الشروط القانونية لإباحة نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية
دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة

دكتور
طارق أحمد ماهر زغلول
مدرس القانون الجنائي
كلية الحقوق – جامعة عين شمس

٢٠١٥

توطئـة

أولا – موضوع البحث:

تتطلب ممارسة الأعمال الطبية والجراحية المساس بالسلامة الجسدية . وتتطابق هذه الأعمال مع النموذج القانوني لجرائم المساس بسلامة الجسم ، ومع ذلك تخرج هذه الأعمال من نطاق الحماية الجنائية المقررة على جسم الإنسان ، ولا يبرر هذا الخروج بحسن دافع أو باعث الطبيب أو انتفاء قصده الجنائي أو إلى رضاء المجني عليه بأعمال التطبيب أو الجراحة [١] . وفى الواقع فإن انتفاء المسئولية الجنائية للطبيب أو للجراح يرجع إلى إباحة الأعمال الطبية أو الجراحية ذاتها التي يباشرها على جسم المريض ، ذلك لأن عمل الطبيب هو علاج المريض وتطبيبه ومحاولة علاجه وتخفيف الألم عنه بكل الوسائل الطبية المتعارف عليها ، ومن ثم ينتفي الاعتداء على الحق وتزول علة التجريم وتتعين الإباحة .

وبالإضافة إلى ذلك ، فقد تواتر الفقه والقضاء على شروط موضوعية ينبغي توافرها لتحقق إباحة الأعمال الطبية . وتتعلق هذه الشروط بصفة ممارس مهنة الطب ، وقصد العلاج ، ورضاء المريض ، ومراعاة القواعد والأصول الطبية . فمن ناحية أولى ، يشترط في المعالج كونه طبيباً ، وهذه الصفة تتوافر في الشخص الحاصل على ترخيص بمزاولة مهنة الطب . وعلى هذا يمكن تعريف الترخيص الطبي بأنه الحصول على المؤهل الدراسي اللازم لممارسة المهنة وهو الحصول على درجة البكالوريوس من كلية الطب ، أما إذا لم يحصل على هذا الترخيص وُصمت أفعال هذا الشخص بعدم المشروعية [٢]. ومن الجدير بالذكر ، أن الترخيص بمزاولة مهنة الطب قد يكون عاملاً

---

(١) – راجع : د. جميل عبد الباقي الصغير ، ، قانون العقوبات . جرائم الدم ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ ، ، ص ١٩٩ ؛ د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، ص ٤٤١.

(٢) – ومن التطبيقات القضائية لشرط الحصول على الترخيص لإباحة العمل الطبي ، ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن « الطبيب الجراح لا يعد مرتكباً لجريمة الجرح عمداً لأن قانون مهنته – اعتمادا على شهادته الدراسية – قد رخص له في إجراء العمليات الجراحية بأجسام المرضى . وبهذا الترخيص وحده ترتفع مسئوليته الجنائية عن فعل الجرح »" نقض ٢٤ اكتوبر ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ٢ع ، س ٢ ، رقم ٢٣٨٧ ، ص ٦٠٢ " . كما قضت في حكم آخر إنه « إذا كانت الواقعة التي أثبتها الحكم هي أن المتهم وهو غير مرخص له في مزاولة مهنة الطب خلع ضرسين للمجني عليه فسبب له بذلك ورماً بالفك الأيمن فهذه جريمة إحداث جرح عمد بالمادة ٢٤٢/١ من قانون العقوبات ، لا إصابة خطأ »." نقض ١٨فبراير ١٩٥٢ ، مكتب فنى ٣، س ٢١ ، رقم ١١٨٣ ، ص ٦٩٨ " .

شاملاً لجميع إعمال المهنة ، وقد يكون خاصاً بمباشرة إعمال معينة منها . وفى هذه الحالة لا تتحقق الإباحة إلا إذا كان العمل داخلاً في حدود الترخيص المقرر . [١]

ومن ناحية ثانية ، يشترط في العمل الطبي حتى يحوز الإباحة أن يكون الطبيب مستهدفاً بعمله الغاية التي تقرر من أجلها الحق . وفى عبارة أخرى، يجب أن يكون كل تدخل طبي سواءً أكان دوائي أو جراحي مسعاه علاج المريض . فإن خرج عن هذا الهدف اعتبر عمل الطبيب جريمة وخرج بالتالي عن نطاق أسباب الإباحة .

ومن ناحية ثالثة ، يجب على الطبيب أن يحصل على رضاء المريض بالعلاج ، فالقانون لا يخوله إخضاع المريض للعلاج رغماً عنه ، بل فقط إذا ما دعاه المريض إلى ذلك [٢]. ولا يؤثر في توافر الرضاء صورته ، فالرضاء قد يكون صريحا ، وقد يكون الرضاء ضمنيا يستسقى من موقف المريض السلبي مثل سكوته ودخوله غرفة العمليات بعد طلب الطبيب منه ذلك . فكل ما يشترط في هذا الشأن أن يكون رضاء المريض صحيحاً ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان حراً ومتبصراً وصادراً عن ذي أهلية . فإذا وقع المريض في غلط أو تدليس أو أكراه فإن رضاؤه يتجرد من قيمته القانونية . كما يجب أن يكون رضاء المريض مبنياً على أساس من العلم المستنير بطبيعته ونوعيته ومخاطر النتائج المحتملة للعمل الطبي الذى ينصرف إليه رضاؤه .

ومن ناحية رابعة ، يجب على الطبيب في ممارسته لمهنته أن يراعى القواعد والأصول الطبية المتعارف عليها حتى يستطيع أن يتمتع بسبب إباحة . فإن خرج على هذه القواعد اعتبر مرتكبا لخطأ فني جسيم يسأل عنه كصاحب مهنة وفقا لصورة الخطأ الذى تم ارتكابه .

---

(١) – وفى هذا الخصوص قضت محكمة النقض إنه « إذا كانت الرخصة القانونية لا تأثير لها في قيام القصد الجنائي بل ولا في وقوع الجريمة ، فإنها باعتبارها من أسباب الإباحة المنصوص عليها في القانون ترفع عن المرخص لهم المسئولية المترتبة على الجريمة التي وقعت . وإذ كانت أسباب الإباحة قد جاءت استثناء للقواعد العامة التي توجب معاقبة كل شخص على ما يقع منه من جرائم ، فإنه يجب عدم التوسع فيها حتى لا ينتفع بها إلا من قصرها القانون عليهم . فالحلاق الذى يجرى لشخص عملية حقن تحت الجلد يسأل جنائياً عن جريمة إحداث الجرح العمد رغم رخصة الجراحة الصغرى التي بيده ، إذ هي على حسب القانون الذى أعطيت على مقتضاه لا تبيح له إجراء هذا الفعل » . " نقض ٢٣ اكتوبر ١٩٣٩ ، مجموعة عمر ٤ ع ، س ٩ ، رقم ١٦٥٢ ، ص ٥٨٥ ".

(٢) – في استعراض أثر الرضاء في إباحة العمل الطبي ينبغي التفرقة بين فترات ثلاثة : **الفترة الأولى** والمتمثلة في الأحوال العادية ، وينبغي الحصول على موافقة المريض وذلك لأن هذه الموافقة هي سبب إجازة حق الطبيب. أما **الفترة الثانية** والمتمثلة في حالات الضرورة ، وفى هذه الفترة لا يشترط رضاء المريض نظراً لكون حالة الضرورة تبيح المحظورات ، لكن يشترط أن يكون هناك خطر جسيم يهدد حياة المريض ويجب التدخل فورا لإنقاذه . وأخيراً، تتمثل **الفترة الثالثة** في الأحوال الاستثنائية مثل انتشار المجاعات والزلازل ، وفى هذه الحالة . أيضا . لا يشترط الرضاء ، ويكون سند الطبيب في هذه الحالة هو أداء الواجب وليس ممارسة الحق .

وإذا كان ما سبق يمثل الشروط التقليدية لاكتساب العمل الطبي المُمارس من قبل الطبيب لصفة المشروعية رغماً عن مساسه بالسلامة الجسدية للمريض . إلا أن هذه الشروط لم تعد تتواءم والطفرة الحديثة التي شهدتها العلوم الطبية مع بدايات القرن الماضي وما نتج عنها من آثار تمثلت في تغيير العديد من المفاهيم والقواعد في علوم الطب [١] ، وبصفة خاصة ما تم اكتشافه من إمكانية الاستعانة بعناصر الجسم

---

(١) – أدت التطورات العديدة والسريعة للعلوم الطبية إلى مناداة رجال الفقه بإرساء مفهوم للقانون الطبي . ورغماً عن تواتر استخدام هذا المصطلح في جميع أنحاء العالم لوصف مجال القانون الذى يحكم وينظم ممارسة مهنة الطب ، إلا أنه لا يوجد تعريف لهذا النطاق القانوني المقبول من الكافة . ونرى مع ذلك إن هذا الاغفال المتعمد له ما يبرره استنادا إلي ان أي محاولة لتعريف هذا النطاق ستبوء بالفشل لا محالة ، أثرا لاختلاف المتغيرات التي تؤثر في الصياغة المنضبطة والمحكمة لهذا التعريف ، والتي من بينها العادات والتقاليد الثقافية والتاريخية والاخلاقية بين الدول ، والتي سوف تنعكس بصورة سلبية عند وضع تعريف جامع مانع للقانون الطبي . ومن المثير للدهشة ، إن الجمعية الدولية للقانون الطبي l'Association mondiale de droit médical لم تحاول التوصل إلي اتفاق عام لوضع تعريف واسع للقانون الطبي منذ تاريخ نشأتها بالمؤتمر العالمي الأول حول القانون الطبي الذى عقد في جامعة Gand ببلجيكا عام ١٩٦٧ ، والذى تمثلت أهدافه الرئيسية في ضمان وجود صلة دائمة بين كافة المهتمين في قضايا الطب الشرعي médico-juridiques وتعزيز دراسة القانون الطبي ، وقد تتبدد هذه الدهشة إذا ما وضعنا في الاذهان إلي ان تلك الجمعية لا يمكن اعتبارها ممثلة للدول أو لمجموعة منها ، وأن التوصيات الصادرة عنها لا تلزم غيرها . بالإضافة إلي ما تعتنقه هذه الجمعية من إعلاء لمبدا عدم التدخل non-ingérence في الشئون الداخلية للدول .

ومن ناحية أخرى ، ورغماً عن عدم وجود تعريف منضبط لهذا القانون ، إلا أنه يمكن تقسيم اتجاهات الفقه ذاته في هذا الخصوص إلى اتجاهين . اتجاه تقليدي يربط مفهوم القانون الطبي بتنظيمه للعلاقات القانونية إذا كان الطبيب من بين أطرافها ، واتجاه حديث يربط هذا المفهوم بالأنشطة المهنية ذاتها . وذلك على النحو التالي :

أولاً – المفهوم التقليدي – التشريع المتعلق بالأطباء :

يعد من أشهر التعريفات التقليدية للقانون الطبي ، ذلك التعريف الذى تبناه مجموعة من الفقه وعلى راسهم الفقيه Savatier منذ ما يربو على أربعين عاما ، ويعد القانون الطبي وفقاً لهذا التعريف هو القانون الذى ينظم العلاقات القانونية إذا كان الطبيب من بين أطرافها . وقد تم قبول هذا التعريف بشكل واسع وفقا للتصور التقليدي للقانون الطبي ، ويعد الطبيب على أثر ذلك هو محور القانون الطبي والذى يعنى بدراسة حقوقه وواجباته في مواجهة مرضاه وزملائه . ويعد القانون الطبي أثراً لذلك فرعاً من فروع القانون المتعلقة بالمهن . وأثراً لذلك ، فإن العلاقات التي تربط بين القانون الطبي وما يسمى بأخلاقيات مهنة الطب أو الاخلاق الطبية المهنية l'éthique professionnelle médicale هي روابط وثيقة إلي حد أن الاختلافات القائمة بينهما لا تعنى الكثير . ومن الجدير بالذكر ، أن هذا التصور التقليدي للقانون الطبي لا يزال معتنقا من قبل كثير من الفقه ، ومن التعريفات الحديثة للقانون الطبي القائمة على هذا التصور من ذهب إلي تعريفه بأنه " القانون الذى يحدد القواعد المنظمة لسلوك العاملين في مجال الصحة كجزء من عملهم ، وفرض العقاب على الانتهاكات الطبية ، ويعد من ضمن مصادره المبادئ الأخلاقية التي تحكم هذه المهنة ". راجع :

- Savatier (R.), Traite De Droit Médical. Paris, Librairies Techniques, 1956, P. 11; Mémeteau (G.), Cours de droit médical., Litec, Paris, 1996, P. 16 .

ومكوناته لعلاج ما استعصى من الأمراض باستقطاع الأعضاء وزراعتها ، والتي أدت إلى أفول نجم مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان بصيرورته يشكل مخزونا لقطع الغير

ثانياً – المفهوم الحديث – التشريع المتعلق بالأنشطة الطبية :

تم انتقاد المفهوم التقليدي للقانون الطبي نظراً إلي ما يؤدى إليه من تضييق نطاق هذا القانون . وقد تبنى هذا الانتقاد الفقهيان Tomkin et Hanafin استنادا إلي ما ذهبوا إليه من ضرورة أن تكون العلاقة بين الطبيب والمريض يجب أن تكون على هامشية عند وضع تصور جامع لهذا القانون . وعلى سبيل المثال ، يجب على الطبيب أن يعطى رأيه وفقا لما ينص عليه القانون بالنسبة للحالة العقلية والجسدية للشخص عند دخوله للمستشفى للعلاج أو من أجل تحديد ما إذا كان من استطاعتها مطالبته بالدفع أو إذا كان الطبيب يتصرف لحساب شركة التأمين من أجل تحديد الحالة الصحية للشخص لحساب المخاطر وتحديد الفوائد . ووفقاً لهذا ، فإن القانون الطبي يجب أن يتم اعتباره بمثابة تطبيق للمواثيق والقواعد القانونية والاتجاهات القضائية . هذا القانون يشمل التنظيم المتعلق ليس فقط بالإجراءات العلاجية والآراء الطبية ، لكن ايضا تقديم وتوفير العلاج بشكل عام .

وفقا لهذا المفهوم للقانون الطبي ، فإن المحور الرئيس لم يعد هو الطبيب بعلاقته بالمريض ، لكن الأنشطة المهنية للطبيب . ووفقاً لهذا فقد عرف الفقيه الفرنسي Chalmers القانون الطبي بأنه النطاق القانوني الذى لا يرتكز على الافعال المقترفة (الجرائم) أو المؤسسات (العقود والمواثيق) لكن على أنشطة الطبيب ذاته والعلاقات المتولدة أثراً لممارسة هذه الأنشطة . وعلى عكس ذلك ، ذهب الفقيه Van Osten إلي القول بأنه من الصعب تحديد مصطلح القانون الطبي droit médical وفقاً لهذا المعيار استنادا إلي المبادئ الحاكمة لقواعد ممارسة مهنة الطب والتي تشمل مجموعة واسعة من الأنشطة والممارسات .

راجع بالتفصيل فى مضمون هذا التصور فى الفقه الفرنسي :

–Tomkin D. & Hanafin P. Ireland. In : Nys H., Réd. International Encyclopédie Of Medical Law. Album A Feuilles Mobiles. Deventer, Pays-Bas, Et Boston, Kluwer Law And Taxation Publishers, 1993, Section 35.

ولم يقتصر هذا الخلف على تحديد ماهية القانون الطبي ونطاقه ، بل امتد إلي تحديد الأصول التاريخية له ، فبينما مال بعض الفقه إلي ربط هذا القانون بالقواعد الاخلاقية الناشئة منذ قسم أبقراط الطبي Le serment d'Hippocrate ، نفى البعض الآخر هذه الصلة بينهما . وفى حقيقة الامر ، فإنه لا يمكن انكار صحة كلا الاتجاهين وفقا للتصور المتبنى للقانون الطبي . فإذا ما نظرنا للقانون الطبي باعتباره يتشكل بصفة اساسية من تشريع يتعلق بالمهن الطبية وبيان حقوق وواجبات الأطباء باعتباره جزء من الأخلاق الطبية المهنية أو ما يمكن ان نطلق عليه علم الأخلاق الطبية la déontologie médicale ، ففي هذه الحالة يمكن ارجاع مصادر القانون الطبي إلي الاخلاق المهنية الطبية والتي تتصل في جوهرها بالعلاقة بين الطبيب والمريض وتمارس باستمرار تأثير على هذه العلاقة . وهذا هو ما يجعل القواعد الاخلاقية الطبيبة تتطلب لطبيب متوافق في ذات الوقت والى حد كبير مع الالتزام القانوني الذى يجب على الطبيب الوفاء به . ووفقا لهذا ، فإن قسم ابقراط يعد مصدرا للقانون الطبي . راجع بالتفصيل :

Ian KENNEDY , Andrew GRUBB. Medical Law. 2e Edition. Londres, Butterworths, 1994, P. 3; Dieter GIESEN, Lord KILBRANDON, International Medical Malpractice Law: A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care , Mohr Siebeck,1988, P. 669 Et 670.

الآدمية . ويرجع سبب عدم التواؤم استنادا إلى أن هذه العمليات لا تستهدف العلاج بالنسبة للمتبرع أو المانح. ويمثل ذلك التنافر عقبة أمام رجال الفقه الجنائي في محاولتهم الدؤوبة لإيجاد مبررات لإباحة ممارستها استناداً إلي صعوبة تحقيق المواءمة بين مصالح أطراف هذه العمليات ، وذلك بحماية السلامة الجسدية للمتبرع من جهة ، ومحاولة إنقاذ المريض المهدد بالخطر من ناحية أخرى . ولا تمثل عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء العقبة القانونية الوحيدة ، فعمليات استقطاع الأعضاء من الموتى بما تمثله من اعتداء على حرمة الموتى تمثل اشكالية قانونية في تبرير هذا المساس .

ورغماً عن هذه العقبات والاشكاليات القانونية في مجال اباحة عمليات استقطاع وزراعة الأعضاء البشرية ، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال انكار الأصول التاريخية لهذه العمليات ، أو تطورها الدائم الذي أدي إلي تطور اشكالياتها وتجدد النظر القانوني إليها باستمرار [1] ، والمحاولات الدؤوبة لإجراء توازن قانوني ما بين

---

(1) – داعبت فكرة نقل الأعضاء خيال البشر منذ فترة طويلة نسبيًا؛ ونجحت تلك الفكرة في ظل توفر مهارات جراحية ظهرت قبل فترة طويلة من إدراك مفهوم معدلات البقاء على قيد الحياة بعد الجراحة. وكانت المشكلات الرئيسية للإرهاصات الأولى لعمليات الزرع هي فكرة رفض الجسم للعضو المزروع، فضلاً عن الآثار الجانبية لمحاولة تفادي هذا الرفض ، وخاصة مشكلتي العدوى واعتلال الكلى .ويمكن لنا استعراض أهم المحطات العلمية في هذا السبيل والتي ساهمت – بفضل تراكم الخبرات – في ظهور قواعد علمية وأساليب متطورة في مجال نقل وزراعة الأعضاء .ففي عام ١٨٦٩ ، اكتشف العالم الفرنسي JF REVERDIN إمكان تمدد الانسجة الجلدية عن طريق تغطية الجروح بقطع صغيرة من هذه الانسجة . وفى عام ١٨٩٠ إلي ١٨٩٥ ، أعلن كل من العالمين LOCKE وRINGER اكتشافهما المتمثل في كيفية إجراء حفظ الأعضاء المعزولة . وفى عام ١٩٠٦ تمكن العالم الفرنسي M. JABOULEY من إجراء أول عملية لزراعة كلى عنزة un rein de chèvre لامرأة . وفى عام ١٩٠٧ نجحت أول عملية لزراعة القرنية cornée . وفى عام ١٩٣٣ ، تمكن العالم VORONOY من إجراء أول عملية زراعة ناجحة لكلى من جثة متوفى de rein de cadavre لامرأة تعانى من الفشل الكلوي insuffisance rénale .وفى عام ١٩٤٩ ، صدر أول قانون ينظم زراعة القرنية والمعروف باسم Loi LAFFAY . كما اكتشف العالم الفرنسي J. DAUSSET وجود أجسام مضادة لكرات الدم البيضاء بالنسبة للمرضى الذى يخضعون لعمليات زرع . وفى عام ١٩٥٤ أعلن المختبر Wellcome اكتشافه المتمثل في أدوية رفض المناعة immunosuppresseurs . وفى عام ١٩٥٥ قام العالم الأمريكي N. SHUMWAY بتطوير طريقة للحفاظ على القلب le cœur المنقول باردا وصالحا للزرع . وفى عام ١٩٥٦ بدأ العالم الفرنسي G.MATHE أولى العمليات في حقل زراعة نخاع العظام de Moelle Osseuse . وفى عام ١٩٥٧ اكتشف العالم J. DAUSSET مجموعات خلايا الدم البيضاء les groupes leucocytaires. وفى عام ١٩٦٣ أطلق العالم H. BISMUTH البرنامج الفرنسي لزراعة الكبد foie . وفى عام ١٩٦٧ تمكن العالم C. BARNARD من جنوب افريقيا من إجراء أول عملية لزراعة قلب إنسان . وفى عام ١٩٦٨ تمكن العالم الفرنسي C. CABROL في يوم ٢٧ أبريل من إجراء أول عملية زرع قلب في أوروبا . وفى عام ١٩٦٩ تمكن العالم الامريكي J. HARDY من إجراء أول عملية زرع رئة un poumon لمريض مصاب بسرطان الرئة. وفى عام ١٩٨٠ اكتشف

التأكيد على حرمة وقدسية الجسم البشري وتوفير حماية أكبر للمرضى مما قد يصدر من الأطباء من أخطاء أو تجاوزات تمثل مساساً بالسلامة الجسدية لهم وبين توفير الحماية القانونية للأطباء نفسهم وتأمينهم من المخاوف الناجمة عن احتمالية قيام مسئوليتهم الجنائية عن افعالهم المقترفة والتي قد تشكل مساسا بالسلامة الجسدية للمرضى لتفادي إحجامهم عن علاج ومساعدة المرضى ، الأمر الذي قد ينصب بالإيجاب على تشجيع روح الابتكار والدعوة إلى تقدم العلوم الطبية ذات النفع العام .

ومن ناحية ثانية ، فلم يقتصر الجهد القانوني على الموازنة بين مصالح الأفراد المتعارضة في هذا المجال ، بل أمتد إلي مواجهة ما نجم عن إجراء هذه العمليات من آثار . فمع ندرة الأعضاء المقدمة قياساً لارتفاع الطلب عليها من المرضي الذين ترتبط حياتهم بنقلها ، بدأت عمليات الإتجار والوساطة والسمسرة في هذه الأعضاء من خلال مؤسسات خاصة تستغل حاجة الفقراء ، وقدرة الأغنياء عبر الدول ، وقد انتهكت هذه السوق المستترة للأعضاء كافة المبادئ والقيم الإنسانية الثابتة والمعترف بها لحقوق الإنسان ، في إطار من غياب التشريع اللازم لتجريم هذه الممارسات . وقد تنبهت العديد من الدول إلى النداءات الفقهية المستمرة بالتدخل لإصدار التشريعات المجرمة

فريق البروفيسور Eliane GLUCKMAN في دم الحبل السرى le sang de cordon ombilical أو المشيمة وجود خلايا جذعية امكن استخدامها في علاج أمراض سرطان الدم والحروق .وفى عام ١٩٨٦ تمكن العالم R. CALN من إجراء عملية لزرع كل من القلب والرئة والكبد . وفى ذات العام ، أنشى العالمان J. DAUSSET et J. BERNARD أول سجل للمتطوعين بنخاع العظام المتوافقين من غير المنتمين إلي عائلة المريض المانحة . وفى عام ١٩٨٩ تم إنشاء اول السكرتارية الاوربية لضمان ادارة البحوث بين مختلف فروع تسجيل متبرعي نخاع العظم Moelle Osseuse . وفى عام ١٩٩٤ تم إنشاء المؤسسة الفرنسية لنقل الأعضاء وإصدار قانون اخلاقيات علم الاحياء LOI de BIOETHIQUE وهو القانون باحترام الجسد الانساني ، وتنظيم التبرع واستخدام عناصر الجسد البشري ، والمساعدة الطبية والتشخيص قبل الولادة ، وقد ألغي هذا القانون كل من قانونLaffay الصادر عام ١٩٤٩ وقانون Caillavet الصادر عام ١٩٧٦. وفى عام ١٩٩٩ ، كلفت المؤسسة الفرنسية لزرع النخاع البنك الوطني لدم المشيمة لاستفادة المرضي على المستوى الوطني والدولي . وفى عام ٢٠٠٠ تم التوقيع على اتفاقية تعاون بين المؤسسة الفرنسية لزرع النخاع والمؤسسات الفرنسية للدم . وفى عام ٢٠٠٥ ، اجريت اول عملية زراعة وجه جزئية ناجحة . وفى عام ٢٠٠٦ تم إجراء أول عملية زراعة فك لتركيب فك المتبرع في جسد المريض باستخدام النخاع العظمى للمريض وأجراها إريك إم. جيندين بمستشفى ماونت سيناي في نيويورك . وفى عام ٢٠٠٨ ، أجريت أول عملية زراعة ذراعين كاملين أجراها كل من إدجار بيمار وكريستوف هانكه ومانفريد ستانجل في الجامعة التقنية في ميونيخ، بألمانيا . وفى ذات العام ولد اول طفل من مبيض مزروع . وايضاً اجريت أول عملية زراعة قصبة هوائية لإنسان باستخدام الخلايا الجذعية أجراها باولو ماتشياريني ببرشلونة، إسبانيا . واخيرا وفى عام ٢٠١٠ تمت أول عملية زراعة وجه بالكامل، أجراها دكتور جوان بيري باريت وفريقه بمستشفى جامعة فال ديبرون في برشلونة، إسبانيا .

لمزيد من التفاصيل . راجع علي شبكة الانترنت :

http://www.france-adot.org/histoire-de-greffes.html

لمثل هذه الممارسات التجارية اللاإنسانية . ومن التشريعات الغربية التي وضعت تنظيماً قانونياً لنقل وزراعة الأعضاء نذكر : التشريع الإنجليزي الصادر عام ١٩٨٩ ، التشريع الفيدرالي الأمريكي الصادر عام ١٩٨٤ ، التشريع الدنماركي الصادر عام ١٩٦٦ ، التشريع البرازيلي الصادر عام ١٩٦٨ ، التشريع الاسباني رقم ٢٠٧٠ الصادر عام ١٩٩٩ ، التشريع اليوناني رقم ١٣٨٣ الصادر عام ١٩٨٣ ، التشريع الفنلندي رقم ٣٥٥ الصادر عام ١٩٨٥ ، التشريع السويدي رقم ٨٣١ لسنة ١٩٩٥ ، التشريع الإيطالي رقم ٦٤٤ الصادر عام ١٩٧٥ ، التشريع البلجيكي الصادر في ١٣ يونيو ١٩٨٦، والتشريع الفرنسي رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ . ومن التشريعات العربية التي وضعت تنظيماً قانونياً لنقل وزراعة الأعضاء نذكر : التشريع الإماراتي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ ، المرسوم بقانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ ، التشريع القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ ، التشريع الأردني رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ ، المرسوم بقانون البحريني رقم ١٦ لسنة ١٩٩٨ ، والتشريع الجزائري رقم ٨٥-٠٥ لسنة ١٩٨٥ .

وقد حاول المشرع المصري مواكبة الركب ومسايرة التقدم الطبي في مجال العلوم الطبية وتجريم الممارسات اللاإنسانية الناشئة عنه بأن اصدر قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ [١]. ويتمثل الهدف التشريعي من إصدار هذا القانون في القضاء على ظاهرة الإتجار في الأعضاء البشرية عن طريق الوسطاء والسماسرة عن طريق كفالة الضوابط اللازمة لممارسة عمليات النقل بما يضمن الحفاظ على حقوق كافة الأطراف والقضاء على أي تجاوز أو خروج على القانون [٢] . ومن أبرز

---

(١) – الجريدة الرسمية العدد ٩ مكرر، في ٦ مارس سنة ٢٠١٠.

(٢) – تظل جمهورية مصر العربية من الدول التي تتفشى فيها تجارة وسياحة الأعضاء، ودون أرقام ومعلومات واضحة عن مدى انتشارها، وأعداد المنتفعين بها وكيفية القضاء عليها، وهذا كله باعتراف من المسئولين في وزارة الصحة بوجود هذه التجارة والمافيا، بالمشاركة من أعضاء من طواقم الأطباء ومؤسسات علاجية. ويقدر الدكتور حمدي السيد نقيب الأطباء ورئيس لجنة الشؤون الصحية والبيئية بمجلس الشعب أن ثلث عمليات نقل الكبد تجري في مصر بطرق غير شرعية. وقد كثفت وزارة الصحة عمليات التفتيش على المنشآت التي تقوم بعمليات زرع الأعضاء في الآونة الأخيرة، وذلك بعد حملة إعلامية كثيفة كشفت عن تفشي الظاهرة، وعن أن مصر من الدول التي تنتشر فيها تجارة الأعضاء، حسب تقرير صادر عن منظمة الصحة العالمية. وقد أشار هذا التقرير أن ٧٨ % من الذين أجريت عليهم هذه العمليات من المتبرعين قد عانوا من تدهور في حالتهم الصحية، كنتيجة لعدة عوامل تشمل عدم الكشف الطبي الشامل على المتبرعين قبل إجراء هذه العمليات للتأكد من سلامتهم الصحية واستعدادهم لهذه العملية. ويضيف تقرير آخر صادر عن منظمة دولية تعمل في مجال رصد ومتابعة عمليات الاتجار في الأعضاء – Coalition for Organ Failures Solutions (التحالف من أجل إيجاد حلول لفشل الأعضاء البشرية)، أن الذين يقبلون على هذه العمليات يدفعهم إلي ذلك الفقر، ولكن للأسف فإن ٧٨ % من هؤلاء ينفقون الأموال الذين يتلقونها في مقابل هذه

الأحكام التي تضمنها مشروع القانون كما صرحت به المذكرة التفسيرية له في وضع ضوابط دقيقة وموضوعية لعملية النقل ، ومن ذلك عدم جواز نقل العضو إلا إذا كان النقل هو الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المنقول إليه ، وألا يؤدي نقل بعض الأعضاء إلي اختلاط الأنساب ، وأن يكون النقل على سبيل التبرع وبناءً على موافقة كتابية من المنقول منه ، وعدم جواز نقل عضو أو جزء منه من جسد إنسان ميت إلى إنسان حي فيما بين المصريين إلا إذا كان الميت قد أوصى بذلك ، كما حظر النقل من مصري إلي أجنبي باستثناء النقل بين الزوجين فيكتفي بأن يكون أحدهما مصريا . ومن ناحية أخرى ، في فرض رقابة صارمة ومشددة على المنشآت الطبية التي تباشر عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية بالإضافة إلى استيفائها لاشتراطات التراخيص . ومن ناحية ثالثة ، في ضرورة أن تتم الموافقة على النقل بواسطة لجنة طبية ثلاثية لا يشارك أي من أعضائها في إجراء العملية ، وألا يتم النقل من جسد ميت إلا بعد ثبوت موته ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته إلي الحياة . ومن ناحية رابعة ، فقد تضمن المشروع عقوبات رادعة تتراوح ما بين السجن الذي قد يصل إلى المؤبد والغرامة التي قد يبلغ مداها ثلاثمائة ألف جنيه ، بحسب نوع المخالفة ودرجة جسامتها ، فضلاً عن الحرمان من مزاولة المهنة ومصادرة الأدوات المستخدمة في الجريمة ، وما إلي ذلك من العقوبات والتدابير المنصوص عليها في مشروع القانون .

العمليات في أول خمسة أشهر بعد إجراء العملية، لتسديد ديونهم وليس لتحسين حالتهم الصحية.٣٢ وأخيرا، يشير التقرير أيضا إلي أن ٩٤ % من هؤلاء نادمون على إجراء هذه العمليات .

وحتى إصدار القانون، أعلن وزير الصحة عن قرار بعدم إجراء عمليات زرع الأعضاء إلا بقرار من الوزير ونقابة الأطباء. ولغرض تنظيم هذه العمليات، أنشأ القرار الوزاري رقم ٧٠ لسنة ٢٠٠٩– والذي صدر في ٢٢ فبراير ٢٠٠٩ – سجل خاص بعمليات زرع الأعضاء بالإدارة المركزية للمؤسسات العلاجية غير الحكومية والتراخيص. ويشترط القرار أيضا على المنشآت الطبية التي ستقوم بمثل هذه العمليات تقديم عدة مستندات خاصة بالمريض والمتبرع وأيضا اشتراطات عامة تشمل إقرار يمضى من قبل المتبرع بالموافقة على التبرع، على أن يقوم المتبرع بالتوقيع على الإقرار أمام لجنة مختصة تنشئ بموجب القرار ذاته للموافقة على العمليات. وتضم اللجنة عدد غير محدد من ذوي الخبرة في المجال الفني والقانوني. وبموجب القرار أيضا، تغلق أية منشأة غلقاً إداريا لمدة عام إذا قامت بمخالفة أحكامه، ويوقف الفريق الطبي الذي أجرى العملية لنفس المدة عن مزاولة المهنة، ويتم أيضا "إبلاغ جميع المستشفيات الخاصة والعامة بعدم التعامل معه خلال هذه الفترة، بالإضافة إلي الإعلان في الصحف بعدم التعامل مع أي من أعضاء هذا الفريق، وفي حالة تكرار المخالفة سواءً من المنشأة أو الفريق الطبي يلغى ترخيص المنشأة وترخيص مزاولة المهنة للفريق الطبي المشارك في الجراحة."

راجع :

- Yosuke Shimazono "The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information" Bulletin of the World Health Organization Volume 85 Number 12 December 2007 pp 901-980 Available at: http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06-039370/en

ويشتمل قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية المصري على أربعة فصول . وقد نظم بمقتضى الفصل الأول الأحكام العامة (المواد ١ إلي ٨) . وقد خصص الفصل الثاني لمنشآت زرع الأعضاء البشرية (المواد ٩ إلي ١٢) . وأورد في الفصل الثالث لإجراءات زرع الأعضاء البشرية (المواد ١٣ إلي ١٥). وعرض في الفصل الرابع للعقوبات (المواد ١٦ إلي ٢٨).

كما صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٩٣ لسنة ٢٠١١ باللائحة التنفيذية للقانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ في ١١ يناير ٢٠١١ . وقد احتوت اللائحة على مادتين إصدار وأربعة فصول . فأما عن مواد الإصدار، فقد خُصصت الأولى منها للعمل بأحكام تلك اللائحة بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، والثانية لنشر هذه اللائحة في الجريدة الرسمية . وقد احتوى الفصل الأول على أحكام عامة (المواد ١ إلي ٨). وقد تضمن الفصل الثاني لتنظيم منشآت زرع الأعضاء البشرية (المواد ٩ إلي ١٢) . وتناول الفصل الثالث لإجراءات زرع الأعضاء البشرية (المواد ١٣ إلي ١٥). وأورد الفصل الرابع للشروط والمواصفات الخاصة بمنشآت زرع الأعضاء البشرية (المادة رقم ١٧).

وفي خصوص المشرع الفرنسي ، فقد نظم نقل وزراعة الأعضاء البشرية بقانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ بمقتضى الكتاب الثاني المعنون " التبرع واستخدام عناصر ومنتجات الجسد البشري " من الجزء الأول المعنون " الحماية العامة للصحة " ، وقد احتوى هذا الكتاب على سبعة أبواب . وقد قنن المشرع بمقتضى الباب الأول للمبادئ العامة وقد احتوى هذا الباب على فصل وحيد (المواد ١-١٢١١ L إلي ٩-١٢١١L) . ونظم في الباب الثاني للدم البشري في أربعة فصول متتالية ، تعلق الفصل الأول بجمع وإعداد والاحتفاظ بالدم ومكوناته والمنتجات المعملية المتعلقة بالدم (المواد ١-١٢٢١L إلي ٧-١٢٢١L) ، واختص الفصل الثاني بالمؤسسات الفرنسية للدم (المواد ١-١٢٢٢L إلي ١٠-١٢٢٢L) ، ونظم الفصل الثالث لمؤسسات تغيير الدم (المواد ١-١٢٢٣L إلي ٦-١٢٢٣L) ، وتعلق الفصل الرابع بنظم تشغيل وتنظيم نقل الدم (المواد ١-١٢٢٤L إلي ٣-١٢٢٤L).

وقد نظم المشرع الفرنسي الأعضاء البشرية بمقتضى الباب الثالث من هذا القانون في خمس فصول متتالية ، تعلق الفصل الأول بالنقل من الأشخاص على قيد الحياة (المواد ١-١٢٣١L إلي٤-١٢٣١L) ، واختص الفصل الثاني بتنظيم نقل الأعضاء من الموتى (المواد ١-١٢٣٢L إلي٦-١٢٣٢L) ، وتعلق الفصل الثالث ببيان المؤسسات المرخص لها بنقل الأعضاء (المواد ١-١٢٣٣L إلي٤-١٢٣٣L) ، وتضمن الفصل الرابع لموضوع زراعة الأعضاء (المواد ١-١٢٣٤L إلي٤-١٢٣٤L) ، واحتوى الفصل الخامس لأحكام عامة (المواد ١-١٢٣٥L إلي٧-١٢٣٥L) .

وقد خصص المشرع الباب الرابع للأنسجة والخلايا ومنتجات الجسد البشري ومشتقاتها في خمس فصول متتالية . تضمن الفصل الأول لعمليات النقل والجمع (المواد ١-L١٢٤١ إلي٧-L١٢٤١) . واحتوى الفصل الثاني على شروط الترخيص للمؤسسات بأداء عمليات النقل(المواد ١-L١٢٤٢ إلي٣-L١٢٤٢) . وتعلق الفصل الثالث بإعداد وتخزين واستخدام الأنسجة والخلايا ومشتقاتها (المواد ١-L١٢٤٣ إلي٩-L١٢٤٣). ونظم الفصل الرابع للتبرع واستخدام الأمشاج (المواد ١-L١٢٤٤ إلي٩-L١٢٤٤). وتضمن الفصل الخامس لأحكام عامة (المواد ١-L١٢٤٥ إلي٨-L١٢٤٥).

وقد قنن المشرع بمقتضى الباب الخامس لأحكام مشتركة بين الأعضاء والأنسجة والخلايا بمقتضى فصل وحيد (المادة ١-L١٢٥١) . ونظم بمقتضى الباب السادس للأحكام المتعلقة بالمنتجات العلاجية المساعدة بمقتضى فصل وحيد (المواد ١-L١٢٦١ إلي٣-L١٢٦١).

هذا وقد تعلق الباب السابع بالأحكام الجنائية ، هذا وقد كرس المشرع الفرنسي ذات الأحكام الواردة في الفصل الأول المتعلق بالجرائم المتصلة بأخلاقيات الطب الحيوي من الباب الأول المعنون بالجرائم المتعلقة بالصحة العامة من الكتاب الخامس من قانون العقوبات الفرنسي في أربع فصول متتالية . تعلق الفصل الأول بالدم(المواد ١-L١٢٧١ إلي٨-L١٢٧١) . واختص الفصل الثاني بالأعضاء والأنسجة والخلايا ومنتجات الجسد البشري (المواد ١-L١٢٧٢ إلي٩-L١٢٧٢). وتضمن الفصل الثالث للأمشاج (المواد ١-L١٢٧٣ إلي٦-L١٢٧٣). واحتوى الفصل الرابع والأخير على أحكام مشتركة(المواد ١-L١٢٧٤ إلي٣-L١٢٧٤).

ثانياً – اهمية الموضوع :

تكمن أهمية دراسة الشروط القانونية لإباحة نقل وزراعة الأعضاء البشرية – الواردة بقانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ – من الناحية التطبيقية في أهمية هذه الشروط ذاتها في كفالة الضوابط اللازمة لممارسة عمليات استقطاع الأعضاء وزراعتها بين الأحياء ومن جثث الموتى بما يضمن الحفاظ على حقوق كافة الأطراف والقضاء على أي تجاوز أو خروج على القانون ، فرغم أن نقل وزراعة الأعضاء في مصر ليس جديداً من الناحية التشريعية ، وإنما سبق ذلك إرهاصات أولية استهدفت تنظيم نقل وزراعة منتجات بشرية معينة ، من أبرزها القرار بقانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ في شأن إنشاء بنوك للعيون في إقليمي الجمهورية ، والقرار بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ بتنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته بالإقليم الجنوبي ، والقرار بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ في شأن إعادة تنظيم بنوك للعيون، إلا أنها لم تعد تتفق ومقتضيات المرحلة الراهنة لتعاظم دور الطب في

حياة الشعوب ، وما أدى إليه التطور الإنساني في مجال العلوم الطبية من استخدام منتجات الجسد البشري ذاته في علاج الأمراض ، الأمر الذي أدى إلى فتح الباب على مصراعيه للإتجار بالأعضاء البشرية تحت وطأة العوز المادي والبطالة ، وتدني مستوى الوعي حول المخاطر الصحية لبيع الأعضاء البشرية ، مما اقتضى إعداد قانون يكفل الضوابط اللازمة لممارسة عمليات النقل بما يضمن الحفاظ على حقوق كافة الأطراف والقضاء على أي تجاوز أو خروج على القانون ، مما يكون له مردود ايجابي على بنيان الدولة ككل . وعلى هذا فإن قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية بهذا المعني يمثل مطلباً قومياً ملحاً يأتي استجابة لضرورات عصر التقدم العلمي وأهمية تشجيع روح الابتكار والدعوة إلى تقدم العلوم الطبية ذات النفع العام من ناحية أخري . كما تنير هذه الدراسة للأطباء وممارسي مهنة الطب في مجال استقطاع وزرع الأعضاء طريقهم استناداً لما تقدمه من دراسة لشروط اباحة أفعالهم المقترفة على أجساد المتبرعين والتي تشكل في حال عدم مراعاتها خرقاً وانتهاكاً للحق في السلامة الجسدية المشمول بالحماية الجنائية .

ومن ناحية ثانية ، تتجلى الأهمية النظرية لهذه الدراسة فيما تثيره مواد إنشاء قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية ذاتها من مشاكل قانونية جديرة بالبحث ، وتكمن أهمية البحث في هذا الصدد بما يقدمه في هذا الصدد من بيان لماهية المنتجات البشرية ، وللأساس القانوني لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية . والشروط القانونية الواجب توافرها لإباحة نقل الأعضاء بين الأحياء ومن جثث الموتى . وبوجه عام ، تبرز هذه الدراسة الصراع الدائر والتنازع الثائر بين مصلحة الإنسان في عدم المساس بسلامة جسده وبين ما يفرزه التطور الطبي من ممارسات قد تنتهك هذا الحق ، الأمر الذي يؤدى إلى تلبية الحاجة لدى كثير من الفقه المصري ، نظراً لاعتماد هذه الدراسة على المنهج المقارن باستعراض التنظيم القانوني الفرنسي لنقل وزراعة الأعضاء البشرية. وقد تم اختيار التشريع الفرنسي كنموذج للمقارنة نظرا لارتباط الفقه القانوني المصري بالفقه القانوني الفرنسي. بالإضافة إلى قدم وتميز التنظيم التشريعي الفرنسي لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية. بالإضافة إلى ما تقدمه هذه الدراسة من تلبية حاجة المحاكم الجنائية ذاتها بالنظر إلى حداثة قانون نقل وزراعة الأعضاء بما تعتمد عليه من دراسة تحليلية لنصوص القانون ذاته رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ الأمر الذي يساعد على الوقوف على بيان السياسية الجنائية للمشرع المصري في تنظيم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية مع عقد مقارنة في هذا الصدد مع ما جرت عليه أحكام المحاكم الفرنسية بشأنها .

ثالثاً– اشكاليات البحث:

إن التعرض للشروط القانونية لإباحة استقطاع وزراعة الأعضاء البشرية والواردة بقانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية ولائحته التنفيذية – بالبحث والتمحيص – طرح على مستوى الواقع مجموعة من التساؤلات القانونية. فمن ناحية اولى ، يثور التساؤل عن ماهية المحل الذي تنصب عليه الاباحة والذي يعد في ذات الوقت محل الممارسة الطبية في مجال نقل وزراعة الأعضاء ؟ وهل يتم الاعتماد في ذلك على التحديد اللغوي للمنتج البشري أم الشرعي أم الطبي ؟ ومن ناحية أخرى ، ونظراً لما تمثله هذه العمليات من قيمة علمية في ضوء المستجدات الطبية الحديثة ، كان لازماً البحث والتنقيب عن أساس قانوني يبرر إباحة ممارستها . فما هو الأساس القانوني الذي يمكن الركون إليه لا سيما فى تعدد هذه الأسس وتنوعها ؟ ومن ناحية ثالثة ، فإن استجلاء الشروط القانونية لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء يثير العديد من التساؤلات الفرعية . فما هي الشروط الواجب توافرها بالنسبة للمتبرع بالعضو أو المانح له مع الأخذ في الاعتبار انعدام مصلحته العلاجية ؟ وهل يقع على الطبيب التزاما قانونيا بالتبصير ؟ وهل يجوز النقل إذا كان المتبرع قاصراً ؟ وهل يستوجب المشرع في خصوص المتلقي باعتباره مستفيدا من عملية الزرع شروطاً قانونية ؟ وما هو الحكم في حال كونه غير قادراً عن التعبير عن إرادته لسبب من الاسباب القانونية أو الفعلية ؟ ومن ناحية رابعة ، فإن التعرض للشروط القانونية الواجب توافرها لإمكان استقطاع الأعضاء من جثث الموتى لنقلها إلى الأحياء يثير بدوره عدداً من التساؤلات . فاستناداً إلي أن الوفاة تمثل معياراً متطلباً لاستقطاع الأعضاء من جثث الموتى ، يثور التساؤل عن معيار تحديد لحظة الوفاة ؟ وما هو موقف المشرع المصري من موتي جذع الدماغ ؟ وما حكم ايقاف أجهزة الانعاش الصناعي في مثل هذه الحالة ؟ وهل يشترط ثبوت موافقة المريض قبل وفاته على واقعة التبرع بأعضائه ؟ وما هي الشروط القانونية الواجب توافرها في التصرف القانوني بالعضو البشري بعد الوفاة ؟ وما هو حكم عدم الافصاح بالموافقة على استقطاع الأعضاء حال الحياة ، هل ينتقل الاذن بالتصرف إلي الاسرة أو إلى الدولة ، أم يسقط بموت صاحبه ؟

رابعا – صعوبات البحث:

تكمن صعوبة البحث في حداثة موضوع البحث ذاته ، وقلة المراجع الفقهية والأحكام القضائية في هذا الصدد . ومن ناحية ثانية إلى ما يتسم به من صبغة فنية ، فلا يكفى لمعالجة الموضوع أن يكون الباحث متخصصا في النواحي القانونية ، بل يجب أن يكون ملماً بالجوانب الفنية المتعلقة بعمل الأطباء في مجال استقطاع الأعضاء وزرعها بين الأحياء ومن جثث الموتى نظراً لكون الهدف من البحث يرمى إلى تكريس الشروط القانونية لإباحة افعالهم المقترفة في هذا المجال ، ومن ناحية ثالثة ، إلى الصعوبات

القانونية التي تتسم بها فكرة الاباحة في المسائل الجنائية ذاتها باعتبارها المعيار الحاسم والدقيق لإعادة منح صفة المشروعية إلي الفعل المُجرم مسبقاً.

خامساً – منهج البحث:

لقد اعتمدنا في دراستنا لموضوع البحث على أسلوب الدراسة التحليلية لمجموعة القواعد والأحكام الواردة بقانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية ولائحته التنفيذية لبيان الشروط التي أوردها المشرع لنقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى ، محاولين تأصيل تلك القواعد والأحكام وبيان موقعها من القواعد العامة لإباحة الأعمال الطبية الواردة بالقانون العام والتي تمثل تطبيقاً لاستعمال الحق وفقاً لما تقضي به المادة ٦٠ من قانون العقوبات في محاولة وضع قاعدة أساسية تحكم هذا الموضوع. أي أن منهج هذا البحث الأساسي هو الدراسة التحليلية والتأصيلية معاً.

وأيضاً، لن تكتمل منظومة الدراسة إلا بالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذا الشأن . وأخيراً ، تعتمد هذه الدراسة على المنهج المقارن بدراسة ما أنتهجه التشريع الفرنسي ، باعتباره أحد الأنظمة التي قطعت شوطاً لا بأس به في مجال التجريم الطبي ، مقارنين بينه وبين الوضع في مصر في مواضعه من هذه الدراسة.

سادساً – خطة البحث:

تتعلق دراستنا هذه ببيان طبيعة الشروط القانونية لإباحة نقل وزراعة الأعضاء البشرية . وبناء عليه سوف تقوم الدراسة في هذا البحث على مبحث تمهيدي وفصلين ، ونتعرض في هذا المبحث التمهيدي إلى محل إباحة نقل وزراعة الأعضاء البشرية وأساسها القانوني . ثم نعالج في الفصل الأول للشروط القانونية لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ، مستعرضين للشروط الواجب توافرها بالنسبة للمتبرع ، ومبينين للشروط الواجب توافرها بالنسبة للمتلقي. ونخصص الفصل الثاني لبيان الشروط القانونية لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من جثث الأموات، مستعرضين لمعايير تحديد لحظة الوفاة ، وضرورة ثبوت الموافقة قبل واقعة الاستقطاع . ثم نختتم هذا البحث ببيان أهم النتائج والمقترحات التي أسفرت عنها تلك الدراسة.

مبحث تمهيدي
محل إباحة نقل وزراعة الأعضاء البشرية وأساسها القانوني

المطلب الأول
ماهية المنتجات البشرية

تمهيد :

لم يتعرض المشرع في قانون زرع الأعضاء البشرية لماهية العضو البشرى أو النسيج ، ورغماً هذا الاغفال التشريعي، فقد ورد بمقتضى المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠١١ تعريفاً واسعا للأعضاء البشرية ، بنصها على ان " العضو البشرى هو العضو القابل للنقل مثل (الكبد – الكلى – القلب – البنكرياس – الامعاء الدقيقة – الرئة) وأي عضو يمكن نقله مستقبلاً وفقا للتقدم العلمي بعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية ". كما تضمن مشروع قانون نقل

الأعضاء البشرية الوارد من مجلس الدولة في مادته الثانية تعريفا للعضو البشرى بأنه " كل جزء من جسم الانسان أو جثته ".[١]

ولما كان نطاق الحماية الجنائية للأعضاء البشرية الواردة بقانون نقل وزراعة الأعضاء يتحدد بالوقوف على تعريف واضح ومحدد للمنتج البشري وما يندرج فيه ، فقد رأينا التعرض له من خلال النقاط الآتية .

أولاً – تعريف العضو البشري لغة :

يُعرف العُضو – بضم العين وكسرها – بأنه كل لحم وافر بعظمه ، وهو أيضاً جزء من جسد الأنسان كاليد والرجل والأنف [٢].ويقال عضيت الشاة تعضية ، إذا جزأتها أعضاء .

أما النسيج فهو الخامات التي تتكون منها الأجسام الحية وتتألف من خلايا متماثلة شكلاً وحجماً ، ولها وظيفية إحداث الحركة . [٣]

ثانياً – تعريف العضو في اصطلاح الفقه الإسلامي :

بمطالعة كتب الفقه الإسلامي ، يلاحظ تعدد التعريفات الفقهية للعضو البشري . فمنهم من أطلق لفظ العضو على كل جزء له وظيفة متميزة عما لغيره من الأعضاء كاليدين والرجلين واللسان والعينين ونحو ذلك . ومنهم من أطلق هذا اللفظ على كل جزء مستقل عن غيره بمفصل أو يُكون مع غيره من الأجزاء عضواً أكبر ، فالإصبع على حد قولهم هو عضو وكذا الكف ، وهو يشمل اليد ككل أيضاً . وقد أطلق جانب آخر من الفقه الإسلامي لفظ العضو حتى على ما لا وظيفة له سوى الزينة كالشعر مثلاً [٤] . أما مجمع الفقه الإسلامي فقد عرف العضو البشري بأنه أي جزء من الإنسان أو أنسجته أو خلاياه أو دمائه ونحوها كقرنية العين سواء أكان متصلاً به أم منفصلاً عنه . [٥]

ثالثاً – معنى العضو في نطاق الطب والقانون :

يمثل العضو البشري من الناحية الطبية مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة كالمعدة والكبد والكلى والدماغ والقلب والأعضاء التناسلية

---

(١) . انظر : المستشار عادل الشهاوى –و– المستشار الدكتور / محمد الشهاوى ، شرح قانون تنظيم زرع الاعضاء البشرية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١١ ، ص ١١٣ .

(٢) – انظر : د. جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، المجلد ١٥ ، دار بيروت ، ١٩٥٦ ، ص ٦٨ .

(٣) – انظر : عبد الله البستاني ، معجم وسيط اللغة العربية ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٨٠ ، ص ٢١٣ .

(٤) – راجع بالتفصيل : د. حسن عودة زعال ، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي – دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية ، الأردن ، ٢٠٠١ ، ص ٥٠ .

(٥) – مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة بالمملكة العربية السعودية من ١٨ – ٢٣ صفر ١٤٠٨ هـ الموافق ٦ – ١١ فبراير ١٩٨٨ .

..الخ . وكل نسيج من هذه الأنسجة يتألف من مجموعة من الخلايا يكمل بعضها عمل البعض الآخر ، وتعد الخلية أصغر وحدة في المواد الحية. وعليه ، فإن العضو البشري من الناحية الطبية يمكن تعريفه بكونه قسم معين ومحدد بذاته من جسد الإنسان من شأنه أن يؤمن وظيفة أو عدة وظائف معينة [١] . أما النسيج البشري فهو المستوى التنظيمي الخلوي وهو الوسيط بين الخلايا والكائنات الكاملة . ويمثل مجموعة متكاملة من خلايا مماثلة من نفس المنشأ والتي تحمل وظيفة محددة . وعلى ذلك فإن الأعضاء تعد مكونة من مجموعة وظيفية من الأنسجة . [٢]

ومن ناحية ثانية ، وفى خصوص التعريفات القانونية للعضو البشري ، فمن الملاحظ تعددها . فمن الفقه الجنائي من أتجه الى تعريفه بأنه الكيان الذي يباشر به الإنسان وظائف الحياة عن طريق ما يتضمنه من سوائل كالماء والدماء والنخاع ومجموعة من الأعضاء الجامدة [٣]. وعرفه البعض الآخر بأنه كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة لا يمكن للجسم استبدالها بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل [٤]. واتجه البعض الآخر إلى تعريفه بأنه كل جزء حي من مكونات الجسم في الطبيعة لا يترتب على نقله تعريض حياة إنسان آخر للخطر[٥]. وقد ذهب فريق آخر من فقهاء القانون إلى القول بأن لفظ العضو لا ينصرف إلى الكلى والرئة والكبد والأعضاء التناسلية فحسب بل أنه يشمل الدم والمني وقرنية العين وأجزاء العضو من هرمونات وجينات. [٦]

ومن ناحية ثالثة ، وفى خصوص بيان الموقف التشريعي من تعريف العضو البشري ، فمن الملاحظ اتجاه معظم التشريعات إلى عدم وضع تعريف قانوني للعضو البشري . فمن زاوية أولى ، لم يحدد المشرع المصري تعريفا للعضو البشري باعتباره محل العمل الطبي الممارس . ورغماً عن هذا الإغفال المتعمد في نظرنا ، فقد تعرضت

---

(١) – أنظر : د. حسن عودة زعال ، المرجع السابق ، ص ٥٠ .

(٢) – راجع الموقع الالكتروني :
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%86%D8%B3%D9%8A%D8%AC_%D8%AD%D9%8A%D9%88%D9%8A.

(٣) – انظر : د. طارق فتحي سرور ، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء – دراسة مقارنة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص ٥٣ .

(٤) – انظر : د. حمدي محمد محمود أحمد حسين ، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والحظر – دراسة مقارنة بين القانون الجنائي المصري والفقه الإسلامي ، بدون جهة نشر ، ٢٠٠٨ ، ص ١٣٥ .

(٥) – انظر : د. عبد الوهاب عمر البطراوي ، مجموعة بحوث جنائية حديثة ، ط٣ ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٦ ، ص ٢٣ ..

(٦)– في عرض هذا التعريف ، أنظر : د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ ، ص ٥١ .

اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠١١ لتعريف العضو البشري ، إلا أنه من الملاحظ في هذا الخصوص أن التعريف الوارد في اللائحة لا يمثل تعريفا جامعاً وشاملاً للعضو البشري بقدر ما هو إلا ترديد أمثلة فعلية لما يعد من الأعضاء أو الأنسجة . وفى هذا تنص المادة الأولى من اللائحة على أنه " لا يجوز إجراء عمليات نقل الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بنقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي أو من جسم إنسان ميت بقصد زرعه في جسم أخر إلا طبقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية وأحكام هذه اللائحة والقرارات المنفذة لهما. ويُقصد بالعضو: العضو القابل للنقل مثل (الكبد – الكلى – القلب – البنكرياس – الأمعاء الدقيقة – الرئة) كما يُقصد بالأنسجة: الجلد – صمامات القلب – الأوعية الدموية والعظام وأي عضو آخر أو جزء منه أو نسيج يمكن نقله مستقبلاً وفقاً للتقدم العلمي، بعد مواقفة اللجنة العُليا لزرع الأعضاء البشرية ".

ومن زاوية ثانية ، وفى خصوص المشرع الفرنسي ، فرغماً عن التنظيم المتكامل لموضوع نقل وزراعة الأعضاء البشرية الوارد بقانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ بمقتضى الكتاب الثاني المعنون " التبرع واستخدام عناصر ومنتجات الجسد البشري " في سبعة أبواب متتالية ، إلا أن المشرع لم يضع تعريفاً محدداً للمقصود بالعضو البشري ، وإن كان قد ميز بين أعضاء الجسم وباقي المشتقات والمنتجات البشرية كالأنسجة والخلايا والأمشاج والدم البشري .

هذا وقد أحال المشرع الفرنسي بقانون الصحة العامة وفقاً لما أوردته المادة ٩-L١٢١١ المعدلة بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر فى ٦ اغسطس ٢٠٠٤ إلى مجلس الدولة ليصدر مرسوماً لتحديد منتجات الجسد البشري بنصها على أنه " يحدد بمرسوم لمجلس الدولة :

١ . الشروط التي بموجبها يضمن الاطباء المعلومة وفقا لمقتضى المادة L. 1211-3.

٢ . اساليب تحمل الالتزام وفقا للمادة L. 1211-4.

٣ . قواعد السلامة الصحية المنصوص عليها وفقا للمادة L. 1211-6.

٤ . الشروط التي بمقتضاها تمارس الرقابة وفقا للمادة L. 1211-7 وعلى وجه الخصوص المعلومات المطلوبة لإعادة توجيه المستخدمين أو اطراف ثالثة .

٥ . قائمة منتجات الجسد البشرى المذكورة فى المادة L. 1211-8 ". [١]

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

" Sont déterminées par décret en Conseil d'Etat :

1° Les conditions dans lesquelles les médecins assurent l'information prévue à l'article L. 1211-3 ;

2° Les modalités de la prise en charge prévue à l'article L. 1211-4 ;

ومن زاوية ثالثة ، وفي خصوص التشريعات القليلة التي أوردت تعريفا للعضو البشري يبرز التشريع الإنجليزي الخاص بالأعضاء البشرية الصادر عام ١٩٨٩ Human Organ Transplants Act 1989 . وقد أورد هذا القانون بمقتضى المادة الثانية من القسم السابع منه مفهوماً واسعاً للعضو البشري بنصها على أنه " يعني أي تكوين تركيبي من الأنسجة لا يمكن استعاضته عن طريق الجسم البشري ، لو تم استئصاله كله ". (١)

حدا هذا التحديد للعضو البشري ببعض الفقه إلى القول بأن ما يندرج تحت عباءة الأعضاء البشرية يقتصر على الأعضاء غير المتجددة كالكلى والقلب والبنكرياس ..الخ ، أما الأنسجة المتجددة كالدم والنخاع العظمي ، فلا تندرج في إطار المفهوم القانوني للعضو البشري ، إذ أن هذه المنتجات يجوز التسامح فيها لانتفاء أي احتمال للضرر وفقاً للمجرى العادي للأمور . (٢)

ونرى أن سبب عزوف التشريعات عن وضع تعريف منضبط ومحكم لمنتجات الجسد البشري يكمن في تعلق المحل بشأن طبي ، إذ يفضل ترك هذا التحديد إلي الاطباء وحدهم استناداً لما يتطلب من معطيات فنية وطبية ، بالإضافة إلي أن أي تعريف قانوني لمنتجات الجسد البشري قد يكسبه جمودا يعجز معه في لحظات فارقة من أن يتماشى مع التطورات العلمية في مجال العلوم الطبية . واستناداً إلى ذلك ، فيجب أن يتسم التعريف المقترح بالاتساع وقابليته للامتداد ليشمل ما قد يسفر عنه التقدم العلمي في مجال العلوم الطبية من تطورات . ولهذا نرى أن المنتج البشري باعتباره محل الحماية الجنائية يمثل أي جزء من جسد الانسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواءً أمكن للجسد استعاضتها بعد الاستقطاع بشكل تلقائي أم لا . ونوصي المشرع المصري في هذا الخصوص باستبدال محل الحماية الجنائية المتمثل في الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة البشرية بمنتجات الجسد البشري . إذ يسمح هذا التعبير بمد الحماية الجنائية لكافة أجزاء الجسد البشري سواءً أكان عضواً أو نسيجاً أو دماءً أو امشاجاً . ويجوز في هذا الحالة استثناء بعض الأجزاء من الخضوع للحماية الجزائية كالشعر والأظافر والأسنان ، وهو ما فعله المشرع الفرنسي ذاته بتفويض وزير الصحة بتحديد منتجات

3° Les règles de sécurité sanitaire prévues à l'article L. 1211-6 ;
4° Les conditions dans lesquelles s'exerce la vigilance prévue à l'article L. 1211-7, et en particulier les informations que sont tenus de transmettre les utilisateurs ou les tiers ;
5° La liste des produits du corps humain mentionnés à l'article L. 1211-8".

(١) – النص باللغة الإنجليزية :

" in this Act “organ” means any part of a human body consisting of a structured arrangement of tissues which, if wholly removed, cannot be replicated by the body ".

(٢) – د. ايهاب يسر انور ، المسئولية المدنية والجنائية للطبيب ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٤، ص ٥٠٠

الجسد البشري الخارجة عن نطاق قانون الصحة العامة في شأن نقل وزراعة الأعضاء ، وقد صدر قرار وزير الصحة فى هذا الخصوص رقم ٩٠٤-٩٥ الصادر في ٤ اغسطس ١٩٩٥ [١] ، وقد نصت المادة الأولى من هذا القرار على أنه " لا تخضع للنصوص الواردة في الباب الأول من الكتاب الخامس من قانون الصحة العامة منتجات الجسد البشري الوارد تحديدها : ١- الشعر . ٢- الأظافر. ٣- الجلد . ٤- الأسنان ". [٢]

المطلب الثاني
الأساس القانوني لتبرير مشروعية نقل وزراعة الأعضاء

تمهيد :

تعد عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ذات طبيعة مزدوجة ، ففي جانب أول منها يظهر المستفيد أو المتلقي للعضو البشري ومصلحته العلاجية في زرع عضو في جسده لشفائه من مرض ميؤوس منه أو مميت ، وفي جانب آخر يظهر المانح أو المتبرع الذي يتبرع بعضو من أعضائه جسده لآخر دون أن تعود عليه أي مصلحة علاجية . وتمثل هذه الطبيعة في ذات الوقت عقبة أمام رجال الفقه الجنائي في محاولتهم الدائمة لإيجاد مبررات لإباحة ممارستها استناداً إلي صعوبة تحقيق المواءمة بين مصالح أطراف هذه العمليات ، وذلك بحماية السلامة الجسدية للمتبرع من جهة ، ومحاولة إنقاذ المريض المهدد بالخطر من ناحية أخرى . ولا تمثل عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء العقبة القانونية الوحيدة ، فعمليات استقطاع الأعضاء من الموتى بما تمثله من اعتداء على حرمة الموتى تمثل اشكالية في تبرير هذا المساس .

ونظراً لما تمثله هذه العمليات من قيمة علمية في ضوء المستجدات الطبية الحديثة ، كان لازماً البحث والتنقيب عن أساس قانوني يبرر إباحة ممارستها ، ولما كانت عمليات نقل وزراعة الأعضاء لا تختلف عن الأعمال الطبية التقليدية في قيامها على ذات الهدف الممثل في العلاج والتداوي ، الأمر الذي كان يبرر خضوعها لما تخضع

([1])- JORF n°186 du 11 août 1995.

([2])- " Ne sont pas soumis aux dispositions du titre Ier du livre VI du code de la santé publique les produits du corps humain désignés ci-après:

Les cheveux.

Les ongles.

Les poils.

Les dents ".

له هذه الأعمال ، إلا أن منبع الصعوبة يكمن في التبرير القانوني لحالات استقطاع الأعضاء من شخص سليم بغرض زرعها لإنسان مريض .

ساعدت هذه الإشكاليات في ظهور اتجاهات فقهية متعددة ، تحاول جاهدة إيجاد أساس قانوني يبرر إباحة ممارسة عمليات نقل وزراعة الأعضاء . فمن الفقه من ذهب إلى تبرير عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية على أساس المصلحة الاجتماعية ، وهناك من رد أساس إجازتها إلي الضرورة العلاجية المقترنة برضاء المتبرع ، في حين ذهب بعض الفقه إلي رد أساس مشروعية هذا النوع من الممارسات إلى السبب المشروع ، وهناك من ذهب إلى تبني نظرية إذن القانون كسبب لإباحة مثل هذا النوع من العمليات .

ولاستجلاء هذه الأسس ، سنقسم هذا المطلب إلي أربعة فروع متتالية . نتناول فى أولها لنظرية المصلحة الاجتماعية . ونخصص ثانيها لنظرية الضرورة العلاجية . ونتعرض في ثالثها لنظرية السبب المشروع . ونتناول في رابعها لنظرية إذن القانون .

الفرع الأول

نظرية المصلحة الاجتماعية

استمد الفقه فكرة المصلحة الاجتماعية كأساس لمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من المبادئ العامة للقانون والمبادئ الدينية واجتهادات المحاكم وعادات وتقاليد المجتمع . وكأثر لذلك، فإن فكرة المصلحة الاجتماعية تعد فكرة متغيرة تختلف باختلاف الزمان والمكان ، ومع ذلك فإن غايتها ثابتة ولا تختلف باختلاف المجتمعات ، والتي يمكن حصرها وتمثيلها في احترام القوانين وتحقيق الصالح العام والمحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع .

أولاً – مضمون نظرية المصلحة الاجتماعية :

يذهب أنصار نظرية المصلحة الاجتماعية [1]إلي أن مشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية إنما تكمن في توافر المصلحة الاجتماعية ، وذلك لأن الحق في السلامة الجسدية يعد من الحقوق اللصيقة بالإنسان ، والتي تحمل في ذات الوقت بعداً اجتماعياً . فالحق في سلامة الجسم هو المصلحة التي يعترف بها القانون لكل فرد في أن تؤدى أعضاء جسمه وظائفها أداء طبيعياً ، وأن يتحرر من الآلام البدنية ، وكل اعتداء يحول دون السير العادي والطبيعي لإحدى وظائف الجسم يعد مساساً بالحق في سلامة

(١) . المصلحة عند اهل اللغة : مصدر بمعنى الصلاح ، والمصلحة مفرد المصالح ، والصلاح ضد الفساد ، واصله عكس افسده ، والصلحة الصلاح والاستصلاح نقيض الاستفسار . واصطلاحاً هي ما يتحقق بها نفع او ما يدفع بها ضرر ؛ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد ١٤ ، دار صادر ، بيروت ص ٥١٦ ، ٥١٧ ، مادة صلح . والقاموس المحيط ج١ ، ص ٢٣٥ .

الجسم [١]. ومن ناحية أخرى، فإن تنازل الفرد عن عضو من أعضائه لصالح شخص آخر مريض يفقده وظيفته الاجتماعية المخصصة له ، لكنه واجب يحتمه مبدأ التضامن الإنساني . وإذا كان الحق في سلامة الجسد فردياً ، إلا أن لهذا الحق جانب اجتماعي يتمثل في قيام كل فرد من أفراد المجتمع بوظيفته الاجتماعية على أكمل وجه [٢]، ويستند أساس حق المجتمع على طبيعة النظام الاجتماعي التي تستلزم أن يقوم كل فرد بوظيفته الاجتماعية ، وهذه الوظيفة تلقى على عاتق أفراد المجتمع مجموعة من الالتزامات والتي تقابلها بطبيعة الحال مزايا ممنوحة للأفراد. ولا يستطيع الفرد إتيان التزاماته الاجتماعية إلا إذا كانت سلامة جسده مصونة وكل اعتداء يمس هذا الحق يقلل في ذات الوقت من مقدرة صاحبه على القيام بوظيفته ، أي من قدرته على أن يفي للمجتمع بالتزاماته قبله ، فيهدر على هذا النحو حق المجتمع فيها . إلا أنه ما يعنى المجتمع من سلامة الجسم والذي يعتبر الفرد هو صاحب المصلحة المباشرة فيها ، هو المزايا المرتبطة بهذه السلامة ، والتي من الطبيعي أن يحرص على حمايتها خصوصاً تلك التي تمثل أهمية اجتماعية .

ويقيم أصحاب هذا الاتجاه مذهبهم على أساس الموازنة بين المصلحة الفردية والمصلحة الاجتماعية ، ويقصد بالأولى مصلحة المتصرف بعضوه البشري التي مبعثها حقه في سلامة جسمه ، أي حرمة هذا الجسد وسموه على أي سوء قد يلحق به هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فهنالك المصلحة الاجتماعية المنبثقة من حق المجتمع بالاستفادة من أي كائن بشري يتواجد فيه ، وعليه فمصلحة الفرد والجماعة لا تتحقق ولا تتكامل الا بتكامل أعضاء الجسم البشري . وهكذا فإن المصلحتين تتلاقيان في ذات النقطة وانطلاقاً منها يبرر هذا الاتجاه نقل العضو من شخص إلي آخر ، طالما نجم عن ذلك زيادة في المنفعة الاجتماعية وارساء قواعد التضامن الاجتماعي المستشف من رضا المتصرف ، وطالما أن ما كسبه المتصرف إليه ومن ورائه المجتمع يفوق ما لِحق بالمتصرف من ضرر. ومثال ذلك من يتبرع بإحدى كليتيه السليمتين لمريض يعانى من فشل كلوى يهدد حياته بموت اكيد ، لأن هذا التبرع يزيد النفع الاجتماعي في مجمله

---

(١) . راجع :. د. ادريس عبد الجواد عبد الله ، الاحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الاحياء ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٧٦ ؛ د. بشير سعد زغلول ، استئصال وزرع الأعضاء البشرية من الوجهة القانونية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٠ .

(٢) . يراد بالوظيفة الاجتماعية مجموع الالتزامات التي يضعها المجتمع على عاتق كل فرد من افراده ، وهى تمثل بالنسبة له مساهمة فى المحافظة على كيان المجتمع وازدهاره . ولا تقتصر الوظيفة الاجتماعية على الاعمال التي يؤديها الشخص ، بل تشمل ايضاً صلاحيته لأداء كل عمل يتطلبه الحفاظ على ضمان ازدهار ذلك المجتمع . ومن ثم كان الحرص على بقاء هذه الصلاحية وتنميتها احد الالتزامات الهامة التي تفرضها الوظيفة الاجتماعية . راجع : د. ادريس عبد الجواد عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٧٧ .

عما كان قبل إجراء عملية نقل الكلية ، وذلك لأن إجراء هذه العملية قد انتقصت من المتبرع بقدر محدود وزادت من النفع الاجتماعي لمن تم انقاذ حياته . بالنظر لأن الانتقاص في امكانات المعطى الجسدية المصاحب لعملية نقل العضو قد قابله نفع أكبر للمريض الذى تم انقاذ حياته ، وبالتالي أصبحت المصلحة النهائية تحقق فائدة اجتماعية محققة . ولكى تتحقق الموازنة بين المصلحتين ، يورد انصار هذا الاتجاه قيوداً معينة حتى يتحقق الغرض الاسمى من عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، ومن أهم هذه القيود ، ألا يؤدى انتزاع العضو من المتبرع إلي انتقاص دائم وجسيم لتكامله الجسدي أو صحته ، وكذا ضرورة توافر القصد العلاجي في عملية نقل العضو وأن لا تكون هناك وسيلة علاجية أخرى تعوض هذه العملية .

ومن ناحية أخرى ، يرى أصحاب هذا الاتجاه في مجمل عمليات نقل وزراعة الأعضاء حدث يتجاوز الجانب الشخصي للممارسات الطبية العلاجية ، فهو حدث اجتماعي يعبر – وبحق – عن التكافل الاجتماعي والتضامن الإنساني بين كافة افراد المجتمع الواحد ، فإنقاذ حياة شخص أو السعي إلي شفائه من مرض يعجزه عن أداء وظائفه الاجتماعية ، بمنحه عضواً من جسد شخص لن يكون لعملية الاستئصال أثر على سلامة جسد المانح ، ويعد في ذات الوقت أمراً مقبولاً اجتماعياً جديراً بالإشادة والتأييد. (١)

ثانياً – نقد فكرة المصلحة الاجتماعية :

تم توجيه النقد إلي هذه النظرية من زاوية قيامها على أساس غامض بالنظر لكونها تؤدى إلي جعل الأعضاء البشرية أشياء مشاعة بين أفراد المجتمع ، يتم نقلها فيما بينهم بالنظر للمنفعة التي سوف تعود على المجتمع ، وهوما يؤدى إلي إهدار حقوق الانسان وكرامته .

ومن ناحية أخرى، فإن فكرة المنفعة الاجتماعية في ذاتها تعد فكرة واسعة ومتغيرة ، إذ يتباين مجال الواجبات والالتزامات بتغير المرحلة العمرية للشخص الواحد ، فتزداد بالنسبة للأفراد في مرحلة النضج والشباب من جهة ، وتقل تدريجياً مع التقدم في العمر . وهو ما يؤدى إلي عدم المساواة بين الأفراد في مجال زرع ونقل الأعضاء البشرية ، إذ قد يكفى لإجازة بعض العمليات إرادة المتبرع فقط مهما تكن درجة المساس بسلامته الجسدية مادامت لا تؤثر على وظائفه الاجتماعية كما في حالة المتبرع كبير السن أو المعاق . بينما قد لا تكفى موافقة المتبرع بمفردها بسبب تعارض ذلك مع وظائفه الاجتماعية في الحالات الاخرى ، وهو ما يفسح المجال للتجاوزات وسوء الاستعمال .

---

(١) . انظر : د. مهند صلاح احمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشرى في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ط ٢٠٠٢ ، ص ٧٧ .

كما إنه – وفى ظل حياد هذه النظرية عن نطاق مبدأ المساواة بين افراد المجتمع – لا يتسنى لعالم مرموق أن يتبرع بأحد اعضائه لعامل بسيط للحيلولة دون الانتقاص من المنفعة الاجتماعية التي يقدمها هذا العالم بالمقارنة مع المنفعة المقدمة من قبل العامل [١].

ومن ناحية ثالثة، فإنه رغماً عن كون مبدأ التكافل أو التضامن الاجتماعي من المبادئ الهامة إلا أنه لا يكفى لاعتباره اساساً قانونياً مباشراً وكافياً لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية بالنظر لما تنطوي عليه هذه العمليات من خطورة تختلف من حالة لأخرى ويتم من خلالها المساس بالسلامة الجسدية والصحية للفرد وهو ما يتعارض مع الاصل العام في تحريم أي مساس بسلامة الجسد لما ينطوي عليه من اعتداء على مصالح فردية واجتماعية مشموله بالحماية الجنائية.

الفرع الثاني
نظرية الضرورة العلاجية

أولاً – تعريف حالة الضرورة :

في الواقع تعددت التعريفات الفقهية والقضائية لحالة الضرورة ، فمن الفقه من اتجه إلي تعريفها بأنها حالة الشخص الذي يوجد أمام خطر وشيك الوقوع ، ولا سبيل إلي تفاديه إلا بارتكاب فعل محظور طبقاً لأحكام قانون العقوبات[٢]. أو هي حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة ليتفادى ضررا اكبر محدقاً به أو بغيره أن يسبب ضرراً أقل للغير [٣]. كما عرفتها محكمة النقض المصرية بأنها " ارتكاب جريمة على شخص برئ لدفع خطر حال وجسيم وذلك وقاية للنفس أو الغير " . [٤]

في حقيقة الأمر ، ورغما عن قدم نظرية الضرورة باعتبارها سبب من أسباب انعدام المسئولية [٥]، إلا أن قانون العقوبات الفرنسي لم يتضمن نصاً عاماً يبين حالات قيامها

---

(١) – انظر : د. حسام الدين الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية – دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ، السنة ١٧ ، يناير ١٩٧٥ ، ص٥٩.

(٢) . انظر : د محمود نجيب حسنى ، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، س٢٩، ع٣، سنة ١٩٥٩، ص ٥٧١ ؛ د. عوض محمد ، قانون العقوبات – القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط ١٩٨٥ ، ص ٦٧ ؛ د. أمير فرج يوسف ، أحكام المسئولية عن الجرائم الطبية ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٩٩ .

(3) - Savatier (R.) , Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains , J.C.P,1969-1-2247.CF.

(٤) . نقض جنائي ٢ نوفمبر١٩٧٥ ، س ٢٦ ، ق ١٤٧ ، ص ٦٧٥ ، نقض جنائي ١٣أبريل١٩٩٣ ، س ٤٤ ، ق ٥٢ ، ص ٣٨٢ .

(٥) . في الواقع فقد وجد لحالة الضرورة صدى في القانون الروماني ، إذ كان الرومانيون يربطون بين الضرورة والخوف الذي يفسد الرضاء في العقود ، ويترتب عليه إلغاء أو نقصان عنصر الإرادة الضروري للعقاب . وقد اخذ بهذه

أو يوضح شروطها ، إلا انه تبنى تحققها في بعض نصوص منفردة ، منها على سبيل المثال إباحة الإجهاض الطبي اللازم لإنقاذ الأم في حالة كون الحمل خطر على حياتها ، وحالات القوة القاهرة الواردة بنص المادة ١٢١-٥ من قانون العقوبات الفرنسي [١] . ويخالف هذا المسلك مسلك المشرع المصري ذاته ، الذي قنن حالة الضرورة في نص عام ورد بالمادة ٦١ من قانون العقوبات بنصه على إنه " لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلي ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ، ولم يكن لإرادته دخل في دخوله ولا في قدرته منعه بطريق آخر ".

ولا محل للشك في أنه في أحوال عديدة يمكن الاعتماد على حالة الضرورة في إعفاء الطبيب من المسئولية ، وذلك عندما ينقذ الطبيب أو الجراح حياة المريض بأن يحدث له ضرراً أقل . كما في حالة الطبيب الذي يجهض المرأة أو يضحى بجنينها لإنقاذ حياتها .ولكن حالة الضرورة يمكن أن تعفى حتى غير الطبيب من المسئولية عن الأعمال الطبية التي ترغمه الظروف على إتيانها.

ثانياً – مضمون نظرية الضرورة العلاجية :

يعد أول من نادي باعتبار حالة الضرورة أساسا لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية في فرنسا هو الفقيه سافتيه " Savatier " في ستينيات القرن الماضي ، بالنظر للفراغ التشريعي الذي استمر حتى عام ١٩٧٦ بظهور أول تشريع متكامل يعالج عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

النظرية أيضا القانون الكنسي باعتباره يقر بأن الخوف من الموت يمكن أن يعد عذراً مبرراً للمخالفات التي ترتكب ضد ما تقضى به القوانين الوضعية الخاصة بالأشخاص دون القوانين الإلهية الخاصة بالدين كالهرطقة والإلحاد .

انظر بالتفصيل : د. محمد فائق الجوهري ، المسئولية الطبية في قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه ، دار الجوهري للطبع والنشر ، ١٩٥٢ ، ص ٨٤ .

(١) – وعلى خلاف ذلك ، تنص المادة ٣-١٦ من القانون المدني الفرنسي على أنه " لا يجوز الاعتداء على سلامة الجسد البشري إلا في حالة الضرورة العلاجية بالنسبة للشخص ". وفي هذه الحالة استلزمت هذه المادة الحصول على رضا الشخص المعني بصورة مسبقة باستثناء ما إذا كانت حالته الصحية تتطلب تدخلاً علاجياً، ولا تسمح له حالته بالتعبير عن رضاه .

Il est écrit à l' article 16-3 du Code civil français que.

"Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu' en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n 'est pas à même de consentir".

وتقوم الضرورة في المجال الطبي – وفقاً لهذا الفقيه – على أساس الموازنة بين المخاطر والأضرار ، المخاطر التي يراد تفاديها والاضرار التي وقعت . بحيث أن الضرورة لا تتحقق ولا تبرر عمل الطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء ، إلا إذا كان الخطر المراد تفاديه بالنسبة للمتلقي (المريض) يتناسب مع الضرر الذي وقع للمعطى (المتبرع) ، وتتم هذه الموازنة بالنظر إلي المستقبل ومن ثم تتسم بقدر من الاحتمال ، أي عدم التأكد . فالطبيب عندما يقوم باستئصال عضو يسبب ضرر للمتبرع ولكنه في ذات الوقت يتفادى ضرر أكبر بالمريض وهو إنقاذه من الموت المحقق . وإذا انتفى هذا التناسب بأن كان الضرر يفوق في جسامته الخطر ، حق حينئذ مسائلة الطبيب الذي أجرى عملية النقل ، واعتماد هذه الموازنة له ما يبرره ، إلا إذا كان الهدف من ورائه هو أن يتفادى به الطبيب ضرراً محدقاً بالمتلقي لا يقل عن الخطر الجسيم أو الهلاك . وتقع مسئولية الموازنة بين المخاطر والمزايا على عاتق الطبيب ، الذي يقارن بينهما ثم يقرر إجراء العملية أو عدم إجرائها . ولهذه الأسباب ، فإنه يجب أن تقدر خطورة الجراحة على أساس المتوسط العام لنجاحها أو فشلها ، فمسئولية الطبيب لا يجب أن تنعقد على حالة معينة فقط ، لان احتمالات الفشل قد تتغلب على احتمالات النجاح في هذه الحالة ، ولكن إذا تبين أن احتمالات النجاح قد فاقت كثيراً احتمالات الفشل ، فهنا يجب البحث عن مسئولية الطبيب في حالة فشله [1].

فحساب الاحتمالات – في هذا الصدد – يؤدى دوراً كبيراً في الاختيار الذي يقوم به الطبيب من ناحية اختيار العلاج المناسب ووسيلة تنفيذه ، ويقوم هذا الحساب على ما يسمى بقانون الكثرة ، فملاحظة وجود عدد كبير من الحالات يؤدى إلي الوصول لنتائج متشابهة تقريباً في كل مرة حتى يمكن القول بأنها تعبر عن الواقع إلي حد كبير .

وتتميز حالة الضرورة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء بأن نطاق المقارنة بين الخطر وفرص الشفاء لا تتعلق بشخص واحد وإنما بأكثر من شخص ، ويعنى ذلك إن نطاق حالة الضرورة في مثل هذه العمليات أكثر اتساعاً من أي عمل طبي آخر . فعملية تقدير الإضرار والفوائد تكون بالنسبة للمتبرع السليم والملتقى المريض في آن واحد . والطبيب وهو يقوم بهذه الموازنة يجب أن يتنزه عن أية أغراض شخصية عند اختيار الشخص المتبرع ، فهذا التدخل الطبي يكون مشروعاً متى تم اختياره لغرض علاج المريض فقط ، وليس من اجل إيذاء المتبرع.

ومن ناحية أخرى يمكن إجمال الظروف التي يجب أن يراعيها الطبيب عند إجرائه الموازنة المتعددة بين الإخطار وفرص الشفاء في الآتي :

---

(١) راجع : د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المرجع السابق، ص ٣٤ .

١- وجود خطر محدق بالمريض ، ويكون مآله الحتمي هو الوفاة في حالة عدم زرع عضو جديد له .
٢- أن يكون الخطر المراد تجنبه أكبر بكثير من الضرر الناجم عن عملية النقل والزرع ، فإذا كان استئصال كلية شخص سليم ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة له ، فإن هذه المخاطر أقل بكثير من المخاطر التي يتعرض لها المريض لو لم تنقل له الكلية . فالخطر أقل من الضرر والمتنازل يظل على قيد الحياة ، ويظل جسده مؤدياً لكافه وظائفه الحيوية ، ولا يصاب إلا ببعض النقص في الصفة التشريحية لجسده . أما المريض فإنه يتعرض لخطر الموت ، وبموازنة هذه المخاطر مع الضرر ، نجد أن الضرر الذي يصيب المتنازل من استئصال جزء من جسده ، أقل من المخاطر المراد تجنبها بالنسبة للمريض ، أي ضرر يسير لتفادى خطر جسيم .
٣- أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الشخص المريض (المتلقي) ، وبالتالي إذا أمكن انقاذ الشخص عن طريق نقل عضو من جثة ، فلا تتوافر حالة الضرورة ، ولا يجوز الاستئصال من جسم شخص حي .
٤- أن لا تؤدى عملية نقل العضو إلي موت المتبرع أو إلي إصابته بنقص خطير أو دائم في وظائف جسده . ويتصل هذا الشرط بشرط الموازنة بين المصالح ، مصلحة المريض ومصلحة المتبرع ، بحيث أن إجراء الطبيب التناسب بين الضررين من شأنه أن يؤدى إلي شفاء المريض وعدم المساس بالمعطى ، ويدخل عمله بالتالي في نطاق حالة الضرورة ، ومن ثم تمتنع مساءلته من الناحية الجنائية أو المدنية . وعلى الطبيب أيضاً واجب التأكد من سلامة وصلاحية العضو المتنازل عنه للزرع وعدم إصابته بأمراض مثلاً ، والتأكد من توافر كافة العناصر اللازمة لنجاح عملية النقل والزرع .

هذا وقد انقسم الفقه الجنائي إلي اتجاهين حول الأخذ بحالة الضرورة العلاجية والاستناد اليها كأساس لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية ، فذهب اتجاه أول إلي أن حالة الضرورة هي الأساس الواجب الاستناد إليه لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية إذا توافرت شروطها اللازمة . وتقوم حالة الضرورة – في هذه الحالة – على الموازنة والمقارنة بين المخاطر المراد تفاديها والأضرار التي وقعت بالفعل ، وعليه فلا تتوافر إلا إذا كان الخطر المراد تفاديه متناسباً مع الضرر الذي وقع . [١]

(١) . فى هذا الاتجاه : راجع : د. احمد شوقي ابو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٣٥ ، د. حسام الأهواني ، المرجع السابق ،ص ٤٩ وما بعدها .

ومن ناحية آخري، فإن الضرورة العلاجية تعد الأساس القانوني السليم لإباحة هذا النوع من الممارسات الطبية وذلك لأنها تعد بمثابة الوسيلة الفنية التي يكتمل بقيامها نطاق المشروعية في هذا المجال ، ذلك أن الحق في استئصال العضو من المانح وزراعته للمتلقي يرجع في أساس قيامه إلي اتفاق الاطراف في اطار العقد الطبي المبرم بينهما والذى لا بد أن يقترن به شرط الفائدة التي يجب أن تعود على المجتمع من خلال هذه العمليات ، وقرينة وجود هذه الفائدة الاجتماعية هي قيام حالة الضرورة بشروطها واركانها المعروفة .[١]

ويؤيد بعض الفقه الفرنسي أيضاً الاستناد إلي نظرية الضرورة العلاجية كأساس لمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية استنادا إلي أن الطبيب القائم بإجراء مثل هذه العمليات إنما يدفع خطراً جسيماً يهدد حياة الغير وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على من ينتزع منه العضو ، ويمثل الطبيب – في هذه الحالة – المرجعية لإتمام الموازنة بين الاخطار والاضرار التي يمكن أن تلحق بالمانح ، وهو إذ يفعل ذلك إنما يكون عمله داخلاً في نطاق حالة الضرورة ومن ثم لا يسأل جنائياً أو مدنياً . هذا وقد شهدت حالة الضرورة تطبيقاً لها في مجال نقل وزراعة الأعضاء في فرنسا عام ١٩٦١ وذلك حينما أراد أحد الاطباء نقل إحدى كليتي فتاة تبلغ من العمر أربعة عشر سنة بغرض زرعها لأختها التوأم الذي كان يهددها خطر الموت ، وقد ثار التساؤل بصدد هذه الحالة الطبية عن مسئولية الجراح الجنائية وما إذا كانت حالة الضرورة تبرر قيامه بإجراء عملية انتزاع العضو وزراعته للمريضة . وقد خلص الرأي لدى رجال القضاء الذين تمت استشارتهم من قبل المجلس القومي للأطباء إلي أنه يجوز للطبيب القيام بإجراء مثل هذه العملية قياساً على ما يقوم به الاطباء من إجراء عمليات الاجهاض في حالات الضرورة الطبية ، وذلك على سند وجود خطر يهدد حياة المريضة ، ولا سبيل لتلافيه إلا بنقل العضو من الأخت المانحة ، لذلك كان إجراء العملية أمراً جائزاً لا يرتب مسئولية جنائية على الطبيب .[٢]

هذا وقد ذهب الاتجاه الثاني إلي أن اعتبار حالة الضرورة اساساً يمكن ان يتخذ لتبرير مشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية يشكل من ناحية أولى تهديداً حقيقياً بسلامة جسد المتبرع ، إذ تتحقق حالة الضرورة – في هذه الحالة – بوجود شخص مريض يهدده خطر جسيم ولا سبيل لتجنبه إلا بنقل عضو له من جسد شخص آخر معافى ، والتي تسمح بمقتضاها للطبيب باستئصال العضو المناسب من الناحية

---

(١) . انظر : د. احمد شرف الدين ، الضوابط القانونية لمشروعية نقل وزراعة الاعضاء البشرية ، المجلة الجنائية القومية ، العدد الاول ، المجلد الاول ، مارس ١٩٧٨ ، ص ١١٥.

(2) - Savatier (R.), Les problèmes juridiques…. op.cit., nº1, p 2247.Paul Julien DOLL, les problèmes juridiques poses prélèvements et les greffes au l'état actuel de la législation française, doctrine1, nº 2168.

الطبية . الأمر الذي يشكل انتهاكاً واضحاً لحق المتبرع في سلامة وتكامل بنيانه الجسدي. ومن ناحية ثانية، إلي عدم تحقق شروط قيام حالة الضرورة العلاجية وعلى الاخص شرط عدم وجود وسيلة أخرى لدفع الخطر إلا بإيقاع الضرر على شخص آخر وأن يكون ذلك الضرر أخف وهو ما يعرف بشرط اللزوم والتناسب بالنظر لتوافر وسائل علاجية آخري كما هو الحال بالنسبة لغسيل الكلى والذى يمكن أن يعيش به المريض فترة زمنية طويلة وإلى حجم المخاطر والأضرار التي يمكن أن يتعرض لها المانح من زاوية أخرى .[١]

انتباها إلي هذه الانتقادات ، عمد بعض الفقه إلي تبنى اتجاها وسطاً قائماً على اشتراط اقتران الضرورة العلاجية بشرط الرضاء الحر للمتبرع ، حتى يمكن إجراء عملية نقل عضو منه [٢]. ووفقاً لهذا الاشتراط الجديد، فإنه لا يكفى توافر حالة الضرورة بمفردها كأساس لإباحة استئصال أي جزء من جسد الشخص إلا إذا صدرت عنه موافقه صريحة ، نابعة عن إرادة حرة ورضا مستنير ، ويكون الرضاء حراً كلما تجردت موافقة المتبرع من أي إكراه مادى أو معنوي ، قد يكون له تأثير في قرار الشخص بالتنازل عن جزء من جسده ، أما الرضا المستنير فلا يتأتى إلا بتصبير المتبرع وإحاطته علماً بكافة الظروف المحيطة بالعملية وما يحفها من أخطار .[٣]

وأعطى جانب من الفقه للرضاء في حالة الضرورة أهمية كبيرة ، بحيث رأى فيه أحد العناصر المكونة لأساس مشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، وليس مجرد شرط من شروط إجرائها ، بحيث يجب أن يعطى لرضا المتبرع قيمة أكبر من ذلك ، ويكمن سبب ذلك في أن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية تتسم بطابع التعاون والتضامن بين الأشخاص ، كما أن هذه القيمة في جوهرها تعد من المبادئ الاخلاقية التي لا يمكن تحقيقها جبرا بقاعدة قانونية جنائية كانت أم مدنية فحسب ، بل لا بد أن تكون هناك قناعة تامة ورضاء حر ومستنير من جانب الفرد الذي يبادر إلي تجسيد ذلك التضامن والتعاون بالتنازل عن جزء من جسمه لإنقاذ فرد آخر من خطر الموت أو المرض المستديم .[٤]

ومن جانب آخر ، يرى جانب من الفقه أن رضاء المتبرع يجب أن ينظر إليه على إنه مجرد شرط من شروط إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، ولا يجب أن

---

(١) – انظر فى عرض هذا الاتجاه : د. محمد عبد الوهاب الخولى ،المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الاساليب المستحدثة فى الطب والجراحة ، الطبعة الاولى ، ١٩٩٧ ، بدون دار نشر ، ص ٢٠١ ؛ د. احمد شوقي ابو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٤٢،٤٣ ؛ د. احمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ .

(٢) – انظر : د. مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .

(٣) – انظر : د. مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

(٤) . راجع : د. مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

يعطى له قيمة أكبر من ذلك ، فموافقة المتبرع لا تعطى الطبيب الحق في إجراء عملية انتزاع العضو ، بل يجب قبل ذلك أن تكون الفوائد التي سوف تعود على المتلقي من وراء إجراء هذه العملية كبيرة ، مع ضمان عدم تعرض المانح لانتقاص جسيم في أداء اعضائه لوظائفها الحيوية . بل أن الرضاء لن ينتج أثره ولو كان من شأنه عدم إلحاق أية اضرار تذكر بالمانح ، متى كان الهدف من استئصال العضو وزرعه يخالف النظام العام وأخلاقيات مهنة الطب .[١]

ومما هو جدير بالذكر، أن مؤتمر بيروجيا المنعقد بين ٣ إلي ٧ سبتمبر عام ١٩٦٩ والخاص بزراعة القلب والتصرف في الأعضاء ، قد تبنى معيار حالة الضرورة في توصياته كأساس لمشروعية إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء ، إذ أكدت توصيات المؤتمر أنه لا بد أن تكون عملية زراعة العضو هي الوسيلة الوحيدة المتاحة لإنقاذ حياة المريض ، وأن تفوق احتمالات النجاح بشكل مؤكد ما قد يصيب المانح من اضرار .[٢]

ثالثاً – نقد نظرية الضرورة العلاجية :

لم تسلم نظرية الضرورة العلاجية من الانتقادات التي وجهت إليها كأساس لتبرير مشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، فمن ناحية أولى فإن نجاح نقل العضو البشرى ليس مؤكداً دائما ، وذلك لأن ظاهرة لفظ الاجسام الغريبة ما زالت هي المهيمنة على هذه العمليات ، الأمر الذي لا يمكن معه قبول تدخل الطبيب لتجنب خطر حال . ومن ناحية ثانية، فإنه يترتب على الأخذ بهذه النظرية اهدار لحق الانسان في سلامة بنيانه الجسدي ، وذلك للسماح للطبيب باستئصال جزء من جسم شخص سليم . ولا يمكن في ذات الوقت التغاضي عن هذه النتيجة بالنظر لرضا المتبرع بهذا الاستئصال ، وذلك لأن الرضا ليس عنصراً من عناصر تحقق حالة الضرورة ، وإنما هو شرط أولي لممارسة الطبيب لعمله وإباحة تصرفه [٣]. ومن ناحية ثالثة، فإن تحقق حالة الضرورة في معناها المتعارف عليه إنما يفترض تحقق ظروفاً يتعرض فيها شخص ما لخطر معين ، فتدفعه لإلحاق ضرر أقل بالغير . ومن الصعب قبول تحقق هذه الحالة بالنسبة للطبيب في ممارسته لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية وذلك على سند أن الطبيب كمهني يمارس مهنته في نطاق الأطر القانونية ، وليس له أن يدعى التعرض لضعف أخلاقي أو أدبى ينبع من رغبته في إنقاذ مريض يوشك على الموت على حساب صحة شخص سليم . ومن ناحية رابعة ، فإن نظرية الضرورة العلاجية لا تصلح لتبرير جميع عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، فهي إن كانت

---

(١) . راجع : د. مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

(٢) . انظر : د. ادريس عبد الجواد عبد الله ، المرجع السابق، ص ٧٣ .

(٣) . راجع : د. ادريس عبد الجواد عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٧٣ .

تصلح لتبرير بعض العمليات كنقل الدم ، فإنها تعجز عن تبرير غيرها من العمليات كنقل الكلى – والتي من أجلها تبلورت فكرة الضرورة كأساس للمشروعية – وذلك لأن من شروط حالة الضرورة أن تكون عملية النقل هي الوسيلة الوحيدة لتجنب الخطر الحال ، لكن هذا الشرط قد انتفى باستحداث الكلى الاصطناعية ، باعتبارها وسيلة علاجية بديلة لهذه العملية . ومن ناحية خامسة وأخيرة ، فإن من شروط حالة الضرورة وجود خطر حال وشيك الوقوع ، وهو ما يقتضى أن يقوم الطبيب على وجه السرعة بإجراء عملية نقل عضو من شخص لزراعته في جسد المريض لإنقاذ حياته من الموت ، وهذا الشرط لا يتوافر في حالة استئصال الأعضاء لحفظها في بنوك الأعضاء البشرية إلي حين الاحتياج إليها في المستقبل .[١]

الفرع الثالث

نظرية مشروعية الغرض

أولاً – مضمون النظرية :

تعد نظرية مشروعية الغرض كأساس لتبرير مشروعية نقل وزراعة الأعضاء أو لنفى مسئولية الطبيب عن هذه العمليات من خلق الفقه الفرنسي ، اذ يقرر " ديترتش Dietrich " أن أعمال الجراحة – وما يدخل تحت لوائها – تعد أعمالا مباحة باعتبارها وسيلة لمنع أمراض خطره يبذل المجتمع عن طريق المشرع جهده الشاغل لاتقاء خطرها .

كما يذهب الفقيه " فون ليست " إلي القول بأن عدم مشروعية الفعل يعد عنصراً من عناصر تكوين الجريمة . فالجريمة في نظره ليست عملاً جائراً فحسب ، بل هي كذلك عمل تقصيري غير مشروع ، شأنها في ذلك شأن الخطأ المدني . كما أن تقدير الفعل من وجهة النظر الجنائية يتم من ناحية أولى بمخالفة التصرف للقاعدة الآمرة أو الناهية الموضوعة من قبل الدولة ، ومن ناحية آخري بكون التصرف أو الفعل غير جائز بطبعه بالنظر لكونه يعتبر اعتداءً – حال أو مستقبلي – على مصالح – فردية أو جماعية – مشمولة بالحماية الجنائية . وأثرا لذلك فإنه أن كانت القاعدة القانونية تأمر باقتراف هذا التصرف الغير جائز بطبعه فإنه ينقلب إلي عملا جائزاً رغم كينونته . وتطبيقا لذلك ، فإن هناك طائفة من الأعمال تتغير طبيعتها إلي أعمال مشروعة رغما عن كونها في الأصل تشكل اعتداءات على حقوق يحميها القانون بالنظر لكونها أكثر الوسائل ملائمة لتحقيق غرض تقره الدولة . ويدخل ضمن هذه الأفعال الأعمال الطبية التي تقتضى بممارستها الاعتداء على سلامة الجسم البشرى ، سواءً أوقعت من طبيب أو من غير طبيب ، مادام الغرض منها الشفاء من مرض ، أو الوصول إلي تشخيصه

---

(١) . راجع : د. ادريس عبد الجواد عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٧٦ .

، أو التجميل أو التزيين . وذلك لأن الأنظمة التي تضعها الدولة ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بالصحة ، تدل على أن الدولة تقر وتشجع – لغرض مشروع – العمل على حفظ الصحة واستعادتها . ولذلك فإن جميع الأعمال التي تجرى لتحقيق هذا الغرض ، وبالتطبيق على قواعد علم الصحة والفن الطبي ، من جروح جسدية ، وإكراه على خلاف ما يراه المريض ، وحرمانه من الحرية ، تكون أفعالا مباحة ، سواءً أنجحت في تحقيق الغرض الذي رمى إليه به فاعلها ، أو لم تنجح في تحقيق هذا الغرض .[١]

كما سبق الذكر، تقوم نظرية السبب المشروع على أساس أن مشروعية التصرفات الواردة على جسم الإنسان إنما تتحدد بالهدف المراد بلوغه من تلك التصرفات . فمتى كان الغرض مشروعاً كان التصرف مشروعاً . وتطبيقاً لذلك ، فلما كانت عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية تهدف كأصل عام إلي إنقاذ حياة المريض أو سلامته الجسدية أو الصحية بالنظر لحاجته الماسة إلي العضو المنقول إليه ، فإن مشروعيتها ترتبط بمدى تحقيقها لهذا الغرض . كما يضيف الفقيه " ديكوك " أن الحقوق التي تترتب على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة ، إلا إذا كان الهدف من إجرائها تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو غيره . وبناء على ذلك، فإنه لا يجوز المساس بالجسم إلا إذا كانت المزايا والمنافع التي تترتب عن ذلك تفوق الأضرار الناشئة عن ذلك المساس ، وإلا كان التدخل غير مشروع ومخالفاً للأخلاق .[٢]

ويضيف أنصار هذا الاتجاه إلي أنه في بعض الأحيان قد يترتب على عمليات نقل وزراعة الأعضاء ضرراً جسيما بجسم الواهب مثل استئصال وزراعة الكلى ، إلا أن التصرف لا ينتفي عنه صفة المشروعية طالما أن الواهب يتصرف بدافع المساعدة الإنسانية ، لكن بشرط الالتزام بضوابط معينة . فلا توجد هناك غاية أسمي وأفضل من أن يساعد الإنسان أخاه عند الحاجة إليه ، خاصة وأن العلم قد أثبت أن المتبرع بعد استئصال العضو منه يستطيع أن يعيش حياة عادية لا تختلف عن حياة غيره من الأصحاء .[٣]

ثانياً – نقد النظرية :

تم توجيه النقد إلي هذه النظرية من ناحية قصورها في صلاحيتها كسند قانوني لإجازة عمليات نقل وزراعة الأعضاء ، وذلك لأن مضمونها فيه نوعاً من التعميم يجعلها غير صالحة للتفرقة بين أعمال الطبيب وغير الطبيب . كما أنها تفتقر إلي معيار دقيق للتفرقة بين العمليات المشروعة وغير المشروعة طالما أجريت طبقا لقواعد

---

(١) – راجع بالتفصيل : د. د. محمد فائق الجوهري ، المرجع السابق ،ص ١١٠ ، ١١١ .

(٢) – راجع بالتفصيل : د. عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية – دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط ٢٠٠٦ ، ص ٤١٩ ، ٤٢٠ .

(٣) . راجع : د. ادريس عبد الجواد عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

الصحة والفن الطبي بما في ذلك إجراء التجارب الطبية على المرضى ونقل وزرع الأعضاء ، مع أن للمريض في هذا الصدد حقوقاً يجب أن تراعى وتصان . [١]

وقد تم توجيه سهام النقد إلي هذه النظرية من زاوية آخري تتبلور في إنها وإن كانت تصلح كأساس لإجازة الأعمال الطبية بصفة عامة والتي تهدف – كأصل عام – إلي تحقيق المصلحة العلاجية للمريض ، فإنها لا تصلح اطلاقا كأساس لمشروعية نقل العضو من المانح ، لأنه في هذه الحالة لا يكون للمانح مصلحة من التدخل الطبي على جسده . بالإضافة إلي أن القانون الجنائي لا يعتد في جرائم المساس بالحياة وسلامة الجسد بصفة عامة وجرائم نقل وزراعة الأعضاء بصفة خاصة بالبواعث الدافعة لاقتراف السلوك المجرم سواء تمثلت هذه البواعث في أسباب مشروعة أو لا . [٢]

الفرع الرابع
نظرية اذن القانون

وفقاً لهذه النظرية ، يكمن أساس إباحة الأعمال الطبية والجراحية التي يقوم بها الأطباء على أجسام المرضى في الرخصة القانونية لهم بمزاولة مهنة الطب وفقاً للشروط والإجراءات الواردة في القوانين المنظمة لمزاولة مهنة الطب والجراحة . إذ أن القانون ينظم المهن الطبية بقوانين خاصة بما يتضمن حق الطبيب في المساس بأجسام المرضى لعلاجهم . ومن ثم ، فلا يقبل أن يعطي القانون حق مزاولة مهنة الطب والجراحة للأطباء ثم يعاقبهم على استعمالهم لهذا الحق . [٣]

أولاً – تنظيم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في التشريع المصري :

وفقاً لما سبق ذكره ، تستند مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أو من الموتى إلى قانون زرع ونقل الأعضاء المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بمقتضى المادتين الثانية والثامنة منه [٤] . فمن ناحية ، تنص المادة الثانية على أنه " لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة علي حياة المتلقي أو علاجه من

---

(١) – راجع : د. عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ، ص ٤٢١ .

(٢) – راجع : د. ادريس عبد الجواد عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

(٣) – راجع : د. هلالي عبد اللاه ، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في استعمال الحق – دراسة مقارنة بالفكر الجنائي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٠٣ ، ٢٠٤

(٤)– من التشريعات العربية الأخرى التي وضعت تنظيماً قانونياً لنقل وزراعة الأعضاء نذكر : التشريع الإماراتي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ ، المرسوم بقانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ ، التشريع القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ ، التشريع الأردني رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ ، المرسوم بقانون البحريني رقم ١٦ لسنة ١٩٩٨ ، والتشريع الجزائري رقم ٨٥–٠٥ لسنة ١٩٨٥ .

مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم علي حياته أو صحته ". ومن ناحية أخرى ، تنص المادة الثامنة من ذات القانون على أنه "يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة علي 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 أوصي بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ".

ووفقاً لما ورد بهاتين المادتين ، فقد أباح المشرع المصري استقطاع الأعضاء من جسد الشخص حياً كان أو ميتاً . وبهذا يكون المشرع قد حسم الخلاف القائم حول مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية من عدمه .

ومن الجدير بالذكر في هذا الخصوص ، أن محكمة النقض المصرية – قبل صدور هذا القانون – قد تبنت في العديد من أحكامها إذن القانون كسبب من أسباب إباحة عمل الطبيب ، ومن ذلك ما قضت به المحكمة من أن " الأصل أن أي مساس بجسم المجنى عليه يحرمه قانون العقوبات وقانون مزاولة مهنة الطب ، وإنما يبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة علمية طبقاً للقوانين واللوائح ، وهذه الإجازة هي أساس الترخيص الذي تتطلب القوانين الخاصة بالمهنة الحصول عليه قبل مزاولتها فعلاً ، وينبني على القول بأن أساس عدم مسئولية الطبيب استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون ، أن من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب يسأل عن ما يحدث بالغير من جروح وما إليها باعتباره معتدياً ، أي على أساس العمد ، ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية "[1]. كما قضت في حكم آخر بأن " ما قام به الجاني يوجب المسئولية والعقاب طالما كان في مقدوره أن يمتنع عنه ولم تكن حالة المجنى عليه من حالات الضرورة التي تمنع العقاب وتبرر المساس بجسم المجنى عليه ، وعليه فلا تغنى شهادة الصيدلة أو ثبوت دراية الصيدلي بعملية الحقن عن الترخيص بمزاولة الطب وهو ما يلزم عنه مساءلته عن جريمة إحداثه بالمجنى عليه جرحاً عمدياً مادام إنه كان في مقدوره أن يمتنع عن حقن المجنى عليه مما تنتفى به حالة الضرورة " [2]. وفى حكم آخر قضت بأنه " إذا كان الثابت أن الطاعنة الثانية قد عادت المجنى عليها بإجراء مس لها في عينها ووضعت لها البنسلين كدواء وقامت الطاعنة بعملية

---

(١) . نقض جنائى١٩٦٨/٢/٢٠ ، س ١٩ ، ص ٢٥٤ ، رقم ١٩٢٧ لسنة ١٩٧٣ ق ، نقض جنائي ١٩٧٥/١١/٢ ، س ٢٦ ق ١٤٧ ، ص ٦٧٥ ، نقض جنائي ١٩٨١/٣/٢ ، س٣٢ ، ص ١٩٦ ، رقم ٢٢٦٠ لسنة ٥٠ ق . فى الاشارة الى هذه الاحكام ، انظر : الموسوعة الذهبية ، قضايا الجرح والضرب ، ص ٢ ، ٩٣ .

(٢) . نقض جنائي ١٩٦٠/١٢/١٣ ، س ١١ ، ص ٩٠٤ ، رقم ١٢٦١ ، س ٣٠ق .

حقنها بهذه المادة ، فإنه لا مراء في أن ما اقترفته الطاعنتان من أفعال يعد مزاولة منهما لمهنة الطب لدخولها في الأعمال التي عددتها المادة الاولى من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ وإذا كان ذلك وكانت المتهمتان المذكورتان لا تملكان مزاولة مهنة الطب أو لم تكن حالة المجنى عليها من حالات الضرورة المانعة للعقاب فإن الحكم المطعون فيه إذ دانهما عن تهمة مزاولة الطب وسائل الطاعنة الاولى عن جريمة إحداث جرح عمداً بالمجنى عليها يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح " .[١]

ثانياً – تنظيم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في التشريع الفرنسي :

يعد التشريع الفرنسي الأسبق في تنظيم المسائل المتعلقة بجسم الانسان [٢] ، ولعل ذلك يستند إلي الظروف الدينية والاجتماعية حينذاك بالنظر لعدم اعتراض الكنيسة في القيام بالتجارب العلمية على جسم الانسان ، مما سمح للأطباء بالاستفادة من هذه العوامل والمساهمة في تطوير المجال الطبي بصفة عامة ، ونقل وزراعة الأعضاء البشرية على وجه الخصوص . وترجع أولى المعالجات التشريعية المتعلقة بإجازة المساس بجسم الإنسان إلي سنة ١٨٨٧ والذي بفضله امكن تشريح جثة المتوفى سواءً كان ذلك من أجل البحث عن أسباب الوفاة أو في نطاق البحث العلمي [٣]. ثم صدرت عدة نصوص تتعلق بتنظيم نقل وزرع الأعضاء سنة ١٩٤٩ وخاصة نقل القرنية . ثم صدر في وقت لاحق القانون رقم ٧٦–١١٨١ المعروف بقانون Caillavet الصادر بتاريخ ٢٢دسيمبر ١٩٧٦ والمتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية [٤]، وقد تضمنت المادة الاولى من هذا القانون نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء ، وتناولت المادة الثانية منه نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى ، واستبعد في المادة الثالثة المقابل المادي ، ومما هو جدير بالذكر أن هذا القانون تناول بصفة أساسية عمليات نقل الكلى . وقد

---

(١) . نقض جنائي ٢٠فبراير ١٩٦٨ ، س ١٩ ، ص ٢٥٤ ، رقم ١٩٢٧ ، س ٣٧ ق .

(٢) – من التشريعات الغربية الأخرى التي وضعت تنظيماً قانونياً لنقل وزراعة الأعضاء نذكر : التشريع الإنجليزي الصادر عام ١٩٨٩ ، التشريع الفيدرالي الأمريكي الصادر عام ١٩٨٤ ، التشريع الدنماركي الصادر عام ١٩٦٦ ، التشريع البرازيلي الصادر عام ١٩٦٨ ، التشريع الاسباني رقم ٢٠٧٠ الصادر عام ١٩٩٩ ، التشريع اليوناني رقم ١٣٨٣ الصادر عام ١٩٨٣ ، التشريع الفنلندي رقم ٣٥٥ الصادر عام ١٩٨٥ ، التشريع السويدي رقم ٨٣١ لسنة ١٩٩٥ ، التشريع الإيطالي رقم ٦٤٤ الصادر عام ١٩٧٥ ، والتشريع البلجيكي الصادر في ١٣ يونه ١٩٨٦. راجع : د. عمر أبو الفتوح الحمامي ، الإتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون – دراسة مقارنة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٠ ، ص ١٤٣ إلي ١٦١ .

(٣) . راجع : د. عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ،٤٤٦.

(4) -Loi Nº 76-1181 du 22/12/1976 relative aux prélèvements d'organes, J.O, 23/12/1976. Voir: Florence BELLIVER, Christine NOIVILLE, Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin, Dalloz, Paris, 2006, p 142.

دخل هذا القانون حيز النفاذ بموجب المرسوم بقانون رقم ٧٨-٥٠١ الصادر بتاريخ ٣١ مارس ١٩٧٨ [١].

وقد أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٩٤-٦٥٤ الصادر بتاريخ ٢٩ ابريل ١٩٩٤ ، والذي عالج فيه عمليات نقل وزراعة الأعضاء بشكل أكثر وضوحاً وتفصيلاً ، وذلك بإضافة وتعديل مواد مختلفة في قانون العقوبات والصحة العامة والقانون المدني[٢]. وقد أعقبت هذه القوانين إصدار مجموعة من اللوائح والمراسيم والقرارات المتعلقة بمجال نقل وزراعة الأعضاء . [٣]

---

(1) -Décret exécutive Nº 78-501 du 31/3/1978 J.O, 4/4/1978. Voir: Florence BELLIVER, Christine NOIVILLE, Nouvelles…, op.cit, p 142.

(2) -Loi Nº 94-653 du 29/12/1994 relative au respect du cops humain. Voir: www.journal-officiel.fr .et Loi Nº 94-654 du 29/12/1994 relative au don et à l'utilisation des elements et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procreation et diagnostic prenatal, J.O, 30/7/1994. Voir: www.Journal-officiel.fr .

(٣) – من أهم القرارات والمراسيم الفرنسية الصادرة فى مجال نقل وزراعة الأعضاء :

1. Arrêté du 11 décembre 2014 portant nomination des membres des comités d'experts chargés d'autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur une personne vivante.
2. Décret n° 2014-1066 du 19 septembre 2014 relatif aux conditions de prélèvements d'organes, de tissus et de cellules humaines et aux activités liées à ces prélèvements.
3. Arrêté du 1er août 2014 modifiant l'arrêté du 2 août 2005 fixant la liste des organes pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant est autorisé.
4. Arrêté du 10 février 2014 portant nomination de membres des comités d'experts chargés d'autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur une personne vivante.
5. Arrêté du 19 juillet 2013 portant nomination de membres des comités d'experts chargés d'autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur une personne vivante.
6. Décret n° 2012-1035 du 7 septembre 2012 relatif au prélèvement et à la greffe d'organes
7. Arrêté du 22 août 2012 modifiant l'arrêté du 22 décembre 2011 fixant le ressort territorial des comités d'experts chargés d'autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur une personne vivante et portant nomination des membres de ces comités.
8. Arrêté du 22 décembre 2011 fixant le ressort territorial des comités d'experts chargés d'autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur une personne vivante et portant nomination des membres de ces comités.
9. Arrêté du 28 mai 2010 modifiant l'arrêté du 2 janvier 2009 fixant le ressort territorial des comités d'experts chargés d'autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur une personne vivante et portant nomination des membres de ces comités.
10. Arrêté du 16 décembre 2009 fixant le contenu et les modalités d'établissement du rapport annuel d'activité des établissements de santé autorisés à effectuer des prélèvements d'organes ou de tissus à des fins thérapeutiques.

ونرى رغماً عن أن المستقر كأساس لإباحة نقل وزراعة الأعضاء البشرية يكمن وفقاً للقانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ وقانون الصحة العامة الفرنسي رقم ٩٤-٦٥٤ في نص القانون ذاته وفقاً للتنظيم القانوني الوارد في هذا الشأن ، إلا أن المتأمل والمدقق للنصوص يجد أن كلاً من المشرع المصري والفرنسي قد اعتمدا في صلب القانون ذاته على حالة الضرورة العلاجية مدعمة برضاء المريض ، وفى هذا تنص المادة الثانية من القانون المصري على أنه " لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة علي حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم علي حياته أو صحته ". كما تنص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من ذات القانون على أنه " في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من

---

11. Décret n° 2009-5 du 2 janvier 2009 relatif aux comités d'experts compétents pour autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse.
12. Arrêté du 2 janvier 2009 fixant le ressort territorial des comités d'experts chargés d'autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur une personne vivante et portant nomination des membres de ces comités.
13. Arrêté du 17 avril 2008 prorogeant le mandat des membres des comités d'experts chargés d'autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur une personne vivante.
14. Arrêté du 16 août 2007 fixant le modèle de dossier incluant le protocole relatif aux prélèvements à des fins scientifiques d'organes, de tissus ou de cellules issus du corps humain
15. Arrêté du 18 juin 2007 modifiant l'arrêté du 13 mai 2005 fixant le ressort territorial des comités d'experts chargés d'autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur une personne vivante et portant nomination des membres de ces comités.
16. Arrêté du 3 avril 2006 modifiant l'arrêté du 13 mai 2005 fixant le ressort territorial des comités d'experts chargés d'autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur une personne vivante et portant nomination des membres de ces comités.
17. Décret n° 2005-949 du 2 août 2005 relatif aux conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules et modifiant le livre II de la première partie du code de la santé publique (dispositions réglementaires).
18. Arrêté du 2 août 2005 fixant la liste des organes pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant est autorisé.
19. Arrêté du 13 mai 2005 fixant le ressort territorial des comités d'experts chargés d'autoriser les prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur une personne vivante et portant nomination des membres de ces comités.
20. Décret n° 2005-443 du 10 mai 2005 relatif aux prélèvements d'organes et de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse et modifiant le code de la santé publique (partie réglementaire).

عيوب الرضاء، وثابتاً بالكتابة وذلك علي النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون ".

وفى خصوص التشريع الفرنسي ، فقد نصت المادة ١٦-٣ من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب القانون ٨٠٠-٢٠٠٤ في ٦ أغسطس ٢٠٠٤ على أنه " لا يجوز الاعتداء على سلامة الجسد البشري إلا في حالة الضرورة العلاجية بالنسبة للشخص أو بصفة استثنائية لتحقيق فائدة علاجية للأخرين ، ويجب الحصول على رضاء الشخص المعني بصورة مسبقة باستثناء ما إذا كانت حالته الصحية تتطلب تدخلاً علاجياً ، ولا تسمح له حالته بالتعبير عن رضاه " .[١]

ويبدو لنا من مجموع هذه النصوص تكريسها لمبدأ عام يتمثل في عدم جواز الاعتداء على السلامة الجسدية للشخص ، والاستثناء الوحيد الذي يمكن أن يبرر هذا الاعتداء هو الضرورة العلاجية . ورغماً عن ذلك ، فلا تكشف هذه المواد ماهية الضرورة العلاجية أو نطاقها . إلا أن المستخلص من الواقع العملي يفيد بقيام الضرورة إذا كان هناك خطر محدق بالمريض ، ويؤدي عدم زرع العضو له بلا محاله إلى وفاته ، ففي هذه الحالة يبرز أن الخطر المراد تفاديه يفوق الضرر الناجم عن الاستقطاع من المتبرع ، الأمر الذي يبرر نقل العضو البشري إليه . كما أن تقدير الموازنة بين الضرر العائد على المتبرع والفائدة العائدة على المتلقي تعد من المسائل الفنية التي يجب أن يوكل أمر تقديرها إلى الطبيب . وتتسم هذه الموازنة بطابع من الاحتمال دون اليقين استناداً إلى أن اجرائها يكون بالنظر إلى المستقبل .

ومن ناحية ثانية ،يجب بالإضافة إلى توافر الضرورة العلاجية التي تبرر الاستقطاع والنقل توافر رضاء كلا من المتبرع والمتلقي ، ويجب في هذا الشأن أن يكون هذا الرضاء صريحاً وواضحاً بقدر الإمكان ، كما يجب على الطبيب أن يعلم كلا من المتبرع والمتلقي بأهداف التدخل الجراحي والأخطار التي يمكن أن يسببها لكلا الطرفين . إضافة إلى ذلك ، يجب أن يكون الرضاء سابقاً على التدخل الجراحي . واستثناءً من هذا الأصل ، يمكن للطبيب التدخل جراحيا في الحالة التي لا يتمكن فيها المتلقي من التعبير عن رضاه كما في حالة الإغماء وفقدان الوعي أو حالة القاصر والمجنون ، إلا انه يجب في هذه الحالة الحصول على رضاء نائبه أو ممثله القانوني.

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

" Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir" .

نخلص مما سبق ، أن الترخيص القانوني وإن كان يصلح كأساس قانوني لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء ، إلا أنه يمثل معياراً شكلياً جوهره توافر حالة الضرورة العلاجية ورضاء المريض ذاته ، وبدونهما ينهار هذا المعيار ويفقد جدواه .

الفصل الاول

الشروط القانونية لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء

تمهيد :

إن حق الإنسان في سلامة بدنه من الحقوق التي تحرص القوانين على صيانتها وهو على ارتباط وثيق بالحق في الحياة وإقراره من مصلحة الفرد والمجتمع ، ويعرف التكامل الجسدي بأنه مصلحة للفرد أو المجتمع يقرها القانون ويرسم حدودها ويحميها بالشكل الذي تسير وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي وأن يحتفظ بتكامله الجسدي ويتحرر من الآلام البدنية ويعد حق الإنسان بالتكامل الجسدي من عناصر الحق في سلامة الجسم . [١]

ومن ناحية أخرى ،تتطلب ممارسة الأعمال الطبية والجراحية المساس بالسلامة الجسدية . وتتطابق هذه الأعمال مع النموذج القانوني لجرائم المساس بسلامة الجسد ، ومع ذلك تخرج هذه الأعمال من نطاق الحماية الجنائية المقررة على جسم الإنسان ، ولا يبرر هذا الخروج بحسن دافع أو باعث الطبيب أو انتفاء قصده الجنائي أو إلي رضاء المجني عليه بأعمال التطبيب أو الجراحة . وفى الواقع فإن انتفاء المسئولية الجنائية للطبيب أو للجراح يرجع إلي إباحة الأعمال الطبية أو الجراحية ذاتها التي يباشرها على جسم المريض [٢] ، ذلك لان عمل الطبيب هو علاج المريض وتطبيبه

---

(١)- انظر : د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٥٧١.

(٢) – تعددت تعريفات العمل الطبي ، فمن الفقه من اتجه إلى تعريف هذا العمل " بأنه العمل الذى يقوم به الطبيب المرخص له وفقا لقواعد مهنة الطب ويسعى به إلى محاولة علاج وشفاء المريض " . ويعاب على التعريف انه اقتصر

ومحاولة علاجه وتخفيف الألم عنه بكل الوسائل الطبية المتعارف عليها ، ومن ثم ينتفي الاعتداء على الحق وتزول علة التجريم وتتعين الإباحة .

ولما كانت عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية تعد من الأعمال الطبية الحديثة والناتجة عن تطور العلوم الطبية والبيولوجية ، والتي تهدف بصفة أساسية في إنقاذ المرضى المصابين بالأمراض المستعصية أو المهددة حياتهم بالموت ، غير أنه ورغماً عن المنافع الاجتماعية والفردية التي تحققها هذه العمليات ، ألا أنها تشكل خطورة كبيرة على حياة الإنسان وتكامله الجسدي المحاط بحماية القانون الجنائي ، لما ينتج عنها من تدني أو تأزم حالة الشخص المتبرع للعضو رغماً عن شفاء متلقي العضو ، فالمصلحة العلاجية التي لا تتوافر بالنسبة للمانح لا تبرر التدخل الطبي ومن ثم المساس بالسلامة الجسدية ، الأمر الذى أدي إلي اختلاف الرأي حول مدى تقبل مثل هذا النوع من العمليات .

ولهذه الأسباب ، حرصت التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء على إحاطة ممارستها بشروط صارمة سواءً أكانت شروط قانونية أو طبية لا سيما بعد انتشار ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية ، وتعد في ذات الوقت سبباً لإباحة ممارستها ، بحيث أن مخالفة هذه الشروط أو الخروج عن نطاقها يهدم سبب الإباحة ويعيد الفعل إلي دائرة التجريم من جديد .

ومن الجدير بالذكر في هذا الخصوص ، أن التشريعات المنظمة لتلك العمليات تغاير في الشروط المتطلبة تبعاً لما إذا كان مصدر العضو المزمع نقله شخصا حياً أم متوفياً . وتأتى هذه المغايرة استناد إلي محاولة القانون بسط حمايته على الشخص المتنازل عن عضو من أعضاء جسده إذا كان حيا لما يترتب من إجراء عمليات النقل من ضرر يصيبه في جسده أو خفضاً لكفاءته .

ولم يتأخر المشرع المصري عن الركب ، فجاء قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ متضمناً بين طياته شروطاً لاقتطاع الأعضاء بين الأحياء بمقتضى المواد أرقام ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ من قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ٥

في تحديد نطاق العمل الطبي على العلاج ووقاية الناس من الإمراض دون الأعمال الأخرى التي تتمثل غايتها في المحافظة على صحة الإنسان وحياته . ولذلك فإننا ننضم إلى الفريق الآخر الذي يعرف العمل الطبي بأنه " كل عمل يكون ضرورياً أو ملائماً لاستعمال الطبيب حقه في ممارسة المهنة الطبية " أو هو " العمل الضروري والملائم لتحقيق الغرض الاجتماعي الذي يستهدفه الطب كعلم وفن " . ويمتاز هذه التعريف بأنه يضم تحت لوائه كافة الأغراض التي يستهدفها علم الطب . كالكشف عن الإمراض وتشخيصها ووصف الأدوية وإعطاء الاستشارات الطبية والعقاقير وإجراء العمليات الجراحية واستخدام أساليب الوقاية من الإمراض والمحافظة على صحة الإنسان الجسمية والنفسية . راجع في ذلك : د. محمود نجيب حسنى ، الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي ، ندوة علمية نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين بحقوق القاهرة ، نوفمبر ١٩٩٣ ، القاهرة ١٩٩٤ ، ص ٣٠ .

لسنة ٢٠١٠ ، وتتعلق هذه الشروط بشكل التصرف في الأعضاء الواقع ما بين المتبرع والمتلقي ، وأهلية التبرع ، والإحاطة الكاملة والمستنيرة لطرفي عملية النقل والزرع للمخاطر المحتملة لعملية النقل بقصد الزرع . [١]

ويمكن لنا في ضوء استجلاء هذه الشروط ردها إلي شروط يجب توافرها في المتبرع ، وأخرى يجب توافرها في المتلقي . كلُ في مبحث مستقل .

المبحث الأول
الشروط الواجب توافرها بالنسبة للمتبرع

تمهيد :

يعد المتبرع أو المانح ركيزة أساسية لا غنى عنها في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، إذ لا يجوز – بحكم المنطق – إجرائها بدونه . ولما كان المتبرع إنساناً على قيد الحياه ، فإنه يحظى بالحماية القانونية لحقوقه ، والتي من بينها حقه في التكامل الجسدي [٢]. وفى هذا الإطار تنص المادة ٦٠ من الدستور المصري لعام ٢٠١٣ على

---

(١) – يقسم بعض الفقه الشروط الواجب توافرها لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء إلي شروط قانونية وأخرى طبية . وتنحصر الشروط القانونية في الرضاء ومجانية التصرف . وأما الشروط الطبية فتتجلى في قبول جسم المستقبل للعضو المنقول إليه ، وألا يكون العضو من الأعضاء غير القابلة للزرع إما لكون استقطاعها يؤدي إلى موت المتبرع أو تعطيل وظيفة أساسية في حياته كالقلب أو الرئتين . وألا يترتب على هذا النقل مخالفة للنظام العام أو الآداب كنقل الأعضاء او الانسجة التي يترتب عليها اختلاط الانساب . راجع : د. ادريس عبد الجواد عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ ، ١٤٨ ؛ د. احمد محمود سعد ، زرع الاعضاء بين الحظر والاباحة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ ، ص ٤٤٩ د. أسامة السيد عبد السميع ، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة – دراسة فقهية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٦٦ ، ١١٨ ، ١٦٦.

(٢)– اختلف الفقه حول تحديد المقصود " بحقوق الانسان " ، فيعرفها الفقيه الفرنسي رينية كاسان RENÉ CASSIN وهو أحد واضعي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنها " فرع خاص من الفروع الاجتماعية يختص بدراسة العلاقات بين الناس استناداً إلى كرامة الإنسان وتحديد الحقوق والرخص الضرورية لازدهار شخصية كل كائن أنساني" . ويتجه الفقيه الفرنسي كارل فاساك KAREL VASAK ايضاً إلى تعريفها بأنها " علم يهم كل شخص ولا سيما الإنسان العامل الذي يعيش في اطار دولة معينة، والذي إذا ما كان متهم بخرق القانون أو ضحية حالة حرب، يجب أن يستفيد من حماية القانون الوطني والدولي، وأن تكون حقوقه وخاصة الحق في المساواة مطابقة لضرورات المحافظة على النظام العام" ، في حين يراها الفرنسي ايف ماديو EVIE MADU بأنها " دراسة الحقوق الشخصية المعرف بها وطنياً ودولياً والتي في ظل حضارة معينة تضمن الجمع بين تأكيد الكرامة الإنسانية وحمايتها من جهة والمحافظة على النظام العام من جهة أخرى".

إنه " لجسد الإنسان حرمة ، والاعتداء عليه، أو تشويهه ، أو التمثيل به ، جريمة يعاقب عليها القانون . ويحظر الاتجار بأعضائه ، ولا يجوز إجراء أية تجارب طبية ، أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق ، ووفقا للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية على النحو الذى ينظمه القانون ". وأثرا لذلك ، فإنه لا يجوز للطبيب – كقاعدة عامة – المساس بالتكامل الجسدي للمريض دون رضاه ، غير أن هذا المساس بالسلامة الجسدية لا يتوقف فقط على رضاء المتبرع ، وإلا كان في ذلك إباحة لنقل الأعضاء التي لا غنى عنها للحياة . وينبني عن ذلك أن حق الانسان في التصرف في أعضاء جسده ليس حقا مطلقا .[١]

ومن ناحية ثانية ، فقد أبان المشرع المصري بمقتضى المواد ٤ ، ٥ ،٦ ، ٧ من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ عن الشروط الواجب توافرها في المانح . فمن ناحية تنص الفقرة الاولى من المادة ٤ على إنه " مع مراعاة أحكام المادتين (٣،٢) من هذا القانون، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزراعة في جسم إنسان آخر، إلا إذا كان ذلك علي سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المصريين ". ومن ناحية اخرى ، تنص الفقرة الاولى من المادة ٥ من ذات القانون على إنه " في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، و ثابتاً بالكتابة وذلك علي النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون" . كما تنص الفقرة الاولى من المادة ٦ على إنه " يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته علي سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أياً كانت طبيعته ". واخيرا تنص المادة ٧ من ذات القانون على انه " لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي – إذا كان مدركاً – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (١٣) من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة علي المدي القريب أو البعيد والحصول علي موافقة المتبرع والمتلقي، أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو

أما الفقيه الهنغاري (أيمرزابو) فيذهب إلى أن حقوق الإنسان " تشكل مزيجاً من القانون الدستوري والدولي مهمتها الدفاع بصورة مباشرة ومنظمة قانوناً عن حقوق الشخص الإنساني ضد انحرافات السلطة الواقعة في الأجهزة الدولية، وأن تنمو بصورة متوازنة معها الشروط الإنسانية للحياة والتنمية المتعددة الأبعاد للشخصية الإنسانية ". وقد تعرضت الجمعية العامة للأمم المتحدة لحقوق الإنسان فعرفتها بأنها " ضمانات قانونية عالمية لحماية الأفراد والجماعات من إجراءات الحكومات التي تمس الحريات الأساسية والكرامة الإنسانية، ويلزم قانون حقوق الإنسان الحكومات ببعض الأشياء ويمنعها من القيام بأشياء أخرى" .

راجع فى ذلك الموقع الالكتروني :

- HTTP://AR.WIKIPEDIA.ORG/WIKI/

(١)– قارب فى ذات المعنى : د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

عديمها – بالنسبة للخلايا الأم – وفقا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٥). وتحرر اللجنة محضراً بذلك يُوقع عليه المتبرع، والمتلقي ما لم يكن غائباً عن الوعي أو الإدراك أو نائبه أو ممثله القانوني.

وبالمثل ، فقد حدد المشرع الفرنسي هذه الضوابط بمقتضى المادتين ٥١١-٢ ، ٥١١-٣ من قانون العقوبات الفرنسي ، والمواد L١٢١١-٢، L١٢١١-٣ ، L١٢١١-٤ ، L١٢٣١-١ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالمرسوم رقم ٥٤٨-٢٠٠٠ في ١٥ يونيو ٢٠٠٠ . فمن ناحية اولى ، تنص المادة ٥١١-٢ من قانون العقوبات الفرنسي والصادرة بالقانون رقم ١٣٣٦-٩٢ في ١٦ ديسمبر ١٩٩٢ والمعدلة بموجب القانون رقم ٦٥٣-٩٤ الصادر في ٢٥ يوليو١٩٩٤ والمعدلة بالمرسوم رقم ٩١٦ . ٢٠٠٠ الصادر في ١٩ سبتمبر ٢٠٠٠ على أنه " يعاقب بالسجن سبع سنوات وغرامة ١٠٠٠٠٠ يورو كل من حصل لشخص على عضو أو أعضاء بمقابل ، أيا كان صورته . ويعاقب بذات العقوبات كل من عرض وساطته لتسهيل الحصول على عضو بمقابل ، أو تنازل بمقابل عن هذا العضو من الجسد لآخر . وتطبق ذات العقوبات في حالة الحصول على عضو وفقا للشروط الواردة في الفقرة الأولى إذا تم جلبها من بلد أجنبي ". كما تنص المادة ٥١١-٣ من ذات القانون والصادرة بالقانون رقم ٦٥٣-٩٤ في ٢٩ يوليو١٩٩٤ والمعدلة بالمرسوم رقم ٩١٦ . ٢٠٠٠ الصادر في ١٩ سبتمبر ٢٠٠٠ والمعدلة بالقانون رقم ٨٠٠ . ٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ والمعدلة بالقانون رقم ٨١٤-٢٠١١ الصادر في ٧ يوليو ٢٠١١على أن " يعاقب بالسجن سبع سنوات وغرامة قدرها ١٠٠٠٠٠ يورو كل من نقل عضو من شخص بالغ حي بدون غاية علاجية ، وبدون الحصول على موافقة هذا الشخص وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة ١٢٣١- ١ L من قانون الصحة العامة أو بدون ترخيص وفقا لما تنص عليه الفقرتين الثانية والخامسة من ذات المادة ". [١]

([١]) – قنن المشرع الفرنسي بقانون العقوبات الجديد الصادر عام ١٩٩٢ والمعمول به منذ أول مارس ١٩٩٤ الجرائم المتعلقة بالصحة العامة في الباب الأول من الكتاب الخامس ، وقد أحتوى هذا الباب على فصل وحيد يتعلق بالجرائم المتصلة بأخلاقيات الطب الحيوي Des infractions en matière d'éthique biomédicale ، وقد احتوى هذا الفصل بدوره على أربعة مباحث ، يتعلق المبحث الأول بحماية الجنس البشري la protection de l'espèce humaine بمقتضى المادتين ٥١١-١ ، ٥١١-١-٢ . وينظم المبحث الثاني حماية الجسم البشري la protection du corps humain بمقتضى المواد ٥١١-٢ إلى ٥١١-١٣ . ويتناول المبحث الثالث حماية الجنين البشري la protection de l'embryon humain بمقتضى المواد ٥١١-١٥ إلى ٥١١-٢٥-١ . ويحتوى المبحث الأخير على النصوص المتعلقة بالعقوبات التكميلية المطبقة على الأشخاص الطبيعية ومسئولية الأشخاص المعنوية بمقتضى المواد ٥١١-٢٦ الى ٥١١-٢٨.

ومن ناحية أخرى ، تنص المادة ٢-١٢١١L من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بموجب بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على أن " نقل مكونات الجسد البشرى وجمع منتجاته لا يجب أن تتم ممارسته بدون موافقة مسبقة من المانح ، ويمكن إلغاء هذه الموافقة في أي وقت ". كما تنص الفقرة الثالثة من المادة ٣-١٢١١L من ذات القانون المعدلة بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤على أنه " ويجب على الأطباء التأكد من أن سن مرضاهم يتراوح من سن ١٦ إلي ٢٥ قبل إبلاغهم بطرق الموافقة على التبرع بالأعضاء أو لأغراض الزرع . واذا تعذر ذلك ، فإن تقديم هذه المعلومات اليهم بشكل فردى يجب أن يتم في أقرب وقت ممكن ". كما تنص الفقرتان الاولى والثانية من المادة ٤-١٢١١L من ذات القانون المعدلة بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على إنه " لا يجوز تخصيص أي مقابل أيا كان صورته إلي الشخص المراد نقل مكونات جسده أو جمع منتجاته . وتحظى التكاليف المتعلقة بالنقل أو الجمع بدعم كامل من المؤسسات الصحية المكلفة بتنفيذ النقل أو الجمع ". كما تنص الفقرة الرابعة من المادة ١-١٢٣١L من قانون الصحة العامة المعدلة بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ والمعدلة بالقانون رقم ٨١٤-٢٠١١ الصادر في ٧ يوليو ٢٠١١ على إنه " كما يبلغ المانح مقدما من قبل لجنة الخبراء الوارد ذكرها في المادة ٣-١٢٣١L بالمخاطر التي تنطوي عليها ، والنتائج المحتملة لعملية النقل. كما يجب في حالة اقتضاء طرق التبرع التبادلي أن يعبر عن موافقته بالتبرع ، واذا لزم الأمر بالنسبة للتبرع التبادلي أن يعبر عن هذه الموافقة لرئيس المحكمة العليا أو القاضي الذى يعينه ، والذى يضمن مقدما أن الموافقة حرة ومستنيرة ، وأن التبرع تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في الفقرة الاولى والثانية وعند الاقتضاء في الثالثة . وفى حالات الطوارئ التي تهدد الحياة ، يتم الحصول على الموافقة بكافة الطرق من قبل المدعى العام . وتلغى الموافقة بدون شكل معين وفى أي وقت ".

ويتضح من استعراض النصوص المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء في التشريع المصري والفرنسي أنه يشترط رضاء المتبرع ، وأهليته ، وتبصيره بعواقب ومخاطر ونتائج عملية النقل ذاتها ، بالإضافة إلي ضرورة اتمام النقل أو الزرع بلا مقابل .

وسيراً في ذات الاتجاه ، سوف نقسم هذا المطلب إلي ثلاثة مطالب متتالية . نتناول في المطلب الأول لرضاء المتبرع . ونتعرض في المطلب الثاني لأهلية المتبرع . ونبحث في المطلب الثالث والأخير لمجانية التصرف أو تنازل المتبرع عن العضو بلا مقابل .

المطلب الاول
رضاء المتبرع

أولاً – شكلية الرضاء :

اشترطت أغلب التشريعات المنظمة لمجال نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء ضرورة إفراغ رضاء المانح أو المتبرع في شكل كتابي ، ويعد هذا الاشتراط تغييراً لطبيعة العقد الطبي القائم في غير هذه الحالات من عقد رضائي إلي عقد شكلي لا يقوم إلا بالكتابة . ويجد هذا الاستلزام علته في الرغبة التشريعية في توفير مزيد من الحماية للمانح أو المتبرع بالنظر لما تنطوي عليه عملية الاستقطاع الطبي من خطورة بالنسبة له ، وتأكيدا على أن المانح قد أصدر موافقته عن إدراك ووعى كامل . بالإضافة إلي أن مثل هذا الاشتراط يمثل حماية قانونية للطبيب ذاته من قيام مسئوليته الجنائية في حالة فشل العملية الجراحية بالرغم من مراعاة الأصول والقواعد الطبية . [1] ونرى مع ذلك إنه إن كانت الكتابة لازمة لإجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، إلا أن هذا الاستلزام لا ينصرف إلي بعض عمليات نقل الأعضاء التي تأكد نجاحها وتجرى بشكل يومي لصيرورتها عملا علاجيا لا غنى عنه كعمليات نقل الدم .

ولم يخرج المشرع المصري عن نطاق هذا الاستلزام ، فتطلب بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٥ من قانون نقل وزراعة الأعضاء وسواءً أكان ذلك في مجال نقل الأعضاء

---

(1) – وبالمثل ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٩ من الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي La convention sur les droits de l'homme et de la biomedicine والتي أعدها مجلس أوربا واللجنة الأوربية في ٤ ابريل ١٩٩٧ والمسماة باتفاقية أوفيدو Oviedo والتي دخلت حيز النفاذ في ١ ديسمبر ٢٠٠٩ على أن " الرضاء المشار إليه في المادة الخامسة يجب أن يكون صريحاً ومحدداً ، سواءً بالكتابة أو أمام سلطة رسمية ".

" Le consentement visé à l'article 5 doit avoir été donné expressément et spécifiquement, soit par

écrit soit devant une instance officielle ".

كما نصت المادة الخامسة من الاتفاقية على أن " التدخل في مجال الصحة لا يمكن أن يتم إلا بعد صدور رضاء حر ومتبصر من صاحب الشأن. ويجب أن يحصل صاحب الشأن قبل إجراء العملية الجراحية عن معلومات وافية عن هدف وطبيعة التدخل الجراحي وكذلك المعلومات المتعلقة بالنتائج والمخاطر . ولصاحب الشأن في جميع الأوقات أن يعدل عن رضائه ".

" Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé.

Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques.

La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement ".

لمزيد من التفاصيل ، راجع الموقع الالكتروني :

- http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/164.htm .

البشرية أو أجزاء منها أو في مجال الأنسجة البشرية أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتاً بالكتابة وذلك علي النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون. ولا يقبل التبرع من طفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانونا. ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلي الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما علي قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الاهلية أو ناقصها. وفي جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته علي التبرع العدول عن التبرع حتي ما قبل البدء في إجراء عملية النقل. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون ضوابط التبرع واجراءات تسجيله ".

وقد نصت المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية رقم ٩٣ لسنة ٢٠١١ بدورها على إنه " في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة لا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه وثابته بموجب إقرار كتابي من المتبرع معزز بشهادة اثنين من أقارب الدرجة الأولى أو مصدقا عليه من الشهر العقاري .

وإذا كان التبرع لغير الأقارب ، فيجب إثبات عدم صلاحية أي من الاقارب حتى الدرجة الثانية طبياً للتبرع ، وذلك بناء على شهادة طبية صادرة من المنشأة التي ستجرى بها الجراحة ، ومعتمدة من مدير البرنامج الخاص بالزرع بالمنشأة ومدير المستشفى ، أو عدم رغبتهم في التبرع بناءً على إقرار موقع منهم يحرر أمام اللجنة الثلاثية داخل المنشأة التي تجرى بها الجراحة ويعتمد من اللجنة .

ويجوز للمتبرع العدول عن تبرعه إلي ما قبل البدء في عملية الاستئصال دون أدنى مسئولية عليه ، على أن يسجل ذلك في الدفتر المشار إليه ، وإذا ثبت تكرار هذا العدول دون سبب جدى أو مبرر مقبول فإنه لا يعتد بأي طلب يقدم منه بعد ذلك للموافقة على التبرع ، وتخطر بذلك جميع المنشآت المصرح لها بالنقل .

ويشترط لقبول التبرع للأقارب ما يأتي : ١- ألا يزيد سن المتبرع عن ٥٠ عاماً . ٢- أن يكون المتبرع كامل الأهلية . ٣- أن يكون هناك توافق في الأنسجة وفصيلة الدم . ٤ – أن يتم إجراء كافة الفحوصات اللازمة لإثبات سلامة المتبرع وقدرته على التبرع وملاءمة العضو المتبرع به للمنقول إليه واحتياج المنقول إليه إلي الزرع . ٥- أن تكون عملية الزرع ذات فرص نجاح مقبولة طبقا للقواعد العلمية والطبية المتعارف عليها . ٦- أن يتم الزرع في أحد المنشآت الطبية المرخص لها بذلك طبقا لأحكام القانون وهذه اللائحة . ٧- أن يتم التأكد من عدم وجود مقابل مادى أو ضغط نفسي في جميع حالات التبرع .

ولا يقبل التبرع بالأعضاء أو أجزائها من الأطفال أو عديمي الاهلية أو ناقصيها ، كما لا يعتد بموافقة من ينوب عنهم أو من يمثلهم قانوناً ، باستثناء الخلايا الأم التي تنقل إلي الوالدين أو الابناء أو فيما بين الأخوة إذا لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء ، فيجوز التبرع بها بشرط أن تكون هناك موافقة كتابية من والدي الطفل أو احدهما في حالة وفاة الثاني أو الممثل القانوني لعديمي الاهلية أو ناقصيها ".

ويتضح من استعراض نص المادة ٥ من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ أن المشرع المصري قد تطلب لإمكانية التبرع الصادر من إنسان بالغ أن يكون ثابتا بالكتابة . وأضافت اللائحة التنفيذية إلي هذا الاشتراط ضرورة تعزيز الإقرار الكتابي الصادر من المتبرع بشهادة شاهدين من الدرجة الأولى أو التصديق عليه من مصلحة الشهر العقاري . ومن ناحية ثانية ، فقد استلزم المشرع المصري أيضا في حالة العدول عن التبرع إثباته في الدفتر المعد لذلك بمقتضى عجز المادة الخامسة سالفة البيان .

وبالمثل، فقد تطلب المشرع الفرنسي ذات الضابط المتمثل في تدوين إقرار التبرع . فقد نصت المادة الثانية من المرسوم رقم ٥٠١ الصادر في ٣١ مارس ١٩٧٨ تنفيذا لقانون ٢٣ ديسمبر ١٩٧٦ أن يكون رضاء المعطى البالغ – في حالة استئصال عضو غير متجدد منه – أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرته موطن المانح أو أمام قاض يعينه رئيس هذه المحكمة ، على أن يثبت هذا الرضاء في شكل كتابي موقعا عليه من القاضي والمانح ، وتعطى صورة منه إلي المستشفى التي سيتم بها النقل أو الاستئصال ". [1]

وقد تم إلغاء هذا المرسوم بمقتضى القانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ والمعدل لقانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ . فتنص الفقرة الرابعة من المادة ١-L١٢٣١ من هذا القانون والمعدلة بموجب القانون رقم ٨١٤-٢٠١١ الصادر في ٧ يوليو ٢٠١١على إنه " كما يبلغ المانح مقدما من قبل لجنة الخبراء الوارد ذكرها في المادة ٣-L١٢٣١ بالمخاطر التي تنطوي عليها ، والنتائج المحتملة لعملية النقل. كما يجب في حالة اقتضاء طرق التبرع التبادلي أن يعبر عن موافقته بالتبرع ، واذا لزم الامر بالنسبة للتبرع التبادلي أن يعبر عن هذه الموافقة لرئيس المحكمة العليا أو القاضي الذى يعينه ، والذى يضمن مقدما أن الموافقة حرة ومستنيرة ، وأن التبرع تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في الفقرة الاولى والثانية وعند الاقتضاء في الثالثة . وفى حالات الطوارئ التي تهدد الحياة ، يتم الحصول على الموافقة بكافة الطرق من قبل المدعى العام . وتلغى الموافقة بدون شكل معين وفى أي

([1])- Nathalie NEFUSSY-LEROY, Organes humains (prélèvements, dons, transplantations), éditions ESKA, Paris, 1999, p. 132.

وقت " [١] . كما تنص الفقرة الثالثة من المادة ١-١٢٤١L من قانون الصحة العامة والمعدلة بموجب القانون رقم ٢٠١٢-٢٠١١ الصادر في ٢٩ ديسمبر ٢٠١١ والمنفذ من أول اغسطس ٢٠١٢ على إنه " لا يمكن إتمام النقل بقصد التبرع لأغراض علاجية ، والخلايا المكونة للدم التي تم جمعها في نخاع العظام أو الدم المحيطي إلا بشرط أن يكون المانح على علم مسبق بكافة المخاطر التي تنطوي عليها والنتائج المحتملة للنقل ، وأن يعبر عن موافقته أمام رئيس المحكمة العليا أو القاضي المعين من قبله ، والذى يضمن مسبقا أن الموافقة حرة ومستنيرة . وفى حالة الطوارئ التي تهدد الحياة يتم الحصول على الموافقة بأي وسيلة من المدعى العام ، وتلغى الموافقة في أي وقت دون استلزام شكل معين " . [٢]

ولنا من استعراض هذه النصوص التشريعية إفراد الملاحظات الآتية : فمن ناحية أولى ، أن المشرع الفرنسي قد فرق بمقتضى المرسوم رقم ٥٠١ لسنة ١٩٧٨ – قبل إلغائه – بين الأعضاء المتجددة وغير المتجددة ، فأشترط إذا ما تعلق الأمر بعضو غير متجدد أن تتم موافقة المانح أو المتبرع أمام القاضي استنادا إلي خطورة إجراء الاستئصال في مثل هذه الحالات وحتى يحدث هذا المثول أثره في كفالة القرار الحر والصائب للمتبرع ، أما إذا ما تعلق الأمر بأعضاء متجددة ، فيكفى ان ترافق الكتابة وجود شاهد [٣].وقد ألغي المشرع الفرنسي هذه التفرقة بين طبيعة الأعضاء المنقولة بمقتضى قانون الصحة العامة ، فأشترط في الحالتين أن تتم موافقة المانح أو المتبرع أمام رئيس المحكمة العليا أو القاضي المعين من قبله . ومن ناحية ثانية ، لم يفرق

---

(١)– النص باللغة الفرنسية :

" Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier, deuxième et, le cas échéant, troisième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment ".

(٢)– النص باللغة الفرنسية :

" Le prélèvement, en vue de don à des fins thérapeutiques, de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique ne peut avoir lieu qu'à la condition que le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, ait exprimé son consentement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment ".

(3) - Nathalie NEFUSSY-LEROY, op. Cit., p132.

المشرع الفرنسي في قانون الصحة الجديد بين التبرع التبادلي أو الانفرادي أو التبرع بخلايا الدم في اشتراط حدوث موافقة المانح أمام رئيس المحكمة العليا أو القاضي المعين من قبله . ومن ناحية ثالثة ، لم يغفل المشرع الفرنسي بقانون الصحة الجديد إدراج حالة الضرورة الطبية ، والتي قد تستدعى السرعة في النقل أو الاستئصال لتوقى خطر محدق بحياة طرفي العملية الجراحية أو أحدهما ، الأمر الذى قد يؤدى إلي ترتيب آثار خطيرة إذا ما تم مراعاة حدوث الموافقة أمام رئيس المحكمة العليا أو القاضي المعين من قبله لطول الاجراءات فأجاز في مثل هذه الحالات الاستغناء عن هذه الموافقة بشرط الحصول على الموافقة من المدعي العام . وفى هذا الخصوص لم يحدد المشرع الفرنسي ماهية حالة الضرورة العلاجية ، وإنما عبر عنها بحالة الطوارئ التي تهدد الحياة .

ثانياً – خصائص الرضاء :

١ – أن يكون الرضاء متبصرا أو مستنيراً :

يقع على عاتق الطبيب تجاه المتبرع – قبل إجراء عملية نقل العضو أو استئصاله – التزاما قوامه أن يقوم بتبصيره بكافة العواقب والمخاطر والنتائج المحتملة لهذا الفعل عقب حدوثه أو في المستقبل ، وتكمن العلة من هذا الاشتراط في حق المانح أو المتبرع في الموازنة بين المخاطر والفوائد المحتملة المترتبة على إجراء عملية النقل أو الاستئصال وتكوين رضاؤه بإتمامها أو العزوف عنها .

ومن الجدير بالذكر ، إن التزام الطبيب بإعلام المتبرع أو المانح يكتسب أهمية خاصة على الصعيد القانوني ، إذ لا يمكن أن يكتسب رضاء المانح قيمته القانونية المعتبرة في هذا المجال إلا إذا صدر أثر إلمام كامل بكافة المعلومات والمعطيات التي تمكن المتبرع من اتخاذ قراره عن بصيره كاملة . وتفعيلا لهذا الالتزام ، فإنه يجب على الطبيب معاينة المتبرع طبياً بذات الدرجة التي يعاين بها المتلقي ، بحيث يقف على الحالة الصحية الفعلية له ، ولا يجوز له إجراء عملية النقل أو الاستقطاع إذا كانت الحالة الصحية للمانح لا تسمح بذلك ، أو كان في اجرائها احتمال تهديد صحته بخطر جدي [١]. كما يجب على الطبيب عند إعلامه المتبرع بالمعلومات التفصيلية الواقعية المتعلقة بعملية النقل أو الاستقطاع أن يستخدم لغة واضحة قبله ، وأن يبتعد عن المصطلحات التقنية لمهنة الطب والتي قد يصعب على الشخص العادي فهمها أو الإلمام بها . وبمعنى آخر ، فإنه يشترط أن يكون شرح الطبيب بسيطاً حقيقياً واضحاً وفياً . [٢]

---

(١)– انظر : د. عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ، ص ٥٨٣ .

(2) - George CHAMMARD BOYER, Paul MONZEIN, La responsabilité médicale, Presses universitaires de France, Paris, 1974, P.212.

ومن الجدير بالذكر ، إن الالتزام بتصبير المانح أو المتبرع لا يقتصر نطاقه على المعلومات الطبية المستخلصة من الفحص الطبي الذى قام به الطبيب ، وإنما يمتد هذا النطاق إلي التعرض للأثار الاجتماعية والاقتصادية المترتبة على التدخل الجراحي ، ويعنى ذلك إنه يجب على الطبيب أن يبين للمتبرع مدى قدرته المستقبلية على مزاولة نشاطه المهني ومدى صلة ذلك بوضعه المادي فيما بعد . وإذا كان الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض أو المتلقي بالإفصاح عن كافة المعلومات التفصيلية المتعلقة بالتدخل الجراحي مراعاة لحالته النفسية ، فإن الأمر يختلف في مواجهة المانح أو المتبرع الذى يجب أن يحاط علما بكافة التفاصيل والمعلومات المترتبة على إجراء عملية الاستئصال لأحد اعضائه . ولا يجب – أثراً لذلك – أن تقتصر المعلومات على النتائج المحتملة لعملية الاستقطاع ، وإنما ينبغي أن تمتد إلي كافة النتائج المؤكدة المترتبة على حرمانه من أحد أعضائه ، كما يجب أن يحاط علما بالتعقيدات التي يمكن أن يسببها غياب العضو المستأصل في المستقبل ، والاحتياطات التي تكفل الحد من هذه التعقيدات قدر الإمكان ، فلا بد أن يعي المانح تماما ما ستؤول إليه حالته الصحية بعد عملية استقطاع العضو ، ومدى تأثر كفاءة الأداء الوظيفي لأعضاء جسده بوجه عام ، وللعضو الباقي على وجه الخصوص . (١)

وقد أشارت الفقرة الثانية للبند التوجيهي الثالث من القواعد الموجهة لنقل الأعضاء البشرية والتي تبنتها منظمة الصحة العالمية في ١٣ مايو ١٩٩١ إلي هذا الالتزام بنصها على إنه " وتكون التبرعات من الأحياء مقبولة عندما يتم الحصول على موافقة المتبرع عن علم وطواعية وتأمين الرعاية التي يوفرها المهنيون للمتبرع وتنظيم متابعة الحالة جيداً ، وعندما يتم تطبيق ورصد معايير الاختيار الخاصة بالمتبرعين على نحو دقيق . وينبغي إعلام المتبرعين الأحياء بطريقة كاملة ومفهومة بالمخاطر والفوائد والعواقب المحتملة للتبرع ، وينبغي أن يكونوا ذوي أهلية قانونية وقادرين على موازنة المعلومات وأن يتصرفوا بدافع من رغبتهم ودون الخضوع لأي تأثير أو إكراه لا مبرر له ". ووفقا لما ورد بهذا البند ، فإن مضمون هذا المبدأ يتجلى في ضرورة قيام المانح بالاختيار عن علم جيد ، والذى يقتضى توافره لديه إمداده بكافة المعلومات المتعلقة بالتدخل الجراحي ، مع استبعاد الاشخاص المستضعفين الذين لا يستطيعون الوفاء بشروط الطوعية المستنيرة بالمعلومات . وتقتضى الموافقة الطوعية كذلك وجود أحكام ملائمة تتيح العدول عن الموافقة قبل أن تبلغ التدخلات الطبية المنفذة النقطة التي

---

(١)– راجع : د. جابر محجوب على ، دور الارادة فى العمل الطبي – دراسة مقارنة ، لجنة التأليف والتعريب والنشر ، الكويت ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٤٨ .

يتعرض فيها المتلقي لخطر داهم إذا لم تستكمل عملية الزرع . وينبغي إبلاغ هذه المعلومات في وقت إعطاء الموافقة . [١]

وقد تطلب المشرع المصري الرضاء المستنير بالنسبة للمتبرع والمتلقي بمقتضى المادة السابعة من قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بنصها على إنه " لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي – إذا كان مدركاً – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (١٣) من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة علي المدي القريب أو البعيد والحصول علي موافقة المتبرع والمتلقي، أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها – بالنسبة للخلايا الأم – وفقا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٥). وتحرر اللجنة محضراً بذلك يُوقع عليه المتبرع، والمتلقي ما لم يكن غائباً عن الوعي أو الإدراك أو نائبه أو ممثله القانوني ".

وقد نصت المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٩٣ لسنة ٢٠١١ على إنه " يحظر البدء في عملية النقل إلا بعد احاطة كل من المنقول منه والمنقول إليه – إذا كان مدركا – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة ١٣ من القانون – في جلستين منفصلتين – بطبيعة عملية النقل ومخاطرها المحتملة – بما فيها الوفاة – على المدى القريب (أثناء تواجدهما بالمنشأة) أو البعيد (العام الأول من تاريخ إجراء العملية).

وتتم الاحاطة بالمخاطر شفاهه وكتابة ، وتضع اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية نموذجاً للإقرار الكتابي للمنقول منه والمنقول إليه ، متضمناً المخاطر المحتملة (القريبة والبعيدة) الخاصة بكل عملية نقل على حدة . وفى حالة وفاة المتبرع إليه بعد استئصال العضو من المتبرع وقبل إجراء عملية النقل ، يجوز نقل العضو إلي متبرع آخر إذا وافق المتبرع على ذلك ضمن الإقرار المشار إليه ، على أن تراعي المدة المسموح بها طبياً لبقاء العضو المستأصل خارج الجسم صالحاً للنقل دون تلف ، واذا كان المنقول إليه من عديمي الاهلية أو ناقصيها ، يتعين موافقة نائبه أو ممثله القانوني على إجازة النقل بالنسبة للخلايا الأم .

وتحرر اللجنة المشار إليها محضرا بما تم من إجراءات ، توقع عليه اللجنة وكل من المنقول منه والمنقول إليه (ما لم يكن غائبا عن الوعي أو الادراك) أو نائبه أو ممثله القانوني بحسب الأحوال ، ويحفظ المحضر بالمنشأة التي أجريت بها عملية النقل للرجوع إليه عند الاقتضاء ".

---

(١)– راجع الموقع الرسمي لمنظمة الصحة العالمية على شبكة الانترنت :

- http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA63/A63_24-ar.pdf

ونوصي المشرع المصري في هذا الخصوص بضم عضواً قضائياً الى اللجنة الثلاثية المشكلة في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع لضمان أن الموافقة الصادرة عن المتبرع والمتلقي حرة ومستنيرة ، وأن التبرع تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها قانوناً . وفى حالات الطوارئ التي تهدد الحياة ، يتم الحصول على الموافقة بكافة الطرق من قبل النائب العام .

هذا وقد تطلب المشرع الفرنسي بالمثل لشرط الرضاء المستنير بمقتضى المواد ١-L١٢٣١ ، و ١-L١٢٤١ ، و ٣-L١٢٤١ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤، فتنص من ناحية الفقرة ٤ من المادة ١-L١٢٣١ المعدلة بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ والمعدلة بالقانون رقم ٨١٤-٢٠١١ الصادر في ٧ يوليو ٢٠١١ على إنه " كما يبلغ المانح مقدما من قبل لجنة الخبراء الوارد ذكرها في المادة L. 1231-3 بالمخاطر التي تنطوي عليها ، والنتائج المحتملة لعملية النقل. كما يجب في حالة اقتضاء طرق التبرع التبادلي أن يعبر عن موافقته بالتبرع ، واذا لزم الامر بالنسبة للتبرع التبادلي أن يعبر عن هذه الموافقة لرئيس المحكمة العليا أو القاضي الذى يعينه ، والذى يضمن مقدما أن الموافقة حرة ومستنيرة ، وأن التبرع تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في الفقرة الاولى والثانية وعند الاقتضاء في الثالثة . وفى حالات الطوارئ التي تهدد الحياة ، يتم الحصول على الموافقة بكافة الطرق من قبل المدعى العام . وتلغى الموافقة بدون شكل معين وفى اى وقت ". (١)

ومن ناحية ثانية ، وفى خصوص نقل الأنسجة أو الخلايا الاخرى غير الخلايا المكونة للدم ، أو مجموعة منتجات الجسد البشرى تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ١-L١٢٤١ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدلة بموجب القانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ ، والقانون الصادر في ١٦ ابريل ٢٠١٠ ، والقانون محدد المدة رقم ٨١٤-٢٠١١ الصادر في ٧ يوليو ٢٠١١ حتى ا اغسطس ٢٠١٢ ، والقانون رقم ٢٠١٢-٢٠١١ الصادر في ٢٩ ديسمبر ٢٠١١ والمنفذ من أول اغسطس ٢٠١٢ على أن " نقل الأنسجة أو الخلايا الاخرى

---

(١)- النص باللغة الفرنسية :

" Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier, deuxième et, le cas échéant, troisième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment" .

غير الخلايا المكونة للدم ، أو مجموعة منتجات الجسد البشرى بقصد التبرع لأغراض علاجية أو علمية أو تنفيذية أو الرقابة على الآلية الطبية للتشخيص في المختبر أو الرقابة على جودة التحاليل البيولوجية الطبية أو في أطار الفحوصات والرقابة التقنية التي تم أجراؤها على الأنسجة أو الخلايا أو على منتجات الجسد البشرى بواسطة الوكالة الطبية للسلامة الصحية والمنتجات الصحية تطبيقاً للفقرة الاولى من المادة L. 5311-2. لا يمكن إحداثه إلا بشرط الإعلام القانوني للمانح بموضوع النقل أو الجمع والنتائج والمخاطر المتصلة ، وإعطاء موافقته الكتابية . ويمكن في أي وقت إلغاء هذه الموافقة بدون شكل معين . ومع ذلك فإن شروط التعبير عن الموافقة والحصول على الترخيص المنصوص عليه في المادة L. 1231-1 تطبق عندما تكون طبيعة النقل وآثارها على المانح يوجد ما يبررها .

ولا يمكن إتمام النقل بقصد التبرع لأغراض علاجية ، والخلايا المكونة للدم التي تم جمعها في نخاع العظام أو الدم المحيطي إلا بشرط أن يكون المانح على علم مسبق بكافة المخاطر التي تنطوي عليها والنتائج المحتملة للنقل ، وأن يعبر عن موافقته أمام رئيس المحكمة العليا أو القاضي المعين من قبله ، والذى يضمن مسبقا أن الموافقة حرة ومستنيرة . وفى حالة الطوارئ التي تهدد الحياة يتم الحصول على الموافقة بأي وسيلة من المدعى العام ، وتلغى الموافقة في أي وقت دون استلزام شكل معين ". (١)

---

(١)- النص باللغة الفرنسية :

" Le prélèvement de tissus ou de cellules autres que les cellules hématopoïétiques, ou la collecte de produits du corps humain en vue de don à des fins thérapeutiques ou en vue de réalisation ou de contrôle des dispositifs médicaux de diagnostic in vitro ou en vue du contrôle de qualité des analyses de biologie médicale ou dans le cadre des expertises et des contrôles techniques réalisés sur les tissus ou sur les cellules ou sur les produits du corps humain par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé en application du 1° de l'article L. 5311-2 ne peut avoir lieu qu'à la condition que le donneur, dûment informé de l'objet du prélèvement ou de la collecte et de leurs conséquences et des risques qui y sont attachés, ait donné son consentement par écrit. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment. Toutefois, les conditions d'expression du consentement et d'obtention d'une autorisation prévues à l'article L. 1231-1 s'appliquent, lorsque la nature du prélèvement et ses conséquences pour le donneur le justifient.

Le prélèvement, en vue de don à des fins thérapeutiques, de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique ne peut avoir lieu qu'à la condition que le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, ait exprimé son consentement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment ".

ومن ناحية ثالثة ، وفى خصوص نقل الخلايا المكونة للدم من نخاع العظام تنص المادة ٣-L١٢٤١ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ المضافة بالقانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ والمعدلة بالقانون رقم ٨١٤-٢٠١١ الصادر في ٧ يوليو ٢٠١١على إنه " بغض النظر عن أحكام المادة L. 1241-2 في حال عدم وجود علاج بديل يمكن أن يتم نقل الخلايا المكونة للدم التي تم جمعها عن طريق أخذ العينات من نخاع العظام أو الدم المحيط من قاصر لصالح أخيه أو أخته .

وعندما يكون هذا النقل غير ممكن وفى حالة غياب أي علاج بديل مناسب فيمكن إجراء نقل الخلايا المكونة للدم من نخاع العظام بشكل استثنائي من قاصر لصالح أبناء عمومته أو أخواله من الدرجة الاولى أو أعمامه وعماته وأخواله وخالاته أو أبن أو أبنة اخيه أو أخته .

وفى جميع الأحوال فإن هذا النقل لا يمكن اجراؤه إلا بموافقة صاحب السلطة الابوية أو الممثل القانوني للقاصر بعد إعلامه بالمخاطر المحيطة بالقاصر والنتائج الاحتمالية للنقل بواسطة طبيب الذى يطرح بيان الزرع أو أي طبيب ممارس آخر من اختيارهم . ويتم التعبير عن الموافقة أمام رئيس المحكمة العليا أو القاضي المعين من قبله والذى يضمن مسبقا كون الموافقة حرة ومستنيرة . وفى حالة الطوارئ التي تهدد الحياة يتم الحصول على الموافقة بأي وسيلة من قبل المدعى العام ، كما يمكن إلغاء الموافقة في أي وقت ودون استلزام شكل معين لصدورها .

ويتم منح ترخيص بإجراء النقل من قبل لجنة الخبراء المذكورة في المادة L. 1231-3 والذى يضمن سلفا أنه وعلى وجه الخصوص في ظل قواعد الممارسة الجيدة الوارد ذكرها بمقتضى المادة L. 1245-6 أن شروط تنفيذ النقل لا تحتوى على أي خطر من أجل القاصر مع الأخذ في الاعتبار عمره وتطوره ، وأنه قد تم استخدام كافة الوسائل من أجل العثور على مانح راشد متوافق بشكل كاف مع المتلقي ، وإن القاصر قد تم اعلامه بالنقل المقترح بغرض التعبير عن إرادته , إذا كان هناك مناسبة ، فإن رفض القاصر يعد عقبة لإجراء النقل ". (١)

---

(١)- النص باللغة الفرنسية :

" Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa soeur.

Lorsqu'un tel prélèvement n'est pas possible et en l'absence d'autre solution thérapeutique appropriée, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel, être fait sur un mineur au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce.

يتضح من استعراض النصوص السابقة ، أن المشرع الفرنسي قد اشترط حدوث الموافقة المستنيرة القائمة على توافر الدراية الكاملة بماهية العملية المطلوب إجرائها وخطورتها سواءً في مجال نقل الأعضاء أو الأنسجة والخلايا الأخرى غير الخلايا المكونة للدم والخلايا المكونة للدم ، ويشترط في كافة هذه العمليات التعبير عن الموافقة أمام رئيس المحكمة العليا أو القاضي المعين من قبله والذى يضمن مسبقا كون الموافقة حرة ومستنيرة .

ومن ناحية ثانية ، فقد غاير المشرع الفرنسي في تحديد الجهة القائمة بالإفصاح باختلاف نوع العملية الجراحية المزمع إجراؤها ، ففي مجال نقل الأعضاء ومنتجات الجسد البشري أوكل إلى لجنة من الخبراء القيام بعملية الافصاح وتبصير المريض ، وفى مجال نقل الخلايا المكونة للدم أوكل هذه المهمة إلي الطبيب الذى يطرح بيان الزرع أو أي طبيب ممارس آخر من اختيارهم . هذا وقد حدد المشرع الفرنسي تشكيل لجنة الخبراء بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٣-١٢٣١L من قانون الصحة العامة المضافة بالقانون رقم ٨١٤ -٢٠١١ الصادر فى ٧ يوليو ٢٠١١ بنصها على إنه " تجتمع لجنة الخبراء المفترض تدخلها وفقا لنصوص المواد L. 1231-1, L. 1241-3 و L. 1241-4 في تشكيلين من خمسة أعضاء يعينون لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير الصحة ، ثلاثة من هؤلاء الأعضاء من بينهم أثنان من الاطباء وشخص مؤهل في مجال العلوم الإنسانية والاجتماعية مشتركون في كل التشكيلات. ويتضمن تشكيلها طبيب نفسى وطبيب عندما تقرر اللجنة إجراء نقل الأعضاء من شخص بالغ وفقا لنص المواد L. 1241-4 L. 1231-1. كما يتضمن تشكيلها شخص مؤهل في مجال علم نفس الأطفال وطبيب أطفال عندما تقرر إجراء نقل

Dans tous les cas, ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur informés des risques encourus par le mineur et des conséquences éventuelles du prélèvement par le praticien qui a posé l'indication de greffe ou par tout autre praticien de leur choix. Le consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment.

L'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordée par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 qui s'assure au préalable que, notamment au regard des règles de bonnes pratiques mentionnées à l'article L. 1245-6, les conditions de réalisation du prélèvement ne comportent aucun risque pour le mineur compte tenu de son âge ou de son développement, que tous les moyens ont été mis en oeuvre pour trouver un donneur majeur suffisamment compatible pour le receveur et que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il y est apte. En ce cas, le refus du mineur fait obstacle au prélèvement".

الأعضاء من شخص قاصر وفقا لنص المادة 3-1241 .L. فى حالة الطوارئ التي تهدد الحياة يعين أعضاء لجنة الخبراء من قبل وكالة الطب الحيوي من بين أعضاء متفرغين ممثلين فى القرار سالف الذكر . وتختص اللجنة كذلك بتسليم ترخيصها بكافة الطرق . فى حالة الطوارئ ، فإن المعلومات المنصوص عليها فى الفقرة الرابعة من المادة 1-1231 .L تصدر من الطبيب الذى يقترح تحديد الزرع أو أي طبيب اخر يختاره المانح " . (١)

ويثور تساؤل في هذا الصدد مفاداه مدى جواز إخبار الطبيب المتبرع بالحالة المرضية للمتلقي ، ومدى اعتبار ذلك افشاءً للسر المهني المجرم قانوناً ؟

في حقيقة الامر ، فإنه من الملاحظ انقسام الفقه العقابي حول الإجابة على هذا التساؤل ، فيذهب اتجاه أول إلي القول بتطبيق القواعد العامة في إفشاء السر المهني ، وتطبيق ما تقضى به المادة ٣١٠ من قانون العقوبات بنصها على أنه " كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضي صناعته أو وظيفته سر خصوصي أؤتمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنية مصرياً ....." . وعليه ، فإن الطبيب الذى يفشى للمانح بعض ما يعرفه عن حالة المريض الصحية يكون قد اقترف في ذات الوقت جريمة إفشاء السر المهني ، ويقع تحت طائلة العقاب . (٢)

ويذهب الاتجاه الثاني إلي القول بأن قيام الطبيب بإعلام المانح أو المتبرع في مجال نقل وزراعة الأعضاء عن الحالة المريضة للمتلقي لا يعد من قبيل افشاء الاسرار

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

"Le comité d'experts dont l'intervention est prévue aux articles L. 1231-1, L. 1241-3 et L. 1241-4 siège en deux formations de cinq membres désignés pour trois ans par arrêté du ministre chargé de la santé. Trois de ces membres, dont deux médecins et une personne qualifiée dans le domaine des sciences humaines et sociales, sont communs aux deux formations. Lorsque le comité se prononce sur les prélèvements sur personne majeure mentionnés aux articles L. 1231-1 et L. 1241-4, il comporte un psychologue et un médecin. Lorsqu'il se prononce sur les prélèvements sur personne mineure mentionnés à l'article L. 1241-3, il comporte une personne qualifiée dans le domaine de la psychologie de l'enfant et un pédiatre. En cas d'urgence vitale, les membres du comité d'experts sont désignés par l'Agence de la biomédecine parmi les membres disponibles figurant sur l'arrêté susmentionné. Le comité ainsi constitué délivre son autorisation par tout moyen. Dans ce cas d'urgence, l'information prévue par le quatrième alinéa de l'article L. 1231-1 est délivrée par le praticien qui a posé l'indication de greffe ou par tout autre praticien du choix du donneur".

(٢) – راجع : د. أسامة قايد ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، ، دار النهضة العربية ،١٩٨٩ ،ص ٤٤؛ د. محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ ، ص ١٢١.

المجرم قانوناً استنادا إلي كون المتبرع طرفاً اساسياً في عملية النقل والزرع ، فمن حقه معرفة حالة متلقى العضو الصحية. [١]

ونميل إلي ما ذهب إليه الاتجاه الثاني ، فرغماً عن تعرض قانون العقوبات المصري بمقتضى نص المادة ٣١٠ سالفة البيان إلي جريمة افشاء السر المهني ، إلا أن ذات المادة قد أوردت استثناءً من الحظر المتقدم يتمثل في جواز الافشاء في الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك ، ويعنى ذلك أنه في ضوء خلو قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ من نص يجرم إفشاء الاسرار المهنية المتعلقة بالنقل والزرع والنص في ذات الوقت على التزام الطبيب بتبصير المتبرع والمتلقي وفقا لما تقضى به المادة ٧ من ذات القانون أن الطبيب يقع عليه التزام بتبصير المانح أو المتبرع بكافة الاخطار المؤكدة والمحتملة لعملية الزرع ، وما يقتضيه ذلك من التعرض لحالة المتلقي الطبية ، ونتبنى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة من أن الالتزام بالتبصير المتبادل لا ينبغي أن يتضمن الكشف عن هوية المتبرع أو المتلقي لما في ذلك من التعرض لحرمة الحياة الخاصة [٢] . وقد تبنى المشرع الفرنسي هذا المبدأ سواءً في مجال نقل وزراعة منتجات الجسد البشرى أو نقل الدم ومشتقاته . فتنص المادة ٥-١٢١١L من قانون الصحة العامة المضافة بالقانون رقم ٣٠٣-٢٠٠٢ الصادر في ٤ مارس ٢٠٠٢ على أنه " لا يجوز للمانح أن يتعرف على هوية المتلقي ، وكذلك المتلقي لا يجوز له التعرف على هوية المانح . ولا يمكن الكشف عن معلومات تسمح بتحديد الأشخاص الذين تبرعوا بمكون أو منتج من جسده وكذلك الأشخاص المتلقين له . ومع ذلك يجوز في حالات الضرورة الطبية الانتقاص من مبدأ عدم الكشف عن الهوية " [٣]. كما تنص المادة ٧-١٢٢١L من ذات القانون من ناحية أخرى على أنه " لا يمكن للمتلقي أن يعرف هوية المانح ، ولا يجوز للمانح كذلك بالنسبة للمتلقي . ولا يمكن إعطاء أي معلومات تسمح بتحديد الشخص المتبرع بدمه ،

---

(١)- راجع : د. سميرة عايد الديات ، عمليات نقل وزراعة الاعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ٢١٦

(2)- PEANEAU (Jean), Médecine, particularités de certains délits, Atteintes à l'intégrité corporelle, violation des devoirs d'humanisme, Fascicule 4, pénal annexes, éditions techniques Juris classeurs, 1990, p.12.

(٣) – النص باللغة الفرنسية :

" Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.
Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique ".

ولا يمكن للمتلقي الكشف عنها . ويمكن أن يكون هناك انتقاص من مبدأ عدم الكشف عن الهوية في حالات الضرورة الطبية ". (١)

٢ – أن يكون الرضاء حراً :

يعد الرضاء الحر للمانح أو للمتبرع بالعضو شرطاً جوهرياً لصحة النقل أو الاستقطاع في مجال نقل وزراعة الأعضاء وفقا لما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٥ من قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بنصها على إنه " في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتاً بالكتابة وذلك علي النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وتفترض هذه السمة للرضاء صدور الرضاء بالتدخل الجراحي من متبرع خلت إرادته من أي عيب من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه والاستغلال والتدليس . ويكون الغلط معيبا لرضاء المتبرع إذا كان جوهريا ، ويكون كذلك إذا كان هو الدافع الرئيسي إلي التبرع أو المنح . كأن يعتقد المتبرع أن العضو المتبرع به متجدداً ، ثم يتضح بعد إجراء التدخل الجراحي أنه غير متجدد. وقد يقع المتبرع في تدليس ، كأن يتحصل الطبيب على رضاء المتبرع باستئصال أنسجة معينة ، في حين يباشر استئصال عضو مهم من جسم المتبرع . (٢)

ومن المتوقع – من الناحية العملية – وقوع المتبرع في إكراه يدفعه إلي الموافقة على إجراء التدخل الجراحي بنقل العضو منه ، ويكثر في الواقع العملي أن يكون مصدر الإكراه نابعاً من الضغط النفسي الممارس من قبل أفراد العائلة ، خصوصا أن التبرع في مجال نقل وزراعة الأعضاء كقاعدة عامة وفقاً لما أوردته نصوص قانون نقل وزراعة الأعضاء المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ ، وقانون الصحة العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ٥٤٨-٢٠٠٠ في ١٥ يونيو ٢٠٠٠ يجب لإتمامه أن يكون واقعاً بين الأقارب إلا في الحالات الاستثنائية التي أوردها كلا القانونين . لذلك يجب التأكد من عدم خضوع المتبرع لضغوط عائلية (٣)، بإعطائه وقتا كافيا للتفكير ، وهذا بعد تبصيره بكافة النتائج المحتملة عن استئصال العضو ، كما يجب إخطار عائلته بنتائج الضغوط التي تمارس على المتبرع .

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

" Le receveur ne peut connaître l'identité du donneur, ni le donneur celle du receveur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don de son sang et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée .

Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique".

(٢)– راجع : د. عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨.

(3) - Denis BENEDICTE, Les prélèvement d'organes , WWW.Droit-unuv.paris5.fr , p.1 à 4

وقد حاول المشرع المصري في هذا الخصوص لضمان أن يكون رضاء المتبرع خالياً من عيوب الإرادة في مجال نقل وزراعة الأعضاء أن يمنح له حق العدول . فتنص الفقرة الأخيرة من المادة ٥ من قانون نقل وزراعة الأعضاء على إنه " وفي جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته علي التبرع العدول عن التبرع حتي ما قبل البدء في إجراء عملية النقل ". كما تنص الفقرة ٣ من المادة ٥ من اللائحة التنفيذية للقانون على إنه " ويجوز للمتبرع العدول عن تبرعه إلي ما قبل البدء في عملية الاستئصال دون أدني مسئولية عليه ، على أن يسجل ذلك في الدفتر المشار إليه ، وإذا ثبت تكرار هذا العدول دون سبب جدي أو مبرر مقبول فإنه لا يعتد بأي طلب يقدم منه بعد ذلك للموافقة على التبرع وتخطر بذلك جميع المنشآت المصرح لها بالنقل ".

ويستطيع المتبرع استعمالا لهذا الحق ، العدول عن قراره بالتبرع بأحد أعضاء جسده في أي وقت إلي ما قبل البدء في عملية الاستئصال ذاتها ، وينتهى هذا الحق بالبدء في عملية النقل والزرع . وعليه ، فلا يجوز للمتبرع أن يعدل عن قراره بعد نقل العضو إلي المتلقي ، أو يطالب باسترجاع العضو المنقول منه إليه . كما لا يلتزم المتبرع بدفع تعويض على عدوله ، وإن كان للمتبرع هذا الحق ، إلا أنه قد يلتزم – وفقا لقواعد المسئولية المدنية – بدفع كافة النفقات أو المصاريف الفعلية التي يكون المتلقي قد تكبدها وضاعت عليه بسبب هذا العدول .

وبالمثل ، فقد نص المشرع الفرنسي على ذات الحق بمقتضى الفقرة الرابعة من المادة L١٢٣١-١ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ المضافة بالقانون رقم ٢٠٠٤-٨٠٠ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ والمعدلة بالقانون رقم ٢٠١١-٨١٤ الصادر في ٧ يوليو ٢٠١١ بنصها على أنه " كما يبلغ المانح مقدماً من قبل لجنة الخبراء الوارد ذكرها في المادة L. 1231-3 بالمخاطر التي تنطوي عليها ، والنتائج المحتملة لعملية النقل. كما يجب في حالة اقتضاء طرق التبرع التبادلي أن يعبر عن موافقته بالتبرع ، واذا لزم الأمر بالنسبة للتبرع التبادلي أن يعبر عن هذه الموافقة لرئيس المحكمة العليا أو القاضي الذى يعينه ، والذى يضمن مقدما أن الموافقة حرة ومستنيرة ، وأن التبرع تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في الفقرة الاولى والثانية وعند الاقتضاء في الثالثة . وفى حالات الطوارئ التي تهدد الحياة ، يتم الحصول على الموافقة بكافة الطرق من قبل المدعى العام . وتلغى الموافقة بدون شكل معين وفى أي وقت. "[١]. كما نصت الفقرة الأولى من المادة L١٢١١-٢ من ذات القانون المعدلة

---

(١)– النص باللغة الفرنسية :

" Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas

بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر فى ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على أن " نقل مكونات الجسد البشرى وجمع منتجاته لا يجب أن تتم ممارسته بدون موافقة مسبقة من المانح ، ويمكن إلغاء هذه الموافقة في أي وقت ". (١)

ويثور في هذا النطاق تساؤلا مفاده مدى اتسام رضاء المتبرع بسمة الرضاء الحر إذا كان منفذاً لعقوبة سالبة للحرية أو محكوما عليه بعقوبة الاعدام ؟ فهل يعتد برضائه في هذا الخصوص إذا كان الهدف من النقل هو تخفيض العقوبة المفروضة عليه . في حقيقة الامر ، فقد تعرض المؤتمر الخاص بحياد الطب المنعقد في روما في شهر ابريل عام ١٩٦٨ لمسألة صدور الرضاء من المنفذ عليه إحدى العقوبات السالبة للحرية ، وقد أوردت توصياته في هذا الخصوص عدم الاعتداد برضاء المسجون في هذا الخصوص استنادا إلي أنه وإن كان يتمتع قانونا بملكة الإرادة الحرة ، إلا أن أهليته غير كاملة ، إذ يعد سلب الحرية سبباً كافياً بذاته لنقصان إرادة السجين ، كما أن الحالة النفسية للمسجون تعد بدورها سببا لعدم الاعتداد بإرادته في شأن استئصال أحد أعضاء جسده. (٢)

ومن ناحية اخرى ، فقد انقسم الفقه العقابي في شأن المحكوم عليهم بعقوبة الاعدام . فانتهى رأى إلي ضرورة الاعتداد بالرضاء الصادر منهم في شأن نقل وزراعة الأعضاء استنادا إلي ما يحققه ذلك من مصلحة انسانية عامة تكمن في انقاذ حياة الكثير من المرضى . إلا أن الاتجاه الثاني يذهب – وبحق – إلي أنه إعلاءً للحق في حرمة الانسان على جسده والحق في الكرامة الانسانية فإنه يحظر انتزاع الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام. (٣)

ونوصى المشرع المصري في هذا الخصوص بإضافة ما يفيد رفض تبرع المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية أو بعقوبة الاعدام إذا كان لغير الاقارب لما تمثله هذه

échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier, deuxième et, le cas échéant, troisième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment ".

(١) – النص باللغة الفرنسية :

" Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment ".

(٢)– فى عرض هذا الرأى ، راجع :

- Ahmed ABDULDAYEM, Les organes du corps humains dans le commerce juridique, publication juridique Alhalabi, Beyrouth, 1999,p. 373.

(٣)– راجع : د. عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ، ص ٥٧٩ وما بعدها .

العقوبات من إكراه مادي يكفي بذاته لنقصان إرادة السجين ، كما أن الحالة النفسية للمحكوم عليه تعد بدورها سبباً لعدم الاعتداد بإرادته في شأن استئصال أحد أعضاء جسده .

المطلب الثاني
أهلية المتبرع

تمهيد :

تتطلب معظم التشريعات المنظمة لنقل وزراعة الأعضاء البشرية أن يكون المانح أو المتبرع بالعضو البشرى بالغاً سن الرشد ، متمتعا بالقدرة على الإدراك والتمييز . ويستند هذا التطلب لما تمثله عملية نقل العضو أو استئصاله من خطورة تستدعى قدرة معينة على إدراك الحقائق واتخاذ القرارات في ضوء التمييز بين المعطيات . وإذا كان الأمر لا يخلو من منطق في تقريره ، لأن الأمر يختلف إذا كان المتبرع قاصراً ، إذ تثور حينئذ جملة من التساؤلات ، مبعثها مدى الاعتداد برضائه أو رضاء من يمثله في هذا الشأن . في الإجابة على هذه التساؤلات يلاحظ انقسام الفقه الجنائي إلي اتجاهين ، فمن الفقه من يرفض إباحة استقطاع عضو من القاصر ، ومنهم من يبيح استقطاع الأعضاء من القصر بشروط خاصة .

وللإحاطة بهذه الاتجاهات ، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعيين . نتناول في أولهما للاتجاه الرافض لاستقطاع الأعضاء من القصر ، ونتعرض في ثانيهما للاتجاه المؤيد للاستقطاع .

الفرع الأول
الاتجاه الرافض لاستقطاع الأعضاء البشرية من القاصر

وفقاً لهذا الاتجاه ، فإنه لا يعتد برضاء القاصر أو رضاء من يمثله إذا ما تعلق الأمر بنقل الأعضاء البشرية أو استئصالها منه . ويستند هذا الاتجاه في بيان ما انتهى إليه إلي مجموعة من الحجج . فمن ناحية أولى، فإنه لا يجوز استقطاع الأعضاء إلا من الأشخاص المتمتعين بالأهلية القانونية الكاملة [1] . ومن ناحية ثانية ، فإنه لا يعتد برضاء الولي الشرعي في هذا الشأن استنادا إلي أن الولاية قد تم تقريرها من أجل حماية القاصر والمحافظة على حقوقه ، فكيف يمكن أن تكون الولاية

([1]) – قارب : د. طارق فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٢٠١

باعتبارها أداة الحماية هي ذاتها وسيلة الاعتداء على حقوق القاصر . ومن ناحية ثالثة ، فإن هذا الاجراء يخلو من أي مصلحة علاجية للقاصر . [١]

تبنت بعض التشريعات ما نادى به انصار هذا الاتجاه ، فحظرت نقل الأعضاء من القصر ومن في حكمهم من أصحاب العاهات العقلية والمساجين ، إذ يفترض القانون في هؤلاء جميعا عدم القدرة على اتخاذ قرار واعى ، ومدرك لكافة العواقب المترتبة عن عملية التبرع بالأعضاء البشرية ، ومن أمثلة هذه التشريعات تشريع كل من دولتي المكسيك وبوليفيا [٢]. وبالنسبة للدول العربية ، فقد تبنى ذات الاتجاه التشريع الإماراتي [٣] ، والتشريع الكويتي [٤] ، والتشريع القطري [٥] ، والتشريع الأردني [٦] ،والتشريع البحريني . [٧]

كما حذا التشريع المصري موقف التشريعات الرافضة لنقل الأعضاء البشرية من القصر . وفى هذا تنص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٥ من قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ على أنه " ولا يقبل التبرع من طفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانونا. ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلي الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا

---

(١) - Jean PENNEAU, La responsabilité médicale, Sirey, Paris, 1977 ,p.15.

(٢)– راجع بالتفصيل : د. مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ .

(٣) – تنص المادة الثانية من التشريع الإماراتي بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ على أنه " يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانوناً ، ويكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه وشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية ".

(٤) – تنص المادة الثانية من المرسوم بقانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ بشأن زراعة الأعضاء البشرية على أن " للشخص كامل الأهلية قانوناً أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه أو أكثر من عضو ويكون التبرع أو الوصية بإقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية ".

(٥) – تنص المادة الرابعة من التشريع القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ فى شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية على أن " للشخص كامل الأهلية قانوناً أن يتبرع أو يوصي بعضو أو أكثر من أعضاء جسمه ، بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية ".

(٦) – ينص الشرط الثالث من البند (أ) من المادة الرابعة من التشريع الأردني بشأن الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ على أن " يوافق المتبرع خطياً وهو بكامل إرادته وأهليته على نقل العضو من جسمه ، وذلك قبل إجراء عملية النقل ".

(٧) – تنص المادة الثانية من المرسوم بقانون البحريني بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ١٦ لسنة ١٩٩٨ على أنه " يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ، ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانوناً ، ويكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه ، ويشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية ".

كان كلاهما علي قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الاهلية أو ناقصها ".

كما تنص الفقرة الاخيرة من المادة ٥ من اللائحة التنفيذية لذات القانون على إنه " ولا يقبل التبرع بالأعضاء أو أجزائها من الأطفال أو عديمي الاهلية أو ناقصيها ، كما لا يعتد بموافقة من ينوب عنهم أو من يمثلهم قانونا ، باستثناء الخلايا الام التي تنقل إلي الوالدين أو الابناء أو فيما بين الاخوة إذا لم يوجد متبرع اخر من غير هؤلاء ، فيجوز التبرع بها بشرط أن تكون هناك موافقة كتابية من والدى الطفل أو أحدهما في حالة وفاة الثاني ، أو الممثل القانوني لعديمي الاهلية أو ناقصيها ".

ووفقا لما ورد بالنصوص سالفة البيان ، فإن القاعدة العامة التي أقرها المشرع المصري هي حظر التبرع بالأعضاء من ناقص الاهلية أو عديمها [١]، وعدم الاعتداد بموافقته أو بموافقة من ينوب عنه . واستثناءً من هذه القاعدة العامة ، فقد أجاز المشرع تبرع القاصر إلي احد والديه أو أخوته بالخلايا الجذعية أو الخلايا الأم [٢] بشرط عدم

---

(١)- تعرف الأهلية في اللغة بالصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له . ويقصد بالأهلية من الناحية القانونية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شانها أن تكسبه حقا، أو تحمله التزاما على وجه يعتد به قانونا . والأهلية بذلك على نوعين . يتمثل النوع الأول في **أهلية الوجوب** وتعنى صلاحية الانسان للتمتع بالحقوق وأداء الالتزامات ، ويطلق عليها البعض أهلية التمتع وهى تثبت للإنسان وهو جنين في بطن أمه إلا أنها تكون ناقصة وتكتمل بولادته حيا ، لذا يكون الشخص فيها متلقى للحقوق . ويتجلى النوع الثاني في **أهلية الاداء** والتي تفيد صلاحية الانسان لممارسة ما له من حقوق وأداء ما عليه من التزامات على نحو مؤثر قانونا سواء في إطار العلاقات المالية أو الشخصية أم التجارية . وتكتمل أهلية الأداء ببلوغ الإنسان سن الرشد . وقد نظم المشرع المصري بمقتضى المواد ٤٤ الى ٤٨ من القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ أحكام الأهلية . ووفقا لهذه النصوص فإن اهلية الأداء ترتبط – كقاعدة عامة – بالمرحلة العمرية للإنسان ، فتنعدم أو تنقص وفقا لسن الشخص . وعليه ، فكل من لم يبلغ السابعة من عمرة يعد فاقدا للتمييز وبالتالي عديم الأهلية وفقا لما يقضى به البند الثاني من المادة ٤٥ ، أما من بلغ السابعة ولم يبلغ سن الرشد فيعد ناقص الاهلية . وقد ألحق المشرع إلى عديمي الاهلية كل من كان فاقدا للتمييز لعته أو جنون ، بينما ألحق الى طائفة ناقصي الأهلية كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفله . وقد أخضع المشرع المصري بمقتضى المادة ٤٧ من القانون المدني فاقدي الأهلية وناقصيها لأحكام الولاية والوصاية او القوامة وفقا للقواعد المقررة فى القانون .

(٢)- الخلايا الام أو الخلايا الجذعية خلايا غير متخصصة وغير مكتملة الانقسام لا تشابه اي خلية متخصصة . ولكنها قادرة على تكوين خلية بالغة بعد أن تنقسم عدة انقسامات في ظروف مناسبة ، وأهمية هذه الخلايا تأتي من كونها تستطيع تكوين اي نوع من الخلايا المتخصصة بعد ان تنمو وتتطور الى الخلايا المطلوبة .

وهكذا فأن الخلايا الجذعية تعتمد بدورها على ما يسمى بـ«العمر الجنيني» للجسم. فهناك الخلايا الجذعية التي تولد بقدرة لصنع اي شيء. ثم هناك الخلايا الجذعية «الكلية القدرة» التي تستطيع صنع اكثر انواع الانسجة ، ثم هناك الخلايا الجذعية البالغة التي تتكاثر لتصنع نسيجا خاصا للجسم، مثل الكبد او نخاع العظم او الجلد.. الخ. وهكذا، ومع كل خطوة نحو البلوغ، فان النجاحات التي تحققها الخلايا الجذعية تكون اضيق، أي أنها تقود الى التخصص.

وجود متبرع أخر وصدور موافقة مكتوبة من والدى الطفل أو من يمثله قانوناً . وترجع العلة من هذا الاستثناء إلى أن الخلايا الجذعية تمثل خلايا متجددة يمكن لجسم القاصر تعويضها بدون ترتيب أي ضرر فعلي له ، بالإضافة إلى ما يسمح به ذلك من إنقاذ لأحد أفراد الأسرة بنقل هذه الخلايا إليه .

ومن الجدير بالملاحظة في هذا المقام ، أن قانون نقل وزراعة الأعضاء المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية لم يحددا المرحلة العمرية التي يملك فيها الشخص أهلية التصرف في أحد اعضائه . ويثير هذا الاغفال التشريعي التساؤل على مدى إمكانية الاعتماد على سن الرشد الوارد بمقتضى المادة ٤٤ من القانون المدني ، رغماً عن عدم خضوع أعضاء الجسد البشرى لدائرة المعاملات المدنية . ولا مناص – مع هذا الإغفال – من تبنى سن الرشد الوارد بالقانون المدني مع المطالبة بإفراد نص خاص بقانون نقل وزراعة الأعضاء بتحديد هذا السن .

الفرع الثاني
الاتجاه المؤيد لاستقطاع الأعضاء البشرية من القاصر

وفي مرحلة البلوغ ، لا تولد خلايا الكبد إلا خلايا كبد أخرى، وخلايا الجلد تولد خلايا جلد اخرى. ومع ذلك فان دلائل الابحاث الحديثة تشير الى انه يمكن التلاعب بالخلايا البالغة لإرجاعها الى الوراء وتمكينها من انتاج مختلف الانسجة، مثل تحويل خلايا عظمية لإنتاج انسجة العضلات. وتوجد الخلايا الجذعية الجنينية على شكلين هما :

أولا – الخلايا الجذعية الجنينية : يتم الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية (embryonic stem cells pluripotent stem cells) من الجزء الداخلي للبلاستوسايت (blastocyst) والتي هي احدى مراحل انقسامات البويضة المخصبة بالحيوان المنوي ، حيث تكون البويضة عندما تلقح بالحيوان المنوي خلية واحدة قادرة على تكوين انسان كامل بمختلف اعضائه ، توصف بأنها خلية كاملة الفعالية (totipotent) تنقسم فيما بعد هذه الخلية عدة انقسامات لتعطي مرحلة تعرف بالبلاستوسايت (blastocyst) وتتكون البلاستولة من طبقة خارجية من الخلايا المسؤولة عن تكوين المشيمة والانسجة الداعمة الأخرى التي يحتاج إليها الجنين أثناء عملية التكوين في الرحم ، بينما الخلايا الداخلية يخلق الله منها انسجة جسم الكائن الحي المختلفة) . ولهذا لا تستطيع تكوين جنين كامل لأنها غير قادرة على تكوين المشيمة والانسجة الداعمة الاخرى التي يحتاج اليها الجنين خلال عملية التكوين ، على الرغم من قدرة هذه الخلايا على تكوين أي نوع آخر من الخلايا الموجودة داخل الجسم . تخضع بعد ذلك الخلايا الجذعية للمزيد من التخصص لتكوين خلايا جذعية مسؤولة عن تكوين خلايا ذات وظائف محددة .

ثانيا – الخلايا الجذعية البالغة : هي خلايا جذعية توجد في الأنسجة التي سبق وإن اختصت كالعظام والدم الخ ..وتوجد في الاطفال والبالغين على حد سواء . وهذه الخلايا مهمة لأمداد الأنسجة بالخلايا التي تموت كنتيجة طبيعية لانتهاء عمرها المحدد في النسيج . لم يتم حتى الأن اكتشاف جميع الخلايا الجذعية البالغة في جميع أنواع الأنسجة . ولكن هناك بعض المشاكل التي تواجه العلماء من الاستفادة من الخلايا الجذعية البالغة ، ومن هذه المشاكل وجودها بكميات قليلة مما يجعل من الصعب عزلها وتقنيتها ، كما أن عددها قد يقل مع تقدم العمر بالإنسان . كما أن هذه الخلايا ليس لها نفس القدرة على التكاثر الموجودة في الخلايا الجنينية ، كما قد تحتوي على بعض العيوب نتيجة تعرضها لبعض المؤثرات كالسموم .

يعتد هذا الاتجاه بالرضاء الصادر عن القاصر في مجال نقل وزراعة الأعضاء ، وينقسم هذا الاتجاه إلي فريقين ، فريق يرى الاعتداد بإرادة القاصر على اطلاقها ، ومن ذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا لولاية Massachusetts بالولايات المتحدة الامريكية من الاعتداد بالرضاء الصادر من قاصر لم يبلغ إلا الرابعة عشر سنة باستئصال إحدى كليته استنادا إلي أن إجراء عملية النقل والزرع يهدف لتحقيق مصلحة كل من المتبرع والمتلقي بالنظر لما يؤدى إليه عدم إجراؤها من وفاة المتلقي أو المريض وإصابة المتبرع أو المانح القاصر بصدمة نفسية وعصبية. (١)

ويرى الفريق الثاني من ذات الاتجاه عدم الاعتداد برضاء القاصر في مجال نقل وزراعة الأعضاء إلا بشروط محددة ، وبما أن القاصر لا يعتد برضائه في مجال النقل أو الاستئصال ، فقد اسند أمر إعطاء الموافقة إلي ممثله القانوني استنادا إلي أن هذا الاخير يعد من أحرص الناس على صحة وحياة من يقع على عاتقه واجب رعايته . وقد اختلفت التشريعات التي تبنت هذا النظر في نطاق إجازة الممثل القانوني ذاتها ، فاقتصر البعض منها على تقريرها بالنسبة للأنسجة المتجددة ، كالقانون الدانماركي (٢)، وهو ما أكدته ايضا اتفاقية OVEIDO (٣) بمقتضى المادة السادسة منها بنصها على أنه " مع عدم الإخلال بتطبيق المادتين ١٧ و ٢٠ لا يجوز أن يتم تدخل جراحي لشخص ليس لدية أهلية الرضاء إلا إذا كان هذا التدخل لصالحه . كما لا يجوز إجراء أي تدخل جراحي إلا بعد الحصول على موافقة ممثله أو سلطة أو شخص معين قانوناً . كما يجب أن يؤخذ في الاعتبار رأي القاصر كعامل حاسم مع الوضع في الاعتبار سنه ودرجة نضجه " (٤) .

---

(١)– انظر فى عرض هذا الرأي : د. أحمد شوقي عمر ابو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٧٨ .

(٢)– وفى هذا تنص المادة الاولى من قانون زرع ونقل الأعضاء الدانماركي رقم ٢٤٦ الصادر بتاريخ ٩ يونيه لسنة ١٩٦٧ على إنه " يصدر الرضاء من كل شخص بلغ سن ٢١ سنة ، وإذا وجدت أسباب خاصة ، فإن التدخل الجراحي يمكن القيام به بناء على الرضاء الصادر ممن هو اقل من ٢١ سنة بشرط موافقة الولي او الوصي على هذا الرضاء ".

(٣)– وقعت اتفاقية حماية حقوق الانسان وكرامة الكائن البشري بمواجهة تطبيقات علم الأحياء والطب ، في أطار مجلس اوروبا في مدينة أوفيدو في اسبانيا بتاريخ ٤ / ٤/ ١٩٩٧ ، ودخلت حيز النفاذ عام ١٩٩٩ ، وتجيز المادة ٣٤ من الاتفاقية انضمام دول غير أعضاء فى مجلس أوروبا إليها . وقد ألحقت بهذه الاتفاقية ثلاثة بروتوكولات . ويتعلق البرتوكول الأول بمنع الاستنساخ البشري لغايات التكاثر ، ودخل حيز النفاذ عام ٢٠٠١ ، ويتعلق البرتوكول الثاني بزرع الأعضاء والأنسجة البشرية ، في حين يتعلق البرتوكول الثالث بالبحوث الطبية الحيوية والتي دخل حيز النفاذ في عام ٢٠٠٩ . أنظر في ذلك :

Roberto ANDORNO, La convention d'Oviedo; Vers un droit commun européen de la bioéthique, droit et justice, 45, Bruyant, 2003, p.50 et s.

(٤) – النص باللغة الفرنسية :

وبالمثل ، فإن المشرع الفرنسي أجاز الاعتداد بموافقة الممثل القانوني عن القاصر في مجال استئصال النخاع العظمى moelle osseuse بموجب المادة ٣-L١٢٤١ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ المضافة بالقانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ والمعدلة بموجب القانون رقم ٨١٤-٢٠١١ الصادر في ٧ يوليو ٢٠١١ بنصها على إنه " بغض النظر عن أحكام المادة 2-1241 .L في حال عدم وجود علاج بديل يمكن أن يتم نقل الخلايا المكونة للدم التي تم جمعها عن طريق أخذ العينات من نخاع العظام أو الدم المحيط من قاصر لصالح أخيه أو أخته . وعندما يكون هذا النقل غير ممكن وفى حالة غياب أي علاج بديل مناسب فيمكن إجراء نقل الخلايا المكونة للدم من نخاع العظام بشكل استثنائي من قاصر لصالح أبناء عمومته أو أخواله من الدرجة الأولى أو أعمامه وعماته وأخواله وخالاته أو أبن أو أبنة أخيه أو أخته .

وفي جميع الاحوال فإن هذا النقل لا يمكن اجراؤه إلا بموافقة صاحب السلطة الابوية أو الممثل القانوني للقاصر بعد إعلامه بالمخاطر المحيطة بالقاصر والنتائج الاحتمالية للنقل بواسطة طبيب الذى يطرح بيان الزرع أو أي طبيب ممارس آخر من اختيارهم . ويتم التعبير عن الموافقة أمام رئيس المحكمة العليا أو القاضي المعين من قبله والذى يضمن مسبقا كون الموافقة حرة ومستنيرة . وفى حالة الطوارئ التي تهدد الحياة يتم

---

1. " Sous réserve des articles 17 et 20, une intervention ne peut être effectuée sur une personne n'ayant pas la capacité de consentir, que pour son bénéfice direct.

2. Lorsque, selon la loi, un mineur n'a pas la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi .

3. L'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité.

4. Lorsque, selon la loi, un majeur n'a pas, en raison d'un handicap mental, d'une maladie ou pour un motif similaire, la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi .

5. La personne concernée doit dans la mesure du possible être associée à la procédure d'autorisation.

6. Le représentant, l'autorité, la personne ou l'instance mentionnés aux paragraphes 2 et 3 reçoivent, dans les mêmes conditions, l'information visée à l'article 5.

7. L'autorisation visée aux paragraphes 2 et 3 peut, à tout moment, être retirée dans l'intérêt de la personne concernée ".

لمزيد من التفاصيل ، راجع :

- http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/164.htm .

الحصول على الموافقة بأي وسيلة من قبل المدعى العام ، كما يمكن إلغاء الموافقة في أي وقت ودون استلزام شكل معين لصدورها .

ويتم منح ترخيص بإجراء النقل من قبل لجنة الخبراء المذكورة في المادة L. 1231-3 والذى يضمن سلفا أنه وعلى وجه الخصوص في ظل قواعد الممارسة الجيدة الوارد ذكرها بمقتضى المادة L. 1245-6 إن شروط تنفيذ النقل لا تحتوى على أي خطر من أجل القاصر مع الأخذ في الاعتبار عمره وتطوره ، وإنه قد تم استخدام كافة الوسائل من أجل العثور على مانح راشد متوافق بشكل كاف مع المتلقي ، وإن القاصر قد تم إعلامه بالنقل المقترح بغرض التعبير عن ارادته , وإذا كان هناك مناسبة ، فإن رفض القاصر يعد عقبة لإجراء النقل ". (١)

ولنا في سبيل تحليل هذا النص إفراد الملاحظات الآتية . فمن ناحية اولى ، يمثل هذا النص استثناءً من الأصل العام المقرر في هذا الخصوص والمتمثل في عدم إجازة نقل وزراعة الأعضاء من القصر أو الاشخاص محل الحماية القانونية وفقا لما تقضى به المادة L١٢٤١-٢ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ المضافة بالقانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على إنه " لا يمكن إجراء

---

(١)- النص باللغة الفرنسية :

" Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa soeur.

Lorsqu'un tel prélèvement n'est pas possible et en l'absence d'autre solution thérapeutique appropriée, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel, être fait sur un mineur au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce.

Dans tous les cas, ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur informés des risques encourus par le mineur et des conséquences éventuelles du prélèvement par le praticien qui a posé l'indication de greffe ou par tout autre praticien de leur choix. Le consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment.

L'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordée par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 qui s'assure au préalable que, notamment au regard des règles de bonnes pratiques mentionnées à l'article L. 1245-6, les conditions de réalisation du prélèvement ne comportent aucun risque pour le mineur compte tenu de son âge ou de son développement, que tous les moyens ont été mis en œuvre pour trouver un donneur majeur suffisamment compatible pour le receveur et que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il y est apte. En ce cas, le refus du mineur fait obstacle au prélèvement ".

نقل الأنسجة أو الخلايا أو جمع منتجات الجسد البشرى بقصد التبرع من شخص قاصر حي أو راشد حي محل لتدابير الحماية القانونية " [١]. ومن ناحية أخرى ، يشترط أن يكون المتلقي المستقبل للعضو البشرى أخا أو أختا للمتبرع ، ويجوز استثناءً في حالة عدم وجود علاج بديل إمكان النقل إلي أبناء عمومة المتبرع القاصر أو أخواله من الدرجة الأولى أو أعمامه وعماته وأخواله وخالاته أو أبن أو أبنه اخيه أو أخته . ومن ناحية ثالثة ، يشترط موافقة الممثل القانوني للقاصر أمام رئيس المحكمة العليا أو القاضي المعين من قبله والذى يضمن مسبقاً كون الموافقة حرة ومستنيرة . وفى حالة الطوارئ التي تهدد الحياة يتم الحصول على الموافقة بأي وسيلة من قبل المدعى العام ، كما يمكن للممثل القانوني إلغاء الموافقة في أي وقت ودون استلزام شكل معين لصدورها . ومن ناحية رابعة ، يشترط موافقة لجنة الخبراء الطبية المشكلة من خمسة اطباء والتي يتضمن تشكيلها شخص مؤهل في مجال علم نفس الأطفال وطبيب أطفال عندما تقرر إجراء نقل الأعضاء من شخص قاصر وفقا لما تقضى به المادة ٣-L١٢٣١ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ المضافة بالقانون رقم ٨١٤ -٢٠١١ الصادر في ٧ يوليو ٢٠١١ بنصها على إنه " تجتمع لجنة الخبراء المفترض تدخلها وفقا لنصوص المواد L. 1231-1, L. 1241-3 et L. 1241-4 في تشكيلين من خمسة أعضاء يعينون لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير الصحة ، ثلاثة من هؤلاء الأعضاء من بينهم أثنان من الاطباء وشخص مؤهل في مجال العلوم الإنسانية والاجتماعية مشتركون في كل التشكيلات .ويتضمن تشكيلها طبيب نفسى وطبيب عندما تقرر اللجنة إجراء نقل الأعضاء من شخص بالغ وفقا لنص المواد L. 1231-1 et L. 1241-4. كما يتضمن تشكيلها شخص مؤهل في مجال علم نفس الأطفال وطبيب أطفال عندما تقرر إجراء نقل الأعضاء من شخص قاصر وفقاً لنص المادة L. 1241-3. وفي حالة الطوارئ التي تهدد الحياة يعين أعضاء لجنة الخبراء من قبل وكالة الطب الحيوي من بين أعضاء متفرغين ممثلين في القرار سالف الذكر . وتختص اللجنة كذلك بتسليم ترخيصها بكافة الطرق . وفي حالة الطوارئ ، فإن المعلومات المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة L. 1231-1 تصدر من الطبيب الذى يقترح تحديد الزرع أو أي طبيب اخر يختاره المانح . وتبرز اللجنة احترام المبادئ العامة الواردة في الباب الاول من هذا الكتاب . ولغاية تقييم المبررات الطبية لنقل وزراعة الأعضاء ، فإن الأخطار المرجح حدوثها من النقل للمانح وكذلك النتائج

---

(١)- النص باللغة الفرنسية :

" Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ".

المحتمل حدوثها على البنيان الجسدي والنفسي له ، وتستطيع اللجنة أن تصل إلي كافة المعلومات الطبية المتعلقة بالمانح والمتلقي المحتملين . كما يلتزم أعضاء اللجنة بالحفاظ على سرية المعلومات التي وصلت إلي علمهم بسبب وظيفتهم . ولا يتم تسبيب القرارات الصادرة من اللجنة ". (١)

ومن ناحية خامسة ، فإن هذا النقل يقتصر على الأنسجة المتجددة وفقا لما أشارت إليه المادة سالفة البيان بقولها إن النقل يقتصر على الخلايا المكونة للدم التي تم جمعها عن طريق أخذ العينات من نخاع العظام أو الدم المحيط . ومن ناحية سادسة ، فإنه رغم استلزام صدور موافقة الممثل القانوني للقاصر في هذا المقام لإجراء عملية النقل ، إلا أن موافقة القاصر في حد ذاتها ضرورية استنادا إلي ما تقضى به المادة سالفة الذكر في فقرتها الأخيرة من أن رفض القاصر يعد عقبة لإجراء النقل . ومن ناحية سابعة ، تتمثل العلة التشريعية من عدم جواز استقطاع الأعضاء من القاصر إلا في حالة النخاع الشوكي ولمصلحة الأخ أو الأخت ، إلي الرغبة في حماية القاصر من الإتجار في أعضائه ، ومن احتمال خضوعه للضغط العائلي . (٢)

---

(١). النص باللغة الفرنسية :

" Le comité d'experts dont l'intervention est prévue aux articles L. 1231-1, L. 1241-3 et L. 1241-4 siège en deux formations de cinq membres désignés pour trois ans par arrêté du ministre chargé de la santé. Trois de ces membres, dont deux médecins et une personne qualifiée dans le domaine des sciences humaines et sociales, sont communs aux deux formations. Lorsque le comité se prononce sur les prélèvements sur personne majeure mentionnés aux articles L. 1231-1 et L. 1241-4, il comporte un psychologue et un médecin. Lorsqu'il se prononce sur les prélèvements sur personne mineure mentionnés à l'article L. 1241-3, il comporte une personne qualifiée dans le domaine de la psychologie de l'enfant et un pédiatre. En cas d'urgence vitale, les membres du comité d'experts sont désignés par l'Agence de la biomédecine parmi les membres disponibles figurant sur l'arrêté susmentionné. Le comité ainsi constitué délivre son autorisation par tout moyen. Dans ce cas d'urgence, l'information prévue par le quatrième alinéa de l'article L. 1231-1 est délivrée par le praticien qui a posé l'indication de greffe ou par tout autre praticien du choix du donneur.

Le comité se prononce dans le respect des principes généraux énoncés au titre Ier du présent livre.

Afin d'apprécier la justification médicale d'un prélèvement et d'une greffe d'organe, les risques que le prélèvement est susceptible d'entraîner pour le donneur ainsi que ses conséquences prévisibles sur les plans physique et psychologique, le comité peut avoir accès aux informations médicales concernant le donneur et le receveur potentiels. Ses membres sont tenus de garder secrètes les informations dont ils ont connaissance en raison de leurs fonctions.

Les décisions prises par le comité ne sont pas motivées ".

(2)- Claude BOISSIER-RAMBAUD, Georges HOLLEAUX, La responsabilité juridique de l'infirmière, 6 sème édition, Lamarre, Paris, 2002, p.60 ; Robert SAURY, L'éthique médicale et sa formulation juridique : Approche médico juridique des grands problèmes d'éthique : de la nécessité de la loi, Sauramps, Montpellier, 1991, p.112.

ومن ناحية أخرى ، أجازت بعض التشريعات استئصال الأعضاء البشرية من المتبرع القاصر مهما كان نوع العضو وسواءً أكان من الأنسجة المتجددة أم من الأعضاء غير المتجددة ، ومثال ذلك تشريع ولاية تكساس بالولايات المتحدة الأمريكية الذى يجيز تبرع القاصر بإحدى كليتيه بشرط أن يتعدى عمرى اثنى عشر سنة ، وبموافقة وليه الشرعي بعد تبصيره بخطورة التدخل الجراحي . (١)

المطلب الثالث
تنازل المتبرع عن العضو بلا مقابل

تمهيد :

رغماً عن الأهداف المبتغى تحقيقها من عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من حفظ للحياة الإنسانية وضمان السلامة الجسدية والتي تمثل في نظرنا أولوية وطنية – كما ذهب إلى ذلك المشرع الفرنسي بمقتضى المادةL1231-1 A من قانون الصحة العامة والمعدلة بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر فى ٦ اغسطس ٢٠٠٤ – إلا أن ارتكازها على منتجات الجسد البشري من أعضاء وأنسجة قد أثار إشكالية كبرى لدى رجال الفقه القانوني تتمثل في مدى إمكانية إجراء التصرفات المالية بالنسبة لمنتجات الجسد البشري بالبيع ، وإذا كانت هذه الإشكالية تبدو غير ذي أهمية استناداً إلى حرمة الجسد البشري وافتقاره إلى مقومات السلعة التي يصح فيها التبادل التجاري إلا أن من الفقه القانوني من يرى خلاف ذلك ، ويعكس الواقع العملي وجود هذه التصرفات المالية بالإتجار في الأعضاء البشرية لقلة الأعضاء البشرية المعروضة ، وتقابلا لمصلحتين يتجليان في الحاجة إلى الشفاء وحاجة آخرين للحصول على المال. (٢)

---

(1) - Nathalie NEFUSSY-LEROY, op. cit., p142 .

(٢) – انطلاقاً من حرص مصر على الوفاء بالتزاماتها الدولية المقررة بمقتضى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية – والتي انضمت لها مصر بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩٤ لسنة ٢٠٠٣ – وحرصاً منها على أمن مواطنيها وحماية حقوقهم الأساسية سواء داخل أو خارج أراضيها، فقد صدر القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.

وقد اعتمد القانون الجديد – في مجال مكافحة ظاهرة الاتجار بالبشر– على عدة محاور منها: التجريم والعقاب، وحماية المجنى عليهم، وأخيراً التعاون الدولي. وقد تميز ذلك القانون بمجموعة من الخصائص الهامة: فهو من ناحية قانون عقابي، ومن ناحية ثانية قانون إجرائي، ومن ناحية أخيرة فهو قانون اجتماعي.

ومن المبادئ القانونية الجديدة التي تبناها القانون:

١– – التوسع في تحديد المقصود بإقليمية القانون، كما أخذ بمبدأ الشخصية السلبية بما يحفظ للدولة حقها فى محاكمة مرتكب جريمة الاتجار بالبشر متى وقعت هذه الجريمة في الخارج على مصري.

٢– كرس هذا التشريع مبدأ اختصاص القضاء المصري العالمي الذى يطبق أياً كان مكان ارتكاب الجريمة، وأياً كانت جنسية الجاني، بشرط أن يكون المتهم في مصر ولم يتم تسليمه.

للوقوف على هذا الخلف ، وموقف المجتمع الدولي ، والتشريعات المقارنة ، سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع متتالية . نتناول في أولها للموقف التشريعي ، وفي ثانيها للموقف الدولي ، وفى ثالثها للموقف التشريعي من بيع الأعضاء البشرية .

الفرع الأول

الموقف الفقهي من بيع الأعضاء البشرية

أولاً – الاتجاه المؤيد لبيع الأعضاء البشرية :

نادى اتجاه فقهى بعدم وجود ما يمنع من تقاضى مقابلاً للتنازل عن عضو من الأعضاء البشرية ، وإن هذه المناداة ما هي إلا تجسيداً للواقع الفعلي ، والقول بمجانية هذه العمليات ما هو إلا إحياء للأفكار السقراطية المثالية التي هجرها القانون منذ زمن بعيد [١]. وقد استند هذا الاتجاه في تقرير ما انتهى إليه إلي جملة من الحجج .

فمن ناحية اولى ، تكمن الاشكالية القانونية الحقه في إمكانية التصرف في جسم الانسان من عدمه ، ومتى أجيز التصرف ، فإنه لا يوجد ما يمنع من تقاضى مقابلاً لذلك التصرف ، وذلك لأن مبدأ عدم جواز دخول الجسم البشري في دائرة المعاملات والتمسك به إنما يستهدف ابطال التصرفات التي ترد على جسم الانسان ، أي أن هذا المبدأ لم يستهدف إباحة التصرف التبرعي أو منع التصرف بمقابل . [٢]

ومن ناحية ثانية ، أستند انصار هذا الاتجاه إلي مسلك المشرع المصري في تنظيمه لجمع وتخزين الدم البشرى بمقتضى القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ وقرارات وزير

٣- احترم ذلك القانون مبدأ الشرعية الجنائية باشتراط ازدواج التجريم فى كل من القانونين المصري والأجنبي.

وقد سعى قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية إلى تحقيق الأهداف الآتية:

١- الحرص على الكرامة الإنسانية للمجنى عليهم ضحايا الاتجار بالبشر واتخاذ كافة الإجراءات التي تكفل احترام وصيانة كامل حقوقهم الإنسانية.

٢- تركيز جهود منع ومكافحة جرائم الاتجار بالبشر على حماية ومساعدة المجنى عليهم مع إيلاء الاهتمام الخاص بالمجنى عليهم من النساء والأطفال وعديمي الأهلية.

٣- تبنّى القانون واللائحة التنفيذية منهجاً شاملاً فى التصدي لجريمة الاتجار بالبشر يقوم على الوقاية والمنع، الحماية القانونية، الملاحقة والمحاكمة، الشراكة مع منظمات المجتمع المدني، التعاون الدولي بكل صوره.

