الضوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في التشريع الجزائري

د/ انتصار مجوج
أستاذ محاضر قسم "ب"
جامعة قاصدي مرباح ورقلة (الجزائر)

ملخص:

إن حق الإنسان في الحياة وفي سلامة وتكامل جسده مكفول قانونا، وحتى لا تخرج الاستفادة من مزايا نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء عن دائرة المشروعية تبرز أهمية التطرق للضوابط القانونية لهذه العملية، وقد نظم المشرع الجزائري مبكرا موضوع زراعة الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها والذي تضمن شروطا تفصيلية لنقل الأعضاء وزراعتها من الأموات إلى الأحياء يمكن تقسيمها إلى شروط عامة وأخرى خاصة، حيث يفترض أن يكون الهدف منها تشجيع نقل وزراعة الأعضاء البشرية انطلاقا من الحتمية الطبية، ولكن في إطار المشروعية القانونية التي يضمن من خلالها تلافي محاذير العملية وما قد ترتبه من نتائج سلبية غير مقبولة لا شرعا ولا طبا ولا قانونا.

الكلمات المفتاحية: الأعضاء البشرية، المتبرع، الاتجار بالأعضاء البشرية.

Abstract :

The human right to life and his body's integrity and safety is legally guaranteed;so as not to take benefits of the advantages of moving organs from the dead to the living on the legitimacy;the importance of addressing the legal control of this process stands out. Therfor the Algerian legislator prearrange the human organ transplantation in the protection and promotion of health act which contained detailed conditions to transfer and transplant organ from the dead to the living. This can be devided into general and special so it is assumed that the aim from it to encourage the transfer and transplant of human organs based on medical determinism but within the frame of legal legitimacy from which avoid process caveats is guaranted and what may have negative consequences that is not accepted religiously nor medically or legally.

Keywords: human organs - the donor - trafficking in human organs.

Résumé:

Le droit de la vie et l'intégrité et la sécurité de corps human sont légalement garantis, afin de ne pas profiter des avantages illégaux du transfert des organes des morts aux vivants, cela montre l'importance d'étudier les contrôles légaux de ce processus. Le législateur algérien prévoit alors la transplantation d'organes humains dans la loi de la protection et la promotion de la santé, qui contient des conditions détaillées pour le transfert et la transplantation d'organes des morts vers les vivants, on suppose que son but est d'encourager le transfert et la transplantation d'organes humains en raison de la nécessité médicale, mais dans le cadre de la légitimité juridique, pour éviter les avertissements et les conséquences négatives qui ne sont pas acceptées religieusement, médicalement et légalment.

Mots clés : organes humains - le donneur - trafic des organes humains

مقدمة:

إن حق الإنسان في الحياة, وفي سلامة وتكامل جسده, مكفول بنص الدستور[1] باعتباره حقا أساسيا يضمن للفرد تواجده ككيان مادي حي يؤدي دوره الفعال داخل مجتمعه، ويكفل لذلك القانون العقابي تجسيد الحماية الدستورية بتجريم كافة الاعتداءات التي من شأنها أن تؤدي إلى انتهاك حق الشخص في الحياة أو تعطيل كيانه المادي عن أداء دوره لولا الاعتداء، وإذا مات الشخص وفارق الحياة فإن القانون كفل حماية جثته مراعيا الاعتبارات الاجتماعية والدينية والأخلاقية في صون كرامة جسد الإنسان وحرمة جثته من العبث بها[2].

وعند الحديث عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بوصفها: "نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو التالف."[3] فإن فكرة حماية الحق في الحياة وحرمة الجثة تتصارعان، ولاشك في اتجاه المجامع الفقهية والفتاوى الشرعية إلى إجازة نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء والأموات بشروط وضوابط توافق الشريعة الإسلامية، وإجازة نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء هو من باب أولى بالنظر للمزايا المحققة مقارنة بنقل الأعضاء من الأحياء إلى الأموات كانتفاء المحاذير من الناحية الصحية بالنسبة للمتبرع الميت والمتبرع له الحي وتوفير أعضاء يستحيل توفرها من المتبرع الحي، إضافة إلى تعدد الأعضاء الممكن التبرع بها لأكثر من شخص في نفس الوقت، مما يعطي الأولوية للجوء إلى نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء تكريسا لحماية حق الإنسان في الحياة وبعيدا عن أي معنى للعبث بجثة الميت.

وحتى لا تخرج الاستفادة من مزايا نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء عن دائرة الاستخدام المشروع الحسن فإن ضرورة وجود ضبط قانوني يتناسب مع أهمية اللجوء إلى هذا التصرف و خطورة اللجوء إليه في نفس الوقت تتجلى معه أهمية التطرق للضوابط القانونية لزراعة الأعضاء البشرية ونقلها من الأموات إلى الأحياء، وتزداد أهمية الموضوع بالنظر للصحوة التشريعية للمشرع الجزائري بمواكبته للمستجدات من خلال تجريمه لفعل الاتجار بالأعضاء البشرية بموجب ق09-01المؤرخ في25-02-2009المعدل والمتمم لقانون العقوبات، والذي جاء مؤكدا بشكل صريح وواضح على أهمية مراعاة الضوابط القانونية لانتزاع الأعضاء البشرية وزراعتها كما نصت عليها التشريعات التنظيمية المعمول بها وترتيب العقوبات اللازمة في حالة المخالفة.

وقد سبق للمشرع الجزائري أن نظم مبكرا موضوع زراعة الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها رقم85-05المؤرخ في16-02-1985المعدل والمتمم والذي تضمن شروط نقل الأعضاء وزراعتها، وبالنسبة لنقل الأعضاء وزراعتها من الأموات إلى الأحياء فقد تضمن القانون وما لحقه من تعديل شروطا تفصيلية للعملية يمكن تقسيمها إلى شروط عامة وأخرى خاصة يفترض أن يكون الهدف منها إباحة بل التشجيع على اللجوء إلى نقل وزراعة الأعضاء البشرية انطلاقا من الحتمية الطبية ولكن في إطار المشروعية القانونية التي يضمن من خلالها تلافي محاذير العملية وما قد ترتبه من نتائج سلبية تكون غير مقبولة لا شرعا ولا طبا ولا قانونا,هو ما يطرح التساؤل حول مدى نجاح المشرع الجزائري في تحقيق هذا الفرض ؟ ومدى اتفاق الإرادة التشريعية مع الضوابط الشرعية والتي لا يمكن تجاوزها في الموضوع؟ ومن جهة أخرى يطرح التساؤل حول مدى استجابتها للمستجدات الطبية والفقهية الشرعية - التي تسعى بدورها أن تواكب المستجدات الطبية وتضبطها في إطار الشرعية الدينية-التي تعرف تغيرا وتطورا مستمرا تحتاج الصنعة القانونية أن تتعامل معه بالأساليب المناسبة والتي تضمن صياغة تشريعية للموضوع سليمة في بنائها ومتلائمة مع الحاجة إليها دون الوقوع في محاذير الإسراف التشريعي ولا الفراغ التشريعي وعدم مواكبة المستجدات؟

وللإجابة على هذه التساؤلات يتم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي وكذلك المنهج الاستقرائي بهدف استعراض النصوص القانونية ذات الصلة والمنظمة لموضوع الدراسة وتناولها بالتحليل والنقد وصولا لاستنتاجات

تساهم في إثراء موضوع الدراسة من وجهة نظر قانونية, ولا يخلو منهج الدراسة من الاعتماد على أسلوب المقارنة في تحديد موقف الشرع أو القوانين المقارنة في بعض الجزئيات التي يتطلب الخروج بنتيجة محددة بشأنها ذلك.

أما خطة البحث فقد جاءت بالإضافة إلى المقدمة كمدخل عام للموضوع والخاتمة المتضمنة للنتائج والتوصيات تم تقسيم صلب البحث لنقطتين يتمحور حولهما الضبط القانوني لنقل وزراعة الأعضاء البشرية بحيث ومن خلال قراءة مسبقة للنصوص القانونية حول الموضوع يصبح التطرق لإحداهما بالأولوية والثانية بالتبعية, أما الأولى فتتعلق بالصيغ القانونية التي تبيح التصرف بأعضاء الميت وزراعتها للحي فتخرجها من دائرة المنع والحظر وتجعلها تتم تحت مظلة القانون-الذي جاء لينظم سلوك أفراد المجتمع على نحو ملزم-, وتتعلق الثانية بالشروط القانونية المطلوب توافرها لمباشرة نقل الأعضاء من الميت وزراعتها للحي.

أولا:الصيغ القانونية للتصرف بأعضاء الميت وزراعتها للحي: إن حرية الإرادة في التصرف الذي موضوعه حرمة الجسد تخرج عن التنظيم العام وتحتاج إلى تدخل تشريعي مخصوص يضبط هذا التصرف ضمن الصيغ القانونية الملائمة, بحيث تكون صلاحية العضو البشري بأن يكون الأداء محل التصرف القانوني, وتبصير المتصرف بخطورة التصرف الذي يقدم عليه, والتأكد الكافي من توافر كامل رضاه, مع الأخذ بالاعتبار حق المجتمع في استمرار أداء أفراده لوظائف الحياة, تعتبر جميعها من الاعتبارات الأساسية التي تفرض الخروج عن القواعد و المبادئ العامة،كمبدأ الرضائية في تكوين التصرف, و الحرية في إثبات وجوده وفكرة النظام العام في تحديد مشروعية محله أو سببه.

وقد تبنى قرار مجمع الفقه الإسلامي(م ف إ) بشأن زراعة الأعضاء الصادر في الدورة الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة الممتدة بين19-28جانفي1985 الإجازة الشرعية بالأولوية لأخذ العضو من إنسان ميت لانقاد إنسان آخر مضطر إليه، بشرط أن يكون المأخوذ منه مكلفا، وقد أذن بذلك حال حياته, كما تبنى في القرار رقم(1) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حي أو ميت الصادر في المؤتمر الرابع بجدة في الفترة بين6-11فيفري1988الإجازة الشرعية لنقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك, بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته, أو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له[4].

وعند صدور ق85-05 والذي جاء تاليا لصدور قرار المجمع الفقهي في جانفي1985نظم صيغ إجازة انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها وبموجب ق رقم90-17المؤرخ في16فيفري1985المعدل والمتمم لقانون85-05 والذي جاء تاليا زمنيا لقرار م ف إ الصادر في فيفري1988 جاء بإضافة صيغة جديدة وبعض التعديل في الصيغ القديمة، وهكذا فقد نظم المشرع الجزائري ثلاث صيغ قانونية للتصرف بأعضاء الميت وزراعتها للحي:

1- الوصية: نصت ف2 م164بعد تعديلها:"وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله ذلك." وتعبير المتوفى بإرادته المنفردة أثناء حياته عما يرتب أثاره بعد وفاته يكيف قانونا على أنه وصية, ولذلك فالمقصود هو جواز انتزاع الأعضاء البشرية للميت بناءا على وصيته.

والوصية في القانون الجزائري هي من مسائل الأحوال الشخصية نضمها قانون الأسرة[5] في المواد184إلى 201 فالوصية هي تصرف تبرعي بإرادة منفردة وهي إرادة الموصي التي تنتج أثارها بعد وفاته مصرا عليها, وتبطل بردها من الموصى له أو بموت الموصى له قبل الموصي، ووفقا لنص م190 فإنه:"للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة."وهو ما يفهم منه أن موضوع الوصية أو محلها هو ما يملكه الإنسان، ويكون ذا قيمة مالية أو منفعة، وهو ما يطرح التساؤل حول الأعضاء البشرية إذا كان يوصى بها على أنها مال مملوك لصاحبه؟ وهل يعتبر جسد الإنسان ملكا له في حياته وأن جثته تركة لورثته بعد وفاته؟ وإذا كان يصح اعتبارها

موضوعا للوصية طبقا للقواعد العامة للوصية في قانون الأسرة أم أنه يكون من الضروري أن تخضع لقواعد خاصة تتلاءم مع طبيعة الأعضاء البشرية؟ كما يطرح التساؤل حول شكل هذه الوصية وإثباتها؟

1-1-التكييف القانوني للأعضاء البشرية كمحل للوصية: العضو البشري في المفهوم الطبي: "مجموعة أنسجة تعمل مع بعضها البعض كي تؤدي وظيفة معينة كالكبد والكلية والدماغ والأعضاء التناسلية والقلب وغيرها،والأنسجة التي يتكون منها العضو هي مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة ،والخلية هي أصغر وحدة في المواد الحية."[6] و عرفه م ف إ في قراره لسنة1988 بأنه: "أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها,كقرنية العين,وسواء كان متصلا به أم انفصل عنه." وأن الانتفاع المقصود هو :"استفادة دعت إليها ضرورة المستفيد لاستبقاء أصل الحياة,أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم كالبصر ونحوه,على أن يكون المستفيد يتمتع بحياة محترمة شرعا.".

وعرفه بعض الفقه القانوني:"أنه كل جزء من أجزاء الجنين أو جسم الإنسان أو جثته,يكون في الأصل غير سائل"[7].

وليس في ق85-05 ولا في تعديله تعريف لما يعتبر عضوا بشريا تنصب عليه عملية الانتزاع أو الزرع, غير أنه في كل النصوص التي نظمت الانتزاع والزرع قرن فيها بين الأنسجة والأعضاء ونصت ف4 م 164المعدلة:"غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية..." وهو ما يفهم من خلاله أن العضو موضوع الانتزاع والزرع في مفهوم القانون له معنيان: خاص وعام يشمل النسيج و الجزء من العضو[8]، وبالرجوع إلى ق09-01 المعدل والمتمم ل ق ع تحت عنوان "الاتجار بالأعضاء" نجده فرق في نصوص المادتين303مكرر17و303مكرر19بين العقوبة المترتبة في حالة انتزاع عضو من شخص وبين انتزاع نسيج أو خلايا أو تجميع مواد من جسم شخص وهو ما يؤكد الاعتقاد بأن مصطلح العضو في القانون تم استعماله في معنى خاص وهو هنا يختلف عن النسيج أو أي مادة أخرى يتم تجميعها من جسم الإنسان، ومعنى عام وهو العضو البشري بصفة عامة .

لقد كان على المشرع أن يعرف النسيج والعضو في معناه الخاص، وأن يبين ما يشمله العضو البشري محل الانتزاع والزرع بمعناه العام[9]، وعلى العموم فإن الذي لا شك فيه انطلاق من التعريفات السابقة أن العضو البشري موضوع الانتزاع من الميت هو جزء من الكيان المادي للجسد أو مكون من مكونات جسم الإنسان, والإنسان لا يملك جسمه فهو وديعة الله عنده، مما يحرم على الشخص أن يفعل في نفسه ما لا يجوز شرعا, أو التصرف به على أنه مال مملوك, فمن غير المتصور أن يكون لأعضاء الإنسان قيمة مادية تسمح بتداولها والتعامل بها فهي ذات طبيعة عضوية تفسر عدم إمكانية بقائها حية دون تلف إذا انفصلت عن الجسم[10]، ولذلك فحق الإنسان عليها ليس حقا ماليا بل حق معنوي[11]، وبالتبعية فجثة الإنسان لا تعتبر مالا مملوكا لصاحبه ينتقل إلى ورثته على أنه تركة, كما أن الشرط في المال الذي يصح التعاقد عليه أن يكون متقوما:"وهو ما له قيمة في نظر الشرع"[12] وليست جثة الإنسان مملوكة لصاحبها ولا هي مال متقوم فلا يصح أن تكون محلا للوصية الصحيحة على هذا الأساس[13].

غير أنه بالنظر إلى أن انتزاع أعضاء الإنسان الميت يتم للانتفاع بها في استبقاء أصل حياة المستفيد منها، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم كما جاء في قرار م ف إ فقد يبدو معه جواز الوصية بالأعضاء البشرية على أنها وصية بالمنفعة، بالنظر لإجازة الوصية بالمنفعة وإن لم تكن مالا[14]، لكن الإشكال أن هذا الأساس لا يستقيم مع أحكام الوصية بالمنفعة، فهل يتصور أن يعود العضو الذي تم التصرف للانتفاع به بعد موت الموصى له[15]!! وإن كان يصح ذلك فلمن يعود!! ولعل هذا هو السبب الذي جعل المشرع لا ينص صراحة في ف2م164على أن التعبير المقصود يكون في شكل وصية بل اكتفى بالنص:"وفي هذه الحالة،يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك." أي بمعنى الإذن والعهد بالانتفاع.

غير أنه أخذا بالاعتبار الأعضاء التي يمكن الحصول عليها من الميت بما من شأنه تحقيق استمرارية الحياة لكثير من الأشخاص ومحدودية ذلك عند الحي، إضافة إلى ما يمكن أن يتعرض له الحي المتبرع من مضار تستدعي التأكيد على شرط الحفاظ على صحته وحياته وهو ما لا تستدعيه حالة الميت-الذي ثبتت وفاته- وانطلاقا من الفهم الصحيح لحرمة جسد الميت بعد وفاته وكرامة الميت[16]، فإن إجازة التبرع بالأعضاء البشرية عن طريق الوصية تستند إلى النص القانوني الخاص الذي يجيز للشخص أن يعهد في حياته بالانتفاع بأعضائه بعد مماته استنادا للمعنى اللغوي للوصية:"العهد بشيء لآخر"[17]،على أن الانتفاع المقصود هو ذلك الذي يقصد به الاستفادة التي دعت إليها ضرورة المستفيد لاستبقاء أصل الحياة,أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم فلا يتحقق الانتفاع إلا بهذا العضو, فليس العضو هو الغاية بل الوسيلة التي لا تتحقق الغاية إلا بها، والتي هي موضوع إجازة التصرف بالعضو البشري عن طريق الوصية.

حيث تجد هذه الإجازة الخاصة تبريرها في تكريس حق الإنسان في الحياة دون أن يكون ذلك على حساب حق الميت الذي بموته لم يعد حقه في الحياة هو محل الاعتبار، بل انقاد حياة غيره من إخوانه في الإنسانية، ومن باب افتراض وعي الإنسان بضرورة تكريس مفهوم التضامن الإنساني بين أفراد المجتمع الواحد والذي من سبله تكريس الذات لغايات انقاد حياة الآخرين[18]-في الحدود المشروعة- .

