جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

زراعة الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

إعداد الطالب :
- بوعيسي سمية
- بن معمر فاطمة

إشراف الأستاذ:
-د. داودي صحراء

لجنة المناقشة

-د/أ. هلالي مسعود	رئيسا
-د/أ. داودي صحراء	مقررا
-د/أ. معيزة عيسى	ممتحنا

الموسم الجامعي 2020/2019

2020/M071F/M1533063309/M079021807

إهداء

إلى الذين قال فيهما المولى عز و جل: *و بالوالدين إحسانا*

إلى التي ربتني في كنفها ولم تفارقني ابتسامتها و لم تبخل علي بالدعاء والنصح، 'أمي الغالية'.

إلى العزيز الغالي المرحوم، أبي والذي نعتبره مازال معنا.

إلى أعز ما أملك أفراد عائلتي وإخوتي

إلى البراعم الصغار أبناء أخي وأختي

إلى كل ما رافقني في حياتي التعليمية خاصة

إلى كل من أعانني و آزرني في شدتي

إلى كل من هم في ذاكرتي و لم تسع مذكرتي لذكرهم.

إلى كل هؤلاء، أهدي ثمرة عملي و جهدي المتواضع.

فاطمة

إهداء

اهدي ثمرة بحثي هذا و جهدي الى اعز ما املك والدي الكريمين حفظهما الله و اخص بذلك الوالد الحبيب الذي تعب من اجلي و رافقني و كان الدعم و السند في كل مشواري حتى انهيت هذا العمل .

إلى أخواتي و حبيبي أخي الصغير

إلى كل من أكن لهم الاحترام و التقدير

إلى كل من ساعدني في هذا العمل المتواضع من قريب او من بعيد

سعيبة

شكر وعرفان

أولا و قبل كل شيء نحمد لله و نشكر فضله

على توفيقه

و عونه لنا في انجاز هذا العمل.

ثم نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الفاضل

المشرف علينا و الذي زوّدنا بالنصح

و الإرشاد ، الأستاذة: *داودي صحراء*،

و الله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه.

كما نوجه شكرنا إلى جميع أساتذة

كما نشكر كل من ساهم في انجاز هذا العمل المتواضع.

وما توفيقي إلا بالله

مقدمة

سكن الإنسان على هذه الأرض وعاش فيها منذ عشرات آلاف السنين، وكون مجموعات متعددة حتى أصبح على وضعه الحالي المكون من مجموعات ودول، ونسج العديد من العلاقات فيما بينه، كما سعى بكل جهد إلى تغيير حياته وواقعه نحو الأفضل، فشرع بإجراء التجارب العلمية مما أوصله إلى التقدم العلمي الحاصل، ومع هذا التقدم المتسارع وازدياد أعداد بني البشر، وتجلي الفرق فيما بينهم بخصوصية الطبيعة الإنسانية من ناحية والفقر والغنى والقوة والضعف والصحة والمرض، تتبين أهمية وضع ضوابط وأنظمة وقوانين لتنظيم علاقة الإنسان بالآخر، فابتكر القوانين والأنظمة التي بدورها تكفل له حقوقه وتبين الواجبات المترتبة عليه.

إذ يعد جسم الإنسان من العناصر اللازمة لوجوده و لا تستقيم الحياة إلا به، وهو لا يكون محل اتفاق إلا لصيانته وحفظ كرامته، وعلى نحو لايعد المساس به انتهاكا لحرمة ومعصومة الكيان الجسدي، وقد أولت الشريعة الإسلامية الغراء اهتماما وغاية فائقين للإنسان الذي كرمته أيما تكريم وفضلته على سائر المخلوقات، إذ أنه من مقاصدها الكبرى المحافظة على الدين والنفس والعقل والمال والنسل، كما أنها شرّعت الحدود والقصاص لكل من ينتهك حرمة هذه الضرورات.

أولا: أهمية الموضوع

تتجلى أهمية نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون في عدة مظاهر أهمها:

– أنّ الأطباء الذين يقومون بهذه العمليات هم في حاجة ماسة لمعرفة مدى شرعية هذه الوسيلة الطبية الفنية الحديثة، وذلك من الناحية القانونية والشرعية،وكذا الشروط الواجب توافرها حتى لا تترتب مسؤوليتهم الجنائية والمدنية.

– وتظهر أيضا أهمية هذه العمليات في الدراسات المقارنة بين التشريعات الأجنبية المختلفة التي أجازت هذه العمليات، وكذا الفتاوى المختلفة في شأنها، وذلك بهدف تأصيل الفروق بينها ومحاولة إيجاد أفضل الحلول للعديد من المشاكل التي طرحتها.

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع

عاد اختيارنا لموضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون إلى عدة أسباب لعل أهمها ما يلي :

1- الأسباب الذاتية :

- الرغبة الشخصية لدراسة هذا الموضوع والخوض في تفاصيله الدقيقة، ومحاولة إيضاحه وإبراز حقيقته، والتعمق أكثر في معرفة موضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وكيفية تنظيمه من طرف المشرع الجزائري وحكم الشريعة الإسلامية فيها.

- ميولنا للمسائل العلمية المستجدة والتي يكثر فيها الاشتباه والتساؤل حول أحكامها الفقهية

2- الأسباب الموضوعية :

- الانتهاكات العديدة والمتكررة التي يتعرض لها جسم الإنسان وأعضائه، والماسة بسلامته والتي تنقص من الحماية المفروضة له تحت غطاء العلم وخدمته البشرية، وحق الشخص في التمتع بصحة جيدة.

- تنوير الأشخاص العاديين بما هو مباح ومحظور، وحثهم وتشجيعهم على التبرع بأعضائهم لإنقاذ غيره من الموت، بسبب عطب او تلف عضو من أعضائه أو الإيصاء بها بعد وفاته.

ثالثا: صعوبات الدراسة

لقد واجهتنا أثناء إعدادنا لهذه الدراسة العديد من الصعوبات أذكر منها :

- قلة المراجع القانونية التي نعتمد عليها لإتمام بحثنا بسبب الظرف الخاص "كورونا"

- صعوبة ضبط الخطة وتقسيمها تقسيما متوازنا بسبب ترابط عناصر هذا الموضوع وتداخلها .

– عدم توافر العناصر اللازمة والمعلومات الكافية بالنسبة لبعض عناصر البحث .

رابعا : المنهج المتبع في البحث

يعتبر موضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون موضوعا هاما، وذو جوانب متعددة، وقد استلزم علّي لدراسته إتباع المنهج المقارن في مقارنة ظوابط و شروط زرع و نقل الأعضاء بين القانون و الشريعة .

خامسا : الإشكالية

أثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية العديد من المشاكل، وكانت موضع جدل في كل من المجال الطبي والقانوني والديني، لما فيها من مساس بسلامة جسم الإنسان، ولما فيها من مخاطرة أثناء القيام بها، سواء تمت تلك العمليات بين الأحياء، والتي تستلزم وجود شخص سليم يورد أو يتنازل عن عضو من أعضاء جسمه لصالح شخص مريض، ومصاب في أحد أعضائه إصابة خطيرة قد تودي بحياته، ولا تجدي معه وسائل العلاج والجراحة التقليدية، ولا سبيل لإنقاذ حياته إلا عن طريق استبدال العضو التالف بالعضو السليم، مع أن المتنازل ليست له أي مصلحة علاجية في ذلك، أو أن تتم عمليات نقل الأعضاء البشرية من شخص ميت، وهي الأقل ضررا لأن استئصال الأعضاء فيها يتم من الجثة .

فما مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الاسلامية و القانون؟

و ماهي الشروط التي تنظم هذه العمليات في الشريعة الإسلامية و كذلك القانون ؟

ولمعالجة هذه الإشكالية قسمت بحثي هذا إلى فصلين، حيث خصصت الفصل الأول لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

إذ تطرقنا من خلاله إلى : أساس إباحة نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في المبحث الأول، والذي حجزت فيه المطلب الأول للأساس القانوني لنقل وزراعة الأعضاء

البشرية بين الأحياء كما فصلنا في المطلب الثاني عن الأساس الشرعي لنقل وزراعة الأعضاء البشرية ، كما أننا تعرضنا لشروط الإباحة القانونية لنقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء

في المبحث الثاني، بداية شروط الإباحة القانونية لنقل و زراعة الأعضاء بين الأحياء في المطلب الأول وانتهاء الشروط الفقهية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في المطلب الثاني، في حين أننا أفردنا الفصل الثاني لنقل و زرع الأعضاء البشرية من الجثة ، حيث خصصنا المبحث الأول أساس إباحة نقل الأعضاء البشرية من الجثة ، بداية الأساس القانوني لنقل و الأعضاء من الجثة في المطلب الأول، ثم الأساس الشرعي لنقل الأعضاء البشرية من الجثة في المطلب الثاني، إضافة إلى أني حجزت المبحث الثاني لشروط إباحة نقل الأعضاء البشرية من الجثة إذ تناولت الشروط القانونية لنقل الأعضاء من الجثة في المطلب الأول، ثم الشروط الفقهية لنقل الأعضاء البشرية من الجثة في المطلب الثاني.

الفصل الأول:

نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

تمهيد :

إنّ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لها أهمية بالغة، لكونها كثيرا ما تساعد على استمرار حياة الإنسان بعد إصابته بأمراض ظلت إلى وقت قريب قاتلة، كما تساعد الإنسان على التخلص من الآلام و المعاناة الناتجة عن بعض الأمراض.لذلك يتعين معرفة أساس إباحة نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء (المبحث الأول)، الشروط القانونية لنقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء (المبحث الثاني).

المبحث الأول : الأساس القانوني و الفقهي لنقل وزرع الأعضاء البشرية

في خضم البحث عن الأساس القانوني و الفقهي الذي يمكن من خلاله أن نضع هذه الممارسة ضمن إطارها المشروع و جد رجال الفقه و القانون أنفسهم أمام تحدي،خاصة بسبب عدم انعقاد الاجتماع لديهم ، وهذا ما سنوضحه من خلال هذا المبحث حيث قسمناه إلى مطلبين : نتناول في المطلب الأول الأساس القانوني لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية و المطلب الثاني الأساس الشرعي لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء

المطلب الأول : الأساس القانوني لنقل و زرع الأعضاء البشرية

لقد اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لإباحة نقل وزراعة الأعضاء البشرية من الإنسان الحي فالبعض يرى أن نظرية السبب المشروع أساسا لمشروعية التصرف، والبعض يرى أن حالة الضرورة هي أساس لمشروعية التصرف ،والبعض يرى أن المصلحة الاجتماعية هي أساس مشروعية التصرف

الفرع الأول: نظرية السبب المشروع

لقد ذهب جانب من الفقه إلى إباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية استنادا إلى نظرية السبب المشروع، ويقصد بالسبب المشروع في هذا السياق : الباعث،الدافع إذ يجب البحث عن الهدف من التصرف لمعرفة مدى مشروعية التصرف .[1]

إذ يذهب أصحاب هاذ الاتجاه إلى انه لا يجوز الحكم على التصرف بأنه غير مشروع بمجرد تعلقه بجسم الإنسان وإلا ذهبنا إلى التسليم بان عقد العلاج الطبي الذي بمقتضاه يتدخل

[1] عبد الله بشري ، مدى مشروعية نقل و زرع الاعضاء البشرية في القانون الوضعي و الشرائع السماوية ، دار محمود للنشر والتوزيع طبعة ،2013صفحة 142 .

الطبيب على جسم المريض عقد غير مشروع، لكون هذا التدخل يشكل مساسا بجسمه، بالرغم من أن هذا التدخل يعد مشروعا لأن الهدف منه تحقيق مصلحة علاجية للمريض[1].

وحسب ما يرى ديكوك فان التصرف يكون مشروعا، متى كان الهدف من المساس في الجسم هو تحقيق مصلحة علاجية للشخص، لكن يجب أن يفهم السبب على انه تحقيق مصلحة حيث الاحترام للغير أيضا ، وكذلك ضرورة مراعاة مقتضيات التضامن الإنساني، التصرف يعد مشروعا متى كانت الأضرار التي ستصيب المتصرف اقل بكثير من المنفعة التي سوف تعود على المريض، من إجراء ضرر عضو في جسده فالأخلاق لا تحرم كل عمل من شانه أن يضع حياة الإنسان أو صحته او سلامته جسمه في خطر ، فمقتضاه التضامن الإنساني تستلزم أن يهب الإنسان لنجدة غيره من بني الإنسان، بشرط أن لا يؤدي ذلك بالإنسان إلى التهلكة ، فالشرعية تتوقف على مدى التنافس بين الخطر الذي يتحمله الشخص المعطي و المصلحة التي تعود على المريض[2].

رغم صلاحية هذه النظرية لإبراز الحكمة من نقل الأعضاء ، إلا أنها تعرضت لانتقادات على أنها لا تلح كأساس لإباحة هذه العمليات، لافتقارها إلى معيار دقيق للتفرقة بين العمليات الجائزة و العمليات غير الجائزة في إطار الموازنة بين المصالح المختلفة، إضافة إلى أنها لم تشترط أن يكون ذلك في حالة الضرورة [3].

الفرع الثاني: حالة الضرورة

ذهب الفقه الفرنسي و بعض من الفقه في مصر إلى أن مكلة التصرف في جسم الإنسان الحي عن طريق نقل و زرع الأعضاء البشرية من حي إلى حي ، تثير مسالة الموازنة بين القيم المختلفة التي توجد في الحياة ، وهي تدخل أساسا في نطاق ما يسمى بحالة الضرورة ،

---

[1] محمود ثابت، علي الشاذلي، **الظوابط القانونية لعملية نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الاحياء**، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مجلة بحوث الشرق الاوسط، العدد الرابع والاربعون.

[2] عبد الله بشري ، مرجع سابق ، صفحة 142،143.

[3] مواسي العلجة ، **التعامل بالاعضاء البشرية من الناحية القانونية**، اطروح لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري –تيزي وزو – الجزائر، 2016، صفحة 53.

حيث يعرفها الأستاذ SAVATIER بأنها حالة الشخص الذي يبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة ليتفادى الضرر الأكبر محدقا به أو بغيره أن يسبب ضررا اقل للغير[1].

وحسب هذه الحالة فان الطبيب هو المرجع في عملية الموازنة بين الخطر الذي يهدد المريض و الضرر الذي سيلحق بالمتبرع، كما انه يقدر فرصة الشفاء واحتمالاته[2].

وللاحتجاج بتوافر حالة الضرورة يلزم توافر شرائطها و التي يمكن إجمالها في الأتي :

1- يجب أن يكون هناك خطر محدق بالمريض، اذ يترتب على عدم نقل العضو إليه إمكانية وفاته

2- يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه اكبر بكثير من الضرر الذي وقع فان استئصال كلية مثلا ، ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة للمتبرع لكن بموازنة هذه المخاطر و الضرر الذي يتعرض له المستقبل، وجد ان الضرر الذي يصيب المتبرع اقل من الأضرار المراد تفاديها بالنسبة للمريض المستقبل للعضو ، فيكون بذلك تصرفا صحيحا ، لان المقابلة تكون بين ضرر يسير يصيب المتبرع ، وخطر الموت بالنسبة للمريض المستقبل للعضو .

3- يجب أن يكون نزع العضو من شخص حي هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض فإذا كان من الممكن نزع عضو من جثة أو من حيوان فلا نكون أمام حالة الضرورة .

4- يجب أن لا يؤدي الاستئصال إلى هلاك المعطي أو إصابته بنقص خطير في وظائف جسمه

5- يجب أن لا ينفرد طبيب واحد باتخاذ تلك القرارات ، بل تتخذ من طرف الفريق الطبي الذي يضمن الموازنة بين حالة المريض والمتبرع [1].

[1] عبد الله بشري، مرجع سابق، صفحة 144.

[2] مختاري عبد الجليل ، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل و زرع الاعضاء الشرية دراسة مقارنة ن مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص ، كلة الحقوق –جامعة تلمسان– الجزائر 2006–2007، صفحة 46.

