الوصية بتبرع الأعضاء البشرية بين المؤيدين والمعارضين : دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

د. يمينة شودار

أستاذ محاضر / كلية العلوم الإسلامية – جامعة الجزائر-1

الملخص :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا مُحَمَّد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد :

فقد تطورت عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية، تطورا ملحوظا خلال النصف الثاني من القرن العشرين، محققة بذلك نجاحات باهرة، الأمر الذي استدعى البحث عن الحكم الشرعي والقانوني لهذه العمليات والضوابط التي تحكمها .

ونشطت على المستوى الشرعي المجامع الفقهية والمؤتمرات الدولية التي عقدت لهذه الظاهرة، مما شجع التشريعات في بعض الدول على تنظيم ذلك في نصوص قانونية،خاصة فيما يتعلق بوصية التبرع بالأعضاء بعد الممات. لذا سعيت إلى البحث عن حكم وصية التبرع بالأعضاء في الفقه والقانون .

ولدراسة الموضوع، ارتأيت أن أعالجه في ثلاثة مباحث أساسية :

الوصية بتبرع الأعضاء البشرية بين المؤيدين والمعارضين : دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

د. يمينة شودار

أستاذ محاضر / كلية العلوم الإسلامية – جامعة الجزائر-1

الملخص :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمّد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد :

فقد تطورت عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية، تطورا ملحوظا خلال النصف الثاني من القرن العشرين، محققة بذلك نجاحات باهرة، الأمر الذي استدعى البحث عن الحكم الشرعي والقانوني لهذه العمليات والضوابط التي تحكمها .

ونشطت على المستوى الشرعي المجامع الفقهية والمؤتمرات الدولية التي عقدت لهذه الظاهرة، مما شجع التشريعات في بعض الدول على تنظيم ذلك في نصوص قانونية،خاصة فيما يتعلق بوصية التبرع بالأعضاء بعد الممات. لذا سعيت إلى البحث عن حكم وصية التبرع بالأعضاء في الفقه والقانون .

ولدراسة الموضوع، ارتأيت أن أعالجه في ثلاثة مباحث أساسية :

نعرض في المبحث الأول : تحديد مصطلحات البحث،

وفي المبحث الثاني : حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية فقها وقانونا،

أما المبحث الثالث: فخصصته لشروط وضوابط الوصية بالتبرع بالأعضاء .

المقدمة :

تعد عمليات نقل الأعضاء من بين أهم التصرفات الطبية التي توصل إليها العلم الحديث والتي لا تزال مجال اهتمام الفقهاء ورجال القانون، خاصة وأن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ما تزال تشغل دوائر الطب والفقه في أغلب البلدان، حيث ازدادت عمليات الزرع اهتماما بضرورة وضع نظام قانوني متكامل لهذه العمليات حفاظا على أطراف العلاقة في عملية التبرع من العبث بالذات البشرية قبل الموت أو بعده سيما، وأن مسالة زرع الأعضاء تتداخل فيها ثلاث اعتبارات أولها المفهوم الطبي وثانيها النظر الشرعي وثالثها الاعتبار القانوني، ولا ينبغي الاعتقاد بأن هذه الاعتبارات الثلاثة تتصارع لفرض أطروحتها، بل إن نسق السلوك البشري هو الذي يفرض هذا التدخل ليتحقق التكامل حول محور واحد هو الذات البشرية وحمايتها، حيث تعتبر حرمة الجسم وسلامته من أهم الحقوق التي يتمتع فيها الفرد والمجتمع على السواء، ولذلك كان حق الإنسان في الحياة هو المصلحة التي يحميها القانون، كي يؤدي الجسم وظائفه الأساسية والحيوية، حتى لا تتعطل تعطيلاً أبدياً. فهل يجوز استئصال عضو من جسم إنسان ميت لغايات زرعه في جسم شخص آخر بناءا على وصيته بعد الوفاة؟ للإجابة على هذا السؤال :

لا بد من معرفة مدى مشروعية تنازل الشخص عن جزء من جسمه بعد الممات والاستفادة منه في نقل وزرع الأعضاء، وبيان شروط نقل وزرع الأعضاء البشرية من الموتى وذلك ضمن المباحث التالية :

المبحث الأول : تحديد مصطلحات البحث

المبحث الثاني : حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية فقها وقانونا

المبحث الثالث : شروط الوصية بالتبرع بالأعضاء .

المبحث الأول : تعريف الوصية بالعضو :

المطلب الأول : تعريف الوصية اصطلاحا :عرف الفقهاء الوصية بتعريفات عديدة

. عند فقهاء الحنفية :

أ-اسم لما أوجبه الموصي بماله بعد موته، وبه ينفصل عن البيع، والإجارة والهبة؛ لأن شيئًا من ذلك لا يحتمل الإيجاب بعد الموت[1].

ب – تمليك مضاف إلى مابعد الموت[2]

. عند فقهاء المالكية :

أ -تمليك مضاف إلى مابعد الموت على سبيل التبرع عينًا كان أو منفعة[3].

ب- هي هبة الرجل ما له لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه، سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به[4].

ج -هي عقد يوجب حقًا في ثلث ما لعاقده يلزم بموته[5].

. عند فقهاء الشافعية والحنابلة :

- هي تبرع بحق مضاف لما بعد الموت[6].
- هي التبرع بالمال بعد الموت[7].
- هي التبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثلث[8].
- هي تحول الموصى به إلى الموصى له بعد الموت[9]

. التعريف المختار :

هو ما ذهب إليه فقهاء المالكية، وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع . وهو التعريف الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادة 184 حيث عرف الوصية بأنها : «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع» . وهي من التصرفات التي تنشأ بالإرادة المنفردة وبذلك فالوصية هي عقد ملزم بجانب واحد وتجمع جل من التشريعات على هذا التعريف وتعتبره جامع ومانع يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته... وبهذا المعنى تكون الوصية شرعا جارية في الأموال والمنافع والديون .

وبهذا فإن الإيصاء ببعض أعضاء الميت لا يدخل في نطاق الوصية بمعناها الاصطلاحي الشرعي، لأن جثة الإنسان ليست تركة، ولكنها تدخل في المعنى اللغوي للفظ الوصية، إذ إن هذا اللفظ يُطلق بمعنى العهد إلى الغير، أو الإذن في القيام بفعل شيء حال حياة الموصي أو بعد وفاته[10] لأن الإنسان لا يملك جسمه لأنه وديعة من الله عز وجل، لكن الله عز وجل مكن الإنسان من الانتفاع والتصرف به ضمن حدود وضوابط شرعية معينة فليس للإنسان أن يفعل بنفسه أي فعل يخالف أمر الله، ولكن في حالة الوصية بالتبرع في عضو من أعضائه فإنه يبذل جزءًا من جسده لينتفع به الآخر ولينقذ أرواحاً من الآلام والمعاناة والهلاك، وهذا يندرج تحت قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا ﴾[11].

المطلب الثاني : معنى العضو اصطلاحا :

. العضو لغة : بضم العين أو بكسرها والضم أشهر، والجمع الأعضاء وهو كل عظم وافر بلحمه، ويقال عضيت الشاة تعضية إذ جزئتها اعضاءاً، وقد يطلق العضو على الأطراف[12]

- العضو في اصطلاح الفقه الإسلامي :

أطلق الفقهاء على العضو عدة اطلاقات، فمنهم من أطلق لفظ العضو على كل جزء له وظيفة متميزة عما لغيره من الأعضاء كاليدين والرجلين واللسان والعينين ونحو ذلك[13].

ومنهم من أطلق هذا اللفظ على كل جزء مستقل عن غيره بمفصل أو يكون مع غيره من الأجزاء عضواً أكبر، فالإصبع على حد قولهم هو عضو وكذا الكف، وهو يشمل اليد ككل أيضاً[14].

