ضوابط التصرفات الواردة على حرمة جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

التبرع بالأعضاء والأنسجة بين الأحياء والوصية بها أنموذجاً

رحال عبد القادر: أستاذ محاضر- أ-
كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر 01

الملخص

يعتبر الحق في حرمة جسم الإنسان بشقيه المادي والمعنوي من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد، ولقد ساهمت الشريعة الإسلامية وجل التشريعات الوضعية في حمايته من أي تدخل قد يعيق السير الطبيعي لوظيفته.

وقد كان من جملة القضايا التي أثارت الجدل لتعلقها بحرمة جسم الإنسان، ما يسمى بعملية نقل وزرع الأعضاء، والتي تعتبر من أهم ما أنجزه الطب الحديث، والتي تحمل معانى التضامن والتعاون الإنساني، ولما كانت عمليات استئصال الأعضاء وزرعها تثير إشكالات عديدة لمساسها بحرمة الجسم، وباعتبارها من أدق العمليات الجراحية لمساسها بالسلامة الجسدية. ولهذا كانت موضع جدل فقهي وقانوني انتهى إلى رأي الأغلبية بمشروعية نقل وزرع الأعضاء؛ مع وضع ضوابط وشروط ينبغي مراعاتها أثناء التصرف في هذا الجسم، وسواء تعلق بالحي أو الميت.

والمشرع الجزائري أثناء تشريعه لعملية نقل وزرع الأعضاء، فهو بذلك قد واكب ما استقرت عليه معظم التشريعات الوضعية، وخاصة التشريع الفرنسي، وإن كان ثمة نقائص في هذا المجال ينبغي إعادة النظر فيها تفاديا لإشكالات قانونية قد تواجه الأطباء أثناء الممارسة الفعلية.

Abstract

The right to the protection of the human body physically and morally of the most important human rights, have contributed to Islamic law and the status of legislation to be protected from any attack could hamper his regime.

One of the issues that sparked the controversy to attach to the status of the human body s o-called process of organ transplantation transfer, which is one of the most accomplished what modern medicine, which carry the meaning of solidarity and humanitarian cooperation. Since the removal of organs transplanted operations and raises many problematic for the body is not considered financially viable outlets for holding it on one hand, and as one of the most accurate surgical Msasha physical safety on the other. It has been the subject of a legal and jurisprudential debate over the legitimacy of the majority opinion, organ transplants transfer; with the controls and the conditions should be taken into account during the disposition of the body, whether dead or neighborhood.

The Algerian legislator during the legislation process and transplant organ transplant, and agreed that it settled most of the man-made laws, especially the French legislation, although there were shortcomings in this area should be re-examined in order to avoid legal problematic doctors may encounter during the actual practice.

مقدمة

لقد كان الإنسان منذ القدم محوراً للعديد من الدراسات الشرعية والقانونية، وقد ترتب عن هذا تفاوت المجتمعات في تحديد نطاق الحماية المقررة له، وذلك بحسب اختلاف الزمان والمكان، وقد اعتبر جسم الإنسان قديماً محلاً لحق مالي، يتم بموجبه تسوية النزاعات بين الدائن والمدين، وكان الإنسان إذا ارتكب جريمة معينة في النظام القبلي، أنه يسلم إلى أهل الضحية يفعلون به ما يشاؤون، فكان كل شيء يقاس بالمال في الزمن القديم.

وفي العصر الحديث، وبعد نشأة الدولة ومؤسساتها احتاج المجتمع إلى مجموعة من النصوص القانونية التي تضبط الحقوق وتسعي لحمايتها من كل أشكال التهديد التي تنالها، وقد كان من جملة الحقوق الأساسية التي أضحت محلاً للاهتمام الدولي والوطني، التبرع بالأعضاء والوصية بها كتصرف يرد على الحق في سلامة الجسم، فأصبحت من المبادئ المستقرة في وقتنا الحاضر، أن لجسد الإنسان حرمة، ولكيانه قدسية تتناسب مع القيمة الإنسانية للإنسان.

إن حق الإنسان في سلامة جسمه هو الحق في أن تظل أعضاء الجسم وأجهزته تؤدي وظائفها على نحو عادي وطبيعي، فكل إخلال بالسير الطبيعي لهذه الأعضاء إنما هو اعتداء على الحق في سلامة الجسم، وبعد التطور العلمي والتكنولوجي في المجال الطبي أصبح هناك مجالاً واسع يتيح للأطباء نقل الأعضاء من جسم الإنسان إلى آخر بما يتماشى مع حق الإنسان في السلامة الجسدية.

إن معالجة تأثير التصرفات الطبية الحديثة و مدى حرية إعمالها على جسم الإنسان يتعلق أساسا بنطاق الحماية القانونية الذي يحظى بها الجسم البشري، وبالرجوع إلى معظم التشريعات الوضعية وكذا أحكام الشريعة الإسلامية فإننا نجد إنها حاولت ولا تزال تسعى للحد من حرية التصرف في جسم الإنسان بوضع هذه التصرفات ضمن إطارها المشروع، وذلك بإقرار بعض هذه التصرفات من جهة، ونخص بالذكر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. ووضع قيود وضوابط للقيام بها من جهة أخرى وانطلاقا من هذا المبدأ، يثور الإشكال حول مدى مشروعية التصرف الوارد على جسم الإنسان، هل هو مطلق أم مقيد بضوابط، وإذا كان مبدأ التصرفات ينطلق من معنى تملك الشيء، فهل يعني أن جسم الإنسان ملك لصاحبه، أم ثمة استثناء حول هذا المبدأ يسري على جسم الإنسان فقط على القول بمشروعيته؟

وقد ارتأيت أن تكون خطة المداخلة على شكل مبحثين: أتناول في المبحث الأول: الحق في حرمة جسم الإنسان في إطار نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وفي المبحث الثاني: التصرف الوارد على جسم الإنسان بطريق التبرع بالأعضاء والأنسجة بين الأحياء وحكم الوصية بها، ويتطلب الأمر البيان الذي توصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا الضوابط التي ينبغي مراعاتها في العملية على القول بمشروعيتها، ومقارنة ذلك بما استقر عليه التشريع الجزائري.

المبحث الأول: الحق في حرمة جسم الإنسان في إطار عملية نقل وزرع الأعضاء

لقد كان جسم الإنسان محل اهتمام النظم القانونية والشريعة الإسلامية، ذلك أن المجتمعات القديمة لم تكن قد أحاطت جسم الإنسان بحماية واسعة من الانتهاكات التي تناله.

وبعد مرور الزمن أصبح جسم الإنسان له حرمة، واعتبر حقاً من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الإنسان، وظهر مبدأ حق الإنسان في سلامة جسمه، أو الحق في السلامة الجسدية.

كما كان لتقدم العلوم الطبية الأثر البارز في بيان أهمية جسم الإنسان، وأضحت التجارب العلمية تفرض نفسها كواقع لا بد منه، مما جعل منها الخطر الذي يحدق بالبشرية جمعاء، وقد ساهم التشريع الوضعي والشريعة الإسلامية في حماية حسم الإنسان من الأخطار التي تتربص به.

المطلب الأول: مدلول الحق في حرمة جسم الإنسان

الفرع الأول: مفهوم الحق في حرمة جسم الإنسان

جسم الإنسان هو الملجأ المادي لشخصيته، فهو الجسم الحي النابض، والذي يتميز به كل شخص عن الآخر سواء في ملامحه أو صورته، وبهذا التمييز تتحدد بعض جوانب ذاتيته الشخصية في كل إنسان عن الآخر[1]. ويقصد به ذلك الكيان المادي والنفسي الذي يباشر وظائف الحياة الطبيعية والاجتماعية، تتساوي جميع أعضاء الجسم في الأهمية والحماية التي تسبغ عليه، وسواء كانت داخلية أو خارجية، كما لا يقتصر جسم الإنسان محل الحماية على الأعضاء الطبيعية الأصلية وإنما تشمل أيضاً الأعضاء التي نقلت إليه من إنسان آخر[2]. ومن الناحية القانونية يعرف الحق في سلامة الجسم بأنه :" الكيان الذي يباشر وظائف الحياة، وهو محل الحق في سلامة الجسم والموضوع الذي تنصب عليه أفعال الاعتداء على هذا الحق "[3]. وعليه يكون الحق في سلامة الجسم وفقاً لهذا الاتجاه عبارة عن رابطة مفترضة بين الشخص وكيانه الجسدي يحكمها القانون.

ويعتبر الحق في سلامة الجسم من أهم وأكثر عناصر الحياة تقديساً، فلا يجوز أن يكون جسم الإنسان محل أي اتفاق، إلا من أجل غرض سلامته وصيانته، وعلى هذا الأمر يعتبر المساس به انتهاك لمعصومية الكيان الجسدي[4]. وأساس ذلك أن جسم الإنسان ليس شيئاً ولا سلعة، لذلك فهو يخرج عن المعاملات المالية والتجارية[5]. وهو يأتي في طليعة الحقوق المكرسة لحماية الكيان المادي للإنسان، ومقتضى هذا الحق تمكين صاحبه من حماية كيانه المادي في مواجهة الغير، وذلك بمنع الآخرين من المساس بجسده[6]. فقد قامت فكرة الحق في السلامة الجسدية إلى أن الجسم البشري مصون وله حرمة[7].

