الجمهورية التونسية
وزارة العدل وحقوق الإنسان
المعهد الأعلى للقضاء

*القـانـون وزراعـة الأعضـاء *

دورة دراسية

الخميس 27 مـارس 2003

بمقـر المعهـد

البرنـامج

9.00 – **كلمة الإفتتاح** - **السيد حسن بن فلاح** □
المدير العام للمعهد الأعلى للقضاء

9.15 – **التقرير التمهيدي** - **السيد الهادي مشعب**
مسـاعـد وكـيل الجمهـورية
بالمحـكمة الإبتدائية بتونس

9.45 – **مجال تطبيق قانون زراعة الأعضاء من حيث العضـو.** - **السيدة سهـام الشـاهـد القاضية بالمحكمة الإبتدائية بتونس**

10.00 – **استـراحـة**

10.15 – **قانـون زراعـة الأعضـاء والحـرمة الجسديـة للإنسان .** - **الدكتور محسن عياد**
مدير المركز الوطني للنهـوض بزراعـة الأعضـاء

10.45 – **نقـاش**

13.00 – نهـاية الأشغـال

الجمهورية التونسية

وزارة العدل وحقوق الإنسان

المعهد الأعلى للقضاء

كلمة الإفتتـــــاح

بســـم الله الرحمـــن الرحيم

حضرات القضاة المحترمين والملحقين القضائيين الأعزاء والضيوف الكرام :

أرحب بكم في هذا الفضاء العلمي الذي ينظمه المعهد الأعلى للقضاء نيابة عن السيد المدير العـــام للمعهد وأصـــالة عن نفسي، في نطاق تنفيذ البرنـــامج البيداغوجي الخاص بإستكمـــال الخبرة للقضاة المباشرين المنتمين إلى الدرجـــات الثلاث الأولى من الرتبة الأولى عملا بأحكام الفصل التاسع من القرار الـــوزاري المؤرخ في 18 جانفي 1989

وتشكل الدورات الدراسية مناسبة هامة لمنـــاقشة المسائل القانونية التي تستقطب الإهتمام في مجال العمل القضائي بإعتبارها ذات خصوصية معينة من حيث مـــا تثيره من جدل على صعيد التطبيق أو ما تقتضيه من تدقيق النظر في محتوى بعض النصوص وفيما درج عليه فقه القضاء .

وقـــد وقع الإختـــيار بالنسبـــة للدورة الدراسية الـــحالية على موضـــوع " القانون وزراعة الأعضاء " وهو موضوع يكتسي أهمية بالغـــة ويثير إشكالات عديدة مازالت في حاجة إلى الشرح وتتطلب حلولا ملائمة لها .

إن القانون المؤرخ 1991/3/25 المتعلق بأخذ الأعضاء وزرعها طرح عدة إشكالات أهمها هو تحديد مدى شرعية تصرف الشخص في جسده في قائم

حياته أو بعد وفاته بالتبرع بعضو منه للغير . وهو ما أثار جدلا كبيرا ، وانقسم الفقهاء ورجال القانون إلى قسمين فهناك من أباح عملية أخذ الأعضاء البشرية ولكنهم قيدوا ذلك بمقتضيات النظام العام وبمعقولية الضرر الذي يلحق السلامة الجسدية للواهب .

وهناك شق آخر يعتبر أن الإنسان لا يملك حق التفويت في جزء من جسده ولو كان الباعث على ذلك إنسانيا ... هذا الموضوع طرح معادلة صعبة بين المصلحة المتأكدة في إنقـــاذ شخص مريض أصبح زرع عضو له الطريقة الوحيدة لإنقاذه من جهة والمصلحة الآمرة المتمثلة في الحفاظ على السلامة الجسدية للواهب من جهة أخـــــرى .

وفي هذا الإطار سيتولى السيد الهادي مشعب مساعد وكيل الجمهورية بالمحكمة الإبتدائية بتونس طرح هذه الإشكاليات صلب تقريره التمهيدي ، ثم ستتولى السيدة سهام الشاهد وكيل الرئيس بالمحكمة الإبتدائية بتونس تقديم مداخلتها حول "**مـــجال تطبـــيق قانـــون زراعـــة الأعضـــاء من حيث العضـــو**" ، ثم يليها الدكتور محسن عياد رئيس المركز الوطني للنهوض بزراعة الأعضاء تقديم مداخلته حول: "**قانـــون زراعـــة الأعضـــاء والـــحرمـــة الـــجـــسدية للإنســـان** ".

وإني أتقدم إليكم بوافر الشكر والثناء على إستجابتكم لهذه الدعوة مع تمنياتي لهذه الدورة بالنجاح والتوفيق

والســـــلام عليكـــم ورحمة الله وبركـــــاته

تقرير تمهيدي

أعده وقدمه

مساعد وكيل الجمهورية

الهادي مشعب

القانون وزراعة الأعضاء

لقد ساهمت الأبحاث البيولوجية المتطورة في حماية الصحة العام للإنسان ، على الرغم من وجود بعض المبادىء القانونية التي تكرس حماية الحرمة الجسدية للشخص . والتي تكون حائلا دون المساس بحرمة الإنسان .

فلا يستطيع الطبيب معالجة ضحية حادث ما ، إلا بموافقة هذا الأخير ، تطبيقا لمبدأ حماية الحرمة الجسدية للإنسان ، و لكن أليس من حق المجتمع أن يلطف من حدة هذا المبدأ ، حماية للصالح العام ، وللفرد من الجوائح ؟ بناءا عليه يتم تمكين الباحث من الحق في تشريح الجثث ، واستئصال بعض الأعضاء ، لإعادة زرعها من جديد كلما دعت الحاجة إلى ذلك .

إذن فالدفاع عن الصحة العامة ، يستوجب بداهة المرور عبر التخفيض في حدة مبدأ حماية الحرمة الجسدية ليصل إلى مشروعية أخذ الأعضاء وزرعها . و لم تعد عملية أخذ الأعضاء وزرعها أمرا مستحيلا خاصة أمام التطور اللامتناهي ، في علم الأحياء . فقد أمكن لهذا الأخير علاج حالات مرضية كان في الماضي ميؤوسا من شفائها . وأمام هذا التطور ، ورغبة الجميع في الدفاع عن صحتهم . تدخلت عدة تشاريع لإضفاء الصبغة الشرعية على عديد الاكتشافات الحاصلة في علم البيلوجيا ، خاصة منها أخذ الاعضاء وزرعها .

وبالرجوع للقانون التونسي الذي أهمل هذه المسائلة لردحا طويلا من الزمن ، نلاحظ أنه تدخل سنة 1951 مرخصا للأطباء أخذ أجزاء من الجثث بالمستشفيات دون التطرق بصفة صريحة إلى عملية زرعها . إذ اقتضى هذا الأمر العلي في فصله الوحيد انه في مؤسسات الاستشفاء التي سيحرر فيها وزير الصحة العمومية ، قائمة يمكن أن تؤخذ حالا أجزاء من أجسام الأموات عندما يرى الطبيب رئيس المصلحة أي فائدة عملية أو دوائية تتطلب ذلك . وفي هذه الحالة يجب أن يشاهد الوفاة طبيبان من المؤسسة للتحقق من الموت ويجب على هذا أن الطبيبان أن يمضيا تقريرا في مشاهدة الوفاة ، تذكر به ساعتها وتاريخها .

ولقد جاء هذا الأمر العلي منقوصا ، لاختصاره على جثث الموتى دون الأحياء ، ولجوازه المطالق في أخذ الأعضاء دون قيد أو شرط وهو يعتبر ترجمة للقانون الفرنسي المؤرخ في 7 جويلية 1949 ، والذي آثار غضب الفرنسيين الذين لعدم احترامه لإرادتهم . ولقد بقي الأمر العلي الصادر في 19 جويلية 1951 ساريا المفعول إلى حدود تدخل المشرع وتنظيمه عمليات أخذ الاعضاء البشرية وزرعها بالقانون عدد 22 لسنة 1991 ، المؤرخ في 25 مارس 1991 وضبط هذا القانون مختلف الشروط التي يجب الاذعان لها كلما تعلق الأمر بأخذ الأعضاء أو زرعها . وذلك دون المساس بالحرمة الجسدية للإنسان الذي أكد المشرع التونسي أنها مضمونة طبق الفصل الأول من القانون المنضم لهذه المسألة وضمانها تؤكده الشروط التي وضعها المشرع وهي تنقسم إلى شرطان : شروط عامة وأخرى خاصة .

أ- الشروط العامة في أخذ الأعضاء وزرعها

تخضع هذه العملية الصناعية الى شرطان يتمثل الأول في ضرورة ضمان حرمة جسد الإنسان . ويتمثل الثاني في مجانية التبرع .

الشرط الأول : ضمان حرمة جسد الإنسان .

ولقد كرس القانون 25 مارس 1991 هذا المبدأ في فصله الأول إذ يفهم منه أنه لا يستساغ أنه يقع النيل من حرمة البدن إذا كان صاحبه غير مستعد لتمكين الغير من انتزاع كمية من دمه (1) أو أخذ عضو من أعضاءه . لا يمكن أن نتصور مطلقا أن يقهر شخص ما على أن يفتك منه أي عضو من أعضاءه فلا مجال في هذا المستوى للحديث عن القوة العامة فمبدأ سلامة البدن يحول دون ذلك ويحمي الانسان حيا كان أو ميتا ، إذ لا يقع في فقط خضوع عملية أخذ الأعضاء وزرعها لاحكام قانون 25 مارس 1991 وكأننا بالمشرع التونسي أراد إستثناء هذه العملية من المبدأ السالف الذكر ، ولكن هذا الاستثناء جاء مشروطا بما تضمنه قانون أخذ الأعضاء وزرعها .

الشرط الثاني : مجانية التبرع

يجعل هذا الشرط جسد الإنسان خارجا عن دائرة التعامل المالي ، وأي إتفاق يكون محله جسم الإنسان ، أو صحته ، يكون باطلا فقد ورد بالفصل 6 من قانون 1991 انه يحجر أخذ الأعضاء بمقابل مالي ، أو بأي صفة من صفات التعامل في الحالات المشار اليها بالفصلين 2 و 3 ويرى (SAVATIER) أن جسد الانسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة فالقيم الإنسانية تسمو على المال ولما كان الحب أسمى هذه القيم ، فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال .

فالاتجاه العام في الفقه المدني الفرنسي يذهب إلى بطلان أي إتفاق يتعارض وحق الإنسان في تكامل جسده ويعتبرون ذلك باطلا لمخالفته قواعد النظام العام ويعتبر باطلا كل اتفاق يتعارض مع سلامة الانسان وحياته كما يرى الاخوان مازو (MAZEAUD) إن جسد الإنسان وحياته لا يمكن أن يكونا محلا للتعاقد وأي اتفاق يمس سلامة البدن يقوم على الغش أو الخطء الجسيم باطلا .

واننا نعتقد أن الاتجاه الذي تبناه المشرع التونسي ينسجم والقواعد الخلقية الدينية التي لا تجيز بيع الأعضاء والأجزاء البشريةولعل المشرع التونسي كان دقيقا وحازما في عدم جواز الاتجار في بدن الإنسان بقوله أو بأي صفة من صفات التعامل) وفي ذلك تأكيد واضح على مبدأ مجانية التبرع فلا فائدة من الحديث عن المكافئة أو الجائزة بما في ذلك من تشابه قوي لعملية البيع .

ولقد اعتبر المشرع التونسي أن مخالفة أحكام الفصل 6 من القانون المذكور موجبة للعقاب الجزائي إذ أن العقوبة تتراوح بين العامين إلى خمسة أعوام وبخطية بين ألفي دينار وخمسة آلاف دينار . بالإضافة إلى عقوبات أخرى تكميلية تتمثل في الحرمان من ممارسة الحقوق المدنية وبعض الوظائف والمهن لمدة تتراوح بين عام وخمسة أعوام . ولعل ذلك يفسر بمدى حرص المشرع التونسي على أن يكون التبرع مجاني خصوصا عندما اشترط إجراء العملية بالمؤسسات الاستشفائية العمومية حتى لا يطالب المتبرع باسترجاع مصاريف العملية .

ولقد ذهب الأستاذ رضا خماخم إلى أن هذا الحل الذي اعتمده المشرع التونسي يحفظ من جهة حقوق المتبرع لكونه لا يعدل من باب العدل والانصاف أن يأخذ منه عضو وتلزمه زيادة على ذلك بدفع مصاريف الأخذ ويستبعد من جهة أخرى مخاطر أي شكل من أشكال الاتجار أو التعامل المريب

بين المعطي والمتلقي باسم استرجاع مصاريف العملية وإجمالا فإن إقرار هذا الشرط العام يتماشى والتوجيهات التي طالبت بها المنظمة العالمية للصحة وبجلستها العامة الحادية عشر وذلك بتاريخ 15 ماي 1989 وبالجلسة العامة المنعقدة في جويلية 1991 حين ناشدت الدول الأعضاء بأن تتخذ الإجراءات الملائمة لحظر شراء وبيع الأعضاء البشرية لأغراض الزرع .

ب-الشروط الخاصة في اخذ الأعضاء وزرعها

بالإضافة إلى الشروط العامة السالفة البيان ، فإن عملية أخذ الأعضاء وزرعها تستوجب شروطا خاصة تتعلق بمصدر الأعضاء والمعطى أي بالعضو .

-1- الشروط المتعلقة بمصدر الأعضاء : إن الأعضاء أو الأجزاء التي يراد غرسها في الجسم البشري ، إما أن تكون طبيعية وتنتقل بذلك من شخص حي أو من جسد ميت او أن تكون اصطناعية ولكل من الحالتين صعوبات وشروط .

ومن الملاحظ ان المشرع التونسي لم يتعرض للمصدر الاصطناعي لذلك فإننا سنقتصر على بيان مختلف الشروط التي تتعلق بالمصدر الطبيعي ألا وهو الإنسان المعطي الذي من الممكن ان يكون حيا ، أو ميتا .

-بالنسبة للمعطي الحي ، فيجب أن يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة وان يكون راشدا حتى يستطيع التعبير عن ارادته بدون لبس أو غش . لذلك فإن المجنون والسفيه غير قادرين على التبرع بأي عضو من أعضائهما وللدلالة على مدى أهمية هذه الشروط فإن التعبير عن الرضاء لا يقع إلا لدى رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه والتي يوجد مقر إقامته أو مقر المؤسسة الاستشفائية بدائرة مرجع نظرها والقاضي الذي يتلقى رضاء المتبرع يجب عليه أن يتأكد سلفا من صحة توفر الشروط المنصوص عليها بالفصل 2 م ا ع ويدون في ذلك محضرا يمضيه معه المعني بالأمر وكاتب المحكمة . ومن الملاحظ انه يجوز التراجع في الرضاء ولو قبل إجراء العملية ببعض لحظات .