كما يطلق هذا اللفظ على ما لا وظيفة له سوى الجمال كالشعر مثلاً[15].

أما مجمع الفقه الإسلامي فقد عرف العضو البشري بأنه : «**كل جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحو ذلك كقرينة العين سواء كان متصلاً به أو أنفصل عنه**»[16]

والعضو كمصطلح طبي هو عبارة عن «مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة كالمعدة والكبد والكلى والدماغ

والقلب والأعضاء التناسلية وإلى آخره ... وكل نسيج من هذه الأنسجة يتألف من مجموعة من الخلايا يكمل بعضها عمل البعض الآخر، وتعد الخلية أصغر وحدة في المواد الحية» (17).

كما يعرف العضو بأنه : «قسم معين ومحدد بذاته من شأنه أن يؤمن وظيفة أو عدة وظائف معينة» (18).

أما معنى **العضو في اصطلاح الفقه القانوني** فمنهم من عرفه بأنه : «كل جزء حي من مكونات الجسم في الطبيعة لا يترتب على نقله تعريض حياة إنسان آخر للخطر» (19).

وقد ذهب فريق آخر من فقهاء القانون إلى القول بأن لفظ العضو لا ينصرف إلى الكلى والرئة والكبد والأعضاء التناسلية فحسب بل انه يشمل الدم والمني وقرنية العين وأجزاء العضو من هرمونات وجينات(20).

وبعد هذا الاستعراض الموجز للتعريفات المختلفة للعضو البشري، نرى بأن التعريف القانوني للعضو البشري جامع مانع هو «كل جزء من الإنسان يؤدي أو يساهم في تأدية وظيفة معينة داخل **الجسم البشري أو خارجه بغض النظر عن كونه سائلاً أم صلباً**» (21)..

ومن هذا المنطلق فإن مصطلح العضو يتسع ليشمل أصغر جزء من مكونات الجسم البشري لتتسع معه الحماية القانونية لكل ما يحويه الكيان المادي للجسد .

أما التشريع الجزائري، فإنه يعرف الأعضاء من خلال ذكر عناصر ومكونات الجسم، ولذلك فإن مفهوم الأعضاء في التشريع لا يعدو أن يكون أحد العناصر مثل الكبد، القلب والرئة والبنكرياس والنخاع العظمي والعين والقرنية والجلد، أو بمفهوم آخر كل ما تضفي عليه لوائح وزارات الصحة وصف العضو غير أن تعريف العضو من خلال تعداد مكونات الجسم أمر خطير يثير الكثير من المشاكل القانونية لأنه قد يجعل مثلا سرقة شريحة جلدية صغيرة كسرقة إحدى الكليتين أو قرنيات العين .

المبحث الثاني : حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء فقها وقانون :

المطلب الأول : حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء فقها :

إن البحث عن حكم المسألة مبني على مدى مشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء وما مدى قابلية حق الله وحق العبد للنقل والإسقاط . وذلك من خلال الفرعين الأساسيين :

الفرع الأول : مدى مشروعية نقل الأعضاء من الأموات :

لقد كرمت الشريعة الإسلامية جسد الآدمي حياً أو ميتاً، قال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ ﴾[22] وإن سلب الحياة من الإنسان يعد إثماً عظيماً، وحذر الله سبحانه وتعالى ذلك فقال : «ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئاً كبيراً»[23] ونهت الشريعة عن ابتذال جسد الإنسان وتشويهه والاعتداء عليه بأي لون من ألوان الاعتداء، ومن مظاهر التكريم للميت هو أن يعامل برفق أثناء احتضاره، وتلقينه الشهادة والصبر عليه حتى تصعد الروح إلى الله سبحانه

وتعالى. وكذلك حرمت الشريعة الإسلامية المساس بجثة الميت في هذه المرحلة وأمرت بتغسيله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه .

ونهى النبي ﷺ عن المساس برفاته وذلك وفق ما جاء في الحديث الذي رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنهم خرجوا في جنازة، فأخرج الحفار عظماً ساقاً أو عضداً فذهب ليكسرها فقال له النبي ﷺ «لا تكسرها فإن كسرك إياه ميتاً ككسرك إياه حياً، ولكن دسه في القبر» [24]

وكذلك روي عن طريق آخر أنه ماروي عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ «كسر العظم الميت ككسرهِ حياً»[25]

وجه الدلالة : دل الحديث على وجوب الرفق بالميت لأنه شبه عظمه بعظم الحيّ وهذا في الإثم وبلا شك في التحريم، وإن كان في التألم كذلك يحرم تألم الحي يحرم تألم الميت[26]

من هذه النصوص والأحاديث، يمكن أن ندرك مدى عظمة التشريع الإسلامي في تكريم الإنسان في حياته وعند مماته، ولكن يستثنى منها في ذلك حالة الضرورة التي تدعو إلى العلاج والتداوي، وإن اختلف الباحثون والفقهاء والمعاصرون في مشروعية نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء بناء على ما ورد من أقوال لأئمة الفقهاء القدامى التي تؤكد إن حرمة الآدمي الحي أكد من حرمة الميت، أو لأن المضرة في أكل ميتة إنسان أقل من المضرة لفوات حياة إنسان[27].

وقد اختلف الفقهاء في المسألة على قولين :

القـول الأول : جـواز نقـل الأعضـاء مـن المـوتى إلى الأحيـاء ولكـن بشـروط وضـوابط . وذهـب إلى هـذا القـول الـدكتور مُحَمَّد سـعيد رمضـان اليـوطي[28]، والشـيخ جليـل المـيس [29] والشـيخ مُحَمَّد عبـد الـرحمن[30]، والـدكتور مُحَمَّد مُحَمَّد السقا[31] والدكتور مُحَمَّد سيد طنطاوي[32] والسيد حسن الشاذلي[33] .

ومن هذه الشروط :

1- موافقـة الإنسـان قبـل موتـه بتبرعـه بأعضـاء جسـمه أو موافقـة ورثتـه علـى ذلك[34]

2- أن تكـون المصـلحة المترتبـة علـى نقـل العضـو أعظـم مـن المضـرة الـتي إقتضـت حظره[35]

3- تحقق الضرورة[36].

4 -إن لا يترتب على ألإذن بعد الوفاة التمثيل بالميت[37].

5- أن لا يكـون المضـطر ذميـاً أو معاهـداً أو مسـتأمناً إذا كانـت جثـة الميت مسلم.

6- عـدم بيـع الأعضـاء أو أخـذ بـدل مـادي مـن قبـل الميـت قُبـل وفاتـه أو ورثته .

7- أن تـؤمن الفتنـة في أخـذه ممـن أخـذ منـه[38]، وأن يكـون المـريض المنقـول إليه كالعضو معصوم الدم .

واستدل المجيزون بعدة أدلة من الكتاب والسنة، ومنها :

- قوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾[39] .

وجه الدلالة : أن الآية عامة في كل أنواع المحرمات التي يضطر إليها ألإنسان ولا فرق بين ما كان لضرورة التغذي أو التداوي وعملية نقل الأعضاء من باب التداوي، وأن الآية استثنت حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه فيما رخصت للمضطر أن يأكل الميتة والدم ولحم الخنزير والتي هي قاعدة عامة للضرورة حيث فصلها الله سبحانه وتعالى في هذه الآية وهو ما يقتضي وجود الإباحة في كل حال وجدت الضرورة[40].

- ومن السنة ما روي عن أبي الدر داء ﷺ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «أن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بحرام» [41]

وجه الدلالة : أن الحديث أباح التداوي لكل الأمراض، وعملية نقل الأعضاء هي من قبيل التداوي، والتداوي بالمحرم ممنوع في الأحوال الطبيعية غير الأحوال الإضطرارية، ولكن في حالات الضرورة يصبح المحرم فيها مباحاً[42].

