مدى اعتداد المقنّن الجزائري بالفقه المالكي
في مجال نقل وزرع الأعضاء البشريّة

الدكتور. جمال عياشي
أستاذ محاضر "أ"
كلية الحقوق، جامعة المدية

ملخص

كثيرا ما يسند المواطن النظم القانونية في الجزائر لأصل ارتباطه بالفقه المالكي، ولأنّ نقل وزرع الأعضاء البشرية من مجالات النظم التي نظمها القانون الجزائري بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 المعدل والمتمم، فإن توافق الأحكام الواردة فيه تكون حتما موافقة لما هو عليه الرأي في المذهب المالكي، إلا أن هذا الحكم ليس مطلقا لأن القانون الجزائري في جل مجالاته لا يعتمد كليا على الفقه المالكي، لأنه يسعى لتحقيق مبادئ الشريعة الإسلامية كلها التي لا تعتبر قاصرة على فقه محدد سواء كان المالكي أم غيره، وهذا ما يمكن إثباته من دراسة هذا القانون المذكور أعلاه.

Abstract

The citizen is often assigned legal systems in Algeria because of his association with the jurisprudence of al-Maliki, and because the transfer and transplantation of human organs from the fields of systems organized by Algerian law under the law of protection of health and promotion No 85-05 amended and completed, the compatibility of the provisions contained therein will inevitably agree with what is in view But that this rule is not absolute because the Algerian law in most of its areas does not rely entirely on the Maliki jurisprudence, because it seeks to achieve the principles of Islamic law, which are not all limited to a specific jurisprudence, whether Maliki or other, and this can be proven from the study of this law Mentioned above.

مقدمة

ينص الدستور الجزائري في مادته الثانية على أن الإسلام دين الدولة؛ وعلى اعتبار أن الجزائر من الدول المغاربية، فهي تعتمد المذهب المالكي كمذهب عمدة في أحكام الفقه الشرعي، ومن ثمة كان من ديدن المقنن متى نظم مسألة من المسائل القانونية، أن ينظر في النوازل الشرعية، ليجمع تحت دراسته التحضيرية للقانون –مهما كان مجالها– كل الفتاوى والاجتهادات الفقهية الشرعية لاسيما المالكية منها، ليحقق بذلك في سنه للقانون، الشخصية الجزائرية المسلمة المالكية الخالصة.

هذا، وإن التقدم في مجالات الحياة عموما لاسيما الطبية منها، ينشئ نوازل ويثير إشكالات، تفضي بالضرورة إلى السعي لحلها استنادا على المبادئ السيادية، التي تبرز في الشريعة الإسلامية والفقه المالكي كصورة من صورها، وفي القانون باعتباره التجسيد المادي للحلول الشرعية على أساس تسليطه على الراضي به والمكره.

ثم إن من أهم تلك النوازل العملية الطبية في هذا الزمان، نقل وزرع الأعضاء البشرية على اختلاف أدوارها في الجسم البشري وأهمية دورها فيه، وعلى اختلاف الأحوال التي يكون فيها أو عليها المتبرع والمتبرع له، تثير كل تلك النوازل إشكالات شرعية وقانونية جمة، يجدر التطرق لها من المنظور الشرعي على العموم، والمالكي على الخصوص، نظرا لما أثارت من اختلافات فقهية، سواء على مستوى رجال الدين باختلاف مذاهبهم، أو رجال القانون على اختلاف مناهلهم.

فالتّطرق لتلك الإشكالات الناجمة عن هذه المتطلبات الحديثة إذن، يستدعي النظر في الاجتهادات الشرعية والفتاوى المالكية على الخصوص (مبحث أول)، فضلا عن النظر في القوانين الجزائرية المنظمة لتلك الإشكالات بحلول عملية، ليتاح فيما بعد بيان مدى اعتداد المقنن الجزائري بالمذهب المالكي كمذهب معتمد في مجال زرع ونقل الأعضاء البشرية كمصدر شرعي قانوني خاص وخالص (مبحث ثان).

المبحث الأول: المفهوم الشرعي والقانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية

يقتضي التطرق للمفهوم التشريعي في مجال نقل زرع الأعضاء البشرية، باعتبارهما مجال الدراسة، النظر لتعريف عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، للإحاطة بلب الموضوع من حيث تعريفه وذكر أنواعه (مطلب أول)، فالتأسيس لعملية نقل وزرع الأعضاء من الناحيتين الشرعية والقانونية (مطلب ثان).

المطلب الأول: تعريف وأنواع نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من النوازل الشرعية التي لم يرد بخصوصها فتاوى في الفقه الشرعي في البداية، ذلك أنها لم تُعرف عند الأطباء قديما، أو على الأقل، لم

تنتشر إلى القدر الذي بلغت الفقهاء فيه؛ وعليه، فإنها لم تكن معروفة ولم تكن معرّفة عندهم (فرع أول) كما أن أنواعها لم تكن لتعرف من باب أولى (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف نقل وزرع الأعضاء البشرية

إن المقنن الجزائري لم يول اهتماما لتعريف نقل وزرع الأعضاء البشرية في متن المواد التي نظم من خلالها هذا المجال[1]، فلم يُعثر في تلك المواد على تعريف لعملية نقل زرع الأعضاء البشرية، وهذا هو ديدن القوانين إذ أنها لا تُعنى بالتعريفات، وإنما توكل بها الفقه ليتولى التعريفات الفقهية الاصطلاحية.

وطالما أن العضو هو محل التصرف في هذا المقام، فتعريفه يكون ذو محل، وهو: "الجزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين، سواء أكان متصلا به، أو انفصل عنه"[2].

أما عن نقل العضو وزرعه، فيقصد به: "نقل قطعة جلد إلى مكان آخر من البدن، أو نقل عضو، أو دم، من بدن إنسان متبرع به إلى بدن إنسان آخر، يقوم مقام ما هو تالف فيه أو مقام ما لا يقوم بكفايته، ولا يؤدي وظيفته بكفاءة"[3].

الفرع الثاني: أنواع نقل وزرع الأعضاء البشرية

تتنوع العمليات الجراحية التي يُقصد منها نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى ثلاثة أنواع أو ثلاثة أقسام[4]:

– **الأول**: ويخص عمليات يقوم فيها الطبيب بإزالة الداء متى قُدر عليه لدفع الضرر ولو بضرر أخف، كعمليات الفتق والزائدة الدودية؛

– **الثاني**: عمليات النقل والتعويض بين شخصين وفي جسد واحد أو في جسدين، كما هو حال نقل الدم ونقل الأعضاء؛

– **الثالث**: عمليات التشريح لكشف الجريمة أو المرض، أو لأجل التعليم.

وإذا لم يُقم القسم الأول الخلاف، إذ المعلوم جوازه اتفاقا بين فقهاء الشريعة[5] وأخذت القوانين به، فإن القسم الثالث، والثاني على الأخص، أثارا من الجدل الكثير ومن الاختلاف الكبير.

ثم إن نقل العضو لزرعه يقوم بدوره على مقامات ثلاثة، تتلخص أهمها في: النقل للضرورة، كحالة الحياة أو الموت في نقل القلب وغيره، والنقل للحاجة، كزرع القرنية للعين وغيرها، والنقل للتحسين ،كترقيع الجلد وأغشيته وما قام مقامه[6].

المطلب الثاني: الأسس الشرعية والقانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

إن العمل بالتدخلات الطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية، سواء كان من الجانب الشرعي أو من الجانب القانوني يقتضي سندا يُستند إليه ليكون العمل من الناحية الشرعية جائزا، ومن الناحية القانونية مسموحا به.

ولأجله، فإن لعمليات النقل والزرع أسسا يتوجب التعرض لها بالبيان والبسط، ومنها ما هي شرعية (فرع أول) ومنها ما هي قانونية (فرع ثان).

الفرع الأول: الأسس الشرعية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

الأسس الشّرعية لنقل وزرع الأعضاء البشرية تتلخص في تلك الآيات والأحاديث والاجتهادات المعتمد عليها للقول بمشروعية العمل في الإسلام، ولمّا كان نقل وزرع الأعضاء من الأعمال التي يقوم بها المكلف، كان لزاما عليه، الوصول إلى مشروعيتها للقيام بها (فقرة أول)، ولما كانت هيئات الفتوى تعتمد في فتواها على الأسس الشرعية من آيات قرآنية وأحاديث وإجماع الفقهاء، وهي أقرب إلى الحقيقة الشرعية العلمية من الفتاوى الفردية، فإن فتاوى المجمعات الفقهية والمجالس العلمية الشرعية، تصلح لأن تتخذ كأسس شرعية لنقل وزرع الأعضاء البشرية، لاسيما باعتبارها مجسدة للفقه الحديث (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: النصوص الشرعية

بالرغم من أن العديد من أهل الفقه الشرعي المعاصرين، يذهبون إلى اعتبار نقل وزرع الأعضاء من النوازل الشرعية[7] التي لم يعرف للأقدمين من الفقهاء فيها رأيا، فقد ذهب جلهم إلى أن الفقهاء الأوائل لم يتكلموا فيها صراحة، إذ لم يكن ذلك معروفا في كتبهم وغير معروف في عصرهم، فصار لزاما على الفقهاء المعاصرين أن يفتوا فيها[8]، إلا أنه قد ورد في السنة المحمدية ما يصح الاستناد عليه في مثل هذا المقام كأسس شرعية لمسألة زرع الأعضاء.

روي أن قتادة بن النعمان أصيبت عينه يوم بدر فسالت حدقته على وجنته، فأرادوا أن يقطعوها، فسألوا النبي ρ فقال: (لا). فدعا به فغمز عينه براحته، فكان لا يدري أي عين أصيبت[9]، وفي رواية، فكانت أحسن عينيه وأحدهما بصرا[10].

وورد أن عرفجة بن سعد τ لما قطعت أنفه يوم الكلاب، اتخذ أنفاً من فضة فأنتن، فأمره النبي ρ فاتخذ أنفاً من ذهب[11].

الفقرة الثانية: فتاوى المجمعات الفقهية والمجالس الإسلامية

جاءت المجمعات الفقهية بفتاوى جمة يصح إيرادها في الباب كأسس شرعية لنقل وزرع الأعضاء البشرية؛ ومن تلك، ما أفتى به المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر بتاريخ: 20-04-1974 أين أورد في فتواه جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن الأموات للمرضى على حد السواء مستندا في ذلك كله على قوله تعالى:" **و الذين تبوءو الدار و الإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم و لا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا و يؤثرون على أنفسهم و لو كان بهم خصاصة و من يق شح نفسه فأولائك هم المفلحون** " [12].

وبذات الحكم، أفتى المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي، أين جاءت فتواه مجيزة لنقل وزرع الأعضاء البشرية، ومما جاء فيها: "...رأى المجلس أن استدلالات القائلين بالجواز هي الراجحة، ..."[13].

الفرع الثاني: الأسس القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

إن النظر في النصوص القانونية المنظمة لنقل وزرع الأعضاء البشرية مؤد لا محالة إلى التمييز بين تلك الأسس المنظمة لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء (فقرة الأولى) وتلك المنظمة لنقل وزرع الأعضاء من الأموات (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الأسس القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

إن أولى النصوص القانونية التي يسند عليها في القانون الجزائري لعمليات نقل وزرع الأعضاء المادة 162/1 من قانون حماية الصحة وترقيتها[14] والتي ورد فيها:«لا يجوز انتزاع

الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر....»، وهو النص القانوني الكفيل بصبغ التصرف الطبي الرامي إلى انتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية من الأشخاص بالمشروعية، محققا بذلك حماية الطبيب المطبب بسبل العلاج، هذه من جهة، ومحققا، من جهة أخرى، الأساس القانوني لعملية نزع الأعضاء، وبالتبعة نقلها لمن هو في حاجة إليها من المرضى.

ولم يترك المقنن الجزائري ذات النص المتخذ كأساس في موضوع الحال فذا، وإنما ألحق به قواعد قانونية أخرى، ضمّنها العديد من الشروط الكفيلة بحماية الأطراف في المعاملة التبرعية، فضلا عن بيان صلاحيات واختصاصات الطبيب الجراح من خلالها، ويبدو جليها أن أهم تلك الشروط ما يلي:

1. أن يكون النزع لأغراض علاجية أو تشخيصية[15]؛
2. أن يوافق المتبرع كتابيا على التبرع وبحضور شاهدين؛
3. أن لا يكون المتبرع قاصرا أو راشدا محروما من القدرة على التمييز[16]؛
4. أن يعلم الطبيب المتبرع بكافة الأخطار التي قد تعارضه؛
5. أن لا يحرم المتبرع حقه في العدول عن التبرع وفي أي مرحلة من مراحل التبرع؛
6. أن لا يكون التبرع من مريض بمرض قد يضر به حالا أو مستقبلا.

الفقرة الثانية: الأسس القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات

إن النصوص القانونية التي يسند عليها في القانون الجزائري للقيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء من الأموات نص المادة 164/1 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم[17] والتي جاء فيها ما يلي: «لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل الجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون[18] وحسب المقاييس العلمية التي يجددها الوزير المكلف الصحة العمومية ....»، إذ يقيم نص المادة المذكور، الأساس القانوني لصحة التصرف الطبي قانونا، ليحقق بدوره السند القانوني للتصرف الطبي من جهة، والحماية القانونية لكل من الطبيب وأطراف التصرف التبرعي، سواء الحي منهما أو الميت، من جهة أخرى.