ويعتبر هذا المصدر من الأعضاء خاص ونلتمس هذه الخصوصية من عدم جواز أخذ الاعضاء من الأحياء لاغراض علمية بل لا يتم الرجوع لهذا المصدر الا لغرض علاجي وبعد ان تكون للمتبرع معلومات ضافية وشافية عن مختلف التطورات التي من الممكن أن تحصل له بعد تبرعه ويتولى الطبيب المسؤول عن القسم الاستشفائي الذي سيتم فيه عمليه الأخذ إعلام الشخص بذلك .

أما المعطى الميت ، فمن الممكن ان يكون مصدرا لغياب علاجية ، أو علمية ، بعد ان يعاين طبيبان حالة موته .

ويشترك في هذا المصدر الحصول على موافقة مسبقة من طرف الهالك في قائم حياته وعندما يتعذر عليه ذلك يتم الرجوع إلى البحث عن موافقة أهله فلا بد من عدم حصول مانعا بعد الوفاة من الأشخاص الكاملي الاهلية . وهم الأبناء ، الأب ، الأم ، الزوجة ، الأخوة ، الاخوات ، والولي الشرعي . ولقد أضاف الفصل 3 من قانون 25 مارس 1991 أنه لا يجوز أخذ أعضاء ولو برضا أحد هؤلاء عند معارضة أي شخص من بينهم يحتل مرتبة أقرب أو يكون الأكبر بالنسبة للأبناء أو الاخوة أو الأخوات على أن موافقة الولي الشرعي تكون لازمة كلما تعلق الأمر بجثة قاصر أو محجور عليه .

ومن الملاحظ ان المشرع التونسي ، حاول التشجيع على أخذ الأعضاء من الجثث إستنادا على قرينة الرضاء ، أو قرينة عدم الرفض ، ولو أنه شدد بعض الشيء في جانب أقارب الهالك .

2- الشروط المتعلقة بالعضو : إن المتبرع به من الممكن أن يكون الجلد أو القرنية او الكلي أو الكبد أو غير ذلك من الأعضاء . ولئن يستثنى من أعضاء الإنسان تلك الناقلة للصفات الوراثية لأن هذه الأعضاء هي المحددة الرئيسية للنسب وخوفا من إختلاط الأنساب فلقد عمل المشرع التونسي صالحا عندما أقصاها من الأعضاء القابلة للتبرع .

أما بقية الأعضاء الضرورية للحياة فإنها محصنة من التبرع بجملتها ولو بالحصول على الرضا الصريح من الأشخاص الوارد ذكرهم بالفصل 3 من القانون المذكور . فموافقة المعطي على التبرع بكامل العضو الضروري للحياة تعد لاغية ولا عمل بها لأنها ستؤدي حتما للموت (1) وهو ما يبرر العقوبة الجزائية التي رتبها المشرع التونسي على عدم احترام مقتضيات هذا القانون .

وصفوة القول أن مثل هذه الاكتشافات العلمية الحديثة التي حققت حلم عديد الناس تأثر بها القانون ونظمها ، إذ انها تعتبر مكاسب لا يجب الاغفال عليها ، وفي نفس السياق يعتبر القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991بمثابة التصالح بين القاعدة القانونية والتطورات العلمية الحاصلة في مادة البيولوجية ، الإطار القانوني لعملية أخذ الأعضاء البشرية وزرعها على الرغم من النقائص المتمثلة أساس في عدم بيان لحظة الموت .

وقد إكتفى المشرع بضرورة معاينة حالة الموت من طرف طبيبان من المؤسسة الاستشفائية ، ولعله بذلك ترك المجال واسعا للطبيب . ولكننا نعتقد أن الفرصة كانت سامحة للمشرع التونسي بان يدلي بتعريف للموت صلب هذا القانون خصوصا وأن المسالة ليست بالأمر الهين إذ أن حالة الغيبوبة المتقدمة تطرح عديد الاشكاليات العلمية والقانونية ، وبتقديم تعريف واضح للموت ولحظة حصولها من الممكن ان يساعدنا على فض عديد النزاعات المتعلقة بها . فيا حبذا لو أن المشرع التونسي ينسج على منوال مجلس الدولة الفرنسي الذي حصر معيار الموت في الموت المطلق للمخ .

وبذلك مكن الطبيب من القيام بتجارب على الميت ، قبل نزع الآلات الاصطناعية عليه . معتبرا أن الموت قد حصل منذ لحظة انقطاع عمل المخ وفي ذلك فائدة عملية تتجلى في دقة عملية أخذ الأعضاء التي تتأثر كثيرا بلحظة الموت ذلك أن عديد الاجهزة لا تكون صالحة لشخص آخر اذا ما تم اقتلاعها من صاحبها بعد زمن طويل من الموت . كما انه لا يعقل أن نتولى استئصال اعضاء شخص من الممكن ان يكون على قيد الحياة بتعلة أنه في مرحلة متقدمة من الموت . هذا بالإضافة إلى ان تحديد لحظة الموت فيه فوائد قانونية أخرى تنعكس بالضرورة على سقوط الدعاوي ونهوض حقوق الغير بمجرد حصول الموت .

تحديد مجال أخذ الأعضاء البشرية و زرعها من حيث العضو

إن الـــترجمة التشـــريعية للظواهر المستجدة قد تكون في اتجاه السماح بها أو تقييد الجواز بشروط أو منعها مطلقا و تعزيز ذلك المنع بأحكام تضمنه و هو موقف تراعي فيه أساسا طبيعة الظواهر و أثرها و خاصة مدى توافقها مع المبادئ العامة للتركيبة الإجتماعية ككل.

و الأعمـــال الطبية المستحدثة باعتبارها من إنجازات التطور العلمي في العصر الحديث و باعتبار ما نتج عن معظمها من قلب للمفاهيم و المبادئ العامة، لا تشذ عن القاعدة فقد أوجدت ميدانا خصبا للجدل القانوني انقسم فيه الفقهاء و اختلفت التشاريع.

فأمـــام مـــا تشهد العلوم الطبية من تقدم و تطور هائل يرقى إلى أسماعنا في فترات متعاقبة و سريعة و جـــد رجـــال القانون و مختلف المؤسسات التشريعية أنفسهم أمام تحد يتسم بالحداثة التي تعتبر هي الأخرى من أهم صفات النظم القانونية الحديثة.

و الأعمال الطبية المستحدثة، محور الجدل و موضوعه تقاس حداثتها في الحقيقة لا فقط استنادا لمعيار زمني باعتبار ظهورها غير البعيد، و إنما خاصة استنادا لطبيعتها ذاتها ضرورة أنها تخرج عن الأطر التقليدية للعمل الطبي من حيث المبادئ و القواعد الأخلاقية و الدينية و القانونية التي تحكمها.

فعمـــليات التـــلقيح الصناعي و الإنجاب المساعد طبيا و تغيير الجنس و التلاعبات الجينية أو الهندسة الوراثيـــة الـــناتجة عن أبحاث الجينات أو ما يسميه البعض تصنيع الكائنات و التصرف أمام الغيبوبة المستمرة و قد ينتج عنه قتل المرحمة [1] كل هذه الإمكانيات الحديثة خرجت عن ميدان العلاج الطبي العـــادي و نتج عنها قلب للتصور العام لعلم الطب و البيولوجيا و خاصة قلب لمجموعة المبادئ التي استقر عليها هذا العلم و التي تجسمت تنظيميا في شكل قواعد قانونية.

و إن كـــانت هاته الإمكانيات، أو على الأقل بعضها، رغم نجاحها طبيا لم تدخل بعد في إطار ما هو مـــتداول و عـــادي فإن عمليات أخذ الأعضاء البشرية و زرعها، باعتبارها أيضا من الأعمال الطبية المستحدثة تخطت مرحلة التجارب الطبية و دخلت في مرحلة العلاج الجراحي العادي، و عمليات أخذ الأعضـــاء البشرية و زرعها باعتبار حداثتها من جهة و باعتبار خروجها من جهة أخرى عن الإطار التقـــليدي للعمل الطبي نظرا لغياب الغاية العلاجية فيها من جهة الواهب، مثلت محور جدل مثير بين رجال الدين و الأخلاق و القانون، و كان لزاما على التشريع أن يحدد موقفه منها بتنظيمها.

---

(1) السيد محمد الحبيب الشريف " اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية"، مجلة القضاء و التشريع عـ2دد السنة 38 فيفري 1996.

و لا شك أن عمليات أخذ الأعضاء البشرية باعتبارها من الأعمال الطبية المستحدثة التي يغيب فيها كل قصد علاجي تتضمن المساس بسلامة الإنسان الجسدية و بحرمة جثته بعد وفاته و تتطابق بالتالي مع النموذج القانوني لجرائم المساس بسلامة الجسم و بحرمة الجثة.

و ينتج عن ذلك أن إباحة هاته العمليات و خروجها من نطاق نص التجريم لأسباب معينة لا يمكن أن تكون إلا إباحة استثنائية و لا يمكن إضافة لذلك لاعتبارات تتعلق بالمشروعية أو بالملاءمة أن تؤسس هاته الإباحة، فإباحة عمليات أخذ الأعضاء، باعتبارها استثنائية لا يمكن أن تكون إلا تشريعية.

و فعـــلا و أمام الجدل الفقهي المثير في هذا الشأن، كان لزاما على القانون أن يحدد موقفه و يغير من قواعده التقليدية القاصرة على استيعاب هاته العمليات المستحدثة بما يسمح بالإستفادة قدر الإمكان من هـــذا الـــتقدم في مجال الطب و الجراحة بتقديم مفاهيم جديدة و تقييم حديث للمبادئ المستقرة في هذا المجال. و لا يمكن التسليم بسهولة التنظيم التشريعي لعمليات أخذ الأعضاء البشرية و زرعها باعتباره سيكون الأرضية الشرعية للعمل الطبي من جهة، و سيمثل من جهة أخرى محور الموازنة بين مختلف المصـــالح المتضاربة في هذا الشأن أي المصلحة الإنسانية و الإجتماعية في أخذ الأعضاء و زرعها و المصلحة الأساسية في حماية سلامة الإنسان الجسدية و هي موازنة لا تخلو من إشكال.

و التشـــريع التونسي المتعلق بعمليات أخذ و زرع الأعضاء البشرية الذي انطلق بصورة محتشمة في ســـنة 1951 ثـــم بصـــورة فعـــلية في قانون 25 مارس 1991 توج في سنتي 1994 و 1995 على المستوى التنظيمي راعى في الحقيقة هاته الموازنة مستندا في ذلك إلى أهمية العضو المراد استئصاله و النـــتيجة المترتبة عن ذلك الاستئصال على صحة الواهب فميز بين أخذ العضو المزدوج و العضو الضروري للحياة و كانت الترجمة التشريعية لهاته الموازنة بإقرار نظام قانوني خاص بأخذهما.

جزء أول : أخذ العضو المزدوج

إن ضـــرورة الموازنة بين مجموع المصالح المتضاربة في عمليات أخذ الأعضاء البشرية و زرعها، و بالـــتحديد بين المصلحة المتأكدة في إنقاذ حياة شخص مريض أصبح زرع عضو له الوسيلة الوحيدة لذلـــك من جهة، و المصلحة الآمرة المتمثلة في الحفاظ على السلامة الجسدية للواهب من جهة أخرى، هي ضرورة راعاها المشرع في قانون 25 مارس 1991 فحدد النطاق القانوني لتلك العمليات استنادا لأهمية العضو المراد استئصاله على صحة الواهب.

و رغـــم مـــا يوجـــد مـــن تقابل بين العضو المزدوج و العضو الضروري للحياة من حيث طبيعتهما الـــبيولوجية و النـــتائج المترتبة عن أخذهما و هو تقابل قد يؤدي إلى اعتبار أن النطاق القانوني لأخذ العضـــو الضـــروري لـــلحياة سيكون أضيق بالنظر لصفة الضروري فيه إلا أن حصر المشرع لأخذ العضو الضروري في جثث الأموات فحسب و قصره الأخذ من الأحياء على الأعضاء المزدوجة فقط

جعلـــه يحدد النطاق القانوني لأخذ العضو المزدوج باعتباره يستغرق كامل إطار الإباحة بالنسبة للأخذ مـــن الأحيـــاء تحديدا مدققا فضيق فيه فلم يكتف المشرع بتحديد مجال أخذ العضو المزدوج من حيث العناصر التي تطرح فيه بل حدده أيضا من المبادئ التي كرسها كضوابط لهذا النطاق.

و لـــئن حدد المشرع في قانون 25 مارس 1991 مجال أخذ العضو المزدوج من حيث الواهب إلا أن تحديـــده للعضـــو في حد ذاته لم يكن مباشرا و كان هذا مرد الغموض فيه الأمر الذي يقتضي تحديد العضـــو مـــن زاوية الملاءمة بين التعريف الطبي و التعريف القانوني (المبحث الأول) غير أن غياب الـــتحديد المباشـــر قام مقامه تحديد بالإقصاء، حيث استثنى المشرع من حيث العضو أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية (المبحث الثاني).

مبحث أول : العضو بين التعريف الطبي و التعريف القانوني

إن عـــدم وجود تحديد مباشر لمجال أخذ الأعضاء البشرية وزرعها من حيث العضو يستوجب تعريف هـــذا العضـــو بصرف النظر عن كونه مزدوجا أو ضروريا للحياة ضرورة أن التمييز بين الأعضاء المـــزدوجة و الأعضاء الضرورية للحياة لا يطرح إشكالا باعتبار تطابق التعريف الطبي و التعريف القانوني في هذا المجال لذلك سيتسع تحديد المجال في هذا الشأن ليشمل العضو بصفة عامة.

و لـــئن حـــدد المشـــرع التونســـي النطاق القانوني لأخذ الأعضاء البشرية وزرعها من حيث الواهب و الغاية بصفة مباشرة فإنه اعتمد فيما يتعلق بالعضو الداخل في هذا النطاق طريقة التعريف و التحديد بالإقصـــاء Définition par élimination فأقصى قانون 25 مارس 1991 في فصله الخامس من ميدان تطبيقه أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية، كما أقصى في فصله الرابع أخذ كامل العضو الضروري للحياة و إن كان هذا الإقصاء الأخير يتعلق بالأخذ من الأحياء دون الأموات.

