T02-00985

٨٠١ ح
٤٩٤
ح ٢٠ ش ٣

كلية الحقوق - الدراسات العليا

النظام القانوني لحماية جسم الإنسان

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحثة

حبيبه سيف سالم راشد الشامسي

لجنة المناقشة والحكم :

١ـ أ.د محمد علي عمران	أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق – جامعة عين شمس	رئيسًا
٢ـ أ.د حسام الدين كامل الأهواني	أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق – جامعة عين شمس	مشرفًا عض
٣ـ أ.د عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير	أستاذ ورئيس قسم القانون المدني بكلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر	٢٠

٢٠٠٥م

قرار

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

منح الرسالة تقدير ممتاز

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ .. وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُن تَعْلَمُ وَكَانَ فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكَ عَظِيمًا ﴾

سورة البقرة جزء من الآية (١١٣)

شكـر وتقديـر

الحمد لله والشكر له على فضله العظيم أن قدرني على إتمام هذه الرسالة ...

أعرني لسانًا أيها الشعر للشكـــر وإن لم تطق شكرًا فلا أنت مـن شعـر
وجئني بنور الشمس والبدر كي أرى بمعناك نور الشمس يشـرق والفجـر
وحم حول أزهار الريـاض تطيبـــا مثلمـا حام الفَراش علـــــى الزهــر
وقم في مقام الشكر وانشر لواء ه بـــرأس عمود خذه من غـرة الفجــر[1]
فإن لمصــر دومًا حقوقًـا جليلـــة عليّ فنب يا شعر عنيَ في الشكـــر
فإني بمصـر قد أقمــت لياليـــا وربك لم أحسب سواهن مـن عمـري
وقضيت أيامًا إذا ما ذكرتهـــا رجعت عن ذنوب ماضيات من العمـر
لئن تك يا نفس في أرض مقصرةً ففي مصر كم لك يا نفس من عـــذر

بأعمق معاني التقدير والاحترام أتقدم إلى العالم الفاضل الأستاذ الدكتور/ محمد علي عمران ، الذي تفضل بقبول الاشتراك في لجنة الحكم على الرسالة ورئاستها ليزيدني شرفاً وفخراً..

وبمنتهي الإجلال والتقدير، وبصحبتي أصدق آيات الشكر والعرفان بالجميل أتقدم إلى أستاذي الجليل الأستاذ الدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني ، الذي لم يـألُ جهدًا في سبيل إظهار هذا العمل ، والإشراف عليه ، ومتابعته خطوة إثر خطوة، فلله دره من عالمٍ جليلٍ وعظيمٍ متواضع ، فله الشكر ما حييت...

وبخالص الشكر ووافر التقدير والامتنان أتقدم إلى الأستاذ الدكتور/ عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، الذي تولاني برعايته ، وأحاطني باهتمامه ، وأخذ بيدي من مفارق الطرق ووضعني على أولى عتبات الطريق المستقيم لأكمله وأنا أدعو له مخلصة بالخير دائماً...

فلله درهم من علماء أجلاء أعطوا ولم يتوانوا، وأوفوا ولم يبخلوا ، فأوفهم إلهي جزيل العطاء ومُنّ عليهم بثواب منك وكرم...

---

(١) الشاعر معروف الرصافي.

والشكر الخالص لكلية الحقوق بجامعة عين شمس ، متمثلة في عميدها وأساتذتها والقائمين بشؤون الطلبة فيها ، وكذلك القائمين على مكتبتها ، ولا يفوتني أن أشكر كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، وكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر ، وكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية .

كما أتقدم بالشكر الجزيل لجامعة الإمارات العربية المتحدة والمتمثلة في رئاستها وإدارتها والقائمين بشؤون الطلبة والمعيدين ، وكذلك القائمين على مكتباتها وبالأخص القائمين على مكتبة زايد المركزية ، كما أخص بالشكر والعرفان بالجميل كلية الشريعة والقانون لرعايتها الدائمة والصادقة .

