نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

ملخص

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، مبعثا للأمل في نفوس الكثير من الرضي، الذين هم في أشد الحاجة إليها، وبالمقابل فهي تبعث في كل المجتمعات، تخوفا كبيرا منها. فبالنسبة لعلماء الفقه الإسلامي ، فقد انقسموا إلي اتجاهين، فمنهم من يري التحريم المطلق، ومنهم من يرى الجواز مع وضع ضوابط محددة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد تعرض لعمليات الاستقطاع من جثث الموتى، طبقا للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، بحيث وضع شروط قانونية لقيام بهذه العمليات.

الكلمات المفتاحية: نقل وزرع الأعضاء البشرية ، الفقه الإسلامي ، المشرع الجزائري.

بيبية بن حافظ

كلية الحقوق
جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة
الجزائر

Abstract

Transplantation of human organs from dead , to the living, is considered as a window , of hope, for many patients , in return , it brings a great fear with it . For Islamic law scientists ,they split into two ways , some considers absolute forbiddance, and some others consider permissibility ,with predefined boundaries, all regarding the position of Islamic Fiqh ,as for Algerian legislator, it approached the law n° 85-05 ,on the protection and promotion of health, establishing legal terms to carry , out this operations.

Keywords: Transplantation of human organs, Islamic law, Algerian legislator.

مقدمة

لقد واكب التطور العلمي المضطرد، في مجالات عديدة ، الكثير من التساؤلات ذات البعد الديني والقانوني، والأخلاقي على السواء . ومن بين الأمور ذات الأهمية البالغة التي أثارت مثل هذه التساؤلات، موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء، أو من الأموات إلى الأحياء.

وهذا الموضوع لم يثر إشكالات على الصعيدين القانوني والشرعي فحسب، بل حتى على الصعيدين الطبي والعلمي.

© جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، الجزائر 2015.

ويعود جوهر هذا الموضوع، في أنه يستوجب الموازنة بين أمرين ، يلاحظ أنهما على طرفي النقيض غير أنهما في الحقيقة متكاملان، ومنسجمان.

حيث أن النقيض الأول ، يتعلق بحرمة ومعصومية جسم الإنسان، سواء كان حيا أم ميتا، أما النقيض الثاني، فيما يحققه نقل وزرع الأعضاء من أمل، واستمرارية في الحياة للشخص المريض

بالنسبة للنقيض الأول، فقد أقرت الشرائع السماوية، والتشريعات المختلفة، حق الإنسان في سلامة جسمه. ولا نتزيد بالقول، بأسبقية الشريعة الإسلامية، في صون كرامة وحرمة جسم الإنسان. فقد أقرت الشريعة الإسلامية، حرمة الميت بقدر حرمته وهو حيا. ففي حياته فرض الله عز وجل، لمن جرح، أو تم الاعتداء عليه جسديا بالقصاص، مصداقا لقوله تعالى: ((وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاصا فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون)) .

أما عن حرمة جسد الميت وتكريمه، فقد أمر رسول الله عليه وسلم، في أكثر من حديث عن تكريم الميت، ومن مظاهر ذلك، أمرنا بتغسيله وتكفينه ودفنه، كما نهى رسول الله أيضا عن كسر عظم الميت في قوله صلى الله عليه وسلم " إن كسر عظم الميت ككسره حيا". وقد نهى صلى الله عليه وسلم، من نبش القبور، بقوله" لعن الله المختفي" أي نابش القبور، واعتبر عليه الصلاة والسلام أذى المؤمن في حياته ، كأذيته في مماته .

وعلى الصعيد القانوني، فقد أقرت العديد من المواثيق والاتفاقات الدولية، الحرمة الجسدية للإنسان كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة ، في 10 ديسمبر 1948 في نص المادة 03 والمادة 05 منه ، واتفاقية الأمم المتحدة لمنع إبادة الجنس البشري المعتمدة في 09 ديسمبر 1948 ، واتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949 ، والمعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان .

وحفاظا على حرمة جسم الإنسان، نجد أن المشرع الجزائري قد حرم مختلف الاعتداءات الواقعة على جسم الإنسان الحي، كتجريم أفعال القتل، حيث يعاقب عليها بموجب المادة 261 من قانون العقوبات، كما حرم أيضا أفعال الضرب والجرح العمدي ، وكل أعمال العنف، في المادة 264 وما يليها في قانون العقوبات، وكذلك المادة 442 و442 مكرر من نفس القانون.
إلى جانب ذلك، نجد أن المشرع الجزائري، قد كفل أيضا حماية خاصة لجثة الميت، فحرم كل الأفعال التي من شأنها المساس، بكرامة ومعصومية الجثة، كتحريم أفعال الهدم والتخريب وتدنيس ألقبور، بمقتضى المادة 150 من قانون العقوبات، كما حرم أي فعل، يمس بالحرمة الواجبة للموتى، وكذا تجريم أي سلوك من شانه المساس بالجثة، بالتشويه، والتنكيل، أو أي أعمال وحشية أخرى، بجثة، الميت، وذلك وفقا

لنص المادة 153 من قانون العقوبات .أما النقيض الثاني، فقد أقرته المواثيق والشرائع أيضا. فقد جاء الدين الإسلامي لحفظ نفس الإنسان، بل أن من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية، حفظ النفس. فقد حرم الله قتل الإنسان. كما أمرنا نبينا صلى الله عليه وسلم، بتفريج الكرب عن المؤمنين. وقد ساير القانون هذا الاتجاه، واقره في الكثير من مبادئه ونصوصه. ومن خلال هذا التناقض الظاهر، مجموعة من المبادئ تساهم في التعامل مع الحاضر على أساس علمي رشيد، كالآتي: مبدأ الاستمرارية، مبدأ التماثل، مبدأ التراكم، مبدأ، أختلف أهل الشريعة والقانون، حول نقل وزرع الأعضاء البشرية ، فمنهم من حرمه مطلقا، ومنه من أباحه مع وضع عدة ضوابط. وبحسب موضوع البحث، سنحاول الإجابة على الإشكالية التالية :

ما هي الضوابط الشرعة والقانونية لاستئصال الأعضاء البشرية من الموتى إلى الأحياء؟ علما أن عملية الاستقطاع من جثث الموتى، تثير بالدرجة الأولى، إشكالية أساسية تتعلق بالتحقق من لحظة الموت، لكي يتمكن الأطباء من استقطاع الأعضاء وزرعها وعليه، متى يمكننا القول أننا بصدد وفاة ؟ وما هي المعايير المعتمدة في تحديد لحظة الموت؟ كما تثير عملية الاستقطاع أيضا، الموافقة الشخصية للمتوفى، فالسؤال المطروح، كيف يتم التعبير عن هذه الموافقة؟ ومتى يجوز للأسرة التصرف في جثة المتوفى ؟

هذا ما سيتم الإجابة عنه من خلال تقسيم هذا الموضوع إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول: الأساس الشرعي لنقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى .

الفرع الثاني: الضوابط الشرعية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى.

الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من الاستقطاع من جثث الموتى .

قبل الإجابة على هذه الإشكالية ـ ارتأينا أنه من الضروري توضيح، بعض المصطلحات ذات الصلة بالبحث ، الذي يقتضي منا تحديد مضمونها ، وهي على النحو التالي :

أولا : المقصود بالنقل والزرع :

1 ـ النقل : وهو نقل العضو البشري، وبتضمن ثلاث عمليات جراحية مرتبطة فيما بينها أسبابا وأهدافا وهي :

ـ عملية استئصال العضو السليم من المنقول منه .

ـ عملية استئصال العضو التالف من المنقول اليه المريض .

ـ عملية زرع العضو السليم محل العضو التالف، وهذا يعني أن النقل يشمل الاستئصال والزرع في آن واحد، ويقصد بالاستئصال: فصل العضو السليم من الشخص المأخوذ منه ، وكذلك فصل العضو التالف من الشخص المريض أو المستفيد

.

2 ـ الزرع : إدماج عضو جديد في جسم إنسان حي ، مساهمة في علاجه .

فنقل وزرع الأعضاء البشرية، هو القيام وفقا لضوابط معينة، بنقل عضو من إنسان، سواء كان حيا أم ميتا، بغرض زرعه لدى إنسان آخر حي، من دون نية المتاجرة (1) .

وبمعنى أدق، يقصد به نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة، من متبرع إلى مستقبل، ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف.

ـ المتبرع : هو الشخص الذي تؤخذ منه الأعضاء، وقد يكون المتبرع حيا ، وعليه يمكنه التبرع بالأعضاء المزدوجة فقط ، كالكلى، أو الرئتين، أو بالسوائل التي يمكن تعويضها، مثل الدم، والنخاع العظمي، أو الجلد. أما بالنسبة للأعضاء الفردية، كالقلب فلا يستطيع التبرع به، لكون القلب هو محرك الجسم، وهو يمثل الحياة، وعليه يمنع التبرع به .

أما بالنسبة للميت، فيمكنه التبرع بجميع أعضائه لفائدة المرضى. وبما أن الأعضاء التي يتم غرسها أو زرعها، ينبغي أن تكون في حالة جيدة وليست تالفة، فلا بد أن تبقى هذه الأعضاء، وهي تتلقى التروية الدموية ، عبر الدورة الدموية للشخص الذي مات، ويستلزم أن هذا الشخص قد مات نتيجة موت دماغه لا قلبه. ويبقى القلب في هذه الحالة يضخ الدم ، بمساعدة جهاز الإنعاش الصناعي ، والعقاقير ، كما يشترط أن يبقى ضغط الدم في حدود (100 مم زئبق) للضغط الانقباضي ، حتى تتم تروية الأعضاء تروية جيدة ، لحين نقل العضو أو الأعضاء المتبرع بها.

ـ المستقبل: هو الجسم الذي يتلقى الغريسة (العضو) ويشترط فيه عدة شروط ، من ناحية السن ونوعية المرض ومدى استفحاله ...الخ .

ثانيا : المقصود بالعضو .

ويسمى كذلك بالغريسة أو الرقعة، وهو كل ما يشمل حيزا محددا داخل جسم الإنسان، سواء كان متصلا به، أو منفصلا عنه. وهو إما أن يكون عضوا كاملا ، مثل الكلية والكبد، أو يكون جزء من عضو كالقرنية (وهي الجزء الشفاف الخارجي من العين)، أو يكون نسيجا، أو خلايا كما هو الحال، في نقل الدم والنخاع العظمي (2).

الفرع الأول : الأساس الشرعي لنقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى.

لقد اختلف أهل الشريعة، حول جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية من عدمه، ومن أقره، ووضع لذلك عدة شروط. ويرجع سبب الخلاف حول هذا الموضوع، في صعوبة خلق نوع من التوازن، بين حرمة جسم الإنسان حيا كان، أو ميتا، وبين ما يحققه نقل وزرع الأعضاء من إنقاذ الكثير من المرضى. وبالنظر إلى قواعد الفقه الإسلامي، نجد أنها استقرت على مبدأ حرمة المساس بالجثة، ووجوب تكريمها، وعدم

إهانتها ، والتعامل معها باحترام وأدب. ولقد أمرنا رسول الله عليه الصلاة والسلام ، في أكثر من حديث عن تكريم الميت، ومن مظاهر ذلك ، أمرنا بتغسيل الميت وتكفينه ودفنه ، كما نهانا صلى الله عليه وسلم عن كسر عظمه (3) .

ومن أهم مقاصد الشرع، حفظ النفس، فقد حرم الله قتل الإنسان فقال عز وجل: (4) ((من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ولقد جاءتهم رسلنا بالبينات ثم إن كثيرا منهم في الأرض لمسرفون)).

أولا ـ موقف الفقه الإسلامي من مسالة نقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء.

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية حول جواز أو عدم جواز نقل الأعضاء البشرية سواء من الأحياء إلى الأحياء، أو من الأموات إلى الأحياء. فانقسموا في ذلك بين مؤيد ومعارض .

1. 1 . الداعون إلى تحريم نقل وزرع الأعضاء مطلقا .

سنستعرض بداية للمانعين وبعض أقوالهم بخصوص ذلك ، ثم نتعرض لمجمل الأدلة التي استندوا إليها في التحريم والمنع .

2.1 . أصحاب الاتجاه المعارض .

لم يبح اصحاب المذاهب الفقهية الأربعة، جواز نقل الأعضاء البشرية ، وأيدهم في ذلك جانب من الفقه المعاصر، ولكل أدلته الشرعية التي استند عليها في المنع .

أ ـ في الفقه القديم .

لقد ثبت عن المذاهب الأربعة الفقهية المعروفة في الإسلام، تحريمهم لنقل الأعضاء. فقد جاء عن الإمام الشيباني من الحنفية قوله : " ولا باس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة، أو بقرة ، أو بعير، أو فرس ، أو غيره من الدواب ، إلا عظم الخنزير والآدمي، فإنه يكره التداوي بها . ويقول الإمام الرملي من الشافعية : " ويحرم قطعه البعض من نفسه لغيره ولو مضطرا.....كما يحرم أن يقطع من غيره لنفسه من معصوم ....." ويقول بن الحاج المالكي عن المالكية : " والميت يتأذى مما يتأذى منه الحي ، ذلك أن حرمته كحرمة الحي حال حياته. ويقول العلامة البهوتي من الحنابلة : " لا يجوز التداوي بشئ محرم، أو بشئ فيه محرم ولا يشرب مسكر لقوله صلى الله عليه وسلم " لا تتداووا الحرام " (5) .

ب ـ في الفقه المعاصر .

ذهب الشيخ محمد متولي الشعراوي الى القول ، أن الإسلام يمنع تنازل المسلم، عن أي عضو من أعضائه ، بالبيع أو الهبة لا أثناء حياته ، ولا بعد مماته ، لأن هذه

التصرفات تعد من تصرفات الملكية ، التي لا يمتلكها الإنسان على جسمه، لا كله ولا بعضه، لأن مالك الجسم هو المولى عز وجل.

ويقول الشيخ عبد الرحمان العدوي: " إن كان الله تعالى قد أمر بعدم قطع شيء من البهيمة ، قبل أن تموت تماما وتبرد حركتها ، كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم ، من أن نتعجل موتها فتسلخ ويقطع شيء منها، قبل أن تموت وتبرد، فأولى بذلك أن يخرج من التصرف في الإنسان ، الذي كرمه الله حيا وميتا .

فنحن منهون من باب أولى عن تعجيل موته ، وبقر بطنه لنأخذ كليته، أو قلبه، أو كبده. وإذا مات وبرد تماما، فإن أعضائه لا تصلح ، بذلك يكون الله قد حماه من أن تقطع أعضائه " .

ويقول الشيخ عبد السلام السكري:" لقد حرمت المذاهب الفقهية ، استخدام أعضاء الإنسان في العلاجات الطبية، ومنهم من علل ذلك بالنجاسة بالموت ، ومنهم من علل ذلك بالكرامة الآدمية، فكيف بعد هذا يسوغ لقاتل مسلم، بجواز استخدام الأعضاء الآدمية في العمليات الجراحية ".

ويقول الشيخ السنبهلي: " أن التشريح في الشريعة الإسلامية حرام، وهو بهذه الدلائل يبين أن استعمال أعضاء الإنسان، سواء كان حيا أو ميتا ، بحيث يفصل العضو من البدن ، ويزرع في جسد إنسان آخر ، غير جائز ، ولو أذن له صاحب العضو ، لأن صاحب العضو لا يملكه، والمالك هو الله .

1 .3 . أدلة الاتجاه المعارض لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء .

لقد استدل أصحاب هذا الاتجاه، في مسالة نقل وزرع الأعضاء البشرية، من الأموات إلى الأحياء، على رأيهم بمجموعة من الأدلة، من الكتاب، والسنة، والعقل ، والقواعد الفقهية. نذكر منها ما يلي :

قوله تعالى: (6) : ((ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة)) و قوله أيضا: ((ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما)) (7). قال المانعون: إن الله قد نهانا في هاتين الآيتين الكريمتين، أن نلقي بأنفسنا في مواطن التهلكة، ونهى أن يقتل الإنسان نفسه ، أو أن يقتل غيره. وعليه فإقدام الشخص على التبرع بجزء من جسمه، هو في الواقع سعي لإهلاك نفسه في سبيل إحياء غيره، وهذا أمرا ليس مطلوبا منه ولفظ التهلكة في الآية، لفظ عام، يشمل كل ما يؤدي إليها ، وقطع العضو من نفسه لإزالة منفعته، يؤدي إلى الهلاك، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، على حد ما ذكره علماء الأصول .

والنهي في الآية الثانية جاء عام ، فهو يتناول جميع الأسباب التي تؤدي إلى المنهى عنه، وهو قتل النفس، ومن هذه الأسباب المنهى عنها، أن يبرم شخص اتفاقا مع آخر،

ليتبرع الأول بجزء من جسده للآخر .

ـ استدلوا أيضا بأن الشيطان قد قال كما حكاه عنه القرآن الكريم (8) : ((ولأمرنهم فليغيرن خلق الله)) هذه الآية تشمل نقل الأعضاء ، لأنه داخل في عموم تغيير خلق الله ، كنقل عين، أو كلية، أو قلب من شخص لآخر ، وتشمل أيضا خصاء العبيد ، الذي كان يفعله الخلفاء بعبيدهم ، ليدخلوا على نسائهم .

ـ استدلوا كذلك بقوله تعالى (9): ((ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا)).

ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة دلت على تكريم الله للآدمي، وهذا التكريم يشمله حال حياته، وما بعد موته، وانتزاع العضو منه مخالفا لذلك التكريم، سواء حال الحياة أو بعد الوفاة.

ـ واستدلوا أيضا بما روى من احترام الإسلام للميت ، فعن عائشة أم المؤمنين ، رضي الله عنها ، عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: " كسر عظم الميت ككسره حي " .

ووجه الدلالة: أفاد الحديث أن الحي يحرم كسر عظمه، أو قطع أي جزء منه، وكذلك الميت.

وفي الصحيح عن أبي هريرة ، أن رسول الله قال: " لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه، فتخلص إلى جلده، خير له، من أن يجلس على قبر" . يقول السيد عبد الله الغماري: " هذا غاية ما يكون في احترام الميت، ومنع أي عمل يؤذيه أو يهين كرامته، فكيف يتجرأ البعض على جواز انتزاع عضو منه دون دليل "؟ .

ـ واستدلوا أيضا بحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال الرسول عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار " . ووجه الدلالة: أن قطع عضو من شخص متبرع به لآخر، فيه إضرار من الناحية الشرعية والجسدية، بالشخص المقطوع منه. أما من الناحية الشرعية، فقول النبي صلى الله عليه وسلم: " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام " ، وأما من الناحية الجسدية ، فلا شك انه فيه انتقاص للخلقة السوية الأصلية. وفي ذلك إضرار، فيكون داخلا في عموم النهي، ويحرم فعله.

ـ واستدلوا بأن أعضاء الإنسان ليست ملكا له ، بل هي ملك لله ، خلقها الله له لينتفع بها ، فلا يجوز التصرف فيها ، سواء بهبة ، أو بيع ، أو تبرع ، ويشترط للتصرف في الشيء ، أن يكون الإنسان مالكا له . لذلك حرم الله تعالى الانتحار ، وتوعد المنتحر بالخلود في النار ، لأنه تصرف في شيء مملوك لله وغير مملوك له ، فتصرف فيه بما يحرمه الله ، فكان متعديا ظالما (10) .

ـ واستدلوا أيضا بأن القاعدة: أن ما جاز بيعه جازت هبته ، فالمجوزين لنقل الأعضاء يوافقون على أن الأعضاء الآدمية ، لا يجوز بيعها، إذن وتأسيسا لذلك ،

فلا يجوز التبرع بالأعضاء البشرية سواء من حي إلى حي أو من ميت إلى حي .

4 .1 . الاتجاه المؤيد لنقل وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء .

5 .1 . الفتاوى المؤيدة لنقل وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء .

ولعل أول ذكر لمسألة نقل وزرع الأعضاء في التاريخ الإسلامي، هو ما حدث لقتادة بن النعمان رضي الله عنه ، الذي فقد عينه في معركة أحد ، وفي رواية في معركة بدر ، ثم أعادها النبي صلى الله عليه وسلم ، فكانت أحسن عينيه وأحدهما بصرا .

وتحدث الفقهاء منذ زمن طويل، عن وصل العظام بعظم إنسان ميت، أو عظم حيوان ، ومثال ذلك ما ذكره الخطيب الشربيني في مغنى المحتاج، من أن وصل العظم الذي انكسر، بعظم آدمي محترم، أو غير محترم، جائز شرعا متى قال ذلك أهل الخبرة، وكذلك جواز وصل العظم بعظم حيوان طاهر متى قرر ذلك أهل الخبرة أو أن عظم الآدمي غير متوفر..

ولقد ظهرت فتاوى متعددة بخصوص نقل وزرع الأعضاء من الأموات الى الأحياء، وكانت قد أباحت ذلك ، لكن بشرو ط معينة .

نذكر من هذه الفتاوى ما يلي :

ـ فتوى فقيه الجزائر، فضيلة الشيخ احمد حماني ، الصادرة من لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر ، بتاريخ 20 أفريل سنة 1972 ، بإباحته نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، ومن الأموات إلى الأحياء لكن بتوافر الشروط الشرعية .

ـ فيما يخص نقل القلب من جسم حديث الوفاة، وزرعه في جسم حي مريض.فأفتى الشيخ بالجواز لكن بالشروط الآتية :

ـ أن يتم التحقق من وفاة صاحب القلب المنقول منه، فلو كان ما يزال حيا ـ ولو ميؤوسا منه ـ لا يجوز الإقدام على تعجيل موته لذلك.

ـ أن يأذن المتبرع بالتبرع بقلبه قبل وفاته، فإن لم يأذن قبل وفاته فلوليه الخاص، أن يأذن في ذلك ، وللولي العام ـ وهو رئيس الدولة ـ أن يأذن في جثث المجهولين ، لأنه ولي من لا ولي له .

ـ لا يمكن بحال من الأحوال، أن يتبرع حي بقلبه، لإنقاذ مريض، لأنه لا يمكن للمتبرع أن يعيش بغير القلب، لأنه يكون سببا لوفاته.

كما أفتى الشيخ احمد حماني أيضا، بجواز نقل عين من الميت أو قلبه، أو أي جزء منه، إلى غيره من الأحياء ، لينتفع بهذا الجزء ، فهذا أمرا جائزا شرعا (11) .

ـ فتوى فضيلة الشيخ محمد خاطر في 03 فبراير 1973 ، بإباحة سلخ جلد الميت

، لعلاج حروق الأحياء بفتوى رقم 1069، واشترط في الإباحة، الاقتصار على الموتى الذين ليس لهم أهل ، أو الموتى الذين أوصوا بذلك في حياتهم، أو الموتى الذين أذنوا أهلهم بذلك .

ـ فتوى الشيخ حسن مأمون في إباحة نقل عيون الموتى إلى الأحياء، وان ذلك جائز بإذن الموتى الذين لهم أهل أو الميت الذي أوصى بذلك، أو الميت الذي لا أهل له أي بدون إذن .

ـ فتوى الشيخ احمد هريدي في 23 أكتوبر 1966 رقم 993 ، بجواز سلخ قرنية العين من ميت ، وتركيبها لدى الحي، وذلك من الميت الذي لا أهل له، أو الميت الذي أذن أهله بذلك، أو الميت الذي أوصى بذلك قبل وفاته.

ـ فتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق في 05 ديسمبر 1979 رقم 1323 بإباحة نقل الأعضاء من إنسان إلى آخر، سواء من حي أو ميت، وقد أباح نقل الأعضاء ، بشروط تشبه الشروط السابقة المذكورة أعلاه ، الميت الذي لا أهل له ، أو الذي أذن اهله بذلك ، أما المتبرع الحي ، فتبرعه مقيد بأن لا يتبرع بعضو ينتج عنه هلاكه .

ـ فتوى هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بقرار رقم 99 في 06 نوفمبر 1982، والقاضي بإباحة نقل الأعضاء من المتبرع الحي أو من الميت.

الفرع الثاني :الضوابط الشرعية لاستقطاع الأعضاء من الأموات وزرعها لدى الأحياء.

أولا : التحقق من وفاة الشخص الذي يقتطع منه العضو .

ـ الموت في اللغة، هو السكون، وهو أيضا ما لا روح فيه، والموت والحياة نقيضان.

ـ أما في المفهوم الإسلامي ، فإن الموت هو انتقال الروح من الجسد إلى ما عد لها من نعيم أو عذاب (12).

وعليه يجب التأكد من موت من يراد نقل عينه، أو كليته، أو تشريحه ـ لأنه كثيرا ما يحكم الأطباء بموت إنسان، ثم يتبين بعد ذلك أنه حي، ويذهب حكم الأطباء بموته أدراج الرياح. وممكن أن يجرأ البعض على الحكم بموت إنسان، من غير التأكد ويستقطع عضو من أعضائه ، من قبل أن يموت وهذا فيه إيذاء. وعليه لا يجوز الإقدام على استقطاع عضو من إنسان، إلا بعد التأكد بأقصى أنواع الوسائل الطبية والعلمية ، وظهور العلامات والقرائن الدالة على موته، عند ذلك يحكم بموته .

ولقد تباينت مواقف علماء الطب، وعلماء القانون، وعلماء الشريعة، حول تحديد معيار الموت، حيث صنف جانب من الفقه، أربعة معايير لذلك .

أ ـ معيار الموت الظاهري: (المعيار التقليدي) :

ويقصد بالموت الظاهري " توقف العمليات الحيوية لدى جسم الإنسان والمرتكزة في القلب والتنفس ." وطبقا لذلك يتحقق هذا الموت، بمجرد تحقق الطبيب من توقف القلب والرئتين عن العمل ،لأن هذا يؤدي توقف المخ بطريقة تلقائية، في خلال دقائق .ويترتب على ذلك أن الطبيب يستطيع وقف أجهزة الإنعاش الصناعي عن العمل ، والحكم بموت الشخص، واستقطاع ما يشاء من الأعضاء وزرعها لشخص بحاجة إليها. غير أن توقف القلب والرئتين عن العمل، لا يعني أن الشخص قد مات بالفعل، وإنما يعني أنه في طريقه الحتمي إلى الموت، خلال دقائق، حيث سوف يتوقف المخ بطريقة تلقائية. لذلك عرف البعض الموت الظاهري بأنه: " التوقف المؤقت للمقومات الأساسية للحياة من تنفس ونبض للقلب. فخفقان القلب لشخص لا زال حيا، لكنه يظهر بمظهر الميت.

وقد انتقد هذا المعيار على أساس أنه معيار قديم ، كان يتماشى مع الحقبات الزمنية السابقة، في ظل طب بدائي، لكن مع تقدم الطب، تم إثبات أن توقف جهاز القلب والتنفس عن العمل، لا يعني بالضرورة، أن الشخص قد مات، وذلك لعدة اعتبارات وهي:

ـ أن الوفاة الحقيقية لا تحدث إلا بتوقف الأجهزة الثلاثة، القلب، المخ، والرئتين، وهو ما لا يحدث في لحظة واحدة. حيث يستغرق توقف المخ عن العمل، متأثرا بتوقف التنفس والدورة الدموية.

ـ أثبت التقدم العلمي إمكانية إعادة التنفس، باستخدام الرئة الحديدية، وتنبيه القلب عن طريق نقل الدم إليه، باستعمال جهاز منظم القلب الكهربائي، أو بحقنه بمنبهات القلب ومقوياته، سواء تحت الجلد أو في القلب نفسه ، وغير ذلك ما توصل إليه الطب الحديث .

ـ إمكانية إيقاف القلب والتنفس عن العمل ، لمدة ساعة أو أكثر ، وإعادتهما الى العمل مرة أخرى، وذلك عن طريق خفض درجة الحرارة للجسم إلى حوالي "15 درجة " ثم رفعها من جديد .

ـ قد يحدث العكس، فقد يظل القلب يعمل، بينما يموت جذع المخ ، وهنا نكون أمام معيار آخر للموت، وهو معيار الموت الدماغي ، رغم أن وظائف القلب والرئتين ، تستمر بطريقة اصطناعية، والظاهر أن الموت ـ الموت الظاهري ـ لا يشكل الموت الحقيقي، بل هو وسط بين الموت والحياة ، فلا يصلح عند البعض، أن يكون موتا حقيقيا (13).

ب ـ الموت الدماغي (المعيار الحديث) :

يقصد بالموت الدماغي ، بتوقف المخ عن العمل، وكذلك توقف التنفس بصورة طبيعية عن العمل. واختلف أنصار هذا المعيار، في تحديد أي جزء يتوقف من المخ . فهناك من يرى، تحقق الموت بتحقق موت جذع المخ، الذي توجد فيه مراكز التنفس،

والمراكز الخاصة بالدورة الدموية، وهناك من يشترط توقف المخ كاملا ، حيث يشمل القشرة المخية إلى جانب جذع المخ .

وأنصار هذا المعيار هم علماء الطب، كما يؤيده أيضا الاتجاه الفقهي الإسلامي الحديث، فقد قرر مجلس الفقه الإسلامي في المؤتمر الثالث المنعقد بالعاصمة الأردنية عمان في سنة 1986 ، أن الوفاة تكون بتوافر إحدى العلامتين :

ـ إذا توقف القلب والتنفس توقفا تاما وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

ـ إذا تعطلت جميع وظائف الدماغ تعطلا نهائيا " موت جذع المخ " وقرر الأطباء أن هذا التوقف لا رجعة فيه .

وقرر مجلس المجمع الفقهي في دورته العاشرة ، بمكة المكرمة سنة 1987 ، بأن" المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش الصناعي ، يجوز رفعها إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، وقررت لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين خبراء، أن التعطل لا رجعة فيه ، وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آليا بفعل الأجهزة المركبة ، لكن لا يحكم بموته شرعا إلا إذا توقف القلب والتنفس ، تماما بعد رفع هذه الأجهزة " .

غير أن هذا المعيار قد انتقد من طرف بعض الفقهاء والأطباء ، حيث ثبت حسب رأيهم، أن مخ الشخص الذي اعتبر ميتا موتا دماغيا ، والذي أمضى على موته ثلاث ساعات، قد استمر في إرسال إشارات، تدل على وجود حياة داخل الخلايا العصبية للمخ ، ويمكن باستخدام علاج معين إعادتها إلى نشاطها السابق .

وقد اعتبر مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر بتاريخ 25 جوان سنة 1992 " أن من يقوم بانتزاع الأعضاء من أي جسم لم يزل قلبه ينبض ، ولم تزل فيه بقية للحياة ، قاتل نفسا حرم الله قتلها إلا بالحق وتجب محاكمته جنائيا ".

وذهب الكثير من المعارضين لهذا المعيار، أن الموت الدماغي ليس هو الموت الحقيقي ، واستدلوا في ذلك بالحجج التالية :

ـ إن المصاب بموت جذع المخ يحتفظ بالوظائف الحيوية بالجسم، حيث يعمل القلب ويستمر عمل الكبد والكليتين والهضم والامتصاص، وإفراز غدد الجسم، ويظل الجسم محتفظا بحرارة الحياة في جسمه، كما أن الجنين ينمو نموا طبيعيا رغم كون أمه قد توقف مخها ، وتتم الولادة في موعدها الطبيعي .

ـ أثبتت الشواهد العلمية أن بعض الحالات التي حدثت فيها غيبوبة، أو توقف المخ عن العمل، قد أفاقت من غيبوبتها بعد فترات، تراوحت بين عدة ساعات أو بضعة أيام وأسابيع، وعاد المريض إلى حياته الطبيعية بشكل عادي .

ـ الاختلاف في تشخيص ما يسمى بموت الدماغ ، ويرجع ذلك الى عدم صلاحيته لتحديد وفاة الشخص ، حيث أكد البعض على عدم صلاحية تطبيقه على الأطفال الأقل

من 05 سنوات، وعللوا ذلك بقدرة الأطفال على استيعاب وظائف المخ، بصورة اعلى من البالغين – (14) .

بناء على ما تقدم نخلص إلى أن البعض يرى عدم صلاحية هذا المعيار لتحديد لحظة الوفاة، مع أنه أقوى بكثير من معيار الموت الظاهري. غير أنه لا يمكن التسليم به بسبب الانتقادات والشكوك التي أثيرت من حوله ، فلا يمكن أن نسلم بان إنسان لا يزال قلبه ينبض ونحكم عليه بالموت.

وأمام هذا التشكيك في قوة هذا المعيار في تحديد لحظة الموت، نستعرض معيار الموت الجسدي.

ج ـ الموت الجسدي:

ويطلق عليه بالموت الكلي، ويقصد به توقف كافة الأجهزة الثلاثة الرئيسية للجسم عن العمل، بصورة نهائية، غير قابلة للعودة والحركة من جديد، فترة من الزمن تكفي لحدوث تغيرات رمية في الجسم، وتقدر هذه الفترة من " 10 إلى 30 " دقيقة .

فوفقا لهذا المعيار فإنه لا يكفي مجرد توقف القلب والرئتين عن العمل ، كما ذهب إليه أنصار الموت الظاهري، كما لا يكفي توقف المخ عن العمل، كما ذهب إليه أنصار معيار الموت الدماغي .

وعليه لا بد أن يثبت توقف الأجهزة الرئيسية الثلاثة، القلب، الرئتين، المخ، عن العمل بصورة غير قابلة للعلاج.

وقد أيد هذا المعيار الكثير من الأطباء، وعلماء الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون.

ـ ففيما يخص الشريعة الإسلامية، فقد شكل هذا المعيار شبه إجماع، بالنسبة للفقهاء المتقدمين، وكذلك بعض الفقه الحديث. فقد عرف العلامة أبو حامد الغزالي الموت بقوله: ((الموت عبارة عن استقصاء الأعضاء كلها، وكل الأعضاء آلات والروح هي المستعملة لها، ومعنى الموت انقطاع تصرفها عن البدن، بخروج الروح عن البدن)).

غير أن هذا المعيار لم يسلم هو الآخر من النقد، ولكن بصفة أقل، مقارنة بالمعيارين السابقين. فقد ذهب بعض الأطباء إلى القول، بان الموت الحقيقي لا يتحقق بتوقف الأجهزة الرئيسية، أو حتى موتها بل لا بد من موت الخلايا والأنسجة، وكافة أعضاء الجسم.

وقال أنصار الموت الدماغي ، بأن معيار الموت الجسدي ، يفوت الفرصة من الانتفاع بالأعضاء البشرية، وعله يجب الأخذ بمعيار الموت الدماغي (15).

د ـ الموت الخلوي:

ويطلق عليه أيضا بالموت الجزئي، ويقصد به موت الخلايا والأنسجة وأعضاء

الجسم، والتي تبدأ بعد التوقف الكامل لأجهزة الجسم الحيوية، وتختلف المدة التي يستغرقها موت الخلايا من عضو لآخر، وعندما تموت كل خلايا الجسم، لا يكون هناك ادني شك، في حدوث الوفاة الحقيقية اليقينية . ويستند أنصار هذا المعيار إلى أن الطب الحديث، اثبت بقاء الحياة الخلوية فترة معينة، في جسم الإنسان بعد موته جسديا (16).

وقد تعرض هذا المعيار للانتقاد، على أساس أن الحياة تنتهي بصورة قاطعة بموت الأجهزة الرئيسية في الجسم، وظهور علامات رمية على الجثة، التي تلي مباشرة توقف أجهزة الجسم الرئيسية، عن العمل توقفا نهائيا لا رجعة فيه ولو باستعمال أجهزة الإنعاش .

وعلى العكس من ذلك، فقد انتقد البعض هذا المعيار، على أساس أن الموت الخلوي، لا يدل بصورة مؤكدة على الوفاة الحقيقية، حيث يتعين أن تتحلل أجهزة الجسم وعناصرها الرئيسية.

وفي الأخير نرى أنه من الصعب ترجيح معيار على آخر ، فمنهم من يميل إلى التبكير في إعلان الوفاة، حتى يفتح الطريق لاستئصال الأعضاء البشرية من الموتى، قصد زرعها، ومن هذه المعايير من يشدد بإقرار حالة الوفاة، بصورة لا يبقى اي أمل في الانتفاع بأعضاء المتوفى لعدم صلاحيتها. وطبقا لذلك فإنه لإقرار حالة الوفاة ، لا بد من دراسة كل حالة على حدة، وذلك بالاعتماد على أشخاص مختصين، من رجال الدين ذوو مستوى فقهي رفيع، وكذا أطباء مؤهلين ومختصين لإثبات الوفاة .

ثانيا : حكم إيصاء الميت باستقطاع عضو من جسمه في الفقه الإسلامي .

ـ الوصية لغة هي : من وصيت الشيء إذا وصلته ،

قال أبو عبيد : "وصيت الشيء ووصلته سواء " ويقال أرض واصية أي متصلة النبات، قال الأصمعي: " وصي الشئ يصي : إذا تصل ووصاه غيره، يصيه : وصله " ، وتطلق على جعل شيء لآخر، فيقال أوصى له أي جعله له .

والوصية شرعا: عرفها الفقهاء بتعريفات عديدة منها:

عرفها الحنفية: بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع.

وعرفها المالكية: بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده.

وعرفها الشافعية: بأنها تبرع بحق مضاف لما بعد الموت ولو كان تقديرا.

وعرفها الحنابلة: بأنها الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعده (17).

وطبقا لهذه التعريفات، نجد أن الوصية بمفهومها الشرعي، مجالها الأموال، وجسم الإنسان خارج عن دائرة الأموال في الفقه الإسلامي. وبالتالي فإن جسم الإنسان

يخرج من نطاق الوصية بمعناها الشرعي، لأنها تثبت بالتداول وتمول كافة الناس أو بعضهم (18).

وهذا ما ذهب إليه الفقهاء القدامى، فلم يجزوا شرعا التصرف في أجزاء الجثة، لكونها ليست مالا، فلا تجوز محلا للوصية، التي يشترط في محلها أن يكون مالا أو حقا ماليا مملوكا لشخص، يمكن أن ينتقل إلى ورثته، فجسم الإنسان ليس تركة، فلا يدخل في دائرة الأموال أو المنافع أو الحقوق فهو لا يعد مالا متقوما من حيث الأصل، ومن ثم لا يجوز الإيصاء به ولا ببعض أجزائه.

وباعتبار أن جسم الإنسان من قبيل الأشياء، يدخل في مفهوم الوصية بمعناها اللغوي، لأن الوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه. كما أن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت. وكأن الشخص الذي يوصي بجثته للغير بعد وفاته ، قد استخلف هذا الغير لينتفع بها، شأنها شأن الانتفاع بأي شيء آخر. ومثلما يجوز للشخص تمليك منفعة جزء من جسمه وأعضائه للغير، حال حياته بمقتضى القدر الثابت له من الولاية على جسده (19)، وامتداد هذه الولاية إلى ما بعد وفاته، عن طريق وصية يوصى بها في حياته.

وهذا ما اقره الفقه المعاصر حيث ذهب إلى القول، بأن الوصية بالمنافع جائزة شرعا، ومنها الوصية بالانتفاع بجثة الميت، أو عضو من أعضائه، للحاجة التي يبيحها الشرع (20). وما ذلك إلا تطبيقا لقاعدة تحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة تفويتها أشد من هذا الضرر، فالضرر الذي يلحق بالحي المضطر للعلاج، بزرع عضو من إنسان ميت، أشد من الضرر الذي يلحق بهذا الميت (21).

ـ أهلية الإيصاء :

لقد ذهب غالبية الفقه المعاصر، المجيزين لعملية نقل الأعضاء من الميت إلى الحي، وكذلك الفتاوى الشرعية والقرارات الفقهية الصادرة من الجهات الشرعية (22) إلى ضرورة توافر الوصية من الميت ـ إذنه أثناء حياته ـ باستقطاع جزء أو عضو من أعضائه، لضرورة علاجية أو لغرض علمي أو طبي. ولكن يشترط لصحة الوصية، أن يكون الشخص قد وصل إلى مرحلة البلوغ والرشد حتى يستطيع أن يأذن بالوصية ، إذ أن البلوغ يضع حدا للسلطة على الشخص.

فإن كان غير كامل الأهلية، كالقاصر، أو السفيه، أو عديم الأهلية كالمجنون، أو المعتوه، وجب في هذه الحالة موافقة الممثلين الشرعيين له، ويشترط أيضا أن يكون الموصي راضيا مختارا، بأن يصدر منه رضا ء حر وصريح بإقرار كتابي، فإذا كان مكرها، فلا تصح الوصية.

كما أن الوصية تعد ضمن أعمال التبرع، حيث يشترط في الموصي أن يكون أهلا للتبرع، ويتحقق ذلك بكونه بالغا عاقلا مختارا، وبالتالي لا تصح وصية الصبي والمجنون والعبد والمكره، لأنهم ليسوا من أهل التبرع.

وعلى هذا الأساس ، اتفق جمهور الفقهاء على أنه، لا يجوز شرعا نقل الأعضاء أو الأنسجة، أو استئصالها من جثة الميت، لزرعها في جسم إنسان حي مضطر إليها، إلا إذا أوصى بذلك قبل وفاته،بأن تكون هناك موافقة خطية (أي كتابية) من المتبرع في حياته على قبول ذلك صراحة (23).

وهذا هو الإذن بالاستئصال. ولذا فقد أقرت الفتاوى الشرعية والمؤتمرات العالمية، مشروعية وصية الشخص بجسده كله أو بعضه (24).

ولقد سئل الدكتور يوسف القرضاوي عن حكم الوصية بالعضو الآدمي ؟ فقال : " لا يوجد مانع شرعي أن يوصي الميت قبل وفاته بعضو من أعضائه لشخص معين، أو لمؤسسة مثل بنك الأعضاء لاستخدامها عند الحاجة، لأن في ذلك منفعة خالصة للغير دون احتمال أي ضرر عليه، لأن هذه الأعضاء تتحلل بعد أيام ويأكلها التراب.... " .

لكن السؤال المطروح ما هو حكم الوصية بعضو من جسد الصبي المميز ؟

إن الوصية من الصبي المميز لا تجوز في ماله، إلا فيما يتعلق بأمر تجهيزه ودفنه، لكونها من التصرفات الضارة به، غير انه لما كان التصرف في عضو من جسده، ليس من التصرفات المالية، وإنما تصرف انتفاع بقصد التقرب إلى الله بأعمال الخير ، فإنه وفي هذه الحالة، نعتقد أن الوصية تباح منه، على أن يقتصر ذلك على أقاربه حتى الدرجة الثانية، كأن يكون الإيصاء بعضو من جسده لأبيه أو لأمه أو لأحد إخوته . (25)

ـ شكل الوصية

لا يشترط في الوصية بصفة عامة، أن تكون بصيغة معينة، فهي تقع صحيحة سواء جاءت باللفظ أي بالقول، أم جاءت بالإشارة المفهومة من الأخرس، كما أنها تصح بالكتابة. إلا أنه لا بد وان تثبت بالبينة الشرعية، وهي شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.

ولكن إذا تعلق الإيصاء بعضو من أعضاء الإنسان، فيستحسن أن يكون هذا الإيصاء مكتوبا، نظرا لخطورة هذا الأمر، وتجنبا لأي منازعات يمكن أن يثيرها أقارب المتوفى، مثل إدعائهم بأن الميت لم يأذن بهذا الاستقطاع. ولا يمكن القول بأن الكتابة لا تلزم على سند من القول، بأن الميت كان بإمكانه أن يعترض صراحة على الاستقطاع ، إذ أن الإيصاء كتابة يزيل اللبس والغموض.

ثالثا : حكم عدم إيصاء الميت باستقطاع عضو من جسمه في الفقه الإسلامي .

إذا لم يكن المتوفى قد أوصى بجثته أو بجزء منها، فإن المساس بالجثة ينتقل شرعا إلى أقارب الميت. وعليه لا يجوز المساس بالجثة، أو استئصال أي عضو منها، بأي حال من الأحوال، إلا إذا قبل الورثة، ولذلك فإن الحصول على موافقة الأسرة، يعد

شرطا أساسيا لمشروعية عمليات استقطاع الأعضاء من جثة الميت. إذ أن أهل الميت هم الأقدر على تحديد موقف الميت، لو طلب منه رأيه قبل موته في استقطاع عضو منه ، بهدف علاجي لمريض بحاجة ماسة إليه لإنقاذه من الموت المحقق .

والأصل في الفقه الإسلامي، أن حق الأسرة في التصرف في الجثة ، لا ينشأ إلا بعد التأكد من الموت الشرعية، فمنذ هذه اللحظة يكون للأسرة الحق في الموافقة، أو الاعتراض على استئصال عضو من جثة المتوفى ، لأن الإنسان بعد موته ليس أهلا للتملك، وكما ينتقل ماله إلى ورثته، كذلك يمكن القول بأن جسمه أصبح من حق الورثة .

فالأمر بعد الوفاة ، يكون بيد أهل الميت وحدهم . فإذا أذنوا جاز ذلك، وإلا لا يجوز شرعا بدون إذنهم. وحق ورثة الميت في الدفاع عن حرمة الميت وعن كرامة جثته، هو حق شرعي، وحق معنوي، ثابت للأسرة على جثة الميت، يقوم على أساس صلة القرابة والدم، التي تربط أفراد الأسرة الواحدة، ومن ثم فإن التغاضي عن موافقة الأسرة ، ينطوي على اعتداء صارخ لحقوقهم المعنوية وللاحترام الأدبي الواجب نحو الأموات (26).

وعليه فإنه إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته، عن قبوله استقطاع الأعضاء من جسمه بعد موته، فإنه لا يجوز شرعا هذا الاستقطاع ، إلا بعد موافقة ورثة الميت. فاشتراط الفقهاء إجازة الورثة ، في شان استقطاع الأعضاء من جثة الميت، هو أمر مقبول شرعا لأن فيه رعاية لحرمة الميت وكرامته ، كما أن المساس بجثته يؤثر فيهم ويضرهم ضررا معنويا ، والقاعدة الشرعية تقضي بأنه : " لا ضرر ولا ضرار " .

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نقل الأعضاء من الأموات وزرعها لدى الأحياء.

سنحاول بداية استعراض النصوص القانونية ذات الصلة بموضوعنا، نقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، ثم بعدها سنعرض أبرز الشروط القانونية، لنقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، في التشريع الجزائري.

أولا : النصوص القانونية التي تنظم نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء .

لم يكن المشرع الجزائري، والساحة القانونية الجزائرية عموما، بمنأى عن التطورات العلمية والطبية والقانونية، في مجال نقل وزرع الأعضاء، بل كان من السباقين في إصدار نصوص قانونية، ينظم من خلالها هذه العملية.

حيث نظم المشرع الجزائري نقل الأعضاء البشرية، بمقتضى القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم. في الفصل الثالث منه المعنون بانتزاع أعضاء الإنسان وزرعها تحديدا من المواد 161 إلى 167، غير أننا سنركز

فقط على ذكر المواد التي نظمت، نقل الأعضاء والأنسجة البشرية من الأموات إلى الأحياء، وقد وردت على النحو التالي:

المادة 164: لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها، إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية. وفي هذه الحالة لا يجوز الانتزاع إلا إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك.

إذا لم يعبر المتوفى 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 تكن للتوفي أسرة.

غير أنه يجوز انتزاع القرنية أو الكلية ، بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى، أو ممثليه الشرعيين، أو كان التأخير من أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو، موضوع الانتزاع .

إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون .

المادة 165: يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع ، إذا عبر الشخص قبل وفاته ، كتابيا عن عدم موافقته على ذلك ، أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي .

ولا يمكن للطبيب الذي عاين واثبت الوفاة ، أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع.

المادة 166 : لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية، إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل، أو سلامته البدنية، أو بعد أن يعرب هذا المستقبل ، عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية ، التي قبل بها ، وبحضور شاهدين اثنين .

وإذا كان المستقبل غير قادر عن التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته ، حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه ، أن يوافق على ذلك كتابيا .

وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي ، حسب الحالة .

أما القصر فيعطى الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي .

لايمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج ، الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة ، بالأخطار التي تنجر عن ذلك .

يجوز نزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية، دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية ، أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة، أو الممثلين الشرعيين للمستقبل، الذي قد يسبب أي تأخير، في وفاته، ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين.

المادة 167: لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها، إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة.

تقرر لجنة طبية تنشا خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية .

يجب أ ن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي ، وتدون خلاصاتهم الإثباتية في سجل خاص، في حال الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين.

ثانيا : الضوابط القانونية لنقل وزرع الأعضاء من الأموات الى الأحياء .

لقد وضعت هذه النصوص شروط تفصيلية لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء ، من الأموات إلى الأحياء، وسوف نتعرض بحسب موضوع بحثنا ، لهذه الشروط .

حيث أنه وبتفحص النصوص القانونية السابق الإشارة إليها، بكمن تقسيم هذه الشروط إلى ثلاثة طوائف :

ـ شرو ط تتعلق بالمتوفي ، وهي شروط منصوص عليها في المواد 164، 165، 167 /2 من القانون رقم 85-05 .

ـ شرو ط تتعلق بالمريض وهي شروط منصوص عليها في المادة 166 .

ـ شروط تتعلق بالجهة الطبية القائمة بالعملية، وهي شروط منصوص عليها في المادة 167.

1- الشروط الخاصة بالمتوفي :

من خلال المواد 164 ، و165 ، و2/167 يمكن تحديد هذه الشروط في :

ـ وفاة صاحب العضو المراد نزعه: وهذا الشرط لازم وأكيد حسب نص المادة 164 من القانون رقم 85-05.

وهنا ينبغي مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية ، في تحديد لحظة الوفاة نظرا لما يترتب على ذلك من آثار جسيمة ، منها ما يتعلق بحق الميت نفسه في الحياة ، ومنها ما يتعلق بحقوق الورثة، ومنها ما يتعلق بمساءلة الطبيب جنائيا على تحديد لحظة الوفاة. وتقديرا منه لجسامة المسؤولية الناجمة، عن تحديد لحظة الوفاة، أسند المشرع الجزائري هذه الواقعة، إلى طبيبين اثنين من اللجنة الطبية التي تنشأ خصيصا في

المستشفيات لمتابعة عمليات، الاستقطاع والزرع ، وكذلك طبيب شرعي .

كما ألزم القانون تدوين هؤلاء الأطباء الثلاثة ، ما توصلوا إليه بشأن الوفاة ، في سجل خاص حسب نص المادة 2/167 من نفس القانون .

أ ـ موافقة الميت المسبقة على الاستقطاع من جثته قبل وفاته .

إذن حسب نص المادة 164 من القانون رقم 85-05 يسمح بنزع العضو من جثة المتوفي، إذا سبق له التعبير عن إرادته ، بالسماح بنزع عضو من أعضائه قبل وفاته ، ولصحة الموافقة (الوصية) يجب مراعاة الأحكام القانونية والشرعية بالوصية ، لاسيما ما يتعلق بضرورة توافر الأهلية اللازمة لذلك، وأن تكون هذه الأهلية غير مشوبة بأي عيب، أو عارض، وأن لا يكون هناك إكراه على الموصي.

ونشير إلى أن الشخص الموصي له، تكون له الأولوية على غيره في عضو المتوفي تطبيقا لوصية الميت ، وفي حالة ما إذا أوصى الميت على أخذ عضو معين ، يجب احترام رغبته والامتناع عن اخذ أي عضو آخر ، أما إذا جاءت الوصية عامة فليس هناك ما يمنع، من نزع أي عضو من الجثة، شرط ألا يتنافى مع الشروط القانونية والشرعية المقررة لذلك .

واستنادا لنص الفقرة المذكورة أعلاه، يكون المشرع الجزائري قد أجاز الاستئصال من جثة الميت، ولكنه اشترط الحصول على موافقته المسبقة ، وشكل التعبير عن هذه الموافقة ، وكذلك حدودها والغرض منها .

ـ شكل التعبير عن الموافقة وطرق إثباتها .

بالرجوع إلى نص المادة 2/164 السالف الذكر ، نجد أن المشرع الجزائري ، لم يشترط شكلا معينا للتعبير عن إرادة الشخص، أثناء حياته على استئصال اعضاء من جثته، وبهذا يكون قد تراجع عن موقفه، ذلك أنه كان يشترط قبل تعديل هذه المادة سنة 1990 ، أن تتم هذه الموافقة في الشكل الكتابي. وعلى هذا يمكن التعبير على هذه الموافقة، بأي طريقة سواء بالكتابة أو شفاهة ، أو بالإشارة، كما يمكن استخلاصها باتخاذ موقف لا يدع، مجالا للشك في دلالته عن مقصود صاحبه، وذلك إعمالا بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني.

وعلى عكس من ذلك تتجه بعض التشريعات، التي تأخذ بالوصية في مجال نقل وزرع الأعضاء، إلى ضرورة إفراغها في شكل كتابي، ومن هذه التشريعات التشريع المصري والتشريع الكويتي رقم 55 لسنة 1987، حيث حددت المادة الثانية منه مصادر الأعضاء (الكلى) لغرض الزرع بما يلي:

ـ الكلى التي يتبرع بها أصحابها حال حياتهم أو يوصون بها بعد وفاتهم.

ـ كلى الموتى في حوادث المرور بشرط موافقة الأقارب إذا لم يوص بها المتوفي .

وتشترط المادة الثالثة من نفس القانون، أن تصدر الوصية (الموافقة) من شخص كامل الأهلية وهي 19 سنة وبحضور شاهدين اثنين راشدين .

وقد نص التشريع الأردني على الحالات التي يجوز فيها استقطاع العضو من الجثة، منها الإيصاء قبل الوفاة، ويكون ذلك بإقرار خطي ثابت التوقيع بصورة قانونية، وهو المسار الذي سار عليه كل من التشريع المغربي والتونسي .

ـ حدود الموافقة

استنادا إلى نص المادة 164 السالفة الذكر، نجد أنه قد جاء عاما، إذ لم يحدد الموافقة الصادرة عن الميت قبل وفاته ، بالطريقة التي تضمن لهذا الأخير، الموافقة على عدد الأعضاء التي يسمح باستقطاعها من جثته بعد وفاته . وهذه العمومية يمكن تفسيرها، بأن المشرع قد سمح باستئصال جميع الأعضاء التي يمكن الاستفادة منها من الناحية الطبية، وذلك عملا بإطلاقية النص، إلا أن هذه العمومية لا يجب أن تتعدى، الحد الذي قد يترتب عليه تشويه المظهر الخارجي للجثة (27) .

هذا فيما يخص الحالة التي يعبر فيها الشخص قبل وفاته عن رضاه باستئصال أعضاء من جثته بعد الوفاة، لكن قد يحدث العكس فيعبر الشخص عن رفضه ذلك ، وهذا ما نتناوله فيما يلي:

ب . عدم موافقة الميت على الاستقطاع من جثته

من خلال نص المادة 165 المذكور سابقا ، نستنتج أن المشرع الجزائري قد اشترط الكتابة لإثبات التعبير عن إرادة الشخص الرافضة لانتزاع الأعضاء من جثته، وهذا عكس ما رأيناه بخصوص حالة الموافقة على الاستقطاع، أين ترك المجال مفتوحا للتعبير عنها بكل الطرق ، دون تقييدها بالكتابة .

ونرى بأن المشرع الجزائري لم يحدد لنا في نص هذه المادة، شكل الكتابة التي تثبت الرفض المنصوص عليه في المادة 165 المشار إليها أعلاه ، فهل تكفي الكتابة المحررة من قبل المعني، أم يجب أن تكون رسمية محررة بمعرفة جهة مختصة ، أم تكفي المصادقة على التصريح المدون بخط المعني وتوقيعه؟ من جهة أخرى يثور التساؤل بشأن الجهة التي يجب إيداع هذه الوثيقة لديها أو إرسالها؟ لم يتعرض قانون حماية الصحة وترقيتها لهذه المسائل، مما يفهم منه أن الأمر يتعلق بالمرضى نزلاء المستشفيات، الذين يحتاجون إلى الرعاية الطبية المستمرة. حيث يجوز لهم التعبير عن إرادتهم بكل الوسائل، إذا تعلق الأمر بالموافقة على الاقتطاع من جثثهم، وكتابيا فقط للتعبير عن رفض الاقتطاع.

كما أن المستشفيات الجزائرية لا تحتوي على سجلات خاصة يوقع عليها المرضى، في حالة رفضهم المساس بجثثهم بعد الوفاة ، على غرار ما هم معمول به في بعض الدول (28) . كما أنه لا توجد مطبوعات خاصة توزع على المرضى ، تملئ

وتوقع سواء بقبول أو رفض انتزاع الأعضاء من الجثة بعد الوفاة ، بذلك يبقى شكل الكتابة المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر، مفتوح على جميع الطرق والأشكال، كما أن المشرع الجزائري باشتراطه الكتابة في حالة الرفض فقط ، يكون قد تبنى اتجاهين متباينين، الأول وهو ما تضمنته المادة 2/164، والذي يقضي بإثبات الموافقة باي وسيلة كانت .

أما الاتجاه الثاني وهو ما تضمنته المادة 165 والذي يشترط الممانعة بالكتابة .

فلو صدرت موافقة من شخص معين بانتزاع أعضاء من جثته بطريقة شفهية ، أو عبر عنها بطريقة أخرى، أمام أقاربه أو أصدقائه أو حتى أمام الفريق الطبي، ثم تراجع فيما بعد عن موقفه، ففي هذه الحالة يجب عليه، أن يثبت هذا التراجع بالكتابة، وإلا لا يعتد به وهذا غير منطقي ، فكما أن الموافقة يجوز التعبير عنها بأي وسيلة من وسائل الإثبات، فمن المفروض أن يكون الرفض كذلك، إذ يجوز إثباته بنفس الوسائل .

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشخص المريض، عادة ما يتعذر عليه إثبات رفضه بالكتابة، باعتبار أنه يكون في حالة صحية، لا تسمح له بذلك . ولهذا نرى أنه من الأحسن لو تم تعديل شكل الرفض في نص المادة 165، ليتم إثباته بجميع الطرق، على غرار ما أخذ به بالنسبة لإثبات الموافقة في نص المادة 2/164 .

وعليه إذا ما أعرب المتوفي أثناء حياته، عن عدم موافقته على المساس بجثته، فهنا لا يجوز لأي كان أن يعتدي على الجثة أو أن يأذن المساس بها، وإلا سيقع تحت طائلة قانون العقوبات ، خاصة المادة 153 منه .

ومن التشريعات العربية التي اشترطت الكتابة في حالة الممانعة، والقانون المغربي، الذي جاء بنص صريح يتمثل، في أن كل شخص وهو على قيد الحياة ، أن يعترض على أخذ عضو من أعضائه، بعد موته وذلك بواسطة تصريح، يتلقاه رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته ، أو القاضي المعين لهذا الغرض، ويتم تسجيل التصريح دون عوائق لدى كتابة ضبط المحكمة، التي توجهه إلى جميع المستشفيات المختصة في أخذ الأعضاء من الأموات .

والملاحظ أن التشريع المغربي، أنه إضافة إلى اشتراط عدم المساس بجثة الشخص حال حياته، أن يتم ذلك أمام القاضي، بل اشترط بأن تكون مصادقة القاضي، ويفهم من ذلك أن المشرع المغربي يستوجب الكتابة الرسمية للتعبير عن إرادة الشخص.

وتجدر الإشارة، أن بعض القوانين كالقانون الأمريكي والقانون التونسي، الخاص بنقل وزرع الأعضاء، اللذان اعتمدا استعمال بطاقات التبرع بالأعضاء، يحملها كل شخص معه بصفة دائمة، مثل بطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة أو بطاقة العمل. وبفضل هذه البطاقات يستطيع كل شخص، أن يأذن أو لا يأذن باستئصال الأعضاء من الجثة بعد الوفاة (28). وكان رئيس الجمهورية التونسية زين العابدين

بن علي ، أول من قام باكتساب بطاقة تعريف متبرع .

ويرى الأستاذ الدكتور مروك نصر الدين، أن هذه الطريقة تعد الأنجع في مجال زراعة الأعضاء عامة لأنه بواسطة هذه البطاقات، يمكن للطبيب الجراح في وقت قصير ومحدود، وبطريقة مؤكدة ما إذا كان المتوفي ، قد أذن بالتبرع بأعضائه أم لا. وبهذا الأسلوب يمكن تفادي الإشكالات الأخرى للتعبير عن الإرادة، والتي تستغرق وقتا طويلا.

ج ـ استقطاع الأعضاء من جثة الميت بناء على موافقة الأقارب .

عادة ما يتوفى الشخص دون أن يكون قد أبدى رأيه بالموافقة أو الرفض ، بخصوص التصرف في أعضائه، واستئصالها من جثته، ذلك أن الشخص الذي يتمتع بصحة جيدة، لا يفكر في الغالب بالسماح باستئصال أعضائه. أما بالنسبة للمريض الذي يرقد في المستشفى، فأنه يصعب من الناحية النفسية، أن يطلب منه إبداء موافقته، أو رفضه بشان استئصال أعضائه بعد الوفاة، فهذا من شانه أن يسبب له آلاما نفسية كبيرة، قد تؤثر على علاجه وسرعة شفائه، وعليه فمعظم الأشخاص الذين يتوفون، لا يعبرون عن أرادتهم، سواء بالموافقة أو الرفض، بخصوص هذه المسالة . وفي هذه الحالة واستنادا إلى القانون الجزائري، فإن حق إبداء الموافقة ، أو الرفض ، ينتقل إلى أسرة الشخص المتوفي ، وهذا ما نصت عليه المادة 3/164 والتي جاء فيها ما يلي: ((إذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته، لا يجوز الانتزاع إلا بموافقة أعضاء الأسرة حسب الترتيب التالي :

" الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ، الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت ، أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفي أسرة " ....

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري، لم يحدد من هو الولي الشرعي، والأولى أن يكون الإذن صادرا من القضاء ، لتفادي أي مضاربة بأعضاء الأشخاص الذين ليسوا لهم أسر .

كذلك نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري، قد رتب الأقارب الذين ينتقل إليهم، الحق في تقرير مصير أعضاء جثة قريبهم المتوفي، حيث جعل الأب والأم في المرتبة الأولى، وذلك بخلاف التشريع التونسي الذي قدم الأبناء، وجعلهما في المرتبة الأولى .كما نجد أن القانون الجزائري، قد قدم جهة الذكورة دائما على جهة الأنوثة في المرتبة، وعليه فإن الابن أو الأخ البالغ من العمر 20 سنة، يقدم على البنت أو الأخت ، وإن كانت تكبره سنا وهذا غير منطقي .

ولهذا نرى، أنه من الأحسن، لو اعتمد معيار السن كذلك، لتحديد الأول في ترتيب الأقارب، على غرار ما أخذت به بعض التشريعات، أو معيار الأغلبية في حالة تعدد الأبناء أو الإخوة.

ويتضح أيضا من المادة المذكورة أعلاه ، أن ترتيب أولوية فيما بين الطبقات ، أي أن الأب والأم مثلا أولى من الزوج والزوجة، كما أن الترتيب في نفس الطبقة، ليس ترتيب أولوية ، لأنه استعمل الحرف " أو " في حين كان من الأجدر بالمشرع ، إعطاء أولوية لأحدهما على الآخر لتفادي أي خلاف، فلنفرض موافقة الأم ورفض الأب، أيهما يكون لرأيه الأولوية أو عند تعدد الزوجات، أيهن لها الأولوية. وفي غياب النص الذي نرى ضرورة وجوده، عند أول تعديل للقانون ، فإننا يجب أن نجد حلا وفقا لما تقضي به القواعد العامة للقانون .

وفي هذا الإطار يبدو لنا ضرورة تحديد الأصل والاستثناء ، بمعنى هل رفض نزع العضو من الميت هو الأصل، أو أن قبول نزع العضو من الميت هو الأصل.

الظاهر لنا، أن الأصل هو المنع ، لذلك استوجب القانون الإذن من الأولياء، وعلى هذا نرى، أنه في حالة إذن أحد أفراد أسرة الميت، ورفض الآخر وكانوا في نفس الدرجة، كأب وأم أو زوجات، أو ابن وبنت، فالأولى الأخذ بالرأي الرافض، لأن الأصل هو المنع، والاستثناء هو الإذن، وهذا تجسيدا وتحقيقا للمبادئ القانونية التي تقضي، أنه في حالة تعارض الأصل مع الاستثناء، فإن الأصل هو المعني، وتغليبا للأصل على الاستثناء في هذا المجال ، فأنه يجب احترام رأي الشخص المانع.

أما إذا تعارضا شخصين ليسا من نفس الطبقة ، فإنه بجب تغليب رأي الشخص ، الذي يكون من الطبقة الأولى، وفقا للترتيب المدرج في المادة 164 السابقة الذكر، فإذا منع أب وقبل الزوج أو على العكس فيجب الأخذ برأي الأب .

ـ طبيعة الموافقة أو الرفض الصادر من الأقارب

سبق لنا الإشارة إلى أن القانون الجزائري، اشترط الكتابة للتعبير عن رفض الشخص الاستقطاع من جثته بعد الوفاة. نفهم من ذلك أن حالة سكوت الشخص، وعدم ممانعته المساس بجثته، أنها نفس الحالة التي يكون قد عبر الشخص فيها، عن موقفه الرافض، دون أن يفرغ ذلك في شكل كتابي. وفي هذه الحالة يرجع الأمر إلى الأقارب، لتقرير الموافقة أو الرفض، طالما لا يوجد ما يثبت بالكتابة الموقف الرافض لصاحب الجثة قبل الوفاة. وتأسيسا لذلك يختلف تكييف موقف الأقارب حسب ما سيتم بيانه في الحالات التالية :

ـ الحالة الأولى : رفض الأقارب المبني علر رفض الشخص المتوفي غير المكتوب

قد يعلن الشخص عن موقفه الرافض استقطاع أعضاء من جثته بعد الوفاة، كأن يصرح بذلك أمام النزلاء من المرضى في المستشفى، أو أمام أصدقائه أو أقاربه .

فاستنادا لنص المادة 165 فإن هذا الرفض لا يعتد به من الناحية القانونية، ولا يجوز إثباته بغير الكتابة وفي هذه الحالة يعتبر في حكم الشخص الذي لم يبد أي رأي، بخصوص انتزاع أعضائه بعد الوفاة. وعلى هذا الأساس ينتقل الحق إلى الأقارب،

لتقرير الموافقة أو الرفض. غير أنه في مثل هذه الحالة عادة ، ما يبني الأقارب موقفهم على الرغبة المعلنة لقريبهم المتوفي، فيكون رفض الأقارب هنا ، مجرد وسيلة إثبات موقف صاحب الجثة. وعليه نقول أن موقف الأقارب الرافض لاستقطاع أعضاء من جثة قريبهم المتوفي، الذي يكون قد عبر عن ذلك أثناء حياته، ولم يقم بتدوين هذا الرفض كتابة، إنما هو في الحقيقة عبارة عن شهادة منهم تثبت رفض هذا الأخير ، ومنع المساس بجثة الميت في هذه الحالة، يكون بناءا على إرادته هو في الحقيقة ، وليس على إرادة الأقارب، لأن رفضهم يعتبر بمثابة وسيلة قانونية لإثبات رفضه هو ، ولا يعبر عن إرادة الأقارب .

ـ الحالة الثانية : موافقة الأقارب المعارضة لرغبة المتوفي

يحدث وأن يعبر الشخص عن موقفه الرافض لاستقطاع أعضاء من جثته ، دون أن يدون ذلك كتابة أثناء حياته ، غير أن الأقارب يتخذون فيما بعد موقفا مغايرا لموقفه ، فقد يبدون موافقتهم بخصوص انتزاع أعضاء من جثته . فاستنادا لنص المادة 165 ففي هذه الحالة تكون العبرة بموقف الأقارب، وليس بموقف الشخص قبل الوفاة ، طالما لا يوجد الدليل الكتابي الذي يثبت رفضه، وبالتالي يكون موقف الأقارب في هذه الحالة، عبارة عن تعبير حقيقي عن إرادتهم هم، والتي يعتد بها من الناحية القانونية، بالرغم من إرادة المتوفي الرافضة لذلك. وعلى هذا الأساس نؤكد ما قلناه سابقا حيث أنه كان من الأحسن، التخلي عن شرط الكتابة في نص المادة 165 حتى يفتح المجال واسعا لإثبات الموقف الرافض للشخص قبل وفاته، وفي ذلك احترام لرغبة وإرادة الشخص المتوفي .

ـ الحالة الثالثة : عدم التعبير سواء بالموافقة أو الرفض من طرف الشخص المتوفي

ونعتقد أنها الحالة الغالبة في المجتمع الجزائري ، فعادة ما يتوفى الشخص دون أن يكون قد أبدى رأيه بخصوص استقطاع أعضاء من جثته، وفي هذه الحالة ، واستنادا إلى المادة 165، فإن الأمر يتوقف على إرادة الأقارب ، ولا يعتبر نقلا لإرادة الشخص المتوفي.

وعليه نقول، أنه بالنسبة للحالة الثانية والثالثة، موقف الأقارب يعبر عن إرادتهم هم، وهذا على عكس الحالة الأولى، إذ يمكن تكييف رفضهم ، على أنه مجرد شهادة منهم ، تثبت رفض الشخص المتوفي .

د ـ انتزاع الأعضاء من الجثة دون الاعتداد بموافقة أي أحد

لقد وجهت الكثير من الانتقادات إلى المشرع الجزائري، بشأن الموقف الذي كان يتبناه باشتراط الحصول على موافقة الأقارب في حالة سكوت الشخص المتوفي، ذلك أن انتظار معرفة موقفهم في الكثير من الأحيان، يحول دون نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء من الجثة. إذ أنه من الثابت طبيا، أن بعض الأعضاء والمطلوبة بكثرة

للزرع، يتم تلفها بعد وقت قصير جدا من الوفاة مثل القرنية والكلية. وهذا ما أدى بالمشرع الجزائري، أن يتراجع عن موقفه في تعديل 1990 ، حيث سمح في حالات استثنائية، باستئصال أعضاء الشخص المتوفي، دون الأخذ برأي الأقارب، وذلك بإضافة فقرتين جديدتين لنص المادة 164 حيث نصتا على ما يلي :

((....غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية دون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه ، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير من أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الإنتزاع إذا اقتضت الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون)).

نستنتج من هاتين الفقرتين، أن القانون قد سمح بانتزاع القرنية والكلية ، من جثث الأشخاص المتوفين دون الاعتداد بموافقتهم ولا بموافقة أقاربهم ، وذلك في حالتين :

ـ الحالة الأولى : تعذر الإتصال في الوقت المناسب باسرة المتوفي .

وهي الحالة التي يتوفى فيها الشخص بالمستشفى بعيدا عن أقاربه، وهنا يلتزم الفريق الطبي ببذل كل جهوده ، للإتصال بأقارب المتوفي، عبر كل السبل المتوفرة لأخذ موافقتهم بغرض استئصال كل من القرنية والكلية ، وإذا تعذر ذلك ، فبإمكان الفريق الطبي، مباشرة عملية الاستئصال. كما أن المادة اشترطت أن يكون التأخير من اجل الاستئصال ، يؤدي إلى عدم صلاحية العضو .

ورغم صراحة هذا النص في إجازة الاقتطاع بدون انتظار، عندما يتعلق الأمر باقتطاع القرنية والكلية، إلا أن بعض الأطباء الجزائريين المختصين في مجال نقل وزرع الأعضاء، لا يزالون يلاقون مشاكل عملية في هذا المجال. وقد رد بعضهم نقص عمليات نقل الأعضاء في الجزائر، إلى قانون حماية الصحة وترقيتها، الذي يعرقل كثيرا في نظرهم، إجراء عمليات نقل الأعضاء، بسبب الشروط القانونية المطلوبة، خاصة فيما يتعلق بالحصول على الموافقة. ففي هذا الإطار يرى الأستاذ "أيلام" وهو رئيس الجمعية الجزائرية لطب العيون، بضرورة تغيير قانون زرع الأعضاء الحالي، لأنه غير منسجم مع الواقع الطبي، الذي يفرض إجراء عملية الاقتطاع لغاية الزرع، في اقل وقت ممكن بعد وفاة الشخص. فزرع القرنية مثلا يجب أن يتم في خلال ستة(6) ساعات، بعد وفاة صاحبها، وإلا تعرضت للتلف. ومن ثم لا تكفي هذه المدة القصيرة من الوقت، للحصول على موافقة أهل المتوفي بخصوص الاقتطاع من الجثة.

ـ الحالة الثانية: حالة عدم وجود بديل لإنقاذ المريض سوى زرع الكلية أو القرنية

اشترط المشرع في هذه الحالة، معاينة اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون. وبهذا يكون المشرع الجزائري، قد أجاز الاستقطاع دون موافقة

أحد، بهدف تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في قصد العلاج، وإنقاذ حياة مريض تعذر الاتصال بأقاربه في الوقت المناسب، وهذا جائز فيما يتعلق بالكلية والقرنية فقط. ويكون بذلك قد خالف الاتجاه الذي آخذت به بعض التشريعات، التي تبنت مبدأ تأميم الجثث، المبني على مصلحة الجماعة ، والذي يقضي بجواز استئصال أعضاء الميت، دون الحاجة إلى استشارة أقاربه، في حالة عدم ممانعته لذلك أثناء حياته وعلى خلاف كذلك بعض التشريعات ، التي تبنت مبدأ القرينة المسبقة والتي بموجبها يخول الحق للطبيب بصفة عامة ومطلقة، نزع الأعضاء من جثة الميت، دون الأخذ بموافقته هو، ولا أقاربه، ما لم يثبت أن هذا الشخص، قد عبر عن رفضه ذلك قبل وفاته .

لذلك يقترح الأستاذ "ايلام" اعتماد القرينة المسبقة التي أخذ بها المشرع الفرنسي، بحث لا يمنع الطبيب من مباشرة الاقتطاع ، إلا إذا عبر المتوفي صراحة أثناء حياته، على رفضه المساس بجثته

2 . الشروط الواجب توافرها في مستقبل العضو :

وهي تتلخص فيما يلي :

ـ يمنع نقل أي عضو إلى مريض إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياته وسلامته البدنية ، حسب نص المادة 166 /1 من القانون رقم 85-05 . وهذا الوضع تقرره اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 1/167 من نفس القانون، فإذا كان بالإمكان علاج المريض بوسيلة أخرى، فيجب الاستعاضة عند النقل والزرع إلى الوسيلة الأخرى .

ـ يجب كأصل عام، إعلام المريض بعملية زرع العضو له، ويتم التعبير عن رضائه أمام رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها ، وبحضور شاهدين حسب نص المادة 1/166 ، وليس هناك ما يمنع أن يكون الشهود من داخل المصلحة الإستشفائية، أو من خارجها .

أما إذا كان المريض المستفيد، غير قادر على التعبير عن رضاه حسب نص القانون، يعبر عن ذلك أفراد أسرته، حسب ترتيب نص المادة 164 من قانون رقم 85-05 .

غير أن الإذن المطلوب، يجب أن يكون كتابيا، حسب ما هو منصوص عليه في المادة 2/166 من نفس القانون، ويراعى في ذلك الترتيب السابق الإشارة إليه.

أما إذا تعلق الأمر حسب ما جاء في نص المادة 3/166 من نفس القانون، بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، يمكن أن يعطي الموافقة، الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة.

أما إذا تعلق الأمر بالقصر، فتمنح الموافقة نيابة عنهم الأب وإذا تعذر الأمر الولي الشرعي، المادة 4/166 من نفس القانون.

من خلال تفحص هذه النصوص، نلاحظ أن المشرع الجزائري، وقع في خلل كبير، حيث استعمل مصطلحات بألفاظ مختلفة، لكنها تصب في نفس المعنى، وأعطاها آثارا مختلفة، وهذا لا يصح قانونا. فعدم القدرة على التعبير عن الرضا، يكون بسبب عدم التمتع بالأهلية القانونية ، إما بسبب السن، أو بسبب عارض من عوارض الأهلية ، كما أن القاصر هو الشخص الذي لا يتمتع بالأهلية الكاملة بسبب السن، فلا يبدو لنا أن المشرع، من خلال هذه العبارة ، حاول التفريق في من يمنح الإذن، بين عدم القدرة على التعبير عن الرضا، والذي هو نفسه عدم توافر الأهلية القانونية اللازمة، وبين من كان سنه هو السبب في ذلك. وحتى لو أراد المشرع ذلك ، من خلال عبارة القصر فإنه مرفوض من الناحية القانونية ، ذلك أن الاختلاف في سبب نقص الأهلية أو انعدامها، لا يؤدي إلى اختلاف الآثار بحسب كل سبب .والحاصل أن عدم القدرة عن التعبير عن الإرادة ، يكون حتما بسبب عدم توافر الأهلية القانونية ، فنحن نكون في النهاية أمام شيء واحد، كما أن القصر هم نوع من الأشخاص الذين ليس لهم الأهلية القانونية اللازمة لصحة التعبير عن الإرادة .

وعليه نرى بان على المشرع، لا يفرق بين هذه الحالات في منح الإذن، ويجب أن يمنحه من نفس الأشخاص، ونحبذ أن يكون حسب ترتيب نص المادة 164 السالفة الذكر .وبالإضافة إلى ذلك نص المشرع على أن الموافقة ، لا تتم سواء من المريض نفسه أو من غيره حسب الحال، بعد أن يعلم الطبيب المعالج ، المريض أو من له الحق في منح الإذن، بالأخطار الطبية التي تنجر عن عملية زرع العضو ، حسب ما جاء في المادة 4/166 ، ونرى بأن هذا أمر بديهي، حتى تصدر الموافقة عن إرادة نيرة .

وإذا كان الأصل هو الحصول المسبق عن رضا المريض، ومن ينوب عنه قانونا، فإن هذا الأصل أورد عليه المشرع عدة استثناءات نصت عليها المادة 5/166 من نفس القانون وهي :

ـ إذا اقتضت ظروف استثنائية عدم الحصول على الإذن، بأن يقتضي الأمر القيام بالعملية حالا ودون أي تأخير، إذا كان المريض مهدد بالوفاة.

