



مجلة دراسات قانونية

October . 2018

العدد : الحادي والعشرون

مجلة دورية محكمة متخصصة
تعني بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية
تصدر ثلاث مرات في السنة
عن كلية القانون - جامعة بنغازي

افتاحية العدد
د.سعد خليفة العبار

مناهج كليات القانون وتطوير دراسة القانون

نظرة في محاولات إعادة التوازن في النظام الإجرائي الجنائي

التلوث البيئي أم الفساد في الأرض نظرات في المصطلح

القيود الواردة على معصومية الجثة - دراسة مقارنة

العلاقة بين مقاصد الشريعة ومآلات الأفعال

نظرة في لجان التعويض عن العقارات في بنغازي

لائحة الدراسات العليا بكلية القانون لسنة 2018

21

منشورات كلية القانون
جامعة بنغازي

رئيس التحرير: د.سعد خليفة العبار

القيود الواردة على معصومية الجثة

دراسة مقارنة

د. عطية محمد عطية⁽¹⁾

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فقد أولت الشرائع السماوية، وكذا التشريعات الوضعية على مختلف أيديولوجياتها عناية بالغة بالجثة البشرية⁽²⁾، كما أولتها للجسم من قبل، وذلك بإضافتها الحماية الشرعية والقانونية على جميع عناصرها المادية والمعنوية⁽³⁾، وهو ما يسمى بمعصومية الجثة، إلا

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

² - لقد أتى على الإنسان حين من الدهر لم يكن لعصمة جسده نص في القانون المدني، وإن كانت حرمة محلا للحماية في ظل القانون الدستوري والجنائي، أما في إطار القانون المدني فإن المسألة لم تلق تنظيما تفصيليا إلا في الوقت الحاضر، بيد أن حداثة الاهتمام من جانب القانون المدني ليست مظهرا من مظاهر اهتمام كان مفقودا في الماضي، وليس نقلا للإنسان من هامش القانون المدني إلى صلب قواعده، فعدم اهتمام القانون المدني بالكيان الجسدي في نصوصه ليس إلا ترجمة للإطلاق في حمايته، وتعبيراً عن معصومية لا يجوز أن تمس. أما في الوقت الراهن فقد أدى التطور الحديث للعلوم البيولوجية والتغير في المفاهيم الاجتماعية بوجه عام والقانونية منها بوجه خاص إلى الخروج على الإطلاق في الحماية، وذلك بتجوير المساس بالكيان الجسدي للإنسان، ومن هنا تدخل القانون المدني بخطى حثيثة لرسم حدود هذا المساس وتقرير ضماناته، مراعيًا المصلحة العامة والخاصة على حد سواء، حريصاً على الإبقاء على الصفة الاستثنائية لهذا الخروج. قارب د/ أحمد سلامة: ص1، د/ توفيق فرج: ص471، حسام الدين الأهواني: المشاكل القانونية التي تنثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، ص3، حسن كيرة: ص581، د/ حمدي عبد الرحمن: فكرة الحق، ص44.

ELDein . A : Droit de la transplantions d'organes.thèse. Paris – 1975 –P – 4.

³ - من مظاهر حماية الشريعة الإسلامية للجثة تحريم المساس بها، فقد قال ﷺ: "كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم" رواه ابن ماجه منفردا، وحسنه السيوطي، كما ورد الحديث بلفظ "كسر عظم الميت ككسره حيا" رواه السيوطي: الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1356هـ، ج 1، ص550.

ومن مظاهر حماية الجثة في القوانين الوضعية ما نص عليه القانون المصري في المادة 16 من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 29 لسنة 1982 من أنه: "يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى العقوبتين. أولا.....ثانيا..... ثالثاً . كل من انتهك القبور أو دنسها". كما أن المشرع الليبي حرص على حماية الجثث في المادة 293 من قانون العقوبات، فنص على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة كل من مثل بجثمان، أو أعدمه، أو أتلّف جزء منه، أو شتت رفاتة". كما نص في المادة 292 على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة، أو بغرامة لا تزيد عن خمسين دينار كل من انتهك حرمة القبور، أو دنسها، أو أخل بنظام الجنازة". وقد وضع المشرع الفرنسي قاعدة عامة،

إنه في ظل التطور الطبي ظهرت بعض الممارسات التي تخل بالمعصومية، كرسنها الضرورة الواقعية، فهل بات من الممكن أن تقبل القواعد الشرعية والفكر القانوني ذلك للحفاظ على ما هو أهم وأقدس من الجثة؟

الواقع أن هناك اعتبارات قد تسمو فوق سمو الجثة، تحتم على المشرعين إعادة النظر في قداسة مبدأ المعصومية، والموازنة بين المصالح في إطار الإرادة الشخصية لصاحبها أو أقاربه، فالإنسان حسب التطور الحديث للقانون أصبح سيد جسده حتى فيما وراء الحياة، ومن حقه ترتيب أوضاع ما بعد مماته حسبما تمليه عليه رغباته، على اعتبار أنه من الحقوق اللصيقة بشخصه⁽¹⁾، ولكن وفق ما يسمح به النظام القانوني، باعتبار أن جسد الإنسان حق مشترك بين الفرد والمجتمع.

اشكالية البحث:

الاشكالية التي يتعرض لها البحث هي النظر فيما إذا كانت الطفرة في التقنيات الطبية الحديثة وتطبيقاتها على الجثة البشرية قد أثرت سلباً على مبدأ المعصومية مما أدى إلى تقويض أركانها، أم أنها مجرد قيود ترد عليه دون أن تؤثر في كيانه كأصل عام، وإن اعتبرناها قيوداً فما هي الضوابط القانونية التي تضمن بقاء المبدأ؟

مفادها عدم جواز المساس بالجثة، وذلك اعتداداً بمبدأ الكرامة الإنسانية حتى فيما بعد الوفاة. فعلى سبيل المثال نصت المادة 571 من القانون رقم 653/94 الخاص باحترام الجسم البشري على أنه "لا يجوز اقتطاع أعضاء من شخص متوفى إلا لأغراض علاجية أو علمية وبعد ثبوت الوفاة".

¹ - راجع في التكييف القانوني لحق الإنسان على جسده: د/ أحمد شرف الدين: مقدمة القانون المدني، ص 183. د/ إسماعيل غانم: ص 34. د/ حسام الدين الأهواني: مقدمة القانون المدني، ص 34. د/ عبد الحي حجازي: ص 38. د/ منصور مصطفى منصور: ص 31. د/ جلال العدوي: ص 20 وما بعدها.

أيضاً: P.Kayser: Les droit de la personnalité. Paris 1966.P.448.

منهجية البحث:

استخدم الباحث منهجين أساسيين للوصول إلى حل هذه الإشكالية، هما المنهج التحليلي والمنهج الاستقرائي

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث، مسبقة بمبحث تمهيدي.

المبحث الأول: المساس بالجثة لأغراض علمية.

المبحث الثاني: المساس بالجثة لأغراض علاجية.

المبحث الثالث: المساس بالجثة لأغراض إنجابية

مبحث تمهيدي

ميلاد الجث

لقد تنازع تحديد اللحظة التي تولد فيها الجثة معياراً⁽¹⁾، الأول: توقف القلب والتنفس، والثاني: موت الدماغ، وسأتناول كل معيار منهما في مطلب مستقل.

⁴- يمثل التنازع بين مقتضيات التطور العلمي اللامحدود من جهة، وما تتضمنه المبادئ القانونية من نطاق متين يضيء الحماية القانونية على الجسم البشري من جهة أخرى، لب المشكلة التي تكتنف تحديد لحظة الوفاة، فقد أحدثت الممارسات الطبية المستحدثة انقلاباً حقيقياً في مسألة تحديد لحظة الوفاة، والسبب في ذلك من الناحية الفنية يرجع إلى أن فاعلية هذه الممارسات تتوقف على سريان الحياة في الأنسجة والخلايا المكونة للجسد البشري، الأمر الذي لا يتصور إلا لشخص على قيد الحياة، أو -وهو ما يهمنا هنا- لحديثي الوفاة، وهو تعبير يطلق عادة على أولئك الذين لا يزال في أجسادهم بعض علامات الحياة. فالممارسات الطبية على الأجساد التي توقفت فيها الدورة الدموية، وانقطع الري الدموي عن كافة أجزائها تعد من الناحية العلمية أمراً غير ذي جدوى، وذلك لفساد الخلايا المكونة للأعضاء، وعلى ذلك فلا مناص أمام الأطباء إلا إيجاد السبل الكفيلة لإبقاء أعضاء الجسم التي خبت فيه الحياة، أو تكاد، في حالة بيولوجية صالحة تسمح بإجراء الممارسات الطبية، وقد وجدوا ضالتهم المنشودة في تحديث معيار تحقق الموت، بحيث لا يجب التعويل دائماً على ذلك الربط الحتمي بين توقف كافة الوظائف الحيوية لأعضاء الجسم وحدث الوفاة، بل يجب التعويل في هذا الصدد على موت خلايا المخ حتى وإن كانت سائر أعضاء الجسم لا تزال تؤدي وظائفها على نحو طبيعي. واضح إذاً مدى تأثير الاعتبارات العلمية وتطور العلوم الطبية في تحديد المعيار الواجب اتباعه للتحقق من الموت.

المطلب الأول

توقف القلب والتنفس

يعتمد هذا المعيار في تحديد لحظة الوفاة على توقف القلب والجهاز التنفسي والدورة الدموية توقفا تاما ونهائيا، بحيث لا يمكن استثارته بأي وسيلة كانت، ولقد عرف الموت وفقاً لهذا المعيار بأنه خروج الروح من جميع الجسد، وتوقف جميع الأعضاء الحيوية عن أداء وظائفها بما فيها القلب، وعليه فلو خرجت الروح من بعض الجسد ومازال بعضه حياً فإن هذا الإنسان يعتبر حياً، ويعامل معاملة الأحياء⁽¹⁾.

ويدلل هذا الرأي على تبنيه لهذا المعيار بالوقائع المثبتة في السجلات الطبية من أن بعض الحالات التي شخّصت على أنها موت دماغي أفاقت من غيبوبتها، وعاد المريض بعدها للحياة⁽²⁾، واستدل بعض أنصار هذا الرأي بقوله تعالى: ﴿وَالْبُذُنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافٍ إِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَاطْعَمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ كَذَلِكَ سَخَّرْنَاهَا لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾⁽³⁾، ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الأكل من الإبل لا يكون إلا بعد أن تخذل الجثة إلى الأرض وتهدأ، أما الأكل قبل ذلك فلا يجوز؛ بدليل العطف بالفاء، ومن المعروف أن الفاء للترتيب حسب قواعد اللغة العربية، ويؤكد هذا المعنى ما ساقه فقهاء الفقه الإسلامي من النهي عن ملاحقة الذبيحة بالسُلخ قبل أن تهمد جثتها، وكفى عذاب الحيوان أن تخرج روحه، فما بالناس بالإنسان الذي هو في مرحلة موت المخ دون موت القلب⁽⁴⁾.

¹ - د. أنور دبور: ص 105

² - د صفوت حسن لطفي: ص 20

³ - سورة الحج: الآية 36.

⁴ - راجع عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية الحنفي: الاختيار لتعليل المختار، 1419 هـ - 1998 م، كتاب الذبائح، حيث يقول: "ويكره سلخها قبل أن تبرد ، أي يسكن اضطرابها ، وكذلك يكره كسر عنقها قبل أن تبرد لما فيه من تألم الحيوان ، وبعد ذلك لا ألم فلا يكره. وفي الحديث ألا لا تتخعوا الذبيحة حتى تجب، أي لا تقطعوا رقبتها وتفصلوها حتى تسكن حركتها".

إلا أن هذا المعيار لم يوافق عليه البعض، زاعماً أن هناك حالات توقف فيها القلب والتنفس بشكل مؤقت، وهو ما يعرف بالموت الكاذب، وعاد القلب والتنفس إلى العمل بعد صدم الأجهزة العصبية كهربياً أو وضع أجهزة الإنعاش الصناعي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التعويل على موت القلب وسائر أعضاء الجسد من شأنه إعاقة الممارسات الطبية المستحدثة، إذ يلزم لنجاحها أن تتم قبل أن يدب التلف في الأعضاء، وهذا لن يتأتى إلا إذا نحينا المعيار التقليدي جانباً، حيث يترتب على الأخذ به تلف الأعضاء، ومن ثم فشل الدراسات المراد إجرائها⁽¹⁾.

إلا أن هذه الاعتراضات – وعلى ما نرى – لا تقوى على استبعاد هذا المعيار، وذلك لأن المقصود بالموت هو التوقف الكامل والنهائي للأعضاء والأجهزة وليس المؤقت، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى الادعاء بأن الانتظار لحين تحقق موت القلب يؤدي إلى فشل الممارسات الطبية كعملية نقل الأعضاء، ومن ثم الإضرار بالآخرين (المراد النقل لهم) نتيجة عدم الزرع فإن الضرر ي زال، ولكن لا يزال بضرر.

وهذا المعيار التقليدي هو الذي يجوز عمليات استئصال الأعضاء على أساس أنها مستأصلة من جثة لامن جسم إنسان، الأمر الذي لا يثير شكوك الأطباء والقانونيين وفقهاء الشريعة الإسلامية⁽²⁾، إلا أن الشك يثور – بحق – حول معيار موت الدماغ، والذي سنتناوله الآن.