ولم يترك المقنن هذا الأساس العام بدوره فذا، وإنما ألحقه بنصوص قانونية يصح إيرادها بمحتواها كأسس قانونية لعملية نقل وزرع أعضاء الأموات، وهي التي ضمنها شروط إعمال التصرف الطبي التي منها:

1. أن يعبر المتوفى أثناء حياته على قبوله التبرع؛
2. أن لا يعبر المتوفى أثناء حياته على رفضه التبرع كتابيا[19]؛
3. أن يعبر أفراد أحد أفراد أسرته بعد وفاته إذا لم يعبر هو آن حياته[20]؛
4. أن لا يكون الطبيب الذي عاين الوفاة بين الطاقم الطبي الذي يقوم بعملية النزع والزرع[21]؛
5. أن يمتنع بتاتا كشف هوية المتبرع للمستفيد؛
6. أن يمتنع بتاتا كشف هوية المستفيد لعائلة المتبرع المتوفى.

هذا، وإنه لحري بالتذكير، أن المقنن الجزائري أولى أهمية بالغة لنقل وزرع الأعضاء لاسيما إذا تعلق الأمر بالأعضاء سريعة التلف[22]، كما هو حال القرنية والكلى، إذ في حالها أجاز التصرف بنقل العضو من المتوفى المتحققة وفاته متى استحال التعرف على ذوي الشأن أو الاتصال بهم من أساسه.

المبحث الثاني: تقنين نقل وزرع الأعضاء البشرية على ضوء المذهب المالكي

لا بد من النظر في الرأي الفقهي العام والساري في مجال نقل وزرع الأعضاء بداية، ثم النظر في موقف المالكية من كل المسائل التي أثيرت في النازلة نهاية (مطلب أول)، ليُتسنى فيما بعد التعرض للقانون في جملة الأحكام الشرعية لنقل وزرع الأعضاء البشرية، ومحاولة تقريبه من أحكام الشريعة الإسلامية، فتقريبه من الفقه المالكي باعتباره المذهب المعتمد في بلاد المغرب (مطلب ثان).

المطلب الأول: أحكام نقل وزرع الأعضاء في الفقه الإسلامي

حتى يتم التطرق لنازلة نقل وزرع الأعضاء في المذهب المالكي، يجب عرض الأحوال التي يرتبط بها المذهب في إضفاء الأحكام الشرعية عليها ضمن التفصيلات الفقهية العامة

وأحكامها (فرع أول) ليكون التطرق لمذهب الإمام مالك رحمه الله من حيث إسقاط الأحكام على الوقائع أيسر وأبسط (فرع ثان).

الفرع الأول: نقل وزرع الأعضاء عند الجمهور

بعد أن اتفق أهل العلم قاطبة على أن البيع في مجال الأعضاء البشرية حرام تحريما مغلظا[23]، اختلفوا في مدى جواز نقل الأعضاء بصفة تبرعية بين فريقين: محرم، ومجيز.

هذا، واتفق البعض من المجيزين لنقل الأعضاء وزرعها، على آراء تتلخص أهمها في:

أولا_ إذا كان المنزوع منه العضو حيا، كان التمييز بحسب العضو المنزوع:

1. فإن كان العضو من الأعضاء التي يؤدي استئصالها منه إلى وفاته لا محالة، كان نزعها منه محرما تحريما مطلقا[24]، سواء أذن المنزوع منه العضو بذلك أو لم يأذن، لما فيه من هلاك للمتبرع، وقد قال : " **و ما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطئا و من قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة و دية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا** ...."[25]، وبإذنه أدى بنفسه للهلاك وللانتحار وهو حرام أيضا، وقد قال الرب: "**و لا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما** [26].

2. وأما إذا كان العضو المأخوذ من الحي، يمكن أن يعيش هذا الأخير دونه، فيجب النظر في إذنه لفعلهم من عدمه[27]: بحيث إذا لم يأذن لهم كان عليهم حراما وقام التعويض مقامه على ما هو مفصل في باب الجنايات على النفس والأعضاء، أما إذا أذن لهم، فإنه يصير جائز العمل به.

ثانيا_ وإذا كان المنزوع منه العضو ميتا، كان التمييز بحسب تحقق وصية الميت بنقل العضو من عدمه:

1. فأما إن كان قد أوصى بنزع العضو منه، فلا مانع من النزع والزرع، لعدم وجود دليل يمنعه ويحرمه، ولأن كرامة أعضاء الميت لا تمنع من انتفاع الحي منها وبها[28]، تقديما للأهم على المهم، ولقولهم: الضرورات تبيح المحظورات.

2. وأما إن لم يوص الميت قبل وفاته بنزع العضو منه بعد وفاته ونقله إلى غيره من الأحياء، فإن الفعل يأخذ ساعتها حكم التحريم عند طائفة منهم، والجواز عند أخرى، متى

توفر للميت أولياء بعده وأجازوا؛ ومتى لم يتوفر للميت أولياء ليجيزوا، فإنهم قالوا بالجواز أيضا، ولنفس القاعدة الواردة أعلاه، المفضية بأن الضرورات تبيح المحظورات، ولتقديم الأهم على المهم.

الفرع الثاني: نقل وزرع الأعضاء عند المالكية

انطلاقا من المبدأ المفضي إلى أن هذا النوع من المسائل لم يعرفه الإمام مالك ولا غيره من سادات المالكية الأوائل، رغم أنهم عرفوا بعض المسائل المقاربة، والتي يمكن أن يقاس عليها اليوم قياسا شرعيا –متى كان ذو محل واعتبار– ليُسقَط الحكم الشرعي القائم على المسألة الأصلية على تلك الفرعية أو ما اصطلح على تسميتها بالنازلة.

وإن من أهم المسائل التي عرفها المالكية والتي أفتوا فيها:

1. وصل الشعر؛
2. بيع لبن المرضع آن حياتها؛
3. شرب لبن المرضع بعد موتها؛
4. قطع عضو آدمي برضاه؛
5. التعدي على جسد الميت؛
6. بقر بطن ميتة ببطنها حي.

فالمالكية، كما هو مشهور بينهم، لم يجيزوا أيا من المسائل تلك التي أباحها الكثير من المذاهب الأخرى، فعمدوا إلى تحريم الوصل للحديث[29]، وإلى تحريم بيع لبن المرضع، والحنفية على السواء، مخالفين في ذلك الحنابلة والشافعية الذين رأوا بجوازه، فضلا على أن التقام ثدي الميتة ومص لبنها محرم عند المالكية[30]، رغم أنه إذا فُعل نَشر الحرمة[31].

وأما عن قطع عضو الآدمي، فالأصل فيه عدم الجواز، إلا أن يكون قد ذهب بعض عضو المرء وخشي أن يعم به المرض لذات السبب، ففي هذه الحالة فقط أجاز المالكية البتر، لما ورد في التاج والإكليل ما مفاده: "لو استأجر على قلع سن صحيحة أو قطع يد صحيحة لم يجز، ولو كانت اليد متآكلة والسن متوجعة جازت ... من ذهب بعض كفه فخاف على باقي بدنه لا بأس أن تقطع يده من المفصل إن لم يخف عليه الموت.

وإن كان خوف الموت من بقاء يده أشد من خوف الموت بقطعه، فله القطع"[32].

وقد عضد ابن عابدين في حاشيته بعدم جواز قطع اليد ولو كان برضا صاحبها حيث قال: "وإن قال له اقطع يدي لا يحل، لأن لحم الإنسان لا يباح في الاضطرار ولكرامته"[33].

ولم يُجِز الطبراني نزع الإصبع الزائدة أو السن التي خلق بها الإنسان ما لم يُلحَق به الأذى ويؤلمه، لأنه من تغيير خلق الله، أما إن كان الحال على تلك الصورة من جلب المشقة وإحداث الألم جاز له أن ينزعه أو أن يقلعه. وقد قال الإمام الصاوي رحمه الله: "إن كسر عظام الميت انتهاك لحرمته"، وقال أيضا: "فإن بقي شيء من عظامه فالحرمة باقية لجميعه، فلا يجوز استخدام ظفر الميت، ولا جزء منه، ولا شعره، لأن هذه الأجزاء محترمة وفي أخذها انتهاك لحرمتها".

وعن بقر بطن الميتة التي في بطنها الصبي، فإنهم ذهبوا إلى جواز بقر بطنها لاستنفاذ الصبي من الموت، إذا كان معقولا معروفة الحياة منه[34].

فيتبين مما سلف بيانه ومن خلال النظر في الأحكام الشرعية التي قال بها المالكية الأوائل على تلك الأحوال كافة، أن فقهاء المذهب:

أولا_ لا يجيز:

1. بيع العضو عموما كحال بيع لبن المرضع؛
2. وصل العضو بغير صاحبه، كوصل الشعر؛
3. بتر العضو عن صاحبه، كبتر الإصبع الصحيح؛
4. التعدي على جسد الميت لما له من حرمة؛
5. الانتفاع من جسد الميت، كحالة الرضاع من الميتة.

ثانيا_ يجيز:

1. بتر العضو متى كانت هنالك ضرورة، كحال بتر العضو المتآكل؛
2. إنقاذ الحي المرتبطة حياته بالميت، كحالة بقر بطن الحامل الميتة.

المطلب الثاني: تقريب التنظيم القانوني لنقل وزرع الأعضاء من المذهب المالكي

لا يتأتى تقريب أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تضمنتها النصوص القانونية من الفقه المالكي، إلا عن طريق تقريب فتاوى جمهور الفقهاء في مرحلة أولى (فرع أول)،

ليكون بالإمكان في مرحلة ثانية، تقييم التنظيم القانوني في ظل الفقه المالكي ومدى اعتداده بأحكامه التي أفتى بها، موافقة كانت لمذهب جمهور الفقهاء أو مخالفة له (فرع ثاني).

الفرع الأول: تقريب فتاوى الجمهور من فتاوى المالكية

لمّا كان الفقه يتطور بتطور الأزمنة وانتشار النوازل، كان النظر في مدى تلائم الفقه المالكي مع الآراء الفقهية المعاصرة لازما، لاسيما ما كان مقتبسا من قول الجمهور.

ولأجله، تبين بعد التطرق لكافة الآراء الفقهية الحديثة منها والمالكية، بأن المذهب المالكي يُجمع والمذاهب الأخرى لاسيما الفقه الحديث على نقاط أهمها على الإطلاق:

1. تحريم بيع الأعضاء البشرية بأي حال من الأحوال؛
2. جواز بتر العضو من الجسد متى ألحق بصاحبه ضررا أو توقع منه ضرر أكبر؛
3. جواز إنقاذ الحي بالتعدي على جسد الميت تغليبا للقواعد الفقهية ذات الصلة.

لكن المذهب المالكي بآرائه السالف بيانها، يختلف عن الفقه الحديث في مسائل عدة، خاصة منها أنه يُحرّم:

1. وصل العضو بغير صاحبه فيما يجيزه الفقه الحديث[35]؛
2. بتر العضو للجراحة التحسينية فيما يجيزه بعض الفقه الحديث؛
3. الانتفاع من جسد الميت لغير حالات الضرورة القصوى، ويجيزه الفقه الحديث بشروطه.

فهو إذن –أي الفقه المالكي– يحرم تحريما قاطعا مسألة زرع الأعضاء البشرية كأصل، ولم يبق في الفقه المالكي إلى نقل الأعضاء أو بالأحرى بترها أو خلعها بحسب الأحوال ومتى كان لذلك محل كما تم بيانه.

وإن المالكية لا يجيزون التعرض لجسد المتوفى إلا في حالات الضرورة القصوى، قياسا[36] على حالة استخراج الجنين الحي من بطن أمه الميتة، ما يعني أنهم يشترطون أن تكون في المسألة حياة أو موت لتُعمل في المذهب المالكي القواعد الفقهية المعتمدة في مثل هذا المقام لدى سائر المذاهب الأخرى، والفقه الحديث عموما.

الفرع الثاني: تقريب الأحكام القانونية من فتاوى المالكية

حري بالتذكير في هذا المقام بأن المقنن الجزائري نظم التبرع بالأعضاء البشرية بداية من سنة 1984، فكان من بين السباقين لتقنين هذا المجال العلمي العملي الطبي، آخذا السماح بزرع ونقل الأعضاء البشرية على كاهل القانون، بشرائط عديدة لم يخرج بها عن القاعدة العامة في شروط التبرع بالأعضاء البشرية.

وإن أول ما يبرز فيه تباين المقنن الجزائري بالمذهب المالكي الأصيل، كون هذا الأخير لم يجز زراعة كل الأعضاء على الإطلاق والتي جاء بها المقنن الجزائري ونظم لها أحكاما خاصة بها سلف بيانها في مقامها.

وإن المقنن الجزائري حينما أخذ بنقل الأعضاء عن الأحياء، تجاوز المقدار الذي خول فيه المذهب المالكي العملية، إذ المالكية لا يجيز إلا بتر أو خلع الأعضاء التي تلحق الضرر بصاحبها في حين أن المقنن الجزائري خول المتبرع بأعضائه السليمة التبرع بها وهي سلمية صحيحة.

كما أن الأخذ من الميت بعد الإذن في القانون مأذون به، وهو على خلافه في الفقه المالكي كأصل.

هذا؛ وقد وافق المقنن الجزائري الفقه المالكي في اعتماده على نقل الأعضاء في جسم المتوفى لإنقاذ حياة المضطر، كما هو حال فاقد الكبد أو غيرها، كما وافق المذهب حين أخذ بجواز بتر العضو الضار في جسد الإنسان عموما، وهو ما اعتمده المالكية القدامى في حال فساد العضو والخشية من عموم المرض جراءه.

ويظهر إجمالا بأن المقنن الجزائري بتنظيمه لنازلة زرع ونقل الأعضاء البشرية، يكون قد وافق الآراء الفقهية الحديثة والقديمة في كثير من الأقوال، لاسيما في العصر المعيش، نظرا لأن من فقهاء المالكية المعاصرين[37] من نحى نحو الفقه الحديث، وعلل بتعليلاته وفسر بتفسيراته، فوافق بها الموقف الفقهي الحديث، الرامي إلى جواز نقل الأعضاء فضلا عن زراعتها، ولو كان من الأموات، ولو لكانت تمس تلك الأعضاء الفذة في جسد الإنسان كالقلب مثلا؛ وإلى جواز تبرع الأحياء، ما لم يكن في تبرعهم خطر عليهم، وغيرها من الأحكام التي وإن لم

تتماش مع المذهب المالكي الحنيف في الظاهر، إلا أنها تتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية السمحة.

خاتمة

بعد النظر في المدى الذي اعتد من خلاله المقنن الجزائري بالمذهب المالكي كمصدر من مصادر تقنينه للنصوص القانونية المنظمة لنازلة نقل وزرع الأعضاء البشرية، تبين بأنه لم يعتمد اعتمادا كاملا –بل ولا حتى كبيرا– على المذهب، وإنما استند على الشريعة الإسلامية السمحة بكامل مصادرها ومذاهبها.

ومعلوم من الدين بالضرورة، أن قوال الجمهور يسبق الرأي الفقهي المنفرد في المسألة إلا استثناء، وقد أثبتت الدراسة في مدى اعتداد المقنن الجزائري المذهب المالكي، بأن الأمة أجمعت على جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهو بلا ريب محل الحق كله، فقد ثبت عن النبي ρ قوله : (إن أمتي لا تجتمع على ضلالة) [38].

ولذلك، فإن المقنن وإن كان قد خالف المذهب المالكي في بعض الجزئيات من المجال، إلا أنه وافق الشريعة الإسلامية عموما، وبه يصح القول بأن المقنن لم يأخذ بالمذهب المالكي إلا بما وافق فيه المذاهب الأخرى، أو بما أجمع فيه مع المذاهب الأخرى، بما منها الفقه الحديث.

وذلك أن نقل وزرع الأعضاء البشرية، من المسائل المستحدثة في المجتمعات المسلمة، وهي على ذلك أيضا، من النوازل المعاصرة التي لم يكن فيها للفقه المالكي الأول رأي ولا فتوى؛ وعليه، كان على المقنن لزاما أن يلتجئ للفقه الحديث الذي أسقط أحكام الفقه عموما على النازلة، وخرج منها بالحكم الشرعي الأنسب والأقرب إلى الحق.

فالمقنن أخيرا وإن لم يكن قد وافق المذهب المالكي في الظاهر إلا أنه قد وافقه في المقصد والباطن.

قائمة الهوامش:

[1] . أنظر: القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، صادر بتاريخ 16-04-1985، الجريدة الرسمية، سنة 1985، العدد 8.

[2] . د. مسفر بن علي بن محمد القحطاني: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة (دراسة تأصيلية تطبيقية)، دار ابن حزم للطباعة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2003، ص 278.

[3] . بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل (قضايا فقهية معاصرة)، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، سنة 1996، ص 47.

[4] . نفس المرجع، ص 23 .

[5] . بما فيهم من مالكية؛ أنظر لذلك: صالح عبد السميع الآبي الأزهري: الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت، بدون عدد طبعة، بدون سنة طباعة، ص 534.

[6] . بكر عبد الله أبو زيد: المرجع السابق، ص 50.

[7] . والنازلة اصطلاحا: المسألة الواقعة وهي المسائل المستجدة في الدين والتي لم يُعرف للفقهاء الأوائل الفتوى فيها؛ أنظر لذلك: محمد بن حسين الجيزاني: الاجتهاد في النوازل، مجلة العدل، العدد التاسع عشر، سنة 1424 هـ، ص 15.

[8] . د. مسفر بن علي بن محمد القحطاني: المرجع السابق، ص 677.

[9] . العلامة العز بن عبد السلام السلمي: بداية السول في تفضيل الرسول صلى الله عليه وسلم، تحقيق العلامة محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بدون مكان طباعة، بدون عدد طبعة، بدون سنة طبعة، ص 41، 42 .

[10] . نفس المرجع، ص 42.

