مقدمـــــة

إن الترجمة التشريعية للظواهر المستجدة قد تكون في اتجاه السماح بها أو تقييد الجواز بشروط أو منعها مطلقا و تعزيز ذلك المنع بأحكام تضمنه و هو موقف تراعى فيه أساسا طبيعة الظواهر و أثرها وخاصة مدى توافقها مع المبادئ العامة التي تحكم التركيبة الاجتماعية ككل.

و الأعمال الطبية المستحدثة باعتبارها من انجازات التطور العلمي الحديث وباعتبار ما نتج عن معظمها من قلب للمفاهيم والمبادئ العامة لا تشذ عن القاعدة فقد أوجدت ميدانا خصبا للجدل القانوني والشرعي انقسم فيه الفقهاء واختلفت حوله التشريعات.

فأمام ما تشهده العلوم الطبية من تقدم وتطور هائل يرقى إلى أسماعنا في فترات متعاقبة وسريعة وجد رجال القانون والشريعة الإسلامية أنفسهم أمام تحد يتسم بالحداثة التي تعتبر هي الأخرى من أهم صفات النظم القانونية الحديثة.

و الأعمال الطبية المستحدثة محور الجدل وموضوعه تقاس حداثتها في الحقيقة لا فقط استنادا لمعيار زمني باعتبار ظهورها ليس ببعيد و إنما استنادا لطبيعتها لأنها تخرج عن الأطر التقليدية للعمل الطبي من حيث المبادئ والقواعد الأخلاقية والدينية والقانونية التي تحكمها.

فعمليات التلقيح الاصطناعي و الإنجاب المساعد طبيا و تغييـــــر الجنـــس و الاستنساخ البشري والهندسة الوراثية الناتجة عن أبحاث الجينات أو ما يسميه البعض تصنيع الكائنات والتصرف أمام الغيبوبة المستمرة وما ينتج عن ذلك من قتل رحمة كل هذه الإمكانيات الحديثة خرجت عن ميدان العلاج الطبي العادي ونتج عنها قلب التصور العام للعمل الطبي و البيولوجي، وخاصة قلب مجموعة المبادئ التي استقر عليها هذا العلم والتي تجسدت تنظيميا في شكل قواعد قانونية واجتهادات فقهية شرعية.

و إن كانت هذه الإمكانيات أو على الأقل بعضها رغم نجاحها طبيا لم تدخل بعد في إطار ما هو متداول وعادي فان عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باعتبارها أيضا من الأعمال الطبية المستحدثة التي تخطت مرحلة التجارب الطبية ودخلت مرحلة العلاج الجراحي

العادي، خاصة بعد اكتشاف عقار" سيكلو سبورين ا A " الذي يساعد العضو المراد زرعه من التجانس الخلوي مع جسم المتلقي ويعمل على تثبيطه مناعيا ما جعل نسبة نجاح هذا النوع من الممارسات الطبية يتجاوز حدود المتوقع لتصل إلـــــى 80 % محققة في ذلك أمل البقاء على قيد الحياة لآلاف المرضى.

فلم تعد هذه العمليات مقتصرة على زرع الكلى و القرنيات، بل تعدت ذلك لتشمل أنواع جديدة من عمليات النقل والزرع كزراعة البنكرياس والكبد، والتي أحدثت طفرة نوعية في هذا المجال عام 1964 وكذا عملية زرع قلب في سنة 1967 والتي قام بإجرائها الطبيب "كريستيان بارنارد " في مستشفى جوهنزبورغ في جنوب أفريقيا[1].

ثم توالت هذه العمليات لتشمل وتتجسد في صور أخرى كعمليات زرع الشعر، و الشرائح الجلدية والعضلية لإصلاح التشوهات الخلقية الناجمة عن الأمراض السرطانية والحوادث المختلفة.

فإذا كان التقدم الحاصل في الميدان الطبي عامة و في مجال نقل الأعضاء البشرية على وجه التحديد، قد أوجد مجالا رحبا و أملا مشرقا للبشرية، و الذي يعكس ذكاء الإنسان و عبقريته و رغبته الجامحة في البحث عن الوسائل و البدائل الناجعة الكفيلة بجعل هذه الممارسة أكثر فعالية في معالجة الأمراض المستعصية، ضمن ما تقتضيه الحدود الشرعية و القانونيـــة و الأخلاقية للأبحاث العلمية فإن هذا الطوفان من العمليات فرض واقعا آخر لا مناص منه يتعلق بضرورة مواكبة التشريعات لهذا التقدم العلمـــي.

و هو ما يقتضي ضرورة تعاون رجال الدين و القانون و الأخلاق و علماء الطب و الجراحة المتخصصة كل في مجاله، و حسب إمكاناته للبـــحث عـــن الآليـــات و السبل الكفيلة لتحقيق ذلك، حتى يتسنى وضـــع هذه الممارسة ضمن إطارها الشـــرعي و القانوني الســـليم، و كذا ضمان عدم حيادها عن الغرض النبيل الذي أوجـــدت لأجـــله و المتمثل في تحقيق الشفاء و إزالة الآلام و المعاناة عن آلاف المرضى الموجودين ضمن لوائح الانتظار.

لذا فالقول بضرورة مسايرة التشريع لهذا التقدم العلمي قـــد لا يعني أن الركود أمر مذموم، إذ أن البطء كالسرعة فهو يمثل أيضا إحدى سمات التشريع.

---

[1] صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1997، ص122.

فــقد يكون سبب الجمود و التأخر راجع إلى رغبة المشرع في الانتظار، لحين نضوج الفكرة و الموضوع و وضوح الرؤية درءا للتســرع و الشبهات التي قد تحوم حول هذه الممارسة بالرغم من أن هذا الأمر منتقد بوجه عام.

لذا يبقى الأهم في هذه الحالة حرص التشريعات على بذل الجهود لمواكبة حركة و تطلعات المجتمعات بالقدر الذي يضمن لهذه الممارسة حرمتها و كذا عدم خروجها عن أطرها المشروعة.

أهمية الموضوع:

هذا و إن طرح موضوع الإشكالات الشرعية و القانونية الناجمة عن عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية، للبحث و الدراســة يقتضــي منــا كــدارسين و قانونيين ضرورة الإحاطة بهذا الموضوع و هو أمر لن يتأتى إلا بفتح المجال للبحث حول حقيقة هذه الممارسة و محاولة الوقوف على مواطن القوة أو العجــز و القصــور، و الإختلالات و العيوب التي تشوب نصوصها تمهيدا لوضــع جملــة مــن التصــورات و الاقتراحات للخروج بنتائج و محصلات و حلول نسبية لمختلف المعضلات المتعلقة بها.

فقد يخال للمرء منذ الوهلة الأولى أن الأمر بسيط لا يشق على باحث، لكن الحقيقة عكس ذلك تماما لأننا بصدد تسليط الضوء على أحد أهم المواضيع الطبية المستحدثة و التي ذاع صيتها في الوقت الحاضر فأصبح يشكل منهلا و مجالا خصبا للباحثين و الدارسين على اختلاف مشاربهم و توجهاتهم.

إذ أن البحث في هذا النوع من الممارسات الجراحية الطبية المستحدثة ليس مجرد دراسة نظرية و إنما هو واقع عملي علمي شرعي و قانوني دفع بدول العالم عامة، و الجزائر و البلدان العربية على وجه الخصوص إلى البحث فيه عن السبل الكفيلة التي تساعد على تنظيم هذه العملية في نصوص قانونية.

و هو ما تم فعلا رغم العوز و النقص الذي يشوبها، إلا أن الملاحظ على هاته التشريعات العربية أنها تكاد تكون متطابقة فيما بينها.

و لعل ذلك يرجع إلى حرص هذه الدول على المحافظة على الطابع الشرعي الإسلامي لهذه الممارسة، و هو أمر يمكن استنتاجه من خلال ما تثيره هذه العملية من إشكالات ذات طابع شرعي سواء تعلق الأمر بمجال عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، أو تلك التي يسهر الأطباء على تنفيذها، باستئصال الأعضاء من جثث الموتى.

ثم إن طرح هذه الممارسة للكثير من الإشكالات القانونية يجعل من غير المنطقي القول و الجزم بعدم وجود صلة بين هذا الموضوع و فروع القانون الأخرى، بل على العكس من ذلك فإن هذا المجال الحيوي يرتبط ارتباطا وثيقا بالكثير من الفروع القانونية كالقانون المدني و القانون الجنائي و قانون الأسرة و قانون الاقتصاد الصحي....

و هو أمـــر و إن دل فإنما يـــدل على انعقاد الإجمـــاع لـــدى رجال الفقه و القانون على ضرورة إحاطة هذه الممارسة بجملة من الضوابط و القـــيود التي تحكمها و تنظمها، بالقدر الذي يتناسب و فكرة الصالح العام و التي تقتضي استـــهداف و كفـــالة و حماية المصالح الخاصة للأفراد على اعتبار أن القانون في حـــد ذاته ما هو إلا تعبير و انعكاس للإرادة الجماعية لهؤلاء.

لذا تجد أغلب التشريعات المنظمة لعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية نفسها أمام حتمية السعي وراء التوفيق و الموازنة بين هاته المصالح المتعارضة لتحقيق النفع العام، بما يضمن المحافظة على المصالح الخاصة للمتبرع حيـــا و لأهله بعد موتـــه و للمريض الذي يرجو الشفاء من علته، و هو أمر لن يتأتى إلا بالمحافظة على معصومية جسد الإنسان و تجريم و تحريم كل أنواع الاعتداء التي قد تطاله حيا أو ميتا، و حماية حقه في الحياة و حقه في السلامة البدنية و تكامل بنائه الجسدي و حسن سير وظائفه العضوية و كرامة جثته.

هذا و لما كانت عمليات نقل وزراعة الأنسجة و الأعضاء الآدمية تشكل نقلة نوعية في مجال الطب الحديث لما لها من أهمية بالغة في إنقاذ حياة الكثير من المرضى المهددة حياتهم بالخطر نتيجة تلف عضو من أعضائهم، لا يمكن الاستعاضة عنه بعضو اصطناعي أو حيواني لأنه مهما بلغت الدقة في ذلك فإنه لن يستطيع حلول محل العضو الأصلي في القيام بوظائفه المعتادة.

لذا تبقى تقنية نقل و زرع الأعضاء من الأشخاص الأحياء و جثث الموتى، الحل الوحيد الذي قد يحقق للمرضى أمل الشفاء.

لكن هذا الأمر لا يعني عدم وجود بعض الإشكاليات الفنية التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العملية خاصة ما تعلق منها بسرعة تلف الأعضاء، و كذا عدم قابلية العضو المراد زرعه للتجانس الخلوي مع جسم المستفيد بسبب ما يسمى بظاهرة الفض رغم اكتشاف العلماء للمثبطات المناعية، بل إن البعض يبدي تخوفه من الآثار الجانبية التي قد تترتب على الاستعمال المفرط لها، حتى في الحالة التي يتجانس فيها النسيج الخلوي للمعطي و المستفيد، فإن مشكلة تهتك النسيج الجلدي للمريض سيطرح مشكلة أخرى عند البدء في مباشرة و تنفيذ العملية.