¹ - د. مهند صلاح: ص 52.

² - د. صفوت حسن لطفي، الندوة السابقة، د. أحمد القاضي: ص 62 وما بعدها، د. محمد مختار المهدي: ص 563، د. أنور دبور، الندوة السابقة، هيثم حامد المصادرة: ص 174.

المطلب الثاني

موت الدماغ⁽¹⁾

إذا كان المعيار السابق لا يثور حوله الشك؛ نظراً لشمول موت القلب لموت الدماغ، فإن موت الدماغ تحوطه كثير من الشكوك، إذ لا يتزامن بالضرورة مع موت بقية الأعضاء، فهو أسبق عليها، وهنا تكمن الريبة في هذا المعيار، فالموت وفقاً لهذا المعيار هو توقف خلايا الدماغ توقفاً نهائياً لا رجعة فيه⁽²⁾، وإن وجدت في الجسم بعض مظاهر الحياة⁽³⁾، إلا أن المنادين بهذا المعيار اختلفوا حول نوع موت الدماغ الذي يعتد به، فأخذ البعض بموت كل المخ، واكتفى البعض الآخر بموت جذع المخ، وتطرف ثالث حين أخذ بموت الوظائف العليا للمخ⁽⁴⁾.

ويتميز معيار موت الدماغ-عند المنادين به- بأنه يمكّن من الاستفادة من الجثة في عمليات زرع الأعضاء البشرية، إذ يمكّن من استخدامها أشخاصاً آخرين بحاجة إليها، والتقليل من اللجوء إلى أجسام الأحياء من أجل إجراء هذه العمليات ما أمكن ذلك⁽⁵⁾. وقد أخذ المشرع الليبي بالمعيار الثاني، وهو موت الدماغ، حيث نصت المادة الرابعة من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 193 لسنة 2007م بشأن إصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم 4 لسنة 1982م الخاص بتشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى على أنه

¹- توجد ثلاثة أنواع لموت الدماغ: 1- موت كل المخ، وهو تلف الجهاز العصبي المركزي كله، والذي يحتوي على القشرة المخية وجذع المخ والحبل العصبي، 2- موت جذع المخ، هو موت خلايا جذع المخ، علماً بأن جذع المخ جزء من الجهاز العصبي المركزي، يوصل بين المخ الموجود داخل تجويف الجمجمة والحبل الشوكي الموجود داخل القناة العصبية بالعمود الفقري، ويوجد بجذع المخ المراكز التي تتحكم في الوظائف الحيوية لجسم الإنسان من نبض وتنفس... إلخ. 3- موت الوظائف العليا للمخ، ويقصد به فقدان ما يميز طبيعة الإنسان، والذي يتمثل في القدرة على التمييز والإدراك والإحساس. راجع في هذا د. علي محمد علي: ص 60 والمراجع المشار إليها عنده.

²- د. محسن عبد الحميد البيه: ص 213، د. محمد محمد أبو زيد: ص 71، د. حسام الدين الأهواني: مقدمة القانون المدني، ص 173.

³- د. مدحت خفاجي: ص 92 وما بعدها، د. سيد عقل: ص 119، د. السيد الجملي: ص 23.

⁴- راجع هذه الآراء عند د. علي محمد علي: ص 60 وما بعدها.

⁵- د. محمد البار: ص 551.

"يعتبر الشخص قد فارق الحياة، وتترتب جميع الأحكام الشرعية والقانونية لوفاته، إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه"، وكذلك التشريع العراقي، فقد نصت المادة الثانية فقرة (ب) من قانون زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986م على "أن يتم الحصول على الأعضاء البشرية من المصاب بموت الدماغ وحسب الأدلة العلمية الحديثة المعمول بها..."، وجاء في نفس المعنى المادة السادسة من القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية بشأن تنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية رقم (15) لسنة 1993م.

أما المشرع المصري فإنه لم يتبن معياراً محدداً، إنما أوكل تحديد هذه اللحظة للجنة ثلاثية مشكلة من متخصص في جراحة المخ والأعصاب، وأمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، وهذه اللجنة تختار من قبل اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية، وذلك في القانون رقم 5 لسنة 2010م بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية⁽¹⁾، حيث نصت المادة 14 من هذا القانون على أنه لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من شخص ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً، يستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من اللجنة الثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، وأمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية، وذلك بعد أن تجري اللجنة (الثلاثية) الاختبارات الإكلينيكية والتأكيديّة اللازمة للتحقق من ثبوت الموت.

أما المشرع الفرنسي فقد تبنى صراحة معيار موت جذع المخ، حيث نصت المواد 671

– 7-2، 1، 3 من القانون رقم 1041 لسنة 1996م، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون

¹ - الجريدة الرسمية المصرية لسنة 2010 العدد 9 مكرر 3

الصحة العامة على معايير ثلاثة لابد من وجودها لتحقيق الوفاة، الأول: الغياب التام والكامل عن الوعي وانعدام الحركة التلقائية للجسم، والثاني: توقف كافة ردود أفعال الجذع المخي، والثالث: انقطاع التنفس التلقائي، وأوجب المشرع على الأطباء الذين يقررون الوفاة أن يثبتوا موت جذع المخ عن طريق جهاز الرسم الكهربائي، وذلك بما لا يقل عن مرتين، يفصل بين كل منهما أربعة ساعات على الأقل.

ونرى أن التوأمة بين معيار التحقق من الوفاة وعمليات نقل الأعضاء يشير بأصبع الاتهام لمعيار موت الدماغ، ذلك أن الدافع الحقيقي لتبنيه إنما يكمن في الاندفاع نحو استخدام الجثة لأغراض علمية أو لزراعة الأعضاء، والتي يسوق لها ممارسوها، ولو على حساب حياة الأشخاص المنقول منهم الأعضاء، والذين يحكم بموتهم بناءً على معيار تحوطه الشكوك من كل جانب، وليس فيه إلا حقيقة واحدة، ألا وهي فتح الباب على مصراعيه أمام التجارب والممارسة الطبية الحديثة على الجسم البشري تحت مسمى الجثة البشرية، ولذلك نرى التمسك بمعيار موت القلب، لاسيما وأن الميت دماغياً فقط، وعلى ما يؤكد أهل الذكر والتخصص، لا تزال فيه مظاهر حياة حقيقية، كالقدرة على التقيؤ والسعال، وإن جهازه الهضمي لديه القدرة على القيام بوظائفه المعتادة من هضم وامتصاص وتمثيل غذائي.

كما أن الجهاز التناسلي للمرأة يقوم ببعض نشاطاته، ففي العديد من الحالات التي شُخصت على أنها موت دماغي للمرأة الحامل تم الحمل فيها بسلام لحين اكتمال الجنين داخل الرحم إلى أن تمت الولادة بعملية قيصرية، وبطبيعة الحال فإن الجنين ما كان لينمو، ولا للحمل أن يستمر، إلا في ظل حياة الأم⁽¹⁾، هذا فضلاً عن احتفاظ الجسم بدرجة الحرارة

¹ - أثار أحد أعضاء مجلس الشعب المصري أثناء مناقشة المادة 11 من المشروع التمهيدي لقانون زراعة الأعضاء المصري أربع حالات شخصت على أنها موت دماغي، وعاد أصحابها إلى الحياة، مما يدل على أنه لم يكن موتاً، إذ الميت الحقيقي لا يعود إلى الحياة إلا يوم القيامة، كما تسأل آخر لماذا يخدر الميت دماغياً إذا أراد الأطباء أن يحصلوا على عضو منه بعد ثبوت موت الدماغ؟ فأجيب: حتى لا يتألم، وهل هناك مظهر لحياة أكثر من الشعور بالألم؟ أنا أقول عجباً لميت يتألم، وتحضرني هنا مقولة السيدة أسماء بنت سيدنا أبي بكر رضي الله عنهما لابنها، عندما حدثها عن خوفه من الصلب بعد القتل قالت: يا بني إن الشاة إذا ذبحت لا يهتمها سلقها. وقد وقف ديفيد هل، رئيس قسم التخدير بجامعة لوكسمبرج قائلاً لزملائه: ألم يحن

الطبيعية له، وزيادة عدد كرات الدم البيضاء مع حدوث عدوى، كما يحدث في أي جسم طبيعي حي، كما تحدث نشاطات عصبية وانقباضات عضلية، كحركات الأيدي بثنيها وبسطها إلى الكوعين أو إبعادها عن الجسم⁽¹⁾.

وعلى هذا فإن موت الدماغ فقط – والذي هو بتلك المواصفات- والتبعية على أهل الذكر- لا يخرج الجسد من وصف الجسم إلى وصف الجثة، مادام القلب يمكن أن ينبض، والتنفس يمكن أن يتم بشكل تلقائي، وأي اقتطاع لجزء منه - والحالة هذه - يمثل اعتداء على إنسان حي؛ مما يستلزم المساءلة القانونية⁽²⁾، كما أن عدم الأخذ به يدخل أيضاً في باب سد الذرائع وقطع الطريق على تجار البشر، فما حياة المريض المأخوذ له بأولى من حياة المأخوذ منه.

المبحث الأول

المساس بالجثة لأغراض علمية

لاشك في أن صراع المصالح هو الأمر الحاكم في هذه القضية، ذلك أن الحماية مقررة للجثة كجثة، ومراعاة لمشاعر ذويها، إلا أنه على الجانب الآخر؛ قد يكون في المساس بالجثة مصلحة إنسانية ككل، كما هو الشأن في المساس بالجثة لخدمة العلم أو تعليم الطلاب، وهذا الصراع بين المصالح لم ينعكس على القواعد القانونية مثل ما انعكس على فقه الشريعة الإسلامية، فجل التشريعات الوضعية نظمت هذه المسألة، على خلاف الأمر في الفقه

الوقت بعد لأن نعطي المصاب بموت الدماغ نفس الحقوق التي تعطيها الجمعية البريطانية لحماية الحيوان، وهو حق الحيوان في الحياة؟! راجع هذه المقالة عند د. صفوت حسن، الندوة السابقة. راجع في هذه المقالة أحمد زكي صفوت: جمهرة خطب العرب في العصور العربية الزاهرة، ب ت ، لبنان، بيروت، المكتبة العلمية، ج 2 ص 178

¹- د. صفوت حسن، المرجع السابق.

²- في نفس المعنى فتوى صادرة عن لجنة البحوث الفقهية عام 1992م، وهذا الرأي يتفق مع ما يقول به الإمام النووي في روضة الطالبين "إذا شك بأن لا يكون به – الميت – علة، واحتمل أن يكون به سكتة، أو ظهرت أمارات فزع أو غيره أخر إلى اليقين متغير الرائحة أو غيره، النووي، ج1، ص570.

الإسلامي، حيث انقسم الرأي إلى مؤيد ومعارض، وسوف نطرح القضية من الزاويتين، كل في مطلب مستقل. الأول نخصه لموقف الفقه الإسلامي من المساس بالجنة لأغراض العلم والتعلم، ثم نثني بموقف القانون الوضعي من هذه القضية.

المطلب الأول

المساس بالجنة لأغراض علمية في الفقه الإسلامي

باستقراء الأدلة الشرعية يتبين عدم وجود نص شرعي قطعي الدلالة يدل على حرمة أو إباحة المساس بالجنة لأغراض علمية أو تعليمية، لذلك فإن القضية خضعت للنظر الاجتهادي من قبل الفقهاء، ومن ثم اختلفت آراؤهم في ذلك على قولين:

القول الأول يذهب إلى جواز استخدام الجنة لأغراض علمية أو تعليمية على أساس قاعدة ترجيح المصالح، بشرط موافقة ذوي المتوفي، أو ايصائه بذلك قبل وفاته، أو عندما لا يوجد من يطالب بجنته، وقد تأيد هذا القول بفتوى فحواها "جواز استخدام الجنة لأغراض علمية أو تعليمية قياساً على جواز شق البطن لاستخراج مال أو جنين، فضلاً عما في استخدام الجنة للتشريح من تقدم العلم الذي تنتفع به الإنسانية كلها، وإنقاذ كثر ممن أشرفوا على التهلكة، أو التخفيف عن شخص أحاطت به الآلام من كل نواحيه، ويأتيه الموت من كل مكان وما هو بميت"⁽¹⁾.

غير أن من قال بهذا القول يرى - مع ذلك - أنه لا بد من الاحتياط في ذلك حتى لا يتوسع فيه الناس بلا مبالاة، فليقتصر فيه على قدر الضرورة⁽²⁾، ولهذا يكون المساس بالجنة للغرض المذكور جائزاً شرعاً؛ لما فيه من مصلحة راجحة تعلو الحفاظ على حرمة الميت.

¹ - راجع في تفصيل هذه الفتوى فضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: الفتاوى الإسلامية، المجلد العاشر، ص 3714 وما بعدها.

² - المصدر السابق: الموضع نفسه.

القول الثاني يرى عدم جواز المساس بالجثة إلا لغرض استخراج مال، أو جنين حي منها، أما التشريح الذي من لوازمه شق البطن بلا سبب سوى بحث الأعضاء ومعرفة وظائفها، وما بها من أمراض؛ فلا يسوغ فتح بطن الإنسان بعد موته، ويمكن الوقوف على وظائف الأعضاء بواسطة فتح بطن حيوان آخر غير الإنسان، لأن كل الحيوانات متساوية في وظائف الأعضاء الحيوانية⁽¹⁾.

إلا أننا نرى أن هذين القولين غير متعارضين؛ بل يجتمعان في نقطة ارتكاز واحدة، فالقول الأول يرى الجواز للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، وتتمثل هنا في عدم وجود حيوان صالح لإجراء التشريح عليه، بينما يذهب القول الثاني إلى الحظر؛ وذلك لوجود حيوانات بديلة يجرى عليها التشريح، وهنا تكمن نقطة الالتقاء بين القولين، فحسب القول الأول إذا وجد حيوان تجرى عليه العمليات العلمية والتعليمية فلا ضرورة لاستخدام الجثة، فشرط الإباحة منتفٍ وفقاً للقول الأول، وتوافر شرط الحظر بالنسبة للقول الثاني، إذا فكلا القولين يرى عدم جواز المساس طالما وجد البديل، وإذا لم يتوافر حيوان صالح للاستخدام في الأغراض العلمية والتعليمية توافر شرط الإباحة بالنسبة للقول الأول، وانعدم شرط التحريم بالنسبة للقول الثاني، وهكذا يلتقي القولان.

وعلى هذا ننتهي إلى أن قواعد الشريعة الإسلامية من المرونة بمكان بحيث تجيز ممارسة أعمال تعليمية وعلمية على الجثة طالما كانت هناك مصلحة راجحة، بشروط أهمها:

- 1- أن تكون هناك ضرورة، على أن تقدر هذه الضرورة بقدرها.
- 2- موافقة الشخص قبل وفاته، أو موافقة ذويه إذا لم يعلن رغبته قبل موته⁽²⁾.
- 3- وجوب دفن الجثة بعد الفراغ من التشريح⁽¹⁾.

¹ - فضيلة الشيخ محمد بخيت المطيعي، مجلة الأزهر، المجلد السادس، ص 631 وما بعدها. مشار إليه لدى كتاب بيان للناس: ص 311.

² - وفي حالة عدم وجود أقارب للجثة، أو كان صاحب الجثة مجهول الشخصية، يجب الحصول على الإذن من السلطات المختصة، وسن فصل هذه الشروط لاحقاً.

المطلب الثاني

المساس بالجثة لأغراض علمية في القانون الوضعي

تكاد تجمع التشريعات – على ما نعلم- على إباحة المساس بالجثة لأغراض علمية أو تعليمية، إلا أنها وضعت شروطاً لهذا المساس، ولناخذ نماذج لبعض القوانين.

ففي مصر أباحت بعض التشريعات المساس بالجثة لأغراض علمية أو تعليمية، حيث نصت المادة 26 من القانون رقم 30 لسنة 1946م الخاص بالمواليد والوفيات على أنه: "يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة، بناءً على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية، للاحتفاظ بها لأغراض علمية، وذلك بعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفي"، كما يجيز قانون السجون رقم 119 لسنة 1974م استعمال جثث المحكوم عليهم بالإعدام⁽²⁾، ومن يتوفى من المسجونين لأغراض البحث العلمي؛ إذا لم يتقدم أحد من أهله لتسلم الجثة، حيث تسلم الجثة لإحدى الجهات الجامعية.

ومن خلال هذه النصوص تتبين إن المشرع قد أجاز المساس بالجثة لأغراض علمية أو تعليمية إذا توافرت شروط معينة أهمها: (3)-(4)

الأول- يتعلق بالغرض من الاستخدام: إذ لا بد أن يكون الغرض علمياً أو تعليمياً، أما إذا كان الغرض صناعياً أو تجارياً فإن العمل يعاد إلى سيرته الأولى، ويدخل دائرة الحظر مرة أخرى.

¹ - د. جمعة أحمد أبو قبيصة: ص 127.

² - كان من الأوفق أن يستخدم المشرع مصطلح "المنفذ فيهم حكم الإعدام".

³ - نفضل استخدام مصطلح شروط، وذلك دلالة على أن الأصل هو حرمة المساس، وحتى يباح لا بد من وجود شروط معينة، ولا نحيد استخدام مصطلح قيود، إذ القيود ترد على المباح فتحد منه، ولما كان الأصل الحرمة فالإباحة بشروط.

⁴ - هناك مقترض أساسي للنظر في مدى مشروعية المساس بالجثة ألا وهو التحقق من استحالة الجسم إلى جثة، وهذا قد سبق تفصيله.

الثاني- طلب إحدى الجهات الصحية أو التعليمية، ومن ثم لا يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم الدفن وإعطاء الجثة لجهات غير حكومية، أو لأفراد عاديين، كطلاب كلية الطب مثلاً.

الثالث- موافقة ذوي الشأن، وتكون إما بوصية من المتوفي نفسه قبل موته، أو موافقة أقاربه، إلا أن التساؤل يثور حول درجة القرابة المخولة باتخاذ القرار، وما هو الوضع لو اختلف الأقارب، فوافق البعض على المساس بالجثة ورفض البعض الآخر؟ إن الأقارب الذين يعتد بأرائهم في هذا المجال -على ما نرى- هم الزوج والزوجة والأقارب حتى الدرجة الثانية، وذلك بتقريبها من انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي. ولا بد أن يكون قرارهم بالموافقة على استخدام الجثة بالإجماع، فإن وافق البعض ورفض البعض الآخر عدنا إلى الأصل، وهو حظر المساس، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء، أو لم تكن لهم إرادة معتبرة قانوناً، انتقل الحق إلى أقارب الدرجة الثالثة، ثم الرابعة، على أن يكون قرار الموافقة في كل درجة مخولة بالإجماع، كل هذا ما لم يكن المتوفي قد أعلن عن رفضه استخدام جثته.

وثمة شرط رابع، خاص بالموتى من المسجونين، أو المنفذ فيهم حكم الإعدام، وهو أن لا يتقدم أحد لاستلام الجثث، سواء لعدم التعرف على ذوي المحكوم عليهم، أو لعدم حضورهم بعد التعرف عليهم وإخطارهم بتنفيذ الحكم، مع إلزامهم بالحضور خلال مدة معينة، إذ يعد هذا بمثابة موافقة ضمنية على استخدام الجثة للأغراض المذكورة، ويأخذ موتى الحوادث الذين لم يحضر ذووهم لاستلام جثثهم، أو لم يتم التعرف عليهم، نفس الحكم السابق.

وفي ليبيا مسابقة للتشريعات الحديثة، أجاز المشرع الليبي استخدام الجثة لأغراض علمية أو تعليمية بموجب القانون رقم 4 لسنة 1982م⁽¹⁾، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: "لا يجوز تشريح جثث الموتى إلا في الحالات الآتية: أولاً- التشريح للأغراض العلمية أو التعليمية، بشرط توصية المتوفى، أو موافقة أحد أقاربه لغاية الدرجة الرابعة".

وهذا النص وإن كان يشترط موافقة المتوفى قبل وفاته على الاستخدام، وفي حالة عدم إبداء الرأي من قبل المتوفى فإن الموافقة تكون - وكما يقول النص - لأحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة، إلا أننا نسجل عليه ملاحظتين، وهما:

الأولى: خاصة بدرجة القرابة المخولة بالموافقة، فقد حددها المشرع بالقرابة حتى الدرجة الرابعة، ولكن ما هي الفلسفة التي جعل بها المشرع الأقارب المخولين بالموافقة حتى الدرجة الرابعة؟ ألم يكن من الأوفق أن يقربها من فرضية انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي؟ على أساس أن المساس بالجثة إهانة للمتوفى، ومادام له (المتوفى) الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي أثناء الحياة، إلا أنه مات دون أن يتقاضاه، فإن هذا التعويض ينتقل ليس إلى كل الورثة؛ وإنما للزوج أو الزوجة والأقارب حتى الدرجة الثانية، لأنهم هم الذين يتألمون بما يألم به مورثهم. أقول تقريبا من انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، وليس قياسا عليه، فهذا أقرب إلى المنطق القانوني، بدلاً من فتح الباب على مصراعيه لحين دخول أفراد الدرجة الرابعة فيه، فيدخل كل قاص ودان لإبداء الرأي بالموافقة أو الرفض، لاسيما أن المشرع قال "...أو أحد أقاربه"، وهنا تأتي الملاحظة الثانية.

¹ - سبق هذا القانون القانون رقم 177 لسنة 1972م بشأن تشريح الجثث للأغراض العلمية والتعليمية، إلا أنه ألغي بموجب نص المادة الخامسة من القانون رقم 4 لسنة 1982م بشأن تشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى، حيث نصت على أنه "يلغي القانون رقم 177 لسنة 1972م في شأن تشريح الجثث للأغراض العلمية والتعليمية، كما يلغي كل حكم يخالف أحكام هذا القانون". موسوعة التشريعات الليبية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، التشريعات الصحية، ص 81.

الثانية: يقول النص المذكور "أو موافقة أحد أقاربه لغاية الدرجة الرابعة"، وهذا النص يكتنفه الغموض، حيث إن عبارة أحد أقاربه توحي بأنه يكفي أن يوافق قريب واحد من قائمة الأقارب حتى الدرجة الرابعة حتى يصبح التشريع لأغراض علمية مشروعاً، حتى ولو اعترض الباقون، والأخذ بهذا المفهوم المباشر للنص يعني أن موافقة واحد فقط من أقاربه كفيلة بنسف الحق الأدبي لبقية الأقارب التي حددها المشرع حتى الدرجة الرابعة، ومن ثم يمثل اعتداء على حقهم الأدبي على جثة صاحبهم، ولذلك ينبغي أن يكون القرار بالموافقة جماعياً وليس فردياً، باعتبارهم جميعاً لهم الحق الأدبي على الجثة، ورفض أحدهم لا يمس بحقوق أحد، أما موافقة أحدهم إن اعتبرت كافية للتشريع فستمثل اعتداء على حق الآخرين، ولنا أن نتخيل شخصاً توفي وترك ابناً (قربة من الدرجة الأولى)، وله ابن عم (قربة من الدرجة الرابعة) فوافق ابن العم على الاقتطاع ورفض الابن، فحسب حرفية النص يجوز الاقتطاع، طالما وافق واحد من الأقارب حتى الدرجة الرابعة، وهذا ما لا يمكن للمنطق السليم أن يقبله. لذلك نخلص إلى أن النص به عيب في الصياغة أكثر من كونه يقرر حكماً قانونياً مفاده أن موافقة أحد الأقارب كافية، وذلك لمخالفته لصحيح القانون والمنطق⁽¹⁾. وبناءً عليه فالأولى أن يكون النص "... أو موافقة أقاربه حتى الدرجة الرابعة"، وذلك حتى يتقرر الإجماع، ولكن قد يصبح هذا الإجماع صعباً، لاسيما مع هذا العدد الضخم من الأقارب، ومن هنا يأتي التعديل الآخر: (أو موافقة الأقارب حتى الدرجة الثانية).

وفي فرنسا نص المشرع صراحة على جواز الاقتطاع من جثث الموتى لأغراض علمية، إذ بالرغم من اعتناء المشرع الفرنسي بالكرامة الإنسانية حتى فيما بعد الوفاة فقد أجاز استثناءً اقتطاع أجزاء من المتوفى، لاستخدامها في أغراض علمية وفق شروط معينة، حيث

¹ - يبدو أن المشرع الليبي قد فطن إلى عيب الصياغة في القانون المذكور فقام بتدراكه في لائحته التنفيذية، فنص في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية منها على أنه: "وتكون الموافقة المنصوص عليها بترتيب الدرجات، الأولى فالثانية فالثالثة ثم الرابعة".

نص في المادة 671 / 7 من القانون رقم 653 / 94م على أنه "لا يجوز اقتطاع أعضاء من شخص متوفٍ إلا لأغراض علاجية أو علمية، وبعد ثبوت الوفاة"⁽¹⁾.
فالمشرع الفرنسي أجاز الاقتطاع لأغراض علمية وفق شروط أهمها:
1 - تحقق حالة الوفاة⁽²⁾. 2- موافقة ذوي الشأن⁽³⁾. 3- الغرض العلمي أو العلاجي .

المبحث الثاني

المساس بالجثة لأغراض علاجية

قد تسهم الجثة في إنقاذ حياة مريض لا سبيل لشفائه بإذن الله - سوى أخذ جزء أو أكثر من إنسان آخر؛ ولما كان من الصعب الحصول على هذا الجزء من إنسان حي⁽⁴⁾ فإن التساؤل يثار حول ما إذا كانت الحالة المرضية لإنسان تصلح أن تكون مسوغاً شرعياً وقانونياً للحصول على جزء من الجثة لإنقاذ حياة؟
يعترف غالبية الفقه الإسلامي والقانوني بشرعية استقطاع الأعضاء من جثث الموتى لزرعها في إنسان حي لمساعدته على العلاج⁽⁵⁾، إذ يعترفون بحق الإنسان في ترتيب أوضاع جسده حتى فيما وراء الحياة، باعتباره سيد جسده حياً وميتاً، وقد انعكس هذا الاتجاه على التشريعات المقارنة، فأصبح للفرد مكنة التعبير عن إرادته في تحديد مصير جثته، غير أنه قد يتوفى دون استخدام هذه المكنة، ومن هنا يأتي التساؤل حول مدى حق الأقارب في منح الموافقة على استقطاع جزء من جثث متوفيههم؟

¹- Loi.n-653-94-.J.C.P 1994.66973.

²- سيأتي تفصيل هذا الشرط في الحديث عن الأغراض العلاجية .

³- سيأتي تفصيل هذا الشرط لاحقاً.

⁴- جدير بالملاحظة أن نقل الأعضاء بين الأحياء خارج نطاق هذا البحث.

⁵- راجع على سبيل المثال د . أحمد شرف الدين: التقدم الطبي والاجتهاد، مجلة القانون والاقتصاد 1985 م، السنة 25، ص 488 ، محمد محمد أبو زيد: ص 71 ، أحمد عبد الكريم سلامة: ص 193 ، محسن البيه: مشكله نقل وزراعة الأعضاء البشرية، ص 312 ،

رغم أن كثيراً من التشريعات قد خرجت على الأصل، وأجازت المساس بالجثة لأغراض علاجية، فإن عدة شروط وضعت في هذا الشأن، كثير منها جفت أقلام الفقهاء في تناولها، وزخرت بها المراجع القانونية⁽¹⁾، وفي هذا المبحث سنتناول التعبير عن الإرادة باعتباره أهم شروط نقل الأعضاء من جثث الموتى، وسنقسمه إلى مطلبين، الأول: الإيصال بالجثة، ويتحقق ذلك عندما يعرب الشخص قبل وفاته- عن رغبته في تحديد مصير جثته أو جزء منها، والثاني: خاص بحق الأقارب في تحديد مصير جثة متوفيهم في حالة ما لو توفى دون سبق تحديد مصير جثته.

المطلب الأول

الإيصال بالجثة

الوصية - كما هو معروف- تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فإذا عبر شخص عن رغبته في أن يستقطع جزء من جسده بعد موته، لينفع به شخص محتاج إليه، عدّ هذا التعبير تصرفاً قانونياً يجب أن تتوافر فيه أركان التصرفات بصفة عامة من رضا ومحل وسبب.

الركن الأول- الرضا: يجب أن يصدر رضا من الشخص باقتطاع جزء من جثته لصالح الغير، رضا حراً مستنيراً خالياً من العيوب، ولكن هل يشترط أن تفرغ الإرادة في شكل معين، أم تكفي الرضائية فيها؟

من جانبنا نرى ضرورة أن يفرغ التعبير عن الإرادة في شكل كتابي، يعرب فيه الشخص صراحةً عن رغبته في اقتطاع جزء من جسده بعد موته لصالح من يحتاج إليه، إذ أن هذا التصرف من الخطورة بمكان بحيث يستلزم الشكلية، غير أن التشريعات ليست على كلمة سواء في هذا الصدد، فبعضها جعل التعبير منتجاً لأثره سواء كان شفاهة أم كتابة، ومنها على

¹- لعل من أهم هذه الشروط التحقق من وفاة الشخص المأخوذ منه، والغاية العلاجية، وهذان الشرطان قد تم تناولهما سابقاً بإسهاب لاسيما الشرط الأول، ولذلك لن نعرض له هنا منعاً للتكرار.

سبيل المثال المادة 2/8 من مرسوم سنة 1980 مالاسباني، والتي تقرر أن التعبير عن الإرادة في مجال استئصال الأعضاء من الجثة ينتج أثره أيّاً كان أسلوب هذا التعبير، سواءً بالإشارة أم بالكلام أم بالكتابة⁽¹⁾، وكذلك القانون الألماني لسنة 1975 م⁽²⁾، أما المشرع الفرنسي فإنه لم يتحدث عن الشكلية إلا في حالة كون المتوفى قاصراً، وأعرب عن رغبته في الاستقطاع من جثته بعد وفاته، فلا بد أن تكون هذه الموافقة مقرونة بموافقة صاحب السلطة الأبوية عليه، وأن تكون مكتوبة⁽³⁾.

في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى إضفاء الشكلية على التعبير عن الإرادة، كالقانون المصري رقم 103 لسنة 1962 م، والخاص بتنظيم بنك العيون، حيث نصت المادة الثالثة منه على أنه: "يشترط الحصول على إقرار كتابي من المتبرعين أو الموصين وهم كاملو الأهلية"، أما في القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 م بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية فقد نصّ في المادة الثامنة منه على أنه يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حيّ أو علاجه من مرض جسيم، أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو، أو نسيج من جسد إنسان ميّت، وذلك فيما بين المصريين، إذا كان الميّت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أي ورقة رسمية، أو أقرّ بذلك وفقاً للإجراءات التي تحدّدها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، كما نص على الشكلية كذلك القانون الكويتي والعراقي والأردني⁽⁴⁾.

أما في ليبيا فقد أتى القانون رقم 4 لسنة 1982 م مخالفاً من النص على الشكلية التي ينبغي أن تفرغ فيها الإرادة، حيث نصت المادة الثانية منه على أنه: "تجوز الاستفادة من أعضاء

¹ - sanitaire (R.I.L.S) 1981.P.766 Recueil international de législation

² - R.I.L.S 1981.P.701.

³ - loi.n.654-94-du29 Juillet.1994.J.C.P.1994 66974.

⁴ - راجع المادة (5) من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني رقم 23 لسنة 1977 م، والمادة (3) من قانون مصارف العيون العراقي رقم 13 لسنة 1970 م، المشار إليهما لدى هيثم حامد المصادرة: ص 195.

المتوفي الصالحة للزرع بتوصية من المتوفى، أو بموافقة أحد أقاربه لغاية الدرجة الرابعة، ولا يجوز فصل الأعضاء إلا من قبل طبيب أخصائي"، إلا أن المشرع الليبي تدارك هذا الفراغ، فأوجب الكتابة، حيث نصت المادة 15 من القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية على أنه "لا يجوز المساس بجسم الإنسان، أو نقل عضو أو جزء منه ما لم يكن ذلك بموافقة الخطية، وبعد التأكد من عدم حصول ضرر له إن كان حياً، أو كان ذلك وفقاً لأحكام القانون رقم 4 لسنة 1982م إن كان ميتاً"⁽¹⁾.

الأهلية: تهدف القوانين من اشتراط كمال الأهلية في التصرفات القانونية بصفة عامة إلى حماية ناقصي الأهلية، ولذلك فإن تصرفاتهم تصرفات رمادية؛ فتكون صحيحة أو باطلة أو قابلة للإبطال حماية لهم وليس لذويهم، ولذلك نرى أن ناقص الأهلية، إن أبرم وصية بالمال أو البدن بحالته هذه، فإن الوصية لا تنفذ إلا بعد مماته، ومن ثم ففلسفة إبطال تصرفات ناقص الأهلية غير متوافرة، لأنه إن بلغ رشيداً، ورأى أنها ضارة، فله أن يرجع فيها، وإلا تصبح صحيحة، وإن مات قبل البلوغ فأين الضرر الذي وقع عليه؟ قد يقال: إن الضرر يقع على الورثة إذا كانت الوصية بالمال، ولكننا نقول: إن الشارع حدد نطاق الحماية للورثة؛ بأن جعل الوصية لا تزيد عن حد معين -في تشريعاتنا الثلاث- وبناءً عليه فإنه من ناحية الفلسفة القانونية المجردة، وبعيداً عن النصوص التشريعية، لا يشترط لإبرام الوصية كمال الأهلية. وعليه إذا اعتبرنا في مجال الأموال أن للشخص أن يوصي بماله دون حاجة إلى بلوغه سن الرشد، فإننا نرى أيضاً السماح له بالوصية بأحد أعضائه، فمثل هذه الوصية تنفع الآخذ (المنقول إليه العضو) ولا تضر بناقص الأهلية ولا بذم الورثة.

وقد ذهبت كثير من التشريعات التي تناولت نقل الأعضاء من ميت إلى حي إلى جواز إيصال القاصر بجزء من جثته، إلا أنها قيدته بضرورة الحصول على موافقة الممثل القانوني

¹ - راجع الجريدة الرسمية، العدد 28، السنة الرابعة والعشرون، 1986/12/31 م.

له⁽¹⁾، ومن ذلك المادة الثالثة من القانون المصري رقم 103 لسنة 1962م الخاص بتنظيم بنك العيون، حيث أجازت للقاصر أن يوصي بعينه بشرط الحصول على إقرار كتابي من وليه، غير أنّ قانون تنظيم زراعة الأعضاء البشرية السابق الإشارة إليه لم يتعرّض لهذه المسألة.

ومن ذلك أيضا المادة 11 من المرسوم الفرنسي الصادر في 1978م، والتي تقضي بأنه إذا كان المتوفي قاصرا فيلزم لإجراء أي عملية استئصال من جثته الحصول على إقرار كتابي من ممثله الشرعي⁽²⁾، وهذا ما أكدته المادة 8/671 من القانون رقم 654-94-1994م، حيث نصت على أنه "إذا كان المتوفي قاصراً أو تحت الوصاية فإن الاقتطاع لا يجوز إلا بموافقة أصحاب الحق في السلطة الأبوية أو الممثل القانوني موافقة صريحة ومكتوبة"⁽³⁾.

أما بالنسبة للقانون الليبي فقد اشترط كمال الأهلية في الشخص الذي يوصي بجزء من جثته، حيث نصت المادة 13 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 4 لسنة 1982م بشأن تشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى على أنه "لكل إنسان، ذكرا كان أو أنثى، بلغ سن الثامنة عشر سنة شمسية، ويتمتع بكامل الأهلية القانونية وقوته العقلية وإرادته، أن يعبر عن رغبته بالسماح بالتبرع بأي عضو من أعضائه البشرية بعد وفاته، وذلك عند تقدمه للحصول على بطاقة شخصية أو تجديدها".

¹ - نرى أن موافقة الممثل القانوني لنقص الأهلية على الوصية بجزء من جسده في غير موضعها، وتجعل الموافقة الصادرة من ناقص الأهلية عديمة الأثر، خاصة وأن الإيحاء لن يضر بالموصي، لأنها لن تنفذ إلا بعد وفاته، ولن تؤثر في الذمة المالية للورثة، لأن الجثة لا تدخل ضمن التركة، وإن كان لهم حق أدبي إلا أنهم حقهم تال لحق الشخص على جسده، وإذ كنا نرفضنا الولاية على الإيحاء بالمال فمن باب أولى نرفض الولاية في الإيحاء على البدن، ولذلك نرى أنه لا ضرورة لموافقة الولي، وإلا كان التعبير للولي وليس للمتوفي .

² - J. C. P. 1978. 47394.

³ - Loi .N 654- 94-29- 7 - 1994 J. C. P . 1994.

الركن الثاني-المحل: محل الوصية هنا هو الجثة، ومن هنا تأتي اشكالية من يحرّمون هذه العملية، حيث يساورهم الاعتقاد باستحالة أن يكون الجسد داخل دائرة التعامل، إلا أننا يجب أن لا نأخذ بهذا الرأي على إطلاقه، ذلك أن من رأى استحالة أن يكون الجسد البشري محلاً للتعامل، وبالتالي حرم بيع الجسد البشري أو أجزاء منه- لم يثر في ذهنه آنذاك مشكلة زرع الأعضاء، فهذا الرأي قد نودي به في سنة 1934م، ولم يتصور التصرف إلا على طريقة تاجر البندقية⁽¹⁾، وعليه فلا يقبل القول بعدم مشروعية كل الاتفاقات التي ترد على جسد الإنسان على أساس استحالة التعامل في الجسد، فالجسد أصبح محلاً لبعض الاتفاقات الصحيحة، ولو كان التعامل فيه مستحيلاً لكانت جميع الاتفاقات الواردة عليه باطلة. وإذا لم يكن التعامل في المحل مستحيلاً، فإننا نتساءل عما إذا كان يمكن القول ببطلان الاتفاقات الواردة على جسد الإنسان بسبب عدم المشروعية؟ قد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه، لأن ذلك غير مشروع، وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة النظام العام والآداب، ويلاحظ أن نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي في ذاتها إلى النظام العام أو الآداب، فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما لمخالفته للنظام العام أو للآداب، ولما كان النظام العام يستهدف المحافظة على جسد الإنسان بمعناه الشامل-من احترامه حال الحياة وبعد الممات- فإنه علي الجانب الآخر يرنو إلى أن يكون أفراد المجتمع أصحاء، ومن ثم فلا ضير من التضحية بسلامة الجثة للإبقاء على حياة الأفراد.

الركن الثالث- السبب: لا يمكن القول بأن جميع الاتفاقات الواردة على الجسد تكون مشروعة، بل لابد من البحث عن السبب الدافع للتصرف، فإن كان السبب مشروعاً أعتبر

¹ - المقصود به الرأي الذي يناهض أي تصرف يرد على الجسد البشري . راجع تفصيلاً د. حسام الدين الأهواني: مقدمة القانون المدني، ص 30 وما بعدها .

التصرف الذي محله الجسد مشروعاً، وإن كان السبب غير مشروع يكون التصرف غير مشروع، إذا فالعبرة بالسبب لا بالمحل.

فالمشرعون مؤخراً أجازوا التعامل في الجثة بشروط معينة، وبناءً عليه فالوصية بالجثة من حيث المحل تكون مشروعة، ما لم يكون المحل عضواً تناسلياً، لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب، فالأعضاء التناسلية تحمل الذمة الجنينية للشخص، وبالتالي فإن نقلها من شخص ميت إلى شخص حي يخالف النظام العام⁽¹⁾، وقد وصفت إحدى المحاكم الألمانية عملية نقل بويضة مخصبة من امرأة لأخرى بأنها غير مشروعة وفقاً للمادة 222 من القانون المدني الألماني، لتعارضها مع مقتضيات الكرامة الإنسانية⁽²⁾، لذا يجب أن يكون السبب في الإيصال جزءاً من الجثة لتحقيق هدف علاجي⁽³⁾، كإنقاذ حياة مريض، أو مساعدته على الشفاء، وتكاد تجمع التشريعات التي تناولت هذا الموضوع على التأكيد على هذا الغرض، ومن ثم فالإقتطاع لأغراض إنجابية غير جائز لعدم مشروعية السبب.