غيـــر أن هذا التعريف بالإقصاء لا يمثل تعريفا للعضو في حد ذاته يمكن من تمييزه عن بقية الأجزاء و العناصر التي تكون جسم الإنسان و لكنها لا تمثل أعضاء و لا يمكن بالتالي تطبيق النظام القانوني لأخذ الأعضاء البشرية و زرعها عليها.

أمـــا الـــتعريف الطبي للعضو بوصفه جزءا من جسم الإنسان الحي المركب من عدة وحدات و يؤدي وظيفـــة خاصـــة ضـــرورية للحياة فهو و إن كان يمكننا من تمييزه عن بقية عناصر الجسم كالخلايا و الأنسجة إلا أنه لا يمكن قصر التعريف القانوني عليه ضرورة أنه قد يتجاوزه في بعض الأحيان إما بالنظر للنظام القانوني الخاص لعمليات أخذ الأعضاء البشرية و زرعها أو بالنظر لغاية المشرع ذاته.

و فـــي الحقيقية، فإن تحديد نطاق عمليات أخذ الأعضاء البشرية و زرعها من حيث العضو ليس من بـــاب الـــتحديد البيداغوجي النظري فحسب أو من باب التزيد و الكماليات، و إنما له فائدة عملية هامة باعتبار أن هذا التحديد سينتج عنه من ناحية تطبيق الشروط القانونية التي أقرها المشرع بالنسبة لهاته

العمليات و بالتالي تحديد الممارسة الطبية في هذا الإطار، ثم و من ناحية أخرى فإنه سيمكن من تحديد الموقـف القانوني من بعض العمليات الطبية الحديثة التي أفرزها التطور العلمي في هذا المجال و هي تتعلق بأخذ وزرع عناصر من جسم الإنسان غير الأعضاء كخلايا المخ Les cellules du cerveau و نقي العظام La moelle osseuse.

و مسألة التحديد هذه، على أهميتها، لم يهتم بها الفقه غالبا، بل اقتصر الفقهاء على التمييز بين مختلف الأعضـاء بحسـب طبيعتها و النظام القانوني الذي تخضع له، فميزوا [2] أساسا بين أعضاء الإنسان المتجددة Les organes régénérables، و الأعضـاء غيـر المـتجددة Les organes non régénérables، و الأعضاء الحيوية أو الضرورية للحياة Les organes vitales، و قد عكس هذا التمييز تداخـلا بيـن الأعضاء و غيرها من العناصر المكونة لجسم الإنسان، فمثلا وقع اعتبار الدم عضـوا مـتجددا داخـلا في إطار عمليات زرع الأعضاء، فذكر بعض الفقهاء أنه : " .. **كما تعددت أصـناف الأعضـاء الـتي يمكن زرعها بعد أن اقتصرت أول الأمر على الدم** " [3]، في حين لا يمكن اعتـبار الـدم عضوا داخلا في إطار هاته العمليات باعتباره يخضع لنظام قانوني مبسط أقره المشرع صلب القانون عـ26ـدد لسنة 1982 المؤرخ في 17 أكتوبر 1982.

و هـذا الـتداخل نجده أيضا في تعريف مجمع الفقه الإسلامي للعضو في قراره رقم 1 بشأن " انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا " الذي يعتبر فيه أنه : " **يقصد بالعضو أي جزء من الإنسـان، مـن أنسـجة و خلايـا و دمـاء و نحوهـا، كقـرنية العين، سواء أكان متصلا به أم انفصـل عـنه** "[4]. فلا تمييز بين الخلايا و الأنسجة و كل أجزاء جسم الإنسان حتى التي تنفصل عنه فكلها أعضاء تخضع لنفس النظام القانوني من حيث أخذها و زرعها.

و فـي المقـابل، ميز بعض الفقهاء في تونس، و هم قلة، بين الأعضاء البشرية و غيرها من عناصر جسـم الإنسـان كالخلايا Les cellules و هي تشمل الدم، نقي العظام، الخلايا التي يجري نقلها عن طريق الجراحة المكروسكوبية كخلايا الدماغ و الغدد التي فوق الكلى، و الأنسجة Les tissus المتمثلة خاصة في الجلد[5].

و فـي الحقيقـة، فـإن مرد هذا الغموض و التداخل حول تحديد إطار عمليات أخذ الأعضاء البشرية و زرعها من حيث العضو يتمثل في أن التشريع التونسي لم يتعرض و لم ينظم بعد عدة حالات أخرى يتصـرف فيهـا الشخص في بدنه. البعض من هذه الحالات معروفة و الأخرى غير معهودة إلى الآن حيـث بـرزت إلى الوجـود حديثا لأنها وليدة النمو و التطور الحديث للعلوم الطبية و منها تصرف الشخص في منتوجه و في المواد التي ينتجها جسده Les produits du corps humain فيكون هذا

---

(2) رضا خماخم و سمير معتوق، " زراعة الأعضاء بين الطب و الدين و القانون، القضاء و التشريع نوفمبر 1989، ص 12.

(3) محمد الشرفي و علي المزغني، " أحكام الحقوق "، دار الجنوب للنشر، ص 247.

(4) مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 6 إلى 11 فيفري 1988، ص 56.

(5) الشيخ " مختار السلامي " ، مقالة " زرع الأعضاء " المؤتمر الدولي الثالث لجمعية الشرق الأوسط لزرع الأعضاء من 6 إلى 9 ديسمبر 1992، مجلة الهداية عـ3ـدد سنة 17، ص 89.

المنـتوج محـلا للـتعاقد، إضافة إلى عمليات أخذ وزرع بعض عناصر جسم الإنسان غير الأعضاء كالخلايـا و الأنسـجة. فمجـال التصـرف فـي جسد الإنسان قد اتسع بصورة مهولة و الوضعيات و الإمكانيات تنوعت تنوعا مطردا فأصبح من الضروري تنظيم هذه الحالات بما قد يحافظ على النوع البشري دون إنكار إيجابيات التطور الطبي الذي يمكن الفرد من تدارك نقائص الطبيعة دون الإضرار بـالذات، و هـو مـا فعلـه المشرع الفرنسي بصورة محتشمة في بداية الأمر حيث أقر في القانون عـدد 76-1181 المـؤرخ في 22 ديسمبر 1976 و المتعلق بأخذ الأعضاء و المعروف بقانون " كايفـاي " La loi Caillavet نظامـا خاصـا بأخذ الأعضاء غير المتجددة من الأحياء و زرعها و نظاما آخر مختلفا لآخذ بقية عناصر جسم الإنسان و زرعها.

و قد اقتصر المشرع التونسي في قانون 25 مارس 1991 على تنظيم الأعضاء وزرعها و هو تنظيم مطـابق في غالبه لقانون 1976 الفرنسي فينا جاء فيه من أحكام تتعلق بأخذ الأعضاء غير المتجددة، و لم ينظم بقية الحالات المتعلقة بعناصر جسم الإنسان غير الأعضاء.

ثـم و فـي مرحلة لاحقة، أقر المشرع الفرنسي بصورة واضحة بالإختلافات الموجودة بين الأعضاء البشـرية و بقيـة عناصر جسم الإنسان و ذلك من خلال التنقيح الأخير لسنة 1994 الذي ألغى قانون 1976 و الـذي و إن لم يعرف هاته الأجزاء المختلفة إلا أنه أقر نظاما قانونيا خاصا بكل جزء منها، فالقـانون عـدد 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994 المتعلق باحترام جسد الإنسان [6] أقر عقوبات جزائية تسلط على الإعتداءات على عناصر جسم الإنسان و هي عقوبات تختلف بحسب الجزء مـن جسـم الإنسان الواقع الإعتداء عليه، كما أقر القانون عـدد 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 و المتعلق بالتبرع و استعمال عناصر و منتوجات جسم الإنسان، المساعدة الطبية على الإنجاب و التشخيص القبل ولادي[7] نظاما قانونيا خاصا بالأعضاء Les organes و نظاما آخر مختلفا خاصا بالخلايا و الأنسجة و منتوجات جسم الإنسان Cellules, tissus et produits du corps humain، و نظاما ثالثا خاصا بالأمشجة Les gamètes.

و تخصـيص كـل عنصر من جسد الإنسان بنظام قانوني مستقل و خاص به يغني عن تعريف ذلك العنصـر و يجعـل الإلـتجاء للتعاريف الطبية كافيا في هذه الحالة، و هو ما أقره الفقه و فقه القضاء الفرنسي في هذا الشأن [8]، خاصة و أن المشرع الفرنسي اهتم بالنسبة للعناصر من جسم الإنسان التي لا يـتطابق مفهومها القانوني مع مفهومها الطبي بالتنصيص على ذلك و هو ما فعله مثلا بالنسبة لنقي العظـام فنص في الفصل L 671-1 على أن : " **نقي العظام يعتبر عضوا بالنسبة لتطبيق أحكام هذا**

---

(6) J.O.R.F. 30 juillet 1994.
(7) J.O.R.F. 30 juillet 1994.
(8) Rapp. N° 2871, 30 Juin 1992. DOC. AN ; p 127. Cabanel : JO. Sénat CR, Janvier 1994.

القـــانون "[9]، فتجاوز المفهوم القانوني لنقي العظام مفهومه الطبي و هو تجاوز لغاية إخضاعه لأحكام القانون المتعلقة بالأعضاء فحسب[10].

لذلك و في غياب تنظيم مماثل في القانون التونسي، يمكن اعتماد، فيما يتعلق بتحديد نطاق عمليات أخذ الأعضـــاء البشـــرية و زرعهـــا من حيث العضو، طريقة التحديد بالإقصاء أي إقصاء عناصر جسم الإنسان غير الأعضاء التي طرحت مسألة تطبيق النظام القانوني لأخذ الأعضاء وزرعها عليها و التي لا يمكـــن إقحامهـــا فـــي هـــذا النظام إما بالنظر لطبيعتها البيولوجية الخاصة أو بالنظر لعدم إستجابة العمليات المتعلقة بها للأهداف التي أقرها المشرع في هذا النظام.

لذلـــك، يتجه تحديد الطبيعة القانونية لكل عنصر من عناصر جسد الإنسان التي طرحت مسألة إمكانية أخذهـــا و مـــدى تقيد ذلك الأخذ بالشروط التي أقرها المشرع بالنسبة لعمليات أخذ الأعضاء البشرية و زرعها، و هو تحديد سيمكن من تمييزها عن الأعضاء و إقصائها بالتالي من نطاق العمليات المتعلقة بها و في نهاية الأمر تحديد هذا النطاق من حيث العضو و هو ما نهدف إليه. و من بين العناصر التي طرح حولها هذا الإشكال :

- المشيمة Le placenta humain

و هي عبارة عن غشاء يتوسط الجنين و بطن أمه و يتكون في أصله إنطلاقا من خلايا ناتجة عن تلقيح البويضة [11]، أو كذلك :

"... une matière charnue d'apparence spongieuse, formée de la membrane entournant le fœtus et de la muqueuse utérine ; elle sert durant la grossesse à assurer les échanges entre l'organisme de la femme et celui du fœtus et il est excrété à la survenue de l'accouchement "[12].

و قد طرح إشكال حول الطبيعة القانونية للمشيمة بعد إنفصالها عن جسم المرأة على إثر الولادة و هل أنهـــا تخضع للشروط التي أقرها المشرع بالنسبة لعمليات أخذ الأعضاء البشرية خاصة و أن المشيمة أصـــبحت لهـــا قيمة مادية هامة بعد أن أدخلتها المخابر في التجارة العالمية لمواد التجميل باعتبارها تســـتعمل أساسا في صنعها. فعديد الإتفاقيات وقع إبرامها بين الدول لأخذ المشيمة بمقابل أثمان. و قد

[9] L'art .L 671-1 : " La moelle osseuse est considérée comme organe pour l'application des dispositions du présent livre" .

[10] Jean Christophe Galloux, "la brevetabilité des éléments et des produits du corps humain ou des obscurités d'une loi grand public" semaine juridique N° 39 du 27 Septembre 1995.

[11] Michèle Laura Rassat , "statut juridique du placenta humain ..J.C.P. 1976, doctrine 1976 ; N° 2777 :"Le placenta forme au cours de la grossesse une sorte de paroi mitoyenne entre la mère et l'enfant, il se constitue à l'origine à partir de cellules émanées de l'œuf fécondé ".

[12] Najeh Yahiaoui, " Essai sur la nature juridique du corps humain", mémoire de DEA. en Droit privé général, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Octobre 1995.

أبـــرمت البلاد التونسية ممثلة في وزارة الصحة العمومية بتاريخ أكتوبر 1985، إتفاقية في هذا الشأن مع مؤسسة Mérieux بليون موضوعها :

" Le ramassage périodique des placentas humains en vue de leur exploitation industrielle par le dit institut et moyennant l'équipement des centres de maternité tunisiens d'un matériel adéquat pour leur conservation "[13].

و فـــي غياب نص تشريعي خاص بالمشيمة يحدد طبيعتها القانونية و النظام القانوني الذي تخضع له، اعـــتمدت الممارسة الطبية فيما يتعلق بأخذ المشيمة واستعمالها على منشور صادر عن وزارة الصحة العمومية يتعلق بالتصرف في نفايات المستشفيات و يصنف المشيمة ضمن هذه النفايات[14].
و قـــد تأثـــر الفقه بهذه الممارسة فاعتبر بعض الفقهاء أن المشيمة هي مجرد مادة أولية لا تخضع من حيث أخذها لأية شروط معينة :

"Les utilisations éventuelles du placenta humain ont conféré à ce dernier un caractère vénal "[15].

و عـــلى العكس من ذلك، اهتم الفقه و فقه القضاء الفرنسي بتحديد الطبيعة القانونية للمشيمة، فاعتبرها بعض الفقهاء عضوا [16]، في حين اعتبرها بعضهم منتوجا لجسم الإنسان لا عضوا، لكن مع اعتبارها منتوجا فإن أخذها و استعمالها يبقى مقيدا بالموافقة المسبقة للمرأة التي ستؤخذ منها :

"La loi de Décembre 1976 relative au prélèvement d'organes sur le corps de l'homme est inapplicable au prélèvement et à l'utilisation du placenta humain, celle-ci n'est pas un organe mais un produit sur lequel la femme exerce un droit réel" [17].

و فـــي نفـــس الإتجـــاه، اعتبر فقه القضاء الفرنسي أن المشيمة تختلف عن العضو من حيث الطبيعة القانونية للعملية التي تستهدفها، ففي حين تهدف عملية أخذ العضو إلى زرعه في جسم بشري ثان، فإن عمـــلية أخـــذ المشيمة تهدف لإستعمالها في غايات صناعية و تجارية، و حسما لكل خلاف حول هاته المسألة، فقد اهتم المشرع الفرنسي في قانون 1994 المتعلق بالتبرع و استعمال منتوجات جسم الإنسان

[13] Ministère de la santé publique, Protocole de ramassage annexe à la convention conclue avec l'Institut Mérieux de Lyon le 18 Octobre 1985 pour la collecte de placentas.
[14] Circulaire N° 76/92 du 18 Septembre 1992 relative à la gestion des déchets hospitaliers.
[15] Najeh Yahiaoui, op.cit., p140.
[16] N.J. Mazen, Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme in "Bioéthique et Droit", P.U.F. 1988, p202.
[17] Xavier Labbée "La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort", presses universitaires de Lille 1992, p.272.

بالتنصـــيص على النظام القانوني الذي يخضع له أخذ المشيمة و هو نفس النظام الذي يخضع له أخذ الأنســـجة و الخلايـــا و منـــتوجات جسم الإنسان [17] علما أنه نظام مبسط و مختلف عن النظام الذي يخضع له أخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

و في غياب نص قانوني في هذا الشأن في التشريع التونسي، فإن الممارسة الطبية التي تعتبر المشيمة مجـــرد نفايـــات و لا تخضعها من حيث أخذها إلى أية ضوابط لا يمكن قبولها خاصة و أنها تنكر كل ســـلطة أو حـــق للفرد على منتوجات جسمه، و لا يمكن في المقابل إخضاع المشيمة من حيث أخذها للـــنظام القـــانوني لأخذ الأعضاء البشرية و زرعها باعتبار اختلاف الطبيعة القانونية بينهما و خاصة باعتـــبار غياب الزرع و هي غاية مبررة للأخذ من الأحياء، وهو ما يتجه معه تدخل المشرع لتنظيم عمليات أخذ المشيمة باعتبارها منتوجا لجسم المرأة لها حق عيني عليه أو ربما حق أدبي [18] يستوجب رضاها المسبق لأخذه و استعماله.

- الأنسجة Les tissus :

رغم أن إشكالية التحديد هذه تطرح كذلك مبدئيا بالنسبة لعمليات أخذ الأنسجة و زرعها و خاصة منها الجـــلد La peau، إلا أن الفقـــه غالـــبا اعتبر الأنسجة أعضاء متجددة تدخل في نطاق عمليات أخذ الأعضـــاء البشرية و زرعها [19]، و مرد ذلك أن المشرع التونسي نص في قانون 25 مارس 1991 المتعـــلق بـــأخذ الأعضاء البشرية و زرعها على عمليات زرع القرنيات Les cornées، و هي من الأنســـجة يـــتكون مـــنها، إلى جـــانب عناصر أخرى، عضو الرؤية أي العين، فرخص في إجرائها و زرعهـــا بالمؤسســـات الصـــحية الخاصة استثناء للقاعدة العامة التي تستوجب إجراء عمليات أخذ و زرع الأعضـــاء بالمؤسســـات الإستشفائية العمومية المرخص لها في ذلك بقرار من وزير الصحة العموميـــة [20]. و لعل في هذا الإستثناء إقرار ضمني بالطبيعة القانونية الخاصة للقرنيات و باختلافها عـــن الأعضـــاء رغم إخضاعها لنفس الشروط القانونية فيما يتعلق بأخذها و زرعها. و الإقرار بهذا الإخـــتلاف كـــان صريحا لدى المشرع الفرنسي الذي أخرج عمليات زرع القرنيات من ميدان تطبيق قـــانون أخـــذ الأعضـــاء و زرعها و أقر لها نظاما قانونيا خاصا بمقتضى القانون عـــ49-890ـــدد المؤرخ في 7 جويلية 1949 و المتعلق بزرع القرنية[21]. و على كل، لا يبدو متجها في إطار القانون التونسي القياس على القرنيات بالنسبة لبقية الأنسجة خاصة فيما يتعلق بعمليات زرع الجلد و هي مسألة

(17) الفصل 1-672 L من القانون عـ94-654ـدد المؤرخ في 29 جويلية 1994.

(18) Xavier Labbée, Op. Cit, p 350: "Le produit garderait son statut d'objet mobilier, mais pourrait faire également l'objet d'un droit moral de la part de son auteur. L'auteur pourrait renoncer à son droit moral, auquel cas le produit deviendrait anonyme ; mais il pourrait également le garder, aucune opération ne pourrait être effectuée sans son consentement et le produit ne serait plus une chose anonyme,".

(19) رضا خماخم و سيمر معتوق، مرجع مذكور، ص 12.

(20) الفصل 13 من قانون 25 مارس 1991.

(21) "Loi Lafay". JORF du 8 juillet 1949.

لـــم يهتم بها الفقهاء و ربما ذلك راجع لتداول عمليات نقل الجلد من مكان من جسد الإنسان إلى مكان آخر من الجسد نفسه Les autogreffes de tissus، و كذلك لاستعمال الجلد الإصطناعي La peau artificielle، و هـــو ما لا يطرح غالبا إشكالا حول الشروط المتعلقة بتلك العمليات. و في الحقيقة، فـــإن تحديـــد الطبيعة القانونية للأنسجة و تمييزها عن الأعضاء يبدو صعبا[22] خاصة و أن التعريف الطـــبي للأنســـجة بوصـــفها " مجموعـــة مـــن الخلايـــا لها نفس النظام البيولوجي و تتطور بصفة متوزانة " [23] لا يمكن من تمييزها عن الأعضاء إلا من حيث غياب تأديتها لوظيفة معينة و ضرورية لـــلحياة، و فعـــلا فإن هذا المعيار يميز بين الأعضاء و الأنسجة خاصة و أن الأنسجة غالبا لا تؤدي وظيفـــة ضـــرورية لـــلحياة بالمعنى البيولوجي للكلمة و إنما مجرد وظيفة جمالية Une fonction esthétique أو كمالية و هو ما يبرر إخراجها من النظام القانوني لأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

و فـــي حين لم تطرح هذه المسألة على فقه القضاء التونسي، فقد اعتبرت بعض المحاكم الفرنسية أن الجلد هو شيء Un chose لا يخضع من حيث أخذه و زرعه إلى النظام القانوني لعمليات أخذ و زرع الأعضـــاء البشرية [24]. و قد انتقد الفقهاء غياب نص قانوني خاص بالأنسجة خاصة و أن هذا الفراغ التشريعي أدى في بعض الحالات إلى تطبيق قانون أخذ الأعضاء عليها، و في ذلك تطبيق لشروط لا تستجيب لها الطبيعة البيولوجية للأنسجة باعتبارها عناصر متجددة من جسم الإنسان. إضافة إلى غياب الغايـــة العلاجيـــة البحـــتة فـــي عمليات زرعها و هي غاية تبرر إلى حد ما الشروط الخاصة بزرع الأعضـــاء. و هـــو ما أدى بالمشرع الفرنسي في تنقيح 1994 إلى إقرار نظام قانوني لأخذ الأنسجة و زرعهـــا يختلف عن النظام القانوني لأخذ الأعضاء البشرية و لكنه يتحد مع النظام المتعلق بالخلايا و منـــتوجات جسم الإنسان [25]. و نفس هاته الأسباب تدعو المشرع التونسي إلى إقرار نظام قانوني خاص بالأنسجة من حيث أخذها و زرعها يتلاءم و طبيعتها الخاصة و يجنبها تطبيق القواعد القانونية الخاصـــة بالأعضاء عليها قواعد تستمد فلسفتها من الطبيعة البيولوجية الخاصة بالأعضاء ذاتها و من الغاية من العمليات التي تتناولها.

- خلايا جسم الإنسان Les cellules :

[22] Claude Guber et Marie – Françoise Guerin, "Enquête sur les banques de tissus d'origine humaine", SA.23, IGAS N°93053, Mai 1993, p.77 : "les frontières entre organes et tissus est fort délicate à tracer".
[23] Lexique médical : "Ensemble de cellules ayant un même morphologie biologique et se développant de manière identique".
[24] Tribunal de grande Instance de Paris , 3 Juin 1969, D 1970, p 136 note J.P.
[25] Claude Gubler et Marie – Françoise Guerin, Op. cit . ; p 8.

و المسألة تطرح بأكثر حدة إذا تعلق الأمر بأخذ الخلايا من جسم الإنسان و زرعها باعتبار أن العلوم الطبية تطورت في السنوات الأخيرة بصورة مذهلة في هذا الشأن، فاكتشفت عمليات أخذ و زرع نقي العظـــام La moelle osseuse [26] التي تمكن من علاج العديد من الأمراض الوراثية المتعلقة بنقي العظـــام [27]، و عمـــليات أخذ الخلايا الجنينية Les cellules embryonnaires التي تعالج المرض المعـــروف بـــ Le Syndrome de Dgeorge [28]، و كذلك عمليات أخذ الخلايا التي يجري نقلها بواســـطة الجـــراحة المكروســـكوبية كغراســـة خلايا الدماغ لعلاج بعض الأمراض كالإرتعاش La maladie de Parkinson و غراســـة الغدد التي فوق الكلى. و حداثة عمليات الأخذ و الزرع هاته إضافة إلى عدم تأكد أثرها صحيا على المتبرعين بالخلايا فيها، رغم أنها حققت نتائج جد إيجابية على المنتفعين منها [29]، جعلت الفقهاء يهتمون بالنظام القانوني الذي يجب أن تخضع له و هو نظام سيتبع مـــبدئيا الطبيعة القانونية للخلايا ذاتها باعتبارها عناصر من جسم الإنسان لا تؤثر على حياة الشخص مباشـــرة و إنما على نوعية هاته الحياة و هو ما أسس عليه الفقهاء موقفهم في هذا الشأن فوقع اعتبار مـــن الـــناحية الديـــنية أن " ... نقل خلايا الدماغ الذي شرع فيه قد يتغلب به العلماء على كثير من المعوقـــات و يتيســـر اســـتخدامه بـــنجاح، إلا أن الدماغ باعتباره الحافظ لشخصية الإنسان و لميوله و رغباته و حتى ذكائه و لقابليته فإنه يحرم شرعا غرس خلاياه إذ لم نتحقق أنه لا تأثير على القدرات العقلية، هذه واحدة، أما الإحتياط الآخر فهو ضبط تشريع دقيق يأخذ كل الإحتياطات الضرورية التي لا تجـــازف بحيـــاة الإنسان [30]. كما خصص مجمع الفقه الإسلامي قراره رقم 2.5.52 " لزراعة خلايا المـــخ و الجهاز العصبي " اعتبر فيه أن المقصود من هاته العمليات هو علاج قصور خلايا معينة في المخ عن إفراز مادتها الكيميائية أو الهرمونية بالقدر السوي فتودع في موطنها خلايا مثيلة من مصدر آخـــر أو عـــلاج فجـــوة فـــي الجهاز العصبي نتيجة بعض الإصابات. و قرر أنه " إذا كان المصدر للحصـــول على الأنسجة هو الغدة الكظرية للمريض نفسه و فيه ميزة القبول المناعي لأن الخلايا من الجســـم نفسه، فلا بأس من ذلك شرعا"، أما إذا كان المصدر إنسانا آخر و يلحق به الجنين الباكر فإن ذلك محرم.

و على العكس من ذلك، اعتبرت اللجنة الإستشارية الوطنية الفرنسية لأخلاقيات علوم الحياة و الصحة في إعلانها عـــدد بتاريخ 23 فيفري 1987 أن :

[26] Jean –Ives Nau, "Greffe de moelle, le second souffle". Le point, 25 Janvier 1989; p.105 " La moelle osseuse est la prolifération continuelle de cellules souches qui se divisent, se différencient et se multiplient pour donner naissance aux divers éléments cellulaires adultes du sang".

[27] Olivier Bernard et Alain ficher, "La transplantation d'organes comme traitement des maladies métaboliques héréditaires", Médecine Science 1988, p4.

[28] Rapporté dans " NIH" Panel Affirms Resarch on fœtal irample 1989 :" il s'agit d'une affectation congénitale associée à l'absence de thymus et de glandes parathyroïdes. La transplantation de cellules fœtaux a été utilisé avec succès dans le traitement de syndrome" .p 50.

[29] Olivier Bernard et Alain ficher , Op.cit, p 408.

[30] مختار السلامي، مرجع مذكور، ص 90.

" Les cellules, qui sont un produit du corps humain, ne peuvent en cela faire l'objet d'un commerce de la part de la personne dont elles sont issues. Toutefois, cette personne peut en faire don"[31].

و عـــلى كـــل، فقد ألحق المشرع الفرنسي عمليات زرع الخلايا من حيث نظامها القانوني بالعمليات المتعلقة بالأنسجة و جسم الإنسان [32].

و الإشـــكال حـــول الطبيعة القانونية للخلايا و النظام الذي تخضع له من حيث أخذها و زرعها طرح أيضـــا عـــلى فقه القضاء الأمريكي و لكن في إطار مختلف بمناسبة قضية عرفت **بقضية " John Moore"** [33] تتمثل وقائعها في أنه على إثر إصابة " John Moore " بداء " إبيضاض الدم " La Leucémie، قـــرر المركـــز الطبي لجامعة كاليفورنيا إجراء عملية جراحية له استوجبت أخذ بعض الخلايـــا منه لتحليلها، غير أن المركز المذكور اكتشف خصوصية تلك الخلايا فواصل أخذها منه لمدة تراوحت بين 1976 و 1983 بدعوى المتابعة الطبية له و تحصل بفضلها على علامة متميزة جرت له أرباحا مالية طائلة. و على إثر تفطن John Moore لذلك قام بدعوى قضائية يطالب فيها بخلاياه : "Une action en revendication de ces cellules" [34]، فاعتـــبرت المحكمـــة العليا للولايات المـــتحدة الأمـــريكية أن John Moore لا يملك أي حق عيني على الخلايا التي أخذت منه في إطار العلاج الطبي، و قد أثار هذا الإتجاه انتقاد الفقهاء الأمريكيين الذين اعتبروا أنه يجب التفريق بين أخذ الخلايـــا الـــذي يهدف إلى تشخيص المرض و وصف العلاج و أخذ الخلايا لغايات علمية ينجر منها الربح المالي، و يستوجب الأخذ في الحالة الثانية أخذ الموافقة المسبقة للمعني بالأمر [35].

