الاتجار بالأعضاء البشرية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الاتجار بالأعضاء البشرية

دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

مكتبة تخصص فقه أصول
شارة ثبت ٤٣٢١٤
رقم:

المؤلف

جبيري ياســـين

ماجستير في الشريعة والقانون

2015

دار الجامعة الجديدة

٣٨-٤٠ ش ســوتير - الأزاريطة - الإسـكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد الله وكفى والصلاة والسلام على النبي المصطفى

الحمد والشكر والفضل وكل الامتنان لصاحب العزة المنان.

إنه من دواعي الغبطة والحبور أن وفقني الله تعالى إلى إتمام هـذا العمـل المتواضع، ذلك بفضل توجيه ونصائح المشرف الفاضل ذو الأخلاق النبيلـة، والخصال الحميـدة، مـشرفي الأسـتاذ الـدكتور الفاضـل: بلقاسـم شـتوان، والذي لم أجد منه إلا رحابة الصدر، وسعة البـال، وكـريم الخلـق في إسـداء النصح والإرشاد والتوجيه وتقديم الاستشارة مع الصبر والأناة والتي كانت تزيدني ثقة وسيرا مطمئنا إلى بلـوغ غايـة المـرام، وإخـراج هـذا العمـل عـلى أحسن وجه، فجزاه الله عنا خير الجزاء.

الإهداء

الشكر والعرفان ممدود لله عز وجل الذي وفقنا لهذا أولا

ثم إلى الوالدين العزيزين اللذين كانا توفيقي وسدادي بسبب

دعواتهما، وإلى جنبهما زوجتي ورفيقة دربي وسندي في الحياة

إلى كل الإخوة، وابني، وابنتي

إلى كل من يتطلع إلى سيادة الشريعة الإسلامية

وعمل من أجل ذلك.

إليهم جميعا،

أهدي هذه الأطروحة.

مقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على النبي المصطفى المختار وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

لقد فضل الله سبحانه وتعالى الإنسان وكرمه وأودع فيه سر خلقه ما يحميه إلى حين ﴿**ولقد كرمنا بني آدم**﴾، وقوله تعالى: ﴿**لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم**﴾، وكان من علامات التفضيل هبة العقل، التي بواسطتها كشف أسرار الكون والوجود في البحث عن المعرفة والسعي نحو الحقيقة، والعمل على حل المشاكل والمعضلات وتفسير نواميس الكون.

ومن بين المعضلات التي يكافح الإنسان من أجل حلها، ويناضل من أجل القضاء عليها الأمراض المزمنة والأوجاع والآلام، والتي لا يزال البعض منها يعتبر حلقة من حلقات الصراع بينها وبين العلماء والأطباء. ويعتبر نقل الأعضاء من الأصحاء أو من الأموات، وزرعها في أجساد المرضى المحتاجين إليها من أهم الوسائل للقضاء على تلك الأمراض، حيث لم تكن هذه الطرق معروفة إلى عهد قريب، ولم تظهر إلى الواقع العملي إلا في السنوات الأخيرة.

فاستطاع العلماء في ظل تطور عامل التقنية والتكنولوجيا من تحقيق أكبر إنجاز طبي في تاريخ البشرية، والذي يتعلق بحياة الإنسان وصحته، حيث استطاع الجراحون من استبدال أعضاء بشرية تالفة لا تؤدي وظيفتها بالكفاءة المعهودة بأعضاء بشرية سليمة منقولة من موتى أو من أشخاص أحياء. فزراعة الأعضاء من مفخرة انجازات هذا القرن، وهي أحد الانجازات العظيمة في صراع البشرية ضد الأسقام والأدواء.

فقبل صدور القوانين المنظمة لنقل وزراعة الأعضاء، واجه الفقه صعوبات جمة في التعاطي مع هذه النازلة -سواء من الجانب القانوني، الأخلاقي، أو الاجتماعي- والتي لم تعرف لها البشرية مثيلا، وظل مترددا بين اعتبارها أعمالا مشروعة أو غير مشروعة. لكن بعد أن وجدت عمليات نقل وزراعة الأعضاء مكانها في طيات قوانين

الدول التي أقرتها، أصبح البحث في مشروعيتها أمرا لا صعوبة فيه. وظل المشكل منحصرا في التصرفات غير المشروعة الواردة على تلك الأعضاء المنفصلة أو المنتزعة من أصحابها بهدف زرعها في أجساد من يحتاجون إليها.

ولعل أبشع تلك الصور، التي تهتز لها النفوس وترتعد لها الفرائس هي عمليات المتاجرة بتلك الأعضاء بحثا عن المنافع المادية وبشتى الطرق. فممارسوها أصبحوا في صورة أشد من سفاحي الدماء و مصاصيه .حيث يتم الاستيلاء على العضو البشري عن طريق انتزاعه من صاحبه حيا كان أم ميتا-لأن بعض الأعضاء يتم تحصيلها سليمة حتى من أجساد الموتى- والتصرف فيه وفق مقتضيات تبادل السلع حسب مبدأ العرض والطلب ومن ثم يحدد السعر من خلال ذلك.

ونهدف من وراء هذا البحث إلى إلقاء الضوء على هذه الظاهرة ولو بشكل جزئي، وتحليل المواقف التشريعية والفقهية في المسألة باعتبارها نازلة وجب تحديد أحكامها وأطرها.

أولا: أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع فيما يلي:

1- من حيث حداثة الطرح والثغرات التي يطرحها والتي يجب ملئها تشريعيا من أجل سد الطريق عن مثل هذا النوع من الإجرام.

2- كون الموضوع يناقش ظاهرة إجرامية حديثة جدا، لم يتسن بعد للعالم الإحاطة بتداعياتها وأبعادها الحقيقية وتأثيراتها على الكرامة والطمأنينة الإنسانية.

3- كما أن الموضوع يأصل للنظرة الإسلامية التي واكبت التطور العلمي منذ بداياتها الأولى، ويثبت قدرة الشريعة على احتواء كل المستجدات وفي جميع الميادين، وهو ما يطلق عليه فقه النوازل والذي هو فقه خاص ينهض بهذا الجانب، وذلك ردا على من يكيل التهم للشريعة الإسلامية بالجمود، وبأن الزمن قد عفا عنها .

4- كما تظهر أهمية الموضوع في تسليط الضوء على أهم المواقف في القوانين الوضعية والقانون الجزائري بخاصة من هذا النوع من الإجرام، ومدى مواكبته للتطورات التشريعية من جهة، والنسق العلمي والبحثي المتسارع من جهة أخرى.

ثانيا: إشكالية البحث:

تظهر الإشكالية الأساسية للبحث حول حكم الاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القوانين والتشريعات الحديثة وموقف المشرع الجزائري منها، وبالمقابل موقف الفقه الإسلامي من هذه النازلة من جهة، ومن جهة أخرى بحث أهم النتائج المترتبة عن ذلك من أفعال مشروعة وغير مشروعة تتبع هذا الحكم وترتبط به.

وللإجابة على هذه الإشكالية تقتضي منا تفريعات إلى التساؤلات الآتية:

- ما هو حكم بيع بالأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية والقانون الجنائي الجزائري والقوانين المكملة له ؟
- هل وردت هذه الجريمة فعلا في النصوص الجنائية، وهل تناولتها القوانين الخاصة أم أنها محل بحث تشريعي ؟
- ما حكم التصرفات الواردة على العضو البشري في ظل هذه الأحكام، وما تكييف الفقه الإسلامي لها ؟
- ثم أن العضو البشري المنفصل هل يأخذ صفة الأموال أم أنه يبقى مضافا للإنسان في حال انفصاله ؟
- ما هي العقوبات التي أقرتها الشريعة الإسلامية درءا لمخاطر الظاهرة وأهم العقوبات التي نصت عليها التشريعات الوضعية والقانون الجزائري بخاصة؟

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

من بين الأسباب التي جعلتنا نختار هذا البحث ما يأتي ذكره:

- إثراء الفقه الجنائي في مثل هذه المسائل المستحدثة، والتي قد تشجع على الخوض في مسائل القانون الجنائي الخاص والذي لا تزال الدراسات فيه شحيحة وقليلة.

- الرد من خلال هذا البحث على مقدرة الشريعة الإسلامية على مواكبة ومجاراة جميع الأحداث في جميع أبعادها التشريعية أو التنظيمية أو الوقائية.

- معرفة إحدى الآليات في معالجة المستحدث من الأمور ألا وهو فقه النوازل، إضافة إلى دراسة النقائص التشريعية الوضعية ومحاولة تقويمها من خلال أمثال هذه البحوث والدراسات.

-حاجة الفقه الجنائي الخاص في الإثراء من مثل هذه الدراسات المتخصصة وفتح آفاق دراسات أكثر تخصصا.

- معرفة موقف الفقه الإسلامي من هذه النازلة وكذا تحليل التشريع الجزائري لها، والخروج بنتائج عملية وواقعية.

رابعا: الدراسات السابقة:

تعد دراسة موضوع الاتجار بالأعضاء البشرية من الدراسات الحديثة جدا والتي لم يتسن للدارسين بحثها بالشكل الموفي والكافي، والدليل على ذلك هو قلة الكتابات إن لم نقل ندرتها.

فما يمكن قوله في كتب القدامى هو عدم تناولها للموضوع لعدم ورودها في واقعهم المعيش، والتي من خلالها سنحاول التأصيل والبحث في تلك المستندات والمنطلقات وإعمال الدراسة والقياس والاجتهاد في هذه المسألة من أجل الوصول إلى الأحكام الصحيحة والمتماشية مع المقاصد الشرعية.

أما الدراسات والبحوث الحديثة نذكر خاصة مداخلة للدكتور **محمد بن يحيى بن حسن النجيمي** في **الجريمة المعاصرة من منظور شرعي، والاتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود** لكاتبه **حامد سيد محمد**، **ونقل وزراعة الأعضاء البشرية** للأستاذة **سعاد سطحي** حيث أفدت أكبر إفادة من مدونها ذاك. وكذا الاعتماد على رأي المجامع الفقهية، والعديد من المؤلفات والرسائل أبرزها **نقل وزراعة الأعضاء البشرية** لكاتبه الجزائري **مروك نصر الدين**، وما يلاحظ في هذا الخضم هو أن هذه الدراسة لم تتعرض مباشرة

لموضوع الاتجار بل تناولت الموضوع على أساس مسائل طبية متعلقة بمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، وعدم تناولها للاتجار بالأعضاء كظاهرة مستقلة جديرة بالملاحظة والدراسة.

كما تم التطرق للموضوع في بعض جزئياته، في بعض من المجلات المحكمة والكتابات المتخصصة كمقالات الدكتور محمد نعيم ياسين وغيره من الباحثين في القضايا الطبية المستحدثة.

خامسا: منهج البحث

اقتضت طبيعة البحث اتباع المناهج التي ذكرها:

- **المنهج التحليلي** : وهذا المنهج سأتبعه في دراسة النصوص المختلفة لاستنتاج الأحكام الصحيحة منها، سواء كانت شرعية أو فكرية أو قانونية.
- **المقارن**: وهو من مقتضى الدراسة لأن الموضوع في الأصل هو مقارن.
- كما سنضطر للاستعانة ببعض المناهج الأخرى والتي تفرضها عناصر في الموضوع، كالمنهج **التاريخي**، والمنهج **الاستقرائي والاستدلالي والاستنباطي**.

سادسا: طريقة كتابة البحث:

1. عزونا الآيات إلى مواضعها في السور، مع ذكر اسم السورة ورقم الآية معتمدين في ذلك رواية حفص عن عاصم. كما بذلنا جهدنا لتوضيح وجه الاستدلال ما أمكن من مصادر التفسير المعتمدة.
2. خرجنا الأحاديث النبوية الشريفة من مصادرها الأصلية. فإن كان الحديث مخرجا من الصحيحين أو في احدهما، اكتفينا بذلك لصحتهما وتلقي الأمة لهما بالقبول، وكذلك خوفا من إثقال الهوامش من غير داع، أما إذا كان الحديث من غير الصحيحين، فاجتهدنا في تخريجه من مصادره، مع ذكر درجته من الصحة أو الضعف، اعتمادا على من حكم عليه من أهل هذا الفن.

3- وثقنا المصادر والمراجع في الهامش، مبتدئين بالمؤلف ثم اسم الكتاب، فمعلومات النشر.

4- إذا استعملنا المرجع أو المصدر ذكرنا سائر معلومات النشر التي تخصه ثم اكتفينا بعد ذلك بذكر المصدر السابق، أو المرجع السابق.

5- اعتمدنا على معاجم اللغة المشهورة في شرح المصطلحات اللغوية.

6- رتبنا الأعلام في الفهرس حسب ما اشتهروا به، مع عدم اعتبار "ال" التعريفية، وكلمات "أبو"، أم ، ابن، بنت

سابعا: صعوبات البحث:

إن جميع الأعمال والتي نبتغي بها رضوان الله ومغفرته، لابد وان تصادفنا فيها صعوبات ومشاق، والحمد لله والمنة له على أن أعاننا على تخطيها، ومن بينها:

1- تشعب جزئيات هذا البحث بين المسائل الطبية ، القانونية، الشرعية، الاجتماعية والسوسيولوجية، مما اقتضى العمل على العديد من الجبهات.

2- قلة المؤلفات إن لم نقل ندرتها ، وضرورة التنقل إلى عدة معارض ومكاتب جامعية كأم البواقي، قالمة، عنابة، تبسة، سطيف وغيرها من الجامعات للبحث على الشذر من المراجع ذات الصلة بالموضوع.

3- حداثة الموضوع، وقلة الدراسات المتخصصة التي تناولته.

4- قلة بل انعدام الدراسات والكتابات في القانون الجزائري ذات الصلة بالموضوع.

ثامنا: خطة البحث

قسمنا خطة البحث إلى مقدمة و ثلاثة فصول وخاتمة.

أما **المقدمة** فقد ذكرنا فيها أهمية هذا الموضوع والإشكالية المطروحة، وأسباب اختيار الموضوع، مع ذكر أهم الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع البحث، ثم المنهج المتبع وطريقة كتابة البحث، بالإضافة إلى ذكر أهم الصعوبات المعترضة في إنجازه:

الفصل التمهيدي حيث تناولنا فيه بعض مصطلحات البحث، حيث بدأت بتعريف مصطلح التجارة لغة قانونا وفقها، ثم التعريف بماهية العضو البشري، ويلي ذلك تبيان أصل هذه التجارة حكما وواقعا.

الفصل الأول: بينا فيه حكم الاتّجار بالأعضاء البشرية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. من خلال تبيان ماهية الاتّجار بالأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون.

و تكييف العضو البشري في القانون والفقه الإسلامي وإيضاح حال الاتجار بالأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الفصل الثاني: تطرقنا فيه إلى الآثار المترتبة عن الاتجار بالأعضاء البشرية سواء من ناحية التصرفات المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية أو التصرفات غير المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية و بينا العقوبات المقررة لها.

الخاتمة: ذكرنا فيها أهم النتائج والمقترحات.

وختاما نشكر أعضاء لجنة المناقشة على رحابة صدرهم وسعة صبرهم في قبول قراءة هذه المذكرة المتواضعة، ومناقشتها، وكل ذلك بقصد تقويمها وإخراجها على الصورة المرضية.

والحمد لله في الختام، كما له الحمد في الأول.

الفصل التمهيدي

التعريف بالمصطلحات الأساسية للبحث

وفيه ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: مفهوم التجارة لغة، قانونا وفقها.
- المبحث الثاني: مفهوم العضو البشري في الفقه والقانون.
- المبحث الثالث: أصل الاتجار بالأعضاء حكما وواقعا.

المبحث الأول

مفهوم التّجارة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف التجارة.

المطلب الثاني :حكم محل التجارة في الفقه والقانون من حيث (مجال التجريم).

المطلب الأول

تعريف التجارة لغة، فقها وقانونا

سوف نبين في هذا المطلب أهم التعريفات للتّجارة لغة، فقها وقانونا، للإحاطة بهذا المفهوم، والاستفادة منه لمعالجة المسائل المرتبطة بموضوعنا وبحثها بدقة وتحديد.

الفرع الأول

التجارة لغة

- جاء في لسان العرب :« تَجَرَ يَتْجُرُ تَجْرًا وتِجَارَةً :باع واشترى، وكذلك اتّجَرَ وهو افتعل وقد غلب على الختّار ،قال الأعشى[مجزوء الكامل] (س1/ 155) :

ولقد شاهدت التاجر الـ أُمان ، موروداً شرابُه

وفي الحديث: من يتّجِرُ على هذا فيصلّي معه. قال ابن الأثير : هكذا يرويه بعضهم وهو يفتعل من التّجارة لأنه يشتري بعمله الثّواب ولا يكون من الأجر على هذه الرواية لأن الهمزة لا تدغم في التاء وإنما يقال فيه يَأْتجر. الجوهري: والعرب تسمي بائع الخمر تاجرا».[1]

---

1 - الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري المصري ،لسان العرب، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ج3، ص82.

- ورد في القاموس المحيط : « التَّاجِرُ : الذي يبيع ويشتري ، وبائع الخمر ، ج: تِجَارٌ وتُجَّار وتَجْرٌ وتُجُرٌ ، كرجالٍ و عُمَّالٍ وصحب وكتب، والحاذق بالأمر ، والنّاقَةُ النّافقة في التِّجارة وفي السّوق، كالتَّاجِرَةِ. وأرض مَتْجَرَةٌ: يتّجر فيها وإليها، وقد تجر تجرا وتجارَة . وهو أكرم تاجِرَةٍ : على أكرم خيل عِتَاق».[1]

- جاء في المعجم الوسيط: « تَجَرَ ، تَجْرًا وتِجَارَةً: مارس البيع والشّراء ، ويقال: تجر في كذا. تاجرَ فلان فلانا: اتَّجَرَ معه . واتَّجَرَ: تَجَرَ . التّاجر : الشخص الذي يمارس الأعمال التجاريّة على وجه الاحتراف، بشرط أن تكون له أهليّة الاشتغال بالتّجارة.

- الحاذق بالأمر، والعرب تسمي بائع الخمر: تاجرا. ج تَجْر، وتِجار، وتُجَّار.

التّاجرةُ مؤنث التّاجر،ويقال سلعة تاجِرَة: رائجة. ج تَواجِرُ.

التّجارة: ما يُتَّجر فيه.و –تقليب المال لِغَرَض الرّبح .و – حرفة التَّاجِرِ.

المَتْجَرُ : مكان التِّجارة. ويقال بلد مَتْجَرٌ: تكثر فيه التجارة وتروج. ج متَاجر».[2]

- وأتي في ذكر التّجارة في المنجد في اللّغة والأعلام : « تَجَرَ –تَجْرًا وتِجَارَةً وتاجَرَ و أَتْجَرَ و اتَّجَرَ تعاطى التِّجَارَة. التَّاجِرُ ج تِجَار وتَجَّار وتَجْر: من يتعاطى التّجارة، كان العرب يسمون بائع الخمر تاجِرا، و ج تَواجر الرّائج. يقال " بضاعة تاجِرة" أي تنفق في السّوق ، وضدها كاسدة.

التّجارة : البيع والشّراء بغرض الرّبح ، ما يتّجَرُ به .المتْجَر: التّجارة، ما يتّجَرُ به. ومنه" وصنعته في متْجَرِ الحمد رابحة". المَتْجِرَةُ ج متاجر : موضع الاتِّجار .يقال " أرض مَتْجِرَة: أي يتّجر فيها وإليها».[3]

إذن فالتِّجارة بكسر التاء هي ما يُتَّجر به.[1]

---

1 - مجد الدّين محمد بن يعقوب الفيروزأبادي، القاموس المحيط، ط4، دار المعرفة، بيروت، 1430هـ- 2009 م، ص151.

2 - إبراهيم مدكور ، المعجم الوسيط، ط2، د.ن، القاهرة، 1392هـ-1972، ص102.

3 - دار المشرق، المنجد في اللغة والأعلام ، دار المشرق ، بيروت، الطبعة 41، 2005، ص 59.

- وتلتقي التّعريفات الآنفة الذّكر في أن التِّجَارَةَ هي عمل البيع والشّراء والتي يتصور غالبا من ورائها الرّبح.

- والتِّجَارَةُ والاتِّجَارُ لغة مشتقان من مصدر واحد، يحملان نفس المؤدّى، ومحترف التّجارة يدعى تاجرا، وذلك لتمييزها عن غيرها من التصرّفات كالبيع الذي يقوم به عامة النّاس.

الفرع الثاني

التجارة في الفقه الإسلامي

إن للتّجارة معان متعدّدة سواء في النصوص القرآنية، أو في السّنة المشرّفة، إضافة إلى أن هناك فرقا جليّا بين التجارة والبيع، لما يثيره المصطلحان من تقارب. كل ذلك سنورده فيما يلي:

البند الأول – التجارة في القرآن والسنة

جاءت التّجارة في القرآن على معان عدّة منها:

الفقرة الأولى- التجارة المعنوية : قال تعالى:

(يا أيها الذين آمنوا هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم(10) تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله بأموالكم وأنفسكم ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (11) يغفر لكم ذنوبكم ويدخلكم جنات تجري من تحتها الأنهار ومساكن طيبة في جنات عدن ذلك الفوز العظيم(12) وأخرى تحبونها نصر من الله وفتح قريب وبشر المؤمنين ﴾[2] يتبين من الآية أنّها التّجارة الرّابحة ، ألا وهي الجهاد في سبيل الله تعالى بالنفس والمال.

---

1 - إبراهيم محمد حسين الشويخ،الإشارة إلى فقه البيع والتجارة، الجزء الأول،المعتز للنشر والتوزيع ،عمان ،1429هـ - 2008 م، ص17.

2 -سورة الصف، الآيات 10-13.

وفي المقابل بيّن سبحانه التّجارة الخاسرة ، في قوله سبحانه وتعالى في حقّهم: ﴿ **أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين** ﴾.[1]

وقال عز وجل: ﴿ **أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة فما أصبرهم على النار** ﴾.[2]

فالمفهوم الأول للتّجارة هو التّجارة المعنويّة، بمعنى الجهاد في سبيل الله وتقديم أغلى ما يملك الإنسان؛ النّفس ثم المال ابتغاء رضا الله وثوابه.

الفقرة الثانية- الفضل بمعنى التجارة[3]: وقال الشّيخ الشّنقيطي رحمه الله: «ولا خلاف بين العلماء أن الفضل هو ربح التّجارة»[4]، وقد جاء ذلك في القرآن في مواضع عدّة ، منها قوله تعالى : ﴿ **ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فإذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم وإن كنتم من قبله لمن الضالين** ﴾[5] .

وقوله تعالى: ﴿ **إن ربك يعلم أنك تقوم أدنى من ثلثي الليل ونصفه وثلثه وطائفة من الذين معك والله يقدر الليل والنهار علم أن لن تحصوه فتاب عليكم فاقرءوا ما تيسر من القرآن علم أن سيكون منكم مرضى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله وآخرون يقاتلون في سبيل الله فاقرءوا ما تيسر منه وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأقرضوا الله قرضا حسنا**

---

1 – سورة البقرة، الآية 16.

2 – سورة البقرة، الآية 175.

3 – ينظر إلى إبراهيم محمد حسين الشويخ ،المرجع السّابق، ص19.

4 – محمد الأمين المختار الجكني الشنقيطي، أضواء البيان، الجزء الأول،مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1413هـ- 1992م، ص121.

5 – سورة البقرة، الآية 198.

وما تقدموا لأنفسكم من خير تجدوه عند الله هو خيرا وأعظم أجرا واستغفروا الله إن الله غفور رحيم ﴾[1].

ومعنى قوله تعالى: ﴿ من فضل الله ﴾ هو التّجارة.

وقال أيضا : وأشار في آيات أخرى إلى أن ربح التجارة، كقوله تعالى: ﴿ وآخرون يقاتلون في سبيل الله ﴾ .أن الضّرب في الأرض عبارة عن السّفر للتّجارة، فمعنى الآية : يسافرون يطلبون ربح التّجارة، وقوله تعالى : ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون ﴾[2]أي بالبيع والتجارة بدليل قوله قبله: ﴿ وذروا البيع﴾ أي فإذا قضيت صلاة الجمعة فاطلبوا الربح الذي كان محرّما عليكم عند النّداء لها.

والإسلام أولى التّجارة درجة عظيمة ، فالمجاهد والتاجر يتشابهان في أمور عدّة:

منها أن المجاهد يبذل جهدا عظيما ويتوخّى النّتائج من نصر أو هزيمة على الله سبحانه وتعالى،وكذا التاجر، فهو يبذل جهده في ترتيب أموره، وجلب بضائعه،ووضع أمواله ، ولا يدري هل إلى ربح أو خسارة، وينتظر النّتائج من الرّزق من الله سبحانه وتعالى ،مصداقا لقوله صلّى الله عليه وسلّم: (ما من جالب يجلب طعاما إلى بلد فيبيعه بسعر يومه إلا كانت منزلته عند الله منزلة الشهداء، ثم قرأ رسول الله ﷺ وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله).[3]

من ذلك يتبين المعنى الثّاني للتّجارة، وهو الفضل كمستعمل في الآيات والأحاديث النّبوية ، وهو مرادف لربح التّجارة والجهاد على حد سواء.

---

1 - سورة المزمّل، الآية 20.

2 - سورة الجمعة، الآية 10.

3 - علي بن عمر الدارقطني، السنن، ط4 ،عالم الكتب، بيروت، 1406هـ-1986م، الجزء 3 ، كتاب البيوع، باب:(إباحة التّجارة)، ص7.

الفقرة الثالثة- الطيبات بمعنى التجارة: وقد فسّر الإمام مجاهد رحمه الله تعالى الطّيبات بالتّجارة،[1] في قوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم واشكروا لله إن كنتم إياه تعبدون**﴾[2] . وقوله أيضا : ﴿**يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ولستم بآخذيه إلا أن تغمضوا فيه واعلموا أن الله غنيٌ حميد**﴾[3].

ولقد يكاد يجمع أهل العلم على أنّ التّجارة وعمل اليد من أفضل الأعمال قربة إلى الله سبحانه وتعالى، فهذا ابن عمر رضي الله عنهما يقول: " ما خلق الله موتة أموتها بعد الموت في سبيل الله، من الموت بين شقّي رحلي، أبتغي من فضل الله ضاربا في الأرض".[4]

فالمعنى الثّالث للتّجارة هنا في النّصوص الشّرعية، اتّسع ليضم مدلولها الطيّبات من الرّزق.

الفقرة الرابعة: التجارة بالمعنى الذي جرى عليه العرف: وهي التي نباشرها بالبيع والشّراء، ونرى من يمارسها من التّجار ، وهي المعنية بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ **إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها**﴾[5] وفي قوله جلّ وعلى : ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[6].وقوله أيضا: ﴿ **وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾[7] .

---

1 - أبو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى، دار الفكر ، د ت ، كتاب البيوع،باب: (إباحة التجارة)، الجزء 5، ص263.

2 - سورة البقرة، الآية 172.

3 - سورة البقرة، الآية 267.

4 - إبراهيم محمد حسين الشويخ، المرجع السابق، ص22.

5 - سورة البقرة، الآية 282.

6 - النساء، الآية 29 .

7 - سورة البقرة، الآية 275.

ولعلّ اشتغال النّبيّ ﷺ قبل البعثة في تجارة السّيدة خديجة دليل على تفوّق النبي ﷺ بالتّجارة ، ولولا انشغاله بالرّسالة والدعوة لظهرت مواهبه في التّجارة جلية في حياته.

ولا غرو إذا باشتغال الصّحابة في التّجارة إذا ،مثل أبي بكر والخلفاء الراشدين، ولو لا انشغالهم بالفتوح وسياسة شؤون الأمّة لأخذت التجارة منحى آخر في صدر الإسلام، إلى أن اختلط العرب بالعجم اختلاطا كبيرا في العصر العباسي وأخذوا ينافسون الآخرين في الأعمال التّجاريّة.

وكان السلف يبتعدون عن شؤون السّياسة والحكم ، فيلجأون إلى التّجارة لما فيها من التوكّل على الله تعالى، والبعد عن أسباب الظّلم، وتحقيق الرّزق الطيّب.[1]

يتّضح من ذلك، جنوح وتفضيل السّلف الصّالح والصّحابة، رضوان الله عليهم جميعا ورحماته، و ولعهم بالتّجارة لأنّها كانت من الممارسات التي تغني، وتعين، وتسهم في إعداد الجيوش والعدّة لخوض أتون الفتوح الإسلاميّة وإعلاء كلمة الحق. وهذا هو المعنى المقصود بمفهوم التّجارة في درجتها الرّابعة.

البند الثاني- الفرق بين البيع والتجارة

البيع هو العمليّة التّجاريّة التي يمارسها شخصان أو أكثر للمبادلة بين العوضين، فالبيع مطلق المبادلة.[2]

وأما التّجارة؛ فهي لفظ خاص، يتناول كل ما يقوم به التّجار من أعمال تجاريّة، وما في الأسواق من تجّار، وحوانيت، وبائعين، ومشترين، وسماسرة، وبضائع ونحو ذلك .

فالبيع عام، لأنّ جميع الناس يمارسونه ، وأما التّجارة أخص من البيع ، لأن من يمارسها احترافا هم فئة من النّاس يطلق عليهم التّجار.

---

1 - أبو بكر محمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، د ت، المجلد الخامس، ص263 .

2 - ينظر إلى إبراهيم محمد حسين الشويخ ،المرجع السّابق، ص46.

إذن فالتّجارة أدق وأخصّ في مفهومها من البيع، لأنّ من يمارسها هم شريحة خاصة يدعون تجّارا وأمّا البيع أعمّ ، لأنه المبادلات التي تجرى بين الأشخاص بعوض على خلاف التّجارة.

البند الثالث ـ تعريف التجارة فقها

قال الرّاغب الأصفهاني رحمه الله تعالى: التّجارة هي التّصرف في رأس المال طلبا للرّبح.[1]

وعرّفها الوصّابي على أنها الاسترباح بالبيع والشّراء أو هي كسب المال ببدل هو المال، ومال التّجارة هو ما يعدّ لهذا الكسب عن طريق البيع والشّراء.[2]

ويرى ابن خلدون أن التّجارة هي محاولة الكسب بتنمية المال، بشراء السّلع بالرّخص، وبيعها بالغلاء، أيّا ما كانت السّلعة، من دقيق أو زرع أو حيوان أو قماش. وذلك القدر النامي يسمّى ربحا. فالمحاول لذلك الرّبح : إما أن يختزن السلعة ويتحين بها حوالة الأسواق من الرخص إلى الغلاء ، فيعظم ربحه ، وإمّا أن ينقله إلى بلد آخر تنفق فيه تلك السّلعة أكثر من بلده الذي اشتراها فيه ، فيعظم ربحه . ولذلك قال بعض الشّيوخ من التّجار، لطالب الكشف عن حقيقة التّجارة، أنا اعلّمها لك في كلمتين؛ اشتراء الرخيص وبيع الغالي.[3]

ويتضح من ذلك تطابق المفهوم اللّغوي مع المفهوم الشّرعيّ، إلى حد ما لمصطلح التّجارة بحيث ينظر إليها على أنّها، أي التّجارة، تكسّب المال عن طريق ممارسة البيع والشّراء.

---

1 -احمد الشرباصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، دار الجيل، لبنان، 1401هـ-1981م، ص17.

2 - احمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، أحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي،دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، 1904هـ - 1989 م، ص86.

3 - عبد الرحمن بن محمد بن خلدون، مقدمة بن خلدون،دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة،2009 ، ص 431 .

البند الرابع- تعريف التجارة قانونا

- الاتّجار مصطلح مشتق من التّجارة (commerce) والتّجارة في اللغة اللاّتينية commercium من : Mercis، merx أي السّلعة: هي مجموعة النّشاطات المحدّدة في قانون التّجارة التي تتيح للثّروات أن تنتقل من الإنتاج إلى الاستهلاك.[1]

- ويعرّف مصطفى طه التّجارة[2] تعريفا بإضافتها إلى كلمة القانون وليس كمصطلح منفرد، بقوله: « القانون التّجاري هو فرع من القانون الخاص يشمل مجموع القواعد القانونيّة التي تنطبق على الأعمال التّجارية والتّجار».[3]

أما المشرّع الجزائري فقد تعرّض لمفهوم التّجارة عن طريق تعريف القانون التّجاري أيضا، حيث يرى بأنه عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تنطبق على طائفة معيّنة من الأعمال التّجارية وعلى طائفة معينة من الأشخاص يحترفون الأعمال التّجارية وهم التّجار. ولا يقتصر احتراف الأعمال التّجارية على الأشخاص الطبيعية فقط ، بل يحترفها الأشخاص المعنويّة أيضا ، كما أنها ليست حكرا على الأفراد والشركات التّجارية بل نجدها أيضا تزاول من طرف الدّولة عن طريق شركات القطاع العام التي تمتلكها.[4]

فالقانون التّجاري هو فرع من فروع القانون الخاص يشمل مجموع القواعد القانونية التي تنطبق على الأعمال التّجارية والتّجار، بينما القانون المدني شريعة عامة تنطبق أحكامه على جميع الأشخاص . ويتميز القانون التجاري بالسّرعة في إبرام العقود وفي تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها ، كما يتأثر بالتّطور الاقتصادي

---

1 - جيرار كورنو ،معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص398.

2 - من وجهة نظر اقتصادية: مجموعة النشاطات التي ترتكز على بيع منتجات مشتراة بدون إدخال أي تحويل مهم عليها وبهذا المعنى تفرق عن الصناعة.

3 -مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2006، ص5.

4 -عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص 9.

والسّياسي والاجتماعي للمجتمع ، والتّجارة قوامها السرعة والائتمان على عكس القانون المدني الذي يمتاز بالبطئ والجمود.

وقد اختلف الفقهاء في هذا الصّدد[1] بين المؤيدين لتوحيد القانون المدني والتجاري وبين دعاة الاستقلال.[2]

فالقانون الوضعي ينظر إلى التّجارة كقانون، على أنها مجموعة القوانين التي تحكم الأعمال التّجارية التي تمارسها فئة خاصة هم التّجار. فالمفهوم هنا أخص من المفهوم اللّغوي والفقهي بحيث يستبدل عمل البيع والشّراء بالعمل التّجاري المحدد بموجب القواعد القانونية التي تتضمنها سواء القواعد العرفية أو المدوّنات القانونيّة؛ ويتفقان في أن من يمارسها هم فئة التّجار.

المطلب الثاني

حكم محل التجارة في الفقه والقانون من حيث

(مجال التجريم)

نتناول في هذا المطلب حكم محل التّجارة المرتبط أساسا بالتصرفات الواردة على البشر أو أجزاء من العضوية البشرية، على اعتبار أن دراستنا تختص بمحل هو "الأعضاء البشرية"، وسوف نورد كمدخل لذلك أساس التصرفات القانونية، وهو العقد كأساس للتصرّفات المدنية والتّجارية على حد سواء؛ ثم نعرّج على أهم شرط فيه والّذي يخصّ دراستنا وهو المحل وندرس أهم المقاييس التي يجب أن يستوفيها

---

1 – ولقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ استقلال القانون التجاري عن القانون المدني ، فأوجد قواعد خاصة بالحياة والنشاط التجاري منفصلة ومتميزة عن القواعد التي تنطبق في الحياة المدنية، كما هو الحال بالنسبة للأعمال التجارية والقواعد التي تنطبق في التجار، كمسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري...من القواعد التي تنطبق في ميدان التجارة ،وقد ذهب القانون المدني الجزائري إلى الفصل بين القضاء التجاري والقضاء المدني ، وهكذا فنجد لدى المحاكم غرفة تجارية إلى جانب الغرفة المدنية أسندت إليها مهمة الفصل في المسائل التجارية، وتتألف هذه الغرفة من قاضي ممتهن يساعده تاجران.

2 – عمار عمورة، المرجع السابق،ص18 ،19.

حتى يقوم العقد صحيحا؛ وفي الأخير نتناول بعض صور التصرفات المستحدثة في التشريع الجزائري الواردة على الأشخاص أو بعض الأجزاء البشرية.

الفرع الأول

مفهوم العقد في الفقه الإسلامي و في القانون الوضعي

قبل التطرق إلى المحل لابد من المرور على الإطار العام الذي يرد فيه المحل، وهو العقد الذي يعتبر أصل وأساس التصرفات القانونية المدنية والتجارية، والتعرض لأهم الشروط التي يجب أن تستوفى ليقوم صحيحا.

البند الأول : مفهوم العقد في الفقه الإسلامي

ندرس العقد من حيث التعريف أولا لغة وفقها، والعناصر المميزة له ثانيا، وأخيرا الأركان الواجبة لصحته في منظور الفقه الإسلامي:

الفقرة الأولى- تعريف العقد لغة

يطلق لفظ العقد في اللغة على عدة معان منها:

أ- الربط والجمع بين شيئين فيقال عقدت الحبل إذا جمعت أجزاءه جمعا خاصا ويطلق لفظ العقد على المعقود مجازا[1]، ويقال عقد العزم ، وعقد طرفي الحبل، فعقد العزم دلالة على الربط المعنوي، وعقد الحبل دلالة على الربط المادي المحسوس.

وجاء في القاموس المحيط: عقد الحبل، والبيع والعهد شدّه.[2]

ويشار بهذا المعنى اللغوي إلى ربط أجزاء العقد-الإيجاب والقبول- الدّالين على اجتماع رضا العاقدين على موضوع واحد.

ب- إحكام الشيء وتقويته، فيأتي العقد بمعنى الشدّ ، والتوثيق والإلزام. ومنها قول الله ﷻ : ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** .﴾

---

1 - ابن الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب، الجزء 10،دار صادر، بيروت، 2005، ص 221.

2 - الفيروزآبادي ، المرجع السابق، ص893.

والعقد بهذا المعنى يكون أوسع في الدّلالة من المعنى الأوّل ؛ لأنه يشمل ما عقده على نفسه للآخرين من بيع وشراء ، وما عقده على نفسه لله من طاعات وقربات يلزم بها نفسه كالنّذور.[3]

يتبيّن من التعريف اللّغوي ورود معنى العقد على عدّة أوجه، فهو الجمع والربط، والمعقود عليه في وجوه أخرى، وفي معنى آخر أوسع ما تُلزَم به النفس تجاه الآخرين من بيع وشراء، وتجاه الله أيضا من الطاعات والقربات.

الفقرة الثانية- تعريف العقد في الفقه الإسلامي

ولا تتعدّى تعريفات الفقهاء للعقد معنيين اثنين يتشابهان مع ما سبق بيانه من المعاني اللّغوية وهما:

أولا- المعنى العام للعقد : حيث يعرف جمهور الفقهاء العقد :كل تصّرف ينشأ عنه حكم شرعي ، سواء أصدر عن طرف واحد ، أو إرادة منفردة كالنُّذر ، والطّلاق والصّدقة، أم صدر عن طرفين، أو اجتماع لإرادتين كالبيع، والإيجار والتّوكيل.

والعقد بهذا المعنى ينظّم جميع الالتزامات الشّرعية، الجماعيّة، والفرديّة، وعليه فلا يعد هذا التعريف في باب المعاملات مانعا، وإن عد جامعا لصور الالتزام.[4]

ثانيا-المعنى الخاص للعقد:

الذي يقتصر على الالتزام الناشئ عن اتّفاق بين طرفين ، وهذا المعنى هو المتداول والمقصود في الدّراسة عند تناول عقد البيع ، أو أي عقد ينشأ عن توافق إرادتين أو اجتماعهما.

وعلى هذا المعنى الخاص جاءت تعريفات الحنفيّة للعقد ، حيث نصّت ملّة الأحكام العدليّة في المادة(103-104) أن العقد:

---

1 - الفيروزآبادي، المرجع نفسه، ص893.

2 - سورة المائدة ، الآية 1.

3 - إياد عبد الحميد نمر، التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام ، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1430هـ-2010م، ص22.

4- إياد عبد الحميد نمر، المرجع السّابق، ص22.

" هو ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يظهر أثره في متعلّقهما "[1].

وقريب من هذا التّعريف ما ذكره صاحب مرشد الحيران في تعريف العقد في المادّة (262) حيث قال:" العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصّادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".[2]

ولعلّ الفارق بين المعنيين قد اتّضح، فالتّعريف الأوّل عام يأتي مرادفا للتّصرف ، ومساويا له في الدّلالة والمعنى . أما التّعريف الثّاني للعقد: فهو تصرّف قولي مخصوص لإرادتين اجتمعتا على موضوع واحد كالبيع ، والتوكيل ، والرّهن. ويخرج من هذا التّعريف ما كان من إرادة منفردة ، أو تصرّف انفرادي ، وهذا التّعريف أكثر ملائمة لموضوع الالتزام التّعاقدي في المعاملات الدّائرة بين الأفراد.[3]

ثالثا. عناصر العقد:

من خلال التّعريف الخاص للعقد: " ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محلّه" [4]؛ فيمكن تحليل عناصر هذا التّعريف في النّقاط الآتية:

أ- الارتباط: ويعني الجمع بين إرادتين ظهر منهما الرّضا على الالتزام بأمر معيّن، وهو ما يؤكّد ضرورة وجود عاقدين، فالشّخص الواحد لا يبرم بإرادته المنفردة عقدا.

ب- لا ينعقد العقد إلا بالصّيغة الدّالة على رضا العاقدين، وهي ما يعبّر عنه بالإيجاب والقبول.

ج - يجب أن تتوافق الإرادتان على أمر معيّن حتى تترتب عليه الآثار ، فلو أراد أحدهما البيع وأراد الآخر الاستئجار فلا ينعقد العقد ، لانعدام التوافق على المحل.

---

1 - علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، دار الجيل ، بيروت، لبنان، 1991 ، الجزء 1، ص105.

2 - محمد قدري باشا قدري، مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثانية، دار الفرجاني ، القاهرة، 1403 هـ- 1983م، (المادة 262) ، ص49.

3 - إياد عبد الحميد نمر،المرجع السابق، ص24.

4 - إياد عبد الحميد نمر،المرجع نفسه، ص25.

د- يشترط في هذا العقد أن يكون على وجه مشروع، فلو اتفقا على بيع المخدرات مثلا لا ينعقد العقد ، لعدم مشروعية مثل هذا العمل.

يقول في ذلك صاحب الموافقات:" قصد الشّارع من المكلّف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التّشريع، والدّليل على ذلك ظاهر من وضع الشّريعة، إذ قد مرّ أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم. والمطلوب من المكلّف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع، وكل من ابتغى في تكاليف الشّريعة غير ما شُرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التّكاليف ما لم تشرّع له فعمله باطل".[1]

رابعا- أركان العقد في الفقه الإسلامي:

أركان العقد في الفقه الإسلامي التراضي والمحل والسّبب، مع ملاحظة أنها تدمج السّبب في المحل، نظرا للنّزعة الموضوعيّة التي تميّز الشريعة الإسلاميّة، كما سنرى فيما يلي:

(أ) الركن الأول: التراضي:

لوجود التّراضي لابد من صيغة للعقد وتطابق للإرادتين في مجلس العقد ؛ فقد عني الفقه الإسلامي عناية كبيرة بصيغة العقد وذلك لنزعته الموضوعية التي تقف على الإرادة الظاهرة دون الباطنة والذي يعبر عن هذه الأخيرة .فاللّفظية والإرادة الظّاهرة تمتزجان معا في صيغة العقد[2].وكذا لابد لانعقاد العقد من تطابق الإرادتين تطابقا تاما على محلّ العقد ، والذي لابد لهذا الأخير ألا يتغيّر بين الإيجاب والقبول.

(ب) الركن الثاني: المحل

محلّ الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، ونرى من ذلك أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد. ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من

---

1 - أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة (تحقيق: خالد شبل)، الطبعة 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1420 هـ- 1999م، ص331.

2 -عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، 1998، ص84.

العقد. ومحلّ الالتزام التّعاقدي ، فالمتعاقدين هما اللذان يتوليان تعيينه، فوجب أن يراعيا استيفاء الشّروط القانونيّة.ومن ثم فالمحلّ يذكر عادة مقترنا بالعقد.ويشترط فيه :

- أن يكون موجودا فعلا وقت التعاقد.
- أن يكون معيّنا.
- صلاحية الشيء للتعامل فيه (المشروعيّة).

(ج) الرّكن الثالث: السّبب:

إن الفقهاء في الشّريعة الإسلاميّة لا يتكلّمون على السّبب، بل يقصرون كلامهم على المحلّ، فهم يقرّرون أن المحلّ يجب أن يكون مشروعا، معيّنا، ممكنا، قابلا للتّعامل فيه، فهي نظرية ماديّة لا غير ، فهم في ذلك يفرّقون بين الغرض المباشر الذي قصد المتعاقد الحصول عليه من العقد وبين الباعث له على التّعاقد. وذلك يذكّرنا بالقوانين الجرمانيّة التي لا تذكر السّبب ضمن أركان الالتزام ، وإنما يكتفي بالمحلّ.[1]

البند الثاني- مفهوم العقد في القانون الوضعي

سوف نرى التّعريف الوارد في التشريع الجزائري وفي نظرائه من التشريعات العربية، ومدى تأثره بالنظرة الفرنسية في التعريف به،إضافة إلى مختلف أركانه.

الفقرة الأولى- تعريف العقد في القانون الجزائري

لقد عرّفه المشّرع الجزائري بنصّ المادة 54 من القانون المدني على أنه:" اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرون ، يمنح ، أو فعل ، أو عدم فعل شيء ما".وهو التّعريف الموافق لقانون العقود الصّادر سنة 1974 م في السودان إذ نصّت المادّة 4 من القانون على أنّه "العقد هو كل اتّفاق ملزم قانونا." فالنّصان

---

1 - عبد الرزاق احمد السنهوري،نظرية العقد ، الجزء الأول،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1998، ص594.

يستندان على توافق إرادتين بقصد إنشاء علاقات قانونيّة ملزمة[1] ،بالرّغم من التفرقة التي لا تزال قائمة بين الاتّفاق والعقد.

وما يلاحظ أنّه في القانون الجزائري سقط من النص العربي جزء من التّعريف أتى به النصّ الفرنسيّ للمادّة 54 المنقول حرفيا عن المادّة 1101 مدني فرنسي وطبقا للنص الفرنسي تكون صحّة النصّ العربيّ هي: « العقد اتّفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما.»[2]

ولقد عيب على هذا التّعريف المأخوذ من تقنين نابليون عيبان:الأوّل هو انه خلط بين تعريف العقد وتعريف الالتزام، والثّاني هو أنه اعتبر العقد نوعا من الاتّفاق ، أي جعل الاتّفاق جنسا والعقد نوعا مع أنه من المتّفق عليه هو أن العقد والاتّفاق اسمان لمسمّى واحد.ويضاف عيب ثالث وقع في النصّ العربيّ للمادّة 54 وهو انّه سمّى الالتزام بمنح وظن أن الكلمة الفرنسية الواردة في القانون المدني الفرنسي وفي النص الفرنسيّ للمادة 54 بلفظ (donner) معناها المنح أي (donation) مع أن الكلمة الفرنسية donner مأخوذة من الكلمة اللاّتينية dare التيّ تعني نقل حقّ الملكيّة وكان ينبغي أن يقال بدلا من كلمة (بمنح) بنقل حقّ الملكية.

ما تجدر ملاحظته في الأخير، أن أدقّ تعريف للعقد ،لا ينحاز لا إلى المذهب الشخصّي ولا إلى المادّي، والّذي ورد في المادة 1 من المشروع الفرنسيّ الايطاليّ، والّذي اقتبسه المشروع التّمهيدي من القانون المدنيّ المصريّ وهو : «العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونيّة أو تعديلها أو إنهائها .»[3]

---

1 -توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام(مع مقارنة بين القوانين العربية) ،الدار الجامعية، بيروت،د.ت، الطبعة الثالثة ، ص37.

2 -علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة8، 2008، ص10.

3 -علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 11.

الفقرة الثانية- أركان العقد في القانون الوضعي

الرّكيزة الأساسية في تكوين العقد هي الإرادة أي تراضي المتعاقدين. وتحليل فكرة التّراضي يوضح عن ضرورة توفر عنصرين أساسيّين فيه وهما : المحل والسّبب .فللرضا موضوع أو محل يرد عليه كما أن له سببا يدفع إليه أو غاية معيّنة يراد تحقيقها .فقد جرى في التّقليد في الفقه المدني على القول بأن أركان العقد ثلاثة : التراضي ، والمحل والسبب.مع أن القانون المدنيّ الجزائريّ لم يفرّق بين المحل والسّبب مع أنهما ركنان مستقلان للعقد.[1]

(أ) التراضي:

لقيّام العقد صحيحا لابدّ من توافر رضاء المتعاقدين به، وسلامة الرّضا من العيوب. وعلى هذا الأساس يجدر بنا التفرقة في دراسة قواعد التّراضي بين القواعد الخاصّة بوجوده ، وتلك الخاصة بشروط صحّته؛ فالتّراضي يوجد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين (المادة 59 من القانون المدنيّ الجزائريّ) ، وبوجودهما مع تكامل الشّروط التي نص عليها القانون في المحل والسّبب ينعقد العقد. ولكي يكون التراضي صحيحا يتعيّن أن تكون كلّ من الإرادتين المتوافقتين قد صدرت عن ذي أهليّة، وان تكون خاليّة من العيوب .

(ب) المحل

الواقع هو أن محلّ العقد هو الالتزام الذي يترتب عليه ، فالعقد لا يريب إلا التزامات إما بإعطاء وإما بفعل وإما بامتناع، وإذن فالمراد بالمحل هو محل الالتزام، فالكلام عن محلّ العقد فيه تجاوز ، والصّحيح هو محل الالتزام، ولكن جرت عادة الفقهاء على أن يتكلّموا عن محلّ العقد لا عن محلّ الالتزام، ويشترط في المحلّ ثلاثة شروط كما يظهر من نصّ المواد من 92 إلى 96 من القانون المدني الجزائري وهي:

---

1 بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،الطبعة الخامسة، 2007، ص 55.

- أن يكون موجودا عند إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل.
- أن يكون معيّنا أو قابلا للتّعيين.
- وأن يكون مشروعا.[1]

(ج) السّبب:

السّبب يعرّف عادة بأنه الغرض المباشر (أو القريب) المجرّد الّذي يقصد إليه المتعاقد من التزامه. أما الغرض غير المباشر فهو الباعث أو الدّافع إلى التّعاقد. والسّبب بهذا المفهوم لا يكون عنصرا في كل التزام ، بل هو يقتصر على الالتزام العقدي دون الالتزام غير العقدي الذي لا يقوم على إرادة الملتزم. ومن هنا، يتّصل السّبب كعنصر في الالتزام العقدي بالإرادة ، ذلك أن الإرادة المعتبرة قانونا لابد لها من سبب مشروع.[2]

ثالثا- موازنة:

تعريف العقد الذي نقلناه عن مرشد الحيران ينمّ عن النّزعة الموضوعيّة التي تسود الفقه الإسلاميّ دون النّزعة الذّاتية . فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول ، لا من حيث أنه ينشئ التزامات شخصيّة في جانب المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز في النّزعة الذّاتية، بل من حيث أنه يثبت أثره في المعقود عليه أي يغير المحلّ من حالة إلى حالة، وهنا تبرز النزعة الموضوعيّة المشار إليها ،فتلك النّزعة التي سادت الفقه الإسلامي كان لها الأثر الكبير في مبادئه الأساسيّة وفي تفصيلات أحكامه، وهي التي جعلته يأخذ بالإرادة الظّاهرة دون الإرادة الباطنة.

---

1 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص69،70.

2 -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 155.

الفرع الثاني

حكم محل العقد في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي

ونتناول أهمّ الشّروط الخاصّة بالمحل والتي يدور متعلّقها بموضوع دراستنا، وذلك في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وبخاصة القانون الجزائري ومورده التشريع الفرنسي، ونركّز بصفة أدقّ على ركن المشروعيّة .

البند الأول- حكم محل العقد في الفقه الإسلامي

الفقرة الأولى- تعريف المحل

المحلّ أو المعقود عليه : هو ما وقع عليه التعاقد ، وظهرت فيه أحكامه وآثاره. وقد يكون عيناً ماليّة كالمبيع والمرهون والموهوب، وقد يكون عينا غير ماليّة ،وقد يكون منفعة كمنفعة الشيء المأجور في إجارة الأشياء من الدور والعقارات ومنفعة الشخص في إجارة الأعمال.[1]

الفقرة الثانية- شروط المحل في الفقه الإسلامي

هناك شرطان من حيث الوجود، ومن حيث العدم:

أ- من جانب الوجود

❖ **من حيث الشروط**

اشترط الفقهاء أربعة شروط في محلّ العقد:

○ **أن يكون موجودا عند العقد:**

اشترط المالكيّة ذلك في المعاوضات الماليّة.أما عقود التبرعات ، فقد أجازوا ألا يكون محل العقد موجودا.[2]

---

1 - محمد صبري هارون، أحكام الأسواق المالية(الأسهم والسندات) ضوابط الانتفاع والتصرف بها في الفقه الإسلامي ، دار النّفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1419 هـ-1999م، ص 171.

2 - أبو الوليد بن احمد ابن رشد (الحفيد) القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،(تصحيح خالد العطار)، ج2، دار الفكر ، بيروت، د ط، 1421هـ- 2001 م، ص534.

وهذا شرط أيضا عند الحنفيّة والشافعيّة[1]، سواء أكان التصرف في عقود المعاوضات أو التبرعات (كالهبة والرهن) .

وأما الحنابلة فلم يشترطوا هذا واكتفوا بمنع البيع المشتمل على الغرر الذي نهى عنه الشّرع مثل بيع الحمل في البطن دون الأم.[2]

واستثنى هؤلاء الفقهاء من ذلك عقود السلم- وهو بيع آجل بعاجل أي بيع شيء غير موجود بثمن حال، كما يفعل الزراع مع التجار في بيعهم المحاصيل الزراعية قبل الحصاد-

لقوله ﷺ : (من أسلف فلا يسلف إلا في كيل معلوم ووزن معلوم)[3] ، وكذلك الاستصناع والإجارة والمساقاة ، مع عدم وجود المحل المعقود عليه حين إنشاء العقد، استحسانا لمراعاة حاجة الناس إليها، وتعارفهم عليها.

○ **أن يكون مقدور التسليم وقت العقد:**

يشترط باتّفاق الفقهاء[4] في المعاوضات المالية توافر القدرة على التّسليم وقت التّعاقد ، فلا ينعقد العقد إذا لم يكن العاقد قادرا على تسليم المعقود عليه، وإن كان موجودا ومملوكا للعاقد ويكون العقد باطلا.

---

1 - أبو بكر محمد بن أبي سهل شمس الدّين السرخسي ،كتاب المبسوط،(تصنيف خليل الميس)،دار المعرفة،الجزء12، بيروت ،ط2، ج12، ص194 . ومحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج(تعليق جويلي بن إبراهيم)، ج2، دار الفكر، القاهرة،د ت، ص357 .

2 - أبو محمد بن عبد الله احمد ابن قدامه موفق الدين المقدسي ، المغني في شرح مختصر الخرقي ،ج3، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط ، 1403 هـ-1983م ، ص 580 وما بعدها.

3 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري،الجامع الصحيح(تحقيق :فؤاد عبد الباقي)، ج11،دار إحياء التراث العربي، (كتاب المساقاة والمزارعة، باب السلم)، رقم الحديث 1604 ، 1375هـ-1955م، ص 218 .

4 - موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة ،المرجع نفسه، الجزء 3، ص 582. وكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي بن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية،الجزء 6، دار الفكر، بيروت، د ت، د ط، ص 248. وأبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ت: طه عبد الرؤوف سعد، 1409هـ- 1989 ، ص243، و شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج ، ت: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الجواد،دار الكتب العلمية، بيروت ، 1415هـ 1994م، 344، وشمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير، مطبوع مع المغني، الجزء 4، دار الفكر، بيروت، 1414هـ- 1994م، ص 27.

○ **أن يكون مشروعا:**

يشترط أن يكون محل العقد مشروعا باتّفاق الفقهاء [1]، بأن يكون مالكا مملوكا متقوما، وإلاّ كان العقد باطلا مثل بيع غير المال كالميتة والدم، وغير المتقوّم وهو ما لا يمكن ادّخاره ولا الانتفاع به، شرعا كالخمر والخنزير فلا يصحّ بيعه. وأما الآلات الموسيقيّة فيجوز بيعها عند أبي حنيفة لإمكان الانتفاع بها، ولأنها مال في ذاتها، بخلاف الصاحبين وبقية الأئمة لأنها معدّة للفساد واللّهو.

○ **أن يكون معينا معروفا للعاقدين:**

لا بدّ عند الفقهاء أن يكون محلّ العقد معلوما علما يمنع من النّزاع؛ فالنّهي الوارد في السُّنة عن بيع الغرر وعن بيع المجهول لحديث أبي هريرة قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر[2]. والعلم يتحقق إمّا بالإشارة إليه إذا كان موجودا، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيّره فيه، ورؤية بعضه كافية إذا كانت أجزاؤه متماثلة، أو بالوصف المانع للجهالة الفاحشة، وذلك ببيان الجنس والنّوع والمقدار. هذا الشّرط مطلوب في المعاوضات الماليّة باتّفاق الفقهاء.[3]

❖ **من حيث سعر المثل**

هناك فرق دقيق بين السّعر والثمن. قال البعض إن السّعر في مرحلة ما قبل التراضي وأما الثّمن فهو في مرحلة التراضي. وعلى هذا فالسّعر لا يتطلب وجود طرفين، فهو موجود قبل التّعاقد، بينما الثّمن فظهوره يتطلب متعاقدين يتراضيان

---

1 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م، ص 141، وابن رشد، المرجع السابق، الجزء 2، ص 213، والشربيني، المرجع السابق، الجزء2، ص 340 وما بعدها، والمقدسي، المرجع السابق، الجزء 4، ص 8.

2 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المرجع السّابق، (كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، حديث رقم 1513)، ج10، ص 121.

3 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء 13، دار المعرفة، بيروت، 1986، ص92، وابن رشد، المرجع السابق، الجزء2، ص243، والشربيني، المرجع السابق، الجزء 2، ص353، والمقدسي، المرجع السابق، الجزء 4، ص32-33.

عليه مقابلا للثمن. وقال البعض :إن السّعر هو ما يقع عليه المبايعة بين الناس ويوصف بالغلاء مرة وبالرّخص أخرى حسب قانون العرض والطّلب. وأما الثمن فهو القدر الذي يساوي ثمن المبيع في الواقع.[1]

ويشار إلى أن تفويض أمر تحديد السّعر مناط بالنّاس الذين يرتضونه وذلك بناءا على قوله ﷺ : (دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض)[2].

بد من حيث العدم: الميسر والقمار والغرر

القمار هو كل لعب بين فريقين تتحقّق الخسارة من فريق والرّبح لآخر على سبيل الموافقة والحظّ. وهو من الميسر كما روي عن أكثر العلماء.[3]

أما الغرر عند أهل اللّغة فهو (الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا)[4]. وعند الفقهاء لديهم تعريفات متعدّدة منها: (ما لا يدري هل يحصل أم لا يحصل)[5].أو (ما تردّد بين السّلامة والعطب) أو (ما شك في حصول أحد عوضيه)[6] .والغرر حرام لان الرسول ﷺ نهى عن بيع الغرر.[7]

البند الثاني- حكم محل العقد في القانون الوضعي

نعرض إلى تعريف المحل والشروط الواجب توفرها فيه في التشريع الجزائري.

1- محمد صبري هارون، المرجع السابق،174.

2 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، المرجع السّابق ، (كتاب البيوع ، باب تحريم تلقي الجلب وبيع الحاضر للبادي، حديث رقم 1522) ، الجزء 10، ص 127.

3 - عبد الله عبد الحسن الطريقي ، الاقتصاد الإسلامي أسس ومبادئ وأهداف، مؤسسة الجريسي للتوزيع ، الرياض، الطبعة الرابعة، 1417 هـ ص96.

4 - أبو الحسين أحمد بن فارسي بن زكريا بن فارس، معجم مقاييس اللغة ، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل ، بيروت، 1411هـ-1991 م ،الجزء 4، ص 381.

5 - شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي، الفروق، الجزء 3 ، عالم الكتب،بيروت، د ت، ص265.

6 - أبو عبد الله بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، التاج و الإكليل ، مطبوع مع مواهب الجليل ، الجزء 4 ، دار الفكر ، 1412هـ-1992م، الطبعة الثالثة، ص362.

7 - أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه القزويني،السنن(تحقيق :محمد فؤاد عبد الباقي)، (كتاب التجارات ، باب النهي عن بيع الحصاة والغرر، حديث رقم 1783)، الجزء 2، ص 739.

الفقرة الأولى ـ تعريف محل العقد

محل الالتزام هو الشّيء الذي يلتزم المدين القيام به . ومحلّ التزام المدين قد يكون إما بنقل التزام عيني أو بعمل أو بامتناع عن عمل حسب المادة 54 من القانون المدني الجزائري. ومحل الالتزام يعتبر في ذات الوقت محلاّ للعقد الذي ينشئ هذا الالتزام ولذلك من المتصوّر أن يتعدّد محلّ العقد بتعدّد الالتزامات التي ينشئها .

فمحل العقد هو مجموع الالتزامات النّاشئة عنه.ولهذا فالشّروط الواجب توافرها في محلّ العقد هي ذاتها الواجب توافرها في مجال الالتزامات النّاشئة عن هذا العقد.ومع ذلك فانّ هناك من يرى أنه من الأحسن أن نفصّل بين محل العقد ومحلّ الالتزام، و أن نعتبر محل العقد هو العملية القانونيّة المقصود تحقيقها بواسطة العقد: ففي بعض الأحيان قد يكون محل الالتزامات النّاشئة عن العقد هي في ذاتها مشروعة، وتوافرت فيها كل الشروط التي يتطلّبها القانون في حين أن العملية القانونية ذاتها هي المحرّمة.فعندئذ يبطل العقد لا بسبب عدم مشروعيّة محلّ الالتزام بل بسبب عدم مشروعية محل العقد.[1]

هذا ولقد نص المشرّع الجزائري على المحلّ في المواد من 92 إلى 98 من القانون المدني ، ولم يفصل القانون الجزائري بين المحلّ والسّبب مع أنهما ركنان مستقلان للعقد فجاءت النّصوص المتعلّقة بهما متداخلة، وكان ينبغي من النّاحية المنهجيّة الفصل بين أحكامهما بعنوان مستقل لكل منهما.

الفقرة الثانية ـ الشروط الواجب توفرها في المحل

نصّ التّقنين المدني الجزائري على شروط المحلّ في المواد من 92 إلى 96 ، ومن هذه النصوص يستخلص أن شروط المحل ثلاثة وهي:

(أ) أن يكون المحل ممكنا أو موجودا.

(ب) أن يكون معينا أو قابلا للتعيين.

(ج) أن يكون مشروعا.

---

1 – مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو سعيد، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص137.

(أ) **الشرط الأول**: أن يكون المحلّ ممكنا أو موجودا[1]:

فإذا لم يكن موجودا عند التعاقد بأن هلك قبل إبرام العقد، انعدم ركن المحلّ وكان العقد باطلا بطلانا مطلقا، وإذا لم يكن المحل موجودا عند التعاقد ولكن يمكن أن يوجد في المستقبل كان العقد صحيحا. فالتعامل في الأشياء المستقبلة الممكنة الوجود جائز في القانون المدني الجزائري، وغير جائز في الرأي السائد في الشريعة الإسلامية[2]، في حين كان فقهاء المالكية أقل تمسكا بشرطية وجود المعقود عليه لينعقد العقد، فأجازوا العقد على معدوم سيوجد في عقود التبرعات كالهبة والوصية[3] وهذا ما أخذ به المشرّع الجزائري في العقود كقاعدة عامّة(المادة 92 ق.م)، وفي الوصيّة (المادّة 187ق.م)، والهبة (المادّة 209 ق.م). وقد حرّمت المادّة 92 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثّانية التعامل في تركة شخص مازال على قيد الحياة ولو كان التّعامل برضاه، لأنّه يحمل معنى المضاربة على موت المورّث ، والمضاربة على الحياة منافية للآداب العامّة.