المطلب الثاني

حق الأقارب في التصرف في جثة المتوفى

قد يتوفى إنسان دون أن يعرب عن إرادته في مدى جواز الاقتطاع من جسده لصالح شخص مريض من عدمه، فما مدى ضرورة موافقة الأقارب على اقتطاع جزء من جثة متوفيهم لصالح مريض؟ لاسيما أننا قد عرفنا أن حق الأقارب على جثة قريبهم حق معنوي فقط، فهل بموجب هذا الحق يمكن منح أو منع جثة متوفيهم؟ أم أنه يمكن الاقتطاع دون حاجة

¹ - د. طلعت القصبي: ص 1981 .

² - مشار لهذا الحكم لدى د. محمد سامي السيد الشوا: ص 686 .

³ - يقصد بالسبب هنا مفهوم السبب وفقاً للنظرية الحديثة، وليس وفقاً للنظرية التقليدية، راجع في النظريتين المؤلفات العامة في نظرية الالتزام، ومنها مثلاً د. عبد المنعم فرج الصدة: ص 27 وما بعدها. د. عبد الودود يحيى: ص 126 وما بعدها. د. محمد علي البدوي: ص 149 وما بعدها.

لموافقته؟ سنقوم في هذا المطلب بدراسة هذه المسألة من حيث نطاق الموافقة من حيث الموضوع، ومن حيث نطاق الموافقة من حيث الأشخاص:
أولاً- نطاق الموافقة من حيث الموضوع:

ثمة اتجاهات ثلاث تنازعت حول مدى حق الأقارب في الموافقة على الاقتطاع من جثة متوفيهم.

الاتجاه الأول- تأميم الجثة:

ويرى هذا الاتجاه أن من حق الدولة التصرف في الجثة في إطار المصلحة العامة، دونما التوقف على موافقته قبل الممات أو موافقة ذوي قربه، باعتبار أن الجثة مملوكة ملكية عامة، وهي حق للمجتمع، وحق المجتمع ينبغي أن يكون له الأولوية على حقوق الأسرة الأدبية، ومن ثم ينبغي ترجيح المصلحة الإنسانية العامة المؤكدة على مصلحة ذوي القربى⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني- قرينة الرضا:

يقوم هذا الاتجاه على أن سكوت المتوفى عن إبداء رأي بالموافقة أو الرفض لاستقطاع جزء من جثته بعد وفاته يعتبر قرينة على توافر الرضا الذي يباح بمقتضاه استخدام الجثة أو جزء منها في العلاج أو التعليم أو التعلم، ولكن لا بد من إجراء تحقيق يؤكد عدم وجود اعتراض مسبق من الشخص المتوفى أو أحد أقاربه، إذ يعد اعتراض أحد الزوجين أو الأقارب مانعاً يحول دون المساس بالجثة، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه تشريع الأنسجة البشرية البريطاني الصادر في 1961/7/27م، ولم يلغ ذلك قانون نقل وزراعة الأعضاء الصادر 1989م⁽¹⁾.

¹- راجع د. حسام الدين الأهواني: المشاكل القانونية في عمليات زراعة الأعضاء البشرية، ص311.

¹- د مهند صلاح: ص 52 وما بعدها

الاتجاه الثالث- موافقة الأقارب:

اتجه هذا الرأي إلى ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة لأفراد أسرة المتوفي، حتى يمكن إجراء عملية الاستقطاع من الجثة، فالتغاضي عن حق الأسرة في هذا الشأن ينطوي على مساس بحقوق متعلقة بالنظام العام، ولا يجوز الاعتداد بإرادة أحد الأقارب الأبعد ما دام الأقرب يرفض الاقتطاع، وعند تعارض إرادة شخصين في درجة واحدة ترجح الإرادة الراضية للاقتطاع⁽¹⁾. وقد أخذ بهذا الاتجاه جل التشريعات التي نظمت نقل الأعضاء من ميت إلى حي، كالتشريع المصري⁽²⁾ والليبي⁽³⁾ والأردني⁽⁴⁾، والفرنسي، حيث لم يتجاهلوا الحقوق المعنوية للأقارب، وإن اختلفوا في تفاصيل وإجراءات الموافقة.

ثانيا- نطاق الموافقة من حيث الأشخاص:

إذا كنا في الفقرات السابقة قد توصلنا إلى ضرورة الحصول على موافقة الأقارب على الاستقطاع إلا أن التساؤل الذي يمكن أن يثار هنا: هل يلزم موافقة جميع الأقارب؟ أم يقتصر الحق في الموافقة على أقارب من درجات معينة؟

ليست التشريعات على كلمة سواء في هذا الشأن، فبعضها يجعل الموافقة لأحد الأقارب حتى الدرجة الرابعة، كالتشريع الليبي، حيث تنص المادة الثانية على أنه "تجوز الاستفادة من أعضاء المتوفي الصالحة للزرع، بتوصية من المتوفي، أو موافقة أحد أقاربه لغاية الدرجة الرابعة"، والتشريع الأردني يجعل الموافقة لأبوي المتوفي في حالة وجودهما أو الوصي

¹- راجع د. محسن البيه: ص 306. أيضا د. حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد، ص 12 وما بعدها.

²- نص المادة 36 من القانون رقم 130 لسنة 1946م الخاص بالمواليد والوفيات، والمادة الأولى والثانية من القانون رقم 119 لسنة 1974م من قانون السجون والسابق الإشارة إليهما.

³- المادة الأولى من القانون رقم (4) لسنة 1982م بشأن تشريح الجثث والاستفادة من جثث الموتى السابق الإشارة إليه، والتي تنص على "...التشريح للأغراض العلمية أو التعليمية بشرط توصية المتوفي أو موافقة أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة".

⁴- نص المادة الخامسة من قانون الانتفاع بجثث الموتى الأردني على أنه "يجوز الاستئصال من جثة المتوفي إذا وافق أحد أبوي المتوفي في حالة وجودهما على النقل أو وافق الولي الشرعي في حالة عدم وجود الأبوين".

الشرعي في حالة عدم وجود الأبوين، حيث تنص المادة الخامسة من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان على أنه "يجوز استئصال العضو من جثة المتوفي إذا وافق أحد الأبوين في حالة وجودهما على النقل أو وافق عليه الولي الشرعي في حالة عدم وجود الأبوين".

أما في التشريع العراقي فقد نصت الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986م على أنه: "يتم الحصول على الأعضاء البشرية من المصاب بموت الدماغ، وحسب الأدلة العلمية الحديثة المعمول بها، في حالة موافقة أحد أقاربه الكامل الأهلية من الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية، وموافقة لجنة مشكلة من ثلاث أطباء اختصاصيين".

أما بالنسبة للمشرع المصري، وبعد استقراء نصوص القانون رقم 103 لسنة 1962م بشأن تنظيم بنك العيون، والذي لم يصدر غيره بشأن نقل وزراعة الأعضاء في مصر حتى تاريخ كتابة هذا البحث، فقد اتضح أنه لم ينص على درجة معينة من القرابة. وفي التشريع الكويتي رقم 7 لسنة 1983م قررت المادة (3) أنه في حال استئصال كلى من أشخاص متوفين يجب الحصول على موافقة أقرب الأفراد الموجودين من أسرة المتوفي لحظة إجراء هذه العمليات⁽¹⁾.

ومن جانبنا نرى أن الذي له حق قبول الاستقطاع أو رفضه هم الزوج أو الزوجة والأقارب حتى الدرجة الثانية، على أن تكون الموافقة بالإجماع، فإن رفض أحد هؤلاء اعتبر ذلك رفضاً من قبل الجميع، وقد بررنا لذلك فيما سبق، فنحيل عليه منعاً للتكرار.

أما بالنسبة للقرابة من الدرجة الثالثة والرابعة فتكون إرادة هؤلاء عديمة الأثر مع وجود القرابة حتى الدرجة الثانية ومعهم الزوج أو الزوجة، أما في حالة عدم وجودهم فإن كل مرتبة

¹ - راجع في عرض هذا د. أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص 214.

تعتبر مستقلة، ويقدم الأقرب على الأبعد، وإذا تنازعت آراء درجة واحدة اعتبر ذلك رفضاً للاستقطاع، إذ الإجماع يراعى في الموافقة.

هذا ويعد من نافلة القول أن ثمة حالات لا حاجة لموافقة أحد من الأقارب على الاستقطاع، كحالة الأشخاص مجهولي الهوية، أو المنفذ فيهم حكم الإعدام ولم يُعرف ذووهم، أو لم يأتوا لاستلام الجثة، إذ تكاد تجمع كل التشريعات السابقة على ذلك، على أن يتم موافقة النيابة العامة على الاقتطاع باعتبارها ممثلة للمجتمع، وهذا ما لم يصدر منهم رفض قبل موتهم.

المبحث الثالث

استخدام الجثة في أغراض إنجابية

من المتصور-ولو من الناحية النظرية في الوقت الراهن- أن تستخدم الجثة لأغراض إنجابية، وتولد الحياة من الموت في عدة فروض:

الأول: أن تؤخذ خلية من شخص – أياً كان نوعها جسدية كانت أم جنسية⁽¹⁾ - وهو حي، وتجمد، ثم بعد وفاته يتم معالجتها معملياً لإعادتها إلى الحالة الجنينية الأولى إن كانت خلية جسدية، أو استعادة خصائصها إذا كانت خلية جنسية، ثم تزرع في الرحم، أو في بويضة منزوعة النواة، لبدء الحمل بعد وفاة صاحبها.

¹ - الخلية الجسدية هي خلايا متخصصة، توجد في كل أعضاء الجسم عدا الأعضاء التناسلية، وتقوم بوظيفة محددة، وتحتوي على 46 كروموزوم، أما الخلايا الجنسية فهي الخاصة بالتكاثر (الحيوان المنوي -البويضة الأنثوية)، وكل خلية تحتوي على 23 كروموزوم، وبعد اندماج الحيوان المنوي بالبويضة يشكلان الزيجوت، ويحتوي على 46 كروموزوم. راجع د. عبد الهادي مصباح: العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية، 1999م، الدار المصرية اللبنانية، ص 56 وما بعدها. د. جمال أبو السرور: العقم في العالم الإسلامي، تقرير مقدم للمؤتمر الأول في أخلاقيات التكاثر في العالم الإسلامي، والذي نظمتها جامعة الأزهر في الفترة من 10-12 1990م الي 13 - 12 - 1990م

الثاني: أن تقتطع خلية جسدية من الشخص عقب وفاته مباشرة، ثم تعالج معملياً؛ لتعاد إلى حالتها الجنينية الأولى، ثم تزرع في بويضة منزوعة النواة، ثم تعاد البويضة المحملة بالخلية إلى الرحم، ليتم الحمل، ويأتي المولود حاملاً كل الخصائص والصفات الوراثية لصاحب الخلية⁽¹⁾.

واستخدام الجثة لهذه الأغراض الإنجابية لا يمكن أن يعترف بمشروعيته لا من الناحية الشرعية، ولا من الناحية القانونية، فبالموت انقطع كل رباط شرعي بين الرجل والمرأة، وبالتالي لا تصبح المرأة التي مات عنها زوجها محلاً لمثل هذا الغرض بأي شكل من الأشكال، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الممارسات الطبية لايجوز ممارستها على الجسد البشري إلا بشروط معينة، أهمها الضرورة العلاجية، وهي غير متوافرة هنا، ولذلك نرى عدم مشروعيتها على المستويين، على مستوى مشروعية الإنجاب بهذه الطريقة، وعلى مستوى شروط ممارسة الأعمال الطبية.

المطلب الأول

الاقتطاع لأغراض إنجابية على مستوى الإنجاب في حد ذاته

ذكرنا في المبحث السابق أنه يجوز للشخص أن يوصي بجزء من جثته لاستخدامها في أغراض علمية أو علاجية، وكذلك يجوز لذويه أن يفعلوا ذلك، على أن لا يكون العضو الموصى به من الأعضاء التناسلية، فمحل هذه الوصية وسببها مخالف للنظام العام والآداب، ومن هنا يأتي التساؤل: هل من الممكن الإيصاء بجزء جسدي وليس جنسي من الجثة على أن يتم تحويله وإعادة برمجته ليتحول إلى خلية جنينية، ومن ثم يتم التناسل عن طريقها؟

¹ - صاحب الخلية التي توضع في بويضة منزوعة النواة هو في الحقيقة ليس من أخذ منه الخلية وإنما أبواه، إذ الخلية تحتوي 46 كروموزوم، وهي ذات العدد والصفات الوراثية المكون منها من أخذت منه، ولذلك إذا ولد شخص من هذه الخلية فسيكون أماً لمن أخذت منه، فهي توأمة متأخرة.

