الأحكام الفقهية والقانونية لبيع الأعضاء البشرية
دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري

ياسين جبيري – أستاذ محاضر. تخصص: قانون جنائي.
جامعة العربي التبسي تبسة.
بالاشتراك مع الأستاذة: ثابت دنيازاد.

ملخص المقال:

يعد بيع الأعضاء البشرية من المسائل المستحدثة والذي دعت إليه الحاجة والفاقة، وإمكان تربح الناس من أعضاء جسده، والتي لا يضر انتزاعها بحياة الإنسان، بحيث يمكن مع عدم وجودها استكرار قيامه بالأنشطة الحيوية لجسده، وقد دفع إلى ذلك المبالغ الطائلة التي ستعد لدفعها الأغنياء من أجل استرجاع عافيتهم سواء للمستشفيات والأطباء والسماسرة الذي يتوسطون لذلك، حيث ظهر نشاط مربح فيما يسمى بالسياحة الطبية، أين يلتقي البائع والمشتري للعضو ويتم التبادل بكل سلاسة وسهولة، وهو الأمر الذي تفطنت له الجماعات الإجرامية وجعلته مصدرا مهما لنشاطاتها بما أنه أأمن من تجاة المخدرات والسلاح وغيرها، ولذلك كان لزاما على المجتمعات التعاطي مع هذا المستجد ومحاولة قمعه خصوصا بوضع أحكام وتشريعات تحد من انتشار هذه الظاهرة التي تمتهن كرامة الكيان البشري ومنها المشرع الجزائري، والشريعة بكونها سباقة في المجالات المستجدة فقد انبرى فقهائها لتوضيح الأحكام المناسبة لهذه النوازل التي تطرأ على حياة البشر.

الملخص بالإنكليزية:

The sale of human organs is one of the new issues that has been called for by the need and need, and the possibility of gaining people from the body parts, whose extraction does not harm human life, so that without its presence, it is possible to repeat the vital activities of his body, and he has paid the huge sums that will be prepared for the rich to pay. Restoring their well-being to hospitals, doctors and brokers who mediate, where a lucrative activity emerged in the so-called medical tourism, where the seller and buyer meet the member and exchanges smoothly and easily, which has discerned the criminal groups and made it an important source of its activities since it is safe from Drugs, weapons and others, therefore, it

was necessary for societies to deal with this novel and try to suppress it, especially the development of provisions and legislation that limit the spread of this phenomenon, which professes the dignity of the human entity, including the Algerian legislator, and Sharia as a forerunner in the emerging areas Human life.

الكلمات المفتاحية: بيع الأعضاء البشرية، تجارة الأعضاء، المقال المادي، التبرع بالأعضاء. Sale of human organs, organ trade, material article, organ donation.

مقدمة:

لقد قفز البحث العلمي في وقتنا الراهن قفزات هائلة خصوصا في المئة سنة الأخيرة، حيث حدث انفجار علمي ومعرفي لا سابق له وبالخصوص في ميدان الأبحاث الطبية، لقد أصبح من المتاح بتقدم الأجهزة والوسائل والتقنيات ما يسمح بنقل وزراعة أعضاء بأكملها من المريض والمعلول بعدم كفاءة العضو محل الاستئصال ووضعه في جسد المريض المستقبل، وهو ما لم يكن ممكنا أبدا في الأزمنة الفارطة وخصوصا نظرة الشريعة لهذه المسألة التي تعتبر مستجدة وحديثة.

هذه المسألة والتي تعد من فقه النوازل في منظور الشريعة الإسلامية، لأن الناس لم يعترضهم في مسار حياتهم عبر التاريخ مثل هذا الأمر، مسألة التصرف في العضو البشري بالبيع أو الهبة أو الشراء، حيث أن المتعارف عليه في عرف الناس أن ترد مثل هذه التعاملات على المنقولات والعقارات والأشياء؛ أما وأن يأتي الزمن وتصبح أجزاء بعض الكيان الآدمي عرضة لمثل هذه التصرفات فهو من العجب العجاب، والفضل يعود في ذلك لتطور التقنية والبحث العلمي في ميدان الطب، فبرغم من الخدمات الجليلة التي قدمها البحث العلمي في علم الأحياء إلا أنه بالقدر نفسه قد فتح الباب واسعا أمام تصرفات وأفعال لا تخطر ببال بشر كبيع كلية أو رئة من أجل التربح والاغتناء سواء بدافع أو بغيره، لذلك دعت الضرورة من وضع ضوابط أخلاقية وشرعية وقانونية تضبط المسألة كي لا تنزلق البشرية في متاهات و إشكالات لها أول بدون آخر. فخطورة وأهمية مسألة بحثنا هذا لا شك في قيمتها وأهميتها، فهو المتعلق بمنظور التعامل المالي في الأعضاء البشرية من بيع وشراء ومتاجرة بالأعضاء البشرية. فما هو يا ترى حكم بيع الاعضاء البشرية وتداولها من منظور الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري.

هذا التساؤل سيتم معالجته وتناوله في مبحثين اثنين:

المبحث الأول:الحكم الشرعي لبيع الأعضاء البشرية

المبحث الثاني: موقف التشريع الجزائري من بيع الأعضاء البشرية.

المبحث الأول:الحكم الشرعي لبيع الأعضاء البشرية

ذهب فقهاء الشريعة الاسلامية منحيين مختلفين، ولكل أدلته وحججه والتي نستعرضها فيما يأتي:

المطلب 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[1]. وذكر الحنابلة حرمة بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه[2]، 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.[3]

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 ».[4]

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»[5].

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 – 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.

2 – موفق الدين بن قدامة، المغني، ج4، ص304، وشمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج4 ، ص12.

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

4 –ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص31.

5 –موفق الدين بن قدامة، المغني، ج4، ص 304، وشمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، ج4، ص12.

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 ».[1]

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: ﴿**وَلا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ** ﴾[2] .

وقوله تعالى: ﴿ وَلا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾. [3]

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 .»[4]

ت- 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.[5]

2- قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات):

وجه الدلالة : أنه يجوز للإنسان أن يتصرف في جسده عند الضرورة.[6]

---

1 -بدائع الصنائع، ج7، ص297.

2- سورة النساء، الآية 29.

3 - سورة البقرة، الآية 195.

4 - بدائع الصنائع، ج 7، ص117.

5 - 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.

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

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]

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.

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.

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]

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

1 - سعاد سطحي، المرجع نفسه، ص 71.
2 - ملحق الأربعاء في جريدة المدينة، العدد 84، 1405/01/22 هـ،ص 6-7.
3 - سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 72.
4 - سعاد سطحي، المرجع نفسه، ص 72.

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 سبحانه وتعالى يأذن بنقل حقه إذا كان متعينا لإحياء حق له أعظم منه، بناءا على ما قدمنا من قاعدة تحمل أهون الشّرّين لدفع أعظمهما.[1]

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.

ب- 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.[2]

ويجاب على ذلك بما يلي:

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

- 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.

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.

1- علي محمد بيومي، المرجع السابق، ص 90.

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

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]

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.[2]

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.[3]

المطلب الثاني- عدم جواز بيع الأعضاء البشرية

استدل أصحاب هذا الاتجاه بأدلة كثيرة أهمها ما يأتي:

الفرع الأل- من القرآن الكريم: قال الله تعالى: ﴿ **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ** ﴾[4] . 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.[5]

الفرع الثاني- السنة المطهرة:

أ- فقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: « قال الله تعالى 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.

---

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

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

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

4 - سورة الإسراء، الآية 70.

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

ب- ولقوله صلى الله عليه وسلم : « 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 صلى الله عليه وسلم : « ادفعوا إليهم بجيفتهم بأنه خبيث الجيفة خبيث الدية فلم يقبل منهم شيئا»[3].

وجه الدلالة: أنه لو كان بيع الإنسان وأجزائه ميتا جائزا عنده صلى الله عليه وسلم 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 صلى الله عليه وسلم مالا من جيفته لا يدل على حرمة بيع الأعضاء الإنسانية من المسلمين.[5]

الفرع الثالث- المعقول:

أ- من شروط صحة البيع أن يكون المعقود عليه مالا.[6]

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 صلى الله عليه وسلم عن التسعير[1] ، فأكد ذلك أن أعضاء الإنسان ليست أموالا مقومة.

---

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 (146/4/2442).

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

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

6 - شرح فتح القدير(248/7)، والعناية (247/6)، وحاشية بن عابدين(538/4)، ونهاية المحتاج(397/3) ، الموسوعة الفقهية الكويتية (14/9-15).

قال ابن نجيم (ت 980 هـ): " لم ينعقد بيع ما ليس بمال متقوّم كبيع الحر... ولا شعر لآدمي، ولا عظمه"[2].

ب– أن من شروط صحة البيع أن يكون المعقود عليه مملوكا للعاقد، أو من يقوم مقامه؛ كالوكيل.[3] 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 ﴾ [4]» .

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.[5]

ت– أن البيع فيه فتح أكثر من وسيلة إلى مفاسد عظيمة ومخاطر جسيمة[6] 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﴾ [7] .

---

1 – 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 (320/9 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(324/2 ح 2545) كتاب التجارات، باب من كره أن يسعر. وأحمد (2/ 286) . والدارمي (324/2 ح2545) كتاب البيوع، باب في النهي عن أن يسعر في المسلمين.

2 – ابن نجيم، البحر الرائق، ص289.

3 – ينظر إلى : حاشية ابن عابدين(ج4 ، ص 538)، والفروق للقارافي (ج3، ص240)، ونهاية المحتاج (ج3، ص402)، الموسوعة الفقهية الكويتية (ج 9، ص15).

4 – سورة البقرة، الآية 29.

5 –http:// www.minshawi.com/other/ nejemy.pdf تاريخ الإطلاع : 2010/11/15. ص20.

6 – عصمت الله عناية الله محمد، المرجع السابق، ص 205.

7 – سورة الإسراء ، الآية 70.

قال محمد بن حسن الشيباني (ت189 ه): " ولا يجوز بيع شعر الإنسان"[1] وقال شارحه: " لأن الإنسان مكرم، فلا يجوز أن يكون منه شيء مبتذل".[2]

وقال المرغيناني (ت593 ه):" لا يجوز بيع شعور الإنسان، ولا الانتفاع بها، لأن الآدمي مكرم، لا مبتذل، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا"[3] .

وقال أيضا: " لا يجوز بيعه؛ لأنه جزء من الآدمي، والآدمي بجميع أجزائه محترم ومكرم، وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله بالبيع والشراء"[4].

ث- إن ما قطع من حي فهو كميتة نجس، والنجس لا يجوز بيعه.[5]

ج- حديث أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه : « أن رسول الله نهى عن ثمن الكلب، وثمن الدم، ومهر البغي، وحلوان الكاهن » .[6]

وهذا الحديث دال على تحريم بيع الدم خاصة، وكلمة الدم: لفظ عام، فيشمل كل أنواع الدماء.قال ابن حجر(ت 852 ه): «والمراد تحريم بيع الدم كما حرم بيع الميتة

والخنزير، وهو حرام إجماعا، أعني بيع الدم وأخذ ثمنه »[7].

المطلب الثالث – 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.

1 – الشيباني ، الجامع الصغير، ص 328.

2 –أبي الحسنات اللكنوي، الشرح النافع الكبير على الجامع الصغير، ص329.

3 –بدائع الصنائع (ج5/ص142).

4 – بدائع الصنائع (ج5/ص 145).

5 –http:// www.minshawi.com/other/ nejemy.pdf تاريخ الإطلاع : 2010/11/15. ص 20.

6 – أخرجه البخاري(84/2 حديث رقم 2086) كتاب البيوع، باب موكل الربا.

7 – ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، جزء 4، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ص 499.

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.[1]

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.

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.[2]

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 ».[3]

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.[4]

---

1 – علي محمد بيومي، المرجع نفسه، ص 91.

2 – http:// www.minshawi.com/other/ nejemy.pdf تاريخ الإطلاع : 2010/11/15. ص 20.

3 – 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.

4– عصمة الله عناية الله محمد، المرجع السابق، ص 350-352.

وأما شرعية الانتفاع بها فالمحقق أن الاجتهاد الفقهي الإسلامي المعاصر قد حكم بذلك عندما أجاز التبرع ببيع الأعضاء لغرض زرعها فيمن يحتاج إليها؛ 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]

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 85/455 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:﴿ **وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ** ﴾[2] .

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 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 ».

---

1 - http:// www.minshawi.com/other/ nejemy.pdf تاريخ الإطلاع : 2010/11/15. ص 21.

2 - سورة الأنعام، الآية 119.

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.

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 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

---

[1] -- http:// www.minshawi.com/other/ nejemy.pdf تاريخ الإطلاع : 2010/11/15. ص 22. محمد بن يحي بن حسن النجيمي، في مداخلته في الجريمة المعاصرة: المنظور الشرعي؛ التجار بالأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة في الشريعة وفي القانون.

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.

قطعيا، وكل ما يأتي عن هذا الطريق بالنسبة لجسد الإنسان فهو باطل، هذا بالنسبة للمتاجرة بأعضاء جسد الإنسان عن طريق البيع أو الشراء ».[1]

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من بيع 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[2]،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:

المطلب الاول- 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 » .

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

1 - بيان مجمع البحوث الإسلامية ، جلسة رقم8، دورة 33، 1417/12/17هـ. نشر البيان في : مجلة الأزهر، الجزء الأول، السنة70، محرم 1418هـ، ص 45-46.

2 - سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 128.

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 .

المطلب الثاني– 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 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.[3]

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».

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.

3 – ينظر ص 20-21 من الفصل التمهيدي: لمزيد من الإيضاح في فكرة النظام العام والآداب العام ومدى مشروعية التصرفات الواردة على الأعضاء البشرية.

المطلب الثالث– 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 ».

– وأن لا تهدد هذه العملية حياة المتبرع، ولا تؤدي إلى الإضرار بصحته أو بصحة المستقبل، 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 المستقبل ».

– 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

[1] – سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 130-131.

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.»[1]

– 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 ذاتهما يلي:

1 – هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 143.

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.

المطلب الرابع- 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.

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 ».[2] 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 وبكون 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[3]، موردا العقوبة المقررة والفعل

1 - حامد سيد محمد، مرجع سابق، ص41.

2 - المرجع نفسه، ص41.

3 - 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.

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 يضطر المتبرع أخذ مصاريف لمستلزمات العملية، أو على سبيل العرفان بالجميل وهذه معان لا تنكرها الأخلاق النبيلة والمشاعر الإنسانية.

الخاتمة:

في الأخير، نجمل اختلاف الفقهاء المعاصرين في حكم بيع الأعضاء الإنسانية سواء ببذل المال من جهة المشتري أو أخذه من جهة البائع على قولين: أ- **القول الأول**: يجيز هذا الاتجاه بيع الأعضاء الإنسانية، ولكن بشروط، وهو قول الشيخ سيد سابق التهامي، ومحمد نعيم ياسين، وليلى أبو العلا.

ب- **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.

و سبب الاختلاف: فبالنسبة لأجزاء 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]

وسبب اختلافهم فيه، لا يرجع إلا لاختلافهم في الأصل الذي أجمعوا عليه، ولكن 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، ص48.

2 – الفروق للقرافي في الفرق ، ص185، المجموع للنووي، ج9، ص276، كشاف القناع، ج2، ص8، المحلى لابن حزم،ج4،ص481.

3 – حاشية ابن عابدين، ج4، ص118.

4 –بدائع الصنائع، ، جزء 5 ، ص 138- 148 ، الهداية ،جزء 3، ص 38، حاشية بن عادين ،ج4، 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]

وفي الإجمال فالمشرع الجزائري جرم انتزاع أو نقل الأعضاء البشرية أو إحدى المنتجات الجسمية بمقابل مالي مقدم 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.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

ثانيا: كتب التفسير وعلوم القرآن.

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

ثالثا: كتب الحديث وشروحه.

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

1- البيهقي أبو بكر احمد بن الحسين بن علي ، السنن الكبرى، دار الفكر ،د ن، د ط،د ت ، الجزء .35.

2- الدارقطني علي بن عمرالسنن،عالم الكتب، بيروت، الجزء 3 ، 1406هـ-1986م، ط4 .

3- 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

4- بن الحجاج أبو الحسين مسلم القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح(تحقيق :فؤاد عبد الباقي)، ج11،دار إحياء التراث العربي، ، 1375هـ-1955م.

رابعا: كتب الفقه الإسلامي.

- ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن احمد المقدسي موفق الدينالمغني ، الجزء الأول،دار الفكر، بيروت، 1984..

- 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، 1414هـ- 1994م.

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

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

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

- 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، 1414هـ- 1994م.

- ابن رشد، بداية المجتهد ،ج 2،دار المعرفة، بيروت، الطبعة 8 ،1986.

- الشر بيني محمد الخطيب مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج(تعليق جويلي بن إبراهيم)، ج2، دار الفكر، القاهرة،د ت.

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

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

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

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

- محمد عصمة الله عناية الله الانتفاع بأجزاء الآدمي، جراع إسلام، لاهور، 1993.
- النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف، المجموع شرح التهذيب، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د ت، د ط.
- السرخسي، المبسوط، ج10، دار المعرفة، بيروت، ط2.
- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 5، دار الكتاب الإسلامي، د ت.
- القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ،إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، الجزء 3 ، عالم الكتب،، د ت، بيروت.
- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، جزء 4، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
-البار محمد علي الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم ، دمشق، 1414هـ- 1994م.
- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دار الفكر، القاهرة، 1420هـ-2000م.
- أحمد عادل هاشم، سوق نقل الأعضاء العالمية في انتظار التشريع المصري، الأحد 4 ذي الحجة 1419هـ-21 مارس 1999م.
- رأفت صلاح أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون،عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع،الأردن، 2006.
- هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
- محمد حامد سيد الاتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر ، 2010.
- بكر أبو زيد، فقه النوازل، الجزء 2، مؤسسة الرسالة، بيروت،1992م.

ثالثا – القوانين :

- دستور سنة 1996م: 1996/11/29م وتعديله بالجريدة الرسمية، قانون 08-19 مؤرخ في 2008/11/15 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

المجلات والدوريات ومواقع الانترنت:

– بيان مجمع البحوث الإسلامية ، جلسة رقم8، دورة 33، 1417/12/17هـ. نشر البيان في : مجلة الأزهر، الجزء الأول، السنة70، محرم 1418هـ، ص 45-46.

ملحق الأربعاء في جريدة المدينة، العدد 84، 1405/01/22 هـ .

- http:// www.minshawi.com/other/ nejemy.pdf تاريخ الإطلاع : 2010/11/15. ص 22. محمد بن يحي بن حسن النجيمي، في مداخلته في الجريمة المعاصرة: المنظور الشرعي؛ التجار بالأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة في الشريعة وفي القانون.