الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء.

أ. ليلى بعتاش

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية . قسنطينة

مقدمة:

لقد شهدت البشرية تطورا مذهلا في العلوم الطبية توج بالعديد من الإنجازات العلمية في هذا المجال، وقد كان من أهمها التلقيح الاصطناعي، الاستنساخ، الإنعاش الاصطناعي، التعقيم وكذا عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية والتي تعد من أهم وأعظم الانتصارات الطبية في الوقت الراهن، فهي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ العديد من المرضى المحكوم عليهم بالموت ويقصد بها " نقل أعضاء سليمة من جسم إنسان سليم إلى جسم إنسان آخر بعض أعضائه تالفة لتقوم الأولى مقام الأخيرة في تأدية وظائفها ".

هذا وقد توسع مجال هذه العمليات ليشمل بالإضافة لزراعة الكلى، زرع القلب، البنكرياس، الكبد، قرنية العين ... وبالتالي فقد أثارت هذه العمليات العديد من الإشكالات القانونية التي تستدعي تدخل

التشريعات من أجل كفالة حماية قانونية للإنسان من سلبيات التقدم الطبي دون الحد من روح التحديث والابتكار.

وأمام المشاكل العديدة التي تواجهها عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء، لاسيما أن النقل بين الأحياء لا يقدم لهذا النوع من العمليات إلا القليل من الأعضاء اللازمة للزرع أصبح من الضروري البحث عن مصدر آخر غير أعضاء الإنسان الحي، فكانت الجثة كأحسن مصدر للأعضاء، اذ ثبت علميا أنه يمكن الاستفادة ببعض الأعضاء عقب الموت مباشرة وزرعها في جسم شخص مريض من أجل إنقاذ حياته .

لكن للاستفادة بأعضاء الموتى لابد من تحقيق نوع من التوازن بين **حرمة الجثة والمصلحة الإنسانية**، لا سيما وأن معظم التشريعات تقر هذه الحرمة وتحيطها بحماية خاصة، وفي نفس الوقت فهي تجيز استئصال الأعضاء من الجثة لتحقيق أغراض علاجية لإنقاذ حياة الأشخاص

غير أن تحقيق هذا التوازن يثير العديد من المشاكل القانونية لعل أهمها يتعلق **بالتحقق من لحظة الوفاة**، والأخرى تتعلق من صدور **الموافقة على الإستئصال من الجثة .**

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 تبنيها لتحديد اللحظة التي يعتبر فيها الشخص قد مات ؟**

كما يثير الاستئصال إشكالية الموافقة الشخصية للمتوفي **فكيف يتم التعبير عن هذه الموافقة ؟**

وكيف يتم إثباتها ؟ وفي حالة عدم ثبوت موافقة المتوفي، هل **يجوز للغير الترخيص بالانتفاع من جثة المتوفي؟.**

هذا ما سيتم الإجابة عنه من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى محورين :

نتناول في **المحور الأول: أساس مشروعية نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى.**

ونخصص **المحور الثاني لدراسة : الشروط القانونية لإباحة نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى.**

المحور الأول : أساس مشروعية نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى.

اختلف أهل الشريعة والقانون حول جواز زرع الأعضاء من عدمه، ويعود سبب الخلاف حول هذا الموضوع في صعوبة خلق نوع من التوازن بين حرمة جسم الإنسان حيا كان أو ميتا وبين ما يحققه زرع ونقل الأعضاء من أمل واستمرارية في الحياة للشخص المريض .

فبالنسبة لحرمة جسم الإنسان الجسدية، فهي مكفولة شرعا في حياته وبعد موته، ففي حياته فرض المولى عز وجل الحق لمن جرح أو تم الإعتداء عليه جسديا بالقصاص مصداقا لقوله تعالى ([1]): {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} .

أما عن حرمة جسد الميت وتكريمه فقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم في أكثر من حديث عن تكريم الميت ومن مظاهر ذلك أمره عليه الصلاة والسلام بتغسيل الميت ودفنه، كما نهى صلى الله عليه وسلم عن كسر عظم الميت في قوله عليه الصلاة والسلام : "إن كسر عظم الميت ككسره حيا "، كما نهى عليه أفضل صلاة وأزكى تسليم

[1] سورة المائدة، الآية 45.

نبش القبور صلى وقد إعتبر النبي صلى الله عليه وسلم أذى المؤمن في مماته كأذيته في حياته ([1]).

كما نجد المشرع الجزائري قد جرم مختلف الاعتداءات الواقعة على جسم الإنسان الحي، كتجريم أفعال القتل حيث عاقب عليها بموجب المادة 261 من قانون العقوبات الجزائري، كما جرم كذلك أفعال الضرب والجرح العمدي وكل أعمال العنف في المادة 264 وما يليها في قانون العقوبات وكذلك المادة 442 والمادة 442 مكرر من قانون العقوبات .

وكفل كذلك حماية خاصة لجثة الميت فجرم كل الأفعال التي من شأنها المساس بكرامة وحرمة الميت، كتجريم أفعال الهدم والتخريب والتدنيس للقبور بمقتضى المادة 150 من قانون العقوبات، كما جرم أي فعل يمس بالحرمة الواجبة للموتى وكذا تجريم أي سلوك من شأنه المساس بالتشويه والتنكيل أو اي أعمال وحشية أخرى بجثة الميت، وذلك بمقتضى نص المادة 153 من قانون العقوبات .

