كلية الحقوق
الدراسات العليا

الوصيـــة بالأعضاء البشـرية

(دراسة مقارنة)

رسالة دكتوراه مقدمة من الباحث

أحمد نعمة عطية الشمري

لنيل درجة الدكتوراه في القانون المدني

لَجْنَةُ المُناقشَةِ وَالحُكْمْ

الأستاذ الدكتور/ مُحْسن عبد الحميد البيه (رَئيساً)
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
بكلية الحقوق – جامعة المنصورة

الأستاذ الدكتور/ ثروت عبد الحميد (مشرفاً وعضواً)
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق – جامعة المنصورة

الأستاذ الدكتور / سمير حامد عبد العزيز الجمال (عضواً)
أستاذ القانون المدني المساعد ورئيس قسم القانون المدني
بكلية الحقوق – جامعة بنها

T02-01192

2015م

٣٤٦
٤٠٧٧

كلية الحقوق
الدراسات العليا

الوصيـــة بالأعضاء البشـرية

(دراسة مقارنة)

رسالة دكتوراه مقدمة من الباحث

أحمد نعمة عطية الشمري

لنيل درجة الدكتوراه في القانون المدني

لُجْنَةُ المُناقشَةِ وَالحُكْمْ

الأُستاذ الدكتور/ مُحْسن عبد الحميد البيه (رَئيساً)
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
بكلية الحقوق – جامعة المنصورة

الأُستاذ الدكتور/ ثروت عبد الحميد (مشرفاً وعضواً)
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق – جامعة المنصورة

الأُستاذ الدكتور / سمير حامد عبد العزيز الجمال (عضواً)
أستاذ القانون المدني المساعد ورئيس قسم القانون المدني
بكلية الحقوق – جامعة بنها

2015م

أعضاء لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

عنوان الرسالة: الوصية بالاعضاء البشرية

(دراسة مقارنة)

اسم الباحث: أحمد نعمة عطية

إشراف: الاستاذ الدكتور/ ثروت عبد الحميد عبد الحليم

الاسم	الوظيفة	التوقيع
أ.د/ ثروت عبد الحميد عبد الحليم	استاذ القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة المنصورة	

لجنة المناقشة والحكم

م	الاسم	الوظيفة	
١-	**الأستاذ الدكتور/ مُحْسن عبد الحميد البيه**	**أستاذ ورئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق – جامعة المنصورة**	**(رَئيساً)**
٢-	**الأستاذ الدكتور/ ثروت عبد الحميد**	**أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق – جامعة المنصورة**	**(مشرفاً وعضواً)**
٣-	**الأستاذ الدكتور / سمير حامد عبد العزيز الجمال**	**أستاذ القانون المدني المساعد ورئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق – جامعة بنها**	**(عضواً)**

رئيس القسم **وكيل الكلية للدراسات العليا** **عميد الكلية**

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾

سورة البقر: آية ١٠٨

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ (١٢) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ (١٣) ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾

سورة المؤمنون: الآيات ١٢-١٤

الإهـــداء

إلى روح والدتي العزيزة تغمدها الله برحمته إنه أرحم الراحمين[1].

إلى روح والدي العزيز أسأل الله أن يجازيه الإحسان بالإحسان وبالذنوب العفو والغفران إنه سميع مجيب الدعاء[2].

إلى ابنتي وطفلتي الوحيدة "أديان" عسى الله أن يلم شملنا إنه على كل شيء قدير .

أهدي هذا الجهد المتواضع .

---

(1) في الأدب المفرد للإمام البخاري، عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه أتاه رجل فقال: إني خطبت امرأة فأبت أن تنكحني، وخطبها غيري فأحبت أن تنكحه، فغرت عليها فقتلتها، فهل لي من توبة؟ قال: أمك حية؟ قال: لا، قال: تب إلى الله عز وجل وتقرب إليه ما استطعت. فذهبت فسئلت ابن عباس: لم سألته عن حياة أمه؟ فقال: إني لا أعلم عملاً أقرب إلى الله عز وجل من بر الوالدة
www.saaid.net/Doat/mehran/112.htm
صيد الفوائد - تاريخ الدخول للموقع الإلكتروني 2014/11/13م الساعة 9:12ص .

(2) عن ابن مسعود رضي الله عنه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أي العمل أحب إلى الله قال: الصلاة على وقتها. قال ثم أي؟ قال: ثم بر الوالدين. قال: ثم أي؟ قال: الجهاد في سبيل الله" قال حدثني بهن ولو استزدته لزادني. رواه البخاري.
http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=Fatwald&Id=4014
تاريخ الدخول للموقع الإلكتروني 2014/11/13م الساعة 10:33ص.

الشكر والتقدير

قال الله تعالى

(وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ).

أحمد الله أولًا وأخيرًا ذا الفضل العظيم، والعون الكبير، الذي ألهمني رشدي، وسدد إلي الخير في طريقي، ويسر لي رحلة البحث في العلم الشرعي، وأحمده بأن وفقني لشكر فضله الذي أسبغه علي سبحانه القائل: (....لئن شكرتم لأزيدنكم....) وأسأله مزيداً من نعمائه علينا، وله الحمد مراراً وتكراراً على أن قيض لي بفضله من أهل الفقه من هم منارة للعلم والعلماء ،ومنبع للخير والعطاء، أكرمني بنصحه، ووجهني برأيه، ومنحني من علمه، وأعانني بدعائه، ما به استطعت أن أتم هذا العمل، وأخرجه على هذا الوجه، فإليه أتقدم بجزيل الشكر وجميل العرفان لأستاذي، ومعلمي الفاضل :

الأستاذ الدكتور : ثروت عبد الحميد عبد الحليم أستاذ القانون المدني في كلية الحقوق بجامعة المنصورة ، فله الفضل على ما منحني به من وقته، وعلمه، وتوجيهاته، إذ لم يدخر جهداً في ذلك، أدامه الله ذخراً للإسلام والمسلمين، وجعل ذلك كله في ميزان حسناته، وبارك الله في عمره وعلمه، وأسأل الله أن يرزقه عظيم الأجر.كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ الدكتور : محسن عبد الحميد البيه – أُستاذ ورئيس قسم القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة المنصورة.

الأستاذ الدكتور : **ثروت عبد الحميد**– أُستاذ القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة المنصورة .

والأستاذ الدكتور : **سمير حامد عبد العزيز الجمال** –أُستاذ القانون المدني المساعد و رئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق – جامعة بنها .

ولا يفوتني أن أتقدم بعظيم الشكر والامتنان لجامعتي الغراء– جامعة المنصورة– وجميع العاملين فيها.

وأخص بخالص شكري وتقديري واحترامي كلية الحقوق، ممثله بعميدها **الأستاذ الدكتور (شريف يوسف خاطر)** ، كما يسرني أن أتقدم بالشكر القدير إلى القائمين على رعاية مكتبة كلية الحقوق بجامعة المنصورة، وأيضًا العاملين في مكتبة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، وأيضًا الأخوة العاملين بمكتبة كلية الحقوق بجامعة عين شمس والعاملين في مكتبة كلية الحقوق بجامعة حلوان والعاملين في مكتبة كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية ومكتبة معهد البحوث والدراسات العربية، جزاهم الله عني خير الجزاء .

وإنه من دواعي سروري أن أبرق التحية والشكر العميق لكل من مد يد العون لي وأسدى إلي بالنصائح والتوجيهات .

المقدمة

المقدمة

إن من فضل الله تعالى على الإنسان أن خلقه وصوره في أحسن صورة ، فقال سبحانه (**ولقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم**) [1]، ثم ميزه على سائر الخلق بالعقل والفهم والإفصاح عن نفسه بالكلام ، ومنحه من القوى الباطنة والظاهرة ما يعينه على مواجهة الحياة ، ثم أرسل إليه الرسل لارشاده إلى ما فيه خيره وصلاح نفسه ، كما أنه سبحانه جعل هذا الإنسان خليفه له في الأرض قال تعالى (**وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة .....**) [2] وسخر سبحانه كل ما في الكون لخدمته حتى يعيش حياة آمنة مطمئنة ، قال تعالى (**ألم تروا أن الله سخر لكم ما في السموات ومافي الأرض واسبغ عليكم نعمته ظاهرة وباطنة ومن الناس من يجادل في الله بغير علم ولاهدى ولاكتاب منير**)[3].

ويعد موضوع نقل و زرع الأعضاء البشرية ما بين الأحياء أو من الميت إلى الحي، من الأهمية بمكان حيث أنه لم يثر إشكالات على الصعيدين القانوني و الشرعي فحسب، بل حتى على الصعيد الطبي و العلمي ويعود جوهر الخلاف حول هذا الموضوع في أنه يستوجب الموازنة بين أمرين يلاحظ أنهما على طرفي النقيض ، ولكن الحقيقة في أنهما متكاملان و منسجمان حيث أن **النقيض الأول** يتعلق بحرمة و معصومية جسم الإنسان سواء كان حياً أم ميتاً ، أما النقيض الثاني فهو فيما يحققه زرع و نقل الأعضاء من أمل واستمرارية في الحياة للشخص المريض حيث أنه بالنسبة **للنقيض الأول** فقد أقرت الشرائع السماوية والتشريعات المختلفة حق الإنسان في السلامة الجسدية ، و نزيد في القول: بأسبقية الشريعة الإسلامية في صون كرامة و حرمة بدن الإنسان ، فقد أقرت شريعتنا الغراء حرمة الميت بقدر حرمته حياً ، فحرمة جسد الإنسان مكفولة شرعاً في حياته و بعد موته ، ففي حياته فرض المولى عز و جل الحق لمن جرح أو تم الاعتداء عليه جسدياً بالقصاص مصداقاً لقوله تعالى (**وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّه وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**)[4] .

---

(1) سورة التين آية رقم 3.
(2) سورة البقرة آية رقم 30.
(3) سورة لقمان آية رقم 20.
(4) سورة المائدة آية 45.

أما النقيض الثاني فقد أقرته الشرائع و المواثيق و القوانين أيضاً ، فقد جاء الدين الإسلامي لحفظ نفس الإنسان و جسده و تزويده بكل ما من شأنه إحيائه ، بل إن من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس. فقد حرم الله قتل الإنسان و أمر بالذود عنه فقال عز من قائل في سورة المائدة الآية 32 : (**من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعًا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ولقد جاءتهم رسلنا بالبينات ثم إن كثيراً منهم بعد ذلك في الأرض لمسرفون**).

ويمكن القول أن نقل وزرع الأعضاء البشرية من إنسان ميت إلى إنسان حي- يكاد يجهز عليه المرض- موضوع حساس ، لأنه يتصل بالأحياء والأموات ، ورغم أن هذا الموضوع ليس جديد على الجدة ، إلا أن نطاقه قد اتسع في العصر الحديث اتساعاً كبيراً حتى لا يكاد يوجد عضو أو نسيج إلا وتم نقله بما في ذلك بعض خلايا الدماغ ، والتي تؤخذ من الأجنة المجهضة وتزرع في دماغ إنسان يعاني من الشلل الرعاش (الباركنسونزم) أو الخرف المبكر وخاصة مرض الزهايمر ، وتتميز مسألة البحث باعتبارها من القضايا التي أثارت جدلاً في النطاق الفقهي والتشريعي والمجتمعي، وقد ترك هذا الجدل أثره على التعامل مع المشكلة حتى استفحلت واستباحت المقدس، ونظرًا للتحول الذى طرأ على تفكير الفرد، وسعيه إلى الاستفادة بالمنجزات الطبية الحديثة في العلاج وحب الحياة والتعلق بمتاعها، بالنظر إلى ما أسفرت عنه الطفرة الهائلة في المجال الطبي بما أتاحته للإنسان من طرق للعلاج والاستشفاء لم تكن معروفة من قبل، وربما لم يكن يتخيلها العقل حتى وقت قريب[1] ، حيث شهد النصف الثاني من القرن العشرين تطوراً مذهلاً في العلوم الطبية، والعديد من الإنجازات العلمية في هذا المجال، ولعل أهم وأعظم ما تحقق بالنسبة لحياة الإنسان وصحته هو التلقيح الصناعي وتغيير جنس الإنسان والاستنساخ البشري، وكذا انتشار وتوسع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وتعتبر هذه الأخيرة أبرز المواضيع الطبية وأهمها لما تلعبه من دور كبير في إنقاذ المرضى المهددة حياتهم بالموت المؤكد، إذ أصبح من الممكن نقل أعضاء أو أجزاء منها من شخص إلى آخر، سواء حياً أو ميتاً . وأصبح نقل الأعضاء البشرية وعلى وجه الخصوص من جثث الموتى، يتبلور في صيغ قانونية مختلفة من أبرزها الوصية، والوصية هنا تعني قيام شخص بالتبرع بعضو من أعضائه إلى شخص آخر بدون عوض على أن تنفذ الوصية بعد ممات الموصي، وقد لاقى موضوع الوصية بالأعضاء البشرية معارضة شديدة من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون وكذلك قبول من قبل البعض الآخر، إلا أن موقف معظم القوانين الوضعية يذهب إلى جواز الوصية بالأعضاء البشرية ولكن ضمن شروط معينة . ويمكن القول- على هدى ذلك- أن القضية حادثة غير نمطية ولا تقليدية، ومن ثم فهي ليست من الأمور التي يحكمها نصوص قطعية؛ وإنما هي قضية- برمتها- اجتهادية مصلحية، تقبل التعددية في الرأي، والتباين في الحكم، ويتأسس الرأي في القضية على حرمة جسد الإنسان، وكرامة الآدمي، وخروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، وفى المقابل رعاية مصلحة الإنسان وإجازة العلاج والتداوي لإنقاذ حياته.

---

(1) محمد الشحات الجندي - زرع الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي - بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر 13 ربيع أول 1430هـ- 10 مارس 2009م - الأزهر الشريف مجمع البحوث الإسلامية - المؤتمر الثالث عشر (زراعة ونقل الأعضاء)(المذاهب الإسلامية ووحدة الأمة) ص2.

أولاً: طبيعة موضوع البحث:

الناحية النظرية : موضوع البحث عبارة عن دراسة فقهية في باب من أبواب الطب والعلاج، ويعتبر موضوع الدراسة محاولة للربط بين ما نتج عن التقدم العلمي في المجال الطبي وبين ضوابط الفقه الإسلامي، كما أن موضوع البحث يتناول على وجه التفصيل جانب من جوانب التصرف القانوني بالأعضاء البشرية، وهو الوصية بالأعضاء البشرية ضمن النطاق الإسلامي والقانوني والطبي، على وجه المقارنة، وأن البحث يشمل التعرض للقوانين الخاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية .

الناحية الواقعية : فطبيعة موضوع البحث هي الحث على الخروج من العلاج التقليدي إلى العلاج بأعضاء الإنسان، فالمئات من المرضى يرقدون في المستشفيات على أمل أن يجدي نفعاً معهم العلاج التقليدي، والنتيجة المأساوية أن عدداً غير قليل منهم يموت بسبب عدم وجود علاج ناجع للمرض، فلو أستبدل العضو البشري التالف بعضو سليم تم نقله من متبرع لما حدثت النتيجة الغير مرجوة .

ثانياً: أهمية موضوع البحث:

يعتبر موضوع الوصية بالأعضاء البشرية من اهم مواضيع العصر وقد اخذ مساحة كبيرة من الاجتهاد الفقهي المعاصر وتفكير رجال القانون الوضعي لأنه موضوع حساس يتصل بالأحياء والأموات، ومن هنا كانت ومازالت مسألة نقل الأعضاء من أنسان إلى آخر عن طريق الوصية، عمل مستحدث في هذا الزمان نتيجة للتقدم العلمي، لم يتحدث عنه الفقهاء المسلمون السابقون ولم يعالجوه بصورة مباشرة في نصوصهم الفقهية، أما الفقهاء المعاصرون فلقد أفتى بعضهم بجواز نقل أي عضو من أنسان ميت إلى أنسان حي في حاجة إليه بشروط معينة، وإليك بعضاً من هذه الفتاوى:

فقد جاء في كتاب بيان للناس من الأزهر الشريف ج 2:

"أولا: إذا كان المنقول منه ميتا، فإن كان قد أوصى أو أذن قبل وفاته بهذا النقل، فلا مانع من ذلك، حيث لا يوجد دليل يعتمد عليه في التحريم، وكرامة أجزاء الميت لا تمنع من انتفاع الحي بها....."[1].

ثالثاً: تطور موضوع البحث عبر مراحل التاريخ:

منذ أن تبلورت فكرة التمليك والتملك للأموال، عرف الإنسان الوصية كوسيلة من وسائل نقل الملكية إلى الغير بالإرادة المنفردة[2] فأحس الإنسان بأن حياته فانية تقتضي التفكير بمآل ثروته، وفي مستقبل أولاده، ولعل الوصية في نشأتها الأولى كانت تلبية لهذه الرغبة[3] ويلاحظ أن معظم التشريعات القديمة كانت تعطي لصاحب المال الحق في تعيين من يخلفونه في المال[4] .

---

(1) من كتاب بيان للناس من الأزهر الشريف- ج2 -ص 313 - مستندا إلى الفتاوى الإسلامية - المجلد العاشر-ص 3714.

(2) مصطفى إبراهيم الزلمي – الوصية- المؤلف المشترك مع أحمد علي الخطيب – شرح قانون الأحوال الشخصية – وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية – مديرية دار الكتب للطباعة والنشر – جامعة الموصل – ص 215.

(3)محمد كمال الدين إمام – الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي - كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية – دار الجامعة الجديدة – 2007م – ص 16.

(4)أنور محمود دبور – أحكام الوصية في الفقه الإسلامي والقانون مع موجز لأحكام الوقف – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – دار الثقافة العربية – 2001م – ص 9.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	1
الفصل التمهيدي موقف الفقه من الوصية بالأعضاء البشرية	11
المبحث الأول: النظام العام للوصية بالأعضاء البشرية	12
المطلب الأول: معنى الوصية بالأعضاء البشرية	13
المطلب الثاني: تمييز الوصية بالأعضاء عما يشتبه بها من تصرفات قانونية	21
المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من مدى جواز الوصية بالأعضاء البشرية	25
المطلب الأول: الحكم الشرعي للتصرف بجثة الميت	26
الفرع الأول: الحكم الشرعي للتصرف بجثة الميت عند الفقهاء القدامى	27
الفرع الثاني: الحكم الشرعي للتصرف بجثة الميت في الفقه المعاصر	33
المطلب الثاني: الحكم الشرعي للوصية بالأعضاء البشرية	42
المبحث الثالث: موقف الفقه القانوني من مدى جواز الوصية بالأعضاء البشرية	48
المطلب الأول: موقف الفقه والتشريعات العربية من الوصية بالأعضاء البشرية	52

الفرع الأول: موقف الفقه العربي من الوصية بالأعضاء البشرية	52
الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من الوصية بالأعضاء البشرية	55
المطلب الثاني: موقف الفقه والتشريعات الغربية من الوصية بالا عضاء البشرية	66
الفرع الأول: موقف التشريعات الغربية	66
الفرع الثاني: موقف الفقه الغربي	69
الباب الأول :تطبيق نظرية العقد على الوصية بالأعضاء البشرية	74
الفصل الأول : الرضـــا	82
المبحث الأول: الوصية الصادرة من البالغ الرشيد	84
المطلب الأول: صور التعبير عن الإرادة في الوصية بالأعضاء البشرية	86
المطلب الثاني: الشكلية الخاصة بالوصية بالأعضاء البشرية	92
الفرع الأول: التعبير عن الإرادة وفق الإطار الشكلي	92
الفرع الثاني: مدى الالتزام بالشكلية الخاصة بالوصية بالأعضاء البشرية	95
المبحث الثاني: الوصية الصادرة من القاصر	99
المطلب الأول :عدم جواز الوصية من القاصر مطلقاً	104
المطلب الثاني: جواز الوصية الصادرة من القاصر بنقل عضو من أعضائه	108
الفرع الأول: القوانين الفرنسية	108

الفرع الثاني القانون المصري رقم (5) لسنة 2010	113
الفرع الرابع: موقف الفقه الإسلامي	115
الفصل الثاني : المحل في الوصية بالأعضاء البشرية	117
المبحث الأول: تحديد الوقت الذي يتبلور فيه الوجود القانوني لمحل الوصية بالأعضاء البشرية	120
المطلب الأول: تحديد معيار الوفاة في ضوء علم الطب	120
الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية التي حددت معايير الوفاة	121
الفرع الثاني: الاختلاف الفقهي لدى علماء الطب في وضع معيار لتحديد الوفاة	132
المطلب الثاني: أثر الإنعاش الاصطناعي على تحديد لحظة الوفاة	139
المطلب الثالث: موقف التشريعات المقارنة من تحديد لحظة الوفاة	148
المبحث الثاني: محل الالتزام في الوصية بالأعضاء البشرية	157
المطلب الأول: النظرية العامة للمحل	158
الفرع الأول: أحكام المحل في القانون المدني الفرنسي	158
الفرع الثاني: أحكام المحل في القانون المدني المصري	161
الفرع الثالث: أحكام المحل في القانون المدني العراقي	163
المطلب الثاني: مدى تطبيق أحكام النظرية العامة للمحل على الوصية بالأعضاء البشرية	164

الفرع الأول: تطبيق شرط الإمكانية على محل الالتزام في الوصية بالأعضاء البشرية	166
الفرع الثاني: تطبيق شرط التعيين على محل الالتزام في الوصية بالأعضاء البشرية	172
الفرع الثالث: تطبيق شرط المشروعية على محل الالتزام في الوصية بالأعضاء البشرية	173
الفصل الثالث : السبب في الوصية بالأعضاء البشرية	179
المبحث الأول: تحديد نطاق فكرة السبب في الوصية بالأعضاء البشرية	180
المطلب الأول: تحديد سبب التبرع عند الفقهاء	181
الفرع الأول: سبب التبرع في الفقه الإسلامي	182
الفرع الثاني: سبب التبرع في الفقه والتشريعات الغربية	183
الفرع الثالث: سبب التبرع في الفقه والتشريعات العربية	190
المطلب الثاني: ذاتية السبب وطبيعته في الوصية بالأعضاء البشرية	194
الفرع الأول: ذاتية السبب	195
الفرع الثاني: تحديد طبيعة السبب في الوصية بالأعضاء البشرية	199
الفرع الثالث: العلاقة بين نية التبرع والباعث الدافع في الوصية بالأعضاء البشرية	205
المبحث الثاني: التطبيق القضائي لفكرة السبب	211

المطلب الأول: تقييم النظرية التقليدية والنظرية الحديثة للسبب في ظل القضاء المعاصر	211
المطلب الثاني: تطبيقات السبب من حيث المشروعية في الوصية بالأعضاء البشرية	218
الباب الثاني أحكام تنفيذ الوصية بالأعضاء البشرية	224
الفصل الأول: أحكام تتعلق بالموصى له	224
المبحث الأول: شروط الموصى له	226
المطلب الأول: الشروط العامة للموصى له في الوصية بالأعضاء البشرية	227
المطلب الثاني: الشروط الخاصة للموصى له في الوصية بالأعضاء البشرية	229
المبحث الثاني: أحكام الموصى له	233
المطلب الأول: طبيعة حق الموصى له في الوصية بالأعضاء البشرية	233
المطلب الثاني: موقف القوانين المقارنة من تحديد هوية الموصى له في الوصية بالأعضاء البشرية	235
الفرع الأول: مبدأ تحديد شخصية الموصى له	235
الفرع الثاني: مبدأ جهالة شخصية الموصى له	237
الفصل الثاني: أحكام تتعلق بالقائم على تنفيذ الوصية	240
المبحث الأول: حق أولياء المتوفى في التصرف بالجثة	240

المطلب الأول: تعارض إرادة المتوفى مع إرادة ورثته في تنفيذ الوصية	241
المطلب الثاني: عدم وجود وصية من المتوفى	244
المبحث الثاني: الضوابط القانونية والطبية لعملية نقل وزرع العضو الموصى به في جسم الموصى له	247
المطلب الأول: الضوابط المتعلقة بالطبيب الذي يباشر عملية النقل والزرع	247
الفرع الأول: الضوابط القانونية المتعلقة بعمل الطبيب الجراح	248
الفرع الثاني: الضوابط الطبية المتعلقة بعمل الطبيب الجراح	253
الفرع الثالث: توفر الإذن المسبق في اجراء عملية النقل والزرع	257
المطلب الثاني: الضوابط المتعلقة بالعمل الطبي الجراحي	259
الفرع الأول: نطاق العمل الطبي الجراحي بالنسبة لنقل وزرع الأعضاء	260
الفرع الثاني: تبرير العمل الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء	264
الفرع الثالث: مضمون العمل الطبي الجراحي	266
الخاتمة	269
الملاحق	276
المراجع والمصادر	299

الوصية بالأعضاء البشرية- دراسة مقارنة-

إعداد
أحمد نعمة عطية
إشراف
الأستاذ الدكتور : ثروت عبد الحميد

(الملخص)

تعرف الوصية من وجهة نظر القانون بأنها : تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد المـــوت مقتضاه التمليك بلا عوض ويلاحظ على هذا التعريف انه قريب من تعريف الفقه الحنفي مما يـــدل تأثير المشروع العراقي في قانون الأحوال الشخصية برأي الحنفية وتعريـــف المشـــرع العراقـــي يشمل ما ليس تمليكاً لكن يترتب عليه ذلك كالوصية بالإبراء من الدين فأنه إســـقاط يـــؤول إلـــى التمليك ويلاحظ ان بعض القوانين كانت أكثر شمولاً مثل القانون المصري والقانون الســـوري لان التعريف في هذين القانونية يشمل ما إذا كان الموصى به إسقاطاً يؤول إلـــى التمليـــك كالوصـــية بالإبراء من الدين، وما إذا كان الموصى به إسقاطا محضاً كالوصية بإبراء الكفيل من الكفالة .

وتعرف الوصية الواردة على عضو من أعضاء الإنسان بأنها : صورة من صور تعبير المتـــوفى عن إرادته الصريحة بإعطاء الإذن للطبيب الجراح باستئصال إي عضو من أعضائه أو بالتصرف التام بكامل جثته و هي من التصرفات القانونية التي تنشأ بـــالإرادة المنفـــردة بحيـــث تتجـــه إرادة الموصي إلى إنشاء الالتزام فتكون الوصية تصرفاً أحاديًا والوصية بهذا الوجه الخاص تعني أيضا : تصرف بعضو أو أكثر من أعضاء الجسم على سبيل التبرع مضافاً إلى ما بعد الموت وتعرف الوصية بهذا النحو بأنها تبرع الإنسان الحي – بغير عوض – بعضو منه أو جزئـــه إلـــى مســـلم مضطر إلى ذلك.

ومن الملاحظ وجود اختلافات في تعابير الباحثين عن تخلي الإنسان عن العضو بلا مقابـــل فيعبرون أحيانا بالهبة وأحيانا بالتبرع والظاهر انب الاختلاف يكمن في اللفظ دون المعنى فهـــذه التعابير تدل على تخلي الإنسان عن عضو من أعضائه لإنسان آخر على شفا حفرة مـــن الهـــلاك لإنقاذه منها في سبيل البر ودون مقابل مادي .والتبرع من الألفاظ المشتركة مع الهبـــة لان لفـــظ التبرع له صلة وثيقة بلفظ الهبة،وقد بين الفقهاء أنواعه كالوصية، والوقف، والهبة وغيرها، ومعنى التبرع عندهم كما يؤخذ من تعريفهم لهذه الأنواع لا يخرج عن كونه: بذل المكلف مالا أو منفعـــة

لغيره في الحال أو المال بلا عوض بقصد البر والمعروف غالبا وهناك ألفاظ ذات صلة مثل البر والتطوع وهناك خلاف فقهي في جواز الانتفاع بأعضاء الآدمي الميت ونقلها إلى الأحياء،ولقد تمثل هذا الخلاف نتيجة لنظرة الشريعة الإسلامية للإنسان وتكريمه ،فالآدمي محترم حياً كان أو ميتاً والجدير بالذكر هنا، أن الشريعة الإسلامية تعد أول تشريع في العالم ينظم أحكام الجثة والحقوق المتعلقة بها، وهذا منذ خمسة عشر قرناً وبدون منازع فأحاطتها بالحماية الشرعية، وقد وضع المشرع العراقي قانون خاص لنقل وزرع الأعضاء البشرية وهو القانون المرقم (85 لسنة 1986) حيث أشارت المادة الأولى إلى شروط نقل وزراعة الأعضاء البشرية أما المادة الثانية فقد بينت المصادر التي تزود العمليات الطبية بالأعضاء البشرية أما المادة الثالثة والمادة الرابعة فقد بينت الجزاء القانوني الذي يقع على من يخالف مفاهيم وأسس هذا القانون و قد تأثر بالمبادئ الإنسانية التي تسعى إلى وقاية الإنسان من آليات البشع والجشع وتسعى أيضًا إلى المحافظة على كيان الإنسان من المهانة وذلك خلال جعل جسم الإنسان محلاً للعقد وجعل الثمن وأن كان بخساً مقابلاً لجسم الإنسان وقد قال تعالى(ولقد كرمنا بني ادم) وتتطلب عملية التعبير عن الإرادة شكلاً معيناً يجب أن يعبر الموصي فيه عن إرادته وهذه الشكلية قد تتخذ صورة الوصية أو الإقرار الكتابي فبالنسبة للوصية فإن بعض التشريعات اشترطت وجود الوصية بنقل الأعضاء البشرية، ومن الجدير بالذكر أن الهبة والوصية بالأعضاء البشرية حال الحياة من كامل الأهلية من التصرفات القانونية الشكلية لأن الفقرة (ا) من المادة الثانية من قانون عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية العراقي رقم 85 لسنة 1986اشترطت الكتابة والهدف من الكتابة لتبصير المتنازل بتصرفه وللتأكد من سلامة الرضا والشكلية هنا هي شكلية قانونية كتابية . والغاية من الشكلية التي يفرضها القانون حماية أطراف العقد نظرًا لخطورة التصرف القانوني ففي وجوده تبصير بعواقب العمل القانوني . ونصت المادة الثامنة من القانون المصري الخاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية رقم (٥) لسنة ٢٠١٠م، على أنه " يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت ،وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في أية ورقة رسمية أو أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون " وتعد دراسة محل الوصية بالأعضاء البشرية المجال

الرحب لتحديد النطاق الزمني لبلورة وبروز هذا المحل ذلك من غير المقبول القول بـــأن محـــل الوصية موجود وبارز أثناء حياة الموصي لأن هذا الكلام يتعارض وطبيعـــة الوصـــية بكونهـــا تصرف مضاف إلى ما بعد المتبل المقبول هو أن محل الوصية يظهر أثناء تنفيذ الوصـــية وهـــو المحال إلى ما بعد موت الموصي،فيظهر لنا أن ولادة محل الوصية بالأعضاء البشرية يظهر عند نهاية الحياة الإنسانية،فتوقف وجود محل الوصية متوقف بالدرجة الأولـــى علـــى تحديـــد لحظـــة الموت،وقد أكد التنظيم القانوني،لنقل وزرع الأعضاء البشرية على منع أي تصـــرف بالأعضـــاء البشرية تحت أي مسمى إلا بعد التثبت من واقعة الموت طبقاً لنصت المادة (١٤) من قرار رئيس مجلس الوزراء المصري،المرقم (٩٣) لسنة ٢٠١١ والخاص باللائحة التنفيذية للقـــانون رقـــم (٥) لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية،و يسلّم الجميع بأن لا أحداً يعرف ولا يستطيع أن يعرف حد العمرأي من الناس ، و يعتبر ذلك من علم الغيب من قدر الله. ومن وجهـــة نظـــر أخرى ، فإن لا أحد يجرؤ أن يقول بأن هناك وجهاً لأفضلية فرد من الناس على فرد يتيح لـــه الحق في أن يعيش على حساب فرد آخر ،وهذا أمر مسلم به من قبل أن توضـــع قـــوانين حقـــوق الإنسان ، وهو لا يجد مرجعيته في مبدأ المساواة بين البشر ، ولكنه يجدها في أن الأعمار غير معروفة ولا وارد تقريرها ، ولا يمكن الموازنة بين حياة وحياة لا من حيث القدرة وهـــو غيـــر معروف ،ولا من حيث النوع وهو غير ممكن الحساب. المشكلة إذاً هو إمكانية نزع العضو مـــن جسم الآدمي بعد موته حتى لا يكون في النزع قتلاً له ، وأن يكون النزع في لحظة زمنية تُمكِّـــن من الاستفادة من العضو المنزوع ،ولا يكون ذلك في حالة نقل القلب إلا إذا كان القلـــب نابضـــاً عند النزع، ولكن القلب النابض دليل على الحياة ،والحياة ضد الموت، كما يقال في قواميس اللغـــة والضدية في المنطق هي ألا يجتمع أمران ولا يرتفعان ،فلا موت أن وجدت الحياة ولا حيـــاة إن وجد الموت ،بمعنى إنه كيف يمكن القول بجواز نزع العضو نابضًا أي متحركًا مع القول بمـــوت الجسم والجسم لا يعتبر ميتًا إلا بموت أعضائه!، والكل يبقى حيًا ما بقى جزؤه حياً قال تعالى" فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها" الحج- أية٣١ - وهل يعتبر الاستفادة من جثة الإنســـان التـــي تعتبـــر محملة بالقيم الأخلاقية مشروعاً؟" ،ولكي نخرج من هذا الإشكال فإن معالجة حياة إنســـان محتـــاج إلى إنقاذ برأي ذوي الاختصاص من العلماء، يكون بطريق الأيصاء أثناء حياة الشخص أو بطريق الإذن من ذوي الأمر . ويلاحظ أن الاتفاقات الواردة على جسم الإنسان يمكن أن تكـــون باطلـــة

بسبب مخالفة كل من السبب والمحل للنظام العام والآداب العامة، فشرط مشروعية كل من السبب والمحل شرط يؤكده كل الفقهاء، كما تقتضي بلزومه نصـــوص التشـــريع، والفقـــه والقضـــاء، والنصوص ترتب على عدم مشروعية المحل أو السبب بطلان العقد أو الالتزام ويتمثل السبب هنا بالعلاج ، إذ يجب أن يحقق اقتطاع الأعضاء هدفًا علاجيًا ، بمعنى أن يكون المستفيد – الموصـــى له – مريضًا ولا أمل في شفائه إلا بزرع عضو جديد في جسده، فيسعى الموصي بالتبرع بعضـــو من أعضائه لغرض تحقيق مصلحة.

human rights laws in place. and he does not find his authority in the principle of equality among humans. but it finds in that age is not known nor Ward report. nor can the balance between life and life is not in terms of capacity. which is not known. nor in terms of the type which is not possible account. The problem. then. is the possibility of organ removal from the human body after death so as not to be in agony killed him. and to be sloughing in the moment in time be able to take advantage of the User skim. do not be so in the case of heart transfer only if the heart was full when the agony of death. but the beating heart evidence of life. and life against death. as they say in the language dictionaries and antibody in logic is not to meet two things do not Ertfan. not death that I found life. no life. if any. of death. in the sense that how we can say that permits the removal of Lists vibrant any moving with say the death of the body and the body is not dead. but the death of its members. and everyone stays alive what remained part of which is alive he says. "If and traveled the south. eat them. "Ahadj- any 31 - is it considered to take advantage of the human body. which is laden with moral values project? ". and in order to get out of this confusion. the treatment of life needy people. to save the opinion of the specialists of scientists. have accidentally preaching during a person's life or accidentally permission with it. it is noted that the agreements contained on the human body can be void due to violation of both the cause and the shop to public order and morals. condition for the legitimacy of each of the reason the shop condition confirmed by all scholars. as required Balzovernm texts of legislation. jurisprudence and the judiciary. and text arranged on the illegality of the shop or why the invalidity of the contract or commitment and is here why treatment. they must bring Members deductible therapeutic target. in the sense that the beneficiary - recommended him - patients with no hope in his recovery. but planting a new member of his body. the testator seeks to donate an organ from its members for the purpose of achieving worthy of interest and care that is recommended to treat his patient.

