل.¹

كما قرر المجلس أيضا بالإجماع جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان حي مسلم أو
ذمي إلى نفسه إذا ادعت الحاجة إليه وأمن الخطر في نزعه وغلب على الظن نجاح زرعه.
كما قرر بالأكثرية ما يلي:

- جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان ميت إلى مسلم إذا اضطر إلى ذلك وأمنت الفتنة في
نزعه ممن أخذ منه وغلب على الظن نجاح زرعه فيمن سيزرع فيه.²

كما قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي بالمملكة العربية السعودية ما يلي:
- يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة
وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة
ولي المسلمين إن كان المتوفي مجهول الهوية أو لاورثة له.

وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها مشروط
بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما، أما

¹ -مضمون قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية رقم62في 25أكتوبر1398 هـ أشار إليه عبد الله بشري،المرجع السابق،
ص368-369.

² -مضمون قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية رقم99 بتاريخ06نوفمبر1402هـ أشار إليه بلحاج العربي،معصومية الجثة في
الفقه الإسلامي على ضوء القانون الطبي الجزائري والفتاوى الطبية المعاصرة،ديوان المطبوعات الجامعية،المطبعة
الجهوية،وهران،2007، ص193.

بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريماً فمحل اجتهاد ونظر¹.

كما صدرت عن الأزهر الشريف الفتوى التالية:

"وأما عملية زرع القلب ونقل الأعضاء فنقول فيها أن هذا النقل كما هو متبع سيكون طبعاً من شخص ميت في حالة وفاته، فإذا ثبت أن هذا الجزء من الميت سينتفع به الحي جاز ذلك شرعاً ولا يعتبر اهانة للميت لأنه سيفيد حياً والحي كما قيل أبقى من الميت، ومثل هذا العمل يقصد به منفعة الغير وهو الحي بما لا يتضرر به الميت، فلا مانع شرعاً من جواز ذلك إعمالاً على قاعدة الشريعة الإسلامية إذا دار الأمر بين محظورين يصار إلى أخف الضررين، وفي مثل هذه الحالة يدور الأمر بين محظورين هما ما يشبه التمثيل بجثة الميت وإضرار الحي بفقده الحياة أو عضو من الأعضاء إذ لم يتبدل قلب المريض بقلب صحيح أو يتبدل العضو التالف بعضو سليم، فأخف المحظورين هو نقل قلب الميت لسلامة المريض أو تبديل العضو التالف بعضو صحيح، وعند ذلك يجوز شرعاً الانتفاع بجزء الميت في هذه الحالة بل يكون أولى من تركه يبلى في التراب، وقد امتدح التشريع الإسلامي من الصفات المميزة للإنسان التضحية بالنفس في سبيل المصلحة العامة في حال الحياة، فيمكن باعتبار نقل جزء من الميت بعد الموت لمصلحة آخر نوع من التضحية المحمودة وغاية الأمر يستحسن ديانة أن يستأذن أهل الميت في ذلك إن كانوا معلومين حتى يحصل الرضا من جانبهم ولا تتأذى نفوسهم....."².

أيضاً صدرت عن دار الإفتاء بجمهورية مصر العربية العديد من الفتاوى منها:

¹ - مضمون قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 101 في دورة مؤتمر هجدة في السعودية من 18-23 جمادى الثانية 1408هـ أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 196-197.

² - فتوى الأزهر الشريف بخصوص حكم الإسلام في نقل الدم من إنسان لآخر وعملية نقل القلب من إنسان لآخر أشار إليها عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 365.

فتوى الشيخ حسن مأمون بشأن نقل عيون الموتى إلى الأحياء جاء فيها ما يلي:¹
- إخراج عين الميت كإخراج عين الحي يعتبر اعتداء وهو غير جائز شرعا إلا إذا دعت إليه ضرورة، بشرط أن تكون المصلحة فيها أعظم من الضرر الذي يصيب الميت.
- أخذ عين الميت لترقيع قرنية عين المكفوف الحي فيه مصلحة ترجح مصلحة المحافظة على الميت ويجوز ذلك شرعا.
- التعدي المنهي عنه إنما يكون إذا كان نزع عين الميت لغير مصلحة راجحة أو لغير حاجة ماسة.
- عند استصدار قانون بإباحة ذلك يجب النص على الإباحة في حالة الضرورة أو الحاجة الماسة بذلك فقط، وبشرط ألا يتعدى ذلك الأموات الذين لا أهل لهم، أما من لهم أهل فيشترط إذن أهلهم.

وعلة الجواز أن الضرر الذي يلحق بالحي المضطر لهذا العلاج، أشد من الضرر الذي يلحق الميت الذي تؤخذ عينه بعد وفاته.

كما صدر عن دار الإفتاء المصرية فتوى للشيخ محمد خاطر تبيح أخذ الطبقات السطحية من جلد المتوفين بعد وفاتهم لعلاج الحروق الجسيمة والعميقة للأحياء إذا دعت إلى ذلك الضرورة.²

كما صدرت عن دار الإفتاء المصرية الفتوى للشيخ جاد الحق على جاد الحق التالية: إذا كان المنقول منه ميتا، فإذا كان قد أوصى أو أن قبل وفاته بهذا النقل فلا مانع من ذلك، حيث لا يوجد دليل يعتمد عليه في التحريم، وكرامة أجزاء الميت لا تمنع من انتفاع الحي بها،

¹ - فتوى الشيخ حسن مأمون بشأن نقل عيون الموتى إلى الأحياء رقم 1087 الصادرة في 14 أبريل 1959 أشار إليها بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 187.

² - فتوى الشيخ محمد خاطر رقم 173 بتاريخ 30 ذو الحجة 1394 الموافق ل03 فيفري 1973 بشأن سلخ جلد الميت لعلاج حروق الأحياء أشار إليها: عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 368.

تقيماً للأهم على المهم، والضرورات تبيح المحظورات كما هو مقرر، وإن لم يوص أو لم يأذن قبل موته، فإذا أذن أولياؤه جاز، ولا شك أن الضرورة في إنقاذ الحي تبيح المحظور.¹

كما صدرت عن لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر بتاريخ 20 أبريل 1972 الفتوى التالية:

ثالثاً: في حالة زرع القلب أو عملية القرنية أو ترقيع العين إنما يستعمل أعضاء إنسان قد مات، ولا يمكن في حالة زرع القلب بالخصوص استعمال قلب إنسان حي ولو رضي بذلك لأن انتزاع قلبه يؤدي إلى وفاته قطعاً، ولا يجوز قتل إنسان بحفظ حياة إنسان آخر لأن في ذلك جريمة لا تفرها الشرائع....

الخلاصة: ...في حالة نقل الدم أو في حالة نقل عضو... من ميت فلا يجوز حتى يتحقق الأطباء المختصون من الوفاة، و يتيقنوا أن الهالك لم يبق فيه أثر الحياة في جسمه وأن مجرد الشك الضئيل في بقاء شيء من الحياة لا يجوز الإقدام على تشريح جثته إذا ما دامت الحياة فيه فليس لأحد أن يبادر بإنهائها باجتهاد منه ولو تيقن حسب القواعد الطبية أنه لم يبق في استمرار حياته....²

يتضح من نص هذه الفتوى أن لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى أباحت استئصال الأعضاء من الجثة حيث حددت في بداية الأمر الأعضاء التي يجوز استئصالها وهي القلب والقرنية ثم عممت الإباحة على جميع الأعضاء ولكن بشروط أهمها التأكد من حالة الوفاة، واعتبرت أي طبيب يقوم باستئصال الأعضاء من الجثة دون التأكد من الوفاة المتنازل مرتكب لجريمة القتل العمد.

¹ - فتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق رقم 1323 الصادرة في 05 ديسمبر 1979 بشأن زراعة الأعضاء أشار إليها بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 189.

² - فتوى صادرة عن لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 20 أبريل 1972 أشار إليها مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 244-245.

كما استتدت الفتوى في إباحة الاستئصال من الجثة للقاعدة الشرعية أن الضرورات تبيح المحظورات، وبغرض أن المريض لا بد وأن يموت إذا لم ينقل إليه عضو من الجثة هو في حاجة إليه لإنقاذ حياته، والإنسان الحي أفضل من الميت، ولهذا لا يوجد ما يمنع أخذ عضو من الجثة لإنقاذ شخص حي في خطر.¹

أيضا تناولت فتوى الشيخ أبو عبد السلام الجزائري أساس إباحة استئصال الأعضاء من الجثة حيث جاء فيها مايلي:

يجوز أخذ عضو من انسان ميت لإنقاذ انسان حي مضطر إليه بشروط هي:

- إذن الميت قبل موته أو إذن ورثته.
- أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر.
- أن يكون نجاح كل من عمليتي الزرع و النزع محققا غالبا.

المطلب الثاني

شروط مشروعية نقل الأعضاء البشرية من الجثة

أجمعت كل التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على إباحة النقل من الجثة بل أن بعضا منها أعطى الأولوية للنقل من جثة الميت عن النقل من انسان حي.

وتثير عمليات نقل الأعضاء البشرية من الجثة مسألة تحديد لحظة الوفاة (الفرع الأول) فضلا عن موافقة الشخص قبل وفاته على التنازل عن عضو من جسمه أو موافقة أقربائه إن لم يكن قد أوصى حال حياته بعضو أو أكثر من جسمه(الفرع الثاني).

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص245.

الفرع الأول التحقق من وفاة الشخص

اشترطت كل التشريعات التي نظمت عمليات نقل الأعضاء البشرية من الجثة ضرورة التحقق من وفاة الشخص ، ويثير البحث في وفاة الانسان عدة أمور ينبغي التعرض لها ومنها معيار تحديد اللحظة الحقيقية لهذا الحدث (أولاً) وموقف القانون المقارن من تحديد لحظة الوفاة (ثانياً) وأخيراً بيان حدود الإنعاش الصناعي الواجبة (ثالثاً).

أولاً - معيار تحديد لحظة الوفاة

ظهر معيارين لتحديد لحظة الوفاة معيار تقليدي ومعيار حديث

أ/المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة

طبقاً لهذا المعيار يعتبر الشخص ميتاً بالتوقف النهائي للقلب وتوقف الرئتين عن العمل، فلا يجوز للطبيب أن يقوم باستقطاع أي عضو قبل توقف القلب نهائياً عن العمل وموت خلاياه وتوقف التنفس كذلك.¹

ولكن يؤخذ على هذا المعيار عدم دقته، لأن توقف القلب عن العمل وتوقف التنفس قد لا يدلان إلا على الموت الظاهري وليس الموت الحقيقي، فقد ثبت من خلال وسائل الإنعاش المختلفة والصدمات الكهربائية وغيرها من الوسائل الطبية أنه يمكن عودة القلب إلى العمل وبالتالي عودة المظاهر إلى الحياة الطبيعية، فمع توقف القلب والجهاز التنفسي تظل خلايا المخ حية لفترة ولو كانت قصيرة، إلا أنه يمكن إمداد المخ خلالها بالأوكسجين اللازم، فإذا عاد الجهاز التنفسي إلى العمل من خلال تلك الوسائل الطبية يبقى المخ حياً وقد يحدث العكس أي أن تموت خلايا المخ و يظل القلب و الجهاز التنفسي يعملان و قد يستمر ذلك لعدة ساعات أو أيام حيث يدخل الشخص في غيبوبة كاملة ونهائية ويكون ذلك مؤشراً على إصابة المخ بضرر وتلف جسيم غير قابل للإصلاح.²

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص171.

² - محمود خيال، المرجع السابق، ص119-120.

هذا بالإضافة إلى أن هذا المعيار لا يصلح لإجراء عمليات نقل بعض الأعضاء المفردة كالقلب والكبد، لأن هذا النوع من العمليات يتطلب سرعة استئصال هذه الأعضاء للمحافظة على قيمتها البيولوجية، فالقلب إذا ماتت خلاياه أصبح غير صالح لزرعه في جسد شخص آخر، كما لا توجد بالنسبة للكبد أجهزة تستطيع أن تؤدي وظيفته مؤقتاً، إذا لم يتم استئصاله بسرعة لذلك يجب ألا يقوم الجراح باستئصال هذه الأعضاء إلا بعد التأكد التام من موت المتنازل.¹

ومن هنا تظهر الحاجة إلى معيار جديد لتحديد لحظة الوفاة يضمن احترام الحياة الإنسانية ويحفظ في نفس الوقت القيمة التشريحية للعضو المراد استئصاله.

ب/المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة

استقر الطب الحديث على أن حياة الانسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية، فمتى ماتت خلايا المخ بصورة نهائية فإنه يستحيل عودتها إلى الحياة وهنا يدخل الشخص في حالة غيبوبة كبرى أو نهائية ، وهذه الحالة تختلف عن حالة الغيبوبة العميقة التي يفقد فيها الشخص كل إدراك وقدرة على الاتصال بالعالم الخارجي رغم أن خلايا المخ لا تزال حية أي أن هذا الشخص لم يموت بعد، وهذا ما يبرر استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي لإنقاذ حياته حتى لا تموت خلايا مخه، ولهذا لا يجوز للطبيب الجراح استقطاع أي عضو من أعضائه حتى ولو أبدت أسرته موافقتها على ذلك لأن هذا الشخص ما زال حيا في حكم القانون.²

ولتحديد حالة الشخص الذي ماتت خلايا مخه بصورة نهائية يجب توافر شرطان أساسيان هما:³

¹ -Ahmed Charafeddine, Op, cit, p553 .

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص173-175.

³ - Ahmed Charafeddine, Op, cit, p562 .

- ملاحظة الإشارات أو العلامات الأساسية ويمكن تلخيصها في الآتي: الانعدام التام للوعي، انعدام الانعكاسات الحذقية، انعدام الحركات العضلية اللاشعورية خاصة التنفس، انعدام أي أثر لنشاط المخ في جهاز رسم المخ الكهربائي.
- استمرار هذه الإشارات أو العلامات خلال فترة كافية، ومنذ لحظة وفاة المخ يعتبر الشخص ميتا حتى ولو احتفظ القلب والرئتان بعملهما ونشاطهما، فهذا الشخص يعتبر مصدرا ممتازا للحصول على الأعضاء البشرية، لأن العضو المراد استقطاعه ما زال حيا من الناحية البيولوجية، بينما الشخص نفسه يعتبر ميتا من الناحية القانونية واستئصال هذه الأعضاء بغرض زرعها يبرر استعمال الأجهزة للصناعية ليس بهدف حفظ الحياة وإنما بهدف حفظ الأعضاء الحية ليصلح زرعها في جسد شخص آخر.

ويمكن التحقق من موت خلايا المخ عن طريق جهاز رسم المخ الكهربائي، فمتى توقف هذا الجهاز عن إعطاء إشارات ، فإن ذلك يعني وفاة خلايا المخ لاستحالة عودتها للحياة مرة أخرى وبالتالي القول بوفاة الشخص نفسه حتى ولو كان قلبه ينبض لأن الخلايا تموت يستحيل عودتها إلى الحياة¹.

لكن الاعتماد على جهاز رسم المخ الكهربائي وحده للتحقق من حدوث هذا الموت ليس كافيا، فتوقف هذا الجهاز على إرسال أو استقبال أي ذبذبات كهربائية لا يعني بالضرورة التوقف النهائي لوظائف المراكز العصبية التي تتحكم في الجسم، فهذا الجهاز لا يعكس من المخ إلا نشاط المراكز العصبية لكنه لا يعطي معلومات كافية عن نشاط المراكز العصبية العميقة كما أنه يحتمل ألا يعطي أي إشارات لمدة محددة مع أن المراكز العصبية العميقة تكون دائما في حالة حياة، كما لا يصح هذا الجهاز كمييار حاسم للوفاة في حالة الأطفال المصابين بغيوبة أو حالات التسمم الجسمية أو انخفاض درجة حرارة الجسم تحت المعدل الطبيعي لها.²

¹ - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص173.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص230-231.

لذلك يقترح البعض ضرورة الانتظار لمدة تتراوح بين 24 ساعة و72 ساعة بين عدم إعطاء الجهاز لأية إشارات وبين إعلان الوفاة رسمياً مع مراعاة الاستعانة بالوسائل الإكلينيكية الأخرى للتحقق من الوفاة مثل الاسترخاء التام للعضلات، الانعدام التام لرد فعل الجسم، انخفاض الضغط الشرياني، وانعدام التنفس التلقائي¹.

لتفادي قيام بعض الأطباء بإعلان الموت المبكر للمتنازل حتى يمكنهم القيام بعملية نقل عضو منه، اتجه القانون المقارن إلى اشتراط تدخل فريقين مستقلين من الأطباء، يقوم الفريق الأول منهما بالتأكد من حقيقة موت الشخص عن طريق التقرير بعدم فعالية أي علاج طبي أو غير طبي بسبب التوقف النهائي لوظائف المخ، بينما يتولى الفريق الثاني إجراء عملية زرع العضو المستأصل².

ثانياً - موقف القانون المقارن من تحديد لحظة الوفاة

حرصت بعض التشريعات على أن تتضمن نصوصاً تحدد بمقتضاها معايير تسمح بإعلان الوفاة بينما أغفلت البعض منها التعرض لهذه المسألة.

أ/التشريعات التي نظمت معايير الوفاة

من بين التشريعات التي نظمت معايير الوفاة ما يلي:

1-التشريع الاسباني:

كان القانون الاسباني الصادر في 18 ديسمبر 1950 لا يجيز استئصال الأعضاء من الجثة إلا بعد مرور فترة 24 ساعة بعد الوفاة (المادة الثانية) على أن يتم التأكد من الوفاة طبيبان من المستشفى يكون أحدهما على الأقل قد حضر المرض الأخير للمتوفي وأن

¹ - محمود خيال، المرجع السابق، ص122.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص180.

تتضمن شهادة الوفاة بالإضافة إلى أسباب الموت أو المرض الذي أدى إليه اسم المتوفي وسنه وحالته المدنية وساعة وتاريخ الوفاة.

وقد حدد الأمر الصادر في 30 أبريل 1951 معيار لحظة الوفاة على أساس توقف المراكز العصبية الحيوية مثل فقد الوعي، انعدام الحركات الإرادية، إنعدام رد فعل الجسم، استرخاء العضلات، توقف التنفس، توقف وظائف الدورة الدموية كتوقف القلب وشريان الدم¹.

غير أن هذا الأمر قد صدر في وقت لم يكن يعرف فيه بعد الوسائل الجديدة للإنعاش الصناعي، ولهذا عقد في مدينة مدريد في جويلية 1966 مؤتمرا دوليا يتعلق بنقل وزرع الأعضاء خاصة القلب، وقد قرر هذا المؤتمر بأن التوقف النهائي لوظائف المخ هو معيار تحديد لحظة الوفاة ويتحقق ذلك بتوافق الدلائل الإكلينيكية وجهاز رسم المخ الكهربائي².

وقد تبنى المشرع الإسباني المعيار الجديد للموت بصور المرسوم الملكي رقم 426 في 22 فيفري 1980 والخاص بتطبيق القانون رقم 30 الصادر في 27 أكتوبر 1979 بشأن استئصال الأعضاء البشرية من جنث الموتى لإجراء عمليات النقل متضمنا في مادته العاشرة ما يلي: "ولا يمكن استقطاع الأعضاء الحية من جسم الإنسان المتوفي لاستخدامها في أغراض النقل إلا بعد التأكد من وفاة المخ والملاحظة الفورية للعلامات الآتية: انعدام أي استجابة مخية وفقدان الإحساس التام ، انعدام التنفس التلقائي ، انعدام المنعكسات المخية المقترنة بالتبليس العضلي واتساع حدقتي العينين ، عدم تلقي جهاز رسم المخ الكهربائي أي إشارة"³.

وبهذا أخذ المشرع الإسباني بموت خلايا المخ ك معيار لتحديد لحظة الوفاة ويستعين للتأكد من ذلك ببعض الاعتبارات الأخرى.

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 197-198.

² - راجع المرجع السابق، ص 198.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 252-253.

2-التشريع الأمريكي:

صدر في ولاية تكساس بالولايات المتحدة الأمريكية قانون بتاريخ أول جويلية 1970مقررا أن مركز الحياة في الإنسان هو المخ وليس القلب، ومؤدى ذلك أن توقف وظائف المخ عند الشخص هو المعيار الحاسم لتقرير الوفاة¹.

3-التشريع الانجليزي:

يمنع المشرع الانجليزي ممارسة أي عملية استقطاع أعضاء من الجثة وذلك قبل توقف جهاز الدورة الدموية لديه عن العمل، ومن ثم فإن المشرع الانجليزي يعتد بتوقف جهاز الدورة الدموية عن العمل لتحديد لحظة الوفاة².

4-التشريع الايطالي:

يوجد في القانون الايطالي عدة نصوص تتعلق باستئصال الأعضاء من الجثة، فوفقا للمادة الخامسة من القانون الايطالي رقم 235 الصادر في 03 أبريل 1957 فإن التأكد من حقيقة الموت يجب أن يتم وفقا للوسائل التي يحددها الأمر الصادر من اللجنة العليا للصحة العامة كما يجب أن تثبت هذه الوسائل في محضر يوقعه الأطباء الذين تحققوا من الوفاة³.

وتقرر المادة السادسة من هذا القانون أنه يجب أن يتم الاستئصال بواسطة الطبيب الذي سيستخدم العضو المستأصل لزرعه لأغراض علاجية وذلك في حضور الأطباء الذين تحققوا من حقيقة الموت أو نوابهم، ولا يجوز الاستئصال من الجثة إلا لمرة واحدة فقط⁴.

غير أن هذه المادة الأخيرة قد تم إلغاؤها ضمينا بالقانون رقم 519 الصادر في 02 أبريل 1968 حيث يقرر أن الأطباء الذين تحققوا من الوفاة يجب ألا يشاركوا الفريق

¹ - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 181.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 256.

³ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 217.

⁴ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 195-196.

الطبي الذي يجب عليه إجراء عملية الزرع، ولا يجوز أن يتم الاستئصال إلا بعد التحقق من حقيقة الموت بواسطة مدير المستشفى الجامعي أو رئيس القسم بالمستشفى أو مدير مؤسسة العلاج الخاص إذا تمت فيها الوفاة أو بواسطة طبيب الصحة العامة عندما تتم الوفاة في مكان آخر¹.

والأصل أن التحقق من الوفاة يجب أن يتم عن طريق جهاز رسم القلب الكهربائي، إلا أنه يمكن استخدام جهاز رسم المخ الكهربائي مع مراعاة العلامات والدلائل الإكلينيكية و العصبية بالنسبة للأشخاص الخاضعين للإنعاش الصناعي نتيجة إصابة المخ .

ويجب أن تحدد هذه العلامات كل سنتين بمنشور يصدر من وزير الصحة، وبالفعل صدر المنشور الوزاري في 09 يناير 1970 ليحدد كيفية تحقق من موت الأشخاص الخاضعين للإنعاش الصناعي بسبب إصابة المخ، وينبغي أن تسجل العلامات التي أشار إليها المنشور في مدة قصيرة أو بصفة مستمرة بالنسبة للنشاط الكهربائي للمخ، كما يجب أن تستمر هذه العلامات مدة لا تقل عن 24 ساعة، هذا بالإضافة إلى أن هذا المنشور يقرر أنه لا يجوز إجراء أي استئصال قبل ملاحظة انعدام التنفس التلقائي بعد توقف التنفس الصناعي لمدة 10 دقائق².

وأخيرا صدر المرسوم الإيطالي رقم 409 في 16 جوان 1977 والخاص بتطبيق القانون رقم 644 الصادر في 02 ديسمبر 1975 بشأن استئصال الأعضاء من الجثة، حيث تبنى المعيار الحديث للموت وهو موت خلايا المخ³.

¹- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 217.

²- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 196.

³- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 218.

ب/التشريعات التي لم تنظم معايير الوفاة

1-التشريع البلجيكي:

لم يتضمن القانون المدني البلجيكي أي نص خاص لتحديد معايير الوفاة واقتصرت المواد من 77-87 من هذا القانون على تخويل مفتش الصحة سلطة التحقق من واقعة الوفاة كما يسند إليه أيضا تحرير شهادة الوفاة، ولم يستلزم القانون المدني البلجيكي ضرورة ذكر تاريخ أو ساعة الوفاة على الرغم من أهمية الآثار التي تترتب على هذه البيانات.¹

وعلى الرغم من أن ممارسة عمليات استقطاع الأعضاء ونقلها قد بوشرت في بلجيكا منذ فترة زمنية طويلة فإنه لم يوضع أي نص قانوني أو لائحي ينظم عملية التحقق من الوفاة²، وقد ظل الحال كذلك إلى أن قدم الأستاذ "Cornet Elzius" مشروع قانون خاص بعمليات نقل الأعضاء ثم عرضه على مجلس النواب البلجيكي في 15 جانفي 1969 ثم أعيد عرضه على مجلس الشيوخ هناك بتاريخ 30 جانفي 1979 ولكن لم يتم التصديق عليه.

وقد تضمن هذا المشروع في مادته الثالثة مايلي: "تعتبر الوفاة أكيدة بمجرد إعطاء جهاز رسم المخ خطا مستقيما لثلاث مرات على التوالي ويوقع اثنان من الأطباء على شهادة تحقق من الوفاة"³.

ويميل غالبية الفقه البلجيكي إلى عدم كفاية معيار جهاز رسم المخ الكهربائي بمفرده للتحقق من الوفاة بل يجب أن تتضافر معه باقي المعايير الإكلينيكية الأخرى .

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 260.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 226.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 260-261.

2-التشريع الفرنسي:

وضع القرار الصادر من وزير الصحة الفرنسي بتاريخ 24 أبريل 1968 مجموعة من الاحتياطات التي يجب على الأطباء مراعاتها للتأكد من حالة الوفاة، فقد نص هذا القرار على أنه بعد استشارة نقابة الأطباء الفرنسية والأكاديمية الوطنية للطب، فإن التحقق من وفاة شخص تحت الإنعاش الصناعي لمدة طويلة يجب أن تحدد بعد أخذ رأي طبيين أحدهما يجب أن يكون بالضروري رئيس قسم بالمستشفى والآخر يفضل أن يكون أخصائي جهاز رسم المخ الكهربائي¹.

وتثبتت الوفاة عند وجود أدلة متوافقة على أن الأضرار التي أصابت الشخص غير قابلة للإصلاح ونهائية تماما وأنها تتعارض كلية مع القول بكونه على قيد الحياة، والمعيار في ذلك وفاة الجهاز العصبي المركزي في مجموعه².

والتأكد من الوفاة يستند أساسا على³:

- التحليل المنطقي للظروف التي وقعت فيها الحادثة.
- الطابع الصناعي الكامل للتنفس وذلك عن طريق استخدام وسائل الإنعاش.
- الانعدام التام لأي رد فعل تلقائي، واسترخاء العضلات تماما، وانعدام الانعكاسات الحدية.
- عدم إعطاء جهاز رسم المخ الكهربائي لأي إشارة سواء من تلقاء نفسه أو عن طريق وسائل الإنعاش الصناعي، وذلك خلال مدة كافية.

ويجب تحرير محضر لإثبات الوفاة يوقعه اثنان من الأطباء ويحرر من ثلاث نسخ يحتفظ كل من الطبيين بنسخة وتسلم النسخة الأخرى إلى إدارة المستشفى، ووجود الشخص في حالة غيبوبة دائمة يسمح برفع أجهزة الإنعاش الصناعي عنه⁴.

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 192.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 258.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 192 - 193.

⁴ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 259.

ولا يمكن استئصال أي عضو أو نسيج من الجثة قبل التحقق تماما من الوفاة، و إذا تم التحقق من الوفاة و أريد استئصال عضو من الجثة لأغراض علاجية فإنه يسمح باستمرار وسائل الإنعاش حتى يمكن المحافظة على العضو المراد استقطاعه في حالة صالحة لزرعه في جسد شخص آخر، ويجب أن يكون الفريق الطبي الذي يقوم بإجراء الاستئصال مختلف تماما عن الفريق الذي تحقق من الوفاة¹.

هذا وقد صدر القانون رقم 654-94 بتاريخ 29 جويلية 1994 المتعلق بلبتبرع وباستعمال عناصر و منتوجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة ونص في المادة الخامسة منه على ضرورة استصدار قرار من مجلس الدولة يحدد بمقتضاه الإجراءات الخاصة بالتحقق من الوفاة.

3-التشريع المصري:

لم يتضمن التشريع المصري أي نص بشأن تعريف الوفاة وقد أشار القانون رقم 260 سنة 1960 في شأن الأحوال المدنية والمعدل بالقانون رقم 11 سنة 1965 في مادته التاسعة والعشرين على ضرورة الإبلاغ عن الوفاة خلال 24 ساعة من حدوثها، وقد استلزمت المادة 01/32 من هذا القانون بعض البيانات التي يجب أن يشتمل عليها التبليغ ومنها يوم الوفاة، تاريخها وساعاتها ومحلها، ولا يتم القيد في دفتر الوفيات إلا بعد تقديم شهادة بالوفاة وسببها وأن تكون صادرة من طبيب مصرح له بمزاولة مهنة الطب، وفي حالة عدم وجود شهادة طبية يقوم طبيب الصحة في المدن التي بها مكاتب الصحة أو مندوب الصحة في القرى بإجراءات الكشف على الجثة².

¹-أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق،ص193.

²-محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ،ص261.

وهكذا ترك المشرع المصري للطبيب السلطة التقديرية في لحظة الوفاة والتحقق من حدوثها وسببها ولم يحدد له وسائل معينة يستطيع بواسطتها التحقق من الوفاة فهذه مسألة وقائع متروكة لتقدير الطبيب يحددها طبقاً للأصول العلمية والطبية للمهنة¹.

ولم يضع المشرع المصري في القانون 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل زرع الأعضاء معايير محددة للحظة الوفاة فنص في المادة 14 على أنه "لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض وجراحة القلب والأوعية الدموية والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، وذلك بعد أن تجري اللجنة الاختبارات الإكلينيكية والتأكيديّة اللازمة للتحقق من ثبوت الموت طبقاً للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا ويصدر بها قرار من وزير الصحة، واللجنة في سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المتخصصين على سبيل الاستشارة. ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة...."².

كما وضع المشرع المصري عقوبة مشددة تصل إلى حد الإعدام توقع على كل من يقوم بنقل عضو من جسم إنسان دون ثبوت الموت فنص في المادة 21 من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية على ما يلي: "يعاقب بعقوبة القتل العمد مع سبق الإصرار المنصوص عليها في المادة 230 من قانون العقوبات من نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان دون ثبوت موته ثبوتاً يقينياً وفقاً لما نصت عليه المادة 14 من هذا القانون مما أدى إلى وفاته مع علمه بذلك، وتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن لكل من شارك في إصدار قرار التثبيت من الموت دون إجراء الاختبارات المنصوص عليها في المادة 14 من هذا القانون."³.

¹- عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 352.

²- المادة 14 من القانون رقم 05 لسنة 2010 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية.

³- المادة 21 من القانون رقم 05 لسنة 2010 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية.

ج/موقف للمشرع الجزائري:

نصت المادة 164 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها مايلى: " لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من أشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية".¹

و تطبيقا لهذه المادة أصدر وزير الصحة قرارا بتاريخ 19-11-2002 تضمن معايير إثبات الوفاة لغرض إقتطاع الأعضاء من الجثث تتمثل فيمايلي:²

- الإنعدام التام للوعي.
- غياب النشاط العفوي الدماغى.
- التأكد من الإنعدام التام للتهوية العفوية عن طريق إختبار hypercapnie
- التأكد من موت خلايا المخ باستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي مرتين ومن إنجاز طبييين مختلفين.

الملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالموت الدماغى كمعيار أساسى للتأكد من الوفاة وحدد الإجراءات الطبية التي يجب مراعاتها من قبل الأطباء لإثبات الوفاة في الحالات التي يرجى فيها إنتزاع الأعضاء من الجثة.

ثالثا - الإنعاش الصناعى

نظرا لتقدم العلوم البيولوجية وتطور المكتشفات الطبية الحديثة ظهرت في الآونة الأخيرة وسيلة فنية جديدة في مجال الطب و الجراحة تستهدف حفظ حياة الإنسان المريض الذي توقف قلبه بأجهزة ووسائل صناعية تعيد للقلب والجهاز التنفسى نشاطهما وعملهما، بحيث

¹-المادة164فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

3-المادة الثانية من القرار الوزاري رقم 34 الصادر بتاريخ 19-11-2002 المتعلق بمعايير إثبات الوفاة لغرض إقتطاع الأعضاء من الجثث.

يؤدي ذلك في بعض الأحيان إلى استرداد الإنسان وعيه كاملاً وإعادة وظائفه الأساسية والحيوية، فالغرض من استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي هو إطالة حياة المريض.¹

ويثير الإنعاش الصناعي بدوره الكثير من المشاكل المرتبطة بنواح عديدة فهو يبرر من الناحية الطبية الحالة الثالثة للإنسان أي الحالة الحدية بين الوفاة والحياة وما يرتبط بها من حالات فقد الشعور والغيبوبة وأسبابها ودرجاتها وبيان الحدود القانونية له.

أ/الغيبوبة ودرجاتها

الغيبوبة عبارة عن فقد الشعور أو الأحاسيس الخارجية، ولها أسباب عديدة منها الإصابات المخية، حدوث نزيف، تصلب شرايين المخ، الالتهابات السحائية المخية، وقد تحدث الغيبوبة أيضاً نتيجة التسمم أو على أثر الإصابة ببعض الأمراض العصبية المتأخرة وكذلك فإن توقف القلب بسبب عملية التخدير من شأنه أن يؤدي إلى إحداث غيبوبة². وتنقسم الغيبوبة إلى ثلاث درجات:

1-الغيبوبة المؤقتة

تحدث الغيبوبة المؤقتة أحياناً على أثر الدهشة أو الذهول الشديدين ويصعب تعقب تطور مراحلها، وأهم مظاهرها عدم الاستجابة العضوية والتي قد يمكن للشخص أن يتخلص منها تحت تأثير المؤثرات الشديدة والمتكررة، فهي عبارة عن تعطل مؤقت لوظائف المخ وسرعان ما يسترد المصاب وعيه مرة ثانية ويمارسه نشاطه العادي³.

¹-أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق، ص180.

²-محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص234.

³-مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص202.

2- الغيبوبة العميقة

يكون المصاب في هذه الغيبوبة فاقد الإحساس والشعور ومجردا من الحركة والمنعكسات ولكنه يظل مع ذلك محتفظا بحياة عضوية ممثلة في الإبقاء على درجة حرارة الجسم والتنفس والدورة الدموية ، بل ويمكن لجهاز رسم المخ أن يسجل ذبذبات معلنا عن وجود حياة مخية، وهذه الحالة ليست من قبيل الوفاة ولذا لا يجوز ممارسة عملية استئطاع قلب أو كبد فيها.¹

3- الغيبوبة المستديمة

أهم ما يميز هذه الغيبوبة وفاة خلايا المخ لدى الشخص والتي يستحيل عودتها للحياة مرة ثانية والمخ هو الجهاز الذي يسيطر على المراكز العصبية العليا في الإنسان وبالتالي في إدراكه وفي تناسق وظائف أعضاء الجسم، وبوفاة المخ عند الإنسان يفقد كل الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية الطبيعية حتى ولو أمكن الإبقاء على تنفسه ودورته الدموية بأساليب الإنعاش الصناعي فهذه المظاهر ليست سوى حياة ظاهرية فقط.

ويعد الإنسان في هذه الحالة في حكم الموتى من الناحيتين الطبية والشرعية لذا فيباح إجراء عمليات استئطاع الأعضاء في هذه الحالة بغرض نقلها إلى شخص آخر.²

ب- الحدود القانونية للإنعاش الصناعي

يستلزم بيان الحدود القانونية للإنعاش الصناعي التفرقة بين الحالتين: الأولى حين يوجد فيها الشخص في حالة غيبوبة عميقة والثانية وفيها يكون الشخص في حالة غيبوبة دائمة.

1- وجود الشخص في غيبوبة عميقة

قد تمتد غيبوبة الشخص في هذه الحالة إلى أيام أو أسابيع أو سنين ويعتبر الإنسان في هذه الحالة من عداد الأحياء وفقا للمعايير الحديثة للوفاة حيث أن خلايا مخه ما زالت حية.³

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق،، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص235.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص202-203.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق ، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات، ص241.

لذلك إذا قام الطبيب بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي وأدى ذلك إلى وفاة المريض فإنه يسأل عن جريمة قتل عمد إذا توافر لديه قصد إزهاق الروح، أو قتل خطأ إذا نسب إليه إهمال أو تقصير¹.

فواجب الطبيب يكمن من الناحية القانونية في المحافظة على حياة الإنسان حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن وجود فرص لها محل من التقدير والأهمية للمحافظة على حياة المريض يقتضي من الطبيب أن يبذل أقصى جهد في هذا الشأن ، كما قررت محكمة مونييليه بأنه إذا كان المريض يهدده الموت الوشيك والحال فينبغي النظر إليه على أنه في حالة خطر وعلى الطبيب أن يساعده بقدر الإمكان حتى ينتهي إلى مصيره المحتوم².

وفي هذا الشأن ألزمت المادة 154 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها الطبيب بتقديم العلاج للمريض تحت مسؤوليته في حالة الاستعجال من أجل إنقاذ حياته³.

كما يذهب المشرع المصري لنفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري بإلزام الطبيب ببذل كل ما في وسعه نحو مرضاه والعمل على تخفيف آلامهم⁴.

2-وجود الشخص في غيبوبة مستديمة

لا يعد الشخص الذي ماتت خلايا مخه من الأحياء وفقا للمعيار الحديث، ووجود أجهزة الإنعاش الصناعي في هذه الحالة سوى للمحافظة على بعض مظاهر الحياة العضوية للأعضاء المراد استئصالها قصد الزرع حتى لا تتلف من جراء الوفاة⁵.

¹ _أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص167 وما بعدها.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ23جوان1955 وحكم محكمة مونييليه بتاريخ17فيفري1953 أشار إليهم محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات، ص242.

³ - المادة154فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁴ -المادة12 من اللائحة المصرية لأداب مزاوله مهنة الطب.

⁵ - مروك نصر الدين، المرجع السابق ، زراعة الأعضاء البشرية ، ص204.

وإيقاف الطبيب لأجهزة الإنعاش الصناعي في هذه الحالة لا يعد من قبيل القتل بدافع الشفقة والمعاقب عليه جنائياً ، وذلك لانتهاء شرطين أساسيين لقيام هذه الجريمة أولهما أن المريض الذي ماتت خلايا مخه لا يتمتع بحياة إنسانية طبيعية جديدة بحماية القانون، ثانيهما انعدام الأحاسيس أو الشعور للمريض والتي توقفت لديه جميع المراكز العصبية عن عملها ومن ثم فإن واجب الطبيب الذي يتمثل أساساً في شفاء المريض يتوقف في لحظة معينة ويتحول إلى واجب ترك المريض يموت في سلام وألا يطيل فترة عذابه ضد الموت المحتوم.¹

وبالتالي يجوز للطبيب في هذه الحالة استئصال الأعضاء وزرعها في جسم المتلقي إذا توافرت شروط الإباحة الأخرى.

الفرع الثاني

الموافقة على استئصال الأعضاء من الجثة

لا يستطيع الطبيب الجراح استئصال عضو من الجثة إلا بعد الموافقة على الاستئصال و تصدر هذه الموافقة من الشخص المنقول منه قبل وفاته (أولاً) وقد تصدر من أسرته أو أقربائه بعد وفاته إذا لم يكن قد عبر عن إرادته قبل الوفاة (ثانياً).

أولاً- موافقة المتنازل قبل وفاته

أ/شروط الإذن بالإستئصال

يشترط في الرضا بالإستئصال أن يكون حراً ، صريحاً وصادراً عن ذي أهلية.

¹-محمد سامي الشوا، المرجع السابق ، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات، ص244.

1-رضا حر وصريح

عندما يقرر شخص التنازل عن جثته لمعهد علمي أو تشريحي لأغراض طبية وعلمية يكون دافعه في أغلب الأحيان التضامن الإنساني، هذا التضامن الذي يهدف إلى إنقاذ حياة الآخرين الذين يتهددهم خطر الموت، فالتنازل على الجثة إذا كان يهدف إلى تحقيق هذه الغاية فإنه لا يكون بذلك متعارضاً مع النظام العام أو الأخلاق،¹ فهو تصرف إنساني وأخلاقي وعمل ذو قيمة اجتماعية مؤكدة.²

ويشترط لاستئصال الأعضاء من الجثة أن يصدر رضا حر وصريح من المتنازل قبل وفاته، فلا يعتد بالرضا الصادر منه إذا تعرض لأي إكراه أو ضغط أياً كان نوعه.³ فإذا كان الموصي قد تصرف تحت ضغط أو إكراه أو إغراء كالوعد بمنحه مكافأة مالية أو الحصول على ميزة معينة مقابل تنازله عن أحد أعضائه أو عن كامل جثته بعد موته، فإنه لا يعتد بهذا التصرف وتعتبر الوصية باطلة قانوناً لتوافر سبب من أسباب البطلان وهو الإكراه المبطل للتصرف.⁴

وهناك تشريعات تسمح للسلطات العامة باستئصال الأعضاء من الجثة وزرعها في جسد إنسان حي إذا لم يعبر المتوفي صراحة -قبل وفاته- عن إرادته، فقانون لوكسمبورج الصادر في 17 نوفمبر 1958 يسمح للسلطات العامة بالمطالبة بالجثة للأغراض العلمية والعلاجية إذا لم يعبر المتوفي - أثناء حياته - عن إرادته باستئصال أعضاء من جثته (المادة الرابعة)⁵.

أما إذا اعترض الشخص أثناء حياته على إجراء أي استئصال من جثته بعد وفاته فينبغي أن تحترم هذه الإرادة ومن ثم فلا يجوز المساس بجثته وهذا ما نصت عليه المادة 16

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق، ص205.

² - Dierkens,op,cit,p150.

³ -Ahmed Charafeddine, Op, cit, p638 .

⁴ - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص390-391.

⁵ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق، ص206.

من القانون المغربي رقم 16 لسنة 1998 بشأن التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية.¹ كما نصت عليه المادة 165 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

2- أهلية الإيصال

من الثابت أن الشخص متى كان بالغاً عاقلاً يمكنه أن يوصي قبل وفاته بجثته أو بأجزاء منها للأغراض العلمية أو الطبية، فمتى توافرت لدى الشخص أهلية الإيصال يمكنه أن يتصرف في جثته كما يتصرف في أمواله.²

أجاز المشرع الجزائري الإيصال بالجثة بموجب المادة 164 الفقرة الثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها ولم يحدد أهلية الموصي مما ينبغي معه الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالأهلية.³

يشترط القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون، الحصول على إقرار كتابي من الموصي وهو كامل الأهلية، أما إذا كان الشخص قاصراً أو ناقص الأهلية فيلزم الحصول على موافقة الولي وهذا طبقاً للمادة الثالثة.⁴

لم يحدد المشرع المصري في القانون رقم 05 لسنة 2010 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية أهلية الموصي فقد أجازت المادة الثامنة من هذا القانون الوصية بالجثة ولم تحدد أهلية الموصي، لذلك يرجع فيها للقواعد العامة المتعلقة بالأهلية.⁵

¹ - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 391.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 208.

³ - تنص المادة 164 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: "...يجوز الانتزاع اذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله لذلك".

⁴ - المادة الثالثة من قانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون.

⁵ - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 394.

وتقرر المادة الخامسة من القانون الفرنسي رقم 654-94 بتاريخ 29 جويلية 1994 المتعلق بـلتبرع وباستعمال عناصر ومنتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة أنه إذا كان الشخص بالغاً رشيداً فإنه يجوز استئصال أجزاء من جنثه بعد الوفاة لأغراض علاجية أو علمية بشرط ألا يكون الشخص قد أبدى - أثناء حياته - رفضه لذلك، أما إذا كان المتوفي قاصراً غير مأذون له بإدارة أمواله فلا يجوز استئصال أعضاء من جنثه إلا بعد الحصول على إذن ممثله القانوني¹.

و يعطي مشروع القانون الموحد لزراعة الأعضاء في الولايات المتحدة الأمريكية لكل شخص عاقل بلغ سن الثامنة عشرة الحق في التصرف في كل جنثه أو أجزاء منها بعد وفاته².

كما تقرر المادة الثانية من القانون الدانمركي رقم 246 والصادر في 09 جوان 1967 الخاص باستئصال الأنسجة البشرية والعناصر البيولوجية الأخرى أنه يمكن لكل شخص بلغ سن الحادي والعشرين أن يعطي رضائه الكتابي باستئصال الأعضاء من جنثه للأغراض العلاجية أو العلمية³.

ب/شكل التعبير عن إرادة الموصي

إذا كانت بعض التشريعات لم تستلزم شكلية معينة للتعبير عن إرادة الموصي فإن البعض الآخر منها أوجب إتباع شكلية معينة للتعبير عن هذه الإرادة وميزت في هذا المجال بين حالة الموافقة على الاستئصال من عدمه على النحو التالي:

¹ - المادة الخامسة من القانون رقم 654-94 المتعلق بالتبرع وباستعمال عناصر ومنتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة.

² - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 395-396.

³ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 209.

1 - حالة قبول الاستئصال من الجثة

تتطلب بعض التشريعات شكالية معينة للتعبير عن إرادة الموصي بشأن التصرف في جثته أو في جزء منها، وقد تتخذ هذه الشكالية صورة إقرار كتابي أو وصية، فتقرر المادة الثانية من القانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون أنه "يمكن الحصول على العيون من الأشخاص الذين يوصون بها".¹

فهذه المادة تأخذ صراحة بالشكل الإيصائي كطريقة للتعبير عن إرادة المتوفي.²

كما تنص المادة الثامنة من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أنه "يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أن يزرع فيه عضو... إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته وصية موثقة أو مثبتة في أية ورقة رسمية أو أقر بذلك وفقا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".³

وبموجب هذا النص أجاز المشرع المصري الوصية بالجثة بشرط أن تكون الوصية موثقة أو ثابتة بورقة رسمية أو أقر بها الموصي قبل وفاته .

كما يشترط القانون الكويتي رقم 07 لسنة 1983 في حالات الكلى التي يتبرع بها أصحابها حال حياتهم أو يوصون بها بعد وفاتهم الحصول على إقرار كتابي من المتبرع أو الموصي.⁴

وهناك تشريعات لا تتطلب شكالية معينة منها التشريع الجزائري حيث نصت المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها وبالتحديد الفقرتين الأولى والثانية على ما يلي: "لا يجوز

¹ - المادة الثانية من القانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق، ص 211.

³ - المادة الثامنة من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية.

⁴ - المادة الثانية والثالثة من القانون الكويتي رقم 07 لسنة 1983 المتعلق بنقل وزرع الكلى.

انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة....

وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله ذلك.¹

ما يلاحظ على هذا النص أنه عدل بموجب القانون 90-17 فبعد أن كان المشرع الجزائري يشترط الموافقة الكتابية للمتأثر أثناء حياته تراجع عن هذا الشرط،² ويسط إجراءات التنازل عن عضو من أعضاء الجثة فيستطيع المتأثر أن يعبر عن إرادته بكافة طرق التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً أو اتخاذ أي موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه كما يجوز أن يكون ضمناً.³

كذلك أجاز المرسوم الملكي الإسباني لسنة 1980 الخاص باستقطاع الأعضاء ونقلها والذي أشار في المادة الثامنة الفقرة الثانية على إمكانية الشخص أن يعبر عن إرادته في مجال استئصال الأعضاء من جثته بكافة الطرق سواء بالكلام أو الإشارة أو الكتابة، كما يستطيع أن يحدد أعضاء بذاتها ويحرم أعضاء أخرى مع تحديد أغراض الاستئصال علاجية أو علمية.⁴

2- حالة رفض الاستئصال من الجثة

لمتلتزمت بعض التشريعات شكلية معينة لإثبات رفض الشخص المساس بجثته بعد وفاته، ومن هذه التشريعات التشريع الجزائري حيث نصت المادة 165 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا

¹ -المادة 164 فقرة أولى وثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها.

² - نصت المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها قبل التعديل على ما يلي: "لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة... -وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعنى وهو على قيد الحياة...".

³ - المادة 60 من القانون المدني.

⁴ - المادة الثامنة الفقرة الثانية من المرسوم الملكي الإسباني لسنة 1980 الخاص باستقطاع الأعضاء ونقلها.

عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على ذلك أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي.¹

يتضح من هذه الفقرة أن التشريع الجزائري أجاز للشخص الاعتراض على المساس بجثته بعد وفاته على أن يتم هذا الاعتراض في الشكل الكتابي.

في حين لم تستلزم بعض التشريعات أي شكلية خاصة لإثبات رفض المتوفي لأي عملية استئصال من جثته من ذلك ما جاء في المادة الثالثة من المرسوم الملكي الإسباني الخاص باستقطاع الأعضاء ونقلها حيث نصت على ما يلي: "لكل شخص أن يعبر صراحة عن رفضه لأي عملية استئصال بعد وفاته سواء بإثبات ذلك في بطاقة الخدمة الصحية أو في السجل الخاص الذي يلزم بإمساكه المنشآت الطبية التي تمارس هذه العمليات أو في الوثيقة التي تجيز إجراء العمليات الجراحية أو بأي وسيلة أخرى وبدون التقيد بإتباع شكلية معينة".²

ثانيا - موافقة الأقارب على الاستئصال من الجثة

ذهبت بعض التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى أنه إذا لم يعبر المتوفي عن إرادته أثناء حياته بشأن نقل عضو أو أكثر من جثته فإنه يجوز هذا النقل بعد الحصول على موافقة أقاربه الصريحة، في حين اكتفت بعض التشريعات بالموافقة المفترضة للأقارب بينما استغنت تشريعات أخرى عن هذه الموافقة.

الضرورة الحصول على موافقة الأقارب

إشترطت بعض التشريعات ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة لأفراد أسرة المتوفي حتى يتسنى القيام بإجراء عملية الاستقطاع من جثته، والتغاضي عن حق الأسرة في هذا

¹ - المادة 165 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

² - المادة الثالثة من المرسوم الملكي الإسباني لسنة 1980 الخاص باستقطاع الأعضاء ونقلها.

الشأن ينطوي على مساس بحرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام، ولا يجوز أيضا إجراء عملية الاستقطاع من الجثة -ولو برضا أحد أقاربه - إذا ما اعترض على ذلك مع إرادة المتوفي أثناء حياته.¹

إن إشتراط الحصول على موافقة الأقارب لإجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية من الجثة ما هو إلا تعبير عن حماية حقوقهم المعنوية على جثة قريبهم، تلك الحقوق التي تجد جذورها في صلة الدم والقرابة التي تربط أفراد الأسرة، وذلك فهم يخلفون قريبهم المتوفي في المحافظة على كرامة جثته، فالتغاضي عن موافقة الأسرة ينطوي على اعتداء صارخ لحقوقهم المعنوية وللاحترام الواجب نحو الأموات.²

يشترط تشريع لوكسمبورج الصادر في 17 فيفري 1958 والخاص باستقطاع الأعضاء من الجثة ضرورة الحصول على موافقة أقارب المتوفي وذلك بحسب ترتيبهم في استحقاق التركة وذلك حتى الدرجة الثانية وكذلك موافقة الزوج³، وقد أورد هذا التشريع استثناء مؤداه أنه في المستشفيات التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير الصحة يمكن استئصال أجزاء من الجثة بدون الحصول على الموافقة المسبقة من الأقارب أو الزوج وذلك إذا اقتضت ضرورات طبية وعلمية.⁴

في الولايات المتحدة الأمريكية فإن الحق في التصرف في الجثة يكون للزوج الباقي على قيد الحياة، الابن أو الابنة البالغة، أحد الوالدين، الأخ والأخت البالغة ومن يسمى بحارس الشخص المتوفي لحظة وفاته وأي شخص يسمح له المتوفي قبل الوفاة بالتصرف في الجثة.⁵

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 348.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 220-221.

³ - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 409.

⁴ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 349.

⁵ - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 203.

في التشريع الإيطالي الصادر سنة 1968 الخاص باستقطاع الأعضاء وإن كان قد استبعد الحصول على موافقة الزوج فهو اشترط ضرورة الحصول على موافقة أقارب المتوفي حتى الدرجة الثانية¹.

إشترط القانون البرازيلي الصادر سنة 1968 ضرورة موافقة الزوج كتابة ثم أُرِدَف ترتيب الأقارب بعد ذلك على النحو التالي الخلف فالسلف فالحواشي فالهيئات المدنية أو الدينية المسؤولة عن مصير الجثة².

تضمن القانون المدني الكندي لمقاطعة كيبيك في المادة 22 على إلزام الطبيب بضرورة الحصول على موافقة الزوج أو الأقارب المقربين قبل مباشرة عملية الاستئصال من الجثة ويمكن التغاضي عن هذه الموافقة في حالة الاستعجال³.

في التشريع الكويتي رقم 07 لسنة 1983 قررت المادة الثالثة أنه في حالة استئصال كلى من أشخاص متوفين فيجب الحصول على موافقة أقرب الأفراد الموجودين من أسرة المتوفي لحظة إجراء هذه العمليات⁴.

حددت المادة 164 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها الأشخاص الذين لهم حق الموافقة على الاستئصال من الجثة حيث نصت على ما يلي: "إذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفي أسرة"⁵.

¹-محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص349.

²-مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص273.

³-محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص349.

⁴-المادة الثالثة من القانون رقم 07 لسنة 1983 المتعلق بنقل وزرع الكلى.

⁵-المادة 164 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها.

بالتالي لا يجوز إستئصال أي عضو من الجثة إلا بعد موافقة الأقارب ووفقا للترتيب الذي ذكرته المادة 164 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها فيجب مراعاة الحقوق المعنوية لأفراد الأسرة على جثة قريبهم.

يؤخذ على هذا الاتجاه أنه وإن كان يراعي الضرورات الإنسانية للأسرة إلى أنه يعيق إلى حد كبير إجراء عمليات نقل الأعضاء والتي تحتاج إلى سرعة فلا يمكن مثلا المحافظة على القلب أو الكلية المراد استئصالها ونقلها إلى شخص آخر في حالة صالحة إلا لوقت يسير، وانتظار الحصول على موافقة الأقارب من شأنه أن يؤدي إلى تلف هذه الأعضاء.¹

كما أنه ليس من الإنسانية أن تثار مسألة المساس بالجثة مع أقاربه لحظة الوفاة ذاتها وهي تعتبر من أكثر لحظات حياتهم ألما فالأسرة تحتاج إلى من يشد أزرها ويهدئ من أحزانها لا إثارتها.²

ب/الاكتفاء بالموافقة المفترضة للأقارب

يتركز مضمون هذا الاتجاه على افتراض رضا أقارب المتوفي بخصوص استئصال أعضاء من جثته ما لم يصدر منهم اعتراض صريح على ذلك.³

جاء في توصيات المؤتمر الدولي لرجال القضاء المنعقد ببروجيا بتاريخ 13 سبتمبر 1969 "ومن المناسب... الرأي العام لكي يدرك أن قرينة الرضا بالنسبة لعملية استئصال الأعضاء تشبع مصلحة عامة وتستجيب لأغراض إنسانية ولفكرة التضامن بين البشر وأنها لا تنطوي على أي مساس بالشعور بالرحمة أو الاحترام الواجب للجثة أو النيل من كرامته".⁴

¹- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص 350-351.

²-مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 275.

³-محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص 351.

⁴مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 276.

أعلنت اللجنة الوزارية المنبثقة عن المجلس الأوروبي في قرارها الصادر بتاريخ 11 ماي 1978 والخاص بالتنسيق بين تشريعات الدول الأعضاء في المجلس في مجال استقطاع الأعضاء ونقلها عن إياحة عمليات استئصال الأعضاء من الجثة عندما لا يوجد ما يؤكد أنه كان سيعارض ذلك (المادة العاشرة) وأن هذا النص تمليه الضرورة الطبية والتي تحتم بسرعة نقل العضو المستقطع.¹

يميل إلى هذا الاتجاه التشريع الانجليزي فقد أعد للورد Denbrod مشروعاً بقانون خاص بنقل الكلى في 31 مارس 1968 وعرض على مجلس العموم البريطاني وقد تبني قرينة الرضا حيث نص على أن استئصال الكلية يعتبر عملاً مشروعاً ما لم يوجد هناك سبب يحمل على الاعتقاد بأن المتوفي كان سيرفض مثل هذه العملية.²

يأخذ التشريع الإيطالي الصادر سنة 1968 بموافقة أقارب المتوفي أساساً من أجل إجراء عمليات الاستئصال إلا أنه اعتد بقرينة الرضا بالنسبة لجثث الأشخاص الخاضعة لمراقبة التشخيص لمعرفة أسباب الوفاة.³

في فرنسا اعتد القانون رقم 654-94 الصادر بتاريخ 29 جويلية 1994 المتعلق بالتبرع وباستعمال عناصر ومنتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة بقرينة الرضا حيث نجد المادة الخامسة منه تقرر بأنه يمكن إجراء الاستئصال لأغراض علاجية أو علمية على الجثة ما لم يعرف أنه قد اعترض أثناء حياته على هذا الإستئصال.⁴

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 352.

² - Ahmed Charafeddine, Op, cit, p690 .

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 352.

⁴ - المادة الخامسة من القانون رقم 654-94 المتعلق بالتبرع وباستعمال عناصر ومنتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة .

يتبين من هذا النص أن المشرع الفرنسي في سبيل مواجهة نقص الأعضاء البشرية، ولتفادي عقبة رفض بعض الأسر وإعطاء الموافقة على الاستئصال جعل القيد ليس هو ضرورة الحصول على موافقة الأسرة وإنما صدور اعتراض صريح من المتوفي أثناء حياته، فالقانون الفرنسي لا يعول على موافقة الأسرة باستئصال أعضاء من جثة أحد أفرادها، وذلك لاعتبارات تتعلق بالتضامن الإنساني ومسايرة تقدم وتطور عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية¹.

ينطوي هذا الاتجاه على خطورة كبيرة بالنسبة للطبيب، فطبقاً لهذا الاتجاه يجوز للطبيب إجراء عملية الاستئصال من الجثة دون الحصول على الموافقة المسبقة من أقارب المتوفي بشرط عدم اعتراض أقارب المتوفي، وهذا الأمر يخلق العديد من المشاكل بالنسبة للطبيب، إذ كيف يتأكد الطبيب من عدم اعتراض أقارب المتوفي على عملية الاستئصال؟ وإذا قيل بأنه على الطبيب إخطار أقارب المتوفي فإن الإخطار يتطلب فترة طويلة فهو يستلزم معرفة الأقارب وتحديد موطنهم وهذه الفترة قد تؤدي إلى تلف الأعضاء².

ج/الحصول على الأعضاء البشرية دون موافقة

ذهب أنصار هذا الاتجاه³ إلى أنه وفي ظل نجاح عمليات زرع الأعضاء البشرية وما تستلزمه من سرعة في القيام بالاستئصال من الجثة فلا بد من الاستغناء عن موافقة الأقارب، فيجب ترجيح المصلحة الإنسانية والمؤكددة في إنقاذ المريض من الموت على مصلحة الأسرة التي تستلزم مراعاة مشاعر العطف والتبجيل التي تكنها نحو المتوفي، وبذلك يستطيع الطبيب وبمفرده ودون الحاجة إلى الحصول على موافقة أقارب المتوفي الاستئصال من الجثة⁴.

¹ - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 225- 226.

² - عبد الله بشري، المرجع السابق، ص 413- 414.

³ - أحمد محمود سعد، المرجع السابق، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، ص 126 وما بعدها.

⁴ - حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 215.

ويأخذ بهذا الاتجاه القانون الفرنسي حيث تضمن المرسوم الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1947 بأنه بالنسبة للمستشفيات التي يحددها وزير الصحة إذا ما قدر الطبيب مدير المستشفى أن هناك مصلحة علمية أو علاجية تستلزم تشريح الجثة أو استئصال أجزاء منها فله أن يأمر بذلك حتى بدون الحصول على موافقة أسرة الشخص المتوفي¹.

كذلك القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 الخاص ببنك العيون وبالتحديد المادة الثالثة منه استغنى عن الحصول على موافقة أقارب المتوفي بالنسبة لعيون الموتى أو قتلى الحوادث الذين تشرح جثتهم وكذلك عيون الموتى مجهولي الشخصية وكذلك عيون المحكوم عليهم بالإعدام بعد تنفيذ الحكم².

المشرع الجزائري هو الآخر سمح باستئصال قرنية العين والكلية دون موافقة الأسرة حيث نصت المادة 164 فقرة رابعة وخامسة من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثله الشرعي أو كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع، إذا اقتضت الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو..."³.

ما يلاحظ أن المشرع حدد العضوين الذين يجوز استئصالهما دون موافقة الأسرة وهما: قرنية العين والكلية وذلك لسهولة إجراء عملية زرعهما لتوفر الوسائل البشرية والمادية لذلك بالإضافة إلى كثرة الطلب عليهما كما أن انتزاعها لا يشوه الجسم هذا من جهة، ومن جهة أخرى اشترط لإباحة استئصال هذين العضوين دون موافقة الأسرة أن تكون هناك حالة استعجالية تهدف للمحافظة على صحة المستفيد أو العضو المراد نقله.

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 256-257.

² - المادة الثالثة من القانون رقم 103 لسنة 1962 الخاص ببنك العيون .

³ - المادة 164 فقرة رابعة وخامسة من قانون حماية الصحة وترقيتها.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد رجح المصلحة الإنسانية العامة والمؤكددة على مصلحة الأسرة.

الفرع الثالث

شروط أخرى لإباحة استئصال الأعضاء البشرية من الجثة

أوردت التشريعات التي نظمت عمليات نقل الأعضاء البشرية - إضافة إلى الشرطين السابقين - شروطاً أخرى يجب مراعاتها عند إجراء عمليات الاستئصال من الجثة وبعض هذه الشروط عام أي نصت عليه غالبية هذه التشريعات، وبعضها خاص أي انفردت بها بعضها دون البعض الآخر .

أولاً - الشروط العامة

من الشروط العامة التي تناولتها غالبية التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ما يلي:

- لا يجوز القيام بعمليات استئصال الأعضاء ونقلها إلا في المستشفيات ودور الصحة العامة التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير الصحة ويبين هذا القرار الشروط الواجب توافرها فيها حيث نصت المادة 167 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: " لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة"¹.

- عدم مشاركة الفريق الطبي الذي قام بالتحقيق من حالة الوفاة في مباشرة عمليات استقطاع أجزاء من الجثة أو في نقلها إلى شخص آخر حيث نصت المادة 165 الفقرة الثالثة من قانون

¹ - المادة 167 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها .

حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "ولا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع"¹.

- ينطبق على عمليات استقطاع الأعضاء ونقلها الإلتزام بعدم إفشاء سر المهنة، ولا يجوز أن يصدر بيان عن هذه العمليات إلا عن طريق السلطة المختصة بالمستشفى و هذا ما نصت عليه المادة 165 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها" كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع"².

ثانيا - الشروط الخاصة

هذه الشروط انفردت بها بعض التشريعات دون البعض الآخر ومن بينها ما يلي:

- يمنع مباشرة عمليات استئصال أجزاء من الجثة إلا بعد مضي فترة زمنية معينة من إعلان حالة الوفاة وتقدر بحوالي ساعتين في بعض التشريعات وحوالي 24 ساعة في تشريعات أخرى³.

- قصر عمليات الاستئصال من الجثة على رعايا الدول المنظمة لهذه العمليات ما لم يعبر المتوفي الأجنبي عكس ذلك صراحة⁴.

الفصل الثاني

التجارب الطبية

تحظى التجارب الطبية في الوقت الحالي باهتمام بالغ في كثير من الدول لما تثيره من إشكالات قانونية ذات طبيعة حديثة تتعلق بحرمة الكيان الجسدي للإنسان من الاعتداءات و المخاطر الناجمة عن إساءة استخدام هذه التجارب.

¹ - المادة 165 فقرة الثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها.

² - المادة 165 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 256.

⁴ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 360.

إن دراسة الجوانب القانونية للتجارب الطبية تتطلب البحث عن أساس مشروعيتها (المبحث الأول) وعن شروط مشروعيتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أساس مشروعية التجارب الطبية

لا يمكن البحث عن أساس مشروعية التجارب الطبية دون التطرق إلى موقف القانون الدولي لما لعبه من دور هام في هذا المجال (المطلب الأول). كما يجب الإشارة إلى بعض التشريعات الأجنبية التي اختلفت في موقفها بحسب القصد من التجارب الطبية (المطلب الثاني) لنركز بعد ذلك عن النظرة التي يلقيها القانون الجزائري عن مثل هذه العمليات (المطلب الثالث) وعن موقف الشريعة الإسلامية منها (المطلب الرابع).

المطلب الأول

موقف القانون الدولي من مشروعية التجارب الطبية

تشكل التجارب الطبية على الإنسان اهتمام الهيئات والمؤتمرات الدولية منذ منتصف القرن الماضي نظرا لما لهذه التجارب من ارتباط وثيق بحقوق الإنسان خاصة منها حق الإنسان في كيانه الجسدي وحقه في السلامة البدنية، فنظرا لأهمية التجارب الطبية على الإنسان ونظرا لرغبة المجتمع الدولي والهيئات الدولية المختلفة في حماية حقوق الإنسان تعددت الاتفاقيات الدولية المنظمة لها.

فقد نتج عن التطور الطبي السريع واستخدام الأساليب الطبية الحديثة أن أصبح حق الإنسان في السلامة البدنية مهددا بالخطر وهو ما دفع ببعض المنظمات الدولية والإقليمية إلى عقد اتفاقيات على جانب كبير من الأهمية تهدف إلى كفالة حق الإنسان في الحياة

والحق في السلامة البدنية، وقد عالج البعض منها التجارب الطبية بطريقة مباشرة من خلال وضع الضوابط التي يجب مراعاتها عند مباشرة هذا النوع من التدخلات على الجسم البشري، في حين تضمن البعض الآخر منها نصوصا تحمي حقوق الإنسان التي يمكن أن تتعرض للخطر من جراء مباشرة تلك التجارب كالحق في الحياة والحرية وسلامة الكيان الجسدي للإنسان.¹

وعلى هذا الأساس نتطرق لموقف القانون الدولي من مشروعية التجارب الطبية من خلال دراسة القواعد التي وضعها القضاء الدولي (محكمة Nuremberg) (الفرع الأول) ثم الاعلانات والاتفاقيات الدولية (الفرع الثاني) ثم الاتفاقيات الدولية ذات الصبغة الإقليمية (الفرع الثالث) و المؤتمرات الدولية (الفرع الرابع).

الفرع الأول

القواعد التي وضعها القضاء الدولي (محكمة Nuremberg) بشأن مشروعية التجارب الطبية

بعد أن انتهت الحرب العالمية الثانية، وفرض على ألمانيا النازية توقيع وثيقة التسليم في 08 ماي 1945 أنشأت محكمة دولية وهي محكمة Nuremberg العسكرية الأمريكية لمحاكمة مجرمي الحرب من دول المحور الأوروبية، وقد أحيل إلى هذه المحكمة 24 متهما بينهم مديرو مؤسسات صحية كبرى في الإدارة والجيش و أساتذة جامعات وأطباء في معسكرات الاعتقال والإبادة النازية، وقد اتهموا بأنهم قاموا بإجراء تجارب طبية علمية قذرة على أسرى الحرب من العسكريين والمدنيين من غير الألمان بعد إجبارهم على الموافقة

¹ - J.M.Auby, la formation d'une règle internationale en matière médicale, les conditions de validité de l'expérimentation médicale sur l'homme, annales de droit médical international, 1959, n°9.

بالتهديد بالموت والتعذيب في حالة الرفض دون التقيد بالشروط الأخلاقية والقانونية أو أي دافع إنساني.¹

وكان الغرض من إجراء تلك التجارب الطبية البحث عن بعض النتائج العلمية، ومنها على سبيل المثال معرفة آثار المرتفعات العالية والتجميد بالبرودة، أثر الكيماويات والسموم، أثر الهرمونات الاصطناعية على جسم الأسير، أثر التيفوس والعمليات الجراحية في الأعصاب والعظام والعضلات بدون إجراء تخدير كامل للأسير محل التجربة، علاوة على عمليات التعقيم الإجباري والأوتانازي (موت الرحمة) وإبادة المجانين الميئوس من شفائهم.² وقد دافع المتهمون عن أنفسهم بصفقتهم أطباء عسكريين نفذوا أوامر رؤسائهم ، ولكن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع ، وأصدرت المحكمة أول حكم لها في 01 نوفمبر 1946 برئاسة القاضي البريطاني (لورد لورانس) وعضوية الفقيه الفرنسي (دونديو دي ابر) وآخرين، وتعمل الأحكام الصادرة في هذا الشأن بمعاقبة اثني عشر متهما بالإعدام شنقا، بالإضافة إلى ثلاثة أحكام بالسجن المؤبد، واثني عشر بالسجن لمدة عشرين عاما وواحد بالسجن لمدة خمسة عشر عاما، وآخر لمدة عشر سنوات، وثلاثة بالبراءة المنسوبة إليهم. وقد تم إيداع المحكوم عليهم سجن (باندا) بمدينة برلين الخاضعة للسيطرة الانجليزية آنذاك، وأشارت المحكمة في أسباب حكمها إلى أن ما ارتكبه المتهمون ليس تجارب طبية مشروعة، وإنما جرائم فضيعة استحق بعض مرتكبيها الإعدام.³

وبهذه المناسبة وضعت المحكمة قواعد اعتبرتها أساسا لمشروعية اجراء التجارب الطبية العلمية على جسم الإنسان الحي. ويستخلص من هذه القواعد أن محكمة Nuremberg وإن كانت قد أقرت شرعية التجارب الطبية العلمية التي تجرى على جسم الإنسان الحي إلا أنها استلزمت توافر عدة شروط نذكرها كالتالي:⁴

¹ - محمد عيد الغريب، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، الطبعة الأولى، 1989، ص 17.

² - عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، جامعة الكويت، 1983، ص 291.

³ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية، دراسة مقارنة، المكتب الوطني للبحث والتطوير، طرابلس، ليبيا، الطبعة الأولى، 2005، ص 78.

⁴ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها.

القاعدة الأولى: أن يتوافر رضا الشخص الذي تجرى على جسمه التجربة وأن يكون هذا الرضا حراً، كما يتعين إعلام الشخص الذي تجرى عليه التجربة بطبيعة ومدة وهدف التجربة، وكذلك الطرق والوسائل المستعملة، الأضرار والمخاطر التي يتعرض لها والنتائج التي ستؤدي إليها مشاركته في تلك التجربة، ويلتزم القائم بالتجربة بتقدير الظروف التي يعطي فيها الشخص موافقته وإلا كان مسؤولاً.

القاعدة الثانية: أن تكون التجربة العلمية ضرورية ومحددة ولها نتائج عملية من أجل فائدة الإنسانية ولا توجد وسيلة أخرى لتحقيقها.

القاعدة الثالثة: أن تكون التجربة قد أجريت مسبقاً على حيوانات وجرت دراستها بصورة معمقة تبرر النتائج المتوقعة.

القاعدة الرابعة: يجب أن تجرى التجربة بطريقة يتجنب معها أي شكل من أشكال الألم والضرر.

القاعدة الخامسة: لا يجوز إجراء التجربة إذا توافر ما يدعو إلى الاعتقاد بأنها تؤدي إلى إحداث الموت أو إصابة الشخص بالعجز أو الإعاقة.

القاعدة السادسة: لا تكون التجربة مشروعة إلا إذا كانت فوائدها المرجوة تفوق أخطارها المتوقعة.

القاعدة السابعة: أن يبذل الجهد لاجتباب كل ضرر محتمل للشخص الذي تجرى عليه التجربة.

القاعدة الثامنة: أن يكون القائم بالتجربة شخصاً مؤهلاً ذا صفة وأن يراعي في عمله واجبات الحيطة واليقظة.

القاعدة التاسعة: أن يكون للشخص الخاضع للتجربة سلطة إيقافها في أي وقت يشاء.

القاعدة العاشرة: أن يكون القائم بالتجربة على استعداد دائم لقطع التجربة إذا توفر لديه سبب للاعتقاد في أن استمراره فيها يمكن أن يؤدي إلى إحداث جروح أو عجز أو موت للشخص الذي تجرى عليه التجربة.

الفرع الثاني

موقف الإعلانات و الاتفاقيات الدولية بشأن مشروعية التجارب الطبية

الواقع أن الاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة تعد أهم المصادر بالنسبة لحماية حق الإنسان في كيانه الجسدي في مواجهة التجارب الطبية ، ويقع على عاتق الدول التزام باحترام هذه القواعد، ويعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 أول وثيقة دولية تتمثل فيها حقوق الإنسان ثم بدأت حقوق الإنسان تأخذ بعدا أكثر تحديدا سواء من خلال الإعلانات والاتفاقيات العالمية أو من خلال الإعلانات القومية التي شاركت في حماية تلك الحقوق.

أولا - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948 هذا الإعلان الذي هو عبارة عن مجموعة من المبادئ الدولية التي تتادي باحترام الحقوق الأساسية للإنسان وقد أكد هذا الإعلان على حماية الحقوق التي يمكن أن تتعرض للخطر بإجراء التجارب الطبية على الإنسان فنص في المادة الثالثة منه على أن " لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه"، كما نص في المادة الخامسة منه على أنه "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المحطية بالكرامة".

ويلاحظ أن لجنة حقوق الإنسان التي شكلت لصياغة النصوص النهائية لهذا الإعلان اعتبرت أن نص المادة الخامسة ينطبق على حالات إجراء التجارب الطبية على الإنسان.¹

¹ - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن لجنة حقوق الإنسان بالجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948.

ثانيا - اتفاقية جنيف الإنسانية وبروتوكولاتها

عقدت في جنيف بتاريخ 1949/08/12 أربع اتفاقيات لضمان الحقوق الإنسانية في فترات الحرب وقد حظرت تلك الاتفاقيات إجراء التجارب البيولوجية التي تجرى لمعرفة آثار دواء جديد على أبناء الأرض المحتلة أو بلاد العدو أو أسرى الحرب، وقد اعتبرت الاتفاقيات الأربع إجراء مثل هذه التجارب من الجرائم الدولية الخطيرة التي التزمت الدول الموقعة عليها بسن تشريع لمعاقبته¹.

وقد تأكد حظر إجراء هذه التجارب في البروتوكولات المضافة سنة 1977 إلى هذه الاتفاقيات الأربع، فنص في المادة 11 الفقرة الثانية من البروتوكول الأول على حظر التجارب الطبية على الأشخاص المذكورين سلفا ولو برضاهم، كما نصت المادة 16 الفقرة الثانية من ذات البروتوكول والمادة 10 الفقرة الثانية من البروتوكول الثاني على أنه: " لا يجوز إجبار الأشخاص الذين يمارسون النشاط الطبي على إنجاز أو مباشرة الأعمال المخالفة"، ونص كذلك في المادة الخامسة الفقرة الثانية من البروتوكول الثاني 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".

ولكن يلاحظ أن اتفاقيات جنيف الأربع المشار إليها لا تواجه هذه الجرائم إلا في حالات الحرب فقط².

ثالثا - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في 16 ديسمبر 1966 حيث نصت المادة السابعة منه على مايلي "لا يجوز إخضاع أي شخص

¹ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 22 - 23.

² - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 82 - 83.

للتعذيب ولا للعقوبات أو المعالجة القاسية غير الإنسانية أو المحطة من قدره، وبشكل خاص يمنع إخضاع أي شخص بدون رضاه الحر للتجارب الطبية أو العلمية".¹

ويبدو من تحليل هذا النص أنه من المسموح به دولياً إجراء التجارب العلمية على جسم الإنسان الحي بناءً على رضاه، ويرى بعض الفقهاء أن هذا العهد يعتبر أول تقنين عالمي يؤكد على حماية جسد الإنسان في مواجهة التجارب الطبية، ورغم ذلك فإن لجنة حقوق الإنسان لم توضح مسألة الرضا عند تعليقها على المادة السابعة المشار إليها ولم تتطلب سوى الحصول على الرضا الحر من جانب صاحب الشأن ولكن هذا الرضا لا يغني عن ضرورة توافر شروط أخرى لمشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان، ومن ذلك عدم الاعتراف بالرضا الصادر من الأطفال القصر أو الأشخاص عديمي الأهلية.²

رابعاً - إعلان هلسنكي وطوكيو

من أهم الاتفاقيات الدولية على المستوى العالمي بخصوص حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية ما أصدرته الجمعية الطبية العالمية في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي سنة 1964 وأكدته في اجتماعها التاسع والعشرين في طوكيو سنة 1975 من مبادئ وقواعد متعلقة بإجراء التجارب الطبية على الإنسان، وتعتبر هذه المبادئ بمثابة قانون أخلاقي يتعين على الأطباء الباحثين الالتزام به عند مباشرة التجارب الطبية على الإنسان.³

2-العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية صادقت عليه الجزائر بتاريخ 16-05-1989. الجريدة الرسمية رقم 20 بتاريخ 17-05-1989.

² - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 23.

³ - خالد بن النوي، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر و القانون، المنصورة، 2010، ص 84.

أ/المبادئ العامة لإعلاني هلسنكي وطوكيو

من المبادئ العامة المتعلقة بالتجارب الطبية على الإنسان التي حرصت عليها الجمعية الطبية العالمية مايلي:¹

- وجوب أن يتم إجراء التجارب الطبية على الإنسان وفقا لمبادئ الأخلاق والعلم التي تبرر البحث في الطب الإنساني، ولا يمكن مباشرة التجربة على الإنسان إلا بعد إجراء الفحوص العلمية والتجارب على الحيوان أو على أي معطيات أخرى مستقر عليها علميا.
- وجوب أن يكون مشروع التجربة الطبية على الإنسان ومراحل تنفيذها محددة في بروتوكول تجريبي يخضع لإشراف لجنة مستقلة تعين بصفة خاصة لهذا الغرض للرأي والمشورة.
- وجوب أن تباشر التجارب الطبية على الإنسان من قبل أشخاص مؤهلين علميا وتحت إشراف طبي متخصص في المجال المراد التجريب فيه ويتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن تجربة الطبيب أو المسئول الأول عنها ولا يجوز إطلاقا أن تقع على الشخص الخاضع للتجربة ولو وافق على ذلك.
- لا تكون التجربة مشروعة من الناحية القانونية والأخلاقية إلا إذا كانت فوائدها تفوق الأخطار التي يتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة، لذلك يتعين قبل مباشرة التجريب على الإنسان تقدير الفوائد والأخطار المتوقعة سواء لصالح الشخص أو لغيره مع وجوب ترجيح مصالح الإنسان الخاضع للتجربة عن الفوائد العلمية ومصالح المجتمع ككل.
- يتعين احترام حق الإنسان الخاضع للتجربة في حماية تكامله الجسدي والعقلي، وعلى هذا الأساس يجب اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة للتقليل من الأخطار أو الأضرار التي يمكن أن تمس بالسلامة البدنية للشخص الخاضع للتجربة.
- عدم الجواز للطبيب أو الباحث إجراء التجربة على الإنسان إذا لم يكن بمقدرته توقع الأخطار المحتملة، ويتعين عليه أيضا أن يوقف التجربة إذا اكتشف أن مخاطرها تفوق الفوائد المرجوة منها، كما يجب نشر نتائج البحث أو التجربة بأمانة.

¹ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 27.

- يجب الحصول على الموافقة الكتابية للشخص الخاضع للتجربة بعد إعلامه بطبيعة التجربة مراحلها و الفوائد المرجوة منها إلى جانب الأخطار المحتملة لهذه التجربة وآثارها عليه، ويجب أن يحاط علما بأنه يمكنه الرجوع في موافقته في أي مرحلة من مراحل التجربة.
- حرصا على وجوب صدور الموافقة بعيدا عن كل تأثير في الحالات التي يكون فيها المريض في حالة تبعية للطبيب الباحث أو أن يكون مضطرا للموافقة، من الأفضل أن يتم الحصول على رضا الشخص من قبل طبيب آخر غير الطبيب المعالج أو الطبيب الذي يباشر التجربة، وإذا تعلق الأمر بالتجريب على القصر ومن في حكمهم فإنه يجب الحصول على موافقة الممثل القانوني مع مراعاة التشريعات الوطنية بهذا الخصوص.

ب/قواعد إجراء التجارب الطبية على الإنسان في إعلاني هلسنكي وطوكيو

لقد ميزت الجمعية الطبية العالمية بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية في إعلاني هلسنكي وطوكيو، وعلى هذا الأساس وضعت قواعد خاصة بكل نوع من هذه التجارب على النحو التالي:

1-التجارب العلاجية

- أكدت الجمعية الطبية العالمية أن الطبيب حر في اختيار أفضل الوسائل والطرق العلاجية التي يعتقد أنها الأفضل لصالح مريضه، وفق الشروط التالية:¹
- يتعين على الطبيب تحت مسؤوليته أن يوازن بين الفوائد والأخطار أو الأضرار المحتملة عند استخدام الوسائل الحديثة مقارنة بالطرق التشخيصية أو العلاجية التي استقر عليها العمل لدى أهل المهنة، واختيار أفضلها فمن حق المريض أن يستفيد من أفضل الوسائل المتاحة في التشخيص والعلاج.
- من حق المريض رفض الاشتراك في التجربة الطبية دون أن يؤثر ذلك على علاقته مع الطبيب الباحث.

1 - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 732.

- إذا رأى الطبيب أنه ليس من الضروري الحصول على الموافقة المستنيرة للمريض الذي يراد اشتراكه في التجربة العلاجية، يتعين أن يتضمن بروتوكول التجربة أسباب ذلك ويبلغ إلى اللجنة المستقلة وفقا للمبادئ الأساسية المشار إليها أعلاه.
- لا يجوز المزج بين علاج المريض والبحث العلمي لغرض اكتشاف معارف طبية جديدة إلا إذا كان الغرض من هذا البحث إجراء التشخيص أو العلاج المحتمل للمريض الخاضع للتجربة.

2- التجارب العلمية (غير العلاجية)

- لقد أجاز إعلان هلسنكي وإعلان طوكيو التجارب غير العلاجية على الإنسان وفق الشروط التالية:¹
- وجوب أن يكفل الطبيب حماية وصحة الخاضع للتجربة.
 - وجوب أن يكون الخاضع للتجارب العلمية متطوعا ومتمتعاً بصحة جيدة أو مريضاً بمرض أجنبي عن الدراسة.
 - وجوب إيقاف التجربة إذا اكتشف القائم بالتجربة أن الاستمرار فيها يشكل خطراً على الفرد الخاضع لها.
 - وجوب ترجيح مصلحة الفرد الخاضع للتجربة في الصحة والعافية عن كل مصلحة أخرى علمية كانت أو اجتماعية.
 - وجوب الحصول على الرضا المستنير للشخص الخاضع للتجربة بعد إخطاره بكل المخاطر المتوقعة والمحتملة في هذا النوع من التجارب.

¹ - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص 88 - 89.

خامسا: الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان

صدر عن المؤتمر العام لليونسكو في نوفمبر 1997 الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان، وقد جاء في مادته الثانية أن "لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه، أيا كانت سمته الوراثية".¹

رغم أن الإعلان لم يتطرق بصفة خاصة إلى التجارب الطبية على الإنسان إلا أن المبادئ التي تضمنها تنطبق على المجال المذكور لأن الغرض من الإعلان هو حماية الكرامة الإنسانية وهو الغرض المشترك لكل الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية والإقليمية التي تناولت حماية حقوق الإنسان.²

الفرع الثالث

الاتفاقيات الدولية ذات الصبغة الإقليمية

نتطرق لأساس مشروعية التجارب الطبية من خلال الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (أولا)، توجيهات المجلس الأوروبي (ثانيا) و الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (ثالثا).

أولا- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

وقعت هذه الاتفاقية بين بعض الدول الأوروبية المنظمة للمجلس الأوروبي في روما يوم 04 نوفمبر 1950 وبدأ العمل بها في 03 ديسمبر 1953 وقد أكدت هذه الاتفاقية على احترام الحقوق التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مستهدفة من ذلك تدويل الحقوق

¹ - "Chaque individu a le droit au respect de sa dignité et de ses droits quelle que soient ,ses caractéristiques génétiques" L'art 2 de la déclaration universelle sur Génome humain et les droits de l'homme, Unesco, 1997..

² - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 738.

الأساسية للإنسان حيث تنص المادة الثالثة منها على أنه "لا يجوز إخضاع أيًا كان للتعذيب أو لعقوبات أو معاملة لا إنسانية أو مذلة"¹، وقد أتاحت الفرصة أمام اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان أن تصدر قرارا سنة 1983 في قضية تتعلق بعلاج طبي له طابع التجريبية، حيث أكدت اللجنة أن العلاج الطبي التجريبي والذي يتم دون رضا صاحب الشأن يعتبر مخالفا لنص المادة الثالثة السالفة الذكر، وقد أشارت اللجنة أيضا إلى ضرورة تحقق الهدف العلاجي للتجربة الطبية، وأن التجربة الخالية من أي هدف علاجي للشخص تشكل مخالفة للحق في احترام السلامة البدنية وأن استقلالية الإنسان وحقه في الرفض إنما يعدان ضمانتين للحفاظ على سلامة جسم الإنسان واحترام كرامته.²

ثانيا - توجيهات المجلس الأوروبي

أصدرت الدول الأوروبية المنظمة للمجلس الأوروبي توجيهات بتاريخ 20ماي 1975 في مجال التجارب التي يجريها المتخصصون من الأطباء الباحثين على الإنسان وقد عنيت هذه التوجيهات بحماية حقوق الإنسان في هذا الصدد، حيث نظمت اللجوء إلى التجارب المراقبة التي تجرى وفقا لطريقة الجهد المزدوج ويتمثل هذا التنظيم فيما يأتي:

- يجب أن يكون إجراء التجارب الطبية والعلاج التجريبي مسبقا بتجارب عقاقيرية وسمية كافية تجرى على الحيوان وفقا لهذه التوجيهات، ويتعين أن يحاط الطبيب الباحث علما بنتائج الفحص الصيدلي والسمومي وأن يقدم له تقرير كامل عن ذلك.
- من الضروري إجراء التجارب الطبية في صورة تجارب مراقبة وأن تختلف طريقة إجرائها تبعا لكل حالة وأن تتفق و مبادئ الأخلاق، ويجوز أن تجرى مقارنة بين الأثر العلاجي لتحضير جديد لدواء سبق تحضيره، والأثر المترتب لدواء سبق تطبيقه، وتكون قيمته العلاجية مؤكدة ومعلومة.³

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 91.

² - F.Schwartz, l'expérimentation chez l'homme, Paris, 1986, p185.

³ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 91.

وقد تبنى هذا المجلس في 16 ديسمبر 1987 مرشدا ومنح فيه توجيهاته في شأن الأعمال الطبية وقد أقرت المادة 18 من المرشد صحة البحوث والتجارب الطبية العلمية ثم استطردت بعض مواد الأخرى في وضع الضوابط خاصة في شأن ضرورة الحصول على رضا الشخص الخاضع للتجربة الحر والمستتير وفقا للمادة 20، ثم حظر التجارب الطبية الدوائية إلا إذا تضمنت فائدة علاجية رئيسية بالنسبة للمريض وفقا للمادة 21 ، وأخيرا أخضع المرشد المشار إليه التجارب الطبية لرقابة مجلس أوروبي مستقل وهذا وفقا للمادة 19.¹

ثالثا - الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب²

اعتمد هذا الميثاق في نيروبي (كينيا) بين الدول الإفريقية الأعضاء في منظمة الوحدة الإفريقية سابقا (الإتحاد الإفريقي حاليا) في 26 جوان 1981 والذي بدأ العمل به في 21 نوفمبر 1986 وقد أكد هذا الميثاق على احترام الحقوق الأساسية للكائن البشري الواردة في الإعلانات والمعاهدات والمواثيق الأخرى التي اعتمدت في إطار منظمة الأمم المتحدة ومنظمة الوحدة الإفريقية و حركة الدول غير المنحازة حيث نصت المادة الرابعة منه على مايلي " أن الكائن البشري مصون ولكل كائن بشري الحق باحترام حياته وتكامله الجسدي المادي والمعنوي ولا يجوز حرمان أحد من هذا الحق ..."، كما نصت المادة الخامسة منه على مايلي "لكل فرد الحق في احترام كرامته الإنسانية وبالاعتراف بشخصيته القانونية، كما تمنع منعاً باتاً أشكال الاستغلال والإذلال للإنسان خاصة العبودية وتجارة الرقيق والتعذيب الجسدي والمعنوي، العقوبات أو المعاملة الوحشية واللاإنسانية أو المذلة"، كما تنص المادة 16 منه على أن "لكل شخص الحق بأن يتمتع بأفضل حالة صحية جسديا وعقليا يمكنه أن يبلغها، تتعهد الدول الأطراف في هذا الميثاق باتخاذ كافة الإجراءات الضرورية من أجل حماية صحة سكانها وتأمين المساعدة الطبية لهم في حالة المرض".³

¹ - خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 68 - 69.

² صادقت عليه الجزائر بتاريخ 03-02-1987. الجريدة الرسمية رقم 06 بتاريخ 04-02-1987.

³ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 93 - 94.

الفرع الرابع المؤتمرات الدولية

نتناول موقف مؤتمر طهران الدولي لحقوق الإنسان من مشروعية التجارب الطبية (أولاً) ثم المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات (ثانياً).

أولاً - مؤتمر طهران الدولي لحقوق الإنسان

انعقد المؤتمر تحت رعاية الأمم المتحدة في طهران في الفترة من 23 أبريل إلى 13ماي 1968 وقد أصدر توصيات بخصوص حماية حق الإنسان في حرمة جسده وأهمها الآتي:¹

- حماية الشخص في سلامته البدنية والعقلية في ضوء الانجازات المحققة في علوم الطب والبيولوجيا والكيمياء الحيوية.
- احترام الحياة الخاصة للإنسان في ضوء الإنجازات المحققة في تقنيات التسجيل.
- وجوب إقامة توازن بين التقدم الطبي والعلمي والتكنولوجي من ناحية وبين التقدم العقلي والروحي من ناحية أخرى.

ثانياً- المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات

انعقد هذا المؤتمر في فيينا في الأسبوع الأول من شهر أكتوبر 1989، وتضمنت أعمال القسم الثاني منه دراسات تحت عنوان "قانون العقوبات في مواجهة الأساليب الطبية الحديثة"، ولقد عالج المؤتمر في هذا الإطار المشاكل التي تثيرها التجارب الطبية على الإنسان سواء العلاجية منها أو غير العلاجية، وأوصى بضرورة حماية السلامة البدنية والعقلية للإنسان الذي يكون محلاً لهذه التجارب، وذلك من خلال منع التجارب التي لا تحترم فيها القواعد المنصوص عليها لإجراء التجارب على الإنسان ورصد عقوبات ردعية لذلك.²

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 94.

² - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 737.

خلاصة القول أن مسألة حماية حقوق الإنسان خاصة منها حقه في السلامة البدنية والعقلية في مواجهة التجارب الطبية قد أصبحت تثير اهتمام الهيئات والمؤتمرات الدولية باعتبار أن الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي ومن ثم يجب توفير الحماية الضرورية لوجوده واستمرار تقدمه في المجتمع.

ولا شك أن الجهود الدولية لعبت دورا فعالا في توفير الحماية الدولية لحق الإنسان في سلامته الجسمية والعقلية تجاه التجارب الطبية ، إلا أن هذه المساعي قد تبقى بدون معنى إذا لم تقم الدول منفردة بتنقية قوانينها الداخلية من كل ما يتعارض مع ما قرره الاتفاقيات الدولية بخصوص قواعد إجراء التجارب الطبية على الإنسان، فالتزام الأطباء بتلك القواعد لا يعدو أن يكون مجرد التزام أخلاقي لا يعفيهم من المسؤولية السائدة في التشريعات الوطنية¹، لذلك سوف نتعرض في المطلب التالي لموقف التشريعات المقارنة المختلفة من مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان حيث قننت أغلب هذه التشريعات تلك المبادئ والقواعد المشار إليها في نصوص قانونية.

المطلب الثاني

أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون المقارن

ذهبت أغلبية التشريعات المقارنة إلى القول بشرعية التجارب الطبية على الإنسان إذا كان القصد منها علاجيا أي إذا كان الهدف منها شفاء المريض أو التخفيف من الآلام، أما بالنسبة للتجارب الطبية العلمية والتي يقصد منها البحث العلمي فقد اختلفت التشريعات في الاعتراف بشرعيتها بحيث أبحاثها بعض التشريعات وحظرتها تشريعات أخرى.

¹ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص33.

الفرع الأول القانون الأنجلوسكسوني

اختلف موقف القانون الأنجلوسكسوني من مسألة مشروعية التجارب الطبية ولعل أبرز هذه القوانين القانون الأمريكي (أولا)، قانون ولاية كيبك بكندا (ثانيا) والقانون الإنجليزي (ثالثا).

أولا- أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون الأمريكي

يميل الفقه الأنجلوسكسوني إلى الإقرار بمشروعية التجارب العلمية التي تهدف إلى تحقيق التقدم للإنسان، وأساس ذلك القاعدة التي تقضي بأن رضا المجني عليه بوقوع أي اعتداء على جسده أو ماله يعد دفاعا ضد الجريمة ما لم يترتب على هذا الفعل أي ضرر جسيم واقترن ذلك برضا المجني عليه المستتير.¹

وقد نصت بعض قوانين الولايات المتحدة الأمريكية عليه ومنها "أوهايو" حيث نصت على جواز إجراء التجارب الطبية على المحكوم عليه بالإعدام بحيث إذا لم يمت بسبب التجربة استبدلت عقوبة الإعدام بعقوبة مقيدة للحرية.²

نظمت اللائحة الفيدرالية الصادرة عن الإدارة الصحية الأمريكية بتاريخ 26 جانفي 1981 الشروط والضمانات التي وفقا لها يمكن إجراء مثل هذه التجارب حيث نصت المادة 46/102 من هذه اللائحة أن المقصود بالتجربة في هذا الشأن "هي كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم أو المساهمة فيها بطريق مباشر".³

أشارت هذه اللائحة إلى عدد من القيود يجب مراعاتها عند ممارسة هذه التجارب منها:⁴

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 134.

² - Dierkens, op cit, p126.

³ - Recueil international de législation sanataire 1981, p821.

⁴ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 135 - 136.

- ضرورة العمل على تقليل المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الشخص إلى أدنى حد ممكن.
- مراعاة تناسب الأخطار التي قد تصيب الشخص والفوائد المرجوة بالنظر إلى أهمية المعرفة التي يأمل الحصول عليها.
- الحصول على رضا الشخص المستتير أو رضا ممثله الشرعي.
- اختيار الأشخاص الملائمين للتجربة من حيث أغراضها والمجال الذي سوف تجرى فيه.
- حماية الحياة الخاصة للشخص الخاضع للتجربة والحفاظ على طابع السرية المتعلق بها.
- إعطاء شرح واضح ومفصل على فحوص الدراسة محل التجربة وأغراضها ومدتها.
- بيان طبيعة المخاطر أو الأضرار المتوقعة بالنسبة للخاضع لها.
- إيضاح المزايا المترتبة على التجربة سواء بالنسبة للشخص الخاضع لها أو للآخرين.
- شرح العمليات الجراحية أو أساليب العلاج المناسبة والمحتمل اللجوء إليها إذا ما اقتضت ذلك حالة الشخص.
- بيان كيفية الحصول على تعويض مناسب في حالة تجاوز التجربة للأخطار المحددة لها.
- التأكيد على عنصر الطوعية والاختيار من جانب الشخص الخاضع لها وأن رفضه لا يقترن بأية عقوبة أو حرمان من منفعة محددة، وأن من حقه إيقاف التجربة في أي لحظة دون أن يستتبع ذلك توقيع أي جزاء عليه.

ثانيا - أساس مشروعية التجارب الطبية في قانون ولاية كيبيك بكندا

نصت المادة 20 من القانون المدني لولاية كيبيك على أن "الشخص الإنساني له حرمة ولا يجوز لأحد أن يعتدي على شخص الغير دون رضاه، أو أن يكون مرخصا له بذلك"، هذا وقد عدل المشرع الكوبيكي القانون المدني في 01 ديسمبر 1971 وتناول في المادة 20 بصفة خاصة التجارب على الإنسان، وأجاز للبالغ الموافقة على الخضوع للتجربة بشرط أن يكون الخطر الذي سيتعرض له لا يزيد على نسبة المنفعة التي يمكن أن تؤدي إليها التجربة، كما أجازت الفقرة الثانية من ذات المادة للقاصر المميز أن تصدر منه هذه الموافقة أيضا وبشرط

ألا ينتج من التجربة أخطار على صحته و أن يحصل مقدا على موافقة صاحب السلطة الأبوية و إذن القاضي.¹

ما تجدر الإشارة إليه أن نص المادة 20 من القانون المدني أثار مشاكل جدية في تفسيرها نظرا لغموضها، بحيث ذهب جانب من الفقهاء للقول أن هذا النص أقر شرعية التجارب الطبية على الإنسان ببعض الشروط إلا أنه لم يحدد ما إذا كان المشرع يهدف إلى إجازة التجارب العلمية أيضا أم أنه يقتصر على التجارب العلاجية فقط، في حين ذهب رأي آخر إلى تفسير المادة 20 من القانون المدني بصورة واسعة مستندا في ذلك إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني وبناء على ذلك رأى بأن نص المادة يهدف إلى إباحة التجارب غير العلاجية.²

نظرا لهذا الغموض والخلاف تدخل المشرع الكوبيكي عام 1987 و أزال هذا الخلاف حيث نص بالتحديد على مشروعية التجارب غير العلاجية في المادة 16 وبشروط منها: رضا الشخص الخاضع للتجربة وأن يكون هذا الرضا حرا ومستتيرا وكذلك الأهلية القانونية إضافة إلى التناسب بين الخطر الذي سيلحق الشخص والفائدة التي يتوقع استخلاصها من التجربة.³

وما تجدر الإشارة إليه أيضا أنه يوجد في ولاية كيبك نوعان من القواعد لإجراء التجارب الطبية الأولى قواعد واجبات المهنة الطبية أو العلمية بتاريخ 20 مارس 1980 والثانية القواعد المتعلقة بعلم الأخلاق والتي تشكل أساسا للمنظمات الحكومية أو الخاصة التي تقوم بالبحث أو المنظمات التي تضطلع بتمويل البحث.⁴

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي ، المرجع السابق، ص 130.

² - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص313.

³ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 131 - 132.

⁴ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 313 - 314.

ثالثا - أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون الانجليزي

لم يرق اهتمام السلطات المعنية في بريطانيا بتنظيم التجارب الطبية على الإنسان عن طريق التشريع إلى المستوى المطلوب مقارنة بنظيره الأمريكي، وقد علق البعض على هذه الظاهرة بأن التشريع في بريطانيا لا يتدخل في مراقبة التجارب الطبية إلا عند وقوع الكوارث.¹

فصدر القانون الخاص بالأبحاث التي تخص الأدوية سنة 1968، واشترط هذا القانون على الباحث الذي يسعى إلى تجريب عقار ما أن يحصل على ترخيص بذلك قبل التجريب، وصدرت قواعد أخرى سنة 1970 خاصة بصناعة الدواء، ومن بعدها صدرت قواعد بشأن التجارب الطبية العلاجية والعلمية غير العلاجية والمتعلقة بالعقاقير عام 1986 من قبل الكلية الملكية وشملت الشروط والضوابط الخاصة بهذه التجارب.²

وفي سنة 1990 سارع المشرع الانجليزي إلى حظر ممارسة التجارب العلمية في مجال الاستنساخ البشري بالنص على تجريمه صراحة حيث قرر أن استنساخ الأجنة من الأنشطة غير المشروعة جنائيا والتي لا يمكن الترخيص بها من قبل الدولة.³

رغم هذا التنظيم من قبل المشرع البريطاني إلا أن القانون البريطاني لا يزال يشكو من نقص كبير في مجال تنظيم ومراقبة التجارب الطبية على الإنسان، بما في ذلك القواعد المنظمة لشروط الرضا في هذا المجال، وفي غياب التشريعات الخاصة فإن التجارب الطبية في بريطانيا تستمد مشروعيتها من مبادئ الشريعة العامة.⁴

¹ - المقصود هنا الكارثة الطبية التي وقعت في الستينات التي أدت إلى إعاقة ووفاة الكثير من الأجنة في أوروبا من جراء تناول الأمهات الحوامل لدواء تم إنتاجه في بريطانيا من قبل شركة بريطانية كانت قد حصلت على رخصة استغلال هذا المنتج من الشركة الألمانية الذي طوره دون أن تقوم بتجريبته. مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 745.

² - مرعي منصور عبد الرحيم،، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 74 - 75.

³ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 113.

⁴ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 746.

يمكن القول بأن بريطانيا تعتمد على القواعد والمواثيق الدولية فيما يخص تنظيمها للتجارب الطبية كإعلاني هلسنكي وطوكيو، وكذلك ما تم الاتفاق عليه على مستوى الإتحاد الأوروبي، فكل هذا القواعد تعتمد عليها بريطانيا وكثير من الدول الأوروبية على مستوى القارة بخصوص هذا الموضوع.¹

ويرى البعض أنه بالرغم من افتقار هذه الاتفاقيات للجانب الإلزامي إلا أنها تشكل في بريطانيا الإطار النظري الذي يمكن أن تجرى فيه هذه التجارب بطريقة شرعية.²

الفرع الثاني

القانون الألماني والإيطالي

نتطرق لموقف القانون الألماني من مشروعية التجارب الطبية (أولا) ثم موقف القانون الإيطالي (ثانيا).

أولا- أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون الألماني

لقد اهتم قانون العقوبات الألماني الصادر سنة 1998 بإبراز الأهمية القانونية لرضا الشخص في إباحة الاعتداء على تكامله الجسدي مع مراعاة متطلبات حسن الآداب، حيث تنص المادة 228 الفقرة الأولى منه على مايلي "كل من قام بإيذاء المجني عليه برضاه لا يكون فعله مخالفا إلا إذا كان الفعل مخالفا لحسن الآداب".

ومفاد هذا النص واضح في الاعتراف لرضا المجني عليه كسبب للإباحة في جرائم الإيذاء البدني، طالما أن فعل الاعتداء الذي انصرف الرضا إليه غير متعارض و اعتبارات الآداب

¹ - مرعي منصور عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 75.

² - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص 99.

الحسنة، و بالتالي تعتبر المادة 228 الفقرة الأولى من قانون العقوبات الألماني الأساس القانوني لمشروعية التجارب العلمية على الإنسان.¹

وما تجدر الإشارة إليه أن الفقه الألماني انقسم رأيه بخصوص هذه التجارب فذهب رأي إلى القول بعدم مشروعية هذه التجارب مستندا في ذلك إلى محاولة قام بها طبيب يدعي Neisser لتلقيح عدد من الفتيات بمصل الزهري و رصد النتائج المترتبة على ذلك، الأمر الذي أدى إلى إصابة عدد منهن بمرض الزهري و بالتالي تقرير مساءلته الجنائية في هذا الشأن.²

في حين ذهب الرأي الراجح إلى القول بمشروعية التجارب العلمية سواء نجحت التجربة أو فشلت طالما أجريت وفق أصول الفن الطبي و اشترط هؤلاء الفقهاء موافقة الشخص بعد إخطاره بالمخاطر المتوقعة و النتائج المترتبة على إجراء التجربة، إضافة إلى وجوب توافر التناسب بين الأهداف المتوقعة من التجربة و الأخطار المحتمل وقوعها على الشخص، و أن يكون الغرض العملي ضروريا لحماية الحياة الخاصة و الصحة و غير مخالف لحسن الآداب.³

ثانيا - أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون الايطالي

السائد في التشريع الايطالي أن التجربة الطبية المجردة من قصد العلاج تكون غير مشروعة و أساس عدم مشروعيتها يرجع إلي نص المادة الخامسة من القانون المدني الايطالي التي تقضي ببطلان كل اتفاق محله المساس بسلامة الجسم متى ترتب عليه انتقاص

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 116 .

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 138 .

³ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 315 .

مستدیم بالسلامة البدنية كمرض أو وفاة أو إحداء عجز نهائي أو فقد عضو أو حاسة أو كان مخالفا للقانون أو النظام العام أو حسن الآداب.¹

بينما يذهب بعض الفقهاء الايطاليين إلى الاعتراف بمشروعية التجربة العلمية التي تهدف إلى قهر مرض معين أو اكتساب مناعة ضده أو بصفة عامة إسعاد البشرية من الناحية الصحية.

ويؤسس هؤلاء الفقهاء رأيهم على رضا الشخص الخاضع للتجربة و لكن يقيد هذا الرضا بقيود حيث تنص المادة الثانية الفقرة الثانية من الدستور الايطالي على عدم جواز إخضاع الشخص لأي علاج صحي إلا بمقتضى نص قانوني.²

بل قرر القضاء الايطالي في أحد أحكامه بإباحة العمليات الطبية و الأبحاث العلمية الخاصة بتجربة تلقيح الغدد الجنسية و تجديد الشباب.³

الفرع الثالث القانون الفرنسي

تتطلب دراسة موقف القانون الفرنسي من مشروعية التجارب الطبية التعرف عن موقف الفقه والقضاء الفرنسيين (أولا) ثم موقف التشريع الفرنسي (ثانيا).

³ - مارك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 306 .

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 137.

² - Cite in j. simon , le consentement de la victime justifie-t-il les soins corporelle ? revue belge droit pénal, 1933,p457.

أولاً : موقف الفقه والقضاء الفرنسيين من مشروعية التجارب الطبية.

انقسم الفقه والقضاء في فرنسا بشأن مدى مشروعية التجربة العلمية إلى اتجاهين :

أ/عدم مشروعية التجربة العلمية

يؤسس أنصار هذا الاتجاه رأيهم على حجة مؤداها انتفاء قصد العلاج في هذا النوع من الأعمال الطبية ولا يجوز الاحتجاج برضا الشخص في هذا الشأن فالإنسان ليس حقلاً للتجارب، علاوة على أن رضا المجني عليه لا يعد سبب لإباحة المساس بسلامة الجسم، ولا يجوز القياس بالتجارب التي تجري في مجال عمليات استئطاع الأعضاء ونقلها للقول بمشروعية التجربة العلمية فالقياس هنا مع الفارق حيث أن الأولى تباشر من أجل مصلحة محددة لمريض معين بالذات، بينما مصلحة الغير في التجربة العلمية غير مؤكدة بحيث لا يمكنها أن تبرر المساس بسلامة الجسم.¹

بل أكثر من ذلك فقد أكد القضاء نفسه في مناسبات عديدة بأن الطبيب الذي يطبق على المريض أسلوباً جديداً للعلاج لمجرد التجربة فإنه يرتكب بذلك خطأ جسيماً يستوجب مسؤوليته الجنائية و المدنية.²

ب/ مشروعية التجربة العلمية

يذهب رأي آخر إلى القول بمشروعية التجربة العلمية التي تجرى على شخص دون أن تستهدف تحقيق مصلحة مباشرة له بل من أجل مصلحة الغير، و أساس ذلك مشروعية السبب في الاتفاق الذي مؤداه إخضاع جسم الإنسان لإجراء بعض التجارب عليه طالما أنه

¹-Savatier,Auby, Péquignot, op.cit,p274.

² -حكم محكمة السين بتاريخ 16ماي1935 أشار إليه :محمد سامي الشوا،المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 493.

يرمي إلى تحقيق مصلحة عليا للغير يقرها القانون ولا تتعارض و مقتضيات النظام العام و الآداب العامة.¹

أما القول بعدم مشروعية التجربة استنادا إلى أن مصلحة الغير هنا غير مؤكدة فإنه قول يفتر إلى الدقة، وبيان ذلك أنه إذا كان مجموعة من الأشخاص لا يمكن أن تصاب في آن واحد بالمرض الذي يراد القضاء عليه، فيكفي أن يكون واحد منهم مصابا بهذا المرض أو مهددا بالإصابة به، حتى يتسنى الإقرار بمشروعية تجربة المصل الواقي منه على أي شخص من هذه المجموعة، فالخطر الذي يراد تجنبه في مثل هذه التجربة لا ينطوي في حقيقته على أي صفة احتمالية.²

وقد توصل رأي في الفقه الفرنسي إلى نفس هذه النتيجة مستندا في ذلك إلى رضا الشخص محل التجربة وقيد ذلك بضرورة مراعاة ألا تتجاوز الأضرار التي تصيبه النتائج المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والرابعة من المادة 40 من قانون العقوبات الفرنسي، فالمقارنة بين تفاهة الضرر الجسماني في هذه الحالة و المصلحة الأكيدة التي سوف تعود على الإنسانية من جراء هذه التجارب تحتم القول بمشروعيتها.³

وبخصوص الأحكام القضائية التي استند إليها الاتجاه القائل بعدم المشروعية فهي لا تدين التجربة العلمية في ذاتها بقدر ما تدين تخلف الشروط الأساسية اللازمة لمباشرتها، حيث حكمت محكمة ليون بتاريخ 27 جوان 1931 بأنه غير مشروع و مخالف للآداب الحسنة، كل اتفاق يكون غرضه تعريض جسم الشخص لتجارب طبية ليست بذات فائدة مباشرة له، فإذا أحدثت هذه التجارب ضررا بالشخص فإن لهذا الأخير الحق في طلب التعويض.⁴

¹-Dierkens,op cit ,p124-125.

²محمد سامي الشوا،المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 140 - 141.

³- محمد سامي الشوا،المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 495 .

حكم محكمة ليون بتاريخ 27 جوان 1931 أشار إليه : محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية،

⁴-دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2001، ص 221

و حكمت محكمة السين بتاريخ 16ماي1935 على طبيب قام بإجراء تجربة دواء جديد بدون ضرورة تملئها حالة المريض وبدون رضا حر وصریح من قبله واعتبرته المحكمة مرتكبا خطأ مهنيا يؤكد مسؤوليته المدنية.¹

ثانيا-موقف المشرع الفرنسي من مشروعية التجارب الطبية

أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 88/1138 في 20 سبتمبر 1988 المعدل بالقانون 90/86 الخاص بحماية الأشخاص المتطوعين لإجراء التجارب على أجسادهم ومنذ صدور هذا القانون أصبح التجريب على جسم الإنسان جائز سواء كانت التجارب علاجية أم غير علاجية اذا توافرت بعض الشروط منها:²

- أن تكون التجارب الطبية قائمة على أحدث المعارف أو المعطيات العلمية.
-أن تكون المخاطر المتوقعة أو المحتملة من التجارب متناسبة مع الفوائد المنتظر منها وفي حالة التجارب غير العلاجية فلا يجوز أن يكون من شأنها تحقيق أي مخاطر أو أضرار .
-ضرورة توافر الرضا السليم و المتبصر للشخص الخاضع للتجربة مع ضرورة أن يكون هذا الرضا مكتوبا .

-لا يجوز إجراء التجارب الطبية على المحكوم عليهم أو ناقصي أو عديمي الأهلية.
-لا يجوز إجراء التجارب العلمية على النساء الحوامل والمرضعات خلال فترة الحمل أو الرضاعة،كما لا يجوز إجروها على الأجنة إلا لمنفعة علاجية وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة الثامنة من قانون رقم 653 لسنة 1994 بشأن احترام جسم الإنسان.
-أن يكون الطبيب القائم بالتجربة مؤهلا علميا لممارسة هذه المهنة و أن يكون على قدر معين من الخبرة والكفاءة في آخر ما توصلت إليه المعارف العلمية وأن يجرى تجارب تحضيرية كافية قبل إجراء التجربة على الإنسان وأن تجرى التجربة تحت إشراف طبيب مراقب

¹ -حكم محكمة السين بتاريخ 16 ماي 1935 أشار اليه: محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 221 .

² -مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 107-108.

- أن تجرى التجربة في ظروف طبيعية وفنية مناسبة وملائمة لشروط الدقة العلمية وفي مكان مجهز بالإمكانات والأجهزة اللازمة لضمان سلامة الخاضعين للتجربة.
- لا يجوز إجراء التجارب الطبية بمقابل مالي يعطى للخاضعين لها لمنع الاتجار في هذا المجال.

الفرع الرابع القانون المصري

تتطلب دراسة موقف القانون المصري من مشروعية التجارب الطبية التعرف عن موقف الفقه المصري (أولاً) ثم موقف التشريع المصري (ثانياً).

أولاً - أساس مشروعية التجارب الطبية في الفقه المصري

اختلف الفقه المصري في مدى مشروعية التجارب العلمية فذهب جانب من الفقهاء إلى أن إجراء مثل هذا النوع من التجارب على جسد الإنسان الحي يعد خطأ يستوجب مسؤولية الطبيب عن جريمة عمدية أو غير عمدية بحسب الأحوال، هذا فضلاً عن مسؤوليته المدنية متى أحدث ضرراً بالشخص الخاضع لها.¹

يبرر البعض من أنصار هذا الاتجاه رأيه على أساس تجاوز الغاية المرسومة لمزاولة مهنة الطب والجراحة وهي وجود علة جسمية أو نفسية يراد بالعلاج إزالتها، فحيث لا يكون لمثل تلك العلة وجود يفقد العمل الطبي والجراحي مبرره ويصبح مكوناً لجريمة إذا أصيب الشخص الخاضع له بضرر.²

¹ - محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة العاشرة، 1983، ص 181.

² - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع سابق، ص 164.

بينما ذهب اتجاه آخر في الفقه المصري الحديث إلى أنه لا أساس للتفرقة بين الوسائل الفنية الحديثة العلاجية وغير العلاجية، و أن ما قضى به الدستور في المادة 43 يتعين أن يفسر على أنه لا يحظر إجراء التجارب الطبية على الإنسان بشرط أن يوافق الشخص الذي تجرى عليه التجربة.¹

بناء على ذلك فإن وجود هذا النص في الدستور المصري يعد الأساس القانوني لمشروعية التجارب الطبية على الإنسان بشرط موافقة صاحب الشأن ، كما يفيد النص السابق بأن المشرع يسوي بين الوسائل الحديثة العلاجية وغير العلاجية لارتباطها بالهدف الأساسي الذي أكده المؤسس في الدستور من وجوب كفالة الدولة للأبحاث والتجارب العلمية لما لها من آثار في مجال تقدم العلوم المختلفة ولا تتحقق غاية المؤسس الدستوري من تأكيد حمايته لحق الإنسان في سلامة جسده إلا إذا سلمنا بأن صور المساس بهذا الحق تشمل التجارب العلاجية و غير العلاجية.²

و يذهب البعض في تبريره لهذا الرأي إلى أن قصد المؤسس الدستوري من نص المادتين 43 و49 من الدستور هو إطلاق النص ليشمل البحوث و التجارب أيا كانت طبيعتها و لم يشترط إلا رضا صاحب الشأن الحر.³

كما يرى البعض من أنصار الرأي السابق أن الاعتراف بمشروعية التجارب العلمية لا يعني المساس بحق الإنسان في سلامة جسده و إنما يعني العمل على توفيق بين مصلحتين متعارضتين مصلحة الشخص في حماية جسده و المصلحة العامة في تقدم العلوم الطبية بصورة تحقق في النهاية مصلحة المجتمع لا سيما أن كلا من المصلحتين تهم المجتمع بالدرجة الأولى، كما أن مصلحة المجتمع لا تعني أن يكون إجراء التجارب العلمية دون

¹-بابكر الشيخ،المسؤولية القانونية للطبيب، دار مكتبة الحامد، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002، ص 315 وما بعدها.

²-محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 65 وما بعدها .

³-مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 165-166.

ضوابط أو شروط إلى جانب الرضا، أهمها أن تكون التقنية المستعملة في التجربة لا تشكل خطراً على الشخص وأن يكون المساس بالجسد على نحو لا ينتقص من أجزائه أو سلامته الصحية ولا يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة.¹

ويرى بعض الفقهاء أنه لو حصر نطاق المادة 43 من الدستور في نطاق التجارب العلاجية لفقد النص الحكمة التي استهدفها الدستور، ذلك أنه بالنسبة للتجربة العلاجية لم يكن الأمر يستلزم تدخلاً دستورياً بشأنها، فالأصل العام المقرر بغير حاجة إلى نص الدستور طبقاً للقواعد العامة التي تحكم مزاولة مهنة الطب والجراحة التي لا خلاف بشأنها هو مشروعية التجارب العلاجية ويمكن القول أن نص المادة 43 من الدستور ينصرف أساساً إلى المساس في صورة التجارب العلاجية و غير العلاجية التي ما كان في وسع النصوص العامة أن تشملها.²

بالإضافة إلى ما تقدم هناك حجة أخرى ذات طابع عملي فانه من الصعوبة بمكان وضع حدود فاصلة بين التجارب العلاجية وغير العلاجية لذلك ورد ذكر التجارب الطبية في المادة 43 من الدستور عاماً دون تحديد القيمة القانونية لرضا الشخص في أنه يحكم جميع صور المساس بالجسد الإنساني في صورة التجربة الطبية أو العلمية ومن ثم يتعين أن تنصرف قيمة هذا الرضا لتشمل التجارب العلاجية وغير العلاجية.³

ثانياً - أساس مشروعية التجارب الطبية في التشريع المصري

لقد حرص الدستور المصري الصادر في 11 ديسمبر 1971 في إطار عنايته البالغة بتدعيم حقوق و حريات الأفراد و حمايتها من أي مساس، و قد تم التأكيد على حرمة الكيان المادي والمعنوي للإنسان في الباب الثالث في شأن الحريات والحقوق والواجبات العامة، ومن بين

¹ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 67.

² - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 166.

³ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 67.

التطبيقات التي أوردتها الدستور حماية لهذه الحقوق ما نصت عليه المادة 43 من أنه " لا يجوز إجراء تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضاه الحر".¹

ومفاد هذا أن المؤسس الدستوري يؤكد على حماية جسد الإنسان من المساس به عن طريق التجارب الطبية، غير أن هذا النص يثير التساؤل عما إذا كانت هذه الحماية تتحقق عن طريق حظر المساس بالكيان المادي للإنسان حتى لو كان هذا المساس بناء على رضا صريح من الشخص الذي تجرى عليه التجربة طبقا للقواعد العامة المقررة ، أم أن المساس بالجسد الإنساني في صورة التجارب الطبية معلق على موافقة صريحة من الشخص الذي تجرى عليه التجربة.²

يرى البعض أنه تحقيقا للحماية التي توخاها الدستور للكيان الجسدي للإنسان في مواجهة التجارب الطبية فإن الأمر يستلزم تدخلات تشريعية تنظم إجراء هذه التجارب و نطاقها .³

المطلب الثالث

أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون الجزائري

تنص المادة 2 /168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي: " يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجربة على الإنسان في إطار البحث العلمي .

³ - يمكن القول أن إضافة مثل هذا النص بالدستور المصري لسنة 1971 يرجع في أساسه إلى تأثير هذا الدستور بما نصت عليه الاتفاقية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية في المادة السابعة منها . محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 65 هامش 62.

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 163 .

² - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 65 .

يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي....¹

و تنص المادة 3/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي ²: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية ..."³

كما تنص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي : "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة وبعد التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض."⁴

من استقراء هذه المواد يتضح أن القانون الطبي الجزائري يجيز صراحة التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية، هذا ويشترط لإباحة التجريب العلمي على الإنسان ضرورة توافر الشروط الآتية:⁵

- موافقة الشخص الخاضع للتجريب و تبصيره بالمخاطر والنتائج التي تترتب على التجربة ويكون له الحق في الرجوع عن رضائه في أي وقت و هذا طبقا للمادة 2/ 168 الفقرتين الثانية و الثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها .

¹-المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها .

²-المادة 3/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³يعالج المجلس الوطني لأخلاقيات الطب المسائل ذات الاهتمام المشترك للأطباء وجراحي الأسنان والصيدالة لاسيما ممارسة السلطة التأديبية من خلال الفروع النظامية التي تشكله، يتكون من الجمعية العامة التي تتكون من كافة أعضاء الفروع النظامية الوطنية للأطباء وجراحي الأسنان والصيدالة-المجلس الوطني الذي يتكون من أعضاء مكاتب الفروع النظامية الوطنية للأطباء وجراحي الأسنان والصيدالة-المكتب الذي يتكون من رؤساء كل الفروع النظامية ومن عضو منتخب عن كل فرع يكون العضو المنتخب من القطاع العام عندما يكون الرئيس من القطاع الخاص والعكس بالعكس، مقر المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية في مدينة الجزائر. أنظر المواد 163-164-166 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁴-المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁵ - بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، ديوان

المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2011 ، ص 102 - 103 .

- الحرص على حياة وصحة الشخص الخاضع للتجربة وهذا طبقا للمادتين 17 و18 من مدونة أخلاقيات الطب

- موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية وفقا للضوابط العلمية و القانونية و الأخلاقية المعمول بها وهذا طبقا للمادة 168 /1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و المادة 168/2 فقرة أولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها .

- احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجريب و كرامته الآدمية فلا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا لتحقيق مصلحة علاجية له أو للأغراض العلمية و هذا طبقا للمادة 168 /2 فقرة أولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

-التأكد من توافر الشروط الأمنية لسلامته البدنية و العقلية والنفسية بحيث لا يتم تنفيذ التجربة إلا إذا تحققت الظروف المناسبة للحصول على النتائج المرجوة.

وعليه فالقانون الطبي الجزائري يميل إلى الإقرار بمشروعية التجارب والأبحاث الطبية بما فيها التجارب غير العلاجية على الإنسان و العمليات الجراحية التجريبية غير المسبوقة التي تهدف إلى العلاج و إلى تحقيق المزيد من التقدم الإنساني في العلوم الطبية.

المطلب الرابع

موقف الشريعة الإسلامية

أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية التجارب العلاجية واستدلوا بالعديد من الأدلة الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية (الفرع الأول) ومنعوا التجارب العلمية واستدلوا بالعديد من الأدلة الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حكم الشريعة الإسلامية من التجارب العلاجية

لم يتطرق الفقه الإسلامي إلى حكم الشريعة الإسلامية بشأن التجارب الطبية سواء العلاجية منها أو العلمية إلا أن بعض الفقهاء المحدثين استخلصوا مشروعية التجارب العلاجية من بعض الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية الشريفة و كذا من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية.¹

ومن بين الآيات التي استدل بها الفقهاء للقول بشرعية التجارب العلاجية ما يلي :

- قوله تعالى: "فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه".²
- و قوله تعالى فيم: "رَضِ طُورِيَّ رِ بَاوِعٍ لَّا اَدْفَانِ اِنَّ اللّٰهَ فُوْرٌ حٰدِمْ".³
- و قوله عز وجل و: "قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَوَدَّعًا لِيَكُمُ اضْطِرَارٌ تُمْ اِلَيْهِ".⁴
- وقوله أيضا فيم: "رَضِ طُورِيَّ فِي صَدْعَةٍ مِّرْتَجٍ اِنْ اَدْفَانِ اِنَّ اللّٰهَ فُوْرٌ حٰدِمْ".⁵

فالآيات السابقة تفيد إلى قاعدة كلية مفادها أن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها.⁶

ولقد استند الفقهاء إلى هذه القاعدة للقول بأن الإنسان المريض الذي لم تفلح الطرق المعروفة والتمتيرة في علاجه فان المريض يكون مضطرا لتجريب أدوية وطرق علاجية جديدة أو أنه يكون موضوع تجربة غرضها علاجي ليس إلا، وا إذا كان الغرض من تعلم الطب

1 - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 703.

2 - سورة البقرة، الآية 173.

3 - سورة الأنعام، الآية 145.

4 - سورة الأنعام، الآية 119.

5 - سورة المائدة، الآية 3.

6 - عبد المجيد محمود مطلوب، أصول الفقه الإسلامي، مكتبة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986، ص 75.

في الفقه الإسلامي هو التطبيب (أي العلاج) وكان تعلم هذا الطب من الواجبات الشرعية فالنتيجة المنطقية لذلك ألا يسأل الطبيب عن الأفعال التي تؤدي من خلالها هذا الواجب¹.

ويستند اعتبار تعلم فنون الطب ومداواة الأشخاص بها من فروض الكفاية إلى أوامر الشرع الإسلامي والتي يستدل عليها من إجماع الأدلة الشرعية في الفقه الإسلامي فعن رسول الله صلى الله عليه وسلم ردا على سؤال أعرابي قال "يا رسول الله أنتداوى؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فان الله لم ينزل داء إلا وأنزل له الشفاء، علمه من علمه وجهله من جهله"، وسئل النبي صلى الله عليه وسلم هل يغني الدواء شيئا؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سبحان الله وهل أنزل الله تبارك وتعالى من داء في الأرض إلا وجعل له شفاء" وسأل آل عمرو ابن الحزم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: أنه كانت عندنا رقية نرقي بها من العقرب، وأنتك نهيت عن الرقى قال صلى الله عليه وسلم: "وأعرضوا علي رقاكم، قال فعرضوا عليه فقال صلى الله عليه وسلم ما أرى بأسا من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل"².

ونستدل من كل هذه الأدلة الشرعية بأن الشرع الإسلامي يدعو لممارسة فنون الطب تحقيقا لسلامة الجماعة، ويعتبر ما يباشره الطبيب من أفعال طبية من المباحات لا فرق في أن الطبيب قد استند إلى الشرع الإسلامي أثناء إتيانها أم إلى اعتبار هذا الفعل واجبا مفروضا عليه شرعا، والملاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أقرروا جميعا بإباحة ومباشرة الأعمال الطبية وقد أسسوا هذه الإباحة على إذن الشارع بإتيان الأعمال الطبية على جسم المريض، والذي يوكل الحاكم أو ولي الأمر في إصداره لمن يتوسم فيهم المقدرة على أداء الواجب الشرعي، كما اشترطوا حصول الطبيب على إذن مريضه بالعلاج و أخيرا اتجه قصد الطبيب حال مباشرته الأعمال الطبية لتحقيق الشفاء لدى مريضه وفقا للقواعد و الأصول المرعية في فنون الطب.³

¹ - مرعي منصور عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 94.

² - عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الأول، القاهرة، الطبعة الثانية، 1988، ص 966.

³ - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 968.

ومن القواعد العامة في الشريعة التي استدل بها الفقهاء للقول بشرعية التجارب العلاجية إباحة الله عز وجل للتداوي من الأمراض، والقاعدة العامة أن الله تعالى إذا أباح شيئاً أباح الوسائل المؤدية إليه فإباحة التداوي تبيح بالضرورة استخدام الوسائل المسخرة للتداوي، وقد لا يتم معرفة هذه الوسائل والطرق إلا عن طريق التجريب كما فعلت فاطمة مع جرح الرسول صلى الله عليه وسلم وعليه فلا مفر من التجارب العلاجية لأن للوسائل حكم المقاصد.¹

من جانب آخر جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد وطبقاً للقاعدة الشرعية حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله فان كل ما يحقق مصالح الناس يعتبر مباحاً، ولما كانت التجارب العلاجية تفيد هذا المعنى فهي تدخل نطاق الإباحة.²

الفرع الثاني

حكم الشريعة الإسلامية من التجارب العلمية

على الرغم من عدم تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية للتجارب العلمية قديماً إلا أن بعض الفقهاء المحدثين يقولون أن التجارب الغير علاجية غير مشروعة وسندهم في هذا القول عدة آيات قرآنية منها :

قوله تعالى "لَا تُلَاقُوا نَفْسًا كُفْرًا" إِنَّ اللَّهَ أَنْ يَكُومَ حَرِيمًا " 3 .
وقوله جل وعلا " لَا تَبْلُغُوا بِمَا يَكُمُ الْإِنْتِهَى لُكَاةً " 4 .

1 - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 705 .

2 - مرعي منصور عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 96 .

3 - سورة النساء، الآية 29 .

4 - سورة البقرة، الآية 195 .

فيفهم من الآيات السابقة أن الله قد حرم أن نعرض أنفسنا للخطر من غير مصلحة مقصودة شرعا، وبما أن المصلحة في التجارب العلمية غير مؤكدة وتغلب فيها مظنة الخطر على حياة أو صحة الخاضع لها فإنه لا يمكن تبريرها من الناحية الشرعية.¹

وهذا بخلاف الحالة المشار إليها سلفا والتي يجوز للإنسان فيها أن يعرض نفسه للخطر إذا دعت إلى ذلك الضرورة الحالة لإنقاذ الغير كما هو الأمر في حالات إنقاذ الغرقى والحرقى، ومن ثم فإن عنصر الضرورة المشروعة الذي يمكن الاستناد إليه لإباحة تعرض الشخص للخطر مثل حالات إنقاذ الغير ينتفي في التجارب العلمية وهو ما يجعلها غير مشروعة.²

ومن الآيات الأخرى التي استدل بها الفقهاء أيضا للقول بعدم مشروعية التجارب العلمية قوله عز وجل لَقَدْ رُمِّمَ ذُبَابًا نَائِمًا³.

حيث يرى هؤلاء الفقهاء أن إخضاع الإنسان للتجارب العلمية الغير مضمونة العواقب ينتافي مع التكريم الذي خص به الله عز وجل الإنسان ومن ثم لا يجوز للإنسان أن يمتهن بما كرمه الله وفضله.⁴

كما استند الفقهاء من جهة أخرى بقوله عز وجل لَتُنْفِثَنَّ وَالْأَنْمَ دَذِعَانِ لِلنَّيِّمِ⁵.

ويقصد من هذه الآيات أن الله تعالى قد أنعم على الإنسان من النعم التي لا تحصى، وأن الإنسان مسؤول عن هذه النعم وسوف يسأل عنها إذا ما فرط فيها كخضوعه لتجربة علمية بدون فائدة تعود عليه مباشرة و هذا التقريط في الصحة والنعم منهي عنه شرعا دون خلاف.⁶ ومن الأحاديث النبوية التي استدل بها الفقهاء للقول بعدم مشروعية التجارب العلمية ما يلي:

¹ - مرعي منصور عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 104.

² - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 714.

³ - سورة الإسراء، الآية 70.

⁴ - مرعي منصور عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 105.

⁵ - سورة التكاثر، الآية 08.

⁶ - مرعي منصور عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 105.

- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه وأرضاه قال : قال لي الرسول صلى الله عليه وسلم "ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار فقلت إني أفعل ذلك ، قال : فإنك إن فعلت هجمت عيناك ونفثت نفسك، لعينك حق ولنفسك حق ولأهلك حق، قم ونم و صم وأفطر".¹

فالحديث ينهي عن الإفراط في أداء العبادات التي تؤدي إلى إنهك الجسم البشري ويقر بأحقية الجسد في الراحة، وإذا كان النهي في الحديث قد ورد بشأن العبادات فإنه لا يجوز من باب أولى تعريض هذا الجسم للأضرار المحتملة والمخاطر المقترنة بالتجارب العلمية التي لا تعود عليه بأية منفعة.²

- عن أبي عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".³ يفيد هذا الحديث أنه لا يجوز للإنسان أن يضر نفسه كما لا يجوز له أن يضر غيره والتجارب العلمية على الإنسان فيها تعريض الإنسان للخطر المنهي عنه شرعا.⁴

ومن الأدلة الأخرى التي استند إليها الفقهاء للقول بعدم مشروعية التجارب العلمية ما يلي:
- انتفاء الضرورة في إخضاع إنسان سليم أو إنسان مريض لتجربة علمية لا تعود عليه بالفائدة، ذلك أن مشروعية التجربة مرتبطة بالفائدة الممكن أن تعود على الشخص الخاضع لها، ولا تكون للتجربة هذه الميزة إلا إذا تعلق بالبحث عن دواء أو طرق علاجية لمرض أخفقت الوسائل الموجودة في علاجه.⁵

طبقا للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية أن درأ المفاصد مقدم على جلب المصالح وإجراء التجارب على الإنسان السليم أو الإنسان المريض الذي لا تعود عليه بالفائدة فيه مضرة وان كان يحقق مصلحة للمجتمع، وفي مثل هذه الحالات يجب التضحية بالمصلحة الاجتماعية من أجل مصلحة الفرد في السلامة البدنية.⁶

1 - صحيح البخاري، الجزء الثالث، ص 38.

2 - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 715.

3 - رواه ابن ماجة، الجزء الثاني، ص 784.

4 - مرعي منصور عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 106.

5 - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 716.

6 - مرعي منصور عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 106.

من شأن إجراء تجارب علمية على إنسان سليم أن يدخل صاحبها تحت مفهوم حديث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم الذي جاء فيه "ملعون من ضار مؤمنا أو مكر به".¹

هذه بعض الأدلة التي استند إليها الفقهاء الذين لا يجيزون التجارب العلمية، غير أن هناك من أجاز هذا النوع من التجارب استثناء بقيود وضوابط يجب مراعاتها والتي منها:²

- أن يكون الهدف من إجراء التجارب هو التداوي لأنها في هذه الحالة تكون ضرورية لإيجاد العلاج المناسب أو الناجع فيتم اختيار أفضل الطرق العلاجية الجديدة المبتكرة أو المتطورة علميا أي بمعنى أنها تكون من قبل المصالح التي يقرها الشرع، والإسلام جاء لخدمة المصالح الراجعة الخاصة والعامة.

أن تكون الغاية من وراء هذه التجارب متناسبة مع المخاطر و الأضرار المحتملة .

- أن يتحقق الباحث أو فريق البحث من احتمالات نجاح التجربة أكثر من احتمالات فشلها في ضوء المخاطر الكامنة في الطرق التشخيصية و العلاجية المستجدة وضرورة الموازنة بينهما على أسس علمية واضحة انطلاقا من نتائج التجربة على الحيوانات مثلا .

- أن تتم هذه التجارب وفق الضوابط العلمية و الأخلاقيات الطبية المتعارف عليها في مجال البحوث الطبية العلمية التجريبية على الإنسان .

- موافقة الشخص الخاضع للتجربة وهو حر في إرادته وله حق الرجوع و الانسحاب من التجربة متى شاء .

- أن تجرى هذه التجارب تحت إشراف لجنة طبية من الأطباء الأكفاء لإبداء الرأي و المشورة في سياق العلاج بهدف الإحاطة بالطرق التشخيصية و العلاجية المستجدة و التأكد من سلامة الإجراءات من النواحي الشرعية، العلمية و الأخلاقية .

- المحافظة على سلامة الشخص الخاضع للتجربة وخصوصياته و مراعاة صحته الجسمانية و النفسية ورعايته و تأهيله و السرية التامة، و تحمل المسؤولية الطبية المهنية المترتبة عن

¹ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 716.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الانسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، ص 41-42.

هذه الأبحاث و التجارب و من ثم ضرورة التأمين الإجباري لمواجهة مخاطر مثل هذه التجارب .

- التأكد من سرية المعلومات التي سيحصل عليها الباحث من خلال بحثه أو تجربته و أن هذه المعلومات لن تسخر في أي وقت من الأوقات ضد مصلحة الشخص الخاضع للبحث العلمي أو التجربة الطبية .

المبحث الثاني

شروط مشروعية التجارب الطبية

يشترط لإباحة التجارب الطبية عدة شروط أهمها رضا الشخص الخاضع للتجربة (المطلب الأول)، أن تكون الفوائد أكبر من المخاطر ، مراعاة الأصول العلمية الثابتة ، كفاءة الطبيب العلمية (المطلب الثاني) ، الترخيص بإجراء التجربة اضافة إلى اجرائها في مؤسسات مجهزة بالإمكانات والمعدات اللازمة لذلك (المطلب الثالث).

المطلب الأول

رضا الشخص الخاضع للتجربة

أجمعت الإعلانات والاتفاقيات العالمية والإقليمية وكذا التشريعات المقارنة على اختلافها على اشتراط رضا الشخص الخاضع للتجربة، فمثلا نصت على اشتراطه القاعدة الأولى من قواعد محكمة Nuremberg بالقول "...ضرورة الحصول على رضا الشخص الذي تجرى عليه التجربة، وأن يكون هذا الرضا حرا ...".

ونص عليه أيضا العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة السابعة منه بالقول "لا يجوز إخضاع أي فرد للتعذيب أو العقوبة أو معاملة قاسية أو غير إنسانية أو مهينة، وعلى وجه الخصوص فإنه لا يجوز إخضاع أي فرد دون رضاه الحر للتجارب الطبية والعلمية".

كما نص عليه إعلان هلسنكي لعام 1964 في مبدئه الرابع بالقول "...الحصول على رضا الشخص المستنير وتزويده بكافة المعلومات المتعلقة بالتجربة".¹

وقد اشترط القانون الطبي الفرنسي في المادة 1122 من قانون الصحة العامة أن يكون الرضا حرا و متبصرا وصادرا عن ذي أهلية.²

كما تضمنت المادة 56 من قانون آداب المهنة الطبية المصري ما يلي: "يلتزم الطبيب الباحث بالحصول على موافقة كتابية مبنية على المعرفة من المتطوع على إجراء البحث عليه وذلك بطريقة رسمية وفي حضور شهود إثبات، و في حالة ما إذا كان المتطوع قاصرا أو معاقا أو ناقصا للأهلية فإنه يلزم الحصول على الموافقة من الوصي الرسمي أو القيم ويشترط أن يكون البحث خاصا بحالته المرضية".³

هذا وقد سائر المشرع الجزائري هذا الاتجاه بحيث نص في المادة 168 / 2 فقرة ثانية و ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي، تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة".⁴

وبالتالي يشترط في رضا الشخص الخاضع للتجربة أن يكون حرا (الفرع الأول) ، متبصرا (الفرع الثاني) و صادرا عن ذي أهلية (الفرع الثالث).

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 319-320.

² - المادة 1122 من قانون الصحة العامة الفرنسي .

³ - المادة 56 من قانون آداب المهنة الطبية المصري .

⁴ - المادة 2/168 فقرة ثانية و ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها .

الفرع الأول الرضا الحر

المبدأ المستقر عليه أن المريض أو المتطوع له حرية كاملة في قبول أو رفض التجربة أيا كانت طبيعتها ويظل يتمتع بهذه الحرية في الاختيار طوال فترة تنفيذ التجربة ، فلا يكون لرضا الشخص أي قيمة قانونية إذا كان ضحية غلط أو تدليس أو غش أو خداع أو استغلال أو حصل عليه تحت تأثير الخوف أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب الإرادة أو يعدم حرية الاختيار لديه.¹

وتبدو أهمية هذه المتطلبات بصفة خاصة في مجال التجارب الطبية العلمية ولذلك يستلزم الفقه المقارن أن يكون الرضا إراديا وحرًا من جانب الشخص الذي سيخضع للتجربة حتى يرتب آثاره القانونية وذلك رغبة في تقادي تكرار التجارب التي أجريت على الأسرى في معسكرات الاعتقال النازية إبان الحرب العالمية الثانية.²

ويثير شرط الرضا الحر عدة تساؤلات في مجال التجارب الطبية من بينها هل تؤثر الضغوط النفسية والاقتصادية في صحة الرضا الصادر من الشخص الذي سيخضع للتجربة؟ وما هو وضع الأشخاص الذين يكونون في حالة تبعية مما يسهل استغلالهم موضوعا للتجربة كالسجناء والأسرى والمرضى في حالة خطر الموت أو الميؤوس من شفائهم بالوسائل الطبية الراهنة أو التقليدية المتعارف عليها؟

أولا -تأثير الضغوط الاقتصادية والنفسية على صحة الرضا

قد يمارس الطبيب الباحث من أجل القيام ببعض التجارب الطبية على جسد الإنسان بعض الضغوط الاقتصادية أو النفسية على الشخص للحصول على موافقته بإجراء التجربة، وقد

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 195.

² - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 75.