وبشأن حفظ نفس الإنسان وجسده، فهي من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية، فقد حرم الله قتل الإنسان وأمر بالذود عنه فقال عز وجل ([2]): { من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ولقد جاءتهم رسلنا بالبينات ثم إن كثيرا منهم بعد ذلك في الأرض لمسرفون ."

كما جعل النبي صلى الله عليه وسلم تفريج الكرب عن المؤمنين سببا في نيل مرضاة الله عز وجل حيث قال صلى الله عليه وسلم " من فرج على مؤمن كربة من كرب الدنيا فرج الله عليه كربة من كرب

---

[1] أنظر، بن سعادة زهراء، الحماية الجنائية لحرمة الميت في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010- 2011، ص 40- 42.

[2] سورة المائدة، الآية 32.

الآخرة ". من خلال هذا التناقض الواقع بين حرمة الجسد وبين ضرورة حفظ نفس الإنسان اختلف أهل الشريعة والقانون حول جواز زرع الأعضاء من عدمه، وعليه ارتأينا التطرق بإيجاز لمختلف المواقف الشرعية والقانونية .

أولا : الأساس الشرعي لنقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى:

1. موقف الفقه الإسلامي من مسألة نقل الأعضاء من الأموات إلى الإحياء.

لم يجمع أهل العلم في الشريعة الإسلامية على جواز أو عدم جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء من الأحياء إلى الأحياء أو من الأموات إلى الأحياء، فتفرقوا في ذلك بين مؤيد ومعارض.

1.1. المعارضون وأدلتهم: لم يبح أهل المذاهب الفقهية الأربعة المعروفة جواز نقل الأعضاء البشرية([1])، وأيدهم في ذلك جانب من الفقه المعاصر ولكل حججه وأدلته الشرعية التي إستند عليها في المنع وذهب هذا الجانب إلى تحريم بيع الأعضاء والانتفاع بها وعلى رأسهم فضيلة المرحوم الشيخ محمد متولي الشعراوي والشيخ عبد الرحمن العدوي.

ذهب الشيخ محمد متولي الشعراوي إلى القول أن الإسلام يمنع تنازل المسلم عن أي عضو من أعضائه بالبيع أو الهبة لا حال حياته ولا بعد مماته، لأن في هذه التصرفات من تصرفات الملكية التي لا يملكها الإنسان في جسمه لا كله ولا بعضه، لأن مالك الجسم كله هو المولى عز وجل .

[1] أنظر في تفصيل هذه الأراء، محمد أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، مركز الدراسات والبحوث، الرياض 2001، ص 147.

و يقول الشيخ عبد الرحمان العدوي " إن كان الله تعالى قد أمر بعد قطع شيء من البهيمة قبل أن تموت تماما وتبرد حركتها، كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم من أن تتعجل موتها فتسلخ ويقطع شيء منها قبل أن تموت وتبرد، فأولى بذلك أن تخرج من التصرف في الإنسان الذي كرمه الله حيا وميتا، فنحن منهيون من باب أولى عن نتعجل موته وبقر بطنه لتأخذ كليته أو قلبه أو كبده قبل أن يموت ويبرد تماما، وإذا مات وبرد تماما فإن أعضائه لا تصلح، بلك يكون المولى عز وجل قد حماه من أن تقطع وتستخدم أعضائه ".

وهم في ذلك يستندون على : حرمة جسد الإنسان، عصمة النفس البشرية، كرامة الآدمي وعدم قابلية الجسد أو الأعضاء البشرية للتعامل المالي.

2.1. **المجيزون وأدلتهم:**

ذهب هذا الفريق من العلماء – وهم الأغلبية – الى جواز التبرع بالأعضاء الأدمية والانتفاع بها مادامت تحقق المصلحة، وتنقذ حياة الإنسان، ومن أحياها كأنما أحيا الناس جميعا، ومادام المنقول منه لايضار ([1]).

وقد أيد هذا الرأي الشيخ " جاد الحق علي جاد"، والشيخ "يوسف القرضاوي" والدكتور "محمد سيد طنطاوي " والشيخ "علي جمعة" ....وغيرهم.

كما أيد هذا الرأي **عدد من المجامع الفقهية** منها : 1- المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، والمِؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد في ماليزيا 1969م .

[1] وليد برهام، قانون تنظيم وزراعة الأعضاء ...وماذا بعد ؟ ورقة عمل مقدمة خلال حلقة نقاشية قانون زراعة الأعضاء من تنظيم ماعت للسلام والتنمية وحقوق الانسان، مصر، 30-03-2010، ص 3.

2- مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في المِؤتمر الرابع ب جدة بتاريخ 06-11- 1988م .

3- مجمع البحوث الإسلامية بمصر وهيئة كبار العلماء بالسعودية.

4- لجنة الإفتاء بالجزائر، الأردن والكويت .

وتتلخص أدلة هذا الفريق في أدلة نصية وأدلة اجتهادية:

1- الأدلية النصية: - قوله تعالى: " ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا " (الآية 32 من سورة المائدة)ز وقوله تعالى في (سورة البقرة الآية 185) : " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " وقوله عز وجل : "يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا "(النساء الآية 28).

أما عن الأدلة الاجتهادية فمنها ([1]): إن الضرر يجب أن يزال وهو من مقاصد الشريعة والضرورات تبيح المحظورات، وإذا ضاق الأمر اتسع، والحكم يتغير بتغير الزمان، والأمور بمقاصدها .