لمزيد من التفاصيل ، راجع : د. سوزي عدلي ناشد ، الإتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي – مكافحة مصر لظاهرة الإتجار بالبشر وفقاً للقانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ ؛ د. محمد السيد عرفة ، تجريم الإتجار بالأطفال في القوانين والاتفاقيات الدولية ، ط١ ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، ٢٠٠٥ ؛ د. محمد علي العريان ، عمليات الإتجار وآليات مكافحتها – دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١١ .

(١)– انظر : د. احمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص ٩٠ ؛ د. حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، ص ١٤٠

(٢)– انظر : د. ادريس عبد الجواد عبدالله ، المرجع السابق ، ص ١٥٣ .

الصحة المتلاحقة والمحددة لثمن الدم ومركباته ومشتقاته وكذا المكافآت التي تمنح للمتطوعين [١]، هذا وقد أستند أنصار هذا الاتجاه إلي أن ضآلة المقابل المقرر لبيع الدم في هذه الحالة لا يمكن أن ينفى صفة المقابل من الناحية التشريعية ، بالإضافة إلي قيام مراكز الدم ببيعه إلي المرضى ، وإذا كانت الدولة حريصة على إعلاء مبدأ مجانية التصرف في الدم باعتباره أحد منتجات الجسد البشري فكان لازما عليها أن تقدمه إلي المرضى مجاناً بصرف النظر عما تتكبده من نفقات في هذا الشأن.

ومن ناحية ثالثة ، فإنه إذا كانت قواعد المسئولية في القانون المدني تقر حق الشخص المضرور في الحصول على تعويض مالي من الغير الذى أصاب جسده بالضرر ، فإنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من حصول المانح على مقابل مادي جراء تنازله عن عضو من أعضاء جسده ، استناداً إلي أن المقابل المالي في الحالتين يكون قد تقرر من جراء المساس بالجسد البشري وتعطيل العضو عن أداء وظيفته . فالمتبرع بالعضو البشري ، وبصفة حاصة إذا كان العضو من طائفة الأعضاء غير المتجددة يتعرض لضرر حال يختلف من حيث جسامته باختلاف نوع العضو البشرى المراد نقله ووضعه الطبي ، وإجازة حصوله على مقابل مادى نظير الاقتطاع من جسده يعد – في حقيقة الامر – بمثابة تعويض عما تعرض له من ضرر جراء عملية النقل ، التي لم تحقق له أي فائدة مباشرة ، بل تهدف أساساً إلي تحقيق مصلحة فردية واجتماعية تتعلق بالحفاظ على حياة وصحة الافراد . [٢]

ومن ناحية رابعة ، رد أنصار هذا الاتجاه على الحجة التي أستند اليها الاتجاه الرافض لبيع الأعضاء البشرية والمتمثلة في أن بيع العضو البشري يحط من قيمة الانسان وكرامته في المجتمع استنادا إلي أن شخصية الانسان لا تتعلق ببدنه فقط ، وإنما تمتد إلي قدراته الفكرية والإرادية ، ولا تتأثر هذه العناصر في حالة اقتطاع

---

(١)– ومثال ذلك قرار وزير الصحة المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦١ الذى قسم المتطوعين في خصوص التبرع بالدم أربعة طوائف : تتمثل الطائفة الأولى في طائفة المتطوعين بالمجان وتصرف لهم في هذه الحالة شارة مكافاة على التطوع ، وتتجلى الطائفة الثانية في طائفة المتطوعين بالمجان مع منحهم هدية في حدود ٥٠ قرش ، وتتمثل الطائفة الثالثة في المتطوعين نظير مكافأة مالية قدرها ١٥٠ قرش نظير كمية دم ٤٠٠ سم٣ ، أما الطائفة الأخيرة فهي المتطوعين نظير مكافأة قدرها ١٠٠ قرش لكمية دم ٢٠٠ سم ٣ . راجع المادة الخامسة من القرار المذكور والصادر فى ١٩٦٠/٣/٢٩ ، والمنشور فى الجريدة الرسمية فى ١٩٦٠/٤/١٢ ، العدد ٣١.

(٢)– راجع : د. مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٤٩٦ .

الأعضاء من جسده [١]. هذا بالإضافة إلي أن بيع الأعضاء يتضمن معاني انسانية إذا كان الهدف من التصرف انقاذ حياة مريض من الهلاك. [٢]

ومن ناحية خامسة ، يهدم مؤيدو هذا الاتجاه العلاقة بين تلقى المانح مقابلاً مادياً عن العضو المتنازل عنه ، وبين النبل والشهامة . استنادا إلي تعلقهما بالمبادئ الاخلاقية ، ولا علاقة لهما بالمبادئ القانونية والقواعد المستقرة . إذ بينما يعد بيع الأعضاء البشرية تصرفاً قانونياً لا يغير إطلاقا من وصف الشيء المبيع ، بحيث يجعله مبتذلا بعد أن كان كريما أو العكس . فالتنازل عن العضو بهدف زرعه في جسد شخص مريض يعد من الأعمال النبيلة ولا يغير من هذا الوصف وجود المقابل المادي الذى يُدفع للمتبرع لتعويضه عما فاته من كسب ، وما لحقه من خسارة . [٣]

ومن ناحية سادسة ، يرى بعض أنصار هذا الاتجاه أن النقص في الأعضاء البشرية المتاحة أدى إلي ارتفاع تكاليف عمليات النقل والزرع ، الأمر الذى ترتب عليه إهدار لمبدأ المساواة بين المرضى ، بالنظر لاستفادة المرضى الاغنياء دون غيرهم ممن لا تتوافر لهم الامكانات المالية بإجراء هذه العمليات ، ويؤيد هذا الرأي إن إطلاق حرية بيع الأعضاء البشرية قد يمثل وسيلة لمحاربة ومكافحة الفقر والحاجة في بعض المجتمعات ، وحل المشاكل الاجتماعية والفردية . إذ يمكن لمن يعانى من انخفاض في الدخل أن يلجأ إلي بيع أعضاء من جسده ، ما دام أن هذا التصرف لن يعرضه لمخاطر أو يرتب أضراراً تؤثر في أداء وظائفه الاجتماعية المنوطة به ، وهو ما يخفف من التزامات الدولة إزاء هذه الفئة ، إضافة إلي ما يترتب على هذه الإجازة من حماية محدودي الدخل من التعرض للانحراف والمشاكل الاجتماعية والصحية والاقتصادية المرتبطة بالفقر . [٤]

ومن ناحية سابعة ، يضيف أنصار هذا الاتجاه إلي أن بيع الأعضاء البشرية لا يؤثر دائما على سلامة الإرادة والاختيار ، إذ يمكن ضمان ذلك بوضع الضمانات اللازمة لحماية حرية الإرادة وحماية الشخص ذاته من أيه مؤثرات خارجية ، والتأكد من أن الموافقة على إجراء عملية استئصال العضو قد صدرت بعد الفهم الدقيق والاختيار السليم لما يراه متفقا مع مصلحته . فالدافع إلي بيع العضو لا يختلف عن الدافع إلي

---

(١)– راجع : د. مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧ .

(٢)– راجع : د. محمد عبد المقصود داود ، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري واثر التصرف فيه فى الفقه الاسلامي والقانون المدى ، دار الجامعة الجديدة ، ١٩٩٩، ص ١٨٧ .

(٣)– انظر : د. ادريس عبد الجواد عبدالله ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ .

(٤)– انظر : د. بابكر الشيخ ، المسئولية القانونية للطبيب ، دار حامد ، عمان – الاردن ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

مزاولة أي عمل اخر يتصف بالخطورة ، إذ يهدف الفرد في الحالتين إلي توفير الدخل من المصادر المشروعة المتاحة له . [١]

ثانياً – الاتجاه الرافض لبيع الأعضاء البشرية :

يؤكد جانب من الفقه الرافض لبيع الأعضاء الادمية – وبحق – على إنه في أطار اتسام نقل وزرع الأعضاء بكونه عملاً مميزاً للتضامن الانساني ، ويندرج في نطاق المحافظة على الكرامة الانسانية ، فإنه يجب أن يستهدف غاية علاجية مجردة من الاعتبارات المالية ، إذ لا يجوز الاتجار في أجزاء الآدمي ، والقول بغير ذلك يعرض المريض للاستغلال المالي فضلا عما يؤدى إليه ذلك من ازدياد جرائم سرقة الأعضاء البشرية للإتجار بها [٢]. ويكمل بعض أنصار هذا الاتجاه هذه الحجة بما ذهبوا إليه من إنه إذا كانت الضرورة تبرر رعاية المصلحة العلاجية للمريض عن طريق استقطاع العضو وزرعه ، فإن ذلك لا يباح إلا بقدر الضرورة التي أوجبته دون زيادة ، بحيث لا يخرج هذا العمل عن أطار الكرامة الانسانية ، ومما لا شك فيه مما يؤدى إليه قبض الثمن مقابل استقطاع الأعضاء من الجسد أو الجثة من إهدار للكرامة الانسانية [٣]. بالإضافة إلي أن وجود المقابل المادي يُخرج عمليات نقل وزراعة الأعضاء عن دائرة التراحم وروح التضحية والتضامن التي تتسم بها ، فيصبح هدف تحقيق الربح المادي هو الغالب ولا محل حينها للحديث عن الايثار والقيم الانسانية الاخرى . [٤]

ومن ناحية ثانية ، رفض انصار هذا الاتجاه الحجة المقدمة من أنصار الاتجاه المؤيد لبيع الأعضاء الآدمية استناداً إلي تماثل الغاية من المقابل في حالة التعويض عن الأضرار الجسدية وحالة التنازل عن العضو البشرية والتي تتمثل في تقريره في الحالتين لما يترتب من مساس بالجسد البشرى وتعطيل العضو عن أداء وظيفته . بالنظر إلي أنه لا وجه للقياس بين حالة حصول المجنى عليه على تعويض من الجاني في حالة الجرائم الماسة بسلامة الجسم عن الأضرار التي سببها وبين حالة الحصول على مقابل للتنازل عن عضو بشرى ، وذلك لأنه في الحالة الاولى يكون التعويض مقابل الأضرار التي أسفرت عنها الجريمة المقترفة من الغير ، أما في الحالة الثانية فإن التنازل عن الأعضاء يخضع لإرادة المعطى الحقيقة وتنتفى موجبات التعويض وفقا للقواعد العامة . [٥]

---

(١)– راجع : د. مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٤٩٩ .

(٢)– انظر : د. فتحي عبد الرحيم ، دراسة فى الاسس التشريعية لنقل وزرع الأعضاء ، ورقة عمل مقدمة في ندوة بالاشتراك مع كلية طب المنصورة عام ١٩٩٦ ص ١٣ ، ١٤ .

(٣)– انظر : د. احمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص١٤٠ .

(٤)– انظر : د. مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ١٥٩ .

(٥)– د. ايهاب يسر انور ، المرجع السابق، ص ٥٠٣

ومن ناحية ثالثة ، فقد نادى أنصار هذا الاتجاه بتطبيق مبدأ معصومية الجسد البشرى ، وابطال أي تصرف يرد عليه سواءً أكان تبرعا أم معاوضة استنادا إلي خروج جسد الانسان من دائرة التعامل ، وعدم جواز معاملته على أنه سلعة تباع وتشترى ، وإذا كان قد تمت إجازة التبرع بالأعضاء البشرية ، فإن تلك الاجازة تمثل استثناءً لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه .

ومن ناحية رابعة ، فند أنصار هذا الاتجاه ما تمسك به أنصار الاتجاه المؤيد لبيع الأعضاء البشرية والمتمثلة في أن إجازة البيع تتفق مع الموقف التشريعي ذاته من تنظيم الدم البشرى ومشتقاته والقرارات الصادرة من وزير الصحة في هذا الشأن ، استناداً إلي أن هذا الاستدلال يشوبه الفساد لأن المشرع المصري قد تعامل مع الدم باعتباره منتج من منتجات الجسد البشرى وأسبغ عليه ذات الحماية وأخرجه بالتالي من دائرة التعامل ، وما حدده القانون من مقابل فيمثل مكافأة نظير التبرع به وليس ثمناً لبيعه ، وتتأتى العلة من إفراد هذه المكافأة لتشجيع الأفراد على التبرع بالدم ولا تقضى على صفة التبرع المسندة إلي ذلك التصرف .

ومن ناحية خامسة ، فإن التبرع بالأعضاء البشرية دون بيعها يحقق مزايا طبية على الصعيد العملي ، إذ يسهل الفحص الطبي اللازم للتأكد من مدى ملاءمة العضو أو النسيج المراد نقله ، إذ لا يوجد حينئذ أغراض مالية تؤثر على إرادة المتبرع ، أو تدفعه إلي اخفاء المشاكل الصحية التي يعاني منها ، مما يكون له عظيم الأثر في التأكد من مدى ملاءمة العضو المقترح نقله وزرعه . (١)

ومن ناحية سادسة ، فقد عضد الرافضون لبيع الأعضاء البشرية حججهم بمخالفة بيع منتجات الجسد البشرى لأحكام الشريعة الاسلامية الغراء ، والتي أضفت على جسم الانسان قدسية كبيرة لا يجوز معها ابتذاله بجعله مما يباع ويشترى، لما في ذلك من إهدار لكرامة الانسان وانتهاك لحرمة كيانه الجسدي تطبيقاً لقوله سبحانه وتعالى :﴿ ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً ﴾ (٢) ، وقد أجمع الفقهاء على أن الأعضاء البشرية ليست بمال من حيث الأصل ، وبالتالي لا يصح أن تكون محلا للبيع. (٣)

وختاماً ، ورغم معارضة هذا الاتجاه لبيع الأعضاء البشرية ، إلا أنهم لم يغفلوا أهمية تعويض المانح أو المتبرع معنويا ، وتتأتى سبل هذا التعويض من خلال منح المتبرع

---

(١)– راجع : د. مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٥٠١ .

(٢)– سورة الإسراء ، الآية رقم ٧٠ .

(٣) – راجع في شأن بيع الأعضاء البشرية فى الفقه الاسلامي : د. محمد صلاح الدين ابراهيم خليل ، حكم نقل وزرع اعضاء الانسان بين الاباحة والتحريم – دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، نادى دار القضاة ، ط١ ، ٢٠١١ ، ١٩٥ وما بعدها ؛ د. أسامة السيد عبد السميع ، المرجع السابق ، ص ٤٢ وما بعدها .

شهادة تقدير أو نشر اسمه وصورته في وسائل الأعلام بقصد الإشادة بدوره في خدمة المجتمع . ويميل جانبا من هذا الاتجاه إلي تعويض المانح ماديا لجبر ما فاته من كسب وما لحقه من ضرر ، وذلك بالتأمين على حياة المتبرع لمدة معينة ، وتخصيص مكافآت تشجيعية ، وتعويضه عن مصاريف الانتقال وأيام إجراء الجراحة والإقامة بالمستشفى ، وكذا تعطله عن ممارسة نشاطه المهني أثناء العملية وما اصاب جسمه من ضعف أو نقص . (١)

الفرع الثاني

الموقف الدولي من بيع الأعضاء البشرية

لم تدخر المنظمات والجمعيات الدولية والإقليمية المعنية جهداً في إصدار القرارات والتوصيات التي تؤكد على ضرورة المحافظة على كرامة الإنسان وحرمة كيانه الجسدي ، وإضفاء صبغة العمل الخيري على هذه الممارسات الطبية الحديثة في هذا المجال ، والمناداة بضرورة درء أي شبهة إتجار بالأعضاء .

بالإضافة إلي ذلك ، فلقد تواترت إدانة هذه المنظمات والجمعيات وحظرها لفكرة وجود مقابل مادي في عمليات نقل وزراعة الأعضاء ، وكذا التوصية بحظر أي إعلانات تنطوي على صبغة تجارية تدعو إلى التبرع بالأعضاء البشرية ، وذلك على النحو التالي .

أولاً – المؤتمرات والمنظمات العربية :

١ – نصت المادة الثانية من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية – المقترح من اللجنة الفنية في مجلس وزراء الصحة العرب بجلسته المنعقدة في تونس في الفترة من ١٦ إلي ١٨ ديسمبر ١٩٨٦– على أنه " يجوز للشخص أن يتبرّع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه. ويُشترط في المُتبرّع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانوناً وأن يكون التبرّع أو الوصية صادراً بموجب إقرار كتابي موقع منه بذلك ". كما نصت المادة الثالثة من ذات المشروع على أنه " لا يجوز نقل عضو من أعضاء الجسم إذا كان هو العضو الأساسي في الحياة، حتى ولو كان ذلك بموافقة المتبرّع ". كما نصت المادة ٨ بدورها على أنه " يحظر بيع وشراء الأعضاء بأي وسيلة كانت أو تقاضى أي مقابل مادى عنها ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء العملية عند علمه بذلك ". (٢)

---

(١)– انظر : د. مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ ; د. ادريس عبد الجواد عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٥١ .

(٢)– انظر : د. منذر الفضل ، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٢ ، ص ٧٠ .

٢ – نصت المادة ٧ من قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٢٦ المنعقد في جدة بالمملكة العربية السعودية في الفترة من ٦ إلي ١١ فبراير ١٩٨٨ حول انتفاع الانسان بأعضاء جسم انسان آخر حيا أو ميتاً على إنه " وينبغي ملاحظة : أنَّ الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها ، مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو ؛ إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما . أما بذل المال من المستفيد ، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريماً ، فمحل اجتهاد ونظر ". (١)

---

(١)– جاء في القرار رقم (٢٦) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر ، حياً كان أو ميتاً :

" إنَّ مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية ، من ١٨–٢٣ صفر ١٤٠٨هـ الموافق ٦–١١ شباط (فبراير) ١٩٨٨ م ، بعد اطلاعه على الأبحاث الفقهية والطبية الواردة إلى المَجمع ، بخصوص موضوع انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً .

وفي ضوء المناقشات التي وجهت الأنظار إلى أنَّ هذا الموضوع أمر واقع فرضه التقدم العلمي والطبي ، وظهرت نتائجه الإيجابية المفيدة ، والمشوبة في كثير من الأحيان بالأضرار النفسية والاجتماعية الناجمة عن ممارسته من دون الضوابط والقيود الشرعية التي تصان بها كرامة الإنسان ، مع إعمال مقاصد الشريعة الإسلامية الكفيلة بتحقيق كل ما هو خير ومصلحة غالبة للفرد والجماعة ، والداعية إلى التعاون والتراحم والإيثار .

وبعد حصر هذا الموضوع في النقاط التي يتحرر فيها محل البحث وتنضبط تقسيماته وصوره وحالاته التي يختلف الحكم تبعاً لها .

قرر ما يلي :

من حيث التعريف والتقسيم :

أولاً : يقصد هنا بالعضو ، أي : جزء من الإنسان ، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها ، كقرنية العين ، سواء أكان متصلاً به ، أم انفصل عنه .

ثانياً : الانتفاع الذي هو محل البحث ، هو استفادة دعت إليها ضرورة المستفيد لاستبقاء أصل الحياة ، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم : كالبصر ونحوه ، على أن يكون المستفيد يتمتع بحياة محترمة شرعاً .

ثالثاً : تنقسم صور الانتفاع هذه إلى الأقسام التالية :

١– نقل العضو من حي .

٢– نقل العضو من ميت .

٣– النقل من الأجنة .

الصورة الأولى : وهي نقل العضو من حي ، تشمل الحالات التالية :

– نقل العضو من مكان من الجسد إلى مكان آخر من الجسد نفسه ، كنقل الجلد والغضاريف والعظام والأوردة والدم ونحوها .

– نقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر ، وينقسم العضو في هذه الحالة إلى ما تتوقف عليه الحياة وما لا تتوقف عليه :

أما ما تتوقف عليه الحياة ، فقد يكون فردياً ، وقد يكون غير فردي ، فالأول كالقلب والكبد ، والثاني كالكلية والرئتين .

وأما ما لا تتوقف عليه الحياة ، فمنه ما يقوم بوظيفة أساسية في الجسم ومنه مالا يقوم بها .
ومنه ما يتجدد تلقائياً كالدم ، ومنه ما لا يتجدد ، ومنه ما له تأثير على الأنساب والموروثات ، والشخصية العامة ، كالخصية والمبيض وخلايا الجهاز العصبي ، ومنه ما لا تأثير له على شيء من ذلك .

الصورة الثانية : وهي نقل العضو من ميت :

ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين :

الحالة الأولى : موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه طبياً .

الحالة الثانية : توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً لا رجعة فيه طبياً ، فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة .

الصورة الثالثة : وهي النقل من الأجنة ، وتتم الاستفادة منها في ثلاث حالات :

١- حالة الأجنة التي تسقط تلقائياً .
٢- حالة الأجنة التي تسقط لعامل طبي أو جنائي .
٣- حالة اللقائح المستنبتة خارج الرحم .

من حيث الأحكام الشرعية :

أولاً – يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه ، مع مراعاة التأكد من أنَّ النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها ، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود ، أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له ، أو لإصلاح عيب ، أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً .

ثانياً – يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر ، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً ، كالدم والجلد ، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية ، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة .

ثالثاً – تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر ، كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية .

رابعاً – يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر .

خامساً – يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها : كنقل قرنية العين كلتيهما ، أما إن كان النقل يعطل جزءاً من وظيفة أساسية ، فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثامنة .

سادساً – يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو ، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك ، بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته ، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له .

سابعاً – وينبغي ملاحظة : أنَّ الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها ، مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو ؛ إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما .

أما بذل المال من المستفيد ، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريماً ، فمحل اجتهاد ونظر .

ثامناً – كل ما عدا الحالات والصور المذكورة ، مما يدخل في أصل الموضوع ، فهو محل بحث ونظر ، ويجب طرحه للدراسة والبحث في دورة قادمة ، على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية .

لمزيد من التفاصيل ، راجع الموقف الإلكتروني لمجلس مجمع الفقه الإسلامي :

٣ – الندوة العلمية التي نظمها مركز البحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين والمنعقدة في القاهرة خلال الفترة من٢٣ إلي ٢٤ نوفمبر ١٩٩٣ حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي والتي أكدت في توصياتها على عدم جواز نقل العضو مقابل ثمن ، والتزام الدولة بتوفير النفقات اللازمة لعلاج الشخص المنقول منه العضو ، وكذلك التزام الدولة بتعويض المنقول منه من صندوق يحدد القانون موارده ، وكذلك فإنه يجوز للدولة أن تقرر منح مزايا معنوية ملائمة كعلاج للمنقول منه وأفراد أسرته على نفقة الدولة مدى الحياة .

٤ – اجتماع مجلس وزراء الصحة العرب الثاني عشر والمنعقد في الخرطوم في الفترة من ١٤ إلي ١٦ مارس ١٩٨٧ في خصوص مشروع القانون العربي الموحد لزرع الأعضاء ، والذى انتهى بقرار جاء في مادته السابعة أنه يحظر الاتجار بالأعضاء بيعا وشراءً ، وكذلك لا يجوز دفع أي مكافأة لقاء التبرع بالعضو ، كما لا يجوز للأطباء المشاركة في إجراء أيا من عمليتي النقل أو الزرع متى كانت لأغراض تجارية .[١]

ثانياً – المؤتمرات والمنظمات الاجنبية :

١ – في عام ١٩٧٠ قررت لجنة الأخلاق التابعة لجمعية زراعة الأعضاء الدولية أنه" لا يجوز ومحظور على المانح تلقي أي تعويض مادي ، ولا يجوز بيع الأعضاء تحت أي ظرف ، ويسري ذلك على الأعضاء المنقولة من شخص حي ، أو تلك التي يتم الحصول عليها من الجثث". وقد أصدر مجلس الجمعية ذاته في عام ١٩٨٥ توصياته بضرورة أن تكون عمليات نقل الأعضاء مبنية على أسس إنسانية محضه وعلى ذلك فلا يجوز أن يتلقى المانح أي مقابل مادي لقاء العضو المتبرع به وأوصى المجلس كذلك بضرورة حظر الإعلانات ذات الصبغة التجارية الخاصة على التبرع بالأعضاء مقابل مالي ، وفرضت الجمعية في قرارها الصادر في هذا الشأن نوعاً من الجزاء التأديبي على أعضائها من الأطباء الذين ثبت اشتراكهم في إجراء عملية نقل وزراعة عضو ذات صبغة تجارية ، ويتمثل هذا الجزاء في حرمان الطبيب المشارك في هذا النوع من العمليات من عضوية المنظمة .[٢]

٢ – أصدرت الجمعية الطبية العلمية توصياتها بحظر الاتجار بالأعضاء البشرية وذلك في اجتماعها السابع والثلاثين الذي عقد في بروكسل في اكتوبر ١٩٨٥ ، وكذلك في اجتماعها التاسع والثلاثين عام ١٩٨٧ المنعقد في مدريد حيث جاءت التوصيات الصادرة عن الاجتماعين في مجملهما مؤكدة على مبدأ مجانية نقل الأعضاء فيما بين

- http://www.fiqhacademy.org.sa/

(١)– راجع : د. مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

(٢) – راجع : د. ادريس عبد الجواد عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ .

الأحياء ، وكذلك حماية شعوب الدول النامية والذين تشكل أجساد فقرائهم أحد الموارد الرئيسية للحصول على الأعضاء وبوجه خاص الكلى التي يتم نقلها إلي بعض دول العالم المتقدمة لزراعتها لطائفة الأثرياء من المرضى . وهذه التوصيات تشكل اعترافاً بوجود اتجار منظم بالأعضاء البشرية عابر للحدود الوطنية .كما تبنت الجمعية في اجتماعها الثاني والاربعين في عام ١٩٨٩ القرار رقم ٥-٤٢ الذى تضمن النص الرئيسي منه منع استغلال البؤس والشقاء الإنساني خاصة لدى الأطفال والأقليات الأخرى الضعيفة ، وتشجيع تطبيق المبادئ الأخلاقية التي تستنكر شراء وبيع الأعضاء . [١]

٣ – أصدرت الجمعية الأوروبية لزراعة الكلى في عام ١٩٨٦ م قراراً تضمن في فقرته الأولى أنه من غير المقبول ومن المنافي للأخلاق ومبادئ مهنة الطب القيام بتشجيع الأشخاص على التبرع بالأعضاء عن طريق الضغط عليهم وإغوائهم بالوسائل المادية، وقد جاء في الفقرة الرابعة من هذا القرار أنه يجب على الأطباء المشاركين كافة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء أن يستوثقوا من عدم وجود مقابل مادي لقاء قيام المانح بالموافقة على نقل عضو من جسمه ، حيث لا يجوز لهؤلاء الأطباء المشاركة في إجراء هذه العمليات طالما كانت تنطوي على بواعث مادية .

٤ – طرح موضوع الاتجار بالأعضاء البشرية على مستوى منظمة الأمم المتحدة خلال العقد الأخير من القرن العشرين ، حيث دعا المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قراره ١٩٩٤/١٩ المؤتمر التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين إلي تحديد وبحث الأشكال الجديدة للجريمة المنظمة ، مع الأخذ في الاعتبار إمكانية أن ينشأ بمرور الزمن اتجار منظم غير مشروع في أجزاء الجسم البشري، ودعا المؤتمر أيضاً إلي مواصلة تطوير التدابير الرامية على منع ومكافحة الأشكال الجديدة للجريمة المنظمة ومن بينها الاتجار المنظم بالأعضاء البشرية . وعملاً بالقرار المتقدم للمجلس الاقتصادي والاجتماعي تقدمت الأمانة العامة للجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية بتقرير حول أشكال الجريمة المنظمة طرح على أعمال مؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي عقد بالقاهرة عام ١٩٩٥ بينت فيه أخطار الجريمة المنظمة الوطنية وعبر الحدود الوطنية وأجملت الاتجاهات والتطورات الرئيسية بشأنها ، واستعرضت المبادرات المتخذة على الصعيدين الوطني والدولي لمكافحة جميع أشكال الجرائم ، وأوضحت معلومات أساسية من أجل تحديد الاستراتيجيات ذات الصلة والرامية إلي منع الجريمة ومكافحتها والتي من شأنها تقديم مزيد من الدعم للتعاون الدولي ، وفي خصوص الاتجار بالأعضاء البشرية ، فقد ورد في الفقرة (٥٢) من هذا

---

(١) – انظر : د. مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ .

التقرير أنه توجد الآن تجارة مربحة في أعضاء الجسم البشري تنطوي في بعض مناطق من دول العالم . كما ورد في الفقرة (٥٣) من هذا التقرير ما يدل على خطورة هذه الظاهرة ، حيث جاء بها "وربما اتسمت مشكلة الاتجار بأعضاء الجسم البشري بخطورة أشد خاصة في ظل وجود جثث لموتى لم يطالب بها أحد يمكن أن تكون محلاً لانتزاع أعضاء بشرية منها ، ومن ثم فإن زراعة الأعضاء البشرية قد غدت أربح تجارة ويتوقع له استمرار النمو . وأوردت الفقرة(٥٤) من هذا التقرير أنه قد وجدت حالات لتصدير أعضاء الجسم البشري باستخدام مستندات زائفة ، وحالات مؤكدة للإتجار في بعض مناطق دول العالم ، وكان معظم مشتريها من طبقة الأثرياء ، كما أن احتمالات الارتشاء في الأوساط الطبية. [١]

الفرع الثالث

الموقف التشريعي من بيع الأعضاء البشرية

تمهيد :

يمثل مبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية وحظر الاتجار بها من المبادئ الثابتة والمستقرة في معظم التشريعات الأجنبية والعربية . ففي خصوص التشريعات الأجنبية على سبيل المثال ، يحظر التشريع السويسري [٢] ، والإنجليزي [٣] ، والأمريكي

---

(١)– د. مراد بن على زريقات ، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية – قراءة امنية وسيكولوجية ورقة عمل مقدمة الى المؤتمر الدولي " الامن والديمقراطية وحقوق الانسان " المنعقد في جامعة مؤتة – الاردن ، في الفترة من ١٢ الى ١٧ يوليو ٢٠٠٦ .

(٢) – إذ تنص المادة ٦ من القانون الفيدرالي السويسري رقم ٢١–٨١٠ الصادر في ٨ اكتوبر ٢٠٠٤ على أنه " ١ – يحظر منح أو تلقي أي ميزة مالية أو غيرها للتبرع بالأعضاء والأنسجة أو الخلايا ذات المنشأ البشري. ٢ – لا يعتبر بمثابة امتياز مالي أو غيره : أ – تعويض المانح عن فقدان الدخل والتكاليف المباشرة التي سببها له. ب –تعويض المانح عن الأضرار الناجمة عن نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا. ج – تقديم لفتة انسانية بالشكر بعد عملية الزرع "

" Il est interdit d'octroyer ou de percevoir un quelconque avantage pécuniaire ou un autre avantage pour le don d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine.
2 Ne sont pas considérés comme un avantage pécuniaire ou un autre avantage:
a. L'indemnisation du donneur pour la perte de gain et les coûts directs qui lui sont occasionnés;
b. l'indemnisation du donneur pour les dommages subis du fait du prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules;
c. un geste symbolique de remerciement postérieur à la transplantation;
d.la transplantation croisée ".

(٣) – تنص المادة الأولى من قانون زراعة الأعضاء البشرية البريطاني الصادر في ٢٧ يوليو ١٩٨٩ على اعتبار الشخص مرتكباً لجنحة إذا قام بدفع أو تلقي مقابل مالي لقاء التنازل عن العضو البشري ، أو إذا سعى إلي ذلك سواء كان من شخص متوفي، أو على قيد الحياة ، وسواءً كان محل الجريمة مستأصلاً بالفعل أو سيتم استئصاله ، وذلك

[١] ، تلقي مقابلاً لقاء التنازل عن العضو البشري . وذات الأمر بالنسبة للتشريعات العربية كالتشريع الإماراتي[٢] ، والكويتي [٣] ، والقطري [٤] ، والاردني [٥] ، والبحريني. [٦]

ورغماً عن هذا الاتفاق التشريعي على أعلاء مبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية ، أجازت بعض التشريعات بيع أعضاء وأنسجة الجسم الإنساني . ففي كندا ، أجاز القانون المدني لمقاطعة (Québec) بيع الدم ، والنخاع العظمي ، والشعر ، والجلد ، والخلايا التناسلية ، وغير ذلك من الأجزاء والأنسجة المتجددة . وفي تشيكوسلوفاكيا ، أجاز القانون الصادر عام ١٩٦٦ الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية التعويض في حالة نقل الأعضاء بين الأحياء . [٧]

وإذا كان المرور السريع بين طيات نصوص التشريعات المقارنة قد أفضى بنا إلى علو مبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية ، فسنحاول – من خلال هذا الغصن

بغرض زراعته لشخص آخر . كما يعد الشخص مرتكباً لجريمة الاتجار بالأعضاء إذا تلقي أو دفع مبلغاً معيناً بغرض العثور على متبرع يرضى باستقطاع عضو من جسده بمقابل مادي ". راجع : . د. مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص ١٧١ .

(١) – تنص المادة الخامسة من القسم الأول من قانون زراعة الأعضاء القومي الأمريكي رقم ٩٨–٥٠٧ لسنة ١٩٨٤ على توقيع عقوبة الحبس التي لا تزيد مدتها على خمس سنوات أو الغرامة التي لا تزيد عن ٥٠.٠٠٠ دولار ، أو كلاهما في حالة ارتكاب الأفعال المتعلقة بالأعضاء البشرية داخل الولاية الواحدة ، ويسرى المنع كذلك في حالة بيع أعضاء الموتى سواء تم الاتفاق قبل الوفاة أم بعده مع الأقارب أو ممثل المتوفى .

(٢) – تنص المادة السابعة من القانون الإماراتي الخص بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ على أنه " يحظر بيع وشراء الأعضاء بأية وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ، ويحظر على الطبيب المتخصص إجراء العملية عند علمه بذلك ".

(٣) – تنص المادة السابعة من المرسوم بقانون الكويتي بشأن زراعة الأعضاء البشرية رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ على أنه " لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شراؤها أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ، ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء عملية استئصالها إذا كان على علم بذلك ".

(٤) – تنص المادة التاسعة من القانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ على أنه " لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شراؤها بأي وسيلة كانت ،أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ، ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء عملية استئصال لها إذا كان على علم بذلك ".

(٥) – ينص البند (ج) من الشرط الثاني (ب) من المادة الرابعة من القانون الأردني بشأن الانتفاع بأعضاء جسم الانسان رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ على أنه " لا يجوز أن يتم التبرع بالعضو مقابل بدل مادي أو بقصد الربح ".

(٦) – تنص المادة السابعة من المرسوم بقانون البحريني بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ١٦ لسنة ١٩٩٨ على أنه "يحظر بيع وشراء أعضاء الجسم بأية وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ، ويحظر على الطبيب المتخصص إجراء العملية عند علمه بذلك ".

(٧) – راجع : د. أيهاب يسر أنور ، المرجع السابق ، ص ٤٩٦ .

– استجلاء موقف كلا من المشرع المصري والفرنسي بشيء من التفصيل في هذا الخصوص .

أولاً – موقف المشرع المصري :

١ – الموقف التشريعي قبل صدور القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ :

(أ) – القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ الخاص بتنظيم بنوك الدم :

نظم هذا القرار بقانون عمليات جمع الدم وتخزينه وتوزيعه [١]، إلا أنه لم ينظم كافة القواعد المتعلقة بعمليات نقل الدم ، إذ تعرض للقواعد الأساسية بإحدى عشر مادة فقط لا غير. وأثراً لذلك ، فقد نصت المادة ٨ منه على أن " يصدر وزير الصحة العمومية القرارات اللازمة لتنظيم إجراءات عمليات جمع ، وتخزين وتوزيع الدم ومركباته ومشتقاته ، وتحديد الجهة التي تقوم بصرف التراخيص ، وفحص المتطوعين ، والتعليمات الواجب اتباعها في نقل الدم ". وقد صدر تنفيذاً لهذا التفويض قرار وزير الصحة رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦١ [٢] منظماً لعملية منح الترخيص لمزاولة عمليات نقل الدم ، ومبيناً في المادة الأولى والثانية للإجراءات المتبعة للحصول على الترخيص. وأجاز هذا القرار لبنوك الدم الحصول عليه عن طريق التبرع ، أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي ، وتقوم هذه البنوك ببيع الدم مرة أخرى إلي الجمهور . وقد نظم هذا القرار بمقتضى المادة ٥ منه تحديد صرف المكافآت للمتطوعين بالدم ومركباته ومشتقاته ، وهى تتدرج في مقدارها حسب كمية الدم المتطوع به . وقد أثارت هذه المادة الخلف الفقهي حول مدى الاعتماد التشريعي لبيع الدم باعتباره أحد منتجات الجسد البشرى ، أم أن ما يقدم للمانح لا يخرج عن كونه تعويضا ولا يقدح في كون التصرف تبرعاً.

فبينما ذهب اتجاه أول إلي أن هذا القرار لم يقنن فكرة بيع الدم حتى ولو سمح بالحصول على مقابل لكميات الدم المأخوذة ، ذلك أن هذا المقابل لا يتعدى في نظرهم – المكافأة أو التعويض ، ولا يصل بحال من الأحوال أن يكون ثمناً ، استنادا إلي أن الدم البشري الذى يمنحه المتطوع لا يمكن تقديره بالمال ، ولا تؤثر هذه المكافاة بالمقابل في وصف التصرف بكونه تبرعاً ، لأن الجهة التي تقوم بدفع المكافآت للمتطوعين لا تعد طرفا في عملية نقل الدم . هذا وقد أجمل هذا الاتجاه أهداف التعويض الممنوح للمتطوع في ثلاثة أهداف أساسية . إذ يهدف التعويض من ناحية إلي تعويض المتطوع عما فاته من وقت بالإضافة إلي ما لحقه من انتقاص مؤقت في قوته الجسدية من ناحية أخرى ، ومن ناحية ثالثة إلي تعويضه عن الضرر الأدبي المتمثل في احساس

---

(١)– صدر القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ بتاريخ ٥ يونيه ١٩٦٠ والخاص بتنظيم وجمع وتوزيع الدم ومركباته . منشور فى الجريدة الرسمية في ٢١ يوليو ١٩٦٠ ، عدد رقم ١٣٠ .

(٢)– الوقائع المصرية في ١٢ ابريل سنة ١٩٦١ ، العدد ٣٠ .

المانح بفقد أحد أعضاء جسمه ، حتى ولو كان هذا الفقد مؤقتاً باعتبار أن الدم من المنتجات المتجددة بطبيعتها . (١)

بينما ذهب الاتجاه الثاني – وبحق – إلي أن المشرع المصري قد قبل فكرة بيع الدم وأقرها إلي جانب الأصل العام المتمثل في التبرع بالدم . ولا يغير من هذا القبول ضآلة المقابل أو تفاهته ، استنادا إلي أن المقابل من الوجهة القانونية هو مقابل حقيقي مهما كان قليلا أو تافها . بالإضافة إلي ذلك ، فإن المشرع المصري بإجازته لبنوك الدم الحصول عليه بطريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي ثم قيامها ببيعه إلي المرضى المحتاجين إليه بأسعار تفوق قيمة مكافآت التبرع، يفيد إقراره لفكرة المتاجرة بالدم البشرى والحصول على أرباح جراء ذلك . (٢)

(ب) – القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص بإعادة تنظيم بنك العيون وتعديلاته:

تتمثل إحدى المشاكل الصحية المزمنة في مصر في انتشار العمي القرني بسبب وجود سحابات أو عتامات علي القرنية تؤدي إلي كف البصر أو ضعفه ٠ ويعود ذلك في أساسه ومبناه ومبتداه إلي الظروف المناخية والبيئية والاجتماعية السائدة في مصر وما يقترن بها من انتشار أمراض الرمد الحبيبي والصديدي وتقرحات القرنية .

وقد بذلت العديد من المحاولات لوضع الحلول اللازمة لمواجهة هذه المشكلة بعد تفاقمها وتعاظم آثارها السلبية ٠ وأحد هذه الحلول كان التفكير في إنشاء بنك للعيون لتنظيم عملية استبدال القرنيات الصالحة التي تؤخذ أساساً من الموتى بالقرنيات التالفة للأحياء لترد لهم نعمة البصر التي فقدوها بكل ما يلازم ذلك من آثار إيجابية علي المصلحة الفردية والمصلحة العامة علي السواء . وقد صدرت أول لائحة لتنظيم بنك للعيون في مصر في ٦ أبريل ١٩٤٩. وفي سنة ١٩٥٩ صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ في شأن إنشاء بنوك للعيون بإقليمي الجمهورية . وقد ألغي هذا القانون وأعيد تنظيم بنوك العيون بصدور قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون ٠ وصدور قرار وزير الصحة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٦٣ باللائحة التنفيذية لهذا القانون ٠ وقد ظل العمل بهذه اللائحة سارياً إلي أن تم إلغائها بصدور لائحة تنفيذية جديدة بقرار وزير الصحة والسكان رقم

---

(١)– راجع بالتفصيل : د. محمد عبد المقصود داود ، المرجع السابق ص ١٩٥ ; د. كامل عبد العزيز محمد على ، الجوانب القانونية والشرعية التي تثيرها عمليات نقل خلايا الجسم ، رسالة دكتوراه ، جامعة اسيوط ، ٢٠٠٧ ، ١٢٧ .

(٢)– راجع بالتفصيل في عرض هذا الاتجاه : د. حسام الدين الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ ، ص ١٣٧ ; د. محمد عبد الظاهر حسين ، الأحكام الشرعية والقانونية الواردة على الدم ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ١٩٣ ; د. احمد شوقي ابو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٥٩ ; د. محمد عبد المقصود ، المرجع السابق ، ص ١٩٥ .

٤١٧ لسنة ١٩٩٦. كما صدر القانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٣ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ .

وعلى هذا ، يمكن القول بأن الخطوة التشريعية الأولى للمشرع المصري في مجال الاحتفاظ بالعيون والاستفادة منها وإنشاء بنوك العيون تمثلت في صدور القرار بقانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ [١]، وقد نظم هذا القانون مسألة التبرع بالعيون بمقتضى المادة الثانية منه بنصها على أنه " تحصل هذه البنوك على العيون من المصادر الآتية : (أ) – عيون الأحياء الذين يوصون أن يتبرعوا بها . (ب) – عيون الأحياء الذين يتقرر استئصالها طبياً . (ج) – عيون الموتى أو قتلى الحوادث أو من تشرح جثثهم . (د) – عيون من ينفذ فيهم حكم الإعدام . (هـ) – عيون مجهولي الهوية ".

وقد تعرض هذا النص لجملة من الانتقادات ، فمن ناحية ، فإن المشرع المصري قد أجاز التبرع بالعيون ، إلا أنه من المتفق عليه طبياً في هذا الخصوص أن محل النقل هو القرنية وليست العين بأكملها [٢] . ومن ناحية أخرى ، فلم يبين هذا التشريع في خصوص عيون الموتى أو المنفذ فيهم حكم الاعدام أو مجهولي الهوية أو الاحياء الذين تقرر استئصال عيونهم ما إذا كان أخذ العيون يتم تلقائياً أم بتبرع مسبق صادر منهم . [٣]

ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد، إن المشرع قد جمع في بوتقة واحدة بين الوصية والتبرع ، إذ اشترط المشرع للتبرع بالعيون الإيصاء بها . وعلى هذا فمنح العين لا يجوز إلا بالإيصاء ، ولما كانت الوصية تصرفاً مضافاً إلي ما بعد الموت ، فإنه لا يجوز التبرع بها حال الحياة ، ويتمثل الهدف من هذا الاشتراط بالنظر لكون العيون من

---

(١)– منشور فى الجريدة الرسمية فى ٢٦ ديسمبر ١٩٥٩ ، عدد رقم ٢٨٤ .

(٢)– تتكون عين الانسان من ثلاثين جزء هم : ١– السائل الزجاجي . ٢–الحاشية المشرشرة . ٣– العضلة الهدبية . ٤– النطيفة الهدبية. ٥– قناة شليم . ٦.– الحدقة . ٧– الغرفة الأمامية . ٨– القرنية . ٩– القزحية . ١٠– قشرة العدسة .١١– العدسة .١٢– النواتئ الهدبية . ١٣– الملتحمة . ١٤– العضلة المائلة السفلية . ١٥– العضلة المستقيمة السفلية . ١٦– العضلة المستقيمة الوسطى . ١٧– أوردة وشرايين الشبكية . ١٨– القرص البصري . ١٩– الأم الجافية . ٢٠– شريان الشبكية المركزي . ٢١– الوريد الشبكي المركزي . ٢٢– العصب البصري . ٢٣– الأوردة الدوارية . ٢٤– غمد المقلة . ٢٥– بقعة الشبكية .٢٦– النقرة المركزية .٢٧– بياض العين . ٢٨– المشيمية . ٢٩– العضلة المستقيمة العلوية . ٣٠– الشبكية .

بينما تمثل القرنية – وهى الجزء الثامن من العين – نسيج شفاف مقوس موجود في العين. تتكون من خمس طبقات، يفصل بينهما غشاءان. وينكسر الضوء عند القرنية قبل أن يدخل العين. ولا تحتوي على الأوعية الدموية، وتأخذ ما تحتاجه من الأكسجين مباشرة من الهواء الجوي، فهي تقع خارج العين.

راجع فى ذلك بالتفصيل، الموقع الإلكتروني على شبكة المعلومات العنكبوتية :

- http://ar.wikipedia.org/wiki/ .

(٣) – قارب : د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٦٠ ، ٦١ .

الأعضاء غير المتجددة بالإضافة إلي محاولة الحفاظ على التكامل الجسدي الخارجي للإنسان المتبرع.

وقد ألغي هذا القانون بصدور القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ وفقاً لما أوردته المادة السابعة منه [١] ، وقد نصت المادة الثانية من هذا القانون في خصوص جواز التبرع بالعيون على إنه " تحصل هدة البنوك على العيون من المصادر الآتية : (أ) – عيون الاشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها . (ب) – عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبياً . (ج) – عيون الموتى أو قتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم . (د) – عيون من ينفذ فيهم حكم الاعدام . (هـ) عيون الموتى مجهولي الشخصية . [٢]

ولنا في هذا النص إفراد عدة ملاحظات . فمن ناحية أولى، فقد وقع المشرع في ذات الخطأ بإقرار التبرع بالعين بدلا من القرنية ، وما يثير التساؤل في هذا الخصوص أن المشرع بمقتضى المادة ٥ من هذا القانون قد استخدم لفظ القرنية بما نصت عليه من إنه " لا يجوز التصرف في القرنيات المحفوظة في بنوك العيون إلا للعمليات التي تجرى في المستشفيات المرخص لها في إنشاء هذه البنوك ... " ، . فهل أراد المشرع بهذا النص تحديد محل الاستقطاع بالقرنية ، أم أن الاستقطاع يتم للعين برمتها ، وما يحفظ في بنوك العيون المرخص لها هو القرينات وهى ما يتم صرفها للمستشفيات المرخص لها .

ومن ناحية أخرى ، فإن المشرع لم يغير بهذا القانون مصادر بنوك العيون عن تلك الواردة بالقانون الملغى رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ ، إلا ان المشرع قد غاير بين الإيصاء والتبرع في خصوص عيون الاشخاص الأحياء ، الأمر الذى يثير التساؤل عن إقرار القانون تبرع المانح بالعين وهو على قيد الحياة .

وفى خصوص الإجابة على هذا التساؤل الأخير ، ذهب اتجاه فقهى إلي تفسير مقصد المشرع بأنه إجازة للتبرع بالعين على قيد الحياة استنادا إلي المغايرة بين فعل الإيصاء وهو ما يتم تنفيذه بعد وفاة الوصي وفعل الهبة أو التبرع وهو ما يتم أثناء حياة المانح . [٣]

وقد أستند هذا الاتجاه في تقرير ما أنتهى إليه من أن المشرع المصري قد أقر تبرع المانح بالعين وهو على قيد الحياة لإجازة نقل وزراعة الأعضاء البشرية كمبدأ عام بما

---

(١)– منشور في الجريدة الرسمية في ١٦ يونيو ١٩٦٢ ، عدد رقم ١٣٥ .

(٢) – ومن الجدير بالذكر ، إنه قد تم تعديل بعض احكام القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ في شأن اعادة تنظيم بنوك العيون بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٣ بإضافة كلمة " قرنيات " قبل كلمتي " العيون " و " عيون " أينما وردت في القرار بقانون سالف الذكر .

(٣)– انظر : د . حسام الدين الأهواني ،المرجع السابق ، ص ٦٤ ، ٦٥ .

قررته المادة ٤٣ من الدستور المصري الملغى والصادر عام ١٩٧١ بنصها على أنه " لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي انسان بغير رضائه الجر " . فوفقا لهذا النص فإن إجراء التجارب الطبية على الانسان موقوف بموافقته ، ولما كانت المصلحة في التجارب الطبية هي مصلحة احتمالية موقوف تحققها على احتمال تقدم الطب ، فمن باب أولى ، تطبيق ذات الحكم بالنسبة لمسألة زرع الأعضاء ونقلها استنادا إلي ان المصلحة المرجوة منها هي مصلحة مؤكدة من الناحية العلمية ، ولذلك فلا مانع من اباحتها من باب أولى . (١)

ومن ناحية أخرى ، يذهب هذا الاتجاه الفقهي في تبرير نقل وزراعة الأعضاء البشرية إلي أن القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ قد قرر سببا للإباحة على أساس استعمال الحق وفقاً لما تقضى به المادة ٦٠ من قانون العقوبات، إذ أجاز لأطباء بنك العيون التعرض لعيون الأحياء المتبرعين بها ، وهم في ذلك في حل من قيام مسئوليتهم الجنائية عن جريمة جرح عمد أو إحداث عاهة مستديمة استنادا إلي استعمالهم لحق خوله لهم ذلك القانون ، ولما كانت أسباب الإباحة التي يتم تقريرها ليست استثناء أو من قبيل ذلك ، فيجوز بالتالي التوسع في تفسيرها والقياس عليها ، وبناءً عليه يمتد حكم ما أتى به القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ – سالف البيان – إلي جميع حالات التنازل عن الأعضاء البشرية للغير . والحكمة التي تجيز القياس هي المصلحة الانسانية المؤكدة التي تعود على الغير من استبدال العضو التالف بالعضو الصالح . فالتضامن الانساني قد يفرض على البشر التعاون من أجل تحقيق مصلحة البشرية . وعلى ذلك ، فإن الحكمة من السماح بالتبرع بالعين تقوم أيضاً وتتوافر في حالة التنازل عن إحدى الكليتين أو إحدى الرئتين .

ويضيف هذا الاتجاه إلي أنه إذا كان المشرع يسمح باستئصال العين رغم كونها من أهم أجزاء الجسد البشرى فإنه يسمح من باب أولى باستئصال الأعضاء الأخرى الأقل أهمية من جسم الإنسان لزرعها في شخص مريض إنقاذا للمرضى ورعاية لمصلحة الإنسانية جمعاء . (٢)

وإن كان لهذا الرأي وجاهته ، إلا أننا لا نميل إليه ، ونتفق مع ما عارضه من الفقه استنادا إلي جملة من المبررات (٣). فمن ناحية اولى ، يقتضى تفسير إرادة المشرع تحليل ما ورد في خصوص جواز إيصاء الأحياء بعيونهم أو تبرعم بها . وفى الواقع ، فإن الوصية هي تصرف قانوني تبرعي فردي مضاف إلي من بعد الموت من شأنه نقل ملكية الشيء أو الحق إلي الموصي له وهي تنشأ بالإرادة المنفردة ولا تحتاج إلي موافقة

---

(١)– انظر :حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .

(٢)– انظر :حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .

(٣)– راجع : د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٦٢ وما يليها .

الموصي له لكنه إن رفضها الموصي له فإنها ترد . أما الهبة فتعني لغةً التبرع والتفضل على الغير ولو بغير مال أي بما ينتفع به مطلقا سواءً كان مالاً أم غير مال ، وتعنى اصطلاحا عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض ويجوز أن يفرض الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين . ويعنى ذلك أن الجامع بين الوصية والهبة هو كونهما من التصرفات القانونية التي تصدر بالإرادة المنفردة على سبيل التبرع ، وينحصر الفارق بينهما في أن الوصية تعد تصرفاً قانونياً مضافاً إلي ما بعد الموت بعكس الهبة التي تنفذ حال حياة الواهب . وقد تختلط الهبة بالوصية ، وفى هذا يكون المرجع في تحديد طبيعة التصرف القانوني بالوقوف على طبيعة الالتزامات ووقت نفادها ، وفى هذا تقضى محكمة النقض إن « العبرة في تكييف العقود يكون بحقيقة ما عناه العاقدان منها دون التقيد بتكييف العاقدين لها ، ولئن كانت الهبة كعقد يجوز أن تستر وصية إلا أن احتفاظ الواهب بحقه في الانتفاع بالمال الموهوب مدى حياته لا يتحتم معه وجوب اعتبار العقد وصية ولا يتعارض مع تنجيز التصرف . ولما كان من المقرر في المادة ٤٨٦ من القانون المدني أن – الهبة عقد يتصرف به الواهب في مال دون عوض ، ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين – ومن ثم تكون الهبة عقداً لابد فيه من إيجاب وقبول متطابقين ولا تنعقد بإرادة الواهب المنفردة ، كما في الوصية وهي تصرف منجز ولا يجوز فيها إرجاء نقل ملكية المال الموهوب إلي ما بعد موته ، إلا أن ذلك لا يمنع الواهب من أن ينقل ملكية المال في الحال ، ويرجئ التسليم إلي ما بعد الموت ، وليس ثمة ما يمنع الواهب ما دام لم يتجرد من نية التبرع ، أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين ، سواءً كان هذا الالتزام لمصلحة الواهب أو لمصلحة الموهوب له أو لمصلحة الغير ، دون أن يمنع ذلك كله من كون العقد هبة بمقدار الفرق بين العين الموهوبة والعوض » . [1]

أما التبرع فهو وصف يلحق التصرف القانوني فيميزه عن غيره دون أن يكون بذاته تصرفاً قانونياً . فالهبة مثلا هي تصرفاً قانونياً يفيد التبرع والتفضل على الغير ولو بغير مال أي بما ينتفع به مطلقا سواءً كان مالا أم غير مال حال حياة الواهب ، وكذلك الوصية . وينبني على ذلك أن القانون المدني لا يعرف إذن تصرفاً قانونياً محدداً يسمى التبرع .

وتطبيقا لذلك ، فإن استخدام المشرع لاصطلاح التبرع بمقتضى الفقرة ١ من المادة ٢ من قانون بنك العيون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ – مثار التساؤل – لا يفيد سوى وصف لتصرف قانوني محدد وسابق عليه ألا وهو الإيصاء . وعليه ، فإن المشرع لم

---

(١)– نقض مدنى ٤ يناير ١٩٨٣ ، س ٤٨ ق ، رقم ١٤٥٩ و ١٤٦٥ ، ص ١١٨ .

يقصد سوى أن يجيز الإيصاء التبرعي بالعيون ، استنادا إلي أن خلو الوصية من هذا الوصف يجعلها بيعاً وهو ما لا يجوز . ولم يكن الأمر يحتاج إلي بحث المسالة وتحليل الألفاظ لو تحلى المشرع بقدر واكد من ضبط الألفاظ ، إلا أن الصياغة الركيكة للنص أثارت الشك حول مقصد المشرع من بيع العيون باعتبارها من الأعضاء البشرية .

ومما يؤكد سلامة هذا الرأي ، تحليل مقصد المشرع في بيان مصادر بنوك العيون ، فالواضح البين أن معظم هذه المصادر ترد بعد الوفاة باستثناء من تقرر استئصال عيونهم لعلة طبية ، وينبع هذا التحديد من أن العين تعد من أهم أجزاء الجسد البشري ، وإجازة التبرع بها حال الحياة يؤدى إلي الانتقاص الظاهري بالسلامة الجسدية وهو ما يخالف مناط الحماية الجنائية المقررة بمقتضى قانون العقوبات ذاته وفقا لما ورد بالمواد ٢٤٠ وما يليها .

ومن ناحية ثانية ، فإن القول بإجازة التبرع بالأعضاء البشرية استنادا إلي ما أوردته المادة ٤٣ من دستور ١٩٧١ بشأن إجازة التجارب الطبية بشرط الموافقة ، وقياس سبب الإباحة الوارد بمقتضى القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ بشأن ما قننه المشرع من إجازة التبرع بالعين حال الحياة – في حال التسليم بذلك – إلي جميع حالات التنازل عن الأعضاء البشرية للغير هو قول منقوص ولا يحتمل الصواب . فمن زاوية أولى ، وفى خصوص القياس بين التجارب الطبية ونقل وزراعة الأعضاء البشرية ، فهذا قياس في غير موضعه [١]، فإن كانت التجارب الطبيبة تفترض لإجرائها موافقة المتطوع ، إلا أن هذا الاشتراط لا يغنى عن توافر شروط أخرى ، فيشترط فيمن يقوم بإجراء التجارب الطبية أطباء مؤهلون علمياً ، كما أن التجربة لا تكون مشروعة إلا إذا كانت فوائدها تفوق الأخطار التي سيتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة ، بالإضافة إلي تحقق شرط المصلحة المؤكدة قانوناً بأن تكون حاجة ماسة إلي إجراء التجربة ، كما يشترط أن تكون التجربة قد وصلت إلي مرحلة تجعلها قابلة لإجرائها على الانسان ، وذلك لأن التجارب الطبية تمر بمراحل متعارف عليها علمياً وباكتمال هذه المراحل تبدأ مرحلة التجريب على الإنسان . [٢]

ومن زاوية ثانية ، وفى خصوص إجازة نقل وزراعة الأعضاء استنادا إلي مد نطاق سبب الاباحة الوارد بقانون بنوك العيون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ إلي جميع حالات التنازل عن الأعضاء البشرية للغير فهو قول مغلوط لعدم صحة الأساس الذي أستند

((١)) – انظر : د. . احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٦٥ .

(٢)– انظر بالتفصيل : د. محمد عيد الغريب ، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي ، بدون جهة نشر ، ١٩٨٩ ، ص ٧٤

إليه ، فرغماً عن أن أثر أسباب الاباحة [1] يتمثل في تقييد النص التجريمي بالرغم من قيمته وأهميته وأهدافه، إذ يوجب المنطق أن يكون المشرع هو المحدد والمقدر للظروف

(١)– أسباب الإباحة عبارة عن ظروف موضوعية عينية حددها المشرع، وجعل من أهم آثارها نفي الصفة التجريمية عن الفعل بعدما كان مجرما، أي نفي الصفة غير المشروعة عن الفعل بالرغم من تطابقه مع النموذج التشريعي للجريمة التي تضمنها النص العقابي، لذا يمكن تعريفها بأنها الحالات التي ترفع عن الفعل صفة الجريمة وتجعله مباحا بالرغم من تطابقه مع الواقعة المجرمة بنص القانون، وذلك لأن القانون ذاته هو الذي سمح بارتكاب هذا الفعل في ظل توفر مثل هذه الظروف، كونها ظروف إذا ما اقترنت بالفعل جردته من معنى العدوان – والعدوان هو سبب التجريم بداية–، لذا يمكن اعتبار أسباب الإباحة عبارة عن قيود ترد على النص التجريمي فتعطل مفعوله، وتخرج الواقعة المتضمنة في النص من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة. أي تجعل من الفعل مشروعا بعدما كان يتصف بعدم المشروعية. وبالتالي إن كان الأصل في الأفعال الإباحة، والاستثناء التجريم، فأسباب الإباحة استثناء على هذا الاستثناء (التجريم)، وبالتالي هي العودة إلى الأصل، أي الأصل في الأشياء الإباحة.

ويكمن أساس الاباحة فى انتفاء موجب التجريم، كون المشرع وفقا للقواعد العامة لا يجرم إلا الأفعال التي تشكل اعتداء على المصالح الاجتماعية التي يرى ضرورة حمايتها، لذا فإن رأى هذه الأفعال في بعض الظروف لا تؤثر على الحقوق المحمية، أو إذا كانت تضر ببعض الحقوق وتحمي البعض الآخر مما يوليه الرعاية أكثر، فإنه يغلب جانب الإباحة على جانب التجريم، حيث قد تكون صيانة لما يجب حمايته، مثل تدخل الطبيب على جسم الإنسان بالرغم من حماية القانون لأجسام وأبدان أفراد المجتمع، وهو الوضع في كل حالة يرى فيها المشرع أن حماية حق أولى بالرعاية من حماية حق آخر، فهنا يرفع الصفة التجريمية عن الفعل، وكلما حدث تنازع بين حقين فإنه يقرر حماية للحق الأعز شأنا والأرجح كفة، أو الحق الذي يعد من الناحية الاجتماعية أغلى وأهم، كلما استحال حماية حق دون إهدار الآخر، لذا يجب إهدار أدني الحقين قيمة. لذا فأسباب الإباحة من طبيعة موضوعية – ذات طبيعة مادية ملموسة – لا شخصية، فهي تنتج أثرها بعيدا عن الموقف النفسي للفاعل، وسواء كان يعلم بوجودها أو يجهل ذلك، وسواء كان حسن النية وقت اقتراف الفعل أو سيئ النية، حتى ولو كان يطفئ غلا أو حقدا، كمن يرى شخص يقتل الآخر فدافع عنه وقتل المعتدي بالرغم من الغل والحقد الذي كان يجمعهما . كما لا يقتصر أثر أسباب الإباحة على الفاعل وحده، بل تمتد إلى شركائه، تجسيدا لقاعدة " للفرع حكم الأصل".

وبوجه عام، يمكن القول أن أسباب الإباحة تنحصر في ثلاثة أسباب، هي القيام بما أمر أو أذن به القانون، أو كما اصطلح على تسميته باستعمال الحق وأداء الواجب أو ممارسة الرخصة، ومن هذه الناحية يمكن القول أن أسباب الإباحة واردة قانونا على سبيل الحصر، غير أن من حيث الواقع فهي في منأى عن حصرها لأنها تتعدد بقدر تعدد الحقوق والرخص والواجبات. كما أن أسباب الإباحة تستلهم وجودها من فروع القانون الأخرى المعروفة في النظام القانوني للدولة ككل، بمعنى تجد أسباب الإباحة مصدرها في فروع القانون الأخرى، على اعتبار أنه رغم تعدد فروع القانون في النظام القانوني الواحد، فإن هذه الفروع تتكامل ولا تتناقض أحكامه، إذ لا يمكن للقانون أو المشرع أن يأمر أو يبيح فعل معين في فرع من فروع القانون، ليجرمه في فرع قانوني آخر، لذا يجب التسليم بأن ما يبيحه أو يأمر به فرع من فروع القانون فهو قيد على نص التجريم، في الحدود وبالشروط التي يبينها هذا الفرع من فروع القانون، وفي ذلك لا وجود لأدنى مساس بمبدأ الشرعية الجنائية، كون المسألة تتعلق بالإباحة لا بالتجريم، خاصة وأنه سبق لنا القول بان كل المسائل التي تخدم مصلحة المتهم، تعد من استثناءات نتائج مبدأ الشرعية الجنائية، خاصة ما تعلق بأسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب. لذا فالقياس جائز في مجال أسباب الإباحة، فيجوز إضفاء حكم

التي يعتبرها سبباً من أسباب الإباحة، ما دام هو الذي حدد الأفعال التي تشكل جرائم، لذا فمن المنطقي أن تكون أسباب الإباحة محددة على سبيل الحصر في قانون العقوبات، غير أن هذا الحصر يتعلق بموضوعها لا بمصدرها، ويستفاد ذلك عند التعرض لنتائج مبدأ الشرعية الجنائية، إذ تستثنى القواعد العامة المترتبة عليه (مثل حظر التفسير والقياس وأحادية المصدر) في حال تعلق الأمر بمصلحة المتهم، إذ يجوز بالتالي أن يكون مصدر الإباحة غير قانون العقوبات، وذلك لا يخل بقولنا بوجوب أن تكون محددة حصرا بموضوعها، كما يجوز اللجوء إلي القياس في مجال أسباب الإباحة، وكذا التفسير الواسع لها، إذ مبدأ الشرعية الجنائية يقضي بأن يكون القانون المصدر الوحيد، ويحظر القياس والتفسير الواسع في مسائل التجريم والعقاب، لا في المجالات التي تخدم صالح المتهم، كأسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب. لذا فأسباب الإباحة يمكن أن تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية أو العرف أو فروع القانون غير الجنائية، أو مبادئ العدالة وأحكام القانون الطبيعي، على أن ترد بموضوعها إلي حالة من الحالات التي تضمنها قانون العقوبات . إلا أن إعمال هذه القواعد تفترض ابتداءً حسم المسألة القانونية محل القياس . وتتعلق هذه المسألة بإجازة التبرع بالعين حال حياة المانح ، فالحال في حال الثبوت هو إمكان القياس ، إلا أنه قد ثبت لدينا عدم جواز استئصال قرنيات عيون الأحياء ، الأمر الذى ننتهى معه إلي عدم جواز اللجوء إلي القياس بالنسبة لنقل وزرع الأعضاء البشرية .

٢ – الموقف التشريعي بعد صدور القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ :

حرص المشرع المصري بقانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ على إعلاء مبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية بمقتضى المادة السادسة منه بنصها على أنه " يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته علي سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أياً كانت طبيعته. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب علي زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته. كما يحظر علي الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين ".

سبب من أسباب الإباحة على حكم آخر توفرت فيه ذات العلة التي تقررت لأجلها الإباحة. خاصة وأن القياس في مجال أسباب الإباحة، حسب البعض، لا يدخل في مسائل القانون الجنائي، بل هو من مجالات فروع القانون الأخرى، وأن القياس بحسب الأصل جائز في هذه الفروع القانونية، لذا لا يجوز للفقه الجنائي أن يرفض هذا القياس. لذا فيمكن أن تخضع أسباب الإباحة لمبدأ الرجعية وذلك كقاعدة عامة لأنها أصلح للمتهم، على العكس إذا ما كان يتشدد في تطبيقها فلا تسري على الماضي.

كما أكدت المادة السادسة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم٩٣ لسنة ٢٠١١ ذات المعنى بنصها على أنه " يُحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أياً كانت طبيعته، ويُقصد بالتعامل الأتفاق علي نقل العضو أو جزء منه أو أحد الأنسجة نظير الحصول علي منفعة أو مقابل مادى أو عيني، سواء وُقّع هذا الاتفاق بين المنقول منه والمنقول إليه أو أية أطراف أخرى. وفي جميع الأحوال التي يتم فيها هذا التعامل، لا يجوز أن يترتب علي زراعة العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المنقول منه أو ذويه أو أي من ورثته من المنقول إليه أو من ذويه أية فائدة مادية كانت أو عينية بسبب النقل أو بمناسبته. كما يُحظر علي الطبيب المختص وهو رئيس الفريق الطبي القائم بالجراحة، البدء في إجراء عملية النقل عند علمه بمخالفة أي من الفقرتين السابقتين، سواء علم بالمخالفة عن طريق اللجنة الثلاثية التي يتعين عليها أن تتحقق من عدم المخالفة أو عن طريق أية وسيلة أخرى".

ووفقاً لما ورد بالنصوص السابقة ، فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال حصول المتبرع على مقابل من المتلقي أيا كانت طبيعته ودون اعتداد بمادته أو نوعه نظير نقل وزرع عضو أو جزء من عضو أو نسيج . كما يستوى أن يتم تقديم هذا المقابل إلى المريض ذاته أو عائلته أو شخص من الغير ، وتتبع هذه النتيجة اتساقاً مع إطلاقيه مبدأ مجانبة التصرف في الأعضاء البشرية .

ومن ناحية أخرى ، يمتد الحظر ليشمل الطبيب المختص المنوط به القيام بعملية الزرع ، كما تشمل أيضاً أعضاء الفريق الطبي المعاون له ، إذ لا يجوز لهم جميعاً إجراء الجراحة حال علمهم بأن المريض أو ذويه قد اتفقوا على دفع مقابل مادي نظير زرع العضو أو الجزء أو النسيج .

ومن ناحية ثالثة ، فقد سعى المشرع المصري إلى محاولة الحد من ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية بأن حظر نقل وزراعة الأعضاء كقاعدة عامة ما بين الأجانب والمصريين أثراً لتدنى المستوى الاقتصادي لبعضهم وتدني القيمة الشرائية للنقود ، ومراعاة للواقع العملي ، فقد قرر المشرع استثناءً من هذا الأصل قوامه جواز النقل والزرع في حالة قيام علاقة الزوجية بشروط محددة بينها وأوردها بمقتضى المادة ٣ من ذات القانون بنصها على أنه " مع مراعاة حكم المادة السابقة يحظر الزرع من مصريين إلي أجانب عدا الزوجين إذا كان أحدهما مصرياً والآخر أجنبياً، علي أن يكون قد مضي علي هذا الزواج ثلاث سنوات علي الأقل وبعقد موثق علي النحو المقرر قانوناً لتوثيق عقود الزواج. ويجوز الزرع بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبي فيما بينهم جميعاً. كما يجوز الزرع فيما بين الأجانب من جنسية واحدة بناء علي طلب الدولة التي ينتمي إليها المتبرع والمتلقي علي النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون

".وفي حقيقة الأمر ، ورغماً عن الهدف التشريعي النبيل المبتغى تحقيقه ، فإن الاشتراط الأخير الوارد في عجز المادة يتنافى مع قواعد المنطق وإعمال العقل ، فكيف يتصور أن تتدخل الدولة الأجنبية وتقدم طلباً في هذا الشأن ، وما هو الحكم في حالة انتماء كل من المتبرع والمتلقي إلى دولتين مختلفتين . وقد كان الأولى بالمشرع المصري في هذا الخصوص أن يترك الأمر دون تدخل تشريعي او بتطبيق الاشتراطات العامة للتبرع بالأعضاء دون اعتداد بجنسية المتبرع أو المتلقي .

ومن ناحية رابعة ، فإن مخالفة الحظر الوارد بمقتضى المادتين السادسة والثالثة يهدم سبب الإباحة المقرر للطبيب والمتعلق بممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء ، ويعيد الفعل إلى مصاف التجريم ، مما تقوم معه مسئولية الطبيب الجنائية . فمن زاوية أولى ، وفى خصوص مخالفة مبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية ، نصت المادة ٢٠ من قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية على أنه " يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه كل من خالف أيا من أحكام المادة (٦) من هذا القانون، وذلك فضلا عن مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية المتحصلة من الجريمة أو الحكم بقيمته في حالة عدم ضبطه. ولا تزيد عقوبة السجن علي سبع سنوات لكل من نقل أو زرع نسيجاً بالمخالفة لحكم المادة (٦) من هذا القانون. وتكون الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة من الجرائم الأصلية التي يعاقب علي غسل الأموال المتحصلة منها وفقا لأحكام قانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢. ومن زاوية ثانية ، وفى خصوص مخالفة حظر التصرف في الأعضاء البشرية بين الأجانب والمصريين تنص المادة ١٧ من ذات القانون على أنه " يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد عن علي مائة ألف جنيه كل من نقل عضوا بشريا أو جزء منه بقصد الزرع بالمخالفة لأي من أحكام المواد ٢،٣،٤،٥،٧ من هذا القانون، فإذا وقع هذا الفعل علي نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد علي سبع سنوات. وإذا ترتب علي الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه ". ومن زاوية ثالثة ، يعاقب الوسيط بذات العقوبة المقررة للجريمة وفقا لما أوردته المادة ٢٢ من أنه " يعاقب علي الوساطة في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بالعقوبة المقررة للجريمة. ومع ذلك يعفي الوسيط من العقوبة إذا أخبر السلطات بالجريمة قبل تمامها وساهم ذلك في ضبط الجناة ".

ثانياً – موقف المشرع الفرنسي :

حرص المشرع الفرنسي على إعلاء مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية ، فنصت المادة ٤-L١٢١١ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ المعدلة بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على أنه " لا يجوز تخصيص أي

مقابل أيا كان صورته إلى الشخص المراد نقل مكونات جسده أو جمع منتجاته . وتحظى التكاليف المتعلقة بالنقل أو الجمع بدعم كامل من المؤسسات الصحية المكلفة بتنفيذ النقل أو الجمع . كما أن نقل الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا من الشخص الحى الذى قام بالتبرع بها لمصلحة علاجية للمتلقي يعد عملاً من أعمال الرعاية الصحية في تطبيق أحكام الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب الأول من الجزء الأول من هذا القانون ". [١]

ويمكن لنا في ضوء هذا النص إفراد الملاحظات الآتية . فمن ناحية أولى، لا يمثل هذا الإعلاء لمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية مسلكاً جديداً للمشرع الفرنسي بمقتضى قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ ، فقد سبق له تكريس ذات المبدأ بمقتضى القانون رقم ١١٨١ الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ بمقتضى المادة الثالثة منها بنصها على ضرورة أن يكون التنازل عن أعضاء الجسم بدون مقابل مادي [٢] . ومن ناحية ثانية ، فإن المشرع الفرنسي قد أحاط مبدأ مجانية التصرف بضمانات تكفل تطبيقه . فمن زاوية أولى ، حظر المشرع الفرنسي الإعلانات التجارية الداعية إلى الاتجار بالأعضاء البشرية بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٣-L١٢١١ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ المعدلة بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر فى ٦ اغسطس ٢٠٠٤ بنصها على أنه " يحظر الدعاية للتبرع بمكونات وعناصر الجسد البشرى لصالح شخص معين أو لصالح مؤسسة أو وكالة محددة ولا يشكل هذا الحظر عقبة أمام إعلام الكافة بالتبرع بمكونات ومنتجات الجسد البشرى [٣] . ومن زاوية ثانية ، حظر المشرع الفرنسي على الممارسين لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية تقاضي أيه مخصصات لقاء القيام بأي من عمليني النقل أو الزرع بمقتضى المادة ٢-L١٢٣٣

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

" Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits .

Les frais afférents au prélèvement ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte .

Pour l'application des dispositions du chapitre II du titre IV du livre Ier de la première partie du présent code, le prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur une personne vivante qui en fait le don dans l'intérêt thérapeutique d'un receveur est assimilé à un acte de soins " .

(٢) – راجع : د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٨٦ .

(٣) – النص باللغة الفرنسية :

" La publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite. Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps humain ".

من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ المعدلة بموجب القانون رقم ٨٠٠ – ٢٠٠٤ الصادر فى ٦ اغسطس ٢٠٠٤ بنصها على أنه " لا يجوز أن يتقاضى الممارسون المنفذون لعمليات نقل الأعضاء بقصد التبرع أية أجور فى أطار هذا النشاط ". [١]

ومن ناحية ثالثة ، فلم يكتف المشرع الفرنسي بوضع الضمانات التي تؤكد مجانية التبرع بالأعضاء البشرية ، وإنما فرض عقوبات جنائية تكفل احترام هذا المبدأ . فجاءت المادتان ٥١١–٢ ، ٥١١–٤ من قانون العقوبات لتجرم أفعال الحصول على عضو بمقابل أو أفعال نقل عضو من شخص بمقابل أو افعال الوساطة فى الحصول على عضوه أو نقله . فمن زاوية أولى، تنص المادة ٢.٥١١ من قانون العقوبات المضافة بالقانون رقم ١٣٣٦–٩٢ الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٩٢ والمعدلة بموجب القانون رقم ٦٥٣–٩٤ الصادر فى ٢٥ يوليو١٩٩٤ والمعدلة بالمرسوم رقم ٩١٦ . ٢٠٠٠ الصادر في ١٩ سبتمبر ٢٠٠٠ على أن " يعاقب بالسجن ٧ سنوات وغرامة ١٠٠٠٠٠ يورو كل من حصل لشخص على عضو أو أعضاء بمقابل ، أياً كان صورته . ويعاقب بذات العقوبات كل من عرض وساطته لتسهيل الحصول على عضو بمقابل ، أو تنازل بمقابل عن هذا العضو من الجسد لآخر . وتطبق ذات العقوبات في حالة الحصول على عضو وفقا للشروط الواردة في الفقرة الأولى إذا تم جلبها من بلد أجنبي [٢]. ومن زاوية ثانية ، تنص المادة ٤.٥١١ من ذات القانون المضافة بالقانون رقم ٦٥٣–٩٤ الصادر فى ٢٩ يوليو١٩٩٤ والمعدلة بالمرسوم رقم ٩١٦ . ٢٠٠٠ الصادر في ١٩ سبتمبر ٢٠٠٠ على أن يعاقب بالسجن ٥ سنوات وغرامة قدرها ٧٥٠٠٠ يورو كل من نقل من شخص أنسجة أو خلايا أو أي منتج من جسده بمقابل أياً كان صورته . ويعاقب بذات العقوبات كل من عرض وساطته لتسهيل الحصول

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

" Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements d'organes en vue de don au titre de cette activité ".

(٢) – النص باللغة الفرنسية :

"Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende .

Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui .

Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger " .

على أنسجة أو خلايا أو منتجات بشرية بمقابل ، أياً كان صورته ، أو تنازل بمقابل عن أنسجة أو خلايا أو منتجات بشرية لآخر . [١]

المبحث الثاني
الشروط الواجب توافرها في المتلقي

تمهيد :

رغماً عن أن المتبرع أو المانح يمثل الركيزة الأساسية في عمليات نقل الأعضاء البشرية باعتباره المصدر الرئيسي والوحيد للحصول على المنتج البشري ، إلا أن ذلك لا يعني اغفال مركز المتلقي للعضو البشري . فاستناداً إلي كون عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ذات طبيعة مزدوجة بتعدد طرفيها بالإضافة إلي إجرائها يهدد سلامة جسد المريض شأنه في ذلك شأن المتبرع أو المانح ، فإن الحصول على موافقته المسبقة أمر ضروري لا غنى عنه . كما يشترط كأصل عام تمتع المتلقي للعضو البشري بملكات ذهنية تسمح له بإدراك ماهية حالته الصحية وأبعاد عملية الزرع ومخاطرها الحالية والمستقبلية ما لم تكن حالته الصحية لتسمح بذلك ، فينتقل حينئذ هذا الحق إلى نائبه أو ممثله القانوني .

وقد أجمل المشرع المصري هذه الشروط بمقتضى المادة السابعة من قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بنصها على أنه " لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي – إذا كان مدركاً – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (١٣) من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة علي المدي القريب أو البعيد والحصول علي موافقة المتبرع والمتلقي، أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها – بالنسبة للخلايا الأم – وفقا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٥). وتحرر اللجنة محضراً بذلك يُوقع عليه المتبرع، والمتلقي ما لم يكن غائباً عن الوعي أو الإدراك أو نائبه أو ممثله القانوني ".

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

"Le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende .

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules ou de produits humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui ".

وتطبيقاً لما ورد بالنص القانوني ، فقد اشترط المشرع في الرضاء الصادر عن المتلقي أن يكون قائماً على الافصاح بطبيعة عملية الزرع والمخاطر المحتملة على المدى القريب أو البعيد . ومن ناحية ثانية ، يشترط الحصول على موافقة المتلقي بإجراء التدخل الجراحي . ومن ناحية ثالثة ، فلم يغفل المشرع حالة نقص أهلية المتلقي أو انعدامها الناجم عن حالة واقعية أو مرضية فنقل صدور الموافقة بإجراء عملية الزرع إليه إلى نائبة أو ممثله القانوني .

وهدياً على ما تقدم ، سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين . نتناول في أولهما لرضاء المتلقي . ونتعرض في ثانيهما لأهليته .

المطلب الاول
رضاء المتلقي

يعد التزام الطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء بالحصول على رضاء المتلقي المتبصر التزاما قانونيا يقع على عاتقه ، مثله في ذلك التزامه بالحيطة والحذر ، والتزامه باحترام الأصول العلمية عند مباشرة العلاج . ويستند إقرار هذا الالتزام إلي أن المتلقي هو إنسان حر يتمتع بالحماية القانونية لحقه في سلامه جسده شأنه في ذلك شأن المتبرع ، ولا يجوز المساس به إلا برضائه . فاعتداء الجراح على هذا الحق يعد اعتداءً على حرية المتلقي وشعوره وكرامته . (١)

---

(١)– بتتبع التزام الطبيب بتبصير المريض من الناحية التاريخية ، يمكن لنا تأكيد قيامه من خلال الجهود المبذولة لمعاقبة مجرمي الحرب العالمية الثانية ، وقد تم تكريس هذا الالتزام او مبدأ ضرورة الحصول على الرضا المتبصر للمريض من خلال المحاكمة الدولية للأطباء النازيين ، بسبب الجرائم التي اقترفوها أثناء الحرب العالمية الثانية . وقد قامت دول الحلفاء بتشكيل ما يسمى باتفاق لوندر Londres فى ٨ اغسطس ١٩٤٥ لتقدير ومعرفة الجرائم غير الإنسانية المرتكبة من قبل دول المحور ، وتمت محاكمة قادة الحزب النازي أمام المحكمة العسكرية في نورمبرج Nuremberg ، والتي احيل اليها ٢٣ متهما من بينهم مدراء مؤسسات صحية كبرى في الإدارة والجيش ، وأساتذة جامعات وأطباء في معسكرات الاعتقال الالمانية تم اتهامهم بإجرائهم تجارب على أسرى الحرب ينتمون الى ديانات أخرى دون التقيد بالشروط القانونية الواجبة الاتباع في هذا الشأن . وقد وضعت المحكمة بمناسبة تعرضها لهذا الموضوع عشر قواعد اعتبرتها أساس شرعية التجارب الطبية المجراه على البشر يتعين على كافة الاطباء التقيد بها . وقد نصت القاعدة الاولى من هذه القواعد على " ضرورة الحصول على الرضا المتبصر والحر للشخص الخاضع للتجربة ، بشرط أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية عند الحصول على رضائه ، وأن يكون له حرية الاختيار دون تدخل أي عنصر من عناصر القوة أو الاحتيال أو الخداع أو الإكراه ، وينبغي أن يتم إعلام الخاضع للتجربة بمعرفة كافية وفهم عناصر الموضوع وهدفه وطبيعته ومدة التجربة والغرض منها ، حتى يتم الحصول على رضاء حر مستنير قبل القرار النهائي تجاه التجربة. كما يجب إعلامه بالمتاعب والمخاطر التي من المتوقع حدوثها ، وآثارها على صحته والنتائج التي ستؤدي إليها مشاركته في التجربة ، ولحماية القائم بالتجربة من العقاب يجب عليه تقدير الظروف الشخصية للخاضع لها عند الحصول على رضائه " . ولم يتم تكريس هذا المبدأ على المستوى الدولي فحسب ، بل اعتنقه القضاء الداخلي

أولاً – الرضاء المتبصر والمستنير للمتلقي :

يقصد بالرضاء المتبصر والمستنير للمتلقي في مجال نقل وزراعة الأعضاء ، ذلك الرضاء الصادر عن المتلقي والمبنى على قدر من المعلومات الضرورية واللازمة من قبل الطبيب ، والتي تمكنه من اتخاذ القرار المناسب بشأن حالته الصحية ،سواء بقبول زرع العضو أو رفض ذلك .

كما يلتزم الطبيب أثناء قيامه بإعلام المتلقي ، أن يراعى جميع الظروف التي يراها مؤثرة وذات أهمية بالنسبة للحالة الجسدية والنفسية له . كما يجب أن يكون الإعلام بسيطاً ومفهوماً ، وواضحاً وبعيداً عن التعقيدات الطبيبة أو المصطلحات العلمية البحتة التي يصعب على الرجل العادي الإلمام بها أو الإحاطة بمفهومها . كما ينبغي أن يراعى الطبيب سن المتلقي وجنسه ، ومستوى تعليمه ودرجة ثقافته .

ورغم رسوخ مبدأ الرضاء المتبصر للمتلقي ، إلا أن الفقه الجنائي قد انقسم حول مسألة وجوب إعلام المتلقي قبل الحصول على رضاه إلي ثلاث اتجاهات . فمن ناحية ذهب اتجاه أول إلي القول بضرورة تبصير المتلقي تبصيرا متشدداً ، أي تبصيره بطبيعة ونوع التدخل الجراحي ومخاطره على وجه مفصل ، ويؤسس هذا الاتجاه ما أنتهى إليه إلي أن إعلام المتلقي يعد شرطاً أساسياً لصدور رضاء صحيح قبل التدخل الجراحي بالاستئصال والزرع ، استنادا إلي أن محله ينصب على جسد الإنسان الذى يمتلك عليه حرمة كاملة ومطلقة بدون حدود . ويعنى ذلك إن اخفاء الحقيقة أو تغييرها أو انقاصها يمثل عدوانا على حرية المتلقي في اختيار واتخاذ القرار. (١)

بينما يرى الاتجاه الثاني عدم وجوب تبصير المتلقي ، استنادا إلي ما يمثله الإعلام المفصل من عقبة مادية تحول دون أداء الطبيب لعمله الطبي ، فإلزام الجراح بإخبار وإعلام المتلقي بكافة الأساليب العلمية والطرق المتبعة في اتخاذ قرار الاستئصال والزرع ومبررات ذلك يفضى إلي استحالة اتمام العمل الطبي . كما أن الإعلام المفصل قد يؤدى إلي تدهور الحالة النفسية للمتلقي ، الأمر الذي قد يشكل خطراً محدقاً على

للدول ، بداية بالقضاء الإنجليزي من خلال إحدى الاجتهادات لمحكمة استئناف ولاية ساسكلشون SASKALCHWAN ، ثم تبعه القضاء الفرنسي الذى أكد بدوره ضرورة الحصول على الرضاء المتبصر للمريض ، من خلال الحكم الصادر عن محكمة دويه DOUAI بتاريخ ١٠ يوليو ١٩٤٦ . راجع : د. ميرفت منصور حسن عبدالله ، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي ، رسالة دكتوراه ، المنصورة ، ٢٠١١ .

(١)– انظر : أ. رأفت صلاح احمد ابو الهيجاء ، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون ، عالم الكتب الحديث ، عمان ، ٢٠٠٦ ،ص ٧٦ . وفى الفقه الفرنسي ، راجع :

Patrice JOURDAIN, Responsabilité civile R.T.D. Civ., Janvier. Mars, 1999, P.111; Mazeaud TUNC, Trait théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tom 2, Paris, 1972, P.11; Patrice JOURDAIN, Le Fondement de l’obligation de sécurité, Gazette du Palais,1997, P.1197.

حياته بالنظر لوضعه الصحي ، وينتهى هذا الاتجاه إلي أن اخفاء بعض المعلومات الطبية عن المتلقي يمثل حلاً موفقاً لرفع معنويات المريض ، بالإضافة إلي أن قبول المريض للعلاج في بدايته يمثل تفويضا للطبيب لإجراء ما يراه لازما وضروريا من طرق العلاج. (١)

ويتخذ اتجاه ثالث موقفاً وسطاً بتبني مبدأ التبصير بحدود . ويستند هذا الاعتناق الفكري إلي ما يؤدى إليه هذا المبدأ من التوفيق بين المصالح . اذ يوفق ما بين احترام شخصية المتلقي وحريته وما يمتلكه من حق على جسده، وبين الصالح العام . استنادا إلي أن الإعلام المفصل يؤدى إلي إلمام المتلقي إلماماً كاملاً بخطورة وضعه الصحي ، فيفقد القدرة على مواجهة المرض أو التدخل الجراحي ، أو يواجههما بمعنويات منخفضة . وينتهى هذا الاتجاه إلي ضرورة اخفاء الطبيب بعض الحقائق أو كتمها إذا كان ذلك في مصلحة المريض شريطة أن يكون ذلك بعدم استعمال وسائل احتيالية أو خداعية أو غش . كما يفرق هذا الاتجاه بين الإخفاء الطبي المسموح به والمحظور في مجال نقل وزراعة الأعضاء . فيرون أن الإخفاء المسموح به هو إخفاء المخاطر غير المتوقعة وغير المأمول حدوثها والناجمة عن التدخل العلاجي أو الجراحي ، طالما أن ذكرها لن يؤثر سلبا على حالة المريض النفسية . إذ أن الإخفاء في مثل هذه الحالات إنما يستهدف تحقيق مصلحة المتلقي ويفيد في علاجه . أما الإخفاء المحظور فيكمن في إخفاء الطبيب النتائج الخطيرة والمتوقعة الحدوث والمترتبة على التدخل الجراحي ، أو اخفاء النتائج الحسنة عن المتلقي ، وحمله على الاعتقاد بخطورة حالته الصحية على نحو يخالف ما جاءت به نتائج الفحوصات والتحاليل الطبية . (٢)

ونؤيد ما انتهى إليه أنصار الاتجاه الأول من وجوب الإعلام التام والكامل للمتلقي في مجال نقل وزراعة الأعضاء . فيجب على الطبيب أن يوضح للمتلقي مدى كون عملية زرع العضو لديه هي الوسيلة الوحيدة لأنقاد حياته أم توجد إلي جانبها بدائل أخرى ، كما يجب أن يحيطه بظاهرة رفض الجسم للعضو الجديد (٣)، وكذا طريقة

---

(١)– انظر : د. منصور مصطفى منصور ، حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق والشريعة ، عدد ١ ، ٢ ، جامعة الكويت ، ١٩٧٩ ، ص ٢٥ .

(٢)– انظر : د. جابر محجوب على ، المرجع السابق ،ص ١٣٧ .

(٣) – رفض العضو المزروع " Phénomène de rejet "هي الحالة التي يُهاجم فيها الجهاز المناعي لجسم المُستقبل العضو أو النسيج المزروع ,وقد تم تصنيف حالات الرفض الى ثلاثة أنماط مختلفة. أولها **الرفض مفرط الحدة** الذي تظهر علاماته بعد مرور دقائق قليلة من الزراعة لعدم التطابق الكلي بين العوامل المستضدة لجسم المستقبل والمتبرع مما يستدعي ازالة النسيج المزروع مباشرة لتجنب وفاة المريض. ويتمثل ثانيها في **الرفض الحاد** ، ويحدث في أي وقت بعد مرور أسبوع إلي ثلاثة أشهر من عملية الزراعة ويحدث هذا النمط عند مُعظم الخاضعين لعملية الزراعة . ويتجلى

حياته بعد عملية الزرع . كما يجب على الطبيب أن يوضح للمتلقي مدى إمكانية إجراء عملية زرع أخرى إذا ما فشلت العملية الأولى وما إذا كانت توجد حلول أخرى أم لا . ونرى أن نطاق الإعلام التام لا يتحقق – في هذا الصدد – بإعطاء المتلقي المعلومات التقنية ، بل باشتماله على عدد من العناصر ، والتي يمكن إجمالها في الحالة الصحية الحالية للمتلقي وتشخيص المرض ، وطبيعة العلاج المقترح ، ومخاطره ، والبدائل والاختيارات العلاجية الأخرى ، وآثار رفض العلاج أو البقاء من دونه . [١]

وفيما يتعلق بالتشريع المصري ، فقد نصت المادة ٧ من قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ على إنه " لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد احاطة كل من المتبرع والمتلقي – إذا كان مدركاً – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (١٣) من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة علي المدي القريب أو البعيد والحصول علي موافقة المتبرع والمتلقي، أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها – بالنسبة للخلايا الأم – وفقا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٥). وتحرر اللجنة محضراً بذلك يُوقع عليه المتبرع، والمتلقي ما لم يكن غائباً عن الوعي أو الإدراك أو نائبه أو ممثله القانوني ".

كما نصت المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٩٣ لسنة ٢٠١١ في فقرتيها الاولى والثانية على أنه " يحظر البدء في عملية النقل إلا بعد إحاطة كل من المنقول منه والمنقول إليه – إذا كان مدركاً – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (١٣) من القانون – في جلستين منفصلتين – بطبيعة عملية النقل ومخاطرها المحتملة – بما فيها الوفاة – على المدى القريب (اثناء تواجدهما بالمنشأة) أو البعيد (العام الأول من تاريخ إجراء العملية). وتتم الإحاطة بالمخاطر شفاهه وكتابة ، وتضع اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية نموذجاً موحداً للإقرار الكتابي للمنقول منه والمنقول إليه ، متضمناً المخاطر المحتملة (القريبة والبعيدة) الخاصة بكل عملية نقل على حدة ".

ووفقاً لذلك ، فإن المشرع المصري قد استلزم في الإعلام الواجب للمتبرع والمتلقي أن يكون شاملاً ، متضمنا كافة مخاطر الاستئصال والزرع سواءً أكانت في ذلك المخاطر المحتملة والمتوقعة على المدى القريب أو المخاطر المحتملة على المدى البعيد .

النوع الثالث في **الرفض المزمن** الذي تظهر أعراضه بعد مرور عدة سنوات على الزراعة فينتج عن تدمير الجهاز المناعي أنسجة العضو المزروع بشكل تدريجي . راجع بالتفصيل على شبكة المعلومات الإلكترونية : https://ar.wikipedia.org/wiki/ .

(1) - Sabine BOUSSARD, Comment sanctionner la violation du droit à l'information de l'usager du système de santé ? L-G-D-J,N°1, Paris, 2004, p 173 .

ويثور في هذا المقام تساؤلا مفاداه مدى إمكانية نقل العضو إلي المتلقي بدون موافقته إذا وجدت حالات استثنائية تبرر ذلك ؟ وفى حقيقة الامر ، فقد أجاب المشرع المصري على ذلك بالإيجاب بمقتضى المادة ٧ من ذات القانون ولائحته التنفيذية ، وقد أجمل المشرع الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها إجراء عملية النقل دون موافقته بحالة الغياب عن الوعى أو الإدراك .

ثانياً – الرضاء الحر للمتلقي :

يمتلك المتلقي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية الحرية التامة والكاملة في اختيار التدخل الجراحي أو رفضه ، ولا يستطيع الطبيب في هذا الشأن أن يحل محله في اتخاذ القرارات الطبية أو الجراحية ، أو أن يفرض عليه علاجا أو تدخلا معينا حتى ولو أدى ذلك إلي تحسين وضعه الصحي ، استنادا إلي أن المتلقي يملك وبمفرده مكنة الاختيار بين المحافظة على صحته وتكامله الجسدي ، وبين المساس بسلامة جسده . وعليه ، فإن احترام حرية المتلقي في قبول عملية نقل العضو البشرى إليه أو رفضها إنما يعد تأكيدا لمبدأ احترام إرادته ، ومن ثم ، فلا يجوز قبول فكرة الوصاية الطبية في هذا المقام .

وفى ذات النطاق ، يحظر على الطبيب اتيان أفعال التدليس أو الغش في سبيل حمل المتلقي على الموافقة . كأن يحجب عنه المخاطر المحتملة أو المتوقعة للتدخل الجراحي ، أو يؤكد له خلو العملية الجراحية من أية مخاطر أو تداعيات لغرض الحصول على موافقة المتلقي .

ومن ناحية أخرى ، فإن الرضاء الحر للمتلقي لا يتحقق إذا ما شاب إرادته إكراه أيا ما كان نوعه ، وبصفة خاصة الإكراه المعنوي الممارس في النطاق العائلي . فإذا كان من الممكن قبول الضغوط العائلية في مجال العمل الجراحي العادي ، فإنه لا يمكن قبولها في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، استنادا إلي ما تنطوي عليه من كثير من المخاطر والتداعيات التي لا يجب ترك تقدير عواقبها إلي أقارب المتلقي .

المطلب الثاني
أهلية المتلقي

تنص المادة ٧ من قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ على أنه " لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي – إذا كان مدركاً – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (١٣) من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة علي المدي القريب أو البعيد والحصول علي موافقة المتبرع والمتلقي، أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها – بالنسبة للخلايا الأم – وفقا لما نصت عليه الفقرة الثالثة

من المادة (٥). وتحرر اللجنة محضراً بذلك يُوقع عليه المتبرع، والمتلقي ما لم يكن غائباً عن الوعي أو الإدراك أو نائبه أو ممثله القانوني ".

ووفقا لما أوردته هذه المادة ، فإنه يشترط تعبير المتلقي عن إرادته بقبول التدخل الجراحي وإجراء عملية زرع العضو إليه . وتطلب هذه الموافقة يستند إلي تحقق مشاركة المتلقي أو المريض في تحمل المخاطر الطبيبة الناجمة عن إجراء عملية الزرع . وتفترض مشاركة المتلقي في ذلك بدورها تحقق أهليته القانونية الكاملة استنادا إلي ما تنطوي عليه عمليات نقل وزراعة الأعضاء من مخاطر استثنائية وأخطار محدقة .

ومن ناحية أخرى، واستنادا إلي كون المريض أو المتلقي هو الطرف المستفيد من التدخل الجراحي لزرع العضو ، فيمكن إجرائه ولو لم يكن كامل الاهلية لعدم بلوغه سن الرشد ، أو لكونه يعاني من سفه أو عته ، أو لأنه لا يملك القدرة على فهم وتقدير عملية الزرع بسبب حالته الصحية المتدهورة والتي لا تسمح له بالتعبير عن إرادته . ففي كافة هذه الحالات يخضع المتلقي لحماية القانون بتحديده الاشخاص الذين يتولون مهمة الموافقة على إجراء زرع العضو بدلا من المريض .

أولاً – حالة عدم اكتمال الأهلية القانونية للمتلقي :

يقصد بعدم اكتمال الأهلية القانونية للمتلقي عدم بلوغه سن الرشد ، أو ورود عارض أثر على أهليته كالسفيه أو ذي الغفلة . وتتمثل القاعدة العامة في شأن إجازة التبرع بالأعضاء إلي هؤلاء وفقا لما تقضى به المادة ٧ من قانون نقل وزراعة الأعضاء في قبول عملية النقل ، وتنتقل الإحاطة بتفاصيل عملية النقل والمخاطر المحتملة وكذا صدور الموافقة على النقل إلي الممثل أو النائب القانوني للمتلقي .

ويتضح مما سبق ، إن المشرع المصري في خصوص تطلب الاهلية في المتلقي قد اعتد برضاء ممثله أو نائبه القانوني إذا كان مفتقدا للإدراك ، وبمفهوم المخالفة ، فإنه إذا كان المريض في حالة يستطيع معها التعبير عن إرادته ، وفهم وإدراك المخاطر القريبة والمحتملة لعملية نقل العضو إليه ، ثبت له حق التعبير عن موافقته ، ولا يجوز للممثل أو للنائب في هذه الحالة أن يحل محله . ومما يؤكد هذا الرأي ما ورد بالمادة ٧ ذاتها سالفة البيان في أن شرط الحلول يتجلى في حالة غياب الوعى أو الادراك . وفى تفسير وجود الإدراك للمتلقي ما يعين على سلامة هذا الرأي . إذ لا يتطلب أن يكون للمتلقي من الأهلية أكثر من الأهلية اللازمة والواجبة لتقدير أهمية عملية زرع العضو له ، ومدى ملاءمتها لحالته الصحية ، وهذه الأهلية لا تتطلب سوى قدر كاف من الإدراك والفهم . إلا أن القدرة على الإدراك والفهم لا تتوافر لدى جميع الاشخاص في سن واحدة ، بل تختلف باختلافهم . وتحديد سن الإدراك بسن معينة إنما هي مسألة تقدرها اللجنة الطبية الثلاثية تبعاً لظروف الحال ، فإذا تبين لها أن المتلقي القاصر قادر على إدراك المخاطر واستيعاب أبعادها وفهم معطيات عمليات النقل ، واعترض

أو رفض اجراؤها ، فلا يجوز للطبيب المختص إجراء عملية النقل إليه ولو أبدى ممثله القانوني موافقته على ذلك . وبالمثل ، فلو تبين للجنة الطبية عدم تمتع المتلقي بالقدر اللازم من الإدراك والفهم أو عدم استطاعته تقدير خطورة حالته ، فلا يعتد برضائه في هذه الحالات ، وإنما يجب الحصول على موافقة الممثل القانوني له .

ثانياً – حالة عدم اكتمال الاهلية الفعلية للمتلقي :

تعنى هذه الفرضية عدم قدرة المتلقي على التعبير عن إرادته الفعلية بشأن عملية الزرع رغم تمتعه بالأهلية القانونية ، كأن يكون غائبا عن الوعى أو وضعه الصحي متدهور إلي حد كبير . وقد تبنى المشرع المصري ذات المعيار المتخذ في شأن عدم ادراك المتلقي ، فأسند بموجب المادة ٧ من قانون نقل وزراعة الأعضاء إلي النائب أو الممثل القانوني مهمة الموافقة على عملية النقل بعد الإعلام بالمخاطر القريبة والمحتملة للتدخل الجراحي أمام اللجنة الطبية الثلاثية المشكلة بمقتضى المادة ١٣ من ذات القانون .

ومما هو جدير بالذكر ، أن المشرع المصري لم ينص على حالة الضرورة الطبية ومدى إمكان التغاضي عن اشتراط الموافقة المسبقة للمتلقي . ونرى مع خلو القانون من إشارة إلي ذلك إلي أنه لا يمكن التغاضي عن شرط الموافقة المسبقة للمتلقي أو نائبة أو ممثله القانوني أمام اللجنة الطبية الثلاثية حتى مع توافر حالة الضرورة الطبية والتي توجب التدخل الجراحي السريع لإنقاذ حياة المتلقي بنقل العضو البشرى إليه ، ومما يؤيد هذا الرأي ما قضت به المادة ١٣ من ذات القانون والخاصة بتشكيل اللجنة الثلاثية ومكان انعقادها بنصها على إنه " تُشكل بقرار من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية لجنة طبية ثلاثية في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع، وذلك من بين الأطباء المتخصصين، من غير المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفية، تختص دون غيرها بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له. ولا يجوز لأعضاء اللجنة أن يشتركوا في إجراء عمليات الزرع أو تولى الرعاية اللاحقة لأى من المتلقين بالمنشأة " . ووفقا لهذا النص فإن مكان تواجد هذه اللجان الثلاثية هو ذاته المنشآت الطبية المرخص لها بإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية . الأمر الذى يسهل عرض طلب الزرع عليها حتى مع قيام حالة الضرورة العلاجية .

ومن ناحية أخرى ، فإن التغاضي عن عرض أمر النقل والزرع على اللجنة الطبية الثلاثية لأي سبب من الأسباب يشكل الجريمة المؤثمة بمقتضى المادة ١٧ من قانون نقل وزراعة الأعضاء بنصها على أنه " يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد عن مائة ألف جنيه كل من نقل عضوا بشرياً أو جزءً منه بقصد

الزرع بالمخالفة لأي من أحكام المواد ٢،٣،٤،٥،٧ من هذا القانون، فإذا وقع هذا الفعل علي نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد علي سبع سنوات. وإذا ترتب علي الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه

وفى خصوص المشرع الفرنسي ، فقد نصت المادة ١-L١٢٣١ من قانون الصحة العامة والصادرة بالقانون رقم ٨١٤-٢٠١١ في ٧ يوليو ٢٠١١ والمعدلة بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على أنه لا " يمكن إجراء نقل الأعضاء من شخص على قيد الحياة على سبيل التبرع إلا لمصلحة علاجية مباشرة للمتلقي ، ويجب أن تكون للمانح صفة الأبوة أو الأمومة للمتلقي .

واستثناء من الفقرة الاولى ، يجوز الترخيص بإجراء نقل العضو لمصلحة علاجية مباشرة للمتلقي من الزوج ، أشقائه الذكور والاناث ، أبنائه ، أجداده ، أعمامه وعماته ، أبناء وبنات عمومته المنحدرين من الأبوين نفسهما ، وزوج الأم أو الأب .ويمكن أيضا أن يكون المانح كل شخص محمل بإثبات قيام الحياة المشتركة بينه وبين المتلقي لمدة عامين على الأقل . وكذلك أي شخص محمل بإثبات وجود علاقة عاطفية قوية ومستقرة لمدة عامين على الأقل مع المتلقي .

وفى حالة عدم التوافق بين الشخص الذي أعرب عن نيته في التبرع والشخص صاحب المصلحة في إجراء النقل له في مفهوم الفقرتين الاولى والثانية من هذه المادة مما يجعل من المستحيل إجراء النقل ، يجوز للمانح والمتلقي المحتملين التقابل لاقتراح اللجوء إلي التبرع التبادلي . والذى يجعل من المتلقي المحتمل الاستفادة من التبرع من أحد الاشخاص الذي أعرب عن نيته في التبرع ويحل أيضا محل موقف الاستحالة من ناحية اشتراط كون الشخص صاحب المصلحة في إجراء النقل له وفقا للفقرة الأولى والثانية بالرغم من أنه يستفيد من التبرع من المانح الاول . في حالة تنفيذ التبرع التبادلي ، فإن أفعال النقل والزرع يتم تنفيذهما في شكل متزامن على كل من المانحين والمتلقيان .. كما يجب احترام عدم الكشف عن الهوية بين المتلقي والمانح.

كما يبلغ المانح مقدما من قبل لجنة الخبراء الوارد ذكرها في المادة L. 1231-3 بالمخاطر التي تنطوي عليها ، والنتائج المحتملة لعملية النقل. كما يجب في حالة اقتضاء طرق التبرع التبادلي أن يعبر عن موافقته بالتبرع ، واذا لزم الأمر بالنسبة للتبرع التبادلي التعبير عن هذه الموافقة لرئيس المحكمة العليا أو القاضي الذى يعينه ، والذى يضمن مقدماً أن الموافقة حرة ومستنيرة ، وأن التبرع تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى والثانية وعند الاقتضاء في الثالثة . وفى حالات الطوارئ التي تهدد الحياة ، يتم الحصول على الموافقة بكافة الطرق من قبل المدعى العام . وتلغى الموافقة بدون شكل معين وفى أي وقت.

ويصدر الترخيص بإجراء النقل من الاشخاص الوارد ذكرهم في الفقرة الثانية بعد التعبير عن الإرادة بواسطة لجنة الخبراء المذكورة في المادة L. 1231-3 .

ويخضع النقل من الاشخاص الوارد ذكرهم في الفقرة الاولى ايضا في غير حالة الطوارئ التي تهدد الحياة للموافقة من هذه اللجنة عندما يقدر القاضي المكلف بتلقي الموافقة ضرورتها .

وتبلغ وكالة الطب الحيوي مقدماً بما تم تحقيقه عن كافه عمليات نقل الأعضاء لأغراض علاجية من أشخاص على قيد الحياة

وتقدم الحكومة إلي البرلمان كل أربع سنوات تقريراً عن تطبيق المادة الحالية ، وعلى وجه الخصوص الإعفاءات المسموح بها بموجب الفقرة الثانية ". [١]

---

(١)- النص باللغة الفرنسية :

" Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur.

Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou soeurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur.

En cas d'incompatibilité entre la personne ayant exprimé l'intention de don et la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, rendant impossible la greffe, le donneur et le receveur potentiels peuvent se voir proposer le recours à un don croisé d'organes. Celui-ci consiste pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur. En cas de mise en œuvre d'un don croisé, les actes de prélèvement et de greffe sont engagés de façon simultanée respectivement sur les deux donneurs et sur les deux receveurs. L'anonymat entre donneur et receveur est respecté.

Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier, deuxième et, le cas échéant, troisième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment.

L'autorisation de prélèvement sur une personne mentionnée au deuxième alinéa est délivrée, postérieurement à l'expression du consentement, par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3.

ويتضح من استعراض النص السابق – وبصفة خاصة الفقرة الثانية منه – أن المشرع الفرنسي قد توسع في تحديد طائفة الأشخاص الذين يثبت لهم الموافقة على زرع العضو في حال عدم قدرة المتلقي ذاته لإصدار رضاؤه المعتبر قانوناً بسبب حالته الصحية ، إذ أجاز الترخيص بإجراء نقل العضو لمصلحة علاجية مباشرة للمتلقي من الزوج ، اشقائه الذكور والاناث ، أبنائه ، أجداده ، أعمامه وعماته ، أبناء وبنات عمومته المنحدرين من الأبوين نفسهما ، وزوج الام أو الاب . ويمكن أيضا أن يكون الممثل كل شخص محمل بإثبات قيام الحياة المشتركة بينه وبين المتلقي لمدة عامين على الاقل . وكذلك أي شخص محمل بإثبات وجود علاقة عاطفية قوية ومستقرة لمدة عامين على الاقل مع المتلقي . وقد أبانت المحاكم الفرنسية عن العلة من هذا التوسع استنادا إلي أن هؤلاء هم الذين يستطيعون التعبير عن إرادة المريض أفضل تعبير ، فهم الحماة الطبيعيون له ، ولذلك فإن رضاؤهم يقوم مقام رضاء الطبيب كلما كانت حالته الصحية لا تتيح له التعبير عن إرادته والحصول على رضائه ، كما أن تعيين الحماة الطبيعيون للمتلقي يعد مسألة واقعية وليست قانونية ، وعلى هذا فالزوج يأتي في المقام الأول يليه أصول المتلقي ثم فروعه . [1]

الفصل الثاني

الشروط القانونية لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من جثث الأموات

تمهيد :

Les prélèvements sur les personnes mentionnées au premier alinéa peuvent également, sauf en cas d'urgence vitale, être soumis à l'autorisation de ce comité lorsque le magistrat chargé de recueillir le consentement l'estime nécessaire.

L'Agence de la biomédecine est informée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement d'organes à fins thérapeutiques sur une personne vivante.

Le Gouvernement remet au Parlement tous les quatre ans un rapport sur l'application du présent article, et notamment les dérogations autorisées au titre de son deuxième alinéa ".

(١)– انظر : د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المرجع السابق ، ص ١٢٩ .

إن انتهاء حياة الإنسان تمثل انتهاء لحق الحياة ولحق الإنسان في التكامل الجسدي وبانتهائها تنتهي الحماية القانونية المقررة للحقين المذكورين، إلا أن حرمة الإنسان المستمدة من قيمته المعنوية التي تسمو على باقي المخلوقات تجعل منه محلاً لحماية القانون حتى بعد وفاته. [١]

وتعد هذه الحماية من جهة إشباعاً لحاجة الإنسان في أن تخلد ذكراه وأن يكرم مثواه بعد مماته فجاءت نصوص القانون مقرة هذه الحاجة ومقننة إياها، مراعية في ذلك الأديان السماوية وغير السماوية [٢] . ومن جهة أخرى تمثل هذه الحماية إشباعاً لحاجة المجتمع لاسيما المقربون من الميت في أن يُنزل الأموات في نزل تكرم مكانتهم وتحفظ ذكراهم، فحماية الإنسان بعد وفاته استمرار لحمايته لحال حياته [٣]. فإذا كانت شخصية الإنسان تنتهي بموته، فإن حرمة كيانه المادي الذي أصبح جثة بعد موته مكفولة بحماية القانون ولا يجوز المساس بها إلا بناءً على قانون وذلك عندما يتعلق الأمر بمصلحة للمجتمع تفوق المصلحة في عدم المساس بها خصوصاً وأن المساس لا يقصد منه العبث أو الإساءة لجثة الميت . [٤]

وتتمثل الحماية التي اسبغها المشرع المصري على جثث الموتى بما ورد بنص الفقرة الثالثة من المادة ١٦٠ من قانون العقوبات بنصها على أن " يعاقب بالحبس ، وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين : ثالثاً – كل من انتهك حرمة القبور والجبانات أو دنسها " ، كما نصت المادة ٢٣٩ من ذات

---

(١) – راجع : د. قاسم رضا علو، مسؤولية الطبيب عن خطئه جزائياً، بحث دراسات متخصصة مقدم إلى المعهد القضائي، بغداد، ١٩٩٢، ص١٦٧.

(٢) – فالفراعنة مثلاً كانوا يحفظون الجثة مع الذهب والفضة لاعتقادهم بعودة الأرواح، راجع : د. أبو اليزيد على الميت، النظم السياسية والحريات العامة، الطبعة الثالثة، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص١٦٧.

(٣) – هناك من الفقهاء المسلمين من يرى وجوب القطع على سارق الكفن هذا رأي الجمهور أما فقهاء الحنفية فإنهم يرون أن نباش القبور يعاقب بعقوبة تعزيرية لا بعقوبة حدية لأن ما يدفن مع الميت ليس له مالك، أنظر : المحلى ابن حزم، الجزء الحادي عشر، دار الجيل، بيروت، بلا سنة نشر، ص٤٠.

(٤) – من الجدير بالذكر فى هذا الخصوص أن الحق في حرمة الجثة يمثل حقاً مستقلاً عن الحقوق اللصيقة بالشخصية لانتهاء شخصية الإنسان عند موته ، إلا أن قيمة جثة الإنسان المستمدة من أدميتها السابقة تحول دون إمكانية عدها من قبيل الأشياء ، مما يستلزم حمايتها ، ولا يخل بهذه الحماية وصية الإنسان بالتصرف بالجثة بعد الموت والانتفاع من أعضائها مادام القصد من هذا التصرف تحقيق الصالح العام وبما لا يخالف الآداب والنظام العام . راجع فى ذلك :

- Claude Albert COLLIARD, Libertés Publiques, Sixième Edition, Dalloz, Paris, 1982, p.362; Jean-Paul DOUCET, La protection pénale de la personne humaine, 2e Edition, Litec, Paris , 1993,p.40.

القانون على أن " كل من أخفى جثة قتيل ، أو دفنها بدون إخبار جهات الاقتضاء ، وقبل الكشف عليها ، وتحقيق حالة الموت وأسبابه ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة ".

وبالمثل ، فقد نصت المادة ٢٢٥-١٧ من قانون العقوبات الفرنسي المضافة بالقانون رقم ٢٠٠٨-١٣٥٠ في ١٩ ديسمبر ٢٠٠٨ على أنه " كل انتهاك لسلامة الجثة بأي وسيلة يُعاقب عليه بالسجن سنة وغرامة قدرها ١٥٠٠٠ يورو . وكل انتهاك أو تدنيس بأي وسيلة للمقابر ، والجبانات ، والجرار ، والشواهد المنشأة لذكرى المتوفيين يعاقب عليه بالسجن لمدة سنة وغرامة قدرها ١٥٠٠٠ يورو . ويتم زيادة العقوبة لتصل إلي السجن عاميين والغرامة ٣٠٠٠٠ يورو إذا رافقت الجرائم المحددة في الفقرة السابقة إضراراً لحقت سلامة الجثة ".(١)

وإن كان للميت حرمة ، إلا أن التطورات العلمية قد اثبتت إمكان الاستفادة ببعض الأعضاء عقب الموت مباشرة واستغلالها لدى شخص مريض هو في أمس الحاجة إليها . فنزع عضو أو نسيج من جثة ميت وزرعها لحى يحقق مصلحة – بلا شك – لها قيمة أعلى وأسمى من مصلحة الحفاظ على الجثة ، وقد تنبه المشرع المصري إلي ذلك ، فنصت المادة ٨ من قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ على أنه " يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة علي 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 أوصي بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ".

وفى خصوص القانون الفرنسي (٢) ، تنص الفقرة الأولى من المادة ١-١٢٣٢L من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٨٠٠ –

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

" Toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures, d'urnes cinéraires ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

La peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 euros d'amende lorsque les infractions définies à l'alinéa précédent ont été accompagnées d'atteinte à l'intégrité du cadavre ".

(٢) – لا يمكن القول بأن عمليات استقطاع الأعضاء من جثث الموتى هي إحدى ثمرات قانون الصحة الفرنسي الجديد رقم ٦٥٤– ٩٤ ، فقد تعاقبت القوانين السابقة على صدوره والمؤكدة على اباحة هذه العمليات . فمن **ناحية اولى** ، سمح القانون الصادر عام ١٨٧٥ بإباحة عمليات نقل الاعضاء من الإنسان بعد وفاته ، وقد قنن هذا القانون مبدأ

٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على أنه " لا يجوز تنفيذ نقل الأعضاء من شخص متوفى وفقا للأصول القانونية إلا لأغراض علاجية أو علمية . ويمكن ممارسة هذا النقل بما أن الشخص لم يُعرف عنه في حياته رفضه لمثل هذا النقل . ويمكن التعبير عن الرفض بكافة الطرق وعلى وجه الخصوص عن طريق التسجيل في السجل الوطني الآلي المخصص لهذا الغرض ، وهو قابل للإلغاء في كل وقت . وإذا كان الطبيب لا يملك معرفة مباشرة عن إرادة المتوفى ، فلا بد له أن يجتهد في الجمع من أقارب المتوفى عن رفض التبرع بالأعضاء المحتملة المعبر عنه في حياته من قبل المتوفى بكافة الطرق ، ويبلغهم بنتيجة النقل المرتقب .ويتم إبلاغ الأقارب لحقهم في معرفة النقل الذى تم . كما يجب إعلام وكالة الطب الحيوي مقدما للتنفيذ بكافة عمليات النقل لأغراض علاجية أو علمية ". (١)

هاما في ذلك الشأن مفاده أن الانسان لا يملك جسده إلا في حال حياته ، أما بعد وفاته فتجوز الاستفادة منه لأغراض علاجية أو بحثية ". ومن **ناحية ثانية** ، أكد القانون الصادر في ١٥ نوفمبر سنة ١٨٨٧ أباحه الانتفاع بجسد الانسان وأعضائه بعد وفاته مباشرة ، ودون اشتراط موافقة سابقة من الشخص ذاته وسواءً أكان ذلك لأغراض علاجية أو علمية . ومن **ناحية ثالثة** ، أجاز المرسوم بقانون الصادر فى ٢٦ سبتمبر ١٩٤٧ نقل أعضاء المتوفى رغم اعتراض أسرته . وأثراً للانتقادات التي تم توجيها إلى هذا المرسوم فقد ألغى بعد حوالى شهر من صدوره ليحل محله المرسوم بقانون الصادر في ٢٠ اكتوبر ١٩٤٧ والذى نص على أنه في المستشفيات المعترف بها من وزارة الصحة العامة والسكان يجوز تشريح جثمان المتوفى أو نقل أعضائه لغرض علاجي أو علمي رغم عدم وجود تصريح بالموافقة من أسرة المتوفى دون إخلال بحق أسرة المتوفى في الاعتراض على التشريح أو نقل أعضاء من جسم المتوفى قبل إجراء هذا الفعل . ومن **ناحية رابعة** ، قنن القانون رقم ٤٩-٩٨٠ الصادر في ٧ يوليه ١٩٤٩ قرنية الافتراض ، إلا أنه قد استثنى القرنية منه ، حيث اشترط حصول المستشفيات المشار إليها فى مرسوم ١٩٤٧ على موافقة صريحة صادرة من الشخص قبل وفاته على استقطاعها . ومن **ناحية خامسة** ، أجاز القانون الصادر فى ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ والمسمى بقانون Caillavct نقل الأعضاء من جثث الموتى لأغراض علاجية إذا كان لم يعرف عنه أثناء حياته رفضه لهذا النقل وفقا لما أوردته المادة الثانية من هذا القانون . لمزيد من التفاصيل ، راجع : د. طارق فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٢٣ وما بعدها ؛ د. عمر أبو الفتوح الحمامي ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ ، ١٣٣ . وفى الفقه الفرنسي :

- Savatier R., Les problèmes juridiques…. op. cit., nº1, p 2247

(١) . النص باللغة الفرنسية :

"Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment.

Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés.

وإذا كان المشرع المصري والفرنسي قد فاضلا بين مصلحتين وهما مصلحة الحفاظ على جثة المتوفى ومصلحة المحافظة على حياة الانسان أو صحته واختارا الانحياز إلي هذه المصلحة الأخيرة ، إلا أن ذلك لم يترك دون تنظيم ، فإتيان فعل المساس بالجثة واكتسابه صفة الاباحة يستند إلي توافر عدة شروط ، ومخالفة هذه الشروط يزيل عن الفعل صفته ويعود إلي دائرة التجريم ، وفى هذا المقام تنص المادة ٢١ من قانون نقل وزراعة الأعضاء المصري على أنه " يعاقب بعقوبة القتل العمد مع سبق الإصرار المنصوص عليها في المادة (٢٣٠) من قانون العقوبات من نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان دون ثبوت موته ثبوتاً يقينياً وفقاً لما نصت عليه المادة (١٤) من هذا القانون مما أدي إلي وفاته مع علمه بذلك. وتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن لكل من شارك في إصدار قرار التثبت من الموت دون إجراء الاختبارات المنصوص عليها في المادة (١٤) من هذا القانون ". كما تنص المادة ٥١١-٥-١ من قانون العقوبات الفرنسي والمضافة بالقانون رقم ٨٠٠ - ٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على ان " يعاقب بالسجن لمدة سنتين وغرامة قدرها ٣٠٠٠٠ يورو كل من باشر نقل أعضاء لأغراض علمية من شخص متوفى بدون مراعاة قواعد البروتوكول المنصوص عليه في المادة L. 1232-3 من قانون الصحة العامة. ويعاقب بذات العقوبات كل من باشر بروتوكول موقوف أو محظور تنفيذه بأمر وزير البحث ".[١]

ورغم هذه الموازنة التشريعية بين الحفاظ على حرمة جثث الموتى وإباحة المساس بها باستقطاع الأعضاء منها بشروط محددة ، فإن عمليات الاستقطاع في حد ذاتها قد أثارت من الجدل والخلف ما يفوق الوصف . ويكمن أساس هذا الجدل في تحديد لحظة الوفاة ذاتها باعتبارها تمثل شرطاً أولياً وأساسياً ولازما لإمكان استقطاع الأعضاء من جثث الموتى . وفى حقيقة الأمر ، فإن هذا الجدل والخلف حول تحديد لحظة الوفاة لم يكن بأي حال وليد الماضي ، بل يعد مصاحبا للتطورات العلمية في المجال الطبي ، وكثمرة من ثمرات التقدم الانساني في العلوم التطبيقية ، وظهور متغيرات كثيرة من أهمها نجاح عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية وقبول الجسد للعضو المزروع ،

Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués.
L'Agence de la biomédecine est avisée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement à fins thérapeutiques ou à fins scientifiques ".

(١) . النص باللغة الفرنسية :

" Le fait de procéder à des prélèvements à des fins scientifiques sur une personne décédée sans avoir transmis le protocole prévu à l'article L. 1232-3 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende.
Est puni des mêmes peines le fait de mettre en oeuvre un protocole suspendu ou interdit par le ministre chargé de la recherché" .

والتقدم العلمي في مجال الإنعاش الصناعي والتي يتم استخدامه في المحافظة على صلاحية الأعضاء للزرع أو في استمرارية عمل الأجهزة الحياتية للجسد بالرغم من موت الدماغ أو جذع المخ .

ومن ناحية أخرى ، لم يقتصر هذا الجدل حول تحديد لحظة الوفاة ، بل امتد ليشمل كيفية التصرف في الأعضاء وصورته ، ومدى الرجوع عنه ، وحكم ما إذا المتوفى قاصراً ، وحالة عدم الافصاح بالموافقة على استقطاع الأعضاء حال الحياة ، ومدى انتقال هذا الحق إلي أسرة المتوفى أم إلي الدولة .

تساؤلات عديدة تثيرها عمليات استقطاع الأعضاء من جثث الموتى ، إلا أن الإجابة عنها تفصح عن الشروط القانونية الواجبة لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من جثث الموتى . وترتيباً على ذلك ، سوف نقسم هذا الفصل إلي مبحثين . نتناول في أولهما لتحديد لحظة الوفاة . ونتعرض في ثانيهما لثبوت الموافقة قبل واقعة الاستقطاع من الجثث .

المبحث الأول
تحديد لحظة الوفاة

تمهيد :

يمثل تحديد لحظة الوفاة أهم شرط يجب تحققه للبدء في اقتطاع عضو من جثة المانح ، وتكمن منبع الأهمية في أن الوفاة أو الموت لا يمثل ظاهرة بيولوجية فحسب بل بما يرتبه من أثر يمثل معياراً واضحاً وشرطاً جوهرياً من شروط إباحة نقل الأعضاء من جثث الموتى ، وتأكيداً لذلك نصت المادة ١٤ من قانون نقل وزراعة الأعضاء على أنه " لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته إلي الحياة ". وبذات المعنى نص المشرع الفرنسي بدوره على ذلك بمقتضى المادة ١-L١٢٣٢ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ .

وبرغم وضوح المعيار المتطلب لاستقطاع الأعضاء من جثث الموتى ، إلا أن مسألة تحديد لحظة الوفاة ذاتها قد أثارت جدلاً واسعاً واتجاهات فقهية متباينة سواءً من رجال القانون أو الطب استناداً إلي ما يترتب عليها من آثار سواءً على الصعيد القانوني أو

الاجتماعى [١] . ولا ينبع محور هذا الخلف فى تحديد ماهية الموت ذاته ، إذ ان للموت معنى لا ينكره أو يجحده أحد ألا وهو مغادرة الروح للجسد [٢]، وانطلاقا من أن الروح تمثل كيانا غير محسوس " معنوي " فإن إثبات مغادرتها للجسد يقتضى تحديد علامات مادية إذا ثبت توافرها اعتبر الإنسان قد مات، وهذه العلامات المادية تمثل محل الخلاف وأساس الجدل الكبير الذي ثار حول تحديد لحظة الوفاة.

وفى سبيل التوصل إلى تحديد لحظة الوفاة باعتبارها معيارا حاسما لإباحة استقطاع الأعضاء البشرية من جثث الموتى ، ينبغى علينا أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب متتالية ، نتناول فى المطلب الأول للاتجاهات الفقهية المتعددة لتحديد لحظة الوفاة ، ونتعرض فى المطلب الثانى لتحديد لحظة الوفاة بين القانون والطب ، ونخصص المطلب الثالث والأخير لتحديد حالة الوفاة فى حالة الإنعاش الصناعى .

المطلب الأول
الاتجاهات الفقهية لتحديد لحظة الوفاة
الفرع الأول
المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة

أولاً – مضمون المعيار :

يمثل الموت وفقا لهذا المعيار التوقف النهائي للدورة الدموية والجهاز التنفسي للإنسان عن العمل ، فيعد الانسان متوفياً عند توقف قلبه ورئتيه عن عملهما ، وهذا التوقف يؤثر على كافة أعضاء وأنسجة الجسد بما يؤدى من حرمانها من الغذاء اللازم لها ، فتموت تباعاً ، وموت الخلايا المكونة للأعضاء لا يأتي على ذات الدرجة ، إذ تختلف في درجة بقائها حية بعد التوقف الكامل للدورة الدموية والجهاز التنفسي بحسب

---

(١) – وهو ما أكدته فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري الصادرة فى ٦ / ٩ /١٩٩٥ بما أوردته في شأن وصف حقيقة الموت من أنه " فهو حقيقة دينية فلسفية ، يتعلق بوجود الروح وخروجها من الجسد الحي فتتركه ميتاً . وهو كواقعة قانونية يشكل آثار يصعب حصرها ، من حيث انقضاء الحقوق ، وانتقالها ونشوؤها . وهو كحالة اجتماعية تحدث فى كل بيئة ، وكل صقع يتوقف إدراكه على وسائل التبيين الممكنة في البيئة التي يحدث فيها الموت . فضلاً عن آثاره المتعلقة بعلاقات القرابة ، وعلاقات العمل ، والنشاط الاجتماعي " . راجع في ذلك : م. طارق البشري ، نقل الأعضاء في ضوء الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص ٤٣ .

(٢) كما يمكن تعريفه بأنه "التوقف الكامل والقطعي لكل خلايا العمليات الفعالة للتبادل والتغيير السريري والذي يسميه المرء قوة التجدد والدثور والبناء والهدم في الكائن الحي " . كما عرفه الفقيه الفرنسي فيليب بأنه :

" la mort est un processus irréversible, constitué par l'interruption successive de plusieurs vies, chacune d'elles assurant le fonctionnement de chaque organe, tissus, cellule ".

– انظر فى هذا الصدد : د. عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ، ص ٥١٨ . وفى الفقه الفرنسي :

Ahmed ABDULDAYEM, op. cit., P.235.

عوامل متعددة تكمن أهمها في مدى حساسية هذه الخلايا لنقص الغذاء والاوكسجين وتحمل درجة الحموضة وغيرها من العوامل ، فخلايا الدماغ تبقى حية لمدة أربع دقائق وخلايا القلب تظل حية لبعض دقائق أخرى ، ولهذا فمن الجائز إعادة عضلة القلب إلي عملها باللجوء إلي وسائل الانعاش الطبي خلال تلك الدقائق الحاسمة ، إذ أن معظم أجهزة الجسم وأعضائه لا تزال حية وقابلة للاستمرار في العمل إذا امكن إنعاشها .[١]

وأساس اعتبار الإنسان قد مات – وفقا لهذا المعيار – بمجرد توقف القلب والرئتين عن العمل، يكمن في أنه بمجرد هذا التوقف يصاب المخ هو الآخر بصورة تلقائية بالتوقف خلال بضع دقائق، وعندئذ يتحول جسم الإنسان الذي ينبض إلي جثة. ولا يفيد القول أن توقف القلب والرئتين عن العمل أن الإنسان قد مات بالفعل، وإنما يعني أنه في طريقه الحتمي للموت خلال بضع دقائق حيث يتوقف المخ بصورة تلقائية .فالوفاة طبقا لهذا المعيار تمثل حدثاً فجائياً يؤثر على جميع أجهزة الجسم في آن واحد ، ومن العلامات المادية الدالة عليها والسابقة على حدوثها الإحساس بالنعاس ، وبرودة أطراف الجسم، وفقدان الوعي ، والإفرازات غير الإرادية للجسم . ومن أمثلة الوسائل التقليدية المستعان بها في كشف حدوث الوفاة وفقا لهذا المعيار طريقة الوخز الوريدي ، وطريقة إيكارد ، وعلامة الإيثر ، ورغم اختلاف هذه الطرق إلا أنها تتفق في قيامها على فكرة واحدة وهى التيقن من توقف الدورة الدموية داخل جسم الانسان.[٢]

ثانياً – أوجه النقد الموجه إلى المعيار :

لم يسلم هذا المعيار من أوجه النقد استناداً إلي أنه لا يجاري التقدم الطبي الحديث ، فمن الناحية العملية فالوفاة لا تحدث بوفاة القلب ، إذ يمكن استرجاع الحياة بعمليات الانعاش الاصطناعي له ، والتسليم بهذا المعيار لن يؤدي بنا إلا إلي التسليم بإمكانية نقل أعضاء من أشخاص في حالة موت ظاهري يحتمل عودتهم إلي الحياة ، وهو ما لا يمكن التسليم به أو قبوله .

كما أن تبني هذا المعيار كأساس لتحديد لحظة وفاة الشخص لن يؤدي إلا إلي الفشل الذريع في خصوص استقطاع بعض الأعضاء البشرية كالقلب والكبد ، فتوقف القلب كمعيار للموت وما يعنيه ذلك من موت لخلاياه تفشل معه عملية الاستقطاع والتي تتطلب بقاء العضو ذاته صالحاً للنقل . ويعنى ذلك أن تبني هذا المعيار لن يؤدى بنا إلا إلي الدخول في حلقة مفرغة ، فالموت لا يتحقق إلا بتوقف القلب والجهاز

---

(١) – راجع : د. عامر القيسي ، تحديد لحظة موت الإنسان – دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامي والقانون المدني ، مجلة المختار للعلوم الاقتصادية – العدد الثاني ، ٢٠٠٤ ، بنغازى ، ص ٥ .

(2) - Laurent DELPRAT, Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale, Chiron éditeur, Paris,2004

التنفسي وما ينجم عن ذلك إذا لم يحدث انعاش صناعي من موت خلاياه واستقطاع هذه الأعضاء لن يجدى إلا بسرعة نقلها قبل موت خلاياها .

الفرع الثاني

المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة

مع التقدم العلمي في فنون الطب ومعرفة كينونة الدورة الدموية لجسد الانسان، تبين أن الموت هو توقف لا رجعة فيه في هذه الدورة الدموية. وبما أن الدماغ لا يستطيع أن يبقى حيا سوى بضع دقائق عند انقطاع الدورة الدموية عنه وبما تحمله من اوكسجين وغذاء لها فإن خلايا المخ هي أول الخلايا تأثراً عند انقطاعها .

ومع تطور أجهزة الإنعاش الطبي أصبح بالإمكان المحافظة على الجهاز التنفسي وعمل القلب بصورة مرضية حتى لو كان الدماغ لا يعمل أو أن أعصاب الدماغ قد أصابها عطب دائم أو وفاة وتحلل كامل لخلاياها. لذلك ومن الناحية القانونية أصبح من المهم ظهور تعريف طبي دقيق للوفاة في مثل هذه الحالات. وتنبع أهمية هذا التحديد في أن الوفاة قد أصابت خلايا المخ بمفردها دون الجسد ذاته ، ويعنى ذلك إن اقرار الوفاة بموت خلايا المخ يعنى اقرارا بمد صفة الوفاة إلي باقي أعضاء الجسد ، وهو ما يتيح إمكانية استقطاع الأعضاء منه وانحسار المسئولية الجنائية للطبيب واسباغ صفة الإباحة على فعله الجراحي باعتبار أن فعله يستطيل على جثة وليس على إنسان حي.

أولاً – ماهية الوفاة الدماغية وتشخيصها :

مع تطور أجهزة الإنعاش في نهاية عقد الخمسينات، واجهت الأطباء حالة لم تكن معروفة من قبل، وهي حالة أصبحت تُعرف بـ" موت الدماغ ". فقبل ذلك كان يُعتبر توقف القلب والتنفس دليلا على حدوث الموت، بغض النظر عما إذا كان السبب الأولي لهذا التوقف خللا في الرئة، أو القلب, أو الدماغ. وذلك لأن هذه الأعضاء الثلاثة مرتبطة مع بعضها ارتباطاً وثيقاً، يجعل توقف أحدها عن العمل يتبعه مباشرة وخلال دقائق توقف العضوين الآخرين، ثم بقية أعضاء الجسم، فتوقف القلب عن العمل مثلا، يؤدي لتوقف وصول الدم إلي الدماغ، مما يؤدي إلي تلف المراكز العصبية بما فيها مركز التنفس، وبالتالي توقفه عن العمل. وكذا الأمر إذا كانت البداية هي توقف التنفس عن العمل. أما إذا كان أصل الإصابة في الدماغ فإن موت المراكز الحيوية فيه سيؤدي لتوقف تام في التنفس، أما القلب فيستمر في النبض دقائق معدودة، ثم يتوقف لحصول نقص شديد في وصول الأكسجين إليه. وهكذا فأياً كان السبب فإن النتيجة تكون واحدة خلال دقائق معدودة.

ولكن مع تطور طُرق الإنعاش وأجهزته الحديثة أصبح من الممكن الفصل ما بين موت الدماغ وموت القلب. فعندما يتوقف القلب والرئة عن العمل، يسارع الطبيب

المنعش بإجراء تدليك خارجي للقلب مع تنفس اصطناعي للتعويض عن عملهما. وأحيانا ينجح الإنعاش، ويعود القلب ثم التنفس للعمل، فيتبين أن المريض لم يمت بعد. أو لا ينجح ويتبين أن المريض قد مات. ولكن بتعويض عمل الرئة بالتنفس الاصطناعي يستمر القلب في النبض بفعل مركز ذاتي لتحريض النبض طالما أن الدم الغني بالأكسجين يصل إليه. هذا التطور في طرق الإنعاش جعل اعتبار توقف القلب والتنفس عن العمل علامة لحدوث الموت غير كاف، بل يجب إضافة شرط (أنه توقف دائم). كما أنه أوجد حالة لم تكن معروفة من قبل، أي موت الدماغ.

وعلى ذلك يمكن القول أن الوفاة الدماغية تعد حالة صحية يحدث خلالها فقدان دائم لكامل وظائف الدماغ نتيجة لتعرض الدماغ لعدد من المشكلات الصحية كنقص تغذية المخ بالدم أو نقص الأكسجين في المخ لفترة طويلة نتيجة لتوقف التنفس والقلب أو الغرق، أو حدوث جلطة كبيرة في المخ أو عنق (جذع) المخ أو النزيف داخل المخ أو تعرض المخ لضرر نتيجة الحوادث.[١]

وإذا فشل الدماغ وبالذات جذع أو عنق الدماغ الذي فيه المراكز الحيوية " اليقظة، التنفس، التحكم في الدورة الدموية " ومات موتاً لا رجعة فيها ، فإنه عندئذ يطلق تشخيص الوفاة الدماغية وهذا يعني أن الدماغ لا يعمل تماماً وإن الحالة دائمة ولا أمل طبي في عودة وظائف المخ. ويتبع الأطباء عدد من الخطوات والاختبارات السريرية قبل الإعلان أن المريض متوفى دماغياً. ولكل مركز صحي متخصص نظامه المُقر والذي يتبع قبل إعلان حالة الوفاة الدماغية ولكن في العادة يتبع الإجراء التالي: الفحص السريري لتقييم وجود أي من وظائف جذع أو عنق المخ كغياب الأفعال المنعكسة من جذع الدماغ ويقوم به طبيبان أو أكثر، وتخطيط كهربائية المخ " في العادة مرتين على الأقل" للتأكد من عدم وجود أدنى نشاط كهربائي في الدماغ وغيرها من الاختبارات التي يجريها المختصون وتعاد مرة أخرى بعد عدد من الساعات. ويقوم الأطباء كذلك بالتأكد من عدم وجود تنفس بعد إيقاف جهاز التنفس الصناعي لمدة عشر دقائق بشروط معينة، منها استمرار دخول الأكسيجين بواسطة أنبوب يدخل إلي القصبة الهوائية، ومنها إلي الرئتين، وارتفاع نسبة ثاني أكسيد الكربون في الدم إلي حد معين أكثر من ٥٠ ملم من الزئبق في الشريان. [٢]

---

(1) - Boles (J. M), Renault (A), Tchoua (R), Garo (B), La mort cérébrale : définition et critères diagnostiques, Rev. De formation hebdomadaire- Le concours médical, 1994, n° 116-60, p. 29. La mort cérébrale. http://adot34.free.fr/mort-cerebrale.htm .

(٢) – ومن الجدير بالذكر فى هذا الخصوص ، قيام اللجنة الطبية المشكلة بالقرارين الوزاريين رقمي ٥٢٠ ، ٥٤٥ لسنة ٢٠٠٨ بتحديد العلامات الإكلينيكية والتأكيدية لتشخيص موت المخ بعد اجتماعها يومي ٢٠ ، ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٨ . وهى كالتالي :

أولاً – العلامات السريرية (الإكلينيكية) لتشخيص موت المخ :

ويجب هنا التفرقة بين الغيبوبة العميقة والوفاة الدماغية. لذلك يوكل تشخيص حالة الوفاة الدماغية إلي فريق طبي متخصص ، ويتم قبل إعلان الوفاة الدماغية علاج جميع الحالات الطبية التي تسبب غيبوبة عميقة مثل النقص الشديد والحاد في مستوى السكر، انخفاض درجة حرارة الجسم، أخذ جرعات زائدة من المواد والأدوية المخدرة أو اختلال الأملاح في الدم. ويرجع أساس هذه التفرقة إلي مكونات المخ البشري ذاتها ومكان الإصابة أو التلف الذى لحق به . فمن المعلوم أن المخ البشري يتكون من ثلاث أجزاء رئيسية ، المخ والذى يحتوى على مراكز التفكير والذاكرة والاحساس ، والمخيخ والذى تنحصر وظيفته في حفظ توازن الجسم ، وجذع المخ والذى يحتوى على المراكز المسئولة عن أداء الوظائف الرئيسية اللازمة للحياة ، كتلك المتعلقة باليقظة والتنفس والتحكم في ضربات القلب وعدد نبضاته وسريان الدورة الدموية .

فإذا ما تعرض المخ لإصابة ما وعجز عن القيام بوظائفه أدى ذلك إلي فقدان المصاب للإحساس والشعور والتفكير والذاكرة ، لكنه يعد حياً ، ويدخل ما يعرف طبيًا بحالة الغيبوبة الطويلة أو العميقة coma prolongé ، وقد تمتد إلي شهور وربما سنوات، فيحيا المصاب خلالها حياة نباتية vegetative ، تتميز باستمرار التنفس

١- غيبوبة عميقة تامة لا رجعة فيها مع انعدام تام للإدراك والاستجابة لأي مؤثر خارجي.

٢- غياب جميع منعكسات جذع المخ وتشمل :

- منعكس الحدقة للضوء .
- منعكس القرنية للمس
- المنعكس الرأسي العيني.
- المنعكس الدهليزي العيني.
- المنعكس البلعومي.
- منعكس السعال

٣- يجرى الفحص السريري الاكلينيكي مرتين يفصل بينهما ١٢ ساعة على الأقل من الملاحظة والعلاج للكبار ، و ٢٤ ساعة للأطفال اقل من سنة ، و ٧٢ ساعة للأطفال اقل من شهرين .

وفى حالة أن يكون سبب الغيبوبة هو الانقطاع الشامل للدورة الدموية يجرى الفحص الثاني بعد ٢٤ ساعة للكبار .

ثانياً – الاختبارات التأكيدية :

بعد استيفاء الشروط السابقة يجب إجراء أحد الفحصين التاليين أو كلاهما :

١- رسام المخ الكهربائي.

٢- انعدام التروية الدموية للمخ بالتصوير .

وفى جميع الأحوال ، لا يتم تشخيص موت المخ بصفة نهائية إلا بعد عمل اختبار توقف التنفس التلقائي طبقاً للمعايير العالمية باستخدام جهاز قياس غازات الدم لضبط نسبة ثاني أكسيد الكربون . وعند ذلك يخول للفريق الطبي فصل أجهزة الإنعاش وإعلان وفاة المريض .

والدورة الدموية والتغذية، ولكن هذا لا يعني الموت لأن جذع المخ ما يزال حيًا ومسيطرًا على وظائف التنفس ونبضات القلب والدورة الدموية. وكذلك المخيخ لو مات فإنه يُفقد توازن الجسم ولا أثر له في موت الإنسان. وأما جذع المخ فهو الذي موته يكون علامة على الوفاة عند الكثير من الأطباء، لأن جذع المخ يسيطر على المراكز العصبية العليا، ويتحكم في التنفس وفي القلب ونبضاته والتحكم بالدورة الدموية، والإنسان الذي مات جذع دماغه يفقد جميع الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية. فموت جذع المخ وتوقفه عن العمل يعني بالضرورة موت الإنسان بشرط أن يتم بالدليل القاطع التأكد من توقف الدم المغذي له.(١)

ثانياً – لمحة تاريخية حول الوفاة الدماغية :

كان أول من نبه إلي موضوع موت الدماغ المدرسة الفرنسية عام ١٩٥٩م وعلى رأسها عالمين من علماء الفسيولوجيا الفرنسية Mollaret وGoulon ، فيما أسمته "مرحلة ما بعد الإغماء" " Coma dépassé" أو " over coma " وبدأ الأطباء الفرنسيون يحددون بعض المعالم لموت الدماغ بينما القلب لا يزال ينبض.(٢)

ثم جاءت المدرسة الأمريكية المتمثلة في لجنة آد هوك Ad Hoc Committee من جامعة هارفارد عام ١٩٦٨م فوضعت مواصفات الوفاة الدماغية أو كما أطلقوا عليها التوقف الدائم لوظائف الدماغ permanently nonfunctioning brain أو الغيبوبة التي لا رجعة منها irreversible coma. وركزت في إعلانها الصادر ١٩٦٨ على خمس مواصفات اعتبرتها العلامات الدالة على موت الدماغ وهي: الإغماء الكامل وعدم الاستجابة لأي مؤثرات ، عدم الحركة (تلاحظ لمدة ساعة على الأقل) ، عدم التنفس بفصله عن جهاز التنفس الاصطناعي ومراقبته لمدة ثلاث دقائق ، عدم وجود أي من الانفعالات المنعكسة ، عدم وجود أي نشاط في الرسم الكهربائي للمخ (Flat E.E.G) ، تكرر الفحوص السابقة بعد ٢٤ ساعة مع عدم حدوث أي تغير فيها.(٣)

وتعرضت الجمعية الطبية الدولية the 22nd World Medical Assembly المنعقدة في سيدني بأستراليا من ٥ إلي ٩ اغسطس ١٩٦٨ لموضوع موت الدماغ وقد أدرجت في توصياتها إن " الموت على مستوى الخلية أو مستوى الأنسجة عملية

---

(١) – راجع : د. أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، بدون جهة نشر ، ط ٢ ، ١٩٨٧ ، رقم ٨٣ ، ٨٩ ، ص ١٥٩ ، ١٦٧ .

(2) - Mollaret P, Goulon M. [The depassed coma (preliminary memoir)]. Rev Neurol (Paris) 1959;101:3-15.

(3) - Anonymous. A definition of irreversible coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death. JAMA 1968;205:337-40 .

تدريجية ، والانسجة تختلف في تحملها لحرمانها من الأوكسجين وليس المهم تجديد موت الأعضاء المختلفة أو مجموعات الخلايا ، وإنما المهم التأكد من أن عملية الموت قد وصلت إلي نقطة لا يمكن عندها وقفها مهما استعمل من وسائل العلاج والإنعاش وإن وجود عضو أو مجموعة من الخلايا لا يعنى بالضرورة أن الكائن ذاته حي ".[١]

ثم وضعت مجموعة من أخصائي جامعة مينيسوتا مواصفات مشابهة تختلف في التفاصيل عام ١٩٧١. وقد عرفت باسم مواصفات مينيسوتا (Minnesota Criteria) وهي كالتالي: أن يكون السبب المؤدي إلي موت الدماغ معلوماً ، عدم وجود أي حركة ذاتية ، توقف التنفس بعد إيقاف جهاز التنفس الاصطناعي لمدة أربع دقائق ، عدم وجود أي أفعال منعكسة من منطقة جذع الدماغ وذلك يدل على موت جذع الدماغ ، كل هذه الشروط ينبغي أن لا تتغير خلال اثنى عشرة ساعة ، رسم المخ غير ضروري ووجوده يعتبر عاملا ثانويا مساعدا ومؤكدا ، وينبغي أن يكون الرسم بدون أي نشاط كهربائي لخلايا المخ. ومن المهم جدا ملاحظة أن عدم وجود الأفعال المنعكسة من منطقة جذع الدماغ لا يعني عدم وجودها من النخاع الشوكي.

ثم قدمت لجنة الكليات الملكية البريطانية Medical Royal Colleges وكليات الطب مقترحاتها وتعريفاتها لموت الدماغ وذلك عام ١٩٧٦م وعام ١٩٧٩م.[٢]

وقد وصفت مذكرة ١٩٧٩م موت جذع الدماغ وجعلته مساويا للموت، وذلك على النحو التالي:

١ – إن فقدان وظائف جذع الدماغ فقدانا تاما لا رجعة فيها يساوي توقف القلب وموته بالتعريف القديم.

٢ – إن فقدان وظائف جذع الدماغ يمكن معرفتها سريرياً دون الحاجة إلي فحوص معقدة مثل رسم المخ الكهربائي أو حقن شرايين الدماغ الأربعة أو المواد المشعة.

٣ – إن معرفة أن فقدان هذه الوظائف أمر دائم أو مؤقت يرجع إلي:

---

(1) " the use of cadaver organs such as heart or kidneys for transplantation. A complication is that death is a gradual process at the cellular level with tissues varying in their ability to withstand deprivation of oxygen. But clinical interest lies not in the state of preservation of isolated cells but in the fate of a person. Here the point of death of the different cells and organs is not so important as the certainty that the process has become irreversible by whatever techniques of resuscitation that may be employed ".

لمزيد من التفاصيل ، راجع : انظر : د. عصام الدين الشربيني ، الموت والحياة بين الأطباء والفقهاء ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثالث – الجزء الثاني ، ١٩٨٧ ، ص ٥٧٨ ، ٥٧٩ .

وأيضاً :

Joynt R J. Landmark perspective: A new look at death. JAMA 1984, p.682.

(2) - Anonymous. Diagnosis of brain death. Statement issued by the honorary secretary of the Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom on 11 October 1976. Br Med J 1976;13:1187-8.

(أ) – استبعاد كل الأسباب التي تؤدي إلي التوقف المؤقت في وظائف جذع الدماغ مثل العقاقير المنومة والمهدئة ونقص الأوكسجين والتسمم بغاز أول أوكسيد الكربون...الخ.

(ب) – وجود سبب مادي واضح لإصابة الدماغ إصابة مميتة والتأكد من ذلك بوسائل الفحص المطلوبة مثل الأشعة وغيرها.

وفي عام ١٩٨١، أصدر الرئيس الأمريكي السابق ريجان أمره بتكوين لجنة من كبار الأطباء المختصين والقانونيين وعلماء الدين لدراسة موضوع المشكلات الأخلاقية في الطب Ethical Problems in Medicine وعلى رأسها الموت الدماغي، وأصدرت اللجنة توصياتها في يوليه ١٩٨١، ومن أهم هذه التوصيات أن " الفرد الذي أصيب بتوقف كامل في وظائف الدورة الدموية والجهاز التنفسي أو توقف كامل في وطائف الدماغ بما في ذلك جذع المخ يكون قد مات ، ويجب أن يتم تقرير الوفاة وفقاً للمعايير الطبية المقبولة ".[١]

ثالثاً – الموت الدماغي واستقطاع الأعضاء :

استند أنصار هذا الاتجاه لاعتماد هذا المعيار في مجال استقطاع الأعضاء إلي أن الوفاة الفعلية لا تتم بصورة ناجزة في وقت واحد ، بل تمر بعدة مراحل متعددة ، فتوقف الدورة الدموية بسكون القلب والجهاز التنفسي يقع في فترة زمنية محددة ، ويشكل هذا التوقف ما يسمى بالموت الاكلينيكي أو الظاهري ، ويعقبه موت للدماغ ، والذى يتم على مراحل تدريجية تستغرق لحدوثها دقائق أو ساعات حسب أجزاء المخ ذاتها ، إذ أن توقف المخ أثراً لتوقف الدورة الدموية يبدأ في الجزء الخارجي منه والمنحصر في خلايا القشرة المخية منه ثم ينتقل التلف إلي الجزء الداخلي أو ما يسمى " بجذع المخ "[٢]. وباكتمال هاتين المرحلتين يكون المخ قد توقف نهائيا عن العمل ، والذى يعني

---

(1) - " an individual who has sustained either (1) irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or (2) irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead. A determination of death must be made in accordance with accepted medical standards ". Felde G. Legislative commentary: uniform determination of death act. Imprint 1982;29:12.

(٢) – ينقسم الدماغ عند الإنسان إلى ثلاثة أقسام رئيسية:

– الدماغ الأمامي (pros encephalon): يتألف من قسمين:

الدماغ الانتهائي (باللاتينية: Telencephalon) هو نفسه المخ، ويتألف من نصفي كرتي المخ والقشرة المخية التي تحتوي على أنوية العصبونات ، ويحتوي أيضاً على المادة الرمادية موضوعة بشكل مركزي وتشكل العقد القاعدية مثل: النواة الذيلية والنواة العدسية، ويحتوي المادة البيضاء المحيطية والتي تتكون بشكل أساسي من محاور العصبونات، بالإضافة لذلك يحتوي المخ البطين الجانبي.

. الدماغ المتوسط (Mesencephalon) .

. الدماغ الخلفي (Rhomb encephalon) يتألف من قسمين:

توقف النشاط الكهربائي للدماغ كلية . وتبدأ خلايا الجسد ذاته بعد ذلك في التوقف والتلف ، وتختلف المدة التي يستغرقها التوقف والتلف باختلاف نوع العضو ذاته ، وبانتهاء هذه المدد ، يحدث حينها ما يسمي بالموت الخلوي وهو ما يمثل المرحلة الثالثة والاخيرة للوفاة .[١]

ومن ناحية أخرى ، فإن كانت المراحل السابقة توضح كينونة مراحل الموت ، ولكن هناك مجموعة من الحالات لا ينطبق عليها هذا المفهوم بسبب التقدم السريع في وسائل الإنعاش وتحدث هذه الحالات أساسًا نتيجة لحوادث بالغة أو غيرها لشخص سليم في الغالب، وتؤدي إلي إصابة بالغة في الدماغ. وبما أن مراكز التنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية موجودة في الدماغ، وبالذات في جذع الدماغ، فإن إصابة هذه المراكز إصابة بالغة دائمة تعني الموت.

وعادة ما يقوم الأطباء بمحاولة إنقاذ الحالات المصابة، إذ ربما تكون الإصابة مؤقتة وغير دائمة، فيستخدمون أجهزة الإنعاش بما في ذلك جهاز التنفس الاصطناعي الذي يقوم بوظيفة الرئتين. وبمساعدة القلب ليستمر في عمله. وباستخدام هذه الوسائل تستمر الدورة الدموية، ويستمر القلب في الضخ والنبض، وتستمر الرئتان في التنفس، ولكن عند معاودة الفحص يتبين للأطباء أن الدماغ قد أصيب إصابة لا رجعة فيها، وأن الدماغ قد مات. وبالتالي فإن استمرار عمل القلب والتنفس الاصطناعي إنما هو عمل مؤقت لا فائدة منه. إذ إن القلب سيتوقف حتمًا خلال ساعات أو أيام على الأكثر من موت الدماغ .

ويستند الاطباء في تحديد وقت الوفاة بموت جذع المخ إلي مجموعة من الحجج ترتكز في أن المراكز العصبية في جذع المخ تعد المتحكم في جهازي القلب والتنفس ، وتوقف هذه المراكز عن عملها يؤدى بلا محالة إلي توقفهما أجلاً أم عاجلاً ، فتوقف جذع المخ يعد دليلاً قاطعاً على الوفاة بالرغم من استمرار القلب والتنفس بوسائل الانعاش الصناعية . بالإضافة إلي ذلك فإن هناك شبكة من الألياف العصبية تسمى التكوين الشبكي reticular formation في عمق جذع الدماغ. ويحافظ التكوين الشبكي على مستوى وعي الدماغ، وينظمه، حيث تنبه إشارات حسية تمر عبر جذع

الدماغ التالي (Met encephalon): يحوي المخيخ والجسر

الدماغ البصلي (Myelencephalon): يحوي النخاع المستطيل (أو ما كان يسمى البصلة السيسائية)

يتألف جذع الدماغ من: الدماغ المتوسط والجسر والنخاع المستطيل، أي أن جذع الدماغ يتكون من: الدماغ المتوسط والدماغ الخلفي عدا المخيخ.

راجع بالتفصيل على الشبكة العنكبوتية :

http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AF%D9%85%D8%A7%D8%BA_%D8%A8%D8%B4%D8%B1%D9%8A

(1) - Ahmed ABDULDAYEM, op. cit., p.261 .

الدماغ التكوين الشبكي، والذي بدوره يحفز الوعي والأنشطة في كل أجزاء القشرة المخية. وفقدان الانسان لوعيه لسبب أو لآخر يرجع إلي أن هذا النسيج أو التكوين قد أصابه ضرر ما ، أما تدمير كامل النظام الشبكي دفعة واحدة فإنه يقضي على الوعي تماماً ويسبب الموت بعد إغماءه طويلة . كما أن تلف المخ لا يمكن تعويضه بعمليات الزرع أو الابدال لشدة تعقيد المخ سواءً في تركيبه أو عمله. (١)

ومن ناحية ثانية ، فلما كان نجاح عمليات نقل الأعضاء الحيوية (كالقلب والكبد والرئتين والبنكرياس وغيرها) يستلزم أن يتم انتزاع هذه الأعضاء من إنسان حي ينبض قلبه بشكل طبيعي . ويطلق أطباء نقل الأعضاء على هذا المريض اسم المتبرع ذو القلب النابض (beating heart donor) وأن الأعضاء الحيوية تتعرض للتلف الفوري إذا حدثت الوفاة الفعلية وتصبح غير صالحة للنقل بسبب توقف الإمداد الدموي لهذه الأعضاء to avoid ischemic injury to the organs . وفى مثل هذه الحالة يمكن إعلان وفاة الشخص ، ويمكن انتزاع الأعضاء التي لا تزال حية من الناحية البيولوجية بواسطة الأجهزة الطبية المساعدة . ويجب في هذا المقام عدم الخلط بين وفاة الشخص وعمل أعضائه الحيوية باستخدام الاجهزة الاصطناعية ، فاستخدام هذه الأجهزة الأخيرة لا يتم بغرض الحفاظ على حياة المريض وإنما بقصد الحفاظ على صلاحية أعضائه لاستقطاعها وزرعها من جديد .(٢)

رابعاً – موقف التشريع المصري والفرنسي من اعتماد معيار الموت الدماغي :

١ – موقف المشرع المصري :

(أ) – قبل صدور قانون نقل وزراعة الأعضاء :

لم يتطرق المشرع المصري إلي وضع تعريف شامل ومحيط للموت سواءً أكان ذلك في قانون العقوبات أو القانون المدني ، وإن كانت المادة ٢٩ من هذا القانون الأخير قد نصت على أن " تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا. وتنتهى بموته ". كما نص البند الأول من المادة ٣٠ من ذات القانون على أن " تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك ".

وبالمثل ، لم يتضمن القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ والخاص بالمواليد والوفيات ، وكذا القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ والمعدل بالقانون رقم ١٥٨ لسنة ١٩٨٠ والخاص بالأحوال المدنية على أي معيار واضح للموت ، باستثناء ما استلزمته المادة ٢٩ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ على ضرورة الإبلاغ عن الوفاة خلال أربع وعشرين

---

(١) – راجع : د. محمد ايمن صافي ، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الرابع – الجزء الأول ، ١٩٨٨ ، ص ١٤ .

(2) - Ahmed Reda HAKEM , La mort aspects médico-légaux, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en sciences médicales , Institut national d'enseignement supérieur des sciences médicales d'Oran, 1987, p 60 .

ساعة من تاريخ حدوثها ، كما يجب أن يشمل التبليغ يوم الوفاة ، وتاريخها ، وساعته ، ومحلها وفقا للمادة ١٨ من القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ والفقرة الاولى من المادة من المادة ٣٢ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ ، ولا يتم القيد في دفتر الوفيات إلا بعد تقديم شهادة الوفاة وسببها ، وأن تكون صادرة من طبيب مصرح له بمزاولة مهنة الطب ، وفى حالة عدم وجود شهادة طبية ، يقوم طبيب الصحة في المدن التي بها مكاتب صحة أو مندوب الصحة في القرى بإجراء الكشف على الجثة .

وبالإضافة إلي ذلك فقد خلى القرار بقانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ الخاص بإنشاء بنوك العيون ، وكذا القرار بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص بإعادة تنظيم بنوك العيون من أي إشارة تشريعية إلي تعريف الموت .

يمكن القول ختاماً أنه باستعراض التشريعات السابقة ، أن المشرع المصري قد ترك للطبيب سلطة التحقق من تاريخ الوفاة وسببها دون أن يحدد له الوسائل التي يمكن من خلالها التحقق من الوفاة لكونها مسألة فنية بحتة .

(ب) – بعد صدور قانون نقل وزراعة الأعضاء :

نصت المادة ١٤ من قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ على أنه " لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته إلي الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، وأمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، وذلك بعد أن تجري اللجنة الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت، طبقاً للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا ويصدر بها قرار من وزير الصحة، وللجنة في سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المتخصصين علي سبيل الاستشارة.

ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة، أو بمسئولية رعاية أي من المتلقين المحتملين".

كما نصت المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية رقم ٩٣ لسنة ٢٠١١ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أنه " بمراعاة أحكام المادة ٨ من قانون زرع الأعضاء البشرية وكذلك الأحكام والضوابط المنصوص عليها في هذه اللائحة ، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء منه أو نسيج من جسد انسان ميت ، إلا بعد ثبوت موته موتاً يقينياً تستحيل بعده عودته إلي الحياة ، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية تشكل في كل منشأة من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب ، وأمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية ، والتخدير أو الرعية المركزة ، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية بناء على ترشيح من المنشأة .

ويجب أن يوقع القرار من جميع أعضاء اللجنة مجتمعين ، وأن يتضمن اسم وتخصص كل عضو بخط واضح ومقروء ، وأن يسجل في سجل خاص يعد لهذا الغرض .

ويحظر على اللجنة إعلان قرارها بثبوت الموت ، إلا بعد أن تجرى الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت طبقا للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا مستهدية بالمعايير التي وضعتها اللجنة المشكلة بالقرارين الوزاريين رقمي ٥٢٠ ، ٥٤٥ لسنة ٢٠٠٨ ، ودون الإخلال بحقها في تعديل تلك المعايير في ضوء ما يستجد من أبحاث ودراسات علمية مستقبلاً ، ويصدر بالمعايير التي تضعها اللجنة العليا قرار من وزير الصحة .

وعلى اللجنة الثلاثية ، أن تعلن قرارها في حينه إلي أسرة الميت وذويه ، فإذا اعترض أحد الأقارب من الدرجة الأولى على هذا القرار ، وجب إثبات الاعتراض في محضر تحرره المنشأة لهذا الغرض ، ويتضمن رد اللجنة على الاعتراض .

وللجنة – في سبيل أداء مهمتها – أن تستعين بمن تراه من ذوي الخبرة والمتخصصين من الأطباء على سبيل الاستئناس دون أن يكون لهم صوت في المداولة .

ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة – أو من يتم الاستعانة بآرائهم – علاقة مباشرة بعملية الزرع أو برعاية أي من المتلقين المحتملين من بين الواردة اسمائهم بالقوائم المعدة لهذا الغرض طبقاً لأحكام المادة ١٠ من القانون ".

وللإحاطة بملابسات إصدار هذه المادة وبالرجوع إلي مضبطة مجلس الشعب ، فيلاحظ اشتمالها على تسعة عشر اقتراحاً تقدم بها أعضاء المجلس ، ويمكن لنا ارجاع هذه الاقتراحات إلي بندين أساسيين[١]. فمن ناحية أولى ، وفى خصوص الموت اليقيني ، تركزت الاقتراحات على تأكيد مدلول الموت اليقيني أو اضافة بعض العلامات الإكلينيكية التقليدية المصاحبة له . ومن قبيل ذلك ، ما تقدم إليه أحد النواب بإضافة النص التالي " بمفارقة الحياة لجسم الإنسان مفارقة تامة لتوقف الدورة الدموية والدورة التنفسية عن العمل يتبعها توقف جميع أعضاء الجسم توقفاً تاماً عن أداء وظائفه " بعد عبارة " بعد عودته إلي الحياة الواردة بالسطر الثالث من صدر المادة . وكذلك الاقتراح المقدم بإضافة فقرة أولى مستحدثة بها تعريفات لبعض الألفاظ مثل الموت والنسيج وجذع المخ والخلايا وغيرها الواردة بصلب المادة وأيضا الاقتراح بإضافة عبارة " ثبوتاً يقيناً بالمفارقة التامة للحياة بكافة صورها وأشكالها " وذلك بعد عبارة " ثبوت الموت "

---

(١) – لمزيد من التفاصيل ، راجع : مضبطة مجلس الشعب ، الفصل التشريعي التاسع ، دور الانعقاد العادي الخامس ، تقرير اللجنة المشتركة ، ملحق مضبطة الجلسة التاسعة والثلاثين ، ١ / ٢ / ٢٠١٠ ، ص ١٦ .

الواردة في نص المادة . بالإضافة إلي الاقتراح بتعديل النص باستبدال عبارة " ثبوتاً إكلينيكيا " بعبارة " ثبوتاً يقينياً ". وأيضا الاقتراح بتعديل المادة بإضافة عبارة " إلا بعد ثبوت موته موتاً يقينياً بتوقف وظائف المخ بما فيها جذع المخ توقفاً تاماً يستحيل معه عودته للحياة ". ولم تحظ كافة هذه الاقتراحات – سالفة الذكر بالموافقة .

ومن ناحية ثانية ، وفى خصوص تشكيل اللجة المختصة بإثبات الموت ، تركزت الاقتراحات إما في إضافة طبيب شرعي إلي اللجنة لتكون لجنة رباعية ، أو في تعديل عدد اللجنة لتصبح لجنة خماسية بدلا من ثلاثية ، وقد قوبلت هذه الاقتراحات بالرفض .أما عن الاقتراحات التي وافق عليها أعضاء المجلس في هذا الخصوص فتمثلت في الاقتراح بإعطاء اللجنة حق الاستعانة بمن تراه من الاطباء المتخصصين على سبيل الاستشارة . وكذلك الاقتراح بعدم جواز قيام علاقة مباشرة بين أعضاء اللجنة وبين عملية زرع الأعضاء أو الأنسجة أو بمسئولية رعاية أي من المتلقين المحتملين .

وفى خصوص التعليق على ما احتوته هذه المادة وما لابسها من اقتراحات سابقة على إصدارها ، يمكن القول أن المشرع المصري لم يضع بهذه المادة تعريفا دقيقا للموت ، وإن كان الظاهر من النص يدل على اتجاهه نحو تبنى المعيار الحديث للموت المتمثل في موت جذع المخ استناداً إلي تركه مسالة تحديد الموت إلي الأطباء وحدهم عن طريق الوسائل الفنية الطبية المقررة في هذا الشأن . ولا يعنى ذلك أن المشرع قد هجر المعيار التقليدي في ثبوت الوفاة ، بل اعتمد معيارا مختلطاً قوامه الجمع بين المعيارين معاً ، إلا أن تحقق أحدهما يكفي لثبوت الوفاة.

ومما يؤكد ما انتهينا إليه قرار اللجنة المشكلة بالقرارين الوزاريين رقمي ٥٢٠ ، ٥٤٥ لسنة ٢٠٠٨ والمختصة بتحديد العلامات العلمية للموت بعد اجتماعها يومي ٢٠ ، ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٨ وانتهائها بالإجماع إلي أنه " يقصد بالموت في تطبيق أحكام هذا القانون ، المفارقة التامة للحياة الإنسانية ، ويعتبر الشخص ميتاً إذا تبينت فيه إحدى العلامتين الآتيتين : (أ) – التوقف الكامل الذي لا رجعة فيه لوظائف الجهاز التنفسي والجهاز القلبي الوعائي . (ب) – التوقف الكامل الذي لا رجعة فيه لكل وظائف الدماغ بأجمعه بما في ذلك جذع الدماغ . ويجب التحقق من حصول إحدى الحالتين السابقتين حسب المعايير الطبية الموثقة عالمياً ". كما قررت اللجنة – سالفة البيان – أنه في حالة استيفاء الاختبارات السريرية أو الاكلينيكية لتشخيص موت المخ والقيام بالاختبارات التأكيدية والتحقق من توقف التنفس التلقائي يحق للفريق الطبي فصل أجهزة الإنعاش وإعلان وفاة المريض .

ونوصي المشرع المصري في هذا الخصوص بتعديل نص المادة ١٤ من قانون نقل وزراعة الأعضاء بتبني معيارا مختلطاً في ثبوت الموت ، قوامه الجمع بين معيار الموت الإكلينيكي والموت الدماغي ، واعتبار معيار الموت الدماغي عاملا مساعدا

لمعيار الموت التقليدي والمؤسس على توقف الدورة الدموية وعمل الرئتين لإثبات الوفاة . وتستند هذه التوصية في الرغبة الحقيقية في وأد الجدل الثائر حول الاعتماد على معيار الموت الدماغي منفرداً لثبوت الوفاة لما يمثله ذلك من تقنين لتجارة الأعضاء البشرية .

٢ – موقف القانون الفرنسي :

(أ) – قبل صدور قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤– ٩٤ في ٢٩ يوليو ١٩٩٤ وتعديلاته :

بتتبع وتعقب القوانين الفرنسية التي عالجت موضوع " الموت الدماغي " والسابقة على صدور قانون الصحة العامة الجديد رقم ٦٥٤– ٩٤ يمكن القول بأن المشرع الفرنسي قد تبنى معيار الموت الدماغي . فمن ناحية أولى صدر القرار الوزاري بتاريخ ٢٤ ابريل ١٩٦٨ ، وقرر بعد استشارة نقابة الأطباء الفرنسية وأكاديمية الطب الوطنية ، ولجنة التشريع أن التحقق من وفاة شخص خاضع للإنعاش الممتد يتم بعد استشارة طبيبين ، أحدهما رئيس قسم ، والأخر أخصائي برسم الدماغ ، ويجب أن يستند هذا التحقق على وجود أدلة متلازمة لعدم شفاء الضرر الذى لا ينسجم مع الحياة ، وأن يعتمد على الطابع التجريبي لتضرر الجملة العصبية المركزية ، بحيث تكون غير قابلة للعلاج ، وأن يعتمد هذا التأكيد بشكل خاص على : ١– التحليل المنطقي للظروف التي وقعت فيها . ٢– الصفة الصناعية الكاملة للتنفس باستخدام وسائل الانعاش . ٣– الانعدام التام لأي رد فعل ، واسترخاء العضلات ، وانعدام الانعكاسات الحدقية . ٤– عدم اعطاء جهاز الرسام الكهربائي للمخ لأية إشارة ، حتى مع استخدام وسائل الإثارة الصناعية مدة تقدر بأنها كافية عند مريض لم يتعرض لانخفاض درجة الحرارة ولم يُعط أي مخدر ، ويجب أن تجتمع الوسائل السريرية مع التخطيط لمستوى جهاز الرسام الكهربائي للمخ ، حتى يمكن القول بالتوقف النهائي لوظائف المخ ، ولا يتقرر موت المريض إذا تخلف إحدى هذه العلامات .[١]

ويجب تحرير محضر بإثبات الوفاة يوقعه الطبيبان ويحرر من ثلاث نسخ ، يحتفظ كل من الطبيبين بنسخة ، وتسلم النسخة الأخرى إلي إدارة المستشفى ، والتحقق من إثبات وفاة الشخص المستبق على قيد الحياة بواسطة الإنعاش الصناعي يسمح بإيقاف محاولات الإنعاش التنفسية والقلبية ولا يمكن استئصال عضو أو نسيج من الجثة قبل التحقق تماماً من الوفاة وإذا تم التحقق من الوفاة وأريد استئصال عضو أو نسيج من الجثة لأغراض علاجية فإنه يسمح باستمرار وسائل الإنعاش حتى يمكن المحافظة على العضو المراد استقطاعه في حالة صالحة لزرعه في جسد شخص آخر ، ويجب أن

---

(١) – انظر : د. محمد صلاح الدين ابراهيم خليل ، المرجع السابق ، ص ٢٨٩ .

يكون الفريق الطبي الذي يقوم بإجراء الاستئصال مختلفا تماماً عن الفريق الذي تحقق من الوفاة .[١]

ومن ناحية أخرى ، فقد صدر المرسوم رقم ٥١٠ بتاريخ ٣١ مارس ١٩٧٨ تطبيقا للقانون رقم ١١٨١ – ٧٦ الخاص باستئصال الأعضاء ، وقد نصت المادة ٢٠ منه على أنه " لا يمكن إجراء أي استئصال من جثة لأغراض علاجية أو علمية دون أن يتحقق من الوفاة طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة ٢١ ، وفى حالة الاستئصال لأغراض علاجية ، يجب أن يكون الفريق الطبي الذي يقوم بإجراء الاستئصال أو الزرع مختلفا تماماً عن الأطباء الذين تحققوا من الوفاة ". كما نصت المادة ٢١ من ذات المرسوم على أن " يكون التثبت من الوفاة بناء على أدلة متلازمة سريرية وغير سريرية ، تسمح للأطباء باستنتاج موت الشخص ، ويجب أن تكون الإجراءات المستخدمة لهذه الغاية مقبولة من قبل الوزير المفوض بالصحة ، بعد استشارة الأكاديمية الوطنية للطب ، ومجلس نقابة الأطباء ".[٢]

(ب) – بعد صدور قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤– ٩٤ في ٢٩ يوليو ١٩٩٤ وتعديلاته

صدر قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤–٩٤ في ٢٩ يوليو ١٩٩٤ وألغي بصدوره القانون رقم ١١٨١ –٧٦ لسنة ١٩٧٦ ، وفى هذا الصدد نص البند الأول من المادة L١٢٣٢–٦ منه والمعدلة بموجب القانون رقم ٨٠٠ –٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على أن " تحدد طرق تطبيق أحكام الفصل الحالي بمرسوم من مجلس الدولة وعلى وجه الخصوص :١ – الشروط التي بمقتضاها يتم تأسيس قيام حالة الموت المنصوص عليه في الفقرة الاولى من المادة L. 1232–1 ". وبموجب هذه المادة ، فقد أقر المشرع الفرنسي إحالة تشريعية في خصوص ثبوت الموت إلي صدور مرسوم من مجلس الدولة .

وبموجب هذه الإحالة ، صدر مرسوم مجلس الدولة رقم ١٠٤١ – ٩٦ في ٢ ديسمبر ١٩٩٦ المتعلق بحالة الموت المؤكد في مجال نقل الأعضاء والأنسجة والخلايا لأغراض علاجية أو علمية وتعديل قانون الصحة العامة [٣]. وقد أضاف هذا المرسوم مبحث ثالث إلي الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب السادس من قانون الصحة العامة والمعنون " نقل الأعضاء من الشخص المتوفى " . وقد أحتوى هذا

(1) - Savatier (J.), Le problème des greffes d'organes prélèves un cadavre, R. Dalloz. Chr xv. 8 mai 1968. P. 92 .

(2) - Ahmed ABDULDAYEM, op. cit, p 222 .

([3])- Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat)

المبحث على مطلبين ، يتعلق المطلب الأول بثبوت الموت كشرط مبدئي لنقل الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية ، وقد أحتوى هذا المطلب على أربع مواد . وتنص المادة R. 671-7-1 من هذا المرسوم على أنه " إذا أصيب الشخص بتوقف قلبي وتنفسي مستمر ، فإن إقرار الوفاة لا يمكن أن يؤسس إلا على اجتماع ثلاث معايير تتمثل في : ١- الغياب الكامل للوعي والانشطة الحركية العفوية . ٢- إلغاء كل إشارات جذع الدماغ . ٣- الغياب التام للتنفس الطبيعي ".[١]

كما تنص المادة R. 671-7-2 من ذات المرسوم على أنه " إذا كان الشخص الذى تقرر وفاته إكلينيكيا تتم مساعدته عن طريق التنفس الاصطناعي والحفاظ على وظيفة الدورة الدموية ، فإن غياب التنفس التلقائي يتم من خلال اختبار نقص ثنائي أكسيد الكربون في الدم . بالإضافة إلي ذلك ، ولاستكمال المعايير الثلاث الواردة في المادة السابقة يجب اللجوء إلي تأكيد التدمير النهائي للدماغ عن طريق : ١- إجراء اختبارين تسطح مخطط الدماغ الكهربائي (EEG) بينهما فترة زمنية مقدارها أربع ساعات كحد أدني ، والمنفذ مع أقصى قدر من التضخيم في فترة مسجلة لمدة ثلاثين دقيقة ، ويجب أن تسجل النتيجة فوراً من قبل الطبيب الذى يتولى مهمة تفسير الاختبارين ٢ – إجراء تصوير اشعاعي للأوعية الدموية المجسمة لتوقف الدورة الدموية في الدماغ ، ويجب أن تسجل النتيجة على الفور من قبل طبيب الأشعة الذى يتولى مهمة التفسير ".[٢]

كما تنص المادة R. 671-7-3 من ذات المرسوم على أن " ١ – المحاضر الرسمية المثبتة للموت المذكورة في المادة L. 671-7 يجب أن تحرر وفقا للنموذج المعد والمحدد بقرار وزير الصحة . ٢- عندما يتم تأسيس الموت بالنسبة لشخص

([1]) -"Si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la **mort** simultanément présents :

1. Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ;

2. Abolition de tous **les** réflexes du tronc cérébral ;

3. Absence totale de ventilation spontanée.ne peut être établi que si **les** trois critères cliniques suivants sont ".

([2])- " Si la personne, dont le décès est constaté cliniquement, est assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique, l'absence de ventilation spontanée est vérifiée par une épreuve d'hypercapnie.

De plus, en complément des trois critères cliniques mentionnés à l'article R. 671-7-1, il doit être recouru pour attester du caractère irréversible de la destruction encéphalique :

1- Soit à deux électroencéphalogrammes nuls et a réactifs effectués à un intervalle minimal de quatre heures, réalisés avec amplification maximale sur une durée d'enregistrement de trente minutes et dont le résultat doit être immédiatement consigné par le médecin qui en fait l'interprétation ;

2- Soit à une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation encéphalique et dont le résultat doit être immédiatement consigné par le radiologue qui en fait l'interprétation ".

توقف قلبه وتنفسه المستمر ، فإن المحضر يجب أن يحتوى على النتائج السريرية وكذلك تاريخ وساعة تحريرها، وهذا المحضر الذي يجب أن يعد ويوقع من قبل طبيب المكلف وفقا للشرط الواردة في المادة 10-671 .L. ٣ – عندما يتم تأسيس الوفاة بالنسبة لشخص تتم مساعدته بواسطة التنفس الصناعي والحفاظ على سير الدورة الدموية ، فإن المحضر المؤسس للموت يجب أن يحتوى على النتائج السريرية من قبل طبيبين تحقق فيهما الشرط الوارد في المادة 10-671 .L ، ويذكر بالإضافة إلي ذلك نتائج الفحوصات كما هي محددة بالبند الأول والثاني من المادة 2-7-671 .R ، كذلك تاريخ ووقت إجراؤها ، كما يجب أن يوقع المحضر الطبيبين المذكورين . ٤ – يجب أن يشير محضر إثبات الوفاة بالتزامن إلي شهادة الوفاة المحددة بقرار وزير الصحة ". (١)

كما تنص المادة 4-7-671 .R على أنه " يحتفظ الطبيب أو الطبيبان الذين وقعوا على محضر إثبات الموت بنسخة منه ، ويتم إعطاء نسخة لمدير المؤسسة الطبية التي تم تأسيس الوفاة بها ، ويتم الاحتفاظ بالنسخة الأصلية في السجل الطبي للمتوفى " . (٢)

وبموجب ما ورد بمرسوم مجلس الدولة – سالف الذكر – من نصوص يمكن إقرار أن المشرع الفرنسي قد تبنى معيارا مختلطاً في ثبوت الموت ، إذ جمع بين معيار الموت الإكلينيكي والموت الدماغي وفقا لما ورد بالمادة 1-7-671 .R من المرسوم ، بالإضافة إلي ذلك ، فإن معيار الموت الدماغي يمثل عاملا مساعدا لمعيار الموت التقليدي والمؤسس على توقف الدورة الدموية وعمل الرئتين لإثبات الوفاة ، ويستند ذلك إلي ما أوردته المادة 2-7-671 .R من ذات المرسوم.

---

(1) –" I. - Le procès-verbal du constat de la **mort**, mentionné à l'article L. 671-7, est établi sur un document dont le modèle est fixé par arrêté du ministre chargé de la santé.
II. - Lorsque le constat de la **mort** est établi pour une personne présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le procès-verbal indique **les** résultats des constatations cliniques ainsi que la date et l'heure de ce constat. Ce procès-verbal est établi et signé par un médecin répondant à la condition mentionnée à l'article L. 671-10.
III. - Lorsque le constat de la **mort** est établi pour une personne assistée par ventilation mécanique et conservant une fonction hémodynamique, le procès-verbal de constat de la **mort** indique **les** résultats des constatations cliniques concordantes de deux médecins répondant à la condition mentionnée à l'article L. 671-10. Il mentionne, en outre, le résultat des examens définis au 1o ou au 2o de l'article R. 671-7-2, ainsi que la date et l'heure de ce constat. Ce procès-verbal est signé par **les** deux médecins susmentionnés.
IV. - Le procès-verbal du constat de la **mort** doit être signé concomitamment au certificat de décès prévu par arrêté du ministre chargé de la santé ".

(2)- " Le ou les médecins signataires du procès-verbal du constat de la mort en conservent un exemplaire. Un exemplaire est remis au directeur de l'établissement de santé dans lequel le constat de la mort a été établi. L'original est conservé dans le dossier médical de la personne décédée ".

الفرع الثالث
المعيار الشرعي لتحديد لحظة الوفاة

أولاً – ماهية الموت :

الموت في اللغة هو ضد الحياة . فيقال مات الحي موتاً : فارقته الحياة . ويطلق عليه أيضاً منية ومنون ووفاة وفناء [١]. وفى الواقع ، فقد ورد ذكر الموت في القرآن الكريم بمعان متعددة ، فمن ناحية أولى، قد يراد به زوال القوة النامية في الكائنات الحية من إنسان وحيوان ونبات ، كما في قوله تعالى ﴿ لنحيي به بلدة ميتاً ﴾ [٢]. ومن ناحية ثانية ، قد يراد به الموت الفكري وزوال قوة العقل أو الجهالة ، كما في قوله تعالى ﴿ أو من كان ميتاً فأحييناه ﴾ [٣] ، وقوله جل شأنه ﴿ إنك لا تسمع الموتى﴾ [٤] . ومن ناحية ثالثة ، قد يراد به النوم كما في قوله جل شأنه ﴿ الله يتوفى الأنفس حين موتها والتي لم تمت في منامها ﴾ [٥]. ومن ناحية رابعة، قد يراد بالموت زوال القوة الحساسة ، كما في قوله تعالى ﴿ ويقول الإنسان أئذا ما مت لسوف أبعث حياً ﴾. [٦]

ثانياً – علامات الموت :

إذا كان الموت أو خروج الروح من الجسد يمثل أمرا غيبياً لا يمكن إدراكه بالحواس لكينونة الروح ذاتها ، إلا أن كتب الفقه الاسلامي قد ذكرت لموت الانسان علامات يعرف بها حصوله ، ويمكن إجمال هذه العلامات أو الإمارات في : ١ – توقف القلب عن العمل . ٢– انقطاع التنفس . ٣– استرخاء الأعصاب والأطراف . ٤ – سكون الحركة في البدن كله . ٥– تغير لون الجسد . ٦ – شخوص البصر . ٧ – عدم انقباض العين عند مسها . ٨ – انخساف الصدغ . ٩– اعوجاج الانف . ١٠ – انفراج الشفتين . ١١– امتداد جلدة وجهه . ١٢ – تقلص الخصيتين نحو الأعلى مع تدلى الجلدة . ١٣ – برودة البدن .[٧]

---

(١) – المعجم الوسيط ، طبعة دار احياء التراث – الجزء الثاني ، ص ٨٩٧ ، ٨٩٩ .

(٢) – سورة الفرقان ، الآية رقم ٤٩ .

(٣) – سورة الأنعام ، الآية رقم ١٢٢ .

(٤) – سورة النمل ، الآية رقم ٨٠ .

(٥) – سورة الزمر ، الآية رقم ٤٢ .

(٦) – سورة مريم ، الآية رقم ٦٦ .

(٧) – راجع بالتفصيل : الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند الأعلام ، الفتاوى الهندية – الجزء الأول ، دار المعرفة ، بيروت ، ط٢ ، ١٣٩٣ هـ ، ص ١٥٧ ؛ يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب – الجزء الخامس ، إدارة الطباعة المنيرية ، القاهرة ، ص ٢٥٣ ؛ عبدالله ابن احمد ابن قدامة ، المغني – الجزء الثاني ، دار الفكر ، ص ٣٠٨ .

ثالثاً – موقف الفقه الاسلامي من معيار الموت الدماغي :

في حقيقة الأمر ، فقد انقسم الجدل بين رجال الفقه الاسلامي المحدثين حول اعتماد معيار الموت الدماغي كمعيار لثبوت الموت ما بين مؤيد ومعارض ، فمن ناحية أولى رفض فريق من العلماء والباحثين الشرعيين اعتماد معيار موت جذع المخ لتحديد لحظة الوفاة . وقد تم تأسيس هذا الرفض استناداً إلي أن الانسان لا يعد ميتاً بتوقف جذع المخ ، طالما كان قلبه نابضاً . وأن المعيار المعتمد لتحقق الموت شرعاً هو سكون النبض ووقوف حركة القلب وقوفاً تاماً [١] . ومن ناحية ثانية ، ذهب فريق آخر من العلماء إلي تأييد معيار موت جذع المخ واعتماده في تحديد لحظة الموت . وعليه ، فإن الإنسان الذى مات مخه دون قلبه يعد ميتاً موتاً حقيقياً ، ولا يشترط لتحقق ذلك توقف القلب عن النبض حتى يمكن الركون إلي هذه النتيجة . [٢]

وأثراً لهذا التباين تعددت الفتاوى والقرارات بدورها . فعن الفريق الرافض لاعتماد هذا المعيار صدر بيان من مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف برئاسة فضيلة الأمام الأكبر شيخ الأزهر في ذلك الوقت بتاريخ ٢٥ يونيو ١٩٩٢ والذى انتهى فيه إلي أن ما جاء بكتاب معهد الأورام من تعريف للموت بأنه توقف المخ وتلفه يجب الالتفات عنه لمخالفته للنصوص الشرعية والفقهية التي حددت معنى الموت وعلاماته والمدون في شتى كتب الفقه الاسلامي . [٣]

كما صدرت فتوى من دار الافتاء المصرية برقم ٣٦٣٨ بتاريخ ٢ اكتوبر ٢٠٠٣ أجازت نقل الأعضاء من الموتى بشروط وضوابط محددة ، وتتبلور أولى هذه الشروط في أن يكون المنقول منه العضو قد تحقق موته موتاً شرعياً ، وذلك بالمفارقة التامة

---

(١) – راجع : الشيخ / جاد الحق على جاد الحق ، نقل الأعضاء من إنسان إلى آخر ، الفتاوى الإسلامية الصادرة من دار الإفتاء المصرية ، الجزء العاشر ، ١٩٩٣ ، ص ٣٧٠١ .

(٢) – راجع : د. أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ ؛ د. محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢ .

(٣) – وقد صدر هذا البيان رداً على كتاب الدكتور / عميد معهد الأورام القومي بجمهورية مصر العربية ، والذي طلب فيه بحث تعريف الموت ، وتبني المعيار الحديث له استناداً إلى أن المخ يمثل العضو المهيمن على الجسد بأكمله بجميع أعضائه ، ولم يحدث أن توفى مخ مريض واستعاد حياته . بالإضافة إلى أن الاعتماد على المعيار التقليدي للموت لن يُمكن من إجراء عمليات زراعة الأعضاء من كبد وكلى وقلب . وبناء عليه أعد مكتب شيخ الأزهر بحثاً فقهياً في تعريف الموت ، وقام بعرضه على لجنة البحوث الفقهية ، والتي اعتمدت هذا البحث " الدورة رقم ٢٨ ، المحضر رقم ١٠ ، بتاريخ الثلاثاء الموافق ٢١ يونيه ١٩٩٢ " . كما تم عرض البحث ايضا بعد اعتماده من اللجنة سالفة الذكر على مجلس مجمع البحوث الإسلامية ، والذى وافق على قرار لجنة البحوث الفقهية على الوجه المدون بمحضر جلستها المرقوم " الدورة رقم ٢١ ، المحضر رقم ١٠ ، الرقم العام ٢٠٤ ، بتاريخ الخميس الموافق ٢٥ يونيه ١٩٩٢ ".

للحياة ، أي موتاً كليا ، وهو الذى تتوقف جميع أجهزة الجسم فيه عن العمل توقفاً تاماً تستحيل معه العودة للحياة مرة ثانية بشهادة ثلاثة من أهل الخبرة العدول الذين يخول إليهم التعرف على حدوث الموت بحيث يسمح بدفنه وتكون مكتوبة وموقعة منهم ، ولا عبرة بالموت الاكلينيكي أو ما يعرف بموت جذع المخ أو الدماغ ، لأنه لا يعد موتاً شرعيا لبقاء بعض أجهزة الجسم حية ، وذلك لاختلاف أهل الاختصاص الطبي في اعتباره موتاً حقيقياً كاملاً ؛ لأن اليقين لا يزول بالشك ، فإذا لم يمكن – من قبيل الصناعة الطبية – نقل العضو المراد نقله من الشخص بعد تحقق موته ، ويمكن نقل العضو بعد موت جذع الدماغ ، فإنه يحرم ذلك النقل ويكون ذلك بمثابة قتل النفس التي حرم الله قتلها إلا بالحق .[١]

وعلى خلاف ما سبق ، عقدت المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية ندوة " الحياة الانسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الاسلامي " بالكويت في ١٥ يناير ١٩٨٥ ، وقد نص البند الرابع من التوصية الثانية على أن " وضح للندوة بعد ما عرضه الأطباء ، أن المعتمد عليه عندهم في تشخيص موت الانسان هو خمود منطقة المخ المنوط به الوظائف الحياتية الأساسية ، وهو ما يعبر عنه بموت جذع المخ ، أن أيا من الأعضاء ، والوظائف الاساسية الأخرى كالقلب ، والتنفس قد يتوقف مؤقتاً ، ولكن يمكن إسعافه واستنقاذ عدد من المرضى ما دام جذع المخ حياً . أما إن كان جذع المخ قد مات فلا أمل في إنقاذه ، وإنما يكون المريض قد انتهت حياته . ولو ظلت أجهزة أخرى من الجسم فيها بقية من حركة ، أو وظيفة ، هي بلا شك بعد موت جذع المخ صائرة إلي توقف وخمود تام ". وقد جاء في البند السادس من ذات التوصية أنه " بناءً على ما تقدم اتفق الرأي على أنه إذا تحقق موت جذع المخ بتقرير لجنة طبية مختصة ، جاز حينئذ إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعية ". [٢]

كما قرر مجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقد بعمان بدولة الاردن في دورته الثالثة في الفترة من ١١ إلي ١٦ اكتوبر ١٩٨٦ في قراره الخامس أنه " يعتبر شرعاً أن الشخص قد مات ، وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة ، إذا تبينت فيه إحدى العلامتين الأتيتين : إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً ، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه . أو إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً ، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه ، ولأخذ دماغه في التحلل ، وفى

---

(١) – راجع الموقع الرسمي لدار الافتاء المصرية على الشبكة العنكوبتية :

- http://dar-alifta.org/ViewFatwa.aspx?ID=3638&LangID=1

(٢) – راجع سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها فى المفهوم الإسلامي ، الكويت ، ص ٦٧٧ ، ٦٧٨ .

هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص ، وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلاً لا يزال يعمل ألياً بفعل الأجهزة المركبة ".

كما قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ الموافق ٦ – ١١ شباط (فبراير) ١٩٨٨ أن " الموت يشمل حالتين: الحالة الأولى- موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه طبياً. الحالة الثانية- توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً لا رجعة فيه طبياً ".

المطلب الثاني

تحديد لحظة الوفاة بين القانون والطب

الاتجاه الأول – ضرورة صدور تشريع لتحديد لحظة الوفاة :

ينادي أنصار هذا الاتجاه بضرورة تقنين لحظة الوفاة بتشريع خاص ، وقد ظهر هذا الاتجاه أثر إجراء عملية نقل قلب بشري على يد الجراح كريستيان برنارد CHRISTIAAN BARNARD من جسد فتاة تدعى دينز دارفال DENISE DARVELL توفت في حادثة سير إلي رجل في الخامسة والخمسين يدعى لويس واشكانسكي LOUIS WASHKANSKY بمدينة كاب Cape Town بجنوب افريقيا South Africa في ٣ ديسمبر ١٩٦٧. ورغم وفاة المتلقي بعد ١٨ يوم من إجراء عملية النقل ، إلا أن إجراء هذه العملية الجراحية في حد ذاتها قد أثار مخاوف وتساؤلات الرأي العام بسبب عدم وجود تشريع يُعرف الموت ويحدد وسائل إثباته لكى يصل بالعوام إلي درجة اليقين في حدوث الوفاة وعدم الشك في احتمالية الاستقطاع من إنسان على قيد الحياة . بالإضافة إلي ما أثارته هذه العملية وما تلاها من عمليات مماثلة بلغت بعد عامين فقط من إجرائها ١٠٧ عملية قام بها ٦٤ من الفرق الطبية في ٢٤ بلدا مختلفا من نتائج سلبية وغير متوقعه استنادا إلي افتقار القائمين عليها إلي التدريب السليم والاهمال في الرعاية اللاحقة والرفض الجسدي للعضو المزروع ، الأمر الذي زاد من مطالبات هذا الاتجاه بوجود تشريع يكبح اندفاع الاطباء نحو تحقيق انتصارات علمية على حساب أرواح الناس . [1]

كما استند أنصار هذا الاتجاه إلي أن التشريع ذاته يمثل خط الدفاع الأول للأطباء أنفسهم من خطر الملاحقة الجنائية لهم إذا ما التزموا بالمعايير والشرائط القانونية ، إذ ان التشريع بما يمثله من تعبير عن ضمير الجماعة وصوتها المسموع يمثل أساسا

(1) - Charles SKYDOUX et Jean Jacques GOY, Abrégé de transplantation cardiaque, Edition Médecine et Hygiène, Genève, 1997, p 34.

قانونيا لإباحة أعمالهم المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء [١]. وينتهي هذا الرأي إلي ضرورة صدور تشريع يحدد لحظة الوفاة استنادا إلي ما تمثله مسألة الموت من قدسية لدى العوام ، فكان لازماً أن يتعلق بتحديدها بتشريع جازم ينهى الخلف ، ويشيع الاطمئنان ، ويكبح نزوات الاطباء العلمية ، ويقدم لهم سندا لمشروعية أعمالهم .

الاتجاه الثاني – تحديد لحظة الوفاة مرجعه الطب :

تزعم هذا الاتجاه بعض رجال الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه سافاتتيه SAVATIER ، ويتبلور مضمون ما نادوا به في ترك تحديد لحظة الوفاة إلي الاطباء وحدهم استناداً لما تتطلب من معطيات فنية وطبية ، بالإضافة إلي أن أي تعريف قانوني للموت قد يكسبه جمودا يعجز معه في لحظات فارقة من أن يتماشى مع التطورات العلمية في مجال العلوم الطبية . كما يتنافى التحديد القانوني لمعايير الموت مع ظروف كل حالة على حدة . وينتهى هذا الرأي إلي أنه لا مناص من الاعتماد على رأى الطبيب وتقديره في تحدد لحظة الوفاة ، وإذا كانت القواعد الدينية والاخلاقية لم تضع تعريفا للموت فيجب ان ينساق القانون إلي طريقهما .[٢]

ويدعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي فلوريه FLORET استناداً إلي أنه رغما عن أن الدين المسيحي قد عرف الموت بأنه انفصال الروح عن الجسد إلا أن هذا التعريف يظل قاصرا عن التصور لدى رجال القانون لما يمثله ذلك من معاني مجردة عصية عن تحديد وقت وفاة محسوس يمكن الركون إليه واعتماده كمعيار واضح جلي ، ولا مناص مع هذا القصور في الاتجاه إلي الطب الذى يمثل جهة الاختصاص الاصيل في مثل هذه الموضوعات . [٣]

ويرى رأي آخر ينبثق من ذات الاتجاه إلي أنه لا يجوز للمشرع أن يتدخل في وضع تعريف للموت ، إلا أن ذلك ليس معناه عزوف التشريع تماماً عن هذه المسألة ، فبينما تكون مهمة تحديد لحظة الوفاة متروكة للأطباء يتولى التشريع وضع القواعد والمعايير الاسترشادية التي تساعد في الوصول إلي درجة اليقين اللازمة لتحقق هذه الحالة . ويسترشد هذا الرأي بما أنتهى إليه مؤتمر بيروجيا المنعقد في ايطاليا في الفترة من ٣ إلي ١٣ نوفمبر ١٩٦٩ لمناقشة المشاكل المتعلقة بالمبادئ القانونية لعمليات زرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري من توصيات ، وعلى وجه الخصوص أنه " لا يقع على رجل القانون – مع الأخذ بعين الاعتبار التقدم الملحوظ الذى تمر به مهنة الطب – وضع تعريف قانوني لوقت أو زمن الوفاة وتحديد الطرق أو الوسائل التي يمكن بها

---

(١) – راجع : د. عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ، ص ٥١٦ ، ٥١٧ .

(2) - Savatier (J.), op.cit., p. 91.

(3) - Paul Coste-FLORET, La greffe du Cœur devant la moral devant la droit, Rev. Sc. Crim, Dr. Pen. Comp. No. 1. Janvier-mars 1969, p.796.

التأكد من الوفاة ، بل أن هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصهم ودراستهم ونشاطهم الفني ورائدهم في ذلك شرف مهنتهم وعلى الطبيب أن يكون ملماً بأحدث معطيات علم الطب ".[١]

المطلب الثالث
تحديد لحظة الوفاة في حالة الانعاش الصناعي

تمهيد :

أسفر التقدم العلمي في مجال العلوم الطبية عن ظهور تقنيات ووسائل عديدة ، يتمثل أهمها في وسائل الإنعاش الصناعي ، وقد أدت هذه الوسائل إلي إنقاذ كثير من الحالات من الموت, إذ تقوم تلك العلاجات بتعويض الفشل الذي يحدث في بعض الأعضاء الحيوية في جسم الإنسان, أو تساعد على إعادة نشاط تلك الأعضاء, أو تدرأ عن الجسد أخطاراً قاتلة, أو تعوّض ما نقص من مواد أساسية ضرورية لحياة الجسد, إلي غير ذلك من الوظائف الحيوية التي تؤدّيها تلك العلاجات وما يستعمل معها من أجهزة.

إلا أن استعمال هذه الوسائل أثار في الوقت ذاته مشاكل قانونية ، يتجلى أهمها في حق الطبيب في وقف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض ، ولعل أهم الأسباب التي دعت إلي إثارة هذا التساؤل تكمن في موتي الدماغ أو جذع المخ ، فنظراً لانعدام الأمل طبياً في إفاقة المريض في حال إصابته بموت الدماغ رغم استمرار عمل وظائفه الحيوية بفضل أجهزة الإنعاش الصناعي ، فقد نادى كثير من العلماء والأطباء برفع أجهزة الإنعاش أو وقفها عن مريض موت الدماغ استناداً إلي أن رعاية الميت دماغياً أمراً يسبب آلاما مبرحة لأسرة ذلك الميت وللأطباء ولهيئة التمريض. بالإضافة إلي أن تكاليف وسائل الإنعاش باهظة جدا ، وصرف ملايين الدولارات لإبقاء الميت دماغياً يتنفس أمر قليل الجدوى أو عديمها. كما أن قلة هذه الأجهزة وارتفاع ثمنها، واحتياج كثير من المصابين إليها، وحصرها على مجموعة من الموتى دماغياً أمر لن يؤدي إلا إلي فقدان حياة مجموعة من المرضى كان بالإمكان إنقاذهم لو استخدمت معهم وسائل الإنعاش في حينها.

ولاستجلاء طبيعة الحق الطبي في رفع أجهزة الإنعاش الصناعي ، سوف نقسم هذا المطلب إلي فرعين ، نتناول في أولهما لماهية الانعاش الصناعي ووسائله ، ونتعرض في الفرع الثاني لحكم رفع أجهزة الانعاش الصناعي .

---

(١) – راجع : د. رياض الخاني ، المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري ، المجلة الجنائية القومية ، العدد ١ ، المجلد ١٤ ، مارس ١٩٧١ ، ص ٢٧ .

الفرع الأول
ماهية الانعاش الصناعي ووسائله

اولاً – ماهيته :

يقصد بالإنعاش الصناعي La Reanimation Artificielle من الناحية الطبية المعالجة المكثفة التي يقوم بها طبيب أو مجموعة من الأطباء، ومساعدوهم لمساعدة الأجهزة الحياتية للمصاب حتى تقوم بوظائفها، أو لتعويض بعض الأجهزة المعطلة بقصد الوصول إلي تفاعل منسجم بينها. والأجهزة الحياتية الأساسية للإنسان هي: المخ، القلب، التنفس، الكلى، الدم الضام للتوازن بين الماء والأملاح. ويتضح من هذا التعريف أن الإنعاش هو نوع من أنواع العلاج يقوم به المعالج أو المجموعة الطبية لإنقاذ حياة المصاب الذي يكون في حالة ستفضي به حتما إلي الموت، إذا لم يتلق العناية التي تنتشله من وضعيته الخطيرة التي هو عليها.

ثانياً – وسائل الانعاش [1]:

الوسيلة الأولى – جهاز المنفسة Respirator or Ventilator :

تمثل المنفسة جهازاً طبياً تنحصر مهمته في إدخال الهواء إلي الرئتين وإخراجه منهما مع إمكانية التحكم بنسبة الأكسجين في الهواء الداخل, إضافة لأشياء أخرى عديدة لتساعد في إيصال هذا الغاز للدم، وسحب غاز ثاني أكسيد الفحم منه, فعندما يرى الطبيب مثلا أن التنفس قد توقف أو أوشك على التوقف فإنه يقوم بإدخال أنبوبة إلي القصبة الهوائية ويوصل ذلك الأنبوب بالمنفسة.

وتستعمل المنفسة عند توقف التنفس عند المريض أو إذا أوشك على التوقف ، وتستخدم هذه الأجهزة أيضًا أثناء العمليات التي يستخدم فيها التخدير الكامل فيفقد المريض وعيه ويدخل طبيب التخدير الأنبوبة إلي القصبة الهوائية Trachea ويصبح تنفس المريض أثناء العملية وربما بعدها لدقائق أو ساعات معتمدا على جهاز التنفس، وفي الحالات المستعجلة جدا والتي يكون فيها انسداد في الحنجرة مثلا فإن الطبيب قد يقوم بعملية شق الرغام (شق القصبة الهوائية) Tracheostomy ويدخل الأنبوب مباشرة من الفتحة ويتم بذلك التنفس الصناعي.

الوسيلة الثانية – جهاز إنعاش القلب Defibrillator:

يعطي هذا الجهاز صدمات كهربائية لقلب اضطرب نبضه اضطرابا شديدا وتحول إلي ذبذبات بطينية Ventricular fibrillation لا تدفع الدم من البطين إلي الأورطي (الأبهر), وإذا لم تنفذ هذه الحالة فإن القلب يتوقف تمامًا عن العمل وذلك يعنى توقف

---

(١) – انظر بالتفصيل : د. محمد علي البار, اجهزة الانعاش ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي, العدد٢, جزء١ ، جدة ، ١٩٨٦ ، ص ٣٠٠.

تغذية الدماغ, وإذا توقفت تغذية الدماغ وخاصة جذع الدماغ لمدة دقيقتين فذلك يعني موت الدماغ الذي لا رجعة فيه. ويقوم الطبيب أو الممرضة أو الشخص المدرب بوضع جهاز مانع الذبذبات هذا على الصدر وإمرار تيار كهربائي يوقف الذبذبات ويعيد القلب إلي نبضه أو إذا توقف القلب فإن إمرار صدمة كهربائية قد يعيد القلب إلي العمل .

الوسيلة الثالثة – جهاز منظم ضربات القلب Pace maker :

يمثل المنظم جهازاً طبياً يصدر موجات كهربائية تعمل على تنشيط القلب. ويستخدم عندما تكون ضربات القلب بطيئة جدا بحيث إن الدم لا يصل إلي الدماغ بكمية كافية, أو ينقطع لفترة ثوان أو لدقيقة ثم يعود وذلك يسبب الإغماء وفقدان الوعي المتكرر, أو أن ضربات القلب مضطربة جدا كذلك بحيث إن ضخ الدم من القلب منخفضاً بدرجة خطيرة تؤدي إلي اضطرابات في الوعي أو في درجة نشاط ذلك الشخص المصاب.

الوسيلة الرابعة – أجهزة الكلية الصناعية the kidney dialysis machine:

تعوض هذه الأجهزة عن وظيفة الكلى في تنقية الدم والجسم من السموم والماء المحتبس فيه. فقد يكون المريض يعاني من مرض الفشل الكلوي, وهو في حالة إغماء, فيصعب في هذه الحالة نقل المريض إلي قسم الكلية الصناعية, فلذلك كان لابد من وجود مثل هذه الأجهزة في قسم العناية المكثفة.

وبالإضافة إلي هذه الوسائل ، فإنه يدخل في عداد وسائل الانعاش – دون تخصيص – العقاقير والأدوية والتي تعطي من قبل الأطباء المتخصصين .

الفرع الثاني

حكم رفع أجهزة الإنعاش الصناعي

تمهيد :

تتمثل وظيفة أجهزة الإنعاش الصناعي في خصوص نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المحافظة على حياة المصاب باستمرار عمل أجهزته الحياتية ووظائف أعضائه كي لا يمتد إليها التلف بانقطاع الدم عنها . ويثير ذلك الوضع عدداً من التساؤلات تتعلق بحكم رفع أجهزة الإنعاش الصناعي عن المصاب أيا ما كانت الغاية المستهدفة من هذا الرفع ، وهل يمثل ذلك الرفع إنهاء لحياة المريض وقتلاً له مما يوجب قيام المسئولية الجنائية ، أم إنه إنهاء لإجراء لا طائل له إذ لا إنعاش لمتوفى .

للإجابة على هذه التساؤلات ينبغي أن نفرق بين حكم رفع أجهزة الإنعاش عن المريض في غير حالات الموت الدماغي ، وحالته عند الوفاة الدماغية ، وذلك على النحو التالي .

الغصن الأول

حكم إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي قبل الموت الدماغي

إذا كان الموقف السائد طبيا هو قيام التلازم بين الوفاة الدماغية والموت ، فإنه لا يمكن للطبيب إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي إذا لم يصل المريض إلي حالة الموت الدماغي . وأثرا لهذا الالتزام العام فإنه يجب على الطبيب الوصول إلي اليقين الطبي في تحقق الوفاة الدماغية كسبب منشئ لإيقاف اجهزة الانعاش الطبي ، وفى هذا توجد علامات وإمارات أهمها اختبار مخطط الدماغ الكهربائي (EEG) وهو اختبار فيزيولوجي (Physiological test). بالإضافة إلي اختبار الدورة الدموية الدماغية ومدى توقفها أو عطبها ويتم الكشف عن ذلك بـ (Cerebroangiography). وعليه ، فإذا لم يتأكد الطبيب من تحقق حالة الوفاة الدماغية أو ساوره الشك أو كان عالما بعدم تحقق هذه الحالة قامت مسئوليته الجنائية كاملة عن جريمة قتل ، ولا يحق للطبيب في هذا الشأن أن يدفع مسئوليته بطول المدة التي قضاها المريض على أجهزة الإنعاش الصناعي أو كثرة التكاليف أو وجود مرضى آخرين بذات حالة المريض بانتظار خلو الأجهزة أو غير ذلك من الدفوع .

وهذه النتيجة المتسقة مع أعمال قواعد العقل والمنطق هي ذاتها ما أنتهى إليه مجلس الفقه الإسلامي والمنعقد في دورته الثالثة بعمان بدولة الاردن من ١١ إلي ١٦ اكتوبر ١٩٨٦ في قراره الصادر عنه والمتعلق بوقف أجهزة الإنعاش الصناعي ، إذ تبلور مضمون هذا القرار في إنه يجب على الطبيب كي يستطيع نزع أجهزة الانعاش الصناعي أن يتأكد أولاً من توقف قلب المريض وتنفسه من قبل الأطباء ، وتعطل جميع وظائف دماغه تعطلاً لا يمكن معه عودة المريض للحياة ثانية ، وذلك بحكم اختصاصي الإنعاش الصناعي ، وهي علامات أكيدة للموت . وفى هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص ، وإن كانت بعض الأعضاء كالقلب مثلاً لا يزال يعمل ألياً بفعل الأجهزة المركبة .

كما قرر مجلس المجمع الفقهى الإسلامى فى دورته العاشرة، المنعقد بمكة المكرمة في الفترة من ١٧ أكتوبر ١٩٨٧ إلي ٢١ أكتوبر ١٩٨٧ أن " المريض الذي رُكِّبت على جسمه أجهزة الإنعاش، يجوز رفعها، إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائيّاً، وقررت لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين خبراء أن التعطيل لا رجعة فيه، وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آلياً، بفعل الأجهزة المركبة، لكن لا يُحكم بموته شرعاً، إلا إذا توقف التنفس والقلب، توقفاً تاماً بعد رفع هذه الأجهزة ".

ويقتضى التعرض لهذه الحالة الشائكة الوقوف على الشرائط القانونية لإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي ، وقيام المسئولية الجنائية للطبيب في حالة مخالفة هذه الشروط .

أولاً – الشروط القانونية لإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي :

تتباين الشروط القانونية المتطلبة لإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي باختلاف التشريعات المنظمة لعملية الإيقاف ، إلا أنه يمكن إجمالها في الشروط الآتية .

الشرط الأول – التحقق من حدوث الوفاة :

يشترط لإمكان رفع أجهزة الإنعاش الصناعي ثبوت حصول الوفاة بشكل يقيني قاطع لا ريب فيه ، ويرجع هذا الاشتراط إلي ما يترتب على الخطأ في التشخيص من قتل لإنسان على قيد الحياة ، إلا أنه ونظرا لتوقع حدوث أخطاء مهنية من القائم بالتشخيص ، فإنه يشترط حدوث تشخيص الوفاة من طرف أكثر من طبيب متخصص ، وهو ما نص عليه المشرع المصري بمقتضى المادة ١٤ من قانون نقل وزراعة الأعضاء على أنه " لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته إلي الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، وذلك بعد أن تجري اللجنة الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت، طبقاً للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا ويصدر بها قرار من وزير الصحة، وللجنة في سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المتخصصين علي سبيل الاستشارة ". كما نصت المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية – تطبيقا للنص السابق –على أنه " بمراعاة أحكام المادة ٨ من قانون زرع الأعضاء البشرية وكذلك الأحكام والضوابط المنصوص عليها في هذه اللائحة ، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء منه أو نسيج من جسد انسان ميت ، إلا بعد ثبوت موته موتاً يقينياً تستحيل بعده عودته إلي الحياة ، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية تشكل في كل منشأة من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب ، وأمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية ، والتخدير أو الرعاية المركزة ، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية بناء على ترشيح من المنشأة . ويجب أن يوقع القرار من جميع أعضاء اللجنة مجتمعين ، وأن يتضمن اسم وتخصص كل عضو بخط واضح ومقروء ، وأن يسجل في سجل خاص يعد لهذا الغرض . ويحظر على اللجنة إعلان قرارها بثبوت الموت ، إلا بعد أن تجرى الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت طبقا للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا مستهدية بالمعايير التي وضعتها اللجنة المشكلة بالقرارين الوزاريين رقمي ٥٢٠ ، ٥٤٥ لسنة ٢٠٠٨ ، ودون الإخلال بحقها في تعديل تلك المعايير في ضوء ما يستجد من أبحاث ودراسات علمية مستقبلاً ، ويصدر بالمعايير التي تضعها اللجنة العليا قرار من وزير الصحة ."

وفى خصوص المشرع الفرنسي ، فقد أحال قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤– ٩٤ في شأن إثبات الوفاة إلي مرسوم مجلس الدولة بمقتضى البند الاول من المادة ٦– L١٢٣٢ المعدلة بالقانون رقم ٨٠٠ –٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ والتي

تنص على أن " تحدد طرق تطبيق أحكام الفصل الحالي بمرسوم من مجلس الدولة وعلى وجه الخصوص : ١ – الشروط التي بمقتضاها يتم تأسيس قيام حالة الموت المنصوص عليه في الفقرة الاولى من المادة 1-1232 .L".

وفى خصوص ما أورده مرسوم مجلس الدولة الفرنسي – المحال إليه في شأن إثبات الوفاة – فقد نصت المادة 1-7-671 .R من هذا المرسوم على أن " أصيب الشخص بتوقف قلبي وتنفسي مستمر ، فإن إقرار الوفاة لا يمكن أن يؤسس إلا على اجتماع ثلاث معايير تتمثل في : ١- الغياب الكامل للوعي والانشطة الحركية العفوية . ٢- إلغاء كل إشارات جذع الدماغ . ٣- الغياب التام للتنفس الطبيعي " . كما تنص المادة 2-7-671 .R من ذات المرسوم على أن " إذا كان الشخص الذى تقرر وفاته إكلينيكيا تتم مساعدته عن طريق التنفس الاصطناعي والحفاظ على وظيفة الدورة الدموية ، فإن غياب التنفس التلقائي يتم من خلال اختبار نقص ثنائي أكسيد الكربون في الدم . بالإضافة إلي ذلك ، ولاستكمال المعايير الثلاث الواردة في المادة السابقة يجب اللجوء إلي تأكيد التدمير النهائي للدماغ : ١- إجراء اختبارين تسطح مخطط الدماغ الكهربائي (EEG) بينهما فترة زمنية مقدارها أربع ساعات كحد أدني ، والمنفذ مع أقصى قدر من التضخيم في فترة مسجلة لمدة ثلاثين دقيقة ، ويجب ان تسجل النتيجة فورا من قبل طبيب الذى يتولى مهمة تفسير الاختبارين ٢ – إجراء تصوير اشعاعي للأوعية الدموية المجسمة لتوقف الدورة الدموية في الدماغ ، ويجب أن تسجل النتيجة على الفور من قبل طبيب الأشعة الذى يتولى مهمة التفسير".

كما تطلب كلا من المشرع المصري والفرنسي الفصل بين وظيفة تشخيص الوفاة واستقطاع الأعضاء ، وفى هذا الشأن تنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ من قانون نقل وزراعة الأعضاء على أنه " ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة، أو بمسئولية رعاية أي من المتلقين المحتملين ". كما تنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه " ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة – أو من يتم الاستعانة بآرائهم – علاقة مباشرة بعملية الزرع أو برعاية أي من المتلقين المحتملين من بين الواردة اسمائهم بالقوائم المعدة لهذا الغرض طبقاً لأحكام المادة ١٠ من القانون ".

وفى خصوص المشرع الفرنسي ، فقد نصت المادة ٤-١٢٣٢L من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤- ٩٤ المعدل بالقانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على أن " الأطباء الذى يؤكدون قيام حالة الموت من جهة ، وأولئك الذين

ينفذون عمليات النقل وزراعة الأعضاء من جهة أخرى ، يجب انتسابهم إلي وحدات وظيفية أو خدمية منفصلة ". (١)

الشرط الثاني – موافقة أهل المتوفى :

لم ينظم المشرع المصري اشتراط الحصول على موافقة الأهل لوقف أجهزة الانعاش الصناعي في حالة الشخص المتوفى دماغيا ، كذلك لم يستلزم المشرع المصري موافقة أهل المتوفى على إجراء الاستقطاع ، وذلك لأن السبيل الوحيد وفقا لما أورده المشرع لإمكان الاستقطاع هو وجود وصية بذلك من المتوفى قبل وفاته ، وفى هذا تنص المادة ٨ من قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ على أنه " يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة علي 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 أوصي بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ". كما ينص البند الثاني من المادة ٨ من اللائحة التنفيذية على أن " ... ٢ – يكون الميت قد أوصى بذلك قبل موته، علي أن تكون الوصية ثابتة بموجب إقرار كتابي مُوَثَّق بمصلحة الشهر العقاري والتوثيق حال حياة المنقول منه، أو واردة في ورقة رسمية تقطع بصدورها من الموصي، ويُقصد بتلك الورقة أياً من المحررات الرسمية المنصوص عليها في قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، علي أن تُعتَمَد من اللجنة العُليا لزراعة الأعضاء البشرية، ويحصل بعدها الموصي علي كارت توصية صادر من اللجنة. ويجوز أن تكون الوصية في شكل إقرار عرفي صادر من الموصي قبل وفاته إذا شهد عليه اثنان علي الأقل من الأقارب أمام اللجنة العُليا، وكان ممهوراً بتوقيع الموصي أو بصمته ".

أما في خصوص المشرع الفرنسي ، فلم يتطلب موافقة أسرة المريض بالمثل لرفع أجهزة الانعاش الصناعي في حال الوفاة الدماغية ، واكتفى في هذا الشأن بالكشف الطبي المجرى من قبل طبيبين وفقا لما ينص عليه البند الثالث من المادة R. 671-7-3 من مرسوم مجلس الدولة الفرنسي رقم ١٠٤١ – ٩٦ في ٢ ديسمبر ١٩٩٦من أنه " ... ٣ – عندما يتم تأسيس الوفاة بالنسبة لشخص تتم مساعدته بواسطة التنفس الصناعي والحفاظ على سير الدورة الدموية ، فإن المحضر المؤسس للموت يجب أن يحتوى على النتائج السريرية من قبل طبيبين تحقق فيهما الشرط الوارد في المادة L.

---

(١). النص باللغة الفرنسية :

" Les médecins qui établissent le constat de la mort, d'une part, et ceux qui effectuent le prélèvement ou la greffe, d'autre part, doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts ".

671-10 ، ويذكر بالإضافة إلي ذلك نتائج الفحوصات كما هي محددة بالبند الأول والثاني من المادة R. 671-7-2 ، كذلك تاريخ ووقت إجراؤها ، كما يجب أن يوقع المحضر الطبيبين المذكورين" . أما في خصوص الاستقطاع من الجثة بعد رفع أجهزة الإنعاش الصناعي ، فقد تطلب المشرع الفرنسي الحصول على موافقة أهل المتوفى في بعض الحالات . وقد تطلب هذا الاشتراط بمقتضى المادتين L١٢٣٢-١ ، L١٢٣٢-٢ من قانون الصحة العامة . وفى هذا الشأن تنص المادة L١٢٣٢-١ المعدلة بالقانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على أن " لا يجوز تنفيذ نقل الأعضاء من شخص متوفى وفقا للأصول القانونية إلا لأغراض علاجية أو علمية . ويمكن ممارسة هذا النقل بما أن الشخص لم يُعرف عنه في حياته رفضه لمثل هذا النقل . ويمكن التعبير عن الرفض بكافة الطرق وعلى وجه الخصوص عن طريق التسجيل في السجل الوطني الآلي المخصص لهذا الغرض ، وهو قابل للإلغاء في كل وقت . وإذا كان الطبيب لا يملك معرفة مباشرة عن إرادة المتوفى ، فلا بد له أن يجتهد في الجمع من أقارب المتوفى عن رفض التبرع بالأعضاء المحتملة المعبر عنه في حياته من قبل المتوفى بكافة الطرق ، ويبلغهم بنتيجة النقل المرتقب . ويتم إبلاغ الاقارب لحقهم في معرفة النقل الذى تم . ويتم إعلام وكالة الطب الحيوي مقدما للتنفيذ بكافة عمليات النقل لأغراض علاجية أو علمية . (١)

كما تنص المادة L١٢٣٢-٢ المعدلة بالقانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على إنه " إذا كان الشخص المتوفى قاصر أو بالغ تحت الوصاية ، فإن النقل لغاية أو أكثر من الغايات المذكورة في المادة L.1232-1 لا يمكن حدوثه إلا بتحقق شرط الموافقة الكتابية الصادرة من صاحب السلطة الأبوية أو ولى الأمر .

---

(١). النص باللغة الفرنسية :

" Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.

Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment.

Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés.

Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués.

L'Agence de la biomédecine est avisée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement à fins thérapeutiques ou à fins scientifiques ".

ومع ذلك ، وفى حالة استحالة التشاور مع أحد أصحاب السلطة الأبوية ، فإن النقل يمكن إجراءه بشرط موافقة الطرف الآخر كتابياً ". [١]

ووفقا لما ورد بهذين النصين ، فقد فرق المشرع الفرنسي في خصوص استلزام الحصول على موافقة أهل المتوفى بين حالة كون المتوفى بالغاً أم قاصراً ، فإذا كان المتوفى بالغاً ، ففي هذه الحالة ، يجب التفرقة بين حالة وجود موافقة أو رفض مسبق من المتوفى قبل الوفاة على إجراء الاستقطاع ، ففي هذه الحالة لا يتم الركون إلي اشتراط موافقة الأهل وإعلاء إرادة المتوفى ، إلا أنه يجب إبلاغهم بالنقل المرتقب في حال وجود موافقة . أما إذا يتمكن للطبيب من الكشف عن إرادة المتوفى ، ففي هذه الحالة يمثل أقاربه معياراً اساسياً للطبيب ، إذ لا بد له أن يجتهد في الجمع من أقارب المتوفى عن رفض التبرع بالأعضاء المحتملة المعبر عنه في حياته من قبل المتوفى بكافة الطرق .

أما إذا كان المتوفى قاصراً ، ففي هذه الحالة ، تمثل الموافقة الكتابية المسبقة لأصحاب السلطة الابوية شرطاً أساسيا لا غنى عنه لإمكان إجراء النقل . ولم يغفل المشرع حالة رفض أحد أصحاب السلطة الابوية ذلك أو استحالة التشاور معه ، ففي هذه الحالة ونظراً لما يمثله نقل الأعضاء من أولوية وطنية وفقا لما تنص عليه المادة L١٢٣١-١ A من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤- ٩٤ والمعدلة بالقانون رقم ٨٠٠-٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ [٢] فقد أجاز إجراؤه بشرط موافقة الطرف الأخر كتابياً .

ثانياً – تحقق المسئولية الجنائية للطبيب في حال مخالفة الشروط القانونية لإيقاف اجهزة الانعاش الصناعي :

إذا ما خالف الطبيب الشروط القانونية لرفع أجهزة الإنعاش الصناعي ، فإن ذلك يعرضه لتحقق مسئوليته الجنائية ، وتختلف الجريمة المسندة إلي الطبيب باختلاف الفعل المسند إليه واتجاه إرادته ، وذلك على النحو التالي :

الصورة الأولى – إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي والأخطاء الطبية :

١. ماهية الخطأ الطبي :

---

(١). النص باللغة الفرنسية :

" Si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L. 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit.
Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit ".

(٢). النص باللغة الفرنسية :

" Le prélèvement et la greffe d'organes constituent une priorité nationale ".

لم يعرف المشرع المصري أو الفرنسي ماهية هذا النوع من الخطأ كما لم يعرف الجرائم غير العمدية [١]. فالمشرع المصري لم يذكر سوى صور الخطأ غير العمدى في معرض تعرضه لجريمتي القتل والجرح غير العمدى بالمواد أرقام ٢٣٨ ، ٢٤٤ ، ٣٦٠ من قانون العقوبات . فتقضى المادة ٢٣٨ في فقرتها الأولى بأن " من تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " . وتقضى المادة ٢٤٤ في فقرتها الأولى أيضا بأن " من تسبب خطأ في جرح شخص أو إيذائه بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين ". [٢]

ولم يأت المشرع الفرنسي أيضا بتعريف للخطأ غير العمدى ، واكتفى بذكر صوره . فمن ناحية أشارت المواد أرقام ٢٢١-٦ ، ٢٢٢-١٩ ، R. ٦٢٢-١ ، R. ٦٢٥-٢ من التقنين الجنائي إلي فعل الرعونة La maladresse ، وفعل الطيش أو التهور L'imprudence ، وفعل عدم الانتباه L'inattention ، وفعل الإهمال La négligence ، وفعل عدم مراعاة التزامات السلامة المقررة بواسطة القانون أو اللوائح Le manquement à une obligation de sécurité [٣] . ومن ناحية ثانية فقد جمع المشرع الفرنسي صور الخطأ غير العمدى تحت لواء نص واحد يمثل قاعدة عامة في هذا الشأن ، إذ تنص المادة ١٢١-٣ من التقنين الجنائي . الصادرة بالقانون

---

(١). من التشريعات العربية التي وضعت تعريفاً للخطأ غير العمدي ، التشريع الكويتي . إذ نصت المادة ٤٤ من قانون الجزاء الكويتي " يعد الخطأ غير العمدي متوافر إذا تصرف الفاعل عند ارتكاب الفعل على نحو لا يأتيه الشخص المعتاد إذا وجد في ظروفه بأن اتصف فعله بالرعونة أو التفريط أو الإهمال أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة اللوائح " .

(٢). هذا ويلاحظ ان مشروع قانون العقوبات المصري الذى اعد عام ١٩٦٦ . والذى لم يقدر له الصدور حتى اليوم . قد تضمن تعريفاً للجريمة غير العمدية وردت به المادة ٢٧ منه بقولها " تكون الجريمة غير عمدية اذا وقعت النتيجة الاجرامية بسبب خطأ الفاعل ، ويعتبر الخطأ متوافراً سواء توقع الفاعل نتيجة فعله او امتناعه وحسب أن فى الامكان اجتنابها او لم يحسب ذلك ، أو لم يتوقعها وكان ذلك في استطاعته او من واجبه " .

(٣). يلاحظ تطور المعالجة التشريعية . عن ذى قبل . بالنسبة للصورة الاخيرة من صور الخطأ غير العمدى وهى عدم مراعاة التزامات السلامة المفروضة بواسطة نص القانون او اللائحة . إذ قصرت المادة ٣١٩ ، والفقرة ٤ من المادة رقم R.40 من التقنين الجنائي قبل الغائهما هذه الصورة عل فعل عدم احترام اللوائح L'inobservation des règlements. كما يلاحظ ان المشرع الفرنسي قد اكتفى بذكر صورتين تقليديتين فقط للخطأ غير العمدى . فى النص الجديد . هما عدم الاحتياط ، والاهمال ، عوضاً عن صوره الخمس المذكورة فى المادة ٣١٩ من التقنين الملغى وهى : فضلاً عن الصورتين المذكورتين : الرعونة ، وعدم الانتباه ، وعدم مراعاة اللوائح .

رقم ٩٦-٣٩٣ في ١٣ مايو ١٩٩٦ والمعدلة بالقانون رقم ٢٠٠٠-٦٤٧ في ١٠ يوليو ٢٠٠٠ . على قيام الجريمة أثر نص القانون في حالة الخطأ الناجم عن التهور أو الإهمال أو عدم مراعاة التزامات السلامة والحرص . [١]

ومن مجموع هذه النصوص السابقة يتضح أن الخطأ غير العمدى يعد متوافراً إذا تصرف الطبيب عند ارتكاب الفعل المتمثل في رفع أجهزة الإنعاش الصناعي على نحو لا يأتيه الشخص المعتاد إذا وجد في ظروفه بأن اتصف فعله بالرعونة أو التفريط أو الإهمال أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة اللوائح . [٢]

٢. عناصره :

يمكن أن نستخلص من هذا التعريف أن خطأ الطبيب غير العمدى يقوم على عنصرين : الأول ، الإخلال بواجبات الحيطة والحذر. والثاني ، توافر علاقة نفسية وذهنية تصل ما بين إرادة المجرم والنتيجة الجرمية . [٣]

وقد أوضحت محكمة النقض فكرة الخطأ في الجرائم غير العمدية بحكمها أن « الخطأ الذى يقع من الأفراد عموماً في الجرائم غير العمدية يتوافر متى تصرف الشخص تصرفاً لا يتفق والحيطة التي تقضى بها ظروف الحياة العادية ....» [٤] . كما حكمت أيضا أنه « من المقرر أن الخطأ الذى يقع من الأفراد عمداً في الجرائم غير العمدية يتوافر متى تصرف الشخص تصرفاً لا يتفق والحيطة التي تقضى بها ظروف الحياة العادية وبذلك فهو عيب يشوب مسلك الإنسان لا يأتيه الرجل العادي المتبصر الذى أحاطت به ظروف خارجية مماثلة للظروف التي أحاطت بالمسئول .... » . [٥]

٣ . صور الخطأ غير العمدى :

---

(١)- النص باللغة الفرنسية :

" Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de **faute** d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ".

(2)- Malicier (D.), Miras (A.), Feuglet (P.), Faivre (P.), LA Responsabilité médicale Données Actuelles, 2eme éditions ESKA, PARIS, 1999, p.103.

(٣) - تجدر الاشارة إلى ان للعلاقة النفسية والذهنية بين الإرادة والنتيجة صورتان :الصورة الأولى : لا يتوقع المجرم فيها حدوث النتيجة فلا يبذل جهداً لتجنبها فى حين كان باستطاعته ومن واجبه توقعها. الصورة الثانية : صورة يتوقع فيها المجرم النتيجة لكن لا يريدها ويعتمد على مهاراته وقدراته في تجنبها لكنه يفشل وأيضاً قد يتوقع النتيجة لكن لا يكترث بها فلا يتخذ الاحتياطات لتجنب حدوثها .

(٤) . نقض ٢٦ ابريل سنة ١٩٦٦ مكتب فنى ١٧ ، س ٣٥ ق رقم ١٩٦٣ ص ٤٩١ .

(٥). نقض ١٠ مارس سنة ١٩٧٤ مكتب فنى ٢٥ ، س ٤٤ ق رقم ٢٤٤ ص ٢٣٦ .

استخدم المشرع المصري ألفاظ الإهمال والرعونة وعدم الاحتراز وعدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة للتعبير عن صور الخطأ غير العمدى ، وأكتفى المشرع الفرنسي بذكر ثلاث صور له فقط بنص المادة ١٢١-٣ سالفة الذكر . وتقوم هذه الصور سواءً في التشريع المصري أو الفرنسي على فكرة رئيسية مفادها الإخلال بواجبات الحيطة والحذر عن طريق اجتناب نمط السلوك الواجب وفقاً للقانون أو الخبرة الإنسانية العامة . [١]

وجدير الذكر إن تقدير خطأ الطبيب أو تحديد الوقائع التي ينطبق عليها أحد الأوصاف هو من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع دون معقب عليها ، ما دام تقديرها سائغاً مستنداً إلي أدلة مقبولة لها أصلها في الأوراق. [٢]

الصورة الثانية – ايقاف أجهزة الإنعاش الصناعي والامتناع عن المساعدة :

تنص المادة ٢٢٣-٦ من قانون العقوبات الفرنسي المعدلة بالمرسوم رقم ٩١٦-٢٠٠٠ الصادر في ١٩ سبتمبر ٢٠٠٠ [٣] على أنه " أ – يعاقب بالسجن لمدة خمس سنوات وغرامة مقدارها ٧٥ ألف يورو كل شخص كان يستطيع أن يمنع – بفعله الفوري دون تعرضه هو أو للغير للخطر – وقوع فعل بمثابة جناية أو جنحة ضد سلامة جسم إنسان . ب – يعاقب بالعقوبة نفسها كل من امتنع عمداً عن تقديم مساعدة إلي شخص في حالة خطرة ، وكان في إمكانه تقديمها إليه ، إما بمساعدة مباشرة أو بطلب النجدة له دون أن تكون ثمة خطورة عليه أو على الغير " . [٤]

---

(١) – راجع بالتفصيل : د. علي أحمد لطف الزبيري ، المسئولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي – دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ٢٠١١ ، ص ٢٦٥ .

(٢) الطعن رقم ١٨١٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢ يناير ١٩٧٥ ؛ السنة ٢٦ . ص ٧٨ ؛ السنة ٢٧. ص ٢١٥ ، ٨١١ ؛ السنة ٢٨ . ص ٥٤٢ ؛ السنة ٢٠ . ص ١٩٢ ؛ السنة ٢١ . ص ٦٢٦ ؛ السنة ١٩ . ص ٨٤ ، ٥٥٤ ؛ السنة ٢٢ . ص ٤٢٠ ؛ السنة ٢٧ . ص ٢٦٣ ؛ السنة ٣٧ . ص ٣٤٢ .

(٣) – ترجع الأصول التاريخية لهذه الجريمة في التشريع الفرنسي إلى المرسوم رقم ٤٥-١٣٩١ الصادر في ٢٥ يوليو ١٩٤٥ والمعنون " مساهمة المواطنين في إقامة العدالة وحفظ الأمن العام " ، مدرجاً في المادتين ٦٢ و ٣٢ لجريمتي " عدم الإبلاغ عن جناية (المادة ٦٢) ، وكذا ثلاثة جرائم أخرى للامتناع عن المساعدة في (المادة ٦٣) وهى : جريمة الامتناع العمدى عن منع ارتكاب الجنايات وبعض الجنح ، جريمة الامتناع العمدى عن تقديم المساعدة لشخص في خطر ، جريمة الامتناع عن أداء الشهادة لصالح شخص برئ . وبتتبع المصادر التاريخية لإصدار هذا المرسوم ينتهى الى القانون الصادر سنة ١٨٩٨ والذي كان يجرم فعل الامتناع عن الاعتناء بالأطفال الذين لا تزيد اعمارهم عن ١٥ سنة وفقا لما كانت تقضى به المادة ٢٢٧-١٥ . لمزيد من التفاصيل ، راجع : د. ايمن سعد سليم ، الامتناع مصدر للمسئولية المدنية – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٨٨ .

(٤) – النص باللغة الفرنسية :

" Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient

وتطبيقا لما ورد بالنص القانوني ، فقد ألقى المشرع الفرنسي على عاتق الأطباء التزام عام بعلاج المرضى في الحالات التي يكونون فيها معرضين للخطر، وتستدعي حالتهم التدخل العاجل. ويمكن لنا في هذا الخصوص تعريف جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة بأنها " تلك الجريمة التي يمتنع فيها الطبيب بإرادته عن تقديم المساعدة الطبية للمريض حال كونه في حاجة إلي هذه المساعدة بناءً على نص في القانون أو أتفاق بينه وبين المريض ".

وفي حقيقة الأمر ، ومع بداية عام ١٩٤٩ بدأت بشائر إدانة الأطباء عن امتناعهم عن تقديم المساعدة لشخص في خطر تظهر إلي الوجود، ففي ١١ فبراير ١٩٤٩ أدانت محكمة جنح سان كلود أحد الأطباء بتهمة الامتناع عن مساعدة شخص في خطر، لامتناعه عن الانتقال لمساعدة طفلة عمرها ثماني سنوات مصابة برومانتيزم في القلب وتتعرض لنزيف أنفي غزير مما ترتب عليه وفاة هذه الطفلة بعد ذلك يومين، ولم يؤثر في قرار المحكمة بالإدانة أن الطبيب المعالج نظراً لسوء تفاهم بينه وبين والدي الطفلة قد قرر من قبل عدم رغبته في علاج الطفلة من روماتيزم القلب، وأن الوالدين قد استعانا بطبيب آخر لمعالجتها، وذلك على أساس أن حالة الخطر التي تعرضت لها الطفلة كانت تقتضي التدخل الحال لمساعدتها مما لا يحتمل انتظار الطبيب الآخر الذي يسكن على بعد اثنين وعشرين كيلومترا . وفي العام الثاني أدانت محكمة جنح Poitiers طبيبا بتهمة الامتناع عن مساعدة شخص في خطر، وذلك لامتناعه عن الانتقال لمساعدة سيدة في حالة وضع، وتتعرض لنزيف حاد. ولم يشفع له تذرعه بأنه يعاني من حمى تعرضه للخطر، إذا ما قام بالانتقال لمساعدة المريضة كما أنها تعرض المريضة للخطر على اعتبار أن هذه الحمى معدية. (١)

شروط قيام جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة الطبية :

يشترط لانعقاد المسئولية الجنائية للطبيب عن تقديم المساعدة الطبية وجود خطر يستدعي تقديم المساعدة ، وأن يمتنع الطبيب عن تقديمها ، وألا يكون تدخله يشكل خطورة عليه أو على الغير ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً – وجود شخص في حالة خطر وشيك:

---

volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ".

(١) – في الاشارة الى هذه الأحكام ، انظر : د. محمد كامل رمضان محمد ، الامتناع عن المساعدة في القانون الجنائي المصري والمقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٨١٤ ، ٨١٥ .

لم يبين المشرع الفرنسي مفهوم الخطر في نصوص قانون العقوبات، فنص المادة ٢٢٣-٦ جاء عاماً، وتطبيقاً لذلك ، فقد تكفل القضاء الفرنسي بوضع شروط الخطر . فمن ناحية أولى ، يمثل شرط الحياة أساساً لتقديم المساعدة الطبية، ولذلك ذهب القضاء الفرنسي إلي تبرئة طبيب امتنع عن علاج طفل حديث العهد بالولادة لاعتقاده – نتيجة خطأ في التشخيص – أنه ميت . ومن ناحية ثانية ، ذهب القضاء الفرنسي إلي تقرير أن الخطر الذي تقوم به مسؤولية الطبيب الجنائية عن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة من وجهة نظر القانون هو الخطر الحال والحقيقي والثابت الذي يتطلب تدخلا عاجلا مباشرا من الطبيب. ومن ناحية ثالثة ، يجب أن يكون هذا الخطر طارئا وفجائيا وغير متوقع، وغير ممكن توقعه، وأن يكون جسميا – وإن كانت هذه الجسامة لا تفترض تعرض الشخص لخطر الموت – ويكفي أن تكون بالدرجة التي تتطلب تدخلا عاجلاً . [١]

وتطبيقاً لما سبق ، فإنه يجب اعتبار المريض المهدد بموت أكيد وحال في خطر ، الأمر الذي يستوجب مساعدته من قبل الطبيب بقدر الإمكان حتى وفاته . ومن صور هذه المساعدة وضعه على أجهزة الإنعاش الصناعي ومتابعة استمرار عملها متى وجدت فرصة حقيقية لبقاء المريض على قيد الحياة .

ثانيا– امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة بعمل منه أو بتقديم المساعدة:

يكفي لتوافر هذا الشرط أن يكون في إمكان الشخص تقديم المساعدة بنفسه أو بواسطة الغير، وليس له أن يختار بين تقديم المساعدة بنفسه أو الالتجاء إلي غيره، وإنما هو ملزم بإتباع الوسيلة الأكثر جدوى لدفع الخطر، ولو اقتضى الأمر الجمع بين الوسيلتين، ومن ثم لا يعفى الطبيب من المسؤولية في حالة لجوئه إلي طبيب آخر، إلا حيث يكون تدخل هذا الأخير أكثر جدوى نظراً لتخصصه في الحالة المطلوب التدخل فيها، أو حيث يكون لديه معلومات عن تطور المرض بحكم كونه طبيبا للعائلة مثلا . وتقع جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة بمجرد إخلال الطبيب بالالتزام بقواعد المهنة، وبالواجب الإنساني، فلا يشترط أن يكون من شأن تدخله المساعدة في إنقاذ حياة المريض، وأن خطئه في تقدير مدى الفائدة من تقديم المساعدة أو الاستعجال في التدخل لا يعفيه من المسؤولية الجنائية. وعلى ذلك فالمريض المهدد بموت أكيد وحال، يعد في خطر يتعين على الطبيب تقديم المساعدة له بقدر الإمكان في حدود المتاح له.

ويدخل في ذلك أيضا المريض الخاضع لتركيب أجهزة الإنعاش الصناعي، حيث يقع على الطبيب أن يستمر في وضع هذه الأجهزة للمريض متى وجدت فرصة حقيقية

([١]) – انظر : د. محمد اسامة عبد الله قايد ، المسئولية الجنائية للأطباء – دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ٣٥٤

لبقائه على قيد الحياة، فإذا امتنع الطبيب عن تركيب هذه الأجهزة أو ترك المريض يدون أية مساعدة بعد فصل هذه الأجهزة عن جسمه، وقبل موت خلايا المخ فإنه يتسبب بذلك في موت المريض، ومن ثم تقوم مسئوليته الجنائية عن جريمة الامتناع عن مساعدة شخص في خطر . [١]

ثالثا– ألا يكون تدخله يشكل خطورة عليه أو على الغير:

لا تقوم الجريمة إذا كان من شأن هذا التدخل أن يُلحِق به ضررا أو بغيره بحيث لا تشكل تلك المساعدة خطورة عليه أو على غيره. فالطبيب الذي يطلب منه معاينة مريض مصاب بمرض خطير معدٍ دون توفير وسائل الوقاية الكافية له لا يسأل عن امتناعه عن المساعدة ولو كان المريض في حالة خطرة، وكذلك إذا كانت المساعدة من شأنها إلحاق ضرر بغيره. ومسألة تقدير الخطر من صلاحيات الطبيب، إلا أن المحكمة لها سلطة الرقابة لملاءمة مدى وجود الخطر على الطبيب أو على الغير. وتطبيقا لذلك قضت إحدى المحاكم الفرنسية « بإدانة طبيب رفض تقديم المساعدة لمريض بحجة أن مرضه غير خطير، دون أن يكون هناك خطر عليه من إنقاذه » . [٢]

الصورة الثالثة – ايقاف اجهزة الانعاش الصناعي والموت بدافع الشفقة :

قد يقوم الطبيب بوقف أجهزة الإنعاش الصناعي أو رفعها عن مريض لا يرجي شفائه بدافع الشفقة بتخليصه من الآمه ووضع حد لشقائه أو إنهاء لعذاب أسرته المستمر بمرضه ، فيعد في هذه الحالة مقترفاً لجريمة القتل بدافع الشفقة ، وفى هذا الخصوص يمكن لنا تعريف القتل بدافع الشفقة أو القتل الرحيم بأنه وضع حد لحياة مريض لا يرجى شفاؤه ، لتخليصه من الآمه المبرحة [٣] . يتضح من هذا التعريف افتراض حياة إنسانية لكن يصاحب هذه الحياة آلام لا تحتمل فيوضع حدا لهذه الحياة. ويقصد به أيضا عملية تسريع إنهاء حياة مريض وتقصير حالات ألم ومساعدة أهل المريض في تخفيف العذاب الذي يعيشونه جراء مشاهدة مريضهم في حالة يرثى لها . [٤]

---

(١) راجع : انظر : د. هشام محمد مجاهد القاضي ، الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ط١ ، ٢٠٠٧ ، ص ١٦٦ .

(٢) – في الإشارة الى هذا الحكم ، انظر : د. هشام محمد مجاهد القاضي ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ .

(٣) – انظر : د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ ؛ د. هدى حامد قشقوش ، القتل بدافع الشفقة ، دار النهضة العربية ، ط٢ ،١٩٩٦ ، ص ٧ .

(٤) انظر : د. محمد حسن منصور، مسؤولية الطبيب، دار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية ، طبعة١٩٩٩، ص٣٣.

وقد أثار القتل بدافع الشفقة تساؤلات عديدة ، يمكن إجمالها في مدى تأثير الباعث على تحقق المسئولية الجنائية للطبيب عن جريمة القتل برفع أجهزة الإنعاش الصناعي أو وقفها ، وما هو حكم رضاء المجنى عليه بإيقاع فعل القتل عليه .

لم ينظم المشرع المصري [١] حالة القتل بدافع الشفقة خلافاً لبعض التشريعات العربية [٢] ، وبالتالي تخضع هذه الحالة لحكم القواعد العامة في هذا الخصوص . وتطبيقاً لذلك يمثل القتل من الناحية القانونية ازهاقاً لروح انسان على قيد الحياة، حتى ولو كان مريضًا مرضًا مستعصيًا وميئوساً من شفائه، طالما لم تحن بعد لحظة وفاته الطبيعية، وأي فعل يقع على مثل هذا الانسان سواءً أكان فعلاً ايجابيًا أو امتناعًا عن اعطاء العلاج واقترن بقصد إحداث الوفاة يكون كافيًا لقيام جريمة القتل العمدي .ولا تؤثر اعتبارات الشفقة أو الرحمة على تحقق المسئولية الجنائية للطبيب عن جريمة قتل عمدى لما تمثله من بواعث [٣] ، والقاعدة العامة وفقاُ لقانون العقوبات إنه لا اعتداد

---

(١) – من الجدير بالذكر ما أوردته المادة ٣٦ من لائحة آداب مهنة الطب المصري الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣ من أنه " يحظر على الطبيب إهدار الحياة بدعوى الشفقة أو الرحمة ".

(٢) – نصت بعض التشريعات العربية على اعتبار القتل بدافع الشفقة عذرًا مخففًا للعقاب، اذا وقع القتل بناء على الحاح المريض، استناداً إلى ان القاتل في هذه الحالة ليس مجرمًا عاديًا بل مجرم مثالي أقدم على اقتراف فعله تحت تأثير عاطفة نبيلة . ومن هذه التشريعات التشريع الإماراتي بما ورد بمقتضى المادة ٩٦ من قانون العقوبات من أنه "يعتبر دافع الشفقة في القتل عذراً قانونياً مخففاً للعقوبة في بعض القوانين التي تجعل من بين نصوصها أساسا لذلك فإذا اقترنت الرحمة والشفقة بالقتل البسيط وجب على القاضي أن يأخذ هذا الظرف بالاعتبار وفقاً لما بين يديه من نصوص " . كما نصت المادة ١٥٧ من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على أنه " يعتبر الإنسان قد تسبب فيقتل إنسان آخر ولو كان فعله ليس هو السبب المباشر أو السبب الوحيد في الموت في الحالات الآتية : ...رابعا : إذا كان المجني عليه مصابا بمرض أو بأذى من شأنه أن يؤدي إلى الوفاة وعجل الفاعل بفعله موت المجني عليه. خامسا: إذا كان الفعل لا يفضي إلى الموت إلا إذا اقترن بعمل من المجني عليه أو من أشخاص آخرين ". كما تنص المادة ٥٣٨ من قانون العقوبات السوري ١٤٨ لسنة ١٩٤٩ المعدل بالقانون الصادر في ٣ يناير ٢٠١١ على أنه " يعاقب بالاعتقال المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات من قتل إنساناً قصداً بعامل الإشفاق بناءً على الحاجة بالطب ".

(٣) – يقصد بالباعث الدافع أو المصلحة التي تحث على تكوين العلم والإرادة اللذين يهدفان إلى تحقيق نتيجة معينة ، وبمعنى . أكثر بساطة . فالباعث هو السبب الشخصي للفاعل على ارتكاب الجريمة . وينبغي فى هذا المقام عدم الخلط بين الباعث والغاية ، فبينما يتمثل الأول في كونه عامل نفسي داخلي ، فإن الغاية تتبلور في كونها أمر موضوعي خارجي ، وبينما أن الباعث يعبر عن حاجة الإنسان فإن الغاية تعبر عن اشباع تلك الحاجة . وإن أمكن التشبيه فالباعث هو المحرك للجريمة ، وهذه الأخيرة هي الوسيلة لتحقيق الغاية . وتكون نتيجة ذلك أن الغاية تتجاوز النتيجة التي هي الأثر المباشر للسلوك الإجرامي ، والنتيجة كاعتداء على مصلحة يحميها القانون ، تدخل في مكونات الجريمة ويتوقف على تحققها وجود الجريمة . أما الغاية فلا يعتد بها القانون ولا تأثير لها على قيام الجريمة كالبواعث ، وان كان فى الامكان اخذها فى الاعتبار القضائي عند تقدير العقوبة

بالبواعث في تقدير قيام جريمة القتل ، وإن الباعث على ارتكابها ليس ركناً من أركانها [١] ، والخطأ فيه لا يقدح في سلامة الحكم [٢]. فمتى توافرت أركان جريمة القتل وجب العقاب ولو لم ينكشف الباعث الذى دفع الجاني إلي مقارفتها . [٣]

ومن ناحية ثانية ، وفى خصوص حكم رضاء المجني عليه بإيقاع فعل القتل عليه ، كما هو الحال في مريض يلح على طبيبه في إعطائه دواء قاتلا ليخلصه من آلام مرض عضال . في الواقع ، فإن القاعدة العامة في قانون العقوبات تتمثل في إنه إذا توافرت أركان الجريمة فإن رضاء المجني عليه لا يؤثر في قيامها قانوناً ولا في مسئولية مرتكبها وأن يكن له أحيانا بعض الأثر في تقدير العقاب. وعلى هذا وتطبيقا للمثال . سابق الذكر . تقوم المسئولية الجنائية للطبيب كاملة عن جريمة قتل عمد سواءً أرتكب الجريمة تحت باعث الشفقة أو بناءً على طلب المريض وإلحاحه .

وفى خصوص التشريع الفرنسي ، فقد صدر القانون رقم ٣٧٠ – ٢٠٠٥ في ٢٢ أبريل ٢٠٠٥ المتعلق بحقوق المرضى وإنهاء الحياة والذى يعرف ايضا بقانون Léonetti ، وقد تضمن هذا القانون خمسة عشر مادة [٤] . وقد أوضحت المادة الاولى L1111-1 من هذا القانون أن حقوق والتزامات مستخدمي المرافق الصحية قد تم إقرارها بهدف ضمان استدامة النظام الصحي وفى ضوء المبادئ التي يستند إليها . كما نظمت المادة الثانية L1111-2 الحق في الحصول على كافة المعلومات المتعلقة

راجع : د. يسر انور على ، شرح قانون العقوبات . النظريات العامة ، دار الثقافة الجامعية ، ١٩٩٥، ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ . وايضاً : د. ابراهيم عيد نايل ، قانون العقوبات . القسم العام ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ ، ص ٣١٤ . ٣١٦ .

(١) – ومع هذا فإن الباعث قد يعتد به في حالتين استثنائيتين . فمن ناحية قد يحدد الباعث العقوبة واجبة التطبيق ، وقد يكون هذا بنص القانون أو سلطة تقديرية متروكة للقاضي . ومن ناحية أخرى، قد يدخل الباعث فى تحديد القصد الجنائي ، وذلك في الحالات التي قد يتطلب فيها القانون صورة معينة من القصد الجنائي توصف بأنها " قصد جنائي خاص ، وفى هذه الحالة الأخيرة يتمثل الباعث بصيرورته جزءاً لا يتجزأ من الجريمة يضاف إلى الركن المعنوي العادي ويسمى القصد الجنائي الخاص . فالمشرع الجنائي لا يكتفي بقصد مخالفة نص التجريم لقيام الجريمة ، ولكنه يتطلب . فضلاً عن توافر هذا القصد . أن يقوم القاضي بالبحث عن الهدف أو المصلحة التي دفعت الجاني إلى إتيان سلوكه .

(٢) نقض ١٣ ديسمبر ١٩٥٤ ، مكتب فنى ٦ ، س ٢٤ ، رقم ١٠٥٥ ، ص ٢٧١ .

(٣) نقض ٢٦ابريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٤ع ، س ٧ ق ، رقم ٠٨٩٥ ، ص ٦٩ . نقض ١٠ مارس سنة ١٩٦٩ مكتب فنى ٢٠ ، س ٣٨ ، رقم ٢٢٠٧ ، ص ٣٢٣ . نقض ٢٥ نوفمبر١٩٦٨مكتب فنى ١٩ س ٣٨ رقم ١٣٥٥ ص ١٠٠٨ .

(4)- Loi n° 2005-370 du 22 avaril 2005, Relative aux droits des malades et à la fin de vie (loi Léonetti). Voir: Eric MONDIELLI, L'essentiel de la bioéthique et du droit de la biomédecine, Extenso Edition, Paris, 2008, P 145 .

بالحالة الصحية وكيفية العلاج والإجراءات الوقائية المقترحة وفائدته والعواقب المنتظرة . كما تعلقت المادة الثالثة L1111-3 بإرساء الحق في المعلومات الصادرة عن المؤسسات والخدمات الصحية العامة والخاصة والتكاليف وسبل الوقاية والتشخيص والرعاية . كما قررت المادة الرابعة L1111-4 حق الشخص في اتخاذ القرارات الصحية والمصيرية بعد ابلاغه بعواقب اختياراته ، وواجبات الطبيب في مثل هذه الحالات . كما أقرت المادة الخامسة L1111-5 حق المرضى في الحصول على الرعاية الأنسب والأكثر فائدة علاجية معترف بها . كما نظمت المادة السادسة L1111-6 الحق في تعيين الشخص الموثوق به . كما حددت المادة السادسة مكرر L1111-6-1 قواعد التعامل مع الأشخاص أصحاب الإعاقة الجسدية وقواعد التعليم والتدريب المهني . كما نظمت المادة السابعة L1111-7 لقواعد الحصول على المعلومات الصحية المضفى عليها طابع الرسمية والمحتفظ بها من قبل المؤسسات الصحية والمتخصصين الطبيين . وحددت المادة الثامنة L1111-8 لقواعد الاحتفاظ بالبيانات الصحية الشخصية التي تم جمعها بمناسبة إجراءات الوقاية والتشخيص والرعاية ، وقد أحالت المادة التاسعة L1111-9 إلي مرسوم مجلس الدولة لتعيين شروط الحصول على المعلومات الصحية لأحد الاشخاص .وتناولت المادة العاشرة L1111-10 لحالة المرض الخطير الغير قابل للشفاء ، وحددت المادة الحادية عشر L1111-11 لحق الشخص في تحرير التوجيهات المسبقة لإنهاء الحياة بالحد من العلاج أو وقفه . كما تناولت المادة الثانية عشر L1111-12 لحدود الشخص الموثوق به في إنهاء الحياة . ونظمت المادة الثالثة L1111-13 عشر لحق الطبيب المعالج في إعلان تقييد أو إنهاء العلاج في حالة المرض الخطير غير القابل للشفاء [١].

وفى خصوص قواعد إنهاء الحياة في حالة المرض الخطير وغير القابل للشفاء ، يمكن لنا استقراؤها من عدد من النصوص الواردة بموجب هذا القانون . فمن ناحية اولى ، نصت المادة L1111-4 [٢] من هذا القانون على أنه " يحق لكل شخص أن

([1])- Catherine LABRUSSE-RIOU, Quelques regards civilistes sur la fin de vie, Revue du l'institut de criminologie de Paris, édition ESKA, n° 5, 2005-2006, p 35 .

([٢]) – النص باللغة الفرنسية :

" Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.
Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du

يتزود من قبل المتخصصين في الطب بالمعلومات والتوصيات المتعلقة بحالته الصحية . ويجب على الطبيب أن يحترم إرادة الشخص بعد إبلاغه عن عواقب اختياراته ، وإذا كانت إرادة الشخص قد اتجهت إلي رفض أو إيقاف كافة المعالجات الطبية مما يضع حياته في خطر ، فيجب على الطبيب بذل كل جهد ممكن لإقناعه بقبول العلاج الأساسي ، ويحق له استدعاء أي عضو آخر في مهنة الطب . وفى كافة هذه الحالات ، يجب على المريض أن يكرر قراره – المسجل في سجله المرضى – بعد فترة زمنية معقولة . ويجب على الطبيب أن يحافظ على كرامة الموت ويضمن جودة الحياة من خلال توفير الرعاية المشار اليها في المادة L. 1110-10 . ولا يمكن ممارسة أي إجراء طبي أو علاجي بدون الموافقة الحرة والمستنيرة للشخص ، ويجوز سحب هذه الموافقة في أي وقت . وإذا كان الشخص غير قادر على التعبير عن إرادته ، فإن كافة حالات التدخل الجراحة أو التشخيصي لا يمكن إتمامها إلا في حالة الطوارئ أو الاستحالة ، ويجب استشارة الشخص الموثوق به المشار إليه في المادة L. 1111-6 ، والأسرة أو أقرب أقربائه ".

---

mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.

Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical.

Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.

L'examen d'une personne malade dans le cadre d'un enseignement clinique requiert son consentement préalable. Les étudiants qui reçoivent cet enseignement doivent être au préalable informés de la nécessité de respecter les droits des malades énoncés au présent titre.

Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions particulières relatives au consentement de la personne pour certaines catégories de soins ou d'interventions ".

ومن ناحية ثانية ، نصت المادة L1110-5 [1] في فقرتيها الاولى والثانية من هذا القانون على أنه " لكل شخص – مع الأخذ في الاعتبار حالته الصحية والحاجة الملحة للتدخل الطبي – الحق في الحصول على الرعاية الأنسب والأكثر فائدة علاجية معترف بها ، والتي تضمن أفضل فعالية صحية في أطار المعرفة الطبية التي أثبتت جدواها ، ولا ينبغي لأفعال الوقاية والتشخيص أو العلاج في حال توافر المعرفة الطبية أن تحمل له أخطار غير متناسبة مع التوقع . ولا ينبغي أن تؤتى هذه الافعال بعناد غير مقبول إذا كانت عديمة الفائدة أو غير متناسبة أو ليس لها من أثر على الصيانة الاصطناعية الوحيدة للحياة ، فيجب أن تعلق هذه الافعال أو لا يتم اتيانها . في مثل هذه الحالات ، يجب على الطبيب أن يحافظ على كرامة الموت ويضمن جودة الحياة من خلال توفير الرعاية المشار اليها في المادة L. 1110-10 ". كما تنص الفقرة الرابعة من ذات المادة على أنه " لكل فرد الحق في تلقى الرعاية للتخفيف من ألمه ، وهذا الحق ينبغي مراعاته في جميع الظروف " . كما تنص الفقرة الخامسة والاخيرة على أنه " يجب على المتخصصين في مجال الطب تنفيذ كل الوسائل المتاحة لضمان حصول الكافة على حياة كريمة حتى حدوث الموت ، وإذا وجد الطبيب إنه لن يستطيع

---

(1) – النص باللغة الفرنسية :

" Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté.

Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.

Les dispositions du premier alinéa s'appliquent sans préjudice de l'obligation de sécurité à laquelle est tenu tout fournisseur de produit de santé, ni des dispositions du titre II du livre Ier de la première partie du présent code.

Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée.

Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort. Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abréger sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical ".

تخفيف معاناة شخص في مرحلة متقدمة من مرض خطير وغير قابل للشفاء أياً كان سببه ، فيجب عليه تطبيق العلاج الذى قد ينجم عنه تأثير ثانوي على حياته ، ويجب في مثل هذه الحالة إعلام المريض دون المساس بما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة L. 1111-2 ، وشخص موثوق به المشار إليه في المادة L. 1111-6 ، والأسرة أو اقرب اقربائه . ويجب تسجيل الاجراء المتبع في السجل الطبي ".

ومن ناحية ثالثة ، وفى خصوص تعيين الشخص الموثوق به نصت المادة L1111-6 [1] من ذات القانون على أنه " يستطيع كافة الاشخاص البالغين تعيين شخص موثوق به ، والذي يمكن أن يكون أحد الوالدين أو الأقارب أو الطبيب المعالج ، والذى يتم التشاور معه في حالة من لا يكون قادراً عن التعبير عن إرادته والحصول على المعلومات اللازمة لهذا الغرض ، ويتم هذا التعيين بطريق الكتابة ، ويمكن إلغائه في أي وقت . وإذا رغب المريض ، فإن الشخص الموثوق به يصاحب له في جهوده ويحضر المواعيد الطبية لدعم قراراته . ويجب على كافة المؤسسات الصحية أن تقترح على المريض تعيين شخص موثوق به على النحو المنصوص عليه في الفقرة السابقة ، وهذا التعيين يكون متاح لمدة الاستشفاء على الأقل إلا إذا كان المريض لا يرغب في ذلك . ولا تسري أحكام هذه المادة في خصوص إجراءات الوصاية التي تم اتخاذها ، ومع ذلك ، فإن قاضى الوصاية يجوز له في هذه الحالة إما تأكيد مهمة الشخص الموثوق به أو إلغاء تعيينه ".

ومن ناحية رابعة ، نصت المادة العاشرة L1111-10 [2] من هذا القانون على أنه " عندما يكون الشخص في مرحلة متقدمة من مرض خطير وغير قابل للشفاء لأي

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

"Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci. "

(٢) – النص باللغة الفرنسية :

" Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin

سبب من الأسباب ، ويقرر الحد من العلاج أو ايقافه ، فعلى الطبيب احترام إرادته بعد ابلاغه بكافة نتائج اختياره ، ويتم تسجيل قرار المريض في ملفه الطبي . وعلى الطبيب واجب المحافظة على كرامة الموت ويضمن جودة الحياة من خلال توفير الرعاية المشار اليها في المادة L. 1110-10 ".

ومن ناحية خامسة ، نصت المادة الحادية عشر L1111-11 [1] على إنه " يستطيع كل شخص بالغ أن يحرر توجيهات مسبقة من اجل احتمالية صيرورته غير قادرا عن التعبير عن إرادته فيما بعد ، وتتعلق هذه الرغبات المسبقة برغبات الشخص المتعلقة بإنهاء الحياة من خلال الحد من العلاج أو ايقافه ، ويمكن إلغاؤها أو ايقافها في أي وقت . ويشترط أن يكون قد تم تحريرها في خلال ثلاث سنوات قبل فقدان الشخص لوعيه . ويجب على الطبيب أن يأخذ هذه القرارات بعين الاعتبار في مرحلة التشخيص أو اقرار المعاملة الطبية المتعلقة بالشخص . ويحدد مرسوم من مجلس الدولة لشروط الصحة والسرية والحفاظ على التوجيهات المسبقة ".

وفى خصوص حق الشخص الموثوق به في انهاء الحياة تنص المادة الثانية عشر L1111-12 [2] على أنه " عندما يكون الشخص في مرحلة متقدمة من مرض خطير وغير قابل للشفاء أيا كان السبب وغير قادر عن التعبير عن إرادته قد قام بتعيين شخص موثوق به وفقا لما تنص عليه المادة L. 1111-6 ، فإن رأي هذا الأخير –

---

respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical.

Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10."

(١) – النص باللغة الفرنسية :

" Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment.

A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant.

Un décret en Conseil d'Etat définit les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées."

(٢) – النص باللغة الفرنسية :

" Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause et hors d'état d'exprimer sa volonté, a désigné une personne de confiance en application de l'article L. 1111-6, l'avis de cette dernière, sauf urgence ou impossibilité, prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin."

فيما عدا الحالات الطارئة أو الاستحالة – يجب أن يسود على أي رأي غير طبي آخر لاستبعاد التوجيهات المسبقة عند اتخاذ قرارات التشخيص أو تقرير المعاملة الطبية الواجبة الاتباع من قبل الطبيب ".

ومن ناحية سادسة واخيرة ، تنص المادة الثالثة عشر L1111-13 [1] من ذات القانون على أنه " عندما يكون الشخص في مرحلة متقدمة من مرض خطير وفير قابل للشفاء أياً كان سببه ، غير قادر على التعبير عن إرادته ، يستطيع الطبيب أن يقرر تقييد أو ايقاف العلاج إذا كان عديم المفعول أو غير متناسب أو إذا كان الانعاش الصناعي هو السبيل الوحيد للإبقاء على حياة هذا الشخص بعد اتباع الإجراءات التي حددها قانون الزمالة لآداب مهنة الطب والتشاور مع الشخص الموثوق به المشار إليه في المادة L. 1111-6 والأسرة أو – إذا تعذر ذلك – أقاربه ، وعند الاقتضاء التوجيهات المسبقة للمريض .ويتم تسجيل هذا القرار وأسبابه في السجل الطبي . وعلى الطبيب واجب المحافظة على كرامة الموت ويضمن جودة الحياة من خلال توفير الرعاية المشار اليها في المادة L. 1110-10 ".

يمكن القول وفقا لما ورد من نصوص ، أن المشرع الفرنسي قد راعي حقوق المرضى في الحد من الحياة من خلال إجازته – بمقتضى نصوص هذا القانون – لهم بالتصريح بعدم الرغبة في استكمال الحياة بتلك الآلام غير المحتملة ، وبإمكان الطبيب أن يسهل ويساهم في موت ذلك المريض ، عن طريق إيقاف العلاج أو وسائل الإنعاش الصناعي أو اعطائه الأدوية المساعدة على ذلك ، ويقع على عاتق الطبيب في هذا الصدد واجب اخبار أسرة المريض بقراره الرامي إلي وقف العلاج ، وتسجيله في سجل خاص يعد لهذا الغرض . ولا تنعقد المسئولية الجنائية للطبيب عن قتل المريض أو المساعدة في انتحاره استناداً إلي أذن القانون ذاته .

الغصن الثاني

حكم ايقاف أجهزة الإنعاش الصناعي أو استمرارها بعد الموت الدماغي

---

(1) – النص باللغة الفرنسية :

" Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et consulté la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne. Sa décision, motivée, est inscrite dans le dossier médical.

Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10."

يمثل معيار موت خلايا المخ – وفقاً لقانون نقل وزراعة الأعضاء المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ واستناداً إلى المعايير الطبية التي أقرتها اللجنة الطبية المشكلة بالقرارين الوزاريين رقمي ٥٢٠ ، ٥٤٥ لسنة ٢٠٠٨ – معياراً حقيقاً لموت الإنسان ، فالشخص الذي لم تمت خلايا مخه ، يعتبر حياً في نظر القانون والطب ، حتى ولو فقد كل إدراك بالعالم الخارجي ، وهو ما يبرر في الوقت ذاته استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي لإنقاذ حياته حتى لا تموت خلايا مخه . [١]

يتضح مما سبق ، أنه منذ اللحظة التي يتأكد فيها نهائياً موت خلايا المخ والتأكد من توقف الأعضاء البيولوجية للجسد أثراً لذلك، يمكن للطبيب إيقاف عمل أجهزة الإنعاش الصناعي دون أن يشكل هذا الفعل جريمة القتل ، استناداً إلي أن من مفترضات قيام جريمة القتل وجود حياة إنسانية ، ومن الثابت أنه متى ماتت خلايا المخ تنتهي الحياة الإنسانية ومن ثم يستحيل عودة الإنسان إلي وعيه وحالته الطبيعية التلقائية . كما أن الإنعاش الصناعي لا تتمثل وظيفيته في إعادة الحياة الإنسانية بعد موت خلايا المخ وإنما مجرد إطالة الحياة العضوية بطريقة صناعية .

كما يمكن استمرار عمل هذه الأجهزة رغم حدوث الوفاة الدماغية بغرض المحافظة على القيمة البيولوجية للأعضاء باستقطاعها إذا كان المريض قد أوصى بذلك قبل وفاته وفقاً لما تقضى به المادة ٨ من قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ استناداً إلي أن صلاحية العضو المستأصل للزرع يعتمد بصفة أساسية على استمرار دخول الهواء المحمل بالأوكسجين والغذاء إليه ، والذى يمكن أن يستمر بفعل أجهزة الإنعاش الصناعي .

وتعزيزاً لما سبق ، فقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من ١١ إلي ١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م – بعد تداوله في سائر النواحي التي أثيرت حول موضوع " أجهزة الإنعاش " واستماعه إلي شرح مستفيض من الأطباء المختصين – أنه " يعتبر شرعاً أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة عند ذلك إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين :

١ – إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

٢ – إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء 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 مثلاً لا يزال يعمل آلياً بفعل الأجهزة المركبة ".

---

(١) – راجع : د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ .

وبالمثل ، فقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة في ٢٤ / ٢ / ١٤٠٨ هـ إن " المجلس قد نظر في موضوع تقرير حصول الوفاة بالعلامات الطبية القاطعة, وفي جواز رفع أجهزة الإنعاش عن المريض الموضوعة عليه في حالة العناية المركزة, واستعرض المجلس الآراء والبيانات الطبية المقدمة شفهيا وخطيا من وزارة الصحة في المملكة العربية السعودية, ومن الأطباء الاختصاصيين, وأطلع المجلس كذلك على قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في مدينة عمان العاصمة الأردنية رقم (٥) في ٣ يوليو ١٩٨٦ وبعد المداولة في هذا الموضوع من جميع جوانبه وملابساته انتهى المجلس إلي القرار التالي: المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش يجوز رفعها إذا تعطلت جميع وظائف دماغه نهائيا, وقررت لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين خبراء أن التعطل لا رجعة فيه, وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آليا بفعل الأجهزة المركبة, لكن لا يحكم بموته شرعاً إلا إذا توقف التنفس والقلب توقفاً تاماً بعد رفع هذه الأجهزة "

المبحث الثاني
ثبوت الموافقة قبل واقعة الاستقطاع

تمهيد :

يكتسب جسم الإنسان حرمة خاصة سواءً أثناء حياته أو بعد وفاته . وإذا كان الرضاء المستنير والحر شرطاً من شروط إباحة المساس بجسم المانح وهو على قيد الحياة وفقاً لما تقضى به القواعد العامة في إباحة الأعمال الطبية بصفة عامة والمادة ٥ من قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بصفة خاصة ، فإنه يعد كذلك لاستقطاع الأعضاء أو الأنسجة من جثته بعد مماته دون اعتداد بسبب الاستقطاع ، وما إذا كان لغرض علاجي يتجلى في ضرورة المحافظة علي حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده وفقاً لما تقضى به المادة ٨ من قانون نقل وزراعة الأعضاء ، أو لأغراض علمية كتشخيص الأمراض أو

الإصابات لمعرفة أسبابها مما يمكن الكشف معه على الطرق المناسبة للعلاج أو الكشف عن الأسباب الحقيقية للوفاة .

وترتيباً على ما سبق ، فإنه لا يمكن المساس بجسد الإنسان الميت إلا بعد التأكد من صدور الموافقة على ذلك والممثلة في الإيصاء بذلك أثناء حياته ، فإن صرح بالرفض فإنه يجب الاحتكام لإرادته دون الاعتداد أو الرجوع لأي إرادة أخرى ، ويثور في هذا الصدد تساؤلاً يتعلق بعدم الإفصاح بالموافقة على استقطاع الأعضاء حال حياته ، فهل ينتقل الإذن بالتصرف إلي أسرته ، أم يسقط بموت صاحبه ؟

تدفعنا الاجابة على هذا التساؤل إلي تقسيم هذا المبحث إلي مطلبين أساسيين . نتناول في أولهما لحكم ثبوت الإيصاء بالتصرف في الجثة . ونتعرض في ثانيهما لحالة عدم ثبوت الإيصاء بالتصرف في الجثة.

المطلب الأول
ثبوت الإيصاء بالتصرف في الجثة

تمهيد :

أباح المشرع المصري جواز المساس بجثة المتوفى في مجال نقل وزراعة الأعضاء بشروط محددة وفقاً لما ورد بمقتضى المادة ٨ من قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بنصها على أنه " يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة علي حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يُزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصي بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون " .[1]

كما نصت المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون نقل وزراعة الأعضاء الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٩٣ لسنة ٢٠١١ الصادرة في ١١ يناير ٢٠١١ على أنه " يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة علي حياة الإنسان أو علاجه من مرض خطير

---

(١) – ومن الجدير بالذكر ان الاعتماد التشريعي للمساس بالجثة ليس جديدا بالنسبة للمشرع المصري ، إذ نجد تطبيقا لذلك بما ورد فى المادة الثانية من القانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ الخاص بتنظيم بنوك العيون والذى نصت على أن " بنك العيون يتلقى رصيده عن طريق العيون الذى يوصى الأفراد أن يتبرعوا بها ".بالإضافة الى ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٢٠ والذى ألغى بصدوره القانون السابق من أنه " يتلقى بنك العيون رصيده من مصدرين هما : (أ) – عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها . (ب) – عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبياً . راجع بالتفصيل في هذا الصدد : د. أحمد محمود سعيد ، زرع الأعضاء بين الحظر والاباحة ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٨٦ ، ص ٣٧ ، ٣٨ .

أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يُزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك بمراعاة ما يأتي:

١. أن يكون المنقول منه والمنقول إليه مصري الجنسية، ويُكتَفَى في إثبات هذه الجنسية ببطاقة الرقم القومي أو جواز السفر، وذلك إذا لم يوجد تنازع علي الجنسية، فاذا ثار تنازع حول الجنسية فيجب إثباتها طبقاً للقواعد المقررة في القانون لإثبات الجنسية المصرية.

٢. أن يكون الميت قد أوصى بذلك قبل موته، علي أن تكون الوصية ثابتة بموجب إقرار كتابي مُوَثَّق بمصلحة الشهر العقاري والتوثيق حال حياة المنقول منه، أو واردة في ورقة رسمية تقطع بصدورها من الموصي، ويُقصد بتلك الورقة أياً من المحررات الرسمية المنصوص عليها في قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، علي أن تُعتَمَد من اللجنة العُليا لزراعة الأعضاء البشرية، ويحصل بعدها الموصي علي كارت توصية صادر من اللجنة.

٣. ويجوز أن تكون الوصية في شكل إقرار عرفي صادر من الموصي قبل وفاته إذا شهد عليه اثنان علي الأقل من الأقارب أمام اللجنة العُليا، وكان ممهوراً بتوقيع الموصي أو بصمته.

٤. أن تتضمن الوصية البيانات الكافية عن العضو أو النسيج الموصي به، وبيانات الموصي الشخصية، وتُسَجَل رسمياً ".

ويتضح من استعراض هذين النصين ، أن المشرع المصري قد ربط بين عملية الاستقطاع من الجثة ووجود الموافقة المسبقة الممثلة في الإيصاء. إلا أن الإيصاء كتصرف قانوني مضاف إلي ما بعد الموت يجب ان تتوافر به مقوماته، وهو ما يمكن التعبير عنه بشروط صحة الإيصاء . وفى هذا الصدد ، تتعدد وتتنوع هذه الشروط ما بين شروط خاصة بأطراف الإيصاء وشروط متعلقة بالوصية في حد ذاتها . بالإضافة إلي ذلك ، فقد نقل المشرع الوصية بالأعضاء البشرية من مصاف العقود الرضائية إلي مصاف العقود الشكلية لسهولة إثباتها والوقوف على الإرادة الحقيقية للمتوفى . وفى هذا الصدد يثور تساؤلاً متعلقا بمدى استلزام تلك الشكلية القانونية لإثبات رفض المتوفى لأية عملية استئصال من الجثة .

للإحاطة بكافة هذه المسائل ، سوف نقسم هذا المطلب إلي ثلاثة فروع متتالية . نتناول في أولها لشروط الإيصاء باستئصال الأعضاء من الجثة . ونتعرض في ثانيها لشكلية التصرف لاستقطاع الأعضاء البشرية . ونخصص الفرع الثالث والأخير لبيان حالة رفض الشخص التبرع بأعضائه بعد وفاته .

الفرع الأول

شروط الإيصاء باستقطاع الأعضاء من الجثة

أقر المشرع المصري بموجب قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية الإيصاء كشرط جوهري لإمكان الاستقطاع من الجثة ، ورغماً عن أن المشرع المصري لم يتعرض لشروط الإيصاء باستثناء شكليته ، إلا أنه وفقاً للقواعد العامة ، واستناداً إلي ما تمثله الوصية من كونها تصرفا قانونياً ينشئ بالإرادة المنفردة للمتبرع مضافاً إلي ما بعد وفاته [1] فإنه يشترط لتمامها عدة شروط . فمن ناحية أولى ، وفى خصوص الباعث على إصدارها ، فإنه يشترط ألا يكون أمراً منافياً للقانون أو الأخلاق أو الآداب العامة . وقد ورد هذا الاشتراط بموجب المادة الثالثة من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بنصها على أنه " يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع . وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفى الشريعة الاسلامية ".

---

(١) – يمثل ذلك التعريف الاصطلاحي للوصية كما ورد بالمادة الأولى من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ . أما عن تعريفها من الناحية اللغوية . فالوصية أصلها وصيية بياءين أدغمت الياء في الياء ، فصارت وصية وتجمع وصايا ، كعطية وعطايا ، ومطية ومطايا . وهي في الأصل مصدر سماعي فالقطيعة والنميمة ، والفعل منها وصى يوصي ، مثل وعى يعي ، أو اسم مصدر لأوصى يوصي ، كعطية و هدية ومن أعطى وأهدى لتضمنه معنى الفعل دون حروفه. كما تطلق على الشيء الموصي به ، فتكون فعلية بمعنى كنطيحة وذبيحة ومن مجيئها مصدرا أو اسم مصدر قوله تعالى ﴿ وَصِيَّةً مِنَ اللهِ وَاللهُ عَلِيْمٌ حَلِيْمٌ...﴾ (سورة النساء – الآية رقم ١٢) ، وقوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ...﴾ (سورة البقرة – الآية رقم ١٨٠). وهي لفظ مشترك بين عدة معاني : ترد بمعنى الإيصاء ، يقال وصيت الشيء بالشيء إذا وصلت به ، ومنه قولهم أرض واصية: أي متصلت النبات ، وبمعنى الأمر والفعل منه وصى مشددا ، وأوصى مثل قوله تعالى :﴿ وَلَقَدْ وَصَّيْنَا الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ...﴾(سورة النساء – الآية رقم ١٣١) . كما ترد بمعنى الاستعطاف، يقال أوصيته بولده إذا استعطفته عليه ، ومنه حديث واستوصوا بالنساء خيرا.

ومن ناحية أخرى ، فالوصية في الشرع أخص منها في اللغة وأعم منها عند الفقهاء ، فقد عرفها القرطبي بأنها عبارة عن كل شيء يؤمر بفعله ويعهد به في الحياة وبعد الموت ، وخصصها العرف بما يعهد بفعله أو تنفيذه بعد الموت .

وعرفها أبن حجر بقوله : هي عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت . أما فقهاء المالكية فقد عرفها أبن عرفة : عقد يوجب حقا في ثلث عاقده ، يلزم بموت أو نيابة عنه بعده.

وهي تجب على من له ما يوصي فيه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم :" ما حق امرئ مسلم ، له شيء يريد أن يوصي فيه ، يبيت ليلتين إلا وصية مكتوبة عنده ". وهي لا تصح ضرارا لقوله سبحانه وتعالى : " من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله و الله عليم حليم .." ولا وصية في معصية لقوله صلى الله عليه وسلم " إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم ، وزيادة لكم في أعمالكم "وهي في القرب من الثلث لقوله (ص) "الثلث والثلث كثير ".

لمزيد من التفصيل حول أحكام الوصية من الناحية الشرعية واللغوية ، راجع : محمد التاويل، الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٢.

ومن ناحية أخرى ، فإنه يشترط لصحة الوصية أن تكون موافقة الموصي صريحة قبل وفاته ، وأن تكون واضحة لا لبس فيها ، كما يجب أن تصدر الوصية عن إرادة حرة وخالية من العيوب التي تشوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس . وفى خصوص أهلية الموصي ، فإنه يشترط أن يكون الموصي عاقلاً مميزاً ، فإذا انعدم العقل والتمييز فلا وصية . ويثور في هذا الصدد تساؤلاً مفاده مدى إجازة الوصية من القاصر بموافقة الممثل القانوني له . في حقيقة الأمر ، ينبع منشأ هذا التساؤل فيما قرره المشرع المصري ذاته بمقتضى المادة ٣ من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون بنصها على أنه " ... فإذا كان الشخص قاصراً أو ناقص الأهلية فيلزم الحصول من وليه على إقرار كتابي... ". ووفقاً لما ورد بالنص القانوني ، فقد أعتد المشرع بوصية القاصر في مجال الإيصاء بالقرنية بشرط موافقة الولي على ذلك . فهل أعاد المشرع تكريس هذا الحق في قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية . في الواقع ، لم يتضمن قانون نقل وزراعة الأعضاء أو لائحته التنفيذية تنظيماً لحالة الإيصاء من القاصر . ويترتب على هذا الخلو الاحتكام إلي القواعد العامة في شأن صحة الوصية ، والتي تتطلب توافر الأهلية الكاملة . ونرى أن المشرع بهذا الإغفال قد جانبه الصواب فبالنظر لما تمثله الوصية من كونها تصرفاً مضافا إلي ما بعد الموت فلا تشكل خطورة على حياة القاصر ، بالإضافة إلى أنها لا ترد على مال أو حقوق مما قد يضر بورثة القاصر المحتملين . وقد تنبه المشرع الفرنسي إلي ذات النتيجة ، فتطلبت المادة ٢-L١٢٣٢ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بموجب القانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ لإمكان الاقتطاع من جثة القاصر تحقق شرط الموافقة الكتابية الصادرة من صاحب السلطة الأبوية أو ولى الأمر. [١]

ومن ناحية ثالثة ، يشترط في الوصية أن تكون بغير مقابل . ويستند ذلك إلي ما تقرره المادة ٦ من قانون نقل وزراعة الأعضاء بنصها على أنه " يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته علي سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أياً كانت طبيعته. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب علي زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته ". واستناداً إلي كون الوصية تصرفاً مضافاً إلي ما بعد الموت ، فللموصي الحق أن يرجع عن وصيته ، فتعد الوصية كأن لم تكن . ويستند إقرار هذا الحق لما تقرره المادة ١٨ من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بنصها على أنه "يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة . ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل

([1])- Eric MONDIELLI, op. cit., p.130 .

بقرينه أو عرف على الرجوع عنها . ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصي به ".

ومن ناحية رابعة ، وفى خصوص الموصي به ، فالأصل أن نطاق الوصية يمتد ليشمل كافة الأعضاء القابلة للنقل مثل الكبد ، والكلى ، والقلب ، والبنكرياس ، والأمعاء الدقيقة ، والرئة. كما يشمل الأنسجة كالجلد وصمامات القلب والأوعية الدموية والعظام وأي عضو آخر أو جزء منه أو نسيج يمكن نقله مستقبلاً وفقاً للتقدم العلمي. ويخرج عن هذا النطاق الأعضاء والأنسجة الحاملة للصفات الوراثية لمنع اختلاط الأنساب كالخصيتين والمبيضين وفقاً لما تقضى به الفقرة الأخيرة من قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بنصها على أنه " ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلي اختلاط الأنساب [١]. ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد ، أن المشرع المصري قد اشترط تعيين الموصي به وفقاً لما أورده البند الرابع من المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية بنصها على أن " تتضمن الوصية البيانات الكافية عن العضو أو النسيج الموصي به ". ويرجع هذا الاشتراط إلي الرغبة التشريعية في احترام إرادة الموصي بما قرره من مساس بجسده بعد وفاته واستناداً إلي ما يمثله هذا المساس من استثناء صريح على حرمة جثة الميت .

وفى خصوص التشريع الفرنسي ، فإنه إذا كان المشرع الفرنسي قد أقر الإيصاء لإمكان استئصال قرينة العين بعد الوفاة بموجب القانون الصادر في ٧ يوليو ١٩٤٩ ، إلا أنه قد عدل عن هذا الاشتراط بموجب قانون Caillavet رقم ١١٨١-٧٦ الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ ، وأعتمد على ما يسمي " بقرينة الموافقة " ، وقد كرس هذا المبدأ أيضاً بموجب القانون الصادر سنة ١٩٩٤ وتعديلاته ، إذ أنه وفقا لما تنص عليه المادة ١-١٢٣٢L من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ فإن " نقل الأعضاء من شخص متوفى وفقاً للأصول القانونية لا يجوز تنفيذه إلا لأغراض علاجية أو علمية .

وهذا النقل يمكن ممارسته بما أن الشخص لم يُعرف عنه في حياته رفضه لمثل هذا النقل . ويمكن التعبير عن الرفض بكافة الطرق وعلى وجه الخصوص عن طريق التسجيل في السجل الوطني الآلي المخصص لهذا الغرض ، وهو قابل للإلغاء في كل وقت .

---

(١)- راجع : د. مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٤١٥ .

واذا كان الطبيب لا يملك معرفة مباشرة عن إرادة المتوفى ، فلا بد له أن يجتهد في الجمع من أقارب المتوفى عن رفض التبرع بالأعضاء المحتملة المعبر عنه في حياته من قبل المتوفى بكافة الطرق ، ويبلغهم بنتيجة النقل المرتقب ". [١]

ووفقاً لما ورد بهذه المادة ، فقد أعتمد المشرع الفرنسي لإمكان الاستقطاع على حيلة قانونية نقل بموجبها عبء إثبات الموافقة من الجراح إلي المتبرع بالعضو بعد وفاته ، فالاقتطاع من الجثة جائز إلا إذا عارضه المتوفى صراحة أثناء حياته ، حيث تستخلص موافقة الشخص على الاقتطاع بطريقة ضمنية ، استناداً إلي أن الذي لم يعترض على الاقتطاع من جسده بعد وفاته يعد قد وافق على ذلك . [٢]

إلا أنه وبالرغم من هذا الاستثناء ، فقد أستلزم المشرع الفرنسي الحصول على الموافقة الصريحة من المتبرع في حالة الاقتطاع من جثة قاصر أو عديم الأهلية ، فوفقاً لما تنص عليه المادة L١٢٣٢-٢ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بموجب القانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ فإنه " إذا كان الشخص المتوفى قاصر أو بالغ تحت الوصاية ، فإن النقل لغاية أو أكثر من الغايات المذكورة في المادة L. 1232-1 لا يمكن حدوثها إلا بتحقق شرط الموافقة الكتابية الصادرة من صاحب السلطة الأبوية أو ولى الأمر . ومع ذلك ، وفى حالة استحالة التشاور مع أحد اصحاب السلطة الأبوية ، فإن النقل يمكن إجراءه بشرط موافقة الطرف الآخر كتابياً ". [٣]

الفرع الثاني

---

(١)- النص باللغة الفرنسية :

" Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques .

Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment .

Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés ".

(2)- Ahmed ABDULDAYEM, op. cit, p286 .

(٣). النص باللغة الفرنسية :

" Si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L. 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit.

Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit ".

شكلية التصرف لاستقطاع الأعضاء من الجثة

الأصل في الوصية هو عدم تطلب شكل محدد تفرغ فيه ، إذ أن الموصي يستطيع أن يعبر عن إرادته بأي صورة كانت . وقد كرس المشرع المصري هذه الطبيعة بمقتضى المادة الثانية من قانون الوصية المصري بنصها على إنه " تنعقد الوصية بالعبارة وبالكتابة فاذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة ".

وقد غاير المشرع المصري هذه الطبيعة بما تطلبه بمقتضى المادة الثامنة من قانون نقل وزراعة الأعضاء من شكلية الإيصاء بنصها على إنه " ... إذا كان الميت قد أوصي بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون " ، والبند الثاني والثالث من المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية للقانون بنصها على إنه " ٢ – أن يكون الميت قد أوصى بذلك قبل موته، علي أن تكون الوصية ثابتة بموجب إقرار كتابي مُوَثَّق بمصلحة الشهر العقاري والتوثيق حال حياة المنقول منه، أو واردة في ورقة رسمية تقطع بصدورها من الموصي، ويُقصد بتلك الورقة أياً من المحررات الرسمية المنصوص عليها في قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، علي أن تُعتَمَد من اللجنة العُليا لزراعة الأعضاء البشرية، ويحصل بعدها الموصي علي كارت توصية صادر من اللجنة. ٣–ويجوز أن تكون الوصية في شكل إقرار عرفي صادر من الموصي قبل وفاته إذا شهد عليه اثنان علي الأقل من الأقارب أمام اللجنة العُليا، وكان ممهوراً بتوقيع الموصي أو بصمته ".

وهذه المغايرة في تطلب شكل الإيصاء لم تخالف الموقف الثابت للمشرع المصري في تنظيمه السابق للمساس بالأعضاء البشرية . إذ نصت المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ في شأن إنشاء بنوك للعيون في إقليمي الجمهورية على إنه " يشترط في الحالات المنصوص عنها في الفقرتين (أ) و (ب) من المادة السابقة ضرورة الحصول على إقرار كتابي منهم وهم كاملوا الأهلية ، وفى الحالات المنصوص عليها في الفقرتين (ج) و (د) يجب صدور إقرار بالموافقة على استئصال العين من أقرب الأولياء على النفس العصبات إلي المتوفى ... " ، كما نصت المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون على إنه " يشترط في الحالات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة السابقة ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرعين أو الموصين وهم كاملو الأهلية ويسري هذا الحكم أيضاً على الحالات الواردة في الفقرة (ب) فإذا كان الشخص قاصراً أو ناقص الأهلية فيلزم الحصول من وليه على إقرار كتابي ... ".

وقد أثار تطلب الكتابة كشكل للإيصاد بأعضاء جثة المتوفى عدداً من المشاكل العملية دعت بعض الفقه إلي انتقادها والدعوة بالإحجام عنها استناداً إلي ما يؤدي إليه

الإغراق في الشكلية إلي إنقاص عدد الأشخاص الراغبين في التبرع بأعضائهم بعد الوفاة . بالإضافة إلي أنه من الصعوبة أن يطلب من إنسان مريض يخضع لتدخل علاجي أو جراحي بأن يأذن كتابة باستقطاع عضو أو نسيج من جسده بعد وفاته ، بل أن مجرد المطالبة في حد ذاتها من شأنها التأثير على الحالة النفسية للمريض وإضعاف روحه المعنوية. [1]

وفى حقيقة الأمر ، فإنه إن كان لهذه الاتجاه السابق حججه المنطقية التي يستند إليها في تبرير موقفه بالاستغناء عن الكتابة كشرط للإيصاد بالأعضاء البشرية بعد الوفاة ، إلا أن عدم اشتراط الكتابة أو الشكلية يثير أيضاً من الناحية العملية مشاكل جمة ، يكمن أهمها في صعوبة إثبات رغبة المتوفى الحقيقة في التبرع بعضو من أعضاء جثته أو نسيج منها بعد وفاته من عدمه ، وما يؤدي إليه من احتمالية فشل عملية النقل في حد ذاتها لو ثبت اتجاه إرادة المتوفى إلي ذلك للتأخير الذى يتنافى والسرعة التي تستلزمها طبيعة عمليات نقل الأعضاء .

الفرع الثالث

رفض الشخص التبرع بأعضائه بعد وفاته

يملك الشخص الحرية الكاملة في التبرع بأعضاء جسده بعد مماته من عدمه ، وقد تباينت التشريعات في الاعتماد على نموذج واحد للتعبير عن رفض الاستئصال من الجثة ، فهناك من التشريعات ما يعتمد على الكتابة للتعبير عن رفض الشخص الاقتطاع من جثته بعد مماته ، وهناك من يعتمد على وسيلة أخرى وهي بطاقات التبرع .

أولاً– الكتابة كوسيلة للتعبير عن رفض الاستقطاع من الجثة :

في خصوص موقف المشرع المصري ، فالأصل هو حرمة جثة المتوفى وعدم المساس بها وإن الاستثناء على هذا الأصل يكمن في إباحة نقل وزراعة الأعضاء بمقتضى القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ . وعليه ، وكقاعدة عامة ، فلا يمكن المساس بجثة المتوفى طالما لم يعلن إرادته بالاستقطاع من جثته بعد مماته ووفقا للشكل المعتمد قانوناً والمتمثل في الوصية الموثقة أو المثبتة في محرر رسمي أو الإقرار العرفي وفقا لما أورته المادة الثامنة من القانون سالف الإشارة ولائحته التنفيذية . ومخالفة الإرادة الحقيقية للمتوفى بالمساس بجثته سواءً لغرض علاجي أو علمي يهدم سبب الإباحة ويقيم المسئولية الجنائية وفقاً لما أوردته المادة ٢٣ من قانون نقل وزراعة الأعضاء بنصها على أنه " يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف

---

(1) – في استعراض هذا الاتجاه . راجع : د. احمد شوقي أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ .

جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أي حكم آخر من أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية ".

ومن ناحية أخرى ، فقد تعرض المشرع المصري لحالة عدول المتبرع عن تبرعه بمقتضى الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة الخامسة من القانون بنصها على أنه " وفي جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته علي التبرع العدول عن التبرع حتي ما قبل البدء في إجراء عملية النقل. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون ضوابط التبرع وإجراءات تسجيله " .كما نصت الفقرة الثالثة من المادة ٥ من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه " ويجوز للمتبرع العدول عن تبرعه إلي ما قبل البدء في عملية الاستئصال دون أدنى مسئولية عليه، علي أن يُسجل ذلك في الدفتر المشار إليه، وإذا ثبت تكرار هذا العدول دون سبب جدى أو مبرر مقبول فانه لا يُعتد بأي طلب يُقدم منه بعد ذلك للموافقة علي التبرع، وتُخطر بذلك جميع المنشآت المُصرح لها بالنقل ". ووفقا لما ورد بهاتين المادتين ، فقد اعتد المشرع برفض المتبرع الاستقطاع من جسده بعدوله بشرط إثبات هذا العدول في السجل المعد لذلك . ويعنى ذلك أن الوسيلة المعتمدة قانوناً للاعتداد بهذا الرفض أو العدول هي الكتابة . وتكمن العلة التشريعية من اشتراط الكتابة في حالة الاعتراض علي الاستئصال من الجثة في احترام إرادة المتبرع في عدم المساس بجسده ، وإعلاء لمبدأ حرمة الجسد باعتباره يمثل الأصل العام الذى يمكن الركون إليه .

وفى خصوص التشريع الفرنسي ، فلم يستلزم المشرع الفرنسي أية شكلية خاصة لإثبات رفض المتوفى لأية عملية استئصال من الجثة ، إذ أجاز له التعبير عن رفضه بأية وسيلة كانت . وفى هذا تنص الفقرة الثانية من المادة ١-L١٢٣٢ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بموجب القانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على أنه " ويمكن التعبير عن الرفض بكافة الطرق وعلى وجه الخصوص عن طريق التسجيل في السجل الوطني الآلي المخصص لهذا الغرض ، وهو قابل للإلغاء في كل وقت " [١] . وتطبيقاً لذلك ، يمكن أن يتم رفض الاستئصال بتصريح صادر عن صاحب الشأن ذاته أثناء تواجده في المؤسسة الطبية ، ويمكن حدوثه بشهادة أقاربه أو أي شخص كان قد حصل على تصريح أو وثيقة من المتوفى تفيد رفضه إجراء الاستقطاع ، كما يمكن إثبات هذا الرفض بتسجيله في السجل الوطني الآلي والمخصص لذلك الغرض .

ثانياً- بطاقات التبرع كوسيلة للتعبير عن رفض الاستقطاع من الجثة :

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

" Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment ".

بعدم ابداء المريض ما يفيد قبوله أو رفضه للاستقطاع من أعضاء جسده بعد وفاته ، فإن هناك من التشريعات كالتشريع الفرنسي على سبيل الخصوص يلزم الطبيب بالاجتهاد للحصول على ما يفيد إبداء المريض لموافقته أو رفضه لإجراء الاستقطاع حال حياته ، وهو ما تنص عليه الفقرة الثالثة والرابعة من المادة ١-L١٢٣٢ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بموجب القانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ بنصها على أنه " إذا كان الطبيب لا يملك معرفة إرادة المتوفى مباشرة ، فلا بد له أن يجتهد في الجمع من أقارب المتوفى عن رفض التبرع بالأعضاء المحتملة المعبر عنه في حياته من قبل المتوفى بكافة الطرق ، ويبلغهم بنتيجة النقل المرتقب . ويتم إبلاغ الاقارب لحقهم في معرفة النقل الذى تم "[١].