تكون الضغوط في صورة دفع مبلغ مالي مقدما للشخص الخاضع للتجربة أو في صورة ضغط نفسي كأن يشعره بأهمية وضرورة إجراء التجربة على جسده فهل يعد الرضا في مثل هذه الحالات حرا أم لا ؟

أ/تأثير دفع مقابل مالي مقدما على صحة الرضا بالتجربة

القاعدة العامة أن الحاجة الاقتصادية لا تعد عيبا مفسدا للإرادة إلا في ظروف استثنائية تحوطها ملاسبات خاصة ومحددة،¹ أما في مجال الرضا المطلوب لإجراء التجارب الطبية فإن الأمر لا بد أن يكون مختلفا على نحو يوفر قدرا من الحماية من أية ضغوط اقتصادية قد يمارسها الطبيب القائم بالتجربة على الأشخاص لدفعهم إلى قبول إجرائها حيث أن دفع مقابل مالي مقدما لمن تجرى عليه التجربة قد يكون له أثر مكره خاصة نحو الشخص الذي يكون في حالة ضرورة، ذلك أن هذه الحالة من شأنها أن تعيب أو تعدم الرضا ويجعله باطلا لمخالفته للنظام العام أو الآداب العامة²، و الضغط الاقتصادي الذي يشوب إرادة من يقبل إجراء التجربة يتمثل في مرضى المستشفيات العامة وما يجرى فيها على أيدي صغار الأطباء، وكذلك بالنسبة لشركات صناعة الدواء والتي قد تجرى بعض التجارب الطبية بعيدا عن أعين أية رقابة طبية³.

وينتهي الرأي السابق إلى أنه لا يجوز أن تتخذ الحالة الصحية أو الحاجة الاقتصادية أو الاجتماعية وسيلة للحصول على رضا الشخص بل يجب أن يكون إجراء التجربة مجانيا بدون مقابل، وهذا لا يمنع من التعويض عن الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها الشخص الخاضع

¹ - cass social, 3octbre1973 bull civ 5 n °541.

أشار إليه، خالد حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 43 .

² - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 197 .

³ - سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 35.

للتجربة مثل توقعه عن العمل فترة محددة أو استرداد المصاريف التي تكبدها عند الخضوع للتجربة.¹

بهذا الشأن نصت المادة 8/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه "لا تمنح التجارب الطبية الحيوية أي مقابل مالي مباشر أو غير مباشر للأشخاص المتطوعين لها باستثناء تعويض المصاريف وبمراعاة الأحكام الخاصة المنصوص عليها في المادة 15/209 من هذا القانون"²، حيث تنص هذه الأخيرة على أنه "في حالة التجارب التي تجرى دون فائدة مباشرة بالنسبة للأشخاص الخاضعين لها، فإن القائم بالتجربة ملزم بتعويضهم مقابل الضغوطات التي يتعرضون لها..."³.

وهذا التعويض حدده قرار وزير الصحة المكلف بحد أقصى في السنة الواحدة وقدره 20000 فرنك فرنسي، ثم تحفظت الفقرة الأخيرة من ذات المادة في شأن التجارب التي تجرى على القاصرين أو البالغين الخاضعين للوصاية أو الأشخاص المودعين في المؤسسات الصحية أو الاجتماعية، فبالنسبة لهذه الفئات لا يمكن بأي حال أن تكون محل هذا التعويض وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد حاول الموازنة بين الاعتبارات النفعية المادية الخاصة بمن يخضع للتجربة ومبدأ عدم تحقيق الربح من وراء تلك التجارب على نحو يحافظ على مفهوم أخلاقي و أدبي في الموضوع.⁴

ب/تأثير الضغوط النفسية على صحة الرضا بالتجربة

يرى البعض أن موافقة الشخص الخاضع للتجربة يجب أن تكون حرة وخالية من أي ضغوط نفسية إذ أن الضغوط النفسية قد تجعل المريض في حالة إكراه معنوي ناجم عن الخشية من الإهمال في الرعاية الصحية، ويشعره الطبيب المعالج بضرورة إجراء تجربة علاجية على

¹ - خالد حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 45.

² - المادة 8/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي .

³ - المادة 15/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي .

⁴ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 198-199.

جسده مما يجد نفسه في حالة الخضوع والاستسلام النسبي وأن عدم موافقته قد تشعره بالذنب تجاه نفسه وتجاه أسرته لعدم إجراء مثل هذه التجربة، كما أن الضغوط النفسية قد تجعل المتطوع سليم الصحة يقدم تلقائياً على تجربة علمية رغم علمه أنها لا تحقق له أي منفعة شخصية ومباشرة وإنما بهدف الحصول على المال أو الشهرة، والحديث عنه في وسائل الإعلام.¹

ويرى البعض الآخر أنه يتعين استبعاد التجارب الطبية دون المنفعة الشخصية المباشرة على المرضى بواسطة الطبيب المعالج نظراً لتبعية هؤلاء المرضى في مواجهة الطبيب.²

ثانياً - تأثير الخداع على صحة الرضا بالتجربة

قد يتوقف نجاح بعض التجارب على الخداع العمدي للشخص الخاضع للتجربة وذلك بإخفاء حقيقة التجربة عليه أو إغفال إعلامه بواقعة مهمة تتصل بها. ومن الأمثلة التي يعمد فيها المجرّب إلى خداع الشخص الخاضع للتجربة تجريب العقاقير الجديدة باستعمال طريقة الجهل المزدوج، حيث يقسم المرضى إلى فوجين يعطى الفوج الأول العقار الجديد المراد تجريبه، بينما يستفيد الفوج الثاني من العقار القديم أو من عقار بديل.³ ويثور التساؤل حول شرعية هذا النوع من التجارب التي تتم بدون الحصول على رضا الأشخاص المشاركين فيها؟

في الواقع ليس هناك اتفاق بين الفقهاء بخصوص شرعية أو عدم شرعية هذا النوع من التجارب فالبعض يرى وجوب إعلام كل المشاركين والحصول على موافقتهم المسبقة قبل إخضاعهم للتجربة، في حين يرى البعض أن المنفعة التي تحققها هذه التجارب تبرر الطريقة

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 199.

² - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 81.

³ - خالد بن النوى، المرجع السابق، ص 121.

التي يجب أن تتم بها وهي وجوب عدم إعلام الأشخاص المشاركين فيها بهدف و طبيعة التجربة .

على هذا الأساس يقر هؤلاء بشرعية هذا النوع من التجارب حتى و لو اتسمت بنوع من الخداع بشرط إعلام الشخص بالأخطار الجسيمة إذا وجدت ، أما غيرها من الأخطار التي لا تتحقق إلا بنسب ضئيلة فلا بأس إن لم يخطر بشأنها الخاضع للتجربة.¹

الراجح أنه إذا كانت التجربة تقتضي عدم إعلام الأشخاص الخاضعين لها كما لو كان الغرض من التجربة الوقوف على حقيقة الاضطرابات التي تصيب الشخص فإنه يتعين على المسؤول عن هذه التجربة الإشارة في مشروع بحثه إلى استحالة الوصول إلى نتائج حقيقية وبشكل ملائم إذا تم إخطار المشاركين بحقيقة التجربة، وفي هذه الحالة يبقى لجهات الرقابة صلاحية إجازة أو منع مشروع التجربة، وهو ما يستفاد من الفقرة الخامسة من إعلان هلسنكي.²

ثالثا- التجارب الطبية على المساجين والمحكوم عليهم بالإعدام

لقد كانت مشكلة التجارب الطبية على المساجين والمحكوم عليهم بالإعدام محلا لدراسات كثيرة في الولايات المتحدة الأمريكية حيث ثارت ضمائر الناس حين علموا أن تجارب طبية تجرى على السجناء في هذا البلد،³ مثلما ثارت ضمائر الناس في ألمانيا حين علموا بأن تجارب لا إنسانية تجرى على السجناء و الأسرى في معسكرات الاعتقال في فترة الحكم النازي.⁴

وعلى اثر ذلك ثار التساؤل حول شرعية اجراء التجارب الطبية على المساجين والمحكوم عليهم بالإعدام ؟

¹ -عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 787-788.

² -خالد بن النوى، المرجع السابق، ص 122.

³ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 79.

⁴ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 205.

تباينت القوانين والآراء الفقهية حول شرعية اجراء التجارب الطبية على المساجين والمحكوم عليهم بالإعدام إلى اتجاهين :

أ/مشروعية اجراء التجارب الطبية على المساجين والمحكوم عليهم بالإعدام

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى مشروعية إجراء التجارب العلاجية والعلمية على المساجين الأصحاء والمرضى على حد سواء، وحثهم في ذلك أن التجارب الطبية على الإنسان تفرضها الضرورة وتطور العلوم الطبية مع مرور الزمن وذلك من أجل خدمة البشرية، ودعا هذا الاتجاه كل الدول المتطورة إلى أن تحاول إجراء هذه التجارب ليس على المرضى فحسب لعلاجهم وإنما أيضا على الأصحاء بغية اكتشاف علاج للأمراض المتفشية في المجتمع، فأختير لذلك المحكوم عليهم بالإعدام ليكونوا محلا للتجارب العلمية على أن تترك لهم الفرصة في الاختيار الحر بين تنفيذ الحكم عليهم بالإعدام وبين أن يخضعوا لتجارب علمية وفي مقابل ذلك يخلى سبيلهم ويمنحون الحرية الكاملة كمكافأة لهم على دورهم في خدمة العلم والإنسانية بشرط ألا يكرهوا على هذه التجارب بل يخضعون إليها برضاهم واختيارهم طبقا للأساليب والطرق العلمية المرخص بها قانونا وبمعرفة أمهر الأطباء والعلماء المتخصصين، وأن تكون هذه التجارب قد سبق تجربتها ونجاحها نجاحا جادا على بعض الحيوانات وأنت بنتائج أكيدة ومفيدة، ذلك أن نجاح الطب في مختلف الدول المتطورة على هؤلاء المساجين سوف يخدم البشرية جمعا.¹

وقد استند هذا الرأي على القواعد التي أرسنها الجمعية الطبية العالمية في إعلان هلسنكي سنة 1964 المعدلة في إعلان طوكيو سنة 1975 حيث أقرت هذه القواعد بمشروعية التجارب العلمية على السجناء غير أنه يتعين على الطبيب القائم بالتجربة في مثل هذه الأحوال أن يتخذ احتياطات نصت عليها القاعدة العاشرة من إعلان طوكيو منها أن تطلب موافقة السجين بمعرفة طبيب آخر غير الذي يباشر التجربة لضمان الموضوعية والجدية في

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 206 .

الموافقة والبعد عن كافة المؤثرات الداخلية والخارجية التي تمارس على الشخص الخاضع للتجربة.¹

ب/عدم مشروعية إجراء التجارب الطبية على المساجين والمحكوم عليهم بالإعدام

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى المناداة بحظر التجارب غير العلاجية على أجساد المساجين والأسرى مهما كانت طبيعة سجنهم أو أسرهم، حتى لو وافقوا على ذلك نظرا لأن هؤلاء يجدون أنفسهم في حالة تبعية أو ارتباط يرجع إلى حالتهم ذاتها، كما أن الحافز الشخصي لديهم يثير الشبهة لأنه عادة ما تتجه إرادة بعضهم نحو الموافقة على هذه التجارب رغبة في الحصول على بعض الفوائد المادية أو الامتيازات الخاصة للتغلب على رتابة أو أسلوب الحياة داخل المؤسسات العقابية وما قد يصيبهم من ملل و اكتئاب.²

ولقد دفعت هذه الحجج الكثير من الأنظمة إلى استبعاد المساجين من الخضوع للتجارب الطبية حيث تبنت الكثير من الولايات الأمريكية هذا الاتجاه، كما استبعد القانون البلجيكي المساجين من التجارب الطبية وهو ما أكدته المادة 90 من قانون آداب مهنة الطب البلجيكي التي جاء فيها أن المسجون لا يتمتع بالحرية اللازمة التي تسمح له بالتعبير عن رضاه الحر.³

كما تنص المادة 3/380 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أنه "لا يجوز أن يخضع السجناء لتجارب طبية أو علمية يمكن أن تتضمن مساسا أو اعتداء على تكامل الشخص الجسدي".

81 - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 81 .

1 - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 208 .

2 - المادة 90 من قانون آداب مهنة الطب البلجيكي .

ومفاد هذا النص أن المشرع الفرنسي قد حظر إجراء التجارب الطبية على المساجين المرضى والأصحاء على حد سواء دون تفرقة بين التجارب العلاجية التي تجرى على المساجين المرضى والتجارب الغير علاجية التي تجرى على المساجين الأصحاء.¹

إلا أن المشرع الفرنسي قد عدل عن هذا التوجه في القانون الصادر في 20 ديسمبر 1988 ولم يقره على إطلاقه حيث تنص المادة 5/209 منه على أن "الأشخاص المقيدة حريتهم بقرار قضائي أو إداري لا يمكن أن نطلب منهم التطوع في أبحاث طبية حيوية إلا إذا كان يتوقع منها الحصول على منفعة شخصية مباشرة تفيد صحتهم".

وبناء على ما تقدم فإنه يجوز إجراء التجارب الطبية على الأشخاص الذين قيدت حريتهم بقرار قضائي أو إداري إذا كان يتوقع من هذه التجارب تحقيق منفعة شخصية مباشرة لهم، أما إذا كان الأمر يتعلق بتجربة تستهدف غرضاً علمياً بحثاً فهنا تكون التجربة غير مشروعة طبقاً لقانون الإجراءات الجنائية وقانون الصحة العامة الفرنسي باعتبارها لا تستهدف أي غرض علاجي بالنسبة للمسجون وبالتالي لا يجوز إخضاعه لها حتى ولو وافق على ذلك خشية أن تكون هذه الموافقة مشبوهة وحصلت تحت ضغط أثر عليه.²

كما أجازت المادة 24 من القانون الكندي بشأن السلوك المهني في المؤسسات العقابية خضوع المساجين للتجارب العلاجية وحظرت التجارب غير العلاجية عليهم.³

أما بخصوص التشريعات العربية فقد حظر الدستور المصري صراحة إجراء التجارب الطبية على المسجونين المعتقلين وهو ما يستفاد من المادة 42 منه التي جاء فيها "تحظر إساءة معاملة المسجونين المعتقلين بدنياً أو معنوياً".⁴

³ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 209 .

¹ - حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995، ص 115 .

² - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 792 .

³ - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص 126 .

و الدستور الجزائري لم يخص المساجين بحماية خاصة وإنما تحدث عن حظر انتهاك حرمة الإنسان بصفة عامة وعلى معاقبة المساس بسلامته البدنية والمعنوية فقد نصت المادة 40 منه على ما يلي: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة...."¹.

كما نصت المادة 41 من الدستور الجزائري على ما يلي: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"².

بناء على ذلك يمكن القول أن الدستور الجزائري يمنع الممارسات التي تهدف إلى استغلال الإنسان أو التعرض إلى حقوقه وحرياته وهو ما يحاول دون إمكانية إجراء التجارب الغير علاجية على المساجين بسبب تعرض هذه الطائفة للاستغلال وسوء المعاملة، أما بخصوص التجارب العلاجية فلا شك أن حق المواطنين في الرعاية الصحية المنصوص عليه في الدستور الجزائري يفرض على الطبيب الاعتناء بصحة السجين وعلاجه وفقا للأصول الطبية المعمول بها، وقد يتطلب ذلك تجريب أدوية أو طرق علاجية جديدة بالنسبة للأمراض التي لم يعثر لها بعد عن علاج شاف.³

رابعاً - التجارب الطبية على المرضى الميئوس من شفائهم

قد يضطر الإنسان في حالة إصابته بمرض مستعص أو في حالة مرض الموت الخضوع لتجربة طبية علاجية دوائية أو جراحية خطيرة فهل يعتبر رضاه في مثل هذه الحالات حراً و يعتد به في إجراء مثل هذا النوع من التجارب على جسده أم أنه يلزم أخذ موافقة ممثله القانوني؟ وهل يقتضي الأمر وجوب إتباع الأصول العلمية والفنية المتعارف عليها في مهنة

⁴ - المادة 40 من الدستور الجزائري .

¹ - المادة 41 من الدستور الجزائري .

² - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 793 .

الطب إجماع الطبيب عن استخدام هذا الدواء الجديد أو الوسيلة الجراحية الوحيدة التي تم اكتشافها حديثاً لعلاج هؤلاء المرضى ؟

يرى جانب من الفقه أن الطبيب يكون له حرية الاختيار بين الطرق و الأساليب العلاجية المختلفة التي تكون أكثر مناسبة لعلاج الحالة المرضية التي بين يديه، فإذا لم يجد أمامه طريقة من الأصول الثابتة أو التقاليد المرعية يسير على منهاجها لعلاج الحالة المعروضة عليه فهنا يجب أن يساير الحالة طبقاً لما تقتضيه مصلحة المريض ولا يجوز له الخروج أو قلب الأوضاع العلمية الثابتة، فإن لم يكن في الأصول الطبية الثابتة ما يمكن القياس عليه فلا حرج على الطبيب في أن يجرى علاجاً جديداً دواءً أو جراحةً قد يكون فيه شفاء المريض، وهذا النوع من التجديد هو الذي يمتاز به الطبيب الناهض على زميله الخامل ولا غنى عنه لأي علم أو فن في التطبيق العملي بشرط أن تكون جهوده خالصة لفائدة المريض.¹

تأسيساً على ما تقدم يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن مجال التجربة يتسع أمام الطبيب عندما يكون المريض في حالة خطر الموت بحيث يعترف علم الطب بعدم قدرته في الظروف التي تتوافر فيها وسائله الراهنة على إنقاذه فإن الطبيب الذي يعتقد بأنه حائز على دواء فعال يصبح مآذوناً باستخدامه، فإنه لا مانع من أن يجرب عليه هذا العلاج مهما كانت المخاطر التي تترتب عليه طالما أن الطبيب التزم باتخاذ الحيطة في استخدام هذا الدواء ولا مسؤولية عليه لأنه يتصرف من أجل محاولة إنقاذ حياة المريض أو تخفيف آلامه فهي حالة الضرورة التي تبرر أفعاله في اللجوء إلى استخدام أساليب علاجية جديدة من أجل فائدة المريض، وإن كان هناك مجال لتطبيق قاعدة الضرورات تبيح المحظورات فهذا مجالها،² وتلك هي الطريقة التي اتبعها جميع العلماء ذوي الضمير Pasteur بعد أن انتهى من علاجه لمرض الكلب على الحيوانات وأراد أن يجربه على الإنسان انتظر حتى عرض له شاب من الرعاية كان قد عضه كلب في وجهه ويديه وكانت وفاته من الناحية العلمية شيئاً مؤكداً، فجرب علاجه الجديد فيه لغرض شفاؤه.³

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 201 .

² - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 81.

³ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 202 .

في حين يرى بعض الفقهاء أنه من الأحسن عدم إجراء التجارب غير العلاجية على المريض الذي يكون في حالة تبعية للطبيب المجرب، وذلك تجنباً لإحساس المريض بوجوب الموافقة على مثل هذه التجارب تلبية لرغبة طبيبه المعالج، غير أنهم يستثنون من هذه القاعدة التجارب الخاصة بعلم الأدوية، حيث يمكن إجراؤها على المريض بحكم أن الطبيب حر في تجربة الأدوية الحديثة على مريضه بشرط التزامه الحيطة والحذر أثناء استخدامه هذه الأدوية.¹

أما بالنسبة للمحاكم الفرنسية فأباحت التجارب الطبية على المرضى الميئوس من شفائهم حيث قضت محكمة السين بتاريخ 18 أكتوبر 1954 بأن التجربة الطبية تكون مشروعة ما دامت حالة المريض على درجة من الخطورة تستدعي هذه الوسيلة الحديثة متى كان الضرر المتوقع متناسباً مع جسامته الضرر الذي يحتمل حدوثه في حالة عدم تطبيق تلك الوسيلة البحتة، وأضافت أن الوسيلة البحتة يجب أن تكون قد سبق تجربتها على الحيوانات، ويخضع قرار الطبيب لضميره ومدى درايته.²

كما أجاز قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل بالقانون رقم 88/1138 الصادر في 20 ديسمبر 1988 الخاص بحماية الأشخاص الخاضعين للتجارب على أجسادهم التجارب على المريض بالإيدز أو حامل فيروس المرض إذا وافق على ذلك صراحة بعد إحاطته علماً بهدف التجربة والفوائد المرجوة منها للمريض أو المتطوع وما تقتضيه من أعمال وما يحيط بها من مخاطر،³ كما أجاز القانون الفرنسي رقم 94/563 الصادر في 29 جويلية 1994 الخاص باحترام جسم الإنسان إجراء التجارب العلمية على الإنسان في حالة الموت المخي وذلك حينما يتوقف المخ عن أداء وظائفه بينما يستمر الجهاز التنفسي والقلب في أداء وظائفهما.⁴

¹ - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص 127.

² - حكم محكمة السين بتاريخ 1954/10/18 أشار إليه: مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 205.

³ - فتوح عبد الله الشاذلي، أبحاث في القانون و الإيدز، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 141.

⁴ - بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 302.

الفرع الثاني الرضا المتبصر

لا يكفي أن يكون الرضا حرا في مجال التجارب الطبية بل يجب أن يكون صادرا عن بصيرة بعواقب التدخل الطبي أو التجربة الطبية بمعنى أن يكون رضا مستنيرا ، ولكي يتسم رضا المريض أو الشخص الخاضع للتجربة بهذه الميزة يتعين على الطبيب المجرب أن يقوم بإعلامه بطبيعة وأهداف التجربة وكذا مخاطرها المتوقعة.¹

ويثور التساؤل هنا حول نطاق الالتزام بالتبصير في التجارب الطبية العلاجية (أولا) والتجارب العلمية (ثانيا).

أولا- نطاق الرضا المتبصر في التجارب الطبية العلاجية

يتميز الرضا في مجال التجارب الطبية بطابعه الخاص مقارنة بالعلاج العادي، وأن مجرد الموافقة لا تكفي لنفي مسؤولية القائم على التجربة لأن الرضا بالتجربة هو رضا من نوعية خاصة ومنتشدة ويتعين لذلك أن يكون كاملا، حرا ومستنيرا.²

فالقائم بالتجربة يلزم شخصا بإخطار الشخص المراد إخضاعه للتجربة بعناصر الإعلام التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية والتشريعات المختلفة من بينها المادة 9/ 209 من قانون الصحة العامة الفرنسي حيث تطلبت أن يتم تبصير الخاضع للتجربة بعدة أمور هي : الهدف من التجربة، موضوعها والطريقة الفنية المستخدمة فيها، مدتها، المخاطر المتوقعة والمنافع المرجوة منها، احتمالات توقف التجربة قبل المدة المحددة لها، رأي المجلس الاستشاري المشار إليه في المادة 12/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي، حق الخاضع للتجربة في رفضها أو الانسحاب منها في أي وقت يشاء دون أن يتحمل أي مسؤولية في ذلك وإمكانية

¹ - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص130-131.

² - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص172.

حجب بعض المعلومات في حالة ما إذا كان الشخص الخاضع للتجربة مريضاً يخشى على سلامته النفسية من جراء الإفصاح عن بعض المعلومات.

وفي هذا المعنى نصت المادة 168 / 2/ فقرة ثانية وثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب.... تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة."

وإذا كان الحصول على رضا صحيح من الخاضع للتجربة يلقي على عاتق القائم بالتجربة التزاماً بإحاطته علماً بطبيعة التجربة وأهدافها ومدتها والطرق المستخدمة فيها والأضرار والمخاطر المحتملة، فإن التبصير ببعض هذه العناصر أثار جدلاً في الفقه.¹

فالتجارب بطبيعتها تقوم على قدر من الاحتمالات فلا يمكن الجزم مقدماً بالنتيجة التي تؤول إليها، فإذا كان من السهل إعلام المريض بطبيعة وموضوع التجربة والأهداف المرجوة من إجراءاتها إلا أن الإحاطة بكل مخاطرها ليس بالأمر السهل، فقد لا يتيسر للطبيب أن يقيم على نحو دقيق المخاطر المحتملة في التجربة وهو ما يثير التساؤل في هذه الحالة حول كيفية وفائه بواجب الإعلام نحو المريض أو الشخص الخاضع للتجربة.²

في هذا الصدد يرى البعض أنه لا يجوز للطبيب أن يقتصر في التبصير على مجرد الآثار العادية المتوقعة وفقاً للمجرى العادي للأمور، فإذا كان الاكتفاء بهذه الأخطار جائزاً في العلاج العادي، فإنه ليس كذلك في التجارب الطبية بسبب الطبيعة الخاصة لهذه التجارب و استحالة توقع كل مخاطرها.³

¹ - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص 132.

² - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 797.

³ - سهير منتصر، المرجع السابق، ص 42-43.

على هذا الأساس يختلف نطاق الإعلام في التجارب الطبية وفقا لمتطلبات كل تجربة على حدى أخذاً بعين الاعتبار الحالة النفسية والجسمانية للشخص المريض وردود الفعل المنتظرة على جسمه،¹ ولتوضيح ذلك نورد النماذج التجريبية التالية:

أ/تبصير الشخص بمناسبة إجراء مقارنة الأدوية:

يقصد بتجارب مقارنة الأدوية تجربة دواء جديد على مجموعة من المرضى أو الأصحاء لتؤخذ النتائج وتتم المقارنة بينها لمعرفة النتيجة الأخيرة للتجربة، وخصوصية التبصير في هذه الحالة هو استبعاد أي تأثير نفسي للخاضع للتجربة وذلك لن يتأتى إلا عن طريق عدم معرفة الخاضع للتجربة الطبية الحقيقة الفعلية للمادة التي تعطى له كدواء جديد وذلك بقصد الحصول على نتائج موضوعية بقدر الإمكان.²

يرى البعض أن إخفاء بعض المعلومات على الشخص الخاضع للتجربة يكون مبرراً طالما أن الأثر العلاجي للمنتج الدوائي الذي يجرب غير كافٍ للتحديد نظراً لاختلاف الحالة النفسية والجسمانية للأشخاص ومدى ردود الفعل المنتظرة من جسم الشخص، وكان في ذلك تأثير على نفسية الطبيب والمريض معاً، ومن ناحية أخرى أن التزام الطبيب بتبصير الشخص الخاضع للتجربة لا يعني إعطاء هذا الأخير كل التفاصيل الفنية المتعلقة بالتجربة التي لا يستطيع استيعابها علمياً، فلا يمكن للطبيب القائم بالتجربة أن يشرح للشخص كل ما يمكن أن يثيره لديه علمياً إجراء التجربة وخاصة تلك الحالات التي لا يمكن فيها معرفة الأثر العلاجي مقدماً للدواء المجرب. إلا أنه على العكس أياً كانت حدة أو مضمون الإفشاء فإنه يتعين أن يتأكد الطبيب القائم بالتجربة من أن الشخص الخاضع لها قد فهم واستوعب المعلومات المعطاة له، حتى يكون في حالة تسمح له بالتعبير عن رضائه.³

¹ - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص 133.

² - خالد حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 71-72.

³ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 85.

بينما يرى البعض الآخر أن وجه الإشكال في هذه المسألة يتمثل في أن الشخص الخاضع للتجربة غالبا ما يكون قبوله مرتبط عمليا بحصوله على مقابل مالي، فيكون قبوله في هذه الحالة أقرب إلى الإذعان منه إلى الرضا المستتير أي أنه يقبل دون تبصير كاف تحت ضغط الحاجة المادية، وهذه الملاحظة الأخيرة توضح خطورة المسألة في نطاق التجارب الدوائية إذ تتمسك شركات الأدوية بالموافقة المعلنة والتي تتخذ غالبا شكل استمارة مطبوعة يوقع عليها الشخص الذي يخضع للتجربة بالرغم أن قبوله قد تم عن علم بحقيقة الأمر خلافا لكامل الحقيقة، وإذا كانت المسألة مقصورة على الضغط المادي بالنسبة للأصحاء من الأشخاص الذين يخضعون للتجارب الدوائية، فإن الأمر يبدو أكثر خطورة بالنسبة للمريض الذي يسعى للعلاج وقد يتعلق بآمال واسعة في نتائج التجارب.¹ ولهذه الأسباب اشترطت القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية مجموعة من الشروط الشكلية لكي تضمن قبول الشخص الخاضع للتجربة أو رفضه لها وهو على بينة من أمره، وهو ما سوف نبينه لاحقا في شكل الرضا في التجارب الطبية .

ب/التجارب العلاجية وحالة الضرورة

يفرق البعض في مجال التجارب العلاجية بين التجربة العلاجية التي تدعو إليها حالة الاستعجال وبين التجربة العلاجية التي لا تستدعي الاستعجال لعلاج المريض.²

ففي الحالة الأولى لا شك أن نطاق الإعلام يتحدد بالقدر الذي يمكن المريض من إدراك حالته الصحية وضرورة خضوعه للعلاج وآثار ذلك عليه بصفة عامة، ويلتزم الطبيب في هذه الحالة بإعلام المريض بعواقب البقاء دون علاج.

أما إذا كانت التجربة غير ضرورية لإنقاذ حياة أو صحة المريض فإن نطاق التبصير يتسع ليشمل كل عناصر الإعلام ومن ثم تطبق في هذه الحالة أحكام الرضا المتبصر.³

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص218.

² - سهير منتصر، المرجع السابق، ص44.

³ - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص798-799.

ثانيا - نطاق الرضا المتبصر في التجارب الطبية غير العلاجية

تقتضي طبيعة هذا النوع من التجارب عناية خاصة بالأشخاص الخاضعين لها على أساس أنها لا تحقق أية مصلحة علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها، وطبقا للفقرة الثانية من إعلان هلسنكي يجب أن يكون الشخص المتطوع لهذا النوع من التجارب شخصا سليما أو مريضا بشرط ألا يتعلق البحث بمرضه.¹

أما بخصوص نطاق الإعلام الواجب في هذا النوع من التجارب فإنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن الطبيب ملزم بالإعلام الشامل، والمقصود بالإعلام الشامل في هذا الإطار الإعلام الذي ينصرف على الأخص إلى الأخطار المقترنة بإجراء التجربة، حيث يلتزم المجرى بإعلام الشخص الخاضع للتجربة بكل المخاطر المتوقعة والمحتملة مهما كانت نسب تحققها ضئيلة، وعليه فإنه لا مجال للخوف من رفض المريض أو الشخص السليم المراد إخضاعه لهذا النوع من التجارب لأنها لا تحقق له أي فائدة علاجية مباشرة، ومن ثم فهو حر في قبول الخضوع للتجربة أو رفضها.²

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارين لها صلايين في ذات اليوم بتاريخ 07 أكتوبر 1998 بأن الطبيب ملزم بإعلام المريض بشأن المخاطر الخطيرة الناشئة عن التشخيص والعلاج المقترح، وأنه لا يعفى من هذا الالتزام لمجرد أن هذه المخاطر لا تتحقق إلا بشكل استثنائي نادر.³

فالتبيب وفقا لهذا القضاء يجب أن يبصر ويحذر المريض على نحو كامل بالمخاطر التي سيتعرض لها، كما يجب أن يكون أكثر صراحة وإخلاصا مع مريضه قبل أن يعطيه علاجاً

¹ - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص 136-137.

² - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 800-801.

³ - Cass.civ, Iere, 7octobre1998, n°1567 et 1568, j.c.p. ed.g.1998.2.n°10179, conclu, j.saint p .sargos.

تجريبيا، ويتعين أن يزيد هذا الإخلاص قوة إذا كان هذا الشخص الخاضع للتجربة متطوعا
سليم الصحة.¹

وقضت محكمة الاستئناف في ولاية Saskatchewan الكندية عام 1965 بمسؤولية
طبيب في قضية تتلخص وقائعها في أن طالبا في الجامعة تقدم برضاه الصريح كتابة ليكون
محا لتجربة علمية مقابل خمسين دولارا، وكان الهدف من التجربة اختبار مدى فعالية مخدر
جديد، غير أن تنفيذ التجربة كشف عن أن الموافقة لم تكن عن إرادة حرة واعية ومستنيرة، وذلك
لأن من قاموا بالتجربة لم يعلموا الطالب مقدما وقبل التوقيع على الموافقة بأن الأمر يتعلق
بتجربة عقار جديد تماما، كما لم يخطر بباله أن إجراء التجربة سوف تتضمن إدخال أنبوب دقيق
(قسطرة) إلى أحد أوردة القلب أثناء التخدير التجريبي، مما ترتب على ذلك إيقاف نشاط القلب
الذي استوجب بقاءه بالمستشفى مدة عشرة أيام ، علاوة على حدوث تناقص في قدرته الذهنية
إلى درجة اضطر معها ترك دراسته الجامعية.

وقد انتهت المحكمة بعد استعراض الوقائع السابقة إلى وضع مبدأ يتضمن وجوب التفرة
بين العلاج التقليدي والتجارب الطبية، وأن مجرد التوقيع على استمارة بالرضا والموافقة لا
يكفي لنفي مسؤولية الطبيب القائم بالتجربة لأن الرضا بالتجربة هو رضا من نوعية خاصة
ومتشددة ويتعين أن يكون كاملا وحرا ومستنيرا.²

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 221.

² قرار محكمة الاستئناف الكندية سنة 1965 أشار إليه خالد حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 70.

الفرع الثالث

شكل الرضا بالتجربة والعدول عنه

يقتضي الأمر في هذا الشأن أن نتطرق لشكل الرضا بالتجربة (أولا) ثم حرية العدول عن هذا الرضا (ثانيا).

أولا- شكل الرضا بالتجربة

القاعدة العامة أنه لا يشترط شكل معين يفرغ فيه الشخص رضاه، فهو يستطيع التعبير عن هذا الرضا في أي صورة تظهره، سواء كان ذلك كتابة أو شفاهة، صراحة أو ضمنا يستفاد من ظروف الحال، بل يصح أن يكون الرضا مفترضا إذا كانت حالة المريض لا تسمح له بأن يبدي رضا صريحا أو ضمنيا و لا يوجد من يمثله قانونا وتستدعي ظروفه وحالته الصحية التدخل العلاجي.¹

وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة بالنسبة للأعمال الطبية والجراحية التقليدية فإن الأمر مختلف جدا بالنسبة للتجارب الطبية حيث يذهب جانب كبير من الفقه إلى ضرورة أن يكون الرضا الصادر من الشخص الخاضع للتجربة ثابتا بالكتابة أو أن يتم أمام شهود وذلك لأن الرضا ما هو إلا تعبير عن الإرادة الكامنة في نفس الشخص الذي سيخضع للتجربة ولا سبيل إلى كشفها وإظهارها إلى حيز الوجود في صورة مادية ملموسة إلا بالتعبير عنها كتابة.²

وفي هذا الاتجاه تنص المادة 6-9/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه "يجب أن يتم إعطاء الموافقة كتابيا وفي حالة تعذر ذلك يكون الإقرار بالموافقة بشهادة طرف ثالث، على أن يكون هذا الأخير مستقل تماما عن الطبيب الباحث".³

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص222.

² - خالد حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص85.

³ - المادة-6-209/9 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد هو عن شكلية الكتابة هل تعد هذه الشكلية جوهرية لصالحية الرضا ذاته أم أنها مجرد شكلية إثبات في مجال التجارب الطبية ؟

يرى البعض أن استلزام أن يكون الرضا مكتوبا يعد شرطا لصالحية الرضا ذاته لأن اشتراط إفراغ الرضا في سند كتابي يضمن للشخص الخاضع للتجربة الحد الأدنى اللازم لحمايته لأن المخاطر التي يمكن أن تترتب على مثل هذه التجارب قد لا تكون في بعض الأحيان متوقعة للقائم بالتجربة ذاته فلا أقل من أن يأتي رضا الخاضع للتجربة في شكل ثابت ومحدد في نطاق المخاطر المتوقعة دون غيرها مما لا يمكن توقعه.¹

ثانيا - حرية العدول عن الرضا بالخضوع للتجارب الطبية

إن المبدأ العام يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فهو تعبير عن القوة الملزمة للعقد، و الفكرة الأساسية وفقا لمبدأ سلطان الإرادة هي أن العقد يستمد قوته الملزمة من القوة الذاتية للإرادة ، وإذا كان مصدر القوة الملزمة للعقد هو الإرادة فهذا يعني أن الإرادة التي أنشأت العقد هي إرادة أطرافه وعليه فلا يمكن لطرف من أطراف العقد منفردا أن ينقضه أو يقوم بتعديله، فالأصل العام هو لزوم العقد لعاقديه وعدم جواز نقضه أو تعديله إلا بإرادة أطرافه مجتمعة.²

وتطبيقا لهذا المبدأ فإنه يمكن القول أن الشخص الذي اتفق مع الطبيب على الخضوع للتجربة لا يمكن له الرجوع عن هذا الاتفاق بمحض إرادته، لأن ذلك يعد إخلالا بالالتزام عقدي يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.³

¹ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص74.

² - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص128.

³ - جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص360.

لكن خروجاً على القواعد التقليدية أجاز المشرع الرجوع عن الرضا في مجال التجارب الطبية وأعطى للشخص الحرية التامة في العدول عن الخضوع لهذه الأعمال وفي أي مرحلة كانت عليها التجربة، وتقرير هذا الاستثناء ناتج عن اعتبارات عديدة أهمها خطورة هذه الأعمال الطبية ومساسها بسلامة جسم الإنسان الذي يخرج أصلاً عن دائرة التعامل.¹

ولقد روعي هذا الحق في مجال التجارب الطبية، حيث درجت قوانين كثيرة على حق الشخص الخاضع لتجربة ما في العدول عن موافقته بالاشتراك فيها، فنصت المادة 9 من قانون Nurmeberg على أنه "طوال مدة التجربة يكون للمريض المتطوع أن يقرر وقف التجربة إذا وجد أن الاستمرار فيها يسبب له أذى نفسي أو جسدي...".

كما أكد على جواز هذا العدول إعلان هلسنكي، فبعد أن ألزم الطبيب بالحصول على رضا المريض الحر بتجربة العلاج الجديد، عاد فأكد على حق الشخص الخاضع للتجربة أو وصيه في إيقافها في أي وقت، وانفرد إعلان طوكيو بإلزام الطبيب بتبصير الخاضع للتجربة بحقه في العدول عن رضاه في أي وقت، وأن رفضه الاستمرار فيها لا يؤثر بأية صورة على علاقته بطبيبه المعالج.²

وعلى النهج نفسه سار القانون الفرنسي وذلك عندما نص في المادة 209-9 من قانون الصحة العامة الفقرة الثانية على ما يلي: "على الباحث أو الطبيب الذي يمثله أن يبصر الشخص الذي يتعين الحصول على رضاه بحقه في رفض الاشتراك في التجربة، أو الرجوع عن موافقته في أي وقت ودون أية مسؤولية تترتب عليه".³

¹-خالد بن النوي، المرجع السابق، ص129.

² - Article 9 de la déclaration de Tokyo. "lors de toutes recherches sur l'homme, le sujet éventuel sera informé de manière adéquate des objectifs , méthodes...il devra également a tout moment..."

³-المادة 9/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

كما توجب الفقرة الخامسة من المادة 209-9 تسليم الشخص الذي يتعين الحصول على رضاه وثيقة مكتوبة تتضمن ملخصا للمعلومات التي يجب أن يلم بها الشخص الخاضع للتجربة بالإضافة إلى حقه في رفض الاشتراك في التجربة أو العدول عن رضاه في أي وقت ودون أدنى مسؤولية.¹

كما جاء في توصيات اللجنة الفرعية لوضع الأسس والقواعد المتعلقة بآداب المهنة الطبية في مجالات الأبحاث الصحية على الإنسان بوزارة الصحة العامة بدولة الكويت المنعقدة في 20 ديسمبر 1998 أنه "يحق للشخص المراد إجراء التجارب عليه أن يعدل عن رضاه بالاستمرار في البحث في أي وقت يشاء، وفي جميع الأحوال يجوز للشخص أو لولي النفس عليه أن يعدل عن رضاه دون حاجة لاتخاذ أية إجراءات ودون أدنى مسؤولية تجاه الباحث".²

وهذا ما نستنتجه أيضا من نص المادة 2/168 فقرة الثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها بنصها على ما يلي : "تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة".³

نستخلص من كل ما سبق أنه يجوز للشخص الخاضع للتجربة العدول أو الرجوع عن موافقته في أي وقت .

¹ - المادة 9/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي .

² - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص130 .

³ - المادة 2/168 فقرة الثالثة من قانون حماية الصحة و ترقيتها .

الفرع الرابع

أهلية الموافقة على التجارب الطبية

يشترط لصحة الرضا أن يكون الشخص كامل الأهلية، وطبقا للقواعد العامة يكون الشخص كامل الأهلية إذا بلغ سن الرشد وفقا لما حددته مختلف التشريعات مع تمتعه بقواه العقلية، والأهلية بهذا المعنى من الشروط الأساسية اللازمة توافرها لصحة الرضا بالأعمال الطبية عموما و بالتجارب الطبية على وجه الخصوص، إذ يشترط أن يكون الرضا بالتجربة الطبية صادرا عن ذي أهلية حتى يمكن للشخص الخاضع لها فهم طبيعتها وتقدير آثارها .

وتثار مشكلة الأهلية في مجال التجارب الطبية بالنسبة إلى ثلاث طوائف محددة تكون موضوعا للتجربة وهم القصر(أولا)،المجانين (ثانيا)، النساء الحوامل والمرضعات والأجنة (ثالثا) .

أولا- مدى مشروعية التجارب الطبية على القصر

لقد فرق قانون الصحة العامة الفرنسي بين حالتين : حالة التجارب العلاجية التي تستهدف منفعة شخصية مباشرة للقاصر، وحالة التجارب العلمية البحتة التي لا تحقق منفعة شخصية مباشرة للقاصر .

أ/ التجارب العلاجية

تنص المادة 10/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه "عندما يتم القيام بأبحاث أو تجارب طبية حيوية على قاصر في السن أو على البالغين تحت الوصاية فإنه يجب منح الموافقة بالنسبة للقاصرين من الأشخاص الذين يمارسون السلطة الأبوية عليهم، وذلك وفقا للقواعد المنصوص عليها في المادة 9/209 من هذا القانون، أما البالغين تحت الوصاية، فيتم منح الموافقة وفقا لنص المادة 3/36 من القانون رقم 90/86 الصادر في 23جانفي 1990 من قبل الوصي بالنسبة للتجارب التي لا تحقق منفعة فردية مباشرة ولا تشكل خطرا متوقعا عليهم، أما بالنسبة للتجارب التي تحقق منفعة فردية مباشرة فيتم منح الموافقة من الوصي

المخول من قبل مجلس العائلة أو قاضي الوصاية، ويجب الحصول على موافقة القاصر أو البالغ تحت الوصاية عندما يكون قادرا على التعبير عن إرادته ولا يمكن المضي قدما عند رفضه أو العدول عن موافقته".¹

مفاد النص السابق أن التجارب العلاجية التي تجرى لمصلحة المرضى القصر فيعتقد الاختصاص بإعطاء الموافقة من الأشخاص الذين لهم السلطة الأبوية عليهم وفقا للقواعد المنصوص عليها في المادة 9/209 من القانون المشار إليه، أما بالنسبة للبالغين تحت الوصاية فيجب إعطاء الموافقة إما عن طريق الوصي بالنسبة للتجارب ذات المنفعة الشخصية المباشرة والتي لا تسبب ضررا جسيما لهم، وإما عن طريق الوصي المرخص له من مجلس العائلة أو قاضي الوصاية في حالة التجارب التي لا تحقق منفعة شخصية مباشرة لهم، وفي جميع الأحوال يجب الاعتداد بموافقة القاصر أو البالغ تحت الوصاية عندما يكون قادرا على التعبير عن إرادته ولا يمكن الاستمرار في التجربة عند الرفض أو العدول عن الموافقة.²

والملاحظ في هذا الشأن أن المشرع الفرنسي لم يحدد سنا معينة للاعتداد برضا القاصر أو البالغ تحت الوصاية حتى يسمح له بأن يتخذ بمفرده بعض القرارات التي تتعلق بصحته مؤكدا على أنه يتعين أن يكشف عن مدى إدراك القاصر لطبيعة التجربة التي يرضى بها وآثارها دون التقيد بسن معينة.³

ب/ التجارب العلمية

تنص المادة 6/209 الفقرة الأولى من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه "لا يمكن طلب موافقة غير البالغين، والبالغين تحت الوصاية ...، من أجل القيام بأبحاث أو تجارب طبية حيوية إلا إذا كان يتوقع من إجرائها عليهم تحقيق منفعة مباشرة تفيد صحتهم"، وتنص

¹ - المادة 10/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

² - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 176-177.

³ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 87 و ما بعدها.

الفقرة الثانية من ذات المادة على أن "غير أن التجارب التي لا تحقق منفعة فردية مباشرة للأشخاص المتطوعين لها يمكن قبولها إذا ما تمت مراعاة الشروط الثلاثة الآتية:

- ألا تشكل خطرا محتملا على صحتهم .
- أن تكون مفيدة للأشخاص الذين لهم نفس المواصفات في السن أو المرض أو العجز.
- لا يمكن القيام بها بطريقة أخرى".¹

مفاد النص السابق عندما يتعلق الأمر بتجارب أو أبحاث علمية لا تستهدف أي منفعة علاجية للمتطوعين القاصرين أو البالغين تحت الوصاية أصحاء، فالقانون يحظر أي أبحاث أو تجارب من هذا النوع على أجسادهم، وذلك لضعف حالة هؤلاء الأفراد، كما لا تكفي موافقة الممثل القانوني لهم، فهؤلاء ليسوا مرضى وبالتالي لا يجب أن تصبح أجسادهم محلا للأبحاث و تجارب علمية تتم لغير مصلحتهم ولحساب غيرهم، أما إذا كان القاصرون أو البالغون تحت الوصاية من المتطوعين المرضى فإنه من الممكن وفقا للنص السابق قبول تطوعهم في ثلاث حالات إذا كانت تلك الأبحاث أو التجارب لا تشكل أي خطر محتمل على صحتهم، عندما تكون تلك التجارب مفيدة لهم، لا توجد أي وسيلة أخرى متاحة للقيام بتلك التجارب.²

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يحدد سن معينة يعتد بها كأهلية بالنسبة للشخص الخاضع للتجربة بحيث جاء نص المادة 2/168 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها على الشكل التالي: " يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي ".

و النص بهذه الصورة غير واضح ولم يفصل في أهلية الشخص الخاضع للتجربة وأمام هذا الفراغ التشريعي يجدر بنا الرجوع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، ذلك أن التجارب الطبية العلاجية أو العلمية من المسائل الخطيرة التي تمس جسم الإنسان، وإذا تركت دون ضابط فإنها ستتحرف عن هدفها الأصلي الذي وجدت من أجله وهو قصد العلاج في التجارب العلاجية، وقصد اكتشاف مرض جديد أو دواء جديد في التجارب العلمية.

¹ -المادة 6/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

² - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 178-179.

وعليه فالشخص الخاضع للتجربة متى بلغ سن الرشد وهو (19) تسعة عشرة سنة طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري وكان متمتع بقواه العقلية فإن رضاه بإجراء التجربة عليه يكون صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية .

ولكن الإشكال المطروح هو عندما يتعلق الأمر برضا القاصر فهل يعتد بالرضا الصادر منه؟ أم يجب أن يصدر ممن يمثله قانونا؟

في حقيقة الأمر هذا الإشكال طرحته المادة 2/168 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها عندما نصت على ما يلي: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب وعند عدمه لممثله الشرعي"، فنص المادة بهذه الصورة لم يحدد بدقة المقصود من مصطلح "وعند عدمه لممثله الشرعي". بالرغم من عدم وضوح النص ذهب بعض الفقهاء إلى الاعتداد برضا القاصر المميز في مجال التجارب الطبية على أساس أن القاصر المميز يستطيع فهم طبيعة ما يرضى به من تجارب وتقدير آثارها ، وبالتالي فإنه ليس لرضا عديم التمييز أية قيمة قانونية لأن عديم التمييز لا يملك القدرة على كشف وتمييز طبيعة التجارب التي يرضى بها.

وبهذا يتضح أن الوضع يختلف بين ما إذا كان الأمر يتعلق بقاصر مميز أو غير مميز إضافة إلى ذلك يجب التمييز بين نوع التجربة التي سيخضع لها ففي التجارب الطبية العلاجية يجوز إجراء التجربة له لأنها في صالحه وستعود بالنفع عليه، أما التجربة الطبية العلمية فلا يجوز إجراؤها على القاصر كمبدأ، واستثناء إذا تطلب الأمر إجراؤها على قاصر بعينه فهنا وجب على المشرع وضع ضمانات كفيلة بحماية سلامة جسم قاصر من جهة وتأمينه من مخاطر التجربة من جهة ثانية.¹

ثانيا - مدى مشروعية التجارب الطبية على المجانين

¹ - مروك نصر الدين ، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص325-327.

يعجز المريض عقليا عن التعبير عن إرادة مستنيرة واعية، وبذلك لا يكون لرضائه أية قيمة قانونية لأنه لا يملك القدرة على كشف وتمييز طبيعة الأفعال التي يرضى بها، ومن ثم يتعين الحصول على موافقة الممثل القانوني بالنسبة للتجربة العلاجية، أما غير العلاجية فلا يجوز إجراؤها ولا عبرة بموافقة الممثل القانوني في هذا الصدد.¹

وقد أثرت المشكلة بالنسبة للمريض عقليا في غالبية التشريعات كما هو الشأن بالنسبة للقاصر غير المميز، فقد نصت المادة 43 من قانون آداب مهنة الطب في فرنسا على أنه يتعين الحصول على رضا عديم الأهلية أو من يمثله شرعا في حالة إجراء الطبيب تجربة ذات منفعة شخصية مباشرة، أما بالنسبة للتجارب دون المنفعة الشخصية المباشرة فقد عالجتها المادة 6/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي حيث تنص على أنه "لا يمكن طلب موافقة الأشخاص المقيمين في مؤسسة صحية (المرضى عقليا) أو اجتماعية (المعاقين أو العجزة)... من أجل القيام بأبحاث أو تجارب طبية إلا إذا كان يتوقع من إجرائها تحقيق منفعة مباشرة تفيد صحتهم، غير أن التجارب التي لا تحقق وفقا لنص المادة 2/36 من القانون رقم 90/86 الصادر في 23 جانفي 1990 منفعة فردية مباشرة للأشخاص المتطوعين لها يمكن قبولها بمراعاة ثلاث شروط هي : ألا تشكل أي خطر محتمل على صحتهم، وأن تكون مفيدة للأشخاص الذين لهم نفس المواصفات في السن أو المرض أو العجز وأنه لا يمكن القيام بها بطريقة أخرى".²

كما يتطلب تشريع ولاية تكساس الأمريكية بالنسبة للعلاج التجريبي ضرورة الحصول على رضا الممثل القانوني للمعاق أو المريض عقليا، فإذا لم يوجد من يمثله قانونا فلا يجوز إخضاعه لهذا النوع من العلاج، وإذا رفض المريض الخضوع للتجربة ذات المنفعة الشخصية المباشرة تعين احترام إرادته، ولا يجوز إجباره على ذلك حتى وإن وافق ممثله القانوني.³

¹ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 91.

² - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 189.

³ - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص 143.

وطبقا لتشريع ولاية نيويورك فإنه يتعين أن يصدر الرضا كتابة ممن يمثل المريض ولا يجوز له الموافقة على إجراء تجربة غير علاجية ما لم تكن مأمونة العواقب، ولا تتطوي على أية مخاطر أو أضرار، ويقصر تشريع ولاية نيوجرسي سلطة الإذن بالعلاج التجريبي بالنسبة لمرضى الأمراض العقلية على المحاكم.¹

ثالثا-مدى مشروعية التجارب الطبية على النساء الحوامل أو المرضعات والأجنة

أ/ التجارب الطبية على النساء الحوامل أو المرضعات

تنص المادة 4/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه: "لا يجوز إجراء التجارب التي لا تحقق منفعة فردية مباشرة على النساء الحوامل أو المرضعات إلا إذا كانت هذه التجارب مفيدة في معرفة الظواهر المرتبطة بالحمل المستكن أو بالرضاعة ولا تمثل أي خطر على صحتهن أو صحة الجنين أو الطفل "

يستخلص من هذا النص أنه لا يجوز إخضاع النساء الحوامل أو المرضعات للأبحاث أو التجارب الطبية إلا بعد الحصول على موافقتهم الحرة والمستتيرة بالمخاطر المحتملة للتجربة، ولغرض تحقيق فائدة مباشرة لهن سواء كانت الفائدة مقررة لمصلحة مرتبطة بالحمل أو الرضاعة، ويجب ألا تسبب التجربة أي خطر محتمل على صحتهن أو صحة الجنين أو الطفل.²

أما بالنسبة للتجارب العلاجية على الحوامل فلم ينص عليها التشريع الفرنسي إلا أنها مباحة من باب أولى على هذه الطائفة وتخضع في تنفيذها للشروط العامة لإجراء التجارب، حيث يلتزم الطبيب بتوفير الرعاية اللازمة وضمان السلامة البدنية للأم والجنين معا.³

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 189-190.

² - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 194.

³ - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص 144.

وتفرد التشريعات الأمريكية بين التجارب العلاجية على الحوامل والتجارب المتعلقة بالجنين، فيعتد بإرادة الحامل بالنسبة للتجارب الطبية التي تستهدف الحفاظ على صحتها، أما إذا كانت التجربة تتعلق بالجنين فلا تكفي موافقة الأم بل يتعين موافقة الأب أيضا على اعتبار أن الأمر لا يتعلق في هذه الحالة بحق خاص للحامل وإنما بالأسرة ككل.¹

بعبارة أخرى أن الحامل ليست هي محل التجربة لكي يمكن البحث في أثر رضاها كالشخص الخاضع للتجربة لذلك فهي كالقائم بالتجربة بالنسبة للجنين مناط الحماية الجنائية، وليس لرضاها بإجراء التجربة على الجنين أي صفة فيكون بذلك عديم الأثر.²

لذلك يشترط البعض لإجراء التجربة على الجنين ضرورة توافر الرضا المتبصر من الزوجين وأن يكون هدفهما الحفاظ على حياة الجنين أو حمايته من خطر مؤكد، ولا توجد وسيلة أخرى متاحة للعلاج بالإضافة إلى سبق إجراء التجربة على حيوانات التجارب.³

ب/التجارب الطبية على الأجنة البشرية

لا نقصد بالأجنة البشرية الجنين في بطن أمه فذلك موضوع بحث النقطة السابقة، وإنما نقصد بها الأجنة الزائدة عن الحاجة من عمليات التلقيح أو الإخصاب خارج الرحم (أطفال الأنابيب) التي يتم تجميدها والاحتفاظ بها انتظارا للتصرف فيها إما بإعادة استخدامها في عمليات زرع أخرى لنفس الزوجة صاحبة هذه الأجنة أو التبرع بها لإجراء التجارب الطبية عليها أو لإعدامها والتخلص منها.⁴

¹-مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص194.

²- محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص96 و ما بعدها.

³-مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص195.

⁴-محمد عبد الله الشلتاوي، ديناميكية استجابة قانون العقوبات لمقتضيات التطور العلمي في التخلص من الأجنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1992، ص76 وما بعدها.

ولما كان تجميد الأجنة أو التخلص منها بإعدامها يخرج عن نطاق هذا البحث فسوف نقتصر في الدراسة على مدى مشروعية إجراء التجارب على هذه الأجنة.

يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى عدم جواز إخضاع الأجنة البشرية للتجارب أو الأبحاث إلا بتوافر عدة ضوابط يلزم إتباعها وتتلخص فيما يلي:¹

- يجب الحصول على رضا الزوجين بهذه التجارب لأنهما الممثلان للجنين أو البويضة الملقحة، ويجب أن يكون هذا الرضا صادرا عن إرادة حرة واعية غير مشوبة بغلط أو إكراه أو تدليس أو استغلال، وأن تكون هذه الإرادة مستتيرة عالمة بحقيقة الأمر، كما يجب أن يكون الرضا واضحا لا لبس فيه الأمر الذي يستوجب أن يكون أمام جهة قضائية .

- يجب أن لا يتم الحمل في بيئة مصطنعة من أجل القيام بالأبحاث والتجارب لأن الجنين هو شخص محتمل وهو ليس مادة تجارب وأبحاث بل كائن حي الأمر الذي يحظر معه الحمل في بيئة مصطنعة بهدف التجارب فقط لأن في ذلك تحقير للجنين الذي يمثل بذرة إنسانية ستحدر منها البشرية .

- ضرورة وجود رقابة صارمة من هيئة قومية مشكلة تشكيلا خاصا تراعى فيها الاعتبارات القانونية والأخلاقية.

- أن تكون هذه التجارب ضرورية ولازمة للأغراض الطبية العلاجية وليس بغرض تحسين النسل وأن يوجد تناسب بين المخاطر المتوقعة والمنافع المرجوة.

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص191. التوصية رقم 10 من التوصيات الصادرة عن المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط و الأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي المنعقد في المركز الدولي الإسلامي للدراسات و البحوث السكانية بجامعة الأزهر في الفترة من 10 إلى 13 ديسمبر 1991.

- أن تكون التجارب الطبية مقتصرة على البويضات التي ستعدم ولا يمتد ذلك للبويضات الأخرى الصالحة للزرع، وذلك حصرا للأمر في مجاله البحثي الطبي وعدم تعارضه مع اعتبارات الآدمية والإنسانية.

وقد اتجه المشرع الفرنسي في القانون رقم 94/653 الصادر في 29 جويلية 1994 والخاص باحترام جسم الإنسان إلى تحريم الحمل في بيئة مصطنعة للجنين الإنساني لأغراض الدراسة والأبحاث إلا إذا قبل الزوجان خضوع أجنتهما للأبحاث والتجارب و بشرط أن يتم التعبير عن ذلك كتابة، وأن تكون هذه التجارب لها غاية طبية علاجية ولا تحمل أي اعتداء على الجنين مع ضرورة أخذ موافقة اللجنة المختصة والمشكلة وفقا للقانون، وفي جميع الأحوال لا يجوز استخدام الجنين الإنساني في تجارب أو أغراض تجارية أو صناعية.¹

كما اشترطت أغلب الولايات المتحدة الأمريكية إجراء التجربة على الجنين أن يكون هدفها الحفاظ على حياة الجنين أو حمايته من خطر مؤكد، وألا توجد وسيلة أخرى متاحة للعلاج بالإضافة إلى سبق إجراء التجربة على حيوانات التجارب ، إضافة إلى رضا متبصر من الوالدين لأنهما الممثلان للجنين و أن يكون الرضا مكتوبا.²

كما اتجه المشرع الانجليزي في قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر سنة 1990 إلى تجريم كل فعل من شأنه تكوين نطفة مخلقة بقصد قتلها من خلال الأبحاث الطبية أو ما في حكمها دون إتباع القواعد والضوابط المحددة في القانون.³

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص192.

² -خالد بن النوي، المرجع السابق، ص146-147.

³ -مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص192.

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية لإجراء التجارب الطبية

إن الموافقة الحرة والمستتيرة على إجراء التجربة بالرغم من أهميتها إلا أنها ليست كافية وحدها لإضفاء المشروعية على التجربة على الإنسان، لذلك أوجب القانون مجموعة من الضوابط الموضوعية والتي يتعين توافرها في ممارسة التجربة ذاتها أو القائم بها تفاديا للمخاطر التي تنتج عنها والوقاية منها ، وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي: أن تكون فوائد التجربة أكبر من المخاطر المحتملة (الفرع الأول)، مراعاة الأصول العلمية الثابتة (الفرع الثاني)، كفاءة الطبيب العلمية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التناسب بين مخاطر التجربة ومنافعها

القاعدة التي يتركز عليها العلاج التجريبي هي أن يكون هناك تناسب بين المخاطر المحتملة من التجربة والمنافع المرجوة منها أي بمعنى أن تكون المخاطر المتوقعة على الشخص الخاضع للتجربة مقبولة بالنظر إلى المنفعة المرجوة منها، وتعتبر قاعدة التناسب بين المخاطر والمنافع قاعدة جوهرية وأساسية في نطاق البحث والتجارب الطبية بعد استيفاء الضوابط الأخرى.¹

وتبدو صعوبة الالتزام بهذا الضابط أنه يحتاج إلى اتخاذ القرار السليم وهو ما يختلف في كل حالة عنها في الحالات الأخرى فهو قرار يتعلق بحالة فردية معروضة بالفعل على القائم بالتجربة ، ويجب أن يسيطر على خلفية القرار بطبيعة الحال الجانب الأخلاقي، وهو ما يعني أن الالتزام بالضوابط العلمية وما تقتضيه من جدية البحث لا ينفك عن ضمير الطبيب من

¹ محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، 1951، ص304.

ناحية، ولا ينفصل من ناحية أخرى عن تقدير مصلحة الخاضع للتجربة وما قد يتعرض له من مخاطر.¹

وقد أكد إعلان طوكيو هذا المبدأ حيث نص على أنه يتعين قبل إجراء التجربة تقدير المخاطر والفوائد المحتملة تقديرًا جديًا سواء من أجل الخاضع للتجربة أو من أجل الآخرين، ويتعين أن تتجاوز مصالح الخاضع للتجربة مصالح العلم والمجتمع.²

كما صاغ قانون الصحة العامة الفرنسي هذا المعنى في المادة 2/209 فقرة ثانية التي تنص على أنه " لا يجوز إجراء التجربة إذا تجاوزت المخاطر المتوقعة بالنسبة للأشخاص المتطوعين للتجربة حد التناسب مع الفوائد المنتظر الحصول عليها لهؤلاء الأشخاص أو المصلحة من وراء البحث".³

فيما يخص المشرع الجزائري فإنهم يتناول هذا الشرط صراحةً وإنما يمكن أن نستشفه من مضمون المادة 2/168 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها بنصها على ما يلي: "يجب حتماً احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان".⁴

والمادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها على ما يلي: "يجب أن يتمتع الطبيب عن تعريف المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو العلاجية".⁵

ويختلف شرط التناسب بين المخاطر والمنافع المنتظرة من التجربة بحسب ما إذا كانت التجربة علاجية (أولاً) أو غير علاجية (ثانياً).

¹ - خالد حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.

² - Voir l'art n°5 para 2 déclaration de Tokyo.

³ - المادة 2/209 فقرة ثانية قانون الصحة العامة الفرنسي.

⁴ - المادة 2/168 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁵ - المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب.

أولاً- المخاطر المقبولة في مجال التجارب العلاجية

إذا كانت التجربة الطبية تهدف إلى تحقيق منفعة شخصية مباشرة للشخص الخاضع لها فإن هذا الفرض يمثل نموذجاً مقبولاً من الناحيتين العلمية و الأخلاقية وفيه يمكن البحث عن مقارنة بين المخاطر التي يتعرض لها الشخص والمنافع التي تعود عليه من التجربة، ومن هنا يكون تحقيق التوازن بين المخاطر والمنافع أكثر يسراً وتبقى المصلحة العامة التي يحققها البحث العلمي في هذا الفرض غير ذات وزن كبير في المقارنة، لأن الغرض هو تحقيق المصلحة الفردية المباشرة أولاً.¹

وقد ذهبت بعض التشريعات إلى تحديد مضمون هذا الشرط من ذلك القانون الجنائي لولاية كيبك بكندا فقد نص في المادة 45 منه صراحة على أن "...تكون للشخص مصلحة شخصية مباشرة من إجراء التجربة و إذا كان من الملائم ممارسة العملية وفقاً للحالة الصحية للشخص وكل ظروف الحالة الأخرى".²

يختلف تقدير الموازنة بين المخاطر والمنافع من حالة إلى أخرى فهو يتوقف من ناحية أولى على طبيعة المرض الذي أصاب الخاضع للتجربة ومدى خطورته ومدى تاريخه من حيث الحادثة أو القدم، كما يتوقف على تطورات الحالة الصحية ما جرى منها وما هو متوقع.³

قد تبدو الموازنة بين المخاطر والمنافع ضماناً مستحيلاً أو ضماناً غير ذي فائدة وذلك عندما تكون حالة المريض ميئوساً منها خاصة عندما يكون الأمل في بقاءه حياً قد شارف على الانتهاء ، ففي هذه الحالة غالباً ما يكون إجراء التجربة مبرراً مهما كانت المخاطر التي تنترب عليها فالتجربة في مثل هذه الحالة تصبح الأمل الوحيد للمريض أو لأطبائه لإنقاذ حياة

¹ -خالد حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص99.

² -مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص328.

³ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص242.

حكم عليها علميا بأنها شبه منتهية، لكن هذا الفرض يمكن أن يطرح المشكلة من زاوية أخرى وهي زاوية الرضا المستتير فهل يكون رضا المريض في مثل هذه الظروف كامل الموضوع؟

يرى البعض أن اليأس من الشفاء يجعل المخاطر مهما عظمت قائمة في إطار المقبول على الأقل من الناحيتين الأخلاقية والعلمية، ولا يبقى من قاعدة في خصوص الفرض السابق إلا الارتكان إلى الثقة في القائمين على التجربة والثقة في استيفائهم للضوابط العلمية والعملية اللازمة للقيام بالتجربة.¹

ثانيا - المخاطر المقبولة في مجال التجارب غير العلاجية

عندما يتعلق الأمر بتجربة غير علاجية فإنه يجب استبعاد المنفعة الفردية أو الشخصية وبذلك قد يبدو للوهلة الأولى أن هذا الفرض غريبا بعض الشيء لأنه قد يصطدم بالمبادئ التقليدية في حرمة وعصمة جسم الإنسان، وبذلك يبدو منطقيا من الناحية العلمية في إطار التجربة غير العلاجية أنه يتعين أن يكون الخطر منتقيا أي منعما بالنسبة للخاضع للتجربة أيا كانت مصلحة البحث للطب والمجتمع.²

وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الفرض عندما نصت المادة 14/ 209 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أن التجارب التي يتم إجراؤها دون فائدة شخصية مباشرة لا يجوز أن تحمل أي خطر محتمل وجسيم على صحة الأشخاص الذين يتطوعون للبحث، ويجب أن يسبقها فحص طبي للأشخاص المعنيين، ويجب إخطارهم بنتيجة الفحص بواسطة طبيب يختارونه.³

¹ - خالد حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص102.

² - خالد بن النوي، المرجع السابق، ص156-157.

³ - المادة 14/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

طبقا للفقرة الأولى من المادة المشار إليها أن التجربة التي تجرى على شخص لا تحقق له منفعة شخصية مباشرة لا تجوز إلا إذا كانت المخاطر محدودة وضئيلة في مقابل توافر مصلحة عامة في البحث العلمي.¹

ثم جاءت المادة 17/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي وأضافت قيودا آخر على قدر من الأهمية هو أنها حظرت أن يخضع الشخص لأكثر من تجربة دون مصلحة شخصية مباشرة ، وأن كل مشروع يتم إعداده لمثل هذه التجارب يجب أن يتضمن المدة التي يحظر خلالها تعرض الشخص لتجربة أخرى.²

الفرع الثاني

مراعاة الأصول العلمية الثابتة

إذا توافرت الشروط السابقة حق للطبيب أن يتدخل لعلاج المريض وعلى الطبيب أن يبذل للمريض جهودا صادقة يقظة ومتفقة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية المتعارف عليها نظريا وعمليا في المهنة، ويعد هذا الشرط قيودا أساسيا وجوهريا بصفة خاصة في مجال الأبحاث والتجارب الطبية الحيوية نظرا لما تتطوي عليه التجارب الطبية من مخاطر ونتائج محتملة، لذلك يجب على القائمين بهذه التجارب الالتزام بالأصول والقواعد المتعارف عليها نظريا وعمليا في المعاهد والمؤسسات العلمية الشهيرة وكذلك المتعارف عليها لدى أمانة وزارة الصحة، أي بمعنى أن يكونوا على دراية بآخر ما توصل إليه العلم من بحوث في التجارب الطبية الحيوية التي يقومون بها.³

وليس للطبيب القائم بالتجربة الدوائية والجراحية أي عذر ولا يعفيه من المسؤولية أن آلة أو مادة معينة كانت غير موجودة أثناء إعطاء الدواء أو إجراء الجراحة ولم يجدها في متناول يده

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص246.

² - المادة 17/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

³ - خالد حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص91 و ما بعدها.

فعلية أن يستوثق من وجود كل ما يحتاجه قبل البدء في التجربة وإلا فعليه إرجاؤها ريثما يتوفر له كل ما يحتاج إليه.¹

وقد نصت المادة 2/209 فقرة أولى من قانون الصحة العامة الفرنسي صراحة على هذا الشرط بقولها: "لا يجوز القيام بأي بحث أو تجربة على الكائن البشري إذا لم تعتمد على آخر المعطيات أو المعارف العلمية وعلى تجارب اكلينكية (سريرية) كافية".²

كما حدد المشرع الفرنسي الإطار المادي للتجربة والدقة العلمية في إجراءاتها حيث تنص المادة 3/209 من قانون الصحة العامة على أنه: "لا يجوز إجراء التجارب الطبية إلا تحت إشراف ورقابة طبيب مؤهل وبخبرة مناسبة وفي ظروف مادية مناسبة للتجربة وملائمة لشروط الدقة العلمية ومع أمن وسلامة الأشخاص الذين يخضعون للتجربة".³

بالرجوع إلى نص المادة السابقة نجد أنها نصت على ضرورة توافر شرطين: الأول أنه لا يجوز إجراء التجربة إلا تحت إشراف طبيب ذي كفاءة وخبرة تؤهلانه لذلك، ويعرف هذا الطبيب باسم الطبيب المراقب ويتولى هذا الطبيب الإدارة والإشراف على إجراء التجربة والتحقق من أنها تتم وفقا للأصول العلمية أي في ظروف مادية وفنية تتلاءم مع البحث وتتفق مع مقتضيات الجدية العلمية ومع تحقق الأمن الفردي للخاضع للتجربة، ولا يكون المراقب إلا شخصا طبيعيا، ويلزم أن يكون حاصلا على درجة الدكتوراه في الطب، والأصل أن يشرف على إجراء التجربة طبيب واحد فإذا تعدد الأطباء المراقبون حدد القائم بالتجربة أحدهم ليكون منسقا بحيث يلزم وحده بتقديم مشروع التجربة إلى اللجنة الاستشارية.⁴

¹ -مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص234.

