معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء
- دراسة تأصيلية نقدية-

د. بن صغير مراد
جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان

ملخص:

يتناول هذا البحث موضوعا في غاية الأهمية، ذلك أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أثارت - ولازالت تثير- اهتماما واسعا ونقاشا عميقا لدى مختلف الأوساط الطبية والدينية والقانونية والاجتماعية، ذلك أن المسألة مرتبطة بحياة الإنسان وحرية تصرفه في جسده. حيث فتح العلم آفاقا وآمالا واسعة أمام البشرية في مجال علم نقل وزرع الأعضاء، وأصبح حقيقة لا خيالا أن يُستبدل عضو مريض بآخر سليم، فتطورت عمليات نقل وزرع الأعضاء وارتفعت نسب النجاح فيها يوما بعد يوم. ولعل هذه الدراسة العلمية التأصيلية تهدف إلى البحث في الجانب القانوني بشأن معالجة المشرع الجزائري لموضوع نقل وزراعة الأعضاء، حيث بادر منذ عدة سنوات بسن العديد من النصوص القانونية منها القانون رقم 85-05 وتعديلاته المتوالية، لاسيما

قانون 90-17، وكذا مدونة أخلاقيات الطب بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-276 لسنة 1992، وتعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 09-01 لسنة 2009 من أجل تنظيم أحكام وضوابط نقل وزراعة الأعضاء.

غير أنه رغم ذلك ظل هذا الموضوع في الجزائر يراوح مكانه، ولم يرق إلى مستوى طموحات أهل الاختصاص من أطباء ورجال القانون وفقهاء الشريعة. الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن أسباب وخلفيات عدم الاستعمال الواسع لمثل هذه التقنيات العلاجية الحديثة في الجزائر. أين يكمن موضع الخلل؟ هل في الجانب القانوني التنظيمي أم الجانب التقني الطبي وعدم وجود أطباء مختصين ومستشفيات متخصصة؟ أم يرجع سبب العزوف إلى الأسباب الاجتماعية والقناعات الشرعية من خلال قلة وانعدام الوعي الكافي بأهمية نقل وزراعة الأعضاء من الناحية الشرعية والأخلاقية والاجتماعية؟ أم أن الأمر مرده إلى خلو التشريعات من مختلف المحفزات المعنوية والتسهيلات المادية وكذا انعدام أي ضمانات قانونية؟ ما هي الأسس أو الاعتبارات القانونية التي بنى عليها المشرع الجزائري موقفه لتبرير مثل هذه العمليات؟ وهل وُفّق في ضبط وتنظيم شروط وضوابط نقل وزراعة الأعضاء؟ ما هي العوائق أو العقبات التي تحول دون وضع تشريع متكامل وملائم للتطورات التقنية والطبية في مجال زراعة الأعضاء ؟

هذه الإشكالات المتداخلة وغيرها أردنا الإجابة عنها من خلال بيان مختلف معالم النقص والقصور في التشريع الجزائري بشأن عمليات نقل وزراعة الأعضاء.

مقدمة:

لاشك أن مسألة نقل وزرع الأعضاء ذات أهمية بالغة وحساسية شديدة، لاتصالها بجسد الإنسان وحرمته - بل وحتى حرمة الموتى والأجنة، وذلك لما لحرمة الإنسان وسلامته من مكانة وأهمية باعتبارها من أهم الحقوق وأولاها بالحماية والرعاية. ورغم أن مسألة نقل وزرع الأعضاء ليست بالحديثة، إلا أن نطاقها قد اتسع في العصر الحالي وتطورت تقنياتها وأساليبها، حتى لا يكاد يوجد عضو أو نسيج إلا وتم نقله بما فيها خلايا الدماغ.

وأمام هذا الازدهار العلمي والتزايد المضطرد في عمليات نقل وزرع الأعضاء، كان لزاما البحث في جانب لا يقل أهمية عن هذا التطور العلمي وما حققه، ألا وهو الجانب أو الإطار الشرعي والقانوني لمثل هذه العمليات. فحتى لا يطغى التقدم العلمي على المصالح البشرية كان البحث عن إطار شرعي ومرجعية فقهية من جهة، وتنظيم قانوني يحمي الحرية وكرامة الإنسان من جهة أخرى أمرا مطلوبا بإلحاح وفي غاية الأهمية. وبذلك نحقق ونضمن الانسجام والتكامل المنشود بين الدين (الشرع) والعلم (الطب) والسلوك الاجتماعي (القانون)، بما يحقق فعلا السعادة الحقيقية للبشرية.

وغني عن البيان أن الطب قد قطع أشواطا كبيرة، فقد قام حتى الآن بدوره على الوجه المطلوب، كما أننا نعتقد أن الشريعة الغراء بنصوصها من الكتاب والسنة قد قدمت الكثير وساهمت في وضع مرجعية وإطار شرعي للعديد من المسائل الطبية المستجدة في كل زمان، بما فيها مسألة نقل وزرع الأعضاء. رغم تأخر واختلاف فقهاء الشريعة في كثير من المسائل والقضايا الطبية. وبهذا فإننا نرى أن

الكرة الآن في مرمى رجال القانون للبحث عن تنظيم قانوني يضبط مثل هذه العمليات وينظمها بما يضمن الحماية لكل الأطراف من أطباء ومرضى ومتبرعين.

لذلك رأينا من المناسب التطرق لمسألة عمليات نقل وزرع الأعضاء، بالتركيز على الجانب القانوني ومحاولة البحث عن تأصيل وإطار قانوني لها، من خلال توضيح معالم القصور وثغرات النقص في تنظيم القانون الجزائري لمسألة نقل وزراعة الأعضاء. ولأجل هذا سنتعرض لفكرة التأصيل الشرعي والقانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء (المبحث الأول)، ثم نتناول معالجة التشريع الجزائري للمسألة وكيفية تنظيمه لأحكامها (المبحث الثاني) من خلال إبراز الثغرات ومختلف منافذ النقص والضعف.

المبحث الأول:التأصيل الشرعي والقانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء

الحق في سلامة الجسم هو " مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤديا كل وظائفه على النحو الطبيعي الذي ترسمه وتحدده القوانين الطبيعية وفي أن يحتفظ بتكامله الجسدي، وأن يتحرر من الآلام البدنية ". لذلك فإن هذا الحق هو من أهم الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، حيث يجب على كافة الناس عدم التعرض لجسد أي إنسان بالاعتداء عليه بأي صورة من صور الاعتداء.

ولذلك نجد أن القانون الوضعي قد اهتم بجسد الإنسان وشغله بالرعاية والعناية وقرر له الحماية القانونية اللازمة بفرضه للعقوبات والجزاءات التي يجب توقيعها على من يعتدي عليه. فالقانون الدستوري

قد منع إجراء أي تجارب طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر، بل قرر حرمة حياة المواطنين الخاصة، بل وشدد في هذه الحرمة. فقرر أن كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون، تعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء. كما أن القانون الجنائي يحرّم ويمنع كل ما من شأنه المساس بجسد الغير كالقتل والضرب والجرح بأنواعه المختلفة، بل وتمتد حمايته لتشمل الإنسان حتى قبل خروجه من بطن أمه. فحرّم الإجهاض وعاقب عليه، ولا تقتصر حماية القانون الجنائي على جسد الإنسان وإنّما تمتد لتشمل كيانه المعنوي. ويظهر ذلك واضحا في تحريم القذف والسب الذي يصيب الإنسان بأضرار معنوية بالغة وتحريم الإفشاء بسر أؤتمن عليه الشخص بحكم وظيفته. كما أن القانون المدني من جهته يقرر لمن اعتدى على جسده أو كيانه المعنوي الحق في التعويض المناسب مقابل الأضرار التي لحقته بسبب هذا الاعتداء. ولذلك فإن القوانين التي تحمي حق الإنسان في حياته وسلامة جسده هي قوانين متعلقة بالنظام العام.

أما بالنسبة للشريعة فإن الأعمال التي يباشرها الطبيب تعتبر من المباحات بالرغم من مساسها بسلامة جسم المريض، تحقيقا لما أمر به الشارع الحكيم من الدعوة إلى ممارستها واعتبارها من فروض الكفاية على المسلمين. غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في تحديد الأساس الفقهي الذي تستند إليه إباحة الأعمال الطبية.

المطلب الأول: مشروعية نقل وزرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية

غني عن البيان أن مسألة نقل أو زرع الأعضاء مما أثير جدل واسع حولها، فتعدّد الاجتهاد الفقهي شرعا وقانونا فيها بين من يرى عدم جواز ذلك، وبين من يرى خلاف ذلك.

فيرى جمهور الفقهاء عدم جواز الانتفاع - ومن باب أولى- عدم مشروعية نقل الأعضاء. ففي مذهب الإمام أبي حنيفة : لا يجوز التداوي بعظم الآدمي أو أي جزء من أجزائه[1]. وفي مذهب الإمام مالك لا يجوز الانتفاع بأجزاء أو غيره ولو كان ميتا، والضرورة لا تبرّر ذلك، كما أن عدم الجواز يشمل غير معصوم الدم كحال المرتد، لأن الأمر يتعلق بكرامة الإنسان بصرف النظر عن صفته[2].أما في مذهب الإمام أحمد لا يجوز الانتفاع ولو للضرورة بأجزاء الآدمي ولو كان ميتا متى كان معصوم الدم[3]. كما أن مذهب الإمام ابن حزم لا يجيز الانتفاع بأجزاء الآدمي، ويستثني من ذلك اللبن، لأنه ورد النص على إباحته.[4] ومن الفقهاء المعاصرين الذين لا يرون جواز نقل

(1) العلامة محمد أمين ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار،الجزء الخامس، بدون دار ولا تاريخ نشر، القاهرة، ص 215.
(2) العلامة محمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (شرح أحمد الدردير لمختصر خليل)، دار إحياء الكتب العربية مصر، 1373هـ.ص 353.
(3) الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المغني شرح مختصر الخرقي، الجزء الثامن، دار عالم الكتب، الرياض، 1426هـ/2005م، ص 602.
(4) العلامة أبي محمد علي بن حزم الظاهري: المحلى، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المطبعة المنيرية، مصر، 1351هـ، ص 133، والجزء السابع، ص 399.

