الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: **القانون العام**

المرجع: **07** .

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

نقل وزرع الأعضاء البشرية من المتوفين بين الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: **الحقوق** التخصص: **قانون طبي**.

من إعداد الطالب(ة): **هاشمي عبدالباسط**

تحت إشراف الأستاذ(ة): **حيدرة محمد**

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....**فرقاق محمد**.....رئيسا

الأستاذ(ة).....**حيدرة محمد**.....مشرفا مقررا

الأستاذ(ة).....**بن عوالي علي**.....مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم:**2019/07/10**

شكر وتقدير

كل الشكر والتقدير للأستاذ
المحترم حيدرة محمد على قبوله
الإشراف على هذه المذكرة
وعلى توجيهاته ونصائحه القيمة.

إهـــــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى الوالدين الكريمين

إلى زوجتي العزيزة

إلى أبنائي الأحباء هناء وادم ورائد

إلى إخوتي وأخواتي

إلى كل أساتذة الماستر قانون طبي

مقـدمــة :

مقدمة:

إن التقدم المذهل في ميدان العلوم الطبية، لم يمنع من ظهور بعض الأمراض التي استعصى على الطب الوقاية منها أو إيجاد دواء لها، ولم يكن ممكنا علاجها بالطرق التقليدية المعروفة، مما أدى إلى ابتكار طرق أخرى للعلاج.

وأكبر فتح في هذا المجال كان نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث تتطلب هذه العمليات نقل عضو وزرعه مكان عضو لم يعد يؤدي الوظيفة المنوطة به في جسم المريض[1].

لم تصل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى ما وصلت إليه اليوم من نجاحات إلا بفضل العديد من العوامل والاعتبارات الإنسانية والأخلاقية والاقتصادية، فتاريخ زراعة الأعضاء البشرية مليء بحالات الفشل والنجاح، حيث تعلم منه الجميع دروسا لا تقدر بثمن[2].

إن أول التجارب على الإنسان كانت في عام 1933، حيث قلم الأطباء الأوكرانيون بنقل كلية من جثة ميت إلى أحد المرضى، واستمرت هذه الكلية بالعمل لمدة ست ساعات فقط.

وبعد فشل النقل من جثث الموتى، تحول الأطباء إلى إجراء عمليات النقل من الأحياء، فقد قام الجراح "جون هامبورغر" في باريس عام 1952 بنقل كلية أم إلى ابنها، وقد استمر عمل الكلية لمدة 25 يوما، ثم توالت بعد ذلك مثل هذه العمليات[3].

---

[1] - طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2001.

[2] - شعبان خلف الله، زراعة الأعضاء بين الواقع والمأمول سلسلة مجموعتنا العلمية الطبية، ع18، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، سنة 2011، ص 16.

[3] - طارق سرور، مرجع سابق، ص 3.

لكن المفاجأة الكبرى في مجال زراعة الأعضاء البشرية ظهرت عام 1967، عندما قام الجراح "كريستيان برنارد" بنقل قلب من إنسان ميت وزرعه لإنسان حي في مستشفى "جوهانسبورغ" بجنوب افريقيا.

وتوالت بعد ذلك العمليات، وازداد الأمر أهمية وإقبالا بعد اكتشاف عقار "السيلورسبورين" الذي ساعد على تكييف العضو المنقول مع أعضاء الجسم المنقول إليه، والذي بفضله ارتفعت نسبة نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

أما في الجزائر فمازالت هذه العمليات جد قليلة، وذلك لنقص التبرع بالأعضاء.

وفي سابقة هي الأولى من نوعها تم نزع كليتين وكبد من جثة متوفى على مستوى المستشفى الجامعي بقسنطينة، وذلك من أجل زرعها لثلاثة مرضى، حيث أكد البروفيسور "هشام مخلوفي" رئيس الفريق الطبي الذي أشرف على العملية أن العملية تمت بموافقة عائلة المتوفى، كما ذكر أن العملية أنقذت ثلاثة مرضى وأسعدت ذويهم، كما فتحت باب الأمل للمرضى الآخرين[1].

[1] - LE QUOTIDIEN D'ORAN 27 MAI 2019.

أهمية البحث :

هناك مجموعة من الأسباب التي أدت إلى اختيار هذا الموضوع، ومن أهمها:

– أهمية الموضوع، لتعلقه بحياة بالإنسان.

– كون موضوع نقل وزرع الأعضاء مازال محل جدل بين المهتمين من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، مما يقتضي عرض هذه الآراء المختلفة

– الحاجة الماسة لمثل هذا الموضوع في ظل التطور الطبي الهائل، وما ينتج عنه من ظهور العديد من التصرفات على الجثة.

الهدف من البحث:

الهدف من تناول هذا الموضوع هو معرفة ودراسة موقف الشريعة الإسلامية والقانون المقارن من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من المتوفين.

الإشكالية:

إذا نظرنا إلى العملية بالنسبة لذلك المريض الذي ينقل إليه العضو، فإن ذلك لا يثير أدنى مشكلة من الناحية القانونية، باعتبار أنها تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية بالنسبة له، لكن المشكلة تثور بالنسبة للمتبرع حيا كان أو ميتا.

والإشكالية الرئيسية التي يسعى البحث للإجابة عليها هي: ما هو موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية والعربية، وكذا القانون الجزائري من عمليات نقل الأعضاء البشرية من المتوفين؟

وتتدرج تحت هذه الإشكالية أسئلة فرعية أهمها: ما مدى مشروعية نقل الأعضاء من المتوفين؟ وما هي الشروط اللازمة لهذه العمليات؟.

المنهج:

طبيعة الموضوع اقتضت الأخذ بأكثر من منهج. وعليه سيتم تناول المنهج التحليلي من أجل تحليل آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا القانون المقارن من عمليات نقل الأعضاء البشرية من المتوفين.

كما اعتمدنا المنهج المقارن بين القوانين الغربية والقوانين العربية والقانون الجزائري من عمليات نقل الأعضاء البشرية من المتوفين.

خطة البحث:

أثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ومازالت تثير الكثير من الجدل حول شرعيتها، لذلك ارتأينا تقسيم البحث إلى مقدمة وفصل تمهيدي تطرقنا فيه إلى الأحكام العامة لنقل الأعضاء البشرية، وفصلين بينا في الفصل الأول مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء من المتوفين، والذي ينقسم إلى مبحثين في المبحث الأول تطرقنا لمشروعية المساس بالجثة في الشريعة الإسلامية، وفي الثاني مشروعية المساس بالجثة في القانون المقارن.

أما الفصل الثاني فخصصناه لشروط نقل الأعضاء من المتوفين، وبدوره قسمناه إلى مبحثين؛ في الأول تطرقنا إلى التصرف في الجثة بمقتضى وصية، وفي المبحث الثاني التصرف في الجثة بدون وصية.

الفصل التمهيدي:

الأحكام العامة لنقل و زرع الأعضاء البشرية وكيفية إثبات الوفاة

الفصل التمهيدي

الأحكام العامة لنقل وزرع الأعضاء البشرية وكيفية إثبات الوفاة

تعتبر جثة المتوفى، المصدر الأساسي لعمليات زرع الأعضاء، خاصة تلك التي ليس لها بديل في الجسم كالقلب والكبد، ومن أجل الاستفادة من هذا التطور العلمي يجب تحديد مفهوم هذه العمليات (المبحث الأول)، ثم التعرف على كيفية التأكد من الوفاة قصد مباشرة عملية نزع الأعضاء البشرية وزرعها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر عملية زرع الأعضاء البشرية عملية جراحية غير تقليدية، تتسم بصعوبة ومخاطر كبيرة قد تلحق بأطراف العملية، وهما كل من المتبرع والمستقبل، بخلاف الجراحة التقليدية التي تتشكل من عنصرين فقط، وهما الجراح والمريض.

لذلك تطلب الأمر معرفة مفهومها وعناصرها (المطلب الأول)، كما أن نجاح هذه العمليات وتحديد أحكامها القانونية يتوقف أمره على تحديد محل التعامل أو محل العمل الطبي، الذي بدونه لا يمكن إجراء العملية، وهو العضو البشري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يتوجب علينا البحث عن التعريف القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وترقية العناصر الواجب توافرها لنجاحها، وكذا أنواع هذه العمليات، وهو ما سنتعرض له في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

عرف محمد أيمن الصافي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بما يلي: "غرس الأعضاء يقصد به نقل عضو سليم من جسم متبرع معطي أو مانح، سواء كان إنسانا أو حيوانا أو أي كائن حي، وإثباته في جسم المستقبل (الآخذ أو المتلقي)، ليقوم بأداء وظائف العضو التالف[1].

كما عرفته سميرة عايد الديات بأنه: « استبدال العضو التالف بعضو سليم »[2]؛ أما الجمعية العالمية لزراعة الأعضاء، فقد عرفت زرع الأعضاء بأنه: « عملية من خلالها يستبدل

[1] - محمد أيمن الصافي، "غرس الأعضاء في جسم الإنسان مشاكله الاجتماعية وقضايا فقهية"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، 1998، ص 9.

[2] - سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 20.

عضو مريض بعضو سليم مأخوذ من شخص حي أو ميت، فالشخص الذي يتم له الزرع يسمى "المستقبل" والشخص الذي يتم النقل منه يسمى "المتبرع" والعضو المنزوع يسمي "الغريسة" »[1].

يتضح من ذلك أن عملية زرع الأعضاء البشرية لا تنحصر فقط في عملية نقل أو استبدال عضو تالف بعضو سليم كيفما كان مصدره؛ بشرا، أو حيوانا، أو ميتا، بل يتضح أنه يشمل الأنسجة والجلد والخلايا، كالدم ومشتقاته.

الفرع الثاني: العناصر التي تدخل في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تتم عملية زرع الأعضاء البشرية على مرحلتين؛ النقل والزرع، ولإجراء هذه العملية لابد من توافر ثلاثة عناصر:

1 – الجراح (الفريق الطبي المختص): الذي لابد أن يكون من أهل الاختصاص، المشهود لهم بالكفاءة العلمية، كما يجب أن يكون الجراح الذي يتولى أخذ العضو غير الجراح الذي يقوم بالزرع.

2 – المتلقي: أو المستقبل أو المتبرَّع له، وهو المريض الذي أصبحت معه وسائل العلاج والمداواة العادية غير مجدية، ويحصل هذا بسبب فشل وظيفي للعضو أو تلفه.

3 – المانح: يطلق عليه كذلك "الواهب" أو المتبرع، ويقصد به الشخص الذي يؤخذ منه العضو.

يتبين مما سبق أن زرع الأعضاء عملية جراحية ترمي إلى تعويض الأعضاء التالفة أو العاجزة بأخرى سليمة، تؤخذ من متبرع وتزرع في مصاب آخر غيره، أصبحت وسائل العلاج غير مجدية بالنسبة له، غير أنه لنجاح هذه العمليات، لابد من تحقيق التوافق المناعي

ين المتبرع والمستقبل، تجنبا لرفض العضو من قِبَل جهاز مناعة المستقبل،[2] إضافة إلى وجوب توافر الشروط الطبية اللازمة لإجراء العملية.

[1] - عمر علام، قضايا طبية معاصرة وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، المغرب، 2001، ص ص 168 – 169.

[2] - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، رسالة دكتوراه، جامع تيزي وزو، 2016.

المطلب الثاني: مفهوم العضو البشري

يتكون جسم الإنسان من مجموعة من الأعضاء والمشتقات والمنتجات الجسدية، ودراسة الجانب المادي لهذا الجسم وتحليله إلى عناصر مختلفة له أهمية كبيرة، خصوصا مع تطور العلوم الطبية التي صارت تتعامل مع جسم الإنسان لا ككتلة واحدة، لكنها تتعامل مع أعضائه وأنسجته ومنتجاته بشكل منفصل، كما هو الحال في عمليات نقل وزرع الأعضاء، لذلك تجدر أهمية إبراز التفرقة بين ما يعتبر من الأعضاء البشرية[1] وما يعتبر من منتجات الجسم ومشتقاته، لما لها من فائدة في الكشف من الناحية القانونية عن اختلاف الآثار المترتبة على المساس بكل واحد منهما.

الفرع الأول: تعريف العضو البشري

لتعريف العضو البشري سنقوم بالتعريف اللغوي، ثم الفقهي، وأخيرا التعريف القانوني.

أولا: التعريف اللغوي للعضو البشري

يعرف العضو البشري لغة بأنه: « كل لحم وافر بعظمه »، كما عرفه صاحب المعجم الوسيط بأنه: « كل جزء من جسد الإنسان، كاليد والرجل »[2].

فمن خلال هذين التعريفين؛ يعتبر العضو عضوا متى كان عظما يغطيه اللحم، مما يؤدي حسب هذا التعريف إلى إخراج طائفة من الأعضاء التي ليس لها عظم من بين الأعضاء البشرية، كالقلب والرئتين والكبد والعين وغيرها.

وأخذا بهذا المعنى فإن التعريف اللغوي للعضو لا ينطبق أيضا على الدم، والخلايا والجلد، مما يؤدي إلى إبعاد طائفة كبيرة من الأعضاء وفقا لهذا المفهوم اللغوي من بين

عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لذلك برزت الحاجة إلى إيجاد تعريف للعضو البشري يتجاوز المعنى اللغوي[3].

---

[1] - مواسي العلجة، نفس المرجع، ص 20.

[2] - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 17.

[3] - منذر الفضل، مرجع سابق، ص 17.

ثانيا: التعريف الفقهي

اختلف الفقه في تعريف العضو البشري، فالبعض يعرفه من الناحية الطبية البيولوجية؛ والبعض الآخر يؤسس تعريفه باعتماده المعيار الوظيفي أو العضوي، أي هناك من عرفه تعريفا موسعا، وهناك من عرفه تعريفا ضيقا.

1 – يمكن تعريف العضو من الناحية البيولوجية في إطار تعريفه الموسع، بأنه « مجموعة من الأنسجة تمثل جزءا من جسم الإنسان »[1].

أما الأنسجة التي يتكون العضو منها، فهي مجموعة من الخلايا المتشابهة المظهر، والمتصلة ببعضها البعض، لها نفس القدرات والإمكانيات الوظيفية، وتشكل وحدة آلية تقوم بنفس الدور داخل عضو معين أو جزء من العضو، مثل النسيج العصبي والنسيج الجلدي[2].

وبخصوص الخلية "Cellule"، فإنها تعد الوحدة الأساسية في تكوين الجسم، والتي بتجمعها وارتباط بعضها البعض تكون الأنسجة المختلفة، وتختلف مقاييسها حسب طبيعتها، وتتكون من عنصرين؛ النواة والسيتوبلازم، مما يعني أن تعريف العضو من الناحية البيولوجية لم تعد قاصرة على القلب والكبد والكلى، بل امتدت لتشمل أيضا الإنزيمات والأنسجة والهرمونات[3].

يبدو مما سبق أن هناك اختلافا ظاهرا في تعريف العضو عند الفقهاء، بين من يقدم تعريفا ضيقا، ومن يقدم تعريفا موسعا، وهو ما يحتاج إلى البت في الأمر، والبحث عن إيجاد تعريف منضبط لمصطلح العضو البشري من الناحية القانونية.

---

[1] - أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 95.

[2] - ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية الحق في سلامة الحسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، رسالة دكتورا، جامعة الجزائر، 1996 – 1997، ص 14.

[3] - ماروك نصر الدين، نفس المرجع، ص 14 و15.

ثالثا: التعريف القانوني للعضو البشري

سنحاول البحث عن التعريف القانوني للعضو البشري في التشريعات المقارنة، ثم في التشريع الجزائري.

1 – تعريف العضو البشري وفقا للتشريعات المقارنة

أ – تعريف العضو البشري في التشريعات العربية

قام التشريع الأردني رقم 23 لسنة 1977 حول الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان، بمحاولة لتعريف العضو بأنه: « كل عضو من أعضاء الإنسان أو جزء منه »[1]، لكنها محاولة لم تأت بجديد، حيث عرفت الشيء بنفسه.

أما القانون المغربي رقم 16 لسنة 1998 والمتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، المعدل بمقتضى قانون رقم 26 لسنة 2005، فقد حدد المقصود بالعضو البشري في نص المادة الثانية بقوله: « لأجل تطبيق هذا القانون، يراد بعبارة "عضو بشري" كل جزء من جسم الإنسان، سواء أكان قابلا للخلفة أم لا، والأنسجة البشرية، باستثناء تلك المتصلة بالتوالد »[2]. فالتشريع المغربي وسع من مفهوم العضو البشري، ليشمل كل الأنسجة البشرية باستثناء المتصلة بالتوالد.

وبالرجوع إلى التشريع المصري رقم 05 لسنة 2010 بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإنه لم يورد أي تعريف للعضو البشري في نص هذا التشريع، لكن بالرجوع إلى اللائحة التنفيذية[3] لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية، نجد أنها عرفت العضو في نص المادة 1/1

[1] - مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 24.

[2] - مواسي العلجة، نفس المرجع، ص 24.

[3] - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 93 لسنة 2011 الخاص باللائحة التنفيذية لقانون رقم 5 لسنة 2010، بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، النص الكامل للائحة، موجود في ملحق مرجع سمير عبد السميع الأردن، المسؤولية القانونية للطبيب والمستشفى والصيدلي، مع شرح قانون تنظيم زرع الأعضاء رقم 5 لسنة 2010، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص 479.

بأنه: « العضو القابل للنقل، مثل الكبد الكلى، القلب، البنكرياس الأمعاء الدقيقة، الرئة، كما يقصد بالأنسجة: الجلد، صمامات القلب، الأوعية الدموية، والعظام، وأي عضو آخر أو جزء منه أو نسيج يمكن نقله مستقبلا وفقا للتقدم العلمي بعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية ».

ب – تعريف العضو البشري في التشريعات الغربية

يعد القانون الإنجليزي الصادر في Human organ transplants1989/07/27، والخاص بنقل وتنظيم الأعضاء، القانون الوحيد الذي عرف العضو تعريفا دقيقا، حيث عرفه بموجب المادة السابعة من الفقرة الثانية بأنه: « يقصد بكلمة "عضو" في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة، والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي، إذا ما تم استئصاله بالكامل »[1].

أما عن التشريع الفرنسي، فرغم عدم وجود تعريف محدد للعضو البشري من خلال قانون الصحة العامة وفي قوانين أخلاقيات الطب الصادرة في سنة 1994[2]، والتي تم تعديلها بقانون رقم 6 الصادر في أوت 2004 و7 جويلية 2011، إلا أنه أدرك أهمية التفرقة بين أعضاء الجسم وكافة مشتقاته ومكوناته، وذلك من خلال تخصيص تشريعات أخلاقيات الطب لسنة 1994 قسما مستقلا خاصا بالأعضاء البشرية، وقسما آخر خاصا بمشتقات ومنتجات الجسم البشري، تتضمن أحكاما وشروطا تختلف في مجملها عن ما جاء في عمليات نقل 15

المسؤولية المترتبة، والعقوبات المقررة على أفعال الاعتداء التي تقع نتيجة مخالفة أحد هذه الشروط الخاصة بكل قسم.

[1] - مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 25.

[2] - Loi N° 94-653 du 29/07/1994, relative au respect du corps humain, JORF, N° 175, du 30/07/1994, p 110 . http://legifrance.gouv.fr. 25/06/2019 h19 :52

2 – تعريف العضو البشري وفقا للتشريع الجزائري

بالرجوع إلى نص المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص على أنه: " ... لا يجوز إنتزاع أعضاء الإنسان، ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"[1].

يفهم من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الأعضاء والمنتجات البشرية، واعتبرها شيئا واحدا في تطبيق أحكام هذه المادة، وكل المواد المتعلقة بتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

لكن بعد صدور قانون رقم 09-01، المعدل والمتمم لقانون العقوبات، أصبح يفرق بين العضو ومشتقات الجسم، وذلك باستحداث جرائم وعقوبات مختلفة في حالة الاعتداء على الأعضاء أو الأنسجة البشرية، إذ استحدث عقوبات خاصة بنزع العضو دون رضا صاحبه، تختلف عن العقوبات الخاصة بنزع الأنسجة دون رضا صاحبها، كما استحدث جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، والتي لها عقوبات خاصة ومختلفة عن الاتجار بالأنسجة وخلايا

الجسم، مما يفهم منه أن المشرع الجزائري أصبح يفرق بين الأعضاء ومنتجات الجسم، اعتبار أنها لا ترتب نفس الآثار القانونية في حال الاعتداء عليها[2].

[1] - قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 8، صادر بتاريخ 17 فبراير 1985، المعدل والمتمم.

[2] - قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 08 مارس 2009.

نخلص مما سبق ذكره، إلى أن غالبية التشريعات الوضعية وقفت موقفا سلبيا إزاء تحديد مفهوم العضو البشري باستثناء التشريع الإنجليزي، وتبريرا لموقفها استندت إلى أن وضع تعريف قانوني للعضو البشري يحول دون مسايرة التطور العلمي، خاصة وأن هناك أعضاءا ما زالت محل خلاف حول صفتها القانونية، غير أن الأمر يتطلب وضع تعريف محدد لها، خاصة في ظل الممارسات الطبية الحديثة، التي باتت تتعامل في أعضاء الجسم بشكل يشكل خطورة كبيرة على سلامة الجسد، إضافة إلى أنه هناك اختلافا بين الآثار المترتبة عن المساس بالأعضاء البشرية والآثار المترتبة نتيجة المساس بمنتجات الجسم ومشتقاته[1].

الفرع الثاني: تعريف المشتقات أو المنتجات البشرية

يقصد باصطلاح "المشتقات" أو "المنتجات البشرية" التي تم استخدامها في العديد من التشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية والطبية « كافة العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة، ولا يترتب على استئصالها فقدانها للأبد، بل يمكن للجسم استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه ».

كما يقصد بها « كل مكون عضوي، نسيجا كان أم سائلا تقوم أجهزة الجسم بإفرازه وإنتاجه على نحو دوري، ويقوم الجسم بتجديده وتعويض ما فقد منه بشكل تلقائي »[2].

ولم يضع التشريع الفرنسي تعريفا ومعيارا محددا لتحديد وتمييز المشتقات البشرية عن الأعضاء البشرية، إلا أنه نظمها بأحكام وقواعد خاصة، وخصص لها فصلا كاملا تحت عنوان "الأنسجة والخلايا والمنتجات"، اهتم من خلاله بتنظيم الحماية القانونية للمشتقات ومنتجات

[1] - مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 20.

[2] - طارق عبد الله أبو حوه، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة ، مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، قسم القانون، جامعة المنصورة، 2005، ص 280.

الجسم، فقد نظم مسألة التبرع بالأنسجة وخلايا وتجميع مواد الجسم واستخدام الخلايا المعدلة جينيا، واستعمالها لصناعة الأدوية والأبحاث العلمية على الجينات الوراثية، ونظم نقل اللقائح البشرية، والفحوصات البيولوجية للخلايا المنزوعة من البصمة الوراثية، كما فرض عقوبات في كل من قانون العقوبات وقانون الصحة العامة في حال الاعتداء عليها أو المساس بها، وهي أحكام تختلف في مجملها عما جاء من أحكام بخصوص تنظيم عمليات نقل الأعضاء البشرية[1].

أما المشرع الجزائري فيعتبر الأنسجة والأعضاء شيئا واحدا، وتخضع لنفس الأحكام الخاصة بنقل الأعضاء البشرية دون تمييز بينها، رغم أهمية التفرقة بينها، خاصة على مستوى القانون الجنائي، باعتبار أن القواعد التقليدية غير كافية لإضفاء الحماية في مواجهة الاعتداءات الواقعة على منتجات الجسم، خاصة في ظل التطورات الطبية الحديثة وظهور عمليات نقل الأنسجة والتلقيح الصناعي وغيرها.

[1] - Live II : Don et utilisation des éléments et produits du corps humain.
Titre IV : Tissus, cellules – produits de corps humain et leur dérivés chapitre 1er de code de la santé publique, www.legifrance.fr 25/06/2019 h20 :30

المبحث الثاني: كيفية التأكد من الوفاة

إن التحقق من الوفاة يعد من أهم المسائل التي تثور في مجال نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، ذلك أن إجراء هذا النقل يستلزم التحقق من وقوع الوفاة ابتداء[1].

وهذا ما يجب على الجراح التأكد منه قبل القيام بعملية نقل عضو من جثة ميت إلى جسد إنسان حي[2].

ومشكلة التحقق من الوفاة هي مشكلة حديثة نسبيا، كمسألة زرع الأعضاء بمجملها، حيث لم يكن تشخيص الموت في العهود القديمة عسيرا، فقد كان مجرد توقف القلب عن العمل والرئتين عن التنفس وبرودة الجسم وقسوة الجثة، مؤشرات كافية على تحقق الوفاة.

كما أن تحديد لحظة الوفاة يوضح الحدود الفاصلة بين الحياة والموت، وما يترتب عليها من آثار شرعية وقانونية، كالوصية والأحوال الشخصية والإرث[3].

إلا أن ظهور واستخدام أجهزة الإنعاش الصناعي، وتقدم وتطور عمليات اقتطاع الأعضاء من الجثث وزرعها لدى الأحياء، قد نبه العاملين بالطب والقانون على حد سواء إلى ضرورة مناقشة تحديد لحظة الوفاة في ضوء المتغيرات[4].

---

[1] - إبراهيم يوسف، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، 2002، ص 56.

[2] - احمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 5، 2007، ص 167.

[3] - سميرة أقرور، مرجع سابق، ص 168.

[4] - أحمد شوقي أبو خطوة، نفس المرجع، ص 168.

المطلب الأول: التحقق من الوفاة

الموت عامة هو انقطاع الحياة، والتي يترتب عنها انتهاء الشخصية الطبيعية للإنسان، إما بالموت الحقيقي أو بالموت الحكمي[1].

غير أن الموت الحكمي يخرج من نطاق عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، لذلك فإن دراسة موضوعنا تقتصر فقط على الموت الطبيعي.

ومن الناحية الطبية، فإن الموت يمر عبر ثلاثة مراحل تعتمد على موت ثلاثة أعضاء حيوية في الجسم هي المخ، والقلب والرئتان، ثم موت خلايا الجسم، وذلك على النحو التالي:

المرحلة الأولى (الموت الإكلينيكي): وفيها يتوقف القلب والرئتان عن العمل، فيتوقف دوران الدم في الجسم، ويتوقف وصوله إلى المخ، وتستمر هذه الفترة أقل من خمس دقائق. وفي هذه المرحلة يكون القلب والتنفس متوقفين، وتكون خلايا المخ سليمة، وخلايا الجسم سليمة، فإذا أمكن استعادة تشغيل القلب والتنفس خلال هذه الفترة، سواء كان ذلك ذاتيا أو بالأجهزة الصناعية، فإن الإنسان يضل مستمرا بعدها على قيد الحياة، ولا يعتبر ميتا بالإجماع[2].

المرحلة الثانية (الموت الجسدي): وتحدث عندما يمتد توقف القلب لأكثر من خمس دقائق، فإذا حدث هذا فإن خلايا المخ تموت، بما فيها الخلايا المسئولة عن تشغيل القلب والتنفس. وعلى هذا، فإنه لا يكون هناك أمل في عودة ذاتية للقلب والتنفس، ويكون الإنسان بهذا قد وصل إلى موت جسدي حقيقي لا عودة منه إلى الحياة.

المرحلة الثالثة (الموت الخلوي): وتحدث إذا مات المخ بانتهاء المرحلة الثانية، ولم يتم وضع المريض على أجهزة التنفس الصناعي، وفيها تتوقف الدورة الدموية نهائيا عن أن تصل إلى جميع أجزاء الجسم، وتبدأ خلايا الجسم في التحلل والتفكك.

---

[1] - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1995، ص. 141.

[2] - محمد رأفت عثمان، نقل وزرع الأعضاء، مجمع البحوث الإسلامية، المؤتمر الثالث عشر، الأزهر الشريف، 10 مارس 2009.

الفرع الأول: تعريف الموت

إن تعريف الموت من المسائل الضرورية والمهمة، حيث إن تحديده يمثل دورا كبيرا في المجالات القانونية المتعددة، وخاصة في المسائل الجنائية، ولذلك من المهم جدا معرفة الموت بشكل دقيق في مجال مشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية[1].

والموت لغة من فعل مات، يموت، ويمات ويميت، فهو ميت ضد حي.

والموت اصطلاحا صفة وجودية خلقت ضد الحياة[2]، ويعرف بأنه مفارقة الروح الجسد مفارقة تامة.

وعرف كذلك بأنه انقطاع الحياة، وذلك بسبب توقف أجهزة الإنسان الحيوية عن العمل، كالجهاز التنفسي، والدموي، والعصبي[3].

ويعرف الموت في الطب بأنه : نقض الحياة وخروج الروح.

وجاء في كتاب الروح: « والصواب أن يقال أن موت النفوس مفارقتها لأجسادها وخروجها منها».

[1] - مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 377.

[2] - افتكار مهيوب، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مكتبة شادي، مصر، 2009، ص 375.

[3] - جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط 1، 2002، ص 51.

أما بيان مجمع البحوث الإسلامية ودار الإفتاء المصرية فقد عرف الموت بأنه: "مفارقة الحياة الإنسان مفارقة تامة، بحيث تتوقف كل الأعضاء بعدها توقفا تاما عن أداء وظائفها".[1] وقال طارق بشري: الموت ليس واقعة طبية فقط، إنما هو على ما عبرت عنه فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة: حقيقة دينية، فلسفية وواقعة قانونية وحالة اجتماعية[2].

ومن خلال التعريفات السابقة للموت يتضح أنها تؤكد حقيقة واحدة، وهي أن الموت ضد الحياة وبحلوله تغادر الروح الجسد، وعليه يمكن تعريف الموت بأنه: "مفارقة الروح للجسد، بحيث تتوقف جميع أعضاء الجسم عن أداء وظائفها المنوطة بها[3].

وللموت علامات تدل على أن صاحب هذا الجسد قد مات، وعلامات الموت منها ما ذكر في ما ذكر في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة، ومنها ما ذكر في علم الطب؛

أما في القران الكريم، فورد قوله تعالى: " إن كانت إلا صيحة واحدة فإذا هم خامدون"[4]. وفي السنة النبوية عن أم سلمة زوج الرسول صلى الله عليه وسلم قالت: دخل رسول الله على أبي سلمه وقد شق ببصره فأغمضه ثم قال: " إن الروح إذا قبض تبعه البصر"[5]، وعن شداد بن أوس أن الرسول (صلى الله عليه وسلم): «إذا حضرتم موتاكم فأغمضوا البصر، فإن البصر يتبع الروح ...»، فيدل ذلك على أن شخوص بصر الميت علامة هامة على قبض روح الميت ومفارقتها لجسده.

أما علامات الموت عند الأطباء، فهي توقف التنفس والقلب والدورة الدموية، فاعتبروا أن ذلك التوقف توقفا لا رجعة فيه، وهو العلامة المميزة والفارقة بين الحياة والموت. وحدد

---

[1] - افتكار مهيوب، مرجع سابق ص 400.

[2] - مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 378.

[3] - افتكار مهيوب، نفس المرجع، ص 375.

[4] - سورة " ياسين " الآية 29.

[5] - صحيح مسلم شرح النووي كتاب الجنائز باب إغماض والدعاء له، ج 7\4 مشار إليه في ندى عبد الودود مرجع سابق، ص 111.

البعض ثلاثة مراحل للموت: ففي الأحوال العادية يحدث ما سمي بالموت الإكلينيكي كمرحلة أولى بتوقف القلب والرئتين عن العمل، وفي مرحلة ثانية تموت خلايا المخ بعد بضع دقائق من توقف دخول الدم المحمل بالأكسجين للمخ، وبعد حدوث هاتين المرحلتين تظل خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو لآخر، وفي النهاية تموت هذه الخلايا، فيحدث ما يسمى بالموت الخلوي الذي يمثل المرحلة الثالثة للموت[1].

غير أن هناك اتجاها معاكسا يذهب إلى ضرورة عدم تحديد تعريف للموت في القانون، لأن ذلك يؤدي إلى تقييد الأطباء بالتعريف القانوني، لأن الموت مسألة تعتبر من اختصاص الطب، ولأن حالات الموت ليست واحدة، فمن الصعوبة على القانون أن يجاري هذه الإختلافات تبعا لتغير المسائل الفنية كما سنلاحظ عند التطرق إلى معايير الموت، وعليه لابد من وجود لوائح تصدر من الجهات الطبية بغرض توفير الاطمئنان إلى المرضى الذين هم تحت رحمة الأطباء في تحديد الموت.

الفرع الثاني: موقف القوانين من تحديد لحظة الوفاة

سنتطرق لموقف القوانين الغربية ثم العربية، وكذا موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة على التوالي:

أولا : موقف التشريعات الغربية من تحديد لحظة الوفاة

1 – موقف المشرع الفرنسي من تحديد لحظة الوفاة

لم يترك المشرع الفرنسي ذلك للطبيب، ولم يضع تعريفا محددا للموت، بل وضع بعض القواعد التي يمكن أن يستعين بها الطبيب في تحديد لحظة الموت، مع الاحتفاظ للطبيب بأن يقرر الموت بناء على أية وسيلة طبية أخرى[2]، حيث تضمن القرار الصادر من وزير الصحة الفرنسي تحت رقم 243– 4–1968 مجموعة احتياطات يجب على الأطباء مراعاتها للتأكد

[1] - عبد المطلب عبد الرزاق، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2005، ص 128.

[2] - مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 384.

من حالة الوفاة، حيث نص على ما يلي "... فإن التحقق من وفاة شخص تحت الإنعاش الاصطناعي لمدة طويلة يجب أن يحدد بعد أخذ رأي طبيبين، أحدهما يجب أن يكون بالضرورة رئيس قسم المستشفى، والآخر يفضل أن يكون أخصائي جهاز رسم المخ الكهربائي". وتثبت الوفاة عند وجود أدلة متوافقة على أن الأضرار التي أصابت الشخص غير قابلة للإصلاح ونهائية تماما، وأنها تتعارض مع القول بكونه على قيد الحياة.

والتأكد من الوفاة يستند أساسا على:

- الانعدام التام لأي رد فعل تلقائي، واسترخاء العضلات تماما، وانعدام الانعكاسات الحدقية.
- الطابع الصناعي الكامل للتنفس باستخدام وسائل الإنعاش.
- عدم إعطاء جهاز رسم المخ الكهربائي لأية إشارة.

وبالتالي إذا توقفت هذه الدلائل الإكلينيكية أو عدم إعطاء جهاز رسم المخ لأية إشارات تقرر التوقف النهائي للوظائف، وبالتالي تصدر شهادة الوفاة بعد أخذ رأي طبيبين، ويوقع محضر إثبات الوفاة من ثلاث نسخ[1].

2 – موقف المشرع الإسباني من تحديد لحظة الوفاة

اشترط القانون الإسباني وبالمرسوم الملكي رقم 426 .02. 1980 والخاص بتطبيق القانون رقم 30 المؤرخ 27 .10. 1979 الخاص بشان استئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى توافر الشروط التالية:

- الانعدام التام لأي رد فعل تلقائي والاسترخاء التام للعضلات.
- انعدام انعكاس الحدقية.
- انعدام التنفس.
- التوقف النهائي لأي اثر النشاط المخ لعدم تلقي جهاز رسم المخ الكهربائي أية إشارة[2].

[1] - احمد شوقي أبو خطوة : مرجع سابق ، ص 192 .193 .

[2] - احمد شوقي أبو خطوة : مرجع سابق ، ص 197.

ثانيا: موقف القوانين العربية من تحديد لحظة الوفاة

من بين التشريعات العربية التي لم تضع تعريفا للموت المشرع العراقي في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 58. 1986 حيث ترك ذلك للأطباء حسب الأدلة العلمية التي تنتهجها الدول، وقد أخذ بنفس هذا الاتجاه القانون السوري رقم 31 لسنة 1972، والمرسوم اللبناني رقم 1442 – 1984[1].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للموت، باستثناء ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني الجزائري: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، وتنتهي بموته". وينظر القانون الجزائري للوفاة على أنها واقعة، فقانون الحالة المدنية يلزم بالإبلاغ عن الوفاة خلال 24 ساعة من حدوثها.

المطلب الثاني: الموت مسألة طبية أم واقعة قانونية

يذهب البعض إلى أن الوفاة مسألة قانونية يتعين تدخل المشرع لإيجاد تعريف لها، وتحديد معيار مقبول من الجهات العلمية للوفاة، فيما يذهب البعض الآخر إلى أن تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية يختص الأطباء بها. لذا سنحاول التطرق لكلا الاتجاهين على التوالي من خلال الفرعين المواليين مع التطرق لموقف المشرع الجزائري من ذلك.

الفرع الأول: ضرورة وجود تشريع يعرف الموت

يذهب البعض إلى أنه يجب أن يصدر تشريع ينظم مفهوم الوفاة، وهذا المفهوم ينطلق من أساس يستهدف طمأنة الرأي العام والأطباء، بحيث يقوم الطبيب بعمله وفق الأسس التي

[1] - معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، ص 386.ص413

أرساها التشريع[1]. وتمسك أصحاب هذا الاتجاه بضرورة وضع تشريع يعرف الموت، بعد أن شاعت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كوسائل علاجية، خصوصا بعد أن قام الطبيب الفرنسي "برنارد" بأول عملية زرع قلب من جثة متوفى إلى جسد حي، وقد كان تبرير أصحاب هذا الاتجاه أن غريزة تحقيق السبق الطبي والشهرة قد تقود أحيانا إلى الالتفاف حول مسألة التأكد من الوفاة، ولذلك فإن حسم هذه المسألة بالنص عليها تشريعيا يشيع نوعا من الاطمئنان.[2]

وصدور مثل هذا التشريع فيه حماية للطبيب، لأنه بذلك يكون مستندا لإذن القانون الذي يحميه من مغبة تعرضه للمسؤولية الأخلاقية أو القانونية، فهو يريد أن يعرف حدود مشروعية أعماله، والقانون هو الذي يحدد له المباح والمحظور من وجهة نظر المجتمع، لأن القاعدة القانونية تعبر عن ضمير الجماعة، فهي تحمي الأطباء ضد نزوات أنفسهم، وتقدم لهم العون والطمأنينة. لذا لا يجب ترك تنظيم هذه المسألة لقواعد وآداب مهنة الطب، لأنها لا تلقى لدى أفراد المجتمع نفس التقدير الذي يكنه رجال الطب نحوها، فما يجري عليه العمل بين الأطباء قد لا يلقي القبول لدى القضاء أو الرأي العام[3].

تزداد أهمية تعريف الموت قانونا بسبب التقدم الرهيب في التقنيات الطبية، وخصوصا في مجال استئصال الأعضاء وزرعها، وتحديدا في حالة استئصال الأعضاء المنفردة من

---

[1]- منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية، ص 492.

[2] - معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 414.

[3] - ماروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 325.

المتوفين، إذ قد يلجأ الأطباء إلى إعلان الوفاة مبكرا حتى يقوموا بنقل العضو وهو في حالة طبيعية[1].

وباعتبار أن مسألة الموت من المسائل التي تهم العامة، فقد بات من الضروري مناقشتها، وذلك بوضع تشريع يتم بلورته، ويستوحى من الضمير الاجتماعي والإنساني والاعتبارات الطبية والقانونية[2].

الفرع الثاني: الموت مسألة طبية

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يجوز للقانون أن يتدخل في مسألة تعتبر أساسا من اختصاص الطب[3].

حيث قال الشيخ علي الطنطاوي : " إن الذي يحكم بأن فلانا قد فارق الحياة مفارقة تامة هم السادة الأطباء المتخصصون في هذا الشأن دون سواهم"[4].

كما أوصى مؤتمر "بيروجيا" أنه لا يقع على رجال القانون وضع تعريف قانوني لوقت الوفاة، بل هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصهم.

ويلاحظ أن أنصار هذا الرأي يتمسكون بقاعدة أن القانون وإن كان لا يعرف الموت، إلا أنه يساهم في تسهيل مهمة الأطباء بوضع القواعد والمبادئ التي تمكنه من ذلك؛ أي: يصرح القانون في نصوصه على الإجراءات والقواعد لكي يتجنب الأطباء المسؤولية عند تحديدهم للموت"[5].

---

[1] - ندى عبد الودود، التصرفات الواردة على عملية نقل الأعضاء البشرية وزراعتها، رسالة ماجستير، جامعة عدن، 2007، ص143.

[2] - حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مصر، 1975، ص181.

[3] - معاشو لخضر، مرجع سابق، ص415.

[4] - معاشو لخضر، نفس المرجع، ص 415.

[5] - الأهواني، مرجع سابق، ص183.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة

ساير المشرع الجزائري الاتجاه الذي يرى أن مسألة تحديد الوفاة مسألة طبية، وذلك عندما ترك مهمة تحديدها طبقا لمادة 2/167 من قانون حماية الصحة وترقيتها للجنة طبية[1] تتكون من ثلاثة أطباء أحدهم طبيب شرعي.

كما أنه لا يمكن للطبيب الذي عاين الوفاة أو أثبتها أن يكون من بين الفريق الطبي الذي يقوم بعملية الزرع، طبقا لنص المادة 3/165 من نفس القانون.

[1] - القانون رقم 85ـ 05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

الفـــصل الأول :

مدى مــشروعية نقل و زرع

الأعضـــاء من المتوفيـــن

الفصل الأول

مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء من المتوفين

اتفقت مختلف الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية على حرمة الجثة، غير أن هذه الحرمة ليست مطلقة، مما يجيز المساس بها متى كان الهدف من وراء ذلك علاجيا أو علميا، وحتى يمكن التصرف بجثة المتوفي، لا بد من مشروعية تجيز ذلك، كما يجب أيضا أن تتوفر شروط لنقل الأعضاء من المتوفين، لذلك نرى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين؛ نتناول في الأول مشروعية المساس بالجثة في الشريعة الإسلامية، وفي المبحث الثاني مشروعية المساس بالجثة في القانون المقارن.

المبحث الأول: مشروعية المساس بالجثة في الشريعة الإسلامية

اعتنت الشريعة الإسلامية بتكريم الآدمي حيا وميتا تكريما عظيما، وشرفته تشريفا كبيرا، فقد خلق الله الإنسان من تراب ثم نفخ فيه من روحه فجعله بشرا سويا

كما حثت الشريعة الإسلامية على احترام الميت وتكريمه بعد وفاته، بتغسيله وتكفينه الصلاة عليه وحمله[1] إلى لحده، وحذرت الشريعة من التمثيل بجثته والمساس بأعضائه إلا لضرورة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "كسر عظم الميت ككسر حيا ".

إلا أن الحاجة والضرورة قد تستوجبان المساس بجسم الإنسان، ومعنى ذلك أن مبدأ حرمة الإنسان يحتمل استثناءات من أجل مصلحة راجحة[2].كل هذا جعل فقهاء الشريعة الاسلامية يختلفون في جواز الانتفاع باعضاء المتوفين حيث ذهب البعض التاييد بينما ذهب اخرون الى الاعتراض ونعرض فيمايلي حجج كل من الاتجاهين في مطلبين اثنين

المطلب الأول: مذهب القائلين بجواز نقل الأعضاء من المتوفين

أباح غالبية الفقهاء عمليات نقل الأعضاء من الأموات، وذلك لإنقاذ حياة المرضى عملا بقاعدة " الضرورات تبيع المحظورات ".

فإذا كان من الضروري التداوي ببعض أجزاء الجسم من جثة المتوفي محافظة على صحة إنسان حي أو إنقاذ حياته، فليس هناك ما يمنع ذلكن لأنه يجوز في حالة الاضطرار أكل لحم الآدمي[3].

---

[1] – عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، ص 50.

[2] – أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، 1983، الكويت، ص24.

[3] – المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، دار الخلدونية، الجزائر 2009، ص 256.

وإذا كان رأي بعض الفقهاء أنه يجوز للمضطر أكل لحم الآدمي، فإنه يجوز التداوي بعضو من أعضائه إبقاءا على حياة إنسان حي، وحفاظا لصحته من باب أولى. وقد اشترط المؤيدون للنقل مجموعة من الشروط نتناولها في الفرع التالي

الفرع الأول: شروط جواز نقل الأعضاء المتوفين

يتوقف نقل الأعضاء من الأشخاص المتوفين على توافر الشروط الآتية:

- أن تتوافر حالة الضرورة، فيجب أن يكون المريض المراد نقل العضو إليه مهددا بخطر الموت، ولا سبيل لإنقاذه إلا بنقل العضو المحتاج له.
- عدم وجود شيء مباح يقوم مقام هذا العضو المراد أخذه من الميت، و لا خلاف بين الفقهاء في جواز الانتفاع بأجزاء الحيوان؛ جلده وعظمه لزرعها في جسم الآدمي إذا تبينت فائدتها الطبية، مثل صمامات القلب المتخذة من الأبقار، والجلود المتخذة من الأغنام[1]، أو الأعضاء الاصطناعية.[2]

- أن يغلب على ظن الطبيب استفادة المريض من هذا الجزء المراد نقله من الميت.[3]

- علم أولياء الميت بالنقل، واستئذانهم دون القول بالوصية، لأن الميت لا يملك شيئا من بدنه.

- التحقق من وفاة الشخص المراد الاستقطاع منها.

- أن لا يؤخذ من بدنه إلا المقدار الذي تدفع به الضرورة، وأن يعاد رتق المرضع الذي أخذ منه.[4]

- الشريعة تأمر بارتكاب أخف الضررين[5]، فإذا دار الأمر بين محظورين يصار إلى أخف الضررين، وهو المساس بجثة الميت، فالضرر الذي يصيب الإنسان الحي هو فقده الحياة إذا لم يزرع له عضو من

[1] – عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق ص72، وص 75، وص 149، وص 150.

[2] – محمد بن محمد المختار : أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها. رسالة دكتورا مكتبة التابعين القاهرة ط3 2004 ص286

[3] – نسرين عبد الحميد، نقل وبيع الأعضاء البشرية الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء الدنيا، الإسكندرية، ط1، 2008، ص168.

[4] – عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص150.

[5] – عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها، منشورات الحبلي، ط1، 2009، ص269.

هذه الجثة[1] فأخف الضررين هو نقل عضو الميت وزرعه في جسد الحي، لأن المحافظة على حياته أعظم من المفسدة المترتبة على المساس بحرمة الجثة.

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى مجموعة من الأدلة نتطرق لها في الفرع الموالي:

الفرع الثاني : أدلة القائلين بجواز نقل الأعضاء من المتوفين :

استدل المؤيدون لنقل الأعضاء من المتوفين الى الأدلة التالية

أولا : طهارة أعضاء الميت: إن جسد الآدمي طاهر حيا و ميتا، و يستوي في ذلك المسلم والكافر[2]، وهو قول المالكية والشافعية في الأصح، وقول الحنابلة لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا تنجسوا موتاكم، فإن المؤمن لا ينجس حيا ولا ميتا "[3]. ويرى ابن حزم الظاهري أن كل ما قطع من المؤمن حيا أو ميتا طاهر، وفرق الظاهرية بين المؤمن والكافر، فالكافر نجس حيا وميتا، لقوله تعالى: " **إنما المشركون نجس** " ، ويرى الحنفية أن الإنسان ينجس بالموت ويطهر بالغسل[4]، كما يرون أن المنفصل طاهر بالنسبة لصاحبه. ويرى بعضهم أنه إذا كان فيه دم فهو نجس لا يجوز الانتفاع به؛ بينما يرى جمهور الفقهاء أن حكم أجزاء الإنسان سواء انفصلت في حياته أو بعد موته يصلى عليها، فهي طاهرة[5].

---

[1] – أسامة رمضان، لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر2009، ص 103.

[2] – بلحاج العربي : معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2009، ص 220.

[3] – فاروق عبد الرؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دار الفكر العربي، مصر، ط1 1984، ص281.

[4] – عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص54.

[5] – عبد المطلب عبد الرزاق،مرجع سابق، ص55.

ثانيا : تحصيل أعظم المصلحين أو درء أعظم المفسدين: وذلك لقوله تعالى: " **إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم**"، البقرة الاية 173 فقد استمد الفقهاء بأن الضرورة تقدر بقدرها، فإذا كان أكل المحرمات مباحا في حالات الضرورة، فإنه يكون كذلك في حالات العلاج، فضرورة العلاج كضرورة الغذاء تبيح المحظورات، لأن الهلاك والتلف الذي يمكن أن يعود على الإنسان من عدم التغذي يمكن أن يصيبه من عدم التداوي، كما أن الغذاء يستعمل أحيانا كعلاج لبعض الأمراض.

لذلك أجاز الشافعية وبعض المالكية للمضطر أن ينتفع بأجزاء الآدمي الميت في الغذاء إن لم يجد غيره، لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت، ولأن المفسدة في أكل ميتة الإنسان أقل من المفسدة في فوات حياة الإنسان[1]، وهو ما أشارت إليه فتوى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في قرارها رقم 62 المؤرخ في 25 .10. 1498 هـ، والمتعلق بجواز نقل قرنية عيْن الميت بعد التأكد من موته، وزرعها في عين إنسان مضطر إليها، ما لم يمنع أولياؤه ذلك، بناء على قاعدة تحقيق أعلى المصلحتين وارتكاب أخف الضررين، وإيثار مصلحة الحي على مصلحة الميت، فإنه يرجى للحي الإبصار بعد عدمه، والانتفاع بذلك في نفسه ونفع الأمة به، ولا يفوت على الميت الذي أخذت قرنية عينه شيء، فإن عينه مقلة ظاهرة[2].

ثالثا : أن الأحكام تتغير بتغير الزمان: نقل الأعضاء بعد تقدم الطب أصبح سهلا مأمون العاقبة، فوجب تغير الحكم بتغيير الحال[3]، وفعل استقطاع عضو من الميت ليس فيه إهانة، بل تكريما للميت ببقاء عضو من أعضائه ينتفع به إنسان حي، لأن الحي أحق من الميت، ومن ثم يعتبر هذا التصرف مشروعا[4]، بمعنى أنه متى كان هذا العمل في نطاق الضرورة، فإن انتفاع الحي بهذا العضو هو انتفاع

[1] – عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 148.

[2] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 212.

[3] – محمد بن محمد المختار، مرجع سابق، ص 252.

[4] – نسرين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 167، 168.

المجتمع بدلا من أن يترك الجزء المنتفع به يبلى في التراب ويتحول إلى رفات، فمتى كان هذا العمل هو العلاج الوحيد للمريض، وإنقاذا له من موت محقق جاز هذا العمل متى تقيد بالضوابط الشرعية والشروط اللازمة. وحديث النبي صلى الله عليه وسلم عن كسر عظم الميت يهدف إلى النهي عن ذلك لمجرد الإيذاء أو التعدي حقدا وكراهية واستخفافا به، لكونه لم يعد يشعر بالألم، فأراد الرسول صلى الله عليه وسلم أن يبين أن حرمة الميت كحرمة الحي؛ أما إذا كان في الكسر مصلحة راجحة فلا مانع شرعي[1].

ومن ثم فإن العمليات الجراحية من شق أو بتر أو استئصال أو استقطاع من الجثث مباحة شرعا، وإن كان فيها تعرض لحرمة الميت في الظاهر، ما دام فيها مصلحة راجحة هي إنقاذ إنسان مشرف على الهلاك، لقوله تعالى: " **من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ولقد جاءتهم رسلنا بالبينات ثم إن كثيرا منهم بعد ذلك في الأرض لمسرفون**".[2] وقوله صلى الله عليه وسلم: " **من استطاع أن ينفع أخاه فلينفعه** "[3].

ومن ثم يكون هذا الأمر مجرد تأخير عودة هذا العضو المنقول إلى الحي لصاحبه فترة من الزمن، أسبغ فيها الشفاء والقوة على إنسان كان مشرفا على الهلاك. ولا يعد هذا من الناحية الشرعية إهانة للميت ولا مساسا بحرمة جثته، ولا انتهاكا لكرامته الآدمية، لأن ذلك مقصود لمصلحة الحي المشرف على الهلاك، والحي أفضل من الميت للانتفاع بذلك في نفسه، ونفع الأمة به[4].

المطلب الثاني: مذهب القائلين بعدم جواز نقل الأعضاء من المتوفين

---

[1] – بلحاج العربي : مرجع سابق، ص 208، 209.

[2] – سورة المائدة، الآية 32.

[3] – صحيح مسلم، كتاب الجنائز، ج 4 / 7.

[4] – أحمد شرف الدين، مرجع سابق، 204.

يرى أنصار الاتجاه المعارض عدم جواز نقل الأعضاء من الأحياء، وامتد التحريم إلى حالة نقل الأعضاء من جثث الموتى، لأن الجسد ملك لله سبحانه، وهو أيضا محل تكريم[1] لذلك عملية نقل الاعضاء لابد لها من وصية سنتطرق لشروطها في الفرع الموالي.

الفرع الأول : شروط الوصية

يكون الموصى مالكا لما يوصي به، وهو ليس مالكا لجسده، حيث كتب الشيخ متولي الشعراوي مقالا بعنوان: "الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعها"[2] و يجب ألا تكون بمعصية وان لا يخالف ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال" **و لا تمثلوا** " فقد حرم التمثيل بجثث الأعداء في الحروب.

الفرع الثاني : أدلة القائلين بعدم جواز نقل الأعضاء المتوفين

ومن أدلة القائلين بعدم جواز نقل الأعضاء ما يلي:

– قوله تعالى:" **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ** "[3]، غير أن ذلك لا يتعارض مع التكريم، لأن الاستقطاع لا يكون إلا في حالة الضرورة. ويقول في ذلك الحنفية، والمالكية، والحنابلة: لا يجوز للمضطر الانتفاع بأجزاء من الآدمي ولو ميتا، حتى ولو كان معصوم الدم قبل موته، ولو لم يوجد غيره، لأنه كالحي في الحرمة.

[1] - المدني بوساق، مرجع سابق، ص 40.

[2] - محمد بن محمد المختار، مرجع سابق، ص 246، 253.

[3] - سورة الإسراء، الآية 70.

– قوله تعالى :" **وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ** "[1] ، كنقل عين أو كلية أو شق آذان الأنعام، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فهم يعتبرون ذلك تغييرا لخلق الله تعالى، وهو لا يقتصر على الأعضاء بل يشمل أقل من ذلك بكثير كالوشم فهو محرم[2]

– نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن كسر عظام الميت، فقد روى أبو داود بسنده عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " كسر عظم الميت ككسره حيا "، وهذا يدل على عدم جواز المساس بجثة الميت لتأذيه بذلك كالحي، معتبرين أنه لا يمكن أن يخاطر بإنسان من أجل آخر، ولا يمكن لجزء من ميت أن ينقد حياة.

ويرد على ذلك بأن الكسر المراد هو الكسر الذي فيه ابتذال لغير ضرورة أو مصلحة.

كما أن جثة المتوفي لا حق للورثة في ملكيتها، فهم لا يرثون جثمانه و إنما يرثون ماله، والواجب على الورثة وغيرهم من المسلمين أن يعجلوا بتغسيله وتكفينه والصلاة عليه ثم دفنه، وذلك من فروض الكفاية التي لا تسقط عن الأمة إلا بقيام من يكفي لأدائها[3].

المبحث الثاني: مشروعية المساس بالجثة في القانون المقارن

إن حماية الجسم البشري هي إحدى المزايا الجوهرية للشخصية القانونية، وهذا الحق في الحماية يستمر إلى ما بعد الوفاة، فيكون للإنسان الحق في احترام جثته ،كونها من بقايا جسده، والتي توجد من الناحية القانونية منذ اللحظة الأولى التي يعلن فيها موت الإنسان رسميا[4].

والجثة وهي خالية من الروح تعد تجسيدا لجسم الإنسان الذي لا يمكن أن يعامل معاملة الأشياء المادية، بل يكون لها حماية وقدسية[2]، كما أن القانون الجنائي يسبغ نوعا من القدسية والحماية

[1] - سورة النساء، الاية 119.

[2] - عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 139.

[3] - المدني بوساق، مرجع سابق، ص 40.

[4] - معاشر لخضر، المرجع السابق، ص 439.

على الجسد احتراما له؛ إذ يعتبر كل مساس بالجثة من شأنه أن يؤدي إلى العبث بها عملا إجراميا، سواء أكان ذلك قبل الدفن أم بعده[1].

غير أن التطور المستمر للعلم قد قلب كل الأوضاع التي كان يزعم القانون تنظيمها، حيث زعزعت التقنيات الطبية الحيوية التي سمحت باستخدام أعضاء ومنتجات جسم الإنسان أسس التطور القانوني، بحيث أصبح مبدأ حظر التصرف أو عدم المساس بجسم الإنسان محلا لاستثناءات تزداد بالتدريج، بعد أن كان أمرا مسلما به وغير قابل للنقاش، فحاجة المرضى من الأحياء إلى أعضاء بشرية بدلا من أعضائهم التالفة لإنقاذ حياتهم من الموت، جعلت الفقه القانوني يتجه نحو البحث عن مدى مشروعية الحصول على قطع الغيار الآدمية لهؤلاء المرضى من جثث الموتى[2]، في الحالة التي تكون الجثة هي المصدر الوحيد لعمليات زرع الأعضاء، وخاصة المنفردة منها كالقلب والكبد.

ولذلك أخذت بعض القوانين تخرج عن مبدأ صيانة الجثة عبر السماح بالمساس بها بغرض العلاج أو الانتفاع بها لأغراض علمية، كالتشريح أو إجراء التجارب العلمية[3]، ولقد اختلفت التشريعات في معالجة هذا الأمر، فمنها من نظم الحصول على بعض الأعضاء دون بقية الجثة، ومنها من التزم الصمت، ومنها من أباح الإيصاء إلى ما بعد الوفاة [4]، ومن ثم سوف نتعرض لموقف بعض من هذه التشريعات.

المطلب الأول: استئصال وزراعة الأعضاء في التشريعات الغربية

معظم القوانين الغربية تعرضت بالنص صراحة على جواز استئصال جزء من جثة المتوفى وزرعها في جسم آخر حي، وهي أسبق تاريخيا من تلك التي تعرضت للتصرف في جزء من جسم

---

[1] – افتكار ميهوب، المرجع السابق ص 316 – 317.

[2] – موفق علي عبيد، المسؤولية الجنائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 262.

[3] – معاشر لخضر، مرجع سابق، ص 440.

[4] – إبراهيم يوسف، المرجع السابق، ص 68.

الإنسان الحي، ومن هذه القوانين القانون الفرنسي والقانون الانجليزي، ونتعرض لهما في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: رأي المشرع الفرنسي: قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها أن كل شخص يستطيع التصرف في جسمه بنفس الطريقة التي يتصرف فيها بذمته المالية، حتى وإن لم تكن الجثة داخلة ضمن التعامل القانوني[1]، إلا أن هذه الحرية مقيدة بعدم مخالفة النظام العام. ومن ثم يجوز للشخص أن يوصي بأعضائه أو بعضو معين لمصلحة شخص آخر محتاج لهذا العضو لإنقاذ حياته أو للحفاظ على تكامله الجسدي أو لمعهد علمي، أو لبنك من بنوك الأعضاء في ظل الأنظمة التي تسمح بذلك[2].

وسار في هذا الاتجاه القانون الفرنسي حيث نص صراحة في القانون الصادر في 7-7 - 1949 بشأن استئصال القرنية من المتوفى الذي أوصى بذلك، فأقر مبدأ استئصال عضو من جسم الميت لغرسه في جسم حي[3]، وأجاز قانون 1976 استئصال الأعضاء البشرية لأغراض علاجية في

[1] - أحمد عبد الدايم، المرجع السابق 1999، ص 19.

[2] - افتكار مهيوب، مرجع سابق، ص 317 و318.

[3] - J . savatier : les problèmes des greffes d'organes prélevés sur un cadavre. Recueil 3 Dalloz Sirey, Paris 1968 - 18 p.p 89, 102, 113.

المادة الثانية، وتبني القانون الفرنسي الجديد الخاص باحترام الجسم البشري ذات الموقف حيث أقر أخذ الأعضاء من المتوفين لأغراض علاجية وعلمية[1].

كما أن وجود بنوك للعديد من أجزاء الجسم تحت سلطة وإدارة السلطة العامة الفرنسية يعتبر من قبيل الاعتراف بمشروعية الحصول على الأعضاء البشرية من الجثة فهناك بنوك العظام والجلود وغيرها.

وجاء القانون الفرنسي " رقم 654/ 94 المؤرخ في 29 تموز 1994 ليؤكد التوجه العام للمشرع الفرنسي، والذي سمح باقتطاع الأعضاء من جثث الأموات على النحو التالي:

- لا يجوز أخذ الأعضاء من شخص متوفى إلا لأغراض علاجية أو علمية وبعد التأكد من الوفاة وفق الشروط المحددة.
- يمكن أخذ الأعضاء من جثة المتوفى، ما لم يكن هذا الأخير قد أعرب أثناء حياته عن اعتراضه على أخذ أي عضو من جسمه بعد وفاته، ويكون هذا الاعتراض مسجلا في السجل الوطني المخصص لذلك[2].
- إذا كان الطبيب يجهل إرادة المتوفى بهذا الخصوص، يتوجب عليه أن يحاول الحصول على إفادة من عائلته.

- 1 - « Art. L. 1232-1. – Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

[2] - سنايحي ناجي، نقل وزرع الأعضاء البشرية في ضوء القانون والشريعة، دبلوم قانون خاص، بيروت، 2005، ص ص 88 – 89.

- إذا كان المتوفى شخصا قاصرا أو بالغا يستفيد من أحد إجراءات الحماية القانونية لفاقدي الأهلية، فإن أخذ الأعضاء من أجل التبرع بها لا يمكن أن يتم إلا بموافقة كل واحد من المتمتعين بحق الولاية على القاصر، أو موافقة الممثل القانوني لفاقد الأهلية، ويجب أن يعطي هذه الموافقة بشكل صريح وخطي.
- يجب أن يكون فريق الأطباء الذي ينظم شهادة الوفاة مختلفا عن الفريق الذي سيجري عملية النقل والزرع، ويجب على الأطباء في مجال أخذ العضو من جثة ميت أن يعيدوا جسده إلى حالة لائقة، ودون أدنى تشويه[1].

الفرع الثاني راي المشرع الانجليزي صدر في انجلترا قانون سمح بنقل القرنية وكان بذلك اول قانون يبيح عمليات نقل الاعضاء من المنوفين و في عام 1961 صدر القانون المسمى « the humman tissue act » حيث أباح زرع الأعضاء عن طريق الحصول على قطع أعضاء من جثة شخص ميت ، و بذلك أرسى هذا القانون قاعدة مغايرة لتلك التي كانت مسيطرة ومستقرة.[2]

المطلب الثاني: استئصال وزراعة الاعضاء في التشريعات العربية

نصت العديد من التشريعات العربية على جواز استئصال جزء من جثة المتوفى، نذكر منها موقف المشرع المصري وموقف المشرع الجزائري.

الفرع الأول : رأي المشرع المصري في نقل الأعضاء من المتوفين

جرم القانون المصري مبدئيا المساس بالجثة، حيث نصت المادة 160 – 3 من قانون العقوبات رقم 58 لسنة 1937 على أنه: « يعاقب بالحبس، وبغرامة لا تقل عن مئة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ».[3]

وفي المقابل، فإنه قد سمح بالمساس بالجثة من أجل تحقيق مصلحة إنسانية، حيث نصت المادة 26 من القانون المصري رقم 130 لسنة 1946 الخاص بالمواليد والوفيات، والتي تسمح صراحة بالمساس بالجثة من أجل المصلحة العلمية[4]، " يجوز لمفتش الصحة ان ياذن بعدم دفن الجثة بناءا على طلب احدى الجهات الصحية او الجامعية للاحتفاظ بها لاغراض علمية وذلك بعد موافقة ذوي

[1] – سنا يحي ناجي، مرجع سابق، ص 89.
[2] – ندى عبد الودود، مرجع سابق، ص 102.
[3] – سنا يحي ناجي، نفس المرجع، ص 85.
[4] – ندى عبد الودود، نفس المرجع، ص 103.

الشان من اقارب المتوفى " و يمكن الاستفادة من هذه المادة من أجل السماح بالتنازل عن جزء من جثة المتوفى من أجل مصلحة طبية علاجية للغير، تتمثل في إنقاذ حياته، لما في ذلك من مصلحة أكيدة أسمى للمريض من المصلحة الاحتمالية التي تتحقق بموجب التنازل من أجل التجربة العلمية، فإذا كان القانون يسمح بالمساس بالجثة من أجل التجربة العلمية، فإنه من باب أولى أن يسمح بهذا المساس في سبيل إنقاذ حياة مريض من الهلاك[1].

وفي القانون رقم 103 لسنة 1962 المتعلق ببنك العيون، الذي ينص في المادة الثانية، الفقرة (أ) على جواز الحصول على عيون من يوصون بها، وكذا في الفقرة (ج) على عيون الموتى وقتلى الحوادث الذين تشرح جثتهم[2]. ومعلوم أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وهذا يفيد أن القانون أعلاه أباح التصرف في الجثة بعد الوفاة في صورة التصرف في العين، كما نصت الفقرة (د) من نفس المادة على جواز الحصول على عيون من ينفد فيهم حكم الإعدام، ونصت الفقرة (هـ) على جواز الحصول على عيون الموتى مجهولي الشخصية[3].

فهذا القانون حدد المصادر التي تحصل منها بنوك العيون على هذه الأخيرة، حيث جعل التبرع بالأعضاء قاصرا على قرنية العين فقط، كما أن هذا القانون لم ينص على وجوب الحصول على العين من مصريين فقط، بحيث يمكن أن يكون الموصي بعين أو المنفَّذ فيه حكم الإعدام أو مجهول الشخصية أجنبيا[4].

[1] – سميرة اقرور، مرجع سابق، ص 176.

[2] – ندى عبد الودود، مرجع سابق، ص 109.

[3] – سميرة اقرور، نفس المرجع، ص 176.

[4] – سميرة اقرور، نفس المرجع، ص 177.

إلا أن المشرع المصري وبعد صدور قانون زرع الأعضاء رقم 05-2010 نص صراحة على المساس بالجثة من خلال المادة 14 منه، والتي جاء فيها: "لا يجوز نقل عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتا يقينا تستحيل بعده عودته للحياة ...".

وقد اشترط لهذه العملية شروطا منها:

- ثبوت الوفاة بقرار صادر عن لجنة أطباء ثلاثية مختصة.

- أن لا يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة أو بمسؤولية رعاية أي من المتلقين المحتملين.

كما تنص المادة 8 على إمكانية أخذ الأعضاء من الأموات فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في أي ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

الفرع الثاني : رأي المشرع الجزائري في نقل الأعضاء من المتوفين

تناولت المادة 164 من القانون رقم 85-5 المعدلة بالقانون رقم 90- 17 الاستقطاع من جثة المتوفى بقولها: "لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 161 من هذا القانون وإذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرهم"[1].

غير أن المشرع الجزائري لم يبين طبيعة هذا الترتيب بالنسبة إلى الموافقة، فهل القانون يتطلب تدرجا معينا في الموافقة أم موافقة الأكثرية بإقرار كتابي؟ وهذا كله من شأنه أن يعيق عملية نقل الأعضاء البشرية من جثث المتوفين في أحوال الضرورة، لذا فإنه إذا لم يكن الشخص المتوفى قد اعترض حال حياته على اقتطاع أي عضو من جسمه بإقرار كتابي حسب المادة 165، فإنه يجوز في أحوال الضرورة بموافقة أقربائه الموجودين في المستشفي حال الوفاة الحصول على أحد الأعضاء البشرية من جثته حسب المادة 164 و المادة 165 بعد التحقق من الوفاة بصورة قاطعة[2] حسب المادة

[1] – القانون رقم 85 ـ 05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

[2] – القانون رقم 85ـ 05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .

167، وذلك تحت إشراف اللجنة الطبية المشار إليها في المادة 167/ 2، وكذا موافقة المجلس الوطني[1] لأخلاقيات العلوم الطبية المشار إليه في المادة 168.

تنص الفقرة الرابعة من المادة 164 على ما يلي: « غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها الفقرة أعلاه إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين، أو كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع »[2]، كما نصت الفقرة الخامسة من نفس المادة على أنه: "إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون.

نستنتج مما تقدم أن المشرع الجزائري أجاز استئصال الأعضاء من الجثة قصد زرعها لأشخاص أحياء، وذلك بتوافر شروط معينة؛ منها الحصول على موافقة المتوفى السابقة أو موافقة أحد أفراد أسرته المشار إليهم في المادة 161 أعلاه، دون أن يغفل المشرع الإشارة إلى مسألة تحديد الوفاة، وذلك لأن الانتزاع من الجثة غالبا ما يتعلق بالأعضاء المنفردة كالقلب أو الكبد.

[1] – بلحاج العربي، نفس المرجع، ص201.

[2] – قانون رقم 85ـ 05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

الفـــصل الثـــانـي:

شـــروط نقـــل و زراعـــــة

الأعضـــــاء من المتوفيـــــن

الفصل الثاني

شروط نقل وزراعة الأعضاء من المتوفين

إن الأصل هو أن يقوم الشخص قبل وفاته بالتعبير عن إرادته حول التصرف في جثته، فمن فعل ذلك وجب احترام إرادته دون الاعتداد بأي إرادة أخرى، حتى ولو كانت إرادة أقاربه. وفي هذه الحالة يكون المريض قد أراح الطبيب ومن هم حوله، فيكون قد أوصى بجثته أو بكامل أعضائه أو بأي جزء منها قبل وفاته[1].

غير أنه غالبا ما يموت الشخص دون أن يحدد كيفية التصرف في جثته، ويترك الطبيب في مفترق طرق، فإما أن يجد تعاونا من أقارب المتوفى، ومن ثم يحصل على الموافقة بالاستئصال منهم، وإلا تم افتراض رضائه، كما يمكن التصرف في جثة الميت دون الحصول على موافقة أحد، إذا ما كانت الجثة تعود لمجهول الهوية، أو شخص حكم عليه بالإعدام، أو نتيجة لإحدى الحوادث المفاجئة.

ومن هنا فإن الطبيب إذا ما تصرف في الجثة دون توفر الشروط اللازمة، قامت مسؤوليته المدنية والجنائية.

وعليه، سنتناول في هذا الفصل مبحثين؛ نتطرق في الأول للتصرف في الجثة بمقتضى وصية وفي المبحث الثاني للتصرف بدون وصية.

1 – أحمد شوقي أبو خطوة : المرجع السابق، ص 105.

المبحث الأول: التصرف في الجثة بمقتضى وصية

على الرغم من أن معظم التشريعات القانونية استخدمت لفظ الوصية، واعتبرت أن الجسد من الأشياء التي يمكن الوصية بها، مع التسليم المطلق بأن جسد الآدمي ليس بمال، ولا يدخل ضمن دائرة التعامل المالي، فإن بعض الفقه يرى استعمال هذه العبارة تعبيرا غير دقيق؛ لأن الوصية ترد على الأموال فقط لأنها تصلح محلا للتركة، فلا يجوز التصرف في الجثة عن طريق الوصية، كونها ليست مالا ولا حقا ماليا، فحق الآدمي على جسده هو حق الله تعالى، ومن ثم لا يجوز التنازل عنه أو التصرف فيه، فهو لا يملك جسده وأعضاؤه ، كما أن في الوصية بجسد الإنسان مُثْلَة به، وهذا منهي عنه[1].

فيما يرى البعض الآخر إمكانية استعمال تعبير الوصية، لأن التصرف الوارد على الجثة مضاف إلى ما بعد الموت. ويمكن تعريفها بأنها العمل القانوني الذي يمكن عن طريقه الحصول على الأعضاء البشرية من الأموات لزرعها في الأحياء، إذ هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت[2].

وتأكيدا لذلك، فقد كتب "سافاتييه (SAVATIER)" قائلا: «يسمح قانونا أن يكون الشخص سيد جسمه حتى بعد الموت، ويمكنه أن يحدد مصير جثته بشكل مطلق، بحيث يمكنه فرض ذلك قانونا فيما بعد على أقاربه وعلى المجتمع ».

وتؤكد محكمة النقض الفرنسية ذلك في حكمها الصادر في 30 مارس 1881 على أن «لكل شخص أن يتصرف في جسده بالطريقة التي يتصرف بها في أمواله، ما لم ينطو تصرفه على شبهة اتجار[3].

1 – حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 19.

2 – افتكار مهيوب، مرجع سابق، ص 339.

3 – معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 491.

وحتى يكون هذا التصرف صحيحا ومتوافقا مع النظام العام و الآداب العامة، يجب أن يتم وفق الشروط والقواعد التي أرستها القوانين والتشريعات الوضعية المنظمة لنقل الأعضاء. وحتى يتمكن الطبيب الجراح بعد تأكده من موت الموصي من استئصال العضو أو الأعضاء الموصى بها، تمهيدا لزرعها في جسد المستفيد، ودون خوف من أية مساءلة قانونية.

على ذلك سنتناول بالدراسة في هذا المبحث شروط التصرف في الجثة (المطلب الأول)، وأشكال التعبير عن إرادة الموصي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط التصرف في الجثة

يشترط الفقهاء وأغلب التشريعات التي تضمنت نقل الأعضاء من جثث المتوفين لمشروعية المساس بالجثة واستئصال الأعضاء منها والأنسجة، ضرورة أن يكون المتوفى قد أذن بذلك قبل وفاته، وأن يكون كامل الأهلية، عند كتابة الوصية. وتستلزم بعض التشريعات شكلية معينة لإبداء إرادة المتوفى بالتصرف بجثته بالتنازل عنها لغرض علاجي أو علمي، غير أن تشريعات أخرى لم تشترط شكلية خاصة للتعبير عن هذه الإرادة[1] كلها نقاط سنتطرق لها على التوالي .

الفرع الأول : الرضاء الحر المستنير

يجب أن يصدر الرضاء من قبل الموصي قبل وفاته باستئصال عضو من أعضائه أو استعمال جثته في أغراض علمية كالتشريح،[2] وهنا يظهر الفرق الواضح بين الوصية بالأعضاء والتبرع بها حال الحياة، فالتبرع بالأعضاء حال الحياة لا يكون إلا لغرض علاجي وبأعضاء معينة، كالتبرع بكلية أو بجزء من الكبد مثلا، والوصية يجب أن تصدر عن إرادة حرة غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة، كالإكراه مثلا أو الضغوط، سواء كانت مادية كالوعد بمبلغ معين يتحصل عليه المريض أثناء حياته مقابل التنازل عن بعض أعضائه أو جثته، أو يحصل على هذا المبلغ ورثته بعد مماته، أو ضغوط أدبية بالإيصاء الصالح أحد أقاربه[3]، أو الحصول على ميزة معينة مقابل تنازله عن أحد أعضائه بعد موته[4].

1 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 494.

2 – معاشو لخضر، نفس المرجع، ص 494

3 – افتكار مهيوب، مرجع سابق، ص 324.

4 – أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، ص 206.

وفي هذا الصدد قال الدكتور "فرانكدليمنكو"، رئيس الجمعية العالمية لزراعة الأعضاء البشرية في منظمة الصحة العالمية، والأستاذ بجامعة هارفارد الأمريكية خلال زيارته للقاهرة عام 2007: "يجب أن يتم التبرع بطريقة اختيارية و دون إجبار من حي إلى حي أو بوصية أو بموافقة أهل الميت الذي ينقل أحد أعضائه إلى حي"[1].

الفرع الثاني : أهلية الموصي

أجازت كثير من للشخص –متى كان بالغا عاقلا– أن يعبر عن إرادته، وهو على قيد الحياة بالترخيص بالاستفادة من جثته أو أعضاء منها لأغراض علاجية أو علمية،[2] فمتى توافرت لدى الشخص أهلية الإيصاء، يمكنه أن يتصرف في جثته كما يتصرف في أمواله، أما من لم يتوافر لديه أهلية الإيصاء كالمجنون أو الصبي فلا يعتد بالوصية الصادرة منه[3]. لذا سنتطرق لموقف المشرع الفرنسي وكذا المشرع المصري، ثم موقف الشريعة الإسلامية من الوصية على التوالي.

أولا: موقف المشرع الفرنسي من الإيصاء بالجثة

نصت المادة 2 في فقرتها الثانية من القانون الفرنسي رقم 1181 لسنة 1976 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية على أنه: "إذا كان المتوفى قاصرا غير مأذون له بإدارة أمواله، فلا يجوز استئصال أعضاء من جثته إلا بعد الحصول على إذن من ممثله القانوني"، واشترط أن يتم ذلك كتابة وفق المرسوم رقم 501 المؤرخ في 31 – 03 -1978. [4]

أما إذا كان القاصر مأذونا له بإدارة أمواله، فلا يوجد أي نصوص خاصة في هذا الشأن، ذلك أن القاصر البالغ من العمر 16 سنة لا يتمتع بحماية كالتي يتمتع بها الشخص البالغ، فطبقا

1 – الشيخلي، مرجع سابق، ص 266.

2 – افتكار مهيوب، مرجع سابق، ص 344.

3 – أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، ص 208.

4 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 498.

لنص المادة 903 من القانون المدني الفرنسي، فإنه لا يجوز بأي حال للقاصر أقل من 16 سنة التصرف في جثته أو أجزاء منها لمعهد علمي أو مستشفى.

أما إذا كان سن القاصر أكثر من 16 سنة فله طبقا للفقرة الأولى من المادة 904 من القانون المذكور الحق في الإيصاء بنصف الأموال التي يسمح بها القانون للبالغ بالتصرف فيها، ولهذا يرى البعض أنه من الممكن احترام وصية القاصر لأكثر من 16 سنة إذا كانت تتعلق بالتصرف في عضو من أعضاء جسمه بعد الوفاة[1].

ومما تقدم، يتضح أن القانون الفرنسي قد أعطى للأطباء حرية كاملة في استئصال الأعضاء من جثث القصر المأذون لهم بإدارة أموالهم، دون حاجة للحصول على إذن أو موافقة أسرهم، فيكفي عدم اعتراض القاصر حال حياته على استئصال عضو من جثته بعد وفاته حتى يمكن للطبيب الجراح إجراء مثل هذا الاستئصال[2].

وقد انتقد البعض هذا الوضع، وطالب بضرورة التمييز بين استئصال الأعضاء لأغراض علاجية وبين استئصالها لأغراض علمية، لاختلاف الهدف في الحالتين[3]، وأنه ينبغي الحصول على موافقة القاصر أثناء حياته لاستئصال أعضاء من جثته، ويجب أن يعتبر صمت القاصر رفضا لإجراء مثل هذه العمليات، ولا يعني عدم اعتراضه قبولا بالتنازل عن جثته أو أجزاء منها، ولهذا يجب على الأقل استشارة أسرة القاصر قبل القيام بأي استئصال لأعضائه[4].

لذا يجب أن يخضع الاقتطاع الذي يتم من جثة قاصر أو عديم الأهلية (البالغ المستفيد من أحد إجراءات الحماية القانونية) من أجل الزرع لموافقة ممثله الشرعي[5] ، حيث نصت المادة الثانية من

1 – أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، ص 210.
2 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 499.
3 – ابراهيم يوسف، مرجع سابق، ص 76.
4 – أحمد شوقي أبو خطوة، نفس المرجع، ص 210
5 – معاشو لخضر، نفس المرجع، ص 499

قانون "GAILLAVET" على أنه: " إذا تعلق الاقتطاع بجثة قاصر أو عديم الأهلية، وكان من أجل الزرع، فلا يمكن إجراؤه إلا بعد الحصول على موافقة ممثله الشرعي".

وأوجبت المادة 11 من المرسوم التطبيقي رقم 501- 78 المؤرخ في 31 مارس -1978 إعطاء الموافقة بشكل كتابي يتم تسجيلها في سجل موجود لهذه الغاية في كل المؤسسات الصحية المرخصة بممارسة اقتطاع الأعضاء.

ثانيا: موقف المشرع المصري من الإيصاء بالجثة

اتفقت أغلب التشريعات العربية على ضرورة أن يكون الموصي كامل الأهلية، حيث نص المشرع المصري في المادة الثالثة من القانون رقم 274 - 1959 على أنه: « يشترط للحصول على عيون الأحياء الذين يوصون بها ضرورة الحصول منهم على إقرار كتابي وهم كاملوا الأهلية »، بينما نص القانون رقم 103-1962 في المادة الثانية منه على أنه: " إذا كان الشخص قاصرا أو ناقص أهلية، فيلزم الحصول من وليه على إقرار كتابي"، فيتضح من هذا أن المشرع المصري يسمح للقاصر بالإيصاء بجثته ، لكن تلك الوصية لا تكون نافذة إلا إذا أقرها الولي، مما يدل على أن المشرع المصري لم يمنح حق التصرف في جثة القاصر " الإيصاء بها " إلى الولي[1].

غير أن بعض الفقه يرى أنه يمكن للولي الإيصاء بجثة القاصر دون الحصول على موافقته ، لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، و من ثم لا تشكل أي تهديد أو خطورة على حياة القاصر، وتحقق مصلحة إنسانية جديرة بالرعاية[2].

1 - افتكار مهيوب، مرجع سابق، ص 346.

2 - حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 187.

ثالثا: موقف الشريعة الإسلامية من الإيصاء بالجثة

يرى بعض الفقهاء عدم جواز الوصية بالتصرف في جسد المتوفى، كون الجثة ليست مالا أو حقا ماليا يمكن أن يدخل في تركة المتوفى، وأن الإنسان لا يملك جسده وأعضاء؛ بينما يرى جانب من الفقه المعاصر جواز الانتفاع بجسد الميت في التداوي، أو الانتفاع في حالة ما إذا توافرت شروط الضرورة دون حاجة للحصول على إذن الميت، لكونه لا يملك أعضاءه، وذلك لأن مصلحة الحي مقدمة على مصلحة الميت، ولأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف[1].

ذهب جانب آخر من الفقه، إلى جواز الوصية من المتوفى حال حياته، واستندوا في ذلك إلى التعريف اللغوي للوصية بأنها: " العهد إلى الغير للقيام بفعل شيء حال حياة الموصي أو بعد وفاته". وقد وضعوا لذلك شروطا هي: أن تكون الوصية بالأعضاء صادرة عن إنسان بالغ، عاقل، مختار، رشيد مدرك، وعن وعي تام بما هو مقدم عليه[2].

ومن ثم لا يعتد بالإذن الصادر من المكره أو المجنون ومن في حكمهما، فيلزم موافقة الولي على النفس[3]. ويرى البعض جواز إيصاء الصبي المميز بأعضائه بعد وفاته، وذلك لعدم لحوق الضرر به، ولترجيح مصلحة الحي على الميت.

المطلب الثاني: أشكال التعبير عن إرادة المتوفى

اختلفت التشريعات الوضعية في شكل التعبير عن إرادة المتوفى، فمنها من اشترط إفراغ هذا التعبير في شكل رسمي، ومنها من اكتفى بوثيقة عادية أو بمجرد التعبير الشفهي أمام شاهدين[4]. والوصية قد تكون بقبول الشخص الاستقطاع من جثته، وقد تكون بالرفض، وعندئذ لا يعتد بأي مواقف قد تصدر من ورثته، احتراما لإرادته التي عبر عنها في حياته[5].

1 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 503.

2 – معاشو لخضر، نفس المرجع ، ص 504

3 – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 183.

4 – ابراهيم يوسف، مرجع سابق، ص 74.

5 – عبد اللطيف عبد العال، إباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء ومشكلاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 121.

الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة في حالة القبول

يتم التعبير عن الإرادة إما بالوصية، أو عن طريق بطاقة التبرع، فمتى أوصى الشخص بالانتفاع بأعضائه بعد وفاته، وجب احترام إرادته هاته.

وقد اختلفت التشريعات[1] في كيفية التعبير عن القبول، لذا سنتطرق لموقف التشريعات الغربية من ذلك، ثم لموقف التشريعات العربية.

أولا : التعبير عن الإرادة بالوصية في التشريعات الغربية

1 – موقف المشرع الفرنسي:

سمح المشرع الفرنسي باستئصال قرنية العين، شريطة أن يكون المتوفى قد أوصى بذلك حال حياته، وذلك ما أورده القانون الصادر في 7 جويلية 1949. وقد ميز المشرع الفرنسي بين ثلاثة أنواع من الوصية هي:

– الوصية العامة: أمام الموثق بحضور شاهدين.

– الوصية المكتوبة: يكتبها الموصي بخط يده ويوقعها ويودعها لدى منفذ الوصية.

– الوصية السرية: وتسلم مغلقة ومختومة من الموصي إلى الموثق.

وغالبا ما يختار الموصي الوصية المكتوبة،[2] وقد استلهم من هذا المبدأ مشروعا قانونين يتعلقان بالحصول على الأعضاء شرط توفر الموافقة المسبقة بالاقتطاع من طرف المتوفى نفسه أو من عائلته.

و شكل اقتراح "Gerbaud " بتاريخ 19 كانون الأول 1967 أحد هذين المشروعين، حيث نص في المادة الرابعة، منه على أنه: "لا يمكن اقتطاع الأعضاء من أجل زرعها عند أشخاص آخرين

1 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 508.

2 - أحمد شوقي أو خطوة، مرجع سابق، ص 212.

إلا استنادا لإبراز قرار كتابي من قبل المتبرع استنادا لوصية أو تبرع إلى منظمة أو هيئة أو مؤسسة صحية معترف بها بمرسوم. و يمكن أن يؤخذ نفس القرار بموجب موافقة كتابية من كافة ورثة المتوفى الشرعيين".

بينما لم ينص مشروع "Bizet " بتاريخ 11ماي 1974 إلا على موافقة المتوفى فقط ، فنص في المادة الأولى على أن التبرع بالأعضاء قبل أو بعد الوفاة إرادي ومجاني، ويتم التعبير عن إرادة المتبرع بوصية حسب الأشكال المنصوص عليها بالمواد 967 إلى 1001 من القانون المدني"[1].

2 – موقف المشرع الانجليزي

أما القانون الإنجليزي الصادر في 27 جويلية لسنة 1961 فقد نصت المادة الأولى منه على أن يتم الحصول على جسد المتوفى كله أو أعضاء منه لأغراض علاجية أو تعليمية أو بحثية بناء على موافقته الكتابية في أي وقت حال حياته ، أو بناء على موافقته الشفهية في مرضه الأخير أمام شاهدين أو أكثر، ما لم يقدم من له الحق في حيازة جثته بعد موته سببا لاعتقاد بأنه عدل عن موافقته".[2] كما أن الدراسات التي أجريت في بريطانيا تشير إلى أن 90% من الناس لا يرفضون فكرة التبرع بأعضاء أجسامهم في حالة وفاتهم لكن قلة منهم تسجل في قائمة المتبرعين.[3]

ثانيا: التعبير عن الإرادة بالوصية في التشريعات العربية

1 – موقف المشرع المصري

لقد أوصت ندوة الأساليب الطبية للقانون الجنائي، التي نظمتها كلية الحقوق بجامعة القاهرة في شهر نوفمبر 1993م بأنه لا يجوز نقل عضو من جثة ميت إلا بناء على وصية صحيحة صدرت عنه قبل وفاته، أو بناء على رضا صحيح من زوجه وجميع أبنائه بعد وفاته، أو أن يسجل اسمه في سجل رسمي يعد ضمانا لنقل العضو من جثته فور حصول الوفاة[4].

1 – أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه، بيروت، 1999، ص 250.

2 – عبد اللطيف عبد العال، مرجع سابق، ص 121.

3 – ايهاب مصطفى عبد الغني، الوجيز في نقل وزراعة الأعضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2011، ص 43.

4 – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 186.

تطلب القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون في مادته الثانية، ضرورة كتابة الوصية الصادرة من الموصين كاملي الأهلية، مما يدل على عدم كفاية الوصية الشفهية، ولو بحضور شهود[1].

2 – موقف المشرع الجزائري

نصت المادة 164 فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: «لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها، إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية ». وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك[2].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع بتعديله لهذه المادة قد ألغى شرط الكتابة الذي كان يتطلبه من المتوفي حال حياته، ويعتبر هذا الإجراء تسهيلا لإجراءات التنازل عن الأعضاء من الجثة، لأن المشرع الجزائري وفي الفقرة الثانية من المادة 164 أعلاه أشار إلى جواز الانتزاع بمجرد تعبير المتوفى أثناء حياته على قبوله التبرع بعضو من أعضائه. ومن ثم فإن هذا الرضا يكون بكل الوسائل، كالكتابة أو الإشارة، وبكل ما من شأنه التعبير عن إرادته، وقد يكون التعبير عن ذلك ضمنا.

وفي الأخير يمكن القول بأن اشتراط الشكل الكتابي يشوبه الكثير من العيوب، رغم اعتباره وسيلة قانونية تؤمن الوضع القانوني للطبيب أو الجراح المكلف بإجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء. من النادر أن يفكر إنسان يتمتع بصحة جيدة في إعطاء إذن باستئصال أعضاء من جثته بعد وفاته، إلا إذا كان دافعه الحقيقي هو التضامن الإنساني[3].

1 – افتكار مهيوب، مرجع سابق، ص 350.

2 – قانون حماية الصحة وترقيتها، المادة 164 ف 1.

3 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 515.

كما أن القول بالحصول على إذن المصاب لدى وصوله المستشفى بالاستئصال منه في حالة وفاته وهذا مع افتراض أنه كان في حالة تسمح له بالتعبير عن إرادته، يعد عملا غير إنساني، وقاتلا لأمل المصاب في خروجه من المستشفي معافى.

ثالثا: التعبير عن الإرادة عن طريق بطاقة التبرع

أمام الإصرار على الحصول على رضا الشخص في حياته بالاستئصال منه بعد الوفاة، بدأ التفكير في إيجاد طريقة سهلة للوقوف على نوع التصرف الذي يتخذ حيال جثة المتوفى، فاقترح البعض أن يحمل كل شخص بطاقة أو وثيقة مع أوراقه الشخصية بصفة دائمة، تثبت قبوله أو رفضه الاستئصال منه بعد الوفاة، مع تعيين العضو أو الأعضاء المسموح باستقطاعها من جثته، ومن ثم تعد وثيقة إثبات مسبقة لإرادة الشخص المتوفى[1].

وقد أخذ بذلك مشروع القانون الموحد بالولايات المتحدة الأمريكية، وكذا القانون البلجيكي الصادر في 19 - يناير – 1969، حيث يستطيع الشخص أن يبدي في هذه البطاقة موافقته على التصرف في جثته في حالة تعرضه لحادث مميت.

كما نص مشروع القانون الألماني لسنة 1979 على تخصيص خانة معينة على بطاقة التعريف، يدون عليها حرف.W. حيث يدل على رفض الاستئصال من جثة المعني (المتوفى)، وكل هذا لتفادي المناقشات الصعبة مع أفراد الأسرة[2].

أما المشرع الجزائري فقد أشار في المادة 5 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 12 167 المؤرخ في 05-04- 2010 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها لتسجيل المرضى في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا ضمن القائمة الوطنية المحددة لهذا الغرض، انطلاقا من مجموعة المعطيات الاستشفائية. ونص في الفقرة الثانية بنفس المادة إلى ضمان تسيير

1 - عبد اللطيف عبد العال، مرجع سابق، ص 124.

2 - معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 516.

السجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا، بينما أشار في الفقرة الثالثة لتسيير بطاقيات المانحين والمستقبلين للأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لأغراض التبرع، مما ساهم في توفير الحماية لطرفي العملية، وضمان نوع من الطمأنينة بالنسبة للمتبرع أو المريض على حد السواء[1].

الفرع الثاني: طرق التعبير عن الإرادة في حالة الرفض

إذا ما اعترض الشخص قبل الوفاة على استئصال عضو من أعضائه أو الانتفاع بجثته لأغراض طبية أو علمية، فإن هذه الإرادة لابد أن تحترم، شرط التعبير عنها وفق إجراءات معينة حددتها القوانين، غربية أو عربية[2].

لقد أعطى المشرع الفرنسي كامل الحرية للأشخاص الرافضين للمساس بجثثهم من أجل إظهار رفضهم والتعبير عنه، حيث منحتهم المادة 8 من مرسوم 31 مارس 1978 حرية التعبير عن الرفض وبكل الوسائل التي يمكن أن تمتد لتشمل شهادة الأبوين أو الأقارب أو أي شخص كان قد حصل على تصريح أو وثيقة من المتوفى، بما يفيد رفضه المساس بجثته بعد موته[3]، وهو ما أكدته المادة 1232 -1 من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2004 – 800 .

ثانيا: موقف التشريعات العربية

اشترط القانون القطري في مادته السابعة أن يتم الاعتراض على النقل من الجثة بشكل كتابي أو شهادة شاهدين كاملي الأهلية، فيما تطلب المشرع الإماراتي في المادة السادسة والمشرع الكويتي في المادة الخامسة، أن يتم الاعتراض بمقرر كتابي شهد عليه شاهدان كاملا الأهلية[4].أما المشرع المغربي فتطلب في المادة 15 أن يتم التعبير عن الرفض بواسطة تصريح يقدم لرئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته، أو القاضي المعين لهذا الغرض، ثم يسجل التصريح لدى كتابة

1 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 517.

2 – أمير قرج، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 105.

3 – ابراهيم يوسف، مرجع سابق، ص 76.

4 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 506.

ضبط المحكمة، ثم تقوم المحكمة بتوجيه هذا التصريح إلى جميع المستشفيات المختصة بأخذ الأعضاء من الأموات حتى يتم تسجيله في سجل خاص بهذا الغرض. و في حالة دخول المريض للمستشفى قصد العلاج ولم يكن قد عبر عن رفضه وفقا للإجراءات السابقة، فإن له أن يعبر للمدير أو للطبيب المعين لهذا الغرض خصيصا عن ذلك، وعلى هذا الأخير أن يضمن هذا التصريح في السجل المعد لذلك، ويبلغ هذا التصريح المذكور إلى الأطباء المسؤولين عن عمليات أخذ الأعضاء في المؤسسة الاستشفائية، وهذا طبقا لنص المادة 18 من القانون المغربي[1].

يبدو أن هذا الأجراء قد سهل من مهمة الطبيب في معرفة إرادة المتوفى بمجرد الرجوع إلى السجل المخصص لذلك، ويعتبر وسيلة للإثبات في حالة حدوث نزاع، وأنه قد يتم الاعتماد على أسلوب آخر للتعبير عن الرفض، وذلك بوضع علامة على بطاقة الضمان الاجتماعي أو بطاقة خاصة يشار فيها إلى " مع أو ضد التبرع بالأعضاء "، وهذا للرجوع إليها في الحالات التي يتعذر فيها للشخص التعبير عن إرادته ، كحالات الحوادث أو الموت الفجائي[2].

1 – افتكار مهيوب، مرجع سابق، ص 347.

2 – إبراهيم يوسف، مرجع سابق، ص 76.

المبحث الثاني

التصرف في الجثة بدون وصية

ذهبت غالبية التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزراعة الأعضاء إلى أنه إذا لم يعرب المتوفى عن إرادته أثناء حياته بشأن نقل عضو أو أكثر من جثته، فإنه يجوز هذا النقل بعد الحصول على موافقة أقاربه، وتستلزم هذه الحالة بيان بعض المسائل التي تفرض ذاتها، والمتعلقة بأساس حق الأقارب الذين لهم حق إبداء موافقتهم بالاستئصال، أو طرق التعبير عنها (المطلب الأول)، على أن يتم التطرق إلى حالة كون المتوفى مجهول الهوية، أو كانت الوفاة نتيجة حوادث سير، أو نتيجة تنفيذ حكم بالإعدام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حق الأقارب في التصرف بجثة المتوفى

يجد هذا الحق أساسه ضمن روابط الدم والقرابة التي تربط الميت بأفراد أسرته، بحيث ينشأ هذا الحق منذ لحظة الوفاة، أما قبل ذلك فيكون الحق بالتصرف بالجثة للشخص نفسه، ومن ثم فإن حق الأسرة في جثة أحد أفرادها ليس حق ملكية، وإنما هو حق معنوي يجد جذوره في صلة الدم والقرابة التي تربط جميع أفراد الأسرة[1]، لذلك لا يكون بالضرورة هذا الحق للورثة، بل للأقارب الذين تربطهم صلة الدم. ومن هنا وجب تحديد الأقارب الذين لهم حق إبداء الموافقة أو الرفض، وبيان طرق التعبير عن هذه الموافقة في الفرعين المواليين.

الفرع الأول: الأقارب المعنيين بالموافقة أو الرفض

إن التصرف في جثة المتوفى بالاستقطاع من أجل العلاج، أو لغرض علمي في حالة عدم الإيصاء بالجثة، يتطلب منا تحديد فئة الأقارب[2] المخول لهم إبداء الرأي في الاستقطاع من عدمه من جثة فقيدهم.

---

1 - HAKEM (Ahmed Reda), la mort aspects medico-légaux, thèse, doctorat, en sciences médicles, oran, 1987. P. 120.

2 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 529.

وضرورة التحديد هذه ترجع إلى كون الحصول على موافقة جميع الأقارب أمرا صعبا من الناحية العملية، لأنه يصعب الاتصال ضمن فترة قصيرة بكافة أعضاء الأسرة، لاحتمال وجودهم في أماكن متفرقة، والتأكد من مواقفهم، بالإضافة إلى أن الاستئصال من الجثة يتطلب سرعة معينة في نقل الأعضاء منها بمجرد حدوث الوفاة لزرعها في جسم المريض، غير أن التشريعات المنظمة لهذه المسألة قد اختلفت في تحديد درجة الأقارب، وفي ترتيبهم على النحو الذي سنتطرق إليه من خلال معرفة موقف التشريعات الغربية من هذه المسألة، ثم موقف القوانين العربية، ويليها موقف القانون الجزائري، وكذا الشريعة الإسلامية[1].

أولا: موقف القوانين الغربية

الأصل أن حق الأقارب في التصرف في جثة المتوفى لا ينشأ إلا بعد التحقق التام من الوفاة، فمند لحظة الوفاة يكون للأسرة الحق في الموافقة أو الاعتراض على استئصال عضو من جثة المتوفى؛ إلا أن بعض التشريعات تتطلب الحصول على موافقة الأسرة قبل الوفاة مباشرة إذا كانت وفاة الشخص محتمة، وهذا ما أشارت إليه المادة الخامسة في فقرتها الأولى من قانون "ONATORIO " حيث نصت على ضرورة الحصول على رضا الأسرة بالاستئصال عندما يقرر الفريق الطبي أن الشخص على وشك الوفاة، وأنه غير قادر على إعطاء موافقة صريحة بهذا الاستئصال[2].

أما مشروع القانون الأمريكي الموحد"UNIFORME ANATOMICAL JI FT ACT" فقد سمح للأقارب بالتصرف في جثة قريبهم في اللحظة التي يكون فيها المريض على وشك الوفاة فقد وردت عبارة "IMMEDIATELY BEFORE DEATH"، بمعنى مباشرة قبل الوفاة[3]. هذا الشخص، وإن كان ميتا موتا حقيقيا رغم تمتعه بحياة عضوية بفضل استخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي، إلا أنه لا يعتبر ميتا قانونا إلا باتخاذ الإجراءات الرسمية لوفاته، فمنذ لحظة وفاته قانونا

1 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 529.

2 – أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، ص 222.

3 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 530.

يمكن الحصول على موافقة أسرته بوقف أجهزة الإنعاش الاصطناعي، وإجراء الاستئصال فورا[1]، وذلك بالنظر لما يتطلبه نجاح هذه العمليات من سرعة في استئصال العضو من جثة الميت مباشرة بعد وفاته بوقت قصير.

ثانيا: موقف القوانين العربية

1-موقف القانون الكويتي تنص القوانين العربية الخاصة بزرع الأعضاء البشرية على انتقال حق التصرف في الجثة إلى أقارب المتوفى إذا لم يبين هذا الأخير قبل وفاته كيفية التصرف في جثته[2]، كالقانون الكويتي الذي حصر الأقارب الذين لهم الموافقة على النقل حتى الدرجة الثانية، وذلك في المادة 5 من المرسوم رقم 55 لسنة 1987 المتعلق بزراعة الأعضاء، حيث نصت على ما يلي: " يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بموافقة من وجد حال وفاته من أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية، فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة غالبيتهم ".

2- موقف القانون الجزائري

نص قانون الصحة الجزائري في المادة 164 فقرة 3 على ما يلي:"إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته، لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أفراد الأسرة حسب الترتيب الأولى التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة[3] ...".

ويتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اشترط الحصول على موافقة أفراد الأسرة من أجل إجراء عمليات استئصال الأعضاء من الجثة حسب الترتيب الأولي المشار إليه أعلاه[4]، مع الإشارة إلى أنه نص في المادة 165 من قانون حماية الصحة على منع انتزاع الأنسجة والأعضاء بهدف زرعها إذا عبر الشخص المتوفى قبل وفاته كتابيا عن عدم الموافقة على الانتزاع ... ".

1 - ماروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشرائع الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 432.

2 - إبراهيم يوسف، مرجع سابق، ص 78.

3 - معاشو لخضر المرجع السابق ص535

4 - ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 428.

وأوكل المشرع الجزائري في المادة 167 من نفس القانون أمر تقرير ضرورة الانتزاع والزرع للجنة طبية خاصة داخل الهيكل الاستشفائي، وفي هذه الحالة على الطبيب أن يتعامل برفق مع أسرة المتوفى، وأن يبين لهم أنه يعرف أنهم في مرحلة حداد، لكن مصلحة المريض تتطلب ذلك[1].

والجدير بالذكر أنه لا يمكن أن يتم إجراء نقل الأعضاء إلا إذا تم ملأ وإمضاء البطاقات الإدارية [2] الثلاث من طرف أطباء اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 وهي:

1 – محضر إثبات الوفاة.

2 – الممثل الشرعي.

3 – الولي.

ثالثا: موقف الشريعة الإسلامية

جعل الشارع للأولياء الحق في القصاص أو العفو في حالة القتل العمد لقوله تعالى: " **وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا** "[3]، ولهم أيضا حق القصاص أو المصالحة على الدية أو العفو، لقوله تعالى: "فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ"[4].

1 – ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 428.

2 - Omar .boudehane .op .cit, p .p 204 . 207

3 – سورة الإسراء، الآية 33.

4 - سورة البقرة الآية 178.

وبناء على هذا الحق الشرعي الثابت للأولياء في أمواتهم، فإنه يجوز لهم دفع من أراد إهانة جثث أمواتهم، أو الاعتداء عليها بالقطع أو الإتلاف أو غيره.

إذا لم يعبر المتوفى في أثناء حياته، فإنه لا يجوز شرعا نقل الأعضاء من الميت إلى الحي إلا بعد موافقة أهل الميت، فالحصول على موافقة الأسرة يعد شرطا أساسيا لمشروعية عمليات الاستقطاع من الجثة، فمنذ لحظة الوفاة يكون للأسرة الحق في الموافقة أو الاعتراض على استئصال عضو من جثة المتوفى، والاعتداء على هذا الحق هو اعتداء صارخ على حقوق الأسرة المعنوية، وعلى الاحترام الأدبي الواجب نحو ميتهم.

كما أن في ذلك رعاية لحرمة الميت وكرامته، وفي هذا يقول الدكتور بكر أبو زيد في كتابه فقه النوازل: "يشرط إذن الميت في حياته وإذن ورثته، وهذا الحق يكون كذلك للأقارب، لأن الجثة كما تمت الإشارة إليه سابقا وإن كانت شيئا فهي لا تدخل في دائرة التعامل وليست من عناصر التركة، وبالتالي يعتبر حق الأسرة على الجثة حقا معنويا يجد أساسه في صلة الدم التي تربط أفراد الأسرة[1]. واشتراط موافقة الأقارب من الأمور الضرورية في عمليات نقل وزرع الأعضاء من الجثة، ذلك أن للجثة حرمة لا يجوز المساس بها، و هذا ما أكدته أغلبية التشريعات.

ومما تقدم، يتضح لنا أن هناك من التشريعات التي اشترطت موافقة جميع أقارب المتوفى على الاستئصال من الجثة، فلا يجوز استقطاع أي عضو منه، ومنها الولايات المتحدة الأمريكية، بينما اتجهت دول أخرى إلى اشتراط ضرورة موافقة عائلة المتوفى أو أقاربه أو أسرته رغم أنها مصطلحات واسعة مع اختلاف في الترتيب والدرجات، ويمكن القول أن بعض التشريعات كالقطري والكويتي التي لم تشترط ترتيبا معينا، واكتفت بموافقة أقرب الأقارب المتواجدين أثناء حالة الوفاة أجدر بالتأييد،[2] لولا أنه يصعب المفاضلة بينهم في حالة تعددهم، وهو ذات المشكل الذي يطرح بالنسبة للتشريعات التي

1 – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 194 وما بعدها.

2 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 539.

اشترطت موافقة الغالبية في حالة التعدد، إلا أن فيه سلبا لحقوق البعض الآخر، خاصة إذا كان لهم رأي مخالف.

ولكن ما أخذت به بعض القوانين كالقانون الجزائري، في حصر و ترتيب معين للأقارب الذين لهم حق الموافقة أو الرفض هو الأولى بالتأييد، كونه يسهل عملية الحصول على الموافقة أو الرفض من أشخاص محددين على سبيل الحصر بنص القانون، ومنع الاختلاف والتقارب في الآراء بين أفراد العائلة الواحدة[1].

الفرع الثاني: أشكال تعبير الأقارب عن موافقتهم

انقسمت القوانين حول هذا الموضوع إلى اتجاهين، نتطرق إليهما على التوالي ثم نتطرق لموقف المشرع الجزائري.

أولا: موقف القوانين المقارنة

انقسمت القوانين إلى اتجاهين؛ أحدهما يتطلب الموافقة الصريحة، والآخر يتطلب افتراض الموافقة.

الاتجاه الأول: اشتراط الموافقة الصريحة

[1] - المادة 164 / 3 من قانون الصحة الجزائري.

يشترط أصحاب هذا الاتجاه ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الأقارب لأجل استئصال الأعضاء من جثة ميتهم، فبدون هذه الموافقة لا يمكن المساس بالجثة، وذلك ما نصت عليه المادة الخامسة من مشروع القانون العربي الموحد لنقل الأعضاء لعام 1987، التي نصت[1] على وجوب توافر موافقة أقرب الأقرباء للمتوفى المراد استئصال عضو جسدي منه، على أن تكون تلك القرابة حتى الدرجة الثانية "[2].

وقد اشترط القانون الكويتي الحصول على موافقة الأقارب كتابة، وأن يوقع الموظف المختص في مركز نقل الأعضاء على موافقتهم الكتابية كشاهد، كما اشترط القانون القطري بالإضافة إلى شرط الكتابة أن يشهد على الإقرار الكتابي شاهدان كاملا الأهلية. ويلاحظ أن هذا الاتجاه يثير بعض الصعوبات منها:

- إن الحصول على الموافقة الصريحة من الأقارب لاستئصال الأعضاء يحتاج إلى وقت، وهذا يتعارض مع تقنية نقل الأعضاء التي تحتاج إلى السرعة في الاستئصال والزرع.
- صعوبة الحصول على موافقة الأقارب الذين غالبا ما يكونون متأثرين بوفاة قريبهم، فلحظات الوفاة أشد اللحظات ألما في حياتهم، ومن ثم يكون الرفض الصادر عن شخص تملؤه مشاعر الحزن بسبب وفاة قريب له غير حر بدرجة كافية لتقييم الموقف[3].

الاتجاه الثاني: الموافقة المفترضة

1 – عبد اللطيف عبد العال، مرجع سابق، ص 131.

2 – عبد اللطيف عبد العال، نفس المرجع، ص 131.

3 – Savatier . j. Les problèmes des greffes d'organes o p.cit p 89.

إن اشتراط الحصول على موافقة الأقارب يشكل عقبة في سبيل الاستفادة من استخدام أعضاء جثث الموتى للأغراض العلاجية، لأن الطبيب لا يستطيع المساس بالجثة إلا بعد الحصول على موافقة أقارب المتوفى بعد وفاته، ومن هنا ظهر هذا الاتجاه الذي يقوم على أن للطبيب حق مباشرة الاستئصال من الجثة ما دام لم يصله أي اعتراض من أقارب المتوفى، فالأصل إذن هو الرضاء حتى يثبت العكس، أي ثبوت اعتراض الميت قبل وفاته أو أقاربه بعد وفاته.

وقد جاء في توصيات مؤتمر "بيروجيا" عام 1969 أنه يفترض وجود الإذن بالأخذ من قبل المتوفى أو من قبل أقربائه، و مع ذلك لا يجوز أخذ عضو من جثة إذا كان المتوفى أثناء حياته أو كان أفراد عائلته قد منعوا ذلك بتصريح كتابي[1].

ولتفادي عقبة رفض بعض العائلات إعطاء الموافقة على الاستئصال، جعل المشرع الفرنسي القيد هو صدور اعتراض صريح من المتوفى أثناء حياته، وليس ضرورة الحصول على موافقة الأسرة، فيبدو أن الهدف من ذلك هو الحصول على مزيد من الأعضاء، وليس التقليل من قيمة الجثة[2]، فالقانون الفرنسي الجديد لا يعول على موافقة الأسرة على استئصال أعضاء من جثة أحد أفرادها، لاعتبارات إنسانية ومسايرة لتقدم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

غير أن بعض الفقه أبدى معارضة شديدة لمبدأ افتراض الموافقة التي جاء بها قانون "CAILLAVET"، بحيث اعتبرها البعض فخا من المشرع لغرض اقتطاع الأعضاء من الأشخاص الذين يتوفون فجأة، كما أن هذه القرينة تسهل حسب رأيهم الوصول إلى أعضاء الأفراد الأكثر حرمانا في المجتمع، كالمتشردين، والشيوخ، وغيرهم ممن لا يفقهون القانون[3]، فيما اعتبره البعض الآخر الحل الأنسب لمشكلة الموافقة على الاقتطاع من الجثث.

1 – أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، ص 225.

2 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 543.

3 – معاشو لخضر، نفس المرجع، ص 543.

فيما جاء قانون 29 جويلية 1974 ليعيد للأسرة بعض الاعتبار بعد ان تاكد أن الأطباء رغم تغاضى القانون عن ذلك لم يتوقفوا أبدا عن استئذان عائلات المتوفين، حيث استثنى من قاعدة الموافقة الضمنية المتعلقة بالتبرع بالأعضاء والموافقة الصريحة للاقتطاع حالات محددة هي:

- الاقتطاع لأهداف علمية.

- الاقتطاع من جثث القصر أو عديمي الأهلية، إلا في حالة التأكد من سبب الوفاة، ما لم تعترض العائلة.

- منع الاقتطاع لأسباب قضائية أو اجتماعية[1].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

اشترط المشرع الجزائري الموافقة الصريحة لأسرة المتوفى، فبالرجوع إلى نص المادة 164 في فقرتها الثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: " إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته، لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولى التالي: الأب أو الأم، أو الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة ".

ومن استقراء نص هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري اشترط موافقة أحد أعضاء الأسرة وفق ترتيب معين، دون أن يحدد شكل هذه الموافقة، مما يدل على قبول موافقة من كانت له الأولوية في الترتيب بأي شكل من أشكال التعبير عن هذه الموافقة سواء بالكتابة أو شفاهة[2].

وبالنظر إلى كلا الاتجاهين يتضح لنا أن اشتراط الإقرار الخطي فيه قدر كاف من التنبيه للمتبرع الذي يعطي الإذن وتعبير عن تصميمه على ذلك الإذن، فلا يبقى له مجال للتراجع أو الاحتجاج، كما أن افتراض رضا الأقارب أمر غير جدير بالتأييد، لأن فيه مساسا بحق الشخص

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض بالأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006، ص 626، 631.

2 - مأمون عبد الكريم، نفس المرجع، ص 649.

والأقارب في حرمة الجثة، وقدرا من التجاوز لإرادتهم، لأن العملية قد تتم في وقت وجيز دون علم الأقارب، بحيث لا تسنح الفرصة لإبداء الاعتراض على الاستئصال، كما أن الرضاء المفترض لا يتلاءم على ما يفترضه أقارب الميت من ثقة بالطبيب في لحظة يكونون فيها بأمس الحاجة للمحافظة على مشاعرهم لا المساس بها، بما يعد تعديا عليها من جهة نظرهم على الأقل[1].

المطلب الثاني : استقطاع الأعضاء من المتوفين دون موافقة أحد

أجازت بعض التشريعات الاقتطاع من الجثث بدون موافقة المتوفى أو أقاربه، لغرض الاستفادة السريعة من الأعضاء البشرية، وقد ذكرت هذه الحالات على النحو التالي: مجهولي الهوية، والموتى الذين ينفذ فيهم حكم الإعدام و قتلى الحوادث، وهي حالات تدخل ضمن ما يسمى بتأميم الجثة، وقد نادي بهذا الفقيه الإيطالي "GIOVANNI" وقال: إن الجثة تكون ملكا للدولة، ويمكنها تبعا لذلك التصرف فيها كما تشاء فيما يحقق المصلحة العامة، وذلك ترجيحا للمصلحة الإنسانية العامة على مصلحة الأسرة أو الأقارب، باعتبار أن المصلحة المترتبة على الاستفادة من أعضاء الميت في إنقاذ حياة آخرين أرجح وأولى، وهذا مواكبة للتقدم العلمي الذي حصل في مجال نقل الأعضاء البشرية[2].

وقد أخذت بعض التشريعات بمبدأ تأميم الجثة، كالتشريع البولوني الذي لا يقبل من حيث المبدأ الرجوع إلى أسرة المتوفى أو ورثته، كما أن اللائحة الفرنسية التي أصدرها وزير الصحة الفرنسية في 20 أكتوبر 1947 أعطت الحق للمستشفيات التي يحددها وزير الصحة لرئيس القسم في المستشفيات أن يقرر فورا وبدون تأخير التصرف بالجثة إذا كانت هناك مصلحة علاجية أو علمية تستلزم ذلك، دون إذن من أسرة المتوفى.

1 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 546.

2 – سنا يحي ناجي، مرجع سابق، ص 104.

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من اقتطاع الأعضاء دون موافقة أحد

إذا لم يوص الميت حال وفاته بموافقته على المساس بجثته بعد موته، ولم يوافق أقاربه، فإنه لا يجوز المساس بهذه الجثة إطلاقا؛ إلا أن القوانين الوضعية اختلفت حول بعض الحالات التي قد تم فيها التصرف بالجثة دون موافقة أحد، ولهذا سنحاول معرفة موقف الشريعة الإسلامية من هذا التصرف.

أولا: التصرف في جثث مجهولي الهوية

إذا كان الميت مجهول الهوية، أو لم يكن له ورثة، فإن الشريعة الإسلامية لم تدع أحدا بدون ولي أو وارث، لأن الأمة كلها تعد قرابته وورثته، ويمثل الأمة في هذه الحال السلطان لأن السلطان ولي من لا ولي له، وبيت المال وارث من لا وارث له. لذلك فإن جهلت شخصية المتوفين أو عرفت وجهل أهله، فإنه يجوز شرعا أخذ عضو أو جزء من عضو ونقله لإنسان آخر لضرورة علاجية أو علمية[1]، لأن في ذلك مصلحة راجحة تعلو شرعا على الحفاظ على حرمة الميت.

وهذا ما توصل إليه المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة من 19 إلى 28 جانفي 1985 في دورته الثامنة من أنه " يجوز النقل من المتوفى المجهول الهوية، أو الذي لا ورثة له، شرط موافقة ولي المسلمين [2] "، ونصت على ذلك فتوى المجلس الإسلامي الأعلى الجزائري الصادرة بتاريخ 1972-04-20.

كما أجازت الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية سلخ جلد الميت لعلاج حروق الجلد، وألا يتعدى الأموات الذين ليس لهم أهل. وقد برر الفقهاء جواز المساس بجثة مجهول الهوية لأغراض علاجية أو علمية بنظرية الضرورة، التي تبيح إلحاق الضرر اليسير لدفع الضرر الجسيم، حفاظا على

1 – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 202.

2 – ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 169.

بقاء المجتمع، وخدمة للصالح العام. وذهبوا إلى أن إجازة ذلك يرجع إلى أن ما يحصل عليه من أعضاء عن طريق الوصية وموافقة الورثة لم يعد كافيا لتلبية حاجة الملايين من المرضى، لذا فإن ترجيح المصلحة العامة أولى بالاعتبار من المصلحة الخاصة، ومصلحة إنقاذ الحي أولى بالرعاية من مفسدة انتهاك حرمة ميت، فالحي أفضل من الميت لأنه لا يزال في مجال الانتفاع به في المجتمع، وأن الميت مصيره إلى الدمار والتحول إلى رفات[1].

ثانيا: التصرف في جثث المحكوم عليه بالإعدام

المحكوم عليه بالإعدام شرعا هو من ارتكب جرما و أدين به طبقا للقضاء الإسلامي، وحكم عليه بالموت، كالردة عن الإسلام، وقاتل النفس عمدا بغير حق، مع عدم عفو ولي الأمر عنه.

والمسألة المطروحة هنا تتعلق بمدى إمكانية أخذ الأعضاء من المحكوم عليه بالإعدام دون موافقته في حياته، أو موافقة أهله بعد تنفيذ الحكم عليه، أو موافقة القاضي، فانقسم الباحثون المعاصرون في هذه المسألة إلى اتجاهين:[2]

الاتجاه الأول: جواز أخذ الأعضاء من المحكوم عليه بالإعدام دون إذن

يرى أصحاب هذا الاتجاه جواز الأخذ من جثة المحكوم عليه دون إذن منه، قياسا على أكل المضطر لحم مهدور الدم[3] بعد قتله دون رضاه أو رضا ورثته، وقال بهذا الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية. فقد قال العز بن عبد السلام: « لو وجد المضطر من يحل قتله كالحربي، والزاني المحصن وقاطع الطريق الذي تحتم قتله ... جاز ذبحهم وأكلهم؛ إذ لا حرمة لحياتهم لأنها مستحقة الإزالة، فكانت المفسدة في زوالها أقل من المفسدة في فوات حياة المعصوم». كما قال أيضا: «جاز ذلك –

1 – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 203.

2 – معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 564.

3 – سميرة اقرور، مرجع سابق، ص 231.

أي القتل في حالة الاضطرار- حفظا لحياة الإنسان المعصوم الواجب الحفظ والإبقاء، لإزالة حياة واجبة الإزالة والإفناء».

وأفتى شيخ الأزهر عام 1989 ، محمد سيد طنطاوي بالجواز، مستندا في ذلك إلى أن مجرد الحكم على الشخص بالإعدام يجعله فاقدا للولاية على جسده، وقد فقد الاستماع إليه، لأنه انتهك الإنسانية وأذل البشرية، شرط أن يكون أخذ العضو لإنقاذ حياة مريض[1].

فآراء الفقهاء تقرر صراحة جواز قتل المحكوم عليه بالإعدام، وجواز الأكل من لحمه بالنسبة للمضطر حتى بدون إذن السلطان، فإذا جاز هذا، فمن الأولى أن يجوز نقل عضو منه ولو بدون رضاه لزرعه في جسد مريض معصوم الدم مشرف على الهلاك، لا سيما إذا علمنا أن ذلك لا يدخل في إطار المثلة النابعة من الحقد والانتقام والتشفي.

وقد أبدى بعض الناشطين في حقوق الإنسان تخوفهم من فتوى شيخ الأزهر، بما قد يؤول إلى المتاجرة وانتهاك حقوق المحكوم عليهم دون وازع، سيما وأن الجسد ملك صاحبه، ولا بد من احترام رأيه[2].

الاتجاه الثاني: منع جواز أخذ الأعضاء من المحكوم عليه بالإعدام دون إذن

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يجوز الاقتطاع من جثة المحكوم عليه بالإعدام إلا بعد الحصول على إذنه السابق أو إذن ورثته اللاحق، لأن في المساس بجثته دون إذن مساسا بكرامته، فكرامته محفوظة ومصونة شرعا، بدليل وجوب غسله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين إذا كان كذلك، كما استندوا إلى أن المحكوم عليه قد استوفى ما عليه، وأن أخذ العضو منه فيه مثلة محرمة في الإسلام.

[1] - معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 565.

[2] - معاشو لخضر، نفس مرجع، ص 565.

ومن المعارضين للنقل من المحكوم عليه بالإعدام دون إذن منه أو من ورثته يوسف القرضاوي، حيث قال بضرورة أخذ الموافقة من المحكوم عليه بالإعدام أو ذويه أو القاضي، أي مساواته بغيره ممن لم يحكم عليهم بالإعدام، مبررا ذلك بأنه لا يصح أن يعاقب بعقوبتين.

ويبدو أن الاتجاه الثاني اتجاه سديد، لأن حرمة الميت محفوظة وكرامته محفوظة، كما أنه وعلى قدر تعلق الأمر بعلم الإجرام أو علم النفس الجنائي[1] ينبغي النظر إلى مدى إمكانية انتقال صفات الإجرام إلى المستفيد من التبرع، مع التأكيد إلى أن من يحكم عليه بالإعدام لا يفقد كل حقوقه.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من اقتطاع الأعضاء دون موافقة أحد

نصت المادة 164 فقرة 2 و 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها الخاصة بنقل وزرع الأعضاء على ضرورة موافقة المتوفى حال حياته، أو موافقة أسرته بعد وفاته على استئصال أعضاء من جثته. غير أنه إذا لم يوص المتوفى قبل وفاته بذلك، أو تعذر الحصول على موافقة الأقارب، وتعلق الأمر بحالة استعجال لا تقبل التأخير، أو خشي على العضو المراد نقله من الفساد، ففي هذه الحالة يتم تبرير الاقتطاع[2].

أخذ بهذه الفكرة المشرع الجزائري من خلال نص المادة 164 في فقرتها الرابعة، التي نصت على ما يلي: "غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه، أو كان التأخير في أَجَل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع، إذ اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون ".

[1] - www.alhamdullah.alafdal.net

[2] - معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 560.

فيتضح من نص المادة المشار إليها أعلاه أن التشريع الجزائري يجيز اقتطاع القرنية والكلية من الجثث بدون موافقة المتوفى أو أقاربه بسبب حالة الاستعجال[1] التي تفرضها ظروف المتلقي، وذلك لأن استقطاعهما لا يشوه الجسم، وكذا لكثرة الطلب عليهما، وسهولة عملية زرعهما، بالإضافة إلى توفر الوسائل البشرية والمادية لذلك[2].

وعليه، فإن المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه القائل بالمساس بالجثة دون موافقة أحد، لكن بالشروط المذكورة أعلاه، مستبعدا المبدأ القائل بتأميم الجثة واعتبارها ملكا للمجتمع يتصرف فيها كيفما يشاء. وهذا ما أشارت إليه فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر في 20- 04-1972 حيث أشارت إلى أنه: "إذا لم يكن إذن من الميت في حال حياته، ولا إذن من وليه، ، فإن لم يكن للميت ولي، فإن السلطان ولي من لا ولي له، ويمكن له أن يأذن في تشريح الجثث وأخذ الأعضاء منها والانتفاع بها إذا اقتضت ذلك المصلحة الراجحة، هذا الإذن العام إن لم يوجد فإنه ينبغي للعلماء أن يبحثوه ويولوه اهتماما"[3].

[1] - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 661.

[2] - ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 444.

[3] - معاشو لخضر، مرجع سابق، 561.

خـــــاتمـة :

خاتمة:

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من المتوفين من أهم الانتصارات الطبية في الوقت الحاضر، وذلك لأنها تعد الوسيلة الوحيدة لإنقاذ آلاف المرضى من الموت المحقق.

ولقد صار أغلبية فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة إلى جواز نقل الأعضاء من المتوفين، لأنه يوفر الأعضاء المنفردة التي لا يمكن الحصول عليها من الأحياء، وهذا وفق شروط وضوابط معينة، بحيث لا يتم الاستقطاع من الجثة إلا بعد أن يكون المتبرع قد أوصى بذلك قبل وفاته أو بعد إذن أقاربه.

كما أن بعض التشريعات ونظرا لنقص التبرع بالأعضاء نتيجة قلة الوعي بأهمية هذا التصرف، تلجأ إلى افتراض رضا المتوفى ما لم يكن قد أبدى اعتراضه على الاستئصال من جثته.

كما لجأت قوانين أخرى وفق ضوابط معينة إلى الحصول على الأعضاء من مجهولي الهوية أو المحكوم عليهم بالإعدام بحجة تأميم الجثة لأنها ملك للدولة.

ومن خلال ما تقدم فإنه يجب إعادة النظر في موضوع نقل الأعضاء البشرية، فعلى التشريعات مواكبة التقدم العلمي الحاصل في مجال الطب، وعدم النظر إليه على أنه اعتداء على مبدأ حرمة جسم الإنسان طالما أنه في سبيل إنقاذ آخرين، وعلى المشرع الجزائري أن يصدر القوانين التي تسهل عمليات نقل الأعضاء من المتوفين قصد تلبية الطلب المتزايد عليها.

دون أن ننسى دور الإعلام، والذي يجب أن يلعب دورا مميزا في نشر مدى أهمية عمليات نقل الأعضاء والتبرع بها من أجل إنقاذ العديد من المرضى.

تكثيف الندوات العلمية والشرعية والقانونية بشكل دوري، للحث على عملية نقل الأعضاء من المتوفين.

وعلى سبيل المثال عادة ما يطرح أطباء العيون في الجزائر مشكل النصوص التشريعية التي تمنع الاستقطاع دون تصريح، وعليه فهم يطالبون بإنشاء بنك القرنيات، والذي يسمى أيضا بنك العيون على غرار الدول المجاورة، حيث عملية زرع القرنية هي عملية عادية بالنسبة لهم.

قائمة المصادر

و المراجع :

قائمة المصادر و المراجع :

أولا : المصادر :

أ – القرآن الكريم

ب –كتب الحديث

1 – سنن الترمذي : ط / بولاق 1395 هـ / ج 7.

2 – صحيح مسلم : المطبعة المصرية ومكتبتها –كتاب الجنائز ج 7/4.

سنن ابن داوود، ج4، كتاب جنائز.

المراجع باللغة العربية :

- ابراهيم يوسف : التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، 2002.
- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، 1983، الكويت.
- أحمد شوقي أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 5، 2007.
- أحمد عبد الدايم : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
- أسامة رمضان، لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر2009.
- افتكار مهيوب، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مكتبة شادي، مصر، 2009..
- أمير قرج، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008.
- ايهاب مصطفى عبد الغني، الوجيز في نقل وزراعة الأعضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2011.
- بلحاج العربي : معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 200
- جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط 1، 2002.
- حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مصر، 1975.
- سنايحي ناجي : نقل وزرع الأعضاء البشرية في ضوء القانون والشريعة، دبلوم قانون خاص، بيروت، 2005.
- طارق عبد الله أبو حوه، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة ، مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، قسم القانون، جامعة المنصورة، 2005.

- عمر علام، قضايا طبية معاصرة وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، المغرب، 2001.
- عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية و عقوباتها، منشورات الحبلي، ط1، 2009.
- عبد اللطيف عبد العال، اباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء ومشكلاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان : مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2005.
- فاروق عبد الرؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دار الفكر العربي، مصر، ط1 1984.
- ماروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2003.
- ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية الحق في سلامة الحسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996 – 1997.
- مأمون عبد الكريم، رضا المريض بالأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006.
- محمد بن محمد المختار : أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها.رسالة دكتورا جامعة القاهرة ط3 2004
- محمد رأفت عثمان، نقل وزرع الأعضاء، مجمع البحوث الإسلامية، المؤتمر الثالث عشر، الأزهر الشريف، 10 مارس 2009.
- محمد علي البار، الفشل الكلوي وزرع الأعضاء، دار القلم، دمشق، 1986.
- المدني بوساق : موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، دار الخلدونية نالجزائر2009.
- معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل و زرع الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2015.
- منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- منير رياض حنا: الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية.
- مواسي العلجة : التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، رسالة دكتورا، تيزي وزو، 2016.
- موفق علي عبيد : المسؤولية الجنائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- ندى عبد الودود : التصرفات الواردة على عملية نقل الأعضاء البشرية وزراعتها، رسالة ماجستير، جامعة عن، 2007، ص 101.
- نسرين عبد الحميد، نقل وبيع الأعضاء البشرية الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء الدنيا، الإسكندرية، ط1، 2008، ص168.

المراجع باللغة الفرنسية :

- Loi N° 94-653 du 29/07/1994, relative au respect du corps humain, JORF, N° 175, du 30/07/1994, p 11056. http://legifrance.gouv.fr.
- Live II : Don et utilisation des éléments et produits du corps humain.

Titre IV : Tissus, cellules – produits de corps humain et leur dérivés chapitre 1er de code de la santé publique, www.legifrance.fr

- J . savatier : les problèmes des greffes d'organes prélevés sur un cadavre. Recueil 3 Dalloz Sirey, Paris 1968.

[2] – « Art. L. 1232-1. – Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

- HAKEM (Ahmed Reda),et Briemont (G): les problèmes juridiques poses par les prélèvement d'organes sur le cadavre j. t 1971
- Omar .boudehane, la prise en charge du polytraumatisé de la route à la greffe, Dar El Houda, Algerie, 2010.
- www.alhamdullah.alafdal.net

- **القوانين و القرارات :**
- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 8، صادر بتاريخ 17 فبراير 1985، المعدل والمتمم.
- قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 08 مارس 2009.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 93 لسنة 2011 الخاص باللائحة التنفيذية لقانون رقم 5 لسنة 2010، بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

الفـــهرس :

الفهرس :

مقدمة : .....أ
الفصل التمهيدي : الأحكام العامة لنقل وزرع الأعضاء البشرية وكيفية إثبات الوفاة : 10
المبحث الأول : مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية : 11
المطلب الأول : مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية : 11
الفرع الأول : تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية : 11
الفرع الثاني : العناصر التي تدخل في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية : 12
المطلب الثاني : مفهوم العضو البشري : 13
الفرع الأول : تعريف العضو البشري : 13
الفرع الثاني : تعريف المشتقات أو المنتجات البشرية : 18
المبحث الثاني : كيفية التأكد من الوفاة : 20
المطلب الأول : التحقق من الوفاة : 21
الفرع الأول : تعريف الموت : 22
الفرع الثاني : موقف القوانين من تحديد لحظة الوفاة : 24
المطلب الثاني : الموت مسألة طبية أم واقعة قانونية : 26
الفرع الأول : ضرورة تشريع يعرف الموت : 26
الفرع الثاني: الموت مسألة طبية : 28
الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة : 29
الفصل الأول : مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء من المتوفين : 31
المبحث الأول : مشروعية المساس بالجثة في الشريعة الإسلامية : 32
المطلب الأول : مذهب القائلين بجواز نقل الأعضاء من المتوفين : 32
الفرع الأول : شروط جواز نقل الأعضاء المتوفين : 33
الفرع الثاني : أدلة القائلين بجواز نقل الأعضاء من المتوفين : 34
المطلب الثاني : مذهب القائلين بعدم جواز نقل الأعضاء من المتوفين : 37
الفرع الأول : شروط الوصية : 37
الفرع الثاني : أدلة القائلين بعدم جواز نقل الأعضاء من المتوفين : 37
المبحث الثاني : مشروعية المساس بالجثة في القانون المقارن : 38
المطلب الأول : استئصال وزراعة الأعضاء في التشريعات الغربية : 40
الفرع الأول: رأي المشرع الفرنسي : 40
الفرع الثاني: رأي المشرع الإنجليزي : 42

المطلب الثاني : استئصال وزراعة الأعضاء في التشريعات العربية: 42

الفرع الأول : رأي المشرع المصري في نقل الأعضاء من المتوفين :.....42
الفرع الثاني : رأي المشرع الجزائري في نقل الأعضاء من المتوفين : 45
الفصل الثاني : شروط نقل وزراعة الأعضاء من المتوفين : 48
المبحث الأول : التصرف في الجثة بمقتضى وصية : 49
المطلب الأول : شروط التصرف في الجثة : 50
الفرع الأول : الرضاء الحر المستنير: 50
الفرع الثاني : أهلية الموصي : 51
المطلب الثاني : أشكال التعبير عن إرادة المتوفى : 55
الفرع الأول : طرق التعبير عن الإرادة في حالة القبول : 55
الفرع الثاني : طرق التعبير عن الإرادة في حالة الرفض : 59
المبحث الثاني : التصرف في الجثة بدون وصية : 61
المطلب الأول : حق الأقارب في التصرف بجثة المتوفى : 61
الفرع الأول : الأقارب المعنيين بالموافقة أو الرفض : 61
الفرع الثاني : أشكال تعبير الأقارب عن موافقتهم : 66
المطلب الثاني : استقطاع الأعضاء من المتوفين دون موافقة أحد : 70
الفرع الأول : موقف الشريعة الإسلامية من اقتطاع الأعضاء دون موافقة أحد : 71
الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من اقتطاع الأعضاء دون موافقة أحد : 74
الخاتمة : 77
الفهرس :
الملخص :

مـلخص المذكرة

الملخص:

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من المتوفين مبعثا للأمل في نفوس الكثيرين من المرضى، والذين هم في أشد الحاجة إليها، وبالمقابل فإنها تثير في كل المجتمعات خلافات كثيرة بين علماء الفقه الإسلامي، فقد انقسموا إلى اتجاهين فمنهم من يرى التحريم المطلق ومنهم من يرى الجواز مع ضوابط محددة، ومن جهة أخرى بين التشريعات سواء الغربية منها أو العربية، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تعرض لعمليات الاستقطاع من المتوفين، طبقا للقانون 85 -05 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها حيث وضع شروطا قانونية للقيام بهذه العمليات.

الكلمات المفتاحية : 1/ نقل الأعضاء 2/زرع الأعضاء
3/ الشريعة الإسلامية 4/المشرع الجزائري
5/ المتوفين

Memory Summary

Abstract :

Transplantation and transplantation of human organs from the deceased are a source of hope in the souls of many patients who are most in need of it, and on the other hand, it raises many disputes in all societies among scholars of Islamic jurisprudence. They are divided into two directions. Specific controls, and on the other hand between legislation, whether Western or Arab, as for the Algerian legislator, it has been subjected to deductions from the deceased, in accordance with Law 85-05 related to the protection and promotion of health, as it set legal conditions for carrying out these operations.

Key Words :

1/ Organ transplantation 2/ Organ transplantation
3/ Islamic law 4/ the Algerian legislator
5/ The deceased