² -المادة 2/209 فقرة أولى من قانون الصحة العامة الفرنسي.

³ -المادة 3/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

⁴ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 236-237.

أيضا أشار المشرع الفرنسي بصورة ضمنية في المادة 36 من قانون أخلاقيات مهنة الطب عن معطيات العلم في المجال الطبي بقوله "إن الطبيب يجب دائما أن يضع تشخيصه بعناية أكثر وأن يستخدم في كل إجراء يقوم به الطرق العلمية الأكثر تخصصا ودقة ووضوحا".¹

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذا الشرط في المادة 2/168 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها: "يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي".²

يستخلص من النصوص السابقة ضرورة التزام الطبيب بإتباع الأصول العلمية المتعارف عليها بين الأطباء، ويتعين أن يتوافر هذا الشرط المبدئي في جميع أفراد فريق البحث العلمي.

الفرع الثالث

كفاءة الطبيب العلمية

يشترط أن يكون القائم على التجربة الطبية العلاجية أو العلمية على المريض طبيبا حاصلا على المؤهل العلمي اللازم لممارسة مهنة الطب، وأن يكون على قدر معين من الخبرة والكفاءة في آخر ما توصلت إليه المعارف العلمية وأن يجرى تجارب تحضيرية

كافية قبل إجراء البحث أو التجربة على الإنسان، فلا يجوز أن يقوم بالتجربة طالب في كلية الطب أو طبيب مبتدأ لا يحوز الكفاءة اللازمة لمباشرتها.³

ويتعين أن يتوافر هذا الشرط في جميع أفراد فريق البحث العلمي أو الطاقم الطبي حال تعددهم وسواء كانوا جميعا من الوطنيين أو كان بعضهم من الأجانب.⁴

¹ - المادة 36 من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي.

² - المادة 2/ 168 فقرة أولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

³ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص233.

⁴ - خالد حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص92.

تأكيدا لهذا الرأي تنص المادة 2/209 فقرة أولى من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه " لا يجوز القيام بأي بحث أو تجربة طبية حيوية على الكائن البشري إذا لم تعتمد على آخر المعطيات أو المعارف العلمية وعلى تجارب اكلينكية (سريرية) كافية".¹

تطبيقا لذلك قضت محكمة ليون الفرنسية بمسؤولية طالب بكلية الطب قام بإجراء تجربة علمية تحت إشراف أحد الأطباء لصبي في العاشرة من عمره كان مصابا بقراع، لافتقاره إلى الكفاءة العلمية والعملية المؤهلة لمباشرة مثل هذه التجربة بالرغم من سلامة القصد في إجراء هذه التجربة واقتضاره كما يدعي على مجرد قصد شفاء المريض دون استهداف قصد آخر غير كمنفعة علمية عامة أو تحقيق مطمح بحثي خاص لدى القائم بالتجربة.²

المطلب الثالث

الشروط الشكلية لإجراء التجارب الطبية

يشترط لإجراء التجارب الطبية الترخيص بإجراء التجربة (الفرع الأول) إضافة إلى إجرائها في مؤسسات مجهزة بالإمكانات و المعدات اللازمة لذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الترخيص بإجراء التجربة

تنص المادة 12/209 فقرة رابعة من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه: " لا يجوز للمتعهد (الطبيب أو مؤسسة الأبحاث والتجارب الطبية) مزاوله مهنة الأبحاث والتجارب الطبية الحيوية إلا بعد التقدم بطلب إلى وزير الصحة مشفوعا برأي لجنة الاطلاع والمشورة للحصول على الموافقة المبدئية بإجراء البحث أو التجربة ".

¹-المادة 2/ 209 فقرة أولى من قانون الصحة العامة الفرنسي.

²- حكم محكمة ليون في 15 ديسمبر 1859 أشار إليه خالد بن النوي، المرجع السابق، ص158.

كما تنص الفقرة الأخيرة من ذات المادة على أنه: " يجوز لوزير الصحة في أي وقت في حالة خطر على الصحة العامة أن يعلق أو يسحب الموافقة أو الترخيص بإجراء التجربة الطبية إذا ثبت من المتابعة عدم الالتزام بالضمانات والضوابط المقررة في القانون ¹."

طبقا للمادة 3/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها " تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية" ²

يستخلص من النصوص السابقة أن المشرع الفرنسي والجزائري لا يجيزان مزاوله مهنة الأبحاث والتجارب الطبية الحيوية على جسم الإنسان إلا إذا كان من أجراءها مرخصا له بذلك قانونا، وأن مجرد الحصول على الإجازة العلمية من الجامعات المعترف بها أو ثبوت دراية الطبيب القائم بالتجربة لا يكفي لممارسة مهنة الأبحاث والتجارب الطبية، بل يلزم بالإضافة إلى ذلك موافقة الجهة المختصة بمنح الترخيص اللازم بمزاوله المهنة.

الفرع الثاني

اجراء التجربة في مؤسسات مجهزة بالوسائل والمعدات

لا شك أن تقدم العلوم الطبية والوسائل الفنية المستخدمة في العلاج صار تقدما هائلا، وقد صاحبه تطور وتقدم ظاهرة الممارسة الجماعية للاختبارات الطبية وتجاربها، فمن الشائع أن يشترك في البحوث الطبية عدة أطباء أو باحثين في وقت واحد، وقد كان لازما أن يكون للطبيب الباحث أو فريق الباحثين القائمين على الأبحاث والتجارب الطبية والعلمية مكانا مجهزة بالإمكانيات والمعدات اللازمة ومرخص له بإجراء هذه الأبحاث والتجارب على جسم الإنسان كضمانة من الضمانات الأساسية لحماية الأشخاص المتطوعين لإجراء البحوث أو التجارب الطبية على أجسادهم ³.

¹ -المادة 12/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

² - المادة 3/ 168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

³ -مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص230-231.

تأكيدا لذلك تنص المادة 18/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه: " لا يجوز إجراء التجارب الطبية بدون فائدة فردية مباشرة إلا في أماكن مجهزة بالوسائل والمعدات الفنية المناسبة للبحث أو التجربة والتي تتفق مع ضرورات أمن وسلامة الأشخاص المتطوعين لها ومرخص لها من قبل وزير الصحة المكلف".¹

يستخلص من هذا النص أنه لا يجوز إجراء التجارب الطبية الدوائية أو الجراحية إلا في مؤسسات طبية عامة (مستشفيات عامة أو مراكز أبحاث طبية) ومجهزة بالوسائل والمعدات اللازمة لإجراء البحث أو التجربة ويستهدف القانون من كل ذلك تقليل المخاطر التي يتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة.²

¹-المادة 18/209 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

²- مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص232.

خلاصة الباب الأول

ما يمكن أن نخلص إليه أن المشرع الجزائري بنصه الصريح وتنظيمه لنقل وزرع الأعضاء البشرية سواء تم النقل بين الأحياء أو من الجثة حسم كل الخلافات الفقهية بشأن مشروعيتها، حيث تناول المشرع شروط مشروعية نقل الأعضاء بين الأحياء ومن أهمها رضا المتنازل، رضا المتلقي، قصد العلاج، عدم تعريض حياة المتنازل للخطر، كما تناول شروط مشروعية نقل الأعضاء من الجثة وأهمها التحقق من الوفاة والموافقة على استئصال الأعضاء من الجثة، وهذا يعد تقدما تشريعيا في الجزائر على بعض التشريعات العربية التي لم تنص عليه رغم النقائص الموجودة على مستوى النصوص المنظمة لهذا المجال، أما فيما يتعلق بالتجارب الطبية فقد حسم المشرع الجزائري كل الخلافات الفقهية بشأن مشروعيتها حيث تناول شروط مشروعية هذه التجارب و المتمثلة في ضرورة الحصول على الموافقة الحرة و المتبصرة للشخص الخاضع للتجربة، موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، عدم تعريض حياة الشخص الخاضع لها للخطر.

و هذا يعد تقدما تشريعيا في الجزائر مقارنة ببعض القوانين العربية، غير أن هذه النصوص القانونية المنظمة للتجارب الطبية غير كافية لحماية الشخص الخاضع لها لذلك وجب النص صراحة على شروط أخرى لإباحتها كالنص على كفاءة الطبيب القائم بالتجربة، ضرورة التناسب بين المخاطر و الفوائد، وجوب إجراء التجارب في أماكن مجهزة بالوسائل والمعدات الفنية المناسبة للبحث أو التجربة مثل بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي.

الباب الثاني

جراحة التجميل و تغيير الجنس

لباب الثاني جراحة التجميل وتغيير الجنس

إذ كان المشرع الجزائري قد عرف سبقا ملحوظا على كثير من التشريعات العربية فيما يتعلق بنقل الأعضاء البشرية والتجارب الطبية، فإنه فضل حتى الآن السكوت على مجالات أخرى في الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة وذلك فيما يتعلق بجراحة التجميل وجراحة تغيير الجنس وهما مجالان لا يقلان أهمية على سابقهما، حيث تعرف جراحة التجميل انتشارا واسعا حتم على الفقه والقضاء بل وحتى على كثير من التشريعات تنظيمها (الفصل الأول).

كما عرفت جراحة تغيير الجنس هي الأخرى انتشارا لافتا ليس في الدول الغربية فحسب بل في عدة دول عربية جعل منها في كثير من الأحيان محل اهتمام فقهي قضائي وتشريعي (الفصل الثاني).

الفصل الأول جراحة التجميل

تمثل الجراحة التجميلية نوعا آخر من الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة والتي أخذت في الإنتشار بشكل لافت جلب إهتمام الفقه والقضاء والتشريع ليضفي عليها المشروعية ويخرجها من دائرة الممارسة غير المشروعة ، إذ كثيرا ما يقتحم مجال الجراحة التجميلية أطباء غير مختصين خاصة في ظل الإقبال الكبير للفنانين على هذا النوع من الجراحة و ما فيه من عوائد مالية مغرية.

وقد كان القانون المقارن سباقا في تنظيم هذا المجال من الجراحة مواكبا للسبق الطبي ومن ثمة في إعطاء أساس شرعية هذه الممارسة، بينما نجد أن أساس المشروعية في القانون الجزائري لايزال غير واضح (المبحث الأول).

وممارسة الجراحة التجميلية أحيطت بمجموعة من الشروط المتعلقة بالمريض من جهة خاصة فيما يتعلق برضاه وأخرى متعلقة بالطبيب مرتبطة أساسا بالتخصص والكفاءة (المبحث الثاني).

المبحث الأول أساس مشروعية جراحة التجميل

تعد جراحة التجميل من الأعمال الطبية التي أثير الجدل بشأن مشروعيتها، ومرد ذلك طبيعة الهدف الذي تتوخاه بصفة أساسية والمرتكز في الناحية الجمالية لا العلاجية.

وسنحاول قبل الخوض في مسألة المشروعية أن نلم بماهية الجراحة التجميلية (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى موضوع المشروعية مشيرين إلى رحلة الجراحة التجميلية من اللامشروعية لعهد طويل إلى المشروعية التي فرضها الواقع وذلك على مستوى القانون المقارن (المطلب الثاني)، ثم القانون الجزائري (المطلب الثالث)، ثم نتناول موقف الشريعة الإسلامية (المطلب الرابع).

المطلب الأول ماهية جراحة التجميل

إن جراحة التجميل ليست كباقي الجراحة يقصد بها الشفاء من علة، وإنما الغاية منها إصلاح تشويه يחדش الذوق، أو يثير الألم، أو النقمة، أو الاشمئزاز في النفوس، ولم يكن هذا النوع من الجراحة حديثاً إنما لها تطبيقات قديمة.¹

ولقد تعددت وتنوعت تعاريف الجراحة التجميلية من قبل فقهاء القانون ورجال الطب، تبعا لتعدد أنواعها وأسبابها لذا سنتناول التعريف بجراحة التجميل (فرع أول)، ونبين أنواعها (فرع ثان)، ونحدد أسبابها (فرع ثالث).

¹ - عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان، الطبعة الأولى، 1967، ص396.

الفرع الأول التعريف بجراحة التجميل

عرف بعض الفقهاء الجراحة التجميلية بأنها الجراحة التي لا يكون الغرض منها علاج مرض عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تشويه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي.¹

كما ذهب البعض الآخر إلى اعتبارها جراحة تجرى لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة، أو وظيفته إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه.²

وبهذا المعنى عرفها الدكتور louis dartigue بأنها مجموعة العمليات المتعلقة بالشكل والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري تؤثر في القيمة الشخصية والاجتماعية للفرد.³

فجراحة التجميل حسب هذه التعاريف لا يقصد منها تحقيق غرض شفائي، إذ لا تتم من أجل إعادة الصحة لعضو في المريض، وإنما من أجل إصلاح بعض التشوهات الطبيعية كأنف معوج أو واسع الفتحتين أو توسيع عين أو إزالة ندبة بالوجه، أو التشوهات التي يصاب بها الإنسان نتيجة حروق وإصابات في حوادث مختلفة، وبالتالي الجراحة التجميلية تؤدي إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي.⁴

¹ - عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981، ص 192.

² - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية بالمدينة، مكتبة الصحابة، السعودية، 1992، ص 182.

³ - يعد Louis Dartigue من المؤسسين لجراحة التجميل، وكان يشغل مدير الجمعية العلمية لجراحة التجميل. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 146.

⁴ - جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 426-427.

فالعيوب التي تبدو على الجسم البشري، قد تكون ظاهرة كعيوب الوجه واليدين والرأس، حيث تلاحظ من الناس في الحياة الاعتيادية، أو قد تكون غير ظاهرة كالحروق على البطن أو الظهر، وهي عيوب مهما كان مصدرها لا تبدو للعيان إلا في مناسبات خاصة كمشاهدة الحروق أثناء السباحة، أو ظهور التشوهات أثناء الألعاب الرياضية وغيرها.¹

والجدير بالذكر أن جراحة التجميل ليست بعلم جديد، بل إنها حرفة قديمة، فقد أجريت في الهند عام 600 قبل الميلاد أول عملية تشكيل أنف جديد باستعمال جلد الجبهة، حيث كانت عقوبة اللص هناك جدع الأنف، وكذلك قام ابن سينا وابن رشد وهما من الجراحين العرب باستئصال الجلد الزائد من الجفون وذلك في القرن العاشر الميلادي.

كما قام جراح بيزنطي بأول عملية لتصغير حجم الثدي في القرن السابع الميلادي، وأما بالنسبة لعمليات شد الجلد بمنطقة الوجه والبطن فقد بدأ إجراؤها في أواخر القرن التاسع عشر.²

غير أن جراحة التجميل ظهرت بشكل واضح بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية بحيث أصبحت لها أصولها وتعاليمها.³

وتطورت جنباً إلى جنب مع الجراحة العلاجية، وقد بلغ من تقدم هذا النوع من الجراحة أن أصبح يمكن جمع حتى عظام الفك المتناثرة، وأن يعوض الإنسان عن أي جزء يفقده من جسده.⁴

¹ - منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دار الثقافة ، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1995، ص7.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 146 - 147.

³ - بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1984، ص 207. راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية

الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2004-2005، ص 146.

⁴ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص8.

وقد شهدت جراحة التجميل تطورا ملحوظا في النصف الثاني من القرن العشرين ويرجع ذلك إلى تطور دراسة فن التجميل في كل من فرنسا وألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية، واتسع مجال هذه الجراحة بحيث أصبح يشمل علاج الجروح والتشوهات الناتجة عنها، وعلاج العيوب الخلقية كالشفاه الأرنبية والأذن ناقصة النمو والأصابع الملتصقة أو الزائدة وجراحة أورام الجلد الحميدة والخبثية خاصة في مناطق الوجه والعنق.¹

كما أن تطور علم الميكروسكوب المركب، وتطور علم الجراحة أديا إلى ظهور ما يسمى بعلم الجراحة الدقيقة تحت الميكروسكوب، التي بدورها ساهمت بشكل فعال في تحقيق إعادة زراعة الأعضاء المبتورة من الأطراف مثل الأصابع واليد، وساهمت أيضا في نقل بعض الأنسجة في الجسم من مكان لآخر لأغراض تجميلية، بحيث أصبحت الجراحة تحت الميكروسكوب من أساسيات جراحة التجميل و ضرورياتها.²

ومن عوامل تطور هذه الجراحة أيضا تطور الأعضاء الصناعية المصنوعة من مادة السيلكون.³

الفرع الثاني

أنواع جراحة التجميل

تنقسم عمليات جراحة التجميل إلى نوعين: جراحة تجميل ترميمية (أولا) وجراحة تجميل تحسينية (ثانيا).

أولا - الجراحة الترميمية

الجراحة الترميمية أو التصليحية هي تلك الجراحة التي تهدف إلى علاج عيوب خلقية أو مكتسبة.⁴

1-محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 147.

2-طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، ص 291-292.

3-محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 147.

4.-cyril élément، la responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé، les études hospitalières éditions، 2001، P57.

فالعيوب التي تبدو على الجسم البشري قسمين تتمثل الأولى في عيوب ناشئة في الجسم من سبب فيه لا من سبب خارج عنه، فيشتمل ذلك على نوعين من العيوب هما: العيوب الخلقية التي ولد بها الإنسان، ومثالها الشق في الشفة العليا، التصاق أصابع اليدين والرجلين، والعيوب الناشئة عن الآفات المرضية التي تصيب الجسم، ومثالها عيوب صيوان الأذن الناشئة عن الزهري والجذام والسل.

أما الثانية فهي العيوب الناشئة بسبب خارج الجسم، كما في العيوب والتشوهات الناشئة عن الحوادث والحروق، ومن أمثلتها، كسور الوجه الشديدة التي تقع بسبب حوادث المرور، تشوه الجلد بسبب الحروق.¹

ثانيا-الجراحة التحسينية

الجراحة التحسينية لا تتجه أصلا إلى تحقيق الشفاء، وإنما تهدف إلى علاج بعض التشوهات البسيطة، كون أصحابها يرون أنها تؤثر على الجمال والكمال الجسدي، كالأنف الطويلة أو إزالة ندبة أو تقوية النهدين.²

فهذه الجراحة تهدف إلى تحسين المظهر وتجديد الشباب.³

1- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص 183 - 184.

2- Ossoukine abdelhafid، traité de droit médical، publications du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies، Oran، 2003، P 131.

3- Daniel Rouge، louis arbus، Michel costagliola، Responsabilité médicale de la chirurgie à l'eshétique، Arnette، paris، 1992، P92.

والمراد بتحسين المظهر هو تحقيق الشكل الأفضل والصورة الأجمل دون وجود دوافع ضرورية أو لازمة لذلك.¹ أما تجديد الشباب فالمراد به إزالة الشيخوخة، فيبدو المسن بعدها وكأنه في عهد الصبا.²

و تنقسم العمليات المتعلقة بهذه الجراحة إلى نوعين:

أ/عمليات الشكل: فمن أشهر صورها:

تجميل الأنف: بتصغيره وتغيير شكله من حيث العرض و الارتفاع.
تجميل الذقن: بتصغير عظمه إن كان كبيرا، أو تكبيره بوضع ذقن صناعي يلحم بعضلات وأنسجة الحنك إن كان صغيرا.
تجميل الثديين: بتصغيرهما إذا كانا كبيرين، أو تكبيرهما بحقن مادة معينة مباشرة في تجويفهما.

تجميل الأذن: بردها إلى الوراء إن كانت متقدمة.

تجميل البطن يشد جلدتها وإزالة القسم الزائد بسحبه من تحت الجلد جراحيا.

ب/عمليات التشبيب

هذه العمليات تجرى لكبار السن، ومن أشهر صورها:

تجميل الوجه: بشد تجاعيده سواء برفع جزء منه ومن الرقبة وهو ما يسمى بالرفع الكامل، أو تجميله بعملية القشر الكيماوي.

تجميل الساعد: بإزالة القسم الأدنى من الجلد والشحم.

تجميل اليدين: ويسمى في عرف الأطباء تجديد شباب اليدين، وذلك بشد التجاعيد الموجودة في أيدي المسنين والتي تشوه جمالها.

تجميل الحواجب: بسحب المادة الموجبة لانتفاخها، نظرا لكبر السن وتقدم العمر.³

1 -Michele Harichaux Ramu, la responsabilité du médecin, juris classeur civil, responsabilité civil, 440-3, article 1382 à 1386, éditions techniques, année 1993, p 7-8.

2-عشوش كريم، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 136.

3- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص 191-192.

وتجدر الإشارة إلى أن عمليات الأنف والشدني هي أكثر التدخلات التي تؤدي إلى نزاعات قضائية، لأنهما أكثر التدخلات المطلوبة في الجراحة التجميلية.¹

بعد التطرق إلى أنواع الجراحة التجميلية وتحديد صورها، ينبغي الإشارة إلى أن فريقاً من الفقهاء يذهب إلى القول بأن النوع الأول أي الجراحة الترميمية تخضع لنفس قواعد المسؤولية الطبية العادية، حيث تهدف إلى قصد الشفاء حقيقة، في حين أن جراحة التجميل التحسينية تحكمها المسؤولية الطبية المشددة من نواحي معينة، سواء بالنسبة لرضا المريض وتبصره بكافة المعلومات المرتبطة بها، أو الموازنة الدقيقة بين مخاطرها وفوائدها، فالهدف منها تحسين شكل عضو معافى من الناحية الصحية أو بالأحرى تحقيق غرض جمالي بحت.²

بينما يذهب فريق آخر إلى عدم التفريق بين أنواع الجراحة التجميلية من حيث قواعد المسؤولية بحيث تخضع جميعها إلى المسؤولية الطبية المشددة.³

الفرع الثالث

أسباب جراحة التجميل

يرجع اللجوء إلى جراحة التجميل إلى أسباب ذات طبيعة مهنية (أولاً) أو نفسية (ثانياً) أو إجتماعية (ثالثاً).

أولاً- الأسباب ذات طبيعة مهنية

قد يعوق عمل كل من الممثلة أو الراقصة أو لاعبة السيرك أو السكرتيرة الإدارية مجرد تشوه بسيط قد يفضي إذا لم يتم إزالته إلى قدر من التدني في المستوى المهني المطلوب، وبما

1 :-Daniel Rouge، louis arbus، Michel costagliola، op.cit، P 95

2- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 106-107.

3- منذر الفضل، المرجع السابق، الهامش العاشر، ص 10.

يؤدي في النهاية إلى عرقلة الحياة الاجتماعية لصاحب هذا التشوه، أو على الأقل يجعل من مواجهة الحياة عبء ثقيل الوطأة.¹

وفي هذا الصدد أدانت محكمة استئناف باريس في 5/جوان/1962 جراحا بلاستيكا لكون النتيجة المرجوة كانت ناقصة بل مشوهة لتدخل جراحي على فنان مما أدى إلى توقف الفنان عن مهنته، وكان تسبب القضاة لقرارهم هو عدم التناسب بين الخطر والفائدة المرجوة لهذا الشخص الذي كان مظهره ضروريا لممارسة مهنته، لكونه فنانا يقدم أعماله أمام الجمهور.²

ثانيا- الأسباب ذات طبيعة نفسية

فجراحة التجميل ذات صلة وثيقة بعلم النفس إذ أن كثيرا من الأمراض النفسية كالكآبة والانطواء والشعور بالحزن والعزلة الاجتماعية وغيرها يعود سببها إلى قبح الشكل، حيث يسعى صاحب التشوه إلى محاولة إصلاح شكله بعملية تجميلية أو يسعى إلى إنهاء حياته.³

فإجراء هذه الجراحة قد يفتح لصاحبها أبواب الزواج والرزق، وقد تتحسن بها حالته النفسية، غير أن عدم إجرائها قد يعرض صاحبها للاستهزاء و السخرية بما يعرضه للاضطرابات العصبية والنفسية، وتجعل حياته عبئا قد يدفعه إلى التخلص منها بالانتحار إذا توافرت عوامل أخرى.⁴

1- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 148 - 149.

2- قرار محكمة استئناف باريس، في: 5/جوان/1962، أشار إليه:

Daniel Rouge، louis arbus، Michel costagliola، op.cit، P 125.

3- أثبتت الإحصائيات أن 29% من المنتحرين في لندن بعد الحرب العالمية الثانية، كانوا مصابين بمرض جسيمي عام. منذر الفضل، المرجع

السابق، ص 8-9.

4- السيد عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 4.41

ثالثا- الأسباب ذات طبيعة إجتماعية ثقافية

إن مجتمعنا الحالي كأى مجتمع متطور، يعطي أهمية لمفاهيم الجمال، فمعظم أغلفة المجلات هي لصور وغالبا ما تكون نساء يعكس معايير الجمال التي وصفها مجتمع الاستهلاك، هذه الظاهرة الثقافية لها من النتائج أن تؤثر على استهلاك منتجات العلاج، ثم بدرجة أقل اللجوء إلى الجراحة التجميلية، وهذا من أجل إحداث ملائمة بين المعايير الثقافية والمظهر المرغوب فيه.¹

لذلك تعتبر جراحة التجميل إحدى الوسائل الناجحة لتحسين الشكل الخارجي للإنسان، وقد صدق الشاعر الإنجليزي kipling حين قال: "إذا كان كل ما لديك هو الجمال وحده ولا شيء سواه، فأنت تملك أفضل شيء خلقه الله".²

المطلب الثاني

جراحة التجميل في القانون المقارن

لقد كان القانون المقارن وعلى رأسه القانون الفرنسي سباقا في التكفل بهذا النوع من الجراحة وإن لم يكن بالسرعة المفترضة إلا أنه استطاع أن يتدارك النقص خاصة على مستوى أهم مصدر من مصادر القانون وهو التشريع (الفرع الأول).

وإذا جاء إهتمام المشرع بالجراحة التجميلية متأخرا فإن القضاء قد كان المبادر في تحرير الجراحة التجميلية من قيد اللامشروعية الذي كان يطوقها لتخرج إلى المشروعية ولو بشكل من التشدد (الفرع الثاني).

1- cyril clément، op.cit،P59.

2- Kipling -((si vous avez la simple beauté et rien d'autre، vous avez à peu près ce que dieu à fait de mieux)).

وانطلاقاً من موقف القضاء راح الفقه ينظر لقواعد هذه الجراحة وضوابطها من أجل تنوير كل من القاضي والمشرع ولا محالة أنه نجح في ذلك إلى حد ما (الفرع الثالث).

الفرع الأول جراحة التجميل في التشريع المقارن

تباين موقف القانون المقارن من مسألة مشروعية جراحة التجميل ولعل أبرز هذه المواقف التشريع الفرنسي (أولاً) و التشريع المصري (ثانياً).

أولاً- أساس مشروعية جراحة التجميل في التشريع الفرنسي

إذا كانت جراحة التجميل قد بدأت رحلتها في فرنسا نحو المشروعية منذ 1931، فإن المشرع الفرنسي لم يعالج الجراحة التجميلية صراحة إلا في القرن الجديد من خلال قانون 303-2002 مؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى و نوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العامة إذ نجده صرح - ولأول مرة - بالقواعد المنظمة للجراحة التجميلية وذلك من خلال المواد L 6322-1 التي تضمنت شروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية، حيث جاء فيها مايلي: "إن أي تدخل جراحي تجميلي حتى في المؤسسات العلاجية لا يمكن أن يتم ممارسته إلا بتوفر منشآت مقبولة تلبى الشروط التقنية للعمل المنصوص عليها في المادة 3-6113 L.

يجب أن يخضع إنشاء منشآت جديدة لترخيص من السلطة الإدارية المختصة إقليمياً، هذا الترخيص هو محدد المدة ويتم بعد زيارة تقوم بها السلطة المختصة للتأكد من توفر الشروط. ويعتبر الترخيص باطلاً بعد ثلاث سنوات إذا لم تبدأ المنشأة العمل. وكذلك فإن أي توقف عن الممارسة لمدة تفوق ستة أشهر تؤدي إلى بطلان الترخيص إلا إذا تم ذلك بموافقة السلطة المختصة. وفي كلتا الحالتين فإن البطلان يجب أن تؤكد السلطة الإدارية المختصة. يتم سحب الترخيص إذا ما كانت منشأة ما موضوع لحمل الدعاية لا يهم إن كانت مباشرة أو غير مباشرة.

وهذا السحب يكون جزئياً أو كلياً من طرف السلطة المختصة وفق الدوافع والشروط المحددة في المادة 13-6122-L ...¹.

أيضاً المادة 2-6322-L من نفس القانون المتضمنة لشروط الإعلام والتي جاء فيها مايلي:
"يجب قبل كل استفادة من -خدمات الجراحة التجميلية أن يقوم الجراح بإعلام المريض أو ممثله الشرعي عن الأخطار والنتائج والمضاعفات المحتملة. هذه المعلومات يجب أن ترفق بتقدير للتكاليف يكون مفصلاً. ويجب أن يحدد أجل معين يحترم من طرف الطبيب بين تسليم فاتورة التكاليف ويوم العملية. خلال هذه المدة لا يترتب على المريض أي التزام سوى دفع أتعاب الطبيب عن الفحوص والاستشارات السابقة للعملية".²

كذلك المادة 3-6322-L التي مهدت لصدور الأمرين 2005-776 و 2005-777 وذلك من أجل تحديد شروط الترخيص التي نصت عليها المادة 1-6322-L ومدة التفكير والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية.³

ولقد جاء الأمر 2005-776 المؤرخ في 11 جويلية 2005 ليحدد تلك الشروط، ثم الأمر 2005-777 المؤرخ بنفس التاريخ المتعلق بمدة التفكير المنصوص عليها في المادة L 2-6322 من قانون الصحة والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية المعدل لقانون الصحة العامة.

إن خلفية الحظر الذي عاشته جراحة التجميل في فرنسا كغيرها من الدول كانت السبب الرئيسي في تأخر المشرع كل هذه المدة في التقنين لقواعد الجراحة التجميلية، بل إن هذه الخلفية بقيت موجودة حتى بعد النص صراحة على مشروعيتها، وذلك من خلال التشدد في

¹ - المادة 1-6322-L الواردة في القانون 303-2002 المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العامة.

² - المادة 2-6322-L الواردة في القانون 303-2002 المشار إليه سابقاً.

³ - المادة 3-6322-L الواردة في القانون 303-2002 المشار إليه سابقاً.

منح الترخيص في إقامة منشآت الجراحة التجميلية، والصرامة في المسؤولية الناتجة عن ممارستها.

إن غطاء المشروعية قبل هذه النصوص الصريحة كان يلتمس من خلال القواعد العامة المنظمة للعمل الجراحي فنجد على سبيل المثال المادة 18 من قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي نصت على ضرورة مراعاة التناسب بين مخاطر العملية الجراحية وفوائدها، وتعتبر هذه القاعدة من أهم القواعد التي يجب إعمالها في ميدان الجراحة التجميلية، كما تضمنت المواد 11، 12، 13 من قانون أخلاقيات المهنة التزام الطبيب بالسر المهني الذي يعتبر من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق جراح التجميل وذلك لأن الأمر يتعلق بجمال الجسم، كما جاء في المادة 23 من قانون أخلاقيات المهنة وجوب عدم ممارسة مهنة الطب ممارسة تجارية رغم أن وسائل الإعلام أضفت على هذه الجراحة طابعا تجاريا، وذلك لاتصال هذه المهنة بالجسم الإنساني وما يقتضيه ذلك من احترام وتقدير، إضافة إلى ذلك تضمنت المادتين 67 و 68 من قانون أخلاقيات المهنة على أنه لا يسوغ للطبيب أن يثبت على الورق المخصص للوصفات أو لوحات باب عيادته إلا الشهادات والمؤهلات المعترف بها تؤكد على عدم جواز تجاوز الطبيب لاختصاصه.

ثانيا-أساس مشروعية جراحة التجميل في التشريع المصري

لم ينص التشريع المصري صراحة على قواعد تنظيم الجراحة التجميلية رغم أن القضاء قد أباح الجراحة التجميلية منذ 1933.

الفرع الثاني جراحة التجميل في القضاء المقارن

إختلف موقف القضاء المقارن حول مشروعية الجراحة التجميلية ولعل أبرز هذه المواقف ما نجده عند القضاء الفرنسي (أولا) و القضاء المصري (ثانيا).

أولا - جراحة التجميل في القضاء الفرنسي

يعتبر القضاء الفرنسي صاحب الفضل في تحرير الجراحة التجميلية من قيد اللامشروعية الذي كان مضروبا عليها لأمد بعيد، غير أن هذا الموقف إنما جاء بعد تردد طويل، فقد كان هذا القضاء ينظر للجراحة التجميلية أنها مجرد وسيلة لإرضاء شهوة الدلال عند النساء،¹ ومن ثم كانت روحه مشبعة لا بالشك والريبة فحسب، بل بالسخط والكرهية أيضا،² فبينما كان يقرر أن رضا المريض يعفي الطبيب من كل مسؤولية عن الأضرار التي قد تتجم عن العمل الجراحي إذا لم يرتكب خطأ في تطبيق قواعد المهنة، نجده يقرر مسؤولية الطبيب عن الأعمال التجميلية، عند حدوث نتائج ضارة حتى ولو أجرى الجراحة التجميلية طبقا لأصول الفن الطبي، بل حتى ولو لم يرتكب أي خطأ في الجراحة.³

تطبيقا لذلك اعتبرت محكمة استئناف باريس في 23/جانفي/1913⁴ "مجرد الإقدام على علاج لا يقصد به إلا تجميل من أجرى له، خطأ في ذاته يتحمل الطبيب بسببه كل

¹ - ومن الأمثلة الواقعية الحديثة على ذلك أن ملكة جمال البرازيل -جوليانا بوج- قد أجرت أربع عمليات تجميلية وتسعة عشر تدخلا جراحيا صغيرا حتى تمكن من الفوز بلقب ملكة الجمال في بلادها. طلال عجاج، المرجع السابق، ص 296، الهامش الأول.

² - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 397.

³ - محمود زكي شمس، المسؤولية التصيرية للأطباء في التشريعات العربية المدنية والجزائية، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، الطبعة الأولى، 1999، ص 57.

⁴ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 23/جانفي/1913، أشار إليه: عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 397-

398. وقد أورد القرار أيضا: Abdelhafid Ossoukine.op cit, p 134.

الأضرار التي تنشأ عن العلاج، وليس بذي شأن أن يكون العلاج قد أجرى طبقاً لقواعد العلم والفن الصحيحين".

وقد صدر هذا القرار في قضية ملخصها أن فتاة كانت تعاني من ظهور شعر كثيف نسبياً في منطقة الذقن، الأمر الذي حملها إلى التوجه لجراح التجميل كي يساعدها في وضع حد لهذا العيب، وما لبث أن قام الأخير بمباشرة علاجها بالفعل عن طريق تسليط أشعة خاصة Radiotherapie على المنطقة المعيبة، حتى أصيبت الفتاة بتشوه مستديم بالوجه.

وقد أحالت المحكمة الدعوى إلى خبير لكي يعد تقريراً عن الموضوع، ولكي يستظهر ما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ في العلاج من عدمه.

وقد أودع الخبير تقريره و انتهى فيه إلى انتفاء شبهة الخطأ المهني في حق الطبيب، على أساس أن المريض هو الذي طلب العلاج، وأن الطبيب استخدم في ذلك الوسائل العادية.

إلا أن المحكمة وقد طرحت تقرير الخبير جانبا، و انتهت إلى إدانة الطبيب من الوجهة المدنية، وجاء في أسباب حكمها أنه إذا كان للطبيب من حيث الأصل الحرية في استخدام وسيلة علاجية معينة متى اقتضت صحة المريض وحالته المرضية ذلك، إلا أن هذا الأصل لا ينطبق على جراحة التجميل والتي تهدف إلى مجرد إصلاح عيب بدني لا الشفاء من المرض في حد ذاته، ومن ثم فليس من مصلحة العلم ولا المريض نفسه، أن يسمح بتعريض هذا الأخير لخطر الموت، أو خطر إصابة بالغة في سبيل الوصول إلى تحقيق نتيجة بسيطة وغير هامة وهي إصلاح عيب جسدي فواجب الطبيب يقتضي منه في هذه الحالة - بوصفه أكثر علماً من غيره باحتمالات فشلها و احتمالات الخطورة المترتبة عليها- أن يرفض هذا التدخل.

وقد طعن في الحكم السابق أمام محكمة النقض الفرنسية، إلا أنه رفض، وجاء في حكم النقض المشار إليه: أن الطبيب حين يجد نفسه أمام حالة لا يطلب منه فيها شفاء مرض، بل مجرد إصلاح عيب جسدي أو إخفائه، فإن هذا الهدف لا تبرر السعي إليه لا مصلحة المريض ولا مصلحة العلم، نظرا لضالة المصلحة المبتغاة من التجميل.

وأضافت محكمة النقض أن الطبيب الذي أجرى العملية موضوع الدعوى، هو أكثر الناس علما بنتائجها وفشلها المحتمل، لذلك كان يجب عليه أن يمتنع عن إجرائها، وأن محكمة الموضوع حين استخلصت من هذه الظروف والملابسات ما يستوجب مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي أحدثه، فإن حكمها قد لاقى تطبيقا سليما للقانون والمادتين 1382-1383 من القانون المدني الفرنسي.¹

وكان لهذا القرار صداه في عالم القضاء الفرنسي، فقد تأيد من قبل محكمة النقض، واطردت الأحكام في هذا الموضوع،² إلى أن صدر حكم محكمة السين في 25/فيفري/1929، وخلاصة القضية³ أن فتاة كانت تعاني من تضخم شحمي في ساقها اليمنى، فاستشارت طبيبا مختصا في الغدد والذي نصحها بالعدول عن إتباع أي علاج طبي في هذا الشأن، ولكن وتحت تأثير رغبتها الملحة فقد أحالها إلى طبيب جراح، و الذي قام بدوره بفحصها وأدخلها إحدى المستشفيات، حيث قرر إجراء عملية في ساقها، والتي انتهت بالفشل نظرا لإخفاقه في خياطة الجروح الناشئة عنها بسبب طبيعة أنسجة جسمها التي استعصت على الالتئام، وقد ترتب على ذلك تفشي (الغنغرينا) في مكان العملية، فقرر الطبيب المعالج باستحالة إنقاذ المريضة إلا ببتتر ساقها، وفعلا قام الطبيب بهذا الإجراء، وبعد أن قضى الأمر

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية أشار إليه: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 158.

² - قضت محكمة ليون على طبيب لأنه تسبب في حدوث ندوب وجروح في نهدي امرأة عجوز، لمحاولته إجراء عملية شد لجلدها، ثم أيد الحكم في قضية مماثلة من محكمة النقض الفرنسية عام 1920. محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 59.

³ - حكم محكمة السين، في: 25/فيفري/1929، أشار إليه: عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 95. بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 209.

على هذا النحو، سارعت المريضة برفع دعوى تعويض ضد الطبيب نظير ما أصابها من أضرار.

وقد أدانت محكمة السين مسلك الطبيب، وقررت بوجوب مساءلته من الناحية المدنية والحكم عليه بالتعويض، وجاء في أسباب حكمها:

" إن جسامه الخطر الذي تعرضت له المريضة واضح على نحو لا يقتضي إحالة الدعوى إلى خبير مختص، إن مجرد واقعة إجراء عملية جراحية على عضو سليم من الجسم مع اقتصار هدفها على مجرد تصحيح تشوه جسدي دون أن يكون هذا التدخل الجراحي لازماً لضرورة علاجية، فإن ذلك يكون في حد ذاته خطأ يستوجب مسؤولية الجراح.

إن الخطأ المسند إلى الطبيب يستخلص من القواعد العامة، بغض النظر عن الاعتبارات الطبية، ودون حاجة للاستعانة بمعلومات أهل الفن، إذ ليس بذي شأن أن يكون الطبيب قد ارتكب خطأ فنياً في مباشرة العملية، بل أن ثبوت عدم وقوع مثل هذا الخطأ ليؤكد خطورة العملية في ذاتها، وقد أدت إلى بتر ساق المريضة بعد أن عرضتها للموت، رغم اتخاذ الاحتياطات واتباع قواعد الفن".

ولقد حاول الطبيب دفع المسؤولية عن نفسه بأنه اضطر إلى القيام بالعملية تحت ضغط المدعية التي انتابها اليأس جراء ترده في إجراء العملية، إلا أنه لم يفلح، لأن المحكمة ردت دفعه "بأنه كان من الواجب عليه إحالة الأمر إلى أخصائي في الأمراض النفسية وتأجيل العملية لفترة أخرى".

ويقول Kornprobst بأن هذا العيب الذي كانت تعاني منه الفتاة لم يكن له أهمية وقت صدور الحكم، لأنه كان زمن الفساتين الطويلة، ولكن يمكن أن يكون لهذا العيب أهمية في عصرنا حيث تتنافس النساء بنشاط ومهارة على إرتداء الفساتين القصيرة.¹

1- عبد الحميد الشوربي، المرجع السابق، ص 95.

وقد أثار هذا الحكم ضجة واحتجاجاً شديدين في الأوساط الطبية، بحيث يعتبر إطراده وكأنه حكم بالإعدام على الجراحة التجميلية، ولأن الأحكام في هذا الاتجاه قد تقضي على هذا النوع من العمليات على الرغم من خدماته الجليلة للإنسانية.¹

وفي هذا الصدد قرر الدكتور Frutnusan: "أنه ليس من العدل أن يعاقب طبيب وأن يسند إليه خطأ لمجرد استجابته لنداء الإنسانية بتصحيح ظلم الطبيعة الذي لا تقل آثاره السيئة عن مساوئ الأمراض التقليدية بل تفوقها أحياناً وأن القضاء المشار إليه يجرّد الأطباء من سلاحهم ويفرض عليهم أن يرصدوا التقدم العلمي فقط دون ما أمل في الإستفادة منه، كما يفرض على الناس أن يعيشوا بتشوّهاتهم".²

لذلك فإن نقابة الجراحين تدخلت في الدعوى - في مرحلة الاستئناف - مساندة الطبيب المستأنف، وطلبت إلغاء الحكم المستأنف، بدعوى أن الجراح لا يرتكب أي خطأ إذا قرر إجراء عملية في ظروف تجيز إجراءها من الناحية الفنية.³

وقضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 12/مارس/1931⁴ بتأييد الحكم الصادر بالتعويض، ولكنها استندت في ذلك إلى أسباب مغايرة لتلك التي وردت بحكم محكمة السين، حيث قررت محكمة الاستئناف بأنه "لا يصح للمحاكم أن تقضي بمسؤولية الجراح إلا إذا قام لديها الدليل على وجود خطأ معين نشأ عنه الضرر مباشرة، وذلك مهما كان نوع العملية التي أجريت ومهما كان الغرض الذي قصد منها.

1- بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 209.

2- رايس محمد، المرجع السابق، ص 148.

3- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخدير و مساعديهم ، منشأة المعارف الاسكندرية، 2004، ص 339.

4- قرار محكمة استئناف باريس، في: 12/مارس/1931، أشار إليه: سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 340. محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 62.

ولا يعتبر خطأ مرتبا للمسؤولية مجرد قيام الجراح بإجراء عملية جراحية قد تعرض للخطر الشديد عضوا سليما وذلك بقصد تعديله، ودون أن يكون من وراء هذه العملية أي فائدة خاصة لمصلحة من أجريت له، ولكن في هذه الحالة يجب أن توضح للشخص مخاطر العملية توضيحا دقيقا، وتؤخذ موافقته على إجرائها وهو عالم بكل ما تنطوي عليه من مخاطر، فإذا أهمل الجراح في تنبيه المريض إلى مخاطر العملية، ارتكب خطأ موجبا لمسؤوليته".

فالمحكمة الاستئنافية بنت وسببت حكمها القاضي بالتعويض على أساس عدم إجراء الفحوص اللازمة والكافية لتفادي المخاطر المنتظرة من العملية نتيجة طبيعة أنسجة جسم المريضة من جهة، ومن جهة أخرى على أساس عدم إعلام المريضة بجميع مخاطر العملية وبالاحتمالات السيئة التي يمكن أن تترتب عليها، أي أن الطبيب أجرى العملية بسرعة لا مبرر لها.

وختمت المحكمة قولها برفض تدخل نقابة الأطباء لعدم الصفة، لأن موضوع الدعوى لا يخص المساس بحرية العمل الجراحي.

وهكذا أنقذت جراحة التجميل من ذلك العداء المستحکم الذي نصبه القضاء الفرنسي لها¹، إلا أنها بقيت محل ريبة لأنه من الصعب أن تتحقق الشروط التي تبرر المساس بحرمة الجسد الإنساني، وهي ضرورة شفاء المريض من علة، وأن يكون ثمة تناسب بين الخطر الذي يتعرض له الشخص والفائدة المرجوة من الجراحة التجميلية².

بيد أن تطور مفاهيم الحياة كان أقوى، فاستمرت مع هذا جراحة التجميل بالسير نحو تحقيق سعادة الأفراد فأدت إلى إنقاذ كثير من البشر من التشويه الذي قد يدفعهم إلى الخلاص من هذه الحياة، لذلك أصبحت جراحة التجميل فرع من فروع الجراحة الضرورية، لها تعاليمها وأصولها، وليس ثمة ما يبرر إخراجها عن القواعد العامة، لا سيما الحالات التي يرقى فيها

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 95.

² - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 400-401.

التشويه إلى مقام العلة المرضية، كمشوهي الحرب الذين نجد أن تشويهم كثيرا ما يحرمهم من حقهم الطبيعي في الرزق أو يجعلهم محلا لسخرية الناس أو مبعثا لنقمة البشرية، كما وأن المشوهين أنفسهم قد يتعرضون من جراء تشوهم إلى حالات عنيفة من العصبية.¹

لهذا يعد هذا النوع من الجراحة ضروريا، لأنه لم يعد قاصرا على علاج الاعتلال الجسماني الذي يصيب الفرد، بل أصبح يعالج كل حالة نفسية ناجمة عن تشويه قد يكون لها انعكاس على صحة المريض، أو سلامة أعضائه.²

وتأييدا لهذا المعنى قضت محكمة استئناف ليون في 22 مارس 1936 بمايلي:³
" لا مسؤولية على الجراح في قيامه بعملية تجميل إذا كانت العملية هي الوسيلة الوحيدة في علاج امرأة من حالة تدهور نفساني شديد".

لذلك على الطبيب أن يثبت في هذه الحالة أن المريض فعلا كان في حالة تدهور نفساني شديد وأنه لم تكن هناك وسيلة أخرى لعلاجه غير الطريقة التي أتبعها وفي هذه الحالة تكون حرية الطبيب واسعة في اختيار وسائل العلاج التي يراها مناسبة.

أما النوع الآخر من الحالات وهي التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها إصلاح ما أفسده الدهر وطلبا للوصول إلى درجة من الجمال الخلفي وحسنه. في هذا النوع لا يكون لتدخل الطبيب مبرر إلا إذا كانت وسيلته في إزالة التشويه الجسماني لا تنطوي بحسب السير الطبيعي للأمر على خطر ما على حياة المريض أو سلامة أعضائه، أما إذا أقدم على عملية جراحية لا تتناسب مخاطرها مع ما قد يناله الشخص من فائدة أو علاج فإنه يعد مخطئا ويسأل عن الأضرار الناشئة عن ذلك.⁴

¹ - عبد السلام التونسي، المرجع السابق، ص 401-403. عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص 193.

² - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 340.

³ - قرار محكمة استئناف ليون، في: 22/مارس/1936، أشار إليه: عبد السلام التونسي، المرجع السابق، ص 404-405.

⁴ - عيسوس فريد، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002 - 2003، ص 72.

تطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة استئناف ليون في 27 ماي 1936 بما يلي:¹
"إن الطبيب الذي يقوم بإزالة الشعر الغزير من جسم سيدة بواسطة الأشعة، فإذا لم يقع منه أي تقصير في العلاج فلا يسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة، متى ثبت أنه لم يكن هناك عدم تناسب بين النتيجة المرجوة والمخاطر العادية للعلاج بالأشعة".

نخلص مما تقدم أن ما شهدته جراحة التجميل من تطور ملحوظ بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، واللتين نتج عنهما عدد كبير من المشوهين، ناهيك عن الإصابات الهائلة الناتجة عن حوادث الطرق والعمل في المصانع، وما أحرزه التقدم العملي وتطور الفكر الإنساني ورغبة الإنسان الدائمة في البحث عن الأفضل، حدا بالقضاء إلى تغيير موقفه العدائي من جراحة التجميل والتسليم بمشروعيتها وإخضاعها للمبادئ العامة في المسؤولية التي تخضع لها العمليات الجراحية بوجه عام.²

إلا أنه على الرغم من هذا التطور، فإن الوضع لم يصل إلى حد المساواة تماماً بين جراحة التجميل والجراحات الأخرى، بحيث ما زال القضاء يظهر نحوها التشدد لأنها في الأصل لا تمارس لغرض علاجي،³ ومن ثم يجب أن تتناسب الأضرار والمخاطر المحتملة المترتبة عليها مع الهدف الكمالي والتحسيني المرجو منها، بالإضافة إلى ذلك فإن هذه الجراحة تجري في ظروف ليست مستعجلة بحيث يكون المريض بحالة كاملة من اليقظة و التبر، وهو ما يتطلب شروطاً خاصة في رضائه ومعرفته لجوانب العملية التي يبرجوها.

ومن ثم فالقضاء يتشدد في تحديد طبيعة الالتزام الطبي من جهة، وفي التزام الطبيب بإعلام المريض والحصول على رضائه من جهة أخرى، كما يظهر وجه التشدد في التوسع في

¹ - قرار محكمة استئناف ليون، في: 27/ماي/1936، أشار إليه: منذر الفضل، المرجع السابق، ص 81.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 298. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 105-106.

³ - M.M. hannouz et A.R. Hakem، précis de droit médical، office des publications universitaires، Alger، 1992، P64.

تحديد مفهوم الخطأ الفني، واشترط أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص في إجراء العملية، وأن يستخدم طريقة علاجية متفقا عليها وليست محلا للتجارب.¹

وعليه تم التأسيس لقواعد أكثر دقة وصرامة من طرف الاجتهاد القضائي من أجل جعل الجراحة التجميلية مقبولة قانونيا.²

ثانيا-جراحة التجميل في القضاء المصري

تصدى القضاء المصري لمناقشة مشروعية جراحة التجميل منذ عام 1933، حيث عرض أمر جراحة التجميل على القضاء المصري في قضية مشهورة تتلخص وقائعها كمايلي:³ أن رجلا يدعى عبد الحميد أفندي أصيب في سنة 1914 بتشوه بسيط على إثر التئام دمل أصيب به في مؤخرة العنق، تاركا مكان التئامه بروزا جعل منظره مشوها، ففكر في عام 1928 أن يعالج نفسه بمخترعات الطب الحديث حتى يصبح أثر الالتئام رخوا متجانسا مع الجلد المجاور له، فعرض نفسه في مستشفى القصر العيني على طبيب الأمراض الجلدية (ميخائيل عازر) والذي قام بعلاجه فترة من الوقت، نصحه بعدها بالتوجه إلى طبيب متخصص في العلاج بالأشعة ليتولى متابعة علاجه.

وما لبث أن توجه المريض إلى ذلك الطبيب (مقار) والذي بدأ علاجه عن طريق الأشعة لجلسات عديدة، حتى أصيب بتقيح جلدي انتهى إلى قرحة جلدية.

فأقام هذا المريض الدعوى على طبيب الأشعة الدكتور (مقار) مطالبا بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من معالجة الندبة التي كانت تشوه رقبته.

غير أن محكمة مصر رفضت الدعوى فأقرت بذلك ضمنا مشروعية جراحة التجميل.

أما محكمة استئناف مصر قضت بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء بمسؤولية الطبيب المعالج، وجاء في حيثيات حكمها:

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 106-107.

² -Daniel Rouge، louis arbus، Michel costagliola، op،cit،P94.

³ -حكم محكمة مصر بتاريخ 30 ماي 1933 أشار إليه: محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص73.

"حيث أن الفصل في هذه الدعوى يستوجب البحث أولاً في المسؤولية الطبية المدنية حسب القواعد القانونية، وثانياً تطبيق هذه القواعد على تقارير الخبراء وآراء الأطباء المودعة بملف الدعوى وعلى الوقائع الصحيحة التي تستخلصها المحكمة من التحقيقات والمستندات الموجودة بملف الدعوى لمعرفة ما إذا كان المستأنف عليه مسؤولاً عن الإصابة التي وجدت في المستأنف أم لا، وأن المحكمة عندما تطرقت لوقائع الدعوى استخلصت منها أن إصابة المريض نشأت عن معالجته بالأشعة، وأن الطبيب أخطأ في تجاوزه عدد جلسات العلاج التي تسمح بها الأصول العلمية.

ومن ثم فإن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة من تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه، سواء خطأ فنياً أو غير فني، جسيماً أو يسيراً، أما بالنسبة للأطباء الأخصائيين فإنه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسؤولين عن أي خطأ ولو كان يسيراً خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم لأن من واجبهم الدقة".¹

يتبين من هذا القرار أن القضاء المصري قد أقر إبتداءاً بمشروعية جراحة التجميل، وإن كان قد استوجب مراعاة منتهى الدقة والشدة بالنسبة للقائمين على ممارستها باعتبارهم متخصصين في هذا النوع من فروع الطب.

وفي قضية حديثة نسبياً عرضت أمام محكمة النقض المصرية تتلخص وقائعها² أن سيدة كانت تعاني من حالة ترهل في جلد ذراعها توجهت على إثره لاستشارة أحد الجراحين والذي أبدى بدوره إمكانية إزالة هذا الترهل بواسطة عملية جراحية لا تترك أي أثر، وقد أجريت العملية بالفعل ولكنها باءت بالفشل، حيث أدت إلى تشوه ظاهر بذراع المريضة، الأمر الذي

¹ - قرار محكمة استئناف مصر، في: 24/جانفي/1936، أشار إليه: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 160-161. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 104.

² - قرار محكمة النقض المصرية، في: 26/جوان/1969، أشار إليه: إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003، ص ص 39-43.

عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، الطبعة السابعة، 2002، ص ص 1438-1441.

دفع هذه الأخيرة على رفع دعوى ضد الطبيب المعالج للتعويض كما أصابها من أضرار مادية وأدبية في آن واحد.

نفى الطبيب الخطأ المنسوب إليه، حيث قرر التزامه بالأصول الفنية والطبية، وأن اتساع الجرح في الذراع الأيمن سببه اشتباهه في وجود ورم خبيث به قام بإزالته بالكامل الأمر الذي استوجب إجراء عملية ترقيع.

أودع الخبير تقريره مؤكدا التزام الطبيب بالأصول الطبية والفنية، وأنه اشتبه في وجود ورم سرطاني فأجرى ما يجب إجراؤه في مثل هذه الحالة من استئصال الورم استئصالا كاملا مع ما حوله من أنسجة سليمة، مما أدى إلى عمل رقعة جلدية لقفل الجرح بعد أن اتسع نتيجة للاستئصال.

رفضت محكمة أول درجة التعويض استنادا إلى هذا التقرير باعتبار عدم توافر خطأ في جانب الطبيب المدعى عليه.

استأنفت المضرورة الحكم، وقدمت أمام محكمة الاستئناف تقريرا استشاريا انتهى إلى أن الطبيب لم يلتزم بالأصول الفنية فضلا عن ارتكابه لعدد من الأخطاء في إجراء الجراحة، وأن ذلك أدى إلى تشويه جسم المدعية مما يؤثر على جمال أنوثتها بنسبة 15 %

ندبت محكمة الاستئناف خبيرا طبيا لأداء ذات المأمورية التي أداها خبير محكمة أول درجة، وقد إنتهى هذا الخبير الثاني إلى عدم توافر أي خطأ في جانب الطبيب وأن ما حدث من تشويه إنما يرجع إلى طبيعة جلد المضرورة، وهو أمر لا يمكن للطبيب التنبؤ به قبل إجراء العملية، وأن استئصال الورم هو الذي حتم عليه الترقيع بالذراع الأيمن لتغطية الجزء الذي استؤصل منه الجلد.

ردت المضرورة من جانبها على هذا التقرير بتقريرين استشاريين فندا حجج الخبير المنتدب، حيث جاء بهما أن التشوه الذي أصيبت به المضرورة لا يتفق مع شروط عملية التجميل التي يشترط فيها أن تخفي عيوب الجسم لا أن تحدث به التشوهات، وأنه ليس لطبيعة الجلد أي دخل في الموضوع، وأن الزعم بوجود ورم سرطاني كان يتعين استئصاله لم يثبت بتحليل علمي واجب الإلتباع في مثل هذه الحالات.

ولكن محكمة الاستئناف رفضت الطعن وأيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض التعويض.

طعنت المضرورة أمام محكمة النقض على أساس أن حكم محكمة الاستئناف قد شابه قصور في التسبب وخطأ في تطبيق القانون على أساس أنها - أي الطاعنة - تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن التشوه الذي حدث بذراعها لم تكن تستلزمه عملية التجميل التي إتفقت مع الطبيب على إجرائها، وأن ذلك يكون خطأ ثابتاً في حقه، وأن ما ادعاه الطبيب من وجود ورم سرطاني كان يتعين استئصاله هو أمر مستحيل وفقاً للأصول العملية، وهو إدعاء غير صحيح أنكرته الطاعنة أمام قضاء الموضوع، فضلاً عن أنه إدعاء بتوافر حالة ضرورة كان يتعين على المحكمة أن تكلف الطبيب بإثباتها حيث يقع على عاتقه عبء هذا الإثبات.

وأضافت الطاعنة أن مسؤولية الجراح هي مسؤولية تعاقدية، وأن هذه المسؤولية تختلف باختلاف مستوى الطبيب العادي، فمسؤولية الطبيب الأخصائي أشد من مسؤولية الطبيب العادي، و التزم الطبيب في جراحة التجميل هو التزم بنتيجة، فإذا لم تؤد العملية إلى تجميل بل أدت إلى تشويه فإن الطبيب يكون قد أخل بالتزامه العقدي وحققت عليه المسؤولية.

وقد نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه، مقررّة مسؤولية الطبيب وجاء في أسباب حكمها: "إن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاج هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزم الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية، أي

أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول".

وتضيف بصدد تحديد الطبيعة الخاصة لجراحة التجميل:

و"جراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر".

وتنتقل إلى عبء الإثبات فتضيف بأنه:

و"إن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية خاصة، فإن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب، كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح، والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فنقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه الإهمال".

وهكذا يتسق هذا القضاء وقضاء محكمة الاستئناف السابق الإشارة إليه، وبذلك يتبلور منهج القضاء المصري بشأن مشروعية جراحة التجميل، إلا أن التشديد بشأنها ظهر جلياً من خلال قرارات محكمة النقض المصرية التي أوجبت عناية أكثر من جراح التجميل، واتجاهها إلى تخفيف عبء الإثبات على المريض بإقامتها قرينة بسيطة لصالحه.

الفرع الثالث

جراحة التجميل في الفقه المقارن

إختلف موقف الفقه المقارن حول مشروعية جراحة التجميل وأهم هذه المواقف الفقه الفرنسي (أولاً) و الفقه المصري (ثانياً).

أولاً-موقف الفقه الفرنسي من جراحة التجميل

لقد ثار جدال فقهي كبير في فرنسا حول مدى مشروعية جراحة التجميل سادته ثلاثة اتجاهات تمثلت بداية في الرفض المطلق لجراحة التجميل ليميز الفقه بعد ذلك بين نوعين من تلك الجراحة وينتهي للاقرار بمشروعيتها.

أ/ الرفض المطلق لجراحة التجميل

سلم الفقه الفرنسي في بادئ الأمر بعدم مشروعية جراحة التجميل ووصفها بأنها عمل غير أخلاقي¹، ومن أبرز الفقهاء الذين رفضوا جراحة التجميل الفقيه Garçon الذي لم يجز هذه الجراحة على وجه الإطلاق باعتبار أن القواعد العامة تقضي أن يكون تدخل الجراح مقصوداً به تحقيق هدف علاجي،² فالعلاج هو الأساس الذي يعطي للطبيب الحق في الجراحة والتطبيب، إذ الهدف يجب أن يكون إما الشفاء من مرض أو التخفيف من الآلام، والقبح ليست مرضاً.³

وفي هذا الصدد يقول الفقيه R.Savatier.

"la santé est autre chose que la beauté et la laideur n'est pas une maladie"⁴

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 151-152.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 293.

³ - رابيس محمد، المرجع السابق، ص 146-147.

⁴ - راجع المرجع السابق، ص 147، الهامش الأول.

فقد قرر Garçon بأن: "الطبيب الذي يتعامل في عضو سليم من أعضاء الجسم بحجة التجميل، يخرج عن حدود المهنة التي تبيحها له شهادة الطب".¹

إلا أن الفقيه Garçon لم يستطع أن يتمسك بهذا الرأي حتى النهاية، حيث أورد استثناءات تدخل بطبيعتها ضمن نطاق الأعمال التجميلية.²

ويقرر أيضا Kornprobst بأنه "يعد من قبيل الأعمال الشائنة ما يزعم به جراحوا عمليات التجميل من إدعاء القدرة على التغيير في الخلقة التي صنعها الله".³

والواقع أن هذا الاتجاه لم يكن حاسماً، فهو لم يثبت بأن جراحة التجميل لا تباشر لأغراض علاجية، فالتشوهات التي يصاب بها الإنسان تؤثر على نفسيته وعلى وضعه الصحي، فكيف يحرم جراح التجميل من معالجة شخص يشعر بالألم في حياته الاجتماعية، بينما يباح له التدخل لمعالجته من أي ألم آخر مهما كان بسيطاً، خاصة وأن مهمة الطبيب لم تعد قاصرة على معالجة اعتلال الجسم، وإنما أصبح من واجبه أن يعالج المريض وكل حالة نفسية قد يكون لها أثر على صحته، ومشوهها الحروب وما يعانونه من الآلام هو خير مبرر لإجازة جراحة التجميل، ووضعها على مستوى الجراحة العامة.⁴

¹-(le médecin qui sous prétexte esthétique ou plastique s'attaque à un corps sain sort des attributions qui lui confère son diplôme). محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 152.

²-منذر الفضل، المرجع السابق، ص 29.

³- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 152.

⁴- طلال عجاج، المرجع السابق، ص 294. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 340.

ب/الرفض النسبي لجراحة التجميل

تحت تأثير النتائج التي توصلت إليها جراحة التجميل في معالجة مشوهي الحرب العالمية الأولى والثانية، عدل الفقه الفرنسي عن وجهة نظره المتشددة وميز بين نوعين من تلك الجراحة،¹ وانتهى إلى جواز إجراء الجراحة التجميلية في مجال العيوب البسيطة التي لا تتطوي على خطر مثل إزالة اللحميات الزائدة والعظام البارزة في الجسم وشد التجاعيد في الوجه وخلع الأسنان المعوجة وإصلاح الأنوف الناقصة وذلك لتعرض أصحابها للسخرية بين الناس. أما بالنسبة لإجراء الجراحة التجميلية في مجال العيوب الجوهريّة والتي فيها مخاطر على الحياة فهي غير جائزة ولا مبرر لها.

ويمكن القول أن الدافع لأصحاب هذا الإتجاه لحصر الجراحة التجميلية ضمن حدود العيوب البسيطة هو عدم التناسب بين المخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها المريض والفائدة المرجوة من العمل التجميلي، هذا بجانب الحد من هذه الجراحة كجراحة ترف.²

ج/التأييد المطلق لجراحة التجميل

ينادي أنصار هذا الإتجاه بوجود التوسع في هذه الجراحة بإعتبار أنها تجدد الشباب وتجلب السرور والسعادة للمريض، وهما شرطا قمة الإنسان، كما أن هذه الجراحة تهدف إلى تحقيق الغايات السامية حتى بات الإنسان مدينا بسعادته إليها بقدر ما هو مدين بحياته إلى الجراحة العادية.³

من جهة أخرى فإن فكرة المرض لم تعد قاصرة على الأمراض العضوية فقط بل والنفسية أيضا كما يقول الأساتذة Lacasse و Mazeaud.⁴

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 152.

² - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 30.

³ - محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 54-55. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 91.

⁴ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 31.

وفي هذا الصدد يقول البروفيسور J.p. chavoin. : "إن الجراحة التجميلية هي أحسن بكثير من المهدئات والأدوية المستعملة للاضطرابات النفسية والذهنية، ولكن بما أنها دواء فيجب أن تستعمل بحذر و باحترام القواعد الأساسية لمهنة الطب".¹

ويذهب غالبية الفقه في فرنسا إلى أن جراحة التجميل فرع من الجراحة العامة، وتخضع لقواعدها ومنها وجوب الملاءمة بين درجة العيب والخطر الذي قد يتعرض له المريض، فإذا كانت التشوهات كبيرة وتعلق باب الزواج أو الرزق في وجه المريض أو تجعله عرضة للسخرية بين الناس، فإن الجراحة التجميلية في هذه الحال ترقى إلى درجة الجراحة العلاجية.²

وهناك من يشايح الإتجاه الموسع لجراحة التجميل بإعتبار أن مسألة التمييز بين العيوب الجوهرية و البسيطة لا تخضع لمعيار محدد، فما يعتبر عيبا بسيطا في نظر شخص معين قد لا يعتبر كذلك بالنسبة إلى شخص آخر، كما أن إجراء الجراحة التجميلية برضا الشخص وبإذن المشرع وحسب قواعد الفن الطبي لا يوجب قيام مسؤولية الطبيب حتى وأن حصلت بعض الأضرار الثانوية، كأن تترك العملية بعض الندب على الجسم، كما توجد بعض الأعمال الطبية التي تحمل على المخاطر الضرورية بدلا من الخضوع لليأس.³

ثانيا- موقف الفقه المصري من جراحة التجميل

ذهب رأي في الفقه المصري والمتأثر أساسا بالشرعية الإسلامية إلى التفرقة بين العمليات الجراحية التي تهدف إلى علاج التشوهات الجسيمة، وبين نوع آخر يقصد به

¹ - Daniel Rouge، louis arbus، Michel costagliola، op.cit،P93.

²-طلال عجاج، المرجع السابق، ص 295.

³-منذر الفضل، المرجع السابق، ص 32. وهو يشير في الهامش 15 من ذات الصفحة إلى الطفلة تيفاني التي ولدت بدون مائة وساقين متلاصقتين وبدون أصابع، وكانت المعطيات الطبية في الكتب تؤكد استحالة إجراء عملية ناجحة لها، غير أن ما شجع الأطباء على القيام بالعملية هو سلامة العظام، فأجريت لها العملية وأصبحت حالتها جيدة، حيث أثبتت الحالة عكس ما هو مدون في الكتب الطبية.

الحالات التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها -على حد تعبيره- إصلاح ما أفسده الدهر من جمال ومحاولة التشبث بالبقاء ضد إرادة الزمن، مقررا إباحة النوع الأول على أساس أن التشويه يرقى إلى مقام العلة المرضية ومحرمًا النوع الثاني.

وقد استند هذا الرأي إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " لعن الله الواشمات والمستوشمات، والنامصات والمتمصصات، والقالجات والمتقلجات للحسن، المغيرات خلق الله."

1

وأيضًا على ما جاء في الحديث الشريف بخصوص واقعة عرفجة بن أسعد، وأيضًا ما روي عن الظاهرية أنه "إذا أراد الرجل أن يقطع إصبعًا زائدة أو شيئًا آخر فليلبس الإباحة إن كان الغالب هو الهلاك، وإباحته إن كان الغالب هو النجاة".²

و يرى الدكتور محمد سامي الشوا أن هذا الرأي يعيبه فساد في الاستدلال مرجعه الاستناد إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " لعن الله الواشمة ... " فالتأمل الهادئ المتروفي في المعاني الواردة بهذا الحديث الشريف تفيد بأن علة التحريم فيه تنصب على خصال مكروهة في ذاتها يحصل بها الغش والتدليس، وبالتالي فلا يجوز أن نستنتج من هذا الحديث تحريم عمليات جراحة التجميل التي غايتها إصلاح ما أفسده الدهر من جمال ، فقد روى ابن قدامة في كتابه "المغنى والشرح الكبير" إن حصول المصلحة من تحسين المرأة لزوجها من غير مضرة لا يحرم"، وقد تحتم هذه المصلحة نفسها إجراء عمليات التجميل، وبخصوص ما استند إليه هذا الرأي فيما روى عن الظاهرية بشأن قطع أصبع زائدة فهو لا ينهض كحجة على تحريم هذا النوع من جراحة التجميل، بل على النقيض فهذه الرواية تفصح عن الأساس الشرعي لجراحة التجميل والقائم على أساس فكرة الموازنة بين غلبة الهلاك أو النجاة، وأما ما

¹ - رواه الإمام مسلم في كتاب اللباس والزينة، باب في لعن الواشمات والمتقلجات، حديث رقم 1386، الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري، مختصر صحيح مسلم، دار ابن عфан، المملكة العربية السعودية، المكتبة الإسلامية، عمان، الأردن، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة، 1411 هـ، ص 362.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 145.

دفع به هذا الرأي بخصوص واقعة عرفجة فلا يستشف منها النتيجة التي انتهى إليها بل هي أول سابقة شرعية على جواز عمليات جراحة التجميل ذاتها.¹

ويميل الفقه المصري في غالبته إلى الإقرار بمشروعية جراحة التجميل، فإزالة العيوب الخلقية ينطوي بالضرورة على علاج لصاحبها من الأمراض النفسية، ومن ثم يجب مباشرة هذه العمليات وفقا للأصول الطبية وألا يكون من شأنها أن تتال الصحة بضرر.

ومهما كان من أمر أصبحت جراحة التجميل واقعا حيا في العصر الحديث، والتي يقوم بها نخبة من كبار أساتذة الطب، و اعترفت بها الهيئات العلمية وأنشأت كراسي لدارستها في أكبر الجامعات.²

في هذا الصدد نظمت الجمعية المصرية لجراحي التجميل و الإصلاح مؤتمرا بتاريخ 18/فيفري/1987 تم فيه مناقشة خمسين بحثا جديدا في مجالات التجميل المختلفة وكلها تدور حول المحاور التالية:

-الاستخدامات المختلفة للشرائح الجلدية بشتى أجزاء الجسم بهدف إصلاح التشوهات بالرأس والرقبة خاصة بعد عمليات استئصال الأورام وإعادة بناء الثدي بعد استئصاله، وعلاج قرح الفراش والقرح المزمنة بالساق.