و يـــبقى القـــانون التونسي لسنة 1991 قاصرا على استيعاب عمليات أخذ الخلايا و زرعها، فالخلايا ليست بأعضاء إضافة إلى كون النتائج المترتبة عن أخذها و إن كانت إيجابية بالنسبة للمنتفع من ذلك الأخـــذ إلا أنهـــا غيـــر متأكدة إلى حد الآن بالنسبة للواهب فالتأكد منها لا يكون إلا على الأمد البعيد يستوجب مرور مدة زمنية على إجراء عملية الأخذ تمكن من استبعاد أي أثر سلبي على صحة الواهب و هـــو مـــا لـــم يـــتحقق بعد بإعتبار حداثة هاته العمليات، كل هذا يجعل تطبيق النظام القانوني لأخذ الأعضاء البشرية و زرعها عليها و لو على سبيل القياس غير ممكن، و يجعل بالتالي ضرورة التدخل التشريعي ضرورة ملحة في هذا الطور.

---

[31] Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et la santé N° 9 du 23/02/1987 sur "les problèmes posés par le développement des méthodes d'utilisation de cellules humaines et leurs dérivés", Ethique biomédicale INSERM, Juin 1995.

[32] Loi N° 94-654 du 29 Juillet 1994.

[33] Moore C. Regents of the University of California, 271 cal. Rptr. 146, "cal.1990", inf.en partie 249. Helem R. Bergman, "case comment : Moore. C. Regent of the University of California ", "1992" Vol XVIII, N° 1 et 2 ; Americain Journ of Law and Medcine 127.

[34] George J.Annas, "Whose Waste is it anyway ? the case of John Moore Hastings conter report 37m oct.1988.

[35] Bernard Edelman, "L'homme aux cellules d'or", 1989, 33e cacrie recueil Dalloz, Sirey 225.

و في الحقيقة، فإن تطور الطب في هذا المجال و تنوع العناصر من جسد الإنسان التي دخلت عمليات الأخذ و الزرع يجعل تحديد الإطار القانوني لعمليات أخذ الأعضاء البشرية و زرعها من حيث العضو صعبا و غير واضح خاصة و أن الفراغ التشريعي في شأن العناصر من الجسد غير الأعضاء أدى إلى الإتجاه إلى هذا الإطار و تطبيق النظام القانوني الذي يحتويه و هو حل يتجاهل الإختلاف من حيث الطبيعة القانونية و إرادة المشرع ذاتها، و عل كل فإن هذين المعيارين أي إختلاف الطبيعة القانونية و إرادة المشرع مكنا على الأقل من تحديد هذا الإطار و تعريف العضو الداخل فيه و لو على سبيل الإقصاء.

و يمكن القول في هذا الطور من التحليل أن تحديد الإطار القانوني لعمليات أخذ الأعضاء البشرية و زرعها من حيث العضو يفرض التمييز، لا بين الأعضاء المتجددة و الأعضاء غير المتجددة كما ذهب إلى ذلك الفقه غالبا إذ لا وجود لأعضاء متجددة بالمعنى البيولوجي للكلمة بل توجد خلايا و أنسجة متجددة لا يمكن إخضاعها للنظام القانوني المتعلق بالأعضاء، و إنما يفرض هذا الإطار التمييز بين الأعضاء المزدوجة و الأعضاء الضرورية للحياة أو الحيوية les organes doubles et les organes vitales و هي كلها أعضاء غير متجددة [36] ، و هو تمييز يكرسه بصفة ضمنية قانون 1991، و لعله تمييز تفرضه أكثر من أي شيء آخر الخصائص المتعلقة بالجزء من الجسد لإنسان في حد ذاته :

" ... Le degré d'utilité de l'élément à la personne et les risques rattachés à son prélèvement servent au classement des éléments du corps humain"[37].

يتبين إذن مما سبق أن مجال التصرف في الجسد قد اتسع بصورة مهولة و الوضعيات و الإمكانيات قد تنوعت تنوعا مطردا، فأصبح من الضروري تنظيم هذه الحالات حتى لا يتجاوز التطور الطبي الموجود التشريعي فتصبح الممارسة الطبية غير محددة و غير مراقبة و هو ما يشكل خطورة على النوع البشري الذي تتجه المحافظة عليه لكن دون إنكار إيجابيات هذا التطور الذي يمكن الفرد من تدارك نقائص الطبيعة، و يصبح الأمر أكثر تأكدا إذا ما تعلق بأعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية.

فقرة ثانية : أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية

(36) أحمد شرف الدين ، " الأحكام الشرعية للأعمال الطبية " المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الآداب 1983، ص 144 : " ... أما بالنسبة للأعضاء و الأنسجة التي لا يترتب على استقطاعها الموت، فإن الأمر يقتضي التفريق بينها، فيجوز استقطاع الأنسجة أو المواد المتجددة كالجلد و الدم لأنه لا يحرم المعطي من وظائفها، فهي بالفرض متجددة. أما بالنسبة للأعضاء غير المتجددة فهي قد تكون منفردة أو مزدوجة في الجسم، فإذا كان العضو لا يوجد له نظير في الجسم فلا يجوز استقطاعه ... و هنا تظهر أهمية الجثة كمصدر لهاته الأعضاء، أما إذا كان العضو مزدوجا كالكلى مثلا، فإن استقطاع إحداها يخضع لشروط".

(37) André Decocq ; "Essai d'une théorie générale des droits sur la personne", Paris, GDJ 1960, N° p9.

فـــي تحديـــده لمجـــال أخذ الأعضاء البشرية و زرعها من حيث العضو، أقصى المشرع في الفصل الخـــامس مـــن قانون 25 مارس 1991 أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية، و قد جاء الإقصاء بصـــيغة الـــتحجير المطـــلق و تميز بشموله، فاحتوت الأحكام المتعلقة به الأحياء و الأموات على حد السواء رغم أنها قصرت الغاية منه على الغاية العلاجية دون العلمية، فكانت صيغة الفصل : " **يحجـــر مطلقا أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء و الأموات قصد زرعها** ".

و إن كان أساس التحجير متفق عليه، فإن ميدان تطبيقه و مداه قد يثير إشكالا.

- أساس الإستثناء :

فأمـــا عن أساسه، فهو موضوع اتفاق بين رجال القانون و رجال الدين و الفلاسفة أيضا، و لعل اتفاق الـــنظرة القانونيـــة و الدينية و الفلسفية في ذات المسألة في آن واحد، و هو ما يندر، دليل على بداهة الحـــل و فرضه طبيعة. فالتبرع بأعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية لا يقتصر أثره على الواهب فحســـب و إنمـــا يـــتعداه إلى غيره من الأشخاص بل إلى المجتمع ككل، إضافة إلى ما للموضوع من مساس بالقناعات الدينية ذاتها [38].

فالمنع المتعلق بهاته الأعضاء تؤسسه من ناحية أولى الخصوصية التي تتميز بها ضرورة أنها تختلف مـــن الـــناحية البيولوجية عن سائر أعضاء الجسم لأنها منتجة للعناصر الحاملة للصفات الوراثية، أي الحيـــوان المـــنوي أو الـــنطفة Le sperme بالنسبة للخصية Le testicule لدى الرجل و البويضة L'ovule بالنسبة للمبيض l'ovaire لدى المرأة. و الصفات التي تحملها هالته العناصر لا تتغير عند نقل الخصية أو المبيض من شخص إلى آخر، و لو مضى عليها و قت طويل لدى الشخص الجديد.

و بمـــا أن الحيوانات المنوية أو البويضة تبقى حية عند نقل الخصية أو المبيض، فإن الجنين المتكون منها سوف يرث أشخاصا لا حق له في إرثهم و قد يتجوز إحدى قريباته اللاتي حرمهن عليه الشرع، و ينتج عن ذلك خلط في الأنساب حرصت كل التشاريع بشقيها المدني و الجزائي على منعه.

و هـــذا الأســـاس الأول هـــو الـــذي اعتمده مجمع الفقه الإسلامي في قراره بشأن " زراعة الأعضاء التناســـلية "، حيـــث ورد بـــه أنه : " **بما أن الخصية و المبيض يستمران في حمل و إفراز الصفات الوراثيـــة (الشـــفرة الوراثيـــة) للمـــنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم شرعا**" [39].

---

[38] P.J. Doll, "L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes", exposé présenté au XXVIV congrès international de langue française de médecine légale et de médecine sociale, liège, Mai 1974, Gaz. Le 1974, II, Doc.p.820.

[39] قرار رقم 6/8/59 بشأن " زراعة الأعضاء التناسلية "، مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 14 إلى 20 مارس 1990.

أما الأساس الثاني فيتمثل في أن مهمة هاته الأعضاء هي أعمق من سائر الأعضاء الأخرى و هي أشد علاقـــة بصـــاحبها، كما أن الداعي إلى نقلها إنما هو الحاجة للإنجاب أو للممارسة العملية الجنسية، و الإنســـان إذا فقد واحدا من هذين الأمرين لا تتعرض حياته للخطر الذي يفضي به إلى الموت، بخلاف الخطر الذي يهدد صاحب الكلية المريضة أو القلب المريض [40].

و أخيرا، فإن نقل هذه الأعضاء من الشخص إنما هو تشويه لذاته ضرورة أن الواهب يصبح في إطار هاته العمليات مجرد وسيلة لتحقيق رغبة شخص آخر، قد تنحصر في رغبة الإنجاب و قد تتجاوزها. لعل التذكير في هذا الإطار بالنظرة الفلسفية للإنسان يبرز أكثر هذا التشويه :

" Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais comme un moyen" Emmanuel Kant [41].

و لعـــل مـــنطقية هاته الأسباب و الأسس تؤكد بداهة الحل التشريعي التونسي و غيره من التشريعات الأجنـــبية، و هي بداهة قد تفسر عدم تنصيص بعض التشريعات المقارنة على هذا التحجير صراحة، فالقـــانون الفرنسي المؤرخ في 29 جويلية 1994 و المتعلق بحماية جسم الإنسان لا يحتوي مثلا على هـــذا الإقصاء رغم أنه يمنع الممارسة غير المشروعة في هذا الإطار و يضمن حرمة الشخص [42]، و كذلـــك القـــانون الصـــادر في نفس التاريخ و المتعلق بالتبرع و استعمال عناصر و منتوجات جسم الإنسان المساعدة الطبية على الإنجاب و التشخيص القبل الولادي، رغم أنه نظم التبرع بالأمشجة Les gamètes إلا أنـــه لـــم يشـــر إلى أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية، بل ترك المسألة للسلطة التقديرية للقاضي [43].

- ميدان تطبيق الإستثناء :

مرد القصور في نطاق التحجير كما ورد بالفصل الخامس من قانون 25 مارس 1991 هو حصره في أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية أو بالتحديد الربط الوارد فيه بين صفتين متلازمتين : الإنجاب

[40] عبد الرحمان خليف، " الإسلام و زراعة الأعضاء " محاضرة ألقيت لدى المؤتمر العربي الثالث للتخدير و العناية المركزة الذي أقامته الجمعية التونسية للتخدير و الإنعاش، تونس 4-7 أكتوبر 1989، جريدة الصباح، الثلاثاء 10 أكتوبر 1989، ص 8.

[41] Cité par François Terré, "Génétique et sujets de droit" , A.P.D. N° 34, Sirey, 1989, p161.

[42] Art. 16 : "La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci ...".

[43] Art 16-2 : "le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher de faire atteinte au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci".

و الـــنقل للصـــفات الوراثية، و هو ما يجعل مفهوم هاته الأعضاء ينحصر في الخصية بالنسبة للرجل و المبيض بالنسبة للمرأة، و يجعل الإشكال مطروحا بالنسبة لأعضاء أخرى تطرح بصفة متأكدة مسألة شمولها في نطاق التحجير، رغم أنها مبدئيا غير داخلة فيه. و الإشكال يطرح بالنسبة لأعضاء الإنجاب التي تنتفي فيها الصفة البيولوجية الثانية المشار إليها أي احتواؤها للصفات الوراثية للشخص المأخوذة مـــنه، و يطـــرح كذلـــك بالنســـبة للأعضاء الحاملة للصفات الوراثية غير أعضاء الإنجاب، و أخيرا و بصورة أكثر تأكدا بالنسبة لعناصر ليست بيولوجيا بأعضاء و لكنها إفرازات للأعضاء محل التحجير تـــتوفر فيهـــا صـــفتي الإنجاب و الحمل للصفات الوراثية، و مرد التأكد هو التطور الطبي الهائل في شأنها. يتبين إذن أن سبب عدم الشمول بالتحجير بالنسبة للنوعين الأولين من الأعضاء هو غياب إحدى الصـــفتين المتلازمتين، و سببه في النوع الثالث هو عدم إستجابة العناصر للتعريف البيولوجي للعضو رغم توفر الصفتين متلازمتين فيها.

أ- أعضاء الإنجاب غير الحاملة للصفات الوراثية :

فأما أعضاء الإنجاب غير الحاملة للصفات الوراثية، و هي تتمثل في القضيب بالنسبة للرجل و الجهاز التناسلي بالنسبة للمرأة فهل أن عدم شمولها بالتحجير ينتج عنه جواز التبرع بها ؟

فقهـــاء الشـــريعة الإســـلامية أسسوا منع التبرع بهاته الأعضاء على كونها " أعضاء محركة للشهوة الجنســـية يتحتم سترها، و لا يحل الإستمتاع بها إلا بين الزوجين في حالة الزواج " [44]، في حين لم يشـــمل مجمع الفقه الإسلامي في قراره " **بشأن زراعة الأعضاء التناسلية** " كل أعضاء الإنجاب غير الحاملة للصفات الوراثية بالمنع، فقرر أن :

" **زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية، ما عدا العورات المغلظة، جائز لضـــرورة مشروعة و وفق الضوابط و المعايير الشرعية المبينة في القرار رقم (1) للدورة الرابعة لهذا المجمع** "[45].

و على كل، فإن غياب وظيفة نقل العناصر الوراثية في هاته الأعضاء لا يمكن أن يبرر القول بجواز التـــبرع بهـــا، ضرورة أن أساس التحجير كما ورد بالفصل الخامس من قانون 25 مارس 1991 لا يقتصر فحسب على حماية الأنساب و قواعد الإرث و إنما يتعدى ذلك إلى اعتبارات أخرى هي خاصة حمايـــة حرمة الإنسان و كرامته و عدم مخالفة قواعد الأخلاق الحميدة و النظام العام، و هو ما يمكن معـــه توسيع التحجير التشريعي ليشمل هاته الأعضاء ضرورة أنه " إذا تعذر الحكم بنص صريح من

---

(44) مختار السلامي، محاضرة حول زرع الأعضاء ألقيت بنادي خريجي المرحلة العليا للمدرسة القومية للإدارة بمناسبة شهر رمضان 1991 (غير منشورة) .
جاد الحق علي جاد الحق ، " نقل الأعضاء و رأي الدين " ، مجلة منبر الإسلام، العدد، السنة 38، ربيع الثاني 1400، ص 133.

(45) قرار رقم 59 /6/8 بشأن " زراعة الأعضاء التناسلية "، مجمع الفقه الإسلامي، المؤتمر السادس، 14-20 مارس 1990.

القانون اعتبر القياس، فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى قواعد القانون العمومية " و أن " ما حكم به القانون لسبب معين جرى العمل به مهما وجد السبب المذكور" [46].

ب-الأعضاء الناقلة للصفات الوراثية غير أعضاء الإنجاب :

نفس الإشكال يطرح بالنسبة للأعضاء الناقلة للصفات الوراثية غير أعضاء الإنجاب، فهل أن غياب وظيفة الإنجاب فيها، و هو غياب يقصيها من نطاق التحجير كما ورد بالفصل الخامس من قانون 1991، يؤدي إلى القول بجواز التبرع بها ؟ و المسألة تطرح هنا أساسا بالنسبة للمخ Le cerveau و هو مركز العناصر الوراثية و المنتج لها، و تطرح أيضا بالنسبة لخلايا المخ Les cellules de cerveau. و إن كان إقصاء المخ من نطاق المنع راجع لغياب إحدى الصفتين المتلازمتين فيه و هي صفة الإنجاب، فإن إقصاء خلايا المخ راجع لعدم إستجابتها للتعريف البيولوجي للأعضاء، و هو ما ينتج عنه عدم شمولها بأحكام القانون المتعلق بها، و إن كانت عمليات أخذ و زرع المخ هي في الوقت الحالي متعذرة تقنيا، و هو مانع وقتي باعتبار التطور السريع للعلوم الطبية في هذا المجال فإن عمليات أخذ وزرع خلايا المخ أصبحت متداولة.

و مبدئيا و أمام عدم شمول هاته الأعضاء في نطاق التحجير لما سلف بيانه، فإن طريقة القياس التي اعتمدناها لتوسيع التحجير ليشمل أعضاء الإنجاب غير الناقلة للصفات الوراثية يمكن اعتمادها هنا أيضا : فحماية الأنساب و القواعد المتعلقة بالإرث و قواعد الأسرة و الزواج و كذلك أحكام البنوة و الفلسفة الكامنة وراءها ، كما أسست قانونيا و دينيا و أخلاقيا و فلسفيا التحجير الوارد بالفصل الخامس، تبرر أيضا توسيع هذا التحجير ليشمل الأعضاء الحاملة للصفات الوراثية غير أعضاء الإنجاب.

و لعله من الممكن أيضا إلى جانب هذا الأساس، الإلتجاء للفصل الرابع من قانون 25 مارس 1991 الذي يحجر أخذ كامل العضو الضروري للحياة من الأحياء قصد زرعه، فالمخ هو عضو ضروري للحياة بل هو المعيار الفاصل بين الحياة و الموت، غير أن التدقيق الوارد بهذا الفصل : " كامل العضو" ، و هو ما يعني أنه يمكن أخذ جزء من العضو الضروري للحياة، إضافة إلى قصر التحجير الوارد به على الأحياء دون الأموات، يجعل الإلتجاء للفصل الرابع لمنع التبرع بالمخ غير ممكن ضرورة أن أخذ جزء من المخ من الأحياء و أخذ المخ من الأموات الممكنين بتأويل هذا الفصل، يبقى متعارضا و الأسس التي أشرنا إليها أي حماية الأنساب و قواعد الإرث و غيرها و هي من النظام العام.

و أما خلايا المخ، فإن خروجها عن نطاق التحجير و عن نطاق القانون المتعلق بزرع الأعضاء ككل باعتبار عدم استجابتها للتعريف البيولوجي للأعضاء، لا يمكن أن يؤدي إلى القول بجواز التبرع بها

[46] الفصلين 535 و 536 من مجلة الإلتزامات و العقود التونسية.

عـلى الرغم من تداول العمليات المتعلقة بها حاليا، وهو الموقف الذي تبناه مجمع الفقه الإسلامي الذي اعتـبر أن المقصـود مـن هاتـه العمليات هو علاج قصور خلايا معينة في المخ عن إفراز مادتها الكيميائية أو الهرمونية فتودع في مواطنها خلايا مثيلة من مصدر آخر و قرر أنه : " **إذا كان المصدر للحصول على الأنسجة هو الغدة الكظرية للمريض نفسه و فيه ميزة القبول المناعي لأن الخلايا من الجسم نفسه، فلا بأس من ذلك شرعا، أما إذا كان المصدر إنسانا آخر و يلحق به الجنين الباكر فإن ذلك محرم** " [47].

و لعله من الغريب أن يعلق بعض فقهاء الإسلام جواز التبرع بخلايا المخ أولا على التحقق من غياب أي تأثيـر سـلبي على صحة الواهب و ثانيا على ضبط تشريع دقيق يأخذ كل الإحتياطات الضرورية الـتي لا تجـازف بحياة الإنسان [48]، و الحال أن التحجير المطلق في هذا الإطار تفرضه اعتبارات تتعلق بالنظام العام و تهدف لحماية الأنساب و قوانين الإرث و لا يمكن لغياب الضرر بصحة الواهب الناتج من هاته العمليات أو لتقنينها من قبل المشرع أن يبرر خرقها.

ج- عناصر الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية غير الأعضاء : الأمشجة

و أخيرا، فإن الإشكال يطرح بالنسبة لعناصر الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية غير الأعضاء، و أقصد هـنا الأمشجة Les gamètes ، أي المني أو النطفة بالنسبة للرجل و البييضة بالنسبة للمرأة، و ذلك خاصة مع تطور استعمالها في ميدان التلقيح الصناعي الذي شهد في السنوات الأخيرة تداولا كبيرا في العالم تأثرت به بلادنا و عرفت من جرائه تطبيقات له في البعض من مؤسساتنا الإستشفائية، في حين بقيـت الأطـر القانونيـة المنظمة له إلى حد الآن غير موجودة تقريبا [49] فهل يمكن للتحجير الوارد بالفصل الخامس من قانون 25 مارس 1991 أن يشمله ؟

قـبل الخـوض في هاته المسألة، تجدر الملاحظة أن طرح هذا الإشكال يبقى محددا بحالات التبرع، و هـو مـا يعـني قصره على التلقيح الصناعي الأجنبي Hétéro- insémination الذي يتحقق عن طـريق نقـل مـني غيـر الـزوج لـلزوجة، في حين لا يطرح التلقيح الصناعي الداخلي Auto insémination الـذي يتحقق عن طريق نقل مني الزوج نفسه لزوجته إشكالا في هذا الشأن لغياب التبرع فيه.

و فـي هذا الإطار، و بطريقة الإستنتاجات المتلاحقة، فإنه يمكن مبدئيا تطبيق المنع التشريعي الوارد بالفصـل الخـامس على التبرع بالأمشجة و أساس ذلك أن المشرع حجر مطلقا أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية و هي الخصية و المبيض و هما العضوان المنتجان للنطفة و البييضة، و الغاية

(47) مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية.
(48) مختار السلامي، مرجع مذكور، ص 90.
(49) رضا خماخم، " أخذ و زرع الأعضاء و الإنجاب المساعد طبيا في القانون التونسي "، القضاء و التشريع عـ2ـدد، السنة 38، فيفري 1996، ص 21.

من التحجير و علته في الأساس حماية الأنساب من الإختلاط. و القول بأن المنع لا يشمل إلا العضوين المذكوريـــن فقط، لعدم الإشارة الصريحة للنطفة و البييضة، فيه مجازفة و خرق للمبدأ القانوني الذي يقتضـــي أن " الفرع يتبع الأصل" طالما كانت النطفة و البييضة هي النتاج الطبيعي للعضوين المشار إليهما، و التحجير حينئذ يشملهما بلا شك [50] و هذا موقف تبناه جانب من الفقه :

" En conséquence, l'on pourrait étendre cette interdiction du prélèvement d'organes de reproduction au don des gamètes, en égard au fait que ces derniers sont les produits des organes sexuels et sont de la même nature puisqu'ils sont porteurs de gènes d'hérédité " [51].

و هـــو ما يجعل التدخل التشريعي لسد فراغاته و تنظيم هاته الأعمال الطبية المستحدثة ضروريا من أجـــل حمايـــة الإنســـان و نوعه و خاصة من أجل الحفاظ على العلاقات الإجتماعية و عدم الإخلال بالأحكام المتعلقة بها.

و فـــي الحقيقة، فإن قصور التحجير الوارد بالفصل الخامس من قانون 25 مارس 1991 عن إحتواء هاته المسائل، دليل على سوء تحريره خاصة إذا ما تعلق الأمر بأعضاء الإنجاب غير الناقلة للصفات الوراثيـــة و بالأعضـــاء الناقلة للصفات الوراثية غير أعضاء الإنجاب، ضرورة أنه بالنسبة للعمليات المتعـــلقة بالأمشجة، ورد الإعفاء من ميدان التحجير صريحا في مداولات مجلس النواب و لكنه ورد مصحوبا بوعد تشريعي لتنظيمها.

و على كل فإن سوء التحرير هذا لا يقتصر فحسب على ميدان تطبيق التحجير و إنما يتعداه إلى مدى التحجير.

الجزء الثاني : أخذ العضو الضروري للحياة

حجـــر المشرع التونسي في الفصل الرابع من قانون 25 مارس 1991 مطلقا أخذ العضو الضروري لـــلحياة من الأحياء. و لتكريس المدى المطلق للتحجير فقد حدد نطاق ذلك الأخذ بصفة آمرة و حرص عـــلى توضـــيح نطاقه و تحديده فعرف العضو الضروري للحياة و كان هذا أول تعريف تشريعي في إطـــار قانون أخذ الأعضاء البشرية و زرعها بل التعريف الوحيد فيه (مبحث أول)، غير أن التعريف التشريعي لا يخلو من إشكال و سلبيات على المستوى التطبيقي بالنظر للممارسة الطبية (مبحث ثان).

[50] بلقاسم كريد و سمير معتوق، " الجوانب القانونية لتقنيات التلقيح الصناعي " ، محاضرة ألقيت بمناسبة افتتاح السنة القضائية 1991-1992.

[51] Najeh Yahiaoui, "Essai sur la nature juridique du corps humain "; mémoire de D.E.A en droit privé général.Fac. de droit et de Sc. Pol de Tunis 1995.

المبحث الأول : التعريف القانوني للعضو الضروري للحياة :

عـــرف المشـــرع فـــي الفقرة الثانية من الفصل الرابع من القانون المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية و زرعها، العضو الضروري للحياة، فنص على أنه :

" يعتبر عضوا ضروريا للحياة العضو الذي بأخذه تحصل حتما وفاة الشخص الذي أخذ منه".

و تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن التعريف ينصرف في الحقيقة إلى صفة الضروري في العضو لا إلى العضو في حد ذاته. فالعضو الداخل في مجال عمليات أخذ الأعضاء البشرية و زرعها لم يعـــرفه المشرع و كان هذا مرد التداخل الكبير في مستوى الفقه بشأن العناصر من جسم الإنسان غير الأعضاء التي طرحت مسألة شمولها بالنظام القانوني الخاص بأخذ الأعضاء البشرية و زرعها، وهو ما أشرنا إليه سابقا.

و يبقى التعريف رغم إنصرافه إلى صفة العضو دون العضو ذاته، هاما فهو أول تعريف تشريعي ورد في قانون 25 مارس 1991 بل هو التعريف الوحيد المباشر [52]. و أهمية التعريف مردها في الحقيقة ، من ناحية أولى وروده في الفصل الرابع من القانون و هو النص الذي يحجر مطلقا أخذ كامل العضو الضروري للحياة من الأحياء، فيصبح التعريف تكريسا للمدى المطلق للتحجير باعتبار ما ينتج عنه من تحديد للعضو محل التحجير و هو تحديد يقصي كل سلطة تقديرية للأطراف في هذا الشأن.

و مرد أهمية التعريف القانوني للعضو الضروري للحياة، من ناحية ثانية، هو الطابع الإستثنائي للقانون المتعـــلق بـــأخذ الأعضاء البشرية و زرعها بصفة عامة، فالقانون يمثل إستثناء لمبدأ ضمان الحرمة الجسدية للإنسان و هو مبدأ يهم النظام العام. و ينتج عن ذلك أن تحديد نطاق القانون من حيث أحكامه، باعتـــباره إســـتثنائي، يكون أولا بتعريف المفاهيم الواردة به و عدم ترك ذلك التعريف للإرادة الحرة للأطراف خاصة و أن تلك المفاهيم ذاتها تكون الشروط القانونية لإباحة أخذ الأعضاء و زرعها و هذا لم يتوفر إلا في خصوص العضو الضروري للحياة.

العضو الضروري للحياة هو إذن العضو الذي بأخذه تحصل حتما وفاة الشخص الذي أخذ منه، و هذا يجعل أن المعيار الذي اعتمده المشرع في التعريف هو بقاء الشخص حيا، فإذا كان أخذ العضو لا تنتج عنه وفاة الواهب، فإن ذلك الأخذ محل إباحة بالنسبة للأحياء و من باب أولى و أحرى لجثث الأموات، أمـــا إذا كان الأخذ تنتج عنه حتما وفاة الواهب، فإن الأخذ يصبح محل تحجير بالنسبة للأحياء و يبقى محل إباحة بالنسبة لجثث الأموات.

و الـــتعريف القـــانوني للعضو الضروري للحياة كما ورد بالفصل الرابع لا يثير مبدئيا أي إشكال من الناحية التطبيقية باعتبار أن الأعضاء الضرورية للحياة أو كذلك الحيوية هي محل إتفاق و وضوح

[52] الفصل 25 من قانون 25 مارس 1991 لم يعرف الوفاة، بل نص فقط على كيفية معاينة الوفاة و أوكل مهمة التعريف للسلطة الترتيبية.

مـــن حيـــث تعريفها الطبي. و هو ما يصبح معه إلتزام الطبيب في هذا الشأن إلتزاما بتحقيق نتيجة لا بـــبذل عناية ضرورة أن تحديد طبيعة العضو و النتائج المترتبة عن أخذه يندرج في مرحلة التشخيص و يعتـــبر خاصة من المبادئ و القواعد الطبية و الفنية الأساسية التي لا يمكن للطبيب بحكم مهنته أن يتجاهلها. فالقلب و الكبد و الدماغ، باعتبارها أعضاء منفردة (Des organes uniques) هي أعضاء ضرورية للحياة ينتج عن أخذها حتما وفاة الواهب.

غير أن التعريف القانوني للعضو الضروري للحياة، على أهميته و مزاياه، فإن النتائج المترتبة عنها لا تخلو في الحقيقة من سلبيات.

مبحث ثاني : إشكالية التعريف القانوني للعضو الضروري للحياة بالنظر للممارسة الطبية

رغم أهمية التعريف، باعتبار وروده في قانون إستثنائي، فإن المعيار الذي اعتمده المشرع فيه لا يخلو من نقد باعتبار النتائج المترتبة على تطبيقه.

فالعضو الضروري للحياة هو العضو الذي بأخذه تحصل حتما وفاة الشخص الذي أخذ منه. و هذا يجعـــل أن المعيار الذي اعتمده المشرع في التعريف هو بقاء الشخص حيا بعد أخذ العضو منه، فالحد الفاصـــل بين إباحة أخذ العضو من الواهب الحي و تحجير ذلك الأخذ هو عدم وفاة الشخص، فإن بقي الواهب حيا بعد استئصال العضو منه، فذلك الإستئصال مباح قانونا، بعد توفر رضاء الواهب بطبيعة الحـــال، حتى و إن نتج عنه خلل أو نقص في سلامة الشخص الجسدية أو النفسية، و هذا موضع النقد في تعريف المشرع. ذلك أنه هناك أعضاء من جسد الإنسان لا ينتج عن أخذها مبدئيا وفاة الواهب، و يصبح ذلك الأخذ مباحا إذا ما طبقنا المعيار الوارد بالفصل الرابع في إطار التعريف القانوني، غير أنه ينـــتج عنها إنعدام قدرة الواهب على الحياة بصفة عادية و طبيعية و ذلك بالنظر لأهمية تلك الأعضاء رغم أنها أهمية لا ترقى إلى تحديد حياة الشخص زمنيا [53].

هـــذا بالإضـــافة إلى ما يؤدي إليه تأويل عبارة " **حتما** " الواردة بالتعريف القانوني للعضو الضروري لـــلحياة، فهـــل أن المقصود منها حصول وفاة الواهب مباشرة إثر أخذ العضو منه أي المجال الزمني لـــلوفاة ؟ أم المقصـــود منها أن أخذ العضو ينتج عنه ضرورة وفاة الواهب حتى و إن لم تحصل تلك الوفاة مباشرة إثر عملية الأخذ ؟

[53] Benard Dubook op.cit.p 100.
Monique Batigne, " Les greffes d'organes en droit pénal", thèse d'Etat en Droit, Fac de Dt et des Sc.éco, Montpellier, France, ma 1980, P 313.

و ينتج عن التأويل الأول أن أخذ العضو يصبح مباحا إذا لم تنتج عنه مباشرة وفاة الواهب حتى و إن حصلت تلك الوفاة بعد مدة زمنية من عملية الأخذ. و هو ما يجعل التأويل غير مقبول باعتبار أن النتيجة التي يؤدي إليها تفرغ مبدأ ضمان الحرمة الجسدية للإنسان من كل محتواه في حين حرص المشرع على تحديد إطار الإستثناء لهذا المبدأ، و هو ما يجعل أنه لا يمكن أن يكون المقصود من عبارة " **حتما** " المجال الزمني للوفاة. فالمقصود منها في الحقيقة هو أن أخذ العضو تنتج عنه ضرورة وفاة الواهب سواء أحصلت تلك الوفاة مباشرة إثر عملية الأخذ أو بعد مدة زمنية معينة.

و حتى في إطار هذا التأويل، فإن معيار بقاء الشخص حيا الذي اعتمده المشرع في تعريف العضو الضروري للحياة يبدو في الحقيقة غير وجيه و ذلك بالنظر للنتيجة التي يؤدي إليها تطبيق المعيار من أنه يمكن أخذ العضو من الواهب الحي برضائه إن لم ينتج عن ذلك حتما وفاته و حتى إن نتجت عدم قدرته على الحياة بصفة عادية و طبيعية.

و النتيجة يؤيدها في الحقيقة ما ينتج عن القراءة العكسية للفقرة الأولى من الفصل الرابع من إباحة لأخذ جزء من العضو الضروري للحياة من الواهب الحي باعتبار أن التحجير يشمل "كامل" العضو. فأخذ جزء من العضو الضروري للحياة من الواهب الحي قد لا تترتب عليه وفاة الواهب و إنما يترتب عنه حتما إنقاص من قدرته على الحياة بصفة طبيعية خاصة و أن العضو منفرد.

و هاته القراءة العكسية، المستقيمة قانونا، ستؤدي في الحقيقة إلى نتائج جد سلبية. فالقول بإمكان أخذ جزء من العضو الضروري للحياة يجعل تقدير ذلك الجزء رهين السلطة التقديرية للقائم بالأخذ أي الطبيب. و حتى لو تصورنا اتفاق الواهب و القائم بالأخذ منذ البداية على نسبة ذلك الجزء كأن يقع تحديدها بربع العضو أو ثلثه مثلا، فإن الواهب يبقى غير مؤهل علميا لتقدير ذلك التحديد بما لا يجعل حياته في خطر. و يبقى التحديد حينئذ خاضعا علميا لتقدير الطبيب فحسب. و ينتج عن ذلك أنه لا يمكن للواهب، بعد أخذ جزء العضو الضروري منه ورضائه بذلك بداية، أن يرجع على الطبيب أو المستفيد ضرورة أن رضاه كان في إطار الإباحة القانونية و أن العقد شريعة الطرفين.

غير أنه لا يمكن مع هذا التسليم بأن تحديد الجزء يبقى خاضعا مطلقا للسلطة التقديرية للطبيب ضرورة أن معيار الموازنة بين مصالح كل من الواهب و المستفيد أي بين المخاطر التي يتعرض لها الواهب و المزايا التي تعود على المتلقي يبقى معيارا محددا و مقيدا لسلطة الطبيب.

و في هذا الإطار، فإن السؤال الذي يطرح نفسه يتمثل في معرفة إن كان المعيار المعتمد يتمثل في بقاء الشخص حيا أو في قدرته على الحياة بصفة طبيعية و عادية ؟

و مرد هذا التساؤل هو ما ورد بالفصل الرابع من قانون 1991 في فقرته الثانية من تعريف للعضو الضروري للحياة بأنه : " **العضو الذي يأخذه تحصل حتما وفاة الشخص الذي أخذ منه** " ، فهذا التعريف يحيل إلى معيار بقاء الشخص حيا لا قدرته على الحياة. غير أنه لا يمكن التسليم بهذا المعيار ضرورة أنه في الفصل الرابع ينصرف إلى العضو الضروري للحياة كله وهو محل التحجير المطلق

بالنسبة للواهب الحين و لا يمكن بالتالي تطبيقه في صورة أخذ الجزء من العضو الضروري للحياة و هو محل الإباحة الإستثنائية.

و ينتج عن ذلك أن المعيار المحدد للسلطة التقديرية للطبيب في عملية الأخذ هو معيار بقاء القدرة على الحيـــاة بصفة طبيعية و عادية و من باب أولى و أحرى البقاء حيا. غير أنه لا يمكن تجاهل صعوبة إعمـــال هـــذا المعيار في التطبيق و جسامة المخاطر التي قد تترتب عن ذلك خاصة إذا ما أخذنا بعين الإعتبار الطابع الإستثنائي للإباحة في هذا المجال. هذا بالإضافة إلى ما يطرحة القول بجواز أخذ جزء مـــن العضـــو الضـــروري الحياة من الأحياء من تناقض ظاهر و خفي مع الأحكام الجزائية المقررة بالفصل 17 من قانون 25 مارس 1991.

فأما التناقض الخفي، فيتمثل في أن الفصل 17 الوارد تحت عنوان " أحكام جزائية " يعاقب كل مخالف لأحكـــام الفصـــل الرابع، أي كل من يأخذ كامل العضو الضروري للحياة من الأحياء، بالعقاب الوارد الفصل 201 من القانون الجنائي في صورة وفاة المتضرر و بالعقاب الوارد بالفصل 219 من القانون الجنائي في الصور الأخرى. و ينتج عن ذلك إعمالا لمبدأ التأويل الضيق للقانون الجزائي، أن من يأخذ جزءا من العضو الضروري الحياة من الأحياء و ينتج عن ذلك موت الواهب أو إحداث سقوط ببدنه أو تشويه أو غير ذلك من الصور الواردة بالفصل 219 من القانون الجنائي، لا يعاقب إلا إذا ثبت وجود خطأ في جانبه.

و هـــي نـــتيجة لا يمكـــن التســـليم بها لما يترتب عنها من إفراغ لمبدأ الحرمة الجسدية من محتواه. فمســـؤولية الطبيب الجزائية و تسليط العقاب الوارد بالفصل 17 من قانون 1991 عليه يجب أن تبقى قائمـــة حـــتى إن تلق الأمر بأخذ جزء فقط من العضو الضروري للحياة، و هو ما يتجه معه في هذه المرحـــلة اعتبار إلتزام الطبيب إلتزاما ببذل نتيجة تتمثل في التأكد من بقاء الواهب مستقبلا و بعد أخذ جزء العضو منه، حيا و قادرا على الحياة بصفة طبيعية.

و ينتج عن ذلك أن تأسيس مسؤولية الطبيب الجزائية كما نص عليها الفصل 17 تكون بتجاوز صعب لمبدأ التأويل الضيق للقانون الجزائي مرده قصر التحجير الوارد بالفصل الرابع على أخذ كامل العضو الضروري للحياة دون الجزء منه.

و أمـــا التناقض الظاهر، فيتمثل في أنه في حين يبيح الفصل الرابع من قانون 25 مارس 1991 أخذ جزء من العضو الضروري للحياة من الأحياء دون أن يرتب عن ذلك عقوبة جزائية، فإن الفصل 21 من القانون الجنائي الذي يحيل إليه الفصل 17 من قانون أخذ الأعضاء البشرية و زرعها، يحرم "قطع عضو من البدن أو جزء منه " و يرتب على ذلك عقابا جزائيا.

و يمكـــن مـــبدئيا تجاوز هذا التناقض باعتبار أن الإحالة للفصل 219 من القانون الجنائي كما وردت بالفصـــل 17 مـــن قـــانون 1991 هي إحالة في خصوص العقاب المستوجب فقط من أجل أخذ كامل العضو الضروري للحياة.

غير أن هذا التأويل و إن كان يمكن من تجاوز التناقض ظاهريا، إلا أنه يبقى غير مستقيم ضرورة أنه من غير المنطقي أن يجرم الفعل (أخذ جزء من العضو) في القانون العام و تقع إباحة ذلك الفعل ذاته في قانون خاص. فرغم مبدأ التأويل الضيق للقانون الجنائي، فإنه لا يمكن قراءة النصوص الجزائية بمعزل عن بعضها.

و في الحقيقة، فإن ما يمكن من تجاوز التناقض الظاهر و اعتبار توفر رضاء المأخوذ منه الجزء من العضو من عدمه، فإن رضي الواهب بالتبرع بجزء من عضوه، فإن أخذ هذا الجزء يكون مباحا تطبيقا للفصل الرابع من قانون 25 مارس 1991 بقراءته العكسية، أما إذا تمثل أخذ الجزء من العضو في إعتداء دون رضاء الشخص، فإن ذلك الأخذ يصبح مجرما تطبيقا للفصل 219 من القانون الجزائي. فالعبرة تكون إذن بتوفر رضاء الشخص.

و ينتج عن ذلك أن مجال أخذ العضو المزدوج يبقى مستغرقا لكامل إطار الإباحة بالنسبة للأخذ من الأحياء و لا يمكن لإمكانية أخذ الجزء من العضو التي تؤدي إليها القراءة العكسية للفصل الرابع أن تحد من ذلك الإستغراق ضرورة أنها تبقى مقيدة بما لا يفرغ المبدأ من محتواه أي تبقى مقيدة بضرورة الحفاظ على حياة الواهب و بقائه قادرا على الحياة بصفة طبيعية.

النطاق القانوني لعمليات أخذ الأعضاء البشرية و زرعها يبدو في الحقيقة، كما حدده المشرع من حيث العناصر الداخلة فيه، واضحا في جزء منه و أقصد هنا ما يتعلق بالواهب فيه، و مرد الوضوح ورود التحديد مباشرا، غير أن ذلك لا يمنع من التأكيد على قصور المجال من حيث الواهب عن إستيعاب صور أفرزها التطور الطبي. و يبدو النطاق على العكس من ذلك غير واضح فيما يتعلق بالعضو الداخل فيه و العلة غياب التحديد المباشر في هذا الشأن.

إن الإطار القانوني لعمليات أخذ الأعضاء البشرية وزرعها، الذي انطلق بصورة محتشمة في سنة 1951 ثم بصورة فعلية في سنة 1991 من خلال القانون المؤرخ في 25 مارس و توج في سنتي 1994 و 1995 على المستوى التنظيمي بإحداث المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء و اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية، مثل في الحقيقة إطارا واقعيا راعى فيه المشرع كل المصالح المتضاربة و حاول الموازنة بينها، و هي موازنة صعبة.

غير أن هذا الإطار أصبح بالنظر للتطورات العلمية الحالية و الأعمال الطبية المستحدثة التي نتجت عنها و التي تتعلق بعمليات أخذ الأعضاء البشرية وزرعها، إطارا يستوجب المراجعة حتى لا يتجاوز التقدم في هذا المجال الموجود التشريعي. و المراجعة تفرضها أيضا ضرورة إيجاد ضمانات و وسائل جديدة لمقاومة ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية التي أصبحت تتخذ أكثر فأكثر شكل جريمة منظمة عبر الوطنية.

- السيدة سهام الشاهد -
القاضي بالمحكمة الإبتدائية
بتونس

قانون زراعة الأعضاء و الحرمة الجسدية للإنسان

الدكتور: محسن عياد
رئيس المركز الوطني للنهوض
بزراعة الأعضاء

يعود تاريخ زرع الأعضاء في تونس إلى سنة 1948 حيث قام الدّكتور الهادي الرّايس بأوّل عمليّة زرع قرنيّة بمستشفى شارل نيكول ولم يكن هناك في ذلك الحين أيّ نصّ يخصّ تنظيم أخذ الأعضاء وزرعها.

وأمام تطوّر هذا القطاع في تونس صدر أوّل نصّ في هذا المجال وهو أمر من الباي في 19 جويلية 1951 ورغم قصره وفقره فإنّنا نجد فيه تحرّيات عديدة منها :

- وجوب التّرخيص من وزير الصحّة للمؤسّسات التّي تتعاطى مثل هذا النّشاط،
- وجوب معاينة الوفاة من قبل طبيبين عوضا عن طبيب واحد في الحالات الأخرى.

