حكم نقل الأعضاء البشرية
بين الشريعة والقانون

الفصل الأول

obeikandl.com

obeikandl.com

تقديم :

دائمًا وأبدًا، كان الإنسان مكرمًا بحكم الخالق، وحفظت له الشريعة الإسلامية الاحترام حيًّا وميتًا[1]، فهو أحسن المخلوقات، قال تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِىٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ صدق الله العظيم[2]. ومن هنا كان الأمر من المولى عز وجل بعدم المساس بخلقه سواء كان بالإيذاء أو التغيير . سواء كان الإيذاء جسديًا باستباحة القتل، أو بعضو من الجسد باستباحة إفساده أو استقطاعه بحيث تنتفي علة خلق العضو في جسد الإنسان[3]. ولم تقف الشريعة الإسلامية عند مضمون الحماية لجسم الإنسان بل امتدت لتشمل الجنين في بطن أمه، فالأم التي تتعرض للإجهاض، يستوجب الجنين دية على من تسبب في خروجه[4].

وفي السنوات الأخيرة ظهرت طفرات طبية كبيرة بشأن الأعضاء الجسدية للإنسان، بحيث تعدى الطبيب دوره التقليدي في مجرد معالجة العضو المصاب من جسد الإنسان، بل تجاوز ذلك باستبدال ذلك العضو بعضو آخر صحيح . ومنذ ذلك الحين أصبح نقل الأعضاء مثيراً للجدل في غالب دول العالم، وكان أهم ما أثير من جدل، مدى صحة نقل الأعضاء من شخص سليم إلى آخر ، ومن ميت إلى آخر، ومدى جواز البيع لأحد الأعضاء أو التبرع، وهل التبرع يكون حال حياة الشخص أو حال وفاته ببرهة يسيرة؟ كل تلك الأسئلة أصبحت مطروحة على الساحة الشرعية والقانونية، وصولاً إلى تقييم تلك التصرفات البشرية من حيث الإباحة أو التحريم.

---

(١) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، الجزء الثاني، القاهرة ١٣٣١هـ، ص ٩٠ .

(٢) سورة التين ـ آية ٤

(٣) يقول تعالى " ولا تقتلوا أنفسكم " صدق الله العظيم ـ سورة النساء ـ آية ٢٩ .

(٤) د. أحمد شرف الدين ـ الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ـ مطبعة جامعة الكويت ـ ص٣٧ .

لذلك سوف نتناول حكم نقل الأعضاء بين الشريعة والقانون من خلال مبحثين، وذلك على الوجه الآتي:

(المبحث الأول)
حكم الشريعة في زرع الأعضاء البشرية

تقديم:

لقد كان للطفرة العلمية الكبيرة في مجال الطب، أثرها الكبير في إنقاذ الجنس البشري من أضرار جسيمة، منها ما هو اجتماعي ومنها ما هو اقتصادي، وذلك بتقدم الجراحات البشرية، كإعادة زرع العضو المبتور، وإعادة زرع عضو من إنسان إلى آخر كليهما أحياء، ومن متوفى إلى حي.

وقد ذهب الفقه إلى إباحة ذلك على سند الضرورة، أو التضامن الاجتماعي المقترن برضاء الشخص المنزوع عنه العضو البشري(٥).

وسوف نستعرض هنا حكم زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية وحكم نقل العضو من الشخص الحي، وحكم نقل العضو البشري من الميت إلى الحي.

(المطلب الأول)
حكم زراعة الأعضاء البشرية

التعريف بالعضو:

في الفقه الإسلامي: عرف بأنه " أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان مستقلاً كاليد

(٥) د. أحمد شوقي أبو خطوة ـ القانون الجنائي والطب الحديث ـ طبعة ١٩٩٥ ـ ص ٢٣، دار النهضة العربية.

والعين والكلية أو جزء من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا . وسواء ما يستخلف كالشعر والظفر، والسائل كالدم واللبن، سواء كان متصلاً به أو منفصلاً عنه[٦].

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي السعودي بأنه "أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين سواء كان متصلاً به أم منفصلاً عنه"[٧].

في القانون: عرفه البعض بأنه " جزء حي من المكونات الطبيعية للجسم، بحيث لا يتوقف على نقله تعريض حياة الإنسان للخصر[٨].

وعرفه آخرون "جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء أكان متصلاً أم منفصلاً عنه، وأن الدم يعتبر من أعضاء الإنسان المتجددة"[٩].

والآخر عرفه " كل جزء من أجزاء الجسم سواء أكان خارجيًا أو داخليًا وسواء أدى دورًا لمنفعة الجسم أو لغيره"[١٠].

في اللغة: هو جزء من أنسجة خلايا ودماء ونحوها، سواء أكان متصلاً به أم منفصلاً عنه وأن الدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان[١١].

في الطب: "العضو هو مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة مثل المعدة والكبد والكلية والدماغ والأعضاء التناسلية والقلب . . . "[١٢].

---

(٦) د. عارف علي عارف، مدى شرعية التصرف بالأعضاء البشرية ـ رسالة دكتوراه ـ كلية العلوم الإسلامية ـ جامعة بغداد ـ ١٩٩١ ص: ١١

(٧) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ـ العدد (٢٤) الجزء (١) ـ جدة ١٩٨٨ ـ ص : ٨٠٥ .

(٨) د. عبد الوهاب البطراوي ـ مجموعة بحوث جنائية حديثة ـ الجزء (١) الطبعة الثانية ـ دار الفكر العربي ـ القاهرة ١٩٩٦ ـ ص : ٢٢

(٩) د. منذر الفضل . التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ـ دار الثقافة ـ عمان ١٩٩٥ ـ ص: ١٧ .

(١٠) د. حسن زعال ـ التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ـ رسالة دكتوراه ـ كلية القانون ـ جامعة بغداد ـ ١٩٩٥ ـ ص: ٥ .

(١١) د. منذر الفضل ـ المتصرف القانوني في الأعضاء البشرية ـ عمان ـ دار الثقافة ٢٠٠٢ ـ ص : ١٧ .

(12) J.K INGLIS,Human Biology , third edition , oxford , 1986,p.21

والأنسجة هي مجموعة من الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة.

ولقد اتفق الفقهاء على جواز ربط السن إذا تحركت بخيط من الفضة، كما اتفقوا على جواز اتخاذ السن والأنف والأنملة من الفضة أيضًا[١٣]. في حين اختلفوا في اتخاذ السن من الذهب، فقد ذهب الشافعية والمالكية وأصحاب أبي حنيفة على جواز ذلك عن رواية أن صحابيًا أصيب في أنفه يوم الكلاب، فاتخذ أنفًا من فضة فانتن فأمره النبي ﷺ أن يتخذ أنفًا من ذهب[١٤].

وذهب أبو حنيفة إلى جوازها إذا تعذر اتخاذها من الفضة، لأن الأصل في الذهب التحريم وفي الفضة الإباحة ولا يكون المحرم مباحًا إلا في حالة الضرورة.

أما سائر الأعضاء كاليد والرجل، فقد ذهب الحنفية والشافعية إلى حرمتها إذ يكون الغرض منها التزيين والتزيين بالذهب حرام[١٥].

وذهب بعض أصحاب الشافعية إلى جوازها عند الضرورة، وعدم إمكان اتخاذها من الفضة أو أية مادة أخرى.

المسألة الأولى .. إعادة زرع العضو المنفصل

هذا عن الزراعة من المواد الخارجة عن جسم الإنسان، أما أن يعاد زرع العضو المبتور من الجسم ذاته في مكانه حال حرارة الدم، كإعادة زرع الأذن واليد المقطوعة في مكانها أو أخذ بعض من عضو في جسده لزرعه في محل آخر من جسده، كأخذ بعض الجلد من الأرجل لزراعتها في الوجه عند إصابته بحروق، فقد اختلف الفقهاء، وكان محل الاختلاف بسبب

(١٣) أبو زكريا يحيى بن شرف الثوري (ت ٦٧٦هـ / ١٢٧٧م) ـ المكتبة السلفية ـ المدينة المنورة.

(١٤) سنن أبي داود ـ سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ـ طبعة دار الحديث ـ حمص ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٧٤، الجزء الرابع، ورواه الترمزي والنسائي.

(١٥) المرجع السابق.

طهارة العضو بعد انتزاعه من عدمه وانفصاله تمامًا عن جسم الإنسان ولا خلاف بينهم إذا لم ينقطع العضو تمامًا، وحرم من قال بنجاسة العضو عند انفصاله تمامًا عن الجسد وإعادة زرعه، وحلل من قال بطهارة العضو وإن انفصل عن الجسد.

وقد جاء عن أبي يوسف، فيمن قطعت أذنه، أنه قال " لا بأس بأن يعيدها إلى مكانها "، وقال أبو حنيفه، ومحمد بن الحسن : لا يجوز[١٦].

والراجح عند جمهور فقهاء الشافعية والحنابلة والحنفية جواز إعادة زرع العضو وطهارته وصحة الصلاة به[١٧]، لأن إعادة زرع الأعضاء إنما يكون بعود الحياة إليها فلا يصدق عليها أنها مما أبين من الحي، على سند حديث الرسول الكريم (ﷺ) " ما أبين من حي فهو ميت "[١٨]. فهنا تعود الحياة إلى العضو، وبعود الحياة صارت كأنها لم تبن.

ولذا عرف بعض الفقهاء الموت بأنه زوال الحياة، لأنه ضد الحياة، وإذا التحم العضو حال حرارة الدم تبينا أنه حي[١٩]. وقد استدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿ . . . وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ . . . ﴾ (الإسراء: ٧٠) والتكريم لا يكون مع النجاسة.

المسألة الثانية ... نقل جزء من عضو وزرعه لذات الإنسان

حول نقل جزء من عضو الإنسان وزراعته في عضو آخر، قال الخطيب الشربيني في مغنى

(١٦) حاشية البحر الرائق ـ شرح كنز الدقائق ـ الطبعة الثانية ـ الأوفست ـ دار المعرفة، ص ٢٤٣ .

(١٧) الأمام أبو إسحق الشيرازي، المهذب م٢ ـ الجزء الثاني مصر، ص ١٧٩ ، النووي، المجموع المطلعي ـ المكتبية السلفية ـ المدينة المنورة ـ منحة الخالق م١ ، ص ٢٤٣ .

(١٨) محمد ابن عابدين ـ حاشية بن عابدين ـ الجزء الرابع ـ منحة الخالق ـ م١ ، ص ١١٤ .

(١٩) البحر الرائق ـ شرح كنز الدقائق ـ ابن نجيم الحنفي ـ مطبعة دار المعرفة ـ بيروت ـ الأوفست، م١ ، ص ١١٥

المحتاج، تحريم قطع بعض من جزء من جسده إذا اضطر لأكله، لأنه قد يتولد عنه الهلاك[٢٠]. واشترط للجواز فقد الميتة ونحوها مما مر، و أن يكون الخوف في قطعه أقل من الخوف في ترك الأكل، فإن كان مثله أو أكثر حرم جزمًا[٢١].

وقال بعض أصحاب الشافعي: له ذلك، لأن له أن يحفظ الجملة بقطع عضو كما لو وقعت فيه الأكلة، أما إذا جزم الهلاك بقتل نفسه فيحرم عليه قطعه.

وقرر الفقه وأجمع على أنه ليس هناك ما يمنع من نقل عضو إلى آخر بذات الجسد لأنه المستفيد، وهو ذات الشخص المنقول منه العضو، وحيث ن القاعدة الشرعية تقرر بأن الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف[٢٢].

وقال النووي في الروضة: ولو أراد المضطر أن يقطع قطعة من فخذه أو غيرها ليأكلها، فإن كان الخوف منه كالخوف في ترك الأكل أو أشد حرم، وإلا جاز على الأصح بشرط أن لا يجد غيره، فإن وجد حرم قطعًا[٢٣].

ويتضح لنا في ذلك أن الاختلاف في تقدير مقدار الضرر بين الإباحة والتحريم، مع رجحان جواز نقل جزء من عضو إلى آخر بذات الجسد بعدة شروط :

١. انتفاء الدواء أو العلاج.

٢. رجحان إصابة النجاح في العملية.

---

(٢٠) النووي، المجموع المطلعي ـ المكتبة السلفية ـ المدينة المنورة، ٣٢، ص١٣٨.

(٢١) الشربيني، مغنى المحتاج، ج٤، ص٣١٠.

(٢٢) د. هاشم جميل عبد الله، زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة الرسالة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ـ العراق ـ العدد ٢١١، السنة ٢١ ١٩٨٨.

(٢٣) زكريا يحيى بن شروف النووي، روضة الطالبين ـ المكتب الإسلامي للطباعة والنشر (٦٧٦ هـ)، م٣، ص٢٨٥.

٣. رجحان الضرر المراد دفعه عن الضرر الناتج[٢٤].

(المطلب الثاني)
حكم زراعة العضو من آخر حي

لو تأملنا رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال الاعتداء على حق الإنسان في الحياة وسلامته الجسدية، نرى أنها من الحقوق التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد[٢٥].

وفي تلك الحالة التي نتعرض لها هنا من حيث نقل عضو أو جزء من عضو من إنسان حي إلى آخر يحتاج إلى ذلك العضو بغرض التداوي[٢٦]، نقول إن ذلك إنما يكون في حالتين :ـ

الحالة الأولى: عندما يكون العضو المراد أخذه ليس في الجسم بديل يقوم مقامه، ويؤدي وظيفته ومن ثم فإن استقطاعه يؤدي إلى الموت.

وفي مثل هذه الحالة، لا يجوز مطلقًا استقطاع العضو، لأنه يسبب ضررًا فاحشًا، ولذلك لا يجوز استقطاع القلب مثلاً حتى إذا كان برضا المعطي، لأن الإنسان لا يملك التصرف في حياته إلا بإذن الشرع، والشرع قد أقام مبدأ التساوي بين بني آدم معصومي الدم[٢٧]. وكذلك لا يجوز استقطاع العضو غير المتجدد إذا لم يكن له نظير في الجسم حتى إذا كان ذلك العضو مزدوجًا في الجسم، إذ يجب أن يكون العضو المتبقي قادرًا على القيام بوظيفة العضو المنقطع،

(٢٤) د. محمود علي السرطاوي، قضايا طبية معاصرة في ميزان الشريعة، دار الفكر، الأردن ـ ٢٠٠٦، ص ٣٨.

(٢٥) د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ـ الجزء الثالث، القاهرة، ١٩٥٦، ص١٠٨.

(٢٦) د. حسني عودة ذعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص٣٥.

(٢٧) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، الجزء الرابع، القاهرة، ١٣٠٧هـ ـ ص ١٥٠٧.

فلا يجوز مثلاً استقطاع أحد الأطراف، لأن الطرف الآخر لا يستطيع أن يؤدي وظيفة العضو الذي تم استئصاله.

الحالة الثانية: إذا كان العضو المراد استقطاعه من الأعضاء المزدوجة، وكان العضو المشابه يستطيع أن يقوم بوظيفة العضو المستقطع كالكلى ونحوها، فلا نرجح النقل، بالرغم من وجود الضرورات والتضامن الاجتماعي، فالحقيقة أن في حالة استقطاع أحد الأعضاء المزدوجة والتي يمكن أن يقوم بوظيفة العضو الآخر، يبقى الخطر قائمًا يهدد المعطي في إمكانية إصابة العضو المتبقي بالتلف أو العطل نتيجة قيامه بالعملية المنوط القيام بها بمفرده. فضلاً عن أن المولى سبحانه وتعالى خلق كل شيء بقدر ليقوم بدور محدد في جسد الإنسان، حتى يستطيع القيام بالدور المضطلع به من خلقه والقيام برسالته في الحياة الدنيا. فمثلاً استئصال إحدى الكليتين قد يؤدي إلى احتمال إصابة الكلى المتبقية بعطل وهذا فيه ضرر. ولذلك لا يوجد رأي في الفقه يقول بالترخيص. فقد ذهب الشافعية إلى عدم الجواز في ذلك بالقول بأنه لا يجوز للمضطر أن يقطع لنفسه جزءاً من إنسان غير معصوم الدم بلا خلاف، وليس للغير أن يقطع من أعضائه شيئًا ليدفعه إلى المضطر بلا خلاف[٢٨].

بيد أنه، قد أجازت الشريعة الإسلامية نقل الأعضاء في بعض الآراء على أساس تزاحم المصلحة ودفع الضرر الأعظم بالضرر الأدنى، كما يرى الفقيه ابن القيم "بأنه إذا تأملت شريعة الله التي وضعها لعباده وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخاصة أو الراجحة بحسب الأماكن وإن تزاحمت منع أعظمها فساداً باحتمال أدناه"[٢٩].

ولو تأملنا معرفة هذه المصالح فسوف يكون سندنا النصوص القرآنية والسنة النبوية

(٢٨) د. هاشم جميل عبد الله، المرجع السابق، ص٧٨.

(٢٩) د. محمد أسامه عبد الله، المسئولية الجنائية للأطباء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٨٣، ص٤٠٠.

الشريفة ثم الأدلة الشرعية . ومن بينها الاستحسان وسد الذرائع الذي يستند إليه الحكم الشرعي في حل هذه المسألة، كحالة الضرورة أو المصلحة الراجحة كاستثناء من القواعد الأصلية في بعض المسائل الجزئية[٣٠].

ولو تأملنا الشريعة الإسلامية بنصوصها القرآنية والأحاديث النبوية لم نجد نصًا أو حديثًا صريحًا يبيح نقل الأعضاء، ولكن نستند إلى روح الشريعة الإسلامية وإلى مبادئها الجليلة، ولذلك واستنادًا على ما تقدم نرى أن الشريعة الإسلامية تجيز نقل الأعضاء البشرية كالكلية، كما جاء ببعض الفتاوى، إذا تبين أن عملية زرع العضو البشري ناجحة، وثبت من وجود فائدة من نقل العضو على سبيل القطع لا على سبيل الظن، ولم يترتب على ذلك أي ضرر للشخص المعطي[٣١].

وبذلك فإن الشريعة الإسلامية لم تقف عائقًا أمام التطور الطبي في نقل الأعضاء البشرية للتداوي بشرط أن يكون النقل للأعضاء المزدوجة، وأن لا يترتب أي ضرر جسيم يهدد الحياة أو السلامة الجسدية، بما لا يتنافى مع الحماية العضوية لجسم الإنسان ولتكريم الخالق لها، مع وجود أهلية الرضا، ورضا الاستقطاع من المعطي إلى المتلقي، وأخيراً توافر حالة الضرورة.

(المطلب الثالث)

حكم زراعة العضو من آخر متوفى

أكدت الشريعة الإسلامية على مبدأ حرمة المساس بالميت، فلقد ورد بالحديث أن " كسر عظم الميت ككسره حيًا " الأمر الذي اقتضى حرمة نبش قبره، وهشم عظامه إلا لضرورة لأن

(٣٠) د. حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص٣٦

(٣١) فتاوى الأزهر ـ ندوة نقل الكلى، المركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، ١٩٧٨، ص ١٥٣.

ذلك هتكًا لحرمته[٣٢].

والشريعة الإسلامية تضع قاعدة عامة وهي أن الضرورات تبيح المحظورات، وعلى أساس هذه القاعدة أجمع فقهاء المسلمين على أن المضطر إذا وجد ميتة ولحم آدمي أكل الميتة، وإن كانت لحم خنزير[٣٣]، فإذا لم يجد المضطر إلا لحم آدمي، فيذهب الحنابلة[٣٤] وجانب من المالكية[٣٥]، وجانب من الحنفية[٣٦]، إلى إباحة أكله إذا كان المضطر غير معصوم الدم كالمرتد، لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت.

ولا يجوز للمضطر عند جمهور الحنابلة[٣٧] كل لحم الآدمي إذا كان الميت من معصوم الدم كالمسلم والمستأمن والذمي ،وذكرت الشافعية إذا كان المضطر غير معصوم الدم لم يجز له أن يأكل من المعصوم، أما إذا كان معصوم الدم كالذمي والمستأمن فيجوز له ذلك .

ومن نتاج ما تقدم وحيث كانت الشريعة تجيز للمضطر أن يأكل لحم الآدمي، فإنه يجوز التداوي بعضو من أعضائه مع بقائه على الحياة والحفاظ على صحته من باب أولى.

والشريعة الإسلامية بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين[٣٨]، فإذا دار الأمر بين محظورين يصار إلى أخف الضررين، فالأمر هنا يدور بين حظر المساس بالجثة وانتهاك حرمتها، والضرر الذي يصيب الإنسان الحي بفقده الحياة، إذا لم يزرع له عضو يستأصل من

(٣٢) د. أحمد شوقي أبو خطوة ـ المرجع السابق ـ ص١٦٢ .

(٣٣) النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٢٨٤، النووي المجموع، ج٩، ص٤٥ .

(٣٤) ابن حزم، ج١، ص٢٤، ٢٢٣ .

(٣٥) الفتاوى الهندية، ج٥، ص٣٥٤، ابن عابدين ـ رد المختار على الدار المختار المطبعة الأميرية ـ بولاق ـ ١٣١٠هـ، ج٥ ـ ص٣١٥ .

(٣٦) الشرح الصغير لحاشية الصاوي، ج١، ص ٣٢٣ .

(٣٧) ابن حزم " المحلي " الجزء (١٠) القاهرة ـ مطبعة المينرية ـ ١٩٤٩ ـ ص: ٢٢٣ .

(٣٨) دار الإفتاء المصرية ـ ١٩٧٤، أشار إليها الدكتور / حسام الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نوع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٥ .

هذه الجثة، فأخف المحظورين هو نقل عضو الميت لزرعه في جسد هذا الإنسان، ذلك لأن المحافظة على حياة الإنسان أو صحته أعظم من الناحية الاجتماعية من المفسدة المترتبة على المساس بحرمة الجثة، كما أن استئصال أجزاء من الجثة لتحقيق أغراض علاجية لدى الأحياء لا يتضمن معنى المساس بالكرامة الإنسانية بل يتضمن معنى التضامن الاجتماعي.

(المبحث الثاني)
حكم القانون في زراعة الأعضاء البشرية

تقديم:

من مهام الدولة الحفاظ على سلامة مواطنيها وأجسامهم من التعرض للإيذاء، عن طريق سن التشريعات اللازمة لتجريم الاعتداء الجسدي أيـًا كان صورته وطبيعته ومحله في الجسد، وهو ما يعبر عنه بصفة عامة بالإيذاء البدني . فالمواطن في الدولة له الحق في تلك الحماية الجسدية ومن ثم الحفاظ على سلامته الجسدية، وسلامة أعضائه والاحتفاظ بها دون ألم، تقوم بوظائفها المخلوقة لها، اللهم إلا مرض أصابها، فلا مسئولية على الدولة في ذلك، إلا إذا كان السبب المرضي بسبب قصور الدولة عن القيام بواجباتها والاضطلاع بمسئولياتها بخلاف ذلك، فلا جريمة ولا حماية للحق في سلامة الجسم من جانب القانون.

وقد يتم التعدي على سلامة الجسد في بعض الحالات مقترنًا بسبب إباحة كالعمليات الجراحية، وهنا لا يعد المساس اعتداء يمثل جريمة يعاقب عليها القانون.

بيد أنه ومن الجدير بالذكر أن المساس قد يكون ماديًا أو نفسيًا بجسد الإنسان فمفهوم المساس قد يتمثل في الصورة المادية كالجرح والقطع، وقد يتمثل كذلك في صور أخرى كإطلاق أعيرة نارية بجوار الشخص فيرهبه ويتوقف قلبه نتيجة لذلك فذلك يعد من المساس المجرم، طالما كان المعيار العام المساس بالجسد أو أحد أعضائه في سلامتها أو المساس بوظائفها .

وفي هذا المبحث سوف نتناول الاستثناء على جريمة المساس بسلامة الجسد في مطلب أول وثان، نتناول بهما الأساس القانوني لإباحة نقل الأعضاء، وثالث موقف التشريعات المختلفة في نقل الأعضاء، وأخيراً شروط إباحة نقل الأعضاء البشرية قانونًا.

(المطلب الأول)
الأفعال المباحة في الاعتداء على سلامة الجسد

الأصل أن الفعل مباح ما لم يجرمه القانون[٣٩]، أما الفعل الذي يخضع ابتداء لقاعدة التجريم ويستثنى الشارع منه سلوكًا، فهو يكون مباحًا بصفة استثنائية بسبب ظروف نص عليها الشارع، وجعل من آثارها إباحة الفعل المجرم[٤٠]. ومعيار التفرقة بين الإباحة الأصلية والإباحة الاستثنائية هو مدى مطابقة السلوك للنموذج الإجرامي للجريمة المنصوص عليها كسلوك مجرم بالقانون.

والسلوك الذي استثناه الشارع من السلوك المجرم الخاص بالمساس بسلامة الجسد والاعتداء عليه أو أحد أعضائه ماديًا أو معنويًا أو بسلامة وظائفه، الأعمال الطبية والجراحية التي تهدف إلى العلاج وإصلاح العطب الذي أصاب أحد أعضاء الجسد وإزالة الألم، بما يحقق سلامة الجسد، مما يؤدي في نهاية الأمر إلى مصلحة اجتماعية.

ويستند معيار الإباحة هنا إلى سببين :

---

(٣٩) د. محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية ـ ١٩٦٢، رقم ١٣، ص ١٦، د. عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، ١٩٨٣، ص ٢٢٦.

(٤٠) أحمد شوقي عمر ـ المرجع السابق ـ ص٢٤.

السبب الأول: أن القانون قد نظم كيفية مباشرة هذه المهنة، واعترف بكل الأعمال الضرورية واللازمة لمباشرتها والتي تستهدف العلاج[٤١].

السبب الثاني: أن السلوك ينطوي على المحافظة على الجسد وسير وظائفه بصورة سليمة دون الاعتداء على سلامته، وحق الإنسان في التكامل الجسدي، بصرف النظر عن نتيجة التطبيب طالما بذل الطبيب العناية اللازمة، والتزم بالأصول الطبية العلمية والفنية.

لذلك اشترطت قوانين تنظيم مزاولة مهنة الطب أن يكون الطبيب مرخصًا له بمزاولة المهنة، وأن يحصل على موافقة المريض للعلاج، وان يكون الغرض من إجرائها العلاج حتى يتسم السلوك بالإباحة المستثناة من المساس بسلامة الجسد.

ولذلك إذا انتفت رخصة الطبيب، أو رضا المريض بالعلاج ـ سواء كان ضمنيًا أو صراحة ـ وكان السلوك الطبي بغرض العلاج، وهو شرط حسن النية في استعمال الحق كسبب إباحة، بات السلوك خاضعًا لنموذج إجرامي، وانتفى عنه استثناء الإباحة في المساس بسلامة الجسد.

(المطلب الثاني)

الأساس القانوني لإباحة نقل الأعضاء

تمهيد :

رأينا فيما سبق أن الشريعة الإسلامية لم تنص صراحة في القرآن الكريم أو الأحاديث النبوية الشريفة على تجريم أو تحريم نقل الأعضاء، أو إباحته، إلا أن الفقهاء أسندوا في الإباحة بعد تقريرها بشروط محددة إلى حالة الضرورة الشرعية والمصلحة الاجتماعية والتضامن الاجتماعي، واستندوا في ذلك الأساس إلى الأدلة الشرعية . كذلك فعل القانون، واستمر الأساس القانوني الذي استند عليه إلى الإباحة في حالة الضرورة وتحقيق المصلحة الاجتماعية

(٤١) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ١٩٨٣، الكويت، ص ٤١، ٤٢.

والتضامن الاجتماعي.

(الفرع الأول): حالة الضرورة:

يقصد بحالة الضرورة، حالة الشخص الذي يوجد أمام خطر وشيك الوقوع، ولا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب فعل محظور طبقًا لأحكام العقوبات[٤٢].

ويعرف كذلك بأنها حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة ليتفادى ضرراً أكبر محدقًا به أو بغيره أن يسبب له ضرراً أقل له أو للغير[٤٣].

وقد نصت كافة التشريعات العقابية على ذلك المبدأ الوارد في التعريف كقاعدة عامة وهي تقدير ميزان المساس بالجسد بين النجاح أو الفشل لإجراء العلاج أو الجراحة الطبية، وتكون تلك الموازنة بيد الطبيب العالم بحالة المريض، فلا يفوته أن الغرض الذي منح له الإباحة هو العلاج، فإن قدر فشله أو عدم جدواه في إصلاح العضو المتأذي وتخفيف الألم فيمتنع عليه إجراء السلوك الطبي الماس بجسد المريض.

أما في حالة نقل وزراعة الأعضاء فيوازن الطبيب في حالة نقل عضو أو جزء منه إلى ذات الشخص إلى جزء آخر في ذات الجسد بين ضرر الجزء المانح والفائدة للجزء الممنوح له. وكذلك إذا ما تم نقل عضو من شخص حي إلى آخر مريض، فهنا يوازن بين الأضرار التي قد تلحق بالمعطي أو المانح من أثر نزع ذلك العضو من جسده والفائدة العائدة على الشخص الممنوح له المريض.

---

(٤٢) د. عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام ـ ١٩٨٥، دار المطبوعات الجامعية ـ الإسكندرية ص٤٩٧٠، د. محمود مصطفى، المرجع السابق، ص٤٧٧، د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، = = ص٥٤٤، د. مأمون سلامه، قانون العقوبات، القسم العام، ١٩٧٩، دار الفكر العربي، ص٣٩، د. عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، ص٥٠١.

(43) Savatier (R): Les Problemes Juridiques des Trans (2) Plantations dorganes humains .J.C.P . 1969 . 2247.CF

ولنا هنا تعليق وتساؤل، هل يجب أن يدخل في حساب الطبيب عند الموازنة حتى يتمتع بسبب الإباحة في الإيذاء البدني، استمرار الفائدة عند الشخص الممنوح له ذلك العضو؟ وقد أثرنا ذلك التساؤل حتى نسرد رأينا فيه . حيث إن الطبيب إذا أغفل ذلك قد يتعرض للمسئولية الجزائية على سند أن الموازنة هنا تكون موازنة صورية، إذا ما كانت المصلحة أو المنفعة مؤقتة للشخص المريض، حيث إن الشخص المانح قد أصابه ضرر بلا شك من أثر نزع عضو من أعضائه حتى وإن كان هناك عضو مماثل يقوم بوظيفة العضو المنزوع، فلن يقوم بوظيفته المثلي والفعالة كمن يقوم به عضوان فصلا عن احتمال تعرض العضو المتبقي إلى مرض وخلافه، فهنا يكون المانح قد تعرض لخطر وأضرار أكبر من تعرضه للوفاة بما لا يتناسب مع مصلحة الشخص الممنوح له . هذا من جانب، ومن الجانب الآخر، فإن الشخص الممنوح له قد ينتقل إليه هذا العضو ويمكث به أيام أو شهور قليلة ثم يلفظ الجسد العضو الغريب عليه، فهنا لم تتحقق إلا مصلحة صورية مؤقتة وتحقق الضرر للمانح والممنوح، لذلك نرى أن يدخل في تقدير الطبيب عند تقدير المصلحة والضرر أن يكون الضرر مقبولاً، وأن تكون المصلحة أكبر من الضرر وأن تكون مستمرة على تقدير أصول المهنة الطبية والفنية والعملية، حتى تتحقق العناية من سبب الإباحة في نقل الأعضاء البشرية.

ولذلك يجب على الطبيب الجراح أن يراعي في هذه الموازنة :

١. أن هناك خطر جسيم يهدد المريض، وأن عدم نقل عضو سليم له يؤدي إلى الوفاة لا محالة.
٢. تناسب الخطر المراد تفاديه مع الضرر المترتب للمانح.
٣. استمرار المصلحة المراد تحققها بتفادي الخطر المحدق للشخص الممنوح له.
٤. أن لا تؤدي عملية النقل إلى وفاة المانح أو اختلال خطير بأجهزة الجسد ووظائف أعضائه.

(الفرع الثاني): المصلحة الاجتماعية:

المعيار الثاني الذي استثنى فيه الشارع الإباحة في السلوك الإجرامي، هو تحقيق المصلحة الاجتماعية، فالشخص يضطلع برسالة في الحياة يسير بها ليحققها، ومن أدوات تحقيق أهدافها

سير أعضاء الجسد في وظائفها بطريقة صحيحة دون علة . فالعلة قد تصيبه في أعضائه فتنال منه جسديًا ونفسيًا تجعله في حالة سلبية لا يتمكن معها من القيام بالدور الاجتماعي بما يضر معه المجتمع في تعددها .

لذلك فإن معيار المصلحة الاجتماعية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء ، تقاس من جانب المنفعة التي تعود على المجتمع من نقل عضو إلى شخص آخر ، وليست المنفعة الشخصية لأطراف عملية النقل[٤٤] .

وإذا ما حددنا ذلك الهدف كان الواجب التحقق في عملية نقل الأعضاء من شخص لآخر ، أن الشخص المانح بعد عملية النقل يجب أن لا ينقص من صلاحيته لأداء الدور الاجتماعي له ، وبما لا يمس بدور صحة الجسد في ذلك الدور ، فضلاً عن منفعة العضو المنقول إلى الممنوح له لاستفادة الصحة الجسدية التي تمكنه من قيامه بدوره الاجتماعي ، أما خلاف ذلك فلا تتحقق المصلحة الاجتماعية المرجوة ، والتي من أجلها أبيحت عملية النقل .

وفي المجمل في عملية نقل الأعضاء ، يجب أن يكون نصب أعيننا المصلحة الاجتماعية ، فليست مصلحة شخصية للمانح أو الممنوح له أو الطبيب ، بل تكون الغاية الفائدة العائدة على المجتمع من إعارة أعضاء به في حالة سلبية إلى حالة إيجابية إنتاجية تضطلع بالدور الاجتماعي المنوط به القيام به ، وإن كان المانح قد يتعرض لمخاطر من جراء عملية النقل ، إلا أن ذلك الخطر يقابله مصلحة وتضامن اجتماعي وإنساني[٤٥] .

(المطلب الثالث)

موقف التشريعات من نقل الأعضاء

(٤٤) أنجون فهمي ، رضا المجني عليه ، رسالة دكتوراه ، باريس ١٩٧١ ، بند ٢٨ ، ص٤٣٩ .

(45) Sundulli : lesione personnale del cansangiente dans il trinu nale , 1932 . PP. 1 et S.

أولا : القانون الفرنسي:

صدر في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٧٦ ، برقم ١١٨١ــ٧٦، وقد تناول عمليات نقل وزرع الأعضاء دون تحديد لعضو معين، غير أن الأعمال التحضيرية تناولت بصفة أساسية عمليات نقل الكلى لنجاح تلك العمليات، وتناول عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء في المادة الأولى، ثم تناول في المادة الثانية عمليات نقل الأعضاء من الموتى.

وقد أكد القانون أن عمليات نقل وزرع الأعضاء لا يمكن أن تكون محلاً للمعاملات المالية، فالجسم الإنساني يعتبر خارجًا عن نطاق المعاملات التجارية في المادة الثالثة. وقد تناول كلمة عضو في العنوان فقط(٤٦).

ومن أهم ملامح القانون إباحة النقل بقصد العلاج فقط، ولا يتم الاستئصال إلا من شخص حي بالغ متمتع بقواه العقلية وبرضائه الحر الصريح، إما إذا كان قاصراً فإن الاستئصال لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيقه أو شقيقته(٤٧). ويتم هذا الاستئصال برضا الممثل القانوني أو موافقة لجنة الخبراء. وقد صدرت قوانين أخرى بذات الصدد تناولت ذات المضمون(٤٨).

ثانيًا: التشريع المصري:

(٤٦) مع تقدم العلوم الحديثة والمكتشفات الطبية والبيولوجية الحديثة، يمكن القول بأن العضو لا يقتصر فقط على القلب، الكلى، الرئة، الكبد، الأعضاء التناسلية، وإنما أصبح ينتقل الدم، المني، قرنية العين، الجين، أو أجزاء من العضو مثل الجينات والهرمون.

(٤٧) انظر الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ .

(٤٨) التشريع الدنماركي ٢٤٦، في ٩ يونيو ١٩٧٦، التشيكو سلوفاكي ٢٠ لسنة ١٩٦٦، الإيطالي ٤٥٨ لسنة ١٩٦٧، البرازيلي ٥٠٤٧٩ قس ١٠ أغسطس ١٩٦٨، الفنزويلي ١٩ يوليو ١٩٧٢، وجنوب إفريقيا ٢٤ في ٣ مارس لسنة ١٩٧٠ . ومن التشريعات العربية، القانون الكويتي ٧ لسنة ١٩٨٣، والخاص بعمليات زراعة الكلى للمرضى.

لم يصدر في مصر حتى الآن أي نص تشريعي يبيح وينظم عمليات نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء أو الأموات.

بيد أن مصر أعدت القانون في مشروع عرض على مجلس الشورى تمهيداً لإبداء الملاحظات وإعادته للمجلس التشريعي لاعتماده كقانون.

ومن أهم ملاحظات مشروع القانون :

- إنشاء هيئة قومية تشكل بقرار من وزير الصحة تتولى إدارة وتنظيم عمليات نقل الأعضاء.
- كما نصت على ضرورة وجود الإباحة في الفعل، والذي لا يتوافر إلا لضرورة تقتضيها الحفاظ على حياة المريض وبغرض العلاج، وبشرط أن يكون المتبرع كامل الأهلية ويتوافر رضاؤه التام، وإن كان له العدول قبل إجراء عملية النقل عن ذلك الرضا أو الموافقة.
- وأكد المشروع على عدم جواز النقل بمقابل مادي، ويمتنع على الطبيب إجراء العملية إذا علم ذلك.
- وأجاز المشروع في مادته التاسعة النقل من جثة الميت إلى الحي لضرورة المحافظة على الحياة أو علاجه من مرض خطير أو استكمال نقص حيوي في جسده.
- وفي نهاية المشروع أورد عقوبات مشددة لمخالفة القواعد القانونية المنصوص عليها بالقانون.

ثالثا: دولة الكويت:

صدر برقم ٧ لسنة ١٩٨٣، والخاص بعمليات زراعة الكلى للمريض، وكان من أهم ملامح القانون :

- أن الغاية من إجازة النقل والزراعة تحقيق مصلحة علاجية تقتضي الحفاظ على الحياة .
- ويتم التبرع حال حياة المتبرع أو بعد الوفاة بوصية بإقرار كتابي في كلا الحالتين .
- أن يتم التبرع برضا تام من كامل الأهلية.

- أن يتم إجراء العمليات في المراكز الطبية المعتمدة لذلك وفق إجراءات وشروط فنية ومهنية يحددها وزير الصحة .

رابعًا: القانوني الإماراتي:

صدر القانون الإماراتي برقم ١٥ في ٢١ أغسطس ١٩٩٣ بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وكان من أهم معالم هذا القانون :

- أن يكون النقل من الحي أو المتوفى بقصد العلاج وحماية الحياة .
- أن يكون التبرع أو الوصية كتابة وبشهادة شاهدين كاملين الأهلية، ويجوز العدول في التبرع .
- عدم جواز نقل العضو إذا كان يؤدي إلى وفاة الشخص المانح .
- يجب على الطبيب إحاطة المانح بكافة النتائج الصحية المؤكدة والمحتملة للعملية .
- يحظر أن تتم عمليات النقل لقاء مقابل مادي، ويمتنع على الطبيب إجراؤها إذا علم بذلك .
- تتم إجراء العمليات في المراكز الطبية المتخصصة التي تخصصها وزارة الصحة .
- وقد أسرد عقوبات مشددة لمخالفة القواعد القانونية المحددة في ذلك القانون المتضمن لاثنتي عشرة مادة .

(المطلب الرابع)

الشروط القانونية لعمليات نقل الأعضاء البشرية

تقديم:

من خلال عرض بعض نماذج التشريعات المختلفة الأجنبية والعربية، نجد أنها تنصح جميعًا بتوافر عدد من الشروط، سواء في المتبرع أو المتبرع له، أو للقائم بالعملية أو مجملها، سواء كانت بين الحي والحي، أو المتوفى والحي، حتى لا يقع أي منهم تحت طائلة المسئولية الجنائية

والمدنية، وبما يكون معه السلوك مطابقًا للنموذج الإجرامي لجريمة نقل الأعضاء البشرية.

(الفرع الأول)
الشروط القانونية الواجب توافرها في المتبرع

إن المتبرع إنسان حر، له حقوق طبيعية لصيقة به، منها حق الحفاظ وحماية جسده بما يشمله من أعضاء، وهو أمر تقتضيه المصلحة الاجتماعية، لذلك يجب أن يتوافر في المتبرع الآتي :

أولاً: رضا المتبرع: لقد اشترطت كافة التشريعات رضا المتبرع في عملية النقل، إلا أن بعض منها لم يشترط الرضا الصريح، فأجاز أن يكون ضمنيًا كالقانون الفرنسي، والبعض اشترط أن تكون صراحة مكتوبة تدل بذاتها على رضا عملية نقل عضو محدد إلى آخر مقرونًا بالتوقيع كغالب التشريعات.

فتحرير الرضا كتابة من شأنه أن يكون ضمانًا لرضا المعطي قبل أن يكون إخلاء لمسئولية ما كالطبيب على سبيل المثال الجنائية والمدنية.

وهنا يجب أن يكون الرضا صادراً بعد الإحاطة بكافة المخاطر المؤكدة التي قد تصيب جسده أو أعضاءه، وكذا المخاطر المحتملة بعد إجراء العملية حتى يكون الرضا صادراً عن بصر وبصيرة بالمخاطر والفوائد المتحققة من تلك العملية.

والالتزام بالتبصير هنا لا يقتصر على المخاطر الطبية فقط بل تشمل كذلك المخاطر الاجتماعية والاقتصادية المترتبة على هذا الاستئصال[٤٩].

(٤٩) فقد جاء في التوصيات النهائية لمؤتمر بيروجيا المنعقد في ١٣ يوليو ١٩٦٩، أنه يجب أن يسبق الحصول على الموافقة أو الإذن شرح واف من قبل الطبيب حول موضوع ومخاطر العملية ونتائجها المستقبلية سواء على الصعيد الفيسيولوجي والاجتماعي والمالي . مشار إليه في د. رياض الخاني، المظاهر القانونية لعلميات نقل

كما يشترط أن يكون الرضا حراً صادراً من شخص يتمتع بالملكات العقلية والنفسية السليمة، قادراً على أن يكون رأيه على سند صحيح[٥٠]، ويستمر هذا الرضا حتى العملية، بحيث يجوز له حتى قبل إجراء العملية العدول عن ذلك الرضا كما قررت كافة التشريعات.

ثانيًا: أهلية المعطي: تشترط التشريعات كافة أن يصدر رضا المعطي أو المانح من ذي أهلية قانونية يعتد برضائه، ومن ثم باتت أغلب التشريعات تحجم عن قانونية رضا القاصر أو من يمثله إذا كان هو المانح، وإن كان المشرع الفرنسي أجازه إذا كان لعلاج شقيق أو شقيقة بموافقة الممثل القانوني صراحة وكتابة، وبعد موافقة لجنة ثلاثية من خبراء متخصصين لفحص كافة النتائج المترتبة على عملية النقل.

ثالثا: أن يكون المنح بلا مقابل: اتفقت غالبية التشريعات على أن الجسد لا يقوم بالمال أو أي عضو من أعضائه وليس سلعة تقوم ماديًا، لذلك اشترطت أن تكون عملية النقل والرضا الصادر عن المعطي صادراً بمجانية العملية، بحيث يدرك وهو في مرحلة موازنة الأضرار والمصلحة والفائدة المحققة أنها تخلو من المصلحة المادية المقومة بالمال حتى يدرك القرار الصائب.

وإن كانت أيضًا تلك التشريعات لم تمانع في قبول التعويض المادي المترتب على الأضرار التي لحقت بالمانح كالغياب عن العمل، والأضرار المادية من جراء شراء العلاج اللازم، وما أصابه من ضعف في قواه وجسده، وقد يكون التعويض معنويًا كالشكر والعرفان والتكريم[٥١]. كما يمكن تعويض المانح بإبرام وثيقة تأمين لصالحه أو لصالح أسرته.

وزرع القلب، والتصرف بأعضاء الجسم البشري، المجلة الجنائية، مارس ١٩٧١، العدد الأول، المجلد الرابع عشر، ص ٢٠.

(50) Doll (JP) : les problemes Juridiques … le drait disposer dn cadavre , No 5,

(٥١) د. حسام الدين الأهواني ـ المرجع السابق، رقم ٨٧، ص ١٣١.

obeikandl.com

(الفرع الثاني)

الشروط القانونية الواجب توافرها في المانح المتوفى

الأصل في مسألة استقطاع الأعضاء من الجثة بغرض نقلها إلى آخر، لا تنفرد بشروط خاصة تختلف عن شروط إباحة الاستقطاع من جسم الإنسان الحي، إلا في خصوص إثبات واقعة الموت، فهي ذاتها حالة الضرورة والمصلحة الاجتماعية أنفة البيان بحيث يجب ألا يترتب على الاستقطاع من الجثة التمثيل بها فيما لا ضرورة له[٥٢].

وتنحصر الشروط العامة في كافة التشريعات في الآتي :

أولاً : رضا المانح قبل وفائه، ويكون الرضا حراً من ذي أهلية بدون إكراه .

ثانيًا : أن لا يكون الرضا بمقابل نقدي كالتصرف من الأحياء .

ثالثا : جواز المنح في حال وجود وصية للمانح بالمنح مكتوبة، أو باللفظ، لكن هنا لا بد أن تثبت بالبينة الشرعية، أي بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وتسري الوصية حتى إذا رفض الورثة ذوو الشأن، لأن الوصية شرعت للتقرب من المولى عز وجل وتداركًا لما فات الإنسان من أعمال الخير والبر، أو بقصد ترشيح صلة المحبة والمودة بين الناس[٥٣].

وذلك بشرط الأهلية والإيماء بإرادة حرة. وقد اتجه الشارع المصري إلى الاعتداد بالوصية بشأن ذلك وإن اشترط الكتابة لسماع دعوى الوصية (القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢، المادة الثالثة).

أما المشرع الكويتي بالقانون ٧ لسنة ١٩٨٣ اشترط الحصول على إقرار كتابي من الموصي[٥٤].

---

(٥٢) المجلي لابن حزم، ج١، ص ١٢٤ .

(٥٣) المغني لابن قدامة، الجزء ٦، ص ٥٠١ .

(٥٤) انظر المادة الثانية والثالثة من القانون ٨٤٦ لسنة ١٩٦١ بشأن عمليات نقل الدم.