ومن المسائل الخاصة التي تطرحها الوصية التي موضوعها الأعضاء البشرية مدى جواز الوصية بالأعضاء لشخص بعينه؟ وبالمقابل مشروعية الوصية دون تحديد الموصى له ؟ فالوضع الأول يطرح إشكال ألا يقبل الموصى له المستفيد الوصية, فما مصير تلك الوصية؟وهو ما يدعو للإجابة عنها التساؤل حول إذا كان الاعتبار في إجازة التبرع بالأعضاء البشرية ذات الشخص المتبرع له ؟ أم أن الأغراض المرجوة من التبرع هي الغاية بما يجيز منح العضو لغير من تم الإيصاء له؟ ويطرح الوضع الثاني إشكال مدى جواز إنشاء بنك للأعضاء المتبرع بها للاستفادة من رصيد البنك من الأعضاء عند الحاجة، وإن لم يوجد من يحتاج إلى التبرع عند موت الشخص؟

فطبقا للقواعد العامة للوصية فإن رد الوصية يؤدي إلى إبطالها طبقا لنص م201من ق أ[19] فلا يتصور أن ينتظر أخذ موافقة أو رد المتبرع له في الحالات التي لابد من تعجيل أخذ العضو وإلا لم يعد صالحا بعد ذلك، فإذا أخذ العضو ومات الشخص الذي عين للاستفادة، أو رفض أن يزرع له العضو، فما مصير هذا العضو المنتزع وهل يصح في هذه الحالة القول ببطلان الوصية؟!! ليس من المنطقي القول بهذا بالنظر للآثار التي تترتب على البطلان، فهل يصح أن يعاد العضو المنتزع للميت؟ والعضو قد انتزع ولعل الميت دفن-أخذا بالاعتبار أنه في الوقت الذي يشرع في انتزاع العضو من الميت يكون المستفيد المعين قد مات- فهل يعاد له العضو المنتزع قبل دفنه؟ ولذلك في مثل هذا الوضع ينبغي الخروج عن القواعد العامة في الوصية والتنظيم الخاص للمسألة بنص يأخذ بالاعتبار المنافع المحققة من استفادة الغير من الأعضاء المنتزعة، أي القصد من التبرع بالأعضاء البشرية الذي أباح على أساسه القانون التصرف بغض النظر عن هوية المستفيد، فالضرورة الحالة والمصلحة أو المنفعة الاجتماعية-وإن كانت مستقبلية- تستدعي تقديم الإرادة الضمنية للمتبرع -التي يفترض القانون أنها رغبته في تحقيق معنى التضامن الإنساني- على إرادته الصريحة في تخصيص الانتفاع لمستفيد بعينه، وهذه من الحالات التي تتجلى فيها قيمة وأهمية تنظيم التشريع للموضوع تحقيقا لأحسن استفادة في إطار المشروعية.

أما بالنسبة لعدم تعيين المتبرع له المستفيد فيجوز انتزاع العضو وزرعه لأي مستفيد هو بحاجة إليه في الحال أو الاحتفاظ به لزرعه مستقبلا، ما دام بالإمكان المحافظة عليه صالحا للاستفادة المستقبلية وهو ما يحدده الطبيب, مع توفير الإطار القانوني والمادي الذي يضمن إنشاء البنوك ويضبط أدائها في إطار المشروعية.

أما المسألة الثانية فتتعلق بالأهلية المشروط توافرها لإنشاء الوصية، فكامل أهلية الأداء هو وحده الذي يستطيع أن يبرم الوصية وفقا للقواعد العامة باعتبارها من التصرفات الضارة ضررا محضا[20] وتجدر هنا الإشارة إلى أن م 158ف3من ق85-05 نصت صراحة:"يمنع القيام بجمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية." ونظرا لما تثيره مسألة إجازة وصية ناقص الأهلية بالعضو البشري من نقاش وتباين في الآراء فالأفضل توضيحها بنص خاص.

وتتعلق المسألة الثالثة بمقدار الوصية، فطبقا للقواعد العامة تكون الوصية في حدوث ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة[21]، وهو ما لا يستقيم مع الوصية بالأعضاء البشرية، فكيف يمكن تحديد ثلث الأعضاء البشرية!!وهل يجوز للشخص أن يوصي بكل أعضاءه أو أكثرها، مع الأخذ بالاعتبار إجازة ورثته!! فالظاهر من نصوص ق85-05المعدل والمتمم عمومية اللفظ الذي استعمله المشرع في تحديد محل الانتزاع والزرع فاستعمل دائما عبارة:"الأنسجة والأعضاء"مما قد يجيز فهم هذا العموم على إجازة التبرع بكامل الجثة أو بأكثر عدد ممكن من الأعضاء لانقاد أكبر عدد ممكن من المرضى وإفادتهم خاصة بالأعضاء الأساسية التي لا يمكن السماح بالتبرع بها من الحي، وفتح المجال لإنشاء بنوك للأعضاء البشرية القابلة للحفظ[22]، ويرى البعض في هذا الإطار أنه ينبغي ألا تمتهن كرامة الإنسان الميت، فلا ينبغي أن تجيز الوصية نقل كثير من الأعضاء بما يجعل الوعاء المادي للإنسان بعد موته خاويا وهو ما ينافي التكريم[23].

1-2-شكل الوصية بالأعضاء البشرية وطرق إثباتها: كان اتجاه المشرع بخصوص شكل الوصية بالأعضاء البشرية أن تكون في شكل مكتوب, ثم عدل المشرع عن موقفه بموجب ف2م164بعد تعديلها فلم يعد المشرع يشترط الكتابة كشكلية لتكوين التصرف ولا لإثباته, ويطرح النص الجديد التساؤل حول جواز الاعتداد بالتعبير الضمني عن إرادة الموصي[24]؟ فافتراض عدم اعتراض الشخص في حياته على انتزاع أعضائه بعد مماته بعدم تعبيره عن ذلك كتابة وفقا لنص م165يبدو معه جواز أن يكون التعبير ضمنيا عن العهد بأعضائه للانتفاع بها بعد موته، وإذا كان كذلك فما هي الأمثلة الواقعية لهذا التعبير؟

والحقيقة أن أصل المشكل أن قانون الأسرة لم ينص على الصيغة التي يتم بها التعبير عن الإرادة في الوصية، أما ما نصت عليه م191من هذا القانون فيتعلق من جهة بإثبات الوصية، ومن جهة ثانية فالأرجح أنه يتعلق بالوصية التي موضوعها الملكية العقارية[25], وبالنظر لخطورة التصرف كان على المشرع أن ينص صراحة على عدم جواز الاعتداد بالتعبير الضمني[26]، وتحديد أوجه التعبير عن الإرادة باللفظ،أو الكتابة أو الإشارة المفهومة.

وبالنسبة للوصية بالأعضاء البشرية أو إبداء الموافقة المسبقة على إجازة انتزاع العضو البشري بعد الوفاة, فإن مسألة الإثبات في غاية الأهمية, فلا يمكن أن يكون الانتزاع والزرع مشروعا قانونا إلا بناءا على التحقق وثبوت موافقة الشخص بالأولوية على التبرع بأعضائه, وثبوت عدم اعتراضه الصريح على إجازة ذلك، وهو ما يضمن لطرف العلاقة الغير مباشر ممثلا في القائمين على انتزاع وزراعة الأعضاء الحماية القانونية التي تخرجهم من دائرة المسائلة الجزائية, واشتراط الكتابة خاصة في الشكل الرسمي لا يتلاءم مع حساسية الموضوع ومع الحاجة للسرعة في التعامل معه, ففي حالة مريض على سرير الموت يصعب أن يطلب منه التبرع بأعضائه لأن ذلك قد يعجل في موته متأثرا، وإذا أمكن ذلك فهل يجوز أن نكابده عناء التوثيق وحالته الصحية لا تسمح بذلك، وإذا كان هذا من قبيل المانع القاهر مما يجيز إثبات الوصية بحكم، فمع افتراض أنه يتم عن طريق الاستعجال، ففيه تضييع لفرص كثيرة تتطلب التعامل معها على وجه السرعة.

وإذا كان اتجاه المشرع يدل على مرونة تتطلبها خصوصية الموقف, فإن الاحتياط من أي تحايل أو استغلال يستدعي أن ينظم المشرع نماذج وثائق تعد خصيصا لهذا الغرض وتوضع على مستوى المستشفيات،بحيث يكفي أن

يمضي عليها المتبرع بحضور شهود، كما يمكن أن يبدي موافقته شفهيا بحضور شهود خاصة في حالات الاحتضار، أو أن يكتب وصيته خطيا ويشهد عليها كما هو منظم في بعض التشريعات[27]، ومن المهم الاستفادة مما نصت عليه التشريعات المعاصرة، في أخذها بنظام بطاقة التبرع، وهي البطاقة التي الموقعة يحملها الشخص المتبرع معه كما يحمل بطاقة هويته أو رخصة قيادته تحسبا لأي حادث طارئ، مما يسمح بمعرفة إرادة المتبرع على وجه السرعة[28], وينبغي أن يصاحب ذلك ميدانيا توعية كافية ونشر ثقافة التبرع و التوعية بأهميتها.

وجدير بالإشارة أن ق 85-05 نص في م159منه على ضرورة تسجيل فصيلة الدم على بطاقة التعريف الوطنية و/أو رخصة السياقة، فما المانع أن تتضمن رخصة القيادة خانة تخصص لإبداء موافقة صاحبها على التبرع بأعضائه بعد مماته ؟[29] كما يمكن اللجوء إلى تسجيل الموافقة على التبرع بالأعضاء في سجل طبي مخصص لذلك، أو سجل للتبرع يوجد على المستوى الوطني وعلى مستوى الجهات الإستشفائية المخول لها إجراء عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية وهو ما يسهل عملية التحقق من إرادة الشخص.

2- موافقة المأذون لهم قانونا بإبداء الموافقة: نصت م164بعد تعديلها في ف3:"إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي:الأب أو الأم,الزوج أو الزوجة,الابن أو البنت,الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة." ووفقا لهذا النص ينتفي أي اعتقاد بافتراض موافقة الأقارب، بل لابد من الحصول على موافقتهم الصريحة، على الرغم من أن المشرع أغفل النص على أن تتم موافقة الأقارب كتابة, وهو إغفال منتقد، لأن الأقارب يكونون في وضع أفضل، إضافة إلى الحاجة لحماية القائمين بعملية الزرع والمستشفى الذي يتم فيه ذلك، ولذلك من الضروري الأخذ بالاعتبار أن تكون الموافقة مكتوبة، ويكفي أن تعد وثائق على مستوى المستشفى للتوقيع عليها, فمن غالب نفسه على إبداء الموافقة غالب نفسه على الإمضاء، كما يمكن الأخذ بشهادة الشهود.

و تجد إجازة هذه الموافقة أساسها في توفيق المشرع بين الحاجة إلى أعضاء الميت لانقاد حياة حي لا يعوق استمرار حياته -بإذن الله- إلا زراعة عضو جديد مكان العضو التالف, وإحاطة النزع من الميت بضمانات تجعله يتم في إطار الاستفادة الرشيدة التي يأخذ فيها بالاعتبار حق الميت في حرمة جثته بعد موته, فإذا كان الشخص ليس مالكا لجسده في حياته، فلا يملك ورثته جثته بعد وفاته ليتقاسموها كما يتقاسمون التركة، بل إن قيمتها بالنسبة لهم معنوية، فالتعدي على الجثة فيه إضرار بمشاعرهم ولذلك يثبت لهم حق لصيق بالشخصية بعدم المساس بها[30].

واشتراط موافقة الأقارب من أسرة المتوفى دون إعطاء هذا الحق للورثة يجعل الأساس القانوني الذي يبيح هذه الموافقة أساسا سليما، فعدم إعطاء هذا الحق للورثة لا تقع معه مظنة ملكيتهم لجثة المتوفى مورثهم، وإعطائه للأقارب يكون على أساس الرابطة والصلة الأسرية، سواء بسبب الدم، أو صلة الزوجية التي تجعل علاقتهم بالمتوفى علاقة معنوية لا علاقة مالية.

وقد حصر المشرع الأقرباء في عدد معين، مما يسهل الحصول على الموافقة السريعة خاصة في الحالات التي تصبح بعض الأعضاء غير صالحة بسبب التأخير,غير أن ترتيبهم هو ترتيب أولوية فيما بين الطبقات، ولم يبين المشرع الترتيب في نفس الطبقة، وهو ما يطرح الإشكال في حالة موافقة الأب مثلا واعتراض الأم من نفس الطبقة، فهل تأخذ موافقة الأب أم اعتراض الأم؟ وفي حالة تعدد الزوجات، فأي منهن تأخذ موافقتها؟ وماذا لو وافقت إحداهن واعترض البقية؟ وفي حالة تعدد الأبناء فمن الذي يأخذ برأيه من بينهم؟ ونفس الأمر بالنسبة للإخوة؟ إضافة لذلك فقد أغفل المشرع الوضع الذي يكون فيه القريب صاحب الحق في إبداء الموافقة غير متمتع بالأهلية اللازمة للتعبير عن الإرادة؟ ويطرح التساؤل هنا عن سبب عدول اشتراط المشرع الرشد في من يبدي الموافقة من أعضاء أسرة المتوفى في النص الجديد، وقد كان النص القديم يشترط ذلك؟ وإن كان التعبير الصحيح هو من "يتمتعون بالأهلية القانونية اللازمة".

وإذا كان المشرع لم ينص على الأخذ برأي الأكثرية عند التعدد-وهو ما سوف يبطأ من الحصول على الموافقة عند كثرتهم واختلاف أماكن تواجدهم- فهل يفهم هذا على أن المشرع يتجه إلى الاكتفاء بوجود موافقة ولو قابلتها اعتراضات؟ أي هل المعنى أن يعطي أحد الإخوة الموافقة دون البحث عن رأي البقية حتى وان كان رأيهم الرفض؟ إذن المسالة تطرح هل يؤخذ برأي الشخص المانع باعتبار الأصل هو منع انتزاع الأعضاء في حالة إبداء عدم الموافقة على الانتزاع؟ أم يؤخذ برأي الشخص الموافق باعتبار الأصل هو إجازة الانتزاع في حالة وجود موافقة على الانتزاع؟ فهل المنع هو الأصل والموافقة استثناء؟ أم أن الموافقة أصل والمنع استثناء؟

إن الفرضين السابقين يسهل معهما اختيار الإجابة، فالظاهر من خلال نصي م164المعدلة و م165 أن منع الانتزاع هو الأصل والاستثناء وجود موافقة أحد أعضاء أسرته في حالة عدم تعبير المتوفى عن إرادته بالمنع أو الإجازة، غير أنه بالنظر للمنفعة التي تعود على المجتمع كله في استعادة أداء فرد لدوره تجاه مجتمعه دون أن يتسبب ذلك في أي ضرر للمتوفى، وما دام المتوفى لم يبدي معارضته وهي الحالة التي يجب فيها احترام إرادته باعتباره هو الآخر فرد من المجتمع لا بد أن تحترم إرادته في حياته لبعد مماته مادامت مشروعة، فإن التفسير الواسع ينبغي أن يراعى فيه قدر المنفعة الاجتماعية المحققة.

فأخذ موافقة أحد أعضاء الأسرة على الرغم من معارضة الآخر من نفس الطبقة، يفتح المجال نحو الاستفادة الحسنة من إجازة القانون لانتزاع الأعضاء البشرية، كما تبدو معه قيمة هذا الاستثناء أو التخصيص، فإذا كان بالنسبة للمتوفى لا يستقيم الوضع إلا بالأخذ بموافقته ما لم يوجد اعتراض منه، فإن في حالة إعطاء حق الموافقة للغير بوصفه استثناءا فالاستثنائية لا تستقيم إلا بالأخذ بالموافقة ولو وجدت معارضة، ما دامت ليست معارضة المتوفى، مع ذلك ومنعا لأي تحايل أو استغلال أو استفادة غير مشروعة، ينبغي أن تكون هذه الحالة مشروطة بوجود ضرورة حالة تستدعي انتزاع العضو وزرعه للمستفيد، وهو ما يمنع من فتح المجال لأخذ أكثر من عضو من الميت ما دامت الحاجة الآنية لا تحتاج إليه،كأن يأخذ القلب لضرورة آنية وبالمناسبة تأخذ القرنية للاحتفاظ بها كرصيد، ولذلك فالفكرة هي العمل على تكريس الأصل واستبقاء الاستثناء في دائرة الاستثناء، وليس في هذا الرأي تناقض، فمن العدالة ترجيح مصلحة الموافق الذي وافق لأغراض نبيلة مستعجلة، وبين الرافض الذي يعز عليه أن تنتهك في اعتقاده حرمة الجثة، ومع ذلك لا بد من نص صريح ينظم المسألة.

ويطرح التساؤل حول اشتراط أخذ موافقة الوالي الشرعي في النص الجديد م164 ف3 بعدما كان النص القديم ينص على الولي الشرعي، مما يبدو معه أن ما قصده المشرع ليس الولي الشرعي بوصفه الممثل القانوني للذي لا يستطيع التعبير عن إرادته لانعدام أهليته أو نقصها طبقا لنص م81ق أ بل المقصود ولي المسلمين في حالة مجهول الهوية-وهو ما أغفل المشرع الإشارة إليه- أو من لا أسرة له وفقا لما جاء في قرار م ف إ لسنة 1988،غير أن هذا الرأي يعترضه ما جاء في نص المادة في فقرتها4 حيث استعمل المشرع مصطلح"ممثليه الشرعيين"، فبالإضافة إلى اعتماد صيغة الجمع، التي ليست في محلها، يطرح التساؤل حول المصطلح المقصود فهل هو الوالي الشرعي أم الممثل الشرعي؟

والظاهر أن المقصود في الفقرتين هو الوالي الشرعي، لأن الممثل الشرعي قد يكون أب أو أم وهؤلاء من أسرة المتوفى الذين أعطاهم حق الموافقة بالأولوية، وقد يكون الشخص مكتمل الأهلية في التعبير عن إرادته في حياته ومات دون أسرة، فلا مجال للحديث عن ممثله الشرعي، فكان على المشرع أن ينيط الموافقة بالقضاء الاستعجالي الذي يقع بدائرة اختصاصه المؤسسة الاستشفائية التي تتم فيها العملية، لأن السؤال يطرح حول المقصود بالوالي الشرعي، هل هو رئيس الدولة أم وزير الصحة ؟ وفي كلتا الحالتين يبدو الأمر غير منطقي أمام الأعباء الأخرى لهؤلاء إضافة لطابع

الاستعجال، ولذلك كان لا بد من إعطاء هذا الحق للقضاء، الذي يأخذ بعين الاعتبار حالة الضرورة والمصلحة وطابع الاستعجال.

وإذا كان لا يجوز لمن لا تتوافر فيه الأهلية القانونية اللازمة التعبير عن موافقته في الوصية بأعضائه، فهل يجوز لممثله الشرعي أن يعطي الموافقة بعد وفاته؟ والإجابة تكون بنعم لأن الاعتبار الذي راعاه المشرع في المنع في الحالة الأولى لا يقوم في الحالة الثانية، فمن جهة فإنه بعد موت الشخص تنتهي شخصيته القانونية، فيتم التحول من الحماية القانونية لحرمة جسد الشخص وحقه في الحياة إلى حرمة جثته وحق المتوفى وحق أهله في تكريم الجثة وعدم العبث بها، وهكذا بموت الشخص الذي لا يستطيع التعبير عن إرادته يصبح يستوي مع من يستطيع ذلك،لأن الذي ينظر إليه في هذه الحالة الوعاء المادي للإنسان، كما أن اعتبار إعطاء حق الموافقة لأسرة المتوفى ليس إرادة المتوفى بل إرادة من منح له القانون هذا الحق استثناءا، ولا بد من نص صريح ينظم المسألة قياسا على عدم جواز انتزاع الأعضاء في حالة اعتراض المتوفى عن ذلك صراحة في حياته.

وجدير هنا الإشارة إلى التفرقة مع حالة منح حق الموافقة لأعضاء الأسرة أو الوالي الشرعي حيث لا تشترط الضرورة في هذه الحالة، بل يمكن الحديث عن رصيد من الأعضاء، والأخذ بموافقة الممثل الشرعي أكثر استقامة مع منع العبث بجثة هؤلاء أو استغلالها، كما يتوافر فيه معيار القرابة فالولي في معناه الضيق لا يكون إلا أبا أو أما، لذلك لابد أن ينص المشرع صراحة على هذه الحالة.

وتطرح الإجازة السابقة التساؤل حول مدى جواز التبرع بأعضاء الجنين؟ فإذا كان الحق في الحياة يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية فإن الجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية التي تبدأ بتمام ولادة الشخص حيا، غير أن القانون يثبت للجنين شخصية حكمية أو افتراضية تسمح بإثبات بعض الحقوق المالية له بشرط أن يولد حيا[31]، و تجريم الأفعال التي من شأنها أن تؤدي إلى المساس بحقه في الوجود[32]، ومن باب أولى فإن القانون يحمي حقه في سلامة جسده وحقه في الحياة[33]، وقد أجاز م ف إ في قراره في فيفري1988 وقراره في مارس1990الانتفاع من أعضاء الجنين الذي يموت نتيجة إجهاض طبيعي أو إجهاض مشروع، واشترط المجمع في قراراته أن تراعى الشروط المعتبرة في نقل أعضاء الموتى بما في ذلك الإذن، كما تمت إجازة انتزاع الأعضاء من المولود اللادماغي بشرط تحقق موته[34]، وهذه المسألة جديرة بأن ينظمها المشرع بنص صريح،حتى لا تكون بابا للمتاجرة بالأجنة وارتكاب جرائم الإجهاض.

3-إفتراض الموافقة إستثناءا: ورد في الفقرتين 4و5 من م 164المعدلة استثناءات تنتفي معها الحاجة إلى الإذن وتفترض فيها الموافقة على الانتزاع:

-حالة انتزاع الكلية والقرنية،إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين.

-حالة إذا كان التأخير في نزع العضو من الميت يؤدي إلى عدم صلاحيته.

-الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو.

لا بد من النظر بتمعن لهذه الاستثناءات: فالأول محصور في القرنية والكلية، أي لا يتعلق بأي عضو آخر غير الذي تم النص عليه، أما الثاني لم يحصره في عضو معين، ثم ما هو المقصود بالوقت المناسب للاتصال بأسرة المتوفى؟ فهل هي الحالة الاستعجالية للمستفيد؟ أم هي عدم صلاحية العضو بسبب تأخير انتزاعه؟أم هما معا؟ وهو ما يدعو للتساؤل: ما الحاجة إذن للنص على المعاني الثلاث، إذا كانت تصب مجتمعة في معنى واحد؟ ويطرح التساؤل على أهل الاختصاص من الأطباء:هل كل من القرنية والكلية من الأعضاء التي يؤخذ عنصر الزمن بالحسبان بالأولوية عن غيرها من الأعضاء، سواء في الانتزاع أو الزرع؟ فهل القرنية سريعة التلف مقارنة بالقلب مثلا ؟ فما هو المعيار الذي على أساسه تم تخصيص النص للقرنية والكلية؟هل كثرة الحاجة إلى هذه الأعضاء بالذات؟أم سرعة تلفها مقارنة بغيرها؟أم غير ذلك مما يحتاج لإبداء الطب رأيه بخصوصه؟خاصة أن الفقرة الرابعة غبر واضحة من حيث هل أن

المقصود تخصيص القرنية والكلية بالنص يتعلق بحالة تعذر الاتصال في الوقت المناسب فقط؟ أما حالة التأخير في أجل الانتزاع يتعلق بأي عضو؟

ويجب الانتباه إلى أن إجازة الانتزاع خوفا من عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع قد يفتح باب المتاجرة بالأعضاء البشرية، وتورط القائمين بعملة الانتزاع من أطباء في ذلك، كما يهدم أصل إجازة نقل الأعضاء بشروطه التي تجعل اللجوء إليه في إطار المشروعية والاستفادة الراشدة، ولذلك فإن الاحتياط يقتضي أن يقترن اشتراط تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو الممثل الشرعي بأن يؤدي ذلك التأخير إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع مع الأخذ بالاعتبار الحالة الاستعجالية للمستفيد، فانتزاع الأعضاء في هذه الحالات ينبغي أن يكون مما تقتضيه الضرورة الحالة منعا للتحايل والاستغلال وفتح باب المتاجرة الخفية.

وعند التساؤل عن من يقرر حالة الاستعجال فقد نصت ف5م164أن اللجنة الطبية المنصوص عليها في م167هي المختصة بذلك.

ثانيا: الشروط القانونية المطلوب توفرها لمباشرة نقل أعضاء الميت وزراعتها للحي: حددت م161 من ق 85-05 الشروط العامة لنقل وزراعة الأعضاء البشرية بوصفها من جهة الشروط المشتركة التي يجب أن تتوافر في حالة انتزاع الأعضاء من الأحياء أو الأموات وزراعتها للأحياء, ومن جهة أخرى تميزا لها عن الشروط الخاصة.

1- الشروط العامة: فمن حيث الهدف من نقل الأعضاء و زراعتها لا بد أن يكون لأغراض علاجية ، ومن حيث السبب فيجب عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة, فلا يكون الدافع الحصول على أي مقابل مالي, بل التبرع الذي يتحقق به معنى التضامن الإنساني و التراحم و التضحية المشروعة.

1-1- انتزاع ونقل الأعضاء البشرية لأغراض علاجية: اشترط المشرع أن يكون انتزاع أعضاء الإنسان و زراعتها لأغراض علاجية أو تشخيصية, ولم يوضح نصم161المقصود بالأغراض العلاجية أو التشخيصية, وهو ما يعد نقصا في نص المادة لا بد من تلافيه, وإن كان نص المادة ربط الأغراض العلاجية أو التشخيصية بالشروط المنصوص عليها في نفس القانون، ومن ذلك أن م 166 نصت على أنه لا تزرع الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، و هو ما يدخل في إطار الأغراض العلاجية، ويتوافق مع قرار م ف إ في فيفري1988، أما الأغراض التشخيصية فالمقصود بها:"دراسة بعض الحالات المرضية للوصول إلى تحديد تشخيص أسباب المرض،أو أسباب الوفاة".

مع الملاحظة أن المشرع لم يشر إلى الأغراض العلمية التي تجيز أخذ العضو من الميت، بمناسبة تشريح الجثة، وفقا لنص م168 وهذا التشريح يكون من أهدافه تحديد أو تشخيص أسباب الوفاة، لذلك فإن انتزاع الأعضاء البشرية وزراعتها للحي هو الذي يشترط فيه توافر الأغراض العلاجية بالمفهوم السابق تحديده .

ويطرح تساؤل مهم حول طبيعة هذه الأغراض إذا كانت أغراض علاجية آنية أم مستقبلية؟ بمعنى إذا كان يمكن الحديث عن رصيد من الأعضاء و الأنسجة القابلة للحفظ في الظروف البيولوجية المناسبة لتبقى صالحة للاستفادة منها كلما دعت الحاجة لذلك[35]؟ إن الإجابة على ذلك تستند إلى التفرقة بين الصيغ القانونية التي تجيز التصرف بالأعضاء البشرية، فإذا كان التصرف بالأعضاء البشرية بناءا على وصية الميت قبل وفاته, ففي هذه الحالة يستطيع بموجب الوصية أن يحدد إذا كان يجيز أخذ أعضائه لإنقاذ حالة تحتاج إلى زراعة الأعضاء تزامنا مع موته, أو أن يجيز أن تأخذ أعضاءه لعلاج حالات آنية أو مستقبلية، مما يسمح بتحقيق الاستفادة القصوى من الإمكانات العلاجية لتبرعه وإنقاذ أكبر عدد من الحالات، وسواء كانت الحالة موجودة في الحال أو مستقبلا ما دام العضو الذي ينتزع يصلح أن يكون رصيدا يمكن المحافظة عليه لأغراض علاجية مستقبلية.

أما الإشكال فيقع عندما لا يحدد الموصي إرادته إزاء ذلك؟ فهل يجوز تحقيق الاستفادة القصوى من عدم منعه التبرع بأعضائه بل إجازته للتبرع ؟ أم لا بد من حصر ذلك في إطار الاستفادة الآنية؟ ومن وجهة نظر قانونية تحتاج المسألة لتدخل المشرع بالنص على الحكم صراحة، مع ذلك ينبغي أن يبنى موقف القانون على التوفيق بين المحافظة على حرمة الجثة وعدم امتهانها من جهة, وأن تتوافر بنوك لحفظ رصيد الأعضاء لأغراض العلاجية المستقبلية من جهة أخرى.

أما في الحالة التي لا يوصي فيها الشخص بالتصرف في أعضاءه بعد وفاته ويلجأ لأخذ موافقة من يأذن لهم القانون بإبداء الموافقة، و كذلك في الحالة التي يفترض فيها الموافقة استثناءا، فقد سبق البيان أن الضرورة الآنية هي التي تبيح ذلك، و إلا فتح المجال للمتاجرة بالأعضاء البشرية، وسوء استغلال إجازة القانون للعملية، كما يجعل اشتراط أولوية توافر وصية من الميت بلا قيمة.

2-1- التصرف بالأعضاء البشرية على سبيل التبرع : أكدت م161ف2:"ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية."وهو ما يتوافق مع قرار م ف إ في فيفري1988 وأساس هذا المنع هو أن حق الإنسان على جسده هو حق غير مالي, بالتالي يخرج عن دائرة التعامل فيه بالمتاجرة, أما إجازة التصرف فيه بالتبرع فليس بالنظر إلى قيمته المادية، بل بالنظر إلى قيمته النفعية لأغراض إنسانية.

و بالرجوع إلى القواعد العامة في ق م فإن فكرة النظام العام و الآداب العامة تعتبر الأساس القانوني لتجريم المتاجرة بالأعضاء البشرية سواء من حيث المحل أو السبب، فمن حيث المحل فإن العضو البشري لا يعتبر من الأشياء الداخلة في دائرة التعامل المالي, ومن حيث السبب فإن القانون ينص صراحة على عدم جواز التعامل بالأعضاء البشرية بمقابل مالي، كما أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تجيز ذلك، وعبارة "لا يجوز " في نص المادة تجعل النص آمرا وفقا للمعيار اللفظي في التمييز بين القواعد المكملة و القواعد الآمرة, وهذه الأخيرة هي كل قاعدة لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها, مما يرتب البطلان المطلق على المخالفة[36].

وبالإضافة إلى مخالفة النظام العام و الآداب العامة التي تستدعي تجريم فعل الاتجار بالأعضاء البشرية, فإن النتائج الخطرة التي تترتب على الاتجار بالأعضاء هي من البشاعة [37] بحيث ينبغي أن لا يغفل المشرع الجزائي تجريم الفعل و المعاقبة عليه بما يكفل الوقاية و الردع الملائم لمن تسول لهم أنفسهم مخالفة القانون بهذا الشأن, وقد تنبه المشرع الجزائي للموضوع وتم تنظيمه بموجب قانون العقوبات بمناسبة تعديله ب ق رقم 09-01 والذي يستنتج منه مفهوم الاتجار بالأعضاء أنه: "كل حصول على عضو أو نسيج أو خلايا أو تجميع مواد من شخص مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها" وإذا كانت عبارة"منفعة مالية أو أية منفعة أخرى"ينتفي معها فتح المجال للحديث عن الضرورة التي تبيح بيع الأعضاء البشرية و بدل المال من المستفيد بهدف الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة الملحة أو مكافأة أو تكريما، وهكذا فإن موقف المشرع جاء صريحا بمنع التعامل بالأعضاء البشرية بمقابل مهما كانت طبيعته.

وإذا كان المشرع قد عاقب المستفيد من العضو، أو الذي يتحصل عليه بمقابل، وكذلك عاقب من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على العضو، كما نص على معاقبة من يعلم بأن انتزاع العضو أو زرعه موضوع معاملة مالية ولم يفصح عن ذلك، بينما لم ينص على معاقبة من تم الحصول منه صاحب العضو، وإذا كان قد يبدوا أنه لا قيمة للعقوبة في حالة الميت الذي باع أعضائه في حياته, فإن قيمتها تظهر في حالة الشروع في الجريمة، وكذلك بالنسبة للمأذون لهم قانونا بإبداء الموافقة، فهل يعاقبون بوصفهم متوسطين في تشجيع أو تسهيل الحصول على العضو من جسم المتوفى؟

2-الشروط الخاصة: تكتسي هذه الشروط خصوصيتها من حيث تطلب توافرها في كل طرف من أطراف العلاقة في عملية نقل الأعضاء البشرية سواء كان ذا علاقة مباشرة بالمتبرع أو المستفيد أو العضو محل التبرع, أم كان ذا علاقة غير مباشرة ويقصد بذلك الجهة الاستشافية المخولة القيام بعملية نقل و زراعة الأعضاء والجهة التي تأذن بذلك.

2-1-شروط خاصة بالمتوفى:

أ-ثبوت وفاة صاحب العضو موضوع الانتزاع: نصت م164 المعدلة في ف1:"لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة, من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167من هذا القانون, وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية."والملاحظ على النص أنه لم يحدد المقصود بالوفاة, في الوقت الذي نص على أن تحديد الوفاة يكون بالإثبات الطبي و الشرعي حيث نصت م167ف3 أنه:"يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي و تدون خلاصاتهم الاثباتية في سجل خاص, في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين."وقد أحسن المشرع عندما نص على ضرورة تدوين الأطباء الثلاثة خلاصاتهم بخصوص وفاة الشخص في حالة الإقدام على انتزاع أعضاءه, وهذا ما يسمح لاحقا من التأكد من حقيقة الوفاة، و التمكن من المساءلة الجزائية للأطباء في حالة ثبوت دواعي ذلك.

غير أن مسألة تحديد متى يعتبر الشخص ميتا لا ينبغي أن تترك لتقدير الأطباء وحدهم، و إن كانوا أقدر على تحديد ذلك من الناحية العلمية، بل ينبغي أن ينظر لها من الجانب الشرعي أيضا حيث أن م ف إ في قراره الصادر في فيفري 1988اعتبر أن الموت يشمل حالتين: حالة أولى: موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلا نهائيا لا رجعة فيه طبيا و الحالة الثانية: توقف القلب و التنفس توقفا تاما لا رجعة فيه طبيا، أما الموت التقليدي فهو الذي يفهم على أنه توقف القلب و التنفس توقفا لا رجعة فيه[38].

و تجدر الإشارة إلى أن أغلب التشريعات العربية في الدول الإسلامية التي أخذت بمفهومي الموت جعلت ضرورة التحقق بصورة قاطعة من الوفاة بواسطة لجنة مكونة من ثلاث أطباء أو اثنين من بينهم طبيب متخصص في الأمراض العصبية[39]، وهذا أمر مهم في الحالة التي يأخذ فيها بالموت الدماغي، ومن جهة أخرى اشترطت هذه التشريعات ألا يكون الطبيب المعالج أو الطبيب الاختصاصي المنفذ للعملية ضمن اللجنة التي تقرر الوفاة, وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري أيضا في نص م165 المعدلة.

إن الرأي السابق من وجهة نظر قانونية مبني على فكرة المرونة التي يحتاجها الموقف, والتي لا ينبغي فهمها بمعنى التوسع في فكرة منح السلطة التقديرية دون أي ضابط، بل ينبغي فهمها على أنها مرونة غرضها الضبط و التحديد: فمن جهة يجب ترك المجال مفتوحا لذوي الاختصاص لتحقيق الاستفادة المثلى من إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية خاصة بالنظر للمستجدات والتطورات العلمية المتوقعة, بحيث لا يعوقهم غياب الغطاء التشريعي عن التصرف المناسب , ومن جهة أخرى لابد من وضع حدود لنطاق هذه الحرية حتى لا تخرج من دائرة المشروعية إلى الاستغلال المفرط و التحايل.

ب- عدم اعتراض المتوفى قبل وفاته على انتزاع عضو منه: و هو ما أكدته م165 المعدلة حيث نصت فقرتها الأولى:" يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا, عن عدم موافقته على ذلك, أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي." ولا شك أن المنع الوارد في نص المادة يترتب على مخالفته العقوبات المقررة في قانون العقوبات في القسم الخامس مكرر (1)، إلا أن القصد أو الفكرة التي تضمنها هذا النص تتعارض مع الفكرة التي انطلق منها نفس المشرع وقصد تكريسها في صياغة نص م 164 المعدلة والتي تم العدول فيها عن اشتراط الكتابة في تعبير المتوفى في حياته على إذنه بانتزاع أعضاءه لزراعتها, وهو ما يطرح

التساؤل حول الإصرار على اشتراط أن تكون معارضته لانتزاع أعضاءه بعد وفاته مثبتة كتابة، وهو أمر غير منطقي ويتناقض بشكل واضح بل يهدم القصد الذي اتجه إليه في نص المادة 164، ويجعل الوضع محرجا.

إن الأمر المهم هو البحث عن الإرادة وإثباتها بكل الطرق الممكنة وعدم حصرها في الكتابة، فقد لا ينتبه الشخص إلى كتابة معارضته، على الرغم من أنه متشدد و موقفه واضح عند ذويه عن معارضته لأخذ الأعضاء البشرية من جسم الإنسان، كما قد لا يكون هناك وقت كافي لكتابة وصيته التي يعارض فيها انتزاع أعضاءه للغير, حيث يبرز بهذا الصدد وضع خطير مفاده أن يرفض الشخص انتزاع أعضاءه كتابة وبشكل مسبق، ولكن لا يعلم بوجود هذه الكتابة إلا لاحقا فما الحل في هذه الحالة؟ هل يعاقب من قام بالانتزاع وفقا لأحكام قانون العقوبات بسبب مخالفة التشريع الساري به العمل؟!!

وإذا كانت الكتابة المقصودة هي الكتابة الرسمية ففيها مشقة، وإذا كانت هناك وثائق على مستوى المستشفى ففي أحيان كثيرة يصعب الطلب من الشخص أن يمضي على وثيقة يفيد فيها عدم رغبته في انتزاع أعضاءه, ولذلك يتجه البعض إلى أنه يمكن القياس على التصرفات المالية وهو قياس مع الفارق[40]، بحيث إذا كان المشرع يجيز في ما يجب إثباته بالكتابة أن يثبت بشهادة الشهود في حال وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي طبقا للمادة336 من ق م و بالتالي يمكن اعتبار الاحتضار أو عدم إمكانية الكتابة لسبب جدي من قبيل المانع المادي الذي يمكن معه الانتقال من اشتراط الإثبات بالكتابة إلى الاكتفاء بشهادة الشهود, أما الفارق الذي يجب مراعاته هو أن الأعضاء البشرية لا تصلح لأن تكون موضوعا لمعاملة مالية و بالتالي يأخذ القياس في حدود ضيقة وبما لا يتعارض مع هذا الأصل.

2-2-شروط خاصة بالمريض المستفيد من العضو: طبقا للمادة 166 تستنتج مجموعة من الشروط الخاصة التي يمثل عدم توافرها سببا مانعا لإجازة زرع الأعضاء البشرية حيث تتعلق هذه الشروط بمرحلة الزرع دون مرحلة الانتزاع، وهو تخصيص محل تساؤل؟

أ- الضرورة من حيث الوسيلة العلاجية: يمنع زرع أي عضو إلى مريض مستفيد من العضو البشري المتبرع به إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل و سلامته البدنية, و بالتالي إذا أمكن معالجة المريض بوسيلة أخرى فيجب اللجوء إليها بالأولوية, والذي يقرر ذلك اللجنة الطبية المنصوص عليها في م167ف2:"تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي في ضرورة الانتزاع أو الزرع و تأذن بإجراء العملية." وهنا يفرض التساؤل نفسه:هل يجب التأكد أولا من حاجة المريض للاستفادة من العضو موضوع الانتزاع قبل انتزاع العضو من المتبرع؟ مع الأخذ بعين الاعتبار في الإجابة ما قد يشكله التأخير في ذلك من عدم التمكن من الاستفادة من هذا العضو, أم أنه لا بد من تصرف استعجالي و انتزاع العضو وحفظه؟

فإذا ثبت أن المستفيد يمكن معالجته بوسيلة أخرى فهنا يطرح التساؤل حول مصير العضو المنتزع؟

ب- التعبير المتبصر للمريض المستفيد على موافقته على الزرع: الأصل في هذه المسألة فتحدده ف1من م166:"...وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين." أما إذا كان المريض المستفيد غير قادر على التعبير عن رضاه فإن الذي يمنحه القانون حسب ف2 من م 166 حق التعبير مكانه: أحد أفراد أسرته حسب الترتيب الذي سبق وحددته م 164 المعدلة بخصوص الترتيب بالأولوية في الحالة التي منح القانون فيها حق إعطاء الموافقة لأسرة المتوفى عند عدم تعبيره على إرادته، وهنا تجدر الإشارة إلى اشتراط المشرع صراحة أن يكون الإذن كتابيا خلافا لإغفاله ذلك في نص م 164، أما في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية فإن حق الموافقة حسب ف3 من م 166 يبديه الأب أو الأم أو

الولي الشرعي حسب الحالة، و إذا تعلق الأمر بالقصر فحسب فـ4 من م166 فإن الذي يمنح الموافقة الأب و إن تعذر ذلك فالولي الشرعي.

غير أن الفقرات السابقة كما نص عليها المشرع تثير وضعا غير منطقي من الناحية القانونية كان من الواجب تداركه عند تعديل ق 85-05 بموجب القانون 90-17 أو ما تلاه من تعديلاتفقد سبق البيان أن عدم قدرة الشخص على التعبير على إرادته يكون بسبب عدم تمتعه بالأهلية القانونية اللازمة للتعبير عن الرضا إما بسبب صغر سنه أو بسبب عارض من عوارض الأهلية رغم بلوغه سن الرشد القانوني الذي يفترض عنده اكتمال أهلية الشخصلذلك فإن عدم القدرة على التعبير عن الرضاوعدم التمتع بالأهلية القانونية والقصر وفقا لما ورد في فقرات م166هي جميعها بنفس المعنى تقريباوتؤدي إلى نفس النتائج، فعدم القدرة على التعبير عن الرضا يكون بسبب عدم التمتع بالأهلية القانونية اللازمة، والقصر بسبب صغر سنهم لا يتمتعون بتلك الأهلية.

لقد كان على المشرع أن يكتفي بالنص على إعطاء حق الموافقة بالأولوية للمريض نفسه مادام مكتمل الأهلية القانونية، فإذا كان منعدم أو ناقص الأهلية فيبدي الموافقة ممثله الشرعي، أما في الحالة التي لا يستطيع المستفيد التعبير عن إرادته بسبب حالته الصحية وكذلك في الحالة التي يتعذر فيها الاتصال بممثله الشرعي في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل، فإنه يجوز زرع الأعضاء دون الموافقة التي يشترطها القانون،على أن يؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شهود.

2-3-شروط خاصة بالأعضاء المراد انتزاعها لزراعتها

أ-صلاحية العضو موضوع الانتزاع : استنادا لنص م163ف1:"...يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل.تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم." كما نصت م165على منع انتزاع الأعضاء إذا كان ذلك يؤدي إلى إعاقة عملية التشريح الطبي الشرعي في الحالات التي تستدعي ذلك, على الرغم من عدم معارضة الشخص في حياته للانتزاع أو موافقة ذويه على ذلك الانتزاع .

ب-مراعاة النظام العام و الآداب العامة: في هذا الإطار لابد من مراعاة ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية لأن مخالفتها فيه مخالفة للنظام العام بوصفها المصدر الثاني فيما لم يرد فيه نص قانوني طبقا ل م2من ق م، لذلك فإن الأعضاء التي لها تأثير على الأنساب والمورثات ينبغي ألا تكون موضوعا للزراعة كالأعضاء التناسلية بوصفها الأجزاء التي تسهم في عملية الإنجاب [41] منعا لاختلاط الأنساب الذي تحرمه الشريعة الإسلامية وفكرة النظام العام في المجتمع.

2-4- شروط خاصة بالجهة الاستشفائية التي يتم على مستواها نقل الأعضاء

أ- الترخيص المسبق للجهة الاستشفائية: فلابد أن تكون الجهة الاستشفائية التي تقوم بعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية مؤسسة استشفائية مرخص لها بذلك من الوزير المكلف بالصحة طبقا فـ1من م167 فإذا تمت العملية خارج المؤسسة المرخص لها تتحمل المؤسسة التي أجريت على مستواها العملية المسؤولية الجزائية بناءا على نص م303مكرر26 من قانون العقوبات والمادة51 مكرر منه، واشتراط الترخيص والنص على المسائلة الجزائية في هذه الحالة من شأنه المساهمة بشكل فاعل في محدودية جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وما يتبعها من جرائم قتل وخطف وسرقة وغيرها.

ب-أن يتم الانتزاع والزرع من قبل الأطباء: وفقا لفـ1من م167 فإن من يستطيع القيام بالعملية هو الطبيب المؤهل لذلك وفقا للتنظيم المعمول به وبالتالي فمن لا يحمل هذه الصفة ويقوم بالعملية يتعرض للمساءلة الجزائية والعقوبات المقررة في قانون العقوبات.

وقد اشتراط القانون أن تنشأ على مستوى كل جهة استشفائية مرخص لها لجنة طبية تقرر ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية وهو ما يعرضها للمسائلة الجزائية إذا لم تقم بدورها، وبهذا الخصوص تطرح مسائلة المؤسسة الاستشفائية جزائيا عن أعمال تابعيها إعمالا لنص المادة51مكرر من قانون العقوبات[42].

خاتمة:

أخلص في نهاية البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

1- إن الصياغة التشريعية السليمة لموضوع نقل وزراعة الأعضاء البشرية خاصة في جانبها نقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء موضوع البحث ينبغي أن تبنى على التوفيق الواعي المتبصر بين المرونة في مواضعها فلا تؤدي إلى إطلاق الأمر وخروجه عن دائرة المشروعية القانونية والشرعية، و بين التشدد في مواضعه فلا يؤدي إلى إهدار الحتمية الطبية التي تشجع على اللجوء للزراعة لإنقاد حياة الآخرين إضافة لإجازة الشرع والقانون لهذه العملية.

2- إذا كان الاعتقاد أنه يفضل دائما توجيه الشخص لأن يوصي بأعضائه في حياته, فإنه يجب الأخذ بالاعتبار الحالات التي يموت الشخص فجأة بعدما كان في حالة صحية جيدة، وفي حالات حوادث المرور-وقد كثرت في زماننا حتى أفرطت- وهي الحالات التي يصبح من الصعب فيها إضافة إلى حالته النفسية بسبب المرض الذي اعتراه فجأة حيث يفترض تقوية أمله في الحياة, ولا يتصور اللجوء إلى العكس ويطلب منه الوصية بأعضائه-إلا أن يتنبه لذلك من نفسه وهذا هو دور التوعية المسبقة والدائمة-ولذلك يبقى الأمل قائما لمصلحة من هم بحاجة لأعضاء لاستمرار حياتهم مرهونا بموافقة أقارب الميت الواعية التي يجب تسخيرها والاستفادة منها خير استفادة من خلال التوعية في ظل إجازة الشرع والقانون لذلك.

3- يجب توعية أقرباء المتوفى الذي لم يعبر في حياته عن إرادته حول أهمية منحهم الإذن بانتزاع أعضائه لزراعتها لانقاد حياة الغير وأن هذا مما يمكن أن يبر به المتوفى فلا تأخذهم لحظة حزنهم وفجعهم بوفاته عن الامتناع عن الموافقة على التبرع بأعضائه وهو ما يحتاج أن يبدي فيه أهل التخصص من فقهاء الشريعة رأيهم ولعب دورهم التوعوي المنوط بهم إذا كان رأيهم بالإيجاب.

4- من الضروري دائما التثبت من وجود موافقة المتبرع بعضوه أو اعتراضه على ذلك و الحصول على موافقة أقاربه أو توافر الحالة الاستثنائية التي تفترض معها الموافقة، ومباشرة العملية دون التحقق الكافي يخرجها عن دائرة المشروعية التي تعرض المسؤول للعقوبات الجزائية، فالضوابط موضوع البحث تفهم على أن القانون يجيز عمليات نقل الأعضاء البشرية بشروط يحددها، فإذا اختلت تلك الشروط خرج الموضوع من دائرة الإجازة إلى المنع والتجريم.

5- من المهم تنظيم القانون لبطاقة التبرع بالأعضاء البشرية بما يسمح بالتحقق السريع وبما يمنع المجال للشك من حقيقة إرادة المتبرع، أو تنظيم أي وسيلة أخرى تقوم مقامها وتحقق نفس غاياتها ومزاياها، مع الأخذ بالاعتبار ما يحققه تنظيم موضوع تسهيل التحقق من توفير الحماية القانونية اللازمة للأطباء والجهات الاستشفائية في القيام بعمليات زراعة الأعضاء بنفس قدر الحماية التي تعطى لغيرهم من أطراف العلاقة.

6- التأكيد على ضرورة لعب جمعيات المجتمع المدني لدورها في العمل التوعوي ونشر ثقافة التبرع بالأعضاء البشرية و تغيير المفاهيم وتصحيحها حول الموضوع، وتكون بذلك هذه الجمعيات طرفا آخر مهما من الأطراف ذوي الصلة بالموضوع مما يستدعي إشراكهم في ملتقيات قادمة.

7- من المهم جدا وضع الإطار القانوني الذي يسمح بإنشاء بنوك للأعضاء البشرية وتوفير الإمكانات المادية والبشرية اللازمة لتصبح هذه البنوك واقعا لا مجرد فكرة يستفاد منها في نطاق محدود.

8- تبدو الحاجة ملحة إلى تعديل القانون المنظم لنقل وزراعة الأعضاء البشرية أخذا بالاعتبار إشراك كافة أطراف العلاقة في التدخل التشريعي بالتعديل، ليأتي التدخل متناسبا والحاجة إليه.

9- إن أهمية التقاء ذوي العلاقة من المتخصصين في الطب و الشرع والقانون يبدو واضحا من خلال التساؤلات التي تم طرحها في البحث من وجهة نظر قانونية ولم يمكن الإجابة عليها إلا بطرح التساؤل على أهل التخصص، وهكذا فإن ضرورة عقد ملتقيات تجمع بين ذوي العلاقة ضرورة ملحة.

الهوامش :

1. تنص م 34من الدستور:"تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان.ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة."
2. تنص م35من الدستور:"يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات،وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية."
3. أنظر:سميرة عايد ديات،عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع،الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنانن2004،ص7.
4. أنظر:سعيد بويزري،"نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية"،2008،بحث متاح في الانترنت على موقع الكاتب:

تم الإطلاع عليه بتاريخ31-10-2012الساعة17:53.www.bouizeri.net

5. قانون رقم84-11مؤرخ في09يونيو1984متضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
6. أنظر:مراد زريقات،"جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية"،2006بحث متاح في الانترنت على موقع الكاتب:

أطلع عليه بتاريخ25-01-2013 الساعة16:21. www.murad-zuriekat.com/security_sciencesO7.html

7. هيثم حامد المصاروة،نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2003،ص17.
8. تعتبر القرنية جزء من عضو،أنظر:مرجع نفسهنص18.
9. وإن كان يمكن تفهم عدم تحديد تعريف مضبوط للعضو البشري،بدافع مواكبة المستجدات والتطور العلمي في مجال الطب،بما قد يؤدي إلى التوسع في

مفهوم العضو البشري،مع ذلك يمكن الاستعانة بأهل التخصص في تحديد مفهوم العضو البشري عند النص على ذلك في القانون ،وتعديل النصوص إذا طرأ جديد يستدعي التعديل.

10. راجع:المصاروة،مرجع سابق،ص97-98.
11. تعرف الحقوق المالية:"الحقوق التي تكون لها قيمة مالية لان موضوع الحق فيها يقوم بالمال،بمعنى قابلية التقويم بالنقود"أو هي:"الحقوق التي لها قيمة

مالية واقتصادية"،أما الحقوق المعنوية فهي:"الحقوق التي ترتبط ارتباطا وثيقا بشخص الإنسان،ولا تقدر نقدا،وليست لها قيمة اقتصادية".راجع:علي فيلالي،نظرية الحق،موفم للنشر،الجزائر،2011،ص48-49.نصت م682ق م:"كل شيء غي خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية."

12. انظر:منذر الفضل،التصرف القانوني في الأعضاء البشرية،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن،2002،ص41.
13. أنظر:نفسه،ص41 وما يليها،وكذلك:وهبه الزحيلي،الوجيز في الفقه الإسلامي،ج3،ط2،دار الفكر،دمشق،2006،ص271.

14. الزحيلي،مرجع سابق،ص282.
15. تنص م196ق أ:"الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى.".
16. انظر:عبد الحميد إسماعيل الانصاري،ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية،الطبعة الأولى،دار الفكر العربي،القاهرة، 2002،ص39-40.
17. أنظر:الزحيلي،مرجع سابق،ص،263.
18. ديات،مرجع سابق،ص274.كذلك:الأنصاري،مرجع سابق،ص18.
19. تنص م201ق ا:"تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي،أو بردها.".
20. إن أهلية الأداء بوصفها صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يرتب عليه القانون أثره،أو صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه،فإنها تتوافر عند الشخص بتوافر التمييز لديه،وتنعدم بانعدامه،والتمييز لا ينمو عند الشخص دفعة واحدة،بل يتدرج مع نمو الإنسان،فتتدرج الأهلية بتدرج السن من العدم إلى الكمال،ما لم يطرأ على الإنسان عند اكتمال أهليته عارض من عوارض الأهلية،فصغير السن الذي لم يبلغ13سنة يعتبر قاصرا منعدم التمييز لصغر سنه،فتنعدم عنده أهلية الأداء،وتعتبر جميع تصرفاته باطلة،ويلحق به من حيث الحكم المعتوه والمجنون لانعدام التمييز عندهم.أما القاصر الذي بلغ13سنة ولم يبلغ سن الرشد19سنة كاملة،وهو السن الذي تكتمل عنده أهلية الأداء،فيعتبر قاصرا مميزا،مما يجعل أهليته وإن لم تكن كاملة،فهي فوق الانعدام وأقل من الكمال،أي أهلية ناقصة،وهو ما يسمح له بمباشرة بعض التصرفات القانونية وفقا لنص م83ق أ،فالتصرفات النافعة له والتي يكتسب بموجبها حقوق دون أن يتحمل بالتزامات فيسمح له بها،أما التصرفات الضارة،التي تحمله التزامات ولا تكسبه حقوق فلا يجوز له القيام بها،ولا لوليه الذي يتولى إدارة وتدبير أمواله،أما الدائرة بين النفع والضرر،التي يكتسب بها حقوقا وتحمله في نفس الوقت التزامات فلا بد فيها من إجازة الولي.أنظر،فيلالي،مرجع سابق،ص208-212.
21. تنص م185من ق أ:تكون الوصية في حدود ثلث التركة،وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة.".
22. انظر:ديات،مرجع سابق،ص275.
23. المصاروة،مرجع سابق،ص84.وكذلك:نسرين عبد الحميد نبيه،نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية،الطبعة الأولى، دار الوفاء،الإسكندرية،2008،ص53.
24. تنص المادة60من ق م:"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ،وبالكتابة،أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.".والتعبير الصريح يكون بإحاطة الغير علما بإرادته بطريقة مباشرة كالكلام أو الكتابة أو الإشارة المفهمة ذات الدلالة بين الناس،أو باتخاذ موقف يدل على حقيقة المقصود،أما التعبير الضمني يكون إذا كان المظهر الذي اتخذه صاحبه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة ومع ذلك لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة.أنظر:بلحاج،مرجع سابق،ص59-60.
25. "تثبت الوصية:بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك،وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم،ويؤشر به على هامش أصل الملكية.".
26. عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج1،مجلد1،طبعة 3جديدة،منشورات الحلبي،بيروت،2009،ص188-190.
27. راجع:ديات،مرجع سابق،ص279و286.
28. أنظر:نفسه،ص287.وكذلك:الأنصاري،مرجع سابق،ص46.

29. لا يخفى ما يطرحه هذا الرأي من إشكال الرجوع عن الإذن أو الوصية،مادام يجوز للشخص الرجوع عن وصيته في حياته ،طبقا لنص م192ق أ.

30. الفضل،مرجع سابق،ص84.

31. تنص م25ق م:"تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا.".

32. عاقب المشرع الجزائي على جريمة الإجهاض في المواد304إلى313من قانون العقوبات بوصفها جريمة ضد الأسرة والآداب العامة.

33. المصاروة،مرجع سابق،ص74-75.

34. أنظر،بويزري،بحث سابق.

35. ديات،مرجع سابق،ص275.

36. أنظر:محمد سعيد جعفور،مدخل إلى العلوم القانونية،ط14،دار هومه،الجزائر،2007،ص109-110.

37. نبيه،مرجع سابق،ص157.وكذلك:الأنصاري،مرجع سابق،ص31-32.

38. أنظر،ديات،مرجع سابق،ص244وما يليها من صفحات،كذلك:الفضل،مرجع سابق،ص120-128.

-إن تحديد مفهوم الموت هو أمر لابد أن يضبطه المشرع ، آخذا بعين الاعتبار موقف الشرع والطب من أجل صياغة صحيحة، أما أهل الاختصاص من الأطباء بالإضافة إلى دورهم الاستشاري في مرحلة الصياغة التشريعية و الذي لا بد منه، ففي مرحلة التطبيق يلعبون دورا أصيلا في المفاضلة بحسب الظروف المصاحبة في الأخذ بأحد مفهومي الموت.

39. أنظر:نفسه.

40. أنظر،جمال رواب وطحطاح علال،"نقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري"،2010،متاح في الانترنت على موقع:

أطلع عليه بتاريخ31-10-2012الساعة17:50.Tomouhdz.mam9.com /t3395-topic

41. راجع:نبيه مرجع سابق،ص92-93.وكذلك:الأنصاري،مرجع سابق،ص24-25.

42. تنص م51مكرر ق ع:"باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام،يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك.إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع من مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال.".وتنص م303مكرر26ف1:"يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم،حسب الشروط المنصوص عليها في المادة51من هذا القانون".

وفي جميع هذه الأحوال ينبغي ألا يكون التعبير عن الموافقة إلا بعد التبصر الكافي بإعلام الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المعنيين بإبداء الموافقة بالأخطار الطبية التي تنجر على ذلك وهو الأمر الذي يقتضي الحرص على أن يتم بحضور شهود.