وقد مكن هذا النص الأطبّاء من أخذ القرنيّة من جثث الأموات لغاية علاجيّة مدّة سنوات عديدة.

ولكن الطبّ ما لبث أن تطوّر أكثر وبرزت في 1953 فكرة أخذ الأعضاء من الأحياء كالكلى وشيء من الكبد.

كما برزت سنة 1959 مصطلح الموت الدّماغي وأخذ الأعضاء بأنواعها من جثث الأشخاص المتوقين دماغيّا، ويبقى قلب المتوفى نابضا بصفة مؤقتة واصطناعيّة بفضل العقاقير وآلات الإنعاش.

وبدأت عمليّات زرع الكلى في تونس في 4 جوان 1986 وكانت الغرائس تؤخذ من الأحياء كما بدأت عمليّات أخذ الكلى من الأشخاص المتوقين دماغيّا في جويلية 1987.

وإن كان الأطبّاء في تونس واثقين من راحة ضميرهم حيث كانوا يقومون بواجبهم في كنف احترام الحياة البشريّة إلاّ أنّ تخوّفاتهم باتت واضحة نظرا للفراغ التشريعي في هذا الميدان حتّى صدر القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرّخ في 25 مارس 1991 والمتعلّق بأخذ الأعضاء البشريّة وزرعها.

ويشتمل هذا القانون على 21 فصلا. ونجد ضمن الباب الأوّل الخاص بالأحكام العامّة :

- ضمان الحرمة البشريّة للإنسان حيث يجوز أخذ عضو من شخص حيّ لغاية علاجيّة قصد زرعه لشخص آخر شريطة أن يكون المتبرّع رشيدا، سليم المدارك العقليّة متمتّعا بالأهليّة القانونيّة الكاملة وأن يكون رضاه صريحا وصادرا عن اختيار.

وينص القانون الصادر سنة 1991 على إمكانية زرع القرنية بالمؤسسات الصحية الخاصة المرخص لها في ذلك بقرار من وزير الصحة.

وليست القرنية عضوا وإنما هي نسيج بشري ومنذ استحداث البنك الوطني للأنسجة البشرية وقع السماح بزرع الأنسجة الأخرى على غرار القرنية في المؤسسات الصحية الخاصة.

وقد أستبدل الترخيص للمؤسسات الصحية الخاصة في زرع القرنية وغيرها من الأنسجة بالإمضاء على كراس شروط وضعته وزارة الصحة على ذمّة هذه المؤسسات.

وقبل أخذ الأعضاء يجب أن تتم معاينة الموت من طرف طبيبين إستشفائيين لا ينتميان إلى الفريق المكلف بعملية اخذ الأعضاء وزرعها وفق القواعد المقبولة والمعمول بها في الميدان الطبي ويبين وزير الصحة العمومية بمقرّر الطرق والعلامات الواجب اعتمادها والدّالة على حصول الوفاة بصفة نهائية وخاصة التوقف النهائي لوظائف المخ.

وقد صدر هذا المقرر في 1 أوت 1991 وحيّن في 18 أكتوبر 1998 من قبل اللجنة العلمية للمركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء.

يحرر الطبيبان اللذان يعينان الموت محضرا في وفاة الشخص يوضحان فيه تاريخ الموت وساعته وسببه وطريقة ملاحظته و يتمّ إمضاؤه من طرفهما.

وقد أصدرت الإدارة العامة للمركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء بالتعاون مع المجلس العلمي مطبوعات تشتمل على كل هذه التوضيحات.

وتأتي في الباب الثالث الأحكام الجزائية في حالة مخالفة، وتشتمل على خمسة فصول (من 16 إلى 20) وهي صارمة وردت لردع كل من تحدثه نفسه بمخالفة الأحكام الواردة في هذا النص.

لكن تطبيق هذا النص كان صعبا لغياب مؤسسة تسهر عليه وتطور عمليات أخذ الأعضاء وزرعها ولذلك اتضح وجوب بعث مثل هذه المؤسسة.

فصدر قانون عدد 49 لسنة 1995 والمؤرخ في 12 جوان 1995 والمتعلق ببعث المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء.

المركز مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تتمتع بالشخصيّة المدنية والاستقلال المالي و تسمى "المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء" وتخضع هذه المؤسسة لإشراف وزارة الصحة العمومية تلحق ميزانيتها ترتيبا بالميزانية العامة للدولة. ويكون مقر المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء بتونس العاصمة.

وتتمثل مهمة المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء خاصة فيما يلي :

- اقتراح الأساليب العملية لأخذ الأعضاء البشرية والمحافظة عليها ونقلها وزرعها،
- الحث على التبرع بالأعضاء وذلك بالمشاركة في إعلام وتحسيس العموم وخاصة بالتعاون مع الجمعيات المعنية،
- المساهمة في تكوين أعوان الإطار الطبي وشبه الطبي المعنيين بزرع الأعضاء،
- مسك سجل مركزي يرسم به الأشخاص الذين تستدعي حالتهم الصحية زرع عضو لهم مع المحافظة على سرية المعلومات ذات الصبغة الخاصة المتعلقة بالأشخاص المرسمين به.
- إسناد الأعضاء المعدة للزرع إلى الأشخاص الذين تستدعي حالتهم الصحية ذلك،

ويضبط التنظيم الإداري والمالي للمركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء وكذلك طريق تسييره بمقتضى أمر.

صدر هذا الأمر عدد 1182 لسنة 1997 والمؤرخ في 13 جوان 1997 .
يسير هذا المركز مدير عام يساعده في ذلك مجلس إداري ومجلس علمي وتقع تسميته بأمر باقتراح من وزير الصحة العمومية من بين الأطباء الذين لهم رتبة أستاذ في الطب أو أستاذ محاضر مبرّز في الطب لهم خبرة في أنشطة وزرع الأعضاء ويكلف

- باقتراح النظام الداخلي للمركز الذي يضبط بقرار من وزير الصحة العمومية
- بإعداد ميزانية المركز و مخطط تنميته والسهر على تنفيذها،
- بتنسيق نشاط مختلف مصالح المركز.

يساعده في تسيير المؤسسة مجلس إداري يتركب كما يلي:

- رئيس : المدير العام للمركز
- أعضاء : - ممثل عن وزارة الدفاع
  - ممثل عن وزارة الشؤون الاجتماعية
  - المدير المكلف بالأنشطة الصحيّة في القطاع الخاص بوزارة الصحة العمومية
  - طبيبان يعملان في وحدات أخذ الأعضاء البشرية وزرعها

وتقع تسمية أعضاء المجلس بقرار من وزير الصحة باقتراح من الوزارات المعنية. ويمكن لرئيس المجلس الإداري دعوة كل شخص يرى حضوره صالحا .

وتتمثل مشمولات المجلس الإداري في إبداء رأيه خاصة حول مشروع الميزانية والحساب المالي والتقرير حول نشاط المركز وترسل نسخة من محضر جلسة كل اجتماع إلى وزير الصحة العمومية في ظرف الخمسة عشر يوما الموالية لانعقاد الاجتماع على أقصى تقدير.

كما يساعد المدير العام في المسائل العلمية مجلس علمي يتركب كما يلي:

- رئيس : المدير العام للمركز
- أعضاء : - ستة أطباء ينتمون إلى الفرق المتدخل في أنشطة زرع الأعضاء
  - طبيب يعينه وزير الدفاع الوطني
  - طبيبان ينتميان إلى الفرق المتدخلة في انشطة زرع القرنية
  - مبنج انعاش أو منعش يعمل بالمؤسسات المرخص لها في أخذ الأعضاء
  - بيولوجي
  - عون شبه طبي من بين الأعوان شبه الطبيين العاملين بأنشطة زرع الأعضاء.

وتقع تسمية أعضاء المجلس بقرار من وزير الصحة العمومية ويمكن لرئيس المجلس العلمي دعوة كلّ شخص يرى حضوره صالحا.

و تتمثّل مهمّة المجلس العلمي في إبداء رأيه بخصوص المسائل ذات الطّابع العلمي والفنّي والأخلاقي التّي تتدرّج ضمن أنشطة المركز.

ويتولّى خاصّة اقتراح المعايير والأساليب العلميّة لأخذ الأعضاء البشريّة والمحافظة عليها ونقلها وإسنادها وزرعها.

ويتمّ ضبط هذه المعايير بقرار من وزير الصحّة العموميّة.

ويمكن للمجلس العلمي أن يتقدّم بكلّ توصية واقتراح من شأنهما أن يحرّضا على النّهوض بزرع الأعضاء.

ونظرا لتعدّد الإختصاصات في ميدان زرع الأعضاء بعثت لجان تفكير مختصّة لتقديم الاقتراحات العلميّة والتقنية و الأخلاقيّة وهي :

- لجنة الموت الدّماغي
- لجنة زرع الكلى
- لجنة زرع الكبد
- لجنة زرع القلب
- لجنة زرع القرنيّة
- لجنة زرع النّخاع العظمي

- لجنة زرع الجلد والعظام
- لجنة الأنف والحنجرة والأذن
- لجنة الإتصالات

ثمّ تُعرض هذه الاقتراحات على المجلس العلمي الذّي يدرسها وينقحها كي تصبح عمليّة.

ويرتبط نشاط زرع الأعضاء ارتباطا متينا بنشاط أخذ الأعضاء من جثث المتوقين دماغيّا تستوجب عمليّات أخذ الأعضاء تنظيما محكما وتنسيقا مدققا. لذا بعثت شبكات لهذا النشاط ينسّق بينها الأطبّاء المنسقون الرّاجعون بالنّظر إلى المركز الوطني للنّهوض بزرع الأعضاء.

وقد ضبطت كلّ هذه الأعمال بقرار من وزير الصحّة العموميّة يهمّ قواعد حسن التطبيق بنصّ يدعى " المعايير والأساليب العلميّة لأخذ الأعضاء والأنسجة البشريّة" سينشر قريبا في الرّائد الرّسمي.
وقد نظّم المركز الوطني للنّهوض بزرع الأعضاء حملات تحسيسيّة عديدة يقوم فيها أخصّائيّون بشرح الأوجه الطبّية والدّينيّة والقانونيّة.

ولكن عمليّات أخذ الأعضاء بقيت محدودة نظرا لإعتراض أفراد عائلات المتوقين رغم عمليّات التحسيس المتكرّرة.

فأقرّ رئيس الدّولة في جويلية 1998 لدى إشرافه على مجلس وزاري مضيّق إرساء يوم وطني للتحسيس بالتبرّع بالأعضاء تدور فعاليّاته كلّ ثالث سبت من شهر أكتوبر.

وقد وُضع اليوم الوطني الرّابع للتّحسيس بالتبرّع بالأعضاء تحت الإشراف المشترك لوزيري العدل والصحّة العموميّة وذلك يوم 20 أكتوبر 2001. وافتتح السيّد البشير التكّاري فعاليّات هذا اليوم الرّابع كما ألقيت محاضرات عديدة منها إثنان تهمّ الجانب القانوني في ميدان أخذ الأعضاء وزرعها.

ولحثّ المواطنين على أخذ القرار بأنفسهم وحتّى لا يحول أفراد العائلة دون رغباتهم، جاء القانون **عدد 18 لسنة 1999** والمؤرّخ في أول مارس 1999 والمتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 27 لسنة 1993 المؤرّخ في 22 مارس 1993 والمتعلّق ببطاقة التعريف الوطنيّة:

" يمكن مع مراعاة أحكام القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرّخ في 25 مارس 1999 والمتعلّق بأخذ الأعضاء البشريّة وزرعها أن تتضمّن بطاقة التّعريف الوطنيّة تنصيصا على ما يفيد الموافقة الصريحة على التبرّع بالأعضاء البشرية بعد الوفاة".

ولتنظيم هذا التنصيص صدرت جملة من الأوامر والقوانين وهي تعني بتنظيم التعريف بالإمضاء حيث يمكن لرؤساء مراكز الأمن والحرس الوطني أن يتولوا التّعريف بامضاءات الأشخاص الرّاغبين في التبرّع بأعضائهم بعد الوفاة أو في التّراجع عن ذلك.

ويعفى التّعريف بالإمضاء في هذه الحالات من المعاليم الموظّفة لفائدة ميزانية الدّولة.

كما تعفى عمليّة تعويض بطاقة التّعريف الوطنيّة للتنصيص قصرا على صفة متبرّع بالأعضاء البشريّة من معلوم الطّابع الجبائي.

كما صدر الأمر عدد 743 لسنة 1999 المؤرخ في 5 أفريل 1999 والمتعلق بتنقيح الأمر عدد 717 لسنة 1993والمؤرّخ في 13 أفريل 1993 المتعلّق بضبط المواصفات الماديّة لبطاقة التعريف الوطنيّة والوثائق الواجب تقديمها للحصول عليها أو تعويضها.

يتعيّن على كلّ شخص يرغب في التبرّع بأعضائه بصفة إرادية في التنصيص ببطاقته على كلمة متبرّع أن يضيف إلى الوثائق الأخرى تصريحا معرّفا بالإمضاء عليه يتضمّن موافقته الصّريحة على التبرّع بأعضائه بعد وفاته.

كما يجب على الشخص الذّي تراجع في التبرّع ويرغب حذف كلمة متبرّع من بطاقته أن يقدّم تصريحا في التّراجع معرّفا بالإمضاء عليه.

نرى أنّ المشرّع التّونسي، يرمي عبر كلّ هذه التّسهيلات إلى حثّ المواطن على الإقبال على التبرّع بالأعضاء بعد الوفاة وفي الوقت نفسه وقر له كلّ الضمانات حتّى لا تقع عمليّات أخذ الأعضاء إلاّ بمحض إرادته.

فجعل القبول الضمني محور القانون، والرّفض هو الإستثناء سواء كان ذلك من قبل الشخص في قائم حياته أو من قبل أقربائه بعد وفاته.

وتجدر الإشارة إلى أنّ تونس هيّ أوّل بلد جاء فيها قانون التّنصيص على صفة متبرّع على بطاقة التّعريف الوطنيّة وتبعتها في ذلك المملكة العربيّة السعوديّة منذ بضعة أشهر.

ويبقى على كلّ المتدخّلين من أطبّاء وإطار شبه طبّي وإداري في المستشفيات وقضاة وأعوان أمن السهر على تطبيق هذه النّصوص التّقدّمية والمضيّ بها قدما حتّى تبقى الأهداف الإنسانيّة العالية والنبيلة لهذا النشاط فوق كلّ اعتبار.