الأعضاء، الشيخ محمد متولي الشعراوي[1]، والغماري[2]، والسنبهلي[3]، والسكري[4]، والنفيسه[5]، السقاف[6].

وقد استدل هذا الرأي بحجة أن النفس هي ملك لله عز وجل، وبناء على ذلك لا يجوز للشخص التصرف فيما لا يملكه.

غير أن الرأي الراجح[7] يرى جواز نقل وزرع الأعضاء، مُستندا في ذلك إلى معياري الضرورة والمصلحة التي تدعو إلى

---

(1) الشيخ محمد متولي الشعراوي:" الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعها"، مقال منشور في جريدة اللواء الإسلامي، العدد 226، (27 جمادى الثانية 1407هـ)، مصر، ص 08.

(2) الشيخ عبد الله بن الصديق الغماري من علماء الأزهر المعاصرين: تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام، دار مصر للطباعة، مصر، بدون تاريخ، ص 25.

(3) محمد برهان الدين السنبهلي: قضايا فقهية معاصرة، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق ودار العلوم، بيروت، 1408هـ/ 1988م، ص 67.

(4) عبد السلام عبد الرحيم السكري: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دار المنار، القاهرة، 1988، ص 142- 160. وقد وخلص في مؤلفه هذا إلى تحريم نقل الأعضاء مطلقا.

(5) عبد الرحمان بن حسن النفيسه: مدى حق الإنسان في التصرف في جسده، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثاني والثمانون، السنة الحادية والعشرون، (محرم، صفر، ربيع الأول 1430هـ/ مارس، أبريل، ماي 2009م)، الرياض، ص 374. حيث أجاز التبرع للوالدين أو الأقارب دون غيرهم من باب البر الذي أمر الله به. في حين أجاز نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان. قارن بحثه: حكم نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: العدد الأربعون، السنة العاشرة، (رجب، شعبان، رمضان 1419هـ/ نوفمبر، ديسمبر، يناير، 98- 1999م)، الرياض، ص 214، 215.

(6) الشيخ علي بن حسن السقاف القرشي الحسيني: الامتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، الطبعة الأولى، المطابع التعاونية، الأردن، 1409هـ/1989م، ص 32-37.

(7) انظر في ذلك فتاوى المجامع والهيئات الفقهية ومنها:

فتوى دار الإفتاء المصرية، السجل رقم 88 مسلسل 512، ص 93، بشأن استقطاع العيون، وفتوى لجنة الفتوى بالأزهر رقم 491، بشأن استقطاع القلب أو أي جزء من الجثة. مجلة الأزهر، المجلد العشرون، سنة 1368هـ، ص 744.

فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، الصادرة بتاريخ 06 ربيع الأول 1392هـ/20 أبريل 1972م، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 22، (رجب، شعبان، رمضان، شوال 1408هـ)، الرياض، ص 47.

التضامن والإيثار، قياسا على الجهاد بالنفس وتعريضها للقتل، وكذا ما أوْجَبه الإسلام في شأن إنقاذ الغرقى والحرقى ومن في حُكمهم. واستنادا إلى ما يراه الشافعية والزيدية من إجازتهم للمضطر أن يقطع من نفسه ليسُدّ به رَمَقَه.[1]

فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، الصادرة بتاريخ 20 جمادى الأولى 1397هـ.

فتوى لجنة الإفتاء بوزارة الأوقاف بالكويت رقم 84/497، الصادرة بتاريخ 22 ربيع الثاني 1405هـ.

قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم 99، الصادر بتاريخ 06 ذوالقعدة 1402هـ. والقرار رقم 62، الصادر بتاريخ 25 شوال 1398هـ.

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 26، الصادر بتاريخ 18 جمادى الآخرة 1408هـ/ 06 فبراير 1988م.

وانظر كذلك أقوال وفتاوى كل من الفقهاء :

سماحة الشيخ: عبد العزيز بن عبد الله بن باز (مفتي السعودية ورئيس هيئة كبار العلماء): فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوطن، الرياض، 1415هـ، ص 47.

أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، دار الكتب، مصر، 1407هـ/ 1987م، ص 123، 126

أحمد شرف الدين: الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء الفقه الإسلامي، الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء الفقه الإسلامي، دار الكتب، القاهرة، بدون تاريخ، ص 567، 571.

فضيلة الشيخ: محمد صالح العثيمين: الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام، جمع وإعداد: خالد عبد الرحمن الجريسي، الطبعة الأولى، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، الرياض، 1420هـ/ 1999م، ص 619.

فضيلة الشيخ: عبد الله بن عبد الرحمان الجبرين: فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوطن، الرياض، 1415هـ، ص 417.

الشيخ يوسف القرضاوي في حواره المعنون بـ " التبرع بالعين والخصية حرام وجواز نقل الأعضاء من كافر إلى مسلم"، جريدة الشروق اليومي، العدد 2703، السبت 29 أوت 2009م.رمضان 1430هـ، ص 18.

[1] الإمام أبي محمد عز الدين بن عبد العزيز ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تعليق طه عبد الرؤوف سعد، الجزء الأول الطبعة الثانية، دار الجليل، بيروت، 1400هـ/ 1980م، ص 90.

الإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي : المجموع شرح المهذب ، الجزء التاسع ، إدارة الطباعة المنيرية ، مصر، بدون تاريخ ، ص 37.

وقبل الخوض في بيان الأسس والاعتبارات التي من أجلها أُجيز نقل وزرع الأعضاء عند الرأي الراجح في العصر الحديث لدى كل من فقهاء الشريعة والقانون، وكذا تفصيل الشروط والضوابط المتعلقة بذلك. يجدر في هذا المقام حصر جميع حالات نقل الأعضاء المُمكنة، مع بيان طبيعتها وحكمها حسب الرأي الراجح الذي قيل فيها من ناحية، وكذا ما ترجّح عندنا بعد الوقوف على الآراء والأدلة من ناحية أخرى. وهذا دون التعرّض للأدلة ومناقشتها أو مناقشة القائلين برأيهم - لأن موضع البسط في ذلك ليس هذا المقام-.

فنقول أن حالات نقل وزرع الأعضاء لا تخلو من أن تكون من إنسان أو حيوان إلى إنسان على النحو التالي:

الفرع الأول: النقل من إنسان: فإن كان من إنسان فإنه لا يخلو من حالتين:

البند الأول: أن يكون من إنسان حي: وهو لا يخرج عن صورتين:

الصورة الأولى:أن يكون النقل من الشخص الحي وإليه نفسه: وحكمه الجواز. فقد أجمع كل من أفتى في العصر الحديث في هذه النازلة بإباحة الغرس الذاتي، حيث لا يعلم لهم مخالفا.[1]

---

[1] محمد علي البار:الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق ودار الشامية، بيروت، 1414هـ، ص 109. وانظر كذلك: بكر بن عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطابع الفرزدق، الرياض، 1409هـ.ص 54.

الشيخ إبراهيم اليعقوبي: شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء، الطبعة الأولى، مكتبة الغزالي، دمشق، 1407هـ، ص 84.

الصورة الثانية: أن يكون النقل من الشخص الحي إلى غيره: فحينئذ لا تخلو الأعضاء المنقولة من قسمين:

القسم الأول: أن تكون هذه الأعضاء مما تتوقّف عليها الحياة، ونقلها يؤدي إلى وفاة الشخص المنقولة منه (المتبرع) كالقلب والكبد والدماغ مثلا. فلا يجوز نقل هذه الأعضاء[1] ويدخل في هذا القسم الأعضاء التي يُعطّل زوالها وظيفة أساسية في حياة الشخص المتبرع، وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها، كنقل قرنية العينين كِليهما. كما ينطوي تحت هذا القسم في الجُملة الأعضاء الفردية (المفردة)[2] سواء ما يقوم منها بوظيفة أساسية في الجسم أم ما لا يقوم بها، على أساس أن الله تعالى ما أَوْدع في جسم الإنسان من عضو أو شيء ما إلا لحِكمةٍ بالغة. قال الله تعالى : " إِنَّا كُلَّ شيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ ".[3]

القسم الثاني: أن لا تكون من تلك الأعضاء التي سبق الإشارة إليها، ويشتمل هذا الضرب على نقل أعضاء لها بديل ولا يؤدّي أخذها

---

(1) قرار هيئة كبار العلماء رقم 99 الصادر بتاريخ 1402/11/06هـ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الأول، 1408هـ/1987م، السعودية، ص 37، 38.
قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة الصادر في الدورة الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة بتاريخ 04/28 إلى 1405/05/07هـ الموافق لـ 19- 1985/01/28. مجلة المجمع الفقهي، العدد الأول، 1408هـ، السعودية، ص 39- 41. والعدد العاشر من نفس المجلة، 1417هـ، السعودية، ص 318، 319.
قرار المجمع الفقهي الإسلامي بجدة رقم 01 الصادر في الدورة الرابعة المنعقدة بجدة بتاريخ 18- 1408/06/23هـ الموافق لـ 06- 1988/02/11م، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408هـ، السعودية، ص 507- 510.

(2) يقول فضيلة الشيخ الدكتور: بكر بن عبد الله أبو زيد في حكم هذا النوع من النقل:" الذي يظهر والله أعلم تحريمه وعدم جوازه لأنه تهديد لحياة متيقنة بعملية ظنية موهومة، أو إمداد بمصلحة مُفوّتة لمثلها، بل أعظم منها": التشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408هـ، السعودية، ص 22.