ومع ذلك فان الملاحظ على حالة الضرورة هو أنها لا تتوافر في جميع حالات نقل الأعضاء ففي الفشل الكلوي مثلا لم تعد عمليات نقل الكلى هي الوسيلة الوحيدة لمعالجة هذه الأمراض و ذلك باستحداث أجهزة الكلى الصناعية EMODIALYSE ، إضافة إلى أن هذه العمليات ليت ناجحة دائما و الدليل هو أن مصطلح الأجسام الغريبة Phénomène ما يزال مهيمنا على هذه العمليات وهذا ما أدى بالفقه بالأخذ بمبدأ أخر و هو المصلحة الاجتماعية .[2]

الفرع الثالث: مبدأ المصلحة الاجتماعية

تقوم هذه النظرية في تأسيسها لإباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية على أن للحق في سلامة الجسد جانبين، أولهما يخص الفرد أن يكون في مصلحة الفرد إلا تتعطل وظائف الحياة في جسده، كما أن مصلحته المحافظة على سلامة هذا الجسد أيضا، في حين أن الجانب الثاني لهذا الحق هو جانب اجتماعي، يقوم على أساس أن لكل فرد وظيفة اجتماعية تتمثل بمجموعة من الواجبات التي لا يستطيع الفرد القيام بها إلا إذا كانت سلامة جسمه مضمونة ، فان كان الفرد يهمه كل المزايا المرتبطة سلامة جسمه و يحرص على المحافظة عليها جميعا، فان المجتمع لا يعنيه من هذه المزايا إلا القدر الذي يمثل أهمية اجتماعية [3].

وعليه يجب أن يكون مجموع المنفعة التي تعود على المجتمع من زرع الأعضاء اكبر من المنفعة التي تعود عليه من عدم زرع الأعضاء، مثلا لو كانت المنفعة التي تعود على المجتمع من شخص مريض تقدر ب 10% و المنفعة التي تعود على المجتمع من شخص سليم 100% فيجب تقدير المنفعة على أساس مجموع ما يعود على المجتمع من

---

[1] مواسي العلجة مرجع سابق، صفحة 55-56.

[2] مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،الطبـعة الأولى 2003.صفحة 85.

[3] محمود ثابت علي الشاذلي ، مرجع سابق ،صفحة 207،206 .

الشخصين، فإذا أدت عملية نقل العضو من الشخص السليم إلى حدوث نقص يسير في منفعته بحيث تصل 80%

ثم زادت منفعة الشخص المريض إلى 60% فان المجموع بعد الزرع هو 130% ، فإذا هي تزيد عن مجموع المنفعة قبل الزرع ، ومن ثم فلا مساس بالجانب الاجتماعي على مستوى الشخصين[1]

وبالرغم من ذلك إلا أن الاعتماد على مبدأ حساب الاحتمالات التي يجريها الطبيب للمنافع التي يتسم بالقدر الكافي من الدقة المطلوبة و الملائمة لحجم المخاطر المحتملة ، فظلا على أن منطق الاعتماد على فكرة التضامن الاجتماعي على النحو الذي يشير إليه أصحاب هذا الاتجاه، قد يؤدي إلى إضفاء نوع من التغاضي وعدم الاهتمام بإرادة الشخص، فقد يؤدي منطق هذه النظرية إلى إجبار الناس على التنازل عن أعضاءهم [2]

[1] عبد الله بشري ، مدى مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية في القانون الوضعي و الشرائع السماوية مرجع سابق صفحة157.

[2] محمد ثابت علي الشاذلي ، مرجع سابق صفحة 207-208 .

المطلب الثاني: الأساس الشرعي لنقل وزراعة الأعضاء البشرية

انقسم الفقهاء المعاصرون في الشريعة الإسلامية بشان نقل الأعضاء بين الأحياء بين مؤيد ومعارض و قدم كل جانب منهم أدلته الشرعية التي يمكن عرضها كما يلي :

الفرع الأول:الرأي المعارض –عدم مشروعية نقل و زرع الأعضاء

ذهب البعض من رجال الفقه الإسلامي المعاصر إلى عدم جواز نقل عضو من إنسان حي إلى أخر و استندوا في ذلك إلى حجج وعديدة من كتاب الله و سنة رسوله ومن أقـــوال الفقهاء [1]

إن الله سبحانه وتعالى كرم الإنسان وان التصرف في عضو من أعضاء جسم الإنسان الحي يتنافى و الكرامة الإنسانية ، فالإسلام كرم الإنسان كما جعله مملوكا لله ، و من ثم لا يصح القول بان الإنسان يدخل في دائرة المعاملات المالية و يعامل معاملة الأشياء لان في ذلك كله إهانة للإنسان الذي خلقه الله مكرما، كما انه يتنافى مع كونه مملوكا لله سبحانه و تعالى.[2]

أولا: الأدلة التي استندا إليها أصحاب هذا الرأي–المعارض– من القران الكريم :

استنادا لقوله تعالى :" **وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ**[3] " ، أن أقدام الشخص على التبرع بجزء من جسمه هو في الواقع سعي لإهلاك نفسه ومن ثم لا يجوز له التصرف في احد أعضاء جسده لإحياء غيره ، لان الإنسان أولى بنفسه من غيره.[4]

---

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال ، التشريعات الحديثة في عمليات نقل و زرع الاعضاء ، الاسراء للطباعة بدون طبعة سنة نشر، صفحة 13.

[2] عبد الله بشري مرجع سابق ،صفحة 13.

[3] سورة البقرة : جزء من الاية 195 .

[4] عبد الله بشري ، المرجع السابق، صفحة 295.

وقوله أيضا : **"قَالَ أَتَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَىٰ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ"** [1]

وقوله أيضا :" **وَمَن يُبَدِّلْ نِعْمَةَ اللَّهِ مِن بَعْدِ مَا جَاءَتْهُ فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ** "[2]

ثانيا : حجية أصحاب هذا الرأي –المعارض–استنادا إلى السنة النبوية :

ما رواه البخاري بسنده إلى عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال : " قال لي النبي صلى الله عليه وسلم : الم أخبرك انك تقوم الليل و تصوم النهار ؟ – قال – فانك إن فعلت ذلك هجمت عينك **وَنَفِهَتْ نَفْسُكَ** و إن لنفسك عليك حق، ولأهلك عليك حق فصم و افطر وقم ونم " .

و ما رواه ابن عباس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار "و هذا الحديث أصل لقاعدة "الضرر يزال " و قد فسره البعض من العلماء بان معناه " انه لا يضر الرجل أخاه ابتداء و لا جزاءا"[3].

ثالثا: الأدلة التي استندا إليها أصحاب هذا الرأي من المذاهب الفقهية :

1 المذهب الحنفي : استند هذا الرأي إلى انه لا يجوز الانتفاع بأعضاء الإنسان لان هذا الأخير مكرم لا مبتذل فلا يكون شيء من أجزاءه مهانا ولا مبتذلا .

2 المذهب المالكي : استندوا إلى عدم جواز أكل الآدمي سواء حيا كان أو ميت حتى لو مات المضطر.

3 المذهب الشافعي : ذهبوا إلى انه لا يجوز أكل المسلم و لو كان المضطر سليما لان قطعة لغيره ليس فيه قطع بعض لاستبقاء الكل .

[1] سورة البقرة الآية : 61 .

[2] سورة البقرة من الآية : 211.

[3] محمود السيد عبد المعطي خيال ، مرجع سابق، صفحة 17.

4 إما الحنابلة : استندوا إلى أنهم لم يجدوا المضطر إلا ادميا محقون اليد لم يبح قتله ولا إتلاف عضو منه مسلما كان المحقون أو كافرا ذميا ، أو مستأمن لان المعصوم الحي مثل المضطر فلا يجوز إبقاء نفسه بإتلاف مثله[1] .

الفرع الثاني :الرأي المؤيد– لمشروعية نقل و زرع الأعضاء بين الاحياء

اتجه الرأي الغلبفي الفقه المعاصر إلى جواز التبرع بأجزاء من جسم الإنسان لإنقاذ حياته أو صحة إنسان أخر، و قد استند أصحاب هذا الرأي ، تأييدا لرأيهم إلى أدلة عديدة من القران الكريم و السنة النبوية ، و من القياس و القواعد الفقهية .

أولا : الأدلة التي استند عليها أصحاب هذا الرأي من القران الكريم :

ما جاء في قوله تعالى "**إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**" [2].

ووجه الاستدلال بهذه الآية ان المحظور قد يباح دفعا للضرر ، و لهذا أبي أكل الميتة و غيرها من المحرمات عند المخمصة ، و في الآية التي حرم الله تعالى أربعة أشياء و هي الميتة والدم ولحم الخنزير و ما أهل لغير الله به فمن فإذا اضطر غير الإنسان إلى أكل شيء من هذه الأشياء المحرمة أو غيرها ، فقد أباح الله له ذلك مع توافر شروط عدم البغي و العدوان ، وان لا يكون متلذذا به ، أي أن يكون الجزء الذي يأكله قليل ولا يزيد عن مقدار ما يمكن أن يبقيه حيا " فالضرورة تقدر بقدرها " [3].

[1] قفاف فاطمة، زراعة الاعضاء البشرية بين التجريم و الاباحة ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون جنائي جامعة محمد خيضر ، بسكرة سنة ، 2013 –2014 ،صفحة 23.

[2] سورة النحل الاية 115 .

[3] عبد الله بشري مرجع سابق، صفحة 299.

و أيضا قوله تعالى : "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ"[1] .

ويؤخذ من هاتين الآيتين الكريمتين قاعدة شرعية مؤداها أن " المشقة تجلب التيسير " اي إن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتيسير على العباد و دفع المشقة و الحرج عنهم، ومن ثم فان الله سبحانه و تعالى قد شرع كثيرا من الأحكام للعبادة بغرض التيسر عليهم و رفع المشقة و رفع الحرج ، و من قبيل ذلك إن نقل عضو مزدوج من إنسان حي ليس فيه هلاك للمعطي و زرعه في جسد إنسان أخر مريض معرض للهلاك ، وإنقاذ لحياة مريض ، هو أمر جائز شرعا و ذلك لما فيه من مبادئ إنسانية قيمة و إيثارا للغير و تضامنا إنسانيا[2].

ثانيا : الأدلة التي استند عليها أصحاب هذا الرأي– المؤيد – من السنة النبوية :

استدل أصحاب هذا الاتجاه بأقوال الرسول صلى الله عليه و سلم

- يقول عليه الصلاة و السلام : " إن هذا الدين يسر "[3] .
- و يقول عليه الصلاة و السلام " يسروا ولا تعسروا ، و بشروا ولا تنفروا " [4].

وقد استدلوا من هذه الأحاديث : إنها أكدت المعنى الذي حثت عليه الآية الكريمة السابقة في الأخذ بكل ما فيه يسر و ترك كل ما فيه عسر ، ما لم يكن ثمة دليل معارض ، و إن نقل الأعضاء لزرعها ، تحقيقا لمصلحة راجحة ، تجد مكانا واسعا في أفراد العام الذي دلت عليه تلك النصوص الشرعية و الأحاديث الشريفة كما إن الإسلام لم يقصر الصدقة على المال ، بل جعل كل معروف صدقة و أن التبرع بعضو لنفع الغير يدخل في الصدقة ، بل هو من أعلى أنواع الصدقة و ا فظلها لان البدن أفضل من المال[5] .

---

[1] سورة الحج ، جزء من الآية 87.

[2] عبد الله بشري، مرجع سابق ، صفحة 300 .

[3] صحيح البخاري ، كتاب الإيمان باب الدين يسر ج1، صفحة 16.

[4] أخرجه البخاري ، كتاب العلم ج1، صفحة 25 .

[5] محمود السيد عبد المعطي خيال ، صفحة 31.

ثالثا : الأدلة التي استندا إليها أصحاب هذا الرأي – المؤيد– من المذاهب الفقهية :

رأي الحنفية أن أطراف الإنسان تعتبر من الأموال بالنسبة لصاحبها ، فيستطيع إن يتصرف في جزء من جسمه لغاية مشروعة كان يضحي بجزء من جسمه لإنقاذ حياة غيره [1].

[1] عبد الله بشري ، مرجع سابق، صفحة 300.

المبحث الثاني : شروط إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

لما كان المصدر لعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية هو جسم الإنسان سواء حيا أو ميت فإننا في هذا المبحث نبحث عن الضوابط القانونية و الشرعية لعمليات نقل و زراعة الأعضاء بين الأحياء كل في مطلب مستقل

المطلب الأول : شروط إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

رأينا أن التشريعات المختلفة التي نظمت عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية وضعت مجموعة من الشروط لإباحة هذه العمليات فيما بين الأحياء منها رضي المعطي المتبرع وأهليته ، فظلا على تبصيره بالنتائج المترتبة و المحتملة لنقل العضو ، و كذلك رضي المريض(المنقول إليه) و تبصيره على التفصيل التالي :[1]

الفرع الأول : رضا المعطي (المتبرع)

_ المعطي : هو إنسان له أرادة ويجب احترام هذه الإرادة وهو كاي إنسان أخر له الحق في سلامة جسده ، وهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، و بالتالي لا يجوز المساس بهذا الحق و الانتقاص من السلامة الجسدية للمعطي بدون رضاه [2].

كما جاء في نص المادة 360 من قانون 18-11 من الصحة الجزائري المعدلة :"لا يمكن القيام بنزع الأعضاء و الخلايا من شخص قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع ".

إلا انه لا يمكن مبدئيا اقتطاع أعضاء الشخص الحي إلا ضمن هدف علاجي تكون من و رائه فائدة مباشرة للمستقبل تتمثل في شفاء هذا الأخير كما أن المادة ، 161 فقرة الأولى من قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر قبل التعديل كانت تنص على انه "لا

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال ، مرجع سابق، صفحة 104.

[2] عبد الله بشري مرجع سابق، صفحة252.

يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية من هذه العمليات " لتأتي المادة رقم 355 من قانون 18-11 على انه "لا يجوز نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية و ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون " و هو قصد العلاج الذي اشترطه المشرع الجزائري لإجراء هذه العمليات كما اشترطه المشرع الفرنسي في القانون المدني المعدل و المتمم 653-94[1]المؤرخ في 29 جويلية 1994 المتعلق باحترام جسم الإنسان أي نصت المادة 6-3 منه على عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلا لأغراض علاجية ، و الغرض العلاجي هو المبدأ العام الذي تقوم عليه شرعية الاعتداءات الواقعة على جسم الإنسان في القانون الفرنسي، غير انه مبدأ يرد عليه استثناء يتمثل في استئصال الأعضاء و لممارسة التجارب الطبية على أن يكون ذلك وفقا لشروط معينة تتمثل أساسا في أهلية المتبرع الكاملة و رضاه وان تكون الإخطار مقبولة [2] .

يتعين في مجال عمليات نقل الأعضاء البشرية أن يكون رضاء المنقول منه أحد أعضائه البشرية ثابتا بالكتابة وموقعا عليه منه ومن شهود يحددهم القانون. وهذه لشكلية المطلوبة في رضاء المتبرع باستئصال أحد أعضائه بغرض زرعه لشخص مريض تهدف إلي حماية المتبرع ضد أي تحريف يمس مضمون رضائه،فهذهً الشكلية هي التي تكفل سلامة الرضاء وفضلا عن ذلك فهذه الشكلية تكفل حماية وفضلا الأطباء المختصين بإجراء عملية الاستئصال عند نشوء أي نزاع حول مضمون الرضاء وتختلف مظاهر هذه الشكلية من تشريع إلي آخر :

ففي فرنسا يشترط أن يثبت رضاء المتبرع أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها محل إقامة المتبرع أو أمام قاضي يعينه رئيس هذه المحكمة لهذا الغرض ويتم إثبات هذا الرضاء كتابة والتوقيع علي مضمونه من المتبرع والقاضي .

[1] القانون المدني الفرنسي المعدل و المتمم للقانون رقم 653 – 94 المؤرخ في 29 جويلية 1994 المتعلق باحترام جسم الإنسان .