(ب) **الشرط الثاني**: أن يكون معينا أو قابلا للتعيين

تعيين محلّ الالتزام أمر لابد من توافره ، أو هو ما تفرضه طبيعة الأشياء، وهذا الشّرط واجب توافره في محل الالتزام أيّا كانت صورته. فإذا لم يمكن تعيين محلّ الالتزام بذاته عُيّن بنوعه وصنفه ومقداره وإلا كان العقد باطلا حسب نص المادة 94 ق.م. أما في حال كان المحلّ عملا أو امتناعا عن عمل وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع معينا أو قابلا للتّعيين.[4]

(ج) **الشرط الثالث**: أن يكون المحل مشروعا(أي مما يجوز التعامل فيه)

فيجب أن يكون محلّ الالتزام مما يجوز التّعامل فيه، أي غير مخالف للنّظام العام وللآداب العامّة ، وقد نصّت المادة 96 ق.م على ذلك بقولها: « إذا كان محلّ الالتزام مخالفا للنّظام العام والآداب كان العقد باطلا »[5].

---

1 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص70.

2 - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1396 هـ-1986 م، ص 296.

3 - القرافي، الفروق، الجزء 1، ص151؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج2، ص22.

4 -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 144، 145.

5 -علي علي سليمان، المرجع السابق، ص73.

وليس كل ما يحرمه المشرّع بنص هو وحده الذي يمس النظام العام والآداب العامة ، فقد ترك المشرع ذلك إلى تقدير القاضي حسب الأعراف والعادات السائدة.

ففكرة النّظام العام والآداب من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها. فالنّظام العام يمكن القول بأنه مجموع المصالح الأساسيّة التي يقوم عليها كيان المجتمع ، سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية،فهي تختلف من دولة إلى أخرى ومن زمان إلى آخر في نفس الدّولة؛ فهي فكرة تبعا لذلك متغيّرة أو نسبيّة و متطوّرة.

أما الآداب العامة هي مجموعة القواعد الأخلاقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وزمن معين ؛فهي إذن مجموعة المبادئ الخلقية التي يبعثها العرف والدّين والتّقاليد في المجتمع، وتدخل في النّظام العام وتعتبر الشقّ الخلقي منه.[1]

وما تجدر ملاحظته أن المشرع الفرنسي، في هذا السياق، لم يأخذ بمخالفة المحل للنظام العام والآداب كمعيار مشروعية ، حيث تنص المادة 1128 مدني فرنسي على أن الأشياء القابلة للتعامل وحدها هي التي تكن محلا للعقود، وما يمكن أن يحصل بالنسبة لمحل الالتزام هو فقط أن يمنع من أن يكون داخلا في تعامل معين ولا يخالف النظام العام أو الآداب على العموم، مثال ذلك أن القانون المدني الفرنسي يسمح بأن يوصي شخص بعينه لمؤسسة عامة أو خاصة لاستعمالها في ترقيع القرنية عند المكفوفين[2] وذلك بقانون 7 يوليو 1949م، بينما لا يجوز أن يكون أي عضو في الجسم محل تعامل بعوض ، فالمثال هنا وضح منع التعامل في محل معين على وجه معين، والسماح به على وجه آخر. كذلك يعتبر خارجا عن التعامل جسم الإنسان، إلا أن هناك تصرفات تتعلق بجسم الإنسان تصح إذا كانت بغير عوض كما سبق وأشرنا، وتبطل إذا حصلت بعوض إذ لا يجوز على

---

1 -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 153.

2 – محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1406هـ- 1986م، ص 49.

الراجح من الأقوال يبيع الشخص جثته، ولكن يجوز له أن يتبرع بها، ومن أمثلة منع التعامل بعوض في أعضاء جسم الإنسان والسماح بهذا التعامل تبرعا أحسن مثال واقعي للتصرف الذي لا يجوز أن يحصل بعوض لكنه يصح بغير عوض.[1]

نخلص في الأخير إلى أن محل العقد، الركن الأساس في المعاملات القانونية، لابد له من شروط يجب أن يستوفيها وإلا خرجت المعاملة عن دائرة الإباحة وأصبحت مجرمة خصوصا إذا كانت منافية للنظام العام والآداب. أو كانت بطبيعتها لا تصلح للتعامل كاعتبار المحل الشخص نفسه أو بعض أجزائه، فتصبح هنا محل نظر ، وتخضع إلى شروط وأوضاع خاصة للتعامل فيها.

الفرع الثالث

بعض الصور المستحدثة للاتجار غير المشروع والمتعلق محلها بالبشر

بعد العرض الموجز حول تعريف العقد، كأساس للتصرفات المدنية والتجارية، وأهم أركانه المحل، نتناول فيما يلي بعض صور الاتّجار غير المشروع والمتعلق محلها بالبشر.

البند الأول – الاتجار بالأشخاص:

نعرج في هذه الجزئية على الأصل التاريخي للاتّجار بالأشخاص، ثم نورد التعريفات الفقهية، والواردة في المعاهدات لهذه الظاهرة، وأخيرا نبين العناصر الداخلة في ممارستها.

الفقرة الأولى- تجارة الرقيق الأساس التاريخي للاتجار بالبشر

ينصرف اصطلاح الرّق إلى المركز القانوني للشخص الطبيعي إذ تمارس عليه كل أو بعض السلطات المتفرعة عن حق الملكية، وينصرف اصطلاح الاتجار في الرقيق إلى كل فعل موجّه إلى الإنسان بقصد استرقاقه سواء تمثل في أسره أو في

---

1 – عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء1، مطبعة النهضة ، مصر، 1953م، ص 88.

حيازته أو في النزول عنه للغير بمقابل أو بغير مقابل. كما ينصرف – عملا- إلى جميع الأعمال المتّصلة بنقل الرقيق أو التصرف فيهم بأي وجه من وجوه التصرف.[1]

كانت دول الاسترقاق وتجارة الرّقيق في إفريقيا ، هي البرتغال واسبانيا وانكلترا وفرنسا وهولندا و الدنمارك بدأ من سنة 1446م.

ثلاثة قرون غبراء كالحة من تجارة الرقيق استنزفت إفريقيا (40) مليون إنسان ، 90 % منهم شباب، سلبت إفريقيا مستقبلها، وتحولت بمؤسسة الرّق والاسترقاق إلى نسق اجتماعي كوني شمل إفريقيا وجزر الهند الغربية والشّرقية، والأمريكيتين. وكان ذلك النسق الاجتماعي من العوامل التي أسهمت في التمهيد للثورة الصناعية وإرساء دعائم النظام الرأسمالي.[2]

ثم تدخّلت الدول، عصبة الأمم ، وأخيرا منظمة الأمم المتحدة لتحريم الرق ومكافحته بموجب مواثيق دوليه[3]، أهمها :

- الاتّفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الاتجار بالرقيق الأبيض لسنة 1904 و 1910.
- الاتّفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الاتجار بالنساء والأطفال لسنة 1921.
- اتّفاقية جنيف الخاصة بمكافحة الرق لسنة 1929.
- الاتفاقية الدولية الخاصة بإلغاء الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير لسنة 1950م.
- الاتّفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والانحراف والممارسات الشبيهة بالرق لسنة 1956م.

---

1 – محمد سامي عبد الحميد ، القاعدة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ت)، ط5، ص333.

2 –عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2009، ص37.

3 – محمد إبراهيم نقد، علاقات الرق في المجتمع السوداني- توثيق وتعليق، الخرطوم ، دار عزة ، 2003م، ط2 ، ص115 وما بعدها.

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ، باليرمو لسنة 2000م، وملحقها بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال.

وهكذا أصبح الاتجار بالأشخاص جريمة دولية، تحتم على الدول كافة مكافحتها، وانشأ في هذا الصدد نظام أركان الجرائم للمحكمة الجنائية الدولية في 2002/90/10، وتشمل جرائم الاسترقاق(المادة 7/1/ ج) والاستعباد الجنسي (المادة 7/1/ ز/2) والإكراه على البغاء (المادة 7/1/ز/3) والعمل القسري (المادة7/1/ز/4).

الفقرة الثانية- تعريف الاتجار بالبشر:

أ- التعريف الفقهي:

عرف الفقه الاتجار بالبشر بأنه :«كافة التصرفات المشروعة وغير المشروعة التي تحيل الإنسان إلى مجرد سلعة أو ضحية يتم التصرف فيها بواسطة وسطاء ومحترفين عبر الحدود الوطنية بقصد استغلاله بواسطة وسطاء ومحترفين عبر الحدود الوطنية بقصد استغلاله في أعمال ذات أجر متدن أو في أعمال جنسية أو ما شابه ذلك، وسواء تم هذا التصرف بإرادة الضّحية أو قسرا عنه أو بأي صورة أخرى من صور العبودية».[1]

ب- تعريف المعاهدات والمواثيق الدولية

تركزت أهم التّعريفات الواردة في المواثيق والاتفاقيات والمعاهدات المعنية التي قدمت تعريفا لها، وهما:

1- الاتفاقية الدولية لإلغاء الرق والاتجار بالرقيق والأنظمة والممارسات المشابهة للرق (1956) ،حيث تنص المادة السابعة منها على انه يقصد بالاتجار بالرقيق:« كل فعل بالقبض على أو اكتساب أو التنازل أو التنازل عن شخص من اجل جعله رقيقا ، كل فعل اكتساب عبد لبيعه أو لمبادلته، كل

1- سوزي عدلي ناشد ، الاتجار بالبشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص15.

تنازع بالبيع أو بالتبادل لشخص في حوزة الشخص من أجل بيعه أو تبادله ، وكذلك- بصفة عامة- كل عمل تجارة أو نقل للعبيد، مهما كانت وسيلة النقل المستخدمة».[1]

2- بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال ، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة عبر الوطنيّة الصادر عن الأمم المتّحدة عام 2000م، حيث نصّت المادّة الثّالثة منه على أنه يقصد بالاتّجار بالبشر ما يلي:

تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضعاف ، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر بغرض الاستغلال ، ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو وسائل أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسرا أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

الفقرة الثانية: عناصر الاتجار بالبشر

لجريمة الاتّجار بالبشر عناصر ثلاثة هي السّلعة، التّاجر، السّوق، نتناولهم على النحو التّالي:

(أ) **السلعة**: تتمثل في الشخص الذي يمكن بيعه أو تجنيده أو نقله أو إيواؤه أو استقباله في أي بلد آخر غير موطنه الأصليّ، وذلك بقصد استغلاله.

(ب) **الوسيط (التاجر)**: ويقصد بالوسيط الأشخاص والجماعات الإجرامية المنظمة التي تقوم بعملية نقل وتسهيل هذه التّجارة. ووفقا للمادة الرابعة من بروتوكول منع وقمع الاتّجار بالأشخاص المكمل لاتفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الصادر من الأمم المتحدة سنة2000، لا

---

1 -احمد أبو الوفاء ، الاتجار بالأشخاص، ورقة مقدمة في الندوة الإقليمية حول الجريمة المنظمة عبر الوطنية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، القاهرة، 28-29 مارس ،2008،ص 3-4.

تسري أحكام هذا البروتوكول إلا على الاتجار عبر الوطني في البشر الذي تقوم به جماعات إجرامية منظّمة دون الحالات الفردية العارضة.

(ج) السوق (حركة السلعة):

يتعلق الاتّجار في البشر بانتقال الضحايا من موطنهم الأصلي إلى بلد آخر ، أو عدة بلدان أخرى، وذلك باستغلالهم بصورة غير مشروعة، ويرتبط ذلك بعدة أسواق: دول العرض أي الدول المصدّرة للضحايا، وهي عادة دول فقيرة أو متخلفة ؛ وهي عادة دول الاقتصاد المغلق؛ ودول الطّلب وهي في العادة دول غنيّة أو صناعيّة كبرى. وبينهما توجد دول عبور أو ترانزيت. ويقدّر صافي أرباح الوسطاء من 5 إلى 7 بليون دولار في السنة، وقد تصل في بعض السنوات إلى 9.5 بليون دولار.[1]

البند الثاني – تهريب المهاجرين

الفقرة الأولى- تعريف تهريب المهاجرين

يعرف بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو التّهريب بأنه:

تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدّائمين فيها من اجل الحصول، بصورة مباشرة على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى.[2]

ويحدث هذا النوع من التّهريب عن طريق عصابات منظمة مقابل كسب مادي من خلال شبكات التهريب العالية التي يعمل فيها من لهم خبرات في قوانين الهجرة والجنسيّة والإقامة، ومن عملوا في وكالات السّفر والسياحة وشركات النقل البري والبحري.[3]

---

1 – سوزي عدلي ناشد، المرجع السابق،ص17.

2 – هاني فتحي جورجي، جريمة التجار بالأشخاص والجهود المصرية لمكافحتها والقضاء عليها، ورقة مقدمة في " الندوة الإقليمية حول الجريمة المنظمة عبر الوطنية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، القاهرة،28-29 مارس2008م، ص5.

3 – عثمان الحسن محمد نور، ياسر عوض الكريم، الهجرة غير المشروعة والجريمة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض،2008 م، ص 8

نسخة تخصص
50:
فقط للحصول

وتشير إحدى الدراسات المتخصصّة إلى أن أرباح تجارة تهريب البشر إلى الاتحاد الأوربي تقدر بـ 5 مليار دولار سنويا، يذهب نصفها تقريبا لصالح المافيا الفيتنامية التي تعد الأنشط من بين مافيا التهريب الدّولية.

الفقرة الثانية: التمييز بين الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين

في ضوء التعريف أعلاه ، يتضح أن ثمة ثلاثة فروق مهمة بين تجارة وتهريب البشر، تتمثل فيما يلي:

أ- القبول:

يتعلق تهريب المهاجرين الذي يتم غالبا في ظروف خطيرة ومهينة،بمهاجرين قبلوا التهريب . أما ضحايا الاتّجار فهم أما لم يعبروا البتّة عن قبولهم أو أن هذا القبول إذا ما عبروا عنه في البداية، أضحى بلا معنى نتيجة لجوء المتاجرين إلى القسر أو الخداع أو التعسف.

ب- الاستغلال:

تنتهي عملية التهريب بوصول المهاجرين إلى وجهتهم ، فيما ينطوي الاتّجار على استمرار استغلال الضحية بشكل يدر على المتاجرين أرباحا غير مشروعة، ومن الناحية العملية غالبا ما يكون ضحايا الاتّجار أيضا أكثر تأثرا من المهاجرين المهربين وأشد حاجة منهم إلى الحماية من التعرض إلى الإيذاء من جديد ومن سائر أشكال التعسف الأخرى.[1]

ج- البعد عبر الوطني:

يكون التّهريب دائما من بلد إلى آخر ، بينما قد يكون الاتّجار بالبشر كذلك ، فالاتّجار يحدث بغض النظر عما إذا كان الضحايا ينقلون من دولة إلى دولة أخرى أو ينقلون من مكان إلى مكان آخر داخل الدولة نفسها.

البند الثالث: الاتجار بالأعضاء البشرية:

يعد الاتجار بالأعضاء البشرية صورة من صور نشاط الاتّجار بالبشر، حيث تمثّل انتهاكا أساسيا لحقوق الإنسان.

---

1 -حامد سيد محمد، الاتجار بالبشر كجريمة منظمة عابرة للحدود، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر ، 2010 م، ص16.

يمكن القول أن المفهوم القانوني للاتّجار بالأعضاء البشرية، هو قيام فرد أو جماعة إجرامية منظمة بتجميع الأشخاص دون رضاء منهم ، بالتحايل أو بالإكراه ، حيث يتم نزع أعضاء هؤلاء الضحايا وبيعها كبضاعة من أجل الحصول على أرباح مالية. [1]

ومن هذا التعريف نخلص إلى أن أعضاء جسم الإنسان ذاتها هي محل التعامل، إذ تتحول في يد تاجر البشر إلى مجرد سلعة تباع وتشترى، لها سوق عرض وطلب ، المعروض هي أعضاء جسد الإنسان، والطالب هو التاجر والمستقبل. ويقصد بتعبير "جماعة إجرامية منظمة" وفقا لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية هو كل جماعة مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر ،موجودة لفترة من الزمن وتقوم معا بفعل مبرر بهدف ارتكاب جريمة واحدة أو أكثر من الأنشطة الإجرامية في هذه الاتفاقية، من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو أي منفعة مادية أخرى.

المبحث الثاني

مفهوم العضو البشري في الفقه والقانون

ونتناول فيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول :مدلول الجسم الإنساني.

المطلب الثاني: تعريف العضو لغة وفقها وقانونا.

المطلب الثالث: الفرق بين العضو البشري والمشتقات والمنتجات البشرية.

---

1 - المرجع نفسه، ص41.

المطلب الأول

مدلول الجسم الإنساني

جسم الإنسان هو عبارة عن مجموعة من الأعضاء التي تتكون بدورها من أنسجة متباينة وقوام هذه الأنسجة خلايا نوعية مميزة لكل نسيج ، فالخلية هي الوحدة الأساسيّة في تكوين جسم الإنسان والتي بتجمعها وارتباط بعضها مع بعض تتكون الأنسجة المختلفة ، وتقوم هذه الأعضاء بأداء الوظائف الحيوية بالنسبة لباقي الإنسان سواء أكانت هذه الوظائف من النوع الفسيولوجي أو السيكولوجي.[1]

ولم يحدد القانون ما المقصود بـ"جسم الإنسان"، هذا المفهوم الذي دخل ضمن القانون المدني، وقد قدم واضعو مشروع القانون الجسم على أنه "مجسد الشخص"[2] .والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن ما هي حدود الجسم؟ وهل يشمل جسم الإنسان المقصود بالقانون الجسم "بكامله".

وبهذا المعنى، يجب أن يفهم جسم الإنسان من خلال تلك الحياة الجسدية المحددة بمفهوم "الذات والنفس". ولا يميز القانون بين مكونات الجسم سراء كانت طبيعية أو اصطناعية اندمجت بجسم الإنسان الطبيعي، وسواء كانت ثابتة أم لا، وسواء كانت تؤمن وظيفة حيوية أم لا، فكل هذا ينتمي إلى جسم الإنسان.[3]

المطلب الثاني

تعريف العضو لغة وفقها وقانونا

نورد في المطلب أهم التعريفات الواردة للعضو البشري في اللغة ومن المنظور الطّبي، وهو ما سيسهل علينا التأسيس للمفهوم القانوني والفقهي للعضو البشري بعد ذلك، كما سيأتي:

---

1 – صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، 2008م، ص9.

2 – أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني،(رسالة دكتوراه جامعة روبير شومان في ستراسبورغ)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999م، ص25.

3 – أحمد عبد الدائم، المرجع نفسه، ص25.

الفرع الأول

التعريف اللغوي والطبي للعضو البشري

نبين فيما يأتي التعريف اللغوي والطبي للعضو البشري، ونرى إلى أي مدى يتوافق التعريفان:

البند الأول- العضو لغة:

عضا: العُضْوُ والعِضْوُ: الواحد من أعضاء الشاة وغيرها، وقيل : هو كل عظم وافر لحمه، وجمعها أعضاء، و عضى الذبيحة : قطعها أعضاء.[1]

ومن هذا يتبين أن العضو البشري هو جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف.[2]

وذهب البعض على أن العضو البشري هو جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، سواء أكان متصلا به أم انفصل عنه ، وأن الدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان .[3] بينما يعارضه البعض على أساس التعريف اللغوي ، فالدم ليس عظما يغطيه لحم.

البند الثاني- في الطب:

العضو البشري من الناحية الطبيّة هو عبارة عن مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة ، مثل: المعدة حيث تحوي الطّعام وتهضمه، ومثل الكبد والكلية والدماغ والأعضاء التناسلية والقلب.[4]

---

1 - جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المجلد الثامن، ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص514.

2 - الشيخ عبد الله البستاني: الوافي، معجم وسيط اللغة، مكتبة بيروت، لبنان، 1998، ص 314.

3 - عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009 م، ص30.

4 - هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص11.

كما عرّف العضو بالقول: «ومع تقدم العلوم الحديثة والمكتشفات الطبيّة والبيولوجية الحديثة، يمكن القول بأن العضو لا يقتصر فقط على القلب، الكلى، الرئة، الكبد، والأعضاء التناسلية، وإنما أصبح يشمل أيضا الدّم، المنيّ، قرنية العين، والجين، أو أجزاء من العضو مثل الجينات والهرمون».[1]

والعضو باعتباره مجموعة من الأنسجة، فيعرّف النّسيج بأنه مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة، أما الخلية فهي أصغر وحدة في المواد الحيّة.[2]

ويعرف أيضا أنه مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة والمتشابكة والقادرة على أداء وظيفة محددة[3]. ولم تعد فكرة العضو قاصرة على القلب والكبد والكلى والأعضاء التناسلية فقط بل أنها امتدت لتشمل أيضا الإنزيمات والهرمونات والجينات والتي تؤدي وظائف محددة.[4]

ونظرا للتطورات في العلوم الطبية، فقد شهدت فكرة تحديد العضو تطورا ملحوظا فقد ورد في قاموس ROBERT الفرنسي أن كلمة العضو والتي يرجع أصلها البيولوجي إلى القرن الخامس عشر هي مشتقة أساسا من كلمة – Organon – ومعناها الأداة أو الآلة التي تستخدم في العمل.[5]

ويتضح من ذلك أن العضو في اللّغة أعم مما هو عليه في المصطلحات الطبية، والتي تبدو أدق، وأكثر تحديدا، ففي حين يعرّف لغة أنه كل عظم وافر اللّحم،

---

1 – أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص51.

2- J.K.INGLIS. HUMAN BIOLOGY. THIRED EDITION, OXFORD, 1986, P7-21

3 – مروك نصر الدين، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، قسم الجنائي، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1993م، ص66.

4 –مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003م، ص24.

5 –محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية في سلامة الجسم، جامعة الزقازيق، القاهرة، 1968م،ص555.

ففي المنظور الطبّي كلّ مجموعة من الأنسجة تؤدي مع بعضها وظيفة محددة وتطور الأمر، بالتطوّر العلمي، إلى ضم الجينات والسوائل إلى عضوية الجسم.

الفرع الثاني

تعريف العضو البشري في القانون الوضعي

نعرض فيما يأتي إلى مختلف التّعريفات في القانون، وفي الفقه القانوني.

البند الأول- في الفقه القانوني

إن القليل من الكتابات التي تصدت لتحديد المقصود من العضو البشري على وجه التحديد ، ولعله من المدهش القول بالحاجة الملحة لرجال القانون دون غيرهم لوضع تعريف محدد ودقيق للمقصود بالعضو البشري والذي من شأنه تسهيل إيجاد تكييف للمسؤولية الجنائية الناجمة عن وقوع اعتداء على أحد أعضاء الجسم.[1]

أما الفقه فقد درجت كتاباته – على ضرب الأمثلة فقط – كما هو وارد في النصوص القانونية، دون أن يضع تعريفا منضبطا وواضحا للمقصود باصطلاح العضو البشري ومنها على سبيل المثال ، من قال بان المراد بالعضو « هو مجموعة الأجزاء من الجسم التي تقوم بوظيفة معينة في جسم الإنسان مثل التنفس أو النطق »[2] وآخر ذهب إلى القول بأنه« ذلك المحدد من جسم الإنسان والذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددّة كالقلب والرئة والكلى» .

وفي رأي إدريس عبد الجواد عبد الله « يراد بالعضو البشري كل جزء من جسم الإنسان يتكون من مجموعة الأنسجة». ويراد بالنسيج خليط محدد من مركبات عضويّة كالخلايا والألياف تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتّفق وعمله

---

1 -مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الجنائية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002م، ص11.

2 -إدريس عبد الجواد عبد الله ، الأحكام الجنائية المتعلقة بنقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2009م، ص41.

كالنسيج الضام والعضلي والعصبي.[1] والعضو ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي وغير متجدّد إذا ما تم استئصاله بالكامل أو جزء منه مما يؤدي إلى انتقاص في الجسم .

ووفقا لهذا التعريف فانه تم التّفريق بين العضو وغيره من مشتقات الجسم ومنتجاته كالدّم والحيوانات المنويّة ولبن الأم وغيرها . لأنها متجدّدة ولا يترتب عنها انتقاص من الجسم ، كما أنها لا تتطلب تدخلا جراحيا في الغالب نظرا لبساطتها وسهولة إفرازها. فضلا عن أنه يشمل كافة الأعضاء سواء كانت مفردة كالقلب والكبد والمخ . أو مزدوجة كالرئتين والكليتين والعينين، أو أنسجة كالجلد والغدد والنخاع. ومن الأعضاء ما يمكن الأخذ منها كالنخاع والكبد والغدد. وجميعها أعضاء غير متجددة –في الغالب– ويترتب على استئصالها انتقاص في جسم الإنسان مما يؤدي إلى إخلال في أداء وظائفها.[2]

وعرفه آخر على أنه: « جزء حي، من المكونات الطبيعية للجسم، بحيث لا يتوقف على نقله تعريض حياة الإنسان للخطر ».[3]

وعرف أيضا: « جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء أكان متصلا به أو منفصلا عنه، وأن الدّم يعتبر من أعضاء الجسم المتجددة»[4].

ولعلّ ما أخذ على التعريفات السابقة هو المأخذ نفسه على هذه التعريفات، فهي تتضمن جميع أجزاء الجسم مع أن اللبن والدم يعدان من الأعضاء البشرية ،رغم أن ذلك لا يعد دقيقا من وجهة النظر اللغوية والطبية والقانونية.

– وقد عرّفه حسني عودة الزعال: «كل جزء من أجزاء الجسم سواء كان داخليا أم خارجيا وسواء أدى دورا لمنفعة الجسم أو لغيره».[1]

---

1 –مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص66.

2 – إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص42.

3 – هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص16.

4 – أنظر منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة، عمان، 1995، ص17 .

- أما هيثم حامد المصاورة فقد عرفه على أنّه : « كل جزء من أجـزاء الجنـين أو جسم الإنسان أو جثته، يكون في الأصل غير سائل »[2].

البند الثاني- في القانون:

عرف قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان (الأردني) ،رقم 23 لـسنة 1988 العضو البشري في المادة الثانية منه على أنه « أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه»، ولم يعرف المشرع العراقي والليبي والمصري والفرنسي العضو البـشري على النحو الذي فعله المشرع الأردني.

ولقد تعرض هذا التعريف للنقد[3] ،إذ وصف بأنه لم يأت بجديد وبأنه عرف الشيء بنفسه ، وبـالرغم مـن هـذا الغمـوض في الطـرح إلا أنـه أضـاف بعـض مكونات جسم الإنسان الأخرى غير الأعضاء إلى مضمونه .إلا أن ذلـك لا يعـد مسوغا صحيحا لتعريـف المـشرع الأردني سـابق الـذكر، نظـرا للتطـور الـسريع للعلوم والتـي تأتينـا كـل يـوم بجديـد ، إضـافة إلى أن وضـع التّعريفـات يعـد اختصاصا أصيلا للفقه والقضاء وتدخل المشرع فيه أمر غير جدير بالتأييد.[4]

يعد القانون الانكليزي الصادر عام 1989 م، الخاص بنقل وتنظيم الأعضاء، هو القانون الوحيد الذي عرّف العضو تعريفا دقيقا في التعريفات القانونية ،حيث عرفه بموجب المادة 2/7 منه :« يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هـذا القـانون

---

1 - حسني عودة الزعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن، 2001، ص 53.

2 - هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق،ص 17.

3 - أنظر عبد الوهاب عمر البطراوي، مجموعة بحوث جنائية حديثة، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة ، الطبعة الثانية، 1996،ص22.

4 -هيثم حامد المصاورة ، المرجع السابق ، ص 15.

كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل. »[1]

إن فائدة إعطاء تعريف للعضو مثل هذا لا تتوقف عند سهولة تحديد وتكييف الآثار القانونية الناشئة عن الاعتداء على أحد أعضاء الجسم فقط، بل تمتد إلى بحث الجوانب القانونية للممارسات الطبيّة المستحدثة على الأعضاء البشرية وعلى رأسها نقل وزراعة الأعضاء .

أما المشرع الأمريكي نجد المادة الوحيدة والتي تعرضت إلى تعريف العضو هي المادة [301] من قانون الصحة العامة (Public Health Service Act) والمعدلة بالقانون القومي لزراعة الأعضاء الصادر في 19 أكتوبر 1984 ،ولكن ذلك كان بصورة غير محددة للمصطلح،حيث نصت في فقرتها (ج) بالنص على أنه: " يقصد باصطلاح العضو البشري في تطبيق أحكام هذا القانون: الكلية ، الكبد، القلب، الرئة، البنكرياس، النخاع العظمي،القرنية، العين، العظم، الجلد، أوكل ما تضفي عليه اللوائح الصادرة من وزارة الصحة هدا الوصف."وهذا التعريف يجعل المجال فسيحا للخلط وعدم انضباط في تكييف الاعتداء المنصب على شريحة جلدية صغيرة، أو سرقة كمية معينة من الدم مثلا مساويا ومكافئا لما يقع على أكبرها كما هو الحال في انتزاع كلية أو عضو أكثر بروزا.

أما القانون الفرنسي، فقد أدرك المشرع مؤخرا في قوانين العلوم الإحيائية (Bioethics) الصّادرة عام 1994 أهمية التفريق بين أعضاء الجسم وكافة المشتقات والمكونات البشرية الأخرى، وذلك من خلال إفراد تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية قسما مستقلا خاصا بالأعضاء البشرية، وأقسام ونصوص أخرى خاصة بمشتقات الجسم البشري ومنتجاته، ولعل أوضح دليل هو نص المادة[671] من قانون الصّحة العامّة المعدّل ، حيث ينص أن:" النّخاع العظمي يعد بمثابة العضو في تطبيق أحكام القسم الخاص بنقل الأعضاء البشرية"[2] ورغم ذلك إلا أنه لا يوجد تعريف محدد لمصطلح العضو البشري ، إلا

---

1 - Human Organ Transplant Act 27 th – July 1989

2 - Art .671 . du code de la santé publique
www.orgonet.co.uk/bode/hot.2011/11/08 تاريخ الاطلاع:

أن يتم استنباط ذلك من خلال استبعاد ما جاءت به النصوص الخاصة بتنظيم نقل مشتقات الجسم ومنتجاته والتصرف بها كما هو الحال في الدم والأمشاج والخلايا.

وتتبين أهمية مسألة تحديد المقصود بالعضو البشري، خاصة في تحديد الآثار القانونية المترتبة على هذا التمييز ، وما تجدر الدعوى إليه هو وجوب تبني التشريعات الوطنية هذا المفهوم الانكليزي للعضو البشري والذي جاء منضبطا ومحددا ورافعا لكل لبس مما يساعد مطبقي قانون العقوبات أو القوانين الداخلية الأخرى في منأى عن العمومية، وعدم سداد الرأي والحكم، والناتج عن إطلاق المصطلح وعدم الاعتناء بضبط المصطلح وما ينجر عنه من تبعات، فإضافة إلى تسهيل تحديد وتكييف الآثار القانونية النّاشئة عن الاعتداء على أحد أعضاء الجسم فقط، فهو يسهم في بحث الجوانب القانونية للممارسات الطبيّة المستحدثة على الأعضاء البشرية.والتعريف كما سبق وان رأينا هو الآتي ذكره: :« يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل. »

الفرع الثالث

تعريف العضو البشري في الفقه الإسلامي

إن تعريفات العضو البشري في الفقه الإسلامي جاءت عديدة ونذكر منها على سبيل المثال.

عرّف قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا ، العضو البشري على أنه: « أي جزء من الإنسان، من أنسجة ودماء ونحوها، كقرنية العين، سواء أكان متصلا به، أم انفصل عنه»[1] .

---

1 – قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا ،رقم (1) د. 4/ 08/ 1988، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الرابع ، الجزء الأول ، جدة، 1988، ص805.

وعرف أيضا بأنه :« أي جزء من أجزاء الإنسان : سواء أكان عضوا مستقلا : كاليد والعين والكلية ونحو ذلك ، أو جزءا من عضو : كالقرنية والأنسجة والخلايا . وسواء منها ما يستخلف : كالشعر والظفر ، وما لا يستخلف ، وسواء منها الجامد كما ذكر،والسائل كالدم واللبن، وسواء كان ذلك متصلا به أو منفصلا عنه».[1]

كما وعرفت أعضاء جسم الإنسان بأنها: «كل مكونات بدن الإنسان، وما يتولد منها».[2]

إن أبرز ما يميز التعريفات أعلاه هو اتساعها وشمولها لجميع أعضاء الإنسان وأجزاءه، إلا أنه يؤخذ عليها في الوقت نفسه ، تضمنها لجميع الأجزاء البشرية ، مع أن الكثير منها لا يعد من الأعضاء .

فهذه التعريفات تعد الدّم مثلا عضوا بشريا وهو ما لا يعد دقيقا من وجهة النظر اللّغوية والطبيّة، ولذلك فقد عرّفه آخرون على أنه « كل جزء إذا نزع لا ينبت».[3]

وهو أيضا يلحق أغلب أعضاء جسد الإنسان من جهة ويبعد من جهة أخرى الكثير من الأجزاء التي لا تعد أعضاء، كما هو الحال في الدم ، إلا انه لا ينطبق على بعض أجزاء الجسد، إذ لا يعد الجلد البشري عضوا، مع انه كذلك ومع أنه إذا نزع من جسد إنسان حي عاد لينبت من جديد.[4]

ويلاحظ في هذا المضمار، بعض القصور، والعيب طبعا ليس في الشريعة، بل في مواكبة التطور والنّسق السريع في الأبحاث والمستجدات العلمية، ومحاولة ضبط أفضل للمفاهيم وما يخدم المسار الشمولي والتجديدي في الفقه الإسلامي.

---

1 -هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص12.

2 - هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص12.

3 - حسن بن علي بن هاشم السقاف القرشي الشافعي، الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، المطابع التعاونية، عمان، 1989، ص 6.

4 - السيد الجميلي، نقل الأعضاء البشرية وزراعتها، دار الأمين، الطبعة الأولى، القاهرة، 1998، ص 37.

المطلب الثالث

الفرق بين العضو البشري والمشتقات والمنتجات البشرية

إن اصطلاح المشتقات والمنتجات البشرية الذي استخدمته العديد من تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الحديثة، يمكن تعريفه وفقا لمفهوم المخالفة على أنه ، يشمل كافة العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة ولا يترتب على استئصالها فقدانها للأبد بل يمكن للجسم استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه دونما حاجة إلى زراعتها كما هو الحال في الأعضاء .[1]

ومن أمثلة هذه المشتقات بعض المواد السائلة الداخلة في تكوين الجسم كالدم ومشتقاته حيث لا يخفى ما يتمتع به هذا العنصر البشري من خاصية التجدد المستمر مما يتيح التبرع بكميات معينة منه بصفة دورية دون أن يكون لذلك ثمة أثر على وجوده أو الانتقاص من الكم الواجب توافره دائما لاستمرار الحياة وأداء الجسم لوظائفه الطبيعية.[2]

وما يصدق على الدم يصدق على كافة السوائل الأخرى التي تفرزها الغدد على اختلاف أنواعها داخل الجسم كما هو الحال في اللعاب والسّائل المنوّي والهرمونات، إذ أن هذه السوائل لا يؤدي سحب كميات معينة منها إلى نفاذها ولا أدل على ذلك من استمرار تدفق السائل المنوّي على سبيل المثال على الرغم من تكرار خروجه من الجسم وكذلك الأمر بالنسبة للنخاع العظمي الذي يمكن للمرء أن يتبرع بكمية معينة منه دونما أيّ ضرر أو تأثير على تواجده حيث تقوم خلايا الجسم بإفرازه وتجديده.

وهناك مكونات نسيجية أخرى لا تعد من قبيل الأعضاء وإنما من مشتقات الجسم ومنتجاته وقابلة دائما للتجدد ، ومن أمثلتها بويضة الأنثى وبعض الخلايا العصبية وخلايا الجلد، فأخذ كمية من هذه العناصر الآدمية لا يستتبعه عدم تعويضها وتجديدها من قبل الجسم.

---

1 - مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص16 .

2- إدريس عبد الجواد عبد الله ، المرجع السابق، ص 44.

المبحث الثالث

أصل الاتجار بالأعضاء حكما وواقعا

وندرس فيه مطلبان:

المطلب الأول : عوامل ظهور وا نتشار الاتجار بالأعضاء البشرية.

المطلب الثاني: واقع الاتجار بالأعضاء البشرية ووسائله.

المطلب الأول

عوامل ظهور وانتشار الاتجار بالأعضاء البشرية.

الفرع الأول

نقل وزراعة الأعضاء البشرية

إن من أهم العوامل المسهمة التي أدت إلى ظهور واتساع نطاق الاتّجار بالأعضاء البشرية هو التطور العلمي المذهل ونسقه المطّرد والمذهل، إذ في كل لحظة تخرج علينا النشريّات العلمية والأبحاث بما يعجز عن تصديقها العقل، وخاصة في مجال الجراحة والعلوم الحيويّة والعقاقير. فأصبح بالإمكان الحصول على قطع غيار بشرية وخاصة في حال تلف أو تضرر أحد الأعضاء. فالهدف الأول كان نبيلا لكن مع تطور الكيانات الاجتماعية تحول ذا العمل عن مساره إلى غايات ومآرب أخرى. ذلك ما سنبحثه معا في هذا المطلب.

البند الأول: لمحة تاريخية عن نقل الأعضاء

يجد مفهوم اقتطاع الأعضاء جذوره في الصين ، فقبل ميلاد المسيح بثلاثة قرون قام جراح صيني يدعى بيان شياو بتخدير جنديين حيث بدل لهما قلوبهما مستفيدا من سباتهما ثم صحا هذان الجنديين بعد ثلاثة أيام ورجعا إلى حياتهما

السعيدة السابقة . ولكن حتى وان بقينا حذرين تجاه هذه الرواية إلا أنها تبرهن لنا أن الإنسان قد فكر منذ ذلك الوقت باقتطاع الأعضاء وزرعها.[1]

أيضا في الصين ،فقد نقل الجراح الصيني الكبير هوا-تو (141 -202 بعد ميلاد المسيح) أعضاء جوفية مستفيدا من التخدير بقنب الهند.

وقد تركّزت التجارب على زرع الأعضاء مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين نتيجة تأثير دايكسيس كارل d'Aexis Carrel الذي نجح، تقنيا ، عام 1902 بزرع كلية عند حيوان، ثم اخذ نقل الأعضاء انطلاقته المدهشة بعد الحرب العالمية الثانية.

وفي عام 1936 حقق فور ونوف voronov أول نقل للكلية عند الإنسان ولكنها أعقبها فشل سريع . وفي عام 1948، قدم ثلاثة أطباء عيون فرنسيين تقريرا للجمعية الفرنسية لطب العيون أشاروا لإجراء 172 عملية لزرع القرنية بعد اقتطاعها من جثث الموتى، وبذلك عمق ترقيع القرنية اقتطاع الأعضاء بعد الوفاة. أما في عام 1952، تمكن فريق طبي من تحقيق وبنجاح أول نقل للكلية تم الحصول عليها من متبرع حي.

وقد سمح تطور علم المناعة والعلاج ضد رد العضو المزروع للبروفيسور ج.همبورغر بتنظيم أول نقل للكلية تم الحصول عليها من جثة شخص ميت.وقد فتحت هذه البداية الطريق لاقتطاع أعضاء أخرى من جثث الموتى لزرعها عند مرضى آخرين.

وهكذا، وفي 1963، أنجز ستارزي ودنفر بالولايات المتحدة أوّل عملية لنقل الكبد بنجاح. وفي نفس العام أنجز هاردي وجاكسون أول نقل للرئة.وقد توجب الانتظار حتى 1967 لرؤية أول اقتطاع قلب من اجل الزرع وقد تحقق ذلك بواسطة كريستيان برنار في مستشفى شور دو قروت بمدينة كاب بجنوب إفريقيا.

---

1 - احمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص90.

ونشير أخيرا لقيام ستارزي في دنفر بنقل الطحال في 1963. ثم البنكرياس في 1966 بواسطة ريشارد وويليام. ثم نقل المعي في 1967 من طرف ريشارد في مينيسوتا.[1]

البند الثاني: موقف الديانات السماوية من اقتطاع الأعضاء من الأحياء:

نتعرض فيما يأتي إلى مختلف مواقف الديانات السماوية من انتزاع الأعضاء البشرية وكيفية معالجتها للمسألة.

الفقرة الأولى - موقف الديانة المسيحية:

هل يستطيع المسيحي قانونا من تدمير أجزاء من جسده خصوصا وأن جسمه لا يشكل "ملكية مجردة له" يستطيع التصرف به كما يشاء ولا يتبع لإرادته بشكل مطلق وقد عهد إليه للاتصال بالآخرين ولزيادة الحياة الإنسانية. وكذلك ألا يتعارض تدمير قوى الجسم الحيوية إذا لم تكن ضروريّة لاستمرار الحياة نفسها مع هذه النزعة ؟[2]

ويمكننا أن نلاحظ بهذا الخصوص، تطورا في موقف الكنيسة الكاثوليكية وقد ظهر ذلك في قول البابا 11 في 1930، وكذلك في خطبته سنة 1953: " قد يبدو الشك بشرعية التبرّع بالأعضاء الضرورية لإنقاذ كائن بشري آخر غريبا لا بل مشينا وخاصة من قبل ذلك الشخص الذي يعلّم الأخلاق لخدمة الآخرين وأكثر من ذلك من قبل الشخص الذي ينتمي لعقيدة الإنجيل : ألا يعتبر هذا شكلا ساميا للمحبة والرحمة لأن الشّخص ، بهذا التصرّف، لا يعطي ما يملكه فقط ولكنه يعطي أشياء من ذاته". فالكنيسة الكاثوليكية لا تعارض إذا مبدأ اقتطاع الأعضاء من أشخاص أحياء ولكنها، على العكس، تشجع الأطباء على إجرائها والأفراد على الموافقة عليها.

الفقرة الثانية – موقف الديانة اليهودية من اقتطاع الأعضاء البشرية:

أما القانون اليهوديّ فانه يحظر على الفرد وضع نفسه في حالة خطر أو تشويه أو تقطيع جسده إلاّ إذا كان ذلك سيحقّق فائدة كبيرة للآخرين ، وقد أكّد

---

1 – احمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 91.

2 – احمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 92.

الحاخام الأكبر Kaplin عدم معارضة اليهودية لاقتطاع الأعضاء إذا كان لإنقاذ حياة إنسانية . من جهة أخرى يعتبر استثمار الجسم لأهداف عمليّة غير مشروع. وقد أكّدت الجمعيّة العامة للحاخامات الفرنسيين في 1978 على هذه المبادئ.[1]

الفقرة الثالثة: موقف الفقه الإسلامي من اقتطاع الأعضاء البشرية :

أما بالنسبة للإسلام فيجب التمييز بين فئتين من الأشخاص: الأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة الإعدام والأشخاص العاديين:

أولا- الأشخاص المحكوم عليهم بالإعدام:

يعتبر غالبية الفقهاء المسلمين اقتطاع أحد أعضاء الجسم لزرعها عند شخص آخر مشروعا حتى وإن كان هذا العضو حيويا للجسم وسوف يؤدي من حيث النتيجة إلى الموت لان هذا الشخص سوف يموت بكل الأحوال عند تنفيذ حكم الإعدام ولكن يجب خضوع هذا الاقتطاع لحالة الضرورة.

ثانيا -الأشخاص العاديين: يجب التمييز بين كاملي أو ناقصي الأهلية :

(أ) **الأشخاص المتمتعين بكامل الأهلية:** قال رسول الله في الحديث الشريف: (من فرج كربة مؤمن في الدنيا فرج الله له كربته في الدنيا والآخرة). فالتبرع بالأعضاء يشكل إذا أفضل تطبيق لحديث الرسول عليه الصلاة والسلام.

فيستطيع الشخص البالغ الراشد المتمتع بالأهلية التبرع بأعضائه لمصلحة الغير، إذا كان قد وافق على ذلك بكامل حريّته، وإذا كان الضّرر محدودا جدا، بحيث لا يؤثر على دوره الاجتماعي في الحياة.[2]

(ب) **القصر والمجانين:** لا يمكن اقتطاع أي عضو من جسمهم لزرعها في جسم شخص آخر حتى و إن حصل على موافقة وليه الشّرعي لأنّ هذا

---

1 - أحمد عبد الدائم، المرجع نفسه، ص 92.

2 - احمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 93.

الشخص لا يستطيع أبدا التصرف بحياتهم بالموافقة على اقتطاع أحد أعضاء جسمهم لمصلحة الآخرين ولكنه يستطيع التصرف فقط من أجل تحقيق مصلحتهم الخاصة.

الفرع الثاني

ظهور الإجرام المنظم

خضع تعريف الجريمة المنظمة إلى تجاذبات بين الفقهاء والمؤتمرين وسوف نكتفي في هذا الخضم بتعريف اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة في بالرمو سنة 2000، وقد اعتمد في تعريفه على معيار جسامة الجريمة: وقد عرفت المادة 2 (فقرة1) من اتفاقية الجريمة المنظمة أو الجماعات الإجرامية المنظمة بأنها جماعة ذات بناء هيكلي يتكون من ثلاثة أشخاص فأكثر وتدوم لفترة من الزمن لارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم الجسيمة أو الجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية والحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على مزايا مالية أو أية منفعة مالية أخرى.[1] كما عرفت بأنها مشروع إجرامي قائم على أشخاص، يوحدّون صفوفهم من اجل القيام بأنشطة إجرامية على أساس دائم ومستمر ويتسم هذا التنظيم بكونه ذو بناء هرمي(مستويات قيادية وأخرى للتنفيذ) ، ويحكم هذا الكيان نظم ولوائح داخلية يضبط إيقاع سير العمل داخله، ويستخدم في سبيل تحقيق أغراضه العنف والتهديد والابتزاز والرشوة في إفساد المسؤولين، سواء في أجهزة الحكم أو أجهزة إدارة العدالة وفرض السطوة عليهم بهدف تحقيق أقصى استفادة من القيام بالنشاط الإجرامي، سواء بوسائل مشروعة أو غير مشروعة.[2]

وعرّف المؤتمر الخامس لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في جنيف 1975 بأنّها الجريمة التي تتضمن نشاطا إجراميا معقّدا وعلى نطاق واسع ، تنفذه

---

1 – جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة(دراسة تحليلية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 ، ص36.

2 – نسرين عبد الحميد نبيه، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007، ص57.

مجموعة من الأشخاص على درجة من التّنظيم، ويهدف إلى تحقيق ثراء للمشتركين فيها على حساب المجتمع وأفراده، وهي غالبا ما تتم عن طريق الإهمال التام للقانون وتتضمن جرائم ضد الأشخاص وتكون مرتبطة في معظم الأحيان بالفساد السّياسي.[1]

البند الأول: التطور التاريخي للجريمة المنظمة

نبين في هذا الفرع المسار التاريخي للجريمة المنظمة ولكن ببعض الإيجاز، وعدم الإسهاب لما لذلك من تداعيات كثيرة يضيق المقام للتفصيل فيها.

الفقرة الأولى – في العصور القديمة:

أولا- الإجرام المنظم في بلاد ما بين النهرين والحضارة المصرية القديمة:

ففي بلاد الرافدين يمكن استقراء الإجرام المنظم من خلال شريعة حمورابي والتي كانت تعكس الأوضاع السائدة آنذاك ، والتي كانت تنظم حربا ضد ما يسمى بعصابات الشرّ التي كانت تقوم بالسلب والنّهب والقتل، وبحسب المادة 22 من شريعة حمورابي فقد أقرت بوجود جريمة الحرابة والتي أعدت لها عقوبة شديدة.[2]

وقد امتازت معظم فترات الحضارة المصرية بالفوضى والاضطراب الذي ساد في أعقاب الثّورة عام (2190-2074 ق م) وأدى إلى انتشار عصابات السلب والنهب وقطع الطّريق والسّطو على السّفن والمقابر خصوصا الملكيّة منها، والتمرّد والعصيان.وبذلك امتد الإجرام إلى أفراد الجيش ، حيث نظّموا حملات منظمة لسلب ونهب أموال الموظفين، ومن ثم ظهر قانون خاص باللّصوص، حيث يقوم السارق بتسجيل المسروقات عند رئيس اللصوص الذي يعيدها لهم مقابل دفع ربع قيمة المسروقات وهذا يعتبر من أبرز صور الإجرام المنظم قديما.

---

1 – فائزة يونس الباشا، الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2002م، ص91.

2 – جهاد محمد البريزات ، المرجع السابق،ص22.

ثانيا- إجرام الدولة المنظم عند الإغريق والرومان:

تعتبر الحضارة الرومانية وريثة للحضارة الإغريقية لذلك يتشابه الوضع الإجرامي، وقد كان القانون في هذه الفترة وجها من أوجه الدّين، لذلك ساد احتقار الأجانب وتنظيم الاعتداء عليهم. وأدى هذا الوضع إلى زيادة المؤامرات وكثرة عددها، هرب الكثير من أفراد الجيش والذين انتظموا في مجموعات وشكّلوا عصابات وقاموا بقطع الطريق والسلب والنهب .ولقد كان من أبشع صور الإجرام المنظم ما قامت به الدولة ضد أفراد مثل ما يسمى بالعصابات البريطورية.[1]

الفقرة الثانية – في العصور الحديثة:

إن العصور الحديثة، على خلاف ما مضى حيث انحصرت فيها الجريمة المنظمة داخل الدولة، ولم تتجاوز حدودها ،انتقلت فيها الجريمة المنظّمة من المحلية إلى العالمية.

أولا- تدويل الإجرام المنظم في العصور الحديثة:

ارتبط تدويل الإجرام المنظم في العصور الوسطى أين كان الإقطاع هو النظام السائد ، فمقابل الولاء والمؤازرة الإقطاعي للملك. وكان أغلب السّكان من الإقطاعيين الذين انحط قدرهم، حتى كان الأحرار منهم في مستوى الرفيق حتى أطلق عليهم (أقنان الأرض).[2]

وتميزت تلك الفترة بالحروب الصليبية، وكانت الجيوش المنظمة جرائم منظمة وهي في طريقها إلى القدس.وقد تم إنشاء ما يسمى بالقومونات في تلك الحقبة من طرف التجار الّذين كان أغلبهم من أقنان فارّين من الإقطاع أو قراصنة محترفين، وقد مارسوا الربا والقرصنة. وتحالف الملوك مع التّجار للتخلص على الإقطاعيّين الذين حاولوا فرض نظامهم الاجتماعي والقانوني على التجار .

---

1 –حسن عبد الحميد، التطور التاريخي لظاهرة الإجرام المنظم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص42.

2 –جهاد محمد البريزات، المرجع السابق، ص 27.

وأطلق عليها فيما بعد "المنظمات البرجوازية" التي سعت إلى السيطرة على الدول الأوربية، وقد كانت الثورة الفرنسية عام 1798 نتيجة عمل المنظمات البرجوازية[1] ولقد نظم البرجوازيون جرائم منظمة ضد الإقطاعيين مما أدى إلى استيلائهم على السلطة ؛ مما ترتب عنه أن الدولة نفسها مارست الإجرام المنظم ضد رعاياها. ولذلك نجد أن تدويل الإجرام المنظم كان نتاج تبنيّ الدّولة نفسها فكرة الإجرام المنظم لخدمة مصلحة التّجار.

ثانيا- عولمة الإجرام المنظم:

تطور الإجرام المنظم في العصر الحديث ، حيث صار عالميّا، وأصبحت المنظمات الإجرامية عالمية ،وجاء ذلك ردّا لما عرفه العالم من ثورة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات التي سهلت الترابط بين المنظمات الإجرامية ، يضاف إلى ذلك تطور النظم الاقتصادية والقانونية[2]، وظهور مفهوم العولمة كفكرة وواقع إلى الوجود، كل ذلك أسهم في اتساع رقعته ، فأصبح التّحضير والتّخطيط والتنفيذ أو حتى آثار الجريمة تمتد إلى أكثر من دولة.

ثالثا- انتقال الإجرام المنظم من التأقيت إلى الاستمرارية:

كان ارتباط الإجرام المنظّم بالتجارة العالمية أمرا واضحا، ونتيجة لذلك سارع أفراد العصابات إلى تشكيل مؤسسات إجرامية، وبالتالي حل العمل الجماعي محل العمل الفردي، وخلق الكيان المستقل للتنظيم عن الأفراد حيث أصبح ضروريا وجود نظام وقانون خاص يضمن صفة الاستمرارية والدوام لهذه الكيانات التي لا تزول بزوال أحد أعضائها.ورسمت أيضا هيكلا تنظيميا للقيادة والسيطرة على أفراد العصابة والسيطرة على أفراد العصابة للوصول إلى الأهداف المرسومة. هذه الجماعات قد تأخذ شكلا تمويهيا شرعيا في الظاهر، لضمان الاستمرار والدوام، ولكنها تمارس أعمالا غير مشروعة في الواقع.[3]

---

1 -حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص 70.

2 - ذياب البداينة، التقنية والإجرام المنظم، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص137.

3 -جهاد محمد تبريزات، المرجع السابق، ص 32.

الفقرة الثانية: أهم المنظمات الإجرامية الكبرى:

إن المنظمة الإجرامية أصبحت كيانات متعددة الجنسيات، بحيث تنسّق أنشطتها فيما بينها، وتنتقل شيئا فشيئا إلى التخصّص من حيث مجال الإجرام والجريمة، وسنتطرق إلى أهم تلك التنظيمات فيما يأتي:

أولا- المافيا الإيطالية:

عند الحديث عن المافيا الايطالية لابد من أخذ المافيا الصقليّة كنموذج للمافيا الايطالية، وابتداء لابد من معرفة أن العائلة هي أساس تكوين المافيا في صقلية ، والمقصود بالعائلة هنا هو العائلة الممتدة أو العشيرة في المدلول الواسع بحيث يعتمد على العلاقات الرأسية(الجد ، فالأب، فالابن، والأحفاد) وعلاقات الدم والمصاهرة وتدار هذه العائلة بواسطة كبير العائلة، بحيث يدين لها جميع أعضائها بالولاء والطّاعة.[1] يحكمها قانون الصمت وتكون العقوبة في حال إفشاء الأسرار بأقصى العقوبات كالقتل. ويغطي نشاطها معظم الجرائم الخطرة وفي أكثر من دولة.[2]

ثانيا- المافيا الصينية:

يطلق عليها أيضا مسمى الثالوث ، والذي يرمز إلى: السّماء والأرض والإنسان. وتعود نشأتها إلى القرن 19حيث كانت حركات سرية ضد الاحتلال الياباني، إلى أن انتهى بها الأمر إلى جماعات إجرام منظم يمتد نشاطها إلى كافة أنحاء الصين، وامتدّ نشاطها إلى إن وصل إلى جنوب وشرق آسيا والولايات المتحدة الأمريكية. وأساس تشكيلها هو العائلة أو رابطة الدم ومدلولها العائلي أوسع بحيث يصل إلى أفراد الحيّ أيضا.[3] وتعمل في شبكات مرنة تنتقل الرئاسة

---

1 -ممدوح الزوبي، عصابات المافيا ،جرائمها وتاريخ زعمائها، دار الرشيد، بيروت ، 1996،ص31.

2 -محمد فاروق عبد الحميد، الجريمة المنظمة ووسائل الوقاية منها، بحث مقدم لندوة الوقاية من الجريمة المنظمة، مركز تدريب الشرطة، دبي، 2002 ، ص10.

3 جهاد محمد البريزات، المرجع السابق، ص109.

فيها حسب الظروف، وأهم أنشطتها الابتزاز، المخدرات وتهريب المهاجرين والهروين.

ثالثا الياكوزا اليابانية:

وهي عصابة النّقابات السّبع، حيث تتسم بالقوّة والعنف وأهمها تنظيم ياماجوشي جومي ويشمل نشاطه حجم 40 % من حجم الإجرام في اليابان، وأصل هذه العصابات يعود إلى القرن 13 حيث كانوا مجموعة من الباعة الجوالين الذين احتالوا على زبائنهم ثم تحولت إلى تنظيمات إجرامية.[1] وتعتمد في تنظيمها على التسلسل العائلي ويتحمل فيها الأبناء جرائم الآباء والتضحية من أجلهم ، فهناك نوع من التضامن بين أفرادها. ويشبه تنظيمها إلى حد ما التنظيم النقابي العمالي، حيث يملك رؤساء التنظيمات الفرعية نوعا من الاستقلالية في مزاولة نشاطها وهذا ما يميزها عن بقية العصابات الإجرامية الأخرى.[2] وتشمل أنشطتها الاتجار بالمخدرات بأنواعها والإقراض الربوي والرقيق الأبيض .[3]

الفقرة الثالثة: دور عصابات الإجرام المنظم في انتشار الاتجار بالأعضاء البشرية

بالنظر إلى التقدم المذهل الذي بلغته التكنولوجيا الطبيّة، فقد أصبح إنقاذ بعض المرضى أمرا متاحا،وهنا من الضرورة العملية التمييز بين حالات ثلاث :

الأولى - حالة تلف عضو من أعضاء الجسم لدى المريض ، وإمكانية معالجته ذاتيا عن طريق الاستعانة بأعضاء أخرى في الجسم ذاته كنقل شرايين الساق إلى شرايين القلب التالفة أو أجهزة اصطناعية.

الثانية- حالة تلف عضو في الجسم واستعداد أحد أفراد الأسرة أو العائلة أو غيره للتبرع بهذا العضو كالتبرع بإحدى الكليتين.

---

1 - محمد إبراهيم زيد، الجريمة المنظمة (تعريفها أنماطها ومواجهتها التشريعية) ،جامعة الأمير نايف، الرياض ، 1999، ص33.

2 - محمد فاروق عبد الحميد، المرجع السابق ،ص 11.

3 - جهاد محمد البريزات، المرجع السابق، ص113.

الثالثة- هي حالة تلف عضو في الجسم وليس ثمة من يتبرع بهذا الشّأن، وهي حالة ترتبت عليها وجود ظاهرة الاتّجار بالأعضاء البشرية، وهي تجارة تمس الطبيعة الإنسانية للبشر، إذ تصبح هذه الأعضاء بمثابة أدوات احتياطية شأنها شأن أدوات السّيارة مما جعل هذه التجارة السوداء تزدهر. ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، وإنما كانت العصابات الإجرامية تنفذ أفعالا يندى لها الجبين الإنساني:

- اختطاف الأطفال وكذلك المشردين والمجانين كي تقتلهم العصابات وتبيع أعضاءهم بمبالغ طائلة.
- سرقة الجثث سواء كانت جثث المحكوم عليهم بالإعدام ولا يوجد من يستلمها أو سرقة الجثث بعد دفنها في المقابر.[1]

المطلب الثاني

واقع الاتجار بالأعضاء البشرية ووسائله

نخلص في نهاية الفصل إلى الجانب -شيئا ما- التطبيقي للبحث، حيث نبين إلى أي مدى تعرف الظاهرة تغلغلها داخل المجتمع، وما هو بعد وواقع الاتجار بالأعضاء البشرية، وما هي أهم الوسائل التي تتم من خلالها الحصول على هذه الأجزاء البشرية لتحويلها إلى طالبيها من أجل تحقيق أرباح وربوع خيالية لممارسيها.

الفرع الأول

واقع الاتجار بالأعضاء البشرية

لقد ساهم التقدم العلمي في مجال الطّب والجراحة في نمو عملية الاتّجار في الجلد والعظام، الدم ، الأعضاء ، الأنسجة، المخ وغيرها من الصّفات الوراثية الأخرى، حيث يصبح هذا العضو بالنسبة للمشتري والبائع هو الفرصة الأخيرة أو السلعة التي تحقق هدفه الأساسي.

---

1 - عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق،ص 224 - 225.

ومن وجهة النظر الاقتصادية[1] فان تجارة الأعضاء البشرية ليس الهدف الأساسي منها الصحة أو الحفاظ على حياة الأشخاص المحتاجين لها ولكن الهدف هو تحقيق الرّبح ، كما هو الحال بالنسبة لأي تجارة في الأنظمة الرأسمالية الحديثة. كما أن انتشار فكرة حرية التجارة والعولمة ساهمت في قيام في زيادة الظاهرة على نحو واسع. وتظهر خطورة هذه التجارة عندما تتم في صورة جريمة، أي سرقة الأعضاء البشرية من بعض المستشفيات في غياب الرقابة الصّحية. كما قد يحدث ذلك بموافقة ناقل العضو تحت ضغط الحاجة والفقر حيث يقوم ببيع أعضائه بمقابل زهيد، مما يعرض حياته للخطر وعدم القدرة على العمل.

ولذلك فهي تعتبر من قبيل الاتجار بالبشر بحثا عن مصدر للدخل للبائع، والربح بالنسبة للوسيط، أما بالنسبة للمشتري الأخير فعادة ما يكون الهدف منها هو البقاء على قيد الحياة أو العلاج.

وقد ساهم انتشار ظاهرة العولمة وحرية التجارة في حدوث العديد من الانتهاكات لحقوق الإنسان خاصة بالنسبة للدول التي تعاني من الفقر والمشاكل الاقتصادية والتي أصبحت المخاطب الرئيسي بهذه الاتهامات. إذ يفضل العديد من المستثمرين ، الذين يبحثون عن الربح السريع ، هذه التجارة باعتبارها أرخص السّبل لتحقيق هذا الهدف. ويتم ذلك سواء بالاتّجار بالبشر، على نحو ما سلف بيانه، أو الاتّجار في الأعضاء البشرية التي تعرض حياة أصحابها للعديد من المشاكل الصحية أو الوفاة، خاصة إذا تم نزع الأعضاء بعيدا عن أي رعاية صحية أو طبيّة.

والاتّجار في الأعضاء البشرية ، مثله مثل الاتجار في البشر، له مناطق استيراد- وهي الدول الفقيرة التي تعاني من مشكلات اقتصادية وسياسية واجتماعية- ومناطق تصدير، وهي الدول الغنية المتطورة من الناحية العلمية واختبار مدى صحة النتائج الطبية الناتجة عن هذه الأبحاث.

---

1 -سوزي عدلي ناشد، المرجع السابق، ص 46.

وجدير بالذكر أن أسعار الأعضاء البشرية تتحدد كأي سلعة أخرى بحسب قوّة السوق السوق، أي العرض والطلب.

وهناك إحصائية تؤكد أن 80% من عمليات زرع الأعضاء البشرية في إسرائيل مصدرها الفقراء في دول مصر والأردن وفلسطين، وأن 9% من حوادث اختفاء الأطفال في الدول العربية يكون ورائها مافيا سوق بيع الأطفال في إسرائيل للتبنّي أو لبيع الأعضاء.[1]

الفرع الثاني

وسائل الاتجار بالأعضاء البشرية

نذكر فيما يلي بعض وسائل الإجرام المنظم في الحصول على الأعضاء بصور غير مشروعة كالسرقة، والاستيلاء على أعضاء المرضى ومن جثث الموتى.