طرح الإشكال:

يثير موضوع الإشكالات الشرعية و القانونية الناجمة عن عمليـــــات نقـــــل و زراعة الأعضاء البشرية جملة من الإشكالات الشرعية و القانونية، و لعل ذلك يرجع بالأساس إلى الطبيعة الخاصة التي تميز هذه الممارسة عن غيرها من الأعمال الطبية الجراحية الأخرى، باعتبارها تشكل خروجا عن مألوف الأعمال الطبية بمفهومها التقليدي، بسبب انتفاء المصلحة العلاجية في جانب المانح المتبرع و تحققها في جهة المريض المستفيد و هو ما يجعل من الأمر مشوبا بكثير من اللغط و الغموض.

فهل يمكن للمرء أن يتصور و يتقبل فكرة إقدام شخص سليم البنيان لا يعاني من أي مرض أو عاهة على إبادة نفسه لإنقاذ غيره و هو يعي و يدرك تمام الإدراك حجم المخاطر الحالة و المستقبلية التي تتهدده و التي لا يزحم أي نقاش بشأن الإقرار بوجودها مهما اختلفت في ذلك الآراء حول مقدارها و حجمها؟

ثم ألا يعد ذلك انتحارا تحت الطلب؟

لقد انعقد الإجماع لدى رجال الفقه و القانون و الدين على رفض مثل هذا النوع من الممارسات شرعا و قانونا ما لم يتم حسب ما تقتضيه الضرورة العلاجية و تحقيق منافع خالصة لأفراد المجتمع، و هو ما يعبر عنه في هذا المجال بضرورة الحث على الإيثار و تشجيع الغيرية و التكافل الاجتماعي.

إن الأخذ بهذا القول يتضمن بعضا من الغلو و التناقض، فهل يمكن تصور وجود مجتمع يقبل بالتضحية بأحد أفراده و هو مصلحة محققة لتحقيق أمل الشفاء لشخص مريض و هو مصلحة محتملة؟ و هل يكفي قيام المتبرع بذلك للقول بأن المصلحة الاجتماعية قد تحققت؟

لذا و أمام هذا التناقض الصارخ وجد البعض في تبني فكرة توافر الرضا كسبب يبيح للطبيب القيام باستئصال عضو من جسم المتبرع دون أن يكون عرضة للمسائلة المدنية و الجزائية شرط لا مناص منه، فهل يكفي رضا المانح المجرد لإضفاء وصف المشروعية على فعل الطبيب، و يسمح له بالمساس بحق المانح في السلامة الجسدية و تكامل بنائه الجسماني و حسن سير وظائفه العضوية؟

إن هذه الإشكالات لم تعد تطرح اليوم لأننا بصدد ممارسة قد تجاوزت بموجبها القوانين و التشريعات هاته المسألة، من خلال تضمين تشريعاتها لجملة من النصوص القانونية ذات الطابع الشرعي الإسلامي خاصة في الدول العربية كالجزائر.

إلا أن الملاحظ على هاته التشريعات أنها بقيت عاجزة و قاصرة على تنظيم جميع الممارسات المتعلقة بنقل و زراعة الأعضاء البشرية، سواء تعلق الأمر بتلك التي تتم بين الأحياء أو تلك التي يتم فيها استئصال و نقل عضو من جثث الموتى.

و لعل ذلك يظهر من خلال الإشكالات التي أصبحت تثور و تنجم عن هذه الممارسة، فهل يمكن القول مثلا بكفاية النظام القانوني الذي يحكم و ينظم هذه العملية؟ أم أن

هذا الأخير بقي عاجــزا عن استيعاب بعض الممارسات الجديدة التي تتعلق بــنــقل و زرع بعض مكونات الجسم البشري غير الأعضاء بمفهومها الدقيق خاصة بعد ظهور بعض الممارسات الطبية المستحدثة كنقل الأمشاج و اللقائح و خلايا جسم الإنسان...الخ.

و هو أمر أفرز أوضاعا جديدة نظرا لطبيعة هذه الممارسات في حد ذاتها، فالبعض منها مألوف و معهود و البعض الآخر مبهم غير معروف، و هو ما أدى إلى ظهور إشكالات أخرى، منها ما يتعلق بصعوبة التكييف الشرعي و القانوني و تحديد المسؤولية الجزائية لبعض الأفعال الماسة بهذه المكونات البشرية، و كذا عدم قدرة النصوص القانونية المتضمنة في القوالب التقليدية كقانون العقوبات مثلا من استيعاب هاته الوضعيات الجديدة.

لذا و أمام ما يطرحه موضوع الإشكالات الشرعية و القانونية الناجمة عن عملية نقل و زراعة الأعضاء البشرية من تساؤلات و صعوبــات تقتضي منــا بيانــها و محاولة إيجاد حلول لها ارتأينا التعرض إلى هذا الموضوع من مصدريه الإنسان الحي و جثث الموتى معتمدين في دراستنا على تقسيم خطة البحث إلى ثلاث فصول.

فصل تمهيدي سنتطرق فيه إلى عمليات نقل و زراعة الأعضاء، من خلال تقسيم خطة الدراسة إلى مبحثين، الأول نتناول فيه مفهوم عمليات نقل الأعضاء البشرية، أما المبحث الثاني فسنخصصه للبحث في الأسس الشرعية والقانونية لهذه الممارسة، ثم ننتقل إلى استعراض أهم الإشكاليات الشرعية و القانونية الناجمــة عــــن عمليات نــقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفصل الأول، من خلال تقسيمه إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول الإشكاليات التي تثيرها شروط إباحة نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، ثم نعرج في المبحث الثاني على محاولة استقراء بعض أنماط العمليات الطبية المستحدثة المخالفة للنظام العام و الآداب العامة، ثم نتطرق بعد ذلك إلى البحث في أهم الإشكاليات الشرعية و القانونية الناجمة عن عمليات نقل و زراعة الأعضاء من جثث الأموات في الفصل الثاني من خلال إثارة الإشكاليات التي يطرحها الموت في المبحث الأول و كذا عملية الإنعاش الاصطناعي، ثم ننتقل إلى المبحث الثاني لنتناول الإشكاليات التي يثيرها رضاء المتوفى، خاصة ما تعلق بحالة الاستقطاع في حالة الضرورة، و كذا المسائل المتعلقة بالاستقطاع من جثث مجهولي الهوية، و حكم التصرف في أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام مع

محاولة استقــراء موقــف الشريعــة الإسلاميــة و القوانين الوضعية عامة و المشرع الجزائري بصفة خاصة.

الفصل التمهيدي

.

إن انصراف اغلب التشريعات العالمية عموما و العربية الإسلامية تحديدا ، إلى إجـــازة هذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة لا يعني بالضرورة خلو هذه العملــية من مخاطـــــر فنية بالدرجة الأولى ،وما قد يصحبها من نـــتائج وخيمة حالة أو مســـــتقبلية على حياة المتبرع الواهب على وجه الخصوص.

لذا كان لا بد من إيجاد الحلول اللازمة لتلافي الوقوع في المحظور ،حتى لا يجد أهل الاختصاص باختلاف مشاربهم أنفسهم أمام وضع يجعل من إقدامهم على هذا النوع من الأعمال الطبية المستحدثة مرادف للاعتداء غلى الحق في السلامة الجسدية ، و الذي يشكل احد أهم المبادئ المستقر عليها لدى رجال الفقه و القانون الوضعي .

من هنا كان لابد من البحث عن الأساس القانوني الذي يصلح كسبب مبيح لمثل هذه العمليات الجراحية المعقدة ،حتى لا تحيد عن أطرها المشروعة .

و على هذا النحو نادى البعض من رجال الفقه بضرورة إعمال فكرة الضرورة كسبب مبيح لعمليات نقل الأعضاء البشرية ،لكن هذه الرأي انتقد فلا يمكن للمرء إن يتقبل التضحية بحياة إنسان حي و هو مصلحة مؤكدة لإنقاذ حياة مريض و هو مصلحة محتملة، و هو ما ذهب إليه الاتجاه الثاني و الذي ذهب إلى القول بان الأساس القانوني أللذي يصلح كسبب مبيح لهذه الممارسة الطبية المستحدثة هو ذاك المتمثل في المصلحة الاجتماعية ،إلا أن أصحاب هذا الرأي انتقدوا لان القول بهذا الرأي لا يمت للواقع بصلة فهل يمكن تصور وجود مجتمع يقبل التضحية بأحد أفراده لتحقيق مصلحة اجتماعية بل أكثر من ذلك لمجرد التشجيع على الغيرية و الفضائل السامية في المجتمعات .

لذلك و بسبب التدافع في الآراء بين مؤيد و معارض ظهر اتجاه أخر و هو ذاك المتمثل في أنصار نظرية الرضاء الحر المتبصر و المستنير الصادر من شخص كامل الأهلية بدون قيد أو شرط وبعيدا عن تعاطي أي مبلغ مالي .

لكن الملاحظ على هذا الاتجاه الخير و أن كان هو المأخوذ به لدى الغالبية الساحقة من التشريعات إلا أن هذه العملية لازالت تثير الكثير من المخاوف و الشبهات كما أنها كغيرها من الممارسات الطبية المستحدثة أضحت لا تخلو من الإشكاليات الفنــية و الشرعية و القـــــانونية سواء كان مجالها الإنسان الحي أو تلك التي يتم تنفيذها بالاستئصال من جثت الموتى

.

.

المبحث الأول
مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد دفعت حاجة العلماء إلى البحث عن بدائل لوسائل العلاج التقليدية ،إلى ابتكار الكثير من التقنيات في مجالات طبية متعددة ومتشعبة ولعل أهمها على الإطلاق عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية .

المطلب الأول تطور تاريخي

من خلال محاولتنا للبحث عن الجذور التاريخية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية،لم نجد ما يفيد بان البشرية قد عرفت هذا النوع من العمال الطبية الجراحية قديما وذلك ما يؤكد حداثة هذه الممارسة ،فقد يقول قائل إن البشرية عرفت منذ القدم بعض العمليات المشابهة لهذه التقنية كالفراعنة و اليونان و الرومان..... و المتمثلة في عـمليات غرس الأسنان، من مصدرها الحيواني أو باستعمال بعض المواد والمكونات و المعادن على غرار الذهب و البلاتين ...الخ .

بل يذهب البعض الأخر إلى أن أول عملية تم التأريخ لها كانت تلك التي عرفها المسلمون في عصر النبوة حين اقتلعت عين احد الصحابة في عزوة بدر فأخذها النبي عليه الصلاة والسلام ومسحها ثم أرجعها إلى عين الصحابي فصار يرى كما لم يكن من قبل .

لكن الملاحظ على هذه الرواية بأنها تفيد الإعجاز الديني النبوي كما أنها تخلو من كل مؤيد يخرجها من الصفة العقائدية إلى الواقع الفني العلمي الجراحي بمفهومه الحديث .

إن المتتبع لهذا النوع من العمليات الجراحية لا يستشعر كما قلنا سلفا ما يفيد بان البشرية عرفت مثل هذه الممارسات الطبية وإنما اقتصر جلها على المحاولات المتعاقبة هنا و هنالك ،إلا ا ن أول انتصار عرفته البشرية في هذا المجال الحيوي كان ذلك الذي ظهر في ستينات القرن العشرين ،حين استيقظ العالم في 1967/12/23 على نبا توصل الطبيب كريستيان برنارد إلى القيام بعملية "زرع قلب"لمريض في مستشفى "شار دو غروت" في مدينة "كاب تاون" في جنوب إفريقيا ،إلى أن المريض توفي 18يوما بعد ذلك .

لقد شكلت تلك المحاولة انطلاقة فعالة نحو اعتماد هذه التقنية الجراحية بشكل متطور،وصل بالعلماء إلى حد التفكير في البحث عن بدائل علاجية اصطناعية في المستقبل كي تقوم مقام الأعضاء الأصلية مادامت الوسائل التكنولوجية قد أصبحت متاحة مقارنة بالماضي .

المطلب الثاني أنواع الأعضاء البشرية القبلة للنقل و الزرع

تنقسم الأعضاء البشرية وفقا لهذا المنظور إلى أقسام وأنواع فمنها ما يتعلق بمدى القابلية العضو للغرس،وهو في هذا الصدد نوعان أعضاء قابلة للغرس وأخرى غير قابلة للغرس.
كما تصنف الأعضاء وتتنوع وفقا لظهورها في الجسم البشري ،فمنها ما هو ظاهر كالعين و الإطراف....ومنها ما هو باطن كالقلب و الكلى....كما أنها من حيث قابليتها على التجدد تنقسم إلى أعضاء متجددة كالكبد والجلد...وأخرى غير متجددة كالكلى و المعدة.....كما أنها من حيث التأثير تنقسم إلى أعضاء يقوم على أساسها استبقاء اصل الحياة و يؤدي فصلها إلى الموت المحتم لصاحبها وأعضاء أخرى لا يؤدي استئصالها إلى موت صاحبها .

المطلب الثالث أنواع عمليات نقل وزرع البشرية الأعضاء

تختلف عمليات نقل و زرع الأعضاء الآدمية من الناحية الفنية العلمية ،نتيجة لاختلاف و تنوع مصادر ومكونات الجسم البشري من ناحية ،و كذا حسب طبيعة عملية النقل و الزرع في حد ذاتها.
فقد يكون الزرع أو النقل متعلق بعضو بشري أو بخلايا و أنسجة أو مشتقات ومكونات للجسم البشري و هو ما يصطلح عليه الأعضاء الآدمية بمفهومها الدقيق،كما قد يكون الزرع من مصدر ادمي سواء كان إنسان حي أو ميت وقد يكون من مصدر حيواني أو اصطناعي .
كما قد يكون الزرع بين الأحياء أو بالنقل من جثث الموات كما قد يكون الزرع بين التوائم أو في الجسم الواحد وهو ما يعبر عنه بالزرع الذاتي .

المبحث الثاني
أساس مشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية

في خضم البحث عن الأساس الشرعي و القانوني الذي يمكن من خلاله أن نضع هذه الممارسة ضمن إطارها المشروع ،وجد رجال الفقه و القانون أنفسهم أمام تحد خاصة بسبب عدم انعقاد الإجماع لديهم على جواز هذه الممارسة أو حرمتها من جهة و بسبب عدم وجود أساس قانوني وشرعي يمكن من خلاله إباحة مثل هذا النوع من الإعمال الطبية الجراحية و هو ما سنحاول التطرق إليه على النحو التالي .

المطلب الأول الأسس الشرعية

لقد اختلفت الآراء الفقهية الشرعية بين مبيح لمثل هذا النوع من الأعمال الطبية المستحدثة وبين معارض لها ،أو مبيح لها لكن ضمن شروط وضوابط معينة لا بد من الالتزام بإحكامها حتى نضمن عدم حياد هذه الممارسة الطبية عن أطرها المشروعة.

فقضى أنصار الرأي الأول القائل بجواز الاقتطاع من جسم الآدمي لإنقاذ أخر،وبنوا رأيهم على الأدلة المستوحاة من الأحكام و القواعد الفقهية كالقاعدة الأصولية الضرورات تبيح المحظورات والضرورة تقدر بقدرها و المشقة تدفع بالتيسير...

أما أنصار الاتجاه المانع لعمليات نقل الأعضاء البشرية ،فقد أقام حججه و أدلته هو أيضا بناء على أسانيد وبراهين مستوحاة من الكتاب و السنة و القواعد الفقهية عموما ومن مجمل ما قيل في هذا الصدد،إن حق الإنسان على جسمه حق انتفاع و إن ملكية الرقبة للخالق عز وجل ،كما انه لا مجال لإعمال قاعدة الضرورات تبيح المحظورات في هذا الباب لان الآيات وردت في باب أخر يتعلق بإباحة تناول المحظور "كالميتة والدم ولحم الخنزير....في حالة الضرورة "وليس لهذا علاقة مع نقل أعضاء الجسم من ادمي وحتى لو أخذنا برأي الاتجاه الأول فهل يمكن تصور التضحية بإنسان حي وهو مصلحة مؤكدة لإنقاذ أخر وهو مصلحة محتملة ،بالإضافة إلى انه لا يمكن تصور إباحة الشارع الحكيم لتداوي بالنجاسات....

أمام هذا التجاذب ظهر إلى العلن اتجاه ثالث ،والمتمثل في الاتجاه الحديث الذي أباح اللجوء إلى عمليات نقل الأعضاء البشرية لكن اشترط في ذلك ،توافر مجموعة من الضوابط و الأحكام الشرعية حتى نضمن عدم حياد هذه الممارسة عن أطرها المشروعة.

وهو المنهج الذي تبناه المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها 05/85 المعدل و المتمم بالأمر 17/90 ،و هو نفس الاتجاه الذي كان المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر قد تبناه في قبل صدور النصوص القانونية المنظمة لهذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة.

المطلب الثاني الأسس القانونية

نظرا لعدم وجود أساس قانوني يمكن من خلاله إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية،وجد رجال الفقه والقانون أنفسهم أمام حتمية البحث عن سبيل إلى ذلك وهو أمر ليس بالهين لان الإشكال القائم بالنسبة لهذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة،يتجلى في أن هذه الأخيرة تتجاوز القواعد التقليدية و القواعد العامة تحديدا ،و التي تجد سندها في القانون المدني و الجزائي على وجه التحديد .

لذا و أمام هذه الأوضاع المستجدة ، كان لابد بداية من الرجوع إلى الأسس المستوحاة من الآراء الفقهية المستقر عليها في القواعد التقليدية المشار إليها سابقا مع محاولة تكييفها و صياغتها بالقدر الذي يتلاءم و مقتضيات عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية .
فكان لابد من إسناد هذه الممارسة إما لمبدأ السبب المشروع ، أو المصلحة الاجتماعية أو الضرورة المقترنة بالرضاء.

لكن الملاحظ على كل هذه الآراء الفقهية أنها انتقدت لأنها لم تتمكن من وضع أساس قانوني ملائم يمكن من خلاله إباحة هذا النوع من الأعمال الطبية المستحدثة، وهو ما دفع برجال الفقه والقانون إلى الرجوع إلى القواعد التقليدية مع محاولة تحوير هذه الأخيرة بالقدر الذي يتناسب و عملية نقل الأعضاء البشرية من جهة و مقتضيات المصلحة الاجتماعية من جهة أخرى .

فكان لابد من تفعيل نظرية الرضاء كأساس مبيح لعمليات نقل الأعضاء البشرية ،وفقا لشروط وضوابط محددة ،فأصبح الاتجاه السائد لدى كافة التشريعات يتجه إلى اعتماد نظرية الرضاء الحر المتبصر المستنير الصادر من شخص حر، كامل الأهلية بدون قيد أو شرط وان يكون أيضا بدون مقابل مالي .

وهو نفس النهج الذي تبناه المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها 85/05 المعدل و المتمم بالأمر 90/17 و الذي اشترط بالإضافة إلى ذلك قيودا أخرى ذات طبيعة تنظيمية ، كضرورة القيام بإجراء هذه العمليات في المستشفيات المرخص لها بذلك .

خلاصة الفصل الأول

يتضح من خلال دراستنا للفصل الأول، أن عملية نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء تثير الكثير من الإشكالات القانونية التي تنجم عن هاته الممارسة الطبية المستحدثة.

المبحث الأول
شروط إباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء

نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بـــها هذا النوع من الأعمال الطبية الجراحية و الذي يمثل خروجا عن مألوف الأعمال الطبية بمفهومها التقليدي بسبب انتفاء المصلحة العلاجية في جهة الواهب المتبرع، و تحققها في جانب المستفيد المريض ، و هو ما دفع بالتشريعات الوضعية إلى محاولة القيام بإحاطة هذه الممارسة بجملة من القيـــود و الضوابـــط القانونيـــة، و هو نفس النهج الذي اتبعته التشريعات العربية عامة و التشريع الجزائري على وجه التحديد.

لقد قام المشرع الجزائري بتنظيم هذه الممارسة في قانون حماية الصحـــة و ترقيتـــها 05/85 المعـــدل و المتمم بالأمر 17/90، فاعتبر أن المبدأ العام في هذه الممارسة الطبيـــة هـــو العـــلاج و الاستثناء تحقيق أغراض علمية و تجريبية، ثم قام بوضع جملة من الشروط القانونية الواجب توافرها في عمليات نقل الأعضاء من الأحياء، فـــــقرن تدخل الطبيب في جسم المتبرع بضرورة صدور الرضاء من هذا الأخير و أن يكون مكتوبا حرا متبصرا مستنيرا، و صادرا من شخص كامل الأهلية.

كما اشترط أن يكون سبب و محل هاته الممارسة مشروعا غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة وفقا للقواعد العامـــة.

لكـــن و من خلال البحث في مدى فاعلية هذه الشروط، استوقفتنا بعض الإشكاليات و الصعوبات التي تنجم عن هذه الممارسة الطبية المستحدثة، فرأينا حجم الفراغ القانوني الذي تركه المشرع الجزائري.

المطلب الأول رضاء المتنازل

بداية لابد من الإشارة إلى أن شرط رضاء المتنازل، التزام يقع على عاتق الطبيب ،و المتمثل أساسا في ضرورة الحصول على إذن المتبرع المراد استقطاع العضو من جسمه.

لكن لابد من الإشارة إلى وجوب صدور هذا الرضاء وفقا لشروط معينة ،فلابد أن يكون هذا الأخير معبر عنه من قبل المتبرع كتابة ،وان يكون حرا متبصرا مستنيرا و صادر من شخص كامل الأهلية و بدون مقابل .

إلا أن الملاحظ على هذا الشرط انه لا يخلو إشكاليات قانونية ،وهو ما سنأتي على بيانه على النحو التالي .

الفرع الأول صور التعبير عن الإرادة

بالرجوع لنص المادة 162 في فقرتها الثانية "...و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة".

فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري اشترط موافقة المتبرع كتابة و بمفهوم المخالفة فان القانون الجزائري لا يعتد بالموافقة الشفهية ،أضف إلى ذلك فان المشرع اشترط حضور شاهدين و أن تودع هذه الأخيرة لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة وهو ما يطرح الكثير من التساؤلات و الإشكاليات في الوقت ذاته.

فبالنسبة لرضاء المتبرع، فلم يحدد المقصود بصدور التعبير كتابة و لا شكل الوثيقة التي يصدر فيها، كما أنه و باشتراطه ضرورة أن يقوم المتبرع بإيداع هذه الموافقة و بحضور شاهدين أمام الطبيب رئيس المصلحة و مدير المستشفى قد تغاضى عن مسألة غاية في الأهمية و هي تلك التي تثور في حالة النزاع بين المتبرع و الطبيب رئيس المصلحة و مدير المستشفى و هو ما قد يجعل من هؤلاء خصما و حكما في نفس الوقت، لذا كان عليه تبني موقف المشرع الفرنسي و جعل هذه المسألة من اختصاص القضاء.

الفرع الثاني جواز عدول المتبرع عن رضاه

لم يحدد المشرع الشكل الذي يجب ان يفرغ فيه عدول المتبرع ،بالاضافة الى عدم تحديده للمرحلة التي يمكنه فيها الرجوع في تبرعه.

الفرع الثالث شروط صحة الرضاء

أما بالنسبة لاشتراطه ضرورة قيام الطبيب بتبصير المتبرع بكل صغيرة و كبيرة تتعلق بهذا النوع من الأعمال الجراحية و عن الآثار الحالية و المستقبلية التي لا مناص من تحققها، و ما إذا كان في ذلك الالتزام بإعلام المتبرع انتهاكا للالتزام بالسر المهني.

إن عمل الطبيب يقتضي وفقا لالتزاماته التي تفرضها عليه أخلاقيات مهنته الالتزام بإعلام المتبرع و أن ذلك لا يعد من قبيل الإخلال بالسر المهني و هو ما يؤدي بنا إلى القول بضرورة تدخل المشرع الجزائري و إعادة النظر في هــذه المسألة الشائكة و هو أمر لن يتأتى إلا بجعل الالتزام بالسر المهني في عمليات نقل الأعضاء البشرية التزام ذو طبيعة خاصة خلافا للأعمال الطبية الأخرى.

ثم إنه و بالرجوع إلى البحث في موقف المشرع الجزائري، بالنسبة لاشتراطه ضرورة اكتمال الأهلية في رضاء المتبرع، فإنه لم يحدد السن القانونية و هو أمر خطير، يقتضي منه تداركه لما في ذلك من مساس بمبدأ الحق في السلامة الجسدية للمانح المتبرع، كما يجب أن يورد استثناءا على هذه القاعدة و ذلك من خلال إجازة نقل الأعضاء من القصر في حالات محددة كحالة نقل نقي العظام بين الإخوة و الأخوات رغم وجود هذا النوع من العمليات في الواقع العملي.

المطلب الثاني الإشكاليات المتعلقة بالعضو

يشكل العضو البشري احد أهم الركائز التي تقوم عليها عمليات نقل الأعضاء البشرية باعتباره يمثل محلا لهذه الممارسة وهو ما يقتضي وفقا للقواعد العامة أن يكون هذا الأخير معينا أو قابل للتعين وان يكون مشروعا غير مخالف للآداب العامة .ان الأهمية العملية التي تترتب عن تحديد معنى أو مفهوم العضو تتجلى في ان هذا المعطى سيمكن من تحديد الإباحة من جهة لأنها تتسع و تضيق في ظل غياب التعريف ، ومن ناحية أخرى فإنها تمكن من تحديد المسؤولية الجزائية على وجه الخصوص ومقدار العقوبة المناسبة لأي فعل يشكل مساسا بالأعضاء البشرية .

الفرع الأول تعريف العضو البشري

بالرجوع إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها، خاصة ما تعلق بالعضو كمحل للممارسة، فلا يمكن تلمس إرهاصات تنم عن أن المشرع الجزائري قد وضع تعريفا دقيقا للعضو البشري، و هــو أمر لابـــد من تداركه بوضع تعريف شامل و فضفاض يمكن أن يستوعب جميع الأعضاء بدون استثناء.

الفرع الثاني مصير العضوي البشري

مصير العضو البشري كما أن عدم تحديد المشرع الجزائري لموقفه من تحديد مصير العضو و ما يتعلق بلائحة الانتظار يشكل فراغا قانونيا لابد له من تداركه.

المبحث الثاني

توافق عمليات نقل و زراعة الأعضاء مع النظام العام و الآداب العامة

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من بعض الممارسات الطبية المستحدثة كعمليات تغيير الجنس و الاستنساخ البشري و نقل الأمشاج و اللقائح فقد جاء بعيدا و غير ملائم لهذه الأنواع من الممارسات الطبية الخطيرة، لما فيها من مخالفة للنظام العام و الآداب العامة، و هو أمر يظهر من خلال الإشكالات التي تثور بمناسبة البحث عن التكييف القانوني للمسؤولية الجزائية الناتجة عن هذه الممارسات الطبية المستحدثة، خاصة بسبب عدم قدرة القواعد الخاصة لقانون حماية الصحة و ترقيتها على معالجة هذه المسائل، بل ومن عجز القوالب التقليدية المتضمنة في قانون العقوبات بوجه خاص على استيعاب هذه الأنواع من الممارسات الطبية الحديثة و هو ما يقتضي تدخل المشرع الجزائري بوضع جملة من القواعد الجزائية في نصوص خاصة تتضمن قدرا من الزجر و الردع الذي يتلاءم و هذا النوع من الأعمال الطبية.

المطلب الأول الاستنساخ البشري

هو ذلك التكاثر اللاجنسي ،الذي يقوم على فكرة اخذ خلية جينية من كائن حي ليتم زرعها في بويضة مفرغة النواة ،ليتم دفعها للانشطار بطرق مخبريه بعد تعريضها للتصادم بواسطة الشحن الكهربائية ضمن حقل مغــنطيسي ،تمهيدا لزرعها داخــل رحم أنثى و بعد استكمال مدة الحمل يكون ذلك الكائن مطابقا للكائن صاحب الخلية ، و هو ما سيدفع لا محالة إلى الاستغناء عن الحيوان المنوي و المعاشرة الجنسية المشروعة .

إن الملاحظ على هذا الموضوع ، انه لازال يسيل الكثير من الحبر ،و يثير الكثير من الإشكاليات القانونية بل و حتى العقائدية و الأخلاقية التي تنبذ مجتمعة البحوث المتعلقة بجسم الإنسان و حقوقه و حرياته خاصة لان الأمر يتعلق بنبذ التمييز و حرمة المعتقدات .

الفرع الأول أنواع الاستنساخ البشري

ينقسم إلى استنساخ بين الأحياء و أخر يتم بنقل خلايا من جثث الأموات تمهيدا لزرعها في أجساد الأحياء .

كما قد يكون ثلاثي الإطراف بين صاحبة البويضة وصاحب الخلية ،ليزرع الناتج في رحم امرأة أخرى ليأخذ في الأخير الكائن المولود صورة مطابقة لصاحب الخلية .

كما يكون الاستنساخ أيضا و هو الصورة الشائعة التي رأيناها سابقا ,بين صاحب الخلية و المرأة صاحبة البويضة ، كما يمكن أن يكون أحادي الأطراف أي ذاتيا في الجسم نفسه عن طريق نزع خلية من جسم المرأة و دمجها ببويضتها تمهيدا لزرعها في رحمها .

هذا وان الاستنساخ الذي ينظر إليه وفقا لأهداف الممارسة ، فينقسم لقسمين استنساخ الخلايا و الأعضاء البشرية لأغراض علاجية ،واستنساخ الأجنة لأغراض المساعدة الطبية على الحمل بعيدا عن العلاقات الزوجية.

الفرع الثاني موقف الشريعة الإسلامية من الاستنساخ البشري

بالرغم إلى أن اغلب الفتاوى و الآراء الفقهية الشرعية لازالت تسير نحو تبني الموقف المانع لمثل هذه الممارسات الطبية المستحدثة باعتبارها تشكل تمردا على حكمة الله في الخليقة و كذا محاولة مشاركة الله في صفة الخلق .

و هو نفس الاتجاه الذي تبناه مجمع الفقه الإسلامي في دورته المنعقدة في جدة بشان لاستنساخ البشري ، واستثنى من التحريم استنساخ النباتات و الحيوانات في حدود الضوابط الشرعية تحقيقا للمصالح و درءا للمفاسد .

إلا أن ما يلاحظ على موقف المجامع الفقهية أنها لم تحدد النص الزاجر في أو الحد الشرعي المترتب عن الاستنساخ .

الفرع الثالث موقف التشريعات الوضعية

لقد تناولت بعض التشريعات الوضعية عمليات الاستنساخ البشري خاصة ،الدول المتطورة كفرنسا ، بريطانيا و الولايات المتحدة الأمريكية .

و مجمل ما ذهب إليه تلك التشريعات هو منع لاستنساخ البشري ، إلا إذا كان لتحقيق أغراض علاجية كقرار مجلس اللوردات الصادر في 2001/01/22 و الذي عدل بمقتضاه قانون الإخصاب و علم الأجنة البشرية ، و هو نفس النهج الذي صار عليه المشرع الأمريكي في الفقرة(c) من المادة 302 من قانون 31 يوليو 2001 ، والذي حظر بمقتضاه الاستنساخ البشري ونص على معاقبة كل شخص معنوي أو طبيعي بالغرامة 01 مليون دولار كحد أدنى و دون أن تتحدى المبلغ الإجمالي للإرباح إذا تجاوزت نفس المبلغ ، أما بالنسبة للعقوبات السالبة للحرية فجعل حدها الأقصى 10 سنوات.

أن الملاحظ على هذه النصوص أنها جاءت بعيدة عن الواقع خاصة في الحالة التي ستطبق فيها عقوبة الغرامة المالية مقارنة بفظاعة الفعل الاستنساخ و ما فيه من امتهان و مقت للكرامة الإنسانية.

الفرع الرابع موقف المشرع الجزائري

لم يتعاطى المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية مع مسالة الاستنساخ البشري ، و يرجع ذلك ربما لعدم ترسخ الاقتناع لديه بإمكانية حدوث مثل هذا النوع من الأعمال الطبية في الجزائر إما بسبب نقص التقنية التكنولوجية أو الكفاءات العلمية من باحثين و أطباء مختصين و هو ما يطرح الكثير من الإشكاليات حول تحديد التكييف القانوني لعملية الاستنساخ البشري وكذا العقوبة المقررة في حالة ارتكاب هذا الفعل.

خاصة إذا علمنا بان الدستور في مادته 39 منع انتهاك حرمة الحياة الخاصة ،كما إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المصادق عليه من قبل الجزائر ،نص في مادته 12 على منع تعريض احد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، كما أن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف إلا بالزواج كوسيلة وحيدة للإنجاب في مادته 04 و هو ما لا يمكن تصور تحققه على هذا النحو في الاستنساخ ،أما المادة 40 و المادة 42 فقد تحدثتا على إثبات النسب و أقصى و أدنى مدة للحمل ، وهي جميعها لا تتوافق و عملية الاستنساخ .

لذا لابد للمشرع التدخل سدا للذريعة ، و حماية للأعراض و الأنساب تحقيقا لمقاصد الشريعة المتأصلة في المجتمع الجزائري.

المطلب الرابع تغيير الجنس

هو استبدال الشخص لجنسه الطبيعي بجنس مضاد لجنسه الأصلي ،فهو مرض نفسي و ليس بمرض يخل بقدرات صاحبه الذهنية و المهنية إذ لا يعتبر بمثابة مرض عقلي.

الفرع الأول حكمه الشرعي

ذهب السواد الأعظم من رجال الفقه إلى حرمة هذا النوع من العمليات الجراحية سواء تعلق الأمر بنقل و زرع الغدد التناسلية ، أو أعضاء الجهاز التناسلي ماعدا العورات المغلظة ، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم 57 ، وكذا دار الفتوى المـــــــصرية و الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء و دليلهم في ذلك الآيـــات القرآنـــية و الأحاديث النبوية الشريفة، كقوله تعالى "و لأمرنهم فليبتكن أذان الأنعام و لأمرنهم فليغيرن خلق الله" .

هذه الآيات تتضمن حرمة تغيير خلق الله ،بل ذلك يعد تطاول على مشيئة الله التي اقتضت تحديد جنس الإنسان ذكرا أو أنثى ،لكن ما يلاحظ على هذه الفتاوى أنها لم تحدد الحد الشرعي الواجب التطبيق في حالة المخالفة.

الفرع الثاني موقف التشريعات الوضعية

لقد اختلفت التشريعات الوضعية بين مؤيد و معارض لعمليات تغيير الجنس، على غرار التشريع الألماني و الهولندي و السويدي ...التي أجازت هذا النوع من الأعمال الجراحية بينما القانون الفرنسي فقد منع و حظر هذه الممارسة إلا إذا كان الهدف منها علاجي .

أما على الصعيد العربي فقد كانت قضية طالب بجامع الأزهر ، من أهم القضايا التي أسالت الكثير من الحبر بل و أظهرت حجم الضعف الذي يعتري نصوص القواعد التقليدية الموجودة في المنظومة التشريعية في مصر و كذا الدول العربية الأخرى.

الفرع الثالث موقف المشرع الجزائري

بالرجوع لنص المادة 97 من القانون المدني ،نجد أن المشرع الجزائري منع كل تعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام و الآداب العامة،و لما كانت عملية تغيير الجنس لا يرجى منها تحقيق أي غاية أو فائدة مشروعة لأنها ظاهرة تنازعها غايات شخصية و هو ما يجعلها باطلة .

كما انه بالرجوع إلى نص المادة 274 ق ع ج يثور الإشكال هل تعتبر هذه العملية بمثابة خصاء ما دام إن الفعل يترتب عنه فقدان القدرة على الإنجاب و هل يعد فعل الطبيب أيضا من قبيل أفعال الضرب و الجرح نقول لا، لان الطبيب لا يمكنه تنفيذ العملية بلا رضاء الشخص المراد تغيير جنسه ،فينتفي فعل الخصاء أو الضرب و الجرح .

لذا أمام هذا النقص و الإشكاليات القانونية ، التي يطرحها هذا الموضوع لابد من تدخل المشرع لمعالجة هذا النقص بتحديد عقوبة خاصة لفعل تغيير الجنس .

المطلب الثالث نقل الأمشاج و اللقائح

إن فكرة نقل اللقائح و الأمشاج تقوم على فكرة نقل أمشاج طرف ثالث خارج إطار العلاقة الزوجية،. تثير هذه العملية الكثير من الإشكاليات الشرعية و القانونية و التي سنأتي على بيانها على النحو التالي

الفرع الأول موقف الشريعة الإسلامية

لا غرابة إذا ما قلنا إن الشريعة الإسلامية هي أول من عالج مسالة نقل الأمشاج ،و اللقائح الآدمية من الغير ، و إن كان تحت مسميات أخرى و في مواضيع مختلفة ، و مجمل ما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء هو تحريم هذا النوع من الممارسات الطبية لما فيها من استباحة للأعراض و اختلاط للأنساب ، ليكون الأمر إذ ذاك مما يتعارض مع تحقيق المقاصد الشرعية من الزواج .

إن هذه الممارسة و إن كانت مؤثمة و فيها من الزنا ما لا يمكن إنكارها إن في أركانها من القصور ما يحول دون اعتبارها كذلك وفقا للمعنى الشرعي لهذه الجريمة ، بل إن ذلك يعد بمثابة إقحام للغير الخارج عن طبيعة الشيء .
و هو ما يطرح الكثير من التساؤلات و يثير الكثير من الإشكاليات الناجمة تحديدا عن حقيقة الأساس الشرعي الذي يستنبط منه دليل تحريم نقل الأمشاج من الغير و كذا اللقائح الآدمية .
الواضح إن هذا الدليل يمكن استنباطه من مواضع مختلفة كحرمة الاستدخال وهو آمر تفطن له فقهاء الشافعية، فحرموا هذه الممارسة لما فيها من زنا بسبب انتفاء العلاقة الزوجية فلا عدة للمرأة و لا نسب يثبت للزوج لأنه حتى و إن تم التسليم بانعدام الزنا سيعد إلحاق هذا الولد بالزوج العاقر بمثابة التبني المنهي عنه شرعا لقوله تعالى "ادعوهم لإبائهم هو اقسط عند الله..." بل أكثر من ذلك يأخذ رضاء الزوج الصادر – كتابة– بهذه العملية مع علمه المسبق بها حكم الديوث الذي ارتضى إدخال ماء غيره في رحم زوجته عالما بالحال متباهيا بذلك .
أما بالنسبة لمسالة تأجير الأرحام ، و التي تقوم على فكرة قيام امرأة بالحمل نيابة عن صاحبة البويضة التي لا تستطيع ذلك لوجود مانع طبي أو لمجرد انشغالها بأعمالها مثلا، فان هذه العملية محرمة شرعا و تعد كذلك بمثابة الزنا ، لان المرأة صاحبة البويضة التي سينسب إليها المولود من المستأجرة ستأخذ ما لم يثبته لها الشرع ، لان العقل و الواقع و الشرع يعترف بهذا الرباط للمستأجرة لأنها هي من حملت وتكون في رحمها ثم و ضعته بعد اكتمال النمو لقوله تعالى"ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا ،حملته أمه كرها ووضعته كرها و حمله و فصاله ثلاثون شهرا".
إلا انه هناك اتجاه فقهي أخر يرى إن وصف الأم يلحق صاحبة البويضة وتأخذ المستأجرة حكم الأم المرضعة أي الأم الحكمية و دليلهم في ذلك انه تعالى بين إن الرضاع واجب على الأمهات الوالدات أما الاسترضاع فهو من موجبات رحمته و رخصه رأفة بعباده لقوله عز وعلا "و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة..."

الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري

لق نصت المادة 04 من الأمر 02/05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري على أن" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون ،وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب"
من خلال هذا النص يتضح بان الزواج عقد رضائي يرتب التزامات على عاتق الزوج و الزوجة و التي من ضمنها تحصين الزوجين خشية الوقوع في الزنا .
إذا كانت عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين لا تشكل إخلالا لهما بواجباتهما ،فان هذه العملية تثير الكثير من الإشكالات القانونية في حالة اللجوء إلى إقحام طرف ثالث خارج العلاقة الزوجية لما فيه من شبه زنا ، وهنا تثور التساؤلات حول موقف المشرع من ذلك ، بالإضافة إلى تحديد التكييف القانوني للمسؤولية الجزائية التي تترتب عن الأفعال الماسة بالأمشاج و اللقائح الآدمية .
إن الملاحظ على التشريع الجزائري انه جاء بعيدا عن الواقع من حيث تعامل المشرع الجزائري مع هذا النوع من التلقيح الاصطناعي ، فلم يتعرض الى الضوابط الشرعية و

القانونية التي تحكم بعض المسائل ذات الصلة بهذا الموضوع على غرار التشخيص ما قبل الولادة في حالة الخوف من انتقال عدوى أو مرض خطير يهدد الجنين ،بالإضافة إلى عدم تعاطيه مع فكرة إتلافا للقيحة و القطع الإرادي للحمل في حدود المسموح به قانونا من قبل الأطباء .

كما انه لم يعيد النظر في تعديل النص المتعلق بتحديد أقصى مدة للحمل و أدناها إذا كنا نعلم بإمكانية تجميد الأجنة الزائدة على الحاجة لمدة تتعدى المدة الطبيعية للحمل،او الى حين انفصال الزوجين أو وفاتهما أو بطلب من الزوج ،فكيف يمكن الإقرار بشرعية ولادات خارج هذه المدة؟ كما أن التشريع الجزائري لم يتطرق لمسالة تدمير اللقائح في مرحلة النمو ، بطلب من احد الزوجين مثلا ألا يعتبر ذلك إجهاضا؟

ثم الا يشكل فعل الطبيب الماس بمكونات الجسم البشري من لقائح و أمشاج ، وما يتصل بها من اختبارات و تجارب ذات طابع علمي تجاري و صناعي انتهاكا صارخا لحرمة و قدسية الجسم البشري ؟ و هل تصلح القواعد التقليدية في قانون العقوبات لإعطاء الوصف و التكييف القانوني الدقيق للمسؤولية الجزائية المترتبة عن فعل الانتهاك هذا .

في الوقت الذي ذهبت اغلب التشريعات إلى اعتبار أفعال المساس بمكونات الجسم البشري من لقائح و أمشاج ،و ما يطالها من أفعال أخرى تتعلق بالتجارب العلمية و الأبحاث البيوتكنولوجية ذات الطابع التجاري و الصناعي ،جرائم خاصة تخضع لنصوص تنظيمية ذات طابع جزائي ذهب جانب أخر من الفقه القانوني إلى اعتبار التلقيح الاصطناعي بإقحام طرف ثالث جريمة زنا و التي تقتضي وفقا للمادة 339–341 وقوعها من زوج أو الزوجة مع حصول الوطء و قيام الزوجية بعقد صحيح مع اتجاه إرادة الزوج أو الزوجة إلى ارتكاب هذا الفعل مع العلم بأنه أو أنها تعتدي على شرف زوجها و هو ما لا يمكن التسليم به في هذه الحالة لأنهما على علم مسبق بهذه العملية .

أما الاتجاه الذي كيف فعل الانتهاك هذا على انه جريمة هتك عرض تقتضي المسائلة الجزائية وفقا لنص المادة 336–337 ق ع ج باعتبار أن قيام الطبيب بهذه العملية فيه خدش لعاطفة الحياء لدى جسم المريض و إن تم بلا عنف أو تهديد وفقا لنص المادة 335 ق ع ج ، فمن هنا يظهر بان هذا التكييف عقيم و لا أساس له لان الزوج و الزوجة و الطرف الثالث أقدموا على القيام بهذه العملية بإرادتهم و علمهم ، وان فعل الطبيب الكاشف عن عوراتهم لا يعد خدشا للحياء .

لكن السؤال الذي يطرح هل يستوي في نظر القانون اعتبار فعل الطبيب هتك عرض بينما ينجو أطراف العملية من المسائلة ؟ألا يشكل ذلك انتهاكا لأحد المبادئ المستقر عليها و المتمثل في مبدأ المساواة في العقوبة أمام القانون هذا من جهة ومن جهة أخرى و بخصوص تنظيم المشرع الجزائري للتجارب الطبية فانه لم ينظم هذه المسالة ، سواء كانت هذه التجارب معدة لتحقيق أغراض علاجية أو علمية أو تلك التي تهدف إلى تحقيق غايات تجارية أو صناعية ، اللهم إلا بعض النصوص القانونية المتناثرة و بصفة عارضة كما هو الحال بالنسبة للمادة 168 من قانون 85/05 المعدل و المتمم بالمر 17/90 ،و أيضا المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري 276/92 .

إلا أن الملاحظ على هذه النصوص أنها جاءت خالية من أي صبغة جزائية ،بل اقتصر دور المشرع على تحديد الجهاز الموكل بمهمة الرقابة على التجارب الطبية و المتمثل في المجلس الوطني لأخلاقيات الطب ، بينما لم يتطرق إلى العقوبات المقررة للتجارب الطبية على الأمشاج و اللقائح الآدمية وكذا الأجنة البشرية داخل الرحم خاصة إذا علمنا أنها ذات كفاءة عالية في الاستعمالات الدوائية مثلا ، كما لم يحدد الجزاءات الواجبة التطبيق في حالة التعامل الغير المشروع بهذه المكونات بيعا وشراء و تبرعا ، واستيرادا و تصديرا ، و الإعلانات التجارية الداعية للتبرع أو لتكون محلا للمتاجرة .

و أخيرا و ما يمكن أن نلاحظه في الواقع العملي أن الجزائر عرفت منذ 1986م إجراء 400[2] عملية نقل و زراعة أعضاء بشرية يتعلق في مجـــــــــملها بعمليات زرع القرنية و الكلى و الكبد.

هذه الأخيرة التي تم إحصاء 33 عملية أجريت في الجزائر في الفترة الممتدة ما بين 2003–2010 نجحت منها 23[3] عملية مع عدم تسجيل أي مضاعفات لدى هؤلاء المتلقين، و لعل التأخر في مجال عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء يرجع بالأساس إلى ضعف الوسائل الطبية المستعملة و التي لا تزال بدائية في مجملها.

كما تجدر الإشارة بأن أغلب عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية تتم في الجزائر بين الأحياء، فلم تشهد الجزائر إل حد الساعة أية عملية للاستئصال من الجثث كما أنه ليس بمقدور الدولة تلبية احتياجات المرضى بسبب عدم توافر الوسائل التكنولوجية و العوائق التنظيمية فعلى سبيل المثال فإن الجزائر لا تملك سجـــلا وطنـــيـــا و لائحة للمتبرعين و لا للمتلقين و هو ما يجعل من ضرورة تفعيل دور الوكالة الوطنية للأعضاء البشرية أمر لا مناص منه[4].

---

[2] M. ouyahia, don d'organes en Algérie, beaucoup de ta bous, pende moyen, le soir d'Algérie, dimanche 03 décembre 2010, p5.

[3] ص. بورويلة، زرع الكبد معطل في الجزائر، جريدة الخبر، الخميس 15 جانفي 2011، ص 24.

[4] Belkhedim, a quand l'agence nationale de transplantation, le soir d'Algérie, lundi, 1 novembre 2010, p5.

ملخص الفصل الثاني

إن مسالة نقل الأعضاء من جثت الموتى لا تثير الكثير من الإشكاليات القانونية كتلك التي تثور بالنسبة للأحياء ،إلا أن التطور العلمي و التقنيات المتطورة كالإنعاش الاصطناعي أفرزت أوضاعا جديدة لم تكن معروفة إلى حين.

كمشكلة الموت و تحديد لحظة الوفاة و إشكالية الميت الحي و حدود الإنعاش الاصطناعي و القتل بدافع الشفقة وكذا بعض الإشكالات المتعلقة بتحديد التكييف القانوني لبعض الأفعال الماسة بالجسم البشري .

المبحث الاول الموت

منذ وقت ليس ببعيد كان ينظر إلى الموت على انه حدث لحظي يأتي دفعة واحدة، ما يترتب عنه فقدان الشخصية القانونية للإنسان و جميع الحقوق الملازمة لها فلم يكن القانون يعترف بوجود درجات متفاوتة للموت ، لان الإنسان في ميزان الشرع و القانون إما حي أو ميت ، ولا يوجد لحظة فاصلة بين الحياة و الموت .

لكن مع التطور العلمي ظهر إلى الوجود حالة أثارت الكثير من الغموض و هي حالة الغيبوبة العميقة او ما يصطلح عليه الميت الحي ، وهو ما أصبح يثير الكثير من الإشكاليات حول تحديد لحظة الوفاة و كذا المعيار المعتمد لتحديدها و مشكلة وضع تعريف دقيق للموت .

يرى البعض بان تعريف الموت مسالة قانونية لكبح جموح الأطباء ، أما البعض الأخر فيرى بأنها مسالة فنية طبية لان العلم في تطور مستمر فما هو بموت اليوم قد لا يصبح كذلك في الغد ، كما إن الحياة و الموت ظاهرتان بيولوجيتان يترك تعريفهما للأطباء .

المطلب الأول تعريف الموت

لم يعد الموت ظاهرة فورية تصيب كل الوظائف الحيوية للجسم في ان واحد وإنما تمتد تحت تأثير الوسائل العلاجية إلى لحظات متعاقبة وأمام هذا الوضع وجد رجال الفقه و القانون صعوبة في وضع تعريف للموت فهل يصلح وضع تعريف قانوني للموت أم أن ترك المسالة هكذا ستنجر عنه مساوئ ؟

الفرع الأول التعريف القانوني للموت

عرف بعض الفقه الموت على انه زوال الشخصية القانونية تترتب عنه مجموعة من الآثار كتغير الحالة المدنية للمتوفى عن كونه شخص من أشخاص القانون فهو لم يعد كذلك.

الفرع الثاني التعريف الطبي للموت

عرفها البروفسور" باياس" بأنه "عملية في اتجاه واحد غير قابل للشفاء و يتكون من التوقف المتلاحق لعدة أنواع من الحياة تؤمن كل واحدة منها عمل عضو او نسيج او خلايا"

و الموت إما إكلينيكي وظيفي بسبب توقف التنفس و نبض القلب وقد يكون ظاهري بسبب توقف جميع الوظائف الحيوية للجسم ،بسبب انعدام الأوكسجين الذي يتم اللجوء للإنعاش الاصطناعي و الصدمات الكهربائية ، ثم الموت الحقيقي الذي تتوقف فيه جميع الوظائف الجسم و كذا خلايا المخ و هو نذير الموت بمعناها الصحيح .

الفرع الثالث موقف المشرع الجزائري

في المادة 164 اعتمد على المعيار الطبي و الشرعي للوفاة إلا انه لم يضع تعريف للموت.

المطلب الثاني تحديد لحظة الوفاة

تعتبر لحظة ذات أهمية قانونية و شرعية وطبية لأنها تحدد موت الإنسان و ما قد يترتب عن ذلك من انتقال حقوقه إلى ورثته وانتهاء شخصيته القانونية و كذا عملية نقل أعضاءه تمهيدا لزرعها في جسم إنسان حي بحاجة إليها.

فما هو المعيار المعتمد للأخذ به لاعتبار أن الإنسان مات موتا حقيقا لا رجعة فيه.

الفرع الأول المعيار التقليدي

يعتبر هؤلاء إن اللحظة التي يعتبر فيها الإنسان ميتا هي اللحظة التي يتوقف فيها قلبه و تنفسه و حجتهم في ذلك إن الإنسان الذي يحيى حياة اصطناعية او لم يمت دماغه راجع لتلك الوسائل فيمكن ملاحظة نمو أظافره او شعره مثلا او يتطور الحمل في بطن المرأة الحامل بسبب تغذيه منها.

لكن الملاحظ على هذا الرأي بأنه لا يساير التطور العلمي خاصة بعد اكتشاف وسائل الانتعاش الاصطناعي و الصدم الكهربائي التي يمكنها إعادة الحيوية للقلب و الرئتين لتزود بذلك المخ بالأكسجين و هو ما قد يبقي الإنسان حيا.

الفرع الثاني المعيار الحديث

يرى بان الموت خلايا الدماغ هو الموت الحقيق إما الغيبوبة العميقة لا يمكن اعتبارها كذلك لان يمكن أن يسترجع الإنسان حياته عن طريق أجهزة الإنعاش الاصطناعي ، كما يمكن التأكد من عمل خلايا الدماغ بواسطة جهاز الرسم الكهربائي.

الفرع الثالث المعيار الشرعي للوفاة

المؤتمر المنعقد في الأردن ذهب إلى اعتباران الإنسان قد مات إذا توقفت قلبه وتنفسه وجميع وظائف دماغه و اخذ هذا الأخير بالتحلل ليتوقف هو الأخر توقفا لا رجعة فيـــه و حكم الأطباء بذلك ففي هذه الحالة يمكن رفع أجهزة الإنعاش .

الفرع الرابع موقف المشرع الجزائري

في المادة 164 اخذ بالمعيار الطبي للوفاة .

المطلب الثالث الإنعاش الاصطناعي

لقد ظهرت في السنوات الخيرة وسائل متطورة ساعدت _على تغيير بعض المفاهيم التي كانت سائدة خلال مراحل زمنية متعاقبة _ ولعل أهمها وسائل الإنعاش الاصطناعي التي تهدف إلى المحافظة على حياة المريض المحتضر ، الذي يمر بوضع صحي حرج بين الحياة و الموت ، بسبب توقف التنفس لديه و كذا توقف قلبه عن النبض و قبل بدء موت خلايا مخه ، وهذا ما يطرح أول الإشكالات لان الشريعة و القوانين لا تعترفان سوى بمرحلتين ، مرحلة الحياة و مرحلة الموت .

لكن بمان العلم أوجد طائفة ثالثة تتمثل في الميت الحي ازدادت الأمور تعقيدا خاصة فيما يتعلق بالهدف من الإنعاش الاصطناعي .

فهل هذا الأخير إطالة للحياة أم إطالة و إرجاء للموت ؟ وهل يعد عدم وضع الطبيب للمريض تحت هذه الأجهزة جريمة امتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر ؟ و اذا كان المريض قد وضع تحت هذه الأجهزة هل يمكنه توقيف عمل هذه الأجهزة ؟ هل يعد ذلك قتلا بدافع الشفقة ؟ أم قتلا عاديا ؟و ما هي حدود هذا الإنعاش شرعا و قانونا؟.

الفرع الأول حكم الشخص تحت أجهزة الإنعاش الاصطناعي

إن الحياة التي يحييها المريض تحت أجهزة الإنعاش ، والذي ماتت خلاياه ليست إحياء للموتى ومن ناحية أخرى فان إيقاف هذه الأجهزة مما يجوز شرعا و قانونا ، لكن السؤال الذي يطرح في هذه الحالة اليس الإنعاش الاصطناعي إحياء للموتى؟

إن القول بان الإنعاش الاصطناعي يعيد الحياة للإنسان أمر مخالف للحقائق العقائدية القائلة بان الموت و الحياة بيد الله تبثان و تقبضان بأمـــره عز و جل لقولـــه تعـــالى "و لا يملكون موتا ولا حياة ولا نشورا".

الفرع الثاني الانعاش الاصطناعي و جرائم الامتناع

إن أجهزة الإنعاش الاصطناعي تمثل وسيلة علاجية فهي تهدف إلى المحافظة على حياة مريض الميئوس من شفائه لفترة طالت أو قصرت لذي يفرق رجال الشريعة و القانون بين حالة الامتناع السلبي و حالة الإيقاف رأفة .

الأولى بسبب عدم تقديم الطبيب للمساعدة للمريض المحتضر إما في حالة تدخل الطبيب بوقف هذه الأجهزة بطلب من المريض نكون أمام حالة القتل بدافع الشفقة .

الفرع الثالث وقف الإنعاش الاصطناعي

إذا ثبت موت المريض بعد أن بدا المخ في التحلل فان وقف أجهزة الإنعاش من قبل الطبيب لا يعد قتلا عمديا ، و هو نفس الاتجاه الذي تبناه مجمع الفقه الاسلامي في قراره الصادر في 16اكتوبر 1986 بعمان وفق لما تم بيانه سابقا.

أما عن موقف المشرع الجزائري فلم يوضح المعيار المعتمد لتحديد لحظة الوفاة ، كما لم يتعرض للضمانات القانونية لإيقاف أجهزة و لا العقوبات المقررة على اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون الصحة .

وهو نقص لا بد من تداركه كما هو معمول به في بعض الدول المتطورة على الولايات المتحدة الأمريكية ،و بعض الدول الأوروبية .

الفرع الرابع استمرار وسائل الإنعاش الاصطناعي

لا يثير هذا الاستمرار أي إشكال لأنه يستهدف مجرد المحافظة على القيمة الحيوية للأعضاء .

المطلب الرابع القتل بدافع الشفقة

إذا كانت جميع الآراء تجمع على الاعتراف للفرد بحقه في الحياة فهي مختلفة اختلافا شديدا من حيث الاعتراف له بحقه في الموت .

إن الإشكال الذي يثور في هذا الباب يتعلق خاصة بوقف أجهزة الإنعاش للاستفادة من الأعضاء البشرية ، ألا يمكن أن تشكل هذه العملية غرضا يبيح القتل بدافع الشفقة فما هو موقف التشريعات من هذه المسالة و كيف تعاطى المشرع الجزائري مع هذه الجريمة ؟

الفرع الأول موقف القوانين المقارنة

ذهبت بعض التشريعات العالمية إلى حضر هذا النوع من الممارسات على غرار المشرع الفرنسي الذي اعتبر القتل بدافع الشفقة جريمة قتل عمد متوافرة الأركان ، و هو نفس المسلك الذي اتبعه القضاء الفرنسي من خلال حكم محكمة النقض الفرنسية ، في حكمها الشهير سنة 1950 في قضية طفل ولد لستة اشهر من الحمل و الذي رفضته أمه ، فتركه الطبيب يموت ، فأقرت المحكمة بمسؤولية الطبيب جزائيا لأنه لم يقدم المساعدة لطفل في خطر له حظ معقول من الحياة .

كما ذهبت الولايات المتحدة إلى رفض هذه الممارسة ، فقررت المحكمة العليا الأمريكية بأنه لا وجود لحق دستوري في الموت .

إلا أن التشريع الهولندي خرج عن القاعدة فأباح هذه الممارسة حيث صادق البرلمان الهولندي على ذلك بتاريخ 2000/11/28 على قانون يبيح القتل بدافع الشفقة .

الفرع الثاني موقف القوانين العربية

ذهبت اغلب التشريعات إلى منع هذه الممارسة و اعتبرتها جريمة قتل عمدية بينما اعتبرتها أخرى جريمة قتل موجبة لظروف التخفيف كقانون العقوبات السوري ، والمشرع اللبناني و المصري و السوداني .

الفرع الثالث موقف المشرع الجزائري

لم يتعرض لها المشرع الجزائري لذا اعتبرها جريمة قتل عمد تسري عليها نصوص المواد 254 قانون عقوبات جزائري و المادة 273 قانون عقوبات جزائري التي تمنع منعا باتا مساعدة الغير على الانتحار .

الفرع الرابع موقف الشريعة الإسلامية

يعد قتل الرحمة من منظور الشريعة الإسلامية قتلا للنفس التي حرم الله إلا بالحق لقوله تعالى " و لا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما"

المبحث الثاني
أحـــــــكام رضـــــاء المتـــــــــوفى

ذهب الفقه المعاصر بان الوصية بالمنافع جائزة شرعا ومنها الوصية بالأعضاء الآدمية و بجثة المتوفى لأغراض علمية وطبية و كذا علاجية ، بل أكثر من ذلك فان هذه المسالة تغذيها اعتبارات اجتماعية و إنسانية .

كما أنها لا تتعارض مع النظام العام و لا مع أحكام الشريعة الإسلامية ،لكن بشرط أن تكون هذه الوصية صادرة من شخص مكلف بالغ عاقل و أن يكون هذا الأخير أيضا راضيا مختارا بان صدر منه رضاء حر متبصر مستنير و صريح بإقرار كتابي .

إن مسالة الإذن بالاستئصال أصبحت تثير الكثير من الجدل القانوني و هو ما سنحاول التطرق إليه في هذا المبحث حيث خصصناه إلى البحث في موقف المشرع الجزائري و بعض التشريعات الوضعية الأخرى لنتحول إلى البحث في الإشكالات التي تثيرها حالة الاستعجال و الضرورة .

المطلب الأول الرضاء الصريح

تكون إرادة المتوفى معبر عنها إما إيجابا بقبوله للاستقطاع و إما سلبا برفضه لذلك الاستئصال ، و أيا ما كانت هذه الإرادة فلابد للأطباء من احترامها و إلا كانوا عرضة للمسائلة الجزائية ،بجريمة انتهاك حرمة الجثة المعاقب عليها بموجب نص المادة 153 من قانون العقوبات الجزائري .

غير أن الإشكال الذي يطرح في هذا الباب يتعلق بمسالة الشكلية المتبعة في الحصول على رضاء المتوفى ،فهل يكفي صدور التعبير عنها كتابة ام شفاهة؟ و ما هو موقف المشرع الجزائري من اشتراط الشكلية ؟ و هل يملك الورثة الحق في الاعتراض على الوصية؟

الفرع الأول موقف المشرع الجزائري من الرضاء الصريح

لقد كان الاتجاه السائد لدى المشرع الجزائري يأخذ بمبدأ الشكلية وفق نص المادة 164 الا انه تراجع عن ذلك في التعديل الجديد وفقا لنص المادة 164 في فقرتها الثانية ، ويرجع سبب ذلك لرغبة المشرع الجزائري في تبسيط الإجراءات للحصول على اكبر قدر من المتبرعين ، و هو بذلك قد انتهج نفس النهج الذي أخذه المشرع الفرنسي الذي يبيح استئصال بناءا على قرينة الرضاء الضمني بسبب السرعة التي تقتضيها هذه العملية ،تفاديا لتلف الأعضاء .

كما لا يمكن من الناحية الأخلاقية تصور تقديم الطبيب طلب الحصول على الموافقة للمريض و هو يحتضر .

إلا انه وضع استثناءات عن القاعدة و هي تلك التي تتعلق بالاستئصال من جثة القصر و عديمي الأهلية أين فرض موافقة الوالدين المعبر عنها كتابة ، و في حالة غيابهما تنتقل إلى الولي الشرعي .

لكن الملاحظ على موقف المشرع الجزائري في نص المادة 165 قانون 05/58 بمنع الاستئصال في حالة رفض المتبرع لذلك كتابة ، وكذلك أوصى ثم عزف عن ذلك في تاريخ لاحق ،مما يعد عدولا يأخذ بيه إذا صدر بالشكلية نفسها التي صدرت بها الوصية.

و ما يمكن ملاحظته من خلال البحث في موقف المشرع الجزائري نجده قد دخل في تناقض لا طائل منه كما انه ترك فراغان قانونية فاغفل شرط اكتمال الأهلية، وكيفية الحصول على الموافقة وشكل الوثيقة التي تفرغ فيها و الشهادة عليها كيفية العدول عنها .

الفرع الثاني حكم انتقال الحق للورثة

اذا لم يكن المتوفى قد أوصى بجثته أو بجزء منها ، انتقل هذا الحق إلى أسرته فهم النواب الشرعيون للمنوفي ، لان في ذلك حماية لحرمة الميت و كرامته كما أن هذا الفعل يؤثر فيهم معنويا بسبب رابطة الدم التي تجمع الأسرة .

و هو ما أشارت إليه المادة 164 "اذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته فانه لا يجوز الاستقطاع إلا بعد موافقة احد أعضاء الأسرة من الأصول ، أو احد الزوجين ، أو الولي الشرعي .

لكن ما يلاحظ على نص هذه المادة يتعلق بالبحث في المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري في هذا الترتيب ، فهل يتطلب المر موافقة الأكثرية بإقرار كتابي وهو ما من شانه تعطيل عملية النقل ، أم إن الترتيب أولوية فيما بين الطبقات وليس كذلك فيما بين أفراد الأسرة في نفس الطبقة ؟ فما العمل إذا افترضنا موافقة الأب و رفض لام و هو نفس الأمر في حالة تعدد الزوجات؟ لذا نناشد المشرع الجزائري بالتدخل لسد هذا الفراغ.

المطلب الثاني الرضاء الضمني

تقوم هذه الفكرة على إن عدم اعتراض المتوفى عن الاستقطاع حال حياته يجعل منه في موضع الشخص الذي قبل هذا لاقتطاع ، لكن مباهي الإشكالات التي تثيرها مسالة الاستئصال خاصة في حالة الاستعجال؟.

الفرع الأول موقف المشرع الجزائري

اخذ بقرينة الرضاء الضمني و الاستثناء الموافقة الصريحة المأخوذة من آسرة المتوفى إذا كان قاصرا أو عديم أهلية .

الفرع الثاني الاقتطاع في حالة الاستعجال

إذا كان الأصل في الاستئصال من جثة المتوفى يقوم على قرينة الرضاء الضمني منه و الصريح من أهله في حالة القصر و عديمي الأهلية على وجه الخصوص ،فان المشرع الجزائري أود استثناءا على هذه القاعدة وفقا لنص المادة 164 في فقرتها الثالثة ، وهو ذلك المتعلق بالاستئصال في حالة الاستعجال ، شرط أن يكون العضو المراد استئصاله قرنية أو كلية ، و تعذر اتصال بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين ، ووفقا للمعايير التي تحددها اللجنة الطبية .

إن الإشكال الذي يطرح في هذا الباب يتعلق بخطورة النقل إذا كان الدم ملوثا ، و كذا عدم الحصول على إذن الورثة يشكل مخافة شرعية موجبة للعقوبة و ان كان القانون يبيحها.

المطلب الثالث تأميم الجثة

أجازت الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية تأميم جثة من لا أهل لهم لتحقيق إغراض علاجية و للبحث العلمي،لكن ألا يشكل ذلك امتهانا لجثت الموتى؟

الفرع الأول موقف الشريعة الإسلامية

أباح الفقهاء هذه الممارسة بناءا على قاعدة الضرورات تبيح المحظورات لكن بشرط الحصول على إذن ولي أمر المسلمين

الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري

لم يتعاطى المشرع الجزائري مع هذه المسالة إطلاقا رغم أهميتها كمصدر للأعضاء البشرية.

المطلب الرابع الاستئصال من جثت المحكوم عليهم بالإعدام

إن هذه المسالة أثارت الكثير من الإشكالات الشرعية و القانونية ، فهل يكفي ارتكاب الشخص لجرم معاقب عليه بالإعدام حتى يصبح جسده مستباحا ؟

الفرع الأول موقف الشريعة الإسلامية

لقد أفتى بعض العلماء بعدم جواز ذلك إلا إذا تم ذلك بناءا على رغبة المحكوم علية كصدقة جارية ، أما البعض الأخر فأجاز ذلك في حالة الضرورة و لان دم المحكوم عليه يأخذ نفس وصف المهدور دمه .

الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى هذه النقطة و ذلك ربما لان تنفيذ حكم الإعدام موقوف التنفيذ ألان و حتى لو جزمنا بإمكانية تنفيذه فسيؤدي إلى تلف أعضاء المحكوم عليه لأنه يتم بإطلاق الرصاص .

الخـــــــــــاتمة

لقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة المستفيضة لمجمل الإشكاليات الشرعيـــة و القانونية الناجمة عن عملية نقل و زراعة الأعضاء البشرية من الأحياء أو تلك التي تقوم على فكرة الاستئصال من جثث الموتى، حجم الصعوبات التي تثيرها هذه الممارسة، و التي تعد بداية انعكاس و ترجمة للتجديد الـــذي تعرضـــت لـــه المبـــادئ القانونـــيـــة و الأخلاقيـــة و الدينية التي كانت سائدة في التنظيـــم القانوني للحق في السلامة الجسدية، و هو الأمر الذي دفع أغلب التشريعات إلى نفي التوجه الذي ينادي بضرورة التخفيف من المبدأ لرأب الصدع و الهوة التي تفصل حتمية التطـــور العلمـــــي فـــــي المجال الطبي و البيولوجي، و ما قد يتتبع من مساس بمكونات الجسم البشري، و بين حرمة هذا الأخير و ضرورة الحفاظ على كرامته التي تقتضي عدم جواز ابتذاله يجعل مكوناته من أعضاء بشرية بمثابة المادة الخام التي يمكن الاستعانة بها في الأبحاث العلمية و الصناعات البيوتكنولوجي.

فإذا كان علم أخلاقيات العلوم الإحيائية، حاول كبح جمـــاح مختـــلف الممارســـات الطبية و العلمية على غرار عمليات نقل و زراعة الأعضـــــاء البشريـــة، و التي أحدثتها الطفرة الهائلة في المجالات الطبية العلمية و التكنولوجية الحديثة، عن طريق وضع الإطار القانوني و الأخلاقي الذي يضبطها، و تفعيل الأثر المبيح للرضاء كأحد أهم ركائزها، فإن هذا الاتجاه لم يفلح حقيقتـــه فـــي رأب ذلـــك الصـــدع و الهوة بين جوهر هذه المبـــادئ و مضمون عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية مـــن جهة، و بين مقتضيات الحماية الواقعية الواجب توفيرها للجســـم البشـــــري بكافـــة عناصـــره و مشتملاته من ناحية أخرى.

و في مقابل ذلك، فإنه ليس من الملائـــم تـــرك مسألـــة تنظيم عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية رهنا للقواعد الأصوليـــة و المبـــادئ العامـــة المستقـــر عليها في القانون المدني و الجنائي، لأنه من شأن ذلك أن يزيد المسألة تعقيدا و يؤدي في الأخير لنتائـــج عكسيـــة و هو ما لاحظناه من خلال قصور تلك المبـــادئ و القوانـــيـــن و عجزها عن استيعاب العديد من أنماط السلوك الطبي و العلمي التجريبي و الصناعي التجاري الماس بأدق المكونات الجسمانية للهرمونات و الخلايا و الأمشاج و اللقائح الآدمية...

و الواقع أن الحل الأمثل الذي يمكن من تدارك هذا الفراغ الكبير، الذي يفصل عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية عن مقتضيات الحماية القانونية و الشرعية و الأخلاقية للأعضاء البشرية كمكونات للجسم البشري و ما ينجم عن هذه الممارسة من إشكاليات شرعية و قانونية، و هو أمل لن يتأتى في نظرنا إلا باعتماد بعـــض الأســـس، و التوصيات التي نرى أنها أمر لا مناص منه لإعادة التوازن المفتقد بيـــن هذه الممارسة و الحقائق الواقعية العملية:

- لابد من الإسراع في وضع تشريع بيوأخلاقي مستقل عن قانون حمـــايـــة الصحة و ترقيتها يتضمن معالجة كافة الجوانب الأخلاقية و الشرعية و الفنية لعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية، و كذا كافة الممارسات الطبية المستحدثة الأخرى مع تدعيم

هاته النصوص القانونية بمجموعة من العقوبات الجزائية حتى تضمن السهولة في تكييف المسؤولية الجزائية من جهة و ضمان عدم حياد هذه الممارسات عن أطرها المشروعة، وفقا للخصوصية الاجتماعية و الثقافية للمجتمع الجزائري.

- تكثيف الجهود الوطنية و الأبحاث و الندوات على المستوى الإقليمي، خاصة فيما يتعلق ببرامج التنفيذ المختلفة، و تكوين لجان متخصصة في مختلف مجـــالات نقل و زرع الأعضاء البشرية، تتولى تقديم الاستشارات الفنية و القانونية عن طريق إشراك المقتدرين على المساهمة في دعم برامج نقل و زراعة الأعضاء البشـــرية و الحرص على إشراك جميع الفعاليات، من رجال الطب و القانون و الدين، وكافة الأطياف السياسية و حركات المجتمع المدني.
- بذل الجهود اللازمة لتوعية الجهود و حثهم على المشاركة فـــي دعـــم برامـــج التبـــرع و الوصية بالأعضاء الآدمية، بتكثيف الحملات الإعلامية عن طريق وسائل الإعلام المختلفة بالاستعانة برجال الدين أشرفي نفوس الأمة.
- كما أنه لابد من تفعيل دور الرضاء الحر المتبصر المستنير بالنسبـــة للمتبرعين الأحياء و مثل هذا الحكم لابد من أن ينصرف إلى الأموات، إذ لابد من احترام ضعفهم و عدم تمكنهم من التعبير عن إرادتهم و رغباتهم، و لا يحق لأي كان السماح بانتهاك حرمة هذه الجثث، إلا إذا عبر المتوفى عن قبوله بذلك صراحـــة و لا يجوز للورثة الإذن بالاستئصال من جثة مورثهم إذا لم يعبر عن ذلك في حياته أو قبل مماته، باعتبار أن الجثة لا تدخل في مشتملات و عناصر التركة إذ هي ليست مالا يقبل التصرف لذلك، ولتلافي أي شبهة قد تثور بمناسبة الاستئصال من جثث الموتى، نرى ضرورة اعتماد نظام بطاقة التبرع بالأعضاء و تعميمه أسوة بما هو متبع في نظام بطاقة التبرع بالدم.
- كما ننادي بضرورة اعتماد المشرع الجزائري للمعيار الشرعي للوفاة حتى لا تهدف سوى تحقيق أغراض قد تفتح باب الشبهة و الريبة.
- كما يجب على المشرع التدخل عن طريق توفير جميع الوسائل المادية و البشرية، للمساهمة في الرقي بهذه الممارسة، بالإضافة إلى تفعيل دور الوكالة الوطنية للتبرع

بالأعضاء البشرية، و كذا وضع إطار تنظيمي واضح بشأن لائحة الانتظار، كما فعل المشرع الفرنسي.

و أخيرا و في ظل قلة عدد المتبرعين بالأعضاء البشرية سواء من الأحياء أو من الجثث، ندعو المشرع الجزائري إلى اعتماد طرق الطب الوقائي كوسيلة بديلة كفيلة، بتقليل الطلب على الأعضاء البشرية، و ذلك بانتهاج أسلوب التوعية الصحية الموجهة نحو المحافظة على الصحة، و الوقاية من الأمراض و الحث على تعديل بعض أنماط السلوك الاجتماعي السلبية الناتجة عن تغير العادات الغذائية و الخمول و عدم ممارسة النشاطات الرياضية.