إلا أنه ومن ناحية أخرى، فقد لا يتفق هذا الإجراء والسرعة التي تستلزمها عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية استناداً إلي ضرورة إعمالها بعد التحقق من حدوث الوفاة مباشرة لما يقتضيه ذلك من الحفاظ على القيمة البيولوجية للعضو أو النسيج المراد نقله . بالإضافة إلي ذلك ، فقد لوحظ أن محاولات الاطباء الحصول على موافقة أسرة المتوفى للقيام بالاستقطاع غالباً ما تقابل بالرفض استناداً إلي الحالة النفسية السيئة التي تمر بها الأسرة عقب الوفاة مباشرة . لكل هذه الأسباب اعتمدت وكالة الطب الحيوي الفرنسية Agence de la biomédecine نظام البطاقات الخاصة بالتبرع ، والتي تثبت بحملها وجود الأذن المسبق باستئصال الأعضاء من الجثة بعد الوفاة ، فإذا توفى الشخص دون التراجع عن رضائه فإن العثور على بطاقة التبرع معه تغني عن اتخاذ الإجراءات القانونية للحصول على رضا أفراد الأسرة ، كما تسمح هذه البطاقة للشخص بالرجوع عن رضائه بالتصرف في جثته في أي وقت يشاء . [٢]

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

" Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés.

Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués".

(٢) – نموذج للبطاقات الخاصة بالتبرع بالأعضاء البشرية :

بالإضافة إلي ذلك ، فقد قنن المشرع الفرنسي طريقة أخرى لإثبات عدم موافقة الشخص عن المساس بجثته بعد وفاته ، والتي تنحصر في إثبات الرفض في السجل الوطني، فإذا لم يسجل الشخص اسمه في هذا السجل يعتبر قد وافق على عملية الاقتطاع من جثته وهو ما يعرف بقرينة الموافقة . وفى هذا تنص الفقرة الثانية من المادة ١-L١٢٣٢ من قانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بموجب القانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ على أنه " ويمكن التعبير عن الرفض بكافة الطرق وعلى وجه الخصوص عن طريق التسجيل في السجل الوطني الآلي المخصص لهذا الغرض ، وهو قابل للإلغاء في كل وقت ".

المطلب الثاني
عدم ثبوت الإيصاء بالتصرف في الجثة

تمهيد :

إذا كانت إرادة الشخص قد اتجهت أثناء حياته إلي الإيصاء بنقل عضو أو نسيج من جسده بعد وفاته ، أو جاءت رافضة للإيصاء . فلا بد من احترام هذه الإرادة على النحو الذى أراده صاحبها . إلا أنه – وفى كثير من الأحيان – قد يتوفى الشخص دون إبداء رغبته أو بيان إرادته في هذا الصدد ، الأمر الذي يثير تساؤلاً ملحاً بمدى انتقال حق التصرف في الجثة إلي أقارب الميت أو الدولة من عدمه .

في حقيقة الأمر ، يمكن القول بأن الإجابة على هذا التساؤل كانت وما زالت محلاً لخلف فقهي وجدل فكرى أثر على التشريعات المقارنة. إذ بينما يذهب اتجاه أول إلي انتقال حق التصرف في الجثة إلي أسرة الميت أو أقاربه . يرى اتجاه آخر بانتقال هذا الحق إلي الدولة ذاتها .

لمزيد من التفصيل ، راجع على الموقع الإلكتروني :

- http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F18515.xhtml#N1008E .

ولاستجلاء كينونة هذا الخلف والإحاطة بالنتائج الناجمة عنه وموقف التشريعات منه سوف نقسم هذا المطلب إلي فرعين . نتناول في الفرع الأول للاتجاه القائل بانتقال حق التصرف في الجثة إلي أسرة المتوفى . ونتعرض في الفرع الثاني للاتجاه الآخر المنادي بامتلاك الدولة لحق التصرف في الجثث .

الفرع الأول

انتقال حق التصرف في الجثة إلي أسرة المتوفى

ذهب هذا الاتجاه إلي القول بأن عدم إبداء الشخص لرغبته بالموافقة أو الرفض بالاستقطاع من جسده حال حياته ينقل هذا الحق بعد وقوع الوفاة إلي أفراد أسرته . وقد انقسم أفراد هذا الاتجاه فيما بينهم إلي فريقين ، يشترط أولهما صدور الموافقة الصريحة من أسرة المتوفى ، بينما يرى الفريق الآخر الاكتفاء بالموافقة الضمنية لها .

أولاً – الموافقة الصريحة للأسرة بالاستئصال من الجثة :

يذهب هذا الاتجاه الفقهي إلي ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة لأفراد أسرة المتوفى حتى يتسنى القيام بإجراء عملية الاستقطاع من الجثة في حالة صمت هذا الأخير عن إظهار إرادته في هذا الخصوص . ويستند أنصار هذا الاتجاه في منح أسرة المتوفى هذا الحق واشتراط موافقتهم الصريحة عن الاستقطاع في حماية حقوقهم المعنوية على جثة قريبهم ، تلك الحقوق التي تجد جذورها في صلة الدم ، والقرابة التي تربط أفراد الأسرة ، ولذلك فهم يخلفون قريبهم المتوفى في المحافظة على كرامة جثته ، فالتغاضي عن موافقة الأسرة ينطوي على اعتداء صارخ لحقوقهم المعنوية وللاحترام الواجب نحو الأموات [١] . بالإضافة إلي ذلك ، فإن للأسرة دوراً كبيراً في إظهار الإرادة الحقيقية للمتوفى وكشف رغبته في مجال الاستقطاع من جثته بعد وفاته. [٢]

إلا أن اشتراط الحصول على موافقة أسرة المتوفى يثير تساؤلاً متعلقاً بوقت الحصول على هذه الموافقة ، هل يثبت لها هذا الحق بعد حدوث واقعة الوفاة مباشرة أو قبل ذلك ؟ في حقيقة الأمر ، ورغماً عن أن المنطق يقتضى ثبوت هذا الحق للأسرة بعد حدوث الوفاة مباشرة – وتتسق هذه النتيجة مع طبيعة حق الأسرة ذاته في التصرف في جثة المتوفى ، إذ أن حق الأسرة على جثة أحد أفرادها ليس حق ملكية وانما هو حق معنوي يجد أساسه في صلة الدم والقرابة التي تربط بين جميع أفراد الأسرة – إلا أن هناك اتجاهاً في الولايات المتحدة الأمريكية ينادي بثبوت هذا الحق للأسرة بمجرد أن يصبح

---

(١) – راجع فى عرض هذا الاتجاه : د. احمد شوقي أبو خطوة ، المرجع السابق ،ص ٢٢٠ ؛ د. حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، ص ١٩٨ .

(2)- Ahmed ABDULDAYEM, op. cit., p 288 .

الشخص على وشك الموت استناداً إلي صعوبة أخذ رأي المريض في اللحظات الأخيرة من حياته ومراعاة لحالته النفسية . [١]

ونميل إلي الموافقة على هذا الاتجاه الأخير لاعتبارات عملية تنحصر في طبيعة عمليات نقل الأعضاء البشرية ذاتها وما تحتاجه من سرعة لنجاحها ، إذ أن انتظار موافقة الأسرة بعد حدوث الوفاة قد يؤدي إلي تلف الأعضاء أو الأنسجة المراد استقطاعها من الجثة وضياع قيمتها البيولوجية [٢] . بالإضافة إلي ذلك ، فقد لوحظ مدى صعوبة الحصول على موافقة الأسرة على الطلب الطبي بالاستقطاع عقب حدوث الوفاة مباشرة بالنظر للحالة النفسية السيئة التي تصيب الأسرة في ذلك الوقت والتي تؤثر على قرارها بالاستقطاع من الجثة . ومن ناحية أخرى ، فإن تطلب الحصول على موافقة الأسرة رغم عدم حدوث وفاة المريض في بعض الحالات يؤيده حالة المريض ذاته وضرورة اتخاذ بعض الإجراءات الطبية ، فالمريض الذي أصبح في حالة غيبوبة كاملة نظرا لموت خلايا الدماغ يعد ميتا من الناحية الطيبة ويستحيل عودته إلي الحياة مهما طال مكوثه على أجهزة الإنعاش الصناعي ، ورغما عن ذلك فإنه لا يمكن إسباغ صفة الوفاة القانونية في مثل هذه الحالة إلا باتخاذ الإجراءات الرسمية لوفاته . ومنذ هذه اللحظة ، يمكن الحصول على موافقة أسرته بوقف أجهزة الانعاش الصناعي وإجراء الاستقطاع فوراً . [٣]

ومن التشريعات العربية التي اعتنقت هذا الاتجاه التشريع الإماراتي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، حيث تنص المادة ٦ منه على أنه " يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بشرط الحصول على موافقة أقرب الأشخاص إليه حتى الدرجة الثانية فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة غالبيتهم ، وفى جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي وذلك بالشروط الآتية :

١ – التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة أطباء متخصصين ممن يوثق فيهم من بينهم طبيب متخصص في الأمراض العصبية على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية .

٢ – ألا يكون الشخص المتوفى قد أوصى حال حياته بعدم استئصال أي عضو من جسمه وذلك بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية ".

كما تنص المادة ٥ من المرسوم بقانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء على أنه " يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفي بموافقة من وجد حال

---

(١) – راجع : د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

(٢) – قارب : د. حسن عودة زعال ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ ؛ د. محمد صلاح الدين إبراهيم خليل ، المرجع السابق ، ص ٣٩٥ .

(٣) – راجع : د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

وفاته من أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة غالبيتهم. وفي جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي ويكون ذلك بمراعاة ما يلي: أ- التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة أطباء اختصاصيين من بينهم طبيب اختصاصي في الأمراض العصبية على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية. ب- ألا يكون الشخص المتوفي قد اعترض حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه وذلك بإقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية ".

كما تنص المادة ٧ من القانون القطرى رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية على أنه " يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بموافقة من وجد، حال وفاته، من أقرب أقربائه، كاملى الأهلية، حتى الدرجة الثانية، فإذا تعدد الأقارب فى مرتبة واحدة، وجب موافقتهم جميعاً. وفى جميع الأحوال تكون الموافقة بموجب إقرار كتابى يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية، بعد مراعاة ما يلى :

١ - التحقق من الوفاة بصورة قاطعة، بموجب تقرير كتابى يصدر بالإجماع عن لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين، من بينهم طبيب اختصاصى فى الأمراض العصبية، على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية، أو أحد أقارب المريض المتبرع له أو الشخص المتوفى، أو من تكن له مصلحة فى وفاته.

٢ - ألا يكون الشخص المتوفى قد اعترض حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه، وذلك بموجب اعتراض كتابي، أو بشهادة شاهدين كاملي الأهلية ".

كما تنص المادة ٥ من القانون الاردني رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ بشأن الانتفاع بأعضاء جسم الانسان والمعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٠ على أنه " للأطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة نقل العضو من جسم إنسان ميت إلي جسم إنسان آخر حتى يكون بحاجة لذلك العضو في أي من الحالات التالية :-

أ - إذا كان المتوفى قد أوصى قبل وفاته بالنقل بإقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية .

ب- إذا وافق أحد أبوي المتوفى في حالة وجودهما على النقل أو وافق عليه الولي الشرعي في حالة عدم وجود الأبوين .

ج - إذا كان المتوفى مجهول الهوية ولم يطالب أحد بجثته خلال (٢٤) ساعة بعد الوفاة على أن يتم النقل في هذه الحالة بموافقة المدعي العام ".

كما تنص المادة ٥ من المرسوم بقانون البحريني رقم ١٦ لسنة ١٩٩٨ بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية على أنه " يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى، بشرط الحصول على موافقة أقرب الأشخاص إليه حتى الدرجة الثانية، فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة، وجبت موافقة غالبيتهم.

وفي جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي، وذلك بالشروط التالية:

١- التحقق من الوفاة بصورة قاطعة، بواسطة لجنة طبية تشكل من ثلاثة أطباء متخصصين، من بينهم طبيب متخصص في الأمراض العصبية، على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية.

٢- ألا يكون الشخص المتوفى قد أوصى حال حياته بعدم استئصال أي عضو من جسمه وذلك بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية ".

وفى خصوص التشريع المصري ، فقد خلا القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ الخاص بتنظيم نقل الأعضاء البشرية من أي نص يعطي لأقارب المتوفى الحق في الأذن بالاستقطاع من الجثة أياً كانت درجة قرابتهم بالميت ، وقد قصر المشرع شرط جواز الاستقطاع من الجثة على حالة صدور وصية مثبتة في محرر رسمي أو عرفي وفقا للشروط التي أوردتها المادة ٨ من القانون ذاته واللائحة التنفيذية له .

ورغماً عن أن المشرع المصري لم ينظم لحالة انتقال حق التصرف في الجثة إلي أسرة المتوفى ، إلا أنه قد تبني هذا الاتجاه في القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالمواليد والوفيات ، حيث نصت المادة الثانية منه على أنه " يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة بناءً على طلب إحدى الجهات الصحية ، أو الجامعية للاحتفاظ لديها بهذه الجثة للأغراض العلمية ، وذلك بعد موافقة جميع ذوي الشأن من أقارب الميت ". وأيضاً القرار بقانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ في شأن إنشاء بنوك للعيون في إقليمي الجمهورية ، حيث نصت المادة ٣ منه على أنه " يجب صدور إقرار بالموافقة على استئصال العين من أقرب الأولياء على النفس العصبات إلي المتوفى ، ويراعي في ذلك مراتب الولاية على النفس وفقاً لأحكام القانون ، وفى حالة وجود أكثر من واحد من العصبات في مرتبة واحدة تلزم موافقة أغلبيتهم ".

ونوصي المشرع المصري بإفراد نص خاص يعطى لأسرة المتوفى الحق في الموافقة على استقطاع الأعضاء في حالة صمت هذا الأخير عن اظهار إرادته في هذا الخصوص للاعتبارات العملية التي سبق ذكرها .

ثانياً – الموافقة الضمنية للأسرة بالاستئصال من الجثة :

أثراً لما قد يترتب من اشتراط الموافقة الصريحة لأسرة المتوفى من إعاقة أو تأخير في إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، واستنادا إلي أن المفاضلة بين المصلحة العلاجية للمرضى الذين هم بحاجة للأعضاء البشرية ومصلحة المتوفى

وأسرته يقتضى تفضيل مصلحة المرضى الأحياء. فقد نادي اتجاه فقهي بافتراض رضاء الأسرة أو تحققه ضمنياً ما لم يثبت العكس . [١]

ووفقاً لهذا الاتجاه ، يحق للطبيب أن يباشر عملية استئصال الأعضاء والانسجة اللازمة من الجثة طالما لم يصل إليه أي اعتراض من جانب أسرة المتوفى في الوقت المناسب ، ويعنى ذلك أن مضمون هذا الاتجاه يقوم على أساس افتراض " قرينة الرضاء المسبق " ، إلا أن هذه القرينة ليست حتمية بل أنها قابلة لإثبات العكس باعتراض الأقارب ذاتهم وفقا للشكل المحدد قانوناً .

وقد تعرض هذا الاتجاه للبحث والنقاش في عدد من المؤتمرات والمحافل العلمية . والذى انتهى البعض منه إلي قبوله وإقراره . ومن ذلك المؤتمر الدولي لرجال القضاء المنعقد ببيروجيا Perugia بإيطاليا عام ١٩٦٩ ، وقد انتهى هذا المؤتمر في توصياته إلي أنه " يفترض وجود الإذن بالأخذ من قبل المتوفى أو من قبل أقربائه ، ومع ذلك لا يجوز أخذ عضو من جثة إذا كان المتوفى أثناء حياته أو كان أفراد عائلته قد منعوا ذلك بتصريح كتابي . ويجب تبصير الرأي العام بأن قرينة الرضاء باستئصال الأعضاء تتعلق بالمصلحة العامة وتتفق مع ضرورة التعاون والتضامن الإنساني التي تتمثل في إنقاذ حياة إنسان مريض في خطر ، وأن هذه القرينة لا تنطوي على أي مساس بالاحترام الواجب لجثة الميت أو النيل من كرامته " [٢] . كما أعلنت اللجنة الوزارية المنبثقة عن المجلس الأوروبي في قرارها الصادر بتاريخ ١١ مايو ١٩٧٨ والخاص بالتنسيق بين تشريعات الدول أعضاء المجلس في مجال استئصال الأعضاء أن الضرورة العلمية تتطلب استئصال الأعضاء من الجثث عندما لا يوجد ما يؤكد أن صاحبها كان سيعترض على ذلك .[٣]

ومن التشريعات التي اعتنقت هذا الاتجاه التشريع الانجليزي الصادر عام ١٩٦٨ والمسمى بقانون نقل الكلى والذي عرض على مجلس العموم البريطاني ووافق عليه ، ووفقاً لهذا القانون ، فقد قنن المشرع " قرينة الموافقة أو افتراض الرضاء " ، والتي ينحصر مضمونها في إسباغ صفة المشروعية على عمليات استقطاع الكلى وزرعها ، ما لم يوجد سبب يحمل على الاعتقاد بأن المتوفى كان سيرفض هذه العملية. [٤]

وبالمثل ، فقد تبنى المشرع الفرنسي هذا الاتجاه بقانون Caillavet رقم ١١٨١ الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ ، حيث قررت المادة الثانية منه أنه " يمكن إجراء

---

(١) – راجع فى عرض هذا الاتجاه : د. احمد شوقي أبو خطوة ، المرجع السابق ،ص ٢٢٤ ؛ د. حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ .

(٢) – انظر : د. احمد شوقي أبو خطوة ، المرجع السابق ،ص ٢٢٥ .

(٣)– راجع : د. مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٣١٢ .

(٤) – قارب : د. حسني عودة زعال ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

الاستقطاع لأغراض علاجية أو علمية على جثة متوفى ، لم يعرف عنه أنه قد أعترض أثناء حياته على هذا الاستقطاع . وإذا كان المتوفى قاصراً أو غير قادر ، فإن الاستئصال لا يجب أن يتم إلا بعد الحصول على موافقة ممثله القانوني بذلك ". [١]

وقد أبقى المشرع الفرنسي على قرينة افتراض الرضاء بقانون الصحة العامة رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٨٠٠ -٢٠٠٤ الصادر في ٦ اغسطس ٢٠٠٤ ، وإن كان قد عمد إلي التضييق من نطاق هذه الموافقة المفترضة بإلقائه على الطبيب التزاما بالسعي لمعرفة الإرادة الحقيقة للمتوفى أثناء حياته في خصوص استقطاع الأعضاء من جثته . وفى هذا الشأن تنص المادة ١-١٢٣٢L على أنه " لا يجوز نقل الأعضاء من شخص متوفى وفقا للأصول القانونية إلا لأغراض علاجية أو علمية . ويمكن ممارسة هذا النقل بما أن الشخص لم يُعرف عنه في حياته رفضه لمثل هذا النقل . ويمكن التعبير عن الرفض بكافة الطرق وعلى وجه الخصوص عن طريق التسجيل في السجل الوطني الآلي المخصص لهذا الغرض ، وهو قابل للإلغاء في كل وقت ".

واذا كان الطبيب لا يملك معرفة إرادة المتوفى مباشرة ، فلا بد له أن يجتهد في الجمع من أقارب المتوفى عن رفض التبرع بالأعضاء المحتملة المعبر عنه في حياته من قبل المتوفى بكافة الطرق ، ويبلغهم بنتيجة النقل المرتقب . ويتم إبلاغ الاقارب لحقهم في معرفة النقل الذى تم. كما يجب إعلام وكالة الطب الحيوي مقدما للتنفيذ بكافة عمليات النقل لأغراض علاجية أو علمية ". [٢]

---

(١) – النص باللغة الفرنسية :

" Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement.

Toutefois, s'il s'agit du cadavre d'un mineur ou d'un incapable, le prélèvement en vue d'une greffe ne peut être effectué qu'après autorisation de son représentant légal ".

(٢) – النص باللغة الفرنسية :

" Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques .

Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment .

Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés .

Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués .

ويرجع سبب تضييق المشرع الفرنسي لنطاق قرينة افتراض الرضاء إلي الانتقادات التي وجهت إلي هذا المبدأ . فمن ناحية أولى ، يتعرض الطبيب لمخاطر قيام مسئوليته الجنائية في حال قيامه بالاستقطاع من الجثة ، إذا أثبت أقارب المتوفى قيامهم بالاعتراض على هذا المساس . ومن ناحية ثانية ، تم توجيه النقد إلي هذا الاتجاه لما يستلزمه من واجب إخطار الأسرة قبل إجراء الاستقطاع من الجثة ، ونظرا لما يتطلبه الإخطار من توافر المعرفة بأقارب المتوفى ومكان إقامتهم ، الأمر الذي قد يعيق سرعة إجراء الاستقطاع وضياع القيمة البيولوجية للأعضاء البشرية . [١]

ومن ناحية ثالثة ، يهدر هذا الاتجاه حقوق أقارب المتوفى ، هذا وقد قرر القضاء الفرنسي أن استقطاع عضو من جثة ميت دون إخطار مسبق إلي الأقارب لا يعد من قبيل الخطأ الذى يعقد مسئولية جهة الإدارة ، وليس للأقارب في مثل هذه الحالة إلا المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأدبية المتمثلة في الصدمة النفسية الناشئة عن تشويه الجثة أو تقطيع أوصالها . [٢]

ومن ناحية رابعة ، يؤدى افتراض الموافقة إلي المساس بمصالح المستشفيات المالية بالنظر لما يؤدي إليه من احجام الأشخاص عن الدخول إليها ، وما يترتب على ذلك من تقليل فرصها في القيام بالأبحاث العلمية المجراه على أجساد الموتى. [٣]

الفرع الثاني

انتقال حق التصرف في الجثة إلي الدولة

أولاً – مضمون هذه الاتجاه وأساسه القانوني :

يقوم هذا الاتجاه على أن ملكية الجثث تنعقد للدولة ، ومن ثم يمكنها التصرف فيها كيفما تشاء ، ويستند إقرار هذا الحق للدولة لضرورة مسايرة التقدم العلمي ، والمفاضلة بين المصالح المتعارضة ، فإذا كانت مصلحة أسرة المتوفى تكمن في عدم المساس بجثته ، ومصلحة المريض هي استقطاع عضو من ميت ، فهذا يعنى تعارضا بين المصلحة الخاصة للأسرة ، وبين المصلحة العامة للإنسانية ، تقتضى ترجيح هذه الأخيرة ، ويتم ذلك بالاستغناء مطلقاً عن تطلب موافقة أسرة المتوفى سواءً الموافقة الصريحة أم الضمنية ، إذ أن الاستقطاع يتم في مثل هذه الحالات باسم المجتمع ذاته ولمصلحته ، فضلاً عما يحققه هذا الاستقطاع من تحقيق مصلحة المريض العلاجية والتي تقتضى نقل العضو إليه . وعليه ، يحق للطبيب بمفرده ودون حاجة إلي موافقة

L'Agence de la biomédecine est avisée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement à fins thérapeutiques ou à fins scientifiques. "

(١) – راجع : د. عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ، ٦٥٧ .

(٢) – راجع : د. محمد صلاح الدين إبراهيم خليل ، المرجع السابق ، ص ٣٩٨ .

(٣) – راجع : د. احمد محمد بدوي ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دار الكتب المصرية ، ١٩٩٩ ، ص ١٣٥ .

أقارب المتوفى استئصال الأعضاء من الجثة ، عندما يرى أن هناك ضرورة لنقل العضو ، وأن الأمر سيؤدي إلي إنقاذ حياة انسان مريض . [١]

ومن الجدير بالذكر ، أن هذا الاتجاه يقترب إلي حد ما مع الاتجاه المنادي باعتبار أن الجثث تعد من الأشياء ، وطالما أن حالة الضرورة تبيح المساس بالأشياء دون الحصول على موافقة ذوي الشأن ، فالأمر كذلك بالنسبة للجثث ، إذ يجوز التصرف فيها دون موافقة ، فلا يجب تعليق شرعية المساس بالجثة لأغراض علمية وعلاجية على إرادة ذوي الشأن في حالة عدم التعرف على إرادة المتوفى أو اقاربه . [٢]

وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون البولوني الذى لا يقبل من حيث المبدأ الرجوع لأسرة المتوفى أو ورثته لاستطلاع رأيهم في شأن الاستقطاع من الجثة . وجاء على ذات النهج القانون اليوغسلافي الصادر عام ١٩٨٢ ، والذي لم يتضمن أي نص يدل على استلزام الحصول على رضاء المتوفي أو أسرته من أجل استقطاع الجثة . [٣]

وفى خصوص التشريعات العربية ، فقد قنن المشرع اللبناني هذا الاتجاه بما نصت عليه المادة الثانية من المرسوم الاشتراعي اللبناني الخاص بأخذ الأنسجة والاعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية رقم ١٠٩ والصادر في ١٩ سبتمبر ١٩٨٣ من أنه " يمكن أخذ الأنسجة والاعضاء البشرية من جسد شخص ميت أو نقل ميتاً إلي مستشفى أو مركز طبي لمعالجة مرض وجروح شخص آخر أو لغاية علمية وذلك عند توافر أحد الشروط التالية : ... ثانياً : ... (ب) – في حال عدم وجود أي شخص من الأشخاص المذكورين في الفقرة (أ) أعلاه يجوز للطبيب رئيس القسم في المستشفى أن يعطي الموافقة ولا تؤخذ معارضة الأقارب من غير المذكورين أعلاه بعين الاعتبار ".

كما أجاز المشرع العراقي التصرف في الجثة للأغراض العلمية دون الحصول على موافقة أحد بما نصت عليه المادة ١٠١ مكرر من قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ والمعدلة بموجب القانون رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠١ على أنه " أولا – إذا لم يراجع أي من ذوي المتوفى المستشفى لتسلم الجثة خلال اثنتين وسبعين ساعة من تاريخ الوفاة أو تسلم المستشفى اياها يتم تحنيط الجثة موقعياً من أحدى كليات الطب وتحفظ في المستشفى لمدة خمسة عشر يوما وإذا لم يراجع ذوو المتوفى خلال هذه المدة يقوم

---

(١) – ومن الجدير بالذكر أن أول من نادى بهذا الاتجاه هو الفقيه الايطالي GIOVANNI بما نادى إليه من ضرورة تغليب حق المجتمع على الحقوق المعنوية للأسرة بشأن صيانة الجثة . راجع : د. حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، ص ٢١١ ؛ د. عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ، ص ٦٥٩.

(٢) – راجع : د. حسني عودة زعال ، المرجع السابق ، ص ١٥١ .

(٣) – راجع : د .محمد سامي الشوا ، مسئولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات : (التجارب الطبية ، جراحة التجميل ، عمليات تحول الجنس ، استقطاع الأعضاء ونقلها) ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣، ص ٣٥٤.

المستشفى بإيداع جثة المتوفى لدى كلية الطب مع جميع المعلومات المتعلقة بها للاحتفاظ بالجثة دون تصرف لمدة ٩٠ تسعين يوما .

ثانيا – على المستشفى الاحتفاظ بجثة المتوفى غير العراقي لمدة اثنتين وسبعين ساعة من تاريخ الوفاة أو تسلمها ما لم يراجع أي من ذوي المتوفى لتسلمها ويقوم المستشفى بعد ذلك بتسليمها إلي أحدى كليات الطب بشرط استحصال موافقة سفارة الدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها وتحنيط الجثة في تلك الكلية ولا يجوز التصرف بها إلا بعد مرور مئة وثمانين يوما من تاريخ الوفاة أو تسلمها .

ثالثا – على المستشفى في الحالتين المنصوص عليهما في البندين أولاً وثانيا من هذه المادة تثبيت المعلومات الضرورية المتعلقة بهوية المتوفى وسبب الوفاة وجميع المعلومات المدنية والمرضية وتصوير الجثة وأخذ بصمات الاصابع بالاستعانة بالجهات المختصة .

رابعا – بعد انقضاء المدة المنصوص عليها في البندين أولا وثانيا من هذه المادة دون مراجعة أي من ذوي المتوفى لتسلم الجثة يحق لكلية الطلب الإفادة منها للأغراض العلمية .

خامسا – تقوم أمانة بغداد والبلديات بناءً على طلب المستشفى أو كلية الطب بدفن الجثة في المقبرة العامة تبعا لديانة المتوفى .

سادسا – تحتفظ كلية الطب بسجلات منظمة خاضعة للتفتيش تتضمن المعلومات الموجودة عن كل جثة تتسلمها وشهادة الوفاة ومصدر الجثة وجميع المعلومات المدنية والمرضية مع نسخة من بصمات الأصابع والصور الشخصية .

سابعا – أ – يحق للطبيب المعالج طلب إجراء التشريح على جثة مريض متوفى راقد في مستشفى تعليمي لم يتوصل إلي تشخيص الحالة المرضية بعد إجراء الفحوصات المطلوبة بهدف التحري عن سبب الوفاة .

ب – يقدم الطلب إلي لجنة طبية يؤلفها مدير المستشفى من ثلاثة اطباء اختصاصيين في المستشفى لاستحصال موافقتها على التشريح ".

ج – في حالة موافقة اللجنة المنصوص عليها في الفقرة ب من هذا البند على إجراء التشريح تستحصل موافقة تحريرية من ذوي المتوفي من الدرجة الأولى أو الثانية وإعلام الجهة القضائية بما تم من إجراءات .

د – يتم تشريح الجثة من طبيب اختصاص في علم الأمراض النسيجي وطبيب عدلي ويقدمان تقريراً كاملاً عن الواقعة إلي اللجنة المذكورة وتحرير شهادة الوفاة وإعلام الجهة القضائية بالنتيجة .

هـ – تقوم كلية الطب والمستشفى التعليمي بعقد ندوة علمية أسبوعية لدراسة التقارير من الواقعة للاستفادة منها من الاطباء وطلبة كليات الطلب .

وفى خصوص التشريع المصري ، فلم يكرس المشرع المصري بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ هذا الاتجاه ، بل أشترط بمقتضى المادة ٨ من القانون سالف الذكر أن يكون الميت قد أوصى باستئصال أعضائه قبل وفاته ". ومن الجدير بالذكر في هذا الخصوص ، أن المشرع باشتراطه الإيصاء كسبب وحيد لإباحة نقل الأعضاء من جثث الموتى قد خالف ما قننه مسبقاً بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص بإعادة تنظيم بنوك العيون من إجازته حصول هذه البنوك على احتياجاتها من عيون الموتى أو قتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم دون حاجة لوصية أو موافقة الأقارب وفقا لما قضت به المادة الثانية من القانون المذكور . وبهذه المخالفة ، يكون المشرع قد وقع في تناقض – ينزه عن الوقوع في مثله – استناداً إلي ما تنص عليه المادة ٢٦ من قانون نقل وزراعة الأعضاء من أنه " تلغي الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة (٢٤٠) من قانون العقوبات ويلغي كل حكم آخر يخالف أحكام هذا القانون فيما عدا الأحكام الخاصة بالقانونين رقمي ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ بشأن تنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته و١٠٣ لسنة ١٩٦٢ في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون، والتي تظل سارية المفعول". الأمر الذى يبرر تدخله بالتعديل لإزاله هذا التعارض بين القانونين .

ثانياً – حكم نقل الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام :

نشأ عن الدعوة بامتلاك الدولة للجثث تحقيقاً للمصلحة العامة ومسايرة للتقدم العلمي تساؤلاً يتعلق بمدى جواز استقطاع أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام بموجب حكم بات بالنظر لأن الموت هو مصيرهم المحقق في نهاية المطاف جزاءً للجرائم المقترفة من قبلهم. في حقيقة الأمر ، فقد أثار هذا التساؤل خلافاً فقهياً يمكن لنا رده إلي اتجاهين .

الاتجاه الأول – جواز استقطاع أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام :

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلي أن مصلحة الانسانية الممثلة في مصلحة المرضي العلاجية تتطلب جواز نقل الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام من أجل إنقاذ الأخرين . واستناداً لكون عقوبة الاعدام – في الغالب من الجرائم – هي العقوبة المترتبة على قتل نفس إنسانية ، فليس من القبح أو من غير المستساغ إجبار المحكوم عليه على التبرع بأعضائه للمساهمة في انقاذ حياة انسان آخر بدلاً من الانسان الذي ازهت روحه بفعله . بالإضافة إلي ذلك ، فإن الغاية النهائية لتنفيذ عقوبة الاعدام هي ازهاق الروح ، فلا يهم أن يتم ذلك بوسيلة الإعدام المقررة كالشنق أو المقصلة أو الرمي بالسيف ، بل يمكن تحقيقه باستقطاع الأعضاء . [١]

الاتجاه الثاني – عدم جواز استقطاع أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام :

---

(١) – راجع : د. حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠

يذهب هذا الاتجاه – وبحق –إلي عدم جواز إجبار المحكوم عليهم بالإعدام على التنازل عن أعضائهم إلا في الحدود التي يرسمها ويحددها القانون ، استناداً لان الإجبار يتعارض مع مقتضيات الكرامة الانسانية ، كما أن المجتمع الذي يتم تنفيذ العقوبة باسمه يكون قد استوفى حقه كاملاً بتنفيذه الحكم القضائي الصادر بالإعدام ، ولا يمثل استقطاع الأعضاء البشرية في هذا الخصوص عقوبة جنائية – اصلية كانت أم تكميلية – حتى يمكن توقيعه على المحكوم عليه بالإعدام . وعليه ، فيجب على السلطة المختصة بالتنفيذ أن تسلم جثة المحكوم عليه بالإعدام بعد تنفيذ العقوبة دون استقطاع متى طلبت ذلك لدفنها . [١]

وفى خصوص الموقف التشريعي المقارن ، فالأصل أن هذه المسألة لا تثور في تشريعات الدول التي ألغت عقوبة الاعدام [٢] ، أما بالنسبة إلي الدول التي أبقت على هذه العقوبة فقد نظم بعضها عملية الحصول على الأعضاء من أجساد المحكوم عليهم بالإعدام . ومن هذه التشريعات التشريع السوري الملغي رقم ٣١ لسنة ١٩٧٢ الخاص بنقل وزراعة الأعضاء [٣] ، إذ تنص الفقرة الثالثة من المادة ٣ على أنه " يجوز نقل

---

(١)– راجع : د. احمد شوقي أبو خطوة ، المرجع السابق ،ص ٢١٧ ، ٢١٨ ؛ أ . رياض محمد خلفان بلهول ، نقل وزرع أعضاء جسم الإنسان بين التجريم والإباحة ، رسالة ماجستير ، طنطا ، ١٩٩٨ ، ص ٢٣٣ .

(٢) – قامت الجمهورية الرومانية بمنع عقوبة الإعدام في عام ١٨٤٩. وسارت على دربها فنزويلا وألغت عقوبة الإعدام في عام ١٨٦٣ وكذلك سان مارينو التي ألغت العقوبة في عام ١٨٦٥، وكانت آخر عملية إعدام في سان مارينو في عام ١٨٦٨ .كما قامت البرتغال بإلغاء عقوبة الإعدام في عام ١٨٦٧ بعد تقديم مقترحات تشريعية عامي ١٨٥٢ و١٨٦٣. وفي المملكة المتحدة، تم إلغاء عقوبة الإعدام في عام ١٩٧٣ عدا حالة الخيانة العظمى، وقد كانت آخر عملية إعدام في عام ١٩٦٤، وتم إلغاؤها نهائيًا عام ١٩٩٨. وقامت فرنسا بإلغائها في عام ١٩٨١، وكندا في عام ١٩٧٦، وأستراليا في عام ١٩٨٥. وفي عام ١٩٧٧، أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرار رسمي على أنه من الأنسب تقليل عدد الجنايات التي تطبق عليها عقوبة الإعدام بشكل مستمر، مع الوضع في الاعتبار الرغبة في منع هذه العقوبة في كل أنحاء العالم. وفي الولايات المتحدة، كانت ولاية ميشيغان هي أول ولاية تمنع هذه العقوبة في ١٨ مايو ١٨٦٤. وفي الوقت الجاري بداية من ١٨ مارس ٢٠٠٩، تحظر ١٥ ولاية من الولايات المتحدة بالإضافة إلى مقاطعة كولومبيا عقوبة الإعدام. وتعتبر بوروندي هي آخر دولة تبطل العمل بعقوبة الإعدام لجميع الجرائم في ٢٢ أبريل عام ٢٠٠٩. ويعارض الكثيرون من الناشطين من أجل حقوق الإنسان عقوبة الإعدام معتبرين إياها عقوبة قاسية وغير إنسانية ومهينة. كما تعتبر منظمة العفو الدولية تلك العقوبة بمثابة الإنكار التام لحقوق الإنسان . لمزيد من التفاصيل حول عقوبة الاعدام : راجع : د. طارق احمد ماهر زغلول ، مبادئ علم العقاب ، دار النهضة العربية ، ٢٠١١ ، ص ٦٩ وما بعدها .

(٣) – ألغي هذا القانون بموجب القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣ . هذا وقد نصت المادة الثالثة من القانون الجديد على أنه " يجوز نقل الاعضاء أو الاحشاء او جزء منها من ميت بغية حفظها أو غرسها لمريض بحاجة اليها وذلك في احدى الحالتين الاتيتين :

١– وصية المتوفي الخطية بإجراء ذلك؛

الأعضاء أو الاحشاء أو جزء منها من الميت إذا كان الموت نتيجة الإعدام ودون موافقة من أحد ". وبالمثل ، فقد نص التشريع المصري رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص بإعادة تنظيم بنوك العيون بمقتضى المادة الثانية منه على أنه " تحصل هذه البنوك على العيون من المصادر الآتية : (د) – عيون من ينفذ فيهم حكم الإعدام ". وتطبيقاً لما نصت عليه المادة ٢٦ من قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ من استمرارية العمل بالأحكام الخاصة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ يمكن القول بأن القانون المصري يتبنى الاتجاه القائل بتملك الدولة لجثث المحكوم عليهم بعقوبة الإعدام دون تطلب لموافقة المحكوم عليه قبل تنفيذ الحكم أو موافقة أفراد أسرته بعد تنفيذ ذلك الحكم . ونوصى المشرع بإفراد نص خاص يفيد رفض تبرع المحكوم عليهم بعقوبة الاعدام إذا كان لغير الاقارب أو استقطاع الأعضاء منهم دون موافقة لما تمثله هذه الإجراءات في الحالة الأولى من اكراه مادي يكفي بذاته لنقصان إرادة السجين ، كما أن الحالة النفسية للمحكوم عليه بالإعدام تعد بدورها سببا لعدم الاعتداد بإرادته في شأن استئصال أحد أعضاء جسده . وفى الحالة الثانية من اعتداء مقنن وغير مشروع على حرمة الجثة .

ثالثاً – حكم نقل الأعضاء من مجهولي الشخصية بموافقة السلطة المختصة :

لم ينص المشرع المصري على جواز الاستقطاع من مجهولي الشخصية صراحةً بمقتضى قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية ، رغماً عن إجازته السابقة المتعلقة بجواز استئصال القرنية منه بمقتضى نص المادة الثانية من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص بإعادة تنظيم بنوك العيون . ونرى إن هذا الإغفال المتطلب يستند إن المطالبة بإباحة انتزاع الأعضاء من مجهولي الشخصية تمثل دعوة حقيقية لفتح الباب على مصراعيه لأشد الانحرافات خطورة ، بالإضافة إلي ما يمثله ذلك من مخالفة لكل القواعد الدينية والأخلاقية . ويرجع أساس ذلك إلى أن مجهول الشخصية يعد إنسان يتمتع بكافة الحقوق القانونية والدستورية ، ولا يجوز لذلك إهدار أي حق له أو الاعتداء عليه بأي صورة من الصور لمجرد اكتسابه ذلك الوصف . كما أن هذه الصفة تعد صفة مؤقتة تنتفي في أغلب الأحوال بعد فترة زمنية قصيرة .

وعلى خلاف ذلك ، أجازت المادة الثامنة من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ نقل الأعضاء من جثث المتوفين مجهولي الشخصية بنصها على أنه " يجوز – بموافقة المحكمة الشرعية – نقل الأعضاء من جثث المتوفين مجهولي الشخصية ، بعد مضي ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة إذا كان في ذلك مصلحة راجحة للمريض ، كما يجوز

٢- الموافقة الخطية لأحد أفراد أسرة المتوفي وعلى النحو التالي :

أ- قرابة الدرجة الاولى .

ب- قرابة الدرجة الثانية في حال عدم توفر قرابة من الدرجة الاولى ".

للمحكمة قبل انقضاء هذه المدة ، بناء على توصية لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين على الأقل ، الموافقة على النقل متي كان ذلك لازماً لإنقاذ حياة شخص آخر في حاجة ماسة إلي العضو المنقول ". ورغماً عن إجازة المشرع القطري لاستقطاع الأعضاء من جثث مجهولي الشخصية ، إلا أن انتظار مدة ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة يتنافى مع السرعة المطلوبة لنقل الأعضاء للحفاظ على قيمتها البيولوجية . ورغماً عن ذلك ، فقد أرتأى المشرع انتظار مضى ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة لاستقطاع الأعضاء أخذاً بالحيطة في هذا المجال والتي قد تحول دون حدوث اضطرابات في الأمن الاجتماعي ودون فقدان الثقة في الأجهزة الصحية للدولة في حالة التسرع في استئصال الأعضاء ثم التعرف على شخصية الميت وظهور أقاربه . [1]

الخاتمة

وضع المشرع المصري– بعد طول انتظار – أحد أبرز التشريعات في مجال القانون الجنائي الطبي وهو القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ والخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، مقرراً فيه مواكبة الركب العالمي في هذا المجال ، ومسايرة التقدم الطبي في مجال العلوم الطبية ، وتجريم الممارسات اللاإنسانية . ويتمثل الهدف التشريعي من إصدار هذا القانون – وفقا لما أوردته المذكرة الايضاحية للقانون ذاتها –في القضاء على ظاهرة الإتجار في الأعضاء البشرية عن طريق الوسطاء والسماسرة عن طريق كفالة الضوابط اللازمة لممارسة عمليات النقل بما يضمن الحفاظ على حقوق كافة الأطراف والقضاء على أي تجاوز أو خروج على القانون .

وقد حاولنا من خلال هذا البحث الوقوف على الشروط الواجب توافرها لإباحة التصرف الطبي باستقطاع الأعضاء وزرعها بين الأحياء ومن جثث الموتى وفقاً للقواعد والأحكام الواردة بقانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية ، وقد سعينا إلى تحقيق هذا الهدف من خلال تقسيم البحث ذاته إلى مبحث تمهيدي وفصلين متتالين . وقد تناولنا في المبحث التمهيدي ماهية المنتجات البشرية باعتبارها محل التصرف الطبي ومحل الحماية الجنائية في ذات الوقت ، كما تعرضنا للأسس القانونية لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية . وقد حاولنا في الفصل الأول تحديد الشروط القانونية اللازمة لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ، وقد سعينا إلى ذلك من خلال استعراض الشروط الواجب توافرها في المتبرع والمتلقي باعتبارهما عماد عملية النقل والزرع. وعرجنا في الفصل الثاني من هذا البحث إلى محاولة بيان الشروط القانونية الواجب توافرها لإباحة استقطاع الأعضاء من جثث

([1]) – راجع : د. بشير سعد زغلول ، المرجع السابق ، ص ١١٣ .

الموتى ، وقد تمثلت هذه المحاولة من خلال تحديد لحظة الوفاة باعتبارها المعيار الطبيعي لبدء عملية الاستقطاع ، وثبوت موافقة المريض قبل وفاته على الاستقطاع .

وقد انتهينا من خلال المنهج المتبع وخطة البحث المحددة لنطاقه التوصل إلى النتائج الآتية :

أولا- النتائج المستخلصة :

١- إن المشرع المصري لم يتعرض لتعريف الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة البشرية باعتبارها محل الحماية الجنائية ، بالنظر إلى تعلق هذا المحل بشأن طبي يفضل تركه إلي الاطباء وحدهم استناداً لما يتطلب من معطيات فنية وطبية ، بالإضافة إلي أن أي تعريف قانوني لمنتجات الجسد البشري قد يكسبه جمودا يعجز معه في لحظات فارقة من أن يتماشى مع التطورات العلمية في مجال العلوم الطبية .

٢- إن الترخيص القانوني وإن كان يصلح كأساس قانوني لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء ، إلا أنه يمثل معياراً شكلياً جوهره توافر حالة الضرورة العلاجية ورضاء المريض ذاته ، وبدونهما ينهار هذا المعيار ويفقد جدواه .

٣- إن المشرع المصري قد تطلب لإمكانية التبرع الصادر من إنسان بالغ أن يكون ثابتاً بالكتابة . وأضافت اللائحة التنفيذية إلي هذا الاشتراط ضرورة تعزيز الإقرار الكتابي الصادر من المتبرع شهادة شاهدين من الدرجة الأولى أو التصديق عليه من مصلحة الشهر العقاري . ومن ناحية ثانية ، فقد استلزم المشرع المصري أيضا في حالة العدول عن التبرع إثباته في الدفتر المعد لذلك بمقتضى عجز المادة الخامسة من القانون.

٤- خلى قانون نقل وزراعة الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ من أي نص يجرم إفشاء الأسرار المهنية المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء .

٥- إن المشرع المصري قد حظر حصول المتبرع على مقابل من المتلقي أياً كانت طبيعته ودون اعتداد بمادته أو نوعه نظير نقل وزرع عضو أو جزء من عضو أو نسيج . كما يستوى أن يتم تقديم هذا المقابل إلى المريض ذاته أو عائلته أو شخص من الغير ، وتنبع هذه النتيجة اتساقاً مع إطلاقيه مبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية . كما يمتد الحظر ليشمل الطبيب المختص المنوط به القيام بعملية الزرع ، كما تشمل أيضاً أعضاء الفريق الطبي المعاون له ، إذ لا يجوز لهم جميعاً إجراء الجراحة حال علمهم بأن المريض أو ذويه قد اتفقوا على دفع مقابل مادي نظير زرع العضو أو الجزء أو النسيج .

٦- إن المشرع المصري قد أعطى المتبرع الحق في العدول عن قراره بالتبرع بأحد أعضاء جسده في أي وقت إلي ما قبل البدء في عملية الاستئصال ذاتها ، وينتهى هذا الحق بالبدء في عملية النقل والزرع . وعليه ، فلا يجوز للمتبرع أن يعدل عن قراره بعد

نقل العضو إلي المتلقي ، أو يطالب باسترجاع العضو المنقول منه إليه . كما لا يلتزم المتبرع بدفع تعويض على عدوله ، وإن كان للمتبرع هذا الحق ، إلا أنه قد يلتزم – وفقا لقواعد المسئولية المدنية – بدفع كافة النفقات أو المصاريف الفعلية التي يكون المتلقي قد تكبدها وضاعت عليه بسبب هذا العدول .

٧- إن المشرع المصري قد حظر التبرع بالأعضاء من ناقص الاهلية أو عديمها ، وعدم الاعتداد بموافقته أو بموافقة من ينوب عنه . واستثناء من هذه القاعدة العامة ، فقد أجاز المشرع تبرع القاصر إلي أحد والديه أو أخوته بالخلايا الجذعية أو الخلايا الأم بشرط عدم وجود متبرع أخر وصدور موافقة مكتوبة من والدى الطفل أو من يمثله قانوناً . وترجع العلة من هذا الاستثناء إلى أن الخلايا الجذعية تمثل خلايا متجددة يمكن لجسم القاصر تعويضها ، بالإضافة إلى ما يسمح به ذلك من إنقاذ لأحد أفراد الأسرة بنقل هذه الخلايا إليه

٨- إن المشرع المصري قد استلزم في الإعلام الواجب للمتبرع والمتلقي أن يكون شاملاً ، متضمنا كافة مخاطر الاستئصال والزرع سواءً أكانت في ذلك المخاطر المحتملة والمتوقعة على المدى القريب أو المخاطر المحتملة على المدى البعيد .

٩- إن المشرع المصري قد اشترط تعبير المتلقي عن إرادته بقبول التدخل الجراحي وإجراء عملية زرع العضو إليه . وتطلب هذه الموافقة يستند إلي تحقق مشاركة المتلقي أو المريض في تحمل المخاطر الطبيبة الناجمة عن إجراء عملية الزرع . وتفترض مشاركة المتلقي في ذلك بدورها تحقق أهليته القانونية الكاملة استنادا إلي ما تنطوي عليه عمليات نقل وزراعة الأعضاء من مخاطر استثنائية وأخطار محدقة .

١٠ – إن المشرع المصري قد أجاز استثناءً واستنادا إلي كون المريض أو المتلقي هو الطرف المستفيد من التدخل الجراحي زرع العضو إليه ولو لم يكن كامل الاهلية لعدم بلوغه سن الرشد ، أو لكونه يعاني من سفه أو عته ، أو لأنه لا يملك القدرة على فهم وتقدير عملية الزرع بسبب حالته الصحية المتدهورة والتي لا تسمح له بالتعبير عن إرادته . ففي كافة هذه الحالات يخضع المتلقي لحماية القانون بتحديده الأشخاص الذين يتولون مهمة الموافقة على إجراء زرع العضو بدلا من المريض .

١٠-إن المشرع المصري لم يضع تعريفا دقيقا للموت ، وإن كان الظاهر من نص المادة ١٤ من قانون نقل وزراعة الأعضاء يدل على اتجاهه نحو تبنى المعيار الحديث للموت المتمثل في موت جذع المخ استناداً إلي تركه مسالة تحديد الموت إلي الأطباء وحدهم عن طريق الوسائل الفنية الطبية المقررة في هذا الشأن . ولا يعنى ذلك أن المشرع قد هجر المعيار التقليدي في ثبوت الوفاة ، بل أعتمد معيارا مختلطاً قوامه الجمع بين المعيارين معاً ، إلا أن تحقق أحدهما يكفي لثبوت الوفاة.

١١- إن المشرع المصري لم ينظم اشتراط الحصول على موافقة الأهل لوقف أجهزة الانعاش الصناعي في حالة الشخص المتوفى دماغيا ، كذلك لم يستلزم المشرع المصري موافقة أهل المتوفى على إجراء الاستقطاع ، وذلك لأن السبيل الوحيد وفقاً لما أورده المشرع لإمكان الاستقطاع هو وجود وصية بذلك من المتوفى قبل وفاته.

١٢- إن المشرع المصري لم ينظم حالة القتل بدافع الشفقة خلافاً لبعض التشريعات العربية ، وبالتالي تخضع هذه الحالة لحكم القواعد العامة في هذا الخصوص .

١٣ – إن المشرع المصري قد ربط بين عملية الاستقطاع من الجثة ووجود الموافقة المسبقة الممثلة في الإيصاء.

١٤- إن المشرع المصري لم ينظم لحالة الإيصاء من القاصر . ويترتب على هذا الخلو الاحتكام إلي القواعد العامة في شأن صحة الوصية ، والتي تتطلب توافر الأهلية الكاملة

١٥ – خلى القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ الخاص بتنظيم نقل الأعضاء البشرية من أي نص يعطي لأقارب المتوفى الحق في الأذن بالاستقطاع من الجثة أياً كانت درجة قرابتهم بالميت.

١٦ – إن المشرع باشتراطه الإيصاء كسبب وحيد لإباحة نقل الأعضاء من جثث الموتى قد خالف ما قننه مسبقاً بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص بإعادة تنظيم بنوك العيون من إجازته حصول هذه البنوك على احتياجاتها من عيون الموتى أو قتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم دون حاجة لوصية أو موافقة الأقارب وفقا لما قضت به المادة الثانية من القانون المذكور . وبهذه المخالفة ، يكون المشرع قد وقع في تناقض – ينزه عن الوقوع في مثله – استناداً إلي ما تنص عليه المادة ٢٦ من قانون نقل وزراعة الأعضاء من أنه " تلغي الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة (٢٤٠) من قانون العقوبات ويلغي كل حكم آخر يخالف أحكام هذا القانون فيما عدا الأحكام الخاصة بالقانونين رقمي ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ بشأن تنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته و١٠٣ لسنة ١٩٦٢ في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون، والتي تظل سارية المفعول".

ثانياً – التوصيات:

بعد عرض النتائج المستخلصة من هذه الدراسة ، يمكن لنا أن نعرض لأهم التوصيات والتي سبق أن أشرنا إليها في مواضع مختلفة من هذه الدراسة ، على أمل مساهمتها في ضبط المجال الطبي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، وإحكاماً وتحديداً لشروط الإباحة والحظر في هذا النطاق ، ونجملها في النقاط الآتية:

١- نوصي المشرع المصري باستبدال محل الحماية الجنائية المتمثل في الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بالبشرية بمنتجات الجسد البشري . إذ يسمح هذا التعبير بمد

الحماية الجنائية لكافة أجزاء الجسد البشري سواءً أكان عضواً أو نسيجاً أو دماءً أو أمشاجاً . ويجوز في هذا الحالة استثناء بعض الأجزاء من الخضوع للحماية الجزائية كالشعر والأظافر والاسنان .

٢- نوصى المشرع المصري بإعلاء مبدأ عدم الكشف عن هوية المتبرع أو المتلقي في حالة التبرع لغير الأقارب احتراماً لحرمة الحياة الخاصة ومنعاً للتجاوزات التي يمكن أن تشكل إتجارا مستتراً بالأعضاء البشرية .

٣- نوصى المشرع المصري بتعديل المادة ١٣ من قانون نقل وزراعة الأعضاء بضم عضواً قضائياً الى اللجنة الثلاثية المشكلة في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع لضمان أن الموافقة الصادرة عن المتبرع والمتلقي حرة ومستنيرة ، وأن التبرع تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها قانوناً . وفى حالات الطوارئ التي تهدد الحياة ، يتم الحصول على الموافقة بكافة الطرق من قبل النائب العام .

٤- نوصى المشرع بإفراد نص خاص يفيد رفض تبرع المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية أو بعقوبة الاعدام إذا كان لغير الاقارب لما تمثله هذه العقوبات من اكراه مادي يكفي بذاته لنقصان إرادة السجين ، كما أن الحالة النفسية للمسجون تعد بدورها سببا لعدم الاعتداد بإرادته في شأن استئصال أحد أعضاء جسده .

٥- نوصي المشرع المصري بإفراد نص خاص بقانون نقل وزراعة الأعضاء بتحديد المرحلة العمرية التي يملك فيها الشخص أهلية التصرف في أحد اعضائه . استناداً لعدم امكانية الاعتماد على سن الرشد الوارد بمقتضى المادة ٤٤ من القانون المدني ، لعدم خضوع أعضاء الجسد البشرى لدائرة المعاملات المدنية .

٦- نوصي المشرع المصري بتعديل الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية بإلغاء الاشتراط التشريعي بطلب الدولة التي ينتمي إليها المتبرع والمتلقي إذا كانا من الأجانب المنتمين إلى جنسية واحدة لجواز الزرع فيما بينهما استناداً إلى مجافاته لقواعد المنطق وإعمال العقل ، فكيف يتصور أن تتدخل الدولة الأجنبية وتقدم طلباً في هذا الشأن ، وما هو الحكم في حالة انتماء كل من المتبرع والمتلقي إلى دولتين مختلفتين . وقد كان الأولى بالمشرع المصري في هذا الخصوص أن يترك الأمر دون تدخل تشريعي او بتطبيق الاشتراطات العامة للتبرع بالأعضاء دون اعتداد بجنسية المتبرع أو المتلقي .

٧- نوصي المشرع المصري بتعديل نص المادة ١٤ من قانون نقل وزراعة الأعضاء بتبني معيارا مختلطاً في ثبوت الموت ، قوامه الجمع بين معيار الموت الإكلينيكي والموت الدماغي ، واعتبار معيار الموت الدماغي عاملاً مساعداً لمعيار الموت التقليدي والمؤسس على توقف الدورة الدموية وعمل الرئتين لإثبات الوفاة .

وتستند هذه التوصية في الرغبة الحقيقية في وأد الجدل الثائر حول الاعتماد على معيار الموت الدماغي منفرداً لثبوت الوفاة لما يمثله ذلك من تقنين لتجارة الأعضاء البشرية .

٨- نوصي المشرع المصري بإفراد نص خاص بالاعتداد بوصية القاصر في مجال نقل وزراعة الأعضاء ، فاستناداً لما تمثله الوصية من كونها تصرفاً مضافاً إلي ما بعد الموت فلا تشكل خطورة على حياة القاصر وبشرط تحقق شرط الموافقة الكتابية الصادرة من صاحب السلطة الأبوية أو ولى الأمر .

٩- نوصي المشرع المصري بتقنين نظام البطاقات الخاصة بالتبرع ، والتي تثبت بحملها وجود الأذن المسبق باستئصال الأعضاء من الجثة بعد الوفاة ، فإذا توفى الشخص دون التراجع عن رضائه فإن العثور على بطاقة التبرع معه تغني عن اتخاذ الإجراءات القانونية للحصول على رضا أفراد الأسرة ، كما تسمح هذه البطاقة للشخص بالرجوع عن رضائه بالتصرف في جثته في أي وقت يشاء.

١٠- نوصي المشرع المصري بإفراد نص خاص يعطى لأسرة المتوفى الحق في الموافقة على استقطاع الأعضاء من جثته في حالة صمت هذا الأخير عن اظهار إرادته في هذا الخصوص.

وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين ،،،،

المراجع

أولاً . المراجع باللغة العربية:

١ . المؤلفات الشرعية :

- الشيخ / جاد الحق على جاد الحق ، نقل الأعضاء من إنسان إلى آخر ، الفتاوى الإسلامية الصادرة من دار الإفتاء المصرية ، الجزء العاشر ، ١٩٩٣ .
- سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي ، الكويت ، ص ٦٧٧ ، ٦٧٨ .
- عبدالله ابن احمد ابن قدامة ، المغني – الجزء الثاني ، دار الفكر ، ص ٣٠٨ .
- محمد التاويل، الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ٢٠٠٤ .

- الشيخ / نظام ومجموعة من علماء الهند الأعلام ، الفتاوى الهندية – الجزء الأول ، دار المعرفة ، بيروت ، ط٢ ، ١٣٩٣ هـ .
- يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب – الجزء الخامس ، إدارة الطباعة المنيرية ، القاهرة .

٢- المؤلفات اللغوية

- ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد ١٤ ، دار صادر ، بيروت ،. والقاموس المحيط ج١ ، ص ٢٣٥ .
- د. جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، المجلد ١٥ ، دار بيروت ، ١٩٥٦.
- عبد الله البستاني ، معجم وسيط اللغة العربية ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٨٠.
- المحلى ابن حزم، الجزء الحادي عشر، دار الجيل، بيروت، بلا سنة نشر.
- المعجم الوسيط ، طبعة دار احياء التراث – الجزء الثاني ، بدون سنة نشر .

٣ – المؤلفات القانونية :

(أ) المؤلفات العامة :

- د. أبراهيم عيد نايل ، قانون العقوبات . القسم العام ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ .
- د. أبو اليزيد على الميت، النظم السياسية والحريات العامة، الطبعة الثالثة، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ١٩٨٢.
- د. جميل عبد الباقي الصغير ، ، قانون العقوبات . جرائم الدم ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ .
- د. طارق أحمد ماهر زغلول ، مبادئ علم العقاب ، دار النهضة العربية ، ٢٠١١ .
- د. عوض محمد ، قانون العقوبات – القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط ١٩٨٥.
- م. محمد أحمد حسن . م. محمد رفيق البسطويسى ، قانون العقوبات فى ضوء أحكام محكمة النقض ، مكتبة رجال القضاء ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ٢٠٠٣ .
- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ .
- د. يسر أنور على ، شرح قانون العقوبات . النظريات العامة ، دار الثقافة الجامعية ، ١٩٩٥.

(ب) . المؤلفات المتخصصة والرسائل والأبحاث:

– المؤلفات المتخصصة :

- د. أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، بدون جهة نشر ، ط ٢ ، ١٩٨٧ .
- د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ .
- د. أحمد محمد بدوي ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دار الكتب المصرية ، ١٩٩٩.
- د. أحمد محمود سعد ، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ .
- د. ادريس عبد الجواد عبد الله ، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ .
- د. أسامة السيد عبد السميع ، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة – دراسة فقهية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦.
- د. أسامة قايد ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩.
- د. أمير فرج يوسف ، أحكام المسئولية عن الجرائم الطبية ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، ص ٢٠٠٨.
- د. أيمن سعد سليم ، الامتناع مصدر للمسئولية المدنية – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
- د. بابكر الشيخ ، المسئولية القانونية للطبيب ، دار حامد ، عمان – الأردن ، ٢٠٠٢ .
- د. بشير سعد زغلول ، استئصال وزرع الأعضاء البشرية من الوجهة القانونية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ .
- د. جابر محجوب على ، دور الإرادة في العمل الطبي – دراسة مقارنة ، لجنة التأليف والتعريب والنشر ، الكويت ، ٢٠٠٠.
- د. حسن عودة زعال ، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي – دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية ، الأردن ، ٢٠٠١.

- د. حمدي محمد محمود أحمد حسين ، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والحظر – دراسة مقارنة بين القانون الجنائي المصري والفقه الإسلامي ، بدون جهة نشر ، ٢٠٠٨ .
- رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء ، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون ، عالم الكتب الحديث ، عمان ، ٢٠٠٦ .
- د. سميرة عايد الديات ، عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ .
- د. سوزي عدلي ناشد ، الإتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي – مكافحة مصر لظاهرة الإتجار بالبشر وفقاً للقانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ .
- م. طارق البشري ، نقل الأعضاء في ضوء الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١.
- د. طارق فتحي سرور ، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء – دراسة مقارنة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١.
- م. عادل الشهاوى و م د . محمد الشهاوى ، شرح قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١١ .
- د. عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية – دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط ٢٠٠٦.
- د. عبد الوهاب عمر البطراوي ، مجموعة بحوث جنائية حديثة ، ط٣ ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٦ .
- د. عمر أبو الفتوح الحمامي ، الإتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون – دراسة مقارنة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٠.
- د. محمد السيد عرفة ، تجريم الإتجار بالأطفال في القوانين والاتفاقيات الدولية ، ط١ ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، ٢٠٠٥ .
- د. محمد حسن منصور، مسؤولية الطبيب، دار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر ، طبعة١٩٩٩.
- د .محمد سامي الشوا ، مسئولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات : (التجارب الطبية ، جراحة التجميل ، عمليات تحول الجنس ، استقطاع الأعضاء ونقلها) ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣.
- د. محمد صلاح الدين إبراهيم خليل ، حكم نقل وزرع أعضاء الإنسان بين الإباحة والتحريم – دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، نادى دار القضاة ، ط١ ، ٢٠١١ .

- د. محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ .
- د. محمد عبد الظاهر حسين ، الأحكام الشرعية والقانونية الواردة على الدم ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ .
- د. محمد عبد المقصود داود ، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة ، ١٩٩٩.
- د. محمد عبد الوهاب الخولى ،المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧ ، بدون دار نشر.
- د. محمد علي العريان ، عمليات الإتجار وآليات مكافحتها – دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١١ .
- د. محمد عيد الغريب ، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي ، بدون جهة نشر ، ١٩٨٩ .
- د. منذر الفضل ، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٢ .
- د. مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشرى في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ط ٢٠٠٢.
- د. هلالي عبد اللاه ، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في استعمال الحق – دراسة مقارنة بالفكر الجنائي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ .
- د. هدى حامد قشقوش ، القتل بدافع الشفقة ، دار النهضة العربية ، ط٢ ،١٩٩٦ .
- د. هشام محمد مجاهد القاضي ، الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط١ ، ٢٠٠٧.

– رسائل الدكتوراه :

- د. ايهاب يسر انور ، المسئولية المدنية والجنائية للطبيب ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٤.
- أ . رياض محمد خلفان بلهول ، نقل وزرع أعضاء جسم الإنسان بين التجريم والإباحة ، رسالة ماجستير ، جامعة طنطا ، ١٩٩٨.
- د. علي أحمد لطف الزبيري ، المسئولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي – دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ٢٠١١ .

- د. كامل عبد العزيز محمد على ، الجوانب القانونية والشرعية التي تثيرها عمليات نقل خلايا الجسم ، رسالة دكتوراه ، جامعة اسيوط ، ٢٠٠٧ .
- د. محمد أسامة عبد الله قايد ، المسئولية الجنائية للأطباء – دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٣ .
- د. محمد فائق الجوهري ، المسئولية الطبية في قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه ، دار الجوهري للطبع والنشر ، ١٩٥٢ .
- د. محمد كامل رمضان محمد ، الامتناع عن المساعدة في القانون الجنائي المصري والمقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٨ .
- د. ميرفت منصور حسن عبدالله ، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي ، رسالة دكتوراه ، المنصورة ، ٢٠١١ .

– الأبحاث وأوراق العمل :

- د. أحمد شرف الدين ، الضوابط القانونية لمشروعية نقل وزراعة الاعضاء البشرية ، المجلة الجنائية القومية ، العدد الاول ، المجلد الاول ، مارس ١٩٧٨.
- د. حسام الدين الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية – دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ، السنة ١٧ ، يناير ١٩٧٥ .
- د. رياض الخاني ، المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري ، المجلة الجنائية القومية ، العدد ١ ، المجلد ١٤ ، مارس ١٩٧١ .
- د. عامر القيسي ، تحديد لحظة موت الإنسان – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، مجلة المختار للعلوم الاقتصادية ، بنغازي ، العدد الثاني ، ٢٠٠٤.
- د. عصام الدين الشربيني ، الموت والحياة بين الأطباء والفقهاء ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثالث – الجزء الثاني ، ١٩٨٧ .
- د. فتحي عبد الرحيم ، دراسة في الأسس التشريعية لنقل وزرع الأعضاء ، ورقة عمل مقدمة في ندوة بالاشتراك مع كلية طب المنصورة عام ١٩٩٦ .
- د. قاسم رضا علو، مسؤولية الطبيب عن خطئه جزائياً، بحث دراسات متخصصة مقدم إلى المعهد القضائي، بغداد، ١٩٩٢.
- د. محمد أيمن صافي ، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الرابع – الجزء الأول ، ١٩٨٨ .

- د. محمد علي البار, أجهزة الإنعاش ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي, العدد٢, جزء١ ، جدة ، ١٩٨٦ .
- د محمود نجيب حسنى ، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، س٢٩، ع٣، سنة ١٩٥٩ .
- د. محمود نجيب حسنى ، الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي ، ندوة علمية نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين بحقوق القاهرة ، نوفمبر ١٩٩٣ ، القاهرة ١٩٩٤.
- د. مراد بن على زريقات ، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية – قراءة أمنية وسيكولوجية ورقة عمل مقدمة الى المؤتمر الدولي " الأمن والديمقراطية وحقوق الانسان " المنعقد في جامعة مؤتة – الاردن ، فى الفترة من ١٢ الى ١٧ يوليو ٢٠٠٦.
- د. منصور مصطفى منصور ، حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق والشريعة ، عدد ١ ، ٢ ، جامعة الكويت ، ١٩٧٩ .

ثانيا – المراجع باللغة الأجنبية :

١ – المراجع الفرنسية :

- Ahmed ABDULDAYEM, Les organes du corps humains dans le commerce juridique, publication juridique Alhalabi, Beyrouth, 1999.
- Ahmed Reda HAKEM , La mort aspects médico-légaux, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en sciences médicales , Institut national d'enseignement supérieur des sciences médicales d'Oran, 1987.
- Boles (J. M), Renault (A), Tchoua (R), Garo (B), La mort cérébrale : définition et critères diagnostiques, Rev. De formation hebdomadaire- Le concours médical, 1994, n° 116-60, p. 29.
- Catherine LABRUSSE-RIOU, Quelques regards civilistes sur la fin de vie, Revue du l'institut de criminologie de Paris, édition ESKA, n° 5, 2005-2006.

- Charles SKYDOUX et Jean Jacques GOY, Abrégé de transplantation cardiaque, Edition Médecine et Hygiène, Genève, 1997.
- Claude Albert COLLIARD, Libertés Publiques, Sixième Edition, Dalloz, Paris, 1982.
- Claude BOISSIER-RAMBAUD, Georges HOLLEAUX, La responsabilité juridique de l'infirmière, , Sixième Edition, Lamarre, Paris, 2002.
- Eric MONDIELLI, L'essentiel de la bioéthique et du droit de la biomédecine, Extenso Edition, Paris, 2008.
- Florence BELLIVER, Christine NOIVILLE, Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin, Dalloz, Paris, 2006..
- George CHAMMARD BOYER, Paul MONZEIN, La responsabilité médicale, Presses universitaires de France, Paris, 1974.
- Jean-Paul DOUCET, La protection pénale de la personne humaine, 2e Edition, Litec, Paris, 1993.
- Jean PENNEAU, La responsabilité médicale, Sirey, Paris, 1977.
- Jean PEANEAU, Médecine, particularités de certains délits, Atteintes à l'intégrité corporelle, violation des devoirs d'humanisme, Fascicule 4, pénal annexes, éditions techniques Juris classeurs, 1990.
- Laurent DELPRAT, Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale, Chiron éditeur, Paris,2004.
- Malicier (D.), Miras (A.), Feuglet (P.), Faivre (P.), LA Responsabilité médicale Données Actuelles, 2eme éditions ESKA, PARIS, 1999.
- Mazeaud TUNC, Trait théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tom 2, Paris, 1972.

- Mémeteau (G.), Cours de droit médical., Litec, Paris, 1996.
- Mollaret (P.), Goulon M. The depassed coma (preliminary memoir). Rev Neurol (Paris) 1959;101:3-15.
- Nathalie NEFUSSY-LEROY, Organes humains (prélèvements, dons, transplantations), éditions ESKA, Paris, 1999.
- Patrice JOURDAIN, Le Fondement de l'obligation de Sécurité, Gazette du Palais,1997.
- Patrice JOURDAIN, Responsabilité civile, R.T.D. Civ., Janvier. Mars, 1999.
- Paul Julien DOLL, les problèmes juridiques poses prélèvements et les greffes au l'état actuel de la législation française, doctrine1, nº 2168.
- Paul Coste-FLORET, La greffe du Cœur devant la moral devant la droit, Rev. Sc. Crim, Dr. Pen. Comp. No. 1. Janvier-mars 1969.
- Roberto ANDORNO, La convention d'Oviedo; Vers un droit commun européen de la bioéthique, droit et justice, 45, Bruyant 2003.
- Robert SAURY, L'éthique médicale et sa formulation juridique : Approche médico juridique des grands problèmes d'éthique : de la nécessité de la loi, Sauramps, Montpellier, 1991,
- Sabine BOUSSARD, Comment sanctionner la violation du droit à l'information de l'usager du système de santé ? L-G-D-J,N˚1, Paris, 2004.
- Savatier (J.), Le problème des greffes d'organes prélèves un cadavre, R. Dalloz. Chr xv. 8 mai 1968.
- Savatier (R.), Traite De Droit Médical. Paris, Librairies Techniques, 1956, P. 11.
- SAVATIER (R.), Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains , J.C.P,1969-1-2247.CF.

٢ – المراجع الإنجليزية :

- Anonymous, A definition of irreversible coma. Report of the ad hoc committee of the Harvard medical school to examine the definition of brain death. JAMA 1968;205:337-40 .
- Anonymous. Diagnosis of brain death. Statement issued by the honorary secretary of the Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom on 11 October 1976. Br Med J 1976;13:1187-8.
- Dieter GIESEN, Lord KILBRANDON, International Medical Malpractice Law: A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care , Mohr Siebeck,1988.
- Felde (G.), Legislative commentary: uniform determination of death act. Imprint 1982;29:12.
- Ian KENNEDY , Andrew GRUBB., Medical Law. 2e Edition. Londres, Butterworths, 1994.
- Joynt(R- J.), Landmark perspective: A new look at death. JAMA 1984.

ثالثاً – مواقع على شبكة الأنترنت :

- http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/164.htm .
- http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA63-REC1/A63_REC1-sp.pdf
- http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/164.htm .
- http://www.fiqhacademy.org.sa/
- http://ar.wikipedia.org/wiki/ .
- https://ar.wikipedia.org/wiki/ .
- http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AF%D9%85%D8%A7%D8%BA_%D8%A8%D8%B4%D8%B1%D9%8A
- http://dar-alifta.org/ViewFatwa.aspx?ID=3638&LangID=1

- http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F18515.xhtml#N1008E .
- http://ar.wikipedia.org/wiki/
- http://www.france-adot.org/histoire-de-greffes.html
- Denis BENEDICTE, Les prélèvement d'organes , www.droit.univ-paris5.fr , p.1 à 4
- Loi Nº 94-653 du 29/12/1994 relative au respect du cops humain. Voir: www.journal-officiel.fr .et Loi Nº 94-654 du 29/12/1994 relative au don et à l'utilisation des elements et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procreation et diagnostic prenatal, J.O, 30/7/1994. Voir: www.Journal-officiel.fr .

Yosuke Shimazono "The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information" Bulletin of the World Health Organization Volume 85 Number 12 December 2007 pp 901-980 Available at: