مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

الوصيّة بالتبرع بالأعضاء البشرية في قانون تبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في إقليم كوردستان – العراق

دراسة فقهية تقويمية

أردوان مصطفى إسماعيل
قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة صلاح الدين، أربيل إقليم كوردستان، العراق.
ardawan.ismael@su.edu.krd

ريباز صديق إسماعيل
قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة صلاح الدين، أربيل إقليم كوردستان، العراق.
rebaz.ismail@su.edu.krd

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام:٢٠٢١/١٠/١٣
القبول:٢٠٢١/١١/٢١
النشر: شتاء ٢٠٢٢

الكلمات المفتاحية:
The Will, Donation, Human Body, Organ Transplant, Law and Sharia

Doi:
10.25212/lfu.qzj.7.1.25

الملخص

إن مسألة الوصية بالأعضاء البشرية من المسائل الفقهية المعاصرة، ولم يتعرض لها التراث الفقهي القديم لا من قريب ولا من بعيد، ولكن كتبت وسطرت مجموعة من الكتب والأبحاث الفقهية المعاصرة بين مجيزين ومانعين، كما صدرت مجموعة من القوانين العالمية التي تنظم مسألة الوصية بالأعضاء البشرية، منها: "قانون تبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان – العراق"، وعالج هذا القانون مسألة الوصية بجسم الإنسان عن طريق مجموعة من المواد القانونية والفقرات المتلعقة بها، ويحاول الباحث في هذا البحث تقويم ومقارنة هذه المواد والفقرات القانونية بالفقه الإسلامي في هذا الموضوع، كما يسعى الباحث إلى تحديد نقاط القوة والضعف في هذه المواد وتقديم حلول مناسبة للضعيف منها.

مقدمة

الحمد الله العليم الخبير، والصلاة والسلام على محمد ﷺ الذي حثّ على الفقه والتفقه في الدين، وعلى آله وأصحابه أهل الوفاء ومن سار على دربهم إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الوصية في الفقه الإسلامي من أدوات التكافل الاجتماعي ويعتبر وسيلة من وسائل العمل الخيري في المجتمع، كما تكفل الوصية الصحيحة لكلّ ذي حق حقّه دونما شطط أو حيف. إلا أن الوصية بالأعضاء البشرية قبل الوفاة من المسائل المعقّدة والشائكة في الفقه الإسلامي بين تراث الفقه القديم والمعاصر؛ لأن الوصية في الأصل تكون بالمال ولا ترد على جسم الإنسان، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذا

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

الجسد ليس ملكا للإنسان حتى يتصرّف فيه كيفما شاء، وقد أحسن الله تقويمه فتكون الوصيّة بالتبرع بالأعضاء البشرية بعد الوفاة خلاف هذا التكريم. بينما يرى الفقهاء المعاصرون أنه لا توجد نصوص شرعية لا في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية المطهرة تحرم هذا العمل أو تبيحه صراحة.
وقد تناول قانون تبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في إقليم كوردستان – العراق هذه المسألة في مواد عديدة، ويسعى البحث إلى استجلاء موقف الفقه الإسلامي من الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية من جهة، وموقف قانون إقليم كوردستان – العراق من جهة أخرى.

أهداف البحث:
يرمي البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:
1- استجلاء المواد القانونية المتعلقة بالوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية في هذا القانون وتقويمها في الفقه الإسلامي.
2- تحليل وتقويم المواد القانونية المتعلقة بالوصية بالأعضاء البشرية من منظور الفقه الإسلامي.
3- استجلاء مواطن الشبه والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون.

أهمية البحث:
تبرز أهمية البحث في النقاط الآتية:
1- تقويم المواد القانونية من الناحية الفقهية، واستجلاء مواطن الشبه والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون بهذا الشأن.
2- تتجلى أهمية هذا البحث في استجلائه لموضوع الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية، وهذه المسألة لها صلة وثقى بمقصد حفظ النفس الإنساني الذي جاءت الشريعة الإسلامية لتقريره وصيانته.

منهج البحث:
ينتهج البحث المنهجين الآتيين:
1- المنهج التحليلي: وذلك بتحليل مواد القانون، وتبيان موقف الفقه الإسلامي منها.
2- المنهج المقارن: ويتوسل بهذا المنهج لعقد مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث تبيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما.

إشكالية البحث:
تكمن إشكالية البحث في أن الوصيّة في تراث الفقه القديم لا ترد إلا على المال، ولا يجوز الوصية عند الفقهاء بجسم الإنسان؛ لأن الوصية بها لم يرِد بشأنها نص صحيح صريح يحرمها أو يبيحها. ومن هنا، فإن البحث يرنو إلى استجلاء موقع الوصية بالأعضاء البشرية عند الفقهاء، ويتناول ذلك تحليلاً ومناقشةً وتقويماً من منظور الفقه الإسلامي.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

أسئلة البحث:

يصبو البحث إلى الإجابة عن السؤالين الآتيين:

1- ما موقف قانون تبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان – العراق من الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية؟

2- ما موقف الفقه الإسلامي من الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية؟ وما مدى موافقة البنود القانونية مع الفقه الإسلامي؟

الدراسات السابقة:

تعد قضية الوصية بالأعضاء البشرية من القضايا الفقهية المعاصرة، وبعد البحث والتقصي في المكتبات والمواقع الإلكترونية – حسب اطلاعي- لم نجد من تناول قانون التبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في إقليم كوردستان العراق بالبحث والدراسة، من منظور الفقه الإسلامي[1].

خطة البحث:

تقتضي هذه الدراسة تقسيم البحث وفقَ خطةٍ علميةٍ دقيقةٍ، وتحقيقاً لذلك قمنا بتقسيمه إلى مبحثين رئيسين، بعد المقدمة والخاتمة على الوجة الآتي:

المبحث الأول: تعريف الوصية والتبرع في القانون وتقويمها في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: التعريف بقانون تبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان- العراق.

المطلب الثاني: مفهوم الوصية والتبرع بالأعضاء في القانون.

المطلب الثالث:مفهوم الوصية والتبرع في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: موقف قانون إقليم كوردستان – العراق من الوصية بأعضاء جسم الإنسان وتقويمها في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: ماهية الوصية بالأعضاء البشرية في قانون إقليم كوردستان – العراق.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الوصية بالأعضاء البشرية.

المطلب الثالث: الضوابط الشرعية للوصية بالأعضاء البشرية.

وأما الخاتمة فقد احتوت أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها خلال كتابة هذا البحث.

المبحث الأول

تعريف الوصية والتبرع في القانون وتقويمه في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: التعريف بقانون تبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان- العراق:

استناداً إلى حكم الفقرة (1) من المادة (56) من القانون رقم (1) لسنة 1992م المعدل، وبناء على ما

1 - مع أن محمد الكزني – رحمه الله- وغيره من الباحثين تناولوا بالبحث والدراسة موضوع الأعضاء البشرية من منظور الفقه الإسلامي ولكن موضوعنا يختلف عنهم من ناحية تناولنا لـ " قانون تبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في إقليم كوردستان – العراق" ومقارنة هذا القانون بالفقه الإسلامي وإبراز أهم النقاط المختلفة والمتفقة مع الفقه الإسلامي.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

عرضه عدد من أعضاء القانونيين في برلمان كوردستان، وتأسيسا على ما شرعه البرلمان في جلسته الاعتيادية رقم (5) بتاريخ: 30 / 1 / 2018م، وبموجب السلطة الممنوحة لرئاسة البرلمان بموجب الفقرة (ثالثاً) من (المادة الأولى) من القانون رقم (2) لسنة 2017م، قرر إصدار القانون الآتي: (قانون تبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان – العراق).

وعالج هذا القانون الوصية بالأعضاء البشرية في الفصل الأول في المادة (1) في الفقرة الثامنة والتاسعة حيث عرّف الوصيّة والموصي، كما احتوى القانون ماهية الوصية في الفصل الثاني في المادة (5) في الفقرة الثانية، والمادة (9) في الفقرة الأولى والثانية.

وأراد المقنن بهذا القانون حفظ حقوق المتبرع والموصي حيث أعطى الحرية اللازمة للمتبرع أن يوصي بأحد أعضائه في حال حياته وفق الشروط اللازمة التي وضعها المقنن، ولا تنفذ الوصية إذا خلا أحد هذه الشروط، وتعتبر الوصية باطلة، وسيأتي الكلام على هذه الشروط في المبحث القادم.

المطلب الثاني: مفهوم الوصية والتبرع بالأعضاء في القانون:

أولا: تعريف الوصية في القانون

الوصية في قانون إقليم كوردستان العراق الخاص بتبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان هي: " تصرف بعضو أو أكثر من أعضاء الجسم على سبيل التبرع بعد الوفاة، الهدف منه التمليك بلا عوض"[2] .

وعرّف الموصي بأنه:" الشخص الذي أوصى أثناء حياته بالتبرع بعضو أو أكثر من أعضائه بعد وفاته" [3].

وبهذا يتبين لنا أن المقنن في قانون إقليم كوردستان- العراق وضع جملة من الشروط لكي تكون الوصية بالأعضاء صحيحة، وهذه الشروط على النحو الآتي:

1- أن تكون الوصية لغرض التبرع فقط.
2- أن تنفذ الوصية بعد وفاة الموصي وليس في حال حياته.
3- أن يكون الهدف من الوصية التمليك بلا عوض، أي من غير مقابل بدل مادي، أو بقصد الربح.

والوصية في القانون العراقي من مسائل الأحوال الشخصية حيث عرف الوصية بأنها: "تصرف مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض"[4] .

وبحسب المادة (65) من القانون نفسه يعني أن للموصي أن يوصي بالأموال أو العقار التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته.

ووفقا لهذه المادة أيضاً أن موضوع الوصية أو محلها هو ما يملكه الإنسان، ويكون ذا قيمة مالية أو منفعة.

وهنا يأتي الإشكال بطرح بعض الأسئلة حول مدى جواز الوصية بالأعضاء البشرية في حال الحياة باعتبار أنها مال مملوك لصاحبه؟

2- المادة (1)، الفقرة (8)، لسنة 2018م.
3- المادة (1)، الفقرة (9)، لسنة 2018م.
4- القانون رقم (188)، المادة (64)، لسنة 1956م.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وهل من الممكن أن يوصي الإنسان بجسده في حال حياته وأن جثته تركة لورثته بعد مماته؟ وإذا كان من الممكن اعتبارها محلا للوصية طبقا للقواعد العامة للوصية بحسب قانون الأحوال الشخصية العراقية، أم أنه لا بد أن تنقاد لقواعد خاصة تناسب مع طبيعة الأعضاء البشرية؟ كما يطرح التساؤل حول كيفية شكل هذه الوصية وطرق إثباتها؟ وسنجيب على هذه الأسئلة والإشكاليات بالتفصيل خلال المبحث القادم إن شاء الله – تعالى -.

ثانياً: تعريف التبرع في القانون:

في الحقيقة لم تتضمن مجمل القوانين العربية تعريفا محدداً ومباشراً للتبرع بل ذكر بعض التصرفات التي تصنف على أنها تبرعات كالوقف والهبة...

والقانون الفرنسي عرّف عقد التبرع بأنه:" عقد يولي أحد الطرفين الآخر فائدة دون مقابل"[5] .

وعرف المقنن الكوردستاني[6] المتبرّعَ بأنه هو: "الشخص الكامل الأهلية الذي يتنازل عن عضو من أعضاء جسمه لشخص آخر دون مقابل سواء كان حيا أم بعد وفاته، فيما عدا زرع نخاع العظام"[7] .

وفي القانون العراقي المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية جاء بأن المتبرع هو: "الشخص الحي الذي يتنازل عن عضو من أعضائه لشخص آخر دون مقابل"[8] .

ويمتاز تعريف إقليم كوردستان عن تعريف المقنن العراقي بالنقاط الآتية:

1- ذكر قانون الإقليم أن يكون الشخص المتبرع كامل الأهلية من الناحية العقلية والبدنية، في حين لم يذكر القانون العراقي هذا الشرط.
2- لم يفرق القانون العراقي بين الشخص الحي والميت حيث أطلق القول بالتبرع لأي شخص كان. بيد، أن قانون الإقليم أجاز التبرع بالأعضاء سواء كان لشخص حي أم ميت.
3- أجاز المقنن العراقي للمتبرع أن يتبرع بأي عضو من أعضاء جسمه، بينما قانون الإقليم استثني من ذلك زرع نخاع العظام حيث لم يجزه لأسباب طبية[9] .

المطلب الثالث:مفهوم الوصية والتبرع في الفقه الإسلامي.

أولا: تعريف الوصية في الفقه الإسلامي:

أ- الوصية لغة: تأتي بمعنى العهد إلى الغير، كما تقول: أوصى الرجل ووصاه أي: عهد إليه[10] .

5- القانون رقم (6181)، لسنة 1976م.
6- ملاحظة: استخدم معظم الباحثين الشرعيين كلمة (المشرع) بدل (المقنن) أسوة بالقانونيين وهذا في نظرنا خطأ؛ لأن المشرع الحقيقي هو الله – سبحانه وتعالى-، فكان الأجدر بالأبحاث الشرعية أن لا تقع في هذا الخطأ.
7- قانون تبرع وزرع أعضاء جسم الإنسان في كوردستان – العراق، المادة (1)،الفقرة (7)، لسنة 2018م.
8- المادة (1)، الفقرة (2)، رقم (11)، لسنة 2016م.
9- الهدف من زرع نخاع العظام هو: استبدال النخاع العظمي المتلف أو المتضرر بسبب الإصابة ببعض الأمراض، حيث يؤدي عملية الزرع في هاته الحالة إلى بعض المخاطر مثل: عدوى أو نزيف أو رفض الجهاز المناعي للعضو المزروع. ينظر: عمليات زرع نخاع العظام، جورج ماثي، مجلة واي باك الطبية، العدد 23، لسنة 2017م، ص 33.
10- ينظر: ، لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري (المتوفى: 711هـ) ، دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ ، مادة: وصى، 143/3.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ب- الوصية شرعا: عرفها الفقهاء بتعاريف عديدة نذكر منها:

- فقد عرفها الحنفية بأنها: "اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته، وبه تنفصل عن البيع، والإجارة والهبة؛ لأن شيئاً من ذلك لا يحتمل الإيجاب بعد الموت"[11] .
- وعند فقهاء المالكية وهي: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عيناً كان أو منفعة"[12].
- وعرفها الشافعية بأنها: "تبرع بحق مضاف لما بعد الموت"[13] .
- وعند الحنابلة: هي: " التبرع بالمال بعد الموت"[14] .

وطبقاً لهذه التعريفات نلاحظ أن الفقهاء القدامى لا يجيزون الوصية بغير الأموال والمنافع، وليس هناك أي إشارة إلى جواز الوصية بالأعضاء البشرية؛ لأنهم يرون أن جسم الإنسان خارج عن دائرة الأموال، فلم يجيزوا شرعاً التصرف بأعضاء جسم الإنسان، لكونها ليست مالاً، فلا تكون محلاً للوصية.

ولكن نقول: إذا اعتبرنا جسم الإنسان من قبيل الأشياء، فيدخل حينئذٍ في مفهوم الوصية بمعناها اللغوي، لأن الوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه. كما أن الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، وكأن الشخص الذي يوصي بجثته للغير بعد وفاته ، قد تبرع للغير لينتفع بها، شأنها شأن الانتفاع بأي شيء آخر. وهذا ما اقره الفقه المعاصر حيث ذهب إلى القول، بأن الوصية بالمنافع جائزة شرعاً، ومنها: الوصية بالانتفاع بأعضاء الميت، للضرورة العلاجية التي يقتضيها الشرع[15] .

ثانيا: تعريف التبرع في الفقه الإسلامي:

التبرعات في الفقه الإسلامي هي أن يوجب الإنسان على نفسه شيئاً لم يكن واجباً عليه على سبيل العطاء والتبرع، قال الحطاب: "الالتزام – أي التزام التبرع- هو إلزام الشخص نفسه شيئاً من الإحسان معلقاً على شيء أو مطلقاً فهو بمعنى العطية"[16] .

ويلاحظ على هذا التعريف: أنه جعل الالتزام المذكور مطلقاً فيدخل فيه كل أشكال التبرع مثل التبرع بالمال أو التبرع بالأعضاء مع أن فقهاء المالكية القدامى في كتبهم الفقهية لا يجيزون التبرع بالأعضاء البشرية.

11- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ) ، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م، 332/7.

12- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ) دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1998م، 422/4.

13- مغني محتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م، 39/3.

14- الكافي في فقه أحمد بن حنبل، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، بيروت، لبنان ، الطبعة الخامسة، 1408هـ - 1988م، 474/4.

15- ينظر: الفتاوى الإسلامية الصادرة من دار الإفتاء المصرية، الفتوى رقم 1323، القاهرة/ 1983م، 3702/10.

16- تحرير الكلام في مسائل الالتزام، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالحطاب المالكي (المتوفى: 954هـ)/ مطبوع مع كتاب (فتح العلي المالك) للشيخ العليش، الطبعة الخامسة، ، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر،1958م، 218/1.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وأضف على ذلك أن الباحثين المعاصرين عدَّوا التبرع بالأعضاء البشرية دون مقابل في بعض الأحيان بالتنازل، وأحياناً بالتبرع، وأحياناً بالهبة[17] ، وهكذا.

يستشف مما سبق تقريره أن الخلاف لفظي إذ أن التعبيرات السابقة جاءت بمعنى واحد ألا وهي: أن يتخلى الإنسان بعضو من أعضائه لشخص آخر دون مقابل لغرض إنقاذ مريض من الموت أو الهلاك على سبيل العطاء والإحسان.

وأن الاختلاف الناجم بين القهاء في هذه المسألة هو اختلاف في المصطلح لا أكثر وقد ثبت في علم الأصول: أنه لا مشاحة في الاصطلاح[18] ، ويبدو لي: أن التعبير بلفظ التبرع أتقن وأكمل؛ ذلك لأنه واسع المعنى ونتلافى به كثيرا من الصعوبات والمشاكل التي ينتج خلال إطلاق مصطلح له حدود معلومة عند الفقهاء، فلفظ الهبة مثلاً: تأتي بمعنى التمليك، بمعنى أن التمليك مال، وأن الواهب مالك له، وبالهبة تنقل ملكيته إلى الشخص الموهوب له. وهذا من الصعب تطبيقه على هذه القضية التي نحن بصددها؛ لأن الفقه الإسلامي لا يطلق اسم المال على الإنسان، كما لا يعطي الإنسان التصرف بجسمه كيفما شاء.

فمثلاً: الهبة عند علماء الشافعية [19] هي: "مالا يقصد له بدل"[20] وشرط الثواب في مقابل الهبة باطل عندهم[21] .

وفي ضوء ما سبق، فإن الفقهاء المتقدمين لا يجيزون بالإجماع التبرع بأعضاء الإنسان أو بيعه أو هبته أو وقفه على أحد؛ لأن الإنسان لا يملك جسده، بل المالك الحقيقي هو الله – تعالى- وبيع ما لا يملك باطل شرعا.

ومن الشروط التي يجب أن تتوافر في المتبرع أن تكون كامل الأهلية[22] كما جاء في قانون إقليم كوردستان[23] وهذا محل اتفاق بين الفقهاء الذين يجيزون التبرع بالأعضاء البشرية.

17- الهبة لغة: العطية الخالية عن الأغراض والأعواض، وشرعا: تمليك العين بلا عوض، في حال الحياة تطوعا. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة (وهب)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني ، 116/6، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشربيني، 396/2.

18- ينظر: شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: 793هـ)، مكتبة صبيح، مصر، دون طبع، دون تاريخ، 50/1، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (المتوفى: 1250هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط،309/1.

19- الأم، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، (المتوفى: 204هـ) دار المعرفة، لبنان– بيروت،1410هـ/1990م، 64/4.

20- المجموع، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، 1422هـ - 2001م، 370/15.

21- ينظر: الأم، محمد بن إدريس ، 65/4.

22- المقصود بالأهلية الكاملة: أن تكون الشخص بالغا عاقلا رشيداً، فلا يعتد بإذن الصبي والمجنون والسفيه والسكران؛ لأن هولاء لا يتمتعون بالأهلية الكاملة.

23- المادة (1)، الفقرة (7)، قانون رقم (1)، لسنة 2018م.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المبحث الثاني

موقف قانون إقليم كوردستان – العراق من الوصية بأعضاء جسم الإنسان وتقويمها في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: ماهية الوصية بالأعضاء البشرية في قانون إقليم كوردستان – العراق:

ربط قانون إقليم كوردستان العراق عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين بتواجد عنصرين رئيسين:

العنصر الأول: التأكد من واقعة الوفاة تأكداً تاماً وذلك من خلال الإثبات الطبي والشرعي من قبل لجنة مشكلة لهذا الغرض طبقاً لما جاء في المادة (9)، الفقرة (2): "التحقيق في وفاة الموصي بصورة حاسمة من قبل لجنة مشكلة لهذا الغرض"[24] .