والشكر واجب لسفارة دولة الإمارات العربية المتحدة لدى جمهورية مصر العربية ، والملحقية الثقافية ، ومكتب جامعة الإمارات الذي احتواني كبيتي وملاذي وساندني منذ البداية وحتى هذه اللحظة .

والشكر كل الشكر لكل من مد لي يد العون وساهم بشكل أو بآخر في إتمام رسالتي ، فلهم المنة والفضل ، وجعل ربي ذلك في ميزان حسناتهم .

الباحثة

إهداء

يقول الإمام الغزالي : طلبنا العلم لغير الله فأبى
الله إلا أن يكون له

فاللهم هب لي من لدنك عملاً صالحًا يقربني إليك
واجعل مثل ثوابه لروح أمي .. ولروح أبي ..

وقائدي ومعلمي ..

الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان

رحمهم الله - تعالى - جميعًا رحمة واسعة

الباحثة

المقدمة :

١- فإنه لما للإنسان[١] من مكانة رفيعة ، أسجد الله له ملائكته وعـزه وكرمه ورفع قدره ، وأودع فيه سر خلقه ، فقـال تعـالى :﴿ ۞ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴿٧٠﴾ ﴾ [٢]، كان لزامًا أن يُعامل جسم الإنسان بما يليق بهذه

---

(١) يُقصد بلفظ الإنسان في اللغة : هو ذلك الكائن الحي المفكر ، والجمع أناسي ، قال الله تعالى : (وأناسي كثيرًا) ، ولفظ الإنسان يُطلق على الرجل والمرأة ، فيُقال للمرأة إنسان ، ولا يقال إنسانة . والإنسان مكون من روح وجسد ، والنفس في اللغة هي : الروح ، يُقال: خرجت نفسه : أي روحه ، فالروح والنفس اسمان مترادفان بمعنى واحد ، كقول الله تعالى في خلق آدم عليه السلام : (فإذا سويته ونفخت فيه من روحي فقعوا له ساجدين) ، والجسد في اللغة يطلق على الجسم والبدن ، قال تعالى : (فاليوم ننجيك ببدنك) ويقول أيضًا : (وألقينا على كرسيه جسدًا ثم أناب) ، إذًا ألفاظ الجسم والجسد والبدن تُطلق على الإنسان ويراد بها معنى واحد وهو الهيكل المادي المحسوس المؤلف من اللحم والدم والعظام والعروق والعصب وغيرها.
أما الإنسان في اصطلاح العلماء ، فقد اختلف العلماء في مُسمى الإنسان على أربعة مذاهب : المذهب الأول ذهب إلى إطلاق لفظ إنسان إنما يقع على الجسد دون النفس ، واحتجوا بقول الله تعالى : (فلينظر الإنسان مم خلق خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب) ، والمذهب الثاني : ذهب إلى أن لفظ الإنسان إنما يقع على النفس دون الجسد ، واحتجوا بقوله تعالى : (إن الإنسان خُلق هلوعًا إذا مسه الشر جزوعا وإذا مسه الخير منوعًا) وهذا بلا خلاف صفة للنفس لا صفة للجسد ، والمذهب الثالث : ذهب إلى القول بأن لفظ الإنسان إنما يقع على الجسد والنفس معًا كالبلق الذي لا يقع إلا على السواد والبياض معًا ، والمذهب الرابع ذهب إلى أن الأصل في مُسمى الإنسان أنه اسم للروح والجسد معًا ، ولكن مع القرينة قد يُراد به هذا تارة وهذا تارة ، فتتازعهم في مُسمى النطق كتتازعهم في مُسمى الناطق.
أما المقصود بالإنسان في القانون الوضعي فلم يرد في نصوص القوانين ولا في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أي نص واضح لتعريف الإنسان ، ويرى الشُراح : " أن الإنسان هو كل كائن حي تضعه امرأة من الولادة وحتى الموت" ، وهو عندهم يشمل الجانبين المادي والنفسي ، لأنه مكون من جسد وروح، وفي نصوص القانون المصري والفرنسي لم يرد أي نص واضح لتعريف الجسم أو النفس، وذلك سيرًا على نهج غالبية القوانين في هذا الشأن ، وتُرك ذلك لاجتهاد القضاء وشُراح القانون.
راجع في تفصيل هذا الموضوع : د. محمد أمين متولي عبدالحميد ، المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٢ ، ص ٨٨- ٩٢.
(٢) الآية ٧٠ ، سورة الإسراء.

المكانة ، ومن أجل ذلك عُقد الكثير من المؤتمرات وكُتب الكثير من الأبحاث والمقالات ، تحدثت عن هذا الجسم من نواحٍ مختلفة : دينية ، وطبية ، وسياسية ، وغيرها ، واتخذت كل ناحية من هذه النواحي هدفًا خاصًا بها.

٢- أما ما يتعلق بالناحية القانونية ، فيمكن أن نُطلق مجازًا على الدراسات المتعلقة بجسم الإنسان وصف الظاهرة القانونية ، حيث بدا جليًا اهتمام القانون مؤخرًا بهذا الجسم وأولاه من الرعاية الكثير ، وهذه الدراسات المستفيضة لتنظيم التعامل القانوني على جسم الإنسان – وإن لم يصل القانون من خلالها بعد إلى تأسيس نظام شامل لحماية جسم الإنسان من تصرفات الشخص نفسه[١] – إلا أن الأمر لا يُعد مستحيلاً ، ولا يمكن إنكار دور القانون في تنظيم بعض صور التعامل في جسم الإنسان ، والتي من الممكن من خلالها استخلاص مبادئ كلية ، على أساسها يُؤمل بظهور نظرية عامة تحكم هذا التعامل.

أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره :

٣- بداية ، يجب الاعتراف بحقيقة مهمة ألا وهي ، أن هذا الكيان العظيم الذي وصفه الخالق جل وعلا بأنه خلقه في أحسن تقويم ، لم يُدرج في دائرة القانون الوضعي إلا منذ عام ١٩٩٢، وذلك بعد جهود مُضنية بذلها رجال القانون[٢] ، أي بعد صدور القانون الفرنسي رقم(٩٤/٦٥٣) الصادر بتاريخ ٢٩ يوليو ١٩٩٤، والذي جاء ليضع نظامًا خاصًا لجسم الإنسان ضمن القانون المدني.

٤- ولقد بدأ اهتمام القانون عمومًا بحماية جسم الإنسان من اعتداء الغير عليه من خلال قانون العقوبات[٣] ، أما القانون المدني فلم يكن مهتمًا إلا بحماية

---

(١) أما حماية الجسم في مواجهة الغير والتي يحكمها مبدأ عدم جواز المساس بالجسم ، فهي تخضع لأحكام متميزة تدخل عادة في إطار قواعد المسئولية .

(٢) BAUD (Jean Pierre) : Le Corps , personne par destination , LG.D.J,P. 13

(٣) من النصوص القانونية التي كفلت الحماية الأصلية للحق في سلامة الجسم في القانون المصري صدر الكتاب الثالث من قانون العقوبات ، إذ خُصص الباب الأول منه للقتل والجرح والضرب ، وجعل

فهرس الموضوعات

الموضـــوع	رقم الصفحة
المقدمة	١
الفصل التمهيدي : القانون وجسم الإنسان	١٠
المبحث الأول : جسم الإنسان والأشياء التي تدخل في نطاق التعامـــل القانوني	١٢
المطلب الأول : جسم الإنسان خارج دائرة الأشياء	١٤
المطلب الثاني : التعامل القانوني وجسم الإنسان	٤٢
المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لحق الإنسان على جسمه	٥١
المطلب الأول : حق الإنسان على جسمه حق ملكية	٥٢
المطلب الثاني : حق الإنسان على جسمه حق انتفاع	٥٨
المطلب الثالث : حق الإنسان علـــى جســـمه مـــن الحقـــوق اللصـــيقة بالشخصية	٦١
الباب الأول	
مظاهر التعامل القانوني في جسم الإنسان	
تمهيد	٧٤
الفصل الأول : التعامل القانوني في منتجات الجسم	٧٨
المبحث الأول : التعامل في لبن الأم	٨٠
المطلب الأول : الانتفاع بلبن الآدمية	٨٣

الموضـــوع	رقم الصفحة
المطلب الثاني : بنك لبن الأمهات ومدى توافقه مع حرمة وكرامة جسم الإنسان	٨٨
المبحث الثاني : التعامل في الدم	٩٦
المطلب الأول : مبدأ إباحة التعامل في الدم البشري	٩٧
المطلب الثاني : شروط التعامل القانوني في الدم البشري	١١٠
الفرع الأول : وجود مصلحة علاجية للغير	١١٢
الفرع الثاني : رضا المتبرع بدمه	١١٤
الفرع الثالث : مجانية التعامل في الدم	١١٧
المبحث الثالث : التعامل عن طريق التحكم في الجينات المحددة للجنس	١٢٦
الاتجاه الأول : ينادي بمشروعية عملية التحكم في جنس الجنين	١٣١
الاتجاه الثاني : ينكر مشروعية عمليات التحكم في جنس الجنين	١٣٣
الاتجاه الثالث : الوسط بين المنكرين والمؤيدين لمشـــروعية عمليـــات التحكم في جنس الجنين	١٤٠
الفصل الثاني : التعامل القانوني مع أجزاء الجسم	١٤٤
المبحث الأول : التعامل عن طريق التعديل في مظهر الجسم	١٤٦
المطلب الأول : العمليات التحسينية والتجميلية	١٤٦
الفرع الأول : المقصود بعمليات التجميل وتطبيقاتها	١٤٨
الفرع الثاني : مدى مشروعية عمليات التجميل	١٥١
الفرع الثالث : الضوابط القانونية لتنظيم عمليات التجميل	١٥٨

الموضـــوع	رقم الصفحة
الغصن الأول: ضرورة الالتزام بتبصير المريض	١٥٩
الغصن الثاني: ضرورة الحصول على رضا المريض المستنير	١٦١
الغصن الثالث: ضرورة رجحان الفوائد المتوقعة من عمليات التجميـــل على المخاطر الناتجة عنه	١٦٢
المطلب الثاني: عمليات تغيير الجنس	١٦٤
الفرع الأول : أهمية تحديد الجنس في حياة الإنسان	١٦٦
الفرع الثاني : المقصود بالجنس	١٧٠
الفرع الثالث : مفهوم تغيير الجنس ونطاقه	١٨٤
الفرع الرابع : مدى مشروعية التدخل الجراحي لتغيير الجنس	١٩٤
المبحث الثاني : التعامل في أجزاء الجسم	٢٢٤
المطلب الأول : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	٢٢٥
الفرع الأول : تمييز عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية عن بعض التدخلات الطبية	٢٢٧
الفرع الثاني: مبادئ التعامل القانوني في جسم الإنســـان مـــن خـــلال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	٢٢٨
الفرع الثالث : تنظيم عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية	٢٥٦
المطلب الثاني : التجارب الطبية والعلمية	٢٨٨
الفرع الأول : مفهوم التجربة الطبية وأهدافها	٢٩٠
الفرع الثاني : الأساس القانوني للتجارب الطبية والعلمية علـــى جســـم	٢٩٧

الموضـــوع	رقم الصفحة
الإنسان	
الفرع الثالث : التنظيم القانوني المعاصر للتجارب الطبية والعلمية على جسم الإنسان	٣١٠
المطلب الثالث : عمليات نقل وزرع الغدد والأعضاء التناسلية	٣١٦
الفرع الأول : مشروعية زراعة الأعضـــاء التناســلية المتمثلـــة فـــي العمليات التعويضية كزرع القضيب الذكري، و إنزال خصية من القناة الأربية ، و زراعة رحم	٣٢١
الفرع الثاني :عدم مشروعية زرع الأعضاء التناسلية المتمثلة في زرع المبيض و الخصية من شخص لآخر	٣٢٦
الفصل الثالث : التعامل القانوني من خلال الإنتفاع بالجسم	٣٣٨
المبحث الأول : المقصود بعقد استئجار الأرحام و تكييفه القانوني	٣٤١
المبحث الثاني : حالات و صور استئجار الأرحام	٣٥٣
المبحث الثالث : مدى مشروعية عمليات استئجار الأرحام	٣٥٥
المطلب الأول : الاتجاه المؤيد لمشروعية عمليات استئجار الأرحام	٣٥٦
المطلب الثاني : الاتجاه المنكر مشروعية عمليات استئجار الأرحام	٣٦٥
الباب الثاني	٣٧٨
ضوابط التعامل القانونية في جسم الإنسان	
تمهيد	٣٧٩

الموضـــوع	رقم الصفحة
الفصل الأول : الأهلية اللازمة للتعامل في جسم الإنسان	٣٨٤
المبحث الأول : الإذن في التعامل في جسم الإنسان يدخل فـــي نطـــاق أهلية المال (الولاية على المال)	٣٨٨
المبحث الثاني : الإذن في التعامل في جسم الإنسان يدخل فـــي نطـــاق أهلية النفس (الولاية على النفس)	٣٩٥
المبحث الثالث : اشتراط كمال الأهلية	٤٠٢
الفصل الثاني : ضرورة الحصول على موافقة الشخص محل التصرف	٤٠٩
المبحث الأول : الرضا المستنير	٤١٣
المطلب الأول : تحديد نطاق التزام الطبيب بتبصير المريض	٤١٧
المطلب الثاني : أحوال إعفاء الطبيب من الالتزام بالتبصير وحدود ذلك الإعفاء	٤٢٤
المبحث الثاني : الرضا الحر	٤٣٢
المبحث الثالث : الرضا المكتوب	٤٤٠
الفصل الثالث : الرجوع في الإذن الخاص بالتعامل في جسم الإنسان	٤٥٥
الفصل الرابع : ضرورة توافر مصلحة جديرة بالرعاية من خلال المساس بسلامة الجسم	٤٨١
الفصل الخامس : انتفاء المقابل المالي بشأن التعامل في جسم الإنسان	٤٩٩
المبحث الأول : الأصل في المعاملات المالية	٥٠١
المبحث الثاني : الاتجاهات الفقهية حول اشتراط مقابل مـــالي نظيـــر التعامل في جسم الإنسان.	٥٠٦

الموضـــوع

رقم الص

المطلب الأول : الاتجاهات التي تـدور فـي فلـك النظريـة العامـة للتصرفات المالية ٥٠٧

الفرع الأول : الاتجاه الذي يرى أن المقابل لا يـؤثر فـي مشـروعية التعامل ٥٠٧

الفرع الثاني : الاتجاه الذي ينادي بضرورة أن يكون التعامل تبرعاً ٥١١

المطلب الثاني : المجانية مبدأ من مبادئ التعامل في جسـم الإنسـان وسبل دعمها ٥٣٠

المطلب الثالث : الاستثناءات الواردة على مبدأ المجانية. ٥٣٧

خاتمة ٥٤١

قائمة المراجع ٥٥١

- قائمة مختصرات المصطلحات العربية ٥٨٩
- قائمة مختصرات المصطلحات القانونية الفرنسية ٥٩٠
- الفهرس