التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

مقدمة:

لقد عرف هذا القرن بإنجازات عملية عظيمة في مختلف الميادين لا مثيل لها في تاريخ البشرية وأعظم هذه الإنجازات تلك التي تؤدي إلى إنقاذ آلاف المرضى من الموت أو تخليصهم من آلامهم.

فبظهور الوسائل الطبية الفنية الحديثة تجاوز الطب حدود الأعمال الطبية التقليدية، ليدخل في معالجة الأمراض المستعصية التي كان علاجها أمرا مستحيلا، لكن هذه الوسائل الحديثة لا تمثل فقط اكتشافا عظيما لإمكانية علاجية لا يمكن حصر آثارها في إنقاذ العديد من المرضى الذين لم تجدي معهم وسائل العلاج التقليدية، بل أن تلك الوسائل تفتح مجالا جديدا أمام البحث القانوني والاجتماعي، إذ تعتبر نموذجا فريدا لمشاكل المسؤولية الطبية التي تثيرها التطبيقات الجديدة والمستقبلية للبيولوجيا.

ومن أهم الانجازات الطبية الحديثة: التلقيح الاصطناعي، الإنعاش الاصطناعي، عمليات تحويل الجنس،الاستنساخ، التعقيم كأسلوب علاجي وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فهذه الأخيرة تعد من أهمك وأعظم الانتصارات الطبية في الوقت الحاضر، فهي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ العديد من المرضى المحكوم عليهم بالموت، وبقصد بها " نقل أعضاء سليمة من أجسام صحيحة إلى أجسام أعضاء منها مريضة أو تالفة، لتقوم مقامها في أي أداء وظائفها[1] وقد توسع مجال مثل هذه العمليات ليشمل بالإضافة إلى زرع الكلى وقرينة العين، وزرع القلب والبنكرياس والكبد وبعض الجينات، فأصبحت هذه العمليات آخر صيحة في الفقه القانوني، إذ تثير أمام رجال القانون والباحثين تساؤلات عديدة حول مدى مشروعيتها وعن المسؤولية الجنائية والمدنية التي قد تنتج عنها، لذا يجب على رجال القانون السعي للتوصل إلى أجوبة عن هذه التساؤلات وذلك بالتعاون مع رجال الطب، وهذا حتى لا تخرج هذه العمليات عن الهدف النبيل الذي وجدت من أجله، ألا وهي حماية حق الإنسان في الحياة وفي التكامل الجسدي وتشجيع الأطباء على الابتكار والتقدم العلمي للمزيد من الانجازات الحديثة بغرض إنقاذ المرضى وتخليصهم من آلامهم.

---

[1] محمد فارح، حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغراسة الأعضاء أو ترقيعها- مجلة المجلس الإسلامي الأعلى السنة الثانية، العدد الثاني، الجزائر، جانفي 1999، ص106.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

وتتمثل أهمية البحث في مجال نقل زراعة الأعضاء البشرية في عدة مظاهر منها:

1- نظرا إلى أن هذه العمليات حديثة الظهور فإنه يجب دراستها حتى يتعرف الأطباء على مدى مشروعيتها وذلك من الناحية القانونية والشرعية.

2- كما تظهر أهمية البحث في هذا المجال في تبيان وتوضيح الشروط الواجب توافرها للقيام بهذه العملية، فقد أدى التقدم العلمي إلى التوسيع من سلطة الطبيب، وبازدياد هذه السلطة ازدادت الحاجة إلى الحماية القانونية للمريض ضد بعض احتمالات إساءة استعمال هذه السلطة من قبل بعض الأطباء، لدى يجب إقامة شروط تقيد من مجال اللجوء إلى عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وبخروج الطبيب عن هذه الشروط تقوم مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي تسبب فيها، ومسؤوليته الجنائية غفي مواجهة المجتمع.

3- كما تبرز أيضا أهمية هذا البحث في تبيان الحدود التي يستطيع من خلالها المتنازل أن يتصرف في حقه في سلامة جسمه وذلك بالتنازل عن عضو من أعضائه لمصلحة مريض بحاجة إليه، وتوضيح كذلك الضمانات والمزايا الاجتماعية التي يجب على القانون أن يمنحها للمتنازل، هذا في حالة نقل العضو من إنسان على قيد الحياة.

أما في حالة نقل العضو من جثة متوفي فإن أهمية الدراسة تكمن في توضيح الوقت الذي يمكن فيه اعتبار الشخص المتوفى وبالتالي يمكن نقل العضو منه، إذ نقل العضو من شخص لم تثبت وفاته يرتب مسؤولية الطبيب لا المدنية بل الجنائية أيضا.

4-وأخيرا تظهر عملية البحث كذلك في دراسة التشريعات الأجنبية التي تعرضت إلى عملية نقل وزرع الأعضاء، والمقارنة بينها للوصول إلى قانون يحمي ويراعي مصالح جميع الأطراف المريض، المتنازل، الطبيب في عملية نقل الأعضاء وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار أحكام الشريعة الإسلامية.

تثير مسألة مشروعية عملية استعمال الأعضاء وزرعها عدة إشكاليات، حيث توجد عدة علاقات منها ما هو متعلق بالنقل والزراعة بين الأحياء، ومنها ما هو متعلق بالنقل من حيث الموتى، وبالتالي لدراسة موضوعنا يجب تقسيمه إلى فصلين:

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

الفصل الأول: يتمثل في عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء:

فإن كان الزرع الذاتي للأعضاء مسلم بمشروعيته سواء كان في القانون أو الشريعة الإسلامية، فإن نقل عضو من شخص لا يزال على قيد الحياة ما زال محل نقاش، إذ أن ذلك مفاده اعتبار جسم الإنسان محلا للتعامل القانوني، فما مدى مشروعية ذلك؟

وإذا اعترفنا بشريعة اعتبار جسم الإنسان محلا للتعامل القانوني بمعنى محلا لاقتطاع الأعضاء، هل يكون ذلك الاقتطاع مشروعا مهما كان هدفه أم يجب أن يكون هناك سببا أخلاقيا له؟

كما أنه تطرح هنا إشكالية أخرى تتمثل فيما إذا كان من الضروري منع عمليات اقتطاع الأعضاء بصفة مطلقة، مما يؤدي إلى وفاة آلاف المرضى، أو يسمح بإجراء مثل هذه العمليات، مما يؤدي إلى خروج بعض الأطباء ذوي الضمائر النائمة عن الهدف الحقيقي من السماح بإجراء مثل هذه العمليات، والمتمثل في إنقاذ المرضى وتخليصهم من آلامهم، لذا فإن الأمر الأوسط هو الوصول إلى شروط نقيد بها اللجوء لمثل هذه العمليات، فخروج الطبيب عن هذه الشروط يؤدي إلى قيام مسؤوليته، فما هي الشروط التي يجب على الطبيب الالتزام بها حتى تقوم مسؤوليته؟

كما يجب الأخذ بعين الاعتبار الموقف النبيل للمتنازل الذي تنازل عن عضو من جسمه لإنقاذ شخص آخر علة وشك الموت، فإن كان تصرف هذا المتنازل ليس له مقابل نقدي، فهذا لا يمنع من أن يقدم له مقابل معنوي متمثل في شرف إنقاذ حياة إنسانية، ويكون ذلك مقابل عن طريق منحه بعض الضمانات والمزايا الاجتماعية، فما هي هذه الضمانات والمزايا الاجتماعية؟ وما مدى تأثيرها على مبدأ عدم جواز التصرف بمقابل نقدي في أجزاء الجسم؟

الفصل الثاني: يتمثل في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من حيث الموتى:

فاستئصال الأعضاء من جثث الموتى يثير مشكلة تحديد اللحظة الحقيقة للوفاة حتى يتمكن بعدها الأطباء من انتزاع الأعضاء، فمتى يمكن القول أننا بصدد وفاة؟ وما هي المعايير الواجب استعمالها لتحديد اللحظة التي يعتبر فيها

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

الشخص قد مات؟ وما مدى جواز استخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي من وجهة النظر القانونية؟ وما هو موقف الشريعة الإسلامية من الإنعاش الاصطناعي الذي طرح مشكلة الإنسان الحي الميت؟

وأخيرا هل تتمتع جثة المتوفى بذات الحرمة التي يتمتع بها الجسد حين كانت تدب فيه الحياة؟

من كل ما تقدم تظهر لنا أنه من الحيوي الاهتمام بهذا البحث والتعرض له بإسهاب قدر المستطاع لأنه يجيب عن انشغالات قانونية، اجتماعية وشرعية حديثة جديرة بالبحث والدراسة.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

الفصل الأول: عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء

المبحث الأول: الأساس القانوني لإباحة نقل الأعضاء

سبق وأن انتهينا إلى القول بأن استئصال عضو من جسم المعطي من حيث الأصل، يتطابق تماما مع النموذج القانوني لجرائم الاعتداء على سلامة الجسم، مما يستوجب إعمال النصوص المتعلقة بالمسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية للطبيب الجراح، لذا فإنه لا بد من البحث عن سبب لتبرير أو لإباحة عملية نقل الأعضاء.

والواقع أن هذه المشكلة لا تثور إلى في أحوال إغفال المشرع عن تنظيم هذه المسألة، ولهذا يتنازع الفقه في الوقت الحاضر اتجاهان بالنسبة لتبرير أو لإباحة هذه العملية:

الاتجاه الأول: ويذهب إلى اعتبار الضرورة سببا لتبرير أو لإباحة نقل عضو من جسم إنسان حي لزرعه في جسد مريض.

الاتجاه الثاني: يرى أن سبب هذا التبرير أو الإباحة هو المصلحة الاجتماعية المقترنة برضا المعطي.

المطلب الأول: تبرير الأعضاء على أساس حالة الضرورة:

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

ويعرف سافتيه Savatier حالة الضرورة بأنها حالة شخص الذي يتبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر أكبر محدق به أو بغيره أن يتسبب بضرر أقل للغير.

وفي مجال القانون الطبي عامة فإن أي عمل طبي يقوم على الموازنة بين الخطر وموضوع الشفاء، وفي مجال زرع الأعضاء فإن هذه الموازنة تتخذ طابعا مميزا وندرس هاتين المسألتين في فرعين هما على التوالي:

الفرع الأول: نظرية الضرورة في الأعمال الطبية التقليدية:

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

في كل عمل طبي لا بد من القيام بعملية مقارنة أو موازنة بين الخطر والأمل أو فرصة الشفاء، وتكون تلك الموازنة بالنظر إلى المستقبل، ومن ثم تتسم بقدر من الاحتمال أي عدم التأكد فالطبيب والمريض يجريان مقارنة بين المخاطر التي يتعرض لها المريض إذا لم يعالج ومخاطر إجراء طبي معين من جهة وبين فرص الشفاء من جهة أخرى.

وفي مجال العمل الطبي فإن مدى خطورة الجراحة تقدر على أساس المتوسط العام بنجاح أو فشل الجراحة، وبهذا فإن تحديد مسؤولية الطبيب لا يقوم على أساس نتيجة التدخل الجراحي في حالة معينة، ففي الحالة الواحدة يمكن أن تتغلب المخاطر على احتمالات النجاح فلا تنعقد مسؤولية الطبيب لمجرد الفشل ولكن الفشل قد يؤدي للبحث في مدى مسؤولية الطبيب متى تبين أن احتمالات النجاح كانت تفوق بكثير الاحتمالات السيئة، فمن يجري مثلا عملية زائدة دودية لمريض ويتوفى يمكن أن يتعرض لتحمل المسؤولية الناجمة عن ذلك.

فالطبيب يتمتع بامتياز خاص لا يتمتع به غيره من أصحاب المهن الحرة الأخرى فهو يمارس عمله على جسم الإنسان بمعنى أنه لم يعد دور الطبيب الشفاء المريض فقط أو وقايته ضد الأمراض وإنما أصبح يقوم بتوجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان بالنظر إلى ظروف حياته المهنية والعائلية ويمارس هذا التوجيه من خلال تدخله ومساسه بجسم الإنسان فالطبيب يعمل على الجسم من خلال إعطائه أدوية أو مقويات بل وأيضا عن طريق استئصال أجزاء منه وهو حي أو بعد الوفاة أو من أجل استئصال عضو من أجل جسم مريض آخر وهو ما يسمى بزرع الأعضاء.

وبهذا لم يعد جوهر العمل الطبي فن الشفاء وإنما أصبح يعرف بالعمل الذي يعطي الطبيب ميزة العمل على جسم الإنسان.

الفرع الثاني: نظرية الضرورة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء:

أما في مجال نقل وزراعة الأعضاء فإن عملية الموازنة تكون محكومة ليس بمجرد موازنة عادية بين المخاطر والآمال وإنما تدخل هذه الموازنة في نطاق حالة الضرورة كما أن الموازنة لا تكون متعلقة بشخص واحد وإنما أكثر من شخص، فبتقدير المساوئ والآمال يكون على مستوى المريض وعلى مستوى المتنازل السليم، فيجب الموازنة بين المخاطر التي تتعرض لها كل من المريض والسليم من جهة ثم الآمال التي يحتمل أن يستفيد منها المريض من جهة أخرى.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

ولا يملك أي إنسان حق التصرف أو التضحية بحياة الغير إلا أن كان ذلك من أجل مهمة عامة عليا وأن يكون اختيار الأشخاص المضحى بهم خاليا من أية أغراض شخصية.

ولما كان الطبيب يقوم بمهمة زرع الأعضاء فإنه يصبح لزاما عليه أن يمارس مهمته هذه بالنظر إلى العلاقات التي يقيمها المريض أو المستقبل للعضو والمتنازل عن العضو.

ومهمة الطبيب في مواجهة المريض لا تختلف عن مهمته في علاج الأشخاص العاديين أي يجب أن يجري الموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها المريض نتيجة المرض والآمال التي يرجو أن يحققها له أما بالنسبة للمتنازل فهو شخص سليم يترتب على تنازله إصابته بعاهة مستديمة، ولا يمكن القول بأن مصلحة المريض في حد ذاتها أرجح من مصلحة المتنازل.

فالتقدم الطبي في حد ذاته يؤثر على التكييف القانوني للعمل الطبي من حيث إباحته أعدم مشروعيته، فعندما يكون الطب غير متقدم في مجال زرع الأعضاء مثلا، فإن ذلك يعني أن الضرر الذي يصاب به المتنازل لا يؤدي إلى تفادي مخاطر جسيمة تحيط بالمريض، فالمريض الذي سينقل إليه الكلية مثلا سيموت، أي لا يمكن تفادي المخاطر، ومتى لم يكن من الممكن تفادي الخطر عن طريق وقوع الضرر فلا تتوافر شروط حالة الضرورة، فإذا كانت نتيجة حساب الاحتمالات رجحان الخطر على الأمل فلا معنى للتضحية.

أما متى تقدم الطب، فإن الحل القانوني يتغير، فتقدم الطب زرع الأعضاء يعني أن احتمالات النجاح تزايدت بالنسبة لاحتمالات الفشل، أي أن المصلحة التي ستعود على المريض أصبحت كبيرة لأنه سينقذ من الموت، أما الضرر الذي يعود على المتنازل، فسيكون بالتالي أقل من المصلحة ومن ثم تتوافر شروط حالة الضرورة ويصبح الزرع مشروعا.

وقد ظهر اتجاه حديث في الفقه الفرنسي يميل إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية الجزائية في حالة توافر عنصر الضرورة العلاجية، ويرى أصحاب هذا الرأي أن على الرغم من انطباق نص المادة (309) من قانون العقوبات الفرنسي على عمل الطبيب، إلا أنه يعد غير مسؤول عن كل عمل يترتب عليه جرح المريض مادام ذلك تفرضه ضرورة المباشرة العادية للفن الطبي والضرورة العلاجية من أجل شفاء المريض وحصل ذلك بناء على ترخيص من القانون.

المطلب الثاني: تبرير نقل الأعضاء على أساس المصلحة الاجتماعية:

إن القانون نتاج فكري يعكس أوضاع الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ويفرض بذلك على الباحث إتباع منهج يتحصل في وجوب النظر إليه من خلال الظروف والأبعاد الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تصاحب ظهوره، والدور الذي تقوم به ويضطلع القانون بحماية هذه الدعائم مقدرا ضرورتها لإشباع حاجات معينة يقوم عليها المجتمع.

وتتدرج صور تلك الحماية وفقا لمدى الأهمية التي يحظى بها موضوعها، حتى إذا ما بلغت في نظر المشرع شأنه كبيرا أسدل عليها ستار الحماية معتبرا المساس بها جريمة تستوجب تحريك المسؤولية وتستتبع إنزال العقاب.

وتختلف أساليب الحماية الجزائية مكانيا مكانيا وزمنيا وفقا لظروف المجتمع، وتبعا للدعائم التي ينهض عليها بناؤه، وينظر المشرع الجزائي إلى تلك الدعائم بحسبانها "مصالح" تصلح في تقديره لإشباع حاجة إنسانية معينة كالأمن والوظيفة العامة والمال والخاص والحياة وسلامة الجسم.

ومن هنا تبدو أهمية دراسة فكرة المصلحة في قانون العقوبات، فهي محل حمايته كما أنها المعيار الواضح الذي نستطيع على هديه استقراء فلسفته فضلا عن كونها المعيار الواضح كذلك الذي وقف الفقه عنده لحسم بعض المشاكل القانونية الهامة.

وحتى تسهل دراسة مفهوم المصلحة الاجتماعية كان لا بد من تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مفهوم معيار المصلحة الاجتماعية.

الفرع الثاني: مجال تطبيق معيار المصلحة الاجتماعية.

الفرع الأول: معيار المصلحة الاجتماعية:

وقد استمد الفقه هذا الفكرة من المبادئ العامة للذين والقانون واجتهادات المحاكم وعادات وتقاليد المجتمع، لذلك فهي تختلف من دولة لأخرى ومن زمن لآخر، ومع ذلك فإن غايتها لا تختلف باختلاف الدول وهي احترام القوانين وتحقيق الصالح العام والمحافظة على صحة وحياة أفرا د المجتمع، ففي حين تأخذ بعض الدول بتجريم الإجهاض لغير

الغاية العلاجية لتعارضها مع مصلحة المجتمع والمبادئ الأخلاقية، وبالتالي فإن القانون لا يجيزها ونجد البعض الآخر من دول أوروبا يجيز الإجهاض ولا يعتبره متنافيا مع مصلحة المجتمع أو المبادئ الأخلاقية.[2]

والمصلحة لغة مصدر بمعنى الصلاح والمصلحة مفرد المصالح والصلاح ضد الفساد، وأصلحه عكس أفسده والمصلحة الصلاح والاستصلاح نقيض الاستفساد.

والحق في سلامة الجسم هو من الحقوق اللصيقة بالإنسان، وبالتالي فمن المصلحة عدم تعطيل وظائف الجسم والاحتفاظ بسلامته، ولكن لهذا الحق جانب آخر موازٍ، يتمثل في حق المجتمع في أن يؤدي الجسم وظيفته الاجتماعية على خير وجه، وهذا بطبيعة الحال يشير إلى أن الفرد ملزم بواجبات اتجاه المجتمع الذي يعيش فيه، وهو ضرورة المحافظة على سلامة الجسم وعدم المساس به من أجل أن يؤدي الالتزامات الواجبة عليه اتجاه المجتمع بمعنى أن هناك حق ارتفاق للمجتمع على الجسم.[3]

فالفرد يهمه كل المزايا المرتبطة بسلامة جسمه ويحرص على المحافظة عليها جميعا، أما المجتمع فلا يعنيه من هذه المزايا إلا القدر الذي يحتل أهمية اجتماعية، ولما كان للمجتمع حق ارتفاق على الجسم فلا يجوز للشخص أن يتصرف في الحق في سلامة الجسم فيما يخص جوانبه التي تتعلق بارتفاق المجتمع ولكن إذا تجاوز هذه الحدود فيتحرر الحق من ارتفاق المجتمع ومن ثم فلا مفر من أن نعترف لصاحبه بسلطة التصرف فيه فالرضاء هنا هو الذي يبيحه.

ولما كانت وظيفة الطبيب في أصلها اجتماعية غايتها تهدئة آلام المرض أو تخفيفها أو الشفاء منها عمل الطبيب في حقيقته منطو على مصلحة اجتماعية تهدف إلى المحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع للقيام بأعباء وظائفهم الاجتماعية التي يفرضها عليهم المجتمع تحقيقا للمصلحة العامة.

وقد ذهب فريق من الفقه إلى أن أساس مشروعية نقل وزرع الأعضاء يقوم على أساس المصلحة الاجتماعية ذلك أن الحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالإنسان وفي نفس الوقت تحمل بعدا اجتماعية فالحق في سلامة الجسم

---

[2] د. أحمد شوقي أبو خطوة- القانون الجنائي والطب الحديث- دار النهضة العربية- القاهرة- 1995-ص43.

[3] د. محمود بجيب حسني- الحق في سلامة الجسم- دار الشامية- بيروت- 1996- ص345.

هو المصلحة التي يعترف بها القانون لكل فرد في أن تؤدي أعضاء الحياة في جسمه وظائفها أداء طبيعيا وأن يحتفظ بسلامة جسمه.

والصفة الاجتماعية للحق في سلامة الجسم لا تجرده من الصفة الفردية ذلك أن الفرد أولا وأخيرا صاحب المصلحة الأولى فنجده يحرص كل الحرص على حياته كمصلحة وكذلك فإن المجتمع وعلى الرغم من عنايته بالفرد إلا أنه يشدد بصفة خاصة على ذلك القدر الذي يمثل أهمية اجتماعية فحق المجتمع لا يعدو أن يكون حق ارتفاق على سلامة أفراده.

الفرع الثاني: مجال تطبيق معيار المصلحة الاجتماعية.

باستعراض ما سبق من اتجاهات ووجوب التركيز على معيار المصلحة الاجتماعية كأساس لمشروعية نقل وزرع الأعضاء والذي يحمل بين جوانبه مبدءا أساسيا بأن الفرد جزء من المجتمع وعليه التزامات وأعباء اتجاه مجتمعه وأي عمل ينتقص من قدرته على القيام بمثل هذه الأعباء يعد خروجا على مبدأ المصلحة العامة فلا بد من إيراد بعض الصور التي تظهر فيها المصلحة الاجتماعية وهي: عمليات نقل الدم وعمليات نقل وزرع الأعضاء.

عمليات نقل الدم:

إن عملية نقل الدم تؤدي في مجالها إلى انتقاص في كمية الدم لدى الإنسان ولكن كافة الاتجاهات الطبية والعملية أجمعت على أن هذا الانتقاص مؤقت سرعان ما يعرض على مدى القريب وأن هذا الانتقاص المؤقت لا يؤدي إلى أي انتقاص في أداء المتنازل لوظيفته الاجتماعية.[4]

وبالتالي فإنه لا يؤثر على المجتمع ولا يلحق به الضرر وأن الانتقاص اليسير من إمكانيات المتبرع لا يقلل على الإطلاق من صلاحيته للقيام بجميع الأعمال ذات القيمة الاجتماعية.

[4] د. محمود نجيب حسني- الحق في سلامة الجسم- دار المنار القاهرة- 1988-ص568. 569

وهذا يستلزم من الطبيب ضرورة التأكد من حالة المتنازل الصحية الكشف الأولي على حالته لبيان ما إذا كان قادرا على التبرع ولبيان ما إذا كان هذا المتبرع قد يلحق به ضررا أو انتقاصا في أداء وظائفه وذلك قبل السماح له بالتنازل أو التبرع بالدم.

عمليات نقل وزرع الأعضاء:

وإذا طبقنا معيار المصلحة الاجتماعية على عمليات نقل الأعضاء من المتنازل إلى مريض آخر فإن في ذلك منفعة للمجتمع كافة حتى وإن لم يحقق مصلحة علاجية للمتنازل إذ في ذلك إنقاذ لفرد آخر من أفراد المجتمع حتى يتمكن من أداء التزاماته وواجباته اتجاه المجتمع إلى جانب المتبرع، الذي يجب التأكد عند القيام بنزع العضو عنه من عدم تأثر وظيفته الاجتماعية بذلك.

وعليه فإننا وفي مجال نقل وزرع الأعضاء ننظر إلى الوظيفة الاجتماعية على مستوى شخصين وليس شخص واحد.

أما عند الأول وهو المريض، فلا جدال أو خلاف حوله، فهو في وضع يصعب فيه إعمال الطب التقليدي والوسائل العلاجية ودفع المرض عنه، أما الشخص الثاني فهو المتبرع أو المتنازل، والذي بتنازله لا يحقق مصلحة علاجية بل يحقق مصلحة اجتماعية أعلى وأسمى، فالشخص له حق التنازل عن أي جزء من جسمه، ولكن هذا التنازل مشروط بحق ارتفاق المجتمع على ذلك الجسم، فإن كان في مثل هذا التنازل يؤدي إلى عدم تأدية الجسم وظيفته الاجتماعية بالشكل المطلوب، كان التنازل غير مشروع.

وفي هذا المجال تظهر فكرة المنفعة الاجتماعية في إطار زرع الأعضاء، فيجب أن يكون مجموع المنفعة التي تعود على المجتمع من زرع الأعضاء أكبر من المنفعة التي تعود عليه من عدمه، فلو كانت المنفعة التي تعود على المجتمع في شخص سليم (100%) من المريض غير منفعة تقدر ب: (10%) فإنه يجب أن ينظر إلى مجموع المنفعة التي ستعود بعد العملية فإذا كان النقص الذي يصيب منفعة المتنازل ضئيلا، بحيث تكون منفعته مثلا (70%) ومنفعة المريض

تزداد إلى (60%) فإن مجموع المنفعة بعد العملية يكون أكبر من قبلها، ومن ثم فلا مساس بالجانب الاجتماعي للجسم على مستوى الشخصين.[5]

المبحث الثاني: موقف الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من عمليات نقل وزرع الأعضاء.

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من عمليات نقل وزرع الأعضاء.

من القضايا التي شدت انتباه علماء المسلمين في مختلف تخصصاتهم ومجالاتهم والتي تثار من لآخر في المحافل العلمية والمجامع الفقهية، ودارت حولها المناقشات الطويلة على المستوى العام، وتناولها العلماء بالدراسة والتحليل قضية نقل الأعضاء الآدمية وزراعتها، والذي يعنينا حقيقة، وضمن هذا الدراسة هو التعرف على الحكم الشرعي، من خلال الفتاوى والبحوث ومقالات العلماء المسلمين وفقهائهم، مع الوقوف على حياد، فمثل هذه المسائل محل اجتهاد للعلماء يصح أن تختلف فيه الآراء والأنظار، وإذا رجحنا رأيا دون رأي، فإننا نرجح ما نراه متماشيا مع الحق، وتوجد فيه مصلحة للمجتمع عامة وللفرد خاصة، ولتسهيل الدراسة فقد قسم هذا المبحث إلى فرعين:

الفرع الأول: أدلة المانعين لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء.

الفرع الثاني: أدلة المجيزين لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء.

الفرع الأول: أدلة المعانون لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء:

وقد أورد المانعون لنقل جزء من الإنسان لزرعه في آخر مجموعة من الأدلة تتلخص في الآتي: قوله تعالى في سورة النساء عن إبليس الذي لعنه (ولأمرنهم فليغيرن خلق الله)[6] وقد نزلت هذه الآية في نقل عين أو قلب أو كلية من شخص لآخر، وتشمل أيضا خصاء العبيد الذي كان يفعله الخلفاء بعبيدهم ليدخلوا على نسائهم، وكل هذا تغيير لخلق الله تشمله الآية الكريمة.

قوله تعالى في سورة البقرة " ومن يبدل نعمة من بعد ما جاءته فإن الله شديد العقاب "[7]

---

[5] د. حسام الدين الأهواني- المشاكل التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية- مطبعة عين شمس- بيروت- 1985- ص57.
[6] الآية 119- سورة النساء.
[7] الآية 211- سورة البقرة.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

إن التبرع بالأعضاء استبدال الأدنى بالذي هو خير، واختيار لما هو دون الأكمل والأنفع، وقد عير الله بني إسرائيل على ذلك، فقال جل شأنه في حقهم "أتستبدلون الذي هو أدنى بالذي هو خير "[8]

مع أن التبديل وقع منهم في أمرين مباحين، فكيف إذا اختار المتبرع بأحد أعضائه النقص على الكمال، مع احتمال وجود الحرمة في ذلك عند من لا يبيح نقل الأعضاء.

وقوله تعالى في سورة التكاثر "ثم لتسألن يومئذ عن النعيم"[9]

وقيل أن النعيم هو الأمن والصحة والعافية، وهذه النعم مما يسأل الإنسان عن شكرها يوم القيامة، لقوله صلى الله عليه وسلم:" إن أول ما يحاسب عليه العبد عنه يوم القيامة من النعيم فيقول له: ألم نصح لك جسد؟" فصحة الإنسان وعافيته من نعم الله التي تستوجب الشكر لا الكفر والمحافظة لا التضييع بالتبرع أو البيع.

أن أصل عصمة دم المسلم وجميع أجزاء بدنه الثابتة فيه، فلا يجوز للإنسان أن يجني على نفسه أو على عضو من أعضائه، أو بشرته أو غيره إلا بحق ثابت شرعا، أما لو ارتكب جريمة توجب حدا كالقتل أو القطع أو الجرح، فيقيم الحاكم الشرعي عليه ما يستحقه من عقاب.

إن الأصل المساواة بين المسلمين في عصمة الدم والأعضاء، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم "المسلمون تتكافأ دماؤهم" فيجب الحفاظ على حرماتهم الثابتة لهم في القرآن والسنة وإجماع الأمة.

قوله تعالى في سورة البقرة "ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة"[10]، وهذه الآية تدل على تحريم إلقاء النفسي في مظان التهلكة بتلف، أو إضعاف من غير مصلحة مقصودة شرعا غير مرجوحة، ونزع جزء من بدن الحي لزرعه في غيره يؤدي إلى إتلاف المتبرع أو إضعافه لا محالة ولو في المستقبل البعيد.

قوله تعالى في سورة النساء "ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما"[11] ووجه الدلالة أن الله قد نهى عن قتل النفس وبتر العضو منها لغير مصلحتها، وقد يؤول إلى قتلها.

---

[8] الآية 61- سورة البقرة.
[9] الآية 8- سورة التكاثر.
[10] الآية 195- سورة البقرة.
[11] الآية 29- سورة النساء.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

قوله تعالى في سورة المائدة " وكتبنا عليهم أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص"[12] ودلالتها إن الآية الكريمة أعطت لجوارح الإنسان من الحرمة ما أعطته لنفسه.

قوله صلى الله عليه وسلم " من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يجيء بها بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا" وعن عبد الله بن عمر قال "رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بالكعبة ويقول: "ما أطيبك وأطيب ريحك ما أعظمك وأعظم حرمتك والذي نفس محمد بيده لحرمة المؤمن أعظم عند الله حرمة منك، ماله ودمه وأن نظن به إلا خيرا" وهذا يعني أن نفس الإنسان ليست ملكا له، وإنما هي أمانة من الله خلقها، وأوجد فيها من دقيق الخلق وجليلة ما يتمكن به من عبادته سبحانه، وعمارة الأرض التي استخلفه فيها.

إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حث المسلمين على زكاة الأبدان والأعضاء لقوله: "إنه قد خلق آدم على سنتين وثلاثمائة مصل فمن ذكر الله وحمد الله وهلل الله وسبح الله وهزل حجرا من طريق المسلمين أو عزل شوكة أو عزل عظما أو أمر بمعروف أو نهى عن منكر عدد تلك الستين والثلاثمائة السلامي، أمسى من يومه وقد زحزح نفسه عن النار"

وهذه الصدقات لم يوجبها الشرع كما وجب زكاة المال وزكاة الفطر لأجل المشقة فيها، ولكنه مع ذلك حث عليها ورغب فيها.

وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن وصل شعر الآدمي من أجل التداوي، فعن عائشة رضي الله عنها "إن جارية من الأنصار تزوجت فمرضت فتمرط شعرها، وأرادوا أن يصلوه فسئل النبي عن ذلك فلعن الواصلة والمستوصلة"

وعليه فإن من أصيب بداء فقد بسببه عضوا من أعضائه أو جزءا من أجزاء بدنه، ليس له أن يكمل هذا النقص بعضو أو جزء من شخص آخر وأن هذا النوع من التداوي غير جائز وملعون فاعله، وعلة ذلك أنه تغيير في خلق الله وفيه مثله وهي محرمة بالاتفاق، وتصرف للإنسان فيما لا يملك فضلا عن منافاته كرامة الإنسان.

---

[12] الآية 45- سورة المائدة.

المطلب الثاني: أدلة المجيزين لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء:

أما أدلة المجيزين لنقل وزرع الأعضاء فتتلخص فيما يلي:

-إن الأصل في الأشياء الإباحة، وهذا أمر لم يرد في الشارع ما يحرمه.

-استدل المجيزين لنقل الأعضاء بما فهموه من عموم قواعد الشريعة مثل الضرورات تبيح المحظورات، الضرر يزال، المشقة تجلب التيسير، تحقيق أعلى المصلحتين، ارتكاب أخف الضررين، وإذا تعارضت مفسدتان تدرا أعظمها ضررا بارتكاب أخفها ضرر، الاستدلال بآيات الأضرار وهي:

-(فمن اضطر غير باع ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم)[13]

-(فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فإن الله غفور رحيم)[14]

-(فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم)[15]

-(وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه)[16]

احتج المبيحون لنقل الأعضاء بالنصوص الدالة على الإيثار كقوله تعالى"ويثيرون على أنفسهم ولو كانت بهم خصاصة)[17]

الاستدلال بأن المشقة تجلب التسيير وبالأدلة الرافضة للجرح لقوله تعالى" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" وقوله " وما جعل عليكم في الدين من حرج"[18]

-القول بجواز إلقاء أحد الركاب السفينة بالإسهام أي الاقتراع عند الضرورة من أجل سلامة الآخرين، وهذا ما يسمى بالتضحية بالمصلحة الخاصة في سبيل المصلحة العامة.

-كذلك قال أصحاب هذا الرأي أن الشريعة جاءت لمصلحة العباد، ثم بنوا على هذه المقدمة نتيجة مفادها أن كل ما فيه مصلحة للعباد فهو جائز، وهذا يعني أن المجيزين قد استدلوا بأنه حيثما وجدت المصلحة فثمة شرع الله.

---

[13] الآية 173- سورة البقرة.
[14] الآية 3- سورة المائدة.
[15] الآية 145- سورة الأنعام.
[16] الآية 119- سورة الأنعام.
[17] الآية 115- سورة النحل.
[18] الآية 9- سورة الحشر.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

ومن هنا نتبين أن كلمة الفقهاء قد اتفقت على بطلان بيع أي جزء من أجزاء الإنسان عدا لبن المرأة، أما لكرامة الآدمي لجميع أعضائه وإما لعدم تصور الانتفاع بها في حالة انفصالها.

فمن حيث الانتفاع بها، وحاجة الإنسان إليها، فلم يعد أي جدل في هذا الأمر بعد أن نجحت في الواقع العملي عمليات نقل الأعضاء وزرعها وإنقاذ كثير من الناس من هلاك محقق، أما شرعية هذا الانتفاع، فالظاهر أن الاجتهاد الفقهي الإسلامي المعاصر قد حكم بذلك، عندما أجاز التبرع بكثير من الأعضاء لغرض زرعها في جسم يحتاج إليها، لأن الحكم بجواز التبرع بشيء لغرض معين حكم بمشروعية الانتفاع بهذا الشيء في هذا الغرض.

أما عن مدى التعارض بالنسبة لبيع الأعضاء الآدمية، مع ما جعل الله للإنسان من الكرامة والاحترام، فإن بيع الأعضاء هو ما يتنافى مع الكرامة والاحترام، أما التبرع بالأعضاء لغرض إنقاذ المرضى من الهلاك واستعمالها في مثل ما استعملت له في أصل خلقتها، أي بوضعها في موضع تقوم من خلاله بالوظيفة نفسها التي أوجدها ربها جل جلاله عندما خلقها، فهو يتفق مع الكرامة والاحترام.

وقد جاء البعض برأي مغاير، مفاده أن بيع أعضاء الإنسان لغرض الربح والتجارة وعلى سبيل التداول ولمجرد الكسب المادي هو الذي يشعر بالإهانة ويتعارض مع الكرامة الإنسانية وكذلك بيعها لغرض استعمالها في غير الغرض الذي خلقت من أجله، أما إذا بيعت لغرض إنقاذ المرضى من الهلاك واستعمالها في مثل ما استعملت له في أصل خلقها، أي بوضعها في موضع تقوم من خلاله بالوظيفة نفسها، التي وظفها ربها فيه عندما خلقها، ولم يكن بيعها بغرض التجارة والكسب المادي، إذا كان البيع في هذه الحدود وبهذه القيود، فلا إهانة فيه ولا تعارض مع كرامة بني آدم، فهل هناك أي معنى من معاني الاحتقار والإذلال في نقل كلية إنسان، أو بعض دمه إلى إنسان آخر تتوقف حياته على هذا النقل، حتى ولو أخذ صاحب العضو المنقول بدلا ماليا؟ كذلك إن بيع الآدمي لعضو من أعضائه لا يتنافى مع حريته، فمن باع جزءا من دمه أو باع كليته لا يفقد شيئا من حريته.

وقد وجد هذا الرأي معارضين كثر يرون أن نقل العضو يجب أن يكون دون مقابل وعلى سبيل التبرع.

المطلب الثاني: موقف القانون الوضعي من عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء:

بعد أن استعرضنا مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في الشريعة الإسلامية لا بد من أن نتعرف على مشروعية هذه العمليات في القانون الوضعي وهل تجيز القوانين الوضعية إجراء مثل هذه العمليات؟

الفرع الأول: الاتجاه المحرم لعمليات نقل وزرع الأعضاء

يرى أصحاب هذا الاتجاه عدم جواز إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عندما لا يوجد تشريع ينظمها ويرسم لها حدود ذلك أن الأصل هو مبدأ حرمة الإنسان وهذه الحرمة تقتضي المحافظة على سلامة الجسم وبالتالي فإنه لا يمكن وبأي حال من الأحوال أن يكون محلا للمعاملات القانونية.

وكان "توماس الأكويني" ينادي بمبدأ أن الإنسان على جسمه حق انتفاع وبالتالي فإنه لا يجوز له أن يتصرف في الجسم، فالإنسان يجب أن يحافظ على كل عضو من أعضاء جسمه بالصورة التي تلقاها من الله، فالجسم مملوك ملكية رقبة الله والإنسان يستعمل هذا الجسم ويتمتع به فقط، وعليه إعادة إلى الله مالك الرقبة بالصورة ذاتها، وصاحب حق الانتفاع لا يملك حق التصرف.[19]

وقد أضاف أصحاب هذا الرأي سندا جديدا يتمثل في أن حق الإنسان في سلامة جسمه، من الحقوق اللصيقة بالفرد، وهذا الحق بطبيعته غير قابل للتصرف ذلك أنه بطبيعته حقا غير مالي، فالإنسان لا يستطيع أن يتصرف بأي عضو، أو جزء من جسمه مقابل مبلغ من المال، لأن الحق في سلامة الجسم وثيق الصلة بالإنسان بحيث لا يمكن فصله عنه، ويعد امتدادا ضروريا له.[20]

وقد ذهب رأي كبير في فرنسا إلى وجوب عدم إباحة زرع ونقل الأعضاء لمخالفتها النظام العام[21]، ذلك أن السلامة – سلامة جسم الإنسان– ميزة من الميزات التي يتمتع بها الإنسان على جسمه، وتعتبر محلا للحق في سلامة الجسم، وهي كالحياة غير ذات قيمة مالية، ومن غير الجائز لتصرف بها.

وقد استند هذا الرأي في عدم تأييده لهذه العمليات إلى اعتبارين: الأول قانوني، والثاني أخلاقي.

---

[19] د. أحمد عبد الرحمن – نظرية الحق- دار الفكر العربي- 1979- ص47.

[20] د. حسام الدين الأهواني- المرجع السابق – ص24.

[21] .

الاعتبار القانوني: مؤداه أن حق الإنسان في الحياة وأعضاء جسمه من الحقوق التي تخرج عن نطاق الاتفاقات والعقود، ومن ثم فإن رضاء البائع أو المتبرع ليس من شأنه إجازة هذا التصرف، آية ذلك أن الرضاء يجب توافره بجانب قصد العلاج، الذي هو سبب تبرير أو إباحة التطبيب والجراحة، ومن ثم ينظر للرضاء من ضمن عناصر تخلف المسؤولية، ولكن لا يكفي بمفرده كسبب للإباحة، إلا في الأشياء التي يجوز للإنسان أن يتصرف ويتعامل فيها.

الاعتبار الأخلاقي: فمفاده أن الأفراد متساوون من الناحية الاجتماعية، وإن إباحة مثل هذا النوع من العمليات، وإن كان مقصوده حماية شخص على حافة الموت، فإن إطلاق مثل هذا النوع وتبريره برضاء المتنازل قد يؤدي إلى نتيجة تفوق الاعتبار الذي أدى إلى إباحتها، ألا وهو انهيار قيمة الإنسان في المجتمع، واستغلال تلك الإباحة بخلق نوع الطبقية ومفاضلة حياة شخص على آخر عدا عن فتح باب التغرير من قبل الجراحين للمرضى، وإيهامهم بسهولة العملية، تحت شهوة الانتصار العلمي مستغلين بذلك الفقراء المعدمين والمعوزين لا سيما في حالة احتضار المتنازل.[22]

الفرع الثاني: الاتجاه المبيح لعمليات نقل وزرع الأعضاء:

وقد ظهر اتجاه ينادي بإباحة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء، حيث لوحظ أن المشرع في بعض الدول ينتظر ما قد يفسر عنه التقدم العلمي والطبي، وما قد تستقر عليه الآراء الفقهية ليسارع إلى وضع التقنين المناسب لتنظيم صور هذا التقدم، وقد ظهر في الفقه ومن خلال هذا الاتجاه القائل بالإباحة رأيان:

الرأي الأول: ذهب إلى اعتماد حالة الضرورة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء.

الرأي الثاني: ذهب إلى اعتماد المصلحة الاجتماعية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء.

وقد سبق استعراض هذين الرأيين.

ومن التشريعات التي نظمت نقل وزرع الأعضاء التشريع الفرنسي فقد صدر القانون رقم 76/1181 بتاريخ 22 ديسمبر 1976 الخاص بنقل وزرع الأعضاء ويلاحظ أن نصوص هذا القانون تناولت عمليات نقل وزرع الأعضاء دون أن تحدد ذلك بعضو معين ولم يذكر كذلك كلمة العضو إلا في العنوان فقط.

---

[22] د. أحمد شرف الدين- انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي- دار الحضارة العربية- 1982- ص14

وقد جاء المرسوم رقم 78/501 الصادر في 31 مارس 1978 لتنفيذ القانون رقم 22 ديسمبر 1976، حيث اشترط أن يكون رضى المعطي البالغ في حالة كون العضو غير متجدد أمام رئيس المحكمة الابتدائية الذي يقع في دائرته موطن المعطي أو أمام قاض يعينه رئيس المحكمة على أن يثبت هذا الرضا في شكل كتابي موقعا عليه من القاضي والمعطي، وتعطي صورة منه إلى المستشفى الذي سيتم به الاستئصال وتحفظ النسخة الأصلية لدى مصالح كتابة الضبط بالمحكمة.

المبحث الثالث: شروط إباحة نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء:

كما سبق ذكره، لا يمكن اقتطاع أعضاء الشخص الحي إلا ضمن هدف علاجي يهدف إلى تحقق الفائدة المباشرة للمستفيد، أي يجب زرع العضو المتبرع به عند مريض محتاج لهذا الزرع، بالنسبة للباقي، تعتمد التشريعات على الوضع القانوني للمتبرع، هل هو راشد غير خاضع لإجراء قانوني للحماية، وبذلك يستطيع السماح بحرية باقتطاع أعضائه للتبرع بها، أم أنه بالمقابل غير كامل الأهلية ويخضع لحماية معززة، فاشتراط الموافقة المحددة بقانون حماية الصحة وترقيتها هو إلتزام يقع على عاتق الأطباء، ويشكل عليها إذا أحد الشروط التي تسمح باقتطاع الأعضاء، وبالتالي عدم توفرها قبل إجراء عملية استئصال وزرع الأعضاء ترتب مسؤولية الطبيب سواء المدنية، أو الجنائية، وعليه من الملائم أن نبحث أولا رضاء المتبرع في مطلب أول ثم رضاء المستفيد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: رضاء المتبرع:

إن المتبرع في مجال زراعة الأعضاء البشرية يعتبر طرفا في علاقة طبية جراحية ليس له فيها أي منفعة أو مصلحة سواء مادية أو صحية، بالرغم من كونه طرفا مهما في هذه العلاقة، فبدون وجوده لا تتحقق عملية زراعة الأعضاء، هذا من جهة.[23] ومن جهة أخرى المتبرع يعد شخصا سليما معافى بدنيا، كما أنه شخص حر له حق في سلامة جسمه، وهذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، ويتعلق ذلك بالنظام العام لذا فحمايته من مصلحة المجتمع، لأنه لا يمكن أن يقوم بوظائفه اتجاه المجتمع إلا إذا كانت سلامة جسمه مصونة، وأي اعتداء على سلامة جسمه يقلل من قدرته

[23] نصر الدين مروك- زرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير لسنة 1993 ص 102.

على القيام بوظائفه اتجاه المجتمع، وبالتالي يعد اعتداءا على حق المجتمع، لذلك فهو لا يمكنه التنازل عن حياته حتى تعريضها للخطر، أو الإنقاص من مقدرتها الوظيفية.[24] وبالتالي عدم حصول الطبيب على رضاء المتبرع قبل عملية استئصال العضو منه يعد خطأ، ويترتب بذلك مسؤوليته المدنية اتجاه هذا المتبرع بالعضو، ومسؤوليته الجنائية اتجاه المجتمع، بالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها، وبالخصوص إلى نص المادة 162 فقرة 2 منه نجدها تنص على ما يلي: وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب لدى رئيس المصلحة من هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يترك المتبرع حرا في التعبير عن إرادته، بل وضع شكلا معينا يتم من خلاله هذا التعبير، وهذا عن طريق وضع شروط تتمثل فيما يلي:

1-أن يكون التعبير عن رضاء المتبرع كتابيا.

2-أن يكون التعبير عن الرضاء بحضور شاهدين.

3-إيداع موافقة المتبرع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.

وسنتطرق فيما يلي إلى كل شرط على حد:

الفرع الأول: شكل رضا الواهب:

الشكل الكتابي لرضاء المتبرع:

المادة 2/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها جاءت صريحة باشتراط على من يتبرع بعضو من أعضائه أن تتم موافقة على ذلك بشكل كتابي، وهذا لمزيد من الحماية للمتبرع، فبذلك أراد المشرع تنبيه المتبرع على مدى خطورة التصرف الذي سيقدم عليه، ويعطيه الوقت الكافي إصدار رضائه بعد تفكير وتروي، وهذا ما يكفل له الحماية في عدم تعرضه لأي ضغط أو إكراه قد يجعل إرادته معيبة.[25]

---

[24] د. رياض الخاني- المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرفات بأعضاء الجسم البشري، المجلة الجنائية القومية، العدد 1 المجلد 21 مارس 1987 ص20.

[25] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص108.

حضور شاهدين:

بالإضافة إلى الشرط السالف الذكر المتعلق بالشكل الكتابي للرضاء، اشترط المشرع الجزائري في نفس الفقرة من المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها أن يكون تعبير المتبرع عن رضائه بحضور شاهدين، وهذا ضمان آخر يوفر مزيد من الحماية للمتبرع فالشخص بمفرده يمكن أن ينساق وراء أهوائه ويتسرع في إعطاء موافقته متأثرا ببعض الظروف المحيطة به، لكن وجود شاهدين قد يقلل من تسرعه وتأثره، فلهما دور كبير في تبصير المتنازل"المتبرع" وإرشاده بإعطائه نصائح في هذا المجال، فيأخذ وقته في التفكير قبل اتخاذ قراره.[26]

إيداع موافقة المتبرع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة:

فقط اشترط المشرع كذلك بالإضافة للشرطين السابقين أن تودع الموافقة الكتابية للمتبرع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، وهذا حتى ما إذا أراد المتبرع العدول عن رضائه يمكنه ذلك.[27]

يستخلص من المادة السالفة الذكر أن المشرع يستلزم إفراغ إرادة المتبرع في شكل خاص معين، لكن هل الشكلية هنا للوجود أو لمجرد الإثبات؟

من الواضح أن لهذا السؤال آثار عملية، في حالة وجود رضاء لم يأخذ الشكل المطلوب، ورجع المتبرع عن رضائه بعد تمام استئصال العضو، فإذا قلنا أن الشكل مطلوب لوجود الرضاء، كان معنى ذلك أن الرضاء لا يعد قائما، بحيث يكون من حق المتبرع أن يرجع في رضائه الذي لم يستوفي الشكل، وأن يطلب عدم زرع العضو للشخص الذي استئصال من أجله، وإعادة زرعه في مكانه، الذي استأصل منه.[28] أما إذا كان للإثبات فقط، فإنه يكفي التأكد من قيام رضاء شفهي أو مكتوب، وغير موقع من شاهدين كاملي الأهلية عن طريق اليمين أو الإقرار، للقول بعدم جواز الرجوع بعد تاريخ الاستئصال بحيث يكون منتجا لأثره في إباحة زرع العضو في جسم من استأصل منه من استرداده.

---

[26] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص109.

[27] نصر الدين مروك، المرجع نفسه.

[28] د. جاسم علي سالم الشامسي، نقل الأعضاء البشرية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى العدد 2، سنة 1999، ص46 / 47.

الفرع الثاني: خصائص رضاء الواهب

حتى رضاء المتبرع صحيحا ومنتجا لآثاره يجب أن يتميز عن غيره في المجالات الأخرى ببعض المميزات وهي:

- تبصير المتنازل

- أن يكون الرضاء بدون مقابل

- أن يكون الرضاء حر

وسنتطرق فيما يلي إلى كل ميزة على حدى:

1-تبصير المترع:

لقد نصت المادة 162 في فقرتها الأخيرة من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي تتسبب فيها عملية الاستئصال.

حسب نص هذه المادة ربط المشرع الجزائري رضاء المتبرع بواجب الطبيب بتبصيره حول منع المخاطر التي قد يتعرض لها في الحال، أو في المستقبل من جراء عملية الاستئصال، والتبصير ليس فقط بالمخاطر الطبية العادية بل ذهب القانون إلى أبعد من ذلك ألزم الطبيب أن يبصر المتبرع بالمخاطر أيضا، وهو ظاهر صراحة في نص المادة سالفة الذكر، وتشمل المخاطر المحتملة ما يصيب المتنازل حالا ومستقبلا، كما تشمل المخاطر التي تؤثر على الحياة الشخصية، العائلية والمهنية للمتبرع التي ستترتب على عملية الاستئصال، بأن يخبره إذا ما كان بإمكانه بعد هذه العملية أن يمارس عملا معينا من عدمه، أو أن يؤدي الالتزامات المفروضة عليه من الناحية الاقتصادية والاجتماعية أو لا، كما يجدر بالطبيب أن يطلع المتبرع على الحقيقة الكاملة، على خلاف المريض الذي يمكن للطبيب أن يخفي عليه بعض المخاطر التي يتعرض إليها إذا رأى أن حالته النفسية لا تسمح بذلك، وحتى يتحقق التزام تبصير المريض يجب على الطبيب استخدام لغة واضحة من قبل الشخص العامي والابتعاد عن المصطلحات التقنية لمهنة الطب كي يضعها تحت تصرف محاوره، ويجب أن يكون شرحه بسيطا، حقيقيا وواضحا، بالإضافة إلى كل ما سلف ذكره يشمل تبصير الطبيب للمتبرع كذلك إخطاره بالحالة الصحية لمتلقي العضو، وبالنتائج المنتظرة من عملية زرع العضو المتبرع به، لكن هل

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

إخطار المتبرع بحالة المريض مستقبل العضو يعد بمثابة إفشاء لسر المهنة الطبية الذي يعد خطأ يترتب مسؤولية الطبيب المدنية، وكذا الجنائية، لقد اختلفت الآراء فيما يتعلق بهذا التساؤل، وسنتطرق فيما يلي لمختلف الآراء التي جاءت في هذا الشأن، هناك من ينادي بتطبيق القواعد العامة في إفشاء سر المهنة، وبالتالي يعد حسب هذا الرأي مسؤولا الطبيب الذي يخطر المتبرع عن الحالة الصحية للمتلقي، بينما هناك رأي آخر يرى بأن إخطار الطبيب للمتبرع بالحالة الصحية لمتلقي العضو لا يعد إفشاء لسر المهنة، وبالتالي لا يترتب خطأ يقيم مسؤولية الطبيب، وهذا راجع إلى أن المتبرع يعد طرفا في عملية الاستئصال، فلولاه لما تحققت عملية زرع العضو، لذا فمن حقه معرفة الحالة الصحية للمتلقي، وبالرجوع للقانون الجزائري نلاحظ أن نص المادة 1 و 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها جاء فيها ما يلي: يضمن احترام/ المادة 206 شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلتزم به كافة الأطباء ما عدا الترخيص القانوني، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما، ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته. 1 و 2 من نفس القانون.

ونلاحظ كذلك نص المادة 162 ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي تتسبب فيها عملية الانتزاع، تلزم الطبيب بتبصير المتبرع عن الأخطار ومنه بما أن هذه المادة 162 المترتبة عن عملية الاستئصال، فإن إطلاع المتنازل على الحالة الصحية للمتلقي، وعلى النتيجة المنتظرة من عملية زرع العضو به لا يعتبر من قبيل إفشاء السر المهني، وهذا راجع للطبيعة الخاصة لعمليات زرع الأعضاء، واعتبار المتبرع طرفا في هذه العملية، وبالتالي المشرع الجزائري أخذ بالرأي الأول في الأعمال الطبية الجراحية العادية، أي بعدم مشروعية إفشاء السر المهني في نص المادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وأخذ بالرأي الثاني في مجال عمليات زراعة الأعضاء، أي 2 من نفس القانون، بمشروعية إفشاء السر المهني في هذه الحالة لنص المادة 162 هذا بالنسبة للقانون الجزائري، وما جاء فيه حول تبصير المتبرع أما بالنسبة للقوانين الأخرى، فإننا نجد كل التشريعات تأخذ بضرورة تبصير المتبرع كاملا وشاملا، فنجد نص المادة 3/671 من القانون الفرنسي المؤرخ في 29 جويلية 1994 على ضرورة إعلام المتبرع بالأخطار التي يتعرض لها بالنتائج المتوقعة واقتطاع الأعضاء، غير أن هذا النص لا يفرض إعلام المتبرع

بالنتائج المرجوة، وهذا مفاجئ لأن المتبرع بالأعضاء مخصص مبدئيا لمستفيد يملك صفة أب أو أم، ابن أو بنت، أخ أخت المتبرع 3 ،4 من القانون الفرنسي الخاص كما نجد نفس الشيء بالنسبة لنص المادة 4 بعمليات نقل الأعضاء 17 الصادر بتاريخ 31 جوان 1990 ونجد كذلك نفس الالتزام بتبصير المتبرع في نص المادة 23 من القانون التشيكوسلوفاكي الصادر بتاريخ 1986، وكذلك القانون الدانمركي رقم 246 الصادر بتاريخ 9 جوان 1967 والمتعلق بزراعة الأعضاء البشرية.

أما على الصعيد الأوروبي أو الدولي، تنص النصوص المتعلقة باقتطاع الأعضاء من أشخاص أحياء بالنسبة للمتبرع على قواعد مماثلة في مجموعها لقواعد التشريعات الفرنسية وخاصة فيما يتعلق بالمتبرع الراشد، أي ضرورة وجود موافقة حرة وأحيانا صريحة، كذلك إعلام المتبرع عن الخطر ونتائج الاقتطاع.

2-أن يكون الرضاء حرا:

بالإضافة إلى تبصير المتبرع حتى يكون رضاءه صحيح يجب أن يكون هذا الرضاء حرا.

ماذا يعني بالرضاء الحر؟

هو الرضاء الذي يكون بإرادة صحيحة لا يشوبها عين من عيوب الإدارة كالغلط، الإكراه، التدليس، الغبن، والاستغلال.[29] لكن المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها لم يذكر الرضاء الحر للمتنازل صراحة بل يمكن استنتاجه من نص المادة 162 فقرة 2 منه التي جاء فيها: لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطاء الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة.

نستنتج من هذه المادة أنه بما أن المشرع الجزائري اشترط تبصير الطبيب لمتبرع بالأخطار الطبية التي قد تسببها عملية الاستئصال لما قد سلف إيضاحه سابقا، فإنه بطريقة غير مباشرة يشترط أن يكون رضاء المتبرع حرا، بمعنى صادر من متبرع يتمتع بكامل قواه العقلية وقادر على تكوين رأي صحيح حول موضوع الرضاء دون أن يتعرض لأي ضغط أو

[29] انظر- المواد من 80 – 90 من القانون المدني الجزائري.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

إكراه، لكن عدم النص صراحة من قبل المشرع الجزائري على ضرورة الرضاء الحر للمتبرع يجب أن لا يطرح أي مشكلة لأنه يوجد مبدأ قانوني لا يعتبر الموافقة مشروعة إلا إذا تم التعبير عنها بحرية، وبالتالي كانت خالية من عيوب الرضاء.

كما أن الفقه يذهب إلى أكثر من ذلك فيشترط ضرورة إخضاع المتبرع إلى الفحوص الطبية النفسية للتأكد من عدم وجود ضغوط نفسية عليه تعيب إرادته، كما يجب التأكد من أنه غير خاضع لضغوط عائلية إذا كان هذا المشرع من أقارب المستقبل للعضو، وإخطار عائلته بنتائج هذه الضغوط الممارسة عليه، من الملائم أن نحدد ما يمس الجسم جسديا ولكن ما G.CORNU واستنادا للعميد يمس جسم الفرد يمس حريته وبالمقابل المحافظة على الحرية له جوانب جسدية تبدو متوافقة للغاية مع دراسة نصوص القوانين G.CORNU هذه الملاحظة للعميد الجديدة، فهل تعتبر الحماية التي يجب أن ترافق التبرع بالأعضاء أو أجزاء الجسم، والنصوص المتعلقة بالعمليات الجراحية الطبية كافية لتأمين الاحترام الموجب لذلك والذي بسبب صغر سنه أو بسبب اختلال ملكاته العقلية لا يدرك نتيجة تصرفاته.

تنص المادة 2 من المرشد الثالث من المبادئ الموجهة لنقل الأعضاء البشرية التي تبنتها منظمة الصحة العالمية في 13 ماي 1991 يجب ألا يخضع المتبرع لأي نفوذ أو ضغوط تعسفي.

سوف نتناول أولا الراشدين عديمي الأهلية ثم حالة القصر، وبعده المتهمين والمحكومين وسجناء الحرب وأخيرا حالة الاقتطاع الإجباري للأعضاء.

الراشدين عديمي الأهلية:

الراشد عديم الأهلية هو الشخص الذي تقلت أهليته القانونية قضايا، أو ألغيت بسبب تلف ملكاته العقلية أو الجسمية أما الأهلية فهي نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء.

فأهلية الوجوب هي: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، أما أهلية الأداء فتعرف بأنها صلاحية الشخص لاستعمال الحق وقد جاء في نص المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها ما يلي: يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

هذه الفئة الأخيرة التي نحن بصدد دراستها والمتمثلة كما هو عليه في نص المادة في الراشدين المحرومين من قدرة التمييز، لكن المشرع الجزائري لم يحدد لنا من هم الأشخاص المحرومين من قدرة التمييز، وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد القانون المدني في المادتين 42، 43 يحدد هذه الفئة الراشدة عديمة الأهلية، والمتمثلة في من اعتراه جنون أو علة، أو سفه أو الغفلة.

فالمشرع الجزائري اعتبر المجنون والمعتوه معدومي الأهلية، وبالتالي تصرفاتهم باطلة بطلان مطلقا، لدى استبعدهما من أن يكونا طرفان في علاقة محلها نقل عضو من أعضاء الجسم، هذا بالنسبة للمجنون والمعتوه، لكن هل يعد السفيه وذو الغفلة فاقدا للأهلية؟ بحيث لا يمكنه التبرع بأحد أعضائه للغير؟ للإجابة على هذا السؤال يجب توجيه النظر إلى مفهوم السفه والغفلة، السفه هو تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل كالتبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف تصرفات لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا، كدفع المال إلى المغنين وشراء الحمامة الطيارة بثمن غال، والغبن في التجارات من غير محمده.

يتضح من هذا التعريف أن السفيه بالمعنى الضيق هو تبذير المال وإسرافه على غير ما يقتضيه العقل، أما الغفلة فهي الغش في المعاملات المالية.

أما السفيه الواسع فيشمل الأمرين معا، من هذا يتبين أن السفه والغفلة وصفان يتعلقان بالمال على أي حال، ولا علاقة لهما بقدرة الإنسان على تقدير مصالحه في غير مجال المال، ولما كان التصرف على الأعضاء البشرية هو من الأصل غير مالي، فإنه لا أثر لهما على صحة التصرف الذي يصدر من السفيه، وذو الغفلة، والحجز على أي منهما لهذا السبب لا يؤثر على أهميته في التصرف بأعضائه ما دام كامل العقل ليس به جنون أو تعه، وقد منع القانون الفرنسي الاقتطاع من جسم عديم الأهلية من أجل التبرع والراشد عديم الأهلية يعد كائن ضعيف قابل للتأثر، وعليه يجب على وليه الشرعي التدخل فقط لمصلحته، وليس لهذا الراشد عديم الأهلية أي مصلحة باقتطاع عضوه لإنقاذ حياة شخص آخر، حيث أنه لا يمكنه الشعور بالرضاء الشخصي والمعنوي الناتج عن مبادرته الكريمة، وبالتالي لا

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

يمكن للجراح اقتطاع عضو من راشد عديم الأهلية، وإن حصل ذلك على موافقة وليه الشرعي، فعلى خلاف إبرام التصرفات القانونية التي يستطيع الولي إعطاءه موافقة عليها فإنه لا يمكنه الموافقة على اقتطاع الأعضاء.

القصر:

إن رضاء القاصر أثار مشاكل وجدلا فقهيا حادا نتج عنه اتجاهين وهما:

أولا: جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء.

ثانيا: عدم جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء.

فالأول يرخص بإخضاع القاصر كالراشد لعمليات نقل الأعضاء ولكن بشروط محددة على سبيل الحصر، أما الثاني فيقرر عدم جواز إخضاع القاصر إلى أية عملية استئصال مهما كان السبب، وسنتطرق فيما يلي إلى تفصيل الاتجاهين كل على حدا:

الاتجاه الأول: جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء

استند أصحاب هذا الاتجاه لتبرير رأيهم لما استقر عليه القانون الطبي حاليا من ضرورة الاعتراف للقاصر المدرك بالأهلية المدنية الصحيحة أكثر اتساعا من تلك الممنوحة له في إطار القانون بصفة عامة وقد أخذ بهذا الإتجاه كل من التشريع الفرنسي والدنمركي والبرازيلي، وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية وتختلف نطاق الأهلية الممنوحة للقصر من تشريع إلى آخر.

ففي التشريع الفرنسي:

نصت المادة 2 فقرة 1 من المسمى CAILLAVET تحت رقم 1181/ 76 الصادر بتاريخ 1976/12/22 الخاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء على ما يلي: "إذا كان المتنازل قاصرا فإن الاستئصال لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيقه أو شقيقته، وفي هذه الحالة فإن الاستئصال لا يتم إلا برضاء الممثل القانوني أو موافقة لجنة الخبراء.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

يتضح من خلال ما تقدم أن القانون الفرنسي لم يأخذ في هذه الحالة بقبول المتنازل إلا أنه يطالب بالحصول على رضاء ممثله القانون إذا كانت عملية الزرع ستتم لشقيقه أو شقيقته.

وقد نص القانون الفرنسي في المرسوم التنفيذي رقم 78/801 على شروط لا بد من توافرها لإمكان استئصال العضو من جسم القاصر وهذه الشروط هي:

1-أن يكون المتنازل القاصر أخا أو أختا للمتلقي.

2-الحصول على موافقة الممثل القانوني.

3-الحصول على موافقة لجنة الخبراء، والتي تنحصر مهمتها في تبصير القاصر بجميع النتائج التي تترتب على عملية الاستئصال.

تتشكل لجنة الخبراء من ثلاث خبراء على الأقل أو اثنين من الأطباء كان لأحدهما من ممارسة مهنة الطب مدة لا تقل عن 20 عاما.

4-سماع اللجنة للقاصر إذا كان قادرا على التعبير عن نفسه ومدركا للنتائج المترتبة عن عملية الاستئصال وإذا كان القاصر مميزا واقترب من سن الرشد المتمثل في القانون الفرنسي في 18 سنة فإنه يعد بالرضاء الصادر منه وحده ولا يكون رضاء ممثله إلا على سبيل الاحتياط.

في القانون الدانمركي:

قررت المشرع الدنمركي في المادة 1 من القانون الدنمركي الصادر سنة 1967 ما يلي: يصدر الرضا من شخص بالغ 21 سنة وإذا وجدت أسباب خاصة للتدخل الجراحي يمكن مباشرته بناءا على الرضا الصادر ممن هو أقل من 21 سنة بشرط موافقة الولي أو الوصي على ذلك.

وهكذا يمنح هذا التشريع للقاصر الأهلية إذا وجدت أسباب خاصة كما في حالة نقل كلية منه إلى أخيه المصاب بفشل كلوي، وبشرط رضاء الولي على هذه العملية.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

التشريع الأمريكي:

يأخذ المشرع الأمريكي برضاء القاصر في مجال زراعة الأعضاء البشرية إذا كان قد بلغ سن الإدراك المتمثل في 14 سنة، وبشرط الحصول على موافقة ممثله الشرعي، وفي حالة رفض هذا الأخير السماح للمتنازل القاصر بالتنازل عن عضو من أعضائه، فإنه يجب اللجوء إلى المحكمة التابعة لها محل إقامة القاصر للحصول على موافقتها، بعد أن تقدر بدورها الفوائد والمخاطر المترتبة على إجراء العملية.

الإتجاه الثاني: عدم جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء

يستند أصحاب هذا الرأي إلى حجة مؤداها أنه إذا كانت التصرفات المالية للقاصر المميز يعترف بصحتها عندما تكون نافعة نفعا محضا له، فإن هذه التصرفات تكون باطلة متى كانت ضارة ضررا محضا له.

فما هو الحال بالنسبة لتنازل القاصر عن جزء من جسمه، التصرف الذي لا يعود عليه بأي مصلحة بل على العكس يمكن أن يعرضه لمخاطر جسمية قد تؤثر على حياته أو صحته، فالقاصر حسب أصحاب هذا الرأي لا يملك حق التصرف في جسمه، كما أنه لا يجوز بالاعتداء بالرضاء الصادر عن من ينوبه قانونا لأنه لا يجوز من يمثله في هذا المجال، لأن فكرة النيابة القانونية للولي تقوم على أساس مراعاة مصلحة القاصر، واستئصال عضو من جسمه لا ينطوي على أدنى منفعة له، ومن ثم تخرج تماما عن حدود هذه الولاية كما أن حجة تنازل أخ لأخيه أو لأخته صعب الأخذ بها في الواقع، لأنه لا يمكن تصور أو قبول أن يمارس أحد الوالدين سلطته لحماية أحد أبنائه على صحة ابن آخر، ويأخذ بهذا الاتجاه بعض القوانين كالقانون الكويتي، القانون اللبناني، القانون التشيكي، التشريع اليوغسلافي والقانون الجزائري.

ففي التشريع الكويتي:

تنص المادة 03 من القانون رقم07 لسنة 1983 سالفة الذكر على أنه:" **وفي جميع الأحوال يشترط أن يقل سن المتبرع أو الموصي عن ثماني عشر سنوات ميلادية**".

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

أما التشريع التشيكي:

تنص المادة 08 من القانون المدني على أن:" **يتحدد سن الرشد ببلوغ الشخص 18 سنة ميلادية من عمره، ولا يستطيع القاصر أن يعبر عن أي رضاء صحيح**" ، ويذهب الرأي الغالب في الفقه التشيكي إلى عدم جواز الاعتداء برضاء الممثل الشرعي نيابة عن القاصر في عمليات استئصال الأعضاء نظرا لطابعها الشخصي البحت.

التشريع اليوغسلافي:

هذا التشريع يستبعد في مادته 02 رضاء القاصر أو ممثله الشرعي في مجال عمليات استئصال الأعضاء بسبب طابعها الخاص.

القانون الجزائري:

نجد رأي المشرع الجزائري حول هذا الموضوع في نص المادة 163 فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيته التي تنص عللا ما يلي:" يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر"، فالمشرع الجزائري يمنع خضوع القاصر لعمليات استئصال الأعضاء من جسمه، ولا يعتد بالرضاء الصادر منه،ولا ممن يمثلهم قانونيا ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه الثاني وهو الاتجاه الملائم، لأن استبعاد القاصر من عمليات استئصال الأعضاء يجعله في مأمن من أن يقع تحت تأثيرات أدبية أو معنوية، إذ ما هو معروف عن القاصر أنه ليست له الملكات الذهنية الكاملة لإدراك عواقب ما هو مقبل عليه، أما بالنسبة لاستبعاد المشرع للولي، الوصي والقيم من مجال تمثيل القاصر في مثل هذه التصرفات، فمرده هنا إلى اعتبار التعامل بجسم القاصر خارجا عن دائرة المعاملات المالية، فإذا كان الممثل القانوني يتولى إدارة أموال القاصر بما يعود عليه بفائدة فإن رضاء الممثل القانوني هنا باستئصال عضو من جسم القاصر بغرض زرعه للآخر، سواء كان لشقيقه أو للغير، مرفوض في نظر المشرع الجزائري، خاصة وأننا ندرك بأن منفعة علاجية تعود على القاصر في مثل هذه العمليات بل بالعكس يمكن أن يسبب له مخاطر، وهذا الاستئصال اعتُبِر مصدر خطر كبير يهدد حياته، لذا استبعده بنص صريح لا يقبل أي مجال للتفسير، القياس أو التأويل.

المعتقلين والمحكومين وسجناء الحرب:

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

هل يستطيع الشخص المحروم من حريته الجسدية الموافقة قانونا على اقتطاع الأعضاء من جسمه؟ بما أن رضاء المتبرع يجب أن يعبر عنه بكامل حريته، فإن رضاء المحبوس والمحكوم عليه بالإعدام باستئصال عضو من أعضائه ليس صحيحا قانونا، لأن المرء قد يحاول بشكل مباشر لفت انتباه السلطة الحكومية نحوه للحصول على مكافآت، أو الإنقاص من العقوبة، أو على مزايا أخرى استثنائية وبالمقابل يمكن للمرء التساؤل فيما إذا كانت هذه الموافقة انتزعت تحت سلطات الخوف، أو تحت الضغط بمنحه بعض المزايا.

فحسب هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري منع المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المدنية أثناء تنفيذ عقوبته، ومنه غير أهل لمباشرة بقية التصرفات، وخاصة تلك المتعلقة بصحته وسلامة جسمه، بالإضافة إلى أن الحالة النفسية التي تصاحب السجين داخل السجن من شأنها أن تعيب إرادته. في المؤتمر الخاص بحياد الطب، الذي عقد في روما 1986 وقد عبر البروفيسور F.P RIQUE، عن خشية من انه لو سمح للمحبوس باقتطاع عضو من أعضائه فإن بعض الجهات التي يتبعها هذا المسجون ستقوم بإنشاء بنوك للأعضاء البشرية.

كما انتقد البروفيسور WERNER FORSMAM الحائز على جائزة نوبل في الطب سنة 1965 زميله الدكتور BERNARD مذكرا إياه بأن المحكمة العسكرة لنورمبورغ قد قضت على البروفيسور KARL بعقوبة الإعدام لاقترافه جرائم ضد الإنسانية، بسبب استخدام عظام ورباط مساجين في صحة جيدة من أجل تجارب نقل وزرع الأعضاء دون موافقة ذوي الشأن وعلى ذلك فإن المشروع المقدم إلى المؤتمر الدولي لحياد الطب والخاص بمشروعية نقل وزرع الأعضاء في زمن الحرب، قد منع منعا مطلقا استئصال الأعضاء من الأشخاص المحبوسين، أو الخاضعين لسيطرة قوة أجنبية، أو معادية لمصلحة رعاياها، أو الموالين لها، كما منع استئصال أي عضو من شخص مسلوب الحرية خاضع للتمييز العنصري، وقد صاغت لائحة قسم الصحة التعليمية والرفاهية في الولايات المتحدة الأمريكية مضمون هذا الالتزام بقولها :" **ينبغي أن يصدر الرضاء من شخص في حالة تسمح بالتعبير عن إرادته الحرة وأن لا يكون ضحية مؤثر، أو أي شكل من أشكال القوة، أو التدليس، أو الغش، أو الكره**". لكن هل يمكن أن يكون هذا

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

الرأي جازما فيما يتعلق بالموقوفين الخاضعين للقانون؟، أمن الواجب أن ننزع من هذه الفئة أي إمكانية لإصلاح أنفسهم شخصيا من خلال شعورهم بفائدتهم الاجتماعية.

إن هذا ليس مؤكدا لأنه لا يوجد أي سبب مقبول لمنع هؤلاء المحكومين، أو الموقوفين من الخضوع لاقتطاع الأعضاء لإنقاذ أحد أفراد عائلتهم، ويجب أن نلاحظ الحذر الكبير فيما يخص حرية قرار المحكوم، فيجب ألا يكون سبب الموافقة أي وعد، أو تهديد ويؤكد R. DIERKENS على أنه :" يجب أن نرفض كليا أي تعويض مهما كانت طبيعته كمنح حرية مسبقة، أو تخصيص مزايا معينة، أو تعويض مادي ويمكن تبرير ذلك بان المحكوم هو في الواقع كائن بشري، ورغم حرمانه من الحرية إلا أن شعور الطيبة والمحبة والكرم، يمكن أن يدفعه للتبرع بأحد أعضائه، ومن جهة أخرى، تتوافق سياسة الإصلاح الاجتماعي مع هذا الرأي إذا كان هدف العقوبة حاليا هو إعادة إدماج مرتكب الجنحة مع المجتمع، وفي عام 1961 رغب J.L.ESTINGOY الذي كان محكوما عليه بالإعدام بالتبرع بجسمه للعلم لفائدة البشرية، فاقتطعت كليتيه ثم زرعت عند مريضين كانا يعانيان من قصور كلوي ونشير كذلك إلى أن وزير العدل الفرنسي سمح منذ أكثر من 20 سنة تقريبا لأحد الموقوفين، والذي كان يبلغ من العمر 32 سنة، وكان محكوما بـ 20 سنة مع الأشغال الشاقة، بالتخلي عن كليته لشقيقه الحي الذي كان يعاني من قصور كلوي، ولكن بعد الفحوصات الطبية تبين عدم التوافق بينهما الموقوف الخاضع وقد سمح القانون الفرنسي المؤرخ في 1994/07/29 للقانون العام بالتخلي عن أحد أعضائه لمصلحة أحد أفراد عائلته الذي لا يمكن أن يكون إلا أب أو أم، ابن أو بنت، أخ أو أخت المتبرع. ولكن قد يطرح السؤال أيضا المتمثل في هل يمكن في بعض الحالات اقتطاع الأعضاء بشكل إجباري من شخص ما للتكفير عن احد أخطائه؟

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

الاقتطاع الإجباري للأعضاء:

إذا ارتكب مثلا سائق سيارة خطأ كبير أثناء القيادة، فسبب حادثا جرح به شخصا بشكل خطير مما يؤدي إلى استئصال كليته، فهل نستطيع إجبار السائق المخطئ على استئصال كليته والتبرع بها لإنقاذ ضحيته؟

وقد كتب أيضا M.SAINT.PLANCAT أنه إذا أطلق أحد الأشرار عدة طلقات من باروده على شرطي فأصابه في كليته، ولم يعد من الممكن إنقاذه إلا باللجوء إلى زرع الأعضاء هنا يتساءل المؤلف، لماذا يسمح القانون بإعدام الجاني بالمقصلة في حين أنه يدافع عن اقتطاع كليته لإنقاذ ضحيته؟

وقد سمح القانون الفرنسي رقم614 المؤرخ في 14 أفريل 1954 بالحصول تحت طائلة السجن على دم الشباب المنتمين لبعض الفئات التي لم تؤد الخدمة الإلزامية، وقد كانت حالة الجيش والصحة العامة، هي سبب هذا الاقتطاع، ويمكن للمرء أيضا أن يتخيل ووجود التزام بالتبرع بالدم من أجل الحوادث الأخرى تطبيقا لنصوص قانون العقوبات المتعلقة بإهمال تقديم المساعدة لشخص في خطر، وقد أيد هذا الفقيه الألماني KARL ENGICH حيث ذكر أن ضرورة الحصول على موافقة المتبرع له لم تعد موضوع نقاش بالنسبة لخطورة الحالة ولواجب الطبيب بإنقاذ المستفيد من نقل الدم بأي ثمن، حيث حياته في خطر، وحيث يوجد قرابة وثيقة مع المتبرع الذي يعارض الاقتطاع.

أما الفقيه J.DOLL يعتقد أنه لا يمكن أبدا إجبار مرتكب الفعل الضار بالتعويض عن خطأه من خلال خضوعه لعمل جراحي، ورغم أن الفقيه J.DOLL لم يشرح رفضه إجبار مرتكب الفعل بالتعويض عن طريق خضوعه لعمل جراحي، إلا أن المنطق والبداهة يفرضان ذلك الموقف.

3- أن يكون الرضا بدون مقابل:

بالإضافة إلى ميزة حرية رضاء المتبرع، من ميزات رضاء المتبرع أن يكون بدون مقابل وهذا ما جاء في نص المادة: 161 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص على ما يلي: **ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملات مالية**، والتي استبعد فيها المشرع الجزائري المقابل المادي في مجال زراعة الأعضاء البشرية ذلك، لأن جسم الإنسان أغلى من ن يقوم بمال، ولآن القيم الإنسانية تسمو على المال، ولما كان الحب هو أسمى هذه القيم، فإن الإنسان يستطيع بدافع الحب أن يتنازل عن عضو من أعضائه لشخص آخر.

كما يرى الفقيه SAVATIER في هذا الصدد: إن التصرف في كل ما يتصل بجسم الإنسان كالدم أو الأعضاء يجب أن يكون تبرعا، ولهذا لا يجب أن يكون المتنازل عن دمه أو عضو من أعضاء جسمه شخصا معروفا، بمعنى أنه لا يجب أن يحصل على قوته من تجارة الدم أو أعضاء الجسم ومعظم التشريعات التي تناولت عمليات نقل وزرع الأعضاء أقرت بمبدأ التنازل بدون مقابل، فنجد قانون الصحة العمومية الفرنسي رقم: 54/946 يمنع تعويض المتبرعين، إذ جاء فيه: **لا يعطى للمتبرع أي عوض من أي شكل كان مقابل التبرع بأعضاء جسمه**. كما أنه لتفادي أي اتجار بالأعضاء، جاءت المادة 12/665 من قانون الصحة العمومية الفرنسي تمنع كذلك الإشهار لصالح التبرع بالأعضاء لشخص، مؤسسة أو منظمة معينة، لكنها تحث على إعلام الجمهور في مجال زراعة الأعضاء البشرية وهذا حتى تزيد نسبة التبرعات في هذا المجال، ويتم هذا الإعلام تحت مسؤولية وزارة الصحة، وبالرجوع للقانون الجزائري لا نجد في نصوصه ما يمنع الإشهار لصالح التبرع بالأعضاء، وهذا يعد فراغ قانوني يجب التطرق إليه، إذ سكوت المشرع الجزائري في هذا المجال متناقض مع المبدأ المنصوص عليه في المادة 161 فقرة2 من قانون حماية الصحة وترقيتها الذي يرى أن التبرع بالأعضاء يكون بدون عوض، وهذا ما نتج عنه ظاهرة نشر إعلانات في الجزائر في جريدة المساء مفادها استعداد أشخاص لبيع أعضاء من أجسامهم لكن إذا كان الأصل هو عدم جواز التصرف بمقابل مادي في أجزاء جسم الإنسان، هذا لا يمنع أن يقدم له مقابل معنوي في شرف إنقاذ حياة إنسانية، وذلك عن طريق منحه المزايا الاجتماعية تعويضا لما أصاب المتبرع من أضرار وأخطار.

أما الأضرار فهي تتمثل في فقد أجر عمله أثناء القيام بالعملية أو إنقاص قوته الجسدية، وضرر أدبي يتمثل في إحساسه بفقد أحد أعضائه وبصفة عامة كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ويمكن أن يمنح المعطي تعويض في مقابل هذه الأضرار، مع ملاحظة أن التعويض يقصد به التخفيف من هذه الأضرار فقط وليس مقابل العضو في ذاته، وهذا ما أخذ به قانون بنوك الدم المصري رقم 178 الذي ينص على تعويض المعطي، ومن الملاحظ أن دفع هذا التعويض للمتبرع لا يقلل من كون تصرفه تبرعا إذ أن الجهة التي تدفع هذا التعويض ليست طرفا في التصرف.

أما الأخطار فيمكن أن تغطي بالتأمين، وعلى كل مستشفى مصرح فيه بإجراء عمليات اقتطاع الأعضاء أن يبرم تأمينا خاص يغطي أخطار الاقتطاع، وهذا الالتزام بإبرام تأمين هو التزام قانوني يجب أن يفرضه القانون، وليس التزام اتفاقيا ينشئ عن أطراف عملية زرع الأعضاء، وهذا حتى لا يؤثر على الصيغة التبرعية لهذه العملية بالإضافة إلى المزايا السالفة الذكر يمكن منح المتبرع مزايا اجتماعية أخرى تعتبر حافزا له، كمنحه دبلوما أو وسام استحقاق أو شهادة تقديرية أو ميدالية، بل وليس هناك ما يمنع من منحه معونة مالية لتحسين نظامه الغذائي إلا أن القانون الجزائري، ومع الأسف، لم ينص على مثل هذه المزايا التي من شأنها أن تثير روح التبرع في وسط الناس فيقبلون على التبرع بأعضاء من جسمهم مطمئنين عن حياتهم سواء الاجتماعية أو المهنية أو النفسية بعد عملية استئصال العضو منهم.

المطلب الثاني: رضى المريض:

القاعدة العامة أنه يلزم لقيام الطبيب بإجراء عملية جراحية الحصول على موافقة أو رضاء المريض، وتخلف هذا الرضاء يجعل الطبيب مخطئا، ويكون مسؤولا مدنيا عن ذلك حتى ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرة لهذه العملية.

ولكن رضاء المريض لا يعني إعفاء الطبيب من المسؤولية بل يسأل طبقا للقواعد العامة عن الخطأ الصادر منه أثناء العلاج أو الجراحة.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

وتزداد أهمية الحصول على رضاء المريض كلما العلاج أو الجراحة أمر ينطوي على كثير من المخاطر، مما يتطلبه، إلى جانب الحيطة، أخذ رضاء المريض بذلك، وعملية زراعة الأعضاء البشرية لا تخلو من الخطورة، لدى من الضروري الحصول على رضاء المتلقي وموافقته على هذه العملية، كما أن الهدف من هذا مخاطر الرضاء تنبيه المتلقي بأهمية العملية الجراحية التي سيخضع لها، ولما ينطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها مستقبلا، وبالتالي لا يمكن القول أن دخول متلقي العضو للمستشفى يعد حجة على أنه رضاء منه مقدما بكل أنواع العلاج الذي يراه الطبيب لازما في حالته الصحية.

ولدراسة رضاء المتلقي يجب التطرق إلى النقاط التالية:

ضرورة الحصول على رضا المريض:

أهلية المريض: الالتزام بتبصير المريض:

الفرع الأول: ضرورة الحصول على رضى المريض:

من حيث المبدأ يصدر الرضاء من المريض شخصيا، طالما أنه في حالة تسمح له بذلك نعني بذلك أن يكون بالغا، قادرا على التعبير عن إرادته، وفي مجال زراعة الأعضاء البشرية المبدأ هو أن يصدر الرضاء من المتلقي شخصيا ولا يكون رضائه صحيحا إلا إذا صدر عنه وهو بالغا وفي وعيه التام، فموافقة المتلقي على إجراء عملية الزرع تعني مشاركته في تحمل مخاطرها، وهذه المشاركة تفرض الأهلية القانونية الكاملة للمتلقي لكن استثناءا يمكن الاستغناء عن رضاء المتلقي في الحالات التي يكون فيها في وضع لا يسمح له بإبداء ذلك الرضاء لكونه في غيبوبة في الوقت الذي تستدعي حالته التدخل السريع، أو كان ناقص الأهلية.

وبالتالي سنتطرق فيما يلي إلى كل من رضاء الذي يصدر عن المتلقي كمبدأ عام ثم إلى الاستثناء الوارد على هذا المبدأ.

بالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها، وبالخصوص للمواد المتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد سنا معينا يعتبر فيه المتلقي أهلا للتعبير عن رضائه بعملية زرع العضو، كما تجدر الملاحظة أن أهلية

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

المتلقي تختلف عن ما هو عليه بالنسبة للمتبرع، إذ هذا الأخير يشترط فيه أن يكون بالغا سن الرشد حتى يتمكن من التبرع بعضو من أعضائه، بينما المتلقي قد يكون بالغا سن الرشد كما قد يكون قاصرا أو عديم التمييز وفي غياب مثل هذا التحديد في قانون حماية الصحة وترقيتها يمكننا أن نلجأ للقانون المدني كشريعة عامة الذي جاء في المادة 40 منه ما يلي: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة.

ونستنتج من هذه المادة أن كامل الأهلية هو الشخص الذي يتوفر فيه الشرطين التاليين:

بلوغ سن الرشد وقد حددت نفس المادة في فقرتها الثانية سن الرشد بتسعة عشر سنة التمتع بقواه العقلية.

وبالتالي كخلاصة لما سبق يمكن أنه حتى يتمكن المتلقي من التعبير عن رضائه يجب أن يكون بالغا سن تسعة عشر سنة ومتمتع بقواه العقلية، وإلا كان رضائه باطلا، ولا يمكن للطبيب الاحتجاج به لدفع مسؤوليته القائمة على أساس خطأ رضاء المتلقي، كما أن ضرورة الحصول على رضاء المتلقي يجب أن يحترم، حتى وإن كان رفضه لعملية زرع العضو قد يعرض حياته للخطر، فعلى الطبيب في هذه الحالة احترام إرادة المتلقي وإلا قامت مسؤوليته سواء المدنية أو الجنائية، لكن يثور التساؤل هنا حول مسؤولية الطبيب عندما يكون تدخله ضروري، ولا يتدخل احتراما إرادة المتلقي، فهل يعاقب هذا الطبيب لعدم مساعدة شخص في خطر؟

لا يعاقب هذا الطبيب إذا لم يكن المتلقي معرض لخطر بل أكثر من ذلك قد يكون مسؤولا إذا ما تدخل دون رضاء المتلقي، لكن على الطبيب في هذه الحالة الحصول على ما يثبت رفض المريض كتابيا وهذا ما نصت عليه المادة 49 من المرسوم رقم 276/92 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب إلا أن احترام إرادة المتلقي لها حدود، فقد تقوم مسؤولية الطبيب لعدم تدخله رغم رفض المتلقي لذلك في حالة ما إذا كانت إرادة المريض ورفضه تم الحكم أن رفض الدم من قبل المريض يترتب خطأ يحرم هذا الأخير من الحياة، مما يقيم المسؤولية المشتركة والطبيب هذا الرأي أخذ به بعض المؤلفين بسبب أنه مطابق للاجتهاد الذي يعترف بالمسؤولية المشتركة في حالة خطأ الضحية.

لكن قد تم نقذه من قبل البعض الآخر يرى أن من اليقين أن عناية نقل الدم هذه قد تجنب للملتقى الضرر، فإن هذا الأخير برفضه لهذه العملية قد نفى الرابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر.

كما أن حرية رفض المتلقي لعملية النقل ليس مطلقة، بل يجب التفرقة بين ما إذا كانت هذه العملية خطيرة أو كانت عملية بسيطة وعادية لا ترتب أي خطر على حياة المتلقي، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الضحية المتلقي يرتكب خطأ إذا رفض عملية بسيطة وترك للسلطة التقديرية للقاضي نقطة تحديد مدى خطورة أو بساطة العملية 1 قد تبنى الفقه هذه الفكرة، فتم اعتبار عمليات نقل الدم قبيل العمليات البسيطة، لكن الآثار المحزنة التي نتجت عن عمليات نقل الدم كالعدوى من مرض فقدان المناعة المكتسبة الإيدز أو أمراض أخرى، أدت إلى إعادة النظر في اعتبارها من قبيل العمليات البسيطة، إذ أن بالرغم من تعميم التحاليل الطبية للدم المتبرع به إلا أن العلماء يرون وجود خطر حتى وإن كان قليل يبرر رفض المتلقي لعملية نقل الدم وهذا ما يبرر تشدد القضاء في ميدان نقل الدم لدرجة أنه أصبح يوقع على عاتق الطبيب التزام بالضمان أو السلامة اتجاه المريض المتبرع له، وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس بتاريخ 1991/11/28.

هذا بالنسبة للقاعدة العامة المتمثلة في أن الرضاء يصادر من المريض نفسه، لكن إذا كان المريض لا يستطيع إعطاء موافقته على زرع الأعضاء فمن الذي سيعطي الموافقة عليها؟

وسنتطرق فيما يلي إلى الاستثناء الوارد على هذه القاعدة.

الفرع الثاني: أهلية المريض:

لقد تناولنا فيما سبق مبدأ ضرورة صورة الرضاء من المتلقي شخصيا لكن هذا المبدأ كما سلف ذكره غير مطلق، إذ قد يصدر الرضاء من أهل المتلقي أو ممثله الشرعي وهذا في حالة ما إذا كان المتلقي عديم الأهلية وعدم الأهلية يمكن أن تكون عدم أهلية قانونية أو عدم أهلية فعلية.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

عدم الأهلية القانونية:

يطرح في هذا الصدد سؤال عام وهو: هل يجب أن تنبعث القرارات المتعلقة بصحة عديم الأهلية منه فقط أم من وليه الشرعي؟

يقودنا الجواب عن هذا السؤال إلى تحليل القواعد القانونية التي تشترط ضرورة موافقة الولي الشرعي لعديم الأهلية، ثم شرح مفهوم الأهلية الطبيعية أي التمييز الذي يتعارض مع الأهلية القانونية.

القواعد القانونية:

لقد جاء في نص المادة 3/166 ما يلي: وإذا تعلق بأشخاص لا يتمتعون 122 بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أم الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة.

نلاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد منح التعبير عن إرادة المتلقي العديم الأهلية القانونية في مجال زرع الأعضاء للأب أو للأم أو الولي الشرعي، غير أنه استثنى من دائرة عديمي الأهلية القانونية القاصر الذي خصص له فقرة أخرى من نفس المادة وهي الفقرة الرابعة واشترط أن يكون الرضاء صادر عن الأب وإن تعذر الحصول على موافقة الأب اللجوء للولي الشرعي ولا نعلم ما هي الفائدة والأهمية التي يريد المشرع الجزائري الوصول إليها من هذه التفرقة والاستثناء.

غير أنه إذا كان المتلقي في حالة يستطيع فيها التعبير عن إرادته وأنه قادر على فهم وإدراك المخاطر التي سيتعرض لها من جراء زرع العضو له، فلا مانع صدور القبول والرضاء منه وذلك لأن القرار الصادر في قبول عملية الزرع هو قرار شخصي، يجب صدوره عن المتلقي نفسه لأن هذه العملية تهمه في المقام الأول، لذلك يجب أن يعطي رضائه فيها شخصيا، أما الرضاء الصادر عن ممثله القانوني فهو يأخذ شكل المساعدة والمعاونة على فهم خطورة عملية الزرع وتقدير أهميتها بالنسبة لحالته الصحية، ولذا يجب تكملة رضاء القاصر بقبول من ممثله القانوني.

أما القانون الفرنسي فقد أخذ بحلول موافقة الوالي الشرعي محل موافقة عديم الأهلية، فحسب هذا القانون إذا تعلق نقل الأعضاء بقاصر غير مأذون بإرادة ماله فيجب الحصول على موافقة كل من الأب والأم معا فسبب خطورة

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

نقل الأعضاء كان القرار يتخذ بشكل مشترك من قبل الأبوين وبالتالي لا يمكن أن يطبق هنا المبدأ الذي نصت عليه المادة 2/372 من القانون المدني الفرنسي والذي يعتبر أن كل زوج قد تصرف مع موافقة الزوج الآخر بالنسبة للعمليات البسيطة.

وعند عدم الاتفاق يمكن للأبوين رفع دعوى أمام قاضي الوصاية الذي يحاول مبدئيا التوفيق بينهما، وإلا فإنه يتخذ قراره الذي يجب أن ينسجم مع مصلحة القاصر ومصلحة صحته التي لا يمكن أن يعلمها أحد أفضل من الجراح ولذلك يجب على القاصر الحصول على رأيه وعند وقوع الطلاق، تبقى مبدئيا ممارسة السلطة الأبوية مشتركة بينهما حيث يبقى كل من الأب والأم ملتزمين حتى بعد الطلاق بالالتزام القانوني بالمساهمة في نفقات رعاية وتعليم أطفالهم، بعد الطلاق يساهم الزوج الذي لا يقيم عنده الأطفال عادة في رعايتهم وتعليمهم تبعا لموارده وموارد الزوج الآخر، وإذا كان الأبوين متوفيين فيعود القرار عندئذ إلى الوصي مع موافقة مجلس العائلة وفيما يتعلق بالطفل الطبيعي، يجب أن يوافق على نقل أعضائه الوالد الذي اعترف به إراديا، وإذا اعترف به كلا الوالدين فيجب الحصول على موافقة الأم إلا إذا صدر قرار معاكس عن محكمة البداية المدنية 1 هذه هي القواعد القانونية التي كرسها القانون في هذا مجال ويجب تطبيق بعض هذه القواعد بدقة أما القواعد الأخرى فمن الضروري أن تتأقلم مع تطور الطب المعاصر مما يقودنا إلى مفهوم الأهلية الطبيعية.

مفهوم الأهلية الطبيعية:

يعتقد بعض الفقهاء بضرورة الحصول على موافقة القاصر إذ بلغ حد معينا من النضج، فمن الملائم عندئذ السماح للقاصر، رغم عدم أهليته القانونية، بالترخيص لأجل إبرام الاتفاقيات المتعلقة بجسده الشخصي إذ برهن علة نضجه، أي إذا أصبح يتمتع بالتمييز، لأن الأهلية التي توجد لإظهار موافقته الجدية.

ويطرح هنا السؤال لمعرفة ما هو سن النضج الذي يعتبر الشرط الأساسي مفهوم الأهلية الطبيعية؟

من المؤكد أن التطور العقلي أي الذكاء لا يرتبط دائما بالعمر وبالتالي يختلف سن التمييز كالبلوغ. باختلاف الأشخاص ومن المستحيل تحديده بشكل دقيق، تعيين هذا السن هو موضوع ظروف يخضع لقدرة كل شخص على

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

الإدراك ويجب على الطبيب أن يقرر فيما إذا كان يملك هذا الشخص نضجا كافيا إعطاء موافقة واعية 2 وبالتالي في هذه الحالة رغم معارضة الولي الشرعي يمكن زرع الأعضاء إذا وافق القاصر عليها واعتقد الجراح أنها ضرورية من أجل صحة القاصر بالمقابل إذا رفض القاصر العمل الجراحي فهل يستطيع الجراح إجراءها بالاستناد على موافقة وليه الشرعي فقط؟.

إن يرى الدكتور أحمد عبد الدائم أنه يجب على الجراح إجراء العمل الجراحي رغم رفض القاصر إذا حصل على موافقة وليه الشرعي لأن امتناع الطبيب سوف يعرضه لمسؤولية عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر، ونفس الشيء في حالة رفض الأولياء بدون أي سبب جدي بالرغم من خطورة صحة القاصر فمثل هذا التصرف يعرض الأولياء لعقوبة جزائية على أساس جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر وفي كل الأحوال أن فرضية الخلاف بين الجراح من جهة والولي الشرعي أو القاصر من جهة أخرى هي نادرة بشكل عام.

هذا بالنسبة لعدم الأهلية القانونية، لكن يختلف الأمر بالطبع إذا كانت عدم الأهلية فعلية عندها لا يمكن طلب موافقة المريض الذي فقد وعيه.

عدم الأهلية الفعلية:

رغم امتلاك المستفيد لأهليته القانونية إلا أنه قد يكون في حالة لا يستطيع ممارستها كاستغراقه في حالة عدم الوعي فيصبح عندئذ التماس موافقته على نقل عضو له مستحيلا، فهل يستطيع الطبيب حينئذ الاستغناء عن هذه الموافقة أم أنه يستطيع افتراض وجودها؟

تنص المادة 166 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: إذا كان المستقبل غير قادرا على التعبير عن رضائه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأول المبين في المادة 164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا.

من هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع الجزائري اشترط في حالة تعذر الحصول على رضاء المتلقي بسبب حالته الصحية يتحصل الطبيب على رضاء وموافقة من تربطهم بالمتلقي رابطة القرابة، وذلك لاعتبارهم أفضل من يستطيعوا التعبير عن إرادة المتلقي، وقد حدد هؤلاء الأشخاص مع الترتيب الذي يجب إتباعه في المادة 164 فقرة 2 من نفس

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

القانون، فهذه الأخيرة رتبت أفراد عائلته المتلقي الذين يجب الحصول على موافقتهم في حالة تعذر الحصول على موافقة المتلقي كالتالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت.

كما جاء في الفقرة 6 من نفس المادة السالفة الذكر ما يلي: **"يجوز زرع الأعضاء والأنسجة البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرة 1 و 2 أعلاه إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته في الوقت الذي قد يسبب أي تأخير في وفاة المستقبل ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين".**

نستنتج من هذه الفقرة أنه يمكن الاستغناء عن الرضاء إذا كان المتلقي في وضع يقتضي التدخل السريع دون انتظار أخذ رأيه أو رأي ممثلين أو أقاربه. إذ يرى الفقيه "سافيتي" أنه في مثل هذه السلامة البدنية للمريض تغلب رضاه، إضافة لصعوبة استخلاص رضاه في الحالة الاستعجالية، أما في غير هذه الحالة يترتب على تخاف رضاء المريض تحمل الطبيب لكل النتائج الضارة حتى ولو بذل العناية المطلوبة، فالنتائج التي ما كان ليسأل عنها في حالة رضاء المريض يسأل عنها إذا تخلف هذا الرضاء وقد اعتبر المشرع الجزائري الطبيب الجراح رئيس المصلحة ممثلا للمتلقي في هذه الحالة، فله الموافقة للمتلقي بزرع العضو بشرط أن يثبت حالة الاستعجال أمام الشاهدين كما يمكن للطبيب الجراح أن يرفض زرع العضو للمتلقي رغم موافقة هذا الأخير وموافقة أهله إذا قدر أن هذا التدخل الجراحي يصيب المتلقي بأضرار جسيمة لأنه هو المسؤول الأول عنه في حالة عدم الأهلية القانونية للمتلقي، كما أنه هو وحده الذي يقدر ضرورة إجراء عملية الزرع ومدى مناسبتها مع حالة المتلقي أمام التشريع الفرنسي، فإن المبدأ يفرض على الطبيب البحث عن الموافقة ولكن عندئذ ممن يجب أن يطلبها؟

يجب على الطبيب التوجه إلى الممثلين الطبيعيين للمريض أي عائلته من خلال رابطة القرابة أو الزواج ويأتي الزوج بالدرجة الأولى ثم الأصول فالفروع وأخيرا الأقارب الأكثر بعد إذا كان لا يوجد أي شخص من بين الفئتين الأوليتين.

لكن يمكن تعديل هذا التدرج استنادا للروابط التي نسجها واقع الحياة، فيحدد الممثل الفعلي طبقا للخدمات التي قدمها المستفيد وليس حسب درجة القرابة، فالذين يهتمون بمحبة كبيرة وإخلاص بحماية المريض لهم أفضلية على

أفراد أسرته الأقرب من الناحية القانونية ولكنهم بعيدين عنه جدا من الناحية الفعلية وإذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأقارب المريض فإن الطبيب يصبح في حالة الطوارئ ممثلا طبيعيا له ويشكل الرجوع إلى أقارب المريض الذي أصيب بعدم الأهلية الفعلية إجراء نادرا من الناحية القانونية ولذا يجب أن يستخدم بشكل محدود جدا ولا يمكن افتراض عدم الأهلية، لأنها في الواقع أمور قانونية بحتة فمن المنطقي إذ أن يقتصر الحلول محل إرادة المريض الذي فقد وعيه على حالة الضرورة القصوى 4 وعند تكريس عدم الأهلية الفعلية فإن إمكانية قيام الذي يحمي المريض المستفيد طبيعيا بالتعبير عن إرادته يجب أن تبقى استثنائية ومحدودة على حالات ضيقة وضرورية أي فقط على حالة الطوارئ الفعلية كحالة عدم إمكانية تأجيل نقل الأعضاء بدون ضرر إلى أن يستعيد المريض تمييزه الحر.

الفرع الثالث:

الالتزام تبصير المريض:

حتى يكون رضاء المريض صحيحا فإنه يقع على عاتق الطبيب التزام بإحاطته علما بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية، ويجب أن يكون رضاه متبصرا بقدر كاف،وإلا كان الطبيب مسؤولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله ولو لم يرتكب خطأ في عمله، وعلى المريض إثبات أنه لم يتم إعلامه بمخاطر العملية وبذلك فإنه في مجال زرع الأعضاء على عاتق الطبيب الالتزام بتبصير متلقي العضو حول مخاطر عملية الزرع، فيجب أن يشرح الجراح لمريضه باختصار النقل المقترح للأعضاء والأخطار التي تتضمنها والفوائد التي يمكن الحصول عليه[30]،بحيث يصبح هذا المستفيد قادرا على التعبير عن موافقة موضحة، فيكون رضائه صحيحا غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة، وإلا يكون الطبيب مسؤولا بارتكابه خطأ تخلف رضاء المريض بالعلاج.

لكن مبدأ إلتزام الطبيب بتبصير المتلقي أثر جدال نتج عنه ثلاث آراء[31]:

[30] منصور مصطفى منصور: حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، جامعة الكويت للحقوق والشريعة، جوان 1981 ص20.

[31] د.نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 140-147.

الرأي الأول: الرافض لمبدأ التزام الطبيب بتبصير المتلقي[32]

يمثل هذا الاتجاه الأستاذ بروت كان، من أعلام رجال الطب في فرنسا، كما تبنى الرأي الأطباء عموما، الذين يعتبرون هذا الاتجاه دفاعا عن حق لهم، فحسبهم كيف يمكن المناداة بتبصير المتلقي بالمرض والعلاج الجراحي ونحن نعلم أن المتلقي يعتبر مقارنة بالطبيب جاهلا بالمسائل الطبية والأساليب الفنية والعلمية التي أدت إلى هذا التدخل الجراحي، فالمريض لا يستطيع تقدير الأمور تقديرا سليما فيما يتعلق بصحته وحياته[33]، وبالتالي يجب أن لا يكون دور الجراح تبصير المتلقي بل يكون دوره مساعدة المتلقي ورقع روحه المعنوية وعلاجه العلاج المناسب. هذا بالإضافة إلى أن مصلحة المتلقي تستوجب على الطبيب عدم إعلامه وتبصيره بكل المخاطر التي يتعرض لها إذ من شأن ذلك أن يؤثر على حالته النفسية وعلى روحه المعنوية وإخفاء بعضها قد يرفع من روحه المعنوية ويساعده على مواجهة المرض وتخطيه كما يجب على المتلقي أن يضع كل ثقته في شخص الطبيب ويترك له الحرية في تحديد العلاج الذي يراه مناسبا لحالته الصحية دون إلزامه باطلاع المتلقي على نتائج عملية زرع العضو. وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المصري رغم الانتقاد الذي وجه له من قبل الدكتور لطفي دويدار في مؤتمر الطب والقانون المنعقد في الإسكندرية :" **أنه بالرغم من أن العرف الطبي قد جرى في مصر على عدم مصارحة الطبيب لمريضه بسبب الدوافع الأنانية إلا أنه لا يوافق على ذلك العمل، فاطلاع المريض على حالته قبل وفاته يساعده على تدبير شؤونه قبل الوفاة، فالمصلحة تعتبر إنسانية بالنظر إلى العائلة ومشاكلها**".

الرأي الثاني: الأخذ بمبدأ التزام الطبيب بتبصير المتلقي

ذهب أنصار هذا الرأي إلى ضرورة تبصير المتلقي بحقيقة المرض وحول التدخل الجراحي بالمخاطر التي تترتب على العلاج وأي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المتلقي يعد خطأ طبي يرتب مسؤولية الطبيب. فحسبهم الالتزام بالتبصير يعتبر من مظاهر احترام الشخص في سلامة جسمه بحيث لا يتعرض لأدنى مساس إلا بعد موافقته، وهذا يمكن المحاكم من أن تراقب وتضع حد لانفراد بعض الأطباء الجراحين بالمساس سلامة أجسام المرضى، فانفراد الطبيب

---

[32] ارجع في هذا الموضوع إلى د.حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة عين الشمس 1985، ص 88.

[33] د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية 1986 ، ص110.

بالعلاج والجراحة على جسم المتلقي دون تبصير بنتائج ذلك، يعرضه إلى المسؤولية سواء المدنية أو الجنائية، وجهل المتلقي لقواعد الفن الطبي، وعدم إمكانية تفهمه لأصول المهنة الطبية، لا يبرر الاستغناء عن رضائه المتبصر والمستنير بل يجب أن يعرف مدى ما ستكون عليه حالته قبل وبعد العملية الجراحية حتى يعرف أفضلهما فهو وحده يملك المفاضلة بين المزايا والمساوئ[34].

وقد أخذ القانون الجزائري بهذا الرأي، فنصت المادة 166 فقرة 5 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي:" **لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك**".

نستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ إلزام الطبيب بتبصير المريض، وبالتالي يقع على عاتق الطبيب الجراح الالتزام بتبصير المتلقي بالحقيقة حتى يصدر رضاؤه عن بينة وتبصير وعلم كامل بحقيقة الأمور كما أخذ بهذا الاتجاه كذلك القضاء الفرنسي في نص المادة 42 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي ما يلي:"**لأسباب شرعية يقدرها الطبيب، يمكن عدم إخبار المريض عن تشخيص لمرض خطير**" نستنتج عن طريق المخالفة أن في غير هذه الحالة أي حالة تشخيص مرض خطير الطبيب ملزم بتبصير المريض بمخاطر العلاج المقترح و الحصول على رضائه قبل التدخل الجراحي.

الرأي الثالث: الرأي الوسط بين الرأيين السابقين الالتزام بالتبصير في حدود.

حاول هذا الرأي تفادي عيوب كل اتجاه والاستفادة من مزاياه، فيرى أصحاب هذا الرأي بأنه يمكن للطبيب الكذب على المتلقي بحدود معينة، وذلك بان يخفي عنه حقيقة مرضه، والكذب هنا هو الكذب المتفاءل المسموح به الذي يستهدف مصلحة المتلقي ويؤدي إلى تحسين حالته الصحية ليس الكذب المتشائم الذي ينطوي على إخفاء العلامات أو النتائج الحسنة عن المتلقي. ومن جهة أخرى ونظرا إلى أن المتلقي هو وحده يملك حق الاختيار فعلى الطبيب ألا يخفي عليه المخاطر المتوقعة الناتجة عن التدخل الجراحي أو طرق العلاج المختلفة، بالمقابل يمكنه إخفاء

[34] د.نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص144.

المخاطر غير المتوقعة والبعيدة الاحتمال وهذا يستهدف مصلحة المتلقي ويفيد في علاجه، ولكن مبدأ التزام الطبيب أن يحيط المريض ليس مطلقا بل ترد عليه حدود وتحفظات تتمثل فيما يلي:

1-إذا كان على الطبيب أن يحيط المريض علما بكل النتائج الضارة التي يمكن أن تنشأ من جراء تدخله، إلا أن هذا ينطوي بطبيعة الحال على النتائج القليلة الاحتمال، والتي يندر وقوعها في العمل، ويصعب توقعها طبقا للمعطيات العلمية القائمة.

2-يجب أن يقدر التزام الطبيب على ضوء الحالة النفسية للمريض، فذكر النتائج الضارة قد يؤثر على معنويات المريض، مما يدفع الطبيب إلى إخفاء بعضها أو التهوين في ذكرها أو سردها بطريقة عامة، ويقدر القاضي ذلك من خلال وقائع القضية، وقد أعفت المحاكم من المسؤولية الطبيب الذي يهون على المريض تلك النتائج الضارة والمحتملة للتدخل الجراحي، وذلك بسردها بطريقة سهلة وعامة دون تفصيل أو تحديد مراعاة لحالته النفسية.

وذهب القضاء إلى حد إعفاء الطبيب من المسؤولية حتى في حالة كذبه العمد على المريض بإخفائه حقيقة المرض عليه، طالما أن ذلك يلعب دورا حاسما في حالته النفسية وبالتالي الجسدية، وأن ذكر الحقيقة لن يكون له أي أثر إيجابي ولا تستلزمه طبيعة العلاج، بل يمكن على العكس أن يكون له أثر سلبيا واضحا، ولكن الكذب إذا كان بهدف تضليل المريض وحمله على قبول طريقة معينة للعلاج يريدها الطبيب لهدف مادي أو تجريبي، فإنه يعد سببا في إقامة مسؤولية الطبيب.

3-لا يلتزم الطبيب كذلك بإعطاء المريض كل التفاصيل الفنية التي يستطيع استيعابها علميا سواء فيما يتعلق بنتائج المرض أو طرق العلاج المستخدمة، لكن إذا كانت تلك الوسائل يمكن أن تثير لدى المريض نتائج ضارة خاصة به نظرا لحالته الجسمية فإنه ينبغي على الطبيب أن يحيطه علما بذلك وإلا أصبح مسؤولا عن تلك النتائج ولو بدل في ذلك العناية المعهودة.

4- يصعب على الطبيب أن يفي بالتزامه بإعلام المريض في حالة الضرورة، فقد يكون المريض في حالة لا تسمح بإخباره بالعلاج وطريقته.

5- على القاضي أن يأخذ في الاختبار عند تقرير مسؤولية الطبيب في حالة إخلاله بالتزامه بإعلام المريض وبصفة خاصة عند تقرير الأضرار الواجب التعويض عنها، مدى حسن نية الطبيب ورغبته في إنقاذ المريض وكذلك الحالة الصحية التي كان يوجد بها هذا الأخير. بالرغم من الحدود والتحفظات السالفة الذكر فإن القضاء يستمر في تأكيد التزام الطبيب بإعلام المريض بأسلوب واضح ودقيق، ويتوقف ذلك على درجة ثقافة المريض ويقتصر على تبصير المريض بالمخاطر المتوقعة عادة دون التعقيدات والمخاطر النادرة الحدوث التي قد يؤدي ذكرها إلى منع المريض من اتخاذ قرار متعقل إلا أنه ينبغي على الطبيب أن يأخذ في حسبانه كافة النتائج حتى الاستثنائية كي يعمل جاهدا على توقيعها ومواجهتها ولا يلتزم الطبيب أن يأخذ بتقديم الدليل الكتابي إثبات قيامه بإعلام المريض، وإن كان من الأفضل اللجوء إلى ذلك، وخاصة في حالة الإجراءات الطبية والعمليات الجراحية الاستثنائية ويقع على عاتق الطبيب عبء إثبات عدم قيام الطبيب بتبصيره بطبيعة التدخل الطبي والعلاج المقترح والمخاطر الناجمة عن ذلك وهكذا يجب على الموافقة سواء كانت للمتبرع أو للمستفيد أو تلبي شروطا محددة بحيث تترجم إرادة واعية وحرة.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

المبحث الرابع:

توافق عمليات نقل زرع الأعضاء من النظام العام والآداب العامة

لاشك أن التطور المذهل قد امتد ليشمل المجالات الطبية كافة، وبشكل أثر على الثوابت والمعتقدات العلمية والطبية والدينية القائمة وأبرز مثال على ذلك عمليات نقل وزرع الأعضاء.

المطلب الأول

بيع الأعضاء البشرية شرعا وقانونا

تعددت الآراء الفقهية حول عمليات بيع الأعضاء البشرية وظهر اتجاهان أحدهما يجيز عقد البيع الوارد عليه، والثاني يبطل هذا العقد سندرسهما في فرعين مستقلين.د

الفرع الأول

جواز عقد بيع الأعضاء شرعا وقانونا

يرى أنصار هذا الرأي بأنه إذا كان لا يجوز بيع الإنسان ولا عظمه في مجموعة على أساس أن جسمه لا يدخل تحت الملك لأنه ليس ملا يخضع للتملك فإن عدم جواز بيع الأعضاء وأجزاء الجسم يرجع إلى عدم الانتفاع به، ويضيفون أنه إذا أمكن الانتفاع بها جاز بيعها وقد أورد أصحاب هذا الاتجاه الأسانيد لذلك:

1- لا أثر لوجود الثمن على انعقاد العقد صحيحا لأن هذا الثمن مقابل العضو أو الجزء المتصرف فيه، وأن بيع العضو المزدوج كالعين لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية إنما على العكس يتضمن معان إنسانية أولها حماية إنسان لآخر من خطر الموت.

2- إن بيع الإنسان جزء من جسده كالدم والجلد ممن هو من الأعضاء المتجددة لا يتنافى مع حرمته لأن ذلك لا يقوده إلى الهلاك، هذا وقد أجازت الأدلة الشرعية بيع الحليب وهو ما يسمى بعقد إجازة الظئر، والحليب هو من الأعضاء الآدمية القابلة للتصرف فيها.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

3- إن التصرف بالبيع يجب أن يكون منظما أي ألا يترتب عن بيع العضو البشري أية عاهة بدنية دائمة كالعجز الجزئي أو الكلي الدائم ويجب ألا يكون هذا البيع بدافع الشهرة.

وقد أجاز بعض المؤيدين لهذا الرأي البيع بشرط التقيد بشروط معينة وهي: ألا يكون هناك تعارض مع الكرامة الإنسانية، وألا يكون الهدف هو الربح والتجارة والتداول، وأن يكون بيع الأعضاء من أجل الانتفاع بها بمثل خلقت لأجله، وألا تباع إلا لمن يعلم أنه يستعملها في ذلك وأن يكون البائع ببيعه للعضو قد دفع ضررا أعظم من ضرر فقدان العضو نفسه وألا يتعارض من نص قانوني يحظر البيع وألا يكون هناك بدائل صناعية وأن يكون البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة رسميا تتحقق من توافر جميع هذه الشروط.

وكان للأطباء رأي مغاير ورافض لمبدأ التجارة بالأعضاء وأسموها بالتجارة القذرة المنتشرة في المناطق الفقيرة المكتظة بالسكان والتي تحولت إلى سوق لبيع الأعضاء حيث تتجمع أعداد من الفقراء يعرضون أعضاءهم للبيع على سماسرة. ولقد انتشرت ظاهرة تجارة الأعضاء بشكل كبير بعد ظهور ما يسمى ببنوك الأعضاء حيث أصبحت عملية الشراء والبيع تتم بين المستشفيات.

وقد أقر القانون الفرنسي رقم 854 الصادر في 21 أوت 1952 الخاص بنقل الدم مبدأ التنازل بدون مقابل، وسارت على ذلك غالبية القوانين والتي سارعت أيضا على وضع العقوبات الجزائية على البائع والمشتري والمتوسط.

ولقد أجمعت الفتاوى الصادرة عن الفقهاء على عدم جواز بيع الدم والأعضاء فقد جاء في فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي أما حكم أخذ العوض عن الدم وبعبارة أخرى بيع الدم.

فقد رأى المجلس لأنها من المحرمات المنصوص عليها في القرآن الكريم مع الميتة ولحم الخنزير فلا يجوز بيعها وأخذ العوض عنه، وقد صح في الحديث أن الله تعالى إذا حرم شيء حرم ثمنه ويستثنى من ذلك حالات الضرورة لأغراض طبية ولا يوجد من يتبرع إلا بعوض فإن الضرورات تبيح المحظورات، وعندئذ يحل للمشتري دفع العوض ويكون الإثم الآخذ ولا مانع من إعطاء المال على سبيل الهبة أو المكافأة تشجيعا على القيام بهذا العمل الإنساني. ولذلك فإن أي

مساس بحق الإنسان في سلامة جسمه جائز بتوافر شروطه، إذا كان لا يتعارض من النظام العام والآداب العمة ولا يمس بقدرة الفرد أداء وظائفه الاجتماعية.

الفرع الثاني

تحريم عقد بيع الأعضاء البشرية شرعا وقانونا

ويرى أنصار هذا الرأي أن بيع الأعضاء حتى ولو توافرت الشروط التي نادى بها المؤيدون يقع باطلا، ذلك أن محل الحقوق الأموال وليس النفس، وأن جسم الإنسان وأعضاؤه ليسا مالا حتى يصلح للتعامل، فقد كرم الله الإنسان وزينه بكرامته الإنسانية. وقد أضاف أصحاب هذا الرأي أن لبن الآدمية ليس مالا متقوما لآن لحم الإنسان حرام، واللبن تابع للحم.

وإذا أجاز الشرع الانتفاع بها لتغذية الطفل فهذا استثناء لا يقاس عليه، والمسألة التي تستحق النظر هي مسألة الترجيح بين المصالح المتزاحمة في موضوع الانتفاع بلبن الآدميات بصفة خاصة وبأجزاء الآدمي بصفة عامة[35].

وقد رفض الفقه المدني الفرنسي الحديث عن بيع الأعضاء البشرية، ومن رواده سافيته SAVATIER إذ قال "**جسد الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، لما كان الحب أسمى هذه القيم، فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال**"[36].

وعليه فإن أي اتفاق يتضمن بيع عضو من أعضاء الجسم يعد باطلا لمخالفته قواعد النظام العام والآداب العامة.

ولم تكن التصرفات القانونية على الأعضاء البشرية عن طريق التعاقد عليها بشرائها من أصحابها، محظورة في الولايات المتحدة الأمريكية، وإنما كانت خاضعة للعرض والطلب والمساومة على الثمن، فمن يملك المال يحصل على ما يريد، حتى صدر القانون الوطني لغرس الأعضاء عام 1984، إذ حلت هذه المشكلة وتم منع البيع صراحة في ميدان غرس الأعضاء البشرية.

---

[35] د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص190.

[36] د.حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 129-130.

وطبقا للقانون الإنجليزي (Common Law) فإن الشخص لا يملك حرية التصرف القانوني بجسده، إذ يحضر القانون الإنجليزي التصرف ببيع جثث الشخص أو العضو أثناء الحياة، إلا أنه يجيز للإنسان أن يحدد طريقة الدفن أو تشريح الجثة، أو الوصية بها إلى جهة عملية أو مركز بحث علمي، كما يستطيع الشخص أن يطلب تجميد جثته بعد الوفاة، أملا في عملية أو مركز بحث علمي، كما يستطيع الشخص أن يطلب تجميد جثته بعد الوفاة، أملا في العثور على علاج للمرض الذي مات بسببه من أجل مصلحته وفائدة الجميع.[37]

المطلب الثاني: التلقيح الصناعي:

يعد التلقيح الصناعي انجازا يضاف إلى باقي الإنجازات العلمية والطبية لكونه وسيلة تحقق للفرد والمجتمع الشيء الكثير، سيما وأنه وفي أحوال وظروف معينة يعد ضرورة اجتماعية، كما هو الحال زمن الحروب ويسد ثغرة كبيرة لدى الكثير من العائلات التي كاد اليأس يتسرب إلى حياتها، بسبب انتشار العقم بين الرجال والنساء أو بسبب الحاجة إلى تحديد النسل لعلاج بعض الأمراض الوراثية التي من جيل إلى جيل.

والتلقيح الصناعي كوجه من وجوه التقدم العلمي والطبي لم يعد محصورا في حالة واحدة بل تعددت صورته فأصبح من الممكن في الوقت الحاضر الحفاظ على النسل حتى بعد وفاته، أصبح بإمكان من أضربت عن الزواج وترغب في نفس الوقت بممارسة الأمومة التوجه لأحد المراكز واختيار الصفات التي ترغب بها لولديها.

ويمكن الكلام عن التلقيح الصناعي من خلال فرعين هما:

الفرع الأول: التلقيح الصناعي في علاقته الشرعية:

وهذه الحالة تشمل صورتين:

الصورة الأولى: التلقيح الصناعي في حال حياة الزوج:

هذه الصورة تعتبر الصورة المثالية ولا تثير أية مشكلة أو اعتراض، وكل ما يلزم فيها هو ما يلزم عادة في أي عمل طبي من أن يكون هناك مصلحة علاجية للفريقين وأن يتوافر رضاء كل من طرفيها الزوج والزوجة.

---

[37] د. حسام الدين الأهواني – المرجع السابق – ص162.

وعملية التلقيح الصناعي بطبيعتها تستلزم توافر رضى كل من الزوج والزوجة، فهو علاج متبادل بين الطرفين ولا يمكن تصور إجرائها عنوة عن الزوجة والزوج لأن مثل هذه العمليات تستلزم لضمان نجاحها حدا معينا من الاستقرار النفسي والبدني والتعاون المتبادل فيما بين الزوجين، وهذه العملية الحاصلة برضا الزوجين تشبه إلى حد بعيد التلقيح الناشئ عن الجماع الطبيعي بين الزوجين.

وقد ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى أن التلقيح الصناعي بهذه الطريقة يعتبر غير أخلاقي، ولا يتفق مع كرامة الزوج وقد قضت محكمة بوردو في قضية تتلخص بأن طبيبا أقام دعوى تعويض ذلك أن العملية لم تؤت ثمارها وبناءا على ذلك قضت المحكمة بعدم مشروعية هذه العملية.[38]

وقرر مجلس المجتمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة سنة 1985 أن حاجة المرأة المتزوجة والتي تحمل وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضا مشروعا يبيح معالجتها بالأساليب المباحة من أساليب التلقيح الصناعي وأن الأسلوب الذي تأخذ فيه النطفة الذكرية من متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعا بعد تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل.

وعليه فإن التلقيح الصناعي عن طريق تلقيح بوصية المرأة من مني زوجها يعتبر مشروعا ومتماشيا مع النظام العام والآداب العامة متى استهدف تحقيق للزوجين وهي إنجاب الأطفال.

الصورة الثانية: تلقيح الزوجة من مني زوجها بعد وفاته:

ظهرت هذه الصورة في فرنسا وثارت تساؤلات حول ما إذا كان للزوجة أن تلقح نفسها بمني زوجها الذي تركه مخزنا بعد وفاته في أي بنك من البنوك الخاصة بالحفظ.

والواقع أن هذه الصورة تخدش الشعور الإنساني وأنه يجب تحريم الحمل بعد الوفاة، لأنه ليس في مصلحة الطفل مطلقا بل هو في مصلحة الأرملة ويجب ألا تميد ذلك المصلحة إلى درجة يحصل فيها مثل هذا الطفل على تركة المتوفى.

---

[38] د. أحمد شوقي عمر خطوة، المرجع السابق ص 140.

في حين ذهب آخرون إلى القول بأنه ليس هناك من مشكلة إذ كان الزوج قد توافق على ذلك حال حياته ويكيف البعض ذلك على أنها وصية وأنه يجب أن يعامل المني البشري معاملة التبرع بالأعضاء.

الفرع الثاني: التلقيح الصناعي في علاقة غير شرعية:

هذه الحالة معروفة جدا في فرنسا بحيث أصبحت واقعا لا يمكن إنكاره نظرا للعلاقات الطويلة بين الرجل والمرأة بدون زواج شرعي، والواقع أن مثل هذه العلاقة لا تصلح بيئة صالحة ومستقرة لتربية طفل.

ومن صورة هذه الحالة أيضا التلقيح الصناعي بغير مني الزوج في علاقة شرعية، ومراعاة لبعض الاعتبارات في فرنسا فقد انحصر التلقيح بغير مني الزوج في حالة الزواج الشرعي، وكون الزوج مصابا بعقم غير قابل للشفاء وفي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى التلقيح الصناعي من مني الزوج أي من متبرع أجنبي.

ومثل هذه الصور يتنافى مع الكرامة الإنسانية فكيف يمكن للزوج أن يقوم بتربية طفل ليس ابنه أو من صلبه؟

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

الفصل الثاني: نقل وزرع الأعضاء البشرية من جسم إنسان ميت في الشريعة والقانون

إن الحق بالتكامل الجسدي يعد أحد حقوق الإنسان الجوهرية، لكن ماذا يبقى من هذا الحق بعد الوفاة؟ وماهي الشروط التي تسمح للطبيب بالاعتداء على جسم الشخص، الذي عهد إليه لحمايته ضد الموت، للاستفادة من وفاته باقتطاع أنسجة أو أعضاء من جسمه لأهداف علاجية أو علمية؟

وهل تحقق هذه الشروط يعفي الطبيب من قيام مسؤوليته تجاه هذا الشخص؟

في الواقع، هناك اتجاه فطري للتفكير أنه لا يمكن المساس بجثة الإنسان لأي سبب كان فقد ظهر هذا الجسم كأنه شيء مقدس، وقد نتجت هذه القدسية من اهتمام المرء الدائم بالقيم الأخلاقية التي يمثلها ولكن أخيرا، ما هو الجسم عندما يتوقف عن الحياة؟

فقد كتب البروفيسور J. SAVATIER. منذ عام:1966 ليست الجثة إلا شيئا ولكن الوفاء لذكرى الشخص الذي مثلته يفرض احترام هذه الجثة.

كما كتب أيضا نفس البروفيسور: لا يعتبر إعادة الحياة لأعضاء جسم شخص لزرعها عند شخص آخر من أجل إنقاذه نقصا في احترام جثة هذا الشخص لأنه، ضمن تدرج القيم، قيمة إنقاذ شخص حي يتمتع بالروح يتفوق على قيمة عدم المساس بالجثة التي خرجت منها الروح والتي ستعود إلى التراب، فما يميز هذه الجثة عن الشيء هو فقط ذكرى الشخص الذي كان يوجهها، وكم هي بادرة جميلة من ذلك الذي تم إنقاذه بواسطة زرع الأعضاء أن يحمل هذه الذكرى وأن يتبرع هو أيضا، بسبب موته، بجثته الخاصة لأحياء حيث سيحملون أيضا الذكرى لهذا الشخص

كما صرحR.P.M.RIQUET LE في فيفري1968، بعد أن أشار ضمن بلاغ أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية، لإنجازات الجراحين الذين قاموا بالزرع:

وهكذا لا يتعارض زرع الأعضاء مع أي مبدأ أخلاقي أو ديني، وحديثا يعتبر زرع القلب الأكثر إذهالا، ولن سبقه زرع الكلية التي أنقذت بواسطة سلسلة تجارب حياة بعض المرضى الذين كانوا حتى ذلك الوقت بدون أي أمل

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

وقد اعترفت الشريعة الإسلامية بشرعية زرع الأعضاء المتقطعة من جثث الموتى إذا كان ذلك استنادا لوصية أو بعد موافقة الزوج الباقي على قيد الحياة أو ممثل العائلة المعين قانونا، ويستطيع المتوفى إعطاء موافقته على التبرع قبل وفاته.

ويبدو لنا مفيدا الإشارة إلى أنه هناك إجماعا فقهيا حول هذه النقطة، فقد أكد مجلس الأزهر في القاهرة بمصر أنه لا يمكن اعتبار اقتطاع الأعضاء الواقع على شخص ميت اعتداءا على كرامة المتوفى، لأن هذا الاقتطاع يهدف لتحقيق هدف مشروع وإنساني وهو هو إنقاذ حياة شخص حي، وبالطبع يجب أن يتم الاقتطاع تنفي ذا لموافقت المتوفى أو بعد الحصول على إذن عائلته.

وقد تبنت نصوص المؤتمر التحضيري العربي المنعقد في القاهرة بين 14و17مارس1987 نقس الرأي

كما أن الكنيسة الكاثوليكية لم تأخذ بحصانة الجثة كعقيدة، فقد تبرع سابقا SAINT FRANCOIS DE SALES الذي شعر بحلول أجله بجسمه إلى العلم: وفي عام 1956 قال البابا PIE XII مايلي فيما يتعلق بترقيع القرنية: بالنسبة لاقتطاع قرنية المتوفى لا يوجد أي اعتداء على ممتلكاته ولا على حقه في هذه الممتلكات وليس هناك دلالة على موقف الكنيسة أكثر من الاستقبال الحار الذي خصصه البابا PAUL VI للبروفيسور BARNARD عند زيارته للفاتيكان، حيث شجع الجراح الشهير على حماية مصالح الإنسانية المعذبة من خلال انجازاته.

وعلى كل حال، لا يمكن اقتطاع أي عضو من الشخص الميت قبل أن تتأكد بشكل واضح من حقيقة الموت، ولكن ماهو الموت في الواقع؟ وماهو المفهوم الذي يمكن أن نعطيه للموت؟

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

المبحث الأول: الموت

ينظر القانون للوفاة على أنها حدث لحظي يترتب آثاره دفعة واحدة وأهم هذه الآثار سلب الشخصية القانونية للإنسان وتجريدها من جميع الحقوق الملازمة لها، فالقانون لا يعترف بدرجات متفاوتة لموت الإنسان.

فالإنسان في نظر القانون إما حي أو ميت، لكن التطور الطبي أوجد حالة ثالثة هي الإنسان الحي الميت وهو الإنسان الذي يكون في حالة غيبوبة عميقة، مما ظهرت ضرورة تحديد حالة الوفاة حتى يتمكن الأطباء من إجراء عملية نقل الأعضاء دون أن تقوم مسؤولياتهم سواء المدنية أو الجنائية.

فقد كانت الوفاة سابقا تحدد من قبل الطبيب عن طريق معيار يعتمد عليه، لكن تطور تقنيات الطب أدى إلى ضرورة تحديد هذا المعيار، فهل تحديد هذا المعيار يعد من اختصاص رجال القانون أم هو مسألة طبية يختص في تحديدها الطبيب وحده؟

حول هذا التساؤل ظهر اتجاهين

الاتجاه الأول:

يرى هذا الاتجاه أن تحديد لحظة حدوث الموت مسألة قانونية، وبالتالي يجب وضع تشريع في كل دولة يحدد الوفاة، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بأن الوفاة مسألة متعلقة بحالة الشخص، فيستمد الفرد الشخصية القانونية من القانون، وهي مصدر جميع الحقوق اللصيقة بالشخصية، لذا يجب أن تخضع هذه الشخصية القانونية لمعايير شخصية، حيث يخشى استئصال عضو من جسم شخص قبل وفاته بسبب تعجل الطبيب لإجراء عملية نقل الأعضاء بسبب حمية علمية أو صلة شخصية بمريض ينتظر الإنقاذ، كما تنظيم هذه المسألة عن طريق القانون يؤدي إلى اطمئنان الناس على حياتهم عندما تكون بين أيدي الطبيب، وكذا تحديد مسؤولية الطبيب، فيكون حقه في ذلك مستندا إلى إذن قانوني، فلا يجب ترك هذه المسألة لتنظم من قبل قواعد وآداب مهنة الطب لأنها قواعد قاصرة على الأطباء فقط وليس على عامة الناس.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

الاتجاه الثاني:

أما أصحاب هذا الاتجاه الثاني القائل باعتبار تحديد لحظة الوفاة مسالة طبية، فيرى عدم جواز تدخل القانون لتنظيم الموت إذ غنها من اختصاص الطب، ويبررون رأيهم في أن التقدم المستمر للعلوم الطبية قد يؤدي حتما إلى اختلاف معايير تحديد الموت، وهذا التطور والاختلاف لا يتوافق حتما مع الاستقرار النسبي الذي تتمتع به القاعدة القانونية.

ويبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم في أن الوفاة ظاهرة بيولوجية من اختصاص رجال الطب والعلم دون غيرهم، لدى لا يجب تحديدها في التشريع بل يترك الأمر للوائح الصادرة من الجهات الطبية المختصة والتي تتضمن معايير يجب على الأطباء الاسترشاد بها للتأكد من الوفاة، وقد أوصى مؤتمر بيولوجيا المنعقد سنة1968 أنه لا يقع على رجال القانون، مع الأخذ بعين الاعتبار التقدم الملحوظ الذي تمر به مهنة الطب، وضع تعريف قانوني لوقت أو زمن الوفاة لتحديد الطرف أو الوسائل التي يمكن بها التأكد من الوفاة، بل أن هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصهم و ودراستهم ونشاطهم الفني، ورائدهم في ذلك شرف المهنة، وعلى الطبيب أن يكون ملما باحداث معطيات العلم في هذا الشأن

وأمام تشدد كل من الاتجاهين السابقين وإصرار الأطباء على اعتبار تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية مقابل إصرار رجال القانون على إعتبارها مسألة قانونية، نرى أنه من صالح الاستفادة من الأعضاء المستأصلة من جثث الموتى بزراعتها في أجساد المرضى المتعلقة حياتهم على هذه العملية، على رجال القانون والأطباء الاتحاد والتضامن عن طريق جمع آرائهم واستعمالها في تحديد الموت، فرجل القانون لا يمكن وحده تحديد الموت لأنها حقيقة ظاهرة بيولوجية ينفرد بالعلم بها رجال العلم، لكن رغم ذلك لا يمكن تركها في يد الأطباء خشية من ذوي الضمائر النائمة، الذين يمكنهم استغلال ترك هذه المسألة بين أيديهم، الذي من الواجب وضعها في إطار قانوني تفرض احتراما على الأطباء الذين يخشون قيام مسؤوليتهم عند خرقها.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فالمشرع الجزائري أخذ بالاتجاه الثاني السالف الذكر، ودليل ذلك نص المادة 78 من قانون الحالة المدنية1 التي جاء فيها ما يلي: قيد الوفاة في سجلات الحالة المدنية والدفن لا يتم إلا بعد تقديم شهادة الوفاة وسببها، وأن تكون صادرة من الطبيب أو من ضابط الشرطة القضائية المكلف بالتحقيق في الوفاة.

وبذلك نرى أن المشروع الجزائري ترك للطبيب سلطة التحقق من الوفاة وسببها ولم يحدد له معايير ذلك، بل ترك له حرية التقدير، فلم يعرف الوفاة كما لم يحدد وسائل التحقق منها وبالتالي تقودنا دراسة مشكلة الموت الى معالجة موضوع تعريف الموت ليس على الصعيد البيولوجي فقط وإنما كذلك من وجهة النظر القانونية، ولكن هل يمكننا صياغة تعرف قانوني للموت؟

كما أن الموت الذي كان، حتى وقت قريب، يعتبر ظاهرة طبيعية بسيطة بالمفهوم الشائع أصبح اليوم ظاهرة معقدة يطرح التأكد منه صعوبات جدية، وهكذا أصبحت مشكلة ملاحظة الموت أكثر صعوبة وأكثر إلحاحا، وسوف نكرس هذا المبحث لدراسة هذين الموضوعين.

تعريف الموت

الموت عامة هو انقطاع الحياة، لكن يجب التفرقة بين موت الشخص وموت الأنسجة، فهذه الأخيرة تبقى حية لمدة قد تصل إلى ساعتين أو أكثر في بعض الأحشاء أو الأنسجة بعد موت الشخص.

فالتوقف النهائي للقلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي الرئتين كان منذ القديم يعد أساس لتعريف الموت في بعض البلدان، ومن هذا التعريف نستنتج أنه لا يمكن للطبيب إجراء استئصال لأي عضو من من جسم شخص إلا بعد التوقف النهائي للقلب والرئتين، أي توقف كل العمليات الحيوية في الجسم.

لكن الأخذ بمعيار التوقف النهائي للقلب والرئتين كأساس لتعريف الموت غير دقيق، إذ هذا المعيار قد يعبر عن الموت الظاهري الذي عرفه الأستاذ فيقو رو بأنه: التوقف المؤقت للمقومات الأساسية للحياة: التنفس، النبض، خفقات القلب لشخص مازال حيا لكنه يظهر ميت، ولذلك لا يجوز استئصال أي عضو من جسم هذا الشخص لأنه يعتبر حيا.

كما أن الموت الظاهري يمكن تجاوزه بواسطة وسائل الإنعاش الصناعي أو الصدمات الكهربائية التي قد تعيد القلب للخفقان إذ أن فيه خلايا المخ لا تزال حية،وبالمقابل قد يستمر القلب والرئتان في العمل بينما تموت خلايا المخ نهائيا فيصبح الشخص في حالة غيبوبة مستديمة بالإضافة إلى كل ما سبق الأخذ بهذا المعيار التقليدي يؤدي إلى استحالة إجراء عمليات نقل الأعضاء التي تستدعي استئصال أعضاء مازالت حية تنبض فيها وكذا نقل الأعضاء المنفردة كالقلب والكبد التي لا يمكن إجراؤها إلا على الأموات وبالتالي نظرا لعدم صلاحية هذا المعيار والانتقادات التي وجهت له بدأت مشكلة تعريف الموت بالظهور، وهذا منذ اللحظة التي اعترف فيها المرء أن الموت ليس ظاهرة فورية وإنما ظاهرة تصيب الأعضاء ومن هنا طرح السؤال لمعرفة وقت حدوث الموت؟

فقد كتب البروفيسورJ.HAMBURGER" لم يعد يظهر الموت على أنه حادثة، وحيدة، فورية، يصيب بنفس الوقت كل الوظائف الحيوية للجسم، وقد امتد الموت تحت تأثير الوسائل العلاجية الجديدة عبر الوقت وأصبح ينجز أو يصيب بشكل منفصل ومتلاحق مختلف أجزاء الجسم، فهل يجب عليها قبول تضرر القسم الأخير من الأنسجة نهائيا حتى يمكننا القول أن الجسم قد توقف نهائيا عن الحياة".

هذا المفهوم للموت الذي كان، قديما، بسيطا أصبح شيئا فشيئا مشكلة شائكة ومتعددة: فهناك موت سريري، موت ظاهري، موت بسبب توقف وظائف القلب والتنفس، حالات مجاورة للحياة والموت وأيضا موت الدماغ، ويعتبر هذا الوضع غير مقبول بالسبة لرجال القانون الذين يحافظون على الحرية الإنسانية والحقوق، فيجدون صعوبة في فهم كيف يستطيع حادث فردي كالموت أن يجمع حوله عدة مفاهيم بشكل ينشئ نوعا من الاضطراب الذي يمنع من تحقيق واقعة الموت بشكل واضح،[39] وبالتالي نقترح ضمن هذه الظروف إثارة في الفرع الأول تعريف للموت من وجهة نظر قانونية ثم في الفرع الثاني تعريفها من وجهة النظر الحيوية والطبية.

[39] د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق ص200

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

المطلب الأول: التعريف القانوني للموت

رغم أن الموت الذي يعتبر ظاهرة مخيفة لا يمكن تجنبه، قد أحدث عدة ملاحظات، إلا أن هذه الملاحظات لن تؤد مع ذلك إلى وجود تعريف قانوني للموت.

وهذا راجع إلى أن الظواهر التي تسمح بتشخيص الموت محل تطوير طويل، وقد أعلنR.DIERKENS عن الحقيقة الوحيدة الثابتة للموت عبر السنين وعبر كل التطورات العلمية كما يلي:" يتوقف الجسم عن الوجود عندما ينجز الموت عمله، أي عندما تسحب الحياة من الجسم، ففي هذه اللحظة يتحول الجسم إلى جثة ويتوافق موت الجسم إذا مع ولادة الجثة، فتوجد الجثة، بقايا الشخص الميت، منذ اللحظة التي يتوقف فيها الجسم عن الوجود وذلك بفقدانه أحد العناصر المكونة له أي الحياة"

لكن بعد ذلك، حدث تطور بطيء حاول قدر الإمكان من خلال الوسائل المتوفرة تحديد المفهوم المتناثر للموت.

فقد عرف الموت من قبل أصحاب النظرية اللاهوتية على أنه: "انفصال الروح عن الجسد" وبالطبع لا يمكن أن يوافق على هذا التعريف لا رجال القانون ولا الأطباء حيث أن الروح غير منظورة ولا يمكن الشعور بها أو ادراكها باللمس

كما عرفه J.PENNAEU على أنه": لحظة انعدام الشخصية التي يسبقها انعدام جسم الإنسان نفسه" ثم عرف مجلس الدولة الموت ضمنيا وذلك في قراره الصادر بالإجماع في 1993/07/02 كالتالي:" الموت قانونا هو حالة الشخص الذي تلف جهازه الدماغي بشكل نهائي، نتيجة تطبيق رسم الشرايين وصورة والدماغ الكهربائية المتنوعة، فلا يمكن إذا تطبيق هذا التعريف المعطى للموت إلا على المرضى الموجودين في حالة الغيبوبة المتجاوزة"

وقد عرف الموت من خلال آثاره على أنه: تلاشي الشخصية ويترتب على ذلك نتائج مهمة تتمثل في تغير الحالة المدنية وتوقف المرء عن كونه شخص حيث أنه يعد من أشخاص القانون [40]

[40] د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق ص 202

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

كما أراد مشروع القانون الذي قدمه النائب GERBAUD في 15 ديسمبر1976 والهادف لتعريف الموت السريري والسماح باقتطاع الأعضاء لزرعها عند أشخاص آخرين، تكليف المشرع بتعريف الموت السريري والسماح بعد التحقق منه باقتطاع الأنسجة أو الأعضاء، وقد نصت المادة الأولى" يعتبر موتا سريريا كل شخص مصاب بآفة لا تتوافق مع الحياة ولكنها تمثل، بواسطة استخدام عدة أجهزة، حالة منا لبقاء الانباتي وذلك عندما تكشف صورة الدماغ الكهربائية توقف عمل المراكز العصبية العليا منذ عشر دقائق على الاقل، أي عندما يكون أثر رسم موجات الدماغ مستويا."

كما تنص المادة الثانية منه" يمكن أن يتم اقتطاع الأعضاء دون انتظار أي مهلة فور التأكد من حدوث الموت السريري من قبل ثلاثة أطباء"، ولكن لم يتم التصويت على هذا المشروع.

وبالتالي، الموت بالنسبة للقانون هو اللحظة التي يختفي فيها الشخص من الوجود، لحظة مجردة يتوقف فيها القلب عن الحياة وتثير هذه الظاهرة خلال لحظة واحدة تغيرات جوهرية على الصعيد القانوني، ولكن في أي لحظة بالتحديد تقع هذه الحادثة؟

فتحديد لحظة الموت يعد أمرا جوهريا نظرا لزوال الشخصية القانونية للكائن البشري في هذه اللحظة بالذات، وبذلك ترسم شهادة الوفاة حدود، لا يجوز تجاوزها، بين المرحلة التي يكون فيها الجسم هو جسم الانسان، يتوجب على الطب حينئذ العمل على شفائه أو تخفيف آلامه، وبين المرحلة الأخرى التي تكون فيها الجثة عبارة عن بقايا محترمة يمكن الاستفادة منها من قبل الأطباء بهدف المنفعة العلمية أو بهدف مصلحة المرضى الآخرين دون أن تقوم مسؤوليتهم سواء المدنية أو الجنائية

لأخلاقيات مهنة الطب، وهذا ما يؤدي حتما لوجود تكامل بين رجال لطب ورجال القانون من أجل هدف مشترك وهو حماية مصلحة الإنسان.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، نجد المادة 7/671 من قانون الصحة العامة المؤرخ في 29 جويلية 1994 التي تنص على ما يلي" لا يمكن أن يتم اقتطاع الأعضاء من شخص ميت.... إلا بعد التأكد من حدوث الموت استنادا للشروط المحددة بمرسوم مجلس الدولة"، وبالتالي هذا القانون لم يأتي بأي تعديل على قواعد براهين الوفاة قبل اقتطاع الأعضاء، وإنما هو يعطي فقط أساسا تشريعيا للنصوص الموجودة سابقا في المادة20 من المرسوم المؤرخ في 31 مارس 1978 و التي جاء فيها"يجب أن يتبع الأطباء الذين يحررون شهادة الوفاة من ناحية، وأولئك الذين يقومون باقتطاع وزرع الأعضاء من ناحية أخرى، وحدات وظيفية أو خدمية مستقلة"

وقد كتب J. SAVATIER " لا يمكن أن يتولى القانون مهمة تعريف الموت: ولكنه فقط يفرض على الأطباء بعض التحريات وينص على بعض الإجراءات حتى يستطيعون تقرير حقيقة الموت"

التشخيص الطبي:

نظرا لأنه لا يوجد تعريف علمي يستطيع تحديد اللحظة الحقيقية لموت شخص التي لا تتفق بالضرورة مع اللحظة الحقيقية لموت الخلايا، فغنه من الصعب الوصول إلى تشخيص طبي للموت، ولكن ‘ذا كان يوجد تدرج لموت الأعضاء فإن توقف القلب يشكل الظاهرة الجوهرية له ويمكن تمييز إشارات تشخيص الموت إلى فئتين

– العلامات السلبية للموت

وأخيرا نستنتج أنه لا يوجد حتى الوقت الحاضر أي نص تشريعي أو تنظيمي ينظم مسألة تعريف الموت حيث يهتم القانون بشكل كبير بوضع موضع التنفيذ إجراءات التحقق من الموت أكثر من تعريف ذاته.

فالعلم وتطوره الواضح يعقد المشكلة باستمرار، وإعطاء تعريف قانوني للموت سوف يتم تجاوزه بسرعة فسيصبح بالتالي باليا، وكل خطوة علمية جديدة ستعدل المبادئ التي يضعها القانون لتحديد لحظة الوفاة بدقة، فهناك اتفاق عند الأطباء لإعلان أن عبء تشخيص الموت يقع على الطبيب، وعليه فقط، ويتوجب عليه أيضا معرفة المعايير الضرورية للتأكد من حدوث الموت.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

المطلب الثاني: التعريف الطبي للموت:

لقد عرف علماء الأحياء الموت بأنه التوقف الكامل والقطعي لكل خلايا العمليات الفعالة للتبادل والتغيير السريري والذي يسمى "قوة التجدد والدثور والهدم في الكائن الحي" لكن يتكون جسم الإنسان من عدد كبير ومتنوع من خلايا التي تتجمع ضمن أنسجة للقيام بوظائف متخصصة حيث نشاطات التبادل والتغيير السريري وهيكل الكيمياء الحيوية مختلفة جدا الواحدة عن الأخرى، ويترجم هذا وجود عدة فئات كبيرة لحساسية الخلايا اتجاه فقدان الأوكسجين، فخلايا الدماغ تموت خلال ثلاثة دقائق من نقص الأوكسجين، خلايا الكبد خلال عشر دقائق، خلايا الكلية خلال عشرين دقيقة، خلايا القلب من أربعين إلى ستين دقيقة وخلايا الجلد بعد عدة أيام.

كما عرف الموت من قبل PAILLAS على أنه هو عملية في اتجاه واحد أي غير قبل للشفاء ويتكون من التوقف المتلاحق لعدة أنواع من الحياة تؤمن كل واحدة منها عمل عضو أو أنسجة أو خلايا.

وينضم هذا التعريف إلى تفسيرات البروفيسور J.BERNARD يمكن أن تشوش الفوضى مبدئيا إحدى الوظائف قبل أن تمتد إلى الوظائف الأخرى، وتوقف كل مقاومة سواء كانت متلازمة بالنسبة لكل الوظائف أو متلاحقة بشكل سريع، بحيث تكون شبه متلازمة، ولا تتوقف خلايا أنسجتنا عن التوالد من حياة وموت وهما لا يرتبطان فقط بالسلسلة الكبيرة التقليدية وإنما هما متداخلين في كل جسم، فحياة وموت الأجزاء لا يعيق أبدا استمرار الحياة، وحياة أحد الأجزاء واستمرار عمل الوظائف الحيوية المحدودة لا يمنع الموت، ويجب تنسيق نوعين من المعطيات: استمرار حياة بعض الأعضاء وحدوث الموت، وينتج عن هذا الاتفاق إعطاء تعريف عام للموت، اختيار المعايير الموضوعية للموت والإجراءات القانونية الواجبة التطبيق.

ويمكن القول أن الأطباء لا يعرفون الموت بل يكشفون عن إشارته وعن أسبابه الظاهرة فالطبيب يتعرف على الآلية المرضية أو الطبيعية المؤدية إلى الموت دون أن يستطيع السيطرة عليه.

ومن الملائم تمييز الموت الطبيعي عن الموت الناتج عن حادث، ويحدد ذلك الفرق البروفيسور HAMBUGER كالتالي: الموت هو أولا، ظاهرة طبيعية للحياة، وبالدرجة الأولى فالحادث الذي يصيب جميع أنواع الكائنات الحية

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

بدون استثناء ليس حادثا وإنما هو قانون يمضي بين الولادة وبين هذا الحادث هو بالتأكيد مختلف جدا من كائن لآخر، وإن كان أقل اختلافا ضمن نفس النوع إلى حد يمكن القول أن ساعة هذا الموت هو من ميزات هذا الكائن، أربعة وعشرون ساعة بعد الولادة بالنسبة لذبابة مايو ومئات السنين بعد الولادة بالنسبة للفيل، صحيح أن موت شخص كبير السن لا يأخذ دائما ظاهرة حادث فجائي، فالشخص يموت بسبب قصور القلب أو بسبب زكام حاد أو بسبب انغلاق المجاري التنفسية، ولكن من يستطيع أن يؤيد جديا أنه يتعلق بشيء آخر غير وسائل متعددة لنفس الظاهرة الحتمية التي لا مفر لها، وعن طريق تدخل سلسلة من الظواهر التي بقيت بحاجة إلى تعريف، يبدو موت الشخص منذ الآن كأنه النتيجة الحياتية الطبيعية لولادته، وكل ما هو غير ذلك ينشئ الموت الناتج عن حادث الذي يحدث قبل وقته، حادث إضافي كمرض طفل، مرض بالغ أو مرض يصيب الطاعن في السن قبل ساعة المحدد تبعا للمجرى الطبيعي للأمور، ويجب أن يتوجه نضالنا الحالي ضد الموت إلى الموت الناجم عن حادث.

وبالتالي يمكن القول أن التشخيص المبكر للموت لا يستند على أي علامة مميزة لمرض معين يكون حاسما بشكل قطعي، وإنما يستند على مجموعة قرائن مع إمكانية حدوث أخطاء، فالموت ليس لحظة محددة، كما يريده رجال القانون، بل ظاهرة مستمرة لا تصبح مؤكدة إلا بعد التأكد من طابعه القطعي غير المعكوس، فالانتقال من الحياة إلى الموت هو عملية مستمرة تستولي عادة على المراكز الدماغية الحيوية، النفسية والقلبية ليشمل فيما بعد كل الأنسجة والأعضاء ويميز عادة ثلاث مراحل:

1-حالة الموت الوظيفي الذي يصيب الوعي، التنفس، جريان الدم، والذي يسمى موت سريري مع توقف الوظائف الحيوية، ولكن يستطيع المريض في تلك المرحلة أن يأمل العودة للحياة.

2-حالة الموت الظاهري يتم لبضع دقائق والتي يمكن خلالها اللجوء إلى الإنعاش الاصطناعي.

3-حالة الموت النسيجي الحقيقي حيث تفقد الأنسجة حيويتها تبعا لمقاومتها الخاصة للحرمان من الأكسجين.

نتيجة لما سبق، الموت في الحقيقة هو خلاصة عدة أنواع للموت الجزئي، ويجب على الطبيب أن يعرف من بينها نقطة عدم الرجوع للحياة، وإن كان هناك بالطبع صعوبة في تحديد هذه اللحظة بدقة، وإذا كان مقبولا عالميا أن يموت هو

تخريب الدماغ بحيث لا يمكنه العودة للحياة مجددا، فإن الحدود بين الحياة والموت بقيت بالطبع غير محددة، وينتج عن ذلك مشاعر الفوضى وعدم الأمان عند أفراد الشعب وكذلك عند رجل القانون، ولهذا ظهرت الحاجة الملحة لوضع معايير تستطيع تأكيد التخريب العصبي غير المعكوس، هذا بالنسبة لتعريف الموت، وسنتطرق فيما يلي في المطلب الثاني إلى مشكلة التحقق من الموت أخطاء.

المبحث الثاني: طرق تحديد لحظة الوفاة:

في الحقيقة هذه المشكلة مثل مشكلة زرع الأعضاء حديثا نسبيا، إذ أن التحقق من الموت لم يطرح منذ زمن طويل أي صعوبة تقنية، فقد اعتبر البعض أن مجرد رؤية الجثة كافي للتأكد من الموت، فيكفي الانتظار عدة ساعات حتى يبرد الجسم الجامد ويأخذ قسوة الجثة.[41]

[41] د. أحمد عبد الدائم المرجع السابق ص 208.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

الالتزام بالسر المهني في عملية نقل الأعضاء ولا يجوز صدور أي بيان عن هذه العمليات إلا عن طريق المختص بدلك قانونا وهو إدارة المستشفى وقد أخذ بهذا الشرط التشريع البرتغالي.

قصر الاستئصال على جثث رعايا الدولة المنظمة لهذه العمليات، ما لم يعبر المتوفى الأجنبي على عكس ذلك صراحة. أشار لهذا الشرط كل من التشريع الاسباني والألماني، ويطبق هذا الشرط على الرعايا الجزائريين بحكم تنظيم عمليات نقل الأعضاء بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها، غير انه هناك رأي المستشار الفرنسي ROSIERS الذي يرى بأنه بعد الموت لا يعد هناك أي وجود للحالة الشخصية للأجنبي المقيم في فرنسا والتي تحكمه مادام موجود على قيد الحياة، فيمكن إذن تطبيق نصوص القانون الفرنسي على الأجنبي في فرنسا مما يسمح بزيادة عدد حالات اقتطاع الأعضاء المنجزة في فرنسا.

كما يجب الإشارة إلى وجود رأي يقول بوجوب نص المشرع الجزائري على شرط مفاده قصر عملية استئصال الأعضاء من جثث الأموات دون الحياء، وهذا من اجل التحكم أكثر في الميدان وتجنب المتاجرة بالأعضاء البشرية، حيث هذا الشرط وارد في كل من تشريعات سويسرا، السويد، الأرجنتين وأمريكا.

الفرع الثاني:

في الشريعة الإسلامية:

إن الله سبحانه وتعإلى قد كرم بني ادم وفضله على كثير من خلقه ونهى عن الاعتداء على حياته في قوله تعإلى: " ولقد كرمنا بني ادم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفصيلا" ومن مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس ودليل ذلك قوله عز وجل بعد بسم الله الرحمن الرحيم:" ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما" ولم تقف الشريعة الإسلامية أمام حماية نفس المسلم حي فقط بل تجاوزت ذلك إلى تكريم الموتى عن طريق ما شرعته لهم من تكفين، دفن وتحريم لنبش القبور، كما يدل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "كسر عظم الميت ككسره حيا" .

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

من اعتمد على مبدأ المنعة الاجتماعية، ومنهم من اعتمد على مبدأ الحاجة تنزل منزلة الضرورة، أما البعض الأخر فقد اعتمد على مبدأ الضرورة.

وقد صدرت فتوى عن فضيلة الإمام جاد الحق علي جاد الحق، سجاء فيها م يلي وتخريجا على ذلك وبناءا عليه، يجوز شق بطن الإنسان واخذ عضو منه أو جزء من عضو لنقله إلى جسم إنسان حي أخر يغلب على ظن الطبيب استفادة هذا الخير من الجزء المنقول إليه، ومصلحة الراجحة التي أرتاها الفقهاء القائلون بشق البطن التي ماتت حاملا. وإعمالا لقاعدة الضرورات تبيح المحضورات، وان الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، التي سندها الكتاب الكريم والسنة الشريفة، فان من تطبيقها كما تقدم، جواز الأكل من إنسان ميت اعملا لقاعدتي اختيار أهون الشرين إذا تعارضت مفسدتان روعي أعضمهما إضرارا بارتكاب أخفهما وإذا جاز الأكل من جسم الميت ضرورة جاز اخذ بعضه نقلا لإنسان أخر حي صونا لحياته متى رجحت فائدته وحاجته للجزء المنقول منه.

كما عرضت هذه المسالة على مفتي الديار المصرية فاصدر فتوى هامة في هذا الشأن من أهم ما جاء فيها إخراج عين الميت كإخراج عين الحي، فيعتبر اعتداءا عليه غير جائز شرعا إلا إذا دعت إليه ضرورة تكون المصلحة فيها أعظم من الضرر الذي يصيب الميت، وذلك لان قواعد الدين الإسلامي مبنية على رعاية المصالح الراجحة، تحتل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تفويتها اشد من هذا الضرر، وليس في هذا ابتذال للميت ولا اعتداءا على حرمته المنهي عنها شرعا، لان النهي إنما يكون إذا كان التعدي لغير مصلحة راجحة أو لغر حاجة ماسة، وقد ذهبنا إلى جواز ذلك في تشريع الموتى ممن لا أهل لهم قبل دفنهم في مقابر الصدقة لتحقيق مصلحة عانة راجحة لناس إحياء لنفوسهم أو علاجا لأمراضهم أو لمعرفة أسباب الحوادث الجنائية التي تقع عليهم مستندين في ذلك إلى ما سبق أن وضحنا، وإلى القواعد الأصولية التي تقضي بإيجاد ما يتوقف عليه أراء الواجب، وعلى ذلك تطبيقا لما ذهبنا إليه من الإفتاء بجواز تشريح الجثث للموتى الذين لا أهل لهم نقول إن الاستيلاء على عين الميت لتحقيق مصلحة الحي ليس فيه

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

اعتداء على حرمة الميت فهو جائز شرعا لان الضرورة دعت إليه ولان الضرورة شرعا تقدر بقدرها، ونرى قصرها في هذا الاستفتاء على اخذ عين الميت الذي لا أهل له قبل دفنه وما يلاحظ على هذه الفتوى أنها قصرت على أمر تجوز المساس في الجثة على النحو السابق على حالة الميت الذي لا أهل له.

أما في حالة الميت الذي له أهل جاء في الفتوى: أما الأموات الذين لهم أهل فان أمر الاستيلاء على عيون موتاهم يكون بيدهم وبإذنهم وحدهم ويظهر من هذه الفتوى أنها أجازت المساس بهذه الجثة لأغراض علاجية وغير إذن من احد إن لم يكون للمتوفى عائلة، أما إذا كان له آهل فلابد من الحصول على موافقتهم.

كما جد فتوى بخصوص اخذ الطبقات السطحية من الجلد، حيث قررت دار الإفتاء المصرية اخذ الطبقات السطحية من جلد المتوفين بعد تحقق فاتهم لعلاج الحروق الجسمية العميقة للأحياء جائز شرعا إذا دعت إليه الضرورة، وكان يحقق مصلحة وليس في هذا اعتداء على حرمة الميت أو مساس بكرامته لان الضرورة دعت إليه، والضرورات تبيح المحضورات ومادام أن هناك إذن من ولي الميت أو وصية منه بالموافقة على استخدام جلده في علاج الأحياء، وهذا يتفق مع مقاصد الإسلام الشرعية التي تقوم على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الاحق بجلب مصلحة يكون تفويتها اشد من هذا الضرر، وذلك لقوله تعإلى:" ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا" أما مجمع الفقه الإسلامي بجدة فقد أفتى في مؤتمره الرابع وبالتحديد في مادته السادسة: يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو آو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت او ورثته بعد موته، آو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفي مجهول الهوية او لا ورثة له.

كما نشير إلى وجود فتوى صادرة عن لجنة الفتاوى التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في 1972/04/20 بعنوان حكم نقل الدم وزرع الأعضاء البشرية، مما جاء فيها:

1/ ان حفظ النفوس من الكليات المتفق عليها بين القوانين الوضعية والشرائع السماوية، ومن أغراض الشريعة الإسلامية حفظ النفس، المال، الدين والعقل ومن المعلوم ان من قواعد الشريعة إن المشرف على الهلاك يجب إنقاذه،

وذلك من فروض الكفاية غلى كل من استطاع فان قام به بعضهم سقط الوجوب عن الباقي والثواب لمن قام به فقط.

2/ في حالة زرع القلب أو القرنية إنما نستعمل أعضاء إنسان مات، ولا يمكن في حالة زرع القلب بالخصوص استعمال قلب إنسان حي حتى لو رضي بذلك، وهذه الأخيرة من أحوال ثلاثة:

أ – إن يتبرع المنقول منه بعضو حال حياته بحيث يوصي أن يؤخذ عضو منه فيزرع في جسم شخص معين أو لفائدة المجموع.

ب – ان يتبرع بعضو الميت ولي شرعي كلبيه وأخيه فيأذن بتشريح جثته واخذ العضو المراد منه، والظاهرة ان الوالي يفعل ذلك في حال المصلحة الراجحة كإنقاذ مسلم بإرجاع بصره ليستعمله في طاعة الله والعمل المثمر أفضل من ترك عين الميت لم يستطيع استعمالها.

ج – إذا لم يكن إذن من الميت في حال وفلته، و لا إذن من وليه بل أن هذا الأخير رفض فالظاهرة المنع، وان لم يكن للميت ولي فان السلطات تصبح هي الوالي، ويمكن لها إن تأذن بتشريح الجثة واخذ الأعضاء منها والانتفاع بها، وتضيف الفتوى في حالة نقل الدم أو نقا العضو من ميت فلا يجوز حتى يتحقق الأطباء المختصين من الوفاة ويتيقنوا أن الهالك لم يبقى فيه اثر للحياة، وان وقع مجرد شط بسيط في بقاء شيء من الحياة، فلا يجوز الإقدام على تشريح جثة إذا مادامت الحياة فيه فليس لأحد أن يبادر لإنهائها باجتهاد منه ولو تيقن حسب القواعد الطبية مما لم يبقى في استمرار حياته، لان الإقدام على البدا في تشريح جثة بها رمق أو شك نوع من القتل العمد وفي هذا الإطار الشيخ احمد حماني يؤكد انه إذا تحقق موت الشخص وتبع قبل موته أو تبرع وليه يجوز انتزاعه، أما الشيخ محمد رمضان البوطي فيفرق بين الإنسان الحي المهدر دمه كمن حكم عليه بالإعدام وبين الإنسان المعصوم دمه فيقول: يجوز اقتطاع عضو معين قد استوجب القتل شرعا عند الضرورة، بحيث يقرر الطبيب العادل المختص انه لابد لإنقاذ حياة مريض من زرع هذا العضو في جسمه ولا يقوم مقامه عضو اصطناعي او عضو من حيوان غير نجس وفي هذا المقام تجدر منا الإشارة إلى بروز جدال ديني حول مشروعية نقل قلب سليم من جسد ميت إلى جسد حي يحتاج إلى هذا القلب

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

السليم بعد أن دب في قلبه المرض مما جعله غير صالح لمصاحبة هذا الجسد فيما بقي له من رحلة الحياة، وما يلاحظ أن موضوع نقل أعضاء أخرى غير القلب لم يثر ما أثاره موضوع القلب، لان القلب صار مشكلة في نظرهم، إذا كيف يعيش الإنسان بقلب غير هذا القلب الإنساني الذي تناوله القران الكريم في أكثر من 120 آية منها قوله تعإلى:" يو ملا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم"، وكذلك قوله:" وان من شيعته لإبراهيم إذا جاء ربه بقلب سليم" وكذا قوله:" فالذين لا يؤمنون بالآخرة قلوبهم منكرة وهم مستكبرون" ومن السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم:" إن في الجسد مضغة إذا صلحن صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله، إلا وهي القلب"وبهذا يكون القلب مستودع الأسرار والإيمان والكفر والهدى والضلال والمشاعر والخير والشر.....

فكيف يعيش الإنسان بكل هذا الرصيد المودع في قلبه؟ وكيف يلاقي الإنسان ربه يوم الحساب بقلب غيره؟

وبالتالي ووفق كل ما سبق ذهب هذا الرأي إلى عدم جواز نقل القلب، لكن خالفه في ذلك رأي أخر مسببا قوله إن الإنسان في رأي الإسلام هو ذلك الكيان الجامع كله الشخص بظاهره وباطنه، كما أن القران الكريم لم يخاطب القلب وحده بل خاطب غيره من الحواس كالسمع والبصر.

كما أن الإسلام جعل حتى الجلود موضع مساءلة يوم القيامة بقوله تعإلى:" وقالوا لجلودهم لما شهدتم علينا" وكذا بالنسبة للألسنة والأيدي والأرجل بقوله تعإلى:" يوم نشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم بما كانوا يعملون".

ومن هذا كله نصل إلى القول أن القلب إنما هو جهاز من بين أجهزة الكيان البشري، فلا حرج في نقله إن كان صالحا من جثة الميت إلى جسد حي مريض لينقذ حياته، وتأكيدا لذلك صدرت فتوى حول حكم الآلام في عملية نقل القلب من إنسان إلى أخر جاء فيها : وإما عملية زرع القلب ونقل الأعضاء فنقول فيها أن هذا الفعل متبع سيكون طبعا ن شخص ميت، ف حالة وفاته إذا اثبت أن هذا الجزء من الميت سينفع الحي جاز ذلك شرعا ولا يعتبر ذلك إهانة للميت.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

قيود الاستئصال من الجثة في الشريعة الإسلامية:

لقد أجازت الشريعة الإسلامية الاستئصال من جثث الموتى لزرعها في أجسام المرضى، لكن هذه الإجازة غير مطلقة بل أحاطها فقهاء الشريعة الإسلامية بقيود شرعية منها ما هو عام يجب توافره في كل الحالات، ومنها ما هو خاص بحالات معينة.

القيود العامة:

من هذه القيود ما يخص المتبرع ومنها ما يخص المتلقي ومنها ما هو مرجح للوساطة ، هذه القيود هي:

1/ تحقيق قيام الضرورة بقيام اليقين بأي دلالة يقوم بها اليقين، كإخبار الطبيب الحاذق، ولا يشترط كونه مسلما وما ورد من شرط إسلامه عند البعض هو أيضا قيد اتفاقي.

2/ تحقق انحصار التداوي به لعدم وجود بديل له يقوم مقامه ويؤدي وظيفته بكفاءة.

3/ ان تكون العملية بواسطة طبيب ماهر.

4/ غلبة الظن على نجاح زرع العضو في المنقول إليه

5/ عدم جواز تجاوز القدر المضطر إليه.

6/ تحقيق الموازنة بتقدير ظهور مصلحة المضطر المنقول إليه على المفسدة الاحقة بالمساس بالجثة، تحقيق توفر شرط الرضى التطوعية والأهلية منه قبل وفاته عن طريق الوصية أو استئذان أهله من بعده.

7/ توفر متطلبات العملية التي بلغها الطب وإلا كان الطبيب مقصرا ومن ثم يتحمل جزاء تقصيره.

القيود الخاصة:

وهي تخص الطرفين الميت والحي، فبالنسب للميت المأخوذ منه فتصور في حال الإذن أو عدمه

1/ ميت ادن قبل وفاته بانتزاع عضو منه لفائدة شخص معين أو غير معين.

2/ ميت لم يعقب وارثا.

3/ ميت عقب وارثا ولم يأذن الوارث.

4/ ميت عقب ورثة فإذن البعض.

أما الحي فلا تخلو مصلحته من مراتب ثلاثة:

1/ إما أن تكون ضرورية تتوقف حياته على ذلك العضو.

2/ وما إن تكون حاجته لا تتوقف حياته عليها كالحاجة إلى القرنية ونحوها.

3/ وإما أن تكون تحسينية كترقيع الشفة وغيرها.

وعليه فإذا كانت المصلحة تحسينية فلا ينبغي الخلاف بعدم الجواز سواء إذن الميت قبل وفاته أم لا، لان حرمته ميتا كحرمته حيا، فلا يجوز انتهاك حرمته المحرمة لتوفير مصلحة تحسينية تجميلية، وهي تعريض جثة الميت للانتهاك والعبث بها، وان كانت مصلح الحي حاجية فان حرمة الميت واجبة كحرمة الحي وهتكها وقوع في محرم فلا ينبغي خرق الحرمة والوقوع في الحرام لمصلحة مكملة للانتفاع، أما إذا كانت مصلحة ضرورية هنا مفسرة بما يتوقف حياته عليه كالقلب والكلى والرئتين ونحوهما من أصول الانتفاع الضرورية، فهنا يترجح الجواز عند من قال به لأمور منها:

1/ الموازنة بين المصالح والمفاسد، والمنافع والمضار فان مصلحة الحي برعاية إنقاذ حياته أعظم من مصلحة الميت بانتهاك حرمة بدنه، وقد فارقته الروح وإذن بذلك، ولهذا نجد نظائره في الفروع عند عدد من أهل العلم من تناول في حالة الاضطرار من لبن المرأة الميتة، واكل لحم الآدمي، وشق بطن المرأة الميتة الحامل إذا كان حملها يضطرب وقد علمت ما فيها..الخ. وشرط إذنه وإذن ورثته لان رعاية كرامته حق مقرر له في الشرع لا ينتهك إلا بإذنه، فهو حق موروث كالحال في المطالبة من الوارث في حد قاذفه، ولذلك الإذن هو إيثار منه او من مالكه الوارث لرعاية حرمة الحي على رعاية حرمته بعد موته في حدود ما إذن به، ولذا صح ولزم وشرط الإذن منه قبل وفاته، أو من ورثته جميعهم، أما إن فات هذا الشرط ولم يتحقق بإذنه أو إذن جميع ورثته بإذن بعض دون البعض فلا يجوزالانتزاع، وان تم النتزاع فيعتبر تعسفيا لحق الميت وحرمة الرعاية له، اما من لا وارث له اذا مات في بلد إسلام تحت ولاية سلطان مسلم بحكم الشرع ويقيم الحدود وينفذ حكم الإسلام، فالسلطان ولي من لا ولي له فهو في مقام الوالي له.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

من كل ما تقدم، نستخلص إلى القول آن هذه القيود تدور حول شروط تقتضيها حالة الضرورة وشروط يقتضيها رضى المعني أو أسرته، والأصل أن ما يسري على الاستئصال من الإحياء يسري على الاستئصال من الجثث، إلا انه في الحالة الأولى تتحدد المواجهة بين حياتين أو سلامة جسدين، أما في الثانية تكون بين حياة طرف واحترام جثة طرف آخر، أو احترام مشاعر أسرته والفاصل الأساسي بين الحالتين هو قيد تقتضيه الحالة الأولى وهو الحفاظ على حياة المتنازل آو على سلامة جسده، وهو قيد لا يعرض في الحالة الثانية، لكن مع ذلك يجب الوقوف عند حدود معينة، بحيث لا يترتب على الاستئصال التمثيل بالجثة فيما لا ضرورة له، هذا بالنسبة للحالة الثانية مع مراعاة الإذن من المتوفى آو عائلته.

ونم المسائل التي طرحت في مجال زراعة لأعضاء البشرية إمكانية الاستفادة من الجنة المجهضة في عمليات زراعة الأعضاء هذه القضية التي ما كنا لنتعرف عليها لولا التقدم العلمي الهائل الذي نعيشه الآن على ساحة الطب، وهي بلا شك لم يتناولها نص من الكتاب أو السنة، كما لم يفتي فيها علماء المسلمون القدامى، لذا سنبين التعقيب على هذه التصرفات وكذا الحكم الشرعي لها.

فبغض النظر إلى مشكلة الإجهاض بحد ذاتها، والتي تخرج عن موضوع بحثنا، فان الأجنة التي يمكن الاستفادة من أعضائها والتي نجدها في معظم المراكز الطبية هي أجنة مجهضة عمدا، والاستفادة من أعضائها تتوقف على مدى نمو ذلك العضو في الجنين، بحيث أن الأجنة المجهضة في الأشهر الأولى من الحمل لا تكون صالحا كثيرا لعمليات زراعة الأعضاء، ولكن بعد الشهر الرابع مرحلة نفخ الروح تكون أكثر فائدة، والأعضاء التي تؤخذ يجب أن تؤخذ من أجنة حية أو أجنة خرجت من بطون أمهاتها حية، ووجهة نظر الشريعة الإسلامية في ذا الصدد لا شك تختلف باختلاف المرحلة التي يكون فيها الجنين، فهي أما مرحلة قبل نفخ الروح او مرحلة ما بعد ذلك،

.كما تختلف حال الجنين حيا أو ميتا، فإذا كان الجنين قد استقبل الروح بمضي 120 يوما على تكوينه ولم ترحل عنه هذه الروح فانه ادمي حي، واخذ احد أعضائه يسبب حتما مفارقة روحه لجسده، وهذا يشكل قتلا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق له، وان نجى من الموت كيف التصرف على انه إيذاء عمدا لجسم ادمي، وهذا لا يختلف سواء

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

كان الجنين في بطن أمه أو سقط منه مادام حيا، وتعرف حياته بصدور أي حركة إرادية منه، أما إذا فارقت الروح جسد الجنين بوفاة دماغه سواء كان في البطن أو خارجه يصبح ادميا ميتا، ويكون اخذ أعضائه عنه بمثابة تصرف بجسد ادمي كان مسكنا للروح، وهذا إذا تجاوز عمره 120 يوما، أما قبل ذلك حيث لم تنفخ فيه الروح بعد، فان اخذ عضو منه على النحو المبين سابقا لا يعد قتلا لآدمي، وان أدى ذلك إلى فقدانه النمو والتطور وهذا لا يكيف على انه قتل وإنما هو إفساد للجنين بوقفه عن التطور والنمو.

والراجح على ضوء ما سبق، إن الأصل في هذا المتصرف هو تحريم الإجهاض قبل نفخ الروح، ولكنه تحريم غير مطلق إنما هو يخضع لقاعدة الضرورات، والقاعدة التي توجب الأخذ بأعظم المصلحتين ودفع أعظم المفسدتين، حيث أن مصالح هذا التصرف تتفوق على مفاسده من حيث الجملة، أما من حيث التفصيل فينبغي أن ينظر إلى كل حالة بخصوصيتها، وإلى قيمة المنافع التي من المتوقع تحقيقها ومقارنتها بما سبق ذكره، من هذا نرى أن الحكم الشرعي لهذا التصرف جائز بالنسبة للأجنة التي لم تستقبل الروح، وجواز إسقاطها يعد لهذا الغرض يعد من حيث الجملة مع ضرورة النظر إلى كل حالة على حدى ليستبعد هذا جواز الحالات التي تقتصر على مصالح تحسينية أو اقل منها مع الاحتفاظ بالشروط الواردة على هذا التصرف أما إذا كان الإجهاض قد تم تلقائيا خطا آو عمدا بقصد الاعتداء عليه أو على أمه فحسب، دون الاستفادة من أعضائه، فلا بد للنظر إلى المرحلة التي وصلها الجنين، فان كان مكتمل النمو وخرج حيا فلا يجوز المساس به لان عكس ذلك يعد قتلا او شروعا في القتل وهذا محرم شرعا، أما إذا كان مكتمل النمو ولم يخرج حيا او خرج غير مكتمل النمو وهناك قطع طبي على استحالة خيانة، هنا يجوز الاستفادة منه لأغراض العلاج الطبي الموثوق للأحياء وضمن الشروط التالية:

1-أن تكون بموافقة الوالي.

2-أن تتعين هذه الاستفادة لصيانة حياة المستفيد أو وظيفة أساسية من وظائف الجسم.

3- أن يتمتع المستفيد بحياة محترمة شرعا.

4- أن يكون ذلك دون مقابل مادي.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

وأخيرا يمكن القول أن توافر كل هذه الشروط سواء العامة أو الخاصة لا يثير أي إشكال، لكن هل يعني هذا انه لا يوجد أي مشكلة؟ سيكون ادعاء ذلك بالطبع تهورا وطيش، في الحقيقة لا يمكن أبدا تجاهل إرادة الشخص الذي يتوقع اقتطاع احد الأعضاء من جثته، فتشكل موافقة المتبرع أيضا في مجال اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى شرطا مهما لشرعية هذه العملية، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني:

الرضاء على الاستئصال من جثة المتوفي

ان عبارة الرضاء تدل على ثلاث معاني مختلفة:

1/ يعتبر الرضاء حسب المعنى الأول عنصرا منشئا للعقد، ضروريا لتكوينه فمثلا في عقد البيع يأذن البائع بالتخلي عن ملكية العقار ويأذن المشتري بدفع الثمن

2/ يتضمن المعنى الثاني السماح أو الترخيص الذي يعطيه الغير لانجاز احد التصرفات القانونية كإعطاء احد الأبناء موافقتهم من اجل زواج ابنه القاصر.

3/ ويقترب المعنى الثالث لمفهوم الرضاء من المعنى الثاني ولكنهما يبتعدان من حيث الرضاء، هنا ينبعث من نفس الشخص الذي سيوجه ضده الاعتداء بشكل مباشر وليس على الغير، ومن هنا نصل إلى مفهوم الرضاء على التصرف الطبي، فاستنادا لمبدأ الحرية التعاقدية المطبق في القانون الطبي، لا يمكن إجبار احد على الخضوع لعمل طبي باستثناء بعض الحالات الخاصة، فيجب على الطبيب الحصول على رضاء المريض في كل مرة يريد تنفيذ عمل طبي، ويمثل هذا الرضاء الضروري المحافظة على الحقوق الشخصية بالتكامل الجسدي ولا ينتقل الحق بالعلاج إلى الطبيب إلا في الحالة التي يكون فيها المريض الذي يعتبر سيد جسمه ومصيره الخاص، قد منحه هذا الحق، فرضاء المريض هو الذي سيسمح إذن بالتصرف الطبي، أيا كان هذا التصرف فلكل شخص الحق في حماية تكامله الجسدي ويجب أن يلتزم الآخرون باحترام هذا الحق، ولكن هل يستطيع الفرد نفسه التصرف قانونا بهذا الحق من خلال السماح للآخرين بالاعتداء على تكامله الجسدي؟

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى رضاء المتبرع الصريحة على استئصال أعضاء من جثته بعد وفاته ثم نتطرق إلى تبديل هذا الرضاء الصريح بقرينة الرضاء.

الفرع الأول:

الرضاء الصريح

تبعا لمبدأ الرضاء الصريح على اقتطاع الأعضاء لا يمكن اجرا عملية اقتطاع الأعضاء من جثة متوفي إلا إذا وافق المتوفي او عائلته صراحة على ذلك.

رضاء المتوفي الصريح:

إن إرادة الشخص المتوفي يعبر عنها إما ايجابيا بقبول الشخص الاستئصال من جثته بعد وفاته أو تكون سلبا بعدم الرضاء بذلك وايا كانت هذه الإرادة ينبغي احترامها. لكن هذه الإرادة هل ينبغي أن تفرغ في شكلية معينة؟

لقد اختلقت التشريعات في هذا الشأن، فذهب البعض لعدم استلزام أي شكلية بينما اشترطت تشريعات أخرى شكلية خاصة للتعبير عن هذه الإرادة، سواء كانت بالإيجاب أو بالسلب حيث في حالة قبول الاستئصال من الجثة لا يعتد بهذا القبول إلا إذا كان كتابيا في شكل قرار كتابي أو وصية، ومن بين التشريعات التي تعتد بذلك التشريع الجزائري، المؤرخ في المادة 124 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85 قبل تعديله التي جاء فيها: وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المتوفي، وهو غلى قيد الحياة، لكن تم تعديل هذه المادة السالفة الذكر حيث أصبح نصها كالتالي : وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع أثناء حياته عن قبوله ذلك.

وبالتالي بعدما كان المشرع الجزائري يشرط الرضاء الكتابي للمتنازل أثناء حياته، تراجع في النص المعدل وبسط إجراءات التنازل حيث أباح الاستئصال من جثة المتوفي إذا عبر هذا الأخير عن قبوله بالتبرع بعضو من أعضائه، ومن ثم فانه لم يشترط وسائل معينة للتعبير عن هذا الرضاء، سواء كانت كتابة أو إشارة أو بطريقة ضمنية كما يمكن للمتبرع قبل وفاته أن يحدد أعضاء معينة لتكون محل الانتزاع دون أعضاء أخرى من جثته، كما يجب أن يحدد أغراض هذه العملية ومن التشريعات التي لم تشترط شكلية معينة لتغبر المتبرع عن رضائه لاستئصال الأعضاء من جثته بعد

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

وفاته نجد المرسوم الملكي الاسباني، وكذا قانون ألمانيا الديمقراطية أما التشريعات التي اشترطت شكلية معينة للتعبير عن هذه الإرادة نجد مثلا: القانون المصري الخاص بتنظيم بنك العيون، الذي نص في المادة 3 على انه: يمكن الحصول على العيون من الأشخاص الذين يوصون به، وقد أخذت هذه المادة من القانون الفرنسي المتعلق بنزع القرنية الذي جاء فيه: يمكن أن يتم اقتطاع الأعضاء من الإنسان لترقيع القرنية دون مهلة وبنفس المكان كل مرة يكون فيها المتوفي قد تبرع ضمن وصية بعيونه لمؤسسة عامة أو خاصة تمارس أو تسهل ممارسة هذه العملية.

نلاحظ من هذين القانونين أن التشريع الفرنسي وتبعه التشريع المصري يشترطان شكل الوصاية كطريقة للتغبير عن إرادة المتوفي. كما أن المشرع الفرنسي في قانون 1972/12/22 المدعى بقانون Caillavet اخذ بطرقة أخرى لتغبير الشخص عن قبوله للتبرع بعضو من أعضائه بعد وفاته، والمتمثلة في تسجيل تصريحاته في سجل نعد لهذه الغاية في مكتب القبول في المستشفى المرخص له إجراء الاقتطاع، وذلك على شكل النموذج الذي يحمل عنوان: شهادة رفض أو قبول اقتطاع الأعضاء. والذي وضع موضع التنفيذ في جوان 1978 ويجب أن يتضمن التصريح الذي يسجل في السجل المعلومات التالية

تاريخ وساعة التصريح

اسم ولقب وعنوان الشخص المعالج

الشروط والظروف التي تم ضمنها التعبير عن الإدارة

وصف كل الوثائق والمستندات والأدلة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة

توقيع المصرح

ويبقى السجل مفتوحا أمام كل الأشخاص الراغبين بصياغة الرفض بنفسه أو القبول وكذلك أمام أي شخص يعلم برفضهم أو قبولهم، فيمكن أن يتعلق إذا بالشخص الذي يعالج نفسه سواء في لحظة قبوله أو إثناء معالجته في المستشفى، أب و قريب الشخص الذي يعالج في المستشفي أو أي شخص آخر جار، شخص أخر يعالج في المستشفى كان قد حصل على تصريح أو وثيقة منه.

موظف ينتمي إلى قسم المعالجة.

فقد شكل اقتراح السيد بتاريخ 1967/12/19 احد هذين المشروعين حيث نص في مادته الرابعة: لا يمكن اقتطاع الأعضاء من اجل زرعها عند أشخاص آخرين إلا استنادا لإبراز قرار كتابي تم من قبل المتبرع استناد الوصية.

فيحين نص المشروع الأخر الذي قدمه السيد بتاريخ 1974/05/11 في مادته الأولى: التبرع بالأعضاء قبل أو بعد الوفاة إرادي ومجاني ويتم التعبير عن إرادة المتبرع بوصية حسب الإشكال المنصوص عليها بالمواد 976 إلى 1001 من القانون المدني.

بالإضافة إلى القانون المصري والفرنسي اللذان اشترطا شكل معين للتعبير عن موافقة المتبرع باستئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته نجد تشريعات أخرى كالتشريع الأرجنتيني، التشيكوسلوفاكي، الدانمركي والتشريع الكندي.

لكن هذا الاتجاه تعرض للنقد الذي مفاده أن اشتراط الشكل الكتابي تشوبه بعض العيوب حيث من النادر أن يفكر إنسان يتمتع بصحة جيدة في إعطاء إذن استئصال أعضاء من جثته بعد وفاته، ومن جهة أخرى المريض يأمل في أن يستعيد صحته وسعادته كيف نطالبه أن يعبر عن إرادته بقبوله أو رفضه الاستئصال من جثته بعد وفاته، حيث أن الإنسان نعرفه انه يمكنه أن يستوعب أن الوفاة أمر محتم عليه، لكنه لا يمكنه أن يعيش أو بالأحرى غير مستعد لان يعيش وفاته المعلنة، حيث مثل هذا الإجراء من شانه التأثير على حالته النفسية مما يعرقل شفاءه.

كما نجد بالإضافة إلى ما سلف ذكره في هذا الفرع حالة أخرى تطرح وهي إذا ما أوصى الشخص بجثته بعد وفاته بغرض الاستئصال منها أو لأغراض علمية، فما مدى حق الأقارب هنا في تنفيذ هده الوصية أو الاعتراض عليها؟

يرى جانب من الفقه المقارن أن التنازل عن الجثة قرار في غاية الخطورة بالنسبة لأسرة المتوفي لأنه يمس شعورهم، فمن حقهم الاعتراض على هذه الوصية بالتالي عدم تنفيذها، أما الرأي الراجح يقول انه يجب على الأسرة احترام وصية المتوفي والسعي لتنفيذها مادامت قد تمت وفق الحدود المشروعة، فهي تعتبر ملزمة.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

أما مؤتمر بيولوجيا سنة 1969 فقد أوصى انه إذا كان متوفي قد أعطى في حياته الإذن بأخذ عضو من أعضائه فان رفض عائلته ليس له أي اثر فرغبة المتوفي مقدمة على مشاعر أقاربه .

هذا في حتى قبول الاستئصال أما في حال رفض الاستئصال فان التشريعات استلزمت شكلية معينة لإثبات رفض الشخص المساس بجثته، ومن هذه التشريعات التشريع الجزائري الذي نص في مادته 165 فقرة 1 من القانون 90 المتعلق بقانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: يمنع انتزاع الأنسجة و الأعضاء بقصد زرعها إذا كان الشخص المعني قد رفض كتابيا وهو على قيد الحياة، وإذا كان الانتزاع يعيق التشريح الطبي. من هذه الفقرة يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للشخص الاعتراض على المساس بجثته بعد وفاته على أن يكون هذا الاعتراض كتابة، وهذا النص يعتبر نوعا من التزايد من قبل المشرع لا طائل منه، إذ كيف يوصي الشخص بعدم المساس بجسده وهو المحترم قانونا والمكرم شرعا، فإما أن يتنازل عن عضو من أعضائه أو يوصي بذلك أو يصمت عن ذلك.

وفي القانون المقارن نجد التشريع التشيكي اخذ بهذا الشرط أيضا فيحين هناك تشريعات لم تستلزم شكلية خاصة لإثبات رفض المتوفي للاستئصال من جثته بعد وفاته، ومنها المرسوم الملكي الاسباني الخاص باستئصال الأعضاء ونقلها، وكذلك المرسوم الفرنسي الخاص بذلك، لكن هناك اقتراحات صدرت لتفادي صعوبات إثبات الرضاء بعد الوفاة أو الحصول على الموافقة من طرف العائلة في الوقت الذي يستلزمه ذلك، لذا نجد من اقترح بطاقات خاصة بالتبرع بالأعضاء يحملها كل شخص معه بصفة دائمة مثل بطاقات التعريف الوطنية، أو رخصة السياقة، أو بطاقة العمل أو مجرد إمضاء يوضع على بطاقة ما بين موقف الشخص من التبرع بأعضائه بعد وفاته دون الحاجة إلى تصريح من طرف عائلته.

كما يمكن إيداع سجلات خاصة في المستشفيات يسجل فيها ذلك، وإذا تراجع الشخص عن رضاه يمكنه تمزيق هذه البطاقة وإعلام الجهة المصدرة لها، وكذلك الرجوع عما سجله في سجل المستشفى من رضاه، لكن إذا توفي الشخص دون الرجوع عما سجله في المستشفى من رضى وكان يحمل معه إمضاءه عل الاستئصال في بطاقة ما، فالعثور على هذه البطاقة معه يعني رضاء بالاستئصال دون داع لأي إجراء أخر فيما يخص أسرته للحصول على رضائه.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

هذه الطرق اتبعت في بعض الدول كأمريكا حيث يؤخذ ببطاقات التبرع بالأعضاء يحملها الشخص معه بصفة دائمة ويوقع عليها المتنازل أمام شاهدين يوقعان أيضا على البطاقة، وفي بلجيكا يمكن للمتنازل أيضا أن يطلب من الجهة المختصة أن يدون في بطاقته الشخصية موافقته على التصرف في جثته بعد وفاته، وفي ألمانيا نجد تخصيص خانة في بطاقة التعريف خاصة بالتصرف في الجثث بعد الوفاة، وهناك إشكال آخر يطرح في هذا المجال مفاده مدى إمكانية استئصال المحكوم عليهم بالإعدام بعد تنفيذ الحكم عليهم مباشرة؟

وحول هذا الإشكال نجد اتجاهين، الأول يقول بجواز هذا الاستئصال من اجل المصلحة الانسانية، حيث المحكوم عليه بالإعدام لا يتضرر من أن يتم إعدامه على سرير محاط بالأطباء بدلا من المقصلة او المشنقة، ما ان هذا الاستئصال فيه نوع من التعويض للمجتمع عن الضرر الذي سببه هذا المجرم، لكن يضيف انه يجب عدم إخبار المحكوم عليه بلحظة التنفيذ تفاديا للضرر المعنوي الذي قد يصيبه.

أما الاتجاه الثاني فقد قال بعدم جواز هذا الاستئصال من جثة المحكوم عليهم بالإعدام حيث لا يجوز المساس بجثتهم إلا بالحدود القانونية، حيث هم غير مجبرين على التبرع لان هذا يتعرض مع الكرامة الإنسانية كما أن المجتمع يستوفي حقه بمجرد تنفيذ الحكم بالإعدام، حيث ليس من حقه الاستئصال طالما القانون لم ينظم هذا الأمر كما انه لا يمكن تحويل المهمة الإنسانية للطبيب في علاج المريض والحفاظ على مهمته إلى مهمة تنفيذ أحكام الإعدام.

وقد رفض مؤتمر بيولوجيا لعام 1969 فكرة تملك الدولة للجثة لأنها تعطي الحق في تتبع الإنسان حتى في متاهات القبور، وقد نص القانون الجزائري على السرية المطلقة لتنفيذ هذه العقوبة ومواراة الجثة التراب، كما أن تنفيذ هذه العقوبة يتم رميا بالرصاص حيث تكثر الطلقات النارية في جسم المحكوم عليه مما يؤدي إلى عدم صلاحية أعضائه للنقل.

واستنادا لكل هذا، نقول أن المشرع الجزائري قد ساير الاتجاه الذي لا يجيز المساس بجثة المحكوم عليه بالإعدام.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

خلاصة القول هي انه لإمكانية إجراء عملية الاستئصال للأعضاء على جثة المتوفي يجب الحصول على الموافقة الصريحة للمتوفي، لكن بشكل عام إذا لم يعبر المتوفي عن رغبته فيما يتعلق بمصير جثته فيجب اللجوء إلى إرادة العائلة التي من المفترض أن تعرف بشكل أفضل رغبات المتوفي.

موافقة عائلة المتوفي:

انتقال الحق بالتصرف بالجثة من المتوفي نفسه إلى عائلته لا يمكن تصوره ا في حالة وفاة الشخص دون التعبير عن موقفه من استئصال عضو من جثته، وبالتالي لا يبقى إلا الحصول على الموافقة من أسرة المتوفي، ويدخل هذا بديهيا ضمن الطر العام لحق العائلة على جثة المتوفين، لكن يتوجب علينا الاعتراف ن حقوق العائلة على جثة احد أعضائها ليس حق ملكية وإنما هو حق غير مالي ونجد أساسه ضمن روابط الدم والعاطفة، ويجب أن تقوم العائلة بإجراءات مصير الجثة الطبيعي المتمثلة في الدفن، ويمكنها التبرع بالجثة إلى معهد التصريح وتستطيع العائلة أيضا السماح أو معارضة اقتطاع الأعضاء إلا إذا عارض ذلك المتوفي أثناء حياته، لأنه يجب أن لا ننسى أن الدور الأول للعائلة هو تفسير رغبة المتوفي أي الكشف عن القرار الذي كان سيتخذه فيما لو كان هذا الموضوع قد طرح أمامه.

وقد كتب : إذا لم ينص المتوفي على شيء فان حق اتخاذ القرار يعود مبدئيا للعائلة.

كما أكد كل من : يبدو لنا ضروريا انه إذا لم توجد موافقة وقائية من المتوفي فيجب الرجوع إلى موافقة العائلة التي يتوجب عليها التعبير عن رغبة المتوفي بالشكل الأمثل.

وحول هذه النقطة نجد اختلاف في الآراء حيث أن هناك من يقول بضرورة الحصول على الموافقة الصريحة لأسرة المتوفى حتى يتسنى القيان بإجراء عملية الاستئصال من الجثة، وطرح السؤال حينئذ حول معرفة من هم أعضاء الأسرة القادرين عل الموافقة؟

اقترح ضمن مشروع قانون إعطاء هذه السلكة إلى كل الورثة الشرعيين بموجب موافقة خطية، ومن الملائم الإشارة إلى أن هذا الاقتراح قد يأخذ طابعا مستحيلا، لان اشترط موافقة كل الورثة الشرعيين فيه مبالغة كبيرة وقد يؤدي إلى شلل اقتطاع الأعضاء بشكل كامل مما يوصله إلى هدف معاكس تماما للهدف الذي كان يبتغيه، وفي الواقع

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

من المستحيل عمليا الاتصال ضمن فترة قصيرة بكل أعضاء الأسرة الذين قد يكونون منتشرين وغير معروفين بالتأكيد من قبل المستشفى، بالإضافة إلى ذلك فان اعتراض فرد واحد من أفراد العائلة يبطل حسب نص المشروع كل الموافقات الخطية لباقي أفراد العائلة على اقتطاع الأعضاء.

وبالتالي قد تمحورت المشكلة لإنشاء ح أفضلية بين الأشخاص المسموح لهم تعطاء موافقتهم على اقتطاع الأعضاء من جثة احد أفراد عائلتهم، لكن ماهو الترتيب الذي يجب تبنيه؟ هل نأخذ بالترتيب الوراثي؟

قد لا يتمكن الفريق الطبي من معرفة الورثة خلال هذه الفترة القصيرة، وليس ضروريا من ناحية أخرى أن يكون الزوج هو الذي يعرف بشكل أفضل رغبة المتوفي رغم انه مبدئيا الأكثر عاطفة وحميمية معه.

ويشترط لتبرير حق أفضلية الزوج وجود مشاعر عاكفة زوجية فعلية بينهم وإذا تبين من الظروف المحيطة بهم أن التفاهم المطلوب لم يكن سائدا بينهم أثناء الزواج فان هذا الحق سيعطى إلى قرب آخر.

عل نأخذ بالترتيب الناتج عن حق تحديد مكان وشكل الدفن؟

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

خطة البحث

مقدمة

الفصل الأول: عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء

المبحث الأول: الأساس القانوني لإباحة نقل الأعضاء.

المطلب الأول: تبرير نقل الأعضاء على أساس حالة الضرورة.

الفرع الأول: نظرية الأعضاء في الأعمال الطبية التقليدية.

الفرع الثاني: نظرية الضرورة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء.

المطلب الثاني: تبرير نقل الأعضاء على أساس المصلحة الاجتماعية.

الفرع الأول: مفهوم معيار المصلحة الاجتماعية.

الفرع الثاني: مجال تطبيق معيار المصلحة الاجتماعية.

المبحث الثاني: موقف الشريعة الإسلامية والقانون الوضعية من عمليات نقل وزرع الأعضاء.

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من عمليات نقل وزرع الأعضاء.

الفرع الأول: أدلة المانعين لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء.

الفرع الثاني: أدلة المجيزين لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء.

المطلب الثاني: موقف القانون الوضعي من عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء.

الفرع الأول: الاتجاه المحرم لعمليات نقل وزرع الأحياء.

الفرع الثاني: الاتجاه المبيح لعمليات نقل وزرع الأعضاء.

المبحث الثالث: شروط إباحة نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء.

المطلب الأول: رضاء المتبرع.

الفرع الأول: شكل ورضاء الواهب.

الفرع الثاني: خصائص ورضاء الواهب.

المطلب الثاني: رضاء المريض.

الفرع الأول: ضرورة الحصول على رضاء المريض.

الفرع الثاني: أهلية المريض.

الفرع الثالث: إلتزام تبصير المريض.

المبحث الرابع: توافق عمليات نقل وزرع الأعضاء مع النظام العام والآداب العامة.

المطلب الأول: بيع الأعضاء البشرية شرعا وقانونا.

الفرع الأول: جواز عقد بيع الأعضاء شرعا وقانونا.

الفرع الثاني: تحريم عقد بيع الأعضاء شرعا وقانونا.

المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي.

الفرع الأول: التلقيح الصناعي في علاقاته الشرعية.

الفرع الثاني: التلقيح الصناعي في علاقاته غير الشرعية.

الفصل الثاني: نقل وزرع الأعضاء البشرية من جسم إنسان ميت في الشريعة والقانون.

المبحث الأول: الموت.

المطلب الأول: التعريف القانوني للموت.

المطلب الثاني: التعريف الطبي للموت.

المبحث الثاني: طرق تحديد لحظة الوفاة.

المطلب الأول: المعايير التقليدية لتحديد الوفاة.

المطلب الثاني: المعايير الحديثة لتحديد الوفاة.

المبحث الثالث: الإنعاش الصناعي.

التصرف في الأعضاء البشرية بين القانون والشرع

المطلب الأول: الإنعاش الصناعي وجرائم الامتناع.

المطلب الثاني: إيقاف واستمرار أجهزة الإنعاش الصناعي.

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من الإنعاش.

المبحث الرابع: كيفية التصرف في جثة المتوفي.

المطلب الأول: أساس إباحة الاستئصال من الجثة وشروطه.

الفرع الأول: قانونا.

الفرع الثاني: في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: الرضاء على الاستئصال من جثة المتوفي.

الفرع الأول: الرضاء الصريح.

الفرع الثاني: الرضاء الضمني.

خاتمة