واستدلوا أيضاً بالقواعد الفقهية التي تؤكد على الضرورة منها قاعدة الضرر الأخف يتحمل لدفع الضرر الأعظم وكذلك الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، والضرورات تبيح المحظورات وكذلك قاعدة "اختيار أهون الشرين" ونلاحظ أن الضرر الأشد هنا يتمثل في بقاء الإنسان الحي عرضة للمرض الشديد الذي يؤدي إلى هلاكه، والضرر الأخف هنا يتحمل من أخذ شي من أجزاء الميت لعلاج الإنسان الحي، فحرمة الحي أكد من حرمة الميت[43].

القول الثاني : عدم جواز نقل الأعضاء من الميت إلى الحي وإلى هذا ذهب الشيخ آدم عبد الله علي[44]. والدكتور عبد السلام السكري[45]،والشيخ حسن السقاف[46]، والشيخ عبد الله الغماري[47]، والشيخ مُحَمَّد متولي الشعراوي[48]، والأستاذ أبو الأعلى المودودي[49].

واستدلوا :

1- **الكتاب** : قوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ ﴾[50].

وجه الدلالة : أن نقل الأعضاء من الميت إلى الحي ينافي الكرامة البشرية بصفة عامة وتكريم الإنسان للميت بصفة خاصة [51]، وذلك أن جسد الآدمي ملك لله تعالى وهذا أن الإنسان لا يجوز أن يوصي أو يتبرع بشيء من أعضائه بعد موته[52].

2 - **في السنة النبوية** :

أ- ما روي عن أبي داود بسنده عن عائشة ﵂ قالت : قال رسول الله ﷺ «كسر عظم ميت ككسر عظم حي في الإثم» [53].

وجه الدلالة : إن احترام الإنسانية يشمل الحي والميت كليهما على السواء وإن عظم الميت له حرمة عظم الحي، فإن كسره يؤدي إلى انتهاك حرمة الميت وإن كان حياً وكسره يؤدي إلى انتهاك حرمته[54] .

ب- ما روي في الصحيحين عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما قالت : جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت : يارسول الله إن لي ابنة عُريساً أصابها حصبة فتمزق شعرها أفأصله؟ فقال: لعن الله الواصلة والمستوصلة[55].

وجه الدلالة : يدل الحديث على أمرين :

1- أن العلاج بنقل عضو من إنسان ميت إلى آخر حي لا يجوز وفاعله يلعن

2- إن من أصيب بداء فقد بسببه شعراً أو عضواً لا يجوز أن يكمله من شخص آخر .

ومن هنا أنه إذا كانت هناك مصلحة ومنفعة راجحة فأن الحرمة تنتفي، وكذلك أن الآدمي بجميع أجزائه مكرم والانتفاع بهذا الجزء المنفصل منه إهانة له[56]

ـ إن درء المفاسد مقصود شرعاً، والتبرع يعتبر مفسدة عظيمة تربو على مصالحه إذ فيه إبطال لمنافع أعضاء الجسم المنقول منه، مما يؤدي إلى الهلاك أو على الأقل يؤدي غلى التقاعس عن أداء الواجبات والعبادات[57]

من هذه الأدلة ورغم قوتها، إلا أن هناك مصالح متداخلة في مسألة نقل الأعضاء، وما بينه الفقهاء من جوازهم للمداواة بعظم الميت أو الأكل من الميتة عند الضرورة ، تجعلنا نقف على شيء هام وهو قول الفقهاء «إن حرمة الحي أكد من حرمة الميت» ومن هذه النصوص الواردة : إن إباحة نقل الأعضاء من الميت إلى الحي توافق رأي الفقهاء في بعض المسائل منها ما نقل عن الحنفية من جواز شق البطن من أجل المال، أو شق بطن المرأة من أجل سلامة ولدها، وأن العلة في هذا هي سلامة الجنين والمحافظة على كرامة الإنسان وكذلك لأن حق الآدمي الحي مقدم على حق الميت[58] .

بالإضافة إلى الفتاوى الواردة بإباحة نقل الأعضاء من الميت إلى الحي وبالشروط التي وضعوها وكذلك قوة أدلتهم يمكن أن نقول أن الراجح هو إباحة نقل الأعضاء من الميت إلى الحي .

حيث قرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي[59]، وقرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وقرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ، وفتوى دائرة الإفتاء المصرية[60].

كما توجد بعض الفتاوى الصادرة في الجزائر التي تحث على إباحة استئصال الأعضاء والأنسجة والخلايا من الموتى وزرعها للأحياء ومنها فتوى أصدرتها لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 20/04/1972 تحت عنوان نقل الدم وزرع الأعضاء وجاء فيها : «أن حفظ النفوس من الكليات المتفق عليها بين القوانين الوضعية والشرائع السماوية، ومن أغراض الشريعة حفظ النفس والمال والعرض والدين والعقل، إذ يجب إنقاذ الأنفس من الهلاك وذلك من فروض الكفاية على من استطاع» وتابعت فتوى المجلس تقول أن استعمال أعضاء من مات لا تخلو من أحوال ثلاث أوردتها في تبرع المنقول منه بعضو حيال حياته، أو تبرع بعضو ميت من طرف وليه الشرعي كأبيه وأمه وزوجه، أو إذا لم يأذن الميت بذلك حال حياته أو يأذن وليه أو السلطان فإنه يمكن أن يأذن في تشريح الجثة وأخذ الأعضاء منها إذ اقتضت ذلك المصلحة الراجحة وهذا هو الإذن العام

كما نجد فتوى الشيخ أحمد حماني التي أصدرها في 1985/02/14 والتي أفتى فيها بجواز استعمال أعضاء المتوفين معتبرا إياها استحسانا تبيحه الضرورات، غير أن مجمل هذه الفتاوى تذكر عبارة الشخص الميت دون أن تحدد معيارا لمعرفة لحظة هذه الوفاة والتي في حقيقة الأمر تثير إشكاليات كبيرة خاصة في قضايا الميراث المادة 126 من قانون الأسرة، ذلك أن المشرع الإسلامي الجزائري لا يتعامل معها بشكل جدي فهو لم يأخذ بمعيار موت الدماغ الذي سبق وأن أقره مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة كما سبق القول، ولعل سبب ذلك يرجع إلى أن الأخذ بهذا المعيار يحتاج على إمكانية طبية وعلمية وهو الأمر المفتقد في معظم الدول الإسلامية .

الفرع الثاني : مدى قابلية حق الله وحق العبد للنقل والإسقاط :

بموت الإنسان ينقطع عنه جميع الحقوق التي مبناها على الحياة، ويبقى له حق الإكرام بالغسل والتكفين والحمل والدّفن والتوجيه إلى القبلة والصّلاة عليه والدعاء له والاستغفار له، بالإضافة إلى صيانة جثته عن المثلة، وغير ذلك .

وهذه الحقوق وإن كانت حقوقا خاصّة بصاحبها، لكن فيها حقا لله عز وجلّ حتى لا يصح إسقاطها بالإسقاط[61].

يرى أغلب العلماء أن حق الله تعالى وحق العبد يختلفان من حيث قابلية كل منهما للإسقاط والنّقل، فنصّوا على أن الأصل في حق العبد أن الخيرة فيه لصاحبه ينصرف فيه بالنقل والإسقاط وغيرهما من أنواع

التصرفات.وعلى أن الأصل في حق الله (حق الجماعة) أنه لا يجوز التصرف فيه بالنقل والإسقاط إلا لمسوغات شرعية تحكمها قواعد محددة .