والعنصر الثاني: وهو أن تكون الوصية لغرض العلاج وعلى سبيل التبرع، والهدف منه التمليك دون عوض كما جاء في المادة (1)، الفقرة (8)(25) .

ولفهم طبيعة التصرفات الواردة على أعضاء جسم الإنسان بعد الوفاة وفقاً للقوانين بشكل عام وقانون إقليم كوردستان العراق بوجه خاص سنبحث الموضوع من عدة جوانب، أبرزها:

1- من حيث التسمية:

أجاز معظم القوانين الوضعية الوصية بالأعضاء البشرية، واستخدموا كلمة (الوصية) في أغلب التشريعات القانونية، واعتبروا جسد الإنسان من الأشياء التي يمكن الوصية بها مع الإقرار بأن جسد البشر لا يقابل بمالٍ ولا يدخل تحت إطار التعامل المالي، وفي المقابل استعمل بعض القوانين والتشريعات كلمة الموافقة أو التنازل بدل الوصية؛ لأنهم يرون أنّ استعمال هذه العبارة غير دقيق؛ لأن الوصية ترد على مال، والتصرف بجسم الإنسان ليس حقاً مالياً.

وبالنسبة لقانون إقليم كوردستان فقد استخدم كلمة (الوصية) إذا تبرع الموصي بأحد أعضائه كما جاء في المادة (1) :" أن يكون الموصي قد أوصى أثناء حياته بالتبرع بأحد أعضائه"[26] .

2- من حيث ثبوت الأهلية:

اتفقت التشريعات والقوانين في معظم بلدان العالم الإسلامي على أن يكون الموصي كامل الأهلية، لأن الإنسان البالغ العاقل يستطيع أن يعبر عن كامل إرادته وهو حي يرزق وذلك بالترخيص بالاستفادة من أعضائه أو جثته لأسباب علاجية أو طبية.

فإذا توافرت لدى الشخص أهلية الإرادة والتصرف فيستطيع أن يتصرف في جثته كما يتصرف في أمواله، أما عديم الأهلية كالصبي والمجنون فلا يقدرون على ذلك، وما يصدر عنهم لا يعتد بالقبول ولا حتى بالرفض.

24- قانون إقليم كوردستان العراق، رقم (1)، لسنة 2018م.
25- قانون رقم (1)، لسنة 2018م.
26- الفقرة (9)، قانون رقم (1)، لسنة 2018م.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وقد نص قانون إقليم كوردستان العراق صراحة على أنه لا يقبل الوصية إذا كان الموصي قد تبرع بأحد أعضائه وهو عديم الأهلية أو ناقصها، كما جاء في المادة (5) :"لا يقبل التبرع من الشخص عديم الأهلية أو ناقصها"[27]

3- من الناحية الشكلية:

تتطلب معظم القوانين المختلفة وجود شكل لإرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته بعد موته أو جزء منها، وتتم هذه الشكلية عن طريق وثيقة رسمية تثبت الوصية في حالة حدوث نزاع أمام الحاكم، وبهذا تكون الوصية في مأمن للجهة الطبية التي تقوم بعملية نقل وزرع الأعضاء.

والمقنن في إقليم كوردستان العراق أكد في المادة (9): على أن يكون الموصي بالتبرع بأحد أعضائه قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في ورقة رسمية وذلك وفقا للإجراءات الطبية بموجب هذا القانون[28] .

4- رضا الأقارب بعد الوفاة:

لقد أجاز قانون إقليم كوردستان العراق نقل وزرع الأعضاء من الأشخاص المتوفَّى لغرض علمي أو بقصد العلاج بناء على موافقة الأقارب حتى الدرجة الرابعة[29] ، وفي جميع الأحوال لا بد أن تكون الموافقة تحريرية ووفقاً للشروط الآتية:

1- أن لا يكون الشخص المتوفي قد أوصى في حياته بالتبرع بأي عضو من جسمه بعد وفاته، ويكون ذلك بموجب محرر موثق بشهادة شخصين مؤهلين قانونا .
2- التحقيق في وفاته بصورة حاسمه من قبل لجنه مشكلة لهذا الغرض[30] .

5- الرجوع عن الوصية:

إذا رجع الشخص قبل الوفاة عن وصيته بالتبرع بأحد أعضائه أو الانتفاع بجثته بعد موته لأغراض علمية أو طبية فإن هذه الإرادة لا بد أن تحترم وفقاً للإجراءات المحددة التي حددها القانون في إقليم كوردستان العراق، كما جاء في المادة (9): "للموصي بأحد أعضائه الرجوع عن وصيته"[31] .

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الوصية بالأعضاء البشرية.

إن مسألة الوصية بجسم الإنسان من المسائل المستجدة ولم يتعرض لها الفقهاء القدامى في كتبهم حيث لا توجد نصوص شرعية لا في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية الشريفة تبيح مباشرة جواز الوصية بجسم

27- الفقرة (2)، قانون رقم (1)، لسنة 2018م.
28- الفقرة (1)، قانون رقم (1)، لسنة 2018م.
29- المقصود بالدرجة الرابعة هم: قرابة الميت حسب قوة القرابة على الوجه الآتي:
الدرجة الأولى: الأب، الأم، الزوجة، الإبن، البنت. الدرجة الثانية: الأخ، الأخت، الجدة، أولاد الإبن، أولاد البنت. الدرجة الثالثة: العم، العمة، الخال، الخالة. الدرجة الرابعة: ابن العم، ابن العمة، ابن الخال، ابن الخالة.
30- المادة (9)، الفقرة (2)، قانون رقم (1)، لسنة 2018م.
31- الفقرة (4)، قانون رقم (1)، لسنة 2018م.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الإنسان. ومع هذا لا توجد نصوص شرعية تحرمه صراحة، لذلك نبين في هذا المطلب موقف الفقهاء من الوصية بالأعضاء البشرية على الوجه الآتي:

أولا: أراء الفقهاء حول الوصية بالأعضاء البشرية:

1- في الفقه القديم:

لم يتناول الفقهاء مسألة الوصية بالأعضاء البشرية في كتبهم، إذ أنهم حرموا نقل الأعضاء البشرية، فقد نقل الإمام برهان الدين – رحمه الله- من فقهاء الحنفية عن الإمام الشيباني: " ولا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة، أو بقرة ، أو بعير، أو فرس ، أو غيره من الدواب ، إلا عظم الخنزير والآدمي، فإنه يكره التداوي بها"[32] . ويقول الإمام الرملي – رحمه الله- من فقهاء الشافعية:" ويحرم قطعه البعض من نفسه لغيره ولو مضطراً ، كما يحرم أن يقطع من غيره لنفسه من معصوم"[33] . ويقول ابن الحاج من المالكية: "والميت يتأذى مما يتأذى منه الحي، ذلك أن حرمته كحرمة الحي حال حياته"[34] .

