

الوصية كأساس ديني وتشريعي في نزع وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء لما قبل قانون الصحة 11/18 وضيق تطبيقها فيه

بلعمري عبد الناصر¹

¹جامعة أ بوقرة بومرداس (الجزائر)، a.belamri@univ-boumerdes.dz

The will as a religious and legislative basis for removing and transplanting organs from the dead tot he living before the health law 18/11 and ist narrow application

Belamri ABDENNASSER¹

MHAMMED BOUGUERRA UNIVERSITY BOUMERDES (ALGERIA)^{1,2,3}

تاريخ الاستلام: 2022-11-14؛ تاريخ القبول: 2023-01-27؛ تاريخ النشر: 2023-07-21

ملخص :

حق الإنسان في الحياة مكفول في كل المجتمعات وهو من الحقوق الفطرية، لذا جاء التجريم على كل اعتداء عليه سواء من الذات أو من الغير. ومع التطور الطبي أصبح لإمكان زرع أعضاء بشرية بعد نزعها من جثث أموات بعد موافقتهم أو عدم ممانعتهم زرع اعضائهم في حياتهم، هذه الموافقة كانت وسيلة القانون الملغى 05/85 وكانت منسجمة مع مخرجات مجتمعات الفقه الإسلامي المنعقدة لدراسة مثل هذه المستجدات، وهو ما يمكن الاصطلاح عليه لوصية الضمنية، ولكن الامر لم يعد كذلك في قانون الصحة الوضعي اذ جاء ساس جديد تمثل في عدم ممانعة المتبرع التبرع في حياته وما يمكن الاصطلاح عليه لوصية المفترضة.

الكلمات المفتاحية: الوصية؛ نزع وزرع الأعضاء ؛ سجل الرفض ؛ الأعضاء البشرية.

Abstract :

The human right to life is guaranteed in all societies, and it is an innate right therefore, the criminalization came to every assault that befalls him, whether from oneself or from the others.

With the medical development, it has become possible to transplant human organs after removing them from the bodies of the dead after their consent or nonrefusal to remove their organs in their lifetime. This approval was the means of the repealed law 85/05 and was consistent with the outcomes of the Islamic jurisprudence academies study, such developments which can be termed as an implicit will but the matter is no longer so in the positive health law 18/11 came with a new basis represented in donors lack of objection to the donation in his life and what it can be called a presumed will.

Keywords: the will; removal and transplantation of human organs ; rejection record; human organs.

1. مقدمة.

الحق في الحياة مكترس في كل المجتمعات، وهو حق فطري مبني على فطرة الإنسان في عمارة الأرض، لذلك كانت المجتمعات في سعي حثيث لتمكين الإنسان من ضمانات تحقيق هذا الهدف منها تجريم الاعتداء على الإنسان ذاتيا كان أم من الغير. ومن قبل، البديهي أن الحياة تبدأ بولادة الإنسان وتنتهي بموته بتوقف القلب عن النبض والتنفس، وأما ما يعزّي الإنسان من محطات بينهما من أمراض تستدعي التداوي بما كان معروفا من عقاقير وغيرها، لكن ما كان بديهيًا لم يعد اليوم كذلك في ظل اكتشافات علمية وطبية هامة بعثت نقاشات مستجدة فلم يعد الموت المفهوم السابق صالحا ولا التسليم للأمراض والتداوي لعقاقير فقط. ومن المستجدات الطبية إمكانية زرع الأعضاء من الأموات للأحياء أخذًا لاعتبارات القانونية والطبية والتقنية، وذلك لأشخاص في حاجة إليها كحل علاجي أخير من أحياء وافقوا أو لم يمانعوا نزع أعضائهم لإعادة زرعها تحقيقًا لمبررات شخصية أو اجتماعية.