(3) الآية 49 من سورة القمر.

إلى الوفاة غالبا، وهو يقع في الأعضاء الشفعية (الزوجية)، واشتهر منها حاليا نقل الكلية أو الخصية....

وقد كانت هذه المسألة محل خلاف قوي ونقاش عميق بين الفقهاء قديما وحديثا بين من يرى جواز ذلك وبين من يرى المنع. والمُتأمّل في هذه المسألة لَيَجد من الصعوبة في تبيّن الرأي الراجح بسهولة، وذلك لقوة أدلة كلا الفريقين. والذي يترجّح عندنا والعلم عند الله تعالى بعد الوقوف على أدلة كلا الفريقين ومناقشتها أنه يجوز نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان مسلم بحاجة إلى هذا العضو. وذلك متى أمِنَت الفتنة في نَزْعِه ممن أُخذ منه، وغلب على الظن نجاح زرعه.[1]

---

(1) قرار هيئة كبار العلماء رقم 66 الصادر بتاريخ 1398/10/25هـ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الأول، 1408هـ/1987م، السعودية، ص 35، 36. والقرار رقم 99 الصادر بتاريخ 1402/11/06هـ السابق الإشارة إليه.

فتوى الأزهر الشريف بشأن نقل الأعضاء، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مارس 1978، القاهرة، ص 153.

الشيخ عبد الرحمان بن ناصر السعدي (المفسر المشهور): الفتاوى السعدية، بدون دار نشر، السعودية، 1388هـ، ص 320- 325.

الشيخ عبد الله بن عبد الرحمان البسام: زراعة أعضاء الإنسان في جسم الإنسان، مجلة المجمع الفقهي، العدد الأول، 1408هـ، السعودية، ص 19.

الشيخ عبد الله بن عبد الرحمان الجبرين: انظر فتواه في كتاب: الأحكام والفتاوى الشرعية لكثير من المسائل الطبية، جمع وترتيب: علي بن سليمان الرميخان، مراجعة وتقديم: عبد العزيز السدحان، الطبعة الثانية، دار الوطن، الرياض، 1427هـ، ص 141.

الشيخ محمد سعيد رمضان البوطي: قضايا فقهية معاصرة، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، مكتبة الفاريابي، دمشق، 1414هـ، ص 109- 128.

وانظر بحثه بعنوان:" انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408هـ، السعودية، ص 183.

إذ لا خلاف بين أهل العلم كما يقول القرطبي[1]، في وُجوب ردّ مُهْجَة المسلم عند خوف الهلاك أو التلف، بالشيء الذي لا مَضرّة فيه على صاحبه ويؤدي إلى بلوغ المرام. وهذا الواجب يقع في ذمة الجماعة فرض كفاية، فإذا لم يكن هناك إلا شخص واحد بيده إخراج المضطر من حالته، كان إنقاذه فرض عين على هذا الشخص. ويقع على الجماعة أو على الشخص المعيّن إثم عدم إنقاذ المضطر وعليهم الضمان.[2]

كما أن الله تعالى قد امتدح من آثر أخاه على نفسه بطعامٍ أو شرابٍ أو مالٍ هو أحقّ به.[3] فإذا كان ذلك في هذه الأمور اليسيرة، فكيف بمن آثر أخاه بعضو أو جزء منه لكي ينقذه من الهلاك المحقق. لاشك أنه أولى وأحرى بالمدح والثناء، ومن ثم يُعتبر فعله جائزا ومشروعا.[4]

البند الثاني: أن يكون النقل من إنسان ميّت: فيجوز نقل الأعضاء من الميت إلى إنسان حي مضطر وفي حاجة إلى هذا العضو.

---

(1) أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: فقه النوازل، الطبعة الأولى، مطابع الفرزدق، الرياض، 1409هـ،ص 225.

(2) محمد بن عبد العزيز المراغي: مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد العشرون، 1398هـ، مصر، ص 691.
أحمد فتحي بهنسي: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع، القاهرة، 1389هـ/1967م، ص 286.

(3) يشهد لذلك قوله ﷻ في الثناء على الأنصار رضي الله عنهم:"... ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة...". الآية 09 من سورة الحشر.

(4) فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، انظر مجلة البحوث الإسلامية، العدد 22 (رجب، شعبان، رمضان، شوال 1408هـ)، الرياض، ص 47.
وانظر كذلك: عبد الرحمان بن ناصر السعدي: المختارات الجلية، مطبعة المدني، القاهرة، 1378هـ، ص 324، 325.

ولاشك أن هذا من باب التعاون على البر والتقوى، كما أن المصلحة قائمة في هذه الحالة بوضوح أكبر، إذ ليس ثمة ما يمنع شرعا من أخذ أعضاء من جثة الميت لمصلحة الحي[1]، ذلك أن مصلحة هذا الأخير أرجح وأولى من مصلحة الأول. يدلّ على ذلك قول الله تعالى : " وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً "[2]. وقوله :" من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل ".[3]

ومن جهة أخرى يرى الرأي الراجح الذي يقول بالجواز، أن أ خذ أعضاء من الميت لانتفاع الحي منها، لا يُعدّ تمثيلا به كما قد يُظن، لأن قول رسول الله: " كَسر عظم الميت ككَسره حيا "[4]، الذي يستدل به الرأي المُخالِف يُراد منه عدم إيذاء الميت أو التعدّي عليه لمجرد الإيذاء أو الانتقام منه كما قد يفعل عدوّه، ذلك لأن للميت حُرمة كحُرمة الحي[5]. أما إذا كان في كسر عظمه مصلحة ظاهرة فليس ثمة ما يمنع

---

(1) الشيخ جاد الحق علي جاد الحق (مفتي مصر السابق): فتواه الصادرة بتاريخ 1979/12/05، بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة، مطابع الأزهر، القاهرة، 1993، ص 73.
بلحاج العربي: حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 18 (محرم، ربيع الأول، ربيع الثاني 1414هـ/ ماي، أبريل، يونيو 1993م)، السعودية، ص 74.
وانظر: فتاوى هيئة كبار العلماء بالسعودية، وقراري مجمع الفقه الإسلامي والمجمع الفقهي الإسلامي، السابق الإشارة إليهم.

(2) الآية 32 من سورة المائدة.

(3) أخرجه مسلم في كتاب السلام، برقم 3193. انظر شرح النووي لصحيح مسلم، الجزء الرابع عشر، ص 153.

(4) أخرجه أبو داود في كتاب الجنائز، برقم 3207، ص 491.

(5) الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: فتواه السابقة: انظر كتابه: الفقه الإسلامي ومرونته، مطابع الأزهر، القاهرة، 1989، ص 251 وما بعدها.
وانظر المواد من 150 إلى 154 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم التي تطرقت لحرمة الموتى. والمادة 15 -17 من المرسوم رقم 75 - 152 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1395هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1975 المتضمن قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث.

من ذلك. بدليل قصة الصحابي عروة بن الزبير رضي الله عنهما، حيث أصيب بأكلة في إحدى رجليه فقرّر الأطباء قطعها، ولم ير وهو أحد الفقهاء ما يمنع من ذلك.[1]

على أن بعض الفقه يقيّد التبرع بالأعضاء من الميت إلى الحي بأن يكون ذلك من شخص كافر إلى مسلم بحاجة إلى ذلك العضو.[2]

الفرع الثاني: أن يكون النقل من حيوان إلى إنسان: وحُكمه الجواز، ذلك أن الحيوان مُسخّر لخدمة ومنفعة الإنسان، وفي هذا يقول الله تعالى: " وَٱلأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ "[3]. والمنفعة هي اسم عام يُقصد به الخير للإنسان، وعليه فاستفادة الإنسان من الحيوان للعلاج مما يدخل في المنفعة.[4]

وجواز نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان مقرّر سواء كان الحيوان طاهرًا وهذا جائز دون قيد أو شرط إذ لا إشكال فيه ولا حرج، أو كان الحيوان نجسًا كالخنزير مثلا، وهنا قيّد الفقهاء ذلك بأن يكون الإنسان مُحتاجا ومُضطرا إلى عضو الحيوان النجس، وألا يجد عضوا طاهرا يقوم مقامه.[5]

---

(1) بلحاج العربي: الأحكام الشرعية والطبية للمتوفي في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 42 (محرم، ربيع الأول، ربيع الثاني 1420هـ/ ماي، أبريل، يونيو 1999م)، السعودية، ص 130.

(2) محمد المختار الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، الطبعة الثانية، مكتبة الصحابة، جدة، 1999، ص 389، 403.

(3) الآية 05 من سورة النحل.

(4) عبد الرحمان بن حسن النفيسه: حكم نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان، ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: العدد الأربعون، السنة العاشرة، (رجب، شعبان، رمضان 1419هـ/ نوفمبر، ديسمبر، يناير، 98- 1999م)، الرياض، ص 215.

(5) الإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: مغني المحتاج، الجزء الثالث، مطبعة البابي الحلبي، مصر، 1386هـ، ص 138.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء

إن مشكلة البحث عن الأساس الشرعي والقانوني لعمليات نقل الأعضاء تبقى على قدر كبير من الأهمية، إذ أن نقل الأعضاء هو أكثر خطورة من العمليات الجراحية العادية. وإذا ما كان أصحاب الشأن يُحجِمون غالبا عن رفع دعاوى المسؤولية على الأطباء، فلأن الأمر يتم عادة مجانا، ولمصلحة قريب قرابة مباشرة لمن وهب أحد أعضاء جسده.

غير أننا سنحاول عرض هذه الأسس التي تستند إليها عمليات نقل وزرع الأعضاء بإيجاز شديد، ثم نتطرق بعد ذلك للشروط، ومن هذه الأسس نجد:

الفرع الأول: حالة الضرورة: يُقصد بحالة الضرورة في جوهرها تلك الموازنة بين ضررٍ وخطرٍ يُرجَّح أحدهما على الآخر بحسب جسامته، بحيث يقتضي الحال وجود خطر مباشر وحالٍّ على حياة شخص ما يفرض التضحية بإلحاق ضرر أقل بشخص آخر[1]. بمعنى أن الأمر يستدعي ارتكاب ضرر أخف لدفع وتفادي ضرر أكبر أو أخطر.

هاشم جميل عبد الله: زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الرسالة الإسلامية، العدد 212، أفريل، 1988، بغداد، ص 73.

عبد الفتاح محمود إدريس: التداوي بأجزاء الحيوانات المحوّرة جينيا من منظور الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 70، السنة 19، (محرم، صفر، ربيع الأول 1427هـ/ مارس، أبريل، ماي 2006م)، السعودية، ص 73، 81.

محمد المختار الشنقيطي: المرجع السابق، ص 402، 403.

(1) Savatier René: Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, J.C.P, Paris, 1969, n°1, p 2247.

يوسف القاسم: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 75.

وترجمة ذلك أنه إذا كان استئصال كِلية شخص سليم مثلا ينطوي على قدرٍ من المخاطر بالنسبة له، إلا أن هذه المخاطر أقل بكثير من المخاطر التي يتعرّض لها المريض لو لم تُنقل إليه الكِلية. إذ أن الخطر أقلّ من الضّرر، ذلك أن المُتبرّع يظل على قيد الحياة، ويظل جسمه مُؤدِّيا لكافة وظائفِه، وإن كان يُصاب ببعض النُّقص في الصِّفة التشريحية لجسمه. أما المريض فيتعرّض لخطر الموت الحال. ولاشك أن موازنة هذه المخاطر مع الضّرر تقودنا إلى أن الضرر الذي يصيب المتبرّع من استئصال جزءٍ من جسمه، أقل من المخاطر المراد تفاديها بالنسبة للمريض.

وحالة الضرورة في نظر بعض الشُرّاح هي الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء، حيث تُعتبر الوسيلة الوحيدة - بحسب رأيهم -[1] لتبرير استقطاع العضو من المتبرع ونقله للمريض المتلقي متى توافرت شروطها وضوابطها.

ونشير من جانبنا إلى أن رضاء المتبرع ليس عنصرا في حالة الضرورة المشار إليها، ذلك أن هذا الرضاء هو الذي يُمكّن الطبيب من استخدام ظروف الضّرورة. والطبيب حين يفعل ذلك إنما يأتيه على

---

[1] Ahmed Charaf El- dine: Droit de la transplantation d'organes - étude comparative- , Thèse, Paris, 1975, p 44.

لمزيد من التفصيل انظر وقارن: حسام الدين كامل الأهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة-، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975، ص 54 وما بعدها.

حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد- بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء-، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1987، ص 98.

هذا وقد نصت المادة 166 من قانون 85- 05 المعدل والمتمم صراحة على أنه:" لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية ".

مسؤوليته الخاصة، أي يتعيّن عليه أن يتحقّق من توافر الشروط القانونية. فلا تتحقق حالة الضرورة مثلا حتى مع مُوافقة طرفي نقل الأعضاء (المتبرع والمتلقي)، إذا استأصل الطبيب إحدى كليتي شخص سليم آخر كان يعيش بكلية واحدة. ففي هذا الفرض يعتبر الطبيب مرتكبا لجريمة الجرح المُفضي لعاهة مستديمة، أو جريمة القتل في حالة وفاة المريض.

الفرع الثاني: المصلحة الاجتماعية: تُستمد فكرة المصلحة الاجتماعية من المبادئ العامة للدين والقانون واجتهادات المحاكم، وأخلاق وعادات وتقاليد المجتمع، لذلك فهي تختلف من دولة لأخرى ومن زمن لآخر.

والمصلحة يقصد بها ما يُتحقق بها نفع أو ما يُدفع بها ضرر.[1]

ويقوم هذا الأساس على المُوازنة بين الخطر الذي يتعرّض له من يحتاج إلى عضوٍ يُنقذ حياته، والمخاطر التي يتعرّض لها من يُقدّم هذا العضو. إذ يتم تقدير ذلك من الطبيب أو اللجنة الطبية حتى تفصل في المسألة.

ولاشك أن العلاج يقوم على جملة من الأصول أو القواعد ومنها: حفظ الصحة الموجودة، ردّ الصّحة المفقودة بقدر الإمكان، تحمُّل أدنى

(1) عبد السميع إمام: الطالب في المقارنة بين المذاهب، الطبعة الأولى، مطبعة حسان، بدون بلد نشر، 1973، ص 72.

المفسدتين لإزالة أعظمهُما، تَفوِيتُ أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما.[1]

فحين يتقدم شخص لإعطاء إحدى كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يُهدّده بموت مُؤكّد، فإن النفع الاجتماعي يزيد في مُجمله عما كان قبل إجراء عملية نقل الكلى. وإن انتقص من المُعطي بقدَرٍ محدود وزاد النفع الاجتماعي لمن أنقذت حياته على نحو واضح وغير عادي، حيث الحصيلة النهائية هي فائدة اجتماعية محققة.

ولاشك أن هناك مخاطر تترتب على العملية بالنسبة لمن يقوم بالتبرع، ولكن هذه المخاطر - وهي محدودة- تستحق أن يتحمّلها باسم التضامن الاجتماعي الإنساني.[2]

غير أننا نشير إلى أن فكرة المصلحة الاجتماعية ذات مفهوم واسع وغامض، يقتضي بيان ضوابطها وشروطها. كما أن فكرة التضامن الإنساني والاجتماعي ذات مفهوم خطر محل شك وريبة، إذ قد يؤدي إعمالها إلى التحكّم - وهذا غير مستبعد- في الأنظمة الشمولية ذات الطابع الاستبدادي، ومن تم يتم نقل الأعضاء عُنْوة.

---

(1) الإمام ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص 132، 133.
وانظر كتابه: الطب النبوي، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2001،ص 114.

(2) مصطفى محمد عبد المحسن:الخطأ الطبي والصيدلي،- المسؤولية الجنائية -، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 2000، ص 76.
حمدي عبد الرحمان: معصومية الجسد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،العدد الأول والثاني، السنة الثانية والعشرون، (يناير ويوليو 1980)، مصر، ص 132.

كما أنها تحمل في طيّاتها بذور ما يمكن أن نُسمّيه " الشيوع في الصحة العامة "!، حيث نأخذ من صحة شخص لنُضيفها إلى صحة شخص آخر على سند من أن الحصيلة النهائية اجتماعيا إيجابية.

ومن جهة أخرى فإننا نتساءل عمّا قد ينجُم من مشاكل وآثار عن الجراحة بالنسبة للشخص المتبرع، إذ أن هذا الأخير يتعرّض ابتداءً لعملية جراحية دون حاجة إلى ذلك، وهذه في حدّ ذاتها تمثل خطورة على شخص سليم وبكامل صحته. وفوق ذلك كله لا يأمن الشخص المتبرع ما قد يُفاجئه من خطورة في المستقبل، لاسيما وأن العلم سيظل متطورا ومتجدّدا.

والقول بأن ثمة زيادة النفع الاجتماعي بمجموع الطرفين بعد إجراء عملية نقل الأعضاء، قول يتعامى والتقدير الشخصي الذي يُكنّه الإنسان لذاته.[1]

الفرع الثالث: جواز التعامل في جسم الإنسان: يستند هذا الاتجاه إلى أن بعض حقوق الشخصية أصبحت داخلة في نطاق التعامل، ذلك أن هناك كثير من الاتفاقيات التي تتضمّن قبولا لمخاطر كبيرة بالنسبة لسلامة الإنسان الجسدية كعقود العمل،وعقود الرياضة وغيرها أصبحت محل توافق وتعاقد.

---

(1) حسام الدين كامل الأهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة-، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975، ص 38 وما بعدها.
قارن: سعيد سعد عبد السلام: مشروعية التصرف في جسم الآدمي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة المحاماة، السنة السبعون، العددان التاسع والعاشر، نوفمبر وديسمبر 1990، مصر، ص 95.
محمود نجيب حسني: الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة التاسعة والعشرين، 1959، مصر، ص 547.

لـذلك لا يجـوز أن يتقـرّر مبـدأ المعصـومية علـى نحـوٍ مُطلـق، بـل علينا أن نكتفي بأن نقيّد التعامل الذي يمس الجسد بتوافر شروط معينة.

ففـي مقـام المعصـومية، قـد تتعـارض مصـلحة الفـرد مـع مصـلحة أفـراد المجتمـع الآخـرين، وهـذا التعـارض لا ينتفـي إلا إذا نظرنـا للأمـر مـن منطلـق التضـامن الاجتمـاعي، حيـث يسـمح هـذا الأخيـر بإجـازة الاتفاقات التي تمثل مساسا بجسم الإنسان في حالات كثيرة.

فينقـل بعـض الفقـه الموضـوع مـن نطـاق عـدم مشـروعية المحـل إلـى نطـاق مشـروعية الهـدف، إذ بنـاء علـى ذلـك يمكـن أن ننـاقش عمليتـين مـن ذات النـوع، فنُقـرّر مشـروعية إحـداهما وننتهـي إلـى عـدم مشـروعية الأخـرى. لـذلك يصـح القـول بـأن الاتفـاق لا يـرِد علـى الجسـد ولكنـه يـرِد على العملية الجراحية.[1]

وتوضـيحا لهـذا التوجّـه، إذا كـان الأصـل هـو عـدم جـواز المسـاس بجسـم الإنسـان، فـإن هـذا الأصـل يسـتهدف حظـر المسـاس الضّـار دون المفيـد. فـإذا تجاوزنـا حـدّ الضّـرر تعـيّن أن نُبـيح المسـاس المفيـد والضّـروري، كمـا أبحنـا مـن قَبـل العمليـات الجراحيـة بقصـد العـلاج. وللوصـول إلـى هـذه النتيجـة لابـد مـن النظـر إلـى العمـل فـي حـدّ ذاتـه ومـا يسـعى إليـه مـن هـدف، هـل هـو القضـاء عـل عضـوٍ تـالِف أو مُعطّـل، أم أنـه لفائدة الغير، أم أنه لمجرّد التجارب الطبية؟

---

(1) حسام الدين كامل الأهواني: المرجع السابق، ص 38.
سعيد سعد عبد السلام: مشروعية التصرف في جسم الآدمي- دراسة فقهية مقارنة، مطبعة الجامعة، مصر، 1996، ص 92.