وفي فرنسا يسمح القانون الصادر في ٧/ ٧/ ١٩٤٩ ، باستئصال قرنية العين بشرط الإيماء قبل الوفاة .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية ، فإن مشروع القانون الموحد لم ينص على الشكل الإيمائي كشرط إلزامي ، لأن من شأنه أن ينقص من عدد المتبرعين بالأعضاء .

وفي القانون الإنجليزي الصادر عام ١٩٦١ ، قرر كتابة الموصي لوصية المتبرع أو شفاهة في حضور شاهدين أو أكثر أثناء المرض الذي سبب الوفاة[٥٥] .

رابعًا : ألا يكون المتوفى قد أوصى بعدم التبرع بأي جزء من جسده ، وإن كان في تلك الحالة أجازت بعض آراء الفقه الإسلامي أنه إذا وافق الورثة فيرجح جانب الورثة تحقيقًا لمصلحة راجحة ، وهي بقاء نفس إنسانية حية ، وانتفاء الضرر الواقع على المتوفى[٥٦] .

إلا أن القوانين الوضعية رفضت ذلك ومنها قانون دولة الإمارات العربية المتحدة فقد اشترطت في القانون ١٥ لسنة ١٩٩٣ في جواز نقل الأعضاء من جثة المتوفى شرط الحصول على موافقة أقرب الأشخاص إليه حتى الدرجة الثانية ، فإذا تعددوا وجب موافقة الأغلبية ، وفي جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي بشرط التحقق من الوفاة بلجنة ثلاثية طبية متخصصة ، وألا يكون المتوفى قد أوصى حال حياته بعدم استئصال أي عضو من جسمه بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية[٥٧] .

(الفرع الثالث)

الشروط القانونية الواجب توافرها في المريض

(٥٥) د . أسامه عبد السميع ، مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ ، ص ٢٧٢ .

(٥٦) د . حسن الشاذلي ، حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي ـ بدون ناشر ، ص ٥٦ ، ٥٥ .

(٥٧) انظر المادة ٦ من القانون المشار إليه ، الصادر ٢١ أغسطس ١٩٩٣م .

obeikandl.com

اشترطت كافة التشريعات شروطًا قانونية ينبغي توافرها في المريض لإباحة عملية نقل الأعضاء البشرية، سواء كانت من الحي أو المتوفى، وهي كالآتي:

أولاً: رضا المريض: ينص قانون العقوبات على جرائم معينة يكون فيها رضا المجني عليه سببًا من أسباب الإباحة(٥٨)، وإن كان القانون المصري أو الإماراتي أو الفرنسي لم يضع نصًا عامًا يعتبر فيه الرضا سببًا للإباحة، بخلاف المشرع الإيطالي م٥٠ من قانون العقوبات، م(٥١) من القانون السوداني، م٧٨ من قانون العقوبات الباكستاني.

فالقاعدة العامة أن رضا المجني عليه بالجريمة لا يمنع من قيامها ولا يحول دون مساءلة الجاني(٥٩). فلا يؤثر في قيام الجريمة رضا المجني عليه بالعمليات الجراحية إذا كان القصد منها إجراء تجارب طبية، أما إذا كان الغرض منها علاج المريض فرضا المريض هنا يعد شرطًا لإباحة السلوك الطبي، واتفقت عليه غالبية التشريعات، كالفرنسي والمصري، وبات من المبادئ المستقرة في القانون الطبي.

وإن كان للطبيب التدخل الجراحي إذا كان هناك خطراً جسيمًا يهدد حياة المريض ولم يكن هناك سبيل لدفعه سوى التدخل الجراحي، ولم يكن هناك إرادة من المريض بإبداء الموافقة وغاب عنه الأقارب أو من يمثله قانونًا، حتى في حالة نقل الأعضاء يطبق ذات المبدأ لذات العلة على سند الغاية من التدخل الجراحي ونقل العضو إليه(٦٠).

واشترطت التشريعات أن تكون الموافقة كتابية، وأن تتم أمام شهود سواء كان من المريض أو من يمثله قانونًا(٦١).

---

(٥٨) د. حسني محمد الجدع، رضا المجني عليه وأثاره القانونية، رسالة دكتوراه ١٩٨٣، القاهرة، ص ٣٨٠.

(٥٩) محمود مصطفى، مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، ١٩٤٨، رقم ٥ ص ٢٨٣.

(٦٠) د. أحمد شوقي عمر، المرجع السابق، ص١٠٣.

(61) Fred (J) Smith (M.A.Oxan) Taylors principles and practice of medical jurispreidence – voi k 1 – 1920 . P . 68

وقد يكون الرضا صريحًا أو ضمنيًا إذا لم تسمح حالته بإبدائها صراحة ولم يتواجد الممثل القانوني وتستدعي ظروفه الصحية التدخل العلاجي.

ثانيًا: الالتزام بتبصير المريض: يجب على الطبيب تبصير المريض بطبيعة عملية الزرع التي ستجرى له ومخاطرها ونتائجها المختلفة، وأنه لا سبيل آخر بالعلاج لعدم فعاليتها، ولا بد من إجراء الزرع، وأن حياته قد تكون أيضًا معرضة للخطر في حال لفظ الجسم للعضو المزروع.

والمريض هنا له سلطة الاختيار بإرادته الحرة، فإن كان في مواجهة الأطباء شخصًا غير قادر على تقدير الأمور تقديراً سليمًا، إلا أنه يظل قانونًا الشخص الوحيد الذي له حق الاختيار والرضا بالمساس بسلامة جسده، طالما كان الشخص قادر على التعبير عن إرادة قانونية . فموافقة المريض تقتضي المشاركة في مخاطر التدخل الجراحي وتلك المشاركة تقتضي الأهلية القانونية الكاملة .

فإذا كان قاصراً أخذت موافقة من له سلطة قانونية عليه، أما إذا كان مصابًا بجنون فالرضا المعتد به قانونًا هو رضا الممثل القانوني .

(الفرع الرابع)

الشروط القانونية التي يجب توافرها في الطبيب

سبق وأن ذكرنا أن عملية نقل الأعضاء من الاستثناءات الواردة على عدم مشروعية المساس بالجسد، وكانت تلك العمليات تتم بمعرفة طبيب، لذا كان يجب توافر عدة شروط قانونية في ذلك الطبيب وإجراءات يقوم بها حتى تتحقق سبب الإباحة وتتحقق المسئولية الجنائية لذلك الطبيب، وهي :ـ

أولاً : أن يكون الطبيب من الأطباء المتخصصين في إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص ـ حيًا كان أو ميتًا ـ وزرعها في جسم آخر حي، والتخصص هنا هو

التخصص الفني الطبي الدقيق في مجال تلك العمليات الجراحية .

ثانيًا : أن تكون إجراء تلك العملية بغرض العلاج والمحافظة على حياة الشخص الممنوح له العضو البشري.

ثالثا : ألا يكون هناك وسيلة أخرى علاجية لدفع الخطر المحدق الذي نال الممنوح له .

رابعًا : إتباع الإجراءات الطبية الفنية الدقيقة وفقًا للأصول المهنية المتبعة في تلك العمليات الجراحية.

خامسًا : تبصير الشخص المانح بالعواقب والآثار المؤكدة والمحتملة المادية والمعنوية والصحية والاجتماعية من جراء نزع العضو من جسده والحصول على رضائه الصريح بذلك.

سادسًا : تبصير الشخص الممنوح له بالعواقب والآثار الصحية المؤكدة والمحتملة بعد إجراء عملية الزرع في جسده.

سابعًا : اختيار المحل الملائم والمحدد سلفًا من وزارة الصحة لإجراء تلك العملية الجراحية والتي تتوافر بها المعدات والأدوات اللازمة لإجرائها وفقًا للأصول الفنية المهنية.

ثامنًا : متابعة الأشراف على المانح والممنوح له طبيًا وفقاً للأصول المتبعة، وبذل العناية اللازمة للحفاظ على صحتهم الجسدية وعدم تعرضهم للخطر.

تاسعًا : الامتناع عن إجراء العملية إذا كان من آثارها وفاة أحدهما لانتفاء السبب في الإباحة، وتحقق الضرر الجسيم بما لا يوازي ويناسب المصلحة المحتملة .

عاشرًا : الامتناع عن إجراء العملية حال علمه الشخصي بأنها تتم بغرض مادي بحت ومقابل مبلغ نقدي محدد سلفًا.

وبخلاف توافر تلك الشروط، فإن الطبيب يكون قد ارتكب سلوك إجرامي عمدي أو خطأ يعرضه للمسئولية الجنائية المترتبة على المسئولية الطبية.

(الفرع الخامس)

الشروط القانونية الواجب توافرها في محل عملية النقل

يتم إجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء البشرية في المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة لهذا الغرض، ومن ثم فإن وزارة الصحة عندما تصدر اللائحة التنفيذية للقانون الوضعي يجب عليها قانونًا أن تراعي محل إجراء تلك العمليات، وأن يتوافر بها:

أولاً : العناية الطبية السابقة واللاحقة المتميزة للحفاظ على المريض سواء كان المانح أو الممنوح له، وعدم تعرضه للأخطاء الناشئة عن العملية.

ثانيًا : إلزام المركز الطبي بإعداد ملف كامل عن المريض والمانح، يتضمن موافقة كليهما وتقرير الأطباء عن المخاطر المحتملة لبيان مدى ملائمة إجرائها وكيفية إجرائها والعلاج السابق واللاحق لإجرائها حتى يمكن مراقبة السلوك المهني الطبي.

ثالثًا : أن يكون المركز على درجة عالية وكفاءة فنية من حيث المعدات اللازمة لإجراء مثل تلك العمليات والمعدات اللازمة للحفاظ على سلامة المانح والمريض.

رابعًا : عدم السماح بخروج المانح أو المريض من المركز إلا بعد تمام الشفاء وبما لا يعرضه خروجه للخطر.

(المطلب الخامس)
التصرف في أعضاء جثة المتوفى

تقديم:

تكفل الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعين حرمة جثة المتوفى وتحرم وتجرم المساس بها، فبادرت الشريعة الإسلامية بتكريم الجثة وحمايتها وحافظت على كرامتها كالاغتسال والتكفين والصلاة عليها والدفن في خطوات علمنا إياها رسولنا الكريم ﷺ، وحرمت المساس بها على

سند الحديث الشريف " كسر عظم الميت ككسره حيًا "[٦٢].

الأمر الذي حرم المساس بالجثة قبل الدفن وبعد الدفن، وكذا جرمت القوانين الوضعية المساس بالجثة بأية مظاهر أو نبش القبور بعد دفنها أو المساس بالجثة في قوانينها الجزائية . ولكن ما يثار هنا في بحثنا ما هو تعريف الموت ؟ وهل يجوز التصرف في الجثة عند الضرورة أو الوصية أو أحد أعضائها ؟ وهل يجوز أن يكون التصرف بموافقة الورثة ؟ هذه هي الأسئلة المثارة في بحثنا .

أولاً : ما هو الموت ؟: لا يوجد نص صريح في القرآن أو السنة يحدد وقت الوفاة في المواضع التي ورد بها ذكر الموت . ولم يتعرض الفقهاء آنذاك إلى تعريف الموت وإن كانوا حاولوا تعريفه بصفة شكلية بأنه عكس الحياة أو زوال الحياة، وأنه علامة زوال الروح عن الجسد واتخاذ الجسد شكل المتوفى كاسترخاء القدم وانخساف الصدغ وما إلى ذلك . وقد اتجه المعيار الحديث إلى تفسير الطب في تحديد وقت وفاة المتوفى، فذهبوا إلى تقسيم الوفاة إلى ثلاثة مراحل[٦٣]:

المرحلة الأولى : الموت الإكلينيكي، حيث يتوقف القلب والرئتان عن العمل .

المرحلة الثانية : موت خلايا المخ بعد بضع دقائق من دخول الدم المحمل بالأكسجين للمخ .

المرحلة الثالثة : تظل خلايا الجسم حية لمدة قصيرة متفاوتة من جسد إلى آخر وفي النهاية تموت الخلايا، فيحدث ما يسمى بالموت الخلوي وهي مرحلة الموت .

وبذلك يتبين لنا أن توقف القلب ليس مؤشرًا قطعيًا على الوفاة طالما كانت خلاياه حية

---

(٦٢) سنن أبي داود ـ إبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ـ (ت ٢٧٥هـ) ـ الجزء الثالث ص ٢١٢ ، ٢١٣ .

(٦٣) د . صلاح الدين مكارم ـ الطب الشرعي ـ نقابة المحامين ـ ١٩٩٢ ـ الجزء الأول، ص ١٤٧ ، ١٥٠ ، ١٦٥ .

فيمكن إنعاشه واستمرار العمل، أما إذا توقف القلب والرئتان عن العمل وماتت خلايا المخ بعد بضع دقائق فإن خلايا الجسم تموت وهنا يكون الموت حقيقيًا[٦٤].

وبذلك صدر القرار (٥) في الدورة الثانية عام ١٤٠٦هـ لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، والدورة الثالثة ١٤٠٧هـ باعتبار موت الدماغ "خلايا المخ" مساويًا لموت القلب.

وذلك على خلاف المعيار التقليدي الذي كان يكتفي بموت القلب وتوقفه عن العمل والذي قوبل بانتقادات حادة، لأن بقاء المخ يجوز أن يعود ويأمر القلب بالعمل وكذلك الرئتين.

وبتلك الطريقة الحديثة وبتطور الأجهزة الطبية أصبح من اليسير على الأطباء حسم مسألة الوفاة بوفاة المخ وتوقفه عن العمل حتى إن كان القلب مازال ينبض، والرئة ما زالت تعمل. بيد أن التشريعات الوضعية اشترطت في غالبها التأكد من قبل الطبيب من الظواهر الإكلينيكية للوفاة، حيث إن الجهاز الخاص بالحكم على المخ ما هو إلا آلة احتمال خطئه وارد في قراءة نبضات المخ، ومن أهم تلك الظواهر[٦٥]:

- انعدام الوعي التام.
- انعدام الانعكاسات الحرفية.
- انعدام الحركات العضلية اللاشعورية خاصة التنفس.
- انعدام أي أثر لنشاط المخ في جهاز رسم المخ واستمرار ذلك خلال فترة كافية[٦٦].

---

(٦٤) وبينت جريدة الأهرام ١٩٩٢ في ١٥ سبتمبر أن الموت هو توقف المخ عن العمل الذي يأمر القلب فينبض ويأمر الجسم فيعمل.

(٦٥) د. حسام الدين الأهواني ـ مقدمة القانون المدني ـ نظرية الحق ـ دار النهضة العربية ـ ١٩٧٢، ص: ١٧٣.

(٦٦) د. أحمد شوقي أبو خطوة ـ المرجع السابق ـ ص: ١٧٠.

وقد أثيرت هنا إشكالية تتمثل في تعارض لحظة الموت طبيًا وقانونيًا حيث إن لحظة الوفاة الطبية تتحدد بموت المخ وتوقفه عن العمل، وإن كانت الأعضاء الأخرى كالقلب والرئة تعمل، بينما قانونًا في التشريعات الوضعية يعد الشخص ميتًا بإثبات شهادة الوفاة وفي واقع الأمر أن تلك الإشكالية تثور بشأن التبرع، حيث التبرع بالأعضاء أو تحصلها أو استقطاعها في وقت وفاة المخ هو الوقت الأمثل لاستقطاع الأعضاء قبل وفاة الخلايا وتحقيق الاستفادة منها بزرعها في آخر .

ولكن ذهب البعض إلى أن العبرة في تحديد لحظة الوفاة هي وفاة المخ، ولا تعدو شهادة الوفاة إلا طريقة لإثبات الوفاة من الناحية القانونية، فبعد توقف المخ أصبح الشخص فاقداً للوعي وفي غيبوبة نهائية غير قابل للعلاج ويعتبر في حكم الأموات من الناحية القانونية والطبية[٦٧]، فإذا ما استقطع أحد أعضاء هذا الشخص في تلك الحالة نكون أمام حالة استقطاع عضو من متوفى وليس من إنسان حي.

ثانيًا : الحدود الشرعية للمساس بجثة المتوفى: الأصل كما ذكرنا من قبل حرمة المساس بالجثة ومن ثم أحد أعضائها، إلا أن اتجاه فقهي ذهب إلى جواز المساس عند الضرورة بشروط وضوابط صارمة محددة، واستندوا في ذلك إلى قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وقول الله تعالى: ﴿ . . . وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ ۗ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ ﴾ (الأنعام: ١١٩). وبذلك أباح بعض الفقهاء وهم أغلبية مشروعية استقطاع عضو بشري من الميت وزرعه في آخر لإنقاذ حياته آخذاً بأخف الضررين، فالمحافظة على الحي أعظم من مفسدة المساس بحرمة الميت، واستقطاع الجزء لا يتضمن إهانة أو مساس بكرامته أو حرمته لما ليس به من تحقير

(٦٧) د. أحمد شوقي أبو خطوه ـ المرجع السابق ـ ص: ١٩١ .

من الميت، فالمجتمع ينتفع من الإنسان الحي وليس من الميت الذي أصبح عديم الفائدة. ورعاية الأحياء ومصلحتهم أولى بالاهتمام[٦٨].

ومن أهم الضوابط التي وضعت لإباحة ذلك الاستقطاع :

التحقق من الموت ـ إذن الميت قبل وفاته أو موافقة ورثته ـ تحقق الضرورة ـ احترام الجثة عند الاستقطاع ـ أن يكون النقل هو الحل الوحيد للعلاج ـ أن يكون المنقول إليه معصوم الدم ـ استعمال العضو المستقطع فيما أعد له ـ أن يكون الطبيب المستقطع غير الطبيب الزارع ـ تحريم نقل الخصية أو المبيض[٦٩].

وبالنظر إلى تلك الضوابط نرى مدى اتفاقها مع احترام الجثة وحرمتها وتحديد حال العضو المستقطع وبيان الضرورة التي أبيح النقل من شأنها، ومحل تلك الأعضاء .

ثالثا: الحدود القانونية للمساس بجثة المتوفى: يتجه غالبية الفقه الجنائي إلى أن الإنسان سيداً على جسده حتى بعد وفاته، ومن حقه أن ترتب أوضاعه حسب ما تمليه مصالحه وغاياته وفي الحدود التي رسمها القانون فله حرية التصرف في الجثة[٧٠].

وقد أباحت غالبية القوانين المساس بالجثة لأغراض تتعلق بالمصلحة العلمية لإجراء تجارب عليها كذلك بخلاف التبرع أو الاستقطاع للمصلحة والمنفعة العائدة على آخر حي

---

(٦٨) المغني ـ الجزء الحادي عشر . ص : ٧٩، مشار إليه . د. حسني عودة ـ المرجع السابق ص: ١٣٤، وانظر كذلك أبي زكريا يحيى شرف الدين النووي ـ روضة الطالبين ـ الجزء الثالث ٦٧٦هـ ـ المكتب الإسلامي، ص: ٢٨٤ .

