حكم الوصية بالتصرف في الأعضاء البشرية

خواثرة سامية

كلية الحقوق بودواو جامعة بومرداس

ملخص

يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة الإنسان أو علاجه أن يستفيد من عضو من جسم إنسان آخر سواء حيا كان أو ميتا، وقد تكون المسألة معقدة في كلتا الحالتين إلا أن الاقتطاع من متوفى يظهر أنه الأكثر تعقيدا، لان التعبير حال الحياة يكون من الشخص نفسه أما المتوفى فاختلفت الآراء حول طبيعة التصرف واتجهت إلى الوصية، التي أجازها بعض من فقهاء الشريعة الإسلامية لما فيها حفظ لحياة شخص حي محتاج للعضو، غير أن البعض الآخر رفض ذلك بحكم عدم تملك الإنسان لجسده حيا فكيف يتصرف فيه وهو ميت، وقدم كل من الرأيين حججه وأسانيده المقنعة. وسايرت معظم التشريعات العربية الرأي الفقهي الذي يجيز الانتزاع من جثة المتوفى وعبرت عنه بالوصية في مجال نقل وزرع الأعضاء، وسنت مجموعة من الشروط نلخصها في حالة الضرورة وتحقق واقعة الموت، بالإضافة للشروط العامة والمتمثلة في موافقة الموصي السابقة على الوفاة والتي تشترط بدورها البلوغ والعقل، فلا تصح الوصية إلا إذا صدرت من شخص بالغ عاقل مدرك لتصرفاته، بمعنى أن يكون ذا أهلية كاملة، كما أن بعض التشريعات تجيز للولي الايصاء بجثة القاصر، شرط أن لا يكون كلا من كامل الأهلية والقاصر قد عبرا سلفا عن رفضهما الاستقطاع من جثثهما بعد الوفاة، كما يجب أن تصدر عن إرادة حرة غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة، كالإكراه مثلا أو الضغوط سواء كانت مادية أو ضغوط أدبية. وقد اختلفت التشريعات الوضعية في شكل التعبير عن إرادة المتوفى، فهناك من اشترط إفراغ هذا التعبير في شكل رسمي أمام الموثق بحضور شاهدين وبصورة علنية وتشهر لدى مصلحة الشهر، ومنها من اكتفى بوثيقة عادية بصورة سرية مغلقة وتحمل ختم الموصي وتسلم للموثق أو الكتابة العرفية التي تتم بخط اليد ويتم توقيعها من طرف الموصي،أو بمجرد التعبير الشفهي أمام شاهدين، ومنهم من أوجد وسيلة سريعة وعملية لهذا النوع من التصرف، فظهر ما يسمى بطاقات التبرع وهي الوثيقة الاثباتية للإرادة المسبقة للشخص المتوفى سواء بقبول أو رفض الاستئصال من جثته. وبالنسبة للمشرع الجزائري لم يطلق على التصرف بالأعضاء البشرية بعد الوفاة بالوصية وإنما أطلق عليه بالقبول وذلك من خلال تسجيل الشخص نفسه في القائمة الوطنية المحددة لهذا الغرض، كما أنه إذا عبر

الشخص عن رفضه لانتزاع أعضائه تحترم إرادته ولا يجور المساس بجثته، أما في حال تعذر عليه إصدار القبول حال حياته تنتقل الموافقة للأسرة حسب الترتيب الذي نص عليه في المادة 164 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، واستثنى من الموافقة الانتزاع المتعلق بالقرنية والكلية إذا تعذر الحصول على موافقة الأسرة أو الممثلين الشرعيين. كما اشترط المشرع الجزائري إلى جانب ذلك تحقق واقعة الوفاة مثبتة من لجنة طبية مختصة وحالة الضرورة العلاجية أو التشخيصية للانتزاع، وهذا يؤكد على حرصه على عدم العبث بجثة المتوفى، لأن جسد الإنسان مقدس وله حرمته وكرامته التي يتمتع بها في حياته وتظل حتى بعد وفاته، لأن الله سبحانه تعالى هو من أحسن تقويمه، ونتيجة ذلك لا يجوز المساس بها، وأكثر من ذلك العمل على سلامتها، بكل الطرق والأساليب ولعل القانون هو خير وسيلة تضمن ذلك فعلى المشرع مراجعة نصوصه التشريعية من أجل تحقيق ذلك.

الكلمات المفتاحية : الوصية، انتزاع الأعضاء البشرية، شروط الانتزاع،

مقدمة:

يرتبط مصطلح الوصية بأنها تمليك مضاف إلى بعد الموت من جهة وعمل تبرعي من جهة أخرى ، وهذا ما جعلها أداة من أدوات التضامن والتكافل بين أفراد المجتمع، ولعل هذا ما جعل إمكانية ربطها بموضوع التضامن الإنساني الذي يهدف إلى إنقاذ حياة الناس الذين يتهددهم شبح الموت، وهو ما يسمى اليوم بالوصية بالتصرف بأعضاء المتوفى قبل وفاته .

غير أن الوصية التي ترد على جسم الإنسان مسألة معقدة، لان الجسد لا يقوم بمال ولا يجوز التصرف فيه كالأشياء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان هذا الجسد كرمه الله وأحسن تقومه ونتيجة لوفاته دفنه لأن إكرام الميت دفنه.

وتطرقنا لهذا الموضوع لأنه لا توجد نصوص شرعية تبيح هذا العمل أو تحرمه صراحة، لذا كان لزاما علينا الرجوع للفقه الشرعي من جهة والنص القانوني من جهة أخرى، لنصل في الأخير إلى الإجابة عن إشكالية هذا الموضوع وهي: ما مدى جواز الوصية بالتصرف في جثة المتوفى؟ وما هي شروط صحتها ؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من التصرف بالأعضاء بعد الوفاة.

وللإجابة على هذه التساؤلات بحثنا في الآراء الفقهية للشريعة الإسلامية والتي كانت منقسمة إلى رأيين أحدهما يجيز فكرة التوصية بالتصرف في الجثة، والآخر يحظرها وكلاهما يبرر موقفه بحجج من القران الكريم والسنة النبوية الشريفة، كما تطرقنا في هذه الورقة لموقف المشرع الجزائري حول تنظيمه لمسالة نقل وزرع الأعضاء البشرية من

متوفى، خاصة من حيث كيفية التعبير عن هذا التصرف وكذا الشكلية التي يصدر بها، ومدى إمكانية العدول عن هذا التصرف قبل الوفاة ، وذلك من خلال محورين أساسيين :

المحور الأول: موقف الفقه الإسلامي من الوصية بالتصرف في أعضاء المتوفى

المحور الثاني: موقف المشرع الجزائري من التصرف بأعضاء المتوفى

ونختم البحث ببعض النتائج والتوصيات التي نراها تخدم الموضوع.

المحور الأول: موقف الفقه الإسلامي من الوصية بالتصرف في أعضاء المتوفى

قبل التطرق إلى الآراء المتضاربة حول فكرة الوصية بالتصرف في الأعضاء البشرية بعد الوفاة، يجب البحث أولا فيما تعنيه كلمة الوصية حتى يتسنى لنا معرفة مدى جواز مثل هذا التصرف إذا كان محله جسد متوفى.

أولا: تعريف الوصية

الوصية لغة هي من وصيت الشيء أوصيته إذا وصلته ويقال ارض واصية أي متصلة النبات، وسميت وصية لان الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته،[1] والوصية – بشكل عام- هي تعبير من جانب المتوفى عن إرادته الصريحة ورغبته في منح شيء لشخص أو أشخاص، والوصية تكون مضافة لما بعد الوفاة، وهي من التصرفات المنفردة التي تنشأ بالإرادة المنفردة للموصي حيث ينشا على نفسه التزام بأداء معين بعد الوفاة[2].

وتعني اصطلاحا كذلك تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع[3]، وتستعمل بعض القوانين لفظ الوصية بشان التبرع بجزء من الجثة أو بالجثة بأكملها بعد الوفاة وقد أثير التساؤل حول مدى صحة هذا التعبير،لان الوصية ترد على الأموال فقط، وبالتالي لا تصلح أن تكون الأعضاء البشرية محلا للوصية لأنه لا يمكن اعتبارها مالا، لذا نجد البعض استعمل لفظ التنازل باعتباره أدق من لفظ الوصية.

ثانيا: اختلاف الآراء حول الوصية بالتصرف في الأعضاء البشرية

ا/ موقف الرافضين : لدينا سببين للرفض، فالسبب الأول يرجع لاعتبار الموصي ليس مالكا لما يوصي به، وحجتهم في ذلك انه مادام الإنسان لا يملك جسده وهو حي فكيف له التصرف فيه بعد الموت، لان الله

---

[1]– خالد مصطفى فهمي:النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية–في ضوء القانون 5 لسنة 2010– دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص417، عن لسان العرب لابن منظور، الجزء 15.

[2]– المرجع نفسه، ص417.

[3]– محمد خضر قادر: دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية ، دراسة فقهية مقارنة ، دار اليازوري، الأردن،2010، ص323.

– وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 184 من قانون الأسرة.

سبحانه وتعالى من يملك الجسد، ودليلهم في ذلك الحديث النبوي الشريف((كسر عظم الميت ككسره حيا))[4]، وقد ذهب العديد من العلماء المسلمين وحتى الحديثين منهم[5] إلى أن الإسلام يمنع التنازل عن أي عضو من أعضاء الجسم لا في حياته ولا حتى بعد مماته، لان الإنسان لا يملك بعضا أو كل جسده فكله لله تعالى.

وأما السبب الثاني هو على اعتبار أن الوصية ترد على الأموال التي تصلح أن تكون محلا للتبرع والتنازل أما جسم الإنسان ليس من الأموال فلا يصح أن يكون محلا للوصية، وفي هذا مخالفة صريحة لشروط الوصية وهي أن يكون الموصى به مالا متقوما[6] .

ب/ موقف الموافقين: يرى أصحاب هذا الرأي انه لا يوجد ما يحرم استئصال عضو من متوفى بغرض زرعها لآخر حي، إذا توفرت الموافقة السابقة من طرف المتوفى، أو موافقة أصحاب الحق، طالما أن الغاية منها إنقاذ مريض آخر من الهلاك، وتكون بذلك الوصية معتبرة شرعا إذا إذن بها ونفذت بعد موت الموصي، واعتبرها البعض صدقة جارية بعد موت صاحبها، فيمكن لمتوفى أن يحقق حياة مريض من خلال تبرعه بأعضائه، والسند في ذلك قوله تعالى((ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً))[7] ، كما استند هذا الرأي المؤيد لجواز الوصية من المتوفى حال حياته، إلى التعريف اللغوي للوصية بأنها" العهد إلى الغير في القيام بفعل شيء حال حياة الموصي أو بعد وفاته"، وقد وضعوا شروطا هي: أن تكون الوصية بالأعضاء صادرة عن إنسان بالغ، عاقل، مختار، رشيد مدرك، وعن وعي تام بما هو مقدم عليه، وبالتالي لا يعتد بالإذن الصادر من المكره أو المجنون ومن في حكمهما فيلزم موافقة الولي على النفس، ويرى البعض جواز ايصاء الصبي المميز بأعضائه بعد وفاته وذلك لعدم لحق الضرر به، ولترجيح مصلحة الحي على الميت.

ويرى الفقه المعاصر إجازة الانتفاع بجسد الميت في التداوي أو الانتفاع في حالة ما إذا توافرت شروط الضرورة دون حاجة للحصول على إذن الميت بكونه لا يملك أعضاءه، وذلك لان مصلحة الحي مقدمة على مصلحة الميت، ولان الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

---

[4]. رواه أبو داود(3207)

[5]– وهو ما ذهب إليه فضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي في كتابه: الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو بيعها، مجلة اللواء الإسلامي،العدد 226، جمادى الثانية 1408هـ.

[6]– الكاساني: بدائع الصنائع، الجزء الأول، ص4886.

[7]– سورة المائدة الآية رقم 32، من القران الكريم

أما الرأي الراجح في الفقه انه إذا أوصى المتوفى قبل وفاته بجثته أو بجزء منها فانه لا شبهة في ذلك لأنه صاحب الحق في التصرف بها ، وإذا لم يعدل في حياته عن ذلك تنفذ الوصية دون التقيد بالاعتبارات الفقهية التي ترى انه ممنوع من التصرف فيها لان الحكم المطلق لا يجوز تخصيصه أو تقييده بدون نص مخصوص، وليس هناك نص يمنع التداوي بأجزاء الميت.

ثالثا: شروط صحة الوصية في مجال نقل وزرع الأعضاء:

قبل التطرق إلى شروط صحة الوصية بالأعضاء البشرية يجب الإشارة إلى أن هناك شرطين أساسيين لابد من توفرهما وهما شرط تحقق الوفاة بكل الطرق العلمية المتعارف عليها(يشهد الوفاة طبيب يثبت حدوثها)، والشرط الثاني يتمثل في ثبوت حالة الضرورة التي تقتضي إنقاذ حياة إنسان آخر أو علاجه.

وحدد فقهاء الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية[8] التي تجيز الوصية بالتصرف في الأعضاء البشرية توافر بعض الشروط التي من شأنها أن تجعل الوصية سارية في مجال نقل وزرع الأعضاء وهي:

أ/ توافر الأهلية لدى الموصي: من أهم شروط الوصية في الشريعة الإسلامية هو أن يكون الموصي أهلا للتبرع، وعليه فانه متى كان الشخص بالغا عاقلا توافرت لديه أهلية الإيصاء فيمكنه أن يتصرف في جثته وفي أمواله، وعلى الرغم من أن الجثة لا تدخل في دائرة التعامل إلا أن الشخص وهو سيد نفسه فهو المالك الحقيقي لجثته عند مماته، أما من لم تتوافر لديه تلك الأهلية كالمجنون أو الصبي فلا يعتد بالوصية الصادرة منه.

***حكم الوصية الصادرة من قاصر أو عديم الأهلية:** يشار في البداية إلى أن القاصر وعديم الأهلية ليس لديه الأهلية التي تمكنه من منح الآخرين حق على جثته فهو في نظر القانون لم تكتمل أهليته، ومن ثم فقد حظرت عليه المعاملات المالية على ماله الخاص، ومن ثم فبديهيا انه لا يملك التصرف أيضا في جسده حال حياته باستقطاع جزء منه للأخريين.

ويثار تساؤل حول إمكانية الإيصاء بجثة القاصر سواء من القاصر أو من وليه؟، بصفة عامة فان الوصية تكون ممن هو مؤهل لها قانونا، والفقهاء جميعا متفقون على أنه يشترط في الموصي لتكون وصيته صحيحة ونافذة أن يكون عاقلا ومميزا ، فإذا انعدم العقل و التمييز فلا وصية له، وعلى هذا فلا تصح وصية المجنون ومن في حكمه[9]

---

[8]– بعض التشريعات العربية التي تأخذ بالوصية للتصرف في أعضاء متوفى ما يلي: القانون المصري(المادة 8 من القانون رقم 5 لسنة 2010، القانون الكويتي في نص المادة 5 من المرسوم الخاص بقانون عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (رقم 7 لسنة 1983)
والقانون القطري في نص المادة 2 من القانون القطري رقم 21 لسنة 1997، القانون اللبناني نص المادة 2 من المرسوم رقم 109 لسنة 1983، القانون السوري نص المادة 3 من القانون السوري المتعلق بتنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية.

[9]– حمدي باشا عمر: عقود التبرعات– الهبة، الوصية، الوقف–، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص 48.

ب/ توفر الرضا: يجب أن يكون رضاء الموصي موجود وغير معيب وصريح قبل وفاته، فلا يعتد بالرضاء الصادر منه إذا تعرض لأي إكراه أو ضغط أيا كان نوعه كالوعد بمبلغ من النقود أو الحصول على ميزة معينة مقابل التنازل عن احد أعضائه بعد موته، فان الوصية الواقعة قبل الوفاة يجب أن تكون بناء على رضاء حر وصريح من جانب الموصي دون وقوع إكراه عليه فالوصية في حالة نقل وزرع الأعضاء تعني إعطاء الإذن للطبيب باستئصال أي عضو من أعضائه أو التصرف في جثته للآخرين.

كما يرى البعض أن حق الإنسان يظل قائما وثابتا طوال حياته بحيث ينقضي بوفاته، ولكن مراعاة الكرامة الإنسانية الواجبة للجسم حال حياته، وفي حالة الموت على السواء تجوز الخروج على هذا الأصل بإعطاء الشخص الحق في تحديد مصير جثته بعد موته بشرط ألا يخالف هذا التحديد أحكام القوانين واللوائح المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة ففي هذه الحدود يملك الشخص أن يوصي بجثته أو بجزء منها أو يوصي بنقل عضو من أعضائه بعد وفاته، ويمكنه العدول عن رضائه المسبق بالوصية بنزع أعضائه.

وأثيرت مسألة عدم تعبير المتوفى عن إرادته بالتبرع بأعضائه أثناء حياته فهل يجوز لورثته التصرف بأعضاء المتوفى أم لا؟ وقد اختلفت الآراء الفقهية حول ذلك فقد أجاز البعض الموافقة اللاحقة للورثة غير أنهم أعطوا هذا الحق للأقارب الذين تربطهم صلة دم فقط بالمتوفى على اعتباره من الحقوق المعنوية التي تربط جميع أفراد الأسرة[10]، وبالنسبة للبعض الآخر الذي رفض موافقة الورثة فكانت حجته انه إذا لم تصدر الوصية من صاحب الحق، فلا حق للورثة التصرف بالموافقة وهذا ما يتماشى مع أحكام الوصية، لأنه إذا لم توجد وصية قبول سابق من المتوفى على أي أساس تأتي موافقة الورثة، خاصة إذا رفض المتوفى التصرف بأعضائه بعد وفاته.

3- عدم مخالفة الوصية لأحكام الشريعة والقانون: يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع، ومتى تم إقرار التبرع بعد الوفاة بأجزاء الجسد فيحق للمعطي أن يأذن بأعضائه بشرط أن يتوافق ذلك مع ما نص عليه المشرع في قانون زرع الأعضاء البشرية.

ومقتضيات النظام العام تستلزم عادة صدور قواعد آمرة لحمايتها، وان من مقتضيات النظام العام الصحي إتاحة الوسائل اللازمة لتحقيق التقدم الطبي الذي يستهدف تحقيق المصلحة الطبية العليا والمؤكدة، وأضاف هذا الرأي أن من تلك المقتضيات أن نوفر للأطباء قطع الغيار اللازمة لعمليات الزرع، ولا يمكن ذلك إلا عن طريق إباحة التصرف وليس الإلزام بالتصرف في بعض أجزاء الجسم، وعبارة التضامن الإنساني أو المصلحة الإنسانية المؤكدة

[10]- Briemont.G ; Les problèmes juridiques poses par les prélèvement d'organes sur le cadavre ; jr. ; 1971 ; p146.

هي عبرات تعني في الواقع مقتضيات النظام العام الصحي[11]، كما يجب ألا تكون متوقفة على شرط يخالف الشريعة أو مبنيا على سبب غير مشروع:

رابعا: الشكل الذي ترد فيه الوصية وصيغتها

وتعبر الوصية التي يحررها المتوفى عن إرادة حقيقية وصريحة للمتوفى في الأمر الذي وصي به، والوصية في مجال استقطاع الأعضاء البشرية من الجسد هو تعبير سابق عن إرادة المتوفى الصريحة بإعطاء الإذن بالاستئصال أعضاء من جسده بعد وفاته للأغراض التي يحددها في وصيته، وتسري على هذه الوصية أحكام الشريعة الإسلامية خاصة في صيغتها، والوصية في مجال استقطاع الأعضاء البشرية من الجسد هو تعبير سابق عن إرادة المتوفى الصريحة بإعطاء الإذن بالاستئصال أعضاء من جسده بعد وفاته للأغراض التي يحددها في وصيته.

خامسا: العدول عن الوصية

لقد أجمع كل الفقهاء على أن تبطل الوصية برجوع الموصي عنها في حياته لان الوصية كما ذكرنا سابقا عقد غير ملزم للموصي حال حياته ، ومن ثم كان له حق الرجوع عنها في أي وقت شاء، وذلك لان الذي وجد في حياة الموصي إنما هو الإيجاب فقط والأصل في التصرفات الشرعية أنها تصبح ملزمة إذا ارتبط الإيجاب بالقبول، وعقد الوصية لا يأتي فيه هذا الارتباط في حال الحياة لان القبول لا يتحقق إلا بعد وفاة الموصي ولان من حكمه تشريع الوصية أن يتدارك بها الإنسان ما فاته من عمل المعروف.

المحور الثاني: موقف المشرع الجزائري من التصرف بأعضاء المتوفى

ربط المشرع الجزائري عملية انتزاع الأعضاء والأنسجة من الأشخاص المتوفين بتوفر عنصرين مهمين قبل إجرائها، فالأول هو إلزامية التأكد من واقعة الوفاة وذلك عن طريق الإثبات الطبي والشرعي من قبل اللجنة الطبية المكونة من طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصتهم الاثباتية في سجل خاص وهذا طبقا لما جاء في نص المادة167، ولا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع طبقا لنص الفقرة الثالثة من المادة 165، أما العنصر الثاني فهو ثبوت حالة الضرورة التي تستدعي الانتزاع والنقل والمتمثلة في الأغراض العلاجية أو التشخيصية وهو ما نصت عليه المادة161من القانون90-17المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم للقانون85-05 ولفهم طبيعة التصرف الوارد على الأعضاء البشرية بعد وفاة صاحبها وفقا للمشرع الجزائري سنبحث الموضوع من عدة نقاط أهمّها:

[11]- حسام الدين كامل الأهواني: المشاكل التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول السنة 17، 1975، ص3.

أولا: من حيث تسمية التصرف

لقد نصت القوانين الوضعية على جواز الوصية بالأعضاء البشرية، وتم استخدام لفظ الوصية في معظم التشريعات القانونية، واعتبرت أن الجسد من الأشياء التي يمكن الوصية بها مع التسليم المطلق بان جسد الآدمي لا يقوم بمال ولا يدخل ضمن دائرة التعامل المالي، كما أن بعض التشريعات استبعدت مصطلح الوصية لان استعمال هذه العبارة تعبيرا غير دقيق لان الوصية ترد على مال، والتصرف في الجثة ليس مالا ولا حقا ماليا، لهذا اكتفت بمصطلح التنازل أو الموافقة قبل الوفاة أو القبول أثناء الحياة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد استعمل مصطلحين مختلفين باختلاف النص المنظم لعملية انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها، حيث استعمل مصطلح –قبول المتوفى أثناء حياته– في القانون رقم 90-17 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها في نص المادة الأولى منه والتي تعدل المادة 164 من القانون 85-05 المتعلق بالصحة وترقيتها والتي استعمل فيها المشرع مصطلح –الموافقة الكتابية للشخص المعني– .

ثانيا: من حيث الأهلية

أجمعت أغلبية التشريعات العربية على ضرورة أن يكون الموصي كامل الأهلية[12]،لأن الشخص متى كان بالغا عاقلا يستطيع أن يعبر عن إرادته وهو على قيد الحياة بالترخيص بالاستفادة من جثته أو أعضاء منها لأغراض علاجية أو علمية، فمتى توافرت لدى الشخص أهلية التصرف يمكنه أن يتصرف في جثته كما يتصرف في أمواله، أما من لم يتوافر لديه أهلية التصرف كالمجنون أو الصبي فلا يعتد بالقبول الصادر منه، ولا حتى بالرفض.

وفي حالة ما إذا عبر القاصر وهو على قيد الحياة عن قبوله للتبرع بأعضائه فانه لا يعتد بهذا القبول بصرف النظر عن رأي ممثله القانوني، وعدم اعتراض القاصر لا يعني افتراض قبوله، لان القاصر لم يكن قادرا في حياته على إصدار رضا يعتد به للتنازل عن أعضائه فانه لا يمكنه ذلك بعد مماته، ويخضع الشخص البالغ الخاضع لإجراءات الحماية القانونية لنفس الإجراءات المطبقة على القصر.

منع المشرع الجزائري منعا باتا انتزاع الأعضاء من القصر وفاقدي التمييز لعته أو جنون والذي عبر عنهم بالراشدين المحرومين من قدرة التمييز وهذا بالنسبة للقصر الأحياء ويستفاد ذلك من الفقرة الأخيرة لنص المادة 163 القانون 85-05 والذي لم يتم تعديله بالقانون90 -17[13] "....من طبيعتها أن تضر **بصحة المتبرع** أو المستقبل..."

---

[12]– نصت المادة الأولى من القانون 90-17 المعدلة لنص المادة 164 قانون 85-05:..يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك..."، متى كان المتبرع راشدا فقبوله للتبرع بأعضائه بعد الوفاة صحيحا.

[13]–نص المادة 163: "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز...."

وبذلك فالمشرع الجزائري لم يتناول حالة الانتزاع من جثة القاصر، ونحن ننتقد هذا الوضع ونطالب بضرورة التمييز بين استئصال الأعضاء لقصر وهم على قيد الحياة وبين استئصالها وهم متوفين، لان في حالة كانوا أحياء فلا يثار أي إشكال لأن المشرع الجزائري منع وحظر الانتزاع والنقل من القصر ومن في حكمهم حال حياتهم، بينما لم يشر إلى ذلك في حالة وفاتهم فهل أراد تطبيق نفس الحكم أي لا انتزاع لأعضاء وأنسجة من القصر ومن في حكمهم بعد وفاتهم؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن أن يفهم من نص المادة أن القصر في حالة وفاتهم مع انعدام اعتراض أسرتهم يعتبر قبولا بالتنازل عن جثثهم أو أجزاء منها، أي انه لا يوجد ما يعيق الانتزاع من القصر المتوفين.

كما نتساءل هل يمكن اشتراط الموافقة الكتابية بالرفض بالنسبة للقصر، فهل ينبغي الحصول على رفض القاصر أثناء حياته لكي لا يتم استئصال الأعضاء من جثته، وحتى وان سلمنا بذلك فالأخذ برفضه غير مقبول لأنه لا يعتد بتصرف القاصر، لهذا يجب على المشرع الجزائري سد مثل هذه الثغرات القانونية، ويخضع الاقتطاع الذي يتم من جثة قاصر أو عديم الأهلية (البالغ المستفيد من احد إجراءات الحماية القانونية) من اجل الزرع لموافقة أسرة القاصر قبل القيام بأي استئصال لأعضائه أو من وليه الشرعي إن لم تكن له أسرة[14].

ثالثا: من حيث شكل التصرف

تتطلب التشريعات المختلفة وجود شكل للتعبير عن إرادة المتوفى بشان التصرف في جثته أو جزء منها، وقد تتخذ هذه الشكلية صورة إقرار كتابي أو وصية، أو في صورة أي ورقة رسمية يتحقق منها القاضي في حالة حدوث نزاع أمام القضاء وهكذا تؤمن الوصية الوضع القانوني للجهة الطبية التي تقوم بعملية الاستئصال، وبشرط أن يكون في المستشفيات أو المنشآت الطبية المحددة بقرار وزير الصحة[15].

ومن أشكال التعبير عن الإرادة أيضا وجود بطاقة خاصة للتبرع بالأعضاء يحملها كل شخص معه بصفة دائمة مثل بطاقة التبرع بالدم.. ، أما المشرع الجزائري فقد كان يشترط كتابة الموافقة من طرف الشخص الموصي أو المتبرع، وهو على قيد الحياة، أو ما يسمى بالموافقة السابقة وذلك في نص المادة 164 فقرة 2 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على"..وفي هذه الحالة، يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص

[14]– ملاحظة هامة جدا: مع العلم أن المشرع تطرق وبإسهاب حتى أنه فرق بين القاصر وعديم الأهلية في حالة ما إذا كان **المستقبل للعضو قاصرا**، حيث نص في المادة3/166: "..وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي، حسب الحالة. أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وان تعذر ذلك فالولي الشرعي، وسكت تماما في حالة المتبرع القاصر المتوفى.

[15]– وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1/167 قانون الصحة وترقيتها.

المعني، وهو على قيد الحياة...."، غير أنه بعد التعديل الذي جاء به القانون رقم 90-17 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها ضمن نص المادة الأولى التي تعدل المادة 164 في فقرتها الثالثة نصت على أنه "...وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك..." ألغى شرط كتابة الموافقة السابقة.

كما نلاحظ من خلال النص المذكور أعلاه أن المشرع الجزائري لم يبين شكلية القبول الذي يبديه المتبرع قبل وفاته في القانون 90-17، وبالتالي يمكن الاستنتاج أن القبول يسجل ضمن السجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا،أو عن طريق الحصول على بطاقية المنح وذلك من خلال نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 الذي يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها[16] .

رابعا : موافقة الأقارب بعد الوفاة

لقد أجاز المشرع الجزائري في ظل القانون 85-05 انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين بناء على الموافقة اللاحقة لأسرة المتوفى في حال لم يبد هذا الأخير موافقته الكتابية أثناء حياته، غير أنه اشترط شرطين أساسيين يبطل الانتزاع والزرع في حالة تخلفهما، يتمثل الأول في اشتراط الأهلية الكاملة للشخص المعني بالموافقة (أحد أفراد أسرة المتوفى)،أي أن الشخص الذي تصدر منه الموافقة اللاحقة يكون ذو أهلية كاملة خالية من جميع العوارض والموانع، في نص المادة 2/146: وفي هذه الحالة، يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني، وهو على قيد الحياة أو موافقة احد أعضاء أسرته **الراشدين**، أما الشرط الثاني فهو إتباع الترتيب المذكور في نفس النص ".. حسب هذا الترتيب الأولى: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت..". ويضيف المشرع في نفس المادة الفقرة الثالثة:" ..وإذا لم تكن للمتوفى أسرة يطلب الإذن من الولي الشرعي".

أما في القانون 90-17 فقد ألغى مصطلح –الراشدين- وحسن ما فعل المشرع الجزائري لأنه لا يمكن تصور موافقة لاحقة من أحد أعضاء أسرة المتوفى غير راشد، لأنه إذا لم تقبل موافقة من قاصر متبرع عن نفسه، فمن باب أولى أن لا تقبل الموافقة من أعضاء قصر.

---

[16]– تنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 12– 167 على" تكلف الوكالة في مجال انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا من جسم الإنسان، على الخصوص بماياتي: – تسجيل المرضى في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا ضمن القائمة الوطنية المحددة لهذا الغرض، انطلاقا من مجموعة المعطيات الإستشفائية، –ضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا، المعدة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، –تسيير وحفظ بطاقيات المانحين والمستقبلين للأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لأغراض التتبع،– ضمان تسيير السجل الوطني لمنح الأعضاء المنزوعة.....".

وحافظ المشرع على الترتيب الأولي لأعضاء الأسرة المذكور في النص القديم حيث جاء نص المادة الأولى المعدل للمادة 164" ....إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة احد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب والأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة" .

ولقد جاء المشرع الجزائري في القانون 90-17 بإضافة تتمثل في جواز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة من طرف أعضاء الأسرة، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في اجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو، موضوع الانتزاع، وكذلك إذا اقتضت الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون[17].

خامسا: الرفض والعدول عن الموافقة

إذا ما اعترض الشخص قبل الوفاة على استئصال عضو من أعضائه أو الانتفاع بجثته لأغراض طبية أو علمية، فان هذه الإرادة لا بد أن تحترم شرط التعبير عنها وفق إجراءات معينة حددتها القوانين، وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص صراحة في القانون رقم 90-17 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها من خلال نص المادة 165 على أنه: " يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته، كتابيا عن عدم موافقته على ذلك ...". من خلال تحليل النصوص التي جاء بها المشرع الجزائري نلاحظ ما يلي:

*- في القانون 85-05 كان يشترط الموافقة الكتابية من المتوفى وهو على قيد الحياة لصحة إجراء الانتزاع والزرع، وهو ذات الشرط أي الموافقة الكتابية في حالة الرفض وطبعا يكون ذلك قبل الوفاة "، خلافا لما جاء به القانون 90-17 المعدل والمتمم للقانون المذكور أعلاه حيث لم يبين شكلية القبول، كما أنه أبقى على شرط الكتابة بالنسبة لحالة رفض الانتزاع والزرع، وهذا يؤدي بنا إلى القول أن نصوص القانون القديم كانت أوضح من نصوص القانون الجديد.

ويثار تساؤل آخر حول إلزامية التعبير عن رفض الانتزاع أو النقل من جثة المتوفى بواسطة الكتابة، هذا يؤدي بنا إلى القول أن كل شخص معرض لانتزاع أعضائه بعد وفاته طالما لم يعبر كتابيا عن رفضه لذلك، ونحن لا نؤيد رأي المشرع في ذلك لأنه يمكن الأخذ بفكرة الموافقة أثناء الحياة على إجراء الانتزاع وهذا منطقي لأنه يوجد من يؤيد هذه المسألة: كما نؤيد فكرة الموافقة الكتابية لأنها الآمنة(صريحة لا لبس فيها)، لكن فكرة الرفض المسبق لا

[17]- نص المادة الأولى من القانون 90-17 المعدلة للمادة 165 من القانون 85-05.

يمكن الأخذ بها، غير أنه يمكن تطبيق ذات الإجراءات في حالة العدول ، لأنه إذا تم تسجيل القبول المسبق بالسجلات الوطنية لانتزاع الأعضاء بعد الوفاة، ثم رجع المتبرع عن قبوله، فيمكنه عندئذ العدول عن قبوله بتسجيل رفضه بنفس هذه السجلات، وفي حالة كان القبول بواسطة بطاقة المنح فالعدول سهل جدا، يقوم المتنازل بتمزيق البطاقة وإخطار الجهة التي أصدرتها بعدوله عن ذلك.

ونظن هذا ما قصده المشرع من خلال قراءة المادة 2/164 المعدلة في القانون 90-17 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها.

خاتمة

يشترط الفقهاء واغلب التشريعات التي تضمنت نقل الأعضاء من جثث الأموات لمشروعية المساس بالجثة واستئصال الأعضاء منها والأنسجة، ضرورية أن يكون المتوفى قد أذن بذلك قبل وفاته وان يكون كامل الأهلية، والوسيلة الفعالة لسرعة نقل العضو بمجرد حدوث الوفاة حتى يكون العضو صالحا للزرع تقتضي اشتراط الموافقة المسبقة من المتوفى، لان الأصل لا يحل أن يؤخذ شيء من جسد الآدمي الميت أو يجري عليه من تجارب ما يغير خلقته إلا بإذن صدر من ذلك الميت قبل وفاته

وتستلزم بعض التشريعات شكليات معينة لإبداء إرادة المتوفى بالتصرف بجثته بالتنازل عنها وأفضل طريق إلى ذلك أن تكون في شكل الوصية، ويفضل استعمال تعبير الوصية لان التصرف الوارد على الجثة مضاف إلى ما بعد الموت، ويمكن تعريفها بأنها العمل القانوني الذي يمكن عن طريقة الحصول على الأعضاء البشرية من الأموات لزرعها في الأحياء إذ هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، غير أن تشريعات أخرى لم تشترط شكلية خاصة للتعبير عن هذه الإرادة كما فعل المشرع الجزائري الذي استعمل مصطلح القبول دون أن يبين صيغته ولا الشكل الذي يأخذه .

ومهما كانت الشكلية التي يتم بها التنازل فيجب أن يتم وفقا للشروط والقواعد التي أرستها القوانين والتشريعات الوضعية المنظمة لنقل الأعضاء، حتى يتمكن الطبيب الجراح بعد تأكده من موت المتبرع من استئصال العضو أو الأعضاء المتبرع به تمهيدا لزرعه في جسد المستفيد ودون خوف من أية مسائلة قانونية.

ومن خلال بحثنا توصلنا إلى بعض النتائج واقتراح بعض التوصيات أهمّها:

-إن المشرع لم يأخذ بالوصية كإجراء للتصرف ما بعد الوفاة في الأعضاء البشرية، وإنما كيفه بالقبول المسبق، مما نعتبره تصرف بإرادة منفردة من قبل الشخص، لكنه مضاف إلى ما بعد الموت.

-يمكن القول بان القبول بانتزاع الأعضاء بعد الوفاة يأخذ شكل التسجيل في القائمة الوطنية المتعلقة بانتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا، لكنه يبقى غامضا ومبهما مقارنة بقبول المستقبل للعضو سواء من حيث أهليته وإرادته.

- نقترح على المشرع الجزائري أن يولي أهمية لعملية الانتزاع والزرع من جثث القصر، بسن نصوص تبين الإجراءات وتحددد الجهة المنوط بها الموافقة على ذلك، فإذا تعلق الأمر بجثة قاصر أو عديم أهلية فلا يمكن أن يتم الاقتطاع من اجل الزرع إلا بعد الحصول على موافقة الأسرة المكتوبة حسب الترتيب الأولي الذي جاء به بالنسبة للمتوفى الراشد.

-على المشرع النص صراحة بان يسجل قبول التبرع عن الأعضاء بعد الوفاة في السجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا، كما يتم تحديد إجراءات ذلك بدقة.

-على المشرع الجزائري إعادة صياغة كل أحكام انتزاع وزرع الأعضاء بكل صورها في قانون موحد ينظم عمليات الانتزاع والزرع بين الأحياء في ما بينهم، وفي ما بين الأحياء والأموات بدقة نظرا لأهمية الموضوع واتصاله بجسم الإنسان نظرا للكرامة التي يتمتع الإنسان سواء حيا أو ميتا.

-إن الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري سواء في النصوص التشريعية التي تنظم عملية نقل وزرع الأعضاء خاصة بين الأحياء تعرف تطورا ، إلا أن النقل والانتزاع من المتوفى قليلة أو تكاد تنعدم نظرا لعدم إحاطتها بضمانات ينعدم معها العبث بالجثة من جهة وعدم وضوح النصوص بشأنها من جهة أخرى لذا نقترح مراجعة النصوص التشريعية الموجودة ومعالجة غموضها.

-وأخيرا يجب التعاون الدولي والإسلامي لتطوير عمليات النقل والزرع مع المحافظة على حرمة جسد الإنسان حيا ميتا.

المراجع والهوامش:

[1] - خالد مصطفى فهمي:النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية-في ضوء القانون 5 لسنة 2010- دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص417، عن لسان العرب لابن منظور، الجزء 15.

[2] - المرجع نفسه، ص417.

[3] - محمد خضر قادر: دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية ، دراسة فقهية مقارنة ، دار اليازوري الأردن،2010، ص323.

- وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 184 من قانون الأسرة.

[4] - رواه أبو داود(3207)

[5] - وهو ما ذهب إليه فضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي في كتابه: الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو بيعها مجلة اللواء الإسلامي،العدد 226، جمادى الثانية 1408هـ.

[6] – الكاساني: بدائع الصنائع، الجزء الأول، ص4886.

[7] – سورة المائدة الآية رقم 32، من القران الكريم

[8] – بعض التشريعات العربية التي تأخذ بالوصية للتصرف في أعضاء متوفى ما يلي: القانون المصري(المادة 8 من القانون رقم 5 لسنة 2010، القانون الكويتي في نص المادة 5 من المرسوم الخاص بقانون عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (رقم 7 لسنة 1983)

والقانون القطري في نص المادة 2 من القانون القطري رقم 21 لسنة 1997، القانون اللبناني نص المادة 2 من المرسوم رقم 109 لسنة 1983، القانون السوري نص المادة 3 من القانون السوري المتعلق بتنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية.

[9] – حمدي باشا عمر: عقود التبرعات– الهبة، الوصية، الوقف–، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص 48.

[10] – Briemont.G ; Les problèmes juridiques poses par les prélèvement d'organes sur le cadavre ; jr. ; 1971 ; p146.

[11] – حسام الدين كامل الأهواني: المشاكل التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول السنة 17، 1975، ص3.

[12] – نصت المادة الأولى من القانون 90-17 المعدلة لنص المادة 164 قانون 85-05:"..يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك..."، متى كان المتبرع راشدا فقبوله للتبرع بأعضائه بعد الوفاة صحيحا.

[13] –نص المادة 163: "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز...."

[14] – ملاحظة هامة جدا: مع العلم أن المشرع تطرق وبإسهاب حتى أنه فرق بين القاصر وعديم الأهلية في حالة ما إذا كان **المستقبل للعضو قاصرا**، حيث نص في المادة3/166:" ..وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي، حسب الحالة. أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وان تعذر ذلك فالولي الشرعي ، وسكت تماما في حالة المتبرع القاصر المتوفى.

[15] – وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1/167 قانون الصحة وترقيتها.

[16] – تنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 12– 167 على" تكلف الوكالة في مجال انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا من جسم الإنسان، على الخصوص بمايأتي: – تسجيل المرضى في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا ضمن القائمة الوطنية المحددة لهذا الغرض، انطلاقا من مجموعة المعطيات الإستشفائية، – ضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا، المعدة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، –تسيير وحفظ بطاقيات المانحين والمستقبلين للأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لأغراض التتبع،– ضمان تسيير السجل الوطني لمنح الأعضاء المنزوعة.....".

[17] – نص المادة الأولى من القانون 90-17 المعدلة للمادة 165 من القانون 85-05.