[2] مروك نصر الدين ، مرجع سابق ،صفحة 194.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة يشترط أن يكون التبرع بموجب إقرار كتابيً موقع عليه من المتبرع ومن شاهدين كاملا الأهلية . وهي الشكلية ذاتها المطلوبة في الرضاء الصادر من المتبرع وفقا للقانون القطري ،في حين اقتصرت الشكلية في قانون المملكة الأردنية الهاشمية علي أخذ موافقة المتبرع علي نقل العضو من جسمه كتابة،أما عن القانون المصري فقد نصت المادة1/5 من القانون رقم 5 لسنة 2010 علي إنه : " في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادر عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا وثابتا وذلك علي النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون .[1]

ويشترط لصحة رضاء المعطي باستئصال عضو من جسمه أن يكون حرا مستنيرا أي صادرا عن شخص يتمتع بقدرات عقلية و نفسية سليمة ، قادرا على أن يكون رأيا صحيحا عن موضوع الرضا .فأي إكراه أو ضغط نفسي يخضع له المعطي من شانه ان يعيب رضاءه .وحتى يعبر المعطي عن رضاءه الحر أوجبت بعض التشريعات ضرورة إخضاعه لفحص طبي شامل من الناحيتين البدنية و النفسية للتأكد من عدم وجود ضغوط تعيب إرادته ، وان حالته النفسية والعقلية سليمة تماما عند تنازله عن عضو منا أعضائه .[2]

أولا: تبصير المتبرع

لا يعتد برضاء المتبرع بأحد أعضاء جسمه حال حياته إلا إذا كان هذا الرضاء صادر عن الشخص بعد إطلاعه من قبل الفريق الطبي المختص بإجراء عملية صادرا الاستئصال والزرع بطبيعة عملية الاستئصال وبكافة الأضرار والمخاطر الصحية المترتبة علي إجرائها سواء في ذلك الأضرار والمخاطر الحالة او المستقبلية ،والمؤكدة و المحتملة

وهذا الالتزام علي الفريق الطبي المختص يقتضي تبسيط الأمور للمتبرع، دون التهوين من أمر عملية الاستئصال كما يقتضي شرح كل صغيرة وكبيرة تخص عملية الاستئصال،فلا يجب إخفاء أي أمر يتعلق بعملية الاستئصال عن الشخص المتبرع فهذا

[1] محمود ثابت محمود علي الشاذلي ،مجلة الشرق الأوسط مرجع سابق، صفحة 212.

[2] مبروك نصر الدين ، مرجع سابق ،صفحة 194.

الأخير إنسان سليم ولا يعاني من مشكلة مرضية حتى يحتج الأطباء بمصلحته العلاجية من أجل إخفاء بعض الحقائق بخصوص حالته الصحية،وهو الأمر الذي قد يكون مبررا ً في حدود معينة بالنسبة للمريض نفسه وحق المتبرع بتبصيره بكافة المخاطر والأضرار المترتبة علي عملية الاستئصال من قبل الفريق الطبي المختص لا يجب أن يقتصر فقط علي الجوانب الصحية ِ المتعلقة بإجراء العملية نما يتعين أن يمتد ليشمل ما قد يترتب علي عملية الاستئصال من صعوبات تؤثر علي ممارسة المنقول منه أحد أعضائه لحياته الاجتماعية والمهنية كأن يترتب علي إجراء عملية الاستئصال عدم قدرة الشخص . علي ممارسة حرفة أو مهنة معينة أو ممارسة رياضة خاصة علي سبيل الاحتراف .

وعلي جانب آخر يتعين أن يحاط المتبرع بأحد أعضائه حال حياته علما بالفائدة المحتملة أن تعود علي المريض جراء عملية زرع العضو البشري في جسمه،ونسبة نجاح عملية الزرع ومدي إسهامها في شفاء المريض وتحسين حالته الصحية لأن هذه المعلومات تساهم بلا شك في مساعدة المتبرع علي إعطاء رضاء مستنير،فعلي ضوء هذه المعلومات يمكنه أن يتخذ قراراه بالتبرع علي بينه من الأمر من خلال الموازنة بين ما يتعرض هو له من مخاطر نتيجة عملية الاستئصال وما قد يعود علي . المريض من نتيجة عملية الزرع.[1]

ثانيا: أهلية المتبرع

حتى يكون الرضي صحيحا يجب ان يكون صادرا عم شخص كامل الأهلية ،أي أن يكون بالغا سن الرشد فالمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء .وهي صلاحية الشخص لان يقوم بنفسه بالعمل القانوني على وجه يعتد به شرعا ، على أساس أن التنازل عن عضو من الجسم أو جزء منه هو تصرف فيه –بإذن المشرع – وحتى يكون التصرف صحيحا لابد من أن يكون الرضي سليما و خاليا من العيوب و صادرا عن ذي أهليه ، وقد أكدت غالبية التشريعات التي نظمت عمليات نقل و زراعة الأعضاء بين الإحياء أن

[1] محمود ثابت محمود علي الشاذلي مرجع سابق، صفحة 214–215 .

يكون التبرع صادرا عن شخص كامل الأهلية . وان كان البعض منها قد استثنت من هذا الشرط القاصر فاعتدت برضائه بشروط معينة .[1]

1- **الاعتداء برضا القاصر:**

اختلفت التشريعات المختلفة الخاصة بتنظيم عمليات نقل و زراعة الأعضاء بشان مدى إمكانية خضوع القاصر لعمليات استئصال جزء من جسده بين رافض كلية لخضوع القاصر لمثل هذه العمليات[2] و بين من يقنن هذه العمليات .

فالمشرع اعتبر المتنازل متبرعا بالعضو ، ولما كان التبرع من قبيل الهبة في القانون المدني الجزائري ، ّ فإن هذا التصرف يفرض الأهلية الواردة في نص المادة 40من هذا القانون وهي تمام سن 19سنة ، ومنه يمكن استخلاصّ أن أهلية التبرع بالعضو في مجال زراعة الأعضاء لأغراض علاجية هي تمام سن 19للإقدام على هذه التصرفات ،ولقد منع المشرع الجزائري انتزاع الأعضاء من القصّر والراشدين ألعديمي الأهلية، فسواء كان بالراشد عارض من عوارض الأهلية أو مانعا من موانعها ، فإنّ الأمر بالنسبة لزراعة الأعضاء نفسه ، فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن يكون المتبرع غير أهل للإقدام على التبرع سواء كان ذلك لصغر سنه أو لأي مانع أو عارض من عوارض أهليته كما جاء في المادة 361 من قانون رقم 18-11 التي تنص على " يمنع نزع أعضاء و أنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية إحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شانها أن تصيب صحة المتبرع او المتلقي ".

أما المشرع المصري في القانون الخاص بنقل و زراعة أعضاء الجسم البشري يرى انه في المادة 15 من الشرع على انه "لا يجوز نقل الأعضاء أو جزء منها أو أنسجة من عديمي الأهلية أو ناقصيها ولا يعتد في هذا الصدد برضائه آو بموافقة من يمثله قانونا". [1]

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال مرجع سابق، صفحة 108 .

[2] محمود السيد عبد المعطي خيال مرجع سابق ،صفحة 108.

أما القانون الفرنسي فهو الآخر يمنع استئصال الأعضاءّ من القصر والأشخاص المحميين قانونا لنقص أهليتهم أو انعدامها ، وهذا ما أكدت عليه المادة ل 14-671من القانون رقم 654-94لـ 29جويلية 1994والمتعلقة بزراعة الأعضاء ؛ غيرّ أن الاستثناء يرد على هذه القاعدة ، وذلك في حالة الاقتطاع من النخاع العظمي من القاصر على أن يكون ذلك وفقا لشروط معينة هي:

- أن يكون تبرع هذا القاصر لفائدة مستقبل يكون بمثابة أخ أو أخت .له
- أنّ يعبر والدا القاصر أو أوليائه الشرعيين عن موافقتهم على هذا التبرع.
- أن ترخص لجنة الخبراء هذا الاقتطاع بعد تأكدها من علم القاصر بهذه العملية ورضاه ا ؛ وتتكون هذه اللجنة من ثلاث أعضاء معينين بموجب قرار من وزير الصحة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ، عضوان منهم طبيبان احدهم مختص في طب الأطفال، أما العضو الثالث فهو من غير مهنة الطب ، وقرار هذه اللجنة غير قابل للطعن.

- أن لا يبدي القاصر رفضه لهذه العملية.[2]

- عدم الاعتداد برضي المعطي :

على الرغم من أن كل التشريعات التي نظمت عمليات نقل و زراعة الأعضاء اشترطت رضاء المعطي وان يكون هذا الرضا حرا و مستنيرا و صادرا عن ذي أهلية – باستثناء الحالات التي يعتد فيها برضاء القاصر – إلا أن هذا الرضاء لا يعتد به إذا كان العضو موضوع الاستقطاع يترتب عليه وفاة المنقول منه، أو من شانه تهديد حياته بالخطر أو من شانه إصابته بضرر جسيم.إما عن العدول فان غالبية التشريعات أشارت إلى حرية المتبرع في العدول عن رضائه في أي وقت قبل القيام بعملية الاستئصال ، دون ادني مسؤولية ولو أدبية نحو المريض وأهله ولكنها في الوقت نفسه لم تجز

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال مرجع سابق، صفحة 109 .

[2] – مختاري عبد الجليل مرجع سابق، صفحة 60.

للشخص الذي تبرع بعضو من جسمه آو جزء من عضو أن يسترده مرة أخرى بعد إجراء عملية الزرع.[1]

- **ثالثا : انتفاء المقابل المادي**

إن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات المالية والتجارية، فالقيم الإنسانية تسمو على المال و لما كان الحب اسمي هذه القيم فان الإنسان يستطيع بدافع الحب أن يتنازل عن دمه أو عضو من أعضاء جسمه . و قد أقرت التشريعات المختلفة هذا المبدأ كماّ أن أعضاء جسم الإنسان لا يجب أن تكون محلا للمعاملات المالية ، وهذا ما أكدته المادة 358من قانون 18-11 المتعلق الصحة في الجزائر أين نصت على أنه : "لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها محل صفقة مالية " .يكون المشرع الجزائري قد استبعد المقابل المادي في مجال زراعة الأعضاء،وذلك لما لكرامة الإنسانّ من قيمة لا تقوم ولا تقدر بثمن ، كماّ أن التبرع بالعضو لفائدة مريض هو بحاجة ماسة إليه ما هو من أسمى القيم الأخلاقية ، ومن ثم فلا يجوز الاتجار بالأعضاء ولا بعمليات نقل الأعضاء حتى لا تسود البراغماتية Le

Pragmatisme المهدرة للأخلاق خاصة في مجال هذه الممارسات.[2]

الفرع الثاني :رضا المعطى له – المريض المستقبل – :

إذا كان رضي المريض ،يعد التزاما تفرضه القواعد العامة في القانون الطبي فان الحصول على هذا الرضاء يعد أمرا ضروريا لا غنى عنه في مجال زرع الأعضاء ، لان عملية الزرع تعد من العمليات الجراحية الخطيرة لما تنطوي عليه من مخاطر يتعرض لها المريض مستقبلا.[3]

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال مرجع سابق، صفحة111.

[2] – مختاري عبد الجليل مرجع سابق ،صفحة 61.

[3] عبد الله بشري مرجع سابق ،صفحة 260.

أولا: تبصير المعطى له

حتى يكون رضي المريض المستقبل للعضو صحيحا ، فانه يقع على عاتق الطبيب التزام بإحاطة هذا المريض علما بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية حتى يكون رضاه متبصرا ومستنيرا ، فيقدم له ما يكفي من معلومات حول مواصفات العملية ليتسنى له اتخاذ قراره عن قناعة وإدراك للإقدام على هذه العملية أو تجنبها . وهو التزام طبي أصيل نصت عليه المادة 44من مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر بقولها : " يخضع كل عمل طبي فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة..." ، كما نصت المادة 43من المدونة على أنه : "يجب على الطبيب أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة وبشأن أسباب كل عمل طبي ." وتؤكد الفقرة الخامسة من المادة 364من القانون 18-11 المتعلق بالصحة و ترقيتها في الجزائر على انه : "لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلن الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرة 4،3 أعلاه ، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث " ضرورة إعلام المريض المتلقي وتبصيره حتى يعطي موافقته ، ومن ثم فإن كل إخفاء أو عدم الصدق في الإعلام أو انعدامه أصلا ، يعرض الطبيب إلى مسؤولية مدنية يكون فيها ملزما بتعويض المستقبل حتى ولو لم يتضرر جراء العملية ، وذلك لقيامها على أساس الخطأ المتمثل في عدم إعلام المريض المستقبل .[1]

إما المشرع الفرنسي فانه بقضي بان الطبيب الذي يقوم بإجراء عملية جراحية دون أن يبصره بمخاطر العملية و نتائجها يكون مسؤولا عما يحدث للمريض من نتائج ضارة نتيجة للعملية ولو لم يرتكب الطبيب خطا مهنيا بالمعنى الفني [2]

[1] مختاري عبد الجليل، مرجع سابق ، صفحة66.

[2] عبد الله بشري مرجع سابق، صفحة 263.

ثانيا : أهلية المتلقي

لا يكون لرضي المتلقي أي قيمة قانونية ما لم يكن هذا الأخير أهلا للتعبير عن إرادته وفقا للقانون ، غيرّ أن المشرع الجزائري في نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها لم يحدد سنا معينا يعتد به في تحديد أهليةّ المتلقي ، خاصة وأن المسألة بالنسبة لهذا الأخير تختلف عما هي عند المتبرع ، فمهما كانت أهليةّ المستفيد ، فإن العملية لصالحه أي نافعة نفعا محضا بالنسبة له. أما المتبرع ، بحكمّ تنازله عن عضوه ، فإن العملية بالنسبة إليه ضارة ضررا محضا ، لهذا اشترط المشرع الجزائري أن يكون كامل الأهلية وهذا ما يفسر عدم جواز اقتطاع الأعضاءّ من القصر المتبرعين.

- 1 أما في حالة نقص أو انعدام أهلية المتلقي :

في حالة نقص أو انعدام الأهلية فتثور لدينا مشكلة، فيرى البعض انه إذا كان المريض قاصرا فانه يجب الحصول على موافقة الولي على النفس و لا توجد هنا صعوبة حيث إن التدخل الجراحي لمصلحة الصغير[1] حيث نصت المادة 364 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة في الجزائر " ... وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية ، يمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي ،حسب الحالة " و من نفس المادة "...في حالة الأشخاص القصر، يعطي الموافقة الأب أو الأم أو عند غيابهما، الأب أو الأم، عند غيابهما، الممثل الشرعي".

وفي حالة الاستعجال فان الطبيب يحق له القيام بالعملية بعد الحصول على موافقة القريب الموجود إلى جانب المريض و إن لم يوجد قريب يحق للطبيب في حالة الاستعجال إجراء الجراحة دون موافقة احد و ذلك طبقا للقواعد العامة للقانون الطبي .[2] وتنص المادة المتعلق بالصحة في الجزائر 364 في الفقرة 6 على انه "يمكن أن يمارس زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة ، الواردة في الفقرتين 1و2

[1] عبد الله بشري مرجع سابق ،صفحة 265 .

[2] عبد الله بشري مرجع سابق، صفحة 265.

أعلاه عندما و لظروف استثنائية ، لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته ". وفيما يخص القانون الفرنسي ، فإن الموافقة على إجراء عملية الزرع بجسم القاصر تؤخذ من الوالدين معا ، أي ضرورة اشتراك الأب والأم في اتخاذ القرار بشأن العملية ، وفي حالة النزاع حول هذا القرار ، ينظر في ذلك أمام قاضي الاستعجال الذي يفصل فيه وفقا لمّ ا تقتضيه مصلحة القاصر الصحية بعد اخذ رأي الطبيب الجراح الذي يشرف على العملية ويعتبر هذا الحكم نهائيا غير قابل للاستئناف.

