جامعة قاصدي مرباح – ورقلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال المتطلبات لنيل شهادة الماستر أكاديمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون أعمال

عنوان المذكرة

عقد الهبة الأعضاء البشرية

إعداد الطالبتين:

حفاف هيام

سماعيلي حياة

إشراف:

حسن طوايبية

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د. عيسى زرقاط	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
د. حسن طوايبية	أستاذ محاضر قسم "أ"	مشرفا
د. نور الدين زرقون	أستاذ مساعد قسم "أ"	مناقشا

السنة الجامعية:2022 - 2023

جامعة قاصدي مرباح – ورقلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال المتطلبات لنيل شهادة الماستر أكاديمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون أعمال

عنوان المذكرة

عقد الهبة الأعضاء البشرية

إعداد الطالبتين:

حفاف هيام

سماعيلي حياة

إشراف:

حسن طوايبية

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د. عيسى زرقاط	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
د. حسن طوايبية	أستاذ محاضر قسم "أ"	مشرفا
د. نور الدين زرقون	أستاذ مساعد قسم "أ"	مناقشا

السنة الجامعية:2022 - 2023

شكر وتقدير

الشكر الأول للذي علم بالقلم علم الإنسان مالم يعلم شكر لله وحمده سبحانه وتعالى على إعانته لنا في إتمام هذه المذكرة ونشكر جميع الأساتذة والدكاترة وفي مقدمتهم الأستاذ الفاضل المشرف على مذكرة التخرج الأستاذ الدكتور حسن طوايبية، فله من الله الأجر والثواب ومنا كل التقدير والشكر، حفظه الله ومتعه بالصحة والعافية، كما أشكر القائمين على لجنة المناقشة وعلى رأسهم الدكتور: عيسى زرقاط والدكتور: نور الدين زرقون وفقهما الله لكل خير وجزاكم الله أساتذتنا الكرام أفضل الجزاء.

إهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي والذي شجعاني على المثابرة إلى من أوصى بهما الله سبحانه وتعالى:

" **وبالوالدين إحسانا**"

إلى أمي الغالية التي أنارت دربي وأوصلتني إلى بر الأمان،

إلى أبي العزيز الذي سعى من أجل أن يقدم لنا أفضل لحظات السعادة،

إلى إخوتي وأصدقائي وكل من ساهم ولو بحرف في حياتنا الدراسية،

ونسأل الله تعالى أن يتقبله.

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ط: الطبعة.

مج: مجلد.

ص: صفحة.

ج: الجزء.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق.ص.ج: قانون الصحة الجزائري.

ق.م.ج: قانون المدني الجزائري

مـــقدمـــة

تعد الهبة من أسمى الصفات والتصرفات التي وصف الله عز وجل نفسه بها لقوله تعالى: "**إنك أنت الوهاب**".[1] والإنسان بطبيعته يجب عليه فعل الخير سواء بالصدقة أم بالهبة وذلك من أجل الروابط الإنسانية التي تقوم على البر والإحسان وتوطيد العلاقات الأسرية والاجتماعية فيما بينهم، ويعتبر تصرف شرعي أباحته الشرائع السماوية والقوانين الوضعية ونظمه المشرع الجزائري في قانون الأسرة بموجب الأمر 11/84 الصادر بتاريخ 1984/06/09 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، و للهبة طابع تبرعي محض وقد يكون بعوض أو بدون عوض لأن الواهب يعطي دون أن يحصل على مقابل، كما نظمه وعرفه المشرع الجزائري في قانون الأسرة "**تمليك بلا عوض**".[2]

والإنسان له حق في جسمه ويعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي تتصل بالكيان المادي للإنسان، وهناك الأمراض المعاصرة والمستعصية التي تجبر جسد الإنسان على استئصال العضو التالف منه وزرع العضو السليم في مكانه لكي يباشر الوظائف العادية في الجسم. وتعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية نوع من أنواع التداوي الذي توصل إليه الطب البشري لإنقاذ البشرية من الأمراض، وهذا يكون باستئصال العضو السليم من جسد المعطي الواهب القابل للنقل في جسد الموهوب له المتلقي، حيث تعتبر هذه العملية من أحدث التطور العلمي في مجال الطب، وذلك باستطاعتهم استبدال أعضاء بشرية تالفة لا تؤدي وظيفتها بأعضاء بشرية سليمة منقولة من الأشخاص الأصحاء.

وكانت عملية نزع عضو من جسم وزرعه في جسم إنسان أخر منذ القرن 20 أن الله سبحانه عز وجل نقل ضلعا من سيدنا آدم عليه السلام ليخلق منه حواء لقوله تعالى: "**وقلنا**

---

[1] سورة ال عمران الآية 8.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 06 /154، مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427، الموافق لـ 11 مايو سنة 2006، قانون رقم 01/15 مؤرخ في 4 يناير سنة 2005. المتضمن تحديد شروط وكيفية تطبيق المادة 7 مكرر، من الأمر 05 .02، المتعلق بقانون الأسرة.

يا أدم أسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغدا حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكون من الظالمين".[1]

وتعتبر هذه العملية دقيقة وحساسة لأنها تتصل بالأحياء والأموات، وعلى المتبرع التبرع بالأعضاء القابلة للتجديد فقط كالكبد والجلد والدم أي يتم تجديدهم تلقائيا، ولقد نصت التشريعات على حماية جسد الإنسان من الاعتداءات التي تقع عليه وتكريس سلامة جسمه وحماية جنائية للأعضاء البشرية، حيث نظم المشرع الجزائري موضوع زراعة الأعضاء البشرية في قانون17/90 معدل والمتمم لقانون رقم 05/85 في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ولقد حضت التشريعات شروط عديدة لضمان سلامة كل من المعطي والمستقبل.

ويعتبر موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية ليس حديث أو جديد على البشرية فهو قديم قدم الإنسان، وعلى الرغم من التطورات التي تطرق إليها إلا أنه حتى الأن محل أبحاث ودراسات فقهية يعتبرها مازلت تثير شكوك حتى الأن حول مدى مشروعيتها خاصة من الناحية الشرعية.

وتبرز أهمية هذه الدراسة أن بالنسبة للهبة لها علاقة وأثر بالغ في الأسرة، وتعتبر من عقود التبرعات وتقوية الروابط الإنسانية في الحياة العلمية والقانونية والبر والإحسان، ولبيان الأحكام المترتبة على الهبة في قانون الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، كل هذا من أجل الوصول إلى النقاط الإيجابية حيث تعالج قضية اجتماعية واقتصادية ولها أثر بالغ في العلاقات الأسرية والحقوق المالية للأفراد وللمتبرع بالأخص في إطار الأعضاء البشرية حيث أن تداوي وعلاج مهم في حياة الإنسان، وإجراء عملية تبرع بالأعضاء تكمن في علاج المريض وانقاذ حياته والمحافظة على صحته من الأمراض التي تسيطر عليه و تهدده بالموت.

[1] سورة البقرة الآية 35.

وأن عمليات نقل وزرع الأعضاء من القضايا الحديثة في العصر وتتعلق بحياة الإنسان وصحته وتمس حق من حقوق الإنسان اللصيقة بالشخصية ويحظى بحماية الشرع والقانون وحماية حق الإنسان في الحياة والسلامة الشخصية لأعضاء جسده وصحته، لأن جسم الإنسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية وله تكريم رباني وعلاقة مع المعايير الأخلاقية.

وتهدف هذه الدراسة إلى معرفة ضوابط نقل وزرع الأعضاء وإبراز معنى الهبة ومكان مركزها القانوني ضمن القانون وأحكام الشريعة الإسلامية وتنمية الفكر من معارف من كل جانب ومقارنة بين أحكام عقد الهبة في قانون الأسرة الجزائري والتشريعات العربية الأخرى، وتهدف كذلك عملية نقل وزرع الأعضاء إلى حماية الشخص المريض الموشك على الموت، وهذه العملية ذو نشاط هام ويجب الوقوف على الجوانب القانونية والفقهية.

ويظهر هدفها كذلك في إنقاذ حياة العديد من المرضى وعلاجهم خاصة بعد التأكيد من نجاح هذه العملية وتحديد الضوابط القانونية التي أدت بتطور عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية ومتى تكون جائزة ومتى تكون باطلة، وتعتبر عملية زرع الأعضاء ذو نشاط هام ويهدف إلى تحليل النصوص القانونية في قانون الصحة وقانون العقوبات والإسلام تطرق إليه من أجل الصالح العام.

وتعود أسباب اختيار هذا الموضوع دون غيره إلى أسباب ذاتية وموضوعية تتمثل في أنه تطرقت إليه كثير من الدراسات في التشريع، وميول إلى دراسة هذا الموضوع من أجل معرفة كافة تفاصيله وجزئياته ومحاولة إبراز الحقيقة وحب التطلع أكثر والتعمق أكثر لمعرفة مختلف الآراء الفقهية، ورغبة في إبراز أهم الثغرات التي يحتويها الموضوع ولدراسة قانونية عملية ومعرفة لأي مدى وصل المشرع الجزائري في هذا الموضوع، أما موضوعيا فتبرز حدود دراسة هذا الموضوع أهميته من الناحية العملية دفعتنا للبحث وتعمق في جزئياته.

وأسباب الدراسة السابقة في هذا المجال هو طبيعة حجم الموضوع في حد ذاته وإلقاء الضوء عليه مما يحتوي من أثر والتزامات، وبسبب الانتهاكات التي يتعرض لها جسم الإنسان وأعضائه وحمايتها، ومن أجل معرفة الضوابط القانونية التي تحكم هذه العمليات، وبسبب ظهور بعض الأمراض الخطيرة وصعوبة أو استحالة علاجها في بعض الأحوال إلا عن طريق استئصال الأعضاء ويرجع هذا الموضوع متعلق بالمساس بالكيان البشري فهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فالتبرع بالأعضاء هو قضية إنسانية هدفها هو التبرع ومعرفة التنمية وربطه بالعلوم طبية والقيم الإنسانية والاجتماعية وتحديد ضوابط و شروط مشروعيتها.

وحدود دراسة الموضوع أن الجانب الإجرائي في عقد الهبة كان قانونيا أكثر من الجانب الفقهي، وأن تجريم نقل وزرع الأعضاء لم يكن قبل تعديل قانون العقوبات المؤرخ في 25فبرير 2009، ومن خلال هذا المنطلق نحاول طرح الإشكالية التالية:

_ فيما يتمثل موقف الفقه والتشريع لأحكام وضوابط التصرف في جسم الإنسان عن طريق عقد الهبة للأعضاء البشرية؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه يتطلب علينا إتباع المناهج المعتمدة والمستخدمة منها المنهج الاستقرائي عن طريق جمع المعلومات والبينات من خلال تتبعنا لمختلف المفاهيم والأحكام المتعلقة في موضوع عقد الهبة في الأعضاء الآدمية، والمنهج الوصفي تطرقنا له من أجل توضيح موضوع الدراسة عن طريق تعريف ببعض المصطلحات منه كالهبة وعمليات النقل والزرع والوقوف على الأحكام والقواعد التي جاءت في هذا الموضوع، وتطرقنا أيضا إلى المنهج التحليلي من خلال دراسة موقف القوانين والنصوص القانونية المتعلقة بعقد الهبة وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كل من الأحكام التي تحدد الشروط والتي تجرم وتبيح، وقد استخدمنا كذلك المنهج المقارن والأخير عن طريق موقف التشريعات.

إن الدراسات السابقة لها لها علاقة بهذا الموضوع وما يشبه ويمثل موضوعنا لكن بصفة قليلة باعتبارها غريبة على مجتمعنا الجزائري، وقد اعتمدنا جملة من المصادر منها شرعي بحت وبعضها قانوني بحت والبعض الأخر مقارن، وأننا صددنا اهتمام على المصادر والمراجع التالية: كتاب لدكتور محمد بن أحمد تقية دراسة عن الهبة في القانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن الطبعة الأولى، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية2003، وكتاب حمدي باشا عمر _عقود التبرعات، طبع في 2004 دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع 34 حي لابرويار بوزريعة الجزائر، وكتاب للدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على ملكية الهبة الشركة والقرض ودخل الدائم والصلح، طبعة 3 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2000.

هذا فيما يخص الهبة أما بنسبة لأعضاء البشرية اتبعنا الرسائل الدكتورة التالية: أطروحة معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة جامعة أبو بكر بالقايد كلية حقوق والعلوم السياسية تلمسان 2015/2014، وأطروحة لمروك نصر الدين، نقل الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ومختلف المراجع والمصادر لكن هذه التي تم التركيز عليهم لأن لهم علاقة كبيرة بمذكرتنا.

وقد واجهتنا في بحثنا هذا عدة صعوبات من بينها التي تطرقنا لها في مسارنا الدراسي فيما يخص هذا الموضوع وفي مختلف أجزائه وفصوله، فمن ناحية ضبط المصطلحات بين مختلف القوانين الذي تطرقنا لها فكان يختلف المصطلح من قانون إلى أخر، فنجد في قانون الصحة مصطلح عملية نقل وزرع الأعضاء، بينما في قانون العقوبات استعمل نزع الأعضاء وكذلك في ضبط المصطلح بين الهبة والتبرع وأيهما الأنسب بينهما، وأيضا واجهنا الصعوبة في تنسيق بين الموضوعين كما يعرف أنهما مختلفين عن بعض كل الاختلاف.

إلا أن فيما يخص عقد الهبة لقد تم التعرف إليه من قبل لأن تمت مواجهته في مسارنا الدراسي عكس موضوع الأعضاء البشرية الذي يعتبر جديد في مجالنا كونه موضوع علمي أيضا لا يخلو البحث من صعوبة المقارنة بين أسلوب الفقهاء الدقيق الصعب وأسلوب القوانين البسيط مما جعلنا أن نكون مؤتمنين بينهم.

والخطة التي تم إتباعها تقسم موضوع الدراسة إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والذي قسمناه إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول موقف الفقه والتشريع من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وأحكامه، وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى موقف الشريعة الإسلامية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

_أما الفصل الثاني فهو يتعلق بالضوابط القانونية والتنظيمية التي تحكم عملية نقل الأعضاء البشرية، وقد قسمنه إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى نقل الأعضاء عن طريق عقد الهبة، أما في المبحث الثاني تطرقنا إلى الجرائم المترتبة عن عمليات زرع الأعضاء.

الفصل الأول

عمليات نقل وزرع الأعضاء البشري

تمهيد

إن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لها أهمية كبيرة خاصة في الإطار الطبي لما شهده هذا المجال من تطورات علمية وطبية.

تقوم هذه العملية بين طرفين يسمى الطرف الأول متبرع والطرف الثاني متلقي، وتكون هذه العملية نقل أعضاء من إنسان حي إلى أخر أو نقل من إنسان ميت إلى شخص حي، وتتم العملية وفق نقل عضو أو أكثر من المتبرع إلى المستقبل الذي يعاني قصورا يعوق وظيفته، والهدف من وراء هذه العمليات هو تحقيق غرض علاجي من أجل إنقاذ الأشخاص من الأمراض الفتاكة والموت المحقق الذي يهددهم.

يظهر دور عمليات نزع وزرع الأنسجة من خلال نجاح العمليات وتعافي المريض وتحقق شفائه، يبرز المبدأ الإنساني والأخلاقي للبشر بالتعاون فيما بينهم وتقديم المساعدة وتعزيز المصلحة المتبادلة بين الأفراد من أجل إنقاذ حياة بعضهم من الهلاك، ولقد ثار نزاع بين رجال الفقه والقانون ورجال الدين حول مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء وهذا ما سنتطرق إليه في دراستنا، سنتناول موقف كل من الفقه والتشريع (المبحث الأول)، وموقف الشريعة الإسلامية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: موقف الفقه والتشريع من عمليات نقل وزرع الأعضاء

إن البحث العلمي والتطور الحديث الذي شهده المجال الطبي وتقدمه بالنسبة لعمليات نزع وغرس الأعضاء، عالج رجال الفقه والقانون هذا الموضوع من حيث ضبط المسائل المتعلقة بإباحة الأعضاء البشرية وتحديد آرائهم الفقهية حول هذا الشأن، إلا أن لكل من الفقه والتشريع نظرته حول هذا الموضوع من خلال تبرير النظريات من الجانب الفقهي وإبراز التشريعات للقواعد القانونية التي تنظم هذه العمليات ولا ننسى موقف المشرع الجزائري له نظرته بهذا الخصوص، وعليه سنتناول في (المطلب الأول)الموقف الفقهي، وسنأخذ في(المطلب الثاني) الموقف التشريعي.

المطلب الأول: موقف الفقه من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يتجه أغلب الفقهاء إلى إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا أن الخلاف ثار حول الأساس الذي يمكن الاستناد إليه لتبرير مشروعية هذه العمليات، وكان لكل نظرية رأي حول القضية، سنتناول هذه النظريات التي جاءت بهذا الصدد، نظرية الضرورة في (الفرع الأول)، ونظرية السبب المشروع في (الفرع الثاني)، ونظرية المصلحة الاجتماعية في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نظرية الضرورة

يقصد بحالة الضرورة: "حالة الشخص الذي يوجد أمام خطر وشيك الوقوع ولاسبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب فعل محظور طبقا لأحكام العقوبات".[1]

وتعرف الضرورة أيضا بأنها: "هي ظرف يحيط بالإنسان ويجد فيه نفسه مهددا بخطر جسيم يوشك أن يقع ولا سبيل أمامه للخلاص منه إلا بارتكاب جريمة".[1]

[1] عبد العزيز بن محمد الصغير، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة(مصر)،2015، ص 61.

المعنى من ذلك عند استئصال العضو البشري بقصد العلاج فقط عند النقل من الأحياء، أما إن كان بغرض الضرورة العلاجية النقل من الجثث يكون هدفه بحثي أو علمي، ومثال ذلك نزع وزرع الأعضاء قد يواجه الطبيب شخصا أرهقه المرض وعلى وشك الموت فالمسؤولية تتضاعف على الطبيب، فيلجأ إلى نزع أعضاء من جثة أحد المتوفين ودون أخذ إذن أحد أفراد أسرته ودون موافقتهم وذلك من أجل شفاء المريض والحفاظ على سلامته البدنية حيث يعتبر فعل يعاقب عليه القانون، لكن الضرورة العلاجية استدعت ذلك فيصبح فعل مباح ويعفى الطبيب من العقاب.

_ حالة الضرورة أساس لمشروعية نقل وزرع الأعضاء:

ينظر أصحاب هذه النظرية أن حالة الضرورة في عمليات نقل وزرع الأعضاء أساسها المشروعية في حالة استئصال عضو من شخص متبرع معافى من الأمراض وسليم الجسد لغرسه في إنسان مريض محتاج للأعضاء من أجل إنقاذ حياته من الموت المحقق، ولتحقيق النتيجة العلاجية أجازت هذه النظرية ذلك بتوفر شروط حالة الضرورة فيما يخص عملية نقل وزرع الأعضاء، فالطبيب المسؤول عن العملية في هذه الحالة السبب الذي دفعه للاستئصال هو كونه يقع تحت إكراه أو تأثير التهديد نشأ عن حالة الضرورة لارتكاب جريمة يعاقب عليها القانون وذلك إنقاذا للمريض، وهذا ما جاء في نطاق القانون الجنائي، أما من جانب القانون المدني تقوم الضرورة عند مواجهة الطبيب لشخص حالته حرجة تستوجب النقل فورا وذلك لتجنب خطر أكثر جسامة بالنسبة للمتلقي الحل ارتكاب ضرر يكون أقل للمتبرع، وباعتبار أن زعماء هذه النظرية أقرو أن حالة الضرورة مشروعة في هذه العمليات، فهي أساس للعمل الطبي وليس على عاتق الطبيب أي مسؤولية لا من الجانب الجنائي أو الجانب المدني.[2]

[1] الطالب إسلام مراحي، المسؤولية الجزائية للطب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، السنة الجامعية 2019.2020، ص 67.

[2] عبد العزيز بن محمد الصغير، المرجع نفسه، ص 62.

ولقد ظهرت نظرية الضرورة كأساس لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء في فرنسا في ظل الفراغ التشريعي حتى صدور قانون 1972، حتى يكون عمل الطبيب مرتكز على أساس الموازنة في حالة الضرورة يجب التزامه وتقيده بالشروط الآتية:

_ أن يكون هناك تهديد بخطر على حياة المريض إن لم ينقل له العضو السليم في وقت وجيز سيؤدي ذلك إلى فقدانه للحياة ولا هروب من أمر واقع لا محالة.

_ أن يكون الخطر المراد تجنبه كبير أي نسبة الخطورة فيه عالية على المريض الموشك على الموت على أن يكون الضرر اللاحق بالمتنازل أقل، وبالرغم من ذلك يجب أن تقوم الموازنة على ضرر يهدد حياته إما بالوفاة أو بعاهة العدل والمساواة، بحيث تضمن سلامة المتنازل من تسبب له عجز كلي طوال حياته.

_ أن تكون عملية نقل الأعضاء بالنسبة للمريض المحتاج لذلك هي الأمل الوحيد لتحقق شفائه وإنقاذ حياته من الموت ولا يوجد علاج أخر غير نقل العضو.[1]

في مجال نقل وزرع الأنسجة حالة الضرورة تقوم عند أصحاب هذا الرأي على الموازنة بين المخاطر المفترض تجنبها والأضرار الواقعة التي لا مفر منها، فالموازنة بين الخطر والنجاح تكون من قرار الصائب الذي يتخذه الطبيب في المسألة المتعلقة بعملية النقل والزرع للأعضاء، فالمخاطر التي يتعرض لها الشخص السليم جراء عملية النقل والخطر المحدق بالمريض من جهة أخرى، فالآمال لدى المريض تكون أكبر فالمصلحة تكون كبيرة تعود على المريض بدفع الضرر عنه أما مصلحة المتنازل تكون أقل لأن الضرر أقل جسامة بالنسبة إليه من المريض، فعند وجود حالة الضرورة تبرز عملية النقل والزرع بالمشروعية.[2]

[1] عبد الرحمن خلفي، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية، دارسة في الفقه والتشريع المقارن، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 07، المركز الجامعي تمنراست (الجزائر)، جانفي، 2015، ص 181، 182.

[2] الطالب لخضر معاشو النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية (دارسة مقارنة)، لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015/2014، ص 77.

تعرضت هذه النظرية للنقد حيث أنها قامت بإنكار إرادة ورضا الأطراف كل من إرادة المتبرع وإرادة المتلقي فلابد من التصريح بها لكلا الطرفين. رأى أصحاب هذه النظرية أن عملية نقل وزرع الأعضاء تستند إلى حالة الضرورة فقط، انعدام ركن الرضا في الحالة لا ينتج أثره القانوني إلا في استثناء بوجود موافقة أحد الأطراف، كما أن شروط حالة الضرورة قد تتوفر بالنسبة للمريض لا للمتبرع بالأعضاء، وتوجد العديد من الدول قامت بإنشاء بنوك لحفظ الأعضاء البشرية المستأصلة، وذلك من أجل استخدمها عند الحاجة له دون مراعاة لرضا المتنازل.[1]

الفرع الثاني: نظرية السبب المشروع

يرى جانب من الفقه إلى أن إباحة عمليات نقل الأعضاء تستند الي المشروعية، يقصد بالمشروعية ذهب الباعث الدافع إلى التعاقد؛ أي ما الهدف من إجراء التصرف وما الدافع إلى ذلك، وهل له صفة المشروعية أو غير مشروع.

لجعل السبب مشروعا يجب أن يكون القصد تحقيق مصلحة علاجية للغير، والغرض من ذلك تحقيق نتيجة إيجابية وهي تقديم مساعدة للإنسان من خلال خدمته والحفاظ على سلامته ويذهب أصحاب هذا الاتجاه بالقول بعدم إعطاء حكم مسبق على التصرف بأنه غير مشروع بسبب ارتباطه بجسد الإنسان؛ فهذا يؤدي بالقول بأن عقد العلاج القائم بين الطبيب والمريض والذي بموجبه يسمح له بالتصرف في جسمه فهو عقد غير مشروع حيث يمس بجسد المريض، لكن في هذه الحالة يعد التصرف مشروع لأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للمريض، فمنه يجوز التصرف بأعضاء الشخص المتبرع مادام لم تلحق ضرر أكبر جسامة يجعله عاجز عن أداء مهامه بصفة طبيعية أو يؤدي به الأمر للوفاة، فالتصرف هنا

[1] مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (دارسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 2،2014، ص 1425.

مشروع مادام فيه مصلحة مشروعة للغير، ويشترط أن تكون المزايا المراد تحقيقها للغير تكون أكبر من الأضرار التي سوف تحصل للمتنازل.[1]

ذهب جانب من الفقه أن التصرفات الواردة على جسم الإنسان تكون مشروعة بالنتيجة المرجوة من هذه التصرفات، أي أنه إذا كان الغرض مشروع كان التصرف مشروعا وبالتالي يكون مباحا حيث أن عمليات نقل الأعضاء الغرض الأساسي منها هو إنقاذ حياة المريض المرهق والمتعب من المرض وحاجته الماسة للعضو المنقول من المتبرع، فالمشروعية تكون في حال تحقق الهدف المراد الوصول إليه.

فعمليات نقل الأعضاء كما التبرع بالدم أو كما استقطاع جزء من الجلد لترقيعه بأخر لمعالجة الجزء المصاب في الجسد، هذا النوع من العمليات ليس له تأثير كبير على الجسم فيحدث ضرر يسير للمتنازل، أما ما يسبب للجسم ضرر كبير نقل الكلية. اقر الفقيه ديكوك أنه في كلتا الحالتين من العمليات السابقة للتبرع على أنها مشروعة، وحسب رأيه أنه مادام الفرد المتنازل عن أعضائه يقوم بالتصرف بدافع تقديم المساعدة من الجانب الإنساني، ورغم ذلك عليه التقيد بالضوابط التي سبق وتم الإشارة إليها أن التصرف يبقى تبرع، بحيث لا يعود على هذا الأخير ضرر من جراء استئصال أعضائه، وتبقى هذه المسألة علمية أثبتها الطب من خلال التجارب والإحصاءات، مثال أن المتنازل عن كليته يمكنه أن يعيش حياة عادية ويمارس وظائفه بشكل طبيعي ومثل غيره من الأشخاص.[2]

وجهت لهذه النظرية عدة انتقادات، فبالرغم من صلاحيتها لإبرازها الحكمة وراء عمليات نقل ونزع الأعضاء، إلا أنها لا تصلح لإباحة هذا النوع من العمليات، كونها تفتقر

[1] محمود ثابت محمود علي الشاذلي، الضوابط القانونية لعملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد 44، ص205.

[2] الطالب عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2004.2005، ص 269-270.

للمعيار الأصح والأدق من حيث التفريق بين العمليات المسموح بإجرائها أو غير المسموح بها.[1]

الفرع الثالث: نظرية المصلحة الاجتماعية

تبرر هذه النظرية قواعدها على أساس فكرة التضامن الاجتماعي، أي أن المتبرع بإرادته الشخصية وبكامل إدراكه يسمح بنقل عضو من أعضائه، بحيث لا يعمل هذا النقل ضرر يهدد سلامته الجسدية وحياته، وهذا ما يتجسد في إبراز مبدأ التضامن وروح التعاون الإنسانية بين المجتمع من خلال مساعدة مريض على وشك الموت المحقق، والهدف من ذلك تحقيق نتيجة مفادها شفاء المريض وتحسن حالته الصحية تقوم فكرة المنفعة الاجتماعية على الموازنة بين المخاطر والمصالح.

تبيح هذه النظرية عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، وتستوجب أن الإباحة تظل موجودة مادام المساس بالسلامة الجسدية للمتنازل لم تحدث ضرر كبير، وبقاء المتنازل في حالة جيدة تجعله يمارس وظائفه الاجتماعية بدون إشكال لديه، مادام أن ذلك كان من تلقاء نفسه وبإرادته الحرة.

ذهب جانب من الفقه إلى أن هذه النظرية ارتكزت على رضا المتبرع الممثل لأساس مشروعية نقل وزرع الأعضاء، ومثال ذلك حين تنازل شخص عن إحدى كليتيه السليمتين لمريض يحتاج إلى كلية بسبب معاناته من مرض الفشل الكلوي المزمن والموت الذي يهدد حياته في أي لحظة، فالمنفعة الاجتماعية الكلية تزيد مقارنة بحال المريض والمتنازل قبل إجراء العملية، القول أن الجسد مهما كان الجسامة كبيرة وتصيبه بعجز دائم من جراء استقطاع عضو من أعضائه مثل الكلية، كما أشارنا في المثال السابق فيضل هذا التصرف مقبول جراء النفع الكبير الذي حصل عليه المريض للعضو المنقول إليه والنفع ظهر في

[1] مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دارسة مقارنة)، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة، للنشر والتوزيع، الجزائر، (د. ط) 2003، ص 81.

نجاة هذا الأخير من الموت الذي كان يهدده، والمصلحة النهائية هي فائدة اجتماعية محققة.[1]

ومما عاب هذه النظرية التركيز على فكرة غامضة وهي فكرة المنفعة الاجتماعية والمترتب عنها نتائج خطيرة تمس بالقضاء على الحقوق الفردية، وخاصة ما جاء به النظام الشمولي ذو الطابع الاستبدادي، والمثال في ذلك جبر عامل عادي بسيط على التبرع بإحدى كليته والتنازل عليها لفائدة عالم ذرة أو فضاء يعاني من فشل في الكلى،[2] المعنى أن يتم استغلال هذه الفئة لنقل أعضائهم من أجسادهم بالإكراه والإجبار، ومما يتضح أن الأفراد البسطاء في المجتمع معرضون لنوع من الاستغلال والظلم حيث يتم إهدار لحقوقهم الشخصية واللامبالاة بهم، فكيف يتم أخذ أعضاءهم كما أشارنا في المثال السابق، فهنا المقارنة بإعطاء حياة لشخص مهم في المجتمع على إجبار شخص بسيط بالتخلي عن أعضائه أو تعريض حياته للخطر ومن يضمن له الضرر الذي ينتج من وراء العملية، إما بإحداث له عاهة مستديمة تجعله عاجزا عن أداء وظائفه ومنها فقدانه لعمله من أجل العالم حيث له مكانته البارزة والكبيرة في المجتمع، وهذا تحت مسمى فكرة التضامن والمصلحة الاجتماعية، فهذا فيه نوع من الاستبداد، حتى لو كان لتحقيق مصلحة اجتماعية، فالأفراد سواسية في المجتمع والمجتمع يحتاج للعامل البسيط كما يحتاج للعالم فكلا الطرفين له مهمته في الحياة.[3]

المطلب الثاني: موقف التشريعات من نقل وزرع الأعضاء البشرية

[1] الطالب عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص 275. 276.

[2] مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 82.

[3] سارة محمود خليفة، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الفقه الإسلامي والتشريع الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 44، العدد 3، 2017، ص 331.

اعتنى العديد من الدول بجانب تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء، فتم وضع قوانين تضبط هذه العمليات، التي تتم من الأحياء والأموات، وهذا ما يدفعنا إلى التطرق إلى الأساس القانوني لبعض الدول الأجنبية والدول العربية، والقانون الجزائري خاصة بالنسبة لهذه العمليات، سنتناول في (الفرع الأول) التشريعات الأجنبية، وفي (الفرع الثاني) التشريعات العربية، وفي (الفرع الثالث) موقف المشرع الجزائري.

الفرع الأول: التشريعات الأجنبية

يعتبر المجال الطبي والعلمي في استئصال وزرع الأعضاء من المجالات التي كان ظهورها له تاريخ قديم، ومن التشريعات الغربية المتقدمة في ذلك، أولاً (فرنسا) وثانيًا و(انجلترا) وسنتطرق لها كالاتي:

أولاً: موقف المشرع الفرنسي

إن المشرع الفرنسي يعد أول من قام بوضع أسس بناء مشروعية التصرف في أعضاء جسم الإنسان بقصد استئصالها ونقلها إلى جسم شخص أخر، حيث أنه لم يوجد نص قانوني يبيح هذا النوع من العمليات القائمة على المساس بالجسد البشري، وكما وضع اللبنة الأولى فيما يخص إباحة نقل وزرع الأعضاء وهذا وفق العقود المبرمة بخصوص هذه العملية الوارد على التصرف في أجزاء جسم الإنسان، تتم هذه العملية باستئصال العضو من دون أن يتعرض المتبرع لضرر نهائي يؤثر على حياته، ومثال عن ذلك أخذ طبقة من الجلد أو العظام واشترط في هذا العقد الرضا بين الأطراف الغرض المتوصل إليه في النهاية الهدف العلاجي.[1]

بدأ التشريع الفرنسي في تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء وكان هذا سنة 1949، وأول العمليات التي تم إجرائها نقل العيون ثم بعد فترة من الزمن ظهرت نصوص أخرى وأهم ما جاءت به قانون التبرع بالدم وكان سنة 1952، وقانون متكامل عن مسألة زرع الأعضاء

[1] مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 77.

سنة 1976 تحت مسمى قانون Caillavet الصادر بتاريخ 1978/03/31، كما وتم استنباط ثلاثة قوانين أساسية وهامة في جويلية 1994 وسميت بقوانين البيو أخلاقية Bioethique المعدل بسنة 2014 و2015، ومن هذه القوانين احترام جسم الإنسان رقم 94-653.

أراد المشرع الفرنسي بعد محاولة منه في التوفيق بين المجال الطبي والمجال الأخلاقي والقانون الدستوري والقانون المدني من خلال إبراز أهم المبادئ، منها مبدأ المساس بالكيان المادي للجسم وهو الحق التكاملي الجسدي ولا يتم ذلك إلا بموافقة الأطراف بالرضا الذاتي الحر والمتبصر، وبتحقيق هدف واضح وعدم اعتبار جسم الإنسان محلا للحقوق المالية. وجاء قانون أخر 94. 654 المنظم لمكونات الجسم ومنتوجاته لغرض علمي وعلاجي، كما وركز على نفس المبادئ وهي المجانية في عملية النقل والزرع السرية الملتزم بها من المتبرع والمتلقي والرضا من الطرفين المتبصر، والضرورة الطبية المتمثلة في الركيزة الأساسية لحماية جسم الإنسان وحفظ كرامته.[1]

كرس المشرع الفرنسي ضوابط لتنظيم عمليات زرع الأعضاء من الأحياء غير أن تقرير مجلس الدولة سنة 1999 أبرز إحصاءات نسب التبرع من الأحياء في دولة فرنسا، فالنسبة لعملية زرع الكلى كانت أقل 4%، وزراعة الكبد كان الإحصاء فيها أقل من 2%، أما عملية النقل من الجثث كان لها نسبة مرتفعة وهذا مقارنة بعكس الدول الأخرى، وهنا نشير أن المشرع الفرنسي رغم وضعه للضوابط المنظمة للعمليات إلا أن نسبة التبرع من الجثة كان لها إحصاءات أكبر على عكس كما هو الحال بالنسبة للنقل من الأحياء، وهذا وفق ما حدده مجلس الدولة، أي أن الوصية بنقل الأعضاء المعترف بها من قبل المتنازل لها فاعلية كبيرة في المجتمع الفرنسي، وذلك يحدد بالرضا الكلي والتام دون الرجوع فيه، أما الدول الأخرى شهدت العكس وهذا دلالة على عدم تفعيل مؤسسات تنظم هذه العملية وتسجل

2مواسي لعلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم والتخصص القانوني، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 10 ديسمبر، 2016، ص 70. 71.

قبول الرغبة بالتبرع أو رفض ذلك، وتبقى في النهاية إرادة ذاتية لا يتم فيها الإجبار أو ممارسة الضغط من أجل التنازل عن الأعضاء.[1]

ثانياً: موقف المشرع الإنجليزي

وضع المشرع الإنجليزي القانون المنظم لعمليات نقل وزرع الأعضاء، وأول قانون صدر في إنجلترا سنة 1953 تناول مسألة استئصال القرنية من عيون الجثث ونقلها إلى عيون الأحياء، أنشئ قانون 1961 متعلق بالأنسجة البشرية، جاء قانون جديد وأخذ مكانه قانون خاص بنقل الأعضاء من الجثث لا غير، وكان الأمر واقف على موافقة الشخص في حياته وعدم إبداء رأيه بالرفض أو عدم موافقة أسرته أو عدم موافقة الزوجة أو الزوج، واشترط في ذلك تصريح للشخص بمباشرة عملية نقل أعضائه بعد الوفاة وزرعها لفائدة شخص أخر، وهنا تظهر الموافقة المؤكدة لذلك. جاء قانون 1989 لتكملة القانون الأول، ومن هذا السياق أصبح قانون 1953 وقانون 1961 السابق التعرض لهما يمثلان الشريعة العامة لعمليات النقل وزرع لأعضاء البشرية في دولة إنجلترا.

نظم هذا القانون عمليات زراعة الأعضاء بين الأحياء وعمل على تجريم الاتجار بالأعضاء واستخدام الوساطة في هذه الجريمة، والضوابط التي أقرها هذا القانون الرضا، الأهلية القانونية الضرورية، صلة القرابة، تبصير المتبرع وعدم الضغط عليه بالإكراه والإجبار واحترام حقه في الرجوع في أي مرحلة.[2]

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية

2الطالبة كسار الحاجة، نزع وزرع لأعضاء البشرية في البيو أخلاقيات الطبية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 29/ 06/ 2020، ص 34.

[2]مواسي العلجة، المرجع السابق، ص71 –72.

كانت مسألة التبرع بالأعضاء البشرية تثير جدل بين مؤيد ومعارض، شرعت الدول لتنظيم وتقنين هذا النوع من العمليات حتى لا تتحول إلى تجارة، ومنه وجود قوانين منظمة للتبرع بالأعضاء في الدول العربية منها مصر ولبنان وهذا ما تطرقنا إليه:

أولاً: موقف المشرع المصري

لم يحدد التشريع في دولة مصر قوانين خاصة تنظم عمليات نقل وزراعة الأعضاء بصفة مباشرة وعدم وجود نص صريح، حيث نصت تشريعات مختلفة على الموضوع وكان ذلك بطريقة غير مباشرة وأول ما جاء من هذه التشريعات الدستور المصري.[1]

ومن القوانين التي تم تشريعها من طرف المشرع المصري بخصوص نقل وزراعة بعض الأعضاء والأنسجة البشرية قانون رقم 178 لسنة 1960 المتعلق بتنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته،[2] قانون رقم 274 سنة 1959 الخاص بالتبرع بالعيون، وقانون 103 لسنة 1962 المتعلق بإعادة تنظيم بنوك العيون.[3]

انتشرت في دولة مصر جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية مثلها مثل الدول الأخرى، أثرت هذه الجرائم على المجتمع المصري مما أدى إلى تدهور الأوضاع وتفشي الجريمة، مما أدى إلى استغلال المتبرع الفقير والمحتاج من أجل بيع جزء من جسده تحت ضغط الحاجة والفقر، استدعى هذا تدخل لإقرار قانون خاص ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء في دولة مصر قانون رقم 05 الصادر سنة 2010.

تمت الموافقة من البرلمان على قانون تنظيم عملية التبرع بالأعضاء وكان هذا بعد ثمانية أعوام، وجاء هذا وفق تقدم النقابة الطبية المصرية بأول مسودة لهذا القانون بعد النقاشات التي دارت بين أعضاء مجلس الشعب المصري، وكانت مدة النقاش حوالي سنتين

[1] مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 97.

[2] قانون رقم 178 مؤرخ في 5 يونيو 1960. يتعلق بتنظيم عمليات وجمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته، ج. ر العدد 130. الصادر بتاريخ 12 يونيو 1960.

[3] قانون رقم 103 لسنة 1962. يتعلق بإعادة تنظيم بنوك العيون، ج. ر العدد 135، الصادر بتاريخ 16 يونيو 1962.

تم الاتفاق بين أعضاء البرلمان على إعطاء الموافقة على هذا القانون، وأول ما صرح به القانون المادة 61 من الدستور المصري لسنة 2014 المعدل في سنة 2019، نصت على كيف تتم عملية التبرع بالأنسجة والأعضاء، ونصت على أن:" التبرع بالأنسجة وبالأعضاء هبة للحياة، ولكل إنسان الحق في التبرع بأعضاء جسده أثناء حياته أو بعد مماته بموجب موافقته أو وصية موثقة، وتلتزم الدولة بإنشاء آلية لتنظيم قواعد التبرع بالأعضاء وزراعتها وفقا للقانون".

ووفقا لنص القانون5 سنة 2010 الخاص بإصدار القانون المذكور سابقا، وما جاء بخصوص تعديله، ويتضح من خلال نص المادة أن تكون الموافقة من إرادة حرة وصريحة وتكون ثابتا بالكتابة، وتكون الإرادة خالية من عيوب الرضا.[1]

أهم الضوابط التي جاء بها المشرع المصري والمنصوص عليها في القانون بالنسبة لعملية التبرع وسنذكرها في النقاط الآتية:

_ يلزم المتنازل بالتصريح بالموافقة كتابيا.

_ أن يكون المستفيد من أفراد الأسرة وألا يكون خارج نطاقها إلا في حالات استثنائية القصوى، لا يجوز التبرع من الأطفال.

_ التشديد في إجراءات منح الترخيص للمنشآت المتخصصة في نقل وزرع الأعضاء.

_ أن تكون للمتبرع قبل موته وصية يقر فيها بنقل أعضائه بعد وفاته والتبرع بها.

ثانيًا: موقف المشرع اللبناني

[1] التبرع بالأعضاء البشرية في التشريعات العربية، المشرع المصري أباحه ونظمه في المادة 61 من الدستور، وأجازته الإمارات والعراق والبحرين والسعودية وقطر والمغرب في مرتبة متأخرة، وقانون يوضح عقوبات مخالفة الشروط، 9:21 https://www.m.youm7.com09l04l2023

وضع المشرع اللبناني القواعد القانونية المنظمة لوهب الأعضاء البشرية، وجاء منظم وفق مرسوم رقم 109 لسنة 1983 الصادر بتاريخ 11/ 09/ 1983. [1]

وما جاء في مادته الأولى أن يتم وهب الأنسجة والأعضاء البشرية من جسم أحد الأحياء لمعالجة شخص من مرضه أو جروحه، وأن يتم ذلك وفق شروط الآتية:

_ أن يكون الواهب قد بلغ 18 سنة.

_ أن تتم معاينة المتنازل من قبل الطبيب المكلف بإجراء العملية، وأن يتم تحذيره من نتائج العملية ومدى الخطورة المترتبة عن ذلك، وعلى الطبيب التأكد من تقبل المتنازل للموضوع ويستوعب الفكرة.

_ ضرورة أن يتم أخذ الموافقة من الواهب وأن تكون في شكل تصريح كتابي، وإضافة إلى ذلك إحضار الشهود.

_ أن يكون التنازل عن الأنسجة والأعضاء مجانيا، ولا يجوز إجراء العملية لمن حالته الصحية غير سليمة أو أن تكون العملية لها خطر محتمل أن يسبب له عاهة مستديمة.

زيادة على ذلك أن باقي التشريعات العربية أجازت عمليات نقل الأعضاء سواء من الأحياء أو الجثث، وكل دولة حددت الضوابط التي يقوم عليها تنظيم هذه العملية، وكما أن التشريع المصري واللبناني والجزائري وباقي التشريعات العربية اشتركوا في العديد من الأحكام،[2] ويوجد أحكام اختلفوا فيها أو لم يحددها بالتدقيق والتفصيل، ومما جاء في التشابه في نفس الأحكام سنتطرق له كالاتي:

_ أن لإتمام عملية أخذ الأعضاء من المتنازل يكون وفق شروط منصوص عليها قانونيا، منها أن يكون الشخص كامل الأهلية.

[1] مواسي العلجة، المرجع السابق، ص 72-73.

[2] الطالب عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص289.

_ يجوز في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن تأخذ من الأحياء والأموات.

_ الموافقة على إجراء جميع العمليات بالمراكز الاستشفائية المرخصة من طرف وزارة الصحة وذلك بعد التحقق من إتمام جميع الإجراءات.

_ التأكد من الإرادة الشخصية والحرة للمتبرع مع تأكيد الشكلية للحصول على الموافقة الصريحة لأخذ الإذن بمباشرة هذا النوع من العمليات سواء كان ذلك في حياة المتبرع أو إلى ما بعد الوفاة.

_ ضرورة التأكد والتحقق من وفاة الشخص المراد منه استئصال أعضائه أي بالنسبة للجثث، وذلك وفق معايير يحددها طاقم طبي مختص في تحديد حدوث الوفاة الأكيدة.

_ حظر نقل الأعضاء التي يؤدي نقلها إلى موت المتبرع مثل القلب والأمعاء يعني الأعضاء المنفردة، كما أن الأعضاء المزدوجة تؤدي إلى الوفاة في حالة أخذها كليا، أو تسبب له عجز في إنقاص مستديم لقدراته الوظيفية.

_ تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

نظم المشرع الجزائري كغيره من الدول قانون خاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء، وهذا ما جاء به في قانون 18-11 المعدل المتعلق بالصحة وترقيتها، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

استند الأطباء في قضية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية التي كانت تجرى في المستشفيات الجزائرية إلى فتوى المجلس الأعلى الإسلامي، وكان ذلك في سنة

1972/04/20، ومن هذه الفتوى أجازوا عملية التبرع بالدم ونقل الأعضاء بين الأحياء أو من جثث الموتى.[1]

وصدر مؤخرا قانون ينظم هذه العمليات من طرف التشريع الجزائري، وذلك لحماية جسم الإنسان نظرا للأهمية الكبيرة التي يحققها في المنفعة العلاجية في الجانب الطبي، ومن العمليات الخاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية من الأحياء والتي تم تنظيمها وفق القانون رقم 85 – 05 وفقا بالمواد (من المادة 161 الى المادة 168) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والذي ألغي من خلال استصداره لقانون الصحة الجديد 18-11،[2]عالج هذا القانون ضمن القسم الأول من الفصل الرابع من الباب السابع منه وذلك في المواد 355 إلى 367، تناول الضوابط والقيود القانونية لنقل وزراعة الأعضاء إلى جانب بعض الأحكام الجزائية في الباب الثامن من هذا القانون.

ومن هذا الجانب سنتطرق إلى الضوابط والقيود التي تنظم عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء ومن جثث الأموات، وسنأخذ الضوابط القانونية المتعلقة بنقل الأعضاء من جسم الأحياء، والضوابط القانونية المتعلقة بنقل الأعضاء من جسم الأموات.

أولاً: الضوابط الأساسية لنقل وزراعة الأعضاء من الأحياء

وضع المشرع الجزائري بموجب قانون الصحة وترقيتها 18-11 للانتفاع بأعضاء جسم الإنسان عدة شروط يجب التقيد بها ومراعاتها عند نقل أي عضو من جسم الإنسان الحي إلى جسم إنسان أخر وسوف نجيزها في النقاط الآتية:

[1]بن علي خلدون، بن علي صليحة، مدى كفاية الضوابط القانونية لنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في التشريع الجزائري، مجلة البحث القانوني السياسي، المجلد 7، العدد 2، 2022، ص 65.

[2]قانون رقم 18-11 مؤرخ في الأحد 16 ذو القعدة عام 1439 هـ الموافق ل 29 جويلية سنة 2018 م يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية ج. ج، العدد 46، الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018، المعدل والمتمم.

1_ أن يكون الغرض من عملية النقل وزرع الأعضاء البشرية علاجي

والمقصود بذلك أنه إذا تصرف المتبرع بعضو من أعضائه لفائدة شخص أخر يكون الغرض من ذلك هدفه إنساني من أجل إنقاذ شخص مريض من الموت وأن تكون هذه العملية مشروعة،[1] وهذا ما نصت عليه المادة 355 من قانون 18-11:"**لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخصيه وضمن الشروط الموصي عليها في القانون**".[2]

استنادا على هذا الأساس بين لنا المشرع الهدف الأساسي من وراء عملية نزع العضو والأنسجة والخلايا البشرية من الشخص المتبرع، أي أن إباحة مثل هذا النوع من العمليات الجراحية الحساسة يكون الغرض منه علاجي أو تشخيصي، وإن كان الغرض غير علاجي فيعتبر التصرف باطل، كما لا يسمح بجعل أعضاء جسم الإنسان محلا للتجارب الطبية والبحث العلمي والقيام بتخزينها في البنوك المخصصة وذلك بدون رضاءه وعلمه.

2_ ألا تكون عملية النقل والزرع وسيلة للمتاجرة بالأعضاء البشرية

بالرجوع إلى أحكام المادة 358 من ق.ص.ت والتي جاء في قولها: "**لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية** ". ومما يتضح من نص المادة اشترط المشرع عند تنازل شخص عن أعضائه لمصلحة شخص أخر أن يكون مبدأ التنازل قائم عن صورة التبرع لا عن صورة أخذ المقابل المادي، حيث يمثل هذا الجانب مبدأ إنساني وأخلاقي يبقى الغرض منه إنقاذ حياة المريض الموشك على الهلاك.

[1] سعيدان أسماء، عملية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في ضوء الفقه والقانون الجزائري، محاضرة بكلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، ص 63.

[2] بن علي خلدون، بن علي صليحة، المرجع السابق ص 69.

لولا يجب أن تكون أعضاء جسم الإنسان محل للمعاملات المالية وتحقيق الربح المالي من وراء هذه العمليات.[1]

وبالرجوع إلى قانون العقوبات نص المشرع عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية المادة 303 مكرر 16 وسيكون لها تفصيل أكثر فيما سنتناوله من جانب هذه الجريمة في مبحث خاص بها.

3_ ألا تهدد هذه العملية حياة المتبرع وألا تؤدي بالضرر على صحته أو صحة المستقبل

ومن خلال استقرائنا لنص المادة 360 من قانون 18-11[2] أجاز المشرع نقل وزرع الأعضاء البشرية ولكنه حدد شروط لإتمام هذه العملية وفقا للتنظيم القانوني، مفاد هذه الشروط ألا تؤدي عملية النقل والزرع إلى أية أضرار محققة للمتنازل سواء أكان ضرار جزئي أو كلي، والضرر إما الوفاة أو يؤثر عليه سلبيا فيمنعه من مزاولة عمله أو أداء وظائفه بشكل طبيعي، ويجب على المتبرع إجراء جميع الفحوصات الطبية وهذا قبل إجراء العملية، وهذا يعد بمثابة ضمان للمتبرع لحمايته والحفاظ عل سلامته والتأكد من أن لن تؤثر عليه العملية وتسبب له الضرر تكون نسبته كبيرة.

وفي نفس السياق كما أن عملية نقل العضو من أشخاص مصابين بأمراض معدية كالإيدز، السرطان ... أو أمراض كالالتهابات الرئوية والقرحة المعدية التي تسبب الضرر للملتقي أو تودي إلى وفاته، وعلى المتبرع أن يكون عمره مناسب للنقل (الأعضاء)، فالشخص المتقدم في السن غالبا ما يكون معرض للأمراض، أو أنه لا يتحمل أو تحدث له

[1] حمادي عبد النور، نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، ص 148.

[2] تنص المادة 360 الفقرة الأولى من قانون الصحة وترقيتها: " **لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع إذا عرض حياة المتبرع إلى خطر**".

مضاعفات أثناء العملية ويفقد حياته، وهذا التحليل راجع إلى ما أكدته الدراسات العلمية والتجارب في المجال الطبي.[1]

وهذا ما أكدته المادة الماد 361 من نفس القانون.[2]

4_ أن يكون نقل الأعضاء من جسد الحي مقترن برضائه

أ_ أن يكون الشخص بالغا السن القانوني:

من شروط ما جاء في إطار عمليات نزع وزرع الأعضاء رضا المتبرع بحيث يكون سنه يسمح بذلك (سن الرشد)، المشرع لم يحدد الأهلية التي يمكن من خلالها أن يعبر فيها المتبرع عن رضائه وموافقته، فكان على المشرع أن يحدد السن القانوني للمتنازل عن أعضائه، فالتبرع بالأعضاء من التصرفات الهامة التي يقدم عليها الفرد، حيث أنه تشكل خطورة على المتبرع ويعود عليه التصرف بالضرر.[3]

ونتيجة لذلك حدد المشرع الجزائري برجوعه إلى أحكام القانون المدني والمادة 40 التي حددت سن الرشد بـ 19 سنة وذلك بنصه: " **كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة**".[4]

ومن قبيل هذه المادة نستنتج أنها تستوجب الأهلية لكل من المتبرع والمتلقي.

[1] بن على خلدون، بن على صليحة، المرجع السابق ص 67.

[2] المادة 361 من قانون 18-11.

[3] زهدور أشواق، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والإتجار بها، دفاتر السياسة والقانون، العدد 14، جانفي ،2016، ص 109.

[4] أمر 75-85 مؤرخ في 26 سبتمبر 197 5، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر. ج، عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

فالمتنازل يجب أن يكون كامل الأهلية ويظهر ذلك في نص المادة 361 من ق. ص. ت. حيت أكدت ذلك: " **يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية** ...".

وزيادة على ذلك ومن نص المادة رفض المشرع استئصال الأعضاء من شخص قاصر أو راشد ليس له القدرة على التميز، حيث لو قام بالتصرف سيعود عليه بالضرر حتما.

فالمشرع بحيث تصريحه بالمنع فأراد بذلك حماية للقصر وناقصي التمييز، ومنه حتى لا يكون وضعهم الخاص محل لجعله جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من قبل أي طرف.[1]

ب_ أن يكون الرضا صادرا عن إرادة سليمة

بالنسبة للمتبرع يعد شرط الرضا شرطا أساسيا لمشروعية نقل عضو بشري من شخص إلى أخر قصد زرعه في جسم المريض، فالقانون اشترط لإتمام هذه العملية (نقل العضو) تحتاج لضرورة موافقة الشخص المانح.[2]

تبعا لذلك ما جاء من خلال المادة 360 في الفقرة الرابعة السالف ذكرها قبل المباشرة بعملية النزع والزرع يجب أن تكون موافقة مستنيرة، المعنى من ذلك المشرع أوجب إطلاع المتنازل مسبقا من طرف لجنة طبية مختصة في الميدان، حيث يجب تبصيره بكافة الأخطار الناجمة عن العملية ولها من خطورة تعود على المتبرع مباشرة بعد الانتهاء من العملية، وما قد يسببه غياب العضو المنزوع في المستقبل ولتفادي هذا قدر الإمكان، فهنا تبقى الموافقة أو الرفض من المتنازل لمنح أعضائه وفق إرادته الشخصية.[3]

[1] شعيب ضريف، ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة الجزائري، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، الجزائر (أدرار)، المجلد 06، العدد 1، 2022، ص 340.

[2] سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص 54.

[3] بن علي خلدون، بن علي صليحة، المرجع السابق، ص 72.

أما بالنسبة لرضا المتلقي فيعتبر كذلك ضروريا أي أن يصرح المتلقي بموافقته الكتابية (الشكلية) وأسندها المشرع بحضور شاهدين، كما بين المشرع إيداع هذه الموافقة لدى مدير المؤسسة أو رئيس المصلحة المتواجد بها وهذا ما جاء في سياق المادة 364 الفقرة الأولى.[1]

الضوابط الأساسية لنقل الأعضاء من جسد الأموات:

بالرغم من تقديس مبدأ كرامة جثة جسم الإنسان وإحاطته بحماية خاصة، إلا أن المشرع أقر بالنقل من جثة الميت وذلك لما أقرته الشريعة والقانون وهذا ما أقرته المادة 362 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة، حيث وضحت الشروط في ذلك وهي كالاتي:

_ لا يجوز نقل الأعضاء من جثة المتوفى إلا بعد أن تكون تمت موافقته على النقل قبل وفاته وبإرادته (الوصية)، مع مراعاة أحكام القانونية للوصية منها الأهلية اللازمة لذلك، وأن تكون الأهلية سليمة ليس يشوبها عارض من العوارض أو أن يقع الموصي تحت الإكراه والضغط.[2]

_ اشترط في تنظيم إجراء التبرع بأعضاء المتوفين بإثبات الوفاة طبيا وشرعيا، مع موافقة المتوفى أو أحد أقاربه، [3]ويكون إثبات الوفاة للشخص المراد بالتبرع بأعضائه إلا بعد صدور تقرير طبي وشرعي لتأكيد الوفاة، وذلك بحضور لجنة مختصة تتكون من طبيبين على الأقل وطبيب شرعي وذلك لمباشرة عملية النزع والزرع، كما أنه إن لم يعلن المتوفى عن موافقته على نقل عضوه قبل الوفاة لا يجوز النقل إلا برضاء أقاربه أو الولي الشرعي إذا لم تكن للميت أسرة.[4]

---

[1]نصت المادة 364 من قانون 18-11 الفقرة الأولى:" **لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية وبعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين إثنين**".

[2]بيبية بن حافظ، نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلي الأحياء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، ص 289.

[3]عبد النور بريبر، تذليل العقبات الشرعية لإنعاش التبرع بالأعضاء في الجزائر مع تعليق على قانون الصحة الجديد.

[4]براهيمي آسيا، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق الإنسان والحريات العامة، العدد الخامس، جانفي، 2018، ص 141 ،142.

_ تشترط في هذه العمليات السرية التامة أي عدم كشف لا هوية المتبرع ولا هوية المتلقي وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 363 من قانون الصحة 18-11.[1]

ومن هذا القبيل تعد السرية كشرط جوهري يساعد على بقاء الأعضاء البشرية خارج نطاق الصفقات التي لا تنعقد إلا بوجود هوية البائع أو المشتري، ومنه كرس المشرع السرية في هذا الإطار من عدة جوانب من أبرزها أن يبقى التصرف إنساني وأخلاقي، ومنه اجتناب جريمة الاتجار أو التعامل المادي أو التهديد المعنوي أو المادي وخاصة في قضية (تسديد الديون).[2]

_ لا يسمح بإجراء عمليات النقل والزرع إلا في مستشفيات خاصة مرخص لها بذلك من قبل وزير الصحة، ويستوجب وجود لجنة طبية خاصة في الهيكل الاستشفائي لدارسة مسألة النقل والزرع وإعطاء الإذن بتنفيذ ومباشرة العملية.[3]

ومن خلال المادة 366 الفقرة 2 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة.[4]

وطبق للمرسوم التنفيذي رقم 12/ 167 المؤرخ في 13 جمادى الأول 1433 الموافق ل 5 أفريل2012، قام المشرع الجزائري بإنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية التي أنشاءها سنة 2012.

والمقصود بالوكالة الوطنية هي مؤسسة ذات طابع إداري لها شخصية معنوية، واستقلال مالي وتوضع تحت وصاية الوزير المكلف، ومن مهامها الأساسية:

_ اقتراح قواعد منظمة للسير الحسن في إطار عملية زرع الأعضاء والأنسجة البشرية.

---

[1] المادة 363 الفقرة الأولى: " **يمنع كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع** ".

[2] كافي، بودفع علي، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الإباحة والمنع في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد 7، العدد 2، السنة 2022، ص 16.

[3] براهيمي آسيا، المرجع السابق، ص 443.

[4] تنص المادة 366 من قانون18-11 على أنه: " **لا يمكن القيام بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة ...**".

_ إعداد قواعد تخص منح وتوزيع الأعضاء المستأصلة.

_ اقتراح تقارير سنوية تخص تحديد نسبة انتزاع وزرع الأعضاء.[1]

[1]ابتسام بلقواس، التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد2، ديسمبر، 2022، ص 70.

المبحث الثاني: الشريعة الإسلامية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من المسائل الهامة التي وجهت أهمية من فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين على القدم، وباستقراء قانون الصحة رقم 18-11 المؤرخ في شوال 1439هـ الموافق 2 يوليو 2018 المعدل بموجب الأمر رقم 02/20 المؤرخ في 30غشت 2020 المتضمن قانون الصحة، ومنها نجد بعض التشريعات تجيز عملية نقل الأعضاء البشرية وفق شروط وضوابط وبعض التشريعات تمنع ذلك، أي انقسموا إلى اتجاهين اتجاه معارض وهو قول كل من الشيخ الشعراوي والغماري والسنبهلي والسقاف والسكري والدكتور حسن علي الشاذلي، واتجاه مؤيد وهو قول كل من المؤتمر الإسلامي الدولي ومجمع الفقه الإسلامي وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية و في دولة الكويت وفي الجمهورية المصرية والجمهورية الجزائرية ... .

ومن الأدلة على أن الدين الإسلامي أمر بالتداوي وما يشرع العمل الطبي هو أن النبي نصح بالتداوي وأوصى بالاجتهاد في معرفة أدوية للأمراض، فقال : "**يا أيها الناس تداووا فإن الله لم ينزل من داء إلا أنزل دواء**".[1]في هذا المبحث سنلجأ إلى دراسة المجيزون لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية وهذا في (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى المانعون لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء وجثث الموتى في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المجيزون لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

وهو اتجاه الذي انتهجه جمهور الفقهاء المعاصرين على أساس أن ليس في ذلك هلاك للنفس إذا احترمت فيه الضوابط الشرعية،[2] أي يجيزون نقل وزرع الأعضاء البشرية وفق

[1]البخاري، محمد إسماعيل، (5678)، دار الأفكار صحيح البخاري، رقم الدولية.

[2]روني نادية، أستاذة محاضرة، حدود التعامل بالأعضاء البشرية والمسؤولية المترتبة في حالة التجاوز، كلية الحقوق حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الأول، 2018، ص40.

وطبق القانون شروط تحكم ذلك وهذا ما سنتطرق لدراسة القائلين بالجواز (الفرع الأول)، ويجب هذا الجواز أن يكون في أدلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتجاه المؤيد لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يرى غالبية الفقهاء المعاصرين على أنه يجوز للإنسان أن يتبرع بعضو من أعضاءه لإنقاذ حياة أو صحة إنسان أخر بحاجة للعضو البشري سواء في حياة أو مماته، لكن وفق شروط تحددها إذا ليس ما فيه ما يخالف الشرع الإسلامي، وقد أقيم في ذلك العديد من المؤتمرات والفتاوى الصادرة من لجان الفتوى والمجامع الفقهية في مختلف الدول العربية والإسلامية ومنها.[1]

وضع الشارع الإسلامي عدة شروط يجب التقيد بها يمكن التعرض لها كما يلي:

_ توافر حالة تستدعي نقل وزرع العضو: انتفاع جاء نتيجة ضرورة شرعية لقوله تعالى:" **ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا**"،[2] بالمعنى إنقاذ من هلاك دون هلاك المتبرع.

_ رضا المريض: يتم تدخل الطبيب برضا المريض ولا يجب إرغام الشخص على معالجة نفسه إلا في الحالة المستعصية كالأمراض المعدية، وأخذ إذن المريض أو وليه في الحالة المستعجلة.[3]

_رضا المتبرع: عند اقتطاع عضو من المعطي يجب أخذ إذن منه ولا يجوز للجراح أو طبيب أخذ عضو من مريض دون علمه لأنه يعد سرقة وكأخذ المال منه.[4]

_أن يكون النقل تبرعا لا اتجارا: الغاية هي رعاية المصلحة العلاجية للمريض، فلا يجوز بيع الأعضاء البشرية أو المتاجرة فيها، وقد دل القرآن الكريم على كرامة الإنسان بقوله

[1] زوزي صلاح الدين، نقل الأعضاء البشرية وحماية حقوق الإنسان، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون جنائي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة 2022/2021، ص.21

[2] سورة المائدة الآية 32.

[3] د. أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، بحث منشور بمجلة الأزهر، المجلد التاسع عشر، مجمع البحوث الإسلامية، القاهرة، 1367هـ، ص268.

[4] الإمام السيوطي، الأشباه والنظائر، ص86.

سبحانه وتعالى: "**ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البرّ والبحر ورزقنهم من الطّيّبت وفضّلنهم على كثير ممّن خلقنا تفضيلا**".[1] من هنا نفهم أن جسد الإنسان ليس ملكه وإنما ملك لله وهو أمانة ولا يجب تصرف فيه.

_ ألا يلحق النقل ضررا فاحشا بالمتبرع وأن يقبل جسم المتبرع إليه.

_ لا يجوز للمتبرع أن يتبرع بما يعود عليه بالضرر، لأن الضرر كما هو معلوم لا يجوز أن يزال بضرر مثله أو أشد منه.

_ أن يكون المتبرع مكلفا أي بالغاً عاقلاً خالياً من موانع المسؤولية.

_ التحقق من الخطر على المنقول منه في حال النقل من الحي.

_ أن يقدم المسلم على غيره في التبرع والصالح على الفاسق والقريب على غيره، وهذا من باب الأولوية.[2]

أولاً: قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي

التابع لرابطة العالم الإسلامي صدر في دورته الثامنة في مكة المكرمة في الفترة من19-28 يناير 1985 جاء فيه أن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم إنسان أخر لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز وحميد ولا يتنافى مع الكرامة لإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه كما أن فيه مصلحة وإعانة خيرة للمزروع فيه.[3]

[1] سورة الإسراء الآية 70.

[2] الدكتور، محمد مقبول حسين مدير مخبر بحث الشريعة، حكم نقل الأعضاء وزرعتها في الفقه الإسلامي، ص99.

[3] خالد محمد العويد الزغيبي، الخطأ الطبيب والمسؤولية الجنائية، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2003، ص166.

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة بالسعودية من 11/6 فيفري لسنة 1988 بأنه: " **ينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع**".

كما قررت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي أن هذه العمليات تجسد معاني التعاون والتراحم والآثار التي يرغب فيها الإسلام بالرغم من أن فيها بعض وجوه المفاسد، إلا أن الأئمة تربو عليها والعبرة بما غلب وهي أنه من باب الضرورة استعمال بعض المحظور، لكن بتوفر الشروط والضوابط الشرعية كعدم التبرع بعضو وحيد في الجسم لأن فيه هلاك للمتبرع، بالإضافة إلى التأكد من نجاح العملية وعدم التبرع بالأعضاء التناسلية منها لاختلاط الأنساب، ولابد أن تكون هناك ضرورة قصوى للنقل مع عدم وجود بدائل علاجية تحل محل عملية نقل العضو، كذلك عدم بيع الأعضاء أو استغلال حاجة المتبرع أو المتبرع له ضرورة الحصول على رضا كل من المتبرع و المتبرع له.[1]

وقد استبدل المجيزون هذه العمليات بعدة أسانيد وحجج في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريعة وبعموم القواعد الشرعية العامة في الشريعة الإسلامية، بقول تعالى: "**فَمَنُ اُضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**".[2]

فهذه الآية الكريمة تشير إلى قاعدة كلية مفادها أن الضرورات تتيح المحظورات، فإن كان الشارع قد أباح أكل المحرمات في حالات الضرورة فإنه قد أباح بذلك التداوي بها، فضرورة العلاج تبيح المحظورات مثلها مثل ضرورة الغذاء، كما يرى المجيزون أن مقاصد الإسلام الكبرى المحافظة على الدين والنفس والمال والعقل والعرض والنسل، وإن المحرمات تحددها الشريعة الإسلامية ومنها الميتة والدم ولحم الخنزير لقوله تعالى: "**إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ**

[1] كمال لدرع، الأعضاء... ينقل والزرع طبيب موفق الفقيه الإسلامي منها مجلة الشريعة الاقتصاد، العدد2، المجلد1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، ديسمبر 2012، ص260.

[2] بوزيزي سعيد، نظرات في قرارات مؤتمرات والمجامع الفقهي المتعلقة بالقضايا الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزوزو، 2008، ص40.

الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنُ اُضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ "[1]

من قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن زرع الأعضاء قرار رقم (1د 88/8/4) بتاريخ (11 فبراير 1988):

_ يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان أخر إن كان هذا العضو يتجدد تلقائيا كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون المانح كامل الأهلية وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

_ تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استوصل من الجسم لعلة مرضية لشخص أخر كأخذ قرينة العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية.

_ يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان أخر.

_ يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته، وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرينة العينين كلتهما، أما إن كان النقل يعطل جزء من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر.

_ يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته أو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورث له.[2]

[1] سورة البقرة الآية 173.

[2] خالد مصطفى السراحنة، موقف الإسلام من نقل وزراعة الأعضاء (فهم مقاصدي)، مناسبة إلقاء المداخلة المؤتمر العلمي الدولي (قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي)، الذي تنظمه كلية الشريعة في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 1440هـ-2019م.

وفي عام 1990 جاء قرار منعقد بجدة بأن لا يجوز زراعة الغدد التناسلية لأنها تحمل سر الوراثة كنقل الخصيتين لأن في هذا النقل والزرع اختلاط الأنساب، كما صدرت عدة فتاوي تجيز زرع ونقل الأعضاء في الدول العربية.

ثانياً: أراء وقرارات الدول الأخرى منها المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر

وقد جاء في أحد نصوصه (... وفي حالة زرع قلب أو زرع القرنية ترقيع العين إنما يستعمل أعضاء إنسان ميت ولا يمكن في حالة زرع القلب بالخصوص استعمال قلب إنسان حي ولو رضي بذلك، لأن انتزاع قلبه يؤدي إلى وفاته قطعا ولا يجوز قتل إنسان من أجل حفظ حياة إنسان آخر لأن في ذلك جريمة لا تقر بها الشرائع).[1]

_ الفتوى الصادرة من مفتي جمهورية مصر بتاريخ 05-02-1989م جاء فيها في الفقرة ج الخاصة بحكم التبرع بعضو من الأعضاء، ..... أما جمهور الفقهاء فيرون أن التبرع بعضو أو بجزء من إنسان حي لأخر جائز بشروط أهمها: أن يصرح الأطباء بأن نقل العضو لا يرتب ضررا بالغا بالمتبرع وإنما يرتب عليه حياة المتبرع له أو إنقاذه من عضال، ويرى البعض أن تبرع الإنسان بشيء من أعضاء جسده لا يصدر إلا في اشد حالات الضرورة لشخص عزيز على الإنسان تحقيقا لمصلحة عظيمة مبتغيا بها وجه الله تعالى.[2]

ولا شك أن هذه أسمى حالات الإيثار التي ذكر الله تعالى لصحبها بقول: "**وَيُوثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ**".[3]

وبالنسبة لنقل وزراعة الأعضاء من جثث الموتى فقد أفتى العلماء الفقهاء بجواز اقتطاع أعضاء من إنسان حي أو ميت أو من حيوان وغرسها في إنسان أخر، أحاطوا فتواهم بشروط الرضا والطواعية من المتبرع قبل وفاته عن طريق الوصية وتحقيق الموازنة

[1] الفتوى الصادرة بتاريخ 1972/04/20م.

[2] معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 94 ،95.

[3] سورة الحشر أية 9.

بين مصلحة المضطر المنقول إليه على المفسد كاللاحقة بالمساس بالجثة، أما القيود الخاصة فتتعلق بضرورة الحصول على إذن الميت قبل وفاته وأن تكون العملية ضرورية بالنسبة للحي.[1]

_ قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم 99 بتاريخ 6-11-1402هـ ذهب إلى جواز تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه، أو من جزء منه إلى مسلم مضطر إلى ذلك.

وهناك توضيح أخر للداعية والمفكر الإسلامي الشيخ يوسف القرضاوي الذي أوضح أن التبرع بالأعضاء جائز بل مستحب بشروطه وقيوده، فإذا كان التبرع بالمال صدقة فما بالك بمن يتبرع ببعض بدنه فهذا أمر محبب في الإسلام، وإن الله يعتبر هذا من ضمن إحياء النفس لقوله تعالى: "**مِنْ اَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيَل اَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسَا بِغَيْرِ نَفْسٍ اَوْ فَسَادٍ فِي الاَرْضِ فَكَأَنَّمَآ قَتَلَ النَّاس جَمِيعًا وَمَنْ اَحْياهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَآءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالبَيِّنَتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَلِكَ فِي الاَرْضِ لَمُسْرِفُونَ**"[2].

ويضيف الدكتور القرضاوي قائلا: فنحن نساهم بالتبرع بالأعضاء في إحياء نفس بشرية، وكل عمل يعني في هذا الجانب يعتبر من أعظم العبادات التي يباركها الإسلام بشرط أن يكون العضو الأخر الخاص بالمتبرع سليم تماما، بحيث لا يعرض نفسه للخطر لأن القاعدة الشرعية أن يتبرع إنسان غير بالغ ولا عاقل، وحول حكم بيع الأعضاء والاتجار بها أكد الشيخ القرضاوي عدم جواز ذلك قائلا: الإنسان أكرم على الله وعلى نفسه من أن يكون موضوعا للبيع والمساومة، وذلك لقوله سبحانه و تعالى: " **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي ءَادَمَ وَحَمَلْنَهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَهُم مِّنَ الطَّيِّبَتِ وَفَضَّلْنَهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً**".[3]

لقد أجمعت مختلف الفتاوى والآراء والقرارات الفقهية على جواز نقل الأعضاء من الأحياء إلا أنها اتفقت على جملة من الشروط بتوفرها يكون النقل مشروعا ومنها:

[1] نصر الدين مروك، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر 1993، ص290.

[2] سورة المائدة الآية 32.

[3] سورة الإسراء الآية 70.

_ ألا يكون العضو المتبرع به مما تتوقف عليه الحياة كالقلب ونحوه.

_ كل عضو وحيد ليس له ثان لا يصح التبرع به.

_ ألا يكون العضو المنقول للمريض يفضي إلى حياة غير مستقرة ولا مضمونة العواقب بالنسبة له وللمتبرع.

_ألا يكون الجزء المتبرع به مما يتسبب في اختلاط الأنساب كالمبيض والخصية.

_أن يكون التبرع برضا المتبرع وأن يكون بالغا عاقلا راشدا عند التبرع وعند البدء في إجراء العملية الجراحية.

_أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لمعالجة المضطر.[1]

_أن يكون نجاح كل من عمليتي النقل والزرع محققا.

_أن يكون التبرع دون مقابل احتسابا لوجه الله تعالى.

_ يجوز نقل عضو من جسم إنسان إلى آخر إن كان هذا العضو يتجدد تلقائيا كالدم والجلد.

ويتضح أن أغلب هذه الشروط تكاد تتفق مع شروط إباحة نقل الأعضاء في القانون الوضعي.

والضوابط الشرعية التي أدرجتها استنادا إلى أن:

_ روح التضامن الإنساني من روح التعاون في مبادئ الإسلام لقوله : "**لا تحاسدوا ولا تناجشوا ولا تباغضوا** ".

_ حفظ النفس من التهلكة والضياع.

_هذه المسألة تحكمها القاعدة الفقهية: "**الضروريات تبيح المحظورات**".

أما بالنسبة لنقل وزراعة الأعضاء من جثث الموتى، فقد أفتى العلماء والفقهاء بجواز اقتطاع أعضاء من إنسان حي أو ميت من حيوان وغرسها في إنسان آخر واحاطوا فتواهم بشروط وقيود عامة وخاصة، فمن بين القيود العامة نجد تحقيق قيام الضرورة، تحقق شروط الرضا والطواعية من المتبرع قبل وفاته عن طريق الوصية، تحقيق الموازنة بين مصلحة

[1] عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، دار حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ط، 1999، ص86.

المضطر المنقول إليه على المفسدة اللاحقة بالمساس بالجثة، أما القيود الخاصة فتتعلق بضرورة الحصول على إذن الميت قبل وفاته وأن تكون العملية ضرورية بالنسبة للحي.[1]

الفرع الثاني: أدلة المجيزون لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

استدل الجمهور على صحة ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

_ الأدلة الأولى من القرآن الكريم قوله سبحانه وتعالى: " **فَمَنُ اُضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ**".[2]

_ وقوله تعالى: " **فَمَنْ اُضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**".[3]

ووجه الدلالة في هاتين الآيتين هو إباحة التداوي باستقطاع الأعضاء الأدمية من الأحياء وزرعها في جسم من يحتاجون إليها[4]، فلا شك أن المريض الذي لا يتحقق شفاؤه إلا بالتبرع له بعضو إنسان حي، يدخل في حكم المضطر المستثنى من التحريم في الآيتين السابقتين.

_ قوله تعالى: "**إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنُ اُضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**".[5]

_ وقوله تعالى:" **قُلْ لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَّكُونَ مَيْتَةً اَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا اَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ اَوْ فِسْقًا اُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اُضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**".[6]

---

[1] نصر الدين مروك، المرجع سابق، ص290.

[2] سورة البقرة، الآية 173.

[3] سورة المائدة، الآية 3.

[4] خالد مصطفى السراحنة، المرجع السابق، ص96

[5] البقرة، الآية 172.

[6] سورة الأنعام، الآية 145.

_ وقوله تعالى:" **وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّاحَرَّمَ عَلَيْكُمُ إِلَّا مَا اُضْطُرِرْتُمُ إِلَيْهِ**" [1]، فتدل على أن الحكم العام أباح المحرمات عند الضرورة، ولا شك إن جسم الإنسان من بين المحرمات التي تباح عند الضرورة.[2]

قال أصحاب هذا الموقف أن الشريعة جاءت لمصلحة الإنسان وأن كل ما فيه مصلحة للعباد فهو جائز، وهذا يعني أن المجيزين قد استدلوا بأنه حيثما وجدت المصلحة فثمة شرع الله، ومن هنا نتبين أن كلمة الفقهاء قد اتفقت على بطلان بيع أي جزء من أجزاء الإنسان عدا لبن المرأة، إما لكرامة الآدمي لجميع أعضائه وإما لعدم تصور الانتفاع بها في حالة انفصالها.[3]

_ الأدلة الثانية من السنة النبوية لقوله □: "**المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلِمُه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج عن مسلم كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة**".

_ وقوله □: "**مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى**". وروي عنه □ أنه قال: "**المؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضًا**". فهدين الحديثين يحثان على التعاضد بين المؤمنين وتفريج الكرب عنهم ولا شك أن التبرع بعضو الإنقاذ يدخل في باب الترحم المأمور به في هذه الأحاديث وفيه تفريج لكربة المريض المحتاج للعضو.[4]

_ قال □: "**من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل**".

---

[1] سورة الأنعام، الآية 118-120.

[2] سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة فقهية قانونية، مؤسسة رسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، 2007، ص 79.

[3] مصطفى درويش، جريمة نقل وزرع أعضاء البشرية، مناسبة إلقاء مداخلة (بحث قانوني ودراسة حول تجريم نقل وزرع أعضاء البشرية)، سبتمبر 2016 أمل المرشدي.

[4] افتكار مهيوب ديوان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني –دراسة مقارنة– مقارنة–مكتبة شادي مصر، 2006، ص 79.

_ وقال أيضا ﷺ:" **يا أيها الناس تداووا فإن الله لم يخلق داء إلا خلق له شفاء**".

– عن أسامة بن شريك قال: جاء أعرابي فقال: **يا رسول الله أنتداوى؟ قال: "نعم فإن الله لم يضع داء إلا وضع له دواء..**".

هذه الآيات والأحاديث حكم عام يشمل إنقاذ الإنسان من التهلكة.

رأى المجيزون أن التراحم والتواد بين المؤمنين يجيز أن نصلح بيه ذلك فمن أعظم خصال العبد دفاعه عن أخيه والتفريج عنه في أمور دنيا، والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه ولكن على الإنسان العمل بأسباب العلاج[1].

الأدلة الثالثة من أقوال الفقهاء:

_ القاعدة الفقهية "**الضرورات تبيح المحظورات**" فالضرورة هي خوف الهلاك على النفس أو المال، وهي بلوغ المضطر حد إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب وهذا يبيح تناول المحرم ونقل عضو من شخص إلى أخر، ويكون الضرر المترتب عن عدم الزرع أعم من الضرر الذي يسببه التبرع للمتبرع.

_ قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان مع تقدم الطب والجراحة والنجاح الذي شهدته هذه العمليات، فقد زالت الخشية والخوف وتحول الهدف الموهوم منها إلى مضمون أو على الأقل إلى مضمون، فيجب أن يتغير الحكم لأنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان ولأنه حيثما توجد المصلحة فتم شرع الله.

_ أن عملية التبرع بالعضو لا تكون إلا بإذن ورضا المتبرع، وليس على المحسنين من سبيل لعدم وجود نص صريح قاطع يحرم نقل العضو من إنسان للآخر.[2]

[1] فاطمة مذاني، المرجع السابق، ص 29.

[2] خالد مصطفى السراحنة، المرجع السابق، ص 97.

_ الأدلة الرابعة من آراء الأطباء: أن الإنسان يستطيع أن يعيش بكلية واحدة أو ثلث كلية، رد عليهم لأنه بمجرد استئصال إحدى الكليتين فإن الكلية المتبقية يتضخم حجمها نتيجة لزيادة عملها عن الوضع المعتاد.[1]

وبعد أن تعرفنا على موقف الاتجاه المجيز لنقل الأعضاء نتطرق إلى موقف الاتجاه الرافض لنقل الأعضاء.

المطلب الثاني: المانعون لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

ولقد تعددت الفتاوى والآراء للعلماء والباحثين والمفكرين المانعون في الشريعة الإسلامية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، وتطور العلم البشري وبالتحديد في المجال البيولوجي والذي كان مختلف التطورات متعلق بالإنسان وترك جدل وخلاف منهم رافضين لهذه الفكرة فمنهم القائلين بالمنع سنتطرق إليه في (الفرع الأول)، ويجب هذا المنع يكون بأدلة مقنعة لهذا القول كل من الكتاب والسنة والعقل، كما استدلوا بالقواعد الفقهية وأقوال الفقهاء والذي سنتناوله في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتجاه الرافض لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بعدم جواز نقل الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من الجثث، وهو القول الذي جمع المعاصرين ومن بينهم الشيخ محمد متولي الشعراوي وذلك لأن الإنسان عندما شرع التداوي وسمح بالاستعانة بأهل الخبرة من الأدباء، فإنه قد ألزمهم ذلك بعدم تخطي حدود الوسائل المشروعة إلى الوسائل غير المشروعة حتى لا يتعرضوا إلى المحظور والمخالطة والاستعانة بمن كرمه الله تعالى، لهذا اعتبر أصحاب هذا الرأي أن الأطباء جراء هذه العمليات قد انزلقوا في أضواء الشر وضلالة الشيطان،[2]

[1] محمد أمين متولي عبد الحميد، المساس بجسم لإنسان لأجل العلاج، رسالة دكتور، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2002.
[2] زوزي صلاح الدين، المرجع السابق، ص20.

وحق عليهم قوله تعالى:" **وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ ءَاذَانَ الَانْعَمِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَنَ وَلِيًّا مِّن دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا**".[1]

ويقول بعدم جواز نقل وزراعة الأعضاء البشرية باعتبار أن هذا يدخل في المساس الدائم بحياة المتنازل وهذا يتنافى مع قصد العلاج، وأن عملية الزرع والنقل تؤدي في الواقع إلى وجود شخصان مريضان داخل المجتمع هما الشخص الآخذ وهذا يعني انتشار المرض وارتفاع نسبة العجز في المجتمع.[2]

ويقول عبد السلام السكري:" لقد حرمت المذاهب الفقهية استخدام أعضاء الإنسان في العلاجات الطبية، ومنهم من علل ذلك بالحاسة بالموت، ومنهم من علله بالكرامة الآدمية، فكيف بعد هذا يسوغ لقائل مسلم بجواز استخدام الأعضاء الأدمية في العمليات الجراحية".[3]

كما ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن حرمة الجسم ليس للفرد أن يتمرن في حياته بدون إذن الشرع فحق الله تعالى غالب على حق العبد على جسده، كما أن جسم الإنسان ملك الله تعالى فمن لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه، مما يترتب عليه عدم جواز تصرف الإنسان في جسمه أو جزء منه ويحرم بيع جزء منه أو الانتفاع به، فالشرع بين ألا يعامل الإنسان الذي كرمه الله تعالى معاملة الموال مصدقا لقوله: "**وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي ءَادَمَ**".[4] وفي قوله تعالى: "**يَا أَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ اللَّه وَالرَّسُولَ وَتَخُونُواْ أَمَنَتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ**"،[5] ومن ثم فأي عضو يقطع من جسم الإنسان يكون في حكم الميت ويجب أن يُغسل ويُكفن ويُدفن، ولا يجوز النقل على جسد شخص أخر مصدق للحديث الشريف: "**ما قطع من حي فهو ميت**".

---

[1] سورة النساء الآية 119.

[2] د حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، دار الفكر العربي، القاهرة 1979، ص48.

[3] فاطمة مداني، نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، لنيال شهادة الماستر في الشريعة والقانون (حقوق الإنسان والحريات العامة) كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة أدرار، 1434/1433هـ، 2013/2012م، ص27.

[4] سورة الإسراء الآية 70.

[5] سورة الأنفال الآية 27.

وإقدام شخص على التبرع بجزء من جسده هو عرض النفس إلى التهلكة وهو أمر مرفوض حيث استدلوا بقوله تعالى: "ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا وكان ذلك على الله يسيرا".

وقد توعد الله من يفعل ذلك بالخلود في النار، فاللّه تعالى يعتبر حرمة حياة المسلم أهم من الدنيا ويعتبر زوال الدنيا أهون من قتل شخص بدون وجه حق، وعليه فلا يحق لأحد التبرع بأعضائه في هيبة من الله فلا يحق التصرف، كما أن يتبرع بعضو قد يقضي إلى موت الإنسان.

أولاً: جمع من علماء[1]عصرنا وباحثيه ومفكريه المنع مستندين في ذلك إلى أن الله سبحانه وتعالى قد حرم الاعتداء على النفس، كما حرم صور الاعتداء على ما دون النفس ووعد الجاني عذابا عظيما، كما أن الله قد كرم الإنسان وجعله مملوك له ومن ثم لا يصح القول بأن الإنسان يدخل في دائرة المعاملات المادية ويعامل معاملة الأشياء لأن في ذلك كله إهانة للإنسان الذي خلقه الله مكرما.[2]

التراث الفقهي الإسلامي: قال الإمام الشيباني من الأحناف: "ولا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة أو بقرة أو بعير أو فرس أو غيره من الدواب، إلا عظم الخنزير أو الآدمي، فإنه يكره التداوي بها".

ثانياً: قرر رجال الكنيسة الكاثوليكية أنه ليس للأفراد أن يتلفوا أعضاء جسمهم ولا أن يتنازلوا عنها وألا يعطلوا هذه الأجزاء عن أداء وظائفها الطبيعية، إلا إذا كان ذلك من أجل

[1]عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دار المنار للنشر والتوزيع، القاهرة، 1988، ص111.

[2]محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دار النهضة القاهرة، سنة 1996، ص132.

المحافظة على باقي أعضاء الجسم ...[1] ويرى السكري أن ما يزعمونه من تبرع بالأعضاء البشرية هو في الحقيقة بيع لأن له بمقابل.[2]

فذهبوا إلى عدم مشروعية نقل وزراعة الأعضاء لأن الإنسان لا يملك نفسه ولا جسده ومن ثم لا يملك حق التبرع بعضو من أعضائه،[3] فكان لكل منهم حججه وأسانيده.

لقد أسس كذلك المعارضون رأيهم على خطر التعامل في جسم الإنسان على ما يلي:

_ أن جسم الإنسان ليس ملكا خاصا له وإنما هو أمانة الله.

_ أن نقل وزراعة الأعضاء لا يتفق وكرامة الإنسان، باعتبار أن الشخص لا يجوز له إبقاء نفسه بإتلاف غيره.[4]ووجه الاستدلال قوله تعالى: "**وَلَا تُلْقُواْ بِأَيِدِيكُمُ إِلَى التَّهْلُكَةِ**".[5]

_ أن درء الفاسد مقدم على جلب المصالح.

_ أن الضرر لا يزال بضرر مثله.

الفرع الثاني: أدلة المانعون لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

أولاً: من القرآن الكريم

قوله تعالى عن إبليس الذي لعنه: "**وَلَأَمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّـهِ**"،[6] تدل الآية على أن نقل الأعضاء فيه تغير في خلق الله وهذا ذال كفعل المحرمات. أي نزلت هذه الآية في نقل

[1]أحمد معمر العمر، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحريم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص37.

[2]السكري، المرجع السابق، ص6.

[3]عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا الإسلامي –دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2005، ص108.

[4]زواني نادية، المرجع السابق، ص40.

[5]سورة البقرة الآية 195.

[6]النساء الآية 119.

عين أو قلب أو كلية من شخص لآخر وتشمل أيضا خصاء العبيد الذي كان يفعله الخلفاء بعبيدهم ليدخلوا على نسائهم[1].

قوله تعالى: "**وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ**".[2] ووجه الدلالة أن الله تبارك وتعالى بهذه الآية نهى عن إلقاء بالنفس في مواطن التهلكة المؤدية إلى إقدام الشخص على التبرع بجزء من جسده، لأن فيه إتلاف كلي أو إضعاف عن أداء وظائفها أي لإهلاك نفسه المنوطة بها في سبيل إحياء غيره، ولفظ التهلكة عام يشمل كل ما يؤدي إليها وقطع العضو من نفسه الموجب لإزالة منفعته فرد من أفراد ما يؤدي إلى الهلاك.[3]

قوله أيضا: "**ثُمَّ لَتُسْئَلُنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ**"،[4] والنعيم هو الأمن والصحة والعافية، وهذه النعم مما يسأل الإنسان عن شكرها يوم القيامة لقوله أول ما يسأل عنه العبد يوم القيامة من النعيم أن يقال له: "ألم نصلح لك جسمك". فصحة الإنسان وعافيته من نعم الله التي تستوجب الشكر لا الكفر والمحافظة لا التضييع بالتبرع والبيع.[5]

وقوله تعالى: "**وَلَا تَقْتُلُواْ أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا 29 وَمَنْ يَّفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَنًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا**"،[6] يدل أن في استقطاع بعض الأعضاء البشرية من إنسان حي لزرعها في جسم آخر مريض فيه تعريض لحياة الأول للخطر والهلاك، وهو ما نهى عنه الله تبارك وتعالى من خلال الآية قتل الإنسان لنفسه وهذا سبب في تبرع الإنسان في جزء من جسده، ويكون من خلال فعل ذلك عقوبة لنفسه من قوله عدونا.

[1] مصطفى درويش، المرجع السابق.

[2] البقرة الآية 195.

[3] الدكتور محمد مقبول حسين، حكم نقل الأعضاء وزراعتها في الفقه الإسلامي، ص91.

[4] التكاثر الآية 8.

[5] معاشو لخضر، مرجع السابق، ص102.

[6] سورة النساء الآية 29_30.

قوله تعالى: " **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي ءَادَمَ وَحَمَلْنَهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَتِ وَفَضَّلْنَهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا**"،[1] دلة الآية على تكريم الله للإنسان الآدمي في حياته وبعد موته أي انتزاع عضو منه مخالف للشريعة.

وقوله تعالى: "**يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمُ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُواْ يَعْمَلُونَ**"،[2] فلو لم تكن أعضاؤهم المعادة هي نفسها التي كانت لهم في الدنيا لم يبق لشهادتها عليهم أي معنى ولم تعاد الأعضاء لصاحبها الأصيل أم للمنقول إليه.

كما أن هناك من يرى أننا لو وزعنا أعضاء الإنسان كقطع غيار على عدة أشخاص، فإننا نكون قد خالفنا بذلك واجب الدفن الذي أمرنا به الله تعالى تبعا لقوله: "**مِنْهَا خَلَقْنَاكُمْ وَفِيهَا نُعِيدُكُمْ وَمِنْهَا نُخْرِجُكُمْ تَارَةً اخْرى**".[3]

ثانيًا: من السنة النبوية

روى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنه قال: "**أنه لما هاجر النبي إلى المدينة، هاجر إليه الطفيل بن عمرو وهاجر معه رجل من قومه، فاجتثوا المدينة، فمرض، فجزع فأخذ مناقص له، فقطع بها براجمه فشحبت يداه حتى مات فرآه الطفيل بن عمرو في منامه، وهيئته حسنة ورآه مغطيا يداك قال قيل لي: ما صنع بك؟ قال: غفر لي بهجرتي إلى نبيه فقال: مالي أراك مغطيا يدك؟ قال لي: لن تصلح منك ما أفسدت، فقصها الطفيل على رسول الله فقال رسول الله: "اللهم وليديه فاغفر**".[4]

فدّل هذا الحديث على أن من قطع عضو من أعضائه وتصرف فيه بتبرع أو غيره فإنه يبعث يوم القيامة ناقصا منه ذلك العضو عقوبة له، لأن قوله "**لن تصلح منك ما أفسدت**" لا يتعلق بقتل النفس وإنما بجرح براجمه وتقطيعهما لأن الإنسان لا يملك جسده حتى يتعدى

[1] الإسراء الآية 70.

[2] النور الآية 24.

[3] طه الآية55.

[4] صحيح المسلم، كتاب الإيمان باب الدليل على أن قاتل نفسه لا يكفر، ج1، ص372.

عليه، غير أن هناك من يرى أن القطع كان لتخفيف الألم رغم عدم وجود الضرورة التي تتطلبها عمليات التبرع بالأعضاء.[1]

أحاديث النهي عن المثلة ومنها حديث بريدة ℏ قال: "**كان رسول الله □ إذا أمرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا ثم قال: اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر باللّه، اغزوا ولا تغلوا ولا تمثلوا.....**".[2] معنى الحديث دل على حرمة التمثيل وتغير خلقة الإنسان على وجه العبث وهو شامل لقطع جزء أو عضو من الإنسان أو الحيوان سواء كان حيا أو ميتا.

وقد نهي رسول الله □ عن وصل شعر الآدمي من أجل التداوي، فعن عائشة رضي الله عنها: "**إن جارية من الأنصار تزوجت فمرضت فتمرط شعرها، وأراد أن يصلوه فسئل النبي عن ذلك فلعن الواصلة والموصولة**".

يرى أصحاب هذا الرأي أن بيع الأعضاء ونقلها باطلا، وذلك لأن جسم الإنسان وأعضاؤه ليس مالا حتى يصلح للتعامل فقد كرم الله الإنسان وزينه بكرامته الإنسانية.

وعن عبد الله بن عمرو ℏ قال: قال لي رسول الله □: "**يا عبد الله ألم أخبرك أنك تصوم النهار وتقوم الليل قلت: بلى يا رسول الله: قال: فإنك إن فعلت ذلك هجمت عينيك وتعبت نفسك وإن لنفسك حقا ولأهلك حقا فصم وأفطر وقم ونم**".

دلالة هذا الحديث وجوب مراعاة الجسد والعمل على راحته وأن يعطيه ما يحتاجه من ضرورات الحياة ليكون أعوان على عبادة ربه، فإذا أهمله واعتدى عليه كما في حالة التبرع بالأعضاء فذلك سوف يؤدي إلى عجز بجسم المتبرع يضعفه عن أداء واجباته نحو نفسه وأسرته، لذلك شدد الفقهاء على حرمة الآدمي وعدم المساس بكيانه الجسدي إلا لمصلحة خاصة بهذا الجسد كالعمليات الجراحية لتحقيق الشفاء.

[1] افتكار مهيوب، المرجع السابق، ص97.

[2] رواه أبي داود في كتاب الجهاد، ص82، ورواه ابن ماجة كتاب الجهاد، ص38.

حديث بن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله □: "**لا ضرر ولا ضرار**".[1]

حديث أم المؤمنين عائشةo عن النبي □ أنه قال: "**كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم**"، مضمون الحديث أن الحي يحرم كسر عظمه أو قطع أي جزء منه وكذلك الميت إلا ما شرع فيه.

حديث جابر بن عبد الله ﷺ أن النبي □ قال لرجل: "**ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل شيء فلذي قرابتك، فإن فضل من ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا..**"[2]، والمعنى أن النبي □ بدأ بنفسه وعائلته ثم ذي القربة أي من باب أولى ألا يهدم الشخص نفسه من أجل إحياء غيره مهما كانت الظروف.

ثالثًا: أقوال الفقهاء

ذكر فقهاء المذاهب الأربعة بأنه لا يجوز الانتفاع بأعضاء الآدمي ولو في حالة الضرورة أو بإذن الشخص المنتفع بعضوه، إذ يحرم المساس بأعضاء الإنسان لأنه مكرم حيا وميتا وعليه فلا يحل التداوي بأعضائه.

وقال النووي: "**لا يجوز أن يقطع معصوم غيره بلا خلاف، وليس للغير أن يقطع من أعضائه شيئا ليدفعه إلى المضطر بل خلاف صرح به أمام الحرمين والصحاب**".[3]

وفي بحث للدكتور صفوت حسن لطفي يرى أن بعض الفقهاء المعاصرين انزلقوا وسارعوا بالقول بإباحة هذا الأمر دون تمحيص أو تدليل صحيح على قولهم، كما أن البعض فرق بين بعض أجزاء الإنسان والبعض الآخر، ومنهم من توسع في استعمال أجزاء الإنسان

[1] رواه أحمد في مسنده، ج5، ص327، وابن ماجه في سننه، ج1، ص784.
[2] رواه مسلم في صحيحه، ج2، ص403.
[3] معاشو لخضر، المرجع سابق، ص105.

بعد الموت أكثر منها حال الحياة، ووقف جانب كبير من الأطباء بحياء علمي أمام هذا الموضوع قبل اللجوء للحكم الشرعي.[1]

وقال ابن عابدين: "**والآدمي مكرم شرعا ولو كان كافرا، فإيراد العقد عليه وابتذاله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له، وهو غير جائز، وبعصه في حكمه وصرح في فتح القدير ببطلانه**". [2]

وقال علي جمعة مفتي الديار المصرية: "**الإنسان لا يملك أعضاءه وهو ملك الله وبالتالي لا يجوز له التبرع بأي عضو من أعضائه وأن فتح الباب أمام التبرع ونقل الأعضاء سيحول جسد الإنسان الذي كرمه الله إلى قطع غيار تباع وتشترى**".[3]

كما يرى مجموعة من رجال الدين وبعض الفقهاء أن التقدم العلمي قد جعل الإنسان حقلا ومن زراعة الأعضاء نوع من استبدال لقطع الغيار.[4]

ويقول جودة محمد عواد فيما يتعلق بزرع الكلى: "**إن الذي ينظر إلى زرع الكلى على أنه العلاج الأكيد هو شخص وأهم فالذي تبرع بالكلى بعد عشر سنوات تعبث كليته الوحيدة الباقية واحتاج هو أيضا إلى من تبرع له ...**"، وكذلك الشخص الذي زرعت فيه كلية غريبة رغم كل الأدوية الكثيرة التي يأخذها لمنع الجسم من رفض الكلية.[5] وقال عصام الدين الشربيني: "**الجسم مجموعة من الخلايا والأعضاء والأجهزة التي تقوم كل منها**

[1]صفوت حسن لطفي، أسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، بحث مقدم في ندوة الأساليب الطبية الحديثة في القانون الجنائي، تضمنها مركز البحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، نوفمبر1993، ص8.

[2]ابن عابدين محمد أمين، رد المختار على الدار المختار، ج1، سنة 1323هـ، ص105.

[3]معاشو لخضر، المرجع السابق، ص 106.

[4]محمد نايف حيدر، المسؤولية الجزائية للأطباء، بحث لنيل شهادة دبلوم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بيروت، أبار 2005، ص31.

[5]جودة محمد عواد، صرح للنشر والتوزيع القاهرة، ط1، 2011، ص21.

بوظيفتها، ويعتمد كل منها في ذلك على الآخر، فإذا اختلفت وظيفة عضو أثر ذلك على أداء الأعضاء الأخرى لوظائفها بدرجات متفاوتة".[1]

كما لا يستطيع أحد من الأطباء أن يجزم أنه لا يترتب على استقطاع العضو ضرر فيه تهديد لحياة متيقنة أو أن جسم المتلقي لن يلفظ العضو المتبرع به، وحتى في حالة نجاح عملية الاستقطاع والزرع فإن بقاء العضو داخل الشخص المنقول إليه يحتاج إلى أدوية مثبطة وهي بدورها تؤثر على جسم المتلقي وهذا يقلل من جدوى مثل هذه العمليات، بالإضافة إلى أن المعطي تصبح حياته مليئة بالمتاعب النفسية نتيجة قلقه خشيته من أن يصاب العضو المتبقي بمرض عضال فلا يستطيع العيش هادئ البال بالنسبة لمستقبل حياته.

فالواقع الطبي العلمي يؤكد إصابة المتبرع بالأضرار على المدى القريب أو البعيد، وقد صرح بذلك الدكتور بكر نور أستاذ نقل الأعضاء بالجامعات الأمريكية فقال: "**إن 22 بالمئة تقريبا من المراكز الطبية في أوروبا ترفض تبرع الأحياء بالكلى، بل أن كثيرا من مراكز نقل الأعضاء ترفض التبرع حتى ولو كان من الأم لأولادها".[2]**

أنه في مجال زرع الكلى مثلا يحدث تضخم في حالات التبرع في الكلية الباقية بنسبة 100 بالمئة من الحالات لتعويض الانتزاع المفاجئ للكلية السلبية، ولا يكفي هذا التضخم لتعويض وظيفة الكلى فيرتفع الكيلاتين في 76 بالمئة من حالات المتبرعين، كما يحدث نزول البروتين من البول في40 بالمئة من حالات ويستمر كذلك لمدة طويلة، وقد يحدث

[1] سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة فقهية قانونية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، ط1، 2007، ص19.

[2] تصريح منشور بجريدة الأهرام، في 11-6-1996، ص3، ضمن التحقيق الصحفي بعنوان –الوفاة الإكلينيكية لا تكفي– للدكتور بكر نور أستاذ نقل الأعضاء بالجامعات الأمريكية.

ضعف تدريجي في وظيفة الكلية الباقية وقد ينتهي في الأمد البعيد إلى الفشل الكلوي ونكون أمام شخصين مريضين بدلا من شخص واحد.[1]

فالقول بجواز التبرع بالأعضاء بين الأحياء يؤدي إلى مفاسد كثيرة لعلى أهمها التجارة بالأعضاء البشرية وظهور جرائم الخطف والنصب والاحتيال وتعريض الصغار وكبار السن والنساء إلى هلاك محتوم.

ويرى السكري أن في ظاهرة الاجتزاء من جسم الإنسان باستعمال أجزاء منه في العلاج والتداوي للآخرين يكون قد خالف الحكمة من احترام وتكريم الله له.[2]

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، نقل الأعضاء البشرية، مجلة الأحمدية، ع7، دبي، 2001، ص253-255.

[2] معاشو لخضر، المرجع نفسه، ص109.

خلاصة الفصل الأول

يستخلص من هذا الفصل المعنون عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حيث اعتبرت من القضايا التي شغلت فكر العلماء المسلمين والذي حصره المشرع الجزائري ونظمه في القانون رقم 18-11 المتضمن القانون الصحة.

حيث تم تطرق إلى موقف الفقه والتشريعات لعملية نقل وزرع الأعضاء والذي اختلفت آراءهم ووجهت نظرهم من الفقه للتشريع، حيث تم تناقض عند موقف الشريعة الإسلامية لنقل الأعضاء البشرية حيث اعتبرت من القضايا التي شدت انتباه العلماء المسلمين والمعاصرين والمجامع الفقهية، واختلفوا فمنهم من يرى التحريم المطلق ومنهم من يرى الجواز مع تطرق لضوابط محددة ولكل منه أدلته وحجته التي يسند إليها التي بدورها وضعها المشرع الجزائري كالإذن المكتوب من المتبرع ويكون دون مقابل وتوفر حالة الضرورية العلاجية وهذا لإنقاذ الحياة البشرية.

الفصل الثانـي

الضوابط القانونية والتنظيمية التي تحكم عملية نقل الأعضاء البشرية

تمهيد

نظر لما تمثله عمليات نقل الأعضاء الآدمية من خطر على حياة المتبرعين عند القيام باتجارها خرق الأخلاقيات، ولإباحة هذه العملية يجب أن تكون وفق للضوابط التي جاءت في قانون الصحة، وعند مخالفة النصوص التي جاءت في هذا القانون وعدم الالتزام بالضوابط والتعليمات فتقوم جريمة لعدم الأخذ بالأحكام ويكون على المتبرع عطاء دون مقابل، وعليه سنتطرق إلى نقل الأعضاء عن طريق عقد الهبة وهذا في (المبحث الأول)، وبعدها نلجأ إلى الجرائم المترتبة عن عمليات زرع الأعضاء في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: نقل الأعضاء عن طريق الهبة

يعد نقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء مما تطرق إليه المشرع الجزائري طبقا للقانون 05-85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وهذا ما يجعل أو يزرع مبعث للأمل في نفوس الأشد الحاجة إليها، ونقل الأعضاء هذا غالبا ما يكون عن طريق الهبة وهو عمل قانوني نص عليه قانون الأسرة في مادة 206 مكرر 1 –تمليك بلا عوض– ويكون بالإيجاب والقبول بين الواهب والموهوب، وفي هذا المبحث سنتطرق لدراسة أركان عقد الهبة للأعضاء البشرية في (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى الرجوع في الهبة وموانعه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أركان عقد الهبة للأعضاء البشرية

بتفحص المواد المختصة في الهبة التي جاءت في القانون المدني وقانون الأسرة الذي بدورهما يعتبران مكملان لبعضهما البعض، سنبين الجوانب الأقوى التي يستند عليه ويقوم بها عقد الهبة الذي شأنه شأن العقود الرضائية، وباعتباره عقد كسائر العقود التي تخضع للقواعد العامة والتي يستوجب لإنشائه توفر أركان معينة، وانطلاقا من هذا سنتطرق إلى الأركان العامة لعقد للهبة هذا في (الفرع الأول)، وإلى أركان عقد لهبة عند الفقهاء في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأركان العامة لعقد الهبة للأعضاء البشرية

تعتبر الهبة عقدا عينيا في القانون الجزائري عقد رضائي شأنه شأن العقود الأخرى، ولكي ينبرم صحيحا لا بد أن تتوفر فيه أركان وشروط لصحته وهي الرضا والمحل والسبب،

ولما كان عقد الهبة عقدا عينيا يستوجب القانون توفر ركن الشكل والركن الرسمي الرابع لانعقاده ولترتيبه آثاره ويتطلب القانون كذلك شرط الحيازة أو القبض.[1]

والعقد كما هو معلوم أنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، لذا فلكي ينشأ العقد لابد من وجود التراضي بين طرفيه فالتراضي هو ركن العقد الأساسي، ويجب أن يكون تراضي الطرفين موجود حقيقة وأن ينصب هذا التراضي على شيء معين، إذ أن العقد يؤدي إلى إنشاء التزام حق أو تعديل التزام أو نقله أو زواله، لذا يجب أن يكون لهذا الالتزام محل صالح لكي يرد عليه وهذا هو الشيء المعين الذي ينصب عليه التراضي على أن تتوافر فيه الشروط القانونية وهذا هو محل العقد، كما يجب أن تكون إرادة المتعاقد مدفوعة بغاية مشروعة تستهدف تحقيقه وهذا هو سبب العقد.[2]

ويترتب على عدم توفر شروط الانعقاد بطلان العقد بطلانا مطلقا، أما العقد الذي ينقصه شرط من شروط الصحة فلا يكون باطلا وإنما يكون قابلا للإبطال، وأن شروط الانعقاد العامة هي التي يجب أن تتوفر في كل العقود سواء كانت عقود معاوضة، والمادة 206 من قانون الأسرة ذكرت أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول، وعقود التبرع هي ما يعبر عنه بأركان العقد وهي الرضاء والمحل والسبب.

[1] الدكتور محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص55

[2] نور إيمان، الهبة في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، أطروحة مقدمة نيل شهادة مذكرة ماستر، السنة الجامعية 2016/2015، ص17.

أولاً: الأركان العامة للانعقاد

1_التراضي في عقد الهبة

يجب لانعقاد الهبة مثل ما يجب لسائر العقود حصول الرضا من كلا المتعاقدين الواهب والموهوب له، كما يجب أن يكون الرضا شاملا لكل الشروط اللازمة لتكوين العقد وإلا يعتبر الرضا معدوما والعقد لا ينعقد، ويجب بجانب ذلك أن يكون رضا أحد طرفي العقد مطابقا لرضاء الطرف الآخر تمام المطابقة وهو ما يسمى بتوافق الإيجاب والقبول وهو التراضي.[1]

أ_ شروط انعقاد التراضي:

تنعقد الهبة بإيجاب وقبول متطابقين صادرين من الواهب والموهوب له وهذا ما يسمى بالانعقاد من حيث الموضوع، أما الشكل فهو الأخر له أهمية بالغة وهي لا تنعقد إلا إذا استوفت شروط شكلية معينة، وتخضع الهبة للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد.

أ_1_ تطابق الإيجاب والقبول:

نص المادة 206 من قانون الأسرة: "**تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول** ...." ويستفاد من هذه المادة أنه أكدت بصريح العبارة على حتمية انعقاد الهبة بالإيجاب من الواهب وقبول من

[1] الدكتور محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص 56.

الموهوب له، وهذا عكس الوصية التي يعد الركن الوحيد فيها هو الإيجاب الذي بصدوره تتبرم الوصية باعتبارها تصرف صادر من جانب واحد.[1]

ويلاحظ أن تطابق القبول للإيجاب أمر وجوبي بحيث لا يعدل منه أو يقيد منه أو يزيد عليه وإلا أعتبر إيجابا جديدا، وتنص المادة 66 من ق.م.ج بقولها: "**لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا**" وتؤكد ذلك القواعد العامة وخاصة، والمادة 59 من ق.م.ج التي نصت: "**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقين دون اخلال بالنصوص القانونية**".[2]

ويجوز أن تنعقد الهبة بين غائبين فتتم في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس، وهو ما نصت عليه المادة 67 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "**يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب من القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان الذين وصل إليه فيهما القبول**"، وهذا النص تطبيق للنص 61 من ق.م.ج،[3] فالأصل أن وصول التعبير عن القبول إلى علم الموجب يعتبر قرينة على علمه به ولكن قبول الهبة من الموهوب له الغائب قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس.

أ_2_ شروط صحة التراضي

[1] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، طبع في 2004، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 34 حي لابرويار –بوزريعة– الجزائر، ص8.

[2] محمد بن أحمد تقية، المرجع نفسه، ص58/57.

[3] قاسي ليلة، عقد الهبة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون خاص، سنة 2020، ص30.

أما شروط صحة التراضي في عقد الهبة هي ذاتها شروط الصحة في سائر العقود، وأجمع الفقهاء على القول بأن شروط صحة التراضي إما أن ترجع إلى الأهلية وإما أن تكون الإرادة خالية من العيوب التي تشوب الرضا.

1_ الأهلية في عقد الهبة

_ لغة: يقال هو أهل لكذا: مستوجب واله لذلك تأهيلا، رآه له واستأهله استوجبه.

_ اصطلاحا: هي مباشرة حقوق الشخص دون وسيط والأهلية هي صلاح الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تترتب له هذا الأمر أو ذاك، والأهلية مناطها التمييز لأن نقص تمييزه لا تصدر إلا عن تمييزا ومتى كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية، كما تعتبر الأهلية شرط أساسي في صحة عقد الهبة لذلك يستلزم القانون أن تتوافر الأهلية في كل من الواهب والموهوب له[1].

_ الأهلية:

نصت المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري على: "**يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشرة سنة، وغير محجور عليه**".

إن للأهلية أهمية كبيرة في الهبة نظرا لأهميتها حيث فرّق المشرع فيها بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له ويتشدد أكثر في أهلية الواهب، فيشترط أهلية كاملة للتبرع

[1] كاملي مرسلي، عقد الهبة وأحكامها في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، فرع الحقوق، تخصص قانون أسرة، جامعة محمد خيضر بسكرة، سنة 2020/2019، ص25.

باعتبار أنها أقوى من أهلية التصرف لأن الواهب يقوم بعمل ضار به ضرر محضا، وفي مقابل ذلك يخفف القانون من أهلية التصرف لأن الموهوب له فلا يشترط فيها حتى أهلية التصرف بل يكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعا محضا.[1]

صدور قرار المحكمة العليا باعتبارها الهيئة الوحيدة لمراقبة تطبيق القانون بتاريخ 1984/10/22 في حكم صحة الهبة حسب الحالة الواهب وقت التصرف ونص القرار على: "**الادعاء بعدم تمتع الواهب بقواه العقلية وقت التصرف، وجوب البت في الدفع بإثباته أو نفيه**".[2]

2_ عيوب الرضا في عقد الهبة

عيوب الإرادة بصفة عامة تتمثل مع مختلف وجميع العقود والتي هي كل من الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، وهذه العيوب التي تفسد الرضا ومن بين هذه العقود عقد الهبة الذي يشترط فيه للقيام بالتصرف الصحيح أن يصدر من ذي أهلية وإرادة سليمة وخالية من العيوب، أي إذا شاب عيب من عيوب عقد الهبة كان قابلا للأبطال. 3

وقد نص المشرع الجزائري في المادة من 81 إلى 91 من قانون المدني الجزائري على هذه العيوب، وإذا شاب الرضا عيب معدم كان العقد باطلا بطلانا مطلقا كالصبي غير المميز، وفقا لما نصت عليه المادة 42 فقرة الثانية من القانون المدني الجزائري والمادة 82 من قانون الأسرة الجزائري: "**من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا لمادة 42 ق.م.ج تعتبر جميع تصرفاته باطلة**".

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية_ الهبة_ الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، طبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص97.

[2] القرار الصادر بتاريخ 1984/10/22، المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1989، ص65.

_ الغلط في عقد الهبة:

يشترط في الغلط الذي يعيب إرادة الواهب ويجعل العقد قابلا للإبطال أن يكون جوهريا، ويقع الواهب في غلط جوهري إما في الشيء وإما في شخص الموهوب له وإما في القيمة أو الباعث، ومثال الغلط الجوهري في الشخص الموهوب أن يهب شخص لأخر قطعة أرض على أساس أنها معدة للبناء ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض فلاحية.

ومثال الغلط الجوهري في الشخص الموهوب له أن يهب شخص لأخر معتقدا أنه محمد فإن هو أحمد كان هنالك غلط في شخصية الموهوب له يجعل الهبة قابلة للإبطال، لكن قد يقع الغلط في صفة الموهوب له فقط كما إذا وهب له وهو يعتقد أن هنالك علاقة قرابة بينهما ثم ظهر أنه لا قرابة بينهما، ومثال الغلط الجوهري في قيمة المال الموهوب أن يهب شخصا لأخر أسهما وهو يجعل أن سهما منها قد ربح جائزة كبيرة، ومثال الغلط الجوهري في الباعث أن يهب شخص مالا وهو مريض ويعتقد أنه مرض الموت ثم يشفى من مرضه فيجوز له إبطال الهبة للغلط في الباعث.[1]

_ التدليس في عقد الهبة:

التدليس هو إيهام الشخص بغير الحقيقة للالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد ويقترب التدليس من الغلط، فإذا كان هذا الأخير وهما تلقائيا فإن التدليس وهم بفعل شخص آخر ولذا يسمى التغليط أي إيقاع في الغلط، فالتدليس يؤدي إلى إيقاع المتعاقد في

[1] كاملي مرسلي، مرجع السابق، ص28-29.

الغلط ولهذا فهو يعيب الرضاء لأنه يجعله مشوبا بالغلط كأن يتبرع الواهب لجمعية إنسانية تعمل لمساعدة مرضى السكري وفيما بعد غيرت نشاطها وأصبح تجاري أكثر منه خيري.[1]

وقد نص القانون المدني الجزائري على أحكام التدليس في المادتين 86 و87، التدليس في عقد الهبة يقع في أغلب الأحيان على الواهب الذي يوقعه فيه الموهوب له أو الشخص أجنبي عن العقد، فأي طريق من الطرق الاحتيالية التي يكون من شأنها أن تخدع الواهب وتدفع إلى التبرع بماله يكفي لإفساد رضائه،[2] وإذا صدر التدليس من غير الموهوب له فليس للواهب أن يطلب إبطال الهبة إلا إذا أثبت أن الموهوب له على علم بذلك أو كان من المفروض أن يعلم بهذا التدليس إعمالا لنص المادة 87 من القانون المدني.[3]

_ الإكراه في عقد الهبة:

الإكراه هو إجبار الشخص على أن يقوم بعمل بدون رضاه أي مرغم للقيام به، وعرفته المادة 88 من القانون المدني التي يستنتج منها أن الشخص يتعاقد وهو تحت ضغط الرهبة أي الخوف من المتعاقد الآخر ولو لا هذا الإحساس لما تقدم على إبرام العقد، ولتجسيد هذا في الهبة نضرب مثال عن الواهب الذي يتنازل عن المكافاة التي منحت له لرئيسه في العمل وهذا تحت ضغط التسريح وبالتالي لم يكن له خيار خاصة أمام وجود أزمة العمل،[4] وأكثر

[1] فريد هلال، الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، الجزائر، 2011، ص33-34.

[2] قاسي ليلة، المرجع السابق، ص45.

[3] https 20/03/2023://www.elmizaine.com عقد الهبة (التعريف والخصائص والأركان) –الميزان – Elmizaine ساعة 11.37

[4] داوي هدى، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الماستر في حقوق، تخصص أحوال الشخصية، جامعة زيان عاشور الجلفة، سنة 2015/2014، ص23.

ما يكون الإكراه عن طريق التأثير في نفسية الواهب بنفوذ أدبي يكون للموهوب له عليه فيؤثر في إرادته ويحمله على التبرع بما له لمصلحته.[1]

_الاستغلال في عقد الهبة :

يقصد بالاستغلال انتهاز الضعف في المتعاقد الأخر والحصول على عقد معاوضة فيه غبن أو تبرع، وقد تناول المشرع الجزائري الاستغلال كعيب من عيوب الرضا في المادة 90 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري: "**إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في نسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد وأن ينقص التزامات هذا المتعاقد**".[2]

ومن أمثلة الاستغلال أن يقوم زوج مسن بإبرام هبة لزوجته الشابة الثانية أو لأبنائها ويحرم الزوجة الأولى وأبنائها إن وجدوا ويقع تحت سلطانه وتستغل هواه وضعفه وتوقعه على اكتتاب هبة، أو أن تتزوج امرأة ثرية بزوج شاب فيستغلها في أموالها ويقوم بابتزازها عن طريق إبرام عقد الهبة[3].

ثانيًا: المحل في عقد الهبة

[1] حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص29.

[2] قسمية خديجة، النظام القانوني في إبرام عقد الهبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سنة 2020/2019، ص 24.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص111-112.

إن المحل هو الركن الثاني في عقد الهبة وهو الشيء الموهوب، والأصل في الهبة أن تكون عقدا ملزما لجانب واحد هو جانب الواهب الذي يبادر فيلتزم ومحل التزامه هو الشيء الموهوب، ولكن يجوز وفقا للمادة 202 من قانون الأسرة أن يشترط الواهب في الهبة عوضا أو التزامات أخرى فتكون الهبة كالبيع ملزمة للجانبين، ويكون محل التزام الموهوب له العوض المشترط، فالهبة يكون لها إذن محل هو الشيء الموهوب وقد يكون لها محل آخر هو العوض.[1]

1_ الشيء الموهوب:

طبقا لنص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري فإنه: "**يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا آو منفعة أودينا لدى الغير**".

وهناك جاءت الهبة غير مقيدة لأن الممتلكات قد تنصب على عقار أو منقول وقد تكون حقا عينيا كحق الانتفاع أو حق الارتفاق وقد يكون منفعة أو دينا لدى الغير.

وبما أن الشيء الموهوب هو محل العقد في الهبة فتسري عليه القواعد العامة للعقد، ويشترط في محل الهبة أو الشيء الموهوب ليكون عقد الهبة صحيحا منتجا لآثاره الشروط الآتية:[2]

_ أن يكون المحل (الشيء الموهوب) موجودا وقت العقد: حيث لا تصح هبة شيء غير موجود أو شيء سيكون في المستقبل، حيث إذا كان غير موجود فإن عقد الهبة يكون

[1] محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص 140.

[2] داودي هدى، المرجع السابق، ص 25.

باطلا بطلانا مطلقا، وفي هذا نص المشرع المصري في المادة 492 بقوله: "**تقع هبة أموال المستقبل باطلة**". ولا يوجد نص يقابله في القانون الجزائري، ويعتبر هذا استثناء من القواعد العامة حيث نص المشرع الجزائري في المادة 92 من القانون المدني: "**يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا**". بينما في القانون المصري المادة 191: "**يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا**"، دون إضافة كلمة محققا التي جاء بها المشرع الجزائري.

ويلاحظ أن هبة الأموال المستقبلة باطلة مأخوذة من الشريعة الإسلامية التي تشترط وجود محل العقد وقت الانعقاد في كل العقود.[1]

_ أن يكون صالح للتعامل فيه: يجب أن يكون المحل مشروعا غير مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة وغير مستحيل الحصول عليه وإلا بطل بطلانا مطلقا، وهذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني، فبتالي لا يقع عقد الهبة صحيحا متى كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة[2].

_ أن يكون معينا أو قابلا للتعين: حيث لا يكفي أن يكون موجودا فحسب بل يجب أن يكون معينا وقت الهبة أو قابلا للتعين، ولذلك يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية ما عدا الإمام مالك أن يكون الموهوب معلوم المقدار أو معينا بشخصه حيث لا تصح هبة المجهول[3].

_ أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب: فإنه والحال هذه تطبيق أحكام هبة ملك الغير فقيام الواهب بإبرام عقد الهبة يوجب عليه أن يكون مالكا لما تصرف فيه، أما لو اشترط في مقابل هبته عقدا ملزما للجانبين، إلا أنه يجب أن تكون قيمته المادية أقل من

[1] قسمية خديجة، المرجع السابق، ص 25-26.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص113.

[3] عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون الأسرة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2017/2016، ص7.

قيمة الشيء الموهوب فلو كان هناك تعادل في قيمة العوض فإن العقد يكون معاوضة وليس تبرعا[1].

ثالثًا: السبب في عقد الهبة

تسري نظرية السبب في عقد الهبة شأنها شأن سائر العقود الأخرى، والسبب المطلوب كركن في العقد هو الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، ويشترط فيه أن يكون مشروعا فإذا كان باعث أحد المتعاقدين غير مشروع ولم يكن المتعاقد الآخر على علم به ولا باستطاعته أن يعلم به فلا يبطل العقد ويأخذ بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة.

ولخصوصية عقد الهبة كونه من عقود التبرعات كان السبب في عقد الهبة هو نية التبرع التي يشترط فيها أن تكون مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة تحت طائلة بطلان عقد الهبة.[2]

الفرع الثاني: أركان عقد الهبة عند الفقهاء

أولاً: أركان عقد الهبة في الفقه الإسلامي

1_ عند فقهاء الحنفية

اختلف فقهاء الحنفية حول ركن الهبة وبيان ذلك فيما يلي:

أ_ رأي فقهاء الحنفية: أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب وأما القبول فليس[3].

[1] كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص166.

[2] عقد الهبة (التعريف والخصائص والأركان) –الميزان– Elmizaine

https.//www.elmizaine.com سا21/03/202322:41

[3] د حسن أبو الحمد إبراهيم، أحكام الرجوع في عقود التبرعات في الفقه الإسلامي (عقد الهبة نموذجا)، مدرسة الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة الفيوم، العدد السابع والثلاثون لسنة 2022 م، الجزء الأول 3/2، ص 873.

ب_ رأي الإمام زفر: أن ركن الهبة الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له وذلك قياسا على سائر العقود، وفي قوله له أن القبض ركنا في المنقولات.

_ دليل الاستحسان: أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فإذا أوجب فقد أتى بالهبة وترتب عليها الأحكام.

_ روى عن النبي أنه قال: "**لا يجوز الهبة إلا مقبوضة**"، وجه الدلالة: في الحديث الشريف دلالة على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول، فقد أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة.

_ روى الإمام البخاري في صحيحه: " **كان أصحاب النبي يخبر أنه أهدى لرسول الله حمار وحش وهو بالأبواء أو بودان وهو محرم فرده**"، وجه الدلالة: فقد أطلق الراوي اسم الإهداء بدون القبول وهذا من ألفاظ الهبة فيكون دليلا على انعقاد الهبة بدون القبول.[1]

_ أن الغاية من الهبة هو حصول الثناء والمدح بإظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول.

_ دليل القياس: (رأي الإمام زفر) أن الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعا باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعا.

_ أن الهبة عقد والعقد قيامه بالإيجاب والقبول لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله.

[1] د حسن أبو الحمد إبراهيم، نفس المرجع، ص 874.

_ ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف إذا حلف لا يهب فلانا شيئا فوهبه منه ولم يقبل الموهوب له فهنا بحنث استحسانا، وعليه كثير من فقهاء الحنفية لأن الركن عندهم الإيجاب فقط والقياس لا يحنث وهو قول الإمام زفر لأن الركن عنده الإيجاب والقبول.

_ أركان الهبة عند جمهور الفقهاء: ذهب جمهور الفقهاء أن أركان الهبة أربعة وهي التالي: الواهب وهو المالك المتبرع الموهوب له وهو الشخص الذي تؤول إليه الهبة3، الموهوب وهو الشيء المتبرع به الذي يتم تمليكه، والصيغة وهي الألفاظ التي تتم بها الهبة.
[1]

ثانيًا: أركان عقد الهبة في الفقه المالكي

أركانها أربعة وهي الصيغة، الواهب، الموهوب له والموهوب.

1_ الصيغة: وهي كل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل كلفظ الهدية والعطية والنحلة وشبه ذبك.

ولا بد من اعتبار القبول ودليل ذلك ما روته أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: "**تزوج النبي أم سلمة قال لها: إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأوقي من مسك، ولا ارى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة. فإن ردت علي فهي لك قالت: وكان كما قال رسول الله وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة**"، والمعنى أن الهدية لا تملك بمجرد الإهداء بل لا بد من القبول ولو كانت تملك بمجرد ذلك لما قبضها النبي لأنها قد صارت ملكا للنجاشي عند بعثه له بها، فإذا مات بعد ذلك وقبل وصولها إليه، صارت لورثته.

[1] د حسن أبو الحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 875-876.

2_ الواهب: وهو المالك إذا كان صحيحا مالكا أمر نفسه أي أن يتمتع الواهب بأهلية التبرع، وذلك بأن يكون عاقلا بالغا رشيدا لأن الهبة تبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لأنهما لا يملكان التبرع، وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير لأن ولايته قاصرة على التصرف في ماله بما يجلب النفع له، والهبة الخالية من العوض فيها ضرر محض فلا تجوز، أما المريض فإن وهب ثم مات كانت هبته في ثلث تركته تشبيها بالوصية وإن صح من مرضه صحت الهبة.

3_ الموهوب له: وهو كل إنسان يصح قبوله وقبضه، إذ يجوز أن يهب الإنسان ماله كله لأجنبي اتفاقا، ويستثني من ذلك الصبي إذ لا يصح قبضه لنفسه ولا قبوله لأنه ليس من أهل التصرف ووليه هو الذي يقوم مقامه في ذلك، فإن كان له أب أمين فهو وليه أشفق عليه وأقرب إليه وإن مات أبوه الأمين وله وصي فوليه وصيه لأن الأب أقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله، وإن كان الأب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصي فأمته الحاكم.

4_ الموهوب: وهو كل شيء صح ملكه[1].

المطلب الثاني: الرجوع في الهبة وموانعه

فالهبة عقد رضائي بين الواهب والموهوب له وهو عقد لا يجوز الرجوع عليه فالرجوع في الهبة سنأخذه في (الفرع الأول) وبالرجوع لقانون الأسرة في المادة 211 سنأخذ موانع الرجوع في الهبة وهذا في (الفرع الثاني).

[1] الدكتورة سعاد سطحي، عقد الهبة في الفقه المالكي، جامعة الأمير عبد القادر _قسنطينة، ص 104-105-106-107

الفرع الأول: الرجوع في الهبة

أولاً: تعريف الرجوع

لغة: رجع بمعنى عاد أما **اصطلاحا:** رفع العقد من الأصل، وهو العود إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة، وفسخ العقد بعد تمامه، والرجوع في الهبة هو عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل بغية إرجاعها واسترداده من الموهوب له[1].

المراد بالرجوع: الانصراف عن الشيء، المدلول اللغوي للرجوع وهو ترك الأمر بعد العزيمة عليه وإطلاق هذا المعنى على الرجوع في العقود يراد به عدم إنفاذها بعد إبرامها[2].

ثانيًا: الطبيعة القانونية للرجوع في عقد الهبة

الرجوع في الهبة فسخ لها: يقول العلامة الأستاذ الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري: "فإذا رأى القاضي أن العذر الذي يقدمه الواهب للرجوع في هبته عذر مقبول، اقره عليه وقضى بفسخ الهبة وإلا امتنع من إجابة طلبه وأبقى الهبة قائمة، ومن هنا نرى أن الرجوع بالتقاضي في الهبة هو فسخ قضائي لها بناء على طلب الواجب يسوغه عذر مقبول متروك إلى تقدير القاضي كما هو الأمر في فسخ العقد بوجه عام".

ويستند هذا الرأي أن الرجوع في الهبة يتم بالتقاضي ويملك القاضي سلطة تقديرية مطلقة في تقدير قيام العذر المقبول للرجوع في الهبة، وخلاف للرأي السابق يرى البعض عدم جواز اعتبار الرجوع في الهبة فسخا لها وذلك لاختلاف نظام الفسخ عن نظام الرجوع أهمها:

---

[1] ركابي لامية، أحكام الرجوع في عقد الهبة، مذكرة ماستر، الميدان الحقوق والعلوم السياسية، فرع الحقوق، تخصص قانون الأسرة، سنة 2021/06/26، ص21-22.

[2] د سليمان بن عبد الله أبا الخيل، أثر الالتزام في عقد الهبة، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، ص54.

إن الفسخ جزاء أساسه خطأ المدين والمتمثل في إخلاله بالتزاماته الناشئة عن العقد مما يعطي للدائن الحق في طلب فسخ العقد لكي يتحلل بدوره من الالتزامات التي تنقل كاملة إذا ما حكم القضاء بفسخ العقد، وأن الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانبين والهبة في الغالب عقد ملزم لجانب واحد وهو جانب الواهب وبالتالي لا تكون محل للفسخ، إذن يتبين لنا مما تقدم أن الرجوع في الهبة وإن كان يتشابه مع الفسخ في بعض النقاط لاسيما إذا كانت الهبة بعوض إلا أنه لا يمكن تكيفه على أساس أنه فسخ وذلك لاختلاف نظامها[1].

_ مدى اعتبار الرجوع في الهبة إلغاء لها: الإلغاء تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عنه بالنسبة للمستقبل فقط إنهاء العقد القابل لذلك بناء على نص القانون أو اتفاق المتعاقدين، وهو بذلك يشبه الرجوع في عدة نقاط منها:

أن كل منها يعتبر استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وأن كليهما حق لمن تقرر له، ومن ثم لا تترتب أية مسؤولية على ممارسته إلا إذا تعسف من تقرر له الرجوع أو الإلغاء في استعمال هذا الحق أو نص القانون على خلاف ذلك وغيره من نقاط، وعلى الرغم من تشابه الرجوع والإلغاء في عدة نقاط إلا أن هناك فارقا جوهريا بينهما يتمثل في الأثر المترتبة عنهما، ذلك أن الرجوع له أثر رجعي يترتب عليه إعادة الحالة ما كانت عليه قبل إبرام عقد الهبة، أما الإلغاء فيقتصر أثره على المستقبل فقط أي انتهاء سريان مفعول العقد بالنسبة إلى المستقبل فقط[2].

_ مدى اعتبار الرجوع في الهبة إقالة منها: يقصد بالإقالة أو التقايل لغة الرفع أو الإزالة فيقال مثلا أقال الله عثرتك بمعنى أزالها عنك، وفي ذلك يقول رسول الله :"**من أقال نادما**

[1] ركابي لامية، المرجع السابق، ص23-24.

[2] أ شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الإيداع القانوني 2012/5672، ص68.

أقال الله عثرته يوم القيامة"، أما التقايل اصطلاحا فهو: اتفاق يرد على العقد بعد أن يكون قد تم تكوينه تكوينا صحيحا يهدف من ورائه إلى حل الرابطة التعاقدية، والتقايل بهذا المعنى يعتبر سببا من أسباب انحلال العقد تم بإيجاب وقبول صرحين أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي، والأصل أن التقايل لا يكون له أثر رجعي فيقتصر على المستقبل فقط[1].

ثالثًا: كيفية الرجوع في عقد الهبة

إن المشرع الجزائري أعطى حق الرجوع في الهبة للوالدين دون سواهما وقد تأكد هذا المبدأ في قرار المحكمة العليا رقم 286823 في2006/02/15 الذي جاء فيه للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولدهم[2].

يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إما بالتراضي مع الموهوب له وإما بالتقاضي دون رضا الموهوب له.

1_ الرجوع في الهبة بالتراضي

إذا أرد الواهب الرجوع في الهبة وتراضى الموهوب له على هذا الرجوع فإن هذا يشكل إقالة من الهبة، والتقابل هو انحلال الرابطة العقدية باتفاق الطرفين، والملاحظ أن الرجوع في الهبة بالتراضي يتم في جميع الأحوال سواء أكان مانع من موانع الرجوع في الهبة أو لم يكن، وتعتبر هذه الحالة الوحيدة التي يسوغ فيها الموثق تحرير عقد الرجوع في الهبة بالتراضي بين الطرفين، أما ما ذهبت إليه المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك

[1] شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص70.

[2] مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، عدد01، ص269.

الوطنية بتاريخ 02-14 1994تحت رقم 626 التي اعتبرت أن الرجوع في الهبة هو حق مقرر على وجه الاستثناء للوالدين فقط في الهبة التي يرتبونها لأولادهم مهما كان سنهم، بالشروط المقرر في المادة 211 من القانون الأسرة[1].

2_ الرجوع في الهبة بالتقاضي

إذا لم يتم اتفاق بين أحد أبوين الواهب والابن الموهوب له على الرجوع في الهبة فإننا نرى بأنه لا سبيل للواهب في هذه الحالة إلا اللجوء إلى القضاء لممارسة حق الرجوع في الهبة التي كان قد منحها لأحد أولاده بالشروط الواردة في المادة 211 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: "**للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه إلا في الأحوال التالية:**

_ إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

_ إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

_ إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير من طبيعته".[2]

رابعاً: حكم الرجوع في عقد الهبة

1_ الرجوع في الهبة قبل القبض: انطلقا من اختلاف الفقهاء حول شرط القبض هل هو شرط صحة أم شرط تمام فمنهم من أجازه ومنهم لم يجزه، وهذا ما سنتناوله تباعا

أ_ الاتجاه الأول:

[1]بنور إيمان، المرجع السابق، ص36-37.

[2]حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص33.

ـ جواز الرجوع في الهبة قبل القبض: إن الهبة قبل القبض عند جمهور الفقهاء عقد جائز أي غير لازم يجوز للواهب أن يرجع فيه ولا يمكن للموهوب له أن يجبره على تسليمه الشيء الموهوب لأن ملك الشيء الموهوب لا ينتقل إلى الموهوب له إلا بعد القبض التام المستوفي لجميع شروطه، ودليل جمهور الفقهاء المسلمين أن الشيء الموهوب قبل القبض لا يزال على ملكه فجاز له ذلك لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل مصداقا لقوله سبحانه وتعالى: "**ما على المحسنين من سبيل**".

ب_ الاتجاه الثاني:

ـ عدم جواز الرجوع في الهبة قبل القبض: إن الهبة قبل القبض عند أنصار هذا الاتجاه عقد لازم بمجرد إبرام العقد أي تطابق الإيجاب والقبول بين الواهب والموهوب له بمجرد إبرام عقد الهبة فإن لم يفعل جاز للموهوب له إجباره على التسليم أو قبض الشيء الموهوب بغير إذن الواهب لأن ملكية الشيء الموهوب تكون قد انتقلت إليه بمجرد العقد،[1] ودليلهم في ذلك قوله □: "**العائد في هبته كالعائد في قيئه**".[2]

ـ الرجوع في الهبة بعد القبض: انقسم الفقه في هذا الخصوص بين اتجاهين الاتجاه الأول يرى عدم جواز الرجوع في عقد الهبة بعد القبض، أما الاتجاه الثاني فيرى الرجوع بعد القبض.

ـ الرأي الأول: يرى أنه لا يجوز الرجوع في الهبة بعد القبض وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية باستثناء هبة الوالد لولده، فللوالد الرجوع فيما وهب

[1] أ. شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص82-84.

[2] أخرجه الإمام مسلم في صحيحه والإمام البخاري في صحيحه.

لابنه مالم يوجد مانع من موانع الرجوع، وزاد الشافعية جوزا الرجوع لسائر الأول على المشهور في الذهب.

_ الرأي الثاني: يرى أنه يجوز الرجوع في الهبة بعد القبض عقد جائز في الأصل يجوز للواهب أن يرجع فيه إلا إذا مانع من الموانع.[1]

الفرع الثاني: موانع الرجوع عقد الهبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أولاً: في الفقه الإسلامي (عند جمهور الفقهاء)

1_ موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية

أ_ مانع الزيادة المتصلة في نفس العين:

يقول أن زيادة الشيء الموهوب زيادة متصلة تزيد من قيمته تجعل الهبة لازمة بعد أن كانت غير لازمة، ومن ثم يمتنع الرجوع فيها عن طريق القضاء حتى لو وجد عند الواهب عذر يجيز له الرجوع في الهبة.

ب_ مانع موت أحد المتعاقدين:

يفرق بين فرضين:

1)_ موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض.

2)_ وفاة أحدهما بعد القبض.

[1] ركابي لامية، المرجع السابق، ص 29.

فإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة لأن الهبة عندهم لا تتم ولا تلزم إلا بالقبض الذي بموجبه ينتقل الملك إلى الموهوب له، وعليه إذا تخلف القبض في الهبة كانت باطلة أما إذا مات أحد المتعاقدين بعد القبض فإن الهبة تصبح لازمة بعد أن كانت غير لازمة ويعتبر الموت عندئذ مانعا من الرجوع.

ج_ مانع أخذ الواهب عوضا عن هبته:

يقصد بالعوض المقابل المادي الذي يحصل عليه الواهب نظير هبته، وعليه إذا عوض الموهوب له الواهب عن هبته وقام هذا الأخير بقبض العوض امتنع على الواهب أن يرجع في هبته، ومتى تحقق غرض الواهب من الهبة أصبحت لازمة بعد أن كانت غير لازمة وامتنع على الواهب الرجوع فيها قضائيا حتى لو كان له عذر مقبول يبرر الرجوع.

د_ مانع خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له:

وهذا سبب من الأسباب الناقلة أو المسقطة للملكية كالبيع أو الهبة أو الوقف أو الإبراء ونحوها، وعليه إذا أخرج الموهوب له الشيء الموهوب من ملكه وسلمه للغير سقط حق الواهب في الرجوع حتى لو عاد الشيء الموهوب بعد ذلك إلى ملك الموهوب له بسبب آخر.

هـ_ مانع الزوجية:

امتناع الرجوع في الهبة إذا كانت صادرة من أحد الزوجين لأخر ويشمل هذا المنع هبة الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها دون تفريق.

و_ مانع القرابة المحرمة:

وهي كل قرابة دم اثنين أو اثنتين تحرم زواج أحدهما بالأخر كالأبوين والأولاد والإخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات، وهذه الصلة تعتبر مانعا من موانع الرجوع عند الأحناف.

ي_ مانع هلاك العين الموهوبة:

لا يجيز للواهب أن يرجع في هبته سواء كان هلاك بفعل الموهوب له أو بسبب أجنبي عنه كالحريق أو زلزال، والهلاك يعني فناء مادة الشيء وطبيعته على نحو يفوت الغرض المقصود منه أو ينقص من انتفاع به.[1]

2_ موانع الرجوع الهبة في المذهب المالكي

يعد عقد الهبة على المذهب المالكي من العقود اللازمة التي لا يحل للواهب استرداد الهبة من الموهوب له بعد التقابض، غير أنه يستثنى من ذلك الوالدين فيحق لهما الرجوع فيما وهباه لولدهما بشرط انتفاء الموانع الشرعية، وهذه الموانع منه ما يشترك الوالدين:

أ_ ألا يتزوج الولد بعد الهبة.

[1] أ. شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص127.

ب_ ألا يحدث دينا لأجلها.

ج_ ألا تتغير الهبة عن حالها.

د_ ألا يحدث الموهوب به فيها حدثا.

هـ_ ألا يمرض الواهب أو الموهوب له.

أما الموانع التي تختص بها الأم دون الأب هي:

أ_ ألا يكون الولد صغيرا.

ب_ ألا يكون الولد يتيما.[1]

وذهب قانون الأسرة الجزائري إلى المساواة ما بين الأب والأم في موانع الرجوع دون أن تأخذ بالمانعين الخاصين بالأم، وجاء في المادة 211 ق.أ.ج. أن: "**للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه إلا في الحالات الآتية:**

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2-إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بالبيع أو تبرع أو ضياع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

[1] د أحمد عبد القادر محمد البهي، موانع الرجوع في الهبة بين الشريعة الإسلامية والنظم العربية، (دكتوراه في الفقه المقارن)، جامعة الأزهر مصر، ص131-132.

3_ موانع الرجوع الهبة في الفقه الشافعي

الشافعي من حيث مبدأ الرجوع في الهبة فقد جاء في هذا المذهب: إن وهب لغير الولد أو ولد الولد شيئا وأقبضه لم يملك الرجوع فيه لما روى عن ابن عباس $\hbar$ رفعناه إلى النبي □:" **لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى لولده**".

يجوز للوالدين وإن علو الرجوع في الهبة لولدهما إلا في الحالات التالية:

أ- أن يكون الولد رقيقا لأن الهبة لرقيق هبة لسيده وهو أجنبي لا رجوع عليه.

ب- أن يكون الموهوب دينا للوالد على الولد فوهبه الوالد له فإنه لا يصح الرجوع فيها.

ج- إذا انقطعت سلطة الولد على الموهوب كما إذا وهب العين الموهوبة له لغيره وقبضها الغير فإنه في هذه الحالة تنقطع سلطته وملكه فليس لوالده الرجوع، ومثل ذلك ما إذا رهن العين الموهوبة وقبضها المرتهن فإنه في هذه الحالة لا حق للوالد في الرجوع، وذلك لأن الولد لا سلطة له على العين حين إذن كان ملكه باقيا.

د- إن حجر على الولد لسفه امتنع الرجوع.

هـ- إذا كانت العين الموهوبة مستهلكة كبيض الدجاج والبذر إذا نبت في الأرض فلا رجوع فيها.

و- إذا باع الولد العين الموهوبة امتنع على الوالد الرجوع في هبته، ومثال ذلك الوقف ونحوه من كل ما يزيل السلطة فإذا ملكه بعد بيعه لم يعد الرجوع.

ي- إذا زادة العين الموهوبة زيادة منفصلة كأن ولدت الدابة الموهوبة أو أثمر البستان، فإن الزيادة المنفصلة تكون للولد لأنها حدثت وهي في ملكه، فلأب الرجوع في الأصل دون الزيادة التي حدثت.[1]

4_ الرجوع في الهبة في المذهب الإمام ابن حنبل (الفقه الحنبلي)

للأب الرجوع فيما وهب لولده ودليل ذلك هو الحديث المتقدم وهو لقوة سنده يخصص عموم الحديث الوارد في النهي عن الرجوع في الهبة للمحارم: وكذلك (العائد في هبته) على أن هذا الحديث محمول على التنفير من الرجوع، وهل الأم كالأب في الرجوع في الهبة؟ ظاهر كلام الإمام أحمد أنه ليس لها الرجوع، لكن يحتمل أن لها الرجوع لدخولها في قوله إلا الوالد فيما يعطي لولده فاسم الوالد بيتا ولها ظهره والمعتمد الأول.

ويشترط لصحة رجوع الوالد فيما وهبه لولده أربعة شروط فإن تخلف واحد منها امتنع الرجوع:

أ- أن يظل الشيء الموهوب باقيا في ملك الموهوب له، فإن خرج عن ملكه بأي سبب كان بيعا أو هبة أو وقفا أو إرثا أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيما وهب لأنه إبطال لملك غير الموهوب له، وإن عاد إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصية أو إرث أو نحو ذلك لم يملك الرجوع لأنه عاد بملك جديد لم يستنفد من قبل أبيه.

ب- أن تكون العين باقية في تصرف الولد ويملك التصرف فيها أي في رقبتها، فإن رهنها أو أفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها لأن في ذلك إبطالا لحق غير الولد، فإذا زال المانع من التصرف فله الرجوع.

[1] بنار صمد بيبان، الرجوع عن الهبة، سنة 2019/2020، ص26-27.

ج- ألا يتعلق بها رغبة لغير الولد، فإن تعلقت به رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته وأدلوه أو أرغبوا في زواجه فزوجوه إن كان ذكر أو تزوجه الأنثى كذلك.

د- ألا تزيد العين الموهوبة زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعه، فإن زادت فهناك رويتان أحدهما لا تمنع الرجوع لأنها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض وكالزيادة المنفصلة، والثانية تمنع لأن الزيادة للموهوب له لكونه نماء ملكه ولم تنقل إليه من جهة أبيه، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الأصل أيضا.[1]

ثانيًا: في التشريع الجزائري

استنادا من المادة211 من قانون الأسرة أن للأبوين حق الرجوع في الهبة التي يهبانها لولديهما مهما كان سنه صغيرا أو كبيرا بالغا أو غير بالغ، إلا أن نص المادة قيد حق رجوع الأبوين في الحالات الآتية:

1_ حالة التي قيد حق رجوع الواهب فيها بقوله: هذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بيع أو تبرع به فإن هذا يمنع الواهب من استعمال حقه في الرجوع، لأن المال خرج من تحت يد الموهوب له بالبيع أو بالتبرع، والنص في هذه الحالة لا يخول له حق الرجوع، كما أن ضياع الشيء الموهوب من الموهوب له أو هلاكه يمنع الواهب من الحق في الرجوع في هبته.

2_ والحالة الأخرى مرض الواهب مرض الموت فإنه يمنعه من اعتصاره ما وهبه لولده، لأن اعتصاره إياه قد يكون لغيره، لكن إذا وهب لوالده المتزوج أو المريض أو المدين أو كان

[1] محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص 296-295.

الوالد مريضا وقت الهبة فله الاعتصار، وكذلك الحكم إذا زال النكاح أو الدين فلا اعتصار، وذلك لإن المريض لم يعامل الناس بخلاف النكاح.[1]

إن المشرع الجزائري أعطى حق الرجوع للوالدين فلهما حق الرجوع في هبتهما اتجاه ولديهما غير أن هذا الحق مقيد وذلك في حالات معينة:

1_ إذا كانت الهبة صادرة من الوالد لابنه من أجل زواجه ولد أو أنثى، فإذا تحقق الغرض الذي هو الزواج فلا يحق للوالدين حق الرجوع فتكون لازمة منذ صدورها، فلا يجوز للوالدين حق الرجوع فيها إلا عن طريق التراضي بين الواهب والموهوب له.

2_ إذا كانت الهبة صادرة من الوالد ضمانا لقرض ابنه أو قضاء لدين عليه، فإذا قام الموهوب له بتسديد دين كان في ذمة الواهب أو قدم ضمان كأن يكون رهن رسمي أو كفالة عينية لفائدة الواهب في مواجهة دائنه، فتكون الهبة حينئذ لازمة ليس للواهب الرجوع فيها إلا عن طريق التراضي.

3_ إذا تصرف الابن الموهوب له في شيء الموهوب بيع أو تبرع أو ضاع منه الشيء الموهوب أو أخل عليه ما يغير طبيعته الهبة للمنفعة العامة لا رجوع فيها.

4_ أما في حالة ضياع الشيء الموهوب سواء بسبب أجنبي أو بفعل إهمال الموهوب له لا يرجع الواهب في هبته لأن الموهوب لا يضمن الضياع.[2]

[1] محمد بن أحمد تقية، نفس المرجع، ص259.

[2] بنور إيمان، المرجع السابق، ص41.

المبحث الثاني: الجرائم المترتبة عن عمليات زرع الأعضاء

تعد تجارة الأعضاء البشرية من أخطر الجرائم التي تمس بحرمة الجسد، وبما أنها جريمة استحدثت أساليب وأدوات في ممارستها بطرق غير مشروعة، وتعد من الجرائم التي يجرمها القانون الدولي حيث وبوجود قوانين تنظم نقل الأعضاء إلا أن الواقع يكشف عن شيوع ممارسات متجاوزة لأحكام القانون حيث أصبح الأمر تجارة تجني الأموال، ولهذا

سنستعرض في هذا المبحث مفهوم الاتجار بالأعضاء البشرية في (المطلب الأول)، وموقف المشرع الجزائري من تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية

إن تجارة الأعضاء هي عملية زرع تجارية تحقق ربح مادي، حيث تتم بغرض نزع العضو من الجسم لغرض معاملات مالية، فيتم تداولها بيعا وشراء بعد فصلها عن صاحبها بالرضا أو بالضغط والإكراه ويتم نقل ملكيتها إلى شخص أخر، ومن هذه الفكرة ستناول تعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في (الفرع الأول)، وخصائص وأثار جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

إن منطلق تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية تم إدانتها من الجانب الفقهي والقانوني بشكل عام، ومنه تعريفها يجب الاشارة إليه من الجانب اللغوي والاصطلاحي والفقهي والقانوني وهذا ما سنتطرق إليه.

أولًا: الاتجار لغة واصطلاحا

سنأخذ التعريف اللغوي والاصطلاحي:

أ_ لغة:

تجر تجرا وتجارة وتاجرا وأتجر واتجرا: تعاطى التجارة، التاجر جمع تجار وتجار وتجر: من يتعاطى التجارة، كان العرب يسمون بائع الخمر تاجرا، والتجارة يقصد بها البيع والشراء من أجل تحقيق الربح[1].

أما كلمة العضو في المعاجم اللغوية فتعرف في مادة (عضا) بأنها: الواحد من أعضاء الشاة وغيرها، وقيل كل عظم وافر بلحمه، وجمعها أعضاء، وعضا الذبيحة: قطعها أجزاء[2].

ب_ المعنى الاصطلاحي:

يشتق مصطلح الاتجار من التجارة ومعناها التبادل الطوعي للبضائع، فعملية التفاوض تتم من خلال البيع على سعر البضائع التي يقدر قيمتها ويتم الدفع حاليا عن طريق وسائل للتبادل التجاري تدعى النقود بدلا من الشكل التقليدي للبيع الذي كان عبارة عن مقايضة بضاعة مقابل أخرى، وتقوم التجارة على تبادل السلع والخدمات[3].

ثانيًا: التعريف الفقهي

[1]بن خليفة إلهام، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد السادس، يناير (كانون الثاني)، 2013، ص 63.

[2]طالب خيرة، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في التشريع لجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر (تلمسان)، 2018-2017، ص329.

[3]بن خليفة إلهام، المرجع السابق، ص63.

معنى جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية هي قيام الفرد أو جماعة إجرامية تقوم بجمع الأشخاص بطرق عشوائية وبدون موافقتهم وبالإكراه والتحايل عليهم، فيتم بيع أعضاء هؤلاء الضحايا كسلعة مقابل جني وتحقيق الأرباح المالية الطائلة[1].

ثالثًا: التعريف التشريعي (الاتجار في البشر لغرض نزع أعضائهم)

سنتطرق إلى مفهوم الاتجار بالأعضاء البشرية كونه من أفعال الاتجار بالبشر من ناحية تعريفها من حيث التشريعات الدولية والتشريعات الوطنية كالاتي:

1_ التشريعات الدولية

أ_ برتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص

من هذا المنطلق نشير أن التعريف الأممي جاء شاملا لكافة أفعال الاتجار بالبشر ولم يحدد تعريف لأفعال الاتجار، ومنه تعريف الاتجار بالأعضاء البشرية جاء تعريفه ضمن تعريف الاتجار بالبشر، وما نصت عليه المادة 03/أ من البروتوكول المشار إليه أن الاتجار بالبشر هو: "**تجنيد أشخاص أو نقلهم أو ترحيلهم أو إيواءهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل مزايا 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**".

[1] بسمة مأمن، آليات مكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الدولي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة خنشلة (الجزائر)، المجلد 05، العدد 01، السنة 2022، ص 909.

ومن هذا السياق نفهم مما جاء في البرتوكول أنه تم تعريف الاتجار بالأعضاء من خلال تعريف الاتجار بالأشخاص، فمن نص المادة نفهم أن جريمة الاتجار بالأعضاء تعد صورة من صور النشاط الإجرامي لسلوك الاتجار بالبشر، فجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من الجانب القانوني ينطبق عليها الوصف القانوني الخاص بجرائم الاتجار بالبشر، أما الاختلاف يكون في محل الجريمة حيث يتمثل في أعضاء جسم الإنسان التي تتحول في يد التاجر إلى سلعة تشترى وتباع.[1]

ب_ تعريف الاتفاقية الأوروبية لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية

عرف الاتجار بالأعضاء البشرية في المادة 1 الفقرة الأولى وجاء فيها بمفهوم "نطاق التطبيق والمصطلحات" كما يلي: "يقصد بالاتجار بالأعضاء البشرية كل نشاط غير مشروع متعلق بأعضاء بشرية على النحو المشار إليه في المادة الرابعة /1: "يتخذ كل طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى للتجريم وفقا لقانونه الداخلي عندما يرتكب الفعل عمدا انتزاع الأعضاء البشرية من متبرعين أحياء أو متوفين.

_ إذا تم الانتزاع دون الحصول على الرضا الحر المستنير والمحدد للمتبرع الحي أو المتوفى، أو في حالة المتبرع المتوفى دون أن يكونا الانتزاع مرخصا به في القانون الداخلي.

_ إذا عرضت على المتبرع الحي أو الشخص ثالث أو تحصيل في مقابل نزع الأعضاء على ربح أو منفعة مماثلة.

[1] طالب خيرة، المرجع السابق، ص333.

_ إذا في مقابل نزع الأعضاء من متبوع متوفي عرضت على شخص ثالث أو تحصل على ربح أو منفعة مماثلة ". [1]

2_ التشريعات الوطنية

إن المشرع المصري لم يعطي تعريف محدد لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية كجريمة مستقلة رغم تحديد تجريمها وفق قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية المصري، وهذا ما نص عليه في مادته 6 التي تحظر التعامل المالي في عملية نقل وزرع الأعضاء، أي أن يكون تحصيل المادي من وراء هذه العمليات وما جاء في نص المادة: "يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته.

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته.

كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين".[2]

إضافة إلى ذلك فقد سارت العديد من التشريعات العربية على نفس منوال التشريع المصري في تعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية على أنها صورة من صور الاتجار

[1] بدر الدين خلاف، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة (الجزائر)، المجلد 13، العدد 02، أكتوبر، 2022، ص811 –812.

[2] جبيري نجمة، الاتجار بالأعضاء البشرية (دارسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه علوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 19/ 06 / 2019، ص35.

بالبشر، ومما جاء في القانون الاتحادي المادة 01 من القانون الإماراتي رقم 51 لسنة 2006 وهذا وفق المادة الأولى منه، والقانون الأردني (09 لسنة 2009) وفق المادة 3، (وقانون مكافحة الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين الكويتي لعام 2008).

تعتبر جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية فعل من أفعال النشاط الإجرامي لسلوك الإتجار بالبشر، فهي أساس الانتهاكات لحقوق الإنسان.[1]

_ من الناحية الطبية هي مجموعة الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة مثل المعدة التي تحوي الطعام وتهضمه، ومثل الكبد والكلية والدماغ والقلب ... الخ.[2]

الفرع الثاني: خصائص جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية وآثارها

إن لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية خصائص وأثار مترتبة عنها وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع.

أولاً: خصائص الجريمة

1_ جريمة منظمة

هي جريمة تمتاز بالتنظيم والاحترافية والإتقان، وفي جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية يقصد بها جريمة منظمة فالمجرمون يقومون بعرض خدماتهم والسلع، وتعد أفعال غير مشروعة وليس قانونية، ومع وجود جماعات من العامة من الموظفين من جماعة الفساد يحتاجون لهذا النوع من الخدمة، حيث يقومون بتأمين الحماية لهؤلاء الأطراف من جماعة الإجرام وذلك من أجل مصالحهم الشخصية قصد تحقيق الأرباح المادية لفائدتهم.

[1] طالب خيرة، المرجع السابق، ص 335.

[2] بن خليفة إلهام، المرجع السابق، ص 63.

فالجريمة المنظمة ليست نشاط إجرامي يرتكبها شخص واحد بل هي نشاط إجرامي جماعي متعدد يقوم عليه أناس متعددون ضمن فئة جماعات متباينة منها بداية من النشالين إلى الأطباء انتهاء بالتجار الكبار أصحاب النفوذ.

2_ جريمة مستحدثة

تعددت الجرائم المستحدثة في الفترة وفكرتها القائمة استخدام وسائل حديثة في الجريمة، وكذلك بالنسبة للجرائم المعروفة من قبل، وكذلك كيفية التهرب من القضاء من خلال أسلوب المستحدث لديهم، فجريمة الاتجار بالأعضاء تعد من الجرائم المستحدثة لكونها تم ابتكار مختلف الأساليب والأدوات من طرف المجرمين في ميدان التجارة الإجرامي.[1]

3_ جريمة تتم في سرية تامة

جريمة الأعضاء هي جريمة يصعب الوصول للكشف عنها، وصعوبة نسب من ارتكبها ولا كيفية معرفة الأساليب المستخدمة فيها ولا فهم طبيعتها.

تعد هذه الجريمة من النوع المبهم والمعقد والمتداخل في بعضه وهذا ما يستوجب تواطؤ عدة جهات مختلفة منها الشرطة، عمال مصلحة حفظ الجثث، الموظفون الطبيون، سائقي سيارات الإسعاف، والمتبرعون، المتلقون، فهذه الجريمة يصعب الكشف فيها عن المتورطين فيها من المجرمين حيث أن نشاطها يختفي وراء عدة أفعال إجرامية أخرى تكون تحت اسمها منها الاحتيال، الخطف، السرقة، الابتزاز، النصب، التزوير ...الخ من الجرائم وغيرها، وهذه الجريمة لا يتم التبليغ عنها بسب الخوف وتهديد الضحايا.

[1] أمحمدي بوزينة أمنة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء في ظل القانون 01/09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، الشلف، ص429.

4_ جريمة تعمل على إفساد القيم الاجتماعية

تقوم هذه الجريمة على كسر الروابط في العلاقات الاجتماعية وبين الأسر والأقارب وتنشئ التوتر والنزاعات والتفكك الأسري وهدم العلاقات الإنسانية الأخلاقية في المجتمع، وتؤدي إلى تفشي الجريمة في المجتمع بشكل كبير من أجل الربح المادي.[1]

5_ جريمة تعمل على إساءة استخدام التقنيات العلمية

إن التقنيات والأساليب العلمية والتكنولوجية وخاصة في المجال الطبي وعامة، فالأصل فيها يعود لخدمة الإنسان والمجتمع الإنساني إلا أن تجار الأعضاء البشرية قاموا بالإساءة لبعض التقنيات والأدوات العلمية، وهذا في الإطار الطبي لزرع ونقل الأعضاء البشرية، فالمعنى أن الإنسان يتم استئصال عضو من أعضاءه البشرية دون التأكد من سلامة جسده وماله من قابلية في المستقبل على التصدي المناعة لديه للأمراض المزمنة والخطيرة.

6_ جريمة ذات طابع دولي تتأثر بمظاهر العولمة

في ظل نظام العولمة أصبحت جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية منتشرة دوليا أكثر من الجانب المحلي والإقليمي من حيث أن نظام العولمة كان بارزا من حيت التقدم العلمي في المكتسبات العلمية وتطور وسائل النقل، فهذا التقدم كان سبب في سيطرة عصابات الإجرام اتجار بالأعضاء البشرية متعددو الجنسية على بعض أفراد الفقراء والمحتاجين من الدول النامية.[2]

[1] بن خليفة إلهام، مرجع سابق، ص65 –66.

[2] داودي مغنية، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2016 -2015، ص 21 -22.

ثانياً: الآثار المترتبة عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

لجريمة الاتجار بالأعضاء أثار تترتب عنها منها بالنسبة للمجتمع ومنها بالنسبة للفرد:

1_ آثار جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية بالنسبة للمجتمع

_ انتهاك هذه جريمة الاتجار بالأعضاء للأصول الشرعية ومخالفتها للقوانين الوضعية التي تجرمها.

_ تصاعد نسبة جرائم الخطف وقضايا الاحتيال والنصب تعود على المجتمع بعدم الاستقرار ويصبح مجتمع لا يسوده الأمن والأمان.

_ تزايد جرائم الخطف نتج عنه انتشار سوق سوداء لشراء وبيع الأعضاء البشرية.

_ بروز تحديات أخلاقية كان لها تهديد على المنظومة الصحية في المجتمع خاصة عند علم المريض باستلاء على أعضائه خاصة في أثناء إجراء العمليات البسيطة، بالإضافة إلى استغلال النتائج السلبية في عمليات الزرع.

_ إهدار للمبادئ الأساسية حول مقصد الكرامة الإنسانية في حق الإنسان في التصرف في أعضائه مع انتهاك حقوقه مثل الحق في الحياة، الحق في الحرية وسلامة الجسد، وهذا البيع يتعارض مع القيم وهذا ما للجسم من قدسية تجعله ليس محل للبيع ولا للشراء.

2_ آثار جريمة الاتجار بالنسبة للفرد

_ فقدان الثقة وظهور المشاكل النفسية بالنسبة للمتبرع بأعضائه في حالة ما يترتب عن التبرع.

_ العجز النسبي الذي يصيب جسم المتبرع بعد إجراءه للعملية خاصة فيما يخص قدرته على القيام بالعمل وأداء وظيفته الاجتماعية على الوجه المطلوب كما كان قبل إجراء العملية.

_ بالنسبة للمتلقي شعوره بالندم وعدم الثقة في حال فشل العملية أو عدم تقبل جسمه للعضو المنقول إليه.

_ عدم الشعور بالأمن نتيجة للمطاردة الأمنية من رجال التحقيقات في الكشف عن عصابات المتاجرة بالأعضاء البشرية.

_الآثار الاقتصادية الناجمة من جراء العملية من المصاريف المرتفعة وكذلك نتيجة العناية اللاحقة بعد انتهاء العملية.

_ عدم شعور المتلقي بالأمان وخوفه وتوتره الدائم بأن الخطر محدق به من أن هناك من يريد الانتقام منه من أفراد عائلة المتبرع.[1]

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية

إن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تشكل تهديدا بسبب انتشارها بشكل رهيب، فنظرا لالتزامات الجزائر الدولية بخصوص هذا الموقف، فالمشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية مباشرة، فلقد حدد صورها أي الأفعال المجرمة لها حيث نص على ذلك في قانون العقوبات المعدل والمتمم من خلال المواد 303مكرر 16 إلى المادة 303 مكرر 19، ومن هذا المنطلق تم تقسيم المطلب إلى أركان جريمة الاتجار

[1]بسمة مأمن، المرجع السابق، ص 913-914.

بالأعضاء البشرية في (الفرع الأول)، والعقوبات المقررة في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

تقوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية مثلها مثل أي جريمة على أركان وهي كالاتي:

الركن الشرعي، الركن المادي والركن المعنوي.

أولًا: الركن الشرعي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

لكي يتم اعتبار الفعل جريمة يجب وجود نص يجرمه، تدخل المشرع الجزائري بوضع عدة قوانين لتجريم الاتجار بالأعضاء وكما سيتم تدرجها كالاتي:

1_ الدستور

تنص المادة 40 من الدستور: "**تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة والمعاملة القاسية أو الإنسانية أو المهنية يقمعها القانون**"، وتنص المادة 41 من نفس القانون على: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".[1]

2_ قانون العقوبات

[1] ج ر ج ج، العدد 76، المؤرخة في 08 /12/ 1996، المعدل بالقانون رقم 02، 03 المؤرخ في 10 / 04 / 2002، ج ر ج ج، العدد 25 المؤرخ في 14 / 04 / 2002 والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 2008 /11 / ج ر ج ج، العدد 63 مؤرخة في 16 /11 /2008 والقانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأول عام 1437 الموافق لـ 6 مارس سنة 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج، الصادر بتاريخ 27 جمادى الأول عام 1437 الموافق ل 7 مارس 2016.

نص المشرع الجزائري على جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وتجريمها في التعديل الذي أورده قانون العقوبات رقم 09-01 وذلك بموجب المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 وذلك في الكتاب الثالث تحت باب الجنايات والجنح ضد الأفراد في القسم الخامس مكرر 01 تحت عنوان "الاتجار بالأعضاء".[1]

3_ قانون الصحة وترقيتها

أقر المشرع في قانون الصحة رقم 11-18 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على أحكام تتعلق بتنظيم عملية نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، وذلك بموجب المواد 355 إلى 367 من هذا القانون وعالج الأحكام العامة والخاصة لنقل وزرع الأعضاء البشرية وذلك لصحة مشروعيتها.

وفي نفس السياق أقر المشرع على مبدأ منع التعامل بالأعضاء البشرية بالبيع أو تحت ما يسمى بالاتجار بالأعضاء وهذا ما أكدته المادة 358 السابق ذكرها من ق، ص، ت.[2]

ثانيًا: الركن المادي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية[3]

يعد الركن المادي أساس لقيام الجريمة فهو مظهرها الخارجي، حيث لكل جريمة كيان مادي يعبر عن حقيقتها المادية[4]، وفي جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية هي قيام الجاني أو

2أمر 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 11 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-01، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، ج ر ج، عدد 59، صادرة في 8 مارس 2009.

4أحكام المواد 355 إلى 367 من قانون 18-11 مرجع سابق.

5عبد الرحمن عبيد الله الوليدات، الاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء التشريعات الوطنية والدولية (دارسة مقارنة)، قدمت هذه الاطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الدكتوراه في (القانون العام) في جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا قسم القانون المقارن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2014/12/28، ص 34.

الجناة بارتكاب عدد من الأفعال التي تنصب على جسد الإنسان وبالأخص أعضائه سواء كان حيا أو ميتا وبمقابل مالي أو غيره[1]، وللركن المادي في هذه الجريمة يتجلى في ثلاث عناصر وهي الفعل، النتيجة، والعلاقة السببية بالإضافة إلى عنصر خاص لهذه الجريمة وهو محل الجريمة وهذا ما سنتطرق إليه كالاتي:

1_ السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

إن السلوك المجرم يقوم بحصول الشخص على عضو من الأعضاء أو انتزاع الأنسجة أو خلايا أو تجميع مواد الجسم مقابل منفعة، كما يمكن أن يكون في التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو أو نسيج من جسم شخص.

أما فيما يتعلق بالحصول على أعضاء من الجثة بقابل فلا يوجد أي نص يجرمه مقارنة بجريمة الحصول على عضو أو نسيج بدون رضا صاحبه أين نصت المادة 303 مكرر 17 على تجريم كل من يحصل على أعضاء أو أنسجة من شخص دون رضاه سواء كان الشخص حيا أو ميتا.[2]

2_ النتيجة الإجرامية

تعد جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم المادية التي لها أثر مادي ملموس، فتحصل الجريمة بمجرد الاستيلاء على عضو الجسد البشري ويكون ذلك بواسطة تقديم مبلغ من المال أو أية منفعة أخرى.

ومن هذا الجانب نجد المشرع الجزائري يعاقب على الشروع في ارتكاب الجرائم المتعلقة بزرع الأعضاء، وبسبب خطورة هذه الجريمة فرض المشرع فيها نفس العقوبة في الجريمة

6أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص437.

[2]مواسي العلجة، مرجع سابق، ص336.

التامة وهذا ما جاء في نص المادة 303 مكرر27،[1] المعنى أن السبب الذي يعود الي تشديد العقوبة هو الجسامة في النتيجة الإجرامية المحققة.[2]

3_ العلاقة السببية

الرابطة السببية لها أهمية في تحقق البنيان القانوني للركن المادي في الجريمة فهي التي تربط بين الفعل الإجرامي الذي لا يقوم إلا به وبين النتيجة الإجرامية المترتبة عليه، وبمقصد أخر السلوك المرتكب من الجاني هو الذي يؤدي إلى حدوث النتيجة التي ترتبت عليه، فالعلاقة السببية تحدد المسؤولية الجنائية لمرتكب الجريمة.[3]

4_ محل الجريمة

يتمثل محل الجريمة في العضو أو الجزء من العضو أو النسيج من جسد الإنسان، فإذا كان محل الاتفاق على البيع والشراء على شيء أخر غير ما سبق ذكره فلا تقع الجريمة.[4]

ثالثًا: الركن المعنوي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

لقيام الجريمة التامة ولكي يسأل الجاني عن الأفعال التي ارتكبها لابد من توافر الركن المعنوي، وتعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من جسم الإنسان من الجرائم العمدية، فيأخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي القائم على عنصرين العلم والإرادة، والقصد المطلوب في جريمة انتزاع الأعضاء البشرية هو القصد العام الذي يقوم على العلم بأركان

[1] المادة 303 مكرر17 من قانون العقوبات تنص على: "**يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المنصوص عليها في هذا القسم بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة** ".

[2] درياد مليكة، الاتجار بالأعضاء في التشريع الجزائري، أستاذة محاضرة، كلية الحقوق، جامعة، الجزائر 1، ص280.

[3] حاوش هدى، الحماية التشريعية لعمليات نقل الأعضاء البشرية على ضوء قانون العقوبات الجزائري، مجلة نقدية، طالبة دكتوراه، ص432.

[4] دينا عبد العزيز فهمي، المسؤولية الجنائية عن الاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون رقم (5) لسنة 2010، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ص29.

الجريمة وإرادة الجاني إلى المساس بسلامة جسم الإنسان من خلال الاعتداء على عضو من أعضائه،[1] ويتم تطبيق القواعد العامة في القصد الجنائي على النحو الاتي:

1_ العلم

يعتبر العلم في جريمة الاتجار بالأعضاء حالة ذهنية أو قدر من الوعي يسبق تحقيق إدراك الأمور على نحو صحيح مطابق للواقع ومنه إحاطة بكافة أركان الجريمة، وعليه يجب أن يكون الجاني مرتكب لإحدى جرائم الاتجار بالأعضاء على علم بجميع عناصر الجريمة التي حددها القانون الموضحة سابقا.[2]

2_ الإرادة

يقصد بالإرادة هو النشاط الذي يقوم به الجاني وهي الحالة النفسية التي تتجه إلى تحقيق الفعل الإجرامي، وتعد الإرادة من العناصر التي لها أهمية في النشاط الإجرامي الذي يهدف لتحقيق نتيجة معينة فبانتفاء الإرادة ينتفي القصد الجنائي.[3]

الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

جرم المشرع الجزائري عقوبات ردعية على مرتكبي جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وكما نص عليه في قانون العقوبات، ومن هذا الجانب سيتم تسليط الضوء على هذه

[1] بامون لقمان، جريمة انتزاع الأعضاء البشرية من شخص حي في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، 2018، ص223.

[2] بن خليفة إلهام، مرجع سابق، ص81.

[3] لوني فريدة، الإطار القانوني لجريمة الاتجار بالأشخاص في التشريع الجزائري، مجلة كلية للبنات للعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي أو لحاج البويرة، العدد 28، السنة 15 ،2021، ص 358.

الجزاءات صور هذه الجريمة بالتفصيل، العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، والعقوبات المقررة بالنسبة للشخص المعنوي.

أولاً: بالنسبة للشخص الطبيعي

سنتناول العقوبات الأصلية والتكميلية لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في كل صور من صور هذه الجريمة التي يخضع لها الشخص الطبيعي:

1_ العقوبات الأصلية

أ_ جريمة الحصول على عضو من جسم الإنسان لقاء مقابل أو منفعة

عاقب المشرع الجزائري على جريمة الاتجار بالأعضاء بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى1.000.000 دج، وذلك لكل من يحصل على العضو البشري مقابل منفعة مالية أو أي منفعة مهما كانت صفتها.

وكما تطبق نفس العقوبة على من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو بشري من جسم شخص.[1]

كما رصد عقوبة بالحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج لكل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مالي أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص.[1]

[1] المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري.

ب_ عقوبة الحصول على عضو من جسم إنسان دون موافقة صاحبه

يعاقب كل شخص يقوم بالحصول على عضو من جسم إنسان دون موافقة صاحبه بالحبس من خمس (05) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة مالية من 500.000 إلى 1.000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول به.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول به.[2]

وبالرجوع إلى أحكام نص المادة 303 مكرر 19 نصت على: "**يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 100.000دج إلى 500.000دج كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة، دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول**".

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول.

ج_ عقوبة عدم التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

[1] المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات الجزائري.

[2] المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات الجزائري.

ومن هذا السياق تضمن قانون العقوبات الجزائري النص على تجريم التستر على جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وفي ذلك نص على ما يلي:

"يعاقب كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، ولوكان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000دج.

فيما عدا الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا تتجاوز سنهم 13 سنة، لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة".[1]

د_ الظروف المشددة وتطبيق الفترة الأمنية

الرجوع إلى نص المادة 303 مكرر20 نجدها تنص على حالات التشديد العقاب بالنسبة للأشخاص اللذين تتوافر فيهم شروط تطبيقها، وهذه الحالات هي كالاتي[2]:

_ حالة الضحية القاصر أو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية.

_ إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.

_ إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص.

_ إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.

– إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

[1] المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات الجزائري.

[2] المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات الجزائري.

إذا ارتكبت الجريمة مع توافر ظرف من هذه الظروف، فإن العقاب يصير مشددا يتراوح بين جنحة مشددة وجناية، فأما الجنحة المشددة فعقوبتها الحبس من خمس (05) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000دج، وقد تم رصد هذه العقوبة المشددة لفعل انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص بقابل أو منفعة، وفعل انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص حي أو من شخص ميت دون الحصول على الموافقة.

وأما الجناية فعقوبتها السجن من عشر (10) سنوات إلى عشرون (20) سنة وبغرامة من 1.000.000دج إلى 2.000.000، وكانت هذه العقوبة المشددة لفعل الحصول على عضو من أعضاء جسم بمقابل أو منفعة، وفعل انتزاع عضو من شخص على قيد الحياة أو من شخص ميت دون الحصول على الموافقة.

تطبق هذه العقوبات المشددة بشرط توافر ظرف من الظروف المشددة على الأقل المذكورة أعلاه.[1]

ومن هذا المنطلق فرض المشرع الجزائري تطبيق أحكام الفترة الأمنية على جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية وذلك من خلال ما نصت عليه المادة 303 مكرر29 من قانون العقوبات[2]، فقد فرض تطبيق الفترة الأمنية المنصوص عليها في المادة 60 مكرر من قانون العقوبات الجزائري[3]، والقصد منها حرمان المحكوم عليه من تدابير التوفيق المؤقت لتطبيق

[1]طالب خيرة، المرجع السابق، ص410.

[2]تنص المادة 303 مكرر 29 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "**تطبق أحكام المادة 60 مكرر المتعلقة بالفترة الأمنية على الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم**".

[3]تنص المادة 60 مكرر الفقرة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "**يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة وإجازات الخروج والحرية النصفية، والإفراج المشروط في هذه المادة أو للفترة التي تحددها الجهة القضائية**".

العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة وإجازات الخروج والحرية النصفية والإفراج المشروط، أو أي نظام من الأنظمة التي حواها قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائريين.[1]

هـ_ الظروف المخففة للعقوبة

إن القاضي لا يستطيع إفادة المدان بجريمة من جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية من أحكام ظروف التخفيف ولو ارتكب الشخص المدان الجريمة لأول مرة أو ندم على فعله وحاول إصلاح الضرر الذي اقترفه[2]، وعلة هذا النص أن المشرع الجزائري رأى في جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية خطرا بالغا وارتكابها ضررا محققا.

أما عن تخفيض العقوبة وجوبا الذي نصت عليه المادة 303 مكرر 21 في فقرتها الثالثة، فيعني أن المجرم تسقط عنه نصف العقوبة إن قام بالإبلاغ عن الجريمة بعد أن فرغ من إتمامها، أو بعد الشروع فيها لكن قبل أن تتحرك الدعوى العمومية.

كما يمكن للمجرم الاستفادة من التخفيف بعد تحريك الدعوى العمومية إن تعاون مع السلطات المختصة ومكنها من ضبط المساهمين في الجريمة.

وبالرجوع إلى نص المادة 303 مكرر24 والتي تنص على: "**يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الاتجار بالأعضاء قبل بدء في تنفيذها أو الشروع فيها.**

[1]قانون رقم 05-04 مؤرخ في 06 فبراير 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الصادر بالجريدة الرسمية العدد 12 الصادر بتاريخ 13 فيفري 2005.

[2]تنص المادة 303 مكرر 21 من قانون العقوبات الجزائري على: "**لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا القسم من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من هذا القانون**".

وتخفض العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة ".

وباستقراء نص هذه المادة يتضح نصه بالإشارة إلى الأعذار القانونية التي يتحدد معناها إلى حالات حددها القانون على سبيل الحصر، ينتج على اقترانها بالجريمة الإعفاء من العقاب إن كانت معفية أو التخفيف منه. القصد بالأعذار القانونية في قانون العقوبات هو إغراء المجرم بالتوقف عن مواصلة مشروعه الإجرامي الذي بدأ في تنفيذه بإعفائه أو تخفيف الجزاء.

ومن هذا الجانب ويعد النص لمبدأ أكد عليه المشرع الجزائري لمجابهة جرائم خطيرة كما هو الحال في المادة 87 مكرر8[1] المتعلق بالجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية.

و_ العقوبات التكميلية

وفي السياق ذاته نجد المشرع أنه بجانب العقوبات الأصلية التي حددها لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية السابق ذكرها[2]، تنص المادة303 مكرر22 من قانون 09-01 على أنه: "**تطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لارتكابه جريمة منصوص عليها**

[1]تنص المادة 87 مكرر 8 من ق، ع، ج، على: "**لا يمكن في كل الحالات أن تكون عقوبات السجن المؤقت الصادرة، تطبيق لإحكام هذا الأمر أقل من: عشرين (20) سنة سجنا مؤقتا عندما تكون العقوبة الصادرة عقوبة السجن المؤبد، والنصف عندما تكون العقوبة الصادرة عقوبة السجن المؤقت**".

[2]سعيدي إلهام، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وآليات مكافحتها في التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2012 – 2013، ص 211.

في هذا القسم عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من نفس القانون".

وبالرجوع إلى أحكام نص المادة 9 من ق، ع، ج، نجد العقوبات التكميلية التي أقرها المشرع ويحكم بها في جريمة الانتزاع الأعضاء البشرية هي:

_ الحجز القانوني.

_ الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والمالية.

_ تحديد الإقامة.

_ المنع من الإقامة.

_ المصادرة الجزائية للأموال.

_ المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.

_ إغلاق المؤسسة.

_ الإقصاء من الصفقات العمومية.

_ الحظر من إصدار الشيك أو استعمال بطاقات الدفع.

_ تعليق أو سحب الرخصة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة.

_ سحب جواز السفر.

_ نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

ثانيًا: بالنسبة للشخص المعنوي

سنتطرق إلى العقوبات الأصلية والتكميلية لجريمة الاتجار بالأعضاء التي يخضع لها الشخص المعنوي

1_ العقوبات الأصلية

إذا تم إدانة الشخص المعنوي في جريمة من أفعال جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، فإن حسب الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر26 [1] تطبق عليه العقوبات المقررة في المادة 18 مكرر من ق، ع، ج، تنص على أنه العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح والمتمثلة في:

أ_ غرامة تساوى من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا في الجريمة، عندما يرتكبها الشخص المعنوي، ومن ثم تصير الغرامة ما بين 1.000.000 دج وهو يعد كحد أقصى المحدد لجنحة انتزاع عضو من شخص على قيد الحياة أومن شخص ميت دون الحصول على الموافقة مثلا و5.000.000 دج وهو ما يعادل خمس مرات الحد الأقصى.[2]

2_ العقوبات التكميلية

[1]تنص المادة 303 مكرر 26 من ق، ع، ج، على أنه: "**يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون**".

[2]فرقاق معمر، جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، العدد 10، جوان 2013، ص136.

باستقرائنا لنص المادة 18 مكرر حسب الفقرة 2 من ق، ع، ج، التي تبين العقوبات التكميلية الموضحة كالاتي:

_ حل الشخص المعنوي.

_ غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.

_ الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.

_ المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.

_ مصادرة الشيء الذي أستعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

_ تعليق ونشر حكم الإدانة.

_ الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي أرتكب الجريمة بمناسبته.[1]

[1] فرقاق معمر، المرجع السابق، ص136-137.

خلاصة الفصل الثاني

وكخلاصة لهذا الفصل يتبين لنا الضوابط القانونية والمنظمة لعملية نقل الأعضاء البشرية عن طريق الهبة، وقد عرفها المشرع الجزائري على أنها تمليك بلا عوض، وقد أستنبط المشرع أحكام الهبة من الشريعة الإسلامية.

وعقد الهبة عقد رسمي رضائي شأنه شأن العقود الرضائية الأخرى، ولقيام هذا العقد يشترط فيه توافر أركانه العامة وشروط صحته حيث التخلف عن أحد القيود يؤدي إلى إبطال عقد الهبة وهذا ما جاء في سياق المادة 206، ومنه يجب الالتزام بكافة ضوابط العقد وهذا لإبرام عقد صحيح ولإنتاج آثره القانوني، وهذا ما جاء في جانب هبة الأعضاء من حيث تنظيم عقد الهبة لعملية نقل وزرع الأعضاء حيث أن عملية هبة الأعضاء البشرية لها أهمية بارزة في المجتمع من حيث تشكل فائدة حقيقية للطب والمرضى.

ولقد نظم المشرع مسألة الرجوع في الهبة فقد جعل الهبة عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه إلا في حالات استثنائية وهي في حالة هبة أحد الأبوين لابنه، وكما قد يتم الرجوع بالتراضي أو التقاضي.

وقد أقر المشرع الجزائري على أن هبة الأعضاء تكون بدون مقابل، وألا يكون نزع الأعضاء محل للصفقات المالية وهذا ما نصت عليه المادة 358 من قانون 18-11 قانون الصحة وترقيتها، وما أتى به هذا القانون تنظيم عمليات النقل والزرع وفق ضوابط قانونية ومخالفة هذه الضوابط ينجر عنه جريمة الاتجار بالأعضاء وهي تصرفات غير مشروعة على جسد الإنسان، حيث تصبح أعضاءه سلعة تباع وتشترى وعدم المساس الجسدي بجسم الإنسان يعد مبدأ دستوري، وقد كان للمشرع موقفه من هذه الجريمة من حيث تسليط أشد الجزاءات على مرتكبي هذه الجرائم وهذا ما تم إدراجه في قانون العقوبات من الأمر 09/01.

خـــاتمـــة

يمكننا في الأخير أن نخلص أن الهبة تتعدد فيها المقاصد والدوافع وهذه المقاصد متعلقة بأصحابها ولا يطلع عليها أحد غيرهم، والواهب يهب بقصد الإحسان والإنعام على الموهوب له قد يهب طمعا في المكافأة، وبذلك يتبين خطورة الهبة على الواهب ووراثته باعتبارها مجانية وبدون مقابل، كما أنه يمكن الرجوع في الهبة إما بالتراضي أو التقاضي.

حيث يعد التبرع عامة من الأعمال القائمة على سبيل الخير لأنه من قبيل العطاء من دون مقابل أو تفضيل الغير عن النفس، فيغدو من أجمل الأفعال التي يقوم بها الإنسان في سبيل الخير، وفي مجال دراستنا تحدثنا عن هبة الأعضاء البشرية ولا يصح بالتالي التعاقد إذ أن المبدأ الذي يضع الإنسان خارج التعامل القانوني هو مبدأ عالمي.

وبالرغم من ذلك فقد وضع هذا المبدأ موضع الشك بسبب تطور الطب وعلوم الحياة خلال القرنين العشرين والواحد والعشرين، الأمر الذي جعل من الممكن أن ينقل الإنسان ملكية أحد أجزاء جسمه لمصلحة الغير خاصة وأن هذه العمليات لا تسبب ضررا فعليا له، ولكنها بالمقابل تشكل فائدة حقيقية للطب وللمرضى فتم تشجيع هذا النوع من التعامل القانوني ضمن ضوابط محددة نص عليها المشرع الجزائري في قانون الصحة المعدل والمتمم 18/11، وذلك لضبط العملية ومراقبتها.

فالتبرع بالأعضاء يعتبر من أكبر مساهمة للبشرية فهو لا ينقذ الأرواح فحسب بل ويمس ويغير الحياة الأخر المرتبطة بالشخص الذي يتلقى العضو، فقد شهد العالم من تطور وتقدم علمي في العديد من المجالات بصفة عامة وفي مجال الطب بصفة خاصة لاسيما في مجال عمليات زراعة الأعضاء البشرية التي أصبحت أحد أهم عوامل العلاج والشفاء من الأمراض الخطيرة، وذلك من خلال إمكانية نقل أحد أعضاء إنسان إلى جسم إنسان أخر من أجل الحفاظ على حياته وسلامته من الهلاك.

وبالرغم مما أثير ومازال يثار من جدل وتداعيات بشأن مشروعية التعامل بالأعضاء البشرية سواء من الناحية الشرعية أو القانونية بل وحتى من الناحية الاجتماعية والأخلاقية، فإنه لا يمكن تجاهل حقيقة أن عمليات استئصال الأعضاء وزرعها أصبح واقعا ملموسا لا يمكن تجاهله بأي حال من الأحوال لما قدمته هذه العمليات من مساهمات إنسانية تجسدت في حماية العديد من الأرواح البشرية خاصة مع النجاح المستمر والمبهر التي صارت تحققه.

ومن خلال ما توصلنا إليه من نتائج واقتراحات متمثلة في:

أولاً: النتائج

1_هبة الأعضاء البشرية هي عملية نقل وزرع وتكون بنقل عضو سليم من المتنازل إلى المتلقي ليقوم مقام العضو التالف، فهذه العملية تتطلب وجود الطرفين المتنازل والمتلقي، وتتم عملية نقل وزرع الأعضاء وفق مرحلتين مرحلة الاستقطاع والزرع.

2_تستلزم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية توفر عدة شروط فلا يمكن استئصال الأعضاء من الشخص إلا لأغراض علاجية أو تشخصية، ولا يجوز له التراجع عنها في أي وقت شاء، كما يمنع القيام باستئصال الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التميز، أما فيما يخص عملية نقل وزرع الأعضاء من الجثث فيشترط التحقق من الوفاة أولا بعد حصول الطبيب على الموافقة المسبقة من الشخص أثناء حياته، وفي حال معرفة موقف المتوفي ينتقل حق التصرف في الجثة إلى أسرة المتوفي.

3_يتجه أغلب علماء الشريعة الإسلامية في الوقت الحالي إلى إجازة الانتفاع بأعضاء الإنسان الحي أو الميت إذا دعت الضرورة لذلك لما يحمله هذا السلوك من معاني الأخوة والتعاون والتضامن بين الأفراد، فقد قيدوا ذلك بتحديد شروط لعملية التبرع وألا تعود بالضرر

على صحة المتبرع، وفي حالة الوفاة يتم اشتراط موافقة قبول الميت بالتبرع في حياته مطالبين بضبط العملية ومراقبتها لتفادي المتاجرة بالأعضاء.

4_إن أغلب التشريعات الأجنبية والعربية أجازت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وذلك وفق شروط قانونية يجب الالتزام بها، ومنه ترتكز هذه العمليات على مبدأ مجانية التبرع وهذا ما أقرت به معظم هذه التشريعات.

5_أجاز المشرع الجزائري بموجب القانون 18-11 المتعلق بالصحة مختلف العمليات التي تدخل في إطار البيو أخلاقيات سواء إذا ما تعلق الأمر بنزع وزرع الأعضاء البشرية وكذا عملية التبرع بالدم، وأن تكون هذه العمليات وفق ضوابط قانونية حتى تتم العمليات بشكل ملائم وجيد ولا يمكن الإخلال بها سواء كانت بين الأحياء أو من الأموات.

6_إن الهبة تمليك بلا عوض وتناولها القانون المدني الجزائري الذي يحيلها في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية إلى قانون الأسرة الجزائري، وكان الفقه الإسلامي السباق إلى تعريفها حيث عرفها عند مذاهبه الأربعة، وأستمد قانون الأسرة الجزائري تعريفه من عند المالكية.

7_الضوابط المنظمة لعمليات هبة الأعضاء البشرية عقد الهبة تمثلت في:

_ الهبة تتم بصيغة الإيجاب والقبول وهي الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له بلا عوض وبنية التبرع، ويجب توفر الأركان العامة لكل عقد وهي (التراضي، المحل، السبب) بالإضافة إلى ركني الشكلية والأهلية القانونية وهذا ما نص عليه قانون الأسرة.

_ يجب أن يكون الواهب أهلا للتبرع أي لا مريضا مرض مخوفا ولا سقيما ولا محجورا عليه، ويشترط في الموهوب له أن يكون موجودا وذلك من شروط تمام الهبة، والمعدوم لا يتصور منه القبض، في حين إذا كان فاقد للأهلية فإن الذي يقبض الهبة وليه على المال،

أما الموهوب فلابد أن يكون موجودا وقت الهبة مالا منقولا مملوكا في نفسه أن يكون ملكا للواهب.

_ أما الفقه الإسلامي فإنه يقسم أركان الهبة إلى أربعة: الواهب، الموهوب، الموهوب له، الصيغة.

_ التطرق إلى مفهوم الرجوع وموانعه وكيفية الرجوع في عقد الهبة إما بالتراضي أو التقاضي، وإن موانع الرجوع عند المذاهب الأربعة فقد حصرها المشرع الجزائري في حق الأبويين في الرجوع وهي في حالات ثلاثة.

8_ إن التطور العلمي الذي شهده المجال الطبي خاصة عمليات نقل الأعضاء المجال الطبي خاصة عمليات نقل الأعضاء وزرعها أسفر عن جرائم حديثة، بالإضافة إلى ما استحدثته من متغيرات في النظام القانوني مما يتطلب تعديل التشريعات بما يتماشى مع هذه الجرائم، لأن التدخل لإنقاذ إنسان له ضوابط وثوابت قانونية لابد من أن تطبق حتى تتحقق الحماية لهذا الجسد من الناحية الجنائية.

9_ تنبئ دراسة جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، على أن المشرع الجزائري اختار منهج التشديد في التعامل مع مرتكبي هذه الجريمة، ويتبين ذلك من خلال تطبيق الظروف المشددة التي تجعل من هذه الجريمة لها عقوبات ردعية ومشددة وتطبق الفترة الأمنية، وبالإضافة إلى العقوبات التكميلية ليتحقق الردع العام والخاص وهذا ما جاء به قانون العقوبات الجزائري من الأمر 09/01.

ثانيًا: الاقتراحات

1_إن تعريف الهبة في التشريع الجزائري حيث لم يتناول المشرع تعريفا خاصا بالهبة الواردة على المنقولات، وعليه يجب معالجة النقائص الواردة في التعريف وإعطاء تعريف متكامل وشامل للهبة.

2_على المشرع الجزائري أن ينظم مسألة كيفية الرجوع في عقد الهبة حتى يسهل على القضاء معالجة هذه المسائل بدون وجود إشكالات في الموضوع وخاصة القائمة بين الأطراف.

3_جاء المشرع الجزائري بشيء إيجابي وهذا مقارنة بالقوانين العربية عند تطرقه إلى مسألة الهبة قصدا للمنفعة العامة التي لا رجوع فيها.

4_يجب تنظيم ندوات من طرف الإعلام ورجال الدين خاصة حول مشروعية التبرع بالأعضاء وأهمية هذا الموضوع في المجتمع، وحث كافة المواطنين إلى التبرع بأعضائهم بعد وفاتهم وذلك بالتوقيع بالسجل الوطني، ومنه يخول الحق للجهات المختصة في التصرف بأعضائهم عند الحاجة.

5_يجب القيام بحملة توعوية واسعة داخل المجتمع ومنه خلق من خلالها الثقة في الطواقم الطبية والمستشفيات الجزائرية التي لها صفة مهزوزة ومتدهورة لدى أفراد المجتمع الجزائري، حيث أن الفرد مازال متخوف من فكرة وهب أعضائه حيا أو ميتا، ومنه يجب تغيير هذا المعتقد سريعا من أجل إنقاذ أرواح الكثير من المرضى وبعث الأمل في نفوسهم الأمل في الحياة من جديد.

6_التوعية من خلال الندوات والأبحاث والدراسات لبحث موضوع الاتجار بالأعضاء البشرية، باعتبار أن هذه الجريمة كان لها سرعة في الانتشار وأصبحت تسير بشكل متوازي مع التطور العلمي الذي لحق العلوم الطبية.

قائـمـة المـراجـع

Références

_ قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1_ النصوص القانونية

_ الدستور

_ القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 /04 /2002، ج، ر، ج، ج، العدد 25 المؤرخة في 14 /04 /2002 والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 11 /15 /2008، ج، ر، ج، ج، العدد 63 مؤرخة في 16 /11 /2008 والقانون رقم 16 -01 مؤرخ في 26 جمادى الأول عام 1437 الموافق لـ 6 مارس سنة 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج، ر، ج، ج، عدد14 الصادر بتاريخ 27 جمادى الأول عام 1437 الموافق لـ 7مارس سنة 2016.

_ الاتفاقيات والمعاهدات الدولية

_ برتوكول مكافحة منع وقمع الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة 2003/11/15، ج، ر، عدد 69 الصادرة في 2003/11/12، بتحفظ على المادة 2/15.

_ القوانين والأوامر والمراسيم الجزائرية

_ قانون 84-11 المؤرخ في: 09/ 01 /1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24 المؤرخ في: 12 /01 / 1984، المعدل والمتمم.

_ قانون رقم 05-04 مؤرخ في 06 فبراير 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد 12 الصادر بتاريخ 13 فيفري 2005.

_ قانون رقم18-11 مؤرخ في الأحد 16 ذو القعدة عام 1439، الموافق لـ 29 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية ج، ج، العدد 46 الصادر بتاريخ 29 جويلية 2018، المعدل والمتمم.

_ الأمر75-85 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج، ر، ج، العدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

_ الأمر66-165 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج، ر، ج، ج، العدد 49، صادر في 11 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-01، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، ج، ر، ج، عدد 59، صادر في 08 مارس 2009.

_ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، مرسوم تنفيذي رقم 06 /154 مؤرخ في 11 مايو سنة 2006، قانون رقم 15-01 مؤرخ في 4 يناير سنة 2005، نص المادة 202 من قانون الأسرة.

_ المرسوم التنفيذي رقم 06-154، مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427، الموافق لـ 11 مايو سنة 2006، قانون رقم 15-01 مؤرخ في 04 يناير سنة 2005، المتضمن تحديد شروط وكيفية تطبيق المادة 7 مكرر، من الأمر 05-02، المتعلق بقانون الأسرة.

_ المرسوم التنفيذي رقم 12-176 مؤرخ في 05 /04 /2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد 22، صادر بتاريخ 15 /04 /2012.

_ القرار الصادر بتاريخ 1984/10/22 المجلة القضائية، العدد 03 سنة 1989.

_القوانين الأخرى:

_ القانون المصري:

_ قانون رقم 60-178 مؤرخ في 5 يونيو 1960، يتعلق بتنظيم عمليات وجمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته، ج. ر، العدد 130، الصادر بتاريخ 12 يونيو 1960.

_ قانون رقم 62-103، لسنة 1962، يتعلق بإعادة تنظيم بنوك العيون، ج، ر. العدد135.

2_ الكتب

_ الكتب الخاصة

_ افتكار ميهوب ديوان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دارسة مقارنة، مكتبة شادي، مصر، 2006.

_ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، طبع في 2004، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع 34 حي لابروريار، بوزريعة الجزائر.

_ حمدي عبد الرحمان، فكرة الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.

_ سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دارسة فقهية قانونية، مؤسسة رسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2007.

_ سليمان بن عبد الله أبا الخليل، أثر الالتزام في عقد الهبة، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية.

_ شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الإيداع القانوني5672 /2012.

_ عبد العزيز بن محمد الصغير، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر(القاهرة)، 2015.

_ عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، دار حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط 1، 1999.

_ عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي، دار المنار للنشر والتوزيع، القاهرة ،1988.

_ محمد بن محمد تقية، دارسة حق الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.

_ مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دارسة مقارنة)، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة، للنشر والتوزيع، الجزائر، (د، ط) 2003.

3_ المقالات والدراسات

_ ابتسام بلقواس، التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد2، ديسمبر، 2022.

_ أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، بحث منشور بمجلة الأزهر، المجلد 19، مجمع البحوث الإسلامية، القاهرة، 1367.

_ ابن عابدين محمد أمين، رد المختار على الدار المختار، ج1، سنة 1323.

_ أحمد عبد الكريم سلامة، نقل الأعضاء البشرية، مجلة الأحمدية، ع7، دبي، 2001.

_ أمحمدي بوزينة أمنة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء في ظل القانون 09-01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف.

_ بدر الدين خلاف، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة(الجزائر)، المجلد 13، ع 02، أكتوبر، 2022.

_ براهيمي آسيا، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والعلوم الإنسان والحريات العامة، جامعة، مستغانم، العدد الخامس، جانفي، 2018.

_ بن خليفة إلهام، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد السادس، يناير (كانون الثاني)، 2013.

_ بن على خلدون، بن على صليحة، مدى كفاية الضوابط القانونية لنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في التشريع الجزائري، مجلة البحث القانوني السياسي، المجلد 7، العدد 2، 2022.

_ بامون لقمان، جريمة انتزاع الأعضاء البشرية من شخص حي في التشريع الجزائري، دفاتر سياسة والقانون، العدد 19، 2018.

_ بنار محمد بيبان، الرجوع عن الهبة، سنة 2020/2019.

_ بوزيدي سعيد، نظرات في قرارات مؤتمرات والمجامع الفقهي المتعلقة بالقضايا الطبي، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.

_ بيبيه بن حافظ، نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد ب، عدد 44، ديسمبر، 2015.

_ حسين أبو أحمد إبراهيم، أحكام الرجوع في عقود التبرعات في الفقه الإسلامي (عقد الهبة نموذجا)، مدرسة الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة الفيوم، العدد السابع والثلاثون لسنة 2022 م، الجزء الأول 3/2.

_ حمادي عبد النور، نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان.

_ حـاوش هـدى، الحمايـة التشـريعية لعمليـات نقـل الأعضـاء البشـرية علـى ضـوء قـانون العقوبات الجزائري، مجلة نقدية.

_ دريـاد مليكـة، الاتجـار بالأعضـاء فـي التشـريع الجزائـري، المجلـة الجزائريـة للعلـوم القانونية والسياسية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1.

_ دينـا عبـد العزيـز فهمـي، المسـؤولية الجنائيـة عـن الاتجـار بالأعضـاء البشـرية فـي ضوء القانون رقم (05) لسنة 2010، كلية الحقوق، جامعة المنصورة.

_ رونـي ناديـة، حـدود التعامـل بالأعضـاء البشـرية والمسـؤولية المترتبـة فـي حالـة التجاوز، كلية الحقوق، حوليات الجزائر1، العدد32، الجزء الأول.

_ زهـدور أشـواق، المسـؤولية الجزائيـة للطبيـب الناجمـة عـن نقـل وزرع الأعضـاء البشرية والاتجار بها، دفاتر السياسة والقانون، العدد14، جانفي، 2016.

_ سـارة محمـود خليفـة، نقـل وزراعـة الأعضـاء البشـرية بـين الفقـه الإسـلامي والتشـريع الأردني دارسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 44، العدد33، 2017.

_ سـعاد سـطحي، عقـد الهبـة فـي الفقـه المـالكي، مجلـة المحكمـة العليـا، جامعـة الأميـر عبد القادر، العدد 01، قسنطينة، 2006.

_ سـعيدان أسـماء، عمليـة نقـل الأعضـاء البشـرية بـين الأحيـاء فـي ضـوء الفقـه والقانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة، الجزائر1.

_ شـعيب ضـريف، ضـوابط نـزع وزرع الأعضـاء البشـرية فـي قـانون الصـحة الجزائـري، المجلـة الإفريقيـة للدراسـات القانونيـة والسياسـية جامعـة أحمـد درايـة، الجزائـر (أدرار)، المجلد 06، العدد 01، 2022.

_ فرقاق معمر، جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، مجلة الأكاديمية للدارسات الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، العدد 10، جوان 2013.

_ كافي، بودفع علي، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الإباحة والمنع في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد 7، العدد2، السنة 2016.

_ كمال حمدي، المواريث في الفقه والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.

_ كمال لدرع، الأعضاء.... ينقل والزرع طبيب موفق الفقيه الإسلامي منها، مجلة الشريعة الاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر، 2012.

_ لوني فريدة، الإطار القانوني لجريمة الاتجار بالأشخاص في التشريع الجزائري، مجلة كلية للبنات للعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي أولحاج البويرة، العدد 28، السنة 15، 2021.

_ محمود ثابت محمود علي الشاذلي، الضوابط القانونية لعملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد 44.

_ محمد مقبول حسين، حكم نقل الأعضاء وزرعتها في الفقه الإسلامي.

_ مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة والقانون)، المجلد 41، العدد2، 2014.

_ محمد نايف حيدر، المسؤولية الجزائية للأطباء، بحث لنيل شهادة دبلوم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بيروت، أيار2005.

_ نسمة مأمن، آليات مكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الدولي، مجلة الدارسات القانونية والاقتصادية، جامعة خنشلة (الجزائر)، المجلد 05، العدد01، السنة 2022.

4_ المدخلات

_ صفوت حسن لطفي، أسباب تجريم نقل وزراعة الأعضاء الأدمية، بحث مقدم في ندوة الأساليب الطبية الحديثة في القانون الجنائي، تضمنها مركز البحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، نوفمبر 1993.

_ جودة محمد عواد، صرح للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2011.

_ مصطفى درويش، جريمة نقل وزرع الأعضاء البشرية، مناسبة إلقاء مداخلة (بحث قانوني ودارسة حول تجريم نقل وزرع الأعضاء البشرية)،7سبتمبر،2016 أمل المرشدي.

_ خالد مصطفى السراحنة، موقف الإسلام من نقل وزرعة الأعضاء (فهم مقصدي)، مناسبة إلقاء مداخلة المؤتمر العلمي الدولي (قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي)، الذي تنظمه كلية الشريعة في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 1440هـ، 2019.

5_ الأطروحات والمذكرات

_ أطروحات الدكتوراه

_ محمد أمين متولى عبد الحميد، المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج، رسالة دكتور، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2002.

_ عبد الكريم مأمون، رضا المريض من الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2005/2004.

_ عبد الرحمان عبيد الله الوليدات، الإتجار بالأعضاء البشرية في ضوء التشريعات الوطنية والدولية (دراسة مقارنة)، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الدكتوراه في (القانون العام)، في جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا قسم القانون المقارن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2014/12/28.

_ معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، سنة الجامعية 2014/2013.

_ مواسي لعلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم والتخصص القانوني، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والسياسية، تيزي وزو، 10 ديسمبر، 2016.

_ عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف)، في القانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون الأسرة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2017/2016.

_ طالب خيرة، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر(تلمسان)، 2018/2017.

_ جبيري نجمة، الاتجار بالأعضاء البشرية (دارسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه علوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019/06/19.

_ أحمد معمر العمر، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحريم، دارسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

_ أحمد عبد القادر محمد البهي، موانع الرجوع في الهبة بين الشريعة الإسلامية والنظم العربية، (دكتوراه في الفقه المقارن)، جامعة الأزهر، مصر.

_ نصرالدين مروك، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 1993.

_ مذاكرات الماجستير

_ خالد محمد العويد الزغيبي، خطأ الطبيب والمسؤولية الجنائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003.

_ فريد هلال، الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، الجزائر، 2011.

_ سعيدي إلهام، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وآليات مكافحتها في التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2012 /2013.

_ مذكرات الماستر

_ فاطمة مذاني، نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، نيل شهادة الماستر في الشريعة والقانون (حقوق الإنسان والحريات العامة)، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة أدرار، 1434/1433هـ، 2013/2012.

_ داوى هدى، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (دارسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال الشخصية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015/2014.

_ داودي مغنية، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية، 2015-2016.

_ بنور إيمان، الهبة في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة مذكرة ماستر، السنة الجامعية، 2015 /2016.

_ إسلام مراحي، المسؤولية الجزائية للطب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، السنة الجامعية 2020/2019

_ كسار الحاجة، نزع وزرع الأعضاء البشرية في البيو أخلاقيات الطبية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020/06/29.

_ كاملي مرسلي، عقد الهبة وأحكامها في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، فرع الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020/2019.

_ قسمية خديجة، النظام القانوني في إبرام عقد الهبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سنة 2019 /2020.

_ قاسي ليلة، عقد الهبة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الخاص، سنة 2020.

_ ركابي لامية، أحكام الرجوع في عقد الهبة، مذكرة ماستر، الميدان الحقوق والعلوم السياسية، فرع الحقوق، تخصص قانون الأسرة، سنة 2021/06/26.

_ زوزي صلاح الدين، نقل الأعضاء البشرية وحماية حقوق الإنسان، مذكرة لنيل شهادة ماستر قانون جنائي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة 2022/2021.

6_ المعاجم والقواميس

_ الإمام السيوطي، الأشباه والنظائر.

7_ الوثائق الأخرى

_ تصريح منشور بجريدة الأهرام في 1996/6/11، ص3، ضمن التحقيق الصحفي بعنوان، الوفاة الإكلينيكية لا تكفي، للدكتور بكر نور أستاذ نقل الأعضاء بالجامعات الأمريكية.

8_ المواقع الإلكترونية

_ التبـرع بالأعضـاء البشـرية فـي التشـريعات العربيـة، المشـرع المصـري أباحـه ونظمـه فـي المـادة 61 مـن الدسـتور وأجازتـه الإمـارات والعـراق والبحـرين والسـعودية وقطـر والمغرب في مرتبة متأخرة وقانون يوضح عقوبات مخالفة الشروط، 9:21سا

https:www.m.youm7.coum09.04.2023

_ (التعريف والخصائص والأركان)، الميزان، 11:37سا

https:www.elmizaine.com 20.03.2023

الـفهـرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	
تمهيد	08
المبحث الأول: موقف الفقه والتشريع من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	09
المطلب الأول: موقف الفقه من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	09
الفرع الأول: نظرية الضرورة	09
الفرع الثاني: نظرية السبب المشروع	12
الفرع الثالث: نظرية المصلحة الاجتماعية	14
المطلب الثاني: موقف التشريعات من نقل وزرع الأعضاء البشرية	16
الفرع الأول: التشريعات الأجنبية	16
الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية	19
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري	22
المبحث الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	31
المطلب الأول: المجيزون لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	31
الفرع الأول: الاتجاه المؤيد لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	32
الفرع الثاني: أدلة المجيزون لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	39
المطلب الثاني: المانعون لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	42
الفرع الأول: الاتجاه الرافض لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	42
الفرع الثاني: أدلة المانعون لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	45
خلاصة الفصل الأول	53
الفصل الثاني: الضوابط القانونية والتنظيمية التي تحكم عملية نقل الأعضاء البشرية	
تمهيد	55
المبحث الأول: نقل الأعضاء عن طريق الهبة	56

المطلب الأول: أركان عقد الهبة للأعضاء البشرية	56
الفرع الأول: الأركان العامة لعقد الهبة للأعضاء البشرية	56
الفرع الثاني: أركان عقد الهبة عند الفقهاء	67
المطلب الثاني: الرجوع في الهبة وموانعه	70
الفرع الأول: الرجوع في الهبة	70
الفرع الثاني: موانع الرجوع في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري	75
المبحث الثاني: الجرائم المترتبة عن عمليات زرع الأعضاء	84
المطلب الأول: مفهوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية	84
الفرع الأول: تعريف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية	84
الفرع الثاني: خصائص جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وآثارها	89
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية	93
الفرع الأول: أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية	94
الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية	98
خلاصة الفصل الثاني	107
خاتمة	110
قائمة المراجع	116

ملخص:

عقد الهبة للأعضاء البشرية هو أن الشخص البالغ يقوم بالتبرع بعضو من أعضاه لشخص الأخر الذي هو في أشد الحاجة إلى هذا العضو، وهذا يتم بدون مقابل وبرضا تام من المتبرع وقبول من المتلقي، وقد وجدت هذه العملية انتقاد واختلاف بين الشرائع والفقه والشريعة الإسلامية، فهناك من يبيح هذه العملية بينما يوجد من يرفض ذلك وكلهما كان له أدلة مقنعة لآرائهم وفق ضوابط وأحكام، ولكي يتم انعقاد هذا العقد يجب أن يتوافر على جميع الأركان العامة كما هو الحال في باقي العقود، أما بخصوص مسألة الرجوع في الهبة فإنه لا يجوز الموافقة عليها إلا بعذر مقبول ويمنع ذلك إلا ممن يحق له ذلك وفق للقانون، كما نشير إلى أنه من يقوم بمخالفة الضوابط القانونية فالمشرع الجزائري منح له عقوبة جزائية ردعية وفق الأمر 01/09 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

الكلمات مفتاحية: عقد الهبة، الأعضاء البشرية، التبرع، نقل وزرع، العملية.

Abstract*:*

The donation contract for the members of humanity is that a person of full eligibility is done by done by donating one of his organs to the other person who is in dire need of this member and this is done without compensation and with the full consent of the donor and acceptance by the recipient and that this process drew criticism and disagreement between the laws and jurisprudence and Islamic law there are those who permit this process while another seer rejects it and all of them were with their convincing humiliation and in accordance with controls and provisions in order for this contract to be saved all its elements must be present in it as is the case in the rest of the contracts and the question of revocation of the gift may not be agreed upon except with an acceptable excuse and this is prohibited except for those who are entitled to do so according to the law and who is subject to a violation of the legal controls the Algerian legislator granted He has a deterrent criminal penalty in accordance with Ordinance 01/09 ma ahl and complementary to the penal code .

Keywords: Hold endowment, human organs, donation, transfer and transplant, operation.

Resumé:

Le contrat le cadeau pour les organes humains est que une personne de l’adulte est un membre de ses membres qui fait un don a une personne L’autre qui est dans le plus nécessaire de ce membre et cela se fait sans frais et avec un consentement total du donneur et l’acceptation du destinataire et que ce processus a été critique et une différence de théories entre les lois et la jurisprudence et droit islamique il Ya ceux qui autorisent ce processus alors qu’Ilya a une autre opinion qui refuse de le faire et toutes étaient ils sont humilies par des ses piliers comme c’est le cas dans le reste des contrats et les questions de retour dans le cadeau ne peuvent reussirqu avec une excuse acceptable et cela est interdit a l’exception de ceux qui ont droit a cela conformément a la loi qui est soumise a la violation des controleslegal le législateur algérien lui a accords une sanction pénale dissuasif selon le décret 01/09 et le complément pour le code pénal.

Mots eles: Tenir le cadeau, organes humains, Don ,Transplantation, l’opération.