إن للعضو البشري كيانا ماديا محسوسا، وإن انتزاعه يجعله يكون شيئا ويشغل حيزا فهو مادة، وحيث أن المادة هي كل حيز يشغل من الفراغ، وبذلك يمكن حيازته، حيث أن القانون لا يحمي الملكية كما أوضحنا بوصفها حقا مجردا وإنما بوصفها تسلطا ماديا من المالك على ما يملك وهذا يفترض إمكانية حيازة العضو شيء . وهو إضافة إلى ذلك له قيمة قانونية لأنه يمكن أن يقوم مقام المال، حيث يمكن أن يعوض الإنسان عن أعضائه التي فقدها وقد سار القضاء في الدول إلى تحديد مقدار التعويض في قراراتها، ولو أنه في الحقيقة لا يمكن أن نعطي تقييما ماليا للعضو البشري بشكل دقيق، إلا انه يمكن أن يقيم حسب الظروف والأحوال.[2]

الفقرة الأولى- سرقة الأعضاء البشرية :

السرقة لغة هي أخذ الشيء من الغير خفية، وهو لا يختلف عن تعريف السرقة شرعا حيث أنها أخذ مال الغير على وجه الخفية، أما قانونا فنجد التشريعات ركزت على تحديد موضوع السرقة وهو مال الغير المنقول وكذلك

---

1 – سوزي عدلي ناشد، المرجع السابق، ص48.

2 – حسني عودة الزعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، 2001، ص98.

توضح ركنها المادي وهو فعل الأخذ من دون الرضا إلا أنها تغفل الركن المعنوي والذي هو القصد الجرمي.[1] وقد عرفت السرقة من قبل البعض بأنها: (اختلاس منقول مملوك للغير بنية تملكه).

فقيام الجاني بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من الأحياء بشكل غير مشروع لا يمكن تصور وقوعها ألا من قبل الطبيب الذي يرتكب فعل الأخذ، لأنه هو القادر على فعل ذلك لغرض الاستفادة من العضو البشري، إلا أنه مع ذلك يمكن أن يشاركه في فعل الاعتداء أشخاص آخرون.[2] فيتدخل الطبيب جراحيا ويستأصل العضو من جسم المتبرع من دون موافقته، أو قد يحصل على الموافقة عن طريق استخدام وسائل احتيالية أو نتيجة لتهديد أو إكراه أو غش أو غير ذلك من الأسباب التي تحول دون توافر الإرادة الحقيقية الجادة والصادقة.[3] ويسأل الطبيب وشركائه عن جريمة إحداث عاهة مستديمة، وفي قول آخر يسأل عن جريمة إيذاء ابتداء وجريمة سرقة انتهاءا، وتصير الأعضاء المنفصلة عن الجسم مالا وتكون ملكا لصاحب ذلك الجسم ومن ثم يمكن تصور سرقتها.[4]

الفقرة الثانية: الاستيلاء غير المشروع على أعضاء الجسم في مرحلة الإنعاش

إن الإنسان يعتبر متوفيا منذ اللحظة التي يتأكد فيها الموت نهائيا لخلايا المخ، أي استحالة عودة الإنسان إلى حياته الطبيعية التلقائية والى وعيه. فالطبيب الذي يقوم باستئصال قلب مريض تحت الإنعاش الصناعي وقبل إعلان وفاته مسؤول عن جريمة قتل عمد ولا يشفع له بعد ذلك الباعث على القيام بالاستئصال، طالما انه يعلم أن هذا الشخص يعتبر ميتا في نظر القانون حتى إذا كان يرى بان هذا

---

1 - حسني عودة الزعال، المرجع نفسه، ص 77.

2 - حسني عودة الزعال، المرجع نفسه، ص 71.

3 - محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة(دراسة مقارنة)،د ن، 1997، ص 215.

4 -محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، بيروت، 1984، ص 33.

الشخص لا يمكن أن يعود إلى وعيه، وأن هذه الأعضاء سوف تنعدم أهميتها خلال مدة من الوفاة.أما في حالة إعلان الوفاة وقيام الطبيب بالاستئصال بشكل غير مشروع فان فعله يتضمن اعتداءا على الجثة وكذلك يسأل عن العضو البشري المستولى عليه.[1]

الفقرة الثالثة- جثث الموتى:

إن أساس التصرف في الجثة هو موافقة المريض نفسه قبل وفاته أو أسرته على الاستئصال، وفي رأي آخر يفترض الحصول على الموافقة الضمنية لأحدهما.فقد ظهر اتجاه حديث يستغني تماما عن كل ذلك ويجيز التصرف في الجثة دون موافقة أحد[2] فحسبهم الجثة ملك للدولة لها مطلق حرية التصرف فيها حسب مقتضيات المصلحة العامة، حيث تفضل مصلحة الأحياء على الموتى، ومن جهة أخرى ضرورة مواكبة القانون للتطور العلمي الحاصل في مجال نقل الأعضاء . إضافة إلى الاعتداد بحالة الضرورة والتغاضي عن الموافقات من اجل إنقاذ حياة المرضى سواء في الأغراض العلمية لإجراء التجارب المخبرية أو لأسباب علاجية.

وقد أخذت بذلك عدة تشريعات كبولونيا ويوغسلافيا ولبنان وغيرهم.مما يفتح الباب واسعا إلى إمكان التعامل في الأعضاء بصور مشروعة وغير مشروعة .خاصة إذا علمنا بانتشار المصحات والمنشآت الغير المرخص لها بنقل وزراعة الأعضاء فالرأي الغالب في الفقه والقانون المقارن يتطلب ضرورة إجراء العمليات، والإجراءات محل البحث في المراكز والمستشفيات المتخصصة بعد الحصول على تصريح بذلك تحت طائلة المسائلة القانونية لكل من الطبيب ، ومدير المؤسسة .[3]إلا أن الكرامة الإنسانية تقتضي عدم المساس بجثث المحكوم عليهم بالإعدام على اخذ أعضائهم دون موافقتهم فالجسد ليس عليه أي عقوبة. وكذا الأمر بالنسبة لضحايا الحوادث وكذلك الأموات الذين يتم تشريحهم لمعرفة

---

1 - حسني عودة الزعال، المرجع السابق، ص131.

2 - حسني عودة الزعال، المرجع السابق، ص151.

3 -محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق، ص 219.

سبب الموت فأغلب التشريعات قررت ضرورة موافقة أقارب المقتول للحصول على أعضائه.

نخلص في الأخير إلى القول بان الأساليب كثيرة ومتنوعة، والتي من خلالها يتم الحصول على هذه الأعضاء من أجل تحويلها إلى مستحقيها من ذوي الأموال، والثراء والحاجة الملحة لها عبر شبكات، وعيادات خفية وحتى رسمية، يشرف عليها ويديرها أطباء وأشخاص فاسدون لا يمتون إلى الشرف المهني في شيء، ويعملون في أطر وتنظيمات خاصة، تضمن لهم الحماية، وحتى الدعم الرسمي خاصة في مناطق وبؤر التوتر، والدول المتخلفة خاصة.

خلاصة الفصل التمهيدي:

بعد هذا العرض الموجز لأهم المصطلحات التي أوردها وأملاها عنوان البحث، والذي كان من غير المناسب الانطلاق في صلب الموضوع دون التعرض لها، ولو على سبيل الإشارة في كثير منها، لان المجال لا يسمح بعرضها بأكثر تفصيلا. نخلص في الأخير إلى ما يلي:

- التّجارة هي نفسها الاتّجار،لها نفس المدلول، وهو البيع والشراء بقصد تحقيق الربح من طرف فئة خاصة هم التّجار.
- العضو البشري هو مجموع الأنسجة والخلايا والتي تؤدي وظيفة محددة،ويدخل في الرأي الغالب في جملة عضوية الجسم البشري، الأعضاء المنفصلة والمتصلة والأنسجة، وكذا سوائل الجسم من دم وحليب وجينات وهرمونات وأنزيمات.
- وعرضنا أهم الأسباب المؤدية إلى استشراء الظاهرة ومن بينها طبعا التقدم العلمي الذي أسهم في إمكانية نقل الأعضاء وزرعها بكل سهولة ويسر وأيضا العامل الآخر هو انتشار أنشطة جماعات الإجرام المنظم وشمولها كل المجالات خاصة منها التي تدر أرباحا خيالية كتجارة البشر تهريب المهاجرين والمتاجرة بالأعضاء،وهذه الأخيرة ليسر أمرها وقلة نسب الخطر فيها خاصة عن بقية الجرائم التقليدية، كالمخدرات والأسلحة وغيرها.

- وبينا واقع حال الاتجار بالأعضاء البشرية في واقعنا المعاش وأهم الوسائل التي يتم من خلالها الحصول على السلعة، وهي العضو المطلوب زرعه،والتي من بينها الحصول عليها من الأحياء بالسّرقة، والترهيب والابتزاز، أو مقابل أثمان زهيدة وفي محال وأماكن لا تتوفر على أدنى ظروف الصحة. كذلك الأمر بالنسبة للأموات حيث يتم وبسهولة من خلال التعامل المباشر مع أهالي الجثة، أو في مراحل الدفن والإنعاش خاصة في الحالات الميؤوس منها.
- في الأخير لا يسعنا إلا أن نطرح التساؤل حول مشروعية هذه الممارسات وما منظور القانون الوضعي والمتمثل كأنموذج في التشريع الجزائري، وما موقف الفقه الإسلامي من المسألة. ذلك ما سنجيب عليه في الفصل الموالي من بحثنا.

الفصل الأول

حكم الاتجار بالأعضاء البشرية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ونتناول فيه ثلاث مباحث وهي:

- المبحث الأول: ماهية الاتجار بالأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون.
- المبحث الثاني: تكييف العضو البشري في القانون والفقه الإسلامي.
- المبحث الثالث: الاتجار بالأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الأول

ماهية الاتجار بالأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون

ونتناول فيه بالدراسة ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول:الحق في سلامة الجسم في القانون الوضعي.

المطلب الثاني:الحماية الشرعية لجسم الإنسان في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث : النتائج المترتبة عن مبدأ حماية جسم الإنسان.

المطلب الأول

الحق في سلامة الجسم في القانون الوضعي

قبل تناول موضوع الحق في سلامة الجسم وجب علينا أن نعرج على مفهوم الحق في الحيلة، وهو المصلحة التي يحميها القانون في أن يظل الجسم مؤديا القدر الأدنى من وظائفها الذي لا غنى عنه كي لا تتعطل جميعها. أما الحق في سلامة الجسم فهو المصلحة اتي يحميها القانون في أن يظل الجسم مؤديا كل وظائفه على النحو العادي الطبيعيل، أي في ألا تتعطل إحدى هذه الوظائف، ولو كانت أقلها أهمية ولو كان التعطيل وقتيا، وفي ألا تنحرف في كيفية الأداء عن النحو الذي حددته القوانين الطبيعية.[1] وأهمية العلاقة بين حق الحياة وحق سلامة الجسم تتضح في بيان تحديد نطاق الحق في سلامة الجسم، فنطاقه يشمل كل الوظائف التي يباشرها الجسم في الحياة.

وعليه فالحق في سلامة الجسم هو مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو على النحو الطبيعي الذي تحدده وترسمه القوانين الطبيعية، وفي أن يحتفظ بتكامله الجسدي ، وان يتحرر من الآلام البدنية[2].ويعرف الجسم بأنه الكيان الذي يباشر وظائف الحياة، وهو محل الحق في

---

1 -سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 39.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة)، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، 41.

سلامة الجسم والموضوع الذي تنصب عليه أفعال الاعتداء على هذا الحق.[1] فمدلول الجسم يشمل "النفس" كما يشمل "مادة الجسم" فالاعتداء الذي يمس الوظائف النفسية هو اعتداء يمس سلامة الجسم.[2] ومن هذا التعريف يتضح أن للحق في سلامة الجسم ثلاثة عناصر:

الفرع الأول

السير الطبيعي لوظائف الحياة في الجسم

إن الوظائف العضوية للجسم يجب أن تؤدى على النحو الذي تحدده قوانين طبيعية معينة، وهو الوضع الذي تقوم فيه الحياة على أكمل وأتم صورها. فالوضع الذي يتخذه الجسم ويتحدد به والذي تسير وفقا له وظائف الحياة يبين نصيبه من الصحة والمرض. فمقياس الآداءات الطبيعية للجسم تقاس بعاملي الصحة والمرض.[3]

الفرع الثاني

التحرر من الآلام البدنية والنفسية

يتلقى صاحب الحق في سلامة الجسم شعورا معينا حينما يتخذ صورة أو وضعا معينا، ويعترف القانون بمصلحته في أن يظل محتفظا بهذا الشعور والمتمثل في التحرر من الآلام التي يكابدها. ويتمثل ذلك في سلامة الجسم في المحافظة على الهدوء والسكينة التي يتمتع بها الجسم، فأي اعتداء يخل بذلك يتحقق به المساس بسلامة الجسم. وحتى ولم ينجم عن ذلك المساس إخلال بالسير الطبيعي لوظائف الجسم فهو مجرم قانونا، كإجبار شخص على تناول مادة سيئة المذاق، ولكنها غير مضرة بصحته.[4]

---

1 - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، دار النهضة العربية، 1988، ص 427.

2 - محمود نجيب حسني، المرجع نفسه، ص 535.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة)، ص44.

4 - محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 431.

الفرع الثالث

الحق في التكامل الجسدي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

حرّم القانون الوضعي جميع الأفعال التي من شأنها المساس بسلامة الكيان الإنساني، والنيل منه مثل، أفعال الضرب والجرح و إعطاء المواد الضارة ؛ والقصد من ذلك هو حماية جسد الإنسان، أو بتعبير أدق ، الحفاظ على سلامة الجسد ، وهو في ذلك إنما يهدف إلى الحفاظ على مصلحة قانونية جديرة بالرّعاية،لأنها حق من حقوق الإنسان، وجانب من جوانب شخصيته الماديّة، ويهدف كذلك إلى كفالة حق الإنسان ، في أن تسير أعضاء الحياة في جسمه سيرا طبيعيا، وذلك بأن تؤدي الأعضاء كامل وظائفها الطبيعية أو بأن تظل هذه الأعضاء كاملة غير منقوصة، ولا تلحق بالجسم آلاما بدنية أو مضاعفات بعد ذلك في مستقبله.[1]

البند الأول- تعريف التكامل الجسدي:

إن للحق في سلامة الجسم جانبا موضوعيا، باعتباره ينصب على موضوع معين له قيمته الذاتية وقيمته الموضوعية للحق، تقوم على فكرة التكامل الجسدي، وتعني هذه الفكرة أن الحق في سلامة الجسم لا تكون له القيمة الموضوعية الكاملة إلا حينما يكون محتفظا بكل أجزائه، أي حينما تكون أجزاءه متكاملة.[2]

ويعني التكامل الجسدي حق الفرد بالتمتع بالحماية التي تكفل له الاحتفاظ بالتكامل الجسدي لجسمه، بأن يؤدي كافة الوظائف في الحياة.

ويعني أيضا حق المجتمع في حماية التكامل الجسدي للفرد، فلا يجوز المساس بهذا التكامل حتى يؤدي الفرد الالتزامات والواجبات التي يتطلبها المجتمع من الفرد عادة. ويعني هذا أن للفرد مصلحة في التكامل الجسدي، وكذا المجتمع له

---

1 - علي محمد بيومي،أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1929هـ 2009م،ص 15.

2 - سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 41.

مصلحة في التكامل الجسدي[1]. وأبرز مثال على ذلك هو بتر أو استئصال جزء منها، وسواء تم ذلك من الشخص نفسه أو كان واقعا من الغير. حيث أخضع القانون من خلال تطبيق حرمة الجسم، شرعية الاعتداء على تكامل جسم الإنسان إلى شرطين: الضرورة العلاجية للشخص الذي سيتم الاعتداء عليه، والموافقة المسبقة والواضحة لصاحب الشأن.[2]

البند الثاني- المساس بالتكامل الجسدي

وعامة يتحقق الإخلال بسلامة الجسم بتوافر أحد الأسباب الآتية[3]:

1- الإخلال بالسير الطبيعي لوظائف الحياة، وهو ما يعني هبوط المستوى الصحي للمجني عليه.

2- المساس بمادة الجسم ، سواء بالإنقاص منها أو بإحداث أي تغير آخر فيها مثال ذلك استئصال عضو من جسم المجني عليه.

3- إدخال تعديل على مادة الجسم أيا كان هذا التعديل.

4- الإيلام البدني، ويتحقق بما يلحق المجني عليه من أذى في شعوره بالارتياح، ولو لم يصل إلى حد جسيم مثال ذلك ما ينشأ من صفع المجني عليه أو دفعه أرضا ، ولا يشترط في هذه الحالة أن يؤدي هذا الإيلام إلى المساس بصحة المجني عليه أو بمادة جسده.[4]

ولا يشترط أن ينشأ عن التكامل الجسدي آثار تستمر طويلا، فقد لا يستمر الأثر غير لحظات، وقد يكون تافها لا تكفي الملاحظة العادية لإدراكه، ولا تفترض فكرة المساس بالتكامل الجسدي أضرارا تنال صحة المجني عليه، فقد تكون ذات تأثير عليها وقد تحسنها.[5]

---

1 - سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص42.

2 - احمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 52.

3 - علي محمد بيومي، المرجع السابق، ص 16.

4 - علي محمد بيومي، المرجع نفسه، ص16.

5 -محمود نجيب حسني ، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978،ص 191.

وفي الواقع، فالتخفيف من حدة القواعد والاستثناءات المؤكّدة لحق كل شخص في احترام جسمه من قبل الآخرين، كثيرة-كشرط الضرورة والموافقة المسبقة لصاحب الشأن-فقد سمح قانون 20 كانون الأول 1988 بإجراء التجارب الطبية والحيوية على الكائن البشري لأهداف غير علاجية بالضرورة. لا بل إن القوانين المتعلقة باحترام جسم الإنسان والاستفادة من عناصره المختلفة ومن منتجاته تستثني، ضمن مجالات محددة ، شرط وجود الهدف العلاجي بالنسبة لنفس الشخص.إضافة إلى أن موافقة الشخص غير ضرورية،حيث تفرض حالته القيام بتدخل جراحه وهو في حالة غير واعية.[1]

ولا يشترط أن تتجمع هذه العناصر لكي يكون هناك اعتداء على الحق في سلامة الجسم، بل يمكن أن يكون هناك اعتداء على التكامل الجسدي دون أن يؤدي إلى الآلام البدنية، وكذلك العكس.

ويستخلص من ذلك أن الحق في سلامة الجسم ، مصلحة المجتمع والفرد يقرها الشارع ويحميها في أن تسير وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي، وفي أن يحتفظ بتكامله وأن يتحرر من الآلام البدنية.[2]

البند الثالث: أفعال الاعتداء على حق سلامة الجسم في القانون الوضعي والجزائري

اهتم المشرع الجزائي بحماية الحق في سلامة الجسم، وأوضح الأفعال التي يكون من شأنها خرق هذه الحماية والتعدي على هذا الحق، وقد تكلم المشرع الفرنسي عن الجرح والضرب والعنف أو التعدي ، ثم أعطاء مواد ليس من شانها أن تحدث الموت ولكنها ضارة بالصحة، وأخيرا التعدي أو العنف الخفيف وإلقاء أجسام صلبة أو قاذورات على المجني عليه.ويستعمل المشرع الألماني تعبير الإيذاء البدني للدلالة عن كل الجرائم الماسة بسلامة الجسم، أما المشرع الايطالي فيستعمل تعبير التعدي ، وتعبير الإيذاء الشخصي.

---

1 - احمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 53.

2 - سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص43.

وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري حدد أعمال العنف والتعدي كأفعال ماسة بسلامة الجسم وهي الضرب، الجرح، وإعطاء المواد الضارة، او أي عمل من أعمال العنف والتعدي، كما أنه أورد صورا جديدة لحماية هذا الحق، كمنع الطعام عن القاصر ومنع العناية على الصغير قصد تعريضه للخطر.[1]

ونتعرض فيما يلي بحسب تسلسل نصوص قانون العقوبات إلى:

1- جرائم الضرب والجرح والعنف الماسة بسلامة الجسم المؤدي لمرض.

2- جرائم الضرب والجرح والعنف الماسة بسلامة الجسم دون إحداث للمرض.

3- ضرب وجرح الوالدين.

4- إعطاء المواد الضارة.

5- ضرب وجرح القاصر ومنع الطعام والعناية عنه.

6- أعمال العنف والتعدي الأخرى.

الفقرة الأولى: الضرب والجرح والعنف الماسة بسلامة الجسم المؤدي لمرض:

الضرب هو كل مساس بأنسجة الجسم عن طريق الضغط عليها ، مساس لا يؤدي إلى تمزيقها، ويتفق الجرح والضرب في أنهما مساس بأنسجة الجسم، إلا أن الجرح يؤدي إلى تمزيق هذه الأنسجة، أما الضرب فلا يؤدي إلى هذه النتيجة، ويعني المساس بالأنسجة في الضرب الإخلال بحالة الهدوء والاسترخاء الطبيعية التي توجد فيها أنسجة الجسم حين تتحرر من ضغط الأجسام الخارجية[2]، وجرم المشرع الجزائري هذه الأفعال الماسة للحق في سلامة الجسد، بنص المادة 264 من قانون العقوبات، ويلاحظ أنه اشترط للعقاب على لذلك أن تؤدي هذه الأفعال إلى مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة 15 يوما.

---

1 - ينظر للمادة 269 من قانون العقوبات الجزائري.

2 - هدى حامد قشقوش، جرائم الاعتداء على الأشخاص (الاعتداء على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم)، ، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1994، ص 150.

الفقرة الثانية: الضرب والجرح والعنف الماسة بسلامة الجسم دون إحداث للمرض

جرم المشرع نفس يلك الأفعال الآنفة الذكر، حتى ولم تؤدي إلى أضرار بجسم المجني عليه،ولم تخلف لديه عجزا عن أداء أعماله الشخصية، غير أن المشرع اشترط لتوافر أركانها أن يكون الجاني وقت ارتكابه هذه الأفعال قد أصر وترصد للمجني عليه أو كان حاملا لأية أسلحة[1]. ويشترط المشرع لإنزال العقاب بالجاني شرطين:

أولا-شرط إيجابي:يتمثل في إتيان الجاني على جسم المجني عليه أفعال الضرب والجرح أو التعدي ، مصحوبة بسبق الإصرار والترصد على ارتكابها وأن يحمل الجاني سلاحا.

ثانيا- شرط سلبي: ومضمونه ألا يلحق جسم المجني عليه أية أمراض جراء تلك الأفعال، أو عجز شخصي يناله ويعوقه عن أداء أعماله الشخصية، فإذا نال المعني شيئا من ذلك فانه يمكن تطبيق نص الفقرة الرابعة من المادة 264 في الفقرة السابقة.

الفقرة الثالثة: ضرب وجرح الوالدين:

جرم المشرع خاصة المساس بالكيان الجسمي لأحد الوالدين، ويندرج تحت هذا المفهوم الجد والجدة باعتبارهما أصولا للجاني، وقد أدرج المشرع تحت هذه الصورة جميع الفروض التي يمكن أن تثيرها من ظروف التشديد.[2]

الفقرة الرابعة: إعطاء المواد الضارة:

في حال اتخاذ فعل المساس بالحق في سلامة الجسم صورة إعطاء مواد ضارة بصحته، بشرط أن يفضي ذلك إلى المرض، سواء بالحقن أو الشم، أو الشرب. وقد

---

1 - المادة 266 من قانون العقوبات الجزائري.

2 - ينظر المادة 267 من قانون العقوبات الجزائري.

شدد المشرع العقوبة في حال أفضى الفعل إلى الوفاة أو نجمت عنه عاهة مستديمة يستحيل شفاؤها، أو ارتكب على أحد الأصول أو أحد الأصول أو من يرث المجني عليه أو أحد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو ممن يتولى رعايته.[1]

الفقرة الخامسة: ضرب وجرح القاصر ومنع الطعام والعناية عنه

جرم المشرع الأفعال الماسة بسلامة جسم القاصر وشدد العقوبة المقررة لها كالآتي:

نظرا لصغر سن المجني عليه ولخطورة الأفعال الماسة بجسده، وقد ساوى المشرع بين الأفعال الماسة بجسده وأفعال الضرب والجرح، ومنع الطعام وحجب العناية عنه، وذلك بالامتناع عن الإشراف عليه في الشؤون التي تتعلق بحياته وتصون سلامته الجسدية، واشترط للعقاب في هذه الحالة الأخيرة أن يفضي الفعل إلى تعريض صحة القاصر للضرر، وهنا لا يشترط حصول المرض لجسم المجني فيكفي لتوافر الإضرار بالصحة أن يحدث لدى القاصر أي قدر من الإخلال في المستوى الصحي الذي يعيشه.[2]

الفقرة السادسة: أعمال العنف والتعدي الأخرى

ويندرج تحت ذلك أي مساس في أي عنصر من عناصره الثلاث من: السير الطبيعي لوظائف الحياة في الجسم، التكامل الجسدي والتحرر من الآلام البدنية، مهما كان شكله مما لا يعد ضربا أو جرحا أو إعطاء مادة ضارة.

وفي هذا السياق يذكر أن المشرع أشار إلى ذلك بإضافته عبارة « أو أي عمل من أعمال العنف أو التعدي» من الفقرة الأولى للمادة 264 جعل النص شاملا لكامل أنواع الإيذاء كتسليط أشعة تعطل أجهزة الجسم الباطنية أو تتلفها، أو تسليط تيار كهربائي متقطع لا يترك أثرا لجرح بالجسم أو نزع شعر الرأس بالقوة

---

1 -ينظر المادة 276 من قانون العقوبات الجزائري.

2 - ينظر المادة 269 من قانون العقوبات الجزائري.

أو نقل جرثومة مرض أو غيره، وقد شملت تلك العبارة جميع أنواع الإيذاء والتي يتصور في ظل التقدم العلمي الحديث.[1]

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد غطى جميع المداخل التي يمكن أن يتصور التي قد يأتي من قبلها الإيذاء بالحق في سلامة الجسم. ومددت هذه الحماية لتشمل الضوضاء والضجيج، أو التجمهر ليلا، وكان ذلك بقصد إقلال راحة المجني عليهم. كما ضمن المشرع قانون العقوبات طائفة من المخالفات على بعض الصور البسيطة المخلة بعناصر السلامة الجسدية.

المطلب الثاني

الحماية الشرعية لجسم الإنسان في الفقه الإسلامي

إن من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس (أي حماية الجسم في لغة القانون)، ويتمثل هذا المقصد، في عدة مظاهر مستشفة من القرآن الكريم:

-عدم تعريض النفس للخطر، في قوله: ﴿ **ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة**[2] ﴾ كما منع الله عز وجل الاعتداء على النفس بالقتل حيث قال ﴿**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**[3] ﴾. ولأهمية نفس الإنسان على ظهر المعمورة أباح الله له سبحانه وتعالى أن يأكل من المحرمات حفاظا على نفسه وفي ذلك يقول عز من قائل: ﴿**وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه**[4] ﴾ ومن أجل حفظ النفس، شرع سبحانه وتعالى القصاص، حيث قال:

﴿ **ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب**[5] ﴾، ومن اجل حفظ النفس أيضا شرع الإسلام أمورا كثيرة منها الحث على التداوي من الأمراض حيث قال

---

1 - مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 59.

2 - سورة البقرة، الآية 195.

3 - سورة المائدة، الآية 32.

4 - سورة الأنعام، الآية 119.

5 - سورة البقرة، الآية 195.

ﷺ (**عباد الله تداووا فغن الله لم يضع داءا إلا ووضع له شفاء غير داء واحد هو الهرم**)[1]، وقال: (**ما انزل الله من داء إلا أنزل له الشفاء**.)[2]

ويستدل على مبدأ حرمة جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية مظاهر التكريم التي خصه بها الله تبارك وتعالى، حيث يقول في القرآن الكريم: ﴿ **ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا** ﴾[3]

ومظاهر تكريم الإنسان في القرآن الكريم كثيرة منها التكريم بالنفخ فيه من روحه القدس، وتكريمه بالعقل، والتكريم بالاستخلاف في الأرض، والتكريم بسجود الملائكة له، والتكريم بحسن الصورة، والتكريم بالعلم.[4]

المطلب الثالث

النتائج المترتبة عن مبدأ حماية جسم الإنسان

يترتب على مبدأ حماية جسم الإنسان جسم الإنسان عدة نتائج أهمها، عدم جواز المساس بسلامة الجسم،، وجسم الإنسان لا يعتبر من قبيل الأموال، وأجزاء الجسم المنفصلة عنه تعتبر طاهرة، ونتعرض لكل نتيجة كالآتي:

الفرع الأول

عدم جواز المساس بسلامة الجسم

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الحقوق إلى أربعة أنواع: حقوق خالصة لله تعالى، وحقوق خالصة للفرد، وحقوق لله تعالى غالبة على حق الفرد،، ثم

---

1 – أخرجه الشيخان: ينظر محمد الباز، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، الدار الشامية، بيروت، 1994/ ، ص 102 وما يليها.

2 – محمد الباز، المرجع نفسه، ص 102.

3 – سورة الإسراء، الآية 70.

4 – مروك نصر الدين، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص150.

حقوق للفرد غالبة على حق المجتمع[1] ، غير أن الفقهاء يعتمدون من بين هذه الأنواع نوعين هما: حقوق الله تعالى وحقوق العباد.[2]

فالحق الخالص لله تعالى لعظم خطره وشمل نفعه، وحق الله تعالى يتجسد في العبادات والحدود وهذه الحقوق لا سلطة فيها للعبد فلا يستطيع التنازل عنها، أو الإبراء، أو الصلح عليها.

أما حق العبد: فهو ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير وهذا الحق لا يستطيع العبد أن يسقط منه، ويجوز فيه العفو والإبراء والصلح.[3]

فإذا كان الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم يدخلان في طائفة الحقوق التي يجتمع فيها حق العبد وحق الله تعالى، فإن مؤدى ذلك انه إذا جاز للعبد ان يسقط جزئيات الحق الذي ينسب إليه فإنه لا يجوز إسقاط الحق في مجموعه، كما ليس للعبد إسقاط حقه المتعلق به هو إذا كان في هذا الإسقاط أذى لحق الله تعالى.[4]

وتطبيقا لهذه القاعدة لا يجوز للعبد أن يقتل نفسه، أو أن يتلف جزءا من أعضاء جسمه، كما لا يملك أن يأذن لغيره للقيام بذلك، فإذا أكمل الله سبحانه وتعالى للإنسان حياته وجسمه وعقله الذي يتم به القيام بما كلف به، فلا يصح للإنسان إسقاط شيء من ذلك[5]

ويذهب رأي فقهي إلى القول بأنه لا يجوز للإنسان التصرف في أي طرف من أطرافه إلا لضرورة صحية تقتضي ذلك وتجيزه، لان الدماء لا تستباح بالإباحة والبذل ، وإذا كان لا يحل للإنسان قتل نفسه ولا قطع أي عضو من أعضائه فلا يحل للغير بذله للغير.[6]

---

1 - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء3، معهد الدراسات العربية، القاهرة، 1956 م، ص 106.

2 - مروك نصر الدين،المرجع نفسه، ص 157.

3 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص107.

4 -مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 158.

5 -أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة،الجزء 2، القاهرة، 1341هـ ص 263.

6 - أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، المرجع نفسه، ص 135،234.

نخلص مما تقدم أن الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم من الحقوق التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد، وأنه لا يلزم لإباحة المساس بمحل هذين الحقين أن يأذن أصحابها بها، فلا يعفي إذن واحد عن إذن آخر[1] وهكذا فإن مساءلة الطبيب الذي يقوم بعمل يترتب على المساس بالحق في سلامة الجسم يفترض توافر إذن شرعي إضافة إلى إذن الفرد ومرد ذلك ما يتمتع به الفرد في ذاته من حرمة يجب الحفاظ عليها.

الفرع الثاني

جسم الإنسان لا يعتبر من قبيل الأموال

إن مجرد إدخال الإنسان كروح وجسم في دائرة المعاملات وإبرام العقود عليه يتناقض تماما مع الأهداف التي خلقها الله تعالى لها، حيث خلق الله الإنسان مالكا للمال وجعله مسيطرا على المسخرات الكونية التي تحت يده وكرمه وفضله على كثير من الخلق، فكيف إذ يستساغ عقلا أن يكون هو نفسه مالا وفي نفس الوقت مالكا للمال، وثمة مبدأ في الفقه الإسلامي مفاده أن مجمل الحقوق والعقود هي الأموال وليس الأشياء، ومؤدى ذلك أن الشيء لا يصلح محلا للعقد إلا إذا كان من الأموال.[2] فما يشترط في الأموال أن يكون مقوما، وللفقهاء تعريفات متعددة للمال تدور كلها حول ذلك الشيء الذي يحل الانتفاع به وقت السعة، ويقع تحت الحيازة و يتموّله الناس بأن تكون له قيمة في السوق يضمنها متلفه.[3] وذهب الفقهاء إلى أن الإنسان حيا أو ميتا لا يمكن أن يكون محلا ممكنا مشروعا للمعاملات المالية، فالإنسان ليس مالا لا في الشّرع ولا في العقل.[4]

---

1 - احمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987م، ص94.

2 - احمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 94.

3 -صبحي محصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الأول ،دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، د ت، ص9.

4 -أبو بكر بن مسعود الكاساني أ المرجع السابق، ص 140.

والشرع يأبى أن يعامل الإنسان الذي كرمه الله معاملة الأموال، والشيء لا يعتبر مالا في الطبع أو في العرف إلا إذا كانت له قيمة في الأسواق، ومن الواضح أن هذا لا يصدق في حق الإنسان، كما ن اعتبار جسم الإنسان مالا يخالف العقل لان هذا الاعتبار يقتضي إن يكون الشيء خارج الإنسان على حين أن جسم الإنسان ليس خارجا عنه.[1]

وهناك اتجاه في الفقه الحنفي[2] والذي قوامه أن أطراف الإنسان لا تعتبر من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها، ومعنى الأطراف هنا ينسحب على أي عضو أو جزء للإنسان بصفته المنفردة أي منفرد على باقي الأعضاء التي لا أن يرد التصرف على مجموعها، لذلك فغنه إذا كان لا يجوز للإنسان أن يتصرف في جميع جسمه الذي هو محل لحقه في سلامة الجسم فإنه يستطيع أن يتصرف في جزء من أجزاء جسمه المعتبرة مالا لغاية مشروعة.[3]

فمثلا يستطيع الإنسان أن يضحي بعضو من أعضاء جسمه لإنقاذ حياته فهي كالمال خلقت وقاية للنفس، كذلك يستطيع أن يقطع في حالة الإكراه في حين لا يجوز له أن يقتل نفسه ولو تحت الإكراه.ويستطيع أن يأذن لغيره في جرحه في حين ليس له أن يأذن بقتله، ومفاد ذلك أن الإنسان يستطيع أن يتصرف في أعضاء جسمه، إذا كان في ذلك رعاية لضرورة أو حاجة معتبرة شرعا كحاجة العلاج. وإذا كانت طبيعة الجسم تمنع من اعتباره مالا، ويسري ذلك على أجزاءه المنفصلة عند غير الحنفية، فإن ذلك لا يدل بطريق اللزوم على أنه لا يجوز الانتفاع بها لمصلحة راجحة وبصفة خاصة في حالة الضرورة.[4]

---

1 - احمد شرف الدين، المرجع نفسه، ص 49.

2 - أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، شرح العناية على الهداية،الجزء الثامن، المكتبة الإسلامية، بيروت، د ط، د ت، ص 290.

3 - احمد شرف الدين، المرجع نفسه، ص 98.

4 - مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 161.

الفرع الثالث

أعضاء الإنسان المنفصلة عنه طاهرة

في الحالات العادية، كأصل لا يحل الانتفاع بالشيء متى كان غير طاهر، وما حرم الانتفاع به شرعا، لا يكون مالا، ولا يجوز التّعاقد بشأنه[1]، وإذا كان لا يجوز بيع الشيء الطاهر الذي لا منفعة فيه[2] فانه لا يجوز أن تكون النجاسات وبصفة عامة المحرمات محلا للعقود.[3]

وهنا يثار التساؤل : هل أعضاء الإنسان المنفصلة عنه طاهرة أو بمعنى آخر هل يجوز التعامل بشأنها ؟ للإجابة على السؤال لابد من طرحه على مختلف الآراء الفقهية الإسلامية والقيام بالترجيح في الأخير.

أولا- المذهب المالكي:

يذهب الرأي الراجح في المذهب المالكي إلى القول أن الإنسان طاهر سواء كان حيا أو ميتا وهو قول سحنون وابن نصار، لأن غسله وإكرامه بالصلاة عليه يأبى تنجيسه، وقد فعل ذلك الرسول ﷺ حين صلى على سهل بن بيضاء في المسجد، وكذلك ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قبل-عثمان بن مضغون- بعد الموت، ولو كان نجسا ما فعل ذلك. وهناك رأي مرجوح في المذهب يرى بنجاسة الإنسان بعد موته، وهو قول ابن القاسم وابن شعبان وابن عبد الحكيم.[4]

ثانيا- المذهب الشافعي:

يقول الرأي الراجح في المذهب بأن الإنسان لا ينجس بالموت، لقوله ﷺ: « ولقد كرمنا بني آدم »، وقضية التكريم ألا يحكم بنجاسته بالموت وسواء كان مسلما

---

1 -أبو بكر علاء الدين بن مسعود الكاساني، الجزء5، المرجع السابق، ص141.

2 -أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح التهذيب، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د ت، د ط، ص 239.

3 - قاضيجان، الفتاوى الهندية، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1980، ص77.

4 - شمس الدين بن عرفة الدسوقي، الشرح الكبير، الجزء الأول، (الطبعة الزهرية)، القاهرة، 1927م، ص53.

أو غيره، وأما قوله ﷺ :« وإنما المشركون نجس »، فالمراد به نجاسة الاعتقاد لا نجاسة الأبدان، فالمسلم لا ينجس حيا أو ميتا ولأنه لو تنجس بالموت لكان نجس العين كسائر الميتات، ولو كان كذلك لم يؤمر بغسله كسائر الأعيان النجسة. والرأي المرجوح في المذهب، القول بنجاسة الإنسان بالموت لأنه حيوان طاهر في الحياة غير مأكول بعد الموت فيكون نجسا كغيره، وأما بالنسبة للجزء المنفصل من جسم الحي فهو الجسم الطاهر بمقتضى الكرامة التي قررها الشّرع للإنسان.

ثالثا.المذهب الحنبلي:

اختلف الوضع في هذا المذهب، فذهب البعض إلى أن الإنسان طاهر حيا أو ميتا، لقول النبي ﷺ :« المؤمن لا ينجس » ، وحكم أجزاء الآدمي حكم جملته سواء انفصلت في حياته او بعد موته، لأنها أجزاء من جملته فكان حكمها كسائر الحيوانات الطاهرة والنجسة، ولأنها يصلى عليها، فكانت طاهرة كجملة، وذكر القاضي أنها نجسة رواية واحدة لأنها، لا حرمة لها بدليل أنه لا يصلى عليها، وهذا الرأي مرجوح ، والدليل على ذلك قول النبي ﷺ:« كسر عظم الميت ككسر عظم الحي ويصلى عليه إذا وجد من الميت ».[1]

رابعا. المذهب الحنفي

ما انفصل عن جسم الحي وكان فيه دم فهو نجس لا يجوز الانتفاع به[2]، في رأي بعض الأحناف، كما يرون أنه لا يجوز التداوي بعظم الإنسان أو بأجزاء منه، ويرجه عندهم ذلك إلى عدم الطهارة، وعند بعضهم الآخر إلى كرامة الإنسان. أما الرأي الراجح في المذهب الحنفي فيذهب إلى أن عدم الانتفاع بأعضاء الإنسان لا يرجع لنجاستها فهي طاهرة، ولكن لكرامته واحتراما من الابتذال.[3]

---

1 -منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، الجزء الأول، إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد ، السعودية، د ط، د ت، ص101.و أبو محمد عبد الله بن احمد المقدسي ابن قدامة موفق الدين، المغني ، الجزء الأول،دار الفكر، بيروت، 1984، ص70-96.

2 - قاضي خان، المرجع السابق،ص88.

3 - الكاساني، المرجع السابق، الجزء 5، ص142.

خامسا المذهب الظاهري

يرى فقهاء الظاهرية أن جسم الإنسان المسلم طاهرا حيا أو ميتا ، وان ما يلحقه هو الحدث الأكبر أو الأصغر، ويقول ابن حزم في كتابه المحلى أن كل ما قطع من المؤمن حيا أو ميت طاهر.[1]

نخلص في الأخير إلى أن إجماع الفقه الإسلامي منعقد على أن جسم الإنسان المسلم هو طاهر سواء كان حيا أو ميتا، وإذا أخذنا من الفقه أن النجاسة بعد الموت إنما هي نجاسة حدث لا خبث ، ويطهر بالغسل كالجنب والحائض فان رأي هذه المذاهب يكاد يتفق على طهارة جسم المؤمن بعد الموت، وعلى طهارة من انفصل عنه حال حياته، وأساس ذلك أن العضو المنفصل هو الجسم الطاهر بمقتضى الكرامة التي قررها الشرع للإنسان، وبالرغم من طهارة العضو المنفصل عن الجسم إلا أنه لا يجوز الانتفاع به، لأنه يتعارض مع كرامة الإنسان، وحرمته في الشرع، ويجب لذلك دفنه.[2]

وتطبيقا للقاعدة الكلية في المجال الطبي والجراحي، وهي أعلى المصلحتين، فانه يجوز للإنسان الانتفاع بجزء من أجزائه للتداوي بشرط أن تكون المصلحة في ذلك أعظم من ترك العضو. وتطبيقا لذلك، فانه يجوز لصق ما انفصل من الجسم في موضعه [3]. كما يمكن الانتفاع بها في الشرع إلى إنسان آخر إذا توافرت حالة الضرورة.

---

1 -أبو محمد علي احمد بن سعيد الأندلسي بن حزم، المحلى، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت، ص118.

2 - أبو زكريا محيي الدين أبو شرف النووي، المجموع شرح المهذب، الجزء الخامس، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د ت، ص139.

3 - أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووي، المرجع نفسه، الجزء الثالث، ص193.

المبحث الثاني

تكييف العضو البشري في القانون والفقه الإسلامي

ونتناوله في مطلبين:

المطلب الأول: ماهية الشيء والمال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المطلب الثاني: طبيعة جسم الإنسان و الأعضاء البشرية (هل تعتبر أموالا ؟)

قبل الحديث عن حكم بيع الأعضاء البشرية من الناحية الشرعية لابد أن نبين أن المقصود من البحث هو معرفة الحكم الشرعي للبيع الذي يرد على عضو من أعضاء الإنسان.

والحكم على بيع من البيوع من حيث الانعقاد وعدمه ، ومن حيث الصحة والبطلان ومن حيث الحل والحرمة يتوقف على مدى توفر الشروط التي يتطلبها الشرع في البيع، والتي استنبطها الفقهاء المسلمون من النصوص والقواعد الشرعية.

وشروط البيع كثيرة منها ما يتعلق بطرفي العقد وهما البائع والمشتري، ومنها ما يتعلق بركن الإيجاب والقبول، ومنها ما يتعلق بالمعقود عليه وهو المبيع، وليس مجال البحث متاحا لهذه الشروط كلها، غير أن الشرط الذي ينبغي أن يبحث في قضية الحال، هو ما اشترطه الفقهاء في المعقود عليه من أن يكون مالا متقوما ولم يخالف أحد منهم في ذلك، وإن اختلفوا في تطبيقاته.

وهذا يقتضي بحث معنى هذا الشرط من جهة والتطبيق الفقهي له على بيع أجزاء الآدمي من جهة أخرى.

من المبادئ الثابتة كما سبق وان رأينا في الفصل التمهيدي[1]، سواء في الفقه الإسلامي، أو في القانون المدني على حد السواء أن الأموال هي محل الحقوق والعقود وليس الأشياء[2]، ففي الفقه الإسلامي لا يصح أن يكون الشيء محلا

---

1 - ينظر ص 18، من الفصل التمهيدي.

2 - الكاساني ، المرجع السابق، الجزء 5، ص 140 وما بعدها، و محمد بن احمد بن أبي محمد السمرقندي، تحفة الفقهاء، الجزء 2، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت، ص 34.

للتعاقد ، إلا إذا كان مالا متقوما يجوز الانتفاع به[1]، في حالة السعة والاختيار أي في غير حالة الاضطرار.

ورد في القانون المدني الكويتي على أن الأشياء المتقومة هي التي تصلح أن تكون محلا للحقوق، كما ينص المشرع الجزائري في المادة 1/682 من القانون المدني والمشرع المصري في المادة 1/81 وبنفس الصياغة أنه: (كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية).

ويتبين من ذلك أن الأشياء المتقومة أو الحقوق المالية هي التي تصلح أن تكون محلا للتصرفات أو العقود المالية.

وإزاء ذلك لابد من تعريف كل من الشيء والمال وبيان أيهما ينطبق على جسم الإنسان أو أعضائه.

المطلب الأول

ماهية الشيء والمال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفرع الأول

ماهية الشيء والمال في الفقه الإسلامي

الفقرة الأولى- تعريف الشيء:

الشيء لغة: هو ما له وجود أو ما يتصور ويخبر عنه، وجمعه أشياء[2] وباعتباره ما يعلم ويخبر عنه هو أعم العام يجري على الأجسام والعرض والقديم والمعدوم والمحال وقول الأشاعرة أن المعدوم ليس بشيء معناه أنه غير ثابت في الأعيان .[3]

1- صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2008 ، ص 89.

2 -مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم،مصر، 1994،ص 356.

3 - محمد عبد الرؤوف المناوي، التعاريف، الجزء 1، دار الفكر المعاصر، ودار الفكر ، بيروت ، د.ت، ص 443.

وباعتباره هو الموجود هو اسم لجميع المكونات عرضا كان أو جوهرا، ويصح أن يعلم ويخبر عنه.[1]

والشيء اصطلاحا: هو الموجود الثابت المتحقق في الخارج[2]، فكل ما له وجود وتحقق في الخارج يعتبر شيئا.

ونخلص من التعريفين اللغوي والاصطلاحي إلى إمكان اعتبار جسم الإنسان والأعضاء على السواء من قبيل الأشياء.

الفقرة الثانية: تعريف المال:

المال لغة : قال الأزهري تمول مالا أي اتخذه قنية. وما يتموّل أي ما يعد مالا في العرف والمال معروف[3] هو كل ما يملكه الفرد أو الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو عقار أو نقود أو حيوان، وجمع المال أموال، وفي الجاهلية كان يطلق على الإبل[4]، وعند أهل البادية يطلق على الغنم.

وقيل المال هو: ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت ولا يطرحه الناس مثل الفلس.[5]

والمال نوعان : متقوّم وهو ما لا يمكن إحرازه وادخاره ويباح الانتفاع به شرعا.

أما غير المتقوم فهو: ما يمكن ادخاره ولكن لا يباح الانتفاع به.[6] والمالية تثبت بتموّل الناس كلهم أو بعضهم[7]، والتقوّم يثبت بإباحة الانتفاع به شرعا، فما

---

1 – علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، الجزء 1، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت، ص 170.

2 – الجرجاني، المرجع نفسه، الجزء 1، ص 170.

3 – المصباح المنير، ص 586.

4 – مجمع اللغة العربية، المرجع نفسه، ص 595.

5 – جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في فروع وقواعد فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ ص 327.

6 – صابر محمد محمد سيد، المرجع السابق، ص 93.

7 – جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المرجع السابق، ص 327.

يباح بلا تمول أي ليس له قيمة مالية لا يعتبر مالا كحبة حنطة مثلا وما يتمول أي له قيمة مالية بلا إباحة الانتفاع، لا يكون متقوما كالخمر وما عدم فيه الأمران مما لا يثبت فيه واحدا منهما أي لا يكون متموّلا ولا متقوما كالدّم.[1]

يتضح مما سبق ما يأتي إجماله:

1- أن الإنسان كان يعتبر مالا في شريعة يعقوب حيث كان يُملك قبل شرعنا، بدليل قوله ﷻ: ﴿**قالوا جزاؤه من وجد في رحله فهو جزاؤه كذلك نجزي الظالمين**﴾[2]، أما في الشريعة الإسلامية، فان الإنسان سواء أكان حرا أو عبدا، فإنه لا يعتبر مالا، وذلك أن العبد وإن كان فيه معنى المالية، لكنه ليس بمال حتى أنه لا يجوز قتله وإهلاكه.[3]

2-كما أن المنفعة يمكن أن تكون في بعض الأحوال فيكون ذلك أساسا لتقويم المال، ولو لم تكن المنفعة من قبيل الأموال لما صلح تقويمها ماليا.[4]

أما الحنفية يشترطون في المال أن يكون مما يمكن ادخاره وحيازته بنفسه وعلى ذلك فالمنفعة عندهم لا تعتبر مالا بل هي ملك[5] لان الملك من شأنه أن يُتصرف فيه بوصف الاختصاص، أما المال فهو ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة.[6]

والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لان رأيهم يتفق مع عرف الناس، ويتسق مع أغراضهم ومعاملاتهم فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلبا لمنافعهم ولاجاها يستعيضون بالنفيس من أموالهم، وما لا منفعة له، لا يرغب فيه ولا يطلب.[7]

---

1 -زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 5، دار الكتاب الإسلامي، د ت، ص277.

2 - سورة يوسف، الآية 75.

3 - صابر محمد محمد سيد، المرجع نفسه، ص 94.

4 - محمد زكرياء البرديسي، الميراث، د ن، 1336هـ ص26.

5 - زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، المرجع نفسه، ص 278.

6 - أبو بكر محمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، الجزء 11، ص 68.

7 - صابر محمد محمد سيد، المرجع نفسه، ص 95.

الفرع الثاني

ماهية الشيء والمال في القانون المدني

الفقرة الأولى -تعريف الشيء

عرف البعض الشيء بأنه: ما يصلح قانونا أن يكون محلا للحقوق المالية وقابلا للتعامل فيه[1] طبقا للمادة 1/682 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أن :« كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية ».

وقيل الشيء هو : كل ما له كيان مستقل عن الأشخاص سواء كان شيئا ماديا كالأرض، والبناء، والحيوان... أو كان شيئا معنويا كأفكار المؤلفين.[2] والشيء هو محل أو موضوع الحق المالي العيني أو المعنوي، وهو لا يعتبر مالا إلا إذا ورد عليه الحق المالي فعلا، أما قبل ذلك فلا يعتبر مالا كالأشياء المباحة.[3]

ويمكن تقسيم الأشياء إلى أقسام كثيرة، والذي يهمّنا هنا هو تقسيمها من حيث قابليتها للتعامل، فهي قسمان، أشياء قابلة للتعامل فيها، وأخرى غير قابلة للتعامل فيها. والأشياء التي يجوز التعامل فيها هي الأشياء التي يمكن حيازتها حيازة مادية أو معنوية، ويمكن الانتفاع بها انتفاعا مشروعا، ويكون الانتفاع مشروعا إذا كان هو الانتفاع الذي أعد الشيء له بحسب العادة، وكان غير مخالف للنظام والآداب العامة.[4]

أما الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها، فهي الأشياء الخارجة عن التعامل، وهي نوعان:

---

1 -حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، د ن، 1988م، ص 621.

2 -أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، د ت، ص 284.

3 - أنور سلطان، المرجع نفسه، ص254.

4 -المواد 682 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

أ- أشياء خارجة عن التعامل بطبيعتها

وهي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها[1] فالأشياء المشتركة يجوز لجميع الناس أن ينتفعوا بها دون أن يؤثر انتفاع احدهم على انتفاع الآخرين مثل ماء البحر والهواء وأشعة الشمس، فهذه الأشياء لا تسمح بطبيعتها أن تكون محلا لحق خاص، لأنه لا يمكن لأحد أن يستأثر بحيازتها دون غيره من الناس.

والشيء بهذا الوضع لا يمكن لأحد الاستئثار به، وبزوال الاستحالة أمكن حصر وإحراز بعض منه.

ب- أشياء خارجة عن التعامل بحكم القانون

هي أشياء لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية.[2]

وهذه الأشياء يمكن بحسب طبيعتها حيازتها والاستئثار بها، ولكن القانون منع التعامل فيها إما بسبب الغرض الذي خصصت له كالأشياء أو الأموال العامة، أو بسبب خطورتها على المجتمع وكون التعامل فيها يتعارض مع النظام أو الآداب العامة[3] مثل المخدرات وأوراق النقد المزيفة والأشربة والمأكولات المغشوشة.

وجدير بالذكر أن عدم قابلية التعامل في الأموال العامة لا يشمل كل التصرفات القانونية، بل يقتصر ذلك على التصرفات التي تخرج به عن الغرض المخصص له كالبيع والرهن ، أما ما لا يتعارض مع الغرض الذي خصص له فيجوز إجراءه عليه كالتأجير ، وهو ما يحصل بالنسبة لشغل جزء من الطريق العام مثلا[4]. كما أنه يمكن التعامل في الأشياء التي منع القانون التعامل فيها لخطورتها على المجتمع على سبيل الاستثناء لتحقيق غرض معين كاستخدام المواد المخدرة في الأغراض الطبية.[5]

---

1 -المادة 682/ 2 من القانون المدني الجزائري.

2 - المادة 682/ 2 من القانون المدني الجزائري.

3 - المادة 93 من القانون المدني الجزائري.

4 -أنور سلطان، المرجع السابق، ص255.

5 - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 538.

الفقرة الثانية: تعريف المال في القانون المدني:

هو كل حق ذو قيمة مالية ، أيا كان نوعه، أي سواء كان حقا عينيا أو شخصيا أو جانبا ماليا في حق معنوي[1]. والحقوق التي يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقود هي حقوق مالية بمعنى أن المحل له قيمة مالية يمكن التعامل بها في الأسواق، فهي حقوق تنتج عن المعاملات المالية بين الأفراد، ولهذا تسمى بالحقوق المالية، كما تسمى أيضا بحقوق الذمة المالية، لأنها باعتبار ماليتها، تشكل الجانب الايجابي للذمة المالية للشخص.[2]

ويجدر الذكر هنا بأن تعريف شرّاح القانون للمال بأنه الحق المالي هو من باب تعريف الماء بأنه السائل المائي،فالحقوق لا تعتبر أموالا، وإنما يجوز أن يقوم بعضها بالمال فتكون حقوقا مالية، ولذلك فان الصحيح في تعريف المال هو ما يراه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من أن المال هو: كل ما يمكن تملكه والانتفاع به وادخاره لوقت الحاجة، ويجري فيه البذل والمنع كالنقود والأراضي.[3] والحقوق المالية ثلاثة أنواع عينية ، وشخصية، ومعنوية أو ذهنية، وبالأحرى الجانب المالي في الحقوق المعنوية.[4]

الفقرة الثالثة – التمييز بين الشيء والمال:

يتضح من التعريفين السابق ذكرهما في القانون المدني أن المال هو الحق المالي أيا كان نوعه، أما الشيء فهو محل أو موضوع الحق المالي العيني أو المعنوي، أما الحق الشخصي فلا يرد على الأشياء المالية، وإنما محله دائما عمل أو امتناع عن عمل يقوم به المدين، وبعبارة أخرى : الأشياء هي محل كافة الحقوق عدا الحقوق الشخصية.

---

1 -احمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الجزء 2، مطبعة نهضة مصر، 1963م، ص 253، و توفيق حسن فرج، المرجع السابق، 485.

2 - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 485.

3 -عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، د ن، د ت، ص 371.

4 - حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 638.

ولذلك وجب تلافي الخلط الشائع بين الشيء والمال أو بين الحق المالي ومحله أي الشيء الذي يرد عليه، إذ كثيرا ما يطلق لفظ المال على الشيء وفي هذا خلط بين الحق ومحله.[1]

المطلب الثاني

طبيعة جسم الإنسان و الأعضاء البشرية (هل تعتبر أموالا ؟)

إذا كان جسم الإنسان يعتبر من قبيل الأشياء، لأن التعريف اللغوي للشيء يشمله، فهل يمكن اعتباره مالا ؟ هذا سنبيّنه في هذا المطلب:

الفرع الأول

مقاييس اعتبار الشيء مالا ومدى انطباقها على جسم الإنسان وأعضائه في الفقه الإسلامي

الفقرة الأولى- مقاييس اعتبار الشيء مالا في الفقه الإسلامي:

على ما سبق وبيناه من معنى المال في الفقه الإسلامي، فان المقاييس تتمثل في الآتي:

1- التموّل، أي له قيمة مالية يمكن تداولها بين الناس.

2- التقوّم، أي إباحة الانتفاع به أو التعامل به شرعا.

3- التزام من أتلفه بضمان المثل أو القيمة.

4- يمكن ادخاره لوقت الحاجة، وهذا اقرب كونه خاصية للمال من كونه مقياسا لما يعتبر مالا، لأن هناك أشياء تعتبر مالا لكن لا يمكن ادخارها واكتنازها، كالأطعمة والمشروبات والفواكه.

5- من يكتسبه بسبب شرعي يمكنه أن يتصرف فيه لان الملك في الفقه الإسلامي- كما سبق وذكرناه- هو القدرة على التصرف ابتداءا لمانع[2] أو هو

---

1 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص254.

2 - زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، المرجع السابق، ص 278.

(اتصال شرعي بين المالك وبين الشيء المملوك بمقتضاه يحق له وحده دون غيره أن يتصرف فيه).[1]

هذا وقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المبيع أن يكون مالا متقوما، ولم يختلفوا في هذا الشرط، ولكن اختلفت أساليبهم في التعبير عنه ولهم في ذلك ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أصحابه بأن المال هو الشيء المرغوب فيه، وميزوا بين مفهوم المال ومفهوم التقوّم فجعلوا المفهوم الأول أمرا عائدا إلى الاعتبار الإنساني وجعلوا التقوّم أمرا راجعا إلى الاعتبار الشرعي، فالمال عند هؤلاء كل موجود يميل إليه طبع الإنسان، والمتقوّم كل مال أباح الشرع الانتفاع به، فالمالية عند هؤلاء شرط في التقوّم وليس العكس؛ فالخمر مال عندهم ولكنه ليس متقوما والميتة عندهم ليست مالا، وليست متقوّمة.[2]

الاتجاه الثاني: يرى أصحابه أنه يشترط أن يكون المبيع مالا ولم يذكروا التقوّم، ويرون أن التقوّم يدخل في المالية، فالمال عندهم كل شيء منتفع به حقيقة، ومباح الانتفاع به شرعا في غير حالات الضرورة.[3]

الاتجاه الثالث: يرى أصحابه أنه يشترط في المبيع أن يكون شيئا طاهرا منتفعا به انتفاعا شرعيا حالا أو مآلا، ولم يعبروا بالمالية ولا بالتقوّم وإنما اكتفوا بذكر عناصر المالية عند أصحاب الرأي الثاني وهو اختلاف شكلي.[4]

---

1 - صابر محمد محمد سيد، المرجع السابق، ص 103.

2 - ينظر : الزرقاء ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، الجزء2، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، طبعة3، 1958م-1377هـ ص128-130. وحاشية بن عابدين، الجزء 4/ 5، ص162.

3 - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 5، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م- 1402هـ ص143.

4 - الفروق وتهذيب الفروق، الجزء 3، ص 239،238. والنووي، روضة الطالبين،الجزء 3، المكتب الإسلامي، بيروت، ص 348-350.

الفقرة الثانية: مدى انطباق هذه المقاييس على جسم الإنسان وأعضائه:

اختلف الفقه الإسلامي المعاصر في المسالة:

أولا- يرى البعض أن مقاييس أو معايير اعتبار الشيء مالا لا تنطبق أبدا على الإنسان في مجموعه، أي جسمه وحياته، وجثته لأن الفقهاء قد ذهبوا إلى أن الإنسان حيا أو ميتا لا يمكن أن يكون محلا ممكنا للمعاملات بحسب الأصل، فالإنسان ليس مالا في الشرع ولا في الطبع ولا في العقل[1] بينما تنطبق هذه المعايير أو المقاييس من على أعضاء الإنسان بعد انفصالها عن جسمه أو جثته أي انفرادها، فتعتبر أموالا في هذه الحالة،، وذلك استنادا إلى ما جاء في كتب الحنفية من أن أطراف الإنسان تعتبر من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها[2] وعلى ذلك إذا كان لا يجوز للإنسان أن يتصرف في جميع جسده الذي هو محل لحقه في السلامة الجسدية، ومن باب أولى في حياته لأنها ليس من الأموال، فانه على العكس يستطيع أن يتصرف في جزء من أجزاء جسمه المعتبرة مالا لغاية مشروعة، كأن يضحي بجزء من جسمه لإنقاذ حياته فهو كالمال خلق وقاية للنفس ، ومؤدى ذلك أن الإنسان يستطيع أن يتصرف في أجزاء جسمه إذا كان في ذلك رعاية لضرورة أو حاجة معتبرة شرعا كحاجة العلاج.[3]

ثانيا- ويرى البعض أن الإنسان لا يعتبر مالا سواء في مجموعه أو في جسمه وحياته وجثته أو في حق أعضائه بعد انفصالها عن جسمه أو جثته ، وذلك للأسباب الآتية:

(أ) أن مقاييس اعتبار الشيء مالا لا تنطبق على الإنسان في مجموعه، أو في حق بعض أعضائه بعد انفصالها عن جسمه وبيان ذلك على النحو التالي:[4]

---

1 - حاشية بن عابدين، الجزء 4 ، ص 501-502. و شرح فتح القدير ،ج6، ص 403، دار الفكر، السيوطي ، الأشباه والنظائر، ص327، دار الكتب العلمية ، بيروت، تفسير القرطبي، ج9، ص 55، دار الشعب.

2 - أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، المرجع السابق، الجزء 3، ص 185.

3 - صابر محمد محمد سيد، المرجع نفسه، ص 104.

4 - محمد زين العابدين طاهر، مدى حق الإنسان في سلامة أعضائه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، مصر، 1981 م، ص 38.

❖ المال بطبيعته خلق لمصالح الآدمي[1] يقضي به العباد لمصالحهم وينتفعون به، لإمكان تداوله بين الناس لان المالية تثبت بتمول الناس كلهم أو بعضهم[2] عن طريق المعاملات إذ بها تحقق مصالح الدنيا، والمال أقدر على تحقيق هذه المصالح.

أما أعضاء الإنسان فهي، وإن خلقت لتحقيق غايات ومصالح للعباد، إلا أنها بطبيعتها تأبى أن تكون محلا للتداول بين الناس، لأن ذلك يتعارض مع الجبلة الإنسانية، التي تسمو بأعضاء الإنسان وتنأى بها أن تكون محلا لأي تداول، كما أن تصرف الكانسان فيها بأي تصرف من شأنها أن يجعلها عرضة للتداول، هو انتهاك لكرامتها وإهانة عظيمة لها يأباها العقل وروح الشريعة، التي جعلت الحفاظ على هذه الأعضاء أمرا ضروريا، ومنع كل ما من شأنه امتهانها، الأمر الذي دعا بعض الفقهاء إلى القول بأنه يكره للمرأة أن تصل شعر غيرها من بني آدم بشعرها، لقوله ﷺ : (لعن الله الواصلة والمستوصلة..)[3] ولأن الآدمي بجميع أجزاءه مكرم والانتفاع بالجزء المنفصل منه إهانة له.[4]

وعدم قابلية أعضاء جسم الإنسان للتداول ينفي عنها صفة التموّل أو المالية.

❖ ـ المال يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة فهو بطبيعته يصلح أن يكون محلا للاكتناز والادخار لمواجهة نوائب الزمن، أما أعضاء جسم الإنسان فلا يتحقق فيها ذلك لأن طبيعتها العضوية

---

1 – زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، المرجع السابق،الجزء5، ص 277. المبسوط ، الجزء 11، ص78، دار المعرفة.

2 – زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، المرجع نفسه،الجزء5، ص 277.و ابن عابدين حاشية رد المحتار ، الجزء 4، دار الفكر، ص 501-502.

3 – رواه مسلم في صحيحه، الجزء 3،دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 1676 ، حديث رقم 2122. والترمذي في سننه ، الجزء 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص236، حديث رقم 1759.

4 – الكاساني، بدائع الصنائع ، الجزء5، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1982م، ص 125.

تجعلها ذات أوجه نفع متعددة، ووظائفها مختلفة أو متواصلة أو مستمرة لا تنقطع ولا يمكن الاستغناء عنها في أي وقت لان هناك بعض الأعضاء لو توقف العمل بها ولو للحظة لهلك الإنسان، كما أن المصالح وأداء الحقوق وبخاصة حقوق الله ﷻ قد أوجب على الإنسان المحافظة عليها لأنها أمانة عنده، وأمره بعدم العبث بها، فليس معنى أنها تكون صالحة للاكتناز والادخار بحيث يرجع إليها عند الحاجة، وإنما أمره بالمحافظة عليها لحمله على أداء حقوق الله سبحانه وتعالى، حيث لا يمكن القيام بها إلا عن طريق هذه الأعضاء.[1]

❖ ضمان المثل أو القيمة أصل في الأموال، أما بالنسبة لأعضاء الإنسان، فهو استثناء وذلك في حالات الاعتداء التي لا يجب فيها القصاص وليس فيها أرش مقدر، حيث تقيّم وتقدّر هذه الأعضاء المجني عليها، بالمال، وهذا التقويم يسمى في عرف الفقهاء بالحكومة أو حكومة العدل.[2]

والتقويم هنا لا يعني أن أعضاء الإنسان تعتبر أموالا، لأن التقويم- كما سبق وأن ذكرنا- يقتصر على حالة الجناية الواقعة على ما لا يجب فيه القصاص وليس فيه أرش مقدر[3] من قبل الشارع، فحينئذ تقوم لتقدير مدى النقص الذي لحق بها من قطع أو إتلاف أو تعطيل منفعة، لأن الأطراف في مثل هذه الحالة يسلك بها مسلك الأموال فإنها خلقت وقاية للأنفس كالأموال[4]

لضمان هذه الأعضاء من أن تذهب هدرا لأنها أعضاء آدمية مكرمة، والآدمي مضمون بقدر[5] والمال وسيلة لصون الدم من الإهدار.[6]

---

1 - محمد زين العابدين طاهر، المرجع السابق، ص 40.

2 - المبسوط، ج26، ص 74،دار المعرفة. لسان الحكام، ج1، ص 396، الحلبي.

3 - المرغيناني، الهداية، ج4، ص 183، المكتبة الإسلامية ، بيروت. ابن نجيم ، البحر الرائق، ج8، ص 375 وما بعدها. السمرقندي ، تحفة الفقهاء، ج3، ص 113، دار الكتب العلمية، بيروت.

4 - حاشية بن عابدين، ج6، ص553، دار الفكر، بيروت.

5 - الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص76، دار الفكر، بيروت.

6 - المرغيناني، الهداية، ج4، ص 158، المكتبة الإسلامية ، بيروت.

وبذلك يتضح ، أن مقاييس اعتبار الشيء مالا تنطبق على الإنسان في مجموعه، ولا في حق بعض منه أيا كان هذا العضو، ومن ثم لا يعتبر الإنسان مالا لا في مجموعه ولا بالنسبة لعضو من أعضائه لفقدانه للخصائص التي تتميز بها الأموال.[1] إلا أن الأعضاء البشرية تشترك مع الأموال في خاصية النفع المطلق فهي وسيلة نفع عظيمة للإنسان لا يمكن إنكارها، كما أنها وسيلة لكسب المال عن طريق العمل، فالمولى عز وجل أباح للإنسان أن ينتفع بأعضائه على الوجه المشروع، وأن يستعملها في كل أمر مباح شرعا، ورغم ذلك فإنها لا تعتبر أموالا ، وهناك قاعدة في الفقه الإسلامي مفادها أن كل ما يباح الانتفاع به بلا تموّل ، لا يكون مالا[2] ومن هنا فإنها تكون بذاتها خارجة عن دائرة المعاملات.

ثانيا- هناك اعتبارات مادية ومعنوية تمنع انطباق مفهوم المال على الأعضاء البشرية، وبيان ذلك على النحو التالي:[3]

أما الاعتبار المادي فيتمثل في أن طبيعة التداول في الأموال تقتضي انتقال الشيء محل التعامل من شخص إلى آخر ، وهذا يتطلب وقتا غير يسير – يحتفظ فيه الشيء أو السلعة بكامل هيأتها خاصة إذا كانت هناك فترة زمنية بين انعقاد البيع وتسليم المبيع يكون فيها المبيع عرضة للتلف – وبالتالي تنتقل السلعة إلى مستحقها على الشروط والمواصفات المتفق عليها.

أما الأعضاء البشرية فإن طبيعتها لا تمكنها بعد انفصالها من جسم الإنسان من أن تبقى وتعيش على هيأتها إلا وقتا يسيرا مما يجعلها تفقد صلاحيتها وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، كما ، الأعضاء البشرية كثيرا ما تفقد منفعتها ووظيفتها بعد انفصالها على الجسم بوقت قليل فلا تستمر على حالتها التي كانت عليها قبل الانفصال.

---

1 – محمد زين العابدين طاهر، المرجع السابق، ص 42.

2 – ابن عابدين ، حاشية رد المحتار، ج4 ص501 .دار الفكر. ابن نجيم ، البحر الرائق، الجزء5، ص277 ،دار المعرفة.

3 – محمد زين العابدين طاهر، المرجع السابق، ص 38.

أما الاعتبار المعنوي، فهو يتمثل في أن تداول الأعضاء البشرية بين الناس فيه امتهان لها لأنها جزء من الإنسان، والإنسان بجميع أجزاءه

مكرم لقوله ﷻ: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنْ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ﴾[1]

1- الملك من خصائص الأموال فمن ملك مالا، ملك أن يتصرف فيه بكل التصرفات المباحة شرعا لأن الملك هو القدرة على التصرف ابتداءا إلا لمانع[2]، أما الأعضاء البشرية فتتنافى مع طبيعة التملك لأنها ليست أموالا ولذلك لا تصلح أن تكون بذاتها محلا للمعاملات المالية.

ثالثا- الرأي الراجح:

الراجح هو أن الإنسان سواء في مجموعه – جسما وحياة وجثة- أو بالنسبة لأعضائه بعد انفصالها عن جسمه ، لا تعتبر أموالا، وذلك لقوة الأدلة التي سبقت على ذلك، كما يمكن دحض ما نقل على الحنفية في هذا الشأن بما يلي:

1- أنهم ذكروا صراحة أن المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ، كما ذكروا انه يجري فيه البذل والمنع[3] وهذا من خصائص الأموال لا الأنفس والأعضاء البشرية.

2- أن الحنفية لم يقولوا أن أعضاء الإنسان مالا، وإنما قالوا: « يسلك بها مسلك الأموال في بعض الأحوال »[4] أي لها حكم المال في كذا و كذا.. وفرق كبير بين القول أنها أموال بما يترتب على ذلك من آثار وبين القول أن لها حكم المال أو كالمال في بعض الأمور.

---

1 -سورة الإسراء، الآية رقم 70.

2 - ابن نجيم ، البحر الرائق، الجزء 5 ، ص 278. وينظر أيضا، الجرجاني ، المرجع السابق، الجزء 1، ص 295.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص 277، حاشية ابن عابدين ، ج4، ص501-502.

4 - حاشية بن عابدين ، ج 6، ،ص 554. البحر الرائق، ج8، ص88، بدائع الصنائع،ج7، ص 180.

3- وحتى لو سلمنا أن أعضاء الإنسان تعتبر أموالا في حقه هو، فإنها تأخذ حكم المال في الأمور الآتية:

أ- **إسقاط الضمان**: فلا ضمان على من أتلف عضوا من أعضاء الإنسان بإذنه قياسا على الأموال [1] لكن لا تنتفي الحرمة ، ولا يرفع الإثم عن القاطع والمقطوع منه، يقول الكاساني:

(...لو أذن المُكرِه فقال للمكرَه إفعل، لا يباح له أن يفعل لأن هذا لا يباح بالإباحة، ولو فعل أثم، ألا ترى أنه لو فعل بنفسه أثم فبغيره أولى) .[2]

ومن هذا النص يتضح أنه لا يجوز عند الحنفية ، أن يقطع الإنسان جزءا من جسمه ، سواء بنفسه، أو عن طريق السماح لغيره بقطعه، ولا يباح للغير أن يقطع هذا العضو بناءا على هذا الإذن، فإن فعل فهو إثم.

ب- **جواز قطع الإنسان عضوا منه في حالة الإكراه**: يجوز للإنسان أن يقطع عضوا من جسمه إذا أكره على ذلك قياسا على الأموال لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، ولو أكره الإنسان على إتلاف ماله، جاز له أن يفعل فكذلك بالنسبة لأطرافه، لكن إذا أكره على قتل نفسه، فلا يجوز له أن يفعل.[3] ومع ذلك فالنص المذكور في الفقرة(أ) يمنع ذلك.

ج- **جواز قطع الأعضاء التالفة**: يجوز للإنسان أن يقطع ما يتلف من أعضاء جسمه، لأن تركه بلا قطع قد يؤثر على بقية بدنه، وذلك قياسا على حق الإنسان في إتلاف ما فسد من ماله.[4]

---

1 - بدائع الصنائع، ج 7، ص 180، الهداية، ج 3، ص 158.

2 - الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي،الطبعة 2، ج7، ص 177. وينظر أيضا: السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص 274، دار الكتاب العلمية.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص88، دار المعرفة.

4 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص88.

هذه هي الأمور أو بعض منها التي أعطى فيها الحنفية أعضاء جسم الإنسان حكم الأموال لكنهم لم يجعلوها أبدا أموالا ، ولم يسلكوا بها مسلك الأموال فيما يتعلق بأحكام العقود ، أو المعاملات المالية حتى بنسب إليهم أنهم قالوا أن أطراف الإنسان تعتبر مالا.

الفرع الثاني

مقاييس اعتبار الشيء مالا ومدى انطباقها على جسم الإنسان في القانون المدني

الفقرة الأولى – مقاييس اعتبار الشيء مالا على ضوء مفهوم المال، وأحكامه في القانون المدني، يمكن القول أن المقاييس التي على أساسها يعتبر الشيء مالا، تتمثل فيما يلي:

1- المالية : أي شيء يمكن تقويمه بالنقود، أو بمعنى آخر له قيمة مالية، يمكن التعامل بها في الأسواق.

2- صلاحيته للتعامل فيه بطبيعته، أو بحكم القانون:

فكل شيء صالح بطبيعته، أو بحكم القانون للتعامل فيه يعتبر مالا في القانون المدني.

3- حماية القانون له، والحماية هنا ليست لذات الشيء وإنما لما له من قيمة مالية، بحيث إذا اعتدى عليه أحد من الناس اعتداءا ترتب عليه ضرر بقيمته المالية، فإنه يلزم قانونا بتعويض صاحبه عن هذا الضرر.

4- من تملكه بسبب قانوني يحق له أن يستعمله، وأن يستغله، وأن يتصرف فيه مادام صالحا لأن يكون محلا للحقوق العينية.[1]

---

1 – المادة 682/ 1 من القانون المدني الجزائري.

الفقرة الثانية – مدى انطباق هذه المقاييس على أعضاء الإنسان:

إن المقاييس السابقة أو الخصائص التي يتميز بها المال، لا تنطبق على جسم الإنسان، ويتضح ذلك في ما يلي:

1- أن جسم الإنسان أسمى من أن يقدر بالمال، فلا مجال للتحدث عن قيمة الإنسان أو قيمة عضو من أعضاء جسمه، فلا يجوز أن يشبه جسم الإنسان بالشيء[1]، وإذا كانت بعض العلوم تعامل الإنسان على أنه شيء من الأشياء، فلا يمكن لها مع ذلك أن تنكر أن في الإنسان جوهرا خاصا يمنع من محاولة الخوض في تشبيهه بالأشياء إلى منتهاها.[2]

2- يترتب على أن جشم الإنسان ليس مالا، وأنه لا يجوز تشبيهه بالأشياء أن الإنسان بطبيعته، سواء كان حيا أو ميتا لا يمكن أن يدخل في دائرة التعامل[3] فهو لا يمكن ان يكون محلا ممكنا، ومشروعا للمعاملات[4] لأن حق الإنسان على جسمه حق مالي، والحقوق غير المالية لا تجري عليه المعاملات المالية.[5]

3- الحماية القانونية للأشياء المالية تختلف عن الحماية القانونية للجسد، فالحماية القانونية للأشياء المالية ليست لذاتها، وإنما لما لها من قيمة مالية، وعلى ذلك لا يلزم من يعتدي عليها بالضمان، أو التعويض إلا إذا ترتب على هذا الاعتداء ضرر لَحِقَ بقيمته المالية.

---

1 – حسام الدين كامل الأهواني، مقدمة القانون المدني، نظرية الحق،دار النهضة العربية، 1972 م، ص9.

2 – صابر محمد محمد سيد، المرجع السابق، ص113.

3 – حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص9-10.

4 – صابر محمد محمد سيد، المرجع السابق، ص113.

5 –احمد شرف الدين، الضوابط القانونية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة القومية، المجلد رقم 21، مارس 1987م، ص 191-125.

أما الحماية القانونية لحماية كيان الإنسان المادي، فلا تقتصر على حقه في التعويض عما يلحقه من أضرار من جراء اعتداء الآخرين عليه[1] بل تشمل أيضا حقه في الحياة وحقه في سلامة جسمه من أهم الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان حيث يجب على كل الناس عدم التعرض لجسده بالاعتداء عليه بأي صورة من صور الاعتداء [2]، ويظهر ذلك من اهتمام القانون الوضعي بجسم الإنسان، وانشغاله برعايته وعنايته، وتقريره الحماية اللازمة له، عن طريق فرضه للعقوبات والجزاءات التي يجب توقيعها على من يعتدي عليه[3] وقد تكفل القانون الجنائي بعقاب من يعتدي على هذه الحقوق[4].

4- المال يمكن اكتساب ملكيته بأي سبب من أسباب كسب الملكية، ومن يكسب ملكيته يحق له أن يجري عليه كافة التصرفات سواء كانت قانونية أو مادية.

أما جسم الإنسان فلا يصح أن يكون محلا لحق الملكية لا يمكن أن يكون موضوعها أو محلها إلا الأشياء ومن المسلم به أن جسم الإنسان ليس من الأشياء[5]، ومن المسلم به أيضا أن الإنسان لا يستطيع أن يتصرف في جسمه بصورة مطلقة، فهناك طائفة من التصرفات لا يمكن أن ترد على جسم الإنسان كعقود المعاوضات مثلا.

وكذلك القول بان جسم الإنسان يمكن أن يكون محلا لحق الملكية يستلزم أن يكون هناك مالك أي أن يكون هناك صاحب للحق مستقلا عن موضوع الحق، وطبيعة جسم الإنسان تتعارض مع ذلك حيث يتعدد صاحب الحق ومحل

---

1 - صابر محمد محمد سيد، المرجع نفسه، ص114.

2 - أنظر ص..... من المبحث التمهيدي.

3 - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص437 وما بعدها.

4 - ينظر في ذلك لقانو ن العقوبات الجزائري.

5 - حسام الدين كامل الأهواني، نظرية الحق، ص 6، 16، 17، 18.

الحق.[1] وبعبارة أخرى اعتبار جسم الإنسان مالا يقتضي أن يكون الشيء خارج الإنسان في حين أن جسم الإنسان ليس خارجا عنه.[2]

ويتضح مما تقدم أن جسم الإنسان لا يعتبر شيئا أو مالا سواء في مجموعه أو مالا سواء في مجموعه أو بالنسبة لبعض منه - أي أعضائه- لأن المقاييس التي على أساسها يمكن اعتبار الشيء مالا لا تنطبق عليه وبعبارة أخرى لا تتوافر فيه الخصائص التي يتميز بها المال.

1 - حسام الدين كامل الأهواني، نظرية الحق، ص 6، 16، 17، 18.
2 - صابر محمد محمد سيد، المرجع نفسه، ص115.

المبحث الثالث

الاتجار بالأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وندرس فيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحكم الشرعي لبيع الأعضاء البشرية

المطلب الثاني: موقف الفقه المدني من بيع الأعضاء البشرية

المطلب الثالث: موقف التشريعات الوضعية من بيع الأعضاء البشرية

المطلب الأول

الحكم الشرعي لبيع الأعضاء البشرية

الفرع الأول

حكم بيع الآدمي

عرف ابن قدامة البيع بأنه: (مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا)، وعرفه صاحب الدر بقوله: (البيع شرعا هو مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله). وفسره ابن عابدين بأن الشيء المرغوب هو ما من شأنه أن ترغب إليه النفس، وهو المال، واتفق الفقهاء على أنه يشترط في البيع أن يكون مالا متقوما، ولم يختلفوا في هذا الشرط، ولكن اختلفت أساليبهم في التعبير عنه.[1]

إن وصف المالية والتقوّم في المبيع عند الفقهاء لا يتحقق إلا بتوافر الشروط الآتية:

1- أن يكون شيئا منتفعا به في الواقع.

2- أن يكون الشرع قد أباح الانتفاع به في وجه من وجوه الانتفاع لغير ضرورة.

ومن مقتضيات هذا الشرط: أن يكون المبيع طاهرا، فإن كان نجسا كان المبيع باطلا محرما. أن لا يكون مما لا يستعمل إلا في المحرم. أن لا يكون محرما تحريما ينزهه عن البيع والتملك والتداول. أن يكون تملكه من غير إهدار حق الله ﷻ أو حق الآدمي.

3- أن يكون عينا مادية، وهذا الشرط اختص به فقهاء الحنفية.

4- أجمع الفقهاء على حرمة الإنسان الحر وبطلانه، ولا يعتبرونه مالا لما صح عن رسول الله ﷺ أنه قال: (قال الله ﷻ : ثلاث أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا واكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه، ولم يوفه أجره).[2]

---

1 -علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء،دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1429هـ-2009 م، ص88.

2 - أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب البيوع، باب إثم من باع حرا (جزء 4/ ص 417)، رقم الحديث (2227).

ولكن سبب ذلك يرجع إلى معان تكريم الله ﷻ لابن آدم: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ﴾[1]، واعتباره مالا يملك ويتداول، يتنافى مع هذا التكريم. ولا يرجع نفي المالية عند الفقهاء إلى عدم المنفعة؛ ذلك أن منافع الإنسان كثيرة، ويجوز مبادلتها على سبيل الإجارة كما هو معلوم، ولكن سبب ذلك يرجع إلى معان أخرى أشار إليها الفقهاء في مصنفاتهم:

أ - يقول ابن عابدين رحمه الله تعالى: (والآدمي مكرم شرعا وإن كان كافرا، فإيراد العقد عليه وابتذاله به، وإلحاقه بالجمادات إذلال له، وهو غير جائز)[2]. وهذا التكريم يفارقه بسبب واحد هو الكفر إذا اجتمع مع محاربة الإسلام والوقوع في الأسر، فتنزع عنه الكرامة حينئذ بإذن الشارع، ويصبح مالا يباع ويشترى.[3]

(ب) وذهب فريق من الفقهاء إلى أن سبب ذلك هو عدم قابلية الإنسان الحر للدخول في ملك غيره، لأنه أحق بنفسه من غيره، وإدخاله في ملك إهدار لحقه[4]، ولا يرد على هذا أنه يملك نفسه فله أن يتنازل عنها؛ لأن العاقد لا يتصور إن يكون معقودا عليه، والبائع لا يتصور أن يكون مبيعا في آن واحد، وأما بيع غيره له فهذا لا يتصور شرعا أيضا؛ لأن الإنسان ليس له أن يبيع ما لا يملك، والحر غير داخل في ملك أحد.[5]

(ت) وذهب فريق آخر إلى أن السبب يعود إلى أن اعتبار الإنسان مالا يتنافى مع حريته الثابتة له شرعا، لأن هذا الاعتبار يجعله قابلا للبيع والتملك، وهو يتناقض مع حقه في الحرية، ويمنعه في التصرف فيما أباح الله له.6

---

1 - سورة الإسراء، الآية رقم 70.

2 - علي محمد بيومي، المرجع السابق،ص 89.

3 - حاشية بن عابدين(جزء4، ص4).

4 - القرافي، الفروق، بيروت، دار المعرفة، (جزء 3، ص237).

5 - المغني والشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ-1983م، جزء 4، ص304.

6 - علي محمد بيومي، المرجع نفسه،ص 90.

الفرع الثاني

حكم بيع الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامية

نسجل في هذا السياق اختلاف الفقهاء المعاصرين في حكم بيع الأعضاء الإنسانية سواء ببذل المال من جهة المشتري أو أخذه من جهة البائع على قولين:

القول الأول: يجيز هذا الاتجاه بيع الأعضاء الإنسانية، ولكن بشروط، وهو قول الشيخ سيد سابق التهامي، ومحمد نعيم ياسين، وليلى أبو العلا.

القول الثاني: حرمة بيع الأعضاء وهو الشيخ بكر أبو زيد[1]، ومحمود السرطاوي، ومحمود فوزي فيض الله، وشوقي الساهي، ومحمد سيد طنطاوي، وحسن الشاذلي، وعبد السلام السكري، وغيرهم كثير. وقبل ذكر أدلة كل فريق والمناقشة والترجيح لابد من ذكر سبب الاختلاف.

ذكرنا فيما سبق إجماع الفقهاء على حرمة بيع الإنسان الحر وبطلانه وذكرت سبب الاختلاف ، وأما أجزاء الآدمي فقد أجمع الفقهاء على أنها ليست بمال من حيث الأصل ولا يصح أن تكون محلا للبيع، ولم يختلفوا إلا في لبن المرأة إذا حلب، فأجاز جمهورهم بيعه[2] ومنعه علماء الحنفية.[3]

سبب الاختلاف: وسبب اختلافهم فيه، لا يرجع إلا لاختلافهم في الأصل الذي أجمعوا عليه، وكن سببه هو اختلافهم في تعليل هذا الأصل، فقد اختلفوا في تحديد علته على رأيين:

الرأي الأول: ذهب فقهاء الحنفية إلى أن علة تحريم بيع أجزاء الآدمي يرجع إلى معنى التكريم الذي خص الله تعالى به الإنسان، وقاسوا جزءا من أجزائه على ذاته، فالتكريم عندهم يعم الإنسان وكل جزء من أجزائه ولا ينفك على أي منهما.[4]

---

1 - بكر أبو زيد، فقه النوازل، الجزء 2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1992م، ص 48.

2 - الفروق للقرافي في الفرق ، ص 185، المجموع للنووي، ج 9، ص 276، كشاف القناع، ج 2، ص 8، المحلى لابن حزم، ج 4، ص 481.

3 - حاشية ابن عابدين، ج 4، ص 118.

4 -بدائع الصنائع، ، جزء 5 ، ص 138- 148 ، الهداية ،جزء 3، ص 38، حاشية بن عادين ،ج 4، ص 162.

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن علة التحريم هي أنها إذا قطعت الأعضاء الآدمية وفصلت عن جسد الإنسان صارت عديمة النفع، أو صار من غير الممكن الانتفاع بها بأسلوب يبيحه الشرع، فلا يمكن اعتبارها مالا لما عرف من أن الشيء لا يعتبر مالا إلا إذا كان منتفعا به حقيقة، ومباحا به الانتفاع شرعا من غير ضرورة.

ولذلك أنهم عندما وجدوا جزءا من الآدمي يمكن الانتفاع به إذا فصل عن صاحبه في وجه من الوجوه المباحة، قالوا بجواز بيعه خلافا للحنفية ألا وهو لبن الآدمية إذا حلب منها وحجتهم انه طاهر ومنتفع به، وقد أباح الشارع شروطه لغير ضرورة، فيكون ما لا يجري فيه البيع لتحقق عنصري المالية فيه، وهي الانتفاع به في الواقع، وإباحة الشرع لهذا الانتفاع.[1]

البند الأول- جواز بيع الأعضاء البشرية:

وبذلك قال ابن حزم وابن قدامة وسيد سابق التهامي، ومحمد نعيم ياسين، وليلى أبو العلا.

حيث ذكر ابن حزم بأنه يجوز بيع شعر ، وعذرة وبول الآدمي[2]. وذكر الحنابلة حرمة بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه[3]، وهذا ما يفهم منه بأنه إذا كان فيه نفع جاز بيعه، ولا شك أن النفع واقع في وقتنا الحالي إذ يستفاد من هذه الأعضاء عن طريق زرعها، قصد تخفيف وإزالة آلام المرضى، فيجوز بيعها.[4]

---

1 -الفروق وتهذيب الفروق، ج3، ص 140-241. المغني والشرح الكبير، ج 4، ص 10-310. وروضة الطالبين، ج3، ص 353.

2 - ويرد على ذلك بأن بيع عذرة وبول الإنسان مما يشمله قول الرسول ﷺ وذلك فيما رواه ابن عباس ﷺ من أنه ﷺ قال: « إن الله إذا حرم على قوم شيئا حرم عليهم ثمنه ». أبو داوود، السنن، رقم 3488، كتاب: الإجارة، باب: في ثمن الخمر والميتة، ج3، ص 280.

3 - موفق الدين بن قدامة، المغني، ج4، ص304، وشمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج4 ، ص12.

4 -سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة فقهية طبية قانونية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 69.

قال ابن حزم بعد كلامه على جواز بيع لبن الآدميات:« ...وأما الشعور ، والعذرة والبول فكل ذلك يطرح ولا يمنع منه أحد هذا عمل جميع أهل الأرض، فإذا تملك لأحد جاز بيعه ».[1]

وقال الإمام موفق الدين ابن قدامة :« وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها فإنه يجوز بيع العبد والأمة، وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك، وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه»[2].

وعلق الشيخ محمد رشيد رضا على هذه العبارة في حاشية المغني بقوله: « مفهومه انه يجوز بيعه إذا انتفع به وهذا حاصل في عصرنا فالجلد تسلخ قطعة منه ويرقع بها البدن وفي غير ذلك .»

ووجه الاستدلال على ذلك فيما يأتي:

1- أن الأعضاء يسلك فيها مسلك الأموال، هذا ما يفهم على الأقل من قول الكاساني: « ...إنما دون النفس هو له حكم الأموال لأنه خلق وقاية للنفس: كالأموال إلا ترى أنه يستوفي في الحل والحرم كما يستوفي الأموال، وكذلك الوصي يلي استيفاء ما دون النفس للصغير كما يلي استيفاء ماله فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر في استيفاء الأموال ».[3]

قد يفهم من قول الكاساني هذا أن فيه دليلا على جواز البيع، إلا انه منقوص بما يلي:

أ- إن هذا إذا ثبت من الكاساني فهو اجتهاد عالم لا يعارض به النص الشرعي كقوله تعالى: ﴿ **ولا تقتلوا أنفسكم** ﴾[4].

---

1 -ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص31.

2 -موفق الدين بن قدامة، المغني، ج4، ص 304، وشمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج4، ص12.

3 -بدائع الصنائع، ج7، ص297.

4- سورة النساء، الآية 29.

وقوله تعالى: ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾[1]

ب- جاء في كتاب بدائع الصنائع ما يتنافى مع ما احتج به ما يحتمل الإباحة حيث قال:

« وأما النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه أصلا ، فهو قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الإباحة بحال ... وكذا قطع عضو من أعضاءه... ولو أذن المكره عليه، أو أقطعه أو ضربه فقال للمكره: افعل ما يباح له أن يفعل، لأن هذا ما لا يباح إلا بالإباحة ولو فعل فهو آثم، ألا ترى أنه لو فعل بنفسه أثم فبغيره أولى .»[2]

ج- اتفق جمهور الفقهاء على أن أعضاء الإنسان ليست بمال ولا يصح أن تكون محلا للبيع فإذا كان الحنفية يعتبرون ما ينفصل عن الجسم من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها والجمهور لا يعتبرون جسم الإنسان مالا أبدا فإن كلمة الفقهاء متفقة على بطلان بيع أي عضو من أعضاء الإنسان لغيره.[3]

2- قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات):

وجه الدلالة : أنه يجوز للإنسان أن يتصرف في جسده عند الضرورة.[4]

يمكن الجواب على هذا الاستدلال بما يلي: أن التصرف عند الضرورة إنما يكون في حدود ما أحل الله ثم إن القاعدة المذكورة مقيد بقواعد أخرى منها " الضرر لا يزال بالضرر "[5]

---

1 - سورة البقرة، الآية 195.

2 - بدائع الصنائع، ج 7، ص117.

3 - حاشية بن عابدين ،ج 6، ص 838. ابن رشد، بداية المجتهد ،ج 2،دار المعرفة، بيروت، الطبعة 8 ،1986، ص 128. مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، ج2، ص263 .كشاف القناع، ج3، ص 354.

4 - محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الاتجار في الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2005، ص 217.

5 -محمد سعيد طنطاوي، حكم بيع الإنسان لعضو من أعضائه أو التبرع بها، الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الكويتية، ط2، الكويت ، 1995، ص 305-307.

3- قياس حلية بيع الأعضاء البشرية على جواز بيع العبد والأمة، وكذا على بيع العضو المقطوع إذا وجد فيه نفع للعلة المشتركة بينهما والمتمثلة في الانتفاع.[1]

ويرد على ذلك بأن : القياس على العبد والأمة قياس فاسد، لأنه استثناء من الأصل، وحرمة بيع العضو المقطوع ليس لعدم نفعه فقط بل لأسباب أخرى نوردها عند تعرضنا لأدلة الرأي الثاني.

4 - إن دفع مبلغ من المال يدخل في مصاريف العلاج. فالمريض يدفع مالا مقابل الدواء، وأجرة للطبيب مقابل العلاج، ومبلغا من المال للمستشفى مقابل الإقامة. وكلها مستلزمات توجب على المريض أن يدفع مقابلا في تلك الحدود للشخص المتنازل له عن جزء من عضويته. ثم إن العضو ذاته يعتبر كغيره من الأدوية التي لا ينفع العلاج إلا به.

ويمكن مناقشته : بأنه ليس دواءا عاديا بل هو استثناء للضرورة والحاجة إلى أن تزول وما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه.

5- إن من حق الإنسان أخذ العضو عن الضرر الذي يصيبه كالدية والأرش في حالة المساس بنفسه أو الاعتداء على عضو من أعضاء جسمه فيقاس على هذه الحالة تنازل الشخص عن عضوه، فيكون له الحق في التعويض عن الضرر الذي يصيبه مقابل تنازله عن ذلك.

ويمكن مناقشة ذلك أن الدية مقابل الاعتداء والجناية وإذا قبل شخص بنزع عضو من جسده فقد أسقط حقه في الدية وكان آثما على رضاه، فلا يصح القياس للفارق بينهما.[2]

كما أن الدية والأرش إنما هي مقابل الاعتداء، وهو ضمان الدم، لا ضمان المال. قال الكاساني: « لان المال خلق وقاية للنفس، والنفس ما خلقت وقاية المال، وحرمة الآدمي لعينه، فكان اعتبار النفسية وإهدار المالية أولى ».[1]

---

1 - سعاد سطحي، المرجع نفسه، ص 71.

2 - عصمة الله عناية الله محمد، الانتفاع بأجزاء الآدمي، جراع إسلام، لاهور، 1993، ص221.

6- إن زرع العضو فيه منفعة مباحة ، فيجوز للمتنازل عن عضوه أخذ العوض إذا المنفعة المباحة يجوز إن تقابل بثمن كالذي يبيع دمه مقابل مبلغ من المال.[2]

ويرد على ذلك: إن القياس على بيع الدم غير صحيح، لان الدم محرم ومعلوم أن هذه المنفعة مباحة للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، والبيع ليس ضرورة.

7- إن بيع عضو الآدمي كالدم، كالجلد، واللبن، مما يعد من الأعضاء المتجددة فلا يتنافى مع حرمته، لأن ذلك لا يقوده إلى الهلاك.[3]

8- إنه لا أثر لوجود الثمن على انعقاد العقد صحيحا، لأن هذا الثمن مقابل العضو أو الجزء المتصرف فيه، وأن بيع العضو المزدوج كالكلية مثلا لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية، بل على العكس من ذلك فهو صون لحياة أخرى من خطر الموت الذي يهدده، فهو يتضمن معان نبيلة وإنسانية عظيمة.[4] كما أن الإنسان بعد خروج روحه يبقى له الحق في تكريمه المشتمل على حقه في الغسل والتكفين، والصلاة عليه وحمله ودفنه وعدم التمثيل بجثته، و أخذ عضو للميت بناءا على وصيته لا يعد مثلة، حتى إن جمهور الفقهاء أجازوا شق بطن الميت لاستخراج مال ابتلعه أثناء حياته، ولم يعتبروا ذلك مثلة بالميت، وأجاز فريق من الفقهاء اتخاذ عظام الميت لجبر عظم الحي إذا عين لذلك، وأجاز الفقهاء المحدثون تشريح الجثة، للكشف عن المجرم، أو للتدريب، وأسسوا هذا الحكم على ما أسلفنا.

وعلى فرض اعتباره من المثلة، فإن تحريمها- كما سبق- لحق العبد صاحب الجثة ولحق الله تعالى، والعبد قد أذن بحقه، والله ﷻ يأذن بنقل حقه إذا كان متعينا لإحياء حق له أعظم منه، بناءا على ما قدمنا من قاعدة تحمل أهون الشّرّين لدفع أعظمهما.[5]

---

1 - بدائع الصنائع، ج7، ص 258.
2 - ملحق الأربعاء في جريدة المدينة، العدد 84، 22/ 01/ 1405 هـ ص 6-7.
3 - سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 72.
4 - سعاد سطحي، المرجع نفسه، ص 72.
5 - علي محمد بيومي، المرجع السابق، ص 90.

واعتمد صاحب هذا القول بجواز البيع، وان ذلك ليس امتهان للكرامة البشرية بما يلي:

أ- إنه وإن كان الفقهاء قد اجمعوا على عدم جواز البيع إلا أن العلة لا ترجع إلى ان في بيع جزء الآدمي إهدار لكرامته، وهو ما ذهب إليه الحنفية فقط-وإنما لأنه لا منفعة في العضو المقطوع- أما الآن فقد اختلف الأمر بعد المستجدات الطبية الحديثة، ولم يعد هناك جدل في هذا الأمر بعد نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء، التي تسببت في إنقاذ كثير من الناس من هلاك لحقهم، ومن ثم تحقق النفع في العضو المقطوع، وقد حكم أهل الفقه المعاصر بمشروعية التبرع.

بد أن الذي يتعارض مع الكرامة إنما هو بيع العضو بغرض الربح والتجارة لمجرد الكسب، إذ هو يشعر بالإذلال والامتهان، وأما إذا بيعت لغرض إنقاذ المرضى- فلا امتهان ولا ابتذال.[1]

ويجاب على ذلك بما يلي:

- إن حرمة البيع هو لكرامة الإنسان وهو موقع إجماع الفقهاء ، وليس فقط موقف الحنفية.

مع ملاحظة أنه قد يعلل لحرمة البيع بما هو لازم للكرامة والحرمة، كتحريم بيع الآدمي لحرمة أكله. أو لأنه أحق بنفسه، أو لعدم دخوله تحت الملك، ذلك لأن هذه التعليلات مرجعها كرامة الإنسان وحمايته من الابتذال.[2]

- وهو أيضا اعتمد في دليله على أن الأعضاء التي ستنقل فيها نفع وهو نفع مشروع، وذلك لان الاجتهاد الفقهي اعتبره، بدليل انه أباح التبرع به، طالما جاز التبرع به جاز بيعه.

ويجاب على ذلك بان قياس البيع على التبرع لا يصح لأن هناك فرق كبير بين البيع والهبة أو التبرع والقاعدة الفقهية:« أن كل ما يصح بيعه يصح هبته ولا

---

1 - عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 63.

2 -عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص63-64.

عكس » فهناك أمور كثيرة يجوز هبتها ولا يجوز بيعها، فيجوز هبة المجهول، ولا يجوز بيعه، فالذي يتم في إعطاء الأعضاء هو التبرع الذي هو أوسع مدلول من الهبة، فهو يشمل الهبة والصدقة ويشمل الإيثار والإحسان، وبناءا على ما سبق، فلا يصح بيع الأعضاء لما فيها من الابتذال والامتهان.[1]

أما القول أن الذي يتعارض مع الكرامة هو قصد الربح والتجارة، أما بيعه لغرض إنقاذ المرضى فلا إهانة فيه.

ويجاب عليه أنه لا يمكن ضبط هذا المقصد، لأنه يكون هناك بيع ولا يقصد البائع الكسب، ثم على فرض وجود من لا يقصد الكسب: فإنه يكون نادرا، لا نستطيع أن نبني عليه حكما شرعيا، فضلا عن أنه سيفتح مجالا للاتجار في الأعضاء الآدمية،[2] والتي هي في اتساع مستمر.

واشترط أصحاب هذا الرأي توافر أوضاع وشكليات معينة للقول بجواز البيع، والتي يمكن إجمال تلك الشروط فيما يأتي:

أ- ألا يكون في بيعها امتهان لكرامة الإنسان، بحيث لا تكون الغاية من ذلك الربح والتجارة والتداول.

ويناقش ذلك بقوله تعالى: ﴿ ولقد كرمنا بني آدم ﴾[3] وليس من التكريم بيع أعضائه، كما جاء في كتب الفقه: « ويحرم بيع لحم الآدمي وسائر أجزائه».[4]

ب- ألا يكون بيع العضو متعارضا مع نص شرعي خاص كبيع الشعر أو مبدأ شرعي آخر غير ما ذكر كمني الرجل، أو أعضاءه التناسلية.[1]

---

1 - عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع نفسه، ص64.

2 - محمد عبد الرحمن الضويني، القضايا الفقهية المعاصرة: أساس التصرف في الجسم الآدمي، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، 1422هـ2001م، ص 265.

3 - سورة الإسراء، الآية 70.

4 - الفتاوى الهندية، ج5، ص 354. بدائع الصنائع، ج7، ص 177. القارافي، الفروق، الفروق، ج1، ص141. روضة الطالبين، ج3، ص 285. المغني، ج6، ص 359. المحلى، ج9، ص 17. شرح النيل وشفاء العليل، ج8، ص 21.

ويرد عليه: أنه إذا كان البيع حراما بالنسبة للشعر- كما قالوا- والشعر ليس فيه حياة- فمن باب أولى حرمة بيع العضو الذي تدب فيه الحياة.[1]

ت- ألا يكون هناك أي بدائل صناعية للأعضاء الآدمية تقوم مقامها وتغني عنها.

ث- أن يكون البيع تحت إشراف مؤسسة متخصصة ورسمية وموثوقة للتحقق من توافر تلك الشروط.

ج- أن يكون بيعها من أجل الانتفاع بها بمثل ما خلقت له وألا تباع إلا لمن يعلم أنه يستعملها في ذلك.3

ح- تحقق الضرورة لا انتظارها.

خ- تقدير الضرر الواقع على المشتري عند عدم شرائه للعضو بشهادة طبيبين مسلمين ليسا من أصحاب المصلحة المباشرة من عملية النقل هذه.

د- أن يكون البيع هو الوسيلة الوحيدة للحصول على العضو.4

البند الثاني- عدم جواز بيع الأعضاء البشرية

استدل أصحاب هذا الاتجاه بأدلة كثيرة أهمها ما يأتي:

الفقرة الأولى- من القرآن الكريم: قال الله ﷻ: ﴿**ولقد كرمنا بني آدم**﴾. فكان الإنسان مكرما بجميع أجزاءه، وقيام الشخص ببيع بعض أعضاءه ينطوي على إنكار وإهدار لكرامة الإنسان وإلحاق له بالجمادات وفيه إذلال له من أجل حفنة من المال، فلا يجوز ذلك بحال من الأحوال.[6]

---

1 - محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص 218 وما بعدها.

2 - عبد المطلب عبد الرازق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص62.

3 - ينظر ليلى أبو العلا، نقل الدم وزرع الأعضاء،الجزء 2، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية التربية للبنات ، مكة المكرمة، السعودية، 1989م، ص 892.

4 - ينظر ليلى أبو العلا، المرجع نفسه، ص 892.

5 - سورة الإسراء، الآية 70.

6 - عصمة الله عناية الله محمد، المرجع السابق، ص 249.

الفقرة الثانية- السنة المطهرة:

أ- فقد صح عن رسول الله ﷺ أنه قال: « قال الله ﷻ ثلاث أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا ثم أكل ثمنه، ورجل استوفى أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره »[1]. فما حرم بيعه كله حرم بيع بعضه.

ب- ولقوله ﷺ : « إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه».[2]

ولأن المسلمين لما قتلوا يوم الخندق رجلا من المشركين، فأعطوا بجيفته مالا، فقال رسول الله ﷺ : « ادفعوا إليهم بجيفتهم بأنه خبيث الجيفة خبيث الدية فلم يقبل منهم شيئا»[3].

وجه الدلالة: أنه لو كان بيع الإنسان وأجزائه ميتا جائزا عنده ﷺ لما منع المسلمين من أخذ ثمن الجيفة.

ويمكن أن يجاب عليه: أنه إنما نهى عن ذلك لما عرف فيه من غيظ للمشركين لا لأن ذلك حرام، ولا يظن بالمسلمين أنهم يجاهدون لطلب المال بل لابتغاء مرضاة الله وإعزاز الدين.[4]

ثم إنه كان كافرا حربيا قتل في المعركة، فعدم قبوله ﷺ مالا من جيفته لا يدل على حرمة بيع الأعضاء الإنسانية من المسلمين.[5]

---

1 - البخاري ، الفتح، ج4، ص417، رقم 2227، كتاب البيوع، باب إثم من باع حرا من حديث أبي هريرة.

2 -أخرجه أبو داوود ، السنن، كتاب البيوع، باب في ثمن الخمر والميتة، ج3، ص758 ،رقم 3488، وأحمد، المسند، ج1، ص 247-293-322، وأخرجه الدار قطني، السنن، ج3، ص8، رقم 20، عن ابن عباس، وفي إسناد أحمد الأول على بن عاصم الواسطي وهو ضعيف وبقية أسانيده ورجالها ثقات ، وصححه النووي في المجموع، ج9، ص 229.

3 - أخرجه الترمذي، السنن، كتاب الجهاد، باب ما جاء لا جيفة الأسير،ج4، ص214، رقم 1715. وأحمد ، المسند، ج1، ص 248-271، عن ابن عباس رضي الله عنهما- وصحح الشيخ أحمد محمد شاكر إسناده.انظر شرحه للحديث برقم (2442/ 4/ 146).

4 - السرخسي، المبسوط، ج10، دار المعرفة، بيروت، ط2، ص22.

5 - عصمة الله عناية الله محمد، المرجع نفسه، ص 251.

الفقرة الثالثة: المعقول:

أ- من شروط صحة البيع أن يكون المعقود عليه مالا.[1]

وأعضاء الإنسان ليست أموالا، وليس لها قيمة عند التلف كسائر الأموال، وإنما خصها الشرع بالدية عند التلف بعد القصاص.

ولو كانت أموالا لكان الضمان بقيمة العضو عند التلف كسائر الأموال. والدية ليست قيمة لها، ولو كانت الدية قيمة للأعضاء لكانت تسعيرا، وقد نهى النبي ﷺ عن التسعير[2]، فأكد ذلك أن أعضاء الإنسان ليست أموالا مقومة.

قال ابن نجيم (ت 980 هـ): " لم ينعقد بيع ما ليس بمال متقوّم كبيع الحر... ولا شعر لآدمي، ولا عظمه"[3].

بد أن من شروط صحة البيع أن يكون المعقود عليه مملوكا للعاقد، أو من يقوم مقامه؛ كالوكيل.[4]

والإنسان لا يملك أعضاءه، وإنما هي ملك لله ﷻ. وإثبات الملكية للإنسان يحتاج إلى دليل، ولم يثبت في ذلك دليل، وإنما أثبت له الشرع حقا في بدنه، وأمره بالمحافظة عليه، وهذا لا يقتضي التمليك.

قال السرخسي (ت490 هـ):« فأما الآدمي خلق مالكا للمال، وبين كونه مالا، وبين كونه مالكا للمال منافاة، وإليه أشار الله ﷻ في قوله : ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً ﴾[1]» .

---

1 - شرح فتح القدير(7/ 248)، والعناية (6/ 247)، وحاشية بن عابدين(4/ 538)، ونهاية المحتاج(3/ 397) ، الموسوعة الفقهية الكويتية (9/ 14-15).

2 - عن انس ﷺ قال: « غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله سعر لنا.فقال إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق، وإني أرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال». أخرجه أبو داوود (9/ 320 ح 3434) كتاب البيوع ، باب في التسعير. والترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح (3/ 596 ح 1314) كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير. وابن ماجة(2/ 324 ح 2545) كتاب التجارات، باب من كره أن يسعر. وأحمد (2/ 286) . والدارمي (2/ 324 ح2545) كتاب البيوع، باب في النهي عن أن يسعر في المسلمين.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق، ص289.

4 - ينظر إلى : حاشية ابن عابدين(ج4 ، ص 538)، والفروق للقارافي (ج3، ص240)، ونهاية المحتاج (ج3، ص402)، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج 9، ص15).

ت- أن بيع الأعضاء من شأنه أن يمنع البائع من الرجوع إذا تراءى له، فقد يخشى إذا أراد الرجوع عن التصرف في عضو من أعضائه أن يلزم برد الثمن الذي قبضه.[2]

ت- أن البيع فيه فتح أكثر من وسيلة إلى مفاسد عظيمة ومخاطر جسيمة[3] من قيام الفقراء بعرض أعضائهم، التي منحهم الله إياها، للبيع على قدم المساواة مع الأغنياء فيقومون بشرائها بأموالهم ليستبدلوا بها أعضائهم التالفة كقطع غيار السيارات.

ث- أن الله عز وجل أثبت الكرامة لبني آدم، وفي بيع أعضائه امتهان وابتذال له؛ قال تعالى:﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنْ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾[4] .

قال محمد بن حسن الشيباني (ت189 هـ): " ولا يجوز بيع شعر الإنسان"[5] وقال شارحه: " لأن الإنسان مكرم، فلا يجوز أن يكون منه شيء مبتذل".[6]

وقال المرغيناني (ت593 هـ):" لا يجوز بيع شعور الإنسان، ولا الانتفاع بها، لأن الآدمي مكرم، لا مبتذل، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا"[7].

وقال أيضا: " لا يجوز بيعه؛ لأنه جزء من الآدمي، والآدمي بجميع أجزائه محترم ومكرم، وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله بالبيع والشراء"[8].

ث- إن ما قطع من حي فهو كميتة نجس، والنجس لا يجوز بيعه.[1]

---

1 - سورة البقرة، الآية 29.

2- www.minshawi.com/other/nejemy.pdf http:// : تـــاريخ الإطـــلاع 2010/11/15. ص20 .

3 - عصمت الله عناية الله محمد، المرجع السابق، ص 205.

4 - سورة الإسراء ، الآية 70.

5 - الشيباني ، الجامع الصغير، ص 328.

6 -أبي الحسنات اللكنوي، الشرح النافع الكبير على الجامع الصغير، ص329.

7 -بدائع الصنائع (ج5/ ص142).

8 - بدائع الصنائع (ج5/ ص 145).

ج- حديث أبي مسعود الأنصاري ﷺ : « أن رسول الله نهى عن ثمن الكلب، وثمن الدم، ومهر البغي، وحلوان الكاهن » .[2]

وهذا الحديث دال على تحريم بيع الدم خاصة، وكلمة الدم: لفظ عام، فيشمل كل أنواع الدماء. قال ابن حجر (ت 852 هـ): «والمراد تحريم بيع الدم كما حرم بيع الميتة

والخنزير، وهو حرام إجماعا، أعني بيع الدم وأخذ ثمنه »[3].

البند الثالث التفريق بين أعضاء الحر وأعضاء الرقيق:

يرى أصحاب هذا الرأي بمنع بيع أعضاء الحر ويجوز بيع أعضاء الرقيق، لأن أعضاءه مال ، وكل ما كان مالا جاز بيعه. وهذا القول ذكره عصمت عناية الله محمد.[4]

واستدل عليه بقوله: « ولأنه يجوز بيع كله، فيجوز بيع بعضه قياسا على جملته ». ونسب هذه العبارة للحنفية في كتاب بدائع الصنائع. وبالرجوع إلى بدائع الصنائع، وردت العبارة الآتية: « وعند أبي يوسف يجوز بيع لبن الأمة لأنه جزء من الآدمي هو المال، فكان محلا للبيع كسائر أجزائه».[5]

ويرد على عصمت عناية الله محمد بما يأتي:

1- من المفروض عدم التعرض لمسألة بيع الرقيق لأنه لم يصبح لها وجود على ارض الواقع، فقد حرمتها جميع المواثيق الدولية والوطنية، فالناس كلهم أحرار، فلا نفرق في أحكامنا بين الحر والعبد.

1- www.minshawi.com/other/ nejemy.pdf http:// : تاريخ الإطلاع 15/ 11/ 2010. ص 20.

2 - أخرجه البخاري(2/ 84 حديث رقم 2086) كتاب البيوع، باب موكل الربا.

3 - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، جزء 4، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ص 499.

4 - عصمة الله عناية الله محمد، المرجع السابق، ص 221.

5 - الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 145.

مع العلم أنه حتى في فترة انتشار تجارة الرقيق، كان الإسلام سباقا في الدعوة إلى تحريرهم، وترغيب الناس في ذلك بل جعل ذلك من مكفرات الذنوب ككفارة القتل الخطأ للنفس المؤمنة وكفارة الظهار، حيث قال ﷻ : ﴿ **وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا** ﴾[1] . وقال أيضا: ﴿ **والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير** ﴾[2].

2- بالتمعن في رسالة صاحب البدائع، نجد بأن أبا يوسف يقول ببيع لبن الأمة لأنه جزء ينفصل عنها دون أن يسبب لها ضررا، بخلاف الأعضاء الأخرى. وهذا ما ّهب له أغلب الفقهاء من مالكية وشافعية، وبعض الحنابلة، والظاهرية حيث أجازوا بيع لبن الآدمية بغض النظر عن كونها أمة أم حرة.[3]

3- لم يقل أحد من الفقهاء بأنه يجوز أن نبيع أعضاء العبد متفرقة. بل وحتى عبارة:

« فكان محلا للبيع كسائر أعضائه » ربما يقصد منها والعلم لله بيعها مجتمعة لا متفرقة.[4]

لأن رسول الله ﷺ نهى عن قطع أنف العبد وعن إخصائه، فعن الحسن بن سمرة بن جندب ﷺ أن النبي ﷺ قال: « **من قتل عبده قتلناه، ومن جع أنف عبده جدعناه**»[5]، و« **من خصى عبده خصيناه** »[6] .

---

1 - سورة النساء، الآية 92.

2 -سورة المجادلة، الآية 3.

3 -سعاد سطحي ، المرجع السابق، ص 78.

4 - سعاد سطحي ، المرجع نفسه، ص 78.

5 -أبو داوود ، السنن، رقم 4515، كتاب الديات، باب من قتل عبده أو مثل به أي قاد منه، ج4، ص 176.

6 - النسائي، السنن، رقم 4736، كتاب: القسامة، باب: القود من السيد للمولى،ج8، ص20. البيهقي ، السنن الكبرى، رقم 16374، كتاب: النفقات، باب: ما روي فيمن قتل عبده أو مثل به، ج12، ص 48.

وقد ورد في حاشية بن عابدين: « ولذا لا يملك أحد أن يفصل أو يقطع أطراف عبده ويبيعها، أو يسمح بذلك لأحد، وليس له الخيار في التصرف في جثته ».[1]

فملكية الرقيق هي ملكية انتفاع فقط، كما يحدث الآن عندما تملك النوادي الرياضية بعض اللاعبين وتقوم ببيعهم لنوادي أخرى.[2]

ونجد الأستاذ عصمت الله عنايت الله محمد، بعد أن ذكر هذا الرأي الذي افترضه واستدل عليه بما سبق ذكره، رد عليه بقوله: « ويمكن أن يقال: أن بيع العبيد والإماء استثناء من الأصل فلابد أن يقتصر على ما ورد فيه نص، وهو جملتهم لا أعضاؤهم منفصلة، وبذلك يكون بيع أجزائهم، وأعضائهم ممنوعا مثل أجزاء الحر. »[3]

البند الرابع- المناقشة والترجيح:

مما تقدم يتبين لنا أن إجماع الفقهاء انعقد على أن الأعضاء البشرية ليست بمال من حيث الأصل، ولا يصح أن تكون محلا للبيع، ولم يختلفوا إلا في لبن المرأة إذا حلب، فأجاز جمهورهم بيعه ومنعه علماء الحنفية.

ويشمل ذلك جميع الأعضاء سوى ما كان له دخل في الأنساب كالخصية والمبيض، فإن سبب التحريم قائم في هذه الحالة أيضا. وهذا من الناحية النظرية وأما من الناحية العملية فإن مدى فائدة هذا الحكم يتوقف على تحديد المفهوم من وجهة النظر الشرعية.[4]

ولا جدال في سلامة منهجهم فيما ذهبوا إليه باعتبار تصورهم عن أبعاد هذا الموضوع؛ لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره، ولم يكن في تصورهم إمكان الانتفاع بأي عضو آدمي مفصول عن الجسد فيه مصلحة معتبرة، كما لم يكن في تصورهم إمكان الانتفاع به على وجه ليس فيه مساس بكرامة الإنسان.

---

1 - حاشية بن عابدين، ج5، ص 50-51.

2 - محمد علي البار ، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم ، دمشق، 1414هـ- 1994م، ص 181.

3 - عصمة الله عنايت الله، المرجع السابق، ص 221.

4 - علي محمد بيومي، المرجع نفسه، ص 91.

إن مثل هذا الأسلوب الحديث في الانتفاع بالأعضاء الآدمية لم يكن واردا في حسبان علمائنا القدامى، وجملة ما تعرضوا للبحث في حكم بيعه من أجزاء الإنسان شعره وعظمه وجلده ولبن المرأة.[1]

فأما شعره فمع تصورهم لإمكان الاستفادة منه في التزين، إلا أنه ورد النص الشرعي الخاص يمنع من ذلك، وهو قول الرسول ﷺ: « لعن الله الواصلة والمستوصلة ».[2]

أما عظمه وجلده فقد أجمعوا على تحريم بيعهما لعدم إمكان الانتفاع بهما، إلا بأساليب تتعارض مع ما جعل لابن آدم من التكريم والاحترام، وأما لبن المرأة فقد تقدم أن الجمهور أجازوا بيعه؛ لأنه طاهر منتفع به.

هذا هو جميع ما تعرض له الفقهاء القدامى من الأعضاء التي يمكن أن يرد عليها البيع، وذكروه بالتخصيص، ولم يرد في أذهانهم غير هذا، فكان من الطبيعي أن تنبني اجتهاداتهم على تصوراتهم في المسألة.

أما اليوم فالأمر غدا مختلفا تماما، فقد حدث من المستجدات العلمية الطبية ما يدعوا إلى إعادة النظر في المبررات التي استند إليها الفقهاء عند الحكم بتحريم بيع الأعضاء الآدمية وبطلانه، وتبعهم كثير من الفقهاء المعاصرين.

ومن حيث إمكان الانتفاع بها، وحاجة الناس إليها، لم يعد هناك أي جدل في هذا الأمر، بعد أن نجحت في الواقع العملي عمليات نقلها وزرعها وإنقاذ كثير من الناس من هلاك محقق.[3]

وأما شرعية الانتفاع بها فالمحقق أن الاجتهاد الفقهي الإسلامي المعاصر قد حكم بذلك عندما أجاز التبرع ببيع الأعضاء لغرض زرعها فيمن يحتاج إليها؛

---

1 - www.minshawi.com/other/nejemy.pdf http:// : تاريخ الإطلاع 15/ 11/ 2010. ص 20.

2 - أخرجه ، المسند، ج1، ص 252. ومسلم، الصحيح، مختصر صحيح مسلم، الحافظ المنذري، رقم 1383. أبو داوود، السنن، كتاب الترجل، باب صلة الشعر، ج4، رقم 399، ص 399.

3 - عصمة الله عناية الله محمد، المرجع السابق، ص 350-352.

لأن الحكم بجواز التبرع بشيء لغرض معين هو حكم بمشروعية الانتفاع بهذا الشيء في هذا الغرض، ولكن تبقى المشكلة الكبرى؛ عن مدى تعارض بيع الأعضاء الآدمية مع ما جعل للإنسان من الكرامة والاحترام.

ولعل أغلب الظن أن بيع الإنسان لغرض الربح والتجارة وعلى سبيل التداول لمجرد الكسب المادي، هو الذي يشعر بالإهانة ، ويتعارض مع مبدأ الكرامة الإنسانية ، وكذلك بيعها لغرض استعمالها لغير الغرض الذي خلقت من أجله، وأما إذا بيعت لغرض إنقاذ المريض من الهلاك، واستعمالها في مثل ما استعملت له في أصل خلقتها، ولم يكن بيعها بغرض الاتجار والكسب المادي، إذا كان البيع في هذه الحدود وضمن الشروط التي ذكرها أصحاب القول الأول فلا إهانة فيه ولا تعارض مع كرامة ابن آدم.[1]

قد يقول قائل : إن البيع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، وملكية الثمن للبائع، وحق الملكية حق عيني يمنح صاحبه جميع أنواع التصرف من استغلال وبيع وهبة ورهن وإعارة ونحو ذلك، وكل ذلك مما يتنافى مع كرامة الإنسان كما قررت شرعا.

وللجواب عن ذلك يرد بالقول أن حق الملكية إنما يمنح صاحبه الانتفاع بما يملك على الوجه الذي يصلح له، ويأذن به الشرع، ، وليس كل انتفاع بإطلاق، فمن ابتاع دابة لا يجوز شرعا أن يتصرف فيها بالقتل والإهلاك بدون سبب موجب.، ومن اشترى عنبا ليس له أن ينتفع به باستخراج الخمر منه، ومن اشترى كلبا أو هرة أو حمارا لم يكن له شرعا أن ينتفع بهذا الحيوان بالأكل...وهكذا.[2]

وكذلك فإن الذي يشتري عضوا آدميا يكتسب حقا عليه بالانتفاع به، ولكنه حق مقيد بالمشروعية، ولا شك في أن استعمال هذا العضو في غير ما خلق له، أو تداوله أو الاتجار به يعتبر حراما؛ لأنه يتنافي مع مبدأ كرامة الآدمي المقرر شرعا.

---

1 - www.minshawi.com/other/nejemy.pdf http:// : تاريخ الإطلاع 15/ 11/ 2010. ص 21.

2 – ابن عابدين،ج4، ص4. ابن القيم، زاد المعاد، ج4، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة،ص 474.

ولا يبيح هذا الحق المكتسب على العضو المبيع لمبتاعه سوى استعماله فيما لا يحرمه الشرع، وينحصر في الانتفاع به بمثل المنفعة التي جعلها الخلق للعضو عندما خلقه في صاحبه، وهذا القيد مصدره الشرع، ولا يحتاج إلى اشتراط البائع.

ويحرم على الإنسان بيع الشيء لمن يعلم أنه لا يستعمله إلا في الحرام أو يغلب ذلك على ظنه، كمالك العنب يحرم عليه أن يبيعه لمن يعلم انه لا يستعمله إلا في استخراج الخمر منه، ويحرم بيع الكلاب لمن لا يستعملها إلا في الأكل أو في بيعها لحما للناس لغرض الأكل.[1]

وكذلك يحرم على الإنسان أن يبيع عضوه لمن يعلم انه يستعمله في التجارة، والربح وما فيه إهانة لكرامة الآدمي.[2]

وإذا رجعنا إلى الفتاوى الصادرة عن المجامع والهيئات الفقهية وجدناها جميعا لا تجيز بيع الأعضاء البشرية بأي حال من الأحوال.

فقد قطعت الهيأة العامة للفتوى والشؤون الإسلامية بالكويت دابر الخلاف بإصدارها الفتوى رقم 455/ 85 حول موضوع بيع الأعضاء ونصها: « وأما شراء المريض كلية من شخص آخر فان الأصل أن ذلك محرم؛ لأن الله كرم الإنسان فلا يجوز قطع بعض أعضائه وبيعها بثمن، مهما كان الثمن، ولكن إن لم يجد متبرعا يتبرع له بكليته وكانت هناك خطورة على حياته، ولم يجد وسيلة أخرى للتخلص من مرضه فيجوز له الشراء حينئذ؛ لأنه مضطر، وقد قال الله تعالى: ﴿**وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه**﴾[3].

وهذا مع مراعاة الشروط المتقدم بيانها في حال التبرع من كون أخذ العضو لا يفضي إلى موت المأخوذ منه ، ولا إلى تعطيله، وأن ذلك برضاه الكامل، وان يكون بالغا رشيدا، وان يكون الغالب السلامة بعد نزع العضو، وأما المتبرع بالمال لهذا الذي هو في

---

1 – ابن القيم، زاد المعاد، ج4، ص 474.

2 – عصمت الله عناية الله محمد، المرجع السابق، ص 353

3 – سورة الأنعام، الآية 119.

خطر الموت ويريد شراء كلية ليحفظ حياته إن كان بحاجة إلى المساعدة المالية، فإن اللجنة ترى جواز التبرع له بالمال، ويؤجر من أعانه...والله اعلم ».

أما هيأة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في القرار رقم 99 وتاريخ 6/ 11/ 1402 هـ بشأن زراعة الأعضاء، فقد قررت بالأكثرية في الفقرة الثانية من القرار ما نصه: « جواز يبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه أو جزاه إلى مسلم مضطر إلى ذلك فيفهم حرمة البيع بأي حال من الأحوال » .

أما المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي فإنه في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة 1405هـ/ 1985م بشان موضوع زراعة الأعضاء فمما قرر ه قوله: « سابعا: وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو، إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع لحال ما.

أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريما فمحل اجتهاد ونظر. »

وقد تبنت الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23-26 أكتوبر 1989م بالتعاون بين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ومجمع الفقه الإسلامي ما سبق ذكره من قرار المجمع الفقهي الدولي بشأن بيع الأعضاء الآدمية وان ذلك لا يجوز بأي حال من الأحوال.

وبعد فالراجح[1] هو جواز بيع الأعضاء البشرية بالشروط والضوابط التي ذكرها القائلون بجواز بيع الأعضاء البشرية، وهذا الذي يوافق الواقع والحال، ويحل مشكلات كثيرة لعل من أهمها أن الإنسان قد يضطر إلى بيع عضو من أعضائه التي لا يترتب عليها ضرر يمكن تحمله.

---

1 - www.minshawi.com/other/ nejemy.pdf http:// : تاريخ الإطلاع 15/ 11/ 2010. ص 22. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، في مداخلته في الجريمة المعاصرة: المنظور الشرعي؛ التجار بالأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة في الشريعة وفي القانون.

ويرى بعضهم الأخذ بالقول الذي رأى أصحابه عدم جواز بيع الأعضاء البشرية[1] جملة وتفصيلا، وأوردوا الأسباب الآتية:

1- إن القول بحلية بيع الأعضاء البشرية فيه مهانة وإذلال لمن يلجئه الفقر، أو ظروف الحياة القاهرة إلى الاضطرار لبيع عضو من أعضائه وهذا بلا ريب يتنافى مع التكريم الإلاهي للإنسان، والمنصوص عليه في العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المشرفة.

2- الوعيد الشديد الذي رتبته نصوص السنة النبوية المطهرة على بيع الإنسان الحر حتى بارز الله سبحانه وتعالى من فعل ذلك بالخصومة ومعلوم أن هذا الوعيد على بيع كل الإنسان يتبعه في ذلك بيع الجزء المتمثل في بيع أي عضو من أعضائه.

3- إن الجسم البشري لا يملكه صاحبه إلا على سبيل المجاز، وإنما مالكه الحقيقي هو الله ﷻ، وعليه فليس له أن يتصرف فيما لا يملك بالبيع الذي من شروطه تمام الملكية.

4- المفاسد الكثيرة التي تقترن بعملية بيع الأعضاء البشرية، إذ القول بإجازة البيع يفتح الباب على مصراعيه للانتهازيين، وتجار اللحوم البشرية وعصابات الإجرام المنظم بأن يجدوا في ذلك فرصة سانحة للقتل والاختطاف والسرقة، واستخدام العنف والإرهاب قصد الوصول إلى ما يرغبون في الحصول عليه من أعضاء بشرية يجنون من ورائها الربح الوفير وبأقل التكاليف .

ومما يؤكد تحريم بيع وشراء الأعضاء البشرية، الأضرار والمآسي الناتجة عن هذه التجارة الفاحشة ومن أهم هذه المخاطر:

1- إهدار كرامة الإنسان وامتهان آدميته وتحويله إلى سلعة قابلة للمزايدة.

2- تكوين شركات أو جماعات من الوسطاء متخصصون في الابتزاز من المتبرع والمريض.

---

1 - سعاد سطحي ، المرجع السابق، ص 80-81.

3- إصابة عدد كبير من المتلقين بأمراض خطيرة نتيجة بيع الأعضاء ففي منطقة الخليج سجلت 14 حالة من مرض الايدز بسبب نقل الكلى في الهند.

4- هناك اتهامات متكررة بأن عصابات زرع الأعضاء البشرية تقوم بأعمال بشعة من السطو والتهديد والقتل وهذه العصابات تستخدم الأطفال، والقصر، والمصابين بتخلف عقلي كمصدر لزرع الأعضاء.

ومن أجل هذه التجارة المحرمة اتجه كثير من الفقهاء[2] إلى تحريم النقل عامة سدا لذرائع هذا الفساد الناتج عن تجارة الأعضاء وبيعها، والضرر لا يزال بالضرر. فمن المعروف أن تجارة بيع الأعضاء البشرية في العالم قد اتسعت إلى درجة وجود أكثر من 200 مستشفى في أمريكا وحدها متخصصة فقط في زراعة الأعضاء، ويوجد في جميع أنحاء العالم مراكز للنقل والزراعة، حتى وصل الأمر أن دعا أحد الأطباء إلى الموافقة على مشروع قانون إباحة الأعضاء في مصر، وقال: « إن مشروع نقل الأعضاء سيؤدي إلى وجود دخل قومي عال نتيجة علاج العرب والأفارقة الذين سيتوافدون على مصر لإجراء مثل هذه العمليات، وأضاف بأن السماح بزراعة الأعضاء يسهم في انتعاش سياحة العلاج ويؤدي إلى رفع المستوى المادي للعاملين في مجال الطب ».[3]

هذه هي دعوى الإباحة التي تؤدي إلى مشاكل لا حصر لها، وإلى خلق سوق تجارية للمتاجرة بالإنسان وأعضائه.

ومن هنا كان الرأي الراجح هو القول بمنع البيع لأعضاء الآدمي سدا لذريعة الاتجار في الأعضاء البشرية كما أن الإنسان حيا أو ميتا لا يمكن أن يكون

---

1 - محمد علي البار، المرجع السابق، ص 195. وعبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دار الفكر، القاهرة، 1420هـ-2000م، ص 32.

2 - عبد المطلب عبد الرازق حمدان، المرجع السابق، ص22.

3 - أحمد عادل هاشم، سوق نقل الأعضاء العالمية في انتظار التشريع المصري، الأحد 4 ذي الحجة 1419هـ-21 مارس 1999م.

محلا ممكنا ومشروعا للمعاملات، إذ انه ليس بمال، وذلك يسري على جميع أعضائه كما سبق ورأينا.

ونختم في الأخير ببيان مجمع البحوث الإسلامية، ودار الإفتاء المصرية حيث أشارا وبوضوح إلى حرمة المتاجرة بالأعضاء البشرية : « أجمع أهل العلم على انه لا يجوز للإنسان على سبيل الإطلاق أن يبيع عضوا من أعضاءه أيا كان هذا العضو، لان أعضاء الإنسان ليست محلا للبيع والشراء، وليست سلعة من السلع التي يصح فيها التبادل التجاري، وإنما جسد الإنسان بناء بناه الله تعالى وسما به عن البيع أو الشراء، وحرم المتاجرة فيه تحريما قطعيا، وكل ما يأتي عن هذا الطريق بالنسبة لجسد الإنسان فهو باطل، هذا بالنسبة للمتاجرة بأعضاء جسد الإنسان عن طريق البيع أو الشراء ».[1]

المطلب الثاني

موقف الفقه المدني من بيع الأعضاء البشرية

رفض الفقه المدني الفرنسي الحديث عن بيع الأعضاء البشرية، ومن رواده الأستاذ سفيته (savatier) إذ قال (جسد الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال. ولما كان الحب أسمى هذه القيم، فان الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال).[2] وعلى ذلك فإن أي اتفاق على بيع عضو من أعضاء الجسم يعد باطلا لمخالفته النظام العامة والآداب. وقد أرسى المشرع الفرنسي دعامة أساسية مفادها أن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات التجارية.

وطبقا للقانون الانكليزي (Common law)، فإن الشخص لا يملك حرية التصرف القانوني في جسده، إذ يحضر القانون الإنكليزي التصرف ببيع جثة

---

1 - بيان مجمع البحوث الإسلامية ، جلسة رقم8، دورة 33، 17/ 12/ 1417هـ. نشر البيان في : مجلة الأزهر، الجزء الأول، السنة70، محرم 1418هـ ص 45-46.

2 - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 129-130.

الشخص أو العضو أثناء الحياة، إلا أنه يجيز للإنسان أن يحدد طريقة الدفن، أو تشريح الجثة، أو الوصية بها إلى جهة علمية أو مركز بحث علمي، كما يستطيع الشخص أن يطلب تجميد جثته بعد الوفاة، أملا في العثور على علاج للمرض الذي مات بسببه من أجل مصلحته وفائدة الجميع.[1]

لم تكن التصرفات القانونية على الأعضاء البشرية عن طريق التعاقد عليها بشرائها من أصحابها، محظورة في الولايات المتحدة الأمريكية، وإنما كانت خاضعة للعرض والطلب والمساومة على الثمن. فمن يملك المال يحصل على ما يريد، حتى صدر القانون الوطني لغرس الأعضاء عام 1984 م، إذ حلت هذه المشكلة وتم منع البيع صراحة في ميدان غرس الأعضاء البشرية.[2]

وأوردت المادة 1/ 4 من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 83/109 وجوب أن يكون إعطاء الأنسجة أو الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة.

وأوجبت الفقرة (ب) من المادة (4) من القانون الأردني على أنه لا يجوز التبرع بالعضو مقابل بدل مادي أو بقصد الربح.

وبينت المادة (2/ ب/ 6) من القانون السوري أنه: (لا يتم تنازل المتبرع عن أحد أعضائه أو جزء منه لقاء بدل مادي أو بغاية الربح وعلى أن يكون له الحق بالعلاج في مشافي الدولة على نفقتها.

ونصت المادة (7) من المرسوم بالقانون الكويتي أنه لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شرائها بأي وسيلة أو تقاضي أي مقابل مادي عنها، ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء عملية استئصالها إذا كان على علم بذلك.

وبينت المادة (2) من ذات المرسوم أن : (للشخص كامل الأهلية قانونا أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه أو أكثر من عضو، ويكون التبرع أو الوصية بإقرار كتابي يشهد عليه شاهان كاملا الأهلية.)

وقد تعددت الآراء الفقهية حول عملية بيع الأعضاء البشرية وظهر اتجاهان أحدهما يجيز عقد البيع الوارد عليه، والثاني يبطل مثل هذا العقد وسندرسها فيما يأتي:

---

1 - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 162.

2 - سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 176.

الفرع الأول

المؤيدون لبيع الأعضاء البشرية في الفقه المدني

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

1- لا اثر لوجود الثمن على انعقاد العقد صحيحا، لان هذا الثمن مقابل العضو أو الجزء المتصرف فيه، وان بيع العضو المزدوج كالعين أو الكلية لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية، وإنما على العكس يتضمن معاني إنسانية أولها حماية إنسان لآخر من خطر الموت.

2- إن بيع الآدمي جزءا من جسده كالدم والجلد ممن هو من الأعضاء المتجددة لا يتنافى مع حرمته، لان ذلك لا يقوده إلى الهلاك هذا وقد أجازت الأدلة الشرعية بيع اللبن وهو ما يسمى بعقد (إجارة الظئر)، واللبن هو من الأعضاء الآدمية القابلة للتصرف فيها.

3- أن التصرف بالبيع يجب أن يكون منظما، أي أن لا يترتب عن بيع العضو البشري أية عاهة بدنية دائمة كالعجز الجزئي أو الكلي الدائم، ويجب ان لا يكون هذا البيع بدافع الشهرة.[1]

وقد بلغ ببعض أصحاب هذا الرأي أن اقترح على الدولة إصدار تشريع يحدد التسعيرة لأجزاء الإنسان وشروط البيع بالجملة أو بالمفرد، لأن تسعيرة الأعضاء لن تغير من طبيعة الإنسان، وليس فيه هدر لكرامة الآدمي، ومحل العقد مشروع في هذه الحالة فلا مجال للتفرقة بين عقد البيع والتبرع.[2]

---

1 - محمد نعيم ياسين، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة كلية الحقوق، ص 263، السنة 11، العدد الأول آذار 1987.

2 - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 141.

وقد ذهب البعض إلى القول بأنه إذا أبحنا إمكان التنازل في حد ذاته، فانه لا ضير أن يكون هناك مقابل، فالمقابل لا اعتراض عليه قانونا كما أنه السبيل الوحيد تقريبا للحصول على قطع الغيار اللازمة من غير الأقارب على الأقل، وأنه يجب أن يصدر تشريع يحدد قيمة الأجزاء المختلفة لجسم الإنسان حتى لا يكون هناك محل للمزايدات. وطالما أن المحل مشروع فلا معنى للتفرقة بين البيع والتبرع ولا ضير من قبول فكرة البيع. وانه في سبيل تطويع النفس البشرية نحو التضامن، يمكن بان يكون المقابل في صورة وثيقة تأمين لمصلحة المتنازل وأولاده، متى أصيب أو توفي نتيجة المضاعفات الناشئة عن العملية.[1]

وقد أجاز بعض المؤيدين لهذا الرأي البيع بشرط التقييد بشروط معينة وهي، أن لا يكون هناك تعارض مع الكرامة الإنسانية، وأن لا يكون الهدف الربح والتجارة والتداول، وان لا يكون بيع الأعضاء من اجل الانتفاع بها بمثل ما خلقت من اجله، وان لا تباع غلا لمن يعلم أنه سيستعملها في ذلك، وان يكون البائع ببيعه للعضو قد دفع ضررا أعظم من ضرر فقدان العضو نفسه، وأن لا يتعارض البيع مع نص قانوني يحظر البيع، وأن لا يكون هناك بدائل صناعية، وان يكون البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة رسمية تتحقق من توافر جميع هذه الشروط.[2]

وتقدم البعض من هؤلاء المؤيدين ، بمشروع قانون يقضي بإنشاء بنوك للصمامات والشرايين الآدمية لاستخدامها كقطع غيار للمرضى الذين يحتاجون إلى قطع، وتضمن المشروع أن تكون حصيلة هذه البنوك من الموتى الذين قضوا في الحوادث، أو مجهولي الهوية، أو ممن ينفذ فيهم حكم الإعدام، وممن يوصون بذلك قبل وفاتهم، وحجة من قدم هذا المشروع هي مسايرة الثورة العلمية الحديثة في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية.[3]

---

1 – احمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1986 م، ص49–50.

2 – محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص 263.

3 – سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004 م، ص129–130.

وكان للأطباء رأي مغاير ورافض لمبدأ التجارة بالأعضاء وأسموها بالتجارة القذرة، والمنتشر في المناطق الفقيرة والمكتظة بالسكان، والتي تحولت إلى سوق لبيع الأعضاء حيث تتجمع أعداد من الفقراء يعرضون أعضائهم للبيع على سماسرة، لديهم قوائم بأسماء الأغنياء ويعرضون أسعارا متفاوتة، وبين البائع والمشتري مجموعة من السماسرة وحشد من الموظفين في المستشفيات ومن الأطباء، حيث يشكل جميعهم مافيا الاتجار بالأعضاء البشرية .

ولقد انتشرت ظاهرة تجارة الأعضاء بشكل كبير بعد ظهور ما يسمى ببنوك الأعضاء، حيث أصبحت عملية الشراء والبيع تتم في المستشفيات أو بين السماسرة، فإن تم البت في أمر الصلاحية والتوافق بين الفرقاء يتعهد السماسرة بإتمام الصفقة.

وفي بعض الدول مثل هندوراس على سبيل المثال يعتبر الخطف جريمة رائجة، وهي تمثل إحدى الدول التي تعج بالفقر والفقراء، وحيث يختطف مئات الأطفال كل عام لغايات بيع أعضائهم، حتى قيل بحق هندوراس سوبر ماركت عملاق تسوده الفوضى، أما الضحايا فهم أطفال أبرياء يلعبون في الشارع.[1]

ولحسن الطالع فقد احتاطت القوانين المعاصرة لحرمة بيع الأعضاء، وأوجبت أن يكون تنازل المعطي عن عضو من أعضاءه بغير مقابل، لأن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات التجارية والمالية. فالقيم المالية تسموا على المال، ولما كان الحب أسمى من هذه القيم، فان الإنسان لا يستطيع بدافع هذا الحب أن يتنازل عن دمه أو عضو من أعضاء جسمه، وعلى هذا يجب أن يكون الدافع إلى التنازل هو الحب والتضامن الإنساني والتراحم بين الناس، والتضحية المترافقة بالإيثار وليس الربح أو المقابل المادي.[2]

---

1 - سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 170.

2 -احمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص41.

وقد أقر القانون الفرنسي رقم854 الصادر في 1952 والخاص بنقل الدم مبدأ التنازل بدون مقابل، وسارت على ذلك غالبية القوانين والتي سارعت أيضا إلى وضع العقوبات الجزائية على البائع والمشتري والمتوسط مثل جنوب إفريقيا. وكذلك سارع المشرع اللبناني تنظيمها فأسمى المعطي (الواهب) واشترط أن يكون العطاء دون مقابل.

وقد أجمعت الفتاوى الصادرة عن الفقهاء وهيئات كبار العلماء والمجامع الفقهية على عدم بيع الدم والأعضاء، فقد جاء في فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي[1] (أما حكم أخذ العوض من الدم أو بعبارة أخرى بيع الدم فقد رأى المجلس أنه لا يجوز لأنها من المحرمات المنصوص عليها في القرآن الكريم مع الميتة ولحم الخنزير، فلا يجوز بيعه ولا أخذ عوض عنه، وقد صح في الحديث : (إن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه) لما صح أنه ﷺ نهى بيع الدم، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة للأغراض الطبية ولا يوجد من يتبرع إلا بعوض، فان الضرورات تبيح المحظورات بقدر ما ترفع الضرورة، وعندئذ يحل للمشتري دفع العوض ويكون الإثم على الآخذ ولا مانع من إعطاء المال على سبيل الهبة أو المكافأة تشجيعا على العمل الإنساني الخيري، لأنه يكون من باب التبرعات لا من باب المعاوضات) .

وقد نصت جميع الفتاوى المتعلقة بزرع الأعضاء على ما يقارب هذا المعنى: (يحرم اقتضاء مقابل للعضو المنقول أو جزئه كما يحرم اقتضاء مقابل للدم لأن بيع الآدمي الحر باطل شرعا لكرامته).[2]

وجاء في فتوى مجمع الفقه الإسلامي[1] (ينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة

---

1 - صدرت الفتاوى في أعمال الدورة الحادية عشر في (13-20) رجب 1409 هـ، (19-26) شباط 1989.

2 - الفتوى الصادرة عن مفتي الديار المصرية المرحوم جاد الحق علي جاد الحق رقم 1323 بتاريخ 5/ 1/ 1400 هـ الموافق لـ 5/ 12/ 1989 .علما بأن جميع الفتاوى الصادرة بهذا الموضوع تقارب هذا المعنى.

العضو، إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال من الأحوال. أما بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريما فهو محل اجتهاد ونظر).

ولذلك فإن أي مساس بحق الإنسان في سلامة جسمه جائز بتوافر شروطه، إذا كان لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، ولا يمس بقدرة الفرد على أداء وظائفه الاجتماعية التي كرسه المجتمع من اجلها.

وقد سبق وان عرضت قضية الشاب الإيطالي "بول سلفاتور" وهي بحد ذاتها مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وفي أكثر من وجه، فبالإضافة إلى قيامه ببيع عضو من أعضاء جسمه بمقابل مادي، فقد مس بعضو حيوي وهو الخصية. وهذا الأمر وإن كان لا يقلل من قدرته على الإنجاب، إلا أنه ولا شك يقلل من مقدرة العضو. وبالتالي يضعف من قدرته الجنسية على وجه العموم، ومن قدرته العامة للإنجاب. ولما كان إضعاف عضو التناسل فيه مساس دائم وخطير في قدرة المريض على القيام بوظيفته الاجتماعية، فإنه يعد مخالفا للنظام العام والآداب العامة. والرضاء الصادر من الشاب مخالف للنظام العام أيضا ومجرد من كل أثر مشروع لمساسه بالقوة الجنسية، وبالتالي يترتب عليه البطلان.[2]

إن القول بصحة بيع أعضاء الإنسان فيه استهانة بكرامته، فيصبح كالسلعة من السلع القابلة للعرض والطلب، علاوة على أن التطور الذي أصاب شرائح المجتمع كافة أفرز صورا غريبة، فقد تكونت العديد من الشركات والجماعات الذين يهدفون إلى ابتزاز المعطي والمريض، وتشكلت لهذه الغاية عصابات هدفها القتل والسرقة، والتهديد، واستخدام الأطفال والقصر، والمصابين بتخلف عقلي، كمصدر للحصول على الأعضاء، وأصبحت هناك تجارة عالمية تدور في الخفاء.[3]

---

1 - الدورة الرابعة من 18-23 جمادي الآخرة 1408هـ الموافق لـ 6-11 شباط 1988 القرار رقم 1/ د-4/ 8/ 1988.

2 - سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص172.

3 - محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم، دمشق والدار الشامية، بيروت، 1994، ص190.

الفرع الثاني

الرافضون لبيع الأعضاء البشرية في الفقه المدني

ويرى أنصار هذا الرأي أن بيع الأعضاء حتى لو توافرت الشروط التي نادى بها المؤيدون يقع باطلا، ذلك أن محل الحقوق الأموال وليس النفس، وأن جسم الإنسان وأعضاؤه ليسا مالا حتى يصلح للتعامل، فقد كرم الله ﷻ الإنسان وزينه بكرامته الإنسانية.[1] وقد أضاف أصحاب هذا الرأي أن لبن الآدمية ليس مالا متقوما لأن لحم الإنسان حرام، واللبن تابع للحم. وإذا أجاز الشرع الانتفاع بها لتغذية الطفل فهذا استثناء لا يقاس عليه، والمسألة التي تستحق النظر مسألة الترجيح بين المصالح المتزاحمة في موضوع الانتفاع بلبن الآدميات بصفة خاصة وبأجزاء الآدمي بصفة عامة.[2]

المطلب الثالث

موقف التشريعات الوضعية من بيع الأعضاء البشرية

ظهر الاختلاف جليا في تنظيم الحكم القانوني للعمل الطبي في نقل الأجزاء والأعضاء البشرية. فالبعض من الدول نصت على بعض جوانب هذا الحكم في القانون المدني وضمن حرمة جسد الإنسان، بينما تركت بعض الدول تنظيم عمليات نقل الأعضاء لقوانين متفرقة أو خاصة، بعضها يتعلق بنوع العضو البشري المراد نقله وغرسه كالعين أو الكلية، وبعضها يخص الجثة .

وقد جاءت قلة من القوانين صريحة في معالجة موضوع التصرف القانوني ببيع الأجزاء والأعضاء البشرية أو بيع الجثة ومن هذه القوانين القانون المصري الخاص بتنظيم عمليات نقل الدم الذي أباح بيعه، بينما ذهبت الكثير من التشريعات إلى تحريم بيع الأعضاء البشرية وعدته تصرفا باطلا لمخالفته النظام العام والآداب.

---

1 – علاء الدين أبي محمد بن مسعود الكاساني، ج7، ص ، مطبعة الإمام زكرياء علي يوسف، القاهرة، 1910،352.

2 – سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 173.

ولغرض إلقاء الضوء على أهم هذه التشريعات وبيان مواقفها المتباينة من بيع الأجزاء والأعضاء الآدمية ، نقسم هذا المطلب كالآتي:

الفرع الأول

موقف المنظمات الدولية والإقليمية

لم تغفل اللجنة الفنية لمجلس وزارة الصحة العرب مسألة بيع الأعضاء البشرية ففي اجتماعها المعقود في تونس (كانون الأول 1986) الذي خصص لنقل وزراعة الأعضاء الجسمية للإنسان، درست الموضوعات المتعلقة بالموضوع وأعد مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية فجاء في المادة (7) منه ما يلي:

« يحظر بيع وشراء الأعضاء بأي وسيلة كانت أو تفاضي أي مقابل مادي عنها ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء العملية عند علمه بذلك ».

وإذا كانت اللجنة الفنية اتخذت موقفا صائبا من مسألة حظر التعاقد بالبيع على أعضاء الجسد، وأغفلت الإشارة إلى الأجزاء كالدم، إلا أنها لم تكن موفقة في صياغة النص المقترح لأن النص ورد مطلقا في الحظر وهو اتجاه غير صحيح . وفي اعتقادنا[1] يلزم التفرقة بين الثمن النقدي كمقابل مادي في عقد البيع وهو ما يجب اعتباره من الالتزامات الباطلة ومنع الطبيب الاختصاصي أو المستشفى من مباشرة إجراء العملية عند العلم بذلك، وبين المقابل العيني أو النقدي أو الاثنين معا الذي يقدمه المتلقي أو أسرته تعبيرا عن العرفان والتقدير والمحبة للموقف من المتنازل. وللتمييز بين الحالتين يتم الركون إلى مختلف الظروف الملابسة لذلك المقابل.

فالمقابل الأخير التزام صحيح من المتلقي ويكون التزام الواعد بإرادته المنفردة معلقا على شرط واقف ولا يؤثر هذا المقابل في بطلان الالتزام المدني

---

1 – منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002 م، ص 58.

فالمتلقي للعضو أو أسرته مثلا لابد أن يعبروا عن مشاعرهم لمن أنقذ حياة الشخص المريض وقد لا تكفي الألفاظ للتعبير عن هذه المشاعر فتقدم للمتنازل قطعة أرض أو شقة سكنية أو بوليصة تأمين على الحياة أو كمية من الذهب والنقود أو غيرها. ورغم أن النتيجة واحدة هو وجود المقابل المادي،إلا أن الفرق كبير بين الحالتين.

أما منظمة الصحة العالمية فقد جاء في تقرير المدير العام للمجلس التنفيذي في الدورة 79 المؤرخة في(3-12-1986) على أن الاتجاه العام في المنظمة من أعضائها هو حظر بيع العضو البشري لأنه من الأعمال غير الأخلاقية أن يقدم الشخص أحد أعضاءه لقاء ثمن نقدي، إلا أنه ليس من قبيل ذلك تعويض مانح حي عن نفقاته الشخصية أثناء فترة التحضير وعن العملية الجراحية التي تجرى له وعن فترة الشفاء فيما بعد العملية[1] ، لاسيما أن القدرة على الكسب ستكون أقل من السابق.[2]

كما أقر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في جدة في شباط 1988 عمليات زرع الأعضاء البشرية والموقف الشرعي منها إلا أنه اشترط أن يتم نقل وزرع العضو الأعضاء ليس عن طريق البيع للأعضاء، فجاء عن المجلس في أحد قراراته ما يلي:

« إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بمال ما، إما بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريما فمحل اجتهاد ونظر. »[3]

---

1 - البند 7-2 من جدول الأعمال المؤقت للتقرير المذكور ، ص11.

2 - حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 36.

3 - الفقرة(سابعا) من قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في جدة (6-11 شباط)، 1988 .

الفرع الثاني

موقف التشريعات الغربية والعربية من تجارة الأعضاء

أولا- موقف التشريعات الغربية:

ففي فرنسا اتجه الرأي في ميدان الفقه المدني إلى حماية الكيان البدني للإنسان في مواجهة الغير من جميع أشكال الأذى الذي يسبب الضرر الجسمي سواء نشأ عنه ضرر مادي و معنوي أو مساس معنوي فقط، ومن أوجه الحماية التشريعية لهذا الكيان؛ حق المضرور في طلب التعويض عن الأضرار البدنية التي لحقت به وحق المحكمة في أن تدعو الخصم لإعطاء دمه اختيارا بقصد تحليليه لإثبات أو نفي البنوة مثلا إلا أنها لا تستطيع إجباره على ذلك[1]، لأن هذا الإجبار يتعارض وحق الإنسان في سلامة الكيان الجسدي المشار إليه في المبحث الأول من هذا الفصل.

إن النظام القانوني الفرنسي يخلو من تنظيم تشريعي لموضوع بيع الأعضاء البشرية فهل يعني ذلك جواز البيع لغياب النص التشريعي؟

للرد نقول أن غياب النص التشريعي في فرنسا لا يعني إباحة عمليات زراعة الأعضاء البشرية بكل حرية دون ضوابط وإنما يلزم خضوع الأعمال الطبية للنظرية العامة للالتزامات المدنية في قانون نابليون 1804 ولقانون العقوبات الفرنسي (المادتان 309 و311) عند حصول الضرر بسلامة الكيان البدني.[2]

ومن الاتفاقات الباطلة لمخالفتها للنظام العام وقواعد الآداب الحسنة بيع الأجنة الساقطة والمواليد الحديثة الميتة، وقد تبين أن بعضا من المصانع المختصة في مساحيق التجميل في جنوب فرنسا تقوم بشراء هذه الأجنة والمواليد من المستشفيات الإيطالية خلال سنة 1984.

---

1 -مصطفى الجمال وعبد الحميد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، مصر، 1987، ص327.

2 - عادل عبد إبراهيم، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، مونبلييه، 1987 (بالفرنسية)، فصل خاص بزراعة الأعضاء البشرية.

وطبقا للقانون المدني الفرنسي، فإن المادة 6 نصت على بطلان كل اتفاق يخالف النظام العام والآداب ، كما نصت المادة 1127 على انه لا يمكن أن يكون محلا لاتفاق مشروع إلا الأشياء الدخلة في المعاملات، ثم نصت المادتان 1131 و1133 على بطلان الالتزام الذي يكون سببه غير مشروع[1]. فهذه النصوص وما استقر عليه القضاء الفرنسي من بطلان الاتفاقات إذا كان الباعث الدافع الرئيس غير مشروع، يمكن أن تجعل من اتفاقات بين الأعضاء البشرية باطلة. غير أن هذه القواعد العامة تظل عاجزة عن تنظيم تفاصيل الأحكام القانونية للأعمال الطبية ومنها مسؤولية الطبيب أو المستشفى ودورهم في حالة العلم بعملية البيع للعضو البشري وغيرها.

إن الاتجاه السائد فقها في فرنسا عدم إطلاق إباحة عمليات زرع الأعضاء البشرية (آردء الفقهاء سافاتيه وديموج وبلانيول وربير وايسمان ومازو) لأن هذه الأعمال الطبية تخالف القواعد العامة في القانون المدني الفرنسي ونصوص محل الالتزام العقدي وسبب الالتزام العقدي وتتنافى مع الحق في سلامة البدن لأن سلامة الحياة والجسد فوق كل اعتبار ولأن الحياة لا تدخل في التعامل المالي وأن رضا المتنازل عن عضو من جسده لقاء ثمن نقدي باطل.[2]

وبهذه المناسبة يشير جانب من الفقه الفرنسي رافضا عمليات التعاقد على الأعضاء البشرية والتصرف فيها عن طريق البيع قائلا: « لا يوجد المقابل النقدي لأعضاء جسم الإنسان غلا في مسرحية شكسبير (تاجر البندقية) أي المدين الذي يعطي 2 كيلو من لحم جسده لقاء مبلغ من المال لم يقدر على سداده ».[3]

1- Jean Carbonnier . Droit Civil-4-p.III
Mazeaud (H.J.L) op.cit.pp .222-223.
Code Civil 1987 – Article 1131. 1133.

2 - أحمد محمد سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، مصر، 1986 ، ص 22-24-26.

3- Nerson: L'influence de la biologie et de la medecine modernes sur le droit civil-REV TRIM 1970-P.676.

وإذا كانت فكرة معصوميّة جسم الإنسان وقدسيته لم تجز المساس بكيان الإنسان فلم تنظم القوانين المدنية إلا المعاملات المالية فإن الاتجاه الحديث يجيز المساس بجسد الإنسان في حالات ثار حولها الجدل والاختلافات الفقهية والتباين في النصوص القانونية وتنشأ المسؤولية المدنية أو الجنائية عند تجاوزها، غير أن الاتجاه العام بقي في إطار المحافظة على هذه القدسية، ومنع بيع الأعضاء البشرية أو جثة الإنسان لأن هذا التصرف يتنافى وهذه القدسية.[1]

وطبقا للقانون الانكليزي Common law أن الشخص لا يملك حرية التصرف القانوني بجسده، إذ يحظر القانون الإنكليزي التصرف ببيع جثة الشخص أو العضو الجسدي أثناء الحياة إلا أنه يجيز للإنسان أن يحدد طريقة الدفن أو تشريح الجثة أو الوصية بها إلى جهة علمية أو مركز بحث علمي.[2] كما يستطيع الشخص أن يطلب تجميد جثته بعد وفاته أملا في العثور على علاج الذي مات بسببه من أجل مصلحته وفائدة اجميع.

لم تكن التصرفات القانونية على الأعضاء البشرية عن طريق التعاقد عليها بشرائها من أصحابها محظورة في الولايات المتحدة الأمريكية وإنما كانت خاضعة للعرض والطلب والمساومة على الثمن، فمن يملك المال يحصل على ما يريد حتى صدور (القانون الوطني لغرس الأعضاء) عام 1984، إذ حلت هذه المشكلة وتم منع البيع صراحة في ميدان غرس الأعضاء البشرية.[3]

وعلى الرغم من وجود هذا المنع الواضح في تحريم بيع الأعضاء البشرية، إلا أن الجسم البشري ظل مادة تجارية رابحة بيد السماسرة والمهربين الأمريكيين يبيعون الأجزاء والأعضاء كأي سلعة تجارية تحقق لهم الأرباح الكبيرة حيث بدأت المتاجرة أولا بأجساد الأطفال، ففي 10-05-1987 كشفت النقاب في غواتيمالا عن تصدير (12) طفلا تتراوح أعمارهم بين خمسة أشهر إلى 11 سنة إلى

---

1 - منذر الفضل ، المرجع السابق، ص 61.

2 - حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 162.

3 -البند 7-2 من جدول الأعمال المؤقت للمجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية، ص 11.

الولايات المتحدة الأمريكية، وانتزعت بعض أعضائهم من أبدانهم لغرسها في أجساد أبناء الأغنياء.[1]

أما بالنسبة للتشريعات الايطالية فان المادة (5) من القانون المدني الايطالي منعت كل عمل يمس بسلامة الحياة والبدن ولتعارضه مع مبدأ التكامل الجسدي إذا كان ينجم عن ذلك نتائج لا يمكن تداركها، وصدر قانون ينظم عمليات زرع الكلية 26-06-1967، وإذا كان الغرس للأعضاء البشرية جائزا لاسيما (غرس الكلية) إلا أن هذا العمل الطبي وضعت له ضوابط منها أن يكون الغرس بين الأقارب حتى الدرجة الثانية وأن يكون مصدره التبرع فالبيع محظور والتزام الأطراف يكون باطلا ولا أثر له إن ورد في صورة بيع الأعضاء، وقد أوجب المشرع الايطالي أن يكون التنازل من الأجنبي عن عضو من جسده من دون مقابل.[2]

إلا أن المشرع الايطالي أغفل مسألة مهمة، وهي عدم الإشارة إلى المقابل النقدي أو العيني الذي يقدم للمتنازل لتغطية نفقات المعالجة أثناء وبعد العملية وعند تكريمه بمقابل كوثيقة تأمين أو سفر مجانية أو غيرها فلم يبين حكم ذلك.[3]

ثانيا- موقف التشريعات العربية

قبل بيان الحكم القانوني من بيع الأعضاء والأجزاء البشرية، لابد من الإشارة أولا إلى أن القوانين المدنية العربية والقوانين الخاصة الطبية لم تنص على مسألة تنظيم الأعمال الطبية في نقل وغرس الأعضاء البشرية عن طريق التصرف القانوني بالمقايضة.

والمقايضة عقد تبادلي يأخذ فيه كلا المتعاقدين مقابل لما يعطي، ولا يكون المقابل فيه من النقود تمييزا له عن عقد البيع. ومن الممكن أن نتصور ظهور

---

1 -جريدة الثورة البغدادية-(التقارير الأجنبية)- صحيفة يوم 30-6-1988، ص 12.

2 - أحمد محمد سعد، المرجع السابق، ص 19-20.

3 -منذر الفضل، المرجع السابق، ص64.

مصلحة مشتركة لطرفين محتاجين يتبادلان بالأعضاء أو الأجزاء البشرية. بل هي قائمة فعلا في مجال نقل الدم البشري حتى عند عدم وجود نص قانوني ينظم هذه الأعمال الخطيرة، ونعتقد أن قصور القانون الطبي هذا لا يعني الحظر لهذا التصرف.[1]

أما عن حكم البيع، فلابد من الإشارة إلى أن القانون الكويتي رقم 8 لسنة 1983، الذي نظم عملية زراعة الكلية للمرضى، أغفل النص على منع بيع وشراء الكلية أو حتى الأعضاء البشرية الأخرى القابلة للنقل والزرع من الأعضاء المكررة ولم نجد أيضا ما يشير إلى منع بيع الجثث. وأمام هذا النقص التشريعي هل يعني ذلك جواز البيع الوارد على الأعضاء والأجزاء البشرية في دولة الكويت؟ ثم ما مدى صحة هذه التصرفات القانونية إن وجدت؟

وهل ينضوي ذلك تحت نطاق المواد (167-172-176)[2]، من القانون المدني الكويتي لسنة 1980 الخاصة بمحل الالتزام العقدي وبمحل الالتزام عموما الذي يلزم أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة؟

والجواب عن ذلك يكون بالإيجاب ، فالقصور الحقيقي في التشريعات الطبية الكويتية المنظمة لعمليات نقل الكلية يوجب تطبيق الشرعة العامة وهي القانون المدني. كما أن اتجاه المشرع الكويتي لا يقبل حتما أن يكون هناك التزام مدني لا يرتكز على قواعد أخلاقية فردية واجتماعية مقبولة ومنسجمة مع الأعراف الاجتماعية وقواعد الشريعة الإسلامية.[3] كما أن المشرع المصري جانب الصواب

---

1 - منذر الفضل، المرجع نفسه، ص64.

2 - نصت المادة 167 من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 الذي نفذ في 25-02-1981، على ما يلي: (يلزم أن يكون محل الالتزام ، الذي من شان العقد أن ينشئه ، ممكنا في ذاته وإلا وقع العقد باطلا). كما نصت المادة 172 على ما يلي: (إذا كان محل الالتزام مخالفا للقانون أو للنظام العام أو لحسن الآداب، وقع العقد باطلا). والمادة 176 على: (1- يبطل العقد، إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب غير مشروع. 2- ويعتد ، في السبب، بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد التعاقد، إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه، أو كان عليه أن يعلمه).

3 - منذر الفضل، المرجع السابق، ص65.

حين حدد بقانون رقم 178 لسنة 1960 أن احد مصادر الحصول على الدم من البشر يكون عن طريق الشراء وحسب تسعيرة محددة قانونا وهي (50 قرشا) للقنينة الواحدة. كما للم يحظر قانون رقم 274 لسنة 1959 التعامل المالي على العيون البشرية.

بل عن ذات الانتقاد يوجه للقانون رقم 103 لسنة 1962 الذي حل محل القانون سالف الذكر . هذا فوق أن المشرع المصري لم ينظم عمليات زرع الأعضاء البشرية الأخرى فهل يسري القانون رقم 103 لسنة 1962 على جميع عمليات النقل والغرس أم يقتصر على غرس العيون فقط؟ وهي تحتاج إلى أجوبة خطيرة لأن هناك تبعات قانونية تنشا على كل موقف، سواء على صعيد المسؤولية الجنائية أم المدنية.

فهل أن الطبيب الذي ينقل جزءا من جلد الشخص لغرسه في جسد آخر يعد مرتكبا يعد مرتكبا لجريمة الإيذاء والجرح العمد أم يعد عمله صحيحا ولا مسؤولية عليه؟ وما حكم حالة الضرورة؟ وما هو الوضع القانوني لعديم الإدراك أو لضعيف الإدراك ومن في حكمه بالنسبة لرضا الشخص المذكور أو من ينوب عنه؟

ويرى جانب من الفقه المصري إلى انه يمكن القياس في عمليات غرس الأعضاء البشرية، وإلى أن ذلك لا يتعارض مع نص المادة (50) من القانون المدني، على ما نصت عليه المادة43 من الدستور المصري من جواز إجراء التجربة الطبية بعد الحصول على موافقة الشخص.بينما يرفض البعض هذا القياس.

أما في العراق فان القانون المدني الصادر لسنة 1951 لم ينص على نقل وغرس الأعضاء البشرية ولا على ما يقابل نص المادة (50) من القانون المدني المصري. وأما المادة 41 من القانون المدني العراقي فهي ليست إلا محصورة بالحق في حماية الاسم. كما أغفل مشروع القانون المدني العراقي الجديد كذلك النص على بيان

---

1 - احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 64-66.

الحكم القانوني للأعمال الطبية المشار غليها إلا انه نص في المادة 67 على ما يلي: (لكل من وقع اعتداء على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر بسبب ذلك) .

وهذا النص المقترح من النصوص العامة التي تقابل ما ذكرته المادة 50 من القانون المصري والتي تخص الحق في الحياة والحق في سلامة البدن والحق في سلامة الكيان الأدبي كالسمعة والشرف وغيرها، حيث يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي حل به، سواء أكان الضرر من الأضرار المادية أم المعنوية أم من النوعين معا حسب ظروف الفعل الضار ونوع الضرر.

ويشار كذلك بان نصوص قانون الصحة العامة رقم 89 لسنة 1981 جاءت ناقصة عن معالجة الكثير من الحالات الخاصة بالكيان البدني والجثث، فلم يبين حكم مصير الجثث للعراقيين والعرب والأجانب من الأشخاص مجهولي الهوية ،إلى أن صدر التعديل الرابع لقانون الصحة العامة في عام 1987.[1]

كما تجدر الإشارة إلى أن التشريعات الوضعية لم تنص كذلك على حكم التصرف القانوني بالجثة عن طريق البيع أو المقايضة وأن حماية سلامة حياة وجسد الإنسان وحقوقه الأساسية العامة الأخرى تمتد منذ لحظة التكوين (إي حينما يكون جنينا) على ما بعد الوفاة في صورة (حق الفرد في احترام جثته).[2]

وطبقا لقانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل فإن المشرع يعاقب على انتهاك حرمة الموتى والقبور والتشويش على الجنائز والموتى في المواد من 373-375 لأنها من الجرائم الاجتماعية. إلا أن بعض القوانين الوضعية أجازت للشخص أن يتصرف بجثته وفي طريق الدفن أو في تخصيص الجسد بعد الوفاة للأغراض العلمية أو الطبية.[3]

---

1 -المجموعة الشهرية للوقائع العربية، أيار 1987 قانون رقم 37 لسنة 1987.

2 - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الجزء2 ، القاعدة القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 517.

3 - حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 157-161.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من تجارة الأعضاء البشرية

لم يمانع المشرع الجزائري من إجراء نقل وزراعة الأعضاء البشرية اعتمادا على معيار الضرورة والمصلحة الاجتماعية.

ومعيار الضرورة يستلزم وجود خطر محدق بالمريض ينذر بهلاكه، ويكون زرع العضو من شأنه إنقاذ المريض من الموت، مع كون عملية النقل والزرع هي العلاج الطبي المتوفر الوحيد لإنقاذ حياته.

أما معيار المصلحة الاجتماعية فقد استمد الفقه هذه الفكرة من المبادئ العامة للدين واجتهادات المحاكم وعادات وتقاليد المجتمع، ولذا فهي تختلف من مجتمع إلى آخر باختلاف العادات والتقاليد، مع أنها تتفق في الغاية المتمثلة في احترام القوانين وتحقيق الصالح العام، والمحافظة على صحة وحياة الأفراد. فالحق في سلامة الجسم، هذا وفي الوقت نفسه تحمل بعدا اجتماعيا[1]، مع اشتراط عدم المساس بالنظام العام المتضمن في القانون المدني ولا مخالفا للتشريعات الجنائية في ذات الإطار.

وقد اعتنق المشرع مبدأ إباحة زرع ونقل الأعضاء والتي ضبطها بضرورة توافر شروط معينة ومعايير محددة كما سبق وذكرنا. وعالج هذه المسألة، والتصرفات الواردة عليها من خلال:

أولا- الدستور

نصت المادة 71 من الدستور الجزائري لسنة 1976م على ما يلي:« يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل مساس بالسلامة البدنية أو المعنوية للإنسان، وتضمن الدولة مساعدة المواطن من أجل الدفاع عن حريته وحصانة ذاته » .

---

1 - سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 128.

وتعتبر المساس السلامة البدنية مهما كان شكله هو الضمان العام الذي تجري في فلكه بقية القوانين والتي جاءت لتكرس هذا المبدأ وترسخ دعائمه وتوضح تفصيلاته فيما دون الدستور من قوانين وتنظيمات. كما يعتبر ابتذالا وامتهانا اعتبار الجسم البشري أو بعض أجزائه سلعة تباع وتشترى دون قيد أو ضابط، فهو مساس بالسلامة الجسدية من جهة ومساس أيضا بالسلامة المعنوية .

ثانيا- القانون المدني

لكل عضو من أعضاء الجسم وظيفة معينة، يختل السير الطبيعي للجسم إذا ألم بالشخص مرض ما، ولكل شخص الحق في صحة جيدة. وعليه فان كل فعل ينتقص من ذلك يعد مساسا بسلامة الجسم.[1] وكل مساس بسلامة الجسم لا يتعارض مع النظام العام جائز عندما يكون الهدف منه علاجيا، ولا يمس بمقدرة الفرد على تنفيذ المهام الاجتماعية الموكلة إليه، ومن هنا جرم المشرع كل اعتداء على حق الإنسان في سلامة جسده يؤدي الى المساس بصورة تعيقه عن القيام بواجباته والتزاماته العادية. وعليه فان لكل شخص التصرف في سلامة جسده ضمن الشروط التي تتوافق مع الآداب العامة والنظام العام لتحقيق مصلحة أكبر للمجتمع، وعليه فان كل اعتداء يمس بسلامة الجسم يعد إهدارا لحق المجتمع، ورضاء المجني عليه لا يمسح الاعتداء ولا يجعله مشروعا.[2]

فكل تصرف واقع على جسم الإنسان ويمس بمصلحة المجتمع لا يعتبر صحيحا، لمخالفته للنظام العام والآداب العامة.

ولقد تم وضع الإطار العام للتعاملات العقدية بالنظر إلى محل التعاملات من خلال نص المادة 93 من القانون المدني، كغالبية التشريعات المدنية العربية والتي لم تتضمن التنصيص على المعاملات غير المشروعة الواردة على الإنسان أو

---

1 - رأفت صلاح أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون،عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع،الأردن، 2006، ص12.

2 - رأفت صلاح أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 12.

بعض أجزائه إلا من خلال فكرة النظام العام والآداب العامة، والتي يمكن اعتبارها من المفاهيم الدقيقة التي تضم في طياتها محل الكائن البشري أو بعض أجزائه من الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها. وكل تصرف في هذا الكيان يعتبر من التصرفات الباطلة.[1]

وتنص المادة 93 والمضافة بنص القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 من شروط الثاني في العقد وهو المحل على أنه: « إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا».

ثالثا- قانون حماية الصحة وترقيتها

صدر في الجزائر قانون رقم 5/85 المؤرخ في 16 أفريل 1985م ، والموافق لـ 26 جمادى الأولى 1405هـ والقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990م، والموافق لـ 9 محرم 1411هـ والمعدل والمتمم للقانون الأول، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وتناول هذا القانون في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها في المواد من 161 إلى 168.

1-الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وشروطها:

- وقد تناول نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء في المادة 162 وجعل قصد العلاج هو غاية الاستئصال- التبرع- في المادة 161 /1: « لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط النصوص عليها في هذا القانون».

- واستبعد المقابل المالي من عمليات نقل وزراعة الأعضاء في الفقرة الثانية من المادة 161، حيث نصت على ما يلي: « ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية ».

---

1 - ينظر ص 20-21 من الفصل التمهيدي: لمزيد من الإيضاح في فكرة النظام العام والآداب العام ومدى مشروعية التصرفات الواردة على الأعضاء البشرية.

- وأن لا تهدد هذه العملية حياة المتبرع، ولا تؤدي إلى الإضرار بصحته أو بصحة المُستقبل، وقد ورد النص على ذلك في المادة 162: « لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من أشخاص أحياء ، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر».وفي المادة 163 استبعد القصر ومن في حكمهم من عمليات نقل وزرع الأعضاء: « يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المُستقبل ».

- ويتبرع الشخص بالعضو عن رضا منه، لأنه لا يجوز للطبيب أن يتصرف في جسم شخص إلا بموافقته، إذ لا يجوز له أن يقدم دواءا، أو يقوم بعملية جراحية لأي شخص دون رضاه، باستثناء حالات الإسعاف أو عندما يكون المصاب فاقدا لوعيه[1] ، هذا ولابد أن يعرب المتبرع عن هذه الموافقة كتابيا وبحضور شاهدين وتودع هذه الوثيقة لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، كما يجب على الطبيب أن يخبر المتبرع بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية نفل العضو ، وهو ما نصت عليه المادة 162 من ذات القانون:« وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة» .

- مع التنويه هنا إلى وجود اتجاه يتبنى فكرة التعويض ملغيا رأي الشخص المأخوذ منه العضو، ليس على أساس المقابل المادي للعضو المتبرع به، ولكن بالشكل الآتي: « قد توجد حالة يمكن الاستغناء فيها عن موافقة المتنازل وإجباره على التنازل وذلك على سبيل التعويض ، فمن يصيب الغير بضرر كما لو أخطأ وأصاب أحد الأشخاص في كليته، فانه يحكم عليه بالتنازل عن احد كليتيه إلى المعتدى عليه لإنقاذه، وذلك على سبيل التعويض وينفذ الحكم عليه جبرا وفق القواعد العامة.»[2]

---

1 - سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 130-131.

2 - هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 143.

- ولابد من إعراب المستقبل للعضو أو أهله عن الرضا بهذه العملية، أو أهله عن الرضا بهذه العملية، ولابد أن يعلم الطبيب المعالج المريض أو أهله بالأخطار الطبية التي تترتب على هذه العملية، وهذا ما نص عليه القانون الجزائري لحماية الصحة وترقيتها رقم 05/85 في مادته 166 والتي نصها:« لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين. وإذا كان المستقبل غير قادر عن التعبير عن رضاه أمكن أحد أفراد أسرته ذلك، وحسب الترتيب المبين في المادة 164 أعلاه، أن يوافق على ذلك كتابيا. وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة، أما القصر فيعطي الموافقة الأب وإلا فوليه الشرعي. كما لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك. ويجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته، وفي الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل. ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة وشاهدين اثنين. ».

- أما بالنسبة لنقل الأعضاء من جثث الموتى، فقد اشترط القانون ذاتها يلي:

أ- لا يجوز نقل الأعضاء من الموتى إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، ويكون ذلك بواسطة لجنة مكونة من طبيبين على الأقل، وطبيب شرعي، تقوم بتقرير ذلك في سجل خاص.

ب- يشترط أن يعلن المتوفى خلال فترة حياته برضاه بالتبرع بعضو بعد وفاته.

ت- إذا لم يعلن المتوفى على الموافقة عن نقل عضوه قبل الوفاة، لا يجوز النقل إلا برضا العائلة أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى عائلة.

ث- يسمح بنقل الكلية أو القرنية من الميت بدون موافقته على ذلك بموافقته قبل وفاته، أو موافقة أهله، إذا لم يتسن أخذ موافقة أهله

بسبب تعذر الاتصال بهم، أو بسبب الخشية من انتهاء فترة صلاحية العضو المنزوع بغرض الزرع . وهو ما أوردته المادة 164 المعدلة من القانون رقم 90-17 المؤرخ في 9 محرم 1411هـ الموافق لـ31 يوليو 1990م.

- كما اشترط بعدم إمكان النقل والزرع إلا في المستشفيات المرخص لها بذلك من طرف الوزير المكلف بالصحة، كما تُكوّن لجنة طبية خاصة في الهيكل الاستشفائي للنظر في حتمية النقل والزرع والإذن بإجراء العملية وذلك وفق المادة 167 من القانون رقم 85-05.

- كما يجب أن تحاط العملية بالسرية التامة، فلا يكشف بهوية المتبرع للمستقبل ولا العكس، ويمنع الطبيب الذي أثبت الوفاة من أن يكون من بين أعضاء الطاقم الطبي الذي يقوم بعملية الزرع، طبقا لنص القانون 90-17 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05.

2ـ الأساس الشرعي المبيح لعمليات نقل الأعضاء

ما يمكن إيراده في هذا الباب أن عمليات النقل والزرع لم تنظم في نطاقها التشريعي إلا في منتصف الثمانينات، بينما أصدرت فيه لجنة الإفتاء بالمجلس الإسلامي الأعلى فتوى قبل ذلك بحوالي 13 سنة كاملة[1]، وهذه الفتوى أجازت عمليات النقل والزرع بين الأحياء ومن جثث الموتى. وهو أمر منطقي أن يسبق النص الشرعي النص القانوني لان الجزائر بلد يدين بالإسلام، وحرص الأطباء على معرفة رأي الشرع في مثل هذه الأمور الخطيرة والتي تمس القيم الدينية.[2]

استمعت اللجنة قبل إصدار فتواها إلى بيان الأطباء الذي شرح وجهة نظر الطب في المسألة، ثم تدارسته لجنة الإفتاء وتوصلت إلى إصدار هذه الفتوى حسب ما يلي:

---

1 - مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص126

2 - مروك نصر الدين، المرجع نفسه، ص 126.

أولا- « ... ويدخل في أسباب الهلاك كل إشراف على الموت بمرض ميئوس من شفائه أو بواسطة نقل الدم أو زرع عضو مما يحفظ الحياة أو يعيد النظر إلى من فقد نوره وعدم الإبصار، ومن المعلوم أن من قواعدها أن المشرف على الهلاك أو الوقوع في مضرة شديدة يجب إنقاذه، وذلك من فروض الكفاية على كل من استطاع فان قام به بعضهم سقط الوجوب على الباقي...وإن تركه الجميع حتى أهلك أغدى كلهم. »

ثانيا- « حيث أن هذا الإنقاذ يتم بتبرع الإنسان بجزء من جسمه يتطوع بذلك عن اختيار واحتساب دون أن يخاف ضررا أو هلاكا، كما هو الحال في نقل الدم أو الكلية، فإنه من باب الإحسان وعمل البر والإيثار على النفس... فإن كل من أحيى أخاه بجزء من جسمه بدم أو بعضو ضروري له ينقذ به نفسه أو يشفيها من داء وينتهي من محنة وآلام ويمكنه أن يستعيد صحته... فالظاهر أن النقل من حي صحيح سالم برضا منه وتبرع بعيد عن كل التزام أو إكراه ليس فيه خطر على صحته وحياته محقق، أو مضمون مما لا ينبغي أن يتوافر في جوازه ولا شك في الثواب عليه والأجر، بل عمل مرغب فيه هو من فروض الكفاية على المجموع يعاقبون عليه إن تركوه وهم قادرون...»

ونخلص من بيان الفتوى أن الحكم الشرعي الفقهي جاء مستندا إلى الدليل القرآني لإثبات مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، وذلك في قوله تعالى:« **والذين تبوءوا الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون** »[1].

والإيثار من المعاني الإنسانية الراقية، والتي لا يستلزم وجودها دائما المقابل المالي، فهو لا يكون إلا على سبيل التبرع، وإذا كان ولابد من ترافق المال، فلا يكون ذلك إلا بالأشكال والكيفيّات المبيّنة في النصوص القانونية المتضمنة لقانون المحافظة على الصحة وترقيتها. ومن ثم يمكن القول أن أي من النصين القانوني

---

1 -سورة الحشر، الآية 9.

أو الفتوى يصلح أن يكون أساسا لمشروعية نقل وزرع الأعضاء ولطن دون أن يكون موضوعها معاملة مالية سدا لذريعة المتاجرة بالأعضاء البشرية وهو الرأي الذي أخذت به معظم التشريعات الحديثة، وهو إذا تقدم تشريعي يحسب للمشرع الجزائري، من حيث مواكبة المستجدات العلمية، على التشريعات العربية الأخرى.

ثالثا- قانون العقوبات الجزائري

لقد أفرد قانون العقوبات الجديد المعدل والمتمم بنص القانون رقم 09-01 في الكتاب الثالث من الباب الثاني تحت عنوان : الجنايات والجنح ضد الأفراد، في الفصل الأول منه بعنوان الجنايات والجنح ضد الأشخاص ؛الاتجار بالبشر والاتجار بالأعضاء البشرية.

أ- الاتجار بالبشر

يتناول المشرع في الفصل الخامس مكرر من ذات الكتاب: الاتجار بالأشخاص من المواد 303 مكرر 4 إلى المادة 303 مكرر15. وذلك ما مجموعه 11 مادة مضافة بموجب القانون سابق الذكر وهو يعتبر عامل سبق للمشرع الجزائري على التشريعات العربية الأخرى يحسب لصالحه.

وما يمكن ملاحظته هو مطابقة المادة 303 مكرر4 للمادة 3 من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية. حيث أن المشرع اعتمد تماما المصطلح المستخدم في الاتفاقية كما ورد حرفيا، حيث جاء في نص المادة 3 من البروتوكول المذكور: « المصطلحات المستخدمة لأغراض هذا البروتوكول :

(أ) يقصد بتعبير "الاتجار بالأشخاص" تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال،

كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء .»

وهو ما جاء متطابقا مع نص المادة 303 مكرر4 مضافا إليها العقوبة والأحكام المقررة في المواد الموالية والتي جاءت أيضا كتفصيلات مطابقة لنص المادة 5 من نفس البروتوكول والتي أطلقت الحرية لكل دولة موقعة أو متحفظة جزئيا وأوكل لها تكييف وإجراء التدابير التشريعية اللازمة التي تراها كفيلة لتجريم السلوك المبين في المادة 3 من هذا البروتوكول .فالمادة 303 مكرر 5 و كذا 303 مكرر6 فقد تناولت ظروف التشديد، كما أدرجت فكرة الشخص المعنوي وتقرير مسؤوليته عن هذه الأفعال في نص المادة 303 مكرر 11.أما المادة الموالية فهي جاءت تقريرا لأحكام الفقرة (ب)من المادة 3 من نفس البروتوكول.

وكذا المادة 303 مكرر فهي تفصيل للفقرة (أ)من المادة 5 من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

ب-الاتجار بالأعضاء البشرية

تعد جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية صورة من صور النشاط الإجرامي لسلوك الاتجار بالبشر، حيث تمثل انتهاكا أساسيا لحقوق الإنسان.[1] فهو ورد ملحقا بالبروتوكول سابق الذكر بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وهو فعلا احد صور الاتجار بالبشر حيث ورد ترتيبه آخرا في قائمة تلك الصور:« ... ويشمل الاستغلال، كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء » وهو الصور المختلفة التي يأخذها فعل الاتجار بالبشر.

---

1 - حامد سيد محمد، مرجع سابق، ص41.

فنزع الأعضاء والمعبر عنه بالمتاجرة بالبشر يمكن تعريفها بأنها:« قيام فرد أو جماعة إجرامية منظمة بتجميع الأشخاص دون رضا منهم، بالتحايل أو الإكراه، حيث يتم نزع أعضاء هؤلاء الضحايا وبيعها كبضاعة من أجل الحصول على أرباح مالية ».[1] وهو تعريف قاصر من وجوه:- يشترط تجميع الأفراد وهذا غير صحيح لأن الفعل المرتكب على شخص واحد لا يمكن إدراجه في دائرة الاتجار بالأعضاء وهو غير سليم.

-إغفال حالات أخرى كثيرة كالاخلاف بشرف المهنة من طرف الأطباء العاملين في العيادات الخاصة والعامة حيث بإجراء عملية ما، يقوم الأخير باستئصال أعضاء أخرى بغرض المتاجرة، وهي صورة كثيرة الحدوث وخاصة عند الخضوع على الضغوط أو غياب الضمير المهني.

- قد لا تكون الأرباح المحصلة مالية بالضرورة فقد تكون خدمة أو أي شكل من أشكال الفوائد التي تعود على التاجر.

- قد لا يكون هناك ولا إكراه أو أي صورة من عيوب الإرادة فقد يستغل التاجر حاجة وفقر الغير ويكون الأمر بالتراضي.

وقد جاء المشرع الجزائري متداركا لتلك النقائص في جلها بنصه في المادة 303 مكرر 16 والمضافة أيضا بموجب القانون 09-01 تحت القسم الخامس مكرر1 بعنوان : الاتجار بالأعضاء[2]، موردا العقوبة المقررة والفعل المجرم دون التطرق إلى التعريف كما فعل في الفصل الخامس حين عرف الاتجار بالبشر، والفعل هو تقاضي المقابل المادي مهما كانت طبيعته في المعاملات الواردة على الأعضاء البشرية. وهنا كان على المشرع عدم الحكم بإطلاق تقاضي المقابل المادي فقد

---

1 - المرجع نفسه، ص41.

2 - كان على المشرع إتمام الصياغة بوضعه العنوان كاملا والذي يعكس محتوى الفصل بإدراجه: الاتجار بالأعضاء البشرية؛ لأن الأعضاء على إطلاقها ربما يتبادر إلى الذهن: الأعضاء الحيوانية أو الاصطناعية والتي لا يجرم القانون المتاجرة بها، و أيضا لأن العنوان يجب أن يعكس تماما محتوى الفصل دون أي لبس أو شبهة.

يضطر المتبرع أخذ مصاريف لمستلزمات العملية، أو على سبيل العرفان بالجميل وهذه معان لا تنكرها الأخلاق النبيلة والمشاعر الإنسانية.

وفي الإجمال فالمشرع الجزائري جرم انتزاع أو نقل الأعضاء البشرية أو إحدى المنتجات الجسمية ، وحرم المقابل المالي المقدم من أجل ذلك، مهما كانت طبيعته، وذلك سدا لذرية استشراء الظاهرة وعدم القدرة على مراقبتها. إلا انه يعاب عليه أنه:

-لم يجرم الشخص الذي يتلقى المقابل المالي، وعدم تناوله بالدراسة في هذه النصوص.

- عدم تركه هامشا في مجال المقابل المالي، والذي قد يحتاجه المتبرع بالعضو.

- عدم تحديد عقوبات بعينها لممارسي مهنة التطبيب، وتجريم التجاوزات التي يقترفونها خلال ممارستهم لها، وترك ذلك للنصوص العامة.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة عن الاتجار بالأعضاء البشرية

ونتناول فيه مبحثين وهما:

- المبحث الأول : التصرفات المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية
- المبحث الثاني: التصرفات غير المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية والعقوبات المقررة لها

المبحث الأول

التصرفات المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية

ونتناول فيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الوصية بالأعضاء البشرية.

المطلب الثاني: التبرع بالأعضاء البشرية.

المطلب الثالث: بيع العضو البشري.

المطلب الأول

الوصية بالأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الوصية من التصرفات القانونية التي تنشأ بالإرادة المنفردة إذ تتجه الإرادة إلى إنشاء الالتزام ، فتكون تصرفا أحاديا. وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف الوصية بتعريفات متعددة، ، فعرفها الأحناف بأنها:" تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" وذهب الشافعية إلى القول بتخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت وقال المالكية: " الوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به". وحددها الحنابلة بقولهم:" الوصية بالمال هي التبرع بعد الموت"؛ وقال آخرون " الوصية هي تمليك عين أو منفعة بعد الموت".[1]

ولقد ذهب بعض الفقهاء إلى ركن الوصية الإيجاب من الموصي والقبول بعد وفاة الموصى له أو من يقوم مقامه وهو وارثه، وذهب زفر بن الهذيل على أن ركنها الإيجاب فقط بينما يرى كثير من الحنفية إلى أنها تتم بالإيجاب من الموصي واليأس من رد الموصى له، وأن التزام الموصي قبل وفاته غير لازم ،إذ أن له أن يرجع عن وصيته أو الإصرار عليها. باتفاق الفقهاء.[2]

ولبيان حكم الوصية بالأجزاء والأعضاء البشرية يلزمنا التقسيم الآتي تفصيله:

الفرع الأول: فكرتا الوصية والوقف.

الفرع الثاني: تحديد لحظة الموت.

الفرع الثالث: موقف التشريعات الوضعية والمشرع الجزائري من الوصية بالأعضاء البشرية.

---

1 – الكاساني، بدائع الصنائع،ط1، ج 7 ، 1910، ص 330. أحمد الخطيب ، الوقف والوصايا، د ن،بغداد، 1986م، ص 202-203.

2 – منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص 114.

الفرع الأول

فكرة الوصية

يقتضي التعريف بفكرة الوصية بيان ماهيتها من جهة، وركنها وشروطها من جهة أخرى

البند الأول: ماهية الوصية

إن بيان ماهية الوصية، يستلزم التعرض لتعريفها، وما يترتب عن هذا من أثر خاص

الفقرة الأولى: تعريف الوصية

للوصية مفهوم قانوني وشرعي محدد، يجعل لها نطاقا خاصا بها، ومن ثم فإن الأصل هو أن تكون الوصية نوعا واحدا، هو ما يعرف بالوصية الشرعية، وإليه ينصرف المعنى إذا أطلقت كلمة الوصية من غير وصف[1]. ولكن القانون- لعلة معينة - رأى إسباغ أحكام الوصية على بعض التصرفات التي ألحقها بها، وهناك في النهاية ما يعرف فقها وقانونا بالوصية الواجبة. فهذه إذن مسائل ثلاث تفضي، إلى كسب الملكية، وتندرج في مفهوم الوصية وهي:

أولا - الوصية الشرعية

بين القانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007. في المادة 776 أن: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف." وتنفذ في حدود الثلث: م185 من قانون الأسرة:" تكون الوصية في حدود الثلث،وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة".