وفي تقرير هذين الأصلين يقول ابن قيم الجوزية : «والحقوق نوعان : حق الله وحق الآدمي، فحق الله لا مدخل للصلح فيه...وأما حقوق الآدميين فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة عليها» (62).

ويقول الشاطبي : «حق الله ما فهم من الشرع أنه لا خيرة فيه للمكلف، كأن له معنى معقول أو غير معقول»(63)، ويقول في موضع آخر : «كل ما كان من حقوق الله فلا خيرة فيه للمكلّف على حال، وأما ما كان من حق العبد في نفسه فله فيه الخيرة» (64).

ويقول القرافي : «ونعني بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط، وإلا فما من حق للعبيد إلا وفيه حق الله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه...وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط، فكل ما للعبيد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد، وكل ما ليس له إسقاطه فهو الذي نعني به حق الله تعالى» (65).

وكل أصل من هذين الأصلين يرد عليه استثناء، يكون حق العبيد فيه غير قابل للنقل والإسقاط، ويصبح حق الله قابلا لذلك .

فأما الاستثناء الذي يمنع فيه العبد من التصرف بحقه بالنقل والإسقاط، فأساسه يرجع إلى أن الحق في الشرع، منحة من الله عوجل للعبد، فلا يثبت إلا بإثبات الشرع، والله سبحانه شرع الحقوق، وألزم العباد بمنهاج

خاص في استعمالها والتصرف فيها، فإذا كان التصرف بالحق الخاص متعارضا مع هذا المنهاج كان هذا التصرف محرما، يقول العز بن عبد السلام : «ما من حق للعباد يسقط بإسقاطهم أو لا يسقط بإسقاطهم إلا وفيه حق الله وهو حق الإجابة والطاعة... [66]، وأبرز معالم هذا المنهج منع الإنسان من التعسف باستعمال حقه بالإضرار بالآخرين وتضييع حقوقهم» [67].

وبناء على هذه القاعدة يحرم على صاحب الحق التصرف فيه بالإسقاط أو بالنقل إذا كان ذلك يؤدي إلى إسقاط حق الغير أو الإضرار به، سواء أكان المتضرر فرد أم كان المتضرر هو الجماعة، فلا يجوز للجار أن يتصرف في ملكه بما يؤذي جاره، وأمثلة ذلك كثيرة، أما إذا استعمل الشخص حقه في حدود المنهج الشرعي فالأصل، أن الخيرة له في ذلك ولا حَجْرَ عليه في حقه .

وأما الاستثناء الذي يشرع فيه التصرف بحق الله بالنقل أو بالإسقاط، فيكون عند تعارض الحقوق واجتماع المصالح والمفاسد، ولا يكون مفرّ من إسقاط بعضها أو نقله وجب ذلك أو جاز على وفق قواعد معينة استنبطها العلماء من نصوص الشّرع وأحكامه، من أبرزها قاعدة ارتكاب أخفّ الضّررين لدفع أشدّهما، أو التضحية بأدنى المصلحتين لتحصيل أعلاهما

ومما ذكروا من الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة : جواز الميتة عند المخمصة، وشرب الخمر لإزالة الغصّة، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وجواز أكل لحم الإنسان الميت للمضطر عند فريق من الفقهاء ...، وجواز قطع اليد المتآكلة إنقاذا للروح، وقطع الإنسان فلذة من جسده لأكلها إذا كان

مضطرا (وهذا عند الشافعية)، ...وجواز شق بطن الميتة لإخراج ولدها إذا كانت حياته مرجوة...، وأمثلة ذلك أكثر من أن تحصى[68]، مما يدل على أن هذه القاعدة من أهم قواعد الشرع. ولم يختلف الفقهاء في حجية هذه القاعدة . وإن اختلفوا في تطبيقاتها، ويرجع ذلك إلى تقدير الواقع وتحقيق شروط تطبيقها .

وعليه، فإن أخذ عضو الميت بناء على وصيته ليس فيه إسقاط لهذه الحقوق، فإنّه لا يتعارض مع ما ذكر، إلا ما قد يظن أن ذلك تمثيل بالجثة، وأغلب الظن أن هذا لا يعد مثله، لأن المثلة ليست مجرد أخذ العضو من الميت، وإنما المثلة هي أخذ العضو من الميت بقصد التشنيع والتشويه، وأما إن كان الأخذ بقصد تحصيل حق أو حماية حق فلا يعد مثله[69]، حتى إن جمهور الفقهاء أجازوا شق بطن الميت لاستخراج مال ابتلعه أثناء حياته، ولم يعتبروا ذلك مثلة بالميت وأجاز فريق من الفقهاء اتخاذ عظم الميت لجبر عظم الحي إذا تعين لذلك، وأجاز المعاصرون تشريح الجثة، للكشف عن المجرم، أو للتدريب، وأسسوا هذا الحكم على ما سلف ذكره .

وعلى فرض اعتباره نوعا من المثلة، فإن تحريمها-كما سبق-لحق العبد صاحب الجثة ولحق الله تعالى، والعبد قد أذن بحقه، والله سبحانه يأذن بنقل حقه إذا كان متعينا لإحياء حق له أعظم منه، بناء على قاعدة تحمل أهون الشّرين لدفع أعظمهما .

فالوصية ببعض أعضاء الميت مما يحتاج إليه المريض لعلاجه كالكلية والقلب ونحوهما-بناءً على ما سبق-أمر جائز شرعًا، لأنه من باب الصدقة

الجارية، حيث يستمر ثوابها مادام المريض المتبرع له منتفعًا بها، لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له»[70] وكذلك الذي يوصي بجثته لكليات الطب لأغراض تعليمية علمية .

وقد ذكر الدكتور يوسف القرضاوي أن :«الصدقة ببعض البدن أعظم أجرًا من الصدقة بالمال» كما أن الصدقة ببعض البدن فيه تكريم للميت المتبرع حيث يعيش هذا العضو مع شخص حي بدل من أن يبلى ويتحلل بالتراب[71] إلا أنه وَضَعَ ضابطًا لذلك، وهو ألا يكون التبرع بالجثة كلها أو بأكثرها مما يتنافى مما هو مقرر للميت من أحكام، من وجوب تغسيله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين . والتبرع ببعض أعضاء الجثة لايتنافى مع شيء من ذلك بيقين، مادام الجسد الذي يغسل ويُكفن وإذا كان كذلك ،فإن الوصية بالعضو جائزة إذا كانت منضبطة بالشروط، ويشمل ذلك جميع الأعضاء سوى ما كان له دخل في الأنساب كالخصية والمبيض، فإن سبب التحريم قائم في هذه الحالة أيضا .

ومن أدلة الجواز :

– قياس جواز الوصية بالتبرع على جواز التبرع بالأعضاء من الأحياء لمثلهم، فإن الوصية بها صحيحة، لأنه إذا جاز له التبرع بها حال حياته، جازت له الوصية بها بعد وفاته .

ـ قياس جواز وصية المتوفي بالتبرع ببدنه لمن يحتاج إليه، علي جواز تبرع الإنسان بجزء من ماله لمصلحة غيره ممن يحتاج إليه، بل ويثاب عليه .

– إن التبرع ببعض البدن، يندرج ضمن معنى إحياء النفس لقوله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِى ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾[المائدة:32]، فالتبرع بالأعضاء إحياء نفس بشرية، وهو من أعظم العبادات التي يتقرب بها إلى الله عز وجل، إغاثة ملهوف، إنقاذ إنسان من آلام يتألم بها .

لذلك يوصي الشيخ القرضاوي المسلمين بأن يتبرعوا بالأعضاء بوصية مكتوبة حال حدوث الوفاة في الحوادث وأن يوصوا بذلك في حياتهم لينتفع بها الناس بالشروط التي وضعها الأطباء[72].

وقد صدرت قرارات من المجامع الفقهية بخصوص هذا الموضوع واشترطت ضرورة إذن المتوفى قبل وفاته لإجازة النقل شرعا من جثته، ومن هذه القرارات :

القرار رقم (1) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي بجدة والذي نصه: «يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو أو تتوقف سلام وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته أو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفى مجهولا لهوية ولا ورثة له»[73].

وقد جاءت قرارات وتوصيات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الصادرة سنة 1988 مؤكدة على جواز الوصية بالأعضاء معتبرة إياها من

الخصـــــــال الحميـــــــدة .

كمـا يؤكـد المشـرع الجزائـري بموجـب القـانون ضـمن قـانون الصـحة رقـم 85-05 المـتمم بالقـانون 98-09..أن الوصـية هـي الوسـيلة الوحيـدة للتـبرع المضـاف إلى ما بعد الموت، على أن لا يتم الإيصاء لشخص معين بالذات .

المطلب الثاني: الوصية بالتبرع بالأعضاء في القانون الجزائري :

قرر المشرع الحماية المدنية والجنائية لحق الإنسان في سلامة جسمه، إذ أن جسم الإنسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية، وهو محل الحق في سلامة الجسم، وان استئصال عضو من جسد المريض غير مباح جنائيا، لأنه يتطابق مع النموذج القانوني لجرائم الاعتداء على سلامة الجسم، مما يستوجب المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والجراح لذا يتعين معه البحث عن سبب شرعي وعن اعتبار قانوني لإباحة عملية نقل الأعضاء البشرية[74]

والمشرع الجزائري يقر بمشروعية نقل الأعضاء من شخص حي إلى أخر، لكنه يقيد ذلك الاستئصال بتوفر عدة شروط أهمها أن يكون الغرض علاجيا وأن تتم الموافقة المسبقة على أخذ الأعضاء كتابة وأن يكون الغرض من عمليات الاستئصال مجانيا بدون كسب أو ربح، وأن تجري العملية بالمستشفى العمومي المعتمد لذلك وأن يصدر الرضي والقبول من متبرع أو متنازل كامل الأهلية، إذ نص المشرع الجزائري على ذلك ضمن قانون الصحة رقم 85-05 المتمم بالقانون 98-09... [75]

كما نص **على صحة الوصية الواردة على الأعضاء البشرية** وحجتهم في ذلك أن الوصية باحثة للأغراض العلمية والطبية من المصادر المهمة التي تساعد في العمليات الطبية وفي نقل وزرع الأعضاء وبالتالي فإن الوصية متى كانت صادرة من

شخص عبر عن إرادته السليمة الخالية من أي عيب في الأعضاء بجسمه أو بأحد أعضائه فإنها تكون قائمة وصحيحة . فكيف عالج المشرع الجزائري مسألة التبرع بأعضاء الأموات بناءا على وصية المتوفى :

الفرع الأول : الأساس القانوني الوصية بالتبرع :

في الحقيقة،إن معظم التشريعات التي تجيز التصرف في الأعضاء البشرية نذكر مصطلح التبرع، وأنه يجوز للشخص أن يتبرع بأعضائه حيال حياته، وله أن يوصي بها بعد وفاته لكن لا يوجد أي نص تشريعي في القوانين المقارنة يذكر بصراحة أن التصرف الوارد على الأعضاء يقصد به الوصية بمفهوم أحكام القانون المدني، ومع ذلك اتجهت بعض آراء شراح القوانين **إلى القول بصحة الوصية الواردة على الأعضاء البشرية** وحجتهم في ذلك :

أن الوصية قررت للأغراض العلمية والطبية، وهي من المصادر المهمة التي تساعد في العمليات الطبية وفي نقل وزرع الأعضاء. وبالتالي فإن الوصية متى كانت صادرة من شخص عبر عن إرادته السليمة الخالية من أي عيب في الأعضاء بجسمه أو بأحد أعضائه فإنها تكون قائمة وصحيحة .

أن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وهو ما لا يشكل خطر على حياة الموصي لأن حياته انتهت وانتزاع أحد أعضاءه بغرض زرعها في جسم مريض أو تشريح جثته لغرض البحث العلمي لا يشكل اعتداء عليه، انطلاقا من قاعدة مصلحة الحي أولى من مصلحة الميت ويجوز قطع عضو من الجثة لديمومة الحياة في شخص محتاج إلى كلية مثلا .

المبحث الثالث : شروط الوصية بالتبرع فقها وقانونا :

لقد قيد المشرع مسالة وصية التبرع بالأعضاء البشرية وزرعها للمرضى بعدة قيود أو شروط تعتبر ضرورية لانجاز العمليتين عملية أخذ الغريسة من الواهب وعملية زرعها في جسم الموهوب له، فالأولى عملية تجري على جثة والثانية عملية زرع في جسم إنسان حي .

وتتمثل هذه الشروط في كمال الأهلية والغرض العلاجي أو الطبي وشكليات وإجراءات عملية أخذ الغريسة وإجراءات عملية زرع الغريسة في جسم الحي .

الفرع الأول : كمال الأهلية :

إن التعبير عن الإرادة بالترخيص أو المنع لأخذ الأعضاء من الواهب بعد مماته شرط ضروري لإجازة عملية الأخذ من الميت إذ يجوز لكل شخص راشد يتمتع بكامل أهليته[76] أن يعبر وهو على قيد الحياة ووفق الشروط المنصوص عليها عن إرادته بترخيص أو منع أخذ أعضائه أو أعضاء معينة منه بعد مماته.طبقا للمادة 167 فقرة 02 وهنا التبرع يكون أشبه إلى الوصية التي هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت .

والغالب أن الشريعة الإسلامية هو أخذها بإذن الشارع الذي يعادل ترخيص القانون بالإضافة إلى إذن المريض، إذ لا يكفي أحدهما لتبرير الآخر، وإنما وجب توافر الاثنين معا .

والعلة من ربط إذن المريض بإذن الشارع هو فرض بعض القيود والضمانات على المعالج، والتي مفادها حماية المريض في صحته وجسمه، والتي

من بينها قصد العلاج . فلا يجوز أن تتجه إرادة المعالج إلى غرض آخر وإلا قامت مسؤوليته الجزائية، هذه الأخيرة التي لا تجد لها أساس في حالة توافر الإذنين معا، وهذا تطبيقا للقاعدة الشرعية الكلية والتي مفادها بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان[77]. فإذا فعل الشخص ما يجوز شرعا فلا يسأل عما نتج عن قيامه بأعماله وإن سبب ضررا . ويختلف الأمر هنا بين ما إذا كان الأمر يتعلق بتبرع إنسان حي أو بتبرع إنسان قبل وفاته .

تبرع الإنسان الميت أثناء حياته : وهذا النوع من التبرع يختلف عن التبرع الوارد على أعضاء إنسان حي ذلك أنه يأخذ ثلاث حالات :

الحالة الأولى : حالة ما إذا أبدى المتبرع موافقته أثناء حياته على قبوله التبرع فهنا يجوز انتزاع أعضاءه بعد وفاته طبقا للمادة 167 فقرة 02 وهنا التبرع يكون أشبه إلى الوصية التي هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت .

الحالة الثانية : حالة ما إذا توفى الشخص دون أن يبدي موافقته، في هذه الحالة فالأصل أنه لا يجوز انتزاع أعضاءه لكن يجوز استثناءا إذا تمت موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب ترتيب الأولوية التالي : الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفي أسرة وذلك حسب ما تنص عليه المادة 167 فقرة 02، كما تنص نفس المادة، فقرة 03 على أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة المتبرع قبل وفاته، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين أو كان تأخير الأجل يؤدي إلى عدم صلاحية العضو .

الحالة الثالثة : حالة ما إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على انتزاع أعضاءه، في هذه الحالة فإن المادة 165 تمنع القيام باقتطاع أعضاءه منعا باتا .

وفي كل حال فسواء تعلق الأمر بالتبرع الصادر من إنسان حي أو الصادر من إنسان ميت فإنه وطبقا للمادة 163 فإنه لا يعتد بإرادة القصر والراشدين المحرومين من قدرة التميز، أو المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل .

أما إذا كان الشخص المتوفى قاصرا أو كان راشدا إلا أنه فاقد الأهلية بسبب الجنون أو العته فإنه يعتبر خاضعا للحماية القانونية، إذ لا يجوز أخذ عضو من أعضائه إلا بموافقة ممثله القانوني، لأجل ذلك اعتنت التشريعات بتنظيم الولاية أو الحجر، والولاية وصاية على العاجزين عن الإشراف على حياتهم بسبب الصغر أو الجنون، لأنهم غير قادرين إما جسديا أو عقليا على تأمين حياتهم واستقلال شخصيتهم، مما يجعلهم بحاجة إلى من يؤمن حياتهم ويرعى مصالحهم للتمييز بين الضار والنافع من التصرفات والأعمال.

وإذا كان المتوفى قاصرا أو كانت به إحدى عوارض الأهلية فإن استئصال أجزاء من جثته يخضع لعدة قيود، فيجب من جهة عدم اعتراض القاصر قبل وفاته، فإذا اعترض فيجب الاعتداد باعتراضه وذلك بصرف النظر عن رأي الممثل القانوني .

فالمشرع جعل رأي القاصر فوق أي اعتبار، فعدم اعتراض القاصر لا يعني افتراض قبوله كما هو الحال بالنسبة للبالغ، فالقاصر لم يكن قادرا في

حياته على إصدار رضاء يعتد به للتنازل عن جسمه، ومن لم يكن يملك الرضاء لا يمكن القول بافتراض قبوله، إذ أن فاقد الشيء لا يعطيه، ولهذا يجب أن يوافق على الاستئصال الممثل القانوني ويلاحظ على المشرع انه استعمل عبارة الممثل القانوني[78] .

نخلص من ذلك أن الشخص إن كان كامل الأهلية فهو مالك لحق التصرف في جثته عند مماته، ذلك أن الإنسان يملك الحق في الإذن قبل وفاته بالتصرف في جثته أو بأجزاء منها لغرض علاجي أو علمي .

وفي كل هذا فإنه وسواء تعلق الأمر بالتبرع الصادر من إنسان حي أو الصادر من إنسان ميت، فإنه وطبقا للمادة 163 فإنه لا يعتد بإرادة القصر والراشدين المحرومين من قدرة التميز، أو المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل .

إذن الأسرة بالتصرف في جثة المتوفى :

في حالة ما إذا توفى الشخص دون أن يبدي موافقته، فالأصل أنه لا يجوز انتزاع أعضاءه لكن يجوز استثناءا إذا تمت موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوية التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفي أسرة وذلك حسب ما تنص عليه المادة 167 فقرة 02، كما تنص نفس المادة فقرة 03 على أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة المتبرع قبل وفاته، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين أو كان تأخير الأجل يؤدي إلى عدم صلاحية العضو .

والميت الذي لم يعقب وارثًا، إذا مات ببلد إسلامي تحت ولاية سلطان مسلم، يحكم بالشرع، ويقيم الحدود، وينفذ أحكام الإسلام، فالسلطان ولي من لا ولي له، فهو يقوم مقام الوارث له[79]

وقد حدد المشرع الأشخاص المؤهلين للإذن بأخذ الأعضاء من المتوفى الذي لم يعبر عن ذلك قيد حياته وهم : الزوج أولا ويليه الأصول ثم الفروع بمعنى أنه يمنع أخذ الغريسة من المتوفى في حالة صدور اعتراض الزوج وإن لم يكن الزوج فالأصول (الأب أو الأم) وان لم يكن الأصول فالفروع .

الفرع الثالث : الشكلية والإجراءات : إن التصرف الوارد على الأعضاء البشرية يشترط لقيامه شكليات وإجراءات معينة وهو يختلف أيضا حسب كل حالة .

ـ **الحالة الأولى** : التبرع الصادر من إنسان حي : إن المشرع الجزائري اشترط وبصورة صريحة وطبقا للمادة 162 من قانون الصحة أن تتم موافقة المتبرع كتابة. وإن كان لم يحدد لنا ماذا يقصد بالكتابة هل هي الكتابة الرسمية أم يكفي أن يحرر محضر بموافقة المتبرع وتتم هذه الكتابة وفق الإجراءات التالية : (80)

1- حضور شاهدين اثنين .

2-إيداعها لدى المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة .

3-ضرورة إخبار الطبيب للمتبرع بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع .

إلا أنه لم يشترط في المتوفى الذي عبر عن موافقته في التبرع بأعضائه بعد وفاته أن تصدر الموافقة في شكل مكتوب وهو ما نلمسه من سكوت المادة 164 من قانون الصحة التي أوجبت شرط الموافقة فقط ونفس الشيء في موافقة الأقارب المذكورين بالمادة 164 قانون الصحة لم يذكر المشرع أي شكلية أو إجراء معين لإبداء هذه الموافقة

وهذه الشكلية لم تشترط في المتبرع فقط وإنما اشترطت حتى في المستقبل إذ نصت المادة 166 على أنه لا تزرع الأنسجة والأعضاء البشرية إلا بعد أن يعرب المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين، ونصت الفقرة الثانية على أنه إذا لم يكن المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الوارد بالمادة 164 أن يوافق على ذلك كتابيا، وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو للأم أو للوالي الشرعي حسب الحالة، وأما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذر ذلك فالوالي الشرعي ويتم التعبير عن الموافقة وفق الإجراءات التالية :

- إعلان الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك.

- غير أن المشرع رتب على ذلك استثناءا في المادة 166 فقرة 04 يجوز فيه نزع الأنسجة والأعضاء دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 166 في حالتين :

إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية :

-إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل .

-ويشترط في كل ذلك أن يؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين

فقد ألزمت المادة 18 على الطبيب المدير أو الطبيب المعين خصيصا لأخذ الغريسة أن يتلقى تصريح الشخص المعالج داخل المستشفى برفض أخذ أعضائه أو بعضا منها، ويسجل ذلك في سجل خاص ويجب أن يبلغ هذا التصريح إلى الأطباء المسئولين عن عمليات أخذ الأعضاء في المؤسسة الإستشفائية .

2. إجراءات عملية اخذ الأعضاء :

فقد ألزمت المادة 18 على الطبيب المدير أو الطبيب المعين خصيصا لأخذ الغريسة أن يتلقى تصريح الشخص المعالج داخل المستشفى برفض أخذ أعضائه أو بعضا منها، ويسجل ذلك في سجل خاص ويجب أن يبلغ هذا التصريح إلى الأطباء المسؤولين عن عمليات أخذ الأعضاء في المؤسسة الإستشفائية وفقا لأحكام المادة 18 ، فإنه يجب أن يشار إلى ذلك في السجل المعد لذلك وخصوصا تصريحات أسرته التي يجب على الطبيب أن يبذل جهده للحصول عليها المادة 19 .

ويجدر القول أيضا، أن المشرع الجزائري شأنه شأن باقي التشريعات إذ نظم عمليات اقتطاع الأعضاء بفرض قيود تنظيمية على المؤسسات الصحية، وكذا على الأطباء القائمين بهذه العمليات وأخرى قانونية لتجنب التعامل التجاري بالأعضاء

وتتمثل القيود التنظيمية المفروضة على المؤسسات الصحية في حصر قانون الصحة المراكز الصحية المرخصة لممارسة نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المستشفيات التي سيصدر بتحديدها قرار من وزير الصحة، ويبين هذا القرار الصادر الشروط الواجب توافرها في المستشفيات «لا ينزع الأطباء الأنسجة البشرية ولا يزرعها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك وزير الصحة.... » وطبقا لهذه المادة أصدر وزير الصحة قرار رقم 19 المؤرخ في 1991/03/23 تضمن هذا القرار كيفية تطبيق المادة 167 السابق الإشارة إليها وحدد فيه المستشفيات المرخص لها بممارسة عمليات نقل الأعضاء وهذا المستشفيات هي :

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

إضافة إلى ذلك فقد فرض قانون الصحة على المؤسسات الصحية الحصول على الترخيص لممارسة عمليات نقل الأعضاء البشرية، إذ وجب على هذه المؤسسات أن تتمتع بـ :

اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من القانون 05/85 والمكلفة بإثبات حالة الوفاة للشخص المعرض للاستئصال أعضاءه ضمن الشروط

المذكورة بالنصوص القانونية وكذا التأكد من عمليات إعادة ترميم الجثة، ويشترط تمتع هذه اللجنة بكفاءة خاصة ووسائل تقنية وتكنولوجيا والتي تمكن من التحقق من حدوث الموت على وجه اليقين كما اشترط ضرورة تبرير هذه المؤسسات لعمليات الاستئصال بما يوفر السلامة للمتبرع والمتلقي، بمعنى أن يكون الهدف علاجي وفتح سجل خاص تدون فيه اللجنة ما قامت به من أعمال وما توصلت إليه من نتائج

أما القيود المفروضة على الأطباء فإن الأمر يتعلق بالقائمين بهذه العمليات حتى تتوفر الاستقلالية لتحديد لحظة الوفاة، وحماية المتبرع لذلك تضمن القانون 17/90 لسنة 1990 حظرا على الأطباء الذين يعاينون ويثبتون وفاة المتبرع من أن يكونوا من بين المجموعة التي تقوم بزرع العضو للمريض، إذ نصت المادة 165 فقرة أخيرة من قانون الصحة «لا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع» .

كما يفرض عليهم احترام أهداف الاقتطاع ورغبة المتوفى وإلا عد ذلك اعتداءا على حرمة التكامل الجسدي وحرمة الجثة، إذ نصت المادة 164 من قانون الصحة «ويجوز النقل إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبول ذلك». غير أنه يمنع على الأطباء الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته كتابيا عن عدم رغبته في زرع أعضاءه ما عدا في حالتين أوردتهما المادة 164 المعدلة يجوز لهم دون موافقة المتوفى ولا أفراد عائلته إذ نصت «غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة الثانية إذا تعذر الاتصال

في الوقت المناسب بأسرة المتوفى وممثليه الشرعيين أو إذا كان التأخر في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الزرع» .

كما يمنع على الأطباء انتزاع الأعضاء من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز ومن هم مصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحتهم مستقبلا .

كما فرض عليهم القانون ضرورة تحرير محضر بالعملية يحمل في طياته تقريرا مفصلا كلي وشامل عن العملية وملاحظات الأطباء عن حالة الجسم وعن الأعضاء المقتطعة ويخطر به الطبيب الشرعي لدى المحكمة بصفة مباشرة لضمان عدم تزويره فيما لو حصل نزاع بعد ذلك .

. الإجراءات القانونية :

لمنع التعامل التجاري بالأعضاء فقد ساير المشرع الجزائري أغلب التشريعات آخذا بالمبدأين السابقي الذكر والمتمثلين في :

-مبدأ مجانية التصرف : «وهو المبدأ المكرس بنص المادة 165 فقرة01 من قانون الصحة التي تنص على أن نقل الأعضاء لا يكون إلا على سبيل التبرع» أي أن الشخص يتنازل عن العضو من أعضائه بدون مقابل مادي على وجه الهبة وقد اعتبر المشرع الجزائري هذا المبدأ هو الوحيد والأوحد لعدم خروج هذه العمليات عن غرضها العلاجي .

– مبدأ سرية التصرف : وهو المبدأ المنصوص عليه بالمادة 165 فقرة 02 التي تنص «يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع»

غير أنه وما ينبني على أن المشرع الجزائري ورغم نصه على كل هذه الأحكام المتعلقة بزرع ونقل الأعضاء البشرية إلا أنه لم ينص على الجزاء المترتب على المخالفة أحكام هذه النصوص وهو الأمر الذي يدفع القاضي الجزائري في حالة ما إذا واجهته قضايا دقيقة من هذا النوع إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات المتعلقة بجرائم التعدي والتي تتسم بالعمومية ولا تحقق الحماية القانونية الكافية للضحايا .

الخاتمة :

. جواز نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بشروط

. جواز وصية الإنسان ببعض أعضائه بعد الوفاة .

ـ إن المشرع جزائري لم ينص صراحة على كلمة (الوصية) واكتفى بالقول الإقرار الخطي المتوفى لكافة شروطه القانونية :

ـ إن أحكام الوصية المتعارف عليها في القواعد العامة، تختلف في حالة الوصية بعضو من أعضاء جسم الإنسان، حتى لو كانت الوصية صحيحة ومستوفاة الشروط، فإنها لا تنفذ، في حالة رفض أحد من أقرباء الميت تنفيذها حتى الدرجة الثانية، فإنها لا تنفذ وهذا ما جرت علية العادة في جمعية التبرع بالأعضاء، والسبب في ذلك هو الحفاظ على مشاعر أهل المتوفى .

نظم المشرع الجزائري وصية التبرع بالأعضاء البشرية وزرعها للمرضى بعدة قيود أو شروط ضرورية لانجاز العملية :

ـ تتمثل شروط وصية التبرع بالأعضاء البشرية في كمال الأهلية وتحقيق الغرض العلاجي أو الطبي وشكليات وإجراءات قانونية وتنظيمية .

– اتفاق الشرع والقانون في شروط وضوابط الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية

ـ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية هو المبدأ المكرس بنص المادة 165 فقرة01 من قانون الصحة التي تنص على أن نقل الأعضاء لا يكون إلا على سبيل التبرع "أي أن الشخص يتنازل عن العضو من أعضائه بدون مقابل مادي على وجه الهبة" .

الحواشي والهوامش

(1) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 7/ 132 .

(2) الميداني، أبو الحسين أحمد بن حمد القدوري البغدادي : اللباب في شرح الكتاب، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ن)، 4/ 168.

(3) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4/ 422

(4) ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 2 / 236 .

(5) الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك بيروت، ط.2، (ب. ت.)، 3 /271

(6) مغني المحتاج، 3/ 39، المغني، 4/ 474 .

(7) ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبي محمد بن عبد الله : الكافي في فقه أحمد بن حنبل، بيروت، ط 5، هـ1988، 4/ 474، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 7/ 183 .

(8) الشرح الكبير على متن المقنع، 3/ 514 .

(9) البجيرمي، سليمان، حاشية البجيرمي بتحفة الحبيب على شرح الخطيب المسمى بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، 3/ 296 .

(10) جاد الحق جاد : بحوث وفتاوى فقهية إسلامية معاصرة، باب الطب والتداوي، ص 449،

(11) سورة المائدة : 32

(12) انظر أحمد بن محمد بن علي الفيومي : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، 66/2، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي : مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1981م. ص439.

(13) انظر: لأبي قاسم محمد بن أحمد بن جزيء الكلبي الغرناطي : القوانين الفقهية / الدار العربية للكتاب، ليبيا، 1988م ، ص356 .

(14) انظر لإمام عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي : الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م، 34/5 .

(15) انظر: للكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، مصر، 1910، ط1 ، 312/7 .

(16) قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء إنسان آخر حياً كان أو ميتاً الصادر في 1988/11 .

(17) J.K.INGLIS,HUMAN BIOLOGY,THIRD EDITIO, OXFORD, 1986 , P.7,21.

(18) وجيه خاطر : نقل وزرع أعضاء الجسم البشري . بحث منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء . إصدار الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، الرباط، ع. 7 ، نيسان / 1988، ص50 .

(19) د. عبد الوهاب عمر البطراوي : مجموعة بحوث جنائية حديثة . دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ط3، 23/1 .

(20) أحمد شوقي عمر أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث المطبعة العربية الحديثة، القاهرة 1986، ص50 .

(21)

(22) سورة الإسراء : 17 .

(23) سورة الإسراء: 31 .

(24) رواه أبو داود في سننه 212/3.

(25) أخرجه أبز داود في سنته، رقم 3207 ، 2 /231، وأخرجه أحمد في مسنده مجلد 58/6 وابن حيان في صحيجه437/7 رقم (3167) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى 58/4

(26) الشوكاني : نيل الأوطار، طبعة دار التراث، القاهرة ، 1357 هـ، 26/4 .

(27) المجموع، 9 /41 ، كشاف القناع، 6 / 199 .

(28) انظر : محمد سعيد اليوطي: انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي- ع. 1988/1م

(29) انظر : خليل الميس، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر حياً أو ميتاً، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع. 1988/1م

(30) انظر : بحث محمد عيد الرحمان : انتفاع الإنسان بأعضاء إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع1988،1م، ص 431.

(31) انظر : بحث محمد محمد السقا : قضايا طبية معاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، منار الإسلام،1410 هـ، ص 114 .

(32) انظر : محمد سيد طنطاوي : فتاوى شرعية من كتاب اليوم،301،

(33) انظر : بحث حسن الشاذلي : انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع1،1988م، ص262 .

(34) انظر :محمد سعيد المعيني : النظرية العامة للضرورة، ص 108 .

(35)انظر : محمد علي البار : الموقف الفقهي والأخلاقي في قضية زرع الأعضاء، ص 169، عيد السميع أسامة : مدى مشروعية التصرف في جسم الإنسان، ص 100 .

(36) انظر : الأحكام الشرعية للإعمال الطبية، ص 145 .

(37) انظر: محمد فوزي فيض الله، التصرف في أعضاء الإنسان، ص 15 .

(38) انظر : محمد سعيد المعيني : النظرية العامة للضرورة، ص 108 .

(39) انظر : الأنعام : 19 .

(40) انظر : أبي بكر أحمد الرازي الجصاص : أحكام القرآن، دار الفكر، 434/3

(41) انظر : رواه أبو داود في سننه،كتاب الطب، الدوية المكروهة، 7/4 .

(42) انظر : خليل حمض، حكم الاستفادة من أعضاء الموتى في عمليات الزرع، مجلة الأمة، ص 59 .

(43) انظر : محمد سعيد المعيني : النظرية العامة للضرورة، ص 107 .

(44) انظر :الشيخ آدم عبد الله، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، 1/ 455 .

(45) انظر : عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، ص 134 .

(46) انظر : حسن السقاف : الاستماع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، ص15.

(47) انظر : المرجع نفسه .

(48) انظر : مقال الشعراوي : الإنسان لا يملك جسده فكيف يتصرف بأجزائه أو يبيعها، جريدة اللواء الإسلامي ع 27/226 جمادي الآخر 1407هـ

(49) انظر : بحث محمد السنبهلي : حكم الشريعة الإسلامية في زرع الأعضاء الإنسانية، (قضايا فقهية معاصرة)، ص 67

(50) انظر : الإسراء : 70

(51) انظر : محمد الشنقيطي : أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص 336 .

(52) انظر : البار، الموقف الفقهي والأخلاقي في قضية زرع الأعضاء ، ص 169،

(53) انظر : سبق تخريجه .

(54) انظر : بحث محمد السنبهلي : حكم الشريعة الإسلامية في زرع الأعضاء الإنسانية، (قضايا فقهية معاصرة)، ص 67

(55) رواه البخاري في صحيحه 386/10- 387 برقم (5935،5936)

(56) انظر : التصرف في أعضاء الآدمي من منظور إسلامي، ص 288

(57) انظر : زراعة الأعضاء، د. السكري (11) ، وينظر أحكام الجراحة الطبية ، د. محمد الشنقيطي (341)

(58) انظر : تكملة البحر الرائق ، 233/8

(59) انظر: القرار الأول من قرارات الدورة الثامنة مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي م الأولى حتى دورته الثامنة، ص 147.

(60) انظر: الفتاوى الإسلامية من دائرة الإفتاء المصرية 22787/6/

(61) العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الشرق ، 1986م، 1 /167.

(62) ابن القيم الجوزية : إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت،1973م، 108/1.

(63) الشاطبي، إبراهيم بن موسى أبو اسحاق : الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، 318/2.

(64) راجع : الموافقات، 375/2-278.

(65) القرافي، شهاب الدين : الفروق، دارالمعرفة، بيروت، 141/1.

(66) قواعد الأحكام، 1/ 167.

(67) انظر: الموافقات، 348/2 وما بعدها، الدريني، فتحي : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت،1977م، ص 161.160 .

(68) انظر: قواعد الأحكام، 1/98-122 وص168 وما بعدها، والأشباه والنظائر لابن نجيم.

(69) راجع المعنى : التاج والإكليل، ص254.

(70) مسلم :صحيح مسلم،كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، حديث 1631، 3/(1255) (3 -52) القرضاوي : زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، ص35 .

(71).القرضاوي : زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، ص 52

(72) المرجع نفسه .

(73) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ع.6، ج 3 1990م، وهذا القرار ضمن التوصيات التي تناولتها الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالتعاون بين مجمع الفقه والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية .

(74) مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للجسم البشري بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري رسالة دكتوراه نوقشت بمعهد الحقوق بن عكنون، 1988، طبعة 2003 .
مهند أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002 .
محمد نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد السنة 27 عام 1959

(75) القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها 70/90 المؤرخ في 31 يوليو 1990 المعدل والمتمم للقانون 05/85 الصادر بتاريخ 16 فبراير1985

(76) أهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدور ذلك الشيء وطلبه منه، وصلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه (البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد :**كشف الأسرار عن أصول فخر**

الإسلام، تحقيق : عبد الله عمر، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ 1997م، ص 335

(77) نظر المواد 299 و795 و824 و1500 مجلة الأحكام العدلية .

(78) (le représentant légal) وهو مصطلح نعتبره دخيلا على التشريع المغربي لأنه من جهة مصطلح يستعمل في مادة الأحوال الشخصية عند الغربيين وخصوصا في قانون العائلة شأنه شأن المجلس العائلي أو مجلس الأسرة . أما الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا للقانون المغربي فإنها تعرف مصطلح الولي الشرعي، وكان على المشرع وهو يستحضر مقتضيات القانون الفرنسي لسنة 1976 و1994 أن لا يتقيد بحرفية النص وأن يستحضر المصطلحات العربية الفقهية والشرعية، فهي غنية، غزيرة، سديدة التقدير والاستنباط .

(79) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم (1) ، الدورة الرابعة، 1988م، انظر : بحث : بكر أبو زيد: انتفاع إنسان بأعضاء إنسان آخر حيًا أو ميتًا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج1، عدد (4)، ص183

(80) مشروعية التصرف في جسم الإنسان في القانون الجزائري والشريعة، ص 37 .