أما في حالة الطلاق ، فتبقى مبدئيا سلطة رعاية ا لأطفال مشتركة بينهما ، فيلتزم لأكل من الأب والأم المطلقة برعاية الحالة الصحية للابن ، ومن ثم يشتركان معا في اتخاذ القرار بشأن العملية، أما إذا كانّ الوالدان متوفيان فإن حق اتخاذ قرار العملية ينتقل إلى الوصي مع موافقة مجلس العائلة وفي حالة النزاع تكون الكلمة ا لأخيرة للقاضي ، وتطبق نفس الأحكام على المرضى عديمي الأهليةّ غير القصرّ ومن هنا ، يمكن القول بأنّ المشرع الفرنسي كرس مبدأ المساواة في السلطة الأبوية في اتخاذ قرار العملية التي سيخضع لها عديم الأهلية أو القاصر ، وذلك عندما ألزم المشرع الفرنسي اخذ موافقة كل من الأب والأم معا ، وهذا عكس ما جاء به المشرع الجزائري .[1]

[1] مختاري عبد الجليل، مرجع سابق، صفحة68.

المطلب الثاني : الشروط الفقهية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

اتفقت جميع القرارات و الفتاوى الصادرة عن كبار العلماء، و المجامع الفقهية في مسالة تنظيم عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية على جملة من الضوابط التي لا بد من توفرها في هذه العمليات لكي تكتسب طابع المشروعية و من هذه الضوابط ما يتعلق بعمليات نقل الأعضاء من الأحياء .

الفرع الأول : الشروط الجوهرية :

أولا : محل إذن المتبرع

اشترط الفقهاء القائلون بجواز التبرع بالأعضاء أن يكون المأذون فيه مشروعا ،وهو يكون كذلك متى كان يقبل حكم العقد ، اي متى كان محل العقد طاهرا منتفعا به .و بما أن الأعضاء الآدمية قد أجيز التبرع بها في حالة الضرورة لإنقاذ نفس من الهلاك ، فانه يجوز ان تكون محلا للعقد وفقا لهذا الراي . و هذا خلاف ما ذهب اليه القائلون بعدم جواز التصرف بالأعضاء الآدمية حيث يرون إن الأعضاء لا تقبل حكم العقد .ومن ثم لا يصح أن تكون محلا له ، ولا يعتبر شرعا الإذن الصادر من المتبرع .

ويعتد بالإذن الصادر من المتبرع باستقطاع عضو من أعضائه ائا كان واقعا على أعضاء معينة –وفقا للرأي الأول – ولا يعتد به متى كان واقعا على الأعضاء التالية :

–الأعضاء التي تتوقف عليها الحياة كالقلب والكبد بكامله و الرئتين معا لان هذا يؤدي إلى الموت يقينا ، وقد حر الله سبحانه و تعالى قتل النفس إلا الحق [1]، قال تعالى " **وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا** "[2]

[1] افتكار ميهوب دبوان المخلافي ، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي و القانون المدني –دراسة مقارنة– دار النهضة العربية 32 شارع عبد الخالق ثروة القاهرة 1427هجري ، 2006 ميلادي بدون صفحة 205.

[2] سورة النساء ،الاية221.

كما أن التبرع بها يعد انتحارا وهو من أعظم الذنوب و المعاصي ، لما روي عن ابي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :" **مَنَ قَتَلَ نَفْسَهُ بِحَدِيدَةٍ فَحَدِيدَتُهُ فِى يَدِهِ يَتَوَجَّأُ بِهَا فِى بَطْنِهِ فِى نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا مُخَلَّدًا فِيهَا أَبَدًا وَمَنْ شَرِبَ سَمًّا فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ يَتَحَسَّاهُ فِى نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا مُخَلَّدًا فِيهَا أَبَدًا وَمَنْ تَرَدَّى مِنْ جَبَلٍ فَقَتَلَ نَفْسَهُ فَهُوَ يَتَرَدَّى فِى نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدًا مُخَلَّدًا فِيهَا أَبَدًا** "[1] **– متفق عليه من حديث أبي هريرة – وكذلك حديث (كَانَ فِيمَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ رَجُلٌ بِهِ جُرْحٌ فَجَزِعَ فَأَخَذَ سِكِّينًا فَحَزَّ بِهَا يَدَهُ ، فَمَا رَقَأَ الدَّمُ حَتَّى مَاتَ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى بَادَرَنِى عَبْدِى بِنَفْسِهِ ، حَرَّمْتُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ) – متفق عليه من حديث جندب بن عبد الله**

ولان القاعدة الفقهية "الضرر لا يزال بضرر " و لان الحق في الحياة مكفول للآدمي و ممنوح من الخالق فلا يسلبه إلا هو في الوقت الذي يريد .

- الأعضاء التي يؤدي استئصالها إلى زوال وظيفة أساسية للحياة وان لم تتوقف عليها أصل الحياة، وذلك كنقل القرنيتين معا أو قرنية و كانت هي الوحيدة للمتبرع و كذلك الأعضاء المنفردة ، و إلا لم تتوقف عليها الحياة كالبنكرياس والأعضاء الظاهرة كاليد ، فالقاعدة الفقهية "الضرر لا يزال بالضرر ".

- الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية كالخصية و المبيض ، و السائل المنوي و البويضة الأنثوية ، لان ذلك يؤدي إلى اختلاط الأنساب و هو أمر محرم شرعا و كذلك العورات المغلظة

- الشعر حيث يحرم التصرف به و الانتفاع به على نحو يخالف المأذون به .[2]

– أن يكون الإذن صادرا عن إرادة حرة :

[1] صحيح مسلم بشرح النووي – كتاب الإيمان – بيان غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه وان من قتل نفسه بشي عذب به في النار

[2] افتكار ميهوب دبوان المخلافي مرجع سابق، صفحة 208

لا بد أن يصدر الإذن من المتبرع و هو مختار إذ لا يعتبر شرعا الإذن باستقطاع العضو إذ كان صادرا تحت تأثير إلا كره بغض النظر عن مصدره سواء كان العائلة أم الطبيب المعالج [1].

وقوله تعالى :" **مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ** " فالآية الكريمة تدل انه من اكره على ما يوجب الكفر و قلبه مطمئن بالإيمان فانه لا يعتد بقوله ولا يخرج عن الإسلام ، إذن فلا يعتبر شرعا الإذن باستقطاع العضو إذ كان صادرا تحت تأثير الإكراه بغض النظر عن مصدره سواء كان من العائلة أم من الطبيب المعالج،و كذلك لا يعتد بإذن المتبرع متى كانت إرادته معيبة بعيب الغلط وهو يتصور هنا في حالة الغلط في شخص المتلقي للعضو فإذا كانت شخصية المريض المراد غرس العضو له محل اعتبار عدد المتبرع فيه لا يعقد برضائه متى كالذي يراد غرس العضو له شخص أخر [2].

ثانيا :إن يكون المتبرع كامل الأهلية :

لان ناقص الأهلية لا يعتد برضاه[3]، واشترط الفقهاء القائلون بجواز التصرف بالأعضاء أن يكون المتبرع بالغا عاقلا أي أن يكون أهلا لاتخاذ القرار .

و تتحقق أهلية الإذن بالبلوغ و العقل و البلوغ يكون إما بظهور علامة من علامات البلوغ المعروفة و قد اختلف الفقهاء في تحديد سن البلوغ في حالة عدم ظهور العلامات المذكورة حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن سن البلوغ هي بلوغ سن الخامسة عشر و ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن سن البلوغ هو ثمان عشر للصبي و سبع عشر بالنسبة للجارية بينما ذهب محمد و أبو يوسف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ...و لما كان تحديد سن البلوغ هو من المسائل الاجتهادية .

---

[1] ابراهيمي أسيا مقال، نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الشريعة و القانون ،المركز الجامعي بلحاج بو شعيب عين تيموشنت نشر عن https://www.asjp.cerist.dz/en/article/75856 لاطلاع يوم 20-08-2020

[2] افتكار ميهوب دبوان المخلافي مرجع سابق ، صفحة208.

[3] ابراهيمي اسيا مرجع سابق، صفحة 436.

فأرى انه يجب بلوغ المتبرع بالعضو إحدى و عشرين سنة كاملة، بلغها عاقلا رشيدا يكون أهلا للتبرع بأحد أعضائه[1].

- **ثالثا :الحق في الرجوع عن التبرع :**

اوجب الفقهاء القائلون بجواز التبرع بالأعضاء أن يكون للمتبرع بعضوه العدول عن تبرعه في أي وقت يشاء دون قيد أو شرط على أن يتم ذلك قبل عمليات الاستئصال ، و يكون له الرجوع إذا ما رأى انه لا يستطيع تحمل النتائج المترتبة على هاذ الاستقطاع[2] .

كما أن بعض الفقهاء قد قالوا بجواز الرجوع في أي وقت شاء تخريجا على جواز الرجوع في الهبة و تجدر الإشارة إلى أنهم حين اختلفوا في جواز الرجوع عن الهبة فان محل الخلاف يكمن في التصرفات المالية ،وما نحن فيه من التصرف بالأعضاء الآدمية ليس من هذا القبيل قطعا لان الإنسان خارج عن دائرة التمول قطعا و شرعا ومن ثم فان القول بجواز الرجوع في هبة الأعضاء قياسا على جواز الرجوع في هبة المال قياس مع الفارق لأنه حينما أجيز الرجوع للواهب في هبته في التصرفات المالية فإنما كان ذلك لحفظ ما يملك، و هنا لا يتصل الأمر بملكية شيء لان الأعضاء البشرية ملك لخالقها و هي وديعة لدى الإنسان يجب عليه أن يحافظ عليها فظلا على أنها لا تمت للمال بصلة أصلا ، و إنما يمكن القول بجواز الرجوع عن التبرع بالأعضاء استنادا إلى ما يمثله استقطاع العضو من ضرر للمتبرع و من ثم يكون له الرجوع إذا ما رأى انه يستطيع تحمل النتائج المترتبة على هذا الاستقطاع ، و لكن السؤال هل يجوز للمتبرع أن يرجع عن هبته حتى بعد غرس العضو للمتلقي ؟

اعتقد أن الإجابة ستكون بالنفي لان العضو المتبرع به قد أصبح جزءا من المتلقي فيكون من العبث الرجوع عن التبرع بعد أن تم غرس العضو أو بعد أن تم استقطاعه منه[1] .

---

[1] افتكار ميهوب دبوان المخلافي مرجع سابق،صفحة 212،211،210.

[2] ابراهيمي مرجع سابق، صفحة 436.

الفرع الثاني : الشروط المادية (إلا يكون التبرع بمقابل مادي–اشتراط الديانة أو الجنسية)

أولا :انتفاء المقابل المادي

ذهب عامة الفقهاء بجواز التصرف بالأعضاء عن طريق التبرع الى القول بضرورة ان يكون التبرع دون مقابل مادي و ذلك لان بيع الأعضاء الآدمية و شراءها محرم شرعا لتنافي ذلك مع الكرامة الآدمية و لكن التساؤل يثور حول حكم الهدايا و المكافآت التي يقوم بها المتلقي للعضو المتبرع به . فان الفقهاء اختلفوا في هذا الأمر فذهب البعض إلى جواز ذلك استندوا في ذلك إلى أن هذا من مكارم الأخلاق و قد فعله الرسول صلى الله عليه و سلم حيث رد بأفضل مما اخذ لما روى عن أبي هريرة قال كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ حَقٌّ، فَأَغْلَظَ لَهُ، فَهَمَّ بِهِ أَصْحَابُ النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: إِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ مَقَالًا، فَقَالَ لَهُمْ: اشْتَرُوا لَهُ سِنًّا، فَأَعْطُوهُ إِيَّاهُ، فَقَالُوا: إِنَّا لَا نَجِدُ إِلَّا سِنًّا هُوَ خَيْرٌ مِنْ سِنِّهِ، قَالَ: فَاشْتَرُوهُ، فَأَعْطُوهُ إِيَّاهُ، فَإِنَّ مِنْ خَيْرِكُمْ، أَوْ خَيْرَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً.

ويمكن الرد على هذا القول بأنه الهدايا عادة تتم بدون مقابل مادي و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل قطعا بل يعتبر تطلعا إلى المقابل بكل تأكيد ، و هذا ما ذهب إليه جمهور القائلين بجواز التبرع بالأعضاء لان في ذلك فتح باب عظيم من أبواب الشر ، فيكون القول بعدم جواز بذل المال أو الهدايا من باب سد الذرائع كما ان مقدمة الحرام تكون محرمة و ما يؤدي إلى الحرام يكون حراما [2].

[1] افتكار ميهوب دبوان المخلافي مرجع سابق ،صفحة 215،219.

[2] افتكار ميهوب دبوان المخلافي مرجع سابق، صفحة214،215.

ثانيا : اشتراط الديانة أو الجنسية :

تكاد تجمع الفتاوى التي أباحت نقل و زراعة الأعضاء على عدم تحديد ديانة أو جنسية معينة سواء في المتبرع أو المتبرع له ، و لكن جرى العمل في بعض الدول على أن تكون الأولوية لمواطنيها على أن يكون المتبرع له ممن عصم الشرع دماءهم ، فلا يجوز التبرع لكافر حربي أو مرتد أو زان محض وجب عليه الحد الشرعي، أو لقاطع طريق أو قائل متعمدا استحق عليه القصاص [1].

[1]إبراهيمي أسيا مقال، نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الشريعة و القانون مرجع سابق ،صفحة 437.

الفصل الثاني :

نقل الأعضاء البشرية من الجثة

الفصل الثاني : نقل الأعضاء البشرية من الجثة

قد لا تثار الإشكالات التي تطرقنا إليها في الفصل الأول عندما يتعلق الأمر بنقل الأعضاء من جثة الميت إلى جسم المريض على اعتبار أن المعطي قد فارق الحياة فلا يمكن الحديث عن خطورة العملية بالنسبة إليه ، لكن هناك تنظيمات و ضوابط يجب أن نوضحها فيما يلي ففي (المبحث الأول) تطرقنا إلى أساس إباحة نقل الأعضاء البشرية من الجثة أما في (المبحث الثاني) فتطرقنا إلى شروط إباحة نقل الأعضاء البشرية من الجثة .

المبحث الأول : أساس إباحة نقل الأعضاء البشرية من الجثة

لقد بدأت بعض التشريعات تخرج عن مبدأ صيانة الجثة بالسماح للمساس بها، وذلك بغرض العلاج أو غرض علمي وليس لأي سبب آخر، ونظرا للصعوبات التي تثيرها عمليات نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى، فإن إباحة الاستئصال منها ليست خالية من كل قيد بل ترد عليها مجموعة من القيود منها القانونية كما هو موضح في(المطلب الأول) ونهى رأي الشرع في ذلك (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الأساس القانوني لنقل الأعضاء من الجثة

لقد نظم المشرع الجزائري في قانون 18-11المتعلق بالصحة مدى مشروعية التصرف في الجثة كذلك بعض التشريعات المقارنة مثل القانون الفرنسي وهذا ما وضحناه في(الفرع الأول) وكذلك فيما تنص عليه الشريعة الإسلامية في(المطلب الثاني)

الفرع الأول : مدى مشروعية التصرف في الجثة في القانون

إن ما استحدثته الممارسات الطبية وعلى رأسها عمليات نقل الأعضاء ، كانت من أهم ما برر الجدال الفقهي والقانوني حول المسألة ، ولما كانت هذه الأخيرة تتسم بالخطورة والتطور من حيث اتساع نطاقها وتقنيات ممارستها ، فانه من الضروري تنظيم هذه العمليات قانونا وإداريا حتى تكتسب مشروعيتها من جهة ، ومن جهة أخرى حتى لا تخرج عن الهدف النبيل الذي وجدت من اجله [1].

أولا: موقف بعض التشريعات من التصرف في الجثة

1- موقف القانون الجزائري :

إنه وقبل طرح الإطار القانوني لعمليات نقل الأعضاء في الجزائر ، تجدر الإشارة إلىّ أن هذه الأخيرة لم تكن تستند إلى أساس قانوني قبل ، 1985بل كان الأطباء يستندون

[1] مختاري عبد الجليل مرجع سابق ، صفحة68.

إلى الفتاوى الصادرة من المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 20أفريل ، 21972إلى أن تدارك المشرع الجزائري هذا النقص ووضع الإطار القانوني لهذه العمليات.

صدر القانون 05-85بتاريخ 16أفريل 1985المتعلق الصحة ، أين أجاز المشرع الجزائري ممارسة هذه العمليات بموجب المواد من 161إلى 168من ذات القانون ، والتي وضعت ضوابط وشروط معينة فرضتها ضرورة احترام الكيان الجسدي للإنسان ، وفي سنةّ 1990عدل هذا القانون بموجب القانون 17-90المؤرخ في 31يوليو، 1990فعدلت بعض المواد المنظمة لهذه العمليات كالمادة 165التي أضاف فيها المشرع شرط عدم كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع ليكرس مبدأ السرية في عمليات استئصال الأعضاء من جثث الموتى. أما على المستوى التنظيمي ، فالملاحظ هوّ أن معظم القرارات الوزارية في الجزائر تضمنت التنظيم الإداري لهذه العمليات فقط ، ومن ذلك القرار الصادر بتاريخ 02/10/2002 المتعلق بترخيص بعض المستشفيات لإجراء عمليات نقل الأعضاء ، ما عدا القرارين رقم 39-89 الصادر بتاريخ ، 26/03/1989والقرار رقم 34-02المؤرخ في19/11/2002 والمتعلقين بتحديد المعايير الطبية لتحديد الوفاة واستئصال الأعضاء من الميت ثم جاء التعديل رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق ل 2 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة حيث نظمها في أحكامه المتعلقة بنزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية المتمثلة في المواد 355 إلى 367 .

وعليه ، يمكن ملاحظةّ أن المشرع الجزائري على عكس المشرع الفرنسي لم ينظم عمليات استئصال الأعضاء البشرية في قانون مستقل ، وإنما اكتفى بتنظيمها في ثلاثة عشر مادة أدرجها ضمن قانون الصحة ، وهذا ما يمثل النقص التشريعي في هذا المجال ، حتى انه لم ينظّم أحكام التعامل في مشتقات و متوجات الجسم البشري ما عدا نقل الدم ، أما المنتجات الأخرى كالخلايا العصبية وخلايا الجلد وبقايا العمليات الجراحية باعتبارها

ليست أعضاء ولا أنسجة ، فلم يرد لها تنظيم ، بالرغم منّ أن الواقع العملي للطب يثبتّ أن ثمة حالات تم اللجوء فيها إلى هذه المواد لزرعها في أجسام أخرى[1] .

2- موقف القانون الفرنسي :

اتجه الفقه القانوني إلى الاعتراف للإنسان بحقوقه على جثته فهو يستطيع تحديد مصيرها بكل حرية، وفي هذا قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها أن كل شخص يستطيع التصرف بجسمه بنفس الطريقة التي يتصرف فيها بذمته المالية وحتى وإن لم تكن الجثة داخلة ضمن التعامل القانوني ، إلا أن هذه الحرية مقيدة بعدم مخالفة النظام العام . ومن تم يجوز للشخص أن يوصي بأعضائه أو بعضو معين لمصلحة شخص آخر محتاج لهذا العضو لإنقاذ حياته أو للحفاظ على تكامله الجسدي أو لمعهد علمي أو لبنك من بنوك الأعضاء في ظل الأنظمة التي تسمح بذلك . سار في هذا الاتجاه القانون الفرنسي حيث نص صراحة في القانون الصادر في7-7 سنة 1949 باستئصال القرنية من المتوفى الذي أوصى بذلك ،فأقر مبدأ استئصال عضو من جسم الميت لغرسه في جسم حي، وأجاز قانون 1976استئصال الأعضاء البشرية لإغراض علاجية في المادة الثانية " [2]..... اذا كان الشخص بالغا رشيدا فانه يجوز استئصال أجزاء من جثته بعد الوفاة لأغراض علاجية أو علمية بشرط أن لا يكون الشخص قد ابدي أثناء حياته رفضه لذلك ولا يجوز استئصال الأعضاء من القاصر غير المؤذون له بإدارة أمواله إلا بعد الحصول على موافقة ممثله القانوني"[3].

المطلب الثاني : الأساس الشرعي لنقل الأعضاء البشرية من الجثة

إن عملية نقل الأعضاء من المسائل الشائكة و المستجدة التي أحدثت جدلا كبيرا من الناحية الشرعية ، ذلك لان الصورة الأعضاء و فائدتها لم تكن معروفة عند القدامى أجرو القواعد العامة التي لا تجيز التصرف لا يملك الإذن فيه "فليس لأحد أن يأخذ جزء من

[1] مختاري عبد الجليل مرجع سابق ،صفحة66

[2] عبد الله بشري مرجع سابق، صفحة380.

[3] مختاري عبد الجليل ،مرجع سابق ص98

بدنه لأنه لا يملكه " ، و اختلف الفقهاء المعاصرين ، في الحكم الشرعي لعملية الأعضاء إلى معارض و مؤيد وهذا ما سنوضحه من خلال الجزء التالي :

الفرع الأول: الاتجاه المعارض لمشروعية نقل الأعضاء من الجثة :

يقول أصحاب هذا الرأي بحرمة التبرع بشيء من أجزاء الجسد لا في حال الحياة و لا في حال الوفاة لان الإنسان لا يملك التصرف في جسده لا في حال حياته و لا بعد الوفاة لان الإنسان لا يملك التصرف في جسده لا في حال حياته ولا وبعد الوفاة و كذلك ورقته او غيرهم لا يملكون ذلك و إن الذي يملك التصرف في جسد الإنسان و ذاته هو خالقه عز وجل .

فمن لا يملك التصرف في جسده وهو حي لا يملك التصرف فيه بعد الوفاة و كذلك من باب أولى لا يملك ورثته التصرف و هو ميت و اذا كان صاحب هذا الرأي من فقهاء العصر لحديث فانه توجد أراء لأوائل الفقهاء المسلمين تحرم عملية التصرف في جثة الموتى ، و يستندون على ذلك من القران الكريم و من السنة النبوية الشريفة و من الأدلة العقلية[1].

أولا: أدلة أصحاب هذا الرأي – المعارض – من القران الكريم :

إن نقل العضو يعني اقتطاعه ، و اقتطاع العضو من الجسم بمثابة التمثيل به ، فإذا تبرع شخص بشيء من أعضائه فكأنما قد أذن بالتمثيل بجسمه ، و لما كان التمثيل بجسم الإنسان محرما شرعا، فان الطريق المؤدية وهي هنا التبرع –يجب أن تمون محرمة كذلك؛لان ما أدى إلى المحرم محرم أيضا .فيقول الله تعالى " – قوله تعالى" **ولقد كَرَّمْنا بِني آدم**" "الإسراء الآية .70غير أن ذلك لا يتعارض مع التكريم لأن الاستقطاع لا يكون إلا في حالة الضرورة و يقول في ذلك الحنفية، و المالكية ، و الحنابلة لا يجوز

[1] عبد الله بشري مرجع سابق صفحة صفحة 381.

للمضطر الانتفاع بأجزاء من الآدمي و لو ميتا، حتى و لو كان معصوم الدم قبل موته، ولو لم يوجد غيره لأنه كالحي في الحرمة .

و قوله تعالى ": **وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ** "النساء الآية ، 119كنقل عين أو كلية أو شق آذان الأنعام لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. فهم يعتبرون ذلك تغيير لخلق الله وهو لا يقتصر على الأعضاء بل يشمل أقل من ذلك بكثير كالوشم فهو محرم. [1]

ثانيا : أدلة أصحاب هذا الرأي – المعارض من السنة النبوية:

نهى الرسول (ص)عن كسر عظام الميت فقد روى أبو داود بسنده عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله (ص) قال : " كسر عظم الميت ككسره حيا " و هذا يدل على عدم جواز المساس بجثة الميت لتأذيه بذلك كالحي . وأيضا معتبرين أنه لا يمكن لتداوي بمحرم أي أن الانتفاع بعضو من أعضاء المتوفى بنقله إلى إنسان مريض هو انتفاع بمحرم يدخل في عموم قوله صلى الله عليه و سلم "إن الله انزل الداء و الدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بحرام " ، و هنا الحديث وفقا للراجح من قول الشافعية مقيد بما قاله ابن مسعود في المسكر : "إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم " [2].

كما أن جثة الميت لاحق للورثة في ملكيتها ، فهم لا يرثون جثمانه و إنما يرثون ماله و الواجب على الورثة و غيرهم من المسلمين أن يعجلوا بتغسيله، و تكفينه و الصلاة عليه ثم دفنه و ذلك من فروض الكفاية التي لا تسقط عن الأمة إلا بقيام من يكفى لأدائها.[3]

ثالثا: أدلة أصحاب هذا الرأي –المعارض – من السنة الفقه:

يرى العديد من الفقهاء إن نقل العضو يعني اقتطاعه، و اقتطاع العضو من الجسم بمثابة التمثيل به ، فإذا تبرع شخص بشيء من أعضائه فكأنما قد أذن بالتمثيل بجسم

[1] معاشو لخضر النظام القانوني لنقل و زرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة أبي بكر تلمسان سنة 2014–،2015صفحة 423.

[2] محمد عبد اللطيف عبد العال مرجع سابق، صفحة 22،23.

[3]معاشو لخضر مرجع سابق، صفحة 424.

الإنسان ، و لما كان التمثيل بجسم الإنسان محرما شرعا فان الطريق المؤدية ، وهي هنا التبرع –يجب أن تكون محرمة كذلك ، لان ما أدى إلى محرم هو محرم أيضا[1] .

يناقش بعض الذين تعرضوا لنقل و زراعة الأعضاء البشرية قول جمهور السلف من المالكية و الحنابلة و الظاهرية إن للميت حرمة ، والأكل منه يعد انتهاكا لحرمته ، ولو في حالة الضرورة[2] .

فإذا كان رأي بعض الفقهاء أنه يجوز للمضطر أن يأكل لحم الآدمي ، فإنه يجوز التداوي بعضو من أعضائه إبقاء على حياة إنسان حي حفاظا لصحته من باب أولى ، والشريعة تأمر بارتكاب اخف الضررين فإذا دار الأمر بين محظورين يصار إلى أخف الضررين هما المساس بجثة الميت . فالضرر الذي يصيب الإنسان الحي هو فقده الحياة إذا لم يزرع له عضو من هذه الجثة فأخف الضررين هو نقل عضو الميت وزرعه في جسد الحي لأن المحافظة على حياته أعظم من المفسدة المترتبة على المساس بحرمة الجثة.وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى مجموعة من الأدلة نتطرق لها في الفرع الموالي:

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بمشروعية نقل الأعضاء من الجثة:

أولا:أدلة هذا الاتجاه –المؤيد –من القران الكريم :

قالو التضحية ببعض الحقوق في سبيل إنقاذ المضطر من الأمور المطلوبة شرعا ، ما دامت ضمن الحدود التي أذن الشارع بها ، وهي في هذه الحالة تكون من البر الذي قال الله تعالى فيه" **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ**"[3]

[1] عارف علي عارف القره داغي ،قضايا فقهية في نقل الاعضاء البشرية ،سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر، صفحة 19.

[2] محمد عبد اللطيف عبد العال مرجع سابق، صفحة30 .

[3] سورة المائدة ، الاية 06.

فالقول بان التبرع بالأعضاء يمثل اسمي ألوان الإيثار الذي مدح الله تعالى به أصحابه بقوله "وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ" هو قول لا يدخل في عمومه مطالبة الأحياء بالتبرع بأعضائهم المزدوجة أو جزء أو جزء من نواتج أجسامهم المتجددة استجابة لمبدأ التضامن الاجتماعي ، لان هذا القول علاوة على انه يندرج في إطار ما ينبغي أن يكون عليه المسلمون مقيد بقوله تعالى "**لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا** "و هذا بالإضافة إلى جملة النصوص الشرعية التي وردت في باب الإيثار و المواساة ، والتي يصغي تأويلها في صالح بذل الأعضاء[1] .

و من تم فإن العمليات الجراحية من شق أو بتر أو استئصال أو استقطاع من الجثث مباحة شرعا، و إن كان فيها هتك لحرمة الميت ، ما دام فيها مصلحة راجحة هي إنقاذ إنسان مشرف على الهلاك، لقوله تعالى :

" مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ " [2].

ثانيا :أدلة هذا الاتجاه– المؤيد– من السنة النبوية

أن نقل الأعضاء بعد تقدم الطب أصبح سهلا مأمون العاقبة و التجربة فوجب تغيير الحكم بتغيير الحال. وفعل استقطاع عضو من الميت ليس فيه إهانة بل تكريما للميت ببقاء عضو من أعضائه ينتفع به إنسان حي ، لأن الحي أحق من الميت و بالتالي يعتبر هذا التصرف مشروعا .بمعنى أنه متى كان هذا العمل في نطاق الضرورة فإن انتفاع الحي بهذا العضو هو انتفاع المجتمع بدلا من أن يترك الجزء المنتفع به يبلى في التراب

[1] محمد عبد اللطيف عبد العال إباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الاحياء و مشكلاتها ، دار النهضة العربية 33 شارع عبد الخالق ثروة – سنة الطبع 2005، صفحة38،39.

[2] سورة المائدة الاية 32.

و يتحول إلى رفات. فمتى كان هذا العمل هو العلاج الوحيد للمريض، وإنقاذا له من موت محقق جاز هذا العمل متى تقيد بالضوابط الشرعية و الشروط اللازمة. وحديث النبي (ص) عن كسر عظم الميت يهدف إلى النهي عن ذلك لمجرد الإيذاء أو التعدي حقدا وكراهية و استخفافا به، لكونه لم يعد يشعر بالألم، فأراد الرسول (ص) أن يبين أن حرمة الميت كحرمة الحي أما إذا كان في الكسر مصلحة راجحة فلا مانع شرعي " وقوله (صلى الله عليه وسلم) من استطاع ان ينفع أخاه فلينفعه ". وبالتالي يكون هذا الأمر مجرد تأخير عودة هذا العضو المنقول إلى الحي لصاحبه فترة من الزمن أسبغ فيها الشفاء و القوة على إنسان كان مشرفا على الهلاك. ولا يعد هذا من الناحية الشرعية إهانة للميت ولا مساسا بحرمة جثته و لا انتهاكا لكرامته الآدمية، لأن ذلك مقصود لمصلحة الحي المشرف على الهلاك ، و الحي أفضل من الميت للانتفاع بذلك في نفسه، ونفع الأمة به[1].

ثالثا : أدلة هذا الاتجاه –المؤيد –من الفقه :

يرى جمهور الفقهاء أن جسد الآدمي طاهرا حيا و ميتا ، و يستوي في ذلك المسلم و الكافر وهو قول المالكية والشافعية في الأصح، وقول الحنابلة لقوله (ص) " لا تنجسوا موتاكم فإن المؤمن لا ينجس حيا ولا ميتا".ويرى ابن حزم الظاهري أن كل ما قطع من المؤمن حيا أو ميتا طاهر . وفرق الظاهرية بين المؤمن و الكافر، فالكافر نجس حيا و ميتا. لقوله تعالى " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ** [2]،ويرى الحنفية أن الإنسان ينجس بالموت و يطهر بالغسل كما يرون أن المنفصل طاهر بالنسبة لصاحبه و يرى بعضهم أنه إذا كان فيه دم فهو نحبس لا يجوز الانتفاع به. بينما يرى جمهور الفقهاء أن حكم أجزاء الإنسان سواء انفصلت في حياته أو بعد موته يصلي عليها فهي طاهرة [3].

[1] معاشو لخضر مرجع سابق، صفحة 428.

[2] سورة التوبة ، الآية 28.

[3] محمد عبد اللطيف عبد العال مرجع سابق،صفحة38،38.