---

1 - زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991م، ص 29.

ونص قانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة المعدل والمتمم بتاريخ 27 فبراير 2005 في المادة 184 منه: الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع.مادة 186 : يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل.

وقد اختلف الفقهاء اختلافا بينا في تعريف الوصية، فمنهم من سماها عهدا خاصا، ومنهم من جعلها تمليكا تبرعيا، لكن بعضهم اعتبرها هبة، والبعض الآخر قال أنها تبرع. هذا منم حيث التعريف في حد ذاته، ومدى دلالته على ماهية الوصية . وإزاء هذه الاختلافات، يجدر الأخذ بعين الاعتبار للتعريفات من الناحيتين: التشريعية والفقهية وتحليلها، بغية المفاضلة بينها وتحديد التعريف الأنسب منها.

حيث نص القانون المصري رقم 71 لسنة 1946 في مادته الأولى على أن: « الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت »، فالقانون جعل معنى الوصية شاملا، وسماها تصرفا، ولم يجعله منجزا بل مضافا إلى أجل غايته موت الموصى. وهو تعريف يؤدي الغرض ، ولذا تبنى الثقاة من الفقهاء تعريفات قريبة منه[1]، وإن كانت تفضله في أنها استخدمت فعل "يضاف" بدلا من كلمة "مضاف" في هذا التعريف.

وخلاصة القول أن الوصية تعتبر تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد، وتختلف عن غيرها من التصرفات القانونية من نواح عديدة وهي تعرف بأنها: « تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت ».

وقد ألحق المشرع الجزائري بالوصية تصرفين قانونيين أعطاهما حكمها، وهما تصرفات المريض مرض الموت، والتصرف بوارث مع الاحتفاظ بالحيازة.

ثانيا: الوصية الواجبة

وتدخل في مفهوم الوصية كسبب من أسباب التمليك. ويطلق عليها فريق

---

1 - زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991م، ص 34.

من الفقه وصية القانون[1]، والعلة في هذه التسمية أن هناك تشريعات عربية ضبطت بأحكام شرعية قانونية هذه الوصية من ذلك ما نصت عليه المادة 76 من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 من أنه:" إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما، بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته أو حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب عليه، وإن كان ما أعطاه أقل منه، وجبت له وصية بقدر ما يملكه.

فهي تعطي حقا واجبا لبعض الحفدة في حدود ثلث التركة التي يعطيها الأجداد، واختص بها القانون المصري والمغربي، في حالات معينة، ولأشخاص معينين ، وبشروط محددة وهي إذا سبب من أسباب كسب الملكية.

ثالثا. الوقف والوصية

إن الوقف قد يأخذ حكم الوصية، فللواقف بإرادته المنفردة أن يقف عضوا من أعضائه لأغراض الخير والثواب، حين يصبح تصرفه منجزا، وهو التزام بسيط لا يقترن بوصف كالأجل، حين يقع الوقف من الواقف حالا إذ لا يصح تصرف الشخص في القول بأن جسدي موقوف بعد موتي لأن هذا التصرف يكون وصية، كما أن من شروط الوقف التأبيد، فلا يصح الوقف مؤجلا لفترة زمنية.

إن الوقف بالجسد أو بجزء أو بعضو بشري، الذي يقع حال الحياة ويضاف إلى ما بعد الموت يأخذ حكم الوصية ، كمن يقف جسده إلى جهة طبية، ويشترط وجود أهلية التبرع عند الواقف.

ونعتقد أن بإمكان الموصي الوصية بكل الجسد أو بعضو من أعضائه بعد موته، وله أن يوقف جثته لأغراض علمية أو تعليمية، وعندها يأخذ الوقف حكم الوصية على نحو ما تم بيانه. لا شك أن تشريح جسد الإنسان جائز شرعا، وقانونا بعد وفاته، وهو ليس تمثيلا بالجثة، لأن التشريح علم قائم بذاته؛ تظهر أهميته في معرفة أسباب العلل وطريقة عمل الجسد ووظائف الأعضاء وصولا إلى

---

1 – زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع نفسه، ص 45.

سبب الوفاة أمر مستقر فقها وقانونا لما فيه من المصلحة؛ فان انتفت المصلحة لم يجز التشريح.

إن الوصية بالجثة للأغراض العلمية أو الطبية أو بالأعضاء البشرية من المصادر المهمة التي ترفد العمليات الطبية في نقل وزرع الأعضاء البشرية، وقد اتجه الفقه الشرعي والمدني إلى أن مصلحة الحي أرجح من مصلحة الميت، ويجوز قطع عضو من الجثة لديمومة الحياة في شخص محتاج إلى كلية مثلا، وان الكثير من الأقطار الإسلامية والعربية يباشر هذه العمليات الطبية عند وجود الوصية، وعند عدم وجودها حين تحصل موافقة الأقارب حتى الدرجة الثانية والزوج.

ولا شك أن القاعدة الأخلاقية التي يركز عليها التزام الموصي بإرادته المنفردة تتمثل في التضحية ونكران الذات والشعور بالمسؤولية حيال الآخرين ومن أجل سعادة المجتمع، ولذلك فإن هذا التصرف القانوني يعد صحيحا لأنه يحقق رغبة الموصي في الأمن والسلام الداخلي ويحقق أيضا أمن المجتمع لان فيه السلام الخارجي.[1]

إن إرادة الموصي ليس بالضرورة أن تحترم وتحترم في كل تصرفاته ما لم ترتكز على قاعدة أخلاقية (الأخلاق الفردية والجماعية) والاعتبارات الدينية، إذ لا يجوز للشخص أن يوصي مثلا بحرق جثته وذر رمادها على سفوح الوديان والجبال أو إطعامها للأسماك.

ومثل هذه الإرادة يجب عدم الاعتداد بما اتجهت إليه من تناقض مع الشرع والعقل والقانون،و لهذا فان الباعث الدافع لهذا التصرف يختلف تماما عن الغايات الإنسانية النبيلة في شخص الموصي بجثته أو أعضائه لأغراض الأعمال الطبية في نقل الأعضاء والغرس.

---

1 - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص 117.

الفرع الثاني

تحديد لحظة الموت

تنتهي الشخصية الطبيعية بالموت الحقيقي (الوفاة) أو بالموت الحكمي (التقديري) والذي يصطلح عليه في الفقه المالكي بـ (التمويت) كما في حالة المفقود عند التأرجح في معرفة مصيره بين الحياة والموت لفقدان الشخص مدة معينة وغيابه وانقطاع أخباره بحيث يجهل حياته أو مماته، فالتفسير القانوني للموت قد يأخذ معنى الوفاة الطبيعية أو حالة المفقود المحكوم بموته.[1]

إن الموت الحكمي (التقديري) يخرج عن نطاق بحثنا، وسنعكف في دراستنا على معرفة لحظة الوفاة الطبيعية عند الإنسان لتنفيذ الوصية بالجثة أو استئصال العضو الموصى به أو الحصول على الأعضاء من جسد الميت بعد موافقة الزوج والأقارب حتى الدرجة الثانية عند عدم وجود الوصية أو بدون موافقة أحد في حالات معينة كالمحكوم عليه بالإعدام لأنه مهدور الدم شرعا أو مجهولي الهوية.

ونعرف فيما يلي الموت لغويا:

قال ابن فارس (ت390) :« الميم، والواو، والتاء: أصل صحيح؛ يدل على ذهاب القوة من الشيء. منه الموت خلافا للحياة»[2] . وفي لسان العرب: « الموت، والمَوَتان ضد الحياة»[3] ثم قال:« والموت يقع على أنواع بحسب أنواع الحياة :

فمنها: ما هو بإزاء القوة النامية الموجودة في الحيوان والنبات، كقوله تعالى: ﴿ **يحي الأرض بعد موتها** ﴾.[1]

---

1 – في المادة 26 من القانون المدني الجزائري لعام 1975 وفي المواد 109-115 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984.

2 – أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام هارون، مقاييس اللغة، ط2، البابي الحلبي، مصر، 1389هـ ج5، ص 283.

3 – ابن منظور، لسان العرب،حققه عامر أحمد حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1426هـ-2005م، ج8، ص819.

ومنها: زوال القوة الحسية؛ كقوله تعالى: ﴿يا ليتني مت قبل هذا﴾.[1]

ومنها: زوال القوة العاقلة، وهو الجهالة، كقوله تعالى: ﴿أومن كان ميتا فأحييناه.﴾[2]

ومنها الحزن والخوف المكدر للحياة؛ كقوله تعالى: ﴿ويأتيه الموت من كل مكان وما هو بميت﴾.[3] »

ومعنى الوفاة في اللغة:

قال ابن فارس (ت 390): « وفى : الواو، والفاء، والحرف المعتل: كلمة تدل على إكمال وإتمام. منه الوفاء: إتمام العهد وإكمال الشرط. ووفى: أوفى، فهو وفيّ. ويقولون أوفيتك الشيء؛ إذا قضيته إياه وافيا. وتوفيت الشيء، واستوفيته؛ إذا أخذته كله، حتى لم تترك منه شيئا. ومنه يقال للميِّت توفاه الله ».[5]

وقال ابن منظور : « إذا قبض نفسه ، وفي الصحاح: إذا قبض روحه، وقال غيره: تَوَفِّي الميتِ: استيفاء مدته التي وُفِيَت له، وعدد أيامه وشهوره وأعوامه في الدنيا».[6]

وفي المصباح المنير:« وتوفاه الله: أماته. والوفاة: الموت. وقد وفى الشيء بنفسه يفي، إذا تمّ».[7]

---

1 – سورة الروم، الآية 50.

2 – سورة مريم، الآية 23.

3 – سورة الأنعام ، الآية 122

4 – سورة إبراهيم ، الآية 17.

5 – أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام هارون، مقاييس اللغة، ط2، البابي الحلبي، مصر، 1389هـ ج6، ص 129.

6 – ابن منظور، لسان العرب،حققه عامر أحمد حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت،1426هـ-2005م، ج8، ص 817 .

7 – المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت،ص 256.

- إن تحديد لحظة الموت (ميلاد الجثة لتنفيذ الوصية) مسألة مهمة جدا، إذ ثار الخلاف الفقهي والطبي والشرعي بشأن تحديد لحظة الموت. ويمكن تناول تلك الآراء في الآتي:

البند الأول: معيار توقف القلب والدورة الدموية (المذهب القديم).

البند الثاني: معيار موت الدماغ (موت جذع الدماغ) . (المعيار الحديث).

البند الثالث: معيار توقف القلب وموت جذع الدماغ (المعيار الشرعي).

ويأتي تفصيل ذلك فيما يلي:

البند الأول: معيار توقف القلب والدورة الدموية (الاتجاه القديم)

الموت الطبيعي من الناحية الفقهية والشرعية يعني نقيض الحياة، فهي مفارقة الروح للبدن، وهي زوال الحياة. ولم يقبل جانب من الفقه الشرعي الدخول في دراسة حقيقة الموت، وسببه انه يتعلق بالروح التي هي من الخالق ودراسة الموت يعني التدخل في شؤون الخالق.

ووفقا لهذه النظرية فان لحظة الموت الطبيعي للإنسان تكون في لحظة موت القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي[1]، فلا يكفي موت الدماغ للقول بوقوع الموت خاصة بعد توفر أجهزة الإنعاش المتطورة القادرة على استمرارية حياة الإنسان العضوية لفترة محدودة (الحياة الخلوية).

لهذا فان هناك من يذهب للقول بان الموت وفقا لمعيار الطب الحديث يقع حين تتوقف حياة الإنسان بتوقف الأجهزة الآتية:

1- توقف الجهاز التنفسي.

2- توقف الدورة الدموية.

3- توقف الجهاز العصبي.

---

1 - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002 م، ص 120-121.

فإذا ظلت الحياة النباتية (العضوية) موجودة رغم موت جذع المخ لأن عمل القلب ما يزال موجودا بفعل أجهزة الإنعاش الطبية المتطورة فلا يكون الإنسان ميتا وهو ما ذهب إليه الأستاذ(savatier) .[1]

ولقد كان التعريف القديم للموت هو توقف القلب والدورة الدموية وجهاز التنفس ولا يزال ساريا بالنسبة لمئات الملايين من الوفيات التي تحدث سنويا ، ومع هذا فإنه بنتيجة التقدم في المجال الطبي واستخدام الأجهزة المتطورة فإن هذا التعريف لم يعد كافيا، رغم أن توقف القلب يعني قطع التغذية عن الدماغ ، فإذا حصل هذا الانقطاع لمدة دقيقتين، ولم يصل الأكسجين للمخ؛ فإن الموت يتحقق ويصير النسيج الشبكي سائلا.[2]

ولهذا فإن الشخص المحكوم عليه بالإعدام بعد قطع النخاع الشوكي، يكسر الفقرات العنقية يتم فحص القلب والنبض بعد عملية الإعدام، وللتأكد من توقف الجهاز التنفسي يقوم رجل الدين في الكنيسة بتمرير شمعة موقدة قريبا من الوجه للتثبت من ذلك.

إلا إن معيار موت القلب وتوقف الدورة الدموية والجهاز التنفسي لوحده ليس كافيا لوقوع الموت وبداية الحياة (لحظة ميلاد الجثة)، فالوقائع تثبت أن مئات الحالات تحصل لبشر فيتوقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي ثم تعود لهم الحياة ثانية. فقد نشرت صحيفة الجمهورية المصرية خبرا بتاريخ 5-01-1989 تحت عنوان (تعود إلى الحياة بعد موتها) مفاده آن عجوزا تدعى (كالينبن بالابال) توفيت يوم 31-12-1988 فنقلت إلى المكان المخصص لإحراق جثث الموتى في الهند في قرية (مالانكا) بولاية (جوجارات) إلا أنها نهضت وعادت إليها الحياة مجددا.

---

1 - حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، 1975م، ص 174.

2 - محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم، دمشق والدار الشامية، بيروت، 1994، ص 7.

وفي واقعة مماثلة نشرتها صحيفة الثورة المصرية أيضا في أواخر ديسمبر 1988 تحت عنوان (عاد من الموت ثلاث مرات)، ونشرت صورة الشخص المذكور الذي أعلن عن وفاته أكثر من مرة وفي كل مرة يتم فيها فحص دماغه، وجهازه التنفسي و يظهر أنهما قد توقفا، ثم تعود له الحياة، الأمر الذي ولد الحيرة لدى الأطباء في سر الحياة.

بل إن هناك حالات كثيرة، يتقرر فيها أن شخصا ما توقف قلبه، وجهازه التنفسي وتتخذ مراسيم الدفن، وفي اللحظات الأخيرة تعود له الحياة، بل قد يوضع في (تجويف القبر) وفي اليوم التالي تعود له الحياة. وهذه الحالات وإن كانت نادرة لكنها تشير وبصورة أكيدة إلى أن معيار موت القلب وتوقف الجهاز التنفسي والدورة الدموية[1]، لم يعد معيارا قاطعا أكيدا على الوفاة أو نهاية الحياة الإنسانية ولذلك اوجد علماء الطب معيارا آخر منذ عام 1959م هو معيار موت الدماغ أو موت جذع الدماغ.

البند الثاني: معيار موت الدماغ أو موت جذع الدماغ (الاتجاه الحديث) [2]

لم يسلم المعيار الأول من انتقاد الفقه والأطباء للأسباب والوقائع التي ذكرناها، ونضيف أن معيار توقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي ليس هو المعيار الدقيق، الذي يصلح في تحديد لحظة الموت لتنفيذ الوصية في نقل العضو البشري من المتوفى. ففي قضية حصلت في برمنجهام في انكلترا أن احد الأطباء قام بنزع كليتي أحد الأشخاص الذين ماتوا في حادث سيارة حسب المعيار الأول وكان قد أوصى بكليته، وحصلت المفاجئة حين تبين أنه ما يزال حيا ولم يمت إلا بعد مضي 15 ساعة على الشروع في استئصال كليته، فأثار الموضوع حالة عدم ارتياح بين الناس.[3]

---

1 – منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2002م، ص 122.

2 – حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، 1975م، ص 169.

3 – ينظر تفاصيل أكثر:حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، 1975م، ص 169.

لذلك فإن الموت وفق هذا المعيار ومن الناحية الطبية يقع حين يموت الدماغ أو بعبارة أخرى حين يموت جذع الدماغ وعندما تنتهي حياة الإنسان، ويصبح جثة يمكن تنفيذ وصيته بنقل العضو منها أو التصرف بالجثة كلها. ودماغ الإنسان يتكون من الآتي ذكره:

أولا- المخ: وهو على نصفين وهو مركز التفكير والذاكرة والإحساس.

ثانيا- المخيخ: وهو يقع أسفل المخ ومن الجهة الخلفية للدماغ ويتولى حفظ توازن جسم الإنسان.

ثالثا- جذع المخ: وهو نسيج شبكي، يتولى التحكم بالمراكز العصبية والقلب والجهاز التنفسي.

وأول من نبه إلى معيار موت الدماغ هم الفرنسيون عام 1959م حين أجريت دراسات طبية تحت عنوان (مرحلة ما بعد الإغماء) ثم أعقبتها المدرسة الأمريكية التي أقرت موت الدماغ بأكمله عام 1968م ، ثم ذهبت الكلية الملكية البريطانية عام 1976م إلى الأخذ بمعيار موت جذع الدماغ، على أساس أن موت المخ والمخيخ قد تبقي حياة الإنسان طالما أن جذع المخ لم يمت وبالتالي تكون للإنسان حياة (نباتية) أو الحياة (العضوية).

وفي عام 1981م أصدر الرئيس الأمريكي رونالد ريغان أمرا بتشكيل لجنة من كبار الأطباء ورجال القانون ورجال الدين؛ لدراسة موضوع موت الدماغ فأصدرت اللجنة قرارها في حزيران من العام المذكور ووافقت 25 ولاية أمريكية على هذا المعيار ثم ارتفع العدد إلى 33 ولاية عام 1983م بينما لم تأخذ الولايات الأمريكية المتبقية إلا بمعيار موت القلب.[1] وهذا يعني أن الشخص يبقى حيا طبقا لقوانين بعض الولايات وميتا حسب قوانين ولايات أخرى.

---

1 - محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم، دمشق والدار الشامية، بيروت، 1994، ص 6.

والإنسان لا يموت في لحظة واحدة، وإنما يموت حتما خلال فترة زمنية ويتحدد الموت الطبيعي بتوقف خلايا الدماغ لأن مركز الحياة في الدماغ لا القلب ومن علامات موت الدماغ وميلاد الجثة ما يلي:

1- الإيماء وعدم الحركة.

2- انعدام الوعي.

3- انعدام راسم المخ الكهربائي.

4- انعدام الانعكاسات.

غير أن هذه العلامات تعرضت إلى الانتقاد من طرف رجال الطب فالإغماء قد يحصل نتيجة تعاطي بعض الأدوية الطبية مثل المنومات وبالتالي فلا يعتبر الشخص المغمى عليه ميتا، كما أن توقف راسم المخ الكهربائي ليس شرطا أساسيا وإنما هو شرط مكمل.[1] كما أن جانبا من الفقه الفرنسي اعترض على قرار وزير الشؤون الاجتماعية الفرنسي الصادر في 25-04-1986 ورفض الركون لمعيار انعدام راسم المخ الكهربائي كمعيار للموت.

إن أنصار معيار موت الدماغ يذهبون إلى أن اجتماع هذه العلاقات المشار إليها يكون الشخص قد فارق الحياة وانفصلت الروح عن البدن وعندها يتحول جذع المخ بعد فترة إلى مادة سائلة في الدماغ، ويعتقدون أنه يستحيل إعادة الحياة لشخص اجتمعت هذه العلامات فيه، حتى وإن ظلت خلايا القلب حية بفعل أجهزة الإنعاش الطبية المتطورة، كما أنه من الناحية الطبية لا يصلح القلب الذي ماتت خلاياه للنقل في جسد إنسان آخر ولا يمكن من الجانب القانوني الإجهاز على إنسان وهو في سكرات الموت لاستئصال أحد أعضائه أو قلبه أو كبده، لأن هذا يشكل جريمة قتل عمد.

---

1 - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2002م، ص 125.

ويظهر جليا ركون المشرع الجزائري في القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990. إلى الاتجاه الأصلح وترك سلطة تقديرية للوزير عن طريق اللوائح التنظيمية من أجل تحديد المعيار المناسب والمتوافق مع أحدث وأدق المستجدات والمقاييس العلمية والطبية وقد وفق إلى حد كبير في ذلك بما أن العلم لم يستقر على معيار موحد وحاسم. و نصت المادة 164 منه:" 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." وقد أخذت استراليا منذ 1968 بهذا المعيار.

وتأسيسا على معيار موت الدماغ أو جذع الدماغ، فإن الحصول على الأعضاء البشرية يكون بعد توقف الدماغ وعدم القابلية للحياة لموت جذع المخ، إذ أن هذا الأخير هو المسؤول عن التحكم في المراكز العصبية للبدن والقلب والجهاز التنفسي وإيصال الأوكسجين للخلايا في الدماغ.

البند الثالث: معيار توقف القلب وموت جذع المخ (الاتجاه الشرعي)

حقيقة الموت والوفاة شرعا: مفارقة الروح للبدن.

وهذا المعنى للموت ما تقتضيه الأدلة من الكتاب والسنة، وتتابع على ذكره أهل العلم، ولم أقف على من خالف فيه. قال النووي (ت 676 هـ): « الموت مفارقة الروح».[1] وقال الشربيني (ت 977هـ): « والموت مفارقة الروح للبدن.»[2]. وقال البهوتي (ت 1015هـ): « والقتل هو فعل ما يكون سببا لزهوق النفس؛ وهو مفارقة الروح للبدن ».[3]

---

1 - أبو زكرياء يحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، 1408هـ ، ص 93.

2 - مغني المحتاج، ج1، ص 329. نهاية المحتاج، ج2، ص 433.

3 - كشاف القناع، ج5 ، ص 504.

وقال ابن القيم (ت 751هـ):« والموت هو مفارقة الروح للبدن، ليس إلاّ»[1].
وقال أيضا الصواب أن يقال: « إن موت النفوس هو مفارقتها لأجسادها، وخروجها منها، فإن أريد بموتها هذا القدر؛ فهي ذائقة الموت. وإن أريد أنها تعدم وتضمحل وتصير عدما محضا فهي لا تموت بهذا الاعتبار، بل هي باقية بعد خلقها في نعيم أو عذاب»

وقال ابن حجر (ت852) في تعريف الموت: « وهو مفارقة الروح للجسد»[2].

ولما كان تحديد لحظة الموت (مفارقة الروح للجسد) في كل من المعيارين السابقين لم يلق قبولا تاما وأن هناك معارضة على كل منهما، فقد نشطت الدول الإسلامية في بحث تحديد تلك اللحظة الفارقة بين الحياة والموت، وصدر قرار رقم 99 في 6-11-1403هـ عن هيئة كبار العلماء في الرياض أجيز بموجبه نقل عضو من جسم الميت إلى جسم الإنسان الحي...وفي عام 1985م، انعقدت في الكويت ندوة عن "بداية الحياة ونهايتها" بإشراف منظمة المؤتمر الإسلامي للعلوم الطبية وتطرقت لموت الدماغ، ثم انعقدت علم 1985 أيضا الدورة الثامنة لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة لبحث الموضوع.

وتنفيذا لتوصيات الدورة الثامنة المذكورة عقد مؤتمر خاص في الأردن للفترة من 22-23 أكتوبر عام 1985 عن موت الدماغ، وفي عام 1986 عقدت في جدة الدورة الثانية لمجمع الفقه الإسلامي ونوقش فيها الموضوع، إلا أنه تأجل البت فيها إلى عام 1986 في شهر صفر 1407هـ ، حين انعقد في عمان مجلس مجمع الفقه الإسلامي وإصدار قراراته التالية:

(يعتبر شرعا أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك، إذا تبين فيه إحدى العلامات التاليتين:

---

1 - أبو زكرياء يحيى بن شرف النووي، المرجع نفسه، ص 94.

2 - شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق سماحة الشيخ عبد العزيز بن الباز، الطبعة 3، المكتبة السلفية، القاهرة، 1407 هـ ج11، ص 346.

1- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تماما وحكم الأطباء بأن التوقف لا رجعة فيه.

2- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل.

وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلا مازال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة).

كما جاء في قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة للفترة من 18-23 جمادى 1408/6-11 شباط **1988** قرار رقم (1) و88/8/4 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم الإنسان آخر حيا أو ميتا كما جاء بشأن معيار الموت ما يلي:

(ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين:

الحالة الأولى- موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلا نهائيا لا رجعة فيه طبيا.

الحالة الثانية- توقف القلب توقفا تاما لا رجعة فيه طبيا فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة.)

والخلاصة فان بعض الدول أخذت – وما يزال البعض منها- بمعيار توقف القلب والجهاز التنفسي وتذهب دولا أخرى إلى الأخذ بمعيار موت الدماغ أو (موت جذع المخ) .

وتذهب بعض الدول إلى عدم الاعتراف بموت الدماغ كاليابان والكيان الإسرائيلي والدنمارك وبعض الدول الإسلامية ، وان هناك بعضا من الدول لم تدرس بعد هذا المعيار مثل والصين ومعظم الدول الإسلامية.

ومع ذلك فان الاختلاف الفقهي والشرعي والطبي ما يزال قائما بشأن استخدام أجهزة الإنعاش المركزة التي أوجدت ما يسمى الآن بالميت الحي أو الموت المقنع(la mort masquée).

لقد ذكر الأستاذ سافاتيه savatier في هذا الخصوص أن الأمر يتعلق بحماية المريض الخاضع للتقنيات الجديدة أي الإحياء الاصطناعي وما ينجم عن ذلك من تسرع بعض الأطباء إلى الإعلان عن الوفاة لاستعمال الجثة أو نقل الأعضاء منها[1]. وما تزال إشكالات يطرحها هذا الموضوع من حيث استخدام أجهزة الإنعاش هل هي لإحياء الموتى أم لاستمرار الحياة؟

ومن جهة أخرى فإن القلب والتنفس قد يتوقف لمدة دقيقتين أو أكثر إلا أن الدماغ يظل بأجزائه سالما فلا يمكن عندها الحكم على شخص بموته.

الفرع الثالث

موقف التشريعات الوضعية من الوصية بالأعضاء البشرية

لا يوجد أدنى شك على صحة الوصية بإرادة الموصي حال حياته في الوصية بعضو من أعضائه أو جثته بعد وفاته وفقا للشروط التي تم ذكرها. فهذا التصرف لا يشكل خرقا لمبدأ حرمة جسد الإنسان طالما أن غايات الإنسان من وصيته تنسجم مع القيم الاجتماعية ولا تتعارض مع النظام العام والآداب . ففي فرنسا أجاز المشرع منذ 1949، الوصية بالعيون إلى مؤسسة عامة أو جهة خيرية لغرض نقل العين وغرسها في جسد إنسان محتاج.

إن الوصية تدخل في عموم التصرفات التبرعية وكنها تنشأ بالإرادة المنفردة وتضيف أثر الالتزام لما بعد الموت.

كما أجاز المشرع المصري صراحة الوصية بالعين بموجب قانون رقم 103 لسنة 1962م (المادة الثانية) وهي تعد الوسيلة الوحيدة في القانون المصري للتصرف المضاف لما بعد الموت.[2]. إلا أن الوصية لا تكون لشخص معين بالذات

---

1 -احمد محمد سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، مصر، 1986، ص107-108.

2 - حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1975م، ص 66.

وإنما أوجبه المشرع المصري بقرار وزير الصحة رقم 654 في 1963م إلى بنك العيون لاستخدام العين للأغراض الطبية.[1]

وفي الكويت ، فإن الوصية من المصادر المهمة للحصول على الكلية بغرض نقلها من الجثة وزرعها في جسد المتلقي طبقا للمادة (2) من قانون رقم 7 لسنة 1983 المنظم لعمليات زراعة الكلى للمرضى بشرط الحصول على الإقرار الكتابي (الشكلية القانونية الكتابية) من الموصي بهذه الوصية، إلا أن القانون لم يبين ما إذا كانت الوصية بالجثة كلها جائزة أم لا ؟ كما لم يحدد الجهة التي تتولى عملية الحصول على الكلية لزرعها.

وطبقا للقانون الجزائري رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 فانه لا يوجد نص صريح يجيز بالجثة للأغراض العلمية والطبية فيما عدا الوصية بالأعضاء لأغراض زرعها للمحتاجين لها. واشترط عدم وجود تعبير كتابي من الشخص قبل وفاته بعدم موافقته على الانتزاع بنص المادة 165. وفي حال عدم وجود ذلك التعبير فانه يجوز الانتزاع بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة ولم تبين درجته، واستثنت من ذلك القرنية والكلية في حال تعذر الاتصال بهم في الوقت المناسب.

وقد أورد قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية العراقي رقم 58 لسنة 1986 في مادته الثانية جواز التصرف القانوني الذي ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي بأعضائه بعد موت الدماغ إذا كانت الوصية مكتوبة. ولم يبين حكم الوصية من القاصر المتزوج، سواء بالنسبة للجثة أو الأعضاء. كما أن قانون مصارف العيون لم يبين طريقة صرف العيون للمستفيدين؛ هل هو حسب الأسبقية أم بحسب المرتبة العلمية والاجتماعية أم أن هناك أولويات أخرى.

---

1 - حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع نفسه، ص 69.

المطلب الثاني

هبة الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

وندرس فيه التعريف بالهبة وأركانها وما حكم هبة العضو البشري في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

الفرع الأول

التعريف بالهبة ومقوماتها

البند الأول: تعريف الهبة

الهبة لغة التبرع والتفضل على الغير، ولو بغير مال أي بما ينتفع به مطلقا سواء كان مالا أو غير مال. وقال تعالى: ﴿ ووهبنا له من رحمتنا أخاه هارون نبيا ﴾[1]. ومعنى الهبة في اصطلاح الفقهاء أنها تمليك المال في الحال مجانا وقيل تمليك المال بلا عوض حال حياة المالك.[2]

وقد أوردت المادة 486 من القانون المدني المصري تعريفا لعقد الهبة فنصت على أن: « الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين »[3]

البند الثاني: مشروعية الهبة

الهبة عقد جائز شرعا وقد ثبت جوازها بالكتاب والسنة؛ أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها ﴾[4] والمراد بالتحية

---

1 – سورة مريم: آية 53.

2 – كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987م، ص145.

3 – وهو نفس نص المادة 454 من التقنين المدني السوري، والمادة 475 من القانون المدني الليبي، كما يتفق مع حكم المادة 601 من القانون المدني العراقي ، والمواد 504 إلى 506 من تقنين المواجبات والعقود اللبناني.

4 – سورة النساء، الآية 86.

العطية، وقيل المراد بها السلام والأول أظهر فان قوله « أو ردّوها » يتناول ردها بعينها ويتحقق ذلك في العطية. وقال تعالى :﴿ **فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه مريئا** ﴾[1] وإباحة الأكل بطريقة الهبة دليل جواز الهبة.

أما في السنة فقد روي عن الرسول - ص- أنه قال:« **الواهب أحق بهبته ما لم يثبت عنها** »[2]، والهبة من باب الإحسان واكتساب سبب التودد بين الإخوان، وإليه أشار رسول الله - ص- بقوله: « **تهادوا تحابوا** »[3].

البند الثالث: مقومات عقد الهبة[4]

وفق تعريف القانون المدني للهبة، فإن لها مقومات أربعة :

1- **أنها عقد ما بين الأحياء**: فلابد في عقد الهبة من إيجاب وقبول متطابقين، وهذا ما يميز الهبة عن الوصية، إذ تنعقد الوصية بإرادة الموصي المنفردة، وله أن يرجع فيها ما دام حيا، في حين انه لا يجوز الرجوع في الهبة إلا في أحوال معينة.

2- **الواهب يتصرف في مال له**: فالهبة تدخل في عقود التبرع إلا أنها تتميز عن باقي عقود التبرع في أن الواهب يلتزم بإعطاء شيء أما في عقود التبرع الأخرى كالعارية والوديعة بغير أجر، والوكالة بغير أجر، والتبرع بأي خدمة، أو عمل آخر فالمتبرع يلتزم بعمل او الامتناع عن عمل.

3- **الهبة تكون دون عوض**: إذا التزم الواهب لا يجب أن يقابله عوض، فالهبة افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له، ويترتب هذا الإثراء على ذلك الافتقار وسبب الإثراء هنا هو عقد الهبة.

---

1 - سورة ، الآية .

2 - الحديث

3 - كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987م، ص 146.

4 - كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، المرجع السابق، ص 147-148.

وكون الهبة دون عوض لا يمنع من قيام الهبات المتبادلة، فكل منهما دون عوض، وكل واهب وهب دون بنية التبرع غير ناظر إلى الهبة الأخرى كعوض عن هبته وينطبق ذلك أيضا على الهدايا المتبادلة في مناسبات معينة.

ويجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين لمصلحة الموهوب له نفسه كأن يهبه مبلغا من المال، ويلزمه بإنفاقه في رحلة علمية يفيد منها أو شراء، أو شراء عقار، أو سندات مالية يدخرها.

4ـ **وجود نية التبرع**: وهو العنصر المعنوي في الهبة، فمن يوفي بالتزام طبيعي لا يكون متبرعا، وإنما يوفي دينا، وإن كان لا يجيز على الوفاء به، فتصرفه في هذه الحالة وفاء لا هبة. وتنتفي نية التبرع في عطايا المكافأة كالعطايا المقدمة للإثابة عن خدمة أو صنيع، كنفع خادم مبلغا من المال مكافئة على إخلاصه. وقد يعطي الشخص المال ولا يقصد به التبرع المحض بل جني منفعة مادية أو أدبية فتنتفي نية التبرع ولا يكون التصرف هبة، كمن يعطي مالا لإنشاء مدرسة ويشترط أن تسمى باسمه.

الفرع الثاني

الحكم الشرعي لهبة أو التبرع بالأعضاء البشرية

البند الأول: الحكم الشرعي الإجمالي للتبرع أو هبة الأعضاء البشرية

إن التبرع بالعضو الآدمي يقتضي نقل ما تعلق بهذا العضو من حق الله تعالى وحق العبد. فلا يصح شرعا تصرف العبد بحقه إذا تعلق به حق الله تعالى إلا إذا اجتمع مع إذن العبد بنقل حقه مسوغ شرعي يسمح بنقل حق الله تعالى معه. والمسوغ الشرعي، هو أن يكون هذا التصرف وسيلة متعينة لإحياء حق أعظم لله تعالى في الموضع المنقول إليه.

ومحصلة ذلك أن التبرع بالعضو الآدمي لا يكون مشروعا إلا إذا كان سببا مؤكدا لدفع مفسدة عظمى عن المتبرع له إذا قيست بالمفسدة الواقعة على المتبرع

بسبب أخذ العضو منه؛ لأن معنى هذا دفع مفسدة عظمى عن حق الله المتعلق بجسد الأول، بتحمل مفسدة أخف منها على حق الله المتعلق بجسد المتبرع.[1]

فإذا اجتمع مع هذا إذن المتبرع بإسقاط حقه، فإننا نكون أمام صورة يجوز فيها التصرف بالحق المشترك بين العبد وربه. بسبب إذن العبد فيما يتعلق بحقه، وقيام المسوغ الشرعي فيما يتعلق بالله تعالى.

ويقتضي مما تقدم أن يكون التبرع بالعضو محرما إذا كان سببا في تفويت حياة المتبرع مهما كانت المصلحة التي يحققها في جنبه المتبرع له، لان مصلحة هذا التبرع لا يتصور أن تكون أعظم من مفسدته، حتى وإن ترتب على ذلك حفظ حياة المتبرع له؛ إذ على فرض ذلك تكون المصلحة المحققة مساوية للمصلحة الفائتة، والحقيقة أنها أقل منها؛ لان وضع العضو الآدمي في أصل خلقته خير من وضعه المستحدث فضلا عما يقتضيه التبرع من تكاليف زائدة.

كذلك يقتضي مما تقدم أن يكون التبرع بالعضو مأذونا فيه شرعا إذا كان سببا مؤكدا لإنقاذ المستفيد من الموت، ولم يترتب عليه وفاة المتبرع أو تعريضه للهلاك، لان في حفظ الروح حفظا لجميع حقوق الله تعالى المتعلقة بالجسد صاحب تلك الروح، ومصلحة حفظ هذه الحقوق أعظم من مصلحة حفظ حق الله تعالى في جسد المتبرِّع على العضو المتبرَّع به.[2]

كذلك يقتضي مما تقدم أن يكون التبرع مشروعا إذا كان نافعا لكل من المتبرع والمتبرع له، أو لم يكن له إي اثر ضار على صحة المتبرع وكان فيه نفع لمتبرع له في صحته.

هذا ومما ينبغي ملاحظته عند القيام بعملية الوزن للمفاسد والمصالح المترتبة على التبرع أن الذي يوضع في كفتي الميزان منها هو ما كان متعلقا بالناحية الصحية دون النظر إلى المعاني الأخرى في طرفي التبرع؛ فلا يجوز أن يوضع في

---

1 - محمد نعيم ياسين، أبحاث في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1419هـ-1999م، ص 158.

2 - محمد نعيم ياسين، أبحاث في قضايا طبية معاصرة، المرجع نفسه، ص 159.

الميزان معاني الفقر والغناء والجهل والذكورة والأنوثة والصغر والكبر ونحو ذلك، لان الحق في عصمة الجسد يتساوى فيه الناس في حكم الشرع ، ولا يفرق فيه بينهم بناءا على تلك المعاني؛ ألا ترى أن الشرع أغفلها في تشريع القصاص، فأوجبه على كل معتد مهما تميز عن ضحيته في تلك الأمور.

ولكن يرد هنا أن المتبرع إذا كان فاقدا لتلك العصمة، بأن كان محكوما عليه بالإعدام لا محالة، فان هذا يعتبر في عملية الوزن ، ويترتب على اعتباره إغفال جميع المصالح الصحية للمتبرع عند القيام بتلك العملية، ويبقى في الميزان الاعتبارات والمصالح الأخرى للمتبرع كحقه في عدم تعذيبه والتمثيل به.

وقد لاحظ فريق من الفقهاء هذا المعنى فيما سبق ذكره عندما أباحوا للمضطر قتل المهدر دمه والأكل من لحمه لإنقاذ نفسه.

البند الثاني: شروط جواز التبرع بالعضو الآدمي في منظور الشريعة

لما كان الأساس الذي بني عليه القول بإباحة التبرع بالعضو الآدمي هو قاعدة ارتكاب أخف الضررين لدفع الأشد منهما، فإن الشروط التي يجب توفرها للقول بهذه الإباحة مشتقة في معظمها من الشروط العامة لتطبيق تلك القاعدة وهي:

1- إمكان تقدير الضرر المراد دفعه على وجه التأكد.

2- إمكان تقدير الضرر الذي يراد ارتكابه.

3- أن يكون الفرق بين الضرر المراد دفعه والمراد ارتكابه فرقا واضحا ومؤكدا.

4- أن يتعذر في الواقع دفع الضررين معا.

فمن هذه الشروط العامة لتطبيق تلك القاعدة يمكن اشتقاق شروط جواز التبرع بالعضو البشري، وهي:

أ- اهتداء العلماء المختصين إلى قياس علمي صحيح ومنضبط لمقدار المفاسد العاجلة والآجلة التي تترتب على قطع العضو من المتبرع.

ب- اهتداء العلماء المختصين إلى قياس علمي صحيح ومنضبط للمفسدة الواقعة على الشخص المراد التبرع له بالنظر إلى حالته المرضية.

ت- اهتداء العلماء المختصين إلى قياس علمي صحيح ومنضبط للمصالح التي تتحقق للمتبرع لع بنقل العضو المتبرع به إليه.

وهذه الشروط الثلاثة ضرورية لإمكان المقايسة بين المفاسد والمصالح المترتبة على القطع والنقل وتلك المترتبة على عدم التبرع ، وهي أمور تخضع لمدى التقدم العلمي في مجال الطب، ويختلف تطبيقها العملي من عضو لآخر.

ث- أن تكون نتيجة الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على تنفيذ التبرع، وتلك المترتبة على إبقاء الحال على ما هو عليه، ظاهرة بصورة جلية لتفوق مصالح التبرع على مصالح الإبقاء.

ج- أن يكون التبرع بالعضو هو السبيل الوحيد لإنقاذ المتبرع له مما هو فيه، فان وجد سبيل آخر لم يكن التبرع مشروعا؛ وذلك لأن إعمال قاعدة تحمل أهون المفسدتين لا يصح في الشرع إذا أمكن دفعهما معا؛ يقول العز بن عبد السلام :" إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فان أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك، وإن تعذر الدرء والتحصيل، فان كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة..."[1]

ح- ويشترط لجواز التبرع بالعضو الآدمي أن لا يكون هذا التبرع سببا لتفويت حق آخر لله غير حقه على العضو المتبرع به، كما لو أدى التبرع إلى مفاسد اجتماعية أو خلقية تتعارض مع مقصد من مقاصد الشريعة، مثال ذلك التبرع بالمني؛ فإنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب؛ وهي مفسدة اجتماعية حاربها الشرع.

خ- أن يكون التبرع له ممن عصم الشرع دماءهم، وهم المسلمون وأهل الذمة والعهد من الكفار ؛ فلا يجوز التبرع لكافر حربي ولا لمرتد، ولا لزان

---

1 - عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الشرق للطباعة، مصر، 1986م، ج1، ص 98.

محصن وجب عليه الحد الشرعي، ولا لقاطع طريق قاتل، ولا لقاتل متعمد استحق عليه القصاص، ولم يسقط بسبب من أسباب السقوط.

د- أن لا يكون التبرع سببا أكيدا للإساءة للكرامة الإنسانية، ويعتبر كذلك إذا كان التبرع بالعضو لجهة يغلب على ظن المتبرع أنها تتاجر بأجزاء الجسد الإنساني، وتستغل حاجة المرضى لبعض هذه الأجزاء ، وتتخذ ذلك أسلوبا للربح؛ وذلك أن أعضاء الإنسان لا توصف بالمالية؛ ليس لأنها غير نافعة إذا فصلت عن الجسد ، فقد غدا نفعها عظيما بعد تمكن الأطباء من غرسها، ولكن مراعاة لكرامة ابن آدم.

ذ- أن يكون المتبرع كامل الأهلية عند التبرع وعند البدء بتنفيذه وإجراء عملية الأخذ منه، أما عند التبرع فلأن التصرفات القوليّة لناقص الأهلية تعتبر باطلة، ولا يعتد بها. وأما عند إجراء التنفيذ فلان التبرع لا يكون لازما بحسب القواعد الفقهية إلا بالتنفيذ، وقبل ذلك للمتبرع أن يرجع عن تبرعه، فإذا صار المتبرع مجنونا قبل إجراء العملية كان في هذا شبهة ترد على إذنه؛ إذ يحتمل لو كان عاقلا أن يرجع عن تبرعه؛ وإن صدر ذلك عن وليه أو الوصي.

ر- ولما كان القول بإباحة التبرع بالعضو الآدمي استثناءا من الأصل ومشروطا بشروط وقيود كثيرة، فان تنفيذ عمليات غرس الأعضاء المبنية على التبرع ينبغي أن يكون تحت إشراف مؤسسات رسمية، مؤهلة علميا وخلقيا؛ ليمكن التحقق من جميع الشروط والمبررات، ولا ينبغي أن يترك هذا الأمر للمؤسسات الخاصة والأفراد؛ خوفا من التجاوز المتعمد أو التقصير.[1]

البند الثالث: تطبيقات للحكم الإجمالي على التبرع من الأحياء

الفقرة الأولى: التبرع بما يتجدد من أجزاء الجسم

لا يكاد الباحث يجد صعوبة في تطبيق ما يبق ذكره من قواعد الشرع على

---

1 - محمد نعيم ياسين، أبحاث في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1419هـ-1999م، ص 165.

التبرع بالدم ونخاع العظام وأجزاء من الجلد وغير ذلك مما يمكن للجسم الإنساني أن يعوضه، حيث لا يتسبب أخذها إلى أية أضرار دائمة للشخص المتبرع، في الوقت الذي تؤدي فيه أنواع هذا التبرع، وبخاصة التبرع بالدم، إلى منافع عظيمة لا يقاس بها ما يتحمله المتبرع من بعض المنغصات الآنية؛ فإن القول بجواز التبرع بهذه الأجزاء نتيجة أكيدة لذلك التطبيق، إذا كان هذا التبرع وفق الشروط التي تمنع الضرر عن المتبرع وعن المستفيد.[1]

الفقرة الثانية: التبرع بالأعضاء التي يتوقف عليها استمرار الحياة

لا يجد الباحث الشرعي صعوبة في معرفة حكم التبرع بالعضو الذي تتوقف عليه حياة المتبرع، كالقلب والرئتين والكلية إذا كانت أختها تالفة؛ لأن التبرع بشيء من هذه الأعضاء يؤدي إلى الموت يقينا؛ فهو انتحار؛ وهو من أعظم المعاصي، وليس له أي مسوغ شرعي، مهما أصاب الإنسان من الأمراض والآلام؛ فإن الشرع لم يأذن له بالانتحار للتخلص من الآلام الشديدة.[2]

الفقرة الثالثة: التبرع بعضو ليس له مثيل في الجسم ولا تتوقف عليه الحياة

إذا كان العضو المتبرع به وحيدا في جسم المتبرع، فالأصل أنه لا يجوز التبرع به لشخص آخر، وإن كان فقده لا يفضي إلى الموت، سواء أكان وحيدا بأصل الخلقة كاللسان، والقضيب، والبنكرياس، أم صار وحيدا بسبب تلف أصاب الأفراد الأخرى من هذا العضو، كمن فقد عينا وبقيت له أخرى، فلا يصح التبرع بها شرعا؛ لأن المصلحة التي يحققها هذا المتبرع في جسم المستفيد لا تزيد عن مصلحة بقاء هذا العضو في جسم صاحبه، ومفسدة التبرع أكثر من المفسدة الواقعة.

غير انه قد يتصور في بعض الأعضاء المنفردة في الجسم التي لا تتوقف عليها الحياة أن يفقد العضو وظيفته الأساسية بالنسبة لصاحبه، ويبقى صالحا في ذاته،

---

1 - محمد نعيم ياسين، أبحاث في قضايا طبية معاصرة، المرجع نفسه، ص 167.

2 - محمد نعيم ياسين، أبحاث في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1419هـ-1999م، ص 168.

بحيث لو نقل إلى شخص آخر لاستعاد تلك الوظيفة في الوقت الذي لا يترتب على نقله ضرر بليغ لصاحبه، وذلك كالرحم إذا تلفت مبايض صاحبته، وصار من المقطوع به عجز هذه المرأة عن إفراز أية بييضة، لا في الحاضر ولا في المستقبل، فيمكن القول في هذه الحالة بجواز تبرع هذه المرأة برحمها لامرأة تلف رحمها، وعندها مبايض سليمة، وذلك على أن الرحم لا دخل له في الأنساب، ولا يؤدي التبرع به إلى اختلاطها وعلى فرض أن استئصاله لا يسبب أية علة جسدية، وأن عملية غرسه أقرب إلى النجاح من الفشل ووجدت الطمأنينة ببراءة الرحم من بييضة قديمة فيها حياة أو منوي قديم فيه حياة، فبهذه الشروط تكون المفسدة المدفوعة بالتبرع، أعظم بكثير من المفسدة الواقعة بسببه، فلا يبعد القول بالجواز في هذه الحالة.[1]

الفقرة الرابعة: التبرع بعضو له مثيل في الجسد

هذا النوع لا يمكن ضبطه بقاعدة واحدة، ولا يمكن إعطاؤه حكما واحدا، ولابد فيه من التفصيل؛ لاختلاف أثر فقده وأثر غرسه باختلاف أفراده، ولكن يمكن تصنيفه إلى ثلاث حالات:

الحالة الأولى:

أن يكون التبرع بالعضو سببا أكيدا لإنقاذ المستفيد من الموت، ولا يترتب عليه إحداث علل مستمرة في المتبرع، كالتبرع بإحدى الكليتين، فأغلب الظن جواز مثل هذا التبرع بشروط أهمها انتفاء خطر السّراية عن المتبرع بيقين، وتحقق غلبة الظن بنجاح عملية الغرس في المتبرع لهن وهذان الشرطان يقتضيان تحقق شروط تفصيلية يعرفها أهل الاختصاص، وكل ما لزم عند أهل الاختصاص لتحققهما فهو شرط لصحة التبرع .

الحالة الثانية:

أن يكون التبرع بالعضو الذي له مثيل في الجسد سببا لإنقاذ حياة المستفيد، ولا يؤدي إلى وفاة المتبرع بصورة مباشرة، لكنه يجعل حيا ة المتبرع غير مستقرة،

---

1 - محمد نعيم ياسين، أبحاث في قضايا طبية معاصرة، المرجع نفسه ، ص 170.

وإنما مهددة بالعلل والمخاطر الصحية في الوقت الذي لا يمنح فيه المستفيد حياة مستقرة وإنما حياة قلقة ومهددة أيضا، فهذا لا يجوز كالتبرع بإحدى الرئتين لمن تلفت رئتاه فلو افترض إمكان غرس إحداهما قبل وفاة المستفيد فأن هذا التبرع لا يحقق مصلحة زائدة لمجموع الجسدين على تلك المصلحة القائمة في جسد الباذل قبل البذل، لان مصلحته حياة قلقة مهددة بخطر الموت لكل من الاثنين.

الحالة الثالثة:

أن لا يكون التبرع بالعضو الذي له مثيل في الجسد سببا في إنقاذ المستفيد من الموت، ولا يترتب عليه موت المتبرع، كالتبرع بقرنية العين، والتبرع بطرف من الأطراف ونحو ذلك، وهذه يندرج تحتها ثلاث صور[1]:

الصورة الأولى: التبرع بجميع أفراد العضو، فهذا لا يصح؛ إذ هو كالتبرع بالعضو المنفرد الذي لا مثيل له في الجسد من حيث تفويت جنس منفعة ذلك العضو، ولا يحقق مصلحة زائدة للمستفيد، ولا فرق في هذه الصورة بين أن يكون التبرع لشخص واحد أو أكثر.

الصورة الثانية: أن يكون التبرع بفرد واحد من أفراد العضو لشخص أعور، فحكم هذه الصورة كسابقتها وهو عدم الجواز؛ إذ ليس في هذا التبرع زيادة منفعة عن الوضع الأصلي يسوغ نقل حق الله تعالى المتعلق بالعين.

الصورة الثالثة: أن يكون التبرع بفرد واحد من أفراد العضو لشخص يفتقد جنس منفعة هذا العضو المتبرع به، كتبرع ذي العينين بإحداهما لشخص أعمى، وتبرع ذي اليدين بيد واحدة لمن قطعت يداه كلتاهما. وهذه الصورة تحتمل النظر والنقاش، لاشتمالها على عدة اعتبارات منها:

أن المصلحة الجسدية المباشرة التي يحققها هذا التبرع في المستفيد أقل من المصلحة التي خسرها المتبرع إذا غض الطرف عن النتائج غير المباشرة؛ لأن العضو الآدمي في مكانه الخلقي الأصيل يظل أعظم منه في مكانه المستحدث.

---

1 - محمد نعيم ياسين، أبحاث في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1419هـ-1999م، ص 172.

ومن جهة أخرى فإننا نجد أن الأعضاء التي جعل الله لها فردين اثنين متفاوتة في الأثر المترتب على فقد أحد هذين الفردين، وذلك بانتقاص فاعليتها أكثر من النصف، كالرجلين مثلا؛ فان مجموعهما في الإنسان يحقق له من المنافع أكثر من ضعف ما يحققه وجود إحداهما دون الأخرى.

وهناك اعتبار آخر، وهو أن التقدم العلمي قد خفف كثيرا من المفاسد المترتبة على العاهات، وسخر للمصابين بها من البدائل الصناعية والوسائل المعينة ما يستحق أن يوضع في الميزان عند القيام بعملية الموازنة.

فإذا أضفنا إلى ما تقدم مخاطر النزع والغرس، فإننا بذلك كله نكون أمام اعتبارات متضاربة، لا يمكن معها التأكد من وجود المسوغ للقول بإباحة التصرف بحق الله المتعلق بعضو المتبرع، ويبقى الاحتياط في هذه الصورة يفرض نفسه على المفتي، ومعنى الاحتياط تحكيم الأصل في التصرف بالأعضاء الآدمية، وهو التحريم، لما قدمنا من أن الأصل في التصرف بحق الله هو عدم الجواز إلا لمسوغ.

الفقرة الخامسة: التبرع بالأعضاء التناسلية

يقصد بالأعضاء التناسلية أجزاء الجسد الإنساني التي تسهم بصورة من الصور في عملية الإنجاب، وهي المبايض والرحم في المرأة والخصيتان والقضيب في الذكر، ويلق بذلك مني الرجل وبويضات المرأة؛ وهي مختلفة عن غيرها لتعلقها بمقصد شرعي خاص، وهو حفظ الأنساب من الاختلاط.

ولذلك حرم كل تصرف يؤدي إلى تكوين النسل الإنساني خارج الإطار الشرعي وهو الزواج، والذي عن طريقه يتم التقاء مني الرجل ببويضة المرأة وهو ما يؤدي إلى تكوين النسل، ويقتضي ذلك تحريم أي التقاء خارج ذلك الإطار، وعلى هذا الأساس يستنبط حكم التبرع بالأعضاء البشرية التناسلية:

1- فأما الرحم فقد تقدم أن التبرع به من الحي لا يجوز إلا في حالة واحدة، وهي أن يكون المتبرع امرأة تلفت مبايضها بصورة نهائية، ولا فائدة ترجى من رحمها فتتبرع به لإمرأة تلف رحمها وعندها مبايض سليمة.

2- كذلك يحرم التبرع بالقضيب من الحي أيضا؛ لأنه عضو وحيد في الجسد، والتبرع به لا مصلحة زائدة عن واقع الحال[1]، وأغلب الظن عدم جواز قياسه في حال عقم صاحبه على الرحم الذي تلفت مبايض صاحبته، لأن القضيب له وظائف أخرى أساسية غير كونه مجرى يجري فيه مني الرجل.

3- وأما التبرع بالمني فإنه يؤدي إلى مصادرة المقصد الشرعي الذي ذكرناه آنفا حيث يؤول إلى تكوين النسل عن طريق الزواج، فلا مجال للقول بجوازه مطلقا.

4- وكذلك التبرع ببويضة المرأة يرد عليه ما يرد على المني فيكون حراما.

5- وأما التبرع بالخصيتين أو إحداهما، فإن تطبيق القاعدة السابقة على المعطيات الطبية، في تفسير وظائف الخصية يقتضي القول بتحريم هذا التبرع أيضا، لأن الخصية المصنع المتكامل الذي ينتج النطاف، وأنها عند إنتاجه ذاتيا لا تحتاج إلا لأوامر الغدة النخامية، ولا تحتاج إلى أية مواد خارجية في تصنيعها. فالتبرع بها يؤدي إلى اختلاط الأنساب.[2]

6- وكذلك الأمر بالنسبة لمبيض المرأة؛ حيث يرى أهل الطب أن البويضات بعد التبرع تعود كالحيوانات المنوية إلى المتبرع، وليس إلى المتلقي.

الفرع الثالث

موقف الفقه المدني من هبة الأعضاء البشرية

يرى جانب من الفقه، وهم أنصار معصومية جسد الإنسان، عدم جواز المساس بسلامة جسم الإنسان لأي غرض كان عدا العلاج الطبي لجسم الإنسان الذي تتحقق فيه مصلحته الراجحة.

وإذا كان الرأي قد استقر في دول عديدة مثل الجزائر ومصر وفرنسا على

---

1 - محمد نعيم ياسين، أبحاث في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1419هـ-1999م، ص 174.

2 - محمد نعيم ياسين، أبحاث في قضايا طبية معاصرة، المرجع نفسه، ص 175.

جواز نقل الأعضاء وزرعها، وأن قلة من الفقهاء تذهب إلى جواز نقل الأعضاء وزرعها، وأن قلة من الفقهاء تذهب إلى الحصول على هذه الأعضاء من طريق البيع والشراء وفقا لتسعيرة الدولة على نحو ما تقدم بيانه، إلا أن الإجماع يكاد يكون كاملا في جواز عقد الهبة بهذه الأعضاء من الواهب (Donneur) إلى المتنازل إليه أو المتلقي أو الموهوب له نظرا لوجود البواعث الدافعة الرئيسية بالأعضاء القائمة على التضحية ونكران الذات والإيثار ، وهي من الأخلاق الفردية والاجتماعية التي تصلح سببا للالتزامات المدنية لكونها سببا مشروعا.

إن القوانين التي تنظم عمليات غرس الأعضاء البشرية تجيز الهبة بهذه الأعضاء وتطلق عليها مصطلح التبرع، وقد أوضحنا أن التبرع وصف يلحق التصرف القانوني للدلالة على انتفاء العوض وهو يشمل هبة الالتزام ، وعقد الإعارة ، وعقد الوكالة بدون أجر وعقد الوديعة بدون مقابل وغيرها، فالصحيح أن يقال هبة الأعضاء البشرية.

فالقاعدة في هذا المجال أن أي التزام مدني يلزم أن يكون له قاعدة أخلاقية[1] يرتكز عليها حتى تحدث النتيجة القانونية المطلوبة. فالأم التي تهب كليتها لابنها إنقاذا لحياته فإن التزامها المدني هذا يقوم على قاعدة أخلاقية أساسها الحب والتضحية ونكران الذات والفداء وهي بواعث نبيلة، مما يجعل الالتزام بها مشروعا؛ حتى وإن كان يمثل مساسا بسلامة كيانها البدني، لاسيما وان تنازلها ذلك لا يعرض حيتها للهلاك ولرجحان المصلحة على المخاطر، وينقذ حياة الولد.

ولابد من التذكير هنا أن عقد الهبة من المتنازل وإن كان ملزما لجانب واحد لما فيه من التبرع إلا أنه قد يكون ملزما لجانبين إن كان معاوضة سواء وقع التنازل عن الجزء أو العضو البشري من قريب أو من بعيد للموهوب له طبقا للقواعد العامة، وهو فوق ذلك من العقود الشكلية إذ يوجب الكتابة (الإقرار التحريري) من التنازل.

---

1 – منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2002م، ص 81.

إن الإقرار التحريري هو شكلية قانونية كتابية وهو بلا شك ركن في انعقاد الهبة، أوجبها المشرع لاعتبارات كثيرة منها التثبت من صحة رضا المتنازل والتذكير بخطورة العمل الذي يقدم عليه. وما هذه الشكلية القانونية التي فرضها القانون إلا استثناء على الأصل العام الذي يقضي بانعقاد العقد عند قيام أو استجماع أركانه الأساسية.

وفيما يخص الفقه المدني الفرنسي فان الأستاذ سافاتييه savatier يرى أن يكون التصرف في الأعضاء البشرية التي يمكن التصرف بها تبرعا - وهو يقصد الهبة المجانية - ويشترط لذلك أن لا يكون المتنازل محترفا في مجال التنازل عن الدم، فهو يبغي من المتنازل عن دمه الكسب المادي، ويقترح قبول الدم من هؤلاء المحترفين، وهو لا يحبذ استخدام عبارة بنك الدم أو بنك العيون لأن مثل تلك العبارات تثير في الذهن كون أعضاء البدن محلا للمعاملات المالية والتجارية وهو ما يجب استبعاده إلا أن تقديم المتلقي المكافأة للمتنازل لما بذله من وقت وجهد عن هبة الدم للمستفيد أو عن أحد الأعضاء لا يؤثر في شرعية التصرف فالأصل عدم جواز التصرف بالجسد والاستثناء هو أن يكون من دون مقابل.[1]

إن عقد الهبة من التصرفات القانونية النافعة نفعا محضا في حق الموهوب له إلا أنها من التصرفات الضارة ضررا محضا في حق الواهب؛ لأنها تمس سلامة الجسد حتى عند وجود المقابل أو المكافأة، لأن العوض المذكور لن يغير من جوهر عقد الهبة سوى أنها تكون ملزمة للجانبين عند وجود المقابل غير أن نية التبرع تظل قائمة وهو العنصر المعنوي. ولهذا فإن تطبيق القواعد العامة للعقد، وقواعد عقد الهبة بوجه خاص يطرح للنقاش مسألة الأهلية القانونية المطلوبة وضرورة توافرها كاملة عند الواهب وبأن يكون كامل الأهلية وقوي الإدراك وغير محجور عليه، حتى يكون التعبير عن الإرادة من الواهب صحيحا.

ومن جهة أخرى فإن رضا الواهب وقبوله بالمخاطر يجب أن يكون خاليا من العيوب المؤثرة في صحة الرضا كالإكراه والغلط ، وليس ضروريا أن يكون

---

1 -حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1975م، ص 128-130.

الموهوب له كامل الأهلية حتى وإن قدم مقابلا ماليا نظير الدم أو العضو البشري الذي يحتاجه، إذ قد يكون فاقدا للوعي ولا إرادة له، وليس له إدراك أو ضعيف الإدراك.

ويطرح السؤال ها هنا حول حكم استغلال الطيش أو الهوى الجامح أو عدم الخبرة أو ضعف الإدراك واستدراج المتنازل لكي يهب كلية أو قرنية أو الدم مثلا؟ بل ما هو حكم استغلال حاجة المتنازل للمال ومعرفة المتلقي لهذه الحاجة فيقدم المتنازل على منح العضو أو الجزء منه تحت وطأة الحاجة.

وإن كان الاختلاف في نطاق الفقه المدني ليس كبيرا بشأن الهبة من كامل الأهلية بجزء من جسده أو عضو منه لأنه قوي الإدراك ويفهم عواقب الأمور أثناء الحياة شرط أن يكون الباعث مشروعا لا التخلص من الخدمة العسكرية مثلا أو الحصول على مكاسب مادية أو الشهرة أو الأضواء، فإن هذا الاختلاف الفقهي كان موجودا بصورة ملحوظة بخصوص الهبة وهي تصرف ضار ضررا محضا في جسده وصحته ونفسيته تكون صحيحة ؟ وما حكم هبة القاصر المتزوج والقاصر المأذون ؟

إن بعض التشريعات أغفلت بيان حكم هذه الحالات، كما سيتضح لنا في المبحث التالي، ونعتقد أن هبة ناقص الأهلية ، ضعيف الإدراك، لصغر السن أو لعارض من العوارض المؤثرة في الإدراك كالجنون، والسفه، والعته، والغفلة تكون باطلة.

وبطلان هبة الضعيف الإدراك أصل عام يقرر حماية له سواء في ماله أو في أعضائه أو في دمه لأنه محدود الإرادة لا يفقه حقيقة ما يقدم عليه، وما سيترتب من نتائج خطيرة ناجمة عن المساس بالجسد. إلا أنه يستثنى من ذلك حالة التنازل للشقيق بعد موافقة الولي[1]، وللضرورة التي يقتضيها العلاج الطبي وبصورة يثبت فيها نجاح العملية بالموازنة بين المصالح والخطر من أجل إنقاذ حياة الشقيق من هلاك محقق.

---

1 – منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002م، ص 84.

يضاف إلى ذلك أن هذا الحكم يسري على القاصر المأذون له في القيام بها، لأن ولاية الصبي المأذون محصورة بالمال وليس له أية ولاية على روحه أو جسده.

أما القاصر المتزوج فإنه ليس له الولاية الكاملة على أمواله، ولا على جسده وهو بمنزلة القاصر المأذون لأن الزواج لا يغير من إدراكه شيء فيقويه، ولذا فإنه يخضع لحكم ضعيف الإدراك فيما يخص التنازل عن الدم أو العضو البشري، بل إن الزواج في مثل هذه العمر لابد أن يقوم على أسس هشة سرعان ما تتهدم لان الزواج رابطة إنسانية نبيلة يفقه مضمونها من بلغ هذا العمر ولا يدرك الأعباء والمسؤوليات الجسيمة الناتجة عن هذه الرابطة مما يجعلنا نقول ان الزواج في هذا العمر أمر يلزم عدم تشجيعه.[1]

الفرع الرابع

الموقف التشريعي الوضعي من هبة الأعضاء البشرية

يعتبر القانون اللبناني الخاص بغرس الأعضاء البشرية رقم 109 الصادر في 16-09-1983 من القوانين المتشددة في مجال خطر البيع لهذه الأعضاء ووضع الشروط حتى في حالة هبة المتنازل بالعضو البشري. فقد جاء فالمادة الأولى من القانون المذكور الخاص بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية ما يلي:

« يسمح بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من جسم أحد الأحياء لمعالجة مرض أو جروح شخص آخر وفقا للشروط الآتية مجتمعة:

أولا- أن يكون الواهب قد أتم الثامنة عشر من عمره.

ثانيا- أن يعاين من قبل الطبيب المكلف بإجراء العملية، والذي ينبهه إلى نتائج العملية وأخطارها ومحاذيرها ويتأكد من فهمه لكل ذلك.

ثالثا- أن يوافق الواهب خطيا وبملء حريته على إجراء العملية.

---

1 - منذر الفضل، المرجع نفسه، ص 85.

رابعا- أن يكون إعطاء الأنسجة أو الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة. »

ومن الطبيعي أن العملية لا يجوز إجراؤها لمن لا تسمح حالته الصحية بذلك وأن المستفيد قد عبر عن إرادته أي أن يكون الإيجاب قائما وبصورة تحريرية مسبقة. وأن مخالفة هذه الشروط تعرض الطبيب للعقوبة الجنائية مع الغرامة.[1]

ونصت المادة 2 من مشروع القانون العربي الموحد لعملية زراعة الأعضاء البشرية المقترح من اللجنة الفنية في مجلس وزراء الصحة العرب بجلسته المنعقدة عام 1986 ما يلي: « يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون الأهلية قانونا ويكون التبرع أو الوصية صادران بموجب إقرار كتابي موقع منه بذلك. »

كما نصت المادة الثالثة على ما يلي: « لا يجوز نقل عضو من أعضاء الجسم إذا كان هو العضو الأساسي في الحياة حتى ولو كان بموافقة المتبرع. »

كما جاءت قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الصادرة في شباط 1988 مؤكدة هذا الاتجاه فبينت الحكم الشرعي حيث جاء في الفقرة الرابعة من القرار رقم (1) د 4-8-1988 الخاص بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حي أو ميت ما يلي: «يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر ».

وفي ما يخص هبة الأعضاء البشرية، فإن التشريعات الطبية الوضعية العربية والأجنبية توجب الكتابة كشرط لانعقادها ويلزم الحصول على إقرار القبول من الواهب تحريريا[2]. فالهبة ليست عقدا رضائيا، وإنما أصبحت من العقود الشكلية خلافا للقواعد العامة في عقد الهبة للدلالة على خطورة التصرف من الواهب والتثبت من صحة رضاه.

---

1 - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002م، ص 86.

2 - المرجع نفسه، ص 88.

لم يستعمل المشرع الجزائري مصطلح الهبة بل استخدم التبرع للدلالة على التنازل دون مقابل من الواهب للموهوب له، وذلك ربما لشيوع مصطلح التبرع وخاصة بالدم، وذلك في قانون حماية الصحة وترقيتها الخاصة بزراعة الأعضاء البشرية؛ قانون رقم 85-05 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990، والذي طرحه المشرع كأساس للحصول على الأعضاء البشرية بقوله في المادة 162 من نفس القانون: « لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر »، فهو افترض عملية الانتزاع لا تكون إلا من متبرع، وهذا المصطلح يعتبر غير دقيق كما سبق وان ذكرنا؛ فيستحسن استعمال مصطلح الهبة، لأن التبرع وصف يلحق التصرف القانوني للدلالة على انتفاء العوض وهو يشمل هبة الالتزام ، وعقد الإعارة ، وعقد الوكالة بدون أجر وعقد الوديعة بدون مقابل وغيرها، فالصحيح أن يقال هبة الأعضاء البشرية، كما سبق وأن أشرنا.

- ولقد وفق المشرع بالإشارة على عدم جواز انتزاع الأعضاء التي يؤدي انتزاعها إلى هلاك المتبرع، في إشارة منه إلى الأعضاء المنفردة، والذي فيه ضرر جسدي جسيم وهو يعد من جرائم الأذى ضد البدن، ولو انه كان من الأجدى ذكرها بالتعيين كالقلب والكبد والتي يفضي التبرع بها إلى الهلاك في حق الأحياء،وهو قصور ينبغي النص عليه صراحة.

- وقد وفق أيضا في تبيان حكم تبرع الشخص ضعيف الإدراك بأحد أعضاءه، وهو تصرف يمس بالحق في السلامة الجسدية ويتعارض مع حرمة جسد الإنسان ، حيث نص في المادة 163 من ذات القانون :« يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل ».

- وقد اشترط المشرع للقبول بعملية التبرع أن تكون هي الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، واشترط أيضا قبول المستقبل لذلك معبرا عن ذلك بحضور الطبيب رئيس المصلحة وشاهدين اثنين. وقد

أورد تفصيلات مهمة في حال عدم القدرة عن التعبير عن الرضا لسبب من الأسباب وأوكل ذلك إن أمكن لأحد أعضاء الأسرة كتابيا.

- أورد المشرع حالة الضرورة القاهرة كاستثناء من الأصل وسماها بالظروف الاستثنائية، أو في حال تعذر الاتصال بالممثلين الشرعيين للمستقبل الذي يستطيع التعبير عن موافقته والتي أوردها المشرع وفق أحكهم الفقرة الخامسة من المادة 166.

- أكد القانون على ضرورة أن تتولى مصلحة أو لجنة طبية خاصة تتشكل بهذا الخصوص والمنوط لها البت في السماح بإجراء العملية من عدمه، والتي تجرى في مستشفيات مرخص لها مسبقا من طرف الوزير المكلف بالصحة. وذلك ما نصت عليه المادة 167 من نفس القانون.

وفي الإجمال فإن المشرع الجزائري بإصداره هذا القانون قد سد الكثير من الثغرات والمنافذ للعمليات المشبوهة والتي يكون محلها الجسم البشري أو أحد أعضائه، وربما يكون التشريع الوحيد في المنظومات العربية التي طرح تكاملا في معالجة مسألة التبرع بالأعضاء البشرية والتعامل معها بموجب القانون المذكور أعلاه، إضافة إلى نصه في قانون العقوبات المعدل بموجب القانون 09-01 على مجمل العقوبات الملحقة بمخالفة هذا التشريع ساري المفعول.

المطلب الثالث

بيع العضو البشري بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

وقد سبق وأن تناولنا هذه المسألة في معرض حديثنا عن حكم المتاجرة بالأعضاء البشرية، وتناولنا بالتفصيل حكم مسألة البيع في القانون المدني والقوانين والتشريعات الوضعية ومنها القانون الجزائري، ورأي الشرع في المسألة، ونذكر فيما يلي أ هم الشروط التي أوردها أصحاب رأي جواز بيع الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي، وهي كالآتي:

1- ألا يكون في بيعها تعارض مع الكرامة الإنسانية، بحيث لا تكون الغاية من ذلك الربح والتجارة والتداول.

2- أن يدفع البائع ببيع عضوه مفسدة أعظم من مفسدة فقد العضو نفسه.

3- ألا يكون بيع العضو متعارضا مع نص شرعي خاص كالشعر أو مبدأ شرعي آخر غير ما ذكر كمني الرجل.

4- ألا يكون هناك أي بدائل صناعية للأعضاء الآدمية تقوم مقامها وتغني عنها.

5- أن يكون البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة رسمية وموثوقة للتحقق من توافر هذه الشروط.

6- أن يكون بيعها من أجل الانتفاع بها بمثل ما خلقت له وألا تباع لمن يعلم أنه يستعملها في ذلك.

7- تحقق الضرورة لا انتظارها.

8- تقدير الضرر الواقع على المشتري من عدم شرائه للعضو بشهادة طبيبين مسلمين ليسا من أصحاب المصلحة المباشرة في عملية النقل هذه.

9- أن يكون البيع هو الوسيلة الوحيدة للحصول على العضو.

وما تجدر الإشارة إليه هنا أن المشرع الجزائري قد رفض تماما فكرة المقابل المادي في عملية نقل الأعضاء شواء في قانون الصحة رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 وذلك بنص المادة الأولى منه رقم 161 فقرة 2 والتي نصت على أنه : « لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية »[1]. أو من خلال قانون العقوبات الجديد المعدل والمتمم بموجب القانون 09-01 حيث جرم الحصول على عضو أو حتى أنسجة أوخلايا أو حتى جمع مواد من جسم شخص من شخص آخر على قيد الحياة أو ميت مقابل دفع مبلغ مالي أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وذلك من خلال المواد من 303 مكرر 16 إلى المادة303 مكرر 29.

---

1 - المادة 161/ 2 من قانون الصحة رقم 85-05.

المبحث الثاني

التصرفات غير المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية والعقوبات المقررة لها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

ونتناول فيه مطلبين هما:

المطلب الأول:التصرفات غير المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية والعقوبات المقررة لها في التشريع الجزائري.

المطلب الثاني: العقوبات المقررة لتلك التصرفات في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

التصرفات غير المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية والعقوبات المقررة لها في التشريع الجزائري

وندرس في هذا المطلب جرائم إحداث عاهة مستديمة ، جريمة السرقة ن والمتاجرة بالأعضاء البشرية وأهم العقوبات المقررة لها في قانون العقوبات الجزائري.

الفرع الأول

جريمة إحداث عاهة مستديمة

جرمت التشريعات الوضعية الاعتداء الحاصل على جسم الإنسان والذي يتكون كما أسلفنا من مجموعة من الأعضاء، حيث اعتبر تلك الاعتداءات جرائم مستقلة وجدت لها مكانا في القوانين العقابية تحت عنوان جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة لأن الاعتداء على العضو البشري يعني الاعتداء على الجسم والذي هو محل الحماية.

وقد نص قانون العقوبات الجزائري على هذه الأفعال بالتجريم[1] . وبهذا يكون قد أحاط جسم الإنسان بالحماية من أجل المحافظة على أعضائه بغرض أداء دورها الذي خلقت من أجله، سواء أكانت تلك الأفعال قد أدت إلى نقص في الجسم أو من الآلام التي تصيبه أو في دور تلك الأعضاء.

ولكن الذي يهمنا من نصوص التجريم من أفعال الاعتداء، وهو فعل الاعتداء الذي يؤدي إلى نقص في وظائف الجسم عن طريق قطع جزء من أحد الأعضاء أو استئصال عضو كامل من أعضاء الجسم، فقد نصت المادة 264 من قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون 06-23 على أن:« كل من أحدث عمدا

---

1 - تناول المشرع جرائم أعمال العنف العمدية في الباب الثاني تحت عنوان الجنايات والجنح ضد الأشخاص، ضمن القسم الأول بعنوان القتل العمد والقتل مع سبق الإصرار والترصد وقتل الأصول والأطفال والتسميم والتعذيب في جزء أعمال العنف العمدية.

جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوما.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحرم الفاعل من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر.

وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.

وإذا أفضى الضرب أو الجرح الذي أرتكب عمدا إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات ».

ونصت المادة الموالية على أنه: « إذا وجد سبق إصرار وترصد فإن العقوبة تكون السجن المؤبد إذا حدثت الوفاة، وتكون السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا أدت أعمال العنف إلى فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أي عاهة مستديمة أخرى وتكون السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 264 ».

كما أورد قانون العقوبات في مادته 1/275 ما يلي : « يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار كل من سبب للغير مرضا أو عجزا عن العمل الشخصي وذلك بأن أعطاه عمدا وبأية طريقة كانت وبدون قصد إحداث الوفاة مواد ضارة بالصحة ».

ومن خلال هذه النصوص والتي يتم التركيز عليها في موضوعنا هذا لا يمكن تصور وقوعها لغرض الاستيلاء على العضو البشري من قبل الجاني لا تتعدى ذلك. فالاستيلاء على العضو البشري من قبل الجاني قد يؤدي إلى وفاة المجني عليه الأمر الذي يوقعه تحت النص الأول في فقرته الأخيرة، أو يؤدي فعله

إلى إحداث عاهة مستديمة الأمر الذي تنهض معه مسؤولية وفق المواد الأخرى 264 و 275 من نفس القانون، وهاتان الجريمتان نبحث أركانهما بشكل مشترك مع التركيز على خصوصية إحداث عاهة مستديمة.

البند الأول: أركان جريمة إحداث عاهة مستديمة

الفقرة الأولى: الركن المادي: فعل الاعتداء

ويتمثل بفعل الاعتداء على سلامة الجسم وقد استعمل المشرع للتعبير عن فعل الاعتداء على سلامة الجسد الجرح والضرب، وإعطاء مواد ضارة بالصحة[1]. ولكن الذي نحتاج للتركيز عليه في واقعة الاستيلاء على العضو البشري يكون عن طريق الجرح، حيث لا يمكن انتزاع عضو من أعضاء الجسم بدون إحداث جرح في الجسم سواء أكان العضو المراد انتزاعه خارجيا أي ظاهرا كالجلد أو كان داخليا كالكلية.

والجرح يقصد به كل قطع أو تمزيق أنسجة الجسم ظاهريا أو باطنيا، وأيا كان سببه أو جسامته، إذا حدث من جسم خارجي من أداة قاطعة كالسكين أو واخزة كالإبرة، أو أي سلاح مدبب، أو سلاح ناري أو أية آلة راضّة كالعصا[2]. فإذن المقصود بالجرح هو القطع أو التمزق الذي يحصل في جلد الإنسان أو في أنسجة الجسم[3]. والقطع في الحقيقة هو تمزق لأنسجة الجسم الخارجية أو الداخلية، وأن لفظ الجرح ينصرف إلى كل قطع أو تمزيق يلحق بأي جزء من أجزاء الجسم، وبصورة عامة يعتبر جرحا كل مساس مادي لجسم الإنسان من شأنه أن يؤدي إلى تغيرات مادية ملموسة في أنسجة الجسم[4]. وطالما أن القطع ينال

---

1 - احمد كامل سلامة، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص-، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، 1987، ص 76.

2 - عبد الحميد الشواربي، جرائم الإيذاء في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 1986، ص 261.

3 - محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط7، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1975، ص 241.

4 - حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978، ص 211.

من أنسجة الجسم لا يهم بعد ذلك الأثر الذي أحدثه سواء أكان التمزيق كبيرا أم صغيرا، أدى إلى خروج الدم معه أم لا. إذ يكتفي من أن الدم قد تدفق داخل الجسم، فقد لا يؤدي التمزيق إلى خروج الدم إلى خارج الجسم، بل يخرج من الأنسجة التي تقطع في الداخل وتحت الجلد، ويستوي الأمر كذلك دون النظر إلى الآلة المستعملة في الجرح سواء أكانت قاطعة بطبيعتها كالسكين، أو غير ذلك من الآلات غير المعدة للقطع كالآلات الحديدية التي تستخدم للضرب إلا أنها تؤدي إلى حصول القطع، ويدخل في مدلول الجرح الرضوض والتسلخ والعض والكسر والحرق[1].

وإن الاستيلاء غير المشروع على العضو البشري لا يمكن تصور وقوعه إلا عن طريق القطع، فالاستئصال يحتوي القطع والذي سبق الإشارة إليه في المواد السابقة.

الفقرة الثانية: القصد الجنائي

إن جريمة الجرح المفضي إلى الموت أو المفضي إلى عاهة مستديمة من الجرائم العمدية، ولذلك يتوفر لقيامها القصد الجنائي لدى الفاعل.

ويتعين توافر القصد الجنائي في جريمة الضرب المفضي إلى الموت، كما هو الحال بالنسبة للطبيب الذي يقوم باستئصال أحد أعضاء جسم المجني عليه إلا أنه لم يكن قاصدا قتله إلا أن أثر فعله يؤدي إلى وفاة المجني عليه، فإن القصد الجرمي في هذه مثل الحالة ينصب على علم الجاني بأركان الجريمة وبخطورة فعله إضافة إلى إرادته للفعل والنتيجة.

فالجاني يجب أن يكون عالما بأن فعله ينصب على جسم إنسان حي. أما إذا لم يكن كذلك فلا يكون القصد الجرمي متوافرا لديه، فالطبيب الذي يقوم باستئصال أحد أعضاء الجسم من شخص مغمى عليه معتقدا أنه ميت بناء على شهادة وفاة، فلا يكون مسؤولا عن جريمة عمدية. ويتعين كذلك من أجل توافر

---

1 - ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات -القسم الخاص-، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، العراق، 1988، ص 223.

القصد الجنائي أن يكون الجاني مدركا لخطورة فعله على المجني عليه في سلامة جسمه، إضافة إلى ذلك يجب أن تنصرف إرادته إلى فعل الاعتداء وإلى النتيجة وهي إحداث الجرح دون أن يكون قصده منصرفا إلى إزهاق روح المجني عليه، فالطبيب الذي يقوم بإجراء عملية للمجني عليه بقصد انتزاع أحد أعضاء جسمه بشكل غير مشروع إلا أن فعله أدى إلى موته لا يكون مسؤولا عن جريمة قتل عمدية وإنما ينطبق عليه حكم الجرح المفضي إلى الموت، ولكن لو كانت إرادته منصرفة إلى فعل القتل نكون أمام جريمة قتل عمدي وليس جريمة جرح مفضي إلى الموت، علما أن المشرع الجزائري لم يكتف بالقصد العام في هذه الجريمة بل قرنه بضرورة توفر القصد الخاص وهو قصد إزهاق الروح.

الفقرة الثالثة: النتيجة الإجرامية

تعتبر النتيجة الإجرامية ركنا من أركان جريمتي الجرح المفضي للموت وجريمة الجرح بقصد إحداث عاهة مستديمة.

ففي الجريمة الأولى (إحداث عاهة مستديمة) يجب أن يترتب عن فعل الجاني إزهاق روح المجني عليه مباشرة أو بعد فترة من الزمن من فعل الاعتداء. أما في الجريمة الثانية يجب أن تتحقق العاهة المستديمة بالجني عليه، والعاهة المستديمة لم تعرفها أغلب التشريعات الجزائية[1]. بل أعطت صورة العاهة المستديمة بالقول: « وتتوفر العاهة المستديمة إذا نشأ عن الفعل قطع أو انفصل عضو من أعضاء الجسم أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو نقصها أو جنون أو عاهة في العقل أو تعطيل أحد الحواس تعطيلا كليا أو جزئيا بصورة دائمة أو تشويه جسم لا يرجى زواله أو خطر حال على الحياة ». وعليه فان قطع العضو كليا من قبل الجاني يجعله مسؤولا عن هذه النتيجة وهي العاهة المستديمة أو حتى إذا كان الاستئصال قد وقع على جزء من العضو البشري كمن يقوم بقطع جزء من الجلد.

---

1 – تعرضت المادة 240 من قانون العقوبات المصري لذكر أهم حالات العاهة المستديمة بالقول: (قطع أو انفصال عضو أو فقد منفعته أو كف البصر أو فقد أحد العينين) وأردفت عبارة (أو أي عاهة مستديمة يستحيل برؤها) وقد وردت هذه الصورة على سبيل المثال.

والعاهة المستديمة كما يعرفها البعض بأنها:« فقد عضو من أعضاء الجسم أو فقد منفعته أو إضعافها أو فقد حاسة من الحواس أو إضعافها بصورة دائمة »[1].

وعليه فان فقدان العضو كليا أو جزئيا يعتبر عاهة مستديمة. وكذلك لو أدى فعل الجاني إلى فوات المنفعة من العضو البشري كمن يقوم بإصابة الأذن الداخلية ولو قام المجني عليه بوضع سماعة بغرض تعويض المنفعة التي فقدها العضو. وقد ذهبت محكمة النقض المصرية بذات الاتجاه في تعريفها للعاهة المستديمة بالقول: « أنها فقد أحد أعضاء الجسم أو أحد أجزائه أو فقد منفعته أو تقليلها بصفة مستديمة».[2]

ويلاحظ من تعريف العاهة المستديمة بأنها عبارة عن فقدان عضو من أعضاء الجسم سواء أكان ذلك كليا أو جزئيا ولا يشترط فقدان العضو من الجسم بل يمكن أن نكون أمام عاهة مستديمة في حالة تعطيل العضو عن أداء دوره، حيث أن الجسم يباشر مجموعة من الوظائف عجز دائم تحققت العاهة المستديمة بشرط أن تكون إصابة العضو غير قابلة للشفاء. وإن هذا الأمر لا يثير صعوبة في حالة فصل العضو عن الجسم، ولكن الصعوبة تكمن في حالة إمكانية إعادة العضو إلى وضعه قبل الاعتداء بسبب تدخل العلم لتعويض الجسم عن العضو الذي تناقصت وظيفته، في مثل هذه الحالة نبقى أمام عاهة مستديمة لأن التدخل الجراحي هو بغرض التقليل من آثار العاهة المستديمة لأن هذا التدخل لا يبرأ ولا يرجع العضو المفقود أو منفعته بالشكل الذي كان عليه قبل الاعتداء[3]، فالاستعانة بذراع صناعية بدلا من الذراع الطبيعية أو الاستعانة بسماعة بدلا من الأذن الطبيعية يبقي العاهة المستديمة.

ولكن يطرح السؤال هل نكون أمام عاهة مستديمة إذا كان التدخل الطبي قادرا على أن يبرأ العضو الذي تناقصت منفعته بسبب العدوان ؟ في الحقيقة لا

---

1 – فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات-القسم الخاص-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص255.

2 – نقض جنائي 1/ 11/ 1966، مجموعة أحكام محكمة النقض، ج17 رقم 199، ص 1061.

3 – نقض جنائي 1/ 6/ 1966، مجموعة أحكام محكمة النقض، ج17 رقم 191، ص 1061.

نكون أمام عاهة مستديمة إذا استطاع التدخل الجراحي أن يمحو أثر العدوان تماما بشرط أن لا يجبر الشخص على التدخل الجراحي إذا كان هناك تخوف من قبل المجني عليه وكان لتخوفه أسباب مشروعة.[1]

الفقرة الرابعة: العلاقة السببية

وأخيرا يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين فعل الاعتداء والنتيجة الجرمية التي وقعت، ففي جريمة الجرح المفضي إلى الموت الذي حصل بسببه فعل الاعتداء، أما إذا انتفت تلك العلاقة فلا تقوم مسؤولية الجاني عن فعل الإيذاء المفضي إلى الموت.

أما بالنسبة إلى جريمة الجرح المفضي إلى عاهة مستديمة يجب أن تتوفر العلاقة السببية بين فعل الجرح والنتيجة التي تحققت وهي حصول العاهة المستديمة. وبعبارة أخرى يجب أن تنسب النتيجة إلى السلوك الذي أتاه الجاني[2]. أما إذا انتفت هذه العلاقة فلا يكون الجاني عند قيامه بفعل الاعتداء قصده منصرفا إلى إحداث العاهة المستديمة، ولذلك يجب أن تتصل تلك العاهة بذلك السلوك.

البند الثاني: مسؤولية الجاني عند استئصال العضو البشري

بعد إيضاح أركان جريمتي الجرح المفضي إلى عاهة مستديمة والجرح المفضي إلى الموت والتي يمكن تصور وقوعها في حالة قيام الجاني بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من الأحياء أو الأموات بشكل غير مشروع، ولابد أن نحدد العقوبة التي يتعرض لها الجاني، علما بأن هذه الجريمة لا يمكن تصور وقوعها إلا من طرف الطبيب الذي يرتكب فعل الأخذ، لأنه هو القادر على ذلك لغرض الاستفادة من العضو المنزوع، إلا أنه مع ذلك يمكن أن يشاركه في فعل الاعتداء

---

1 - نقض جنائي 1/ 6/ 1966، مجموعة أحكام محكمة النقض، ج17 رقم 132، ص 120.

2 - ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات -القسم الخاص-، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، العراق، 1988، ص 239.

أشخاص آخرون، الأمر الذي يؤدي إلى وقوعهم تحت المسؤولية الجنائية في حالة تحقق صورة من صور الاشتراك التي نصت عليها القوانين العقابية[1].

من خلال معاينة القوانين التي أجازت نقل الأعضاء البشرية وزرعها للأشخاص الذين يحتاجون إليها، نلاحظ أن هذه التشريعات قد نصت على عقوبة جزائية في حالة مخالفة أحكام تلك القوانين، ومن هذه التشريعات العراقي، اللبناني[2]، والكويتي[3]، في حين سكتت قوانين أخرى كالتشريع الجزائري في القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 حيث لم يرفق تلك النصوص المنظمة لعمليات نقل وزرع للأعضاء البشرية تاركة ذلك للقواعد العامة والقوانين العقابية التي تحدد العقوبة في حال الاستيلاء على الأعضاء البشرية بشكل غير قانوني ، نجد أيضا القانون الفرنسي رقم 1181 لسنة 1976 والخاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية.

ونص المشرع الجزائري على العقوبات الموافقة لتلك الأفعال في قانون

---

1 - حددت المادة 42 من قانون العقوبات الجزائري صور الاشتراك بالنص على أنه (يعتبر شريكا في الجريمة م لم يشترك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك.)ونصت المادة 44/ 1 على أنه (يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة.) ومن خلال النصوص أعلاه نستطيع إلحاق أشخاص آخرين من غير الأطباء تحت طائلة المسؤولية الجزائية عن طريق تحقق صورة من صور الاشتراك، كما لو أن شخصا حرض الطبيب على إجراء استئصال كلية شخص بغرض المتاجرة بها أو بغرض زرعها في جسم إنسان آخر وذلك بصورة غير مشروعة، أو أن الشخص اتفق أو ساعد الطبيب على أجراء مثل هذه العمليات.

2 - نصت المادة 7 من المرسوم الإشتراعي رقم 109 لسنة 1983 على أنه (كل من يقدم على أخذ الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون مراعاة الشروط المذكورة في هذا المرسوم الإشتراعي يتعرض لعقوبة الحبس من شهر حتى سنة وبغرامة من ألف حتى 10 آلاف ليرة أو إحدى هاتين العقوبتين.).

3 - نصت المادة 5 من القانون رقم 7 لسنة 1983 والخاص بعمليات زراعة الكلى للمرضى على أنه (يعاقب كل مخالف لهذه القانون والقرارات المنفذة له بالحبس مدة لا تتجاوز 3 سنوات وبغرامة مالية لا تزيد على 3آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى.).

العقوبات المعدل والمتمم بموجب آخر تعديل وهو القانون 09-01 في الباب الثاني منه بعنوان الجنايات والجنح ضد الأفراد، من الفصل الأول: الجنايات والجنح ضد الأشخاص، في القسم الأول: القتل العمد والقتل مع سبق الإصرار والترصد وقتل الأصول والأطفال والتسميم والتعذيب، الجزء 2: أعمال العنف العمدية.

ففي المادة 264 منه أورد أن :« كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج ، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوما.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحرم الفاعل من الحقوق الواردة في المادة 14 من سنة إلى خمس سنوات على الأكثر.

وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار أحد العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات.

وإذا أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمدا إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر (10) إلى عشرين (20) سنة. »

وكما سبق واشرنا فإن عمل الأطباء يدخل في فعل الجرح الذي يجرى على أنسجة الجسم من اجل استئصال العضو البشري والانتفاع به، مما يؤدي إلى:

1- جريمة إحداث عاهة مستديمة في الفقرة 3 من المادة أعلاه والتي عقوبتها السجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات.

2- أو الجرح المفضي إلى الموت في الفقرة 4 من نفس المادة ، والتي يعاقب عليها أيضا بالسجن المؤقت من عشر (10) إلى عشرين (20) سنة،ولكن هنا من دون توفر القصد الجنائي من طرف الطبيب المؤدي إلى النتيجة المذكورة. لكن إذا كان الطبيب يتوقع حصول الوفاة عند انتزاع العضو البشري كأن يكون

استئصال ذلك العضو من العمليات الخطرة ومع ذلك قبل المخاطرة بها فإن الطبيب يسأل عن جريمة القتل مع العمد الموصوف في القوانين العقابية حسب نص المادة 261 من قانون العقوبات الجزائري، إضافة إلى ظروف التشديد عن وجدت سب الواقعة المرتكبة وظروف الجاني. فالقصد الاحتمالي تقوم به المسؤولية العمدية عن الجريمة التي يتحقق فيها، فهو إذن قصد جنائي تقوم به الجريمة العمدية، والقصد الاحتمالي هو توقع الجاني للنتيجة الإجرامية كأثر ممكن للفعل الذي قام به وقبول تلك النتيجة، إي بعبارة أخرى توقع النتيجة وقبول المخاطرة بها.[1]

ثم إن جريمة استقطاع العضو البشري في أغلب الأحيان ترتكب بسبق إصرار، أي أن الطبيب يخطط لمثل هذا الأمر، ولكن يمكن أن لا تكون كذلك، فالطبيب الذي يقوم بإجراء عملية جراحية بغرض استئصال ورم سرطاني في الكلية وأثناء لإجراء العملية يكتشف عدم وجود ورم سرطاني في الكلية وأن الانتفاخ حاصل نتيجة وجود أكياس مائية، ومع ذلك يقوم باستئصال الكلية لغرض الانتفاع بها معطيا إياها للغير، وبشكل عام فإن فعل الطبيب إذا رافقه سبق إصرار فيعتبر ذلك ظرفا مشددا للعقوبة. فحسب نص المادة 265 من قانون العقوبات الجزائري، فإن فعل الاعتداء معاقب عليه بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وفي حالة وجود ظرف تشديد كسبق الإصرار أو الترصد تكون العقوبة السجن المؤبد إذا حدثت الوفاة.

وتتحقق كذلك مسؤولية الشركاء بالعقوبة المقررة للجريمة التي وقعت، حيث أن الشريك يعاقب بنفس عقوبة الفاعل الأصلي وفقا للتشريع الجزائري[2]. وتسري على الشركاء الظروف الموضوعية اللصيقة بالجريمة التي من شأنها تشديد العقوبة أو تخفيفها سواء أكان يعلمون بها أم لا. أما الظروف الشخصية فلا تسري على غير صاحبها سواء كان فاعلا أو شريكا والذي تتصل به تلك الظروف.

---

1 -محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، دار النهضة العربية، القاهرة ط4، 1977، ص 644.

2 - ينظر المادة 44 من قانون العقوبات الجزائري المعدل بقانون 09-01.

إن الاعتداء على العضو البشري بالجرح لغرض إحداث عاهة مستديمة وهو الأمر الغالب، لأن انتزاع العضو البشري بحد ذاته يؤدي إلى إحداث عاهة مستديمة، لأن إرادة الفاعل قد اتجهت إلى إحداث العاهة المستديمة عن طريق بتر العضو البشري كما أوضحنا سابقا.

ويبقى هناك سؤال حول مدى إمكانية نهوض المسؤولية الجنائية للمستشفيات التي تمارس عملية التصرف غير المشروع بالأعضاء.

في الحقيقة أن مسؤولية الأشخاص الاعتبارية كانت مقررة منذ القدم، فقد صدر في فرنسا عام 1670 مرسوم يبين الإجراءات التي تتبع في محاكمة القاطعات والمدن والقرى جنائيا، ويوضح العقوبات التي يحكم بها كالغرامة والحرمان من الامتيازات وإزالة المباني والأسوار. وقد لاقت مسؤولية الشخص المعنوي اعتراضات كثيرة منها أن الشخص المعنوي في حقيقة الأمر شيء خلالي عديم الإرادة وأن العقوبات التي تطبق عليه غير صالحة للتطبيق، إضافة إلى ذلك أن غاية العقوبة الإصلاحية لا تجدي نفعا مع الشخص الاعتباري.[1]

وعلى أية حال فإن التشريعات المدنية ومنها التشريع الجزائري قد أقامت مسؤولية الشخص الاعتباري بما يتلاءم مع الشخص الاعتباري، فقد نصت المادة 18 مكرر والمعدلة بالقانون 06-23 : « العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح هي:

1- الغرامة التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.

2- واحد أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حل الشخص المعنوي.

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

---

1 - ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص-، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، العراق، 1988، ص 398-402.

- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

- نشر وتعليق حكم الإدانة.»

وعليه فإن المستشفيات التي تجري فيها عمليات استئصال الأعضاء البشرية بشكل غير مشروع تقع عليها مسؤولية جزائية بشرط أن تتبع للقطاع الخاص. والعقوبات المحكوم بها تتلائم وطبيعة تلك المؤسسات. وفي كل الأحوال فإن ذلك لا يمنع من معاقبة الأشخاص الذين يعملون في المستشفى إذا توافرت شروط الاشتراك في جريمة استئصال الأعضاء البشرية.

الفرع الثاني

جريمة سرقة الأعضاء البشرية

بعد أن أوضحنا التكييف القانوني للاعتداء غير المشروع على العضو البشري عن طريق الاستئصال، يتبقى تتبع فعل الاستيلاء غير المشروع على العضو البشري بعد انتزاعه، حيث أن الجاني عند قيامه بفعل الاعتداء على العضو بالفصل يستهدف في مرحلة موالية إلى الاستيلاء عليه، الأمر الذي ينهض معه إمكانية مسائلة الجاني الذي استولى على العضو البشري عن جريمة سرقة ذلك العضو، على الرغم من أن الإنسان كما هو معروف لا يمكن أن يكون محلا للسرقة لأنه لا يعتبر مالا كما أوضحنا، وقد أصبحت هذه القاعدة عامة منذ إلغاء الرق. ولذلك نبحث في هذا الفرع ماهية السرقة وتحديد أركانها بقدر تعلق الأمر بتحديد نوع التصرف الواقع على العضو البشري المتصل بغرض التصرف فيه.

البند الأول: تعريف السرقة

تعرف السرقة لغة بكونها أخذ الشيء من الغير خفية، وهو لا يختلف عن تعريف السرقة شرعا حيث أنها اخذ مال الغير على وجه الخفية.[1]

---

1 -احمد الكبيسي، أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1971.

أما على المستوى القانوني فقد عرف المشرع الجزائري السارق، أي القائم بالجرم وليس الجريمة في المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: « من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا»، وعرفها المشرع اللبناني بكونها :« أخذ مال الغير المنقول دون رضاه، إن القوى المحرزة تنزل منزلة الأشياء المنقولة في تطبيق القوانين الجزائية.»، وعرفتها المادة 399 من قانون العقوبات الأردني بأنها:« أخذ مال الغير المنقول دون رضاه». ومن خلال هذه التعاريف نلاحظ بأنها جميعا تركز على تحديد موضوع السرقة، وهو مال الغير المنقول، وكذلك توضح ركنها المادي وهو فعل الأخذ دون الرضا، إلا أنها تغفل الركن المعنوي، والذي هو القصد الجرمي باستثناء القانون العراقي الذي تضمن نية المال حيث عرفها بقوله:« اختلاس منقول مملوك للغير بنية تملكه»[1]، وهو لا يخرج في حدوده عن التعريفات القانونية آنفة الذكر.

البند الثاني: أركان جريمة السرقة

من خلال التعريفات التي تم إيرادها يمكن استنباط أركان جريمة السرقة، وهي:

الفقرة الأولى: الاختلاس

وهو الركن المادي في جريمة السرقة، والاختلاس يعني أخذ الشيء وهو في مدلوله القانوني يتحقق بإنهاء الحيازة الثابتة للمجني عليه على الشيء وإنشاء حيازة جديدة، وعليه فإن جوهر الأخذ هو تبديل الحيازة.[2]

وقد عرف الفقيه الفرنسي "قارسون" الاختلاس بأنه عبارة عن الاستيلاء

---

1 – عوض محمد،جرائم الأشخاص والأموال،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985، ص 214.

2 – محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني، دار النهضة العربية، مصر، 1984، ص 67.

عن حيازة الشيء على غير علم وبدون رضا مالكه السابق، وأن الاختلاس يعني اغتيال الحيازة بركنيها المادي والمعنوي في نفس الوقت[1].

وعليه فان الاختلاس يتحقق بتوافر العنصر المادي والمعنوي، حيث أن العنصر المادي هو عبارة عن الفعل أو الحركة المادية التي يتم بها نقل حيازة الشيء أو أخذه أو نزعه من مالكه أو حائزه إلى حيازة الجاني الشخصية أيا كانت وسيلة ذلك سواء بيده أو بأي وسيلة أخرى[2]. وعليه فإن العنصر المادي لا يتحقق إذا كان المال في حيازة الجاني ابتداءا أو أن المال قد سلم إلى الجاني تسليما صحيحا أو بناءا على خطأ أو كان مشوبا بالغش، أما العنصر المعنوي فيتحقق عندما يكون انتقال الحيازة إلى الجاني بغير رضا مالك الشيء أو حائزه، ولذلك لا يتحقق الاختلاس في حالة وقوع الفعل برضا المالك، حيث أن الرضا ينفي الاختلاس.[3]

الفقرة الثانية: القصد الجرمي

السرقة شأنها شأن كثير من الجرائم والتي لا يمكن تصور وقوعها إلا إذا كان الجاني متعمدا، ولذلك يجب توافر القصد الجرمي من أجل نهوض مسؤولية الجاني ولكن ما هو القصد الجرمي الواجب توافره في جريمة السرقة، هل هو القصد الجنائي العام والمتمثل بالعلم والإرادة أم لابد من وجود قصد جنائي خاص لدى الجاني، فمن خلال فحص النصوص التجريمية نلاحظ بأن هذه لم تكتف بكون الجاني بأخذ الشيء مع علمه مع علمه انه مملوك للغير وبدون رضاه بل يلزم إضافة إلى ذلك نية تملك الشيء وهذا هو القصد الخاص الواجب توافره في هذه الجريمة. وعليه فإن القصد في جريمة السرقة ينحصر في قيام العلم عند

---

1 - محمد مصطفى القللي، شرح قانون العقوبات في جرائم الأموال، ط10، مطبعة فتح إله إلياس نوري وأولاده، مصر، 1939، ص26.

2 - ماهر عبد الشويش، الاستيلاء على أعضاء الجسم البشري، بحث مقدم إلى كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 1994، غير منشور، ص3.

3 - ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص -، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، العراق، 1988، ص 272.

الجاني وقت ارتكاب الجريمة بأنه يختلس المنقول المملوك للغير من غير رضا مالكه بنية امتلاكه لنفسه.[1]

الفقرة الثالثة: محل الاختلاس

أما من ناحية الركن الثالث والذي هو محل الاختلاس، وهو العضو البشري فيشترط فيه أن يكون مالا منقولا مملوكا للغير وحيث أننا تطرقنا إلى صفة المال في باب التكييف القانوني للعضو البشري، حيث انتهينا إلى أنه يكون مالا إضافة إلى كونه منقولا.

البند الثالث: المسؤولية الجنائية عن سرقة الأعضاء البشرية

إن التشريعات الجزائية لم تورد نصا خاصا لمثل هذه الحالة، حيث أن التشريعات الخاصة بنقل وزراعة الأعضاء لم تحدد حكما جزائيا سوى النص على عقوبة الشخص الذي يخالف أحكام تلك القوانين؛ الأمر الذي يلزمنا بالرجوع إلى الأحكام العامة في قانون العقوبات: ومن خلال هذا القانون نستطيع أن نخلص إلى أن الطبيب الذي يقوم بانتزاع العضو البشري يعتبر مرتكبا لجريمة عاهة مستديمة ابتداءا على اعتبار أن الجاني كان قاصدا إحداث عاهة مستديمة بقيامه باستئصال العضو البشري[2]. ولكن هل يكون مسؤولا عن جريمة أخرى عند قيامه بالتصرف بالعضو البشري، وإذا كان الأمر كذلك فما هو التكييف القانوني لهذه الجريمة، وهل نكون أمام تعدد للجرائم وما نوع هذا التعدد ؟

لغرض توضيح هذه الأمور بشكل دقيق يجب أنم نميز بين فعل القائم بالاستئصال في حالة كونه مشروعا من عدمه، فإذا كان فعل انتزاع العضو البشري مشروعا، كأن يكون القيام به مأذونا به إلا أنه قام بالاستيلاء على العضو

---

1 - محمد مصطفى القللي، شرح قانون العقوبات في جرائم الأموال،ط10،مطبعة فتح إله إلياس نوري وأولاده،مصر، 1939، ص56.

2 - حسني عودة الزعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001،ص 86.

البشري والتصرف فيه بالشكل الذي أراده فلا يكون الفاعل مسؤولا عن فعل الاستيلاء على العضو البشري [1].

أما إذا كان الطبيب مأذونا باستئصال عضو معين في الجسم إلا أنه خالف ذلك وقام باستئصال عضو آخر غير المتفق عليه، كأن يقوم الطبيب بانتزاع كلية اشخص في حين كان الإذن منصبا على إحدى الرئتين، أو أن الطبيب كان مأذونا بإخراج حصى من الكلية إلا انه قام باستئصال الكلية دون أن تكون هناك حاجة طبية لذلك، بل كان الباعث على ذلك الحصول على مقابل مادي من الشخص المريض الذي ستزرع له الكلية.

في مثل هذه الحالات لا يعتبر الطبيب مأذونا الأمر الذي ستنهض معه مسؤوليته الجزائية عن جريمة إحداث عاهة مستديمة عند قيامه بانتزاع العضو البشري. ولا يعفى من المسؤولية إلا عن مسؤوليته عن الإيذاء الذي أحدثه في جسم المجني عليه، لأنه في الحقيقة يكون قد اعتدى على سلامة الجسم، إلا أن هذا الاعتداء قد برره القانون وكان ذلك برضا المجني عليه. أما مخالفته للاتفاق الذي حصل مع المريض باستئصال عضو معين وقيامه باستئصال عضو آخر يعرضه إلى المسؤولية الجزائية، وكذلك الأمر في المثال الثاني حيث أن الطبيب يكون غير مأذون، الأمر الذي يؤدي إلى نهوض مسؤوليته الجزائية عن جريمة إحداث عاهة مستديمة والتي أوضحناها سابقا. ولكن ما هو مدى مسؤوليته عن فعل الاستيلاء على العضو البشري والتصرف فيه ؟

ذهب البعض إلى أن الطبيب في حالة الاستقطاع من أجل الاستيلاء على العضو البشري يوجب قيام مسؤوليته الجنائية عن جريمة إحداث عاهة مستديمة، لأن الطبيب خالف الشروط التي يجب أن تتوفر عند استئصال الأعضاء البشرية والتي نصت عليها القوانين الخاصة التي أجازت ذلك وحددت هذه الشروط[2]. في حين ذهب آخرون إلى أن الشخص الذي يقوم بانتزاع جزء من

---

1 – حسني عودة الزعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 82.

2 – ماهر عبد شويش، الاستيلاء على أعضاء العضو البشري، بحث مقدم إلى كلية القانون، جامعة الموصل، غير منشور، العراق، 1994، غير منشور، ص 21.

الجسم يكون مرتكبا لجريمة إيذاء ابتداءا وجريمة سرقة انتهاءا، حيث أن الأعضاء الطبيعية تصير مالا إن انفصلت عن الجسد الحي التي كانت جزءا منه، وتعتبر ملكا لصاحب ذلك الجسم ومن ثم يمكن تصور سرقتها. فمن قام بقص شعر امرأة رغما عنها واستولى عليها يعتبر سارقا له، بالإضافة إلى ما ينطوي عليه فعله من إيذاء بدني[1] . وعليه ووفقا لأصحاب هذا الاتجاه فإن الجاني يكون مرتكبا لجريمتين أولهما جريمة الإيذاء في حالة قص شعر المرأة حيث أن عملية قص الشعر لا تدخل ضمن النشاط المكون لعملية السرقة، بل يعتبر السلوك الإجرامي في جريمة الإيذاء لأن هذا النشاط وقع- حين وقع على جزء من الجسم، أي عندما كان الشعر متصلا بالجسم ولم يقع على منقول، أما الفعل المكون للسرقة فهو الاستيلاء على الشعر في أعقاب جزه وبعد تحوله إلى منقول[2] .والحقيقة إذا أردنا أن ندرس هذا الاتجاه فنرى بأنه على أساس نهوض مسؤولية الجاني عن جريمتين في حالة الاستيلاء غير المشروع على الأعضاء البشرية المتصلة بالجسم أولاهما جريمة الاعتداء على العضو البشري المتصل بفصله عن الجسم والجريمة الثانية هي أخذ العضو البشري ولكل من هاتين الجريمتين أركانها الخاصة والتي أوضحناها في جريمة إحداث عاهة مستديمة وجريمة سرقة الأعضاء البشرية. ولكن نكون في مثل هذه الحالة أمام تعدد الجرائم وان هذا التعدد هو تعدد حقيقي لكون الجاني قد قام بفعلين مستقلين يعتبر كل منهما جريمة في أركانها، إلا أن هناك رابطا بين الجريمتين غير قابلتين للتجزئة، حيث أن الجاني يكون هدفه الإجرامي هو آن الاستيلاء على العضو البشري وأن هذا الأمر لا يمكن تحقيقه إلا عن طريق فصله وان سلوك الجاني لفصل العضو يشكل جريمة تختلف عن جريمة الاستيلاء على العضو البشري. وطالما أن الأمر كذلك فان الجاني تطبق عليه عقوبة الجريمة الأشد. وبعد ذلك لا يكون مسؤولا عن التصرف بهذا العضو الذي تم الاستيلاء عليه، لأن التصرف عن طريق الإخفاء أو الاستعمال يعتبر متصلا بجريمة السرقة. ولكن لو قام غير الجاني بذلك لقامت مسؤوليته عن

---

1 - محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني ،دار النهضة العربية، مصر، 1984، ص 33.

2 - عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1985م ، ص251.

جريمة إخفاء أشياء متحصله عن جريمة، وهذا ما ذهبت إليه التشريعات الجزائية ومنها قانون العقوبات العراقي، والمغربي، واللبناني.

ونظرا لخصوصية مثل هذا النوع من الجرائم، والتي تعتبر من الصور الحديثة، والتي تنم على تدهور في الأخلاق نرى ضرورة أن تكون لها أحكامها الخاصة في قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية. ويجب تحديد العقوبة المناسبة مع تلك الأفعال وبنصوص صريحة بعيدا عن النصوص العامة، وتشديد العقوبة في حال ما إذا كان الهدف من استئصال الأعضاء البشرية بقصد المتاجرة ،وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بنص المادة 303 مكرر 20 والمضافة بالقانون 09-01،حيث أوردت في الفقرة الثانية أنه إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء؛ فالعقوبة تشدد من خمس إلى خمس عشرة سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج. كما يستوجب التشديد كحالة مقترحة إذا أدى فعل الجاني إلى وفاة المجني عليه.

أما إذا كان الطبيب مأذونا بالاستئصال للعضو البشري، غلا انه قام بالاستيلاء عليه والتصرف فيه بشكل غير مشروع فلا يكون مسؤولا عن جريمة إحداث عاهة مستديمة، ولكنه عن جريمة الاستيلاء على العضو البشري، حيث يعتبر العضو في هذه الحالة منفصلا تسري عليه الحالة الجنائية الخاصة بالأموال.

الفرع الثالث

جريمة الاعتداء على الجثة أو على أحد الأعضاء

نتناول المسألة في بندين اثنين ؛ الأول يتناول مسألة الاعتداء على الجثة، والثاني الاعتداء الحاصل أحد الأعضاء.

البند الأول: الاعتداء على الجثة

بعد القفزات العلمية الحاصلة في مجال العلم والطب بخاصة، والتي توصلت إلى إمكان الاحتفاظ بأعضاء الجسم لغرض الزرع، وكذلك ظهور الاتجاه الحديث القاضي بتأميم الجثة وإيداعها في المؤسسات العلمية بغرض الاحتفاظ بها والاستفادة منها، كان لابد من وجود حماية جنائية لها بغرض

الاستفادة منها. ولكن ما هو موقف الفقه والقانون من هذه الحماية، وما هو نوعها وهل أن التشريعات الجنائية الحالية كافية لإحاطة تلك الجثث بالحماية الكافية؟

أولا يلاحظ عدم الاختلاف على أن الاعتداء على جثة الإنسان لا تعتبر من جرائم الاعتداء على الأشخاص، فعند الموت تنحصر النصوص الخاصة بالاعتداء على الأشخاص من حماية الميت على اعتبار أن الإنسان إذا مات صار شيئا لا إنسانا. وأن جرائم الاعتداء على الأشخاص فهي إما أن تقع على حق الإنسان في الحياة كجرائم القتل، أو حق الإنسان في الحرية، ونحوها كجريمة الخطف أو أن محل الاعتداء فيها هو الحق في سلامة الجسم كجرائم الإيذاء وبالتالي تخرج الجثة من هذا النطاق[1]. ولو أن بعض التشريعات اعتبرت الاعتداء على الجثة شروعا إذا كانت نية الفاعل متجهة إلى إزهاق روح الإنسان، وهو موقف المشرع الجزائري بنص المادة 30 من قانون العقوبات[2]،على الرغم من الرأي الراجح في الفقه[3] يرى بعدم إمكانية تجريم فعل الجاني إذا كان محل الجريمة مستحيلا كحالة الاعتداء الحاصل على الجثة على الرغم من أن الجاني كان يعتقد أنه يعتدي على إنسان حي، لأن المشرع عندما جرم القتل كان يهدف إلى حماية حق الحياة. وليس من المتصور أن يكون بعد زواله محلا للعدوان لاستحالة الاعتداء على معدوم. فإطلاق النار على ميت كإطلاق النار على أي شيء مادي.

وإذا كان الأمر غير متصور بإمكانية أن تكون جثث الموتى لا يمكن أن تكون محلا لجرائم الاعتداء على الأشخاص، فهل يمكن أن تكون محلا لجرائم الاعتداء على الأموال لغرض حمايتها من التصرف غير المشروع الذي يمكن أن

---

1 - حسني عودة الزعال، المرجع السابق، ص 159.

2 - حيث تنص المادة 30 على أن كل المحاولات لارتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم توقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى ولو لم يمكن بلوغ الهدف بسبب ظروف مادية يجهله مرتكبها" ومن بين الظروف المادية كون المجني عليه جثة أي كانت قد مات نتيجة لأسباب يجهلها الجاني.

3 - عوض محمد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985، ص33.

يقع عليها ؟ ذهب جانب كبير من الفقه الجنائي إلى عدم إمكانية شمول جثث الموتى بجرائم الاعتداء على الأموال، حيث أن من شروط الاعتداء على الأموال أن يكون الحق المعتدى عليه مالا.

وجثث الموتى لا تعتبر من الأموال الأمر الذي يؤدي إلى عدم إمكانية اعتبارها محلا لجرائم الاعتداء الأموال وقد ذهبوا لتبرير ذلك إلى عدة أسباب، فقد قيل أن الإنسان إذا كان لا يعتبر مالا في حياته، فحكمه لا يختلف بعد مماته، أي لا يمكن أن يتحول إلى مال بعد وفاته ولذلك لا يحكم بالقطع بسرقة أجساد الموتى في الشريعة الإسلامية.[1]

وحتى لو أنها تعتبر مالا فإنها لا ترد عليها جرائم الاعتداء على الأموال التي يتوارثها أقارب المتوفى، وليست لأقاربه سوى بعض الحقوق المعنوية بغرض القيام بدفنها. أما الجثة ذاتها فهي من الأشياء التي لا ترد عليها الحقوق المادية، ولذلك تبقى خارج نطاق الحماية الجنائية لجرائم الاعتداء على الأموال.

ويبرر نفر آخر من الفقهاء عدم إمكانية حماية الجثة بالجرائم المختصة لحماية الأموال على أساس أنها غير قابلة للتملك[2]. ولذلك يعتبر التصرف في الجثة بالبيع أو نحوه مخالفا للنظام والآداب العامة، فلا يحق لشخص أن يطلب مقابلا ماليا لجسمه سواء أكان ذلك أثناء حياته أو بعد مماته، تلك الكرامة التي يجب أن يحافظ عليها، فلا يجوز للشخص أن يضحي بجسمه أو حياته من أجل مصلحة مادية أثناء حياته أو بعد مماته طالما وأن الفائدة بعد الموت لا تعود لصاحب الجثة وإنما تعود للورثة، لذلك فمن غير المعقول أن يضحي الشخص بجثته من أجل مصلحة الغير إلا ما ندر، ولذلك ذهب البعض إلى أن التصرف في الجثة بمقابل سواء أكان ذلك التصرف من قبل المتوفى أثناء حياته أو من قبل الغير بعد موته

---

1 - عوض محمد، دراسات في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977، ص 54.

2 - عبد المهيمن بكر، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي القسم الخاص، مطبوعات جامعة الكويت، 1973،ص 776.

يعتبر مخالفا للنظام العام والآداب، فلا يحق لأي شخص أن يطلب مقابلا ماليا لجسمه.[1]

وأيد القضاء المصري هذا الاتجاه والذي يذهب إلى عدم اعتبار الجثة مالا فقد ذهب في أحد قراراته إلى عدم إمكانية وقوع السرقة على الجثة، وإنما يعاقب الفاعل عن جريمة انتهاك حرمة القبور أو جريمة إخفاء جثة قتيل بحسب التكييف القانوني للفعل الذي قام به الجاني.[2]

وإذا كان القانون لا يعاقب بعقوبة السرقة على الجثث المدفونة في المقابر، فليس مرد ذلك أنها ليست من الأشياء المنقولة، وإنما السبب في ذلك أنها منقولة غير مملوكة لأحد، ولذلك يحميها القانون بنصوص خاصة[3].

من خلال ما قيل في هذا الصدد، فإن الفقه متفق على أن الاعتداء على الجثة بالقطع مهما كان الباعث على ذلك لا يعتبر من قبيل الاعتداء على الأموال، ولا يغير من ذلك كون الفقهاء المسلمين أو الوضعيين أجازوا الانتفاع بأجزاء من الجثة لعلاة الأحياء. ولا يغير من تكييفها القانوني باعتبارها مالا، حيث لا يعتبر الاعتداء عليها من جرائم الاعتداء على الأموال، فالجواز القانوني والشرعي بالانتفاع بالجثة أو أحد أجزائها لا يغير من ذلك، حيث أن الإضرار بالميت أخف من الإضرار بالحي.[4]

أما بالنسبة لموقف التشريعات من الاعتداء على الجثة، فقد ذهبت إلى أحكام متباينة فالبعض منها اعتبرها جريمة خاصة، والبعض الآخر لم يحم الجثة بأي نص قانوني إلا في حدود معينة، في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى إمكانية وقوع السرقة على الجثة.

---

1 – حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1975م، ص130.

2 – محمود محمود مصطفى، ط5، شرح قانون العقوبات(القسم الخاص)، القاهرة، 1958، ص 379.

3 – عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، المصدر السابق، ص 251.

4 –عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 45 وما بعدها.

وقد أخذ المشرع الجزائري، وكذا الأردني بمذهب التجريم الخاص، وسماها بالجرائم المتعلقة بالمدافن وبحرمة الموتى[1]، وأورد في شأنها خمس مواد، حيث جرم:

- هدم أو تدنيس أو تخريب القبور بأية طريقة كانت.
- الأفعال الماسة بحرمة الموتى في المقابر أو غيرها من أماكن الدفن.
- انتهاك حرمة المدفن، أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية.
- تدنيس أو تشويه جثة، أو أي عمل من أعمال الوحشية أو الفحش.
- إخباء أو إخفاء جثة، وفعل ذلك مع علمه أنها جثة مقتول أو متوفى نتيجة ضرب أو جرح.

أما الاتجاه الآخر فقد انسحب تماما تاركا الجثة دون حماية جنائية، كالتشريع التونسي لعام 1976، فالإنسان تخلع عنه الحماية من لحظة موته إلى لحظة دخوله القبر إلا في الإطار الذي يجرم العبث بحرمة القبور.

وهناك التشريع اللبناني لسنة 1943 والسوري، اللذان كفلا الحماية الجنائية للجثة من السرقة أو التلف أو الاستعمال ولو لغرض علمي دون من له الحق، إلا بوجود تصريح يخول له ذلك.

البند الثاني: الاستيلاء على أحد أعضاء الجثة

إن الفقه الجنائي لم يتناول موضوع الاستيلاء على أحد أعضاء الجثة بشكل منفصل عن الاعتداء على الجثة، حيث أن تناول هذا الموضوع كان من ضمن أفعال الاعتداء على الجثة التي تناولها الفقه.

أما بالنسبة للتشريعات الجنائية فحكم الاعتداء على أحد أعضاء الجثة يأخذ ذات الحكم في الاعتداء على الجثة، حيث نصت التشريعات الجزائية والتي أشرنا

---

1 - ينظر القسم الثاني من الفصل الخامس والمتعلق بالجنايات والجنح التي يرتكبها الأشخاص ضد النظام العام، في المواد من 150 إلى 154 من قانون العقوبات المتمم والمعدل بالقانون 09-01.

إليها سابقا على تطبيق ذات الحكم على الجثة أو جزء منها.[1] فيما عدا المشرع الجزائري الذي أخذ منحى آخر في التجريم، حيث نصت المادة 153 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01 على أن:" كل من دنس أو شوه جثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشية أو الفحش يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج". هذا بالنسبة للاعتداء على جثث الموتى. أما بالنسبة للاعتداء على أعضاء الموتى بالانتزاع فقد أقر المشرع له حكما مغايرا، حيث اعتبر بنص المادة 303 مكرر 17 أن كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع ساري المفعول .هو نفسه الاعتداء بانتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع ساري المفعول؛ وأقر لهما نفس العقوبة وهي الحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبالغرامة من 500.000 إلى 1.000.000 دج.

إن فصل العضو البشري قد يكون بشكل مشروع من الجثة، أو قد يكون بشكل غير مشروع عند عدم مراعاة التنظيم ساري المفعول وهو في حالة التشريع الجزائري قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. ففي حالة كون الاستيلاء كان مشروعا لا يثير الأمر أية مشكلة بخصوص الاعتداء[2] على الجثة، ولكن يمكن أن تكمن الصعوبة في تحديد الوصف القانوني للاستيلاء على ذلك العضو من الجثة بغرض زرعه في جسم إنسان محدد وقام بزرعه في جسم إنسان آخر. فيكون في هذه الحالة مرتكبا لجريمة الاختلاس التي نصت عليها القوانين العقابية[3]، إذا كان المختلس موظفا عاما أو مكلفا بالخدمة العمومية.

إما إذا لم يكن كذلك فيكون مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة[4]، حيث أن

---

1 - حسب نص المادة 374 من قانون العقوبات العراقي، والمشرع اللبناني في المادة 479 والسوري في المادة 460 من قوانين عقوباتها، حيث نصت:" يعاقب...من انتهك حرمة جثة أو جزء منها".

2 - ينظر : المواد 164 وما بعدها من قانون 85-05 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990.

3 - ينظر المادة 350 وما بعدها من قانون العقوبات الجزائري.

4 - ينظر المادة 376 من القانون نفسه.

الشخص في مثل هذه الحالة يكون قد أؤتمن على العضو البشري والذي يعتبر مالا، وطالما أن القائم بهذا الاستئصال استعمل العضو لغير الغرض الذي لغير الغرض المتفق عليه، يكون بذلك مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة. أما إذا وقع فعل الاعتداء من قبل شخص آخر يكون ذلك الشخص مرتكبا لجريمة السرقة أو الاحتيال حسب الوصف القانوني الذي ينطبق عليه فعل القائم بالاعتداء.

أما إذا كان القائم بالاستئصال من الجثة غير مخول قانونا أو كان تصرفه غير مشروع لسبب أو لآخر وقائم بالاستيلاء على أحد أعضاء الجثة والتصرف به كأن يقوم بزرعه في جسم إنسان بغرض الحصول على منافع مادية، فيكون في مثل هذه الحالة مرتكبا لجريمتين أولهما جريمة الاعتداء على الجثة، وثانيهما جريمة سرقة أحد أعضاء الجثة. ونكون بذلك أمام جريمتين يجمعهما غرض واحد أي تعدد حقيقي للجرائم ، ويحكم على الفاعل بالعقوبة المقررة لكل جريمة والأمر بتنفيذ العقوبة الأشد دون سواها، ولا يمنع ذلك تنفيذ العقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية المقررة قانونا.

الفرع الرابع

جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

والعقوبات المقررة لها في القانون الجزائري

البند الأول: تعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وتفريقها عن غيرها من الجرائم المشابهة.

ندرس بعون الله تناول المشرع الجزائري لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية؛ مفهومه لها، وتفريقها عن الجرائم الكلاسيكية، وتلك المتعلقة بنقل وزراعة الأعضاء.

الفقرة الأولى: تعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

تعد جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية صورة من صور النشاط الإجرامي لسلوك الاتجار بالبشر، حيث تمثل انتهاكا أساسيا لحقوق الإنسان.

وكما وسبق إيراده فان المفهوم القانوني لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، « هو قيام فرد أو جماعة إجرامية منظمة بتجميع الأشخاص دون رضاء منهم، بالتحايل أو الإكراه، حيث يتم نزع أعضاء هؤلاء الضحايا وبيعها كبضاعة من أجل الحصول على أرباح مالية ».[1]

ومن هذا التعريف، نخلص إلى أن أعضاء جسم الإنسان ذاتها هي محل الجريمة، إذ تتحول في يد تاجر البشر إلى مجرد سلعة تباع وتشترى، لها سوق عرض وطلب، المعروض هي أعضاء جسد الإنسان، والطالب هو التاجر أو المستقبل. ويقصد بتعبير جماعة إجرامية منظمة وفقا لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية هو كل جماعة مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر، موجودة لفترة من الزمن وتقوم معا بفعل مبرر بهدف ارتكاب جريمة واحدة أو أكثر من الأنشطة الإجرامية في هذه الاتفاقية، من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو أي منفعة مادية أخرى.[2]

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يتعرض مباشرة إلى تعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ولكن بين صورها، أي الأفعال المجرمة من خلال أربعة مواد، هي على التوالي: المادة 303 مكرر 16، المادة 303 مكرر 17، المادة 303 مكرر 18، المادة 303 مكرر 19 وهي على التوالي:

- الحصول من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، أو التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص.[3]
- انتزاع عضو من جسم شخص على قيد الحياة أو من جسم شخص ميت دون الحصول على الموافقة وفقا للتشريع ساري المفعول.[4]

---

1 -حامد سيد محمد، مرجع سابق، ص 41.

2 - حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1975م، ص .

3 - المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01.

4 - المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01.

- انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها أو التوسط أو التشجيع أو تسهيل الحصول عليها.[1]

- انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص على قيد الحياة أو شخص ميت دون مراعاة التشريع ساري المفعول.[2]

واعتبر المشرع كل مرتكب فعل من هذه الأفعال ، بأنه ارتكب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، ثم أنه كيفها على أساس أنها جنح. ويدل اعتبار المشرع لهذه الأفعال على سبيل الحصر دون غيرها ممثلة لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية نص المادة 303 مكرر 24، والتي تنص على العفو عن العقوبة في حال إبلاغ السلطات الإدارية والقضائية عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها، وهو ما يدل على اعتبار النماذج سابقة الذكر هي صور الأفعال الممثلة للجريمة.

ويلاحظ جليا تأثر المشرع الجزائري ببروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص، كما أن هذا الجزء الجزائي جاء مكملا ومتمما للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990.

الفقرة الثانية: تفريق جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية عن غيرها من الجرائم المشابهة

قبل الخوض في فحوى هذه الجريمة لابد من الإشارة إلى الاختلاف البين بين هذه الجريمة وغيرها من الجرائم التقليدية التي تمس السلامة الجسدية للجسم البشري، من جهة، وهذا الخلط دفع البعض بالقول أن معالجة هذه الظاهرة إنما يتم عبر القوانين التقليدية المتضمنة في قانون العقوبات الوطنية وغيرها، وأنه لا حاجة إلى قانون يكافح ويتصدى إلى جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

---

1 - المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01.

2 - المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01.

وهو رأي يبقى محل نظر على اعتبار أن هذه القوانين تعالج تطبيقات خاصة للاعتداء على السلامة الجسدية[1] كالضرب والجرح والقتل والتعريض للخطر ...دون أن تضع حد لما يتجاوز الجرح والسرقة للأعضاء البشرية وهو فعل المتاجرة فيها ونقلها للمرضى بقصد التربح والثراء.

والحقيقة أن التشريعات الوطنية بدأت تأخذ بهذه التفرقة من خلال تضمين قوانين عقوباتها لجرائم منفصلة بعنوان الاتجار بالأعضاء البشرية ومنها التشريع الجزائري.

ومن جهة أخرى فإن الخلط يقع أيضا بين هذه الجريمة والجرائم الناشئة عن زراعة الأعضاء البشرية، فرغم التشابه الكبير بين الجرمين إلا أن الفارق واضح بينهما، ذلك أن الجريمة المرتبطة بزراعة الأعضاء يبدأ بفعل مشروع هو زراعة الأعضاء كعمل علمي فائق الدقة والتطور ينظمه القانون تحت مسمى " زراعة الأعضاء" ولا تعتبر جريمة إلا إذا خالفت أحكامه وتنظيماته؛ بينما جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تأتي مباشرة غير مشروعة بصورة مطلقة، إذ يتحول العنصر البشري إلى سلعة تباع وتشترى. كما أن عنصر الرضا يكون متحققا في الجريمة المرتبطة بنقل وزراعة الأعضاء من الشخص المنقول منه العضو بينما لا تتحقق في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية إلا في حالة عدم رضا الضحية المنزوع منه العضو، وهذا ما نص عليه البروتوكول ، وهو أمر يجانب الصائب كما سيلي الإشارة إليه.

البند الثاني: أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

لهذه الجريمة كغيرها من الجرائم ركنان هما:

الفقرة الأولى: الركن المادي

يتحقق هذا الركن بتجميع المجني عليهم بالإكراه من بلدهم الذين يقيمون فيه وإبعادهم عنه بإرساله إلى بلد آخر والقيام بنزع عضو من أعضاء جسده وبيعها، وهكذا يتضمن هذا الركن أربعة عناصر ، وهي:

---

1 - حامد سيد محمد، مرجع سابق، ص45.

النشاط

هو انتزاع الأشخاص ونقلهم من دولة المصدر واستقبالهم وإيوائهم في دولة المقصد حيث يتم نزع عضو من أعضاء جسده.

محل النشاط

الإنسان وأعضاء جسده هما محل النشاط الإجرامي.

النتيجة

وهو الأثر المترتب على النشاط وهو نزع عضو من أعضاء جسده، إذ يتحول جسد الإنسان إلى سلعة تباع وتشترى.

الوسيلة

يكون المجني عليه ضحية أفعال خداع أو تهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة الاستضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر، ويكون من شأن هذه الوسائل جميعها أن أعدمت إرادة الضحية، فلا يكون الانتزاع برضائه.

الفقرة الثانية: الركن المعنوي

إن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم العمدية التي يلزم لقيامها أن تتجه إرادة الفاعل وهو عالم بكافة عناصر المادي للجريمة، ولكن تتطلب هذه الجريمة قصدا خاصا؛ وهو اتجاه إرادة الجاني إلى استغلال الإنسان محل النشاط الإجرامي في إحدى الصور الوارد ذكرها في البروتوكول وهي : نزع الأعضاء من أجل الحصول على منفعة مالية.[1]

إن الركن المعنوي في هذه الجريمة، يثير قضية تتعلق " برضاء المجني عليه"، ويطرح الإشكال: هل لتوافر موافقة ورضاء المجني عليه تأثير على نفي وقوع الجريمة ؟

---

1 – حامد سيد محمد، مرجع سابق، ص 42.

بالرجوع إلى نص بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص في بنوده (ب، ج، د)، حيث ينص على:

- البند (ب): " لا تكون موافقة ضحية الاتجار بالأشخاص على الاستغلال المقصود المبين في الفقرة النوعية (أ) من هذه المادة محل اعتبار في الحالات التي يكون قد استخدم فيها إي من الوسائل المبينة في الفقرة النوعية (أ).
- البند (ج):" يعتبر تجنيد طفل أو تنقيله أو إيواؤه أو استقباله لغرض الاستغلال " اتجار بالأشخاص" حتى إذا لم ينطو على استعمال أي من الوسائل المبينة في الفقرة النوعية (أ) من هذه المادة.
- نص البند (د): " يقصد بتعبير "طفل" أي شخص دون الثامنة عشر من العمر".

ما يمكن استخلاصه من هذه المواد – تبعا لمفهوم المخالفة-أن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية لا تتحقق إذا تم ذلك برضاء المجني عليه ما لم يكن طفلا دون الثامنة عشر. وهنا يبرز التحفظ على رضا المجني عليه، إذ يعاب على البروتوكول الدولي إذ اعتدى برضا الضحية، بمعنى أنه لو سلم نفسه برضاه للجاني وهو عالم أنه سوف يتم انتزاع عضو من جسده وبيعه، انتفت جريمة الاتجار بالبشر طالما بلغ عمره أكثر من 18 سنة. حيث يعد ذلك هدرا لحق إنساني، إذ يعتبر حق الضحية في المحافظة على كيانه وكرامته كانسان حقا قابلا للتخلي عليه، ويتنافى مع جوهر النظام القانوني للجماعة الدولية الذي يعتبر حق الإنسان في بدنه وسلامته حقا غير قابل للتصرف فيه، وغير قابل للتخلي عنه.

نخلص مما سبق ذكره أن الخطورة الإجرامية لهذه الظاهرة تتمثل في :

1- أن هذه الجريمة ذات طابع عبر وطني ترتكبها جماعات إجرامية منظمة، لا يمكن لدولة بمفردها مجابهتها، وإنما الأمر يتطلب تعاونا دوليا لمواجهة هذه الظاهرة الإجرامية: بين ثلاث أنواع من الدول: دولة المنشأ، دولة أو دول العبور، ودولة المقصد.

2- أن هذه الجريمة تمس مباشرة الكرامة الإنسانية، إذ جسد الإنسان هو محل الاستغلال فيها، وبالتالي فهي تمثل انتهاكا شديدا لحقوق الإنسان كالحق في الحياة والحرية وسلامة الجسد.

3- إن هذه الجريمة ناجمة عن استغلال ظروف اقتصادية واجتماعية وسياسية متردية يعاني منها العديد من بلدان العالم الثالث.

4- أن هذه الجريمة تدعم وتقوي الإجرام المنظم، وتحول أرباحها إلى نشاطات إجرامية أخرى كجريمة غسيل الأموال والإرهاب والمخدرات، وهو ما يضعف قدرة الدولة على تطبيق القانون وانتشار الفساد.

البند الثالث: العقوبات المقررة لها في القانون الجزائري

لقد المشرع لمجموع الأفعال المجرمة مجموعة من العقوبات البدنية وأخرى مالية مكملة لها وألحق لكل صورة من صور جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية عقوبة خاصة، من خلال أربعة مواد، هي على التوالي: المادة 303 مكرر 16، المادة 303 مكرر 17، المادة 303 مكرر 18، المادة 303 مكرر 19 وهي على التوالي:

-الحصول من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، أو التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص وأقر له عقوبة الحبس من ثلاث إلى عشر سنوات وغرامة قدرها من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج .[1]

- انتزاع عضو من جسم شخص على قيد الحياة أو من جسم شخص ميت دون الحصول على الموافقة وفقا للتشريع ساري المفعول، وأقر له عقوبة من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.[2]

- انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها أو التوسط أو التشجيع أو

---

1 - المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01.

2 - المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01.

تسهيل الحصول عليها، وعقوبته من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.[1]

- انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص على قيد الحياة أو شخص ميت دون مراعاة التشريع ساري المفعول، وعقوبته من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.[2]

وما تجدر الإشارة إليه هنا هو اهتمام المشرع بالفاعل دون الشخص المنتزع منع العضو، والذي عادة ما يتم قبول الانتزاع بمقابل مالي كبدل عن العضو المنتزع، فاقتراحنا هنا هو تقرير عقوبة ولو مخففة لمن يتلقى مقابل مادي، وبرضاه التام، ودون وجود مسوغ لذلك لقاء الاستحواذ من طرف المستفيد من العضو التنازل عنه.

- كما حدد المشرع ظروف التشديد وهي :

- الضحية قاصرا أو مصابة بإعاقة ذهنية.
- وظيفة الفاعل أو مهنته سهلت ارتكاب الجريمة.
- ارتكابها من أكثر من شخص.
- ارتكاب الجريمة بحمل السلاح أو التهديد باستعماله.
- الفاعل جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

في هذه الظروف فإن العقوبة تشدد بالنسبة للأفعال المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر 19 وهي الحبس من خمس إلى خمس عشرة سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج.

أما الأفعال المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 17 فانه

---

1 - المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01.

2 - المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01.

بتوافر أحد الظروف آنفة الذكر فالعقوبة تكون السجن من عشر إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.[1]

- ونفس العقوبة المقررة للجريمة التامة تطبق على الشروع فيها.[2]
- أما ظروف التخفيف فهي الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية أو التمكن من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء بعد تحريك الدعوى العمومية، حيث تخفف العقوبة إلى النصف.

ويكون الإعفاء تماما من العقوبة لكل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الاتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها.[3]

البند الرابع: جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي

عندما نتدبر آيات القرآن الكريم والأحاديث النبوية نراها قد كرمت ذات الإنسان – التي تشمل روحه وجسده- تكريما عظيما، وشرفته تشريفا كبيرا. ومن مظاهر ذلك ما يلي:

أ- أن الله تعالى قد صور الإنسان في أحسن تقويم، وذلك امتثالا لقوله تعالى:« **لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم** »[4]، والتقويم في الأصل تصيير الشيء على الصورة التي ينبغي أن يكون عليها من التعديل والتركيب. كذلك قوله تعالى: « **يا أيها الإنسان ما غرك بربك الكريم** (6) **الذي خلقك فسواك فعدلك** (7) **في أي صورة ما شاء ركبك** »[5].

ب- أن الإنسان اعتبر جسم الإنسان ملكا لله وحده، فهو الذي خلقه فسواه فعدله، فلا يجوز لأحد أن يتصرف فيه بما يسوءه أو يرديه، حتى ولو كان هذا

---

1 – المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01.
2 – المادة 303 مكرر 13 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01.
3 – المادة 303 مكرر 24 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 09-01.
4 – سورة التين، الآية 4.
5 – سورة الانفطار، الآيات (6، 7، 8).

التصرف صادرا من صاحب هذا الجسم نفسه، ولذا حرمت الأديان السماوية إتلاف البدن وإزهاق الروح عن طريق الانتحار أو ما يؤدي إليه، وذلك تصديقا لقوله تعالى:« **ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما** (29) **ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا وكان ذلك على الله يسيرا** »[1].

ج- لا يجوز قتل النفس المؤمنة عمدا لعصمتها بالإسلام وبالمقام في دار المسلمين، إلا فيما نص عليه الشرع الحكيم، وذلك في حالتين:

1- القتل الخطأ، واوجب فيه الكفارة حقا لله والدية حقا للعباد.

2- القتل بحق، وهذا في حديث عبد الله بن مسعود، قال: قال رسول الله ﷺ :« لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والتارك لدينه المفارق للجماعة »[2].

ففي ضوء هذا التكريم الإلهي للإنسان، تبرز لنا قضية حكم بيع الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي.

بداية يمكن القول أن الفقهاء المعاصرين قد اختلفوا في حكم بيع الأعضاء البشرية سواء ببذل المال من جهة المشتري أو أخذه من جهة البائع، على قولين:

الأول، حرمة بيع الأعضاء البشرية.

الثاني، جواز بيع الأعضاء البشرية ولكن بشروط.

ويجدر بنا قبل مناقشة أدلة وبراهين واستدلالات كل جانب أن نشير إلى سبب الاختلاف بينهم، حيث أن سبب الاختلاف لا يرجع إلى اختلافهم في الأصل الذي أجمعوا عليه، ولكن سببه هو اختلافهم في تعليل ذلك الأصل[3]، فقد اختلفوا في علته على رأيين:

---

1 - سورة النساء، الآيات (29، 30).

2 - أخرجه من رواية عبد الله بن مسعود ، البخاري في الصحيح، كتب الديات، باب قوله تعالى: "إن النفس بالنفس" (12 / 120) رقم الحديث (6878) ومسلم في الصحيح، كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم (3/ 1302- 1303)، رقم الحديث (25/ 1676).

3 - حامد سيد محمد، مرجع سابق، ص 47.

الأول- ذهب فقهاء الحنفية إلى أن علة تحريم بيع أجزاء الآدمي يرجع إلى معنى التكريم الذي خص الله تعالى به الإنسان، وقاسوا جزءا من أجزائه على ذاته، فالتكريم عندهم يعم الإنسان وكل جزء من أجزائه ولا ينفك عن أي منهما.[1]

الثاني- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن علة التحريم هي أنها إذا قطعت الأعضاء الآدمية وفصلت عن جسد الإنسان صارت عديمة النفع، أو صار من غير الممكن الانتفاع بها بأسلوب يبيحه الشرع، فلا يمكن اعتبارها مالا لما عرف من أن الشيء لا يعتبر مالا إلا إذا كان منتفعا به حقيقة، ومباحا الانتفاع به شرعا لغير ضرورة.

ولذلك فإنهم عندما جزءا من الآدمي ينتفع به إذا فصل عن صاحبه في وجه من الوجوه المباحة ، قالوا بجواز بيعه خلافا للحنفية ألا وهو لبن الأم إذا حلب منها، وحجتهم أنه طاهر ومنتفع به، وقد أباح الشارع شروطه لغير ضرورة، فيكون ما لا يجري فيه البيع لتحقيق عنصري المالية فيه، وهي الانتفاع به في الواقع، وإباحة الشرع لهذا الانتفاع.[2]

ونعرض فيما يلي سبب الاختلاف بينهما وأدلة كل رأي:

الرأي الأول: القائل بحرمة بيع الأعضاء البشرية، واستندوا في ذلك على كثير من الأدلة كما سبق تفصيلها، نذكر أهمها:

أولا- القرآن الكريم، قال تعالى :« وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ »[3] ، فكان الإنسان مكرما بجميع أجزائه ، وقيا م الشخص ببيع أحد أجزائه ينطوي على إنكار وإهدار لكرامة الإنسان وإلحاق له بالجمادات، وفيه إذلال له من أجل حفنة من المال، فلا يجوز ذلك.[4]

---

1 - ينظر: الكساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، ص 5، 138، 145.

2 - ينظر: ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ص 4، 10، 304.

3 - سورة الإسراء، الآية 70.

4 - عناية الله محمد، الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، لاهور ، باكستان، 1993، ص 249.

ثانيا- السنة المطهرة: وردت العديد من الأحاديث النبوية الشريفة حول هذا الموضوع، من أبرزها:

صح عن رسول الله ﷺ أنه قال: « قال الله تعالى ثلاث أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا وأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره»[1]، وما حرم بيعه كله حرم بيع بعضه.

قوله ﷺ : «إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه»[2].

ولأن المسلمين لما قتل يوم الخندق رجل من المشركين، فأعطوا بجيفته مالا، فقال رسول الله ﷺ: « ادفعوا إليهم جيفتهم بأنه خبيث الجيفة خبيث الدية » فلم يقبل منهم شيئا.

وجه الدلالة أنه لو كان بيع الإنسان وأجزائه ميتا جائزا عنده ﷺ لما منع المسلمين من أخذ ثمن الجيفة، ويمكن أن يجاب عليه، أنه إنما نهى عن ذلك لما عرف فيه من الغيظ للمشركين لا لأن ذلك حرام ولا يظن بالمسلمين أنهم يجاهدون لطلب المال بل لابتغاء مرضاة الله وإعزاز الدين، ثم أنه كان كافرا حربيا قتل في المعركة فعدم قبوله ﷺ مالا عن جيفته لا يدل على حرمة بيع الأعضاء الإنسانية من المسلمين.

ثالثا- المعقول: استند أنصار هذا الرأي إلى عدة حجج[3]، أبرزها وأهمها:

1. أن بيع الأجزاء الإنسانية يستلزم التصرف في ملك الغير أي ملك الله تعالى بدون مبرر أو إذن، كما أن فيه بيع ما لا يملكه الإنسان ملكا خالصا فلا يجوز.
2. أن بيع الأعضاء من شأنه أن يمنع البائع من الرجوع إذا تراءى له، فقد يخشى إذا أراد الرجوع عن التصرف في عضو من أعضائه أن يلزم برد الثمن الذي قبضه.

---

1 - أخرجه البخاري، الفتح (4/ 417) رقم الحديث (2227)، كتاب البيوع: باب إثم من باع حرا.

2 - أخرجه أبو داوود في السنن، كتاب البيوع، باب في ثمن الخمر والميتة (3/ 758) برقم (3488).

3 - حامد سيد محمد، مرجع سابق، ص 49.

3. أن هذا البيع فيه فتح أكثر من وسيلة إلى مفاسد عظيمة ومخاطر جسيمة، من قيام الفقراء بعرض أعضائهم للبيع التي قد منحهم الله إياها على قدم المساواة مع الأغنياء فيقومون بشرائها بأموالهم ليستبدلوا بها أعضائهم التالفة كقطع غيار السيارات.

4. إن ما قطع من حي فهو كميته نجس، والنجاسة لا يجوز بيعها.

الرأي الثاني: القائل بجواز بيع الأعضاء البشرية فقد تناولنا أدلته بالتفصيل، إضافة إلى الشروط التي ينبغي توافرها، ونعرض فيما يلي إلى الحجج التي أوردوها لتفنيد حجج المعارضين لإمكان بيع الأعضاء البشرية:

1- فيما يتعلق بملكية الله تعالى للإنسان، فإنهم لا ينكرون ملكية الله تعالى لجسد الإنسان حيا أو ميتا. ولكنهم لا يسلمون بالنتيجة التي خلص إليها أنصار الرأي المعارض، فإن ملكية الله تتمثل في حظر الانتفاع بأعضاء الإنسان بعد وفاته، وذلك من خلال ثلاث منطلقات:

- أن المال كذلك هو مال الله، وإذا أجاز إعطاء المال إلى الغير فما المانع من أن يعطي الإنسان جزءا من جسده لغيره.[1]
- إذا كان كل شيء ملك لله، فالله عز وجل لم يمنع الناس من التصرف فيما يملكه.
- أنه لا خلاف بين الفقهاء على أن الإنسان سواء كان حيا أو ميتا ليس محلا ممكنا ومشروعا للمعاملات، إلا أن الفقهاء أجازوا التعاقد على لبن الأمهات عن طريق استئجار المرضعة، واللبن ليس منفصلا عن الشخص، وهو ما يعني أن مبدأ عدم جواز التصرف في أجزاء الآدمي ليس مطلقا وإنما هو مقيد بالمصلحة.

2- أن القول بعدم مشروعية التداوي بأعضاء الميت لاعتبارها من المحرمات ، لا يقوم عليها أي دليل حاسم من الشرع، بل من الراجح من آراء الفقهاء طهارة

---

1 - هو رأي الشيخ يوسف القرضاوي، ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية في 23 أكتوبر 1989، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1994، ص 155.

أجزاء الآدمي حيا كان أم ميتا بمقتضى تكريم الله عز وجل لبني آدم، بل أن زراعة الأعضاء تعد مظهرا من مظاهر تغلب الطب على المرض والألم، ولذلك فهي في حكمها العام تدخل تحت باب التداوي.

3- يرى أنصار هذا الرأي أن حرمة الحي وحفظ نفسه أعظم من حرمة الميت، استنادا إلى القاعدة الفقهية القائلة أنه: إذا تعارضت مصلحة ومفسدة، يقدم أرجحها فتجلب المصلحة الأعظم وإن أدى إلى الوقوع في المصلحة الأدنى منها، وتدرأ المصلحة الأعظم وإن أدى إلى فوات المصلحة الأدنى منها.

ويدعمهم في ذلك موقف رجال الدين الذين يرون أنه إذا كان الدين يحرم الاتجار في الأعضاء البشرية، إلا أنه يحلل التبرع بها، وهو الرأي الذي أعلنه الدكتور محمد سيد طنطاوي شيخ الأزهر ، ويؤيده قرار مجمع البحوث الإسلامية الصادر في 24 أبريل 1997.[1]

المطلب الثاني

التصرفات غير المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية والعقوبات المقررة لها في الفقه الإسلامي

عرفت الشريعة الإسلامية الاعتداء الواقع على الأعضاء وأوضحت أحكامه بشكل مفصل، حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية يدخلون الاعتداء الواقع على أعضاء الجسم بالجنايات على ما دون النفس، وتعتبر جرائم الاعتداء على العضو البشري بالقطع ضمن هذا الباب[2]. وإن كل قطع لعضو من أعضاء الجسم مثل قطع اليد والرجل والأسنان والعين وحتى الأعضاء الداخلية هو جناية على ما دون النفس. ومن أجل الوقوف على مدى انطباق واقعة الاعتداء على العضو

---

1 - حامد سيد محمد، مرجع سابق، ص 50، 51.

2 -يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الجناية على ما دون النفس سواء كانت عمدا أو خطأ إلى خمسة أقسام، على أساس نتيجة فعل الجاني: إبانة الأطراف أو ما يجري مجراها،إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها، الشجاج، الجراح، ما لا يدخل تحت هذه الأقسام الخمسة.
عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، مكتبة دار العروبة، مصر، 1379هـ-1960م،ص 205.

البشري على الجناية ما دون النفس لابد أولا من بحث أركان هذه الجناية، ثم نعرج على مدى انطباقها والتطبيقات الشرعية لها.

الفرع الأول

أركان الجناية على ما دون النفس

إن فعل الاعتداء على العضو البشري يقوم على ركنين وهما الركن المادي المتمثل بفعل الاعتداء، وثانيهما التعمد وهو الركن المعنوي في الجريمة.

البند الأول: الركن المادي

فبالنسبة لهذا الركن هو أن يقوم فعل من الجاني على جسم المجني عليه، وهذا الفعل هو الاعتداء على أحد أعضاء الجسم، أو أن فعل الجاني يؤثر على جسم المجني عليه في سلامته.[1]

والحقيقة أن قطع العضو البشري يؤثر على سلامة الجسم مهما كان ذلك العضو، حيث رأينا في تعريف العضو، بأنه كل عضو يؤدي منفعة معينة وأن استئصال العضو يؤدي إلى تفويت تلك المنفعة، ولذلك فإن الاعتداء على العضو بالقطع يؤثر على سلامة الجسم لان الجسم وحدة متكاملة تؤدي وظيفة من خلال مجموع الوظائف التي يؤديها جسم الإنسان.

ويشترط في فعل الاعتداء هذا أن لا يؤدي إلى الوفاة وإلا كان الاعتداء يشكل جناية على النفس، ويكون تكييفه حسب قصد الجاني، فقد يعتبر قتلا عمدا إذا كان الجاني متعمدا في فعل الاعتداء أو قتلا غير عمدي إذا لم يكن متعمدا في فعل الاعتداء.

البند الثاني: الركن المعنوي

ويتمثل هذا الركن في التعمد، إذ أن الفعل يصدر من الجاني بقصد العدوان، وحيث أن القصد الجنائي الذي اشترطه فقهاء الشريعة لا يختلف عن القصد

---

1 - عبد الخالق النووي، جرائم الجرح والضرب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العضوية، بيروت، ص 43.

الجرمي الذي حددته التشريعات الجزائية والمتمثل بتوجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل هادفا إلى تحقيق النتيجة التي وقعت أو أية نتيجة جرمية أخرى.[1]

ويؤخذ الجاني بقصده المحتمل وقت إحداث الفعل، فهو يسأل عن نتيجة فعله الذي أتاه، فلو أن شخصا أراد الضرب فقط إلا أن فعله أدى إلى قطع عضو من أعضاء الجسم فإنه يسأل عن هذه النتيجة[2]. فالشخص الذي يريد الاعتداء على العضو البشري بالفصل يقال أنه ارتكب جناية ما دون النفس ويعاقب بالعقوبة التي يقدرها القاضي أي بعقوبة تعزيرية ولا يقال أنه ارتكب شروعا في جريمة، وكذلك الحال إذا أراد شخص ارتكاب جريمة قتل، إلا أنها لم تتم لا يقال انه ارتكب جريمة شروع في جريمة قتل، وإنما يقال أنه ارتكب جناية ما دون النفس.

الفرع الثاني

عقوبات الجناية ما دون النفس

إنه بتحقق أركان هذه الجريمة تنهض مسؤولية مرتكبها ، وتطبق بحقه العقوبات التي أوردتها الشريعة الإسلامية، وهذه العقوبات هي إما أن تكون عقوبات أصلية ، وهو القصاص، ولكن في حالة تعذر ذلك لعدم توافر شروط القصاص، يصار إلى النوع الثاني من العقوبات ؛ وهي العقوبات البدلية : الدية أو التعزير ولكل من هذه العقوبات أحكامها الخاصة. ولكن يجب عدم الجمع بين العقوبات الأصلية والعقوبات البدلية،؛ فلا يجوز الجمع بين القصاص والتعزير، ولا يجوز الحكم بها إلا إذا امتنع استيفاء القصاص بسبب من الأسباب، وأن أسباب امتناع القصاص إما أن تكون أسباب عامة أو أسباب خاصة.

ومن تطبيقات فقهاء الشريعة الإسلامية لشروط القصاص للجناية ما دون

---

1 – ينظر :حسني عودة الزعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 86.

2 – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، مكتبة دار العروبة، مصر، 1379هـ-1960م، ص 210

النفس في إبانة الأطراف أو ما يجري مجراها، كالعين، والأنف، والأذن، والسن وغيرها. وكذلك يمكن أن يرد على الأعضاء الداخلية للجسم.

أما بالنسبة لمصير العضو البشري فلا حاجة للبحث عن تكييفه، لان الشريعة الإسلامية كما أوضحنا لا تعتبر العضو البشري المتصل مالا أصلا باستثناء بعض فقهاء الحنفية، الأمر الذي يؤدي إلى نهوض جريمة واحدة، وهي جريمة الجناية ما دون النفس وإن أفضى فعل الجاني إلى موت المجني عليه فتكون جريمة جناية قتل النفس.

خلاصة المقارنة

الخاتمة

بعد تتمة هذا البحث بعون الله ومشيئته، فقد انتهيت إلى النتائج والتوصيات الآتي ذكرها:

أولا: النتائج

النتيجة الأولى:

إن تكريم الله للإنسان كان واضحا وجليا من خلال النصوص القرآنية والأحاديث النبوية، فبوأه المراتب العلا جسدا وروحا، فقد حرم إيذاء المسلم ماديا أو حسيا، فضلا عن جعله أو بعض أجزائه سلعة ممتهنة تباع وتشترى.

النتيجة الثانية:

من خلال مناقشة ورد الأدلة، فإن مفهوم التكريم الوارد في الآيات والأحاديث لا يصلح دليلا منضبطا لقيام أحكام شرعية مطلقة وقطعية، فكما أنه دليل تكريم له، فهو دليل على تحقيق غيره، وبالتالي لا يمكن الاستناد إلى التكريم فقها لأنه دليل مضطرب.

النتيجة الثالثة:

اختلفت جموع الفقهاء في حكم بيع الأعضاء البشرية؛ من حيث الجواز أو الحرمة:

فريق: أجاز البيع ولكن بشروط.

وفريق: حرم البيع سدا لذريعة امتهان البشر لأعضائه ومن ثم حياته وحياة غيره.

ولكن ذلك البيع وبوجود شروط مقيدة تبعد هدف الربح والتربح بالبيع وعلى سبيل التداول، وهو الذي يشعر بالإهانة، ربما يعطي بادرة القبول من قبل الفقهاء والعلماء ببيع الأعضاء بتلك الشروط؛ لما في ذلك من منافع جمة من إنقاذ أرواح المرضى والمكلومين.

أما بذل المال من أجل الظفر بالعضو المطلوب، أو المكافأة فمحل نظر .

النتيجة الرابعة:

اختلف فقهاء القانون الوضعي أيضا في حكم بذل العضو بمقابل لمستحقيه إلى رأيين:

الرأي الأول:رأي الاتجاه الغالب، لا يجيز بيع الأعضاء البشرية مطلقا .

الرأي الثاني:يرى هؤلاء أنه لا مانع من إجراء المعاوضة بالمال بيعا، وأن هذا المال كمقابل للتنازل ، وليس من شأنه إهدار كرامة المتبرع.

النتيجة الخامسة:

أن المشرع الجزائري قد جانب الصواب عند رفضه القبول بأي مقابل مالي مهما كانت طبيعته، ولو حتى كإعانة للمتبرع الذي ربما قد يحتاج للمال لإجراء التحاليل مثلا، أو الاستعانة بتلك الأموال في مواجهة الأعراض اللاحقة للعملية خاصة إن كان معوزا.

النتيجة السادسة:

هناك من التشريعات العربية والغربية ممن اكتفى بإسناد حكم التبرع أو البيع بالأعضاء البشرية إلى القواعد العامة في القانون المدني، في حين أن الكثير منها لم يكتف بذلك، ولكنه أوجد نصوصا خاصة تحكم المسألة وهو اتجاه يثمن موقفه، للتسهيلات التي يقدمها للقضاء ورجال القانون في مواجهة هذا النوع من الإجرام، ومن بين تلك التشريعات المشرع الجزائري الذي يعتبر سباقا في هذا المضمار ومواكبا للتطورات التشريعية حيث خص المسألة بتشريعين الأول تنظيمي يخص قانون حماية الصحة وترقيتها والثاني متضمن في قانون العقوبات حيث أقر قسما خاصا بهذه الجريمة سماه المتاجرة بالأعضاء، وله قدم سبق في التشريعات العربية وحتى الغربية في هذا الشأن.

النتيجة السابعة:

هناك بعض النقائص في المسائل التشريعات سواء منها العربية أو الغربية، والتي من المفترض أن تتضمن عقوبات خاصة والتي يقترفها أصحاب المهنة من سلك التمريض أو الأطباء تعالج النقص الحاصل في هذا الخصوص، وتضبط المسائل بأحكام محددة تحفظ كرامة أصحاب هذه المهنة من جراحين، ومختصي تخدير، وصيادلة، وممرضين .

النتيجة الثامنة:

نسجل نقصا حاصلا في المجال التشريعي في خصوص تجريم الأفعال المرافقة

لجريمة الاتجار بالأعضاء كجريمة الاستيلاء غير المشروع على أعضاء الموت أو سرقة الأعضاء أو الابتزاز واستغلال حالات ضعف الغير.

إضافة إلى ضرورة تجريم عمل الغير والذي يقبل بالمقابل دون وجود حاجة ملحة لذلك القبول.

النتيجة التاسعة:

النقص في الملتقيات والمؤتمرات الخاصة من جانب الفقهاء أو رجالات القانون، التي تدرس مثل هذه المسائل وتتعمق في تدارسها من أجل توحيد الرؤى ورأب الصدع ووضع أحسن السبل لمواجهة هذا النوع الجديد من الإجرام .

النتيجة العاشرة:

التنسيق مع الهيئات والمنظمات الدولية، ووضع مشاريع اتفاقيات وبروتوكولات توحد الرؤى، وتضمن أكبر انخراط من الدول بحيث تسهل أعمال التصدي لهذا النوع من الإجرام.

ثانيا ـ المقترحات:

1- يعتبر التشكيك في صلاحية الشريعة الإسلامية دأب المستشرقين وأذيالهم من أشباه المسلمين في الأوطان الإسلامية، لذلك ندعو إلى تبني هذه الدراسات من قبل المخابر البحثية، والهيئات المتخصصة والتشريعية والقضائية، وإجراء ترجمات لها إلى اللغات الغربية والأجنبية لتبيان صلاحية الشريعة لكل زمان.

2- نقترح إنشاء مجمع إسلامي موحد للتصدي لكل نازلة، يترأسه مجموعة من فقهاء ومجتهدي الأمة، دأبهم التصدي للظواهر والمستجدات العلمية، وعدم ترك ذلك للصدفة والتشتت في الأحكام الفقهية .

3- نقترح تضمين قانون العقوبات أو القوانين الخاصة لعقوبات خاصة لممارسي المهنة من أطباء وجراحين وممرضين وصيادلة والذين يخلون بشرف المهنة، وإيجاد عقوبات لجميع أنواع التعدي على حرمة الجسد البشري المكفولة بالشرائع الأرضية والسماوية.

4- تعديل نص قانون حماية الصحة وترقيتها وقانون العقوبات في مواده من 303 مكرر16 وما بعدها من أجل عدم التشدد في المقابل المالي، والذي ربما يكون المتبرع في أمس الحاجة إليه من أجل إجراء التحاليل الطبية أو على سبيل الهدية والذي ليس من شأنه خدش الكرامة الإنسانية للمتبرع باعتباره عملا مشروعا.

5- ضرورة توحيد النصوص التشريعية بين الدول من أجل سد المنافذ على عصابات الإجرام المنظم التي ما انفكت تبحث عن السبل والمسالك من أجل إيجاد التجارة المربحة التي تمول نشاطها وكيانها الإجرامي.

6- ضرورة تجريم التداول للأعضاء البشرية أيضا والذي هو نشاط مربح للجماعات الإجرامية والذي جرم المشرع الجزائري فقط فعل الانتزاع والمرتبط بمهنة الأطباء والجراحين فقط، وأهمل عمل عصابات الإجرام وسماسرة الموت والمنتفعين.

المراجع

- المصادر والمراجع.

أولا: المراجع العربية.

ثانيا: المراجع الأجنبية.

المصادر والمراجع

أولا: 1ـ القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

ثانيا: كتب التفسير وعلوم القرآن.

2ـ **الشنقيطي محمد الأمين المختار الجكني** أضواء البيان، الجزء الأول،مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1413هـ- 1992م.

ثالثا: كتب الحديث وشروحه.

3ـ **البيهقي أبو بكر احمد بن الحسين بن علي** ، السنن الكبرى، دار الفكر ،د ن، د ط،د ت ، الجزء 5.3.

4ـ **الدارقطني علي بن عمر السنن**،عالم الكتب، بيروت، الجزء 3 ، 1406هـ- 1986م، ط4 .

5ـ **العسقلاني شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر**، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق سماحة الشيخ عبد العزيز بن الباز، الطبعة 3، المكتبة السلفية، القاهرة، 1407 هـ ج11

6ـ **بن الحجاج أبو الحسين مسلم القشيري النيسابوري**، الجامع الصحيح(تحقيق :فؤاد عبد الباقي)، ج11،دار إحياء التراث العربي، ، 1375هـ-1955م.

رابعا: كتب الفقه الإسلامي.

7ـ **ابن رشد أبو الوليد محمد بن احمد** بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ت: طه عبد الرؤوف سعد، 1409هـ- 1989 .

8ـ **ابن رشد أبو الوليد بن احمد (الحفيد) القرطبي**بداية المجتهد ونهاية المقتصد،(تصحيح خالد العطار)، ج2، دار الفكر ، بيروت، د ط، 1421هـ- 2001 م.

9ـ **ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن احمد المقدسي موفق الدين**المغني ، الجزء الأول،دار الفكر، بيروت، 1984.

10ـ **ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم** البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 5، دار الكتاب الإسلامي، د ت.

11- **البابرتي أكمل الدين محمد بن محمود** شرح العناية على الهداية،الجزء الثامن، المكتبة الإسلامية، بيروت، د ط، د ت.

12- **البار محمد علي** الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم ، دمشق، **1414**هـ- **1994**م.

13- **البهوتي منصور بن يونس بن إدريس** شرح منتهى الإرادات، الجزء الأول، إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد ، السعودية، د ط، د ت.

14- **الدرويش احمد بن يوسف بن أحمد** أحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي،دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، **1904**هـ - **1989** م.

15- **الدسوقي شمس الدين بن عرفة** الشرح الكبير، الجزء الأول، (الطبعة الزهرية)، القاهرة، **1927**م.

16- **السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل شمس الدين** كتاب المبسوط،(تصنيف خليل الميس)،دار المعرفة،الجزء**12**، بيروت ،ط**2**، ج**12**.

17- **السرخسي شمس الدين** المبسوط،الجزء **13** ،دار المعرفة، بيروت،**1986**.

18- **السمرقندي محمد بن احمد بن أبي محمد** تحفة الفقهاء، الجزء **2**، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت.

19- **السلمي عز الدين بن عبد السلام** قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الشرق للطباعة، مصر، **1986**م، ج**1**.

20- **السيوطي جلال الدين عبد الرحمن** الأشباه والنظائر في فروع وقواعد فقه الشافعية،دار الكتب العلمية، بيروت، **1403**هـ.

21- **الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي** الموافقات في أصول الشريعة (تحقيق: خالد شبل)، الطبعة **3**، مؤسسة الرسالة، بيروت، **1420** هـ- **1999**م.

22- **الشاطبي أبو حاق إبراهيم بن موسى** الموافقات في أصول الشريعة،الجزء **2**، القاهرة، **1341**هـ.

23ـ **الشافعي حسن بن علي بن هاشم السقاف القرشي** الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، المطابع التعاونية، عمان، **1989**

24ـ **الشربيني محمد الخطيب** مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج(تعليق جويلي بن إبراهيم)، ج**2**، دار الفكر، القاهرة،د ت.

25ـ **الشربيني شمس الدين محمد بن محمد الخطيب** مغني المحتاج ، ت: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الجواد،دار الكتب العلمية، بيروت ، **1415**هـ **1994**م.

26ـ **الشواربي عبد الحميد** جرائم الإيذاء في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، **1986**.

27ـ **الشويخ إبراهيم محمد حسين** الإشارة إلى فقه البيع والتجارة، الجزء الأول،المعتز للنشر والتوزيع ، عمان، **1429**هـ - **2008** م.

28ـ **القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي**، الفروق، الجزء **3** ، عالم الكتب،، د ت، بيروت.

29ـ **الكاساني**، بدائع الصنائع، الجزء **5**، دار الكتاب العربي، بيروت، **1982**م- **1402**هـ.

30ـ **الكبيسي احمد**، أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الإرشاد، بغداد، **1971**.

31ـ **النووي أبو زكريا محيى الدين بن شرف**، المجموع شرح التهذيب، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د ت، د ط.

32ـ **النووي أبو زكريا محيي الدين أبو شرف** المجموع شرح المهذب، الجزء الخامس، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د ت.

33ـ **النووي عبد الخالق** جرائم الجرح والضرب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العضوية، بيروت.

34ـ **أبو الهيجاء رأفت صلاح** مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون،عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع،الأردن، **2006**.

35- **أبو زكرياء يحيى بن شرف** تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، **1408**هـ.

36- **أبو زيد بكر** فقه النوازل، الجزء **2**، مؤسسة الرسالة، بيروت،**1992**م.

باشا قدري محمد قدري مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان، دار الفرجاني ، القاهرة، **1403** هـ- **1983**م، الطبعة الثانية.

37- **بن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي** شرح فتح القدير على الهداية،الجزء **6**، دار الفكر، بيروت، د ت، د ط.

38- **بن أبي القاسم أبو عبد الله بن يوسف العبدري** التاج و الإكليل ، مطبوع مع مواهب الجليل ، الجزء **4** ، دار الفكر ، **1412**هـ-**1992**م، الطبعة الثالثة.

39- **بن حزم أبو محمد علي احمد بن سعيد الأندلسي** المحلى، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت.

40- **بن قدامه شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد المقدسي** الشرح الكبير، مطبوع مع المغني، الجزء **4**، دار الفكر، بيروت، **1414**هـ- **1994**م.

41- **بن مسعود علاء الدين أبو بكر** بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية ، بيروت،**1997**م .

42- **حمدان عبد المطلب عبد الرازق** مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، **2005**.

43- **حيدر علي** درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، الجزء **1**، دار الجيل ، بيروت، لبنان،**1991**.

44- **سطحي سعاد** نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة فقهية طبية قانونية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، **2003**.

45- **شرف الدين احمد** الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، **1987**م.

46- **صبري هارون محمد** أحكام الأسواق المالية(الأسهم والسندات) ضوابط الانتفاع والتصرف بها في الفقه الإسلامي ، دار النّفائس للنشر والتوزيع، الأردن، **1419** هـ-**1999**م.

47- **طنطاوي محمد سعيد** حكم بيع الإنسان لعضو من أعضائه أو التبرع بها، الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الكويتية، ط2، الكويت ، **1995**.

48- **عبد الحسن عبد الله الطريقي** الاقتصاد الإسلامي أسس ومبادئ وأهداف، مؤسسة الجريسي للتوزيع ، الرياض، الطبعة الرابعة، **1417** هـ.

49- **عبد الرحمن الضويني محمد** القضايا الفقهية المعاصرة: أساس التصرف في الجسم الآدمي، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، **1422**هـ **2001**م.

50- **عودة عبد القادر** التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، مكتبة دار العروبة، مصر، **1379**هـ-**1960**م.

51- **قاضيجان** الفتاوى الهندية، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، **1980**.

52- **محمد عصمة الله عناية الله** الانتفاع بأجزاء الآدمي، جراع إسلام، لاهور، **1993**.

53- **محمد عناية الله** الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، لاهور ، باكستان، **1993**.

54- **محمد عوض** دراسات في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977.

55- **موفق الدين أبو محمد بن عبد الله احمد ابن قدامه المقدسي** المغني في شرح مختصر الخرقي ،ج3، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط ، **1403** هـ-**1983**م.

سادسا: المراجع القانونية:

56- **عمورة عمار الوجيز** في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، **2000**.

57- **نمر إياد عبد الحميد** التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام، دراسة تأصيلية تطبيقية،دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، **1430**هـ-**2010**م.

58- **طه مصطفى كمال** أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، **2006**.

59- **السنهوري عبد الرزاق احمد** مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، **1998**..نظرية العقد ، الجزء الأول،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،**1998**.

60- **فرج توفيق حسن** النظرية العامة للالتزام(مع مقارنة بين القوانين العربية) ،الدار الجامعية، بيروت،د.ت، الطبعة الثالثة.

61- **سليمان علي علي**النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة8، **2008**.

62- **العربي بلحاج** النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،الطبعة الخامسة، **2007** .

63- **الجمال مصطفى، رمضان محمد أبو سعيد، نبيل إبراهيم سعد** مصادر وأحكام الالتزام(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، **2006**.

64- **أبو زهرة محمد** الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، الإسكندرية،**1396** هـ-**1986** م.

65- **عبد الرحمن محمد يحيى المحاسنة**مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، **1406**هـ- **1986**م.

66- **حجازي عبد الحي** النظرية العامة للالتزامات، الجزء1، مطبعة النهضة، مصر، 1953م.

67- **عبد الحميد محمد سامي** القاعدة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ت)، ط5.

68- **الشيخلي عبد القادر** جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2009.

69- **ناشد سوزي عدلي** الاتجار بالبشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

70- **نور عثمان الحسن محمد ياسر عوض الكريم**، الهجرة غير المشروعة والجريمة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض،2008 م.

71- **محمد حامد سيد** الاتجار بالبشر كجريمة منظمة عابرة للحدود، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر ، 2010 م.

72- **سيد صابر محمد محمد** محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، 2008م.

73- **الشيخلي عبد القادر**، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009

74- **المصاورة هيثم حامد**، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

75- **أبو خطوة أحمد شوقي**، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

76- **نصر الدين مروك**، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ، 2003م.

77- **الشوا محمد سامي السيد**، الحماية الجنائية في سلامة الجسم، جامعة الزقازيق ، القاهرة، 1968م.

78- **فتحي العزة مهند صلاح أحمد**، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الجنائية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002م.

79- **عبد الله إدريس عبد الجواد**، الأحكام الجنائية المتعلقة بنقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2009م.

80- **الفضل منذر**، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة، عمان، 1995.

81- **الزعال حسني عودة**، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن، 2001.

82- **البطراوي أنظر عبد الوهاب عمر**، مجموعة بحوث جنائية حديثة، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة ، الطبعة الثانية، 1996.

83- **الأهواني حسام الدين**، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1975م.

84- **الجميلي السيد**، نقل الأعضاء البشرية وزراعتها، دار الأمين، الطبعة الأولى، القاهرة، 1998.

85- **البريزات جهاد محمد**، الجريمة المنظمة(دراسة تحليلية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

86- **نبيه نسرين عبد الحميد**، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007.

87- **الباشا فائزة يونس** الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2002م.

88- **عبد الحميد حسن**، التطور التاريخي لظاهرة الإجرام المنظم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

89- **البداينة ذياب**، التقنية والإجرام المنظم، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2003.

90- **الزوبي ممدوح**، عصابات المافيا ،جرائمها وتاريخ زعمائها، دار الرشيد، بيروت ، 1996.

91- **عبد الحميد محمد فاروق**، الجريمة المنظمة ووسائل الوقاية منها، بحث مقدم لندوة الوقاية من الجريمة المنظمة، مركز تدريب الشرطة، دبي، 2002.

92- **زيد محمد إبراهيم**، الجريمة المنظمة (تعريفها أنماطها ومواجهتها التشريعية) ،جامعة الأمير نايف، الرياض ، 1999.

93- **الزعال حسني عودة**، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2001.

94- **الخولي محمد عبد الوهاب**، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة(دراسة مقارنة)،د ن، 1997.

95- **حسني محمود نجيب**، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، بيروت، 1984.جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.

96- **دياب سميرة عايد**، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

97- **بيومي علي محمد**، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، القاهرة،1929هـ2009م.

98- **قشقوش هدى حامد**، جرائم الاعتداء على الأشخاص (الاعتداء على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم)، ، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1994.

99- **محصاني صبحي**، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الأول ،دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، د ت.

100- **سيد صابر محمد محمد**، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2008.

101- **الأهواني حسام الدين كامل**،أصول القانون، د ن، 1988م. مقدمة القانون المدني، نظرية الحق،دار النهضة العربية، 1972 م.

102- **سلطان أنور** المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، د ت.

103- **سلامة احمد** المدخل لدراسة القانون، الجزء 2، مطبعة نهضة مصر، 1963م.

104- **العطار عبد الناصر توفيق**،مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية،دن،د ت

105- **الزرقاء**، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، الجزء2، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، طبعة3، 1958م-1377هـ. وحاشية بن عابدين، الجزء 4/ 5،.

106- **طاهر محمد زين العابدين**، مدى حق الإنسان في سلامة أعضائه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، مصر، 1981 م.

107- **شرف الدين أحمد**، الضوابط القانونية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة القومية، المجلد رقم 21، مارس 1987م.

108- **بيومي علي محمد**، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء،دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1429هـ-2009 م.

109- **النجيمي محمد بن يحيى بن حسن**، الاتجار في الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2005.

110- **سعد أحمد محمود**، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة،دار النهضة العربية، القاهرة، ط1،1986 م.

111- **دياب سميرة عايد**، عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين القانون والشّرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004 م.

112- **أبو خطوة احمد شوقي** القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.

113- **الفضل منذر** التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002 م.

114- **الجمال مصطفى الجمال وعبد الحميد** النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، مصر، 1987.

115- **إبراهيم عادل عبد** المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، مونبلييه، 1987 (بالفرنسية)، فصل خاص بزراعة الأعضاء البشرية.

116- **أبو السعود رمضان** الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الجزء2، القاعدة القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1983.

117- **سلامة احمد كامل** شرح قانون العقوبات- القسم الخاص-، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، 1987.

118- **مصطفى محمود محمود** شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط7، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1975.

119- **المرصفاوي حسن صادق** المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978.

120- **عبد شويش ماهر** شرح قانون العقوبات -القسم الخاص-، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، العراق، 1988.

121- **عبد الستار فوزية** شرح قانون العقوبات-القسم الخاص-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

122- **القللي محمد مصطفى** شرح قانون العقوبات في جرائم الأموال،ط10،مطبعة فتح إله إلياس نوري وأولاده،مصر، 1939.

123- محمد حامد سيد الاتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر ، 2010.

124- حسني محمود نجيب جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني ،دار النهضة العربية، مصر، 1984.

125- عبد المهيمن بكرالوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي القسم الخاص، مطبوعات جامعة الكويت، 1973.

126- محمد زهدور الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991م.

127- الزعال حسني عودة، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

سابعا: كتب التاريخ والسير.

128- ابن خلدون عبد الرحمن بن محمد مقدمة بن خلدون، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، 2009

129- نقد محمد إبراهيم علاقات الرق في المجتمع السوداني- توثيق وتعليق، الخرطوم ، دار عزة ، 2003م، ط2.

ثامنا: المعاجم والقواميس.

130-ابن منظور الفضل محمد بن مكرم الأنصاري المصري الإفريقي لسان العرب، المجلد الثالث، دار الكتب العلمية، لبنان،2005.

131- البستاني الشيخ عبد الله الوافي، معجم وسيط اللغة، مكتبة بيروت، لبنان، 1998.

132- الجرجاني علي بن محمد بن علي التعريفات،الجزء 1، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت.

133- الشرياصي احمد المعجم الاقتصادي الإسلامي، دار الجيل، لبنان، 1401هـ-1981م.

134- **الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب**، القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الرابعة، **1430**هـ- **2009** م.

135- **المناوي حمد عبد الرؤوف**، التعاريف، الجزء **1**، دار الفكر المعاصر، ودار الفكر ، بيروت ، د.ت.

136- **بن زكريا أبو الحسين أحمد بن فارس** مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، ط**2**، البابي الحلبي، مصر، **1389**هـ ج**5**.

137- **بن فارس أبو الحسين أحمد بن فارسي بن زكريا** معجم مقاييس اللغة ، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل ، بيروت، **1411**هـ-**1991** م ،الجزء **4**.

138- **دار المشرق** المنجد في اللغة والأعلام ، دار المشرق ، بيروت، الطبعة **41**، **2005**.

139- **كورنو جيرار** معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، **1998**.

140- **مجمع اللغة العربية** المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم،مصر، **1994**.

141- **مدكور إبراهيم** المعجم الوسيط، دار نشر، القاهرة، الطبعة الثانية، **1392**هـ-**1972**

تاسعا: الرسائل الجامعية.

142- **أبو العلا ليلى** نقل الدم وزرع الأعضاء،الجزء 2، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية التربية للبنات ، مكة المكرمة، السعودية، **1989**م.

143- **عبد الدائم أحمد** أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني،(رسالة دكتوراه جامعة روبير شومان في ستراسبورغ)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، **1999**م.

144- **نصر الدين مروك** زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير ، قسم الجنائي، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، **1993**م.

عاشرا: القوانين والأنظمة.

1ـ القوانين الجزائرية:

- دستور سنة 1996م: 29/ 11/ 1996م وتعديله بالجريدة الرسمية، قانون 08-19 مؤرخ في 15/ 11/ 2008 م، يتضمن التعديل الدستوري، العدد63، السنة45.
- قانون العقوبات الجزائري المعدل والمم بالقانون 09-01.
- القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.
- القانون التجاري الجزائري.
- قانون رقم 85-05 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990.

2ـ القوانين الأجنبية:

- قانون العقوبات السوري.
- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.
- قانون العقوبات المصري رقم 85 لسنة 1937.
- قانون العقوبات اللبناني لسنة 1943.

أحد عشر: المجلات والدوريات، ومواقع الإنترنت.

ياسين محمد نعيم

1- بيع الأعضاء الآدمية، مجلة كلية الحقوق، السنة 11، العدد الأول آذار987.

أبو الوفاء احمد

2- الاتجار بالأشخاص، ورقة مقدمة في الندوة الإقليمية حول الجريمة المنظمة عبر الوطنية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، القاهرة، 28-29 مارس ،2008.

القرضاوي الشيخ يوسف

3- ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية في 23 أكتوبر 1989، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1994.

4- جريمة التجار بالأشخاص والجهود المصرية لمكافحتها والقضاء عليها، ورقة مقدمة في " الندوة الإقليمية حول الجريمة المنظمة عبر الوطنية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، القاهرة،28-29 مارس2008م.

5- قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا .

6- بيان مجمع البحوث الإسلامية ، جلسة رقم8، دورة 33، 17/ 12/ 1417هـ . نشر البيان في : مجلة الأزهر، الجزء الأول، السنة70، محرم 1418هـ.

7- رقم (1) د. 4/ 08/ 1988، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الرابع ، الجزء الأول ، جدة، 1988.

8- ملحق الأربعاء في جريدة المدينة المصرية، العدد 84، 22/ 01/ 1405 هـ.

9- جريدة الثورة البغدادية-(التقارير الأجنبية)- صحيفة يوم 30-6-1988.

10- المجموعة الشهرية للوقائع العربية، أيار 1987 قانون رقم 37 لسنة 1987.

11- J.K.INGLIS, HUMAN BIOLOGY, THIRED EDITION, OXFORD, 1986

12- Jean Carbonnier . Droit Civil

13- Code Civil 1987

14- www.minshawi.com/other/ nejemy.pdf http. //:

15- Human Organ Transplant Act 27 th – July 1989

16- www.orgonet.co.uk/bode/hot .

17- Nerson: L'influence de la biologie et de la medecine modernes sur le droit civil-REV TRIM 1970-P.6

فهرس الموضوعات

مقدمة 11

الفصل التمهيدي

المصطلحات الأساسية للبحث 19

المبحث الأول:مفهوم التجارة 21

المطلب الأول: تعريف التّجارة لغة، فقها وقانونا 21

الفرع الأول: الفرع الأول: التّجارة لغة 21

الفرع الثّاني-التّجارة في الفقه الإسلامي 23

البند الأول –التّجارة في القرآن والسّنة 23

البند الثاني- الفرق بين البيع والتّجارة 27

البند الثالث – تعريف التجارة فقهاً 28

البند الرابع – تعريف التجارة قانوناً 29

المطلب الثاني :حكم محل التّجارة في الفقه والقانون من حيث (مجال التّجريم) 30

الفرع الأول: مفهوم العقد في الفقه الإسلامي و في القانون الوضعي 31

البند الأول - مفهوم العقد في الفقه الإسلامي 31

البند الثاني- مفهوم العقد في القانون الوضعي 35

الفرع الثاني : حكم محل العقد في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي 39

البند الأول- حكم محلّ العقد في الفقه الإسلامي 39

البند الثاني- حكم محلّ العقد في القانون الوضعي 42

الفرع الثالث: بعض الصور المستحدثة للاتّجار غير المشروع والمتعلّق محلها بالبشر 46

البند الأول – الاتّجار بالأشخاص 46
البند الثاني – تهريب المهاجرين 50
البند الثالث- الاتّجار بالأعضاء البشريّة 51
المبحث الثاني: مفهوم العضو البشري في الفقه والقانون 52
المطلب الأول :مدلول الجسم الإنساني 53
المطلب الثاني: تعريف العضو لغة وفقها وقانونا 53
الفرع الأول: التّعريف اللّغوي والطّبي للعضو البشري 54
البند الأول- العضو لغة 54
البند الثاني- في الطّب 54
الفرع الثاني: تعريف العضو البشري في القانون الوضعي 56
البند الأول- في الفقه القانوني 56
البند الثاني- في القانون 58
الفرع الثالث : تعريف العضو البشري في الفقه الإسلامي 60
المطلب الثالث :الفرق بين العضو البشري والمشتقات والمنتجات البشرية 62
المبحث الثالث: أصل الاتّجار بالأعضاء حكما وواقعا 63
المطلب الأول : عوامل ظهور وانتشار الاتجار بالأعضاء البشرية 63
الفرع الأول: نقل وزراعة الأعضاء البشريّة 63
البند الأول: لمحة تاريخية عن نقل الأعضاء 63
البند الثاني:موقف الديانات السّماوية من اقتطاع الأعضاء من الأحياء 65
الفرع الثاني:ظهور الإجرام المنظم 67
البند الأول: التطور التاريخي للجريمة المنظمة 68
البند الثاني: أهم المنظمات الإجرامية الكبرى 71
المطلب الثاني: واقع الاتّجار بالأعضاء البشرية ووسائله 73

الفرع الأول: واقع الاتّجار بالأعضاء البشرية 73
الفرع الثاني: وسائل الاتّجار بالأعضاء البشرية 75
الفصل الأول
حكم الاتجار بالأعضاء البشرية 81
بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
المبحث الأول:ماهية الاتّجار بالأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون 83
المطلب الأول:الحق في سلامة الجسم في القانون الوضعي 83
الفرع الأول: السير الطبيعي لوظائف الحياة في الجسم 84
الفرع الثاني:التحرر من الآلام البدنية والنفسية 84
الفرع الثالث: الحق في التكامل الجسدي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 85
البند الأول-تعريف التكامل الجسدي 85
البند الثاني- المساس بالتكامل الجسدي 86
البند الثالث: أفعال الاعتداء على حق سلامة الجسم في القانون الوضعي والجزائري 87
المطلب الثاني:الحماية الشرعية لجسم الإنسان في الفقه الإسلامي 91
المطلب الثالث : النتائج المترتبة عن مبدأ حماية جسم الإنسان 92
الفرع الأول: عدم جواز المساس بسلامة الجسم 92
الفرع الثاني: جسم الإنسان لا يعتبر من قبيل الأموال 94
الفرع الثالث: أعضاء الإنسان المنفصلة عنه طاهرة 96
المبحث الثاني: تكييف العضو البشري في القانون والفقه الإسلامي 99
المطلب الأول: ماهية الشيء والمال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 100
الفرع الأول: ماهية الشيء والمال في الفقه الإسلامي 100

الفرع الثاني: ماهية الشيء والمال في القانون المدني 106
المطلب الثاني: طبيعة جسم الإنسان و الأعضاء البشرية (هل تعتبر أموالا؟) 106
الفرع الأول- مقاييس اعتبار الشيء مالا ومدى انطباقها على جسم الإنسان وأعضائه في الفقه الإسلامي 106
الفرع الثاني- مقاييس اعتبار الشيء مالا ومدى انطباقها على جسم الإنسان في القانون المدني 114
المبحث الثالث: الاتجار بالأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 118
المطلب الأول:الحكم الشرعي لبيع الأعضاء البشرية 119
الفرع الأول: حكم بيع الآدمي 119
الفرع الثاني: حكم بيع الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامية 121
البند الأول- جواز بيع الأعضاء البشرية 122
البند الثاني- عدم جواز بيع الأعضاء البشرية 129
البند الثالث- التفريق بين أعضاء الحر وأعضاء الرقيق 133
البند الرابع- المناقشة والترجيح 135
المطلب الثاني: موقف الفقه المدني من بيع الأعضاء البشرية 142
الفرع الأول: المؤيدون لبيع الأعضاء البشرية في الفقه المدني 144
الفرع الثاني : الرافضون لبيع الأعضاء البشرية في الفقه المدني 149
المطلب الثالث: موقف التشريعات الوضعية من بيع الأعضاء البشرية 149
الفرع الأول : موقف المنظمات الدولية والإقليمية 150
الفرع الثاني: موقف التشريعات الغربية والعربية من تجارة الأعضاء 152
البند الأول- موقف التشريعات الغربية 152
البند الثاني- موقف التشريعات العربية 155
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من تجارة الأعضاء البشرية 159

البند الأول- الدستور 159
البند الثاني- القانون المدني 160
البند الثالث- قانون حماية الصحة وترقيتها 161
البند الرابع- قانون العقوبات الجزائري 166

الفصل الثاني

الآثار المترتبة عن الاتجار بالأعضاء البشرية 171
المبحث الأول : التصرفات المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية 173
المطلب الأول: الوصية بالأعضاء البشرية 174
الفرع الأول: فكرة الوصية 175
البند الأول: ماهية الوصية 175
البند الثاني- الوقف والوصية 177
الفرع الثاني : تحديد لحظة الموت 179
البند الأول: معيار توقف القلب والدورة الدموية (الاتجاه القديم) 181
البند الثاني: معيار موت الدماغ أو موت جذع الدماغ (الاتجاه الحديث) 183
البند الثالث: معيار توقف القلب وموت جذع المخ (الاتجاه الشرعي) 186
الفرع الثالث: موقف التشريعات الوضعية من الوصية بالأعضاء البشرية 189
المطلب الثاني: التبرع بالأعضاء البشرية 191
الفرع الأول:التعريف بالهبة ومقوماتها 191
البند الأول: تعريف الهبة 191
البند الثاني: مشروعية الهبة 192
البند الثالث: مقومات عقد الهبة 192
الفرع الثاني: الحكم الشرعي للهبة أو التبرع بالأعضاء البشرية 193

البند الأول: الحكم الشرعي الإجمالي للتبرع أو هبة الأعضاء البشرية 194
البند الثاني: شروط جواز التبرع بالعضو الآدمي في منظور الشريعة 195
البند الثالث: تطبيقات للحكم الإجمالي على التبرع من الأحياء 197
الفرع الثالث :موقف الفقه المدني من هبة الأعضاء البشرية 202
الفرع الرابع: الموقف التشريعي الوضعي من هبة الأعضاء البشرية 206
المطلب الثالث: بيع العضو البشري بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 209
المبحث الثاني :التصرفات غير المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية والعقوبات المقررة لها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري 211
المطلب الأول:التصرفات غير المشروعة الواردة على الأعضاء البشرية والعقوبات المقررة لها في التشريع الجزائري 212
الفرع الأول :جريمة إحداث عاهة مستديمة 212
البند الأول: أركان جريمة إحداث عاهة مستديمة 214
البند الثاني: مسؤوليه الجاني عند استئصال العضو البشري 218
الفرع الثاني: جريمة سرقة الأعضاء البشرية 223
البند الأول: تعريف السرقة 223
البند الثاني: أركان جريمة السرقة 224
البند الثالث: المسؤولية الجنائية عن سرقة الأعضاء البشرية 226
الفرع الثالث: جريمة الاعتداء على الجثة أو على أحد الأعضاء 229
البند الأول: الاعتداء على الجثة 229
البند الثاني: الاستيلاء على أحد أعضاء الجثة 233
الفرع الرابع : جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية والعقوبات المقررة لها في القانون الجزائري 235

البند الأول: تعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وتفريقها عن غيرها من الجرائم المشابهة 235
البند الثاني: أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية 238
البند الثالث: العقوبات المقررة لها في القانون الجزائري 241
البند الرابع: جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي 243
المطلب الثاني: العقوبات المقررة لتلك التصرفات في الفقه الإسلامي 248
الفرع الأول: أركان الجناية على ما دون النفس 249
البند الأول: الركن المادي 249
البند الثاني: الركن المعنوي 249
الفرع الثاني: عقوبات الجناية ما دون النفس 250
الخاتمة 252
المراجع 257
المراجع العربية 259
المراجع الأجنبية 273

مكتبة تخصص
نقد الأصول

رقم الإيداع	٢٠١٤/٢٦٨٦
الترقيم الدولى I.S.B.N	
978-977-729-073-9	