ـ إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمريض، وكان أي تأخير من شانه أن يؤدي إلى وفاة المريض، ويجب تأكيد هذه الحالة من طرف الطبيب رئيس المصلحة، وبحضور شاهدين .

وخلاصة القول أن إجازة الاستقطاع من الجثة في القانون الجزائري، دون موافقة أحد، يستند إلى إذن القانون الذي راعى في هذا الشأن، تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في إنقاذ حياة المريض من خلال عملية زرع العضو. غير أن هذا الاستثناء يخص فقط، عمليات الزرع المتعلقة بالكلية والقرنية، والاستثناء لا يقاس عليه.

3 . الشروط المتعلقة بالأعضاء المراد استقطاعها وزرعها

جاء في المادة 2/163 من قانون حماية الصحة وترقيتها ما يلي: ((كما يمنع

انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المريض)).

يستفاد من نص هذه المادة أنه يجب أن تكون الأعضاء المراد زرعها صالحة، وليس فيها أي أمراض من شانها المساس بصحة وسلامة المريض. ويجب أيضا مراعاة ما تقضي به الشريعة الإسلامية في هذا الشأن، باعتبارها مصدرا للقانون الجزائري ، حسب نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري، وطبقا لذلك يمنع زرع الأعضاء التناسلية، التي من شأنها أن تنقل الخصائص الوراثية ، من شخص لآخر لأن ذلك يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وهذا أمرا محرما شرعا .

4 : الشروط المتعلقة بالجهة الإستشفائية التي تم فيها نقل الأعضاء

لا يمكن أن تقوم بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، أي مؤسسة إستشفائية عامة ، إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق من الوزير المكلف بالصحة طبقا لنص المادة 1/167 من القانون رقم 85-05 .

ويجب أن تنشأ في كل هيئة استشفائية، مرخص لها بالقيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء، لجنة طبية يكون لها الحق في تقرير ضرورة نقل الأعضاء، كما يكون لها الحق في الإذن بإجراء العمليات ، طبقا لنص المادة 2/167 من نفس القانون .

الخاتمة

أثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الموتى ، جدلا فقهيا على المستوى الفقهي، والقانوني، والطبي، الأمر الذي اقتضى منا التعرض لهذا الجدل. وخلصنا منه إلى وجود اتجاهين لدى علماء الفقه الإسلامي، أحدهما يرى التحريم المطلق، والآخر يرى الإباحة بضوابط معينة. ولقد أجمع كل من رجال الفقه والطب والقانون على أنه، من ضوابط الاستقطاع من الجثة، لا بد من التحقق من الموت من ناحية أولى، وذلك على أساس أربعة معايير، الأول، وهو المعيار التقليدي، وهو موت القلب وتوقف التنفس والدورة الدموية، والثاني حديث وهو موت الدماغ (جذع الدماغ)، والثالث هو الموت الجسدي، والرابع وهو، الموت الخلوي. إلا أن هذه المعايير لم تلق صدى واسعا لدى هؤلاء. وعليه يجب توقف جميع الأجهزة عن العمل ، توقفا لا رجعة فيه، حتى يمكن القول أننا بصدد الموت الحقيقي. كما أن عملية استقطاع الأعضاء من الأموات، تمكننا من خلالها التعرف على كيفية التصرف في الجثة. فوجدنا أن الفقه الإسلامي، نظم ما يعرف بالوصية من الميت أثناء حياته، بعضو أو جزء من جسده، فإن لم يوص بذلك، ينتقل الإذن لأقاربه، وإذا ثبت عدم رغبته في ذلك ، وجب احترام هذه الإرادة، وعدم الاعتداد بأي إرادة أخرى. أما بخصوص استئصال الأعضاء البشرية من الموتى في التشريع الجزائري، والتي تضمنها القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، نستنتج أن المشرع الجزائري ، يكون قد أخذ موقفا وسطا في الموازنة بين حرمة الجثة ، وعدم المساس بها ، وبين

المصلحة العامة التي تقتضي، تحرير عمليات نقل وزع الأعضاء من مختلف القيود ، ويتجلى هذا الموقف الوسط في إجازة استقطاع الأعضاء من الجثث، لكن بشرط الحصول على الموافقة المسبقة للشخص قبل وفاته، أو ممانعته لذلك وفي حالة السكوت نجد أن المشرع الجزائري يمنع المساس بالجثة ، إلا بالحصول على موافقة الأقارب، كما قد يسمح المشرع الجزائري، بالاستقطاع من المتوفين في حالات استثنائية، وذلك في حالة انتزاع القرنية والكلية، إذا تعذر الاتصال بأسرة المتوفي ، في الوقت المناسب. وبذلك يكون قد خالف بعض التشريعات، التي أجازت الاستئصال من الجثث في مثل هذه الحالة، دون الرجوع لموافقة الأقارب، متبنية في ذلك قرينة الموافقة (الموافقة الضمنية) للشخص الميت، في حالة عدم ممانعته، وكذا التشريعات التي أخذت بمبدأ تأميم الجثة. ونرى بذلك أن المشرع الجزائري قد وفق في هذا إلى حد بعيد، ذلك أن موقفه يعكس تركيبة المجتمع الجزائري، الذي لم ينفتح بعد لقبول مبدأ التأميم، أو قرينة الموافقة، وإن كان ذلك تحقيقا للمصلحة العامة . وهذا ما يجعلنا ننبه إلى ضرورة إصدار تشريع جزائري مستقل، ودقيق بعنوان نقل وزرع الأعضاء البشرية ، يحدد ويحرم الممارسات اللاإنسانية التي تتم في هذا الإطار، كما يساعد على تنظيم عمليات النقل والزرع الضرورية، من الأحياء إلى الأحياء، ومن جثث الموتى إلى الأحياء، بموافقة صريحة لا لبس فيها ولا غموض .كما أن توفر الإمكانيات المادية والبشرية، لا تكفي وحدها لإنجاح عملية نقل وزرع الأعضاء في الجزائر، وإنما لا بد من تهيئة الأرضية المناسبة لذلك، من خلال ضرورة مسايرة المشرع الجزائري التطورات العالمية الحاصلة في هذا الميدان، والالتحاق بالركب الحضاري والاستفادة مما وصلت إليه الدول الأخرى، عربية وأوروبية كانت، وإعمال التشريعات المقارنة بما يوافق الشريعة الإسلامية وتقاليد المجتمع .

الهوامش

1 ـ د/ محمود أحمد طه ، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة ، مركز الدراسات والبحوث ، الرياض ، 2001 ، ص 134 .

2 ـ رواب جمال وطحطاح علال ، مداخلة بعنوان " نقل الأعضاء من الأموات الى الأحياء بين الشريعة والقانون ، الملتقى الوطني الثاني حول نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشريعة ، المركز الجامعي خميس مليانة ، معهد الحقوق والعلو م الإدارية ، أيام : 21 , 22 , 23 ، الجزء الأول ، 2009 ، ص137 .

3 ـ د/ محمود أحمد طه ، المرجع السابق ، ص 147 .

4 ـ سورة المائدة ، الآية رقم 32 .

5- د/ عبد السلام عبد الرحيم السكري ، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي ، دراسة مقارنة ، دار المنار ، الطبعة الأولى ، 1988 ، ص 136 .

6 ـ سورة البقرة ، الآية 195 .

7 ـ سورة النساء ، الآية رقم 29 .

8 ـ سورة النساء ، الآية رقم 119 .

9 ـ سورة الإسراء ، الآية رقم 70 .

10 ـ د/ عبد السلام عبد الرحيم السكري ، المرجع السابق ، ص ، 107 و108.

11 ـ مغنى المحتاج على متن منهاج الطالبين ، للإمام النووي (شرح الخطيب الشربيني) ، دار الفكر ، ج 1 /190 .

12 ـ نقلا عن فتاوي الشيخ احمد حماني 450/2 .

13- د/ بلحاج العربي ، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2007 ، ص7 .

14 ـ د/ محمود أحمد طه ، نفس المرجع ، ص ، 32 .

15 ـ د/ ماروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول الكتاب الأول ، دار هومة ، الجزائر ن 2003 ، ص 316 .

16 ـ د/ أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 99.

17 ـ د/ أسامة السيد عبد السميع ، نفس المرجع ، ص 100 .

19 ـ د/ محمد محمد أحمد سويلم ، أحكام زراعة الكبد في القانون المدني والفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة ـ منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 447 .

20 ـ العلامة منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي الحنبلي ، الروض المربع بشرح زاد المستنفع ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بدون تاريخ ، الطبعة الأولى 1994 ، دار الحديث بتحقيق عماد عامر .

21 ـ الفتاوى الإسلامية الصادرة من دار الإفتاء المصرية ، الفتوى رقم 1323 ، المجلد العاشر ، الطبعة 1983 ، القاهرة ، ص 3702 .

22 ـ بالنظر الى كتب الفقه ، نجد أن بعض الفقهاء لم يفرقوا بين الإيصاء والوصية ، حيث أنهم أوردوا تعريفات جامعة تشمل الوصية والإيصاء معا . وفي حاشية الدسوقي ، على الشرح الكبير ج3 ، ص 370 ، ما يفيد أن الإيصاء عقد بموجب نيابة عن العاقد بعد الموت ، والإيصاء والوصية عندهم بمعنى واحد ، وورد في نهاية المحتاج ، ج6 ، ص 39 ،" الإيصاء يعم الوصية ، والوصايا لغة والتفرقة بينهم من اصطلاح الفقهاء ، وهي تخصيص الوصية بالتبرع المضاف الى ما بعد الموت ، والوصاية بالعهد الى من يقوم على من بعده "..

23 ـ وهذا هو جمهور العلماء ، بناء على أن المنافع يصح تمليكها ، بعقد المعاوضة ، فتصح الوصية بها ، كالأعيان ، ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال .

24 ـ د/ جاد الحق علي جاد الحق، الفقه الإسلامي ومرونته وتطوره ، إصدار مجمع البحوث الإسلامية ، ط ، 1989 ، ص ، 248 .ود/ محمد نعيم ياسين ، التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية ، مجلة الحقوق ، العدد، 03 ، ص 212 .

25 ـ نوي عبد النور وتواتي نور الدين ، مداخلة بعنوان " مدى الاعتداد بإرادة الميت في انتزاع الأعضاء من الجثة " الملتقى الوطني الثاني حول " نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشريعة " ، المرجع السابق ، ص ، 100 .

26 ـ وقد نص مجلس مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) في 24 و26 جويلية 2006 ، قرار رقم 17/10/161 بشان الضوابط الشرعة للبحوث البيولوجية على الإنسان :

" وعليه يلزم احترام استقلالية الشخص الكامل الأهلية المتطوع لإجراء البحوث الطبية وتمكينه من الاختيار الشخصي واتخاذ القرار المناسب له ، برضاه التام وإرادته الحرة دون شائبة أو إكراه أو خديعة أو استغلال لما هو مقرر شرعا ، من أن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه .

27 ـ الشيخ جاد الحق علي جاد الحق ، الفقه الإسلامي ومرونته ، المرجع السابق ، ص 24 .

28 ـ د/ رياض الخاني، المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف في أعضاء الجسم البشري ، المجلة الجنائية القومية المصرية ، العدد الأول، المجلد الرابع عشر، 1971 ص 22 .