الإجابة البديهية أن هذا لا يعدو أن يكون التفافاً على قواعد النظام العام، والإرادة ليست قادرة على اختراق قواعد النظام العام، وعلى ذلك تكون غير مشروعة، إلا أنه يجب التنبيه إلى أمر وهو أنه إذا تم اقتطاع جزء من شخص لإعادة برمجته ليعود إلى المرحلة الجنينية، فإن المعول عليه في الوفاة ليس الشخص الذي أخذت منه الخلية وإنما أبواه، حيث إن الخلية لهما حقيقة، إذ بالبرمجة تصبح وكأنها خلية جنينية من حيث الصفات والخصائص، حيث تحمل 23 كروموزوما للأب و23 كروموزوما للأم، دونما أن تضاف أو تغير أي كروموزومات من المقتطع منه الخلية، فتأخذ حكم الخلية المنقسمة في مرحلة التخصيب.

ومن هنا يأتي تساؤل آخر، وهو هل يجوز زرع هذه الخلية المُشكلة من 46 كروموزوم في رحم زوجة المأخوذ منه؟ قطعاً الإجابة سلبية، إذ سيكون هذا في حكم زنا المحارم⁽¹⁾، لياتي تساؤل ثالث هو هل يجوز أن تزرع في رحم أمه رغم وفاة أبيه؟ إن شبهة زنا المحارم غير متوافرة، لأن الخلية لها من زوجها المتوفي، إذاً هل يجوز أن تزرع اللقحة بعد وفاة الزوج؟ لقد طرح على القضاء الفرنسي قضايا مشابهة، أتت الأحكام فيها متعارضة، مما فتح الباب على مصراعيه أمام جدل فقهي صاخب، استمر قرابة عشر سنوات، انقسم الفقه فيه بين مؤيد ومعارض، إلى أن حسم المشرع الفرنسي النزاع بقانون 1994/7/29م.

وقد كانت أولى هذه القضايا قضية Créteil، والتي فصل فيها عام 1984م، والخاصة بالتلقيح بعد الوفاة، وقد أتى مؤيداً للتلقيح بعد الوفاة⁽²⁾. كما صدر حكم من محكمة أنجيه (ANGERS) مؤيداً للزرع بعد الوفاة، ورتب عليه آثاره من نسب الطفل لأبيه⁽³⁾.

¹ - في حكم زنا المحارم، حيث إن هذه الخلية في حقيقة الأمر لأبوي من أخذت منه الخلية، وبالتالي فزرعها في رحم زوجة من أخذ منه الخلية يجعلها حاملة لنطفة أبوي زوجها.

² - Come: Note sous T.G.I.Créteil.1-8-1984.J.C.P.20321.Stephane

³ - LABBE: note sous T.G.I.RENNES 10/11/1993-D.1994.P.30.-

إلا أن أحكاماً أخرى أخذت موقفاً مغايراً، حيث ناهضت الزرع بعد الوفاة، ومنها حكم محكمة رين (RENNES) الابتدائية، والذي قضى بانتفاء أحقية الزوجين على البويضة المخصبة، وأجاز لمركز الحفظ إتلافها⁽¹⁾. كما صدر حكم محكمة تولوز سنة 1994م مقررأ نفس الحكم⁽²⁾، حيث قضى بأنه "لا يمكن أن يتم زرع البويضات الملقحة في حالة وفاة الزوج، إذ أن هدف عملية التلقيح هو معالجة حالة العقم لدى الزوجين، وبوفاة الزوج يصبح العمل بلا سند يبرره، وأي اتفاق على خلاف ذلك ليس له أدنى قيمة".

الموقف الفقهي: تضارب الأحكام القضائية على النحو السابق انعكس بطبيعة الحال على الموقف الفقهي، حيث انقسم إلى رأيين:

الأول: يذهب إلى جواز التلقيح أو الزرع بعد الوفاة مستنداً إلى:

1- القانون يجيز للمرأة التي تعيش بمفردها أن تتخذ شخصاً أجنبياً عنها تماماً ولداً لها، وهو ما يسمى بالتبني، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من أن يكون هذا الطفل منها، ولو بنطفة زوجها المتوفي، فالموت ليس عقبة أمام الإنجاب⁽¹⁾.

2- المشرع الفرنسي خول رئيس الجمهورية بموجب المادة (171) مدني فرنسي الترخيص بإتمام الزواج بعد وفاة الشخص الذي كان يرتبط بامرأة بعلاقة حرة إذا اتخذ إجراءات رسمية معلناً عن رغبته في إتمام الزواج، ولكن توفي قبل إتمامه فعلاً، ففي هذه الحالة يجوز لرئيس الجمهورية الترخيص بإتمام الزواج، إذا وجدت أسباب جدية تستدعي ذلك، كالمحافظة على مصلحة الجنين الذي هو من ذاك الرجل الذي مات قبل أن يتم الزواج. فإذا كان المشرع قد رخص بإتمام الزواج بعد الوفاة، فلم لا يقاس عليها حالة إتمام الحمل بعد الوفاة لوجود الجامع بينهما، وهو إتمام العمل، لاسيما أن الرغبة في إتمام العمل قد أعلنت في الحالتين "اتخاذ

¹.- J.C.P. 1994. 11. 2235. T.G.I.RENNES-3-3-1993. note sur CLEIR

².- J.C.P. 1995. 43187. 18.4.1994. Toulouse

¹.- J.ROBERT: La révélation Biologique et génétique Face aux exigences de droit R.T.D.C. 1984. p. 1269.

إجراءات الزواج في الحالة الأولى، وإيداع النطفة أو اللقيحة في الحالة الثانية"، كل ما هنالك أن ترتيب الحوادث مختلف، ففي التلقيح أو الزرع بعد الوفاة، الزواج سابق، والإنجاب هو المبرر. وإتمام الزواج بعد الوفاة يفترض وجود حمل قبل الوفاة، وهو المبرر⁽¹⁾.

3- القانون أجاز للشخص الإيصاء بذمته المالية، وأجاز له الإيصاء بأعضائه ليقطع منها بعد الموت، فلم لا يجوز الإيصاء بالذمة الجينية⁽²⁾.

4- الأرملة من حقها أن تحتفظ بذكرى زوجها المتوفي بأن يكون لها طفل منه، ونتكلم عن عدم أخلاقية التلقيح أو الزرع بعد الوفاة، ولكن ما هو اللاأخلاقي فعلاً: موقف هذه المرأة التي تريد إطالة الحياة بأبعد من الموت، أو هؤلاء الذين يرفضون إعطاء الحياة؟ !

إن هذه الحجج كما هو واضح لا تزيد الرأي المؤيد إلا وهناً على وهنه، فبالنسبة للحجة الأولى، والتي تقوم على قياس التلقيح بعد الوفاة على التبني، فإنها دعوى باطلة وقياس فاسد، فما كان يوماً ما ولن يكون التبني تلقيحاً، ولا التلقيح تبنيّاً، فهما يقفان على طرفي نقيض، فإذا كان التبني يخفف من وطأة اليتيم بإيجاد بنوة مفتعلة⁽¹⁾ فإن التلقيح بعد الوفاة يخلق حالة اليتيم⁽²⁾.

هذا الفصل العميق بين الزواج والإنجاب يجعل الطفل يتيماً حتى قبل الحمل به، فالطفل المتبني ولد يتيماً، أما التلقيح أو الزرع بعد الوفاة فإن الطفل سيولد يتيماً، لأن أبويه أو أحدهما -على الأقل- قد أراد ذلك، إنه سيكون ضحية، ولسوء حظه هذه المرة فإن يتيمه ليس وليد الصدفة، بل يكشف مسئولية أبويه الذين خلقوا حالة اليتيم لهذا الطفل، نتيجة قدامهما على التلقيح أو الزرع بعد وفاة صاحب النطفة⁽³⁾.

¹ - راجع د. عطية محمد عطية "المشكلات القانونية الناتجة عن التلقيح الصناعي" رسالة من جامعة طنطا، 2002م، ص 258 وما بعدها .

² - LABBEE : Insémination artificielle pratiquée après la mort du donneur. GAZ.PAL.1984.P.401

¹ - ننظر إلى التبني من خلال وجهة نظر المشرع الفرنسي مع مراعاة عدم مشروعيته في الدول الإسلامية .

² - MARIE (T.M.K) le droit de l'enfant face au droit l'enfant R.T.D.C.1988.P645.

³ - ALAIN Seriaux (A) : Droit naturel et P.A quelle jurisprudence.D.1985.P.550.

وبالنسبة للحجة الثانية، والخاصة بقياس التلقيح بعد الوفاة على الترخيص بإتمام الزواج بعد الوفاة، فإنه لا يمكن التسليم بها، ذلك أن إتمام الزواج بعد الوفاة لا يعدو أن يكون تصحيحاً لواقع يشكل خطراً على المركز القانوني للجنين لو لم يصحح، ولذلك أعطى المشرع لرئيس الدولة الحق في تصحيح هذا الواقع، مراعاة لمصلحة يراها جديرة بالحماية، وهي الحفاظ على الأسرة، على خلاف التلقيح أو الزرع بعد الوفاة؛ والذي يثير قلقاً اجتماعياً وقانونياً، يتمثل في قلق في النسب وقواعده، وفي الميراث وقواعده، وخلق لحالة يتم. كما أن الترخيص بالزواج بعد الوفاة إنما يشكل استثناءً على القاعدة العامة، ومن أبجديات قواعد التفسير أن الاستثناء لا يقاس عليه، ولا يتوسع في تفسيره، فضلاً عن هذا فإن هذا الاستثناء في حد ذاته لم يسلم بعد من النقد، فلا تزال أسهم النقد تصوب نحوه⁽¹⁾.

وبالنسبة للحجة الثالثة، والتي تقيس الإيذاء بالذمة الجينية على الإيذاء بالمال أو بالأعضاء ففيها مغالطة، ذلك أنه لا وجه إطلاقاً لهذا القياس، فالذمة الجينية ما هي إلا مشروع جنين، ومن ثم تغير في النظام الاجتماعي للأسرة من خلال تغيير قواعد النسب، والتي تعد قواعده في كل الأنظمة القانونية من النظام العام، فالإيذاء غير مشروع السبب، فضلاً عن عدم مشروعية المحل.

وأخيراً فإن القول بأن الأرملة من حقها أن تحتفظ بذكرى زوجها المتوفي قول يتغافل الدور الحقيقي للتلقيح، والذي أضفى عليه المشروعية، ألا وهو القصد العلاجي، فإذا مات الزوج فلا علاج، كما أن هدف التلقيح ليس إحياء ذكريات الأحباب الذين رحلوا والبكاء عند أطلالهم.

¹- GAY.RAYMOND: La procréation artificielle et le droit français J.C.P.1983.P.3114.

وهكذا يتضح أن هذا الرأي من الوهن بمكان، بحيث سنح للرأي الآخر أن يرسخ دعائمه، ليصبح نبراساً للمشرع يستضيء به حين سنه لتشريع خاص بالتلقيح الصناعي فيما بعد.

الثاني: ذهب هذا الرأي - بحق - إلى القول بعدم مشروعية التلقيح أو الزرع بعد الوفاة مستنداً للآتي:

- 1- العلاقة بين الأزواج أو المعاشرين قد انقضت بالوفاة، وهذه العلاقة سواء أكانت علاقة زواج أم معاشرة هي طريق الإنجاب، وبعد انقضاء هذه العلاقة انعدم الأساس القانوني للزوجة أو المعاشرة لاسترداد نطفة زوجها أو لقيحته، وإذا كان للزوجة أو المعاشرة بعض الحقوق على جسد زوجها فإن ذلك رهين بحياته، أما وقد مات الزوج فالعلاقة بينه وبين المرأة المرتبط بها تضع أوزارها، ومن ثم يوصد طريق الإنجاب بينهما نهائياً⁽¹⁾.
- 2- عدم مشروعية السبب، ذلك أن العقد المبرم بين مركز حفظ النطف والمتوفي؛ والذي على أساسه يتم التلقيح أو الزرع بعد الوفاة، يعتبر كأن لم يكن، لبطلان العقد، لأنه يؤدي إلى نسبة طفل لشخص توفي قبل الحمل منه، فالحمل لم يحدث إلا بعد الوفاة وانحلال رابطة الزوجية تبعاً لذلك⁽²⁾، وعليه فالطفل لن ينسب إلى المتوفي، لأن النسب يشترط فيه أن يولد الطفل خلال 365 يوماً على الأكثر من تاريخ الوفاة في ظل التشريعات العربية، و300 يوم على الأكثر في القانون الفرنسي⁽³⁾، لاسيما إذا وضعنا في الاعتبار أن إجراءات التلقيح أو الزرع تستغرق فترة طويلة، ومن ثم فإن فرصة النسب تكاد تكون معدومة⁽⁴⁾.

¹- ALAIN SÉRIEUR : art.pree.

²- د. محمد مرسي زهرة: ص 48 وما بعدها.

³- J.DEVICH: La gestation pour le compte d'autrui D.1985.P. 151.

⁴- د. محمد مرسي زهرة: ص 49

فضلا عن ذلك كله فإن هذه العملية تجعل الشخص يتيماً قبل الحمل به، فهي تخلق حالة اليتيم، مما قد يرتب المسؤولية المدنية، فلو تسبب شخص في وفاة أب لشخص آخر ألا يكون له الحق في التعويض عن الضررين المادي والأدبي الذي أصابه نتيجة فقده لأبيه؟ فكذا لو تسببت الأم في ميلاد الطفل يتيماً قبل الحمل، فإننا نرى أنها تتحمل المسؤولية المدنية، هي ومن يشاركها في مواجهة الطفل، حيث إنهم خلقوا حالة اليتيم له. كما أن هذا الطفل لن يرث في ظل القواعد القانونية المعمول بها، حيث إن الطفل الناتج عن التلقيح أو الزرع بعد الوفاة لن يكون موجوداً وقت افتتاح التركة، والذي يعتبر شرطاً أساسياً فيمن يرث وفقاً للقانون الفرنسي، وبالتالي لا يعتبر وارثاً الحمل الذي لم يكن موجوداً وقت وفاة المورث⁽¹⁾.