2- في الفقه المعاصر:

اتجه الفقهاء المعاصرون حول الوصية بالأعضاء البشرية إلى اتجاهين:

أ- الاتجاه الأول:

يرى عدم جواز الوصية بأي عضو من أعضاء جسم الإنسان[35] ، واستدلوا بالحديث النبوي والمعقول على الوجه الآتي:

1- أما الحديث: فعن أم المؤمنين عائشة – رضي الله عنها قالت: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ-: «إِنَّ كَسْرَ عَظْمِ الْمُؤْمِنِ مَيْتًا، مِثْلُ كَسْرِهِ حَيًّا»[36] .

أفاد الحديث الشريف: أن استئصال العضو من المتوفى يعتبر تعدياً على جسد الإنسان، ولا يجوز التعدي على جسد الإنسان سواء كان حياً أم ميتاً.

2- وأما المعقول، فقالوا:

أ- أن الموصي ليس مالكاً لما وصى به، وقالوا: إن الإنسان إذا كان لا يملك جسده وهو حي يرزق

32- المحيط البرهاني في الفقه النعماني، برهان الدين محمود بن أحمد أبو المعالي، (المتوفى: 616هـ)، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1424 هـ - 2004 م، 372/5.

33- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، دار الفكر، بيروت، ط 4، - 1404هـ/1984م، 8/ 163.

34- المدخل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد العبدري الفاسي المالكي الشهير بابن الحاج (المتوفى: 737هـ)، دار التراث ، دار الفكر، بيروت، د.ط.د.ت، 242/3.

35- وهو ما ذهب إليه متولي الشعراوي – رحمه الله- في كتابه: الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو بيعها مجلة اللواء الإسلامي،العدد 226 ، جمادى الثانية 1408، ص 22، وعبد الرحمن العدوي، نقل الأعضاء نقل الأعضاء من الحي أو موتى المخ محرم شرعاً ، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر ربيع أول 1413ه – 10 مارس 2009م، ص 11، وعبدالسلام السكري نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي ، دراسة مقارنة ، دار المنار ، الطبعة الأولى، 1988م ، ص 136.

36- الحديث صحيح، رواه الإمام أحمد، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق -رضي الله عنها-، برقم: 24338 ، 354/40. صحيح ابن ماجة، كتاب: الجنائز، باب، النهي عن كسر عظم الميت، برقم: 1616، 516/1. وداود، كتاب: الجنائز، باب: في الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان، برقم: 3207، 212/3.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

فكيف له أن يتصرف في جسده بعد الموت، وأن الله –تعالى- وحده مالك للإنسان فقط.

ومن العلماء الذين اتجهوا هذا الاتجاه الإمام متولي الشعراوي –رحمه الله تعالى- فذهب إلى أن الإنسان لا يجوز له أن يتنازل عن أي عضو من أعضائه حياً أو ميتاً؛ لأن الإنسان لا يملك جزءاً أو كلّاً من جسده، بل الله هو المالك للإنسان كله[37] .

ب- ذهبوا: إلى أن الوصية تَرِدُ على الأموال بحيث يجوز أن يتبرع الإنسان بالأموال ويتنازل عنها، وجسم الإنسان ليس مالاً، فلا يجوز للإنسان أن يوصي بعضو من أعضائه بعد وفاته فلا يكون محلاً للوصية، وقد ذكر الفقهاء أنه يجب أن يكون الموصى به مالاً متقوّماً[38] ، ولا ضير أن خلاف هذا يُعدّ مخالفة ظاهرة لشروط الوصية.

ب- الاتجاه الثاني:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه يجوز للإنسان أن يوصي بتبرع أي عضو من أعضائه بعد وفاته للأغراض العلمية أو العلاجية إذا كانت الغاية والمقصد من هذه الوصية والتبرع إنقاذ مريض من الهلاك [39]، وتكون الوصية في هذه الحالة نافذة ومعتبرة وفق الضوابط الشرعية والقانونية، واستدلوا بالقرآن الكريم والمعقول:

1- أما القرآن الكريم، فلقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ (المائدة:32).

ووجه الاستدلال بالآية: أن الوصية بالتبرع بالأعضاء بعد الوفاة يمكن أن تكون سبباً لإحياء نفس آخر، وقد أرشدنا سبحانه وتعالى في هذه الآية الكريمة إلى أن إنقاذ مريض من الهلاك أو الموت يعتبر إنقاذاً للإنسانية كلها.

2- وأما المعقول:

فقالوا: إن الوصية بالأعضاء لا بد أن تكون صادرة عن شخص كامل الأهلية، وعن وعي تام، واستدلوا على هذا بالتعريف اللغوي، بأن الوصية هي: العهد إلى الغير في القيام بفعل شيء حال حياة الموصي أو بعد وفاته[40] .

37- ينظر: مقالة، الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو بيعها،محمد متولي الشعراوي، ص 23.

38- ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 488/1.

39- هذا ما أفتى به وزارة الشؤون الإسلامية، بيان للناس من الأزهر الشريف، القاهرة، وزراة الشؤون الإسلامية، د.ط، 1984م، ص 313، وأفتى به محمد الخاطر رقم 1069، في 3 فبراير 1973م، وحسن مأمون رقم 1087، في 4 أبريل 1959م، وجاد الحق علي جاد الحق رقم 1323، في 5 ديسمبر 1979م. ينظر: انتفاع إنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، محمد علي البار، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد في السعودية- جدة، العدد الرابع، في 23 جمادى الآخرة 1408هـ الموافق لما بين 6و 11 فبراير 1988م، ص 10. وسئل الدكتور يوسف القرضاوي عن مدى جواز الوصية بالأعضاء البشرية فأجاب: لا مانع من أن يوصي بذلك بعد موته لأن فيه منفعة خالصة للغير دون احتمال أي ضرر عليه، فإن هذه الأعضاء تتحلل بعد أيام وتأكلها التراب، فإذا أوصى ببذلها للغير قربة إلى الله تعالى فهو مثاب مأجور على نيته وعمله، ولا دليل من الشرع على تحريم ذلك بشرط أن لا يكون التبرع بالجسم كله أو بجانب كبير منه".ينظر: أحمد محمود طه، المسؤلية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، ص 123.

40- ينظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة: وصى، 482/4.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

الرأي الراجح في المسألة:

يبدو مما سبق أن الرأي الثاني هو الراجح؛ لأنه إذا أوصى إنسان كامل الأهلية قبل وفاته بالتبرع بأحد أعضائه فإن وصيته في هذه الحالة تنفذ؛ لأنه صاحب الحق في التصرف بها، لكن يشترط أن يكون الهدف من تلك الوصية مصلحة شرعية ولأجل إنقاذ مريض من الهلاك المتيقن أو بالظن الراجح؛ ولأن الحكم المطلق لا يجوز تقييده أو تخصيصه بدون نص صريح[41] ، وليس هناك نص صريح صحيح يحرم أو يمنع التداوي بأعضاء الميت.

ووفق فقه الميزان النابع من مقاصد الشريعة، إذا وازنا بين الضررين ضرر استئصال أعضاء الميت وضرر فقدان حياة إنسان حي، فإن القاعدة الشرعية تقول: "إن الضرر الأخف يتحمل لدفع الضرر الأعظم" [42].

ويقول عز بن عبدالسلام – رحمه الله تعالى-: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلينا ذلك امتثالاً لأمر الله - تعالى- فيهما[43] ، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ (التغابن: 16).