وأيضا أن الله تعالى قد خلق الإنسان وكرمه وفضله على سائر المخلوقات، وارتضاه وحده ليكون خليفة في الأرض، ولذلك حرص الإسلام كل الحرص على حياته والمحافظة عليها وعدم الإضرار بها جزئيا أو كليا، فأمرت الشريعة الإسلامية الإنسان باتخاذ من الوسائل ما يحافظ بها على حياته وصحته وتمنع عنه الأذى والضرر فأمرته البعد عن المحرمات والمفسدات والمهلكات، وأوجبت عليه اتخاذ كل سبل العلاج والشفاء .

وفي هذا السياق قرر المؤتمر الإسلامي الدولي في ماليزيا عام 1969 اباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء من ميت إلى حي **اذا تحققت**

[1] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ص 23.

المصلحة العلاجية من ذلك، وبشرط وفاة المتنازل، وأن يكون النقل بوصية منه أو من وليه ([1]).

ثانيا: الأساس القانوني لنقل الأعضاء من جثث الموتى : وسنركز على موقف المشرع الجزائري.

لقد نظم المشرع الجزائري نقل الأعضاء البشرية بمقتضى القانون رقم85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم ي الفصل الثالث منه المعنون بانتزاع أعضاء الإنسان وزرعها تحديدا من المواد من 161 إلى 167.

وتستند مشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات إلى نص المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص: "لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية " .

ويستفاد من هذه المادة أنه لا يجوز الاستفادة من أعضاء الموتى إلا بعد التأكد الشرعي والطبي من الوفاة وكذا صدور الموافقة الشخصية للمتوفي في حياته .

[1] وليد برهام، المرجع السابق، ص4.

المحور الثاني: شروط إباحة نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى.

أولا: التحقق من وفاة الشخص الذي ينقل منه العضو

يجب التأكد من موت من يُراد نقل عينه أو قلبه أو كليته أو تشريحه، لأنه كثيراً ما يحكم الأطباء بموت إنسان وتمتد إليه الأيدي بالتشريح أو بغيره ثم يظهر بعد ذلك أنه حي فينتعش ويقوم حياً، ويذهب حكم الأطباء بموته أدراج الرياح . فربما تجرؤا على الحكم بموت إنسان من غير تأكد ونقلوا عينه أو عضواً آخر منه قبل أن يموت وهذا فيه إيذاء له فلا يجوز الإقدام عليه إلا بعد التأكد بأقصى أنواع الوسائل الطبية والعلمية وظهور العلامات والقرائن الدالة على موته، وعند ذلك يُحكم بموته . والموت في اللغة هو السكون، وهو أيضا ما لا روح فيه والموت والحياة نقيضان ([1]) .

أما في المفهوم الإسلامي فإن الموت هو انتقال الروح من الجسد إلى ما أعد لها من نعيم أو عذاب ([2]) .

الملاحظ في هذا السياق أن علماء الطب وشراح القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا فيما بينهم في تحديد معيار الوفاة، حيث صنف جانب من الفقه معايير الوفاة وفقا لذلك الاختلاف إلى أربعة معايير ([3]):

أ- معيار الموت الظاهري : وهناك من يسمي هذا المعيار بالمعيار التقليدي للوفاة، وهناك من يسميه بالموت الإكلينيكي.

و يقصد بالموت الظاهري " توقف العمليات الحيوية لدى جسم الإنسان والمرتكزة في القلب والتنفس"، وعليه فهذا الموت يتحقق

---

[1] طه محمود أحمد، المرجع السابق، ص 28.

[2] أنظر، أ بو زيد بكربن عبد الله، التشريح الجنائي والنقل والتعويض الانساني، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، جدة، المملكة العربية السعودية، الدورة 4، العدد 4، 1988، ص 181.

[3] أنظر، بن سعادة زهرة، المرجع السابق، ص 21 – 22.

بمجرد تحقق الطبيب من توقف القلب والرئتين لأن هذا يؤدي إلى توقف المخ بطريقة تلقائية في خلال بضع دقائق .

و يهني هذا أن القول بتوقف القلب والرئتين عن العمل لا يعني أن الإنسان قد مات بالفعل، وإنما يعني أنه في طريقه الحتمي إلى للموت خلال بضع دقائق حيث سوف يتوقف المخ بطريقة تلقائية، لذلك عرف البعض الموت الظاهري بأنه " التوقف المؤقت للمقومات الأساسية للحياة من تنفس ونبض للقلب، فخفقان القلب لشخص لازال حيا لكنه يظهر بمظهر الميت ""([1]) ومع ذلك فإن معيار الموت الظاهري لم يسلم من النقد، على أساس أنه معيار قديم كان يتماشى مع الحقبات الزمنية السابقة في ظل طب بدائي، لكن مع تقدم الطب تم إثبات أن توقف جهازي القلب والتنفس عن العمل لا يعني بالضرورة أن صاحبها قد مات وذلك لعدة اعتبارات وهي :

- أن الوفاة الحقيقية لا تحدث إلا بتوقف الأجهزة الثلاثة، القلب، المخ والرئتين، وهذا ما لا يحدث في لحظة واحدة .

- أثبت التطور العلمي، إمكانية إعادة التنفس إلى العمل اصطناعيا باستخدام الرئة الحديدية وتنبيه القلب عن طريق نقل الدم إليه باستخدام جهاز منظم القلب الكهربائي أو بحقنه بمنبهات القلب ومقوياته سواء تحت الجلد أو في القلب نفسه، وغير ذلك مما توصل إليه الطب الحديث.

إمكانية إيقاف القلب والتنفس عن العمل لمدة ساعة أو أكثر وإعادة عملها مرة أخرى بواسطة خفض درجة الحرارة للجسم إلى حولي 15 درجة ثم رفعها من جديد .

- قد يحدث العكس، فيظل القلب يعمل، بينما يموت جذع المخ، وهنا نكون أمام معيار آخر للموت، وهو معيار الموت الدماغي، رغم أن وظائف القلب والرئتين تستمر بطريقة اصطناعية .

[1] محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص، 28.

و الظـاهر أن هـذا المـوت – المـوت الظـاهري - لا يشـكل المـوت الحقيقـي بـل هـو وقـت وسـط بـين المـوت والحيـاة فـلا يصـلح عنـد الـبعض أن يكون موتا حقيقيا ([1]) .

ب- المـوت الـدماغي ([2]) : وهـو المعيـار الحـديث للوفـاة إلـى جانـب معـايير أخـرى تعتبـر حديثـة أيضـا، ويقصـد بـه توقـف المـخ عـن العمـل، وكـذلك توقـف التـنفس بصـورة طبيعيـة عـن العمـل، واختلـف أنصـار هـذا المعيـار فـي تحديـد أي جـزء مـن المـخ يتوقـف، فهنـاك مـن يـرى تحقـق الوفـاة بتحقـق مـوت جـذع المـخ الـذي يوجـد فيـه مراكـز التـنفس والمراكـز الخاصـة بالـدورة الدمويـة، وهنـاك مـن يشـترط توقـف المـخ كـاملا والـذي يتسـع ليشمل القشرة المخية بجانب جذع المخ .

و يؤيـد هـذا المعيـار الغالبيـة العظمـى لعلمـاء الطـب، كمـا يؤيـد الاتجـاه الحـديث للفقـه الإسـلامي، فقـد قـرر المجلـس الفقـه الإسـلامي فـي المـؤتمر الثالـث المنعقـد بالعاصـمة الأردنيـة عمـان فـي عـام 1986، ان الوفـاة تكـون بتوافر إحدى العلامتين التاليتين :

- إذا توقـف القلـب وتنفسـه توقفـا تامـا وحكـم الأطبـاء بـان هـذا التوقـف لا رجعة فيه .

- إذا تعطلـت جميـع وظـائف الـدماغ تعطـلا نهائيـا (مـوت جـذع المـخ) وقرر الأطباء أن هذا التوقف لا رجعة فيه .

و قـرر مجلـس المجمـع الفقهـي فـي دورتـه العاشـرة بمكـة المكرمـة فـي عـام 1987 بـأن " المـريض الـذي ركبـت علـى جسـمه أجهـزة الإنعـاش يجـوز رفعهـا إذا تعطلـت جميـع وظـائف دماغـه تعطـلا نهائيـا، وقـررت لجنـة مـن ثـلاث أطبـاء أخصـائيين خبـراء، أن التعطـل لا رجعـة فيـه، وإن كـان القلـب والتـنفس لازالا يعمـلان آليـا بفعـل الأجهـزة المركبـة، لكـن لا

[1] حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، دط، 1975، ص 172.
[2] حسين الموزاني، موت الدماغ هل يعني موت الإنسان ؟، مجلة فكر وفن، د.س، ص 27.

يحكم بموته شرعا إلا إذا توقف القلب والتنفس تماما بعد رفع هذه الأجهزة ".

غير أن هذا المعيار قد إنتقد من طرف بعض الفقهاء وعلماء الطب، حيث ثبت -حسبهم- طبيا أن مخ الشخص الذي إعتبر ميتا موتا دماغيا، والذي مضى على موته ثلاث ساعات، قد استمر في إرسال إشارات تدل على وجود حياة داخل الخلايا العصبية للمخ، ويمكن بإستخدام علاج معين إعادتها إلى سابق نشاطها .

و قد إعتبر مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف بتاريخ 25 جوان 1992 " أن من يقوم بانتزاع الأعضاء من أي جسد لم يزل قلبه ينبض ولم تزل فيه بقية للحياة، قاتل نفسا حرم الله قتلها إلا بالحق ويجب محاكمته جنائيا " .

و ذهب الكثير من المعارضون لهذا المعيار، أن الموت الدماغي ليس هو الموت الحقيقي، واستندوا في ذلك على الحجج التالية :

- إن المصاب بموت جذع المخ يحتفظ بالوظائف الحيوية بالجسم حيث يعمل القلب ويستمر عمل الكبد والهضم والامتصاص وإفراز غدد الجسم ويحتفظ الجسم بحرارته، كما أن الجنين ينمو طبيعيا رغم توقف مخ الأم وتستمر الولادة حتى موعدها ([1]) .

- أثبت الواقع أن بعض الحالات التي حدثت فيها غيبوبة أو توقف المخ عن العمل قد أفاقت من غيبوبتها بعد فترات مختلفة، فكانت في بعض الأحيان بالساعات وأحيانا أخرى بالأيام والأسابيع وعاد المريض بعدها إلى الحياة الطبيعية ممارسا نشاطه بشكل عادي وطبيعي جدا .

- الاختلاف في تشخيص ما يعرف بالموت الدماغي ولعل مرد ذلك هو عدم صلاحيته بشكل قاطع لتحديد وفاة الشخص، حيث أكد

[1] نصر الدين مروك نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة و القانون المقارن، دراسة مقارنة، الجزء الأول الكتاب الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص320.

البعض على عدم صلاحية تطبيقه على الأطفال الأقل من 05 سنوات نظرا لقدرتهم الكبيرة على استعادة وظائف المخ .

بناء على ذلك خلص البعض إلى عدم صلاحية هذا المعيار -إلى حد ما- كمعيار لتحديد الوفاة وإن كان أقوى بكثير من معيار الموت الظاهري، فقد ثارت حوله العديد من الشكوك، فمن الناحية الشرعية، يقول المولى عز وجل([1]): {يبني اذهبوا وتحسسوا من يوسف وأخيه ولا تيئسوا من روح الله إنه لا ييئس من روح الله إلا القوم الكفرين}، فالله سبحانه وتعالى قادر على شفاء خلقه من أي داء مهما كان جسيما، كما أن هذا المعيار واقعيا غير مجدي، إذ من غير المقبول شرعا ولا خلقا ولا قانونا أن نحكم على إنسان بالموت لا يزال قلبه ينبض، وكذلك هذا المعيار سيؤدي حتما إلى فتح الأبواب للاتجار بأعضاء البشر ([2])

.

[1] الآية 87 من سورة يوسف.
[2] محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 32.

ج- الموت الجسدي:

يسميه البعض الموت الكلي، ويقصد به توقف كافة الأجهزة الثلاثة الرسمية للجسم عن العمل بصورة نهائية غير قابلة لإعادتها إلى الحركة من جديد فترة من الزمن تكفي لحدوث تغيرات دمية في الجسم وتقدر هذه الفترة من 10 إلى 30 دقيقة .

فوفقا لهذا المعيار لا يكفي مجر د توقف القلب والرئتين عن العمل كما ذهب إليه أنصار الموت الظاهري، كما لا يكفي توقف الدماغ عن العمل كما ذهب إليه أنصار معيار الموت الدماغي .

بالتالي فلابد وفقا لهذا المعيار أن تتوقف الأجهزة الرئيسية الثلاثة أي القلب ز الرئتين والمخ عن العمل بصورة غير قابلة للعلاج في فترة تتراوح ما بين 140 إلى 30 دقيقة تكفي لتحقيق تغيرات دمية في الجسم تؤكد حدوث الوفاة.

و قد أيد هذا المعيار الكثير من علماء الطب والشريعة الإسلامية وفقهاء القانون .

فيما يخص علماء الشريعة فقد أخذوا بهذا المعيار قديما بشكل يشكل شبه إجماع وكذلك فعل جانب من الفقه الحديث .

فقد عرف العلامة أبو حامد الغزالي الموت بأنه " عبارة عن استقصاء الأعضاء كلها، وكل الأعضاء آلات والروح هي المستعملة، ومعنى الموت انقطاع تصرفات البدن بخروج الروح عن البدن " .

و رغم ذلك فقد أنتقد هذا المعيار لكن بصفة أقل مقارنة بالمعيارين السابقين، فقد ذهب جانب من علماء الطب أن الموت الحقيقي لا يتم بتوقف الأجهزة الرئيسية أو حتى موتها بل لابد من موت الخلايا والأنسجة وكافة أعضاء الجسم .

و قال البعض أن الموت الجسدي يفوت فرصة الانتفاع بأعضاء الميت لذلك وجب الأخذ بالموت الدماغي([1]) .

د- الموت الخلوي :

و يطلق عليه الموت الجزئي، ويقصد به الموت يتحقق بموت الخلايا في الجسم، فهو يعني موت الخلايا والأنسجة لأعضاء الجسم والتي تبدأ بعد التوقف الكامل لأجهزة الجسم الحيوية، وتختلف المدة التي يستغرقها موت خلايا من عضو لآخر وبموت الخلايا كلية لا يكون هناك أدنى شك في حدوث الوفاة الحقيقية اليقينية، ويستند أيضا أنصار هذا المعيار لفي كون الطب الحديث أثبت بقاء الحياة الخلوية فترة من الوقت في جسم الإنسان بعد موته جسديا ([2]) .

و قد إنتقد هذا المعيار على أساس أن الحياة تنتهي بصفة قاطعة بمجرد موت الأجهزة الرئيسية في الجسم وظهور علامات دمية على الجثة التي تلي مباشرة توقف أجهزة الجسم الرئيسية عن العمل توقفا نهائيا لا رجعة فيه ولو بالإنعاش .

في حين انتقد البعض الآخر هذا المعيار على أساس أن الموت الخلوي لا يعني بصورة قاطعة على الوفاة الحقيقية، إذ يتعين أن تتوقف أجهزة الجسم وعناصرها الرئيسية ([3]).

في الأخير نرى أنه من الصعب جدا ترجيح معيار على آخر، فمنها من يشجع على القتل باستعجال خروج الروح قبل أوانها قصد الانتفاع بشكل أو بآخر من وفاة الشخص خاصة أعضائه، ومن هذه المعايير من تتشدد في الإقرار بحالة الوفاة بصورة لا يبقى أي أمل في الانتفاع بأعضاء المتوفى لعدم صلاحيتها، وعليه لإقرار حالة الوفاة لابد من دراسة كل حالة على حدا بواسطة أشخاص ذوي الاختصاص

---

[1] نصر الدين مروك، المرجع السابق، 316.

[2] عبد السميع اسامة السيد، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2006، ص 99.

[3] عبد السميع أسامة، المرجع نفسه ً ص 100.

من رجال الدين ذو مستوى فقهي كبير وكذلك أطباء مختصين لإثبات حالة الوفاة .

ثانيا: الموافقة على الإستئصال من الجثة.

لقد اشترط علماء الشريعة لصحة نقل العضو من ميت أن يكون أوصى بذلك، قبل موته([1])، سواء أوصى لشخص معين أم لم يعين المستفيد، لقد أقر الفقه المعاصر أن الوصية بالمنافع جائزة شرعا ومنها الوصية بالانتفاع بجثة الميت أو بعضو من أعضائه للحاجة التي يبيحها الشرع، ولصحة الوصية يشترط أن يكون الموصي أهلا للتبرع، بأن يكون بالغا عاقلا، قادرا على أن يعطي رضاء جاد وكامل، فإن كان غير كامل الأهلية وجب في هذه الحالة زيادة على وصية رضاء الممثلين الشرعيين له، كما لا تصح الوصية إذا كان الموصي مكره على الوصية، هذا وإذا أوصى الميت لشخص معين وجب تقديم هذا الشخص.

أما إذا لم يوصي الميت على غيره فقد أجاز أهل العلم أن يأذن وليه بذلك ([2])، وهناك من أهل العلم من استعمل مصطلح ورثته لذلك فلأولياء أو رثة المتوفى أن يأذنوا بأخذ عضو من مورثهم أو من هم تحت ولايتهم، أما في حالة عدمن وجود ولي فيمكن أخذ العضو دون إذن، فيكفي إذن ولي الأمر سواء كان الإذن خاص أي يتعلق بمتوفى معين أو عام كإباحة الانتفاع بأعضاء الموتى المجهولين دون إذن خاص، وفي جميع الحالات لا يجوز نقل عضو الميت إذا أوصى قبل موته بمنع النقل .

1- سماح المتوفي قبل موته بنزع عضو منه أو إذن من أسرته بذلك : -

---

[1] عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف) دار هومة للطباعة، الجزائر 2004، ص 48.

[2] عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2006، ص 415

إذن حسب نص المادة 164 من القانون رقم 85- 05 يسمح بنزع العضو من جثة المتوفي إذا سبق له التعبير عند إرادته بالسماح بنزع عضو من أعضائه، ولصحة الوصية يجب مراعاة الأحكام القانونية والشرعية المتعلقة بالوصية لاسيما ما يتعلق بضرورة توفر الأهلية اللازمة لذلك وان تكون هذه الأهلية غير مشوبة بأي عيب أو عارض، وان لا يكون هنا إكراه على الوصية حسب نص المادة 2/164 من القانون رقم 85-05 .

1- الأهلية اللازمة للوصية.

2- خلو الأهلية من العوارض.

3- عدم إكراه الشخص على الايصاء.

إذا توفرت هذه الشروط صحة الوصية.

ونشير إلى أن الشخص الموصي له يكون الأولوية على غيره في عضو المتوفي تطبيقا لوصية الميت، وإذا أوصى الميت على اخذ عضو دون غيره يجب احترام رغبته والامتناع عند نزع أي عضو آخر، أما إذا جاءت الوصية عامة فليس هناك ما يمنع من نزع أي عضو كان زرع ذلك العضو لا يتنافى مع الشروط القانونية أو الشرعية المقررة لذلك .

فإذا لم يعبر المتوفي عن إرادته في الشرع قبل موته فلا يمكن نزع أعضائه كأصل عام إلا إذا إذن أفراد أسرته بذلك وفقا لترتيب التالي حسب نص المادة 3/164 من القانون رقم 85-05: " . . . إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي : الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة..." .

و الملاحظ هنا أن المشرع لم يحدد منه هو الوالي الشرعي والأولى أن يكون الإذن صادرا من القضاء لتفادي أي مضاربة بأعضاء الأشخاص الذين لا أسرتهم .

وواضح من نص المادة السابقة أن الترتيب أولوية فيما بين الطبقات أي أن الأب والأم مثلا أولى من الزواج والزوجة، كما أن الترتيب في نفس الطبقة ليس ترتيب أولوية لأنه استعمل الحرف "أو" في حين كان من الأجدر بالمشرع إعطاء أولوية لأحدهما على الأخر ذلك لتفادي أي خلاف، فعلى فرض موافقة الأم ورفض الأب أيهما يكون لرأيه الأولوية أو عند عقد الزوجات وكلاهما الين لها الأولوية، وفي غياب النص الذي ترى ضرورة وجودة عند أول تعديل للقانون، فإننا يجب أن نجد حلا وفقا لما تقضى به المبادئ العامة فالقانون وفي هنا الإطار يبدو لنا ضرورة تحديد الأصل والاستثناء، بمعنى هل أن رفض نزع العضو من الميت هو الأصل أو أن قبول نزع العضو من الميت هو الأصل.

والظاهر أن الأصل هو المنع لذلك استوجب القانون الإذن من الأولياء وعلى هنا نرى انه في حالة إذن احد أفراد أسرة الميت ورفض الآخر وكانوا من نفس الدرجة كأب وأم أو زوجات أو ابن وبنت فالأولى الأخذ بالرأي الرافض لأن الأصل هو المبلغ والاستثناء هو الإذن وهذا تجسيدا وتحقيقا تلميذ القانونية لما يقتضي انه في حالة تعارض الأصل مع الإنسان، فان الأصل هو المعني وتغليبا للأصل على الاستناد في هذا المجال فانه يجب احترام رأي الشخص المانع.

أما إذا تعارض شخصين ليسو من نفس الطبقة فانه يجب تغليب رأي الشخص الذي يكون من الطبقة الأولى وفقا للترتيب المدرج في المادة 164 السابقة الذكر فإذا منع أب وقبل زوج أو العكس فيجب الأخذ برأي الأب.

منتج لإثارة القانونية طالما لم يوصي المتوفي قبل موته كتابيا عن عدم موافقته على ذلك حسب نص المادة 1/165 من القانون رقم 85-05.

- لكن يبدو لنا انه يمكن إثبات وصية المريض برفض التبرع بأعضائه بشهادة الشهود ولو كان الشهود أطباء إذا لم يكن هناك فرصة كافية لكتابة الوصية، إذ من غير المعقول أن تطلب شخص يحتضر وفي سكرات الموت أن يدون وصيته،ومن غير المعقول أيضا تجاوزها لهذا السبب فان كانت القواعد العامة في إثبات التصرفات المالية تجيز الإثبات بغير الكتابة إذا وجد مانع مادي أو ضاع منه السند بقوة قاهرة ([1])، فيبدو لنا أن هذا المنحنى وجب تطبيقه من باب تغليب الأولى في إثبات وصية المتوفي برفض التبرع بأعضائه ذلك أن أعضاء الإنسان أهم من التصرفات المالية المادية كما يمكن اعتبار الاحتضار أو عدم إمكانية الكتابة لسبب جدي مانع مادي يمكن معه الانتقال من ضرورة الإثبات بالكتابة إلى إمكانية الإثبات بشهادة الشهود وان كان القياس مستساغ بين التصرفات المالية والتبرع بالأعضاء، فيجب فيه مراعاة الفارق الكبير في القياس، بين الأمرين، إذ لا تجوز إسقاط جميع الأحكام المتعلقة بالتصرفات المالية وان كان التصرف تبرعا على التبرع بالأعضاء بالبشرية التي لا تصلح أصلا لأن تكون موضوعا للمعاملات مالية.

وإذا كان الأصل العام هو ضرورة الحصول على إذن الميت قبل وفاته أو إذن أسرته بعد وفاته، إذا كان له أسرة أو إذن الوالي الشرعي إذا لم تكن له أسرة أو كان مجهولا، فهناك استنتاجات يمكن معها تجاوز شروط الإذن هي:

- هذا الاستثناء يخص انتزاع الملكية والقرنية حيث يحوز انتزاعها دون الموافقة أو الحصول على الإذن المبين سابقا شرط أن يتعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين حسب نص المادة 3/164 من القانون رقم 85-05.

- إذا كان التأخير في نزع العضو من الميت يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الإنتزاع، لكن يبدوا لنا أن هذه الحالة

[1] أنظر المواد المتعلقة بإثبات الالتزام م 323 إلى م 350 ق م ج

غير منطقية وأنها ستفتح الباب أمام المتاجر بين الأعضاء من الأطباء للاستغلالها لتحقيق أغراض غير شرعية.، ص

شكل الوصية المتعلقة بنقل الأعضاء من الجثة وطرق إثباتها :

تتجه التشريعات التي تأخذ بالوصية في مجال نقل وزرع الأعضاء إلى ضرورة إفراغها في شكل كتابي، بطبيعة الحال إلى جانب ضرورة توافر الأهلية اللازمة لهذا النوع من التصرفات، ومن التشريعات العربية التي تأخذ بالوصية في هذا المجال نجد القانون المصري والقانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987([1])، إذ حددت مادته الثانية مصادر الأعضاء(الكلى) لغرض الزرع بما يلي:

- الكلى التي يتبرع بها أصحابها حال حياتهم أو يوصون بها بعد وفاتهم .

- كلى الموتى في حوادث المرور بشرط موافقة الأقارب إذا لم يوصي بها المتوفي .

و لصحة التصرف في الجثة تشترط المادة الثالثة من نفس القانون أن تصدر الوصية من شخص كامل الأهلية وهي في القانون الكويتي 18 سنة وبحضور شاهدين إثنين راشدين .

و قد نص التشريع الأردني على الحالات التي يجوز فيها نقل العضو من الجثة، منها الإيصاء بالأعضاء قبل الوفاة بإقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية، وهو النهج الذي سار عليه التشريع التونسي والتشريع المغربي

و من التشريعات الأوروبية التي أخذت بنظام الوصية، نجد التشريع الفرنسي الذي أجاز الإيصاء بالقرنية قبل الوفاة، وكذلك القانون الدانماركي والقانون الإنجليزي الذي اكتفى فقط بالتعبير الشفوي مع

[1] محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 150

إشتراط حضور شاهدين أثناء التصريح بذلك إذا كان الموصي في مرض الموت، وفي هذه الحالة يجوز لمن له حق حيازة الجثة -إن صح التعبير- أن يأمر بتنفيذ رغبة المتوفى بعد التأكد من أنه لم يسحب هذه الموافقة قبل الوفاة، مع الإشارة هنا إلى أنه لا يعتد برأي الأقارب في حالة تعارضها مع رغبة المتوفى .

و نشير في ذات السياق أن هناك العديد من التشريعات التي لا تشترط شكل معين للتعبير عن إرادة المتوفى بشأن الموافقة أو رفض المساس بالجثة، بالتالي ففي ظل هذه التشريعات فإنه يجوز للفرد أن يوصي بذلك شفاهة أو كتابة دون الحاجة إلى شكل رسمي معين، وقد إعتمد هذا الوضع في القانون . الإنجليزي حيث منح للمريض مرض الموت الحق في أن يوصي بأعضائه سواء لأغراض علاجية أو علمية إما كتابة أو شفاهة بحضور شاهدين أو أكثر([1])

كما نجد كذلك التشريع الإسباني الذي أجاز بموجب مرسوم ملكي عام 1980 الاعتداد بموافقة الشخص على الاقتطاع من جثته سواء صدرت منه بالإشارة أو اللفظ أو كتابة، كما لم تشترط هذه التشريعات طريقة معينة للتعبير أيضا عن رفض الشخص المساس بجثته بعد وفاته، حيث يمكنه الإفصاح عن ذلك بطريق الوصية المكتوبة أو الشفوية أو بأي طريقة أخرى تكون مناسبة.

2- رفض التصرف في جثة المتوفى:

التصريح الكتابي برفض الاقتطاع من الجثة :

أجازت بعض التشريعات للشخص الذي يرفض المساس بجثته أن يعبر اثناء حياته عن ذلك صراحة في شكل كتابي، وهنا لا يجوز لأي كان الاقتطاع من جثته ولو كان ذلك بإرادة أقاربه، لأن المتوفى كان قد عبر عن إرادته صراحة حال حياته بالاعتراض عن هذا الاقتطاع وعليه يجب احترام إرادته كما لو كان حيا، ومن الدول العربية التي

[1] نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص، 615

أجازت ذلك نجد القانون التونسي والقانون المغربي الذي جاء بنص صريح مضمونه يتمثل في أنه يعبر كل شخص وهو على قيد الحياة أن يعترض على أخذ عضو من أعضائه بعد مماته عن رفضه هذا الأخذ بواسطة تصريح يتلقاه رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته أو القاضي المعين لهذا الغرض ويتم تسجيل التصريح دون عوائق لدى كتابة ضبط المحكمة التي توجهه إلى جميع المستشفيات المختصة في أخذ أعضاء من الأموات ([1]) .

و الملاحظ على التشريع المغربي أنه إضافة إلى اشتراط التعبير من الشخص ذاته أثناء حياته برفض المساس بجثته، ان يتم ذلك أمام القاضي، مما يعني أن الكتابة وحدها غير كافية بل يجب مصادقة القاضي، بالتالي فالمشرع المغربي يشترط الكتابة الرسمية للتعبير عن إرادة الشخص .

و قد تعرضت التشريعات التي اشترطت الكتابة في التعبير عن الإرادة بخصوص التصرف في الجثة إلى عدة انتقادات، نذكر أهمها:

- من النادر جدا أن يفكر شخص معافى في بدنه بأن يوصي بأعضائه بعد مماته، خاصة أمام الإجراءات الجد معقدة نوعا ما والتي يتطلبها تحرير الوصية.

- من الصعب جدا مطالبة شخص على سرير الموت أن يوصي بأعضائه مراعاة لمشاعره .

- إن المطالبة بضرورة تجسيد إرادة الشخص الذي برفض التصرف في جثته بعد موته فيه نوع من المصادرة على المطلوب، لأن حرمة الموتى والحماية القانونية المقررة لها تغني عن ذلك

[1] عبد الكريم مأمون، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجل النقد ية للقانون والعلوم الإنسانية، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2008، ص 271

خاتمـــة : تعـد عمليـات نقـل وزرع الأعضـاء مـن الأمـوات مبعثـا للأمـل فـي نفـوس الكثيـر مـن المرضـى وبالمقابـل فهـي تبعـث فـي المجتمعـات تخوفـا كبيـرا لمـا تثيـره مـن مشـاكل وتعقيـدات نظـرا لخطورتهـا . وحتـى لا تكـون هنـاك مضـاربة علـى حيـاة المرضـى وحتـى لا نقـع فيمـا يخالف أمر الله وشرعه

فقـد نظـم المشـرع الجزائـري عمليـات نقـل وزرع الأعضـاء البشـرية مـن المـوتى ووضـع شـروط قانونيـة لتنفيـذها فقبـل الاستئصـال مـن الجثـة لا بـد مـن التحقـق أولا مـن الوفـاة بـالرغم مـن سـكوت المشـرع عـن تحديـد لحظة الوفاة بدقة وذلك تجنبا لوقوع المسؤولية على الأطباء.

وبعـد التأكـد مـن الوفـاة لابـد مـن الحصـول علـى الموافقـة المسـبقة مـن الشـخص أثنـاء حياتـه فهـو الوحيـد الـذي يملـك حـق التصـرف فـي جسـده وفـي حالـة عـدم معرفـة موقـف المتـوفي ينتقـل التصـرف فـي الجثـة إلـى أسرة المتوفي.

هنـاك حـال وحيـدة أيـن يمكـن الاستئصـال دون موافقـة مسـبقة وهـي حالـة الضـرورة وتتمثـل فـي استئصـال الكليـة وقرنيـة العـين كمـا يشـترط أن لا يكـون الطبيـب الـذي يثبـت الوفـاة ضـمن فريـق زرع الأعضـاء وهـذا مـا يفتح باب المتاجرة بالأعضاء.