transplantation of human organs Iraqi No. 85 of 1986 stipulated that the goal of writing and writing to enlighten assigns its disposal and to ensure the safety and satisfaction formalism here is a legal formality written. The purpose of the formal imposed by law protect the parties to the contract because of the seriousness of the legal act that in his presence enlighten the consequences of legal action. And Article VIII of the private transfer and transplantation of human organs No. Egyptian law (5) for the year 2010، that) may need required to maintain the life of a living person or treatment of a serious illness or the completion of a vital deficiency in his body، that is cultivated in which a member or part of a member or the texture of the body of a dead man، and that among the Egyptians if the deceased had recommended that before his death documented testamentary or installed in any official paper، or recognized by، and in accordance with procedures prescribed by the Regulations of this law is the study of the place commandment in human organs، welcoming area to determine the scope time to crystallize and the emergence of this shop، it is unacceptable to say that the place of the commandment exists and prominent during the life of the testator because this speech is contrary to the nature of the commandment of being acted added to the post-death، but accepted that replaces the commandment appears during the implementation of the commandment، which referred to the post-death of the testator، shows us that the birth place of the commandment in human organs appears at the end of human life، stop having replaced depends commandment primarily on determining the moment of death، was confirmed by the legal regulation، to transport and transplant of human organs to prevent any act of human organs under any name only after verification of the fact of death، according to Article 14 of the decree of the President of the Egyptian Council of Ministers، No. (93) for the year 2011 and the private executive regulations of Law No. (5) for the year 2010 on the regulation of human organ transplantation، and everyone recognizes that no one knows or can know the age limit any of the people، and is therefore aware of the unseen God forbid. From another point of view، no one dares to say that there is a face-to-preference individual people on an individual gives him the right to live at the expense of everyone else، and this is recognized by the

III

the sake of righteousness and free of charge .waltbura of common words with the donation because the word donate his close connection with the wording giveaway . was among the jurists types Kalusih . suspension . and the gift and others . and the meaning of donation have also taken from introducing them to this.

Species does not come out as being: the taxpayer money or benefit to others in the case . or money without Awad intent mainland and known often and there are words related to such land and volunteer and there is disagreement jurisprudential passport benefit members of human dead and transported to the neighborhoods to make . and I represent this dispute as a result of a look Sharia for humans and honored . Valadama respectable alive was dead or is worth mentioning here . that Islamic law is the first legislation in the world are regulated by the body and related rights . and this for fifteen centuries and undisputed Vahattha protection of legality . and has Iraqi legislator put a special law for the transfer and transplant of human organs . a law No. 85(for the year 1986). where the first article referred to the terms of the transfer of human organs Article II sources that provide medical processes in human organs Article III and Article IV showed the legal penalty . which is located on the contrary concepts and foundations .

of the law and may be affected have shown humanitarian principles that seek to rights and protection of the ugly mechanisms and greed is also seeking to preserve the human entity of humiliation and that by making the human body subject to contract and make the price that was dirt cheap corresponding to the human body God has said(We have honored the sons of Adam).

And expression of a process that requires the will a certain form should express the testator where his control and this formalism may take the form of the commandment or affidavit For the commandment of the some of the legislation stipulated the presence of the commandment to transfer human organs . it is worth mentioning that the gift and commandment in human organs if the life of a full-fledged formal legal actions because of paragraph (a) of Article II of the Act transfers and

Commandment human organs A comparative study

Preparation

Ahmed nhma ateya

Gentlefolk

Prof: Sarwat Abdel-Hameed Abdel-Haleem

(ABSTRACT)

Know commandment from the standpoint of law as : the disposal of the estate added to the post to go with the ownership death without Awad notes on this definition. it is close to the definition of Fiqh Hanafi. suggesting the Iraqi project's impact in the Personal Status Law opinion Tap and definition Iraqi legislator includes not Tmlika but the consequent it so Kalusih waiver of the debt it dropped construed to ownership and noticed that some of the laws were more extensive. such as the Egyptian law and the law of Syria because the definition in these legal includes whether the recommended projection construed to ownership Kalusih waiver of the debt. and whether the recommended projection purely Kalusih absolving the sponsor of the sponsorship And know the commandment contained on a member of the human members of it : a form of expression of the deceased his control explicit give permission for a doctor surgeon removes any of its members or the full act with full body. one of the legal actions that arise will of the individual. so moving will of the testator to create a commitment shall be commandment act unilateral commandment this also means your face : the disposal of the member or members of the body's organs for donation in addition to after death and you know this commandment as it donated human living - without compensation - an organ or part of it to a Muslim is obliged to do so.It is noted that there were differences in terms of researchers from the human abandon User unrequited : sometimes Faabron donation and sometimes donate and it seems that the difference lies in the word without meaning These expressions indicate human abandon all of its members to another human being on the brink of destruction to save them for