ثانيا: شروط الفقهاء للوصية بالأعضاء البشرية:

قبل التطرق إلى هذه الشروط تجب الإشارة إلى أن هناك شرطين أساسين لا بد من توافرهما وهما:

1- التأكد والتحقق من الوفاة بكافة أنواع الطرق العلمية بحيث تثبت وفاة الموصي أو المتبرع[44].

2- وجود حالة الضرورة تثبت إنقاذ مريض من الهلاك أو الموت.

ولكي تجري أحكام الوصية بالأعضاء البشرية مجراها الصحيح فقد حدد فقهاء الشريعة الإسلامية جملة من الشروط، منها:

41- ينظر: البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ - 1997م، 158/1.

42- ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد محمد الزرقا، تعليق: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم- دمشق / سوريا، الطبعة الثالثة، 1409هـ - 1989م، ص 199.

43- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم (المتوفى: 660هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة،1414 هـ - 1991 م، ص 74.

44- جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: يمكن الحكم على وفاة الشخص إذا توافرت فيه إحدى العلامتين:

1- توقف القلب والتنفس لدى الشخص المريض توقفا كاملا، وقرر الأطباء أن هذا التوقف يستحيل الرجعة فيه.

2- تعطيل الدماغ تعطلا كاملا، وحكم الأطباء والخبراء المختصون في المجال الطبي بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل، وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلًا لا يزال يعمل آليًا بفعل الأجهزة المركبة. ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في عمان، ، المؤتمر الثالث، القرار رقم (5)، الموضوع، أجهزة الإنعاش، من 11 إلى 16 أكتوبر 1986م.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أ- تواجد الأهلية الكاملة لدى الموصي:

يشترط الفقه الإسلامي في الوصية أن يكون الموصي أهلاً للتبرع، وعلى هذا فإن الموصي بالتبرع بأحد أعضائه متى كان عاقلاً بالغاً فله أن يتصرف في أمواله وفي جثته، وبالمقابل فإن عديم الأهلية كالصبي والمجنون ومن في حكمهم لا يجوز لهم الوصية لا في الأموال ولا في الأبدان.

وقد نص قانون إقليم كوردستان العراق صراحة على أنه لا يقبل الوصية إذا كان الموصي تبرع بأحد أعضائه وهو عديم الأهلية أو ناقصها، كما جاء في المادة (5) :"لا يقبل التبرع من الشخص عديم الأهلية أو ناقصها"[45] .

ب- رضا الموصي:

لا بد أن يكون رضا الموصي صريحاً وموجوداً قبل موته، وإذا تعرض الموصي للإكراه أو الضغط أيا كان حالته كالحصول على شيء معين بعد وفاته في مقابل التنازل عن أحد أعضائه، فإن الوصية في هذه الحالات تعتبر باطلة وغير نافذة.

والمقنن في إقليم كوردستان العراق أكد في المادة (9): على أن يكون الموصي بالتبرع بأحد أعضائه قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في ورقة رسمية وذلك وفقاً للإجراءات الطبية بموجب هذا القانون[46] .

وثمة مسألة أثيرت وهي في حالة لم يعبر الميت عن إرادته بالتبرع بأحد أعضائه في حال حياته، فهل يصح لأقاربه التصرف بجثته بعد موته؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهبوا إلى جواز ذلك بشرط إعطاء هذا الحق للأقارب المقربين الذين تربطهم صلة دم فقط بالميت[47] .

والقول الثاني: ذهبوا إلى أنه لا يجوز للورثة أن يتصرفوا بأعضاء الميت، وقالوا: إنه إذا لم تصدر الوصية من صاحب الحق فلا يصح لأقارب الميت أن يتصرفوا بجثة الميت[48] .

ولقد أجاز قانون إقليم كوردستان العراق نقل وزرع الأعضاء من الأشخاص المتوفَّى لغرض علمي أو بقصد العلاج بناء على موافقة الأقارب حتى الدرجة الرابعة[49] .

45- الفقرة (2)، قانون رقم (1)، لسنة 2018م.

46- الفقرة (1)، قانون رقم (1)، لسنة 2018م.

47- هذا ما أفتى به وزارة الشؤون الإسلامية، بيان للناس من الأزهر الشريف، القاهرة، وزراة الشؤون الإسلامية، د.ط، 1984م، ص 313، وأفتى به محمد الخاطر رقم 1069، في 3 فبراير 1973م، وحسن مأمون رقم 1087، في 4 أبريل 1959م، وجاد الحق علي جاد الحق رقم 1323، في 5 ديسمبر 1979م. ينظر: انتفاع إنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، محمد علي البار، ص 10.

48- ينظر: عقود التبرعات، الهبة – الوصية، حمدي باشا عمر، دار الهومة، الجزائر، 2004م، ص 48.

49- المقصود بالدرجة الرابعة هم: قرابة الميت حسب قوة القرابة على الوجه الآتي:
الدرجة الأولى: الأب، الأم، الزوجة، الإبن، البنت. الدرجة الثانية: الأخ، الأخت، الجدة، أولاد الإبن، أولاد البنت. الدرجة الثالثة: العم، العمة، الخال، الخالة. الدرجة الرابعة: ابن العم، ابن العمة، ابن الخال، ابن الخالة.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

أما إذا صرح الشخص في حال حياته بعدم رغبته بالتبرع بأحد أعضائه فيرجح الباحث أن المعتبر هنا رغبة صاحب الجثة؛ لأن سلامة جثته وعدم المساس بها هو الأصل المقرر شرعاً.

أما إذا لم يعبر المتوفى عن إرادته في التبرع بأحد أعضائه، فهنا يمكن أن نأخذ بالقول الأول حيث أجازوا للأقارب الذين تربطهم صلة دم بالميت في التصرف بجثته، وذلك للأسباب الآتية:

1- أن التصرف بالجثة من الناحية الشرعية تنتقل إلى الورثة[50]، فإذا أذن الورثة بنقل عضو من أعضاء الميت جاز ذلك؛ لأن ذلك من حقوقهم، بشرط أن لا يكون هناك عبارة صريحة من الشخص قبل موته بعدم تبرعه بأعضائه بعد موته.
2- أن ما أذن به الورثة إنما يعبر عن رغبة الميت؛ لأن ذلك من فعل الخير، وقد أذن به الشرع.

ج- أن لا تكون الوصية مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية:

اشترط الفقه الإسلامي ألا تكون الوصية بمعصية، وأن لا يكون المقصد منها مخالفاً لمقاصد الشارع، أو مبنياً على سبب غير مشروع، كالوصية التي تؤدي إلى اختلاط الأنساب، مثل التبرع بالخصية أو المبيض، فإن ذلك لا يجوز.

وهذا ما أكد عليه المقنن الكوردستاني حيث نص على أنه: "يحظر زرع الغدد التناسلية وأجزائها وأنسجتها وخلاياها"[51].

د- عدم العدول عن الوصية قبل الموت:

أجمع الفقهاء على أنه يجوز للموصي أن يرجع عن وصيته أثناء حياته؛ لأن الوصية كما ذكرنا آنفا: عقد غير لازم، ومن ثَمّ كان للموصي الحق بالرجوع عن وصيته في أي وقت شاء[52].

كذلك، جاء في قانون في إقليم كوردستان العراق في المادة (9): "للموصي بأحد أعضائه الرجوع عن وصيته"[53].

50- ذكر الفقهاء أن المقذوف إذا مات قبل مطالبته بحقه من القاذف فإن هذا الحق تنتقل مباشرة إلى الورثة، فإن شاءوا عفوا وإن شاءوا طلبوا بإقامة الحد عليه. ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، ص 331. وكذلك إذا مات المقتول في جرحه ولم يعفوا عن القاتل فإن حق القصاص تنتقل إلى الورثة. ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 185/2.

51- المادة (2)، الفقرة (2).

52- ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، 378/7، ، حاشية الدسوقي، الدسوقي، 426/4، المهذب، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت، 347/3، الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: 682هـ)، حققه وعلق عليه: محمود الأرناؤوط، ياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، ط1، 1421 هـ - 2000 م، 363/2، المحلى بالآثار،أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، دار الفكر – بيروت، د.ت، د.ت، 391/8.

53- الفقرة (4)، قانون رقم (1)، لسنة 2018م.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

هـ- عدم بطلان الوصية:

ذكر الفقهاء أن الوصية تبطل لأسباب: كأن يرجع الموصي عن وصيته كما ذكرنا سابقاً، أو زوال أهليته كأن وصى بالتبرع بأحد أعضائه ثم جنّ أو زالت أهليته(54)

المطلب الثالث: الضوابط الشرعية للوصية بالأعضاء البشرية:

لقد وضع الفقهاء جملة من الضوابط لكي تكون الوصية بالأعضاء البشرية صحيحة، ومن أهم هذه الضوابط:

1- أن تكون الوصية مبنية عن إرادة حرة كامل الأهلية، وغير متعرضٍ لأي ضغوطات أو إكراه(55).
وبناء على هذا متى كان الموصي بأحد أعضائه بالغاً عاقلاً توافرت لديه أهلية الإيصاء، فيجوز أن يتصرف في أمواله وفي جثته، أما إذا كان دون ذلك، كالصبي والمجنون ومن في حكمهما فلا تصح الوصية الصادرة منه.

2- أن يكون القصد من الوصية بالأعضاء المحافظة على إنسان حي أو علاجه من مرض فتاك، بمعنى أن يكون غرض الموصي من هذه الوصية إيصال الخير إلى أفرد المجتمع واحتساب الأجر على الله – سبحانه وتعالى- وعلى هذا لو ترتب على الوصية اكتساب أي منفعة مادية أو عينية فتكون الوصية غير نافذة وتعتبر باطلة(56).

3- أن يغلب على الظن نجاح عملية نقل وزرع العضو، وذلك من خلال برنامج متكامل عن طريق الجهة المعنية مثل الأطباء المختصين بزرع الأعضاء.

4- عدم تنفيذ الوصية إلا بعد التأكد من وفاة الموصي بحيث تثبت استحالة رجوع الموصي إلى الحياة مرة أخرى(57).

5- الوصية بجميع جسم الإنسان لا يجوز؛ لأن هذا يعتبر اعتداء على جسد الميت؛ لأن الإنسان مكرم حياً أو ميتاً.

الخاتمة:

في ختام البحث، نسجل أبرز النتائج والتوصيات على الوجه الآتي:

أولا: النتائج:

1- أجاز قانون إقليم كوردستان- العراق الوصية بجسم الإنسان وفق شروط أساسية بحيث لا تنفذ الوصية إذا فقدت إحدى هذه الشروط.

54- ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ، 381/7، الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: 593هـ)، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان، د.ط، د.ت، 335/3-336.

55- ينظر: القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية طبية معاصرة، محمد علي القرداغي، علي يوسف المحمدي، دار البشائر الإسلامية، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية، 1427هـ -2006م، ص 497.

56- ينظر: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، حسام الدين الأهواني، القاهرة، مطبعة عين شمس، مصر- القاهرة، الطبعة الأولى، 1999م، ص 55.

57- ينظر: مشروعية التصرف بالأعضاء في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، سعيد عبدالسلام، مجلة المحاماة، العددان: 9-10، العدد 70، 1990م، ص 149.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

2- اشترط المقنن الكوردستاني في الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية أن يكون المتبرع كامل الأهلية، ولا يقبل الوصية من المجنون والصبي.
3- لم يجز الفقهاء القدامى الوصية بالأعضاء البشرية؛ لأنهم يرون أنّ الوصية لا تَرِدُ إلا على مال، وأن جسم الإنسان ليس محلاً للوصية. أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفت آراؤهم فمنهم من يجيز ذلك ومنهم من لا يجيز ذلك.
4- يتفق معظم الشروط التي جاء في قانون إقليم كوردستان العراق مع الشروط والضوابط الفقهية التي وضعها الفقهاء الذين يجيزون الوصية بالأعضاء البشرية .

ثانيا: التوصيات:

1- انتهاض وزراة الصحة في إقليم كوردستان العراق، بإنشاء قسم خاص في المستشفيات لزرع ونقل الأعضاء البشرية تحت رعاية مجموعة من الأطباء المختصين بهذا الشأن، وإعداد قائمة بأسماء المتبرعين والموصين بالعضو البشري، وأسماء المرضى المحتاجين للزرع.
2- التأكيد على ضرورة لعب مؤسسات ووسائل الإعلام وعلماء الدين، بنشر ثقافة التبرع بالأعضاء البشرية حال الحياة وبعد الممات، وتصحيح المفاهيم حول هذا الموضوع، وترغيب الناس للإقدام بتسجيل أسمائهم بالوصية بالتبرع بأحد أعضائهم بعد الوفاة، وإعلامهم أن هذا العمل من باب الأعمال الصالحة والصدقة الجارية.
3- ضرورة توفير بطاقة التبرع بالأعضاء البشرية لتنظيم وتسهيل الحماية القانونية والشرعية اللازمة للمؤسسات الطبية التي تقوم بعمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية.
4- ضرورة عقد ملتقيات وندوات داخل إقليم كوردستان العراق تجمع بين أهل الاختصاص من الأطباء والقانونيين وفقهاء الشريعة الإسلامية لتنظيم هذه المسألة تنظيماً قانونياً وشرعياً، وذلك لضرورة حماية المتبرع والموصي من الاتجار بأعضائهم، ووضع عقوبات صارمة لكل من خالف النظام والآداب العام.
5- يمكن لقانون إقليم كوردستان العراق المتعلق بموضوع زراعة الأعضاء البشرية عامة، وفي موضوع الوصية بالأعضاء البشرية خاصة أن تستفيد من الفقه الإسلامي حيث هناك أبحاث كثيرة كتبت في هذا الموضوع، ويجعل هذا القانون أكثر قوة ومتانة من الناحية العلمية والعملية.

المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم:
1- الأم، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، (المتوفى: 204هـ) دار المعرفة، لبنان– بيروت،1410هـ/1990م.
2- انتفاع إنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، محمد علي البار، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد في السعودية- جدة، العدد الرابع، في 23 جمادى الآخرة 1408هـ الموافق لما بين 6و 11 فبراير 1988م.
3- الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو بيعها، محمد متولي الشعرواي، مجلة اللواء الإسلامي، العدد 226 ، جمادى الثانية 1408هـ.
4- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ) ، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م، 332/7.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

5- البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ - 1997م، 158/1.
6- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ) دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1998م.
7- حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (المتوفى: 1250هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط.
8- شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: 793هـ)، مكتبة صبيح، مصر، دون طبع، دون تاريخ.
9- شرح القواعد الفقهية، أحمد محمد الزرقا، تعليق: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم- دمشق- سوريا، الطبعة الثالثة، 1409هـ - 1989م.
10- الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: 682هـ)، حققه وعلق عليه: محمود الأرناؤوط، ياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، ط1، 1421 هـ - 2000 م.
11- عقود التبرعات، الهبة – الوصية، حمدي باشا عمر، دار الهومة، الجزائر، 2004م.
12- عمليات زرع نخاع العظام، جورج ماثي، مجلة واي باك الطبية، العدد 23، لسنة 2017م.
13- القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية طبية معاصرة، محمد علي القرداغي، علي يوسف المحمدي، دار البشائر الإسلامية، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية، 1427هـ -2006م.
14- الكافي في فقه أحمد بن حنبل، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، بيروت، لبنان ، الطبعة الخامسة، 1408هـ - 1988م.
15- لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري (المتوفى: 711هـ) ، دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ.
16- المجموع، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، 1422هـ - 2001م.
17- المحلى بالآثار،أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، دار الفكر – بيروت، د.ت، د.ت.
18- المحيط البرهاني في الفقه النعماني، برهان الدين محمود بن أحمد أبو المعالي، (المتوفى: 616هـ)، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1424 هـ - 2004 م.
19- المدخل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد العبدري الفاسي المالكي الشهير بابن الحاج (المتوفى: 737هـ)، دار التراث ، دار الفكر، بيروت، د.ط.د.ت .
20- المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، حسام الدين الأهواني، القاهرة، مطبعة عين شمس، مصر- القاهرة، الطبعة الأولى، 1999م.
21- مشروعية التصرف بالأعضاء في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، سعيد عبدالسلام، مجلة المحاماة، العددان: 9-10، العدد 70، 1990م.
22- مغني محتاج إلى معرفة معاني المنهاج،شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م.
23- المهذب، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت.
24- نقل الأعضاء نقل الأعضاء من الحي أو موتى المخ محرم شرعاً، عبدالرحمن العدوي، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر ربيع أول 1413ه – 10 مارس 2009م.
25- نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، عبدالسلام السكري، دراسة مقارنة ، دار المنار ، الطبعة

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

الأولى، 1988م.
26- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، دار الفكر، بيروت، ط 4، - 1404هـ/1984م.
27- الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: 593هـ)، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان، د.ط، د.ت.

وەسیەتکردن بە بەخشینی یەکێك لە ئەندامەکانی لاشەی مرۆڤ لە یاسای بەخشین و چاندنی ئەندامەکانی لاشەی مرۆڤ لە کوردستانی عێراق

تۆێژینەوەیەکی هەڵسەنگاندنە لە روی فیقهی ئیسلامی

پوختە:

بابەتی وەسیەتکردنی مرۆڤ بە بەخشینی یەکێك لە ئەندامەکانی لاشەی خۆی پاش مردن، یەکێکە لە بابەتە فیقهیە هاوچەرخەکان، زانایانی فیقهی ئیسلامی سەردەمانی پێشوو لە پەرتوکەکانیان باسی ئەم بابەتەیان نەکردووە، بەڵام زانایانی ئەم سەردەمە چەندین پەرتوك و تۆێژینەوەیان لەسەر ئەم بابەتە کردووە هەم لە روی فیقهی ئیسلامی و هەمیش لە روی یاساییەوە، وە زۆر لە وڵاتانی جیهان یاسایان دەکردووە لەسەر ئەم بابەتە، یەکێك لەو یاسایانە، یاسای " بەخشین و چاندنی ئەندامەکانی لاشەی مرۆڤ لە کوردستانی عێراق"، ئەم یاسایە هەوڵی داوە لە چەند ماددەو برگەیەك بابەتی وەسیەتکردن بە یەکێك لە ئەندامەکانی لاشەی مرۆڤ ڕێك بخات، تۆێژەر لەم تۆێژینەوەیەدا ئەیەوێ ئەم ماددەو برگانە هەڵبسەنگێنێ و بەراوردی بکە بە فیقهی ئیسلامی، لە هەمان کاتدا ئەیەوێ پەنجە بخاتە سەر خاڵە بەهێزو لاوازەکانی ئەم یاسایە، وە پێشنیارکردنی چەند خاڵێکی بەهێز بۆ ئەم یاسایە. تۆێژینەوەکە لە دوو بەش پێك هاتووە، بەشی یەکەم بریتیە لە: پێناسەی وەسیەت کردن و بەخشین لە یاسا، وە هەڵسەنگاندنی لە روی فیقهی ئیسلامی. بەشی دووەم بریتیە لە: رای یاسای هەرێمی کوردستان لە وەسیەتکردن و بەخشینی ئەندامی لاشەی مرۆڤ چۆنە، وە هەڵسەنگاندنی لە روی فیقهی ئیسلامی. لە کوتاییدا چەند ئەنجام و پێشنیارێك تۆمارکراون.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

The will to Donate Human Organs in the Human Organ Donation and Transplant Law in the Kurdistan Region - Iraq

A jurisprudential evaluative study

Ardawan Mustafa Ismael
Department of Sharia, College of Islamic Science, Salahaddin University, Erbil, Kurdistan Region, Iraq.
ardawan.ismael@su.edu.krd

Rebaz Sdiq Ismail
Department of Sharia, College of Islamic Science, Salahaddin University, Erbil, Kurdistan Region, Iraq.
rebaz.ismail@su.edu.krd

Keywords: *The Will, Donation, Human Body, Organ Transplant, Law and Sharia*

Abstract

The issue of the will of human organs is one of the contemporary jurisprudential issues and the ancient jurisprudential heritage has not been exposed to it, neither from near nor from a far, but a group of contemporary jurisprudential books and research have been written regarding this issue and some of contemporary scholars permit and others prevent. To add, a set of international laws have been issued regulating the issue of the will of human organs, including: Law of Donation and Transplantation of Human Organs in Kurdistan – Iraq, This law dealt with the issue of the will of the human body through a set of legal articles and paragraphs related to this matter. In this research, the researcher tries to evaluate and compare these legal articles and paragraphs with Islamic jurisprudence regarding this subject. The research included two topics, we mentioned in the first topic: the definition of the will and donation in the law and its evaluation in Islamic jurisprudence. In the second topic: we illustrated the position of the law of the Kurdistan Region - Iraq regarding the

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٧) – العدد (١)، شتاء ٢٠٢٢
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

commandment of the members of the human body and its evaluation in Islamic jurisprudence. In conclusion, the researcher reached a number of results and recommendations.