ويتجسد الكيان الشخصي للإنسان في عنصرين، أحدهما طبيعي يتمثل في شخص الإنسان من الناحية العضوية وحالته العقلية، والآخر قانوني يتمثل في الحقوق اللصيقة بشخصيته والتي قررها القانون.

والمجتمع له الحق في الارتفاق عليه، لأن هناك مصلحة شخصية تتمثل في سلامة جسم الإنسان حتى يتمكن من تنفيذ المهام الملقاة على عاتقه، وأن يساهم في إدارة عجلة الازدهار في المجتمع الذي يعيش فيه، ومن مصلحة المجتمع أن يرى كل أفراده يتمتعون بالصحة والنشاط، نظراً للأهمية الاجتماعية والاقتصادية التي يجنيها المجتمع نتيجة سلامة أفراده[8].

ثانياً: ما يتطلبه الحق في حرمة جسم الإنسان

يتضمن الحق في حرمة جسم الإنسان مجموعة من العناصر أهمها:

1. الحق في التكامل الجسدي: ويقصد به مصلحة الفرد في الاحتفاظ بأعضاء جسمه كافة، وبشكلها الطبيعي بصورة متكاملة من غير نقص فيها أو تعديل، وهذه الفكرة قائمة على أساس أنه لا قيمة موضوعية كاملة للحق في سلامة الجسم دون أن يكون هذا الجسم متكاملاً ومحتفظاً بأجزائه كافة[9]. وإذا كان لكل إنسان الحق في ألا تهبط صحته وألا يعتل بدنه، ومن أجل ذلك فإن كل فعل يُنقص من هذا المستوى يعتبر اعتداءاً على السلامة الجسدية[10]. وعليه فيمتنع أي اعتداء على تكامل جسمه، سواء كان ذلك لمصلحته أو لمصلحة الغير أو المجتمع، إلا إذا أعطيت موافقة واضحة باستثناءات خاصة، ذلك أن جسم الإنسان مصان من خلال النصوص التي تهدف إلى حماية تكامله الجسدي[11].

2. الحق في الاحتفاظ بالمستوى الصحي للجسم: إن المقصود بالصحة بصفة عامة، حالة من التوازن النسبي لوظائف الجسم، وقد قامت المنظمة العالمية للصحة بتحديد دقيق لها، واعتبر التعريف الأكثر تداولاً، وذلك بموجب نص المادة الأولى من ميثاقها على أنها :" حالة من اكتمال السلامة بدنياً وعقلياً واجتماعياً، لا مجرد الخلو من المرض أو العجز "[12]. كما حددها الأطباء بأنها :" قدرة الجسم على استغلال ايجابيات المحيط وتطويق سلبياته، بفضل برنامج جيني سليم، واستراتيجيات فردية ملائمة، لتحقيق جزء أو كل من الأهداف الحياتية "، وهي تتميز بخاصية النسبية، ذلك أنها تختلف من شخص لآخر، وفي فترات زمنية معينة، كما أنها تتباين بين فترة الشيخوخة والشباب. أما المرض فهو عجز مؤقت أو نهائي للجسم عن تحقيق كل أو جزء من أهدافه الحياتية لخلل في البرنامج الجيني، أو لضغط كبير في المحيط[13].

ثم إن الحق في السلامة الجسدية يقوم على أساس مصلحة الفرد في الاحتفاظ بصلاحية أعضاء جسمه كافة، لكي يتمكن من القيام بوظائفه المعتادة بشكل طبيعي، ومن دون الإخلال بقدرته على القيام بتلك الوظائف[14]. وبالتالي يمتنع أي فعل

يكون ماساً بالحق في سلامة الجسم، فيترتب عنه انخفاض في المستوى الصحي للشخص، وتعطل بعدها الوظائف العادية التي كان يقوم بها الشخص، ويتحقق هذا سواء كان الفعل قد مس جزء من الجسد أو كله.

على أنه ينبغي إعطاء الصحة مفهوماً واسعاً لتشمل الصحة البدنية والنفسية للجسم، مما يعني اعتبار الفعل ماساً بالجسم إذا ترتب عليه حدوث مرض عقلي[15].

3. الحق في السكينة الجسدية: يتمثل هذا العنصر في المحافظة على سكينة الجسم، ذلك أن شعور الإنسان بالسكينة في بدنه يمنحه الراحة والاستمتاع ببدنه، وهو شعور ينبعث مصدره من التحرر من بعض الآلام التي تحيط به، والتي تتحدد على أساس النسبة بين الآلام التي يكابدها وتلك التي لا يكابدها، وهذا القدر يقل إذا زادت هذه النسبة ويزيد إذا قلت[16]. وهذا الحق على أساس مصلحة الفرد في عدم التعرض لأي نوع من الآلام لذلك، فكل فعل يترتب عليه المساس بالسكينة الجسدية بغير اعتداء على الحق في سلامة الجسم، حتى ولو لم يترتب عليه انخفاض في المستوى الصحي للجسم، أو انتقاض في أعضائه، وذلك لاستقلال عناصر الحق في سلامة الجسم بعضها عن البعض الآخر[17].

ومما تجدر الإشارة إليه، أن للسكينة الجسدية جانباً آخر يتمثل في عدم التعرض للآلام النفسية أيضا، ذلك أن الحماية القانونية لجسم الإنسان لا تقتصر على الأعضاء التي تؤدي وظائف عضوية كالقلب والأطراف، وإنما تتعداه لتشمل كذلك الأعضاء التي تؤدي وظائف نفسية كمراكز الإحساس، والشعور بالألم، فلا حماية قانونية لجسم الإنسان إذا لم تتضمن جانبي الجسم المادي والنفسي.

وعليه فيعد اعتداءاً على السكينة النفسية أي فعل من شأنه إرباك الشخص في ملكاته الذهنية، كإشعاره بالخوف أو القلق أو التهديد[18]، ولا يخفى أن هذا الاعتداء قد يكون له الأثر البالغ في السكينة البدنية، كما في الأزمات والاضطرابات النفسية، وحالات الغضب الشديد الذي يترتب عنها تسارع نبضات القلب وضيق في التنفس، وارتفاع في ضغط الدم، وأحياناً الإصابة بالصرع. كما قد يترتب عن الخلل الذي يصيب السكينة الجسدية حدوث اضطرابات في السكينة النفسية، فالجروح والتشوهات التي تصيب جسم الإنسان قد يكون لها الأثر السلبي بإصابة الشخص بأمراض نفسية[19].

المطلب الثاني: المستند الشرعي والقانوني لعملية نقل وزرع الأعضاء

الفرع الأول: مفهوم نقل وزرع الأعضاء البشرية

أولا: تعريف الأعضاء البشرية

القليل هي المؤلفات التي اعتنت بوضع تعريف جامع مانع للعضو البشري على نحو دقيق، وقد لا تجده عند الأطباء لعدم الحاجة الماسة إلى تحديده عندهم، لكن الأمر يختلف تماماً عند المنشغلين بالقضاء، إذ أن معرفة المقصود بالعضو ذو أهمية بالغة، لأنه يُسّهل تحديد المسؤولية القانونية.

1. **لغة:** العضو بالضم هو واحد الأعضاء من الشاة وغيرها ، وقيل هو كل عظم وافر اللحم، وجمعها أعضاء، وعضى الذبيحة بمعنى قطعها أعضاء. ويطلق لفظ العضو ويراد به أطراف الإنسان[20].

2. **اصطلاحا**

كلمة العضو هي في الأصل مشتقة من كلمة Organon اليونانية، والتي تعني الآلة أو الأداة المستخدمة في العمل.

لم يرد في معظم التشريعات العربية والأجنبية تحديد مدلول العضو البشري على غرار التشريع الجزائري، الذي لم يأت بتعريف للعضو البشري لا في القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ولا في مدونة أخلاقيات الطب إلا أنه اقتصر على ذكر عبارة العضو مجردة عن معنى، كما هو الحال في المادتين 34 و 35 عند النص على حظر بتر واستئصال الأعضاء دون سبب طبي[21].

بينما نجد محاولة في التشريع الأردني الذي حدد العضو البشري في المادة الثانية من قانون الانتفاع بالأعضاء على أنه:" أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه ". لكن كان محلا للنقد على اعتبار أنه عرف الشيء بنفسه، وبالرغم من أنه يكتنفه غموض إلا أنه أضاف بعض مكونات جسم الإنسان الأخرى غير الأعضاء، وكانت العلّة من ذلك هي محاولة إخضاع كل مكونات جسم الإنسان لهذا القانون، كما انتقد بأن وضع التعريف إنما يوكل إلى الفقه والقضاء، وليست من مهام المشرع[22]. أما التشريع المغربي فقد حدد مفهوم العضو صراحة في المادة الثانية من القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء على أنه :" يراد بعبارة "عضو بشري" كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلاً للخلفة أم لا والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد "[23].

وبالنسبة للتشريعات الأجنبية نجد تعريف التشريع الانجليزي للعضو البشري من أدق التعاريف الذي وضعت بخصوصه حيث نص في المادة 2/07 من القانون المتعلق بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء بأنه :" يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل ". وتكمن فائدة تحديد مفهوم العضو وفقا لهذا القانون إلى البحث عن الجوانب القانونية للممارسات الطبية المستحدثة، منها ما يتعلق على وجه الخصوص بنقل وزرع الأعضاء[24].

كما نجد بأن بعض فقهاء القانون قد وضع تعريفا للعضو البشري بأنه عبارة عن مجموعة من العناصر الخلوية القادرة على أداء وظيفة معينة في الجسم سواء كانت ظاهرة في وظيفتها أي خارجية أو داخلية فكلها أعضاء بشرية. فهو ذلك الجزء من الإنسان المخصص للقيام بوظيفة معينة[25]. وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بجدة بأن :" العضو يقصد به هنا أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين، سواء أكان متصلا به، أم انفصل عنه "[26].

ومما تجدر الإشارة إليه، أن عبارة العضو وردت في السنة النبوية، لحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :" مثل المؤمنين في توادّهم وتراحمهم، وتعاطفهم، مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو، تداعى له سائر الجسد بالسّهر والحمى " [27].

ثانيا: تعريف نقل زرع الأعضاء

يسميه البعض غرس الأعضاء، بأنه نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف[28].

وقيل هي العملية التي يتم بها استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسد المُعطي، وحفظه تمهيداً لزراعته في جسد المتلقي في الحال أو المآل[29].

ويكون العضو قابلا للنقل من الناحية الطبية إذا كان سليماً، وإلا انتفت العلّة من نقله، وإذا كانت حالة المُعطي تسمح بذلك وفقا لتقرير طبي متخصص يقضي أن نقل العضو لا يؤثر على حالة المعطي الصحية.

ويمكن القول بأن عملية نقل وزرع الأعضاء تقتضي تثبيت العضو الذي تم استئصاله من جسد المتبرع مكان العضو العاجز عن أداء الوظيفة الطبيعية قصد تحقيق التوازن في جسم المريض.

الفرع الثاني: المستند الشرعي لعملية نقل وزرع الأعضاء

إن جميع المسائل التي تحدث في كل زمان، يجب تصورها قبل كل شيء تصورا تاما بذاتها ومقدماتها ونتائجها، حينها تطبق على نصوص الشرع وقواعده الكلية. ذلك أن ما من شيء يستجد للناس إلا وللشرع فيه حكم يحل فيه المشكلات حلاً يرضي العقول السليمة الصحيحة.

وإذا تبيّن هذا، فإن مسألة التبرع بالأعضاء وزراعتها طرحت على فقهاء الشريعة الإسلامية حديثا وتنازع فيها الناس على قولين بين مانع لها بإطلاق، ومجيز بشروط وضوابط.

أولا: أدلة المانعين

1. أن الأصل: التحريم، فلا يجوز إتلاف النفس المعصومة إلا بالحق، وهنا لا يوجد الحق الذي يبيح إتلافها أو إتلاف جزء منها، قال تعالى :" ولا تقتلوا أنفسكم ". وقال أيضا :" ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ". فهذا هو الأصل في الأنفس التي حرم الله تعالى، وإن بذل جزء من هذا البدن وإيثار إنسان آخر به لهو تصرف من الإنسان فيما لا يملك، وافتيات على أمانة لديه بغير مبرر، والله أمر بحفظ الأمانات، وأعظم الأمانات هي أمانة النفس والدماء، فلا يجوز الإيثار بالنفس أو بطرف منها[30].

2. أن ما زعمه المجيزون من أن في ذلك مصلحة للغير، فهو معارض بالمضرة اللاحقة لمن قطع منه ذلك الجزء، فكم من شخص مرض أو مات بسبب تبرعه بالعضو. يقول الدكتور فتحي أبو سنة :" لا يجوز التبرع بالأعضاء أصلا إلا أن يكون شيئا يسيراً لا تضعف بسببه الصحة، كالجلد بشروط والدم أيضا، ذلك أن الإنسان مادام حياً لن يستغني في حياته العادية القوية عن أي عضو من أعضائه، وافتراض أن البعض يستطيع أن يعيش بإحدى الكليتين أو بعد أخذ قطعة من عظمه ، لا يبرر الجواز، لما يترتب عليه من الضعف لا محالة، ولأن هذا ليس حقا محضاً للإنسان ليقال له أن يتبرع بأحد أعضائه، ويسقط ذلك الحق، لأنه حياته وصحته حق للشرع فليس له أن يسقطه حتى وإن وجدت ضرورة، ولأن صاحب الحق مادام محتاجاً إليه فهو أولى به من غيره..."[31]. وفي هذا المعنى يقول الإمام القرافي رحمه الله في الفرق الثاني والعشرون بين قاعدة حقوق الله تعالى، وقاعدة حقوق الآدميين :" وقد يوجد حق الله تعالى وهو ما ليس للعبد إسقاطه، كتحريم القتل والجراح صونا لمهجته وأعضائه ومنافعها عليه، ولو رضي العبد بإسقاط حقه من ذلك لم يعتبر رضاه ولم ينفذ إسقاطه. فهذه كلها

وما يلحق بها من نظائرها مما هو مشتمل على مصالح العباد حق الله تعالى، لأنها لا تسقط بالإسقاط، وأكثر الشريعة من هذا النوع..."[32].

3. أن الفقهاء صرحوا بعدم مشروعية إخراج الجنين الحي – باعتباره عضوا - من بطن أمه وهي ميتة إلا إذا خرج بعضه حياً، فإذا كان هذا في الميتة فكيف حال الحي؟. وجملة ما قاله الفقهاء بخصوص المسألة، ما ذكره الإمام الرجراجي رحمه الله :" إذا كان الولد في زمن يغلب على الظن أنه لا يعيش في مستقر العادة إذا وضعته، فهذا لا يُبقر بالاتفاق. وإن كان في زمن يغلب على الظن أنه يعيش إذا ولدته فمذهب مالك في المدونة أنه لا يُبقر ولا يتعرض لإخراجه جملة، ويؤيده قوله تعالى :" وتضع كلُّ ذات حمل حملها ". فلو شُرع البقر لأدى ذلك إلى أن لا يبقى جنين تضعه أمه يوم القيامة، أو لأدى ذلك إلى أن يكون خبر الله على خلاف مخبره، وهذا لا يسوغ بالإجماع "[33].

4. أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه "[34].

وقالوا أن المال يباح بإباحة صاحبه، وبالأسباب التي جعلها الشارع وسيلة لإباحة الممتلكات. وأما الدم، فلا يباح بوجه من الوجوه، ولو أباحه صاحبه لغيره، إلا على وجه القصاص بشروطه[35].

ولكن انتقد استدلالهم بأن في التبرع بالأعضاء انتهاك لحرمة جسم الإنسان، وأن فيه هلاك للمتبرع، بأن: أن ذلك كان في زمن مضى كان ذلك خطراً أو ضرراً، أو ربما أدى إلى الهلاك. فأما في الوقت الحالي فأمر الضرر مفقود، وأمر الخطر أيضا، فالتبرع تم بالرضا في حال اطمئنان تام بإجازة طبيب متخصص ماهر، وقد وجدت حالات تستدعي الاطمئنان في ظل التطور الذي شهده المجال الطبي.

5. أن العضو بعد انتزاعه يصير نجسا ويحرم الانتفاع به، فما أُبين من حي فهو كميته طهارةً
ونجاسةً، فكيف يوضع عضو نجس العين لا يمكن تطهيره بحال. وقد يكون العضو المنزوع من كافر
وبعض العلماء من يرى بنجاسة عينه، لقوله تعالى:" إنما المشركون نجس "[36].

ولكن أجيب عن هذا الاستدلال بأن: المسلم ليس بنجس حيا وميتاً، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم:" سبحان الله إن المؤمن لا ينجس "[37]. قال ابن بطال رحمه الله :" قال المهلب: هذا يدل على أن الجنابة إذا لم تكن عيناً في الأجسام، فإن المؤمن حينئذ طاهر الأعضاء، بحال ما المؤمنون عليه من التطهر والنظافة لأعضائهم، بخلاف ما عليه المشركون من ترك التحفظ من النجاسات والأقذار، وقد قيل في قوله

تعالى :" إنما المشركون نجس " ليس بمعنى نجاسة الأعضاء، لكن بمعنى نجاسة الأفعال..."[38]. فالكافر أيضا طاهر العين حياً وميتاً، ولذا أبيح الزواج بالكتابية.

ثانياً: أدلة المجيزين:

أن البشرية قد شهدت تقدماً سريعاً ومطّرداً، فقد نجح الإنسان في الواقع العملي فأجرى عمليات نقل الأعضاء وزرعها وأنقذ كثيراً من الناس من هلاك محقق. هذا الأمر يلقى بتبعة كبيرة على علماء الفقه والشريعة الإسلامية بأن يخرجوا للناس بفقه معاصر يلبي هذه الاحتياجات، يتماشى مع العصر والواقع. وقد استندوا إلى مجموعة أدلة منها:

1. قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد: قال الإمام الشاطبي رحمه الله :" أن المصالح والمفاسد لا يتخلص كونها مصالح محضة، لأن تلك المصالح مشوبة بتكاليف ومشاق قلّت أو كثرت، وإنما نفهم بأنها مصلحة أو مفسدة على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب منها جهة المصلحة فهي المفهومة عرفاً، وإذا غلبت جهة المفسدة فهي المفسدة المفهومة عرفاً، ولذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوباً إلى الجهة الراجحة، فإن رجحت فيه جهة المصلحة فهو مطلوب، وغن غلبت جهة المفسدة فهو مهروب "[39]. وقد أثبتت عمليات نقل وزرع الأعضاء نجاحا كبيرا في ظل التطور العلمي.

2. مبدأ التعاون والتآزر بين الناس: قالوا أن في التبرع بالأعضاء لانقاد حياة شخص من الهلاك إنما يدخل ضمن التعاون على البر والتقوى المرغب فيه شرعا بل هو على رأسها، قال تعالى :" وتعاونوا على البر والتقوى ". ولا يقتصر التعاون على المال فقط بل يشمل كل ما فيه إدخال السرور على الناس، يقول الدكتور القرضاوي :" والإسلام لم يقصر الصدقة على المال، بل جعل كل معروف صدقة، فيدخل التبرع ببعض البدن لنفع الغير، من أعلى أنواع الصدقات وأفضلها "[40].

وعليه فقد أصبح الانتفاع بالأعضاء البشرية ضرورية شرعية تدخل في قوله تعالى:" ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ". وما يتضمنه من معاني المودة الرحمة.

3. أن جل المجامع الفقهية والهيئات العلمية قد أجازت التبرع بالأعضاء وزرعها منها:

أ. قرار مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بالأكثرية على جواز تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه أو جزء منه إلى مسلم مضطر إلى ذلك، وأمنت الفتنة في نزعه ممن أخذ منه، وغلب على الظن نجاح زرعه، فيمن سيزرع فيه. كما قرر جواز تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه أو جزئه إلى مسلم مضطر إلى ذلك[41].

ب. قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في مكلة المكرمة عام 1405هـ بشأن موضوع زراعة الأعضاء الإنسانية في جسم الإنسان. حيث قرر ما يلي :" أن أخذ عضو من جسم إنسان حي، وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه كما أن فيه مصلحة كبيرة وإعانة خيرة للمزروع فيه، وهو عمل مشروع وحميد إذا توافرت شروطه..."[42].

ج. قرار المجمع الفقهي الإسلامي بجدة في دورة مؤتمره الرابع لعام 1408 هـ حيث قرر بأنه :" يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب تسبب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً "[43].

الفرع الثالث: المستند القانوني لعملية نقل وزرع الأعضاء

لما كانت مسألة التبرع بالأعضاء من التصرفات الواردة على جسم الإنسان، فقد كانت محل جدل كبير في أوساط التشريعات المقارنة، وإن كانت الغالبية على المشروعية وفقا لضوابط ينبغي التقيد بها.

أولا: موقف التشريعات الأجنبية من عملية نقل وزرع الأعضاء

لقد أباحت معظم التشريعات الأجنبية عملية نقل الأعضاء وزرعها، وإن كان الأصل فيها أنها مجرّمة لما فيها من المساس بالسلامة الجسدية، إلا أن المصلحة التي يرى المشرع أنها جديرة بالحماية عن طريق تجريم بعض الأفعال الماسة بها قد تزول بسبب الظروف الملابسة للواقعة والتي تنفي عنه الصفة الإجرامية فتجعله مباحا، بل ضروري في كثير من الأحيان، وعليه تنتفي المسؤولية القانونية بشقيها المدني والجزائي. وعليه فإن إخضاع جسم الإنسان لعملية استئصال لأعضائه تؤدي إلى المساس بجسمه، ومع ذلك فهي تخرج عن دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة.

ويعتبر التشريع الفرنسي من التشريعات التي نظمت العملية تنظيما محكماً، فقد تم إصدار أول مرسوم تحت رقم 47-2057 بتاريخ 1947/10/20 المتعلق بتشريح الجثث وانتزاع الأعضاء منها، وبعد عامين تم إصدار مرسوم يتعلق بنقل قرنية العين من الأموات[44]. كما تم إصدار القانون رقم 76-1181 لسنة 1976 والتي تنص على مشروعية عملية انتزاع الأعضاء...[45]. كما حدد مكان إجراء عملية استئصال الأعضاء وزرعها في المستشفى العمومي فقط، وبترخيص من الوزارة الوصية. وقد ظل

أسلوب الترخيص الوزاري معتمدا إلى أن جاء المرسوم رقم 90-844 المؤرخ في 24 سبتمبر 1990 المعدل للمرسوم رقم 78-501 [46] والذي أعطى للوالي الإقليمي صلاحية منح رخصة ممارسة هذه العمليات بعد أخذ رأي لجنة الخبراء. وفي سنة 1994 تم تعديل قانون الصحة بالقانون رقم 94-43 المؤرخ في 18 جانفي 1994 المتعلق بالصحة العامة والحماية الاجتماعية[47] .

كما حظي القانون المدني الفرنسي بنصوص لحماية حق الإنسان في السلامة الجسدية، ومنها عدم مشروعية أن يكون محلا لمعاملة مالية، وهو ما أورده المشرع في نص المادة 16-1 على أنه:" لا يجوز أن يكون الجسم البشري عناصره ونتاجاته محلاً لحق مالي " [48]. كما أن ذات المادة في الفقرة السادسة تحظر من يقبل أن يكون جسمه محلاً للتجربة أن يتقاضى أي مقابل مالي[49]. وهذا الحظر إنما باعتبار الحق في سلامة الجسم من الحقوق الشخصية، وأن أي اتفاق يتعلق بهذه الحقوق يقع باطلاً لتعلقه بالنظام العام...[50].

وأما التشريعات العربية، نجد التشريع المغربي، الذي أصدر القانون رقم 98-16 المؤرخ في 25 أغسطس 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها. والذي نص في المادة الأولى بأنه :" لا يجوز التبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها إلا وفق الشروط ..." [51].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية:

تماشيا مع ما ورد في معظم التشريعات الوضعية بخصوص جواز التبرع بالأعضاء ونقلها وزراعتها، رخص المشرع الجزائري بإجراء عملية استئصال الأعضاء ونقلها وإعادة زرعها وفقا لشروط وضوابط – يأتي بيانها في موضعها – لكنه اكتفى بذكر النصوص التي تنظم العملية من المادة 161 إلى 168 ضمن القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 أفريل 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، فقد نص في المادة 161 من قانون الصحة على أنه :" لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية ".

والملاحظ أن المشرع لم يفرد للموضوع قانون مستقل كما فعل المشرع الفرنسي والمغربي، وهذا باعتبار أن العملية ذات خطورة وتحتاج إلى بيان وتفصيل أكثر، وإفرادها في قانون مستقل هو المناسب والأفضل في كل الأحوال، وحتى يعطى للموضوع ما يكفي من النصوص التي تنظمه، حتى لا يكون المشرع محلاً للنقد بإغفاله عن مسائل مهمة جداً تفتقر إلى نصوص قانونية صريحة.

المبحث الثاني: الضوابط الواجب مراعاتها أثناء عملية التبرع بالأعضاء وزرعها

لما كانت عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من جسم الإنسان إلى آخر يعتبر من حيث المبدأ فيه مساس بالحق في السلامة الجسدية، فإن جل التشريعات التي أباحت العملية، قد قيدت العملية بمجموعة ضوابط ينبغي الالتزام بها قبل وأثناء وبعد إجراء العملية، ولم تبح الشروع في العملية إلا إذا اقتضت ضرورة العلاج ذلك، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 34 في مدونة أخلاقيات الطب، حيث نصت على أنه :" لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال عضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، وما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة " [52].

وكانت جملة ما قيل في هذه الضوابط أنها تنحصر من حيث الجملة في ثلاث ضوابط وهي كالآتي:

المطلب الأول: الرضاء:

يمثل ركن الرضاء الركن الجوهري في سائر العقود، ولما اعتبر التبرع بالأعضاء فيه مساس بحق الإنسان في حرمة جسمه، ومن ثم مُنع المساس به بغير رضا صاحبه:

الفرع الأول: شروط الرضاء

أولاً: أن يكون التعبير عنه كتابياً

اشترط المشرع الجزائري أن يكون التعبير عن الرضاء من طرف الشخص المتبرع أن يكون كتابيا، وهو ما ورد في نص المادة 2/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها :" تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة". وكذلك التشريع الفرنسي في نص المادة 671-3 من القانون المتعلق بنقل الأعضاء البشرية[53] على ضرورة الحصول على موافقة الشخص المتبرع لاستئصال العضو المتعلق به، شريطة أن تكون أمام رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتبرع.

وكان الأولى على المشرع الجزائري أن يجعل قرار الموافقة الكتابية يتم أمام المحكمة المختصة ضمانا لمبدأ الحياد[54]، وتفاديا لأي إشكال قد يقع، وخاصة ونحن نعتبر أن عملية الموافقة أمام مدير المؤسسة الاستشفائية أو رئيس المصلحة غير سليم بحال باعتباره يجمع بين صفتي الخصم والحكم. أما فيما يتعلق بإجراء الموافقة بحضور الشاهدين، فإن المشرع لم يبيّن صراحة طريقة إحضارهم هل تتم من طرف الشخص المتبرع أم إدارة المؤسسة الاستشفائية، أم الشخص المتبرع له. وهو ما يعتبر

قصور في النص القانوني ينبغي على المشرع تداركه، وخاصة أثناء ترتيب المسؤولية القانونية على العملية باعتبارهم أطراف في القضية.

على أن المشرع قد أحسن صنعاً عندما اشترط الكتابة في التعبير عن الرضا بالتبرع، لاحتياجها في مجال الإثبات في حال ترتب المسؤولية القانونية.

أما فيما يتعلق بالشخص المريض المتلقي للعضو، فإن المشرع اشترط أن يصدر عنه الرضا أيضا لإتمام العملية، ولم يشترط شكلاً معينا لرضاه، على اعتبار أن مصلحته في الأمر تغني عن اشتراط الشكلية، وهو ما ورد في نص المادة 166 من قانون الصحة على أنه :" لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية وبعد أن يعرب هذا الأخير عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة...".

ثانيا: التنازل عن الرضا بعد صدوره:

يحق للشخص المتبرع الذي أصدر موافقته في التبرع بالعضو أن يتنازل عن رضاه قبل إجراء العملية، وهذا مراعاة لمصلحته في ذلك، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 3/162 من قانون الصحة على أنه :" يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة "[55]. وهذا شأن عقود التبرعات أنها غير ملزمة.

ثالثا: أن يكون الرضا مستنيرا

يعني ذلك أن يتم إعلام الشخص المتبرع بأخطار العملية عن طريق طبيب مختص، ويبيّن له الانعكاسات التي تحصل مستقبلا، وهذا حتى يتسنى له اتخاذ قرار التبرع بكل علم وحرية، ذلك أنه لا يكفي أن يصدر الشخص رضاه بالتبرع مجرداً، بل يشترط أن يكون ذلك الرضا حراً بعيداً عن عيوب الإرادة من إكراه أو تدليس أو غلط ونحوها، وتحقيقاً لضرورة الرضا الحر، منح القانون للشخص المتبرع الحق في العدول، والمشرع الجزائري لم يشترط صراحة أن يكون الرضا حراً، وإنما يمكن استخلاصه من شرط كون الرضا مستنير.

وهذا الشرط نص عليه المشرع الجزائري وأكدّ على ضرورة حصوله صراحة في نص المادة 3/162 من قانون الصحة على أنه :" ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع ". وكذا المشرع الفرنسي في نص المادة 671-3 من القانون المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية رقم 94-654 . وقد تبنّته منظمة الصحة العالمية في المبدأ التوجيهي الثالث بأنه :" تكون التبرعات من الأحياء مقبولة عندما يتم الحصول على موافقة المتبرع عن علم

وطواعية وتأمين الرعاية التي يوفرها المهنيون للمتبرع، وتنظيم متابعة الحالة جيداً، وينبغي إعلام المتبرعين الأحياء بطريقة كاملة ومفهومة بالمخاطر والفوائد والعواقب المحتملة للتبرع، وينبغي أن يكونوا ذوي أهلية قانونية وقادرين على موازنة المعلومات وأن يتصرفوا بدافع من رغبتهم، ودون الخضوع لأي تأثير أو إكراه لا مبرر له "[56].

فالمبدأ التوجيهي للمنظمة قد شدّد على ضرورة الاختيار الحقيقي عن علم جيد، وهو الأمر الذي يقتضي أن تعطى المعلومات كاملة وملائمة للظروف التي يكون عليها المتبرع.

ويكتسي هذا الشرط أهميته القانونية، في أن الرضاء الصادر بعد تبصير طبيب مختص يعطي الدعامة في التبرع من عدمها، فلا يمكن وصف الرضاء قانوني إلا إذا كان صادر عن إرادة حرة محيطة بجميع عناصر ، ذلك أن التبرع بالأعضاء لما كان فيه مساس بحرمة الجسم، وهو استثناء كان لزاما أن يتم في أضيق الحدود ووفقا لضمانات كافية لا لبس فيها.

والإشكال الذي أثير بخصوص عملية التبصير التامة أن الإخبار بالتدخل الطبي يقتضي حتماً إفشاء السر الطبي المتعلق بالمريض، وهو الأمر الذي يترتب عنه ضرورة التوافق بين إعلام المتبرع بكل شيء، وبين كون الإعلام نفسه بمثابة إفشاء للسر.

والذي يقتضيه الأمر أن القانون لما اعتبر رضاء المتبرع لا يكسب قيمته القانونية إلا بعد إعلام تام وتبصير بما سيترتب عن العملية من نتائج، واعتبره واجب قانوني، فإنه يمكن اعتبار الإعلام بمثابة سبب قانوني مبيح للإفشاء؛ وهذا لتوفر أركان الجريمة، إذا لا يمكن الجمع بين النقيضين في الحالة الواحدة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن إعلام الطبيب لا يمكن اعتباره جريمة إفشاء للسر الطبي وإلا لزم منه بطلان تشريع عملية التبرع بالأعضاء، باعتبار أن العملية لا تتم إلا بعد بيان تام يجعل الشخص المتبرع يقرر الموافقة عن علم، كما أن الشخص المتبرع يعتبر طرفا ثالثا في العملية، ويحق له أن يحيط بكل جوانب العملية بشكل دقيق، ومنها حالة المريض.

وبخصوص شكل العدول، فإن المشرع لم يشترط شكلا معينا، فيستوي في ذلك أن يكون كتابة أو شفاهة، وغالبا ما يكون شفاهة، إذا ليس الانتهاء كالابتداء.

والأمر نفسه فيما يتعلق بالتشريع الفرنسي في القانون 94-654 المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية، إذ لم يشترط في التنازل شكلا معينا، بخلاف التعبير عن الرضاء لأهميته القانونية.

رابعاً: أن يكون الرضاء صادر عن ذي أهلية

يمر الشخص منذ ولادته إلى وفاته بمراحل تتطور فيها أهليته القانونية، فيكون منذ الولادة إلى بلوغه السن القانوني قاصرا تسري عليه أحكام القصر.

نص المشرع الجزائري الأهلية الكاملة لصحة التبرع بالأعضاء، ومنعه من القصر منعاً مطلقاً لا استثناء فيه[57]، وهو ما تضمنته المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه :" يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز...". والمشرع بذلك قد أحسن صنعاً عندما شرّع حماية قانونية موسعة للقاصر ومن في حكمه، لانعدام الإدراك بالنسبة لمن هو دون التمييز وكذا المجنون، أو نقصانه بالنسبة لمن هو مميز، ولأنهم ليسوا أهلا لمباشرة حقوقهم المدنية طبقا لنص المادة 42 من القانون المدني.

أما عن تحديد السن الأدنى لقبول التبرع، فلم يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها تحديد السن القانوني للشخص المتبرع بالأعضاء، وكان الأولى إدراج نص يحدد السن الأدنى، وأما الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني[58] فلا يتناسب والموضوع تماما، باعتبار أن هذا الأخير إنما ينظم الحقوق المالية، وجسم الإنسان ليس كذلك، فهو خارج عن دائرة المعاملات المالية. وأمام هذا الفراغ الذي شهده التشريع الجزائري، فإنه يتحتم الرجوع لما ورد في القانون، ودفعاً لكل إشكال يطرأ على تبرع الشخص وهو في مرحلة الرشد. وعليه فتكون أهلية التبرع بالأعضاء هي تمام 19 سنة كاملة إلى غاية صدور نص قانوني يحدد السن، أو يحيل الأمر صراحة إلى القانون المدني.

كما نلاحظ أن المشرع قد استبعد دور الولي، أو من يمثل القاصر نهائياً من التعبير عن إرادتهما نيابة، باعتبار التبرع بالأعضاء يمس بصحة الشخص وسلامة جسمه فلا اعتبار لرضا الولي أو النائب القانوني في مثل هذه الحالات، لأنها تنطوي على ضرر محض.

أما فيما يتعلق بالشخص المريض المتلقي للعضو، فلم يشترط المشرع الجزائري في حقه الأهلية فيمكن أن يكون كامل الأهلية أو ناقصها أو حتى عديم الأهلية، لكن اشترط حصول الموافقة ممن يمثله قانونا كالولي أو الوصي وغيره.

والحال نفسه فيما يتعلق بالتشريع الفرنسي حيث منع تبرع القاصر بالأعضاء، وهو ما ورد في نص المادة 671-4 من القانون رقم 645-94 المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية[59]، وهو بذلك يكون قد وفّر حماية أكبر للقصر ومن في حكمهم، ولم يستثن المشرع الفرنسي من قاعدة عدم مشروعية تبرع القصر إلا حالة واحدة تتعلق باستئصال النخاع العظمي الوارد في نص المادة 671-5 من ذات القانون[60]. وهذا باعتباره من المشتقات التي تتجدد، ولكن بشروط منها أن يكون التبرع لفائدة أخ أو أخت له، وأن تكون الموافقة من وليه، وأن يتم الترخيص من طرف لجنة من الخبراء...

والقول بحظر التبرع من القصر ومن هو فاقد الأهلية جاء القرار لمنظمة الصحة العالمية في المبدأ التوجيهي الرابع بأنه :" لا يجوز نزع أي خلايا أو نُسج أو أعضاء من جسم الشخص القاصر الحي بغرض الزرع إلا في الحالات الاستثنائية النادرة التي يسمح بها القانون الوطني. وينبغي اتخاذ تدابير محددة لحماية القصر، وما يسري على القصر يسري على أي شخص لا يتمتع بالأهلية القانونية "[61].

الفرع الثاني: الإخلال بشرط الرضاء

رتب المشرع الجزائري المسؤولية الجزائية عند انتزاع العضو دون الحصول على المعني بالأمر، وهذا طبقا للقانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المعدل والمتمم للأمر رقم66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات في القسم الخامس المكرر تحت عنوان :" الاتجار بالأعضاء ".

ورد في نص المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات الجزائري[62] على أنه :" يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات والغرامة من 500 ألف دينار واحد مليون دينار كل من انتزع العضو من شخص على قيد الحياة دون إبداء الموافقة وفقاً للتشريع المعمول به".

وبناء على ما ورد في نص المادة، فإن الجريمة تتحقق بمجرد انتفاء الرضاء من الشخص المعني أصلا، أو بوجود الرضاء لكنه معيب بعيوب الإرادة كالتهديد والغلط، أو أن الرضاء لم يكن عن تبصر واستنارة من الطبيب بكافة المعلومات المتعلقة بالعملية ومخاطرها.

ونص أيضا على عدم مشروعية انتزاع الأنسجة دون الحصول على رضاء صاحبها في نص المادة 303 مكرر 19 على أنه :" يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100 ألف دج إلى 500 ألف دج كل من انتزع نسيجاً أو خلايا أو

يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول "[63].

وقد اعتبر حالة كون المجني عليه قاصرا أو به إعاقة ذهنية ظرفاً مشددا يعاقب عليها بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة ...وذلك في نص المادة 303 مكرر 20.

لكن جاء النص مبهما كان على المشرع بيان بأن الجريمة تقوم إذا كان القاصر قد انتزعت منه الأعضاء ولو حصل ذلك بموافقته أو موافقة وليه أو من ينوب عليه قانوناً، فيكون ذلك حاسماً لكل إشكال قد يمكن أن يُطرح في القضية، ومن باب التأكيد أيضاً على أنه لا اعتبار لرضا القاصر في انتزاع العضو منه ولا برضا من يمثله قانوناً، وهذا من باب التأكيد على القاعدة التي تمسك بها المشرع في المنع مطلقاً من تبرع القاصر.

وحرضا من المشرع على توفير حماية أكبر للأعضاء البشرية وعدم التلاعب بها وانتزاعها من ودون الحصول على موافقة المعني، فقد نفى في المادة 303 مكرر 21 عن المدان الاستفادة من شتى أنواع ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات.

كما نجد بأن المشرع الجزائري قد رتب الجزاء الجنائي حتى في حال الشروع في انتزاع العضو من دون الحصول على رضا من يعتبر رضاه، وهو ما ورد في نص المادة 303 مكرر 27 والتي تنص على أنه :" يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المنصوص عليها في هذا القسم بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة "[64].

المطلب الثاني: ألا تكون عملية نقل وزرع الأعضاء محلاً لمقابل مالي

الفرع الأول: مبدأ مجانية نقل الأعضاء قانونا

اشترط المشرع الجزائري أن يكون انتزاع الأعضاء بدون مقابل مادي، وهو ما ورد في نص المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه :" ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية "[65]. يقتضي هذا الضابط، أن يكون شرط إجراء العملية علاجي فقط، وهو ما ورد في نص المادة 161 من قانون الصحة الجزائري على أنه :" لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية..."[66]. وكذا المشرع الفرنسي في نص المادة 16-3 من القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 653-94 المؤرخ في 29 جويلية 1994 والتي اشترطت عدم مشروعية المساس بحرمة جسم الإنسان إلا لأغراض

علاجية[67]. كما نص على مبدأ المجانية في نص المادة 665-13 من قانون الصحة العامة على أنه :" لا يجوز على الإطلاق تخصيص أي مبلغ مالي قصد إجراء عملية نقل عنصر أو مكونات من جسم الشخص، دون أن يحول من تكاليف عملية الاستئصال..."[68].

لكن القول بمجانية زراعة الأعضاء لا يقتضي التخلي جملة عن دفع مصاريف الانتقال والعلاج، وبعض التعويضات التي تمنح للمتبرع في حال حصول ضعف أو خلل في الجسم، فينبغي أن يعطى له تكريما له ومكافأة، وتشجيعا على التبرع من جهة أخرى.

وحرصا على هذا مبدأ زرع الأعضاء بدون مقابل ومنعا من الاتجار بالأعضاء، اشترط المشرع الجزائري السرية التامة أثناء العملية وعدم إخبار الشخص المريض بالمتبرع، وهو ما ورد في نص المادة 2/165 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه :" يُمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد، وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع ".

الفرع الثاني: حكم بيع أعضاء الإنسان والوصية بها في الشريعة الإسلامية

أولا: بيع الأعضاء: فأما بيع الإنسان فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على تحريم بيعه والتصرف فيه، لما في ذلك من إذلاله، وهو يتنافى مع التكريم الذي حظي به. قال ابن قدامة رحمه الله :" ولا يجوز بيع الحر، وما ليس بمملوك، كالمباحات قبل حيازتها وملكها، ولا نعلم في ذلك خلافاً ..."[69]. ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال :" قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة...ورجل باع حراً، فأكل ثمنه "[70]. قال ابن بطال رحمه الله :" ولأن المسلمين أكفاء في الحرمة والذمة، وللمسلم على المسلم أن ينصره ولا يظلمه، وليس في الظلم أعظم من أن يستعبده أو يعرضه لذلك، ومن باع حراً فقد منعه التصرف فيما أباح الله له، وألزمه حال الذلة "[71].

وأما أجزاء الآدمي : فقد أجمع الفقهاء على أنها ليست بمال من حيث الأصل ، ولا يصح أن تكون محلاً للبيع ، وقد جاء في ذلك قرار المجمع الفقهي الإسلامي بتاريخ 06-11 فيفري 1988 :" ولا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما، وأما بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة، أو مكافأة، فمحل اجتهاد ونظر ". ولم يختلفوا إلا في لبن المرأة.

وعن العلة من التحريم، فقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أنها ترجع إلى معنى التكريم الذي خص الله تعالى به الإنسان، وأعضاءه تبعاً له في التكريم. قال الإمام المرغيناني رحمه الله :" ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها، لأن الآدمي مكرم لا مبتذل ، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً ومبتذلاً "[72]. وقال الإمام ابن

عابدين رحمه الله :" والآدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً، فإيراد العقد عليه وابتذاله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له. وهو غير جائز وبعضه في حكمه..."[73].

في حين ذهب جمهور الفقهاء إلى أن علة تحريم بيع الأعضاء الآدمية هي عدم الانتفاع بها على الوجه المشروع. قال ابن قدامة رحمه الله : " فأما بيع لبن الآدميات ، فقال أحمد : أكرهه، واختلف أصحابنا في جوازه ، فظاهر كلام الخرقي جوازه ؛ لقوله: " وكل ما فيه المنفعة "، وهذا قول ابن حامد، ومذهب الشافعي، وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك ؛ لأنه مائع خارج من آدمية، فلم يجز بيعه، كالعرق، ولأنه من آدمي، فأشبه سائر أجزائه والأول أصح؛ لأنه لبن طاهر منتفع به ، فجاز بيعه ، كلبن الشاه ، ولأنه يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر فأشبه المنافع ، ويفارق العرق ، فإنه لا نفع فيه ، ولذلك لا يباع عرق الشاة، ويباع لبنها. وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها ، فإنه يجوز بيع العبد، والأمة ، وإنما حرم بيع الحر؛ لأنه ليس بمملوك ، وحرم بيع العضو المقطوع؛ لأنه لا نفع فيه" [74]. فجمهور الفقهاء أجازوا بيعه ؛ لأنه طاهر منتفع به ولم يروا في ذلك أي تعارض مع الكرامة الإنسانية .

ثانياً: الوصية بالأعضاء:

عرف الفقهاء الوصية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت[75]، وهي من التصرفات التي تنشا بالإرادة المنفردة، وبذلك فهي عقد ملزم بجانب واحد، وقد أجمعت جل التشريعات على هذا مدلول الوصية، إذا يعتبر تعريف جامع مانع يشمل كل شيء يوصي به الإنسان على أن يتم تنفيذه بعد وفاته. وبهذا التعريف، يتبين بأن الوصية مستثناة من سائر العقود بخاصية عدم التنجيز في الصيغة إذا الأصل أنها منجزة لا تقبل التأجيل، بخلاف الوصية التي تكون صيغتها مضافة إلى أجل.

وقد تكلم الفقهاء عن شرط مالية الموصى به من عدمه، وعلى ضوءه، طرح الإشكال المتعلق بمدى إمكانية اعتبار الأعضاء البشرية محلاً للوصية، بعد الاتفاق على أنها ليست مالاً.

لا يوجد أي نص تشريعي في القانون الجزائري ولا حتى في التشريعات المقارنة يتحدث صراحة على أن التصرف الوارد على الأعضاء يدخل ضمن نطاق الوصية بمفهوم أحكام القانون المدني، إلا أن الفقه القانوني متمسك بمشروعية الوصية بالأعضاء، متى كانت صادرة عن شخص عاقل عبر عن إرادته السليمة الخالية من

عيوب الإرادة، كما أن الوصية باعتبارها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فإنه ليس ثمة إشكال حول إمكانية حصول ضرر لأن حياة الشخص الموصي تكون قد انتهت.

أما شرعاً، فتمسكاً بما عليه فقهاء الشافعية والحنابلة من عدم اشتراط مالية الموصى به، يمكن القول بمشروعية الوصية بالأعضاء البشرية، قال الإمام الغزالي رحمه الله :" في الموصى به: ولا يشترط فيه أن يكون مالاً، فتصح الوصية بالزبل والكلب والخمر المحرمة..."[76]. بل زاد الحنابلة مشروعية الوصية بما فيه نفع و ما لا يملك – فيجوز الوصية بالأعضاء حتى على القول السائد بعدم ملكية جسم الإنسان – قال أبو الخطاب الكلوذاني رحمه الله :" وتجوز الوصية بما لا يملكه، وتصح الوصية بما فيه منفعة من النجاسات، أما ما لا منفعة فيه فلا تصح الوصية به "[77].

وبمشروعية الوصية بزرع الأعضاء جاءت قرارات وتوصيات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي سنة 1988م تحت رقم 26 (4/1) تؤكد جواز الوصية بالأعضاء معتبرة ذلك أن الموضوع أمر واقع فرضه التقدم العلمي والطبي، وظهرت نتائجه الإيجابية، ولأن فيه مصلحة غالبة للفرد والجماعة، والداعية إلى التعاون والتراحم[78].

المطلب الثالث: التخصص الطبي والهيكلي لإجراء العملية

لما كانت عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من العمليات ذات خطورة، فإن جل التشريعات التي أباحت العملية قد قيدتها بجملة من الضوابط والشروط تمارس في إطارها هذه العملية، وضمانا لمبدأ حرمة جسم الإنسان.

الفرع الثاني: مكان إجراء العملية

لا يجوز القيام بعملية استئصال ونقل الأعضاء البشرية إلا في مستشفيات المرخص لها القيام بهذا النوع من العمليات؛ وهذا بحكم الخطورة التي استدعاها هذا النوع من العمليات من جهة، ومن جهة أخرى كضمان للسلامة الجسدية والكرامة الإنسانية التي ينبغي مراعاتها أثناء عملية استئصال الأعضاء وزرعها؛ وهذا لا يتأتى في الغالب إلا في المستشفيات العامة التي تكون فيها الدولة حريصة كل الحرص على تطبيق هذا المبدأ، ومنعاً من أي تلاعب بالأعضاء والاتجار بها.

ما جاء في المادة 1/167 من قانون حماية الصحة على أنه: " لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة "[79].

ومرد الترخيص الوزاري هو قدر الحماية القانونية التي يمكن توفيرها لأطراف العملية داخل المستشفى، لا من حيث كفاءة الأطباء فحسب، وإنما هي من حيث الإمكانيات المادية للمستشفى كذلك، وهذا ما يأخذه الوزير بعين الاعتبار عند إصدار قرار الترخيص[80].

ومما ينبغي الإشارة إليه، أنه لا ما نع من منح بعض المستشفيات الخاصة الترخيص بإجراء عملية استئصال الأعضاء وزرعها، وفقاً لضوابط وشروط ينبغي الالتزام بها كضمان لحرمة جسم الإنسان. وعليه يتقرر توسيع المجال أفضل من قصره في بعض المستشفيات التي تعد على الأصابع، وخاصة أنها لا تتاح لجميع الناس إلا بمشقة السفر إليها.

كما نجد بأن التشريع المغربي قد قصر إجراء عملية استئصال الأعضاء وزرعها في المستشفيات العمومية فقط، وهو ما ورد في نص المادة 06 من قانون زراعة الأعضاء على أنه :" لا يجوز مع مراعاة أحكام المادة 25 من هذا القانون، إجراء عمليات أخذ الأعضاء البشرية وزرعها، سوى في المستشفيات العمومية المعتمدة "[81].

والأمر نفسه في التشريع الفرنسي، فإنه حدد المؤسسات الاستشفائية التي يمكنها إجراء عملية استئصال الأعضاء وزراعتها، مع الرقابة الإدارية عليها، وهذا الترخيص يكون لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، وهذا بموجب نص المادة 671-12 من قانون الصحة العامة[82].

الفرع الثالث: التخصص الطبي

اشترط القانون في الشخص القائم بالعمل الطبي، أن يكون مخول له ممارسة هذا العمل، ويلزم أن يتحصل على الطبيب على الترخيص القانوني لمزاولة المهنة. وهو ما ورد في نص المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه :" تتوقف ممارسة مهنة الطب على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة...". وشرط القائم بعملية زرع الأعضاء أن يكون طبيباً جراحاً متخصصا، وهو ما ورد في نص المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها، ولخطورة هذه العلميات، يلزم أن يكون الطبيب ماهراً لضمان الحد الأدنى لنجاح العملية وفقاً للظروف المحيطة بها، وأن يكون متخصصا في العضو الذي يراد استئصاله وزرعه كأدنى حد، وهو ما يستشف من نص المادة الأولى من مدونة أخلاقيات الطب والتي تتضمن المبادئ والأعراف التي يتعين على كل طبيب أو جراح مراعاتها.

الخاتمة

إن الحق في السلامة الجسدية قد حظي بحماية قانونية موسعة، ولم يبق مفهومه قاصرا على الجانب المادي منه، بل تخطاه إلى الجانب المعنوي المهم أيضا، والذي له تأثير كبير في السير العادي لوظائف الأعضاء، وقد استقرت جل التشريعات على اعتباره من أهم الحقوق بل من أسماها.

وقد كان ولا زال جسم الإنسان محلاً للتصرف الطبي بشتى أنواع التصرفات الواردة عليه، وكان من جملة ما أثير بشأنها قضية نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية؛ والتي تعد من أهم ما أنجزه الطب الحديث، باعتبارها تمثل معاني المواساة والتعاون، ولما طرحت القضية شكلت جدلاً فقهيا حاداً وهذا استناداً لطبيعتها الاستثنائية التي لم يألفها العمل الطبي قديما من جهة، وتقييدا لحرية التصرف في الجسم من جهة أخرى.

والمستقر عليه في التشريع الوضعي والشريعة الإسلامية هو مشروعية نقل وزرع الأعضاء، وفقا لضوابط وقيود تم النص عليها ضمانا لحماية حق المتبرع و المريض والطبيب الجراح.

الهوامش

1 -طارق سرور، قانون العقوبات- القسم الخاص- دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2001، ص 445.

2 -ضياء الأسدي، حق السلامة في جسم المتهم، منشورات زين الحقوقية- صيدا – لبنان، ط1، 2009، ص 50، 51.

3-محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، السنة 29، 1959، ص 540.

4 - مرعى عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، (د،ط) ص 09.

Malaurie(ph) AYNES(L):Droit civil, Les personnes, les incapacités, éditions juridiques 5 associées,3eme éd.2007.N.293,P.103.

6 -نبيل سعد، ملامح من مقاصد الشريعة في القانون المدني- مجموعة بحوث- مرجع سابق، ص 154.

وقد أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مبدأ الحق في سلامة الشخص، وكذا الحق في احترام الحياة، وهذا في نص المادة 02 من قانونها الخاص، ويتضمن المبدأ الالتزام المترتب على الدولة بحماية حياة الأشخاص الخاضعين لاختصاصها القضائي، وهذا التزماً بحماية الصحة، فقد قضت المحكمة في قضية طايس ضد فرنسا في 01 حيزران 2006، حيث تم العثور على المستدعي ميتاً في حجرة ضيقة كان قد وضع فيها بعد استجوابه على إثر حادث سير، ريثما يستعيد وعيه بعد حالة السكر التي كان يعاني منها بأن:" سلبية رجال الشرطة في أثناء حالة ضيق جسدي ومعنوي عانى منها المعني بالأمر، وغياب المراقبة الفعلية والطبية من جانب رجال الشرطة، خرقاً الالتزام المترتب على الدولة بحماية حياة الأشخاص الموضوعين قيد الحراسة. انظر: فريد يريك سيدر، اجتهادات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ترجمة محمد عرب صاصيلا، المعهد القانوني الأوروبي لحقوق الإنسان، 2006، ص864، 865.

7-TERRE (F) et FENOUILLET(D), droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, 6ème édition, Dalloz. 1996, n°60, p.54.

8 -محمد صبحي نجم، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة 1975، ص 151.

9 -محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 571

10 -حسني زعال، التصرف القانوني بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي،دار الثقافة، عمان، ط1، 2001، ص 24.

11- أحمد عبد الدائم، التعامل القانوني في جسم الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 52.

12 Geneviève Giudicelli-Delage: Droit a la protection de la santé et droit pénal en France ; Rev. S.C.; 1996, p 13.

13 مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، 1997، ص 32.

14 أحمد عمر شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، 1999، ص 20.

15 - محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص 595.

16 خليل عدلي، الجرح والضرب في ضوء الفقه و القضاء والطب الشرعي، المكتبة القانونية، القاهرة، ط1، 1993، ص 13.

17 أحمد عمر شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص 21.

18 وهي التي نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 284 ق، ع على أنه :" كل من هدد بارتكاب جرائم القتل أو السجن أو أي اعتداء آخر على الأشخاص مما يعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد...يعاقب...".

أحمد فتحي سرور، علم النفس الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 07، السنة 06، 1937، 19861

20 ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، (د،ط)(د،ت)، 68/15.

21 المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج، ر رقم 52.

22 المصاورة هيثم حامد، التنظيم القانوني لعملية زرع الأعضاء البشرية، دار المناهج، عمان، 2000، ص 20، 21.

23 القانون رقم 98-16 المؤرخ في 25 أغسطس 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

24 إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 41.

Dominique Dantricourt; Les Prélèvements D'organes, Revue Mensuelle N .676,2003, P 24 25

26- قرارات وتوصيات المجمع الفقه الإسلامي، جدة، القرار رقم 26 (4/1) لعام 1988. ص53.

27 -رواه مسلم، كتاب البر والصلة، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، رقم 2586، دار طيبة، الرياض، ط1، 1427هـ، 2006م، 1201/2.

28 -ديات سمير، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 07.

29- مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والطب الجنائي، دار الثقافة، عمان، ط1، 2004، ص 31.

30 - عبد الله البسام، بحث في زراعة الأعضاء في جسم الإنسان، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، جدة، س1، ع 1، ط 5، 1424هـ، 2003م، ص 36، 37.

31 -أحمد فهمي أبو سنة، حكم العاج بنقل دم للإنسان أو نقل أعضاء أو أجزاء منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 51.

32- القرافي: شهاب الدين، الفروق، المكتبة العصرية، بيروت، (د،ط) 1428هـ، 2007م، 1/ 162.

33 - الرجراجي: أبو الحسن، مناهج التحصيل ولطائف نتائج التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1428هـ، 2007م، 2/48، 49.

34- رواه مسلم، كتاب البر والصلة، باب تحريم ظلم المسلم، رقم 2564، 2/1193.

35- الجيزاني: محمد بن حسين، فقه النوازل، دار ابن الجوزي، الرياض، ط2، 1427هـ، 2006م، 4/125.

36 - سورة التوبة، الآية 28.

37- رواه البخاري، كتاب الغسل، باب عرقَ الجنب وأن المسلم لا ينجس، رقم 283، المطبعة السلفية، القاهرة، ط1، 1400هـ، 1/109.

38- ابن بطال: أبي الحسين علي، شرح صحيح البخاري، مكتبة الرشد، الرياض، (د،ط)(د،ت) 1/398.

39 -الشاطبي: أبي إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ، 2003م، 23/02، 25..

40- يوسف القرضاوي، رأي في موضوع زرع الأعضاء، مجلة الفكر الإسلامي، ع 12، س 18، 1989، ص 14.

41 -القرار رقم 99، البند الأول والثاني، بتاريخ 11/06/ 1402هـ.

42 -قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورة الثامنة، بتاريخ 28 ربيع الأول 1405 هـ، الموافق لـ 19 يناير 1989م.

43 -قرار المجمع الفقهي الإسلامي بجدة، رقم 26 (4/1) بتاريخ 18- 23 جمادى الآخرة 1408هـ، الموافق لـ 06-11 فبراير 1988م.

44 -أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د،ط) 2002، ص 59.

45- Loi n° 76, 1181, du 22 Décembre 1976 Relative aux prélèvements d'organes (J.O. 23 Décembre 1976)- G .P – No (1) Janvier- Février, 1977, Législation – p.31.

46 - Le décret n0. 90-844 du 24 septembre 1990 modifiant le décret n° 78-501 du 31/03/78

47- Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale .

48- وقد وردت صياغتها كالآتي :

Art 16-1;Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

49-Art 16-6 ;Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci. Code civil, édition 2014-01-05, Institut Français d'information Juridique.

50-Tallon; Droit de la personnalité, Ré P, Civ, Paris, Dalloz, 1996. P. 04.

51 -القانون رقم 98-16 المؤرخ في 25 أغسطس 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

52 -المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب المؤرخ في 08 – 07- 1992، ج، ر رقم 52.

53- Art L671-3/2 : Le donneur préalablement informé des risques qu'il en court et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli par tout moyen, par le procureur de la république. Ce consentement est révocable sans forme et a tout moment. Art L1231-1-4 du Code de la Santé Publique ; Art. 5-11, Loi n° 94-654.

54 -كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي- في المادة السابقة الذكر- وكذا التشريع المغربي في نص المادة 10 من القانون رقم 98-16 المؤرخ في 25 أغسطس 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها على أنه :" يجب أن يعبر المتبرع على موافقته على أخذ عضو منه أمام رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مقر إقامة المتبرع أو أمام قاض من المحكمة المذكورة يعينه الرئيس خصيصاً لذلك الغرض...".

55- القانون رقم 85-05 المؤرخ في المؤرخ في 16 أفريل 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

56 -زراعة الأعضاء والنسج البشرية، تقرير الأمانة العامة لمنظمة الصحة العالمية، جمعية الصحة العالمية 63، البند 11-21، 25 مارس 2010. ج 24/63.

57- وقد كانت من أشهر الاستثناءات التي تبيح التبرع من القاصر داخل الأسرة فقط بإذن وليه، ما يتعلق بالخلايا المتجددة، والنخاع العظمي، وهو ما ورد صراحة في التشريع الفرنسي باعتبارها استثناء من قاعدة المنع.

وجوّز التبرع بالخلايا الجدعية من الأطفال بعد موافقة أولياهم المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، القرار الثالث، الدورة السابعة عشرة بتاريخ 23 شوال 1424هـ، الموافق لـ2003/12/17م.

58 -والتي حددت السن القانوني في نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أنه :" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ". الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

59 -وقد وردت صياغة نص المادة كالآتي:

Art L671-4 : Aucun prélèvement d'organes, en vus d'un don, ne peut avoir lieu sur une
personne vivante mineur ou sur personne vivante majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légal.

وقد وردت صياغة المادة كالآتي:

60 -Art. L. 671-5. - Par dérogation aux dispositions de l'article L. 671-4, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa soeur.

Ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur. Lc consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui ». Art. 671-5, Loi no 94-654.

61 -زراعة الأعضاء والنسج البشرية، تقرير الأمانة العامة لمنظمة الصحة العالمية، جمعية الصحة العالمية 63، البند 11-21، 25 مارس 2010. ج 24/63.

62 -ويقابلها نص المادة 511-3 من قانون العقوبات الفرنسي تحت عنوان " حماية جسم الإنسان " حيث رتب العقوبة على الشخص الذي جريمة نقل عضو من جسم شخص على قيد الحياة دون رضاه بالحبس مدة سبع سنوات وغرامة 100 ألف يورو وهي العقوبة التي تسري على الجاني سواء كان المجني عليه بالغاً أو قاصراً ومن في حكمه.

وقد وردت صياغة نص المادة كالآتي:

Art 511-3 : Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article L. 1231-**1** du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue aux deuxième et sixième alinéas du même article ait été délivrée est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 Euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisan l'objet d'une mesure de protection légale, hormis les cas prévus aux articles L. 1241-3 et L. 1241-4 du code de la santé publique. Code Pénal .édition 14 -10-2012.

القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيري 2009 المتضمن تعديل قانون العقوبات، الجريدة الرسمية 63رقم 15.

القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيري 2009 المتضمن تعديل قانون العقوبات، الجريدة الرسمية رقم 15. 63

القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيري 2009 المتضمن تعديل قانون العقوبات، الجريدة الرسمية رقم 15. 64

القانون رقم 85-05 المؤرخ في المؤرخ في 16 أفريل 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. 65

القانون رقم 85-05 المؤرخ في المؤرخ في 16 أفريل 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. 66

وقد وردت صياغة المادة كالآتي:

67-Art 16-3 : Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui .

وقد وردت صياغة نص المادة كالآتي:

68 -Art 665-13 : « Aucun paiement, quelle qu' en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collect de ses produits. Seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixées par décret en conseil d'Etat ». Art. L. 665-13, Loi no. 94-654.

69 - ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، 359/06.

البخاري، كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً، رقم 2227، المطبعة السلفية، القاهرة، ط1، 1403هـ، 120/02. 70

71- ابن بطال، شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، 349/06، 350.

72- المرغيناني: برهان الدين أبي الحسن، الهداية شرح بداية المبتدي، إدارة القرآن والشؤون الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط1، 1417هـ، 108/05، 109.

73 -ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 1423هـ، 2003م، 245/07.

74- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 363/06، 364.

75 -ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 1423هـ، 2003م، 335/10.

76- الغزالي: محمد بن محمد، الوسيط في المذهب الشافعي، دار السلام، الغورية، ط1، 1417هـ، 1997م، 416/04.

77 -الكلوذاني: أبي الخطاب، الهداية على مذهب الإمام أحمد، دار غراس، الكويت، ط1، 1425هـ، 2004م، ص 353.

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص 53. 78

79 -القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 أفريل 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

80 -مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، 2007، ص 74.

81 -القانون رقم 98-16 المؤرخ في 25 /08/ 1999 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

82-وقد جاءت صياغة نص المادة كالآتي:

Ar-671-12 : Les prélèvements d'organes en vue de don à des fins thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative après avis de l'Agence de la biomédecine. L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable .