الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

République Algérienne Démocratique et Populaire.

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أمحمد بوقرة بومرداس

كلية الحقوق و العلوم التجارية.

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
Université M'Hamed Bouguera Boumerdes
Faculté de Droit et des Sciences Commerciales

التعامل في الأعضاء البشرية في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية

من إعداد الطالبة:

هجيرة غمراسي

تحت إشراف الدكتور:

الطيب زروتي

تاريخ المناقشة: 2005/12/21

لجنة المناقشة:

الأستاذ: سرور محمد أستاذ محاضر(جامعة بومرداس)..... رئيسا.

الأستاذ: الطيب زروتي أستاذ التعليم العالي (جامعة الجزائر).....مقررا.

الأستاذ: جعفور محمد السعيد أستاذ التعليم العالي (جامعة تيزي وزو).....عضوا.

الأستاذة: تبوب فاطمة الزهراء أستاذة مساعدة مكلفة بالدروس (جامعة بومرداس).....عضو مدعو.

السنة الجامعية:2006/2005

المقدمـــــــــــــــــــــة

نظرًا للتقدم الهائل الذي تشهده مختلف العلوم و الذي يفرز أفكارا جديدة تتطلب الإحاطة بها و بيان ضوابطها من الناحية الشرعية و القانونية، حاول الفقهاء التصدي والتعامل مع مختلف مستجدات العصر بهدف تأصيلها و إيجاد أسس قانونية لها.

من أهم و أخطر هذه المستجدات تلك المتعلقة بجسم الإنسان الذي يعد أفضل الخلق نظرا للتكريم و التفضيل الذي أحاطه به المولى عز و جل، و من ذلك ما يشهده الطب من ثورة هائلة كعمليات الاستنساخ و التلقيح الاصطناعي و كذا عمليات زرع الأعضاء، فإذا كانت هذه العمليات تشكل قفزة علمية و شعلة جديدة في مجال الطب إلاّ أنها عبء ثقيل ملقى على كاهل رجال القانون و فقهاء الشريعة حيث يتوجب عليهم الوصول إلى نظام قانوني و فتاوى شرعية تتماشى و تطورات العصر دون المساس بالمبادئ القانونية و قواعد الشريعة الثابتة.

تعد عمليات نقل و زرع الأعضاء من أنجح العمليات و أكثرها انتشارا، لذلك فهي تثير صعوبات كثيرة من الناحية القانونية، و تعرف هذه العمليات بأنها نقل عضو سليم من جسم إنسان حي أو من جثة و زرعه في جسم إنسان آخر ليعوض العضو التالف فيه إنقاذًا له من الهلاك، يقوم به طبيب مختص. ففي هذا النوع من العمليات إضافة إلى العلاقة الأصلية بين الطبيب و المريض - و التي يقوم فيها الطبيب برفع الألم و الضرر عن المريض و يقصد فيها المريض التداوي، و التي تعد علاقة طبيعية يحكمها القانون الطبي و تحث عليها الشريعة الإسلامية- هناك طرف ثالث هو المتبرع بالعضو الذي قد يكون شخص سليما و انتزاع عضو من جسمه قد يؤدي إلى تدهور صحته فهذا الفعل لا تقره مهنة الطب و لا القانون الطبي.

كما أن التبرع بالأعضاء لا يتم كما يعتقد البعض بهذه السهولة فقد لا يجد المريض من يتبرع له بعضو قد تتوقف حياته عليه مثل الكلية، و قد يؤدي نقص المتبرعين إلى انتشار جرائم القتل لاستئصال الأعضاء و ذلك للمتاجرة بها، و تصبح بذلك حياة المرضى لعبة في أيدي تجار الأعضاء البشرية، فعدم وجود ضوابط و قوانين تنظم عمليات نقل و زرع الأعضاء قد يؤدي إلى نتائج وخيمة يصعب تداركها، كما أن عدم وجود تنظيم قد يتخذ حجة و مبررا لهذه الأفعال باعتبار أن الأصل في الأمور الإباحة.

فحتى يكون الإقبال على هذه العمليات كبيرا ودون خوف من العواقب سواء من طرف الطبيب أو المريض أو حتى المتبرع بالعضو سنحاول معرفة حكم التعامل في الأعضاء البشرية فلا بد من توضيح كل ما يتعلق بهذه العمليات من مشروعية و عدم مشروعية و في حالة جواز التعامل بالأعضاء البشرية، ما هي الشروط الواجب توفرها في كل من المتبرع و المتلقي ثم هل هذه الشروط تطبق في كل الحالات سواء كان العضو مأخوذا من جسم إنسان حي أو من جثة شخص متوفى ثم نحاول الوصول إلى معرفة مكانة هذا الموضوع بين أحكام القانون المدني ؟ هل يندرج ضمن المبادئ العامة أم لا بد أن يأخذ مكانه في نصوص خاصة ؟ تلك هي الإشكالية التي يرتكز عليها هذا البحث لاسيما إذا أخذنا بعين الاعتبار كون الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقانون الجزائري، و معروف أن فقهاء هذه الشريعة مختلفون في تفسير النصوص الواجب إعمالها في هذا الموضوع ثم إن التعامل في الأعضاء البشرية، لا يجب أن تعمم عليه الأحكام القانونية العامة في هذا الشأن بالنظر للخصوصيات التي تحكمه قانونا و طبيا، فضلا عن كون أحكامه القانونية لم تتأصل بعد في القانون المقارن.

بالنسبة للمنهج الذي سنقوم ببحث الموضوع حسب قواعده فهوالمنهج الاستقرائي الذي تتطلبه دراسة آراء الفقهاء القدامى وتقصي موقف الرافضين والمجيزين للتعامل في الأعضاء البشرية.

و كذلك المنهج المقارن مع القوانين الوضعية الأخرى و الفتاوى الصادرة في هذا الشأن، دون التخلي عن المنهج التحليلي لمناقشة الأفكار و الآراء الواردة في هذا الموضوع.

وعليه فإننا سنتناول هذا البحث من خلال فصلين:

نتطرق في الفصل الأول إلى حكم التعامل في الأعضاء البشرية حيث سنستعرض حجج الرافضين لهذا التعامل في مبحث أول وكذا حجج المجيزين في مبحث ثان.

ثم نتطرق في الفصل الثاني إلى أحكام التعامل بالأعضاء البشرية، ونميز بين حالتين على أساس مصدر العضو البشري، حيث نتناول ضوابط التعامل إذا كان العضو من إنسان حي في المبحث الأول ثم الضوابط الواجب توافرها إذا كان العضو مأخوذ من جثة في المبحث الثاني.

الفصل الأول: حكم التعامل في الأعضاء البشرية

توطـئــة

لقد عرفت عمليات نقل و زرع الأعضاء تطورات ومحاولات عديدة وفي ما يلي بعض المحطات الرئيسية في تطور عمليات زرع الأعضاء في جسم الإنسان [1] :

- في1954: الدكتور جوزف مري يجري أول عملية زرع عضو بشري ناجح في العالم في مستشفى بيتر بينت بريغهام في بوسطن، ناقلا كلية من توأم إلى شقيقه التوأم الآخر.

- في 1963: الدكتور كيث ريمتسما من جامعة تولين يزرع أكثر من عشر كلى من قرود شمبانزي لمرضى بشريين. إحدى المريضات تعيش تسعة أشهر. وفي جامعة كولورادو يجري الدكتور توماس ستارزل ست عمليات نقل أعضاء أخرى بكلى بابون، إلا أن كل المرضى يموتون في النهاية.

- في 1968: يحاول أطباء مستشفى القلب الوطني في لندن زرع قلب شمبانزي لإنسان. الجسم يرفض القلب فيتوقف عن العمل في غضون دقائق قليلة.

- في 1979: الدكتور كريستيان برنارد، الجراح الجنوب أفريقي الذي أجرى أول عملية زرع قلب ناجحة يحاول استعمال قلبي بابون وشمبانزي كمضختي دم احتياطيتين، ولكن المريضين يموتان.

- في 1983: إبتكار دواء سايكلوسبورين المقاوم للرفض مما يجعل عمليات زرع الأعضاء من إنسان لإنسان روتينية أكثر.

- في 1984: في جامعة لوما ليندا بكاليفورنيا يستبدل الأطباء قلب «الطفلة ماي» المشوه والبالغة من العمر 12 يوما بقلب بابون وتموت الطفلة بعد 20 يوما عندما يرفض جسمها القلب.

- في 1992: يجري سترازل في جامعة بيتسبرغ عمليتي زرع كبد بابون، المريضان يموتان من أثر أدوية مقاومة الرفض.

- في 1995: جيف غيتي في سان فرنسيسكو يتلقى نقي عظم من بابون في محاولة لإحياء جهاز مناعته الذي أتلفه فيروس الإيدز، وتفشل عملية نقل نقي العظم ولكن غيتي يبقى على قيد الحياة.

[1] - تاريخ نقل الأعضاء .www.islamonline.net /arabic/media kit

و أمام هذه المحاولات التي كللت تارة بالنجاح و تارة أخرى باءت بالفشل هذا على مستوى حقل التقدم في العلوم الطبية فيما يخص زرع الأعضاء أما من الناحية القانونية، فلابد من البحث عن تأصيل لهذا التطور العلمي.

لقد اختلفت الآراء و تضاربت المواقف حول حكم هذه العمليات التي تتخذ من جسم الإنسان مصدرا لقطع غيار بشرية.

وتأرجحت الآراء بين الرافضين لمثل هذه التعاملات التي محلها أعضاء الإنسان استنادا لحرمته و التكريم الذي يتمتع به، وبين المجيزين لها طلبا للشفاء لكن اختلفت الأسس المعتمدة لذلك نتطرق فيما يلي إلى الرأي القائل بمنع التعامل في الأعضاء البشرية في المبحث الأول و إلى الرأي المجيز لذلك في مبحث ثان.

المبحث الأول: منع التعامل في الأعضاء البشرية

إن القائلين بمنع التعامل في الأعضاء البشرية استندوا إلى مبدأ هام اتخذوه كأساس سنتطرق له في المطلب الأول، و هذا المبدأ تترتب عليه نتائج في غاية الأهمية يمكن الاعتماد عليها لمنع التعامل في الأعضاء البشرية نتطرق لها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أساس منع التعامل في الأعضاء البشرية

* الحق في سلامة الجسم أو مبدأ حرمة جسم الإنسان*

إن الأساس الذي اعتمد عليه المانعون أو الرافضون للتعامل في الأعضاء البشرية هو مبدأ مهم يسمو بالإنسان و يحفظ له كرامته هو مبدأ حرمة جسم الإنسان أو كما يسمى في الفقه الوضعي "الحق في سلامة الجسم". و سنتطرق في هذا المطلب إلى مضمون الحق في سلامة الجسم في الفرع الأول ثم طبيعة هذا الحق في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مضمون الحق في سلامة الجسم:

إن الحق في سلامة الجسم أو مبدأ حرمة جسم الإنسان كما يعرف في الفقه الإسلامي هو المحور الذي تدور حوله حجج الرافضين للتعامل بالأعضاء البشرية، و عليه لابد من معرفة مضمونه في الفقه الإسلامي و كذا القانون الوضعي.

البند الأول في الفقه الإسلامي:

1- مضمون حرمة الإنسان في الفقه الإسلامي

يقول الله تعالى في سورة الإسراء الآية70: " **وَ لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَ حَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَ الْبَحْرِ وَ رَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَ فَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً** "، تعد هذه الآية تجسيد واضح لمبدأ كرامة الإنسان و حرمته، فلقد جاء التكريم صريح لفظا و معنى، ففي كتاب الله و سنة نبيّه(صلى الله عليه وسلم) العديد من هذه المبادئ و المعاني التي تسمو بالإنسان و ترفع درجته بين جميع المخلوقات، وكذا التعاليم التي تمنع الإنسان من إهلاك نفسه أو المساس بحرمة

جسده إضافة إلى صور التكريم المختلفة ، " فلقد جاءت الأحكام الشرعية لمصالح العباد، فما من أمر شرعه الإسلام في الكتاب أو السّنة إلاّ و كان فيه مصلحة حقيقية" [1] و يعتبر حفظ النفس من المصالح أو المقاصد الخمس التي جاءت بها الشريعة الإسلامية ألا وهي حفظ: الدين، النفس، العقل، النسل و المال فهذه الأمور تعد الركائز أو الأسس التي تقوم عليها حياة الإنسان.

و كرامة و حرمة الإنسان تدخل في إطار حفظ النفس التي جاءت في المرتبة الثانية بعد حفظ الدين و ما ذلك إلاّ دليل على المكانة المرموقة التي تحظى بها النفس البشرية.

وفي صور تكريم الإنسان يمكن القول:

إنّ الإنسان كرمه الله بعدة مزايا، من تلك المزايا التكريمية أن وهبه خالقه العقل و خلقه في أحسن صورة وأعلى شأنه بذلك على المخلوقات الأخرى، فاستحق الاحترام و تعالى عن الإضرار به أو بجسمه، و انتزاع بعض أعضائه يشوه صورته و يتنافى أو يتعارض و مبدأ هذا التكريم[2]، فمظاهر تكريم الإنسان عديدة لذلك سنقتصر على ذكر ماله صلة وثيقة بالموضوع، ومن ذلك:

أ- التكريم بالاستخلاف في الأرض:

كرم الله الإنسان باستخلافه في الأرض، أي جعله يخلف بعضه بعضا قرنا بعد قرن و ذلك ليقوم بإعمارها و تطبيق شرع الله و تنفيذ حدوده [3]، و في هذا الشأن يقول الله تعالى في سورة هود الآية 61: **" هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ اَلْأَرْضِ وَ اسْتَعْمَرَكُمْ فِيها "**. و قوله كذلك في سورة البقرة الآية 30: **" وَ إِذْ قالَ رَبُّكَ لِلْمَلائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي اَلْأَرْضِ خَلِيفَةً.."**، و ليقوم الإنسان بهذه المهمة الجليلة منحه الله العقل ليميز بين الحلال والحرام وسخر له كل ما في الأرض من مخلوقات، يقول تعالى في كتابه الحكيم في سورة الجاثية الآية 13: **"و سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي اَلسَّمَوَاتِ وَ مَا فِي اَلأَرْضِ جَمِيعاً مِنْهُ "** و ليقوم بهذه المهمة يجب أن يتمتع بكل قواه البدنية و انتزاع جزء من جسمه فيه تعطيل له عن ذلك.

---

[1]- سميرة عايد الديات : نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ،الطبعة الأولى ، 1999، ص 25 .

[2]- محمد فارح :حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغراسة الأعضاء أو ترقيعها،مجلة المجلس الإسلامي الأعلى (عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب)،العدد 2 ، الجزائر، 1999، ص 107 .

[3]- محمد نجيب عوضين المغربي : حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة ، ص 13 .

ب- التكريم بحسن الخلقة و الصورة:

لقد خلق الله الإنسان في أحسن صورة و جعل خلقته أفضل من جميع المخلوقات، ومعنى ذلك أن الله تبارك و تعالى وافق بين أعضاء الإنسان على ما ينبغي، ثم نفخ فيه من روحه، فجعله حساسا بعد أن كان جماداً، ثم أنعم عليه بنعمة أخرى هي السمع و البصر فهذه الحواس جاءت تتميما لتسوية الخلق و تكميلا للنعمة عليه[1]، و في هذا المقام يقول المولى عز و جل في سورة الإنفطار الآية 87: **" يا أيها اَلْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ اَلْكَرِيمِ اَلَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ "**، و قوله تعالى في الآية 4 من سورة التين: **" لَقَدْ خَلَقْنَا اَلْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ "**، كما أن معنى التكريم بحسن الخلقة ينصرف إلى ما أودعه الله في جسده من الأجهزة البالغة الدقة في تكوينها و حركتها، و ازدواجها أحيانا وانفرادها أحيانا أخرى فنعم الله لا حدود لها لقوله تعالى في سورة إبراهيم الآية 34 : **" وَ إِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اَللَّهِ لاَ تُحْصُوهَا "**.

ج- التكريم بتعظيم الحياة الإنسانية [2]:

لقد شدد الله النكير و العقاب على منتهكيها حيث يقول في سورة المائدة الآية 32: **" مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي اَلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ اَلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا اَلنَّاسَ جَمِيعًا "** و يقول رسول الله (صلى الله عليه وسلم) :" لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم "، كما أن الشرع الحنيف عظم حرمة الإنسان المؤمن، ماله و دمه و عرضه.

لا جدال في أن الله سبحانه و تعالى كرم الإنسان و فضله على كثير ممن خلق، و نهى عن ابتذال ذاته و نفسه والتعدي على حرمته حيا و ميتا، ومما يدل على تكريم الإسلام للموتى من بني الإنسان ما شرع من التكفين و الدفن و تحريم نبش القبور إلا لضرورة [3].

فإذا كانت الشريعة تمنع كل ما فيه أذى للميت و لو كان معنويا، فلأن تمنع تقطيع أجزائه و تشريحه من باب أولى لأن في ذلك إيذاء للميت [4].

---

[1]- مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة- ،الجزء الأول،الكتاب الأول،دار هومة، 2003.،ص153.

[2]- حسن الشافعي :الإستنساخ البشري من وجهة نظر شرعية ،مجلة العربي ، العدد466 ، سبتمبر 1997 ، ص 137 .

[3] - محمد عبد المقصود داود : مدى مشروعية الإستشفاء بالدم البشري و أثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي و القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1999 ، ص 436 .

[4] - عبد عبد العزيز خليفة القصار :حكم تشريح الإنسان بين الشريعة و القانون ، ،مجلة القانون و الإقتصاد، السنة الثانية والعشرون ،العدد4، مجلس النشر العلمي، الكويت،1998، ص 269 .

2- الأدلة المعتمدة لتأكيد حرمة جسم الإنسان:

أ- الأدلة النصية: منها ما هو من القرآن و منها ما هو من السنة:

أ.1- الأدلة من القرآن الكريم:

- قوله تعالى في سورة البقرة الآية 195: **"وَ لاَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى اَلتَّهْلُكَةِ "**، فلقد حرم الله على الإنسان أن يلقي بنفسه في غمرات المهالك دون مصلحة مقصودة سواء كان ذلك بإتلاف أو بإضعاف قدراته، و ما من شك أن التبرع بجزء من جسد الإنسان إنما هو رمي بنفسه إلى التهلكة ليحي غيره [1]، و هذا غير جائز شرعا فبقطع هذا العضو يكون قد أخل بتوازن جسمه و مس تكامل جسده وأضاع المنفعة التي كان يؤديها ذلك العضو، فالإنسان أولى بنفسه من غيره، إضافة إلى ذلك فإن كل عضو له دوره الفعال مهما كان صغيرا أو بسيطا فكل شيء عند الله بمقدار ولا يوجد أي عضو في الإنسان خلق عبثا مصداقا لقوله تعالى في الآية 115 من سورة المؤمنون:" **أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا "**، الله تعالى يتنزه و يتقدس عن أن يخلق شيئا عبثا أو سفها [2]، و لم يخلق في الإنسان عضو يمكن الاستغناء عنه دون إحداث ضرر في البدن في الحال أو المآل [3] كما أنه غير صحيح ما يدعيه البعض من أن استقطاع العضو لا يترتب عليه إضعاف صحة المنقول منه أو الإضرار به، فلم يعد الإنسان بعد استقطاع العضو منه متساويا مع الإنسان العادي[4].

ففي نقل الأعضاء ضرر بالمنقول منه حالا أو مآلا لأن هذه العمليات لا تتم إلاّ بشروط عديدة بحيث يكون المتبرع بصحة جيدة و احتمال الضرر وارد [5]، فلقد ذكر كبار المتخصصين من الأطباء و هم أكثر الناس دراية بهذا المقام بعضا من المخاطر التي تترتب على ذلك و تؤدي إلى التهلكة [6].

1- محمد نجيب عوضين : المرجع السابق ، ص 48 .

2 - محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري بن جعفر: تفسير الطبري، دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر، ص 210، إ سماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء : تفسير بن كثير، الجزء1، دار الفكر ، بيروت ، 1401 هـ ، ص 440 .

3 - كمال الدين جمعة بكرو : حكم الإنتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية (دراسة في الفقه الإسلامي) ، دار الخير ، دمشق، ،بيروت ، الطبعة الأولى ، 2001 .، ص 314 .

4 - طارق سرور: نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء(دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2001 .، ص 16 .

5 - عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية في الشريعة و التشريعات العربية ، دارالفكر العربي ، القاهرة ، 2000، ص 16 .

6 - هذه المخاطر تمس الطرفين المريض من جهة كالأضرار التي تسببها الأدوية و استمرار عمليات طرد العضو المزروع ، النزيف الدموي و الجلطات ...و المتبرع من جهة أخرى لأنه لم يعد يتساوى مع الإنسان الصحيح ، د . محمد نجيب عوضين : المرجع السابق ، ص 50 .

- قوله تعالى في الآيتين 29،30 من سورة النساء: **" وَ لاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا، وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَ ظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَ كَانَ ذَلِكَ عَلَى اَللَّهِ يَسِيرًا"**

لقد حرمت الأديان السماوية و القوانين الوضعية إتلاف البدن و إزهاق الروح عن طريق الانتحار أو ما يؤدي إليه، فلا يجوز لأحد أن يتصرف في حق غيره إلاّ بإذنه [1] .

و يستوي في ذلك أن يكون القتل من الغير أو من الشخص نفسه و سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر و يدخل في إطار القتل غير المباشر تبرع الشخص بأحد أعضائه إلى شخص آخر مريض بما قد يتسبب في هلاكه، فهذا يعد اعتداءا على الجسد يضع صاحبه تحت طائلة العقاب الوارد في الآية.

كما أن من اعتدى على شخص و أتلف أحد أعضائه فجزاؤه أن يعتدي عليه كما اعتدى هو، فلو ضرب شخص آخر و فقأ عينه فجزاؤه أن تفقأ عينه و ذلك مصداقا لقوله تعالى في سورة المائدة الآية 45: **" وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ اَلنَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَ اَلْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَ اَلأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَ اَلْأُذُنَ بِالأُذُنِ وَ اَلسِّنَّ بِالسِّنِّ وَ اَلْجُرُوحَ قِصَاصٌ "**،فالآية الكريمة أعطت لجوارح الإنسان من الحرمة ما أعطته لنفسه و عليه لا يجوز المساس بأي عضو.

- قوله تعالى في سورة البقرة الآية 61: **" أَتَسْتَبْدِلُونَ اَلذِي هُوَ أَدْنَى بِالذِي هُوَ خَيْر"**، فإذا كان الله تعالى قد لام بني إسرائيل على اختيارهم الأدنى و تركهم الأكمل مع أن الاختيار و الاستبدال كان بين أمرين مباحين، فكيف إذا كان الاختيار هو الإضرار بالنفس و المساس بالجسم دون سند شرعي، فهذه نعمة لا يجوز له أن يجحدها أو يتصرف فيها بما يضره فهي أول ما يسأل عنه الإنسان يوم القيامة لقوله تعالى في سورة التكاثرالآية 8 : **"ثُمَّ لَتُسْأَلُنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ "** و قيل أن النعيم هو العافية، قال رسول الله (صلى الله عليه و سلم): " إنّ أول ما يحاسب العبد عنه يوم القيامة من النعيم، فيقول ألم نصح لك جسدك ؟ "، فكيف يجيب المتبرع بجسده العابث بأعضائه عندما يسأل [2] ، فهذا من عمل الشيطان وهو منهي عنه لأن عملية نقل الأعضاء فيها تغييرو تبديل لخلق الله لقوله تعالى في سورة النساء الآية 119: **" وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اَللَّهِ "**، كما يقول أيضًا في نفس المعنى في سورة البقرة الآية 211: **" وَ مَنْ يُبَدِّلْ نِعْمَةَ اَللَّهِ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُ فَإِنَّ اَللَّهَ شَدِيدُ اَلْعِقَابِ "**.

---

[1] - أحمد محمد بدوي : نقل وزرع الأعضاء البشرية ،سعد سمك للمطبوعات القانونية والإقتصادية، القاهرة ، 1999 ، ص 145 .

[2]- محمد عوضين المغربي : المرجع السابق ، ص 51 .

أ.2- الأدلة من السنة النبوية الشريفة:

رويت أحاديث كثيرة في هذا الشأن نكتفي بذكر ما يلي:

- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنه قال :" لما هاجر النبي " صلى الله عليه وسلم " إلى المدينة هاجر إليه الطفيل بن عمرو ، و هاجر معه رجل من قومه ،فاجتووا المدينة فمرض فجزع فأخذ مشا قص فقطع بها براجمه فشخبت يداه ، حتى مات فرآه الطفيل بن عمرو في منامه ، وهيئته حسنة و رآه مغطيا يديه ، فقال له : ما صنع بك ؟ قال غفر لي بهجرتي إلى نبيه (صلى الله عليه وسلم)، فقال: مالي أراك مغطيا يديك ؟ قال: قيل لي لن نصلح منك ما أفسدت، فقصها الطفيل على رسول الله " صلى الله عليه وسلم " فقال:اللهم و ليديه فاغفر[1].

هذا دليل واضح على أن المساس بالجسم فيه اعتداء على حق لا يملكه الإنسان، فهو لا يملك جسده و ليس له التصرف فيه بما يؤدي إلى هلاكه، فرغم أن القطع في هذه الحادثة كان بسبب المرض و طلبا للشفاء إلاّ أنه عوقب بأن بقي على صفته تلك، فكيف لو كان القطع تبرعا من إنسان غير مريض لشخص آخر مريض فهذا ذروة الاعتداء لإنعدام المبرر العلاجي وإنما هو إيثار لا مصوغ له، لأنه في أمر لا يملكه.

- عن أبي هريرة عن جندب عن النبي " صلى الله عليه وسلم " قال:" كان فيمن قبلكم رجل به جرح فجزع فأخذ سكينا فحز بها يده فما رقأ الدم حتى مات، قال الله تعالى:" بادرني عبدي بنفسه، حرمت عليه الجنة " [2]، فهذا دليل آخر على عدم مشروعية قطع أجزاء من الجسم لأي سبب كان، فلو تبرع شخص بأحد أعضائه و ساءت حالته إلى أن توفى، فجزاؤه أن يحرم من الجنة، و هذا نهي و زجر صريح لمن يتصرف في جسده.

- عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما قالت:" جاءت امرأة إلى النبي(صلى الله عليه وسلم) فقالت:" يا رسول الله إن لي ابنة عريسًا أصابتها حصبة فتمزق شعرها أفأصله ؟ فقال: لعن الله

---

[1]- مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري :. صحيح مسلم ، الجزء 1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة نشر ، ص 108 ، أبي عوانة يعقوب بن إسحاق الأسفرائيني : مسند أبي عوانة ، الجزء1 ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الأولى، 1998 ص 52 .

[2]- محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي : صحيح البخاري ، الجزء 3 ، دار بن كثير اليمامة ، بيروت ، 1987، ص 1275 . أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، الجزء8، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، 1994، ص 24 . محمد بن علي بن محمد الشوكاني : نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، الجزء 7، دار الجيل ، بيروت، 1973 هـ ، ص 198.

الواصلة و المستوصلة" [1] هذا الحديث خاص بتحريم الانتفاع بشعر الغير و فاعله ملعون ، فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لهذا العضو(الشعر) الذي لا يضر التبرع به ، فما هو الحال بالنسبة للأعضاء الحيوية الأخرى .

فحرمة الإنسان ثابتة سواء كان حيا أو ميتا، لقوله " صلى الله عليه وسلم " قال:" كسر عظم الميت ككسره حيًّا " [2]، فإذا كان لا يجوز المساس بجسم الإنسان الحي بانتزاع عضو من أعضائه أو بكسر عظم فكذلك الميت لا يجوز انتزاع عضو منه لزرعه في جسم شخص مريض يقول الدكتور عبد الرحيم السكري في هذا المجال "...و مما لاشك فيه أن سماح الشخص لنفسه بأن يقطع الطبيب جزءًا منه يعتبر اعتداء من كل منهما على هذه الحرمة، وانتهاك لكرامتها الثابتة بقطعيات الشريعة " [3].

ب- الأدلة الاجتهادية: و تتمثل في القواعد الكلية و أقوال الفقهاء:

ب.1- القواعد الكلية: هي المبادئ الأساسية التي يتم الرجوع إليها في كل أمر لم يصدر فيه حكم صريح:

- قاعدة الضرر لا يزال بالضرر[4]: أي أنه لا يجوز إزالة الضرر بضرر يشبهه أو يزيد عليه، فمفسدة الضرر ينبغي ألاّ تزال بمثلها[5] ومما لا شك فيه أن بيع أي عضو من أعضاء الجسم أيا كان هذا العضو يضربه، حيث يقول السيوطي معلقا على هذه القاعدة "....و لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر...ولا قطع فلذة من فخذه ، ولا قتل ولده أو عبده، ولا قطع فلذة من نفسه ". فالآدمي هو من أعضائه بحكم المضطر إليها، فإذا كان المضطر لا يحق له أن يأكل طعام مضطر آخر فلأنه لا يجوز له أن يأخذ أحد أعضائه التي تضر بصحته من باب أولى، لأن بذل الطعام قد يعوض من قريب أو من بعيد، أما بذل الأعضاء غير القابلة للتجدد فلن يعوض في الحال أو في المآل [6] .

---

[1] - محمد بن أحمد بن أبي بكربن فرح القرطبي أبو عبد الله : تفسير القرطبي، الجزء 5، دار الشعب ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1372 هـ ص 394 . صحيح مسلم : المرجع السابق ، ج 3 ، ص 1677 .

[2] - تفسير القرطبي : المرجع السابق ، الجزء 2 ، ص 229 ، م محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله : الفروع ، الجزء 1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1418 هـ ، ص 97 .

[3] - مشار إليه في كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق : ص 326 .

[4] - محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله : الفروع المرجع السابق ، ص 393 .

[5] - عبد العزيز خليفة القصار : المرجع السابق ، ص 270 .

[6] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 328 .

- و في نفس الإطار هناك قاعدة أخرى مفادها أن " الضرر لا يزال بمثله " أي أن إزالة الضرر تقتضي رفعه و تحقيق منفعة بذلك و ليس إحداث ضرر آخر مثله أو أعظم منه، و أخذ أي عضو لابد أن يترتب عليه ضرر أو على الأقل إنقاص من المنفعة التي كان يقدمها ذلك العضو، فليس في الإنسان عضو خلق عبثا أو من دون فائدة، فكل عضو له وظيفة منوطة به يساهم بها في توازن الجسم ويسمح له بأداء وظائفه الحيوية.

لما كانت عمليات نقل الأعضاء ينجم عنها عادة أضرار حتمية و مؤكدة تصيب المنقول منه العضو فإن اقتراف المحظور في هذه العمليات - تطبيقا لقاعدة الضرورة تبيح المحظور- يبدو أمرا غير جائز ذلك أن جسامة الأضرار في هذا الصدد لا تقل بل ربما تفوق جسامة اقتراف المحظور [1].

ب.2- أقوال الفقهاء: لا يكاد الباحث في المصنفات الفقهية القديمة يعثر على نصوص تناولت بصورة مباشرة حكم التبرع بالأعضاء الآدمية لغرض غرسها في جسم الإنسان، و إنما توجد بعض النصوص في أحكام صور من التصرف بالجسد الإنساني، و تتسم عباراتهم بالتضييق الشديد، فالانتفاع بأجزاء الإنسان حرام سواء كان ذلك عن طريق البيع أم غيره [2]، فلقد أكد أئمة المذاهب مبدأ عصمة الدماء كأصل عام بين الناس جميعا:

1- المذهب الحنفي:

الآدمي معصوم ليتمكن من حمل أعباء التكاليف، و إباحة القتل عارض سمح به لدفع شره [3] يقول الكاساني: ".... و أما عظم الآدمي و شعره فلا يجوز بيعه، لا لنجاسته لأنه طاهر في الصحيح من الرواية لكن احترما له، والابتذال بالبيع يشعر بالإهانة " [4].

و يقول ابن عابدين:" والآدمي مكرم شرعا وإن كان كافرا فإيراد العقد عليه وابتذاله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له و هو غير جائز وبعضه في حكمه وصرح في فتح القدير ببطلانه " [5].

---

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة :الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2002 ، ص 103 .

2 - . محمد نعيم ياسين: حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية،مجلةالحقوق،السنة الثانية عشر، العدد 3، كلية الحقوق بجامعة الكويت،الكويت،1988، ص 14 .

3 - .جاسم علي سالم الشامسي : نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة ،مجلة المجلس الإسلامي الأعلى (عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب) ، العدد 2 ، الجزائر ، 1999 ، هامش ص 25 .

4 - علاء الدين الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء 5، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية،1982، ص142 .

5 - محمد أمين: حاشية ابن عابدين، الجزء5، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1386هـ، ص 58 .

و يقول السيواسي :" و لا يجوز بيع شعر الإنسان مع قولنا بطهارته و الانتفاع به لأن الآدمي مبتذل فلا يجوز أن يكون شيئا من أجزائه مهانا و مبتذلا و في بيعه إهانة و كذا في امتهانه بالانتفاع "[1].

من ذلك نخلص إلى أن المذهب الحنفي ذهب إلى عدم جواز التعامل أو الانتفاع بالأعضاء البشرية نظرًا للحرمة التي يتمتع بها الإنسان.

2- المذهب المالكي:

يقول الدسوقي: " و أما الآدمي فلا يجوز تناوله: أي سواء كان حيًّا أو ميتـا، و لو مات المضطر، هذا هو المنصوص لأهل المذهب.ولا فرق بين المسلم و الكافر.." [2].

و يقول الشاطبي رحمه الله :" ... إذا أكمل الله تعالى على عبده حياته و جسمه و عقله الذي به يحصل ما طلب به القيام بما كلف به فلا يصح للعبد إسقاطه " [3].

و يقول القرافي :" و حرم القتل و الجرح صونا لمهجة الإنسان و أعضائه و منافعها عليه ، و لو رضي العبد بإسقاط حقه من ذلك لم يعتبر رضاه ، و لم ينفذ إسقاطه " [4].

حسب هذا المذهب حرمة الإنسان و النعم التي منحه إياها المولى عز و جل ليس له التنازل عنها أو إسقاطها.

3- المذهب الشافعي:

يقول الشربيني:" و يحرم جزما على الشخص قطعه أي بعض نفسه لغيره من المضطرين لأن قطعه لغيره ليس فيه قطع البعض لاستبقاء الكل " [5].

يقول النووي رحمه الله:" ولا يجوز أن يقطع لنفسه من معصوم غيره بلا خلاف، و ليس للغير أن يقطع من أعضائه شيئا ليدفعه إلى المضطر بلا خلاف....." كما قال أيضا:" يحرم الانتفاع بشعر الآدمي و سائر أجزائه لكرامته " [6]. كذلك الشافعية يمنعون قطع جزء من الإنسان المعصوم حتى لو كان ذلك لضرورة ملحة.

---

[1] - محمد بن عبد الواحد السيواسي: شرح فتح القدير، الجزء 6، دار الفكر، بيروت ، الطبعة الثانية ، دون سنة نشر، ص 425 .
[2] - محمد بن عبد الواحد السيواسي: شرح فتح القدير، الجزء 6، دار الفكر، بيروت ، الطبعة الثانية ، دون سنة نشر، ص 116 .
[3] - إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي: الموافقات، الجزء2،دار المعرفة ، بيروت، دون سنة نشر، ص 376 .
[4] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 333 .
[5] - محمد الخطيب الشربيني : مغني المحتاج، الجزء4، دار الفكر ، بيروت، دون سنة نشر، ص 310 .
[6] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 333 .

4- المذهب الحنبلي:

يقول البهوتي : " و إن لم يجد إلا آدميا محقون الدم لم يبح أكله ولا إتلاف عضو منه مسلما كان المحقون أو كافرا، وإن وجد المضطر آدميا معصوما ميتا لم يبح أكله لأنه كالحي في الحرمة" [1].

يقول ابن قدامة:" حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك و حرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه" [2]

و قد حذا الفقه الحنبلي حذو المذاهب الأخرى ، حيث قالوا بعدم جواز المساس بجسم الإنسان و أعضائه سواء كان حيا أو ميتا ، مسلما أو كافرًا ، فلقد أخذوا بالحرمة المطلقة .

البند الثاني في الفقه الوضعي:

لم يتم النص صراحة على هذا المبدأ في التشريعات لكن يمكن أن نجد معالم تدل على الأخذ به، و مؤخرا نص عليه القانون المدني الفرنسي صراحة بعد تعديل1994 حيث نصت المادة 16 منه:" سمو الإنسان يحول دون المساس بكرامته".

1- تعريف الحق في سلامة الجسم:

إن حرمة الإنسان هي جوهر كرامته فهي تعني عدم العبث بإنسانيته و عدم امتهانه، بل تكريمه و احترامه و تعظيمه دون النظر إلى جنسه أو جنسيته أو أصله أو ديانته أو مركزه الإقتصادي أو الاجتماعي [3]، فلكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته و حقوقه أيا كانت سماته الوراثية أو الاجتماعية. و التشديد على أنه لا يعلو أي بحث على احترام حقوق الإنسان و الحريات الأساسية و الكرامة الإنسانية لأي فرد أو مجموعة أفراد كما انه للجميع الانتفاع بالمنجزات الحيوية نتاج الأبحاث ضمن إطار احترام كرامة الأفراد [4] .

الحق في سلامة الجسم مقتضاه تمكين صاحبه من حماية كيانه المادي في مواجهة الغير بمنع الآخرين من المساس بجسده أو بأعضائه المختلفة أو الاعتداء عليها دون مسوغ قانوني [5]، و عليه فليس للطبيب إجراء أي تدخل جراحي على المريض دون الحصول على موافقته أو موافقة

---

[1] - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع،الجزء6، دار الفكر،بيروت، 1402هـ، ص 199 .

[2] - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد : المغني، الجزء 4 ، دار الفكر ، بيروت، الطبعة الأولى ، 1405 هـ، ص 177 .

[3] - طارق سرور: نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء(دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2001 ، ص 88 .

[4] - عبد العزيز بن محمد السويلم:الأخلاقيات في إجراء البحوث حول الحياة و الإنسان، المجلة العربية للعلوم (أخلاقيات الممارسات العلمية و التطبيقات التقانية) ،السنة السابعة عشر، العدد 39 ، دون مكان نشر، 2002، ص 65 و في حالة التعارض بين مصلحة الإنسان و مصلحة العلم أو المجتمع تغلب مصلحة الإنسان خاصة في مجال التجارب الطبية ،حسام الدين الأهواني : نحو نظام قانوني لجسم الإنسان ، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية،السنة الأربعون ،العدد1، مصر ، 1998، ص 31.

[5] - مصطفى الجمال ، نبيل ابراهيم سعد : النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية ، الحق) منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2002 ، ص 438 .

أحد أقاربه في حالة الاضطرار، و في هذا الإطار يقول الفقيه كاربونييه: " إن الجسم يحتل مكانة خاصة في القانون- له طابع مقدس- فهو يتمتع بحماية مزدوجة: ضد إعتداءات الغير في صورة منع الإعتداء على جسم الإنسان ، و ضد سلطة تصرف الشخص نفسه عن طريق تقييد سلطان الإرادة " [1].

كما يعرف الحق في سلامة الجسم أنه المصلحة التي يحميها القانون في أن يظل الجسم مؤديًا كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي، أي في ألا تتعطل إحدى هذه الوظائف و لو كانت أقلها أهمية أو كان التعطيل وقتيا و في ألا تنحرف في كيفية الأداء على النحو الذي حددته القوانين الطبيعية [2].

أوضح كاربونييه: " أن حرمة الشخص الطبيعي تعني أن لكل إنسان أن يرفض أي مساس بسلامة جسمه المطلقة و له أن يرفض الخضوع للتجارب الطبية أو العمليات الجراحية" [3]، كما أن حماية الجسم يقتضي أيضًا حظر تصرف الإنسان في جسمه، فلا يجوز أن يدخل في دائرة المعاملات فالإنسان يتمتع بحماية قانونية سواء كان حيًّا أو ميتًا.

بعد الدراسات التي أجريت تم حصر هذه الحماية في ثلاثة عناصر تم استخلاصها من التعاريف المختلفة للحق في سلامة الجسم.

2- عناصر الحق في سلامة الجسم:

إن الحق في سلامة الجسم يظهر في عناصر ثلاث تتمثل في السير الطبيعي لوظائف الحياة، الاكتمال الجسدي و التحرر من الآلام البد نية، و سنتطرق لها تباعا.

أ –السير الطبيعي لوظائف الحياة:

هي أن يحتفظ الإنسان بجميع أعضاء و أجهزة الجسم في حالة تسمح بأداء دورها بشكل طبيعي حسبما خلقت له، و كل إخلال بهذا السير الطبيعي لها يعتبر اعتداءا على الحق في سلامة الجسم، ولا فرق بين أجزاء الجسم سواء كان لها دور رئيسي في مباشرة الجسم وظائف الحياة أم

---

[1] - Jean Carbonnier : Droit Civil (Introduction , les personnes) , Presse universitaire de France , Paris , 1974 , P 215 .

[2] - محمود نجيب حسني : الحق في سلامة الجسم ، مجلة القانون و الإقتصاد ،السنة التاسعة و العشرون، العدد 2 ، مطبعة جامعة القاهرة، 1959، ص 527 ، مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة- ،الجزء الأول،الكتاب الأول،دار هومة، 2003 ، ص 41 ، . سميرة عابد الديات : المرجع السابق ، ص 42 .

[3] - مشار إليه في حسني عودة زعال :التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشروالتوزيع، عمان-الأردن- ،الطبعة الأولى ، 2001 ، ص23 .

لها دور ثانوي، فالعبرة تكون بأداء العضو لوظيفته و ليس بالدور الذي يلعبه العضو في الجسم. والوضع الذي يتخذه الجسم و يتحدد به و الذي تسير وفقا له وظائف الحياة يبين نصيبه من الصحة و المرض وهما المعيار الذي تقاس به مدى قدرة أجهزة الجسم على أداء وظائفها [1].

فالصحة هي المؤشر الدال على سير كل وظائف الحياة في الجسم (العضوية و النفسية) خلال فترة زمنية كافية نسبيا ووفقا للنحو العادي الذي تحدده الأصول الطبية و العلمية المستقرة في هذا الشأن [2]، وعليه فإن كل ما يمس بالصحة أو ينقص منها يعد مساسا بالسير الطبيعي لوظائف الحياة و بالتالي مساسا بالحق في سلامة الجسم.

أما المرض فقد عرفه ابن القيم الجوزية بأنه " ما يخرج به المزاج عن الاعتدال و يضر بالجسم ضررًا محسوسًا و قد يكون المرض ناجما عن فساد عضو أو ضعف في القوى" [3] ففساد العضو أو ضعف القوى يعني السير غير الطبيعي لوظائف الحياة و تعطيلها، فالإعتداء الذي يعطل الوظائف الجسدية تعطيلا جزئيا هو الذي يتمثل فيه المساس بسلامة الجسم حيث يحول دون السير العادي لوظائف الجسم،ويستوي في هذا الشأن كون التعطيل الجزئي مؤقت أوأبدي [4] و عليه فإن نقل عضو من إنسان يؤدي إلى انتقاص إحدى الوظائف سواء كانت أساسية أو ثانوية و هذا يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم لذلك كان هذا الأمر غير جائز.

ب- الاكتمال الجسدي:

هو إحتفاظ الجسد بكامل أعضائه بدون نقصان سواء بالبتر أو التغيير و لو كان ذلك لفترة يسيرة فأي فعل ينال من تماسك الخلايا و الأنسجة يعتبر فعلا محرما بموجب القانون [5].

فالفعل الذي يقضي على التلاحم و الترابط الموجود بين خلايا الجسم و الذي يخترق النظام المعقد للجسم يؤدي إلى هدم أحد عناصر الحق في سلامة الجسم و هو الاكتمال الجسدي ، ولا يشترط أن يكون المساس جسيما.

فاحترام جسم الإنسان مصان من خلال النصوص التي تهدف إلى حماية تكامله الجسدي[6]

و أي فعل من شأنه الإضعاف من مادة الجسم حتى لو لم يترتب عليه ضرر بصحة الشخص

---

1 - محمود نجيب حسني : المرجع السابق ، ص 538 .

2 - مروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 44 ، أما الإعتداء الذي يعرقل الوظائف الذهنية النفسية هو اعتداء يمس سلامة الجسم و له في القانون ذات الوزن الذي للإعتداء على مادة الجسم د . حسني عودة الزعال ، المرجع السابق ، ص 541 .

3 - محمد نجيب عوضين : حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية ، ص15 .

4 - أما الإعتداء الذي يؤدي إلى التعطيل الكلي فهو مساس بالحق في الحياة ، محمود نجيب حسني : المرجع السابق ، ص 537 .

5 - حسني عودة الزعال : المرجع السابق ، ص 24 .

6 - أحمد عبد الدائم: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 1999 ، ص 52 .

أو فقدان الجسم أحد الأجزاء دون الإضعاف من القدرة على المقاومة والاحتمال يعتبر غير مشروع[1] ، و للتكامل الجسدي معنى مزدوج: فهو من جهة حق الفرد بالتمتع بالحماية التي تكفل له الاحتفاظ بالتكامل الجسدي لجسمه بأن يؤدي كافة الوظائف في الحياة و من جهة أخرى هو حق المجتمع في حماية التكامل الجسدي للفرد، حتى يؤدي الواجبات و الالتزامات التي يتطلبها المجتمع.

ج- التحرر من الآلام البد نية:

إن أي ألم يصيب الشخص نتيجة فعل و يلحق أذى في شعور الإنسان بالارتياح أو السكينة يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم، و قدر الارتياح يتحدد على أساس النسبة بين الآلام التي يكابدها و تلك التي لا يكابدها و هذا القدر يقل إذا زادت هذه النسبة و يزيد إذا قلّت [2].

فالتحرر من الآلام البدنية يعني المحافظة على الهدوء و السكينة التي يتمتع بها الجسم سواء كان الألم بدني أو نفسي [3]، فأي فعل يؤدي إلى إحداث آلام بدنية أو نفسية لم تكن موجودة من قبل أو أدى إلى الزيادة في مقدارها حتى لولم يترتب على ذلك هبوط بالمستوى الصحي أو الانتقاص من أعضاء الجسم أو الإخلال بوظائف هذه الأعضاء [4] يعتبر مساسا بسلامة الجسم.

فأي فعل يجب أن يراعي حرمة الإنسان، فمثلا البحث العلمي لازم لتقدم المعارف و هو نابع من حرية الفكر لكن يجب أن تراعي تطبيقات الأبحاث الحيوية تخفيف الآلام و تحسين صحة الفرد و البشرية جمعاء[5].

الفرع الثاني: طبيعة الحق في سلامة الجسم:

إن طبيعة هذا الحق تقتضي منا البحث في طبيعة العلاقة بين الإنسان و جسده، فهل هو المالك لجسمه و بالتالي يحق له التصرف فيه كما يشاء أم أن هناك حواجز تحد من سلطته في التصرف؟ للإجابة نستعرض موقف كل من الفقه الإسلامي وكذا الوضعي.

---

[1] - مروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 48 .
[2] - محمود نجيب حسني : المرجع السابق ، ص 570 ، د . سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 46 .
[3] - مروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 49 .
[4] - حسني عودة الزعال : المرجع السابق ، ص 24 ، د . مروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 49 .
[5] - عبد العزيز بن محمد السويلم : المرجع السابق ، ص 65 .

البند الأول موقف الفقه الإسلامي: الحق عند الفقهاء هو إختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا [1]، و يقسم علماء الأصول و الفقه الحق بالنظر إلى مستحقه إلى قسمين اثنين: حق الله و حق العبد:

1- حقوق خالصة لله تعالى: هو ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره و شمول نفعه، فحق الله أو حق الشرع في الفقه الإسلامي لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام و الآداب في الفقه الغربي بل لعله يزيد [2]، فحق الله يقابل الحق العام الذي يعد من النظام العام في القوانين الوضعية و يتجسد أساسا في العبادات و الحدود.

هذه الحقوق لا يجوز فيها العفو أو الإبراء أو الصلح لتعلقها بالنظام العام، كما لا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها.

2- حقوق خالصة للعبد: هو ما يتعلق به نفع خاص بفرد معين [3]، فهو يتعلق بمصالح الأفراد و معاملاتهم كالتصرف في حق الملكية، تحصيل الدين و غيرها، فهذا الحق لا يستطيع العبد أن يسقط منه و يجوز فيه العفو و الإبراء و الصلح و يفوض أمر استيفائها إلى المعتدى عليه أو وليه [4].فكل ما كان من حقوق الله فليس للشخص سلطة التصرف فيه أما ما كان من حقوق العبد فله السلطة الكاملة و هناك من اتبع تقسيما آخر فإضافة إلى حق الله الخالص و حق العبد هناك:

- الحق المشترك بين حق الله و حق العبد و حق الله هو الغالب: حيث يهدف إلى تحقيق المصلحتين معا لكن المصلحة المرعية أكثر هي المصلحة العامة.

- الحق المشترك و حق العبد هو الغالب: و هو ما يتعلق بتحقيق المصلحتين و لكن تفضل المصلحة الخاصة بحيث يجوز للإنسان أن يسقط حقه فيما اجتمع فيه الحقان لكن بشرط عدم إسقاط حق الله تعالى.

أما بالنسبة لحق الإنسان على جسده: فينعقد إجماع الفقهاء أو يكاد على انه حق مشترك بين العبد باعتباره مستفيد من حياة الجسد، و بين الله عز وجل باعتباره خالق الإنسان و مالك لما

---

[1] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 30 .

[2] - عبد الرزاق أحمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،الجزء3،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة 2 جديدة ، 1998 ، ص 99 .

[3] - عبد الرزاق أحمد السنهوري : المرجع السابق ، الجزء 1 ، ص 47 .

[4] - هيثم حامد المصاروه : نقل الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة –دراسة مقارنة- دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2003، ص 60 .

خلق، فهو حق مشترك و حق الله هو الغالب و من الدلائل على تعلق حق الله تعالى بجسد الإنسان ما يلي:

- ما ذهب إليه الشرع من نهي الإنسان عن إيذاء نفسه مطلقا: سواء كان الإيذاء كليا كالانتحار مثلا الذي يعد من الكبائر حيث يقول تعالى في الآيتين29، 30 من سورة النساء : " **وَ لاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اَللَّهَ كانَ بِكُمْ رَحِيمًا، وَ مَنْ يَفْعَلْ ذٰلِكَ عُدْوَانًا وَ ظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا** "، أو كان الإيذاء جزئيا كالمساس بأحد الأعضاء بغير عذر.

- إن حق الله متعلق بجسد الإنسان من ناحية القيام بما أمر الله، وذلك بعدم إعاقة الشخص من القيام بما كلفه الشرع و المساس بأ2حد الأعضاء قد ينقص من قدرة الشخص على ذلك، يقول عز و جل في سورة الذاريات الآية 56: " **وَ مَا خَلَقْتُ اَلْجِنَّ وَ اَلإِنْسَ إِلاَّ لِيَعْبُدُون** " .

- الحفاظ على مصلحة الجماعة: فليس من مصلحة تتحقق للجماعة إلاّ بواسطة أنفس أفرادها بأرواحهم وأدمغتهم و أعينهم و قلوبهم وأيديهم وأرجلهم و كل عضو من أعضاء كل فرد من أفراد الجماعة يسهم بأقدار متفاوتة في تحقيق مصلحة الجماعة و بهذا النظر يكون حق الجماعة الذي يمثل حق الله متعلقا بكل عضو من أعضاء جسد كل فرد [1] لقوله (صلى الله عليه وسلم):

" المؤمن للمؤمن كالبنيان يشدّ بعضه بعضا "، فعلى هذا الأساس السؤال الذي نطرحه هو هل يجوز للإنسان التصرف في جسمه تصرف المالك بملكه بما أن له حقا عليه ؟ بما أن حق الله هو الغالب فإنه لا يجوز للإنسان التصرف في جسمه أو جزء منه حيث أن ملكية الجسد باقية لله تعالى و ليس للإنسان إلاّ حق انتفاع بذلك الجسد [2]

و من الطبيعي أن جسد الإنسان لا يملكه المرء لأنه مملوك لله، بيده بدايته و نهايته فكيف يتصرف الإنسان فيما لا يملك ؟.

فمن لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه، ففاقد الشيء لا يعطيه، فالإنسان لا يملك التصرف في الإنسان -لا في نفسه و لا في غيره - و إذا لم يملك ذلك لا يملك أن يأذن لغيره في اقتطاع جزء منه لا على سبيل الهبة و لا على سبيل البيع [3].

---

[1] - محمد نعيم ياسين : المرجع السابق ، ص 28 .

[2] - مهند صلاح أحمد فتحي العزة :الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2002 ، ص 103 .

[3] - بلقاسم شتوان : فتاوى شرعية حول زرع الأعضاء ،مجلة المعيار،دار الهدى للطباعة والنشرو التوزيع، الجزائر،العدد6 ، جوان 2003 ، ص 139 .

و من الحجج المعتمدة لإثبات عدم ملكية الإنسان لجسده مايلي:

قوله تعالى في الآية 26 من سورة آل عمران: **" قُلْ اَللَّهُمَّ مَالِكَ اَلْمُلْكِ تُؤْتِي اَلْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَ تَنْزِعُ اَلْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ "**، وقوله في الآية 31 من سورة يونس **" قُلْ مَنْ يَرْزُقُكُمْ مِنَ اَلسَّمَاءِ وَ اَلأَرْضِ أَمَّنْ يَمْلِكُ اَلسَّمْعَ وَ اَلأَبْصَارَ وَ مَنْ يُخْرِجُ اَلْحَي مِنَ اَلْمَيِّت و يُخْرِجُ اَلْمَيِّت مِنَ اَلْحَي وَ مَنْ يُدَبِّرُ اَلأَمْرَ فَسَيَقُولُونَ اَللَّهُ فَقُلْ أَفَلاَ تَتَّقُونَ "**، كما يقول في موضع آخر في الآية 120 من سورة المائدة: **" لِلَّهِ مُلْكُ اَلسَّمَوَاتِ وَ الأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ ".**

فالله سبحانه و تعالى يملك ما في السماوات و الأرض و الإنسان ينتمي إلى هذا الملك، فهذه دلالة لا لبس فيها على أن الإنسان مملوك لله تعالى و لا يملك نفسه و بذلك لا يملك التصرف فيها.

أما تكريمه على سائر الخلق و تفضيله بالعقل، و تسخير كل المخلوقات لخدمته و تصرفه فيها ما هو إلا بإذن من الله عز و جل فتصرفه فيها محدود، كما أنها ليست ملكا له حقيقة بل ملكية مجازية أو نسبية حيث يقول تعالى في الآية71 من سورة يس:**" أَوَ لَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ "**كما يقول في سورة غافرالآية16: **" يَوْمَ هُمْ بَارِزُونَ لاَ يَخْفَى عَلَى اَللَّهِ مِنْهُمْ شَيْءٌ لِمَنِ اَلْمُلْكُ اَلْيَوْمَ لِلَّهِ اَلْوَاحِدِ اَلْقَهَّارِ"**، و يقول في سورة الحديد الآية7: **" وَ أَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَنَاكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ ".**

فكل هذه الآيات دليل على أن الملك لله و ما كان للإنسان في هذه الدنيا ما هو إلاّ ملك نسبي و سيرجع إلى الله مالك كل شيء و الوارث لكل ما في السموات و الأرض ، فحتى لو سلمنا بملكية الإنسان لما هو مستخلف فيه فإنه لا يجوز له التصرف فيه إلاّ بالطرق الشرعية و لابد من إذن الشارع و إلاّ فإنه لا يجوز كما هو الحال بالنسبة للميتة و الخمر حيث لا يجوز التصرف فيها لنص الشرع ، فهل هناك إذن بالتصرف في جسد الإنسان ؟

إن جسد الإنسان ليس ملكا له على الحقيقة و إنما المالك الحقيقي هو خالقه عز و جل و الإنسان ما هو إلاّ أمين على هذا الجسد، ومأمور بأن يتصرف في هذه الأمانة بما يصلحها لا بما يفسدها [1]، فعليه أن يحافظ على الأمانة و يصون الجسد و أعضاءه و إذا كان الله عز و جل قد ملكه الانتفاع بأعضائه فينبغي له أن يستعمل العين للإبصار و الرئة للتنفس و اليد للعمل... و غير ذلك من وظائف الأعضاء، هكذا عبر الفقهاء عن حق الإنسان في ملكية جسمه و ذكروا أن الحق الأكبر في حياة الإنسان و صحته لله، و إذا منح هذا الإنسان إنسانا آخر جزء من جسمه فإن ذلك

[1] - أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 151 .

تصرف فيما لا يملك [1] فتصرف الإنسان في أجزاء جسده دون أن تعود فائدة إليه يعد من قبيل خيانة الأمانة و يعتبر تصرفه محرما و باطلا .

البند الثاني موقف الفقه الوضعي:

ذهب رجال القانون الرافضون للتعاملات التي يكون محلها جسم الإنسان إلى اعتبار أن حق الإنسان في سلامة جسمه هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية، و تعرف بالحقوق المتعلقة بالشخص و التي تثبت له بمجرد وجوده باعتباره إنسانا [2]، و تتميز هذه الحقوق بأنها:

- حقوق عامة تثبت لكل شخص و ليس لمحل الحق فيها كيان خارجي مستقل عن صاحبه، فالحق يفترض شخص يكون صاحبه و محلا يرد عليه هذا الحق و حسب هذا الرأي لا يمكن أن يكون الشخص صاحبا للحق و محلا له في نفس الوقت[3] .

- هذه الحقوق مرتبطة بالإنسان مما يجردها من طابعها المالي، فهي حقوق غير مالية و بالتالي فهي غير قابلة للتصرف، فالحقوق المالية فقط التي تدخل في الذمة المالية و تكون محلا للمعاملات القانونية، رغم أن الاعتداء عليها يترتب عليه حق مالي مستقل و هو الحق في التعويض [4]، إلاّ أنه ميزة ثانوية و يبقى الطابع غير المالي هو المميز لها عموما إذ لا يمكن التصرف فيها [5].

- تنقضي هذه الحقوق بوفاة صاحبها ولا تنتقل إلى الورثة لأنها تتصل بشخص المتوفى[6].

- و أخيرا فإن هذه الحقوق لا تخضع للتقادم المكسب، فلا يكتسب الشخص حق غيره الشخصي مهما طالت المدة، ولا التقادم المسقط فلا يفقد الشخص هذه الحقوق حتى لو لم يستعملها طيلة حياته.

التعامل بالأعضاء البشرية فيه مساس بالحق في سلامة الجسم الذي يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية و محل هذه الحقوق- كما سبق الذكر- ليس مستقلا عن صاحبه، وإذا علمنا أن الحق الشخصي هو علاقة قانونية بين شخصين دائن و مدين، محلها نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فالسؤال المطروح هو من هما أطراف العلاقة و ما هو محلها ؟

---

1 - محمد فارح :حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغراسة الأعضاء أو ترقيعها، المرجع السابق، ص 108 .

2- فريدة محمدي : المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 2002 ، ص 12 .

3 - حسن كيرة : المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف باالإسكندرية ،الطبعة الخامسة ، 1974 ، ص 453 .

4 - Mazeaud : leçon de droit civil, introduction à l'étude de droit , tome 1 , volume 1 , 4éme èdition , paris, 1970 , p 192 .

5 - فريدة محمدي : المرجع السابق ، ص 16 .

6 - رمضان أبو السعود : المدخل إلى القانون ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1985 ، ص 397 .

صاحب الحق معلوم فهو الشخص نفسه الذي يريد التعامل في أعضاء جسمه لكن من هو المدين ؟ قد يقال أن المدين هو أفراد المجتمع كافة باستثناء الدائن طبعا، حيث يلتزمون سلبيا اتجاهه و ذلك بعدم مضايقته أثناء استعمال حقه، لكن هذا التصور لا يخلو من الخلط بين فكرة الالتزام من جهة و احترام أي حق بوجه عام من جهة أخرى [1].

أما بالنسبة لمحل الحق فهو في هذه الحالة أعضاء الإنسان التي يريد التصرف فيها، لكن هذا غير معقول فالحق يفترض شخصا يكون صاحبا له و محلا يقع عليه بحيث يكون كل منهما منفصل عن الآخر.

و منه نخلص إلى أنه لا يمكن أن يكون هذا الحق محلا للتعامل لأنه لا يمكن للشخص أن يكون صاحب حق و محلا له في آن واحد.

و قد أضاف أصحاب هذا الرأي سندًا آخر مفاده أن الحق في سلامة الجسم باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية فإنه لا يجوز التصرف فيه لأنه وثيق الصلة بالإنسان بحيث لا يمكن فصله عنه [2]، لأنه بطبيعته حق غير مالي فلا يمكن أن يقوّم الحق في سلامة الجسم و أعضائه بمال، فإذا كان المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل فإن هذا الحق لا يعد من قبيل الأموال لأنه لا يجوز أن يكون له قيمة مادية في التعامل[3]، فالحقوق المالية هي فقط التي تدخل في الذمة المالية و تكون بالتالي محلا للمعاملات القانونية أما الحقوق غير المالية فهي لا تعتبر من عناصر الذمة المالية و بما أن الحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية فيمكن المطالبة بوقف أي اعتداء يقع عليه و كذا التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر و ذلك استنادا للمادة 47 من القانون المدني الجزائري:" لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من حقوقه الملازمة لشخصيته أن يطالب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"[4].

إنطلاقا من أن الحق في سلامة الجسم من حقوق الشخصية فإنه يدور مع الشخصية وجودا و عدما، و حسب المادة 25 من ق.م.ج:"تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته، حيا و تنتهي بموته "

---

[1] - هيثم حامد المصاروة : نقل الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة –دراسة مقارنة- ، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،2003 ، ص 93 .

[2] - سميرة عابد الديات : المرجع السابق، ص 104 .

[3] - هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص 97 .

[4] - هناك تناقض صارخ في نص هذه المادة ، فهل يمكن أن يكون الإعتداء مشروعا ؟ إذا تم وصف الفعل بالمشروعية لم يعد وصفه بالإعتداء أمرا دقيقا لذلك فمن الأجدر حذف عبارة " غير مشروع ".

لكن عدم بدء الشخصية القانونية أو انتهائها لا يعني السماح بالاعتداء على الكيان المادي للإنسان، لأن مبدأ حرمة جسم الإنسان لا تنتهي فعاليته عند وفاة الشخص بل نجده بعد الوفاة في صيغة أخرى ألا وهي " مبدأ حرمة الجثة" الذي يعد امتدادا للمبدأ السابق حيث يحول دون الاعتداء على الجثة من الغير، بما في ذلك الأقارب حيث لا يجوز لهم التصرف في جثة قريبهم حتى لو كانوا بحاجة إليها لأن الجسد لا يعد من عناصر الذمة المالية [1]، و عليه فالجثة لا تنتقل إليهم كتركة كما أن الجنين يتمتع بحماية خاصة.

إضافة إلى أن الحق في سلامة الجسم لا تسري عليه القواعد الخاصة بالتقادم لأنه حق غير مالي بحيث لا يمكن أن يكسب شخص ما الحق على أحد أعضاء جسمه بالحيازة لمدة ما و لا أن يسقط حق الإنسان على عضو انتزع منه بمرور مدة معينة.

هناك جانب آخر من الفقه ذهب إلى أن حق الإنسان على جسده هو حق انتفاع فقط و عليه ليس له التصرف فيه بما يؤدي إلى هلاكه فهو كما ذهب إليه فقهاء الشريعة أمانة وضعت بين يديه ليستغلها فيما خلق من أجله، فالتبرع يكون فيما يملك الإنسان و في هذه الحالة المالك هو الله تعالى، كما أنه لا يمكن نقل منفعة العضو من شخص لآخر لأن المحتاج لن يستطيع الانتفاع به إلا إذا تنازل صاحبه عنه، فالتصاق العضو بصاحبه يحول دون انتفاع الغير به [2].

و في هذا المقام يقول الشيخ الشعراوي:" إن التبرع بالشيء نزع للملكية له، فأنت تتبرع بما تملك و لكنك لا تستطيع أن تتبرع بشيء لا تملكه، حينئذٍ يكون التبرع باطلاً " [3].

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ حرمة جسم الإنسان.

يترتب على حرمة جسم الإنسان نتائج هامة نتطرق لها أولا على مستوى الفقه الإسلامي ثم الفقه الوضعي:

الفرع الأول: النتائج المترتبة على مبدأ حرمة جسم الإنسان في الفقه الإسلامي:

أهم النتائج المترتبة على مبدأ حرمة جسم الإنسان، أنه ليس من قبيل الأموال، كما أن الأعضاء المنفصلة طاهرة.

---

[1] - هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص 103.
[2] - طارق سرور : لمرجع السابق ، ص 84 .
[3] - مشار إليه في أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 158 .

البند الأول جسم الإنسان ليس من قبيل الأموال:

لا يصح من الناحية الفقهية أن يكون الشيء محلا للتعاقد إلا إذا كان مالا متقوما يجوز الانتفاع به في حالة السعة أي في غير حالات الاضطرار الاستثنائية [1]، فالشيء لا يمكن أن يكون محلا لأي معاملة إلا إذا كان من الأموال، فهناك مبدأ في الشريعة الإسلامية يذهب إلى أن محل الحقوق و العقود هي الأموال و ليس الأشياء [2]. و هناك عدّة تعاريف للمال منها: "كل ما يمكن أن يتملكه الإنسان و ينتفع به بشكل ما على الوجه المعتاد" وهناك من عرفه أنه: " كل ما له قيمة يباع بها وإن قلّت و يلزم متلفه بها و ما لا يطرحه الناس مثل الفلس و نحوه" [3]، فهذه التعاريف مجمعة على أن المال هو ما يكون متقوما و يمكن الانتفاع به، لكن هناك اختلاف في التعبير عنه حيث توجد عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول: ذهب إلى أن الأصل في الأشياء التي يجوز التعامل بها أن تكون مالا، و المال هو كل شيء منتفع به حقيقة و مباح الانتفاع به شرعا في حالات الضرورة، فلا يعتبر مالا الشيء الذي لا ينتفع به [4]، و غير المال هو ما تأبى طبيعته التعامل فيه، فيبطل فيه التعامل [5]، و لا يسمى مالا حتى لو كان فيه نفع للإنسان إذا كان قد تم تحريمه من قبل الشارع و إن أبيح الانتفاع به في حالة الضرورة [6].

الاتجاه الثاني: إضافة إلى ما ذهب إليه الاتجاه الأول يستلزم أن يكون هذا المال متقوما فهناك اختلاف بين المالية و التقويم، فالمال ما يميل إليه طبع الإنسان، أما التقويم هو المال الذي أباح الشرع الانتفاع به[7]، و المال غير المتقوم هو ما كان مالا عند أهل الذمة كالخمر و الخنزير و لا يجوز التعامل فيه لقوله تعالى في سورة البقرة الآية 173: **" إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ اَلْمَيْتَةَ وَ اَلدَّمَ وَ لَحْمَ اَلْخِنْزِيرِ وَ مَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اَللَّهِ "**.

---

[1] - أحمد شرف الدين : التقدم العلمي و الإجتهاد في المجال الطبي ، مجلة القانون و الاقتصاد،السنة الخامسة و الخمسين ، مطبعة عبير، 1986، ص 13 .

[2] - فايز عبد الله الكندري : مشروعية الإستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية ، مجلة الحقوق ، العدد2 ، السنة الثانية و العشرون، مجلس النشر العلمي، 1998، ص 792 .

[3] - محمد أمين : حاشية ابن عابدين ،المرجع السابق، ص3 .

[4] - حسني عودة الزعال : المرجع السابق ، ص 57 .

[5] - عبد الرزاق أحمد السنهوري : المرجع السابق ، ص 93 .

[6] - الكاساني : بدائع الصنائع : المرجع السابق ، ص 143 .

[7] - حسني عودة الزعال : المرجع السابق ، ص 57 .

الاتجاه الثالث: ذهب هذا الاتجاه إلى أن الشيء يكون مالا إذا كان طاهرا منتفعا به انتفاعا شرعيا حالا أو مآلا حيث اكتفوا بذكر عناصر المالية و لم يكترثوا بإطلاق الإسم عليها و هو اختلاف شكلي [1].

من مجمل هذه الاتجاهات الثلاثة نستطيع أن نستقي شرطين أساسيين لا يقوم بدونهما شرط المالية و التقويم وهذان الشرطان هما أن يكون الشيء منتفع به في الواقع و أن يكون قد أبيح الانتفاع به في كل وجوه الانتفاع أي أن يكون طاهرا.و أن لا يكون مستعملا في الحرام و أن لا يكون مكرما عن التملك و التداول كالإنسان الحر[2] ،فالبيع لا ينعقد إلاّ إذا كان المبيع مالا متقوما مملوكا ، فغير المال و المال غير المتقوم و المال المتقوم غير المملوك كل ذلك تأبى طبيعته التعامل فيه و كل عقد يرد عليه يكون باطلا [3] .

و في هذا الإطار قال صلى الله عليه و سلم :" لا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال"، كما أنه قال : " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، و من كنت خصمه خصمته: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًّا و أكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى و لم يوفي بأجره ". فجسد الإنسان بناه الله تعالى و كرمه و سما به عن البيع و الشراء و حرم المتاجرة فيه تحريما قاطعا[4].

و لقد قيل أن المال اسم لغير الإنسان خلق لمصلحته و أمكن إحرازه و التصرف فيه على وجه الاختيار[5]، و التصرف في جسد الإنسان بما يعود عليه بالنفع و الصحة و العافية أمر مشروع، فلا حرج على الإنسان من أن يأذن بقطع عضو من أعضائه أو أكثر، إذا تعين هذا الإجراء لدرء الأذى الأكبر و المحقق من دونه.

أما أن توسع دائرة التصرف في الجسم حتى تكون كدائرة التصرف في المال فهذا أمر مرفوض شرعا و قياس فاسد لأنه قياس مع فارق و ذلك للأسباب التالية:

- قوله تعالى في الآية70 سورة الإسراء: **" وَ لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ"**، فلقد كرمه الله و فضله على سائر المخلوقات التي سخرها له، و اعتباره مالاً يحط من هذه الكرامة، فالإنسان ليس مالا لا في

---

[1] - محمد نعيم ياسين : بيع الأعضاء الآدمية ،مجلة الحقوق،السنةالحادية عشر،العدد1، كلية الحقوق بجامعة الكويت، الكويت،1987، ص 248

[2] - عودة الزعال : المرجع السابق ، ص 58 ، حاشية ابن عابدين : المرجع السابق ، ص 162 .

[3] - عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص 92 .

[4] - أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 151 .

[5] - مروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 159 .

الشرع و لا في الطبع و لا في العقل فالشرع يأبى أن يعامل الإنسان الذي كرمه الله معاملة الأموال، فالأصل في المال أن ينفق و يبذل حتى تعمر الحياة خلافا للجسد[1].

- إنفصال المال عن الشيء: فاعتبار الإنسان مالاً يخالف العقل الذي يقتضي بأن يكون الشيء خارج الإنسان في حين أن جسم الإنسان ليس خارجا عنه [2]، فلا يمكن تصور أن يجتمع البائع و المشتري في آنٍ واحد حيث أن الإنسان الحر لا يدخل في ملك غيره فدخوله إهدار لكرامته، و الإنسان لا يستطيع أن يبيع نفسه و لا يستطيع غيره أن يبيعه لأنه ليس مالا، و بجعله مالاً فهذا يتنافى مع تلك الحرية التي منحها إياه الله سبحانه و تعالى[3].

- إن خروج المال من ذمة صاحبه مهما كان قليلا أو كثيرا ، وسواء تبرع به أو اغتصب منه ، فإنه من الأشياء التي يمكن أن تعوض و لا يضر الإنسان ضرار قد يؤدي به إلى التهلكة ، أما أعضاء الجسم فبذلها و التبرع بها يضر صاحبها حتى لو كان جزءًا يسيرا أو عضوا بسيطا و لا يمكنه أن يعوضها- باستثناء الأعضاء المتجددة كالجلد و الدم - ، و ما وجد المال إلاّ محافظة على النفس حيث يأتي في المرتبة الخامسة بعد الدين، النفس ، العقل، النسل و هي مقاصد الإسلام ، أما النفس فهي في المرتبة الثانية بعد الدين و ما ذلك إلاّ دليل على أن المال خلق لحفظ النفس و لا يمكن أن تكون النفس كالمال فلا يجوز بعد هذه المرتبة التي منحها لها الإسلام أن تعامل أو أن يتصرف فيها كما يتصرف في المال.

- لو أن جسد الإنسان كالمال في مشروعية التصرف فيه لأبانت الشريعة وجوه التصرف فيه جملة و تفصيلا و لكان التعامل به مشتهرا لدى السلف الصالح، و إذا لم يثبت ذلك دل على عدم مالية الجسد الإنساني و عدم مشروعية التصرف فيه إلاّ بما يعود عليه بالصحة و العافية [4].

- البيع هو مبادلة مال بمال و محل البيع يجب أن يكون ملك للإنسان، و الإنسان ليس مالا و ليس مملوكا للإنسان بل لله تعالى، فإذا لم يكن الشيء مالا فلا يجري عليه بيع و لا هبة و لا غيرهما من التصرفات النافعة الناقلة للملكية [5] وهذا عملا بقاعدة " ما جاز بيعه جازت هبته و ما لا فلا ".

---

[1] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 51 .
[2] -محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر: المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت،1406 هـ، ص125 .
[3] - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي : فتح الباري ، الجزء 4، دار العرفة ، بيروت ، 1379 هـ، ص418 .
[4] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 52 .
[5] - بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص 138 .

إلاّ أن هناك اتجاه في الفقه الحنفي ذهب إلى اعتبار أعضاء الجسم من الأموال بالنسبة لصاحبها، فالإنسان كجسم لا يعتبر مالاً لكن أعضاؤه تعتبر أموالا، حيث يجوز للإنسان أن يضحي بعضو من أعضاء جسمه إنقاذ حياته فهي كالمال خلقت وقاية للنفس [1]، لكن بشرط أن تكون الغاية علاجية كأن يكون بقاء العضو يهدد حياته بالخطر.

قال ابن قدامة: " و إنما حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك، و حرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه"[2] أي أنه يجوز التصرف فيه إذا أمكن الانتفاع به، وهذا لا يعني قطع العضو اختيارا كما هو حاصل في عمليات نقل الأعضاء وغرسها بل إذا دعت إلى ذلك ضرورة ملحة كمرض قد ينتقل إلى كامل الجسم إذا لم يقطع العضو المصاب.

نخلص إلى أن جمهور الفقهاء ذهب إلى أن الإنسان ليس مالا و لا يجوز أن يكون محلا للتصرفات القانونية ما عدا الحنفية الذين ذهبوا إلى مالية أعضاء الجسم إذا أمكن الانتفاع بها و هناك من خص الانتفاع على صاحبها فقط.

لقد حافظ الفقه الإسلامي و مازال يحافظ على إبعاد القيم الإنسانية عن مجال التعامل المالي، وكذا المفارقة بوضوح بينها و بين الأموال و الأشياء، ذلك لأن مما يتعارض مع كرامة الإنسان النظر إليه كمال من الأموال أو كشيء من الأشياء [3].

البند الثاني طهارة أعضاء الجسم المنفصلة:

يشترط في محل العقد أن يكون طاهرًا منتفع به في الطبع و الشرع [4] وبمعنى آخر لا يجوز أن تكون النجاسات أو بصفة عامة المحرمات محلاً للعقود [5]. فالأصل أنه لا يحل الانتفاع بشيء غير طاهر، وما حرم الانتفاع به شرعا لا يكون مالا ولا يجوز أن يكون محلا للعقد.

مادامت الدراسة حول التعامل بالأعضاء البشرية، فما هو موضع هذا الموضوع من هذا الشرط الذي يقتضي أن يكون محل العقد طاهرا ؟

---

[1] - الكاساني : بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، الجزء 7 ، ص 257 .
[2] - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد : المرجع السابق ، ص 177 .
[3] - جاسم علي سالم الشامسي : المرجع السابق ، ص 37 .
[4] - محيي الدين بن شرف :المجموع ، دار الفكر ، بيروت ، 1996 ، الطبعة الأولى ،ج9 ، ص226 ، الكاساني ،ج 5 ، ص141 .
[5] - تفسير القرطبي : المرجع السابق ، ج6 ، ص 289 ،: الكاساني: بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ج 4 ،،ص 190 .

يقول الدكتور أحمد شرف الدين:" بالنسبة للجزء المنفصل من الجسم الحي لم يتفق فقهاء المذاهب على طهارته و جواز الانتفاع به، ولهم في ذلك تفصيلات وأقوال كثيرة " [1]:

القول الأول: عدم طهارة الأعضاء المنفصلة: حسب هذا الاتجاه فإن ما أبين من الحي فهو شبيه بميتة في الطهارة والنجاسة و الإنسان الكافر نجس وما أبين منه حي أو ميت نجس لقوله تعالى في سورة التوبة الآية28: **"إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ "**، و كذلك للأمر باغتساله إذا أسلم، و المسلم ميتته نجسة وما أبين منه وهو حي نجس كذلك بدليل غسله بعد موته، وترقيع المسلم الحي بما هو نجس فيه إخلال بواجبات الشريعة وآدابها[2].

أما الأحناف فقد ميزوا حيث حكموا بطهارة ما ليس فيه دم كالعظم و السن و بنجاسة ما فيه دم كاللحم والجلد، فالمنجس هو الدم ثم أنهم حكموا بطهارة المنفصل من الحي ولو كان فيه دم ولكن في حق صاحبه فحسب.

القول الثاني: طهارة الأعضاء المنفصلة:الراجح عند الجمهور هو طهارة الإنسان حيا أو ميتا وتأخذ الأعضاء نفس الحكم. فالمالكية أخذوا بطهارة ما أبين من الآدمي مطلقا سواء كان حيا أو ميتا [3]، لأن غسله و إكرامه بالصلاة عليه دليل على طهارته.

أما الشافعية فإنهم يقولون:" وأما العضو المبان من السمك و الجراد والآدمي كيده و رجله وظفره ومشيمة الآدمي ففيها وجهان، أصحهما طهارته[4]. كما أن الإنسان لا ينجس بالموت لقوله تعالى في الآية 70 من سورة الإسراء :**" وَ لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ "**، و قضية التكريم مفادها ألاّ يحكم بنجاسته بالموت سواء كان مسلما أو غيره و قوله تعالى في سورة التوبة الآية 28: **" إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ "** لا يراد به النجاسة الحسية التي تتصل بالأبدان بل النجاسة المعنوية التي تتصل بالقلوب و العقول [5].

---

[1] - أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، ص 483 .

[2] - محمد فارح :حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغراسة الأعضاء أو ترقيعها،مجلة المجلس الإسلامي الأعلى (عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب) ،1999 ،العدد 2 ، ص 108.

[3] - محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي ، الجزء2، دار الفكر ، بيروت ، دون سنة نشر، ص 54 .

3 - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 138 .

[5] - يوسف القرضاوي : من هدى الإسلام - فتاوى معاصرة – الجزء الثاني ، دار الوفاء للطباعة والنشر و االتوزيع ، المنصورة ، الطبعة الثالثة 1994، ص 538 .

أما الحنابلة فقالوا: " و حكم أجزاء الآدمي و أبعاضه حكم جملته، سواء إنفصلت في حياته أو بعد موته لأنها أجزاء من جملته فكان حكمها كسائر الحيوانات الطاهرة و النجسة و لأنها يصلى عليها - أي قبل دفنها فتأخذ ذلك حكم المسلم الميت - فكانت طاهرة كجملته " [1]

والراجح إعمالا للراجح عند الفقهاء و إحقاقا لكرامة الإنسان هو طهارة ميتة الآدمي و كل ما يقتطع منه يلحق بحكم الأصل، فإذا كان الجسم كله طاهر فما ينفصل عنه يأخذ حكمه.

الفرع الثاني : النتائج المترتبة على مبدأ حرمة جسم الإنسان في الفقه الوضعي

يترتب على مبدأ حرمة جسم الإنسان عدّة نتائج أهمها التزام الجميع بعدم المساس بهذه الحرمة حيث يشمل ذلك الكافة بما فيهم الشخص نفسه، و كذا عدم جواز التصرف في جسم الإنسان.

البند الأول عدم جواز المساس بسلامة الجسم

إن حرمة الإنسان تستوجب حظر كل عمل أو فعل من شأنه أن يشكل مساسًا بهذا الجسم، فيحظر على كل شخص الاعتداء على غيره و المساس بجسده بأي شكل من الأشكال. كما يحظر على الشخص نفسه أيضًا المساس بجسمه أو بعضو من أعضائه، وكل مساس إعمالا لمبدأ "عدم جواز المساس بجسم الإنسان" يدخل كأصل عام في دائرة التعدي غير المشروع الموجب لقيام المسؤولية القانونية[2]، وفي هذا الإطار تنص المادة 47 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من حقوقه الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"، فهذه المادة تعد تكريس صريح لعدم جواز المساس بجسم الإنسان الناتج عن مبدأ الحق في سلامة الجسم باعتبار أن هذا الأخير من الحقوق اللصيقة بالشخصية، حيث يكون للشخص بمقتضى أحكام هذه المادة ما يلي:

- إمكانية اللجوء إلى القضاء لوقف أي اعتداء يقع على الجسم.
- المطالبة بالتعويض ضد أي ضرر يكون قد لحق به.

و الحماية القانونية لجسم الإنسان تنقسم إلى جانبين:

الجانب الأول: حماية جسم الإنسان ضد أي اعتداء يقع عليه من الغير: لكل شخص حق يرد على جسمه يخوله حماية جسمه و أعضائه من أي اعتداء من الغير فلا يجوز لأي شخص كان المساس أو

---

[1] 8 - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 139 .

[2] - فايز عبد الله الكندري : مشروعية الإستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية ، المرجع السابق ، ص 793 .

التعدي على جسد أي شخص آخر و بأية وسيلة كانت و يشمل كل الأفراد حتى لو كانوا أطباء فليس للطبيب إجراء أية عملية إلاّ بموافقة الشخص [1]، أو بترخيص من القانون فاعتراف القانون بمهنة الطب يترتب عليه السماح بكل الأعمال الضرورية لمباشرتها و ذلك لأنها لا تكون اعتداءا حقيقيا على الحق في سلامة الجسم و لكنها تستهدف المحافظة على الجسم و مصلحته في أن يسير سيرًا عاديا و طبيعيًا[2]، كما هو الشأن في مجال الألعاب الرياضية أو بناءًا على حق التأديب الممنوح للوالدين إلاّ أن هذا المساس أيا كانت درجته لا يجوز أن يمتد إلى المساس بكرامة الإنسان و حرمة جسده[3].

فعدم جواز المساس بجسم الإنسان حق مخول في مواجهة الجميع و ذلك سواء كان الشخص حيًّا أو ميتًا بحيث لا يجوز للغير أن يتطاول على جسم الإنسان الحي بأفعال تمس كيانه المادي، كما لا يجوز المساس بجسد المتوفى أو عناصره و نتاجا ته بما يعد انتهاكا لحرمة هذا الجسد.

وإلتزام الغير بعدم المساس بحرمة جسم الإنسان الحي لم يتقرر لمجرد حماية المصلحة الشخصية للإنسان بل يتعلق كذلك بمصلحة المجتمع الذي يزدهر و يتقدم بتمكين الإنسان بجسمه السليم بأداء دوره الاجتماعي[4]. فعلى مستوى المصلحة العامة للجماعة يرى البعض أن استئصال عضو من جسم شخص سليم يعني أنه سوف يوجد شخصان من المرضى، فبدلاً من مريض واحد يصبح هناك مريضان، ومتى كانت الدولة تلتزم بالتأمين الصحي على المواطنين فإنها سوف تلتزم اتجاه الشخصين بعد أن كانت ملتزمة اتجاه واحد فقط [5]، لكن في حالة التعارض بين مصلحة الإنسان و مصلحة المجتمع تغلب مصلحة الإنسان و مثال ذلك مجال التجارب الطبية على الجسم، فاعتبارًا لمبدأ سمو الإنسان، لا يجب القول بضرورة التوفيق بين سمو الإنسان و مقتضيات التقدم العلمي، بل يجب أن يخضع هذا التقدم لمبدأ السمو و يحترمه.

كذلك الأمر في مجال التشريع، فأي نظام قانوني حول جسم الإنسان يجب أن يستهدف حماية الإنسان و كرامته، فهو مبدأ عام يجب مراعاته سواء عند التشريع أو عند تفسير التشريع[6] و من التشريعات التي أخذت بهذه الأحكام صراحة نجد التشريع الفرنسي الذي نص في المادة 16 من

---

[1] - هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص 68 .

[2] - حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ،مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، السنة السابعة عشر ،العدد 1 ، مطبعة عين شمس،مصر ،1975، ص 26 .

[3] - طارق سرور : المرجع السابق ، ص 101 .

[4] - طارق سرور : المرجع السابق ، ص 101 .

[5] - حسام الدين كامل الأهواني : المرجع السابق ، ص 28 .

[6] - حسام الدين كامل الأهواني : المرجع السابق، ص 31 .

القانون المدني المعدل سنة 1994 حيث جاء فيها " سمو الإنسان يحول دون المساس بكرامته" حيث تمت مراعاة حرمة الإنسان و يجب أن تراعى كذلك عند تفسير أي تشريع يتعلق بجسم الإنسان، كما أنه على كل الدول التي تعتنق هذا المبدأ أن تجسده و تكرسه صراحة حتى لا تكون هناك إعتداءات و تجاوزات بدعوى عدم وجود نصوص منظمة، و سدًّا لأي باب قد يفتح استنادا لقاعدة الأصل في الأمور الإباحة وطالما ليس هناك نص فيجوز المساس بسلامة الجسم.

الجانب الثاني: حماية جسم الإنسان في مواجهة نفسه: إن حرمة جسم الإنسان و عدم جواز المساس بسلامته تمتد لتشمل الشخص نفسه، بحيث تحول دون الاعتراف بالقبول الصادر من الشخص إذا ما ترتب عليه أي تدخل على جسده لا يهدف إلى تحقيق المنفعة و الفائدة له[1]، فلا يجوز أن يتنازل شخص حي لآخر مريض مهما كانت الدوافع كأن تكون هناك صلة وثيقة بينه و بين المريض و مثال ذلك أن تقوم الأم بالتبرع بكليتها لابنها المصاب بالقصور الكلوي و الذي سيتوفى إذا لم تزرع له كلية، فالسماح لهذه الأم بالقيام بهذا الأمر قد يجنبنا إصابتها بصدمة نفسية إذا ما توفى إبنها، لكن ما الذي يضمن عدم إصابة الكلية المتبقية مما قد يؤدي إلى وفاتها، فبالرغم من أن للإنسان حق على جسمه لكنه محدود ومقيد بعدم المساس بسلامته. ويستوي أن يكون المساس بعضو لا يترتب عليه أدنى مساس بأصل الحياة، كقرنية العين أو أن يكون المساس بعضو يؤدي إلى الموت كالقلب أو الكبد.

أما إذا كان المساس من أجل المحافظة على كيانه واكتمال وجوده فهذا جائز لهذا يعتبر مشروعا التدخل الجراحي الذي يستهدف المصلحة العلاجية للمريض[2].

ولا يجوز للشخص المساس بسلامة جسمه سواء كان مختارا في ذلك كمن يرغب في التنازل عن كليته لشخص مريض تربطه به صلة قرابة بمحض إرادته، أو كان مجبرًا على ذلك أو واقعا تحت إكراه مادي أو معنوي، فلا يجوز إجبار الشخص على أن يتحمل مساسا بسلامة جسمه و مثال ذلك: المساس بسلامة الجسم لمقتضيات الإثبات، و قد اختلف القضاء الفرنسي في هذا شأن، فقد صدرت كثير من الأحكام القضائية في خصومات تتعلق بإثبات النسب أو نفيه، وكان مثار النزاع هو جواز أخذ عيّنة من دم أحد الخصوم لتحليلها توصلاً إلى تقديم دليل علمي في النزاع - وفي هذا الشأن

[1] - هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص 89 .
[2] - حسام الدين كامل الأهواني : نحو نظام قانوني لجسم الإنسان ، المرجع السابق ، ص 25 .

خرج الفقهاء على المفهوم التقليدي الثابت حيث أجاز اللجوء إلى هذه الوسيلة- [1] ، إذا كان ذلك بغرض جمع الأدلة أمام القضاء أو إجباره على تعاطي عقار من العقاقير التي تساعد على الوصول إلى الحقيقة[2].

هذا أسلوب غير مشروع في الإثبات، لذلك لا يجوز أن يعتد به إذا لم يكن هناك نص أما إذا كان هناك نص قانوني فهو جائز و مثال ذلك مجال علاقات العمل، يجوز إن يخضع العامل للفحوص الطبية الجسمانية و النفسية التي يقتضيها التأكد من لياقة العامل وحسن أدائه للعمل المسند إليه.

البند الثاني خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل:

تنص المادة 628 ق.م.ج :" كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية . والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية ". و عليه يكون الشيء غير صالح للتعامل فيه لأحد الأسباب الثلاثة:

- إما لأن طبيعته تتعارض مع التعامل فيه.
- إما لأن الغرض الذي خصص له يتنافى مع هذا التعامل.
- إما لأن التعامل فيه يعتبر مخالفا للنظام العام أو الآداب.

فهناك أشياء تأبى طبيعتها التعامل فيها، فالإنسان لا يجوز التعامل فيه بحكم أنه إنسان و ذلك بتحريم الرق[3]، كما قد يكون سبب عدم صلاحية الشيء للتعامل هو الغرض الذي خصص له، فحصول الإنسان على المال بتخصيص جهده العضلي أو الفكري في مجال ما مشروع ويمكن التعامل فيه كما هو الحال بالنسبة للملكية الفكرية، أما إذا كان السبب غير مشروع كبيع الإنسان أعضائه فهذا غير جائز، كما أن الأخلاق لا تسمح بالتعامل في جسم الإنسان لا في حياته ولا في مماته، فهو من الأشياء المقدسة، لا يباع ولا يشترى ولا يكون محلا للتمليك [4].

أما الحقوق المالية وهي الحقوق التي تقدم لصاحبها منفعة مالية فهي تدخل دائرة التعامل حيث يجوز التصرف فيها والتنازل عنها، كما أنها تنتقل كقاعدة عامة إلى الورثة بالوفاة، و هي إما:

---

[1] - حمدي عبد الرحمن : معصومية الجسد ،مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية ، القاهرة ، السنة الثانية و العشرون ، مطبعة عين شمس، القاهرة ، 1980 ، ص 95 .

[2] - أحمد محمد بدوي : نقل وزرع الأعضاء البشرية ،سعد سمك للمطبوعات القانونية والإقتصادية، القاهرة ، 1999 ، ص 63 .

[3] -عبد الرزاق السنهوري :مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،الجزء3،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة 2 جديدة ، 1998 ص79 .

[4] - علي فيلالي : الإلتزامات – النظرية العامة للعقد - ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2001 ، ص 184 .

- أن تنصب على أشياء أو أعيان معينة بذاتها فتكون حقوقا عينية .
- أن تنصب على آداءات يقوم بها شخص (المدين) لمصلحة شخص آخر(الدائن) فتكون حقوقا دائنية[1].

و عليه يشترط في الشيء لكي يكون مالا في نظر القانون المدني أن يكون ذا قيمة مالية (متقوما) ولا يشترط أن يكون ماديا بل يمكن أن يكون معنويا، و يطلق المال شرعا على كل ما يمكن أن يتملكه الإنسان و ينتفع به بشكل ما على الوجه المعتاد، أو هو كل ماله قيمة يباع بها وإن قلت و يلزم متلفه بها [2]، فالأشياء فقط هي التي تكون محلا للاتفاقات.

أما فيما يخص جسم الإنسان فبما أنه لا يعتبر شيئًا و إعمالا لمبدأ حرمة جسم الإنسان فإنه يحظر على الشخص أن يتصرف في جسده، فجسم الإنسان وأجزائه المختلفة ليست أشياء أو أشياء قابلة للتملك أو على الأقل قابلة للتصرف بها، وإلاّ ستكون كل أشكال التصرف ممكنة، و التصرف المحظور هنا هو التصرف الذي من شأنه أن يجعل من جسد الإنسان في مجموعه من قبيل الأشياء التي يمكن التعامل بها و تقييمها بالمال وعليه فإن جسم الإنسان يخرج كأصل عام عن دائرة التعامل ولا يمكن تبعا لذلك أن يكون محلا ممكنا و مشروعا للحقوق و العقود و المعاملات.

فحق الإنسان على جسده وأعضائه لا يقوم بمال و لا يمكن الإعتياض عنه، فإذا كان المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل، فمن غير المتصور أن يكون لأعضاء الإنسان قيمة تسمح بتداولها و التعامل بها، فهي ذات طبيعة عضوية تحول دون إمكانية بقائها حية دون تلف إذا ما انفصلت عن الجسم[3]. فالجسم ككل بجميع أعضائه لا يعتبر مالا لأنه يخرج عن التعامل بحكم القانون بعد إلغاء الرق ، إضافة إلى ذلك فإن التعامل بالإنسان يخالف النظام العام والآداب، و النظام العام يعني مراعاة القواعد القانونية التي تحمي المصالح العليا للمجتمع على حساب القواعد الاتفاقية المستلهمة من مصالح الأفراد، كما أن النظام العام يستلزم المحافظة على حياة الأفراد و سلامتهم ،فمصلحة المجتمع و مصلحة الأمة تقتضي احترام الحياة و عدم المساس بها وكذلك أن يكون الأفراد أصحاء أقوياء، و حتى لو رجعنا إلى النصوص فإن النص الذي يمنع التعامل يكون مبنيا على اعتبارات راجعة إلى النظام العام و الآداب.

---

[1] - فايز عبد الله الكندري : المرجع السابق ، ص 790 .

[2] - محمد سعيد رمضان البوطي : قضايا فقهية معاصرة(القسم1) ،دار الفرابي للمعارف ،دمشق ، الطبعة السادسة ، طبعة مزيدة و منقحة ، 2001 ، ص 31 .

[3] - هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص 97 .

تسري هذه الأحكام أيضا على أعضاء الجسم في حالة إنفاصلها عنه، ويجد ذلك أساسه في أنه رغم هذا الانفصال مازالت أعضاء الجسم تحتفظ بطابعها الإنساني ولا تأخذ حكم الأشياء ولا يجوز أن تكون محلا لعقد، لأن أعضاء الجسم ليست ملكا للإنسان وإنما تنتمي إليه و تعتبر جزءا منه رغم انفصالها عنه، فالأعضاء البشرية لا تفقد حرمتها في حالة انفصالها و قبل نقلها إلى جسم إنسان آخر[1]،

وهذا إعمالا للرأي القائل أن أعضاء الجسم لا يجوز التصرف فيها و التنازل عنها أخذًا بمبدأ حرمة جسم الإنسان ولا يمكن أن تكون قطع غيار، فلقد ثار خلاف بشأنها وقال البعض أنها أشياء ويمكن أن يترتب عليها حق مالي و لصاحبها سلطة مطلقة في التصرف. فالأجزاء التي انفصلت عن الجسم كالأسنان المخلوعة و الأطراف المبتورة يجوز التصرف فيها لأنها تصبح أشياء خارجية يجوز التعامل فيها [2]. لكن هذا غير مقبول، فالشخص الطبيعي خارج نطاق التعامل القانوني لأنه سيكون محلا مستحيلا للالتزام و لن تكون الاتفاقية مشروعة إذا كان محلها جسم الإنسان، فالمبدأ الذي يضع الإنسان خارج نطاق التعامل القانوني هو مبدأ عالمي والإنسان خارج التعامل القانوني منذ عدّة قرون - هذا المبدأ ولد بعد تطور طويل وبعد انسجام مجمل القواعد الأخلاقية- [3]، كما أن مبدأ المعصومية يقتضى أن جسم الإنسان يخرج عن نطاق التعامل سواء كان التصرف بمقابل أو بغير مقابل .

[1] - طارق سرور : المرجع السابق ، ص 118 .
[2] - محمد حسن منصور : نظرية الحق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998 ، ص 107 ، سهيل حسن الفتلاوي : نظرية الحق ، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات ، 2002 ، ص 13 .
[3] - أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص 44 .

المبحث الثاني: إباحة التعامل في الأعضاء البشرية

ذهب جانب آخر من الفقه إلى إباحة التعامل في الأعضاء البشرية ، فالتشدد في تطبيق مبدأ حرمة جسم الإنسان و إعماله في هذا النوع من التعاملات غير جدير بالتأييد عند هذا الجانب من الفقه، و للدفاع عن هذا الرأي قام بتلمس أساس الإباحة من الشرع و القانون .

لذلك سنستعرض أساس الإباحة في الفقه الإسلامي في مطلب أول و في المطلب الثاني نتطرق لأساس الإباحة في الفقه الوضعي .

المطلب الأول: أساس إباحة التعامل في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي

إن عمليات نقل و زرع الأعضاء لم تكن معروفة عند الفقهاء القدامى و لم تكن موجودة بهذه الحداثة من قبل، و رغم ذلك فإننا نجد لها معالم و آراء في مختلف مصادر الفقه الإسلامي و هذا دليل آخر على مواكبة الشريعة لكل العصور و احتوائها لكل الجزئيات و صلاحيتها لكل زمان و مكان. و فيما يلي نستعرض الحجج النصية و الاجتهادية المعتمدة من قبل المبيحين لعمليات نقل و زرع الأعضاء

الفرع الأول :الأسس النصية في إباحة التعامل في الأعضاء البشرية

في هذا الإطار من الأدلة النصية نجد القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة اللذين ما خليا من حكم قط و ما ظهرت قضايا مستجدة إلاّ ووجدنا فيهما الحل الشافي.

البند الأول في القرآن الكريم:

باعتبار الإسلام دين يسر جاءت آيات ترفع الحرج في حالات الإضطرار حيث أجازت إقتراف المحظور لرفع الضرر، منها:

1- آيات الاضطرار: منها

أ- قوله تعالى في سورة البقرة الآية 173: **" إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُم اَلْمَيْتَةَ وَ اَلدَّمَ وَ لَحْمَ اَلْخِنْزِيرِ وِ مَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اَللَّهِ، فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اَللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ".**

ب-قوله عز وجل في سورة المائدة الآية 03: **"حُرِّمَتْ عَلَيْكُم اَلْمَيْتَةُ وَ اَلدَّمُ وَ لَحْمُ اَلْخِنْزِيرِ وِ مَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اَللَّهِ بِهِ..... ، فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اَللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ " .**

ما يستفاد من هذه الآيات أنها بعدما جعلت طائفة من الطعام في حيز المحرمات كأصل عام جاءت باستثناء على ذلك حيث أباحت الانتفاع بها و أكلها عند الضرورة، و الضرورة هي أن يبلغ الإنسان حدًّا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب الهلاك [1]، لكن يجب عدم تجاوز الحدود وتجاوز حالة الضرورة فلا يجوز الانتفاع بهذه المحرمات إلاّ بالقدر اللازم لسد الحاجة و دفع الهلاك أما ما زاد عن ذلك فهو حرام، فإذا كان اللجوء إلى المحرم بالنص القرآني جائز في حالة الضرورة فمن باب أولى يجوز اللجوء إلى ما لم يصدر فيه نص بالتحريم، فالقرآن الكريم لم يحرم الانتفاع بأعضاء الإنسان، فإذا كان الانتفاع بها في غير حالة الضرورة غير محرم، باعتبار أن الأصل في الأمور الإباحة فإن حالة الضرورة تؤكد مشروعيتها.

2- آيات التيسير

أ- الآية 185 من سورة البقرة: **" يُرِيدُ اَللَّهُ بِكُّم اَلْيُسْرَ وَ لاَ يُرِيدُ بَكُم اَلْعُسْرَ "**

ب - الآية 78 من سورة الحج: **" وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي اَلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ".**

فالله يدعونا للأخذ بالأيسر و الأخف و التنازل بالعضو للمضطر إليه يلبي دعوة الله سبحانه إذ فيه تخفيف عن المضطر [2] . هذه الآيات تدل على رفض الحرج و طلب التيسير و لا شك في أن في إباحة نقل الأعضاء البشرية تيسير على العباد و رفع للحرج و المشقة عنهم[3].

3- آيات الإيثار:

قوله تعالى في سورة الحشر الآية 09: **" وَ يُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِم وَ لَوْ كَانَ بِهِم خَصَاصَةَ "** و الإيثار هو أن يجود المرء بالمال مع الحاجة [4]، و في هذا الإطار يقول الدكتور محمد السيد الطنطاوي: أستطيع أن أقول أن المتبرع لغيره مادام يقصد بتبرعه وجه الله و خدمة غيره فهو ممن قال فيهم المولى عز وجل:**" وَ يُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِم وَ لَوْ كَانَ بِهِم خَصَاصَةَ "** [5]، فمن يفضل أخاه على نفسه يحظى بالمدح الذي جاء في الآية، و قيل أنها خاصة بالمال، لكن ما المانع من أن يدخل التنازل عن العضو في مفهوم الآية، فمن آثر أخاه المريض بعضو من أعضائه لينقذه من التهلكة فهو أولى بهذا المدح و يعد فعله بالتبرع جائز و مشروع [6].

---

[1] - هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص 119 .
[2] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 247 .
[3] - محمد نجيب عوضين : المرجع السابق ، ص 42 .
[4] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص245 .
[5] - مشار إليه في : عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 18 .
[6] - محمد نجيب عوضين : المرجع السابق ، ص 42 .

البند الثاني في السنة النبوية الشريفة:

وردت عدة أحاديث تجيز الانتفاع بالمحرم عند الضرورة و تحث على التعاون و التراحم نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

1- حالة الضرورة:

أ- حديث عرفجة بن سعد رضي الله عنه قال: " أصيب أنفي يوم الكلاب في الجاهلية، فاتخذت أنفا من ورقٍ فأنتن علي، فأمرني رسول الله أن أتخذ أنفا من ذهب " (رواه الترمذي و ابن حبان).

ب- حديث أنس رضي الله عنه قال: رخص رسول الله (صلى الله عليه وسلم) للزبير و عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما لبس الحرير لحكة بهما [1]، فبعدما حرم الذهب و الحرير حيث قال أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال : " حرم لباس الحرير و الذهب على ذكور أمتي و أحل لإناثهم " (رواه الترمذي) [2]، فقد قرر الفقهاء بالاتفاق جواز اتخاذ سن أو أنف من ذهب إذا اقتضت الضرورة أن يكون ذهبا [3]، فكان ذلك دليلا على جواز استعمال المحظور في حال انعدام سبل الحلال وإنعدام وسائل علاج أخرى، فضرورة التداوي أباحت استعمال الذهب و الحرير بعد تحريمهما.

2- التعاون و التراحم:

أ- عن النعمان بن البشير قال: قال(رسول الله صلى الله عليه وسلم): " مثل المؤمنين في توادهم و تراحمهم و تعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر و الحمى "

(رواه البخاري و مسلم).

ب- عن أبي موسى الأشعري قال: قال رسوا الله صلى الله عليه وسلم: " المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا " (رواه الترمذي و النسائي).

ج- عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال(رسول الله صلى الله عليه وسلم)" من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة " رواه مسلم، فالإيمان يقتضي أن يكون هناك تعاون و تراحم و تلاحم بين المؤمنين بحيث لو أصيب أحدهم بكربة فعلى الجميع

---

[1] - الإمام النووي : رياض الصالحين ، مكتبة النهضة الجزائرية ، الجزائر ، 1988 ، ص 262 .

[2] - الإمام النووي : رياض الصالحين ، مكتبة النهضة الجزائرية ، الجزائر ، 1988 ، ص 263 .

[3] - محمد سعيد رمضان البوطي : المرجع السابق ، ص 113 .

السعي لتفريجها عنه لأنها تمس الجميع، فالمؤمنون كما قال الرسول كالجسد الواحد، و في التبرع تفريج للكربات و تأكيد على مبدأ التراحم و التكافل و التعاطف بين أفراد المجتمع [1]، و نقل العضو من بدن شخص سليم إلى بدن شخص مريض محتاج ومضطر إليه حيث انقطعت سبل العلاج ، ما هو إلاّ نقل منه و إليه ، استنادا إلى أن المؤمنين جسد واحد كما ورد في الحديث .

نخلص إلى أن كل من القرآن الكريم و السنة الشريفة يدعوان إلى التيسير و رفع الحرج بقدر الإمكان و إلى التعاون و التراحم و إجازة المحظور عند الضرورة حفاظا على الإنسان الذي كرمه الله على سائر المخلوقات و يعد انتفاع الإنسان بعضو إنسان آخر في حال انعدام وسائل العلاج الأخرى ضرورة ملحة تتوقف عليها حياته لذلك كان التبرع جائزا شرعا، كما أن تبرع شخص بعضوه إلى من هو بحاجة إليه- و دون أن يمس بأصل الحياة - أروع مظاهر التعاون و التضامن التي يدعونا إليها ديننا الحنيف.

الفرع الثاني: الأسس الاجتهادية في إباحة التعامل في الأعضاء البشرية

تتمثل الأسس الاجتهادية في القواعد الكلية و أقوال الفقهاء.

البند الأول في القواعد الكلية:

وهي المبادئ الأساسية المستقاة من آيات القرآن الكريم و الأحاديث الشريفة و القواعد المعتمدة في هذا الإطار تدور حول حالة الضرورة و حفظ المصالح العليا و التضامن الإنساني.

1- قاعدة الضرورات تبيح المحظورات:يعتبر الشخص في حالة ضرورة متى دفعته ظروف الحال إلى الإضرار بالغير تفاديا لضرر أكبر محدقا به أو بغيره، فالضرورة تدفع المضطر إلى ارتكاب المحرم و تجيز له ذلك لكن بقدر دفعها فقط أي لابد من التناسب بين الفعل المرتكب و الخطر المدفوع، كما يجب أن تكون المصلحة التي تقتضيها الضرورة أعظم من المفسدة المحظورة [2]، فلا يمكن قبول تبرع إنسان بأحد أعضائه لزرعه في جسم شخص آخر إلاّ إذا وجدت ظروف تحققت فيها حالة الضرورة، فإزالة الضرر مقصد من مقاصد الشريعة، والمكلف إذا وصل إلى درجة الاضطرار كان ارتكاب المحظور منه رخصة شرعية، كما أنه إذا بلغ درجة المشقة و عدم القدرة وجب التوسيع

[1] - عبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق ، ص 18 .
[2] - أحمد شرف الدين : التقدم العلمي و الإجتهادي في المجال الطبي : المرجع السابق ، ص 474 .

و التيسير عليه [1] ، فلا يمكن قبول تبرع إنسان بأحد أعضائه لشخص آخر إلاّ إذا كانت حياة هذا الأخير مهددة بالهلاك و متوقفة على نقل العضو إليه حيث يتم دفع أعظم المفسدتين، فلقد كرم الإسلام الإنسان حيا و ميتا فحرم العبث بجثث الموتى و التمثيل بها لكن الضرورة جعلت الشريعة تبيح قطع أعضاء من الجثة و نقلها إلى جسم إنسان آخر هو في أشد الحاجة إليها[2].

2- -قاعدة الضرر يزال: مفادها وجوب رفع الضرر و ترميم آثاره بعد الوقوع [3]، فلا يجوز لمسلم أن يرى ضرر يقدر على إزالته فلا يزيله أو يسعى في إزالته بحسب وسعه فإذا كان شفاء شخص مريض متوقف على نقل عضو إليه من شخص آخر و كان استئصال العضو من هذا الأخير لا يؤثر في استمرارية حياته و لا يؤدي إلى هلاكه فلابد من هذا النقل عملا بقاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

3- قاعدة الترجيح بين المصالح و المفاسد: إن الإسلام مبني شرعه على تحقيق المصالح و دفع المضار ومتى تحققت المصلحة خالصة أو رجحت المفسدة فثمة الإباحة و الجواز وإن تحققت المفسدة خالصة أو رجحت على المصلحة فهناك المنع و التحريم [4]، ففي حالة عدم وجود حكم محدد لأي أمر فإن العبرة تكون بنتائجه، آثاره، منافعه و مضاره حيث تتم الموازنة بينهاو يكون الاعتداد بالجانب الأغلب.

يعد مبدأ الترجيح بين المصالح الركيزة الأساسية التي تنبني عليها نظرية الإباحة في عمليات نقل و زرع الأعضاء لدى القائلين بمشروعيتها على أساس أن منافعها أكبر من مضارها فنزع عضو إنسان حي فيه بعض الضرر و هو معدوم إذا كان ميت، و إذا قارنا هذا الضرر بالنفع الذي يعود على المريض الذي تتوقف حياته على هذا النقل فإن الغلبة تكون لكفة المريض، و من ثمة يعد هذا الفعل مشروعا. فدفع الضرر و جلب المنفعة هي مقصد من مقاصد الشرع و إذا تعلق هذا الدفع و ذلك الجلب بالنفس البشرية و إبقاء حياتها كان ذلك داخلا في باب الجواز و الإباحة [5].

4- قاعدة التضامن الإنساني: يعد مبدأ التضامن الإنساني أحد المبادئ الرائجة بين المسلمين و هو من مبادئ الإسلام ، فروح التضامن الإنساني جزء من روح التعاون التي تحمل بين طياتها أسمى

---

[1] - محمد نجيب عوضين : المرجع السابق ، ص 35 .
[2] - محمد فارح : المرجع السابق ، ص 110 .
[3] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 261 .
[4] - محمد فارح : المرجع السابق ، ص 115 .
[5] - العربي بلحاج : معصومية الجثة في الفقه الإسلامي ،مجلة الحقوق ،السنة الثالثة و العشرين ، العدد 4 ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ،1999 ، ص254 .

معاني التكافل و التسامح و الرحمة، ففي التبرع بالأعضاء تفريج للكربات و تأكيد على مبدأ التراحم و التكافل و التعاطف بين أفراد المجتمع و في هذا يقول فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي :" و الإسلام لم يقصر الصدقة على المال، بل جعل كل معروف صدقة، فيدخل التبرع ببعض البدن لنفع الغير بل هو لا ريب من أعلى أنواع الصدقة و أفضلها" [1].

البند الثاني في أقوال الفقهاء:

سنستعرض أقوال الفقهاء القدامى الذين لم يتعرضوا للمسألة بصفة مباشرة، بحيث يمكن القياس على بعض الأحكام الفاصلة في بعض القضايا المشابهة لقضيتنا ثم نستعرض أقوال الفقهاء المعاصرين و فتاواهم.

1-أقوال الفقهاء القدامى:

أ- الفقه المالكي: قال ابن حزم الظاهري " لا يحل أكل لحوم الناس - و لو ذبحوا - و لا أكل شيء يؤخذ من الإنسان إلاّ اللبن وحده...". و قال: "و كل ما حرم الله -عز و جل- من المآكل و المشارب... فهو كله عند الضرورة حلال، حاشا لحوم بني آدم، و ما يقتل من تناوله فلا يحل من ذلك شيء أصلا، لا بضرورة ولا بغيرها " [2].

و قال الدسوقي " و أما الآدمي فلا يجوز تناوله أي سواء كان حيا أم ميتا ، ولو مات المضطر ،هذا هو المنصوص لأهل المذهب .. و صحح بعضهم أكله للمضطر إذا كان ميتا و لا فرق بين المسلم و الكافر فيما ذكر " [3].

لقد حرم الفقه المالكي التغذي بلحم الآدمي حتى لو كان لضرورة ملحة، فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للتغذي الذي يعد ضرورة حتمية للحفاظ على النفس من الهلاك فإن التداوي بجزء من جسم الإنسان و الذي يعد أقل أهمية مقارنة بالتغذي يعد غير جائز و عليه لا يجوز الانتفاع بأعضاء الإنسان حسب الفقه المالكي.

ب- الفقه الحنفي: قال ابن عابدين:" و إن قال له آخر: اقطع يدي و كلها، لا يحل لأن لحم الإنسان لا يباح في الاضطرار لكرامته " فالراجح عند الحنفية أن كرامة الإنسان مهما كانت صفته معصوم الدم أو كان دمه مهدور، حي أو ميت فلا يجوز الانتفاع بأعضائه حتى لو كان ذلك من أجل إنقاذ إنسان من الموت.

---

[1] - عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 17 .
[2] - علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد : المحلي، دار الأفاق الجديدة، بيروت، دون سنة نشر، ص 65 .
[3] - محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي ، الجزء2، دار الفكر ، بيروت ، دون سنة نشر، ص 116 .

ج- الفقه الحنبلي: جاء في المغني:" و إن كان مباح الدم كالحربي و المرتد، فذكر القاضي أن له (للمضطر) قتله و أكله، لأن قتله مباح و هكذا قال أصحاب الشافعي لأنه لا حرمة له، فهو بمنزلة السباع و إن وجده ميت أبيح أكله لأن أكله مباح بعد قتله، فكذلك بعد موته، و إن وجد معصوما ميتا لم يبح أكله في قول أصحابنا " [1] فلا يباح للمضطر قتل إنسان معصوم الدم ليأكله في حالة الاضطرار و لا إتلاف عضو منه مسلما كان أو غير مسلم، أما الإنسان الميت ففي إباحة الأكل منه في حالة الضرورة قولان أحدهما لا يجيز الأكل منه و الآخر يجيز لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت [2]

قياسا على ذلك فإن الانتفاع بالأعضاء جائز شريطة أن يكون الشخص مباح الدم وأن يكون استقطاع الأعضاء بعد قتله أما الشخص المعصوم الدم فحتى لو كان ميتا فلا يجوز الانتفاع بأعضائه.

د- الفقه الشافعي: يباح للمضطر أن يدفع عن نفسه الهلاك بالأكل من بدن إنسان مستحق القتل كالمرتد و القاتل المستحق للقصاص و استدلوا أن هؤلاء لا حرمة لهم فيقدم عليهم من كان له حرمة في اعتبار الشرع [3] ، كما أنه يجوز قطع الإنسان الحي جزء من نفسه ليأكله عند الضرورة ليدفع بها هذه المخمصة إذا لم يجد ما يأكله لا حلالا و لا حراما ، بشرط أن يكون الضرر الناشئ من قطع العضو أقل من الضرر الناشئ عن ترك الأكل [4] .

كما يجوز أن يأكل المضطر لحم إنسان ميت فلقد جاء في مغني المحتاج " و له أي للمضطرأكل الآدمي ميت إذا لم يجد ميتة غيره لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت " فيجوز للمضطر أن يأكل لحم الآدمي الميت ما لم يجد غيره من المحظورات و خاف على نفسه الهلاك إن لم يأكل.

اختلفت الآراء حول الانتفاع بأعضاء الآدمي، فقياسا على إباحة الشرع التغذي بالمحرمات يمكن الذهاب إلى إباحة التداوي بها لأن الهلاك أو التلف الذي يمكن أن يعود على الإنسان من عدم التغذي يمكن أن يصيبه من عدم التداوي [5].

والملاحظ أن الحنفية و المالكية ذهبوا إلى منع الانتفاع بأجزاء الآدمي الحي في حالة الضرورة باستثناء لبن الآدميات، أما الحنابلة و الشافعية فقالوا بجواز ذلك لدفع المخمصة لأن كل المخلوقات وجدت لخدمة الإنسان الذي كرمه الله، كما أن ديننا هو دين يسر و ليس دين عسر لذلك لابد من

---

[1] - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد : المرجع السابق، ص 80 .
[2] - مروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 172 .
[3] - محمد نعيم ياسين : حكم التبرع بالأعضاء البشرية في ضوء القواعد الشرعية و المعطيات الطبية ، المرجع السابق ، ص 17 .
[4] -محمد نجيب عوضين : حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء ، مجلة القانون و الإقتصاد ، العدد 68 ، شركة مطابع الطوبجي التجارية ، 1998 ، ص 274 .
[5] - أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، ص 487 .

التساهل إذا تعلق الأمر بحياة الإنسان، فحظر التداوي بالمحرمات، وإن كان يعد من المصالح المعتبرة لدى الشرع إلاّ أن الحفاظ على حياة و سلامة المريض تعد مصلحة راجحة و تعلو على اجتناب الدواء أو وسائل العلاج المحرمة شرعا [1].

2- أقوال الفقهاء المعاصرين:

نجد بعض العلماء في هذا العصر أجازوا نقل العضو من إنسان حي إلى المضطر متعللين في ذلك بحالة الضرورة التي يوجد فيها المضطر، إذا كان في ذلك فائدة له مع عدم الإضرار بالشخص المعطي [2] و من الفتاوى الصادرة في هذا الشأن نجد:

- فتوى علماء الأزهر التي جاء فيها :" و الذي يصح القول به أن أخذ أي جزء من أجزاء الميت - بعد وفاته – ينتفع به الحي لا يعتبر إهانة للميت و لا مساسا بكرامته الآدمية لأن هذا مقصود لمنفعة الحي ، و الحي أفضل من الميت لأنه لا يزال في مجال الإنتفاع به في المجتمع فانتفاعه بجزء من الميت أولى من ترك هذا الجزء يبلى في التراب " [3] .

- قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية الذي جاء فيه:" قرر المجلس بالإجماع جواز نقل عضو أو جزء من إنسان حي مسلم أو ذمي إلى نفسه إذا دعته الحاجة إليه و أمن الخطر من نزعه و غلب على الظن نجاح زرعه و جواز نقل عضو أو جزء من إنسان ميت إلى مسلم إذا اضطر إلى ذلك و أمنت الفتنة في زرعه ممن أخذ منه و غلب الظن نجاح فيمن سيزرع فيه و جواز تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه أو جزئه إلى مسلم مضطر إلى ذلك " [4].

- بالنسبة للجزائر: أصدرت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى فتوى جاء فيها:

"... في حالة نقل الدم أو حالة نقل عضو من حي لابد من التأكد أن ذلك برضى قام من المنقول منه أن هذا النقل لا يلحق به أي ضرر ما، أو يتسبب في هلاكه فإن خيف الضرر أو الهلاك فلا يجوز و لو رضي به المنقول منه لأنه حينذاك انتحار..." [5].

---

[1] - مهند صلاح فتحي العزه : المرجع السابق ، ص 100 .

[2] - محمود محمد عبد العزيز الزيني : مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية،مؤسسة الساحة الجامعية،الإسكندرية ،1993 ، ص 68

[3] - الشيخ أحمد حماني : تشريح الجثث و التبرع بالأعضاء من الجسم (استشارات شرعية و مباحث فقهية) ، الجزء الثاني ، منشورات وزارة الشؤون الدينية ، 1993، ص 448 .

[4] - القرار رقم 99 بتاريخ 1406/11/06 ه مشار إليه في مروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 174 .

[5]- مروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 177 .

فلقد أجاز الفقهاء المعاصرون و بعض القدامى التبرع بالأعضاء لكن بشروط [1]:

- أن يكون الشخص معرض لخطر محدق و حال في صحته و بدنه [2]، بأن تكون الحاجة ملحة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى فيها تلف النفس أو الأعضاء .

- أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلاّ ارتكاب الفعل المحرم، بحيث لا يوجد علاج أو دواء لإنقاذه و دفع الأذى عنه بغير الأعضاء البشرية.

- التناسب: أي أن يأخذ من جسم الشخص ما يسد به الرمق دون أن يتجاوز حدود الضرورة.

- أن يكون ضرر عدم الانتفاع بجسم الآدمي الآخر أعظم من الضرر المترتب على ارتكاب المحظور.

فبتوافر هذه الشروط يكون الشخص قد أقام الحجة على حاجته الماسة لنقل العضو إليه و يضفي المشروعية على هذا الفعل، فهذا الرأي جدير بالتأييد لأن فيه تيسير على العباد لكنه تيسير مقيد بعدم تعدي حدود الله و هذا الرأي كذلك فيه رفع للحرج و المشقة و إنقاذ للنفوس الذي قال فيه عز و جل في سورة المائدة الآية 32 : **" وَ مَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا اَلنَّاسَ جَمِيعًا "**.

المطلب الثاني: أساس إباحة التعامل في الأعضاء البشرية في الفقه الوضعي

ذهب جانب من الفقه إلى إباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء خاصة بعد التطور الذي شهدته هذه العمليات و بعد النجاح الذي سجل في هذا المجال. لكن لم يتفق المجيزون لهذه العمليات على أساس واحد فقد ظهر الخلاف بينهم كل حسب قناعته بحيث تنوعت الأسس المعتمدة و ظهرت عدة نظريات منها نظرية السبب، نظرية المصلحة الاجتماعية و نظرية الضرورة.

الفرع الأول نظرية السبب المشروع : سنحاول بيان مفهوم هذه النظرية ثم النقد الموجه لها

البند الأول مفهوم نظرية السبب المشروع :

تنص المادة97 من القانون المدني الجزائري: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا " فحسب هذه المادة لا يكفي أن يكون للالتزام سبب بل يجب أن يكون مشروعا، و لتبرير إباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء هناك من اعتمد هذا الركن من أركان الالتزام.

---

[1] - طارق سرور : المرجع السابق ، ص 130 .

[2] - هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص 121 .

إن لنظرية السبب دور هام ضمن العلاقات التعاقدية حيث يعتبر السبب وسيلة لكشف الهدف الذي دفع الأطراف إلى التعاقد وبواسطته يتمكن القاضي من معرفة مدى مشروعية التصرفات و تحدد هذه النظرية التصرف المشروع من عدمه حتى لو كان التصرف متعلقا بجسم الإنسان فالاتفاقات المتعلقة بجسم الإنسان لا تعتبر باطلة لمجرد تعلقها به [1] ، بل ينظر في تحديد المشروعية إلى الهدف أو السبب بمعناه الباعث الدافع إلى التعاقد[2] الذي من أجله تمت عملية نقل و زرع العضو فمتى كان الهدف علاجيا يستهدف علاج المريض و تخفيف آلامه كان التصرف مشروعا ، فتعلق التصرف بجسم الإنسان لا يعد معيارا لمشروعية التصرف أو عدم مشروعيته ، و إلاّ أعتبر أي مساس بالجسم غير مشروع و هذا غير مقبول إذ أن عقد العلاج الطبي الذي نظمته القوانين فيه مساس بالجسم حيث يتدخل الطبيب لتخفيف آلام المريض، و تختلف درجة التدخل حسب الحالة فهي تتراوح بين الفحص البسيط بالعين المجردة و الجراحة التي تعد أقصى درجات المساس و عليه فإن المساس بالجسم يعد مشروعا سواء كان من الشخص نفسه أو من الغير إذا كان في ذلك مصلحة علاجية،أمام هذا التعارض بين مبدأ حرمة جسم الإنسان الذي يعتبر من المبادئ المستقرة والواقع الذي تشهد العديد من التصرفات التي ترد على الجسم،ذهب الفقه إلى القول بأن مبدأ حرمة جسم الإنسان قد نزل من برجه العاجي و تنازل عن عرشه فأصبح الإنسان محلا للمعاملات القانونية [3] .

إن النظم القانونية تقرر مشروعية التصرفات التي ترد على هذه العناصر متى كانت لا تتعارض و قواعد النظام العام و الآداب السائدة في المجتمع [4]،فمتى كان الانتفاع بأعضاء الجسم لأغراض علاجية فلا مجال لإعمال مبدأ حرمة جسم الإنسان لكون المساس مشروع بالنظر إلى السبب و الهدف الذي يسعى لتحقيقه و عليه فمن الممكن القبول بتصرف الإنسان في أحد أعضاء جسده التي لا يفضي استئصالها إلى الموت أو تعريض الحياة للخطر و بما لا يخرج عن إطار تحقيق مصلحة ما مشروعة [5] .

لقد قررالفقيه " ديكوك " أن الحقوق التي تترتب على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة إلاّ إذا كان هدفها تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو للغير أيضا، ومن ثم فلا يسمح بالمساس

---

[1] - حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 41 .
[2] - و نظرية السبب المأخوذ بها هنا هي تلك التي نادى بها القضاء الفرنسي أي أن السبب هو الدافع للملتزم في أن يلتزم ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 1 ، ص 515 .
[3] - حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 37
[4] - محمد أحمد بدوي : المرجع السابق ، ص 73 .
[5] - هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص 137 .

بالجسم إلاّ إذا كانت المزايا و المنافع التي تترتب على ذلك تفوق الأضرار الناشئة عنه و إذا اختل هذا الميزان فيصير المساس غير مشروع و منافيا للأخلاق [1] .

البند الثاني نقد نظرية السبب المشروع :

وجهت لهذه النظرية عدّة انتقادات أهمها عدم انضباط المعيار المعتمد بالقدر اللازم و افتقاره إلى الدقة و التحديد، وهي نفس المشكلة التي تواجه النظرية الحديثة للسبب [2]، فهي قائمة على أساس الموازنة بين المصالح المختلفة للأطراف لكن دون حدود أو شروط، خاصة شرط الضرورة الواجب توافره لإباحة هذه العمليات، فإن كان المريض بإمكانه العيش عاديا دون نقل العضو إليه و بالاعتماد على نوع آخر من العلاج فلا يجوز نقل العضو إليه حتى لو توفر الغرض العلاجي، لذلك ذهب أنصار هذه النظرية إلى إضافة شرط مؤداه أن يكون الاستئصال هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض من الهلاك [3].

الفرع الثاني نظرية المصلحة الاجتماعية:

نتطرق أولا إلى مفهوم نظرية المصلحة الإجتماعية و نطاقها، ثم النقد الذي تعرضت له .

البند الأول مفهوم نظرية المصلحة الاجتماعية:

تقوم هذه النظرية على أساس الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له من يحتاج إلى عضو ينقذ حياته، و المخاطر التي يتعرض لها من يقدم هذا العضو، و الموازنة ينظر إليها من زاوية المصلحة الاجتماعية [4]، ففكرة التضامن الاجتماعي و الإنساني تحتم على الشخص أن يتنازل عن أحد أعضائه لشخص آخر مريض و محتاج لهذا العضو لأن هذا المرض يؤثر على وظيفته الاجتماعية، فإذا كان استقطاع أعضاء الجسم البشري يحقق منفعة اجتماعية و كانت المنفعة التي تعود على المجتمع من عملية الزرع تفوق فائدتها على آثار المساس بسلامة الجسم فإن استقطاع العضو جائز و مباح [5].

---

[1] - مشار إليه في نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 80 .
[2] - عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، ص 498 .
[3] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 81 .
[4] - حمدي عبد الرحمن : معصومية الجسد ،مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية ، القاهرة ، السنة الثانية و العشرون ، مطبعة عين شمس ، مصر ،1980، ص 132 .
[5] - راجع أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 74 .

فالنظرية قائمة على أن للحق في سلامة الجسم جانبين:

جانب فردي: حيث أن الفرد يهمه ألاّ تتعطل وظائف جسمه الحيوية و أن يحتفظ بسلامة جسمه، فالفرد يهمه كل المزايا المرتبطة بسلامة جسمه و يحرص على المحافظة عليها جميعا [1].

جانب إجتماعي: هذا الجانب يجسد حق المجتمع في سلامة أفراده بوجه عام ليؤدوا ما أنيط بهم من وظائف اجتماعية [2]، حيث أنه لكل فرد وظيفة اجتماعية تمثل بمجموعة من الواجبات و التي تتطلب تمتع الشخص بسلامة جسمه حتى يتمكن من القيام بها لصالح المجتمع، و بعبارة أخرى هناك ارتفاق مقرر لمصلحة المجتمع يرد على الحق في سلامة الجسد و يؤدي إلى نتيجة لازمة لحمايته ألا و هي الحد من قدرة الفرد على التصرف بهذا الحق [3]، فحسب هذه النظرية إذا كان الفرد يهمه من سلامة جسمه كل المزايا فإن المجتمع لا يهمه منها إلا ما يحقق منفعة اجتماعية أي القدر اللازم لتمكن الفرد من أداء وظائفه الاجتماعية كاملة.

فللشخص القيام ببعض التصرفات القانونية على الجانب الفردي للحق في سلامة الجسم لكن لا يجوز له ذلك بخصوص جوانبه المتعلقة بإرتفاق المجتمع، بحيث تنتهي حدود الجانب الفردي للحق في سلامة الجسم عندما تبدأ معالم الجانب الاجتماعي في الظهور، و معيار التفرقة بين جوانب الحق التي تكون محلا لإرتفاق المجتمع و تلك التي تتحرر من هذا الإرتفاق تعتبر من المسائل الدقيقة و الصعبة [4]، فاستقطاع أحد الأعضاء يكون مشروعا إذا كان يترتب عليه مساس محدود بالوظيفة الاجتماعية مع أنه من الأفضل ألاّ يترتب عليه أي تهديد لهذه الوظيفة ، و السماح بإجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية لإنقاذ إنسان ما كان سيفقده المجتمع، لابد و أن يؤدي إلى زيادة النفع الاجتماعي [5].

إذا كان الجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسم يهدف إلى تكامل الأفراد و الرقي بالمجتمع كوحدة واحدة من خلال أداء كل فرد لوظيفته الاجتماعية المنوطة به، فإن العبرة تكون دائما بالمحصلة النهائية لسلامة الأفراد ككل دون النظر إلى حالة كل منهم على حدى. فعمليات نقل و زرع الأعضاء تكون مشروعة إذا كانت المنفعة المحصل عليها بعد العملية أكبر مما كانت عليه قبلها، حيث تعد المنفعة الاجتماعية هي المعيار الذي يستند إليه في تحديد المشروعية و هذا ما يسمى بمجموع

---

[1]- حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 55 .
[2]- مهند صلاح أحمد فتحي العزه : المرجع السابق المرجع السابق ، ص 75 .
[3]- نجيب حسني : المرجع السابق ، ص 547 .
[4]- حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء : المرجع السابق ، ص 55 .
[5]- هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص139.

المنفعة الاجتماعية حيث تكون الحصيلة النهائية هي فائدة اجتماعية محققة حتى لو نقص مردود المتبرع مادام النفع الاجتماعي ارتفع.

لمزيد من التوضيح لدينا المثال التالي: إذا كنا أمام شخص سليم الكليتين و آخر مريض بالفشل الكلوي الذي يهدده بموت مؤكد و قدرت المنفعة التي تعود على المجتمع من الشخص السليم بنسبة 100% و المنفعة التي تعود من المريض بنسبة 10% فهذه النسب سوف تختلف في حال إجراء عملية استئصال العضو و نقله من الشخص السليم إلى الشخص المريض، فإذا كان النقص الذي سيعود على المعطي ضئيل بحيث تصبح المنفعة الاجتماعية بالنسبة للشخص السليم 70% و منفعة المريض ترتفع إلى 60 % فإن مجموع المنفعة بعد العملية على مستوى الشخصين المشتركين فيها يكون أكبر مما كان عليه قبل إجرائها.

فالعملية هنا أدت إلى زيادة المنفعة الاجتماعية و مشروعية العمليات وفق هذه النظرية يقدر بمعيار المنفعة الاجتماعية و طالما أدت هذه العمليات إلى زيادة المنفعة الاجتماعية فلا نملك إلاّ إضفاء صفة المشروعية عليها.

تعد فكرة المصلحة الاجتماعية معيارا لمشروعية عمليات نقل و زرع الأعضاء ذلك أنها تحمل في مضمونها مجموعة من المزايا [1] تتمثل في :

- تصلح فكرة المصلحة الاجتماعية معيارًا لمشروعية عمليات نقل و زرع الأعضاء حيث يكون أحد أطرافها متبرعا و ليس في تبرعه أي مصلحة علاجية و ذلك دليل قاطع على تحقق أسمى معاني المصلحة الاجتماعية التي تعلو على المصلحة الفردية.

- إن المصلحة الاجتماعية تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة و هي حماية المجتمع من خلال إسدال ستار الحماية على حق الإنسان في الحياة و في سلامته الجسدية. لذلك على الطبيب مراعاة الأصول الطبية و احترام القوانين و الأنظمة المتعلقة بمهنة الطب و ذلك لمراعاة حق الإنسان في الحياة، كما أن هذا الأخير واجب عام يقع على الكافة.

- يجب ألاّ يؤدي انتزاع العضو من المانح إلى انتقاص دائم و جسيم في صحته حيث يظل ما سيلحق به من أضرار أقل مما سيصيب المتلقي من ضرر إن لم يزرع له العضو أو على الأقل أن تكون الحالة الصحية لكليهما بعد إجراء العملية متعادلة [2] .

---

[1]- سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 88 .

[2]- مهند صلاح أحمد فتحي العزه : ال مرجع السابق ، ص 76 .

البند الثاني نطاق نظرية المصلحة الاجتماعية:

إن معيار المصلحة الاجتماعية كأساس لمشروعية عمليات نقل الأعضاء يظهر لنا جليا في عمليات نقل الدم و عمليات نقل و زرع الأعضاء المزدوجة التي لا تمس بأصل الحياة.

1- عمليات نقل الدم: إن عملية نقل الدم تؤدي إلى الإنقاص من إمكانيات الشخص من الناحية الاجتماعية إلى حد ما، لكن كافة الاتجاهات الطبية و العلمية أجمعت على أن هذا الانتقاص آني و مؤقت و سرعان ما يعوض على المدى القريب [1]، فمتى كان توقف الشخص عن أداء وظيفته بسبب التبرع بالدم لا يصيب المجتمع بضرر و لا يقلل من قدرات الشخص على القيام بوظائفه الاجتماعية كان ذلك مشروعا، فلو كان سحب الدم من الشخص يؤدي إلى إضعافه مما يؤثر على المصلحة الاجتماعية التي يقدمها كما لو كان مريضا بفقر الدم فإن تبرعه قد يتسبب له في تعقيدات قد تحبسه عن أداء وظيفته الاجتماعية بصفة مؤثرة.

أما إذا كان الشخص سليما، فطالما أن سحب الدم منه لا يمس الوظيفة الاجتماعية فإن الشخص يجوز له التصرف في دمه في تلك الحدود، و هذا يستلزم من الطبيب ضرورة التأكد من حالة المتنازل الصحية بإجراء الكشف الأولي على حالته لبيان ما إذا كان قادرا على التبرع، و لبيان ما إذا كان هذا التبرع قد يلحق به ضررا أو انتقاصا في أدائه لوظائفه، و ذلك قبل السماح له بالتنازل أو التبرع بالدم [2] .

2- عمليات نقل و زرع الأعضاء المزدوجة التي لا تمس بأصل الحياة : يستفيد المجتمع من عمليات نقل و زرع الأعضاء حيث أنها تؤدي إلى إنقاذ فرد من أفراده و زيادة النفع الاجتماعي، فحتى لو كانت إمكانيات المنقول منه ستتأثر و تنخفض نوعا ما فإن المجتمع لا يتأثر لأنه من جهة أخرى هناك زيادة في جانب المريض الذي سيرتفع مردود عطائه بعد العملية. إذ أنه حتى و إن لم يحقق مصلحة علاجية للمتنازل فإن ذلك إنقاذ لفرد آخر من أفراد المجتمع حتى يتمكن من أداء التزاماته و واجباته اتجاه المجتمع، فعلى العكس من عمليات نقل الدم فإنه في عمليات نقل و زرع الأعضاء يكون النظر إلى الوظيفة الاجتماعية على مستوى شخصين و ليس شخص واحد.

الشخص المريض الذي يعد الزرع الحل الوحيد لعلاجه و إنقاذه من الهلاك بعد فشل الطرق العلاجية الأخرى و عدم فاعليتها كالأدوية و الأعضاء الصناعية، كما أن الزرع يحقق له مصلحة

---

[1]- سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، 90 .

[2]- محمد نجيب حسني : المرجع السابق ، ص 568 ، 569 .

علاجية و للمجتمع مصلحة اجتماعية. وبالنسبة للمتبرع فإن ذلك لا يحقق له مصلحة علاجية و قد يؤثر على المصلحة الاجتماعية في جانبه، فالأصل أن الشخص له حرية التصرف بحيث له إجراء بعض التصرفات القانونية على الجانب الفردي للحق في سلامة الجسم و دون المساس الخطير بالوظيفة الاجتماعية للجسم[1]، بحيث أن أي مساس بسلامة الجسم يؤدي إلى الانتقاص من قدرات الشخص و بالتالي تخفيض مردود النفع الاجتماعي يعد غير مشروع.

فتبرع الشخص بأحد أعضائه لا يؤدي بالضرورة إلى نجاح العملية على مستوى كل من المتبرع و المريض فاحتمالات الفشل واردة، فبالنسبة للمريض إذا كان الزرع هو الحل الوحيد له فإن فشل العملية قد لا يؤثر كثيرا على وظيفته الاجتماعية بل من الممكن أنه لم يكن يؤدي أي وظيفة اجتماعية سابقا بسبب مرضه و لن يؤديها لاحقا.

أما المتبرع الذي يكون شخص سليم و قد يكون مردوده الاجتماعي بنسبة 100 % فإن التنازل حتى في حال نجاح العملية فإنه بعدها لن يكون متمتعا بكل قدراته لأن كل عضو خلق لوظيفة معينة حتى لو كانت بسيطة و غيابه قد يتسبب في تعقيدات ستؤثر على وظيفته الاجتماعية عاجلا أو آجلا، فالصحة الكاملة لا تتوافر إلاّ بصحة جميع الأعضاء [2]، فمن يتبرع بإحدى كليتيه قد يعيش حياة مستقرة بكلية واحدة إذا كانت سليمة أما إذا أصيبت بأي مرض و إمكانية ذلك كبيرة لأنها بعد العملية تؤدي عمل كليتين فإن ذلك قد يؤدي إلى هلاك الشخص، و بذلك يكون المجتمع قد فقد نسبة من المصلحة الاجتماعية، بل حتى المريض قد يتعرض لظاهرة الرفض و قد يموت فلا يتحقق بذلك لا مصلحة علاجية للمريض و لا مصلحة اجتماعية للمجتمع.

البند الثالث نقد فكرة المصلحة الاجتماعية

لقد تعرضت نظرية المصلحة الاجتماعية لعدة انتقادات نذكر منها:

1- إن الأخذ بنظرية المصلحة الاجتماعية سوف يؤدي إلى المساس بكرامة الإنسان كما أنه ينطوي على تناقض بعض القيم الإنسانية بحيث أن المعيار هو المنفعة الاجتماعية و ما سيعود على المجتمع من فائدة جراء عمليات نقل و زرع الأعضاء، دون الاهتمام بأطراف العملية و دون النظر إلى الجانب الفردي في العملية.

---

[1]- هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص 139 .

[2]- حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء، المرجع السابق ، ص 57 .

صحيح أنه قد تلتقي المصلحة الاجتماعية و المصلحة الفردية، فزرع عضو في جسم شخص على وشك الموت يجعله قادرا مثلا على العمل و بالتالي تستفيد منه الجماعة، و لكن في بعض الأحيان لا تتلاقى المصلحة الاجتماعية و المصلحة الفردية، فتنازل عالم كبير عن إحدى كليتيه إلى موظف بسيط - حسب أنصار نظرية المصلحة الاجتماعية- لا يقدم أي نفع اجتماعي بل بالعكس يتسبب في نقصه و عليه فإن هذه العملية تعتبر غير مشروعة و العكس صحيح، فتقدير المنفعة يكون منوطا دائما بالأهمية الاجتماعية للشخص وما يشغله من مركز علمي أو قيادي و هكذا فإن الحسابات سوف تتجاوز البعد الإنساني للفرد و تطغى عليه تحت ستار النفع الاجتماعي [1].

2-إن فكرة المنفعة الاجتماعية تبدأ عند حدود المنفعة الفردية لكن ما هو المعيار الذي يفصل بينهما ؟ الأمر لا يخلو من الغموض و بعد عن الدقة، فضلا عن أن ذلك قد يؤدي إلى عدم اعتبار إرادة الشخص، كما أنها تقدم أساسا – في المستقبل – لعمليات نقل للأعضاء تتم عنوة [2] حيث يتم إجبار الأشخاص على التنازل عن أعضائهم أو أخذها منهم بالقوة بحجة أن ذلك يحقق فائدة للمجتمع خاصة إذا تعلق الأمر بمريض له مكانة مرموقة في المجتمع كأن يكون عالما أو مسئولا مهمًا .

3- كما أن هذا الرأي سوف ينزل بالصحة العامة للأفراد بحيث تنتزع الأعضاء وفقا لما يقدر من و فائدة اجتماعية، فهذا الرأي يتجاهل مشاكل و آثار الجراحة على المستوى الفردي [3] فعملية نقل العضو قد لا تكلل بالنجاح و بالتالي فإن النفع لا يلحق لا المريض و لا المجتمع. إضافة إلى ذلك فإذا نظرنا إلى المأخوذ منه العضو فالعملية في حد ذاتها تشكل خطرا عليه، ولا تحقق له أي مصلحة علاجية بل تنقص من قدراته و تؤثر على تكامله الجسدي و حتى المريض المتلقي للعضو قد يتعرض لعملية رفض الجسم للعضو المزروع مما قد يؤدي إلى هلاكه.

لذلك يؤكد البعض على ضرورة التفرقة بين معيار المنفعة الاجتماعية و ما قد يفضي إليه من شيوع في الصحة العامة و فكرة التضامن الإنساني التي ترتكز على أسس إنسانية و ضرورة أن يكون التنازل قد تم عن قناعة و روح عالية من جانب المانح [4].

---

[1]- مهند صلاح أحمد فتحي العزه : المرجع السابق ، ص 79 .
[2]- حمدي عبد الرحمن : المرجع السابق ، ص 132 .
[3]- حمدي عبد الرحمن : المرجع السابق ، ص 133 .
[4]- مهند صلاح أحمد فتحي العزه : المرجع السابق ، ص 79 .

الفرع الثالث: نظرية الضرورة

للابد أولا من تعريف حالة الضرورة و كذا الشروط الواجب توفرها ، هذا ما سنتناوله في البندين الأول و الثاني على التوالي، ثم نستعرض النقد الذي تعرضت له هذه النظرية في البند الثالث .

البند الأول تعريف حالة الضرورة

ذهب البعض في تأسيس إباحة عمليات زرع الأعضاء على حالة الضرورة حيث تباح الوسيلة التي يتفادى بها الشخص ضررا اكبر محدقا به أو بغيره، ويباح فعل الاستقطاع برغم ما يخلفه من مساس بجسم المعطي مادام أنه يتفادى حصول ضرر أكبر بجسم المتلقي.

لقد نص القانون على حالة الضرورة في المادة 130 من القانون المدني:" من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره، لا يكون ملزما إلاّ بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا".

فيكون الفرد في حالة الضرورة متى حملته الظروف المحيطة به إلى الإضرار بالغير حتى يتجنب ضررا أكبر محدقا به أو بغيره [1] ، حيث يجب توفر الشروط التالية هي وجوب كون الخطر حال و أن يكون مصدره أجنبي عن محدث الضرر و يكون الخطر المراد دفعه أكبر بكثير من الخطر الذي وقع . لقد وردت عدة تعار يف لحالة الضرورة منها:

الوضع الذي يسبب فيه الشخص لآخر ضررا و لو كان قليلا قياسا مع الضرر المحدق المراد تفاديه [2]، كما يقصد بحالة الضرورة وضع من يتراء له أن الوسيلة الوحيدة ليتفادى ضرر أكبر محدقا به أو بغيره أن يسبب ضررا أقل للغير [3].

وتعرف أنها الحالة التي يكون فيها شخص ما في ظروف تضطره إلى ارتكاب سلوك معاقب عليه في الحالات الاعتيادية وذلك ليدفع عن نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله خطرا جسيما محدقا به ، ولو كان في هذا اعتداء على حقوق الآخرين [4].

كما يقصد بحالة الضرورة حالة الشخص الذي يجد نفسه أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب فعل محظور معاقب عليه [5].

---

[1] - علي فيلالي : المرجع السابق ، ص 82 .
[2]- هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص149.
[3] - حسام الدين الأهواني :المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء ، المرجع السابق ،ص46 .
[4]- حسني عودة الزعال : المرجع السابق ، ص 29 .
[5]- سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 72 .

يعرف الأستاذ سافاتيه حالة الضرورة، في هذا المقام, بأنها موقف يظهر فيه بوضوح أن الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر كبير هي إحداث ضرر أقل، وأنها تقتضي بالتالي وجود خطر مباشر وحال على حياة شخص يفرض التضحية بإلحاق ضرر أقل بشخص آخر [1].

فحالة الضرورة في جوهرها لا تعدو كونها تشكل عملية موازنة بين ضرر وخطر يرجح أحدهما على الآخر بحسب جسامته, فالمنطلق مؤداه أن الطبيب الذي يقوم بإجراء تلك العملية إنما يدفع خطرا جسيما يهدد الغير (المريض) و ذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على من ينتزع منه العضو [2].

ففي كل عمل طبي لابد من الموازنة بين الخطر و فرصة الشفاء حيث يتم حساب الاحتمالات التي تنير للطبيب طريقه و ترشده إلى اتخاذ القرار المناسب، و في مجال زرع الأعضاء عملية الموازنة تكون محكومة ليس بمجرد موازنة عادية بين المخاطر و الآمال و إنما تدخل هذه الموازنة في حالة الضرورة و ما يميزها في هذا النوع من العمليات أنها تتعلق بأكثر من شخص، فتكون في جانب المريض كما في الحالات العادية حيث يهدف الطبيب إلى شفائه أما في جانب المتنازل الذي يعد شخص سليم فلا مجال للقول بالبحث عن مصلحته و هذا ما يميز هذه العمليات [3]، لذلك فإن الموازنة طبقا لحالة الضرورة لابد أن تتم وفق شروط معينة.

البند الثاني شروط حالة الضرورة:

تتطلب حالة الضرورة توفر مجموعة من الشروط تتمثل في وجود خطر جسيم حال ، بحيث لا يمكن تفاديه إلاّ باقتراف المحظور الذي يعد الوسيلة الوحيدة لمواجهة الخطر و أن يكون الفعل متناسب مع الخطر و سنتطرق لكل شرط على حدى :

1- وجود خطر محدق بالمريض يتهدده في حياته إن لم تتم عملية نقل العضو إليه و رغم أن الطبيب هو الذي يلجأ إلى هذا الفعل و يضطر إليه إلا أنه ليس لفائدته بل لفائدة المريض الذي يرى أن حياته معلقة على نقل العضو إليه و هذا لا يخرج عن إطار حالة الضرورة إذ أن المادة 130 من القانون المدني الجزائري لم تشترط كون الخطر يهدد الشخص نفسه بل حتى لو كان يهدد الغير فإنه يستفيد من حالة الضرورة.فالطبيب يرى أن هناك خطرا محدقا بغيره و هو المريض، وقد لا يكون الطبيب بل المتبرع حيث يرى أن المريض بحاجة إلى نقل عضو إليه و إلا سيهلك فيلجأ إلى التبرع بعضوه حيث يستعين في ذلك بالطبيب باعتباره صاحب الاختصاص.

---

[1]- حمدي عبد الرحمن : المرجع السابق ، ص 74 .
[2]- مهند صلاح أحمد فتحي العزه : المرجع السابق ، ص 62 .
[3]- حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 49 .

2- جسامة الخطر المحدق مقارنة بالضرر المتوقع: حيث يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي وقع [1] فأخذ العضو من المتبرع ينطوي على مساس بسلامة جسمه بحيث يؤدي إلى الانتقاص من قدراته الحيوية لكن لا يمس بأصل الحياة و يمكن التعايش مع هذا النقص لكن عدم تزويد جسم المريض بالعضو الذي يحتاج إليه قد يؤدي إلى الموت ، فالضرر الذي يتعرض له المتبرع لا يقارن بجسامة الضرر الذي يتعرض له المريض ، أما لو حدث العكس مثال ذلك أن يكون كل من المتبرع و المريض لهما كلية مريضة و كلية سليمة ، فقيام المتبرع بمنح كليته السليمة يسبب له ضرر أكبر من الضرر الذي يتعرض له المريض إذا لم ينقل له العضو .

3- توقف سلامة المريض على عملية نقل العضو باعتبارها الوسيلة الوحيدة: حيث تكون عملية نقل العضو البشري و زرعه الطريق الوحيد لإنقاذ المريض من الهلاك بحيث لا يجوز استئصال عضو من جسد إنسان أو جثته إلاّ حال انعدام البديل [2]، و لا نكون بصدد حالة الضرورة إذا وجد هناك عضو اصطناعي أو عضو حيواني أو وجود أدوية يمكن تخفيف الضرر بها أو وجود جثة أوصى صاحبها باستئصال الأعضاء منها.

أما في حالة انعدام هذه البدائل فلا بديل يعوض نقل العضو من إنسان حي و قد تبلغ الضرورة ذروتها حيث لا يصلح أي عضو كعلاج بل قد يشترط أن يكون المتبرع من أقارب المريض حتى يمكن أن تكون الخلايا متجانسة تفاديا لظاهرة الرفض.

4- عدم هلاك المتبرع نتيجة الاستئصال: بحيث لا يؤدي إلى وفاته أو إصابته بضرر خطير يؤثر على صحته بصفة دائمة و ينقص من فعالية وظائف الجسم، فالتضامن الإنساني يستلزم الإبقاء على حياة الشخصين في ظل أفضل الظروف الصحية [3]، فلا تعد حالة الضرورة متوافرة إذا ما كان المعطي يعيش بكلية واحدة و يتم استئصالها لإنقاذ حياة شخص آخر.

5- إشتراك أكثر من فريق طبي في تقدير الضرورة: تنص المادة 2/167 من القانون85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها: " تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الانتزاع و الزرع و تأذن بإجراء العملية ".

---

[1]- سميرة عايد الديات : المرجع السابق ،ص76 ، حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ،ص 50 .
[2]- هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص 151 .
[3]- حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 50 .

و لتقدير الضرورة أي الموازنة بين الخطر الذي قد يتعرض له المتبرع و الخطر الذي يهدد حياة في حالة عدم نقل العضو إليه لابد من تجنيد أكثر من فريق طبي واحد فهذه العمليات دقيقة جدا و تحتاج إلى مهارات عالية و في هذا الإطار، اقترح في أغلب المؤتمرات الطبية الخاصة بزرع الأعضاء أن يكون الفريق الطبي الذي يجري الاستئصال مختلفا عن الفريق الطبي الذي يقوم بالزرع و ذلك حتى تكون الموازنة غير مغرضة أو مدفوعة بشهوة العلم[1] .

البند الثالث نقد حالة الضرورة:

لم تسلم نظرية الضرورة من الانتقادات، ونذكر منها ما يلي:

1- إن الأخذ بنظرية الضرورة كأساس لإباحة نقل و زرع الأعضاء ينطوي على إهدار لإرادة الشخص المتنازل ولإرادة المريض، و مسا س بحرمة جسديهما و اعتداء على الحق في سلامة الجسم، بحيث يصبح بالإمكان حينذاك انتزاع أعضاء الأشخاص جبرا خصوصا أن رضا المانح ليس عنصر في حالة الضرورة[2] .

2- هناك بعض عمليات نقل وزرع الأعضاء لا تحتويها نظرية الضرورة فهذه الأخيرة تفترض بذاتها وجود قيمة حقيقية مهددة بخطر وشيك الوقوع [3] ،أي يجب لإمكان تطبيق فكرة الضرورة أن توجد قيمة ما يتعين حمايتها، ففي حالة الإنسان فاقد البصر فإننا نوجد بصدد حالة انعدام البصر ،لا بصدد خطر وشيك الوقوع و ما يترتب على زرع القرنية هو اكتساب قيمة لا حماية قيمة كانت موجودة [4] كما أنه من شروط حالة الضرورة وجود خطر وشيك وحال حيث يتوفر عنصر الاستعجال و لا أثر لذلك في حالة التبرع لبنوك الأعضاء البشرية، و عليه فإن فكرة الضرورة لا يمكن الاستناد إليها لتبرير كل عمليات نقل وزرع الأعضاء.

3- من أهم شروط حالة الضرورة أن يكون ارتكاب ذلك الفعل هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض وأن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي سيلحق المتبرع - أي اللزوم والتناسب- الأمر الذي لا يمكن القول بتوافره في بعض عمليات نقل وزرع الأعضاء و خاصة عمليات نقل وزرع الكلى حيث أن المريض بالفشل الكلوي من الممكن أن يعيش لفترة طويلة على جهاز الكلى

---

[1]- سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 78 .
[2]- مهمد صلاح أحمد فتحي العزه : المرجع السابق ، ص 70 .
[3]- مروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 85 .
[4]- . أحمد شرف الدين :زراعة الأعضاء و القانون ،مجلة الحقوق و الشريعة ،السنة الأولى ،العدد الثاني، كلية الحقوق و الشريعة ، الكويت ، 1977 ، ص 171 .

الاصطناعي أو ما يعرف بالغسيل الكلوي فلا يمكن والحالة هذه الادعاء بأن نقل الكلية من شخص سليم لهذا المريض هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر الذي يتهدده.

فبوجود علاج بديل عن عمليات نقل وزرع الأعضاء فلا يمكن القول بوجود حالة ضرورة للجوء إلى هذه العمليات و عليه تعد هذه العمليات غير مشروعة لعدم صلاحية حالة الضرورة كسبب و أساس لإباحة هذه العمليات.

4-إن حالة الضرورة و إن توفرت شروطها بالنسبة للمريض إلاّ أنها غيرمتوفرة بالنسبة للمعطي [1] و ذلك لكونه شخص سليم لا يتهدده أي خطر و بالتالي فإن حالة الضرورة لا تغطي أطراف عملية نقل و زرع الأعضاء جميعهم بل إنها تنطبق على طرف واحد فقط وهو المتلقي (المريض) هذا من جهة و من جهة أخرى فإن الطبيب الذي يعد أحد أطراف هذه العملية وهو المرتكب للفعل الذي تم تأسيس إباحته على حالة الضرورة، فإن هذه الأخيرة لا تتوافر في جانبه و عليه فليس هناك مسوغ يبيح للطبيب ارتكاب فعل الضرورة اللهم إلاّ إذا كان هو نفسه المتلقي الذي يحتاج إلى زراعة العضو[2]

غير أنني أرى أنه بالنسبة لنظرية السبب المشروع فهذا شرط بديهي وعام من الواجب توافره في كل التعاملات و ليس خاص بالتعامل بالأعضاء البشرية فقط، فلا يجوز التعامل بالأعضاء إذا كان الهدف من وراء ذلك هو تحقيق الربح فهذا مخالف للنظام العام نظرا للنتائج الخطيرة التي قد تترتب لو فتح هذا الباب.

أما بالنسبة لمعيار المصلحة الاجتماعية فلا يصلح كأساس لإباحة هذا النوع من التعامل، يمكن الاعتماد عليه لحمل الأشخاص على التبرع باسم التضامن الإنساني و تحقيق المنفعة المشتركة و الإيثار لكن كأساس قانوني لإباحة التعامل بالأعضاء البشرية فهو غير مقبول حتى أنه لاقى معارضة شديدة لأنه يحمل بين طياته الإهدار لكرامة الإنسان و إرادته، فمن سلبياته أنه يؤدي إلى أخذ أعضاء الأفراد عنوة باسم مصلحة المجتمع.

يعد معيار حالة الضرورة رغم الانتقادات الموجهة له - لكن مع بعض التعديل لشروطه و بعض الإضافات - المعيار المناسب، فما من أمر يدفع إلى المساس بحرمة جسم الإنسان و استئصال أعضائه إلا إذا كانت حالة الشخص المريض في موقف حرج و حساس. وعليه فإن أساس إباحة

[1] - سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 83 .
[2] - مهند صلاح أحمد فتحي العزه : المرجع السابق ، ص 69 .

التعامل بالأعضاء البشرية هو حالة الضرورة مع كون الدافع هو تحقيق مصلحة علاجية و مع توفر روح التضامن الإنساني و بإرادة المتبرع الحرة.

نخلص من هذا الفصل إلى أن التعامل في الأعضاء البشرية لايزال موضع خلاف على كل المستويات (الشرعية و القانونية)، بين معارض استنادا لمبدأ حرمة جسم الإنسان الذي كرمه المولى عز وجل وأعلى شأنه بين جميع المخلوقات ، و الذي يعد من مبادئ القانون الأساسية حيث يجب أن يكون كل قانون و كل تقدم علمي موجه لخدمة الإنسان، فالإنسان غاية و ليس وسيلة .

و بين مؤيد إعتمادا على تحقيق أهداف علاجية و منافع إجتماعية، واستجابة لحالة الضرورة التي تفرضها حالة المرضى والتطورات الحاصلة في المجال الطبي و التي تهدف أيضا للحفاظ على حياة الإنسان و توفير أحسن طرق العلاج ، و رغم ذلك فالواقع أن هذه التعاملات موجودة و منتشرة بشكل واسع و عليه لابد من البحث عن أطر قانونية تحكمها بدلا من الخوض في غمار الجدل، مع مراعاة عدم المساس بحرمة جسم الإنسان .

الفصل الثاني: أحكام التعامل في الأعضاء البشرية

إختلفت الآراء و تضاربت حول مشروعية التعامل في الأعضاء البشرية أو حتى الانتفاع بها بين مؤيد و معارض و كل يدافع عن رأيه بشتى الحجج التي كونت قناعته و رسختها في ذهنه، وبعد هذا المخاض ما يهمنا هو أنه رغم تلك الاختلافات فإن عمليات نقل و زرع الأعضاء في الواقع موجودة و تجري يوميا في مختلف المستشفيات في العالم و تشهد تطورات في كل لحظة، لذلك لابد من وضع أحكام صارمة تنظم هذه العمليات، فالأمر هنا يتعلق بجسم الإنسان الذي اشتد الخلاف بين الفقهاء بسببه كل يحاول الدفاع عنه و الحفاظ على كرامته حيا و ميتا بطريقته الخاصة، لذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى الضوابط و الأحكام التي تضبط التعامل في الأعضاء البشرية سواء كان المصدر إنسان حي (المبحث الأول) أو إنسان ميت أي جثة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أحكام التعامل في أعضاء الأحياء.

إن مبدأ حرمة جسم الإنسان و الحق في سلامته الجسدية هو من بديهيات الشرع و القانون فكل منهما يسعى إلى تحقيق كرامة الإنسان و مصلحته، و هو مبدأ مكرس دستوريا، حيث جاء في الدستور الجزائري 28 نوفمبر1996 ما يفيد ذلك فقد نصت المادة 34 على أنه:" تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة "، فحتى لو كانت هناك استثناءات في هذا الصدد إلاّ أنه يجب ألا تتجاوز الحد المعقول، لذلك لابد من بيان الضوابط التي تحكم هذه التعاملات.

المطلب الأول : الضوابط المتعلقة بالنظام العام.

باعتبار أن الحق في الحياة و كرامة الإنسان من المبادئ الأساسية فهي تعد من النظام العام لذلك لا يجوز التعدي عليها، وعليه سنتطرق إلى حدود المساس بهذه المبادئ من خلال فرعين الأول يتضمن نطاق الأعضاء الجائز التبرع بها و الثاني يتضمن التعامل في الأعضاء البشرية و المقابل المادي.

الفرع الأول: نطاق الأعضاء الجائز التبرع بها:

هناك عدة تقسيمات للأعضاء البشرية تختلف حسب الزاوية التي ينظر منها إليها كالقابلية للغرس و القابلية للتجدد كذلك من حيث الظهور و الازدواجية، لكن أهم تقسيم نعتمده هو ذلك المتعلق بالتأثير أي أثرها على حياة الإنسان في حالة فصلها عنه، و على هذا الأساس ستكون دراسة هذا الفرع الذي نقسمه إلى بندين، الأول يتعلق بالأعضاء التي يتوقف عليها استمرار الحياة و الثاني تلك التي لا تتوقف عليها الحياة.

البند الأول: الأعضاء التي يتوقف عليها استمرار الحياة:

في هذا النوع قد يؤدي استئصال العضو إلى توقف الحياة مباشرة أو يؤدي إلى تعطيل وظيفة أساسية من وظائف الجسد و تضرر بالمتبرع ضررا بليغا.

1- الأعضاء التي ليس لها مثيل في الجسم:

من المبادئ المستقرة و التي ينبغي على الطبيب التقيد بها، عدم استئصال عضو تتوقف عليه حياة الإنسان أو تهديدها بخطر جسيم يؤثر على وظيفة اجتماعية كالقلب و الدماغ و ما شابه و لو برضاء المتبرع لأن ذلك يعني موته الأكيد [1]، فلا يجوز نزع أعضاء توجب الموت آجلاً أو عاجلاً فإنه من قتل النفس وإلقائها الى التهلكة وقد حرمهما القرآن المجيد حتى وإنْ أنقذ به نفساً محترمة من الهلاك، فهذا النحو من الايثار لم يثبت جوازه في الشرع[2]، فاستنادا لمبدأ حرمة الجسم ليس للإنسان التصرف في عضو يهدد الاستغناء عنه حياته بالخطر، كما لا يجوز من باب أولى أن يتنازل الشخص عن عضو لازم لأداء الجسم لوظائفه الحيوية، فالتصرف في القلب أيا كانت مبرراته و التصرف في الكبد، كلها تصرفات محظورة و تقع باطلة بطلانا مطلقا، فهذا و أمثاله قتل للنفس و انتحار بطيء و الله تعالى يقول في محكم تنزيله: **" وَ لاَ تَقْتُلُوا أَ نْفُسَكُمْ "** الآية 29 من سورة النساء و هو من أشد المحرمات في الشرع و الفطرة، على ذلك يكون الحكم هو حرمة نقل أي جزء من أجزاء الإنسان[3]، بحيث يجب ألاّ يرتب الاستقطاع ضررا فاحشا بالمعطي فالشرع قد أقام مبدأ التساوي بين بني آدم، لا يسمح أن يقتل أحدهم لإحياء آخر[4]، فإن لم تتحقق الطمأنينة التامة بأن ذلك لن يؤثر على استقرار

---

[1] - فرج صالح الهريش : موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة – دراسة مقارنة زرع الأعضاء البشرية- ، الدار الجماهرية للنشر و التوزيع و الإعلانات ، بنغازي، 1996 . هيثم حامد المصاروه : المرجع السابق ، ص 156 .

[2] - الشيخ محمد آصف المحسني : www.rafed.net/books/fegh/feghh/index 1

[3] - محود محمد عبد العزيز الزيني : مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ،1991 ،ص63 .

[4] - أحمد شرف الدين : التقدم العلمي و الإجتهاد في مجال الطب ، المرجع السابق ، ص 497. يوسف القرضاوي : المرجع السابق ، ص533 .

الحياة و سلامتها، فنحن إذا بصدد طائفة الأعضاء الضرورية التي لا يجوز التنازل عنها أو المساس بها مطلقا. فهذا شرط بديهي اتفقت عليه جميع التشريعات التي أجازت استقطاع و نقل الأعضاء بين الأحياء، حيث ينتفي شرط من شروط الضرورة و هو التناسب بين الضرر الذي يتحقق و الفائدة المرجوة من عملية الاستقطاع لما يؤدي نقل العضو الأساسي إلى ضرر بالمنقول منه ضررا محققا يضر به كليا و يفقده حياته. فلقد جاء في المادة 03 من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية: لا يجوز نقل عضو من أعضاء الجسم إذا كان هو العضو الأساسي في الحياة حتى و لو كان بموافقة المتبرع ".

نصت المادة 1/162 من قانون حماية الصحة الجزائري:" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلاّ إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر.." بمفهوم المخالفة إذا كان استقطاع العضو يؤدي إلى وفاة المتبرع أي يؤثر على استمرارية الحياة فهو غير جائز. المادة 1/4 من القانون رقم 23 لسنة 1977 المتعلق بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني:" ألاّ يقع النقل على عضو أساسي للحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي إلى وفاة المتبرع و لو كان ذلك بموافقته"[1].

ومن الفتاوى الصادرة في هذا الشأن: فتوى مجمع الفقه الإسلامي التي جاء فيها:" يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر"[2].

كما نصت فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي على أن"لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضررا يخل بحياته العادية لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله و لا بأشد منه و لأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة و هو أمر غير جائز شرعا "[3]. و جاء في الفتوى الشرعية في دولة الكويت:" فإن كان الجزء منه يفضي إلى موته كالقلب أو الرئتين كان النقل حراما مطلقا سواء أذن أم لم يأذن لأنه إن كان بإذنه فهو انتحار و إن كان بغير إذنه فهو قتل نفس بغير حق و كلاهما محرم"[4]. أما في الجزائر فقد جاء في فتوى المرحوم الشيخ أحمد حماني رئيس المجلس الإسلامي الأعلى: " أما إن كان المتبرع لا يعيش بغير العضو المتبرع به كالتبرع بالقلب مثلا

[1] -محمد أحمد بدوي : المرجع السابق ، ص 223 .

[2] - فتوى بتاريخ 02/11/ 1988 مشار إليها في محمد عبد المقصود حسن داود : مدى مشروعية الإستشفاء بالدم البشري و أثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي و القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية ،1999، ص508 .

[3] - فتوى بتاريخ 1988/01/28 بمكة المكرمة مشار إليها عبد الحميد الأنصاري ، المرجع السابق ، ص 23 .

[4] - محمد فارح : المرجع السابق ، ص 114 .

فلا يجوز له التبرع بقلبه أو غيره مما يموت منه، لأنه سيكون سببا لوفاته، ولا يقدم على قتل إنسان لمحاولة إحياء غيره.."[1].

2- الأعضاء التي لها مثيل في الجسم:

إذا كان التبرع يجعل حياة المتبرع غير مستقرة ة إنما مهددة بالعلل و المخاطر الصحية، و إذا كان المساس ينال الجسد في أحد أعضائه الحيوية الهامة و التي لا يشترط فيها أن تكون أساسية في استمرار الحياة بل يكفي أن يكون العضو محل الاعتداء مؤديا لإحدى الوظائف الحيوية في الجسم

و لو لم يكن من شأن تعطيل هذه الوظيفة إنهاء الحياة أو توقفها [2]، و إذا كان النقل يؤدي إلى ضرر بالغ بتفويت أصل الانتفاع كقطع كلية أو قرنية أو يد أو رجل، لا يجوز و حرام على الإنسان أن يقدم على هذا العمل و ذلك لأنه تهديد لحياة متيقنة بعملية ظنية موهومة، فمن يفتقد عضوا عاملا في بدنه، يرتفع عنه بمقدار عجزه عدد من التكاليف الشرعية كما في قوله تعالى:" **لَيْسَ عَلَى اَلْأَعْمَى حَرَجٌ وَ لاَ عَلَى اَلأَعْرَج حَرَجٌ وَلاَ عَلَى اَلْمَرِيض حَرَجٌ** "النور 61، و لهذا لا يجوز التبرع بالأعضاء الظاهرة في الجسم مثل العين و اليد و الرجل لأنه يزيل ضرر غيره بإضرار مؤكد لنفسه، لما وراء ذلك من تعطيل للمنفعة و تشويه للصورة [3] ،فأي عملية تؤدي إلى ضرر كبير بالمتنازل و تعوقه عن أداء وظائفه الاجتماعية ، مثل الوظيفة التي كان يمارسها قبل التبرع بالعضو تعتبر مخالفة للنظام العام .

فلا يجوز للطبيب القيام بالعملية إذا كانت تشكل خطرا على حياة المتبرع و تهديد حياته حالا أو مآلا حتى لو كان العضو مزدوجا كالتبرع بإحدى الكليتين علما أن الكلية المتبقية مريضة و ضعيفة، وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة في مؤتمره الرابع:" يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته و إن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرنية العينين كلتيهما"[4].

كما أن بعض التشريعات تتشدد في تحديد الأعضاء التي يصح أن تكون محلا لعمليات نقل الأعضاء البشرية، إذ أنها لا تكتفي بتحريم هذه العمليات بالنسبة للأعضاء الأساسية للحياة،

أو الأعضاء التي من شأن استئصالها التأثير في الوظيفة التشريحية التي خلق العضو من أجلها بل تشترط أكثر من ذلك ألاّ يترتب على نقل العضو تشويه ظاهر للجسم، أي ألاّ يكون عضوا من الأعضاء التي يؤدي استئصالها إلى تشويه المنقول منه تشويها ظاهرا.

---

[1]- الشيخ أحمد حماني : المرجع السابق ، ص 435 .

[2] - مهند صلاح أحمد فتحي العزه : المرجع السابق ، ص 12 .

[3] - يوسف القرضاوي : المرجع السابق ، ص 533 ، فايز الظفيري : نقل و زرع الأعضاء من منظور جنائي-،مجلة الحقوق ، السنة25،العدد2 ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، 2001 ، ص136 .

[4] -جاسم علي سالم الشامسي : المرجع السابق ، ص 31 .

البند الثاني الأعضاء التي لا يتوقف عليها استمرار الحياة:

نتناول في هذا البند الأعضاء التي ليس لها مثيل في الجسم لكنها متجددة و الأعضاء المزدوجة.

1- الأعضاء المتجددة:

يراد بهذا الانتفاع كل غرس لا يؤثر في صحة المتنازل عن العضو لا في الحال ولا في المآل و إن كان هناك ضرر فهو من النوع الذي يحتمله عادة و لن تكون له أية آثار أو مضاعفات جانبية ذات بال بل أن منه ما ينتفع به المعطي علاوة على الآخذ[1]، فهو تصرف ليس من شأنه أن يسري بصاحبه إلى الموت لا يقينا و لا ظنا بل الشأن فيه أن لا يعقب أي ضرر بأصل الحياة بل تبقى سالمة مستقرة [2]، و لا يتسبب أخذها إلى أية أضرار دائمة للشخص المتبرع، في الوقت الذي تؤدي فيه أنواع هذا التبرع و خاصة التبرع بالدم إلى منافع عظيمة لا يقاس بها ما يتحمله المتبرع من بعض المنغصات الآنية.

فإذا كان بالإمكان أن يظل الشخص على قيد الحياة رغم استئصال عضو معين من جسمه، فإننا سوف نكون بصدد طائفة الأعضاء غير الضرورية و التي يجوز المساس بها و التنازل عنها لكن بشروط و ضوابط معينة، و هي الأعمال التي يرجى منها الأجر العظيم في الدنيا و الآخرة، أجر من أحيا نفسا، و هذا النوع من الانتفاع يتردد حكمه بين الاستحباب و الفرض الكفائي في بعض الأحوال، ذلك لأن إنقاذ النفوس أو عضو في البدن من الهلاك من الواجبات الشرعية كما جاء في فتوى المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بأن نقل الأعضاء يصل إلى حد الفروض الكفائية [3]،

و جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة في المادة 02:" يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر إن كان هذا العضو يتجدد تلقائيا كالدم و الجلد " [4].

2- الأعضاء المزدوجة:

إن التصرف في أجزاء من الجسم لا تتعرض معها الحياة للخطر خضع لتطور هام بدأ من الحظر و اتجه نحو الإباحة بقيود بحيث يجوز التنازل عن الأعضاء المزدوجة و التي لا يؤثر استئصال إحداها على إلحاق أضرار جسيمة بالمتنازل، بحيث يقوم العضو الثاني بنفس الأداء الذي يقوم به العضو المنزوع.

---

[1] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 372 .
[2] - محمد سعيد رمضان البوطي : المرجع السابق ، ص 123 .
[3] - الشيخ أحمد حماني : المرجع السابق ، ص 435 .
[4] - جاسم علي سالم الشامسي : المرجع السابق ، ص 31 .

يشترط لإباحة استقطاع إحداها إضافة إلى تناسب المخاطر التي يتعرض لها المعطي مع المزايا التي تعود على المتلقي، أن يكون العضو المتبقي قادرا على القيام بالوظيفة التشريحية للعضو المستقطع، أما إذا كان استقطاع أحد العضوين يؤثر في هذه الوظيفة، بالرغم من وجود العضو الآخر في جسم المعطي، فالاستقطاع غير مشروع. كما يجب أن يكون التبرع بالعضو سببا أكيدا لإنقاذ المستفيد من الموت، ولا يترتب عليه إحداث علل مستمرة في المتبرع كالتبرع بإحدى الكليتين، فأغلب الظن جواز مثل هذا التبرع بشروط أهمها انتفاء خطر السراية عن المتبرع بيقين و تحقق غلبة الظن بنجاح عملية الغرس في المتبرع له [1].

فقد جاء في مشروع قانون زراعة الأعضاء المقدم للجمعية المصرية للطب في المادة 02 منه أنه: " لا يجوز استقطاع غير الأعضاء المزدوجة و الأنسجة التي لا يؤدي استقطاعها إلى المساس بالوظيفة التشريحية للعضو المراد استقطاعه، و يحدد وزير الصحة قائمة بالأعضاء و الأنسجة الجائز استقطاعها "[2]، و عليه فإن التنازل بين الأحياء هو تنازل عن الأعضاء المزدوجة، و هذا في حالة ما إذا كانت نصوص قانون نقل و زرع الأعضاء خالية من تحديد عضو معين بذاته يكون محلا للاستئصال كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري، اللبناني، الفرنسي و المغربي [3]. فالأصل هو جواز التبرع بالأعضاء المزدوجة متى توفرت الضوابط اللازمة لذلك، لكن هناك استثناء مفاده عدم جواز التبرع بأحد أنواع الأعضاء رغم أنها مزدوجة و ذلك لأنها تحمل الصفات الو راثية، هناك اتفاق على أن هذه الأعضاء بالإضافة إلى أنها قد تعطل مصلحة واجبة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، كقطع النسل الواجب استمراره، إلاّ أن التبرع بها يؤدي إلى خلط الأنساب، الأمر المحرم تماما شرعا[4]، فهذه الأعضاء تختلف في وضعها عن غيرها من أجزاء الجسد الآدمي لتعلق مقصد شرعي خاص بها، و هو مقصد الشارع في حفظ الأنساب من الاختلاط[5].

---

[1] - محمد نعيم ياسين : حكم التبرع بالأعضاء ، المرجع السابق ، ص 47 .

[2] - أحمد شرف الدين : زراعة الأعضاء و القانون ، المرجع السابق ، ص173 .

[3] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 181 .

[4] - فايز الظفيري : المرجع السابق ، ص 137 .

[5] - و قد ذهبت بعض القوانين إلى النص صراحة على تحريم نقل الأعضاء التناسلية كالقانون الأردني في المادة 8 و التونسي و المادة7 من القانون القطري " يحظر مطلقا أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء و الأموات قصد زرعها " مشار إليها في عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 25 ، نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 204 .

الفرع الثاني: التعامل في الأعضاء البشرية و المقابل المادي

انقسمت آراء الفقهاء و التشريعات بصدد هذه المسألة إلى قسمين بين معارض لوجود المقابل المادي ومؤيد لذلك، و سنتطرق لها تبعا ثم نتطرق لفكرة التعويض عن الأعضاء البشرية.

البند الأول: مجانية التعامل في الأعضاء البشرية

1- موقف الفقه: تقوم عمليات نقل و زرع الأعضاء على أساس فلسفي و أخلاقي قوامه التضحية و الإيثار و التراحم و الحب تعبيرا عن معاني التضامن الإنساني في أروع صوره، فليس هناك أنبل من أن يتنازل شخص طائعا مختارا عن جزء من جسده لإنقاذ حياة أخ له في الإنسانية، بيد أن هذه القيمة الإنسانية النبيلة لا يمكن لها أن تحتفظ بقيمتها الحقيقية إلاّ إذا خرجت عن إطار المعاملات المالية، ففكرة المقابل النقدي في التصرف في أعضاء الجسم يعتبر أمرا مستهجنا لا يتفق مع الكرامةالإنسانية [1]، لذلك فإن العمل الضروري الذي يجري مفعوله في مجال النفس الإنسانية ذاتها أخذا و عطاءا، لا يصح شرعا إلاّ بطريق التبرع [2]، و القول بجواز التبرع لا يعني القول بجواز بيعها، الانسان الحر غير مملوك وغير مال ولذا لا يجوز بيعه وهبته ولا تصح معاوضته بوجه، فكذا اعضاؤه [3] (و قد سبق دراسة هذه النقطة في الفصل الأول) لذا يجب أن يكون الدافع إلى التبرع هو احتساب وجه الله تعالى و قيم التضامن الإنساني و التراحم و التضحيةو الإيثار و ليس المقابل المادي.

فمتى أراد المعطي الحصول على مقابل مالي فإنه يجرد عمله من كل قيمة معنوية [4]، فمبدأ عدم تجارية التعامل في الأعضاء يؤدي إلى إبطال كل الاتفاقيات التي تعطي قيمة مالية لجسم الإنسان و أجزائه أو منتجاته [5]، مبدئيا التصرف في الجسم ليس محظور، المهم أن يكون بصفة تبرعية لأن المعاملات المالية تؤدي إلى إخراج هذه العمليات من دائرة التضامن الإنساني و الأخلاق العالية، وتحل محلها الحاجة المادية و الصفقات التجارية التي تصبح هي الفيصل في قبول التبرع بالأعضاء.

---

[1] - عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998 ، ص 246 ، نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 297 ، أحمد شرف الدين : التقدم العلمي و الإجتهاد الطبي : المرجع السابق ، ص 497 .

[2] - جاسم علي سالم الشامسي : المرجع السابق ، ص 38 .

[3] - الشيخ محمد آصف المحسني : www.rafed.net/books/fegh/feghh/index 1

[4] - حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء ، المرجع السابق ، ص 130 .

[5] - Jean Penneau : Corps Humain, 34eme année,rep.civ. DALLOZ , Tome IV, 2 eme édition, juin 1995 , p5. .

و يتجه الفقه في تأصيل الصفة التبرعية ولكفالة ذلك تفرض التشريعات السرية على شخصية المتبرع و المتنازل و ذلك لسد باب الحصول على المقابل [1]، و من الحجج المعتمدة لدعم هذا الرأي:

أ- إهدار كرامة الإنسان و امتهان آدميته و تحويله إلى سلعة قابلة للمزايدة، فبيع الأجزاء الآدمية و لو كان تحت ضغط الحاجة فيه امتهان لحرمة جسم الإنسان و كرامته، فجسد الإنسان بناه الله و كرمه وحباه عن بقية المخلوقات و سما به عن المتاجرة بالبيع و الشراء.

ب- إن بيع الأعضاء يقع باطلا ذلك أن محل الحقوق الأموال وليس الإنسان وأن جسم الإنسان و أعضاؤه ليسا مالا يصلح للتعامل فقد كرمه الله و يجب ألا يكون التبرع سببا أكيدا للإساءة إلى الكرامة الآدمية، ويعتبر كذلك إذا كان التبرع بالعضو لجهة يغلب على ظن المتبرع أنها تتاجر بأجزاء الجسد الإنساني و تستغل حاجة المرضى لبعض هذه الأجزاء و تتخذ ذلك أسلوبا للربح[2]. ج- ظهور عصابات عالمية للتجارة في الأعضاء البشرية تقوم بأعمال السطو و التهديد و تستخدم الأطفال المعوقين و المصابين بتخلف عقلي كمصدر لتوريد الأعضاء، حيث تصبح أجسادهم محلا لاستثمار سماسرة تجارة الأعضاء و الأثرياء من المرضى الذين يحتاجون إلى إجراء عمليات زرع الأعضاء[3]، و لقد أجمعت الفتاوى الصادرة في هذا الشأن على عدم جواز بيع الأعضاء البشرية:

- فقد انحاز مجمع الفقه الإسلامي بجدة إلى الاتجاه الراجح في الفقه الذي يحرم تحريما بتاتا التصرف في جسد الإنسان على سبيل المعاوضة في الفقرة 7 من القرار"و ينبغي ملاحظة أن الاتفاق على عدم جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بأي حال ما" [4].

كما جاء في بيان مجمع البحوث الإسلامية و دار الإفتاء المصرية أنه:" قد أجمع أهل العلم أنه لا يجوز للإنسان أن يبيع عضوا من أعضائه أيا كان هذا العضو، لأن أعضاء الإنسان ليست محلا للبيع أو الشراء و ليست سلعة من السلع التي يصح فيها التبادل التجاري و إنما جسد الإنسان بناه الله وسما به عن البيع والشراء وحرم المتاجرة فيه تحريما قطعيا، وكل ما يأتي عن هذا الطريق بالنسبة لجسد الإنسان فهو باطل [5].

---

[1] - حسام الدين الأهواني : نحو نظام قانوني لجسم الإنسان : المرجع السابق ، ص 57 ، و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 2/165من القانون90-17 على ذلك " كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد و كذا هوية الأخير لعائلة المتبرع ".

[2] - سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 31 ، محمد نعيم ياسين : المرجع السابق ، ص 38 .

[3] - عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 31 ،مهند صلاح أحمد فتحي العزه : المرجع السابق ، ص152 .

[4] - جاسم علي سالم الشامسي : المرجع السابق ، ص 39 .

[5] طارق سرور : المرجع السابق ، ص 217 .

2- موقف التشريعات: من التشريعات العربية نجد المشرع الكويتي من خلال المادة 7 من قانون زراعة الأعضاء " لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شرائها بأي وسيلة كانت أو تقاضي مقابل مادي عنها و يحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء عملية الاستئصال إذا كان على علم بذلك "[1]، وهو نفس نص المادة 02 من المشروع المصري، وكذلك المادة 4 من القانون اللبناني " يكون إعطاء الأنسجة و الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة " و كذا المادة 4 من القانون الأردني "لايجوزأن يتم التبرع بمقابل أو بقصد الربح " [2]. أما

المشرع الجزائري فقد نص في المادة 2/161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها " و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها محل معاملة مالية".

أما فيما يتعلق بالتشريعات الأجنبية: فقد حرص المشرع الفرنسي في المادة 3 من القانون 1181 على اشتراط أن يكون التنازل عن جزء من الجسم أو أجزاء من الجثة بدون أي مقابل مالي و ذلك كله دون إخلال بحق المتنازل في استرداد كافة المصاريف التي تحملها نتيجة الاستئصال [3].

لقد أقر ذلك الاتجاه التبرعي القانون الإيطالي رقم 458 الصادر في 26 جوان 1976 الخاص بنقل الكلى بين الأشخاص الأحياء فتنص المادة الأولى بضرورة كون التصرف في الكلية مجانا، و تنص المادة 6 على أن كل شرط يمنح المتنازل الحق في الحصول على تعويض مالي أو أي نوع آخر من المزايا لحثه على التنازل على الكلية يعتبر باطلا و لا أثر له [4].

كما صدر عن منظمة الصحة العالمية التابعة لهيئة الأمم المتحدة دعوة إلى حظر بيع الأعضاء البشرية نظرا لما شاع من استغلال شنيع للمتاجرة بها و تصديرها من دولة إلى دولة و اتخاذها وسيلة للكسب، و بخاصة الدول الفقيرة التي يجد فيها هؤلاء التجار سوقا رخيصة لشراء الأعضاء البشرية ثم تصديرها إلى المستشفيات العالمية.

---

[1] - فايز الظفيري : المرجع السابق ، ص 133 ، عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 31 .

[2] -نصر الدين مروك : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ،المجلة القضائية ، السنة2000، العدد2 ، 40 ، فرج صالح الهريش : المرجع السابق ، ص 99 ، سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 178 .

[3] - حسام الدين الأهواني : تعليق على القانون الفرنسي رقم 1181 لسنة1976 المتعلق بنقل و زرع الأعضاء البشرية ،مجلة الحقوق و الشريعة ،السنة2 ، العدد2 ، جامعة الكويت ،1978 ، ص 372 .

[4] - حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء : المرجع السابق ، ص 131 .

نلاحظ أن هناك إجماع على عدم جواز التعامل بالأعضاء البشرية مقابل حفنة من المال و جعلها كالبضائع تباع و تشترى لأنه مهما كانت حاجة البشرية لهذه العمليات التي تعد انتصارا في مجال الطب خاصة و العلم عامة إلاّ أنه يجب أن يكون العلم في خدمة الإنسان و ليس العكس.

البند الثاني : مالية التعامل في الأعضاء البشرية :

1- موقف الفقه: هناك اتجاه مغاير يرى جواز بيع الأعضاء البشرية، فإذا أبحنا للشخص التنازل عن عضو من أعضاء جسده لتحقيق مصلحة علاجية لشخص آخر فإن تقاضي ذلك المتنازل قيمة مادية معينة لقاء تنازله لن يضيف أو ينقص من أمر أخذ العضو شيئا لا من الناحية الطبية و لا من الناحية القانونية [1]، فلا يمكن القول أن المال من شأنه أن يشين الشخص في عصرنا الحاضر، و التنازل بمقابل أو بدون مقابل مشكلة أخلاقية و ليست مشكلة قانونية فالتصرفات التبرعية و المعاوضة تعتبر مشروعة على حد سواء و ما كان المقابل المالي من شأنه أن يبطل أي تصرف قانوني [2]. كما أن أخذ المقابل لا ينفي الباعث الإنساني لدى المتبرع بالعضو ولا يقلل من قيمة تضحيته التي يستحيل تقديرها بالمال. و لقد بلغ ببعض أصحاب هذا الرأي أن طالب المشرع بالتدخل لتقدير ثمن الأعضاء حتى لا يكون هناك محل للمزايدات [3]، و من الحجج المعتمدة لدى هذا الاتجاه:

- أنه السبيل الوحيد للحصول على قطع الغيار اللازمة من غير الأقارب على الأقل.

- قياسا على بعض الحقوق الشخصية التي يجوز البيع بصددها كما في بيع الدم، فكل ما يمكن الانتفاع به يجوز بيعه.

-أن بيع الأعضاء المزدوجة أو المتجددة لا يتنافى مع كرامة الإنسان لأن ذلك لا يقوده إلى الهلاك كما أنه نوع من الحماية للمتبرع فلا يعقل ترجيح كفة المريض الذي يحظى في هذا النوع من العمليات بكل المزايا و ترك المتبرع الذي يعد الطرف الأهم بدون ضمانات و لا حماية فهذا التصرف قد يلحق به أضرارا جسيمة.

[1] - مهند صلاح أحمد فتحي العزه : المرجع السابق ، ص 153 .
[2] - حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء : المرجع السابق ، ص 134 .
[3] - عبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق ، ص 32 ، سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 280 .

2- موقف التشريعات: هناك بعض التشريعات التي أباحت المقابل المادي منها:

-المشرع العراقي الذي نص في المادة 10 على أنه يجوز في حالة الضرورة العاجلة للإنقاذ من الموت أن يتم التنازل بمقابل مادي [1]، و الملاحظ أنها حالة خاصة تتعلق بحالة مستعجلة- قضية حياة أو موت- و ربما لهذا السبب أجاز المشرع العراقي المقابل المالي، أما إذا كانت الحالة غير مستعجلة فلا يجوز المقابل المالي. و نجد كذلك المشرع الأمريكي الذي أجاز المقابل المادي حيث جاء في الفقرة أ من المادة 301 من قانون الصحة العامة الأمريكي المعدلة بمقتضى القانون القومي لزراعة الأعضاء 1984 " أنه لا يجوز شراء الأعضاء أو الحصول عليها عمدا بمقابل مادي ذات قيمة مرتفعة متى كان ذلك بقصد استخدامها في عمليات زراعة الأعضاء و متى كان من شأن ذلك التأثير على النشاطات التجارية فيما بين الولايات ". فمتى كان المقابل منخفض القيمة فلا مجال للحديث عن الاتجار بالأعضاء و التصرف يعد مشروعا، فالنص جاء مرن و غير محدد، فلم يحدد المشرع الحد الأدنى للمقابل غير المشروع و الحد الأقصى للمقابل المشروع [2].

البند الثالث: فكرة التعويض عن الأعضاء البشرية:

هي حل وسط بين الاتجاهين حيث يق8ترح فكرة التعويض، إذ أن التنازل بدون مقابل لا يتعارض البتة مع تعويض المتنازل عما أصابه من أضرار، مثل مصاريف الانتقال، العملية الجراحية، الإقامة بالمستشفى و تعطله عن ممارسة نشاطه المهني أثناء العملية، مع ملاحظة أن التعويض يقصد به التخفيف من هذه الأضرار و ليس مقابل العضو في حد ذاته، كما أنه لا يقلل من كون تصرفه تبرعيا إذا أن الجهة التي تدفع هذا التعويض ليست طرفا في التصرف [3]. كما أن التعويض يشمل استرداد ما تحمله من نفقات و ما فآته من كسب خلال فترة وجوده في المستشفى أو منعه من العمل بسبب التدخل، أما التعويض عن أي خسارة في المستقبل من جراء التدخل فإن تعويضه لا يكون إلاّ في حدود تخطي النتائج لما اطلع عليه المتنازل عند تبصيره [4]، و لا يشترط في التعويض أن يكون في صورة مالية و إنما قد يتخذ بعض المزايا الاجتماعية التي تمنح المتنازل تقديرا لشجاعته و شهامته و عرفانا له على العمل الإنساني و ذلك مثل منحه شهادة تقدير أو وسام أو دبلوم أو ما شابه، كما يمكن إبرام وثيقة تأمين

[1] - عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 31 .
[2] - مهند صلاح أحمد فتحي العزة : المرجع السابق ، ص 168 .
[3] - أحمد شرف الدين : التقدم العلمي ، المرجع السابق ، ص 168 ، مهند صلاح أحمد فتحي العزة : المرجع السابق ، ص 153 .
[4] - حسام الدين الأهواني : نحو نظام قانوني لجسم الإنسان : المرجع السابق ، ص60 .

لصالحه أو لصالح أسرته لتغطية أخطار استقطاع عضو سليم حيث يكون هذا الالتزام قانونيا يفرضه القانون و ليس اتفاقيا [1].

لكن هذا الاتجاه يلاقي معارضة من قبل البعض الذي يخشى أن يتحول الأمر إلى وسيلة للتحايل على تحريم أخذ المقابل، فيرى الامتناع عن بذل المكافأة أو الهدية سدا للذريعة[2]، كما أنه في مجال الحقوق المالية يمكن بسهولة إجراء مقارنة بين قيمة الشيء و بين العوض، أما في مجال جسم الإنسان فإنه من المستحيل وضع قيمة جامدة و محددة يتوافر البيع بتجاوزها[3].

و هذا النقد جدير بالتأييد فمن يريد التبرع حقا عليه أن يؤدي ذلك و يحتسب أجره عند الله، أما إذا أراد الثروة فعليه البحث عنها بعيدا عن جسمه، و عليه و سدا للذرائع و لغلق هذا الباب الذي يمكن أن يكون ستارا للتعاملات المادية فإنه يفضل عدم بذل أي مقابل مالي مهما كانت صورته.

و أرى أن الراجح هو أن يكون التعامل بالأعضاء البشرية بدون مقابل مالي لما في ذلك من سلبيات و نتائج لا تحمد عقباها من إهدار و امتهان لكرامة الإنسان و ظهور عصابات للتجارة بالأعضاء.

المطلب 2: الضوابط المتعلقة بأطراف العلاقة

إن عملية نقل و زرع الأعضاء تحتوي على طرفين فالنقل يقتضي المتبرع و الزرع يقتضي المتبرع له و هي تتم بضوابط خاصة بكل طرف و سنتطرق لها في الفرعين التاليين.

الفرع 1: الضوابط المتعلقة بالمتنازل (المتبرع):

لكي يكون تبرع الشخص بأحد أعضائه صحيحا و مشروعا لابد من احترام بعض الضوابط كأهلية الشخص و ضرورة تبصيره بما سيقدم عليه. نتطرق لها فيما يلي:

البند الأول أهلية المتبرع:

1- الشخص الكامل الأهلية: نظرا لخطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء فيجب ألا يسمح بها إلا الأشخاص الراشدون الذين يدركون ما يفعلون، و الأهلية تتوافر للشخص عندما يبلغ سنا معينا فيكون

[1] -.أحمد شرف الدين : زراعة الأعضاء و القانون ، المرجع السابق ، ص 168 .
[2] - عبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق ، ص 33
[3] - حسام الدين كامل الأهواني : نحو نظام قانوني لجسم الإنسان ، المرجع السابق ، ص 60 .

أهلا لصدور التنازل عنه باعتباره تصرفا قانونيا، فكل راشد ليس خاضعا لنظام الحماية القانونية يمكن أن يتلقى استئصالا للأعضاء في شكل تبرع المهم أن يكون حرا و إراديا [1]، أي أن يكون بالغا سن الرشد و هي السن التي يفترض أن الشخص عند بلوغها يصبح قادرا على إدراك ماهية تصرفاته. و يفهم جميع النتائج و الاحتمالات التي تترتب عليها و يمكنه التمييز بوضوح بين الأفعال النافعة و الضارة و اتخاذ القرار السليم بالنسبة له، و لا يمكن أن نتجاوز على القواعد العامة في وجوب توفر أهلية المعطي فعندما يشترط القانون أو القضاء تنبيه المعطي بنتائج العملية و أخطارها و محاذيرها و ضرورة التأكد من فهمه لكل ذلك، فإنما يستهدف بذلك ضرورة إعمال قاعدة اكتمال الأهلية حتى يتمكن بالفعل من استعمال إدراكه و نضجه و تمييزه للأمور في وزن عطائه و تبرعه [2]، فالتصرف في الأعضاء البشرية أمر خطير يمس كيان الشخص ذاته فينبغي أن يتم منه شخصيا و لا يقبل أن يتم من الوكيل فإذا وكّل المتصرف آخر به و أجراه الوكيل بالفعل كان باطلا من الأصل و لا يرتب أثره [3].

و يجب أن يكون المتبرع كامل الأهلية عند التبرع و عند البدء بالتنفيذ و إجراء عملية الأخذ منه، فيجب أن يكون الرضا صادرا من شخص راشد متمتع بقواه العقلية واع مدرك طبيعة الإجراء الصادر منه و الآثار المترتبة عليه ذلك لان التبرع بعضو من الجسم هو تصرف قانوني ضار ضررا محضا و من ثمة يجب أن يكون المتبرع بالغا و عاقلا.

و لقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي ما يؤيد ذلك حيث نصت على "... و يراعي في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية " و مثل هذا النص ورد في التشريعات العربية منها:

- المادة 2 من قانون الاتحادي الإماراتي التي تنص " يشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانونا" و يؤخذ على منطوق هذا النص انه لا يجوز لغير كامل الأهلية قانونا أن يتصرف في أعضاء جسمه للغير سواء كان التصرف حال الحياة على سبيل الهبة أو كان لما بعد الوفاة على سبيل الوصية [4] و كذلك جاء في المادة4 من التشريع القطري والمادة 2 من التشريع الكويتي المادة11من التشريع المصري حيث جاء فيها أن لكل شخص بلغ العمر21 سنة و يكون قادرا

---

[1] - jean penneau : op.cit , p 10

[2] سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 152 .

[3] - جاسم علي سالم الشامسي :المرجع السابق ، ص53 .

[4] - مشار إليه في مجلة الدراسات القانونية : الدار الجامعية ، جامعة بيروت ،العدد الأول، المجلد الثاني ، 1998 ، ص403 .

على أن يعطي رضاء جادا بعد العلم بكل ظروف العملية و نتائجها أن يهب في محرر يوقع عليه عضو أو أعضاء تستقطع من جسمه بغرض زرعها في جسم إنسان آخر [1].

و في التشريع الفرنسي سن الرشد 18 سنة، هذا إذا كان المتنازل فرنسيا أما إذا كان غير فرنسي فيرجع في تحديد سن الرشد إلى قانونه الوطني فالمسائل المتعلقة بالأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته حسب المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي[2] .

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد عرف سن الرشد تباينا ملحوظا و بالنسبة لقانون حماية الصحة و ترقيتها فلم يحدد سن معينة يعتبر فيها المتنازل بالغا سن الرشد و أمام هذا الفراغ التشريعي و بالرجوع إلى قانون حماية الصحة حيث اعتبر المتنازل متبرعا والتبرع من التصرفات الواردة في نصوص القانون المدني، من هذا فان سن الرشد الذي يأخذ به في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء هو منصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني الجزائري[3].

و قد أحسن المشرع باشتراط بلوغ سن الأهلية القانونية في القانون المدني فيما يتعلق بالتبرع حماية لكل من هو اقل من ذلك و خصوصا الشباب الذين لا يتعرضون أو يشعرون بالأمراض أو يدركون مدى خطورة التبرع بأحد الأعضاء في هذه السن المبكرة بسبب قوة أجسادهم في هذه المرحلة و إمكانياتها في التحمل، و لكن من تكتمل أهليته يكون أمامه من الوقت ليشعر أمر إقدامه على التبرع بكل نضج وروية[4] ،وهناك من ذهب إلى أن الراشد الذي له حياة محترمة(معصوم الدم) لا يحل أخذ عضو منه لا تبرعا و لا بعوض و أما البالغ الراشد إذا كانت حياته غير محترمة يجوز الاستفادة من أعضائه إذا كان المستفيد مضطرا لذلك و هو الذي يخشى على حياته أو أن يحدث له مرض خطير أو أن يطول أمد مرضه [5].

حقا إن عمليات نقل و زرع الأعضاء تحيط بها مخاطر عديدة خاصة بالنسبة لبعض الأعضاء التي لم تتأكد بعد احتمالات نجاحها لذلك فإن الإقدام على هذا الأمر يتطلب تفكيرا عميقا و موازنة لكل ملابسات العملية و هذا بحد ذاته يتطلب أن يكون الشخص راشدا عاقلا أي اكتمال الأهلية و التمتع بالقوى العقلية، لكن ماذا بشأن القاصر الذي قد يكون هو الشخص الوحيد المناسب نظرا لملاءمة أنسجته ؟ هل بإمكانه إجراء هذا التصرف ؟

---

[1] - أحمد شرف الدين : زراعة الأعضاء و القانون : المرجع السابق ، ص 172 .

[2] - حسام الدين الأهواني : التعليق على القانون الفرنسي : المرجع السابق ، ص 359 .

[3] - تنص المادة 40 من القانون المدني " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة " .

[4] - فايز الظفيري : المرجع السابق ، ص 114 .

[5] - بلقاسم شتوان : المرجع السابق ، ص 129 .

2- الشخص القاصر:

يعرف القاصر أنه الإنسان الذي لا يتمتع بأهلية كاملة يستقل بها بإدارة شؤون نفسه كالطفل و المجنون فمن الثابت أن هذا الصنف من الناس لا يملك أن يستقل بالتصرف في هذا الأمر الذي هو من اخطر شؤون الشخصية [1]، فمن الأفضل رفض عروض الاقتطاع المنبعثة من متبرع قاصر حتى مع الحصول على موافقة وليه الشرعي و يتفق الموقف الذي تبناه الإسلام مع الاتجاه الفرنسي حيث قرر أن الولي الشرعي لا يملك الحق بالتصرف بأحد أعضاء طفله القاصر و هذا لسببين[2]:

أ- لا يملك القاصر بسبب قصره حق التصرف بأحد أعضائه و بالتالي تكون موافقته على هذا الاقتطاع غير صحيحة8 و كذلك ستكون موافقة وليه الشرعي بدون قيمة قانونية لأن الولي الشرعي لا يمكنه امتلاك امتيازات على جسم الطفل أكثر مما يملكه القاصر نفسه، فالمولى عليه لقصور فكري أو صغر ليس لوليه أن يتصرف في أعضائه [3].

ب – يجب أن يعارض الولي الشرعي أي اعتداء على جسم القاصر و أن يسهر على احترام مصالحه، إذ أن عملية التبرع و التي تعد استثناءا على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان لا يمكن إباحة ممارستها إلا برضا الشخص الواعي و المستنير و هو ما يصعب القول بتوافره لدى الصغير أو من في حكمة من عديمي الأهلية و ناقصيها لذلك تباينت الآراء [4]، فهناك من رفض رضا القاصر مطلقا و هناك من أجازه مطلقا و هناك من أجازه بقيود.

الرأي 1: عدم الجواز تصرف القاصر في جسمه مطلقا: وفقا لهذا الاتجاه فان القاصر لا يستطيع توجيه رضاءه لاستقطاع عضو من أعضائه كما لا يخضع للنيابة القانونية على اعتبار أن المسألة لا تتعلق بحماية حقوقه المالية فالرضا الصادر من القاصر يعد معيبا و لا يعتد به قبل بلوغ سن الرشد، فقد اتفق الفقهاء على أن الولي أو الوصي لا يقبل منهما التبرع بمال الصغير و المجنون ولا أي حق من حقوقه، فمن باب أولى لا يجوز لهما الإذن بأخذ أي عضو منه وهو حي فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن يسمح للوالدين بالتصرف في جسم القاصر و لو لمصلحة أخيه التوأم فإعطاء الوالدين مثل هذه السلطة من شأنه أن يجعل للآباء على الأولاد الحق في الحياة والموت [5]. فلا يجب التوسيع من نطاق ممارسة هذه العمليات على نحو يفضي إلى إهدار كل قيمة لمبدأ حرمة الكيان الجسدي

[1] - محمد سعيد رمضان البوطي : المرجع السابق ، ص 127 .8
[2] - أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص 313 .
[3] -بلقاسم شتوان : المرجع السابق ، ص 129 .
[4] مهند صلاح أحمد فتحي العزه : المرجع السابق ، ص 135 .
[5] - أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 46 .

للإنسان بحيث يصبح نقض التكامل الجسماني للقاصر و من في حكمه منوط بموافقة الولي أو الوصي، الأمر الذي ينطوي على إهدار الحق الشخصي في سلامة جسده و حقه في اتخاذ قرار واع في هذا الصدد [1]، كما أن القاصر عندما يكبر و يرى و يحس بنقص عضو من أعضائه فلن يغفر لوالديه مما يؤدي إلى توتر العلاقات الأسرية. و أخذت بهذا الاتجاه بعض التشريعات العربية منها:

المادة 3 من المشروع المصري الخاص بزراعة الأعضاء حيث تم رفض فكرة استقطاع عضو من قاصر حرصا على حماية شخصه فالأمر متعلق بالمساس الجسيم بسلامة جسمه و ليس بإدارة أمواله، ومما لا شك فيه أن حماية القاصر تتطلب عدم المساس بجسمه إلاّ لمصلحة طبية تعود عليه بالنفع [2].

كما جاءت نصوص قانون تنظيم نقل و زرع الأعضاء لدولة الإمارات رقم 15 لسنة 1994 قاطعة الدلالة في حظر نقل الأعضاء من القصر سواء كان ذلك حال الحياة أو بعد الوفاة حيث نصت المادة الثانية منه:" يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه و يشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانونا " [3].

و قد تبنى المشرع الجزائري هذا الرأي حيث نصت المادة 1/163:" يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز....."

الرأي 2:السماح للقاصر منفردا بالتصرف في جسمه: أخذت بهذا الاتجاه المحاكم الأمريكية حيث اكتفت بالرضا الصادر من القاصر الذي لم يبلغ من العمر إلا أربع عشر سنة, و ذلك فيما يتعلق بعمليات نقل الكلى، و بررت المحكمة ذلك بأن التنازل كان لمصلحة كل من المعطي و المريض لأن عدم إجراء هذه العملية سيؤدي إلى وفاة المريض و ذلك من شأنه أن يضع المتنازل في حالة نفسية سيئة، لكن انتقد هذا الرأي بشدة [4]:

- القاصر البالغ 14 سنة لم يبلغ القدر الكافي للإدراك و التمييز اللذين يؤهلانه لاتخاذ قراره في هذا الأمر الهام و الشديد الخطورة على حياته.

- فكرة العلاج النفسي تصلح مبررا لإجراء عمليات التجميل للشخص نفسه و ذلك يصعب القول بتوافره في حالة استئصال جزء من جسم الشخص.

---

[1] - حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية : المرجع السابق ، ص 122 ، مهند صلاح أحمد العزه : المرجع السابق ، ص 136 .
[2] - طارق سرور : المرجع السابق ، ص 208 .
[3] - مشار إليه في مجلة الدراسات القانونية : الدار الجامعية ، جامعة بيروت ،العدد الأول، المجلد الثاني ، 1998 ، ص403.
[4] - أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 46 ، حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية ، المرجع السابق ، ص 117 .

- الكثير من الأمراض لا تظهر في مرحلة الشباب فكون القاصر الآن في صحة جيدة لا يعني أنه سيظل على هذه الحالة بحيث لا يتأثر نتيجة استئصال عضو من جسمه.

- الخشية أن يكون قبوله قد صدر تحت إكراه أدبي فالرضا الصادر من القاصر غالبا ما يصدر تحت تأثير انفعال يجعل الرضا نفسه مشوبا.

- عدم توافر التناسب اللازم بين المرض و طريقة العلاج المستعملة فاحتمال المرض النفسي لا يعالج بالمساس الأكيد بعضو من أعضاء الجسم.

الرأي 3: السماح للقاصر التصرف في جسمه بقيود: يرى هذا الاتجاه ضرورة التفرقة بين القاصر المميز و القاصر غير المميز فرضا الولي لا يحل محل رضا القاصر إلاّ إذا كان هذا الأخير غير مميزا أما إذا كان مميزا خاصة إذا اقتربت سنه من سن الرشد فالقاصر وحده هو الذي يملك ذلك الرضا، فالقصر يتحملون في العصر الحديث الكثير من المسؤوليات و أصبحت ملكاتهم و قدراتهم على التمييز متقدمة بالنظر إلى الكثير من وسائل الحياة الحديثة [1] و يدافع أصحاب هذا الاتجاه عن موقفهم المبيح لاستقطاع الأعضاء من القصر بما مفاده أن الضوابط و الشروط التي يضعونها لا تدع ثمة مجال للمخاوف و المخاطر المحتملة لهذه العمليات حيث تجعل نقل الأعضاء من الصغار و من في حكمهم في حدود ضيقة للغاية و تحت رقابة القضاء و القانون [2] و من بين هذه القيود:

1- موافقة الولي الشرعي: اتجهت بعض التشريعات إلى أن القاصر لا يستطيع توجيه رضاه باستقطاع عضو من أعضائه و هذا الأمر متروك لممثله القانوني وحده هو الذي يملك حق الرضا على أساس أنه أحرص الناس على حياته، و الولي الشرعي هو المدافع الطبيعي عن الطفل و يشمل هذا التعبير الأب أو الأم أو الحارس القضائي كالوصي، و موافقة الولي الشرعي هي إذا ضرورية

و لكن يجب أن تكون هذه الموافقة حقيقية، أي موافقة معطاة عن معرفة كاملة بكل الأخطار و كل نتائج الاقتطاع[3].

انتقد بعض الفقهاء بشدة هذه السلطة الممنوحة للولي الشرعي حيث أن دوره الطبيعي هو التصرف لمصلحة الطفل القاصر أما الاستقطاع الذي يسمح به فهو بالضرورة ضار بالقاصر المتبرع، وعليه فليس لولي الطفل سواء كان ذا ولاية خاصة أو عامة أن يتبرع عنه بكلية أو أي من أجزاء جسده لمضطر من الناس أيا كان شأنه و مهما بلغت ضرورته، فإجازة الاستقطاع حق شخصي محض

[1] - أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 46 ، حسام الأهواني : المرجع السابق ، ص 119 .
[2] - مهند صلاح أحمد فتحي العزه : المرجع السابق ، ص 137 .
[3] - أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص 316

للمستقطع منه و لا يجوز أن يشركه فيه أحد أو ينوب عنه فيه و لا محل للقياس على التصرفات المالية و التصرفات الشخصية الأخرى كالزواج مثلا [1].

و لقد ذهب البعض إلى أنه لا يجوز الرضا بالاستقطاع من جسم القاصر أو من في حكمه ممن هو تحت ولايتهم إلاّ إذا كان الاستقطاع بهدف الزرع في جسم أحد الأشقاء أو الشقيقات [2].

2- أن يكون المتبرع له أخ أو أخت للقاصر: مبدئيا استئصال الأعضاء من القاصر محظور لكن هناك استثناء على هذا المبدأ إذا كان الاستئصال في صالح أخ أو أخت القاصر و كان محله النخاع العظمي [3].

و هو موقف التشريع الفرنسي الذي اتخذ موقفا فريدا بالنظر إلى عدد من الدول الأوربية فبعد أن منع استقطاع الأعضاء من القصر أجاز ذلك باستثناء بالنسبة للنخاع العظمي من القاصر لصالح الأخ أو الأخت، و قد استند التشريع الفرنسي في موقفه المتشدد من عدم جواز استقطاع الأعضاء من القاصر إلاّ في حالة النخاع العظمي و لمصلحة الأخ أو الأخت إلى الرغبة في حماية القاصر من تجارة الأعضاء و من احتمال خضوعه للضغط العائلي، هذا بجانب إلى أن الترخيص بنقل النخاع العظمي وحده يرجع إلى أنه يمكن تجديده بالإضافة إلى أن عملية نقله هي أقل خطورة من غيرها حيث جاء في المادة2/1 من قانون 1181 الفرنسي:" إذا كان المتنازل قاصرا فإن الاستئصال لا يجوز إلاّ إذا كان المتنازل أخا أو أختا للمتنازل إليه " و قد انتهجت اليونان و أسبانيا نفس النهج الفرنسي [4]. فلقد فصل فيها المشرع بما يمكن تسميته بالحل الوسط الذي توصل إليه القانون المقارن فهو من جهة لم يساو بين استئصال جزء من جسم القاصر و جسم الشخص البالغ، و من جهة أخرى لم يحظر استئصال جزء من جسم القاصر، و العلة في جواز استئصال جزء من جسم القاصر لزرعه في أخته أو أخيه أن احتمالات النجاح أكبر بكثير منها في الحالات الأخرى، فالتقارب في الأنسجة يؤدي إلى سهولة التغلب على ظاهرة رفض الأجسام الغريبة، و من جهة أخرى لا يجب أن يشعر الأخ أن القانون يحرمه أو يمنعه من تقديم يد العون لأخيه أو إنقاذ حياته، كما أن ضرورات

---

[1]- عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 26 .

[2]- جاسم علي سالم الشامسي : المرجع السابق ، ص 51 ، أحمد شرف الدين : التقدم العلمي و الإجتهاد في المجال الطبي : المرجع السابق ، ص 495 .

[3]- jean peneau : op. cit , p 10

[4]- طارق سرور : المرجع السابق ، ص 204، 205 .

التراحم العائلي يجب أن تبيح ما لا يمكن السماح به لغير أفراد الأسرة الواحدة [1]، فهذا القيد يضمن دائما نزاهة و نبل الباعث و يبقي على كيان الأسرة و يعضد الروابط بين أفرادها.

و قد نصت المادة2/1 من مشروع القانون المقدم للجمعية المصرية للطب و القانون:" لا قيمة لرضا القاصر و بصفة عامة غير كامل الأهلية و مع ذلك ينتج هذا الرضا أثره إذا كان الأمر يتعلق بنقل و زرع الأعضاء أو الأنسجة بين التوائم و يجب في تلك الحالة علاوة على رضا الممثلين القانونيين للقاصر الحصول على إذن القاضي المختص "[2].

3- موافقة لجنة الخبراء: نظرا لخطورة التصرف في جسم القاصر فإن المشرع لم يكتف بموافقة الممثل القانوني بل قيد صحة التصرف بموافقة لجنة من الخبراء و عدم اعتراض القاصر إذا كان من الممكن أخذ رأيه و نرى أن أهمية الحصول على موافقة اللجنة تظهر في حالة ما إذا كان المتنازل و المتنازل له من القصر، و هذه اللجنة لا تصدر مجرد رأي و إنما تصدر قرارا بالإذن بالاستئصال أو بالرفض فهي تصدر قرارا يترتب عليه نتائج قانونية عديدة، و لهذا يصفها الفقه الفرنسي بأنها جهة قضائية فهي تقوم بدراسة كافة النتائج و الاحتمالات التي قد تنشأ نتيجة الاستئصال و تصدر قرارها بعد إجراء موازنة بين كافة النتائج المحتملة، وإذا صدر الرضا من الولي و الإذن من اللجنة فإن القانون يستلزم أخذ رأي القاصر إذا كانت سنه تسمح له بالتعبير عن رأيه، و إذا رفض القاصر فإن رفضه يجب احترامه أي لا يجوز إجراء الاستئصال فالقاصر يملك حق الاعتراض على القرار الصادر من الولي و على إذن اللجنة [3].

و قد نادت بعض الآراء الفقهية بضرورة تخفيف القيود الواردة على نقل الأعضاء من القصر أو البالغين عديمي الأهلية و ذلك للحد من وطأة النقص الشديد في مصادر و موارد الأعضاء الآدمية مما يتيح الفرصة لإجراء المزيد من العمليات لطائفة كبيرة من المرضى و بوجه خاص صغار السن منهم و الذين لابد و أن يتواءم حجم العضو المنقول لهم مع أجسامهم الصغيرة، الأمر الذي لا يتأتى إلاّ إذا كان المانح مناظرا لهم من حيث السن [4].

نخلص مما سبق إلى أنه لابد من التأكيد على شرط الأهلية و لا يجوز أخذ الأعضاء من القصر سواء بإرادتهم المنفردة أو بإذن من الولي الشرعي لأن النيابة الشرعية ما وجدت إلاّ لتكفل حماية القاصر و السعي إلى جلب ما ينفعه لا الإضرار به، و الإذن بالاستئصال فيه ضرر مؤكد و تبرز

[1] - حسام الدين الأهواني : التعليق على القانون 1181 ، المرجع السابق ، ص 361 .
[2] - أحمد شرف الدين : زراعة الأعضاء و القانون ، المرجع السابق ، ص 172
[3] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 234 ، حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 363 .
[4] - مهند صلاح أحمد فتحي العزة : المرجع السابق ، ص 142 .

مدى حساسية الوضع الذي قد يوضع فيه الولي في أنه يمثل أصحاب مصالح متعارضة، فأحكام الولاية لا تصلح في مجال التدخل الطبي و لابد من وجود نظام خاص و متميز يتفق مع طبيعة أن محل التدخل هو جسم الإنسان و لا يجوز أن يكون لشخص سلطة على جسم الغير[1]، كما أن إجازة الاستقطاع هي حق شخصي محض للمستقطع منه و لا يجوز أن يشركه فيه أحد أو ينوب عنه فيه، ولا محل للقياس في هذا الصدد على التصرفات المالية.

البندالثاني الحصول على رضا المتبرع:

1- الرضا الحر: هو شرط جوهري و تفرض حرية موافقة المتبرع عدم خضوعه فعليا لأي ضغط مادي أو معنوي، و يتعين أن تكون إرادة المتنازل خالية مما يعيبها لكي يعتد بالرضا الصادر عنها فلا يكون لرضا الشخص أي قيمة قانونية إذا كان ضحية غلط أو تدليس أو خداع أو وقع تحت تأثير الخوف أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب أو يعدم الاختيار لديه، و في حالة ما إذا كان المتنازل من أقارب المتلقي فيجب التأكد من عدم خضوعه لضغوط عائلية لذا يفضل إعطاء المتنازل وقتا كافيا للتفكير بعد تبصيره بكافة النتائج المحتملة، كما يجب إخطار عائلته بنتائج الضغوط التي تمارسها عليه [2]، إذ غالبا ما تلعب العوامل النفسية و العاطفية دورا مؤثرا في اتخاذ قرار التبرع. كما تثور هذه المسألة بالنسبة لإخضاع بعض المجموعات للتدخل مثل طلبة المدارس و الجامعات بإلزامهم بالتبرع بالدم لهذا يقع على عاتق الطبيب واجب التحقق من حرية الرضا و عدم وجود أي إكراه ناتج عن وعد أو توعد من جهة رئاسية أعلى.

أ- حالات انتفاء الرضا الحر:

-إذا كان المنقول منه تحت تأثير الإكراه المعنوي أو كان غائب الوعي أو الإدراك أو فقده شعوره أو اختياره لجنون أو عاهة في العقل أو تحت تأثير مخدر أو تنويم مغناطيسي.

- حالة الخديعة كإيهام الطبيب الشخص بأنه لن يستأصل منه إلاّ جزءا صغيرا غير مؤثر فينخدع المنقول منه و يسلمه نفسه مما يمكن الطبيب من استقطاع عضو هام [3].

و للتأكد من عدم وجود ضغوط تصيب إرادة المتنازل و من أن حالته العقلية و النفسية سليمة تماما عند تنازله عن جزء من جسمه فإن البعض يقترح ضرورة إخضاع المتنازل للفحص الطبي من

[1] - حسام الدين الأهواني : نحو نظام قانوني لجسم الإنسان ، المرجع السابق ، ص52 .
[2] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 219 .
[3] - طارق سرور : المرجع السابق ، ص 209 .

الناحية النفسية و العقلية، و ذلك لا يستهدف فقط التأكد من حرية إرادته المتبصرة وقت التنازل، و إنما لتبصيره أيضا بحرية العدول عن رضائه دون أدنى مسؤولية و لو أدبية نحو المريض و أهله.

من الفتاوى الصادرة في هذا الشأن و التي أكدت ذلك فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي التي نصت"أن يكون إعطاء العضو طوعا من المتبرع دون إكراه" و كذلك فتوى لجنة الإفتاء الجزائرية التي جاء فيها " في حالة نقل الدم أو العضو من الحي لابد من التأكد على أن ذلك تم برضا تام من المنقول منه...".

ب- مدى إمكانية الاعتداد برضا المحكوم عليهم بالإعدام[1]: يثور التساؤل حول مدى إمكانية الاعتداد بالرضا الصادر من المحكوم عليهم بالإعدام أو لا؟ و في هذا الإطار هناك اتجاهان:

الاتجاه 1 عدم الاعتداد برضا المحكوم عليهم بالإعدام: مبدئيا لا يجوز للمحكوم عليه الموافقة لأنه قد يحاول بشكل غير مباشر لفت انتباه السلطة نحوه للحصول على مكافأة أو لإنقاص العقوبة أو للحصول على مزايا أخرى استثنائية [2]، كما أن المحكوم عليه لن يتضرر من أن يتم إعدامه في سرير المستشفى محاطا بالأطباء و الممرضات بدلا من إعدامه بالمقصلة أو المشنقة، وخير للإنسانية أن تستفيد من جسمه لإنقاذ حياة الآخرين [3].

استند البعض في ذلك إلى القياس على ما قرره فريق من الفقهاء من جواز أكل المضطر لحم مهدور الدم بعد قتله دون رضاه أو رضا ورثته و قد صدرت فتوى من الأزهر بإباحة الاستقطاع من الجناة الذين يحكم عليهم بالإعدام قصاصا [4].

الاتجاه 2 اعتبار رضا المحكوم عليهم بالإعدام: هناك إجماع على أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلاّ برضاه، فلا يجوز نقل الأعضاء من المحكوم عليه بالإعدام إلا بعد إذنه أو إذن ورثته

عند عدم وجود وصية، فالقول بغير ذلك يتنافى و كرامة الإنسان، و لا يوجد أي سبب مقبول لإجبار أو منع هؤلاء المحكومين من الخضوع لاقتطاع الأعضاء لإنقاذ أحد أفراد عائلتهم المهم، ألاّ يكون سبب الموافقة أي تهديد أو توعد فهو قبل كل شيء إنسان يتمتع بمشاعر الرحمة والمحبة، فإذا كان الاتجاه الأول يضع نصب عينيه مصلحة الإنسانية، فإن الاتجاه الثاني يركز جل اهتمامه على كرامة الإنسان حتى و لو كان محكوما عليه بالإعدام.

---

[1] - المحكوم عليه بالإعدام هو من ارتكب جرما و أدين به طبقا للقضاء-الإسلامي- و حكم عليه بالإعدام ، عارف علي عارف :مدى الإعتداد برضا المحكوم عليه بالإعدام في نقل الأعضاء منه رؤية إسلامية(مجلة المجلس الإسلامي الأعلى :عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب)،1999،العدد 2 ، الجزائر ، ص79 .

[2] - أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص 322 .

[3] - أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 38 .

[4] - عارف علي عارف : المرجع السابق ، ص 84. .

في هذا السياق رجحت الجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي أن المحكوم عليه بالإعدام يجب أن يعامل معاملة أي شخص آخر فيما يتعلق بجسمه حال حياته و قبل تنفيذ حكم الإعدام أو حال موته بعد تنفيذ الحكم عليه، وتنفيذ حكم الإعدام يفيد إنهاء حياته بالطريقة التي رسمها القانون و شق جسمه و استخراج الأعضاء منه ليس عقوبة محكوما بها أصلية كانت أو تبعية، لهذا يجب معاملة المحكوم عليه كأي شخص آخر حيث يجب الحصول على إذن منه قبل موته أو من ذويه بعد الموت [1].

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق للمسألة إلاّ من جانب تصرفات المحكوم عليه المالية حيث منعه من مباشرة حقوقه المدنية(المادة 7 من قانون العقوبات) و هناك من قاس على ذلك حيث اعتبر السجن سببا في نقص إرادة المحكوم عليه و عليه لا يملك الحق في إبرام التصرفات الواردة على جسمه [2].

و نحن نميل إلى الاتجاه الذي اعتد بإرادة المحكوم عليه فهو أولاً و قبل كل شيء إنسان و لابد من احترام إرادته استنادا إلى مبدأ حرمة جسم الإنسان، كما أن كونه محكوم عليه لا يبرر استباحة أعضائه فلا علاقة بين الأمرين مطلقا، كما أن هناك احتمال أن الأدلة قائمة ضده مما أدى إلى الحكم عليه لكن في الحقيقة هو شخص مظلوم و لم يقترف أي ذنب كل ما هنالك أنه لم يتمكن من إقامة الدليل على براءته فبأي حق نعدم إرادته؟

2 - شكل الرضا:

لابد للرضا من شكل يفرغ فيه قد يكون شفاهة أو كتابة و قد يكون صريحا أو ضمنيا، و في مجال زرع الأعضاء يجب أن يكون كتابة بحيث يصدر عن المتبرع أو الموصي إقرار خطي يتنازل من خلاله عن عضو بشري محدد، و يجب أن تكون الكتابة دالة دلالة واضحة على موافقة المنقول منه و اختياره و قناعته بعملية الاستقطاع و هي ليست شرطا للانعقاد و إنما أداة إثبات و وسيلة كاشفة عنه، إلاّ أن اشتراط المشرع الكتابة صراحة جعل من هذه الوسيلة شرطا أساسيا لا يجوز للطبيب ممارسة عمله الطبي دون أن يتحقق من توافره [3]، و لا يشترط للكتابة صورة معينة تفرغ فيها فقد تكون بخط اليد أو مطبوعة أو مكتوبة على الآلة الكاتبة.

فالشكل المطلوب لوجود الوعد ذاته إذ أن المشرع قصد تحقيق غرضين الأول قطع كل خلاف حول وجود الوعد أو عدم وجوده، و الثاني هو تنبيه الواعد إلى خطورة الوعد الذي يقطعه على نفسه، خاصة و أن إجراء العملية يتم عادة عقب اتخاذ الشكل المطلوب، و ليس للتصرف في الأعضاء

[1] - حسام الدين الأهواني : نحو نظام قانوني لجسم الإنسان : المرجع السابق ، ص 46 ، 47 .
[2] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 223 .
[3] - طارق سرور : المرجع السابق ، ص 224 .

البشرية تصرف شكلي فحسب و إنما هو تصرف عيني في الوقت ذاته، فنظرا لخطورة أثر هذا التصرف على صاحبه فإن المشرع لم يكتف بالرضائية و يستلزم فيه أمرين لم يسبق أن جمعهما في عقد واحد هما الشكلية و العينية [1]، و تظهر أهمية ذلك من ناحية أخرى في أن ذلك من شأنه أن يضمن سلامة رضا المعطي كما يحمي الطبيب الذي يجري عملية الاستئصال و يجنبه المسؤولية الجنائية و المدنية.

وقد سارت بعض التشريعات على أن يكون شكل الرضا كتابيا لكي يعتد به، بعد التوقيع عليه من المعطي و هذا يؤكد صدوره من المعطي و الأهم من ذلك أن يمنح المعطي فسحة من الوقت للتفكير قبل التوقيع بالموافقة بعيدا عن أي مؤثرات يتعرض لها [2]، و هناك اتفاق على أن يكون الرضا كتابة و يشترط بعضها أن يكون أمام القاضي كالمشرع الفرنسي الذي اشترط أن يكون رضا المعطي البالغ أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن المعطي أو أمام قاض يعينه
رئيس هذه المحكمة على أن يثبت هذا الرضا في شكل كتابي موقع عليه من القاضي و المعطي
و تعطى صورة منه إلى المستشفى الذي سيتم به الاستئصال و تحفظ النسخة الأصلية منه [3]،و توجب بعض القوانين أن يشهد على الإقرار الكتابي شاهدان كاملا الأهلية كالقانون القطري في المادة 4 و الكويتي في المادة 2 و الإماراتي في المادة 2 " و يكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه و يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية " [4].

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصت المادة 1/162 من قانون الصحة" و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة " فالمشرع لم يكتف باشتراط الشكل الكتابي الذي رأينا الحكمة منه بل أضاف ضمانات أخرى و هي الشهادة حيث أن الشخص إذا وجد معه الغير فإنه يحاول أن يبدو بمظهر العاقل المدرك لما يفعل كما اشترط إيداع الموافقة لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة و هذه ضمانة أخرى، لكن يؤخذ على هذا النص أنه لم يحدد من يحرر هذه الوثيقة كما أنه لم يبين العضو المراد التنازل عنه خاصة بالنسبة للقوانين التي لم تحدد نوع العضو المستقطع كالجزائر..[5].

---

[1] - جاسم علي سالم الشامسي : المرجع السابق ، ص48 .
[2] - أحمد بدوي : المرجع السابق ، ص 36 .
[3] - فرج صالح الهريش : المرجع السابق ، ص 84 ،
[4] - جاسم علي سالم الشامسي : المرجع السابق ، ص 43 .
[5] - نصر الدين مروك : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء : المجلة القضائية ، 2000 ، ص 42 .

البند الثالث ضرورة كون رضا المتبرع متبصرا :

1- موقف الفقه: إن العملية لا تتضمن أية فائدة علاجية للمعطي مما يستوجب التزام الحرص في الحصول على رضائه و تقوية الالتزام بالتبصير بصورة خاصة [1]، و يقصد بالحق في الإحاطة أو ما يفضل البعض تسميته بحق التبصير أن يتم بيان جميع الآثار المترتبة على نقل العضو من المتبرع بعد إجراء التحليلات الشاملة على جسده و لابد أن تكون هذه الإحاطة قد صدرت متطابقة مع الحقيقة و الواقع بناءا على أسس علمية من قبل لجنة معدة لهذا الغرض [2]، و يقول فقهاء و رجال أخلاقيات العلوم البيولوجية على اختلاف مذاهبهم بضرورة قيام الطبيب بإبلاغ المانح بشكل واضح و صريح بكافة التفاصيل و المعلومات الفنية التي تحيط بعملية نقل العضو، فالتبصيرهو الوسيلة المثلى للحفاظ على الثقة بين المريض و الطبيب، فالثقة تفترض المصارحة أي أن يفضي الطبيب إلى مريضه بالمعلومات اللازمة عن حالته و عن العلاج الذي يريد تطبيقه و ماله من مزايا و مخاطر[3]، و يجب أن يكون التبصير كافيا، واضحا و مناسبا للشخص محل التدخل بحيث يسهل عليه فهم الأمور بوضوح و دون تعقيدات تخل بالتبصير الواجب، و قد يصدر الشخص الرضا مع نزوله عن الحق في التبصير بما أن أصول الفن الطبي قد اتبعت و لكن لا استغناء عن الرضا، و ينصرف التزام الطبيب بتبصير المريض إلى مجالين:

أ- إيضاح طبيعة التدخل العلاجي: على الطبيب أن يخطر مريضه بطبيعة التدخل العلاجي المقترح و نوعيته و يستوي في ذلك التدخل الجسيم أو التدخل المحدود، لذلك فمن واجبه دون الدخول في التفصيلات الفنية المعقدة أن يعرض الأمر على المريض في صياغة بسيطة و واضحة، و يجب أن يكون التبصير بالمخاطر في ضوء حالة الشخص الصحية و سنه و يجب على الطبيب الإجابة عن كل ما يطلبه الشخص من إيضاحات [4].

ب- إيضاح مخاطر العلاج و ذلك لأن أي وسيلة علاجية تتضمن قدرا من المخاطرة و تترك في بعض الحالات آثارا ضارة مستديمة أو مؤقتة و المريض يأمل عادة أن تكون الفائدة المرجوة من العلاج متناسبة مع مخاطره، بحيث يجب إعلام المتنازل بكافة المخاطر و الآلام المصاحبة لإجراء

---

[1]- جابر محجوب : دور الإرادة في العمل الطبي ، مجلة القانون و الإقتصاد ، السنة 69 ،شركة مطابع الطوبجي التجارية ، القاهرة ، 1999 ، ص 747 .

[2]- فايز الظفيري : المرجع السابق ، ص 119 .

[3]- جابر محجوب : دور الإرادة في العمل الطبي ، مجلة القانون و الإقتصاد ،السنة 68 ، شركة مطابع الطوبجي التجلرية ، القاهرة ،1998 ، ص 137 .

[4]- حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، 45 .

العملية و كذا ظروف العملية و النتائج المترتبة عليها قبل إجرائها، فعلى الطبيب أن يشرح للمعطي شرحا وافيا عن كل ملابسات العملية و احتمالات مضاعفاتها، و يجب أن يكون المتبرع على علم بكل النتائج المتوقعة الجسمانية منها و النفسية [1].

كما أن المتنازل عليه أن يعي تماما ما ستؤول إليه حالته الصحية بعد إجراء عملية انتزاع العضو المزمع نقله منه و مدى تأثر كفاءة الأداء الوظيفي لأعضاء جسمه بوجه عام و للعضو المتبقي على وجه الخصوص، و إن كان يستطيع بعد الاستئصال أن يعيش عيشة عادية، فيجب تبصيره بجميع المخاطر التي قد يتعرض لها في الحال أو في المستقبل و الإحتياطات التي تكفل الحد من هذه التعقيدات قدر الإمكان و المعلومات التي تقدم لا تقف فقط على الجانب الطبي بل تشمل كذلك الجوانب الاجتماعية و الاقتصادية [2]، فمن يتنازل عن كليته يجب إحاطته، علما أن أي أذى يصيب الكلية المتبقية قد يهدد حياته بالخطر، و لا يكفي أن يخطر الطبيب الشخص بالنتائج، بل يجب عليه أن يتأكد من أن الشخص قد فهم و استوعب فعلا البيانات التي قدمت إليه [3].

2- موقف التشريع المقارن: أجمعت مختلف تشريعات الدول على أهمية تبصير المعطي تبصيرا كاملا سواء منها العربية أو الأجنبية. حيث نص القانون الكويتي في المادة 4 و القطري في المادة 6 على أنه:" يجب إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المحتملة و المؤكدة التي تترتب على استئصال العضو المتبرع به و يتم ذلك كتابة من قبل فريق طبي مختص بعد إجراء فحص شامل للمتبرع..."

فالملاحظ أن هناك تشديد في الالتزام بالتبصير حيث اشترط أن يكون ذلك كتابة، و ذلك نظرا لخطورة هذه العمليات و حتى يكون المتبرع على علم، كما أن الكتابة من شأنها أن تمنح للمتبرع الوقت الكافي للتفكير و دراسة الأمر.

كما نصت المادة 5 من مشروع القانون المصري على أنه:" لا يجوز إجراء عملية الاستقطاع أو الزرع إلاّ بعد إحاطة كل من المنقول منه و المنقول إليه بواسطة اللجنة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 6 من هذا القانون علما بطبيعة عملية الاستقطاع و الزرع و مخاطرها المؤكدة و المحتملة سواء كان ذلك على المدى القريب أو البعيد [4].

---

1 - Jean Penneau : Corps Humain, 34eme année,rep.civ. DALLOZ , Tome IV, 2 eme édition, juin 1995 , p 10.

2 - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 212 ، جابر محجوب : المرجع السابق ، السنة 69 ، ص 749.، أحمد محمد بدوي : المرجع السابق، ص 42

3 - حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء ، المرجع السابق ، ص 116 .

4- طارق سرور : المرجع السابق ، ص 213 .

أما بالنسبة للتشريعات الأجنبية فقد أخذ بوجوب هذا الالتزام المشرع الفرنسي في المادة 1/4 من القانون 1181 لسنة 1976 حيث تقرر ضرورة تبصير المتنازل بكافة النتائج المحتملة التي تترتب على تنازله و بطبيعة الحال لا يجب أن يقتصر التبصير على النتائج المحتملة بل يجب أن يشمل أيضا النتائج المؤكدة [1]، فالالتزام بالحصول على رضا حر و مستنير يعتبر حاليا حق أساسي للمريض[2].

وقد أوجب النظام الأمريكي و اجتهادات المحاكم و الأنظمة المشابهة إجراء عملية الاستئصال بضمانات خاصة أهمها القبول المستنير المتشدد في الإفصاح، يتوجب لغايات تبصير المعطي ضرورة إحاطته بالمعلومات التالية: المخاطر التي يحتمل أن يتعرض لها نتيجة الاستئصال، طبيعة الجراحة و الإجراءات و الإحتياطات المتخذة، المدة اللازمة للشفاء من آثار الجراحة، الفائدة التي تعود عليه(نفسية و مالية)، أهمية عملية النقل و الزرع بالنسبة للمتلقي، المتابعة الصحية المطلوبة[3].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد نصت المادة2/162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ".. و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلاّ بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع " فلقد ساير المشرع الجزائري ما ذهبت إليه التشريعات الأخرى، فالطبيب يقع عليه واجب إخبار المتبرع بالعضو عن كل ملابسات العملية و آثارها الحاضرة و المستقبلية حتى يكون على بينة من أمره عند إصدار رضاه.

نخلص إلى أنه لابد من تبصير المتبرع تبصيرا كاملا حول عملية الاستئصال فهو حق له وواجب عل الطبيب و لا خلاف حول ضرورته و أهميته باعتبار أن المتبرع لا تقدم له هذه العملية أية فائدة علاجية لذلك كان لزاما على الطبيب إحاطته علما بكل ملابساتها.

البندالرابع حق المتبرع في العدول عن الرضا

1- موقف الفقه: من أهم المبادئ المتعارف عليها في العقود أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو إلغاؤه أو تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، لكن في مجال زرع الأعضاء يجوز للمتبرع أن يرجع في تبرعه في أي وقت يشاء دون قيد أو شرط على أن يكون ذلك قبل إجراء عملية الاستئصال،

[1]-حسام الدين الأهواني : التعليق على على القانون الفرنسي رقم 1181 لسنة 1976 المتعلق بنقل و زرع الأعضاء ، المرجع السابق ، ص 359 .

[2]- Stéphanie Porchy-Simon : SANTE (consentement libre et éclairé du patient) juris-classeurs, volume V,paris,2004,p10

[3]- سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 140

و إذا كان هذا الحق محسوما في القانون و لا يثير خلافا إلا أن مسألة حق الواهب في أن يرجع في هبته أو وعده يثير إشكالية خلافية في الفقه الإسلامي و أيا كان الخلاف فإن هذا لا ينسحب إلى موضوعنا نظرا لخصوصية موضوع التبرع بالأعضاء[1].

و لا يجب الربط بين العدول و الصفة التبرعية، ففي مجال التصرفات المالية إذا كان يجوز الرجوع عن الهبة إلاّ أن ذلك ليس متروكا لمطلق تقدير المتبرع و إنما يتم في إطار ضوابط يتولى القاضي تقديرها، أما الرجوع عن الإذن بالمساس بالجسم فيرجع إلى طبيعة أن التعامل يرد على جسم الإنسان و لا يجوز البحث عن تبرير له في قواعد نظرية الالتزام فالشخص من حقه أن يطيل التفكير بل و يراجع نفسه فيما لتخذه من قرارات من شأنها المساس بسلامة الجسم فالرجوع هو عودة إلى الأصل و عدم المساس بسلامة الجسم، و لهذا يجب أن يكون متاحا دائما، و لا يرتب العدول في حد

ذاته أي مسؤولية على عاتق العادل حتى لا يكون هناك ما يعوق حرية العدول[2]، فالطبيعة الخاصة للتصرفات الواردة على جسم الإنسان تقتضي وضع نظام قانوني خاص يتلاءم مع هذه الظروف حتى و لو كان هناك خروج عن القواعد العامة.

فحتى تكون الموافقة حرة بشكل كامل يجب أن تقبل العدول عنها أي يستطيع المتبرع الرجوع عن قراره بالتخلي عن أحد أجزاء جسمه، فيستطيع العدول إراديا عن التزامه في أية لحظة و بدون أن يخشى من إجباره بتنفيذ الأداء الموعود به عينيا كدفع تعويض عن الضرر [3].

فلا يعني القيام بإجراء تصرف التبرع أو الوصية أن الفرد قد أصبح ملتزما بهذا التصرف القانوني الذي قام به بشكل أبدي، فالمشرع ترك له باب العدول عن تبرعه أو وصيته في أي وقت مادام هذا النقل لعضو من أعضائه، و لا يمكن لإرادة التعاقد أن تقيد رضا المنقول منه، لأنه بينما تدخل إرادة التعاقد في مجال حرية التعاقد فإن الرضا بالمساس بجسمه بغرض علاج الغير يتعلق بكرامة الإنسان أي بالنظام العام، و بناءا على ذلك فإنه إذا كان القانون المدني يسمح في أحوال معينة بحق الرجوع عن الالتزام بإرادة منفردة فإن حق العدول المقرر للشخص الذي يمسه العمل الطبي مقرر بصفة دائمة و مطلقة ينبع من كرامة الإنسان[4] .

العدول يجب أن يصدر في الوقت الملائم أي قبل فوات الأوان حيث يتم منع التدخل أما إذا صدر بعد تمام التدخل فلا يعتد به و لا يرتب آثارا، فإذا ما تم الاستئصال بالفعل قبل الرجوع فإن الرجوع

---

[1] - عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 29 ، 30 .
[2] - حسام الدين كامل الأهواني : نحو نظام قانوني لجسم الإنسان ، المرجع السابق ، ص53 .
[3] -طارق سرور : المرجع السابق ، ص 220 ، أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص 328 .
[4] - طارق سرور : المرجع السابق ، ص 222 .

اللاحق لا ينتج أثار و لا يحول بالتالي دون زرع العضو المستأصل في المريض الذي أريد علاجه به، و لا يمكن الاستناد إليه في المطالبة بإعادة زرع العضو المستأصل في جسم صاحبه الذي أخذ منه [1]، و لا يجوز طلب استرجاع العضو بعد زرعه في جسم المنقول إليه على استرداد المنقول منه العضو لما يمثله من خطورة بالغة على حياة الأول، و هذا يتوافق مع المنطق و القانون بحيث أنه لو سمح بغير ذلك لكان هذا من باب العبث غير الجائز بالسلامة الجسدية سواء فيما يتعلق بجسم المتبرع أو الشخص المريض الذي استقبل العضو المزروع [2].

و متى كان العدول جائزا فإن المتنازل متى رجع عن تصرفه لا يلتزم بدفع مبلغ نقدي بدلا من التنفيذ العيني، لكن إبرام التصرف قد يؤدي إلى تحمل المتلقي بعض المصاريف اللازمة لإتمام العملية و متى رجع المتنازل عن موقفه فمن المنطقي أن يلتزم بتعويض هذه النفقات و المصاريف، فالمتنازل الراجع عن تصرفه لا يلزم بدفع تعويض جزاء العدول لأن العدول من طبيعة التصرف نفسه و إنما فقط يلزم بدفع المصاريف الفعلية التي تكلفها المتنازل إليه و ضاعت عليه نتيجة العدول.

2- موقف التشريعات: هناك إجماع من قبل التشريعات المنظمة لعمليات زرع الأعضاء على أن للمتنازل أن يرجع عن تبرعه في أي لحظة قبل القيام بالعملية و بدون أي مسؤولية.

فقد خرج المشرع الإماراتي عن الأصل المقرر في قانون المعاملات المدنية في الحالة الخاصة بالإذن باستئصال عضو من أعضاء الجسم بالنظر إلى ما لهذا الإذن من طابع خاص يستوجب تمكين صاحب الإذن من الرجوع فيه حيث نصت المادة 5 منه:" يجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه دون قيد أو شرط" و هذا ما نصت عليه المادة 4 من القانون الكويتي و المادة 6 من القانون القطري و كذا المادة 11 من المشروع المصري [3].

كما جاء في المادة 11 من مشروع القانون المدني الفرنسي على أنه:" يجوز دائما الرجوع في التصرف الذي بمقتضاه يتصرف الشخص في جسمه، سواء كان التصرف قابلا للنفاذ حال حياة الشخص أو عند وفاته " [4].

كما تناول العدول عن الرضا المرسوم الملكي الأسباني فقد نصت المادة 4 منه على وجوب أن تمضي فترة زمنية لا تقل عن أربع و عشرين ساعة بين توقيع وثيقة التبرع و مباشرة عملية

---

[1] - جاسم علي سالم الشامسي ، المرجع السابق ، ص 45 .
[2] - فايز الظفيري : المرجع السابق ، ص 121 .
[3] - عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 29 ، جاسم علي سالم الشامسي : المرجع السابق ، ص 44 .
[4] - حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء : المرجع السابق ، ص 144 .

الاستئصال و يكون للمتنازل حرية العدول في أية لحظة قبل إجراء العملية و لا يعتبر مثل هذا العدول سببا للمطالبة بالتعويض أيا كانت طبيعته [1].

و جاء في فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي أن الرضا " بحسبانه إذنا يصدر عن رضا صاحب الجسم الآدمي رضا غير لازم، فإنه يمكن العدول عنه في أي وقت" فلا نكون بصدد اتفاق أو تصرف بالمعنى المقصود في نظرية الالتزام و إنما يوجد إذن بالمساس بالجسم، و توضح الفتوى أن الرضا بشأن أي أمر يتعلق بجسم الآدمي لا يقوم به تصرف ملزم من نوع ما يخضع لأحكام الالتزام في القانون المدني فهو إذن يتعلق بالشخص بموجب إنسانيته، و العدول عن الإذن متروك لمطلق تقدير من يخصه الجسم دون أن يخضع لأي رقابة من القضاء أو غيره و لا يلزم بتقديم مبررات العدول.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد نصت المادة2/162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه ".. يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة " فالمشرع الجزائري أجاز للمتنازل أن يعدل عن رضائه و ذلك رغبة منه حتى لا يكون المتنازل ضحية أي نوع من أنواع الضغوط المادية فقد يضطر للرضوخ للعملية رغما عنه و ذلك بسبب عدم قدرته على دفع التعويض النقدي.

هذا الأمر و إن يظهر بسيطا من ناحية الصياغة القانونية إلا أنه في الواقع العملي يطرح مشكلا كبيرا يتمثل في تضييع وقت المستشفى بحجز مكان للمريض لشهور دون إجراء العملية في نهاية الأمر و أيضا إذا كان المريض قد صرف مبالغ مالية كبيرة في إجراء التحاليل الطبية فمن يتحمل هذه المصاريف إن لم تتم العملية ؟ كما يمكن أن يكون سببا للمريض في خوفه من العملية و بالتالي رفضه لعملية الزرع [2].

الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بالمتبرع له

الشخص المنقول له هو الشخص الذي يخشى على حياته و يكون مضطرا للعضو المنقول إليه فيجوز زرع الأعضاء له في الحدود التي بينها العلماء في فتاواهم و أهل الاختصاص من الأطباء[3] و كما رأينا بالنسبة للمتبرع فلابد من توفر مجموعة من الضوابط حتى تكون عملية الزرع مشروعة و سنتناولها في هذا الفرع .

[1] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 210 .
[2] - نصر الدين مروك : المشاكل القانونية ، المرجع السابق ، ص 40 .
[3] - بلقاسم شتوان : المرجع السابق ، ص 129 .

البند الأول أهلية المتبرع له:

إن رضا الشخص بأن تجرى له عملية زرع الأعضاء تعني تحمله لمسؤولية هذه العملية بمنافعها و مخاطرها و هذا يفترض أن من يصدر عنه مثل هذا الرضا لابد و أن تكون له أهلية قانونية و متمتع بكامل قواه العقلية، أما بالنسبة للقاصر فلا توجد صعوبة إذ أن القاصر يعد مستفيدا وهذه الحالة تدور بين النفع و الضرر فإذ كانت تعود عليه بالنفع فلا مجال للقول إلاّ بوجوب إجرائها و لكن هذه الحالة تستلزم موافقة الولي [1]، و عدم الأهلية نوعان عدم أهلية قانونية يرجع لأسباب محددة قانونا و عدم أهلية فعلية عائد إلى مس بالعقل إما مؤقت أو دائم و يترتب عليه عدم القدرة على الإدراك و الإرادة و في هذه الحالة يعتد برأي ذوي المريض أو من ينوب عنه قانونا.

1- انعدام الأهلية القانونية: يكون الرضا ممن له سلطة قانونية حيث تحل موافقة الولي الشرعي محل موافقة عديم الأهلية كما هو الحال في كل العمليات الجراحية، فإذا تعلق نقل الأعضاء بقاصر غير مأذون له بإدارة ماله فيجب الحصول على موافقة كل من الأب و الأم معا حيث يتخذ القرار بشكل مشترك نظرا لخطورة هذه العمليات، و يرى بعض الفقهاء ضرورة الحصول على موافقة القاصر إذا بلغ حدا من النضج أي إذا أصبح مميزا، لأن الأهلية الضرورية في هذا المجال ليست الأهلية القانونية المحاطة بقيود صارمة و لكن الأهلية الطبيعية التي توجد لإظهار موافقته الجدية، بحيث يمكن إجراء عملية الزرع إذا وافق القاصر عليها و أكد الجراح أنها ضرورية من أجل صحة القاصر حتى لو عارض الولي الشرعي، و بالمقابل إذا رفض القاصر العمل الجراحي فعلى الجراح إجراءه إذا حصل على موافقة وليه الشرعي لأن امتناعه سوف يعرضه لمسؤولية عدم تقديم مساعدة لشخص في خطر[2]، و بالنسبة للزوجة فإن الزواج لا يعني تنازلها عن حقها في سلامة جسدها فتبقى هي صاحبة الرأي و لا يحق للزوج إكراهها على قبول نوع ما من العلاج أو منعها من علاج تراه هي لازما لحالتها، ويمكن أن يكون لرضا الزوج قيمة إذا كانت غير قادرة على التعبير عن إرادتها. بالنسبة للتشريع الجزائري نصت المادة 3/166من القانون85-05:"..و إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة" فقد حدد الأشخاص الذين لهم أن يبدو الرضا نيابة عن الشخص عديم الأهلية.

---

[1] - سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص172 ، حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية اتي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ،المرجع السابق، ص 112

[2] - أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص333 ، 334 .

كما جاء في المادة4/166:" أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب و إن تعذر ذلك فالولي الشرعي.." فإذا كان المريض قاصرا لكنه قادرا على تقدير المخاطر فإن رضاه معتبر لأن الرضا بالعلاج لا يعد تصرف قانوني بل هو مسلك إرادي له فاعليته القانونية فلا يجب أن تطبق عليه القواعد المتعلقة بأهلية الأداء، فهو مظهر لحرية المتلقي في مباشرة نشاط مشروع يكفي فيه الإدراك و التمييز، فالممثل القانوني لا يستطيع أن يفرض قراره على مصلحة حيوية و شخصية للمتلقي القاصر الذي يتمتع بقدر كاف من الملكات الذهنية [1].

2- انعدام الأهلية الفعلية: قد يعتري المريض كامل الأهلية ما يمنعه من إصدار رضا صحيح كأن يكون غائبا عن الوعي مما يؤثر في قدرته على وزن الأمور و تحديد ما هو مفيد لحالته من عدمه، و هو في هذه الحالة يكون أي رضا صادر منه معيبا و لا يؤخذ به في عمليات زرع الأعضاء، فإذا كان المريض قد فوض شخصا محددا فيجب احترام إرادته و إذا لم يوجد فيجب الرجوع إلى العصبات التي يتصل بها المريض فهم الأحرص على علاجه و إصدار رضاء فيه الأمن و الأمان لصحة و حياة المريض[2]، فيجب على الطبيب الرجوع إلى الممثلين الطبيعيين له أي العائلة من خلال الرجوع إلى رابطة القرابة أو الزواج، فقد تحدث المشرع الفرنسي عما يسمى "بالحماة الطبيعيين" و ذلك عندما أوجب على الأطباء في الأحوال التي يكون فيها المريض عديم الأهلية ضرورة الحصول على إذن هؤلاء الحماة الطبيعيين و في كل الأحوال فإن على رأس هؤلاء الحماة الزوج و إن كان المريض أعزب فالأمر للأصول.

إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بالأشخاص الذين يدافعون بشكل طبيعي عن المريض فإن الطبيب يصبح في حالة الطوارئ ممثلا طبيعيا له و يستطيع رفض العملية التي وافقت عليها العائلة إذا اعتقد أنها تسبب ضررا للمريض، و يشكل الرجوع إلى الأقارب إجراء نادر من الناحية القانونية و لذلك يجب أن يستخدم بشكل محدود جدا و يجب أن يبقى استثنائيا و محدودا على حالات ضيقة و ضرورية أي فقط حالة الطوارئ الفعلية كحالة عدم إمكانية تأجيل نقل الأعضاء بدون ضرر إلى أن يستعيد المريض تمييزه الحر[3].

و بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 2/166 من قانون الصحة:" و إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضائه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة

---

[1] نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 259 .
[2]- أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 57 .
[3] - أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص336 .

164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا " و حسب المادة 164 فالترتيب هو الأب، الأم، الزوج، الزوجة، الابن، البنت، الأخ، الأخت فرضاهم يقوم مقام رضا المتلقي كلما كانت حالته الصحية لا تتيح له التعبير عن إرادته و الحصول على رضائه، و حسب المادة 166 فقرة أخيرة فإن المشرع الجزائري جعل الطبيب الجراح رئيس المصلحة ممثلا طبيعيا للمتلقي في حالة الاستعجال و له أن يرفض زرع العضو للمتلقي رغم موافقته هو و أهله إذا قدر أن هذا التدخل يصيب المتلقي بأضرار جسيمة [1].

نخلص من كل ما سبق إلى أن عمليات زرع الأعضاء تتطلب رضا صادر من شخص كامل الأهلية لكن إذا كان المريض قاصرا فالأصل أنه لا يعتد برضاه و يحل محله الولي الشرعي لكن إذا كان قادرا على التعبير عن إرادته فإن إرادته تكون معتبرة، أما إذا كان الشخص كامل الأهلية القانونية لكن فاقد الوعي (عديم الأهلية الفعلية) يحل محله في إبداء الرضا الحماة الطبيعيين و هم أقاربه و قد يكون الطبيب واحدا منهم إذا تعذر الحصول على الرضا منهم في الوقت المناسب و قد تبنى المشرع الجزائري كل هذه الأحكام في قانون حماية الصحة و ترقيتها.

البند الثاني الحصول على رضا المتبرع له

1- المبدأ العام: إذا كان رضا المريض في إجراء العمليات التقليدية أمرا لازما فإنه و من باب أولى شرط لابد منه في عمليات زرع الأعضاء لأنها تعد خروجا على الطرق التقليدية المتبعة في العلاج و من أخطر العمليات الجراحية لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلا، و يقصد بالرضا هنا الرخصة الصادرة من الشخص أو ممثله القانوني بإيقاع الفعل غير المشروع على مصلحة محمية عن طريق القانون و الرضا قد يكون صريحا أو ضمنيا يمكن استنتاجه من ظروف الواقعة كالذهاب إلى الطبيب و طلب الكشف عنه.. ، لكن في هذه العمليات يجب أن يكون صريحا لا لبس فيه و أن يكون مكتوبا[2]، و قيل أنه التعبير عن الإرادة الصادر من شخص عاقل- أو من يمثله- قانونا قادر على أن يكون رأيا صحيحا عن موضوع الرضا و يجب أن يكون صادرا عن حرية و بغير إكراه أو غش.

فعلى الأطباء و الجراحين من حيث المبدأ ألاّ يباشروا بإعطاء أي علاج أو بإجراء أي عملية جراحية قبل الحصول مسبقا على موافقة المريض و هذا المبدأ يفرض نفسه احتراما لجانب هام من جوانب

[1]- نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 261 .
[2]- فايز الظفيري : المرجع السابق ، ص 123 .

الحرية الشخصية، فلا يجبر أحد على أخذ العلاجات إذا فضل الألم أو الموت، فرضا المريض يثير مشكلة إيجاد التوازن بين اعتبارين لكل منهما أهميته و خطورته، الاعتبار الأول هو حماية المريض ضد أي مبادرة طبية تتضمن قدرا من المخاطرة بحياته حتى و لو كان قد قبل ذلك و الاعتبار الثاني هو الدفاع عن الطبيب في مواجهة شدة قواعد المسؤولية و صرامتها، فرضا المريض هو تعبير أخلاقي عن عصمة الجسد كما يتصورها النظام القانوني و الاجتماعي في الدولة إذ أن جسم الإنسان من الحقوق المقدسة و الخاصة به و التي لا يجوز المساس بها إلاّ برضاه حتى و لو كان بقصد العلاج[1].

فيجب أن يحتفظ المتلقي بحريته الكاملة في اختيار التدخل الجراحي أو رفضه، وإذا كان المتلقي يعتبر في مواجهة الأطباء شخصا غير قادر على تقدير الأمور تقديرا سليما إلاّ أنه يظل قانونا الحَكَم الوحيد الذي يقدر ضرورة التضحية بسلامة جسمه طالما أنه يملك حرية الاختيار[2].

كما أن الرضا قد يكون صادرا من المريض ذاته أو من ولي أمره و قد يكون صادرا من المريض بالفعل أو مفترض افتراضا كما لو كان في حالة غيبوبة لا يستطيع فيها إبداء رضائه لأنه لو كان مالكا لرشده لما نكص عن طلب العلاج ، ثم إن غياب رضا المريض في عمليات نقل و زرع الأعضاء يعد أساسا لقيام المسؤولية الجنائية عن النتائج التي تترتب على عملية جراحية إذا أتلفت لإنسان عضو من أعضائه[3].

و إذا كان من الضروري الإعتداد برضا المريض في عمليات زرع الأعضاء فإنه من الطبيعي الإعتداد أيضا برفض المريض لعملية الزرع و أن يكون لهذا الرفض أثره القانوني ، بيد أنه إذا كانت هذه العملية ضرورية و هامة لإنقاذ حياة المريض أو لتحسين حالته الصحية فينبغي على الطبيب بذل جهد مضاعف لإقناع المريض بالمنفعة التي ستعود عليه من جراء هذه العملية والمخاطر التي سيتعرض لها في حالة عدم إجرائها دون أي ضغوط على إرادته في هذا الشأن فإذا أصر على رفضه فليس من سبيل أمام الطبيب للتخلص من المسؤولية إلاّ إثبات رفضه كتابة بإجراء هذه العملية رغم أهميتها له[4].

---

[1]- فرج صالح الهريش : المرجع السابق ، ص 81 ، 103 .
[2] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 255 ، سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 157 .
[3]- أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 51 ، قرج صالح الهريش : المرجع السابق ، ص 81 .
[4]- فرج صالح الهريش : المرجع السابق ، ص 108 .

و لقد سار المشرع الجزائري على هذا النهج حيث نص في المادة 1/166 من القانون 85-05 على: " لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلاّ.....أو يعرب المستقبل عن رضائه بحضور رئيس المصلحة التي قبل بها و حضور شاهدين اثنين" حيث اعتبر رضا المتلقي أمرا ضروريا لا غنى عنه في مجال زرع الأعضاء لأن الهدف منه هو تنبيه المتلقي لأهمية العملية الجراحية التي سيخضع لها.

2- الاستثناء الوارد على المبدأ : إن الأصل العام الذي مفاده ضرورة الحصول على رضا المريض يرد عليه استثناء حيث يجوز التجاوز عن رضا المريض في الأحوال التي تكون حالة المريض فيها على درجة من الخطورة و مستعجلة بحيث يكون الاختيار بين العملية الجراحية و الموت ، أو على الأقل خطر جسيم يوشك أن يحل بالمصاب إذا لم يبادر بعلاجه، و يبدو من الصعب تقدير جسامة الخطر و إن كانت بعض الأحكام قد اتجهت إلى ترك تقدير حالة الخطر التي يوجد فيها المريض للطبيب بلا رقيب عليه إلاّ من ضميره و قواعد المهنة، و مع ذلك فإن القضاء لا يسلم بحرية مطلقة للأطباء في هذا الصدد فهو يراقب تقديرهم معتدا بظروف كل حالة على حدى[1]، فإذا كانت هناك حالة استعجال فإن الطبيب يحق له القيام بالعملية بعد الحصول على موافقة القريب الموجود إلى جانب المريض، و إن لم يكن هناك أحد من أقاربه فمن حقه أن يجري الجراحة دون الحصول على موافقة أحد و ذلك كله طبقا للقواعد العامة في العقد الطبي.

فإذا كانت حالة المريض معرضة لخطر حقيقي حال، و توافر العضو عن طريق متبرع و لم يكن المريض بوضع نفسي و عضوي و عقلي يسمح بأخذ رضائه و مناقشته بالعملية فإنه يمكن للطبيب القيام بالزرع طالما كان يهدف إلى إنقاذ حياته[2].

و من التشريعات التي أخذت بهذا الاستثناء نجد المشرع الليبي في المادة 6 من قانون المسؤولية الطبية حيث يستطيع الطبيب معالجة المريض دون رضاه إذا كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن إرادته أو كان مرضه مهددا بالسلامة العامة أو معديا أو قررت لجنة طبية أن رفضه للعلاج يسبب مضاعفات يتعذر معها العلاج[3].

---

[1] - حبيب إبراهيم الخليلي : مسؤولية الممتنع المدنية و الجنائية في المجتمع الإشتراكي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1979 ، ص 226 .

[2]- سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 157 .

[3] - فرج صالح الهريش : المرجع السابق ، ص 106 .

و كذلك المشرع الجزائري في المادة 166 الفقرة الأخيرة من قانون الصحة ".. يجوز زرع الأعضاء أو الأنسجة البشرية دون الموافقة المذكورة...إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته..." فالمشرع استغنى عن رضا المتلقي و أجاز للطبيب أن يتدخل بالعمل الجراحي ليزرع العضو له و ذلك إذا كان هناك استعجال و كانت العملية تهدف إلى إنقاذ حياته.

البند الثالث تبصير المتبرع له:

حتى يتمكن المتبرع له من تقدير ضرورة عملية الزرع رغم مخاطرها يجب أن يكشف له الطبيب عن خطورة حالته و أن يؤكد له أيضا أن الزرع هو الحل الأخير و أن الخطر المؤكد الذي تمثله العملية أقل بكثير من مخاطر التطور الطبيعي لمرضه على المدى القصير [1]، و كذا إخباره بظاهرة رفض الجسم للأعضاء الجديدة و طريقة حياته بعد الجراحة حتى يتفادى هذه الظاهرة كما يمكن أن يوضح له مدى إمكانية إجراء عملية زرع أخرى إذا ما فشلت العملية الأولى وبذلك يصدر رضا المريض حرا و هو لديه فكرة كاملة عن كل ظروف حالته الصحية.

فالتبصير هو بمثابة تحذير سابق بمخاطر العلاج و فوائده المنتظرة و تلك أمور يمكن أن تترك أثرها على حياة الإنسان بأكملها بل يمكن أن تكون في لحظة ما فاصلا بين الحياة و الموت [2] . و ما يساعد الطبيب على إطلاع المريض على الحقيقة أن المريض في مجال زرع الأعضاء توجد لديه الرغبة الشديدة في الحياة و لهذا يستطيع أن يقبل ما يطلعه عليه الطبيب دون أن يؤثر في نفسيته، و الأصل أن التبصير يوجه إلى المريض نفسه إلا إذا كان غير واع و في هذه الحالة التبصير يجب أن يوجه إلى الغير الذي له أهلية تمثيل المريض[3].

فيجب أن يقدم للمريض فكرة منطقية حول حالته ليتمكن من إصدار قرار منطقي، فيجب أن تكون المعلومات بسيطة، تقريبية، مفهومة و صادقة[4].

- مدى التزام الطبيب بالتبصير: إن مبدأ الالتزام بتبصير المتبرع له أثار إشكالات علمية في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء و ذلك نظرا للتعارض القائم بين مفهوم الاعتراف للإنسان بأن يكون

---

[1]- أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص 330.

[2]- جابر محجوب : دور الإرادة في العمل الطبي ، مجلة القانون و الإقتصاد ، العدد68 ، شركة مطابع الطوبجي التجاري ، القاهرة ، ص 138 .

[3]- Stéphanie Porchy-Simon : op.cit, p 14

[4]- M.M Hannouz . D.Mekherbèche : information et consentement du malade.Revue Maghreb Medical .N°225.Tunisie ، 1990.P18. « il est exigé que l'information doit être simple.approximative.intelligible et loyale »

سيد نفسه و بين التقدم الطبي و ما يقتضيه ذلك من إعطاء الطبيب قدرا كبيرا من الحرية في التصرف بجسد المتبرع له و حياته تأسيسا على ما يلحق بهذا المقتضى الأخير من ثقة و أمانة، يتعين التسليم بها للطبيب على أساس أنه يتصرف في حدود علمه و أمانته العلمية [1]، فلقد ثار خلاف حول هذه النقطة و انقسمت الآراء إلى 3 اتجاهات :

1- عدم الالتزام بالتبصير: من حق الطبيب أن يخفي على المريض التشخيص الذي يراه و عواقبه حتى يستطيع أ ن يفرض العلاج الذي يراه مناسبا ، يجب أن يترك للطبيب حرية التصرف و تقدير ما يجب ذكره للمريض و ما يجب إخفاؤه ، كما أن النفس البشرية تستريح إلى من يدخل التفاؤل عليها حتى لو لم يكن ذلك حقيقيا ، فالمريض قد يهرب من الطبيب الذي يطلعه على الحقائق لأنه يبحث عن الطمأنينة لديه [2] ، فمن مصلحة المريض أن يسلم بعدم قدرته على تقدير الأمور تقديرا سليما ، في صدد صحته و مصير حياته و أن يسلم أمرها إلى طبيبه الذي يمسك بأصول العلم

و الطب و يتصرف عن طريقها لمصلحة المريض، و قد أخذت بذلك لائحة تقاليد مهنة الطب البشري في مصر الصادرة 2جويلية 1954 بقرار من وزارة الصحة المصرية حيث نصت

المادة 18:" لا يجوز إطلاع المريض على عواقب المرض المميتة إلاّ إذا تم ذلك بكل حذر و يجوز إخفاء عواقب المرض الخطيرة عنه " [3].

2- ضرورة التبصير: إن الالتزام بالتبصير يعتبر مظهر من مظاهر احترام الشخص و سلامة جسمه بحيث لا يتعرض لأدنى مساس إلاّ بعد موافقته، فالمريض سيد جسمه و هو الذي يملك الاختيار بين المحافظة على كيانه الجسدي الحالي و بين التضحية بسلامة جسمه، و لا يملك المريض حرية الاختيار إلاّ إذا أخطره الطبيب بمخاطر المساس و نتائجه، فهو الذي يقدر مدى ضرورة التضحية بكيانه للمحافظة على باقي الجسم، كما أن جهل المريض بقواعد الفن الطبي و عدم إمكانية تقدير مزايا الأنواع المختلفة للعلاج لا يكفي لسلبه حقه في الرضا المتبصر، كما يستند هذا الرأي على مبدأ الحرمة الكاملة لجسد الإنسان، و اتصال هذه الحرمة بكيانه المعنوي فالكذب على المريض هو عدوان على حريته في الاختيار و سلطات الطبيب إنما منحت له لكونه يساعد المريض لا لكي يستبعده وعدم التبصير الكامل هو امتهان للإنسان لأنه يعني حرمانه من معرفة الحقيقة في أدق لحظات حياته [4]

---

[1]- حمدي عبد الرحمن : معصومية الجسد ، المرجع السابق ، ص 276 ، نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 243 .
[2] - حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء ، المرجع السابق ، ص 90 .
[3] - حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 91 .
[4] - حمدي عبد الرحمن : المرجع السابق ، ص 92 .

3- التبصير في حدود: هذا الاتجاه هو الحل الوسط بين الاتجاهين السابقين حيث يحاول التوفيق بينهما و مفاده أنه يجوز للطبيب أن يخفي على المريض بعض الحقائق التي يرى أنها قد تؤثر على نجاح العلاج، فالكذب المسموح به هو الكذب الذي يستهدف مصلحة المريض و الذي يكون دون استعمال للوسائل الإحتيالية أي يجب النظر إلى الهدف و إلى الوسيلة، فمصلحة المريض هي حجر الزاوية [1]، فالطبيب ليس عليه تقديم كل التفاصيل للمريض و لكن عليه أن يقدم له كل المعلومات الضرورية حتى يقنعه بالموافقة على العلاج.

و أرى أن الصواب الأخذ بالاتجاهين الأخيرين فمن جهة على الطبيب أن يقدم للمريض شرحا عن حالته الصحية و الطرق المختلفة للعلاج حسب الأولوية و يبين له الأصلح له إلى غير ذلك لكن من جهة أخرى له أن يخفي بعض المعلومات التي قد تعرقل العلاج و التي إذا عرفها المريض دون أن تكون على درجة كبيرة من الخطورة فالمريض قبل كل شيء هو سيد جسمه و ليس لأحد التصرف في جسمه بدون رضاه، بل رأينا أن المريض قد يتنازل عن حقه في التبصير.

[1]- حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء : المرجع السابق ، ص 99 .

المبحث الثاني: أحكام التعامل في أعضاء الجثث

إن نقل الأعضاء من الجثث لا يثير الصعوبات التي تعترض نقل الأعضاء من الأحياء، فلا حديث في هذا المجال عن التفرقة بين الأعضاء التي تمس بأصل الحياة و تلك التي لا تمس بها، و لا فرق بين القاصر و الراشد، كما لا تثار مسألة الرضا لكن هذا لا يعني أن النقل و الزرع مباح بشكل مطلق و خال من القيود،بالعكس هناك قيود من نوع آخر و ذلك بالنظر إلى مصدر هذه الأعضاء و هو في هذه الحالة الجثة، و عليه لابد من معرفة متى يتحول جسم الإنسان الحي إلى جثة و هنا تثار مسألة الموت و كيفية تحديده، ثم هل وفاة الإنسان تعد تأشيرة لنزع أي عضو من جثته أم لابد من الموافقة على ذلك و ممن يجب أن تصدر هذه الموافقة، كل هذه التساؤلات سنجيب عليها من خلال مطلبين، يتضمن المطلب الأول ماهية الموت و الثاني التصرف في الجثة.

المطلب الأول : ماهية الموت

إذا كان التبرع بالأعضاء بين الأحياء جائز رغم الصعوبات و القيود فإن الوصية بالأعضاء أولى بالجواز و المشروعية و ذلك لعدة أسباب[1] منها :

- أ ن الموصى لن يلحقه أدنى ضرر بهذه الوصية .
- الوصية بأحد الأعضاء نفع و حياة للغير من إخوانه في الإنسانية، فالمحافظة على حياة الإنسان و صحته أعظم من الناحية الإجتماعية من المفسدة المترتبة على المساس بحرمة الجثة بما يتضمن من معاني التضامن الإنساني في أسمى صوره [2].
- أن العضو مصيره التراب فانتفاع المريض به أولى من تشتته فى التراب .
- إذا كان القصد من هذه الوصية وجه الله فهو مثاب و مأجور.

لكن للقيام بذلك لابدمن التأكد من الوفاة – وتحديد لحظته – فهذه الأمور هى من الموضوعات الهامة فى عمليات نقل الاعضاء من جثث الموتى باعتبار أن لحظة الوفاة هى اللحظة الفاصلة بين الحياة و الموت و تمثل نقطة البداية اللازم تحققها لإمكان إستئصال عضو من جثة الميت لزرعها في جسم

[1]- عبد الحميد الأنصاري : المرجع السابق ، ص 39 .
[2]- عبد الحميد الشواربي : المرجع السابق ، ص 251 .

الإنسان الحي المحتاج إليها-كما تبرز أهميتها إذا عرفنا أن جسم الإنسان لا يموت في لحظة واحدة[1] .

وعليه سنتطرق الى تعريف الموت في الفرع الأول ثم معايير تحديد لحظة الموت في الفرع الثاني .

الفرع الأول تعريف الموت :

لغة: مات يموت موتا : حل به الموت و فارقت الروح جسده و هو زوال الحياة عمّن كانت فيه [2]، و جاء في معجم مقاييس اللغة أن الميم و الواو و التاء أصل صحيح يدل على ذهاب القوة من الشيء[3].

شرعا : الموت صفة وجودية خلقت ضد الحياة و هي مفارقة الروح للبدن لعدم صلاحية البدن لإحوائها، فهو اللحظة القاسية التي يغادر فيها الإنسان الدنيا و يستقبل الآخرة[4]، لقوله تعالى في سورة الملك الآية 02"**اَلذِي خَلَقَ اَلْمَوْتَ وَ اَلْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُم أَيُّكُم أَحْسَنُ عَمَلاً**" فحقيقة الموت لا يعلمها إلاّ الله تعالى فهو من الأمور التي استأثر بعلمها و لا يمكن لعقول البشر فهم حقيقتها.

قانونا: لا يوجد تعريف قانوني للموت، فلا أثر له في التشريعات، وإن كان ذلك فإنه من خلال علاماته، إلاّ أن هناك من الفقهاء من حاول تعريفه حيث أعلن DIRKENS الحقيقة الثابتة عبر السنين و عبر كل التطورات العلمية:" يتوقف الجسم عن الوجود عندما ينجز الموت عمله أي عندما تسحب الحياة من الجسم، ففي هذه اللحظ يتحول الجسم إلى جثة و يتوافق موت الجسم إذا مع " ولادة الجثة" فتوجد الجثة منذ اللحظة التي يتوقف فيها الجسم عن الوجود و ذلك بفقدانه أحد العناصر المكونة له أي الحياة" [5].

كما عرفه J.PENNEAU أنه :" لحظة إنعدام الشخصية التي يسبقها إنعدام جسم الإنسان نفسه" [6].

فمن الناحية القانونية الموت يعني إنعدام الشخصية حيث تنص المادة25 من القانون المدني الجزائري: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته" حيث يخرج الإنسان به من أشخاص القانون و يترتب عن ذلك عدّة آثار منها إنتقال أملاكه إلى ورثته، خروج زوجته من عصمته إلى غير ذلك و أهمها في مجال نقل الأعضاء إمكانية إستئصال الأعضاء دون مراعاة

---

[1]- فرج صالح الهريش: المرجع السابق ، ص 143 .

[2]- المنجد في اللغة و الإعلام : الطبعة التاسعة و العشرون، دار المشرق بيروت، لبنان، 1987 ، ص 778 .

[3]- مشار إليه في مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة- ،الجزء الأول،الكتاب الثاني التطبيقات العملية لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، دار هومة، 2003 ، ص291 .

[4] - بلحاج العربي : معصومية الجسد ، المرجع السابق ، ص 175 .

[5] - مشار إليه في أحمد عبد الدائم، المرجع السابق ، ص 201 .

[6]- J.Penneau : op. cit, P 20 « La mort est le moment de l'anéantissement de la personnalité, précédent L'anéantissement du corps humain lui même »

الضوابط المتعلقة بالأحياء، فالموت ليس ظاهرة بيولوجية فقط و إنما هو أيضا واقعة قانونية لها آثارها القانونية[1].

طبيا: الموت هو عملية في اتجاه واحد أي غير قابل للشفاء و يتكون من التوقف المتلاحق لعدة أنواع من الحياة تؤمن كل واحدة منها عمل عضو أو أنسجة أو خلايا، فهو في الحقيقة خلاصة عدّة أنواع للموت الجزئي و يجب على الطبيب أن يعرف من بينها نقطة عدم الرجوع للحياة وإن كان هناك بالطبع صعوبة تحديد اللحظة بدقة [2]، الموت بالنسبة لعالم الأحياء هو عملية تصيب الوظائف المختلفة للجسم بشكل متتابع فلا تموت مباشرة كل الأعضاء و كل خلايا الجسم و لا تموت مع بعضها بنفس الوقت [3].

كما تقول الموسوعة العربية الميسرة:" الموت هو مفارقة الحياة للجسم و تدل عليه تغيرات ظاهرة تحدث توًا فيمن يفارق الحياة و أخرى خفيفة تحدث في أنسجته ببطء .."[4] ، وهناك من اعتمد في التعريف على علاماته و لن نستعرضها في هذا المقام بل ستكون جوهر الدراسة في الفرع الثاني، فالوفاة تعتبر ظاهرة طبية إلى جانب كونها واقعة قانونية، و قد تأثر مفهومها بالتطور العلمي و الطبي الهائل.

و نظرا لخطورة الأمر فمن جهة ليس هناك تعريف دقيق للموت سواء من الناحية القانونية أو من الناحية الطبية، و من جهة أخرى لا يمكن استئصال الأعضاء من الجثة إلاّ بعد التأكد من الوفاة، فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو من هي الجهة المختصة بتعريف الموت، هل هو مسألة طبية أم مسألة قانونية.

البند الأول : تعريف الموت مسألة قانونية: يرى جانب من الفقه أنه لابد من وجود تعريف قانوني للموت، فنظرا لخطورة الآثار المترتبة على هذه الواقعة في المجالات القانونية عامة و في مجال زراعة الأعضاء خاصة فلابد من إضفاء الطابع التشريعي عليها ، و رغم أنها من إختصاص الأطباء نظرا لجانبها الطبي الفني إلاّ أنه يجب ألاّ يترك أمر تحديدها للأطباء على نحو مطلق، فالوفاة من المسائل المتعلقة بحالة الشخص بل هي من أبرزها على وجه الإطلاق و لذا يجب أن يستأثر القانون بتحديدها، و طالما أن الشخصية القانونية للفرد" منحة من المشرع" و هي بذاتها مصدر جميع

[1]- نصر الدين مروك: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء، المجلة القضائية، المرجع السابق، ص 48 .
[2] - مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية ،الجزء الأول،الكتاب الثاني ، ص 245 ، 247 .
[3] - أحمد عبد الدائم : المرجع السابق، ص 205 .
[4]- مشار إليه في كمال الدين جمعه بكروه : المرجع السابق ، ص 450 .

الحقوق اللصيقة بالشخصية فيصبح من الضروري ألاّ تخضع هذه المنحة لمعايير شخصية إستبدادية[1].

فالقاعدة القانونية تعبر عن ضمير الجماعة و لها صدى في النفوس لما تتميز به من إستقرار و إلزامية، لذلك لابد من بلورت فكرة الموت عن طريق المناقشات البرلمانية لتنتهي بإصدار قانون يوضح ذلك المفهوم، فلا يجب الإكتفاء بالتنظيم عن طريق قواعد آداب مهنة الطب دون أن يكون للضمير الإجتماعي الحق بأن يعبر عن رأيه[2] .

فهذا الإتجاه يهدف إلى طمأنة الرأي العام من جهة و الأطباء من جهة أخرى ، بالنسبة للرأي العام تظهر أهمية إصدار تشريع يعرف الموت في عدم إعلان الوفاة قبل أوانها و إن حدث ذلك فتقع المسؤولية على معلنها، خاصة بالنسبة للمرضى الخاضعين لأجهزة الإنعاش فلا يجوز أن ترقبهم عين طبيب متعجل لإجراء عملية نقل الأعضاء، طبيب قد تدفعه إلى هذه العملية حميته العلمية، و قد يقف خلف رغبته صلة قرابة أو صداقة بالمريض الذي ينتظر إنقاذ حياته[3]، لذلك لابد من وضع ضمانات و قيود مشددة يسمح للأطباء وفقها وقف أجهزة الإنعاش الصناعي بعد التأكد من عدم فائدتها، فخشية من الإعلان المبكر للوفاة بقصد إجراء عملية الزرع في أحسن الظروف حيث تكون الأعضاء في أحسن الأحوال -خاصة القلب و الكبد- و تحقيق النصر العلمي و حتى لا يفتح هذا الباب الذي قد تنجر عنه مآسي لا حصر لها، اشترط أن يكون الفريق الطبي الذي يعلن وفاة المريض مختلفا تماما عن الفريق الذي يجري الزرع، أما بالنسبة للأطباء فحتى يتمكنوا من معرفة حدود مشروعية القرارات التي يتخذونها خاصة في هذا المجال و ذلك للتخلص من المسؤولية الثقيلة التي قد يتعرضون لها (الأخلاقية و القانونية) و حتى لا يكون هناك تخوف و هروب من اتخاذ القرارات

البند الثاني تعريف الموت مسألة طبية: ذهب جانب من الفقه إلى أن البث في مسألة تعريف الموت من إختصاص الأطباء بوصفهم الجهة الوحيدة المختصة بذلك، أما بالنسبة للقانون فيمكن أن يضع بعض القواعد العامة دون التفصيل في المسائل الفنية، فطبيعة الموت بوصفه عملا طبيا محضا تأبى الخضوع و الإنصياع لنصوص قانونية جامدة[4]، في ظل التطورات العلمية السريعة .

---

[1] - نصر الدين مروك : نقل و زرع الأعضاء، المرجع السابق، ص 322 .

[2] - حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء، المرجع السابق، ص 182، حسني عودة الزعال: المرجع السابق، ص 107 .

[3] - حمدي عبد الرحمن : المرجع السابق، ص 146 .

[4] - مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 48 .

فتحديد الوفاة طبقا لموت خلايا المخ لا يثير أية مشكلة قانونية و إنما يثير مسائل فنية بحتة تدخل في إختصاص الطب و أي تعريف قانوني قد يصبح قديما و غير دقيق بالنظر للتقدم العلمي الذي يحدث في مجال الطب و بالتالي أي تعريف قانوني للموت لابد و أن يكون محلا لتعديلات تشريعية متلاحقة حتى يتفق مع التقدم العلمي[1].

كما يستدل أنصار هذا الإتجاه بأن توقف القلب عن العمل كان هو المعيار المعتمد ثم ظهر معيار موت المخ و ربما يتم إكتشاف معايير جديدة ، و من ثمة يجب على المشرع أن ينأى بنفسه عن وضع تعريف و عليه فقط صياغة بعض القواعد السلوكية التي تسهل للأطباء ممارسة مسؤولياتهم في هذا الشأن[2]، فلا يجب ترك هذا الأمر لتقدير الأطباء بحرية مطلقة و وفقا لأهوائهم بل لابد من قيود قانونية في هذا المجال الحساس .

و تجدر الإشارة إلى أن القوانين الطبية العربية حرصت على عدم تعريف الموت ، و هذا على أساس أن الموت مسألة طبية بالدرجة الأولى و كذلك فعل المشرع الفرنسي، فقد أخذ بالإتجاه الثاني و من ثمة لا يجوز للمشرع أن يتدخل في تحديدها[3] .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فبالنظر للقواعد العامة المدنية من إبلاغ عن الوفاة و الحصول على ترخيص بالدفن فإن المسألة من إختصاص الأطباء حيث يترك لهم سلطة التحقق من الوفاة و سببها و إصدار شهادة الوفاة..كما أنه نص في المادة 1/164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها:" لا يجوز إنتزاع الأنسجة و الأعضاء من المتوفين إلاّ بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة" .

فالوفاة مسألة واقعية يحددها الطبيب وفقا للمقاييس الطبية المتعارف عليها و التي لا يمكن حصرها في قاعدة قانونية نظرا لما تشهده من تغييرات.

و في رأيي لا يجب أن يترك الأمر للتشريع مطلقا بالنظر إلى طبيعة المسألة و الظروف العلمية المستجدة، كما لا يجب أن يترك الأمر للطب و الأطباء دون قيود نظرا لخطورة الأمر و ما قد ينجر عنه من نزع للأعضاء من أشخاص أحياء دون مراعاة لقيود الإستئصال من هذه الطائفة و خشية تدخل المصالح الشخصية في تحديد الوفاة، فلا إفراط و لا تفريط .

[1] - حسام الدين الأهواني المرجع السابق، ص 182 .
[2] - نصر الدين مروك : المرجع السابق، ص 324 .
[3] - بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 193 .

و الأصح أن يكون هناك تنسيق وإنسجام بين المجالين بحيث يتم تقنين المسألة في ضوء المعطيات الطبية مع مراعاة أن تكون القواعد مرنة قابلة للتعديل و التغيير حسب الظروف المستجدة.

الفرع الثاني : معايير تحديد لحظة الموت

يعتبر تحديد الموت أمرا جوهريا لأن الشخصية القانونية للكائن البشري تزول في هذه اللحظة بالذات و ترسم شهادة الوفاة كذلك الحدود التي يجب ألاّ يتم تجاوزها أبدا بين المرحلة التي يكون فيها الجسم هو جسم إنسان يتوجب على الطب حينئذ العمل على شفائه أو تخفيف آلامه و بين المرحلة الأخرى التي تكون فيها الجثة عبارة عن بقايا محترمة يمكن الإستفادة منها ضمن المنفعة العلمية أو ضمن مصلحة مرضى آخرين[1]، و نظرا لتقدم العلوم الطبية فقد عرف تحديد لحظة الوفاة تطورا حيث كان يعتمد على توقف القلب و التنفس، و هو ما يعرف بالمعيار التقليدي ثم ظهر ما يسمى بالموت الدماغي و هو المعيار الحديث .

البند الأول: المعيار التقليدي: يعرف بموت القلب، حيث يعتبر الشخص ميتا إذا توقف القلب عن النبض و توقف التنفس توقفا نهائيا لا رجعة فيه ، فإذا أمكن إعادة حركة القلب و الرئتين بالوسائل الفنية كالتدليك و الصدمة الكهربائية فلا تثبت الوفاة.

و يترتب على هذا القول أن الطبيب لا يجوز له استئصال أي عضو قبل توقف القلب نهائيا عن العمل و موت الخلاياه و توقف التنفس، و إذا تأكد ذلك فله استقطاع ما يشاء من الأعضاء لإنقاذ المرضى المحتاجين إليها .

فهذا المعيار قائم على اعتبار الحياة باقية مادام القلب ينبض بأي سبب من الأسباب، لكن هنا الإستفادة تكون مقتصرة على بعض الأعضاء فقط أما الأعضاء الأساسية فلا يستفاد منها كالقلب مثلا، فنجاح العملية يتوقف على صلاحية الأعضاء أي عدم فساد خلاياها الذي يؤمنه وصول الدم إليها و هذه وظيفة القلب [2].

لكن هذا المعيار انتقد من جوانب عديدة أهمها :

1- أن توقف القلب و الرئتين قد لا يدل إلاّ على مجرد موت ظاهري[3]، و ليس موتا حقيقيا فهناك العديد من الحالات التي حدث فيها هذا النوع من الموت لكن مع إجراء بعض العلاجات العضلية

---

[1] - مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية ،الجزء الأول،الكتاب الثاني ، ص 286 .

[2] - محمد نعيم ياسين: حكم التبرع بالأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 53 .

[3] - الموت الظاهري هو الإختفاء المؤقت لمعايير الحياة الأساسية كالتنفس و خفقان القلب عند شخص لا يزال على قيد الحياة و يأخذ شكل الموت ، فتلك العلامات بديهية للموت لكنها ليست مطلقة لأنها تقبل الرجوع إلى الحياة . أحمد عبد الدائم: المرجع السابق، ص 226 .

و العصبية يعود الشخص إلى الحياة، فهذا المعيار غير دقيق و غير حاسم في الحكم بحصول الموت، لأن التجارب العلمية و التقدم الطبي أبطل مفعول هذا المعيار.

2- هذا المعيار فيه قصور كبير لا يوائم مقتضيات التطور العلمي، فهو عديم الفائدة في مجال نقل و زرع الأعضاء و التي يلزم لنجاحها نقل العضو قبل تآكل أنسجته و تلفها الأمر الذي لن يتأتى إذا تبنينا المعيار التقليدي[1]،و بهذا لا يمكن الإستفادة من كثير من أعضاء الجسم التي يحتاجها المرضى و على رأسها القلب الذي يستحيل نقله لأن موته يؤدي إلى تلف خلاياه، و هذا النوع من الأعضاء يتطلب السرعة للحفاظ على قيمته البيولوجية.

البند الثاني المعيار الحديث: نظرا للإنتقادات الموجهة للمعيار التقليدي ظهر معيار آخر يساير التطورات الحديثة و التي أسفرت نتائجها الأخيرة على أن المخ هو الذي يتحكم في كل أجهزة الجسم، و عليه فإن الموت الكامل لخلايا المخ و الذي يؤدي إلى توقف المراكز العصبية عن العمل هو الدليل القاطع على موت الإنسان موتا حقيقيا[2]، بمعنى أن هذه الحالة الدماغية يستحيل معها العودة إلى الحياة حتى لو بقيت بعض مظاهرها كإستمرار دقات القلب، و يعتبر الإنسان أنه قد فارق الحياة عندما تنتهي حياة المخ و هي اللحظة التي يتوقف فيها المخ تماما عن إرسال الإشارات الكهربائية[3]، و موت خلايا المخ بصورة نهائية يعني استحالة عودتها إلى الحياة، لذلك تعتبر هذه اللحظة الحد الفاصل بين الحياة و الموت.

و ما يؤكد عدم نجاعة المعيار التقليدي أنه في عمليات القلب المفتوح يتم إيقاف القلب و الرئتين عن العمل تماما طوال مدة العملية و يتم تنشيط الدورة الدموية عن طريق آلة صناعية،فحسب المعيار التقليدي يعتبر الشخص ميتا لكنه في الواقع لا يزال حيا ببقاء الدماغ حيا حيث يعود إلى الحياة بعد العملية [4]، وبموت خلايا المخ و بقاء القلب و التنفس يدخل الشخص في حالة الغيبوبة [5]، و هنا تثار مسألة وسائل الإنعاش الصناعي و مدى تأثيرها على الحياة، فهناك من إعتبرها وسائل لإطالة الحياة و لا يجوز رفعها عن المريض لأن هناك إمكانية شفائه و هناك من سمح بها فقط للحفاظ على الأعضاء حية و لابد من رفعها لمعرفة أو لتأكيد موت الشخص ، و يتم التحقق من موت خلايا المخ

---

[1] - مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق ، ص 51 .

[2] - بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 189 ، و لا يكفي موت المخ لإعلان الوفاة بل لابد من ظهور علامات الموت المتعارف عليها كانقطاع التنفس، إشخاص البصر، برودة الجسم، تغير لون البشرة، إعوجاج الأنف، امتداد جلدة الوجه .....إلخ .

[3] - طارق سرور : المرجع السابق ، ص 63 .

[4] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 457 .

[5] - الغيبوبة هي فقدان الوعي و الشعور و الإحساس و هي أنواع، غيبوبة عميقة : ليست من قبيل الوفاة لأن الشخص يظل محتفظا بحياة عضوية لا يمكن معها اقتطاع الأعضاء ، و غيبوبة مستديمة : و هي وفاة خلايا المخ و التي يستحيل عودتها إلى الحياة و هذه الحالة يمكن معها إجراء عملية نقل الأعضاء .

عن طريق جهاز الرسام الكهربائي، و إذا تحققت الوفاة أمكن استئصال الأعضاء و حتى يتم الحفاظ عليها حية يمكن السماح باستمرار وسائل الإنعاش حتى تم العملية في أحسن الظروف، و يمكن بذلك الإستفادة بأكبر عدد من الأعضاء المنفردة كالقلب أو المزدوجة كالكليتين.

و من التشريعات التي أخذت بهذا المعيار المرسوم اللبناني 1442 لسنة 1984:" يعتبر ميتا الإنسان الذي توقفت فيه بشكل غير قابل للعكس وظائف الجهاز الدموي أو وظائف كامل الدماغ بما فيه جسر المخيخ و النخاع المستطيل" [1].

كما تبنى المشرع الفرنسي معيار الموت الدماغي في المرسوم رقم 1041 لسنة1996 حيث نص على ثلاث معايير لابد من توافرها حتى يعتبر الشخص ميتا هي: الغياب التام و الكامل عن الوعي، إنعدام الحركة التلقائية للجسم و توقف كافة ردود أفعال الجذع المخي و إنقطاع التنفس التلقائي"[2] .

كما أخذ به بعض فقهاء الشريعة في العصر الحديث حيث يقول الدكتور القرضاوي " إذا أصيب الإنسان بحادث خطير و قرر الأطباء المختصون أنه قد مات موتا دماغيا و إن كان القلب لا يزال يضخ الدم في الشرايين و الأوردة ، ففي هذه الحالة يمكن نقله إلى المستشفى و أخذ بعض أعضائه الحية لينتفع بها من يفتقر إليها من الأحياء المرضى"[3].

لكن هذا المعيار لم يسلم من النقد :

- ففي ميزان الشريعة ليس قاطعا و غير معتبر و ذلك لسببين:

1- أن هذه الدلالات ليست حاسمة ، فهناك إمكانية إنتعاش المريض و عودته إلى الحياة مرة أخرى و قد أظهرت التجارب ذلك .

2- أن أحكام الموت تترتب على وقوعه الفعلي و ليس على مجرد توقعات .

- كما أن الإعتماد على جهاز رسم المخ وردت عليه تحفظات [4]، لعدم صلاحيته كأداة للتحقق من الوفاة فهو لا يعكس إلاّ النشاط القريب للمراكز العصبية بينما المراكز العميقة تكون في حالة حياة و يتم إعلان الوفاة، فهو غير دقيق، و عليه من الضروري الإتفاق على مدة محددة لا يعطي فيها الجهاز أي إشارة و يراعى في تحديدها الوقت اللازم لتوقف نشاط المراكز العصبية العميقة.

---

[1] - مشار إليه في عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 42 .

[2] - مهند صلاح أحمد فتحي العزة: المرجع السابق، ص 53 .

[3] - يوسف القرضاوي : من هدى الإسلام - فتاوى معاصرة – الجزء الثالث ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى ،2003 ، ص 683 .

[4] -حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء، المرجع السابق، ص 176 .

نظرا للإنتقادات الموجهة للمعيارين هناك من أخذ بهما معا للتحقق من الوفاة فقد أخذ بهما المشروع المصري بشأن زراعة الأعضاء ضمنيا حيث نص في المادة الثامنةعلى أنه "لا يجوز استئصال عضو من جثة الميت إلاّ بعد التثبت من الوفاة بصورة قاطعة وفقا لما هو ثابت علميا و طبيا" ، و كذلك المشرع الجزائري في المادة1/164 من قانون حماية الصحة:".. بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة حسب المقاييس العلمية" .

كما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي صراحة حيث نص " يعتبر شرعا أن الشخص قد مات و تترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك إذا تبين إحدى العلامتين:

- إذا توقف قلبه و تنفسه تماما و حكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه .
- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا و حكم الأطباء الإختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه و أخذ دماغه في التحلل" [1].

يعتبر المعيار الحديث في الوقت الراهن المعيار الأكثر قبولا من وجهة النظر الطبية و القانونية، فرغم اشتراط البعض الجمع بينهما بحيث لا يتم إعلان الوفاة إلاّ بعد توقف القلب و التنفس و موت خلايا المخ و ظهور تغيرات على الجثة و ذلك حتى لا يتم الإعلان المبكر للوفاة قصد إجراء عمليات نقل الأعضاء في أحسن الظروف و تحقيق الشهرة و عدم الإهتمام بإنقاذ المريض، إلاّ أنه إذا تحقق موت المخ و الذي لا يمكن معه العودة إلى الحياة فهذا أفضل معيار و أكثر فاعلية للحفاظ على الأعضاء و الإستفادة من الجثة بقدر الإمكان، مع تغيير الطاقم الطبي حيث يكون الذي يعلن الوفاة مختلفا تماما عن الذي يجري العملية زيادة في الضمان و الإطمئنان .

المطلب الثاني: التصرف في الجثة

تعتبر الجثة مصدرا هاما للأعضاء التي يمكن الاستفادة منها لعلاج أشخاص مرضى هم في أمسّ الحاجة إليها حيث تكون النتيجة هي فائدة المرضى المنقول لهم العضو دون إضرار بالمنقول منه فأصل الحياة الذي كان المحور الذي تدور عليه الضوابط المتعلقة بالأحياء لم يعد له وجود ، لكن رغم ذلك فإن الجثة لها حرمتها و قيود تحد من التصرف فيها فالضابط الرئيسي هو الحصول على الموافقة بحيث أن الأعمال الطبية البسيطة التي تنصب على جسم الإنسان تتطلب موافقة هذا الأخير في كل مرة يتعرض فيها لأقل فحص طبي حتى لو كان مجرد لمس بسيط كما يجب الحصول عليها عند كل إجراء

[1] -المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ندوة التعريف الطبي للموت :www.islamset. Com/arabic/abioethics

طبي جديد ، فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للأعمال الطبية العادية فما بالك بعمليات زرع الأعضاء التي تنطوي على مساس جسيم بجسم الإنسان .

قد يحدد الشخص قبل وفاته كيفية التصرف في جثته في وصية بحيث يبين إذا كان يقبل التبرع بأعضائه أو لا يقبل ، وإذا لم يحدد فيتم اللجوء إلى أقاربه لمعرفة مدى رغبة الشخص و رأيه في هذه العمليات ، لكن قد يكون أقارب الشخص غير معلومين أو يتعذر الوصول إليهم فعلى أي أساس يمكن المساس بجثته ، هذا ما سنتعرض له في هذا المطلب من خلال فرعين الأول تحديد المتوفى كيفية التصرف في جثته و الثاني عدم تحديد المتوفى كيفية التصرف في جثته .

الفرع الأول: تحديد المتوفى كيفية التصرف في جثته

يحدد المتوفى كيفية التصرف في جثته عن طريق الوصية التي تعتبر صورة من صور التعبير عن إرادته الصريحة بإعطاء الإذن للطبيب باستئصال أي عضو من أعضائه أو بالتصرف التام بكامل جثته و هي تصرف قانوني من التصرفات التبرعية التي تنشأ عن إرادة منفردة و لا تتطلب القبول و التي تنتج أثارها بعد وفاة الشخص فهي تبرع مضاف إلى ما بعد الموت.

البند الأول صدور الوصية من المتوفى: إنتهى الفقه الحديث في أغلبه إلى الاعتراف بحقوق الإنسان على جثته فالإنسان كما قال سافاتييه " سيد جسمه حتى فيما وراء الحياة "[1]، فله إشتراط ما شاء من أوضاع بعد مماته و هو حر في اختيار طرق التصرف في جثته ، فإرادته معتبرة و تعلو جميع الإرادات و ليس لأحد مخالفته في ذلك فهو سيد نفسه أثناء حياته و المالك الوحيد لاختيار طريقة التصرف في جثته.

كذلك من الناحية الشرعية إذا أوصى المتوفى بجثته فإن هذه الوصية جائزة شرعا و ذلك لأن أخذ عضو الميت بناءا على وصيته ليس فيه إسقاط أو تنازل للحقوق الشرعية الثابتة على الجثة لأن صاحب الحق قام بالتصرف فيه إبان حياته و أن هذا لا يعد تمثيل أو إهانة بالجثة [2]، فالوصية جائزة إذا كانت وفق الشروط و الضوابط الشرعية و يمكن أن تشمل كل الأعضاء حتى تلك التي تمس بأصل الحياة لكن الأعضاء التي لها دخل في الأنساب لا يجوز الوصية بها لأن سبب التحريم قائم.

يقول الدكتور يوسف القرضاوي " لا مانع أن يوصي بذلك بعد موته لأن في ذلك منفعة خالصة للغير دون احتمال أي ضرر عليه " [3].

---

[1] - مشار إليه في حمدي عبد الرحمن : المرجع السابق ، ص 141 .
[2] - بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص 236 .
[3] - يوسف القرضاوي : المرجع السابق ، ص 535 .

و من شروط الوصية أن تكون صادرة عن إرادة حرة واعية ، بحيث لا يعتد بالرضا الصادر عن إكراه أو أي ضغط أيا كان نوعه مادي أو معنوي كالوعد بمبلغ مالي .

و بذلك إذا صدرت الوصية من شخص بالغ و عن إرادة حرة و عبر عنها صراحة فإن الوصية صحيحة و لابد من احترام إرادته، فمن حقه تحديد مصير جثته و إذنه بالتنازل عن عضو أو أكثر من جثته يجرد ورثته من حق المعارضة [1] .

أما إذا اعترض الشخص أثناء حياته على إجراء أي استئصال من جثته بعد وفاته فينبغي أن تحترم هذه الإرادة دائما [2].

و هناك خلاف حول الأصل و الاستثناء في هذه المسألة، فهناك من ذهب إلى أن الأصل في استئصال الأعضاء من الجثث هو عدم الجواز إلاّ إذا كانت هناك وصية يأذن فيها صاحبها بذلك ، فلا يجوز اقتطاع أي عضو مادام ليس هناك إذن من المتوفى بذلك و سكوته عن ذلك يعني رفضه ،

أما الاتجاه الثاني فذهب إلى أن الأصل هو جواز استئصال أعضاء الجثث إلاّ إذا رفض المتوفى صراحة ، فكل شخص لا يعبر عن رفضه خلال حياته عن رفض اقتطاع الأعضاء من جثته بعد وفاته يعتبر موافقا على كل حالات الاقتطاع الضرورية، حيث تشترط الموافقة الصريحة في حالتين فقط، إذا كان الشخص قاصرا و إذا كان الاقتطاع من أجل أهداف علمية محضة [3].

و في حالة ما إذا كان المتوفى قاصرا أو به أحد عوارض الأهلية فلابد من توفر بعض الضوابط حتى يمكن أخذ أعضائه بعد وفاته و أهم هذه الضوابط هي ألاّ يكون قد أبدى اعتراضه قبل وفاته لأن اعتراضه معتد به و يحول دون استئصال أعضائه حتى لو تم الحصول على موافقة وليه الشرعي

و لكن عدم اعتراضه لا يعني قبوله كما هو الحال بالنسبة للبالغ – حسب الرأي القائل أن الأصل هو الجواز- فالقاصر لم يكن رضاه معتدا به في حياته فهو غير قادر على التعبير عن إرادته في أبسط أموره المالية فالأولى الاّ يعتد برضاه فيما يتعلق بأمور جسمه و من لا يملك الرضا لا يمكن القول بافتراض قبوله لذلك لابد من موافقة ممثله القانوني [4].

---

[1] - كمال الدين جمعه بكرو : المرجع السابق ، ص 519 .

[2] - عبد الحميد الشواربي : المرجع السابق ، ص 252 .

[3] - أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص 269 .

[4] - حسام الدين الأهواني : التعليق على القانون الفرنسي رقم 1181 المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 371 .

فالقاصر يخضع لرقابة و رعاية الأسرة فالصلة بين الأسرة و نظام الولاية معروفة و تظل الصلات قائمة طالما أن الشخص قد توفى و هو قاصر و لهذا يشترط موافقة الأقارب و الذي يمثلهم الممثل القانوني للقاصر[1].

و فيما يتعلق بالجنين فالأصل أنه لا يجوز أن يكون مصدرا للأعضاء إلاّ في حالات و بضوابط محدد، فلا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، و إذا كان الجنين قابلا لاستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته و المحافظة عليها لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء أما إذا كان غير قابل لاستمرار الحياة فلا يجوز الاستفادة منه إلا بعد موته[2].

البند الثاني شكل الوصية: إختلفت الآراء حول شكل الوصية و تبلور هذا الخلاف من خلال التشريعات التي ذهب البعض منها إلى ضرورة إتباع شكلية معينة حتى يمكن الاعتداد بالرضا الصادر من الشخص بشرط أن يكون بالغا، في حين لم تشترط التشريعات الأخرى أي شكلية بحيث يمكن إصدار الوصية على أي شكل و يتم إثباتها بأي وسيلة.

و من التشريعات التي إشترطت شكلية خاصة لإثبات وجود الوصية أو لإثبات إعتراض الشخص على إستئصال أعضائه نجد:

- القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 بشأن زراعة الأعضاء حيث جاء في المادة 02 منه:" للشخص كامل الأهلية قانونا أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه أو أكثر من عضو و يكون التبرع أو الوصية بإقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية"[3] و من ثمة لا تقبل الوصية الشفوية في نقل الأعضاء و يجوز الرجوع عنها بالطريقة نفسها التي انعقدت بها الوصية أي كتابة و بشاهدين.

- أما التشريع المصري فقد نصت المادة02 من القانون رقم103 لسنة1962الخاص بتنظيم بنك العيون على ضرورة الحصول على إقرار كتابي من الموصين و هم كاملو الأهلية و اشترط لجواز سماع دعوى الوصية عند الإنكار أن تكون إما محررة في ورقة رسمية أو عرفية يصادق فيها على إمضاء الموصي أو تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصي و موقع عليها بإمضائه فالكتابة ضرورية لسماع الدعوى لكنها ليست من شروط انعقادها[4].

---

[1]- حسني عودة الزعال : المرجع السابق ، ص 142 .

[2] - هذا ما أخذت به الندوة الفقهية الطبية السادسة من سلسلة ندواتها حول "الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة" من 23- 26 أكتوبر 1989 م وكان عنوان الندوة "زراعة الأعضاء"www.islamicmedicine.org.

[3] - عبد العزيز خليفة القصار : المرجع السابق ، ص 293 .

[4] - حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 163 ، عبد العزيز خليفة القصار: المرجع السابق ، ص 293 .

- كما أن المشرع الجزائري اشترط الموافقة الكتابية للشخص المعني حيث نص في المادة 2/164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها" و في هذه الحالة يجوز الإنتزاع بناءا على الموافقة الكتابية للشخص المعني و هو على قيد الحياة" كما اشترط أن يكون الرفض كتابيا كذلك و ذلك في المادة 165 من نفس القانون حيث جاء فيها "يمنع انتزاع الأنسجة أو الأعضاء قصد زرعها إذا كان الشخص المعني قد رفض ذلك كتابيا و هو على قيد الحياة".

و كذلك الأمر بالنسبة للقاصر، يجوز الإيصاء بجثته فلقد نص التشريع المصري السابق الذكر في المادة 03 على جواز الحصول على إقرار كتابي من الولي و هنا لا خطورة من قيام الولي نيابة عن القاصر بالإيصاء بجثته فالوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت و لهذا فهي لا تشكل خطورة على حياة القاصر، كما أنه إذا امتد العمر بالقاصر حتى بلوغ سن انتهاء الولاية على النفس فمن حقه الرجوع في الوصية متى شاء.

و كذلك فعل المشرع الفرنسي حيث اشترط إعطاء الموافقة بشكل كتابي ثم تسجيلها في سجل موجود لهذه الغاية في كل المؤسسات المرخصة بممارسة اقتطاع الأعضاء [1].

و من جهة أخرى لم تستلزم بعض التشريعات أية شكلية خاصة منها:

- التشريع الفرنسي حيث نظم المرسوم الخاص بتنفيذ قانون عمليات نقل الأعضاء مسألة إثبات رفض المتوفى للمساس بجثته حيث أورد في المادة08 "أنه من حق الشخص أن يبدي اعتراضه على عملية الاستئصال بكل وسيلة " في حين أشارت المادة09 منه بأن لكل شخص الذي يقبل في منشأة طبية مصرح لها بمزاولة عمليات الاستقطاع بعد الوفاة –أن يعترض على ذلك-و يمكنه في أية لحظة أن يسجل صراحة هذا الرفض في سجل خاص بهذه المنشأة أما إذا لم يستطع التعبير فيدون في هذا السجل أي علامة أو بيان يصدر عنه في هذا الخصوص و يحمل على الاعتقاد برغبته في رفض أية عملية استقطاع من جثته[2].

- و كذلك نصت المادة03 من المرسوم الملكي الإسباني الخاص بإستئصال الأعضاء و نقلها على أنه"لكل شخص أن يعبر صراحة عن رفضه لأي عملية استئصال بعد وفاته سواء بإثبات في بطاقة الخدمة الصحية أو في السجل الخاص الذي تلزم بإمساكه المنشآت الطبية التي تمارس هذه العملية أو

[1] - أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص 261.
[2] - حسني عودة الزعال : المرجع السابق ، ص 141 .

في الوثيقة التي تجيز إجراء العمليات الجراحية أو بأية وسيلة أخرى و بدون التقيد بإتباع شكلية معينة"[1].

و الواقع أن الوصية و إن كانت الوسيلة القانونية التي تؤمن الوضع القانوني للجراح المشرف على العملية إلا أنها لا تتماشى مع التطور السريع الحاصل في هذا النوع من العمليات[2].

كما أن القول بوجوب توفر الشكل الكتابي تشوبه بعض العيوب فمن جهة، من النادر أن يفكر إنسان يتمتع بصحة جيدة في إعطاء إذن باستئصال أعضاء من جثته بعد وفاته إلا إذا كان له دافع التضامن الإنساني، ثم كيف يمكن مطالبة مريض لجأ إلى المستشفى طالبا الشفاء من أجل الحفاظ على حياته بأن يأذن كتابة باستئصال أعضاء من جثته بعد وفاته فهذا قد يؤثر في نفسيته كما أنه يتعارض مع المبادئ الإنسانية.

لذلك اتجهت التشريعات المعاصرة إلى الأخذ بما يسمى " بنظام بطاقة التبرع " كتلك التي يحملها المتبرعون بالدم- يحملها معه المتبرع بصفة دائمة فيسهل معرفة إرادته عند حدوث أي حادث

و بذلك يمكن للشخص إبداء إرادته دون إجراءات معقدة و إذا أراد الرجوع عن إرادته ما عليه إلا تمزيق هذه البطاقة و إخطار الجهة التي أصدرتها، لكن إذا توفى دون أن يرجع عن إرادته فوجود البطاقة معه تعد المرجع الوحيد الذي تستشف منه إرادته دون اللجوء إلى أقاربه، و من التشريعات التي أخذت بهذا النظام نجد:

- الولايات المتحدة الأمريكية حيث يأخذ مشروع القانون الموحد بنظام بطاقة التبرع بالأعضاء

و يحملها كل شخص معه بصفة دائمة، يوقع عليها المعطي أما شاهدان يقومان بدورهما بالتوقيع على البطاقة[3].

- و من التشريعات العربية نجد المشروع المصري الخاص بزراعة الأعضاء حيث نص في المادة07 منه " يجوز الأخذ بنظام بطاقة التبرع بالأعضاء التي تفيد الرضا بالاستئصال من جثة صاحبها بعد وفاته" بينما أغفلت التشريعات العربية الأخرى الأخذ بذلك رغم أن هذا النظام أكثر سهولة و ملاءمة لهذا النوع من العمليات[4].

[1] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 415 .
[2] - سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 307 .
[3] - أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 129 .
[4] - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 46 .

فهذا النظام يتفادى الإجراءات المعقدة للوصية الكتابية و البحث فيما إذا كانت موجودة أم لا كما أنه يساعد على ربح الوقت الذي يعد أثمن عنصر في هذه العمليات التي تتطلب الحصول على أعضاء الموتى في حالة تصلح معها لإجراء العملية خاصة الأعضاء المنفردة كالقلب.

الفرع الثاني عدم تحديد المتوفى كيفية التصرف في جثته

إذا توفى الشخص دون أن يوصي بكيفية التصرف في جثته فإن الحق في ذلك ينتقل إلى أقاربه لكن قد يحدث و أن يكون الشخص مجهول الهوية أو تعذر الحصول على موافقة أقاربه ففي هذه الحالة ينتقل الحق إلى الدولة ممثلة في المستشفيات و بالتالي الأطباء حيث يتم الاستئصال دون موافقة أحد.

البند الأول إنتقال الحق في التصرف بالجثة إلى أقارب المتوفى: إذا لم يوص المتوفى بجثته قبل وفاته فإن أمرها يؤول إلى أقاربه فلا يجوز المساس بها أو استقطاع أي عضو منها إلا إذا قبل ذوو الشأن، و لقد ذهبت بعض الآراء القديمة إلى القول بأن الجثة أيا كانت قيمتها المعنوية فهي ليست إلا مادة لذلك فهي ملك لرئيس الأسرة الذي يستطيع أن يبيعها أو يهبها و هذا يعني أن الجثة تعتبر عنصرا من العناصر المادية و الاقتصادية للتركة[1].

لكن انتقد هذا الرأي على أساس أن للجثة كيان مادي و لكن قيمتها و أهميتها تنحصر فيما تنطوي عليه من قيم معنوية كبيرة، فإن كان حق الشخص على جسمه أثناء حياته من الحقوق اللصيقة بالشخصية فإن تلك الصفة لابد و أن تلحق الجسم بعد الوفاة و عليه فإن حق الأسرة على الجثة ليس حق ملكية و إنما هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية لصيقة بشخصية الأقارب أنفسهم، فهو حق معنوي يستند إلى صلة الدم و القرابة التي تربط بين أفراد الأسرة[2]، لذلك لا يجوز القول أن الموافقة تنتقل إلى الورثة لأن ذلك يعني أنها مال من الأموال فالورثة لا يخلفون الميت إلا في الأموال، و عليه يجوز للأقارب الإذن باستئصال أعضاء من جثة قريبهم لأن ذلك يحقق مصلحة مؤكدة لا تعود بالضرر على المنقول منه، فمصلحة الحي أولى من مصلحة الميت، و إذا تم الحصول على جزء من الجثة بغير هذه الموافقة تعرض المخالف للمسؤولية و يعتبر الأستاذ سافاتييه أن الأمر في هذه الحالة يعتبر من قبيل خيانة الأمانة من جانب الطبيب و المستشفى[3].

فمتى لم يعبر المتوفى عن رأيه فإنه يعتد بقبول الأقارب و باعتراضهم و القول بغير ذلك يعني التدخل و الاعتداء الخطير على الحريات العامة فالأسرة أساس المجتمع و لها الحق في أن يحميها المجتمع و

---

[1] - حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 193 .
[2] - أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 131 .
[3] - مشار إليه في حمدي عبد الرحمن : المرجع السابق ، ص 142 .

الدولة[1]،و قد ذهب جانب من الفقه إلى أنه من حق الأسرة أن تعترض على الوصية الصادرة من قريبهم بالتصرف في جثته ، لكن الراجح في الفقه المقارن أنه يجب على الأسرة أن تحترم وصية المتوفى و تسعى إلى تنفذها[2]، فلا ينتقل هذا الحق إليها إلا إذا كان المتوفى لم يقرر كيفية التصرف في جثته .

و لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الاتجاه حيث نصت المادة 3/164 من القانون 90-17 المعدل لقانون حماية الصحة و ترقيتها "إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء أسرته" لكن من هم الأقارب المخولون بإبداء هذه الموافقة و ما طبيعتها؟

1- تحديد الأقارب: هم النواب الشرعيون للميت و هم الأقدر على تحديد موقف الميت لو طلب منه رأيه قبل موته في تشريح جثته أو اقتطاع عضو لزرعه بهدف علاجي لمريض في حاجة لهذا العضو بغية إنقاذه من الموت[3]، لكن اختلف في تحديدهم فذهب البعض إلى أن حق التصرف يثبت للعصبات لأن الولاية على النفس تثبت للعصبات، فالذين ينالهم الأذى من عدم صيانة الشخص هم عصبته[4].

و هناك من ذهب إلى إعطاء هذه السلطة إلى كل الورثة الشرعيين بموجب موافقة خطية، لكن هذا فيه مبالغة كبيرة و قد يؤدي إلى شلل اقتطاع الأعضاء بشكل كامل فمن المستحيل عمليا الاتصال خلال فترة قصيرة بكل الأسرة كما أن اعتراض أحدهم يبطل كل الموافقات الخطية لباقي الأفراد[5].

و رأى البعض بإمكان الاكتفاء بموافقة الأقارب الحاضرين و ذلك باعتبارهم ينوبون نيابة قانونية عن الباقين، أو أن أيا منهم يصلح لأن يكون ممثلا للأسرة كما فعل المشرع الكويتي في المادة 05"يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بموافقة من وجد حال وفاته من أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية" لكن هذا من شأنه أن يسلب باقي الأقارب حقهم متى كان لهم رأي مخالف، كما أن الأسرة ليست شخصا معنويا بحيث يمثل أحدها باقي الأفراد، و ذهب البعض إلى التشكيك في حرية قبول القريب الموجود بجوار المتوفى و الذي يشوبه الضغط النفسي.

---

[1] - حسام الدين الأهواني : التعليق على القانون رقم 1181 الفرنسي المتعلق بزراعة الأعضاء ، المرجع السابق ، ص 370 .
[2] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 413 .
[3] - بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص 242 .
[4] - العصبة هم الأقارب الذكور الذين لا تكون قرابتهم بواسطة الأنثى و يرجح من كان ذا قرابتين على من كان ذا قرابة واحدة ، أحمد محمد بدوي :المرجع السابق ، ص 133 .
[5] - أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص 252 .

و أخيرا هناك من قال بوجوب أخذ موافقة الأغلبية و الحصول على إقرار كتابي حتى يمكن إجراء النقل فإن كانت الأغلبية غير موافقة فلا يجوز الاستئصال، و أكثر الحلول اتفاقا مع القانون هو أن يختص بإعطاء الموافقة أقرب الناس إلى المتوفى من حيث درجة القرابة.

و قد حددت بعض التشريعات الأشخاص المخولين بإبداء الموافقة وفق ترتيب معين و أخذ بذلك المشرع الجزائري في المادة 1/164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها " أو موافقة أحد أعضاء أسرته الراشدين حسب هذا الترتيب الأولي الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت" و هذا أفضل حل حيث يحول دون وجود صعوبات أو إشكالات فالترتيب واضح كما أن هؤلاء الأشخاص هم أقرب المقربين إلى الشخص بحيث يمكن تواجدهم أمام المتوفى في وقت واحد و يمكن الحصول على موافقتهم جميعا.

2- طبيعة الموافقة: قلنا أنه لابد من الحصول على موافقة الأقارب لكن هل يجب أن تكون هذه الموافقةحقيقية سواء كانت صريحة أو ضمنية أم يمكن أن تكون مفترضة ؟

أ- ضرورة الحصول على الموافقة الحقيقية للأقارب: لابد من الحصول على موافقة الأقارب و لابد أن يقدم لهم كل تفاصيل العملية خاصة في حالة الإبقاء على أجهزة الإنعاش، فيجب إخبارهم أن ذلك من أجل الحفاظ على حيوية الأعضاء، و التغاضي عن رضا الأقارب ينطوي على هدم لمبادئ أقامتها الإنسانية خلال عشرات من القرون من أجل احترام الإنسان و كرامته [1]، فلا يجب أن ننسى أن الأصل هو حرمة الجثة و ما المساس بها إلا استثناء دعت إليه حالات الضرورة القصوى و التي لا غنى فيها عن الموافقة.

في كل الأحوال فإن التقدم العلمي و الطبي بشتى فروعه و مجالاته لا يمكن له و بأي حال من الأحوال أن يكون على حساب هدم مبادئ إنسانية و أخلاقية استقرت عليها البشرية لقرون طويلة، فلابد من الحصول على موافقة الأقارب و هذا في حالة عدم وجود وصية أما إذا تأكد رفض الميت للوصية قبل وفاته فإن موافقة الأقارب تكون باطلة، و القول بغير ذلك يعني أن للأطباء سلطة التصرف في الجثث و منح المستشفيات سلطة خطف الجثث و الاعتداء على حرمتها و هذا غير جائز لأن العلم وجد لخدمة الإنسان و لا يصح أن يكون مبررا للمساس بكرامته، كما أن المرضى لو علموا مسبقا أنهم لو توفوا في المستشفى فستستأصل أعضاءهم دون موافقة أحد لأدى ذلك إلى هجر المستشفيات.

[1] - حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء ، المرجع السابق، ص 199 .

تعرض هذا الاتجاه لنقد شديد و ذلك للأسباب التالية:

- إذا كان هذا الاتجاه يراعي الضرورات الإنسانية للأسرة إلا أنه يعوق إلى حد كبير عمليات نقل الأعضاء التي تحتاج إلى نوع من السرعة و ذلك للحفاظ على الأعضاء في حالة تصلح للزرع خاصة إذا كان الأقارب مقيمين في مناطق مختلفة فيتعذر الحصول على موافقتهم في الوقت المناسب و قد يتلف العضو.

- كما أن هناك مسألة نفسية و إنسانية هامة، فليس من اللائق و الإنساني أن يطلب من الأقارب لحظة وفاة قريبهم الموافقة على المساس بجثته.

- أما القول بالحصول على الموافقة المسبقة من الأقارب أي قبل الوفاة فهذا من قبيل المشاركة في حقوق الشخص، فالأصل أن هذه السلطة لا تثبت لهم إلا بوفاة الشخص أو عدم تحديده كيفية التصرف في جثته.

- كما ذهب البعض إلى القول بعدم تعليق شرعية المساس بالجثة على إرادة ذوي الشأن، بناءا على أن قيمة الرضا سبب ثانوي في حين أن شرعية الانتفاع بالجثة سبب رئيسي[1].

ب- الموافقة المفترضة للأقارب: انطلاقا من الانتقادات الموجهة للاتجاه الأول الذي يشترط الحصول على موافقة الأقارب ظهر اتجاه يقوم على افتراض رضا المتوفى و الأقارب و بذلك يحق للطبيب استئصال الأعضاء اللازمة من الجثة طالما لم يصله اعتراض من الأقارب في الوقت المناسب، فهناك قرينة بالرضا لمصلحة الطبيب[2]، لكن على الطبيب إخطار الأسرة بذلك و ليس له إخفاء الأمر عليهم لأن في ذلك خيانة للأمانة التي وضعها المريض فيه، فقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الحق في الإذن ينتقل إلى الطبيب باعتباره ممثلا للجماعة[3] و ليس عليه انتظار الرد لأن عدم الرد في الوقت المناسب يعني موافقة الأقارب عملا بالأصل و هو افتراض الرضا.

ولا يجوز استقطاع الأعضاء من الجثة إذا لم تكن هناك حالة ضرورة لما في ذلك من أذى يمس مشاعر أقارب المتوفى، أما إذا كان المريض بحاجة ماسة لأعضاء الميت و لم يتمكن الطبيب من الحصول على موافقة الأقارب فيمكنه القيام باقتطاع الأعضاء.

و الأساس القانوني لمنح الأطباء الحق في المساس بجثة المريض الذي كانوا يتولون علاجه هو أن من يطلب العلاج في المستشفى يقبل في نفس الوقت الخضوع للقواعد المعمول بها لإدارة و عمل

[1] - عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 48 .
[2] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 433 .
[3] - سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 318 .

المستشفى بما في ذلك قبول التسهيلات المعطاة للأطباء لتيسير أبحاثهم العلمية و هذا القبول المفترض يقع على عاتق مرضى المستشفيات من أجل المصلحة العامة[1].

كما أن هناك من ذهب إلى أن أساس افتراض رضا الأقارب ما لم يصدر منهم إعتراض صريح أن المصلحة العلاجية للمرضى و الذين هم بحاجة للأعضاء البشرية و التقدم في مجال الطب يقتضي تفضيل مصلحة الأحياء المحتاجين لهذه الأعضاء على المتوفى -الذي سيفنى في التراب- و أقاربه.

و لكن لم يسلم هذا الرأي من النقد و ذلك من النواحي التالية:

- أنه ينطوي على خطورة كبيرة بالنسبة للطبيب، فقد يدعي الأقارب أنهم اعترضوا في الوقت المناسب في حين يصر الطبيب على أن الاعتراض لم يصله إلا بعد بدء العملية أي في وقت غير مناسب مما قد يعرض الطبيب للمسؤولية، و خشية من ذلك حرص الأطباء على الحصول على موافقة الأقارب و لهذا تمخضت أهمية هذا الرأي لمصلحة الرأي الأول [2].

- كما أن هذا الرأي لا يعطي أهمية للأقارب فقد يتم السماح لبعض الأقارب الموجودين لحظة الوفاة بالاعتراض أما الآخرين فيحرمون من ذلك، لهذا يقترح الفقه الفرنسي تفاديا لهذه الصعوبات ضرورة ملء المريض أو أقاربه استمارة توضح عند دخول المستشفى ما إذا كان يقبل الاستئصال من جثته أم لا في حالة وفاته و تعتبر من إجراءات الدخول إلى المستشفى مع احتفاظ المريض و أقاربه بحرية القبول أو الرفض.

- حتى بالنسبة للمستشفى ذاته فإن خشية المساس بالجثة بعد الوفاة دون تمكن الأقارب من الاعتراض قد يجعل الأشخاص يحجمون عن دخول المستشفيات و هو ما يعود على المستشفى بالخسارة المادية كما أنها قد تتكبد الكثير من المصاريف المالية إذا ما ثبتت مسؤولية الطبيب الذي يعمل لديها [3].

[1] - حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 207 .
[2] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 437 .
[3] - أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 138 .

البند الثاني في الحصول على الأعضاء البشرية دون موافقة أحد: يسمى هذا الاتجاه بالتقدمي فهو يركز على مسايرة التقدم العلمي، فبنجاح عمليات نقل و زرع الأعضاء استلزم الاستغناء عن موافقة الأقارب فهذه العمليات تتطلب السرعة في إجرائها حتى تكلل بالنجاح بحيث ترجح مصلحة الإنسانية العامة على مصلحة الأسرة الخاصة.

هذا الاتجاه يأخذ باعتبار الجثة ملكا للدولة تتصرف فيها كما تشاء ضمن إطار المصلحة العامة، فالجثة ليست مملوكة للشخص أو لأسرته و حقوق المجتمع يجب أن تكون لها الأولوية على الحقوق المعنوية للأسرة على جثة المتوفى[1]، فهذا الرأي يحقق التوازن بين المصلحة العامة و مصلحة الأقارب حيث يكون للطبيب -دون الحصول على موافقة أحد- تقدير إجراء الاستئصال لزرع العضو في جسم شخص آخر فهو يتصرف باسم و لمصلحة الجماعة، و في الوقت ذاته تراعى مصلحة الأسرة التي يبقى لها حق الاعتراض، فالقاعدة القانونية في حالة الضرورة تستلزم التضحية بالمصلحة الدنيا من أجل المصلحة العليا دون حاجة للحصول على موافقة أحد و التضحية في هذه الحالة تعني التغاضي عن رضا الأقارب أي الضغط بعض الشيء على مشاعر الأقارب نحو المتوفى و المصلحة المتوخاة هي توفير الشفاء لمئات المرضى[2].

و عليه يجوز نقل عضو من جثة متوفى بشرط أن يكون الشخص الذي سينقل إليه العضو مضطر لهذا العضو لإنقاذ حياته و ذلك بناءا على توصية تصدر من لجنة مكون من أطباء اختصاصيين[3]، و من تطبيقات هذا المبدأ الموتى مجهولو الهوية، قتلى الحوادث، من لا ورثة له، و هناك من قال بالمحكوم عليهم بالإعدام لكني لا أوافق هذه الحالة الأخيرة –فقد سبق مناقشة هذه النقطة سابقا- و من التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ:

- التشريع الفرنسي حيث صدر قرار عن وزير الصحة في 20 أكتوبر1947 الذي يقضي بأنه"يجوز لرئيس القسم في المستشفيات العامة التي يصدر بها قرار من الوزير متى تراءى له أن هناك مصلحة علمية أو علاجية تلزم تشريح الجثة أو استئصال أجزاء منها أن يقرر ذلك فورا دون انتظار أو دون توقف على إذن أحد من أقارب المتوفى[4].

-التشريع القطري في المادة08 منه" يجوز بموافقة المحكمة الشرعية نقل الأعضاء من جثث المتوفين مجهولي الشخصية بعد مضي ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة، إذا كان في ذلك مصلحة راجحة للمريض،

[1] - حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 213 .
[2] - نصر الدين مروك : المرجع السابق ، ص 439 .
[3] - عبد العزيز خليفة القصار: المرجع السابق، ص 294.
[4] - أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ، ص 141 .

كما يجوز للمحكمة قبل انقضاء هذه المدة بناءا على تقرير من اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 07 من هذا القانون و طبقا لأحكامها الموافقة على النقل متى كان ذلك لازما لإنقاذ شخص آخر في حاجة ماسة إلى العضو المنقول" أما التشريع الإماراتي و كذا الكويتي فقد خليا من الإشارة إلى هذا الضابط علما أن المجتمع الخليجي يعج بخليط من الجنسيات تصاب في حوادث عديدة و بعضها لا ورثة لها أو مجهولة الهوية[1].

- كذلك المشرع المصري [2] في القانون رقم103 لسنة 1962 حيث جاء في المادة 02 منه "تحصل هذه البنوك على العيون من المصادر الآتية:

أ- عيون الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها.

ب- عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبيا.

ج- عيون الموتى أو قتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم.

د- عيون من ينفذ فيهم حكم الإعدام.

ه- عيون الموتى مجهولي الشخصية." و توضح المادة 03 أنه" يشترط في الحالات المنصوص عليها في الفقرة(أ) من المادة السابقة ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرعين أو الموصين و هم كاملو الأهلية، و يسري هذا الحكم على الحالات الواردة في الفقرة(ب) فإذا كان الشخص قاصرا أو ناقص الأهلية فيلزم الحصول من وليه على إقرار كتابي و لا تشترط موافقة أحد في الحالات الأخرى المنصوص عليها في المادة السابقة".

- أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصت المادة 164من القانون90-17 المعدل و المتمم للقانون 85-05"غير أنه يجوز انتزاع القرنية و الكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان تأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع. إذا اقتضت الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة167 من هذا القانون" فلقد تبنى المشرع هذا الاتجاه حيث منح للطبيب سلطة تقدير هذا الأمر لكن لابد أن يكون الدافع حالة استعجالية يتم تقديرها من طرف لجنة طبية مختصة في ذلك[3]، كما أنه حصر هذه الحالة في عضوين هما القرنية و الكلية و ذلك نظرا لكثرة الطلب عليهما إضافة إلى أن استئصالها لا يشوه الجثة.

---

[1]- عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ، ص 55 .

[2]- مشار إليها في حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 216 .

[3] - تنص المادة 167" تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الإنتزاع أو الزرع و تأذن بإجراء العملية"

لكن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد، فقد أبدى بعض الفقهاء معارضة قوية ضد هذه القرينة واصفين إياها بأنها فخ الضحية الأولى له هم الناس البسطاء و الذين يحتاجون لمساعدة الأطباء و حمايتهم، فإنشاء تبر ذاتي هو إنكار لقواعد الديموقراطية[1]. ثم إن هذا الرأي فيه امتهان لجثة الإنسان لأن مبدأ احترام الجثة ينبع من احترام الكرامة الإنسانية و هذه الأخيرة لا تتحدد بالهوية، فجهل الهوية لا يعني عدم التمتع بالكرامة[2].

و أخيرا انتقد هذا الرأي لأنه يرفض معاملة الجثة نفس المعاملة التي يتلقاها جسم الإنسان و يقترب إلى حد كبير من الفكرة التي ترى أن الجثة لا تختلف كثيرا عن الأشياء و حالة الضرورة تبرر المساس بالأشياء دون حاجة للحصول على موافقة أحد[3]و هذا غير جائز لأن مبدأ حرمة جسم الإنسان يمتد حتى بعد وفاته لنجده في صورة حرمة جثة الإنسان.

و تفاديا لكل هذه الانتقادات و الصعوبات التي تواجهنا في كل مرة، فلو وضع الشخص وصية شفوية يتم البحث فيما إذا كانت موجودة أم لا و اشتراط الكتابة غير معقول فقد رأينا الانتقادات الموجهة لاشتراط الشكلية، و إذا لم يضع الشخص وصية فالصعوبات التي تواجه الأطباء لها أول و ليس لها آخر و عليه فإن أفضل نظام يجب إتباعه لتحديد كيفية التصرف في الجثة سواء بالقبول أو بالرفض هو نظام البطاقة و هذا يتطلب توعية مكثفة حتى لا يبقى هذا الموضوع حكرا على رجال الطب و القانون بل لابد من توضيحه لعامة الناس حتى يكون هناك مصادر كثيرة للأعضاء.

و خلاصة القول أن خصوصية محل هذا النوع من التعامل و المتمثل في الأعضاء البشرية، تفرض إيجاد أحكام خاصة تضبطه و تبين حدوده ، فالأمر يتعلق بجسم الإنسان، و عليه يجب ألاّ يخضع للقواعد العامة التي تحكم الإلتزامات أو لمطلق إرادة الأطراف(تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة) ، فالرضا إضافة إلى الشروط العامة يجب أن يكون متبصرا و يمكن العدول عنه في أي لحظة، و أحكام الولاية على القاصر لا تصلح في هذا المجال فلابد له من حماية أكثر، و التصرف في الجثة يجب ألاّ يخضع للقواعد العامة للوصية فهذه الأخيرة لا تساير التطور السريع الحاصل في هذا النوع من العمليات و غيرها من النقاط الحساسة التي لابد و أن تحظى باهتمام أكثر ضمن نصوص خاصة.

[1]- أحمد عبد الدائم : المرجع السابق ، ص 256 .
[2]- سميرة عايد الديات : المرجع السابق ، ص 322.
[3] - حسام الدين الأهواني : المرجع السابق ، ص 213 .

الخاتمـــــــــــــــــــــة

تناولنا في هذه الدراسة موضوع التعامل في الأعضاء البشرية الذي يحتل مكانة هامة بين أحدث الدراسات التي تتناول هذا النوع من المواضيع المستجدة و التي ظهرت نتيجة التقدم العلمي عامة و الطبي خاصة .

و قد إنتهينا إلى أن التعامل في الأعضاء البشرية يتضاربه تياران، الأول يمنع هذا التعامل و سنده في ذلك أحد أهم المبادئ المتمثل في " حق الإنسان في سلامة جسمه" أو كما يعرف في الفقه الإسلامي" حرمة جسم الإنسان" الذي يعد كذلك مبدءا دستوريا و حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية و التي لا يجوز التصرف فيها نظرا لطبيعتها الخاصة التي تستمدها من تعلقها بجسم الإنسان ، فكرامة الإنسان التي حباه بها المولى عز و جل حيث فضله على سائر المخلوقات و خلقه في أحسن تقويم

و غيرها من صور التكريم، و من جهة أخرى الحماية التي يحظى بها جسم الإنسان في مواجهة الكافة بل وحتى في مواجهة نفسه و التي تتطلب السير الطبيعي لوظائف الحياة، الإكتمال الجسدي

و التحرر من الآلام، كل هذا يحول دون إمكانية استئصال أي عضو من الجسم مهما كان بسيطا، و لقد وصل بنا التحليل إلى نتائج هامة تمخضت عن هذا المبدأ و التي دعمت هذا التيار نظرا لوجاهتها و قوتها الملزمة باعتبارها أحكام مكرسة قانونا، كعدم مالية الجسم و خروجه عن دائرة التعامل .

و في المقابل استند المبيحون للتعامل في الأعضاء البشرية إلى عدة حجج و نظريات أهمها نظرية السبب المشروع أي أن يكون الهدف علاجيا، و نظرية المصلحة الإجتماعية القائمة على أساس النفع الإجتماعي فمتى كانت هناك فائدة اجتماعية كان التعامل جائزا، و أخيرا نظرية الضرورة التي تعد الأكثر قبولاً عكس النظريتين السابقتين، و لكن ليس قبولا مطلقا، فلابد من إضفاء بعض التعديلات عليها، كرضا المتبرع الذي يعد شرطا أساسيا للمساس بالجسم و أن تحترم إرادته فلا يجوز أن يتم ذلك عنوة، مع وجوب كون الدافع إلى ذلك هو المصلحة العلاجية و ألآ يرجى من ذلك الحصول على المقابل المالي .

و متى تأكدت ضرورة القيام بعملية نقل العضو و زرعه فلابد من ضوابط تحدد كيفيتها، وقد توصلنا إلى التفرقة بين هذه الضوابط حسب مصدرها.

ضوابط يجب توفرها في النقل من الأحياء، منها ضوابط تتعلق بالنظام العام تحدد نطاق التبرع فليس الأمر مطلقا بل إن الأعضاء متى كانت تمس بأصل الحياة سواء الأعضاء المنفردة أوالمزدوجة كان التعامل غير جائز، كما يجب الآ يستهدف المتبرع من وراء ذلك الحصول على مقابل مادي لأن ذلك يجرد تبرعه من كل قيمة معنوية و ينطوي على إهدار لكرامة الإنسان و امتهان لآدميته، كما أنه يؤدي إلى ظهور عصابات عالمية للتجارة في الأعضاء و التي سيكون ضحيتها الفقراء، القصر و المعوقين...، و من جهة أخرى هناك ضوابط تتعلق بأطراف العلاقة تتمثل أساسا في أهلية المتبرع و المتبرع له مع بعض الإستثناءات بخصوص القصر، و أن يكون الرضا بالعملية صادرا عن إرادة حرة و مستنيرة، كما أن المتبرع يتمتع بحق العدول عن تبرعه في أي لحظة و هذا أمر من الأهمية بما كان، نظرا لخطورة العملية فلا يجب أن يجبر الشخص على تنفيذ إلتزامه فلا مجال لإعمال القواعد العامة في الإلتزامات .

كما أن هناك ضوابط خاصة بالنقل من جثث الموتى، فهذا المجال أخصب و أنسب لهذه العمليات لعدم تعلقه بأصل الحياة الذي كان العقبة الرئيسية في النقل من الأحياء، و هذا لا يعني عدم وجود عقبات بل هناك لكن من نوع آخر، تتعلق خاصة بتحديد اللحظة الفاصلة بين الحياة و الموت و ما ثار من جدل حولها و المعيار الواجب اعتماده لإعلان الوفاة، و من الأفضل الأخذ بالمعيار الحديث لكن مع بعض التشدد في تطبيقه نظرا لعدم دقته و إمكانية عودة الحياة للشخص، كما يجب ترك سلطة تحديد ذلك للأطباء أصحاب الإختصاص، لكن ليس بحرية مطلقة التي قد تؤدي إلى الإستبداد و الإعتداء على حرمة الشخص، على أن يتم وضع نصوص قانونية صارمة و جزاءات مشددة لردع كل من تسول له نفسه أن يعلن الوفاة قبل أوانها ليحقق الإنتصارات العلمية و الشهرة .

كما حللنا كيفية التصرف في الجثة و التي تتحدد إما عن طريق الوصية التي يصدرها الشخص قبل وفاته و إما أن ينتقل الأمر إلى الأقارب في حال عدم وجود وصية بل إن الأمر قد يؤول إلى الطبيب في حال عدم إمكانية الإتصال بالأقارب، و هذا ينتج عنه مشاكل عديدة .

و ما يمكن قوله هو أن هذه الدراسة برهنت على أن التعامل في الأعضاء البشرية لا تحتويه القواعد العامة بسبب تعلقه بجسم الإنسان ، لذلك نخلص إلى تقديم الإقتراحات التالية و التي نرجو أن تؤخذ بعين الإعتبار في حال تعديل أو وضع قانون خاص بالأعضاء البشرية :

- نظرا لمكانة جسم الإنسان و أهميته فأقل ما يمكن فعله لحمايته من التجاوزات و الإعتداءات هو وضع قانون خاص بالتعاملات الواقعة عليه ، يشترك في وضعه رجال القانون و الدين و الأطباء، استنادا إلى رأي مختلف فئات المجتمع عن طريق صبر للآراء، و كذا الأخذ في الإعتبار كل النقاط التي ثار بشأنها الجدل و القيام بدراستها و تكريسها في نصوص خاصة، بحيث يكون هذا القانون مرآة للمجتمع و ضمانا لكل أطراف العملية (المتبرع، المتبرع له و حتى الطبيب) .

- من الأفضل تجنب استئصال الأعضاء من الأحياء لأنه يثير العديد من المشاكل القانونية و الدينية، فإباحته ليست مؤكدة لأنه من ضروب الإلقاء بالنفس إلى التهلكة التي نهى عنها الشارع الحكيم، كما أن حفظ النفس يحتل المرتبة الثانية بعد الدين بين مقاصد الشريعة .

- لابد كذلك من بيان إجراءات القيام بهذه العمليات، من موافقة الأطراف إلى غاية القيام بالإستئصال و توضيح كل التفاصيل و لا يجب ترك النصوص عامة يفسرها الأطراف كل حسب مصالحه، فلابد أن تكون القواعد القانونية في هذا الشأن آمرة، دقيقة و صارمة، و خاصة بالنسبة للسن التي يسمح عندها بالتبرع فيجب ألاّ تكون خاضعة للقواعد العامة و من المستحسن رفعها فوق العشرين (20) سنة ،فالأمر هنا يتعلق بجسم القاصر و خطورة هذه العمليات لا يستهان بها .

- لا مجال للحديث عن المقابل المادي في هذا النوع من العمليات لأن ذلك يفتح الباب أمام كوارث لا قبل لنا بها ، و القول بفكرة التعويض أو التأمين كذلك قد يفتح هذا الباب و عليه لا يجوز ذلك، كل ما يمكن السماح به هو التكفل بمصاريف العملية من طرف المتبرع له أو الدولة ، فبجب تجنب فكرة إعطاء المال مباشرة للمتبرع .

- و أهم اقتراح يتمثل في ضرورة الأخذ بنظام " بطاقات التبرع " التي تختصر طريقا طويلة و تجعل التبرع أكثر سهولة و أكثر فاعلية، و تحول دون الدخول في متاهات البحث عن إرادة المتوفى التي إن لم يعثر عليها يتم البحث عن إرادة الأقارب و ما ينجر عن ذلك من مشاكل بل قد يتم الإستئصال دون موافقة أحد و هذا يتعارض و كرامة الإنسان، و كل هذا يحول دون نجاح

العملية لأن فيه تضييعا للوقت الذي يعد أثمن عنصر في هذه العمليات، و عليه يجب الأخذ بهذا النظام الفعال و لنجاحه كذلك لابد من القيام بحملات تحسيسية واسعة و إجراء أيام دراسية و ندوات على كل المستويات من مدارس و جامعات و مؤسسات و غيرها لبيان أهمية هذا النوع الجديد من العلاج و فوائده و آليات نجاحه .

المراجـــــــــــــــــع

I- مراجع الفقه الإسلامي

1- القرآن الكريم

2- أبي عوانة يعقوب بن إسحاق الأسفرائيني : مسند أبي عوانة ، الجزء1 ، دار المعرفة ، بيروت الطبعة الأولى، 1998 .

3- إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي: الموافقات، الجزء2،دار المعرفة ، بيروت، دون سنة نشر .

4- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، الجزء8، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، 1994 .

5- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي : فتح الباري ، الجزء 4، دار العرفة ، بيروت ، 1379 هـ .

6- الشيخ أحمد حماني : تشريح الجثث و التبرع بالأعضاء من الجسم (إستشارات شرعية و مباحث فقهية) ، الجزء الثاني ، منشورات وزارة الشؤون الدينية ، 1993 .

7- إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء : تفسير بن كثير، الجزء1، دار الفكر ، بيروت ، 1401 هـ .

8- الإمام النووي : رياض الصالحين ، مكتبة النهضة الجزائرية ، الجزائر ، 1988 .

9- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد : المغني، الجزء 4 ، دار الفكر ، بيروت، الطبعة الأولى ، 1405 هـ .

10- علاء الدين الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء 5 ، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية ،1982.

11- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد : المحلي، دار الأفاق الجديدة، بيروت، دون سنة نشر.

12- محمد الخطيب الشربيني : مغني المحتاج، الجزء4، دار الفكر ، بيروت، دون سنة نشر.

13- محمد أمين: حاشية ابن عابدين، الجزء5، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1386هـ.

14- محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر: المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت،1406 هـ .

15- محمد بن أحمد بن أبي بكربن فرح القرطبي أبو عبد الله : تفسير القرطبي، الجزء 5، دار الشعب ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1372 هـ .

16- محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي : صحيح البخاري ، الجزء 3 ، دار بن كثير اليمامة ، بيروت ، 1987 .

17- محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري بن جعفر: تفسير الطبري، دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر .

18- محمد بن عبد الواحد السيواسي: شرح فتح القدير، الجزء 6، دار الفكر، بيروت ، الطبعة الثانية ، دون سنة نشر.

19- محمد بن علي بن محمد الشوكاني : نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، الجزء 7، دار الجيل ، بيروت، 1973 هـ .

20- محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله : الفروع ، الجزء 1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1418 هـ .

21- محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي ، الجزء2، دار الفكر ، بيروت ، دون سنة نشر.

22- محمد سعيد رمضان البوطي : قضايا فقهية معاصرة(القسم1) ،دار الفرابي للمعارف ، دمشق ، الطبعة السادسة ، طبعة مزيدة و منقحة ، 2001 .

23-محيي الدين بن شرف :المجموع ،الجزء9 ، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ، 1996.

24- مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري :. صحيح مسلم ، الجزء 1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة نشر .

25- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع،الجزء6، دار الفكر،بيروت، 1402هـ .

26- يوسف القرضاوي : من هدى الإسلام - فتاوى معاصرة - الجزء الثاني ، دار الوفاء للطباعة والنشر و االتوزيع ، المنصورة ، الطبعة الثالثة 1994.

27- يوسف القرضاوي : من هدى الإسلام - فتاوى معاصرة – الجزء الثالث ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى 2003 .

II- المراجع القانونية

أ – باللغة العربية

1 - المراجع العامة :

1- د. حبيب إبراهيم الخليلي : مسؤولية الممتنع المدنية و الجنائية في المجتمع الإشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979 .

2- د. حسن كيرة : المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة،1974.

3- د. رمضان أبو السعود : المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، بيروت، 1985 .

4- د. سهيل حسن الفتلاوي : نظرية الحق، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات،2002 .

5- د. عبد الحميد الشواربي :مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات(المدنية و الجنائية و التاديبية) ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1998 .

6- د. عبد الرزاق السنهوري :مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،الجزء1،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة 2 جديدة ، 1998 .

7- د.عبد الرزاق السنهوري :مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء3،منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، الطبعة 2 جديدة ، 1998 .

8- د .علي فيلالي : الإلتزامات – النظرية العامة للعقد - ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2001.

9- د. فريدة محمدي : المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 2002 .

10- د. محمد حسين منصور:نظرية الحق،منشأة المعارف ،الإسكندرية ، 1998 .

11- د. محمد عبد المقصود حسن داود : مدى مشروعية الإستشفاء بالدم البشري و أثره في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999 .

12- د. محمود محمد عبد العزيز الزيني : مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية و التجميلية و الرتق للعذرى في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1991 .

13- د. نبيل إبرهيم سعد ،د. مصطفى الجمال :النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية،الحق) ، منشورات االحلبي الحقوقية ،لبنان ،2002 .

2- المراجع المتخصصة :

1- د.أحمد عبد الدائم: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 1999 .

2- د. أحمد محمد بدوي : نقل وزرع الأعضاء البشرية ،سعد سمك للمطبوعات القانونية والإقتصادية، القاهرة ، 1999.

3- د. حسني عودة زعال :التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشروالتوزيع، عمان-الأردن- ،الطبعة الأولى ، 2001 .

4- د. سميرة عايد الديات : عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان، الطبعة الأولى ، 1999.

5- د.طارق سرور: نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء(دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى ، 2001 .

6- د. عبد الحميد اسماعيل الأنصاري : ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية في الشريعة و التشريعات العربية –دراسة مقارنة- دارالفكر العربي ،القاهرة ، 2000 .

7- د. فرج صالح الهريش : موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة -دراسة مقارنة- (زرع الأعضاء البشرية، تقنيات التلقيح الصناعي)، الدار الجماهرية للنشر و التوزيع و الإعلان، ليبيا ، الطبعة الأولى ، 1996 .

8- د.كمال الدين جمعة بكرو : حكم الإنتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية (دراسة في الفقه الإسلامي) ، دار الخير ، دمشق ،بيروت ، الطبعة الأولى ، 2001 .

9- د .محمد نجيب عوضين : حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر .

10- د. مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية

- دراسة مقارنة- ،الجزء الأول،الكتاب الأول،دار هومة، 2003.

11- د. مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة- ،الجزء الأول،الكتاب الثاني التطبيقات العملية لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، دار هومة، 2003.

12- د. مهند صلاح أحمد فتحي العزة :الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2002 .

13- د. هيثم حامد المصاروة : نقل الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة –دراسة مقارنة- دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،2003 .

3- المقالات و المجلا ت :

1- د. أحمد شرف الدين :زراعة الأعضاء و القانون ،مجلة الحقوق و الشريعة ،السنة الأولى ،العدد الثاني، جامعة الكويت ، الكويت ،1997 .

2- د. أحمد شرف الدين : التقدم العلمي و الإجتهاد في المجال الطبي ، مجلة القانون و الاقتصاد،السنة الخامسة و الخمسين ، مطبعة عبير، 1986 .

3 - د. العربي بلحاج : معصومية الجثة في الفقه الإسلامي ،مجلة الحقوق ،السنة الثالثة و العشرين العدد 4 ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ،1999 .

4- د. بلقاسم شتوان : فتاوى شرعية حول زرع الأعضاء ،مجلة المعيار،دار الهدى للطباعة والنشرو التوزيع، الجزائر،العدد6 ، جوان 2003 .

5- د. جابر محجوب علي : دور الإرادة في العمل الطبي(تشديد الإلتزام بالإفضاء في مجال إستقطاع و زرع الأعضاء) ،مجلة القانون و الإقتصاد،السنة الثامنة و الستين ، شركة مطابع الطوبجي التجارية ، القاهرة،1998 .

6- د. جابر محجوب علي : دور الإرادة في العمل الطبي(تشديد الإلتزام بالإفضاء في مجال إستقطاع و زرع الأعضاء) ،مجلة القانون و الإقتصاد،السنة التاسعة و الستين ، شركة مطابع الطوبجي التجارية ، 1999 .

7- د. جاسم علي سالم الشامسي : نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة مجلة المجلس الإسلامي الأعلى (عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب) العدد 2 ،الجزائر ،1999 ،.

8- د. حسام الدين الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ،مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، السنة السابعة عشر ،العدد 1 ، مطبعة عين شمس،مصر ،1975 .

9- د. حسام الدين الأهواني:نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، مجلة العلوم القانونيةو الإقتصادية السنة الأربعون ،العدد1، مصر ، 1998 .

10- د. حسام الدين الأهواني: نقل و زرع الأعضاء البشرية ،مجلة الحقوق و الشريعة ،السنة الثانية العدد2 ،جامعة الكويت ،1978 .

11- د. حسن الشافعي :الإستنساخ البشري من وجهة نظر شرعية ، مجلة العربي ، سبتمبر 1997 .

12- د. حمدي عبد الرحمن : معصومية الجسد ،مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية ، القاهرة ، السنة الثانية و العشرون ، مطبعة عين شمس ، مصر ،1980 .

13- د. عارف علي عارف :مدى الإعتداد برضا المحكوم عليه بالإعدام في نقل الأعضاء منه رؤية إسلامية(مجلة المجلس الإسلامي الأعلى)، الجزائر،1999،العدد 2 .

14- د. عبد العزيز بن محمد السويلم:الأخلاقيات في إجراء البحوث حول الحياة و الإنسان، المجلة العربية للعلوم (أخلاقيات الممارسات العلمية و التطبيقات التقانية) ،السنة السابعة عشر، العدد 39 ، دون مكان نشر، 2002 .

15- د. عبد العزيز خليفة القصار :حكم تشريح الإنسان بين الشريعة و القانون ، ،مجلة القانون و الإقتصاد، السنة الثانية و العشرون،العدد4، مجلس النشر العلمي، الكويت،1998.

16- د. فايز الظفيري : نقل و زرع الأعضاء من منظور جنائي (محاولة لدراسة تحليلية للقانون الكويتي رقم55 لسن1987الخاص بنقل و زرع الأعضاء)، مجلة الحقوق ،السنةالخامسة والعشرون،العدد 2 ، مجلس النشر العلمي، الكويت،2001 .

17- د. فايز عبد الله الكندري : مشروعية الإستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية ، مجلة الحقوق ، العدد2 ، السنة الثانية و العشرون، مجلس النشر العلمي، 1998 .

18- د. محمد نجيب عوضين : حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي ،مجلة القانون والإقتصاد،السنة 68 ، شرة مطابع الطوبجي التجارية ، القاهرة،1998 .

19- د. محمد نعيم ياسين: حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية،مجلةالحقوق،السنة الثانية عشر، العدد 3، كلية الحقوق بجامعة الكويت،الكويت،1988 .

20- د. محمد نعيم ياسين : بيع الأعضاء الآدمية ،مجلة الحقوق،السنةالحادية عشر،العدد 1، كلية الحقوق بجامعة الكويت، الكويت،1987 .

21- د. محمود نجيب حسني : الحق في سلامة الجسم ، مجلة القانون و الإقتصاد ،السنة التاسعة و العشرون، العدد 2 ، مطبعة جامعة القاهرة، 1959.

22- د. مروك نصر الدين : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ،المجلة القضائية، العدد2 ، الجزائر، 2000 .

23- أ. محمد فارح :حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغراسة الأعضاء أو ترقيعها،مجلة المجلس الإسلامي الأعلى (عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب)،العدد 2 ، الجزائر، 1999 .

24-- مجلة الدراسات القانونية : الدار الجامعية ، جامعة بيروت ،العدد الأول، المجلد الثاني ، 1998.

ب - باللغة الفرنسية :

A- Les ouvrages

1-Jean Carbonnier : Droit Civil (Introduction, les personnes), Presse universitaire de France, Paris, 1974.

2- Jean Penneau : Corps Humain, 34eme année, rep.civ. DALLOZ, Tome IV, 2 eme édition, juin 1995.

3-Mazeaud : leçon de droit civil, introduction à l'étude de droit, tome 1, volume 1, 4éme èdition, Paris, 1970.

B- Etudes particulières et Articles

1- M.M Hannouz. D.Mekherbèche : information et consentement du malade, Revue Maghreb Médical .N°225, Tunisie1990.

2- Stéphanie Porchy-Simon : SANTE (consentement libre et éclairé du patient) juris-classeurs, volume V, Paris, 2004.

III - مراجع شبكة الأنترنت

1- تاريخ نقل الأعضاء www.islamonline.net /arabic/media kit

2-2 ندوة التعريف الطبي للموت :www.islamset. com/arabic/abioethics

3- الشيخ محمد آصف المحسني : 1 www.rafed.net/books/fegh/feghh/index

4- الندوة الفقهية الطبية حول " الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة " من 23- 26 أكتوبر 1989 www.islamicmedicine.org

VI – المعاجم :

1- المنجد في اللغة و الإعلام : الطبعة التاسعة و العشرون، دار المشرق بيروت، لبنان، 1987.

2- جروان السابق: الكنز الوسيط (قاموس فرنسي عربي)، دار السابق للنشر، بيروت، دون سنة نشر.

V- النصوص القانونية

1- الدستور الجزائري الصادر في 28 فبراير1996، الجريدة الرسمية عدد 35 .

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني .

3- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى1405هـ الموافق لـ 16 فبراير1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، الجريدة الرسمية عدد 8 .

4- القانون رقم 90-17 المؤرخ في09 محرم 1411هـ الموافق لـ 31 يوليو1990 المعدل و المتمم للقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، الجريدة الرسمية عدد 35 .

5- القانون الإتحادي رقم 55 لسنة 1993 في شأن تنظيم نقل و زراعة الأعضاء البشرية الإماراتي مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق بجامعة بيروت، العدد الأول ، المجلد الثاني ، 1998 .

الفـــــــــــــــهـــرس

المقدمـــــــــــــــة 1

الفصل الأول: حكم التعامل في الأعضاء البشرية.....3

المبحث الأول: منع التعامل في الأعضاء البشرية.....5

المطلب الأول: أساس منع التعامل في الأعضاء البشرية.....5

الفرع الأول: مضمون الحق في سلامة الجسم.....5

البند الأول في الفقه الإسلامي.....5

1- مضمون حرمة الإنسان في الفقه الإسلامي.....5

أ-التكريم بالاستخلاف في الأرض.....6

ب-التكريم بحسن الخلقة و الصورة.....7

ج-التكريم بتعظيم الحياة الإنسانية.....7

2- الأدلة المعتمدة لتأكيد حرمة جسم الإنسان.....8

أ- الأدلة النصية.....8

أ.1- الأدلة من القرآن الكريم.....8

أ.2- الأدلة من السنة النبوية الشريفة.....10

ب- الأدلة الاجتهادية 11

ب.1- القواعد الكلية.....11

ب.2- أقوال الفقهاء.....12

البند الثاني في الفقه الوضعي.....14

1- تعريف الحق في سلامة الجسم.....14

2- عناصر الحق في سلامة الجسم.....15

أ - السير الطبيعي لوظائف الحياة.....15

ب- الاكتمال الجسدي.....16

ج- التحرر من الآلام البد نية 17

الفرع الثاني: طبيعة الحق في سلامة الجسم.....17

البند الأول موقف الفقه الإسلامي.....18

1 - حقوق خالصة لله تعالى.....18
2- حقوق خالصة للعبد.....18
البند الثاني موقف الفقه الوضعي.....21
المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ حرمة جسم الإنسان.....23
الفرع الأول:النتائج المترتبة على مبدأ حرمة جسم الإنسان في الفقه الإسلامي.....23
البند الأول : جسم الإنسان ليس من قبيل الأموال.....24
البند الثاني : طهارة أعضاء الجسم المنفصلة.....27
الفرع الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ حرمة جسم الإنسان في الفقه الوضعي.....29
البند الأول :عدم جواز المساس بسلامة الجسم.....29
البند الثاني : خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل.....32
المبحث الثاني: إباحة التعامل في الأعضاء البشرية.....35
المطلب الأول: أساس إباحة التعامل في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي.....35
الفرع الأول :الأسس النصية في إباحة التعامل في الأعضاء البشرية.....35
البند الأول: في القرآن الكريم.....35
1- آيات الإضطرار.....35
2- آيات التيسير.....36
3- آيات الإيثار.....36
البند الثاني في السنة النبوية الشريفة.....37
1- حالة الضرورة.....37
2-التعاون والتراحم.....37
الفرع الثاني: الأسس الاجتهادية في إباحة التعامل في الأعضاء البشرية.....38
البند الأول في القواعد الكلية.....38
1- قاعدة الضرورات تبيح المحظورات.....38
2- قاعدة الضرر يزال.....39
3- قاعدة الترجيح بين المصالح و المفاسد.....39
4- قاعدة التضامن الإنساني.....39

البند الثاني في أقوال الفقهاء.....40
1-أقوال الفقهاء القدامى.....40
2- أقوال الفقهاء المعاصرين.....42
المطلب الثاني: أساس إباحة التعامل في الأعضاء البشرية في الفقه الوضعي.....43
الفرع الأول: نظرية السبب المشروع.....43
البند الأول مفهوم نظرية السبب المشروع 43
البند الثاني نقد نظرية السبب المشروع 45
الفرع الثاني: نظرية المصلحة الاجتماعية.....45
البند الأول مفهوم نظرية المصلحة الاجتماعية.....45
البند الثاني نطاق نظرية المصلحة الاجتماعية.....48
1- عمليات نقل الدم 48
2-عمليات نقل وزرع الأعضاء المزدوجة التي لا تمس بأصل الحياة.....48
البند الثالث نقد فكرة المصلحة الاجتماعية.....49
الفرع الثالث: نظرية الضرورة.....51
البند الأول تعريف حالة الضرورة.....51
البند الثاني شروط حالة الضرورة.....53
البند الثالث نقد حالة الضرورة.....54

الفصل الثاني: أحكام التعامل في الأعضاء البشرية.....57
المبحث الأول: أحكام التعامل في أعضاء الأحياء.....57
المطلب الأول : الضوابط المتعلقة بالنظام العام 57
الفرع الأول : نطاق الأعضاء الجائز التبرع بها.....58
البند الأول : الأعضاء التي يتوقف عليها استمرار الحياة.....58
1- الأعضاء التي ليس لها مثيل في الجسم 58
2- الأعضاء التي لها مثيل في الجسم 60
البند الثاني : الأعضاء التي لا يتوقف عليها استمرار الحياة.....61

1- الأعضاء المتجددة.....61
2- الأعضاء المزدوجة 61
الفرع الثاني : التعامل في الأعضاء البشرية و المقابل المادي 63
البند الأول : مجانية التعامل في الأعضاء البشرية.....63
1- موقف الفقه.....63
2-موقف التشريعات.....65
البند الثاني : مالية التعامل في الأعضاء البشرية.....66
1- موقف الفقه.....66
2- موقف التشريعات 67
البند الثالث : فكرة التعويض عن الأعضاء البشرية.....67
المطلب الثاني : الضوابط المتعلقة بأطراف العلاقة.....68
الفرع الأول : الضوابط المتعلقة بالمتنازل (المتبرع).....68
البند الأول : أهلية المتبرع 68
1- الشخص الكامل الأهلية.....68
2-الشخص القاصر 71
البند الثاني : الحصول على رضا المتبرع.....76
1- الرضا الحر 76
أ- حالات انتفاء الرضا.....76
ب- إمكانية الإعتداد برضا المحكوم عليهم بالإعدام.....77
2- شكل الرضا 78
البند الثالث : رضا المتبرع المتبصر.....80
1- موقف الفقه.....80
2- موقف التشريع المقارن.....81
البند الرابع : حق العدول عن الرضا.....82
1- موقف الفقه.....82
2- موقف التشريعات 84

الفرع الثاني : الضوابط المتعلقة بالمتبرع له 85
البند الأول : أهلية المتبرع له.....86
1- إنعدام الأهلية القانونية 86
2- إنعدام الأهلية الفعلية.....87
البند الثاني : الحصول على رضا المتبرع له.....88
1- المبدأ العام.....88
2- الإستثناء الوارد على المبدأ.....90
البند الثالث : تبصير المتبرع له 91
1-عدم الإلتزام بالتبصير.....92
2- ضرورة التبصير.....92
3- التبصير في حدود.....93
المبحث الثاني : أحكام التعامل في أعضاءالجثث.....94
المطلب الأول : ماهية الموت 94
الفرع الأول تعريف الموت.....95
البند الأول : تعريف الموت مسألة قانونية.....96
البند الثاني تعريف الموت مسألة طبية.....97
الفرع الثاني : معايير تحديد لحظة الموت.....99
البند الأول: المعيار التقليدي.....99
البند الثاني : المعيار الحديث.....100
المطلب الثاني: التصرف في الجثة.....102
الفرع الأول: تحديد المتوفى كيفية التصرف في جثته.....103
البند الأول صدور الوصية من المتوفى.....103
البند الثاني شكل الوصية.....105
الفرع الثاني عدم تحديد المتوفى كيفية التصرف في جثته.....108
البند الأول انتقال الحق في التصرف بالجثة إلى أقارب المتوفى.....108
1- تحديد الأقارب.....109

2- طبيعة الموافقة.....110
أ- ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة للأقارب.....110
ب- الموافقة المفترضة للأقارب.....111
البند الثاني في الحصول على الأعضاء البشرية دون موافقة أحد.....113
الخاتمة.....116
المراجع.....119
الفهرس.....127

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

République Algérienne Démocratique et Populaire.

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أمحمد بوقرة بومرداس

كلية الحقوق و العلوم التجارية.

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
Université M'Hamed Bouguera Boumerdes
Faculté de Droit et des Sciences Commerciales

التعامل في الأعضاء البشرية في القانون الجزائري

ملخص مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية

من إعداد الطالبة:

هجيرة غمراسي

تحت إشراف الدكتور:

الطيب زروتي

تاريخ المناقشة:2005/12/21

لجنة المناقشة:

الأستاذ: سرور محمد أستاذ محاضر(جامعة بومرداس)..... رئيسا.

الأستاذ: الطيب زروتي أستاذ التعليم العالي (جامعة الجزائر).....مقررا.

الأستاذ: جعفور محمد السعيد أستاذ التعليم العالي (جامعة تيزي وزو).....عضوا.

الأستاذة: تبوب فاطمة الزهراء أستاذة مساعدة مكلفة بالدروس (جامعة بومرداس).....عضو مدعو.

السنة الجامعية:2006/2005

المقدمـــــــــــــــــــــــة:

نظرا للتطور الطبي الذي تشهده البشرية و الذي تمخض عنه أمر خطير لتعلقه بجسم الإنسان ألا و هو التعامل بالأعضاء البشرية حيث يتم استئصالها و زرعها من شخص لأخر لذلك كان لزاما علينا أن نعرف حكم هذا التعامل هل هو مشروع أم لا؟ و في حالة مشروعية ذلك ما هي الأحكام و الضوابط التي يجب مراعاتها ؟

الفصل 1. حكم التعامل في الأعضاء البشرية.

تضاربت الآراء حول مدى مشروعية التعامل في الأعضاء البشرية بين مؤيد و معارض و احتدم الخلاف حول ذلك ، نظرا لتعلق الأمر بجسم الإنسان الذي يحظى بمكانة هامة في القانون، كل فريق يحاول حماية هذا الجسم بطريقته عن طريق الحجج التي كونت قناعاته.

المبحث1. منع التعامل في الأعضاء البشري

استند أنصار هذا الرأي إلى مبدأ هام يتمثل في" الحق في سلامة الجسم" أو ما يسمى في الفقه الإسلامي "حرمة جسم الإنسان".

فمن الناحية الشرعية: نجد أن الإنسان كرمه الله بعدة مزايا حيث استخلفه في الأرض و خلقه في أحسن صورة و عظم حياته حيث شدد الله النكير على من ينتهك هذه الحياة. و أدل دليل على ذلك قوله تعالى في الأية 70 من سورة الإسراء: "و لقد كرمنا بني أدم و حملناهم في البر و البحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا" و في القرآن الكريم و السنة المطهرة العديد من الأدلة كما أن الأدلة الاجتهادية من قواعد كلية و أقوال الفقهاء لم تخل مما يدل على كرامة الإنسان و حرمته.

أما من الناحية القانونية: فإن الإنسان له الحق في سلامة جسمه و ذلك يمكنه من حماية كيانه المادي في مواجهة الغير و حتى في مواجهة نفسه؛ و تتمثل هذه الحماية في أن يضل الجسم مؤديا لكل وظائفه على النحو العادي و ألا تتعطل أي وظيفة مهما كانت بسيطة.

و للحق في سلامة الجسم ثلاث عناصر إذا تعطلت إحداها, فإن ذلك يعد مساسا بهذا الحق و تتمثل في:

- السير الطبيعي لوظائف الحياة: مفاده أن يحتفظ الإنسان بجميع أعضاء و أجهزة الجسم في حالة تسمح بأداء دورها بشكل طبيعي و كل إخلال بهذا السير يعتبر اعتداءا على الحق في سلامة الجسم.

- الاكتمال الجسدي: و هو احتفاظ الإنسان بكامل أعضائه دون نقصان, فأي فعل ينال من تماسك الخلايا يعتبر اعتداءا.

- التحرر من الآلام البد نية: فأي ألم يصيب الشخص نتيجة فعل و يلحق أذى في شعور الإنسان بالارتياح و السكينة, يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم.

أما فيما يخص طبيعة هذا الحق فلابد لنا من البحث في العلاقة بين الإنسان و جسده, إذا كان له ملكية مطلقة على جسده أم هناك حدود على ذلك.

- من الجانب الشرعي: تكييف هذا الحق يكون في النطاق التالي, إما أنه حق خالص لله تعالى و هو ما يعادل الحق العام الذي يعد من النظام العام.

و أما أنه من الحقوق الخالصة للعبد: التي تتعلق بالنفع الخاص لشخص معين.

و أما أن يكون من الحقوق المشتركة بين حق الله و حق العبد و التي تقسم إلى قسمين حسب الجانب الأغلب. و لقد انعقد إجماع الفقهاء على أن الحق في سلامة الجسم هو حق مشترك بين العبد، باعتباره مستفيدا من حياة الجسد، و بين الله عز و جل باعتباره خالق الإنسان و المالك لما خلق. و هذا الحق الأخير هو الغالب. لذلك لا يجوز للإنسان التصرف في جسمه أو جزء منه، لأن ملكية الجسد باقية لله و ليس للإنسان إلا حق انتفاع. و ليس له التصرف إلا بما يصلحها.

أما من الناحية القانونية، فقد ذهب الفقهاء إلى أن حق الإنسان في سلامة جسمه هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية و التي تتميز أنها مرتبطة بالإنسان مما يجردها من طابعها المالي كما أن أعضاء الإنسان ليست مستقلة عنه، فليس لمحل الحق كيان خارجي مستقل عن صاحبه لذلك لا يتصور التعامل فيها. و ذهب جانب أخر إلى أن أساس المنع هو أن حق الإنسان على جسده هو حق انتفاع فقط، و عليه ليس له التصرف فيه فهو أمانة فقط ينتفع بها ثم يعيدها.

يترتب على مبدأ حق الإنسان في سلامة جسده نتائج هامة تتمثل في:

- على مستوى الفقه الإسلامي: أن جسم الإنسان لا يعد من قبيل الأموال و عليه فإنه لا يصلح أن يكون محلا للتعامل، لأن الشيء لا يكون محلا للتعامل إلا إذا كان مالا متقوما، و النتيجة الثانية هي طهارة أعضاء الجسم المنفصلة عنه رغم أن هناك من قال بنجاستها و بالتالي لا تصلح محلا للتعامل.

- على مستوى الفقه القانوني: فأهم النتائج المترتبة على المبدأ، عدم المساس بسلامة الجسم و أي اعتداء على الجسم يوجب قيام المسؤولية القانونية حسب المادة 47 من القانون المدني و ذلك في مواجهة الغير و في مواجهة الشخص نفسه، كما ينتج عن ذلك خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل استنادا إلى المادة 628 ق م ج، فمن جهة طبيعته تتعارض مع التعامل فيه كما أن ذلك يعد مخالفا للنظام العام و الآداب.

المبحث2: إباحة التعامل في الأعضاء البشرية:

استند فقهاء الشريعة المبيحون لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية إلى عدة حجج منها آيات و أحاديث الاضطرار و التيسير و الإيثار و كذا القواعد الكلية كقاعدة الضرورات تبيح المحضورات و قاعدة الترجيح بين المصالح و المفاسد و أقوال الفقهاء القدامى و المعاصرين في هدا الشأن.

أما فقهاء القانون استندوا إلى عدة نظريات وهي نظرية السبب المشروع التي مفادها أن التعامل في أعضاء الإنسان لا يعتبر باطلا لمجرد تعلقه به بل ينظر في ذلك إلى السبب الذي من أجله تمت عملية نقل و زرع الأعضاء. فإذا كان الهدف علاجيا كان التعامل مشروعا، لكن تعرضت هذه النظرية للنقد لعدم انضباطه. فهو يقيم موازنة دون حدود أو شروط و هذا غير جائز لأن الأمر يتعلق بجسم الإنسان كما أنه شرط بديهي و لا يصلح كأساس لإباحة التعامل في الأعضاء.

و استند اتجاه آخر إلى نظرية المصلحة الاجتماعية حيث تتم الموازنة على أساسها، فإن التبرع جائز رغم أن هناك مساس بالحق في سلامة الجسم طالما أن الفائدة الاجتماعية سترتفع حيث يتم تغليب الجانب الاجتماعي على الجانب الفردي بحيث يستفيد المجتمع من عمليات نقل و زرع الأعضاء، فهي تؤدي إلى إنقاذ فرد من أفراده و زيادة النفع الاجتماعي

حيث لو كانت إمكانيات المنقول منه ستتأثر و تنخفض، فهذا لا يهم مادام المجتمع لا يتأثر. لكن تعرضت هذه النظرية للنقد الشديد، فالأخذ بها سيؤدي إلى المساس بكرامة الإنسان و تناقض القيم الإنسانية، بحيث تقدر المنفعة على أساس الأهمية الاجتماعية للشخص.
ثم إن ذلك يؤدي إلى عدم اعتبار إرادة الشخص و تفتح المجال لإجراء عمليات نقل الأعضاء عنوة بإجبار الأشخاص على ذلك بحجة تحقق المنفعة الاجتماعية، كما انه يتجاهل مشاكل و أثار الجراحة على المستوى الفردي.

و أخيرا ذهب البعض في تأسيس إباحة التعامل في الأعضاء إلى حالة الضرورة، حيث تباح الوسيلة التي يتفادى بها ضررا أكبر محدقا به أو بغيره حسب المادة 130 ق م و يباح فعل الاستقطاع رغم ما يخلفه من مساس بجسم المعطي ما دام أنه يتفادى حصول ضرر أكبر بجسم المتلقي. فالموازنة هنا قائمة بين الضرر و الخطر، حيث يرجع أحدهما على الأخر حسب جسامته و يجب توفر مجموعة من الشروط حتى تتوفر حالة الضرورة. فلابد من وجود خطر محدق بالمريض يتهدده في حياته إن لم تتم عملية نقل العضو إليه و كذلك إن يكون هذا الخطر جسيما مقارنة بالضرر الذي قد يحدث للمنقول منه، و أن تكون العملية هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض و أن لا يؤدي ذلك إلى هلاك المتبرع. و لتقدير ذلك لابد من اشتراك أكثر من فريق طبي حسب المادة 2/167 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

و لم تسلم هذه النظرية كذلك من النقد، فالأخذ بها فيه إهدار لإرادة الشخص المتنازل فرضاه ليس شرطا في حالة الضرورة، كما أن من شروط حالة الضرورة وجود عنصر الاستعجال و هذا غير موجود في كل الحالات كالتبرع لبنوك الأعضاء أو التبرع بالقرنية. و إذا كانت شروط حالة الضرورة متوفرة بالنسبة للمريض فهي غير متوفرة في جانب المتبرع لكونه شخص سليم لا يتهدده أي خطر، إضافة إلى أن أهم شروط حالة الضرورة أن يكون إجراء النقل هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض و أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر- اللزوم و التناسب- الأمر الذي لا يمكن القول بتوفره في كل العمليات، فمثلا عمليات زرع الكلى، فالمريض بالفشل الكلوي بإمكانه العيش بجهاز الكلى الاصطناعي فالبديل موجود و لا يعد النقل الوسيلة الوحيدة.

رغم ذلك أرى أن نظرية الضرورة هي المعيار الأصلح إذا ما تداركت نقائصها و أضيفت بعض الشروط لها، أما النظريتين السابقتين فلا يمكن الاستناد إليهما كأساس قائم بذاته.

فالمصلحة العلاجية أمر بديهي في هذا النوع من العمليات، أما المصلحة الاجتماعية فلا يمكن إجبار الأشخاص على التبرع على أساسها و لكن يمكن الاعتماد عليها لحمل الأشخاص على التبرع باسم التضامن الإنساني.

الفصل2: أحكام التعامل في الأعضاء البشرية.

رغم الاختلاف حول مدى مشروعية التعامل في الأعضاء البشرية و بعد تضارب الآراء فالذي يهمنا بعد هذا المخاض هو أن عمليات نقل و زرع الأعضاء موجودة و تمارس على نطاق واسع و تشهد تطورات مذهلة، و عليه لابد من وضع ضوابط و أحكام حفاظا على كرامة الإنسان، فلا يجب أن يكون تقدم العلم على حساب كرامة الإنسان سواء كان حيا أوميتا.

المبحث1:أحكام التعامل في أعضاء الأحياء

هناك أحكام متعلقة بالنظام العام نظرا لأن الحق في سلامة الجسم هو مبدأ دستوري و هو من المبادىء الأساسية نظرا لتعلقه بجسم الإنسان. و هناك أحكام متعلقة بأطراف العلاقة.

و في إطار الظوابط المتعلقة بالنظام العام: فندرس نطاق الأعضاء الجائز التبرع بها، ثم مدى جواز المقابل المادي. فبالنسبة للنطاق هناك أعضاء تتوقف عليها استمرار الحياة حيث يؤدي إستئصالها إلى توقف الحياة مباشرة كما هو الحال بالنسبة للأعضاء التي ليس لها مثيل في الجسم كالقلب و الدماغ لأنها تؤدي إلى موت صاحبها. و قد تكون من الأعضاء التي لها مثيل لكن استئصالها يجعل حياة المتبرع غير مستقرة كالأعضاء الظاهرة أو التبرع بكلية مع كون الكلية المتبقية مريضة و عليه لا يجوز للشخص التصرف فيها. و هناك أعضاء لا تتوقف عليها استمرار الحياة و تشمل الأعضاء المتجددة، فنقلها لا يؤثر في صحة المتبرع لا في الحال و لا في المآل و تشمل كذلك الأعضاء المزدوجة و التي لا

يؤثر استئصال إحداها على المتبرع بحيث يقوم العضو الثاني بمهمة العضو المنزوع بشرط أن يكون سليما و يخرج من هذه الطائفة الأعضاء الحاملة للصفات الو راثية رغم أنها مزدوجة لتعلقها بمقصد الشرع بحفظ الإنسان من الاختلاط.

- و بالنسبة لجواز المقابل المادي فهناك اختلاف بين مؤيد و معارض و هناك من اقترح حلا وسطا.

فذهب جانب إلى مجانية التعامل في الأعضاء البشرية حيث استند إلى أساس أخلاقي قوامه التضحية و الإيثار و التراحم و ذلك في إطار التضامن الإنساني. كما أن المقابل المادي يتعارض مع الكرامة الإنسانية، و ذلك تفاديا لظهور عصابات عالمية للتجارة بالأعضاء.

و ذهب جانب آخر إلى جواز بيع الأعضاء، فبما أنه من الجائز التنازل عن الأعضاء لتحقيق مصلحة علاجية فإن تقاضي مقابل مالي لن يضيف أو ينقص من أمر أخذ العضو شيئا لا من الناحية الطبية و لا من الناحية القانونية.

فالتصرفات القانونية سواء كانت تبرعية أو معاوضة تعتبر مشروعة و ما كان المقابل المالي ليبطل أي تصرف قانوني، و استند أنصار هذا الاتجاه على أساس أن المقابل هو الوسيلة الوحيدة للحصول على الأعضاء اللازمة.

وهناك من اقترح فكرة التعويض كحل وسط بين الاتجاهين حيث يكون التنازل بدون مقابل مادي لكن يجوز تعويض المتنازل عما أصابه من أضرار بسبب العملية و ذلك للتخفيف عليه و ليس مقابل العضو المتقطع.

لكن هذا الرأي يلقى معارضة خشية أن يتحول إلى وسيلة للتحايل و أخذ المقابل المالي و هذا جدير بالتأييد، فالتبرع يجب أن يكون بدون مقابل تجنبا لكل الآثار السلبية التي تنشأ عن ذلك.

أما فيما يخص الضوابط المتعلقة بأطراف العلاقة : فبالنسبة للمتبرع و حتى يكون تبرعه صحيحا و مشروعا لابد أن يكون :

- كامل الأهلية نظرا لخطورة هذه العمليات و ما تتطلبه من وعي و إدراك و لابد من توفر هذه الأهلية عند التبرع و عند البدء في التنفيذ و عند أخذ العضو، أما إذا كان الشخص قاصرا فلا يعتد بتبرعه و حتى وليه لا يملك الحق بالتصرف بأحد أعضاء القاصر و ذلك لأن القاصر لا يملك بسبب قصره التصرف بأحد أعضائه لذلك فموافقته غير صحيحة و كذلك

موافقة الولي ليس لها قيمة قانونية لأنه لا يملك هذا الإمتياز، بل عليه أن يسهر على احترام مصالحه و العملية فيها ضرر بالقاصر .

اختلفت الآراء حول رضا القاصر بين مجيز و معارض و مجيز بقيود :

الرأي1 ذهب إلى عدم جواز تصرف القاصر في جسمه مطلقا أي سواء كان التصرف منه لأنه رضا معيب مادام قاصرا أو كان صادرا من الولي الذي لا يجوز له التصرف في مال القاصرفمن باب أولى ليس له التصرف في جسمه.

الرأي 2 ذهب إلى السماح للقاصر منفردا بالتصرف في جسمه، أخذت بهذا الإتجاه المحاكم الأمريكية و ذلك بالنسبة للقاصر البالغ 14 سنة و بخصوص عضو محدد هو الكلية و ذلك لمصلحة المريض و القاصر الذي قد يتعرض لتدهور حالته النفسية إذا لم يعتد برضاه .

الرأي 3 ذهب هذا الرأي إلى السماح للقاصر التصرف في جسمه بقيود و ذلك خاصة بالنسبة للقاصر المميز الذي يقترب سنه من سن الرشد، حيث أن القصر حاليا يتحملون العديد من المسؤوليات كما أن العملية في هذه الحالة تكون محاطة بضوابط و شروط تجعل نطاق النقل من القصر في أضيق الحدود، و تتمثل هذه القيود في موافقة ولي القاصر، ان يكون المتبرع له أخ أو أخت للقاصر و أن يكون محل التبرع النخاع العظمي، و كذا موافقة لجنة من الخبراء و طبعا عدم اعتراض القاصر.

- الحصول على رضا المتبرع الذي يجب أن يكون حرا بعيداعن أي ضغط مادي أو معنوي و للتأكد من عدم وجود ضغوطات يقترح البعض إخضاعه للفحص الطبي من الناحية النفسية و العقلية كأن يوهمه الطبيب أنه سيستأصل جزءا بسيطا منه غير مؤثرأو أن يتعرض لضغط عائلي يدفعه إلى التبرع.

و بصدد حرية الرضا يثور الإشكال حول مدى الإعتداد برضا المحكوم عليه بالإعدام، هناك من ذهب إلى عدم الإعتداد به على أساس أنه لن يتضرر من طريقة إعدامه سواء في المستشفى على إثر أخذ أعضائه أو بالمشنقة فالأمر سواء، و خير للإنسانية أن تستفيد من جسمه لإنقاذ حياة الآخرين، أما الإجماع فمنصب على أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان دون رضاه، لأن القول بغير ذلك يتنافى و كرامة الإنسان ، فالأول يراعي مصلحة إنساني و

الثاني يركز اهتمامه على كرامة الإنسان و هذا الأخير هو الأجدر بالتأييد قلابد من احترام إرادة الإنسان و كونه محكوما عليه لا يبرر استباحة اعضائه.

و لابد للرضا من شكل يفرغ فيه و في مجال زرع الأعضاء يجب ان يكون كتابة، بإقرار خطي من المتبرع مفاده التنازل عن أحد أعضائه و ذلك لقطع كل خلاف حول وجود الرضا أم لا، و كذا تنبيه المتبرع لخطورة تصرفه حتى يتمكن من التفكير قبل توقيع الموافقة .

- تبصير المتبرع حيث يقوم الطبيب ببيان جميع الآثار المترتبة على نقل العضو حتى يتمكن من فهم الأمور دون تعقيدات تخل بالرضا ، و ينصرف التبصير إلى مجالين : إيضاح طبيعة التدخل العلاجي دون الدخول في التفاصيل ، و إيضاح مخاطر العلاج حيث يتم إعلام المتبرع بكل النتائج المتوقعة .

- الحق في العدول عن الرضا نظرا لخصوصية هذا الموضوع فإن للمتبرع أن يرجع في تبرعه في أي وقت يشاء دون قيد أو شرط على أن يكون ذلك قبل إجراء العملية ، و ذلك لتعلق الأمر بجسم الإنسان ، فلا تطبق في هذه الحالة القواعد العامة في الإلتزامات لأن الرجوع هو عودة إلى الأصل المتمثل في عدم جواز المساس بسلامة الجسم و الذي يستوجب وضع نظام قانوني خاص بعيدا عن القواعد العامة . مع مراعاة أمر مهم ألا و هو ضرورة صدور العدول في الوقت الملائم قبل إجراء العملية حتى يمكن إيقافها ، أما إذا صدر بعدها فلا يعتد به و لا آثار يرتبها.

أما بالنسبةللمتبرع له :

- الأهلية : إن رضا الشخص بأن تجرى له عملية الزرع يعني تحمله لمسؤولية هذه العملية بمنافعها و مخاطرها و هذا يتطلب أن يكون راشدا و متمتعا بكامل قواه العقلية ، أما فيما يخص القاصر فإذا كانت العملية لفائدته و تأكد ذلك ، فلابد من موافقة الولي .

و انعدام الأهلية قد يكون انعدام الأهلية القانونية حيث يكون الرضا من الأب أو الأم أو الولي الشرعي ، لكن إذا بلغ القاصر حدا من النضج فلابد من الحصول على موافقته لأن الرضا بالعلاج لا يعد تصرفا قانونيا بل هو مسلك إرادي له فاعليته القانونية و عليه لا يجب تقييده بالقواعد العامة المتعلقة بأهلية الآداء .

و قد يكون انعدام للأهلية الفعلية كأن يكو ن الشخص غائبا عن الوعي مما يؤثر في قدرته على وزن الأمور و تحديد ما هو مفيد لحالته من عدمه و في هذه الحالة يتم الرجوع إلى الممثلين الطبيعيين له أي العائلة و في حالة الإستعجال يؤول الأمر إلى الطبيب .

- الحصول على رضا المتبرع له : إذا كان هذا الرضا ضروريا في العمليات التقليدية فإنه من باب اولى شرط لابد منه في عمليات زرع الأعضاء التي تعد خروجا عن الطرق التقليدية المتبعة في العلاج و التي تنطوي على خطورة كبيرة ، فيجب أن يكون الرضا حر صريح لا لبس فيه وأن يكون مكتوبا ، فالرضا له أثر مزدوج ، فهو حماية للمريض ضد أي مبادرة طبية تتضمن قدرا من المخاطرة بحياته، و هو في الوقت ذاته دفاع عن الطبيب في مواجهة شدة قواعد المسؤولية و صرامتها. و كما يتم الإعتداد بالرضا بالعملية فلابد من الأخذ كذلك برفض المريض للعملية، حتى لو كانت ضرورية لإنقاذ حياته فما على الطبيب إلا أن يبذل جهدا مضاعفا لإقناعه بإجرائها، و إذا أصر فللطبيب حتى يتخلص من المسؤولية أن يثبت رفضه كتابة، لكن مع ذلك و استثناءا من الأصل فبإمكان الطبيب إجراء العملية دون الحصول على موافقة المريض إذا ما قدر أن هناك خطرا جسيما، فعليه السعي للحصول على موافقة الأقارب و إن لم يتمكن فله إجراءها دون موافقة أحد .

- تبصير المتبرع له : يجب على الطبيب أن يكشف له عن خطورة حالته و أن يؤكد له أن الزرع هو الحل الأخير و أن خطرالعملية أقل بكثير من مخاطرالتطورالطبيعي لمرضه على المدى القصير ، و كذا إخباره عن ظاهرة رفض الأجسام و كيفية تفاديها ،و إمكانية إجراء عملية ثانية في حال فشل الأولى... و إذاكان المريض غير واع فإن التبصير يوجه لمن له أهلية تمثيله .

و لقد ثار جدل حول مدى التزام الطبيب بالتبصير فهناك من ذهب إلى عدم الإلتزام بالتبصير فمن حق الطبيب إخفاء ما قد يعيق العلاج فالمريض لا يملك القدرة على تقدير الأمور بشأن صحته و عليه أن يسلم أمره إلى الطبيب الذي يمسك بأصول الطب ، و هناك من ذهب إلى ضرورة التبصير لأنه يعتبر مظهرا من مظاهر احترام الشخص فالمريض سيد جسمه له تقدير ما ينفعه و ما يضره و ذلك على ضوء التبصير الذي يقدمه له الطبيب ، و هناك من

ذهب إلى حل وسط يتمثل في التبصير في حدود ، فلابد من التبصير لكن للطبيب ان يخفي ما قد يؤثر على نجاح العملية فله أن يكذب من أجل مصلحة المريض.

المبحث الثاني : أحكام التعامل في جثث الموتى

إن الجثث تعتبر المجال الخصب و السهل للحصول على الأعضاء نظرا لعدم وجود العقبات التي رأيناها بصدد دراسة أخذ الأعضاء من الأحياء لكن هذا لا يعني أن يكون الإستئصال بصفة مطلقة بل لابد من مراعاة بعض الضوابط ، أهمها التأكد من حدوث الوفاة حقيقة، فلابد من تحديد اللحظة الفاصلة بين جسم الحي و الجثة حتى يمكن الإستئصال و لابد من الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته أي ان يحدد كيفية التصرف في جثته، و إذا لم يحدد فإن الأمر يؤول إلى الأقارب، و هناك حالات يتم فيها الإستئصال دون موافقة أحد .

بالنسبة لتحديد لحظة الموت اختلفت التعاريف بشأنه و اختلفت معها المعايير المعتمدة لتحديده فذهب البعض إلى الأخذ بالمعيار التقليدي المتمثل في توقف القلب و التنفس عن العمل و توقف الدورة الدموية، لكن ثبت حديثا أن الإنسان يمكن أن تعود إليه الحياة بعد توقف القلب و الرئتين الذين يمكن إعادة حركتهما باستعمال التدليك أو الصدمة الكهربائية، كما ان هذا المعيارعديم الفائدة في مجال نقل الأعضاء لأنه يؤدي إلى فساد العديد من الأعضاء بعد توقف تدفق الدم إليها و بالتالي عدم الإستفادة منها .

و عليه اتجه الفقه الحديث إلى الأخذ بمعيار موت الدماغ و توقفه توقفا نهائيا مع إمكانية بقاء بعض مظاهر الحياة كاستمرار نبض القلب و التنفس عن طريق أجهزة الإنعاش الصناعي .

و رغم الإنتقادات الموجهة لهذا المعيار إلا أنه يظل المعيار الأفضل و الأنسب لأنه يسمح بحفظ الأعضاء في حالة صالحة للزرع، كما أنه يحافظ على الأعضاء التي لا يمكن الإستفادة منها من الأحياء لإنفرادها كالقلب و الكبد .

و ظهر خلاف آخر حول تعريف الموت هل هو مسألة طبية أم قانونية ؟ فذهب جانب إلى أن الوفاة من المسائل المتعلقة بالشخص لذلك يجب أن يستأثر القانون بتحديدها و ألاّ يترك المجال للأطباء في تحديدها بصفة مطلقة، فهذا الإتجاه يهدف إلى طمأنة الرأي العام حتى لا يكون هناك إعلان مسبق للوفاة و كذا حماية الطبيب من المسؤولية التي قد يتعرض لها .

لكن ذهب جانب آخر إلى أن القانون ليس له التدخل في مسائل تعتبر أساسا من اختصاص الطب، فأي تعريف قانوني قد يصبح غير دقيق بالنظر للتقدم العلمي و اختلاف الموت من حالةلأخرى، لذلك لابد من ترك سلطة التحقق من الوفاة للطبيب فهو صاحب الإختصاص.

أما بالنسبة لكيفية التصرف في الجثة فهناك احتمالين : إما أن يحدد المتوفى كيفية التصرف في جثته عن طريق الوصية التي تعتبر إذنا للطبيب بإجراء الإستئصال إعمالا لسلطة الفرد على جسمه ، فله اشتراط ما يشاء بخصوص جسمه فإرادته تعلو على جميع الإرادات ، فله التبرع بكل الأعضاء ماعدا ماله علاقة بالصفات الوراثية ، فالجثة تعد أفضل مصدر للأعضاء .

و من شروط الوصية أن تكون صادرة عن إرادة حرة واعية و من شخص كامل الأهلية أما إذا كان الشخص قاصرا فلابد من ضوابط أهمها ألا يكون قد أبدى اعتراضه قبل وفاته لأنه معتد به ،كما يجب الحصول على موافقة ممثله القانوني .

أما بالنسبة لشكل الوصية ، فذهب البعض إلى ضرورة اتباع شكلية معينة حتى يعتد بالرضا الصادرمن الشخص ، في حين لم يشترط البعض الآخر أية شكلية فيمكن إصدارها في أي شكل و يتم إثباتها بأي وسيلة . و الواقع أن الوصية و إن كانت ضرورية و تجنب الطبيب تحمل المسؤولية إلا أنها لا تتماشى مع التطور السريع الحاصل في هذا النوع من العمليات، كما أنها تتعارض مع المبادئ الإنسانية حيث يطلب من الشخص و هو في صحة جيدة أو لجأ إلى المستشفى طالبا للشفاء أن يأذن كتابة باستئصال أعضائه بعد وفاته ، لذلك اتجه التشريع المعاصر إلى الأخذ بنظام " بطاقة التبرع" التي تبين إرادة الشخص دون إجراءات معقدة و تسهل معرفة إرادته دون صعوبات و دون تضييع للوقت الذي يعتبر عنصرا جوهريا و هاما للحفاظ على سلامة الأعضاء.

أما إذا توفي الشخص دون أن يحدد كيفية التصرف في جثته، فإن الحق في ذلك ينتقل إلى الأقارب فلا يجوز المساس بالجثة إلا بموافقتهم ، حيث ذهبت الآراء القديمة إلى أن الجثة مجرد مادة لرئيس الأسرة أن يتصرف فيها كما يشاء، لكن انتقد هذا الرأي فحق الأسرة ليس حق ملكية و إنما من الحقوق اللصيقة بشخصية الأقارب فهو حق معنوي يستند إلى صلة الدم و القرابة، و تخول هذه السلطة إلى أقرب الناس للمتوفى من حيث درجة القرابة كالأب،الأم،

الزوج، الزوجة، الأبناء و الإخوة و الأصل أن تكون موافقة الأقارب صريحة بعد توضيح كامل لكل ملابسات العملية و التغاضي عن رضاهم ينطوي على هدم للمبادئ الإنسانية، و لا يمكن أن يكون التقدم الطبي على حساب هذه المبادئ لأن هذا سيفتح باب خطف الجثث و الإعتداء على حرمتها مما يؤدي بالمرضى إلى هجر المستشفيات، لكن الحصول على رضا الأقارب قد يعيق عمليات نقل الأعضاء إذا كان الأقارب مقيمين في مناطق مختلفة، كما ان هذا الطلب لحظة الوفاة يعتبر غير إنساني...لذلك ذهب جانب آخر إلى الأخذ بالموافقة المفترضة حيث يكون للطبيب إجراء العملية طالما لم يصله اعتراض من الأقارب في الوقت المناسب بعد إخطارهم بذلك و هذا في حالة الضرورة، و ذلك على أساس أن من يدخل المستشفى عليه القبول بالقواعد المعمول بها لإدارتها وعلى أساس لامصلحة العلاجية للمريض فالحي أفضل من الميت، لكن هذا الرأي كذلك ينطوي على خورة كبيرة بالنسبة للطبيب الذي قد يتعرض للمسؤولية إذا ادعى الأقارب اعتراضهم في الوقت المناسب، كما أنه لا يعطي الأهمية لمشاعر الأقارب و إرادتهمو حتى المستشفى قد تتأثر حيث يؤدي ذلك إلى هجر المرضى للمستشفيات مما يعود بالخسارة المادية عليها.

و بالتقدم العلمي ظهر اتجاه ينادي بالأستئصال دون موافقة أحد حيث تم الإستغناء عن موافقة الأقاربنظرا للسرعة التي تتطلبها هذه العمليات و ذلك ترجيحا للمصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة، فالجثة تعتبر ملكا للدولة ما لم يعترض الأقارب، إذ ان حالة الضرورة تستلزم التضحية بالمصلة الدنيا من أجل المصلحة العليا، و يكون ذلك خاصة بالنسبة للموتى مجهولو الهوية، قتلى الحوادث، من لا أقارب له ...لكن هذا فيه عدم احترام لكرامة الإنسان التي لا تتحدد بالهوية أو الأقارب، كما أنه يعامل الجثة معاملة الأشياء و هذا غير جائز، و عليه و تفاديا لكل ذلك فأفضل نظام لتحديد كيفية التصرف في الجثة و الحصول على إرادة الشخص هو نظام "بطاقة التبرع " الذي لابد من نشره عن طريق تكثيف التوعية .

الخاتمـــــــــــــــــة

نخلص إلى القول أن التعامل في الأعضاء البشرية رغم الإختلاف الحاصل بشأن مشروعيته فإنه موجود في الحياةاليومية و منتشر بصفة واسعة، و ما يجب الإهتمام به هو الضوابط التي تحكمه، بحيث يجب مراعاة كل النقائص التي تعرضنا لها من خلال هذه الدراسة كالمقابل المالي و ما ينجر عنه من إعتداءات و جرائم، و كذلك أخذ الأعضاء من القصر و كيفية التصرف في جثة المتوفى و الصعوبات التي تواجه الأطباء في حال وجود الوصية أو عدم وجودها حيث يعد نظام " بطاقة التبرع " أنجع وسيلة في هذا المجال .

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

République Algérienne Démocratique et Populaire.

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
Université M'Hamed Bouguera Boumerdes
Faculté de Droit et des Sciences Commerciales

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أمحمد بوقرة بومرداس

كلية الحقوق و العلوم التجارية.

USAGE DES ORGANES HUMAINS DANS LA LEGISLATION ALGERIENNE

Résumé de mémoire pour l'obtention de diplôme de Magistère en droit.

Option : Contrats et Responsabilités.

Réalisé par :

Hadjira GHAMRACI

Rapporteur :

Tayeb ZIROUTI

Date de Soutenance : 21/12/ 2005

Devant le jury composé de :

Dr. Mohamed SEROUR.	M.C.	Université de Boumerdes	Président
Dr Tayeb ZIROUTI.	Pr.	Université d'Alger	Rapporteur
Dr. Mohamed Saïd DJAAFOUR	Pr.	Université de Tizi ouzou	Examinateur
Dr. Fatma zohra TABOUB	M.A.C.C	Université de Boumerdes	Invité

ANNEE UNIVERSITAIRE : 2005/2006

USAGE DES ORGANES HUMAINS DANS LA LEGISLATION ALGERIENNE

INTRODUCTION

Le développement que connaît l'humanité dans le domaine de la médecine, notamment dans certaine branche, a engendré un danger par sa relation avec le corps humain et concerne en particulier la manipulation des organes par le prélèvement et la greffe d'une personne sur une autre. La transplantation a résulté un véritable fléau que représente le trafic d'organes.
Pour cela il est devenu impératif de savoir le précepte de cet usage. Est-il légitime ? en cas de légitimité quelles sont les disposition à prendre pour protéger l'intégrité corporelle ?

1ere partie : la légitimité de l'usage des organes humains

Les conceptions se sont opposées de la légitimité entre partisans et contradicteurs et les divergences se sont amplifiées le problème étant lié au corps humain qui occupe une place importante en droit et que chaque groupe veut protéger ce corps par des arguments selon sa convictions.

1ere conception : Interdiction de l'usage des organes humains

Les partisans de cette opinion se basent sur un aspect important « l'intégrité corporelle » appelé « pudeur du corps humain « dans la doctrine islamique.

Du coté religieux nous remarquons que Dieu a accordé divers privilèges à l'homme. Il en a fait son héritier sur terre (Khalifa), l'a crée dans la meilleure des formes et sanctifié sa vie et promis le plus grand des châtiments à quiconque attente à cette vie (voir les différents commandements du coran, du hadith et recommandations des hommes de cette érudits).
Tandis que du coté juridique l'homme a le droit à l'intégrité corporelle qui lui permet de protéger sa substance matérielle contre les atteintes des tiers et contre le pouvoir de l'individu d'en disposer à sa guise.
L'intégrité corporelle comprend trois éléments si l'un d'eux est touché il en résulte une atteinte à ce droit .les trois éléments sont :

- le fonctionnement naturel des organes vitaux par la préservation de l'individu de tous les composant de son corps dans un état permettant leur activité naturelle et toute entrave à cela représente une agression contre l'intégrité du corps

- l'intégrité corporelle : cela consiste pour l'homme en la sauvegarde totale de toutes les parties de son corps, tout acte portant atteinte à l'homogénéité de ses membres est une agression contre le corps .
- protection contre les douleurs physiques : toute douleur ressentie par une personne suite à un acte de sévisse entraînant une perturbation de sa tranquillité et sa sérénité est considérée comme une atteinte à l'intégrité du corps.

Concernant la nature de ce droit, il y a lieu de se référer à la relation entre l'individu et son corps ;a-t-il une propriété absolu ou limité sur son corps ?

Devant ce dilemme il faut se référer aux deux sources essentielles :

Dans la doctrine islamique le corps humain n'ayant pas une valeur pécuniaire et ne pouvant être considéré comme marchandise, le droit de propriété est défini comme suite : l'adoption de ce droit réside dans le cadre qui dit ;ce droit revient à Dieu et équivaut au droit général, il peut revenir à l'homme dans le stricte respect de bénéfice des bienfaits de ce corps, comme il peut être un droit partagé entre le droit divin et le droit humain, selon le consensus des hommes de culte l'intégrité du corps est un droit partagé entre l'homme par sa qualité de bénéficiaire durant sa vie et Dieu en sa qualité de créateur de l'homme, le droit de propriété revenant à Dieu ce point de vue étant privilégié par la majorité. Pour cela il est permis à l'homme de disposer de tout son corps ou d'une partie pour uniquement son bien être, la propriété absolue du corps restant à Dieu.

Sur le plan juridique les spécialistes déduisent que le droit de l'individu sur l'intégrité de son corps relève des droits individuels et qui se distinguent par leur liaison directe à la personne ce qui supprime l'aspect pécuniaire des organes humains n'étant pas indépendants du corps. Ce droit ne peut être attribué à une entité étrangère au propriétaire susceptible d'en faire usage .un autre courant soutient que la raison primordiale interdisant l'usage des organes humains est que l'homme a un seul droit sur son corps celui de bénéficier de ses bienfaits pour cela il ne peut en disposer pour d'autre buts ce corps est un don, après en avoir bénéficié il doit le restituer.

Du principe du droit de l'homme à l'intégrité de son corps découlent des résultats importants :

Du point de vue religieux : le corps humain ne peut être évalué financièrement aussi il peut pas faire l'objet de marchandage ni d'usage, car seules les matières ayant une valeur marchande définie peuvent en être l'objet. Par ailleurs la pureté des organes prélevés (la souillure pour l'autres) ne permet pas leur usage.

Dans les disposition juridiques : il est à noter l'atteinte à l'intégrité ou l'agression du corps implique la responsabilité devant la loi conformément à l'article 47 du code civil algérien portant confrontation avec un tiers ou avec soi-même.

Comme il en découle l'exclusion du corps humain du cadre commercial selon l'article628 C.C.A. son usage commercial entre en contradiction avec la nature du corps humain, les règles générales ainsi que de l'éthique humaine.

2 eme conception : autorisation de l'usage des organes humains :

Les partisans de se choix légalisent la transplantation d'organes humains s'appuyant sur des arguments axés autour des versets coraniques, citation du prophète portant sur la nécessité,l'orientation et l'incitation ainsi que les principes absolus comme «la nécessité annule l'interdiction »ou »la préférence des bienfaits aux dommages » cela du coté des hommes de culte anciens ou contemporains.

Pour les spécialistes en droit l'argumentation est basée sur différentes théories. La théorie de la raison légale qui préconise que l'usage des organes ne peut être interdit du fait de leur relation avec l'individu concerné mais privilégient la raison qui justifie l'acte de transplantation. Dans le cas ou l'objectif est curatif l'usage d'organes est légitimé.mais cette théorie est sujet de critiques par son manque de rigueur. L'objectif en question n'est pas fondé sur des conditions, son champ n'est pas délimité et cela n'est pas autorisé s'agissant du corps humain et repose sur une raison fragile qui ne justifie pas l'usage des organes.

Un autre courant soutient la théorie de l'intérêt social laquelle se base le principe de la préférence personnelle : le don d'organe est permis, bien que l'atteinte à l'intégrité du corps est constatée tant que l'intérêt social se développe et qu'il prédomine l'intérêt individuel et que la société bénéficie de la transplantation et que cette dernière sauve un membre de la société et apporte plus de bienfaits à la collectivité même si le donneur garde des séquelles et ses capacités diminuent ceci importe peu du moment que cela n'influe pas sur la société. Cette théorie a connu aussi des critiques virulentes car sa pratique porte atteinte à la dignité de l'homme et constitue une contradiction avec les valeurs humaines par sa préférence de l'intérêt sociale au détriment de l'individu. Par ailleurs cette théorie occulte la volonté de la personne et ouvre la voie à une pratique violente des opérations de transplantation en forçant les gens au nom de l'intérêt social en outre les séquelles de l'opération chirurgicale sont ignorées chez l'individu.

Enfin d'autre avis se basent sur le cas de nécessité pour légitimer l'usage des organes dans la situation où causer un dommage moindre pour éviter un dommage plus grand représentant

une menace pour soi-même ou pour autre est autorisé (l'article130 CCA) ainsi que le prélèvement malgré l'atteinte portée au corps du donneur du moment qu'il évite un dommage plus important au demandeur. Ainsi la compensation se situe entre le préjudice et le risque où la préférence se fera selon la gravité des conséquences. Ici le cas de nécessité est défini par la réunion de quelques conditions quand :

- le danger menaçant le patient doit être plus grave que le préjudice qui sera causé au donneur.
- L'opération de transplantation d'organes est le seul moyen .
- La vie du patient est en danger s'il ne reçoit pas de greffe.
- La vie du donneur n'est pas menacée du fait du prélèvement.

Enfin pour évaluer cela la participation et l'avis de plus d'un groupe médical est requis conformément à l'article167bis2 de la loi 85-05 relative à la protection et la promotion de la santé.

Cette théorie n'est pas passé inaperçue des critiques. Son application relève du mépris pour le donneur dont la volonté et le consentement n'est pas une clause dans la définition du cas de la nécessité, d'autre part l'urgence qui est une condition dans le cas de la nécessité n'existe pas dans tous les cas de don d'organe :don de la cornée, don pour les banques d'organes.

Si les conditions de nécessité sont réunies chez le patient, ce n'est pas le cas chez le donneur sain que rien ne menace, la clause essentielle dans cette théorie est que la transplantation demeure le seul moyen pour sauver le patient en s'assurant que le danger à éliminer soit plus grand que le préjudice à causer (adéquation et implication) ce qui n'est pas le cas dans toutes les opération : le malade atteint par une insuffisance rénale peut vivre grâce à la Dialyse donc l'alternative existe ainsi la transplantation n'est plus le moyen pour le sauver.

Malgré tout nous constatons que cette théorie reste la plus fiable si ses insuffisances sont corrigées par l'apport de quelques conditions : l'intérêt thérapeutique est une évidence dans ce genre d'opération, l'intérêt social n'est pas une raison pour contraindre les gens à faire don de leurs organes néanmoins les moyen de sensibilisation peuvent être utilisés pour amener les gens à faire don de leurs organes au nom de la solidarité humanitaire.

2 eme parti : Dispositions pour l'usage des organes humains

Malgré les controverses à propos de la légitimités des organes et les divergences des avis, ce qui nous intéresse après ce constat c'est la pratique de transplantation existe. Elle est exercée à grande échelle et connaît un développement extraordinaire. A cet effet il est impératif de mettre en place des dispositions pour protéger la dignité humaine et veille à ce que ce

développement scientifique n'évalue pas au détriment du respect de l'homme qu'il soit vivant ou mort.

1- dispositions pour l'usage d'organes de personnes vivantes

S'agissant du droit à l'intégrité corporelle garanti par un des principes fondamentaux de la constitution et concernant le corps humain d'une part et la règlementation de la relation des différentes parties intéressée d'autre part, il existe deux dispositions :

Dispositions relatives à l'ordre public et dispositions relatives aux parties de la relation.

a- dispositions relatives à l'ordre public

Une étude doit définir le cadre des organes susceptibles de faire l'objet de donation et de la contrepartie pécuniaire. D'une part nous avons les organes vitaux dont le prélèvement entraîne la mort du donneur tel que : le cœur, le cerveau, le foie ou les deux reins quand un est défaillant ce qui fait que l'individu n'a pas le droit de faire don de ces organes. D'autre part les organes pouvant être l'objet de don quand leur prélèvement n'a pas d'incidences sur l'état de santé du donneur comme les organes renouvelables et les organes doubles quand les deux sont sains à l'exception des organes génétiques.

la contrepartie pécuniaire : Sur ce point des divergences d'opinion sont apparues entre partisans, opposant et solution intermédiaires.

Pour les partisans de la vente d'organes, leur point de vue repose sur l'acte et la raison thérapeutique par similitude pour justifier la contrepartie financière d'autant plus qu'il n'en résulte aucune influence du coté médical ou juridique.

De leur coté les opposants soutiennent la gratuité des dons d'organes en mettant en relief les valeurs humaines basées sur l'esprit de sacrifice, la sensibilisation,la compassion dans le cadre d'une solidarité humaines. Selon cet avis, cette démarche sera une protection contre le trafic d'organes et l'émergence d'organisations mafieuses dans ce domaine. un troisième courrant propose une solution médiane en faisant la différence entre la vente d'organe et le dédommagement.

L'idée étant que donneur ne conditionne pas son acte par un préalable mais peut accepter un dédommagement pour les préjudices engendrés par l'opération cela étant une compensation et non l'équivalent de l'organe prélevé.

Toujours est-il que du point de vue légal le don d'organe. Qu'il soit gracieux ou rémunéré, n'influe en rien sur le coté juridique. Les deux démarches sont permis surtout que la rémunération représente le seul moyen d'obtenir un organe dans bien des cas.

2-Dispositions relatives aux parties de la relation :

-le donneur : Les donneurs d'organes sont répartis en deux catégories, les adultes et les mineurs. Pour que le don soit acceptable et légal des dispositions sont envisagées pour légitimer cet acte pour l'adulte comme pour le mineur. Des dispositions générales sont applicables pour tous les donneurs par rapport à l'importance et la gravité de l'opération.

Le donneur doit être apte à subir l'opération, il doit être conscient et capable de discernement au moment de la décision de don et au moment du prélèvement. A propos du donneur mineur d'autres dispositions sont suggérées bien que les avis ne sont pas unanimes à ce sujet.

1er avis : le droit de propriété du corps n'étant pas absolu pour le mineur ainsi que pour le tuteur leur consentement ne peut être pris en considération. Le mineur ne possède pas les facultés requises et le tuteur a l'obligation de veiller à la santé et l'intégrité physique du mineur devant la gravité de l'opération.

2e avis : le mineur a le droit absolu de disposer de son corps et décider en toute liberté. Cette démarche est soutenue par la législation américaine qui permet au mineur de plus de 14 ans et pour un organe précis (le rein) d'en faire don, cette disposition prend en compte l'intérêt du malade et l'état psychologique du mineur qui peut se dégrader par frustration si sa volonté n'est pas respectée.

3e avis : le mineur peut avoir un droit limité sur son corps et d'en disposer. Quand le mineur a atteint l'age de discernement puisque actuellement les mineurs ont beaucoup de responsabilités. Dans ce cas le consentement du mineur doit être conditionné par des clauses pour limiter les prélèvements chez cette catégorie de donneurs. L'autorisation paternelle (tuteur) est requise,le don doit être au profit d'un proche (frère ou sœur) le don est limité à la moelle osseuse, il doit être soumis à l'avis des experts et bien entendu au consentement du mineur qui doit être libre et loin de toute pression morale ou matérielle.

- la liberté de consentement et l »exercice de pressions morale ou matérielle

Dans ce contexte le problème se pose à propos des condamnés à mort. Les moyens et la manière d'exécuter la sentence n'influent en rien sur sa finalité qui sera la mort du condamné. Ainsi certains soutiennent que le consentement du condamné à mort négligeable par rapport à l'intérêt de la société qui peut sauver des vies en profitant des organes du condamné pour qui le résultat est le même qu'il soit exécuté sur la potence ou par prélèvement de ses organes dans un hôpital.

Mais pour la majorité cette vision est une violation de l'intégrité du corps humain sans son consentement et soutenir cette démarche représente une atteinte à la dignité de l'homme. Les

premiers mettant en valeur l'intérêt d'individus au détriment de la dignité de l'homme et sa volonté défendues par les seconds, même pour un condamné à mort disposer contre son gré de ses organes et de son corps reste injustifiable.

Enfin pour préserver les droits du donneur et confirmer la validité du don loin de tout abus, des formalités sont exigées.

- le donneur doit être informé de ses droits : Il doit être informé par le médecin sur la nature de l'intervention chirurgicale, son déroulement, les risques éventuels encourus et les préjudices pouvant en découler.
- le donneur doit officialiser sa volonté par une déclaration écrite afin d'enlever tout équivaut que quant à la véracité de son consentement à faire don d'un de ses organes.
- le droit à la renonciation : vu les spécificités du sujet, le donneur a le droit de revenir à n'importe quel moment et sans contrainte ni condition sur sa décision avant l'opération.

Le sujet concernant le corps humain, il ne peut être traité dans le cadre des règles générales (accords et conventions) mais doit être soumis à un statut juridique spécial. Etant le retour à un principe fondamental (l'intégrité du corps humain) la renonciation est un droit pour peu qu'elle soit décidée en temps opportun avant l'opération.

- le patient :

- la capacité : le consentement du patient implique l'engagement de sa responsabilité et son accord dans l'opération avec ses avantages et ses inconvénients, pour cela il doit être en possession de toutes ses facultés mentales.

Concernant le patient mineur s'il s'avère que l'opération est dans son intérêt, l'accord du tuteur est requis. L'incapacité du mineur peut être de nature juridique dans ce cas il est fait recours au consentement du père, de la mère ou du tuteur légal. Mais si le mineur a atteint l'age de discernement son consentement doit être obtenu puisque l'acceptation du traitement n'est pas un acte juridique mais une démarche volontaire qui a ses effets juridiques.

L'incapacité d'une personne peut résider dans un état d'inconscience empêchant le pouvoir de jugement et d'évaluation des choses bénéfiques ou nuisibles pour son cas. Dans cette situation il est fait appel à ses représentants naturels (sa famille) et en cas d'urgence le pouvoir de décision revient au médecin traitant.

- le consentement du patient : si le consentement du malade est nécessaire dans toutes les interventions chirurgicales traditionnelles, il devient une condition primordiale dans les opération de transplantation d'organes, qui sortent du cadre des opérations ordinaires, pour leur gravité et les dangers qu'elles représentent. Pour ces raisons le patient doit exprimer son

consentement. La déclaration du consentement doit être volontaire, libre, franche et précise. Le consentement doit être notifié par écrit, il a double effet. C'est une assurance pour le malade contre toute initiative et abus médicaux pouvant mettre sa vie en danger et même temps c'est un moyen de défense pour le médecin devant la dureté et la rigueur des règle de responsabilité. Comme pour le consentement, le refus du malade de subir l'opération doit être respecté. Le médecin doit s'efforcer pour convaincre le malade d'accepter l'opération si ce dernier maintient sa décision le médecin pour dégager sa responsabilité, demandera au patient de notifier son refus par écrit.

Malgré cela par déontologie et exceptionnellement si le médecin juge que le malade est en danger il doit solliciter l'accord des proches, le cas échéant il procède à l'opération en prenant seul la décision.

- information du patient : le médecin est dans l'obligation d'informer le malade sur son état de santé, sa situation dangereuse, lui confirmer que la greffe est l'ultime solution et qu'elle est moins dangereuse que les conséquences immédiates de la maladie, d'expliquer au patient le phénomène du rejet des corps étrangers et de la possibilité d'une deuxième opération en cas d'échec de la première. Si le malade est inconscient l'information doit être faite à ses proches. Un débat s'est instauré autour de ce point où es avis divergents ont été constatés : l'obligation d'informer le malade par respect à ses droit, de décider sur ce qu'il lui convient ou pas, l'abstention de l'information. Le malade n'ayant pas les compétences pour évaluer la situation et enfin l'information limitée où le médecin peut faire certaines vérités et même mentir dans l'intérêt du malade.

2-Dispositions pour l'usage d'organes prélevés sur des cadavres :

Les cadavres représentent une source riche et propice pour la disponibilité des organes et l'absence des contraintes que nous avons énumérées dans le cas du prélèvement chez des personnes vivantes. Néanmoins ceci ne signifie pas que le prélèvement sur des cadavres peut se faire dans une liberté absolue mais il est soumis à des formalités qui doivent être suivies. La plus importante est de s'assurer que le décès est effectif. S'assurer du moment exact du passage du corps vivant à l'état de cadavre pour pouvoir effectuer le prélèvement.

Le consentement du défunt doit être acquit avant sa mort et comporter la manière et les limites d'utilisation de son corps. Si le champ d'utilisation n'a pas été défini par le défunt, la décision revient à ses proches. Comme il y a des cas où le prélèvement est effectué sans aucun avis préalable.

- le moment du décès :

Des divergences sont apparues sur la détermination du moment du décès et par conséquent les critères utilisés pour se prononcer sur la mort d'une personne. Pour certains le constat du décès doit être basé selon les critères traditionnels sur l'arrêt du cœur, de la respiration et de la circulation sanguine. Mais il est prouvé actuellement avec les nouvelles techniques (massage cardiaque, choc électrique) que la personne peut être réanimée après un arrêt du cœur ou des poumons, ce critère n'est pas fiable dans le cas de la transplantation d'organe, l'arrêt de la circulation sanguine entraîne la détérioration de plusieurs organes quand ils ne sont pas irrigués et deviennent inutilisables dans les opérations de greffe. Ainsi la science nouvelle s'est tournée vers un nouveau critère pour prononcer le décès. C'est la mort cérébrale ou du cerveau quand son arrêt est total et définitif qui permet la continuité d'une manifestation de la vie (battements du cœur, respiration artificielle).

Malgré les critiques cette définition de la mort reste le meilleur critère et le plus approprié car il permet de garder intacts les organes et dans un état utile à la transplantation et préserve les organes uniques (cœur, foie) qu'on peut prélever chez les vivants.

Un autre conflit a surgi : la mort est-elle une question médicale ou une question juridique ?

1er avis : la mort concerne la personne humaine aussi la loi doit être sollicitée pour la constater. Il est exclu de laisser l'initiative absolue au médecin d'en faire le constat. L'objectif de ce courant est de rassurer l'opinion publique, d'empêcher les déclarations de mort anticipée et protéger le médecin des effets découlant de la prise de responsabilité.

2eavis : la loi n'a pas à intervenir dans une question qui relève purement du domaine médical. Tout avis juridique reste imprécis par rapport au développement scientifique et la différence de la mort d'un cas à un autre. Pour ces considérations le pouvoir de constat du décès doit être au médecin spécialiste en la matière.

Quant à la manière de disposer du cadavre, nous avons deux possibilités :

Soit que le défunt fixe la façon et les limites d'utilisation de ses organes par testament qui sera considéré comme autorisation pour le médecin à effectuer des prélèvements en application du droit de l'individu de disposer de son corps. Sa volonté est au dessus de toutes les autres, il peut faire don d'une partie ou de tous ses organes à l'exception des organes génétiques.

Le cadavre devient ainsi la meilleure source de prélèvement d'organes.

Le testament est soumis à quelques conditions. Il doit émaner d'une volonté libre et consciente de la personne en possession de ses capacités.

Pour le mineur d'autre formalités s'ajouter dont les plus importantes : le mineur n'ai pas affiché son refus avant son décès et l'autorisation du tuteur légal, deux conditions à respecter obligatoirement.

Forme du testament :

Au moment où certains soutiennent la nécessité de donner une forme définie au testament afin de valider le consentement du malade, d'autre par contre ne voient l'utilité d'imposer une telle condition. Le testament rédigé sous n'importe quelle forme peut être authentifié.

En réalité le testament est obligatoire et évite l'imputation de la responsabilité au médecin, il n'en demeure pas moins qu'il ne convient pas au développement rapide survenu dans ce genre d'opération comme il se trouve en contradiction avec les principes humanitaires quand il est demandé à une personne venue pour des soins, d'établir un testament pour le prélèvement de ses organes après sa mort.

Pour ces considérations, la législation moderne a pensé à la mise en place du système de « fiche de don » où est exprimée la volonté de la personne loin des démarches complexe et facilitent la reconnaissance de cette volonté sans difficulté ni perte de temps qui représente un élément essentiel important pour préserver les organes en bon état.

si la personne décède sans avoir laissé un écrit précisant la manière de disposer de son cadavre, le droit de décider revient à ses proches et sans leur accord le cadavre ne peut être touché. Selon les anciens préceptes, le cadavre est une simple matière dont le chef de famille peut disposer à à son gré. Mais ces préceptes sont remis en cause, le droit de la famille sur le cadavre n'est pas un droit de propriété mais un droit moral basé sur les liens du sang et familiaux et ce pouvoir revient au parent le plus proche du défunt selon le degré de parenté (père, mère, conjoint, enfants, frères et sœurs), la condition est que l'autorisation des proches soit franche après qu'ils aient reçu les explications sur le déroulement de l'opération.

L'ignorance de leur accord par le médecin représente une atteinte aux valeurs et une destruction des principes humanitaires et le développement de la médecine ne peut aller à l'encontre de ces principes au risque d'ouvrir la voie aux dépassement : vol de cadavre, agression contre son intimité et désertion des hôpitaux par les malades. Mais l'exigence de l'accord des parents peut devenir un handicap pour la transplantation si ces derniers résident dans des régions différentes et formulée au moment du décès, cette exigence est un manque d'humanisme.

Ainsi nous trouvons des partisans de consentement tacite par lequel le médecin peut procéder au prélèvement tant qu'il n'a pas reçu d'opposition des proches au moment voulu après qu'ils aient été informés de l'opération et ceci devant une situation d'urgence. Cette pratique se base

sur les principes : celui qui est hospitalisé accepte les règles appliquées par l'administration de l'hôpital, l'intérêt de la thérapie est pour e malade et la priorité aux vivants sur les morts.

Mais cette pratique est porteuse de risque pour le médecin qui endosse toute la responsabilité si les proches venaient à déclarer qu'ils s'étaient opposée en temps voulu, de même cette démarche n'accorde pas beaucoup d'importance à la volonté et aux sentiments des proches et fait courir des risques à l'hôpital qui peut être déserter par les malades et subir des pertes matérielles.

Et, avec le développement scientifique est né courant qui appel au prélèvement d'organes sans aucun consentement, d'où l'abandon de l'accord des proches vu la rapidité qu'exigent de telles opérations et cela mettant en exergue l'intérêt général qui prime l'intérêt individuel.

Le cadavre est considéré comme propriété de l'Etat si les proches ne manifestent pas d'opposition, alors l'urgence nécessite le sacrifice des bas intérêts pour des intérêts supérieurs. Cette option est applicable surtout dans le cas des morts anonymes, des morts par accidents et des morts sans famille. Mais cette vision ne tient pas compte de la dignité humaine qui ne s'évalue pas par l'identité ou les proches, elle use du cadavre comme d'une chose ce qui est inacceptable.

Pour tout ce qui précède et afin d'éviter tout problème sur la manière de se comporter avec le cadavre, la « fiche de don » reste le meilleur système qu'il faut généraliser en s'appuyant sur la sensibilisation.

Conclusion :

En conclusion, l'usage des organes humains malgré les contradictions qui entourent sa légitimité est un fait existant dans la vie quotidienne et largement diffusé. Et ce qui doit être pris en considération, ce sont les dispositions qui le réglementent en tenant compte des lacunes sur lesquelles nous nous sommes penchés cette étude comme la contrepartie pécuniaire et ses conséquences (agressions, crimes), le prélèvement d'organes chez le mineur, comportement avec les cadavres, les difficultés rencontrées par les médecins…….d'où l'efficacité du système des « fiches de don ».