-استخدام شريحة جلدية عضلية جديدة من جدار البطن لبناء مثانة بولية في حالة التشوهات الخلقية بمجرى البول، وقد أمكن استخدام هذه الشريحة في علاج قرح الفراش المزمنة.³

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 155-156.

² - محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، ص 217.

³ - راجع المرجع السابق، ص 92-93.

على ضوء ما سبق في دراستنا لموقف القانون المقارن من الجراحة التجميلية فإننا نلمس ذلك الدور البارز الذي لعبه التشريع والفقهاء والقضاء خاصة في إضفاء المشروعية على هذا النوع من الجراحة والذي طالما نوصب بالعداء لغياب الهدف العلاجي في ممارسته.

كما نلمس الموقف الشجاع للمشرع الفرنسي - وإن كان متأخرا - في تنظيمه لقواعد هذه الجراحة، خلافا لكثير من التشريعات التي مازالت مهملات للموضوع رغم أهميته. ولكن أمام هذا الوضوح في معالجة الموضوع على مستوى القانون المقارن، كيف كان موقف القانون الجزائري انطلاقا من التشريع ثم القضاء والفقهاء؟

المطلب الثالث

جراحة التجميل في القانون الجزائري

إذا كان القانون المقارن قد استطاع أن يواكب التطور الموجود على صعيد الجراحة التجميلية، فإن القانون الجزائري مازال بعيدا عن تنظيم هذا الاختصاص الحساس من مجالات الطب والذي بات واقعا تكرسه الممارسة.

لقد بقي المشرع الجزائري صامتا إزاء الموضوع فلم يعالجه بنصوص صريحة فاقترص على النصوص العامة (الفرع الأول)، وعلى النهج نفسه سار القضاء والذي كان من المفترض أن يكون سباقا كما حدث في فرنسا ومصر وكثير من الدول (الفرع الثاني)، أما الفقهاء فتبقى مساهماتهم ضئيلة وحتى ما وجد منها فهو لا يترجم سوى موقف الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث).

الفرع الأول جراحة التجميل في التشريع الجزائري

لا يوجد حتى الآن نص قانوني ينظم الجراحة التجميلية في الجزائر صراحة بالرغم من سبق التشريعات المتأثرة بها وعلى رأسها التشريع الفرنسي.

إن غياب النص التشريعي الذي ينظم الموضوع لا يعني عدم شرعية ممارسة هذا النوع من الجراحة، بل إننا نلتمس دليل المشروعية من خلال القواعد العامة المنظمة لمهنة الطب وقواعد المسؤولية فيها.

فإباحة التجارب الطبية العلمية بموجب نص المواد 1/168، 2/168، 3/168 و 4/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها والنص على ذلك صراحة يعتبر سندا لمشروعية الجراحة التجميلية، إذ أن الهدف العلاجي بالنسبة للمريض غائب في هذا المجال من مجالات الطب، بل إن الفائدة المباشرة للمريض موجودة في الجراحة التجميلية وقد يكون لها الدور العلاجي النفسي في حين أن التجارب الطبية العلمية قد تكون عديمة الفائدة المباشرة بالنسبة للمريض وإن عادت بالنفع على الإنسانية.

كما يمكن أن نستأنس بتلك النصوص المنظمة لنزع الأعضاء وزرعها وذلك للتشابه البين بين هذا المجال ومجال الجراحة التجميلية، إذ قد تكون الجراحة التجميلية عن طريق زرع عضو مبتور لا يظهر أثر بتره إلا من الناحية الجمالية، وبالتالي يكون زرعه لغرض جمالي لا علاجي بحت.

و نجد من المواد ما يتعلق بشكل رضا المريض وهو الشكل الذي يتطلب في الجراحة التجميلية¹، ومنها ما يتعلق بشرط إبلاغ المريض بالمخاطر الاستثنائية² وهذا ما يشترط في رضا المقدم على هذا النوع من الجراحة.

كما يمكن الانتناس ب مواد أخرى و إن جاءت عامة مثل المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب المتعلقة برضا المريض،³ إذ يشترط أن تكون موافقة المريض موافقة حرة و متبصرة للإقدام على هذا النوع من الجراحة، كذلك ما تضمنته المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب من ضرورة مراعاة التناسب بين مخاطر العملية الجراحية التجميلية وفوائدها⁴، و تعتبر هذه القاعدة أساسية في الجراحة التجميلية.

أيضا ما نصت عليه المواد 45، 46 و 50 من مدونة أخلاقيات الطب المتعلقة بالتزام الطبيب بمتابعة علاج المريض، و ما تضمنته المادة 206 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و المواد 36-37-38-39-40 و 41 من مدونة أخلاقيات الطب المتعلقة بالتزام الطبيب بالسر المهني.

¹ - تنص المادة 162 فقرة أولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها على مايلي: "... و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضاءه...".

² - تنص المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة و ترقيتها على مايلي: "ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع...".

³ - تنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون..".

⁴ - تنص المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: "يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه".

كما تناول المشرع الجزائري شرط الكفاءة لممارسة هذا النوع من الجراحة من خلال المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تشترط حيازة شهادة الاختصاص من أجل ممارسة مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي.¹

على الرغم من عموم لفظ النص وتعلقه المباشر بالاختصاصات الطبية الموجودة في الجزائر، فإن اشتراط شهادة الاختصاص في الجراحة التجميلية إنما يجد سنده في هذا النص حسب رأي بعض الأساتذة.²

رغم كل هذا الاجتهاد في تفسير هذه المواد على أنها تعالج الجراحة التجميلية كاختصاص قائم بذاته مثل الاختصاصات الطبية الأخرى، فإن القصور يظل قائما في حق المشرع الجزائري إذ يجب تنظيم المجال صراحة وبنصوص خاصة تتلاءم وخصوصياته، وذلك حماية للمقدم على هذه الجراحة بالدرجة الأولى، ولتحديد المسؤولية الطبية بوضوح حتى لا يكون الطبيب تحت رحمة السلطة التقديرية للقضاء بالدرجة الثانية.

ولعل النشاط الذي تشهده الساحة الطبية الجزائرية اليوم في مجال الجراحة التجميلية سيكون الدافع للمشرع من أجل تدارك النقص الملحوظ.

الفرع الثاني

جراحة التجميل في القضاء الجزائري

على عكس ما كان عليه الحال في فرنسا ومصر أين لعب القضاء الدور الريادي والبارز في تحرير الجراحة التجميلية من النظرة التقليدية و الخروج بها إلى المشروعية - كما سبق وأن رأينا - فإن القضاء الجزائري كان غائبا غيابا يكاد يكون كليا عن الموضوع فلم يسجل له

¹ - تنص المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: "لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان لاختصاصي أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائزا شهادة في الاختصاص الطبي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه".

² - رايس محمد، المرجع السابق، ص 152.

موقفاً فيه، على الرغم من أن الواقع الجزائري لم يشذّ عن التطور الذي عرفه العالم في ميدان الجراحة التجميلية، حيث عرف مستشفى الدويرة الجراحة التجميلية العلاجية منذ الحرب العالمية الثانية.

وإذا كان البعض يذهب إلى أن المحاكم الجزائرية لم تعرف حالات تخص الجراحة التجميلية حتى في الآونة الأخيرة¹، فإن ذلك أمر مشكوك فيه لأن إقدام الجراحين العامين على ممارسة الجراحة التجميلية أمر كرسه الواقع بوضوح، ولا محالة أن تكون هناك أخطاء ناتجة عنها.

بيد أن القاضي الجزائري لم يملك الشجاعة الكافية على أن يقول كلمته في الموضوع بصفة تظهر تميز الجراحة التجميلية عن الجراحة العامة مما يستوجب أن تكون لها قواعدها الخاصة التي كان من المفروض أن يكون هو - أي القاضي الجزائري - مؤسساً لها متأسيماً بالقاضي الفرنسي والقاضي المصري.

كما يرد البعض هذا الغياب لأي القاضي الجزائري إلى أن الجراحة التجميلية لا تزال في أطوارها الأولى فلا يمكن أن نقارنها بالدول الغربية، وعليه فالقاضي الجزائري سييدي موقفه بوضوح لماً أن تصل الجراحة التجميلية إلى حد معين من التطور مما سيفرض تواجد النزاعات فيها على مستوى المحاكم.²

وهنا يطرح السؤال هل كانت الجراحة التجميلية في فرنسا أو في مصر سنة 1931 و 1933 - أين قال القاضي الفرنسي والقاضي المصري كلمتهما بوضوح - على هذا المستوى من التطور؟ دون شك فإن الجواب سيكون بالنفي.

¹ -Ossoukine Abdelhafid ، op، cit، p133.

² - رابيس محمد ، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، مجلة المحامي، العدد الرابع، السنة الأولى، 2005 ، سيدي بلعباس، ص 11-12.

وعليه فمشكلة القاضي الجزائري إنما هي ذات صلة بجرائته وقدرته على المشاركة الفاعلة في المنظومة القانونية الجزائرية، إذ أنه شهد من القضايا المتعلقة بالجراحة التجميلية ما كان من المفروض أن يعلن فيه عن الموقف المنتظر منه،¹ ولكنه لم يستطع أن يفعل ذلك وإن فعل فلم يستطع أن يسمع الجميع !!.

الفرع الثالث

جراحة التجميل في الفقه الجزائري

لا يوجد موقف مستقل يميز الفقه الجزائري حول الجراحة التجميلية، وإنما نجد في بعض الكتابات القليلة في المجال نقلاً لرأي الفقه الإسلامي في الموضوع ككل أو في جزء منه.

فالأستاذ طالب عبد الرحمن يرى بمشروعية الجراحة التجميلية العلاجية انطلاقاً من كونها وسيلة لإزالة العيوب التي يتضرر بها الإنسان حساً ومعنى، وعليه فالجراحة حاجة تنزل منزلة الضرورة مما يستوجب الترخيص بفعلها إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقول: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة".²

ويذهب بعيداً في الضرر الحسي حيث يرى أن العلاج متى كان لإراحة المريض وإسعاده فهو مباح ولو كان المرض معنوياً مستنداً على قول الشيخ أحمد الألوسي: "... إزالة الضرر الحسي والمعنوي أثر معروف من هديه صلى الله عليه وسلم، فإذا كان من هديه صلى الله عليه وسلم اختيار الاسم الحسن للمولود حتى لا يكون محلاً للسخرية والاستهزاء والتشاؤم والتطير، فإن إزالة التشوهات والعيوب الطارئة وغير الطارئة، الضرورية منها والحاجية سائغ من باب أولى".

¹ - صرح لنا الطبيب (ص - ط) المختص في الجراحة التجميلية وهو من القلة الموجودين على مستوى الجزائر والذي يحمل شهادة في الاختصاص من فرنسا، أن هناك إعلانات صدرت في حق الجراحين العامين (م - م) و (م - ب) اللذين مارسا الجراحة التجميلية وذلك لانعدام كفاءتهما، إلا أننا لم نستطع الوصول إلى القرارات القضائية المدينة لهما.

² - طالب عبد الرحمن، حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء، دار الغرب، وهران، 2001، ص 07.

بل ويرى أن الجانب المعنوي لا يقل أهمية عن الجانب الجسدي مستدلاً برأي علماء النفس الذين يرون أن التأثير المعنوي يؤدي إلى الإحباط والانهيار، وقد ينطوي صاحبه على نفسه، بل ويفكر أحياناً في الانتحار إن لم تكن له ثقة بالله.¹

ولكنه يعود إلى الاستدلال على إباحة الجراحة التجميلية العلاجية في الشريعة الإسلامية مورداً مجموعة من الأدلة العقلية والنقلية.
فأما الأدلة العقلية:²

- هذه الجراحة التجميلية وجدت على أساس الحاجة الموجبة للتغيير فأوجب استثناءه من النصوص الموجبة للتحريم، التي يقول فيها الرسول صلى الله عليه وسلم: "المتفلجات للحسن المغيرات خلق الله". والتي وردت في كتابوا لآقؤلؤجكهُوعملاً: "لَا يُغَيِّرُ نَّ ذِيَّ اللَّهِ".
- إن هذا النوع لا يشتمل على تغيير الخلقة قصداً، لأن الأصل فيه أن يقصد منه إزالة الضرر، وإنما التجميل والحسن جاء تبعاً.

- إن إزالة التشوهات والعيوب الطارئة لا يمكن أن يصدق عليه أنه تغيير لخلقة الله، وذلك لأن خلقة العضو هي المقصود من فعل الجراحة وليس المقصود إزالتها.
- إن إزالة تشوهات الحروق والحوادث يعتبر مندرجا تحت الأصل الموجب لجواز معالجتها، فالشخص مثلاً إذا احترق ظهره أذن له في العلاج، وذلك بإزالة الضرر وأثره، لأنه لم يرد نص يستثني الأثر من الحكم، الموجب لجواز مداواة تلك الحروق، فيستصحب حكمه إلى الآثار، ويؤذن له بإزالتها.

¹ - ومما قاله علماء النفس في هذا الموضوع: الجسم عند الإنسان يعادل مفهوم الحس الجمالي، والذي بدوره يتمحور حول جمال الجسم، فكل إنسان له صورة جمالية يحافظ عليها، ويخشى من ضياعها... وعلى هذا الأساس فالجمال والقبح لهما أهمية بالغة، وتأثير كبير في حياة كل إنسان... وبالتالي فأى إصابة تمس المظهر الخارجي لجسم الإنسان من حيث جماله، فإنها تؤدي تلك الإصابة بدورها إلى تأثير يمس العمق النفسي للجسم... وهذا يسقط الشخص المصاب في فوهة أخرى وهي الشعور بالنقص والدونية، لأنه في نظره أصبح شخصاً غير مرغوب فيه من الناحية الاجتماعية، فيلاحظ عليه كفاً اجتماعي، وعدم مواجهة الغير، وبالتالي عدم إثبات هويته... ثم بالتالي يصبح يدرك جيداً أن لا آمال له، وتمسي نظراته للحياة سوداء، ولا يقوى على وضع مشاريع لحياته المستقبلية، وقد تراوده بعض الأفكار السلبية كالموت، عندما تستبعد تحسنها عن طريق التدخل الجراحي في إطار الجراحة التصحيحية.: طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 7-8.

² - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 9 - 10.

أما الأدلة النقلية فقد أورد مجموعة من الأحاديث والوقائع التي تدل على شرعية هذا النوع من الجراحة، موافقا في ذلك كثيرا ممن كتبوا في هذا المجال.¹

أورد حادثة عرفجة الذي أجرى عملية جراحية تجميلية للأنف بإذن النبي صلى الله عليه وسلم. عن الصحابي عرفجة بن أسعد التميمي قال: "أصيب أنفي يوم الكلاب² فاتخذت أنفا من و رِقٍ ، فأنتن علي، فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أتخذ أنفا من ذهب."³

كما تحدث حول شرعية جراحة الأسنان والتي اعتبرها من قبيل الجراحة التجميلية العلاجية استنادا على كتاب تحفة الأحوزي و أورد مجموعة من الأحاديث منها:

روى الإمام الترمذي بسنده في جامعه فقال: روي عن غير واحد من أهل العلم أنهم (الصحابة الكرام) شدوا أسنانهم بالذهب.⁴

وروى الحافظ سليمان الطبراني في معجمه الوسط عن عبد الله بن عمرو، أن أباه سقطت ثنيته، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يشدها بذهب.⁵

أما ما انفرد به من أدلة فنجد حادثة النبي صلى الله عليه وسلم وعلاجه مما وقع له في غزوة أحد، حيث روى الإمام البخاري بسنده عن الصحابي سهل رضي الله عنه، قال لما

¹ - من الذين طرحوا نفس الأدلة: بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الرقم الثالث، الجزء 31، 1993، ص 580. محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 88.

² - الكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء، عن يمين جبلة والشام كان هناك وقعة بل وقعتان مشهورتان يقال لهما الكلاب الأول والثاني.

³ - الإمام الحافظ أبي العلام محمد عبد الرحمان ابن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 379.

⁴ - أ المباركفوري، المرجع السابق، ص 380.

⁵ - راجع المرجع السابق، ص 380.

كسرت بِ يَضَّة¹ النبي عليه وسلم على رأسه وأدميَ وجهه وكُسِرَت رِباعيته، وكان علي يختلف بالماء في المجن² وكانت فاطمة تغسله، فلما رأت الدم يزيد على الماء كثرةً عمدت إلى حصير فأحرقتها وأصقتها على جرحه فرقأ الدم³.

واستدل على وجود جراحة تجميلية علاجية من نزع حلقتين من حلقات المغفر من وجنة النبي صلى الله عليه وسلم ووضع رماد الحصير على الجرح⁴.

كما رأى بأن ثقب الأذنان لوضع الأقراط فيها يعتبر من الجراحة التجميلية وأورد الأدلة الشرعية على إباحتها - بالرغم من اختلاف العلماء بين الجواز والمنع - ومن الأدلة في ذلك نجد حديث أم زرع التي قالت فيه: "زوجي أبو زرع، فما أبو زرع؟ أناس⁵ من حلي أذني...، قالت عائشة قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: كنت لك كأبي زرع لأم زرع"⁶.

ويرى أن وجه الدلالة من هذا الحديث أن السيدة عائشة لما أخبرت الرسول عليه الصلاة والسلام بقصة أم زرع، وأن زوجها أناس من حلي أذنيها، أي ملأ أذنيها بالحلي، فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم: كنت لك كأبي زرع لأم زرع، فدل هذا على جواز ثقب الأذن لتعليق القرط فيها⁷.

ومما أورده أيضا في مجال الجراحة التجميلية حديث المرأة القصيرة وروى في ذلك الصحابي أبو سعيد الخدري رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر الدنيا

¹ - بيضة: ما يجعله المحارب على رأسه ليقبه.

² - المجن: هو كل ما وقى من السلاح.

³ - رقأ الدم: جف وانقطع.

⁴ - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 11.

⁵ - أي حلاني قرطة وشفوفا فهي تتوس أي تتحرك لكثرتها.

⁶ - رواه الإمام البخاري في كتاب النكاح، باب حسن المعاشرة مع الأهل، حديث رقم 5189، الإمام الحافظ أبي عبد الله

محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، المجلد السادس، ص 643-645.

⁷ - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 15.

فقال: إن الدنيا خضرة حلوة، فاتقوها واتقوا النساء، ثم ذكر نسوة ثلاثا من بني إسرائيل امرأتين طويلتين تعرفان، وامرأة قصيرة لا تعرف فاتخذت رجلين من خشب...¹

واستدل على شرعية هذا الفعل بسكوت النبي صلى الله عليه وسلم عما قامت به المرأة القصيرة، من وضع رجلين من خشب لتظهر بمظهر المرأة الطويلة.²

أما الجراحة التجميلية التحسينية فقد رأى بحرمتها موافقا في ذلك من كتبوا في الموضوع ومستندا على مجموعة من الأدلة منها:

- إن التجميل طلبا للحسن فهو محرم تحريما قاطعا لأنه من عمل الشيطان وخطواته، كما قال شَيْطَانًا مَّرْعِيًّا وَلِإِنَّ نِيَّةَ اللَّهِ وَ قَالَ لِأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا نَيْتَهُمْ وَ لَأَمْرٌ تَهُ لَأَنْدُ عَفْلَامٍ يُوتِكُلَامٌ إِنْ أَنْتَهُمْ أَمْ فَذِي غَيْرٍ نَ خَلَقَ اللَّهُ³.

- تحريم النبي صلى الله عليه وسلم كل تغيير لمعالم الوجه إذا كان فقط طلبا للتجميل والتماسا للحسن، كالوشم والوصل والتفليج والتمص، فعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لعن الله الواشمات و المستوشمات، والنامصات والمنتمصات، والفالجات والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله".⁴

¹ - البنا: أخرجه مسلم، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه، ورجاله عند أحمد ثقات، كتاب المدح والذم، الجزء 19، ص 303.

أشار إليه: طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 15.

² - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 15-16.

³ - سورة النساء، الآيات: 117 . 118 . 119 .

⁴ -حديث مشار إليه سابقا. Le tatouage الوشم: هو وضع علامات باستعمال إبرة ومداد أو كحل من أجل أن يصبح هذا الموضع أخضر أو أزرق اللون، والمستوشمة هي التي يقع عليها هذا العمل. أما النمص فهو إزالة الشعر من الحاجب لجعله رفيعا، و المنتمصه هي التي تطلب هذا العمل، أما النامصة= فهي التي تقوم به. أما الفلج فهو إنفراج ما بين السنيتين المتلاصقتين بالمبرد ونحوه، وهو عمل تستحسنه النساء أشار إلى هذا الشرخ، رابيس محمد، المرجع السابق، ص 155، الهامش الخامس.

واستدل من هذا الحديث أنه جمع بين تغيير الخلقة وطلب الحسن، وهذان المعنيان موجودان في الجراحة التجميلية التحسينية، لأنها تغيير للخلقة بقصد الزيادة في الحسن، فتعتبر داخلة في هذا الوعيد الشديد ولا يجوز فعلها.¹

-إن هذه الجراحة تتضمن في عدد من صورها الغش والتدليس وهو محرم شرعا، ففيها إعادة صورة الشباب للكهل والمسن في وجهه وجسده وذلك مفض للوقوع في المحذور من غش الأزواج من قبل النساء اللاتي يفعلن ذلك، وغش الزوجات من قبل الرجال الذين يفعلون ذلك.²

وبهذا فنرى بأن الأستاذ طالب عبد الرحمن لم يأت بجديد يميز الفقه الجزائري وإنما اقتصر دوره على نقل رأي الشريعة الإسلامية فقط مع إيراد أدلة التحليل أو التحريم في الجراحة التجميلية بصفة عامة.

أما الأستاذ بلحاج العربي فقد ساهم في الموضوع برأي يستند هو الآخر إلى أحكام الشريعة الإسلامية فتكلم عن شرعية الجراحة التجميلية الهادفة إلى استبدال جزء من جسم الإنسان بالذهب كما هو الشأن في الأسنان والعظام.

وخلاصة القول أن الفقه الجزائري لم يستطع أن يستقل بموقف مميّز وإنما نقل رأي الشريعة الإسلامية، مغيبا رأي المشرع الجزائري بل وحتى القاضي الجزائري لعدم وجود الرأي الصريح في الموضوع لديهما.

¹ - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 17-18.

² - راجع المرجع السابق، ص 18.

المطلب الرابع موقف الشريعة الإسلامية

فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا الجراحة التجميلية إلى نوعين جراحة تجميلية تصليحية وجراحة تجميلية تحسينية فالجراحة التجميلية التصليحية هي ما تدعو إليه الضرورة من إصلاح العيوب الخلقية التي يولد بها الإنسان كالشق في الشفة العليا أو العيوب الناشئة عن الحوادث والحرائق كتشوه الجلد، أما الجراحة التجميلية التحسينية هي ما لاتدعو إليه الحاجة ولكن يقصد بها الغلو في مقاييس الجمال كتزويق الأنف أو تفليج الأسنان، حيث أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية النوع الأول (الفرع الأول) وحظروا النوع الثاني مستنديين إلى العديد من الأدلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول الجراحة التجميلية التصليحية

هذا النوع من الجراحة التجميلية يجيزه الفقهاء المسلمون استنادا إلى العديد من الأدلة العقلية والنقلية.

أولا- الأدلة العقلية

- هذه الجراحة التجميلية وجدت على أساس الحاجة الموجبة للتغيير فأوجب استثناءه من النصوص الموجبة للتحريم، التي يقول فيها الرسول صلي الله عليه وسلم " المتفلجات للحسن المغيرات خلق الله"، والتي وردت في كتاب الله قوله جل وعلا " ولأمرنهم فليغيرن خلق الله".

فهذا النوع لا يشتمل على تغيير الخلقة قصدا، لأن الأصل فيه أن يقصد منه إزالة الضرر، وإنما التجميل والحسن جاء تبعا، إضافة إلى ذلك فإن إزالة التشوهات والعيوب الطارئة يعتبر مندرجا تحت الأصل الموجب لجواز معالجتها، فالشخص مثلا إذا احترق ظهره أذن له في

العلاج، وذلك بإزالة الضرر وأثره، لأنه لم يرد نص يستثني الأثر من الحكم الموجب لجواز مداواة تلك الحروق، فيستصحب حكمه إلى الآثار، ويؤذن له بإزالتها.¹

- إن ترك هذه التشوهات في بدن الإنسان يؤثر على نفسيته، ويقلل من شأنها ويضعفها، والمصطفى صلى الله عليه وسلم في هديه في علاج المرضى، أمر بتطبيب نفوسهم وتقوية قلوبهم، فقد روى ابن ماجة في سننه من حديث أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا دخلتم على المريض، فنفسوا له في الأجل، فإن ذلك لا يرد شيئاً، وهو يطيب نفس المريض".

فالمصطفى صلوات الله وسلامه عليه اهتم بنفسية المريض وتفريجها وتطبيب قلبه، وإدخال ما يسره عليه، فوجود التشوهات في البدن يدخل الهم والغم إلى النفس، ومن ثم كانت إزالة هذه التشوهات واجبة.²

-إن العيوب التي تبدو على الجسم البشري تشتمل على ضرر حسي ومعنوي، وهو موجب للترخيص بفعل الجراحة، لأنها تعتبر حاجة، فتتزل منزلة الضرورة ويرخص بإجرائها إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقول: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"

وفي هذا السياق يقول الشيخ أحمد الألوسي: "...إزالة الضرر الحسي والمعنوي أثر معروف من هديه صلى الله عليه وسلم، فإذا كان من هديه صلى الله عليه وسلم اختيار الاسم الحسن للمولود حتى لا يكون محلاً للسخرية والاستهزاء والتشاؤم والتطير، فإن إزالة التشوهات والعيوب الطارئة وغير الطارئة، الضرورية منها و الحاجية سائغ من باب أولى".³

¹ - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 9-10.

² - محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 89.

³ - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 7-8.

ثانيا - الأدلة النقلية

أما الأدلة النقلية في شرعية الجراحة التجميلية التصليحية، فكثيرة أشهرها:

- ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية في كتاب الكراهية حكم اتخاذ الأنف من الذهب، وروى في ذلك الإمام ابن حبان بسنده عن الصحابي عجرفة بن سعد التميمي، أنه أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من ورق، فأنتن عليه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب.

فهذه عملية جراحية تجميلية للأنف، وقعت بإذن النبي صلى الله عليه وسلم، وقد برع المسلمون الأوائل في ممارسة هذا النوع من العمليات، وخير مثال على ذلك، أنهم قد توصلوا إلى نوع المعدن الذي يوافق العضو المقطوع، ويستطاع عن طريقه دفع الرائحة التي كان يتأذى منها من أجريت له هذه العملية، كما يظهر من إذن النبي صلى الله عليه وسلم لعجرفة أن يتخذ الأنف من الذهب بدلا من الفضة، لأن الذهب أذع للعفونة ولكريه الرائحة المنبعثة من الفضة.¹

- ويستدل كذلك على معرفة المسلمين الأوائل لعمليات جراحة التجميل بما نص عليه الفقهاء في باب الإمامة من أن جدد الأنف وسمل إحدى العينين ونحو ذلك، يمنع من انعقاد الإمامة، مما يوحي بأن إزالتها واجبة، وقد قال هؤلاء الفقهاء: "إنه يمنع من انعقاد الإمامة ما شان وما قبح، ولم يؤثر في عمل ولا نهضة، كجدع الأنف، وسمل العينين..

فالسلمة منه تكون شرتا معتبرا في عقدها ليسلم ولالة الملة من شين يعاب، ونقص يزري فنقل الهيبية، وفي قلتها نفور عن الطاعة، وما أدى إلى هذا فهو نقص في حقوق الأمة".²

بناءا عليه فإن سلمة النفس والبدن من العيوب من الشروط الضرورية للقيادة العسكرية والمدنية ولصلاحية الإمام والقاضي في ممارسته لعمله في الإمامة والقضاء، لما لهذه السلمة

²-محمد سامي الشوا، المرجع السابق،مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات،ص151.

1-الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1960، ص 18. أشار إليه عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 408.

الجسدية من أثر كبير على الناس أو الخصوم، لقبول الأحكام واحترامها وخضوعهم للقائد والإمام بفعل الهيبة التي يلزم أن يتمتع بها هؤلاء.

لذلك يذكر البعض قائلاً ما يلي: "وليس القول بجواز إزالة العيب الخلقي مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، بل على العكس، فإنها إن لم تكن توجبه فهي لا تحرمه".¹

ولعل السيرة النبوية تؤكد أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان أول من أجرى عملية تجميل وهي "رد عين قتادة"، ففي إحدى الغزوات، أصيب الصحابي الجليل "قتادة" في عينه فسالت، فتلقاها الصحابي في يده، وذهب بها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم: "دعها وأسأل الله لك الجنة، فقال قتادة: يا رسول الله، إنني رجل مبتلي بحب النساء، وأخاف أن يقلن أنني أعور، فردها إلي وسل الله لي الجنة، فردها المصطفى صلى الله عليه وسلم إليه، فكانت أجمل من الأخرى، وكانت لا ترمد، إذا رمدت الثانية".²

وقد عرض الفقهاء المسلمون لنوع آخر من جراحة التجميل، وهو قطع الأصبع الزائدة. ففي الظهيرية "أراد الرجل أن يقطع أصبعاً زائدة أو شيئاً آخر، قال نصير رحمه الله: إن كان الغالب على من قطع مثل ذلك الهلاك فلا يفعل، وإن كان الغالب هو النجاة فهو في سعة من ذلك".³

وقد قرر الشرع أن إزالة الزوائد التي ولد بها الإنسان بالقطع من أجل التجميل لا توجب مسؤولية الطبيب إلا إذا قطعت بدون رضا صاحبها، أما إذا قطعت بإذن ورضا صاحبها، وكان عمل الطبيب موافقاً للرسم المعتاد من أمثاله في إجراء مثل هذه الجراحات، بحيث لا ينبغي أن يترتب على ذلك ضرر أكبر، بل يجوز إزالة الزوائد - التشوهات - إذا لم تكن

2- منذر الفضل، المرجع السابق، ص 14-15.

3- ماجدة أبو المجد، منتصر مرعي، نور الدين بن مالك، المرجع السابق، ص 9.

1- حسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 219-220.

موجودة في أصل الخلقة، وإنما حدثت نتيجة مرض أو حادث، لأن القطع هنا يدخل في التداوي المأذون به شريطة عدم الخوف من السرايه-الضرر -¹.

كذلك عرض الفقهاء لنوع آخر من جراحة التجميل في طب الأسنان وهو نشر الضرس المعوج أو برده بالمبرد . فنجد مثلا في كتاب "تاريخ الطب والصيدلة عند العرب" موضوعا بعنوان "تقويم الأسنان" ومما جاء فيه إذا نبتت الأضراس على غير مجراها الطبيعي، فتقبح بذلك الصورة، ولا سيما إذا حدث ذلك عند النساء والرقيق، فينبغي أن ينظر أولا "إن كان الضرس قد نبت خلف ضرس آخر، ولم يتمكن من نشره أو برده فاقلعه".²

والجدير بالذكر أنه ثمة مجموعة من الصحابة رضوان الله عليهم قاموا بجراحة تجميلية لأسنانهم ومنهم: عبد الله بن عمرو، وعبد الله بن عبد الله بن أبي سلول، وأنس بن مالك، والمغيرة بن شعبة.

روى الإمام الترمذي بسنده في جامعه فقال: روي عن غير واحد من أهل العلم أنهم (الصحابة الكرام) شدوا أسنانهم بالذهب.

وروى الحافظ سليمان الطبراني في معجمه الأوسط عن عبد الله بن عمرو، أن أباه سقطت ثنيته، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يشدها بالذهب.

وروى ابن قانع في معجم الصحابة، عن عبد الله بن عبد الله بن أبي سلول قال: اندقت ثنيتي يوم أحد فأمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أتخذ ثنية من ذهب.

وقد لخص العلامة أحمد عبد الرحمن البنا الحكم الشرعي في قضية جراحة الأسنان وربطها بالذهب فقال: "هذه الأحاديث والآثار تدل على جواز اتخاذ السن ونحوه من ذهب للضرورة ولم أعلم خلافا في ذلك".³

هذه بعض الأدلة في شرعية الجراحة التجميلية العلاجية.

2-رايس محمد، المرجع السابق، ص 155.

3-محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 88.

1-طالب عبد الرحمن، المرجع، السابق، ص ص12-14.

وخلاصة القول أن الشريعة الإسلامية ترى أن الطبيب على أساس الإباحة له بالعمل، ورضا المريض الراغب في إجراء التجميل، لا يسأل متى كان عمله موافقا لما رسمه الطب، وأهل الذكر في أمثال هذه العمليات.¹

الفرع الثاني

الجراحة التجميلية التحسينية

إن هذا النوع من الجراحة لا تدعو إليه الحاجة، ولكن يقصد به الغلو في مقاييس الجمال والحسن وهذا النوع يدخل في دائرة الحرمة والنهي.² وذلك استنادا إلى ما يلي:

- إن التجميل طلبا للحسن فهو محرم تحريما قاطعا، لأنه من عمل الشيطان وخطواته³، كما قال عز وجل: "لِيُنْزَعُ عَنْ مِثْلِ هَذِهِ الْأَنْدَادِ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يُرِيدُونَ بِطُكُلِ اللَّهِ كَلًّا" **﴿117﴾** "ذَهَبَ اللَّهُ" و "قَالَ تَذَنُّونَ بِأَدْكُصِ مَيْفَلٍ وَضَاءً" **﴿118﴾** "لَتَهْوَمَ لَهُمْ لَهْمُ قُرْ نَهْفَلِيمُ بِ تَكُنَّ دَانَ وَالْأَنْلَاهُ امِ نَهْفَلِيمُ غَيْرُ نَحْ لَقِ اللَّهُ ...".⁴

- تحريم النبي صلى الله عليه وسلم كل تغيير لمعالم الوجه، إذا كان فقط طلبا للتجميل والتماسا للحسن، كالوشم و الوصل و التفلج والتمصص، فعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لعن الله الواشمات والمستوشمات، والنامصات والمتمصصات، والنفالجات والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله".⁵

فهذا الحديث يدل دلالة قاطعة على تحريم عمليات التجميل التي يقصد منها الغش والخداع، كما تفعل بعض العجائز ليوهمن الناس أنهن صغيرات، أو كما تفعله المرأة الذميمة لتوهم

2- عبد السلام التونسي، المرجع السابق، ص 409-410.

3- محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 90.

4- ماجدة أبو المجد، منتصر مرعي، نور الدين بن مالك، المرجع السابق، ص 7.

5- سورة النساء الآيات: 117-118-119.

¹ محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 91.

الناس أنها جميلة، فهذا كله وأمثاله عمل منهي عنه، لما في ذلك من تغيير للخلقة الأصلية والتدليس.¹

-لا يجوز إجراء هذا النوع من العمليات للمبررات التالية:²
-إن الأصل يقتضي حرمة الإقدام على تغيير خلقة الله تعالى بقطع الأعضاء واستئصالها ما لم توجد حاجة داعية إلى فعل ذلك، وحيث أن هذه العمليات لم تتوفر فيها أسباب معتبرة شرعا للحكم بجوازها، فإنها تعتبر باقية على حكم الأصل.
-إن هذه الجراحة لا يتم فعلها في الغالب إلا باستخدام بعض المحظورات ومنها التخدير، ومن المعلوم أن التخدير في الأصل محرم شرعا إلا في الحالات المرخص بها وهي الضرورة، وفي هذا النوع من العمليات لم تتوفر الضرورة أو الحاجة، وعليه فإنه يعتبر باق على الأصل الموجب لحرمة استعماله.
-إن هذه العمليات لا تخلو من الخطورة والمضاعفات التي قد تنشأ عنها.

المبحث الثاني:

شروط مشروعية الجراحة التجميلية

يشترط لإجراء جراحة التجميل الحصول على رضا المريض المتبصر والمستتير (المطلب الأول)، أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص في إجراء العملية (المطلب الثاني)، أن يلتزم الحيطة والحذر في إجراء العملية (المطلب الثالث) وأن تتناسب مخاطر العملية وفوائدها (المطلب الرابع).

2-طالب عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 18.

3-منصور المعاينة، شفت الدهون قد يكون قاتلا، مجلة الأمن و الحياة، العدد 223، السنة 20، الإمارات، 2001، ص 63.

المطلب الأول

رضا المريض في الجراحة التجميلية

لا تمارس جراحة التجميل في الأصل لغرض علاجي فهي تجرى في ظروف هادئة ومتأنية- في أغلب الأحوال- ويكون المريض في حالة تامة من اليقظة والتبصر مما يستدعي شروطا خاصة في رضائه (الفرع الأول) حيث تتطلب هذه الجراحة موافقة المريض أو من ينوبه قانونا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط الرضا

تنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: "يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة ..".

يتضح من نص المادة أنه يجب أن يكون رضا المريض حرا (أولا) و متبصرا (ثانيا).

أولا- رضا حر

لا يكفي أن يكون المريض على دراية بوضعه الصحي و كل ما يترتب على ذلك وقت إعطاء موافقته على العمل الطبي، و إنما يشترط كذلك أن يكون هذا الرضا حرا و بعيدا عن كل تأثير أو ضغط أيا كان نوعه.¹

¹ - علي فيلاي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الرقم الثالث، الجزء 36 ، 1998 ، ص 47.

و نذكر في هذا الشأن أنه بمقتضى القواعد العامة يشترط لصحة الرضا أن يكون خاليا من عيوب الرضا و هي الغلط، الإكراه، التدليس و حتى الاستغلال ومثال ذلك أن يتعاقد مريض مع طبيب لإجراء عملية جراحية نظرا لسمعته المعروفة غير أنه يتضح أن هذا الطبيب ليس ذلك الذي يود المريض إجراء الجراحة لديه ، بل وقع في غلط نتيجة تشابه في الأسماء فيكون قد وقع في غلط في ذات التعاقد.¹

كذلك إذا كتم الطبيب بعض الأخطار الهامة التي يتضمنها العمل الطبي بقصد الحصول على رضا المريض فإنه يقوم بتدليس يفسد رضا المريض.²

أيضا قد يستغل الطبيب الضعف النفسي لمريضه يعتريه الطيش البين أو الهوى الجامح لطلب أتعاب تتفاوت والخدمات المقدمة من طرفه،³ فيحق للمريض في هذه الحالات إبطال العقد.⁴

ثانيا- رضا متبصر

تشرط المادتان 43 و 44 من مدونة أخلاقيات الطب أن تكون موافقة المريض موافقة حرة و متبصرة، و لا يكون ذلك إلا بمساهمة الطبيب إذ يجب على هذا الأخير أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن تدخله الطبي.⁴

¹ - عشوش كريم ، المرجع السابق ، ص 26 .

² - علي فيلالي، المرجع السابق ، ص 47 .

³ - عشوش كريم، المرجع السابق، ص 27 .

⁴ - المادتان: 43 و 44 من مدونة أخلاقيات الطب.

لذا فمن واجب الطبيب تبصير المريض و إمداده بكافة المعلومات المتعلقة بالعملية، و يجب أن تكون المعلومات المقدمة بسيطة مفهومة كاملة ووفية يسهل إدراكها و فهمها بحيث تسمح للمريض بأن يتخذ قراره و هو على بينة من أمره.¹

حرص على تأكيد هذا المعنى الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان المريض والصادر في 17/نوفمبر/1972 و الذي ورد في مادته الثانية: " من حق المريض أن يحصل من طبيبه على كافة المعلومات المتعلقة بتشخيص المرض الذي يعاني منه وأسلوب علاجه وطريقة فحصه و ذلك من خلال عبارات يفترض فيها سهولة الفهم ".²

إضافة إلى ذلك يجب على الطبيب إعلام الشخص المقدم على العملية بكل الأخطار، فإذا كان الطبيب لا يلتزم سوى بإخبار المريض عن الأخطار المتوقع حدوثها عادة فإن الأمر يختلف بالنسبة لعمليات جراحة التجميل والتي تحتم عليه أن يعلم المريض بكل الأخطار حتى ولو كانت خفيفة أو نادرة وبصفة دقيقة.³

لذلك فإن واجب التبصير والحصول على الرضا المستتير يكون أكثر لزوما وشدة إذا تعلق الأمر بجراحة تجميل.⁴

بلور هذه الاتجاه وبشكل واضح القضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة السين بمسؤولية الطبيب وتتلخص وقائع القضية في أن سيدة كتبت إلى جراح تجميل تسأله بعض المعلومات

¹- "L'information doit être: simple, intelligible, complète et loyale". Angelo castelletta, responsabilité médicale, droits des malades, dalloz, paris, 2002, p131.

²- محمد سامي الشوا، المرجع السابق ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 168 .

³-Daniel rouge ,louis arbus ,michel costagliola,op, cit, p108. Angelo castelletta, op, cit, p132.

أيضا: أحلوش بولحبال زينب ، رضا المريض في التصرفات الطبية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2000 -2001، ص 95 .

⁴- أحلوش بولحبال زينب، المرجع السابق، ص 94 .

الصحيحة وبغير حرج عن آثار عملية جراحة التجميل وهل تستطيع بعد إجرائها أن تعيش حياتها العادية وهل هناك مخاطر محتملة لإجراء العملية ؟ وقد أجاب الجراح بالقول بأنه سبق أن أجرى العديد من العمليات الناجحة في هذا الشأن وأن مثل هذه العمليات تقتضي الراحة لمدة خمسة عشر يوماً، وقد أجريت العملية بالفعل على المريضة والتي ترتب عليها إصابة هذه الأخيرة ببعض الأضرار.

قررت المحكمة بوجود مساءلة الطبيب عن هذه الأضرار واستندت في ذلك أن إجابات الطبيب لم تتطو على إيضاح كاف وأن ما ذكره الطبيب لم يكن وافياً حتى يتسنى للمريضة إعطاء موافقتها المستتيرة.¹

في نفس الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الطبيب وتتلخص وقائع القضية في أن سيدة تبلغ من العمر ستة وستين عاماً أبرمت مع جراح تجميل اتفاقاً مؤداه التزامه في أن يجري لها عملية جراحية لإزالة الغضون والجيوب الموجودة أسفل عينها، وقد انتهت هذه العملية بإصابة العين اليسرى للمريضة بفقد الأبصار.

قررت محكمة النقض في هذا الشأن " أن الطبيب لا يلتزم بإخبار المريض إلا عن الأخطار المتوقعة عادة، فإذا كانت مخاطر العمل الجراحي تافهة بالنسبة لمباشرة جراحة معينة فإن الطبيب لا يسأل عن عدم الإفصاح عن المخاطر النادرة للعملية ، ولكن إذا تعلق الأمر بعملية جراحة تجميل فإن مخاطرها مهما كانت نادرة الحدوث يجب أن يعلن عنها للمريض حتى يكون رضائه وقراره بإجراء الجراحة من عدمه صادرين عن وعي كامل ومستتير ذلك أن الأمر لا يتعلق بعلاج مرض ولكن مجرد إصلاح عيب بسيط لدى سيدة بلغت من العمر ستة وستين عاماً".²

¹ - حكم محكمة السين، في: 25 /جوان/1951، أشار إليه: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 169.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية في 17/نوفمبر/1969 أشار إليه: عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص 194-195.

تم التأكيد على هذا الشرط من خلال قانون 303-2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العامة، إذ نصت المادة 2-6322 L الواردة في هذا القانون على مايلي: "يجب قبل كل استفاة من خدمات الجراحة التجميلية أن يقوم الجراح بإعلام المريض أو ممثله الشرعي عن الأخطار والنتائج والمضاعفات المحتملة. هذه المعلومات يجب أن ترفق بتقدير للتكاليف يكون مفصلا".¹

لذلك من الضروري أن تكون هناك مدة من الوقت تفصل بين الاستشارة والتدخل الجراحي، ذلك أن هاته التدخلات الجراحية لا توصف لا بالعجلة ولا بالضرورة، وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف ليون في 08/جانفي/1981 بعدم مسؤولية الجراح وذلك لأنه احترم مدة التفكير قبل مباشرة هذه الجراحة من جهة، وأبلغ المريض جيدا بالأخطار وخصوصا آثار الجروح من جهة أخرى، وعليه ظهر للقضاة أنه من غير المعقول أن يكون المريض قد أقدم على هذا التدخل الجراحي بدون أن يكون قد استوفى المعلومات المرتبطة بشروط التدخل والطريقة أو التقنية المعتمدة، وعليه فلم يأخذ القضاة بطلبات المريض الخاصة بالنوعية السيئة للآثار المترتبة عن التدخل الجراحي.²

تم التأكيد على هذا الشرط بموجب المادة 2-6322 L الواردة في القانون 303-2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العامة إذ نصت على

¹ - المادة 2 - 6322 L الواردة في القانون 303-2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العامة.

ونص الميثاق الجزائري صراحة على ضرورة إعلام الطبيب المريض بالأخطار المحتملة في ميدان انتزاع الأعضاء وزراعتها، إذ جاء في المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: "ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع..". ولذلك يمكن الاستئناس بهذه المادة في مجال جراحة التجميل في الجزائر.

² - قرار محكمة استئناف ليون في 8/جانفي/1981، أشار إليه:

مايلي: "... يجب أن يحدد أجل معين يحترم من طرف الطبيب بين تسليم فاتورة التكاليف ويوم العملية..".¹

جاء الأمر 777-2005 المتعلق بمدة التفكير المنصوص عليها في المادة 2-L6322 من قانون الصحة والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية المعدل لقانون الصحة العامة ليحدد تلك المدة، إذ نصت المادة 1-D766-2-1 الواردة في هذا الأمر على مايلي: "يجب أن تكون هناك مدة 15 يوما فاصلة بين تقديم الوثيقة الممضاة والمؤرخة من الاختصاصي والمتضمنة تقريرا تفصيليا عن التدخل الجراحي وكلفته، والإقدام على التدخل الجراحي".²

الجدير بالذكر أن موافقة المريض التي يجب الحصول عليها قبل تنفيذ العمل الجراحي تقتصر على هذا العمل المقترح فقط ، ومن ثم يجب تجديدها كلما تطلب الأمر عملا جراحيا آخر، وعليه فإن موافقة المريض على عمل جراحي ما لا يسمح للطبيب القيام بعمل جراحي آخر ولو كان مكملا للعمل الأول.³

بلور هذا الإتجاه القضاء الفرنسي ، فقد أصدرت محكمة استئناف دوبييه في 10/جويلية/1946 حكما في قضية تتلخص وقائعها أن شخصا راجع أحد الأطباء في مدينة ليل لأنه كان يشكو من تورم طفيف في الثلث الأعلى من ذراعه اليسرى، وبعد الفحص

¹ - المادة 2-6322 L الواردة في القانون 303-2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العامة.

² - المادة 1-D766-2-1 الواردة في الأمر 777-2005 المتعلق بمدة التفكير والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية المعدل لقانون الصحة العامة.

³ - من الناحية العملية قد يواجه الطبيب بعض الصعوبات، فقد يحصل على موافقة المريض للقيام بعملية جراحية ما، وعند مباشرة هذه العملية يتبين للجراح أنه لا بد من عملية أخرى، فهل يلزم الجراح في هذه الحالة أن يتوقف عن العملية الثانية حتى الحصول على موافقة المريض أم له أن يكمل العملية؟ يميز غالبية الفقه المقارن بين الأعمال الطبية العادية أي تلك التي لا تتطوي على مخاطر غير عادية، وهي لا تحتاج إلى موافقة جديدة من طرف المريض، والأعمال الطبية التي قد تمثل خطرا جديا على المريض والتي تتطلب موافقة جديدة. علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص 44-46 .

شخص الطبيب المرض بأنه تورم عضلي عادي يضغط على أعصاب المرفق فيؤدي إلى الألم الذي يشكو منه المريض.

قام الطبيب بتوجيه النصح والإرشاد لمريضه بإجراء العملية لأنها بسيطة مؤكدا له نجاحها ، فوافق المريض على ذلك، وعند قيامه باستئصال الورم تبين له أن الورم ليس وربما عادياوما نما ورم خبيث فقام باستئصاله فورا وبدون إشعار المريض أو حصول موافقته، وبعد يوم واحد وحين أفاق المريض من المخدر عرف حقيقة الأمر وعلم أن ذراعه أصبحت عاجزة وعاطلة عن الحركة ، فاشتد به الغضب ولجأ إلى القضاء مطالبا بتعويضه عن الضرر.

لما عرض النزاع أمام محكمة الاستئناف المذكورة قضت بأن على الطبيب أن يحصل على رضا المريض قبل إجراء العملية وأن هذا الالتزام تحتمه ضرورة احترام حرية الإنسان وسلامته ، وأن على الطبيب أن يخطر مريضه بحقيقة ما تتطوي عليه العملية من مخاطر لا سيما إذا كانت هذه المخاطر تصل إلى حد فقدان أو تعطيل عضو من أعضاء جسم المريض ولهذا فإن الطبيب يعد مخطئا في ذلك ¹.

الفرع الثاني

المعني بالرضا

تنص المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها: " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك .. ".

¹ قرار محكمة استئناف دوبيه في: 10/جويلية/1946 أشار إليه : عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 99 . محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 65-66.

أولا-موافقة المريض

من البديهي والمنطقي أن تكون الموافقة على العمل الجراحي من طرف المريض لكون الأمر يتعلق بحقه في سلامته البدنية¹، وعملا بالقواعد العامة يكون المريض أهلا لإعطاء موافقته على العمل الجراحي إذا كانت له الأهلية المدنية الكاملة بمعنى أن يكون راشدا و متمتعا بكامل قواه العقلية لكون التمييز هو مناط الأهلية.²

وباستثناء بعض الأمراض العقلية كالجنون و العته³ لا ينال المرض عموما من أهلية المريض الذي يستطيع قانونا أن يعبر عن رضائه.⁴

و يشترط فريق من الفقه المقارن موافقة أحد الزوجين في حالة إجراء الطرف الآخر عملية تجميل، و من الفقهاء من ينازع هذا الرأي لافتقاره إلى أي سند قانوني⁵، إضافة إلى أنه ليس للزوج حق وصاية على الزوجة بخصوص ممارسة حقوقها الشخصية،⁶ ومن ثم فلا يجوز لأحد الزوجين أن يجبر الآخر على الخضوع لعملية تجميل و هذا ما أكدته محكمة ليون حيث قضت بتقرير مسؤولية الزوج عن الأضرار التي لحقت بزوجته نتيجة لإجبارها على الخضوع لعملية جراحة تجميل بأحد ثدييها و باءت بالفشل.⁷

¹ - علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 53.

² - تنص المادة 40 فقرة أولى من القانون المدني: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يجبر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

³ - تنص المادة 42 فقرة أولى من القانون المدني: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز، لصغر في السن أو عته أو جنون".

⁴ - علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 53 .

⁵ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 170.

⁶ - علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 53.

⁷ - حكم محكمة ليون، في: 27 /جوان/1913 أشار إليه ، محمد سامي الشوا، المرجع السابق ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص 170.

و إذا كان الأصل أن يتعاقد المريض بنفسه مع الطبيب إلا أن هناك حالات تستدعي موافقة من يمثله.

ثانيا-موافقة ممثل المريض

يتضح من أحكام الفقرة الثانية من المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها أن هناك ثلاث حالات تستدعي موافقة ممثل المريض وهي على التوالي: حالة القصر، حالة المريض العاجز عن التمييز وحالة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن إرادته.

أ/حالة القصر

نصت المادة 52 فقرة أولى من مدونة أخلاقيات الطب: " يتعين على الطبيب المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ، أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم".¹

فطبقا لهذا النص يجب على جراح التجميل قبل اجراء العملية لقاصر الحصول على موافقة الولي الأب أو الأم ، أو الحصول على موافقة الممثل الشرعي الوصي أو المقدم ، وبترتب على ذلك نتيجتان:

الأولى: أن هذا الشخص يكون هو الدائن بالالتزام بالتبصير الذي يقع على عاتق الطبيب فهذا الأخير يجب أن يبصر من يباشر السلطة على القاصر بطبيعة العمل الجراحي و المخاطر التي تلابس تطبيقه حتى المخاطر النادرة الحدوث كما أوردنا ذلك سابقا. ولا يختلف محتوى المعلومات التي يتعين الإفضاء بها في حالة المريض القاصر عنه في حالة المريض البالغ الذي يتلقى المعلومات بنفسه، ففي الحالتين يجب إعطاء معلومات صادقة وأمينة يتيسر فهمها ووفية.

¹ - المادة 52 فقرة أولى من مدونة أخلاقيات الطب.

الثانية: إذا تم تبصير صاحب الحق في مباشرة السلطة على القاصر، فلا يجوز مباشرة الجراحة إلا بعد الحصول على رضائه الحر.¹

غير أن حق الأب أو الأم في الموافقة على الأعمال الجراحية ليس مطلقاً، حيث تنص المادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب: " يجب أن يكون الطبيب حامياً الطفل للمريض عندما يرى مصلحة هذا الأخير الصحية لا تحظى بالتفهم اللائق أو باعتبار المحيط لها.²

أما بالنسبة للقاصر المميز، إذا كان الأستاذ علي فيلالي يرى بأنه يمكن للطبيب أن يكتفي بموافقة هذا الأخير خاصة و أن المادة 83 من قانون الأسرة تقضي بنفاذ التصرفات التي يقوم بها من بلغ سن التمييز دون سن الرشد إذا كانت نافعة³ فإن هذا الحكم لا يمكن إسقاطه على الأعمال الجراحية التجميلية ذلك أن هذه الجراحة تعتبر من الأعمال الطبية ذات المخاطر مما يستوجب موافقة ممثله لأن النفع فيها ليس محضاً.

ب/ حالة المريض العاجز عن التمييز

إهتم القانون اهتماماً كبيراً بتنظيم حالات فقد الأهلية بسبب السن أو الحالة العقلية و لكنه على العكس أهمل حالة انعدام الأهلية التي تنشأ عن فقدان الوعي بصورة مؤقتة بسبب المرض، أو على إثر حادثة، أو نتيجة التخدير في عملية جراحية.⁴

هاته الحالة التي يكون فيها المريض تجعله غير قادر على التمييز و من ثم لا يكون أهلاً لإعطاء موافقته على الأعمال الجراحية المقترحة.⁵

¹ - جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص ص 32-34.

² - المادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب.

³ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 54-55 .

⁴ - جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 60.

⁵ - المادة 42 فقرة أولى من القانون المدني .

و بالرجوع إلى أحكام المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب فإنه يشترط موافقة الولي أو الممثل الشرعي.¹

ج/حالة المريض العاجز عن التعبير عن إرادته

على عكس الحالة السابقة فإن المريض قادر على التمييز إلا أنه يتعذر عليه التعبير عن رضائه إذا اجتمعت فيه عاهتين البكم و الصم مثلا، و قد ألحق المشرع هذه الحالة بالحالة السابقة، حيث يشترط موافقة الأشخاص المخول لهم ذلك عوض موافقة المريض.²

الفرع الثالث

شكل الرضا و إثباته

سنتطرق إلى كيفية الموافقة على الأعمال الجراحية التجميلية (أولا) و مسألة الاثبات إذا ثار نزاع بين المريض و طبيبه على هاته الموافقة (ثانيا).

أولا- شكل الرضا

تتم الموافقة على الأعمال الجراحية - عموما - شفها فيجوز للمريض أو الشخص المخول له إبداء الموافقة أن يعبر عن موافقته بالطريقة التي يختارها، فقد يتم ذلك بالكلام أو الإشارة أو أي طريقة أخرى توحى الرغبة في إجراء العمل الجراحي.³

غير أن هناك استثناءين اشترط فيهما المشرع الجزائري الموافقة الكتابية و ذلك في حالة انتزاع وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية، وحالة تشريح الموتى من أجل هدف علمي.⁴

¹ - المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب.

² - تنص المادة 80 من القانون المدني : "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، و تعذر عليه بسبب تلك لعاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.. ".
لكن بخصوص موافقة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن رضائه فلا حاجة لتعيين مساعد قضائي، بل يشترط موافقة الأشخاص المخول لهم ذلك طبقا للمادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 56 .

³ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 56.

⁴ - تنص المادة 162 فقرة أولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها : " لا يجوز انتزاع الأنسجة

الملاحظ أن المشرع الجزائري أخضع الرضا لشكل معين في الحالتين السابقتين نتيجة لخطورة العمل الجراحي ، فهل أخضع الجراحة التجميلية لنفس الشكل ؟

ما تجدر الإشارة إليه أنه لا يوجد نص خاص يبين كيفية الموافقة على الأعمال الجراحية التجميلية، و في ظل غياب نص خاص و ما هو معمول به عمليا في العيادات الخاصة بجراحة التجميل أن الموافقة على مثل هذه الأعمال يتم شفويا، بالرغم من إمكانية الاستئناس بالمادة 162 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تشترط الموافقة الكتابية في حالة انتزاع الأعضاء وزرعها وذلك بسبب خطورة التدخل الجراحي التجميلي.

لكن الوضع في فرنسا يختلف عما هو معمول به في الجزائر ، إذ تتم الموافقة على الأعمال الجراحية التجميلية كتابيا ، حيث يتم توقيع وثيقة من طرف المريض تشتمل على توضيح جراح التجميل كل مخاطر هذا التدخل الجراحي المتوقعة و الاستثنائية و ما يترتب على ذلك من نتائج و بصورة واضحة.¹

ثانيا- إثبات الرضا

أ/عبء إثبات الرضا

يقع عبء الإثبات على المريض سواء تعلق الأمر بالإعلام على النتيجة أو على مخاطر التدخل الجراحي ، وهذا ما أكدته محكمة استئناف غرونوبل في 11/جوان/1975 إذ

أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه..". و تشترط كذلك المادة 168 الفقرة الثالثة من نفس القانون إبداء الموافقة الكتابية في حالة تشريح الموتى من أجل هدف علمي ، و يكون ذلك بموافقة المعنى بالأمر و هو على قيد الحياة أو موافقة ذويه.

²- Edouard mahe, sylvie poignonec , jacques soudant , georges lamas , regard et paupières apport de la chirurgie esthétique , les monographies wagram , N° 28 , CCA édition , 1999 , p 47 et 48.

لم تحمل الجراح المسؤولية أثناء عرض نزاع حول التراخي فالضحية لم تتحصل على تعويض قضائي لأنها عجزت عن إثبات غياب الإعلام بالنتائج المحتملة للتدخل.¹

و في نفس الاتجاه قامت محكمة النقض الفرنسية في 11/جانفي/1966 بنقض قرار محكمة الاستئناف الذي أدان جراحا لأنه اعترف أنه لم يتم إبلاغ زبونه بالأخطار المحتملة و سبب نقض القرار هو أن الجراح لا يتحمل عبء إثبات غياب أو نقص الإعلام و لكنه يقع على المريضة، وعليه فالجراح لا يقع عليه عبء الإثبات في موضوع التراخي بل يقع كاملا على المريضة و بما أن محكمة الاستئناف حملت الجراح بعبء الإثبات فإن المحكمة تكون قد خرقت نصوص وأحكام العقد الطبي.²

و في قرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية في 22/سبتمبر/1981 لم تؤكد مسؤولية الجراح على المضاعفات التي حدثت بفعل تدخل جراحي لشدة عضلات الوجه و ذلك لعدم توفر الإثبات عن نقص الإعلام، ذلك أنه رغم الأهمية الكبيرة المعطاة للالتزام بالإعلام في الجراحة التجميلية فإن عبء الإثبات لا يمكن تحميله للطبيب الجراح.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري - مبدئيا - ليست لديه سوابق قضائية حول هذا الموضوع ولكن اعتراف النظام القانوني الجزائري ككل بأهمية الموافقة المتبصرة للمريض بدليل تأكيده على ذلك في مدونة أخلاقيات الطب يفرض على القاضي الجزائري في حالة النزاع التأكد من مدى حصول الطبيب على رضا المريض بغض النظر عن الأساس الذي اعتمد في متابعته.³

¹- قرار محكمة استئناف غرونويل، في 11/جوان/1975، أشار إليه:

Daniel rouge ، louis arbus ، michel costagliola ، op ، cit ، p 110.

²- قرار محكمة النقض الفرنسية في 11/جانفي/1966 و 22/سبتمبر/1981، أشار إليهما: louis ،Daniel rouge ، arbus ، michel costagliola ، op ، cit ، p 110.

³- عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 195.

وبالرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالإثبات في القانون المدني، نجد أن المادة 323 من القانون المدني تنص: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"¹، ففي العلاقة الطبية يعتبر المريض هو الدائن بالإعلام في حين يكون الطبيب هو المدين بتزويد المريض بهذا الإعلام، والمريض غير ملزم بإثبات التزام الطبيب بالإعلام لأن مصدر ذلك الالتزام هو القانون ومن ثم يكفي إثبات قيام العلاقة الطبية عند متابعة الطبيب على إخلاله بواجب الإعلام.²

وتطبيقاً للشطر الثاني من المادة 323 من القانون المدني يلتزم الطبيب بإثبات تخلصه من واجب الإعلام تجاه المريض.

ب/ طرق إثبات الرضا

تعتبر الوثائق الممضاة من طرف المرضى قبل التدخل الجراحي حول مخاطر هذا التدخل و ما يترتب عليه من نتائج دليل قبول في الولايات المتحدة الأمريكية، و لكن في فرنسا قد يكون لها أثر معاكس فليست لهذه الوثائق فائدة كونها لا تحتوي على الأخطار المحتملة و هي التي يتهم بها الجراح، اضافة إلى أن المحكمة تملك صلاحية تقدير نوعية المعلومات المقدمة أثناء تحرير الوثيقة كما أنها تؤدي إلى تعكير جو الثقة الضروري لإبرام أي عقد، أليس العقد الطبي اجتماع طرفين وعي و ثقة ؟³

كذلك يعتبر إرسال الرسائل من طرف الجراحين للمرضى على أساس أنها تحمل معلومات رغم أن مضمونها إشهاري دعائي بحت ، دليل إدانة لا يقبل إثبات العكس إذا حدثت مضاعفات، حيث تم النقل الحرفي لرسالة أرسلها جراح تجميل لزبونته في حيثيات قرار صادر عن محكمة استئناف باريس في 14/جانفي/1972 و لا يهم الطابع الفكاهي والدعائي لهذه الرسالة، إذ أن المدعى ربح الدعوى بفضل هذه الرسالة :

¹ - المادة 323 من القانون المدني.

² - عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 196.

⁴ - Daniel rouge ، louis arbus ، michel costagliola ، op ، cit ، p 111.

"سيدتي العزيزة

يمكنك أن تتحصلي على أئداء كما لم تكوني تحلمين من قبل.
سيكونون الأجمل....الخ".

وبالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري فيما يخص طرق إثبات رضا المريض بالجراحة التجميلية فالأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي مما يسمح للطبيب الجزائري أن يلجأ إلى كافة طرق الإثبات الكتابة ، الإقرار ، القرائن و غيرها لإثبات حصوله على رضا المريض.

المطلب الثاني

كفاءة الطبيب الجراح

أصبحت جراحة التجميل من فروع الجراحة المتخصصة التي تقتضي من الطبيب القائم بممارستها أن يكون على جانب كبير من الدقة، فضلا عن إلمامه بالأبحاث و الدراسات الخاصة بها.¹

فشهادة الطب العام لا تكفي لإجراء مثل هذه العمليات و ممارسة هذا النوع من الطب، نظرا لما تشتمل عليه هذه العمليات من مخاطر و صعوبات لا يعرفها إلا الأطباء المتخصصون.²

لذلك يجب أن يكون الممارس لها أولا طبيبا ثم جراحا وأخيرا جراحا بلاستيكيًا وذلك حتى يكون قادرا على توفير كل ضمانات السلامة.³

¹ - محمد سامي الشوا ، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص166.

² - رايس محمد، المرجع السابق، ص151.

¹ - Daniel rouge، louis arbus، michel costagliola، op، cit ، p113.

وبالتالي يشترط لممارسة هذا النوع من الجراحة كفاءة الطبيب الجراح. وسنتطرق من خلال هذا المطلب كفاءة الطبيب الجراح في القانون الفرنسي (الفرع الأول) كفاءة الطبيب الجراح في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

كفاءة الطبيب الجراح في القانون الفرنسي

قضت المحاكم في فرنسا بمسؤولية الطبيب الذي لم يكن متخصصا في جراحة التجميل تخصصا دقيقا،¹ فقد ذهبت محكمة السين في هذا الشأن إلى تحميل الطبيب المسؤولية الجزائئية و المدنية بمقتضى حكمها الصادر في 03/أفريل/1968² و تتعلق وقائع القضية أن إحدى السيدات الباحثات عن الجمال أطلعت في إحدى المجلات الأسبوعية على مقال يثني كاتبه فيه على أحد أطباء التجميل الذي استخدم طريقة جديدة و مبتكرة لإزالة التجاعيد التي تعلق جبهة الإنسان عند التقدم في السن، فذهبت إلى عيادته و اتفقت معه على إجراء هذه العملية و قام بإجرائها ، و بعد مرور بضعة أسابيع على مغادرتها للعيادة لاحظت أن شعرها أخذ يتساقط بشكل جعل جانبها من جوانب رأسها خاليا من الشعر و بدت كأنها أصيبت بالقرع، و صار جلد جبهتها أزرق اللون كرية المنظر.

رفعت السيدة أمرها إلى قاضي الأمور المستعجلة أولا، ثم إلى محكمة الجناح فانتدبت المحكمة لهذه القضية خبيرين اثنين، جاء في تقريرهما أن الطبيب المدعى عليه ليس مختصا و غير مؤهل لإجراء مثل هذه العمليات.

و أصدرت المحكمة حكمها وجاء في أسبابه مايلي:

¹ - محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 67.

² - حكم محكمة السين ، في: 3/أفريل/1968، أشار إليه : عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 100-101. محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 67-68.

"حيث أن دبلوم الطب يسمح لمن حصل عليه بممارسة كافة فروع الطب إلا أن هذا لا يعني من ينبغي ممارسة فرع من فروع الطب على قدر عال من التخصص أن يهين نفسه لذلك بالتزود العلمي الملائم.

كذلك فإن دبلوم الطب لا يبيح للطبيب في غير حالات الضرورة أو الاستعجال بأن ينساق إلى ممارسة أساليب علاجية حديثة تنطوي على مخاطر لا يعلمها سوى المتخصصون فيها.

لجوء الطبيب إلى استخدام هذه الأساليب المستحدثة و التي ما كان يجهل خطورتها لو أنه تمرس على أيدي أخصائيين مشهود لهم بالكفاءة و كان ينبغي عليه أيضا أن يسعى سعيا حثيثا إلى الإطلاع و الإلمام بفنون هذه الجراحة الدقيقة سواء في فرنسا أو في الخارج ، لذا فإن ما أقدم عليه الطبيب ينطوي على إهمال جسيم يستحق الإدانة من الناحيتين الجنائية و المدنية لما تخلف عنه من إصابات لحقت بالمريضة".

في قضية أخرى تتلخص وقائعها أن فتاة صغيرة أجريت لها عملية تجميلية للأنف، أدت إلى بتر مقدمة أنفها و اعوجاجه مما تسبب في اضطراب وظائفه.

قررت محكمة باريس بتاريخ 15/جانفي/1974 في هذه القضية أن الجراح ارتكب خطأ كونه باشر جراحة ليست من تخصصه بدون حاجة للبحث عن النتيجة.¹

وما يمكن استخلاصه من الأحكام القضائية السابق الإشارة إليها وغيرها من الأحكام أن القضاء الفرنسي يؤكد على ضرورة كفاءة الطبيب في ميدان الجراحة التجميلية.²

ونتيجة لاطراد الطلبات الخاصة بالتجميل كان لابد من إعطاء المرضى كل الضمانات ومنها التكوين الجيد للأطباء الذين يمارسون هذا التخصص، وهذا ما تم بالاستحداث الرسمي لتخصص جامعي " دبلوم دراسات عليا في الجراحة البلاستيكية والتجميلية " D.E.S de

¹ - حكم محكمة باريس بتاريخ : 15/جانفي/1974 ، أشار إليه: محمد سامي الشوا ،المرجع السابق، ص166-167 .

² - ما تجدر الإشارة إليه أنه قبل سنة 1988 كان يشترط لممارسة هذا النوع من الجراحة اكتساب معرفة علمية وتقنية عن طريق المؤسسات العلمية ولو كانت هذه المعرفة غير جامعية.

" reconstructrice et esthétique ،chirurgie plastique وذلك في 7/ماي/1988 ويتم منح الاختصاص من طرف مجلس أخلاقيات المهنة بعد أن يكون الطبيب قد استوفى التحصيل العلمي المطلوب لهذا الاختصاص.¹

هذا من جهة، ومن جهة أخرى كان لابد من إصدار تشريعات تنظم شروط الترخيص لممارسة هذا النوع من الجراحة، وهذا ما حدث في الآونة الأخيرة، بإصدار القانون رقم 303-2002 بتاريخ 04/مارس/2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العامة حيث جاء في المادة L6322-1 "إن أي تدخل جراحي تجميلي... لا يمكن أن تتم ممارسته إلا بتوفر منشآت مقبولة تلبى الشروط التقنية للعمل المنصوص عليها في المادة L6113-3. إن إنشاء منشآت جديدة يجب أن يخضع لترخيص من السلطة الإدارية..".²

ولقد جاء الأمر رقم 776-2005 المؤرخ في 11/جويلية/2005 والمتعلق بشروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية والمعدل لقانون الصحة العامة ليحدد تلك الشروط.

إذ نصت المادة 1- R 740 الواردة في هذا الأمر على مايلي: " تخضع لأحكام هذا الأمر المنشآت التي تمارس فيها أعمال جراحية تهدف إلى تغيير المظهر الخارجي لشخص ما، بطلب منه، دون أن تكون هناك أهداف علاجية أو إعادة إصلاح".³

ويتم منح الترخيص وتجديده من طرف الوالي بواسطة رسالة مسجلة يرسلها الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يرغب في استصدار الترخيص.⁴

¹ - voir : op, cit ، p114.