(٦٩) د. عارف علي عارف ـ مدى شرعية التصرف بالأعضاء البشرية ـ رسالة دكتوراه ـ كلية العلوم الإسلامية ـ جامعة بغداد ١٩٩١ ـ ص ١٩٥، ١٩٦ .

(٧٠) انظر محكمة النقض الفرنسية في قرارها ٣٠ آبار ١٨٨٦، مشار إليه في د. محمد سامي الشوا ـ الحماية الجنائية في سلامة الجسد، جامعة الزقازيق ـ ١٩٦٨، ص٦٨٦ .

بشرط وصية المتوفى أو موافقة أهل الميت بعد تشريح الجثة[٧١].

ويتمثل حق المتوفى في الآتي :

أولاً : الوصية بالتبرع بالأعضاء أو كامل الجثة للمصلحة العامة أو الشخصية لآخرين ينتفعون بها[٧٢].

وهنا تكون الوصية مكتوبة كما اشترطت غالبية التشريعات، إلا أن أخرى لم تشترط الكتابة كالمرسوم الملكي الأسباني ١٩٨٠ المادة الثامنة في الفقرة الثانية، ونصت على إمكانية التعبير عن الإرادة بالقول أو الكتابة أو الإشارة، كذلك له تحديد جهة الاستقطاع وأجزاء الجسد المتبرع بها.

أما القانون الإنجليزي فاشترط كتابة الوصية ١٩٦١ (The humaintissue) وتشدد في مسألة الرضا الكتابية في حضور شاهدين أو أكثر بشرط صدوره أثناء مرض الوفاة، وكذلك اشترط القانون الدنمركي (٢٤٦) عام ١٩٦٧ أن تكون الوصية كتابية .

أما التشريعات العربية فقد ذهب القانون اللبناني ١٩٨٣ والأردني ٢٣ لسنة ١٩٧٧ فاشترط كتابة الوصية قبل وفاته بالنقل والتبرع.

ثانيًا : حالة الوصية برفض المساس بالجثة.

من المعلوم أن الأصل عدم المساس بالجثة كما تقدم، إلا أن يكون المتوفى قد أوصى قبل وفاته، فإذا أوصى المتوفى قبل وفاته بعدم المساس بالجثة فيجب احترام وصيته وعدم المساس بها.

إلا أنه المشرع الأسباني والفرنسي ١١٨١ لسنة ١٩٧٦ قررا أن الأصل هو إباحة

(٧١) د. أحمد شوقي أبو خطوه ـ المرجع السابق ـ ص: ١٦١ .

(٧٢) د. حسني عوده ـ المرجع السابق ـ ص : ١٣٨ .

obeikandl.com

الاستقطاع والاستثناء هو عدم جواز الاستقطاع في حالة الرفض.

ثالثا : حق الأقارب في التصرف بجثة المتوفى

غالبًا ما يتوفى الشخص دون أن يدون وصية بالتبرع أو عدم المساس بالجثة فينتقل ذلك الحق إلى الأسرة، وذلك على أساس أنه حق معنوي يرتبط بالأسرة وليس صلة مادية إذ أن الجثة لا تدخل في دائرة التعامل المادي أو تورث . ومن ثم فإن الأقارب الذين لهم حق الموافقة أو الاعتراض هم من لهم الحق في الصيانة والمحافظة على الشخص حال حياته، وهم الوصاة المقصود بهم الذكور الذين لا تكون قرابتهم بواسطة الأنثى وحدها وهم بترتيب الميراث ثم أبنائهم ثم الأعمام وهكذا، وكذلك الزوج أو الزوجة الباقية على قيد الحياة.

ولقد ذهبت بعض الآراء الفقهية إلى ضرورة موافقة الأقارب الصريحة على القيام بالمساس بالجثة، واشترط ذلك الاتجاه موافقة كامل الورثة بحيث إذا اعترض أحدهم وكان يمثل مرتبة أعلى لا يجوز هنا المساس بالجثة(٧٣).

ويرى هذا الاتجاه أن الجثة تعد من العناصر المادية والاقتصادية للتركة، ولا تعتبر الجثة إلا مادة مملوكة للأسرة كجثة الحيوان(٧٤)، إلا أن ذلك الرأي غير مقبول، حيث إن الحيوان قابل للتعامل المادي ومقوم بالمال خلال حياته، فبعد مماته يجوز أن يطلق عليه مادة مملوكة، فضلاً عن أن الجثة لا تدخل ضمن التركة.

ولقد ذهب المشرع العراقي إلى ضرورة موافقة أحد الأقارب من الدرجة الأولى أو الثانية في حالة النقل من جثث الموتى المصابين بموت الدماغ دون أن يشترط شكل معين لهذه الموافقة،

(٧٣) د. محمد سامي الشوا ـ الحماية الجنائية في سلامة الجسم ـ جامعة الزقازيق ـ ١٩٦٨، ص : ٦٩٤.
(٧٤) د. حسام الدين الأهواني ـ المرجع السابق ـ ص : ١٩٣.

واشترط المشرع الكويتي في القانون ٧ لسنة ١٩٨٣ (م٣) المنظم لعمليات زراعة الكلى إلى ضرورة الحصول على موافقة الأقرباء .

أما المشرع اللبناني فقد حدد الأولويات في المادة الثانية من المرسوم ١٠٩ لسنة ١٩٨٣ الفقرة الثانية بموافقة الزوج أو الزوجة أو الولد الأكبر سنًا في حالة غيابهما ثم الأصغر وهكذا .

وفي قانون مقاطعة كولومبيا الأمريكية ١٩٦٢ ، قرر أنه في حالة عدم وجود إرادة ظاهرة المتوفى فإن من حق الزوج أو الأقارب إلى الدرجة الثانية أن يوافق على عملية الاستقطاع على أساس حق هؤلاء الأقارب في دفن قريبهم[٧٥] .

والجدير بالذكر أن موافقة الأقارب تراعي ضرورة احترام كرامة الإنسان وحقوقه المعنوية على جثة المتوفى . بيد أن ذلك يتعارض مع ضرورة نقل الأعضاء بعد استقطاعها في وقت محدد طبيًا لعدم موت الخلايا وتلك الإجراءات الخاصة بالموافقة قد تأخذ من الوقت التي لا تكون الأعضاء بعدها صالحة للزراعة . ولذلك ظهر اتجاه آخر افترض وجود الرضا كقرينة على استقطاع الأعضاء ونقلها وزراعتها ما لم يعترض أحد أقرباء المتوفى ، كما ذهب المشرع الإنجليزي ١٩٦٨ الخاص بقانون نقل الكلى ، فطالما لم يسجل أحد الأقارب رفضه أو أن هناك رفض واضح من المتوفى بقرائن قبل وفاته على النقل أو الاستقطاع فلا يجب المرور بتلك الإجراءات . وهكذا فعل المشرع الفرنسي في القانون ١١٨١ لسنة ١٩٧٦ (م٢) بإجازة الاستقطاع ما لم يكن الشخص قد أبدى رفضه قبل وفاته ، وبذلك يكون الرضا مفترضًا ما لم يعترض الشخص ذاته المتوفى أثناء حياته[٧٦] وكذلك حال المحكمة الفيدرالية السويسرية ١٩٧٥ .

ولقد ظهر اتجاه ثالث يقضي بجواز استقطاع العضو من جسد المتوفى دون الحاجة إلى

(٧٥) د. محمد سامي الشوا ـ المرجع السابق ـ ص : ٦٩٦ .

(٧٦) د. أحمد شوقي ـ المرجع السابق ـ ص : ٢٦٦ .

موافقة المتوفى السابقة أو موافقة الأقارب، واستند هذا الاتجاه إلى ملكية الدولة إلى الجثمان، وبمقصد آخر رجحان الجانب والمصلحة الاجتماعية على المصلحة الشخصية، فطالما أن هذا الاستقطاع يتضمن إنقاذ حياة أخرى وليس بغرض الاتجار به فإن مصلحة المجتمع متمثلة في إنقاذ مريض من الموت تعلو وتسمو على مصلحة الأقارب ومن قبلها المتوفى في الحفاظ على جثته دون استقطاع لأحد أعضائها، وقد تمسك من أخذ بهذا الرأي إلى مواكبة القانون الخاص بالأعضاء إلى التطور الطبي الواقع حديثًا وضرورة استقطاع العضو من جسد المتوفى في وقت محدود وزرعه بجسد الآخر خلال فترة زمنية محددة لا مجال لها إلى إجراءات موافقة من حيث الوقت.

وقد أخذ بهذا الاتجاه المشرع البولندي(٧٧)، الذي لا يشترط الرجوع إلى أسرة المتوفى أو أسرته، وكذلك يوغسلافيا سابقًا ١٩٨٢ لم يتضمن ضرورة موافقة الأقارب. وتتجه معظم التشريعات إلى الأخذ بذلك الاتجاه الثالث دون تعليق على موافقة المتوفى أو الأقارب أو شروط أخرى اللهم إلا التأكد من خلو المتوفى من أمراض قد تنتقل إلى المريض من خلال العضو المزروع لانتفاء العلة آنذاك، وهي إنقاذ الحياة وتحقيق المصلحة الاجتماعية الغالبة على المصلحة الشخصية.

(٧٧) د. محمد سامي ـ المرجع السابق ـ ص ٧٠١.