المبحث الثاني : شروط إباحة نقل الأعضاء البشرية من الجثة

لقد تم وضع عدد من الشروط القانونية والفقهية لتنظيم عملية الزرع و النقل للأعضاء فتم تخصيص بعض المواد القانونية من قانون 18-11 المتعلق بالصحة و ترقيتها في الجزائر من اجل ذلك كما وضحناها في(المطلب الأول) غير ان هذا الموضوع لم يخلو من القواعد الشرعية والتي هي الأخرى وضحناها في(المطلب الثاني)

المطلب الأول : الشروط القانونية لنقل الأعضاء من الجثة

لقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نوضح في(الفرع الأول) الشروط العامة لنقل و زراعة الأعضاء من الجثة أما في (الفرع الثاني) فذكرنا الشروط الخاصة بالمتوفى أما (الفرع الثالث) فذكرنا فيه شروط خاصة بالمريض المستفيد من العضو كما ان (الفرع الخامس) ذكرنا فيه شروط خاصة بالأعضاء المراد انتزاعها لزراعتها

الفرع الأول : الشروط العامة لنقل الأعضاء البشرية من الجثة:

أولا : نقل وانتزاع الأعضاء البشرية لأغراض علاجية:

اشترط المشرع أن يكون انتزاع أعضاء الإنسان و زراعتها لأغراض علاجية أو تشخيصية,في المادة 355 "المتعلق بالصحة لا يجوز نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها إلا لإغراض علاجية أو تشخيصية و ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون " لمقصود بالأغراض العلاجية أو التشخيصية, وهو ما يعد نقصا في نص المادة لا بد من تلاقيه, وإن كان نص المادة ربط الأغراض العلاجية أو التشخيصية بالشروط المنصوص عليها في نفس القانون، ومن ذلك أن م 364 نصت على أنه "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية ..." ، و هو ما يدخل في إطار الأغراض العلاجية، أما الأغراض التشخيصية فالمقصود بها:"دراسة بعض الحالات المرضية للوصول إلى تحديد تشخيص أسباب المرض،أو أسباب الوفاة". مع الملاحظة أن المشرع لم يشر إلى الأغراض العلمية التي تجيز أخذ العضو من الميت، بمناسبة تشريح الجثة، وهذا التشريح يكون من أهدافه تحديد أو تشخيص أسباب الوفاة،

لذلك فإن انتزاع الأعضاء البشرية وزراعتها للحي هو الذي يشترط فيه توافر الأغراض العلاجية بالمفهوم السابق تحديده . ويطرح تساؤل مهم حول طبيعة هذه الأغراض إذا كانت أغراض علاجية آنية أم مستقبلية؟ بمعنى إذا كان يمكن الحديث عن رصيد من الأعضاء و الأنسجة القابلة للحفظ في الظروف البيولوجية المناسبة لتبقى صالحة للاستفادة منها كلما دعت الحاجة لذلك؟ إن الإجابة على ذلك تستند إلى التفرقة بين الصيغ القانونية التي تجيز التصرف بالأعضاء البشرية، فإذا كان التصرف بالأعضاء البشرية بناءا على وصية الميت قبل وفاته, ففي هذه الحالة يستطيع بموجب الوصية أن يحدد إذا كان يجيز أخذ أعضائه لإنقاذ حالة تحتاج إلى زراعة الأعضاء تزامنا مع موته, أو أن يجيز أن تأخذ أعضاءه لعلاج حالات آنية أو مستقبلية، مما يسمح بتحقيق الاستفادة القصوى من الإمكانات العلاجية لتبرعه وإنقاذ أكبر عدد من الحالات، وسواء كانت الحالة موجودة في الحال أو مستقبلا ما دام العضو الذي ينتزع يصلح أن يكون رصيدا يمكن المحافظة عليه لأغراض علاجية مستقبلية أما الإشكال فيقع عندما لا يحدد الموصي إرادته إزاء ذلك؟ فهل يجوز تحقيق الاستفادة القصوى من عدم منعه التبرع بأعضائه بل إجازته للتبرع ؟ أم لا بد من حصر ذلك في إطار الاستفادة الآنية؟[1].

ومن وجهة نظر قانونية تحتاج المسألة لتدخل المشرع بالنص على الحكم صراحة، مع ذلك ينبغي أن يبنى موقف القانون على التوفيق بين المحافظة على حرمة الجثة وعدم امتهانها من جهة, وأن تتوافر بنوك لحفظ رصيد الأعضاء لأغراض العلاجية المستقبلية من جهة أخرى .

أما في الحالة التي لا يوصي فيها الشخص بالتصرف في أعضاءه بعد وفاته ويلجأ لأخذ موافقة من يأذن لهم القانون بإبداء الموافقة، و كذلك في الحالة التي يفترض فيها الموافقة استثناءا، فقد سبق البيان أن الضرورة الآنية هي التي تبيح ذلك، و إلا فتح

[1] انتصار مجوج الضوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في التشريع الجزائري ،من مجلة دفاتر السياسة و القانون ،العدد 18 جانفي 2018 ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،الجزائر ،صفحة 139،138 .

المجال للمتاجرة بالأعضاء البشرية، وسوء استغلال إجازة القانون للعملية، كما يجعل اشتراط أولوية توافر وصية من الميت بلا قيمة[1].

ثانيا: التصرف بالأعضاء البشرية على سبيل التبرع :

أكدت م358 " لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية " وهو ما يتوافق مع قرار م ف إ في فيفري 1988وأساس هذا المنع هو أن حق الإنسان على جسده هو حق غير مالي, بالتالي يخرج عن دائرة التعامل فيه بالمتاجرة, أما إجازة التصرف فيه بالتبرع فليس بالنظر إلى قيمته المادية، بل بالنظر إلى قيمته النفعية لأغراض إنسانية. و بالرجوع إلى القواعد العامة في ق م فإن فكرة النظام العام و الآداب العامة تعتبر الأساس القانوني لتجريم المتاجرة بالأعضاء البشرية سواء من حيث المحل أو السبب، فمن حيث المحل فإن العضو البشري لا يعتبر من الأشياء الداخلة في دائرة التعامل المالي, ومن حيث السبب فإن القانون ينص صراحة على عدم جواز التعامل بالأعضاء البشرية بمقابل مالي، كما أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تجيز ذلك، وعبارة "لا يجوز " في نص المادة تجعل النص آمرا وفقا للمعيار اللفظي في التمييز بين القواعد المكملة و القواعد الآمرة, وهذه الأخيرة هي كل قاعدة لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها, مما يرتب البطلان المطلق على المخالفة. وبالإضافة إلى مخالفة النظام العام و الآداب العامة التي تستدعي تجريم فعل الاتجار بالأعضاء البشرية, فإن النتائج الخطرة التي تترتب على الاتجار بالأعضاء هي من البشاعة بحيث ينبغي أن لا يغفل المشرع الجزائي تجريم الفعل و المعاقبة عليه بما يكفل الوقاية و الردع الملائم لمن تسول لهم أنفسهم مخالفة القانون بهذا الشأن, وقد تنبه المشرع الجزائي للموضوع وتم تنظيمه بموجب قانون العقوبات بمناسبة تعديله ب ق رقم 01-09والذي يستنتج منه مفهوم الاتجار بالأعضاء أنه: "كل حصول على عضو أو نسيج أو خلايا أو تجميع مواد من شخص مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها" وإذا كانت عبارة"منفعة مالية أو أية منفعة أخرى"ينتفي معها فتح المجال للحديث عن الضرورة التي تبيح بيع

[1] انتصار مجوج مرجع سابق ، الصفحة 139.

الأعضاء البشرية و بدل المال من المستفيد بهدف الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة الملحة أو مكافأة أو تكريما، وهكذا فإن موقف المشرع جاء صريحا بمنع التعامل بالأعضاء البشرية بمقابل مهما كانت طبيعته .

الفرع الثاني : شروط خاصة بالمتوفى :

أولا: ثبوت الوفاة :

يعتبر تحديد لحظة الوفاة أمرا مهما للغاية وذلك لكونه الحد الفاصل بين التعامل على جسم الإنسان الحي و التعامل على جثث المتوفى .

فتحديد هذه اللحظة فتحديد هذه اللحظة يبدأ معه تنفيذ التصرف في الجثة سواء اكان قد أوصى بها صاحبها

قبل وفاته أو تنفيذا لأذن ورثته.فلكي يتمكن الجراح من القيام بعملية نقل العضو من جثة ميت إلى جسم إنسان حي لابد من التأكد من الوفاة.

1- **:تعريف الموت**

الموت لغة : أصله مات يموت ويميت فهو ميت ضد حي و جاء في مختار الصحاح الموت ضد الحياة ، و عرف انه صفة وجودية خلقت ضد الحياة .

الموت اصطلاحا : عرف بأنه : صفة وجودية خلقت ضد الحياة .

وعرف بأنه: كيفية وجودية تضاد الحياة فلا يعرى الجسم عنها فلا يعرى الجسم عنها .

وعرفه آخرون : انه مفارقة الروح للجسد .

و جاء في كتاب الروح "و الصواب ان يقال ان موت النفوس مفارقتها لأجسادها و خروجها منها "

و ذكر بعض المفسرين في قوله تعالى : "**اللَّهُ يَتَوَفَّى الأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا** " اي يقبضها على الأبدان بان يقطع تعلقها عنها و تصرفها فيها ظاهرا او باطنا و ذلك عند الموت .

و ذكر بعضهم ان يقبضها عند حضور اجلها و يخرجها ن الأبدان .

فهذه التعريفات للموت تؤكد حقيقة واحدة و هي ان الموت ضد الحياة و بحلوله تغادر الروح الجسد ، وعليه يمكن تعريف الموت بأنه : مفارقة الروح للجسد بحيث تتوقف جميع أعضاء الجسم عن أداء و وظائفها المنوطة بها[1] .

وقد ورد ذكر الموت في القران الكريم بمعاني متعددة منها : قال تعالى "**كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ ثُمَّ إِلَيْنَا تُرْجَعُونَ** "[2]

و قال تعالى :" **قُل لَّكُم مِّيعَادُ يَوْمٍ لَّا تَسْتَأْخِرُونَ عَنْهُ سَاعَةً وَلَا تَسْتَقْدِمُونَ**"[3]

2- **: طرق تحديد لحظة الوفاة**

لقد تطورت عمليات نقل الأعضاء البشرية من الجثة إلى جسم الإنسان الحي ، ومن هنا ظهرت الأهمية البالغة لتحديد لحظة الوفاة ووضع المعيار الصحيح الذي يتم على أساسه تحديد نهاية الحياة الإنسانية و بداية التعامل مع الجثة، فإذا كان الموت هو صعود الروح إلى بارئها فان تحديد لحظة انفصالها يحتاج إلى معيار واضح نفرق على أساسه بين الميت و الحي[4] .

لفترة طويلة اعتبر الحد الفاصل بين الحياة و الموت هو اختفاء المظاهر الخارجية للحياة ، و وفقها لهذا المفهوم يعني الموت توقف القلب او الدورة الدموية نهائيا عن العمل[5] ، حتى ظهر حديثا معيار موت خلايا المخ ا المعيار الحديث بعد ان حظيت فكرة

[1] افتكار ميهوب دبوان المخلافي مرجع سابق، صفحة 374،375.

[2] سورة العنكبوت الاية 57.

[3] سورة سبا الاية 30.

[4] عبد الله بشري مرجع سابق ،صفحة 322،323.

[5] محمد عبد اللطيف عبد العالي ، مرجع سابق ،صفحة 170.

الموت بدراسة عميقة من جانب الأطباء ، و هذه الدراسة كان الدافع القوي لها هو التقدم المذهل في عمليات نقل الأعضاء الذي اظهر و بحق أهمية الجثة في هذا المدمار[1] .

ا- المعيار التقليدي :

- تتحقق الوفاة بالتوقف النهائي للقلب و الجهاز التنفسي :

يعتبر الإنسان ميتا وفقا لهذه الوجهة من النظر بالتوقف الهائي للقلب ، اي بتوقف الدورة الدموية وتوقف الرئتان عن العمل و لذلك و فقا لهذا المعيار يمتنع على الطبيب الجراح التدخل و استئصال أي عضو من الجثة قبل توقف القلب و موت خلاياه و توقف التنفس[2]. إذ يعد الإنسان ميتا حال توقف التنفس والدورة الدموية في جسده ، إذا ما كان هذا التوقف كاملا ونهائيا لا رجعة فيه، ولا يمكن استثارته مرة أخرى وبأي وسيلة كانت ،ويمكن التأكد من توقف القلب بحبس الشريانان الرئيسية، أو بعدم سماع النبض، أما الجهاز التنفسي يمكن الاستدلال على توقف وظائفه من خلال ملاحظة حركة الصدر وعدم سماع صوت التنفس من خلال السماعة الطبية، أو من خلال وضع مرآة أمام الأنف أو الفم ،فإذا لم يستو من البخار وجه المرأة يمكن عندها استنتاج انقطاع التنفس [3].

ب- المعيار الحديث : (موت المخ):

نظرا للانتقادات التي وجهت للمعيار التقليدي ، و الذي اثبت التقدم العلمي و الطبي عدم صلاحيته كمعيار لتحديد لحظة الوفاة ، فقد يتوقف القلب عن العمل و تتوقف الدورة الدموية و تتوقف الرئتان عن التنفس ومع ذلك تكون خلايا المخ حية و يمكن إعادة الحياة مرة أخرى للإنسان عن طريق أجهزة الإنعاش الصناعي أو الصدمات الكهربائية . ومن ثم فقد اتجه العالم بإجماعه تقريبا إلى اعتبار الشخص ميتا متى ماتت خلايا المخ حتى ولو كان القلب لم تمت خلاياه . فمتى ماتت خلايا المخ بصورة نهائية فانه يستحيل عودتها إلى الحياة

[1] عبد الله بشري مرجع سابق ،صفحة، 323.

[2] عبد الله بشري مرجع سابق ، صفحة .324

[3] معاشو لخضر مرجع سابق، صفحة 388.

، و تنفس الشخص أو نبض قلبه ليس إلا من ظروف الحياة الصناعية ، لذلك تنتهي هذه الحياة بمجرد رفع الأجهزة و بموت خلايا المخ يدخل الإنسان في حالة ما يسمى بالغيبوبة الكبرى أو النهائية وهي تختلف عن حالة الغيبوبة العميقة التي يفقد فيها الشخص كل إدراكه و القدرة على الاتصال بالعالم الخارجي رغم أن خلايا المخ لا تزال حية .وبالتالي فان هذا الشخص لا يزال حيا ولم يتوفى بعد و هذا ما يبرر استخدام الإنعاش الصناعي لإنقاذ حياته حتى لا تموت خلايا مخه ، و من ثم لا يجوز في هذه الحالة (حالة الغيبوبة العميقة) أن يقوم الطبيب الجراح باستئصال أي عضو من أعضائه حتى ولو أبدت أسرته موافقتها على ذلك لان هذا الشخص لازال حيا في حكم الطب و القانون [1]

أمام الانتقادات التي وجهت لكلا المعيارين ، يتضح انه من الصعب الاعتماد على معيار واحد مهما كانت درجة فعاليته للقول بموت الإنسان ، بل لابد من الاعتماد على المعيارين معا للقول بموت الشخص ذلك من اجل تكريس حماية فعالة للأشخاص و عدم الاعتداء على حرمتهم الجسدية بحجة إنقاذ الغير ، فلا يجوز التنازل عن حرمة شخص من اجل الحفاظ أو إنقاذ شخص أخر ، فالحق في الحياة يتمتع به جميع الأشخاص دون ترجيح [2].

ثانيا: عدم اعتراض المتوفى قبل وفاته على انتزاع عضو منه :

حدد المشرع من خلال المادة 362 في فقرتها الأولى و الثانية من قانون الصحة و ترقيتها رقم 18-11 المتعلق بالصحة طرق التعبير عن أرادة صاحب الجثة بخصوص اقتطاع الأعضاء منها ، حيث نصت على " لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية و شرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة . و في هذه الحالة ، يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته " و في الفقرة الثانية " يمكن التعبير

[1] عبد الله بشري مرجع سابق، صفحة 327، 328.

[2] مواسي العلجة ، مرجع سابق ،صفحة 84.

عن هذا الرفض بكل وسيلة ، لا سيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء . و تحدد كيفية التسجيل في سجل الرفض ، عن طريق التنظيم ." فنلاحظ أن المشرع لم يشترط الكتابة في الحصول على موافقة الشخص للاقتطاع من جثته و بالتالي يمكن للمتبرع بأعضائه قبل الوفاة أن يعرب على موافقته كتابيا أو شفهيا.

وإذا كانت الكتابة المقصودة هي الكتابة الرسمية ففيها مشقة، وإذا كانت هناك وثائق على مستوى المستشفى ففي أحيان كثيرة يصعب الطلب من الشخص أن يمضي على وثيقة يفيد فيها عدم رغبته في انتزاع أعضاءه, ولذلك يتجه البعض إلى أنه يمكن القياس على التصرفات المالية وهو قياس مع الفارق ،بحيث إذا كان المشرع يجيز في ما يجب إثباته بالكتابة أن يثبت بشهادة الشهود في حال وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي طبقا للمادة 336من ق م و بالتالي يمكن اعتبار الاحتضار أو عدم إمكانية الكتابة لسبب جدي من قبيل المانع المادي الذي يمكن معه الانتقال من اشتراط الإثبات بالكتابة إلى الاكتفاء بشهادة الشهود, أما الفارق الذي يجب مراعاته هو أن الأعضاء البشرية لا تصلح لأن تكون موضوعا لمعاملة مالية و بالتالي يأخذ القياس في حدود ضيقة وبما لا يتعارض مع هذا الأصل [1].

1-:أشكال رضي المتوفى :

[1] انتصار مجوج مرجع سابق ، الصفحة 141.

ا-إيصاء الشخص باستئصال أعضائه بعد وفاته

الوصية هي تصرف قانوني بالإرادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الموت، فلا يترتب عليها أثرها إلا بعد موت الموصي، كما أنها صورة من صور تعبير المتوفى عن إرادته الصريحة، بإعطاء الإذن للطبيب الجراح باستئصال أي عضو من أعضائه أو بالتصرف

التام بكامل جثته، والوصية شرعا هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء أكان الموصى به عينا أم منفعة.

وللوصية المتعلقة باستئصال عضو أو مجموعة من الأعضاء من الجثة جملة من الشروط هي :

– يجب أن تصدر الوصية من شخص يتوافر على الأهلية اللازمة لإبرام هذا النوع من التصريحات، بمعنى أن يكون راشدا كامل الأهلية، والقانون الجزائري يشترط في الموصي طبقا لنص المادة 186 من قانون الأسرة أن يكون بالغا من العمر تسعة عشر سنة على الأقل.

– يشترط لصحة الوصية أن يكون رضاء الموصي صريحا قبل الوفاة، وأن تصدر عن إرادة حرة وخالية من العيوب التي تشوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس

– أن لا يكون الأمر الموصى بـه أمرا مخالفا للنظام العـام و الآداب العامة

– أنّ الوصية بالأعضاء البشرية تصرف تبرعي، لذلك فإن نية التبرع يجب أن تكون متوافرة، فلا يجوز للشخص أن يتصرف بأحد أعضاء جثته مآلا بقصد الحصول على بدل كأن يبيعه، كما يجب أن يكون الدافع على الوصية هو إنقاذ حياة إنسان ما أو شفائه.

ب- التعبير عن الإرادة عن طريق بطاقة التبرع :

أمام الإصرار على الحصول على رضا الشخص في حياته بالاستئصال منه بعد الوفاة بدأ التفكير في إيجاد طريقة سهلة للوقوف على نوع التصرف الذي يتخذ حيال جثة المتوفى، فاقترح البعض أن يحمل كل شخص بطاقة أو وثيقة مع أوراقه الشخصية ، بصفة دائمة تثبت قبوله أو رفضه الاستئصال منه بعد الوفاة، مع تعيين العضو أو الأعضاء المسموح باستقطاعها من جثته و بالتالي تعد وثيقة إثبات مسبقة لإرادة الشخص المتوفى أما المشرع الجزائري فقد أشار في المادة 5فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 12- 167المؤرخ في 2010 -04-05المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها لتسجيل المرضى في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة و الخلايا ضمن القائمة الوطنية المحددة لهذا الغرض انطلاقا من مجموعة المعطيات الإستشفائية.ونص في الفقرة الثانية بنفس المادة إلى ضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء والأنسجة و الخلايا بينما أشار في الفقرة الثالثة لتسيير بطاقات المانحين و المستقبلين للأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية لأغراض التبرع مما ساهم في توفير الحماية لطرفي العملية و ضمان نوع الطمأنينة بالنسبة للمتبرع أو المريض على حد السواء

ج- حالة ما إذا اعترض الميت حال حياته على التصرف بأعضائه:

يرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة تقديم رغبة الميت ، لأن الميت له ولاية على نفسه وهي مقدمة على ولاية غيره مستندين في ذلك إلى ما ورد عند بعض الفقهاء من الحنفية والشافعية من اعتبار عفو المجني عليه قبل موته عن الجاني ، ومن تم سقوط حق الورثة في المطالبة بالقصاص ، رغم أن البعض الآخر من المالكية يرون عدم سقوط القصاص بعفو المجني عليه بينما ذهب الرأي الغالب في مصر إلى وجوب احترام ارادة الميت ما دامت موافقته قد صدرت و هو متمتع بالقدرة على التفكير و التقدير و الاختيار ،ويرى بعض الفقه ترجيح جانب الورثة تحقيقا لمصلحة راجحة و هي إنقاذ نفس من الهلاك و لأن الضرر منعدم بالنسبة للمتوفى و لأن أعضاءه سوف تبلى و تدفن في التراب فالأولى الانتفاع بها.غير أن هناك من يرى أن القول بأن «الجسد سوف يبلى و يفنى » مردود على أصحابه لما جاء في القرآن الكريم من الرجوع إلى الحياة بعد الموت بذات

الهيئة التي كانوا عليها في الدنيا. كقوله تعالى:"**أَإِذامِتْنَاَ وُكُنَّاُ تَرَاًبَا ذلِكَ رْجعَ بعيد...**" سورة ق الآية 3و.4بالتالي فإن الآدمي يبعث بالهيئة التي كان عليها في الدنيا .[1]

ثالثا : انتقال حق التصرف في الجثة للغير

1-انتقال الحق في التصرف في الجثة إلى أقارب المتوفى

يذهب الرأي الغالب في القانون المقارن إلى انتقال حق التصرف في الجثة إلى أقارب المتوفى إذا لم يوضح هذا الأخير قبل وفاته كيفية التصرف في جثته، إذ منها من اشترط أن تكون موافقة الأقرباء صريحة لإجازة المساس بالجثة، في حين اكتفى البعض الآخر بالموافقة الضمنية [2].

أ- الموافقة الصريحة للأقارب بالاستئصال من الجثة:

من بين التشريعات التي اشترطت الموافقة الصريحة لأهل المتوفى التشريع الجزائري إذ نصت المادة 364 في فقرتها الأولى و الثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 18-11على:""لا يمكن القيام بنزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي او سلامته الجسدية و بعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها و أمام شاهدين اثنين"" في الفقرة الثانية من نفس المادة تنص " وعندا يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته ، فانه يمكن احد فراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362" و المادة 362 في الفقرة الثالثة رتبت الأولية " .....الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء " .

[1]معاشو لخضر، مرجع سابق، صفحة 526 .

[2] سميرة عايد الديات ، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان ،1999، صفحة،315.

يلاحظ على نص المادة 362 أنها لم تأت بترتيب عائلة المتوفى هباء في اتخاذ القرار بشأن الجثة، بل إن سلطة اتخاذ القرار ينتقل من شخص إلى آخر حسب الأولوية، ولقد كان المشرع موفقا في اختيار لفظ الأسرة وليس ورثة المتوفى، ذلك أن هذه الأخيرة تدل على أن الجثة جزء من الإرث، وهي في حقيقة الأمر ليست من ضمن الأشياء المادية التي تدخل في التعامل، ولكن لفظ الأسرة هو الآخر مصطلح واسع وشامل، مما دفع المشرع إلى حصرها في الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ، الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت ، وبالتالي سهل من مهمة الحصول على الموافقة بالسرعة الممكنة، فزرع الأعضاء يحتاج إلى نوع من السرعة، حيث لا يمكن المحافظة على القلب أو الكلية المراد استئصالها في حالة صالحة إلا لوقت قصير بعد الوفاة، وانتظار أخذ موافقة أقارب أكثر من المذكورين، يعني أنه لا يمكن إجراء العملية لعدم صلاحية العضو للزرع بسبب طول المدة[1].

ب- الموافقة الضمنية للأقارب بالاستئصال من الجثة:

لما كان التصرف في الجثة لا يخلف أي ضرر للمتوفى، ويحقق مصالح مؤكدة للمرضى، فإنه يجوز التصرف في الجثث استنادا إلى فكرة تحقيق المصلحة العامة، ومن هذا المنطلق لا يحتاج الطبيب إلى موافقة المتوفى الصريحة قبل وفاته أو موافقة أقربائه، وإنما تكون الموافقة في هذه الحالة مفترضة، ما لم يصله اعتراض صريح من الأقارب في الوقت المناسب ومن التشريعات التي أخذت بالموافقة المفترضة للأقارب التشريع الفرنسي والإيطالي والإنجليزي[2].

إنّ فكرة الموافقة المفترضة تعرضت إلى عدة انتقادات أهمها :

[1] سميرة عايد الديات ، المرجع السابق ،صفحة 315 .

[2] مأمون عبد الكريم،رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، 2006 ،صفحة 649

ينطوي الأخذ بفكرة الموافقة المفترضة على خطورة كبيرة بالنسبة للطبيب، فهو لا يلزمه بالحصول على الموافقة المسبقة من الأقارب، ولكنه يمنعه من إجراء العملية في حالة اعتراض الأقارب، وبهذا قد يدعي الأقارب أنهم اعترضوا في الوقت المناسب، في حين يصر الطبيب على أنّ الاعتراض لم يصله إلا بعد البدء في العملية أي في وقت غير مناسب[1].

كما أنّ الأخذ بالموافقة المفترضة فيه تهديد لمصلحة المستشفى، فقد تؤدي خشية المساس بجثث الموتى بدون موافقة الأقارب إلى إحجام الناس عن دخـول المستشفيات، وفي ذلك خسارة مادية من جهة، وتقليص فرص البحث العلمي الذي يتم على الجثث من جهـة أخرى[2].

الفرع الثالث : :شروط خاصة بالمريض المستفيد من العضو:

أولا:التعبير المتبصر للمريض المستفيد على موافقته على الزرع :

نصت المادة 364 في فقرتها الأولى و الثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 18-11على:""لا يمكن القيام بنزع الأعضاء أو الأنسجة او الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي او سلامته الجسدية و بعد ان يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها و أمام شاهدين اثنين"" أما إذا كان المريض المستفيد غير قادر على التعبير عن رضاه فإن الذي يمنحه القانون حسب 362 فقرة 3 حق التعبير مكانه: أحد أفراد أسرته بخصوص الترتيب بالأولوية في الحالة التي منح القانون فيها حق إعطاء الموافقة لأسرة المتوفى عند عدم تعبيره على إرادته، وهنا تجدر الإشارة إلى اشتراط المشرع صراحة أن يكون الإذن

[1] حسام الدين الاهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة ،جامعة عين شمس ، القاهرة،1975 صفحة208 .

[2] مأمون عبد الكريم ، المرجع نفسه، صفحة 658.

كتابيا ذلك في نص 364 فقرة 2 تنص على " وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته ، فانه يمكن احد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليها في المادة 362 " وفي المادة 364 الفقرة 3 يتعلق فيها الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية فإن حق الموافقة حسب هذه المادة يبديه الأب أو الأم أو الممثل الشرعي حسب الحالة، و إذا تعلق الأمر بالقصر فحسب ف 4من م 364 التي تنص على "وفي حالة الأشخاص القصر ، يعطي الموافقة الأب أو الأم أو ، عند غيابهما، الممثل الشرعي .[1]

الفرع الرابع : الشروط الطبية و الإدارية :

"لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة ، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء .يجب أن تتوفر المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي – تقني و تنسيق استشفائي كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء و الأنسجة . تحدد شروط و كيفيات الترخيص عن طريق التنظيم . " وهذا ما نصت عليه المادة 366 من القانون نفسه.

كما يجب أن تكتنف هذه العملية السرية التامة ، فلا يكشف عن هوية المتبرع للمستقبل ولا العكس ، و يمنع الطبيب الذي اثبت الوفاة من ان يكون من بين أعضاء الطاقم الطبي الذي يقوم بعملية الزرع ، و قد ورد النص على ذلك في القانون رقم 18-11 في المادة 363 حيث تنص " يمنع كشف هوية المتبرع المتوفى للمتلقي و هوية المتلقي لأسرة المتبرع "[2].

الفرع الخامس : شروط خاصة بالأعضاء المراد انتزاعها لزراعتها

أولا: صلاحية العضو موضوع الانتزاع :

[1] انتصار مجوج مرجع سابق ، الصفحة 142 .

[2] اسيا براهيمي مرجع سابق، صفحة 443.

استنادا لنص م363ف..."3 و يمنع الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة اذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريع الطبي الشرعي ." كما نصت م 362 " لا يمكن الأعضاء أو الأنسجة البشرية للأشخاص المتوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية و شرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة ".

ثانيا : مراعاة النظام العام و الآداب العامة: في هذا الإطار لابد من مراعاة ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية لأن مخالفتها فيه مخالفة للنظام العام بوصفها المصدر الثاني فيما لم يرد فيه نص قانوني طبقا ل م2من ق م، لذلك فإن الأعضاء التي لها تأثير على الأنساب والمورثات ينبغي ألا تكون موضوعا للزراعة كالأعضاء التناسلية بوصفها الأجزاء التي تسهم في عملية الإنجاب منعا لاختلاط الأنساب الذي تحرمه الشريعة الإسلامية وفكرة النظام العام في المجتمع[1].

المطلب الثاني : الشروط الفقهية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من الجثة :

إنّ من آثار تكريم الإسلام لذات الإنسان بعد موته ما شرعه من التغسيل والدفن، وتحريم نبش القبور وتحريم كسر عظام الميت وتهشيمها، وحرمة الاعتداء على الجثث بالقطع والتمثيل والإتلاف، كما يمنع الجلوس على القبور ووطئها وإهانتها، لذلك قام فقهاء الشريعة الإسلامية عند إجازتهم لعملية الاستئصال من الجثة، بإحاطتها بقيود شرعية، منها ما هو متعلق بالتحقق من حصول الوفاة قبل الاستئصال من الجثة (الفرع الأول)، ومنها ما يتعلق بالتحقق من صدور الموافقة من المتوفى أو أقاربه بالاستئصال من الجثة(الفرع الثاني)، ومنها ما يتعلق بالتحقق من توافر الشروط الخاصة بالمستقبل للعضو(الفرع الثالث).

الفرع الأول : التحقق من حصول الوفاة قبل الاستئصال من الجثة

[1] انتصار مجوج مرجع سابق ، الصفحة 142 .

إنّ الموت عند المسلمين كافة هي خروج الروح من الجسد بواسطة ملك الموت، وانتقالها إلى من أعد لها من نعيم أو عذاب، قال الله تعالى"قُلْ يَتَوَفَّاكُم مَّلَكُ الْمَوْتِ الَّذِي وُكِّلَ بِكُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ تُرْجَعُونَ" [1].

وقوله تعالى" **كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ، وَيَبْقَىٰ وَجْهُ رَبِّكَ ذُو الْجَلَالِ وَالْإِكْرَامِ** "[2]، وربنا سبحانه وتعالى جعل للموت أجلا ثابتا وموعدا محددا فقال عز وجل : "**وَلَوْ يُؤَاخِذُ اللَّهُ النَّاسَ بِظُلْمِهِمْ مَا تَرَكَ عَلَيْهَا مِنْ دَابَّةٍ وَلَٰكِنْ يُؤَخِّرُهُمْ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى ، فَإِذَا جَاءَ أَجَلُهُمْ لَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً ، وَلَا يَسْتَقْدِمُونَ**"[3]كما تدل هذه الآيات أيضا على أن الموت هو مغادرة الروح للجسد الإنساني **لقوله تعالى"وَجَاءَتْ سَكْرَةُ الْمَوْتِ بِالْحَقِّ ،ذَٰلِكَ مَا كُنْتَ مِنْهُ تَحِيدُ"** [4].

ومنه فالموت في الإسلام هي مفارقة الروح للجسد و الموت يتحقق بأحد الأمرين ، إما بتوقف القلب و توقف لا رجعة فيه و يقرر ذلك الأطباء المختصون ، و الأمر الثاني هو هلاك و تلف جذع الدماغ أو جذع المخ و هو الأساسي بحيث يتلف تلفا لا رجعة فيه و يأخذ في التحلل و هذا يعرفه الأطباء بإشارات كهربائية ، و الدور الكبير الذي يلعبه تحديد لحظة الوفاة في تحديد مدى صلاحية الأعضاء لزرعها في جسم المريض المستفيد فلو أخذنا بمعيار الموت الظاهري بتوقف القلب و الرئتين تفوت فرصة الانتفاع بعض الأعضاء الأساسية بسبب تحللها و فسادها ، بخلاف الحال إذا ما أخذنا بمعيار الموت الدماغي حيث يمكن معه الاستفادة من معظم تلك الأعضاء [5].

الفرع الثاني : التحقق من صدور الموافقة بالاستئصال من الجثة

[1] سورة السجدة الاية 11.

[2] سورة الرحمان الاية ، 26، 27 .

[3]سورة النحل،الآية61.

[4] سورة ق،الآية19.

[5] اسيا براهيمي ، صفحة 437، 438.

يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية التأكد من صدور إذن بالانتفاع بأجزاء الميت قبل المساس بجثته من طرف الطبيب الجراح، هذا الإذن الذي يمكن أن يكون صادرا من الشخص قبل وفاته، باعتبار أن له ولاية على نفسه [1]، ويشترط أن تكون تلك الوصية صادرة عن صاحبها عن إرادة حرة وواعية دون ضغط أو إكراه، وأن تكون مكتوبة ومشهود عليها، كما يشترط في هذا النوع من الوصايا عدم استفادة المتبرع أو ورثته من المقابل المادي، وأنه لم يتراجع عن تلك الوصية قبل وفاته، أما عن نطاق الوصية فإنه يشمل جميع الأعضاء بما فيها الأعضاء الأساسية كالقلب والكبد وغيرها، ماعدا الأعضاء التناسلية كالخصيتين والمبيضين بحكم أنهما يشكلان المخزن الذي ينقل الخصائص الوراثية للرجل والمرأة ولأسرتيهما، كما يمكن أن يكون الإذن صادرا من ورثته بعد موته، وهم من لهم الحق في ميراث تركته شرعا، ولهم المطالبة بالقصاص في حالة الجناية عليه عمدا [2].

أولا : التحقق من موافقة الورثة :

إذا مات الشخص و لم يتعرض حال حياته إلى مسالة التصرف بجثته و ترك المجال مفتوحا ن فان الحق يتنقل إلى أسرته بإبداء الموافقة من عدمها في مثل هذه الأحوال ، لكن من هم الورثة الذين يحق لهم إعطاء الموافقة على الانتفاع بأعضاء المتوفى ؟

- ذهب بعض الفقه إلى ضرورة الحصول على الإذن من جميع الورثة و من ثم إذ اذن بعض الورثة دون بعضهم فلا يجوز الأخذ من جثة الميت .

- و ذهب البعض الأخر من الفقه و هو ما أميل إليه إلى أن الحصول على إذن الورثة يكون فيه نوعا من الصعوبة قد تؤدي إلى تفويت مصلحة ضرورية و هي إنقاذ نفس من الهلاك و من ثم يقدم الأقرب فالأقرب فيعتبر الأبناء هم الأولى لان التعصيب

[1] مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، صفحة 388.

[2] مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، صفحة 415-416 .

بالبنوة مقدم على التعصيب بالأبوة فاخذ الموافقة من ورثة المتوفى يحقق نوعا من الحماية للجثة و فيه أيضا مراعاة لمشاعر ذوي المتوفى و احترام لحقوقهم المعنوية[1] .

الفرع الثالث : التحقق من توافر الشروط الخاصة بالمستقبل للعضو

يشترط بعض الفقه لجواز الاقتطاع من جثث الموتى شروطا معينة في المستقبل للعضو منها:

– أن يكون المستقبل معصوم الدم، أي غير محكوم عليه بالإعدام من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، ومن ثم إذا كان هذا الأخير غير معصوم الدم كالمرتد أو الزاني المحصن، فإن هؤلاء لا يستفيدون من رخصة نقل الأعضاء إليهم، لأنه محكوم عليهم بالإعدام من الوجهة الشرعية[2].

[1] اسيا براهيمي ، صفحة438.

[2] مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، صفحة 417.

خاتمة

من خلال البحث تم التوصل إلى النتائج:

1-عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتصل في نقل عضو سليم او مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو او النسيج التالف فهي تقتضي وجود متبرع ومستقبل

2-تشمل عملية نقل الأعضاء مرحلتين الاستئصال والزرع

3-الباحث في حكم نقل وزرع الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي يجد أصوله في بعض المسائل الفقهية التي تناولها فقهاء المذهب ومنها الانتفاع بجسم الإنسان حيا أو ميت.

4-تذهب اغلب القوانين الوضعية إلى أجازة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مع التقيد بضوابط محددة والالتزام بها.

5-اختلف فقهاء الشريعة في حكم نقل وزرع الأعضاء البشرية بين مجيز ومانع وعند تحرير محل النزاع يثبت أن الخلاف صوري ذلك أن كل من الفريقين لم يكن حكمه مطلقا فمن أجاز قيد ذلك بضوابط ومنع خص ذلك بحالات محددة

6-لا يسمح باستئصال عضو إلا لأعراض علاجية

7-يمنع استئصال الأعضاء من القاصر إلا بعد الموافقة الكتابية من وليه او من يمثله قانونيا

8-يشترط في هذه العمليات أن تكون مجانية التبرع بالأعضاء ليس لباب المتاجرة بالأعضاء

9-تستوجب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ان تكون في إطارها القانوني ومدعمة بشروط واجبة الاحترام

10- في حالة الضرورة يلجأ إلى الاستفادة من جثث الموتى فتحصل الفائدة من الأعضاء بشكل اكبر ونقل الأضرار إذا مقارنها بالنسبة للمتبرع الحي

11- ذهب فقهاء القانون إلى وضع شروط للاستئصال من الإحياء تتمثل في

رضي المعطي الذي يتبين لنا انه أهم شرط وكذلك أهلية المتبرع التي تقوم على انه يجب أن يتجاوز السن القانون يسمح له بذلك وفي حالة وجود قاصر فإن الأمر يعود إلى مرافقة الأهل

12- ذهب فقهاء القانون إلى وضع شروط الاستئصال من الجثة تتمثل في :

التأكد من الموت حقيقة والرضا الصريح من الشخص أثناء حياته

لأنه هو صاحب الحق في التصرف بجثته

13- في حالة جهل موقف المتوفى فإن حق التصرف في جثته

أولا: المصادر

-القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم ، دار الفجر الإسلامي ، دمشق ، الطبعة السادسة ، 1404 هـ

أمهات الكتب :

أبي عبد الله البخاري ، كتاب الإيمان ، باب الدين يسر ، مطبوعات الأزهر، القاهرة ، دون سنة

صحيح مسلم بشرح النووي – كتاب الإيمان – بيان غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه وان من قتل نفسه بشيء عذب به في النار

القوانين:

القانون85-05 المؤرخ في 26جمادى الاولى 1405 الموافق لـ16 فيفري 1985

المتعلق بالصحة وترقيتها الملغى بموجب القانون 18-11 المتعلق بالصحة . الجريدة الرسمة العدد08 السنة22

المرسوم التنفيذي 92 -276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ6 جويلة 1992متضمن متدونة اخلاقيات الطب الجريدة الرسمية العدد 52 سنة29

المرسوم التنفيذي 12-167 المؤرخ في 13 جمادى الاولى 1433 الموافق لـ5 افريل 2012 يتضمن انشاء الوكالة الوطنية لزرع الاعضاء الجريدة الرسمية العدد22

السنة 49

قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة.

القانون الفرنسي رقم94-654 المؤرخ في 24 جويلية 1994 المتعلق بالتبرع وباستعمال عناصر ومنتوجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة

ثانيا: المراجع

الكتب:

افتكار ميهوب ديوان المخلافي ، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي و القانون المدني –دراسة مقارنة– دار النهضة العربية 32 شارع عبد الخالق ثروة القاهرة 1427هجري ، 2006 ميلادي

حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة ،جامعة عين شمس ، القاهرة،1975

سميرة عايد الديات ، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان ،1999

عبد الله بشري ، مدى مشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي و الشرائع السماوية ، دار محمود للنشر والتوزيع طبعة 2013

عارف علي عارف القره داغي ،قضايا فقهية في نقل الاعضاء البشرية ،سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر

مأمون عبد الكريم،رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، 2006.

محمود السيد عبد المعطي خيال ، التشريعات الحديثة في عمليات نقل و زرع الأعضاء ، الإسراء للطباعة بدون طبعة سنة نشر

مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،الطبـعة الأولى 2003.

محمد عبد اللطيف عبد العال إباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء و مشكلاتها ، دار النهضة العربية 33 شارع عبد الخالق ثروة – سنة الطبع 2005

الرسائل و المذكرات :

معاشو لخضر النظام القانوني لنقل و زرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة ابي بكر تلمسان سنة 2014-2015

مواسي العلجة ، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري -تيزي وزو - الجزائر، 2016

مختاري عبد الجليل ، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل و زرع الأعضاء الشرية دراسة مقارنة ن مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص ، كلة الحقوق -جامعة تلمسان- الجزائر 2006-2007

قفاف فاطمة، زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم و الإباحة ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون جنائي جامعة محمد خيضر ، بسكرة سنة ، 2013 -2014

المجلات و المقالات:

انتصار مجوج الضوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في التشريع الجزائري ،من مجلة دفاتر السياسة و القانون ،العدد 18 جانفي 2018 ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،الجزائر

محمود ثابت، علي الشاذلي، الضوابط القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد الرابع والأربعون

.إبراهيمي اسيا مقال، نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الشريعة و القانون ،المركز الجامعي بلحاج بو شعيب عين تيموشنت

فهرس الموضوعات :

الموضوع	الصفحة
مقدمة	1
الفصل الأول نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء	6
المبحث الأول : أساس إباحة نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الإحياء	6
المطلب الأول: الأساس القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء	7
الفرع الأول :نظرية السبب المشروع	8
الفرع الثاني : حالة الضرورة	9
الفرع الثالث : مبدأ المصلحة الاجتماعية	11
المطلب الثاني: الأساس الشرعي لنقل وزراع الأعضاء البشرية بين الاحياء	11
الفرع الأول : الرأي المعارض –عدم مشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء	11
أولا : حجية أصحاب هذا الرأي –المعارض– من القران الكريم	12
ثانيا حجية أصحاب هذا الرأي –المعارض–استنادا إلى السنة النبوية	12

ثالثا: حجية أصحاب هذا الرأي استنادا إلى المذاهب الفقهية	13
الفرع الثاني :الرأي المؤيد– لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الاحياء	13
أولا : الأدلة التي استند عليها أصحاب هذا الرأي من القران الكريم	14
ثانيا : الأدلة التي استند عليها أصحاب هذا الرأي– المؤيد – من السنة النبوية	15
ثالثا : الأدلة التي استند عليها أصحاب الرأي – المؤيد– من المذاهب الفقهية	15
المبحث الثاني : شروط إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء	15
المطلب الأول : الشروط القانونية لنقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء	15
الفرع الأول : رضا المعطي (المتبرع)	17
أولا: تبصير المتبرع	18
ثانيا: أهلية المتبرع	21
ثالثا : انتفاء المقابل المادي	21
الفرع الثاني :رضا المعطى له المريض المستقبل	22
أولا:تبصير المعطى له	22

ثانيا : أهلية المتلق	24
المطلب الثاني : الشروط الفقهية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء	25
الفرع الأول : الشروط الجوهرية	25
أولا : محل إذن المتبرع	27
ثانيا :ان يكون المتبرع كامل الأهلية	28
ثالثا :الحق في الرجوع عن التبرع	29
الفرع الثاني : الشروط المادية	29
أولا :انتفاء المقابل المادي	29
ثانيا:اشتراط الديانة أو الجنسية	30
الفصل الثاني : نقل الأعضاء البشرية من الجثة	32
المبحث الأول : أساس إباحة نقل الأعضاء البشرية من الجثة	32
المطلب الأول: الأساس القانوني لنقل الأعضاء البشرية من الجثة	32
الفرع الأول : مدى مشروعية التصرف في الجثة في القانون	32

أولا: موقف بعض التشريعات من التصرف في الجثة	33
المطلب الثاني : الأساس الشرعي لنقل الأعضاء البشرية من الجثة	35
الفرع الأول: الاتجاه المعارض لمشروعية نقل الأعضاء البشرية من الجثة	35
أولا: أدلة أصحاب هذا الرأي – المعارض – من القران الكريم	36
ثانيا : أدلة أصحاب هذا الرأي – المعارض من السنة النبوية	36
ثالثا: أدلة أصحاب هذا الرأي –المعارض – من الفقه	37
الفرع الثاني: الاتجاه القائل بمشروعية نقل الأعضاءالبشرية من الجثة	38
أولا:أدلة هذا الاتجاه –المؤيد –من القران الكريم	39
ثانيا :أدلة هذا الاتجاه – المؤيد– من السنة النبوية	39
ثالثا : أدلة هذا الاتجاه –المؤيد –من الفقه	40
المبحث الثاني : شروط إباحة نقل الأعضاء البشرية من الجثة	40
المطلب الأول : الشروط القانونية لنقل الأعضاء البشرية من الجثة	40
الفرع الأول : الشروط العامة لنقل الأعضاء البشرية من الجثة	40

أولا : انتزاع ونقل الأعضاء البشرية لأغراض علاجية	40
ثانيا: التصرف بالأعضاء البشرية على سبيل التبرع	42
الفرع الثاني : شروط خاصة بالمتوفى	43
أولا: ثبوت الوفاة	43
ثانيا: عدم اعتراض المتوفى قبل وفاته على انتزاع عضو منه	47
ثالثا: انتقال حق التصرف في الجثة للغير	50
الفرع الثالث :شروط خاصة بالمريض المستفيد من العضو	52
أولا:التعبير المتبصر للمريض المستفيد على موافقته على الزرع	52
الفرع الرابع : الشروط الطبية و الإدارية	53
الفرع الخامس : شروط خاصة بالأعضاء المراد انتزاعها لزراعتها	54
أولا: صلاحية العضو موضوع الانتزاع	55
ثانيا : مراعاة النظام العام و الآداب العامة	55
المطلب الثاني : الشروط الفقهية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من الجثة	55

الفرع الأول : التحقق من حصول الوفاة قبل الاستئصال من الجثة	56
الفرع الثان : التحقق من صدور الموافقة بالاستئصال من الجثة	56
أولا : التحقق من موافقة الورثة	56
الفرع الثالث : التحقق من توافر الشروط الخاصة بالمستقبل للعضو	57
الخاتمة	58
قائمة المراجع	60
فهرس الموضوعات	62