² - المادة L 6322-1 الواردة في القانون 303-2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العامة.

³ - المادة R 740-1 الواردة في الأمر رقم: 776-2005 المؤرخ في 11/ جويلية /2005 المتعلق بشروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية والمعدل لقانون الصحة العامة.

⁴ - المادتين: 2 - R 740 و 3 - R 740 الواردتين في نفس الأمر.

يجب أن يرفق مع الطلب ملفا كاملا يحتوي على:¹

أ. ملف إداري يشمل : . الهوية والوضعية القانونية للطالب.

. تقديم المشروع.

. تعهد بالمحافظة.

ب. ملف تقني يشمل : . تقديم للمنشآت مع المخططات.

. تقديم كفاءات وطرق تمويل المشروع.

ج . ملف تقييمي يشمل ذكر الأهداف:

. نوعية العلاج، الالتزام بالسلامة، الاستمرارية في تقديم العلاج.

. وصف نظام الاستقبال ومعالجة المعطيات الطبية والتقنية

والإدارية الضرورية للقيام بتقييم ناجح يشمل :

. صفات وخصوصيات التدخلات الجراحية.

. حجم التدخلات بحسب الطبيعة وحسب الصعوبة.

. وصف آليات الإعلام ومساهمة السلك الطبي والإداري في عملية

التقويم.

إذا لم يرد الوالي على الطلب المقدم إليه في مدة أربعة أشهر، يعتبر ذلك قرينة على الرفض.²

والذي يجب أن يكون أساسه.³

. عدم مطابقة الشروط المحددة في المادة 14 - R 740

(وسياتي ذكرها لاحقا).

. عدم احترام الالتزامات المذكورة في المادة 2 - L 6322

(المشار إليها سابقا).

¹ - المادة: 4 - R 740 الواردة في نفس الأمر .

² - المادة: 6 - R 740 الواردة في نفس الأمر .

³ - المادتين : 7 - R 740 و 8 - R 740 الواردتين في نفس الأمر .

· إذا لوحظ الإقدام على إشهار مباشر أو غير مباشر قام به مالك الترخيص.

· عدم ملائمة المنشآت لما جاء في الترخيص.

إن قرارات الترخيص أو الرفض الصريح يجب أن تسبب بواسطة رسالة مسجلة ترسل إلى طالب الترخيص مع إشعار بالوصول ويجب أن تنشر القرارات الصريحة بمنح أو تجديد الترخيص أو رفضه لمزاولة النشاط الجراحي في نشرة القرارات الإدارية للولاية.¹

مدة صلاحية الترخيص هي 5 سنوات تبدأ من يوم صدور القرار الإيجابي المترتب على الزيارة الميدانية (زيارة الملائمة).²

شروط الترخيص:

1- لا يمكن تقديم الترخيص إلا للمنشآت التي تتوفر على الشروط الآتية:³

أ. القيام بتعقيم المعدات الطبية.

ب. التخلص من بقايا النشاط الطبي (القاذورات) لأنها خطيرة كونها معدية.

ج. إنشاء لجان لإقامة علاقات مع المستعملين.

2- يتعين على صاحب الترخيص تأمين أطباء وسطاء مرسمين أو مستخلفين للأخطار المترتبة عن مهامهم:⁴

أ- يجب وضع قائمة اسمية لهؤلاء تعلق في لوح الإعلانات، تقدم نسخة

لكل مريض.

¹ - المادة: 9 - R 740 الواردة في الأمر 2005-776 المتعلق بشروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية المعدل لقانون الصحة العامة.

² - المادة: 11 - R 740 الواردة في نفس الأمر.

³ - المواد: 14 - R 740 ، 16 - R 740 ، 17 - R 740 ، 19 - R 740 الواردة في نفس الأمر.

⁴ - المادتان: 20 - R 740 و 21 - R 740 الواردتين في نفس الأمر.

- ب- تقوم اللجنة باجتماعات مرة في كل سنة لدراسة وفحص الشكاوى وليس للرئيس الحق في التصويت.
- ج- تسهر هذه اللجنة على احترام حقوق المستعملين.
- د- تساهم اللجنة من خلال آرائها في تحسين التكفل بالأشخاص.
- هـ- يتم تقديم نسخة من التقرير السنوي للجنة إلى الوالي.

إضافة إلى الأمر رقم 776-2005 المتعلق بشروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية، تم إصدار أمر رقم 777-2005 المؤرخ بنفس التاريخ المتعلق بمدّة التفكير المنصوص عليها في المادة 2-6322 L من قانون الصحة والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية والمعدل لقانون الصحة العامة.

وأهم ما جاء في هذا الأمر النص صراحة على ضرورة احتواء الطاقم الطبي الممارس على:

1

أ- جراحين مختصين في الجراحة التجميلية.

ب- أطباء مختصين في التخدير.

ج- ممرضين.

د- أعوان ممرضين.

الفرع الثاني

كفاءة الطبيب الجراح في القانون الجزائري

لقد عالج المشرع الجزائري فكرة الكفاءة بناء على شهادة الاختصاص في المجالات الطبية المختلفة من خلال المادتين 197 و 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

¹ - 14 - 2 - 766 D و 15 - 2 - 766 D الوارد في الأمر 777 - 2005 المؤرخ في 11/جويلية/2005 المتعلق بمدّة التفكير المنصوص عليها في المادة 2-6322 L من قانون الصحة والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية والمعدل لقانون الصحة العامة.

فالمادة 197¹ تكلمت حول كفاءة الطبيب العام و بينت الشهادات التي تثبت كفاءته، أما المادة 198 فتعلق موضوعها بالتخصص حيث جاء فيها: "لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي إذا لم يكن حائزا شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه".

يستفاد من سياق نص المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها أنه يشترط لمزاولة مهنة طبيب اختصاصي في جراحة التجميل الحصول على شهادة في هذا الاختصاص ولم يشترط المشرع الجزائري الحصول على هاته الشهادة من المعاهد الجزائرية بل يمكن أن تكون شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.

وإذا كانت هذه المادة (198) من أهم المواد التي تكلمت على شرط الاختصاص والتي فسرت على أنها هي التي ترتب المسؤولية لكل من يمارس الجراحة التجميلية دون شهادة اختصاص في المجال،² إلا أنه يمكن أن نقف موقف التحفظ من هذا التفسير إذ كيف نجزم باشتراط هذا الاختصاص بالرغم من عدم وجود شهادة الاختصاص في الجراحة التجميلية في الجزائر نظرا لغياب هذا الفرع من فروع كليات الطب.³

¹ - تنص المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط الآتية: - أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها....".

² - رابيس محمد، المرجع السابق، ص 152.

³ - ما تجدر الإشارة إليه أن الجراحة التجميلية كتخصص قائم بحد ذاته لا تدرس في كليات الطب الجزائرية كما هو الوضع في فرنسا، وبالتالي يشترط لممارسة هذه الجراحة الحصول على شهادة اختصاص في جراحة التجميل من كليات الطب الأجنبية معترف بمعادلتها، غير أنه في الآونة الأخيرة وبالتحديد بتاريخ 26 و 27 نوفمبر 2005 بفندق الأوراسي (الجزائر) تم - لأول مرة - إلقاء محاضرات عليا من طرف أساتذة جزائريين وبالتعاون مع أساتذة من الخارج (فرنسا)، تتعلق هذه المحاضرات بالتشريح الجراحي والجراحة البلاستيكية والتجميلية للوجه والرقبة، وأهم المواضيع التي طرحت في هاته المحاضرات مايلي: عملية شد الوجه والعنق، التشريح الجراحي للجفون والعمليات التقويمية للجفون، إعادة تأهيل الجفون في حالة شلل الوجه، أسس الترميم الجراحي = للأنف، التشريح الجراحي للأنف، التشريح الجراحي للأذن والجراحة التجميلية

ثم إن المادة 198 اشترطت أن يكون الطبيب مختصا وليس طبيا عاما والجراحة العامة تعتبر اختصاصا وليس من قبيل الطب العام الذي تناولت أحكامه المادة 197، فلماذا لا تفسر لصالح الجراحين العامين والذين يقدمون في الواقع العملي على ممارسة هذا النوع من الجراحة خاصة في ظل قلة المختصين والذين يحملون شهادات أجنبية في هذا المجال وفي غياب النص الصريح الذي يمنعهم من ممارسة هذا العمل؟؟

غير أنه وفي حالة حدوث ضرر بالنسبة للمريض فإن القضاء يتدخل لترتيب المسؤولية على الجراح العام انطلاقا من فكرة مبدئية وهي أنه لا يملك الكفاءة الكافية للإقدام على إجراء مثل هذه العمليات، وقد كانت بالفعل للقاضي الجزائري تدخلات انطلاقا من سنة 1998 لردع الجراحين العامين الذين يقدمون على ممارسة الجراحة التجميلية دون تحفظ وكانت الإدانة في حقهم إلا أنها لم تكن بالصرامة الكافية،¹ مما يوحي بأن القاضي نفسه يشعر بعدم وجود النص الصريح الذي يستند عليه في ترتيب المنع في حقهم من ممارسة الجراحة التجميلية.

وعلى كل يظل شرط الاختصاص شرطا ضروريا حتى في غياب النص الصريح الدال على ذلك، وبالتالي تبقى النصوص العامة هي السند في إثبات هذا الشرط فالمادة 77 من مدونة أخلاقيات الطب أشارت إلى أنه لا يسوغ للطبيب أن يثبت على الورق المخصص للوصفات والبطاقات الشخصية أو الدليل المهني إلا الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها.²

للأذن، الجراحة التجميلية للأنف، قواعد تشريحية وتقنيات التصليح لحالات تقشر جلد الوجه، تشريح جراحي ومخططات التشريح للوجه والرقبة.

¹ - صرح لنا الطبيب (ص - ط) المختص في الجراحة التجميلية وهو من القلة الموجودين على مستوى الجزائر والذي يحمل شهادة في الاختصاص من فرنسا أن تدخلات القاضي الجزائري لمنع الجراحين العامين من ممارسة الجراحة التجميلية لا تتم إلا في حالة حدوث الضرر، وضرب لنا مثالين على هذه التدخلات ضد الجراحين العامين (م - م) و (م - ب) غير أننا لم نستطع الوصول إلى القرارات القضائية المدينة لهما.

² - أنظر تفاصيل البيانات الواجب ذكرها المادة 77 من مدونة أخلاقيات الطب.

كذلك لا يرخص للطبيب بأن يثبت على لوحات باب عيادته إلا البيانات الآتية: الاسم واللقب وأيام وساعات الاستشارة الطبية والطابق والشهادات المحصل عليها والمؤهلات والوظائف المعترف بها وفقا للمادة السالفة.¹

فهذه الشهادات أو المؤهلات تساهم في توجيه اختيار المرضى نحو الجراحين المختصين والأكفاء لممارسة هذا النوع من الجراحة.

والجدير بالذكر أنه تم إنشاء فروع نظامية وطنية وجهوية تابعة للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية²، من بين المهام المسندة إلى الفروع النظامية الجهوية أنها تستشار في طلبات فتح العيادات ومن بينها العيادات الخاصة بجراحة التجميل.

وتفصل عملا بمدونة أخلاقيات المهنة فيما يأتي:

- مدى مطابقة شروط فتح العيادات وممارسة المهنة.

- مراقبة الإشارات المسجلة على لوحات العيادة.³

كذلك تم انشاء ضمن الفرع النظامي الوطني خمس لجان من بينها لجنة ممارسة المهنة والكفاءات.⁴

وعلى كل حال يجب أن يتوفر لدى الطبيب في المكان الذي يمارس فيه مهنته تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة ولا ينبغي له بأي حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية.⁵

¹ - المادة 78 فقرة أولى من مدونة أخلاقيات الطب.

² - المادة 1/168 والمادة 2/267 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ - المادة 177 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁴ - المادة 198 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁵ - المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب، المادة 213 مكرر من قانون حماية الصحة وترقيتها

المطلب الثالث التزام الحيطة والحذر

ينبغي على جراح التجميل أن يفحص مريضه بعناية يقظة وأن يمارس جميع الفحوص اللازمة قبل إجراء العملية لتحديد ما قد يعانيه من أمراض الحساسية أو أمراض خاصة بالقلب أو التنفس، كذلك فمن واجبه أيضا أن يهيئ له جميع أساليب الرعاية اللاحقة على إجراء العملية.¹

إن دراسة أحكام الإجتهد القضائي تؤكد أن الجراح التجميلي يقع عليه التزام بالحيطة والحذر أشد من الالتزام الذي يتحمله الجراح في الجراحة العامة ، وبهذا الصدد أدانت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22/جانفي/1963 جراحا قام بعملية شفط الشحم على مستوى الظهر إنتهت هذه العملية بالفشل وإحداث مضاعفات.

قررت المحكمة مسؤولية هذا الأخير مستندة في ذلك أن هذا الجراح لم يرق بالمراقبة الطبية الكافية رغم بقاء المريض في العيادة ذلك أن بقاء المريض في العيادة لمدة طويلة ليس عاملا حاسما في الوقاية من المضاعفات التي أصيب بها المريض وعليه ففي هذه الحالة يعتبر إهمال الطبيب خطأ مفترضا في جانبه ولكي يدفع عن نفسه المسؤولية يجب أن يثبت قيام السبب الأجنبي.

و على ضوء هذا القرار وفي مجال الجراحة التجميلية يمكن استبدال عبارات العقد الطبي " تقديم العلاج الضروري الملائم " بعبارات " تقديم علاج بحيطة وحذر".²

كذلك أدانت محكمة مارسييا بتاريخ 25/نوفمبر/1968 اختصاصي جلود قام بإجراء عملية ترطيب البشرة بطريقة كيميائية ونتيجة لعدم تحذيره للمريضة بعدم التعرض لأشعة

¹ محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص173.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 22/جانفي/1963، أشار إليه:

الشمس أصيبت الأخيرة بحروق ، ومرد هذه الادانة هو قيام الخطأ في جانب الجراح لامتناعه عن تقديم النصح وهو ما اعتبرته المحكمة إهمالا.¹

وفي نفس الإتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 9/نوفمبر/1977 بمسؤولية جراح قام بعملية تخدير موضعي قصد تجميل الأنف و علاج الأذن المرتفعة لشابة عمرها 21 سنة هذه العملية عرفت تعقيدات بعد ساعة من إنجازها مما أدى إلى وفاة الشابة بسبب توقف الدورة الدموية وكان سبب إدانة الجراح هو الإهمال وعدم الحذر بعدم إبقائه للمريضة تحت رعايته المباشرة.²

وقد يأخذ الإهمال صورة عدم أخذ الاحتياطات حتى في الظروف الاستثنائية وهذه الصورة خاصة فقط بالمسؤولية عن الجراحة التجميلية، و تأكيدا لهذا المعنى قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22/جويلية/1987 أن التحفظ الخاص بالظروف الاستثنائية في العقد الطبي الكلاسيكي لا يطبق على الجراحة التجميلية.

وأضافت ذات المحكمة أن كون حالة الأعصاب الظاهرية المرتبطة بالوجه غير طبيعية هي حالة كثيرا ما تقع وهذا باعتراف كل الجراحين وعليه يكون أي جراح قد ارتكب خطأ إذا امتنع عن أخذ التدابير الجراحية الكلاسيكية المفترضة لمواجهة هذه الحالة، و بما أن التدخل الجراحي الذي تم في هذه الحالة هو عملية شد عضلات وأنسجة الوجه كان على الجراح أن يشمل تنبؤه حتى الحالات غير الطبيعية، وكان تأسيس القضاة لهذا القرار على جملة من الأخطاء الثابتة منها:

- الحالة غير الطبيعية للوجه هي حالة يعرفها كل الاختصاصيين.

- عدم أخذ الإحتياطات الجراحية هو خطأ في حد ذاته.

¹ - حكم محكمة مارسييا، في: 25/نوفمبر/1968، أشار إليه:

Daniel Rouge، louis Arbus، Michel costagliola، op.cit، P 117-118.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 9/نوفمبر/1977، أشارت إليه: جربوعة منيرة، الخطأ الطبي بين الجراحة العامة وجراحة التجميل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص106.

- عدم البحث عن أسباب الشلل لضمان السير الحسن للعلاج بعد العملية يعد خطأ آخر .
ولكن رغم تشدد القضاة في موقفهم هذا إلا أن الثابت حسب الاجتهاد القضائي يؤكد
على أن التزام جراح التجميل هو التزام ببذل عناية ولكن مجرد الإهمال يشكل خطأ.¹

المطلب الرابع

التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها

يكتسب شرط مراعاة التناسب في مجال جراحة التجميل أهمية خاصة، فهذه العمليات لا
يتوفر لها حالة الضرورة أو الاستعجال كما أنها لا ترمي إلى الشفاء من علة مرضية معينة
بل إلى مجرد تحسين بعض العيوب البدنية.²

لذا ينبغي على جراح التجميل أن يظهر حرصا زائدا ودقة بالغة وهو بصدد تقرير
المخاطر المتوقعة و الفوائد المرجوة ومن ثم ينبغي عليه أن يكون واثقا من تدخله ودقة عملياته
ومدى النتائج المتوقعة منها بحيث يجب أن يكون هناك قدر من التناسب بين الغاية المرجوة
والمخاطر المحتملة من وراء الجراحة.³

¹- قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 22/جويلية/1987، أشار إليه:

Daniel Rouge، louis Arbus، Michel costagliola، op،cit، P 118.

²- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 174.

³ -M. Akida، la responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence، librairie générale de droit et de jurisprudence، paris، 1994، p 45.

وترتيباً على ما تقدم ينبغي على جراح التجميل أن يعدل عن مباشرة أي عملية لا تتناسب المخاطر المتوقعة منها والمزايا المرجوة بل وعليه أن يرفض صراحة إجراء هذه العملية حتى ولو كانت بناءً على رغبة المريض الملحة.¹

في هذا الصدد قضت محكمة استئناف باريس في قضية تتخلص وقائعها أن سيدة كانت تعاني من بعض التشوه في فتحة الفم على إثر حادث وقع لها في الماضي، فسارعت باستشارة طبيبين متخصصين في جراحة التجميل عن مدى إمكانية التخلص منه، وكانت إجابتهما بالنفي على أساس أن الفوائد المترتبة عن هذه العملية لا تتناسب ومخاطرها، غير أن السيدة المذكورة توجهت إلى طبيب ثالث و الذي أجرى لها بالفعل عملية تجميل انتهت بتشويه مستديم بوجهها فضلاً عما لازمها من آلام مبرحة تخلفت عن هذه العملية.

قضت محكمة استئناف باريس بالمسؤولية مستندة في ذلك إلى أن العقد الطبي المبرم بين السيدة المذكورة وطبيبها إنما يضع على عاتق هذا الأخير التزاماً عاماً بالحيلة والحذر أثناء فحصه لملائمة العمل الجراحي في ذاته وفي تقدير نتائجه المحتملة المستقبلية، وحيث أن الطبيب المذكور وقد أخطأ في تنفيذ هذا الالتزام بممارسته لعملية جراحية تتطوي على قدر من المخاطر لا تتناسب والفوائد المرجوة لذا وجب مساءلته عن الأضرار التي لحقت بالمريضة.²

استحدث القضاء الفرنسي عنصراً جديداً ينبغي مراعاته عند تقدير الموازنة بين المخاطر المحتملة لعملية التجميل وفوائدها المرجوة ألا وهو تقدير الحالة النفسية للمريض، لذا فإن إجراء عملية تجميل -حتى ولو ككل لها النجاح من الناحية الفنية- يمكن أن تؤدي بذاتها إلى مساءلة الطبيب إذا لم تؤثر إيجابياً على الجانب النفسي لدى المريض.³

¹ - Michele Harichaux Ramu، Article précité، fascicule 440-3 ، P8. .

² - قرار محكمة استئناف باريس، في: 13/جانفي/1959، أشار إليه: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 175-176. وقد أورد القرار أيضاً:

Gerard Memeteau، le droit médical، édition litec، paris، France، 1985، P 339-340. cyril clément، op،cit، P 58.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 176.

تبلور هذا الاتجاه في القرار الصادر عن محكمة استئناف إكس آن بروفنس بتاريخ 16/أفريل/1981 حيث قررت بأنه إذا كانت بعض حالات الضرورة تستوجب إحداث تعديلات بدنية بقصد الشفاء من إصابات بدنية جسيمة أو نفسية خطيرة فإن المخاطر والصعاب و الآلام المختلفة والمرتبطة بإجراء عملية في ذاتها يجب أن تتناسب والفائدة الجمالية المرجوة بحيث يتعين وجوب مساءلة جراح التجميل والذي أقدم على مباشرة عملية يغلب عليها المخاطر ولم تؤد إلى أي فائدة من الناحية العلمية ولا يوجد ما يبررها من الناحية الطبية بحيث تخلف عنها آثار بدنية تسببت في إحداث آلام نفسية لدى مريضة ما زالت في ريعان الصبا ذات شخصية هشة لا تقوى على تحمل الألم.

تتلخص وقائع هذه القضية في أن فتاة تبلغ من العمر ثماني عشرة سنة كانت تعاني من انتفاخ بوجنتيها مما سبب لها بعض الاضطرابات النفسية فأسرعت باستشارة أحد أخصائي التجميل فيما إذا كان من الممكن إجراء عملية تجميل لها من عدمه.

قام هذا الأخير بعد فحصها عدة مرات بمباشرة هذه العملية وذلك باستئصال الأكياس الدهنية بغرض تصغير حجم الوجنتين بواسطة انتزاع الشحومات الزائدة بمنطقة الوجه وأسفل الفك السفلي، ثم قام بعد ذلك بإجراء عملية تجميل وتثبيت عضو صناعي من مادة السيلكون بمنطقة الذقن، وقد تخلف عن هذه العملية إصابة الفتاة المذكورة بعدة ندبات ظاهرة بالوجه مما جعل الفتاة لا تقتنع بنتيجة هذا العمل الجراحي وبالتالي مقاضاة الطبيب.

جاء في تقرير الخبير الذي انتدبته محكمة نيس الابتدائية أنه كان من الممكن أن تحقق هذه العملية مصلحة جمالية وبالتالي تؤدي إلى تحسين شكل الوجه في مجموعه لو نجح الطبيب في تثبيت العضو الصناعي بشكل جيد وفقا لما تقضي به قواعد المهنة، ثم استطراد قائلًا وأما بخصوص التشوه الموجود حاليا بالشفة السفلى فمآله التحسن في القريب العاجل أما بالنسبة للندبات الموجودة بالوجه فإنها لا تبعث على القلق حيث أنها ستختفي تدريجيا، وبالنسبة لحركة الشفة السفلى فسوف تنتظم من تلقاء نفسها.

إختتم الخبير تقريره بأن الطبيب لم يرتكب أي خطأ مهني وبالتالي فلا وجه للإدعاء بأن هناك ألاما نفسية تكون قد لحقت بالفتاة المذكورة.

طعنت الفتاة في تقرير الخبير السالف الذكر الأمر الذي استوجب محكمة نيس الابتدائية بانتداب خبير آخر؛ وقد جاء في تقرير هذا الأخير أنه بعد فحص الفتاة المذكورة تبين أنها تعاني من اضطرابات نفسية ، وقد أثبت هذا التقرير وجود ندبات عديدة بوجه الفتاة وشعورها بالألم أثناء تحريك الفم نتيجة لوجود ثقب بالجانب الأيمن لمنطقة الذقن ، واستطرد الخبير قائلاً بأن مثل هذه العمليات - والتي على جانب كبير من الدقة والصعوبة وتحتاج إلى مهارة خاصة - تجرى عادة على أشخاص بلغوا من العمر مرحلة كبيرة وبذلك يكون الطبيب قد أخطأ بممارسة هذه العملية على فتاة صغيرة السن حيث أنها تتطوي في ذاتها على قدر من المخاطر مما نتج عنها إصابتها بتشوهات وندبات وبالرغم من تحقق الغاية من هذا العمل الجراحي - وهو تحسين شكل الوجه - إلا أن هذا العمل ذاته لم يؤد وفقاً لأصول المهنة مما تسبب في إلحاق أضرار نفسية بالفتاة المذكورة.

إختتم الخبير تقريره أن الطبيب المذكور قد خاطر بإجراء هذا العمل الجراحي والذي لا تؤمن عواقبه وفقاً للأساليب الفنية المتاحة وبالتالي يسند إليه تقصيره في تقدير الموازنة بين المخاطر المترتبة عليها والفوائد المرجوة منها.

أدانت محكمة نيس الابتدائية بحكمها الصادر في 27/جوان/1979 مسلك الطبيب المذكور حيث نسب إليه تقصيره في إخبار الفتاة بطبيعة المخاطر المرتبطة بالعملية وأنه كان يتعين عليه الحصول على معلومات إضافية بشأن الاضطراب النفسي الذي كانت تعاني منه الفتاة، وبناء على ما ورد بتقرير الخبير الثاني قضت المحكمة بإلزام الطبيب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت الفتاة سواء البدنية منها أو النفسية.

طعن الطبيب أمام محكمة الاستئناف حيث نفى ما نسب إليه من تقصير مقررًا أنه سبق بإخبار الفتاة بأسلوب مناسب عن طبيعة المخاطر المحتملة وأخضعها لفحص سيكولوجي

متأن قامت به سكرتيرته المؤهلة لذلك والحاصلة على شهادة الماجستير في علم النفس والتي أوصت بدورها بضرورة إجراء عملية جراحية لهذه الفتاة لعلاج الاضطراب النفسي الذي تعاني منه بسبب تضخم الوجنتين لديها.

رفضت محكمة الاستئناف هذا الطعن وألزمت الطبيب بالتعويض.¹

في نفس الاتجاه ذهبت محكمة استئناف فرساي بتاريخ 17/جانفي/1991 إلى القول: في مجال الجراحة التجميلية فإن أي مساس بالسلامة الجسدية للمريض لا يمكن أن يبرر إلا إذا أخذ بعين الاعتبار وجوب التوازن بين الضرر الذي يسببه التدخل والفائدة المرجوة، ويترتب على ذلك أن يتمتع الطبيب عن إجراء العملية إذا كانت مخاطرها تتجاوز العيب أو التشوه المراد إصلاحه.²

تم النص صراحة على هذه القاعدة في قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي إذ تنص المادة 18 من هذا القانون على مايلي: "يجب على الطبيب أن يتمتع في التدخلات التي يمارسها كما في العلاجات التي يصفها من أن يعرض مريضه لأي خطر لا مبرر له".³

كما نصت على هذه القاعدة المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب إذ تنص: "يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه".⁴

¹ - قرار محكمة استئناف إكس آن بروفنس، في: 16/أفريل/1981، أشار إليه:

محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص ص 176-179. وقد أورد القرار أيضا

Gerard Memeteau، op،cit، PP340-342.. Ossoukine Abdelhafid، op،cit، p 132.

² - قرار محكمة استئناف فرساي، في: 17/جانفي/1991، أشار إليه:

cyril clément، Op-Cit، P 59. Michèle Harichaux Ramu، article Précité، fascicule 440-3،P8.

³ - المادة 18 من قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي.

⁴ - المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب.

خلاصة القول أنه في ميدان الجراحة التجميلية يجب أن تتناسب الأضرار والمخاطر
المحتملة من ورائها مع الهدف الكمالي والتحسيني المنتظر منها، وقد عبر الفقيه
"Memeteau" على هذه القاعدة بأنها قاعدة ذهبية للنشاط الطبي " Une règle d'or de
l'activité médicale"¹.

⁴ - cyril clément، op،cit، P 59.

الفصل الثاني تغيير الجنس

تثير عمليات تغيير الجنس العديد من المشاكل القانونية بدءا من الحكم على مشروعية العمليات ذاتها لعلاقتها بالدين والنظام العام ومعصومية الجسد (المبحث الأول)، إلى ترتيب ما يتولد عنها من آثار قانونية خطيرة نتيجة انتقال الشخص من مصاف الإناث إلى مصاف الذكور أو العكس، مع ما يترتب على ذلك من تأثير حتمي على اسمه الذي يعرف به وأوراقه الرسمية وحالته ووضعه في أسرته وعلاقاته القانونية خاصة المتعلقة بزواجه القائم أو الذي يزعم إبرامه (المبحث الثاني).

المبحث الأول أساس مشروعية تغيير الجنس

نظرا للآثار القانونية المترتبة على تغيير الجنس، ظل الموقف من مثل هذا العمل محل اختلاف من حيث مدى مشروعيته على مستوى القانون المقارن (المطلب الأول) ، القانون الجزائري (المطلب الثاني) و الديانات المختلفة (المطلب الثالث).

المطلب الأول تغيير الجنس في القانون المقارن

أصبح مرض الشعور بالانتماء إلى الجنس الآخر يطرح إشكالات كبيرة على المستوى الاجتماعي حيث تعترف الإحصائيات بانتشار هذا المرض على مستوى واسع و في كثير من البلدان حيث أجريت مئات العمليات لتغيير الجنس في ألمانيا و بريطانيا و سويسرا و فرنسا و

بلجيكا و الدول الاسكندنافية ، و في المغرب وحدها تجرى ثمانين عملية سنويا بواسطة الطبيب Burou و فريقه الجراحي.¹

إن الانتشار الكبير لهذه الظاهرة فرض على الفقه أن يفصح عن موقفه من ذلك نظرا للأبعاد القانونية الخطيرة التي تفرزها الظاهرة، حيث أن على رجل القانون أن يوفق بين القانون و الحقائق الطبية و الفنية التي يفرضها الواقع و لذلك فالبحث في مدى مشروعية التدخل الجراحي سيكون مهمة صعبة فرضت نفسها على المساهمين في صناعة القانون بصفة مباشرة المشرع (الفرع الأول) و القضاء (الفرع الثاني) أو بصفة غير مباشرة الفقه (الفرع الثالث) خاصة في ظل نظام عام سائد يجب أن يضل محل احترام من كل هؤلاء ، وبالقدر الذي يمكن فيه تجاوز هذا النظام العام سيكون الاعتراف بمشروعية التدخل الجراحي لتغيير الجنس.

لقد كان الغرب مسرحا لاختلاف و تطور موقفه من مشروعية هذا التدخل الجراحي بقدر انتهى في كثير من دوله إلى الإقرار بمشروعية هذا العمل بينما لا يزال العالم العربي يتصدى لمثل هذه العمليات الجراحية إلا في حالات خاصة لما يرى في ذلك من اعتداء على خلق الله.

الفرع الأول

تغيير الجنس في التشريع المقارن

اختلفت التشريعات المقارنة بشأن معالجة عمليات تغيير الجنس، فبعضها أورد نصوصا قانونية صريحة لتنظيم عمليات تغيير الجنس (أولا)، وبعضها الآخر أجاز هذه العمليات استنادا إلى النصوص القانونية التي تبيح عمليات الإخصاء أو العقم (ثانيا).

¹ - علي حسن نجيدة ، بعض صور التقدم الطبي و انعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني، التلقيح الاصطناعي و تغيير الجنس، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 1991، ص55.

أولا- التشريعات التي نظمت تغيير الجنس

أجاز كل من القانون السويدي الصادر في 21 أبريل 1972 وقانون ألمانيا الديمقراطية الصادر في 10 سبتمبر 1980 عمليات تغيير الجنس، ونظم كلا منها الشروط القانونية اللازمة لإباحتها على النحو التالي:

أ/التشريع السويدي

أورد القانون السويدي عدة شروط لأجل إضفاء الطابع الشرعي على العمليات الجراحية التي تهدف إلى تغيير نوع الجنس، فقد أوضحت المادة الأولى من هذا القانون بأن من حق كل شخص مقيد بالسجلات الوطنية عند إدراكه سن البلوغ التقدم بطلب لتغيير نوع جنسه إذا ما انتابه شعور أو رغبة نحو الجنس الآخر، ويشترط أن يكون قد أتم الثامنة عشرة من عمره كي تتوفر لديه القدرة على إعطاء رضا صحيح، ويجب أن يقدم ما يفيد إخضاعه لعملية عقم أو على الأقل انعدام قدرة الإنجاب لديه، وتشتترط المادة الثالثة من هذا القانون بعدم سبق الزواج له وأن يكون متمتعاً بالجنسية السويدية، ولا تجرى هذه العملية إلا بعد الحصول على تصريح مستوفٍ للشروط القانونية اللازمة وهذا طبقاً للمادة الرابعة، وتطبق في هذه الحالة النصوص القانونية الخاصة بالإخصاء والعقم، ويصدر هذا التصريح من جهة إدارية معينة وتقوم هذه الجهة بالفحص والتحقق من هذه الشروط طبقاً للمادة الخامسة، ويمكن الطعن في هذا القرار أمام المحكمة الإدارية طبقاً للمادة السادسة، ويستتبع مخالفة هذه القواعد توقيع جزاءات جنائية منصوص عليها في المادتين السابعة والثامنة من هذا القانون.¹

ب/تشريع ألمانيا الديمقراطية(سابقاً)

¹ - مارك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 447-448.

أجاز تشريع ألمانيا الديمقراطية في مادته الثامنة للشخص الذي يعاني من نوع الجنس الذي ينتمي إليه ولديه إحساس حقيقي بالميل إلى التحول إلى الجنس الآخر بأن يتقدم بطلب لتغيير نوع الجنس بصفة رسمية بعد استيفاء الشروط الآتية: أن يبلغ من العمر 25 سنة، أن يكون لديه رغبة قوية نحو التحول إلى الجنس الآخر، ألا يكون قد سبق له الزواج، أن يكون فاقد القدرة تماما على الإنجاب، أن يبدي استعدادا لإجراء عملية جراحية لتصحيح أعضائه التناسلية بغية إكسابها مظهرا يتفق والتحول إلى الجنس الآخر.¹

ثانيا- التشريعات التي أباحت الإخصاء والعقم

أقرت هذه التشريعات بمشروعية عمليات تغيير الجنس استنادا إلى النصوص القانونية التي أباحت الإخصاء والعقم ومن بينها:

أ/التشريع الدنماركي

أباح التشريع الدنماركي الصادر في 11ماي 1935 إخصاء الأشخاص الذين يصابون بشذوذ جنسي بسبب عيب في تكوينهم الفسيولوجي أو نتيجة لانحطاط خلقي جسيم يدفعهم إلى ارتكاب جريمة، ولا يجوز مباشرة عمليات تغيير الجنس إلا بعد موافقة وزارة العدل وبعد فحص الشخص اكلينيكيًا وخاصة فيما يتعلق بالغدد الصماء، ولا يمكن إجراء هذه العمليات إلا بالنسبة للأشخاص المتمتعين بالجنسية الدنماركية، وترتب هذه العمليات آثارها القانونية بالنسبة لتعديل حالة الشخص.²

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 188-189.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 449.

ب/التشريع النرويجي

أباح التشريع النرويجي الصادر في أول جوان 1934 عمليات التعقيم وذلك لأجل سبب خطير ينفرد الطبيب بتقديره، وأيضا تقدير الرضا الصادر من المريض، ويستند المشرع النرويجي إلى هذا القانون للاعتراف بمشروعية عمليات تغيير الجنس.¹

ج/التشريع السويسري

يعترف المشرع السويسري بمشروعية عمليات الإخصاء والتعقيم بناء على توافر قصد العلاج في هذه العمليات، وقد امتد أيضا قصد العلاج في الفقه السويسري ليشمل عمليات تغيير الجنس ويكتفي برضا الشخص في هذا الشأن.²

د/التشريع الألماني

يجيز هذا التشريع العمليات الجراحية التي تهدف إلى إخصاء الشخص إذا كان ذلك ينطوي على ميزة علاجية له حسب تقدير الأطباء، وسواء تمثلت هذه الميزة في الوقاية أو الشفاء أو مجرد تسكين شذوذ جنسي يعاني منه، يشترط لذلك أن يبلغ الخامسة والعشرين من عمره وأن يمنح رضاه الحر والمستتير بعد إخباره بطبيعة ومدى جسامته المخاطر المرتبطة بالعملية.³

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 190.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 449.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 190.

الفرع الثاني تغيير الجنس في القضاء المقارن

اختلف موقف القضاء المقارن من مسألة مشروعية تغيير الجنس بين مؤيد ورافض، ولعل أبرز هذه المواقف ما نجده عند القضاء الفرنسي (أولاً) و القضاء البلجيكي (ثانياً) و القضاء المصري (ثالثاً).

أولاً- موقف القضاء الفرنسي من تغيير الجنس

عرف القضاء الفرنسي تطوراً لافتاً في موقفه من تغيير الجنس حيث كان في البداية يرفضه و يرى بعدم مشروعيته و لا يسمح بالتدخل الجراحي إلا بصفة علاجية لظاهرة عضوية ، ثم ما لبث أن تغير بشكل تدريجي نحو الاعتراف بمشروعيته،و يمكن أن يكون حكم محكمة Saint Etienne الصادر سنة 1979 هو النقطة الفارقة في ذلك التطور .

أ/تغيير الجنس في القضاء السابق على حكم Saint Etienne

قبل سنة 1979 لم يعترف القضاء الفرنسي بالصفة العلاجية لجراحة تغيير الجنس إلا في حالة التداخل الطبيعي في الجنس و عليه كان أكثر تساهلاً في تغيير الحالة المدنية للشخص في ما ينتج عن هذه الحالة.¹

و من هنا لم يكن تغيير الجنس مشروعاً أي لا يمكن تغيير بيان الجنس في شهادة الميلاد إلا في حالة وقوع الغلط في التدوين أثناء الميلاد ، و متى اكتشف ذلك فليس هناك مانع في التصحيح و لو كان بعد سنوات ، و هناك العديد من الأحكام القضائية في هذا الاتجاه و من أهمها حكم لمحكمة باريس صدر في 8 ديسمبر 1968 و يتعلق هذا الحكم بشباب شعر بازدواج و غموض في هويته الجنسية و أثناء جراحة أجريت له كشف له عن

¹ - علي حسين نجيدة، المرجع السابق ، ص 61.

عضو تناسلي أنثى، أكد الخبراء أن هناك غلط كما أكدوا أن تخلف الأعضاء التناسلية الداخلية القادرة على الإخصاب لا يستبعد الجنس الأنثوي، و على إثر هذه الشهادة حصلت هذه الفتاة من المحكمة على حكم بتغيير حالتها المدنية و ذلك لثبوت الغلط الذي تمثل في وجود أعضاء أنثوية مطمورة في جسدها.¹

أما إذا لم يثبت وقوع الغلط فلا مجال للقبول بتغيير الجنس و هو ما أكدته محكمة باريس صدر في 24 فيفري 1978 في قضية الفتاة آني التي أصيبت أثناء فترة المراهقة بتقهقر أو ارتداد في أعضائها التناسلية الداخلية، و على إثر عملية جراحية وصفت بأنها مشروعة نظرا لغايتها العلاجية أزيلت لها كل الأعضاء الأنثوية و غدد الثدي و غرس مكانها عضو ذكري كاذب دون أي دور وظيفي ، و آني التي ظهر لها لحية ككل الشباب أخذت تسلك مسلكهم في مثل سنها، إلا أن المحكمة و رغم كل ذلك اعتمادا منها على الفحوص التناسلية رفضت تغيير الجنس و أعلنت أن عدم وجود عضو ذكري داخلي حتى و لو كان ضامرا أو هزيلا يستبعد كل إمكانية للغلط ، و أبقت هذا الشاب أنثى دون أدنى التفات للجنس النفسي الذي أكد الخبراء مظاهره التي بدت على هذا الشاب.²

على ضوء ما سبق فقد اعتمد القضاء الفرنسي في تحديد الجنس على الأعضاء التناسلية الظاهرية ثم الداخلية المطمورة ، غير أن المعيار لم يكن ثابتا حيث وجدت أحكام أكثر تساهلا في اعتماد هذا المعيار فقبلت بأسباب أخرى غير الغلط لتغيير الجنس و منها التطور العارض أو المفاجئ أي الغير مرتبط بوقت الميلاد مما يعني أننا سنكون أمام شخص كان له جنسان على التوالي أي تغيير حقيقي للجنس بالنسبة للمستقبل و ليس أمام تصحيح لغلط مصاحب للولادة .

من هذه الأحكام نجد حكم محكمة النقض الفرنسية صدر بتاريخ 16 ديسمبر 1975، صدر هذا الحكم بخصوص شاب ادعى أنه كان ضحية تدخل جراحي من قبل الأطباء

¹ - حكم محكمة باريس الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1968 أشار إليه علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص63.

² - حكم محكمة باريس الصادر بتاريخ 24 فيفري 1978 أشار إليه علي حسن نجيدة، المرجع السابق، ص63-64.

الألمان وقت الحرب أزيلت على إثره أعضاء التتاسلية ، و تحول صوته إلى صوت الأنثى تماما و طالب أن يصرح له بحمل اسم أنثى و تغيير اسمه الشخصي، رفضت محكمة الاستئناف إجابة طلبه لعدم ثبوت غلط حدث عند الميلاد أمكن الكشف عنه بالكشف عن الأعضاء التتاسلية الداخلية، إلا أن محكمة النقض لم توافقها على ذلك، ومن ثم تكون محكمة النقض قد سلمت في الحكم بالأثر المحدود للتغيير العارض للجنس و ذلك بقبول تغيير الاسم الشخصي ، و يقصد بالعارض في هذا الخصوص التغيير أو التحول الذي لا يرجع إلى عمل إرادي من جانب المحول.¹

توجد أحكام أخرى لم تقف عند التطور العارض بالمعنى السابق بل ذهبت إلى كل تطور طبيعي لتجعل فيه سببا كافيا لتغيير الجنس شريطة ألا يكون هذا التطور إراديا .

ومن هذه الأحكام حكم محكمة تولوز صدر في 11 أكتوبر 1978 بخصوص الشاب كريستيان الذي ظهرت عليه علامات الأثوثة في صور متعددة ، شعره الذي تدلى و صوته الذي رق و على الرغم من وجود عضو الذكورة لديه و إن كان ضامرا أجابت المحكمة إلى طلبه بتغيير جنسه بحجة التطور الطبيعي الذي عرض له، و تغيير الجنس النفسي بتغيير المسلك و الانتماء.²

و الملاحظ أن كل هذه الأحكام رغم تطورها من الاعتداد بالغلط وحده كسبب لتغيير الجنس إلى الأخذ بالتطور العارض ثم التطور الطبيعي إلى التسليم بالجنس النفسي، إلا أن العامل المشترك بينها هو عدم مشروعية اللجوء إلى تغيير الجنس بعمل إرادي.

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1975 أشار إليه علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 64-65.

² - حكم محكمة تولوز بتاريخ 11 أكتوبر 1978 أشار إليه علي حسن نجيدة، المرجع السابق، ص 66-67.

ب/تغيير الجنس بعد حكم محكمة Saint Etienne

على خلاف ما كان يعد محل إجماع من القضاء الفرنسي و هو عدم مشروعية تغيير الجنس بإرادة الشخص جاء حكم صادر عن محكمة Saint Etienne ليأخذ بكون تغيير الجنس قد حدث حقيقة و نتج عنه انتماء الشخص كلية إلى جنسه الجديد و صدر هذا الحكم بمناسبة فتاة ولدت عام 1941 و شيئاً فشيئاً شعرت بانتمائها إلى الجنس الآخر و بدأت تسلك مسلك الرجال ، و بعد عملية تغيير للجنس تمت في أمريكا صارت على إثرها شابا يافعا تزوج من فتاة زواجا مدنيا ، ثم ما لبث أن أكد هذا الزواج في شكله الديني بعد ذلك في المغرب ، و لما عرض الأمر على الخبراء أكدوا عملية التغيير فأمرت المحكمة بإجابة طلبها بتغيير اسمها الشخصي و تغيير جنسها في الأوراق الرسمية.¹

إن الاتجاه الجديد للقضاء اللاحق على هذه القضية أصبح ينظر إلى فكرة الجنس النفسي الاجتماعي أنه العنصر صاحب الغلبة و السيادة في الحالة الجنسية و من هنا لم يصبح لمعيار الإرادة المعتمد في القضاء القديم اعتبار، و إن كان بعض الفقهاء قد أعطوا مفهوما جديدا للإرادة بالنسبة للشخص الراغب في تغيير جنسه حيث أن الرغبة النفسية في تغيير الجنس لا يعد عملا معقولا أو إراديا خالصا بل هو نتيجة استعداد كامن لا يمكن كبح جماحه بشكل قوى ضاغطة لا تترك للشخص مجالاً للاختيار.

كما نجد تبريرات جديدة للفقهاء الفرنسي تتماشى و هذا التطور القضائي منها تقهقر فكرة النظام العام و فسح المجال أمام الأخلاق الفردية و انتصار الحقوق الأساسية للشخص.

ثانيا - موقف القضاء البلجيكي من تغيير الجنس

أتيح للقضاء البلجيكي أن يعبر عن رأيه بخصوص هذه المشكلة ومن ذلك ما قضت به محكمة جنح بروكسل في حكمها الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 1969 ببراءة عدد من الأطباء

¹ - حكم محكمة سانت ايتيان بتاريخ جويلية 1979 أشار إليه علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص59.

عن تهمة القتل الخطأ، وتتلخص وقائع القضية في قيام هؤلاء الأطباء بإجراء عملية جراحية لشخص بغرض تغيير نوع الجنس لديه والتي انتهت بوفاته.

وقد نسبت النيابة العامة في بلجيكا إلى المتهمين تهمة القتل الخطأ لمباشرتهم عملية جراحية ليس لها ما يبررها من الناحية الطبية، إلا أن المحكمة قضت ببراءتهم استنادا إلى توافر قصد العلاج في هذه العملية.¹

في حكم آخر حديث نسبيا قضت محكمة استئناف بروكسل بقبول دعوى لتصحيح شهادة ميلاد امرأة تحولت إلى رجل على اثر خضوعها لعملية جراحية و علاجها بالهرمونات الملائمة، هذا ما يفيد الاعتراف بمشروعية عملية تغيير الجنس من الناحية القانونية .

و قد سبق أن رفضت هذه الدعوى أمام محكمة بروكسل المدنية و ذلك للأسباب الآتية :

- إن طلب التعديل محل الدعوى لا ينطوي على أي خطأ منسوب إلى مفتش الأحوال المدنية لحظة تحرير شهادة الميلاد .

- كما أنه لا يتصور وفقا للأساليب العلمية المتوافرة آنذاك إثبات أن المدعية كانت تنتمي بصفة أساسية إلى الجنس المغاير للنوع المثبت بشهادة الميلاد.

- كما أنه من غير المعلوم طبيعة المرض الذي كانت تعاني منه المدعية و ما إذا كان خلقيا أم مكتسبا .

- كذلك فإن تحديد الجنس الخاص بكل شخص يتحدد بلحظة الميلاد بدون انتظار إلى تعديلات لاحقة و عرضية .

- أخيرا فانه ليس في ظل التشريع الحالي أي نص يبيح تعديل البيانات الواردة بشهادة الميلاد و الخاصة بنوع الجنس بسبب تغيرات صناعية طارئة على شكل فرد و لمجرد الاستجابة إلى ميول نفسية بحتة .²

¹ - حكم محكمة بروكسل بتاريخ 27 سبتمبر 1969 أشار إليه مروك نصر الدين ،المرجع السابق ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم،ص450.

² -حكم محكمة استئناف بروكسل بتاريخ 27 ماي 1974 أشار إليه محمد سامي الشوا ، المرجع السابق،مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات، ص195-194 .

ثالثا-موقف القضاء المصري من تغيير الجنس

أثارت مشكلة تغيير الجنس في مصر ردود فعل متباينة تعكس اختلاف وجهات نظر المتخصصين سواء في مجال الطب النفسي أو الطب التناسلي أو فقهاء القانون أو رجال الفقه الإسلامي وذلك إثر ما سمي بقضية سالي .

أ/خلفيات قضية سالي

عرفت هذه القضية بقضية سالي و الخاصة بطالب طب الأزهر حيث كانت تصدر منه تصرفات غير طبيعية وضحت على مظهره الخارجي تكمن في محاولة تشبهه بالجنس الآخر من خلال وضعه لمساحيق تجميل على وجهه و شفتيه و ارتدائه ملابس نساء و الكماليات من أقراط و خلائف من الأمور الخاصة بالنساء ، الأمر الذي أدى بعميد كلية الطب جامعة الأزهر بإصدار قرار بوقف الطالب عن مواصلة الدراسة بالكلية و منعه من دخولها، و تشكيل لجنة طبية للكشف على الطالب و ذلك لتقدير حالته و بيان ما إذا كانت قد أجريت له عملية جراحية لتغيير نوعه و طبيعة هذه العملية و مدى ما أحدثته من تغيرات و هل كان ثمة داع لإجراء العملية المذكورة و ما استجد في حالته من قيامه بتحويل نفسه من ذكر إلى أنثى.¹

ب/التدخل الجراحي

ثبت من الأوراق المرفقة بملف القضية أن الطالب قدم شهادة طبية مؤرخة في 20 فيفري 1988 صادرة من مستشفى الزمالك أثبت بها أنه كان لديه خنوثة مع ازدواج الجنس ، و قد أجريت له عملية جراحية بتاريخ 29 جانفي 1988 لإزالة مظاهر الذكورة و إعادته لحالة الأنوثة.

¹ - أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1993، ص 81-82.

و على اثر ذلك أخذت قضية تحويل الطالب من ذكر إلى أنثى نهجين أولهما يتعلق بوضع الطالب و مصيره كطالب بكلية الطب ، و الآخر بالنسبة للطبيب الذي أجرى العملية الجراحية و من عاونه في ذلك .¹

ج/موقف النقابة العامة للأطباء

قامت النقابة العامة للأطباء بإجراءات التحقيق في الدعوى المقامة من مجلس نقابة أطباء الجيزة و شكلت هيئة التأديب ، واجهت الأطباء المتهمين بالأسئلة بصدد الظروف الملايصة لإجراء هذه العملية و النتائج التي تمخضت عنها، هذا و قد انصبت التحقيقات خاصة على الجانب النفسي، حيث قامت الهيئة باستدعاء الدكتور أستاذ الطب النفسي بكلية الطب جامعة عين شمس و ذلك باعتباره أحد أخصائي الطب النفسي في مصر، حيث قام بمناقشة الطيبية الأخصائية النفسية التي كانت تباشر الحالة النفسية للطالب، و قد أفرزت المناقشة بينهما النتائج التالية:

- إن الطيبية المذكورة قد قامت بإجراء اختبارات نفسية للطالب لتحديد الصورة النفسية المتكاملة للمريض .

- قامت باتخاذ خطوات قبل إصدار قرارها بالموافقة على إجراء تدخل جراحي لتحويل الطالب إلى أنثى حيث أجرت جلسات استمرت لمدة عام كامل في محاولة لكي يعيش الطالب حياة الرجل و ذلك نظرا لتكوينه الجسماني، و بعد تيقنها من فشل هذه الجلسات حيث أصيب بحالات اكتئاب نفسي الأمر الذي أدى بقبول معالجته كامرأة ، و قامت بإعطائه عقاقير لعلاج حالة الاكتئاب التي كان يمر بها.

- إن الآلام النفسية التي عايشها الطالب لا يمكن علاجها إلا بإجراء العملية الجراحية.
- قامت الطيبية باتخاذ قرار إجراء العملية سنة 1985 بمفردها و قد أشارت على الجراح بذلك بعد أن قررت له أن الحالة ميؤوس منها بالنسبة للعلاج النفسي و أن علاجه يتلخص في حل واحد فقط و هو إجراء العملية .

1- أحمد محمود سعد، المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، ص82-83.

- قررت الطبيبة أن قرارها المذكور جاء بعد اتخاذ الخطوات العملية الواجب إتباعها في مثل هذه الحالات.
- و قررت أيضا أن هناك حالتان متشابهتان للحالة المعروضة و أنه قد أجري علاج نفسي لهما و إحدى هذه الحالات تقرر إجراء جراحة لها بمستشفى العباسية بعد إجراء علاج نفسي لها.
- هذا و بسؤال الطبيب الجراح الذي قام بإجراء العملية الجراحية صرح بأنه أجرى العملية اعتمادا على تقارير الطبيبة و ذلك لتيقنه من أنها تتابع حالة المريض منذ عام 1980 ، و أنها أخصائية طب نفسي و لا يستطيع أن يشك في قدرتها، حيث أنها تعمل رئيسة لقسم الطب النفسي بمستشفى منشية البكري، و زيادة في الاحتياط فقد أخذ رأي أخصائي آخر في الطب النفسي ¹.

د/فتوى دار الإفتاء المصرية

لم تكتف نقابة الأطباء بالجوانب النفسية و الطبية فلجأت إلى دار الإفتاء بوزارة الأوقاف مستفسرة عن رأي الدين في موضوع طالب الطب بجامعة الأزهر فجاء رد دار الإفتاء مقرا مايلي:

"انه روي عن أسامة بن شريك قال : جاء أعرابي فقال: يا رسول الله أنتداوى ، قال نعم فان الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء علمه من علمه و جهله من جهله "

و في فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني الجزء التاسع الصفحة 73 في باب المتشبهين بالنساء أما ذم التشبيه بالكلام و المشي فمختص من تعمد ذلك و أما من كان من أجل خلقه فإنما يأمر بتركه و الإدمان على ذلك بالتدريج فان لم يفعل و تمادى دخله الذم و لا سيما إن بدى منه ما يدل على الرضا به.

و إن المخنث الخلقي لا يتجه عليه اللوم فمحمول على ما إذا لم يقدر على ترك النثني و التكسر في المشي و الكلام بعد تعاطيه المعالجة لترك ذلك، و إلا فمتى كان ترك ذلك محكما

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 457-458.

و لو بالتدرج فتركه بغير عذر لحقه اللوم، و استدل بذلك الطبري بكونه صلى الله عليه و سلم لم يمنع المخنث من الدخول على النساء حتى سمع منه التدقيق في وصف المرأة فمنعه حينئذ فدل على أنه لازم على ما كان من أصل الخلقة.

لما كان ذلك : كان من فقه هذه الأحاديث الشريفة و غيرها من الأحاديث الواردة في التداوي إجازة إجراء جراحة يتحول بها الرجل إلى امرأة أو المرأة إلى رجل متى انتهى رأي الطبيب الثقة إلى وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد بعلامات الأنوثة المطمورة أو علامات الرجولة المغمورة باعتبار هذه الجراحة مظهر لأعضاء المطمورة أو المغمورة تداويا من علة جسدية لا تزول إلا بهذه الجراحة كما جاء في حديث قطع العرق، فقد روي عن جابر قال: "بعث رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى أبي كعب فقطع منه عرقا فكواه" رواه أحمد و مسلم.

ومما يزكي هذا النظر ما أشار إليه القسطلاني و العسقلاني في شرحيهما حيث قالوا ما مؤداه أن "على المخنث أن يتكلف بإزالة مظاهر الأنوثة" .

و لعل ما قال به صاحب فتح الباري (بعد تعاطيه المعالجة لترك ذلك) واضح الدلالة على أن التكيف الذي يأمر به المخنث قد يكون بالمعالجة و الجراحة علاج بل لعله أنجح علاج.

و لا تجوز هذه الجراحة لمجرد الرغبة في التغيير دون دواعي جسدية صريحة غالبية و إلا دخل في حكم الحديث الشريف الذي رواه البخاري عن أنس قال "لعن الرسول صلى الله عليه و سلم المخنثين من الرجال و المترجلات من النساء و قال أخرجهم من بيوتهم فأخرج النبي صلى الله عليه و سلم فلانا و أخرج عمر فلانا " رواه أحمد و البخاري .

و إذا كان ذلك جاز إجراء الجراحة لإبراز ما استتر من أعضاء الذكورة و الأنوثة بل أنه يصير واجبا باعتباره علاجاً متى نصح بذلك طبيب ثقة .

و لا يجوز مثل هذا الأمر لمجرد الرغبة في تغيير نوع الإنسان من امرأة إلى رجل أو من رجل إلى امرأة .

و سبحان الله الذي خلق فسوى و الذي قدر فهدي و مما ذكر يعلم الجواب عما جاء في سؤال و الله سبحانه و تعالى أعلم.¹

هـ-قرار النقابة العامة للأطباء

بعد الاطلاع على الأوراق و بعد رأي دار الإفتاء بوزارة العدل فقد أصدرت النقابة العامة للأطباء قرارين:

أولهما يتعلق بالمبدأ العام بحيث أفادت النقابة العامة للأطباء رئيس جامعة الأزهر بالآتي: "ان مجلس النقابة العامة للأطباء قد اجتمع بتاريخ 09سبتمبر1988 و ناقش العملية الجراحية التي أجراها بعض الأطباء بهدف تغيير الجنس للأشخاص مكتملي الذكورة من الناحية التشريحية و الوراثة ، و رأى بأن عملية إزالة أعضاء الذكورة عند مكتملي الذكورة من الناحية التشريحية و الوراثة مخالفا لآداب المهنة في بلادنا تماشيا مع الأعراف الدينية و القيم الأخلاقية و آداب و تقاليد المجتمع و التشريعات السماوية، وقد قرر المجلس منع إجراء هذه العمليات في مصر سواء بواسطة أطباء مصريين أو غير مصريين ، كما أنه لا يجوز لأي طبيب مقيد بنقابة الأطباء القيام بإجراء هذه العملية سواء كانت في مصر أو في خارجها.

ثانيهما بالنسبة للطبيب الجراح الذي أجرى العملية و بالنسبة للدعوى المقامة من مجلس النقابة الفرعية للأطباء بالجيزة ضد كل من الدكتور أخصائي الجراحة و الدكتور أخصائي التخدير لما نسب إليهما من أن الأول قام بإجراء الجراحة للطالب دون مقتضى لها...الأمر الذي ترتب عليه إلحاق أضرار صحية و معنوية جسيمة ..كما أنه عمد في إجراء الجراحة إلى الخروج على الأصول الطبية المستقرة و النظام العام بقصد تحقيق نفع مادي ، و ما

¹ - فتوى دار الإفتاء بوزارة العدل و مسجلة برقم 168 لعام 1988 و الصادرة بتاريخ 02 نوفمبر 1988 أشار إليها أحمد محمود سعد، المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، ص 89 و ما يليها..

نسب إلى الطبيب الثاني من أنه في ذات التاريخ خالف آداب المهنة بقيامه بتخدير الطالب دون التثبت من نوع العملية الجراحية التي سوف يقوم الجراح بإجرائها فلهذه الأسباب قررت الهيئة المنعقدة بتاريخ 08 نوفمبر 1988 معاقبة الطبيب الأول بشطبه و إسقاط عضويته من النقابة و منعه من مزاوله المهنة في أي صورة ، و قد عوقب الطبيب الثاني بنفس العقوبة.¹

و-قرار مجلس تأديب الطلاب بكلية الطب بالأزهر

و استنادا لما تقدم ذكره من قبل الهيئة الطبية المشكلة بقرار من عميد كلية الطب بجامعة الأزهر حيث تبين لمجلس التأديب أن التقارير الطبية التي وضعتها تلك اللجنة الطبية بعد إجراء العملية الجراحية للطالب أن نتائج هذه التقارير في جملتها تتلخص في الآتي :

- تبين من الفحص الظاهري أن الأعضاء التناسلية الذكرية للطالب كاملة .
- عدم وجود أي اشتباه بالاختلاط بالجنس الآخر .
- بينت الأشعة بالموجات فوق الصوتية وجود غدة بروستاتا كاملة الحجم و التكوين و عدم وجود رحم أو مبيض.
- إن تضخم ثدي الطالب يرجع إلى أنه تناول هرمونات الأنوثة لمدة طويلة.
- و إزاء ماتقدم فانه قد ثبت لمجلس التأديب أن الطبيب أجرى العملية الجراحية للطالب دون موجب طبي لها و أنها تخالف أصول المهنة و تعاليم الدين الإسلامي الحنيف ،حيث أن الطالب كان كامل الذكورة و لم يوجد أدنى شك في اختلاط جنسه بالجنس الآخر، الأمر الذي أدى بإجرائه العملية التي أفقدته رجولته فلا بقي ذكرا و لا أصبح أنثى .
- و بعد الاطلاع على القانون رقم 103 سنة 1961 بشأن إعادة تنظيم الأزهر و الهيئات التي يشملها و على اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار الجمهوري رقم 205 لسنة 1975 بشأن القانون رقم 103 المشار إليه و ما تقضي به المواد 246 و 247 من هذه اللائحة فقد قرر المجلس في جلسته المنعقدة بتاريخ 07 جوان 1988 بعد المداولة و إجماع الآراء و بعد الاطلاع على الأوراق و التقارير ما يلي:

¹ - مروي نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 460-461.

أولاً: فصل الطالب نهائياً من كلية طب الأزهر.

ثانياً: إبلاغ قرار الفصل إلى جميع الجامعات المصرية .

ثالثاً: إبلاغ ولي أمر الطالب .

رابعاً: يوصي المجلس بإرسال نسخة من الأوراق و التقارير إلى النقابة العامة للأطباء بناء على طلبها لأعمال شؤونها فيما قام به الدكتور من جراحة للطالب مخالفاً بذلك الأصول و الأعراف التي تسود مهنة الطب في مصر و الدول الإسلامية.

خامساً: يوصي المجلس برفع الأمر إلى رئيس جامعة الأزهر لاتخاذ الإجراءات القانونية بإحالة الموضوع للنيابة العامة باعتبارها صاحبة الدعوى العمومية.

سادساً: يوصي المجلس بإرسال صورة من أوراق التحقيق والتقارير الطبية إلى مصلحة الأحوال المدنية.

سابعاً: يوصي المجلس بإرسال صورة من أوراق التحقيق والتقارير الطبية إلى الإدارة العامة للتجنيد بالقاهرة.

ولا يفوت المجلس أن يسجل ما تبين له من أن العملية الجراحية التي أجريت للطالب تنتافي وقواعد الدين الإسلامي الحنيف وبما لا يقره أي دين من الأديان السماوية أو الأعراف السائدة والأخلاقيات الراسخة في المجتمعات الشرقية والإسلامية.¹

ز- مآل المركز القانوني للطالب

استكمالاً للإجراءات السالفة الذكر فقد اتخذت الإجراءات التالية:

أولاً: قامت النيابة العامة بإجراء التحقيق مع الطبيب الذي أجرى العملية الجراحية للطالب ووجهت له تهمة إحداث عاهة مستديمة للطالب.

ثانياً: أقام الطالب الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ضد رئيس جامعة

الأزهر بصفته طالبا وقررت مايلي:

-قبول هذا الطعن شكلاً.

¹ - أحمد محمود سعد، المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، ص 103-105.

-وقف تنفيذ القرار الصادر بفصل الطالب نهائيا من كلية الطب جامعة الأزهر، على أن يكون تنفيذ الحكم بموجب المسودة ودون إعلان.

-وفي الموضوع: إلغاء القرار الصادر من رئيس جامعة الأزهر بفصله من كلية الطب جامعة الأزهر مع ما يترتب على ذلك من آثار.

-وبالمقابل فقد أسندت جامعة الأزهر في دفاعها وتبريرها عن قرارها المطعون فيه بما يلي: أن المدعي قد خرج عن السلوك السوي والآداب الإسلامية التي يلتزم توافرها فيمن ينتسب إلى جامعة الأزهر سواء أكان ذكرا أو أنثى طالبا أو طالبة، فكان من الطبيعي أن تفصل جامعة الأزهر المدعي وإلا كانت قد خرجت عن أبسط أمور حماية الفضيلة، وأن هذا القرار قد طابق صحيح الدستور الذي تنص المادة 21 منه على مايلي: "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين بالتقاليد المصرية الأصيلة وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية".

هذا وجاء في ردها أيضا أن المدعي قد عبد الشهوات مما يمكن القول أنه قد خرج عن مكارم الأخلاق التي تحرص الأديان السماوية على اتباعها.¹

س-موقف القضاء المصري

كانت خاتمة هذا الصراع بين الطالب وجامعة الأزهر أن الطالب قد تحصل على حكم بإلغاء القرار الصادر من الجامعة والقاضي بفصله من الجامعة، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بجلستها المنعقدة بتاريخ 02 جويلية 1991 بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية الطب جامعة الأزهر بفصل الطالب لوقوعه على غير محل، ورفض ما عدا ذلك من طلبات، وألزمت المدعية جامعة الأزهر المصروفات مناصفة بينها.

وقد استندت المحكمة في قضائها السالف الذكر أن قرار جامعة الأزهر جاء على خلاف أحكام القانون رقم 103 لسنة 1961 بشأن إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التي يشملها ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم 250 لسنة 1975، حيث أن الطالب قد أجريت

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 463-464.

له جراحة تحول على إثرها إلى أنثى رغم عدم وجود رحم أو مبيض، وحسبما هو ثابت من الأوراق أن الطالب قد قام بتغيير حالته المدنية بشهادة قيد تحمل رقم 491 في 11 ماي 1988 بإعادة قيد اسمه باسم أنثوي وتغير نوعه إلى أنثى، وأصدرت مصلحة الأحوال المدنية صورة قيد ميلاد باسمه الجديد في 06 ديسمبر 1988، كما أصدرت مصلحة الأحوال المدنية بطاقة شخصية من مكتب سجل مدني بمحافظة القاهرة بتاريخ 25 سبتمبر 1988 باسمه الجديد و هي جميعها شهادات رسمية تكشف عن كيفية أن الطالب لم يعد بعد إجراء العملية الجراحية ذكرا و هي مستندات لها حجيتها و يتعين الاعتماد عليها في مسائل الأحوال المدنية إعمالا لحكم المادة 11 من القانون رقم 260 لسنة 1960 في شأن الأحوال المدنية و التي تنص على مايلي " تعتبر السجلات بما تحتويه من بيانات و الصور الرسمية المستخرجة منها حجة بصحتها ما لم يثبت عدمها أو بطلانها أو تزويرها بحكم، و يجب على جميع الجهات حكومية كانت أم غير حكومية الاعتماد في مسائل الأحوال المدنية على البيانات المقيدة في هذه السجلات".

من ناحية أخرى فقد غير الحالة الاجتماعية له بما يتناسب ووضعه الجديد باعتباره أنثى و ليس ذكرا ، حيث حصل على شهادة ميلاد تحمل اسمه الجديد "سالي" ذكر فيها تحت خانة النوع أنه "أنثى" و قيدت الشهادة برقم 491 في 23 أكتوبر 1989 بمدينة بولاق قسم ثاني ، من جهة أخرى وجهت مصلحة الأحوال المدنية شهادة ببيان تصحيح و تثبيت و إبطال قيد إلى رئيس جامعة الأزهر تفيد أن طالب الطب قد تحول إلى أنثى باسم سالي.

بل أكثر من ذلك فقد أعلنت "سالي" أنها قد تزوجت باعتبارها أنثى و كون أنها غير قادرة على الإنجاب لعدم وجود رحم لها فان ذلك لا يمثل عائقا لها ، حيث أن ملايين من النساء غير قادرات على الإنجاب و أن ذلك لا يغير من طبيعتهن أنهن نساء.

هكذا انتهت قضية "سالي" و انتهت تفاصيلها بالاعتراف لها قانونا بوضعها الجديد باعتبارها أنثى و ما ترتب على ذلك من آثار اجتماعية و قانونية ¹.

¹ - أحمد محمود سعد ،المرجع السابق،تغيير الجنس بين الحظر والاباحة،ص107-109.

بذلك يكون القضاء الإداري المصري قد أقر عملية تغيير الجنس وأقر مشروعيتها، كما أنه رتب عليها كافة آثارها بما في ذلك تعديل بيانات شهادة الميلاد والحالة المدنية وكافة الأوراق الرسمية، بل وأكثر من ذلك سمح للمحول بإبرام عقد زواج حسب النوع الذي تحول إليه.

الفرع الثالث

تغيير الجنس في الفقه المقارن

لقد تصدى الفقه المقارن لموضوع تغيير الجنس و من ثم انقسم إلى اتجاهين أساسيين الاتجاه الأول يقر بمشروعية عمليات تغيير الجنس (أولاً)، أما الاتجاه الثاني فيحرم عمليات تغيير الجنس (ثانياً)

أولاً- الاتجاه القائل بإباحة عمليات تغيير الجنس

يتزعم هذا الاتجاه الفقه الأنجلوسكسوني و البلجيكي مستندا في رأيه لإباحة عمليات تغيير الجنس إلى الرغبة في تحقيق قصد العلاج المبتغى من وراءه .

أ/الفقه الأنجلوسكسوني

1-الفقه الكندي

يستند الفقه الكندي في إقراره لمشروعية عمليات تغيير الجنس إلى المادة 45 من قانون العقوبات حيث تقضي هذه المادة بإعفاء كل شخص لم يحصل على رخصة بمزاولة مهنة الطب من أي مسؤولية جنائية في حالة مباشرة أي عملية جراحية من أجل مصلحة أخرى، وذلك بتوافر شرطين الأول أن تجرى العملية بعناية و مهارة معقولتين ، و ثانيهما أن يكون

هناك ما يدعو إلى الاعتقاد بضرورة إجراء العملية بالنظر إلى الحالة الصحية للشخص لحظة إجراء العملية و إلى جميع الظروف الأخرى المحيطة به.¹

و يشترط الفقه الكندي أن يكون المريض في حالة نفسية سيئة بحيث تكون العملية الجراحية هي الوسيلة الوحيدة للقضاء على الاضطرابات النفسية التي يعاني منها بالإضافة إلى ضرورة الحصول على رضاه الحر و المستنير.²

و يقع على عاتق الطبيب مهمة تقدير العلاج الملائم لحالة المريض ، و يسوي الفقه الكندي بين قصد العلاج سواء من الناحية الفيزيولوجية أو السيكولوجية فالصحة البدنية و النفسية وجهان لعملة واحدة.³

و يعاقب الطبيب الذي يمارس عملية تغيير الجنس بدون ضرورة علاجية وفقا للمادتين 228 و 245 من قانون العقوبات الكندي ، فتقرر المادة 228 عقوبة الحبس الذي تصل مدته إلى أربعة عشر سنة لكل شخص تسبب في إيذاء الغير بدنيا عن طريق الجرح أو إحداث تشويه لديه أو تعريض حياته للخطر، و تعاقب المادة 245 بالحبس مدة تصل إلى خمس سنوات لكل من تسبب بدون وجه حق في إيذاء الغير بدنيا أو التعدي عليه.⁴

2-الفقه الأمريكي

يستند الفقه في العديد من الولايات المتحدة الأمريكية إلى قصد العلاج و اعتباره أساسا لمشروعية تغيير الجنس على الرغم من أن قوانينها لا تبيح الإخصاء ، و من وجهة نظرهم تختلف عمليات الإخصاء عن تلك التي يراد بها تغيير الجنس حيث يتوافر قصد الشفاء في

¹ -E.Groffier,De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois,t ravaux de l'Association Henri Capitant T.XXVI ,Daloz,1975,p204 et s .