ولهذا قضت محكمة تولوز Toulouse الابتدائية في 26-3-1991م بحظر التلقيح بعد الوفاة في قضية تتلخص وقائعها في أن أرملة السيد (ميشيل) تقدمت إلى مركز حفظ النطف بطلب لاسترداد نطفة زوجها التي أودعها المركز قبل وفاته، فرفض المركز الطلب، فرفعت دعوى أمام القضاء مطالبة بنطفة زوجها المتوفي، إلا أن المحكمة رفضت طلب المدعية، لأنه لا يوجد أساس لاسترداد النطفة، لا في نظرية العقد، ولا في قانون الأشخاص، وألزمت المحكمة المركز بإعدام العينات (اللقاح المحفوظة)⁽²⁾. ولاشك أن هذا الحكم نزل برداً وسلاماً على صدور فقهاء القانون والقضاة، وأعاد التوازن الذي أحدثه حكم 1984م. ثم صدرت من بعده عدة أحكام تؤكد عدم جواز التلقيح أو الزرع بعد الوفاة، كحكم محكمة (RENNES) الابتدائية⁽³⁾.

¹ - CORNU(G): droit civil la famille précis domat Paris.1984.p.421.

² - راجع في تفصيل هذا الحكم والحجج التي أبدتها المدعية ورد الدفاع رسالتنا السابقة: ص 267 وما بعدها والمراجع المشار إليها فيها، ومنها على وجه الخصوص: - PHILIPPE PEDROT: Note sous T.G.H Toulouse 26/3/1991.11.21307.

- LABBE: note sous T.G.I. Toulouse 1991.R.T.D.C.1991.P.310.

³ - NEIRANCK: note sous T.G.I. RENNES 30.JUIN.1993.J.C.P.1994.1122205.

الموقف التشريعي: لقد قطع المشرع الفرنسي دابر الخلاف بين الفقهاء، كما قطع الطريق على الفوضويين في العلاقات الأسرية، فنص صراحة على عدم جواز التلقيح أو الزرع بعد الوفاة، وذلك من خلال القانون رقم 94-654⁽¹⁾ الخاص بالمساعدة الطبية للولادة، فنص في المادة 2/152 من القانون المذكور على أنه: "لكي تجرى عملية التلقيح الصناعي يجب أن يكون راغبو التلقيح متزوجين، وبالنسبة للمعاشرين يجب أن يثبتوا قيام العشرة بينهما لمدة عامين على الأقل سابقة على طلب التلقيح، وأن يكونا في سن الإنجاب، كما يجب أن يكونا أحياء"، كما نصت المادة 3/153 على أنه "لكي تجري عملية التلقيح الصناعي يجب أن يكون الرجل والمرأة المشكلان للزوجية أحياء"، ونصت المادة 20-311 من القانون المذكور على أن: "الموافقة المعطاة لإجراء التلقيح الصناعي تكون عديمة الأثر في حالة الوفاة"، وهكذا يتضح أن المشرع الفرنسي قد حرم التلقيح أو الزرع بعد الوفاة بموجب هذه النصوص.

أما بالنسبة لقوانين الدول الإسلامية⁽¹⁾ فلا جدال في أنها تحرم التلقيح أو الزرع بعد الوفاة، فعلى سبيل المثال تنص المادة السابعة عشرة من قانون المسؤولية الطبية الليبي على أنه: "لا يجوز تلقيح المرأة صناعياً أو زرع الجنين بالرحم إلا عند الضرورة، وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهم"⁽²⁾. ويتضح من هذا النص أن المشرع الليبي اشترط للتلقيح أن يكون بنطفة الزوجين، ولما كانت الزوجية تنقضي بالوفاة، فإن المتوفي يصبح أجنبياً عن زوجته التي كانت، وبالتالي إذا لقحت بنطفته بعد وفاته كان التلقيح غير مشروع، ولا ينسب المولود له، إذ لا فراش⁽³⁾. فالموت يضع نهاية لعقد الزواج⁽⁴⁾ بدليل

¹- Loi N.654-94.29-7-1994.j.c.p.1994.66973.

¹- راجع الخلاف الفقهي حول هذه المسألة رسالتنا السابقة: ص 176 وما بعدها

²- الجريدة الرسمية الليبية، السنة 24، العدد 28.

³- كتاب بيان للناس الصادر عن الأزهر الشريف: ج2، ص253.

⁴- د. محمد البلتاجي حسن: ص136.

إمكان تزويجها من غيره، فكل قرابة أو مصاهرة تنقطع بالموت⁽¹⁾، وقد أكدت على ذلك المجامع الفقهية⁽¹⁾.

وعلى هذا فإن اقتطاع جزء من جثة شخص وزرعه في بويضة منزوعة النواة يعد غير مشروعة، بعد تقريبه من الفرضيات السابقة. هذا على مستوى الإنجاب، سواء أكان المتوفي هو من أخذت منه الخلية عند من يقول أنه صاحبها، أم أبوه، على أساس أن أباه –عندنا- صاحبها حقيقة، أما إذا مات من أخذت منه الخلية فقط، وزرعت الخلية في رحم أمه، مع بقاء أبيه على قيد الحياة مرتبطاً بصاحبة الرحم – أم من أخذت منه الخلية- بعلاقة زوجية، فإنها تكون غير مشروعة، ولكن هذه المرة ليس على مستوى الإنجاب في حد ذاته، وإنما على أساس المساس بحرمة الجثة في إطار فقه الموازنات، وهو ما نعالجه في المطلب القادم.

المطلب الثاني

الاقتطاع لأغراض إنجابية على مستوى ممارسة الأعمال الطبية

توصلنا فيما سبق إلى أن أخذ خلية من شخص توفي لزرعها في بويضة منزوعة النواة لامرأته التي كانت أو لأي امرأة أخرى يعتبر غير مشروع؛ لاصطدامه بالنظام القانوني والشرعي للإنجاب، ونضيف هنا أن اقتطاع جزء من متوفٍ لغرض إنجابي لا يمكن القول به أيضاً لاصطدامه هذه المرة بحرمة الجثة، لأن الاعتماد على فقه الموازنات هو الذي سمح

¹ - حيث قال: "كل سبب ونسب منقطع إلا سببي ونسبي"، والمراد أن القرابة والمصاهرة تنقطع بالموت إلا سبب ونسب الرسول ﷺ، سليمان أحمد الطبراني المعجم الكبير، 11/ 243، حديث رقم 11621، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة ج4، ص 494 بلفظة "إن الأنساب يوم القيامة تنقطع غير نسبي وسببي وصهري" راجع الشيخ ناصر الدين الألباني: السلسلة الصحيحة، 1995 ص 494 .

¹ - كقرار مجمع البحوث الإسلامية في جلسته المنعقدة في 17 رجب 1406 هـ 1986/3/27م، وقرار المجمع ذاته في جلسته المنعقدة في 4/محرم/ 1422 هـ في 2001/3/29م، حيث قرر أن وضع ماء الزوج في رحم زوجته بعد وفاته حرام شرعاً، لأنها لم تصبح امرأته، وهذا الفعل محرم شرعاً، لأنه وضع حيوانات منوية من رجل في امرأة صارت أجنبية عنه، فقد قطع الموت بينهما. راجع مجلة الأزهر: ج2، السنة 74، عدد صفر 1422 هـ، مايو 2001م، ص317.

للقول بمشروعية استخدام الجثة لأغراض علمية أو تعليمية أو علاجية، تتمثل في اقتطاع جزء من المتوفي لإنقاذ حي، أما والحالة هذه فإن المصلحة التي يضحى بحرمة الجثة لصالحها غير متوافرة، فالرغبة في الإنجاب من المتوفي لا يمكن اعتبارها مصلحة راجحة على حماية الجثة، بل أنها تصطدم بالمبدأ، حيث إن عملية الاقتطاع من الجثة لأغراض إنجابية تستلزم بالضرورة إجراء أعمال جراحية من اقتطاع خلية من "الجثة"، ونزع بويضة من امرأة حية، وتفريغها من النواة، وإعادة الزرع مرة أخرى بعد دمج الخلية بالبويضة منزوعة النواة، كل هذه الممارسات ماسة بالجسد بمعناه الواسع لا مرأى في ذلك، مما يستدعي التساؤل عن مدى شرعية هذه الممارسات؟

الإجابة على هذا التساؤل تستلزم استدعاء شرط إباحة الممارسات الطبية على الجسد البشري، والتي أهمها أن تكون الغاية من مباشرة الأعمال الطبية علاجية، تهدف إلى الشفاء أو الوقاية من مرض، ومن ثم لا يمكن اعتبار اقتطاع جزء من جثة لأغراض إنجابية علاجاً، إذ الغاية الأساسية هي إنتاج كائن حي يتماثل مع الكائن المأخوذ منه الخلية، وهذه الغاية لا يمكن أن يدعى أنها علاجية.

ولكن ألا يمكن القول بأن الشخص غير القادر على الإنجاب هو في واقع الأمر مريض مصاب بخلل في السير الطبيعي للجهاز التناسلي، والذي يعد الإنجاب من أبرز وظائفه، فإذا ما اعتري هذه الوظيفة خلل ما، سواء أكان طارئاً أم قديماً، فإن ذلك يعد -ولا ريب- خللاً في السير الطبيعي لوظيفة أحد الأعضاء، أليس ذلك مستوجب التقويم ومشروع السعي لعلاجها والتخلص منه، ولو عن طريق شخص فقد الحياة؟ أليس ذلك تطبيقاً لحالة الضرورة؟

يمكن القول -وبلا تردد- إن عدم القدرة على الإنجاب في واقع الأمر، وإن كان واحداً من الأمراض التي تترك في نفس المصاب بها شعوراً عميقاً بانزواء النعمة وعزوفها عنه، إلا أنه مع ذلك تبقى حقيقة هامة، وهي أن عدم الإخصاب لا يعتبر مشكلاً لحالة الضرورة، والتي

من أهم شروط تطبيقها وجود خطر جسيم وشيك الوقوع، وأن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر، فهذه الشروط لا نجد لها تطبيقاً في الحالة التي نحن بصددّها، فالوسيلة المستخدمة للتغلب على عدم الإخصاب تعد أكثر خطورة وضرراً من عدم الإخصاب في ذاته، ذلك لما تنطوي عليه هذه الوسيلة من مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، والتي لا يجوز للقوانين الوضعية مخالفتها⁽¹⁾، ناهيك عمّا نفضي إليه هذه العملية من مشكلات متشعبة متعلقة بالزواج والنسب والميراث، والتي تؤدي بدورها إلى مخاطر اجتماعية، تهدد كيان الأسرة، وتعصف بعلاقتها وروابطها.

ولذلك يصعب القول بتوافر حالة الضرورة في حالات الإصابة بالعقم، تلك الحالات التي لا تنظر أياً من الصور التي يمكن من خلالها إباحة عملية نقل الأعضاء وزراعتها، ومما يدعم هذا القول إن الله سبحانه وتعالى قد ألغى نظام التبني الذي كان سائداً عند العرب، ولم يقل أحد من العلماء – متأخرين كانوا أو محدثين- بجواز الخروج على هذا الحكم لمن حرم نعمة البنين، مع الأخذ بعين الاعتبار "نظافة الوسيلة" في نظام التبني، إذ لا تنطوي على أي نوع من أنواع الاتصال البيولوجي، فلا يلزم الراغب في نسبة من ليس من صلبه إلى نفسه أكثر من القيام بإعلان أنه قد تبني فلاناً، ولا شيء بعد ذلك، فلم يكن من الممكن والحالة هذه أن نتجاوز هذا الحد، ونبيح الالتجاء إلى وسائل أكثر بشاعة، وأشدّ حرمة، للتغلب على مشكلة العقم، ولكن إباحة التبني للأشخاص الذين تثبت عدم قدرتهم على الإنجاب بشهادة أهل الخبرة والمتخصصين من الأطباء لم يقل به أحد على الإطلاق.

يضاف إلى ذلك أنه لو صح اعتبار العقم من الأمراض الخطيرة المستأهلة تطبيق حالة الضرورة بمعناها الدقيق وبشروطها المعروفة لكان من المستساغ إذ ذاك التجاء الشخص

¹ - وتتجسد هذه المخالفة لأحكام الشريعة في أن العلاقة الزوجية تنقضي بالوفاة، فعلى أن أساس يشغل رحم المرأة بهذه النطفة، بل الأكثر من ذلك أننا نرى أن الخلية التي تزرع في البويضة هي في حقيقة الأمر لقيحة أبويه، فعندما رجعت إلى حالتها الجنينية أصبحت وكأنها توأمة متأخرة لصاحبها، وبالتالي فهي أشبه بحمل المحارم.

العقيم إلى ابتياع الأطفال من ذويهم الفقراء، والرازين تحت وطأة الحاجة وشبح الجوع، مستنداً في ذلك على حقه في دفع الخطر الجسيم الذي يهدده، والذي يتمثل في الألم النفسي الذي يكابده ويعانيه بسبب العقم، وحرمانه من الأولاد، وهو ما لا يستقيم عقلاً ومنطقاً وقانوناً⁽¹⁾.

وأخيراً فإننا لو أجزنا ذلك استناداً إلى حالة الضرورة لوصلنا إلى وضع تتزع فيه الأعضاء من الناس عنوة، حيث إن الرضا ليس عنصراً من عناصر الضرورة، فأى مصلحة علاجية نراها هنا؟ وأي معان إنسانية زائفة كتلك التي يتعلل بها من يقدمون على مثل هذه الممارسات؟ أيمن أن نبيح لامرأة أن تحمل وتنجب ممن واره التراب، ومن لم تعد تربطه بها علاقة زوجية من أي نوع صحيحة كانت أم فاسدة؟

¹ - د. مهني صلاح: ص 265.

الخاتمة

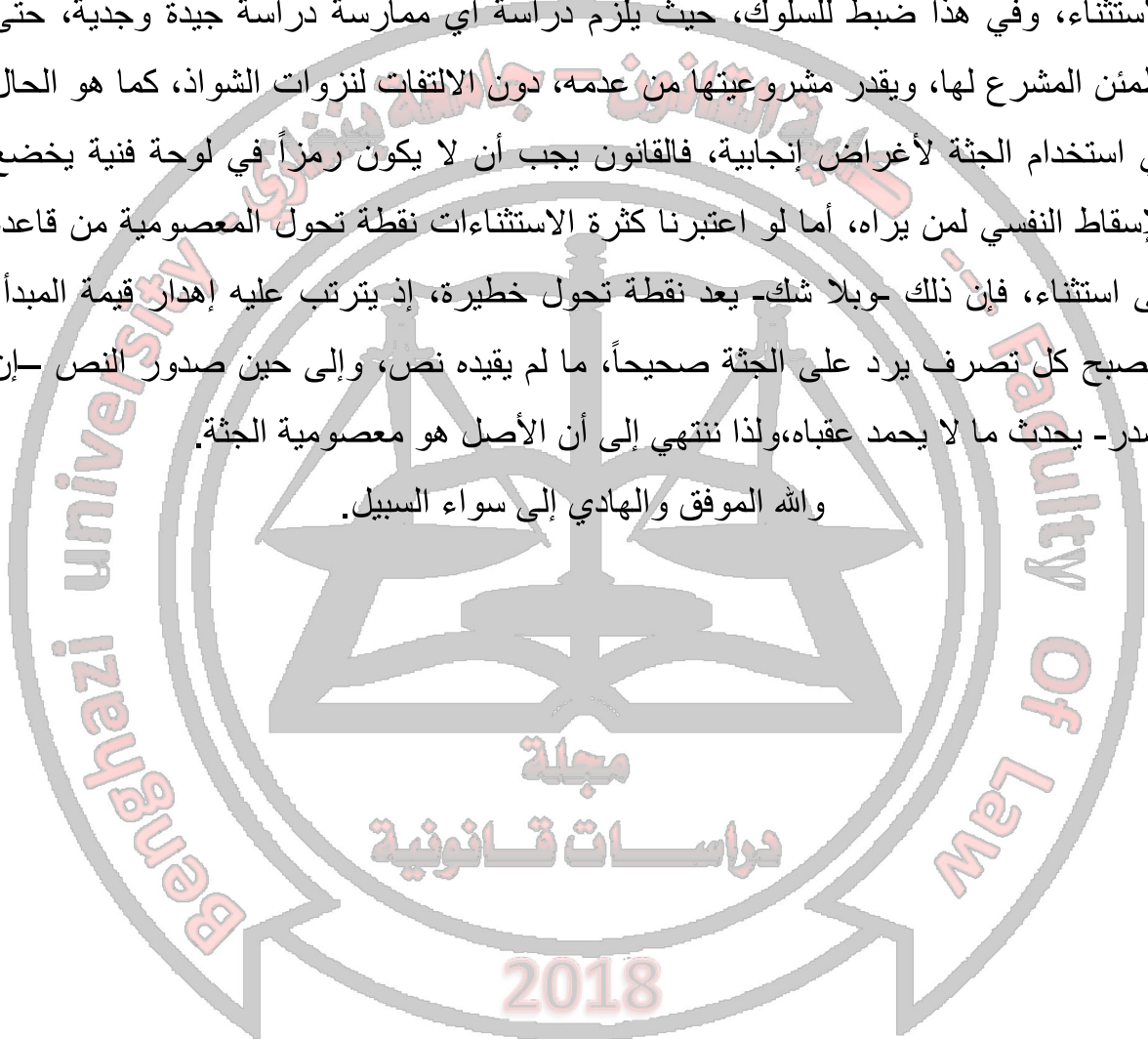
بعد العرض السابق لقيود معصومية الجثة يتضح أن قانون الموازنات في إطار فكرة الضرورة المقرونة بضرورة الموافقة هو الحاكم فيما يتعلق بالتوسيع أو التضييق من معصومية الجثة، فإذا كانت المعصومية تعني حماية يضيفها القانون على الجثة في كل مقوماتها المادية والمعنوية في مواجهة أي مساس مادي كان أو تصرف قانوني، مع مراعاة أن هذه الحصانة المقررة للجثة من الحقوق الشخصية لصاحبها، ومن الحقوق المعنوية لذويه، إلا أنه يجوز المساس بهذه الحصانة إذا تعارضت مع مصلحة أولى بالرعاية من الحقين السابقين، كالضرورة العلمية أو الضرورة العلاجية.

ففي إطار قانون الموازنات يمكن الخروج على المبدأ العام – عصمة الجثة – للصالح العام، كما في التشريح للوصول إلى الحقيقة في جريمة أو اكتشاف جريمة، أو لأغراض علمية، أو لصالح شخص مصلحته أولى بالرعاية من حماية الجثة، كشخص مريض يحتاج إلى عضو أو أكثر من أعضاء المتوفي، على أن يكون كل ذلك في حدود رغبة أصحاب الحقوق عليها.

وعن هؤلاء مجهولي الهوية، أو من لم يحضر أحد لاستلام جثثهم، يجب الحصول على إذن من النيابة العامة للاقتطاع لأغراض علمية أو علاجية، أما من عرفت هويتهم، ولم يعربوا عن رأيهم أثناء حياتهم في تحديد مصير جثثهم، فيجب الحصول على إذن كتابي مصدق عليه من جميع أقاربهم حتى الدرجة الثانية، فإن لم يوجدوا فالدرجة الثالثة، فإن لم يوجد أقارب في الدرجة الثالثة فأقارب الدرجة الرابعة، بالإضافة إلى الوصول إلى درجة اليقين الجازم بوفاة الشخص من خلال التحقق من توقف القلب والتنفس وفقاً تماماً ونهائياً.

على أنه يجب التنبيه أن كثرة الاستثناءات على المبدأ العام لا تضع مبدأ معصومية الجثة على المحك، إذ يظل هو القاعدة، ومن ثم فإن أي ممارسة تعد غير مشروعة، ما لم ينص على الاستثناء، وفي هذا ضبط للسلوك، حيث يلزم دراسة أي ممارسة دراسة جيدة وجدية، حتى يطمئن المشرع لها، ويقدر مشروعياتها من عدمه، دون الالتفات لنزوات الشواذ، كما هو الحال في استخدام الجثة لأغراض إنجابية، فالقانون يجب أن لا يكون رمزاً في لوحة فنية يخضع للإسقاط النفسي لمن يراه، أما لو اعتبرنا كثرة الاستثناءات نقطة تحول المعصومية من قاعدة إلى استثناء، فإن ذلك -وبلا شك- يعد نقطة تحول خطيرة، إذ يترتب عليه إهدار قيمة المبدأ، ويصبح كل تصرف يرد على الجثة صحيحاً، ما لم يقيد نص، وإلى حين صدور النص -إن صدر- يحدث ما لا يحمد عقباه، ولذا ننتهي إلى أن الأصل هو معصومية الجثة.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.



قائمة المصادر

أولاً- باللغة العربية

الكتب:

- 1- أحمد زكي صفوت: جمهرة خطب العرب في عصور العربية الزاهرة، ب ت، بيروت، المكتبة العلمية.
- 2- أحمد سلامة: المدخل لدراسة القانون، 1977م، ب ن
- 3- أحمد شرف الدين: مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، 1987م، ب ن
- 4- أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية (ط1)، بدون ناشر.
- 5- إسماعيل غانم: محاضرات في النظرية العامة للحق، 1966م، ب ن
- 6- الأزهر الشريف: كتاب بيان للناس، ب ت، مطابع وزارة الأوقاف المصرية
- 7- توفيق فرج: المدخل للعلوم القانونية، 1976.
- 8- جلال العدوي: الحقوق والمراكز القانونية، الإسكندرية، دار المعارف.
- 9- جاد الحق علي جاد الحق: الفتاوى الإسلامية، المجلد العاشر، ب ت، ب ن.
- 10- حسن كيرة: المدخل إلى القانون، 1960م، ب ن.
- 11- حسام الدين الأهواني: مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، 1972، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 12- حسام الدين الأهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، 1975م، مطبعة جامعة عين شمس.
- 13- حمدي عبد الرحمن: فكرة الحق، 1979، القاهرة، دار الفكر العربي.
- 14- حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد، 1979 م.

- 15- سيد الجملي: نقل الأعضاء وزراعتها، دراسة طبية دينية، 1998م، القاهرة، دار الأمين، ط1، 1998م
- 16- صفوت حسن لطفي: أسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الأدمية، 1992، القاهرة، مكتبة كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- 17- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي: الاختيار لتعليل المختار، 1419 هـ 1998م، دار الخبير.
- 18- عبد الحي حجازي: مذكرات في نظرية الحق، 1951، مكتبة جامعة القاهرة.
- 19- عبد الهادي مصباح: العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية، 1999م، الدار المصرية اللبنانية.
- 20- عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، 1990م.
- 21- عبد الودود يحي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 1994 دار النهضة العربية.
- 22- محمد بلتاجي حسن: الميراث والوصية، 1993، القاهرة، مكتب الشباب.
- 23- محمد سامي السيد الشوا: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس، 1986م.
- 24- محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 1999م، ليبيا، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية.
- 25- محمد محمد أبوزيد: التشريعات الحديثة في شأن نقل الأعضاء، 1996، ب.ن.
- 26- محمد مرسي زهرة: الإنجاب الصناعي وأحكامه القانونية وحدوده الشرعية، 1993، الكويت.
- 27- منصور مصطفى منصور: المدخل للعلوم القانونية، 1962، القاهرة.
- 28- مهند صلاح: الحماية الجنائية للجسم البشري، 2002م، دار النهضة العربية.

29- ناصر الدين الألباني: السلسلة الصحيحة، 1995م.

المقالات:

- 1- أحمد شرف الدين: التقدم الطبي والاجتهاد، مجلة القانون والاقتصاد، 1985م، السنة 25
- 2- أحمد عبد الكريم سلامة: حكم نقل الاعضاء البشرية في الفقه الإسلامي، مؤتمر تقنين وضع الأسس التشريعية لنقل وزرع الأعضاء البشرية المنعقد في الفترة من 22 إلى 25 / 10 1995/م بجامعة المنصورة، منشور بالمجلة القانونية والاقتصادية - حقوق المنصورة 1995، العدد 18
- 3- أحمد القاضي: القلب وعلاقته بالحياة، 1987، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج2، العدد الثالث.
- 4- أنور دبور: تقرير مقدم الي الندوة الخاصة بالأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، مركز الدراسات والبحوث الجنائية 1993م.
- 5- أبو السرور: العقم في العالم الإسلامي، المؤتمر الأول لأخلاقيات التكاثر في العالم الإسلامي الذي نظمته جامعة الأزهر في الفترة من 10-12-1990م إلى 13-12-1990م.
- 6- جمعة أحمد أبوقصيصة: أحكام تشريح جثة المتوفي في الشرع والقانونين الليبي والسوداني، مجلة أبحاث قانونية، جامعة التحدي - ليبيا.
- 7- خالد الجميلي: أحكام نقل الخصيتين والمبيضين وأحكام نقل أعضاء الجنين ناقص الخلقة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1990، ج3، العدد السادس.
- 8- محسن عبد الحميد البيه: مشكلة نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، 1995، العدد 18.
- 9- محمد البار: موت الدماغ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- 10- مدحت خفاجي: تقرير مقدم لندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، 1993، القاهرة، مركز الدراسات والبحوث الجنائية.

- 11- محمد مختار المهدي: نهاية الحياة الإنسانية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- 12- سيد عقل: تقرير مقدم لندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، 1993، القاهرة، مركز الدراسات والبحوث الجنائية.
- 13- طلعت القصبى: امكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1990، ج3، العدد السادس.

ثانيا- باللغة الفرنسية:

GAY.RAYMOND: La Procréation artificielle et le droit français

J.DEVICH:LaGestation pour le compte d'autrui D.1985

**LABBEE : Insémination artificielle pratique après la mort du-
7 onneur.GAZ.PAL.1984.**

.MARIE (T.M.K) Le Droit de l'enfant face au droit l'enfant

**ROBERT:LaRévélation Biologique et génétique Face aux-5
exigences de Droit R.T.D.C.1984.**

دراسات قانونية

2018



Journal of Legal Studies

October . 2018

No 21

Published by the Faculty of Law

**Issued three times a year
About the Faculty of Law
Benghazi University**