تبدو أهمية الموضوع حلية جدا من حيث هدفها الاجتماعي وتحقيق هذه العمليات للتكامل الوظيفي الاجتماعي وكذا الترابط بين أفرادها، والقانوني من حيث إدراك جوانبه المرتبطة به، وكذا إمكانية تطبيق الآليات القانونية السابقة لتحقيقه ونخص بالذكر الوصية. أما عن أسباب اختيار هذا الموضوع فهو كون مسألة نزع وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء تم تضمينه قانون الصحة الملغي والوضعي وأن اختلافات جوهرية وهو المطلوب في الوضعي، لكن ليس لضرورة في أساس العملية ألا وهي «الوصية به». نسعى في هذه المداخلة لتسليط الضوء على أساس العملية شرعا وقانو وأساسه الايصائي ومدى اتساعه أو ضيقه، ولذلك كان هدفنا الرئيس محاولة الإجابة على الإشكالية التالية المتعلقة لأساس القانوني الذي تبني عليه عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء وإمكانية وجود مرجعية قانونية لمثل هذه العمليات من قواعد سابقة قانونية وشرعية. وقد قسمنا عملنا إلى مبحثين:

الأول: الوصية كأساس ديني وتشريعي لما قبل قانون الصحة 11/18

الثاني: ضيق تطبيق الوصية في قانون الصحة 11/18 وقصور الوسيلة

2. الوصية كأساس ديني وتشريعي لما قبل قانون الصحة 11/18

تقوم عمليات نزع وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء على تصرف يقوم به المتبرع وهو حي والذي محله العضو المتبرع به، والذي يقوم على حقه على جسده ومدى تماثيه مع معصومية الجسد. وهذا الذي سنتطرق إليه في العنصر الأول، ثم خصوصية التصرف وهو الوصية وهذا نناقشه في العنصر الثاني.

1.2. معصومية الجسد وحق الإنسان على جسده.

كرم الإنسان حيا وميتا وجعل للجسد معصومية وحرمة أقرتها الشريعة الإسلامية، والقول مكان الإنسان التصرف في جسده سيسا على حقه فيه يجعلنا نبحث في هذا التداخل من خلال معصومية الجسد في فرع أول وحق الإنسان في جسده في فرع ن.

أ. معصومية الجسد في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات.

من المسلم به أن الشريعة الإسلامية الغراء تعد أول تشريع في العالم منذ خمسة عشر قر ودون منازع تحيط بالجسم البشري من الحماية الشرعية من جوانب كثيرة مما يضمن له الحرمة والمعصومية والحفظ والكرامة وعدم الاعتداء أو الإهانة وتحريم العبث أو التلاعب بجسده أو جثته¹ ومن بين النصوص الكثيرة التي تعد ولا تحصى التي مفادها حرمة الجسد سواء من اعتداء الإنسان على نفسه أو اعتداء الآخر عليه ومنها:

- قال تعالى: "ولا تقتلوا أنفسكم إن كان بكم رحيمًا"²

- "ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا، إن يحب المحسنين"³

- "أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى..."⁴

ثم إن في الآية الموالية قال "ولكم في القصاص حياة أولى الألباب لعلكم تتقون"⁵

فعن عائشة أن رسول قال: «كسر عظم الميت ككسره حيا». رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه⁶

وهو ما يوضح أن الشارع ساوى بين حرمتين حرمة الحي والميت وعليه فالشريعة السمحاء جمعت العصمة للإنسان حيا وميتا. ومنها أيضا ألا نبش للقبور إلا للضرورة.

ولا فتح للقبور ولا تشريح إلا للضرورة شديدة ويجب تسوير القبور⁷

حرم تعالی الاعتداء على النفس زهاق الروح وترويع الآمنين، كذلك حرم على كل ما يمس ي عضو من أعضاء الإنسان اثبا

لحقه في الحياة ولحقه في سلامة وتكامل أعضائه⁸

وقد نص قانون العقوبات في الفصل الخامس المعنون لجنا ت والجنح التي يرتكبها الأشخاص ضد النظام العمومي، وفي القسم الثاني منه الموسوم الجزائر المتعلقة بمدافن بحرمة الموتى فقد جاء في المادة 152: كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية يعاقب الحبس من ثلاث أشهر إلى سنة وبغرامة من 500 دج إلى 2000 دج.⁹

و لتالي يمكن القول إن الشريعة الإسلامية جاءت بتعاليم تضمن الحرمة للجسد سواء من التعدي الذاتي ي وسيلة أو التعدي الخارجي، وعلى نسقها سار المشرع في حرمة الجسد خاصة ميتا كما أسلفنا.

وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن مبدأ عصمة الجسد أي عدم المساس بجسم الإنسان لا يمكن أن ينطبق من الناحيتين الأخلاقية والقانونية إلا عندما يرفض الشخص المعني المساس به¹⁰
ب. حق الإنسان على جسده.

الحقوق في الشريعة الإسلامية منها ما هو حق لله خالص ومنها ما هو للعبد خالصا ومنها ما هو مشترك بينهما وإن كان التغليب لحق

فقد أخرج البخاري ومسلم عن معاذ ابن جبل أنه كان رديف النبي على حمار فقال له معاذ اتدري ما حق على العباد، وما حق العباد على قلت: ورسوله أعلم، حق على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا وحق العباد على ألا يعذب من لا يشرك به شيئا¹¹

الحق في سلامة الجسد من الحقوق الشرعية التي يجتمع فيها حق وحق العبد¹² ولقد ا ر حق الإنسان على جسده اختلافات بين الفقهاء وبعضهم يراه حق ملكية حتى يمكنه التصرف فيه، ويرى اخرون أنه حق انتفاع بحيث تكون ملكية الرقبة لله عزوجل وله استعمال الجسد عضائه فيما خلقت له هذه الأعضاء. وأما إمكانية التصرف في هذه الأعضاء وخاصة ما تعلق بموضوعنا مكانية التصرف فيه لوصية والتبرع مضافا لما بعد الموت فقد أوردوا شرطين هامين، شرط متعلق لمتلقي أن يكون هذا للضرورة القصوى ن يكون الحل العلاجي الأخير، وأما لنسبة للمتبرع يجب ان يكون مجانيا دون مقابل ولو كان الأمر على اطلاقه في تصرفه عضائه لأمكنه البيع.

2.2. الوصية في الشرع والقانون لما قبل قانون الصحة 11/18.

وللتصرف لأعضاء أوجد الشرع والقانون تكييفاً على ما كان من تصرفات قانونية وشرعية متماشية معها تمثلت في الوصية وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي

أ. الوصية في الشريعة و سبب عمليات النزع والزرع عليها.

الوصية تصرف اقرته الشريعة الإسلامية قرآً وسنة واجماعاً، ومسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية من إنسان لآخر من المسائل المعاصرة التي لم تكن لها سوابق في الأزمنة السابقة لذلك اختلف الفقهاء فيها ما بين مجيز لها بضوابط وشروط شرعية وممانع لوجود محاذير شرعية تخرج عن الأطر العامة للشريعة الإسلامية.

ومن كان مع التحريم تعلل بجرمة جسد الإنسان وتكريم له بينما من كان مع التحليل تعلل لضرورات والحاجة الاجتماعية والإحسان وعموماً اعتمد على القواعد الفقهية والمرات الطبية فقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 26(4/1) لعام 1988 والمتعلق بتفاح الإنسان أعضاء جسم انسان اخر حيا كان أو ميتاً¹³ في قراره وما يخص موضوعنا أي نزع وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، الآتي:

الصورة الثانية: نقل العضو من ميت:

ويلاحظ ان الموت يشمل حالتين:

— الحالة الأولى: موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه طبيياً.

— الحالة الثانية: توقف القلب والتنفس توقفاً ما لا رجعة فيه طبيياً فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة.

القرارات: (أولاً.... خامساً تخص حالات أخرى)

سادساً يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك بشرط ان

ذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي امر المسلمين ان كان المتوفي مجهول الهوية أو لا ورثة له.

وما يلاحظ في قرار مجمع الفقه الإسلامي ان جعل الشرط موافقة الميت أو موافقة الورثة وهو ما يمكن ان يفهم منه ان الجثة من جملة

الزكاة وهو ما يطرح علامة استفهام.

وكخلاصة لهذا المطلب: ان المشرع استعمل مصطلح "انتزاع" وهو ما قد يوحي استعمال القوة للفعل وهو ما تم تداركه فيما بعد،

والقول ان التصرف وصية مبني على:

— أن التصرف مضاف لما بعد الموت.

— أن التصرف شرعاً وقانوً وجب فعله مجاً دون عوض.

— أن مجمع الفقه والمشرع الوضعي استعمالاً مصطلح الموافقة على التصرف.

وكون القانون الملغي جاء متزامنا مع الفتاوى وقرارات مجمع الفقه فان النسق التشريعي جاء متوافقا.

ب. الوصية في الشريعة العامة وقانون الصحة الملغي.

جاء في القسم الثاني من الفصل الثاني المعنون بطرق اكتساب الملكية النص على الوصية.

. يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها¹⁴

و لرجوع إلى قانون الاسرة الكتاب الرابع، الفصل الأول منه جاء فيه:

ـ الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطرق التبرع¹⁵

والمقصود بعبارة مضاف إلى ما بعد الموت فمعناه ان أثر التصرف الذي يقوم به الموصي في حياته لا يرتب ا را في حياته، وانما بعد

موته وعليه يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالمهبة، وتعني كلمة "التبرع" أي لا عوض.¹⁶

واما القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها فقد جاء في الفصل الثالث الموسوم نتراع أعضاء الإنسان وزرعها¹⁷

لا يجوز انتزاع الأجهزة والأعضاء من الأشخاص المتوفين الا بعد الاثبات الطبي والشرعي للوفاة. حسب المقاييس العملية التي يحددها

الوزير المكلف لصحة.

وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة، أو موافقة أحد أعضاء اسرته الراشدين،

ويلاحظ ان الموافقة الكتابية متطابقة مع احكام قانون الاسرة في مجال الوصية التي تلزم لكتابة.

تجدر الإشارة هنا إلى كون الوصية في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء والتي نحن بصددنا تختلف عند الوصية

المنصوص عليها في قانون الاسرة من جوانب نذكر منها:¹⁸

حدود الثلث من الزكاة، وبما اننا أورد سابقا ان الجثة تخرج عن توصيف الزكاة فبالتبعية لا ينظر في حدود الثلث لنظر إلى اكرام الجثة

وحرمة التمثيل بها وكون الموصي غالبا يكون بعضو لا عضاء وان لم يكن هناك ما يمنع ثم لاعتبارات تقنية وطبية تخص العملية وتعقيدها

وقبل هذا كله فالجثة ليست من الزكاة.

اثبات الوصية بنزع الأعضاء يكون في القانون الوضعي بكل الطرق وليس لتصريح امام الموثق وتحرير عقد بذلك، أو بحكم قضائي

مؤشر على أصل الملكية وذلك لاستحالة الامر خاصة في الحالة الثانية فلا يمكن استخراج حكم قضائي يؤشر لأصل ملكية الفرد على

أعضائه.

ـ حق الرجوع مشروع في حالي الوصية

ـ الموصي له في حالة نزع وزرع الأعضاء غير معلوم عند الوصية

— قبول الوصية وردها غير متصور في عمليات نزع وزرع الأعضاء لان الموصي له في حاجة إلى العضو ومن أي متبرع كان وليس له الخيار. أخيراً، وإن كان القول لعمل التبرعي وصية فإنها وصية من نوع خاص لاعتبارات منها علمية وطبية وشرعية.

3. ضيق تطبيق الوصية في قانون الصحة 11/18 وقصور الوسيلة.

تضمن القانون 11/18 الذي ألغى القانون 05/85 في الفصل الرابع المعنون لبيو اخلاقيات وفي القسم الأول منه احكاما تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والانسجة والخلا البشرية¹⁹، فقد نصت المادة 362 في فقرتها الأولى والثانية منها:

لا يمكن نزع الأعضاء أو الانسجة البشرية من اشخاص متوفين بغرض الزرع الا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقاً لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف لصحة. وفي هذه الحالة يمكن القيام لنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفي عند رفضه النزع خلال حياته.

يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء وتحدد كيفيات التسجيل في سجل الرفض عن طريق التنظيم.

1.3. الوصية الضمنية والوصية المفترضة:

وما يلاحظ ان المشرع استبدل مصطلح الموافقة بمصطلح الرفض وهو ما يقود إلى القول لوصية المفترضة ثم الوصية الضمنية.

أ- الوصية المفترضة :

ان تبين موقف الميت من عمليات النزع والزرع مهم جدا لما تقول اليه هذه العمليات لأنه محلها كونه وعاء الأعضاء التي يمكن ان تكون محلا للنزع في جسد انسان بحاجة اليها والتي لا مناص منها كونها تمثل الحل الأخير سواء لاستبقاء أصل الحياة لديه أو لقيام وظيفة معنية كون العضو لديه لم يعد لكفاءة المطلوبة لإنجاز تلك الوظيفة ولو ان المشرع أجاز سببين لهذه العمليات علاجي أو تشخيصي.

و ما يلاحظ من نص الفقرتين السابقتين من المادة 362 ان المشرع استبدل موافقة الشخص قبل وفاته على عمليات النزع من جثته لزرعها في جسم انسان اخر وهو ما كان متوافقا مع فتاوى العلماء وقرارات و احكام المجتمعات الفقهيّة التي درست هذه العمليات علميا و شرعيا و خرجت كما اسلفناها حة هذه العمليات وان بشروط ، واستبدال مصطلح الموافقة التي يبيدها المتبرع بمصطلح عدم التعبير عن الرفض في القانون الوضعي ،قد يبدو ان تماثلان حد التطابق ،ولكن عمال الفكر قليلا قد تبين ان دائرة استغراق المعنى في كليهما قد تتقاطعان و لكن يصعب التطابق ، ذلك ان الموافقة تعني أن الامر الموافق عليه معلوم ويتم اتخاذ موقف تجاهه لموافقة عليه ،في حين ان عدم الرفض لا تعني ابدا و دائما ان الامر الذي لا نبدي رفضنا له معلوما لدينا فقد يكون مجهولا لذلك لم يُبد رفضا له .

وأبضا فإن الموافقة تعني اخذ الراي لما يعني غالبا طريقا اخرى يتبغى الوصول إلى تحديد الراي لموافقة أو الرفض وهما الاحتمالان المتقابلان واما عدم الرفض فلا يفترض وجود احتمالين تم الاخذ حدهما في مقابل الاخر لأمر ما.

ومن الاختلافات الجوهرية هي ان عدم التسجيل في سجل الرفض لا يعني الموافقة فقد يكون الذين لم يسجلوا في سجل الرفض كثر ولا يعني أنهم موافقون وهو ما يعني ان المشرع اخذ بفكرة الوصية المفترضة ان كل الناس موافقون الا من استثني نفسه وذلك لتسجيل في سجل الرفض لدى الوكالة الوطنية انزع الأعضاء وما يلاحظ هنا أن:

الحالة العامة وهي ان جثث الأموات تدفن كما هي الا ما دخل في الحالات الخاصة كالتشريع الطبي أو النزع لغرض علاجي أو تشخيصي تم التضييق عليها فأصبحت حالة خاصة ولو من الجانب النظري.

موافقة المتبرع في القانون السابق والعدول عن الوصية لأعضاء كانت تجعل دائرة التصرف كبيرة في صالحه في مقابل دائرة المتلقي في حين ان عدم التسجيل في سجل الرفض لا يؤدي هذا الدور.

ب- الوصية الضمنية :

نصت الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة نفسها على ما يلي:

يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف لنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفي، وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل تتم استشارة افراد اسرة المتوفي البالغين حسب الأولوية الاتي: الاب أو الام أو الأبناء أو الاخوة أو الاخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفي بدون اسرة قصد معرفة موقفه من التبرع لأعضاء.

ويتم اعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفي البالغين بعمليات الزرع التي تم القيام بها.

ستقرأ هاتين الفقرتين يتضح لنا ان المتوفي قد يعبر عن رفضه في سجل الرفض وهي ليست الحالة العامة بل الحالة الخاصة كما أسلفنا الوصية المفترضة وعدم ممانعة المتوفي من نزع اعضائه لإعادة زرعها لدى متلق مسجل لدى الوكالة والتضييق منها يتم لتسجيل في سجل الرفض، ولكن التسجيل في سجل الرفض لدى الوكالة والذي يجب على الفريق الطبي الرجوع اليه ليتبين موقف المتوفي من عمليات النزع والزرع

لا يجعل عمليات الزرع مستحيلة بل يمكن عندها المرور إلى استشارة اهله، وهو ما يدعو ابتداء ان نقول ان عدم التسجيل لا يساوي الموافقة فلو كان الامر هكذا لامكن اعمال مشارط الأطباء دون أي اجراء كان ونعني به استشارة الاهل.

واستشارة الاهل التي نراها وجوبية من حيث الاخذ بها ابتداء والعمل بها انتهاء، وهو ما يؤكد اعلام اهل الميت كون العملية تمت وفق ما أراده الاهل وابعاد شبهة جريمة الاتجار لأعضاء.

وما تجدر الإشارة اليه ان المشرع قد حصر الاستشارة في البالغين وعدد أصنافا من الاهل مما يوحي ان المشرع ابتعد عن فكرة ان اللجنة من التزكة والتصرف والاستشارة تمان في دائرة الميراث وقد أحسن في ذلك لخروج اللجنة عن التزكة، الا اننا نورد ما يلي:

— الفصل بين الافراد الذين أوردتهم المشرع على سبيل الحصر تم بحرف "او" وهو ما يفيد التخيير ولا نعتقد ان المشرع كان يريد التخيير فلا فائدة منه انما كان يعمل قاعدة فقدان عنصر يستدعي المرور للذي يليه ولذلك فلو انه استعمل حرف "ثم" كان موفيا لغرض.

— العناصر التي جاء ذكرها مفردة لا تثير مشكلة انما ما جاء ذكرها جمعا كالأخوة مثلا فما هو معيار الاخذ لمشورة هل يستشار الأكبر ام المتعلم المثقف ام القريب عاطفيا من المتوفي ام يؤخذ لأغلبية... وخلاصتها كان الاولى تبيين معيار الاخذ لاستشارة في مثل هذه الحالات.

وأما كون الاستشارة موضحة للوصية الضمنية فنعتقد ان اهل الميت في غالب الأحوال لا يمكن أن يدلوا بموافقة أو الرفض، وهي في هذه الحالة "موافقة أو رفض" فليست "عدم الرفض"، الا بناء على وصية مسبقة تكون ضمنية في الغالب بين المتوفي ومن تمت استشارته ووافق أو رفض.

تجدر الإشارة إلى أن تضميننا الوصية الضمنية في هذا الجزء تناسقا مع سابقه أي الوصية الافتراضية وان كان هذا موجودا في القانون الملغي وذلك من ب منهجي.

2.3. التشجيع على عمليات النزع والزرع نظر وقصور اداها تطبيقيا

الغاء القانون الخاص لصحة وترقيتها 05/85 والعمل لقانون 11/18 له اهداف منها التشجيع على عمليات النزع والزرع ولا ادل على ذلك من عدم الاخذ لوصية كصيغة قانونية متبعة لتشريع هذه العمليات، ولكن يبقى قياس هذا التشجيع نظر والبحث عن فاعليته ادواته تطبيقيا.

أ. التشجيع على عمليات النزع والزرع نظر

لعودة إلى ما سبق و سيسا عليه يلاحظ ان للجسد حرمة حيا كان أو ميتا والحالة المتصورة سابقا ولم يتصور غيرها أن يدفن الجسد كاملا على حالته التي مات عليها الإنسان وان كان المشرع قد تناول في قانون العقوبات ما يمكن ان يكون من تدنيس للمقابر والعبث بها، و لتالي فالوصية بعضو إلى شخص بحاجة اليه بعد وفاة الموصي كانت استثناء وذلك اخذا حة الفعل وابتغاء الاجر وحتى البحث عند التنظيم العام للمجتمع كهدف أسمي، وقد كانت دائرة الملقى ضئيلة ولا تتسع وغيرها تضيق.

وعند امعان الفكر في الوصية المفترضة كما أسلفنا نتيجة عن عدم التسجيل في سجل رفض الوكالة، يتضح ان دائرة الملقى أصبحت واسعة الا ما ضيقها المتبرع بتسجيله في سجل الرفض، وهو ما يعني التشجيع الضمني للمشرع على مثل هذه العمليات، وان كان يجب استشارة اهل المتوفي حصرا و لأولوية كما أسلفنا وما افترض الوصية الا افتراض قانوني وليس واقعا كونه منصوبا عليه لقانون السابق الملغي صراحة والتخلي عن اللفظ "الموافقة" واستبداله بما يفهم "ما ليس ضده"

ب. قصور الوسيلة المعتمدة في التشجيع على عمليات النزع والزرع تطبيقيا:

ونقصد لوسيلة هنا "سجل الرفض المسوك لدى الوكالة الوطنية للأعضاء" والتي تؤدي دور الكاشف عن موقف المتوفي من نزع أعضائه وزرعها لدى متلق بحاجة إليها كحل علاجي أخير أو لأغراض تشخيصية كإجراء التجارب العلمية عليها وذلك في إطار من الضوابط القانونية والطبية والأخلاقية.

اعتماد وسيلة التسجيل في سجل الرفض، يفترض ان يكون مشهورا حيث كافة أو اغلب الناس عالمة به وبدوره وهو ما لا يمكن الجزم به، بل الجزم بعكسه أيسر، ثم كيف لكل جزائري ان يسجل في هذا السجل والجزائر متزامية الأطراف فكيف يمكن لمن يسكن تلمسان مثلا ان يسافر إلى الجزائر العاصمة بغية التسجيل في هذا السجل.

ثم ان موضوع نزع وزراعة الأعضاء لا يزال غير مناقش على الوجه الاكمل فكثيرون من لا يسمعون بهذه العمليات وإن سمعوا فلم يتخذوا راء بشأنها ان كان لإيجاب أو الرفض، إضافة إلى بقاء الكثيرين على فكرة حرمة الجسد حيا وميتا وان لاحق للإنسان على أعضائه و لتالي لا يمكنه الوصية بها أو الرفض بعدم مساسها والتصريح بذلك لأنه لا يملكها.

كل هذا والمشرع لم يجعل التسجيل في سجل الرفض الوسيلة الوحيدة ولكنه خصوصا ولا ادل من افضليتها كد الفريق الطبي من راي الميت في مثل هذه العمليات من خلال البحث في هذا السجل، وما نراه ان البقاء على الموافقة أحسن والبحث عن وسيلة يدي فيها المتبرع موافقته على مثل هذه العمليات

4. الخاتمة:

تعتبر عملية نزع وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء من المستجدات الطبية التي استدعى البحث فيها طيبا وقانونيا وشرعيا وغيرها، ولا غرابة أن تعددت الآراء بشأنها بين مجيز وممانع اليوم وغدا.

والمشرع الجزائري وإن كان متأخرا قليلا في سن قوانين الصحة وتضمينها نصوصا حول هذه العمليات سواء في القانون الملغى أو الوضعي، ولكن ما يمكنه قوله حول الوصية وان لم يسمها المشرع كذلك (لخصوصيتها لارتباط الوصية لأموال أو المنافع المملوكة...)، لكن وسع فيها في القانون السابق و جاء متسقا مع الاجتهادات الدينية، ولكنه ضيق فيها من حيث القوائم بما (الموصي)، وكانت العمليات لا تتم إلا لموافقة فأصبحت تتم إلا لرفض في تغيير يكاد يكون مناقضا للاجتهادات الدينية و لو أنه جعل في الحالتين حلا استثنائيا هو أخذ رأي الأهل حصرا و قصرنا على مجموعة منهم في تشريع يوحى ابتعاد المشرع على اعتبار الجثة تركة و هو ما نؤيده تماما و مما سبق يمكنه الخروج لتوصيات التالية .

5. التوصيات:

— نظرا لتطابق نظام الوصية من الناحية الشرعية والتشريعية في قانون الصحة الملغى فأننا نرجو أن تتم العودة إلى نص المادة 164 من القانون 05/85 الملغى ويستبدل بها نص المادة 362 من القانون 11/18

استبدال سجل الرفض المسوك لدى وكالة الأعضاء بسجل الموافقة وإن كنا نراه قليل جدوى بل هناك وسائل أخرى.
العمل على تبين موقف الجميع من عمليات نزع وزرع الأعضاء بعد الموت من خلال خانة تدرج في بطاقة الهوية الوطنية مثلا (قابلة للتغيير في أي لحظة اعمالا لحق الموصي في الرجوع عن وصيته)
العمل على الاشهار لعمليات النزع والزرع من الأموات إلى الأحياء من خلال المؤتمرات والحصص التلفزيونية والملتقيات الطبية والمناهج الدراسية لضمان النقاش حولها واتخاذ الموقف منها فرد وجماعيا

الاحالات.

¹ بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012، الطبعة 1، ص 18.

² الآية 29 من سورة النساء.

³ الآية 195 من سورة البقرة.

⁴ الآية 178 من سورة البقرة.

⁵ الآية 179 من سورة البقرة.

⁶ موقع إسلام واب لعنوان Islamweb.net/amp/ar/article/183111/ اطلع عليه 09 أوت 2022 على الساعة 23.22

⁷ بعض أجوبة الامام ابن ز من موقعه Binbaz.org.sa/categories/fighi/65 اطلع عليه يوم 09 أوت 2022 على الساعة 23.28

⁸ جهاد محمود عبد المبدى، عملية نقل و جبر الأعضاء البشرية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الرض، مكتبة القانون والاقتصاد، 2014، الطبعة الأولى، ص 48.

⁹ المادة 152 من الامر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر رقم 49

¹⁰ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 38

¹¹ نقلا عن موقع درر: Dorar.net/hadith/sharh/76792 اطلع عليه يوم 2022/8/9 على الساعة 00.00

¹² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص40

¹³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص203.

¹⁴ المادة 775 من الامر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر رقم 78

¹⁵ المادة 184 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة، ج ر رقم 24

¹⁶ شيخ سناء "شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري"، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد الثاني، جوان 2013، ص174.

¹⁷ المادة 164 من القانون 05/85 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج ر رقم 8

¹⁸ تمت المقارنة في هذا الجزء بين الوصية واحكامها كما جاءت في قانون الاسرة ومدى تطابقها مع الوصية الخاصة بنزع الأعضاء من الأموات لإعادة زرعها في الأحياء

¹⁹ يلاحظ تغيير مصطلح انتزاع بمصطلح نزع وهو ما نراه أكثر ملاءمة