² - محمد سامي الشوا،المرجع السابق ، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 192 .

³ - مروي نصر الدين،المرجع السابق ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 443 .

⁴ - محمد سامي الشوا،المرجع السابق ، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات،ص 192 .

الثانية دون الأولى، و يكتفي قانون الصحة العامة لولاية الينوا الأمريكية بشهادة الطبيب الذي باشر عملية تغيير الجنس من أجل ترتيب الآثار القانونية الخاصة بها من حيث تعديل الجنس المثبت في شهادة الميلاد.¹

ب/ الفقه البلجيكي

يقر الفقه البلجيكي بمشروعية هذه العملية إذا كان لها غرض علاجي مؤداه تحسين أكيد في صحة المريض، و يذهب جانب منه إلى القول بضرورة الحصول على إذن من الطبيب الشرعي قبل إجراء العملية لتجنب أي غش أو تحايل و أن يفهم قصد العلاج في إطار الضرورة الحقيقية.²

ثانيا-الاتجاه القائل بتحريم عمليات تغيير الجنس

أ/الفقه الايطالي

يحرّم الفقه الايطالي عمليات تغيير الجنس سواء من الناحية الجنائية أو المدنية، فمن الناحية الجنائية لا يتوافر قصد العلاج في هذا النوع من العمليات الجراحية وفي حالة مخالفة ذلك تطبق المادة 552 من قانون العقوبات الايطالي والتي تعاقب بالحبس لمدة تتراوح من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من ثمانية آلاف إلى أربعين ألف ليرة كل شخص اقترف أفعالا من شأنها أن تفقد الشخص الذي وجهت إليه القدرة على الإنجاب حتى ولو كان برضا هذا الأخير، بل ويتحمل نفس العقوبة الخاصة بالكامل.

¹ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 444.

² -M.Klein, Le corps humain, responsabilité juridique et famille en droit belge, Travaux de l'association, Henri Capitant, T.XXVI, Dalloz, p44.

ومن الناحية المدنية فالمادة الخامسة من القانون المدني الايطالي تحرم كل اتفاق يترتب عليه انتقاص خطير ومستديم بسلامة الجسم.¹

ب/الفقه الفرنسي

لا يجيز الفقه الفرنسي من حيث المبدأ عمليات تغيير الجنس، فمن الناحية الجنائية تقاس هذه العمليات على جريمة الإخفاء المنصوص عليها في المادة 316 من قانون العقوبات الفرنسي والتي يقصد بها استئصال كل عضو ضروري من أجل الإنجاب، ولا يعفي رضا صاحب المصلحة الطبيب من أي مسؤولية جنائية في هذا المجال.²

ومن الناحية المدنية فهناك مبدأ حرمة الجسم والذي يضع الإنسان فوق الاتفاقات القانونية، ومن ثم فلا يجوز تعريضه لعمليات جراحية غير مأمونة النتائج وتتطوي في الوقت نفسه على قدر من المخاطر.³

وخروجاً على هذا الأصل فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تقرير مشروعيتها واستند في ذلك إلى نظرية الضرورة، فأى عمل جراحي إذا لم يتوافر له ضرورة علاجية فإنه يتجرد من المشروعية حتى ولو كان بناءً على رضا صاحب المصلحة وذلك رعاية لسلامة جسم الإنسان ، وهذا ما أشارت إليه المادة 22 من قانون آداب مهنة الطب في فرنسا.⁴

تطبيقاً لما تقدم فقد تمكن أحد القساوسة-وكان يعاني من شهوة جنسية مفرطة -من الحصول على موافقة السلطات الدينية والقضائية لأجل إخصائه.⁵

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 195-196.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 445.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص 196-197.

⁴ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 445.

⁵ - L Massion, Verniory, Charles, aspects medico-psychologique sociaux et juridiques de L homosexualite, revue droit penal et criminel, 1957-1958, p279.

وقد انتقد هذا الفقه موقف القضاء الفرنسي المتشدد إزاء هذه العمليات وقرر مايلي:¹

-إن قياس هذه العمليات على جريمة الإخفاء هو قياس مع الفارق، فالهدف من الإخفاء دائما هو حرمان المجني عليه من القدرة على الإنجاب، أما بالنسبة لعملية تغيير الجنس وإن كان يترتب عليها عين النتيجة المترتبة على الإخفاء في ذاته إلا أن قصد العلاج فيها متوافر وهو الذي يبرر فعل الطبيب، كما أن التذرع بعدم وجود نصوص قانونية خاصة لتنظيم هذه العمليات هو حجة سلبية في ذاتها، فعدم إصدار مثل هذه النصوص لا يشكل عقبة من أجل التقرير بمشروعيتها.

-كما أنه لا يجوز الاستناد إلى مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان للقول بعدم المشروعية فقد كذب الواقع العملي هذا المبدأ حتى حدا بالفقه إلى القول بأن مبدأ حرمة جسم الإنسان قد نزل من برجه العاجي وتنازل عن عرشه، فأصبح جسم الإنسان محلا للمعاملات القانونية.

-كما أنه لا يجوز الارتكان إلى الأفكار المتعلقة بالنظام العام أو الآداب الحسنة لأن هذه الأفكار نسبية جدا ومتطورة.

-كذلك لم يهتم المشرع بتوضيح فكرة الجنس، ومن ثم يقع على عاتق القضاء مهمة تكملة هذا النقص، وإذا كان القضاء قد تبنى في هذا المقام فكرة المعايير الشكلية الخارجية فانها غير كافية بذاتها لحل جميع المشاكل الناشئة عن ازدواج الجنس، فالجنس فكرة متطورة وقابلة للتعديل.

وقد تساءل الفقيه الفرنسي Nerson بخصوص هذا التشدد بقوله "ألا تكفي هذه الاضطرابات النفسية الجسيمة للتقرير بإباحة هذه العمليات".

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 197-198.

المطلب الثاني تغيير الجنس في القانون الجزائري

تتطلب دراسة موقف القانون الجزائري من مشروعية تغيير الجنس التعرف عن موقف التشريع الجزائري (الفرع الأول) ثم موقف الفقه الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول موقف التشريع الجزائري من تغيير الجنس

حظر المشرع الجزائري عمليات تغيير الجنس و هذا ما يستفاد من النصوص القانونية الآتية :

أولا - تغيير الجنس و القانون الجنائي

الأصل أن كل عملية جراحية يجب أن تتصرف لغرض علاجي أما اذا انعدم هذا الغرض و انصرف هدف الطبيب إلى غرض آخر غير العلاج فإنه يخرج عن وظائف مهنته و يفقد الحصانة الطبية و يتعرض للمسؤولية الجنائية العمدية وفقا للقواعد القانونية العامة ، و بالتالي تعتبر عملية تغيير الجنس في التشريع الجزائري بمثابة عدوانا يردع قانون العقوبات فاعلها.¹

و يمكن أن نتمسك في هذا الصدد بنصين، من جهة فعقوبة هذه العمليات مبينة بالتشابه للعملية بجريمة الإخفاء المنصوص عليها في المادة 274 من قانون العقوبات

¹ - تشوار الجيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص32.

لأن الإخفاء ضروري لتلك العملية بحيث يتعلق الأمر باستئصال أو بتر إرادي لعضو ما ضروري للنسل، بالإضافة إلى ذلك فالقانون لم يفرق ما إذا كان الأمر متعلقا بالرجل أو المرأة إذ أن مرتكب هذه الجريمة يسلب عمدا صحته وسيلة الإنجاب بالرغم من أن ذلك ليس هو الهدف المتبع من طرف الجراح.

و من جهة أخرى فمن الممكن أن يعاقب الطبيب طبقا للمادة 264 من قانون العقوبات لارتكابه جريمة الضرب و الجرح العمدي التي نتج عنها بتر أحد الأعضاء لتغيير منظره الخارجي، كذلك فالطبيب القائم بهذه العملية لا يحق له أن يدافع عن نفسه بموجب المادة 39 من قانون العقوبات حتى يعفى من المسؤولية الجنائية و ذلك حتى و لو كان المريض في حالة نفسية جد خطيرة،و حتى و لو قام بعمله بناء على رضا المريض و رغبته،ولا يكون لرضا الشخص باعتباره باطلا أي أثر على عدم شرعية هذه العملية ، و بعبارة أخرى فانه لا يسمح عن طريق الاتفاق الخاص خرق الأحكام الجنائية المانعة للضرب و الجرح العمدي، فجسم الإنسان يخرج عن التصرف الحر للشخص بالرغم من أن هذا الرضا يعد أمرا ضروريا في الميدان الطبي فيما عدا الحالات الاستثنائية.¹

ثانيا - تغيير الجنس و القانون المدني

ينص التشريع الجزائري صراحة أن أي اتفاق يتعلق بالشخص الطبيعي يعتبر باطلا، و يترتب على ذلك أنه يجب أن يضل الكائن البشري بعيدا كل البعد عن التجارة القانونية و من ثم فان الاتفاقات التي يكون محلها التعدي على التكامل الجسدي لا يمكن الاعتراف بها حيث أن هذه العملية تعرض صاحبها لكثير من المخاطر و تهدد روحه بإلحاق الأضرار بجسده و المساس بسلامته، و بالتالي يسأل الطبيب مدنيا عن هذه العملية وهذا طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني و التي تنص على مايلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".²

¹- راجع المرجع السابق، ص33.

²- المادة 124 من القانون المدني

ثالثا-تغيير الجنس و قانون الحالة المدنية

يجب أن يذكر طبقا لنصوص قانون الحالة المدنية في سجلات الولادات جنس الشخص ، وقد عالجت المواد 49 ، 51، 50 من ذات القانون تصحيح و تعديل التسجيلات المذكورة في سجلات الحالة المدنية ، و في هذا الصدد لا يتم التعديل إلا بموجب حكم يصدره رئيس المحكمة¹ ما لم يتعلق الأمر بالتصحيح الإداري للأخطاء المترتبة عن إغفال أو غلط بين².

و الملاحظ بأن المشرع أباح تعديل عقود الحالة المدنية و لكن علق الاعتراف بذلك التعديل على المصلحة المشروعة طبقا لما ورد في نص المادة 57 من قانون الحالة المدنية،و في هذا النص اعتراف من المشرع الجزائري بأن التعديل في العقود لا ينبغي أن يتم منسجما مع إرادة الشخص بل يجب أن تقابله مصلحة مشروعة،وأن هذه المصلحة لا يمكن تصورها في حالة التغيير الإرادي للجنس ، و تماشيا مع هذه السياسة التشريعية يمنع المشرع الجزائري على القاضي الاعتراف بالتعديل و من ثم يبقى المعني محتفظا بحالته المدنية الأصلية و إن كان قد أصبح في الظاهر ينتمي إلى جنس يخالف جنسه الطبيعي³.

و بالتالي فتغيير الجنس يخل بنظام الحالة المدنية ذلك أن الشخص الذي سجل في دفاتر الحالة المدنية على أنه أنثى ثم تغير إلى ذكر كيف يكون نظام تسجيله الجديد و ما مصير تسجيله القديم⁴.

¹ - المواد 55،56،57 من قانون الحالة المدنية.

² - المادتين 50،51 من قانون الحالة المدنية.

³ - تشوار الجيلالي، المرجع السابق، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ص36-37.

⁴ - مروك نصر الدين، المرجع السابق ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص473.

رابعاً-تغيير الجنس و قانون الأسرة

يشترط قانون الأسرة أن يختلف الزوجان من حيث الجنس فنص في المادة الرابعة منه على مايلي " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي... " فإذا كان الطرفين من جنس واحد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا هذا من جهة، و من جهة ثانية فان قواعد الميراث في التشريع الجزائري تجعل للذكر مثل حظ الأنثيين فإذا أبيع للأنثى أن تغير جنسها إلى ذكر اختل نظام الميراث من أساسه.¹

خامساً-تغيير الجنس و مدونة أخلاقيات الطب

اتخذ المشرع الجزائري موقفا واضحا في حمايته للحق في سلامة الجسم بتقريره في المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب مايلي:"لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة ، و مالم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة ، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي و موافقته".²

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري أضفى حماية على أعضاء جسم الإنسان بأن قرر مسؤولية الطبيب عن كل عملية جراحية يجريها على أعضاء الجسم دونما ضرورة طبية تستدعيها و من بين هذه العمليات عملية تغيير الجنس.³

¹ - مروك نصر الدين،المرجع السابق،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم،ص473.

² - المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب.

³ - مروك نصر الدين،المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم،ص474.

الفرع الثاني تغيير الجنس في الفقه الجزائري

يحظر الفقهاء الجزائريين إجراء هذا النوع من العمليات على أساس أن التغيير الإتفاقي للجنس يتنافى مع الأحكام الشرعية، وفي هذا يقول سبحانه وتعالى بشأن تبديل الخلق الذي ارتضاه بعلمه لخلقه "يُرَآئِهِ لَسَدَانٌ مُّغَارِبِلِي بِالْفَكَرِيمِ الْإَذْخِي لَقَقَلَسَدَ وَقَلَعَدَ دَلَكَ" ¹ وقوله جل وعلا "لَحِيْدَن كَثَلِي خَمَلَقُوهُ بِ نَخَالِئِي نَسَدَانٍ مِرْطِيْنِ" ² وقوله أيضا "أَنَاهُ أَخَذُوا لَقَقْنَا بَارَكَ اللَّهُ سَدَانُ الْإِقِيْنِ" ³.

ويرى هؤلاء الفقهاء بأن التغيير الجنسي هو لون من ألوان التلاعب بهندسة الكائن البشري ومن المعلوم أن القرآن الكريم نبه إلى أن البيئة الاجتماعية والوراثية مركبة تركيبا دقيقا وأنه لا يجوز لبني آدم التلاعب بمعاييرها لقوله تعالى "لَقَدْ كُنْتُمْ فِي قَدْحٍ تَقْدِيرًا" ⁴ وقوله أيضا "إِن كُنْتُمْ فِي خُطْبَةٍ فَذَرُوا جُودَرًا" ⁵ ثم يقول تعالى ناها عن التلاعب بهذه المعايير "لَا تُفْسِدُوا وَآيَاتِي ضَرْعًا دَاِصْحَلَهَا" ⁶.

وينادي الأستاذ جيلالي تشوار بوجود تطبيق الأحكام الشرعية بصرامة متى عرض المشكل على القاضي المسلم ويكتفي لرد طلب الشخص محل التغيير أن يوجه له مبدأ عدم إمكانية المساس بجنسه، بحيث يجب على كل شخص أن يعيش مثل ما صنعه الله جل جلاله، إذ أن المستحسن من الوجهة الطبية والبيولوجية ليس مستحسن من الناحية الشرعية،

¹ - سورة الانفطار، آية 6-7.

² - سورة السجدة، آية 7.

³ - سورة المومنين، آية 14.

⁴ - سورة الفرقان، آية 02.

⁵ - سورة القمر، آية 49.

⁶ - سورة الأعراف، الآية 56.

ولا يجوز للقاضي تحت ستار الاستحسان الطبي أن يحل محل المشرع ويقضي على أساس ما يجب أن يكون التشريع، بل عليه أن يقضي وفق أحكام الشريعة الإسلامية.¹

كما يستند الأستاذ جيلالي تشوار في تحريمه هذا النوع من العمليات إلى المحافظة على أنوثة المرأة ورجولة الرجل، وكل ذلك يبدو واضحاً من خلال آيات قرآنية كثيرة وأحاديث نبوية عديدة، يقول سبحانه وتعالى "سَبَّ الْإِنْدَانِ يُنْأَنَ كَسَدُ دَلِّمٍ يَلْفُ طِفَةَ مِّنْ يُّيْ ذَىٰ ذُمَّ كَانَ لَقَقَّ لَقَدَّ وَقَّيَ لَلزَنُّ وَ جَا لِنَ كَوْرَ الْأُنْثَىٰ" ²، إذ أن كليهما مكمل للآخر لآداء مهمتين مختلفتين مما يبرهن على أن لكل منهما خصوصيات تدل على ذاته.³

وبذلك لا يتمنى الرجل أن يكون امرأة ولا المرأة أن تكون رجل استناداً لقوله تعالى "ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن"⁴ وقوله أيضاً "فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله"⁵

إذن هذه الآيات الكريمة فيها توجيه من الله سبحانه وتعالى بأن لا يتمادى الإنسان ولا يستهتر، كما تشير إشارة صريحة أن الله سبحانه المبدع البديع ويقول عن ذاته العلية أنه أحسن الخالقين، فكيف يتجرأ الإنسان على أحسن الخالقين ليعبث بالخلق، وعليه فإن ذلك يؤكد أن البشر هم من فطرة الله تعالى ولا يمكن أن يكون تغيير جنس لخلق الله سبحانه الذي ارتضاه بعلمه.⁶

¹ -- جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء 36، الرقم 04، 1998، ص 33.

² - سورة القيامة، آية 36-38.

³ - جيلالي تشوار، المرجع السابق، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، ص 35.

⁴ - سورة النساء، آية 32.

⁵ - سورة الروم، آية 35.

⁶ - جيلالي تشوار، المرجع السابق، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، ص 35.

ووردت في السنة أحاديث صحيحة في شأن تشبه المرأة بالرجل في حديث رواه الطبراني والبيهقي " أربعة يصبحون في غضب الله ويمسونه في سخط الله ، قلت من هم يارسول الله؟ قال صلى الله عليه وسلم المتشبهون من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال ،والذي يأتي رجل" ، فالسخط هنا خاص بالتشبيه فما بالك بالتغيير ، فالتغيير جريمة منكرة وإثم عظيم يلتقي مع الزنا في دائرة واحدة استنباطا من قوله صلى الله عليه وسلم "إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيتان" ¹.

المطلب الثالث

موقف الديانات السماوية من تغيير الجنس

من منطلق اعتقادنا بالأثر الكبير لرأي الديانات السماوية في تبلور الموقف في مشروعية عملية تغيير الجنس رأينا أن ننظر إلى هذا الرأي في كل من الديانة المسيحية واليهودية (الفرع الأول) ثم موقف الشريعة الإسلامية كشريعة خاتمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف الديانتين اليهودية والمسيحية من تغيير الجنس

تباين موقف الديانات السماوية من مسألة تغيير الجنس وأهمها موقف الديانة اليهودية (أولا) ثم موقف الديانة المسيحية (ثانيا).

أولا -موقف الديانة اليهودية من تغيير الجنس

تفرق الديانة اليهودية بين الذكر والأنثى من خلال الأعضاء التناسلية الخارجية وحدها دون النظر إلى الأعضاء الداخلية ولا الصفات الوراثية ولا العوامل النفسية.

¹ - جيلالي تشوار ، المرجع السابق ، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستساخ البشري ، ص 35-36.

وهي تحرم كل عمل جراحي أو علاجي هدفه تغيير الجنس وحده،⁽¹⁾ وذلك حين تحويل الأعضاء التناسلية الخارجية الذكرية إلى أنثوية أو العكس.

غير أن التوراة قد تطرقت إلى مسألة الخنثى والحالات التي يمكن فيها اللجوء، إلى الجراحة، فالخنثى في التوراة يمكن أن تطبق عليها الأحكام الخاصة بالنساء حيناً، وحيناً تطبق عليها أحكام الرجال.

فيمكن للخنثى الزواج بامرأة على اعتبار أنه رجل ولا يمكنه الزواج برجل لأن احتمال تغلب صفة الذكورة فيه يؤدي هذا إلى زواج المثليين وهو ما تمنعه التوراة، أما إذا تغلبت الصفة الأنثوية فإن الزواج يزول عن طريق التطليق.

وأما الحالات التي يسمح فيها بالجراحة فهي محددة جداً، حيث يجوز للأنثى التي ظهر لديها إضافة إلى أعضائها التناسلية الأنثوية أعضاء تناسلية ذكرية يجوز لها استئصال هذا العضو بعملية جراحية على اعتبار ما حدث هو تضخم في الأعضاء التناسلية الأنثوية فقط.⁽²⁾

أما بالنسبة للخنثى الحقيقي فيمكن أن يخضع لعملية جراحية بهدف إعطائه مظهراً ذكورياً بصفة حصرية، أي لا يمكن أن يعطى صفة الأنثى.

ولكن من جهة ثانية اختلف رجال الدين اليهودي حول مدى مشروعية إلغاء الأعضاء الذكرية لأن هذا الأمر يتعلق بمسألة الإخصاء والذي يعد من المحرمات في الديانة اليهودية.³

¹ - فواز صالح، جراحة الخنثى وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 19، العدد الثاني، 2003، ص 51.

² - فواز صالح، المرجع السابق، ص 52.

³ - خورشيد حسين، جراحة الخنثى وتغيير الجنس في القانون السوري والشريعة الإسلامية، بحث علمي لنيل درجة الدبلوم في القانون الخاص، جامعة دمشق، كلية الحقوق، دمشق 2004، ص 17.

وعموماً فالديانة اليهودية تمنع تغيير الجنس جراحياً إلا في الحالات التي هي عبارة عن حلول علاجية لتغيرات فيزيولوجية عادة ما تكون نتيجة تضخم أعضاء أو ضمور أخرى، وحتى في هذه الحالات فالمفضل هو اللجوء بداية إلى المعالجة الهرمونية والنفسية.

فاليهودية كرهت حتى التشبه بين الجنسين، مما يعني التشدد في احترام كيان كل جنس وتحريم الاعتداء على هذا الكيان الذي يعد قوام الحياة البشرية. لقد جاء في التوراة المقدسة وفي التثنية (5: 22) ما يلي: "لا يكن متاع الرجل على امرأة ولا يلبس رجل ثوب امرأة، لأن كل من يعمل ذلك مكروه لدى الرب إلهك"¹.

ثانياً - موقف الديانة المسيحية من تغيير الجنس

يجب أن نميز في الديانة المسيحية بين موقف الكنيسة الكاثوليكية وموقف الكنيسة البروتستانتية.

أ/موقف الكنيسة الكاثوليكية

تتعلق الكنيسة الكاثوليكية في موقفها من تغيير الجنس من نظرتها إلى علاقة الإنسان بجسده حيث ترى أن الإنسان لا يملك هذا الجسد ومن ثمة فلا يجوز له التصرف فيه، أي أنه من الناحية الأخلاقية لا يمكنه أن يقطع أي جزء من جسده، وعليه أن يحترم الطبيعة الجنسية لجسده على الصفة التي خلق أو وجد عليها.

واستعماله لجسده مقيد بالغاية الطبيعية لقدرات وقوى طبيعية إنسانية ومن هنا لا يجوز الخروج عن هذه القيود إلا إذا توفرت أسباب خطيرة جداً تضىف مشروعية المداخلة الجراحية من أجل تغيير في تلك الطبيعة الإنسانية، ولا يكون ذلك إلا بتوافر ثلاثة شروط هي:²

3- أشار له المرجع السابق، ص 17.

¹ - فواز صالح، المرجع السابق، ص 53.

- 1- أن يثير بقاء عضو أو عمله في الجسم ضررا أو يشكل ذلك تهديدا للجسم.
- 2- عدم إمكانية تجنب الضرر الناتج عن بقاء ذلك العضو إلا بقطعه أو الإنقاص منه ، أن تكون نتيجة القضاء على الضرر مضمونة.
- 3- يجب أن نأمل من خلال العمل الجراحي إلى أن الأثر السلبي لهذا العمل والمتمثل في قطع العضو أو إنقاصه سيعوض بأثر إيجابي أكبر يتمثل في زوال الخطر بالنسبة للجسد ككل وتخفيف الآلام والعذابات.

وهذه الشروط العامة لكل عمل جراحي تنطبق على جراحة تغيير الجنس.¹

ورغم الاتفاق على الشروط السابقة فيما يتعلق بكل عمل جراحي فإن عمليات تغيير الجنس قد أثارت خلافا واضحا بين رجال الكنيسة الكاثوليكية ومرد ذلك إلى الزاوية التي عولج منها الموضوع، فإذا كان البعض يرى بأن الجنس هو أمر وراثي بيولوجي لا يجوز معه المساس بالأعضاء التناسلية فإن البعض الآخر يرى بأنه يجب أن نأخذ بعين الاعتبار تلك المعاناة النفسية والعذاب الذي يعانيه من يعيش أعراض تغيير الجنس، ومن ثم فالسماح بتغيير الجنس بالنسبة لهؤلاء لا يعد إحصاء - وهو الأمر المحظور في الكنيسة الكاثوليكية - وإنما يعد تخفيفا لعذاب هذه الفئة وبالتالي فهو علاج ممكن.

وعموما فالكنيسة الكاثوليكية تضع ضابطا محكما في جواز إجراء العمليات المتعلقة بتغيير الجنس وهو مدى تحديد الجنس البيولوجي، ففي الحالة التي يكون فيها غير محدد كحالة الخنثى فإن الكنيسة تجيز المعالجة الهرمونية والجراحية لتغليب الجنس الأكثر احتمالا، وهو ما يهدف إلى تحقيق الانسجام بين أعضاء الجسد مما يجعل مثل هذه العمليات عملا مشروعاً، أما إذا كان الجنس البيولوجي محددًا ولكن الجنس النفسي غير محدد أي أن يظهر لدى الشخص ميولا حادا نحو الجنس الآخر، فإن الكنيسة الكاثوليكية تمنع المداخلة الجراحية التي هدفها الاستجابة لتلك الميول النفسية لأنها ترى في ذلك تشويها خطيرا للجسد وبالتالي فهذا العمل يعد غير مشروع.

¹ - L. E.Pettiti, les transexuels, que sais-je, puf, p109.

غير أن هذا المعيار لم يكن كافياً لوضع حد للخلاف بين الكاثوليكين ولذلك يمكن القول أن هناك تياران فقهيان، تيار يبني رأيه على الجنس البيولوجي دون النظر إلى الجانب النفسي فإذا كان محدداً فلا يمكن اللجوء إلى جراحة تغيير الجنس مهما كانت الميولات النفسية للشخص ومهما كانت -تبعاً لذلك- المعاناة التي يعيشها الشخص المريض ومن ثمة مهما كانت المبررات التي يبني عليها خيار التدخل الجراحي.

أما التيار الثاني فلا يكتفى بالجنس البيولوجي بل يراعي أيضاً الجانب النفسي ولكن في إطار ضيق يمكن أن يعتبر استثناء على الأصل وهو المنع وعدم شرعية التدخل الجراحي من أجل تغيير الجنس، وهذا الاستثناء تحدده الحالة النفسية للشخص الذي يريد تغيير جنسه حيث يفترض أن تكون المداخلة الجراحية هي الحل لإنهاء معاناة ذلك الشخص الذي يجب ألا ينظر إليه على أنه جسد فحسب، بل هو جسد ونفس، ومن ثمة فالشرعية على هذه المداخلة تكون من خلال الطموح إلى تحقيق خير كمال الشخص.

وفيما يتعلق بالآثار المترتبة على تغيير الجنس في حال الاعتراف بمشروعيته على الوجه الذي بيناه سابقاً فإن أهم أثر عالجت الكنيسة الكاثوليكية هو ما يتعلق بالزواج سواء السابق على عملية التغيير أو اللاحق عليها.

فأما بالنسبة للزواج السابق فإن عملية تغيير الجنس ستؤدي إلى إبطال هذا الزواج أما بالنسبة للزواج اللاحق على عملية تغيير الجنس فإنه وبعد عام 1977 أصبح القانون الكنسي يجيزه حتى وإن لم يستطع الشخص الذي غير جنسه القيام بالالتزامات الأساسية التي تفرضها العلاقة الزوجية حيث جاء مرسوم بابوي في عهد البابا بولص السادس بتاريخ 13 ماي 1977 الذي يعتبر مغير الجنس إلى ذكر عاجزاً بالمعنى الطبيعي للكلمة شريطة أن تتجس عملية تغيير الجنس.¹

¹ - فواز صالح، المرجع السابق، ص. 55.

ب/موقف الكنيسة البروتستانتية

كانت الكنيسة البروتستانتية أكثر تسامحا في هذا الموضوع بخلاف الكنيسة الكاثوليكية، وذلك من منطلق أن الله خلق العباد وأراد لهم السعادة، ومن ثمة فعلينا أن نعمل على إسعاد الإنسان والابتعاد عن كل ما يعذبه بل والسعي إلى إسعاده بكل السبل.

ومن هنا فالبروتستانت لا يرون مانعا من عمليات تغيير الجنس وذلك في ظل التقدم العلمي والتكنولوجي التي تعرفه الإنسانية بغض النظر عن المرض الذي يعانیه الذي يريد تغيير الجنس، أي سواء كان فيزيولوجيا أو نفسيا وبغض النظر عن نوع العلاج أكان هرمونيا أو جراحيا أو نفسيا.¹

الفرع الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من تغيير الجنس

خلق الله الخلق بتوازن عجيب يعلمه هو، وخلق الإنسان في أحسن صور خلقه، قال تعالى: **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن مَّغَارَ بَيْتِ بَلْكَرِيمِ الَّذِي لَقَقْتُمْ وَقَالُوا ذَلِكَ فِي طَيْرٍ مَّا شَآكِبَك**².

ولعن على لسان رسوله الكريم من يريد أن يغير هذا الخلق ولو تشبها. حيث جاء في صحيح البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: " لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال".

²- خورشيد حسين، المرجع سابق، ص18.

³- سورة الانفطار، الآية 6-7.

كما لعن صلى الله عليه وسلم المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء إذا كان على وجه الافتتان بالجنس الآخر إلى حد تقليده في سلوكاته، أما إذا كان الخنثى نتيجة تشوه وراثي فقد جعل له أحكامه الفقهية الخاصة به.

وعلى ضوء هذا فموقف الشريعة الإسلامية من تغيير الجنس يختلف بحسب الشخص محل التغيير فبالنسبة للخنثى الوراثي فإن التدخل الجراحي يكون فيه جائزا (أولاً) أما الجنس النفسي فإن التدخل الجراحي يكون فيه محرماً (ثانياً).

أولاً- تغيير الجنس بقصد العلاج (حالة الخنثى)

يعرف الخنثى في الفقه الإسلامي على أنه: " إنسان له آثار رجل أو امرأة وليس له شيء فيهفلان بال من الذكر فغلام وإن بال من الفرج فأنثى وإن بال منهما فالحكم للأسبق، وإن استويا بأن خرج منهما معا فمشكل وهذا قبل البلوغ، فإن بلغ وخرجت له لحية أو وصل إلى امرأة أو احتلم كما يحتلم الرجل فرجل وإن ظهر له ثدي أو لبن أو حاض أو حبل أو أتي كما يؤتى النساء فامرأة وإن لم تظهر له علامة أصلاً أو تعارضت العلامات فمشكل وله حينئذ في الميراث أضر الحالين....."¹

لقد اعتمد هذا التعريف على معايير كلها فيزيولوجية سواء قبل البلوغ أو بعده للحكم على طبيعة الخنثى، وقد ميّز في هذه المعايير بين نوعين من الخنثى:

أ/ **الخنثى غير المشكل:** وهي الحالة التي يكون فيه الشخص المريض مغلب فيه الصفات الأنثوية أو مغلب فيه الصفات الذكورية.

وهذه الحالة لا تثير خلافاً بين رجال الفقه الإسلامي من حيث أحكام الميراث ولا من حيث شرعية إجراء العمل العلاجي عليها للتخلص من الصفات الدخيلة والتي تعد حالة مرضية، وقد يكون هذا العمل العلاجي باستعمال الهرمونات فقط، كما قد يلجأ إلى التدخل الجراحي ولا

¹ - فواز صالح، المرجع السابق، ص 57 .

يعدو هذا الأمر على كونه يدخل في مجال التداوي والتطبيب الذي أمر به الشارع الكريم، قال صلى الله عليه وسلم : " عباد الله تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد هو الهرم"¹.

وعلى ضوء هذا فعندما تكون العملية الجراحية بقصد معالجة مرض وراثي عضوي فالأمر مشروع لكن شريطة أن تثبت الخبرة الطبية الموثوق بها أن شفاء الإنسان واستقراره النفسي والعضوي لن يتحقق إلا بهذا التدخل الجراحي.²

ب/ الخنثى المشكل: وهي الحالة التي لا يمكن فيها تغليب جانب الذكورة أو جانب الأنوثة في شخص ما، أي أنه وفق التعريف الفقهي السابق ذكره لا يمكن من خلال الأجهزة الموجودة فيها بل وحتى من الناحية التشريحية أن يصنف في جنس من الجنسين (لا هو ذكر ولا هو أنثى) لكن إذا ثبت من خلال الخبرة الطبية الموثوقة أنه يمكن تغليب صفة أي جنس على الآخر من خلال العمل الجراحي وذلك بعد الكشف الطبية البيولوجية والنفسية، فإن علماء الشريعة المحدثين قد أجازوا مثل هذه الجراحة، وخاصة قبل البلوغ مع مراعاة الحالة النفسية للمعني ولوالديه والآثار الاجتماعية التي يمكن أن تكون كنتيجة مباشرة لهذه العملية.³

ولكن العلماء شددوا ألا يكون الغرض من هذه العملية هو تغيير الجنس لأن ذلك محرم شرعا لما فيه من اعتداء على خلق الله، ومخالفة للفرقة السليمة التي فطر الله الناس عليها. ومن هنا فالمعيار في هذه الحالة هو الهدف من العمل الجراحي والذي يجب أن يكون علاجيا بحتا تمليه الضرورة الملحة من أجل تحقيق الانسجام الكلي بين المظهر الجسمي لدى المريض وبين جنسه الحقيقي الذي أثبتته الخبرة الطبية الأمانة.⁴

¹ - أبي عيسى محمد بن سورة، سنن الترمذي، الجزء الرابع، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1990، ص 148.

² - مارك نصر الدين، المرجع السابق، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص 469.

³ - وهبة الزحيلي: المداخلة التي قدمها في الندوة التي نظمتها نقابة الأطباء فرع دمشق حول جراحة الخنوثة وتغيير الجنس من الناحية الطبية الشرعية والقانونية بتاريخ 20 ماي 2002 أشار له : فواز صالح، المرجع السابق، ص 57.

1- فواز صالح، المرجع السابق، ص 58.

ثانيا - تغيير الجنس لمجرد الرغبة

ذهب جمهور الفقهاء إلى حرمة تغيير الجنس لغير ضرورة واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول.

أ/الأدلة من القرآن الكريم

-قوله لأَعْلُو "لَأَلَّهْمُم نِيَلَاتَّهُمْ حُرَّ نَهْفُ لِمِيد بَ تَكُنْ دَوْلَان لَأَعْلُو نَهْفُ لِمِيد غَيْرُ نَحْ لُقِ اللّٰهُ ٥
وَمِي نَحْدِ الشَّدِيدِ طَانُو لِيَامَنَّ وَنِ اللّٰفِ فَتَسْخَرُ سُرَّ اِنْمَ بِيذًا "1.

في هذه الآية دلالة واضحة على تحريم تغيير خلق الله تعالى التي فطر الناس عليها بدون ضرورة شرعية أو مرضية مؤكدة طبييا، لما في ذلك من العبث بحقيقة الجنس لا لشيء سوى الرغبة الشاذة وكراهية الجنس الذي ولد عليه الشخص ، والميل إلى التغيير لأنه يؤدي إلى قلب الحقائق باستئصال أجزاء الذكر الواضحة وزرع مكانها الأُنثى، واستئصال أجزاء الأُنثى الواضحة وزرع مكانها أجزاء الذكر دون دواعي شرعية أو طبية، ولما في ذلك من التضليل والخداع والتدليس، ولما أثبتته الطب أن هذه العمليات ضرر على الفرد والمجتمع.²

-قوله عز وجل لِلّٰهُدَلِكُ اَوْ وَتِ الْاَرُ طِرْحِ لُقُ مِي شَدَّ اِيَهُ بِلْمِي شَدَّ اءِ وَاِنِ لِيَاَهُ بِلْمِنَ
يَشَدَّ الْمَلْذُكُ وَيُرْزُ وَاَوْ جُهُ نَمَكُرُو اَوْ اِنِ نِيَاَجُ عِلْمِي شَدَّ اءِ قِيْلَطَعُ لِيَقْمُ دِيرُ "3.

دللت هذه الآية على حكمة الله وقدرته في خلق البشرية، إذ أنه خالق السموات والأرض ومالكهما والمتصرف فيهما، ومن حكمته تعالى أن صنف البشرية إلى ذكر وأنثى وقضى باختصاص كل منهما بما قدره له من نوع ، مما يحتم على الإنسان الرضا بما قسم الله

1- سورة النساء، آية 119.

2- بدیعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص22.

3- سورة الشورى، آيتين 49-50.

له،ومن يقوم بتغيير جنسه يعد متعديا على حكمة الله تعالى ورافضا لقضائه،وهذا مناف لأصل من أصول الشريعة وهو الرضا بقضاء الله وقدره والتسليم لمشيئته.¹

-قوله عز من قائل"ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن وسئلوا الله من فضله إن الله كان بكل شيء عليما".²

يرى المفسرون لنصوص القرآن الكريم أن هذه الآية أبلغ نص بالنسبة لتحريم تغيير الجنس،لأن هذه الآية منعت الرجال من تمني أن يكونوا نساء،كما منعت النساء من تمني أن يكن رجالا،وأكدت أن لكل جنس متسعا لإثبات الذات من خلال جنسه ودعت إلى استباق الفضل بانجاز العمل الصالح، ففي هذه الآية دلالة واضحة على أنه يحرم الاعتراض على خلق الله تعالى لمجرد الرغبة والتشهي والهوى،فقد جعل الله لكل من الرجل والمرأة دورا في الحياة،كما جعل لكل منهم خصائص ومميزات ينفرد بها منهم عن الآخر ، ويساعده على ذلك تكوينه الجسدي والنفسي،وفي عمليات تغيير الجنس وتحويله من ذكر إلى أنثى أو العكس بدون ضرورة تعد على هذه المميزات.³

ب/الأدلة من السنة النبوية

تذخر السنة النبوية الشريفة بالأحاديث الكثيرة التي تنهى عن تشبه الرجل بالمرأة أو تشبه المرأة بالرجل، كما تنهى عن تغيير الخلق ليس لشيء سوى مجرد الرغبة في التغيير واستجابة لهوى النفس، ومن هذه الأحاديث مايلي:

¹ - بديعة علي أحمد،المرجع السابق،ص31-32.

² - سورة النساء، الآية 32.

³ -1-بديعة علي أحمد،المرجع السابق،ص32-33.

-عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء ، والمتشبهات من النساء بالرجال".¹

في هذا الحديث دليل على أنه يحرم على الرجال التشبه بالنساء ، وعلى النساء التشبه بالرجال في الكلام واللباس والمشى وغير ذلك.

ولا شك أن من يقوم بتغيير جنسه من ذكر كامل الذكورة إلى أنثى أو من أنثى كاملة الأنوثة إلى ذكر فقد تعدى على خلق الله تعالى، لذا وصفه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالملعون واللعن هو الطرد والإبعاد عن رحمة الله تعالى، كما أنه يحرم على الطبيب إجراء مثل هذه الجراحة لما فيها من التشجيع على تغيير الجنس البشري ولما يترتب عليها من مضار جسيمة نفسية واجتماعية.²

-ما جاء في حديث علقمة رضي الله عنه أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: "لعن الله الواشمات والمستوشمات والنامصات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله".³

دل هذا الحديث على أنه لا يجوز للمرأة أن تقوم بتغيير جزء من وجهها أو جسدها سواء بالوشم أو النمص أو التفلج ، ووصف من تفعل ذلك بأنها ملعونة ، ولاشك أن اللعن هو الطرد والإبعاد عن رحمة الله تعالى ، ثم وصف الرسول صلى الله عليه وسلم من تقوم بذلك بأنها تغير خلق الله ، ولا شك أن من يقوم بتغيير الجنس بالكلية فهو أشد لعنا وطردها من رحمة الله تعالى.⁴

² - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب المتشبهين بالنساء والمتشبهات بالرجال، 7/207 الحديث رقم 5885. 1

² - بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص34.

³ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب الوصل في الشعر، 7/215 الحديث رقم 5595.

⁴ - بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص35.

-عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه قال: "رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون رضي الله عنه...التبتل ولو أذن له لاختصينا".

في هذا الحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الخصاء وهو شق الأنثيين وانتزاعهما ، وفي ذلك تعطيل لوظيفة عضو من أعضاء الجسم، فمن باب أولى تحريم تغيير الجنس بالكامل وتحويله من ذكر إلى أنثى ، والعكس من ذلك. وقد ذهب الفقهاء إلى حرمة الخصاء ، وأن المرأة لها فسخ عقد النكاح.¹

ج/الأدلة العقلية

-إن هذا النوع من الجراحة يشتمل على إباحة المحظور شرعا دون إذن الشارع ، إذ فيه كشف كل من الرجل والمرأة عن موضع العورة المغلظة مرات عديدة ، وقد بينت الأدلة الشرعية حكم كشف العورة والنظر إليها بدون ضرورة تبيح ذلك ، كما أنه لم توجد في هذه الجراحة دوافع ضرورية ولا حاجة ، فوجب البقاء على حرمتها وحرمة الوسائل المفضية إليها.²

-إن هذا النوع من الجراحة يتضمن التناول على مشيئة الله تعالى والاعتراض على قدرته ورحمته التي اقتضت تحديد جنس الجنين ذكرا كان أو أنثى ، ولا تتوفر فيه دوافع معتبرة من الناحية الطبية ، وأنه لا يعدو مجرد رغبة طارئة ونزوة عابرة تعكس اضطرابا نفسيا يجب علاجه.³

¹ - بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص37.

² - بديعة علي أحمد ، المرجع السابق، ص40.

³ - محمد الشنقيطي، المرجع السابق، ص136.

-إن الانسان أمين على أعضائه ومنافعها وهو مؤاخذ في التصرف فيها تصرفا لا تقتضيه المصلحة المعتبرة شرعا ، فلا يجوز له أن يقطع شيئا من أعضائه أو يتلف منفعة من منافعها،أو يعتدي عليها بالجرح وغيره لأنه من المثلة المحرمة.¹

إن جراحة تغيير الجنس تتطوي على أضرار كثيرة منها:
إحداث تغيير في التركيب العضوي للإنسان السوي مما يسبب خلا في بقية أعضائه.
إن هذه العملية لن تحقق غرضا لمن يجريها ولن تغير من تركيبه إلا في المظهر الخارجي ،فمن تحول إلى امرأة لن يبيض أو يحمل، وكذا من تحولت إلى رجل لن تقوم بوظائف الرجل،أي أن هذه العملية ستعطل الوظائف الأساسية للرجل والمرأة.
إن هذه العملية تصحب بحقن هرمونات وتعاطي أدوية تسبب ضررا بالجسم.
إحداث خلل نفسي وتغيير في الطباع والسلوك ووجود الاضطراب والتناقض النفسي لدى المريض المحول.
إحداث فوضى اجتماعية واضطراب في إثبات شخصية المحول خاصة في السجلات والوثائق الرسمية التي يقيد فيها الشخص بجنسه الذي ولد عليه.²
هذه بعض الأدلة التي استند إليها فقهاء الشريعة الإسلامية في تحريم عمليات تغيير الجنس لغير الضرورة أو لمجرد الرغبة.

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة على تغيير الجنس

من المسلم به أن مجموع الحقوق و الواجبات التي يتمتع بها الشخص تتأثر من حيث مداها وكمها بمركزه القانوني الذي يحتله في المجتمع الذي يعيش فيه ، والمركز القانوني الذي يحتله الشخص في المجتمع هو ما يعرف بالحالة .

¹ - بديعة علي أحمد ،المرجع السابق،ص43.

² - محمد شافعي مفتاح بوشيه،جراحات الذكورة والأنوثة، دار الفلاح بالفيوم ، مصر ، ص489.

فالحالة إذن هي مجموعة من الصفات التي يتميز بها الشخص عن غيره ، أو هي عبارة عن صفة معينة يتصف بها الشخص فتتأثر بها مجموعة الحقوق المقررة له و الواجبات المفروضة عليه ، أو هي مجموعة الصفات التي لا تثبت للإنسان بحكم كونه كذلك و التي يترتب على توافرها صلاحية الشخص لاكتساب حق أو حقوق لا تثبت أو لا تنفتح لكل الناس ، وهي لصيقة بالشخص كظله .¹

ولا شك في أن تغيير الشخص لنوعه من ذكر إلى أنثى أو العكس يكون له أبلغ الأثر على حالته بهذا المعنى العام وحالته الاجتماعية أو العائلية بوجه خاص .

وهذا ما يدعونا إلى أن نتناول تأثير تغيير الجنس على حالة الشخص الفردية (المطلب الأول) ثم تأثيره على حالة الشخص الاجتماعية أو العائلية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

الآثار الفردية المترتبة على تغيير الجنس

إن وضع المغير لجنسه في المجتمع أو حالته الشخصية يتوقف على اضاء طابع الشرعية على عملية التغيير و ترجمة ذلك رسمياً ، و يتسنى ذلك بتغيير اسمه الشخصي (الفرع الأول) ، و تغيير شهادة ميلاده (الفرع الثاني) .

¹- علي حسين نجيدة ، المرجع السابق، ص84.

الفرع الأول

تغيير الاسم

لكل إنسان الحق في أن يتميز عن غيره باسم يعرف به ، و يتكون الاسم من عنصرين الاسم prénom و اللقب . nom patronymique
و لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للحق في الاسم فقد اعتبره القضاء الفرنسي من قبيل حق الملكية ، إلا أن هذا الرأي تعرض لنقد شديد من جانب الفقهاء ، و قيل أنه من قبيل إجراءات البوليس المدني ، تؤسس حمايته على قواعد المسؤولية التقصيرية ، إلا أن هذا التصور لم يكن أسعد حظا من سابقه فقد انتقده الفقهاء أشد الانتقاد، و الرأي الراجح يعتبره من حقوق الشخصية تجتمع له كل خصائصها و مقوماتها.¹

و يحيط المشرع في كل الدول تغيير الاسم بإجراءات معقدة ، لما يترتب عليه من آثار قانونية خطيرة .

و يحيط المشرع الفرنسي تغيير اللقب le nom بإجراءات أشد تعقيدا ، و هو أمر غير لازم و يتفاداه الشخص الذي غير جنسه حتى لا يعلن على الملأ أمر الجراحة التي أجريت له.

إلا أن تغيير الاسم الشخصي يستوجب أن يكون هناك مبررا لذلك ، و يبدو أن تغيير الجنس قد اعتبر من المبررات التي تجيز هذا التعديل ، إلا أن ذلك لا يحول دون تردد السلطات المكلفة باتخاذ القرار .

و لقد لاحظنا سابقا أن القضاء الفرنسي أكثر ليونة في تسليمه بتغيير الاسم الشخصي لمن غير جنسه ، حتى في الحالات التي لم يسلم فيها بحدوث التغيير من الناحية القانونية،

¹ -عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية ، ص556.

و من ثم قبل في حالات كثيرة تغيير اسم المغير على الرغم من رفضه تغيير جنسه رسمياً،
و من ثم أصبح تعديل الحالة المدنية للمغير أكثر صعوبة من تعديل اسمه.¹

ويشترط قانون الأحوال المدنية في مصر لإجراء أي تغيير أو تصحيح في قيود الأحوال المدنية في سجلات الواقعات والسجل المدني صدور قرار بذلك من لجنة تشكل في كل محافظة برئاسة رئيس النيابة وعضوية كل من مدير صحة المحافظة ومفتش الأحوال المدنية.

وعلى الرغم من أن مشكلة تغيير الجنس لم تثر في مصر إلا في عام 1988 نتيجة واقعة طالب الطب بجامعة الأزهر إلا أنه قد تم التعامل معها على نحو أكثر بساطة ويسر مما عليه الحال في فرنسا والدول الأوربية الأخرى ، فقد صدر لهذا الطالب الذي تحول إلى فتاة بيان تصحيح وتثبيت وإبطال قيد من مكتب سجل مدني بولاق بمحافظة القاهرة بتاريخ 02 ديسمبر 1989 متضمنا تغيير الاسم والنوع بقيد ميلاد سيد..... برقم 491 في 31 جويلية 1988، و بإعادة قيد اسم المولود من سيد..... إلى سالي..... والنوع من ذكر إلى أنثى.

وقد أصدرت مصلحة الأحوال المدنية ببولاق صورة قيد ميلاد مؤرخة في 26 ديسمبر 1988 باسم سالي.....

كما صدر لصالحها بطاقة شخصية من مكتب سجل مدني المطرية بمحافظة القاهرة تحمل رقم 13516 بتاريخ 25 سبتمبر 1988 باسم سالي.....، وأكثر من هذا فقد تزوجت هذه الفتاة زواجا صحيحا من السيد وليد.... بوثيقة زواج رسمية بتاريخ 04 جويلية 1990.

وهي جميعها وثائق وشهادات رسمية تكشف عن كون الطالب لم يعد بعد إجراء العملية ذكرا، وهي مستندات لها حجيتها ويتعين الاعتماد عليها في مسائل الأحوال المدنية إعمالا لحكم المادة 11 من القانون رقم 260 لسنة 1960 في شأن الأحوال المدنية المعدلة بالقانون رقم 11 لسنة 1965 والتي تنص على أن "تعتبر السجلات بما تحويه من بيانات والصور الرسمية المستخرجة منها حجة بصحتها ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم،

¹- علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 87-88.

ويجب على جميع الجهات حكومية أو غير حكومية الاعتماد في مسائل الأحوال المدنية على البيانات المقيدة في هذه السجلات."

ومن ثم لم يكن أمام محكمة القضاء الإداري عند تصديها لنظر الشق الموضوعي في الدعوى ، وقد وجهت بكل هذه الوثائق والمستندات وبالنص المشار إليه، لم يكن أمامها بد إلا أن تسلم بهذه النتيجة التي كشفت عنها المستندات الرسمية ، وما تضمنته من وجوب تصحيحها شكل الدعوى بتغيير اسم المدعي من سيد....إلى سالي....¹

الفرع الثاني

تعديل شهادة الميلاد

يثير تعديل بيانات شهادة الميلاد في فرنسا مشكلة حقيقية ، ذلك لأن المغير سواء كان رجلاً أو امرأة يستطيع عن طريق هذه الشهادات المعدلة أن يبرم زواجا دون أن يعلم زوجه بما تم من تغيير في جنسه أو إعادة لتهيئة صفته التشريحية ، علاوة على أنه إذا لم يشر إلى هذا التغيير في شهادة الميلاد ، فإن الإنسان يقع في حرج و حيرة ، خاصة الآن حيث يجب أن يكون الشخص مزودا بعدد من الأوراق لا يستطيع الحركة بدونها .

إن صورة شهادة الميلاد أو مستخرج رسمي منها ، يكون دائما لازما للحصول على العديد من الوثائق لا غنى عنها كجواز السفر ، و تحقيق الشخصية ، و تصريح العمل و الإقامة و يوجد الكثير من هذه الوثائق و الأوراق في كل البلاد على نحو أو آخر .

و الدعوى التي ترفع لتعديل شهادة الميلاد تعرف في فرنسا بدعوى المطالبة بإثبات الجنس، و الأمر يختلف إذا تعلق بخنثى ، حيث يمكن الادعاء بأن هناك غلط قد وقع عند تحرير وثيقة الحالة المدنية ، و أن المطلوب ليس إلا التصحيح بالإشارة إلى الجنس السائد ،

¹- أحمد محمود سعد، المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، ص633-634.

و يبدو أن القضاء الفرنسي يسير على ذلك ، و هذا ما استتجناه من استعراض القضاء الفرنسي سابقا .

أما المطالبة بإثبات الجنس الذي يرفع من الشخص الذي غير جنسه ، على الرغم من كونه مقبولا إجرائيا فقد رفض في فرنسا كما سبق أن رأينا في أول الأمر لكونه مخالفا للنظام العام . حيث اقتنعت المحكمة أنه ليس هناك تغيير حقيقي في الجنس لأن الجنس الكروموزومي Chromosomique لم يتغير تبعا لتغيير صوري وقع على الأعضاء الخارجية¹ .

إلا أن الأحكام الحديثة التي تمثلت في قضاء Saint Etienne و الذي سبق أن استعرضناه قبلت تغيير الجنس الذي حدث و رتبت على ذلك أثره من ضرورة تغيير بيانات الحالة المدنية للمغير جنسيا بتغيير اسمه و تعديل جنسه² .

كما أشرنا إلى تطور القضاء الفرنسي في هذا الخصوص للقول بحدوث تغيير في الجنس من وجهة النظر القانونية بدء من استلزام الغلط عند الميلاد إلى الاعتراد بالتطور العارض للشخص في جنسه ، ثم الاعتراد بالتطور الطبيعي ، ثم أخذ الجنس النفسي كمعيار للقول بأن غير حقيقيا في الجنس قد حدث ، وهذا ما يعني أن إرادة المغير جنسيا لم تكن مختارة تمام الاختيار وهي الحالة الوحيدة التي يرفض فيها القضاء الفرنسي الاعتراف بالتغيير ومن ثم لا يترتب عليه أي أثر³ .

وفي بعض الدول الأخرى يبدو أن الأمر أكثر بساطة من ذلك ، ففي المقاطعة البريطانية كولومبيا يجوز تعديل وثيقة الحالة المدنية في حالة تغيير الجنس ، واشترط فقط أن يكون المغير لجنسه غير متزوج ، ويتقدم بطلب لمدير إدارة الحالة المدنية لكي يغير البيان

¹-علي حسين نجيدة،المرجع السابق،ص88-89.

²-أحمد محمود سعد ،المرجع السابق،تغييرالجنس بين الحظر والإباحة،ص681.

³-علي حسين نجيدة ،المرجع السابق،ص89.

الخاص بجنسه في شهادة الميلاد ، و عليه أن يقدم شهادة طبية من الطبيب الذي قام بالجراحة ، و أفضل ما في هذا التشريع نصه على أن كل شهادة ميلاد تصدر بعد إثبات التعديل في سجل الحالة المدنية ، تصدر و كأن الجنس المعدّل هو الجنس الأصلي ، فلا يشار فيها إلى عملية التغيير .¹

وبعض التشريعات الأخرى لم تشترط حتى أن يكون الشخص غير متزوج ، ففي الولايات المتحدة هناك 15 ولاية تجيز تعديل الحالة المدنية ، من بينها ولايتين وضعتا تشريع خاص في حالة تغيير الحالة إثر تغيير الجنس ، إلا أن ولاية نيويورك ليست من بين تلك الولايات الخمسة عشر و من ثم رفض القضاء فيها تغيير البيان المتعلق بالجنس في وثيقة الحالة المدنية و أقرت المحكمة العليا لتلك الولاية هذا القضاء .²

و الحقيقة أن الذي كان معروضا على القضاء في هذه الحالة هو الحصول على شهادة ميلاد جديدة لا يشار فيها إلى الجنس السابق على التغيير و هو ما رأينا أنه يجوز في بعض الولايات ، ومن ثم لم يكن معروضا مدى إمكانية تغيير الحالة المدنية من عدمه .

و لقد شكلت الإجابة على هذا التساؤل لجنة من الأكاديمية الطبية ضمت أطباء نساء و توليدوأطباء في الغدد الصمّاء و علم الخلايا و علم النفس ، و رجال قانون ، وانتهت اللجنة إلى أن الجنس الصبغي أو الجنس حسب النواة و الخلية ، لمن يدعى تغيير الجنس لا يتغير ، وأنه من المشكوك فيه أن يكون تغيير الحالة المدنية لهذا الشخص وسيلة نفسية مساعدة للمريض في تكيفه الإجتماعي وأن الرغبة في إخفاء هذا التغيير لا تبدو للجنة كافية لإهدار المصلحة العامة المتمثلة في ضرورة تقادي الغش.³

إلا أن هذا التقرير انتقد ليس فقط من جانب القضاء بل و أيضا من جانب الفقه .

¹-أحمد محمود سعد،المرجع السابق،ص682.

²-علي حسين نجيدة،المرجع السابق،ص90.

³-أحمد محمود سعد،المرجع السابق،تغيير الجنس بين الحظر والإباحة،ص678.

وجاء في حكم لمحكمة نيويورك المدنية أنه إذا كان هناك خلاف بين الجنس النفسي *psychologique* والجنس التشريحي *anatomique* ، و أن هذا الأخير قد صار توفيقه مع الأول بتدخل جراحي ، فإن الجنس الاجتماعي *sexe social* الذي يسمى في الإنجليزية *gender* للشخص يحدد بجنسه التشريحي¹.

وقد لاحظ آخرون أنه طالما أن العملية الجراحية لتغيير الجنس قد أقرت أو قبلت في دولة من الدول ، فإنه يقع على المجتمع التزام بأن يقدم لمن غير جنسه كل الأوراق و الوثائق الرسمية اللازمة لممارسة أنشطة بصورة طبيعية حسب جنسه الشرعي الجديد.²

و إلا لأصبح إقرار الجراحة أو قبولها من قبيل العبث الذي يضع المغير في موقف لا يحسد عليه ، ومن ثم فالخلاف ينحصر في فكرتين أساسيتين :
الذين يرجحون الاحتكام إلى الجنس المبني على الخلية و النواة " الكروموز " *chromotique* ، يرفضون كل تغيير في شهادة الميلاد لمن غير جنسه ، ذلك لأن العملية الجراحية لا يترتب عليها التغيير في هذا الجنس ، فقط يسلمون بإمكان تغيير الاسم الشخصي .

و الآخرون يرون في الجنس سلسلة من المكونات ذات الأهمية غير المتساوية جنس كروموزومي (حسب الخلية والنواة) ، جنس تشريحي و جنس نفسي ، ويربطون الشخص بجنسه النفسي في كل مرة تتم فيها جراحة التغيير ، ومن ثم لا مانع لديهم من تغيير بيانات شهادة الميلاد لإثبات الجنس الجديد.

أما عن الخوف من الغش الذي يمكن أن يحدث نتيجة لذلك ، فإن على المجتمع أن يوفر الحماية المبتغاة، ولعله يجد في عبء الإثبات الذي يمكن أن يتطلبه ، أو في الإجراءات

¹-علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 91.

²-أحمد محمود سعد، المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، ص 681.

التي يمكن أن تستلزمها ضالته المنشودة على أن يتم تعديل شهادة الميلاد تحت إشراف القضاء.¹

وإذا سلمنا بذلك فإن سؤالاً آخر لا يلبث أن يثور يتعلق بحماية الغير ذلك أن اتخاذ الوسائل الكفيلة بضمان عدم الخفة والتسرع في تغيير بيانات شهادة الميلاد، لاينفي أن الغير الذي تقدم له هذه الشهادة الجديدة-دون أن يظهر بها التغيير الذي يتم في الجنس - يستحق هو أيضاً الحماية.²

يمكن هنا القول كما قال البعض أنه طالما أن ظلماً لم يقع على المجتمع، فإن الحقيقة القانونية يجب أن تتوقف أمام مصلحة الفرد.

ولقد سبقت الإشارة إلى رصيد الفقه الفرنسي لتقهقر فكرة النظام العام ، لكي تترك مجالاً محترماً للاعتبارات الخاصة بكل فرد، كما أن آمال الأفراد وطموحاتهم بل وآلامهم قد أخذت الآن في الاعتبار أكثر من ذي قبل، وذلك عند التنازع بينها وبين المصلحة الجماعية ، وهذا ما وصفه بعض الفقهاء بأنه لامركزية السلطة الاجتماعية لمصلحة الأفراد واعتبره انتصار للحقوق الأساسية للإنسان.³

والحقيقة أن الضرر في هذه الحالة ينحصر في الزوج المستقبل لمن غير جنسه الذي قد يقدم على زواجه دون علم بما أصابه من تغيير في جنسه ، وليس هناك ما يدعو إلى معاملة هذا الزوج معاملة خاصة ،فليس هناك مبرر أن يكون في وضع مختلف عن من يكون زوجاً لشخص مصاب بأمراض خطيرة كعجز مثلاً ،أو انفصال في الشخصية،وعلى الرغم من علم الشخص بذلك لم يخطر بها شريكه في الحياة ،فمن الصعب أن تقام تفرقة بين من غير جنسه

¹-علي حسين نجيدة ،المرجع السابق،ص91-92.

²-أحمد محمود سعد،المرجع السابق،تغيير الجنس بين الحظر والإباحة،ص692.

³-علي حسين نجيدة ،المرجع السابق،ص92.

من ذكر إلى أنثى وهو قادر على تلقي العلاقة ودون إمكانية الحمل ، و المرأة العقيمة فهي على الرغم من كونها على جنسها الذي ولدت به إلا أنها لاتحمل ولا تلد.¹

والبعض من الفقهاء لم يقبل هذا التهوين من خطورة المشكلة واقترح لعلاجها ، إما تسليم مستخرج من شهادة الميلاد خاص بالزواج يشار فيه إلى واقعة تغيير الجنس أو يشار إلى هذا التغيير بمناسبة الفحص الطبي السابق على الزواج ، إلا أن هؤلاء الفقهاء أنفسهم قد شككوا في أن يقبل الأطباء القيام بهذه المهمة بسبب التزامهم بالحفاظ على السر الطبي للمريض ، هذا علاوة على ما يمثله هذا الاقتراح من مخالفة للقاعدة القانونية السائدة في القانون الفرنسي والتي تحظر التدخل في العلاقة بين الأزواج المستقبليين.²

ومن ثم تكون إدارة الحالة المدنية في موقف لاتحسد عليه فإما أن توصف بأنها مضللة إذا لم تظهر الحقيقة ، وإما أن توصف بأنها تدخلت على نحو غير مشروع في العلاقات الخاصة لزوجين المستقبل.³

المطلب الثاني

الآثار الاجتماعية المترتبة على تغيير الجنس

يقصد بالحالة الاجتماعية أو الحالة العائلية ، المركز الذي يشغله الشخص في الأسرة ، ككونه ذكرا أو أنثى ، زوجا أو إبنا ، ذلك لأن شخصية الفرد و أهليته يتأثران حتما بالمركز الذي يشغله داخل أسرته .

¹- أحمد محمود سعد، المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، ص694.

²- علي حسين نجيدة ، المرجع السابق، ص93.

³- أحمد محمود سعد، المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، ص695.

و يترتب على الحالة العائلية بهذا المعنى ، أن يثبت للشخص مجموعة من الحقوق و أن يتحمل مجموعة من الواجبات و الواجبات ، وتختلف هذه الحقوق و تلك الواجبات تبعا لمركز الشخص في أسرته ، فلزوج على زوجته حق الطلعة و أن ترعى شؤون بيته و لكل منهما أن يرث الآخر عند وفاته .

و للأب على أولاده حق الطاعة و الولاية على أنفسهم و أموالهم ، و لهم عليه النفقة و حسن التربية و يثبت بينهم الإرث في حالة الوفاة .
و إذا كان الأمر كذلك ، فإنه يترتب على تغيير الشخص لجنسه تغييرا جوهريا في حالته المدنية.¹

و الشخص الذي يتغير جنسه لا يخرج عن أحد الفرضين إما أن يكون متزوجا وقت أن أجرى عملية التغيير و السؤال الذي يعرض في هذه الحالة يدور حول أثر هذا التغيير إلى الجنس الآخر على هذا الزواج القائم و على أولاد الزوج المغير لجنسه(الفرع الأول).

وإما أن يكون وقت إجراء عملية التغيير غير متزوج إلا أنه بعد أن أجراها يقدم على الزواج ، والمشاكل التي تثور في هذه الحالة ليست أقل من تلك التي تثور في الحالة السابقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الزواج السابق على تغيير الجنس

يثور التساؤل بمناسبة تغيير أحد الزوجين لجنسه عن مصير هذا الزواج (أولا) و مصير الأبناء هل يمكن اعتبارهما أبناء لأبوين دون أم أو لأمين دون أب(ثانيا)

¹-علي حسين نجيدة، المرجع السابق ، ص94.

أولاً: مصير عقد الزواج

من المتصور أن يكون الشخص الذي أقدم على عملية تغيير الجنس متزوجاً عند إجراء تلك الجراحة ، وتكون هذه العملية بمثابة المحاولة الأخيرة لكي يتوافق مع جنسه البيولوجي ، و هذه الحالة هي أصعب حالات تغيير الجنس على الإطلاق من حيث آثارها القانونية و يمكن أن يقال أن زواجا هذا شأنه يكون مصيره الفشل ، وينتهي بالانحلال ، ولكن ليس ذلك محتما في كل الحالات ، فالصحف في الغرب تقدم كل يوم تحقيقات عن أشخاص تغيروا جنسيا و رغم ذلك استمر المغير لجنسه مع زوجته وأولاده بعد الجراحة .

إلا أنه مما لا شك فيه أن استمرار مثل هذا الزواج يعد استثناء يخالف القانون و المنطق و الأعراف و التقاليد و مبادئ الأديان ، لهذا يظل التساؤل قائما حول مصير الزواج بعد تغيير أحد الزوجين لجنسه .

تنص قوانين الكثير من الدول الغربية على أن زواج المحارم يمكن أن يطلب بطلانه كل ذي مصلحة ، و كذلك الحال في حالة تعدد الزوجات أو الأزواج ، إلا أن المشرع في تلك الدول لم يتناول حالة زواج شخصين من نفس الجنس (ولو ظاهريا) .
و عليه فقد ذهب جانب من الفقهاء إلى القول بوجوب اعتبار عقد الزواج معدوماً، لأن هذا الزواج ينقصه عنصر جوهرى فيه، ومن ثم يستطيع أن يتمسك بانعدامه كل ذي مصلحة¹.

إلا أن البعض الآخر من الفقهاء قد شكك في وصف الزواج في هذه الحالة بالانعدام و ذلك لخطورة هذا الوصف و ما يجب أن يحاط به من يقين خاصة مع صعوبة تحديد المقصود بالجنس ، وما إذا كان يقصد به الجنس النفسى أم لا، و إذا كان كذلك فهل مجرد تغيير أسلوب حياة المريض و هيئته يكفى للقول بانعدام الزواج ؟

¹ -أحمد محمود سعد ،المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة،ص713.

يجيب الفقهاء على ذلك بالنفي إذا كان الزواج قد وجد حقيقة ، ويعتقد هؤلاء الفقهاء أن الوضع لا يعدو أن يكون بطلانا وليس انعداماً .¹

و إذا كان المشرع قد نص في بعض الدول على أنه يعد باطلا بطلانا مطلقا الزواج الذي يبرم بين شخصين من نفس الجنس ، إلا أن مثل هذا النص يعنى الشواذ جنسيا ، ولا يقصد الحالة محل البحث ، لأنه في الحالة الأخيرة لم يبرم الزواج بين شخصين من نفس الجنس بيولوجيا ، ومن ثم فمثل تلك المادة لا تسعف في حل الحالة المعروضة ، والذي يحدث في العمل أن من يريد الإقدام على تغييرجنسه ، يجب عليه أن يسوي وضعه الأسري أولاً ، وعلى الطبيب قبل أن يقدم على الجراحة أن يدفع مريضه إلى ذلك ، بل إن المشرع في بعض الدول يشترط لإجراء تلك الجراحة أن يكون المريض غير متزوج.²

على أنه إذا لم يحدث ذلك ووقع المحذور فانه لا مناص من القول ببطلان هذا العقد ويكون للزوج أن يطلب بطلانه والحكم له بالتطليق.

وقد ثار تساؤل عن الأسباب التي يرتكن إليها هذا الزوج في طلب التطليق،حيث اختلفت الآراء حول هذه الأسباب،حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأنه إذا تم تغيير الزوج لجنسه فيجوز للزوج الآخر طلب التطليق على اعتبار أن هناك غلط وقع فيه أثناء إبرامه لعقد الزواج بحيث لو كان يعلم حقيقة زوجه لما أبرم العقد، حيث أن هذا الغلط في صفة من صفات المتعاقد الجوهرية التي تجيز للمتعاقد الآخر أن يطلب التطليق.³

¹- marty et raynand,droit civil,2edition,tome 01,volume 02, paris ,1967,P 113

²-علي حسين نجيدة،المرجع السابق،ص96.

³-أحمد محمود سعد ،المرجع السابق،تغيير الجنس بين الحظر والاباحة ،ص715.

إلا أن هذا الحل إن كان ميسورا في القوانين التي سوت بين الغلط في ذاتية الشخص و الغلط في صفة جوهرية من صفاته ، فإنه يعد عسيرا في تلك التشريعات التي حصرت التمسك بالغلط في الشخص في حالة الغلط في ذاتية المتعاقد .¹

إضافة إلى ذلك فإنه من الصعب الارتكان إلى عيب الغلط للقول بطلب الإبطال حيث يشترط لذلك أن يكون هذا الغلط موجودا لحظة إبرام عقد الزواج، والفرض الذي نحن بصدده هو أن الزوج قد قام بإجراء عملية التغيير بعد إبرام زواجه ومن ثم يكون هذا النص قد ورد في غير موضعه.²

وأمام صعوبة إبطال الزواج لحصر أسبابه ، يكون الاحتمال الأكبر أن يلجأ الزوج في الغرب إلى طلب الانفصال الجسماني ، و للأخير أسباب عدة أقربها التمسك بأن الزواج قد فسم فعلا و نهائيا، و إثبات أن الزوجين قد عاشا منفصلين ثلاث سنوات على الأقل .³

ويعيب هذا الاتجاه أنه من الصعب إثبات هذا الانفصال لا سيما إذا كان الزوج أثناء المرحلة السابقة على إجراء العملية يقوم بأداء واجباته الزوجية، إضافة إلى ذلك يتعذر قبول هذه الدعوى إذا ما أثبت الزوج الآخر أن زوجه قد وافقه على إجراء العملية، وأخيرا فإن هذه المدة بها عيوب لا سيما في الحالة التي يرفض فيها الأطباء البدء في العلاج قبل أن يسوي الزوج حالته العائلية.⁴

إزاء ذلك النقد تحول الفقه والقضاء إلى سبب آخر يكمن في الحقيقة الناجمة عن هذا التغيير الجنسي لأحد الزوجين مما يجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلة ويصبح الانفصال أمرا لا بد منه، ولما كان تصرف أحد الزوجين على هذا النحو يمكن وصفه بأنه من قبيل الخلل العقلي الذي أصاب أحد الزوجين ويؤدي حتما إلى أن استمرار الحياة الزوجية من قبيل

¹- علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 96-97.

2-E.groffier, op cit ,p219.

³- علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 97..

⁴-E.Groffier, op cit, P220.

الأمر المستحيلة. فالخلل العقلي يؤدي إلى نوع من الفضاظة والقسوة في معاملة الزوج المغير لزوجته مما يؤدي إلى استحالة المعيشة بينهما.¹

و رغم التسليم بأن الحياة تصبح مستحيلة بين الزوجين بعد أن قام أحدهما بتغيير جنسه إلا أن التسليم بأننا إزاء خلل عقلي يؤدي حتما إلى نوع من الفضاظة والقسوة أمرا مشكوكا فيه مما يجعل مصير القضية غير مؤكد، حيث من الصعب أن تقتنع المحكمة بصدد هذه الحالة أننا إزاء خلل عقلي أصاب أحد الزوجين.

وقد ترجمت هذه الحقيقة محكمة الاستئناف عندما ترددت في تفسيرها الضيق لفكرة الخلل العقلي الذي يؤدي إلى الفضاظة والقسوة في المعاملة والتي تعرض الطرف الآخر للخطر، فقد أشارت إلى أن المرض العقلي يجب أن يظهر بأفعال ذات طبيعة خطيرة، وأن مجرد عدم التوافق في المزاج لا يكفي للقول بذلك، ومن جهة أخرى فإن تقدير ما يشكل خلا عقليا في كل حالة على حدى يعتمد على ظروف هذه الحالة مع الأخذ في الاعتبار الحالة النفسية والعقلية للطرفين لا سيما توجهاتهم بالنسبة للعلاقة الزوجية.²

ثانيا - مصير أولاد المغير لجنسه

المشكلة تكون أكثر تعقيدا بالنسبة لأولاد الزوج الذي غير جنسه، ولا شك أن تحديد مصير هؤلاء الأولاد يتوقف على الطريقة التي انتهى بها الزواج، فهناك اتجاه يرى في عقد الزواج أنه عقدا منعما على اعتبار أن هذا العقد ينقصه عنصر جوهرى على النحو السابق إيضاحه، ولما كان الانعدام يعني عدم وجود هذا التصرف القانوني ابتداء وانعدام كل أثر قانوني له في المستقبل، وذلك لأن عدم لا يولد أي أثر، ولا يغير من ذلك أننا إزاء واقعة مادية نجم عنها أبناء فهذه الواقعة لا سند لها في القوانين، والنتيجة المنطقية لهذا التأصيل أن العلاقة بين الزوجين توصف بأنها غير شرعية ووجب التفريق بينهما، ولكل ذي مصلحة أن يطلب ذلك من المحكمة، ولما كان هذا هو التأصيل القانوني لعلاقة الزوجين ببعضهما البعض

¹- أحمد محمود سعد، المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، ص 718-719.

² - Groffier, op cit, P220-E -

فان أعمال هذا التأسيس بالنسبة لثمار هذه العلاقة يؤدي حتما إلى القول بأن الأولاد الناتجين عن هذه العلاقة هم أولاد سفاح، كما تزول عن الزوجين والأولاد صفة الوارث مع الالتزام برد ما قد يكون ثبت عن طريق الإرث من حقوق.¹

ولما كان هذا التأسيس القانوني لرابطة الزواج له من الآثار الخطيرة التي تتعدى حدودها الزوجين إلى الأولاد فان الفقهاء لم يتقبلوا هذا التأسيس وذلك للقول بأن هؤلاء الأولاد أولاد سفاح ، حيث أنهم سيتعرضون للضياع فضلا عن ملاحقتهم بذنب لم يقترفوه، ويكفي أن المجتمع سيطاردهم ولن يستطيعون الحياة كأفراد في المجتمع، لاسيما عندما يقدموا على تكوين أسرة لهم ،حيث يلتزم هذا الفرد بأن يقدم ما يفيد ثبوت نسبه لوالديه بتقديم صورة من عقد الزواج لوالديه أو صورة مصححة من هذا العقد.²

لأجل تلك الاعتبارات فقد تردد غالبية الفقهاء في الذهاب إلى وصف هذا العقد بكونه عقدا منعما نظرا للنتائج الخطيرة المترتبة على هذا الوصف سواء بالنسبة للزوجين إذا كانا حسني النية وقت إبرام الزواج ،أو كان أحدهما على الأقل حسن النية أو بالنسبة للأولاد،وقد وجد هذا الاتجاه تأييدا من القضاء عندما اعتقد أنه يمكن في بعض الفروض أن يكون تغيير الجنس في صالح الأسرة إذا كان يسمح لأسرة غير شرعية أن تتحول إلى أسرة شرعية، كما هو الحاصل في الحكم الصادر عن محكمة Saint Etienne عندما أكدت الزواج لفتاة تحولت إلى شاب وأخذ هذا الزواج شكله الديني،حيث أجابت المحكمة إلى طلبها بتغيير اسمها الشخصي وتغيير نوعها في الأوراق الرسمية.³

وذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن عقد الزواج من قبيل العقود الباطلة بطلانا مطلقا ويترتب على ذلك أن كافة الآثار القانونية المترتبة على هذا العقد تمحى وبأثر رجعي ، ومعنى ذلك اعتبار الأولاد أولاد سفاح في مجتمعهم بعد أن كانوا ثمار علاقة على الأقل من

¹-أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة،ص732-733.

² E-groffier , op cit, p221.

³-أحمد محمود سعد ، المرجع السابق،تغيير الجنس بين الحظر والإباحة،ص733-734.

ناحية المظهر الاجتماعي كانت علاقة شرعية ، ولا يرثوا أو يتوارثوا للوالدين مما ينجم عنه مخاطر يتعذر تداركها سواء بالنسبة لهم أو بالنسبة للغير الذين تعاملوا مع هؤلاء الأبناء .

لأجل هذه الاعتبارات فقد تجنب غالبية الفقهاء اللجوء إلى هاتين النظريتين دون أن يسلموا بصحة هذا العقد ، وبعبارة أخرى فإنه ومع الاعتراف بالتغيير الحاصل للحالة المدنية لأحد الزوجين مما يترتب عليه فسخ هذا العقد، فإن هذا التغيير يعتد به بالنسبة للمستقبل وليس بالنسبة للماضي، ويكون ذلك بطلب التطليق لا سيما أن التطليق ينصرف أثره إلى المستقبل دون المساس بالمراكز القانونية التي ترتبت أثناء صحة هذا العقد، فبذلك يمكن إنقاذ مصير أولاد المغير جنسه ،حتى لا يمتد الأثر السلبي لعقد الزواج إليهم في المجتمع ويتمكنون من المعيشة كأولاد شرعيين في مجتمعهم، وهذا أيضا ما يتناسب مع تعذر أعمال الأثر الرجعي للبطلان ،حيث أن ثمة رابطة قانونية كانت على الأقل من ناحية المظهر الاجتماعي مستوفية لأركانها،ومن ثم فإذا لحق بها عيب يؤدي إلى بطلانها، فإن هذا البطلان يمتد إلى المستقبل فقط دون المساس بالمراكز القانونية التي تكونت أثناء الحياة القانونية لهذا المصدر، والسبيل للقول بذلك هو اعتماد نظرية الزواج الظني.¹

هذه النظرية التي تتفق وتطبق مبدأ عدم الرجعية على اثر تغيير حالة الأب أو الأم على اثر تغيير أيهما لجنسه، فيظل بذلك من تحول من رجل إلى أنثى معتبرا أبا والعكس في حالة الأم، والزواج الظني على هذا النحو قد ابتدعه القانون الكنسي ليوافق به تشدده فيما يتعلق بشروط الزواج، ولقد أثلجت هذه النظرية صدور الفقه الذي وجد فيها وسيلة رائعة لمعالجة آثار الزواج الباطل.²

فهناك روابط قانونية يتعذر إزالتها منذ نشأتها ،وينبغي من ثم الاعتراف بالأوضاع الظاهرة دون الارتكان إلى القواعد العامة للبطلان والتي تقضي بإعادة المتعاقدين إلى حالتها قبل إبرام العقد، فإذا كان أعمال الأثر الرجعي للبطلان يمكن قبوله لو كنا بصدد رابطة قانونية

¹-E- groffier ,op cit ,p221.

²-علي حسين نجيدة ،المرجع السابق،ص 99.

موضوعها أموال منقولة أو عقارية ،فان القول بذلك يتعذر قبوله بصدد رابطة الزواج،تلك الرابطة التي تقوم على الاعتبار الشخصي والتي تعد من أهم نتائج لها بنين وبنات،ولهذا فإذا كان يمكن قبول بطلان هذه الرابطة بالنسبة للمستقبل فانه لا يجوز القول بذلك بأثر رجعي أي قبل تغيير أحد الزوجين لجنسه وعودتهما إلى حالتها قبل إبرام العقد،وقد زاد اقتناع غالبية الفقهاء بنظرية الزواج الظني وذلك لانطباق شروط إعمالها على الحالة التي نحن بصددتها ،حيث يشترط لإعمالها ضرورة توافر مظهر الزواج ،وهو متوافر في حالتنا ،حيث أن الزواج قد أبرم بين رجل وامرأة واستوفى هذا العقد شروطه المدنية وشكله الديني، ولا يغير من تلك الحقيقة كون أحد الزوجين كان مصابا بأعراض التحول قبل الزواج، وقد يؤدي الزواج إلى زوال كل أثر لهذه الأعراض وفي هذه الحالة لاتكون هناك مشكلة، أما إذا تصاعدت هذه ذلك الحاصل وان كان يؤدي إلى طلب التطبيق وبطلان العقد إلا أنه لا ينفى أن الشرط الأول لإعمال نظرية الزواج الظني قد توافر، وهو ضرورة توافر مظهر الزواج ،أما الشرط الثاني فيتعلق بوجود توافر حسن نية الزوجين أو أحدهما على الأقل،أي بمعنى أن يجهلا معا أو يجهل أحدهما سبب البطلان وقت الزواج.¹

وهناك من الفقهاء من ذهب إلى القول إلى أنه من المحتمل أن يكون الزوجين سيئى النية ،ورغم ذلك فانه ينبغي القول بعدم مد أثر سوء النية هذا إلى الأبناء، حيث يجب اعتبار الأطفال نتاج هذا العقد أطفال شرعيين مع ما يترتب على ذلك من حقوق لهم في مواجهة والديهم.²

فإذا توافرت هذه الشروط فانه ينبغي إعمال آثار هذا الزواج الظني، و لا تتقرر هذه الآثار إلا بالنسبة لما نشأ عن الزواج الباطل قبل تقرير بطلانه ، أما بعد الحكم بالبطلان فإنه يزول نهائيا بالنسبة للمستقبل .

¹أحمد محمود سعد ،المرجع السابق،تغيير الجنس بين الحظر والاباحة،ص737.

²E-groffier ,op cit,p221.

و بالنسبة للآثار فإنه يفرق بين حالة ما إذا كان كلا الزوجين حسني النية بالمعنى السابق، أو كان أحدهما فقط حسن النية ، فإذا كانا معا حسني النية ترتبت آثار الزواج في الفترة السابقة على الحكم ببطلانه ، كل الآثار بما في ذلك شرعية العلاقة و شرعية نسب الأولاد و حقوقهما و واجباتهما المتبادلة تجاه بعضيهما البعض وتجاه الأولاد .

أما إذا كان أحد الزوجين فقط هو حسن النية ، وهو في الفرض محل الدراسة الزوج الآخر، فإن الزواج لا يرتب آثاره إلا بالنسبة له فقط و لأولاده المرزوقين له من هذا الزواج .

و إذا كان إعمال هذه القاعدة متصورا في بعض آثار الزواج كالميراث حيث يرث حسن النية سيئ النية إذا مات و العكس غير صحيح ، فإن شرعية العلاقة الجنسية تعد كذلك بالنسبة للزوجين معا ، و إذا كانت القاعدة تتحدث عن الزوج حسن النية فقط ، إلا أن الشرعية صفة لا تتجزأ ، وكذلك الأمر بالنسبة للأولاد فيعدون شرعيين بالنسبة لكلا الزوجين حتى بالنسبة للزوج سيئ النية منهما .

وهذه القواعد نص عليها مذهب الأقباط الأرثوذكس في مصر في مادته 44 من مجموعة هذا المذهب التي قضت بأن الزواج الذي حكم ببطلانه يترتب عليه مع ذلك آثاره القانونية بالنسبة للزوجين و ذريتهما إذا ثبت أن كليهما حسن النية أي كان يجهل وقت الزواج سبب البطلان الذي يشوب العقد ، أما إذا لم يتوافر حسن النية إلا من جانب أحد الزوجين دون الآخر فالزواج لا تترتب عليه آثاره إلا بالنسبة لهذا الزوج و الأولاد المرزوقين له من ذلك الزواج¹.

¹ -علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص100.

الفرع الثاني الزواج اللاحق على تغيير الجنس

تناولنا في الفرض السابق الشخص الذي غير جنسه أثناء سريان علاقة زوجية شرعية ، أما في هذا الفرض فيكون الشخص قد غير جنسه وهو أعزب ثم يرغب في الزواج ، فما مدى إمكانية هذا الزواج ؟

إن الفصل في مشروعية زواج المغير جنسه يتوقف إلى حد بعيد على تحديد المقصود بالجنس من وجهة النظر القانونية ، وبعبارة أخرى أي المعايير يمكن أن يعتد بها لجنس الشخص هل هو معيار الشكل الخارجي أم المعيار البيولوجي؟

سنتناول هذه المسألة بحسب ما إذا كان المغير لجنسه قد حصل على اعتراف قانوني بذلك أم لا ، على النحو التالي :

أولا- عدم الاعتراف القانوني بالتغيير

إذا قام أحد الأشخاص بإجراء تدخل جراحي أدى إلى تغيير جنسه ولم يحظ هذا الشخص باعتراف قانوني لهذا التغيير، وحينئذ يظل المتحول الذكر أصلا في مواجهة الأحوال المدنية رجلا، وتبقى المتحولة الأنثى أصلا امرأة، وفي هذا الفرض يمكن للمغير جنسه أن يعقد زواجا مع آخر من ذات الجنس وفقا لمعيار الشكل الخارجي مع انتمائه في ذات الوقت إلى الجنس الآخر تبعا لتكوينه الكروموزومي، فمن غير جنسه من ذكر إلى أنثى فإنه مازال من الناحية البيولوجية الكروموزومية رجلا، وكل ما هنالك أن شكله الخارجي أصبح شكل أنثى، ولما كان النظام القانوني لا يعترف بهذا التغيير فإنه ليس ثمة ما يحول دون إقدام هذا الرجل المغير جنسه على الزواج من أنثى لاختلاف الجنس البيولوجي بينهما، ولكن هذا الفرض يبدو نظريا

أكثر من كونه عمليا، وذلك نظرا لأنه بعد العملية الجراحية يرغب المتحولون غالبا في الزواج من شريك ينتمي إلى ذات جنسهم من الناحية الكروموزومية.¹

فإذا وقع المحذور وأبرم هذا الزواج، فالسؤال الذي يطرح ما مدى شرعيته؟

لقد تصدى الفقه والقضاء الرفضان الاعتراف بتغيير الشخص لجنسه لهذه الرابطة مقررين بطلانها وعدم إنتاج أي أثر لها، ونقطة البداية هي التعويل على الجنس الصبغي الذي يعتمد على الخلية والنواة الذي لا يقبل التحول مطلقا، والى ذلك ذهب القضاء الانجليزي مقرا بطلان الزواج في أحد القضايا الشهيرة التي عرضت عليه مقرا أن الجنس الحقيقي للزوجة لم يتأثر وأنها ظلت رجلا، ولما كانت هذه الزوجة رجلا وأجرى عملية تغيير وأبرم زواجا على أنه أنثى، ولما كان من الثابت أنه لا يزال من الناحية البيولوجية الكروموزومية رجلا فان هذا الزواج باطلا لافتقاده أحد دعائمه الرئيسية.²

ولقد سبق أن أشرنا إلى أن محكمة باريس قضت بأن عملية التحول لا يترتب عليها تغيير حقيقي في الجنس لأن الجنس الكروموزومي لا يتغير تبعا لتغير صوري يقع على الأعضاء الخارجية .

ولقد لاحظ الأستاذ G.brent الذي اهتم بهذا الموضوع كثيرا ، أنه طبقا لهذا التحليل ، فإن زواج المحوّل يبدو مستحيلا ، لأنه يحرم عليه أن يبرم زواجا مع شخص من الجنس المقابل لجنسه المكتسب الأمر الذي يترتب عليه بالضرورة مباركة Bénédiction زواج الشخصين اللذين يعدان في نظر المارة في الطريق سيدتين أو رجلين .³

¹- أحمد محمود سعد، المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، ص746-747.

²- E-groffier ,op cit,p221.

³- علي حسين نجيدة ، المرجع السابق، ص101.

وقد أكدت ذلك إحدى محاكم نيويورك عندما طلبت سيدة إبطال زواجها من شخص كان قد حوّل جنسه ، فقالت المحكمة أنه لم يكن هناك زواجا أصلا، وذلك بعد أن سلمت بالدليل المقدم في الدعوى على أن الزوج غير قادر على الدخول ، وقال الحكم باختصار إن المحوّل لا يصبح مطلقا من الناحية البيولوجية شخصا من الجنس الآخر.¹

كما أن القضاء في حالات كثيرة أيد الإدارة في رفضها إعطاء المحول تصريحاً بالزواج لهذا اقترح بعض الفقهاء قبول مشروعية التحول من جنس إلى آخر دون التصريح بتغيير حالة المحوّل .

و على العكس سلم آخرون بإمكان تغيير حالته ، إلا أنهم عارضوا في زواجه ، واقترحوا لذلك ألا يتم تغيير الحالة المدنية لهذا الشخص إلا بالنسبة للأوراق التي تثبت شخصيته فقط كجواز السفر وتحقيق الشخصية و التصاريح بأنواعها ، عدا شهادة الميلاد فيظل ثابتا فيها جنسه القديم ، ومن ثم لا يستطيع أن يتزوج .²

ثانيا- الاعتراف القانوني بالتغيير

والنتيجة المنطقية لهذا الاعتراف القانوني لتغيير الشخص لجنسه هو إمكان تغيير البيان المتعلق بجنسه لدى مصلحة الأحوال المدنية، وحينئذ فإن المتحول جنسيا الذكر أصلا لا يستطيع أن يتزوج إلا رجلا، كما أن المتحولة جنسيا الأنثى أصلا لا تستطيع أن تتزوج إلا امرأة، وهذا الزواج يبدو للوهلة الأولى من وجهة نظر القانون صحيح، بيد أن صحة مثل هذا الزواج تكون مهددة لأن الاعتراف القانوني لا يكون دائما في الفرض شاملا ولا مطلقا.³

¹-E- groffier , op cit ,p222.

²-علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص102.

³-أحمد محمود سعد ، المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة، ص749.

فما زالت النظم القانونية حتى التي اعترفت بشرعية التغيير، ما زالت تتردد في منح المغير لجنسه حقوق صاحب الجنس الآخر، ولعل ذلك كان وراء هذه النظم عندما ذهبت إلى عدم الاعتراف للشخص المتزوج بتغيير جنسه، ويقتصر الأمر على الشخص غير المتزوج، وقد رأينا كيف ذهب الفقه إلى المناداة ببطاقة للأحوال المدنية للمغير لجنسه تحتوي على ورقتين أحدهما تشير إلى جنسه قبل إجراء التدخل الجراحي والأخرى تفيد اكتسابه للجنس المقابل، ومنهم من ذهب إلى المناداة بجنس حيادي أو ثالث، وقد رأينا أيضا كيف ذهب القضاء حديثا إلى قبول دعوى طلب تغيير الاسم في حين رفض في نفس الدعوى تغيير البيان المتعلق بالجنس، وذلك على اعتبار أنه في الوضع الحالي للتشريع ليس هناك أي نص يسمح بتعديل شهادة الميلاد بسبب التغيير الصناعي في تكوين الفرد والذي يتفق مع توجهاته النفسية العميقة.

وقد أدى هذا التردد الفقهي والقضائي إلى نسبة المغير لجنسه إلى هذا الجنس أو ذاك تبعا للمجال القانوني المطلوب فيه الاعتراف، فثمة حالات يعفى المغير لجنسه من أداء الخدمة العسكرية لعدم الصلاحية، وفي حالات أخرى يسمح له بمقتضى تصريح قضائي بأن يغير اسمه في شهادة الميلاد.¹

ولما كان هذا الاعتراف الجزئي بتغيير الشخص لجنسه يحمل في طياته عدم الاعتراف للشخص بالزواج بصفته الجديدة، على اعتبار أن تغيير جنس الشخص لكي يتوافق مع جنسه النفسي الاجتماعي إلا أنه لا يؤثر على بقاء جنسه البيولوجي الكروموزومي، مما يؤدي إلى افتقاد الركيزة الأساسية التي أجمع عليها الفقه والقضاء شرقه وغربه من وجوب اختلاف الجنس للقول بصحة الزواج، ولما كان الاعتراف الجزئي يؤدي إلى نشوء طائفة من البشر من الدرجة الثانية ويؤدي بدوره إلى وجود نوع ثالث بصفة خاصة، الأمر الذي يدينه القضاء بتأكيده الدائم على أن كل فرد يجب أن يكون منتما إلى هذا الجنس أو ذاك²، ومن ثم ففي ظل نظام قانوني يعترف للشخص بتغيير جنسه فإنه لا مناص من قبول زواجه من شخص

¹ -راجع المرجع السابق، ص 749-750.

² -علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 103.

يحمل جنسه هو قبل تغييره طالما أن الجنس يتحدد بالمظاهر الخارجية، وبالتالي يكون الزواج صحيحا طالما أن الزوجين من جنسين مختلفين من الناحية الظاهرية.¹

فإذا اعتدنا هذا النهج فإنه في حالة زواج المحول إذا اعتبرنا أن جنسه القانوني يتقابل مع جنسه النفسي أكثر من تقابله مع جنسه البيولوجي، فإنه يجب مباركة هذا الزواج لأن الأمر لا يعدو أكثر من أنه في حالة المغير لجنسه من ذكر إلى أنثى لا يوجد اختلاف كبير بين زواجه وزواج امرأة عاقر، وأيضا في حالة التحول من أنثى إلى ذكر فإن الأمر يتعلق بزواج شخص غير قادر على أداء واجباته الزوجية.²

وعليه فالزواج على هذا النحو يعد من حيث المبدأ صحيحا، وأنه يجب البحث في هذه النتائج المترتبة على تغيير الجنس، ويجب البحث في أن هذه النتيجة التي آل إليها المغير لجنسه تؤدي إلى توافر أحد أسباب قابلية العقد للإبطال من عدمه.

ولما كان الحديث ينصرف إلى سبب جوهري لطلب بطلان عقد الزواج على اعتبار عدم القدرة الجنسية، فإنه يجب بحث قابلية العقد للإبطال بناء على توافر هذا السبب، وبالرجوع إلى بعض التشريعات التي قررت ذلك فإنه من الصعب التسليم بتوافره بالنسبة للشخص الذي غير جنسه، وعلى سبيل المثال فالمادة 117 من قانون مقاطعة كيبيك الفرنسية بكندا تنص بأن العجز الطبيعي أو العارض القائم عند الزواج، يجعله باطلا فقط في الحالة التي تكون فيها مظاهر هذا العجز واضحة، وقد تشدد القضاء الكندي في تفسير هذا النص، حيث اقتصر على الاستجابة لطلب إبطال عقد الزواج في حالة غياب العضو أو عدم نضجه.³

¹- أحمد محمود سعد، المرجع السابق، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، ص 751.

³- E- groffier, op cit ,p222.

³- علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 103.

ومن باب أولى ،يمكن الحصول على التطليق في حالة عدم الدخول ،وذلك استنادا إلى العيوب الذاتية الشخصية والتي يمكن أن تكون أساسا لبطلان نسبي للزواج،أو لطلب الطلاق، وذلك استنادا إلى نظرية إخفاء الوقائع السابقة على الزواج أو المعاصرة له.¹

¹-أحمد محمود سعد،المرجع السابق،تغيير الجنس بين الحظر والإباحة،ص753.

خلاصة الباب الثاني

ما يمكن أن نخلص إليه أن الجراحة التجميلية انتقلت في القضاء الفرنسي من اللامشروعية إلى المشروعية و لكن بأسلوب فيه من التشدد ما يحقق الحماية للمقبلين على مثل هذه العمليات ، فهذه الأخيرة تجرى في ظروف متأنية و يكون المريض في حالة تامة من اليقظة و التبصر مما يستدعي شروطا خاصة في رضائه و تبينه لجوانب العملية المرجوة ، كما يشترط أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص و أن يستخدم طريقة علاجية متفقا عليها و ليست محلا للتجارب ، و أن يراعي التناسب بين مخاطر العملية و فوائدها ، و لقد واكب المشرع الفرنسي هذا التطور على مستوى القضاء فأصدر من القوانين ما ينظم هذا المجال ، و على النهج نفسه سار القضاء المصري.

أما المشرع الجزائري فقد بقي بعيدا عن مواكبة هذا التطور رغم أن الواقع الطبي في الجزائر - ومنذ فترة ليست بالقصيرة - كان يفرض عليه أن يسارع إلى تنظيم هذا المجال من خلال نصوص قانونية خاصة و واضحة و ألا يكتفي بسن القواعد العامة التي تبقى مجرد نصوص للاستئناس.

ففي هذا المجال لا نجد سوى المادة 198 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و التي بالرغم من اتخاذها سندا لتحميل المسؤولية لكل طبيب غير مختص يقدم على اجراء عملية تجميلية و لو كان جراحا ، إلا أن هذه المادة غير كافية إذ يمكن أن تفسر لصالح المختص في الجراحة العامة و لو لم يكن مختصا في جراحة التجميل إذ أن الجراحة العامة تدرج في الاختصاص و ليس في الطب العام .

بهذا تبقى عدم مسايرة المشرع الجزائري لتطور الجراحة التجميلية من النقائص التي يجب أن يبادر إلى تداركها مثلما فعل في مجالات أخرى كزراعة الأعضاء البشرية و التجارب الطبية .

أما فيما يتعلق بتغيير الجنس فيعتبر من أشد العمليات الجراحية خطورة و تعقيدا لما يترتب عليها من آثار قانونية تتعلق بحالة الشخص الفردية وحالة الشخص الاجتماعية لذا يجب على المشرع الجزائري تنظيم هذا النوع من العمليات بنصوص صريحة وواضحة تجرم العمليات الجراحية التي تهدف إلى تغيير الجنس لغير ضرورة أو لمجرد الرغبة وتبيح العمليات الجراحية للضرورة أي التي تهدف لتصحيح عيب خلقي بشروط أهمها تبصير الشخص الخاضع للعملية تبصيرا كاملا ، ضرورة مراعاة التناسب بين فوائد العملية و مخاطرها ، توفر الغرض العلاجي للعملية ، تشكيل لجنة طبية معتمدة من قبل وزارة الصحة تقرر ما إذا كانت الحالة المعروضة تستوجب العلاج النفسي أو التدخل الجراحي ، اجراء هذا النوع من العمليات في مراكز متخصصة.

كما يجب أن يتضمن التشريع المنظم لمثل هذه العمليات الآثار القانونية المترتبة على تغيير الجنس كأحقية صاحب الشأن في تغييره لإسمه أو تغييره لبيان جنسه أو مدى إمكانية زواجه.

الخاتمة

الخاتمة:

إنه بالرغم مما يعترض العلم اليوم من مجاهيل حول جسم الإنسان ، فإنه كان ولعهود طويلة محل تجارب طبية تهدف إلى تخطي المجهول وتحقيق السعادة للإنسان من خلال تحقيق صحته البدنية والعقلية بأساليب قديمة وأخرى حديثة مستحدثة في التطبيب والجراحة.

إنه بالقدر الذي يساهم فيه العقل الطبي في تحقيق هذه النتائج يتساهم العقل القانوني في فسح المجال أمام هذا التطور الطبي الذي قد يسهم حقيقة في سعادة الإنسان فيحتاج إلى مساندة المشرع لإضفاء الشرعية على عمله وتنظيمه وتنظيما يحفظ الحقوق ويطور الممارسة الطبية. كما قد تكون بعض الممارسات الطبية سببا في تكدير حياة الإنسانية لما فيها من تجاوز واعتداء على الجسم البشري الذي هو محل حماية واحترام من قبل التشريعات السماوية والوضعية فيكون لزاما على رجل القانون أن يكشف عدم شرعية مثل هذه الممارسات ويتصدى لها بمتابعة أصحابها بالعقاب والردع.

ومن هنا فقد تبنت لنا من خلال بحثنا صعوبة الموازنة بين هذين المتناقضين، وهو ما لمسناه من خلال موقف القوانين الوضعية الذي كان حذرا جدا في التعامل مع الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ولعل هذا الحذر كان أكثر بروزا في التشريعات التي يتسع فيها مجال النظام العام متأثرا بالخلفية الدينية كما هو الحال بالنسبة للتشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري.

فبالنظر إلى موقف المشرع الجزائري وكثير من التشريعات المقارنة من الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة وجدنا أن القانون أكثر جرأة في معالجته لموضوع نقل الأعضاء البشرية وإجراء التجارب الطبية لا من حيث البحث في مشروعية هذه الجراحات و لا من حيث وضع الشروط الواجب الأخذ بها في تنظيم وممارسة هذه الأساليب.

في المقابل نجد التشريع وقف موقفا حذرا جدا في الأسلوبين الآخرين اللذين تم البحث فيهما وهما الجراحة التجميلية وتغيير الجنس ففي النوع الأول مازال المشرع الجزائري على

غرار كثير من التشريعات العربية متوخيا الحذر ولم ينظم هذا المجال تنظيمًا كافيًا في حين أنه فيما يتعلق بجراحة تغيير الجنس فإنه لا يزال يقف موقف المعارض مستندا في ذلك إلى الآراء الشرعية لفقهاء مسلمين كثر دون أن يكلف نفسه عناء البحث في الموضوع بحثًا معمقًا يأخذ بعين الاعتبار ذلك الانتشار الكثيف لهذا النوع من الجراحة ولأسباب مختلفة.

إن دراستنا وضعتنا أمام كثير من الحقائق الطبية والقانونية يمكن أن نجملها في مجموع النتائج التالية والتي نبين فيها ما توصل إليه المشرع الجزائري حول كل أسلوب من الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة.

ففيما يتعلق بنقل الأعضاء البشرية سجلنا مايلي:

-تنظيم المشرع الجزائري لهذا المجال يعد تقدمًا تشريعيًا على بعض التشريعات العربية التي لم تنص عليه ، حيث تناول شروط نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء وأهمها رضا المريض ، رضا المتنازل، إجراء عمليات الزرع في المؤسسات المرخص لها من قبل وزير الصحة ، كما تطرق لنقل الأعضاء من الجثة وأهمها الموافقة على إستئصال الأعضاء من الجثة ، التحقق من الوفاة، إجراء الإستئصال في المؤسسات المرخص لها من قبل وزير الصحة .

-عدم وضوح بعض المواد القانونية المنظمة لنقل وزرع الأعضاء البشرية لاسيما المواد 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها فلم يحدد المشرع الأشخاص الذين يمكنهم إبداء الشهادة عند موافقة المتبرع التبرع بأعضائه كذلك لم يحدد المشرع في المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها الأشخاص الراشدين المحرومين من قدرة التمييز عندما منع انتزاع الأعضاء في حقهم.

-سكوت المشرع عن بعض المسائل المهمة المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية كعدم تحديد سن الرشد، عدم النص على شكل الموافقة في حالة انتزاع الأعضاء من الجثة.

أما فيما يتعلق بالتجارب الطبية فسجلنا النتائج التالية:

-تنظيم المشرع الجزائري للتجارب الطبية بنصوص صريحة وبهذا واكب تطور الانجازات الطبية الحديثة حيث تناول شروط اجراء التجارب الطبية والمتمثلة في رضا الشخص الخاضع للتجربة وموافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية.
-عدم كفاية المواد المنظمة للتجارب الطبية لتنظيم هذا المجال.

في مقابل هذه النتائج التي نرى أنها أكثر تقدما مقارنة بتشريعات كثير من الدول العربية ،سجلنا فيما يتعلق بالأسلوبين الآخرين النتائج التالية:

فبالنسبة للجراحة التجميلية وصلنا إلى أن:

-عدم مسايرة المشرع الجزائري لتطور الجراحة التجميلية من النقائص التي يجب أن يبادر إلى تداركها مثلما فعل في مجالات أخرى فرضتها الحاجة والتطورات الحديثة في المجال الطبي كنفق الأعضاء البشرية والتجارب الطبية.

وبالنسبة لجراحة تغيير الجنس لاحظنا مايلي:

-سكوت المشرع عن جراحة تغيير الجنس نقص يجب تداركه نظرا لما يترتب عليها من آثار خطيرة تتعلق بحالة الشخص الفردية والإجتماعية .

إن جملة هذه النتائج تجعلنا ندرك بحق ذلك التطور الذي وصل إليه المشرع الجزائري في تنظيمه للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة والتي أصبحت واقعا لا مفر منه، بل لقد حتم على المشرع هذا التطور في مواقفه. لكن بالمقابل نجد أن هذا التطور لا يزال دون المستوى المطلوب من حيث المواكبة للتطور الطبي كما أن فيه كثير من الإختلالات التي أشرنا إليها ، من أجل هذا وصلنا إلى مجموعة من القترحات نرى بأنها يمكن أن تسهم في تجاوز النقائص التشريعية في المجال وتضيف إضافات إيجابية في تنظيم الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة إن بصفة مباشرة أوغير مباشرة وأهم هذه الإقتراحات هي :

-وجوب ضبط بعض المصطلحات الواردة في بعض النصوص القانونية المنظمة لنقل وزرع الأعضاء البشرية لاسيما ما ورد في المواد 163-166فقرة رابعة من قانون حماية الصحة وترقيتها.

-وجوب تحديد الأشخاص الذين يمكنهم إبداء الشهادة عند موافقة المتبرع التبرع بأعضائه طبقا للمادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

-النص صراحة في حالة نقل الأعضاء من الجثة أن تكون الموافقة في شكل رسمي .

-النص صراحة على شروط أخرى لمشروعية التجارب الطبية والمتمثلة في ضرورة التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها، كفاءة الطبيب القائم بالتجربة، وجوب إجراء التجارب في أماكن مجهزة بالوسائل والمعدات الفنية المناسبة للبحث أو التجربة والتي تتفق مع ضرورات أمن وسلامة الأشخاص المتطوعين لها ومرخص لها من قبل وزير الصحة.

-وجوب تنظيم قواعد الجراحة التجميلية من خلال نصوص قانونية خاصة و واضحة وعدم الاكتفاء بسن القواعد العامة التي تبقى مجرد نصوص للإستثناس ،لأن غياب النصوص الدقيقة والمحددة لضوابط المهنة وبالتالي للمسؤوليات كفيل بتضييع الحقوق وحملها محمل المظنة والتأويل بدل الدقة واليقين. لكن هناك شئ في الأفق يوحي بأن المشرع الجزائري سيلتفت إلى تنظيم هذا المجال وهذا بالنظر إلى الملتقيات التي عقدت في مجال الجراحة التجميلية وأهمها الملتقى الذي نظمه جراحوون جزائريون مختصون في الجراحة التجميلية حاصلون على شهادة اختصاصهم من الخارج بالتنسيق مع أساتذة أجنب من فرنسا في هذا الإختصاص.

-كما أن على القضاء أن يساهم في مواكبة هذا التطور ومسايرة الجديد خاصة في ظل الواقع الذي جعل من الجراحين العامين يكتسحون الميدان رغم افتقارهم للكفاءة الفنية مما يعرض زبائنهم لخطر الأخطاء الطبية.

- وجوب تنظيم عمليات تغيير الجنس بنصوص خاصة تجرم العمليات الجراحية التي تهدف إلى تغيير الجنس لمجرد الرغبة سواء الطبيب الجراح القائم بها أو الشخص الخاضع لها، وتبيح العمليات الجراحية التي تهدف إلى تصحيح عيب خلقي في الأعضاء التناسلية وبشروط أهمها تبصير الشخص الخاضع للعملية تبصيرا كاملا، مراعاة التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها، تشكيل لجنة طبية معتمدة من قبل وزارة الصحة من مختلف علوم الطب

(التناسلي،الباطني،الأشعة،النفسي...) يراعى في تشكيلها أن يكون هؤلاء الأطباء من أهل الثقة والخبرة تقرر ما إذا كانت الحالة المعروضة تستوجب العلاج النفسي أم التدخل الجراحي،لإجراء هذا النوع من العمليات في مراكز متخصصة مرخص لها من وزارة الصحة.كما يجب أن يتضمن التشريع المنظم لمثل هذه العمليات الآثار القانونية المترتبة على تغيير الجنس.

-أن يعتمد فيما يتعلق بالآراء الشرعية أي أحكام الشريعة الإسلامية على فتاوى جماعية وليست فردية أي فتاوى مجامع فقهية يراعى فيها الإستعانة بالمختصين في كل المجالات ذات الصلة بهذا الميدان وليس الفقهاء الشرعيين فقط ، حيث يكون فيها إضافة إلى هؤلاء الفقهاء أطباء مختصين، نفسانيون و قانونيون، ولعل أبرز نوع من الجراحات المستحدثة التي تتطلب مثل هذه الفتاوى الجماعية جراحة تغيير الجنس التي لا تزال محل منع قانوني وتحريم شرعي بالرغم من إتساع مجالها في واقع الكثير من الدول حتى الإسلامية منها، وبالرغم من أن كثيرا من هذه الجراحات ما هو ذو طابع علاجي.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية.

أ. الكتب

أ - في الفقه الإسلامي:

- 1- ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، الجزء الثالث.
- 2- ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، الجزء الثاني.
- 3- أبي عيسى محمد بن سورة ، سنن الترميذي ، الجزء الرابع ، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1990.
- 4- الإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، سنن أبو داود، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1403هـ - 1983م.
- 5- الإمام الحافظ أبي العلا محمد عبد الرحمان ابن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوزي بشرح جامع الترميذي، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان .
- 6- البخاري ،صحيح البخاري، الجزء الثالث، مطابع دار الشعب ،القاهرة، 1970.
- 7- البيهقي، السنن الكبرى، الجزء الرابع، كتاب الجنائز، مطبعة دار المعارف العثمانية، الطبعة الأولى.
- 8- الترميذي في سننه، الجزء الرابع.
- 9- الشوكاني، نيل الأوطار و شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، الطبعة الثانية، دار الجيل، بيروت، 1344هـ.
- 10- عبد المجيد محمود مطلوب، أصول الفقه الإسلامي، مكتبة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986.
- 11- صحيح مسلم، الجزء الأول، القاهرة، 1996.

ب-في القانون:

المراجع العامة:

- 12- ابراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003.
- 13-بابكر الشيخ،المسؤولية القانونية للطبيب، دار مكتبة الحامد، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002.
- 14-بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1984.
- 15-جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000..
- 16-جابر محجوب علي ، دور الإرادة في العمل الطبي ،دار النهضة العربية،القاهرة،2004.
- 17-زينة غانم يونس العبيدي ،إرادة المريض في العقد الطبي،دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 .
- 18-السيد عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
- 19-طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب،المؤسسة الحديثة للكتاب،طرابلس ،لبنان،الطبعة الأولى،2004.
- 20-عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 21-عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان، الطبعة الأولى، 1967.
- 22-عبد السميع الأودن،مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخدير و مساعديهم ،منشأة المعارف ،الاسكندرية،2004.
- 23-عبد المنعم البدرابي،المدخل للعلوم القانونية،دار النهضة العربية ،القاهرة.
- 24-عبد الوهاب حومد، دراسات معقمة في الفقه الجنائي المقارن، جامعة الكويت، 1983.

- 25- عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، الطبعة السابعة، 2002.
- 26- عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الأول، القاهرة، الطبعة الثانية، 1988.
- 27- علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995.
- 28- فتوح عبد الله الشاذلي، أبحاث في القانون و الإيدز، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 29- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2001.
- 30- محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2001.
- 31- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة العاشرة، 1983.
- 32- حمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية المدنية والجزائية، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، الطبعة الأولى، 1999.

المراجع المتخصصة:

- 33- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، 1987.
- 34- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي و الطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، 2007.
- 35- أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
- 36- أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1993.

- 37- أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1986.
- 38- بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011.
- 39- بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- 40- بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القانون الطبي الجزائري والفتاوى الطبية المعاصرة، ديوان المطبوعات الجامعية، المطبعة الجهوية، وهران، 2007.
- 41- تشوار الجيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 42- حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين الشمس، 1965.
- 43- خالد بن النوي، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر و القانون، المنصورة، 2010.
- 44- خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 45- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1999.
- 46- سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 47- صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة، الأردن، 2011.
- 48- طالب عبد الرحمان، حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء، دار الغرب، وهران، 2001.
- 49- عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي، دار المنار، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988.

- 50- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- 51- عبد الله بشري، مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي والشرائع السماوية، دار محمود، القاهرة، 2013.
- 52- علي حسن نجيدة، بعض صور التقدم الطبي و انعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني، التلقيح الاصطناعي و تغيير الجنس، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991.
- 53- محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 54- محمد شافعي مفتاح بوشيه، جراحات الذكورة والأنوثة، دار الفلاح بالفيوم، مصر.
- 55- محمد عبد الله الشلتاوي، ديناميكية استجابة قانون العقوبات لمقتضيات التطور العلمي في التخلص من الأجنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1992.
- 56- محمد عيد الغريب، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، الطبعة الأولى، 1989.
- 57- محمود السيد عبد المعطي خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، جامعة حلوان، كلية الحقوق.
- 58- محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة.
- 59- مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 60- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- 61- مفتاح مصباح بشير الغزالي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية، دراسة مقارنة، المكتب الوطني للبحث والتطوير، طرابلس، ليبيا، الطبعة الأولى، 2005.
- 62- منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1995.

II. الرسائل والمذكرات:

- 63-أحلوش بولحبال زينب ، رضا المريض في التصرفات الطبية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000 -2001.
- 64-جربوعة منيرة، الخطأ الطبي بين الجراحة العامة وجراحة التجميل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000.-2001.
- 65-رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2004-2005.
- 66-عشوش كريم، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001.
- 67-عيسوس فريد، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002 -2003.
- 68محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية بالمدينة، مكتبة الصحابة، السعودية، 1992.
- 69-محمد فائق الجوهري،المسؤولية الطبية في قانون العقوبات،رسالة دكتوراه،جامعة فؤاد الأول،1951.
- 70مروك نصر الدين، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، بحث لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1992-1993.
- 71- خورشيد حسين، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري والشريعة الإسلامية، بحث علمي لنيل درجة الدبلوم في القانون الخاص، جامعة دمشق، كلية الحقوق، دمشق 2004.

III. المقالات:

- 72- جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 73- رايس محمد ، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، مجلة المحامي، العدد الرابع، السنة الأولى، سيدي بلعباس، 2005.
- 74- عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائرية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981.
- 75- علي فيلاي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الرقم الثالث، الجزء 36 ، 1998.
- 76- بلحاج العربي حكم الشريعة الاسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الرقم الثالث، الجزء 31، 1993.
- 77- جيلالي تشوار، الأحكام الاسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستئساخ البشري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء 36، الرقم 04، 1998.
- 78- منصور المعايطه، شفت الدهون قد يكون قاتلا، مجلة الأمن و الحياة، العدد 223، السنة 20، الإمارات، 2001.
- 79- فواز صالح، جراحة الخنوثة و تغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 19، العدد الثاني، 2003.

IV. القوانين:

القوانين الداخلية:

- 80- الدستور الجزائري المؤرخ في 17 رجب 1417 الموافق ل 28 نوفمبر 1996 ، الجريدة الرسمية العدد 76، السنة 33 ، المعدل و المتمم.
- 81- الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق ل 19 فيفري 1970 يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية رقم 21 ، السنة السابعة.
- 82- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية العدد 78 ، السنة 12.

83-القانون رقم 85 - 05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق ل 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم ،الجريدة الرسمية، العدد الثامن، السنة 22.

84-المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق ل06جويلية 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب،الجريدة الرسمية ،العدد 52،السنة 29.

85- المرسوم التنفيذي رقم 96-122 المؤرخ في 18 ذو القعدة 1416 الموافق ل 06أفريل 1996 يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة تنظيمه وعمله،الجريدة الرسمية رقم 22 السنة 33.

86- المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1433 الموافق ل 05 أفريل 2012 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزراع الأعضاء وتنظيمها وسيرها.الجريدة الرسمية العدد22، السنة 49.

87- القرار الوزاري رقم 19المؤرخ في 02 أكتوبر 2002 المتضمن المؤسسات الصحية المرخص لها باجراء عمليات زرع الأنسجة والأعضاء البشرية.

88- القرار الوزاري رقم 34 المؤرخ في 19 نوفمبر 2002 المتعلق بمعايير إثبات الوفاة لغرض اقتطاع الأعضاء من الجثث.

القوانين الأجنبية:

89-الدستور المصري

90- القانون المدني المصري.

91- قانون العقوبات المصري.

92- قانون آداب المهنة الطبية المصري.

93-القانون رقم130لسنة1946الخاص بالمواليد والوفيات.

94- قانون رقم 178 لسنة 1960 بتاريخ 5 يوليو 1960 الخاص بتنظيم وجمع وتوزيع الدم ومركباته، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية الصادرة في21يوليو 1960 ،عدد 130لسنة 1960.

95- القانون رقم103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون ،الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية،العدد 135 لسنة 1962.

96- القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 9 مكرر لسنة 2010.
ثانيا: باللغة الفرنسية.

I. Ouvrages généraux :

- 1- Akida, la responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994.
- 2- Cyril Clément, la responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé, les études hospitalières éditions, 2001.
- 3- G. Vignocchi, le corps humain et les actes juridiques en droit italien, travaux de l'association Henri Capitaine, t xxvi, Dalloz 1975.
- 4- Gerard Memeteau, le droit médical, édition litec, Paris, France, 1985.
- 5- Marty et Raynand, droit civil, 2e édition, tome 01, volume 02, Paris, 1967.
- 6- Ossoukine Abdelhafid, traité de droit médical, publications du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies, dar elgharb, Oran, 2003.
- 7- Savatier, Auby, Pequingnot, traité de droit médical, librairies technique, Paris, 1985.

II. Ouvrages spéciaux:

- 8 - Ahmed Charafeddine, droit de la transplantation d'organes, études comparatives, université de droit d'économie et de sciences sociales, Paris, 1975.
- 09 -D.Charles, Expérimentation humaine et chirurgie, cahiers laennec, 1952.
- 10 -Daniel Rouge, Louis Arbus, Michel Costagliola, responsabilité médicale de la chirurgie à l'esthétique, Arnette, Paris, 1992.
- 11 -Dierkens, les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, masson, Paris, 1966.

- 12 -E.Groffier, de certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois, travaux de l'association Henri Capitant ,T.XXVI ,Daloz,1975.
- 13-Edouard Mahe , Sylvie Poignonec , Jacques Soudant , Georges Lamas , regard et paupières apport de la chirurgie esthétique , les monographies wagram , N° 28 , CCA édition , 1999.
- 14-F.Schwartz, l'expérimentation chez l'homme, Paris, 1986.
- 15-Grenouilleau (j.b),commentaire de la loi N°76.1181du22 Decembre1976, Daloz,1977.
- 16-J.André , l'expérimentation humaine en pathologie infectieuse, cahiers laennec, 1952.
- 17-J.M.Auby, la formation d'une règle internationale en matière médicale, les conditions de validité de l'expérimentation médicale sur l'homme, annales de droit médical international, 1959.
- 18-L. E.Pettiti,les transsexuels que sais-je,puf.
- 19-M.Klein, Le corps humain, responsabilité juridique et famille en droit belge, travaux del'association, Henri Capitant,T.XXVI ,Daloz.
- 20-Nathalie Nefussy-Ieroy , organes humains prélèvements ,dons transplantation ,édition eska,1999.

III. Articles de doctrine

- 21-J. simon , le consentement de la victime justifie-t-il les soins corporelle ? revue belge de droit pénal, 1933.
- 22-L.Massion,Verniory,Charles,aspects medico-psychologique sociaux et juridiques de L'homosexualité, revue de droit pénal et criminel, 1958.
- 23-Michele Harichaux Ramu, la responsabilité du médecin, juris classeur civil, responsabilité civile, 440-3, article 1382 à 1386, éditions techniques, année 1993.

IV. Législations:

- 24-code de la santé publique.
- 25-Nouveau code de déontologie médicale.
- 26-Loi 76-1181du 22 Décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes . JORF du23 Decembre1976 abrogé par la loi n°94-654 du 29 juillet 1994,relative au don et à l' utilisation des éléments et produits

du corps humain , et à l' assistance médicale ,à la procréation au diagnostic prénatal .

27-Loi n°94-654 du 29 juillet 1994,relative au don et à l' utilisation des éléments et produits du corps humain , et à l' assistance médicale ,à la procréation au diagnostic prénatal .JORF du 30juillet 1994.

28-Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 ,relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé et modifiant le code de la santé publique.JORF du 5 mars 2002 .

29-Décret n°2005-776 du 11 juillet 2005 relatif aux conditions d'autorisation des installations de chirurgie esthétiques et modifiant le code de la santé publique ,JORF n°161 du 12 juillet 2005.

30-Décret n°2005-777 du 11 juillet 2005 relatif à la durée du délai de réflexion prévu à l'article L6322-02 du code de la santé publique ainsi qu'aux conditions techniques de fonctionnement des installations de chirurgie esthétique et modifiant le code de la santé publique, JORF n°161 du 12 juillet 2005.

الفهرس

الفهرس:

05	مقدمة
10	الباب الأول: نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية.
11	الفصل الأول: نقل وزرع الأعضاء البشرية.
12	المبحث الأول: نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.
12	المطلب الأول: أساس مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء
12	الفرع الأول: نقل الأعضاء البشرية في القانون المقارن.
13	أولاً: نقل الأعضاء البشرية في القانون الفرنسي.
13	أ- نقل الأعضاء البشرية في الفقه الفرنسي.
14	1- نظرية السبب المشروع.
16	2- نظرية المصلحة الاجتماعية.
17	3- نظرية الضرورة.
20	ب- نقل الأعضاء البشرية في التشريع الفرنسي.
23	ثانياً: نقل الأعضاء البشرية في القانون المصري.
23	أ- نقل الأعضاء البشرية في الفقه المصري
23	1- استناد الفقه إلى طبيعة نقل الأعضاء
24	2- استناد الفقه إلى بعض القوانين الخاصة
28	ب- نقل الأعضاء البشرية في التشريع المصري.
33	الفرع الثاني: نقل الأعضاء البشرية في القانون الجزائري.
34	الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية.
34	أولاً: الاتجاه القائل بعدم مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.
34	أ- الأدلة المستمدة من القرآن الكريم.
36	ب- الأدلة المستمدة من السنة النبوية.

39	ثانيا: الاتجاه القائل بمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.
39	أ-الأدلة المستمدة من القرآن الكريم.
41	ب-الأدلة المستمدة من السنة النبوية.
41	المطلب الثاني: شروط مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.
42	الفرع الأول: رضا المتنازل.
42	أولاً: شكل الرضا.
44	ثانيا: محل الرضا.
45	ثالثاً: خصائص الرضا.
45	أ- أن يكون الرضا متبصراً.
47	ب-أن يكون الرضا حراً.
48	ج-أهلية المتنازل.
48	1-عدم جواز إخضاع جسم القاصر لأي عملية استقطاع.
49	2-إمكانية إخضاع القاصر لعملية الاستقطاع بشروط.
50	3-موقف القانون الجزائري.
53	رابعا: العدول عن الرضا.
53	الفرع الثاني: رضا المريض
53	أولاً: ضرورة الحصول على رضا المريض.
56	ثانيا: شكل رضا المريض.
57	ثالثاً: خصائص رضا المريض.
57	أ-أن يكون رضا المريض متبصراً.
60	ب-أن يكون رضا المريض حراً.
60	ج-أهلية المريض.
63	الفرع الثالث: شروط أخرى لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

63	أولاً: الشروط العامة
63	أ-الغرض العلاجي لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية
65	ب-انعدام المقابل المالي في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية
69	ج-عدم تعريض حياة المتنازل للخطر.
69	ثانياً: الشروط الخاصة
69	أ-الحالة الصحية للمتنازل والمتلقي.
70	ب-حالة حفظ العضو المنقول.
71	ج-توافق أنسجة المتنازل والمتلقي للعضو.
72	د-إجراء عمليات الزرع في المستشفيات المرخص لها قانوناً.
75	المبحث الثاني: نقل الأعضاء البشرية من الجثة
75	المطلب الأول: أساس مشروعية نقل الأعضاء البشرية من الجثة.
75	الفرع الأول: نقل الأعضاء البشرية من الجثة في القانون المقارن.
76	أولاً: نقل الأعضاء البشرية من الجثة في القانون الفرنسي.
78	ثانياً: نقل الأعضاء البشرية من الجثة في القانون المصري.
79	أ-إباحة نقل الأعضاء البشرية من الجثة استناداً للقانون الخاص بالمواليد والوفيات.
80	ب-إباحة نقل الأعضاء البشرية من الجثة استناداً للقانون الخاص بتنظيم بنك العيون.
81	ج-إباحة نقل الأعضاء البشرية من الجثة استناداً للقانون الخاص بتنظيم نقل و زرع الأعضاء البشرية.
82	الفرع الثاني: نقل الأعضاء البشرية من الجثة في القانون الجزائري.
82	الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية
82	أولاً: للرأي القائل بعدم مشروعية التصرف في الجثة .
83	أ-الأدلة المستمدة من القرآن الكريم.
83	ب-الأدلة المستمدة من السنة النبوية.

84	ج-الأدلة العقلية.
84	د-الأدلة من نصوص الفقهاء القدامى.
84	ثانيا: الرأي القائل بمشروعية التصرف في الجثة .
91	المطلب الثاني: شروط مشروعية نقل الأعضاء البشرية من الجثة.
91	الفرع الأول: التحقق من وفاة الشخص.
91	أولا: معيار تحديد لحظة الوفاة.
91	أ-المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة.
92	ب-المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة.
94	ثانيا: موقف القانون المقارن من تحديد لحظة الوفاة.
94	أ-التشريعات التي نظمت معايير الوفاة.
98	ب- التشريعات التي لم تنظم معايير الوفاة.
102	ج- موقف المشرع الجزائري
103	ثالثا: الإنعاش الصناعي.
103	أ-الغيبوبة ودرجاتها.
104	1-الغيبوبة المؤقتة.
104	2-الغيبوبة العميقة.
104	3-الغيبوبة المستديمة.
105	ب-الحدود القانونية للإنعاش الصناعي.
105	1-وجود الشخص في غيبوبة عميقة.
106	2-وجود الشخص في غيبوبة مستديمة.
107	الفرع الثاني: الموافقة على استئصال الأعضاء من الجثة.
107	أولا: موافقة المتنازل قبل وفاته.
107	أ-شروط الإذن بالاستئصال.
107	1-رضا حر وصريح.
108	2-أهلية الإيضاء.

110	ب-شكل التعبير عن إرادة الموصي.
110	1-حالة قبول الاستئصال من الجثة.
112	2-حالة رفض الاستئصال من الجثة.
113	ثانيا: موافقة الأقارب على الاستئصال من الجثة.
113	أ-ضرورة الحصول على موافقة الأقارب.
116	ب-الاكتفاء بالموافقة المفترضة للأقارب.
118	ج-الحصول على الأعضاء البشرية دون موافقة.
120	الفرع الثالث: شروط أخرى لإباحة استئصال الأعضاء من الجثة.
120	أولا: الشروط العامة.
121	ثانيا: الشروط الخاصة.
121	الفصل الثاني: التجارب الطبية.
122	المبحث الأول: أساس مشروعية التجارب الطبية.
122	المطلب الأول: موقف القانون الدولي من مشروعية التجارب الطبية .
123	الفرع الأول: القواعد التي وضعها القضاء الدولي لمحكمة Nuremberg بشأن مشروعية التجارب الطبية.
125	الفرع الثاني: موقف الإعلانات والاتفاقيات الدولية بشأن مشروعية التجارب الطبية.
126	أولا: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
126	ثانيا: إتفاقية جنيف الإنسانية وبروتوكولاتها.
127	ثالثا: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
128	رابعا:إعلاني هلسنكي وطوكيو
128	أ-المبادئ العامة لإعلاني هلسنكي وطوكيو .
130	ب-تواعد إجراء التجارب الطبية على الإنسان في إعلاني هلسنكي وطوكيو .
130	1-التجارب العلاجية.

131	2-التجارب العلمية.
131	خامسا:الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان.
132	الفرع الثالث:الاتفاقيات الدولية ذات الصبغة الإقليمية.
132	أولا:الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.
133	ثانيا:توجيهات المجلس الأوروبي.
134	ثالثا:الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب
134	الفرع الرابع:المؤتمرات الدولية.
134	أولا:مؤتمر طهران الدولي لحقوق الإنسان.
135	ثانيا:المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات.
136	المطلب الثاني:أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون المقارن.
136	الفرع الأول:القانون الأنجلوسكسوني
136	أولا:أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون الأمريكي.
138	ثانيا:أساس مشروعية التجارب الطبية في قانون ولاية كيبيك بكندا.
139	ثالثا:أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون الانجليزي.
141	الفرع الثاني:القانون الألماني والايطالي
141	أولا:أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون الألماني.
142	ثانيا:أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون الإيطالي.
143	الفرع الثالث:القانون الفرنسي.
143	أولا:موقف الفقه و القضاء الفرنسيين من مشروعية التجارب الطبية
143	أ-عدم مشروعية التجربة العلمية.
144	ب-مشروعية التجربة العلمية.
145	ثانيا:موقف المشرع الفرنسي من مشروعية التجارب الطبية
147	الفرع الرابع:القانون المصري.
147	أولا:ساس مشروعية التجارب الطبية في الفقه المصري
149	ثانيا:أساس مشروعية التجارب الطبية في التشريع المصري

150	المطلب الثالث : أساس مشروعية التجارب الطبية في القانون الجزائري.
152	المطلب الرابع :موقف الشريعة الإسلامية.
152	الفرع الأول :حكم الشريعة الإسلامية من التجارب العلاجية.
155	الفرع الثاني :حكم الشريعة الإسلامية من التجارب العلمية.
159	المبحث الثاني: شروط مشروعية التجارب الطبية.
159	المطلب الأول: رضا الشخص الخاضع للتجربة
160	الفرع الأول: الرضا الحر
161	أولاً: تأثير الضغوط الاقتصادية والنفسية على صحة الرضا.
162	أ-تأثير دفع مقابل مالي مقدما على صحة الرضا بالتجربة.
163	ب-تأثير الضغوط النفسية على صحة الرضا بالتجربة.
164	ثانياً: تأثير الخداع على صحة الرضا بالتجربة.
165	ثالثاً: التجارب الطبية على المساجين والمحكوم عليهم بالإعدام.
166	أ-مشروعية إجراء التجارب الطبية على المساجين والمحكوم عليهم بالإعدام
167	ب-عدم مشروعية إجراء التجارب الطبية على المساجين والمحكوم عليهم بالإعدام
169	رابعاً: التجارب الطبية على المرضى الميئوس من شفائهم.
172	الفرع الثاني: الرضا المتبصر.
172	أولاً: نطاق الرضا المتبصر في التجارب الطبية العلاجية.
174	أ-تبصير الشخص بمناسبة إجراء مقارنة الأدوية.
175	ب-التجارب العلاجية وحالة الضرورة
176	ثانياً: نطاق الرضا المتبصر في التجارب الطبية غير العلاجية.
178	الفرع الثالث: شكل الرضا بالتجربة والعدول عنه.
178	أولاً: شكل الرضا بالتجربة.
179	ثانياً: حرية العدول عن الرضا بالخضوع للتجارب الطبية.

182	الفرع الرابع: أهلية الموافقة على التجارب الطبية.
182	أولاً: مدى مشروعية التجارب الطبية على القصر.
182	أ- التجارب العلاجية.
184	ب- التجارب العلمية.
186	ثانياً: مدى مشروعية التجارب الطبية على المجانين.
187	ثالثاً: مدى مشروعية التجارب الطبية على النساء الحوامل أو المرضعات و الأجنة البشرية.
187	أ- التجارب الطبية على النساء الحوامل أو المرضعات.
189	ب- التجارب الطبية على الأجنة البشرية.
191	المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لإجراء التجارب الطبية.
191	الفرع الأول: التناسب بين مخاطر التجربة و منافعها
193	أولاً: المخاطر المقبولة في مجال التجارب العلاجية.
194	ثانياً: المخاطر المقبولة في مجال التجارب غير العلاجية.
195	الفرع الثاني: مراعاة الأصول العلمية الثابتة.
197	الفرع الثالث: كفاءة الطبيب العلمية.
199	المطلب الثالث: الشروط الشكلية لإجراء التجارب الطبية.
199	الفرع الأول: الترخيص بإجراء التجربة.
200	الفرع الثاني: جراء التجربة في مؤسسات مجهزة بالوسائل و المعدات.
201	خلاصة الباب الأول
203	الباب الثاني: جراحة التجميل وتغيير الجنس
204	الفصل الأول: جراحة التجميل.
205	المبحث الأول: أساس مشروعية جراحة التجميل.
205	المطلب الأول: ماهية جراحة التجميل.
206	الفرع الأول: التعريف بجراحة التجميل.
208	الفرع الثاني: أنواع جراحة التجميل.

209	أولاً: الجراحة الترميمية
209	ثانياً: الجراحة التحسينية.
211	الفرع الثالث: أسباب جراحة التجميل.
211	أولاً: الأسباب ذات الطبيعة المهنية
212	ثانياً: الأسباب ذات الطبيعة النفسية
213	ثالثاً: الأسباب ذات الطبيعة الاجتماعية و الثقافية
213	المطلب الثاني: جراحة التجميل في القانون المقارن
214	الفرع الأول: جراحة التجميل في التشريع المقارن.
214	أولاً: أساس مشروعية جراحة التجميل في التشريع الفرنسي
216	ثانياً : أساس مشروعية جراحة التجميل في التشريع المصري
217	الفرع الثاني: جراحة التجميل في القضاء المقارن.
217	أولاً : جراحة التجميل في القضاء الفرنسي
225	ثانياً: جراحة التجميل في القضاء المصري
230	الفرع الثالث: جراحة التجميل في الفقه المقارن.
230	أولاً: جراحة التجميل في الفقه الفرنسي.
230	أ-الرفض المطلق لجراحة التجميل
232	ب-الرفض النسبي لجراحة التجميل
232	ج-التأييد المطلق لجراحة التجميل.
234	ثانياً: موقف الفقه المصري من جراحة التجميل
237	المطلب الثالث: : جراحة التجميل في القانون الجزائري.
237	الفرع الأول: : جراحة التجميل في التشريع الجزائري.
240	الفرع الثاني: : جراحة التجميل في القضاء الجزائري.
241	الفرع الثالث: جراحة التجميل في الفقه الجزائري.
247	المطلب الرابع: موقف الشريعة الإسلامية.
247	الفرع الأول: الجراحة التجميلية التصليحية.

252	الفرع الثاني: الجراحة التجميلية التحسينية.
254	المبحث الثاني: شروط مشروعية الجراحة التجميلية.
254	المطلب الأول: رضا المريض في الجراحة التجميلية
254	الفرع الأول: شروط الرضا.
255	أولاً: رضا حر.
256	ثانياً: رضا متبصر.
261	الفرع الثاني: المعنى بالرضا.
261	أولاً: موافقة المريض.
262	ثانياً: موافقة ممثل المريض.
262	أ- حال القصر.
264	ب- حالة المريض العاجز عن التمييز.
264	ج- حالة المريض العاجز عن التعبير عن إرادته.
264	الفرع الثالث: كل الرضا وإثباته.
264	أولاً: شكل الرضا.
266	ثانياً: إثبات الرضا.
266	أ- عبء إثبات الرضا.
267	ب- طرق إثبات الرضا.
268	المطلب الثاني: كفاءة الطبيب الجراح.
269	الفرع الأول: كفاءة الطبيب الجراح في القانون الفرنسي.
275	الفرع الثاني: كفاءة الطبيب الجراح في القانون الجزائري.
278	المطلب الثالث: التزام الحيطة و الحذر.
281	المطلب الرابع: التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها.
286	الفصل الثاني: تغيير الجنس
286	المبحث الأول: أساس مشروعية تغيير الجنس
286	المطلب الأول: تغيير الجنس في القانون المقارن

287	الفرع الأول:تغيير الجنس في التشريع المقارن
288	أولا:تشريعات التي نظمت تغيير الجنس
288	أ-التشريع السويدي
289	ب-تشريع ألمانيا الديمقراطية(سابقا)
289	ثانيا:التشريعات التي أباحت الاخضاء والعقم
289	أ-التشريع الدنماركي
290	ب-التشريع النرويجي
290	ج-التشريع السويسري
290	د-التشريع الألماني
291	الفرع الثاني:تغيير الجنس في القضاء المقارن
291	أولا:موقف القضاء الفرنسي من تغيير الجنس
291	أ-تغيير الجنس في القضاء السابق على حكم Saint Etienne
294	ب- تغيير الجنس بعد حكم محكمة Saint Etienne
294	ثانيا: موقف القضاء البلجيكي من تغيير الجنس
296	ثالثا: موقف القضاء المصري من تغيير الجنس
305	الفرع الثالث: تغيير الجنس في الفقه المقارن
305	أولا:الاتجاه القائل بإباحة عمليات تغيير الجنس
305	أ-الفقه الأنجلوسكسوني
305	1-الفقه الكندي
306	2-الفقه الأمريكي
307	ب-الفقه البلجيكي
307	ثانيا:الاتجاه القائل بتحريم عمليات تغيير الجنس
307	أ-الفقه الايطالي
308	ب-الفقه الفرنسي
310	المطلب الثاني:تغيير الجنس في القانون الجزائري

310	الفرع الأول:موقف التشريع الجزائري من تغيير الجنس
310	أولا:تغيير الجنس والقانون الجنائي
311	ثانيا:تغيير الجنس والقانون المدني
312	ثالثا:تغيير الجنس وقانون الحالة المدنية
313	رابعا:تغيير الجنس وقانون الأسرة
313	خامسا:تغيير الجنس ومدونة أخلاقيات الطب
314	الفرع الثاني:تغيير الجنس في الفقه الجزائري
316	المطلب الثالث:موقف الديانات السماوية من تغيير الجنس
316	الفرع الأول:موقف الديانتين اليهودية والمسيحية من تغيير الجنس
316	أولا:موقف الديانة اليهودية من تغيير الجنس
318	ثانيا:موقف الديانة المسيحية من تغيير الجنس
318	1-موقف الكنيسة الكاثوليكية
321	2-موقف الكنيسة البروتستانتية
321	الفرع الثاني:موقف الشريعة الإسلامية من تغيير الجنس
322	أولا:تغيير الجنس بقصد العلاج (حالة الخنثى)
324	ثانيا:تغيير الجنس لمجرد الرغبة
329	المبحث الثاني:الآثار القانونية المترتبة على تغيير الجنس
328	المطلب الأول:الآثار الفردية المترتبة على تغيير الجنس
330	الفرع الأول:تغيير الاسم
332	الفرع الثاني :تعديل شهادة الميلاد
338	المطلب الثاني:الآثار الاجتماعية المترتبة على تغيير الجنس
339	الفرع الأول:الزواج السابق على تغيير الجنس
339	أولا:مصير عقد الزواج
342	ثانيا:مصير أولاد المغير لجنسه
347	الفرع الثاني:الزواج اللاحق على تغيير الجنس

347	أولاً: عدم الاعتراف القانوني بالتغيير
349	ثانياً: الاعتراف القانوني بالتغيير .
352	خلاصة الباب الثاني
354	خاتمة
360	المراجع
372	الفهرس

ملخص:

أثارت الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة جدلا فقهيًا و قضائيا و تشريعيًا حول مشروعيتها انتهى إلى الإقرار بمشروعيتها بشروط مشددة أهمها رضا المريض المتبصر والمستنير، كفاءة الطبيب الجراح ، مراعاة التناسب بين مخاطر العملية و فوائدها، إجراء العمليات في المؤسسات الصحية المرخص لها قانونًا.

الكلمات المفتاحية :

زراعة الأعضاء البشرية ، التجارب الطبية ، جراحة التجميل ، تغيير الجنس.

Résumé

Les nouvelles méthodes dans la médecine et la chirurgie ont évoqué un débat doctrinal , judiciaire et législative concernant leur légitimité et qui a conduit à approuver cette légitimité sous des conditions très sévères. Les plus importantes parmi les quelles sont le consentement du patient éclairé, la compétence du chirurgien , la prise en considération de l'équilibre entre les risques et les avantages de l'opération et la pratiques de ces dernières dans des établissements hospitaliers agréés .

Les mots clés

Transplantation d'organes, expérimentations médical, chirurgie esthétiques ,transsexualisme.

Abstract

The new methods in medicine and surgery have given rise to a doctrinal , judiciary and législative debate about its legitimacy wich has led to the approval of its legitimacy under very limited conditions. The most important of these latter are the cosensus of the well informed patient ,the competence of the surgeon ,taking into account the balance between the risks of the operation and its benefits,and practising the operations in legally agreed hospital.

Key word

Transplantation of organs ,surgery aesthetic ,medical experimentation, transexualism.