[11] . محمد ناصر الدين الألباني: صحيح سنن أبي داود للإمام الحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني، الجزء 11، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 1998، ص 305.

[12] . سورة الحشر، الآية 9.

[13] . المجمع الفقهي الإسلامي: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشرة، للفترة الممتدة بين سنة 1977 و2004، ص 157.

[14] . قانون رقم 85-05 المعدل والمتمم.

[15] . أنظر المادة: 161 من نفس القانون.

[16] . أنظر المادة 163 من نفس القانون.

[17] . قانون رقم: 90-17 الصادر بتاريخ: 31 ماي 1990، الجريدة الرسمية، سنة 1990، العدد 35، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

[18] . وقد جاء في نص المادة 167 ما يلي من أحكام: «لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء العضوية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة.

تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية.

يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصاتهم الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين».

هذا؛ وقد صدر عن وزير الصحة بتاريخ: 23-03-1991 قرارا يحدد فيه قائمة بأسماء المستشفيات المرخص لها قانونا بالقيام بعمليات النقل والزرع والتي منها (المستشفى الجامعي بالجزائر الوسطى والشرقية والغربية وباب الوادي والمركز العسكري بعين النعجة).

[19] . أنظر لذلك نص المادة 165/1 من قانون الصحة، وقد أضاف المقنن في نفس الفقرة من المادة إعاقة التشريح الطبي كحائل يحول دون القيام بعملية النزع للأعضاء.

[20] . ويتمثل أفراد أسرته في الأفراد الآتية صفاتهم بعين التحديد: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الأخ أو الأخت، الابن أو البنت، الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة.

[21] . أنظر لذلك: نص المادة 165/2 من قانون الصحة.

[22] . إذ لا تستمر حياة الكلى بعد وفاة صاحبها إلا لمدة 45 إلى 50 دقيقة كأقصى حد.

[23] . د. مسفر بن علي بن محمد القحطاني: المرجع السابق، ص 680.

[24] . نفس المرجع، ص 680؛ وانظر أيضا: بكر بن عبد الله أبو زيد: المرجع السابق، ص 55.

[25] . سورة النساء: من الآية 92.

[26] . سورة النساء: من الآية 29.

[27] . وقد اشترط الإذن بالرضا دون الإكراه المجمع الفقهي الإسلامي؛ أنظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي: المرجع السابق؛ ص 158.

[28] . لاسيما متى كان الضرر الذي هو عليه أو فيه المريض ضرر بالغ وإزالته من باب إزالة الأضرار الضرورية لا التحسينية كما هو حال احتياجه للقلب أو الكبد، فهنا جاز موازنة بين المصالح والمفاسد ومصلحة الحي أعظم من مصلحة الميت؛ أنظر لذلك: بكر بن عبد الله أبو زيد: المرجع السابق، ص 57.

[29] . وفي الحديث مرفوعا عن عبد الله: (لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة)؛ أنظر: الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء الثالث، بدون عدد طبعة، دار المعارف، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة، ص 372.

[30] . الإمام مالك بن أنس τ: المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، الجزء الثاني، بدون عدد طبعة، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، سنة 2004، ص 327.

[31] . مع أن الإمام القرطبي في بداية المجتهد أثبت الخلاف بين المالكية في مسألة نشر الحرمة من عدمه إلى أن خلّص إلى أن المسألة لا تكاد تكون واقعة فلا عبرة للنظر فيها؛ أنظر: القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، دار بن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 1999، ص 425 .

[32] . الإمام أبو عبد الله محمد بن حمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الرحمن بن محمد بن يوسف المواق، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1995، ص 88 .

[33] . محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المجلد الخامس، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 2000، ص 215.

[34] . الإمام مالك بن أنس τ: المرجع السابق، الجزء الأول، ص 480.

[35] . لاختلافهم في تأصيل المسألة فقها، إذ أن المالكية يقيسونها على حديث الوصل ويعممون الحكم عليها جميعها، فيما يرى الفقه عدا المالكية منهم أن القياس لا يصح.

[36] . محمد عبد الغني الباجقني: الوجيز الميسر في أصول الفقه المالكي، الطبعة الثالثة، سنة 2005، ص 110 وما يليها.

[37] . لمزيد بيان أنظر: د. محمد مختار الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، السعودية، الطبعة الثانية، سنة 1994، ص 332 وما يليها.

[38] . محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك الترمذي (المتوفى 279 هـ): سنن الترمذي، حققه وعلق عليه أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض، الجزء الرابع، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، جمهورية مصر العربية، الطبعة الثانية، سنة 1395 هـ-1975م، ص 466.