وبالتالي فالمسألة تقديرية، تقوم على الموازنة بين الخطر الذي يتعرّض له الشخص والنتيجة أو المصلحة التي تترتب على هذا المساس، وبين سبب التصرّف ودافِعِه ومدى مشروعيته أو تعارُضِه مع النظام العام. إذ يتحتّم أولا أن يكون السّبب مشروعا، وأن يكون ثمّة تناسب بين المساس بالجسم والهدف من وراء ذلك.[1]

المبحث الثاني: ضوابط نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري ومنافذ النقص فيه

إذا كان الأصل عدم جواز المساس بجسم الإنسان، فإن الاستثناء المتمثل في إمكانية وصلاحية نقل وزرع الأعضاء، وفقا للأُسُس السالف الإشارة إليها، يجعل مثل هذه العمليات تخضع لجملة من الشروط والضوابط في غاية الأهمية، بحيث أن إغفالها يؤدي إلى انعقاد المسؤولية القانونية للطبيب أو المؤسسة الإستشفائية المشرفة.

المطلب الأول: شروط نقل وزرع الأعضاء: من خلال استقراءنا لمختلف النصوص القانونية المختلفة، والمرتبطة بالصحة، فإننا يمكن أن نستشف عدة شروط أو ضوابط، بعضها نص عليه صراحة المشرع الجزائري، والبعض منها يظهر من خلال طبيعة مثل هذه العمليات. وتتمثل في الجملة هذه الشروط فيما يلي:

أولا: ضرورة أن يكون الغرض من النقل أو الزّرع علاجيا أو تشخيصيا: تقتضي الكرامة الإنسانية أن تهدف عمليات نقل وزرع

---

(1) عبد الرزاق السنهوري:الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام(مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1968، ص515.
حمدي عبد الرحمان: معصومية الجسد- بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء-، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1987، ص 78.

الأعضاء إلى تحقيق أغراض علاجية بعيدة عن أي اعتبارات أخرى مالية كانت أو غيرها.[1] فيُشترط لإباحة الاستقطاع من جسم المتبرع أن يستهدف به رعاية المصلحة الصّحية للمريض المتلقي وأن يكون ضروريا لذلك.

ثانيا: انتفاء المقابل المالي: إذا كانت الضرورة تبرّر رعاية المصلحة العلاجية للمريض عن طريق استقطاع العضو وزرعه، إلا أن ذلك لا يُباح إلا بقدر الضّرورة التي أوْجَبته دون زيادة، بحيث لا يخرج هذا العمل عن إطار الكرامة الإنسانية. ومما يتعارض مع هذه الكرامة أن يُعلّق المُتبرّع رضاه بالاستقطاع من جسمه أوجُثته على قبضه الثمن. ذلك أنه لا يمكن أن تكون أعضاء الإنسان محلا للبيع أو الشراء[2]، إذ أن ذلك يعتبر غير مقبولٍ شرعا وقانونا وأخلاقيا.

ثالثا: ألا يتعرّض المتبرع لأي ضرر أو خطر نتيجة التبرّع: إذ يجب ألا يترتب على الاستقطاع أي ضرر مؤثّر بالمتبرع[3]. وبناء

---

(1) تنص المادة 161 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم على أنه:" لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ".

(2) تنص المادة 2/161 من القانون رقم 85- 05:" ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية". كما شدد قانون العقوبات الجزائري العقوبة على كل من يقوم بانتزاع عضوا أو نسيجا أو خلايا من شخص مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، بموجب المواد 303 مكرر 16، مكرر 18 من القانون رقم 09- 01 المؤرخ في 29 صفر 1430هـ الموافق لـ 25 فبراير 2009، المعدّل لقانون العقوبات. ج. ر رقم 15 لسنة 2009. كما شدّد المشرع في نفس القانون بموجب المادتين 303 مكرر 17 ومكرر 19 العقوبة لو تم انتزاع ما سبق الإشارة إليه دون رضاء أو موافقة الشخص، وتشتد العقوبة أكثر متى كان الشخص المنزوع منه قاصرا أو مصابا بعاهة ، طبقا للمادة 303 مكرر 20.

(3) تنص المادة 162 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم على أنه:" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ".

عليه لا يجوز مطلقا استقطاع عضو إذا ترتب عنه موت المتبرّع، ولاسيّما الأعضاء المنفردة كالقلب أو الدماغ، لأن ذلك يُحرم المتبرع من الوظيفة التشريحية لذلك العضو. أما بالنسبة للأعضاء المزدوجة كالكلى أو العينين، فإنه يشترط أن يكون العضو المتبقي قادرا على القيام بالوظيفة التشريحية للعضو المستقطع. إذ متى كان استقطاع أحد العضوين يؤثر في هذه الوظيفة، رغم وجود العضو الآخر في جسم المتبرع، فلا يباح الاستقطاع[1]. ذلك أن الأساس في هذا أن حماية الشّرع والقانون للجسم لا تتعلق بأعضائه في ذاتها ولكن باعتبارها محلا للمنافع.

رابعا: الموافقة الكتابية الصّريحة من المتبرع على استقطاع عضو منه ونقله إلى المريض. ومُقتضى هذا الشرط أن لا يُقْدم المتبرع على هذا الفعل المحمود (التبرع) إلا على بيّنة ودراية ومعرفة بما يقوم به. لذلك أحاط المشرع هذا الشرط بجملة من الإجراءات أو الضوابط[2]، حيث أن موافقة المتبرع الكتابية لا تكون إلا بعد إعلام الطبيب المختص له بطبيعة العمل (التبرع) الذي يُقْدم عليه، والأخطار الطبية المُحتملة التي قد تتسبّب فيها عملية الاستقطاع. كما أن هذه الموافقة لا تُحرّر إلا

(1) أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 144.
وقد أشار الإمام أبي محمد عز الدين بن عبد العزيز ابن عبد السلام إلى أن استمرار الوظيفة التشريحية لجزء من الجسم أو عدم استمرارها يعد معيارا لمدى إباحة استقطاعه، إذا ما طرأ له ما يجعله مسببا للآلام لصاحبه. لذلك لا يباح استقطاع جزء من الآدمي قطعا لألمه إذا كان القطع مفوّتا لأصل منفعته. انظر كتابه: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المرجع السابق، ص 90.

(2) انظر نص المادة 162 من القانون رقم 85- 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

بحُضور شاهدين، وأن تُودَع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.[1]

ونشير إلى أن هذه الموافقة الكتابية ليست مُلزِمة للمتبرع وفقا لنصوص القانون، إذ يستطيع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة.

خامسا: أن يكون المتبرع بالعضو أو النسيج كامل الأهلية ومتمتعا بكامل قواه العقلية. فإن كان قاصرا أو بالغا راشدا لكن غير قادر على التمييز، فلا يجوز انتزاع عضو من أعضائه كمبدأ عام، وهذا تطبيقا لمقتضيات المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

ويثور الإشكال بالنسبة للقاصر، هل يُعتدّ برضاء وموافقة ممثله الشرعي أم لا؟

لعل إباحة نقل الأعضاء من القصّر ومن في حُكمِهم بشروط وضوابط محددة يشكل الاتجاه الراجح لدى جانب كبير من الفقه[2]، ونحن نؤيد هذا الرأي - استثناء- ولا نرى أي مانع من جواز استئصال

---

(1) أنظر لتفصل أكثر حول مسألة الإعلام والإذن الطبي : بن صغير مراد: مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض - دراسة علمية تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الرابعة والثلاثون (محرم 1432 هـ/ ديسمبر 2010م)، الكويت، ص265 إلى 304.

(2) مهند صلاح أحمد فتحي العزة : الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2002 ، ص 137.
أحمد شرف الدين: الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 572.
سميرة عايد الديات: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المكتبة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1999، ص 173.

عضو من القاصر في حالات وبشروط معينة، يمكن تقسيمها إلى نوعين:

أ- شروط تتعلق بمن يجوز للقاصر التبرع له: إذ ترى غالبية التشريعات والفقه[1] أن يكون ذلك لمصلحة الأخ أو الأخت دون غيرهما. وتبرير ذلك أن هذا التبرع يبقى مُنحصرًا في أضيق الحدود وتحت رقابة ولي الأمر وهما الوالدين أو أحدهما أو حتى ممثله الشرعي، بما يضمن دائما نزاهة ونُبل الباعث، ويُبقي على كيان الأسرة ويُعضّد الروابط بين أفرادها، ناهيك عن فُرص النجاح الكبيرة التي تتمتع بها عملية زراعة العضو وذلك للتقارب الجيني بين الإخوة وتماثل أنسجتهم.

ب- الشروط المتعلقة بالأعضاء التي يُمكن للقصّر التبرع بها: فإنه يمكن الاستنتاج والقول أن التشريعات والتوصيات في هذا المجال قد قيّدت وحصرت الأعضاء التي يمكن نقلها من القصر. وفي هذا الصدد نشير إلى أن التقرير الصادر عن منظمة الصحة العالمية والمتعلق بعمليات نقل وزراعة الأعضاء قرّر في المبدأ الرابع من مبادئه أو قواعده أن النقل من القاصر يكون مقصورا على الأنسجة

---

(1) انظر المادة 02/01 من القانون رقم 1181- 76 الصادر بتاريخ 1976/12/22 والمتعلق بنقل الأعضاء في فرنسا. والمادة 5/671 من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل والمتمم. والمادة 05 من القانون رقم 654- 94 المتعلق بزرع الأعضاء في فرنسا.

انظر كذلك: المادة 02 من القانون رقم 31 لسنة 1972 السوري.

والمادة 02 من القسم الثاني من قانون زراعة الأعضاء البريطاني الصادر بتاريخ 27 جويلية 1989.

Voir aussi : Doll. J.P: La discipline des greffes des transplantations et des autres dispositions concernant le corps humain, collection de médecine légale et de toxicologie médicale, éd. Masson etcie, Paris, 1970, p 75.

أحمد محمود سعد: زراعة الأعضاء بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 86.

المتجـدّدة فقـط دون غيرهـا مـن الأعضـاء أو الأجـزاء التـي متـى انفصـلت عن الجسم فإنه لا يمكن استبدالها أو تجددها تلقائيا[1].

كمـا أبـاح المشـرع الفرنسـي ذلـك النقـل فيمـا يتعلـق بالنخـاع العظمـي (Moelle Osseuse).[2]

أمـا بالنسـبة لموقـف المشـرع الجزائـري، فبنـاءً علـى مـا سـبق الإشـارة إليـه مـن آراء فقهيـة وتشـريعية تُجيـز نقـل الأعضـاء مـن القاصـر بضـوابط وشـروط معيّنـة، فإنّنـا نـدعم رأينـا بمـا نـص عليـه المشـرع فـي المـادة 2/168 مـن القـانون رقـم 85- 05 المعـدل والمـتمم بقولـه: " يخضـع التجريـب للموافقـة الحـرة والمنيـرة للشـخص موضـوع التجريـب أو عنـد عدمـه لممثلـه الشـرعي" [3]. ولاشـك أن موضـوع التجـارب الطبيـة أشـدّ خطـرًا وأكبـر مُجازفـةً بالنسـبة للشـخص مُقارنـة مـع استئصـال عضـو منـه وزرعـه فـي أحـد أشـقّاءِه، لاسـيّما وأن نقـل العضـو يُرتَجـى منـه فائـدة كبيـرة راجحـة. قلـت ومـع ذلـك فقـد أجـاز المشـرع موافقـة الممثـل الشـرعي للقاصـر فـي مثـل هـذه التجـارب، فمـن بـاب أولـى أن يؤخـذ بموافقتـه بالنسـبة لاستقطاع أحد أعضائه وزرعها في جسم أحد إخوته.

كمـا نسـتنبط ضـرورة الأخـذ بموافقـة الممثـل الشـرعي للقاصـر بالنسـبة لاسـتقطاع أحـد أعضـائه، باعتبـار أن اسـتقطاع أو بَتـر عضـو ينطـوي علـى خطـر جـدّي وحقيقـي علـى القاصـر- باعتبـاره سيصـبح

---

[1] Guiding Principle n°4 of human organ transplantation report, A report on developments under the auspices of who (1987- 1991), world health organization, Geneva, 1991, p 08.

[2] Art. L. 671/4 du code de la santé publique modifiée et complétée.

[3] انظر المادة الثانية من القانون رقم 90- 17 المؤرخ في 09 محرم 1411هـ الموافق لـ 31 يوليو 1990م المعدل والمتمم للقانون رقم 85- 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والمتضمنة تعديل المادة 168.

مريضا ولو مؤقتا-، مما ورد في نص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب.[1]

إضافة إلى ذلك نص المشرع في المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب على جواز الاعتداد بموافقة الوصّي الشرعي للقاصر صراحة بقوله: " لا يجوز إجراء أي عملية بَتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، ما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيّه الشرعي وموافقته ".

ونشير في آخر هذا الشرط أن مما ينطوي تحته كذلك عدم جواز انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المُصابين بأمراضٍ من شأنها أو طبيعتها أن تضرّ بالمتبرع أو حتى بالمُتلقِي، وفقا لما نصت عليه المادة 136 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

سادسا: متى كنا بصدد نقل أعضاء من ميت وفقا لما خلصنا إليه من جواز النقل من الأموات، فإنه يُشترط ضرورة التحقق من موت الشخص عن طريق الإثبات الطبي والشرعي للوفاة حسب المقاييس العلميّة. ولا ينبغي الانتزاع في هذه الحالة إلا بعد الموافقة الكتابية للشخص المتوفى أثناء حياته، أو موافقة أعضاء أسرته الرّاشدين على الترتيب: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت. فإن لم تكن للمتوفى أسرة يُطلب الإذن من الولي الشرعي.[2]

---

[1] تنص المادة 44 على أنه:" يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة، و لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ".

[2] انظر المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم.

ونشير في هذا الصّدد إلى خطأ الطبيب المُوجب لمسؤوليته متى أقدم على انتزاع عضوٍ من شخص ما، لم تثبت وفاته الشرعية الطبية الحقيقية بعد.[1]

سابعا: أن تكون المصلحة المترتبة عن زراعة العضو أو النسيج البشري لدى المريض المُتلقِي جديّة وراجِحة، ولا تكون كذلك إلا إذا كان زرع العضو أو النسيج يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المريض المستقبِل لهذا العضو أو النسيج أو على سلامته البدنية[2]. إذ يتوقف الأمر على الموازنة كما أسلفنا الذكر بين المصالح والترجيح بينها، إذ متى ثبت أن مصلحة المريض في زراعة عضو بِقصد حماية حياته والحفاظ على صحته، أعظم وأولى من مصلحة المتبرع - متى لم تؤثر على حياته أو على صحته بشكل ضار وكبير-، جاز إجراء عملية نقل وزراعة العضو.

ثامنا: ضرورة أن تُجرى عمليات نقل وزراعة الأعضاء في مستشفيات مرخّص لها بذلك من طرف الوزير المكلف بالصحة، تتطلّب بداهة موارد بشرية متخصّصة ذات كفاءة عالية، وإمكانات مادية وأجهزة متطورة للإشراف على مثل هذه العمليات وفقا لما تَطلّبه المشرع في المادة 167 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم.

تاسعا: لا يمكن إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء إلا بقرار من لجنة طبية تنشأ على مستوى الهياكل الإستشفائية المرخص لها بإجراء

---

(1) راجع بشأن مفهوم الوفاة وشروط تحققها: رسالتنا لنيل شهادة الدكتوراه: الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، 2010/ 2011، ص 82 وما بعدها.

(2) نصت على ذلك صراحة المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

هذه العمليات، تتشكل من عدد من الأطباء لا يقل العدد عن ثلاثة. ونُنبّه في هذا المقام أنه لا يجوز للطبيب الذي عاين وفاة المتبرع أن يكون ضمن المجموعة التي تقوم بعملية الزرع.[1]

عاشرا: يجب أن تتم عملية نقل وزرع الأعضاء دون الكشف عن هوية المتبرع بالنسبة للمستفيد، وكذا هوية هذا الأخير بالنسبة لعائلة المتبرع، كما نصت على ذلك المادة 2/165 من القانون رقم 90- 17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها. ولاشك أن المشرّع قصَد من وراء ذلك تحقيق التوازن النفسي لدى كلا الطرفين المتبرع والمتلقي، والتوازن الاجتماعي والحفاظ على الروابط الاجتماعية، حتى لا يكون هناك فضلُ أو مِنّة أو تسلّط من أحد على الآخر.

هذه في الجملة الشروط القانونية التي خلصنا إليها من خلال استقرائنا للنصوص القانونية، لإباحة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية. يقتضي ذلك أن مخالفة الطبيب لأحد هذه الشروط وعدم مراعاتها، من شأنه أن يجعل تصرّفه مَعِيبا ومخالفا لقواعد القانون، مما يقيم مسؤوليته عن الأضرار المترتبة عن إخلاله باعتباره قد ارتكب خطأ مهنيا.

المطلب الثاني: مكامن القصور وانعقاد مسؤولية الطبيب في التشريع الجزائري:

---

(1) انظر نص المادة 165 من القانون رقم 90- 17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها.

وانظر في هذا المعنى: أحمد محمود سعد: زراعة الأعضاء بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 83.

Alain Bensaussan: Les biotechnologies- l'éthique biomédicale et le droit hermes, Paris, 1995, p 103.

لاشك أن خطأ الطبيب يقوم متى توافر شرط من شروط الخطأ الطبي عموما، والتي سبق وأن أشرنا إليها من جهة، أو لم يُراع الطبيب الشروط التي ذكرناها آنِفا والمتعلقة بنقل وزراعة الأعضاء من جهة أخرى.

يتحقق خطأ الطبيب الموجب لمسؤوليته المدنية إذا لم يراع توافر رضاء كل من المتبرع والمريض المتلقي. بل وأكثر من ذلك حتى ولو وُجِد هذا الرضا، غير أنه لم يكن حرا ومستنيرا، أي صريحا ومتبصرا[1]، كان تصرف الطبيب مَعيبا، مما يشكل خطأ طبيا يوجب مسؤوليته عن الأضرار المترتبة. إذ يتعين على الطبيب تبصير كل من المريض المُتلقِي ولاسيّما المتبرّع بأهمية العضو المراد استقطاعه، ومدى نسبة احتمال نجاح العملية من فشلها، وطبيعة الآثار والنتائج المترتبة عن الاستقطاع والزّرع معا.

كما استقر رأي القضاء ولاسيما الفرنسي منه، على أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية والتكميلية للمريض وللمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال والزّرع أو بعد إجرائها يُعتبر أمرا ضروريا. وأي إهمال من الطبيب لمثل هذه الفحوص يشكل خطأ من جانبه يُقيم مسؤوليته.[2]

---

(1) Marc Sabek: Les responsabilités du chirurgien- dentiste, éd les études hospitalières, Bordeaux (France), 2003, p 42- 45.

Voir aussi: Jean Guigue: Responsabilité civile du médecin- devoir d'information, Gaz. Pal, 124eme année, n° 107à 108, 16 et 17 avril 2004, paris, p 17 et 18.

وانظر: إبراهيم سيد أحمد: الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 30.

(2) أحمد محمد بدوي: نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 1999، ص 27.

وفي العموم تقوم مسؤولية الطبيب المدنية بلا أدنى شك عند ارتكابه لأي خطأ طبي، كاستئصال عضوٍ سليم بدلا من العضو المعطّل، أو كما لو أجرى للمريض عملية زرع عضو أو استقطاعه دون أن يبيّن لأطراف العملية الطبية المخاطر والآثار العَرَضية المُحتملة عن العمل الطبي[1]. أو قام بإجراء العملية دون التأكد من توافق الأنسجة وصلاحية العضو المطلوب نقله، ليؤدّي الغرض ويحقق الهدف المُتوخَّى منه في جسم المتلقي.

ويتحقق خطأ الطبيب أيضا متى لم يتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لإجراء مثل هذه العمليات، أو تسرّع في إجرائها دون مراعاته لجانب الحيطة والحذر، مما يثبت مسؤوليته نتيجة إهماله وتقصيره في مثل هذه العمليات بالغة الأهمية والتعقيد.[2]

إذ ليس من العدالة أو المنطق التضحية بصحة إنسان غير مريض من أجل احتمال توفير هذه الصحة لإنسان عليل آخر.

كما يقوم خطأ الطبيب في مثل هذه العمليات، انتزاعه لعضو أو نسيج من جسم شخص ما أشرَف على الوفاة، دون التحقق من صحة

---

(1) منذر الفضل: التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن-، 1995، ص 127.
محمد عبد الوهاب الخولي: المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، الطبعة الأولى، دون دار ولا بلد النشر، 1997، ص 127. أشار إلى هذا المرجع: رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 228.

(2) بن صغير مراد: المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، 2007، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس، ص 43.

وفاته طبيا وعلميا[1]. إذ كثيرا ما يُسارع بعض الأطباء لانتزاع عضو ما من إنسان في آخر لحظات حياته، بغرض المحافظة على ذلك العضو، والتمكّن من زراعته بالنسبة لمريض آخر. ولاشك أن ذلك يعتبر خطأ موجبا للمسؤولية المدنية والجنائية معا، على أساس عدم مراعاة الأحكام والضوابط والشروط القانونية والشرعية المعتبرة في نقل الأعضاء من جثث الموتى.[2]

وخلاصة القول أن مسؤولية الطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء تقوم نتيجة ارتكابه خطأ طبيا ثابتا، بسبب عدم مراعاته للأصول العلمية الطبية المستقرة في مثل هذه العمليات، والتي تتطلب بحد ذاتها شروطا استثنائية قد تطلبها القانون، فضلا عن طبيعة العملية بحد ذاتها. لذلك يتوجب في مثل هذه العمليات أن يكون الطبيب اختصاصيا في العضو المراد نزعه أو زرعه.

ونشير في الأخير إلى أن مسؤولية الطبيب لا تنهض إلا نتيجة لخطأ طبي ثابت على وجه اليقين ومحقق، الأمر الذي حدا بالفقه إلى القول بأن التزام الطبيب هو التزام بتحقيق نتيجة محددة، مفادها ألا يُصيب الشخص مُتبرعًا كان أو مريضًا مستقبلاً أيّ ضرر، بل ولا

---

(1) بلحاج العربي: حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 18 (محرم، ربيع الأول، ربيع الثاني 1414هـ/ ماي، أبريل، يونيو 1993م)، السعودية، 575.
حسام الدين كامل الأهواني: المرجع السابق، ص 162.

(2) العلامة محمد أمين ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق،الجزء الخامس، ص 215. وانظر: بلحاج العربي: معصومية الجثة في الفقه الطبي الإسلامي، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثالثة والعشرون، ديسمبر 1999، الكويت ، ص 173.
وانظر لنفس المؤلف: مشكلة الميت الحي من منظور إسلامي، مجلة منار الإسلام، العدد الثاني عشر، 1421هـ، أبو ظبي- الإمارات العربية المتحدة، ص 54.

تسوء حالته مقارنة عما كانت عليه من قبل بسبب هذا التدخل الجراحي. ذلك أن وقوع مثل هذا الضرر قرينة على الخطأ.[1]

الخاتمة:

تعتبر عمليات نقل وزراعة الأعضاء من المستجدات العلمية الطبية التي ينبغي التصدي لها وتأصيلها من الناحيتين الشرعية والقانونية. وقد حاول فقهاء الشريعة بحث مسألة نقل وزراعة الأعضاء، على حلاف بينهم في جوازها من عدمه، ولو أن الراجح لدى الفقهاء المعاصرين هو الجواز بشروط وضوابط.

أما بالنسبة للجانب القانوني فرغم مبادرة السلطة التشريعية منذ سنوات بسن القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والذي تم تعديله عدة مرات، منها تعديل بموجب القانون رقم 90-17 فيما يتعلق بنقل وزراعة الأعضاء. إلا أن الموضوع لازال يحتاج إلى كثير من الضبط والتنظيم القانوني، وعلى ذلك نستنتج من هذا البحث ونخرج بعدة نتائج ومنها:

- جواز نقل وزراعة الأعضاء شرعا وقانونا، بموجب الراجح من الفتاوى الجماعية والفردية، وبموجب النصوص القانونية.

- عمليات نقل وزراعة الأعضاء تستند إلى عدة أسس نجملها في حالة الضرورة، والمصلحة، ومبدأ جواز التعامل في جسم الإنسان.

---

(1) محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة (مصر)، 1993، ص 233.
حمدي علي عمر: المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 102 وما بعدها.

- عمليات نقل وزراعة الأعضاء تتم وفق العديد من الضوابط الشرعية والشروط القانونية.

- التشريع الجزائري يعتريه الكثير من القصور والنقص في التعاطي ومسايرة المستجدات الطبية العلمية فيما يتعلق بنقل وزراعة الأعضاء.

وعلى دلك فإننا نرى جملة من الاقتراحات والتوصيات ومنه:

- ضرورة الإسراع في وضع نصوص تشريعية (قانون) يتعلق بتنظيم الصحة وترقيتها عموما من مختلف الجوانب، لقصور قانون 85-05.

- المبادرة إلى وضع قانون خاص ومستقل يتعلق بعمليات نقل وزراعة الأعضاء.

- إعادة النظر في مسألة الأهلية وضبطها فيما يتعلق بعمليات نقل وزراعة الأعضاء، وتحديد ضوابطها وحالاتها بما يتماشى ومقتضيات الموافقة المستنيرة والإذن الطبي.

- وضع نص قانوني يتعلق بتعريف الوفاة (الموت) وتحديد لحظتها، ووضع ضوابط وشروط تحقق حالة الوفاة وفقا لما وصل إليه الطب الحديث.

- ضرورة النظر في مسألة الشاهدين في عمليات نقل وزراعة الأعضاء وضبطها بتنظيم أدق.

وبالله التوفيق والحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

القرآن الكريم.

1- إبراهيم سيد أحمد: الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.

2- إبراهيم اليعقوبي: شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء، الطبعة الأولى، مكتبة الغزالي، دمشق، 1407هـ.

3- ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.

4- ـــــ : الطب النبوي، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2001.

5- أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبي داود، جمع وتصحيح: مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1425هـ/ 2004م.

6- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: فقه النوازل، الطبعة الأولى، مطابع الفرزدق، الرياض، 1409هـ.

7- أبي محمد عز الدين بن عبد العزيز ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تعليق طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الثانية، دار الجليل، بيروت، 1400هـ/ 1980م.

8- أبي محمد علي بن حزم الظاهري: المحلى، الطبعة الأولى، المطبعة المنيرية، مصر، 1351هـ .

9- أحمد شرف الدين: الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء الفقه الإسلامي، دار الكتب، القاهرة، بدون تاريخ.

10- ـــــ : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، دار الكتب، مصر، 1407هـ/ 1987م.

11- أحمد فتحي بهنسي: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع، القاهرة، 1389هـ/1967م.

12- أحمد محمد بدوي: نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 1999.

13- أحمد محمود سعد: زراعة الأعضاء بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

14- بكر بن عبد الله أبو زيد: التشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408هـ، السعودية.

15- ـــــ : فقه النوازل، الطبعة الأولى، مطابع الفرزدق، الرياض، 1409هـ.

16- بلحاج العربي: الأحكام الشرعية والطبية للمتوفي في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 42 (محرم، ربيع الأول، ربيع الثاني 1420هـ/ ماي، أبريل، يونيو 1999م)، السعودية.

17- ـــــ :حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 18 (محرم، ربيع الأول، ربيع الثاني 1414هـ/ ماي، أبريل، يونيو 1993م)، السعودية.

18- ـــــ : مشكلة الميت الحي من منظور إسلامي، مجلة منار الإسلام، العدد الثاني عشر، 1421هـ، أبو ظبي- الإمارات العربية المتحدة.

19- ـــــ : معصومية الجثة في الفقه الطبي الإسلامي، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثالثة والعشرون، ديسمبر 1999، الكويت.

20- بن صغير مراد: الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، 2010/ 2011،

21- ـــــ : مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض - دراسة علمية تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الرابعة والثلاثون (محرم 1432هـ/ ديسمبر 2010م)، الكويت.

22- ـــــ : المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، 2007، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس.

23- جاد الحق علي جاد الحق: بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة، مطابع الأزهر، القاهرة، 1993.

24- ـــــ : الفقه الإسلامي ومرونته، مطابع الأزهر، القاهرة، 1989.

25- حسام الدين كامل الأهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة-، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975.

26- حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد- بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء-، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1987.

27- حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، السنة الثانية والعشرون، (يناير ويوليو 1980)، مصر.

28- حمدي علي عمر: المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

29- رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007.

30- سعيد سعد عبد السلام: مشروعية التصرف في جسم الآدمي- دراسة فقهية مقارنة-، مطبعة الجامعة، مصر، 1996.

31- ـــــ : مشروعية التصرف في جسم الآدمي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة المحاماة، السنة السبعون، العددان التاسع والعاشر، نوفمبر وديسمبر 1990، مصر.

32- سميره عايد الديات: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المكتبة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1999.

33- عبد الرحمن بن حسن النفيسه: حكم نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: العدد الأربعون، السنة العاشرة، (رجب، شعبان، رمضان 1419هـ/ نوفمبر، ديسمبر، يناير، 98- 1999م)، الرياض.

34- ـــــ : مدى حق الإنسان في التصرف في جسده، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثاني والثمانون، السنة الحادية والعشرون، (محرم، صفر، ربيع الأول 1430هـ/ مارس، أبريل، ماي 2009م)، الرياض.

35- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام(مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1968.

36- عبد السلام عبد الرحيم السكري: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دار المنار، القاهرة، 1988.

37- عبد العزيز بن عبد الله بن باز (مفتي السعودية ورئيس هيئة كبار العلماء): فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوطن، الرياض، 1415هـ.

38- عبد الفتاح محمود إدريس: التداوي بأجزاء الحيوانات المحوّرة جينيا من منظور الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 70، السنة 19، (محرم، صفر، ربيع الأول 1427هـ/ مارس، أبريل، ماي 2006م)، السعودية.

39- عبد الله بن الصديق الغماري: تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام، دار مصر للطباعة، مصر، بدون تاريخ.

40- عبد الله بن عبد الرحمن البسام: زراعة أعضاء الإنسان في جسم الإنسان، مجلة المجمع الفقهي، العدد الأول، 1408هـ، السعودية.

41- عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين: الأحكام والفتاوى الشرعية لكثير من المسائل الطبية، جمع وترتيب: علي بن سليمان الرميخان، مراجعة وتقديم: عبد العزيز السدحان، الطبعة الثانية، دار الوطن، الرياض، 1427هـ.

42- ـــــ : فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوطن، الرياض، 1415هـ.

43- عبد الرحمن بن ناصر السعدي : الفتاوى السعدية، بدون دار نشر، السعودية، 1388هـ.

44- ـــــ : المختارات الجلية، مطبعة المدني، القاهرة، 1378هـ.

45- عبد السميع إمام: الطالب في المقارنة بين المذاهب، الطبعة الأولى، مطبعة حسان، بدون بلد نشر، 1973.

46- علي بن حسن السقاف القرشي الحسيني: الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، الطبعة الأولى، المطابع التعاونية، الأردن، 1409هـ/1989م.

47- محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة (مصر)، 1993.

48- محمد برهان الدين السنبهلي: قضايا فقهية معاصرة، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق ودار العلوم، بيروت، 1408هـ/ 1988م.

49- محمد بن عبد العزيز المراغي: مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد العشرون، 1398هـ، مصر.

50- محمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (شرح أحمد الدردير لمختصر خليل)، دار إحياء الكتب العربية مصر، 1373هـ.

51- محمد سعيد رمضان البوطي: قضايا فقهية معاصرة، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، مكتبة الفاريابي، دمشق، 1414هـ.

52- ـــــ : انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408هـ، السعودية.

53- محمد صالح العثيمين: الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام، جمع وإعداد: خالد عبد الرحمن الجريسي، الطبعة الأولى، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، الرياض، 1420هـ/ 1999م.

54- محمد عبد الوهاب الخولي: المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، الطبعة الأولى، دون دار ولا بلد النشر، 1997.

55- محمد علي البار: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق ودار الشامية، بيروت، 1414هـ.

56- محمد متولي الشعراوي:" الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعها"، مقال منشور في جريدة اللواء الإسلامي، العدد 226، (27 جمادى الثانية 1407هـ)، مصر.

57- محمد المختار الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، الطبعة الثانية، مكتبة الصحابة، جدة، 1999.

58- محمود نجيب حسني: الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة التاسعة والعشرين، 1959، مصر.

59- محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: صحيح مسلم بشرح النووي، الطبعة الأولى، مكتبة الصفا، القاهرة، 1424هـ/ 2003م.

60- ـــــ : المجموع شرح المهذب ، الجزء التاسع ، إدارة الطباعة المنيرية ، مصر، بدون تاريخ.

61- ـــــ : مغني المحتاج، الجزء الثالث، مطبعة البابي الحلبي، مصر، 1386هـ.

62- مصطفى محمد عبد المحسن: الخطأ الطبي والصيدلي - المسؤولية الجنائية -، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 2000.

63- منذر الفضل: التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن-، 1995.

64- مهند صلاح أحمد فتحي العزة : الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2002 .

65- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المغني شرح مختصر الخرقي، دار عالم الكتب، الرياض، 1426هـ/2005م.

66- هاشم جميل عبد الله: زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الرسالة الإسلامية، العدد 212، أفريل، 1988، بغداد.

67- يوسف القاسم: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

68- يوسف القرضاوي في حواره المعنون بـ " التبرع بالعين والخصية حرام وجواز نقل الأعضاء من كافر إلى مسلم"، جريدة الشروق اليومي، العدد 2703، السبت 29 أوت 2009م/0 رمضان 1430هـ.

الفتاوى والقرارات الفقهية:

1- فتوى دار الإفتاء المصرية، السجل رقم 88 مسلسل 512، ص 93، بشأن استقطاع العيون، وفتوى لجنة الفتوى بالأزهر رقم 491، بشأن استقطاع القلب أو أي جزء من الجثة. مجلة الأزهر، المجلد العشرون، سنة 1368هـ.

2- فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، الصادرة بتاريخ 06 ربيع الأول 1392هـ/20 أبريل 1972م، مجلة البحوث

الإسلامية، العدد 22، (رجب، شعبان، رمضان، شوال 1408هـ)، الرياض.

3- فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، الصادرة بتاريخ 20 جمادى الأولى 1397هـ.

4- فتوى لجنة الإفتاء بوزارة الأوقاف بالكويت رقم 84/497، الصادرة بتاريخ 22 ربيع الثاني 1405هـ.

5- فتوى الأزهر الشريف بشأن نقل الأعضاء، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مارس 1978، القاهرة.

6- قرار هيئة كبار العلماء رقم 66 الصادر بتاريخ 1398/10/25هـ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الأول، 1408هـ/1987م، السعودية.

7- قرار هيئة كبار العلماء رقم 99 الصادر بتاريخ 1402/11/06هـ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الأول، 1408هـ/1987م، السعودية.

8- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 26، الصادر بتاريخ 18 جمادى الآخرة 1408هـ/ 06 فبراير 1988م.

9- قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة الصادر في الدورة الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة بتاريخ 04/28 إلى 1405/05/07هـ الموافق لـ 19- 1985/01/28. مجلة المجمع الفقهي، العدد الأول، 1408هـ، السعودية. والعدد العاشر من نفس المجلة، 1417هـ، السعودية.

10- قرار المجمع الفقهي الإسلامي بجدة رقم 01 الصادر في الدورة الرابعة المنعقدة بجدة بتاريخ 18- 1408/06/23هـ الموافق لـ 06- 1988/02/11م، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408هـ، السعودية.

لنصوص القانونية:

- الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

- القانون رقم 09 - 01 المؤرخ في 29 صفر 1430هـ الموافق لـ 25 فبراير 2009، المعدّل لقانون العقوبات. ج. ر رقم 15 لسنة 2009.

- القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم الصادر بتاريخ: 26 جمادى الأولى 1405هـ، الموافق لـ 16 فبراير 1985، المعدل والمتمم. ج.ر رقم 08 لسنة 1985.

- القانون رقم 90 - 17 المؤرخ في 09 محرم 1411هـ/31يوليو 1990، المعدل والمتمم لقانون رقم 85 - 05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر رقم 35 لسنة 1990.

- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق لـ 06 جوان 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب. ج.ر رقم 52 بتاريخ 1992/07/08.

- المرسوم رقم 75 - 152 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1395هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1975 المتضمن قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث.

- القانون رقم 1181- 76 الصادر بتاريخ 1976/12/22 والمتعلق بنقل الأعضاء في فرنسا.

- قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل والمتمم.

- القانون رقم 654- 94 المتعلق بزرع الأعضاء في فرنسا.

- القانون رقم 31 لسنة 1972 السوري المتعلق بالصحة.

- قانون زراعة الأعضاء البريطاني الصادر بتاريخ 27 جويلية 1989.

المراجع الأجنبية:

Ahmed Charaf El- dine: Droit de la transplantation d'organes - étude comparative-, Thèse, Paris, 1975.

Alain Bensaussan: Les biotechnologies- l'éthique biomédicale et le droit hermes, Paris, 1995.

Doll. J.P: La discipline des greffes des transplantations et des autres dispositions concernant le corps humain, collection de médecine légale et de toxicologie médicale, éd. Masson etcie, Paris, 1970.

Guiding Principle n°4 of human organ transplantation report, A report on developments under the auspices of who (1987- 1991), world health organization, Geneva, 1991.

Jean Guigue: Responsabilité civile du médecin- devoir d'information, Gaz. Pal, 124eme année, n° 107à 108, 16 et 17 avril 2004, paris.

Marc Sabek: Les responsabilités du chirurgien- dentiste, éd les études hospitalières, Bordeaux (France), 2003.

Savatier René: Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, J.C.P, Paris, 1969, n°1.

Code français de la santé publique modifiée et complétée